



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة جيلالي اليابس - سيدي بلعباس -  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

## العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية

أطروحة مكملة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق

تخصص: قانون الأعمال

إشراف:

الأستاذ الدكتور: بودالي محمد

المشرف المساعد: فيليب دالباك

إعداد الطالب:

كركان فريد

تاريخ المناقشة: 04 جويلية 2019

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ محاضر (أ)	د. صمودي سيد أحمد
مشرفا ومقررا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ تعليم عالي	أ.د. بودالي محمد
مشرفا مساعدا	جامعة باريس 1	أستاذ تعليم عالي	أ.د. فيليب دالباك
ممتحنا	جامعة وهران	أستاذة محاضرة (أ)	د. بلخير هند
ممتحنا	جامعة بجاية	أستاذ محاضر (أ)	د. بري نور الدين

السنة الجامعية: 2018/2019 م 1439/1440 هـ

## شكر

قال تعالى: ﴿ ولقد آتينا لقمان الحكمة أن اشكر لله ومن يشكر فإنما يشكر لنفسه ومن كفر فإن الله غني حميد ﴾ [لقمان: 12].

وقال تعالى: ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين أن اشكر لي ولوالديك إلي المصير ﴾ [لقمان: 14].

فاللهم يا ربي لك الحمد ولك الشكر والثناء كما ينبغي لجلالك وعظيم سلطانك، لا أحصي ثناء عليك فأنت كما أثنت على نفسك. وبعد.

فالشكر لأمي التي حملتني وهنا على وهن، ورعتني في الليل حتى تركت نومها لأجل منامي، فلها الشكر في مدى الأيام، ولأبي مثل شكرها على ما ربي وأنفق وسهر على ما مضى في عمري من أعوام.

ثم الشكر للأستاذ الدكتور محمد بودالي على كل ما أسدى إلي من نصائح، وما صبر علي في إعداد هذا العمل المتواضع، وإنه لشرف لي عظيم أن أطربني في هذه الأطروحة، والشكر موصول لأستاذي المؤطر المساعد فيليب دالباك *Philippe DELEBECQUE* الذي كان لي نعم العون في إنجاز أطروحتي.

ثم الشكر لأعضاء لجنة المناقشة الموقرة لقبولهم مناقشة أطروحتي وتمحيصها، وإنه لمن دواعي الفخر والشرف أن يمحص دكاترة بمثل مقامهم عملي المتواضع هذا.

## إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى أمي ووالدي،

أهديها إلى زوجتي التي كانت سندي، وابنتي ثيزيري،

وأهديها إلى جميع إخوتي وأختي وجميع أهلي وأقاربي وكل عزيز منهم عندي،

وأهديها لكل من شق طريقا في سبيل العلم يبتغي فضلا من الواحد الأحد،

إلى كل من ساعدني في إعداد هذا البحث سواء من قريب أو من بعيد،

إلى كل من أضاف شيئا من بحث إلى علم القانون من قبلي أو من بعدي،

وإلى كل صديق صدوق ومعلم شفوق بعلمه كنت أهتدي وبأخلاقه أقتدي.

فريد

## قائمة المختصرات

### 1- قائمة المختصرات باللغة العربية

- ق م ج القانون المدني الجزائري
- ق ت ج القانون التجاري الجزائري
- ق أ ج قانون الأسرة الجزائري
- ق إ م إ قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- ج الجزء
- ط الطبعة
- ف الفقرة
- د س ن دون سنة النشر
- د ب ن دون بلد النشر
- ص الصفحة
- ص ص من الصفحة رقم إلى الصفحة رقم
- ج ر ج ج الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
- ع العدد

### 2- قائمة المختصرات باللغة الفرنسية:

- A. Actualité
- A.J.D.I. Actualité Juridique Droit Immobilier
- A/D.A. Actualité Droit des Affaires
- A/D.C. Actualité Droit Civil
- A/J. Actualité jurisprudentielle
- AJ/DTSS. Actualité Jurisprudentielle/ Droit du Travail et Sécurité Social
- Ass. Plén. Assemblée Plénière
- Avr. Avril
- B. Section B
- Bull. Bulletin
- CA. Cours d' Appel
- CARPA. Caisse des Règlements Pécuniaires Agréée
- CC. Cours de Cassation
- C.Civ.F. Code Civil Français
- C.Com.F. Code de Commerce Français
- C.N.A.R. Centre National d' Animation et de Ressources
- Cass. Arrêt de la cour de cassation

- CAT. Cours d' Appel et Tribunaux
- Civ. Civil
- Com. Commercial
- Comm. Commentaire
- C Trav F. Code de Travail Français
- D.H. Dalloz Recueil Hebdomadaire
- D. Dalloz
- D. Affaires. Dalloz Affaires
- Déc. Décembre
- D.P. Dalloz Recueil Périodique
- Doctr. Doctrine
- Fév. Février
- Gaz. Pal. Gazette du Palais
- IR. Partie « Informations Rapides» [ dans le recueil dalloz]
- IR. Information Rapide
- J. Jurisprudence
- J.A/J. Jurisprudence. Actualité Jurisprudentielle
- J.Comm. Jurisprudence Commentaires
- Jan. Janvier
- JCP. éd. EA. Juris- Classeur Périodique, Édition Entreprise et Affaires
- JCP. éd. G. Juris- Classeur Périodique, Édition Générale
- JCP. éd. Nor. Juris- Classeur Périodique, Édition Normal
- JCP. éd. G. Juris- Classeur Périodique, Edition Générale
- Journ. Pal. Journal du palais
- Juill. Juillet
- Loyers et Copr. Loyers et Copropriété
- N. Numéro
- Nov. Novembre
- Oct. Octobre
- P I 30. Page I 30 ( Manière de notation)
- P. page
- Pal. Palais
- PIBD. Propriété Industrielle, Bulletin de Documentation
- Préc. Précédent
- R. Recueil
- RACC.Ch.Civ. Resumés d' Arrêts de la Cour de Cassation Chambre Civil
- RBD. Revue Banque et Droit
- Rep. Min. JOAN Q. Réponse Ministérielle Journal Officiel[ réponses ministérielles à question écrites]
- Req. Arrêt de la chambre des requêtes
- RIDA. Revue International de Droit d'Auteur
- RIDAI. Revue International De Droit des Affaires Internationales
- RJCom. Revue de Jurisprudence Commerciale
- RJDA. Revue de jurisprudence de droit des affaires
- RTD. Civ. Revue Trimesrielle de Droit Civil

- RTD. Com. Revue Trimesrielle de Droit Commercial
- S. Sirey
- SA d' éd. Sans année d' édition
- Sep. Septembre
- Soc. Chambre Sociale
- Somm Comm. Sommaire Commentés
- TGI. Tribunal de Grande Instance
- Trib. Civ. Tribunal Civil

مقدمة

يعتبر المحل التجاري من أهم أموال التاجر نظرا لما يكتسبه من قيمة تجارية، ففكرة المحل التجاري فكرة قديمة ظهرت منذ ظهور القانون التجاري، فهي فكرة قديمة معروفة منذ أن بدأ التاجر يعرض سلعه للجمهور، فكان التصور السائد آنذاك أن المحل التجاري فكرة مادية بحتة تقتصر فقط على مجموع العناصر المادية الظاهرة والمحسوسة المتمثلة في الأثاث والآلات والبضائع، دون امتدادها إلى العناصر الأخرى التي تشترك في تكوين المحل التجاري كالاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، والعنوان والاسم التجاري، فكانت العناصر المادية محل اهتمام التاجر باعتبارها عناصر ملموسة تجذب لهم الزبائن مما يجعلهم يحققون أرباحا كبيرة.

لكن مع مرور الوقت ظهرت الفكرة المعنوية للمحل التجاري في أواخر القرن الثامن عشر، حيث لم يعد المحل التجاري مجموعة العناصر المادية، وإنما مجموعة العناصر المادية والمعنوية التي تتحد فيما بينها لتشكل كيانا مستقلا بذاته عن هذه العناصر المشكلة له، فظهر أن عنصر الاتصال بالعملاء عنصر لا يمكن الاستغناء عنه لأن وجود المحل التجاري متوقف على وجود هذا العنصر من عدمه، بحيث أن تردد الزبائن على المحل التجاري يؤدي حتما وبطريقة مباشرة إلى زيادة رقم أعمال التاجر ويساهم في تحقيق الأرباح. أما عزوف الزبائن عن الاتصال بالمحل التجاري يعني كساد بضائع التاجر أو عدم تقديمه لخدمات، ما يؤدي إلى عدم تحقيقه لأرباح الشيء الذي يساهم بطريق مباشر في إفلاسه وزوال المحل التجاري.

إلى جانب الاتصال بالعملاء استطاع التاجر أن يضيف لمحلته التجاري عناصر أخرى ذات أهمية في سبيل تحقيق غايته كالعنوان والاسم التجاري، حيث يختار التاجر عنوانا واسما تجاري يستخدمه على واجهة محله التجاري ويستخدمه أيضا في التوقيع على المعاملات التجارية التي يقوم بها، وذلك من أجل تمييز محله التجاري عن غيره من المحلات التجارية المشابهة له حتى لا يختلط على الزبائن محلهم التجاري المفضل.

تعد الثورة الصناعية عاملا أساسيا ساعد على ترسيخ الفكرة المعنوية للمحل التجاري، حيث كان لها الفضل في ظهور عناصر جديدة لم تكن معروفة من ذي قبل، كالعلامات التي تميز سلع أو خدمات أو صناعة تاجر معين عن غيره من سلع أو خدمات أو صناعة تاجر آخر في نفس طبيعة النشاط التجاري الممارس، كذلك براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية وحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، حيث تمنح لصاحبها مجموعة من الحقوق منها خاصة حق الاستثناء باستغلالها في نشاطه التجاري أو التنازل عنها للغير في حالة ما إذا لم يرد صاحبها استغلالها شخصيا.

هذا وقد يستغل التاجر محله التجاري في عقار مملوك له فيكون في غنى عن إيجار مبنى (عقار) يستغل فيه محله التجاري، أما إذا كان التاجر لا يملك محلا يمارس فيه تجارته، فإنه يلجأ إلى استئجار عقار لمزاولة نشاطه التجاري فيه، الشيء الذي يجعل حق الإيجار عنصرا أساسيا في المحل التجاري.

إن الطبيعة الخطيرة لبعض الأنشطة التجارية والمؤثرة سواء على البيئة أو صحة الإنسان أو سلامته، لا يمكن مزاولتها إلا عن طريق الحصول على ترخيص أو إجازة من المصلحة المختصة في الدولة، تسمح لطالبيها بمزاولة ذلك النوع من الأنشطة.

أصبحت - مع مرور الوقت - العناصر المعنوية ذات أهمية كبيرة تفوق أهمية العناصر المادية المكونة للمحل التجاري حتى طغت هذه الفكرة عليه، وأصبح المحل التجاري مالا منقولاً يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف، عكس العقار الذي لا يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف، إضافة إلى هذا فيعتبر ذو طبيعة معنوية وليست مادية، ما يجعل الأحكام القانونية المطبقة عليه تختلف عن الأحكام القانونية المطبقة على المال المنقول المادي الذي يمكن التمسك فيه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، هذا ما يضيف على المحل التجاري الصبغة الخاصة التي تجعل منه وحدة واحدة منفصلة ومستقلة بأحكامها عن العناصر المكونة له، كما أن هذه الأخيرة (أي عناصر المحل التجاري) تحتفظ بذاتيتها وتظل متميزة عن بعضها البعض، لأنها ليست من طبيعة واحدة حتى وإن كانت جميعها تخدم الاستغلال التجاري، والمحل التجاري باعتباره مالا فإنه ترد عليه مختلف العمليات القانونية التي تتلائم مع طبيعته الخاصة.

يمكن لمالك المحل التجاري بما له من سلطات منفرعة عن حق الملكية إجراء مختلف العمليات (أو العقود) على محله التجاري متى كانت متوافقة مع طبيعته القانونية، وتنقسم هذه العقود إلى عقود ناقلة للملكية وعقود غير ناقلة للملكية.

تنقسم العقود الناقلة للملكية التي يمكن أن ترد على المحل التجاري إلى عقود ناقلة للملكية بعوض ودون عوض، تتمثل الأولى في عقد البيع الذي يعتبر من أهم العقود الناقلة للملكية الواردة على المحل التجاري، بحيث يلتزم فيها مالك المحل التجاري بنقل ملكية مجموعة من العناصر المكونة للمحل المتفق عليها في العقد في مقابل ثمن نقدي يلتزم به المشتري وقد نص عليه المشرع في نص المادة 79 ق ت ج<sup>1</sup>، فهو عقد ناقل للملكية يكون دائماً فيه العوض ثمن نقدي.

أما العقد الثاني فيتمثل في تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل التملك، يتشابه هذا العقد مع عقد البيع في أنهما ينقلان ملكية المحل التجاري، أما الاختلاف بينهما فيتمثل في أن عقد البيع يتسلم فيه البائع المقابل النقدي، أما عقد تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل التملك فإن المقابل النقدي احتمالي، فإذا حققت الشركة أرباحاً استرد ثمن المحل وعلى نسبة من الأرباح المحققة، أما إذا تعرضت الشركة لخسائر فلا يتحصل على المقابل النقدي، وإنما يتحمل الخسائر مثله مثل باقي الشركاء في الشركة.

أما العقد الثالث الناقل للملكية بعوض فيتمثل في عقد المقايضة، وفيها ينقل أيضاً مالك المحل التجاري ملكية هذا الأخير إلى شخص آخر، ولكن هنا المقابل ليس ثمناً نقدياً وإنما يمكن أن يكون أي مال آخر دون النقود، لأنه

<sup>1</sup> - الأمر رقم 59/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر ج ج، ع 101 الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.

في حالة ما إذا غلب على المقابل الثمن النقدي كان عقد بيع وليس عقد مقايضة، وبهذا يختلف عقد المقايضة عن عقد البيع.

أما العقود الأخرى الواردة على المحل التجاري الناقلة للملكية دون عوض فهي كذلك تنقسم إلى نوعان: يتمثل النوع الأول في تلك العقود الناقلة للملكية دون عوض والتي تنفذ حال حياة المالك، وهي تتمثل في عقد واحد هو عقد الهبة، الذي يقوم فيه المالك بهبة محله التجاري لشخص آخر دون أن يلتزم الموهوب له بأي التزام، حتى وإن كنا نجد في بعض الأحيان هبة بمقابل ولكن في هذه الحالة يجب أن يكون المقابل ظئلا بالمقارنة مع قيمة المحل التجاري الموهوب، لأنه لو تساوى المقابل مع قيمة المحل التجاري فإن العقد في هذه الحالة يكيف على أنه عقد بيع وليس عقد هبة.

يتمثل النوع الآخر من العقود الناقلة للملكية دون عوض في عقد الوصية، وفيها يقوم مالك المحل التجاري بتحرير وصية يكون مضمونها نقل ملكية المحل الذي يملكه لشخص يسمى الموصى له دون مقابل ودون أن يلتزم هذا الأخير بأي التزام، على أن هذا النوع من العقود لا يمكن تنفيذها إلا بعد وفاة الموصي، عكس عقد الهبة الذي يمكن تنفيذه سواء قبل وفاة الواهب أو بعد وفاته.

أما العقود الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية تنقسم بدورها إلى نوعين: يتمثل النوع الأول في العمليات الناقلة للحيازة، وهو بدوره ينقسم إلى نوعين، يتمثل الأول في عقد إيجار تسيير، وفيه يتنازل مالك المحل التجاري عن مهمة تسيير هذا الأخير ويعهدها لشخص آخر يسمى المستأجر التسيير، ويظل مالك المحل التجاري مالكا لمحلّه وتكون له صفة المؤجر، بينما يستمر المتنازل له في استغلال ذلك المحل على حسابه وعلى نفقته ويتحمل المخاطر المنجزة عن ذلك.

أما القسم الثاني فيتمثل في تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على الانتفاع وتتشابه مع عقد إيجار التسيير في أن مهمة تسيير المحل تعهد لشخص آخر، بمعنى حيازة المحل التجاري تنتقل من المالك إلى المستأجر التسيير، على أن الملكية يحتفظ بها دائما المالك، أما الفرق بينهما فيتمثل في أن عقد تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع لا يتحصل فيه المؤجر (أي المالك) على مقابل الإيجار، وإنما على نسبة معينة من الأرباح في الشركة، وعليه فإذا حققت الشركة أرباحا استرد محله التجاري واستفاد من نسبة معينة من الأرباح المحققة. أما إذا تعرضت الشركة لخسارة فيسترد المحل التجاري ولكن في هذه الحالة لا يسترد مقابل الإيجار، لأن ذلك يعتبر حصته المقدمة في الشركة وبالتالي يتحمل الخسائر مثله مثل باقي الشركاء.

بينما يتمثل النوع الثاني من العقود الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية وغير الناقلة للحيازة في الرهن الحيازي، بحيث يقدم المالك في هذا العقد محله التجاري كضمان لتنفيذ التزامه، ولكن للعقد طبيعة خاصة تتمثل في أن الحيازة لا تنتقل من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، وإنما تظل في حيازة المالك ويستمر مزاوله نشاطه، فهذا العقد رغم أن المشرع سماه في نص المادة 118 ق ت ج بالرهن الحيازي إلا أنه يشبه الرهن الرسمي

في عدم انتقال الحيازة، ويختلف عنه في أنه يرد على مال منقول معنوي، ومن جهة أخرى فهو يشبه الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي في كونهما يردان على أموال منقولة وليس على أموال عقارية، بينما يختلفان في أن الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري يرد على مال منقول معنوي وليس على مال منقول مادي.

إن الدور البالغ الذي يلعبه المحل التجاري في الحياة التجارية والطبيعة الخاصة التي يتميز بها جعلاً مختلف التشريعات تلجأ إلى تنظيم هذا المال المنقول المعنوي، ومن بين هذه التشريعات التشريع الجزائري حيث خصص له المشرع كتاباً كاملاً في القانون التجاري وهو الكتاب الثاني من المادة 78 إلى المادة 214 منه.

تناول في هذا الكتاب الثاني أهم العمليات الواردة على المحل التجاري، وذلك في ثلاثة أبواب حيث خصص الباب الأول لبيع المحل التجاري وتقديمه كحصة في الشركة ورهنه حيازياً، وتناول في الباب الثاني الإيجارات التجارية بينما خصص الباب الثالث لعقد التسيير الحر أو تأجير التسيير، فإلى جانب هذه العمليات التي تناولها المشرع الجزائري في القانون التجاري، نجد العمليات الأخرى منصوصاً عليها في القانون المدني وقانون الأسرة، إذ أن عدم ذكرها لا يعني عدم إمكانية ورودها على المحل التجاري، وإنما يمكن أن ترد عليه وفقاً لما قلناه أعلاه، فقد تكون غاية المشرع من وراء ذلك أن هذه العقود التي تناولها في القانون التجاري تعد أكثر العقود شيوعاً بين الأشخاص من العقود الأخرى غير المذكورة فيه.

إن الأحكام المطبقة على العمليات الواردة على المحل التجاري لا تقتصر فقط على تلك الواردة في القانون التجاري، وإنما يطبق عليها أيضاً مجموعة من الأحكام المختلفة، بعضها نجده في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، خاصة في تلك المتعلقة بأركان العقد (التراضي، المحل والسبب) وطرق انقضاءه، فبالنسبة لعقد إيجار التسيير تطبق عليه الأحكام المنظمة لعقد الإيجار في مجال آثار العقد ابتداءً من التزامات الأطراف المتعاقدة إلى حقوقهم وتمتد أيضاً إلى طرق انقضاء عقد الإيجار، هذا فيما يخص هذا العقد.

أما فيما يخص عقد الرهن الحيازي فيستمد أحكامه من القواعد المنظمة لعقد الرهن سواء الرسمي أو الحيازي، باعتبار أن الرهن الوارد على المحل التجاري من طبيعة خاصة، فهو يشبههما معاً ولكن يختلف معهما في نفس الوقت. فيستمد بعضاً من القواعد المطبقة على الرهن الرسمي خاصة تلك المتعلقة بعدم انتقال حيازة المال المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن وباشتراط الإجراءات الشكلية المعقدة. بينما من جهة أخرى يستمد جزءاً آخر من الأحكام من تلك المطبقة على الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي، لأن المحل التجاري هو قبل كل شيء مال منقول وليس عقاراً، وبالتالي فهو يخضع لبعض منها.

نجد جزءاً آخر من الأحكام المطبقة على هذه العقود موطنها قانون الأسرة وذلك فيما يتعلق بالأحكام المتعلقة بالأهلية، والولي، والوصي، والقيم، وتلك الأحكام المتعلقة بالوقف، إذ يمكن أن يرد على المحل التجاري الموقوف إيجار تسيير أو رهن حيازي.

إضافة إلى القانون التجاري، والمدني وقانون الأسرة، فقد أصدر المشرع عدة قوانين تنظم بعض العناصر المعنوية التي يمكن أن يتكون منها المحل التجاري، والتي تكون في بعض الأحيان عناصر أساسية فيه كحقوق المؤلف والحقوق المجاورة التي تناولها المشرع في الأمر 05/03 المؤرخ في 19/07/2003<sup>1</sup>، بحيث قد يكون المحل التجاري في شكل منصة على قاعات السينما يستغل فيه حقوق المغنين والعازفين وأصحاب الأفلام ... إلخ ويتم عرضها بداخلها. كما يمكن أن يكون دارا للنشر فيستغل حقوق المؤلف ويقوم بطبع الكتب والمجلات ... إلخ.

يتضمن المحل التجاري من بين عناصره في بعض الأحيان العلامات (سواء كانت تجارية، صناعية، خدماتية)، وقد نظمها المشرع في قانون خاص يتمثل في الأمر 06/03 المؤرخ في 19/07/2003<sup>2</sup>، فرغم كونها تدخل ضمن عناصر المحل التجاري إلا أنه يطبق عليها هذا الأمر.

يستغل مالك المحل التجاري في محلات تجارية معينة عندما يكون مصنعا مثلا براءات الاختراع، إذ تعتبر في هذه الحالة عنصرا أساسيا في هذا المصنع، وبالتالي يمكن أن يشملها العقد عندما يتم رهن هذا المصنع أو إيجار تسييره، باعتبارها عنصر من العناصر المساهمة في تكوينه، والمشرع لم يتناول أحكام هذا العنصر في القانون التجاري، وبالتالي نعود إلى الأمر 07/03 المؤرخ في 19/07/2003<sup>3</sup>، المنظم لهذا العنصر.

نفس الأمر فيما يخص الرسوم والنماذج الصناعية فتعتبر في بعض الأحيان عنصرا من عناصر المحل التجاري متى استغلها التاجر في محله، إذ لا نجد أحكاما متعلقة بهذا العنصر في القانون التجاري، بل في الأمر 86/66 المؤرخ في 08/04/1966<sup>4</sup>، فيمكن لهذا التاجر إذا إدراجها ضمن عقد إيجار التسيير أو عقد الرهن الذي يبرمه على محله.

يمكن أن يتضمن المحل التجاري أيضا الرخص والإجازات التي تسمح بممارسة أنشطة تجارية معينة كرخصة فتح مخبزة أو رخصة فتح صيدلية مثلا، ففي هذه الحالة تعتبر عنصرا أساسيا في المحل التجاري ورغم ذلك لم ينظمها المشرع في القانون التجاري، وإنما نجدها تخضع لقانون خاص بها، فيمكن أن يشملها عقد الرهن الحيازي أو إيجار التسيير متى لم يكن فيها الاعتبار الشخصي.

إن المشرع الجزائري عندما نظم الأحكام المتعلقة بالمحل التجاري ذكر مجموعة من العناصر التي يمكن أن يتكون منها في نص المادة 02/78 ق ت، فقام بتعدادها فقط إذ أن هذه العناصر تعد مذكورة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، بحيث أنه يمكن يتكون من عناصر أخرى غير مذكورة في هذه المادة، كما أنه من جهة أخرى تعداد هذه العناصر لا يعني بالضرورة أن يشملها كلها، فوجودها كلها فيه ليس إلزاميا، فيمكن أن نجد عنصرا

<sup>1</sup> - الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر ج ج، ع 44 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2003.

<sup>2</sup> - الأمر 06/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالعلامات، ج ر ج ج، ع 44 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2003.

<sup>3</sup> - الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق ببراءات الاختراع، ج ر ج ج، ع 44 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2003.

<sup>4</sup> - الأمر رقم 86/66 المؤرخ في 08 أفريل 1966، يتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، ج ر ج ج، ع 35 الصادر بتاريخ 03 ماي 1966.

في محل تجاري معين ولا نجده في آخر، باستثناء عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية الذي لا يجب الاستغناء عنهما.

نجد بالرجوع إلى القانون التجاري أن المشرع قسم الأعمال التجارية إلى ثلاثة أنواع، الأعمال التجارية بحسب الموضوع، والأعمال التجارية بحسب الشكل والأعمال التجارية بحسب التبعية، بينما أضاف الفقه نوعا آخر من الأعمال سماها بالأعمال التجارية المختلطة.

يتمثل النوع الأول في الأعمال التجارية بحسب الموضوع وقد نص عليها المشرع في نص المادة 2 ق ت ج، وفيها تناول المشرع أعمال تجارية منفردة والتي تعتبر أعمالا تجارية بالنظر إلى موضوعها، وأعمالا أخرى تتم في شكل مقاوله وهي 12 نوع.

أما النوع الثاني من الأعمال التجارية يتمثل في الأعمال التجارية بحسب الشكل وقد أدرجها المشرع في نص المادة 03 من القانون التجاري، وقد قسمها المشرع أيضا إلى خمسة (05) أعمال، وهي تكسب الصفة التجارية للشخص القائم بها حتى وإن قام بها لأول مرة فلا يشترط ممارسة هذا النشاط لمرات عديدة، ولا يهم إن كان تاجرا، أو موظفا، أو عاملا أم لا، شخصا طبيعيا كان أم معنويا، فالمشرع في هذا النوع من الأعمال لا ينظر إلى القائم بالأعمال، وإنما ينظر إلى شكل العمل بحد ذاته.

أما النوع الثالث من الأعمال التجارية يتمثل في الأعمال التجارية بحسب التبعية، وقد أدرجها المشرع في نص المادة 04 من القانون التجاري، وقسمها إلى نوعين: الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات تجارته أو حاجات متجره، والأعمال المتعلقة بالالتزامات بين التجار. فالأصل في هذه الأعمال أنها مدنية لا تكسب القائم بها الصفة التجارية، ولكن إذا كان القائم بها يتمتع بالصفة التجارية وكانت متعلقة بممارسة تجارته أو مستلزماته التجارية أو لتسهيل استغلال محله التجاري، فإنها دون شك تأخذ حكم الأعمال التجارية، ويطبق في شأنها القانون التجاري. أما إن قام بها مثلا شخص مدني في حياته اليومية فلا يعد تاجرا ولا يكتسب الصفة التجارية ولا يطبق عليه القانون التجاري.

أضاف الفقه نوعا آخر من الأعمال التجارية يتمثل في الأعمال التجارية المختلطة، إذ أن هذه الأعمال تعتبر بالنسبة لطرف أعمالا تجارية حتى وإن كان الشخص القائم بها شخصا مدنيا، بينما تعتبر بالنسبة للطرف الآخر أعمالا مدنية حتى وإن كان هذا الشخص القائم بها تاجرا.

يعتبر الشخص القائم بهذه الأعمال تاجرا يخضع لأحكام القانون التجاري، كالكفيل في السجل التجاري لدى المركز الوطني للسجل التجاري، والإفلاس، والتسوية القضائية، والشطب، ... إلخ، كما يخضع لمختلف الأحكام الأخرى المرتبطة بالنشاط التجاري كذلك المتعلقة بالمركز الوطني للسجل التجاري، والقانون المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، وقانون المنافسة، وقانون الضرائب، ... إلخ. كما يعرض النزاع في شأن المنازعات التي تثار

بين التجار أمام القسم التجاري على مستوى المحاكم، واستئنافها يكون أمام الغرفة التجارية على مستوى المجالس القضائية، أما بالنسبة للطعن بالنقض يكون أمام الغرفة التجارية والبحرية لدى المحكمة العليا.

إن الأعمال التجارية التي سنكرس لها هذه الدراسة هي الأعمال التجارية بحسب الشكل، وبالتحديد العمليات الواردة على المحل التجاري، بحيث نص المشرع في المادة 4/3 ق ت على أن العمليات الواردة على المحل التجاري سواء كانت ناقلة للملكية أو غير ناقلة للملكية تعتبر أعمالا تجارية بحسب الشكل، وذلك بغض النظر عن الشخص القائم بالتصرف سواء كان تاجرا أم لا، شخصا طبيعيا أم معنويا، فالمشرع أخذ بعين الاعتبار هنا محل العقد وهو المحل التجاري وليس طبيعة العمل، هل يدخل ضمن الأعمال التجارية أم لا.

تتعدد إذا العقود الواردة على المحل التجاري وتختلف كما سبق وقلنا، إلا أن دراستنا تقتصر فقط على العقود غير الناقلة للملكية، والتي تتمثل في إيجار التسيير أو التسيير الحر وتقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع والرهن الحيازي.

### أهمية الموضوع:

يستمد موضوع العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية أهميته من أهمية هذا المال المنقول المعنوي، الذي يلعب دورا كبيرا في الحياة التجارية للتاجر، إذ يعتبر في كثير من الأحيان من أهم الأموال التي يعول عليها التاجر في سبيل ممارسة التجارة وتطوير الاقتصاد، وتحقيق الغاية المرجوة من وراء كل ذلك ألا وهي الحصول على الأرباح والإغتناء.

كما تظهر أهمية الموضوع أيضا في الطبيعة الخاصة لمحل التعاقد، الذي يعتبر مالا منقولا معنويا واحدا، رغم أنه يتركب من عناصر مختلفة بطبيعتها عن بعضها البعض وتحتفظ بذابيتها داخل هذا المال، الأمر الذي يجعل العقود التي ترد عليه من طبيعة خاصة حتى وإن كانت تتشابه مع هذا النوع من العقود عندما ترد على أموال مادية منقولة أو عقارية إلا أنها تختلف عنها، لذلك فهي تخضع لنظام جد معقد من الأحكام القانونية.

### وعليه من خلال ما سبق نطرح الإشكالية التالية:

هل الأحكام القانونية الواردة في القانون التجاري كافية لتنظيم العمليات الواردة على المحل التجاري الذي يتمتع بهذه الخصوصية (مال منقول معنوي يتكون من عناصر مادية ومعنوية)؟

## المنهج المتبع:

نتبع لدراسة موضوع العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية المنهج التحليلي، من أجل تحليل مختلف القواعد القانونية الواردة في القانون التجاري سواء تلك المتعلقة بصفة مباشرة بالمحل التجاري (من المادة 78 إلى المادة 214)، أو تلك التي ليس لها علاقة مباشرة معه ولكن تطبق على هذه العمليات. كما تمتد الاستعانة أيضا بالقوانين الأخرى كتلك المتعلقة بقواعد القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لتناول الأحكام التي لم يرد في شأنها نص خاص في القانون التجاري، وبالقواعد القانونية الخاصة بالعناصر المعنوية التي يمكن أن يتكون منها المحل التجاري. كذلك الاستعانة بالمنهج المقارن وذلك عن طريق التطرق إلى مختلف الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي.

## الفصل التمهيدي

### ماهية المحل التجاري

تختلف الأموال حسب طبيعتها فهناك أموال مادية وأموال معنوية، فالأموال المادية هي تلك الأموال التي لها وجود مادي، مرئي ومحسوس، وهذا النوع من الأموال معروف منذ القدم، وتنقسم هذه الأموال إلى أموال عقارية وأموال منقولة، فالأولى حسب نص المادة 681 ق م ج<sup>1</sup> فإنها كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف، وعليه من أجل إضفاء صفة العقار على شيء معين يجب أن تتوفر فيه ميزتان، تتمثل الأولى في الاستقرار والثبات أي عدم قابلية الشيء للنقل والتحرك، أما الميزة الثانية فتتمثل في أن نقله أو تغيير حيزه المكاني الذي يشغله يؤدي إلى هلاكه وتخريبه، فهذه الميزة الأخيرة تعتبر كنتيجة مترتبة عن نقل العقار، وتأكيدا في نفس الوقت لحتمية استقرار العقار في حيزه.

أما القسم الثاني من الأموال المادية فيتمثل في الأموال المادية المنقولة، فهي على عكس العقار، غير مستقرة في حيز مكاني واحد وإنما يمكن نقلها من مكان إلى آخر هذا من جهة، ومن جهة أخرى النتيجة المترتبة عن قابليتها للنقل أنها لا تتلف ولا تفسد، بل تحتفظ بذاتها وتواجدها، وبالتالي فإنه هناك فرق واضح بين العقار والمنقول.

نضيف أيضا أن هناك أموال بطبيعتها منقولة ولكن يضاف عليها صفة العقارات بالتخصيص، ويشترط لاكتسابها هذه الصفة أن تجتمع ملكية هذه المنقولات وملكية العقار في يد شخص واحد، وأن تخصص لخدمة هذا العقار من طرف مالكها.

يوجد في مقابل ذلك منقولات بحسب المأل، وهي في أصلها عقارات ولكنها ستتغير إلى منقول بعد مدة زمنية معينة غير بعيدة، ولكي تكتسب هذه الصفة يجب أن يتوفر فيها شرطان: يتمثل الشرط الأول في اتجاه إرادة المتعاقدين إلى فصل الأشياء عن الأرض، أما الشرط الثاني فيتمثل في أن فصل الشيء عن العقار أصبح مؤكدا ووشيكاً.

تمتد الأموال المنقولة لتشمل نوع آخر جد مهم من الأموال يتمثل في الأموال المادية المعنوية، وقد ظهر هذا النوع من الأموال حديثاً، إذ لم تعرف قديماً أين كانت الفكرة المادية للأموال هي السائدة والمسيطرة، ولكن مع مرور الوقت ساعدت الظروف التي شهدتها العالم خاصة الثورة الصناعية على ظهور هذا النوع من الأموال، وبدأت شيئاً فشيئاً تكتسب مكانتها ضمن الأموال ككل حتى أن أصبح لها في بعض الأحيان قيمة تفوق تلك التي تتمتع بها العقارات والمنقولات المادية الأخرى.

<sup>1</sup> - الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج، ع 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

يعتبر المحل التجاري من أبرز هذه الأموال المنقولة المعنوية في المجال التجاري، فالتاجر عند ممارسته للتجارة يلجأ إلى استخدام أموال تعينه في نشاطه، فقد ينشأ شركة ويكون المحل التجاري ضمن الأموال التي تستغل فيها كتقديمه كحصة مثلا، كما يمكن أن يستغله التاجر مباشرة دون أن يقدمه كحصة في الشركة، سواء بنفسه أو عن طريق عامل أو منح تسييره لتاجر آخر، وفي حالات أخرى يمكن للتاجر تقديمه كضمان من أجل الحصول على ديون مثلا ... إلخ، كل هذه الحالات وغيرها يبقى المحل التجاري مالا مهما في الحياة التجارية للتاجر.

## المبحث الأول

### مفهوم المحل التجاري

يمثل المحل التجاري أكثر الأموال المعنوية شيوعا والتي يمكن للشخص اكتسابها واستغلالها في النشاط التجاري، ولما يلعبه من دور في تطوير الاقتصاد الوطني للدولة، فعكس الأموال الأخرى التي تتسم بأنها غير مركبة من عدة عناصر مختلفة، وخضوعها لنظام قانوني واحد، فإن المحل التجاري حتى وإن كان مالا مستقلا عن العناصر المكونة له إلا أنه لا ينكر عليه تكونه من هذه العناصر المختلفة عن بعضها البعض، واحتفاظها بذاتيتها داخل المحل التجاري وخضوعها لقانونها الخاص بها، الأمر الذي يجعل المحل التجاري يخضع لنظام قانوني مركب من مجموعة من القوانين منها ما هو متعلق به كمال واحد ومنها ما يتعلق بالعناصر المكونة له.

يعتبر المحل التجاري مالا قابلا للتطوير والتفعيل، وقيمه تزيد بزيادة نشاط التاجر وحنكته في التعامل مع الزبائن الذين يتصلون معه، أو مع الذين يحتمل الاتصال بهم في المستقبل، باعتبار أن هذا العنصر هو الهدف المباشر والمراد تحقيقه من وراء استغلال المحل التجاري، ففي كثير من الأحيان يكون هذا المحل موضوع الكثير من العقود، سواء تلك الناقلة للملكية بعوض أو دون عوض، أو غير ناقلة للملكية وناقلة للحيازة أو غير ناقلة للحيازة.

تقتضي دراستنا للعمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية ضرورة التطرق إلى مفهوم هذا المال الخاص، الذي لا يشبه الأموال الأخرى سواء العقارات أو المنقولات، فسنحاول في هذا المبحث التطرق إلى تعريف المحل التجاري وتمييزه عن مختلف المفاهيم التي يمكن أن يتشابه معها (المطلب الأول)، كما سنخصص أيضا جزء من هذا المبحث للتطرق إلى الطبيعة القانونية للمحل التجاري وذلك عن طريق التطرق إلى مختلف النظريات التي قيلت بشأنه، كما تمتد دراستنا هذه إلى استخراج الخصائص التي يتميز بها هذا المال والتي تجعله يختلف عن الأموال الأخرى على اختلافها (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### تعريف المحل التجاري وتمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة له

نجد بعد العودة إلى القانون التجاري الجزائري أن المشرع لم يعط تعريفا للمحل التجاري يبين فيه المقصود منه، وما طبيعته القانونية هل شخص معنوي لديه الشخصية القانونية يتعاقد مثلما يتعاقد الشخص الطبيعي، أم أنه مال ذو طبيعة عقارية لا يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف، أم أنه مال منقول مادي ملموس له وجود مادي يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف ويمكن التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، أم أنه مال منقول معنوي غير ملموس، بل اكتفى المشرع بتعداد العناصر التي يمكن أن تلعب دورا في تكوينه فقط وهي تتضمن عناصر معنوية وعناصر مادية.

إن المشرع بهذا النهج ترك مهمة تقديم تعريف للمحل التجاري للفقهاء، وحسن ما فعل باعتبار أن مهمته هي تشريع القوانين وليس تقديم تعاريف ونظريات، وعليه كمدخل لدراستنا هذه سنحاول تناول بعض التعاريف التي قدمت للمحل التجاري على أن نقدم في الأخير التعريف الجامع له.

تمتد دراستنا في هذا المطلب بعد تقديم تعريف للمحل التجاري (الفرع الأول) إلى التمييز بين هذا الأخير ومختلف المفاهيم التي قد تتشابه معه (الفرع الثاني)، سواء من قريب أو بعيد، وذلك من أجل تحديد مفهومه بدقة وتبيان طبيعته الخاصة، لأنه كثيرا ما يتم الخلط بينه وبين هذه المفاهيم التي لها معنى آخر غير معنى المال المنقول المعنوي، ولها نظام قانوني خاص بها.

## الفرع الأول

### تعريف المحل التجاري

أطلق الفقهاء مجموعة من التعاريف للمحل التجاري إلا أننا نتناول منها مايلي:

يعرف المحل التجاري على أنه (منقول معنوي يتكون من مجموعة من العناصر المنقولة بعضها مادي كالبضائع والآلات والمعدات وبعضها معنوي كالعنوان والاسم التجاري والحق في الإيجار والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية وحقوق الملكية الصناعية، وكلها تهدف إلى جذب العملاء إلى تجارة معينة، وبالتالي يتحقق هدف المشروع التجاري).

والمحل التجاري وإن كان يتكون من مجموعة من العناصر إلا أنه يختلف عن العناصر الداخلة في تكوينه، فهو وحدة واحدة قائمة بذاتها، وهذه فكرة معنوية. فهو يتكون من مجموعة من الأموال ولكنه ليس هذه الأموال،

والأموال أو العناصر التي يتكون منها المحل التجاري لا تزوب في ذات المحل- وهو مال منقول معنوي متميز عنها- بل يبقى كل عنصر من هذه العناصر محتفظا بذاتيته وخصائصه كمال منقول مادي أو معنوي<sup>1</sup>.

يعرف أيضا 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 الحق في الإيجار وحقوق الملكية الصناعية والتي تشكل في مجموعها المحل التجاري وتساهم في تحديد قيمته، ويشكل هذا المحل ملكية قابلة للتنازل والانتقال)<sup>2</sup>.

يعرف أيضا على أنه (المحل التجاري ليس هو المكان الذي يباشر فيه التاجر تجارته، وإنما هو الأموال المنقولة التي يستخدمها التاجر في مباشرته لتجارته، وهذه الأموال منها ما يعد من قبيل المنقولات المادية ومنها ما يعتبر من منقولات معنوية، والمحل التجاري لا يتشكل من هذه الأموال منظورا إلى كل عنصر منها على حدة، وإنما بالنظر إلى هذه الأموال كمجموع قانوني، فإذا كان عنصر من العناصر التي تتركب منها الأموال التي يستخدمها التاجر في ممارسة الأنشطة يمثل حقا له قيمة مالية في ذمة التاجر يستطيع أن يستغله أو يستعمله أو حتى يتصرف فيه، فالمحل التجاري لا يتحقق له الوجود القانوني إلا بالنظر إلى هذه الأموال كمجموع قانوني يقوم التاجر بالتأليف بين عناصره على وجه متميز فيه هذه العناصر لتكون كتلة واحدة مخصصة لخدمة النشاط الذي يمارسه التاجر)<sup>3</sup>.

يمكن لنا تقديم تعريف للمحل التجاري انطلاقا من هذه التعاريف التي قدمها الفقهاء كما يلي: المحل التجاري إذن هو مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، يتكون من مجموعة من العناصر بعضها مادي

1 - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، د س ن، ص129.

Voir sur la définition de la clientèle Oswald SEIDOWSKY, Le fonds de commerce numérique, Thèse pour le doctorat en droit privé, Faculté de droit, Université de Panthéon- Assas ( Paris II), 2006, pp09-10.

2 - علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، موفم للنشر، الجزائر، 2002، ص169.

« Le fonds de commerce est un bien qui se compose à la fois d' éléments corporels( le mobilier, le matériel et l' outillage, les marchandises), et incorporels( la clientèle, le droit au bail, l' enseigne ou le nom commercial, les brevets et marque de fabrique, etc).

Cependant, le stock n' est généralement pas compris dans la valeur du fonds et doit faire l' objet d' une évaluation distincte lors de la cession. Son également exclus: les dettes, les créances, les biens immobiliers. Le fonds de commerce se définira comme un ensemble de droit négociables: l' ensemble des droits et biens et des droits mobiliers appartenant à un commerçant, lui permettant l' exercice de sa profession, et susceptibles d' être cédés ou loués ensemble ou séparément». Lise Chatain- AUTAJON, La notion de fonds en droit privé, Litec, France, 2006, p147. Voir aussi Joël MONÉGER, Amertgence et évolution de la notion de fonds de commerce, A.J.D.I., n° 12, 2001, p1046.

3 - سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003-2004، ص ص339-340.

« Le fonds de commerce est un ensemble des éléments de nature à attirer la clientèle intéressée par le produit vendu ou la prestation offerte on vue de l' enrichissement de celui qui assume le risque d' une telle entreprise, c'est-à-dire celui de la perte des investissements qu' il a faits pour l' acquérir, le maintenir et le développer». Dominique LEGEAS, Droit commercial et des affaires, 19<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2011, p67.

كالبضائع والأثاث، وبعضها الآخر معنوي كالاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، العنوان والاسم التجاري والحق في الإيجار، حيث تتحد هذه العناصر فيما بينها وتشكل كيان مستقل بذاته ويختلف بطبيعته عن العناصر المكونة له، ويخضع كذلك لأحكام تختلف عن الأحكام التي تسري على عناصره على حدة، كما أن هذه الأخيرة حتى وإن كانت تتحد فيما بينها إلا أنها تحتفظ بذاتيتها وتخضع للأحكام الخاصة بها، وترد عليه مختلف العمليات والتي يجب إفراغها في شكل رسمي لدى الموثق.

## الفرع الثاني

### تمييز المحل التجاري عن بعض المفاهيم المشابهة له

يظهر لنا من خلال التعريف الذي قدمناه للمحل التجاري أنه رغم اختلاف طبيعة العناصر المكونة له من حيث طبيعتها ونظامها القانوني، إلا أنها تتلاحم وتتحد فيما بينها لتشكل لنا مال من نوع خاص يتميز عنها، ويخضع لنظام مختلف عن ذلك الذي تخضع له هذه العناصر المكونة له، وهذا المال يعتبر من أهم أموال التاجر التي يستغلها في نشاطه لتحقيق الربح، والمساهمة في تطوير الاقتصاد.

من المؤكد أن المحل التجاري بهذا المفهوم يختلف عن الأموال الأخرى، سواء كانت مادية ذات طبيعة عقارية كالشقة أو مادية ذات طبيعة منقولة كالسيارة، أو منقولة ذات طبيعة معنوية كالعلامات، وعليه سنحاول أن نميز بينه وبين بعض المفاهيم التي قد تتشابه معه، ومن بينها نتناول مايلي:

**أولاً: تمييز المحل التجاري عن الشركة:** إذا كان المحل التجاري مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، يتكون من مجموعة من العناصر بعضها مادي وبعضها الآخر معنوي، فإن الشركة حسب نص المادة 416 ق م ج تعتبر عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملوا الخسائر التي قد تنجر عن ذلك، وتعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً معنوياً<sup>1</sup>.

قد تقوم الشركة باعتبارها شخصاً معنوياً بأعمال مدنية، كما قد تقوم بأعمال تجارية، فالعقد التأسيسي للشركة هو الذي يحدد الموضوع أو النشاط الذي تقوم به الشركة، غير أنه إذا كان في تحديد طبيعة الشركة يجب الرجوع إلى نشاطها، فإن المشرع الجزائري لم يكتف بهذا المعيار الموضوعي للتمييز بين الشركة التجارية والمدنية، بل تبنى أيضاً في هذا الصدد المعيار الشكلي واعتبر الشركة التي تتخذ شكلاً من الأشكال التي ذكرت في القانون التجاري،

<sup>1</sup> - المادة 417 ق م ج.

عرف الأستاذ عمار عمورة الشركة على أنها «عقد يشترك شخصان أو أكثر لأجل القيام بمشروع مالي مشترك بغية اقتسام ما تبقى من ربح أو خسارة، كما أنها عقد رضائي لأنها تنشأ من توافق إرادتين أو أكثر. هذا وينفرد عقد الشركة عن غيره من العقود في أنه ينشأ شخصاً معنوياً جديداً مستقلاً ومتميزاً عن شخصية كل من الشركاء، ولذلك فإن كلمة الشركة تعني في نفس الوقت العقد والشخص المعنوي الذي يتولد عنه». عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009، ص126.

كشركة التضامن، أو شركة التوصية البسيطة أو شركة التوصية بالأسهم أو شركة المسؤولية المحدودة أو شركة المساهمة، والشركة التجارية تخضع لأحكام القانون التجاري حتى ولو كان نشاطها مدنيا محضا<sup>1</sup>.

يمكن لنا القول أن الشركة مفهوم قانوني وهي شخص اعتباري، في حين أن المحل التجاري هو مجموعة الأموال، وهو عنصر من ذمة التاجر، وقد يكون عنصرا من ذمة الشركة مادام المحل أموالا وليس شخصا. كما يمكن للشركة الواحدة أن تستغل أكثر من محل تجاري، فتتنوع وتتعدد بتنوع النشاطات التجارية ومكانها<sup>2</sup>.

**ثانيا: تمييز المحل التجاري عن فرع الشركة:** على الرغم من أنه ينتمي إلى مفردات الحياة التجارية، إلا مصطلح الفرع لم يتم تعريفه تعريفا قانونيا معينا، ومن ثم فإن الفقه هو من وضع تدريجيا مفهوم الفرع، إذ يتكون الفرع من اتحاد عنصران: غياب الشخصية القانونية واستقلالية التسيير. إن هذا التعريف يقترب بالتأكيد من المؤسسة الثانوية.

يسمح غياب الشخصية القانونية بتمييز الفرع عن الشركة التابعة: فالشركة التابعة هي شخص معنوي، مستقل قانونا حتى وإن كان تابعا اقتصاديا لشركة الأم التي تسيير مجموعة من الشركات، أيضا لا يمكن الاعتراف بالفرع عندما يتمتع المستغل بحرية كاملة في التصرف.

في ظل هذه الظروف، فإن استقلالية الفرع يصعب تحديده لأنه اقتصادي أكثر منه قانوني: ويمكن القول أن كل فرع يجب أن يكون مرافق دائم ويجب أن يسير من طرف شخص لديه القدرة على التعامل مع الغير وإلزام الشركة، فالفرع يختلف عن المؤسسة البسيطة أين يقتصر المسير على إيصال أوامر مدير المؤسسة<sup>3</sup>.

**ثالثا: تمييز المحل التجاري عن المشروع الاقتصادي:** استعملت الدكتورة فرحة زراوي صالح مصطلح المؤسسة للدلالة على المشروع الاقتصادي وعرفتها على أنها مجموعة عوامل مختلفة بشرية أو مادية مستعملة لتحقيق غرض معين هو الإنتاج بمعناه الواسع، أي إنتاج أموال أو خدمات، ويظهر من هذا أن تعريف المؤسسة يؤكد على مفهومها الاقتصادي أكثر منه قانوني<sup>4</sup>.

أما المحل التجاري فهو مجموع من الأموال المادية والمعنوية التي تستخدم في الاستغلال التجاري، في حين أن المشروع يضم إلى جانب الأموال المذكورة العناصر البشرية اللازمة لهذا الاستغلال، فبينما يعتبر المحل التجاري واحدا من العناصر اللازمة للاستغلال فإن المشروع يضم جميع العناصر اللازمة له.

<sup>1</sup> - نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، دار هومة، الجزائر، 2004، ص ص 20-21. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، الهيئة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، ط 3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 232 وما بعدها. أنظر أيضا نص المادة 544 ق ت ج.

Voir aussi Yves GUYON, Droit des affaires, Tome 1, 9<sup>ème</sup> éd., Economica, Paris, 1996, p130.

<sup>2</sup> - علي بن غانم، مرجع سابق، ص 170.

<sup>3</sup> - Yves REINHARD et Jean-Pascal CHAZAL, Droit commercial, 6<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 2001, p369.

<sup>4</sup> - فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الأول، دار الخلدونية، الجزائر، 2001، ص 6. أنظر أيضا علي بن غانم، مرجع سابق، ص 170.

ويكون لاختلاف المحل التجاري عن المشروع أثره في دراسة كل منهما، فبينما تدور دراسة المحل التجاري على العناصر التي يتركب منها مادية كانت أو معنوية وهي الأموال التي تستخدم في الاستغلال، فإن المشروع يستوجب إلى جانب ذلك بحث دور العناصر البشرية في الاستغلال وهو دور له أهمية كبيرة سواء من الناحية الاقتصادية أو القانونية من ذلك أن دراسة المشروع تبحث عن العلاقة بين رب العمل والعمال، وتنظم هذه العلاقة قواعد خاصة يطلق عليها قانون العمل، كما تعني دراسة المشروع ببحث أساليب الإدارة والتنظيم وهي مسألة يهتم بها علم الاقتصاد<sup>1</sup>.

**رابعاً: تمييز المحل التجاري عن الاستغلال الحرفي:** يوجد بجانب التاجر شخص آخر يتشابه معه في احتراف نشاط معين إلا أن هذا الأخير لا يعتبر تاجراً وإنما حرفياً، كالنجار والحداد إذ هو الذي يقتصر على استغلال نشاطه ومواهبه الشخصية بصفة أساسية ولا يؤثر في ذلك أن يعتمد على عدد من صبيانته 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<sup>2</sup>. فالأعمال الحرفية تبقى ذو طبيعة مدنية وبالتالي غياب التضامن، أدلة الإثبات، أحكام التقادم<sup>3</sup>.

كما أن المستغل في المحل التجاري تكون له دائماً صفة التاجر لأن المحل التجاري يقوم على استغلال النشاط التجاري، ومتى كان الشخص يقوم بالأعمال التجارية على وجه الاحتراف فإنه يكتسب صفة التاجر، صف إلى ذلك فإن المشرع أسبغ الصفة التجارية على بعض الأعمال ولو وقعت مرة واحدة كما أن أعمالاً أخرى لم يسبغ المشرع عليها الصفة التجارية إلا إذا وقعت على وجه المقابلة<sup>4</sup>.

**خامساً: تمييز المحل التجاري عن الاستغلال المدني:** قد يتوفر في الاستغلال المدني عنصر الاتصال بالعملاء والحق في الإيجار والأثاث والمهمات والأجهزة، كما هو الحال في مكاتب المحامين والمهندسين وعيادات الأطباء، وبالرغم من ذلك لا تعتبر هذه المكاتب أو العيادات من قبيل المحال التجارية لفقدان الصفة التجارية للنشاط الذي تقوم به فلا تعتبر محلات تجارية ولا تطبق على التصرف فيها أحكام بيع ورهن المحال التجارية<sup>5</sup>.

كذلك يعد التنازل عن المحل التجاري تنازلاً عن عنصر الاتصال بالعملاء لأن هذا العنصر ينتج من اجتماع سائر العناصر التي يتركب منها المحل وتتهيئتها لاستقبال الجمهور، فهو عنصر وثيق الصلة بالعناصر الأخرى

<sup>1</sup> - علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، د س ن ، ص58. أنظر أيضاً نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، ج1 و2، دار هومة، الجزائر، 2011، صص18-19.

Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, Fonds de commerce, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, France, 2011, p20-23.

<sup>2</sup> - « قد يمارس الحرفي نشاطه في مكان به بعض الآلات أو البضائع كما يكون له عملاء، ومع ذلك فلا تسري على نشاطه الأحكام الخاصة بالمحل التجاري فلا يكون له التنازل عن العملاء». محمد حسنين، في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص236. أنظر أيضاً نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص22.

<sup>3</sup> - « Certes les activités artisanales restent des activités de nature civile, ainsi l'absence de solidarité, les moyens de preuve, les règles de prescription». Lise Chatain- AUTAJON, op-cit, p70.

<sup>4</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص63. أنظر نص المادة 2 ق ت ج.

<sup>5</sup> - محمد حسنين، مرجع سابق، ص235. أنظر أيضاً علي حسن يونس، مرجع سابق، ص61.

ويكون له ارتباط مباشر بها، في حين أن عنصر الاتصال بالعملاء في النشاط المدني لا يجوز التنازل عنه إلى الغير لأن العملاء في النشاط المدني يرتبطون بالشخص القائم بالنشاط وليس بالعناصر الأخرى التي تستخدم في الاستغلال كموقع المحل أو المعدات وما إليها<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### الطبيعة القانونية للمحل التجاري وخصائصه

نص المشرع الجزائري في المادة 78 ق ت على أن المحل التجاري يتكون من عدة عناصر منها ما هو مادي ومنها ما هو معنوي، إلا أنه نص على إلزامية وجود عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، أي العناصر المعنوية وليس العناصر المادية، فرغم أن هذه الأخيرة تساهم في تشكيله إلا أنها لا تتمتع بنفس الأهمية بالمقارنة مع عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، فالعناصر المعنوية تغطي على العناصر المادية للمحل.

تتحد مجموعة العناصر المكونة للمحل التجاري فيما بينها وتشكل لنا وحدة واحدة مستقلة تختلف عن العناصر المكونة لها، حيث يمكن إبرام مختلف العمليات القانونية على هذا المحل المكون، مثله مثل باقي الأموال الأخرى التي يمتلكها الشخص، إلا أنه ليس بمنقول مادي تسري عليه قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز وتساهم في تكوينه عناصر عدة، ولا هو بعقار لا يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف، فهو يمكن نقله من مكان لآخر دون أن يتعرض للتلف.

إن المحل التجاري بهذا الوصف الأكيد أنه يتمتع بمجموعة من الخصائص تجعله يتميز عن غيره من المفاهيم الأخرى المشابهة له.

## الفرع الأول

### الطبيعة القانونية للمحل التجاري

اختلف الفقه في إعطاء تكييف قانوني للمحل التجاري، وذلك نظرا لمقومات هذا المال المختلفة من حيث طبيعتها والأحكام التي تسري عليها، فإلى جانب اتحادها وتشكيلها للمحل التجاري الذي بدوره يتميز عن هذه المقومات ويخضع لأحكام غير تلك التي تسري على هذه المقومات، فإن هذه الأخيرة تحتفظ بذاتيتها وطبيعتها الخاصة بها ولا تدوب في المحل التجاري.

رأينا أعلاه أن هذا المال يختلف عن غيره من الأموال الأخرى كما يختلف عن الشركة، العقار، المنقول المادي، وفي سبيل تحديد طبيعته طرح الفقه مجموعة من النظريات فهناك من يقول بأن المحل التجاري يشكل ذمة

<sup>1</sup> - نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص 20-21.  
20

مستقلة أو مجموع قانوني ورأى جانب آخر أنها تشكل مجموع واقعي، أما الرأي الثالث فيقول أنه ملكية معنوية،  
مختلف عن العناصر المكونة له<sup>1</sup>، وعليه سنحاول تناول هذه النظريات كما يلي:

**أولاً: نظرية المجموع القانوني (الذمة المستقلة):** سنحاول في هذه النقطة دراسة رأي القائلين بنظرية المجموع القانوني والحجج التي يستندون إليها لتبرير موقفهم من الطبيعة القانونية للمحل التجاري، كما سنتناول أيضا النقد الموجه لهذه النظرية.

**أ- مضمون النظرية:** يرى جانب من الفقه أن المحل التجاري يعتبر مجموعا قانونيا يكون ذمة تخصيص<sup>2</sup> يكون داخل ذمة التاجر لغرض اقتصادي معين ومستقلة عن بقية ثروته، لها أصولها وخصومها الخاصة، وتؤدي نظرية المجموع القانوني إلى إقامة حد فاصل بين المحل بوصفه ذمة تجارية بالتخصيص من جهة والذمة المدنية للتاجر من جهة أخرى، فتستقل هذه الذمة التجارية أو بالتخصيص بحقوقها وديونها عن باقي أموال التاجر وعلى نحو لا يكون فيه لدائن هذه الذمة المخصصة الرجوع إلا على ما تتضمنه من أموال دون بقية أموال التاجر، ولا يكون للدائنين الآخرين الرجوع على أموال ذمة التخصيص إذ هي لا تدخل في ضمانهم العام<sup>3</sup>، حيث أن الدائن بدين شخصي للمدين ولا علاقة له بالمحل التجاري (كدين الطبيب) لا يستطيع التنفيذ به على المحل التجاري ومن ثم ينفرد دائنوا المحل التجاري بالتنفيذ عليه دون مزاحمة الدائنين الآخرين للتاجر، فيصبح بذلك المتجر وحدة قانونية مستقلة عن شخص التاجر<sup>4</sup>، وهذا ما هو معمول به في ألمانيا أين المحل التجاري ينتقل إلى المالك بالحقوق والالتزامات مثلما هو معمول به في الميراث، لأن في هذا البلد المحل التجاري يعتبر كمجموع قانوني<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - Req. 13 mars 1888, DP., 1888, I, p351. Voir aussi Cass. Civ. 31 oct. 1906, DP. 1906, I, p528.

<sup>2</sup> - الذمة المالية هي مجموعة حقوق والتزامات الشخص، فكل شخص له ذمة مالية.

Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, Droit commercial, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, paris, 2017, p251.

<sup>3</sup> - محمد فهمي الجوهري، القانون التجاري، د د ن، د ب ن، 2007، ص 187. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، القانون التجاري، ج 1، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998، ص 364 وما بعدها. أنظر أيضا نسرين شريقي، سلسلة مباحث في القانون، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 72. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 183 وما بعدها.

« L' universalité de droit est un ensemble de valeurs, le droit, ayant entre eux un lien juridique commun, et constituant un être fictif indépendant de ses parties constitutive. C' est un tout unique ayant une nature uniforme et susceptible de droits spéciaux. On range parmi les universalités de droit, le patrimoine, l' hérité». Henry LORDEREAU, Vente et nantissement des fonds de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 1900, p13. Voir aussi Patrice GIRON ( sous la direction de Jean-Claude Masclet), Droit commercial, 5<sup>ème</sup> éd., Foucher, France, 2010, p71.

«... Le fonds de commerce est une universalité mobilière, insusceptible de cession partielle». Com. 17 déc. 1991, n° 89-17.028, bull. Civ, IV, n° 191, p271. Voir aussi Com. 12 nov. 1992, n° 90-20.845, bull.Civ. n° 350, p250. Voir aussi Com. 26 oct. 1993, n° 91-15.877, bull. Civ. IV, n° 362, p263. Voir aussi Jean DERRUPÉ, Organisation générale du commerce, Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, n° 01, 1994, p37.

<sup>4</sup> - عباس حلمي، القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 69. أنظر أيضا نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص 45. أنظر أيضا سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط4، دار النهضة العربية، 2000، ص 52-53.

<sup>5</sup> - Henry LORDEREAU, op- cit, pp15-16.

« ... Dans ce pays ( Allemagne) où la coutume était assez répandue selon laquelle son expression juridique impliquait, qu' il fût séparé du patrimoine général du commerçant». Paul Le FLOCH, Le

اختلف الفقه من جديد حول تكييف هذه الذمة فمن الفقه من ذهب إلى أن الاعتراف للمحل التجاري بذمة مالية مستقلة يستوجب القول بأن المحل التجاري شخص معنوي لأن الذمة تستوجب وجود الشخص الذي تقطن فيه، في حين ذهب فريق آخر إلى أن المحل التجاري لا يعتبر شخصا معنويا مستقلا عن شخص المستغل أو المالك إذ لا يتأتى أن يكون الشخص المعنوي مملوكا لهذا المستغل، ومع ذلك يكون المحل التجاري ذمة مالية مخصصة داخل الذمة العامة للمستغل<sup>1</sup>.

ب- **نقد النظرية:** إن موقف هذه النظرية اتجاه المحل التجاري واعتباره ذمة مالية مستقلة أو مجموع قانوني لم يسلم من الانتقاد ولم يتم التسليم به للأسباب التالية:

1- إن القول بازدواجية الذمة المالية للشخص الواحد يخالف مبدأ وحدة الذمة المالية الذي أخذ به المشرع الجزائري والذي مفاده أن للشخص الواحد ذمة مالية واحدة فقط ضامنة لجميع ديونه مهما كانت طبيعتها مدنية أو تجارية، وهذا ما يظهر لنا من خلال نص المادة 1/188 ق م ج التي تنص على أنه (أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه)<sup>2</sup>.

نجد تطبيق هذا المبدأ أيضا في نص المادة 1/84 ق ت ج التي تنص على أنه (يمكن لكل دائن للمالك السابق سواء أكان أو لم يكن دينه مستحق الأداء في خلال خمسة عشر يوما ابتداء من تاريخ آخر يوم تابع للإعلان أن يعارض في دفع الثمن بواسطة عقد غير قضائي).

نستنتج من خلال هذه الفقرة أن المشرع منح لكل دائن من دائني بائع المحل التجاري (أي المالك السابق) دون تمييز لطبيعة الدين التجاري كان أم مدني إمكانية الاعتراض على دفع الثمن في عملية بيع المحل التجاري.

2- تتعارض هذه النظرية مع نظام الإفلاس الذي يخول لجميع الدائنين سواء كانت ديونهم تجارية أو مدنية حق التقدم في التفليسة والاشتراك في قسمة أموال المفلس قسمة غرام<sup>3</sup>.

---

fonds de commerce, Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Rennes, 1982, p52.

<sup>1</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 61.

<sup>2</sup> - أنظر عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 159. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 186. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 365-366.

Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p42.

« نشير في هذا المقام أنه صحيح أن للشخص الواحد ذمة مالية واحدة تكون ضامنة لجميع ديونه، إلا أنه هناك استثناء عن هذا الحكم يتمثل في النظام المطبق على الشركة ذات المسؤولية المحدودة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وذات الشخص الوحيد، أين يكون للشخص ذمتين ماليتين مستقلتين عن بعضهما البعض، ذمة مالية متعلقة بنشاطه التجاري وذمة مالية أخرى مدنية».

Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, pp44-45.

<sup>3</sup> - محمد أنور حمادة، التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص 10. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 366. أنظر أيضا نص المادة 216 ق ت ج.

3- تتعارض هذه النظرية مع كون التنازل عن المحل التجاري لا يؤدي بقوة القانون إلى انتقال الحقوق والديون الناشئة عن المحل التجاري إلى المتنازل إليه إذ تبقى قائمة في ذمة التاجر إلا إذا وجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك، كأن يتم الاتفاق في عقد البيع على انتقال الحقوق والديون إلى مشتري المحل التجاري، أو انتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد العمل إذ يشترط القانون أن تبقى عقود العمل قائمة في حالة التنازل عن المنشأة إلى شخص آخر<sup>1</sup>.

4- لا يسوغ اعتبار المحل التجاري شخصا معنويا لفقدان مقومات الشخصية المعنوية، فالاعتراف بالشخصية المعنوية وسيلة يقصد منها تيسير قيام الروابط القانونية بين مجموع معين وبين الغير، ولا تظهر حكمة ذلك بالنسبة للمحل التجاري<sup>2</sup>.

كما أنه بالعودة إلى نص المادة 49 ق م ج<sup>3</sup> التي حددت الأشخاص المعنوية فإننا لا نجد أن المحل التجاري المذكور ضمن هذه الأشخاص المعنوية ما يفرض علينا بالضرورة استبعاد هذه الفرضية وعدم التسليم بها.

**ثانيا: نظرية المجموع الواقعي:** ظهرت هذه النظرية بعد نظرية المجموع القانوني وقد اعتمدوا على مبدأ مغاير للذي اعتمد عليه أصحاب هذه الأخيرة، إذ يقولون أن المحل التجاري ما هو إلا مجموع واقعي وليس مجموع قانوني، وعليه سنحاول دراسة مضمون نظريتهم على أن نعقبه بالتطرق إلى الانتقادات التي أعطيت لهم.

**أ- مضمون النظرية:** تلافيا للانتقادات التي أصابت نظرية المجموع القانوني، فإن جانب من الفقه ذهب إلى أنه وإن كان المحل التجاري لا يؤدي إلى خلق ذمة مستقلة، إلا أنه عبارة عن مجموع واقعي من المال نشأ من وجود رابطة فعلية واقعية تساهم في إنشاء وضع جديد من جماع عناصر المحل التجاري المادية والمعنوية، والتي بمقتضاها يحصل الاستغلال التجاري، فاجتماع عناصر المحل التجاري من أجل هدف مشترك هو القيام بالاستغلال التجاري هو الذي يجعل للمتجر كيانا قائما بذاته ومتميزا عن كل عنصر من العناصر المختلفة التي

<sup>1</sup> - نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص46. أنظر أيضا علي بن غانم، مرجع سابق، ص174.

Voir aussi Henry LORDEREAU, op- cit, p14.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الرقنسة بتاريخ 21 جوان 1950 على أن « الديون المملوكة من قبل التاجر حتى ولو لأسباب تجارية لا تصبح بالضرورة عنصرا للمحل التجاري، ولا يمكن إدراجها في عقد التصرف في المحل التجاري إلا بموجب اتفاق صريح للطرفان».

Com. 21 juin 1950, n° 1.435, bull. Civ. II, n° 224, p153. Voir aussi Com. 11 juin 1981, n° 79-16.748, bull. Civ. IV, n° 264, p210.

قضت محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 19 جوان 1991، أنه « من المسلم به أن المحل التجاري ليس بذمة مالية مستقلة، ولا يشمل لا المستحقات ولا ديون التاجر، وبالنتيجة، فإن العقود غير مدرجة؛ باستثناء فقط بالنسبة لبعض منها المقبولة بموجب القانون، كعقود العمل، التأمين، النشر والإيجار. أما بالنسبة للعقود الأخرى، يتعين على الأطراف أن تنص على إدراجها بطريقة صريحة أو ضمنية، وفي الحالة الوحيدة التي تكون فيها هذه العقود لم تبرم نظرا لصفات شخصية».

CA. Paris 19 juin 1991, D., 1992, p389. Somm. Voir aussi CA. Paris 23 jan. 1992, D., 1992, p126. IR.

<sup>2</sup> - محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص ص187-188. أنظر أيضا أحمد بلودنين، المختصر في القانون التجاري الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2012، ص71.

<sup>3</sup> - حددت المادة 49 ق م ج الأشخاص المعنوية كما يلي: الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف، كل مجموعة أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية.

تساهم في تكوينه<sup>1</sup>، ويضيف الأستاذان Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT أن المحل التجاري ما هو إلا عنصر من بين العناصر المكونة للذمة المالية لمالكه سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا<sup>2</sup>.

يؤدي الاعتراف للمحل التجاري بذاتيته وكيان مستقل عن العناصر المختلفة التي يتألف منها أن له أحكاما قانونية مستقلة عن تلك التي يمكن أن تحكم كل عنصر من هذه العناصر على انفراد، والدليل على ذلك أن الأحكام القانونية الخاصة ببيع ورهن المحل التجاري مختلفة عن الأحكام التي يمكن أن تسري على أي من عناصره الداخلة في تكوينه إذا ما أمكن بيعها أو التصرف فيها بطريقة منفردة<sup>3</sup>.

يتمتع المحل التجاري بهذه الصفة بالحماية القانونية بمقتضى دعوى المنافسة غير المشروعة من أي عمل يهدف إلى تظليل العملاء وتحويلهم عن المحل، وهذه الحماية التي يتمتع بها المحل لا تختلط بالحماية الخاصة التي قد يتمتع بها كل من عناصره المختلفة<sup>4</sup>. فعلى سبيل المثال إذا كان المحل التجاري يتضمن من بين العناصر المكونة له علامة تجارية فإن هذه الأخيرة تخضع لحماية خاصة بها نجد أساسها في الأمر 06/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالعلامات<sup>5</sup>، حيث لا تختلط الحماية المقررة لعناصر المحل التجاري على حده بالحماية المقررة للمحل التجاري كمجموع واقعي.

كما أن لكل عنصر من هذه العناصر نظام قانوني خاص به، بالرغم من أنها عناصر يملكها التاجر ويخصصها لتحقيق غاية معينة فلن تندمج هذه العناصر في المحل التجاري، فلا شك أن العمليات أو التعاقدات التي يقوم بها التاجر ترد على المتجر المأخوذ بمجمله، فالتغيير الذي يمكن أن يقع على مكوناته لا يؤثر على وجوده إلا إذا كان الأمر يتعلق بزوال عنصر الاتصال بالعملاء<sup>6</sup>. ومثال ذلك أن يقوم صاحب المحل التجاري ببيع

---

<sup>1</sup> - محمد فريد العربي وجلال وفاء محمددين، مرجع سابق، ص 367-368. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 53-54. أنظر أيضا عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، ط2، ديوان المطبوعات الجزائرية، د ب ن، 2012، ص62. أنظر أيضا نسرين شريقي، مرجع سابق، ص72. أنظر أيضا محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص10.

Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p41.

<sup>2</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p41.

<sup>3</sup> - نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص47.

« L' universalité de fait est un simple agrégat de valeurs sans liens juridique entre elles, juxtaposées et rassemblées par la volonté des parties en vue d' une destination unique et déterminée, mais continuant, malgré cette réunion de fait, d' exister individuellement et séparément, sans être incorporées et en quelque sort absorbées dans un tout d' une nature uniforme». Henry LORDEREAU, op- cit, p13. Voir aussi Cass. Civ. 12 jan. 1937, DH., 1937, p99.

<sup>4</sup> - مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص196. أنظر أيضا نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص47.

<sup>5</sup> - أنظر نص المادة 26 وما بعدها من الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالعلامات.

<sup>6</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص190. أنظر أيضا عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص159. أنظر أيضا نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص47-48.

بعض العناصر المادية للمحل التجاري كالبضائع مع احتفاظه ببعض العناصر الأخرى وبالذات مثل حق الاتصال بالعملاء فيظل صاحب المتجر متمتعاً من الناحية القانونية بملكية محله التجاري في هذا المثال.

كذلك يرى أنصار نظرية المجموع الواقعي أن المحل التجاري وإن كان يشمل بعض العناصر المادية، إلا أنه يعتبر في مجموعه منقولاً معنوياً من حيث طبيعته المالية وذلك نظراً لغلبة العناصر المعنوية التي تسود تكوين هذا المجموع<sup>1</sup>.

ب- نقد النظرية: بالرغم من أن هذه النظرية تؤدي إلى الفصل بين المحل التجاري وعناصره إلا أنها تفتقر إلى مدلول قانوني محدد، فإما أن نكون إزاء مجموع يعترف به القانون فنكون حينئذ أمام مجموع قانوني وهذا يعيدنا إلى النظرية السابقة ويعرضها لذات الانتقاد، وإما أن نكون إزاء مجموع لا يعترف به القانون وهو حينئذ مخالف لأحكام القانون ولا يعتد به<sup>2</sup>.

فهذه النظرية لم تفعل سوى القيام بتقرير الواقع بشأن المحل التجاري دون القيام بتفسيره، ذلك أن هذه النظرية قررت مجرد إثبات الحالة التي تلتقي فيها هذه العناصر الداخلة في تكوين المحل التجاري من أجل استغلاله تجارياً، ولكنها لم تكشف مطلقاً عن الطبيعة القانونية للمتجر نفسه<sup>3</sup>. أما المشرع فقد حدد لكل عنصر من عناصر المحل التجاري طبيعته القانونية<sup>4</sup>.

ثالثاً: نظرية الملكية المعنوية: نظراً للانتقادات التي تعرضت لها النظريتان السابقتان فقد ظهرت نظرية حديثة ترى أن المحل التجاري من حيث طبيعته القانونية عبارة عن حق ملكية معنوية، هذه الملكية يطلق عليها الملكية التجارية للمحل التجاري<sup>5</sup>، وهناك من قال أنها حق في الاتصال بالعملاء<sup>6</sup>، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية ذلك ابتداء من القرن العشرين في قرارها الصادر بتاريخ 26 جانفي 1914<sup>7</sup>.

1 - محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 369. أنظر أيضاً علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 54.

2 - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 159-160. أنظر أيضاً محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 10.

3 - حمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 369. أنظر أيضاً فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 192.

4 - أحمد بلودنين، مرجع سابق، ص 72. أنظر أيضاً نسرین شريقي، مرجع سابق، ص 72.

5 - محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 369. أنظر أيضاً محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 10.

تسمى هذه النظرية في الفقه العربي عموماً بنظرية الملكية المعنوية، أما الدكتور ياملكي أكرم فسمها نظرية المال المنقول غير المادي. ياملكي أكرم، القانون التجاري الأردني، دراسة مقارنة، ج 1، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1998، ص 182.

ترى الدكتورة فرحة زراوي صالح أن المحل التجاري في الحقيقة نوع من الملكية المعنوية يرتكز أساساً على عنصر الاتصال بالعملاء، وبصورة تبعية على عناصر أخرى الغرض منها الاحتفاظ بالزبائن. فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 193. أنظر أيضاً عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص 62.

6 - Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, op- cit, p253.

7 - قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 26 جانفي 1914، أن « نص المادة 2279 ق م المتعلقة بالحياسة في المنقول سند الحائز لا تطبق على المحل التجاري، وبالتالي يعتبر القرار الذي منح للمشتري الحق في التمسك بقاعدة الحياسة في المنقول سند الحائز على الفندق يعتبر قراراً غير سليم يستوجب نقضه».

Cass. Civ. 26 jan. 1914, DP., 1914, I, p112. Voir aussi Com. 16 fév. 1993, n° 91-13.277, bull. Civ. IV, n°63, p42.

حيث تقوم هذه النظرية أساسا على ضرورة التفرقة بين المحل التجاري باعتباره وحدة مستقلة، وبين عناصره المختلفة الداخلة في تكوينه وأن حق التاجر على محله ليس إلاحق ملكية معنوية يرد على أشياء غير مادية مثله في ذلك مثل حقوق الملكية الصناعية والفنية، ويختلف بالتالي عن حقه على كل عنصر من عناصر المحل التجاري<sup>1</sup>، فالتنازل عن عنصر لوحده لا يعتبر تنازلا عن محل تجاري بما أنه لا يتم إرفاقه بتنازل عن مجموعة من الزبائن، لأن المحل التجاري يمكن أن يتركب من فروع أنشطة منقسمة تحتوي كل واحدة منها على زبائن مميزين<sup>2</sup>.

يكون المحل التجاري بهذا المعنى موضوعا لحق ملكية مستقل وقائم بذاته<sup>3</sup>، حيث تخول الملكية المعنوية للتاجر على محله حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه على نحو منفرد، وهو حق ليس محل مزاحمة من أحد ويحتج به في مواجهة الكافة وتحميه دعوى المنافسة غير المشروعة<sup>4</sup>، وذلك على نمط دعوى الاستحقاق التي تحمي الملكية المادية<sup>5</sup>.

يطبق على الأموال المادية المنقولة قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، بينما لا يمكن تطبيق هذه القاعدة على المحل التجاري باعتباره مال منقول معنوي، وفي حالة التزام بين مشترين متعاقبين لنفس المحل التجاري فإن الذي له تاريخ سابق هو الذي يستحقه<sup>6</sup>.

وإذا كانت ملكية الأموال المادية حق دائم لا يسقط بعدم لاستعمال، فإن الأمر على النقيض من ذلك فيما يتعلق بالملكية التجارية التي هي حق مؤقت أساسا، مثلها في ذلك مثل سائر الملكيات غير المادية أو المعنوية، بحيث تزول هذه الملكية إذا كف التاجر عن الاستثمار<sup>7</sup>. فتوقف التاجر عن استغلال محله التجاري يؤدي حتما إلى زوال العنصر المهم فيه والمتمثل في الاتصال بالعملاء فإذا زال هذا الأخير زال المحل التجاري، وبالتالي لا يمكن لنا الحديث عن الملكية التجارية. غير أن الدكتور ياملكي أكرم يرى أن هذه النظرية تفتقر إلى سند متين في القانون، وخصوصا في القوانين التي لم تفرد للمتجر أحكاما مستقلة عن أحكام العناصر المكونة له<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - عباس حلمي، مرجع سابق، ص 69. أنظر أيضا أحمد بلودنين، مرجع سابق، ص 72. أنظر أيضا نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص 48-49. أنظر أيضا عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 160.

Voir aussi C. Paris 21 juill. 1892, DP., 1893, II, p108.

<sup>2</sup> - Jean DERRUPÉ, Organisation générale du commerce, Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, n° 02, 1993, p285. Voir aussi Com. 14 avr 1992, n° 89-20.908, bull. Civ. IV, n° 161, p113.

<sup>3</sup> - محمد فريد العريني وجلال وفاء محمددين، مرجع سابق، ص 370.

<sup>4</sup> - مقدم مبروك، المحل التجاري، ط 4، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 54. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 193. أنظر أيضا محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 10.

<sup>5</sup> - محمد فريد العريني وجلال وفاء محمددين، مرجع سابق، ص 370.

<sup>6</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, pp48-49.

<sup>7</sup> - مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 197. أنظر أيضا محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 11. أنظر أيضا نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص 51.

<sup>8</sup> - ياملكي أكرم، مرجع سابق، ص 162-163.

## الفرع الثاني

### خصائص المحل التجاري

رأينا أن المحل التجاري من جهة ليس بشركة تزاوّل نشاطا تجاريا أي ليس بشخص معنوي له شخصية وأهلية قانونية يمارس نشاطا تجاريا، ويتم قيده لدى المركز الوطني للسجل التجاري، فيكتسب الصفة التجارية ويخضع للقانون التجاري، وما هو بفرع للشركة، ولا هو بمقاولة تضارب على مجهودات مجموعة من العمال والأموال لتحقيق الربح، ومن جهة أخرى النشاط المخصص لممارسته في المحل التجاري هو نشاط تجاري بحت وليس مدني، وبالتالي مكتب التوثيق والطبيب على سبيل المثال لا يمكن إعطاءهما صفة المحلات التجارية.

نجد أيضا أن المشرع عند تناوله العقود الواردة على المحل التجاري أخضعها لنظام خاص، نجد بعض أحكامه مستمدة من القواعد المطبقة على المال المنقول المادي والمعنوي وبعضها الآخر مستمد من القواعد المطبقة على الأموال العقارية، مع العلم أنه مال واحد رغم مساهمة العديد من العناصر المختلفة بطبيعتها عن بعضها البعض في تكوينه، فهذا المال يتميز بمجموعة من الخصائص لا نجدها في الأموال الأخرى، وعليه سنحاول تلخيصها كما يلي:

**أولاً: المحل التجاري يعتبر مالا متميزا عن العناصر التي يتركب منها:** ومن ثم فلا تأثير من التغيير الطارئ على بعض العناصر على وجود المحل التجاري، فقد تختلف قيمة عنصر الاتصال بالعملاء تبعا لتغيير العملاء الذين يترددون على المحل التجاري، وقد تزيد أو تنقص كمية البضائع والمهمات، وعلى الرغم من ذلك يظل المحل التجاري يحتفظ بذاتيته باعتباره مالا مستقلا عن العناصر الداخلة في تركيبه<sup>1</sup> إذ يتكون من عناصر مادية ومعنوية. إضافة إلى هذا فإنه يخضع لأحكام تختلف عن الأحكام التي تخضع لها هذه العناصر المكونة له، كما أن هذه الأخيرة تحتفظ بذاتيته وتخضع لقانونها الخاص بها كل واحد على حده.

**ثانياً: المحل التجاري مال منقول:** يندرج المحل التجاري في عداد المنقولات لأنه ببساطة يتكون من عناصر كلها منقولة سواء مادية كانت أو معنوية، كما هو الحال بالنسبة للبضائع أو المعدات أو الآلات أو حق الاتصال بالعملاء أو حقوق الملكية الصناعية وغيرها، فهي أموال منقولة. كما أن المحل التجاري ليس له وجود مادي فهو افتراض قانوني لذا لا يتصور أن يكون مستقر بحيزه ثابت فيه<sup>2</sup>، إذ يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف، هذا ما

<sup>1</sup> - محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 189.

<sup>2</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 156-157. أنظر أيضا عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص 61. أنظر أيضا عباس حلمي، مرجع سابق، ص 70.

« Les meubles incorporeles sont immatériels parce qu' ils ne correspondent à aucune réalité terrestre, ce sont des créances, des idées, des entités abstraites. Mais plus important encore que la réalité terrestre, ces biens ont une valeur économique croissante qui suffit à justifier leur existence et leur prise en compte par le droit ». Anna PELISSIER, op- cit, p115.

يجعله يتميز عن العقار الذي عرفه المشرع في نص المادة 1/683 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)<sup>1</sup>.

يتضح لنا من خلال هذه الفقرة أن المشرع أخرج الأشياء غير الثابتة وغير المستقرة في حيزها والتي يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلفها من مجال العقارات، وأدخلها في مجال آخر يتمثل في المنقولات، وباعتبار أن المحل التجاري مال منقول فهو بذلك يخرج من مجال العقارات، ولا يقتصر الأمر على هذا فقط، بل نجد أن المشرع بالعودة إلى القانون التجاري لم يدرج نصوص تتعلق بالعقار، باستثناء إذا كان نشاط الشخص هو شراء العقارات من أجل إعادة بيعها فإنها في هذه الحالة تأخذ حكم البضائع، بحيث أن الشراء من أجل إعادة البيع يعتبر نشاطا تجاريا<sup>2</sup>.

يترتب على ذلك أنه إذا أراد شخص مالك للمحل التجاري وفي نفس الوقت مالك للعقار الذي يمارس فيه نشاطه التجاري التنازل عنهما وجب عليه أن يقوم بعمليتين مختلفتين كما هو الحال في البيع، فيبرم عقد بيع يكون محله هو المحل التجاري، ويخضع لأحكام المواد من 78 وما يليها من القانون التجاري، ويبرم عقدا آخر يكون محله العقار الذي يوجد فيه النشاط التجاري ويخضع لأحكام القانون المدني المنظمة للعقار<sup>3</sup>.

يترتب على ذلك أيضا أنه إذا أوصى شخص لآخر بأمواله المنقولة فإن المحل التجاري المملوك للموصي يدخل في الأموال التي تنصب عليها الوصية، كذلك تكون دعاوى الحيازة من قبيل الدعاوى العينية العقارية، ولذلك لا تسري على المحل التجاري لأن الغرض منها هو حماية الحيازة الواقعة على العقار ولا يعتبر المحل التجاري عقارا<sup>4</sup>.

كذلك لا تخضع عملية بيع المحل التجاري للتسجيل في المحافظة العقارية باعتبار أن المحل التجاري مال منقول، ولا يخضع المحل التجاري للأحكام الخاصة بدعوى تكملة الثمن الناشئة عن الغبن في حالة بيع عقار

---

<sup>1</sup> - « La nature immobilière ou mobilière d' un bien est définie par la loi, en conséquence, la convention des parties ne peut avoir d' incidence à cet égard ». Civ. 26 juin 1991, n°89-18.638, bull. Civ. III, n° 197, p115.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 2 ق ت ج.

Voir aussi Aude DENIZOT, l' Universalité de fait, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université Panthéon- Sorbonne- Paris 1, 2007, pp64-65. Voir aussi REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, pp177. Voir aussi Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, op- cit, p254.

غير أن محكمة Pau الفرنسية قضت بتاريخ 06 نوفمبر 1911، أن « العقار الضروري لاستغلال المحل التجاري يمكن أن يكون من بين العناصر المشكلة لوعاء الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري ».

Pau 06 nov. 1911, S. 1913, p183. Cité par REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, pp176.

<sup>3</sup> - علي بن غانم، مرجع سابق، ص 169-170. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 195.

<sup>4</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 55. أنظر أيضا نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص 35. أنظر أيضا محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 189-190. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجمال وفاء محمد، مرجع سابق، ص 357.

مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية<sup>1</sup>. وبصفة عامة يخضع المحل التجاري للنظام القانوني الخاص بالأموال المعنوية إلا ما أستثنى بنص خاص<sup>2</sup>.

يظهر لنا حقيقة أن هناك اختلاف بين المحل التجاري والعقار إلا أنهما قد يتشابهان في بعض الأحكام فنذكر على سبيل المثال عملية الرهن الحيازي الواردة على المحل التجاري تشبه عملية الرهن الرسمي الواردة على العقار في عدم انتقال حيازة الشيء المرهون من يد المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، وحتى وإن كانت عملية الرهن الحيازي ترد على منقول (وهو المحل التجاري) إلا أن الحيازة لا تنتقل وإنما تظل تحت يد المدين الراهن، وحتى وإن كان المشرع قد استعمل عبارة (يجوز الرهن الحيازي للمحلات التجارية) في نص المادة 1/118 ق ت ج.

كذلك يتشابه المحل التجاري مع العقار في ضرورة اشتراط الرسمية في العمليات الواردة عليهما مع ضرورة إشهار تلك العمليات، وإن كانت الجهة الإدارية التي يشترط الإشهار لديها تختلف إلا أن الغاية واحدة<sup>3</sup>.

**ثالثا: المحل التجاري مال منقول معنوي:** يعتبر المحل التجاري ما لا منقولاً معنوياً وليس مادياً، وهذا رغم أنه يتكون من بعض العناصر المادية كالبضائع والمعدات، إلا أنه يتكون أيضاً من عناصر معنوية أكثر فعالية في تكوينه<sup>4</sup> والأقوى تأثيراً<sup>5</sup> خاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية<sup>6</sup>، فهي تتقدم على العناصر الأخرى في المحل

<sup>1</sup> - سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص 345. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 195. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 357.

<sup>2</sup> - محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 190.

<sup>3</sup> - أنظر المواد: 324 مكر 1، 793 ق م ج، المادة 10 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن مهنة التوثيق، ج ر ج ج، ع 14 الصادر بتاريخ 08 مارس 2006. المواد 15، 16، 61 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر ج ج، ع 30 الصادر بتاريخ 13 أبريل 1976. المواد: 79، 83، 120، 147، 3/203 ق ت ج.

« Le bien incorporel est donc un meuble. Il est vrai que son immatérialité lui confère une certaine mobilité, mais il n' en est pas moins vrai que la loi a organisé, par des formalités strictes des publicités, la fixité de certains meubles incorporels». Anna PELISSIER, Possession et meubles incorporels, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de montpellier, Dalloz, 2001, p113.

<sup>4</sup> - نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 219. أنظر أيضا محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 190. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 56.

<sup>5</sup> - محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 358.

قضت محمة باريس بتاريخ 21 جويلية 1892، أنه «رغم اختلاف العناصر التي تشكل المحل التجاري، إلا أنه ما هو إلا شيء واحد، له وجود خاص ومستقل عن أجزائه (عناصره)».

C. Paris 21 juill. 1892, DP., 1893, 2, p108. Préc.

<sup>6</sup> - أنظر نص المادة 78 ق ت ج.

قضت محكمة الاستئناف Riom بفرنسا بتاريخ 30 مارس 1982، أن «المحل التجاري يشكل مجموع قانوني لعناصر مختلفة منها البضائع والأثاث وهي منقولات مادية، ومنها أيضا الشهرة التجارية، الحق في الإيجار ولهما طبيعة المنقولات المعنوية؛ وفي هذا المجموع فإن الشهرة التجارية والحق في الإيجار هما اللذان يشكلان العناصر الأساسية، أما الأثاث مهما كانت قيمتها التداولية ما هي إلا أداة للاستغلال، ونتيجة لذلك يجب اعتبار المحل التجاري في مجموعه كمنشأ لمنقول معنوي».

CA. Riom 30 mars 1892, DP., 1892, II, p220.

التجاري<sup>1</sup>. أي حتى وإن كان المحل التجاري يتكون من عدة عناصر بعضها مادي وبعضها معنوي إلا أنه هو ذاته مال معنوي يمثل مجموعة هذه العناصر مستقلا عنها ومكونا وحدة لها خصائصها التي تختلف عن خصائص كل عنصر من عناصره<sup>2</sup>، فهو ذو طبيعة خاصة ولهذا لا يخضع لجميع القواعد التي تخضع لها الأموال المنقولة العادية<sup>3</sup>.

يترتب على ذلك أن قاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز لا تطبق على المحل التجاري، لأن هذه القاعدة خاصة بالمنقولات المادية دون المنقولات المعنوية<sup>4</sup>، ومن ثم فلو تم بيع المحل التجاري لشخصين على سبيل التعاقب مما أوقع التزاحم بينهما حول الملكية، وكان المشتري الثاني هو الذي استلم المتجر، فإن الحيابة لا تؤدي إلى حسم النزاع حول الملكية، ولكن يفض النزاع لمصلحة الأسبق في التاريخ فتكون له الأفضلية حتى ولو كانت الحيابة قد انتقلت إلى شخص يزاحمه في الحيابة<sup>5</sup>.

نضيف من جهة أخرى أن الطبيعة غير المعنوية للمحل التجاري تثبته الأحكام المطبقة عليه وعلى وجه الخصوص تلك المتعلقة بالرهن الحيازي، وفي الواقع رهن المحل التجاري يجرى بدون نقل الحيابة، التي استبدلت بإشهاره، وهذا النظام قريب جدا من ذلك المطبق على العقارات<sup>6</sup>.

تجدر 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، ومع ذلك ففي حالة بيع المحل التجاري في المثال المتقدم لا يجوز للمشتري الأخير الذي انتقلت إليه حيابة المحل أن يتمسك بملكية البضائع والآثاء على اعتبار أنها منقولات مادية تطبيقا لقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز، لأن الاسترداد ينصب على المحل التجاري في مجموعه ولا يتعلق بالعناصر المادية وحدها<sup>7</sup>، هذا عكس إذا قام البائع ببيع البضائع على حده لعدة مشتريين وتسلم المشتري الأخير البضائع، فلهذا الأخير الحق في التمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية، باعتبار أن البضائع منقولات مادية<sup>8</sup>. ومن ناحية أخرى لما كان المحل

<sup>1</sup> - « Progression de la part des éléments incorporels dans les fonds ». Aude DENIZOT, L' Universalité de fait, Préface de Rémy LIBACHABER, L.G.D.J, Paris, 2008, p54.

<sup>2</sup> - عباس حلمي، مرجع سابق، ص 70.

<sup>3</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 197. أنظر أيضا عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص 61.

<sup>4</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 157. أنظر أيضا محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 190. أنظر أيضا نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص 36. أنظر أيضا أنور حمادة، مرجع سابق، ص 14.

Voir aussi Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, op- cit, p254.

<sup>5</sup> - محمد فريد العريني وجمال وفاء محمددين، مرجع سابق، ص 359. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 56. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 198. أنظر أيضا نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص 36.

<sup>6</sup> - Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, op- cit, p254.

<sup>7</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 56-57. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجمال وفاء محمددين، مرجع سابق، ص 359-360.

<sup>8</sup> - محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 190.

التجاري منقولاً معنوياً فلا يتقرر لمؤجر العقار الذي يشغله هذا المحل الامتياز الذي يتمتع به المؤجر على المنقولات الموجودة في العقار المؤجر لأن هذا الامتياز ينصب على المنقولات المادية دون المعنوية<sup>1</sup>.

**رابعاً: الصفة التجارية للمحل التجاري:** لا يعتبر المحل تجارياً إلا إذا خصص لمزاولة نشاط تجاري، فإذا كان المحل يمارس نشاط مدني فإنه لا يعتبر محلاً تجارياً ولو تضمن معدات أو اتصال بالعملاء أو حق الإيجار، وهذا حكم عيادات الأطباء أو مكاتب المحاسبين أو المحامين أو المهندسين<sup>2</sup>، فلا تعتبر محلات تجارية لأنها غير متعلقة بعمل تجاري وإنما بمهن حرة<sup>3</sup>. وعليه حتى يعتبر المحل التجاري عملاً تجارياً يجب أن يكون موضوع استغلاله تجارياً، فإذا كان موضوع استغلاله لأغراض مدنية مثل المهن الحرة فلا يعتبر محلاً تجارياً<sup>4</sup>، أي أن الفرق بينهما يبقى قائماً من حيث طبيعة الأعمال، فإذا كانت طبيعة تلك الأعمال تجارية كان المحل تجارياً، أما إذا كانت أعمالاً مدنية فالمحل مدني<sup>5</sup>.

**خامساً: المحل التجاري يعتبر وحدة قائمة بذاتها:** يعتبر المحل التجاري وحدة قائمة بذاتها ويخضع لنظام قانوني خاص به، مختلف عن النظام المطبق على كل عنصر من العناصر المكونة له، أيضاً القواعد المنظمة للبيع أو الرهن الحيازي للمحل التجاري في وحديته ليس هي نفسها التي تطبق عند بيع أو رهن عنصر من العناصر المكونة له سواء كانت مادية أو معنوية<sup>6</sup>. لما كان المحل التجاري يعتبر وحدة قائمة بذاتها ويحتوي على عناصر مادية ومعنوية فإن ملكية المحل التجاري تشمل ملكية العناصر التي يتكون منها، ومن ثم فإنه متى اشترك أكثر من شخص في ملكية محل تجاري فإن ملكية الشريك لنصيب فيه تنصرف إلى هذه العناصر<sup>7</sup>، وتتكاثر الأنظمة المطبقة عليه رغم وحدة المحل<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 57. أنظر أيضاً محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 190.

<sup>2</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 158. نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص 36. أنظر أيضاً عبد القادر البقيرات، مرجع سابق، ص 61. أنظر أيضاً بلودنين، مرجع سابق، ص 73. أنظر أيضاً محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 360-361. أنظر أيضاً عباس حلمي، مرجع سابق، ص 70.

<sup>3</sup> - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 234. أنظر أيضاً مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق، أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص 663.

<sup>4</sup> - نسرين شريقي، مرجع سابق، ص 71. أنظر أيضاً محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 191.

<sup>5</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 158. أنظر أيضاً علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 59 وما بعدها. أنظر أيضاً فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 200.

« Les règles du fonds de commerce ne s'appliquent qu' aux fonds affectés à une activité commerciale; elles ne s'appliquent ni aux exploitations agricoles, ni aux clientèles civiles des professions libérales». Dominique LEGAIS, Droit commercial et des affaires, 21<sup>ème</sup> éd., Sirey, Paris, 2014, p74.

<sup>6</sup> - Dominique LEGAIS, Droit commercial et des affaires, 21<sup>ème</sup> éd., op- cit, p74. Voir aussi Anna PELISSIER, op- cit, p115. Voir aussi Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, op- cit, p253.

<sup>7</sup> - محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 191.

<sup>8</sup> - Aude DENIZOT, op-cit, p54.

سادسا: المحل التجاري غير قابل للاستهلاك: إن الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له مثل السلع<sup>1</sup>، فهي تخضع للتداول تباع وتشتري دون أن يؤدي ذلك إلى زوال المحل التجاري فهو يظل قائما.

سابعا: مشروعية الاستغلال: وفقا للمبدأ التقليدي وليومنا هذا لا يمكن أن يوجد محل تجاري معترف به قانونا إلا إذا كان النشاط الممارس شرعي<sup>2</sup>، فإذا كان النشاط يتمثل مثلا في لعب القمار أو فتح حانات غير مرخصة بها<sup>3</sup>، أو لإدارة مكان للدعارة<sup>4</sup> أو لبيع المخدرات أو الأسلحة وغيرها من الأنشطة غير المشروعة، يعد نشاطا غير مشروعاً، والمقصود بعدم شرعية النشاط هو مخالفته للنظام العام والآداب العامة، وبالتالي لا يمكن تكوين محل تجاري بهذا المفهوم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص14.

<sup>2</sup> - REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p56.

<sup>3</sup> - Trib. Com. Tours 28 nov. 1930, S., 1931, p66. Cité par REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p56.

« Les maisons de tolérance, qui sont exclues de toute catégorie juridique, ne peuvent être assimilées aux fonds de commerce, sujets de droits et d'obligations prévus et réglementés par la loi du 17 mars 1909». Paris 03 nov. 1938, DH., 1939, p58. J.

<sup>4</sup> - محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص361. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص200. أنظر أيضا سميحة القلوبي، مرجع سابق، ص55.

<sup>5</sup> - Cristian LARROUMET, Droit civil, Tome 3, 6<sup>ème</sup> éd., Delta, Paris, 2008, pp383-384.

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 أساسا للقانون في الدولة، وفكرة النظام العام نسبية تتغير من دولة لأخرى، وفي الدولة الواحدة تتغير من عصر لآخر، وتضيق دائرة النظام العام حيث يسود المذهب الفردي بينما تتسع دائرته حيث تسود المذاهب الاشتراكية أو الاجتماعية». محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص38.

أما الآداب العامة هي « مجموعة القواعد الخلقية الأساسية والضرورية لقيام المجتمع وبقائه سالما من الانحلال، أي هي ذلك القدر من المبادئ التي تتبع من التقاليد والمعتقدات الدينية والأخلاق في المجتمع، والتي يتكون منها الحد الأدنى للقيم والأخلاقيات التي يعد الخروج عليها انحرافا وتحللا 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». محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، 1999، ص121.

## المبحث الثاني

### العناصر المكونة للمحل التجاري

تتفق جميع التعاريف التي قيلت بشأن المحل التجاري على أنه يتكون من مجموعة من العناصر بعضها مادي وبعضها الآخر معنوي، ولم تحدد العناصر التي يتكون منها على سبيل الحصر وإنما ذكرت فقط العناصر التي قد يتشكل منها (أي ذكرت على سبيل المثال)، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 78 ق ت ج التي ينص فيها 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 التجاري والحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك).

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قام بذكر عناصر المحل التجاري على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، وذلك باستعماله عبارة (كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك)، كما استعمل المشرع حرف التشبيه (ك) وأعطى أمثلة على ذلك، نفهم من خلال ذلك أن المحل التجاري قد يشترط ضرورة توافر مجموعة معينة بالذات من العناصر دون العناصر الأخرى حسب طبيعة النشاط الممارس في هذا المحل، كما قد يتضمن المحل التجاري عناصر أخرى غير مذكورة في هذه المادة كالرخص والإجازات.

تتقسم العناصر التي يتكون منها المحل التجاري إلى عناصر مادية كالمعدات والآلات والبضائع، وإلى عناصر معنوية كالاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، عنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإيجار وحقوق الملكية الفكرية من حقوق الملكية الصناعية وحقوق الملكية الأدبية والفنية. غير أن ذكر هذه العناصر لا يعني بالضرورة توافرها جميعا في المحل التجاري لوجوده من عدمه، وإنما يشترط فقط ضرورة توافر عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجاري اللذان يعتبران عنصران لا يمكن الاستغناء عنهما في كل المحلات التجارية مهما اختلفت طبيعة النشاط التجاري الممارس فيها، عكس العناصر الأخرى التي تختلف أهميتها من محل تجاري لآخر، فقد توجد في محل تجاري معين ولا توجد في محل تجاري آخر، فعلى سبيل المثال حقوق الملكية الأدبية والفنية تعتبر عنصر مهم في دار النشر ولا تعتبر عنصر مهم في محل تجاري مخصص لبيع المواد الغذائية العامة، كما يعتبر عنصر الحق في الإيجار عنصر مهم في محل تجاري ممارس في عقار مملوك لشخص غير مالك المحل التجاري، بينما لا يظهر لهذا العنصر وجود في حالة كون التاجر يمارس تجارته في عقار مملوك له.

تظهر أهمية عناصر المحل التجاري ليس فقط في العناصر المعنوية وإنما بين طبيعة هذه العناصر بنوعيتها معنوية كانت أو مادية، فالعناصر المعنوية دائما ذات أهمية أكثر من العناصر المادية، فإذا سلمنا أنه يمكن

الاستغناء عن كل العناصر المادية للمحل التجاري، فإنه لا يمكن لنا الاستغناء عن كل العناصر المعنوية للمحل التجاري، وإنما يشترط فقط ضرورة توافر عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية.

كذلك فإن التصرف في العناصر المادية لا يعتبر تصرفاً واقعاً على محل تجاري ولا يؤدي فقدانها إلى زوال المحل التجاري، وإنما يظل المحل التجاري قائماً.

## المطلب الأول

### العناصر المعنوية المكونة للمحل التجاري

تعتبر العناصر المعنوية المشكلة للمحل التجاري ذات أهمية كبيرة نظراً للقيمة التي تتمتع بها والدور الذي تلعبه في المحل التجاري، وهي تتعدد وتختلف باختلاف طبيعة النشاط التجاري الممارس في المحل التجاري، وقد ذكرها المشرع الجزائري في نص المادة 78 ق ت ج على سبيل المثال فقط وليس على سبيل الحصر، وهي تتمثل في الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، العنوان والاسم التجاري والحق في الإيجار وحقوق الملكية الفكرية والرخص والإجازات.

نشير إلى أنه رغم تعداد المشرع لهذه العناصر إلا أنه لا يستوجب ضرورة توافرها كلها في المحل التجاري، وإنما يمكن أن توجد بعضها دون الأخرى حسب طبيعة النشاط الذي يمارسه التاجر في محله، فوجود بعضها يمكن أن ينشأ المحل التجاري، وغياب بعضها الآخر من جهة أخرى لا يؤدي إلى زوال المحل التجاري. كما أنه ليس هناك ما يمنع أن يشمل هذا المحل عناصر غير مذكورة في نص المادة 78 ق ت ج، بحيث يظهر لنا هذا الحكم من العبارة التي استعملها المشرع (ما لم ينص على خلاف) التي تفيد أن عناصر المحل يمكن أن تمتد لتشمل عناصر أخرى كلما كانت لازمة لاستغلاله.

نجد أن العنصر الجوهرية والأساسي الذي يجب توافره من بين هذه العناصر المعنوية في كل المحلات التجارية دون استثناء هو الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، أما العناصر الأخرى ما هي إلا عناصر مساعدة لوجود هذا العنصر الأساسي فهي عناصر تدخل عادة في تكوين المحل التجاري<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - قضت الغرفة المدنية محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 جويلية 1953، أنه «لا يوجد أي قانون يحدد تشكيلة المحل التجاري وقانون 17 مارس 1909 يحدد فقط العناصر التي يمكن أن تساهم في تشكيله، وبالتالي يكون لقضاة الموضوع تقدير، وفقاً للعناصر المحددة في الاتفاق، إذا كانت هذه العناصر المراد الاتفاق عليها في العقد تمثل أم لا العناصر الأساسية التي بدونها لا يمكن للمحل التجاري أن يوجد. وبالتالي فإن العقد الذي يستبعد العنصر الأساسي المتمثل في عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، فإنه يستبعد تطبيق قانون 1909».

## الفرع الأول

### الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية

يعتبر عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية عنصران معنويان مكونان للمحل التجاري، ويلعبان دورا جوهريا وأساسيا في هذا التكوين واستمراره، وهو الهدف أو الغاية المراد تحقيقها من وراء إنشاء المحل التجاري، فلا يمكن الاستغناء عن هذا العنصر مهما اختلف زمان ومكان وطبيعة النشاط التجاري المستغل، ففكرة المحل التجاري كما سبق وقلنا أنها فكرة متحولة من فكرة مادية إلى فكرة معنوية، بفضل التطور الاقتصادي الذي حدث في أواخر القرن الثامن عشر، إذ أصبح الزبائن المحور الأساسي الذي يشغل اهتمام التاجر وليس العناصر المادية التي يتكون منها.

سنحاول تناول هذا العنصر بنوع من التفصيل نظرا للمركز الذي يحظى به في المحل التجاري، والدور الذي يلعبه في بقاء هذا الأخير من عدمه، ومدى علاقته بالعناصر الأخرى سواء المعنوية أو المادية التي يمكن أن تساهم في تكوين هذا المال الخاص.

**أولا: المقصود بالاتصال بالعملاء والشهرة التجارية:** لم يفرق المشرع الجزائري بين عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، وإنما اعتبرهما كعنصر واحد في مقام واحد يجب توافره في كل المحلات التجارية ولا يمكن الاستغناء عنه بأي حال من الأحوال، غير أن الفقه حاول التمييز بينهما وقدم لكل منهما تعريفا خاصا به يميزه عن الآخر وهذا ما سنحاول تبيانه.

**أ- تعريف عنصر الاتصال بالعملاء:** يقصد بعنصر الاتصال بالعملاء 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 الانسانية للمشتريين والإلتقان في العمل<sup>1</sup>. فعنصر الاتصال بالعملاء عنصر شخصي وثيق الصلة بشخص التاجر حيث يعتمد

<sup>1</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص16. أنظر أيضا محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص199. أنظر أيضا نسرين شريقي، مرجع سابق، ص74. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص17. أنظر أيضا معوض عبد التواب، صيغ العقود والدعاوى التجارية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص46. أنظر أيضا كركادن فريد، الاتصال بالعملاء عنصر في المحل التجاري- دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 17، ع01-2018، ص157.

« La clientèle peut être définie comme l' ensemble des personnes qui sont en relation d' affaire avec un commerçant». George DECOCQ, Droit commercial, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2009, p228. Voir aussi Jack BUSSY, Droit des affaires, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2004, p123. Voir aussi Nicolas DISSEAUX, Le fonds de l' entreprise, Lexis Nexis, Paris, 2015, p40. Voir aussi Bruno BOCCARA, Le fonds de commerce, la clientèle et la distribution intégrée, Gaz. Pal( Doctr.), 1994, 2<sup>ème</sup> semestre, p1023.

La clientèle du fonds de commerce numérique se définit comme:« l' ensemble des relations d' affaires habituelles ou occasionnelles qui existent et seront susceptibles d' exister entre le public et un poste professionnel dont ils constituent l' élément essentiels et qui généralement trouvent leurs sources dans des facteurs personnels et matériels conjugués». Oswald SEIDOWSKY, op- cit, p39.

أساسا على مجهود التاجر وصفاته الشخصية التي تشجع العملاء على التعامل معه مثل أمانته ومهارته ودقة مواعيده وحسن مظهره<sup>1</sup>.

نستنتج من خلال هذا التعريف المقدم أن عنصر الاتصال بالعملاء يتمثل في الأشخاص الاعتياديين الذين يتصف ارتباطهم بالمحل التجاري بالديمومة والشخصية، حيث تلعب الصفات الشخصية للتاجر الدور البارز والأساسي والمهم في جذبهم وارتباطهم.

يظهر لنا تساؤل مهم وهو أنه إذا كان عنصر الاتصال بالعملاء يرتبط بصفات شخصية لدى التاجر، هل يمكن لهذا العنصر أن يتغير ويزول بتغيير الشخص التاجر المستغل للمحل التجاري استبداله بتاجر آخر أم لا؟

نرى أنه إذا كان عنصر الاتصال بالعملاء يرتبط ارتباطا وثيق الصلة بصفات شخصية لدى التاجر، فإن تغيير الشخص التاجر المستغل للمحل التجاري واستبداله بتاجر آخر يؤدي حتما لا محالة إلى انصراف هذا العنصر من المحل التجاري والتأثير فيه.

إن للقول بأن عنصر الاتصال بالعملاء مرتبطين بمحل تجاري معين يجب توافر ثلاثة شروط تتمثل فيما يلي:

1- يجب أن يكون العملاء فعليين وحقيقيين (مؤكدین): 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 بصدد محل موجود<sup>2</sup>.

---

« إذا كان اجتذاب العملاء يقتضي في البداية جهدا ايجابيا من صاحب المحل التجاري، فإن عنصر العادة يتكون في نفوس العملاء، فيتحول الجهد المبذول في البداية إلى ثروة حقيقية مستقرة تضاف إلى قيمة المحل التجاري». علي البارودي، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1999، ص147.

<sup>1</sup> - محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص200.

Voir aussi Paul DIDIER, Doit commercial, Tome 1, 3<sup>ème</sup> éd., Puf, Paris, 1992, p357.

<sup>2</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص138. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص16. أنظر أيضا حمادوش أنسية، المركز القانوني للاتصال بالعملاء كعنصر جوهري في القاعدة التجارية - دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص55.

« Il n' y a pas fonds de commerce , dit-on, si cette clientèle commerciale n' est pas effective. Le propriétaire d' un immeuble( hôtel, cinéma) même aménagé en vue d' un commerce déterminé et qui possède par sa nature et son emplacement une clientèle potentielle, un achalandage, n' a pas de fonds de commerce s' il ne l' exploite pas». Paul DIDIER, op-cit, p357. Voir aussi George DECOQ, op-cit, p229. Voir aussi Stéphane PIEDLIEVRE, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2006, p198. Voir aussi Jean Pierre LE GALL et Caroline RUELLAN, Droit commercial, 13<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2006, p36.

فالأكد أن المحل التجاري قبل فتحه للجمهور لا يمكن تصور توفر عنصر الاتصال بالعملاء فيه، لكن هناك احتمال وجوده مستقبلا، ومن ثمة اعتبر الشخص الذي يقوم بتهيئة عمارة يملكها قصد ممارسة تجارة معينة ليس بتاجر مادام لم يشرع فعلا في استغلال نشاطه التجاري، وعليه فإن عقد الإيجار المبرم قصد تهيئة محل لممارسة التجارة يعتبر عقد إيجار عقار فقط كون المحل التجاري غير موجود بعد<sup>1</sup>. كما أن الغلق المؤقت للمحل لا يؤدي إلى زوال عنصر الزبائن<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - مقدم مبروك، مرجع سابق، ص12. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص19-20. أنظر أيضا

Voir aussi Maria Beatriz SALGADO, Nantissement et hypothèque: les garanties constituées sur le fonds de commerce dans législations Française et Espagnole, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit et des sciences politiques de Sain Maur, Université de Paris XII- Val De Marne, 2000, p28. Voir aussi Roger HOUIN et René RODIERE et Dominique LEGEAIS, Droit commercial, Tome1, 8<sup>ème</sup> éd., Sirey, Paris, 1988, p72.

قضت الغرفة التجارية محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 فيفري 2004، أن « المحل التجاري المتنازع عليه لم يزل في تاريخ إبرام عقد إيجار التسيير، لأنه على الرغم من غلقه، إلا أنه يعتبر موجودا نظرا لوضعيته الجاذبة لعدد مهم من الزبائن، بإمكانه ضمان الزبائن الموسمييين في حدود، على الأقل، رقم الأعمال المحقق خلال الفصل السابق».

Com. 18 fév. 2004, n° 02-16.241, bull. Civ. ( www. Doc-du juriste. com). 20/01/2018.

جاء في القرار رقم 144927 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/11/18 مايلي:

« إن عدم تقديم إثبات على أن المحل التجاري له نشاط وله عناصر مادية ومعنوية يمكن تقديرها بواسطة خبير، يحرم المستأجر من حقه في التعويض الاستحقاقي، وجاء ذلك جوابا على أوجه الطعن بالنقض التي أقامها الطاعنون والتي مفادها أن قضاة الموضوع أخطأوا لما تبناوا تقرير الخبير الذي يؤكد خطأ بأن المحل المتنازع عليه لم يسجل أي نشاط تجاري رغم أن الأمر يتعلق بمطعم مفتوح بصفة دائمة، وأن القاعدة التجارية ومهما كانت حالتها ونشاطها أو عدم نشاطها ومدتها فإن التعويض الاستحقاقي مستحق بمجرد أن هناك قاعدة تجارية ووجودها، إلى جانب دفع الرسوم على الريح ومجموع المبيعات. كما أجابت المحكمة العليا بأن قضاة الموضوع أجابوا بما فيه الكفاية على الدفوعات المقدمة من الطاعنين إذ أن هؤلاء الآخرين لم يقدموا للمجلس أي دليل على قيام النشاط التجاري للمحل رغم استطاعتهم إثبات النشاط بجميع الطرق مما يجعل هذا الفرع غير مؤسس. وأقام الطاعنون وجها آخر دفعوا فيه بانعدام الأساس القانوني كون القاعدة التجارية ليست مؤسسة فقط على العناصر المادية وإنما هناك عناصر معنوية مثل الاسم التجاري ورخصة الاستغلال، الدفاتر التجارية، وشهادات وعلامات المعمل.

أجابت المحكمة العليا على هذا الوجه بأن قضاة المجلس أشاروا إلى أن الطاعنين لم يقوموا بإثبات أن المحل به نشاط تجاري وله عناصر مادية ومعنوية يمكن تقديرها وأن الخبير توصل إلى كون المحل التجاري عديم القيمة التجارية مما يجعل الفرع الثاني غير مؤسس». نشرة القضاة، ع54، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، الجزائر، 1999، ص72 وما بعدها.

Voir aussi Com. 13 mars 1962, n° 58-10.690, bull. Civ. III, n° 158, p130.

أنظر أيضا بلخير هند، مرجع سابق، ص132 وما بعدها.

قامت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 ماي 1978، بنقض الحكم الذي قضى بأن « للمستأجر الحق في الاحتفاظ بحقه في التعويض الاستحقاقي وأن المحل التجاري لم يزل، باعتبار أنه لا يزال هناك زبائن احتماليين وبالتالي يمكن إيجار تسييره، مستبعدة طلب فسخ عقد الإيجار المؤسس على زوال المحل التجاري بسبب عدم الاستغلال، إذ أن المحل التجاري لا يمكن أن يكون في ظل غياب العملاء، الذين يشكلون العنصر الأساسي فيه».

Civ. 18 mai 1978, n° 76-13.943, bull. Civ. III, n° 205, p159.

<sup>2</sup> - « إن التوقف المؤقت عن النشاط لا يعني في حد ذاته زوال الزبائن، فالمحل يتميز بوجود زبائن حاليين ومؤكدين فالتوقف المؤقت للاستغلال بسبب وفاة المستغل لم يؤثر على الزبائن العرضيين المرتبطين بالمحل التجاري بسبب النشاط الممارس والمتعلق تقريبا بكل الزبائن العرضيين المشكلين من الزوار وأن مثل كل الزبائن العرضيين، فإن زبائن المحل لم يتأثروا كثيرا بالتوقف المؤقت عن النشاط، ويكون إعادة تشكيله بشكل طبيعي بمجرد إعادة فتح المحل التجاري للجمهور».

Civ. 15 sep. 2010, n° 94-13.765, bull. Civ. III, n° 155. p146.

نضيف نقطة مهمة تتمثل في أن عنصر الاتصال بالعملاء بوجود حتى وإن كان العدد قليل<sup>1</sup>، وبالتالي ليس هناك حد أدنى أو أقصى للزبائن، فيمكن أن نجد زبون أحسن من 100 زبون، فمثلا تاجر يستغل مخبزة في قرية معينة عدد سكانها 2000 شخص وكل يوم يصنع وبيع لهم 1500 خبزة، ومن جهة أخرى تشتري الإقامة الجامعية المحاذية لهذه المخبزة 3000 خبزة كل يوم، وبالتالي فالعبرة برقم الأرباح التي يحققها التاجر وليس بعدد الزبائن الذين يتصلون به.

يتضح لنا من خلال ما سبق مدى إلزامية الارتباط الفعلي للعملاء بالمحل التجاري، فلا يكفي افتراض وجود هذا العنصر للقول بوجود المحل التجاري من عدمه وإنما يستلزم وجودهم الفعلي الذي يظهر على شكل علاقات عمل كشراء وبيع.

- **تاريخ وجود الزبائن:** أثير تساؤل مهم حول المعيار الذي يتم الاعتماد عليه للقول بوجود الزبائن من عدمه أو بعبارة أخرى متى يوجد المحل التجاري؟ ظهرت عدة معايير في هذا الشأن نلخصها فيما يلي:

**المعيار الأول:** القيد بالسجل التجاري: مفاد هذا المعيار أن المحل التجاري أنشأ عندما تم القيد لدى مركز السجل التجاري، وهذا المعيار ظهر في حكم محكمة Colmar بتاريخ 06 جانفي 1967، عندما فصلت في دعوى الطلاق المرفوعة أمامها، بحيث أثير التساؤل حول ما إذا المحل التجاري أنشأ قبل الزواج من طرف الزوجة المستقبلية أم تم إنشاؤه أثناء سريان عقد الزواج من طرف الزوج.

نجد بالرجوع إلى مضمون الحكم أن محكمة Colmar استنتجت أن الزوجة قيدت نفسها لدى مركز السجل التجاري قبل الزواج وليس بعده، الأمر الذي يفترض أن المحل التجاري موجود قبل إبرام عقد الزواج، فحتى وإن كان القيد يسبق عادة فتح المحل التجاري إلا أن الأمر يمكن أن يكون غير ذلك إذا اقتضت الظروف ذلك، وبالتالي فإن هذا المحل لا يدخل في الذمة المالية المشتركة للزوجين وإنما هو ملك للزوجة وحدها. بينما تمسك الزوج أن هذا المحل يدخل في الذمة المالية المشتركة لهما باعتبار أنه تم فتحه بعد خمسة عشر يوما من تاريخ الزواج<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p65. Voir aussi Civ. 05 juin 1970, n° 68-1.396, bull. Civ, III, n° 383, p278. Voir aussi Com. 07 déc. 1965, n° 70-12.937, bull. Civ. III, n° 630, p565.

<sup>2</sup> - Colmar 06 jan. 1967, Cité par Alfred JAUFFRET, Organisation générale du commerce, Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, 1969, n° 06, p40.

أنظر أيضا كركادن فريد، مرجع سابق، ص168.

تعرض هذا الحكم للنقد، بحيث أنه من غير الممكن في الواقع الاعتراف بأن المحل التجاري موجود قبل الزواج، لأنه لا ينكر أنه لم يفتح إلا بعد الزواج، فالمحل التجاري لا يمكن أن يوجد إلا إذا كان هناك زبائن، بدؤوا في التشكل وهؤلاء لا يمكن أن يتشكلوا إلا إذا تم فتح المحل<sup>1</sup>.

نجد أن محكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بهذا المعيار في قرارها الصادر بتاريخ 01 فيفري 1995، بحيث قضت أن التسجيل لدى مركز السجل التجاري لا يعتبر عنصر من العناصر المكونة للمحل التجاري وليس شرطا لاكتسابه<sup>2</sup>.

**المعيار الثاني:** تاريخ الحصول على الرخصة الإدارية<sup>3</sup>: مفاد هذا المعيار أن عنصر العملاء موجود منذ تاريخ حصول الشخص على الرخصة الإدارية لمباشرة النشاط التجاري موضوع الرخصة، أما قبله فليس للشخص عملاء، إلا أن هذا المعيار لم يتم الأخذ به للقول بوجود العملاء ومنه وجود المحل التجاري<sup>4</sup>.

**المعيار الثالث:** اجتماع قانوني لوسائل استغلال المؤسسة (شراء الآلات، الإيجار، عقد العمل): يوجد العملاء حسب هذا المعيار بمجرد قيام الشخص باقتناء مجموعة من الآلات والأثاث، وأن يبرم عقد عمل مع عامل أو أكثر لتشغيله بالمحل. غير أنه سريعا ما تم التخلي عن هذا المعيار، لأنه غير كافي<sup>5</sup> لوجود العملاء إن لم يكن هناك فتح محل وبدأ الاستغلال الفعلي.

- **المعيار الرابع:** الحجم الفعلي للأعمال: هناك فقط أقلية من الفقه التي تسلم بفكرة أن مجرد بداية الاستغلال يمكن أن يبين يقينا أن الزبائن موجودين بالفعل وليس مجرد افتراض. لوحظ علاوة على ذلك، أن بيع أو تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة مستقلا عن أي استغلال فعلي يكون عمليا من المستحيل، لأنه ينص على وجه خاص على رقم الأعمال وفوائد ثلاث سنوات الأخيرة من الاستغلال، وأعقب هذا التحليل العديد من قرارات قضاة الموضوع<sup>6</sup>، ومنها القرار الصادر بتاريخ 05 فيفري 1962، حيث أن المتعاقدين كيفا العقد على أنه عقد إيجار تسيير، بينما لاحظ قضاة الموضوع أن العنصر الأساسي في المحل التجاري غير موجود بتاتا أثناء إبرام العقد،

<sup>1</sup> - Alfred JAUFFRET, Organisation générale du commerce, Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence française, 1969, n° 06, pp40-41.

أنظر أيضا كركادن فريد، مرجع سابق، ص168.

<sup>2</sup> - Civ. 01 fév. 1995, n° 93-12.537, bull. Civ. III, n° 38, p26. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p66.

<sup>3</sup> - Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS, Fonds de commerce, Ce qu' il faut savoir, Ed. législatives, France, 2016, p40.

<sup>4</sup> - SAINTOURENS Bernard, La condition d' exploitation et la qualification de bien commun d' un fonds de commerce de pharmacie, RTD. Com., 2014. n° 02, pp306-307.

أنظر أيضا كركادن فريد، مرجع سابق، ص168.

<sup>5</sup> - Cass. Com. 27 fév. 1973, DS., 1974, p 283. J. Voir aussi Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS, op- cit, p40.

<sup>6</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p66. Voir aussi Bordeau, 08 juin 1952, JCP., G., 1954, 2, n° 8118.

وبالتالي لهم أن يقرروا في ظل غياب المحل التجاري أن هذا العقد لا يعتبر عقد إيجار تسيير ولكن إيجار فرعي للعقار<sup>1</sup>.

- **المعيار الخامس:** فتح المحل للجمهور: يعتبر هذا المعيار هو السائد سواء فقها وقضاء، وموضوعيا هو الأكثر موثوقية والذي به يبدأ الاستغلال الحقيقي<sup>2</sup>، إذ يرون أنه يجب اعتبار أن المحل تم إنشاؤه بمجرد أن يفتح لاستقبال الجمهور، بمعنى أنه منذ الوقت الذي يوضع في خدمة الزبائن الاحتماليين دون أن يكون من الضروري انتظار إجراء عملية أو عمليات تجارية معهم<sup>3</sup>، فهم يعتمدون على الزبائن الذين يمكن أن يجذبهم المحل الذي يقع في حي في مدينة يرتاد إليه الكثير من الأشخاص.

يظهر أخذ القضاء حديثا بهذا المعيار في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 04 ديسمبر 2013، إذ تتمثل وقائع القضية كما يلي: حصول صيدلية على رخصة من المحافظة لإنشاء محل في شكل صيدلية قبل الزواج تحت نظام الأموال المشتركة، والصيدلية فتحت بعد شهر من الزواج، وبعد وفاة الزوج تلقى ورثة هذا الأخير اقتراح من مديرية الضرائب تصحيح من أجل دمج قيمة المحل التجاري (الصيدلية) في الأموال المشتركة الموجودة بين المتوفي وزوجته، اعترضت هذه الأخيرة لهذا الاقتراح وقامت بالطعن في قرار محكمة الاستئناف Rennes في 02 ديسمبر 2012، الذي قرر أن قيمة الصيدلية يجب ادماجها في الأموال المشتركة. بحيث أيدت محكمة النقض هذا القرار.

من أجل تكييف الصيدلية المتنازع عليها كتملكات مشتركة، فإن الغرفة المدنية الأولى ميزت تاريخ الحصول على الرخصة لإنشاء المحل التجاري في شكل صيدلية وبين بدأ الاستغلال الحقيقي. أيدت محكمة النقض أيضا محكمة الاستئناف عندما توصلت إلى أن الاتصال بالعملاء، عنصر أساسي في المحل التجاري في شكل صيدلية، لا يوجد إلا بصفة احتمالية يوم الحصول على الرخصة، بمعنى قبل الزواج، واعتبرت أن الافتتاح للجمهور وحده يؤدي إلى إنشاء عملاء حقيقيين ومؤكدين (الزواج كان في 28 أبريل 1961 وافتتاح الصيدلية للمجمهور كان في 29 ماي 1961)، إذ أنه منذ وقت هذا الافتتاح الذي حدث بعد الزواج، فإن قيمة الصيدلية يجب اعتبارها وفقا للحكم المقدم، كمال مشترك<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - Com. 05 fév. 1962, n° 59-11.537, bull. Civ. III, n° 71, p59.

« Une clientèle, même embryonnaire, constitue en effet un élément indispensable du fonds et l'existence d'un fonds suppose un commencement d'exploitation ». Trib. Civ. marseille, 23 mai 1952, JCP., G., 1953, II, n° 7777.

<sup>2</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p66.

<sup>3</sup> - Jean HEMARD, Bordeaux, 18 oct. 1948, JCP., G., 1949, 2, n° 4706. Note. Voir aussi Jean HEMARD, Trib. Civ. Lille, 14 déc. 1949, JCP., G., 1950, 2, n° 5337. note. Voir aussi Roger BÉRAUD, Trib. Civ. marseille, 23 mai 1952, JCP., G., 1953, 2, n° 7777. note. Voir aussi Maria Beatriz SALGADO, op- cit, p30.

<sup>4</sup> - Rodolphe MESAL, Fonds de commerce de pharmacie et bien de communauté, Dalloz, A/J., 20 déc. 2013, p1. [https://www.dalloz-actualite.fr/flash/fonds-de-commerce-de-pharmacie-et-bien-de-communautaire#results\\_box](https://www.dalloz-actualite.fr/flash/fonds-de-commerce-de-pharmacie-et-bien-de-communautaire#results_box). 23/02/2017- 11H22. Voir aussi Alaa ABD EL HAFIZ, Le maintien de la

يقول الأستاذ Albert COHEN في شأن مدة الاستغلال اللازمة من أجل تكوين المحل التجاري أنها مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي حسب كل حالة، إلا أنه من المسلم به عموماً أن بداية الاستغلال كافية لتكوين المحل التجاري<sup>1</sup>، أما بالنسبة للأستاذ Alfred JAUFFRET فإن بداية الاستغلال تكون من أول اتصال بالزبائن أي أول عملية بينه وبينهم<sup>2</sup>.

2- يجب أن يكون العملاء شخصيين ومستقلين: لكي يوجد محل تجاري يجب أن يستأثر التاجر بزبائن خاصين به ومستقلين، أما إذا لم يكن الزبائن خاصين به لا يمكن أن ينشأ محل تجاري، مثل المصنع الذي يقوم بتقطيع اللحوم وتموين محلاته للبيع بالتجزئة فليس له زبائن آخريين غير أولئك الذين يرتبطون بمحلاته للبيع بالتجزئة وبالتالي ليس لهذا المصنع زبائن، فحتى وإن بدى المصنع كعنصر للاستغلال التجاري أي كعنصر من عناصر المحل التجاري في وحدويته، فإن التنازل عن المصنع ما هو إلا تنازل عن عنصر منفصل عن هذا الاستغلال دون التأثير على العملاء المحتفظ بهم بالكامل مع الحفاظ على محلات البيع بالتجزئة.

أما إذا أثبت أن المصنع يمون منتوجاته إلى لتجار آخرين ولزبائن آخرين غير أولئك المرتبطين بمحلات البيع بالتجزئة، فإن المصنع في هذه الحالة لديه فرعان من الأنشطة لكل واحد منهما زبائن متميزين، فالتنازل عن أحد منهما يعني تنازل عن محل تجاري<sup>3</sup>.

---

distinction entre le titre et la finance sous le régime légal pour l' acquisition d' un fonds de commerce, RIDAI., n° 01, mai 2014, p05.

أنظر أيضاً كركادن فريد، مرجع سابق، ص ص 169-170.

<sup>1</sup> - Albert COHEN, Cass. Civ. 30 jan. 1952 et Bordeaux 08 juin 1953, JCP., G., 1954, 2, n° 8118. Voir aussi Trib. Civ. Marseille, 23 mai 1952, préc.

<sup>2</sup> - Alfred JAUFFRET, Organisation générale du commerce, Actes de commerce et commerçants, fonds de commerce et beaux commerciaux, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, 1950, p206.

<sup>3</sup> - Jean DERRUPÉ, Organisation générale du commerce, Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, 1981, p717.

قضت الغرفة المدنية محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن بتاريخ 19 جانفي 2005، « أن نظام الإجراءات التجارية يطبق على إجراءات المباني المستقرة والدائمة التي يستغل فيها المحل التجاري أو المحل الحرفي، وتتميز هذه المحلات بوجود زبائن خاصين بالتاجر أو الحرفي».

Civ. 19 jan. 2005, n° 03-15.283, bull. Civ. III, n° 10, p8.

أنظر كركادن فريد، مرجع سابق، ص 159.

قضت أيضاً الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 23 مارس 1981، أنه « لا تمنح السند القانوني لحكمها، المحكمة التي من أجل رفض معارضة الشركة لإشعار التغطية المقام من طرف إدارة الضرائب على أساس المادتين 719 و 720 من القانون العام للضرائب كنتيجة لبيع عناصر المحل التجاري، تنص على أن الزبائن تم التنازل عنهم بالفعل دون البحث عما إذا كان النشاط التجاري المستغل من طرف الشركة ارتبط به زبائن خاصين».

Com. 23 mars 1981, n° 79-15.147, bull. Civ. IV, n° 156, p124.

أيدت الغرفة المدنية محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الاستئناف الذي مفاده أن « الوكيل ليس له عملاء خاصين به ومستقلين عن أولئك الذين يتواجدون في الملجأ، بحيث أن هذا الوكيل يربطه عقد وكالة مع جمعية مفاده حراسته لملجأ جبلي تابع لهذه الجمعية وضمان أنشطة الإقامة ومساعدة قاطنيها، كما يخول هذا العقد أيضاً للوكيل مزاوله نشاط المطعم والمشروبات تحت مسؤوليته الوحيدة».

Cass. Civ. 09 juill. 2008, n° 07-15.534, JCP., EA., 2008, n° 38, n° 2135, p26. Voir aussi Civ. 09 juill. 2008, n° 07-15.534, bull. Civ. III, n° 122.

يقول الأستاذ Bernard SAINTOURENS أن « الوكيل التجاري إذا استطاع أن ينشأ عملاء خاصين به رغم كونه موزع، فيجب اعتباره

مطور لعملاء شخصيين، إذ أن استغلال الشخص لعملاء شخصيين ينفي عنه صفة الوكيل التجاري».

يقول الأستاذ عمار عمورة في هذا الشأن أن مؤدى هذا الشرط هو افتراض تبعية العملاء للمحل التجاري الذي يستحوذ على إرضاء حاجيات هؤلاء، وكذلك عدم ارتباطهم الوثيق بمحل تجاري آخر يلبي لهم نفس الحاجيات، لكن يتعين ملاحظة أن هذا الشرط ليس جوهريا في كل المحلات، 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 استثناها بزبائن معينين<sup>1</sup>.

إن متطلبات الاستقلالية هذه أثارت موجة من المنازعات في ميادين ثلاثة وهذا تجاه التجارة المنحرة في الاستغلالات الكبيرة، التجارة المدمجة في شبكات التوزيع وأخيرا تجاه التجارة التي تتطور في الميدان العمومي أو التي تساهم في خدمة من خدمات المرفق العام<sup>2</sup>.

3- تجارية الزبائن: لا يعتبر عنصر الاتصال بالعملاء عنصرا جوهريا في تكوين المحل التجاري إلا إذا كان متعلقا بأعمال تجارية<sup>3</sup>. بمعنى أنه إذا اتصل أشخاص معينين بمحل تجاري لأغراض غير تجارية لا يمكن وصفهم بعملاء المحل التجاري<sup>4</sup>، فهذا الأخير يجب أن يتم استغلاله من طرف تاجر ومحله يكون مزاولا للأعمال التجارية<sup>5</sup>. كما أن المحامي والطبيب والمزارع لهم زبائن مدنيين وليس لهم محلات تجارية باعتبار أن النشاط الذي يقومون به لا يدخل في التجارة<sup>6</sup>.

---

Bernard SAINTOURENS, L' exploitation d' une clientèle propre exclut la qualification d' agent commercial, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, 2008, n° 01, p45.

<sup>1</sup> - عمار عمورة، مرجع سابق، ص139.

Voir aussi Annie CHAMOULAND- TRAPIERS, Droit des affaires, 2<sup>ème</sup> éd., Bréal éd., 2007, p104. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p65.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقص الفرنسية بتاريخ 21 مارس 1995، أن « مالك المحل التجاري وحده فقط من يمكن له المطالبة بالاستفادة من أحكام مرسوم 30 سبتمبر 1950، وهذه الإمكانية لا يملكها المستغل صاحب مجرد عقد إيجار التسيير، ما لم يثبت على الأقل أنه طور بشكل كبير زبائن شخصيين».

Com. 21 mars 1995, n° 93-11.868, bull. Civ. IV, n° 91, p81. Voir aussi Com. 14 avr 1992, n° 89-20.908, bull. Civ. IV, n° 161, p113. Préc.

<sup>2</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p65.

<sup>3</sup> - أحمد بسيوني أبو الروس، الموسوعة التجارية الحديثة، الكتاب الأول، الدار الجامعية، الاسكندرية، د س ن، ص663.

<sup>4</sup> - Pascal OUDOT, Droit des affaires, Galino éditeur, Paris, 2006, p40.

<sup>5</sup> - Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, Droit commercial, 8<sup>ème</sup> éd., op- cit, p235.

<sup>6</sup> - Paul DIDIER, op-cit, p357.

أنظر أيضا كركادن فريد، مرجع سابق، ص163.

« Clients commercial( d' un commerçant) et civil( un médcin)». Elie ALFANDARI, Droit des affaires, Litec, Paris, 1993, p215. Voir aussi Georges DECOCQ, op- cit, p229.

« En effet, l' orsqu' il s' agit de services publique, le phénomène de clientèle a du mal à être perçu, et donc de ce seul fait peine à se mettre en place faute pour celle- ci d' être nommée, en premier lieu parce qu' il est difficile de penser une clientèle en dehors du cadre conceptuel du contrat et que le service public lui- même n' est pas familier de ce dernier. En second lieu d' une façon plus complexe et déterminante, il est difficile de penser- et donc de construire- une relation entre service public et clientèle parce qu' il faut alors articuler monopole, activité marchande et organisation de marché». Claudine alexandre- CASELLI et autres, s/d Yves CHAPUT, Le droit des affaires, la clientèle et la concurrence, approche juridique du marché, Litec, Paris, SA éd., p176.

4- يجب أن يكون عنصر الاتصال بالعملاء مشروع: قال بهذا الشرط الأستاذان Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA بمعنى أن يكون النشاط الممارس في التجارة مرخص به قانوناً، بالنتيجة استغلال محل للقمار أو حانة لبيع المشروبات الكحولية دون الحصول على الرخصة لا يعتبر محل تجاري<sup>1</sup>.

نشير إلى أن عدم مشروعية النشاط قد أشرنا إليه عند دراستنا خصائص المحل التجاري واعتبرنا أن عدم مشروعية النشاط لا يكون محل تجاري وبالتالي عدم الاعتراف به حتى وإن كان يتصل به مجموعة من الأشخاص.

ب- **تعريف عنصر الشهرة التجارية:** يقصد بها مجموعة من الأشخاص الذين يتصلون بمحل تجاري معين نظراً لصفات عينية متوفرة في المحل التجاري وليس نظراً لصفات شخصية متوفرة في شخص التاجر<sup>2</sup>، وتكون لها شأن في اجتذاب العملاء كطريقة عرض البضائع والمظهر الخارجي للمتجر والديكور الخاص بواجهة المحل<sup>3</sup> وكالموقع الجغرافي للمحل مثل وجود مخبزة بجوار محطة<sup>4</sup>، مع استبعاد على وجه الخصوص الزبائن الذين تم جذبهم بعوامل أخرى على سبيل المثال الإعلان، شهرة الاستغلال<sup>5</sup>.

وتعرف 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<sup>6</sup>، أو الطابق الذي يقع فيه العقار المستغل<sup>7</sup>.

نستنتج من خلال هذين التعريفين أن عنصر الشهرة التجارية يتمثل في العملاء العرضيين الذين يقصدون المحل التجاري ليس لما يتمتع به الشخص التاجر من ميزات شخصية، وإنما لما يتمتع به المحل من مميزات عينية متعلقة به، كموقعه المميز مثلاً، كما أن هؤلاء العملاء لا يتمتعون بصفة الديمومة في ارتباطهم بالمحل التجاري وإنما هم عرضيين فقط، وهناك من يعتقد إمكانية القول بأن الشهرة التجارية موجودة قبل فتح المؤسسة بينما الاتصال بالعملاء لا يمكن ظهورهم إلا فيما بعد هذا التاريخ<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, Droit commercial, 8<sup>ème</sup> éd., op- cit, pp235-236.

<sup>2</sup> - Patrice GIRON, op-cit, p73.

<sup>3</sup> - عباس حلمي، مرجع سابق، ص67.

<sup>4</sup> - « L' achalandage est la partie de la clientèle davantage intéressée par des caractéristiques plus objectives du fonds, telles que l' emplacement géographique, par exemple. Ainsi serait- c' est le cas d' une boulangerie située à proximité d' une gare». Sini LAURE, Droit commercial et droit du crédit, 3<sup>ème</sup> éd., Dumod, Paris, 2005, p22. Voir aussi CA. Bordeaux 16-06- 2016. 15/00937. Extenso.

<sup>5</sup> - « ... À l' exclusion notamment des clients qui n' auraient été attirés que par des facteurs tels que, par exemple, la publicité ou le renomé d' exploitation». Francis LEFEBVRE, Dossier pratique, evaluation: terrains, immeubles bâtis, fonds de commerce, titres non cotés en bourse, droits d' auteur et droits voisins, 8<sup>ème</sup> éd., francis lefevre, France, 2015, p148.

<sup>6</sup> - مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص187. أنظر أيضاً حمادوش أنسية، مرجع سابق، ص44.

Voir aussi Annie CHAMOULAND- TRAPIERS, op-cit, p102.

<sup>7</sup> - « إن موقع العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري يلعب دوراً مهماً في عملية تقييمه، وإن هذه المواقع المذكورة تزيد من قيمته المالية، والتي تظهر خاصة عندما يكون المحل التجاري محلاً لمختلف العقود».

Voir Francis LEFEBVRE, op-cit, p150.

<sup>8</sup> - Yves REIHARD et Jean Pascal CHAZAL, Droit commercial, 6<sup>ème</sup> éd., Litek, Paris, 2001, p374.

Voir aussi Bruno BOCCARA, op- cit, p1023.

يمكن لنا القول أنه إذا كانت السمعة التجارية لا ترتبط بصفات شخصية لدى التاجر فإن استبدال الشخص التاجر بتاجر آخر جديد لا يؤدي إلى إنصراف الزبائن ولا يؤثر في وجود المحل التجاري من عدمه، غير أنه إذا تغيرت العوامل ذات الطابع العيني المتعلقة بالمحل التجاري والتي على أساسها يقصدها الزبائن فإن هؤلاء الزبائن سينصرفون عن المحل الشيء الذي يؤثر على المحل التجاري.

نتوصل من خلال استقراء تعريف الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية أن الفقه اختلف في تحديد المعيار الواجب الاعتماد عليه من أجل تحديد مفهوم كل منهما، حيث ظهر اتجاهان أحدهما يأخذ بمعيار الصفات الشخصية للتاجر على أنها السبب الذي يجعل العملاء يتصلون بالمحل وأطلق عليهم تسمية الاتصال بالعملاء، بينما يأخذ بمعيار الصفات العينية للمحل التجاري على أنها السبب الذي جعل العملاء يتصلون بالمحل وأطلق عليه تسمية الشهرة التجارية.

قدم جانب من الفقه معيار آخر وهو عنصر الاعتياد حيث يرى أن الاتصال بالعملاء هم الأشخاص الذين يعتادون الاتصال بمحل تجاري معين بينما الشهرة التجارية تتمثل في الأشخاص غير المعتادون الاتصال بمحل تجاري معين أي العرضيون.

تجدر الإشارة إلى أن عبارة (الشهرة التجارية) المستعملة في القانون التجاري الجزائري لا تحمل نفس الدلالة، ولا تعبر عن المعنى الحقيقي للعبارة الواردة في النص بالصياغة الفرنسية، أي كلمة (Achalandage) التي تعني المشتري العرضي، وبالرغم من أن الفقه العربي متفق على استعمال مصطلح (الشهرة التجارية) أو (السمعة التجارية)، أو كذلك عبارة (المركز القانوني)، فيجب طرح جانباً هذه المصطلحات لأنها غير ملائمة<sup>1</sup>.

على الرغم من وجود هذا الفارق الدقيق الذي بمقتضاه يختلف مفهوم عنصر الاتصال بالعملاء عن عنصر السمعة التجارية، فإنه يتعين التأكيد - مع ذلك على أن كلا من العنصرين يكمل أحدهما الآخر، إذ لا يمكن للمحل التجاري أن يجذب عملاء في المستقبل دون العمل على استقرار العوامل التي تحافظ على عملائه الثابتين، كما لا يمكن للمحل التجاري المحافظة على عملائه الحاليين دون تطوير العوامل التي تدعم شهرته التجارية والتي تساعد على إقدام عملاء جدد<sup>2</sup>. كما أنه يصعب من الناحية العملية وخاصة في تجارة التجزئة إثبات ما إذا كان الأمر يتعلق بمشترين ثابتين أو عرضيين؟ أكثر من ذلك فإنه لا يوجد تمييز من الناحية القانونية ما بين المصطلحين<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 14-15. أنظر أيضاً مقدم مبروك، مرجع سابق، ص 11.

اقترحت الدكتور فرحة زراوي صالح استعمال عبارة «الاتصال بالزبائن العرضيين» لكونها أقرب وأصوب إلى فحوى المصطلح المكتوب باللغة الفرنسية الذي يعتبر - كما هو معروف - مشتقاً من كلمة «Chalands» المستمدة من المصطلح العربي «المشتري». نفس المرجع، ص 15.

<sup>2</sup> - محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 339-340.

Cass. Civ. 30 avr. 1975, Gaz. Pal., 1975, 2<sup>ème</sup> semestre, p587. Voir aussi Bruno BOCCARA, op- cit, pp1022-1023.

« قامت شركة بترولية بتهيئة محطة خدمات من أجل التزود بالوقود، وقامت بإيجارها لمسير، وثار نزاع بينهما، فكان حكم محكمة النقض الفرنسية أن المستأجر المسير لمحطة الخدمات لا يمكن له الادعاء أنه أنشأ محلاً تجارياً، والتمسك بالاتفاقية التي تربطه بالشركة البترولية - كيف خطأ على أنه إيجار تسير - يشكل في الحقيقة إيجاراً لعقار مخصص للاستغلال التجاري، يمنح له الحق في تجديد عقد الإيجار أو في حالة عدم الإمكان تعويضاً استحقاقياً.

ثانيا: أهمية عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية: يتمتع عنصر الاتصال بالعملاء بأهمية كبيرة في المحل التجاري، بحيث يتوقف وجود هذا الأخير من عدمه على وجود هذا العنصر، فاتصال مجموعة من الأشخاص بتاجر معين يبقي ويطيل حياة المحل التجاري وزوالهم يؤدي إلى زواله. هذا عكس العناصر الأخرى التي تختلف أهميتها من محل تجاري لآخر<sup>2</sup>، فهو يشكل إذن العمود الفقري للمحل التجاري<sup>3</sup>، فاعتقاد العملاء على المتجر يخلف حركة مستمرة في نشاط المحل يعطي لهذا الأخير قيمة مالية تتمثل بحجم أعمال المتجر، فكلما كانت قدرة المحل على اجتذاب العملاء كبيرة كلما ازدادت قيمته لزيادة قدرته على تحقيق الأرباح<sup>4</sup>.

غير أن عنصر الاتصال بالعملاء لا يعني أن للتاجر حق ملكية على العملاء<sup>5</sup>، إذ ليس هناك ما يلزم العملاء بالاستمرار في التعامل معه، فقد ينصرف العملاء عنه لأي سبب ما حتى ولو لم يقع أي خطأ من التاجر، ذلك أن عنصر الاتصال بالعملاء لا يربط التزاما على العملاء بالتعامل مع متجر معين بالذات<sup>6</sup>، وإنما ما يمثله هذا الحق من فائدة ذات قيمة اقتصادية تنتج عن الروابط المحتملة أو الممكنة التي تنشأ مع العملاء، وهي الفائدة التي تدخل في تقدير قيمة المحل التجاري عند بيعه<sup>7</sup> أو رهنه أو تقديمه كحصة في الشركة<sup>8</sup> أو ايجار تسييره.

يتبين لنا باستقراءنا لعدة مواد في القانون التجاري الجزائري مدى الأهمية الكبيرة التي أولاها المشرع الجزائري لهذا العنصر، فبالعودة إلى نص المادة 2/78 ق ت ج<sup>9</sup> نجد أن المشرع نص صراحة على ضرورة إلزامية شمول

---

بحيث أنه من الثابت أن كل عناصر المحل بما فيها العناصر المعنوية تعود ملكيتها للشركة البترولية، وأن المسير لم يقم بأي علاقة شخصية في إنشاء المحل ولا يمكنه له الادعاء أنه وجد عملاء عند دخوله، في حين أنه في أول يوم هناك سيارات مونت من محطة الخدمات، فالزبائن موجودون بالفعل، كحقيقة حاضرة. فلا يوجد ما يبرر ادعاء المستأجرين المسيرين لمحطة الخدمات بإنشائهم لزيائن مرتبطين بالمحل الذي استأجروه فقط وأنهم لم يتحصلوا على الملكية ولن يتلقوا- في حالة نزاع الملكية- على تعويضاً باعتبارهم مالكي المحل».

Cass. Com. 27 fév. 1973, JCP., G., 1973, 2, n° 17403.

أنظر كركادن فريد، مرجع سابق، ص 158-159.

<sup>1</sup> - مقدم مبروك، مرجع سابق، ص 11. أنظر أيضا عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 139.  
<sup>2</sup> « La clientèle représente l' élément le plus important du fonds de commerce, qui ne peut exister sans elle ». Cass. Civ. 29 mai 1953, D., 1953, p599. J.

ينتج عن غياب الاتصال بالعملاء أن شركة تعاونية لا تعتبر مستغلة لمحل تجاري في الأماكن المؤجرة بسبب أن المطعم الذي يحتفظ به الشخص المعنوي محجوز فقط لأعضائه.

Cass. Civ. 07 mai 1985, JCP., G., 1985, 04, p249.

<sup>3</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 23. أنظر أيضا حمادوش أنسية، مرجع سابق، ص 39 وما بعدها.

Voir aussi Joël MONÉGER, op- cit, p1046. Voir aussi Dubos BRUNOS, Essai sur la notion du fonds de commerce électronique, Thèse pour le doctorat, Université des sciences sociales de Toulouse, 2008, p108.

<sup>4</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 137. أنظر أيضا أحمد بلودنين، مرجع سابق، ص 74.

<sup>5</sup> - نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص 24.

<sup>6</sup> - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 15.

<sup>7</sup> - محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 199. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 337-338. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 18.

Voir aussi Roger HOUIN et René RODIERE et Dominique LEGEAIS, op-cit, p72.

<sup>8</sup> - يستوي الأمر في هذه الحالة بين تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة سواء على سبيل التملك أو على سبيل الانتفاع.

<sup>9</sup> - تنص المادة 2/78 ق ت ج على أنه (يشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه وشهرته).

المحل التجاري لعنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، وعليه فإن وجود المحل التجاري يتوقف على وجود هذا العنصر، وفي حالة غيابه أو تخلفه لا يمكن لنا القول بوجود المحل التجاري<sup>1</sup>.

تظهر كذلك أهمية هذا العنصر في حالة بيع المحل التجاري أو رهنه حيازيا، فقد منح المشرع للأطراف المتعاقدة حرية تضمين العقد العناصر المراد شملها بعملية البيع أو الرهن الحيازي، وفي حالة عدم الاتفاق صراحة على هذه العناصر فإن العقد يشمل إلزاميا وبقوة القانون عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية<sup>2</sup>، فلا يجوز استبعاد هاذان العنصران لأنه في حالة تحقق ذلك لا يعتبر العقد واردا على محل تجاري<sup>3</sup>.

يمكن لنا القول أيضا أن نفس الحكم يطبق في حالة تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة (سواء على سبيل التمليك أم على سبيل الانتفاع)<sup>4</sup> أو إيجار تسييره أو هبته أو الإيضاء به أو مقايضته، فيجب اشتغال كافة هذه العقود على عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، وعليه فإن كل عملية ترد على المحل التجاري لا تشمل هذا العنصر لا يمكن اعتبارها عملية واردة على محل تجاري.

**ثالثا: حماية عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية:** نظرا للأهمية التي يتمتع بها عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية في وجود المحل التجاري من عدمه واستمرار وجوده، فإن 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 عليه بصفة عابرة أو بصفة دائمة، الحاليين منهم والمستقبليين، مع منح التاجر حق حماية هذه الإمكانية من كل الممارسات غير مشروعة من جانب الغير التي

---

<sup>1</sup> - Civ. 18 mai 1978, n° 76-13.943, bull. Civ. III, n° 205, p159. Préc.

<sup>2</sup> - تنص المادة 2/96 ق ت ج 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 ... والعملاء والشهرة التجارية).

وتنص أيضا المادة 1/119 ق ت ج على أنه (لا يجوز أن يشمل الرهن الحيازي للمحل التجاري من الأجزاء التابعة له إلا ... الزبائن والشهرة التجارية).

وتنص أيضا المادة 3/119 ق ت ج على أنه (وإذا لم يعين صراحة وعلى وجه الدقة في العقد ما يتناوله الرهن فإنه لا يكون شاملا إلا ... الزبائن والشهرة التجارية).

<sup>3</sup> - CA. d' Aix Provence 22 nov. 2016, n° 15-10.282, AJDI., 2017. p277.

<http://www.dalloz.fr/bcujaezp.univ-paris1.fr/documentation/Document?id=AJDI/JURIS/2017/0318&ctxt=.04/03/2017,16H25>.

<sup>4</sup> - « يتمتع الأطراف بحرية تعيين العناصر التي يرغبون في إدراجها في عقودهم بما أنه ليس هناك نص يحدد العناصر المكونة للمحل التجاري، وبما أن الاتصال بالعملاء يمثل العنصر الأكثر أهمية من بين عناصر المحل التجاري، والذي بدونها لا يمكن أن يوجد، فإن تقديم هذا العنصر فقط في شركة ذات المسؤولية المحدودة يشكل تقدما لمحل تجاري».

Req. 15 fév. 1937, DP., 1938, p13. Voir aussi Aude DENIZOT, op- cit, 349.

أنظر أيضا كركادن فريد، مرجع سابق، ص164.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 ديسمبر 2001، أن «التنازل عن حق إيجار العقارات المخصصة لمزاولة نشاط تجاري دون

التنازل عن عنصر الاتصال بالعملاء لا يعتبر تنازلا عن محل تجاري».

Cass. Com. 11 déc. 2001, n° 99-15. 194, D., 2002, n° 05, p488. AJ. Voir aussi Civ. 11 déc. 2001, n° 99-15. 194, bull. Civ. I, n° 311, p197. Voir aussi dans ce sens Com. 26 jan. 1976, n° 74-13.933, bull. Civ. IV, n° 33, pp28-29.

من شأنها تعريض هذه الإمكانية للتهديد أو الضياع<sup>1</sup>، كتنشويه سمعة التاجر أو الحط من جودة منتجاته<sup>2</sup>، وتتمثل وسيلة هذه الحماية في دعوى المنافسة غير المشروعة<sup>3</sup>.

يستطيع المشتري الحائز للمحل التجاري أن يرفع هذه الدعوى ضد البائع إذا ما فتح محلا مماثلا وقريبا منه، أو حاول أن يستعمل نفس الرسم من أجل تحويل عملاء المحل السابق إلى محل جديد، ويعد هذا التصرف تعرضا للتاجر حائز المحل التجاري، واعتداء على عملائه الذين انتقلوا إليه بانتقال المحل التجاري، مما يجعل البائع غير مالك لهذا المحل وقد الحق على هؤلاء العملاء فلا يسوغ له استعمال طريقة ما لاسترجاعهم<sup>4</sup>.

وعليه فإن لكل تاجر تم التعرض لمحلته التجاري بأي عمل مهما كان وكانت الغاية من وراء ذلك هي إبعاد الزبائن عن محلته التجاري وإلحاق الضرر به، فإن لهذا التاجر الحق في اللجوء إلى القضاء من أجل توقيف ذلك الاعتداء والحصول على التعويض نتيجة الضرر الذي لحق به والمطالبة باتخاذ كافة التدابير القانونية اللازمة لحماية حقه والحفاظ عليه<sup>5</sup>.

## الفرع الثاني

### عنوان المحل

إضافة إلى عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية هناك عنصر معنوي آخر يتمثل في عنوان المحل، إذ تمتد العناصر المكونة للمحل التجاري إلى هذا العنصر، فكثيرا ما يحتاج التاجر للتعريف بمحلته وتوسيع سمعته لدى الزبائن، وتمييز محلته التجاري عن المحلات التجارية الأخرى التي يزاول فيها نفس النشاط، فيستعمل العنوان لكي يكون وسيلة لتحقيق هذه الغاية، إذ في كثير من الأحيان ما يرتبط الزبائن بمحلات تجارية معينة نظرا لما تمثله لديهم من ثقة في التاجر ونزاهته وجودة المنتجات التي تباع فيها أو الخدمات التي تقدم فيها.

<sup>1</sup> - سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص354. أنظر أيضا المعتمد بالله الغرياني، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، 2006، ص 210-211.

<sup>2</sup> - محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص199. أنظر أيضا أحمد بلودنين، مرجع سابق، ص74. « المنافسة غير المشروعة هي استخدام التاجر لطرق ووسائل منافية للقوانين أو العرف أو العادات التجارية، أما إذا قام التاجر بعمل معين ولم يكن مخالفا للقوانين والأعراف التجارية ورغم ذلك أدى إلى منافسة غيره من التجار وأضر بهم، فإنه لا يعد عملا غير مشروع ولا يعتبر مرتكبه مخطئا». نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص57.

« إن انتظام السوق يتطلب حتما الالتزام بحدود وقيود معينة على تصرفات أفرادها، فإذا ما اجترأ بعض الأفراد على انتهاك هذه الحدود استلزمت العدالة السماح لجميعهم بمخالفتها بل وحتم منطق المنافسة توقع ذلك منهم ما يؤدي في النهاية إلى شيوع الفوضى في المعاملات، لذا تأتي هذه الدعوى لتدعيم استقرار السوق وانتظام آلياته بتقرير العقوبة لمخالفة أعرافه». المعتمد بالله الغرياني، مرجع سابق، ص211.

<sup>3</sup> - سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص354. أنظر أيضا المعتمد بالله الغرياني، مرجع سابق، ص 210-211 وما بعدها. أنظر أيضا نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص57 وما بعدها.

<sup>4</sup> - علي بن غانم، مرجع سابق، ص180.

Voir Civ. 09 mai 1978, n° 76-12.646, bull. Civ. I, n° 183, pp146-147.

<sup>5</sup> - أنظر نص المادة 124 ق م ج.

سنحاول في هذا الفرع التفصيل قليلا في هذا العنصر نظرا لأهمية التي يتمتع بها في جذب الزبائن للمحل التجاري الذي يستغل فيه، ولتفادي الخلط بينه وبين العناصر الأخرى التي قد تتشابه معه، كالأسم التجاري أو العلامة.

**أولا: تعريف عنوان المحل:** هو تسمية مبتكرة وطريقة أو رمز تصويري يستخدمها التاجر لتمييز محله التجاري عن المحلات التجارية المماثلة، ولهذا يستعمل التاجر تسمية خاصة لا تدل على نوع التجارة التي يمارسها لأنه يجب استبعاد كل تسمية ذات طابع نوعي، ويتمتع التاجر بحرية واسعة في اختيار الشعار المناسب لنوع تجارته ويرجع ذلك لاتساع مجال الابتكار<sup>1</sup>.

نشير إلى أن عنصر العنوان التجاري قد يوجد أو لا يوجد ضمن عناصر المحل التجاري وإذا وجد العنوان التجاري، فإنه يوضع على واجهة المحل وعلى الأوراق التجارية وعلى سيارات العمل التابعة للمحل التجاري ليكتسب هذا العنوان التجاري شهرة لدى الجمهور، ولهذا ليس من مصلحة التاجر استعمال تسمية عادية أو شائعة بل من الأفضل له استعمال تسمية مبتكرة حتى يستفيد من الحماية المقررة عكس التسمية الشائعة<sup>2</sup>، ومن أمثلة التسميات المبتكرة إطلاق اسم ( الصالون الأخضر) على المحلات التي تقوم ببيع مختلف الأدوات المنزلية مثلا، أو إطلاق تسمية ( منشأة المعارف) أو ( دار النهضة العربية) على بعض دور النشر، أو ( رويال) على دور العرض السنمائي، إلى غير ذلك، وهذه التسميات المبتكرة تصبح عنصرا من عناصر المحل التجاري، بما يترتب على ذلك من آثار قانونية<sup>3</sup>.

**ثانيا: شروط صحة العنوان المحل:** يشترط لصحة عنوان المحل حتى يتمتع بالحماية القانونية ثلاثة شروط نلخصها فيما يلي:

أ- أن يكون العنوان مميزا: يقصد بهذا الشرط، وجود اختلاف في العنوان التجاري بوضوح عن العناوين المسجلة من قبل<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص ص100-101. أنظر أيضا أحمد بلودنين، مرجع سابق، ص75. أنظر أيضا سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص33.

« L' enseigne est un élément du fonds de commerce qui sert à distinguer un établissement commercial de ses concurrents pour rallier la clientèle». Frédéric Pollaud- DULIAN, Propriété intellectuelle, la propriété industrielle, Ed. Economica, Paris, 2011, p79. Voir aussi R. SARAZY, Nantissement des fonds de commerce, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit, Université de Bordeaux, 1903, p77. Voir aussi Annie CHAMOULAND- TRAPIERS, op-cit, p107.

« l' enseigne est le signe distinctif qui désigne une entreprise sans sa localisation territoriale». CA. Paris 21 mars 1988, D., 1989, p135. Somm.

<sup>2</sup> - مقدم مبروك، مرجع سابق، ص15. أنظر أيضا نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص28. أنظر أيضا محمد حسنين، مرجع سابق، ص225.

<sup>3</sup> - محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص343.

<sup>4</sup> - صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، دار الثقافة، عمان، 2005، ص224.

ب- أن يكون عنوان المحل جديداً: أي أن لا يكون قد سبق استعماله من تاجر آخر في ذات النوع من التجارة، أما إذا ما استخدم لتجارة سبق استعمالها وكانت غير مماثلة فإن ذلك لا يفقده جدته.

ج- أن يكون مبتكراً: يجب أن يكون العنوان المميز للمحل التجاري مبتكراً، والتسمية المبتكرة عادة ما تكون طريفة وملفتة للانتباه<sup>1</sup>، أي غير شائع الاستعمال<sup>2</sup>.

أما إذا تمثلت التسمية في مجرد ألفاظ شائعة الاستعمال وجرى العرف على استعمالها في بعض أنواع التجارة، فهي لا تعتبر تسمية مبتكرة ولا تصلح بالتالي عنواناً تجارياً ينفرد بها صاحبها في الاستعمال، ومثال ذلك لفظ مخزن، قهوة أو كازينو<sup>3</sup>، بينما تعتبر تسميات مبتكرة مثلاً: (فندق البلازا) أو (فندق السفير) بالنسبة للفنادق و(إلى الرجل اللطيف) بالنسبة لمحل مخصص لبيع الأحذية<sup>4</sup>.

د- يجب أن يكون العنوان المختار مشروعاً: أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة<sup>5</sup>، وأن لا يؤدي إلى التضليل، أو اتخاذ الصيغ الدينية البحتة، أو الرموز الخاصة بالدولة<sup>6</sup>.

ثالثاً: أهمية عنوان المحل: لعنوان المحل أهمية كبيرة في جذب الزبائن، بحيث يكون في بعض الأحيان العنصر المعنوي الذي يجذب الزبائن إلى المحل التجاري ويجعلهم يتصلون به من أجل حصولهم على حاجاتهم<sup>7</sup>.

ويلعب الشعار دوراً جوهرياً في الدول المتقدمة خاصة إذا تعلق الأمر بوسائل التوزيع العصرية، فيصبح الشعار علامة تجمع الزبائن على الصعيد الوطني أو الدولي، الأمر الذي على أساسه يمكن التصرف فيه عن طريق عقود الفرانشيز<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص313.

Voir aussi Georges DECOCQ, op- cit, p232. Voir aussi Annie CHAMOULAND- TRAPIERS, op-cit, p107.

<sup>2</sup> - محمد حسنين، مرجع سابق، ص226.

<sup>3</sup> - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص33.

Voir aussi Georges DECOCQ, op-cit, p232. Voir aussi Frédéric Pollaud- DULIAN, op-cit, p682.

<sup>4</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص103.

<sup>5</sup> - Frédéric Pollaud- DULIAN, op-cit, p682.

<sup>6</sup> - فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص313. أنظر أيضاً سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص33. أنظر أيضاً فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص103. أنظر أيضاً محمد حسنين، مرجع سابق، ص226. أنظر أيضاً صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص225.

Voir aussi TGI. Paris, 08 avr. 2009, PIBD., 2009, n° 900, III, p1246.

<sup>7</sup> - Dominique LEGAIS, Droit commercial et des affaires, 21<sup>ème</sup> éd., op- cit, p71.

<sup>8</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص105-106. ولمزيد من المعلومات حول عقد الفرانشيز أنظر مسلم الطاهر، عقد الفرانشيز في العلاقات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2012، ص13 وما بعدها.

Jean- marie LELOUP, La franchise, 4<sup>ème</sup> éd., Delmas, Paris, 2004, P27.

ولا شك أن التسمية المبتكرة تعد من العناصر الهامة لجذب العملاء حيث أن شهرة المحل تعتمد أحيانا على هذه التسمية المعروفة لدى العملاء، ومن ثم فإذا وجدت فإنها تعتبر عنصر من عناصر المحل التجاري المعنوية، وهي تمثل بالتالي حقا ماليا ترد عليه التصرفات القانونية عند التصرف في المحل<sup>1</sup>.

وتظهر أيضا أهمية العنوان التجاري في أنه يعتبر من العناصر المعنوية التي يقع عليها امتياز بائع المحل التجاري في حالة عدم الاتفاق على العناصر التي يقع عليها الامتياز<sup>2</sup>، كذلك أجاز المشرع الجزائري للدائن المرتهن والمدين الراهن أن يتفقا على أن يكون العنوان التجاري ضمن عناصر المحل التجاري المرهون وفي حالة إغفالهما عن الاتفاق على العناصر التي تدخل في المحل التجاري المشمول بالرهن، فإن عقد الرهن يشمل إلزاميا العنوان التجاري<sup>3</sup>، كذلك الحكم نفسه فيما يتعلق بالعمليات الأخرى الواردة على المحل التجاري سواء تلك الواردة في القانون التجاري كتقديم المحل التجاري كحصة في الشركة أو إيجار تسييره، أو تلك الواردة في القانون المدني كالهبة أو الوصية أو المقايضة، وما ذكره من طرف المشرع الجزائري ضمن العناصر المعنوية المكونة للمحل التجاري في نص المادة 3/78 ق ت ج إلا لكونه ذو أهمية كبيرة في جذب الزبائن.

غير أن التنازل عن هذا العنوان بمفرده دون أن يشمل عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، لا يعتبر تنازلا واردا على محل تجاري<sup>4</sup>.

**رابعا: ملكية عنوان المحل:** تكون ملكية العنوان للأسبق في استعماله استعمالا ظاهرا ويتحقق ذلك بوضع العنوان على لافتة المحل<sup>5</sup>، وحتى قبل مباشرة التجارة فعلا كالإعلان عليه في الصحف والمجلات المتخصصة<sup>6</sup>، لكن هذا الحق نسبي ومقتصر على نوع التجارة التي يمارسها التاجر على النطاق الجغرافي اللازم لحماية شهرة المحل، فيقتصر الحق في ملكية العنوان التجاري على مدى شهرة المحل التجاري، فيمكن أن تكون السمعة مقتصرة على منطقة معينة- شارع، قرية، المدينة، أو كافة التراب الوطني- أو تجاوز إقليم البلاد<sup>7</sup>.

يترتب عن ملكية التاجر لعنوانه التجاري حقه في احتكار استعماله وحرمان الغير من استعماله دون الحصول على ترخيص، غير أنه يجوز استعمال نفس العنوان وذات التجارة أو في تجارة غير مماثلة في مكان بعيد لا يتحقق معه إيقاع الجمهور والزبائن في الخلط واللبس<sup>8</sup>، وتنقضي ملكية هذا العنوان بعدم استعماله أو بزوال محل التجارة الذي يستعمله أو بالتصرف فيه بعوض أو بغير عوض<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص203. أنظر أيضا سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص34.

Voir aussi CA. Paris 20 nov. 2002, loyers et copr. Juin 2003, n° 132, éd. Juris- Classeur, p12.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 2/96 ق ت ج.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 1/119 و3 ق ت ج.

<sup>4</sup> - Stéphane REZEK, Achat et vente de fonds de commerce, 6<sup>ème</sup> éd., Lexis Nexis, Paris, 2014, p49.

<sup>5</sup> - محمد حسنين، مرجع سابق، ص226. أنظر أيضا فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص313.

<sup>6</sup> - فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص313.

<sup>7</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص103-104.

<sup>8</sup> - فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص313.

**خامسا: حماية عنوان المحل:** إن السمة المميزة لحماية العنوان التجاري أنها تتخذ حكم حماية الاسم التجاري عند تطابقها معه، أو حكم حماية العلامة عند تطابقها معها، كما أنها تعد من حقوق الملكية الصناعية طبقا لاتفاقية باريس واتفاقية المنظمة العالمية للملكية الفكرية.

تحمي دعوى المنافسة غير المشروعة العنوان من أي تقليد يرتكب من قبل المنافسين، ولكن بشرط أن لا يكون مشهور أو تافه ولا يكون داخلا في الأموال العامة<sup>2</sup>، وعليه متى توفرت شروط دعوى المنافسة غير المشروعة أمكن للتاجر رفعها، وينتج عن هذه الدعوى تعويض الضرر والحكم بالإجراءات الكفيلة بمنع تكرار الاعتداء في المستقبل كالحكم بمنع استخدام العنوان وإضافة بيان إليه ينفي معه الخلط<sup>3</sup>، على أن هذه الحماية محددة في حدود جغرافية أين يتواجد الزبائن المرتبطين بالعنوان، والذين يتغيرون بشكل طبيعي وفقا مثلا إذا كان الأمر يتعلق بمقهى أو محل كبير له زبائن على التراب الوطني<sup>4</sup>.

---

Voir aussi Stéphane PIEDELIEVRE, op-cit, p169.

تعتبر مؤسسة قانونا دعوى المنافسة غير المشروعة المرفوعة من طرف مالك مطعم مشهور ضد شركة تستغل في مدينة أخرى حانة وملهى ليلي تحت نفس الشعار، ولهما جزء مشترك من الزبائن، لأنه هناك احتمال وجود خلط بين الشركتين.

Com. 02 nov. 1966, n° 64-12.758, bull. Civ. III, n° 411, p361.

<sup>1</sup> - محمد حسنين، مرجع سابق، ص226.

<sup>2</sup> - Dominique LEGEAS, Droit commercial et des affaires, 21<sup>ème</sup> éd., op- cit, p71. Voir aussi Cass. Com. 17 mars 2015, n° 14-16.728. extenso. Voir aussi CA. Versailles, 12 sep. 2017, n° 16-05.203. extenso. Voir aussi LARRIEU Jacques, La guerre des étoiles contre la fraude à laguiole, D., affaires, 2018, n° 10, n° 1124, pp54-55.

<sup>3</sup> - فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص314. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص21. أنظر أيضا سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص34. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص107. أنظر أيضا محمد حسنين، مرجع سابق، ص226.

« L' enseigne constitue l' objet d' une propriété incorporelle. Elle est protégée dans les même conditions que le nom: elle doit donc être suffisamment originale; il n' y a de concurrence déloyale que si l' utilisation d' une enseigne déjà existante crée une confusion pour le public entre deux établissements du même genre». Annie CHAMOULAND- TRAPIERS, op-cit, p107. Voir aussi Georges DECOCQ, op-cit, p232. Voir aussi Stéphane PIEDELIEVRE, op-cit, p199. Voir aussi Jean Pierre LE GALL et Caroline RUELLAN, op-cit, p36.

« ليس هناك اغتصاب للاسم التجاري إلا إذا استخدم من طرف الغير في ظروف تجعل من الممكن الخلط في ذهن الجمهور بين المؤسستين من نفس النوع. وبالتالي لا يمكن لمالك العنوان إذن معارضة استعمال التاجر له الذي يشتغل نشاط تجاري آخر. يعتبر مبرر قانونا الحكم الذي رفض الطلب المقدم من طرف المعهد المتخصص في إزالة الشعر كهربائيا والمسماة « Science et Beauté ». ولحضر استخدام هذا الاسم عن طريق مجلة دورية، مشيرين إلى أن للطرفان مجالات من الأنشطة مختلفة تماما، وأنها موجهة لفئات مختلفة من الأشخاص وأنه لم يكن هناك أية إمكانية لتحويل الزبائن من طرف المجلة لإضرار معهد التجميل».

Cass. Civ. 08 jui 1955, Gaz. Pal., 1955, 2, J., p78. Voir aussi Com. 21 juin 1994, n° 92-12.584, bull. Civ. IV, n° 229, p179. Pour plus d' informations voir Cass. Com. 17 jan. 2018, n° 17-10.360, bull. Civ. n° 87.

<sup>4</sup> - Dominique LEGEAS, Droit commercial et des affaires, 2<sup>ème</sup> éd., op- cit, p71.

## الفرع الثالث

### الاسم التجاري

يعتبر الاسم التجاري عنصرا معنويا من بين العناصر المعنوية المكونة للمحل التجاري، والتي يستخدمها التاجر لتمييز محله التجاري عن غيره من المحلات التجارية المشابهة له، إضافة إلى العنوان التجاري الذي يستخدمه التاجر في محله التجاري، نجد هذا العنصر الذي بدوره يلعب دورا لا يقل أهمية عن العنوان في جذب الزبائن والاحتفاظ بهم.

يقدم التاجر في بعض الأحيان في محله التجاري خدمات خاصة أو يبيع منتجات لها مميزات لا نجدها في تلك التي تتشابه معها، وبالتالي يكون لديه زبائن خاصين مرتبطين به، ومن أجل حمايتهم من الضلال والخلط بينه وبين تاجر آخر، ومن الاحتفاظ بهم (أي استمرارهم في التعامل معهم) يستخدم الاسم التجاري على واجهة محله وعلى توقيعاته وفواتيره التي يقدمها لهم.

**أولا: تعريف الاسم التجاري:** يقصد به الاسم الذي يتخذه التاجر لمتجره لتمييزه عن المحال التجارية المماثلة<sup>1</sup>، حتى يكون من اليسير على العملاء التعرف عليه وعدم الخلط بينه وبين غيره<sup>2</sup>، وهو وجوبي فيجب على كل تاجر أن يتخذ اسما تجاريا لمحله التجاري لاعتبارات تتعلق بالنظام العام ولتنظيم المنافسة بين التجار<sup>3</sup>، ويعتبر عنصر من العناصر المعنوية المكونة للمحل التجاري<sup>4</sup>.

يحصل كثيرا أن يكون الاسم التجاري قاصرا على اسم مالك المحل التجاري، كما يمكن أن يشمل الاسم التجاري شيئا آخر، وإذا أطلق التاجر اسمه على محله التجاري فلا يعني ذلك اختلاط الاسم المدني بالاسم التجاري، بل يبقى كل منهما متميزا عن الآخر. فالاسم المدني جزء من شخصية صاحبه ولذلك لا يجوز التصرف

<sup>1</sup> - عباس حلمي، مرجع سابق، ص 67. أنظر أيضا رزق الله العربي بن مهدي، الوجيز في القانون التجاري الجزائري، 1998، ص 39. أنظر أيضا فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج1، مكتبة دار الثقافة، عمان، 2002، ص 180.

<sup>2</sup> - محمد فريد العريبي وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 340. أنظر أيضا سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 30. أنظر أيضا محمد حسنين، مرجع سابق، ص 219.

<sup>3</sup> - محمد حسنين، مرجع سابق، ص 219.

<sup>4</sup> - تنص المادة 78 ق ت ج على أنه (كما يشمل سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري...). أنظر أيضا فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 180. أنظر أيضا سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 29.

فيه<sup>1</sup> ولا يؤثر عليه التقادم المسقط أو المكسب كما لا يدخل في الذمة المالية<sup>2</sup>. أما الاسم التجاري هو من الحقوق المالية التي يجوز أن تكون محلا للتصرفات القانونية باعتبارها عنصرا من عناصر المحل التجاري<sup>3</sup>.

وإذا كان الاسم المستخدم في المحل هو اسم صاحبه فلا يجوز للمشتري في حالة الشراء أن يستعمله إلا في الأغراض المتعلقة بتجارة المحل، وقد يضيف المشتري اسمه مقترنا بكلمة خلفائه أو يضيف كتابة اسمه بحروف صغيرة، وفي هذه الحالة يجوز للبائع أو ورثته الرجوع على المشتري إذا أخل باستعمال الاسم. كما يجوز في حالة بيع المحل أن يشترط البائع على المشتري عدم استعمال الاسم التجاري<sup>4</sup>، بحيث لا يدخل الاسم ضمن العناصر التي يشملها بيع المحل وفي نفس الوقت فإنه لا يجوز لبائع المحل التجاري في هذه الحالة الاستمرار في استعمال الاسم التجاري لمحله المباع، لأن من شأن ذلك خلق حالة من المنافسة غير المشروعة مع مشتري المحل، حيث أن استخدام نفس الاسم التجاري من جانب البائع من شأنه جذب عملاء المحل المباع<sup>5</sup>.

أما إذا كان التاجر شخصا معنويا كالشركات مثلا، فإن اختيار الاسم التجاري يتوقف على نوع الشركة، فشركات الأشخاص بما فيها شركة التوصية بالأسهم فإن الاسم التجاري للمحل يتألف من اسم أحد الشركاء المتضامنين أو أكثر. أما شركات الأموال فإن الاسم التجاري لا بد أن يكون مشتقا من غرض قيام الشركة<sup>6</sup>.

يضع التاجر الاسم التجاري على لافتة محله بكتابة واضحة وظاهرة، كما يكتبه على فروع هذا المحل، كما يضعه التاجر على فواتير المحل وخطاباته وإعلاناته، ويستخدم الاسم التجاري أيضا للتوقيع بواسطة صاحب المتجر على المستندات والتعهدات الصادرة منه بخصوص المتجر، وذلك حتى يعلم الغير أن هذه التعهدات تخص المحل التجاري ولا تخص شؤون التاجر الخاصة أو محل تجاري آخر يملكه التاجر ذاته باسم تجاري مختلف أو يكون شريكا فيه<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 19. أنظر أيضا علي بن غانم، مرجع سابق، ص 183.  
Voir aussi Yves REIHARD et Jean Pascal CHAZAL, op-cit, p381.

<sup>2</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 80.

Voir aussi Georges DECOCQ, op-cit, p230.

<sup>3</sup> - محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 343. أنظر أيضا فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 307. أنظر أيضا محمد حسنين، مرجع سابق، ص 219. أنظر أيضا محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 201. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين محمد السيد الفقي، مبادئ القانون التجاري، دراسة في الأدوات القانونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1998، ص 433.

Voir aussi Georges DECOCQ, op-cit, p230.

<sup>4</sup> - نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص 211. أنظر أيضا محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 201. أنظر أيضا فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 308.

<sup>5</sup> - محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 341.

<sup>6</sup> - مقدم مبروك، مرجع سابق، ص 15. أنظر أيضا أحمد بسيوني أبو الروس، مرجع سابق، ص 664. أنظر أيضا محمد حسنين، مرجع سابق، ص 220. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 433. أنظر أيضا فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 309-310. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 20.

Voir aussi Roger HOUIN et René RODIERE et Dominique LEGEAIS, op-cit, p72.

<sup>7</sup> - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 30. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 79. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 341. أنظر أيضا نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص 25.

Voir aussi Jack BUSSY, op-cit, p126.

**ثانيا: شروط الاسم التجاري:** يعتبر التاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا حرا في اختيار الاسم الذي يراه مناسب لجذب الزبائن، إلا أن هذه الحرية مرتبطة بمدى ما يحققه هذا الاسم من شروط، فإذا كان هذا الاسم مخالف للنظام العام والآداب العامة أو كان ممنوعا من استخدام هذا الاسم بموجب نص قانوني، فإنه في هذه الحالة لا يمكن للتاجر استخدام هذا الاسم<sup>1</sup>، إضافة إلى هذا يشترط أن لا يكون قد سبق استعمال نفس الاسم من قبل تاجر آخر على نوع التجارة ذاتها<sup>2</sup>.

**ثالثا: أهمية الاسم التجاري:** سبق وقلنا أن الاسم التجاري يعتبر عنصر من العناصر المعنوية المكونة للمحل التجاري<sup>3</sup> وله قيمة مالية ويجوز التصرف فيه<sup>4</sup> والتنازل عنه للغير<sup>5</sup> تبعا للمحل التجاري، لأن الأصل هو انتقال ملكية الاسم التجاري مع ملكية المحل التجاري حتى ولو لم يرد شرط صريح في العقد بذلك الانتقال، وذلك لوجود ارتباط وثيق بين الاسم التجاري والمحل التجاري، فهذا الأخير يلزم المحل وينتقل معه، ولا يمكن أن نتصور عمليا التصرف بالمحل التجاري دون الاسم التجاري، وذلك على أساس أن احتفاظ البائع بالاسم التجاري يؤدي على الأغلب إلى فقدان الزبائن في الوقت الذي يهدف فيه المشتري بالدرجة الأولى من شراء المحل التجاري الاستمرار في التعامل مع أولئك الزبائن<sup>6</sup>، ولهذا يعتبر الاسم التجاري علامة تجمع الزبائن، إذ أنه من الوسائل التي تسمح للتاجر باكتساب شهرة- وطنية أو دولية- في عالم التجارة ليزداد رقم المبيعات، فهو عنصر جوهري إذا كان مشهورا وفي هذه الحالة لا مانع لاعتباره من أهم عناصر المحل<sup>7</sup>.

تظهر أيضا أهمية الاسم التجاري في أنه يعتبر من العناصر المعنوية التي يقع عليها امتياز بائع المحل التجاري في حالة عدم الاتفاق على العناصر التي يقع عليها الامتياز<sup>8</sup>، كذلك أجاز المشرع الجزائري للدائن المرتهن والمدين الراهن أن يتفقا على أن يكون الاسم التجاري ضمن عناصر المحل التجاري المرهون وفي حالة إغفالهما عن الاتفاق على العناصر التي تدخل في المحل التجاري المشمول بالرهن، فإن عقد الرهن يشمل إلزاميا الاسم التجاري<sup>9</sup>، كذلك الحكم نفسه فيما يتعلق بالعمليات الأخرى الواردة على المحل التجاري سواء تلك الواردة في القانون التجاري كتنقيح المحل التجاري كحصة في الشركة أو إيجار تسييره، أو تلك التي لم ترد فيه كالهبة أو الوصية أو المقايضة، وما ذكره من طرف المشرع الجزائري ضمن العناصر المعنوية المكونة للمحل التجاري في نص المادة 3/78 ق ت ج إلا لكونه ذو أهمية كبيرة في جذب الزبائن.

<sup>1</sup> - Frédéric Pollaud- DULIAN, op-cit, p657.

<sup>2</sup> - أنظر أيضا صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص119. أنظر أيضا عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص142.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 3/78 ق ت ج.

<sup>4</sup> - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص30.

<sup>5</sup> - محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص433.

<sup>6</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص143.

<sup>7</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص78-79.

<sup>8</sup> - أنظر نص المادة 2/96 ق ت ج.

<sup>9</sup> - أنظر نص المادة 1/119 و3 ق ت ج.

رابعاً: ملكية الاسم التجاري: يكون الحق في ملكية الاسم التجاري للأسبق في استعماله، بشرط أن يكون هذا الاستعمال ظاهراً وفعالياً يتحقق بوجه خاص من وضع الاسم على لافتة المحل<sup>1</sup>، وهذا الحق ليس مطلقاً بل هو حق نسبي<sup>2</sup>، فهو من جهة قاصر على نوع التجارة التي يمارسها التاجر<sup>3</sup>، وعلى النطاق الجغرافي اللازم لحماية شهرة المحل<sup>4</sup>، لأن الاسم التجاري هو من العناصر الهامة التي من شأنها جذب الزبائن، فإذا استعمله تاجر في تجارة معينة فلا يجوز لتاجر آخر استعماله في ذات النوع من التجارة لاحتمال وقوع اللبس والخلط بين المتجرين لدى الجمهور<sup>5</sup>، لأن إطلاق ذات الاسم التجاري على أكثر من محل تجاري يؤدي إلى حدوث لبس وخلط لدى الجمهور<sup>6</sup>، أما إذا كانت التجارة من نوع آخر فلا يوجد مانع لاختيار نفس التسمية<sup>7</sup>.

يعد الحق في الاسم التجاري مقصوراً أيضاً من حيث المكان على القدر الضروري لدرء الخلط واللبس، فلو فرضاً أن تاجراً اتخذ اسماً تجارياً لمطعم ببيروت، فإنه يتمتع على تاجر آخر أن يستخدم نفس الاسم لمطعم في بيروت، ولكن هذا لا يمنع من إطلاق نفس الاسم على مطعم في صيدا أو طرابلس، لأن الخلط بين المحليين بعيد الاحتمال. وإذا كانت للمحل شهرة كبيرة تتجاوز نطاق المدينة التي يوجد فيها، جاز أن تمتد الحماية إلى المدن الأخرى ولو لم تكن للمحل فروع فيها لاحتمال الخلط واللبس، وعلى العكس من ذلك قد تقتصر حماية الاسم التجاري على شارع أو حي في المدينة إذا تعلق الأمر بمؤسسة ضعيفة الأهمية، أي أن نطاق حماية الاسم التجاري تتوقف في الواقع على مدى ما تتمتع به المؤسسة من شهرة ومدى احتمال الخلط تبعاً لذلك<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، مرجع سابق، ص 692. أنظر أيضاً فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 92. يمكن الإشارة في هذه النقطة إلى أن هناك من يرى أن « ملكية الاسم التجاري تنشأ بعد قيد الاسم التجاري وفي السجل التجاري، وبعد قيد الاسم الذي اختاره لمحلته ضمن البيانات الواجب ذكرها في السجل أثناء القيد، ومن حينها يتقرر له حق الملكية على هذا الاسم ويمنع على غيره استعمال ذات الاسم في حدود معينة ». فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 310.

نجد عكس هذا الحكم في نص المادة 8 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883، والتي لا تشترط قيده كسبب للملكية ومنه حمايته، حيث تنص على أنه (يحمى الاسم التجاري في جميع دول الاتحاد دون الالتزام بإيداعه أو تسجيله)، وقد صادقت على الجزائر هذه الاتفاقية بمقتضى الأمر 02/75 المؤرخ في 1975/01/09، المتضمن المصادقة على اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883، ج ر ج ج، ع 10 الصادر بتاريخ 04 فيفري 1975.

Voir aussi Frédéric Pollaud- DULIAN, op-cit, p668.

<sup>2</sup> - أحمد بسيوني أبو الروس، مرجع سابق، ص 664. أنظر أيضاً فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 92.

<sup>3</sup> - فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 311. أنظر أيضاً مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، مرجع سابق، ص 692.

<sup>4</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 92.

<sup>5</sup> - فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 311. أنظر أيضاً مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، مرجع سابق، ص 692. أنظر أيضاً فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 92. أنظر أيضاً محمد حسنين، مرجع سابق، ص 224. أنظر أيضاً محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 433.

<sup>6</sup> - محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 433.

<sup>7</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 92. أنظر أيضاً مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق، أصول القانون التجاري، مرجع سابق، ص 750. أنظر أيضاً فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 311.

<sup>8</sup> - مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، مرجع سابق، ص 692. أنظر أيضاً فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 311. أنظر أيضاً فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 92. أنظر أيضاً محمد حسنين، مرجع سابق، ص 224.

Voir aussi Georges DECOCQ, op-cit, p231. Voir aussi Jack BUSSY, op-cit, p126.

**خامسا: حماية الاسم التجاري:** يحمي الاسم التجاري عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة ضد كل انتحال أو تقليد يمارس من قبل المنافسين الذي من شأنه إحداث الخلط في اعتقاد الزبائن<sup>1</sup>، إذ يعتبر الاسم التجاري عنصرا من عناصر المحل التجاري التي تدخل في تقدير قيمته، ويترتب على اغتصابه إلحاق ضرر بالمستغل، لذلك يكون للتاجر رفع دعوى المنافسة غير المشروعة على من اغتصب الاسم التجاري لمطالبته بتعويض الضرر الذي أصابه من جراء ذلك، كذلك يكون للمحاكم أن تقضي باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لزوال الاعتداء كشطب الاسم المغتصب من على واجهة المحل أو النشر في الصحف عن حصول الاعتداء من أجل رفع اللبس وما إلى ذلك<sup>2</sup>.

أما إذا كان الاسم التجاري جزء من علامة صناعية أو تجارية أو خدماتية، فإنه يأخذ حكمها ويحمى بوصفه جزء من العلامة المذكورة سواء فيما يتعلق بالحماية الداخلية أو الدولية<sup>3</sup>.

إضافة إلى الحماية الداخلية للاسم التجاري فإنه يتمتع بحماية دولية هذا ما نستشفه من خلال نص المادة الثامنة من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883 والتي تنص على أنه (يحمى الاسم التجاري في جميع دول الاتحاد دون الالتزام بإيداعه أو تسجيله، سواء كان جزء من علامة صناعية أو تجارية أو لم يكن).

ما نلاحظه من خلال نص هذه المادة أن صاحب الاسم التجاري الذي تنتمي دولته للاتحاد لا يحتاج إلى إيداع اسمه أو تسجيله للتمتع بالحماية، وإنما يستمد الحماية من تصديق دولته على الاتفاقية، كذلك نلاحظ أن هذه المادة ذكرت فقط الحالة التي يكون فيها الاسم التجاري جزء من علامة صناعية أو تجارية ولم يتم ذكر علامة الخدمة، إلا أننا نرى أنه يمتد إلى هذا النوع من العلامة باعتبار أن علامة الخدمة لم تعرف ذيوعا إلا حديثا.

نشير إلى أن الاسم التجاري إذا تم استعماله في نشاطين تجاريين متميزان عن بعضهما البعض أو لتسويق منتجات أو خدمات مختلفة لا يشكل منافسة غير مشروعة<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - Dominique LEGAIS, Droit commercial et des affaires, 22<sup>ème</sup> éd., Sirey, Paris, 2015, p73.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 ديسمبر 1970 على أنه « يرى قضاة الموضوع أنه لا يشكل منافسة غير مشروعة استعمال نفس العنوان التجاري نفس الطابع ونفس الأغلفة التي تحتوي على نفس الألوان ولكن بشكل مقلوب، وعندما قدمت هذه الأخيرة في شكل متميز لا يمكن أن يشكل محلا للاستيلاء».

Com. 21 déc. 1970, n° 69-13.702, bull. Civ. IV, n° 349, p308.

<sup>2</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص20. أنظر أيضا محمد حسنين، مرجع سابق، ص223. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص96. أنظر أيضا أحمد بسيوني أبو الروس، مرجع سابق، ص665.

Voir aussi Annie Chamouland- TRAPIERS, op-cit, p107. Voir aussi Stéphane piedelievre, op-cit, pp168-169. Voir aussi Jean Pierre LE GALL et Caroline RUELLAN, op-cit, p36. Voir aussi SINI Laure, op-cit, p22. Voir aussi CA. Paris 29 nov. 2016, n° 15-22.561. extenso. Voir aussi Cass. Com. 26 avr. 2017, n° 16-12.957. extenso.

<sup>3</sup> - أنظر فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص313. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص96. أنظر أيضا محمد حسنين، مرجع سابق، ص223. Voir aussi Annie CHAMOULAND- TRAPIERS, op-cit, pp106-107.

<sup>4</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p134.

## الفرع الرابع

### الحق في الإيجار

يجب من أجل مزاوله التاجر لتجارته مكان معين يستقبل فيه زبائنه ويقدم لهم مختلف الخدمات، أو يبيع لهم مختلف المنتجات التي يشبعون بها حاجاتهم، وهذا المكان أو العقار الذي يستغله قد يكون مملوكا له ففي هذه الحالة إذن تجتمع ملكية المحل التجاري والعقار الذي يستغل فيه هذا المحل في شخص واحد وهو التاجر، فهنا لا وجود لحق الإيجار.

أما إذا كان مالك المحل التجاري ومالك العقار الذي يستغل فيه هذا المحل شخصان مختلفان، فإنه في هذه الحالة يوجد حق الإيجار<sup>1</sup>، بمعنى مالك المحل التجاري يقوم باستئجار العقار من مالكة من أجل ممارسة تجارته فيه خلال مدة زمنية محددة وفي مقابل بدل إيجار.

يعتبر إذن الحق في الإيجار عنصرا من عناصر المحل التجاري متى كانت ملكية المالكين تابعة لشخصان مختلفان، وقد أورد المشرع هذا العنصر في نص المادة 78 ق ت ج واعتبره من العناصر المكونة للمحل التجاري، وعليه سنحاول دراسة هذا العنصر بنوع من التفصيل.

**أولاً: تعريف الحق في الإيجار:** ينصرف الحق في الإيجار كعنصر من عناصر 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<sup>2</sup>، وقد جرت العادة على أن يزاول التاجر نشاطه التجاري في مكان معين، غير أن فكرة المكان ليست شرطا لممارسة مهنة التجارة كما هي الحال بالنسبة للتجار المتجولين<sup>3</sup>، ومن ثم فلا محل لحق الإيجار إلا إذا كان التاجر مستأجرا للمكان الذي يمارس فيه تجارته<sup>4</sup>، ومن ثم

<sup>1</sup> - أنظر ولد بوخيطن عبد القادر، الحق في الإيجار كعنصر من عناصر المحل التجاري: محاولة لاستدراك الخلط في بعض المفاهيم، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، المجلد 2، ع2-2016، ص119.

<sup>2</sup> - محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص348-349. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص434. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص22. أنظر أيضا حسان سامية، حق الإيجار في القانون التجاري الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص39.

Voir aussi Jean Pierre LE GALL et Caroline RUELLAN, op-cit, p36. Voir aussi Roger HOUIN et René RODIERE et Dominique LEGEAIS, op-cit, p73.

<sup>3</sup> - أنظر المرسوم التنفيذي رقم 281/94 المؤرخ في 17/09/1994، المتعلق بممارسات الأنشطة التجارية والحرفية والمهنية غير القارة، ج ر ج ع، ع59 الصادر بتاريخ 21 سبتمبر 1994. أنظر أيضا سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص24. أنظر أيضا أحمد بسيوني أبو الروس، مرجع سابق، ص675 أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص22. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص32.

<sup>4</sup> - نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص213. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص434. أنظر أيضا أحمد بسيوني أبو الروس، مرجع سابق، ص674-675. أنظر أيضا مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، مرجع سابق، ص189. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص350. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص32. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص22.

فلا يعتبر هذا العنصر من عناصر المحل التجاري بالنسبة للتاجر الذي يكون مالكا للعقار الذي يباشر فيه تجارته لأن حق ملكية العقار ليس من بين عناصر المحل التجاري بل هو حق ملكية عقار قائم بذاته ويجري التصرف فيه مستقلا عن المتجر، وتحكمه نصوص القانون المدني ولاسيما الأحكام الخاصة بالشهر العقاري<sup>1</sup>.

**ثانيا: شروط الحق في الإيجار:** اشترط المشرع للتمتع بحق الإيجار ضرورة توافر عدة شروط تتمثل في:

أ- وجود إيجار عمارات أو محلات يستغل فيها محل تجاري أو إيجار محلات أو عمارات ملحقة باستغلال محل تجاري عندما يكون استعمالها ضروريا لاستغلال المحل التجاري وملكيته تابعة لمالك المحل أو العمارة التي توجد بها المؤسسة الرئيسية.

ب- القيد في السجل التجاري<sup>2</sup>.

ج- وجود استغلال تجاري مستقل<sup>3</sup>.

د- أن يحرر عقد الإيجار في شكل رسمي<sup>4</sup>.

هـ- أن يكون العقد محدد المدة (ولأطراف الحرية الكاملة في تحديد مدة الإيجار)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسنين، مرجع سابق، ص242.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 169 ق ت ج.

« Une cour d' appel, saisie d' une demande de requalification d' un bail saisonnier en bail soumis au statut des baux commerciaux, ne peut accueillir cette demande sans préciser si, à la date de l' assignation par laquelle la société locataire a revendiqué le bénéfice du statut des baux commerciaux, cette société était inscrite au registre de commerce et des sociétés». Cass. Civ. 22 jan. 2014, n° 12-26.179, RJDA., 2014, n° 604, p555. Voir aussi Hugues KENFACK, Bail commercial, date d' immatriculation et application du statut, JCP., E.A., 2015, n° 11, n° 1130, pp38-39.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 169 ق ت ج.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 187 مكرر ق ت ج والمادة 324 مكرر 1 ق م ج.

<sup>5</sup> - أنظر نص المادة 187 مكرر ق ت ج.

يقول الأستاذ Dominique LEGEAIS في شأن شروط الحق في الإيجار أنه يجب أن تتوفر أربعة شروط تتمثل فيما يلي:

أ- **شروط تتعلق بالإيجار:** يجب أن يكون هناك إيجار حقيقي، بحيث يمكن فقط لأصحاب الإيجار الحقيقي للعقار الاستفادة من هذا النظام، ويستثنى بعض الإيجارات نذكر منها الإيجار الطويل المدى Bail emphytéotique ( من 18 سنة إلى 99 سنة)، الرخص الإدارية المتعلقة بشغل الأملاك العامة، الاتفاقيات المتعلقة بالاحتلال غير المستقر (تتميز بحقيقة أن شغل الأماكن غير مرخص به إلا على أساس ظروف خاصة مستقلة عن إرادة الأطراف، مهما كانت مدته، ... إلخ. أنظر قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 01 أبريل 2009.

Civ. 01 avr. 2009, n° 07-21.833, D., 2009, n° 17, p1140. AJ/DA. Voir aussi Joël MONÉGER et Fabien KENDÉRIAN, Organisation général du commerce, baux commerciaux, RTD. Com., 2009, chroniques, n° 02, p529-530.

ب- **شروط تتعلق بالعقار:** يجب أن يكون العقار ثابت ودائم، فهذا النظام إذن لا يطبق على مجرد موقع ممنوح على حضانة لمساحة كبيرة، لمواقع متنوعة، النوافذ والجران الإعلانية. فالمحلات المخصصة لبيع المرطبات المتواجدة في الأماكن الرياضية لا تعتبر أماكن مغلقة ومغطاة، بينما المساحات والأماكن التي تستفيد منها بعض الشركات في المحلات الكبرى والمساحات الكبرى يمكن اعتبارها مباني ثابتة ودائمة. فالأحكام القانونية تطبق على المباني الرئيسية التي يستغل فيها المحل التجاري، وبالتالي لا يعتبر مبنى بمفهوم نص المادة 1.1، l.145-1. ق ت ف الفضاء غير المحدد لتوقيف السيارات، الذي لا يشكل حضيرة مغلقة ومغطاة أو مبنى، يقع خارج العمارة التي يتواجد فيها المحل التجاري للمستأجر وهو مهيء خصيصا لركن السيارات. فلكي يطبق هذا النظام يجب أن يكون هناك بناية أو عقار ثانوي لاستغلال المحل التجاري وغيابه بطبيعته يضر باستغلال المحل ويجب أن يكون مملوكا لصاحب العقار أو البناية التي يقع فيها المحل الأساسي.

ثالثاً: أهمية حق الإيجار: يعتبر حق الإيجار من أهم عناصر المحل التجاري في الحالات التي يستمد منها المحل قيمته من موقعه كالمطاعم والفنادق والمقاهي وتجارة التجزئة التي تقع بالقرب من محطات سكة الحديد أو المطارات أو في الميادين، ففي هذه الحالات يرتبط ازدهار المحل التجاري ونشاطه بموقعه، ويكون هكذا عنصر الموقع أكثر عناصر المحل التجاري تأثيراً في جذب العملاء، وأكثرها ارتباطاً بعنصر الاتصال بالعملاء، ومن ثم فإن انتقال مثل هذا المحل من مكانه إلى مكان آخر يكون هادماً للجزء الأكبر من قيمته<sup>1</sup>، وتظهر أهميته أيضاً أنه في أغلب الحالات التاجر لا يملك العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري وبالتالي فمن اللزوم الحصول على عقار لمدة طويلة<sup>2</sup>.

وتبدو هذه الأهمية أيضاً من الناحية العملية بالنسبة لأنواع معينة من التجارة لاسيما تجارة التجزئة حيث يرتبط ازدهار المحل التجاري وتردد العملاء عليه لوجوده في مكان أو موقع معين، وهذا ما يفسر الثمن المرتفع الذي يدفعه مشتري المحل التجاري مقابل تنازل البائع عن الحق في الإجارة<sup>3</sup>.

كذلك الشأن فيما يخص الحلول محل البائع في استغلال المتجر هو الذي يؤكد الاستمرار في الاتصال بالعملاء، ونتيجة لذلك من الطبيعي أن التصرف في المتجر يشمل أيضاً التنازل عن الحق في الإيجار إلى المشتري أو مستأجر استغلال المتجر، كما أن رهن المتجر يشمل رهن الحق في الإيجار<sup>4</sup>.

تظهر أيضاً أهمية الحق في الإيجار في أنه يعتبر من العناصر المعنوية التي يقع عليها امتياز بائع المحل التجاري في حالة عدم الاتفاق على العناصر التي يقع عليها الامتياز<sup>5</sup>، كذلك أجاز المشرع الجزائري للدائن المرتهن والمدين الراهن أن يتفقا على أن يكون الاسم التجاري ضمن عناصر المحل التجاري المرهون وفي حالة إغفالهما

---

Cass. Civ. 01 juill. 2014, n° 13-17.789, RJDA., 2014, 11/14, n° 829, pp790-791. Voir aussi Joël MONÉGER, Baux commerciaux, RTD. Com., 2003, chroniques, n° 02, pp273-274. Voir aussi Hugues KENFACK, Bail commercial, local accessoire, JCP., EA., 2015, n° 11, n° 1130, p40.

ج- شروط تتعلق باستغلال المحل التجاري: إن الاستفادة من هذا النظام محصورة فقط على التجار أو الحرفيين الذين يملكون محل تجاري مستغل في الأماكن المؤجرة.

د- شروط متعلقة بالأطراف المتعاقدة: تتمثل الأطراف المتعاقدة من جهة في المؤجر الذي يمكن أن يكون مثلاً مالك البناية أو الممثل القانوني عن القاصر. أما من جهة أخرى نجد المستأجر؛ والمستفيدين من هذا النظام هم التجار المسجلون لدى المركز الوطني للسجل التجاري.

Dominique LEGAIS, Droit commercial et des affaires, 22<sup>ème</sup> éd., op- cit, p80-81. Voir aussi Cass. Civ. 22 jan. 2014, n° 12-26.179, RJDA., 2014, n° 604, p555. Préc.

<sup>1</sup> - محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص ص202-203. أنظر أيضاً فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص31.

« Le droit de disposer d' un local commercial est un des éléments essentiels du fonds car l' emplacement constitue l' un des moyens principaux d' attirer la clientèle. La perte du droit au bail pourrait ainsi avoir pour le locataire des conséquences gravement préjudiciables». Dominique LEGAIS, Droit commercial et des affaires, 22<sup>ème</sup> éd., op- cit, p76.

<sup>2</sup> - Dominique LEGAIS, Droit commercial et des affaires, 21<sup>ème</sup> éd., op- cit, p70.

<sup>3</sup> - محمد فريد العريبي وجلال وفاء محمد بن محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص434. أنظر أيضاً محمد فريد العريبي وهاني دويدار، قانون الأعمال، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2002، ص398.

<sup>4</sup> - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص25. أنظر أيضاً علي حسن يونس، مرجع سابق، ص ص23-24.

<sup>5</sup> - أنظر نص المادة 2/96 ق ت ج.

عن الاتفاق على العناصر التي تدخل في المحل التجاري المشمول بالرهن، فإن عقد الرهن يشمل إلزاميا الحق في الإيجار<sup>1</sup>.

كذلك الحكم نفسه فيما يتعلق بالعمليات الأخرى الواردة على المحل التجاري سواء تلك الواردة في القانون التجاري كتنظيم المحل التجاري كحصة في الشركة أو إيجار تسييره، أو تلك التي لم ترد فيه كالهبة أو الوصية أو المقايضة، وما تناوله من طرف المشرع الجزائري من بين العناصر المعنوية التي يتكون منها المحل التجاري في نص المادة 3/78 ق ت ج إلا للأهمية الكبيرة التي يتمتع بها في جذب الزبائن إليه وزيادة الأرباح.

## الفرع السادس

### حقوق الملكية الفكرية

يستخدم التاجر في محله التجاري بعض العناصر ذات طبيعة مختلفة عن العناصر التي رأيناها أعلاه، تتمثل هذه العناصر في حقوق الملكية الفكرية، إذ ترتبط هذه الحقوق بالانتاج الفكري للشخص وما جادت قريحته من أفكار، قد تكون في المجال الصناعي أو التجاري أو مجال الفن، وهي تنقسم إلى قسمين: يتمثل القسم الأول في حقوق الملكية الصناعية والتجارية، بينما يتضمن القسم الثاني في حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وهناك من أطلق عليها تسمية العناصر المعنوية غير العادية<sup>2</sup>.

إذ تلعب هذه العناصر دورا مهما في النشاط التجاري إذ الكثير من الزبائن يرتبطون بمحل تجاري معين نظرا لاستغلاله هذه العناصر المعنوية التي ظهرت في أواخر القرن الثامن عشر كأثر للثورة الصناعية التي غيرت معالم الحياة التجارية، وجعلتها تخرج من دائرة الدولة الواحدة لتشمل العالم بأكمله.

**أولا: حقوق الملكية الصناعية والتجارية:** تعتبر حقوق الملكية الصناعية والتجارية الجزء الأول من حقوق الملكية الفكرية، وهي تتعلق بالمجال الصناعي والتجاري وليس بمجال الفن مثل حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، نفصل فيها كما يلي:

**أ- تعريفها:** هي تلك الحقوق المعترف بها لصالح كل شخص على نشاطاته الابتكارية ومنجزاته الفكرية المستعملة في الصناعة أو التجارة، وتعتبر حقوق ذات طبيعة معنوية لعدم تعلقها بأموال مادية، وتمنح لصاحبها استثنائا مؤقتا

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 1/119 و3 ق ت ج.

<sup>2</sup> - « La deuxième catégorie d' éléments incorporels sera appelée par nous: les éléments incorporels extraordinaires; elle se distingue de la première en ce que les éléments qui la composent ne sont grevés de privilège, en cas de vente ou de nantissement, que moyennant une désignation précise dans l' acte». F. MONTIER et G.-H. FAUCON, Avec la collaboration de: G.-F. MONTIER et G. FAUCON, De la vente et du nantissement des fonds de commerce, 4<sup>ème</sup> éd., Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1934, p143.

أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص107.

لاستغلالها أو لاستعمالها، وجني ثمار نشاطه المبتكر، وتعويضاً لما صرفه من أموال ووقت من أجل إنجاز تلك العناصر<sup>1</sup>.

ب- **تعداد حقوق الملكية الصناعية والتجارية:** تندرج ضمن حقوق الملكية الصناعية والتجارية العديد من العناصر التي يمكن أن يستغلها التاجر في محله التجاري، نلخصها فيما يلي:

1- الرسوم والنماذج الصناعية: تناول المشرع الجزائري تعريف الرسوم والنماذج الصناعية في المادة 1/1 من الأمر رقم 86/66 المؤرخ في 1966/04/08 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، حيث عرفهما على أنهما (يعتبر رسماً كل ترتيب خطوط أو ألوان يقصد به إعطاء مظهر خاص لشيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية، ويعتبر نموذجاً 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)<sup>2</sup>.

2- العلامات: عرف المشرع الجزائري العلامات في نص المادة 1/2 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات على أنها (كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام، والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع وتوضيبيها، والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره)<sup>3</sup>.

يمكن أن تكون العلامة تجارية إذا استخدمها التاجر لتمييز البضائع التي يبيعها عن غيرها من البضائع الأخرى المشابهة لها، وقد تكون علامة صناعية إذا استخدمها الصانع لتمييز المنتجات التي يصنعها، وقد تكون خدمتية فلا تستعمل هذه العلامة لتمييز المنتجات بل الغرض منها تمييز خدمة من الخدمات التي يقدمها شخص

<sup>1</sup> - مقدم ميروك، مرجع سابق، ص42. أنظر أيضاً محمود إبراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص9.

« Le monopole d' exploitation est un ensemble de droit subjectifs qui assurent à un commerçant l' exclusivité d' un procédé pour attirer et retenir la clientèle». Françoise Dekeuwer- DEFOSSEZ et Edith Blary- CLEMENT, Droit commercial, 9<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, Paris, 2007, p255.

<sup>2</sup> - نص المادة 1/1 من الأمر رقم 86/66 المؤرخ في 1966/04/28، يتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، ج ر ج ج، ع35 الصادر بتاريخ 03 ماي 1966. أنظر أيضاً صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص ص98-99. أنظر أيضاً سمير فرنان ونوري جمو، الموسوعة العلمية في العلامات الفارقة التجارية والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص ص115-116. أنظر أيضاً عبد الله حسين الخشروم، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، دار وائل، الأردن، 2005، ص ص224-225. أنظر أيضاً فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص114.

<sup>3</sup> - نص المادة 1/2 من الأمر 06/03 المؤرخ في 2003/07/19، يتعلق بالعلامات، ج ر ج ج، ع44 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2003. أنظر أيضاً محمود إبراهيم الوالي، مرجع سابق، ص ص102-103. أنظر أيضاً عبد الله حسين الخشروم، مرجع سابق، ص ص135 وما بعدها. أنظر أيضاً راشدي سعيدة، العلامات في القانون الجزائري الجديد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص ص11 وما بعدها.

ما<sup>1</sup>، كخدمات المطاعم (K.F.C) التي معناها (Kontaky Freight Chicken)<sup>2</sup>. أو محلات بيع مواد التجميل (Yves Rochores) أو (Nocibé) أو محلات بيع الملابس (Nike) أو (H & M).

يجب على صاحب المحل التجاري الذي يستغل العلامة عندما تكون عنصر من عناصر المحل الذي يملكه أن يستغلها استغلالاً نزيهاً، فهي تمنح لصاحبها بمجرد تسجيلها حق حصري والذي يخول لصاحبه منع الغير من استعمال - لأغراض تجارية - علامات مشابهة لمنتجات أو خدمات مشابهة لتلك التي تحمل هذه العلامة المسجلة عندما يكون هذا الاستخدام من شأنه إحداث خلط لدى الجمهور<sup>3</sup>، ولتقدير خطر الخلط لدى الجمهور يجب التقدير على ضوء شهرة العلامة<sup>4</sup>.

أما إذا كانت العلامة مخالفة للنظام العام فإنها تعد باطلة وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 ديسمبر 2014، في النزاع القائم بين شركة الموثقين للخدمات Société Notariat Services وشركة NR Communication حول استخدام علامة (الموثقين 37) (37 Notaires) بإلغاء العلامة الفرنسية (37 Notaires) ورفض طلب المجلس الجهوي للموثقين التابعين لمحكمة الاستئناف لأرليون المتمثل في أحقيته لاستعمال العلامة. فحسب قرار محكمة النقض الفرنسية أن هذا يعد استعمالاً لاسم مهنة منظمة قانوناً من قبل السلطة العامة، فهذه العلامة لا يمكن أن تكون محل مطالبة وإنما يجب أن تكون محل إلغاء<sup>5</sup>.

3- براءات الاختراع: عرف المشرع الجزائري الاختراع في نص المادة 1/2 من الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق ببراءات الاختراع على أنه (فكرة لمخترع، تسمح عملياً بإيجاد حل لمشكل محدد في مجال

<sup>1</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 118. أنظر أيضاً سمير فرنان ونوري جمو، مرجع سابق، ص 19. أنظر أيضاً أمين بوشعبه، حماية ملكية واستعمال العلامات التجارية المشهورة - دراسة مقارنة في ضوء القوانين الجزائرية والقوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 28 وما بعدها.

<sup>2</sup> - سمير فرنان ونوري جمو، مرجع سابق، ص 19.

<sup>3</sup> - Christophe ALLEAUME et Delphine MARTIN, Propriété intellectuelle, RJCom., 2017, n° 6, Croniques, p559.

« أكدت محكمة النقض إدانة EDF من طرف سلطة تنظيم المنافسة بسبب وضعها بشكل تعسفي تحت تصرف فرعها النشط في سوق الألواح الكهروضوئية علامتها Bleu Ciel d' EDF، والذي خلق خلطاً في ذهن المستهلكين بين أنشطتها في إطار الخدمة العامة في مجال توفير الكهرباء وهذا النشاط المنوع. »

Virginie REBEYROTTE et Natalia MOYA, Marque, droit de concurrence, propriete industrielle, Les revues LexisNexis, 2018, n° 01, p29.

<sup>4</sup> - CA. Douai, 10 déc. 2014, PIBD., fév. 2015, n° 1022, III, p162.

<sup>5</sup> - Com. 16 déc. 2014, n° 12-29.157, bull. Civ. IV, n° 193, pp248-249.

تضيف الأستاذة راشدي سعيدة في هذا الشأن أن « هناك استقلالية بين العلامة وموضوعها، فعدم المشروعية يجب أن ينصب على العلامة ذاتها وليس على موضوعها، فإذا كان موضوعها مخالف للنظام العام أو الآداب العامة فلا يؤدي إلى بطلان العلامة. إذ أن صحة العلامة مستقل عن مشروعية المنتج أو الخدمة التي تنطبق عليها، وإنما استعمالها هو المخالف للنظام العام والآداب. » راشدي سعيدة، مرجع سابق، ص 142.

التقنية)<sup>1</sup>، وعرف أيضا براءة الاختراع في نص المادة 2/2 من نفس الأمر على أنها) وثيقة تسلم لحماية الاختراع)<sup>2</sup>. أما الجهة المخول لها قانونا تسليم هذه الوثيقة تتمثل في المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية<sup>3</sup>.

4- التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة: نظم المشرع الجزائري هذا العنصر بمقتضى الأمر 08/03 المؤرخ في 2003/07/19 يتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة حيث عرف الدوائر المتكاملة على أنها) منتج في شكله النهائي أو في شكله الانتقالي يكون أحد عناصره على الأقل عنصرا نشيطا وكل الارتباطات أو جزء منها هي جزء متكامل من جسم و/ أو سطح لقطعة من مادة، ويكون مخصصا لأداء وظيفة إلكترونية)<sup>4</sup>. أما التصميم الشكلي أو نظير الطبوغرافيا فقد عرفه على أنه) كل ترتيب ثلاثي الأبعاد، مهما كانت الصيغة التي يظهر فيها، لعناصر يكون أحدها على الأقل عنصرا نشيطا ولكل وصلات دائرة متكاملة أو للبعض منها أو لمثل ذلك الترتيب الثلاثي الأبعاد المعد لدائرة متكاملة بغرض التصنيع)<sup>5</sup>.

ج- أهمية حقوق الملكية الصناعية والتجارية: تلعب حقوق الملكية الصناعية والتجارية دورا مهما وبارزا في جذب الزبائن للمحل التجاري وتفعيله<sup>6</sup>، ولكن تختلف أهمية هذه الحقوق من محل تجاري لآخر حسب طبيعة النشاط التجاري الممارس في ذلك المحل، فقد توجد في محل معين ولا توجد في محل آخر.

فإذا كان نشاطه الصناعة فنجد فيه العلامة التجارية أو الرسوم أو النماذج الصناعية أو قد يقوم باستغلال براءة اختراع في صناعته، بينما لا توجد هذه العناصر في محلات أخرى مثل محل لبيع الأقمشة أو لبيع المواد

<sup>1</sup> - نص المادة 1/2 من الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 2003/07/19، يتعلق ببراءات الاختراع، ج ر ج ج، ع 44 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2003.  
<sup>2</sup> - أنظر أيضا فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص 197. أنظر أيضا محمود إبراهيم الوالي، مرجع سابق، ص 30. أنظر أيضا عبد الله حسين الخشروم، مرجع سابق، ص 63. أنظر أيضا صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص 30.  
<sup>3</sup> - أنظر الفقرة 3 من نص المادة 2 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءات الاختراع.  
<sup>4</sup> - المادة 1/2 من الأمر 08/03 المؤرخ في 2003/07/19، يتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، ج ر ج ج، ع 44 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2003. أنظر أيضا عبد الله حسين الخشروم، مرجع سابق، ص 131. أنظر أيضا أنور طلبية، حماية حقوق الملكية الفكرية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2006، ص 159.

<sup>5</sup> - المادة 2/2 من الأمر 08/03 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة. أنظر أيضا عبد الله حسين الخشروم، مرجع سابق، ص 132.  
« فعلى سبيل المثال العلامة إن وجدت في محل تجاري فإنها تحقق مصالح كل من المنتجين والموزعين والتجار بالإضافة إلى مصالح المستهلكين والاقتصاد الوطني، إذ تلعب العلامة التجارية دورا أساسيا في جذب المستهلكين أو العملاء إلى السلع والخدمات التي تحمل تلك العلامة، فالعلامة التجارية تساعد المستهلكين على معرفة البضاعة أو الخدمة التي يرغبون بها وتسهل للعميل معرفة المنتجات بمجرد النظر إلى علامتها التي تحدث في نفسه مقدار جودتها ومدى ملائمتها وإشباعها لحاجاته ورغباته». عبد الله حسين الخشروم، مرجع سابق، ص 141. أنظر أيضا صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص 115 وما بعدها. أنظر أيضا كركادان فريد، حقوق الملكية الصناعية كعنصر من عناصر المحل التجاري- العلامة كنموذج، مداخلة أعمال الملتقى الوطني حول الملكية الفكرية بين مقتضيات العولمة وتحديات التنمية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 28 و 29 أبريل 2013، ص 7-8.

<sup>6</sup> - « Ce sont les marques qui permet à une entreprise d' attirer et de fidéliser des clients et de créer de la valeur et de la croissance». LAMBERT Thierry, La marque: garantie de qualité, D., 2015, n° 36, p2087.

أنظر أيضا راشدي سعيدة، مرجع سابق، ص 55 وما بعدها.

الغذائية، ولا يشترط كي تعتبر حقوق الملكية الصناعية عنصرا في المحل التجاري أن تكون مملوكة لمالك المحل التجاري، فقد ينحصر حقه في مجرد حق الاستغلال رتبه عقد ترخيص معين<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة إلى أنه يمكن التصرف في عناصر الملكية الصناعية والتجارية حين التصرف في المحل التجاري باعتبارها عنصر من العناصر المعنوية المكونة له، كما يمكن التصرف فيها مستقلة عنه<sup>2</sup>، كذلك استغلالها في المحل التجاري لا يؤدي إلى فقدانها لطبيعتها وإنما تظل تحتفظ بطبيعتها وتخضع لقانونها الخاص بها، وعليه لو حدث وأن تم إبرام عملية قانونية على المحل التجاري وكانت من بين عناصره حقوق الملكية الصناعية والتجارية فإنه يجب تسجيل هذه العملية لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية<sup>3</sup>.

**د- حماية حقوق الملكية الصناعية والتجارية:** نظرا للأهمية التي تتمتع بها حقوق الملكية الصناعية والتجارية فإنها غالبا ما تكون عرضة للاعتداء عليها من طرف الغير، وعليه ولحماية هذا العنصر المهم، فإن للتاجر الذي تعرض لهذا الاعتداء وسيلتين يمكن اتباعهما الأولى عن طريق رفع دعوى المنافسة غير المشروعة وفقا لنص المادة 124 ق م ج<sup>4</sup>، أما الثانية وفقا للقانون الخاص بحق من حقوق الملكية الصناعية والتجارية كدعوى التقليد مثلا في حالة تقليد الرسوم والنماذج الصناعية<sup>5</sup>، أو العلامات<sup>6</sup>، أو براءة الاختراع<sup>7</sup>، لا تقتصر الحماية على المستوى الوطني فقط وإنما يتعدى ذلك، بحيث تتمتع حقوق الملكية الصناعية والتجارية بحماية دولية أيضا وذلك

<sup>1</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص147. لمزيد من المعلومات حول الترخيص باستغلال براءة الاختراع أنظر محمود ابراهيم الوالي، مرجع سابق، ص58 وما بعدها. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص112.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 119 ق ت ج. أنظر أيضا راشدي سعيدة، مرجع سابق، ص182 وما بعدها. أنظر أيضا أمين بوشعبية، مرجع سابق، ص103 وما بعدها.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 147 ق ت ج.

<sup>4</sup> - أنظر راشدي سعيدة، مرجع سابق، ص276. أنظر أيضا أمين بوشعبية، مرجع سابق، ص165-166.

<sup>5</sup> - أنظر نص المادة 23 من الأمر رقم 86/66 المؤرخ في 1966/04/08 المتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية.

Voir aussi TGI. Paris 05 déc. 2014, PIBD., 15 fév. 2015, n° 1022, III, p180.

أنظر قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 25 جانفي 2017، حول الدعوى المرفوعة من قبل شركة الهولندية، G- Star International والشركة المتنازل لها G- Star Raw ضد Hennes & Mauritz (H & M) إذ اتهمهما بتقليد نموذج السروال الذي ابتكراه.

Frédéric POLLAUD- DULLIAN, Propriété incorporelles, Propriété littéraire et artistique( Cass. Civ. 25 jan. 2017, n° 15-25.210, D. 2017), RTD. Com., 2017, Chroniques, n° 01, p92.

أنظر أيضا أمين بوشعبية، مرجع سابق، ص144 وما بعدها.

<sup>6</sup> - أنظر نص المادة 26 وما بعدها من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات. أنظر أيضا نص المادة 56 وما بعدها من الأمر 07/03 المتعلق ببراءات الاختراع. أنظر أيضا نص المادة 35 وما بعدها من الأمر 08/03 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة. أنظر أيضا قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 06 سبتمبر 2016، والمتعلق بتقليد النموذج وحقوق المؤلف.

Christophe ALLEAUME et Delphine MARTIN, Propriété intellectuelle, Obs. Sous Cass. Com. 06 sep. 2016, n° 14-15.286, RJCom., 2016, n° 6, Croniques, pp627-628. Voir sur la protection de la marque Cass. Com. 08 fév. 2017, n° 14-28.232, JCP., EA., 2017, n° 10, n° 1143, p53. Voir aussi TGI. Paris 16 jan. 2015, PIBD., 15 fév. 2015, n° 1022, III, p169.

أنظر أيضا أنور طلبية، مرجع سابق، ص120 وما بعدها.

<sup>7</sup> - CA. Paris 31 jan. 2014, PIBD., 15 avr. 2014, n° 1004, III, p329. Voir aussi CA. Paris 14 avril 2015, PIBD., 01 juin 2015, n° 1029, III, p405.

وفقا لعدة اتفاقيات دولية نذكر منها اتفاقية باريس لسنة 1883 لحماية حقوق الملكية الصناعية، واتفاقية مدريد لسنة 1891، واتفاق جوانب الحقوق الفكرية المتصلة بالتجارة (تريبس) بمراكش سنة 1994<sup>1</sup>.

**ثانيا: حقوق المؤلف والحقوق المجاورة:** تسمى أيضا بحقوق الملكية الأدبية والفنية، فهي تعد عنصرا معنويا يمكن أن يتكون منه المحل التجاري إذا تم استغلال هذا النوع من الحقوق من طرف التاجر في ذلك المحل، حيث يكون أحد العناصر المشكلة للمحل التجاري.

**أ- تعريف حقوق الملكية الأدبية والفنية:** تتمثل حقوق الملكية الأدبية والفنية في الإنتاج الذهني المتولد عن استغلال ملكات ذهنية بشرية من فكر وآداب وفنون<sup>2</sup>، وإذا كانت هذه الأعمال تعد أعمالا مدنية بالنسبة للشخص القائم بها، فإن عملية التوسط في تداولها وبيعها إلى الجمهور يعد عملا تجاريا، ومثال ذلك دور النشر التي تقوم بشراء حقوق المؤلفين والملحنين وطباعتها وبيعها<sup>3</sup>.

**ب- تعداد حقوق الملكية الأدبية والفنية:** يدخل ضمن حقوق الملكية الأدبية والفنية نوعان من العناصر التي يمكن أن تستغل في المحل التجاري، يتمثل النوع الأول في حقوق المؤلف والقسم الثاني يتمثل في الحقوق المجاورة، نلخصهما كما يلي:

1- حقوق المؤلف: تشمل حقوق المؤلفين على مؤلفاتهم ومصنفاتهم المبتكرة في حقل الآداب والفنون والعلوم كالكتب، والمصنفات الفنية والأدائية كالمسرحيات والموسيقى، والمصنفات المرئية والسمعية كالأشرطة السينمائية، وبرامج الحاسوب، ... إلخ<sup>4</sup>.

2- الحقوق المجاورة: تتمثل في حقوق المؤدين والعازفين والمنتجين في حقل الفونوجرام (التسجيلات الصوتية) وحقل الإذاعة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص298 وما بعدها. أنظر أيضا سمير فرنان ونوري جمو، مرجع سابق، ص55 وما بعدها. أنظر أيضا محمود ابراهيم الوالي، مرجع سابق، ص122.

Voir aussi Dominique LEGAIS, Droit commercial et des affaires, 22<sup>ème</sup> éd., op- cit, p107.

<sup>2</sup> - سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص363. أنظر أيضا مصطفى كمال طه ووائل أنور البندق، أصول القانون التجاري، مرجع سابق، ص653. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص122.

<sup>3</sup> - محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص347. أنظر أيضا نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص29.

« La convention dite contrat d' édition a un caractère mixte, commercial à l' égard de l' éditeur et civil au regard de l' auteur». T.G.I. Paris 27 fév. 1968, D., 1968, p375. J.

<sup>4</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص151-152. أنظر أيضا نص المادة 2 من الأمر 05/03 المؤرخ في 2003/07/19، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ج ج ج، ع44 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2003. أنظر أيضا محمود ابراهيم الوالي، مرجع سابق، ص141.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص152.

فسرت المادة 108 من الأمر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة المقصود بالفنان المؤدي لأعمال فنية أو العازف على أنه الممثل، والمغني، والموسيقي، والراقص، وأي شخص آخر يمارس التمثيل أو الغناء أو الإثارة أو العزف أو التلاوة أو يقوم بأي شكل من الأشكال بأدوار مصنفات فكرية أو مصنفات من التراث الثقافي التقليدي.

ج- أهمية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة: لحقوق الملكية الأدبية والفنية جانبان أحدهما معنوي والآخر مادي، ويعني الجانب المعنوي حق المؤلف أو الفنان في نسبة المؤلف إليه، أي أن ينسب إليه وحده إنتاجه الذهني، ولا يجوز التنازل عن هذا الجانب من حقوق الملكية الأدبية إلى الغير. أما الجانب المالي لهذه الحقوق فيتمثل في الاستغلال المالي لها، حيث يكون لصاحب الإنتاج الذهني أن يستغله ويحصل على مقابل مالي لهذا الاستغلال، ويجوز لصاحب الحق الذهني أن يتولى هذا الاستغلال بنفسه أو أن يعهد به إلى الغير كدور نشر الكتب والاسطوانات أو مشروعات الإنتاج السينمائي<sup>1</sup>.

وعليه فقد توجد حقوق الملكية الأدبية والفنية بين العناصر المعنوية للمؤسسة التجارية، وقد تكون هي العنصر الجوهرية في المؤسسة كما هو الشأن في دور النشر التي تشتري حقوق المؤلفين وتقوم بنشرها بأية طريقة من طرق النشر<sup>2</sup>.

د- حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة: تتمثل الحماية القانونية لحق المؤلف في رعاية المؤلف من أي تعد على حقوقه داخل الدولة<sup>3</sup> كالاستنساخ غير المشروع، غير أن هذه الحماية لا تقتصر على حدود الدولة فقط وإنما تتعدى ذلك لتكون الحماية دولية<sup>4</sup> أيضا كاتحاد برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية، اتفاقية روما لحماية فناني الأداء ومنتجات التسجيلات الصوتية.

<sup>1</sup> - محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 206.

« Les auteurs d' œuvres de l' esprit son titulaire et artistique qui comporte des attributs d' ordre patrimonial( monopole d' exploitation, droit de suite) et moral( droit au nom, droit au respect, droit de divulgation, droit de repontir et de retrait), à la seule condition que leur création soit originale». Christophe ALLEAUME et Delphine MARTIN, Propriété intellectuelle, RJCom., 2016, n° 1, Croniques, p13. Voir aussi Nicolas BINCTIN, Lettre de France, RIDA., avril 2017, n° 252, pp145-149. ( La lettre de France est une institution ancienne de la Revue International de Droit d'Auteur).

« La cession du fonds de commerce d' édition intervenue importe la cession du contrat d' édition réputé transmis en même temps à défaut d' opposition de son auteur. Aussi le cessionnaire est bien fondé à défandre ses droits d' éditeur». CA. Riom 24 mai 2007, n° 06-00.131, JCP., EA., 2008, n° 15, n° 1460, p12. Voir aussi Nicolas BINCTIN, Photographie et droit d' auteur, une relation sur le fond de« je t' aime, moi non plus», JCP., EA., 2008, n° 38, n° 2130, pp22-23.

<sup>2</sup> - مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، مرجع سابق، ص 189.

<sup>3</sup> - محمود ابراهيم الوالي، مرجع سابق، ص 164. أنظر أيضا نص المادة 139 من الأمر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وما بعدها.

<sup>4</sup> - Voir Cass. Civ. 10 avr. 2013, n° 12-14.525, D., 2013, n° 15, p992. A/ DA. Voir aussi sur la contrefaçon et concurrence déloyale des droits de l' auteur et dessins, Christophe ALLEAUME et Delphine MARTIN, Propriété intellectuelle, Obs. Sous Cass. Com. 06 sep. 2016, n° 14-15.286, RJCom., 2016, n° 6, Croniques, pp627-628. Préc.

## الفرع السابع

### الرخص والإجازات

تعتبر مهن تجارية منظمة جميع المهن التي تتوقف ممارستها على امتلاك شهادات أو إجازات تسلمها هيئة إدارية معينة يخولها القانون هذه السلطة تختلف هذه الهيئة حسب نوع النشاط الذي يرمي المعني بالأمر مزاولته، وتأسيسا على هذا لا يجوز ممارسة هذه الأنشطة إلا بعد الحصول على ترخيص إداري<sup>1</sup>، كرخصة افتتاح مقهى أو استغلال فندق أو ملهى أو سينما أو مصنع أو رخصة بيع الخمر أو غيرها، وهذا متى توافرت في طلبها الشروط المنصوص عليها في قانون منح التراخيص، الذي يستلزم استيفاء شروط معينة في الأماكن والظروف التي تبشر فيها التجارة أو الصناعة وذلك بالإضافة إلى ما يتطلبه قانون كل مهنة على حدة، كمهنة الصيدلة، والصارفة، ... إلخ، وقد يكون لهذه الرخص والإجازات طابع شخصي أو عيني<sup>2</sup>.

لا تعتبر الرخص والإجازات من عناصر المتجر المكونة لمقوماته إلا إذا اشترط لمنحها ضرورة توافر شروط موضوعية غير متعلقة بشخص من منحت له، وفي هذه الحالة يكون للرخص قيمة مالية وتعتبر عنصرا من عناصر المحل التجاري يجوز التنازل عنها للغير بمعنى يشملها ما يرد على المحل التجاري من التصرفات<sup>3</sup>، وقد نص المشرع الجزائري عليها في نص المادة 78 ق ت ج وجعلها من بين العناصر التي يمكن أن يتكون منها المحل التجاري طبعاً حسب طبيعة النشاط التجاري الممارس.

إلا أنه لو كان منح الرخصة تم لأسباب ذاتية خاصة بشخص طالب الترخيص (كما لو كان ذا إعاقة ما)، بحيث لم يعط الترخيص إلا لسبب هذه الحالة الخاصة، فإنه لا يمكن التنازل عن هذه الرخصة التي يتوقف وجودها

<sup>1</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، 126-127. أنظر أيضا محمد فريد العريني وهاني دويدار، مرجع سابق، ص400. أنظر أيضا نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص31.

تعرف الرخصة على أنها «ترخيص تختص الإدارة وحدها بمنحه في مقابل مالي، من أجل استغلال نشاط يدخل ضمن النشاطات المقننة وهي تلك التي أخضعت لمجموعة من النصوص القانونية التي تتولى تنظيمها، هذا ما يكرس رقابة شبه دائمة للدولة على الاستثمارات الخاصة بهذا النوع من الأنشطة». مشيد سليمة، النظام القانوني للاستثمار في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004/2003، ص10.

Voir aussi Annie CHAMOULAND- TRAPIERS, op-cit, p108. Voir aussi Stéphane PIEDELIEVRE, op-cit, p199. Voir aussi Jean Pierre LE GALL et Caroline RUELLAN, op-cit, p36.

<sup>2</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص153.

Voir aussi Annie CHAMOULAND- TRAPIERS, op-cit, pp108-109. Voir aussi Georges DECOCQ, op-cit, p233. Voir aussi- Yves REIHARD et Jean Pascal CHAZAL, op-cit, pp382-383. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p143.

قضت محكمة الاستئناف Nancy بتاريخ 23 ديسمبر 1957، أن «رخصة استغلال محل لبيع المشروبات ليست فقط عنصر من عناصر المحل التجاري، وإنما عنصر أساسي في هذا المحل وغير قابلة لفصلها عنه، وهي شخصية وباسم من منحت له».

CA. Nancy 23 déc. 1957, D., 1958, p85. J.

<sup>3</sup> - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص43.

وانعدامها على وجود صاحبها وعدمه، فليس لهذه الرخصة أن تكون عنصرا من عناصر المحل التجاري في هذه الحالة<sup>1</sup>.

نقول في شأن إمكانية التنازل عن الرخصة مستقلة عن المحل التجاري، أنه إذا كانت هذه الرخصة تشكل عنصرا ثانويا بالنسبة للمحل التجاري فإنه يمكن التنازل عنها استقلالا عن المحل الذي كانت تستغل فيه<sup>2</sup>، أما إذا كانت تشكل عنصرا أساسيا فإن التنازل عنها يعد تنازلا عن محل تجاري<sup>3</sup>.

## المطلب الثاني

### العناصر المادية

تتمثل طبيعة المحل التجاري في أنه مال منقول يمكن نقله من مكان إلى آخر عكس العقار الذي لا يمكن نقله من مكان إلى آخر، ويعتبر أيضا ذو صبغة معنوية وليست مادية على الرغم من أنه يتكون من عناصر مادية بحتة، والتي يمكن أن تشكل في بعض الأحيان عقارات بالتخصيص، أي تتحول من عناصر ذات طبيعة منقولة إلى عقارات بالتخصيص.

إن إضفاء الصفة المعنوية على المحل التجاري لا يعني استبعاد إمكانية وجود عناصر مادية فيه أو استحالة وجودها، ورغم الأهمية الكبيرة للعناصر المعنوية خاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، إلا أننا بالرجوع إلى نص المادة 78 ق ت ج نجد أن المشرع أقر على أن المحل التجاري يمكن أن يتكون من عناصر مادية بجانب العناصر المعنوية، وهذا دليل على أن لهذه العناصر قيمة في المحل متى استعملها التاجر في تجارته سواء بالبيع فتأخذ بالتالي حكم البضائع، أو استخدمها من أجل تسهيل مزاولته تجارته وبالتالي إما أن تأخذ حكم الآلات مثلا آلة القياس أو الوزن، أو الأثاث مثلا كالرفوف أو الكراسي، حسب الغرض الذي استعملت من أجله هذه العناصر.

لذا نقول أنه على الرغم من الطبيعة المعنوية للمحل التجاري والمركز الذي تتمتع به العناصر المعنوية، إلا أننا نجد أن التاجر يلجأ إلى الاستعانة بالعناصر المادية متى كانت لازمة لاستغلاله.

<sup>1</sup> - صفاء محمود السويلميين وتالا سعو الشوا، التشريعات التجارية وتشريعات الأعمال، دار وائل، عمان، 2005، ص167.

<sup>2</sup> - « Si la licence constitue l'accessoire du fonds de débit de poissons, il n'est pas interdit au vendeur d'un tel fonds de se réserver la propriété de la licence servant jusque là à son exploitation; dans ce cas le cessionnaire a la possibilité d'acquérir une autre licence et de la faire transférer dans son établissement». Cass. Civ. 29 mai 1953, D., 1953, p599.J. Préc.

<sup>3</sup> - Com. 20 oct. 1998, n° 96-15.107, bull. Civ. IV, n° 248, p206. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p145.

## الفرع الأول

### المعدات والآلات

يقصد بالمعدات التجهيزات التي يستعملها التاجر في تسيير نشاطه التجاري، كالمكاتب والمقاعد وأجهزة الاتصال والخزائن الحديدية والرفوف وأدوات الوزن والقياس والآلات الكاتبة والحاسبة والأسرة في الفنادق والأواني في المطاعم وغيرها، أما الآلات فهي التي تستخدم في استغلال المحل التجاري كالمكينات التي تستعمل في صنع المنتجات أو إصلاحها والسيارات المستخدمة في نقل البضائع<sup>1</sup>، وتسمى أيضا بالمهمات<sup>2</sup> حيث يقصد بها أيضا تلك المنقولات المادية التي تستعمل في الاستغلال التجاري دون أن تكون معدة للبيع، فالمحروقات كالفحم والزيت والبتروول تعتبر من المعدات إذا كان الغرض من وجودها في المحل هو تشغيل الآلات. أما إذا كانت كمواد أولية لصناعة السلع، أو كانت معدة للبيع، فإنها تكون من قبيل البضاعة لا المعدات، فالعبرة إذا بالغرض الذي خصصت له، فإذا كانت معدة للبيع أو التصنيع بقصد البيع فتعتبر من البضائع. أما إذا خصصت للمساهمة في استثمار المحل التجاري فتكون من المعدات<sup>3</sup>.

يشترط لاعتبار أن المهمات والآلات عنصر من عناصر المحل التجاري أن يتوفر فيها شرطان هما:

- يجب أن تكون مخصصة لممارسة النشاط التجاري.
- يجب أن تكون مملوكة للمستغل<sup>4</sup>.

تبقى 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<sup>5</sup>، ويراعى 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، وبالرغم من أن العقار لا يدخل ضمن عناصر المحل التجاري إلا أن العقارات بالتخصيص استثنيت من هذا الحكم فتدخل بالتالي ضمن عناصر المحل التجاري<sup>6</sup>، يشترط للأخذ بالعقار بالتخصيص مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

<sup>1</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص133. أنظر أيضا ياملكي أكرم، مرجع سابق، ص 173. أنظر أيضا محمد الأمير يوسف، دروس في القانون التجاري، ج1، دار النصر، د ب ن، 1994، ص212.

Voir aussi Georges DECOCQ, op-cit, p23. Voir aussi Jack BUSSY, op-cit, p121. Voir aussi Roger HOUIN et René RODIERE et Dominique LEGAIS, op-cit, p86.

<sup>2</sup> - أنظر مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، مرجع سابق، ص184.

<sup>3</sup> - أحمد محمد محرز، المشروع التجاري، النسر الذهبي للطباعة، الهدارة، 1997، ص ص141-142.

<sup>4</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p171.

<sup>5</sup> - أحمد بسيوني أبو الروس، مرجع سابق، ص677.

<sup>6</sup> - هاني دويدار، مبادئ القانون التجاري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1997، ص ص254-255.

« عندما يكون المبنى مؤجرا لخباز مع كل ملحقاته، بما في ذلك المعدات والأواني وما تحتيه، فالتنفيذ العيني الفعلي على المبنى من طرف دائن

المؤجر يعتبر صحيح، كملحق للمبنى، على الرغم من استغلالها في المحل التجاري للمستأجر وتشكل عنصر من عناصره».

- أن تكون ملكية العقار والمنقولات تنحصر في شخص واحد: بمعنى يجب أن تكون ملكية المنقولات المستخدمة في استغلال العقار وملكية هذا الأخير تتحد في شخص واحد<sup>1</sup>.

- اتصال مادي و/أو معنوي بين الأثاث والعقار: إن العقار بالتخصيص يفترض وجود اتصال مادي<sup>2</sup> أو معنوي<sup>3</sup> بين العقار والأثاث المخصص له، فالعلاقة اللازمة بين الأثاث والعقار هي مسألة واقع، متروكة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع<sup>4</sup>.

- يجب أن تكون تلك الأثاث ضرورية لاستغلال العقار: نجد بالرجوع إلى نص المادة 683/2 ق م ج على أن المشرع نص على أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا لخدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص<sup>5</sup>. بينما لا يشكل عقارا بالتخصيص المنقول الذي بطبيعته ليس ضروريا<sup>6</sup>.

أما العقارات بطبيعتها تخرج من تكوين المحل التجاري<sup>7</sup>، فالمتجر مال منقول معنوي، كما أن العقار بحكم طبيعته والنظام القانوني لتداوله يخرج من ميدان العلاقات التجارية، ومن ثم لا يمكن اعتبار العقار تابعا للمحل التجاري بسبب لزومه لاستغلاله، كما أنه لا يمكن التسليم باعتبار العقار الذي يخصص لخدمة المحل التجاري

---

Req. 07 juill. 1921, D., 1922, p54. I. CC. Voir aussi Req. 06 juill. 1925, DH., 1925, p610.

<sup>1</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p179.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 أكتوبر 1965، أنه « في حالة الرهن الحيازي للمحل التجاري، لا يمكن الطعن في حكم لرفض الطلب المقدم من طرف مالك المحل التجاري الذي يرغب استبعاد رهن المعدات والتركيبات من خلال القول أنها كانت عقارات بالتخصيص بسبب الاتفاق الذي مفاده أن المنشآت التي أقامها على الأرض المؤجرة تبقى ملكا له، بعد أن تأكد أنه ليس مالك العقار الذي يستغل فيه محله وأن المباني التي أقامها على الأرض ( مستودع خفيف وقابل للتفكيك ) ( Hangars légers et démontables ) لم تكن عقارات بطبيعتها، وبالتالي فإن عناصر المحل التجاري المتنازع عليها لم تصبح عقارات بالتخصيص».

Civ. 14 oct. 1965, n° 62-11.792, bull. Civ. III, n° 499, p450.

« Constituant des immeubles par destination les meubles affectés à une exploitation commerciale lorsque les objets on y été placés dans l' immeuble par le propriétaire pour le service de son fonds».

Civ. 29 oct. 1984, n° 82-14.037, bull. Civ. III, n° 177, p138.

<sup>2</sup> - Cass. Civ. 05 avr. 1965, JCP., G., 1965, 2, n° 14233.

<sup>3</sup> - Civ. 24 jan. 1912, DP., 1913, p337. I, CC. Voir dans ce sens Frédéric ZENATI, Propriétés et droits réels, RTD. Civ., Juriprudence française en matière de droit civil, n° 01, 1990, p107.

<sup>4</sup> - Op- cit, p179.

قضت محكمة الاستئناف الفرنسية بتاريخ 31 جويلية 1879، أنه « يقصد بالمنقولات التي يضعها مالك المحل التجاري لخدمة واستغلال المحل التجاري والتي يعترف لها القانون بطابع العقار بالتخصيص تلك التي بطبيعتها وبالنظر إلى استعمالها تعتبر ضرورية لاستغلال المحل بحد ذاته والتي تعتبر ملحقات لا يمكن أن يستغنى عنها في استغلاله».

كما أن قضاة الموضوع يمكن لهم دون خرق أي قانون أن يرفضوا اعتبار المنقولات المستعملة في تزيين الفنادق والمقاهي بمثابة عقارات بالتخصيص. فالتخصيص الذي يخول المنقولات طابع العقار والذي يجعلها بالنتيجة قابلة للرهن ناتج فقط عن وقائع محددة قانونا لا يمكن أن ينتج عن اتفاق بين مالك هذه الأشياء المنقولة والدائن.

Req. 31 juill. 1879, DP., 1880, p273. I, CA. Voir aussi Req. 02 août 1886, DP., 1887, p293. I, CA.

<sup>5</sup> - Cass. Civ. 18 nov. 1845, DP., I, 1846, pp36-37. Voir aussi C. Paris 05 juill. 1935, D., 1936, p30.

<sup>6</sup> - C. Lyon 17 fév. 1900, DP., 1903, II, p249. CAT.

<sup>7</sup> - « Le fonds de commerce ne comprend pas: les immeubles». Elie ALFANDARI, op- cit, p216. Voir aussi Cass. Civ. 21 juill. 1937, DP., 1940, p17. J.

منقولاً بالتخصيص وذلك لأن اعتبار المنقول الذي خصص لخدمة العقار عقاراً بالتخصيص تقرر على سبيل الاستثناء، ومن ثم لا يجوز القياس عليه<sup>1</sup>.

يترتب على ذلك أنه إذا كان مالك المتجر يملك العقار الكائن به المحل التجاري وتصرف فيهما معا بالبيع فلا يدخل العقار ضمن عناصر المحل التجاري، وتعتبر العملية في حقيقتها مركبة من عقدين إذ يخضع كل من العقار والمحل التجاري للأحكام الخاصة بكل واحد منهما على أساس أن بيع العقار يعتبر بيعاً مستقلاً تسري عليه أحكام نقل ملكية العقار عموماً، أما بيع المتجر فيخضع لإجراءات نقل ملكية المحل التجاري باعتباره منقولاً معنوياً<sup>2</sup>.

أما في حالة اتخاذ إجراءات الحجز على عناصر مادية تحولت إلى عقار بالتخصيص، فلا بد من اللجوء إلى الحجز العقاري وليس إلى إجراءات الحجز من أجل البيع المطبقة فقط على الأموال المنقولة، وعليه يؤول للمزيد على العقار المنقول المخصصة لخدمة المحل التجاري، والتي تحولت لهذا السبب إلى عقار بالتخصيص<sup>3</sup>.

يمتد الحكم أيضاً إلى الحقوق العينية العقارية إذ لا تعتبر عنصر من عناصر المحل التجاري<sup>4</sup>.

لكن قد يحدث أن تأخذ العقارات حكم البضائع، حيث يقتصر نشاط التاجر في شراء العقارات من أجل بيعها ففي هذه الحالة يعد هذا النشاط عملاً تجارياً بحسب الموضوع<sup>5</sup>، وبذلك تكون هذه العقارات بضائع يتكون منها المحل التجاري حتى وإن كانت عقارات<sup>6</sup>.

غير أن الدكتورة فرحة زراوي صالح ترى عكس هذا لأن المحل التجاري هو قبل كل شيء مجموعة منقولة وأبرز دليل على ذلك نص المادة 78 ق ت ج الذي لم يذكر العقار في تعداد العناصر المكونة للمحل التجاري.

<sup>1</sup> - محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 196-197. أنظر أيضاً مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 649.

<sup>2</sup> - سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 11.

Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p183.

<sup>3</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p183.

« La literie et le matériel de couchage, objets absolument indispensables et affectés directement à un fonds de commerce d' hôtellerie, se trouvent exclus de la composition du fonds pour devenir immeubles par destination; C' est biens ne peuvent faire, objets d' une saisie- vente, procédure applicable uniquement aux biens meubles». TGI. Lille 20 avr. 1993, D., 1994. p344. Somm. Voir aussi Cass. Com. 31 mars 2009, n° 08-14.180, D., 2009, n° 17, p1139. AJ/DA.

« Justifie légalement sa décision la cour d' appel qui constate que par le seul effet de l' adjudication, l' exploitant d' un fonds de commerce, qui n' était pas locataire mais propriétaire de l' immeuble où était implanté ce fonds, était dépourvu de titre lui permettant de poursuivre son exploitation et de justifier de son maintien dans les locaux acquis par l' adjudicataire, qui n' était pas tenu de lui consentir un bail commercial». Cass. Com. 31 mars 2009, n° 08-14.180, D., 2009, n° 17, p1139. AJ/DA.

<sup>4</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p178. Voir aussi Civ. 08 déc. 1971, n° 70-12.240, bull. Civ. III, n° 616, pp440-441.

<sup>5</sup> - أنظر نص المادة 2/2 ق ت ج.

<sup>6</sup> - أحمد محمد محرز، المشروع التجاري، مرجع سابق، ص 143-144.

كما نص المشرع في الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه (تعد جزء من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري). وإذا أخذنا بالرأي المعاكس، فهذا يعني أن العقارات أصبحت منقولات بسبب تخصيصها للمتجر، أي أنها أصبحت منقولات بالتخصيص.

إن هذا القول مخالف لقواعد القانون المدني الذي يقسم الأموال إلى منقولات وعقارات من جهة، ويقسم المنقولات إلى منقولات مادية ومنقولات معنوية من جهة أخرى، وفيما يخص العقارات فهي تنقسم إلى عقارات بطبيعتها وعقارات بالتخصيص<sup>1</sup>، وتقسيم الأموال إلى منقولات وعقارات هو مسألة تتعلق بالنظام العام، بحيث يتعين إبطال أي اتفاق مخالف له<sup>2</sup>.

تعتبر الآلات والمعدات عناصر مادية ولها مبدئياً صفة ثانوية في تكوين المحل التجاري، وفي الواقع فإن هذا الأخير يمكن أن يوجد دون هذه العناصر والتي أيضاً حتى في ظل وجودها يمكن التنازل عنها ببساطة مستقلة عن المحل التجاري، فبالرجوع إلى امتياز البائع والدائن المرتهن نجد أن المشرع استبعدنا من العناصر التي يمكن أن يشملها الامتياز، أيضاً نجد بالرجوع إلى أحكام عقد الرهن الحيازي أن المشرع استبعدنا من وعاء الرهن، بحيث لا يجوز إدراجها ضمن العناصر المرهونة<sup>3</sup>.

قضت محكمة الاستئناف Colmar بتاريخ 28 ماي 1952، أن الملكية الوحيدة للأدوات والآلات لا يكفي لإنشاء المحل التجاري على الرغم من أهمية هذه العناصر المادية، بحيث أن الميزة الأساسية للمحل هي الاستغلال من أجل إيجاد زبائن؛ بالتالي فإن مالك المحل ليس الذي دفع مقابل التركيب المادي، ولكن الذي استغله من أول وهلة، وأنشأ عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة ودفع مقابل إيجار العقارات والتركيب، وبمعرفته التقنية وأيضاً خلق العناصر المعنوية للمحل<sup>4</sup>، إضافة إلى هذا فإن التنازل عن هذه العناصر دون التنازل عن العناصر الأساسية للمحل التجاري كالحق في الإيجار غير كافي للقول أن التنازل وارد على محل تجاري، بل يعتبر تنازل عنها فقط باعتبارها عناصر مادية<sup>5</sup>.

نشير إلى أن الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية قضت بتاريخ 18 جانفي 1984، أن تنازل مالك المحل التجاري عن كل المعدات الموجودة بالمحل التجاري والأعمال الجارية، في فترة قصيرة من الزمن، بمقابل، لمستأجره، فإن قضاة الموضوع تمكنوا من استنتاج أن المحل التجاري تم التنازل عنه كلياً بكل عناصره وأن العملية خضعت لرسوم النقل المحددة بموجب المادة 719 من القانون العام للضرائب<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، 179.

<sup>2</sup> - محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص333.

<sup>3</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p168.

<sup>4</sup> - CA. Colmar 28 mai 1952, D., 1952, p528. J.

<sup>5</sup> - Com. 15 jan. 1962, n° 60-10.619, bull. Civ. III, n° 26, p21. Voir aussi Cass. Civ. 29 mai 1953, D., 1953, p599. Préc.

<sup>6</sup> - Com. 18 jan. 1984, n° 82-13.331, bull. Civ. IV, n° 25, p20.

## الفرع الثاني

### البضائع

يقصد بالبضائع كل السلع والأموال المنقولة التي توجد عند التاجر وتكون معدة للبيع، وسواء كانت البضائع كاملة الصنع أو سلعا نصف مصنوعة أو من المواد الخام، إلا أنها تعد من البضائع مادامت معدة للبيع، ويتعين أن تكون البضائع مملوكة للتاجر الذي يستغل المحل، فإذا كان التاجر يحوزها لمصلحة شخص آخر كأن يحوزها لنقلها أو كان مكلفا ببيعها لحساب شخص آخر لا تدخل أبدا ضمن عناصر المؤسسة التجارية<sup>1</sup>، وهي عنصر غير ثابت في المحل التجاري لأنها مخصصة للبيع وعليه فهي عنصر سريع التجدد<sup>2</sup>.

تختلف أهمية هذا العنصر بحسب نوع نشاط المحل التجاري، فإذا كان هذا الأخير من محلات بيع السلع للمستهلكين فإن هذا العنصر يصبح من العناصر الجوهرية المكونة له، في حين تكون أهميته ضئيلة بل قد تنعدم أهميته بالطبع في المحلات التجارية الأخرى كمكاتب السماسرة أو دور السينما أو غيرها<sup>3</sup>، فهي تتميز بعدم الاستقرار، فيرتفع رصيدها في حالة الشراء وينخفض في حالة البيع تبعا لسرعة دوران رأس المال المستثمر، فقد استبعدها المشرع من عناصر المحل التجاري عند رهنه في مجموعة، غير أن ذلك لا يحول دون رهن السلع رهنا حيازيا طبقا لأحكام القواعد العامة<sup>4</sup>، وأنه عند التصرف في المحل فإن قيمتها تحدد استقلالا طبقا لجرد يتم عند انتقال حيازة المحل إلى المشتري، كما أنه يكون من الجائز فصل البضائع عن المحل التجاري وبيعها إلى شخص بينما يباع المحل إلى شخص آخر<sup>5</sup>.

تظهر من خلال ما سبق أهمية اعتبار الأشياء مهمات أو بضائع من جملة نواحي، فمن ناحية لا يجوز أن ينصب الرهن على البضائع في حين أن ذلك جائز بالنسبة للمهمات<sup>6</sup>، ومن ناحية أخرى يجب في حالة بيع المحل التجاري وضع أسعار مميزة بالنسبة للعناصر المعنوية والمعدات والبضائع، ولهذا يمارس امتياز البائع بصفة منفصلة على كل أثمان إعادة بيع البضائع والمعدات والعناصر المعنوية، وتطرح الدفعات الجزئية - غير النقدية - التي قام بها المشتري أولا من ثمن البضائع ثم من المعدات<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - هاني محمد دويدار، مرجع سابق، ص 254. أنظر أيضا مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 648. أنظر أيضا ياملي أكرم، مرجع سابق، ص 173.

Voir aussi Sini LAURE, op-cit, p22. Voir aussi Jack BUSSY, op-cit, p122. Voir aussi Yves Reinhard et Jean-Pascal CHAZAL, op-cit, p373. Voir aussi Jack BUSSY, Droit des affaires, Presses de la sciences po et Dalloz, Paris, 1998, p109.

<sup>2</sup> - Stéphane PIEDELIEVRE, Actes de commerces, commerçants, fonds de commerce, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2008, 208.

<sup>3</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 133. أنظر أيضا علي البارودي، مرجع سابق، ص 134.

<sup>4</sup> - أحمد محمد محرز، المشروع التجاري، مرجع سابق، ص 143.

<sup>5</sup> - محمد فهمي الجوهري، مرجع سابق، ص 194.

<sup>6</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 134-135.

<sup>7</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 149. أنظر أيضا نص المادة 96 ق ت ج.

تظهر كذلك أهمية التفرقة بين المهمات والبضائع في حالة ما إذا كان التاجر يمارس الاستغلال التجاري في عقار مملوك له، إذ تعتبر المهمات من قبيل العقار بالتخصيص في حين أن هذا الوصف لا يصدق على البضائع<sup>1</sup>.

## المطلب الثالث

### العناصر المستبعدة من المحل التجاري

نجد عند دراسة نص المادة 78 ق ت ج أن المشرع نص على مجموعة من العناصر التي يمكن أن تساهم في تكوين المحل التجاري، ونص على إلزامية توفر عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، أما العناصر الأخرى المذكورة في نص هذه المادة فتواجدها في المحل التجاري نسبي وليس إلزامي، أي يمكن أن توجد فيه كما يمكن أن لا توجد فيه، فغيابها عنه لا يؤدي إلى انقضائه.

إلا أن ما نفهمه أيضا من نص هذه المادة أن المحل التجاري يمكن أن يشمل بعض العناصر غير المذكورة في هذه المادة، ولكنه من جهة أخرى لم ينص على العناصر المستبعدة من المحل التجاري، والتي لا يمكن أن تساهم في تكوينه إلا إذا تم الاتفاق على ذلك، وهذه العناصر عديدة منها ما هو معنوي ومنها ما هو مادي، سنحاول تلخيصها فيما يلي:

## الفرع الأول

### رقم الهاتف

أثير تساؤل حول إمكانية اعتبار رقم الهاتف الذي يستعمله التاجر عنصر معنوي للمحل التجاري، بحيث أن بعض التجار يفلحون في الحصول على رقم هاتف سهل الحفظ بالنسبة للزبائن، والبعض الآخر قاموا بالإشهارات التي تمكن الزبائن من حفظ رقمهم، إذن يمكن لرقم الهاتف أن يكون عنصرا جاذبا للزبائن<sup>2</sup>، إلا محكمة Chatillon- sur- seine في حكمها الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1949، أجابت عن هذا التساؤل بقولها أن رقم الهاتف المخصص للتاجر لا يمثل، بالنسبة لهذا، عنصر معنوي للمحل التجاري، فمنحه أو التنازل عنه مخول حصريا لإدارة واحدة هي مؤسسة البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية PTT ؛ وهذا المنح لا يعطي قيمة إضافية للمحل التجاري، لأنه غير مؤكد، قابل للتعديل أساسا؛ ولا يمكن للمشتري تحميل البائع مسؤولية عدم تحويله له رقم الهاتف، الذي لا يزال في الدليل باسم البائع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 32.

<sup>2</sup> - Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS, op- cit, p28.

<sup>3</sup> - TC. Chatillon- Sur- Ceine 18 nov.1949, D., 1950, p224. J.

إلا أنه استثناء لا يكون رقم الهاتف عنصر من عناصر المحل التجاري إلا إذا برر المستغل الجديد أنه سيستمر في ممارسة نفس النشاط التجاري أو الصناعي الذي كان يمارسه سابقه<sup>1</sup>. أخذت بهذا المبدأ محكمة Nancy في حكمها الصادر بتاريخ 21 ماي 1997، إذ اعتبرت أن رقم الهاتف لمؤسسة تجارية يشكل عنصر معنوي للمحل التجاري، في الحدود التي يخصص فيها لاستغلال المحل، هذا الرقم غالبا ما يكون مرتبط بالاسم التجاري، ومثله يعرف النشاط التجاري ويحدد مكانه. وبالتالي يرتكب العمال السابقين في المحل التجاري خطأ يثير مسؤوليتهم عندما نقلوا خط الهاتف تحت نفس الرقم لاسم المؤسسة الجديدة التي يستغلونها، وبهذا يعتبر سلوكهم منافسة غير مشروعة<sup>2</sup>.

نجد بالرجوع إلى قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 29 جانفي 2003، أنه نص على أن سلطة البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية مؤهلة لتعديل المخطط الوطني للتقسيم، وبالتالي هذا التعديل، يمنح أرقام مشكلة حسب شكل مختلف عن ذلك المستخدم من ذي قبل.

فالأرقام أو مجموعة الأرقام الممنوحة للمتعاملين أو المستخدمين، والتي لا يمكن التنازل عنها، ليست ملكا لهؤلاء الآخرين وإنما لسلطة البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية<sup>3</sup>. يعتبر هذا القرار تخلي عن حكم محكمة Nancy الصادر بتاريخ 21 ماي 1998، إذ يتعرض للنقد هذا القرار على الأقل فيما يتعلق بالأحكام المتعلقة بالمحل التجاري، ذلك لأنه لم يأخذ بعين الاعتبار الحقيقة الاقتصادية لهؤلاء المتعاملين عن بعد، والتي يعتبر رقم الهاتف الوسيلة الوحيدة للاتصال<sup>4</sup>.

## الفرع الثاني

### الديون والحقوق الشخصية

تعتبر الديون والحقوق الشخصية لمالك المحل التجاري كأصل عام مستبعدة من العناصر التي يمكن أن يتكون منها هذا الأخير، إذن فهي شخصية تابعة للمالك ترتبط به أشد الارتباط ولا يمكن أن تشكل عنصرا باعتبارها التزام على عاتق المالك، وعلى هذا الأساس لا تنتقل مع المحل التجاري إلى المتنازل له<sup>5</sup>، فهو ليس بشخص معنوي معترف به قانونا ولا بذمة تخصيص<sup>6</sup>. إلا أنه هناك استثناء عن هذا المبدأ العام هو أنه يمكن للديون

<sup>1</sup> - Rep. Min. n° 24561, JOAN Q 23 juin 1972, p2846. Cité par Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p135.

<sup>2</sup> - CA. Nancy 21 mai 1997, JCP., E., 1998, p970.

<sup>3</sup> - CE. 29 jan. 2003, req: n° 237618, AJDA., 2003, p1381.

<sup>4</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p136. Voir aussi Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS, op- cit, p29.

<sup>5</sup> - Jérôme JULIEN et Alexandra MENDOZA- CAMINADE, Droit commercial, 3<sup>ème</sup> éd, L.G.D.J., France, 2017, pp249-250. Voir aussi Jean Pierre LE GALL et Caroline RUELLAN, Droit commercial, Notions générales, 17<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2017, pp58-59.

<sup>6</sup> - CA. Bordeaux 19 juin 1999, RTD. Com., 1999, n° 52, 04, pp835-836. note Jean DERRUPÉ.

والحقوق الشخصية أن تشكل عنصرا من عناصر المحل التجاري متى تم الاتفاق على ذلك صراحة في العقد ( كشرط عدم منافسة البائع لمشتري المحل التجاري مثلا)<sup>1</sup>، أو نص قانوني صريح كنص المادة 95 ق ت ج الذي يثير مسؤولية مشتري المحل التجاري عن الالتزامات السابقة إذا لم يتم بنشر العقد وفقا للأشكال المقررة أو دفع المقابل النقدي قبل مضي مدة 15 يوما<sup>2</sup>.

إلا أن الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية قضت بتاريخ 06 أبريل 2005، على أنه ما لم يتم الاتفاق على شرط مخالف لذلك في العقد، فإن كل تنازل عن محل تجاري، يؤدي إلى التنازل عن الدين المتعلق بالتعويض الاستحقاقى الممنوحة للمتنازل وحق البقاء في الأمكنة<sup>3</sup>.

ينتج عن استبعاد الديون والحقوق الشخصية عن العناصر القابلة لتشكيل المحل التجاري أنها لا تنتقل مع المحل التجاري في حالة التنازل عنه<sup>4</sup>، ولكننا نشير إلى نقطة مهمة تتمثل في أن عدم ذكر المشرع لها في نص المادة 78 ق ت ج لا يعني أنه استبعدها مطلقا، لأننا بالرجوع إلى نص هذه المادة نجد أنه استعمل عبارة ( كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري ك ... كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك).

### الفرع الثالث

#### العقود المتعلقة باستغلال المحل التجاري التي أبرمها المالك

يرتبط مالك المحل التجاري أثناء استغلاله لهذا الأخير بعقود مختلفة مع الغير، وذلك من أجل تحقيق اتصال دائم مع زبائنه وتقديم الخدمات لهم، فالأصل العام أن هذه العقود لا تعتبر عناصر مشكلة للمحل التجاري فهي غير

<sup>1</sup> - Michel PEDAMON et Hugues KENFACK, Droit commercial, Commerçant et fonds de commerce-concurrence et contrats du commerce, 4<sup>ème</sup> Edition, Dalloz, Paris, 2015, pp227-228. Voir aussi Paul DIDIER et Philippe DIDIER, Droit commercial, Introduction générale, L' entreprise commercial, Dirigé par Nicolas MOLFESSIS, Tome1, Economica, Paris, 2005 , p331.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 جانفي 1937، أن « الديون المنشأة من طرف التاجر، حتى وإن كانت بسبب التجارة، فإنها لا تصبح عناصر مشكلة لمحلها، وبالتالي يبيع هذا الأخير لا يؤدي إلى نقل هذه الديون إلى المشتري، باستثناء أثر الشرط الخاص المتعلق بتنازلهم». Cass. Civ. 12 jan. 1937, DH., 1937, p99. Voir aussi Com. 01 avr. 1997, n° 95-12.025, bull. Civ, IV, n° 89, p79.

« En l' absence de clause expresse, la vente d' un fonds de commerce n' emporte pas de plein droit, cession à la charge de l' acheteur du passif des obligations dont le vendeur pourra être tenu en raison des engagements initialement souscrits par lui». Civ. 07 déc. 2005, n° 04-12.931, bull. Civ. III, n° 244.

<sup>2</sup> - تنص المادة 95 ق ت ج على أنه ( لا تبرأ ذمة المشتري قبل الغير إذا لم يتم بعمليات النشر المقررة، أو إذا كان قد دفع الثمن للبائع قبل انقضاء خمسة عشر يوما). أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص152 وما بعدها.

<sup>3</sup> - Civ. 06 avr. 2005, n° 01-12.719, bull. Civ. III, n° 84, p80.

أنظر حول التعويض الاستحقاقى بلخير هند، تعويض الاستحقاق- دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2014/2013، ص71 وما بعدها.

<sup>4</sup> - Daniel BERT et Frederic BLANCKEEL, Cours de droit commercial et des affaires, 3<sup>ème</sup> éd, Galino, France, 2017/2018, p119.

مذكورة ضمن العناصر المكونة لهذا الأخير<sup>1</sup>، ولا تنتقل معه في حالة التنازل عنه إلا في ظروف خاصة<sup>2</sup>، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 جوان 2017، على أن التنازل عن المحل التجاري لا يؤدي إلى التنازل عن عقود الاستغلال المتعلقة بهذا المحل، فالتنازل عن محل تجاري في شكل وكالة عقارية لا يؤدي إلى التنازل عن الوكالات الممنوحة لهذا المهني<sup>3</sup>.

نذكر من بين هذه العقود المستثناة عن القاعدة العامة ما يلي:

**أولاً: عقد العمل:** ينتقل عقد العمل إلى الشخص الذي انتقل إليه المحل التجاري بقوة القانون في حالة التنازل عنه، وتكون علاقة العمل بين العامل والمستخدم الجديد قائمة بينهما، وبالتالي على هذا الأخير احترام بنود العقد وعدم تسريح العامل<sup>4</sup>، وعلى هذا الأساس اعتبر قرار إدانة الشركة المتنازلة والمشتري سليم، بحيث قامت شركة ببيع محلها التجاري بعد تسريحها لأحد عمالها بسبب اقتصادي، وتمت ملاحظة من جهة أن المحل التجاري المتنازل عنه أين يشغل العامل المسرح مهمة التسيير، قد تم بيعه بعد ثلاثة أيام من تاريخ إرسال رسالة التسريح، ومن جهة أخرى، فإن المشتري قد احتفظ بكل عقود عمل العمال المشتغلة بالمحل مع استثناء واحد وهو هذا الشخص المعني،

<sup>1</sup> - Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p331.

قسم الأستاذان Jean Pierre LE GALL et Caroline RUELLAN الاستثناء على هذه العقود إلى:

- الاستثناء القانوني: أدرج في هذا الاستثناء عقد العمل وعقد التأمين.

- الاستثناء الاتفاقي: وهو الاتفاق الذي ينص على استمرار صفقات التمويل (كالماء والغاز، ...).

Jean Pierre LE GALL et Caroline RUELLAN, Droit commercial, notions générales, 17<sup>ème</sup> éd, op- cit, p59. Voir aussi Com. 11 juin 1981, n° 79-16.748. préc.

<sup>2</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p154.

<sup>3</sup> - Com. 28 juin 2017, n° 15-17.394.

<sup>4</sup> - تنص المادة 74 ق العمل ج على أنه (إذا حدث تغيير في الوضعية القانونية للهيئة المستخدمة، تبقى جميع علاقات العمل المعمول بها يوم التغيير قائمة بين المستخدم الجديد والعمال).

لا يمكن أن يطرأ أي تعديل في علاقات العمل إلا ضمن الأشكال وحسب الشروط التي ينص عليها هذا القانون وعن طريق المفاوضات الجماعية).

القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج ر ج ج، ع 17 الصادر بتاريخ 25 أبريل 1990، ومعدل ومتمم.

قضت الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 ديسمبر 2003، أنه «يتم الاحتفاظ بعقود العمل السارية بين المستخدم الجديد ومصلحة

المستخدمين للشركة في حالة نقل كيان اقتصادي يحتفظ بهويته ويستمر في نشاطه أو يستأنفه. ويشكل كيان اقتصادي مجموعة منظمة من الأشخاص ومن العناصر المادية أو المعنوية تسمح بممارسة النشاط الاقتصادي الذي يسعى إلى تحقيق هدف خاص.

بالتالي يتعرض للنقض القرار الذي أدان المستغل لعيادة بدفع تعويضات إنهاء الخدمة للعمال الذين وضعوا لخدمة مستشفى عمومي بعد نقل لهذه

المؤسسة حق استغلال الأسرة والأماكن التي استفادت منها العيادة، في حين أن هذا التعديل أدى إلى نقل كيان اقتصادي أين استمر النشاط».

Soc. 17 déc. 2003, n° 02-44.358, bull. Civ. V, n° 318, p320. Voir aussi Soc. 13 mai 2009, n° 08-40.447, D., 2009, n° 23, p1542. AJ/DTSS. Voir aussi Yves REIHARD et Sylvie Thomasset- PIERRE, Droit commercial, 7<sup>ème</sup> éd, Litec, Paris, 2008, p350.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 جوان 1991، أن «المحل التجاري ليس بذمة مالية مستقلة ولا يتضمن من بين عناصره لا

ديون ولا حقوق التاجر، وبالتالي فإن العقود مستعدة، باستثناء البعض منها المعترف بها قانوناً كعقد العمل، التأمين، النشر، وعقد الإيجار. أما بالنسبة للعقود الأخرى، فإنه يجب على المتعاقدين إدراج هذه العقود في العقد سواء صراحة أم ضمناً، وأيضاً في الحالة التي تكون فيها هذه العقود لم تبرم لاعتبار شخصية».

CA. Paris 19 juin 1991, D., 1992, pp388-389. Somm.

الذي تم استبداله بمسؤول آخر في محله، والنتيجة هي أن منصب المعني لم يتم إلغاؤه وأن السبب الاقتصادي للتسريح ليس حقيقياً<sup>1</sup>.

**ثانياً: عقد الإيجار:** نجد بالرجوع إلى نص المادة 78 ق ت ج أن المشرع نص صراحة على أن الحق في الإيجار يعتبر من بين العناصر المشكلة للمحل التجاري، وقد سبق وقلنا سابقاً أن هذا الحق لا يوجد في حالة ما إذا كان مالك المحل التجاري هو نفسه مالك العقار الذي يستغل فيه هذا المحل، وبالتالي فهذا العنصر يلعب دوراً كبيراً في جذب العملاء، فنظراً لأهمية هذا العنصر ألزم المشرع المؤجّر بعدم الاعتراض على تنازل المستأجر لحقه في الإيجار عندما يتنازل هذا الأخير عن المحل التجاري للغير، وليس هذا فقط وإنما تلغى أيضاً الاتفاقيات التي تجعل مشتري المتجر خاضعاً لقبول المالك<sup>2</sup>.

**ثالثاً: عقد التأمين:** ينتقل عقد التأمين الذي أبرمه المالك على المحل التجاري مع شركة التأمين إلى المتنازل إليه، وهذا ما نستنتجه من نص المادة 24 من الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، بحيث إذا انتقلت ملكية المحل التجاري عن طريق البيع أو الإرث فإن عقد التأمين يستمر بالنسبة لهؤلاء بشرط أن يستوفي الذي تحصل على المحل التجاري جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد مع التصريح بنقل الملكية للمؤمن سواء الوارث أو المتصرف أو المشتري<sup>3</sup>، ويمتد الانتقال أيضاً حتى في حالة إفلاس المؤمن له أو صدرت في حقه تسوية قضائية<sup>4</sup>.

نلاحظ من خلال ما سبق أن المشرع ذكر حالات انتقال عقد التأمين بقوة القانون على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال، وبالتالي لا يمكن أن تمتد إلى حالات أخرى غير هذه المذكورة أعلاه، وقد أراد المشرع بهذا إزالة كل احتمال الوقوع في غموض في هذا المجال، بحيث أنه كلما انتقلت ملكية الشيء المؤمن عليه إثر وفاة

<sup>1</sup> - Cass. Com. 06 juin 2007, n° 05-43.604, RJDA., 10/2007, n° 957, p919.

<sup>2</sup> - تنص المادة 200 ق ت ج على أنه (تلغى التعاقدات أيضاً مهما كان شكلها إذا كانت ترمي إلى منع المستأجر من التنازل عن إيجاره لمشتري محله التجاري أو مؤسسته، وكذلك الاتفاقيات التي تجعل مشتري المتجر خاضعاً لقبول المالك). أنظر أيضاً فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 161-162.

Voir aussi Olivier BARRET, Les contrats portant sur le fonds de commerce, L.G.D.J, Paris, 2001, p32.

<sup>3</sup> - تنص المادة 24 من الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات على أنه (إذا انتقلت ملكية الشيء المؤمن عليه إثر وفاة أو تصرف، يستمر أثر التأمين لفائدة الوارث أو المشتري شريطة أن يستوفي جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد، ويتعين على المتصرف أو الوارث أو المشتري أن يصرح للمؤمن بنقل الملكية). الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج ر ج ج، ع 13 الصادر بتاريخ 8 مارس 1995، معدل ومتمم. أنظر أيضاً فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 166 وما بعدها.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 جويلية 1948، على أن « المادة 19 من قانون 13 جويلية 1930، المتعلقة بالنقل التلقائي للتأمين إلى مشتري الشيء المؤمن عليه، هو حكم عام، والتي لا يقتصر نطاقها على تأمين الأشياء، والتي يجب تطبيقها في حالة التأمين على الخطر الناتج عن ممارسة ملكية الشيء، ولا سيما عن طريق استغلال محل تجاري محدد لذلك في حالة بيع المحل، فإن التأمين على المسؤولية عن حوادث العمل المبرمة من قبل البائع ينتقل إلى المشتري».

Civ. 27 juill. 1948, D., 1948, p565. J.

<sup>4</sup> - تنص المادة 23 من الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات على أنه (إذا أفلس المؤمن له أو صدرت في شأنه التسوية القضائية يستمر التأمين لفائدة جماعة الدائنين...).

أو تصرف يستمر أثر التأمين لفائدة الورثة أو المشتري، شريطة أن يستوفي جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد<sup>1</sup>.

**رابعاً: عقد النشر:** يتضمن في بعض الأحيان المحل التجاري عقد النشر خاصة إذا ما كان مثلاً داراً للنشر، وبالتالي يثور التساؤل حول مدى إمكانية التنازل عن هذا العقد مع المحل التجاري؟ نجد بالرجوع إلى نص المادة 01/70 من الأمر رقم 05 /03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، أنه لا يحق للمتنازل له عن الحقوق المادية للمؤلف أن يحول هذه الحقوق إلى الغير إلا بترخيص صريح من المؤلف أو من ممثله، ولكن هناك استثناء على هذا المبدأ، نجده في الفقرة الرابعة من نفس المادة، بحيث جاء فيها أنه يمكن تحويل هذه الحقوق المتنازل عنها في أعقاب عملية تخص المحل التجاري، دون موافقة المؤلف، ولكن بشرط أن يراعي المقتني شروط العقد الأصلي الذي يحدد شروط ممارسة الحقوق المحولة<sup>2</sup>.

نشير إلى أن العقود التي أبرمت نظراً لصفات شخصية في المتعاقد معه لا تنتقل إلى الغير، أما العقود التي لم تأخذ بشخصية المتعاقد محل اعتبار، فإنه عموماً قابلة للتنازل عنها للغير<sup>3</sup>.

## الفرع الرابع

### الدفاتر التجارية

نجد بالرجوع إلى نص المادة 78 ق م ج أنها ذكرت عناصر المحل التجاري على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، وبالتالي نقول أن عدم ذكرها لا يكفي لاستبعادها من مكوناته<sup>4</sup>، كما أنه يقع على عاتق التاجر الاحتفاظ بدفاتره التجارية (دفتر اليومية ودفتر الجرد) والمستندات المؤيدة لها لمدة عشر سنوات<sup>5</sup>، إلا أن البائع ملزم حسب نص المادة 82 ق ت ج بوضع هذه الدفاتر التي كان يمسكها والتي يرجع ضبطها إلى السنوات الثلاث السابقة للبيع أو لمدة حيازته للمحل التجاري إذا كانت هذه الحيازة لم تستمر ثلاث سنوات، وتحت تصرف المشتري لمدة ثلاث سنوات من تاريخ بدء انتفاعه بالمحل التجاري ويعتبر لاغياً كل شرط مخالف لما جاء في عقد التنازل.

<sup>1</sup> - أنظر فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 167.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 01 /70 و 04 من الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

Michel PEDAMON et Hugues KENFACK, op- cit, p228. Voir aussi Yves REIHARD et Sylvie Thomasset- PIERRE, op- cit, p351.

<sup>3</sup> - Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, Droit commercial, 7<sup>ème</sup> éd., op- cit, p247.

<sup>4</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 172.

<sup>5</sup> - أنظر نص المادتان 09، 10 و 12 ق ت ج. هناك دفاتر أخرى يقوم التاجر بمسكها إلا أنها ليست إلزامية كدفتر المسودة، دفتر الصندوق، دفتر الأستاذ، ... إلخ. أنظر تهميش فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 171.

نشير إلى نقطة مهمة تتمثل في أن التصرف في المحل التجاري دون الدفاتر التجارية لا يؤثر لا على المحل التجاري ولا على عملية التصرف ولا على هذه الدفاتر، ولهذا لا يمكن اعتبار الدفاتر التجارية عنصر من عناصر المحل التجاري<sup>1</sup>.

## خلاصة الفصل التمهيدي

توصلنا من خلال دراستنا لماهية المحل التجاري أن هذا الأخير مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، يتكون من عناصر معنوية وعناصر مادية، إلا أن العناصر المعنوية هي التي هيمنت على العناصر المادية، ولها أهمية كبيرة خاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، والذي نطلق عليه مصطلح أعم يتمثل في الزبائن الذي يؤدي غيابه إلى عدم الاعتراف بالمحل التجاري كمال منقول معنوي.

كما وجدنا أن هذا المال له طبيعة خاصة فما هو بعقار ولا هو بمنقول مادي ولا هو بشخص معنوي، وإنما هو مال منقول معنوي، بالتالي فإن هذه الطبيعة تجعله يخضع لنظام خاص يختلف عن ذلك الذي تخضع له الأموال الأخرى، ويختلف عن النظام المطبق على كل عنصر ساهم في تشكيله، مع العلم أن العناصر المكونة له رغم اتحادها لتكوين هذا المال إلا أنها تحتفظ بذاتيتها وبطبيعتها ولنظامها الخاص بها، فهي لا تذوب فيه، ليس هذا فقط وإنما يستفيد المحل التجاري منها كنظام الحماية، فالحماية المقررة لها تطبق عندما تكون عنصر من عناصر المحل في حالة الاعتداء.

نضيف أيضا أن نص المادة 78 ق ت ج ذكر العناصر التي يمكن أن يتكون منها المحل التجاري على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، فتواجدها كلها غير إلزامي وإنما يشترط فقط وجود عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، أما العناصر الأخرى فتواجدها في المحل نسبي، بمعنى يمكن أن تكون في محل تجاري معين ولا تكون في محل تجاري آخر، أي حسب طبيعة النشاط التجاري الذي يزاوله التاجر فيه، فغيابها عنه لا يؤدي إلى زواله، عكس عنصر الزبائن الذي يرتبط وجود المحل التجاري بوجوده ويزول بزواله.

يمكن للتاجر أيضا استغلال عناصر أخرى غير مذكورة في هذه المادة، وتعد بذلك عناصر مكونة له متى كانت لازمة لاستغلاله وتلائم مع طبيعته، هذا من جهة، ومن جهة أخرى هناك عناصر مستبعدة من المحل التجاري نظرا لطبيعتها كالعقارات، وهناك عناصر أخرى تنتقل مع المحل التجاري دون حاجة إلى اتفاق خاص، بينما بعضها الآخر يستلزم الاتفاق عليها صراحة في العقد.

<sup>1</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 172-173.

Voir aussi Olivier BARRET, op- cit, p14. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p201.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية على أنه «يعتبر بائع المحل التجاري الذي لا يزال مالكا لدفاتره الحسابية، موفيا للالتزام الذي تفرضه عليه المادة 02/15 من قانون 29 جوان 1935، وذلك لقيامه بإرسال هذه الدفاتر للمشتري بإبقائها لدى الغير، إذا لم يكن هناك مانع يعترض تحصيلها؛ وأن الدفاتر الحسابية كانت تحت تصرف المتنازل إليه عند محاسب المتنازل».

Cass. Com. 16 mars 1993, DS., 1993, p95. IR.

يجب أن يمارس بالمحل التجاري نشاط تجاري وليس نشاط مدني، فكلا النشاطين مختلفين عن بعضهما البعض وكل منهما يخضع لنظام قانون خاص به، فبينما يخضع النشاط التجاري للقانون التجاري والأنظمة المتعلقة بالنشاط التجاري كالقانون المتعلق بالسجل التجاري مثلا، فإن النشاط المدني يخضع للقانون المدني وللأنظمة المتعلقة بالنشاط المدني على حده، كالقانون المتعلقة بمهنة المحاماة أو الصحة.

## الباب الأول

العمليات الواردة على المحل التجاري غير  
الناقلة للملكية وغير الناقلة للحيازة

تتعدد العمليات القانونية التي يمكن للشخص إبرامها سواء شخصا طبيعيا كان أم معنويا، فهي تنقسم إلى قسمان يتمثل القسم الأول في العمليات الناقلة للملكية وجوهرها نقل ملكية محل العقد من المالك إلى شخص آخر (المالك الجديد)، أما القسم الثاني فيتمثل في العمليات غير الناقلة للملكية وميزتها أن المالك يحتفظ بملكته للمال موضوع التعاقد، وهذه الأخيرة هي التي تهتمنا في بحثنا هذا.

تتعدد العقود التي يمكن أن ترد على مال معين دون أن تنتقل ملكيته، فمنها ما هو ناقل للحيازة كالعارية، عقد الإيجار، عقد الرهن مثلا، ففي هذه العقود يلتزم مالكها بنقل حيازة المال محل العقد إلى المتعاقد الآخر على أن يلتزم هذا الأخير برد هذا الشيء المقدم عند انقضاء العقد، فقد يكون في بعض الأحيان هناك عوض كعقد الإيجار، وقد يكون دون عوض كالعارية.

نجد من جهة أخرى نوع آخر من العقود لا تنتقل ملكية الشيء ولا تنتقل أيضا حيازته إلى المتعاقد معه أو الغير، وإنما تبقى وتظل في يد المالك إلى غاية انقضاء العقد، يتمثل هذا النوع من العقود في الرهن الرسمي والرهن الحيازي الوارد على المال المنقول المعنوي، وهذا الأخير هو موضوع بحثنا هذا.

يرد عقد الرهن على أموال مختلفة منها أموال عقارية، مادية ومعنوية، إن الرهن الوارد على العقار يسمى بالرهن الرسمي (المادة 882 ق م ج)، والحيازة فيه لا تنتقل من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، بحيث يظل المالك محتفظا بحيازة وملكية عقاره، ما يخول له الحق في استغلاله والانتفاع به وفقا لما يسمح به القانون، ولكن في مقابل ذلك ولحماية الدائن المرتهن يجب القيام بإجراءات الشهر لدى المحافظة العقارية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها، وبذلك يعلم الغير بالوضعية الحقيقية للعقار ولمالكه، ولا يندفعوا بالمظهر الذي يبداوا عليه هذا المالك.

غير أنه هناك استثناء عن هذا الرهن الرسمي يتمثل في انتقال الحيازة على الرغم من وروده على عقار، ونكون أمام هذه الحالة عند رهن شقة، فغالبا ما يشترط الدائن المرتهن على المدين الراهن تسليمه مفاتيح الشقة التي يملكها، على أن يردها إليه عند انقضاء العقد إذا قام المدين الراهن بسداد الدين الذي على عاتقه، أو يرد له فقط ما تبقى من الثمن الناتج عن التنفيذ على هذه الشقة وذلك عن طريق بيعها بالمزاد العلني.

أما الرهن الحيازي الوارد على المنقول فالأصل فيه أن الحيازة تنتقل من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، ونكون أمام هذه الوضعية في حالة الرهن الوارد على المنقول المادي الذي يبرمه المالك على مال يملكه، والذي بمقتضاه ينقل حيازة هذا المال المادي المرهون إلى صاحب الحق (أي الدائن المرتهن)، ولا يكون العقد منفاذا في هذا النوع من العقود إلا بتسليم المال المرهون لهذا الأخير، فمن خلال تسميته نفهم أن الحيازة تنتقل ولا تبقى في يد مالكها، على أن يلتزم الدائن المرتهن برد المال المنقول المادي محل عقد الرهن الحيازي إلى مالكه عند انقضاء العقد إذا قام المالك بسداد الدين، أو رد ما بقي منه بعد استيفاء الدائن المرتهن حقه من الثمن المتحصل عليه عند التنفيذ على المال المرهون عن طريق بيعه بالمزاد العلني.

غير أن هناك استثناء عن هذه القاعدة يتمثل في الرهن الحيازي الوارد على المال المنقول المعنوي، فالرهن الوارد على هذا النوع من الأموال حتى وإن أطلقت عليه تسمية الرهن الحيازي إلا أن حيازة هذا المال موضوع الرهن لا تنتقل من مالك هذا المال (قد يكون مالك المال كما يمكن أن يكون شخصا من الغير كالكفيل مثلا) إلى صاحب الحق والمتمثل في الدائن المرتهن.

يعتبر هذا النوع من العقود حديث النشأة بالمقارنة مع الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي، والسبب في ذلك يعود إلى أن محل العقد هنا ليس بمال مادي محسوس ومرئي، وإنما بمال منقول معنوي، وهذا النوع من الأموال لم يعرف قديما إلا في أواخر القرن الثامن عشر عكس الأموال المادية، فحتى وإن كان يتشابه مع هذه الأموال في أنه مال منقول، إلا أن الطبيعة المعنوية لهذا المال والغرض الذي أنشأ من أجله لا يسمحان بانتقاله إلى الدائن المرتهن.

يمثل المحل التجاري أهم هذه الأموال المنقولة المعنوية التي يرد عليها هذا النوع من العقود، فالرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري لا ينقل حيازة هذا الأخير من مالكة إلى الدائن المرتهن أو الشخص الذي ارتضاه المتعاقدان، وإنما يبقي إضافة إلى حق الملكية حيازة هذا المال، ويبقى المالك يمارس عليه مختلف السلطات التي يخولها له القانون، من استغلال، وانتفاع، ... إلخ، على أن يكون في مقابل استبقاء الملكية والحيازة التزام مقابل يتمثل في ضرورة القيام بالإجراءات الشكلية اللازمة، ابتداء من الكتابة الرسمية لدى الموثق إلى غاية الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وهذا من أجل الحفاظ على حقوق الدائن المرتهن والغير، وهذه الجزئية هي موضوع بحثنا في هذا الباب.

## الفصل الأول

### ماهية عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري

تتمثل الأسباب التي تؤدي بالمالك في أغلب الأحيان إلى إبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في رغبته من جهة في احتفاظه بملكته لهذا المحل موضوع العقد وما ينجر عنه من سلطات، خاصة تلك المتعلقة باستمراره في استغلال هذا المحل، ومن جهة أخرى يضمن به التزامه بسداد الدين الذي على عاتقه، كقيامه مثلا باقتراض مبلغ مالي من أحد البنوك أو أحد الأشخاص غير البنوك، وضمانه بتقديم رهن حيازي على المحل التجاري الذي يملكه.

يمكن للتاجر إذن رهن محله التجاري لصالح أشخاص معنويين (البنوك أو شركات أخرى) أو لصالح أشخاص طبيعيين (الأفراد)، وتعتبر الحالة الأولى (البنوك) الأكثر شيوعا في الواقع العملي، وذلك نظرا لما تتمتع به البنوك من سيولة مالية ولما تمنحه من آجال للتسديد، فقد تكون قصيرة الأجل كما يمكن أن تكون طويلة الأجل

حسب الاتفاق بينهما، بحيث أنه كثيرا ما يلجأ التاجر إلى رهن محله التجاري لصالح بنك معين من أجل حصوله على قرض لانعاش تجارته وتمويل استثماراته التجارية.

نشير هنا إلى نقطة مهمة تتمثل في أن هذا التاجر الذي يتحصل على قرض من البنك (مؤسسة القرض) يدفع فوائد لها وهو عمل مسموح به قانونا وغير مخالف للأنظمة المعمول بها في الجزائر، وهذا حسب نص المادة 456 ق م ج التي تجيز للبنوك الحصول على فوائد، هذا عكس الحالة التي يقترض فيها التاجر من شخص غير البنك سواء شركة أو شخص طبيعي، فإن الأمر هنا مختلف تماما فلا يجوز للمقرض في هذه الحالة الحصول على فوائد عن قيمة الأموال التي أقرضها للتاجر وتحصل منه في مقابل ذلك على رهن محله التجاري، لأن الحصول على الفوائد بين هؤلاء غير جائز ويعتبر مخالف للقانون وبالتالي جزائه البطلان، وهذا ما يظهر لنا من نص المادة 454 ق م ج.

يرد الرهن الحيازي في موضوعنا هذا على مال من طبيعة خاصة يختلف عن الأموال الأخرى، فهو مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، يتكون من عناصر تختلف بطبيعتها عن بعضها البعض، فمنها ما هو مادي ومنها ما هو معنوي، إلا أن هذه العناصر الأخيرة تعتبر أساسية في المحل التجاري خاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجاري، وهذا حسب نص المادة 02/78 ق ت ج وما قلناه في الفصل التمهيدي.

سنحاول في هذا الفصل دراسة ماهية عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري الذي يعتبر العقد الوحيد الذي يمثل العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية وغير ناقلة للحيازة، وذلك بتناول مفهوم هذا العقد (المبحث الأول) وكيفية انعقاده صحيحا (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### مفهوم عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري

يتميز المحل التجاري كما رأينا في الفصل التمهيدي أنه مال من طبيعة خاصة، وهذه الميزة التي يتمتع بها تجعله يؤثر في العقود التي يمكن أن ترد عليه، فإذا كان محل التزام المالك عند التعاقد هي الأموال المادية التي يملكها سواء عقارية أم منقولة لا تثير أي إشكال، بحيث تطبق عليها الأحكام العادية المنصوص عليها في القانون، أما إذا كان موضوع التعاقد هو المحل التجاري، فإن الأمر مختلف فلا هو بمال منقول مادي ولا هو بعقار ولكنه مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، يتكون من عناصر معنوية وعناصر مادية، أين تعد العناصر المعنوية الأساس الذي يقوم عليه المحل التجاري خاصة عصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية.

لا شك أن مالك المحل التجاري يتمتع كغيره من مالكي الأموال الأخرى التي تتميز بطبيعة مختلفة عنه بإمكانيته في التعاقد على محله بمختلف العقود التي تتوافق مع طبيعة هذا المال، ولكن الأمر الذي تجدر الإشارة

إليه أنه إذا كان محل التزام المدين الراهن في عقد الرهن الحيازي الوارد على المال المنقول المادي كالسيارة مثلا يتمثل في نقل حيازة هذه الأخيرة إلى الدائن المرتهن، وكان محل التزام المدين الراهن في عقد الرهن الرسمي الوارد على العقار هو إنشاء الرهن على عقاره وإشهاره، فإن محل التزام المدين الراهن في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يتمثل في إنشاء رهن على مال منقول معنوي مركب من عناصر مادية ومعنوية، ولا يؤدي إلى نقل حيازة هذا المال إلى الدائن المرتهن مثلما هو عليه الحال في عقد الرهن الوارد على المال المنقول المادي، ولا يكون رهنا رسميا حتى وإن كان يتشابه معه في عدم نقل الحيازة.

سنخصص مبحثنا هذا المتمثل في مفهوم عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري للتطرق إلى تعريف عقد الرهن الوارد على هذا المال المنقول المعنوي، والخصائص التي يتميز بها والتي تجعل منه عقدا ذو طبيعة خاصة يختلف بها عن العقود الأخرى الواردة على هذا المال (المطلب الأول)، على أن نختم دراستنا لهذا المبحث بالتطرق إلى أهمية هذا العقد في الميدان الاقتصادي، بما يوفره للتاجر ولحياته التجارية خاصة تلك المتعلقة ببقاءه حائزا ومستثمرا له، على أن تمتد أيضا هذه الدراسة إلى تمييز عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري عن بعض العمليات الواردة عليه (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### تعريف عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وخصائصه

يعتبر العقار موضوع عقد الرهن الرسمي ويعتبر المال المنقول المادي موضوع عقد الرهن الحيازي، وهما عقدان معروفان منذ القدم، أما الرهن الحيازي الذي موضوعه مال منقول معنوي مخصص لممارسة نشاط تجاري مشروع غير معروف منذ القدم، نظرا لطبيعته المعنوية والعناصر التي يتكون منها ولاستبقاء حيازته في يدي مالكة واستمرار هذا الأخير في استغلاله له.

يقتضي الأمر إذن لدراسة عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ضرورة التطرق إلى تعريف هذا العقد (الفرع الأول)، الذي يرد على مال من طبيعة خاصة، فإذا كان المشرع قد تناول تعريف عقد الرهن الحيازي الوارد على المال المنقول المادي والرهن الرسمي الوارد على العقار، فإنه على العكس من ذلك لم يتناول تعريف هذا النوع من العقود وبالتالي ترك المجال للفقهاء لتعريفه، وبحسب هذا السلوك للمشرع وليس عليه باعتبار أن مهمته هي سن القوانين التي تنظم العلاقات المختلفة بين الأشخاص وتبين النظام المطبق على مختلف الأموال، وليس تقديم تعاريف لمختلف الأموال التي ينظمها.

نرجع بعد تقديم تعريف لعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري إلى استخراج مختلف الخصائص التي يمكن أن يتميز بها هذا العقد، فالأكيد أنه إذا كان يرد على هذا النوع الخاص من الأموال فإنه يتمتع لا محالة بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى التي يمكن للمالك إبرامها (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### تعريف عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري

قام المشرع الجزائري بتعريف الرهن الرسمي الوارد على العقار والرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي، ولم يعرف الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري (أي يرد على مال منقول معنوي)، مثله مثل باقي التشريعات الأخرى، فعرف الرهن الرسمي في نص المادة 882 ق م ج على أنه (عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على العقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار في أي يد كان).

نستنتج من خلال هذا التعريف أن الرهن الرسمي ينشئ للدائن المرتهن حقا عينيا تبعا على العقار المرهون، كما يخوله حق الأولوية وتتبع هذا العقار والتنفيذ عليه في أي يد كان واستيفاء دينه من ثمن البيع، غير أن الأمر الذي يميز الرهن الرسمي الوارد على العقار أنه لا ينقل الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن.

أما الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي فعرفه في نص المادة 948 ق م ج على أنه (عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون).

نستنتج من خلال هذا التعريف أن الرهن الحيازي ينشئ للدائن المرتهن حقا عينيا تبعا على المال المرهون، ويخوله حق حبسه وحق الأولوية وتتبعه للتنفيذ عليه في أي يد كان واستيفاء دينه من ثمن البيع، ومن بين الخصائص التي تميز الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي أن الحيازة تنتقل من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن<sup>1</sup>.

أما الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري فيعرفه الأستاذ Olivier BARRET على أنه (ذلك العقد الذي بمقتضاه يخصص شخص ما قيمة محله التجاري للوفاء بدين ما، بحيث أنه إذا لم يتم الوفاء بهذا الدين في تاريخ استحقاقه أمكن للدائن المرتهن بيع هذا المحل قضائيا، واستيفاء دينه بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين من الثمن المتحصل عليه من البيع، فهو رهن دون التنازل عن الحيازة)<sup>2</sup>.

يمكن لنا من خلال ما سبق تقديم تعريف عقد الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري (أي يرد على مال منقول معنوي) على أنه (عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على المحل التجاري لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن المحل التجاري في

<sup>1</sup> - تنص المادة 1/951 ق م ج على أنه (ينبغي على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسليمه).

<sup>2</sup> - Olivier BARRET, op- cit, p297.

أي يد كان، على أن هذا الحق لا ينقل الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، كما يجب إفراغه في شكل مكتوب أمام الموثق)<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### خصائص عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري

يتضح لنا من خلال التعريف الذي قدمناه لعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري أن هذا العقد له طبيعة خاصة، فهو يرد على مال منقول معنوي وليس على أموال عقارية أو منقولة ذات طبيعة مادية، إذ يتكون من عناصر متعددة ومختلفة بطبيعتها عن بعضها البعض، وكما رأينا في الفصل التمهيدي أن هذه العناصر تحتفظ بذاتيتها في المحل التجاري ولا تذوب فيه، وتظل خاضعة لقانونها الخاص بها بالإضافة إلى خضوعها لقواعد القانون التجاري باعتبارها عناصر مكونة للمحل التجاري.

نقول بالتالي أنه من المؤكد أن الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري يتميز بمجموعة من الخصائص التي تجعله يتميز عن مختلف العقود الأخرى الواردة على هذا النوع من الأموال وعن تلك التي ترد على الأموال الأخرى، غير أن هذا لا يمنع من وجود تشابه بين هذا العقد والعقود المختلفة الأخرى في بعض النقاط، وعليه سنحاول تلخيص هذه الخصائص فيما يلي:

**أولاً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد مسمى:** يظهر ذلك من خلال إعطاء المشرع تسمية له، ووضع أحكام تفصيلية له<sup>2</sup>، حيث تناوله في القسم الثاني من القانون التجاري ابتداء من المادة 118 إلى المادة 122، كما

---

<sup>1</sup> - On peut définir aussi le contrat du nantissement comme: « Le nantissement sur fonds de commerce est un droit réel qu' un débiteur confère à son créancier sur certains éléments de son commerce et qui donne à ce créancier le droit de le faire vendre pour se payer en privilège sur le prix des éléments grevés». F. MONTIER et G.-H. FAUCON, avec la collaboration de: G.-F. MONTIER et G. FAUCON, De la vente et du nantissement des fonds de commerce, 4<sup>ème</sup> éd., Librairie ARTHUR ROUSSEAU, Paris, 1934, p147. Voir aussi Raymond CASTRO, Fonds de commerce, vente et gérance, Sirey, Paris, 1960, p40.

« Le nantissement est consenti par le propriétaire du fonds lorsque, par convention avec le créancier, il l' affecte en garantie au profit de ce dernier». Dainiel BERT et Frédéric BLANCKEEL ( préface de Daniel TRICOT), Cours de droit commercial et des affaires, 3<sup>ème</sup> éd., Gualino, France, 2017-2018, p271.

« Le nantissement de fonds de commerce est une sûreté réelle sans dépossession qui confère à son bénéficiaire un droit de préférence et un droit de suite». Xavier DELPECH, Fonds de commerce, Achat, vente, exploitation, gérance, évaluation, eirl, 18<sup>ème</sup> éd., Delmas, Paris, 2011/2012, p266. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p927. Voir aussi Gaston CENDRIER, Le fonds de commerce, Traité général théorique et pratique avec formulaire, Dalloz, Paris, 1930, pp274-275. Voir aussi Bruno PETIT, Droit commercial, 6<sup>ème</sup> éd., Lexis Nexis, Paris, 2016, pp93-94.

<sup>2</sup> - شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 81.

« La caution ne serai reprocher au créancier de ne pas avoir conservé un droit qu' il pouvait ne pas acquérir sur lequel, par conséquent, elle ne pouvait compter». Com. 15 fév. 2000, n° 96-19.175,

تناول في الفصل الثالث الأحكام المشتركة في بيع المحل التجاري ورهنه حيازيا ابتداء من نص المادة 123 إلى 139، وتناول في الفصل الرابع التوزيع القضائي للثمن ابتداء من نص المادة 140 إلى نص المادة 141، تناول في الفصل الخامس الإجراءات المتعلقة بتسجيل الامتياز الناتج عن بيع محل تجاري، أو رهنه حيازيا في المركز الوطني للسجل التجاري ابتداء من نص المادة 142 إلى نص المادة 146، وتناول في الفصل السادس إجراءات القيد والبيانات الخاصة بالمعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية وتنظيمها ابتداء من نص المادة 147 إلى نص المادة 148، أما الفصل السابع فقد تناول فيه المشرع الأحكام العامة.

**ثانيا: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد معاوضة:** نقول أن من بين أوجه الشبه بين عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وعقد بيع المحل التجاري أن كلا منهما من عقود المعاوضة، حيث يحصل البائع على مقابل ما ينقله إلى المشتري، والمشتري يحصل على مقابل ما يدفعه كثمن للمبيع للبائع<sup>1</sup>، أما في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري فإن المدين الراهن لا يتبرع بالرهن، بل يقدمه في مقابل ما يحصل عليه من مال أو أجل؛ ولأن المرتهن لا يقرض المدين أو يمنحه الأجل، إلا مقابل الرهن الذي يوفر له الطمأنينة والضمان<sup>2</sup>، حتى وإن كان الرهن في بعض الأحيان يقدم ضمنا للوفاء بديون الغير.

هكذا كل واحد منهما يأخذ عوض لما يقدمه للآخر وهذا ما يجعل عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يختلف عن عقد هبة المحل التجاري لانتهاء العوض، لأن الأصل في الهبة أن تكون بلا مقابل<sup>3</sup>.

**ثالثا: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ذو صفة تجارية:** أما موقف المشرع الجزائري حول مدى اعتبار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقدا ذو صفة تجارية نستشفه من استقراء نص المادة 4/3 ق ت ج التي تنص على أنه (يعد عملا تجاريا بحسب شكله العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية).

نستنتج من خلال هذه الفقرة أن المشرع الجزائري أضفى الصفة التجارية على كل العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية ومن بين هذه العمليات الرهن الحيازي، حيث يعتبر الرهن الحيازي للمحل التجاري عملا تجاريا بحسب الشكل، مهما كانت صفة أطراف العلاقة القانونية أثناء إبرام العقد سواء كانت أشخاصا مدنية أم تجارية، طبيعية كانت أم معنوية، عامة أم خاصة<sup>4</sup>.

---

bull. Civ. IV, n° 28, p23. Voir aussi Cass. Ch. Mixte, 10 juin 2005, n° 02-21.296, bull. mixte, n° 5, pp13-14.

<sup>1</sup> - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 11. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، ط2، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003، ص 36.

<sup>2</sup> - القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 79. أنظر أيضا محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية التبعية، مكتبة الثقافة، عمان، 1995، ص 175. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 82. أنظر أيضا هوم علاوة، الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد الحاج لخضر بباتنة، 2007/2008، ص 12.

<sup>3</sup> - محي الدين اسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية، ط2، النسر الذهبي للطباعة، د ب ن، د س ن، ص 12.

<sup>4</sup> - أنظر مقدم مبروك، مرجع سابق، ص 61. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 201-202.

رابعاً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يرد على مال منقول معنوي: سبق ورأينا أن المحل التجاري مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع يتكون من مجموعة من العناصر بعضها معنوي وبعضها الآخر مادي، تتحد فيما بينها لتشكل كيان مستقل عن العناصر المكونة له، حيث أن عملية الرهن الحيازي ترد على هذا الكيان أو هذه المجموعة كوحدة واحدة مستقلة عن العناصر المكونة له تختلف عن عملية الرهن الحيازي لأي عنصر من هذه العناصر المكونة له.

يجب للقول أن عملية الرهن الحيازي واردة على محل تجاري أن تشمل هذه العملية عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية<sup>1</sup>، فإذا اقتصرت عملية الرهن الحيازي على البضائع مثلاً لا يمكن لنا القول أن عملية الرهن الحيازي واردة على محل تجاري، وإنما اقتصرت العملية على أحد العناصر المادية فقط والمتمثلة في البضائع.

كذلك إذا قام المالك برهن المحل التجاري حيازياً وقام ببيع هذا المحل لمشتري وتسلمه هذا الأخير، فيمكن للدائن المرتهن المطالبة ببطان عقد البيع أو تتبع المحل التجاري والتنفيذ عليه في أية يد كانت، باعتبار أن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية غير معمول بها وغير مطبقة في مثل هذه الحالة، لأنه كما سبق ورأينا أن المحل التجاري مال منقول معنوي، فالشخص الأول الذي قام بإجراءات القيد في السجل التجاري والإشهار في الجريدة الرسمية للإعلانات القانونية تكون له الأولوية في الحصول على دينه من قيمة المحل التجاري، فالعملية واردة على منقول معنوي وليس على منقول مادي<sup>2</sup>.

يمكن أن نضيف أيضاً أن المهندس، الطبيب، المحامي، ... إلخ لا يمكن لهم القيام برهن مكاتبهم لأنهم ليسوا بتجار<sup>3</sup>، وطبيعة النشاط الذي يمارسونه لا يدخل ضمن الأعمال التجارية الواردة في القانون التجاري، فهذه المهن تدخل ضمن المهن الحرة ولها قوانين خاصة تنظمها، إضافة إلى هذا فإن استغلال هذه المكاتب لا يعد استغلالاً لمحل تجاري بمفهوم نص المادة 78 ق ت ج، حتى وإن كان لها زبائن مرتبطين بها وحق في الإيجار.

**خامساً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لا ينقل الملكية ولا الحيازة:** إن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لا يؤدي إلى نقل ملكية المال المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، وإنما يظل المالك محتفظاً بملكته له فهو من العقود غير الناقلة للملكية ينشئ حقاً تبعياً عليه<sup>4</sup>، فالمدين الراهن يظل رغم الرهن الحيازي على رأس

<sup>1</sup> - أنظر ما قلناه سابقاً حول أهمية عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية.

<sup>2</sup> - قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 23 نوفمبر 1999، أن « الأحكام المتعلقة بالرهن الخاص الوارد على المعدات غير مطبقة على الرهن الحيازي للمحل التجاري ». »

« Les dispositions de la loi du 18 janvier 1951 relatives au nantissement spécial sur le matériel ne sont pas applicables au nantissement sur le fonds de commerce ». Com. 23 nov. 1999, n° 96-15.228, bull, Civ. IV, n° 209, p177.

<sup>3</sup> - F. MONTIER et G.-H. FAUCON, op- cit, p151. Voir aussi Gaston CENDRIER, op- cit, p276.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص21. أنظر أيضاً محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص11. أنظر أيضاً مقفولجي عبد العزيز، أهم العقود الواردة على المحل التجاري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة لونيبي علي بالبلدية 2، المجلد 6، ع2-2017، ص149.

أعماله، ويسمح له ببيع البضائع الموجودة في المخزن ولكن يقع على عاتقه التزام بتجديدها باذلا في ذلك عناية رب الأسرة الحريص<sup>1</sup>، إلا أنه في مقابل ذلك يجب أن يقوم بنشر هذا العقد من أجل إمكانية التمسك به ضد الغير<sup>2</sup>.

كما أنه إضافة إلى هذا فإن هذا العقد باعتباره يرد على مال منقول معنوي لا يؤدي إلى نقل حيازة المال المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن لأن انتقال الحيازة يؤدي إلى القضاء على الحياة التجارية للمدين التاجر، هذا عكس عقد البيع الذي يعد عقد ناقل للملكية، فهو يرتب التزاما في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري<sup>3</sup>، فلا يمكن أن نتصور بيعا لا يولد مثل هذا الالتزام، فنقل الملكية إذن يعتبر أثرا أساسيا مرتبطا بالعملية القانونية المسماة بالبيع وكل تعاقد لا يرتب هذا الأثر لا يعد بيعا<sup>4</sup>، مثل عقد الإيجار الذي يعتبر من العقود التي ترد على منفعة الشيء دون ملكيته، فالمستأجر لا يملك الشيء المؤجر وإنما ينتفع به مدة محددة يعود بعدها الشيء إلى المؤجر<sup>5</sup>.

يمكن إضافة إلى ما سبق أن المستفيد من الرهن الحيازي للمحل التجاري إذا كانت الحيازة لا تنتقل إليه كما هو معمول به في الرهن الوارد على المنقول المادي، فإنه في مقابل ذلك لا يلتزم بالرد عند انقضاء حقه، لأنه لم يستلم المال المرهون<sup>6</sup>.

**سادسا: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد شكلي:** خرج المشرع الجزائري عن القاعدة العامة في العقود والمتمثلة في مبدأ الرضاية الذي يقضي أن عقد الرهن الحيازي ينعقد بمجرد توافق إرادتي المدين الراهن والدائن المرتهن حول الشيء المرهون ومقابل الرهن، غير أن المشرع اشترط إضافة إلى هذا ضرورة إفراغ عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في شكل رسمي لدى الموثق<sup>7</sup>، ويجب قيد عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في سجل عمومي منظم لدى المركز الوطني للسجل التجاري (الدفتري العمومي للبيوع والرهون الحيازية للمحلات التجارية)

---

« Lorsque la chose est un meuble incorporel, la mise en possession réelle du gage est impossible. Les tiers sont en ce cas informés par certaines formalités prescrites par la loi. Ces formalités varient suivant la nature du droit incorporel donné en gage». Raymond CASTRO, op- cit, p147. Voir aussi Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS, op- cit, p192.

<sup>1</sup> - Louis FIALON, Du nantissement de fonds de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Bordeaux, 1909, p55.

<sup>2</sup> - Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, Droit des sûretés, gage sans dépossession, JCP., G., 2007, n° 22, I, n° 158, p30.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص21.

<sup>4</sup> - رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص42.

<sup>5</sup> - رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1999، ص ص17-18. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص20.

<sup>6</sup> - Louis FIALON, op- cit, p49.

<sup>7</sup> - أنظر نص المادة 324 مكرر 1 ق م ج.

الذي يقع المحل التجاري في دائرة اختصاصه<sup>1</sup>، كما يجب أن يتضمن هذا العقد مجموعة من البيانات الخاصة بالمحل التجاري، ويشهر تحت شكل ملخص أو إعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وفضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو في الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري<sup>2</sup>، وإذا كانت عملية الرهن الحيازي تشمل أيضا حقوق الملكية الصناعية فيجب استكمال عملية القيد لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية<sup>3</sup>.

**سابعاً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من عقود الضمان:** بمقتضاه ينشأ المرتهن ضمان عيني على الشيء المرهون<sup>4</sup>، بحيث يمكن له تتبعه في أية يد كانت والتنفيذ عليه في حالة عدم قيام المدين الراهن بتنفيذ التزامه اتجاه الدائن المرتهن، حتى وإن لم تنتقل الحيازة إليه نظرا للطبيعة الخاصة لهذا العقد<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 7/5 المرسوم التنفيذي رقم 68/92 المؤرخ في 18 فيفري 1992، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري وتنظيمه، ج ر ج ج، ع 14 الصادر بتاريخ 22 فيفري 1992، معدل ومتمم. يمكن أن نستنتج هذا الشرط أيضا من استقراء نص المادة 96 ق ت ج المتعلقة بامتياز بائع المحل التجاري.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 16-136 المؤرخ في 25 أبريل 2016، يحدد كفاءات ومصاريف إدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، ج ر ج ج، ع 27 الصادر بتاريخ 4 ماي 2016.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 147 ق ت ج. أنظر أيضا نص المادة 3/8 المرسوم التنفيذي رقم 68/98 المؤرخ في 21/02/1998، يتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي، ج ر ج ج، ع 11 الصادر بتاريخ 01 مارس 1998.

<sup>4</sup> - محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص 171. أنظر أيضا القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، مرجع سابق، ص 75 وما بعدها.

« ... Que le nantissement d' un fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement jusqu' à due concurrence. En conséquence, le fait pour créancier de n' avoir pas demandé une telle attribution ne peut constituer une faute ayant privé la caution de la subrogation à ses droits». Com. 13 oct. 1998, n°94-20.560, bull. Civ. IV, n° 233, p195.

<sup>5</sup> - قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 ماي 2006، أن « منح الزوجة لزوجها قرضا بمبلغ 30 مليون فرنك فرنسي من أجل تمويل أعماله التجارية مضمون بعقد رهن حيازي على محلين تجاريين مملوكين للزوج بموجب العقد المبرم بتاريخ 24 جوان 1998، فإن رهن المحل التجاريين لا يشكل إلا ضمنا ولا يمكن أن يكون طريقا من طرق دفع مبلغ القرض».

Cass. Civ. 10 mai 2006, n° 04-11.899, D., 2006, n° 22, p1480. IR. Voir aussi Gilbert ORSONI, Le nantissement du fonds de commerce constitue une garantie et non une modalité d' exécution d' un prêt, RTD. Com., Croniques, n°2, 2007, p327.

أنظر أيضا بوشكيوة عبد الحكيم، الرهن الرسمي كضمان من ضمانات القروض، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 2، ع 2-2009، ص 240.

## المطلب الثاني

### تمييز عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عن بعض العمليات الواردة عليه وأهميته

يمكن لنا من خلال ما سبق تمييز عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عن بعض العقود التي يمكن أن ترد على هذا المال، فلا تقتصر العمليات الواردة على المحل التجاري على عقد الرهن الحيازي فقط، وإنما تمتد إلى عقود أخرى غير هذا العقد، ومنها ما هو ناقل للملكية (عقد البيع، تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل التمليك، عقد الهبة، ... إلخ) ومنها ما هو غير ناقل للملكية ولكن ناقل للحيازة (عقد إيجار التسيير، تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع).

يرجع التشابه بين عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري والعقود الأخرى إلى الحرية التي تتمتع بها إرادة الأفراد في إنشاء ما يبتغون من عقود طالما كان ذلك ضمن الحدود المرسومة للإرادة من قبل القانون، وطالما كانت الإرادة ضمن نطاق النظام العام والآداب، مما يؤدي إلى ظهور عقود تشترك بين عقد الرهن الحيازي وغيره من العقود المعروفة<sup>1</sup>.

تفرض علينا دراسة العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية وغير الناقلة للحيازة والمتمثلة في عقد الرهن الحيازي ضرورة التمييز بين هذا العقد وبين العقود الأخرى من أجل تبيان الاختلاف الموجود بين عملية الرهن الحيازي وبعض العمليات الأخرى الواردة عليه، مع التطرق إلى الأهمية التي يتمتع بها هذا العقد.

## الفرع الأول

### تمييز عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عن بعض العمليات الواردة عليه

رأينا من خلال ما سبق أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لا ينقل حيازة هذا الأخير من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، وبالتالي فهو يختلف بهذه الخاصية والطبيعة عن مختلف العقود التي يمكن أن ترد عليه، وهذا ما سنحاول تبيانه أدناه:

**أولاً: تمييز عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عن عقد بيعه:** إن الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري هو تصرف لا يؤدي إلى نقل ملكيته أو حيازته من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن باعتبار أن هذه العملية واردة على مال منقول معنوي، وهذا خلافاً للقاعدة العامة المتعلقة بالمنقول المادي أين ينتقل الشيء المرهون من حيازة المدين الراهن إلى الدائن المرتهن<sup>2</sup>، يشبه الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري الرهن الرسمي في هذا الحكم باعتبار

<sup>1</sup> - أنظر خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص12.

<sup>2</sup> - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص196.

أن هذا الأخير لا ينتج عنه انتقال حيازة الشيء المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، حيث يظل هذا الأخير محتفظا بملكية وحيازة الشيء المرهون<sup>1</sup>.

أما عملية بيع المحل التجاري هو تصرف يؤدي إلى نقل ملكية المحل التجاري من البائع إلى المشتري في مقابل ثمن نقدي يدفعه المشتري للبائع، فالمقابل في هذا العقد دائما مبلغ نقدي عكس عقد الرهن الحيازي الذي قد يكون المقابل فيه مبلغ نقدي أو التزام آخر غيره.

فالرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري لا ينقل ملكية وحيازة المحل التجاري وإنما يبقى المدين الراهن محتفظا بملكيته لهذا المال عكس عملية البيع الناقلة للملكية<sup>2</sup>.

**ثانيا: تمييز عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري عن عملية تقديمه كحصة في الشركة على سبيل التملك:**  
يمكن تقديم المحل التجاري بصفته مالا منقولاً معنوياً كحصة عينية في شركة تجارية على سبيل التملك، ويتحصل مالك المحل التجاري المساهم به في الشركة على حصة في رأسمال الشركة مقابل تنازله عن المحل<sup>3</sup>، حيث أن الشريك الذي يقدم المحل التجاري كحصة في رأسمال الشركة لا يتقاضى مقابلها مالا نقدياً بل حقا احتماليا في الأرباح التي تحققها الشركة<sup>4</sup>، فإذا حققت الشركة أرباحا تقاسمها الشريك مقدم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل التملك مع الشركاء، أما إذا حدث وأن خسرت الشركة ولم تحقق أرباحا فإنه لا يتحصل على مقابل تقديمه المحل التجاري كحصة في الشركة ولا يسترد محله التجاري وإنما سيساهم في تحمل الأعباء مثله مثل باقي الشركاء في الشركة، لأن ملكية المحل التجاري تنتقل إلى الشركة وتخرج من ذمة المساهم به (أو مقدمها) وتدخل في أموال الشركة.

نلاحظ من خلال ما سبق أن هذه العملية تختلف عن عملية الرهن الحيازي، لأن ملكية المحل التجاري تنتقل إلى الشركة دون مقابل ثمن نقدي يسلم في الحال وإنما احتمالي يسلم في حالة تحقيق الشركة للأرباح، في حين تفترض عملية الرهن الحيازي أن الملكية لا تنتقل إلى الدائن المرتهن وإنما تظل في يد المدين الراهن، كما أن

---

« Le nantissement du fonds de commerce ne peut donc être un nantissement selon le code civil. C' est un nantissement dérogatoire et sans dépossession ». Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p398.

<sup>1</sup> - أنظر شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009، ص ص64-67. أنظر أيضا نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص38.

<sup>2</sup> - نص المادة 118 ق ت ج. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص449. أنظر أيضا علي بن غانم، مرجع سابق، ص195. أنظر أيضا سميحة القلوبي، مرجع سابق، ص126. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص322.

Voir aussi Georges DECOCQ, op-cit, p276.

<sup>3</sup> - مقدم مبروك، مرجع سابق، ص98.

Voir aussi Jean Pierre LE GAL et Caroline RUELLAN, Droit commercial, 13<sup>ème</sup> éd., op-cit, p40. Voir aussi Sini LAURE, op-cit, p34.

<sup>4</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص203-204. أنظر أيضا نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص160.

المقابل قد يكون دفع مقابل نقدي أو القيام بالتزام آخر غيره. غير أن عملية تقديم المحل التجاري كإسهام في الشركة تشبه عملية الرهن الحيازي لكونهما يردان على مال منقول معنوي ويشترطان الشكلية لانعقادهما.

**ثالثا: تمييز عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري عن عملية إيجار التسيير:** إن لمالك المحل التجاري الحق في إبرام أي عقد على محله التجاري، وعليه فإنه إذا كان للمالك الحق في رهن محله التجاري حيازيا فإن له أيضا الحق في استغلاله شخصيا أو تأجير استغلاله لشخص آخر.

فإذا كانت عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري لا تؤدي إلى انتقال ملكية وحيازة المحل التجاري من المدين الرهن إلى الدائن المرتهن، فإن عملية إيجار تسيير المحل التجاري إذا كانت لا تؤدي إلى انتقال ملكية المحل التجاري من المؤجر إلى المستأجر المسير، فإنها تؤدي إلى انتقال حيازته من المؤجر إلى المستأجر المسير وله حق استغلاله وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد<sup>1</sup>.

كذلك أن الغاية من اللجوء إلى أحدهما دون الآخر تختلف، فاللجوء إلى الرهن الحيازي للمحل التجاري هو من أجل الحصول على ضمان أو أجل للوفاء بالالتزام، أما اللجوء إلى إيجار التسيير هو من أجل الحصول على انتفاع المحل التجاري سواء لعدم قدرة الشخص شراء محل تجاري أو لمرضه أو غير ذلك من الأسباب.

## الفرع الثاني

### أهمية عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري

يتضمن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري أهمية كبيرة في الحياة التجارية للتجار، إذ من خلاله يمكن للتاجر توسيع تجارته أكثر مما كانت عليه، بحيث يمكن التاجر من الحصول على قرض من المؤسسات البنكية أو من الخواص، ففائدة مثل هذا الرهن هو منح ضمان دون أن يتنازل المدين عن نشاطه التجاري هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مسألة فعالية الرهن الحيازي مطروحة، حتى وإن كتب البعض على أنه يوجد في الرهن الحيازي للمحل التجاري ما يوجد في الرهن الرسمي للعقار، إذ أن الرهن الحيازي في الحقيقة يرد على مال يفقد قيمته عندما تسيير الأعمال بشكل سيء، ولذلك فحتى وإن كان يستعمل غالبا فإنه من الحكمة إذا كان الدين مهما عدم الاستناد عليه حصريا، فالرهن الحيازي ضمان تكميلي جيد ولكن إذا كان المبلغ المستحق مهم، فإنه لا يجب أن يستعمل لوحده نظرا لهشاشته الذاتية<sup>2</sup>.

يضيف الأستاذ Xavier DELPECH أن المحل التجاري يمكن أن يكون في بعض الأحيان ضمان غير كافي أو أن فعاليته محدودة بما أن قيمته مرتبطة باستغلاله، وفي أغلب الأحيان لا يمكن للتاجر مواجهة تعهداته

<sup>1</sup> - Jack BUSSY, Droit des affaires, 2<sup>ème</sup> éd., op-cit, p128. Voir aussi Stéphane PIEDELIEVRE, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, 5<sup>ème</sup> éd, op-cit, p233.

<sup>2</sup> - Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS, op- cit, p192.

عندما يسوء الاستغلال، وهو السبب الذي يستخدم فيه الرهن بصفة عامة كتأمين إضافي، خاصة من قبل البائع إلى أن يستكمل الضمانات التي تحصل عليها من امتيازها<sup>1</sup>.

يمكن إبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لضمان دين حالي أو مستقبلي، مشروط أو اختياري، وحتى لضمان دين الغير الذي يحتوي على كفالة، كما يمكن أن يضمن دين سابق<sup>2</sup>.

## المبحث الثاني

### انعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري

يعتبر عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقدا كسائر العقود الأخرى كقاعدة عامة يخضع فيها للأركان الموضوعية والأركان الشكلية، وينعقد بنفس الطريقة التي تتعد بها العقود الأخرى إلا أنه استثناء عن ذلك فهو يخضع لأحكام خاصة تختلف عن الأحكام المطبقة على العقود الأخرى نظرا لطبيعة العقد التجاري من جهة، ومن جهة أخرى أن عقد الرهن الحيازي يرد على مال منقول معنوي يختلف في طبيعته عن العناصر المكونة له، ويختلف عن المال المنقول المادي.

فإذا كان الرهن الحيازي الوارد على الأموال المنقولة المادية لا يثير إشكالات كثيرة نظرا لطبيعة محل العقد، الذي يتمثل في مال واحد غير مركب، فإن الرهن الحيازي للمحل التجاري هو على عكس ذلك، فهو يثير عدة إشكالات باعتبارها مال مركب من عناصر مختلفة بطبيعتها عن بعضها البعض. فمن جهة هو مال مستقل عن العناصر المكونة له يخضع لأحكام خاصة به كمحل تجاري مستقل عن العناصر المشكلة له لا تطبق على العناصر المكونة له على حده، ومن جهة أخرى أن هذه العناصر المكونة له تحتفظ بذاتيتها وتبقى خاضعة كل واحدة منها لقانونها الخاص بها، على الرغم من ذلك إذا أدرجها المتعاقدان في العقد الوارد على المحل التجاري، فإنها تتبع هذا المحل وتنتقل مثلا إلى المالك الجديد في حالة البيع، أو المنتفع الجديد في حالة إيجار التسيير.

يشترط لانعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري انعقادا صحيحا منتجا لآثاره القانونية سواء بين الأطراف المتعاقدة فيما بينهم أو في علاقتهم مع الغير، ضرورة توافر أركان موضوعية وأخرى شكلية، فبالنسبة للأركان الموضوعية فتتمثل في التراضي، المحل والسبب (المطلب الأول). أما بالنسبة للأركان الشكلية فتتمثل في الكتابة والشهر، والتي هدفها إعلام الغير بالوضعية الحقيقية لمالك المال المتعاقد عليه ووضعية هذا المال بحد ذاته وقيمتها (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> - Xavier DELPECH, op- cit, p266. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, 927.

<sup>2</sup> - Raymond CASTRO, op- cit, p43.

تناول المشرع الجزائري عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في القسم الثاني بعنوان ( في الرهن الحيازي للمحل التجاري)، من الفصل الثاني بعنوان ( في العقود التي تتناول المحل التجاري) من الباب الأول بعنوان ( في بيع المحل التجاري ورهنه الحيازي) والذي أدرجه في الكتاب الثاني بعنوان ( المحل التجاري) من القانون التجاري وهذا في نص المادة 118 ق ت ج وما بعدها.

## المطلب الأول

### الأركان الموضوعية

إذا كان العقد المدني يشترط توافر مجموعة من الأركان الموضوعية لانعقاده، فإن الشأن نفسه فيما يخص العقد التجاري، فإنه يشترط أيضا لانعقاده مجموعة من الأركان الموضوعية التي يجب على الأطراف التي تريد إبرام العقد استيفاءها، ولكن بالرجوع إلى القانون التجاري لدراسة هذه الأركان لا نجد لها أي أثر إلا بعض الأحكام الخاصة فقط، الشيء الذي يفرض علينا الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، مع التقيد بالأحكام الخاصة الواردة في القانون التجاري.

تتعدد الأركان التي يجب على المتعاقدين استيفاءها من أجل إبرام عقد صحيح منتج لآثاره المرجوة منه، وهي الأركان المعروفة في العقود الأخرى، وهي تتمثل في ركن التراضي (الفرع الأول) بحيث يجب أن يكون للمتعاقدين إرادة سليمة متجهة لإحداث نفس الأثر مع الإرادة الأخرى وأن تصدر من شخص كامل الأهلية. أما الركن الثاني فيتمثل في المحل (الفرع الثاني) أي الشيء موضوع التعاقد، بينما يتعلق الركن الثالث في السبب (الفرع الثالث) أي الغاية التي أدت بالمتعاقدين إلى الالتزام وإبرام العقد.

## الفرع الأول

### التراضي

يعتبر ركن التراضي أساسي وجوهري في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ولا يمكن الاستغناء عن هذا العنصر مهما كان الأمر، باعتباره مرتبطا أشد الارتباط بإرادة أطراف العقد وصحتها، فعلى المتعاقدين أن يكونا كاملي الأهلية لإبرام هذا النوع من العقود نظرا لأهميته والآثار التي تترتب عليه سواء بالنسبة لهما أم بالنسبة للغير الذين تتأثر حقوقهم بهذا العقد.

كما أن انعدام هذا الركن يعني وبالضرورة انعدام العقد، فاشتراط توافر ركن التراضي شرط لانعقاد العقد كما في سائر العقود الأخرى، لأنها متعلقة أساسا بإرادة المتعاقدين، عكس مثلا الشكلية التي تكون في حالات معينة مشترطة للإثبات وليس لانعقاد، وعليه نظرا لأهمية الكبيرة لهذا الركن فإنه يشترط ضرورة وجود التراضي في العقد وسلامته من أي عيب يمكن أن يشوبه.

**أولاً: وجود التراضي:** يقصد بوجود التراضي أن توجد إرادة لدى كل واحد من المتعاقدين تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين، وأن تتوافق هاتين الإرادتين مع بعضهما البعض على إحداث نفس الأثر القانوني.

فحسب نص المادة 59 ق م ج فإن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية، وعليه 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 هاتين الإرادتين<sup>1</sup>.

**أ- وجود الإرادة:** يشترط أن تكون للأطراف الراغبة في إحداث الأثر القانوني أن تكون لديها إرادة أو رغبة، فبدونها لا يمكن لهم إبرام العقد، لذلك تمثل شرطاً لا يمكن استبعاده من مجال التعاقد.

1- المقصود بوجود الإرادة: تعد الإرادة ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر في اتخاذ موقف أو قرار، يستند إلى أسباب واعتبارات معقولة، مما يستدعي وجود الإدراك وحسن التدبير عند صاحب الإرادة<sup>2</sup>.

يقصد بالإرادة أن يكون الشخص مدركاً لما هو مقدم عليه، ولذا ربط القانون بين الإدراك والتمييز، فالشخص عديم الإدراك أي فاقد الإدراك، فاقد التمييز كالصغير غير المميز، والمجنون وفاقد الوعي لسكر أو تخدير أو من انعدمت إرادته الذاتية بتأثير التنويم المغناطيسي أو الإيحاء، كل أولئك معدومي الإرادة<sup>3</sup>.

يجب أن تتصرف إرادة الشخص إلى إحداث آثار قانونية، بمعنى أن يكون راغباً في الارتباط بحالة قانونية، فالإرادة الجدية هي التي يسعى الفرد من خلالها إلى تحمل واجبات نحو شخص آخر، أو اكتساب حقوق على الغير، أو التنازل عن حقوق مكتسبة، فيلتزم صاحبها بواجبات التفد جبراً إذا اقتضى الأمر، وعلى عكس ذلك تكون الإرادة غير جدية إذا كان صاحبها لا يرغب في تحمل الواجبات<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص38.

« Le consentement, première condition d' existence d' un rapport contractuel, est la volonté de chacune des parties de se lier envers l' autre en vertu du contrat». Christian LARROUMET et Sarah BROS, Traité de droit civil, les obligations, le contrat( À jour de la réforme du 10 février 2016), 8<sup>ème</sup> éd., Economica, Paris, 2016, p200.

<sup>2</sup> - علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، موقف للنشر، الجزائر، 2008، ص83. أنظر أيضاً عصام أنور سليم، أسس الثقافة القانونية للتجاربيين، منشأة المعارف، الاسكندرية، د س ن، ص ص 285-286.

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، ج1، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص77.

<sup>4</sup> - علي فيلاي، مرجع سابق، ص87. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص ص 184-185.

« Il n' y a pas de contrat sans consentement, parce que le contrat est une œuvre de volonté. Sauf lorsque, dans des cas exceptionnels, la loi en décide autrement, en calquant un rapport d' obligation imposé sur un rapport contractuel, la technique du contrat étant alors utilisée pour une fin autre que la satisfaction de la volonté». Christian LARROUMET et Sarah BROS, op- cit, p200.

وعليه كي ينعقد عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يجب أن تتجه إرادة مالك المحل التجاري إلى رهنه، وأن تتجه أيضا إرادة المتعاقد الآخر إلى إرتهان ذلك المحل التجاري من المالك، أما إذا كانت الإرادتان غير جديتان أو كانت إحداهما غير جدية فلا ينعقد العقد لعدم الاعتداد بتلك الإرادة.

2- طرق التعبير عن الإرادة: لا يكفي أن تكون لمالك المحل التجاري إرادة رهن محله ولا للشخص الذي يريد إرتهان ذلك المحل إرادة الرهن، وإنما يجب أن تظهر هذه الإرادة إلى العالم الخارجي من أجل العلم بها والاعتداد بها، والتعبير عن الإرادة حسب نص المادة 60 ق م ج يكون باللفظ، أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا، وعليه فقد يكون التعبير عن الإرادة صريحا أم ضمنيا.

2-1- التعبير الصريح: يكون التعبير صريحا إذا قصد صاحبه إحاطة الغير علما به، باتخاذ مظهر يدل دلالة مباشرة على ما يريده، وبمعنى آخر إذا كان المظهر الذي اتخذه - كلاما أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك - مظهر موضوعا في ذاته للكشف عن الإرادة بحسب المؤلف بين الناس<sup>1</sup>، وغالبا ما يكون التعبير الصريح باللفظ<sup>2</sup> كما يكون بالكتابة<sup>3</sup>، سواء بصفة شخصية كخطاب أو برفقية، أو غير شخصية كإعلان أو نشرة، وكذلك بالإشارة التي لها دلالة بين الناس كهز الرأس عموديا دلالة على القبول، أو أفقيا دلالة على الرفض، بل قد يكون التعبير الصريح باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه<sup>4</sup>.

2-2- التعبير الضمني: يتم التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا اتخذ صاحبه مظهرا يدل بطريقة غير مباشرة عن مقصوده، ويكون ذلك عن طريق استنباط التعبير عن الإرادة من أفعال يقوم بها الشخص، وهذه الأفعال لا تعد بذاتها تعبيراً مباشراً عن الإرادة، ولكنها تشير وتكشف عن تلك الإرادة، وبمعنى آخر تتضمنها<sup>5</sup>، فالتعبير عن الإرادة ضمنيا يكون إذا كان المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 81.

« L' offre est expresse lorsqu' elle se manifeste par un écrit ou par la parole. L' offre expresse n' est pas susceptible d' interprétation ». Christian LARROUMET et Sarah BROS, op- cit, p217.

<sup>2</sup> - « يقصد باللفظ الكلام الذي يتفوه به الشخص مباشرة أو بواسطة الهاتف أو عن طريق إيفاء رسول، وبأية لغة كانت، بشرط أن يفهمها المتعاقدان أو يستعينا بالوسائل التي تمكنهما من ذلك ». علي فيلاي، نرجع سابق، ص 96.

<sup>3</sup> - « أما الكتابة فقد تكون عرفية أو رسمية وقد تكون كتابة خطية أو بالآلة الراقنة، وقد تكون في شكل رسالة أو توكس أو تليغراف، أو إعلان في الصحف، أو معلقات أو منشورات، وقد تكون أيضا كتابة في الشكل الإلكتروني، ... إلخ ». نفس المرجع، ص 97.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 81. أنظر أيضا أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، دار الأكاديمية، الجزائر، 2011-2012، ص ص 151-152. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 188.

<sup>5</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص ص 81-82.

« L' offre tacite, est contraire, est induite à partir d' un comportement d' une personne, à condition qu' il ne soit pas équivoque ». Christian LARROUMET et Sarah BROS, op- cit, p217.

<sup>6</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 189.

إذا كان التعبير الصريح والضمني طريقان يتم بهما التعبير عن الإرادة فهل يمكن القول أن السكوت يعتبر أيضا تعبيراً عن الإرادة؟

الأصل العام أنه لا يمكن أن نقول أن السكوت يعتبر طريقاً من طرق التعبير عن الإرادة لأن الساكت لم يصدر عنه أي سلوك، فالسكوت عدم فلا يدل على قبول، ولا على رفض، وبالتالي لا ينسب لساكت قول. ويختلف السكوت عن التعبير الضمني الذي يعتبر عملاً إيجابياً تستفاد منه إرادة العاقد، ومع ذلك وفي بعض الحالات قد ينسب فيها لساكت قول لمن يسكت عن الكلام، وبالتالي يعد السكوت في مثل هذه الأحوال تعبيراً عن الإرادة، وهو يصلح في موضوع القبول فقط، أما في موضوع الإيجاب فمن المستحيل أن يكون السكوت إيجاباً<sup>1</sup>.

استثناء عن هذه القاعدة هناك حالات يمكن أن يكون السكوت تعبيراً عن الإرادة وهذا ما نستشفه من 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 ينتظر 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 أو العرف التجاري: بحيث أنه إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تقضي بأنه إذا سكت الموجب له عن العرض الذي قدمه له الموجب ولم يرد بالقبول أو الرفض خلال مدة زمنية معينة اعتبر ذلك قبولاً منه.

- إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين: يعتبر السكوت قبولاً إذا كان بين المتعاقدين تعامل سابق، واتصل الإيجاب بهذا التعامل السابق ففي هذه الحالة يكون سكوت من وجه إليه الإيجاب قبولاً للعقد.

- إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه: فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر قبولاً إذ أن في الإيجاب فائدة محضة ولا يلزم الموجه إليه الإيجاب أي التزام<sup>2</sup>، وفي هذه الحالة يكون الإيجاب نافعا للطرف الآخر الذي وجه الإيجاب إليه<sup>3</sup>.

وليس فيما سبق إلا أمثلة لم ترد على سبيل الحصر، فكل سكوت تلازمه ملاسبات تدل على الرضاء فهو سكوت ملاسب ويعتبر قبولاً فلو كان الساكت أراد أن يعترض لتكلم، ولكنه سكت في معرض الحاجة إلى الكلام، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية هنا أيضاً (السكوت في معرض الحاجة بيان)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، د ب ن، 2006-2007، ص55.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص ص86-87.

<sup>3</sup> - فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص56.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ص239-240.

ب- **توافق الإرادتين:** لا يكفي أن توجد إرادتين وإنما يجب أن تتوافق هاتين الإرادتين للقول بوجود التراضي وتوافق الإرادتين يعني وجود ايجاب وقبول مع تطابقهما.

1- **الايجاب:** هو العرض الصادر من شخص يعبر به على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد.

وعلى ذلك يجب لكي يكون هناك ايجاب في عقد الرهن الحيازي أن يكون التعبير عن الإرادة باتا وجازما في دلالته على إرادة التعاقد، بمعنى آخر يجب ألا يقصد به صاحبه استطلاع رأي الطرف الآخر فيما يدعو إليه من تعاقد، إذ يكون ذلك دعوة إلى التعاقد، ودعوة إلى الدخول في مفاوضات<sup>1</sup>.

ويجب لكي يكون هناك ايجاب في عقد الرهن الحيازي أن يكون التعبير عن الإرادة كاملا، بمعنى أن يتضمن الايجاب الشيء المرهون ومقابل الرهن الحيازي والذي يكون غالبا مبلغ نقدي، أي العناصر الجوهرية لعقد الرهن الحيازي بحيث إذا ما صادفه قبول مطابق له انعقد العقد<sup>2</sup>. المثال على ذلك الايجاب الذي يقدمه مالك المحل التجاري لأحد الأشخاص الذي يتضمن رهن محله التجاري مقابل مبلغ نقدي معين، حيث أنه في هذا المثال أن مالك المحل التجاري قدم ايجاب لأحد الأشخاص يتمثل في أن له إرادة في رهن محله التجاري مقابل مبلغ نقدي معين، ويسقط الايجاب بأحد الأسباب التالية:

- إذا ما رفض الطرف الذي وجه إليه الايجاب.
- إذا ما حدد الموجب ميعادا معيناً لايجابيه ولم يبد الشخص الموجه إليه رغبته خلال هذا الميعاد ففي هذه الحالة يسقط هذا الايجاب<sup>3</sup>.
- بعدول الموجب إذا لم يكن الايجاب مقترنا بأجل<sup>4</sup>.
- انقضاء مجلس العقد دون صدور القبول من الموجب له.
- عدول الموجب عن ايجابه قبل أن ينفذ مجلس العقد<sup>5</sup>.

وعليه فإنه إذا حدث وأن توفرت أحد هذه الأسباب فإن الايجاب يسقط ولا يمكن إلزام الموجب بعده بايجاب. فلا يمكن إلزام مالك المحل التجاري على رهن محله، ولا يمكن تحميله أي التزام آخر وذلك لسقوط ايجابه.

<sup>1</sup> - نبيل ابراهيم سعد، البيع، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، 1997، ص ص72-73.

« إن الدعوة للتعاقد هو تعبير عن الإرادة بهدف اقتراح إبرام عقد بشروط محددة من طرف الموجب. بالنتيجة لكي يكون هناك ايجاب للتعاقد هناك ثلاثة عناصر ضرورية. أولا: الايجاب هو اقتراح. ثانيا: الايجاب يفترض تعبير عن الإرادة. ثالثا: لا يوجد العرض إلا إذا وجدت وحددت الشروط التي يمكن بموجبها إبرام العقد».

Christian LARROUMET et Sarah BROS, op- cit, p211.

<sup>2</sup> - عصام أنور سليم، مرجع سابق، ص288. أنظر أيضا أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، ج3، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، 2001، ص13.

Voir aussi Cristian LARROUMET, op-cit, p216.

<sup>3</sup> - Christian LARROUMET et Sarah BROS, op- cit, p222.

<sup>4</sup> - فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص60.

<sup>5</sup> - علي فيالي، مرجع سابق، ص112.

2- القبول: يقصد بالقبول أن يرتضي الشخص الايجاب الذي وجه إليه بكل عناصره حتى يتم التوافق بين قبوله وبين الايجاب الصادر من الموجب، والقبول باعتباره تعبيراً عن إرادة الموجب لا بد أن تتوفر فيه الشروط السابق دراستها بشأن الإرادة واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني معين، كما أن الموجه له الايجاب حرية قبول الايجاب من عدمه<sup>1</sup>، ولا ينتج القبول آثاره إلا من وقت وصوله إلى المرسل إليه (أي إلى الموجب)، ومن هذا الحين يعتبر العقد منعقداً باستثناء حالة الرجوع عن القبول<sup>2</sup>، وقد يكون التعبير عن القبول صريحاً (عن طريق الكلام أو الكتابة أو مثلاً عن طريق الإشارة على سبيل المثال رفع اليد عند البيع بالمزاد العلني) كما يمكن أن يكون ضمناً يستنتج من سلوك الشخص<sup>3</sup>.

إذن فالقبول هو الموافقة على إنشاء العقد بناء على الايجاب، وغالباً يتأخر صدوره عن صدور الايجاب ويسمى الإرادة الثانية والايجاب هو الإرادة الأولى<sup>4</sup>. والمثال على هذا أن يقول الموجب وهو مالك المحل التجاري لأحد الأشخاص أرهن لك المحل التجاري الذي أملكه مقابل مبلغ نقدي معين ويجيبه الموجب له (أي الشخص المخاطب) بالقبول أو الرفض.

3- مطابقة القبول للايجاب: لا يمكن لنا القول بأن العقد قد انعقد إذا لم يتطابق القبول مع الايجاب، وعليه فإن تطابق القبول مع الايجاب بكل مضمونه من طبيعة العقد المراد إبرامه والشئ المرهون ومقابل الرهن أمر لازم لانعقاد العقد وعدم التطابق يعني عدم انعقاد العقد.

3-1- التراضي على طبيعة العقد: فالاتفاق على طبيعة العقد من قبل المتعاقدين يعتبر أولى موضوعات أو عناصر عقد الرهن الحيازي، الذي يجب أن تتطابق إرادة كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن عليه، فينعقد عقد الرهن الحيازي إذا قال أحد المتعاقدين للآخر أنا أرهن لك هذا المحل التجاري فيجيب عليه الطرف الآخر أنا أقبل إرتهان هذا المحل، ففي هذه الحالة يتوافر تطابق الايجاب مع القبول، لكن إذا قال أحد الأشخاص لآخر خذ هذا المحل التجاري وأعطيني مائة ألف دينار (100.000 دج) قاصداً بذلك البيع بهذا المبلغ فقبل الآخر هذا الايجاب معتقداً أن صاحب المحل التجاري ينقل إليه حق الرهن لا ملكيته، ففي هذه الحالة لا يستطيع القول بتوافر تطابق الايجاب مع القبول، وإنما كان قصد الموجب شيء وقصد القابل شيئاً آخر، أحدهما يقصد الرهن، والآخر يقصد البيع، ومن ثم لا يقوم لا عقد الرهن ولا عقد البيع<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص75.

Voir aussi Pascal OUDOT, Droit des affaires, Gualino éditeur, Paris, 2006, p97.

« L' acceptation est la manifestation du destinataire de l' offre en vertu de laquelle celui- ci consent à la conclusion du contrat». Christian LARROUMET et Sarah BROS, op- cit, p221.

<sup>2</sup> - Michel FROMONT, op- cit, P89.

<sup>3</sup> - Christian LARROUMET et Sarah BROS, op- cit, p227.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص109.

<sup>5</sup> - أنظر خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص25. أنظر أيضاً أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ص13.

3-2- التراضي على الشيء المرهون: يعتبر الاتفاق على الشيء المرهون والذي يمثل محل عقد الرهن الحيازي أمرا واجبا لانعقاد العقد، ويقع ذلك إذا اتجهت إرادة الدائن المرتهن والمدين الراهن إلى الشيء الذي يجري عليه الاتفاق بالرهن الحيازي<sup>1</sup>. وعليه إذا كان هذا الشيء عبارة عن محل تجاري فإن إرادة كل من الدائن المرتهن والمدين الراهن يجب أن تتطابقا على هذا المحل التجاري دون غيره من الأموال الأخرى.

كذلك الأمر إذا كان للتاجر محل تجاري مخصص لبيع الأقمشة ومحل تجاري آخر مخصص لبيع المواد الغذائية العامة وأراد رهن المحل التجاري المخصص لبيع الأقمشة وأعلن عن رهنه، فإذا قبل أحد الأشخاص ذلك ولكن اتجهت إرادته للمحل التجاري المخصص لبيع المواد الغذائية العامة، فلا ينعقد العقد لا بالنسبة للمحل التجاري المخصص لبيع الأقمشة ولا بالنسبة للمحل التجاري المخصص لبيع المواد الغذائية العامة، وذلك لعدم تطابق الإيجاب مع القبول فكل واحد منهما اتجهت إرادته إلى شيء معين مختلف عن الشيء الذي أراده الطرف الآخر<sup>2</sup>.

3-3- التراضي على مقابل الرهن: إضافة إلى ضرورة الاتفاق حول طبيعة العقد المراد إبرامه والتراضي على الشيء المرهون، فإنه يجب أن يتفق الطرفان على مقابل الرهن والذي يكون في غالب الأحيان مبلغ نقدي، حيث يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب بصدد المبلغ النقدي ولذلك يجب أن يكون المبلغ محددًا أو قابلا للتحديد، أي هناك أسس يمكن تعيين المبلغ النقدي طبقا لها بالنسبة للطرفين، فإذا لم تتلاق الإرادتان حول المبلغ النقدي المحدد أو لم يتفق على أسس تعيينه فإن العقد لا ينعقد<sup>3</sup>، فإذا طلب الراهن (مالك المحل التجاري) 20 مليون دج في مقابل رهن محله التجاري فقبل المرتهن رهن المحل التجاري ب 25 مليون دج، فإن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لا ينعقد لعدم تطابق القبول مع الإيجاب.

إن الاتفاق على الرهن والشيء المرهون ومقابل الرهن (أي المسائل الجوهرية) كافيا لانعقاد عقد الرهن، أما بقية الشروط التي يمكن أن تكون موضع اتفاق المرتهن والراهن ليس من الضروري الاتفاق عليها وقت إبرام عقد الرهن الحيازي، فهذا الأخير ينعقد على الرغم من سكوت الطرفين عن كثير من الأمور، كتحديد الطرف الذي سيتولى نفقات العقد، أو تحديد وقت تسليم مقابل الرهن (المسائل التفصيلية)، لأن هذه المسائل كلها لا تحول دون انعقاد عقد الرهن الحيازي إذا لم يتفق عليها، والسبب في ذلك يرجع إلى أن مثل هذه الأمور قد نظمها المشرع.

فالاتفاق على الرهن والشيء المرهون ومقابل الرهن يؤدي إلى اعتبار عقد الرهن الحيازي منعقدا ومرتبًا لجميع آثاره بالنسبة للدائن المرتهن والمدين الراهن، وإذا لم يتعرض المتعاقدان لمصروفات ونفقات عقد الرهن الحيازي فالأصل أن المدين الراهن هو الذي يتحملها، ولكن إذا عرض المتعاقدان لشيء من هذه المسائل -كميعاد دفع الثمن مثلا- ولم يتفقا على مسألة منها، فإن الرهن الحيازي لا يتم، لأنهما عرضا للمسألة ولم يتفقا عليها، وكذلك الحكم إذا احتفظ أحد المتعاقدان بمسألة للاتفاق عليها فيما بعد، فاحتفاظ المتعاقد بمسألة دليل على أنه قصد ألا يتم

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قدامة، مرجع نفسه، ص 25. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، البيع، مرجع سابق، ص 74.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 43.

<sup>3</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، البيع، مرجع سابق، ص 74.

الرهن الحيازي إلا بعد الاتفاق عليها<sup>1</sup>، ومع ذلك فقد نصت المادة 65 ق م ج على أنه (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي يرد الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف، والعدالة).

ولا يجوز بعد أن تم العقد على النحو الذي قدمناه لأحد من المتعاقدين أن يعدل عنه دون رضا المتعاقد الآخر<sup>2</sup>.

**ثانيا: صحة التراضي:** لا يكفي لتمام العقد وجود التراضي وإنما يجب أن يكون صحيحا صادرا من شخص ذو أهلية كاملة وليس عديمها وأن يكون خاليا من عيوب الإرادة التي يمكن أن تشوبه.

**أ- أهلية المتعاقدين:** يشترط لإبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري أن تكون للمتعاقد الأهلوية اللازمة لإبرام هذا العقد باعتبار أن الأعمال التجارية من أعمال التصرف، والمشرع الجزائري لم يتناول أحكام الأهلية بالتفصيل في القانون التجاري وإنما تطرق فقط إلى أهلية القاصر (المادة 5 ق ت ج)، وزوج التاجر (المادة 7 ق ت ج)، والمرأة المتزوجة (المادة 8 ق ت ج)، وعليه فإنه يلزم علينا العودة إلى الأحكام العامة الواردة في القانون المدني لتناولها.

1- المقصود بالأهلية اللازمة للتعاقد: نقصد بالأهلية اللازم للتعاقد أهلية الأداء التي عرفت على أنها (صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا أو تحمله التزامات على وجه يعتد به القانون)<sup>3</sup>.

ولما كان تكييف عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري عمل تجاري بحسب الشكل فإنه من أجل إبرام هذه العملية (أي العقد) يجب أن تكون لدى المتعاقد أهلية التصرف وهي تختلف حسب طبيعة الشخص القائم بها، هل هو شخص معنوي أم شخص طبيعي؟

- أهلية الشخص المعنوي (الاعتباري): لكي يتمتع الشخص المعنوي بأهلية إبرام عقد الرهن يجب أن يكون موجودا قانونا<sup>4</sup>، حسب نص المادة 50 ق م ج فإن للشخص المعنوي أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص46. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص402. أنظر أيضا نبيل ابراهيم سعد، البيع، مرجع سابق، ص74. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص152.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص46.

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص152-153. أنظر أيضا محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، ص76. أنظر أيضا فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص73. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص285.

<sup>4</sup> - Manuella BOURASSIN et Vincent BRÉMOND et Marie- Noëlle JOBARD- BACHELLIER, Droit des sûretés, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2016, p573.

يقررها القانون<sup>1</sup>، وعلى ذلك فإن الشخص الاعتباري يتمتع بالأهلية اللازمة لمباشرة الأعمال المدنية والتجارية، ومتى احترف الشخص الاعتباري الأعمال التجارية، عد تاجرا مع ملاحظة أن أهلية الشخص الاعتباري محددة بالأعمال اللازمة لتحقيق أغراضه والموضحة بسند إنشائه<sup>2</sup>، أي الحدود التي رسمها لها العقد والغرض الذي وجدت من أجله، ولا يجوز للشركة أن تتجاوز هذا الغرض إلى غيره إلا بتغيير عقدها التأسيسي وذلك تطبيقا لقاعدة تخصص الشخص المعنوي، ومؤداها أن الشخص المعنوي ليس له من الحقوق إلا ما يتفق مع تحقيق غرضه، هذا وتلتزم الشركة التجارية بالتزامات التاجر المهنية من الأفراد من مسك الدفاتر التجارية والقيود في السجل التجاري والخضوع لنظام الإفلاس وأداء الضرائب التجارية أو الصناعية. كما أن الشركة تسأل مسؤولية مدنية بالتعويض عن الأضرار التي تقع للغير جراء أعمال موظفيها أو عمالها في حالة تأدية وظيفتهم أو بسببها<sup>3</sup>.

يتضح لنا من خلال ما سبق أن للشخص الاعتباري أهلية التصرف تنحصر فقط في الغرض الذي أنشأ من أجله، وعليه فإذا كان غرض الشركة ينحصر في شراء وبيع ورهن حيازي وتأجير تسيير المحلات التجارية، فإن أهلية الشركة تنحصر في هذه الأنواع من النشاطات فقط دون أن تمتد إلى نشاطات أخرى.

كذلك الشأن إذا تحصل الشخص المعنوي أيا كانت طبيعته<sup>4</sup> على محل تجاري في شكل تبرع فإن لهذا الشخص المعنوي أهلية بيع هذا المحل.

- مدير الشركة: إن الشركة كشخص معنوي لا تستطيع على الإطلاق أن تعبر بنفسها عن إرادتها، سواء في علاقتها مع الشركاء أو في معاملاتها مع الغير، لذلك فمن الطبيعي، بل من الضروري، أن يكون لها من يمثلها ويعبر عن إرادتها، وممثل الشركة هو المدير<sup>5</sup>، وقد يكون هذا المدير شخص طبيعي واحد أو أكثر، وقد يعين من بين الشركاء أو أجنبي عنهم، وقد يتم تعيينه في العقد التأسيسي للشركة أو باتفاق لاحق له<sup>6</sup>.

---

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 جوان 1999، على أنه « يبقى الرهن المقدم من طرف الشركة الفعلية والتي ليس لها وجود صحيح ويعتد به في مواجهة الدائنين العاديين، باستثناء حالة العش ويكون البطلان دون أثر رجعي».

Com. 22 juin 1999, n° 98-13.611, bull. Civ. IV, n° 136, p113.

<sup>1</sup> - تنص المادة 50 ق م ج على أنه ( يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الانسان، وذلك في الحدود التي يقررها القانون ... ويكون لها خصوصا: أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون).

<sup>2</sup> - عباس حلمي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 53.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 نوفمبر 1973، على أنه « تعتبر شركة البناء شخص معنوي مالكة لمقرها المشاع إلى غاية انسحاب أحد الشركاء أو حلها، وعليه بما أنه ليس هناك أية قسمة فإن الرهن المبرم على كل العقار أو جزء منه يعتبر صحيحا».

Civ. 13 novembre 1973, n° 72-11.512, bull. Civ. III, n° 575.

<sup>3</sup> - عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص 154-155.

<sup>4</sup> - تنص المادة 49 ق م ج على أنه ( الأشخاص الاعتبارية هي: الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف، كل مجموعة من أشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية).

<sup>5</sup> - محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 113.

<sup>6</sup> - أنظر نص المادة 427 ق م ج وما بعدها.

يتمتع المدير بسلطة الإنفراد في إدارة الشركة إذا كان شخصا واحدا يدير الشركة، وسواء كان شريكا أو أجنبيا، وسواء عين في العقد التأسيسي أو باتفاق لاحق، ويتضمن نظام الشركة عادة نصوصا تحدد سلطات من

تختلف طريقة تعيين المدير حسب طبيعة الشركة التجارية:

أ- **شركات الأشخاص:** يتم تعيين المدير في شركة التضامن كما يلي: قد يتم تعيينه من بين الشركاء وقد يكون أجنبيا عن الشركة، إلا أن العادة درجت بأن يعهد بإدارة الشركة إلى مدير شريك في الشركة أو أكثر وذلك لكي يهتم المدير أو المدراء في إدارة الشركة على أحسن وجه ما دام المدير يسأل عن ديون الشركة مسؤولية شخصية تضامنية ومطلقة بصفته شريكا فيها. وإذا عين المدير من بين الشركاء أو أجنبيا عن الشركة في عقد الشركة التأسيسي سمي المدير مديرا نظاميا، وإذا ما عين باتفاق لاحق لعقد الشركة التأسيسي سمي المدير مديرا غير نظاميا. وإذا لم يعين مدير للشركة انعقدت إدارة الشركة لجميع الشركاء ما لم يشترط في العقد التأسيسي على خلاف ذلك. عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص 208-209. أنظر أيضا سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مقدمة، النظرية العامة للشركات، شركات الأشخاص وفقا لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص 179 وما بعدها. أنظر أيضا زكي زكي الشعراوي، الوجيز في القانون التجاري، ج2، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص 148. أنظر أيضا نص المادتان 553 و 554 ق ت ج.

أما في شركة التوصية البسيطة فحسب نص المادة 563 ق ت ج وما بعدها فنجد نوعان من الشركاء شركاء متضامنين وشركاء موصين، وتسري أحكام شركة التضامن على شركة التوصية بالأسهم، بحيث يستأثر الشركاء المتضامنون بإدارة شركة التوصية البسيطة، وذلك كنتيجة طبيعية لحظر تدخل الشركاء الموصين في إدارة الشركة، وعلى ذلك لا يجوز تعيين شريك موصي كمدير للشركة، وإنما يجب أن يكون المدير من بين الشركاء المتضامنين. سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مقدمة، النظرية العامة للشركات، شركات الأشخاص وفقا لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، مرجع سابق، ص 203. أنظر أيضا محمد فهمي الجوهري، القانون التجاري، ج2، الشركات التجارية، دار أبو المجد، د ب ن، د س ن، ص 188-189.

أما فيما يخص شركة المحاصة باعتبارها لا تتمتع بالشخصية القانونية، فمنطقي ألا يعين لها مدير يمثلها أمام الغير ويبرم التصرفات باسمها ولحسابها، وإنما يتم إدارتها طبقا لما تم الاتفاق عليه بين الشركاء في عقد تأسيسها. فقد ينص الاتفاق على أن يقوم كل شريك بجزء معين من نشاط الشركة على أن يتقدم كل منهم، خلال فترة زمنية يحددها عقد الشركة بحساب عن نشاطه. وفي هذه الحالة يعمل كل شريك باسمه ولحسابه الخاص ويكون مسؤولا وحده أمام الغير الذي يتعامل معه. وقد يتفق الشركاء على أن يعهدوا إلى أحدهم القيام بالعمليات التي يستلزمها تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله، وهو يقوم بهذه الأعمال باسمه ويتعامل مع الغير بصفته الشخصية، فيصبح وحده الدائن أو المدين أمام الغير، غير أن آثار العقود التي يبرمها هذا المدير تنتقل بعد ذلك بمقتضى عقد الشركة إلى بقية الشركاء الآخرين. محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص 147-148. أنظر أيضا محمد فهمي الجوهري، القانون التجاري، ج2، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 195-196. أنظر أيضا زكي زكي الشعراوي، مرجع سابق، ص 169. أنظر أيضا عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص 232. أنظر أيضا نص المادة 795 مكرر 1 وما بعدها ق ت ج.

ب- **شركات الأموال:** يتم تعيين المدير في شركات الأموال بطريقة مختلفة عن طريقة تعيين المدير في شركات الأموال وتتناول ذلك كما يلي: فيما يخص شركة المساهمة حسب نص المادة 643 وما بعدها ق ت ج، فإن مهمة إدارة شركة المساهمة يتولاها مجلس الإدارة الذي يتكون من ثلاث أشخاص إلى خمسة أشخاص على الأكثر ويتم تعيينهم من قبل مجلس المراقبة، ويعتبر مجلس الإدارة السلطة التنفيذية للشركة التي تتولى تسيير أعمالها، وهو صاحب السيادة الفعلية. محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص 254.

أما شركة التوصية بالأسهم حسب نص المادة 715 ثالثا 1 ق ت ج، فإن شركة التوصية بالأسهم تسيير من قبل مسير واحد أو عدة مسيرين، وأن المسيرين الأولون يعينون بموجب القانون الأساسي وتعين الجمعية العامة العادية المسير أو المسيرين بموافقة كل الشركاء المتضامنين، والمسير يمكن أن يكون شريك أم لا، وفي حالة ما إذا كان شريك يجب أن يختار من بين الشركاء المتضامنين. عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص 289. أنظر أيضا محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص 436.

أما بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة فالرجوع إلى نص المادة 576 ق ت ج، نستنتج أن المشرع أنطاط إدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة بمدير أو أكثر، وقد يكون المدير من الشركاء، أو أجنبيا عن الشركة، وغالبا ما يتم تعيين المدير في عقد تأسيس الشركة، ويقال له حينئذ بالمدير الاتفاقي، إذ يحرص كبار المؤسسين على هذه الطريقة في التعيين لكي يحتفظوا لأنفسهم بإدارة الشركة. أما إذا خلا عقد الشركة من تعيين المدير، فيجب على الجمعية التي تنتظم الشركاء الإسراع باختياره حتى تستطيع الشركة مباشرة نشاطها، ويصدر قرار التعيين في هذه الحالة بأغلبية الأصوات ما لم ينص القانون أو عقد الشركة على غير ذلك، وتحسب الأغلبية على أساس الحصص الممثلة في الاجتماع، وليس على أساس عدد الرؤوس المشاركة فيه. محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص 486. أنظر أيضا عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص 307.

يدير الشركة، فيجب التزام هذه النصوص وعلى من يدير الشركة ألا يجاوزها في أعمال الإدارة<sup>1</sup>، وعلى أساس ذلك إذا وجد نص في عقد الشركة يخول للمدير الحق في رهن المحل التجاري حيازياً، فإن له أن يبرم هذا العقد متى قدر أن من شأن هذا العقد تحقيق منفعة للشركة.

أما إذا سكت العقد التأسيسي عن تحديد سلطة المدير، ولم تتضح كذلك حدود هذه السلطة في الاتفاق الذي تم بمقتضاه تعيينه، فإنه يجب منطقياً أن نعتبر أن الشركاء قد منحوا المدير السلطات اللازمة للوصول إلى الغرض المقصود وتحقيق غاية الشركة، وعلى ذلك يكون له مباشرة كافة الأعمال التي تدخل في غرض الشركة، سواء أكانت هذه الأعمال من أعمال الإدارة أم من أعمال التصرف<sup>2</sup>، بشرط أن تكون هذه الأعمال خالية من الغش<sup>3</sup>، وعليه يحق للمدير رهن المحل التجاري حيازياً الذي تملكه الشركة، حتى وإن لم يتم تحديد سلطاته في عقد الشركة، ولكن دائماً يجب مراعاة تحقيق الغرض الأساسي للشركة، والامتناع عن رهن المحل التجاري حيازياً إذا رأى المدير أن من شأن هذا العمل أن يؤثر سلباً على الشركة وعدم تحقيقها الغرض الذي أنشئت من أجله.

يتعدد في بعض الأحيان المدراء ويتم تحديد مهام كل واحد منهم، فإن المدير الذي منح له حصراً حق رهن المحل التجاري حيازياً هو الوحيد الذي يمكنه إبرام هذا العقد دون المدراء الآخرين. أما إذا لم يتم تحديد مهام كل واحد منهم ولم ينص على عدم جواز تصرفاتهم بالإنفراد، فيجوز لكل واحد منهم أن يقوم برهن المحل التجاري حيازياً، على أنه لكل واحد من المدراء الحق في الاعتراض على إبرام هذا العقد قبل إتمامه، ولأغلبية المدراء رفض هذا الاعتراض، ولكن المشرع نص على حكم في حالة تساوي عدد المدراء الذين يؤيدون إبرام العقد والذين يرفضونه، فيجب عليهم الامتناع عن العمل الذي اختلفوا فيه.

أما إذا تم الاتفاق على أن القرارات تتخذ بالإجماع أو بالأغلبية فإنه في هذه الحالة يجب اتباع هذه الطريقة للاتفاق على إبرام عقد رهن المحل التجاري حيازياً، إلا إذا كانت هناك ضرورة ملحة تفرض على المدير اتخاذ قرار رهن المحل التجاري حيازياً بصفة انفرادية، وقد يتم حساب الأغلبية بعدد المديرين أو الحصص<sup>4</sup>، ولكن إذا أبرم أحد المدراء عقد رهن المحل التجاري حيازياً ولم يعترض عليه المدراء الآخرين، كانوا مسؤولين عنه.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، مرجع سابق، ص 307-308. أنظر أيضاً محمد فهمي الجوهري، القانون التجاري، ج2، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص170.

<sup>2</sup> - محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص117. أنظر أيضاً زكي زكي الشعراوي، مرجع سابق، ص150.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 427 ق م ج. أنظر أيضاً نص المادة 1/554 ق ت ج.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 428 ق م ج. أنظر أيضاً المواد 555 وما بعدها، 563 مكرر 4، المادة 577، المادة 648 وما بعدها، والمادة 715 ثالثاً 4، ثالثاً 5 ق ت ج، أنظر أيضاً محمد صالح، مرجع سابق، ص93. أنظر أيضاً عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص211-212. أنظر أيضاً محمد فهمي الجوهري، القانون التجاري، ج2، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص170-171. أنظر أيضاً محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص118-119. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، مرجع سابق، ص310 وما بعدها.

إن الممثلين القانونيين للشركة لا يمكن لهم إبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من أجل ضمان ديونهم الشخصية<sup>1</sup>.

نضيف إلى ما سبق أن الشخص الاعتباري الأجنبي متى مارس نشاطا في الجزائر فإن القانون الجزائري هو الذي يسري عليه<sup>2</sup>.

أما الشركة في طور الإنشاء (التي ليس لديها بعد الشخصية المعنوية) لا يمكنها إبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري<sup>3</sup>.

- أهلية الشخص الطبيعي: لم ينص القانون التجاري على سن معين يسمح لكل شخص بلغه ممارسة الأعمال التجارية، هذا ما يجعلنا نعود إلى القواعد العامة في القانون المدني، حيث أنه حسب نص المادة 40 ق م ج<sup>4</sup>، ونص المادة 86 ق أ ج<sup>5</sup>، فإن كل شخص طبيعي مهما كان جنسه ذكرا كان أم أنثى متى بلغ سن الرشد وهي تسعة عشر سنة وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجز عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية واعترف له بإمكانية التعاقد ومنه إبرام مختلف العقود ومن بينها الرهن الحيازي للمحل التجاري.

نشير في هذا المقام إلى نقطة مهمة تتمثل في أنه بالنسبة للدائن فإن أهلية سلطة الإدارة تكفي، أما بالنسبة للمدين فإن إبرام عقد الرهن الحيازي عقد خطير بالنسبة لمالك المحل التجاري، باعتبار أن هذا يمكن أن يؤدي إلى البيع الجبري لهذا المحل، لذلك يجب على هذا المتعاقد أن تكون له الأهلية والقدرة اللازمة للتصرف فيه<sup>6</sup>.

ولقد اعترف المشرع الجزائري للأجنبي بإمكانية ممارسة الأعمال التجارية<sup>7</sup>، وباعتبار عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري عمل تجاري، فإن للأجنبي أهلية رهن المحل التجاري حيازيا وإبرام هذا العقد وتسري على أهلية

<sup>1</sup> - Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS, op- cit, p195.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 ماي 2015، بما يلي « إن تعارض المصلحة المشتركة لا تشكل بحد ذاتها سببا لبطلان التعهدات المبرمة من قبل مسير الشركة ذات المسؤولية المحدودة اتجاه الغير».

Cass. Com. 12 mai 2015, n° 13-28.504, D., 2015, n° 19, p1096. A/DA.

« إن هذا القرار يجب أن يطبق فقط على شركات الأموال وليس على شركات الأشخاص، بحيث أن استعمال عبارة) ألا تعتبر مخالفة للمصلحة الاجتماعية لا تشكل (... تظهر جيدا أن محكمة النقض لا تريد الرجوع عن اجتهادها السابق الذي يؤكد بأنه في حالة الشركات المدنية العقارية يبطل كل إنشاء لضمان دون عوض لمخالفته للمصلحة الاجتماعية».

Pierre CROCQ, Sûrreté et publicité foncière, cautionnement, RTD. Civ., Croniques, n° 03, 2015, pp663-664.

<sup>2</sup> - أنظر نص المواد 4/10 ق م ج.

<sup>3</sup> - Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS, op- cit, p195.

<sup>4</sup> - تنص المادة 40 ق م ج على أنه (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجز عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المالية. وسن الرشد تسعة عشر كاملة).

<sup>5</sup> - تنص المادة 86 ق أ ج على أنه (من بلغ سن الرشد ولم يحجز عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 ق م ج).

<sup>6</sup> - Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS, op- cit, p194.

<sup>7</sup> - تنص المادة 1/43 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري على أن (حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون). القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج، ع 14 الصادر بتاريخ 07 مارس 2016.

الأجنبي نفس الأحكام التي تسري على الجزائري، حيث يجب عليه أن يبلغ تسعة عشر سنة ولم يصب بأي عارض من عوارض الأهلية، ومتى استوفى هذه الشروط كانت له أهلية رهن المحل التجاري حيازياً<sup>1</sup>. وقد أورد المشرع الجزائري استثناء عن هذا الحكم في الفقرة الثانية من نص المادة 10 ق م ج، حيث أنه فيما يخص التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهلية وصحة المعاملة، حيث يكون كامل الأهلية لرهن محله التجاري حيازياً وتصرفه هذا يعتبر صحيحاً منتجاً لآثاره<sup>2</sup>.

إن المبدأ العام يقضي بأن كل شخص بلغ سن (19) تسعة عشر سنة وكان متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجز عليه كانت له أهلية كاملة للتصرف في أمواله وإبرام مختلف العقود، إلا أنه يرد على هذا المبدأ العام استثناء نجد أساسه في نص المادة 5 ق ت ج التي تنص على أنه (لا يجوز للقاصر المرشد، ذكراً أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاوله التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشداً بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

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

- ويجب أن يقدم الإذن الكتابي دعماً لطلب التسجيل في السجل التجاري).

نستنتج من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري اعترف للقاصر المرشد مهما كان جنسه ذكراً أم أنثى بأهمية ممارسة الأعمال التجارية ومن بينها عملية رهن المحل التجاري حيازياً، غير أن ذلك متوقف على ضرورة استيفاء مجموعة من الشروط وهي بلوغه سن الثامنة عشر (18) سنة من عمره مع حصوله على إذن مسبق من والده إذا كان حياً ولم تسقط عنه سلطته الأبوية أو لم يعترض أهليته أي عارض من عوارض الأهلية، أما إذا كان والده متوفياً أو غائباً أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو اعترض أهليته عارض من عوارض الأهلية، فيجب عليه الحصول على الإذن من أمه إذا كانت حية وكاملة الأهلية، أما إذا كانت متوفية أو اعترض أهليتها عارض من عوارض الأهلية فإن القاصر المرشد يتوجب عليه الحصول على الإذن من مجلس العائلة مصادق عليه من قبل المحكمة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص 91.

<sup>2</sup> - أنظر علي بن غانم، مرجع سابق، ص 150-151. أنظر أيضاً عباس حلمي، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 53. أنظر أيضاً نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص 162-163.

<sup>3</sup> - لقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح مجلس العائلة وأسند لهذه الجهة مهمة منح الترخيص للقاصر المرشد في حالة غياب الأب والأم في حين نلاحظ خلو القانون الجزائري من أحكام سواء في القانون المدني أو في قانون الأسرة أو في قانون الحالة المدنية تنظم مجلس العائلة المذكورة في هذه الفقرة مما يجعل العمل به مستحيلاً لوجود فراغ تشريعي. علي بن غانم، مرجع سابق، ص 149.

« La constitution d' un nantissement est impossible de la part d' un mineur même émancipé, sauf celui autorisé à faire le commerce ». F. MONTIER et G.-H. FAUCON, op- cit, p149.

نشير هنا إلى نقطة مهمة تتمثل في أن القاصر المرشد حتى وإن تحصل على الإذن وفقا لما تناولناه أعلاه، إلا أنه لا يمكن له البدء في ممارسة الأنشطة التجارية إن لم يتم تدوين هذا الإذن في السجل التجاري<sup>1</sup>.

يهدف المشرع من وضع هذه الشروط لحماية القاصر من المخاطر التي تنجم عن مباشرة الأعمال التجارية وخشية على أموال القاصر بأسرها<sup>2</sup>.

نلاحظ من خلال استقراءنا لنص المادة 5 ق ت ج أن الإذن الممنوح للقاصر المرشد جاء مطلقا غير مقيد بضرورة ممارسة نشاط دون آخر إلا أن المادة 6 ق ت ج قيدت تصرفات القاصر، حيث نصت على أنه (يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة 5، أن يرتبوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم. غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختياريا أو إجباريا لا يمكن أن يتم إلا باتباع أشكال الاجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية).

إن الإذن الممنوح للقاصر من طرف الأب أو الأم أو مجلس العائلة، حسب الأحوال قد يكون مطلقا كما قد يكون مقيدا، بحيث يجوز لذوي الشأن أن يقيدوه، لأن غرضهم يرمي دائما إلى تحقيق مصلحة القاصر، الأمر الذي يجعلهم يحيطونه بضمانات كفيلة لتحقيق هذه المصلحة، وبالتالي 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، أما التصرفات التي تخرج عن الحدود المرسومة في الإذن فيجوز له أن يتمسك بإبطالها ولا تكسبه صفة التاجر<sup>3</sup>، فإذا خول الإذن الممنوح للقاصر بإمكانية رهن المحل التجاري حيازيا كان له ذلك.

أما إذا منح الإذن من أجل عملية إيجار تسيير المحل التجاري فقط دون أن يمتد إلى عمليات أخرى وقام القاصر المرشد ببيع المحل التجاري، فإن هذا التصرف لا يسري ويعتبر باطلا بطلانا مطلقا ولا يعتد به، بحيث يكون بهذا التصرف قد خرج عن الإذن الممنوح له، فيكون القاصر راشدا بالنسبة للأموال المأذون له بالتصرف فيها، بينما يظل قاصرا بالنسبة للأموال غير المأذون له بالتصرف فيها، ويترتب على هذا أن للقاصر ذمتان منفصلتان تكون الأولى خاصة بالأموال المأذون له بالتصرف فيها، والثانية خاصة بالأموال التي لا يجوز التصرف فيها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - R. LA HAYE, Le registre du commerce, Son rôle en droit français, son rôle possible de discrimination des commerçants et des non commerçants et d'organe de publicité légale en matière de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 1946, p68.

<sup>2</sup> - عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص92.

<sup>3</sup> - نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص160. أنظر أيضا عباس حلمي، مرجع سابق، ص54. أنظر أيضا عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص92. أنظر أيضا علي بن غانم، مرجع سابق، ص148-149.

Voir aussi Michel PEDAMON, op-cit, pp200-201. Voir aussi Paul DIDIER, op-cit, p390.

<sup>4</sup> - أنظر محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص103.

أما فيما يخص الإذن الممنوح للقاصر المرشد والمتعلق بالتصرف في الأموال العقارية فإن هذا الجانب لا يدخل في دراستنا باعتبار أن المحل التجاري مال منقول معنوي، وبالتالي يجوز التصرف فيه ولا يخضع للقيود الوارد في نص المادة 6 ق ت ج.

يقول الأستاذ R. LA HAYE حول إمكانية سحب الترخيص الممنوح للقاصر من أجل ممارسة النشاط التجاري، أنه لا يمكن سحب هذه الرخصة من طرف الشخص الذي منحها له (الأب، الأم، مجلس العائلة)، وإنما يجب أن تكون عن طريق تقديم طلب إلى القضاء مع تدعيم ذلك بأسباب جادة منطقية<sup>1</sup>.

لا يفرق المشرع الجزائري بين الذكر والأنثى ولا بين الزوج والزوجة فيما يتعلق بحرية التصرف في أموالهما، فللمرأة المتزوجة ما للرجل من حقوق، فمتى بلغت المرأة المتزوجة سن التاسع عشر (19) سنة من عمرها وكانت في كامل قواها العقلية ولم يحجر عليها كانت لها الأهلية الكاملة لمباشرة حقوقها المالية والقيام بمختلف التصرفات ومنها رهن محلها التجاري حيازيا، سواء تحصلت عليه عن طريق عملية التبرع أو قامت باحتراف النشاط التجاري (تاجرة)<sup>2</sup>.

تعد حرية المرأة المتزوجة في التصرف بأموالها غير مقيدة بضرورة الحصول على إذن من زوجها انطلاقا من فكرة استقلالية الذمة المالية التي أخذ بها المشرع الجزائري، فللمرأة المتزوجة ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية لزوجها، فلها أهلية كاملة لرهن محلها التجاري حيازيا دون إذن من زوجها<sup>3</sup>، بينما نجد عكس ذلك في القانون الفرنسي<sup>4</sup>.

2- عوارض الأهلية: قد يبلغ الشخص سن التاسع عشر (19) سنة من عمره إلا أنه قد يصاب بعارض يؤدي إلى إعدام أهليته أو إنقاصها وتتمثل هذه العوارض فيما يلي:

<sup>1</sup> - R. LA HAYE, op- cit, p95.

<sup>2</sup> - تنص المادة 7 ق ت ج على أنه (لا يعتبر زوج التاجر تاجرا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا تابعا لنشاط زوجته، ولا يعتبر تاجرا إلا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا منفصلا). وتنص المادة 8 ق ت ج على أنه (تلتزم المرأة التاجرة شخصا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها. ويكون للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها في أموالها الشخصية لحاجات تجارتها، كامل الأثر بالنسبة للغير).

<sup>3</sup> - أنظر عباس حلمي، مرجع سابق، ص 54-55. أنظر أيضا نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص 161. أنظر أيضا عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص 94.

<sup>4</sup> - « La femme mariée doit être autorisée par son mari, à moins qu' elle ne soit marchande publique, ce qui sera le cas le plus souvent». F. MONTIER et G.-H. FAUCON, op- cit, p149. Voir aussi Xavier DELPECH, op- cit, p269.

« نفس الحكم يطبق في حالة نظام الأموال المشتركة لا يمكن للزوج دون الحصول على رضا الزوج الآخر أن يرهن محل تجاري يتعلق بالأموال المشتركة إذا اكتسب هذا المحل خلال فترة الزواج، وأن هذا الرهن يتعلق بضمان الدين الذي أبرمه شخصيا أو الذي تعاقد عليه الغير (التي تسمى بالكفالة العينية).

أما إذا اكتسب هذا المحل من طرف أحد الزوجين قبل الزواج، فإنه يمكن له التصرف في محله، وبالتالي يمكن أن يبرم عليه عقد الرهن الحيازي دون رضا وزجه».

M. WEISMANN et Roger DEBLED, Achat, vente et gérance d' un fonds de commerce, 6<sup>ème</sup> éd., J. Delmas et C<sup>ie</sup>, Paris, 1972, pF2. Voir aussi Xavier DELPECH, op- cit, p269.

2-1- العواض التي تؤدي إلى إعدام أهلية الشخص: وهي تلك العوارض التي تصيب عقل الانسان فتعدم إدراكه وتمييزه، وهذه تتمثل في الجنون والعتة الذي يعدم الإدراك<sup>1</sup>، والأشخاص الذين أصيبوا بهذه العوارض لا يمكن أن تنسب إليهم إرادة يعتد بها القانون<sup>2</sup>.

فالمجنون والمعتوه حسب نص المادة 42 ق م ج لا يمكن لهما إبرام أي تصرف باعتبارهما عديمي الأهلية<sup>3</sup>، حيث يتم الحجر عليهما<sup>4</sup> بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة<sup>5</sup>، حيث تنص المادة 107 ق أ ج على أنه (تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلّة، وقيل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها).

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 157.

<sup>2</sup> - أنظر علي فيلاي، مرجع سابق، ص 85.

تتمثل هذه الحالات فيما يلي:

أ- الجنون: « مرض عقلي يتسبب في افتقاد الشخص للقدرة على التمييز والإدراك وتجعله يتصرف على نحو مخالف لما هو مألوف في المجتمع». عجلة الجبلاي، مدخل للعلوم القانونية، ج 2، نظرية الحق، بيرتي للنشر، الجزائر، 2009، ص ص 152-153. أنظر أيضا بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، مطبعة المنار، سطيف، 2011، ص 58.

يضيف الدكتور عبد الحكم فودة أن « الجنون أفة تصيب العقل حتى بعد بلوغ المتعاقد سن الرشد». عبد الحكيم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط 2، دار الفكر والقانون، المنصورة، 1999، ص 114.

نستنتج من خلال هذا التعريف الخصائص الأساسية للجنون والمتمثلة في:

- خاصية المرض العقلي ومثل هذه الخاصية تجعل المجنون في مرتبة الانسان المصاب بمرض معين.  
- خاصية فقدان التمييز والإدراك وتتجلى هذه الخاصية في عدم قدرة المجنون على التمييز بين الخير والشر، بين الحق والالتزام، بين الجانب المادي للأشياء وبين الجانب المعنوي لها.  
- خاصية الخروج عن المألوف ونقصد بالمألوف ما استقر عليه المجتمع من قوانين وأعراف وعادات وقيم ومثل ومبادئ. عجلة الجبلاي، مرجع سابق، ص ص 153-152.

ب- العتة: هو الخلل الذي يصيب العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون، فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم. محمدي فريدة زاوي، مرجع سابق، ص 79. أنظر أيضا تهميش علي فيلاي، مرجع سابق، ص 85.

فالعته إذن أفة تصيب العقل فتعيبه وتنفص من كماله. عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص 114. أنظر أيضا أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص 101 وما بعدها.  
بناء على هذا التعريف يتميز العته بالخصائص التالية:

- خاصية كون العته اختلال عقلي وهو بذلك يلتقي مع حالة الجنون من حيث إصابة العقل لكنهما يختلفان من حيث الدرجة، فالجنون يؤدي إلى فقدان الكلي للعقل، بينما العته يؤدي إلى إضعاف العقل وليس إلى فقدانه.  
- خاصية الخلط في الكلام والفساد في التدبير وقلة الفهم: ومثل هذه الخاصية تميز المعتوه عن المجنون من حيث أن المجنون لا يحكم على تدبيره بالفساد أو بالإصلاح، بل ينظر إليه كشخص منعدم الإدراك في حين أن المعتوه فقد يكون له إدراك ولو كان محدودا، كما يمكن أن يكون منعدم الإدراك. عجلة الجبلاي، مرجع سابق، ص 156.

<sup>3</sup> - تنص المادة 1/42 ق م ج على أنه (لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز ...، أو عته أو جنون).

<sup>4</sup> - تنص المادة 101 ق أ ج على أنه (من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، ... أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه)، والمقصود بالحجر هو منع المجنون (أو المعتوه) من التصرف في أمواله وجعل هذه الأموال في عهدة نائبه القانوني سواء كان وليا أو وصيا أو مقدما حسب الحالة، ويتم هذا المنع أو الحجر بمقتضى حكم قضائي. عجلة الجبلاي، مرجع سابق، ص 154. أنظر أيضا نص المادة 103 ق أ ج.

<sup>5</sup> - أنظر نص المادة 102 ق أ ج.

نستنتج من خلال نص هذه المادة أنه إذا كانت حالة الجنون أو العته غير شائعة وقت التعاقد، بمعنى أن غالبية الناس لا تعلم بهذه الحالة، فإن تصرفاته تعتبر صحيحة ويعتبر كامل الأهلية، وأمكن له إبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وأنتج العقد كامل آثاره سواء باتجاههما معا (المدين الراهن والدائن المرتهن) أو باتجاه الغير.

أما إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على بينة من هذه الحالة، فإن تصرفات المجنون والمعتوه تكون باطلة بطلانا مطلقا رغم صدورهما قبل تسجيل طلب قرار الحجز<sup>1</sup>.

إكتفى المشرع لإبطال تصرف المجنون والمعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر شيوع حالة الجنون والعته وقت التعاقد أو علم المتصرف إليه بها، فثبوت أحد هاذين الأمرين يكفي لإبطال التصرف<sup>2</sup>.

ففي هذه الحالة إذا قام المجنون أو المعتوه بإبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري فإن هذا التصرف يعتبر باطلا بطلانا مطلقا ولا يعتد به، باعتبار أن المجنون والمعتوه عديمي الأهلية ولا يتمتعان بالقدرة اللازمة لإبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري الذي يجب من أجل انعقاده صحيحا منتجا لآثاره ضرورة تمتع المتعاقدين بالأهلية الكاملة.

2-2- العوارض التي تؤدي إلى إنقاص أهلية الشخص: إذا كان الجنون والعته يصيبان عقل الشخص (المتعاقد) فيعدمانه، فإن السفه والغفلة يصيبان الشخص في تدبيره وينقصان من أهليته التعاقدية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص80. أنظر أيضا أنور العمروسي، مرجع سابق، ص104 وما بعدها. أنظر أيضا علي سي علي، مرجع سابق، ص152. أنظر أيضا عجلة الجليلي، مرجع سابق، ص157.

<sup>2</sup> - أنظر أنور العمروسي، مرجع سابق، ص105. أنظر أيضا عبد المجيد زعلاني، موسوعة القانون الجزائري، دار بيرتي للنشر، الجزائر، 2009، ص113. أنظر أيضا أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص299.

<sup>3</sup> - تتمثل هذه الحالات فيما يلي:

أ- **السفه**: هو انفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل. أنظر تهميش عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص301. أنظر أيضا محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص81. أنظر أيضا جمعة السمحان الهلباوي، الأهلية وعواضها والولاية العامة والخاصة وأثرهما في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 1993، ص39 وما بعدها

ويضيف الدكتور محمد صبري السعدي أنه لا يهيم الشيء الذي أنفق فيه ماله بما أنه قد أسرف في ذلك. أنظر محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص157.

نستنتج من خلال هذا التعريف أن السفه يتميز بخاصيتين هما:

- خاصية وجود الإدراك ولو أنه إدراك ناقص.

- خاصية أن ينصرف السفه إلى إحداث تبذير في المال. عجلة الجليلي، مرجع سابق، ص157.

ب- **الغفلة**: هي من العوارض التي تعترى الانسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية، وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإدارة وحسن التقدير، وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدي إلى الراجح فيها أو بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته عادة أو بأسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع. أنظر تهميش عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص301. أنظر أيضا عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص114-115. أنظر أيضا أنور العمروسي، مرجع سابق، ص101.

نستنتج من خلال هذا التعريف أن السفه يتميز بخاصيتين هما:

- خاصية ضعف الإدراك والتمييز بين التصرفات.

- خاصية سهولة خداع الشخص من طرف الغير بأبسط السبل يؤدي إلى ضياع أمواله. عجلة الجليلي، مرجع سابق، ص159.

فالسفيه والمعتوه حسب نص المادة 43 ق م ج يعتبران ناقصي الأهلية<sup>1</sup>، وتصرفاتهما لا تكون باطلة بطلانا مطلقا وإنما تكون قابلة للإبطال.

ولكن نلاحظ أن هناك تعارض بين نص المادة 43 ق م ج التي تقتضي على أن السفيه يعتبر ناقص الأهلية وليس عديمها وهي بذلك تسوي في الحكم بين السفيه وذو الغفلة، ونص المادة 101 ق أ ج التي تسوي بين المجنون والمعتوه والسفيه وبذلك اعتبرته عديم الأهلية وبالتالي يحجر عليه وتصرفاته باطلة بطلانا مطلقا. كذلك لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة لأحكام ذو الغفلة وعليه نرى أنه كان من المفروض عليه أن يسوي بين المجنون والعتة باعتبارهما عاهتان تعدمان الأهلية وبين السفه والغفلة باعتبارهما تنقصان من الأهلية ولا تعدمانها.

فتصرفات السفيه وذو الغفلة تأخذ حكم تصرفات ناقص الأهلية بسبب صغر السن، فإذا كانت ضارة بهما ضررا محضا تكون باطلة، وإذا كانت نافعة نفعاً محضاً فكانت صحيحة، أما إذا كانت تدور بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال ذلك لأن السفه والغفلة ليستا أمراضاً تصيب العقل بصفة علنية<sup>2</sup>.

نستنتج من خلال ما سبق أنه إذا أبرم الشخص عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وهو في حالة سفه أو غفلة فإن هذا التصرف يعتبر تصرفاً صادراً من شخص ناقص الأهلية فإذا كان رهن المحل التجاري حيازياً نافعاً نفعاً محضاً له كان التصرف صحيحاً، أما إذا كان التصرف دائراً بين النفع والضرر كان قابلاً للإبطال، أما إذا كان التصرف ضاراً به كان التصرف باطلاً بطلانا مطلقاً.

وبعد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ولا يلتزم في هذه الحالة ناقص الأهلية إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، ويحرم من الاسترداد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالماً بهذه الحالة<sup>3</sup>.

3- موانع الأهلية: إن بلوغ الشخص سن تسعة عشر (19) سنة كاملة وتمتعه بقواه العقلية ولم يحجر عليه<sup>4</sup>، يكون كامل الأهلية لإبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، إلا أنه قد يكون في حالات تمنعه من إبرام هذا العقد.

تطرقنا المادة 149 ق م ج لبعض هذه الموانع، حيث نصت على أنه (لا يجوز أن يتدخل بطريق مباشر أو غير مباشر ولو بالتبعية كسماسرة أو وسطاء أو مستشارين مهنيين في التنازلات والرهن المتعلقة بالمحلات التجارية كما لا يجوز لهم أن يكونوا تحت أي اسم كان مودعين لأثمان بيع المحلات التجارية:

<sup>1</sup> - تنص المادة 43 ق م ج على أنه (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون).

<sup>2</sup> - محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص 82. أنظر أيضاً أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 108-109. أنظر أيضاً عجلة الجيلالي، مرجع سابق، ص 158-159. أنظر أيضاً عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص 115. أنظر أيضاً أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 89.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 103 ق م ج.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 40 ق م ج.

- الأفراد المحكوم عليهم بجريمة أو تفتليس أو سرقة أو خيانة الأمانة أو الاحتيال أو إختلاس مرتكب من مودع عمومي أو ابتزاز الأموال أو التوقيع أو القيم أو إصدار شيك عن سوء نية بدون رصيد أو المس باعتماد الدولة أو اليمين الكاذبة أو الشهادة الكاذبة أو إغراء شاهد أو المحاولة أو الاشتراك في إحدى الجرائم أو الجرح المشار إليها أعلاه.

- المفلسون الذين لم يرد لهم اعتبارهم).

3-1- المحكوم عليه بعقوبة جنائية: تنص المادة 9 مكرر ق ع ج على أنه ( في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية.

تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي)<sup>1</sup>.

أما العقوبات الأصلية في مادة الجنايات فقد عددها المشرع في نص المادة 5 ق ع ج كما يلي: الإعدام، السجن المؤبد، السجن المؤقت لمدة تتراوح بين خمس (5) سنوات وعشرين (20) سنة<sup>2</sup>.

نستنتج من خلال ما سبق أن كل شخص ارتكب جنابة ووفقا لهذا المفهوم فإنه يتم الحجر عليه ولا يمكن له التصرف في أمواله سواء بالرهن أو البيع أو الشراء، فلا يمكن له رهن محله التجاري حيازيا باعتبار أهليته طرأ عليها مانع تحول دون تمكنه من التصرف في أمواله<sup>3</sup>.

3-2- التاجر المفلس: إن التاجر الذي توقف عن دفع ديونه يشهر إفلاسه وتغل يده عن التصرف في أمواله وهذا حسب نص المادة 244 ق ت ج التي تنص على أنه ( يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس، ومن تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، وما دام في حالة إفلاس.

ويمارس وكيل التفليسة جميع حقوق ودعاوى المفلس المتعلقة بذمته طيلة مدة التفليسة)<sup>4</sup>.

يؤدي الحكم المعلن للإفلاس، بقوة القانون، إلى غل يد المفلس عن إدارة كل أمواله الحاضرة والمستقبلية<sup>5</sup>، ويتم تعيين الوكيل المتصرف القضائي من أجل إدارة أموال المفلس<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج، ع 49 الصادر بتاريخ 11 جوان 1966، معدل ومتمم. أنظر أيضا نص المادة 16 مكرر من نفس الأمر.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 5 ق ع ج.

<sup>3</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 159 وما بعدها. أنظر أيضا عجلة الجيالي، مرجع سابق، ص 161. أنظر أيضا محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص 83. أنظر أيضا بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 77.

<sup>4</sup> - إن تسمية وكيل التفليسة استبدلها المشرع الجزائري بتسمية أخرى تتمثل في الوكيل المتصرف القضائي، وذلك بموجب الأمر 23/96 المؤرخ في 09/07/1996.

<sup>5</sup> - راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 246 وما بعدها. أنظر أيضا مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1997، ص 331 وما بعدها. أنظر أيضا سلمان

إن حكم شهر الإفلاس وإن كان منشأ لحالة الإفلاس ولا ينتج أثره إلا من تاريخ صدوره إلا أن القانون يقضي ببطان التصرفات التي يبرمها المفلس خلال فترة الريبة الواقعة بين تاريخ الوقوف عن الدفع وتاريخ صدور الحكم<sup>2</sup>.

نستنتج من خلال ما سبق أن الإفلاس مانع يحول دون إمكانية التاجر المفلس من التصرف في أمواله بمختلف العمليات القانونية سواء بعوض كالرهن أو البيع أو الإيجار أو كانت دون عوض كالهبة والوصية، كما يمنع عليه أيضا الوفاء بالديون الواقعة على عاتقه أو استيفاء ديونه، وبالتالي لا يخول له رهن محله التجاري حيازيا<sup>3</sup>، ونضيف أيضا التاجر الذي يكون في وضعية تسوية قضائية لا يمكن له إبرام العقد، فهذان الشخصان إذا ما أرادا رهن محلها التجاري ما عليهما إلا الحصول على إذن من الوكيل المتصرف القضائي أو المصفي والقاضي المنتدب<sup>4</sup>.

3-3- المستأجر المسير: يتمتع المستأجر المسير بسلطة تسيير المحل التجاري لمدة زمنية معينة في مقابل بدل إيجار يدفعه للمؤجر، وخلال هذه المدة لا يحق له رهن هذا المحل الذي ينتفع به، فالسلطات التي يتمتع بها محصورة فقط في مجال التسيير ولا تخول له ترتيب حقوق للغير على هذا المحل، فعكس عقد إيجار التسيير فإن عقد الرهن الحيازي لا يمكن إبرامه إلا من مالكة<sup>5</sup>.

ب- سلامة إرادة المتعاقد من عيوب الإرادة: إن الإرادة المعيبة هي إرادة موجودة، ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بيئة من أمره، فإرادته تعلقت بمحلها تعلقا حقيقيا ومن ثم فهي موجودة، ولكنها ما كانت

---

الفضيل، الإفلاس في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، صص 155-156.

<sup>1</sup> - سلمان الفضيل، الإفلاس في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 71.

<sup>2</sup> - مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، مرجع سابق، ص 332. أنظر أيضا سلمان الفضيل، مرجع سابق، ص 156.

« La période suspecte débute à la première heure du jour fixé pour la date de cession des paiements ». Com. 28 sep. 2004, n° 03-10.332, bull. Civ. IV, n° 172, p193.

« L' hypothèque constituée sur les biens du débiteur depuis la date de cessation des paiement pour une dette antérieurement contractée est nul, peu important qu' une promesse d' hypothèque ait été consenti avant cette dette ». Com. 12 nov. 1997, n° 95-14.900, bull. Civ. IV, n°288, p249.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 02 ديسمبر 2014، أن « الأشخاص المذكورين وحدهم في نص المادة 632-04 ق ت لهم الصفة للمطالبة بإبطال العقود المبرمة خلال فترة الريبة. ولا يشمل هذا النص المذكور المدين حتى ولو أصبح سيد أملاكه نتيجة قرار خطة التسوية وبالتالي ليس له الصفة للطعن بالنقض في القرار الذي فصل في طلب بطلان العقود المبرمة في فترة الريبة ».

Com. 02 déc. 2014, n° 13-24.308, bull. Civ. IV, n° 117. Voir aussi Cass. Com. 13 mars 2007, n° 06-15.619, RJDA. Oct. 2007, n° 994, p963.

<sup>3</sup> - أنظر محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص 83. أنظر أيضا عجلة الجبلاي، مرجع سابق، ص 161. أنظر أيضا راشد راشد، مرجع سابق، صص 253-254.

Voir aussi F. MONTIER et G.-H. FAUCON, op- cit, p149.

<sup>4</sup> - F. MONTIER et G.-H. FAUCON, op- cit, p149.

<sup>5</sup> - Voir op- cit, p149.

« ... De là il se déduit, en particulier, que le locataire- gérant ne peut offrir sur le fonds loué une telle garantie à l' un de ses créanciers ». Olivier BARRET, op- cit, p298.

للتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة<sup>1</sup>، وتتمثل هذه العيوب في الغلط والتدليس، الإكراه والاستغلال<sup>2</sup>، وهذه العيوب قد تعيب إرادة راهن المحل التجاري أو مرتتهنه ولا يشترط أن تعيب الإرادتين معا وللقول بوجود إرادة سليمة يجب أن تكون خالية من هذه العيوب، ذلك أن المحل التجاري يضم عناصر معنوية يسهل معه وقوع المرتهن في الغلط أو خديعته في عناصر المحل التجاري وبوجه خاص في عنصر الاتصال بالعملاء<sup>3</sup>.

نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يتناول عيوب الإرادة في القانون التجاري وعليه فإننا نعود إلى القانون المدني لتناولها.

1- الغلط: يعتبر الغلط عيب من عيوب الإرادة التي تصيب إرادة الشخص وتعيبها وسنحاول التفصيل في هذا الموضوع نظرا لما له من أثر على العقد.

1-1- تعريف الغلط: هو وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له أمر على غير حقيقته ويدفعه إلى التعاقد، وغير الحقيقة، إما أن يكون واقعة صحيحة يتوهم الشخص عدم صحتها، أو يكون واقعة غير صحيحة يتوهم صحتها<sup>4</sup>.

والغلط المعيب لإرادة المتعاقد والذي يجيز إبطال العقد هو الغلط الجوهرى الذي يقع فيه المتعاقد أثناء إبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري<sup>5</sup>، وهذا ما نستشفه من نص المادة 81 ق م ج<sup>6</sup>، والغلط الجوهرى حسب نص المادة 1/82 ق م ج هو الذي بلغ حدا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، فهو غلط دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، ولولاه لما تعاقد<sup>7</sup>، فالمعيار هنا معيار ذاتي أو شخصي يتعلق بالمتعاقد الغالط نفسه فيجب تقصي أثر الغلط على الغالط ذاته: فإذا كان هذا الغلط هو الذي دفعه إلى التعاقد كان جوهريا وإلا فلا، لأن ما يعتبر جوهريا في نظر شخص قد لا يعتبر كذلك في نظر شخص آخر. واستخلاص هذه الأوصاف المعتبرة في نظر المتعاقد يجب أن يعتد فيه بكافة الظروف الشخصية لهذا المتعاقد وتجربته ومدى ثقافته

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص310. أنظر أيضا عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص134. أنظر أيضا أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998، ص90.

<sup>2</sup> - Michel PEDAMON, Droit commercial, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2000, p201. Voir aussi Georges DECOCQ, op-cit, p491.

<sup>3</sup> - نشير في هذه النقطة إلى أن هذه الأحكام تطبق أيضا على عقد بيع المحل التجاري. أنظر أحمد بلودنين، مرجع سابق، ص77. أنظر أيضا نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص71. أنظر أيضا عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص180.

<sup>4</sup> - محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، دار هومة، الجزائر، 2002، ص14. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص311. أنظر أيضا أحمد سي علي، مرجع سابق، ص152.

<sup>5</sup> - أنظر أنور العمروسي، مرجع سابق، ص115.

<sup>6</sup> - تنص المادة 81 ق م ج على أنه (يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله).

<sup>7</sup> - أنظر عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص138. أنظر أيضا أنور العمروسي، مرجع سابق، ص115.

Voir sur la nullité de la vente du fonds de commerce pour vice de consentement de l' acheteur. CA. Bourges 31 jan. 1996, JCP., G., 1997, 2, n° 1483, p233.

ووعيه<sup>1</sup>. وعليه فإنه ينظر إلى نية المتعاقد في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري أي نية الراهن أو المرتهن، لأن ما قد يتوفر من نية لدى الراهن عند إقدامه على رهن محله التجاري قد لا يكون لدى نية المرتهن والعكس.

1-2- حالات الغلط الجوهري: لقد نصت المادة 2/82 و3 ق م ج على حالتين يمكن تكييفهما على أنهما غلط جوهري<sup>2</sup> وهما:

- الغلط في صفة جوهريّة للشيء: فإذا انصب الغلط على صفة ما في الشيء وكانت هذه الصفة أساسية في نظر أحد المتعاقدين أو كليهما، وكان الاعتقاد في ذلك الذي دفع المتعاقد أو المتعاقدين معا إلى إبرام العقد، كان الغلط جوهريا يجيز طلب الإبطال<sup>3</sup>. ومثال ذلك إذا وقع الغلط في نوع التجارة التي تمارس في المحل أو في أهمية العملاء أو في وجود الحق في الإيجار أو في مدة الإيجار أو في مقدار الأجرة، كذلك يكون عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري قابلا للإبطال بسبب الغلط في صفة جوهريّة إذا لم يكن المحل حاصلًا على رخصة التشغيل اللازمة، أو إذا لم تكن جهة الإدارة المختصة قد منحت الإذن بالاستغلال<sup>4</sup>. فلو وقع المرتهن في غلط في أحد الأمثلة المقدمة مثلا واعتبرها جوهريّة وكانت هي الدافع إلى التعاقد، بحيث لو علم بها مسبقا لما أقدم على إرتهان المحل التجاري، فإن له الحق في طلب إبطال عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.

<sup>1</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص 26-27. أنظر أيضا أنور سلطان، مرجع سابق، ص 94-95. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 166. أنظر أيضا علي فيلاي، مرجع سابق، ص 162.

<sup>2</sup> - يرى الدكتور محمد سعيد جعفرور أن «إيراد النص لهاتين الحالتين إنما هو من قبيل ضرب الأمثال لا من قبيل الحصر مستندا في ذلك إلى العبارة التي استعملها المشرع في بداية الفقرة الثانية من نص المادة 82 ق م ج التي تنص على أنه (يعتبر الغلط جوهريا على الأخص)». نفس المرجع، ص 27.

<sup>3</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص 27. أنظر أيضا سليمان مرقس، شرح عقد البيع، ط4، عالم الكتاب، القاهرة، 1980، ص 214. أنظر أيضا عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 138. أنظر أيضا فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 79. أنظر أيضا علي فيلاي، مرجع سابق، ص 162. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 169. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 321-322.

« يعتبر الغلط في سبب خارج عن موضوع العقد ليس سببا لإبطاله، حتى ولو كان هذا الدافع حاسما، ما لم يكن هناك نص صريح يدخله في المجال التعاقدية يجعله متوافقا مع شروط العقد».

Com. 11 avr. 2012, n° 11-15.429, bull. Civ. IV, n° 77, p86.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 أكتوبر 1995، على أن «محكمة الاستئناف تبرر قرارها الذي من أجل إلغاء نقل حصص الشركة ذات المسؤولية المحدودة قضت بأن بيع المعدات الأساسية للشركة هو محل دعوى فسخ، وأن المشتري لن يتعاقد إذا علم بعدم توفر المعدات التي تشكل الجزء الأكبر من الأصل غير الثابت للشركة، والتي بدونها لا يمكن أن يكون للشركة أي نشاط وفي حالة تخلفه فإن البيع يفقد كل جوهره. حيث يمكن للمحكمة استنتاج أن هذا الغلط يرد على صفات جوهريّة للخصائص الاجتماعية محل التنازل ويؤدي إلى بطلان الاتفاق».

Cass. Com. 17oct, 1995, D., 1996, p167. J. Voir aussi Civ. 04 juill. 2007, n° 06-15.881, bull. Civ. III, n° 123, p109.

<sup>4</sup> - أنظر علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 162. أنظر أيضا أحمد بلودنين، مرجع سابق، ص 77. أنظر أيضا محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 20. أنظر أيضا عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 180. أنظر أيضا محمد فريد العربي وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 403.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 سبتمبر 2003، أنه «يعتبر غلطا جوهريا معيبا لإرادة البائع اعتقاده أنه ملزم بالبيع للمشتري».

Civ. 17 sep. 2003, n° 01-15.306, bull. Civ. I, n° 183, p142.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 ماي 2008، أن «الغلط في مساحة القطعة الترابية المتعاقد عليها عن طريق الوعد بالبيع

يؤدي إلى بطلان العقد، باعتبار أن الإرادتين غير متطابقتين».

Civ. 21 mai 2008, n° 07-10.772, D., 2008, n° 25, p1693. AJ.

- الغلط في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته: تنص المادة 3/82 ق م ج على أنه (إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد). يتضح من خلال هذه الفقرة أن هذه الحالة تتحقق عندما يقع المتعاقد في غلط في ذاتية المتعاقد الآخر، أو في صفة من صفاته الجوهرية، ويحدث هذا في العقود التي يكون الشخص المتعاقد محل اعتبار، أو صفة من صفاته، ويكون اعتبار الذات أو الصفة هو الدافع إلى التعاقد ويكون الغلط في هذه الحالة مفسدا للرضاء<sup>1</sup>.

تطبيقا على ذلك يجوز للراهن طلب البطلان بسبب الغلط في شخص المرتهن في حالة الاتفاق على تأجيل تقديم مقابل الرهن، كما يجوز للمرتهن طلب البطلان بسبب الغلط في شخص الراهن إذا ثبت أنه اعتقد أن الراهن يتمتع بمميزات ليست فيه<sup>2</sup>، خاصة أن النشاط التجاري يقوم على الثقة والسمعة الطيبة فأغلب الزبائن يرتبطون بمحل تجاري معين نظرا للخصال التي يتميز بها التاجر كحسن استقباله للزبائن لنزاهته في التعامل معهم، كما أن كثيرا منهم يحجم عن التعامل مع تاجر آخر نظرا لتكبره عليهم وسوء استقباله لهم وعدم نزاهته، ما يجعل سمعة ذلك التاجر سيئة وبالتالي ينفر الزبائن عن التعامل معه، الأمر الذي يجعله يفقد ائتمانه وينقص من أرباحه.

إن السمعة الطيبة والثقة والنزاهة التي يتمتع بها الشخص أو التاجر تلعب دورا كبيرا في تعاملاته مع الغير، وتبعث بالارتياح في نفوس المتعاقدين معه فيكتسب زبائن كثيرين وشهرة كبيرة تجعله يزيد في الأرباح مما يجعل قيمة محله التجاري ترتفع.

تنص المادة 352 ق م ج على أنه (يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف إليه). وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالما بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 169. أنظر أيضا محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 28-29. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 322-323. أنظر أيضا أنور سلطان، مرجع سابق، ص 95. أنظر أيضا فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 79-80.

Voir dans ce sens Michel FROMONT, Droit allemand, droit des biens et des obligations, droit commercial et du travail, Montchrestien, Paris, 2001, P85.

« L' erreur commune aux parties à un contrat de cautionnement relative à la capacité du débiteur principal à excercer une activité commercial constitue une erreur portant sur une qualité substentielle du contrat de cautionnement sur le fondement de l' alinéa 2 de l' article 1110 du code de civil». Com. 19 nov. 2003, n° 01-01.859, bull. Civ. IV, n° 172, p189.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 05 جويلية 1995، أن « البائع يعتبر واقعا في غلط جوهرى عند البيع عندما اعتقد أنه لا يحق له الاسترداد وأنه ملزم بالبيع للمستأجر».

Civ. 05 juill. 1995, n° 92-20.425, bull. Civ. III, n° 174, p119.

قضت محكمة سان دوني بتاريخ 06 أكتوبر 1989، على أنه « يعتبر العقد الذي أبرم من أجل إنشاء محل باطلا بسبب الغلط في الشخص، بحيث يتبين أن نية أحد الطرفين هي التعاقد مع وكالة تجارية ذات خبرة وهو السبب الرئيسي وليس مع شخص طبيعي».

Saint- denis- de- la- réunion, 06 oct. 1989, JCP., G., 1990, 02, n° 21504.

<sup>2</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 163.

<sup>3</sup> - « يقصد بالعلم بالمبيع جعل رضاء المشتري صادرا على بينة من أمر ما يشتري». نبيل ابراهيم سعد، البيع، مرجع سابق، ص 129.

قياسا على نص هذه المادة نستنتج أن المشرع أقر على ضرورة علم المرتهن بالمحل التجاري المراد رهنه حيازيا علما كافيا نافيا للجهالة ولا يتحقق العلم بالرؤية فقط، وإنما هناك وسيلتان أخريتان هما:

- أن يشمل العقد على بيان الشيء المرهون وأوصافه الأساسية، بحيث يمكن التعرف إليه، إذ يكفي في تعيين المحل التجاري أن يكون معروفا بذاته لا يقع فيه لبس، فإذا رهن تاجر محله التجاري المعروف لدى الناس إذا ذكر فلا يقع لبس فيه كان المحل التجاري المرهون حيازيا معيننا كافيا، ولكن المرتهن قد لا يكون رأى المحل التجاري، وليس له سابق علم به، فلا يكفي إذن لصحة العقد أن يكون المحل التجاري معين تعيينا كافيا، بل يجب بيان أوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه، فيذكر موقع المحل التجاري المراد رهنه كذكر الحي والشارع أيضا إذا كان يطل على البحر أو يقابل موقف الحافلات مثلا، مدة عقد الإيجار ومساحة العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري وملحقاته ونوع النشاط ... إلخ من البيانات التي تجعل صورة المحل التجاري مرسومة رسما واضحا لدى المرتهن، بحيث يمكن تمييزه عن مختلف المحلات التجارية المشابهة له، فهذا الوصف الدقيق يقوم مقام الرؤية<sup>1</sup>.

- إقرار المرتهن في عقد الرهن الحيازي بأنه عالم بالشيء المرهون: فإذا ارتهن شخص محل تجاري لم يعاينه ولم يشمل العقد على بيان أوصافه الأساسية، ولكن ذكر في العقد أنه عالم به، قام هذا مقام العلم لأن إقرار المرتهن بالعلم إما أن يتفق مع الواقع فيتوافر العلم فعلا، وإما أن يخالفه فيفيد أن المرتهن لا يعلق أهمية على علمه بالمحل التجاري أو أنه يتنازل عن حقه في الطعن في العقد إن صح التعبير<sup>2</sup>، ويسقط حقه في طلب إبطال العقد إلا إذا أثبت غش الراهن، فإذا رأى المرتهن المحل التجاري ولم يجده ذا قيمة، بحيث إذا تم التنفيذ عليه لا يمكن له استرداد حقه اعتبر المرتهن قد وقع في غلط جوهري، فهو لم يره ولم يوصف له، ولكنه أقدم على ارتهانه بالرغم من ذلك ظنا أنه يفى بالغرض المقصود فيكون قد وقع في غلط جوهري، وله أن يطلب إبطال البيع وفقا للقواعد المقررة في نظرية الغلط<sup>3</sup>.

2- التدليس: لا تقتصر عيوب الإرادة في الغلط فقط وإنما تمتد إلى التدليس، فإذا حدث وأن تعرض المتعاقد لتدليس أدى به إلى إبرام العقد اعتبر أن إرادته معيبة.

2-1- تعريفه: هو استعمال طرق احتيالية لإيقاع شخص في غلط يحمله على التعاقد، بحيث ما كان ليتعاقد لو لم يقع في هذا الغلط وما كان ليقع في الغلط لو لا استعمال الطرق الاحتياطية<sup>4</sup>، وهذا ما نستشفه من نص المادة 86

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 123. أنظر أيضا نبيل ابراهيم سعد، البيع، مرجع سابق، ص 129-130. أنظر أيضا سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 215 وما بعدها. أنظر أيضا خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 62.

<sup>2</sup> - أنظر نبيل ابراهيم سعد، البيع، مرجع سابق، ص 130.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 125. أنظر أيضا نبيل ابراهيم سعد، البيع، مرجع سابق، ص 220. أنظر أيضا خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 61.

<sup>4</sup> - عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص 149. أنظر أيضا فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للتزام، مرجع سابق، ص 82. أنظر أيضا محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 40-41. أنظر أيضا أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 153. أنظر أيضا أنور سلطان، مرجع سابق، ص 100. أنظر أيضا محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 20.

ق م ج التي تنص على أنه (يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة).

وتنص المادة 87 ق م ج على أنه (إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس).

نستنتج من خلال هاتين المادتين أنه للأخذ بهذا التدليس المعيب للإرادة يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط المتمثلة فيما يلي:

2-2- شروط التدليس: يشترط للأخذ بالتدليس كسبب معيب لإرادة المتعاقد ضرورة توافر مجموعة من الشروط نلخصها فيما يلي:

- استعمال طرق احتيالية تؤدي إلى تضليل المتعاقد: هي وسائل مادية لتضليل المتعاقد يقوم بها المدلس حتى يتولد الغلط في ذهن المتعاقد فيحمله على التعاقد، فهذه الطرق تتكون من عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي<sup>1</sup>.

**العنصر المادي:** يتمثل في وجود طرق احتيالية من شأنها أن تولد في ذهن المتعاقد صورة تخالف الواقع<sup>2</sup>، ومن الأمثلة حول الطرق الاحتيالية كحالة ما إذا قدم الراهن للمرتهن مستندات مزيفة لإيهامه بأن المحل يقوم بتصريف كمية من البضائع أكثر من الكمية الحقيقية<sup>3</sup>، أو أن يقوم راهن المحل التجاري حيازيا بتقديم كشف مزور عن رقم الأعمال أو الأرباح الكبيرة التي يحققها وهو في الحقيقة لا يحقق ذلك القدر من الأرباح<sup>4</sup>.

قد يتحقق التدليس في صورة أخرى كالكذب وهذا حين يكون راهن المحل التجاري حيازيا مكلف بأن يدلي ببيانات خاصة بالمحل التجاري المراد رهنه حيازيا يعلق عليها المرتهن أهمية خاصة في التعاقد فتدفعه إلى قبول

---

Voir aussi Aubert JEAN-LUC, Le contrat, Dalloz, Paris, 1996, p63.

<sup>1</sup> - فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص83.

Cass. Com. 01 avr. 1952, D., 1952, p380. J.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 06 نوفمبر 2002، أن «دعوى ضمان العيوب الخفية غير محصورة فقط في دعوى البطلان لسبب التدليس».

Civ. 06 nov. 2002, n° 00-10.192, bull. Civ. I, n° 260, p202.

<sup>2</sup> - محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص47.

<sup>3</sup> - علي حسن بونس، مرجع سابق، ص164. أنظر أيضا موسوعة القانون الجزائري، مرجع سابق، ص243.

<sup>4</sup> - محمد فريد العريني وجلال وفاء محمد، مرجع سابق، ص403.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 06 جانفي 2015، على أنه «يعتبر تدليسا إخفاء البائع عن المشتري أن المحل التجاري محل عقد البيع مستغل من طرف مستأجر مسير، وأن هذا الأخير لم يستطع تحمل التزاماته التأجيرية الناتجة عن الغلق المؤقت للمحل، ولم يبلغ عن رقم الأعمال الحقيقية المحققة، وبالتالي فإن البائع يعتبر سيء النية ويريد تضليل المشتري بإخفاء عليه مجموعة من المعلومات الضرورية».

Cass. Com. 06 jan. 2015, n° 13-27.340. Non publié au bull.

ارتهان ذلك المحل التجاري<sup>1</sup>، بحيث يعد في هذه الحالة الكذب تدليسا لأنه جاوز الحدود المألوفة في التعامل غير أنه قد يكون في بعض الأحيان مجرد مدح في محله التجاري وجرت العادة والعرف في التعامل على ذلك<sup>2</sup> كالمبالغات التي يمارسها الراهن لترغيب المرتهن في إنهاء الصفقة، فلا تدخل في عداد التدليس طالما أن الكذب لم يصل إلى مصاف الوسائل الاحتيالية وبصفة خاصة لو أن المرتهن قصر في تحري عين الحقيقة<sup>3</sup>.

قد تكون هذه الوسائل أيضا في صورة نشاط سلبي يتمثل في مجرد الكتمان بالامتناع عمدا عن الإدلاء ببيانات تهم الطرف الآخر في العقد<sup>4</sup>، حيث يعتبر تدليسا على المرتهن كتمان وإخفاء الراهن أمرا أو واقعة ملابسة، بحيث لو علمها لما أقدم على التعاقد، ومثاله كتمان الراهن عند العقد للحكم الصادر بهدم العقار الكائن به المحل التجاري<sup>5</sup>، أو أن يكتم راهن المحل التجاري حيازيا على المرتهن وجود حكم صادر بإغلاق المحل التجاري بسبب إدارته دون ترخيص أو كتم عنه بطلان عقد استغلاله للاختراع<sup>6</sup>.

**العنصر المعنوي:** يقصد بالعنصر المعنوي نية التضليل لدى المدلس للإيقاع بالطرف الآخر وحمله على التعاقد<sup>7</sup>، أي أن يكون الغرض من الحيل المستعملة بثتى أنواعها خداع المدلس عليه وإيقاعه في غلط يدفعه للتعاقد<sup>8</sup>، ومثال ذلك استعمال راهن المحل التجاري حيازيا طرق احتيالية عمدا وقاصدا من وراءها حمل المرتهن على ارتهان محله التجاري.

غير أن بعض من الفقه يشترط أن يكون التدليس بقصد تحقيق غرض غير مشروع، أي الحصول على غرض غير مشروع، ومنه الحصول على عقد دون حق، والحقيقة أنه لم يرد هذا الشرط في نصوص القانون الخاصة بالتدليس، ولعل هؤلاء يقولون بذلك على سبيل القياس، لما ورد بخصوص الإكراه، ولا شك أن التدليس أخف من الإكراه ويكون قياسا مقبولا<sup>9</sup>.

أما إذا انتفت نية التضليل فلا يمكن لنا القول بوجود أو تحقق التدليس<sup>10</sup>.

1 - أنظر محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص48. أنظر أيضا علي فيلاي، مرجع سابق، ص178-179. أنظر أيضا فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص83. أنظر أيضا أنور سلطان، مرجع سابق، ص102.

2 - أنظر عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص151. أنظر أيضا علي فيلاي، مرجع سابق، ص178.

3 - أنظر محمد فريد العريني وجلال وفاء محمددين، مرجع سابق، ص403.

4 - عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص151. أنظر أيضا فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص84. أنظر أيضا محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص102.

5 - أنظر محمد فريد العريني وجلال وفاء محمددين، مرجع سابق، ص403.

Voir aussi Civ. 13 fév. 1996, n° 94-10.908, bull. Civ, I, n° 78, p51.

6 - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص180. أنظر أيضا أحمد بلودنين، مرجع سابق، ص78. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص164. أنظر أيضا محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص20.

7 - فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص83.

8 - علي فيلاي، مرجع سابق، ص181. أنظر أيضا عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص152. أنظر أيضا محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص51-52.

9 - أنور العمروسي، مرجع سابق، ص172. أنظر أيضا أنور سلطان، مرجع سابق، ص103. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص179.

10 - أنور سلطان، مرجع سابق، ص103. أنظر أيضا أنور العمروسي، مرجع سابق، ص171-172.

- أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد: يجب أن تكون الحيل المستعملة ذات تأثير في إرادة المتعاقد، بحيث أن المتعاقد ما كان ليبرم العقد لو لا تلك الحيل التي أوصلته إلى أن ينخدع<sup>1</sup>، أي أن يبلغ التدليس من الجسامة حدا بحيث لولاه لما أبرم الطرف الموجه إليه التدليس العقد<sup>2</sup>، حيث ما كان للمرتهن أن يرتهن المحل التجاري لو لم يقم الراهن باستخدام الطرق الاحتيالية، وقاضي الموضوع هو الذي يبت في ذلك، فيقدر مبلغ أثر التدليس في نفس المرتهن المخدوع ليقرر ما إذا كان التدليس هو الذي دفعه إلى التعاقد، ويسترشد في ذلك بما تواضع عليه الناس في تعاملهم وبحالة المرتهن الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب<sup>3</sup>.

- أن يكون التدليس متصلا بالمتعاقد الآخر: نستنتج من خلال نص المادة 87 ق م ج على أن التدليس قد يصدر من المتعاقد الآخر نفسه كاستعمال راهن المحل التجاري حيازيا للطرق الاحتيالية، ففي هذه الحالة يمكن للمرتهن طلب إبطال العقد، وقد يصدر التدليس من شخص آخر غير الراهن، ففي هذه لا يمكن المطالبة بإبطال العقد للتدليس إذا لم يعلم الراهن بالتدليس أو لم يكن باستطاعته العلم به في هذه الحالة<sup>4</sup>.

3- الإكراه: يعد الإكراه من بين الأسباب المعيبة لإرادة المتعاقد إضافة إلى الغلط والتدليس، فإذا تعرض المتعاقد لإكراه اعتبرت إرادته معيبة.

<sup>1</sup> - محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص52.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 جويلية 1986، على أن «التدليس الذي يعيب إرادة أحد طرفي العقد لا يؤدي إلى بطلان هذا العقد إلا إذا كان صادرا من المتعاقد الآخر».

Com. 22 juill. 1986, n° 85-12.392, bull. Civ. IV, n° 163, p138.

<sup>2</sup> - أنور العمروسي، مرجع سابق، ص172. أنظر أيضا أنور سلطان، مرجع سابق، ص104. أنظر أيضا نص المادة 1/86 ق م ج. قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 31 مارس 2016، أنه «تعد مجموعة من الأشخاص مشتركين في أمر واحد، وذلك من خلال الزيادة الهائلة في أسعار البيع، بحيث أعطوا صورة مضللة للنتائج التي حققتها الشركة، وأنهم كتموا على الشركة (NUMP) معلومات حول الانهيار المتنبئ به لرقم الأعمال المحقق مع اثنين على الأقل من العملاء الرئيسيين للشركة، وعليه فإن محكمة الاستئناف أصابت عندما استنتجت أن هذه العناصر مهمة بالنسبة للمتازل له، الذي لم يكن باستطاعته تقييم قيمة الشركة المتازلة واحتمالاتها التتموية ولم يكن ليقبل الشراء بنفس الشروط لو كان يعلم بالوضعية الحقيقية لهذه الشركة، وبالتالي هذا تدليس يؤدي إلى بطلان البيع».

Cass. Civ. 31 mars 2016, n° 14-22.2016, D., 2016, n° 14, p781. A/DC. Voir aussi Guillaume GRUNDELER, Cass. Civ. 31 mars 2016, n° 14-22.2016, D, 2016, n° 22, p1300.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص350. أنظر أيضا أنور العمروسي، مرجع سابق، ص176. أنظر أيضا محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص53.

<sup>4</sup> - أنظر المرجع نفسه، ص357. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص181-182. أنظر أيضا محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، مرجع سابق، ص56 وما بعدها. أنظر أيضا فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، صص85-86. أنظر أيضا عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص153. أنظر أيضا أنور سلطان، مرجع سابق، ص105. أنظر أيضا علي فيلاي، مرجع سابق، ص184. أنظر أيضا أنور العمروسي، مرجع سابق، صص181-182.

Voir aussi Civ. 29 avr. 1998, n° 96-17.540, bull. Civ. III, n° 87, pp57-58.

« La victime d' un dol est en droit d' invoquer la nullité du contrat contre le tiers qui se prévaut du contrat et dès lors que le dol est constitué, la convention est réputée ne jamais avoir existé; il s' ensuit que, lorsque le vendeur d' une automobile est victime d' un dol, son assureur ne peut, pour refuser sa garantie, invoquer les dispositions de l' article L. 121-11 du code des assurances». Civ. 21 fév. 1995, n° 92-17.814, bull. Civ, I, n° 91, p65.

3-1- تعريف الإكراه: هو ضغط يقع على أحد المتعاقدين، فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد<sup>1</sup>، لكي يتفادى نتائج التهديد الذي يقع عليه<sup>2</sup>، والذي يفسد الرضاء ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد، والإكراه وإن كان يفسد الرضاء على النحو المتقدم إلا أنه لا يعدمه<sup>3</sup>، بل يقتصر أثره على جعل الرضا بالعقد فاسدا غير سليم، وذلك أن الشخص كان مخييرا بين أن يقع به الأذى المهدد به أو أن يجري العقد، فاختر الثاني وهو أهون الضررين<sup>4</sup>، وهذا ما يسمى بالإكراه المعنوي.

أما الإكراه المادي فهو الإكراه الذي ينتزع الإرادة عنوة لا رهبة ولا خوفا، ففي هذه الحالة تكون الإرادة معدومة أصلا لأن الاختيار معدوم ويكون العقد معه باطلا بطلانا مطلقا، والمثال على ذلك أن يمسك المرتهن بيد الراهن ويحرك القلم في يده ويوقع على عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، فهذا النوع من الإكراه يستبعد من نطاق عيوب الإرادة لأنه يعدم الإرادة ولا يعيبها فقط<sup>5</sup>.

تنص المادة 88 ق م ج على أنه (يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق).

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم، أو الشرف، أو المال. ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته (الإكراه).

تنص المادة 89 ق م ج أيضا على أنه (إذا صدر الإكراه من أحد المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه).

نستنتج من خلال هاتين المادتين أنه لتحقيق عيب الإكراه المعيب للإرادة يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط والتي تتمثل فيما يلي:

3-2- شروط الإكراه المعيب للإرادة: يجب للاعتداد بالإكراه كعيب مفسد للإرادة ضرورة توافر مجموعة من الشروط نلخصها فيما يلي:

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص176.  
<sup>2</sup> - فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص88. أنظر أيضا محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص67. أنظر أيضا أحمد سي علي، مرجع سابق، ص153.  
<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص360.  
<sup>4</sup> - محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص67. أنظر أيضا أحمد سي علي، مرجع سابق، ص70. أنظر أيضا علي فيلالي، مرجع سابق، ص186. أنظر أيضا فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص88.  
<sup>5</sup> - أنظر مرجع نفسه، ص69. أنظر أيضا عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص123. أنظر أيضا أنور سلطان، مرجع سابق، ص107. أنظر أيضا علي فيلالي، مرجع سابق، ص186.

- استعمال وسيلة من وسائل الإكراه: يتحقق الإكراه باستعمال وسائل تكون في العادة غير مشروعة يقصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع<sup>1</sup>، كتهديد المرتهن للراهن بالقتل إن لم يرهن له محله التجاري أو بإفشاء أسراره أو تلتطخ سمعته والتشهير به لدى الزبائن لإبعادهم عنه وللتشكيك في نزاهته وائتمانه.

وقد تستعمل وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع<sup>2</sup> كتعهد المرتهن برفع دعوى الإفلاس ضد الراهن إن لم يرهنه محله التجاري حيازيا، فهذه الوسيلة وإن كانت في ذاتها مشروعة إلا أنها تشكل تعسفا في استعمال الحق من أجل الوصول إلى غرض غير مشروع<sup>3</sup>، ولا يقتصر التهديد بإيقاع الخطر على نفس المتعاقد ( مهما كان الطرف الذي وقع عليه الإكراه سواء كان راهنا أم مرتهنا)، أو جسمه أو شرفه أو ماله وإنما يتعداه إلى نفس أحد أقاربه أو جسمه أو شرفه أو ماله.

- أن تحمل الرهبة المتعاقد الآخر على إبرام العقد: لا يكفي لتحقق الإكراه المعيب للإرادة ضغط على إرادة الشخص، بل إن العبرة هي بالأثر الذي يترتب على هذا الضغط، فيلزم أن يبعث الضغط في نفس الشخص رهبة بينة تجعله خائفا مضطربا، بحيث تكون هي السبب المباشر الذي حمله على التعاقد، بمعنى أنه لولاها لامتنع عن إبرام العقد<sup>4</sup>، وذلك كخشية الراهن من الأذى الذي هدد به المرتهن فيقدم على رهنه محله التجاري حيازيا، بحيث لولا ذلك الخوف لما قام الراهن برهن محله التجاري حيازيا.

وحسب نص المادة 3/88 ق م ج فإنه يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه (سواء كان راهنا أم مرتهنا)، سنه، وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 89. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 190. أنظر أيضا علي فيلاي، مرجع سابق، ص 190. أنظر أيضا أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 237.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 364. أنظر أيضا أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 237. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 190-191.

<sup>3</sup> - أنظر أيضا عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 166.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 جانفي 1984، أن « التهديد باستخدام الطرق القانونية لا تشكل إكراه بمفهوم نص المادة 1111 وما يليها من القانون المدني، إلا إذا وجد تعسف في استخدام هذه الطريقة القانونية سواء بتحويلها عن غرضها أو استعمالها من أجل الحصول على وعد أو امتياز دون صلة أو خارج عن العرض الأول».

Civ. 17 jan. 1984, n° 82-15.753, bull. Civ. III, n° 13, p10. Voir aussi CA. Paris 08 juill. 1982, D., 1983, p473. J.

<sup>4</sup> - محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 78-82. أنظر أيضا أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 238. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 378. أنظر أيضا محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 21.

« Prive sa décision de base légale la cour d' appel qui, pour déclarer nulles les stipulations d' un contrat de concession exclusive de vente à durée déterminée, retient que le concessionnaire a été contraint de souscrire à ces stipulations pour échapper au mal considérable que représentait pour lui la fermeture de son entreprise, le concédant abusant de sa force économique contraignant le vice de violence sans préciser en quoi les agissements du concédant étaient illégitimes». Com. 20 mai 1980, n° 78-10.833, bull. Civ. IV, n° 212, p170.

<sup>5</sup> - أنظر أيضا أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 239. أنظر أيضا محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، ط2، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 2001، ص 83. أنظر أيضا علي فيلاي، مرجع سابق، ص 188. أنظر أيضا موسوعة القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 244-245.

- أن يصدر الإكراه من المتعاقد الآخر أو على الأقل أن يكون متصلا به: يجب أن يكون الإكراه متصلا بمن يتعاقد مع المكره، ويعتبر هكذا إذا وقع من نفس المتعاقد وهي الحالة الغالبة<sup>1</sup>، ومثال ذلك صدور الإكراه من مرتهن المحل التجاري نفسه على الراهن أو العكس.

أما إذا كان صادرا من أجنبي عن العقد فلا يفسد الرضا إلا إذا كان متصلا بالعاقدا الآخر بأن كان يعلم به أو كان من المفروض حتما علمه به، فإن لم يكن متصلا به فلا يجوز للمكره طلب إبطال العقد، بل يقتصر حقه على الرجوع بالتعويض على من صدر منه الإكراه على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>2</sup>، وعليه إذا تعرض الراهن للإكراه من شخص له علاقة بالمرتهن أو كان المرتهن يعلم بالإكراه وسكت أو كان من الممكن أن يعلم به ولم يتدخل فللراهن الحق في طلب إبطال عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.

منح المشرع الجزائري لكل متعاقد وقع في أحد هذه العيوب (الغلط، التدليس، والإكراه) الحق في طلب إبطال العقد، ويسقط هذا الحق إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد<sup>3</sup>.

قياسا على رأي الدكتور محمد فريد العريني والدكتور جلال وفاء محمدين اللذان يريان أن عيب الإكراه من العيوب النادر مصادفتها في عقد بيع المحل التجاري<sup>4</sup>، فإن الحكم نفسه بالنسبة لعقد الرهن الحيازي، إلا أننا نرى أنه ليس بالأمر المستحيل لأنه يمكن لأحد الأشخاص استغلال علمه لبعض الأمور الشخصية عن صاحب المحل التجاري لابتزازه بها، بحيث أنه لو علمها مثلا الغير خاصة الزبائن المتصلين بذلك المحل التجاري لانصرفوا عنه.

4- الاستغلال: يعتبر الاستغلال العيب الرابع الذي يمكن أن يعيب إرادة المتعاقدين، فاستغلال المتعاقد للمتعاقد الآخر من أجل حمله على التعاقد يجعل إرادة هذا الأخير معيبة، ولا يمكن أن تكون صادرة من شخص ذو إرادة سليمة.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص192. أنظر أيضا علي فيلاي، مرجع سابق، ص194. أنظر أيضا فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص91. أنظر أيضا موسوعة القانون الجزائري، مرجع سابق، ص245.

Voir aussi Cass. Com. 28 mai 1991, D., 1992, p166. J.

<sup>2</sup> - أنور سلطان، مرجع سابق، ص111. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص381. أنظر أيضا عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص167. أنظر أيضا علي فيلاي، مرجع سابق، ص194. أنظر أيضا أنور العمروسي، مرجع سابق، ص216.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 101 ق م ج.

« Le délai de l' action en nullité pour erreur ne court que du jour, souverainement déterminé par les juges du fond, où cette erreur a été découverte, et non simplement soupçonnée ». Civ. 31 mai 1972, n° 71- 10. 571, bull. Civ. I, n° 142, p124. Voir aussi Cass. Civ. 11 sep. 2013, n° 12-20.816, JCP., G., 2013, n° 48, n° 1236, p2157.

<sup>4</sup> - محمد فريد العريني و جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص304. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص165.

4-1- تعريف الاستغلال: هو أن يقدم شخص على استغلال ما في المتعاقد الآخر من طيش بين أو هوى جامع 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<sup>1</sup>.

تنص المادة 1/90 ق م ج على أنه (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل ما فيه طيش بين أو هوى جامع، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد).

نستنتج من خلال هذه الفقرة أنه لتحقيق عنصر الاستغلال يجب توفر مجموعة من الشروط.

4-2- شروط الاستغلال: يشترط للاعتداد بالاستغلال كعيب للإرادة ضرورة توافر مجموعة من الشروط، نتناولها كما يلي:

- أن يوجد تفاوت صارخ بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه وهذا هو العنصر المادي في الاستغلال<sup>2</sup>، والعبارة في تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد، لا بقيمته المادية في ذاته<sup>3</sup>، واعتبار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من عقود المعاوضة فإنه يتصور تحقق هذا الاستغلال.

- استغلال المتعاقد ما في المتعاقد الآخر من طيش بين أو هوى جامع: لقد اشترط المشرع ضرورة استغلال المتعاقد (سواء كان رهناً أم مرتهاً) الطيش البين أو الهوى الجامح لدى المتعاقد الآخر (سواء كان رهناً أم مرتهاً حسب الحالة)<sup>4</sup>، والمثال على الطيش البين استغلال المرتهن للطيش البين لدى الراهن الذي ورث أموالاً كثيرة من أجل أن يقوم هذا الأخير برهنه محله التجاري حيازياً دون أن يكون بينهما علاقة مديونية. أما المثال على الهوى الجامح استغلال شابة جميلة لهوى جامع لرجل طاعن في السن متعلق بها فيقدم على رهنها محله التجاري الذي يملكه.

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 135. أنظر أيضاً أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 153.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 199. أنظر أيضاً عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 182-183. أنظر أيضاً محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 21.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 394.

<sup>4</sup> - «الطيش البين هو الخفة والإقدام على عمل دون مبالاة أو اكتراث بما قد ينجم عن التصرفات التي يقوم بها المتعاقد من نتائج». فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 97. أنظر أيضاً علي فيلاي، مرجع سابق، ص 209.

«أما الهوى الجامح فهو الرغبة الشديدة التي تعترى المتعاقد فتجعله يفقد الحكم على الأمور المتعلقة بالتعاقد، وتضعف لديه الإرادة وتغلب عليه العاطفة». عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 184. أنظر أيضاً أنور سلطان، مرجع سابق، ص 119. أنظر أيضاً أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 265.

وقد اشترط القانون المدني الجزائري في الطيش أن يكون بينا وفي الهوى أن يكون جامحا، بحيث يكون في إمكان الطرف الآخر تبينه، وتقدير ما إذا كان الطيش بينا والهوى جامحا مسألة موضوعية تترك لتقدير القاضي، وهو في ذلك ينظر إلى تصرفات الشخص والأحوال والظروف المحيطة بالتصرف<sup>1</sup>.

- أن يكون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد: مفاد هذا الشرط أن الاستغلال هو الذي حمل الطرف المغبون على التصرف، أي أنه ما كان ليقدّم على التصرف لولا ما وجد به من طيش أو هوى جامح<sup>2</sup>، أي ما كان الراهن المغبون ليرهن محله التجاري حيازيا لو لم تتوفر حالة الطيش البين أو الهوى الجامح أثناء إبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وما كان للمرتهن أن يستغله لو لا هذه الحالة التي اعترته.

حسب نص المادة 90 ق م ج فإن للمتعاقد المغبون طلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته ويجب رفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة، وباعتبار أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من عقود المعاوضة، فإنه يمكن تقاضي إبطال العقد وذلك إما بإنقاص التزامات الراهن أو بزيادة التزامات المرتهن.

## الفرع الثاني

### المحل

يعتبر ركن المحل في أي عقد من العقود ركن أساسي يجب استيفاءه مثله مثل أركان العقد الأخرى كالتراضي، فإذا كان هذا الأخير يرتبط بإرادة المتعاقدين من حيث الوجود والصحة، فإن ركن المحل يتمثل في موضوع التزام المتعاقد أي بما يلتزم به المتعاقدان وليس بإرادتهما.

يختلف محل التزام المتعاقدين في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري باعتباره عقد معاوضة، فالمدين الراهن يلتزم بإنشاء حق رهن على المحل التجاري الذي يملكه لصالح الدائن المرتهن، أما الدائن المرتهن فقد يكون التزامه تقديم مقابل مالي (غالبا ما يكون مبلغ نقدي في شكل قرض)، وقد يكون التزام آخر غير ذلك، فنلاحظ أن محل عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري هو المحل التجاري ومحل آخر يكون في أغلب الأحيان المقابل المالي.

**أولا: محل التزام المدين الراهن (المحل التجاري):** يتمثل محل التزام المدين الراهن في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في المحل التجاري وهو الشيء المرهون، وعليه كما سبق وأن ذكرنا فإن المحل التجاري يعتبر مال منقول معنوي يتكون من عناصر معنوية وعناصر مادية، تتحد هذه العناصر فيما بينها لتشكّل كيان مستقل بذاته عن هذه العناصر المكونة له.

<sup>1</sup> - محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، مرجع سابق، ص 96-97. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 400.

<sup>2</sup> - مرجع نفسه، ص 102. أنظر أيضا فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 97. أنظر أيضا محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 201-202. أنظر أيضا علي حسن بونس، مرجع سابق، ص 165.

إن المحل التجاري باعتباره الشيء المرهون فإنه يخضع لمجموعة من الشروط، والمشرع الجزائري لم يتناول هذه الشروط في القانون التجاري، مما يفرض علينا الرجوع إلى القانون المدني لدراستها مع العودة إلى القانون التجاري فيما يتعلق بالأحكام الخاصة المتعلقة بهذا الموضوع، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أ- أن يكون المحل التجاري موجودا: يشترط في المحل التجاري المراد رهنه أن يكون موجودا وقت إبرام العقد، وللقول بوجود المحل التجاري أن يتضمن العناصر الأساسية المكونة له، والمتمثلة في الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية<sup>1</sup>، بحيث لو غاب هذا العنصر لا يمكن لنا القول بوجود المحل التجاري، وعليه فإن اعتبار الشخص الذي قام بتهيئة العمارة التي يملكها قصد ممارسة تجارة معينة لا يعد صاحب محل تجاري في حالة عدم الشروع في الاستغلال، وهذا راجع لعدم وجود عنصر الاتصال بالعملاء، ويترتب على ذلك أن عقد الإيجار المبرم لا يتعلق بإيجار المحل التجاري- لأنه غير موجود- بل بإيجار العمارة<sup>2</sup>، قياسا على هذا المثال فإن قيام شخص برهن العمارة يعتبر رهنا واردا على عقار وليس رهنا واردا على محل تجاري.

كذلك قد يوجد المحل التجاري قبل العقد ولكنه يزول لسبب من الأسباب قد تكون قهرية لا دخل فيها للمالك مثل حصول زلزال أدى إلى انهيار العقار الذي يزاول فيه التاجر تجارته ولم يجد هذا الأخير عقار آخر يستغل فيه تجارته ما أدى بزوال المحل التجاري، وقد تنقضي ملكية المحل التجاري بأسباب اختيارية ترجع إلى إرادة المالك

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 78 ق ت ج. أنظر أيضا ما قلناه فيما يخص أهمية عنصر الاتصال بالعملاء في وجود المحل التجاري من عدمه في المبحث التمهيدي، ص ص 45-46.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 31 ماي 1988، أنه « لا يوجد المحل التجاري عندما لا يوجد عملاء متصلين به، وبالتالي فإن عقد البيع الذي استبعد هذا العنصر لا يعتبر واردا على محل تجاري، فالتاجر لا يملك زبائن خاصين به ومستقلين».

Com. 31 mai 1988, n° 86-13.486, bull. Civ. IV, n° 180, p126.

<sup>2</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص ص 19-20. أنظر أيضا مقدم مبروك، مرجع سابق، ص 12. أنظر أيضا ما قلناه حول الاتصال بالعملاء في المبحث التمهيدي.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 03 فيفري 1970، على أن « استغلال المتنازل له لكان في سوق لا يشكل محل تجاري إذا لم يكن لديه زبائن دائمين خاصين به وتابعين له».

Cass. Com. 03 fév. 1970, n° 68-10.522, bull. Civ. IV, n° 42, p42.

قضت أيضا الغرفة المجتمعة بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 أبريل 1970 على أن « المستفيد من تنازل حصري لاستغلال بيع المشروبات على مضمار السباق، بشرط أن يكون محصورا في حرم مضمار السباق ومقصورا فقط على الأيام التي تقام فيها السباقات، فإنه يمكن القول أن هذا المستفيد لم ينشأ زبائن خاصين به ومختلفين عن زبائن شركة السباق، فالجمهور الذي أتى إلى سباق الخيل واتصل بهذه المقهى فهو قبل كل شيء أتى من أجل حضور سباق الخيول، وبالتالي لا يمكن اعتبار أن لديه محل تجاري».

Cass. Ass. Plén. 24 avr. 1970, JCP., G., 1970, 2, n° 16489.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 09 جويلية 1979، أن « الشركة الحائزة لمكان داخل سوبر ماركت لا تستفيد من نظام الإيجارات التجارية، باعتبارها تخضع للقوانين العامة للمؤسسة، وليس لها استقلالية في التسيير، كما تخضع أيضا لساعات الفتح والغلق المحددة من طرف السوبر ماركت، ليس هذا فقط وإنما ليس لها عملاء خارج أولئك المتعلقين بالسوبر ماركت».

Cass. Civ. 09 juill. 1979, n° 77-13. 452, bull. Civ. III, n° 153, p119.

« Si la cession de la clientèle médicale, à l' occasion de la constitution ou de la cession d' un fonds liberal d' exercice de la profession, n' est pas illicite, c' est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient; une cour d' appel, qui retient souverainement qu' en l' espèce cette liberté de choix n' est pas respectée, justifie légalement sa décision de prononcer la nullité de la cession». Cass. Civ. 07 nov. 2000, n° 98-17.731, D., 2001, n° 29, p2400. Comm.

نفسه، كأن يقرر التاجر وقف نشاطه التجاري واعتزال التجارة بصفة نهائية وإغلاق محله<sup>1</sup>، ففي هذه الحالة لا يمكن للشخص رهن محله التجاري حيازيا لأنه زال وفي حالة قيامه بإبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وهو غير موجود، فيعتبر ذلك العقد باطلا بطلانا مطلقا، هذا ما نستشفه من نص المادة 93 ق م ج التي تنص على أنه (إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته ... كان العقد باطلا بطلانا مطلقا).

أثير تساؤل حول مدى إمكانية رهن محل تجاري في فترة التكوين، فظهر رأيان في هذا الموضوع فهناك من يرى أنه لا يمكن رهن المحل التجاري وهو في فترة التكوين باعتبار أنه لم ينشأ بعد، ولكي نقول أن المحل التجاري موجود يجب أن يباشر الشخص في ممارسة النشاط التجاري ويكون له عملاء خاصين به ويتعاملون معه ويحقق رقم أعمال<sup>2</sup>، فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 01 فيفري 1984 التسليم بالرهن الحيازي على الزبائن الفرضيين أو الاحتماليين، وقضت أن الرهن الوارد على عناصر المحل التجاري في طور التكوين لا يعد رهن حيازي وارد على محل تجاري، لأنه ليس هناك أي سبب لترخيص المدين بالاحتفاظ بالمال محل الرهن إذا كان لا يمارس بعد أي نشاط<sup>3</sup>. وقد صدر عنها أيضا اجتهاد في هذا الموضوع بتاريخ 17 جوان 1918، مفاده أن المحل التجاري في فترة تكوين لا يمكن أن يتم رهنه تحت طائلة البطلان<sup>4</sup> فالشخص الذي قام بتهيئة مطعم ولم يتصل به عملاء لا يمكن أن نقول أنه محل تجاري.

يمكن حسب أصحاب الرأي الثاني رهن المحل التجاري في طور التكوين، وحثهم في ذلك أنه يمكن التعاقد على الأشياء المستقبلية، والقانون لا يمنع ذلك باعتبار أن المال المراد التعاقد عليه غير مخالف للنظام العام والآداب العامة. وبناء على هذا الأساس تعرض الاجتهاد القضائي للنقد، وذلك استنادا لنص المادة 2355 ق م ف التي تنص على أن الأموال المنقولة المعنوية يمكن أن تكون ضمانا لدين سواء كانت حاضرة أو مستقبلية<sup>5</sup>، وعلى

<sup>1</sup> - محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص379. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص113 وما بعدها.

<sup>2</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p928. Voir aussi Gaston CENDRIER, op- cit, p276.

« يعتبر الموثق محرر عقد القرض مخلا بالتزامه بالنصح، والذي لم يخطر البنك بالمخاطر التي يمكن أن تنجر عن عدم قيد الشركة التي منحت عقد

رهن حيازي على محلها التجاري».

Civ. 05 juill. 1989, n° 86-13.600, bull. Civ. I, n° 277, p184. Voir aussi Claude CHAMPAUD, Société générales, règles générales, immatriculation au R.C.S. Société commerciale- Effets créateurs de droits, RTD. Com., Croniques de législation et de jurisprudence françaises, n° 03, 1990, p400.

<sup>3</sup> - Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p400.

قضت محكمة سان بفرنسا بتاريخ 18 أفريل 1951 على أنه «يمثل عنصر الاتصال بالعملاء العنصر الأساسي من بين كل العناصر المشكلة للمحل

التجاري، والذي بدونه لا يوجد، وبالتالي فإن عقود الرهن الحيازية المبرمة قبل تواجد هذا العنصر تعتبر باطلة».

Tri. Com. de la Seine, 18 avr. 1951, Gaz. Pal., 1951, 2, J., p333.

<sup>4</sup> - Xavier DELPECH, op- cit, p270. Voir aussi Gaston CENDRIER, op- cit, p276.

« Une jurisprudence ancienne affirme que seul le fonds de commerce qui existe, c'est- à- dire qui est ouvert au public et qui dispose d' éléments susceptibles d' attirer une clientèle, peut être donné en nantissement, cette exigence reposerait sur le motif qu' il n' est pas possible d' organiser de manière efficace la publicité d' une sûreté portant sur un bien futur».Olivier BARRET, op- cit, p300.

<sup>5</sup> - L' art 2354 C Com F prévoit que« Le nantissement est l' affectation, en garantie d' une obligation, d' un bien meuble incorporel ou d' un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs».

هذا الأساس قضت محكمة الاستئناف ببائيس بتاريخ 03 جويلية 1963 أن المحل الذي لم يستغل بعد يمكن أن يكون محلا لعقد الرهن الحيازي طالما أنه محدد بصفة كافية<sup>1</sup>.

تم الرد على هذا الرأي بأنه حتى وإن نصت المادة على إمكانية رهن المال المستقبلي إلا أنه هناك صعوبة في تطبيقها على المحل التجاري، باعتبار أن الضمان لا يمكن قيده لأننا لا نعرف مما يتكون المحل التجاري بالتحديد، أي طبيعة العناصر الجاذبة للزبائن، إلى جانب ذلك لا يمكن شهر العقد لعدم معرفة العناصر المشمولة بالعقد<sup>2</sup>.

يضيف الأستاذان Jean- Baptiste GOUACHE و Martine Behar- TOUCHAIS أن قيد الرهن الحيازي للمحل التجاري يفترض أن يتم المحل التجاري قد تم إنشاؤه لأنه يتم قيده لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل فيه المحل التجاري وكذا عنوان المكان الذي يستغل فيه المحل التجاري ماديا<sup>3</sup>، وعليه إذا كان المحل التجاري غير موجود بتاريخ العقد لا يمكن أن يكون هذا العقد صحيحا<sup>4</sup>.

أما بالنسبة لفرع المحل الذي له زبائن مستقلين متميزين عن المؤسسة الأصلية، يمكن أن يتم رهنه مستقلا عن هذه المؤسسة<sup>5</sup>.

ب- أن يكون المحل التجاري معينا أو قابلا للتعين: تنص المادة 94 ق م ج على أنه (إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلا)، يعني هذا أن المال يجب أن يكون محددًا تحديدا ينفي جهالته من قبل الدائن المرتهن، وبالتالي إذا كان المال عبارة عن شيء معين بذاته، فإنه يجب أن

<sup>1</sup> - CA. Paris 03 juill. 1963, D., 1964, p205. Voir aussi Xavier DELPECH, op- cit, p269. Voir aussi Olivier BARRET, op- cit, pp300-301. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p928. Voir aussi Maria Beatriz SALGADO, op- cit, pp31-32.

<sup>2</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p928. Voir aussi Alfred JAUFFRET, Actes de commerce et commerçants, contrats portant sur le fonds de commerce, Nantissement( fonds en formation, possibilité de nantissement), RTD. Com., Croniques de législation et de jurisprudence françaises, 1964, pp54-55. Voir aussi Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS, op- cit, p44.

<sup>3</sup> - انتقد الأستاذان Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS قرار محكمة النقض الفرنسية التي قضت « ببطلان عقد الرهن الحيازي الوارد على محل تجاري لم ينشأ مسببة ذلك بعدم قيد العقد في السجل التجاري خلال 15 يوما من تاريخ إبرام العقد، بحيث أن هذا العقد يضمن عقد قرض بين صندوق القرض التبادلي Caisse de Crédit Mutuelle وشركة PHLAM بموجبه يقدم صندوق القرض التبادلي قرضا لهذه الشركة على أن يتم ضمانه برهن حيازي على المحل التجاري الذي كان من المقرر أن تنشأ الشركة المقترضة، إذ أن الأستاذان يريان أنه لا يمكن إبرام عقد الرهن على محل تجاري مستقبلي، وبالتالي لا يمكن تطبيق شرط القيد خلال 15 يوما من تاريخ إبرام العقد، فكان من المستحسن إبطال العقد لعدم وجود المحل وليس لعدم إجراء القيد خلال 15 يوما. كما أن قيد الرهن الحيازي للمحل التجاري يفترض أن يتم المحل التجاري قد تم إنشاؤه لأنه يتم قيده لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل فيه المحل التجاري، وكذا عنوان المكان الذي يستغل فيه المحل التجاري ماديا».

Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS, op- cit, p44.( Cass. Com. 06 sep. 2011, n° 10-19.623 cité par l' auteur).

<sup>4</sup> - Voir Maria Beatriz SALGADO, op- cit, p34.

<sup>5</sup> - Olivier BARRET, op- cit, p302.

يوصف المال المرهون وصفا ينفي الجهالة به<sup>1</sup>، أي أن يكون التعبير واضحا<sup>2</sup>، والمحل التجاري يعتبر مال معين بالذات<sup>3</sup>.

باعتبار أن المال المرهون يتمثل في المحل التجاري، فإنه يجب ذكر المعلومات الضرورية التي تميزه عن غيره من المحلات التجارية الأخرى من جهة، والمحددة له لكي يتم التعرف على قيمة هذا المال من جهة أخرى، كموقعه ومساحته، عنوانه واسمه التجاري، نوع النشاط الممارس فيه مثلا، هل هو محل مخصص لبيع الأقمشة أم محل مخصص لبيع مواد غذائية عامة، ... إلخ، وبصفة عامة يجب ذكر الأوصاف الأساسية للمحل التجاري التي يمكن أن تميزه عن غيره من المحلات التجارية الأخرى.

هذا فيما يخص تعيين المحل التجاري، أما فيما يخص تعيين العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي أو التي تدخل كعناصر في المحل التجاري المراد رهنه حيازيا، فإنه حسب نص المادة 119 ق ت ج<sup>4</sup> نستنتج أنه يجب التمييز بين حالتين: الأولى هي حالة تعيين المدين الراهن والدائن المرتهن العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي، أما الحالة الثانية تتمثل في حالة عدم تعيين العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي.

1- حالة تعيين المدين الراهن والدائن المرتهن للعناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي: لقد منح المشرع الجزائري الحرية الكاملة للمتعاقدين في اختيار العناصر التي يرغبون ادخالها ضمن العناصر المرهونة حيازيا في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وذلك في إطار القيود التي أوردتها المشرع على ذلك<sup>5</sup>، فقد جعلت المادة حدا أدنى وحدا أقصى لعناصر المتجر التي يجوز أن يرد عليها الرهن<sup>6</sup> فلا يجوز بالتالي التوسع فيها أو القياس عليها<sup>7</sup>، ومن أجل تكوين عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري فإنه من الضروري أن يكون التأمين وارد على مال يعتبر كوحدة واحدة<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر في هذا المعنى خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 81. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 212. أنظر أيضا عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص 196.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 212.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، مرجع سابق، ص 265.

<sup>4</sup> - تنص 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 والزائن 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 والزائن والشهرة التجارية.

وإذا احتوى الرهن الحيازي على المحل التجاري وفروعه، فيجب تعيين هذه الأخيرة ببيان مركزها على وجه الدقة).

<sup>5</sup> - أنظر محمد فريد العريني وجمال وفاء محمد، مرجع سابق، ص 458.

<sup>6</sup> - المعتصم بالله الغرياني، مرجع سابق، ص 251.

<sup>7</sup> - سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مرجع سابق، ص 398. أنظر أيضا محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 69.

<sup>8</sup> - Olivier BARRET, op- cit, p301.

إن العناصر التي يمكن للمتعاقدين ادخالها في العقد هي: عنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإجارة والزيائن 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 جزء مثلها من الرهن المنشأ، ويجوز أن يشمل الرهن فروع المحل غير أن ذلك لا يستفاد من مجرد الاتفاق على رهن المحل الرئيسي لأن كل فرع يحتوي على العناصر اللازمة لوجود المحل التجاري وعلى الأخص عنصر الاتصال بالعملاء، ولذلك يعتبر الفرع بمثابة المحل المستقل فلا يشمل الرهن إلا إذا حصل الاتفاق على ذلك.

نجد على 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 فروعاً لانعدام المقومات اللازمة لوجود المتجر، لذلك تعتبر المخازن وغيرها المشار إليها امتداداً للمحل التجاري الذي تتبعه وجزء منه فيشملها الرهن الذي يقع على المحل التجاري ولو لم ينص عليها في العقد<sup>1</sup>.

يلاحظ التعداد الحصري الذي أورده المادة 119 ق ت ج للعناصر التي يجوز أن يشملها الرهن لم يرد فيه ذكر البضائع، لذلك لا يجوز أن يشملها الرهن وقد أريد بذلك الاحتفاظ بها حرة لمصلحة الدائنين العاديين، إذ تعد البضائع عنصراً جوهرياً يعتمدون عليه عند تعاملهم مع المدين<sup>2</sup> ومن ثم يكون في صالحهم إخراجها من نطاق الرهن حتى يمكن لهم التنفيذ عليها دون أن يحاج عليهم بأولوية الدائن المرتهن، وعلاوة على ذلك فإن البضائع أصلاً معدة للبيع وفي احتجازها معطلة بسبب رهنها إرهاب شديد للمدين الذي من الأفضل له استغلاله تجارياً حتى يمكنه الوفاء بما هو عليه ليخلص المتجر من الرهن<sup>3</sup>، فالبضائع معدة للبيع بطبيعتها ولا يمكن للمدين الراهن أن يحترم الرهن في شأنها فيحتفظ بها بعيداً عن التداول وإلا توقف نشاطه<sup>4</sup>، هذا فضلاً عن سهولة انفصال البضائع

---

« Contrairement au privilège du vendeur, pour lequel un fractionnement du prix de vente doit être opéré entre les marchandises, le matériel et les éléments incorporels, l' assiette du nantissement est indivisible ». Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p939.

<sup>1</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 294-295.

Voir aussi René De Cornulier- LUCINIÈRE, Le nantissement du fonds de commerce- Etude historique, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Nancy, 1910, p319.

<sup>2</sup> - مصطفى كمال طه ووائل بندق، مرجع سابق، ص 679.

<sup>3</sup> - أنظر محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 459. أنظر أيضاً سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مرجع سابق، ص 398. أنظر أيضاً سميحة القلوبي، مرجع سابق، ص 111. أنظر أيضاً المعتمد بالله الغرياني، مرجع سابق، ص 252. أنظر أيضاً جاك ميتر وعمانويل بوتمان ومارك بيو- بإشراف جاك غستان - ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2006، ص 168-169.

Voir aussi Maria Beatriz SALGADO, op- cit, p107.

<sup>4</sup> - علي البارودي، مرجع سابق، ص 171. أنظر أيضاً سميحة القلوبي، مرجع سابق، ص 111.

« إن إجارة رهن البضائع يترتب عنه عدم جواز التعامل فيها، وبالتالي وقف النشاط التجاري للمحل المرهون، وهي نتيجة ليست في صالح التاجر الراهن ولا الدائن المرتهن، وليس في صالح عالم التجارة والأعمال، وهي العلة التي جعلت التشريعات تستبعد رهن المحل التجاري ». علي بن غانم، مرجع سابق، ص 200.

بوصفها منقولات مادية عن المحل، فيصعب بالتالي تتبعها في مواجهة المتصرف إليه الذي يجوز له عندئذ التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية<sup>1</sup>، إذ أن الغير حسن النية يستطيع دوما الاحتجاج بالحيازة في المنقول لدرء مطالبة دائن المحل المرتهن<sup>2</sup>، فلا يستطيع الدائن المرتهن ممارسة حق التتبع عليها مما يجعل ورود الرهن عليها كعنصر من عناصر المحل التجاري عديم الجدوى<sup>3</sup>، فالبضائع كونها منقولات مادية لا تكفل الحماية القانونية من الناحية العملية للدائن المرتهن إذا خرجت من يد التاجر إلى مشتري حسن النية<sup>4</sup>، وهذا هو الفرق الجوهرى مع امتياز البائع<sup>5</sup>. إضافة إلى هذا فإنها يرد عليها رهن مختلف عن ذلك الذي يرد على المحل التجاري كمال منقول معنوي<sup>6</sup>.

يطرح تساؤل مهم في شأن سبب استبعاد البضائع من امتياز الدائن المرتهن وعدم استبعادها من امتياز البائع، إن عقد بيع المحل التجاري بالنسبة للبائع هو آخر عقد في حياته التجارية وهو عقد مهم، وتملك المحل من أجل استغلاله هو أول عمل في الحياة التجارية للمشتري، وفي هذا الوقت ينشأ امتياز البائع أين الآثار محددة بالقيود. بينما عقد الرهن الحيازي يمكن أن يبرم في أي وقت من حياته التجارية في المدة التي تكون بين بيع البضائع والتاريخ المحدد للدفع<sup>7</sup>.

غير أننا قد نجد أن التاجر في بعض الأحيان يقوم بعرض بعض نماذج البضائع في محله التجاري من أجل الإشهار والترويج لها دون أن تكون مخصصة للبيع، فإن هذه البضائع تأخذ حكم المهمات وبالتالي يجوز رهنها<sup>8</sup> ضمن عناصر المحل التجاري لأن الغرض من وجودها ليس التداول.

نشير إلى نقطة مهمة تتمثل في أن الرهن الحيازي لا يرد على الأثاث والمعدات والآلات غير المخصصة للاستغلال أو لم تخصص بعد لاستغلال المحل التجاري فهي تكون مخصصة أو موضوعة جانبا<sup>9</sup>.

---

« ... Il s' agit, en premier lieu, marchandises, ce qu' on explique par le fait qu' elles sont destinées à la vente et par le caractère illusoire d' une garantie portant sur ces derniers». Olivier BARRET, op- cit, p302.

<sup>1</sup> - سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مرجع سابق، ص399. أنظر أيضا مصطفى كمال طه ووائل بندق، مرجع سابق، ص679.

<sup>2</sup> - المعتصم بالله الغرياني، مرجع سابق، ص252.

<sup>3</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص297. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص459. أنظر أيضا محمد فريد العريني وهاني دويدار، مرجع سابق، ص412. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص258.

<sup>4</sup> - محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص70. أنظر أيضا علي البارودي، مرجع سابق، ص171.

Voir aussi F. MONTIER et G.-H. FAUCON, op- cit, pp159-160.

<sup>5</sup> - « Les marchandises ne peuvent donc être comprises dans le nantissement, c'est la différence essentielle avec le privilège du vendeur». Raymond CASTRO, op- cit, p43.

<sup>6</sup> - Voir Maria Beatriz SALGADO, op- cit, p108.

<sup>7</sup> - René De Cornulier- LUCINIÈRE, op- cit, pp323-324. Voir aussi Françoise DEKEUWER- DÉFOSSEZ et Édith BLARY- KLÉMENT, Droit commercial, 11<sup>ème</sup> éd., LGDJ, France, 2015, p442.

<sup>8</sup> - أنظر سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص112.

<sup>9</sup> - Louis FIALON, op- cit, p60.

قد يحدث وأن يتكون المحل التجاري من مجموعة من الآلات والأثاث التي يستخدمها التاجر في ممارسة نشاطه التجاري، وبالتالي فهي تأخذ حكم المنقولات المادية ما يعني إمكانية إدراجها ضمن عناصر المحل التجاري المرهون حيازيا، إلا أن الإشكالية المطروحة أنه في حالة كون التاجر يستخدم هذه الآلات أو الأثاث في خدمة العقار الذي يملكه، الأمر الذي يعني أنها تأخذ حكم العقار بالتخصيص. بالتالي ما الحكم في هذه الحالة؟

إن العقار لا يعتبر عنصر من عناصر المحل التجاري وذلك وفقا لنص المادة 78 ق ت ج، وعليه فإن الحكم في هذه الحالة أن هذه الآلات أو الأثاث يرد عليها نوعان من الرهن: الرهن الحيازي باعتبارها عنصر من العناصر المنقولة المادية المكونة للمحل التجاري، والرهن الرسمي باعتبارها عقار بالتخصيص<sup>1</sup> ويجب في هذه الحالة الأخيرة ضرورة اتباع الإجراءات الشكلية من رسمية وإشهار.

حسب الأستاذ Olivier BARRET فإن العقار مستبعد من العناصر التي يمكن أن يشملها عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، ونفس الحكم بالنسبة للآلات والأثاث إذا كانت مملوكة لمالك المحل التجاري وكانت مخصصة لخدمة العقار الذي يستغله ولا يمكن الاستغناء عنها، فإنه لا يمكن أن يشملها عقد الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري.

أعطى أيضا نفس الحكم بالنسبة للعقود والديون المرتبطة باستغلال المحل المرهون إذ يقول أنها لا تدخل ضمن العناصر المشار إليها في نص المادة 119 ق ت ج، وبالتالي فهي غير قابلة لأن تكون ضمن وعاء الرهن الحيازي<sup>2</sup>.

يضيف الأستاذ Gaston CENDRIER أنه بالنسبة لمقابل الإيجار عن الأشهر السابقة المدفوعة مسبقا للمالك والمنقول الخاص بمالك المحل التجاري والمباني المشيدة من قبل المستأجر من أجل استغلال تجارته، فإنها مستبعدة من وعاء الرهن، ويقول أيضا أنه فيما يخص الأثاث والآلات التي تعود ملكيتها للغير، فإن وضعية الدائن المرتهن بالنسبة لهذا، تشبه تلك التي للمالك أين يشمل الامتياز على المنقولات الموضوعة من قبل الغير. فإذا لم

<sup>1</sup> - أنظر علي حسن يونس، مرجع سابق، ص296-297. أنظر أيضا مصطفى كمال طه ووائل بندق، مرجع سابق، ص678-679. أنظر أيضا المعتصم بالله الغرياني، مرجع سابق، ص253.

« إن البضائع والعقار يمكن أن يرد عليهما الرهن ولكن مستقلا عن المحل التجاري وفقا للشروط العامة، فبالنسبة للبضائع فحيازتها تنتقل إلى يد الدائن المرتهن أو إلى مخزن عمومي، أما بالنسبة للعقار فإنه يكون محلا لعقد رهن رسمي وفقا للأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني».

M. WEISMANN et Roger DEBLED, op- cit, pF3.

<sup>2</sup> - Olivier BARRET, op- cit, p303.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 أكتوبر 1965، على أنه « إذا كانت الآلات المستغلة في المحل التجاري لا تشكل عقارا بالتخصيص، فإنه ليس هناك ما يمنع أن يشملها الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري إذا تم إدراجها».

Civ. 14 oct 1965, n°62-11.792, bull. Civ. III, n° 499, p450.préc.

صدر عن محكمة النقض الفرنسية قرار بتاريخ 9 نوفمبر 1999، يقضي بتأييد الحكم الصادر عن المحكمة والذي مفاده أن « التعويض الذي تمنحه شركة التأمين يضمن هلاك الاستغلال وأن هذا الهلاك الذي لا يشكل عنصر من عناصر المحل التجاري ولا يوجد ضمن العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي، فمحكمة الاستئناف استتجت أن الدائن لا يمكنه الحصول على التعويض».

Civ. 09 nov. 1999, n° 97-12.470, bull. Civ. I, n° 296, p193.

يكن الدائن على دراية بذلك وكان حسن النية فإن امتيازته يشمل الأثاث وآلات الغير، وحتى الأشياء المرتبطة مؤقتا بموجب العقد المسمى البيع بالإيجار يمكن أن يشملها الرهن الحيازي<sup>1</sup>.

إن حصر المشرع للحد الأقصى والأدنى للعناصر التي يجوز ادخالها ضمن عناصر المحل التجاري المرهون حيازيا، لا يعني منعهم من اختيار عناصر دون أخرى ولكن بشرط أن يتضمن على الأقل العناصر الأساسية لوجود المحل التجاري، لأنه لو اشتمل عقد الرهن الحيازي على مجموعة من العناصر دون العناصر الأساسية فلا يعتبر هذا رهن حيازي وارد على محل تجاري كوحدة واحدة، بل يكون رهنا حيازيا واردا على عناصر تكون مستقلة بذاتها تخضع لقانونها الخاص بها كالعلامات، أو براءة الاختراع، البضائع، ... إلخ<sup>2</sup>.

يقول الأستاذ Olivier BARRET أنه هناك عناصر تحتاج إلى اتفاق صريح في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لكي يشملها العقد، وعليه لكي يشملها الرهن الحيازي يجب أن يتم تحديدها بصفة صريحة ومحددة في العقد المنشئ للرهن الحيازي<sup>3</sup>.

2- حالة عدم تعيين المدين الراهن والدائن المرتهن للعناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي: إذا لم يعين المدين الراهن والدائن المرتهن صراحة العناصر التي يشملها عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، فإن المشرع نص على أن العقد يشمل عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية والعنوان والاسم التجاري والحق في الإيجار<sup>4</sup> فقط دون أن يمتد العقد إلى عناصر أخرى، أما إذا أراد المتعاقدان إدراج هذه الأخيرة ضمن عناصر المحل التجاري المرهون حيازيا فما عليهما إلا الاتفاق على ذلك صراحة في العقد، وعليه فإننا نقول في هذه الحالة أن المشرع ذكرها في المادة 3/119 ق ت ج على سبيل الحصر لا المثال<sup>5</sup>، فلا يجوز القياس عليها نظرا لما تتمتع به هذه العناصر من أهمية في وجود المحل التجاري واستمراره في النشاط وقدرته على جذب الزبائن الأمر الذي يزيد من أرباحه وبذلك يحقق الغاية من وراء ممارسته للتجارة.

نشير إلى نقطة مهمة تتمثل في أن زوال عنصر كان موجودا ضمن العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي قد يثير بشكل خاص قلق الدائنين المقيدون، بالنظر إلى أن العنصر المعني أساسي للاحتفاظ بالزبائن، فقد يزول المحل - ومعه الرهن الحيازي - في نفس الوقت. بسبب التهديدات الأكثر خطورة، فالدائن ليس، حقا، عاجزا: يمكن

<sup>1</sup> - Gaston CENDRIER, op- cit, p283.

<sup>2</sup> - أنظر سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مرجع سابق، ص399. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص298. أنظر أيضا علي البارودي، مرجع سابق، ص172.

<sup>3</sup> - Olivier BARRET, op- cit, p304.

<sup>4</sup> - تنص المادة 3/119 ق ت ج على أنه (إذا 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).

« Si le fonds est donné en gage, sans désignation des parties qui le compose, le nantissement ne pourra porter que sur un certain nombre d' élément incorporels: le droit au bail, la clientèle et l' achalandage, l' enseigne et le nom commercial». René De Cornulier- LUCINIÈRE, op- cit, p319.

<sup>5</sup> - « Seuls indique clairement que cette énumération est limitative et non énonciation». F. MONTIER et G.-H. FAUCON, op- cit, 158. Voir aussi M. WEISMANN et Roger DEBLED, op- cit, pF3.

له أولاً المطالبة بسقوط الأجل، وفي كل مرة تسبب المدين الرهن بفعله في إنقاص وحتى زوال ضمانه؛ يمكنه الاستفادة من الأحكام المتعلقة بالامتياز مثل تلك التي يتمتع بها البائع الموجهة لحماية وعاء هذا الضمان؛ يستفيد من هذا الحكم الدائنين المرتهنين المقيدون بانتظام<sup>1</sup>.

يضيف الأستاذان Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT أنه بالنسبة للعناصر الجديدة التي أضيفت للمحل التجاري، فإنه مبدئياً لا تدخل في الرهن الحيازي إلا العناصر التي كانت موجودة بتاريخ إبرام العقد، وبالتالي هذا الرهن لا يؤثر على هذه العناصر الجديدة لأنها لم تكن من ضمن العناصر المشمولة بوعاء الرهن الأصلي.

ج- يجب أن يكون المال المرهون مالا متقوماً: لا ينعقد الرهن الحيازي على الأشياء التي ليس لها قيمة يمكن تقديرها، فإذا لم يكن كذلك لا يرد عليها الرهن الحيازي، فإنها لا تصلح أن تكون محلاً للرهن إذ ليست لها قيمة يمكن تقديرها<sup>2</sup>، تطبيقاً لهذا الشرط باعتبار أن المحل التجاري من الأموال التي يمكن تقدير قيمتها فإنه يصح أن يكون محلاً لعقد الرهن الحيازي.

د- أن يكون المحل مشروعاً (أي داخلاً في دائرة التعامل): تنص المادة 93 ق م ج على أنه (إذا كان محل الالتزام ... مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً)، أما الصيغة الفرنسية لهذه المادة فهي كما يلي:

( Si l' objet de l' obligation est impossible en soi ou s'il est contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs, le contrat est de nulité absolue).

فالنص باللغة الفرنسية نص صراحة على بطلان العقد بطلاناً مطلقاً بينما النص العربي لم ينص على مصطلح العقد.

يتضح من هذا النص أنه يلزم توافر شرط المشروعية في محل الالتزام، بمعنى أن يكون سائغاً قانوناً، فإذا كان المحل غير مشروع لا يقوم الالتزام وبطل العقد لانقضاء محله<sup>3</sup>.

ويعني بالمشروعية أن يكون المحل قانونياً قابلاً للتعامل فيه، بحيث يقع خارج دائرة التعامل ويكون كذلك إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب<sup>4</sup>، فلا يجوز رهن الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها ولا الأشياء العامة والأشياء

<sup>1</sup> - Olivier BARRET, op- cit, p305.

<sup>2</sup> - أنظر توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، الدر الجامعية، د ب ن، 1988، ص46.

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص213.

<sup>4</sup> - عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص200. أنظر أيضاً توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص45. أنظر أيضاً خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص83 وما بعدها.

الموقوفة، كذلك لا يجوز رهن المال المشروط بعدم التصرف فيه<sup>1</sup>، إذ متى كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا<sup>2</sup>.

هـ- يجب أن يكون محل الرهن الحيازي مما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني: إن للمرتهن عند عدم الوفاء بدينه أن يطلب بيع المال المرهون لاستيفاء الدين من ثمنه، ولذلك يجب أن يكون الدين المضمون من الديون التي يمكن إجبار المدين على الوفاء بها، وعليه لا يمكن تقرير الرهن لضمان دين طبيعي لأن الدين الطبيعي لا يقبل التنفيذ الجبري<sup>3</sup>.

تنص المادة 948 ق م ج على أنه (لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول أو عقار).

نستنتج من خلال نص هذه المادة أن المشرع اشترط في محل الرهن الحيازي أن يكون قابلا لأن يباع مستقلا بالمزاد العلني دون أن يرتبط بمال آخر، فالمحل التجاري باعتباره مال منقول معنوي يشكل وحدة واحدة مستقلة بذاتها عن العناصر المكونة لها فإنه يجوز أن يكون محلا لعقد الرهن الحيازي<sup>4</sup>.

و- أن يكون المحل التجاري مملوكا للراهن: تنص المادة 2/884 ق م ج على أنه (... يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ...).

نستنتج قياسا على هذه الفقرة أنه يجب أن يكون المدين الراهن مالكا للعين المرهونة أي للمحل التجاري<sup>5</sup>، فلا يستطيع التاجر الذي يمارس التجارة في شكل إيجار التسيير أو ما يسمى بالتسيير الحر أن يقوم برهن المحل

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص227. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005، ص204. أنظر أيضا محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص190. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001، ص272-274. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص170-171.

<sup>2</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص176.

<sup>3</sup> - القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، مرجع سابق، ص123-124. أنظر فيما يخص البيع بالمزاد العلني معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص112.

<sup>4</sup> - «إن العقار الأصلي إذا كان مرهونا رهنا رسميا، فإن هذا الرهن يشمل العقار بالتخصيص، ولا يجوز في هذه الحالة فصل العقار بالتخصيص، فإذا فصل ورهن رهن حيازة كان لمرتهن العقار رهنا رسميا أن يتتبع العقار بالتخصيص ما لم يكن المرتهن رهن حيازة قد تسلم المنقول بحسن نية. أما إذا كان العقار الأصلي غير مرهون جاز للمالك أن يفصل العقار بالتخصيص ويرهنه مستقل رهن حيازة». أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص2009، ص764.

يرى الدكتور سمير تناغو أن «الشرطين المتعلقين بوجود أن يكون المال المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، أن أحدهما يغني عن الآخر، لأن كل ما يجوز التعامل فيه يجوز بيعه بالمزاد العلني والعكس صحيح». سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص56.

<sup>5</sup> - «Le nantissement ne peut être accordé que par le propriétaire du fonds». Raymond CASTRO, op-cit, p42.

« Pour constituer valablement un nantissement sur un fonds de commerce, il faut être propriétaire de ce fonds». Olivier BARRET, op-cit, p298. F. MONTIER et G.-H. FAUCON, op-cit, p148. Voir aussi Annie CHAMOULAND- TRAPIERS, op-cit, pp110-111. Voir aussi Dainiel BERT et

التجاري، لأن مثل هذا التاجر مجرد مستغل للمحل التجاري وليس مالكا له، والقاعدة أن فاقد الشيء لا يعطيه<sup>1</sup>، غير أن وجود عقد إيجار التسيير على المحل التجاري لا يمنع المؤجر من الاتفاق على رهن المحل التجاري حيازيا، وقد قضى أن مالك المحل التجاري المؤجر تسييره إذا اتفق على منح وعد بالبيع على هذا المحل، لا يمكن له رهنه حيازيا دون الحصول على رضاء المستفيد من هذا الوعد<sup>2</sup>.

إن الرهن يمنح للدائن حق عيني على العين المقدمة كضمان ويمنح له أيضا القدرة على بيعه عند حلول أجل الدين ولو يتم بدفعه<sup>3</sup>.

أما إذا كان الراهن غير مالك للشيء المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقي، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على الشيء المرهون إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا الشيء مملوكا للراهن<sup>4</sup>.

أما إذا كان الراهن مالكا تحت شرط فاسخ ولم يتحقق الشرط، فالرهن يصبح مالكا بشكل بات لعدم تحقق الشرط، أما إذا تحقق الشرط، فإن ملكية الراهن تزول بأثر رجعي، ويعتبر كأنه لم يكن مالكا لها من أول الأمر فيزول رهنه بأثر رجعي لتحقق الشرط الفاسخ. وإذا كان الراهن مالكا تحت شرط واقف ولم يتحقق الشرط، فإن الراهن يعتبر غير مالك أصلا لعدم تحقق الشرط، فيزول رهنه بأثر رجعي. أما إذا تحقق الشرط الواقف، فإن الراهن يعتبر مالكا بأثر رجعي من أول الأمر، ويعتبر رهنه صحيحا كذلك من أول الأمر<sup>5</sup>، كذلك يعتبر الرهن الحيازي للمحل التجاري صحيحا إذا أبرم قبل صدور حكم قضائي ببيعه<sup>6</sup>.

---

frédéric BLANCKEEL( préface de Daniel TRICOT), op- cit, p271. Voir aussi Cécile Le GALLOU, Droit des sûretés et des entreprises en difficulté, 2<sup>ème</sup> éd., Larcier, Paris, 2015, p171.

<sup>1</sup> - علي بن غانم، مرجع سابق، ص198. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص228. أنظر أيضا محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص192.

« Le locataire- gérant, qui n' est pas propriétaire du fonds, n' a pas qualité pour consentir un nantissement sur le fonds». Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p933.

<sup>2</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p934.

<sup>3</sup> - Stanislas RUFFELET, Du nantissement des fonds de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de CAEN, Paris, 1902, pp63-64.

<sup>4</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص291. أنظر أيضا محمد فريد العربي وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص451.  
« La nullité du nantissement d' un fonds de commerce appartenant à autrui est couverte lorsque, avant toute action en nullité, le constituant devient propriétaire du fonds». Com. 05 nov. 2002, n° 00-14.885, bull. Civ. IV, n° 159, p184. F. MONTIER et G.-H. FAUCON, op- cit, p148. Voir aussi Jean-Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS, op- cit, p193. Voir aussi Bernard SAINTOURENS, Fonds de commerce, RTD. Com., Chroniques, n° 01, 2003, p58.

<sup>5</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص228.

<sup>6</sup> - Alfred JAUFFRET, Organisation générale du commerce, actes de commerce et commerçants, fonds de commerce et beaux commerciaux, RTD. Com., Croniques de législation et de jurisprudence françaises, 1958, pp518-519.

ينظر من أجل التأكد من أن الضمان تم التعاقد عليه من قبل مالكة إلى تاريخ إبرام العقد وليس تاريخ قيده، ولذلك يعتبر باطلا الرهن الممنوح من قبل المدين الذي تنازل عن محله باعتباره ليس مالكا، كذلك الأمر بالنسبة للمشتري المحتمل المستفيد من وعد بالبيع من جانب واحد ولكن قبل تنفيذ البيع الجبري للمحل<sup>1</sup>.

**المحل التجاري المشاع:** لم يشر المشرع الجزائري في القانون التجاري إلى أحكام رهن المحل التجاري المشاع، الأمر الذي يجعلنا نعود إلى الأحكام الخاصة بالرهن الرسمي الواردة في القانون المدني وتطبيقها على المحل التجاري مع مراعاة الطبيعة الخاصة للمحل التجاري.

تنص المادة 980 ق م ج على أنه (يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع المالكين لعقار شائع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته. وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرزا من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته إلى الأعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذي كان مرهونا في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة. ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتنياز المتقاسمين).

يستخلص من هذا النص أنه إذا كان هناك عقار شائع، فيمكن أن يرهنه جميع الشركاء ويكون نافذا في حق الجميع، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار أو على بيعه لعدم إمكانية قسمته، ويمكن أيضا أن يرهن العقار الشائع أحد الشركاء، وهذا الشريك الراهن إما أن يرهن حصته الشائعة في العقار، أو يرهن جزء مفرزا في هذا العقار يقدر عادة أنه هو الجزء المفرز الذي سيصيبه في قسمة العقار، أو يرهن جميع العقار الشائع وهذا الفرض الأخير لم يتعرض له النص<sup>2</sup>. قياسا على هذه الأحكام التي تسري على العقار فإنها يمكن أن تسري أيضا على المحل التجاري باستثناء ما يتعلق بالطبيعة الخاصة لهذا الأخير، فالرهن قد يصدر من جميع الشركاء أو من أحدهم وعليه سنحاول تناول هذه الأحكام كما يلي:

1- الرهن الصادر من جميع الشركاء: هو رهن صحيح ونافذ قبل القسمة لأنه صادر من جميع الشركاء، ويسري أيضا في حق دائنيهم وخلفهم العام وخلفهم الخاص. فهو يسري في حق دائنيهم بحيث أن الدائن المرتهن يتقدم في التنفيذ على المحل التجاري على الدائنين العاديين للشركاء. ويسري أيضا في حق خلفهم العام بحيث إذا مات أحد الشركاء أو بعضهم انتقل المحل التجاري إلى الورثة متقلا بالرهن. وهو يسري أخيرا في حق خلفهم الخاص، فإذا

<sup>1</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p932.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 08 جويلية 1974، أنه « لا يمكن لمحكمة الاستئناف القضاء بصحة الزيادة بإدراج الديون المتعلقة بالرهن الحيازي للمحل التجاري المقيد في تاريخ لاحق لعقد البيع، فالبايع لا يحق له بيع المحل التجاري». Com. 08 juill.1974, n° 73-10.839, bull. Civ. IV, n° 220, p179.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص322-323.

باع الشركاء المحل التجاري المرهون فإنه ينتقل إلى المشتري متقلا بالرهن وجاز للدائن المرتهن بما له من حق في التتبع التنفيذ في مواجهة المشتري<sup>1</sup>.

أما بعد القسمة فيعتبر الرهن أيضا صحيحا وناظرا في حق الشركاء ولكن نيمز بين حالتين:

- الحالة الأولى هي أن المحل التجاري مال من المتعذر من الناحية العملية قسمته عينا دون التخفيض من قيمته والإضرار بمصالح المتقاسمين، والوسيلة الوحيدة لقسمته هي بيعه بالمزاد العلني وقسمة الثمن بينهم<sup>2</sup>، وفي هذه الحالة يكون نصيب كل من الشركاء مثقل بحق الرهن، لأن الشركاء كلهم قد رهنوا المحل التجاري عندما كان شائعا<sup>3</sup>.

- الحالة الثانية هي عندما ينتقل المحل التجاري الشائع المرهون لأحد الشركاء وبأخذ الشركاء الآخرين أموال أخرى، ففي هذه الحالة نقول بما أن رهن المحل التجاري الشائع صدر من جميع الشركاء فإنه يجب أن يبقى الرهن نافذا في حقهم جميعا حتى بعد القسمة ولو كان نصيب أحدهم كل المحل التجاري الشائع، حيث أن هذا الأخير ينتقل إلى الشريك متقلا بالرهن كاملا، ولهذا الشريك طبقا لأحكام الضمان في القسمة أن يرجع على شركائه إلا إذا تمت مراعاة ذلك في القسمة أو في تقدير ثمن المحل التجاري<sup>4</sup>.

2- الرهن الصادر من أحد الشركاء: ليس هناك ما يمنع صدور الرهن من أحد الشركاء، فكل شريك له الحق في التصرف في المال الشائع، وتختلف هذه الطريقة كما يلي:

<sup>1</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص136. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص49. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص70.

« Lorsque le fonds est en indivision, un nantissement peut évidemment consenti par tous les co- indivisaires». Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p932.

<sup>2</sup> - أنظر قرار المحكمة العليا رقم 33120 المؤرخ في 1984/10/06. المجلة القضائية ع1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، الجزائر، 1989، ص153 وما بعدها.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص324. تنص المادة 728 ق م ج على أنه (إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع).

أنظر أيضا فيما يخص رهن الشركاء كل العقار الشائع، تومي مريم، رهن العقار الشائع في التشريع الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار بعنابة، المجلد 20، ع2-2014، صص 238-239.

<sup>4</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص137-138. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص70-71. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص50-51. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص324 وما بعدها.

ما نلاحظه أن نص المادة 890 ق م ج خالفت نص المادة 730 ق م ج المتعلقة بالأثر الرجعي للقسمة وأن الرهن لا يسري على الشريك إلا في حدود حصته لأنه لم يرهن أكثر من حصته. لمزيد من المعلومات أنظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص50.

2-1- رهن الشريك لحصته الشائعة: الشريك على الشيوع يملك حصته ملكا تاما، فإذا رهنها يكون الرهن صحيحا وناظرا في حق باقي الشركاء، لأن له حق التصرف فيها<sup>1</sup> ولا يثير هذا الرهن أية صعوبة في حالة بقاء حالة الشيوع قائمة فللدائن المرتهن التنفيذ بحقه على الحصة المرهونة عند حلول أجل الدين قبل القسمة، ويصبح الراسي شريكا في الشيوع إن لم يكن من الشركاء<sup>2</sup>.

أما إذا وقعت قسمة المال الشائع قبل حلول أجل الدين المضمون بالرهن كان مصير الرهن متوقفا على نتيجة القسمة، وهذا حسب الاحتمالات التالية:

- **الاحتمال الأول:** إذا آل إلى المدين الراهن المحل التجاري المرهون كله في هذه الحالة يقتصر حق الدائن المرتهن على الحصة الشائعة، والمثال على ذلك إذا كان الشريك يملك الربع شائعا في المحل التجاري، ثم رهن هذا الربع، ثم آل إليه بعد القسمة كل المحل التجاري، فإن الرهن يبقى في الربع فقط<sup>3</sup>.

- **الاحتمال الثاني:** إذا آل للمدين الراهن محل تجاري أو محلات تجارية أخرى غير المحل التجاري الذي رهنه، ولم يؤل إليه المحل التجاري المرهون فإن الرهن في هذه الحالة ينتقل بمرتبته إلى المحل التجاري أو المحلات التجارية المخصصة له بقدر يعادل قيمة المحل التجاري الذي كان مرهونا في الأصل، ويبين هذا القدر بأمر على عريضة، ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوما من الوقت الذي يخطر فيه أي ذي الشأن بتسجيل القسمة ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين<sup>4</sup>.

- **الاحتمال الثالث:** إذا لم يقع في نصيب المدين الراهن أي جزء من المحل التجاري المرهون أو أي محلات تجارية أخرى وإنما اختص ببعض المنقولات الأخرى أو عقار، ففي هذه الحالة ظهر رأيان:

<sup>1</sup> - تنص المادة 1/714 ق م ج على أنه (كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثماره وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء).

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص51.

« La limitation de l' inscription de nantissement à un seul des propriétaires indivis du fonds de commerce a pour effet d' en réduire l' efficacité et en conséquence la valeur du droit pouvant être transmis par subrogation à la caution même en cas de confusion des patrimoines ordonnée à l' occasion d' une procédure collective». Civ. 26 avr. 2000, n° 97-10.616, bull. Civ. I, n° 121, p81. Voir aussi Jean DERRUPÉ, Organisation générale du commerce, actes de commerce, commerçants et fonds de commerce, RTD. Com., Croniques de législation et de jurisprudence française, n° 03, 2000, p591. Voir aussi Civ. 10 juill. 1013, n° 12-20.885, bull. Civ. I, n° 150, pp150-151.

<sup>3</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص139. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص72. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص52.

نشير في هذه النقطة إلى أنه لا يمكن لنا تطبيق فكرة الجزء المفرز على المحل التجاري، لأنه لا يمكن تقسيمه إلى قطع كالعقار وإنما يجب بيعه ثم تقسيم الثمن على الشركاء.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 2/890 ق م ج. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص329. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص52-53. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص139 وما بعدها. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص72.

الرأي الأول يرى أصحابه أن الدائن المرتهن يفقد حقه في الرهن نتيجة القسمة، لأن الرهن الحيازي للمحل التجاري من طبيعة خاصة باعتباره يرد على مال منقول معنوي، يختلف عن الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي في عدم انتقال الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، ويختلف عن الرهن الرسمي باعتباره يرد على مال منقول وليس على عقار، وبانقضاء الرهن يسقط أجل الدين ويبقى أمام الراهن لتجنب ذلك أن يقدم تأميناً آخر كافياً<sup>1</sup>.

أما الرأي الثاني يرى أن الرهن في هذه الحالة ينتقل إلى هذه الأموال سواء كانت أموال منقولة وبالتالي يتم رهنها حيازياً أو عقارات يتم رهنها رسمياً، وهذا تحقيقاً للعدالة التي توخاها المشرع من أجل حماية الدائن المرتهن<sup>2</sup>.

الرأي الثالث: يرى أصحاب هذا الرأي أنه لا يمكن الأخذ بأي من الحلين، حيث أن الحل الأول والمدافع عن حرفية النص ويرفض من ثم مبدأ الحل العيني، حيث أن هذا الحل فيه اجحافاً بحقوق الدائن المرتهن، وأيضاً بالنسبة للحل الثاني الذي يسعى للحفاظ على حق الدائن المرتهن عن طريق انتقال الرهن إلى مال آخر وبذلك تحويله إلى رهن رسمي أو حيازي (الحيازة تنتقل) يستطيع بمقتضاه الدائن المرتهن أن يطالب بحيازة هذا المال، حيث أن القول بهذا الحل ينقصه الأساس القانوني السليم، ولهذا الأولى القول بانقضاء الرهن دون أن يكون ذلك على حساب وضد مصلحة المرتهن، فانقضاء الرهن يعتبر خطوة إلى الأمام في حصول الدائن المرتهن على حقه، ويتحقق ذلك بإمكانية قيام المرتهن بالتنفيذ على المال متمتعاً في هذا الصدد بحق التقدم على سائر الدائنين، ويستثنى للدائن القيام بهذا التنفيذ حتى ولو كان حقه مضافاً إلى أجل، حيث أن الأجل هنا يسقط إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص<sup>3</sup>.

- الاحتمال الرابع: إذا كان نصيب المدين الراهن الشريك مبلغ نقدي ولم تؤل إليه أموال أخرى، ففي هذه الحالة نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى إذا كان أجل الدين حال فللدائن المرتهن استيفاء حقه من هذا المبلغ بالتقدم على غيره بمقتضى حق الرهن ذاته<sup>4</sup>.

الحالة الثانية إذا كان أجل الدين لم يحن بعد، فيذهب رأي فقهي قوي إلى أن أجل الدين يسقط نتيجة ضياع الرهن الذي كان يضمنه، ومن ثم يصبح الدين مستحق الأداء، ويكون بإمكان الدائن المرتهن أن يستوفي حقه من مبلغ النقود، لكن يبقى باستطاعة الراهن تجنب سقوط أجل الدين إذا قدم تأميناً آخر إضافياً، أو إذا اتفق مع الدائن

<sup>1</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 141. أنظر أيضاً محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 54.

أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 331.

<sup>2</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 73. أنظر أيضاً محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 54.

<sup>3</sup> - أنظر تهميش شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 142.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 54.

المرتهن على ايداع المبلغ والتعاون على استغلاله في أنفع الوجوه إلى غاية حلول أجل الدين فيستوفي الدائن المرتهن حقه منه<sup>1</sup>.

2-2- رهن أحد الشركاء جميع المال الشائع: إن الراهن لا يملك في هذه الحالة المحل التجاري كله، ولهذا فتصرفه يعتبر تخطيا لحدود سلطته في التصرف، ومع ذلك فلا يعتبر هذا رهنا لملك الغير، لأن الراهن يملك حصة شائعة في هذا المحل التجاري، غاية الأمر أن الرهن لا ينفذ في حق الشركاء الآخرين ويظل مصيره متوقفا على نتيجة القسمة<sup>2</sup>، فيعتبر الرهن فيما بين طرفيه صحيحا منتجا لآثاره ما لم يكن الدائن المرتهن قد وقع في غلط وذلك باعتقاده أن المدين الراهن مالكا لكل المحل التجاري المرهون، ففي هذه الحالة يجوز أن يطلب إبطال الرهن على أساس الغلط، وأما فيما عدا ذلك فإن الرهن يبقى صحيحا فيما بين طرفيه غير نافذ في حق الشركاء، فإذا ما تمت القسمة ووقع المحل التجاري كله في نصيب الشريك الراهن استقر الرهن<sup>3</sup>، أما إذا لم يقع المحل التجاري المرهون في نصيب الراهن، فإن الرهن ينتقل إلى ما يقع في نصيبه<sup>4</sup>.

ثانيا: محل التزام الدائن المرتهن (الدين المضمون): لقد سبق ورأينا أن المحل في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري باعتباره عقد ملزم للجانبين أنه يختلف من الدائن المرتهن إلى المدين الراهن، بحيث أنه إذا كان محل التزام الأول هو المحل التجاري (الشيء المرهون)، فإن محل التزام المدين يتمثل في الدين المضمون الذي يلتزم بأدائه للدائن المرتهن في مقابل إنشاء حق الرهن على المحل التجاري.

نشير في هذه النقطة إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه الحالة في القانون التجاري ما يفرض علينا العودة إلى القانون المدني لدراستها، وبالعودة إلى أحكام الرهن الحيازي الواردة في القانون المدني نجد أن المادة 950 منه تحيلنا إلى تطبيق بعض أحكام الرهن الرسمي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص142. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص73. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص54.

<sup>2</sup> - أنظر سمير تتاغو، مرجع سابق، ص92. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص339. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص237.

« Pour donner valablement en gage un fonds de commerce, le constituant doit être propriétaire du fonds et capable de l' aliéner, le nantissement étant assimilé à un acte de disposition; cependant le propriétaire indivis peut donner en nantissement la part qui lui revient ou même le fonds tout entier, le droit du créancier nanti étant en revanche subordonné au résultat du partage». CA. Paris 02 oct. 1999, D., 2000, n° 04, p52. AJ. Voir aussi Jean DERRUPÉ, Organisation générale du commerce, actes de commerce, commerçants et fonds de commerce, RTD. Com., Croniques de législation et de jurisprudence françaises, n° 02, 2000, pp331-331.

<sup>3</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص75. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص237. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص339. أنظر أيضا سمير تتاغو، مرجع سابق، ص92. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص144.

<sup>4</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص56. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص145. أنظر أيضا سمير تتاغو، مرجع سابق، ص92.

<sup>5</sup> - تنص المادة 950 ق م ج على أنه (تسري على الرهن الحيازي أحكام المواد 891 و893 و904 المتعلقة بالرهن الرسمي).

Voir aussi Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS, op- cit, p195.

يشترط في الدين المضمون مجموعة من الشروط نلخصها فيما يلي:

أ- **وجوب تحديد الدين المضمون:** تنص المادة 891 ق م ج على أنه (يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين).

نستنتج من خلال نص هذه المادة أن المشرع يشترط ضرورة تحديد مصدر الدين المضمون ومقداره.

1- مصدر الدين: إن الرهن يصح أن ينشأ ضمانا لجميع الالتزامات المدنية أيا كان مصدرها، سواء كان تصرفا قانونيا أو واقعة قانونية، بمعنى يستوي أن يكون مصدر الالتزام المضمون عقدا أو إرادة منفردة، أو فعلا ضارا (المسؤولية التقصيرية) أو فعلا نافعا (الإثراء بلا سبب)<sup>1</sup> أو نصا في القانون، كما يصح أن ينشأ الرهن ضمانا لجميع الالتزامات أيا كان محلها، سواء كان مبلغا من النقود أو التزاما بعمل أو بالامتناع عن عمل، وفي هاتين الحالتين الأخيرتين يتحدد الرهن بأن يصبح ضامنا للوفاء بالتعويض الذي يستحقه الدائن إذا حدث إخلال بهذا الالتزام أو ضامنا لما قد يقضي به على المدين إذا تم التنفيذ العيني بواسطة الدائن جبرا عن المدين وعلى نفقته<sup>2</sup>.

يترتب الرهن على دين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جاري.

- بالنسبة للرهن المترتب ضمانا للدين المعلق على شرط فالحكم في هذه الحالة يختلف عن ما إذا كان الشرط واقفا أم فاسخا، فالدين المضمون بالرهن معلق على شرط واقف، فهو دين محتمل الوجود ولكنه غير مؤكد، وعلى ذلك فإنه قبل تحقق الشرط لا يستطيع الدائن أن يطالب بحصة عاجلة في التوزيع لأن حقه احتمالي وحتى لا يحرم الدائنين التاليين له في المرتبة من استيفاء حقوقهم من كل المقابل النقدي<sup>3</sup> للمحل التجاري، فإذا تحقق الشرط الواقف وجد الدين وتأكد تبعاً له، وإذا تخلف الشرط فإن الدين لا يوجد ويؤول الرهن<sup>4</sup>، والمثال على ذلك إذا بيع المحل التجاري المرهون قبل تحقق الشرط الواقف فلا يحق للدائن مطالبة المدين بحصة معجلة في توزيع الثمن الذي بيع به المحل التجاري.

<sup>1</sup> - Cass. Com. 03 fév. 1970, n° 68-10.522, bull. Civ. IV, n° 42, p42. Préc.

<sup>2</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 181-182. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 372. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 204-205. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 306-307. أنظر أيضا محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 49.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 50-51. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 206. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 308.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 68. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 182. يرى الفقه أن «الدين المعلق على شرط واقف يدخل في عداد الديون الاحتمالية، لأنه قبل تحقق الشرط يكون ديناً محتمل الوجود، وهذا ما جعل المشرع يعالج الدين المعلق على شرط مع الدين الاحتمالي والدين المستقبلي». شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 182.

أما بالنسبة للرهن المترتب ضمنا للدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين موجود ولكن مصيره مرتبط بتحقق الشرط أو تخلفه، ففي الفترة السابقة على تحقق الشرط يستطيع الدائن المعلق حقه على شرط فاسخ أن يشترك في التوزيع بحسب مرتبة رهنه، ويحصل على نصيبه في التوزيع. أما بعد تحقق الشرط الفاسخ فإن الدين يعتبر كأن لم يكن ويزول بأثر رجعي، ولذلك نجد أن الفقه والقضاء في فرنسا يذهب إلى إلزام الدائن في هذه الحالة بتقديم ضمان كاف يكفل رد ما استوفاه فإذا تم ذلك فإنه يعاد توزيع ما رده هذا الدائن على سائر الدائنين<sup>1</sup>.

- بالنسبة للرهن المترتب ضمنا للدين الاحتمالي والدين المستقبل<sup>2</sup> يجوز أن يترتب الرهن ضمنا لهذان الدينان، فكلاهما دين لم يكن قد وجد (غير موجود) وقت إبرام عقد الرهن والفرق بينهما أن نشوء الدين الاحتمالي غير مؤكد<sup>3</sup>، إلا أنهما يطرحان نفس المشكلة القانونية وهي مدى جواز ترتيب رهن لضمان دين غير موجود في الحال؟

نجد بالرجوع إلى نص المادة 891 ق م ج أن المشرع نص صراحة على إمكانية إنشاء عقد الرهن الرسمي ضمنا لدين مستقبلي أو احتمالي، وبالرجوع إلى نص المادة 950 من نفس القانون والمتعلقة بالرهن الحيازي نجد أنها تحيلنا إلى تطبيق فحوى نص المادة 891 ق م ج المذكورة أعلاه، بمعنى إمكانية إبرام عقد رهن حيازي على منقول ضمنا لدين مستقبلي أو احتمالي.

نقول في مدى تطبيق هذا الحكم على إنشاء رهن حيازي على المحل التجاري ضمنا لدين مستقبلي أو احتمالي أنه من خلال ما سبق، وباعتبار أن المشرع لم ينص على أي حكم في هذا الشأن في القانون التجاري، فإن هذا الحكم يطبق، بحيث أنه يمكن وليس هناك ما يمنع من قيام مالك المحل التجاري برهن محله للغير ضمنا لدين غير موجود في الحال وإنما يحدث في المستقبل أو محتمل الوقوع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص50. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص205. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص183. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص68.

<sup>2</sup> - «الدين الاحتمالي غير الموجود في الحال ووجوده في المستقبل أمر غير مؤكد، فقد يوجد وقد لا يوجد. أما الدين المستقبل هو الدين غير الموجود في الحال ووجوده في المستقبل أمر مؤكد». شوقي بناسي، مرجع سابق، ص183.

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص68. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص51.

<sup>4</sup> - Voir dans ce sens Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS, op- cit, pp195-196.

أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص183.

تري مجموعة من الأسانذة فيما يخص إمكانية نشوء رهن حيازي ضمنا لدين احتمالي أنه هناك حالتان:

أ- الحالة الأولى: أن الأطراف تعاقدوا فيما بينهم ومن الممكن أن ينتج عن هذا التعاقد دين على أحد المتعاقدين اتجاه الآخر، وفي مثل هذه الحالة صحة الرهن الحيازي لا نقاش فيها، والدين لم ينشئ بعد فهي مشروطة.

ب- الحالة الثانية: أن الأطراف لم يتعهدوا بأي التزام متبادل، ولكن هناك فقط احتمال نشوء علاقات تجارية وأن أحدهما منح للآخر رهن حيازي توقعًا لفتح حساب جاري من أجل ضمان دين احتمالي إلى غاية أن يصل إلى مبلغ معين مسبقًا، وفي مثل هذه الحالة فعقد الرهن باطل، لأنه ليس تابع لأي رابط قانوني.

F. MONTIER et G.-H. FAUCON, op- cit, p153.

- بالنسبة للرهن المترتب ضمانا لاعتماد مفتوح<sup>1</sup> أو لفتح حساب جار<sup>2</sup>، فإن الدين الناشئ عن فتح الإعتماد يكون مستقبلا إذا لم يسحب منه شيئا<sup>3</sup>. أما الدين الناشئ عن فتح حساب جاري يعتبر ديناً احتماليا ومستقبلا، احتماليا لأنه لا يعرف من سيكون الدائن قبل إقفال الحساب الجاري، مستقبلا لأنه أيا كان الدائن فحقه لم يوجد بعد ولكن سيوجد في المستقبل<sup>4</sup>.

بغض النظر عن طبيعة الدين المضمون، يمكن أن يرتبط الرهن الحيازي باستغلال المحل أو لا، كما يمكن أن يمنح الضمان للغير، وهذا ما أقرت به محكمة النقض الفرنسية أيضا إذ قضت أن إبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ضمانا لدين الغير هو تأمين عيني ولا يرتب التزاما شخصيا على مالك المحل التجاري لسداد هذا الدين.

يمكن للرهن الحيازي أن يضمن دين موجود من ذي قبل باستثناء فترة الرتبة، فالرهن الذي ينشأ خلال هذه الفترة يعتبر باطلا<sup>5</sup>، وهذا ما نستنتجه من خلال استقراء نص المادة 5/247 ق ت ج<sup>6</sup>، بحيث أنه لا يمكن التمسك قبل الدائنين بالرهن الحيازي الذي يبرمه المدين ضمانا لديون سبق التعاقد عليها خلال فترة الرتبة التي تمتد من تاريخ التوقف عن الدفع إلى غاية صدور الحكم بالإفلاس، مع العلم دائما حسب نص المادة السابقة الذكر أن تاريخ التوقف عن الوفاء تحدده المحكمة التي قضت بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس، ولا يكون هذا التاريخ سابقا لصدور الحكم بأكثر من ثمانية عشر شهرا.

يقابل إمكانية رهن المحل التجاري ضمانا لدين مستقبلي عدة تدابير حمائية للمتعاقدين نلخصها فيما يلي:

<sup>1</sup> - فتح الاعتماد هو « عقد يلتزم البنك بمقتضاه بأن يضع تحت تصرف عميله مبلغا معيناً من النقود، بحيث يكون له حق تناوله دفعة واحدة أو عدة دفعات خلال مدة زمنية معينة، ويستفيد العميل من الاعتماد المفتوح كما يشاء إما بقبض المبلغ نقداً أو بسحب شيكات أو كمبيالات عليه أو بإصدار أوامر النقل المصرفي». مصطفى كمال طه، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 461.

« فالغالب في الاعتمادات المصرفية أن تكون مضمونة بتأمينات شخصية أو عينية». محمد السيد الفقي، القانون التجاري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 405.

<sup>2</sup> - « أما الحساب الجاري فيعرف بأنه عقد يتعهد بمقتضاه شخصان بتحويل كافة الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن العمليات المتبادلة بينهما إلى بنود في الحساب، تتقاص فيما بينهما تباعا بحيث لا يتحدد مركز أي منهما إلا بقفل الحساب وبيان الرصيد النهائي الذي يعتبر هو الدين المستحق لأحدهما على الآخر». نفس المرجع، ص 347.

وفي حالة تحقق الدين في المستقبل فإن المحل التجاري هو التأمين المقرر للوفاء بدين احتمالي أو مستقبلي.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 371.

<sup>4</sup> - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 51.

<sup>5</sup> - Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS, op- cit, pp195-196. Voir aussi Com. 12 nov. 1997, n° 95-14.900, bull. Civ. IV, n°288, préc.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 02 أبريل 1997، على أنه « يسأل الزوجين في نتمهما المشتركة عن ديون أحدهما عندما يعيشان تحت نظام الأموال المشتركة، وخلالها لا تكون حقوق كل واحد منهما فردية على كل أو جزء من الأموال المشتركة. وبالنتيجة فإن الرهن الرسمي الوارد على العقار المشترك منذ تاريخ التوقف عن سداد دين أحد الزوجين لضمان دين سابق يعتبر باطلا بالنسبة للكل».

Com. 02 avr. 1997, n° 93-20.562, bull. Civ. IV, n° 106, p90.

<sup>6</sup> - تنص المادة 5/247 ق ت ج على أنه (كل رهن عقاري اتفاقي أو قضائي وكل حق احتكار أو رهن حيازي يترتب على أموال المدين لديون سبق التعاقد عليها).

- يجب أن يكون الدين المستقبلي قابل للتحديد، بمعنى أنه يجب أن يكون من السهل تحديد طبيعته، سببه ومقداره.

- عندما يبرم عقد الرهن ضمانا لدين أو عدة ديون مستقبلية ولمدة غير محددة، فإن المتعاقد يمكن له فسخ العقد في كل وقت، مع إخطار المتعاقد الآخر بذلك قبل ثلاثة أشهر، وبعد الفسخ فإن الرهن لا يستمر إلا بالنسبة للديون التي نشئت قبل الفسخ<sup>1</sup>.

2- مقدار الدين: إذا تعلق الأمر بمبلغ من النقود فيجب بيان رأس المال وموعد استحقاقه والفوائد وتاريخ بدأ سريانها. فمثلا إذا كان الرهن يضمن ما اقتضاه المدين فيجب أن يذكر في عقد الرهن مبلغ هذا القرض كاملا وموعد استحقاقه وفوائده- إن وجدت- وتاريخ بدأ سريانها. وما يقال عن الديون المنجزة يقال عن الديون المؤجلة والمعلقة على شرط، فإذا كان الدين مستقبلا كاعتماد مفتوح، أو احتماليا كفتح حساب جاري، كان تحديد مقدار الدين المضمون بتحديد الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين حسب ما تنص عليه المادة 891 ق م ج<sup>2</sup>، فإذا عين الحد الأقصى للدين والمدة التي ينعقد فيها الدين، وجب التقيد بذلك فما انعقد من الدين في المدة المتفق عليها يكون مضمونا بالرهن، بشرط ألا يجاوز الحد الأقصى المبين. وإذا كان الدين المضمون بالرهن هو تعويض عن عمل غير مشروع ولم يتحدد مقداره، وجب تعيين العناصر المعروفة لمقدار هذا التعويض حتى يصبح هذا المقدار معروفا بقدر الإمكان، أما في القيد يجب تحديد مبلغ تقريبي ينتهي إليه الدين، وهذا المبلغ هو الذي يطلع عليه الغير ويحتج عليه به<sup>3</sup>.

ب- عدم قابلية الرهن للتجزئة: يرد الرهن الحيازي على مجموعة العناصر المتفق عليها في العقد والتي اختارها الأطراف كما سبق وقلنا، ولا يجوز للمدين الراهن التصرف في هذه العناصر إلا بعد تسديده للالتزام الذي تضمنه هذه العناصر، وإذا كان امتياز بائع المحل التجاري يقبل القسمة بحيث يقسم الثمن على البضائع والآلات والعناصر المعنوية، فإن وعاء الرهن لا يقبل القسمة وبالنتيجة في حالة بيع المحل التجاري فإن التأمين لا يمارس إلا كامل الثمن المتحصل عليه من البيع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - Manuella BOURASSIN et Vincent BRÉMOND et Marie- Noëlle JOBARD- BACHELLIER, op- cit, p576.

<sup>2</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 186. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 68. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 371-372. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 51. أنظر أيضا محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص 49.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 371. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 210. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 51. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 68. أنظر أيضا سمير تناغو، مرجع سابق، ص 60-61.

<sup>4</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p939.

قضت محكمة الاستئناف بأربيل بتاريخ 21 ماي 2007 على أن « دفع المصفي تعويض جزئي للبنك الدائنة المرتهنة للمحل التجاري المملوك للشركة عن هلاك المحل التجاري محل الرهن، وادعائه بأن هذا التعويض التأميني يغطي أساس هلاك المخزن وكل ما لا يدخل في وعاء الرهن، وبالتالي فإن البنك ليس له الحق في الحصول على تعويض كامل. بينما كان من الواجب استبعاد هذه الحجة وقبول طلب البنك في الحصول على تعويض كامل بما أن وعاء الرهن غير قابل للتقسيم وأن المصفي لم يقدّم الدليل على أن التعويض التأميني موجه خصيصا لتغطية هلاك البضائع. كما أن المصفي لم يأخذ بعين الاعتبار حق أولوية الدائن المرتهن. من جهة أخرى للبنك الحق في المطالبة بفوائد دينه التي لم تتوقف عن السريان بفتح الإجراءات الجماعية».

CA. Orléans 31 mai 2007, n° 06-2141, RJDA. Oct. 2007, n° 1000, pp969-970.

ج- **تبعية الرهن للدين المضمون:** تنص المادة 1/893 ق م ج على أنه ( لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك). إن أهم ما يميز التأمينات الشخصية والعينية بصفة عامة هو تبعيتها للدين الذي تقوم على ضمان الوفاء به، وعقد الرهن لا يخرج عن هذا الأصل، فهو تابع للالتزام الأصلي في وجوده وانقضائه وصحته وبطلانه، وهو يقوم ويرتكز على وجود التزام صحيح، فإذا ما اعترى هذا الالتزام سبب من أسباب البطلان واعتبر كأن لم يكن فإن نفس الحكم يمتد إلى الرهن، وكذلك إذا انقضى الالتزام الأصلي بسبب من أسباب انقضاء الالتزام بصفة عامة، فإن الرهن يلقي نفس المصير<sup>1</sup>. وعليه فإن الرهن الحيازي للمحل التجاري يكون تابعا للدين الذي على عاتق المدين الراهن في صحته وفي بطلانه، فإذا كان الدين صحيحا كان عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري صحيحا نظرا لتبعيته للدين. أما إذا كان الدين باطلا أو قابلا للبطلان كان عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري باطلا أو قابلا للبطلان بحسب الدين الذي أنشئ من أجله.

## الفرع الثالث

### السبب

يعد السبب ركن في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري كغيره من الأركان الموضوعية الأخرى الواجب توفرها في العقد، وباعتبار أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من العقود التبادلية فإن ركن السبب يختلف من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، فالسبب الذي أدى بالمدين الراهن إلى رهن محله التجاري حيازيا يختلف عن السبب الذي أدى بالدائن المرتهن إلى منح مقابل عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، وعليه فقد ظهرت نظريتان لتفسير المقصود بالسبب نظرية تقليدية ونظرية حديثة.

ببحثنا في مختلف المراجع التي تناولت عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري نجد أنها لم تتطرق إلى ركن السبب بالتفصيل بحيث اقتصر على ذكر وجوب أن يكون السبب موجود وأن يكون مشروع غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، أما المراجع التي تناولت عملية الرهن الحيازي في القانون المدني فأغلبها قامت بالإحالة إلى نظرية الالتزام.

---

يعلق الأستاذ Bernard SAINTOURENS على هذا أنه « في هذا القرار بذاته محكمة الاستئناف منطقيا قلصت من الضرر القابل للتعويض، إذ أن المبلغ يتحملة المصفي المخطئ بعنوان الفوائد المضمونة بالرهن الحيازي لفترتين وذلك بتطبيق أحكام الفقرة 2 من المادة 19-143.L من القانون التجاري».

Bernard SAINTOURENS, Les droit du créancier beneficiaire d' un nantissement de fonds de commerce sur l' indemnité d' assurance en cas de destruction( Orléans, ch. Eco. Et fin. 31 mai 2007, n° 06-2141, RJDA., Oct. 2007, n° 1000, et n° 1013), RTD. Com., Chroniques, n° 01, 2008, p50.

<sup>1</sup> - أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص51. أنظر أيضا محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص48. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص378 وما بعدها. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص212 وما بعدها. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص66 وما بعدها. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص178-179.

وعليه فرأينا أنه من الضروري تناول السبب بنوع من التفصيل وذلك بالتطرق إلى النظريتين وموقف المشرع الجزائري منهما وتطبيق ذلك على عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري .

**أولاً: النظرية التقليدية:** سنحاول في هذه النقطة تبيان العديد من الأمور كالمقصود بالسبب لدى النظرية التقليدية والحجج التي قدمت لتدعيم هذا الموقف.

**أ- تعريف السبب:** المقصود بالسبب في مفهوم النظرية التقليدية هو السبب القسدي، أي الغاية المباشرة أو الغرض المباشر، والسبب هو النتيجة الأولى التي يتحصل عليها المتعاقد عن تنفيذ التزامه<sup>1</sup>. فباعتبار أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من العقود التبادلية ومن العقود الملزمة للجانبين، فإن سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام الآخر، يلتزم فيه المدين الراهن بإنشاء حق الرهن، وسبب هذا الالتزام- أي الغرض المباشر الذي قصد الراهن تحقيقه من وراء التزامه بإنشاء حق الرهن- هو التزام المرتهن بتقديم مقابل العقد وغالباً ما يكون مبلغاً من النقود، ويلتزم المرتهن بتقديم مبلغ مالي، وسبب هذا الالتزام - أي الغرض المباشر الذي قصد المرتهن أن يحققه من وراء التزامه بتقديم مبلغ مالي- هو التزام الراهن بإنشاء حق الرهن<sup>2</sup>، فالسبب بالنسبة لهذه النظرية هو سبب الالتزام وليس سبب العقد<sup>3</sup>.

**ب- خصائص السبب:** نستنتج من خلال هذا التعريف أن السبب حسب هذه النظرية يتميز بمجموعة من الخصائص تتمثل فيما يلي:

- السبب أمر موضوعي، أي يتعلق بموضوع العقد ذاته، لا يرتبط بشخصية المتعاقد<sup>4</sup>، ولا تؤثر فيه نوايا الملتمزم<sup>5</sup>.  
- السبب ثابت لا يتغير في العقود التي من طبيعته واحدة<sup>6</sup>، بحيث لا يتغير سبب الالتزام في العقد الواحد بتغير أطراف العقد، ذلك أن السبب يبقى قائماً بالنسبة لأطراف العقد، حيث يظل السبب ثابتاً<sup>7</sup>، سواء بالنسبة للراهن الذي يقع على عاتقه إنشاء حق الرهن في مقابل حصوله على مبلغ مالي<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - علي فيلالي، مرجع سابق، ص 246. أنظر أيضاً أحمد سيد علي، مرجع سابق، ص 156. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 478.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 479. أنظر أيضاً محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 219. أنظر أيضاً فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 106. أنظر أيضاً أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 156.

<sup>3</sup> - علي فيلالي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 246.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 220.

<sup>5</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 479-480.

<sup>6</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 220.

<sup>7</sup> - أحمد سي علي، مرجع، ص 156.

<sup>8</sup> - يرى الدكتور فتحي عبد الرحيم عبد الله أن «السبب واحد لا يتغير في كل أنواع العقود، ولا يتغير بتغير البواعث والدوافع ولهذا يوصف اعتبار موضوعي داخل العقد غير متغير، وعلى ذلك يجب أن لا نبحت عن سبب الالتزامات إلا داخل العناصر المادية للعقد». فتحي عبد الرحيم عبد الله، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، ط 3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 201-202.

- السبب شيء داخلي في العقد يستخلص من نوع العقد ومن طبيعة الالتزام ذاته<sup>1</sup>، فلا وجود للالتزام الراهن بإنشاء حق الرهن على المحل التجاري للمرتهن دون وجود التزام هذا الأخير بنقل المقابل المالي المتفق عليه.

وإذا تخلف السبب في أي عقد من العقود يترتب عليه تخلف عنصر من عناصره ويكون العقد باطلا<sup>2</sup>.

يحرص أنصار النظرية التقليدية على أنه يجب أن يكون سبب الالتزام قائماً من وقت إبرام العقد حتى ينقضي فإذا انقطع سبب الالتزام قبل التنفيذ فإنه يسقط<sup>3</sup>.

ج- شروط السبب: يشترط لوجود السبب في العقد حسب النظرية التقليدية أن يتوفر فيه ثلاثة شروط نلخصها فيما يلي:

1- وجود السبب: تقول النظرية التقليدية إن كل التزام يجب أن يكون له سبب، ووجود السبب ليس في الواقع شرطاً يجب توافره في شيء، بل هو الشيء ذاته، وإنما يثار وجود السبب حتى يتقرر أن كل التزام لا يكون له سبب يكون التزاماً غير قائم، ويتحقق انعدام السبب بنوع خاص بعد التعاقد، ويقع ذلك في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو استحالة عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة، فإن سبب التزام المتعاقد الآخر يصبح غير موجود بعد أن كان موجوداً عند التعاقد، وانعدام السبب بعد وجوده في هذه الأحوال هو الذي يبرز نظرية الدفع بعدم التنفيذ ونظرية الفسخ ونظرية تحمل التبعة على ما بينا<sup>4</sup>. والمثال على ذلك أنه إذا التزم المدين بإنشاء الرهن الحيازي على المحل التجاري للدائن المرتهن ولم يلتزم هذا الأخير في مقابل ذلك بتقديم المبلغ المالي للمرتهن ففي هذه الحالة لا ينعقد عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لانعدام السبب والمتمثل في تخلف التزام المشتري بتقديم المبلغ المالي، أي التزم المرتهن دون وجود سبب فعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد ملزم للجانبين.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 479.  
يرى الدكتور محمد صبري السعدي أن «السبب أمر داخلي في العقد لا نبحث عنه بعيداً عن العقد». محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 220.  
<sup>2</sup> - فتحي عبد الرحيم عبد الله، مرجع سابق، ص 201-202. أنظر أيضاً علي فيلاي، مرجع سابق، ص 248.  
<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 221. أنظر أيضاً فتحي عبد الرحيم عبد الله، مرجع سابق، ص 201.

تظهر أهمية هذا الحكم في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري باعتباره من العقود الملزمة للجانبين، فهو يتميز بأمور ثلاثة وهي:  
أ- إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ.  
ب- إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، وهذه هي نظرية الفسخ.  
ج- إذا استحالة على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة تحمل هو تبعة هذه الاستحالة وسقط التزام المتعاقد الآخر، وهذه هي نظرية التبعة. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 480. أنظر أيضاً محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 221.  
<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 481-482. أنظر أيضاً علي فيلاي، مرجع سابق، ص 249. أنظر أيضاً فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 107.

2- صحة السبب: يثير هذا الشرط مشكلتين: تتعلق المشكلة الأولى بالغلط في السبب، وتتعلق المشكلة الثانية بصورية السبب. فبالنسبة للأمر الأول قد يعتقد المتعاقد شيئاً أو أمراً على غير حقيقته، بحيث يكون سبب التزامه غير صحيح، فيتبين للمرتهن مثلاً أن المحل التجاري محل الرهن الحيازي غير ذلك الذي كان يعتقد، ويترتب على هذا السبب المغلوط بطلان العقد. أما بخصوص السبب السوري فإن المتعاقدين على علم بالسبب الحقيقي، إلا أنهما يختفیان وراء ستار آخر لأغراض مختلفة، قد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة<sup>1</sup>. والمثال على ذلك أن يتفق المتعاقدان ظاهرياً على عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ولكن في الحقيقة العقد الذي قاما بإبرامه هو عقد هبة.

فهنا يخفي العقدان السبب الحقيقي وهو نية التبرع، والعقد هنا لا يكون باطلاً لصورية السبب لأن الصورية لا يترتب عليها البطلان، ولكن يعتد بين العاقدين بالسبب الحقيقي الذي يترتب عليه التزامات الطرفين فيكون التزام البائع بإنشاء حق الرهن ليس التزام المشتري السوري بتقديم المقابل المالي لأنه لا مقابل مالي في الحقيقة وإنما يكون السبب نية التبرع، فإذا فرض وطالب المدين الراهن الدائن المرتهن الظاهر بالمبلغ المالي وأثبت الأخير حقيقة العقد لا يلزم بدفعه<sup>2</sup>. أما إذا كان السبب الحقيقي غير مشروع، وقد أخفي تحت ستار مشروع كما هو الغالب سقط الالتزام، لا لصورية السبب الظاهر، بل لعدم مشروعية السبب الحقيقي<sup>3</sup>.

3- مشروعية السبب: تقتضي مشروعية السبب أن لا يخالف النظام العام والآداب، وأن لا يتعلق بشيء غير قابل للتعامل سواء بطبيعته أو بحكم القانون<sup>4</sup>، فيجب أن يكون سبب الالتزام مشروعاً، ذلك أن الالتزام المتبادل بين أطراف العقد يكون مبرراً بموجب عقد صحيح<sup>5</sup>.

د- نقد النظرية التقليدية: تعرضت هذه النظرية لعدة انتقادات من طرف مجموعة من الفقهاء على رأسهم الفقيه بلانيول<sup>6</sup> الذي تزعم مذهب اللاسبين، فهو يقول بعدم صحة النظرية التقليدية وعدم فائدتها.

1- عدم صحة النظرية التقليدية: حسب هذه النظرية، إن سبب التزام المتعاقد هو التزام المتعاقد معه في العقود التبادلية، إلا أن هذا الأخير غير صحيح لأن نشوء هذين الالتزامين متزامن، في حين أن السبب يقتضي أن يتقدم

<sup>1</sup> - علي فيلاي، مرجع سابق، ص 249. أنظر أيضاً فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 107.

أطلق الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري على السبب غير الصحيح مصطلح «السبب الموهوم». عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 483.

<sup>2</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 222-223.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 483. أنظر أيضاً محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 223.

<sup>4</sup> - علي فيلاي، مرجع سابق، ص 249. أنظر أيضاً فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 107. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 484 وما بعدها. أنظر أيضاً فتحي عبد الرحيم عبد الله، مرجع سابق، ص 204.

<sup>5</sup> - أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 156.

<sup>6</sup> - من بين الفقهاء الآخرين الذين ساندوا بلانيول فيما قاله نذكر منهم: بودري وبارد، دابانو والتون

دائماً على النتيجة المترتبة عليه، وبعبارة أخرى، لا يكون التزام المتعاقد سبباً لالتزام المتعاقد معه إلا إذا تقدمه في الوجود، فالنشوء المتزامن للالتزامين يتنافى مع ما ذهب إليه النظرية التقليدية، حيث أن العقود التبادلية ترتب التزامات متبادلة ومتقابلة على المتعاقدين في وقت واحد<sup>1</sup>.

نقول أنه باعتبار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من العقود التبادلية والملزمة للجانبين، فإنه ينطبق عليه هذا الانتقاد بمعنى أن التزام مرتهن المحل التجاري بإنشاء حق الرهن على المحل التجاري للراهن ليس سبباً لالتزام هذا الأخير بتقديم المقابل المالي للمرتهن إلا إذا تقدمه في الوجود (أي نشأ قبله).

2- عدم فائدة النظرية التقليدية: ليس لهذه النظرية فائدة لأننا نستطيع الاستغناء عنها بشيء آخر، ففي العقود الملزمة للجانبين يكفي أن نقول أن الالتزامين المتقابلين مرتبطان أحدهما بالآخر بحيث يتوقف مصير كل منهما على مصير الثاني، وتغني فكرة الارتباط في هذه العقود عن فكرة السبب<sup>2</sup>. وباعتبار أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد ملزم للجانبين فإن التزامات الطرفان مرتبطة ببعضهما البعض ونظراً لهذا الترابط فإن التزام راهن المحل التجاري حيازياً بإنشاء حق الرهن للدائن مرتبط بتقديم هذا الأخير المقابل المالي، ودفع الدائن للمبلغ المالي للراهن مرتبط بقيام هذا الأخير بإنشاء حق رهن حيازي على المحل التجاري للدائن، فنلاحظ في هذا المثال أن الالتزامات قائمة على أساس الترابط بينهما وهذا كاف كي لا نعتمد على فكرة السبب لتفسيرها.

أما بالنسبة لعدم مشروعية السبب فإنه يمكن الاستغناء عن ذلك بعدم مشروعية المحل إذ يختلط عدم مشروعية السبب بعدم مشروعية المحل، كما يمكن أيضاً أن نستغني عن هذه الفكرة بعدم وجود السبب، ففي العقود الملزمة للجانبين (كما هو الحال في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري)، إذا كان محل التزام أحد المتعاقدين غير مشروع، فإن ذلك يؤدي إلى ألا ينشأ التزامه وبالتالي فإن الالتزام المقابل لا ينشأ هو الآخر لعدم وجود السبب (أي لعدم وجود الالتزام المقابل)<sup>3</sup>. وبالتالي يمكن إبطال العقد، إما لعدم مشروعية المحل، وإما لعدم مشروعية السبب<sup>4</sup>.

**ثانياً: النظرية الحديثة:** ظهرت النظرية الحديثة على أنقاض النظرية التقليدية وذلك بتفادي ما تعرضت له هذه الأخيرة لانتقادات، فإذا كان السبب لدى النظرية التقليدية هو السبب القسدي أو الغاية المباشرة للالتزام، فإن النظرية الحديثة ترى أن السبب يتمثل في الباعث الدافع إلى التعاقد، وعليه سنحاول شرح هذه النظرية مع تطبيقها على عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.

**أ- تعريف السبب:** على عكس النظرية التقليدية أصبحت العبرة بسبب العقد لا بسبب الالتزام، وأصبح الدافع هو السبب وليس الغرض المباشر. ويتمثل السبب في الاعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام

<sup>1</sup> - علي فيلالي، مرجع سابق، ص 250. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 487-488. أنظر أيضاً محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 224.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 488. أنظر أيضاً علي فيلالي، مرجع سابق، ص 252.

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 225.

<sup>4</sup> - علي فيلالي، مرجع سابق، ص 251.

العقد، فهي المبررات التي كانت وراء عزم وتصميم المتعاقدين على إنجاز العملية العقدية، وتختلف هذه الدوافع باختلاف الأشخاص، وقد تتعدد وتتفاوت من حيث أهميتها، فنكون العبرة حينئذ بالدافع الرئيسي وليس بالدافع الثانوي، ولا يعتد إلا بالبائع الذي لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد<sup>1</sup>. والمثال على ذلك أن السبب في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وفقا لهذه النظرية بالنسبة للمدين الراهن هو البائع الدافع الذي أدى به إلى رهن محله التجاري حيازيا، فقد يكون الغرض منه الحصول على المقابل المالي من أجل شراء سلع أو توسيع محله التجاري وتفعيله أكثر ... إلخ.

وقد تختلف هذه الدوافع من راهن لآخر كما قد تكون مشروعة أو غير مشروعة، أما بالنسبة للدائن المرتهن فالسبب هو البائع الدافع به إلى منح مبلغ مالي المحل فقد يكون من أجل الحصول على الفوائد خاصة إذا كان بنكا، أو لسبب غير ذلك، وقد تختلف هذه الدوافع من دائن لآخر كما قد تكون مشروعة أو غير مشروعة.

**ب- خصائص السبب:** نستنتج من خلال هذا التعريف أن السبب وفقا لهذه النظرية يتميز بمجموعة من الخصائص تتمثل فيما يلي:

- البائع معيار ذاتي<sup>2</sup>، أي هو أمر شخصي ونفسي يتعلق بنوايا المتعاقدين<sup>3</sup>. والمثال على ذلك أنه لو قام شخص بارتهان محل تجاري فوفقا للنظرية التقليدية يعتبر العمل مشروعاً. أما إذا كان البائع الدافع الذي أدى بالدائن - وهو شخص طبيعي - لارتهان هذا المحل التجاري هو حصوله على فوائد فيعتبر عملاً غير مشروع وفقاً للنظرية الحديثة<sup>4</sup>، غير أنه يمكن لشخص ارتهان محل تجاري يمارس فيه مثلاً نشاط غير مشروع ولكن البائع الدافع الذي أدى بالدائن إلى قيامه برهن ذلك المحل هو حصوله على ائتمان للدين الذي على عاتق المدين، وعليه فوفقاً للنظرية الحديثة فإن هذا العمل يعتبر مشروعاً أما بالنسبة للنظرية التقليدية فيعتبر عملاً غير مشروع.

- البائع خارج عن العقد<sup>5</sup>، 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<sup>6</sup>.

- يتغير البائع من عقد إلى عقد بتغيير المتعاقدين وما يدفعهم من بواعث<sup>1</sup>، وبحسب الظروف<sup>2</sup>. والمثال على ذلك قد يرهن الشخص محله التجاري حيازيا وينوي استخدام المقابل المالي لتوسيع تجارته، أو من أجل تمديد آجال سداد دينه.... إلخ، وما نجده من بواعث لدى هذا الراهن قد لا نجده لدى راهن آخر.

<sup>1</sup> - علي فيلاي، مرجع سابق، ص 251. أنظر أيضا سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 181. أنظر أيضا أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 155. أنظر أيضا فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 108.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 498.

<sup>3</sup> - علي فيلاي، مرجع سابق، ص 257.

<sup>4</sup> - لأن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك، وهذا حسب نص المادة 454 ق م ج.

<sup>5</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 498. أنظر أيضا أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 55.

<sup>6</sup> - علي فيلاي، مرجع سابق، ص 258.

ج- **مشروعية السبب**: يخضع الباعث لشرط واحد هو المشروعية، حيث يسمح النظر في مشروعية الباعث بمراقبة المعاملات من حيث مطابقتها للنظام العام الأدبي والأخلاقي والاقتصادي والاجتماعي... إلخ، وهذه الوظيفة الجديدة التي أسندت للسبب بمعنى الباعث، ولم تهتم النظرية الحديثة بوجود الباعث لسبب بسيط، وهو أن التصرف دون باعث أمر لا يعقل بالنسبة لشخص غير مميز، إلا أنها اهتمت بمشكل صحة السبب، لكون الصورية وسيلة يلجأ إليها لإخفاء الحقيقة التي قد تكون غير مشروعة<sup>3</sup>. وكلما كان الباعث الدافع بالمتعاقد إلى التعاقد مشروعاً كان العقد صحيحاً، أما إذا كان مخالفاً للنظام والعادة الآداب العامة كان العقد باطلاً لعدم مشروعية السبب<sup>4</sup>.

**ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من السبب**: بعدما تطرقنا إلى رأي النظرية التقليدية والنظرية الحديثة من السبب سنحاول إبراز موقف المشرع منه، وهل تأثر برأي النظرية التقليدية أم برأي النظرية الحديثة أم بهما معاً؟

نستنتج من خلال استقراء نص المادة 97 ق م ج<sup>5</sup> والمادة 98 ق م ج<sup>6</sup> أن المشرع الجزائري تبنى شرط مشروعية السبب وليس شرط وجوده ما يجعلنا نقول أنه تأثر برأي النظرية الحديثة. غير أننا لو نتفحص جيداً نص المادتين 97 و98 ق م ج نجد أن المشرع الجزائري أشار إلى سبب الالتزام ولم يشر إلى سبب العقد ما يجعلنا نقول أن المشرع الجزائري تأثر برأي النظرية التقليدية.

أما لو نتفحص جيداً نص المادة 97 ق م ج باللغة الفرنسية نجد أنه ورد كما يلي:

( Le contrat est nul lorsqu'on s'oblige **sans cause** ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs).

نستنتج أن هذا النص يشترط ضرورة وجود السبب ومشروعيته الأمر الذي يجعلنا نقول أن المشرع الجزائري أخذ بأزدواجية السبب<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص498.

<sup>2</sup> - أحمد سي علي، مرجع سابق، ص155.

<sup>3</sup> - علي فيلاي، مرجع سابق، ص259. أنظر أيضاً أحمد سي علي، مرجع سابق، ص155.

<sup>4</sup> - سليمان مرقس، مرجع سابق، ص181.

<sup>5</sup> - تنص المادة 97 ق م ج على أنه (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً).

<sup>6</sup> - تنص أيضاً تنص المادة 98 ق م ج على أنه (كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقر الدليل على غير ذلك. 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 سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه).

<sup>7</sup> - أنظر علي فيلاي، مرجع سابق، ص259 وما بعدها.

« يقول الباحث رجواني كمال فيما يخص مستجدات القانون المدني الفرنسي أن المشرع حذف السبب كركن من أركان العقد، وبالتالي حذفه من القانون المدني بعدما كان منظماً بموجب المواد 1131 إلى 1133، وذلك بدعوى تعقيده وكذا انسجاماً مع بعض النظريات التي ترى أن الاعتماد على السبب كركن لقيام العقد يجعله يتداخل من حيث الوظيفة مع ركن آخر وهو المحل، خصوصاً عند البحث عن مسألة سبب العقد وسبب الالتزام، إذ يمكننا القول أن هذا المقتضى يشكل انتصاراً لنظرية الفقيه الفرنسي بلانويل والذي يعتبر فيها نظرية السبب التقليدية غير صحيحة وغير ذي فائدة.

على الرغم من حذف السبب كركن للعقد من حيث المبدأ، إلا أنه من خلال اطلاعنا على المرسوم نجد بعض التطبيقات الخاصة به نص المادة 1162، 1135 من القانون المدني». رجواني كمال، مستجدات القانون المدني الفرنسي «قراءة في مرسوم 10 فبراير 2016 المعدل لقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات»، صص 5-6.

## المطلب الثاني

### الأركان الشكلية

يعتبر عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ذو أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية لما يلعبه من دور في تطوير الاقتصاد الوطني للدولة، ولما يمثله من أهمية في الحياة التجارية للتاجر، فالمحل التجاري مخصص حصريا لممارسة نشاط تجاري وليس لممارسة نشاطا مدنيا، إذ يتميز بطابع الثقة والائتمان، ولكن نظرا للطبيعة الخاصة لهذا المال وللطبيعة الخاصة أيضا لعقد الرهن الحيازي الوارد عليه اشترط المشرع ضرورة إفراغه في محرر مكتوب وضرورة شهره من أجل العلم به من قبل الغير.

بحيث أن استيفاء أطراف العقد للأركان الموضوعية من تراضي المتعاقدين والمحل والسبب لا يجعل العقد تاما، بل يجب استكمال الأركان الشكلية من كتابة وشهر هذا العقد، فإذا كان المشرع في عقد الرهن الوارد على المنقول المادي لا يشترط ضرورة كتابة هذا العقد وشهره، إلا أنه فيما يخص عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري باعتباره مال منقول معنوي يتكون من عناصر مختلفة منها ما هو معنوي ومنها ما هو مادي لا ينقل الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، اشترط فيه ضرورة كتابته وشهره أيضا، وعليه نظرا للأهمية التي يتمتع بها هذا العقد فقد اشترط المشرع ضرورة اتباع إجراءات شكلية جد دقيقة تشبه تلك التي اشترطها المشرع في العقد المتضمن التعاقد على العقار.

تناول المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في القانون التجاري، أما الأحكام العامة فيجب العودة إلى أحكام القانون المدني لدراستها، كما يجب أيضا العودة إلى مختلف النصوص القانونية الأخرى المتعلقة مثلا بالعناصر المكونة للمحل التجاري.

نتطرق في هذا المطلب المعنون بالأركان الشكلية لعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري إلى الكتابة التي يشترطها المشرع كأول إجراء للشكلية (الفرع الأول)، على أن نختمه بآخر إجراء شكلي لعقد الرهن وهو الشهر (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الكتابة

يعتبر عقد رهن الأموال المادية حيازيا تاما بمجرد تطابق إرادة الدائن المرتهن والمدين الراهن وسلامة إرادتهما من العيوب على محل تتوفر فيه الشروط القانونية كالوجود مثلا، وعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة، وأن يكون السبب مثلا موجودا ومشروعا، دون وقف صحة العقد على شرط الكتابة، فمبدأ الرضائية مطبق في هذا المقام.

بينما خرج المشرع الجزائري في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري باعتباره مال منقول معنوي عن المبدأ العام في التعاقد، والمتمثل في مبدأ الرضائية الذي مفاده أن العقد يكفي لتمامه تطابق الارادتين وصحتهما، واستوجب ضرورة إفراده في شكل مكتوب أمام الموثق، بحيث تكون الكتابة الرسمية شرط لانعقاد ولإثبات معا هذا كأصل، استثناء أجاز المشرع رهن المحل التجاري لدى البنوك والمؤسسات المالية بعقد عرفي مسجل حسب الأصول.

**أولا: الكتابة الرسمية:** نستنتج من نص المادة 120 ق ت ج<sup>1</sup> ونص المادة 324 مكرر 1 ق م ج<sup>2</sup>، أنه يجب على البائع والمشتري الذهاب إلى الموثق من أجل تحرير عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وفقا للشكليات التي قررها القانون وإضفاء الصبغة الرسمية للعقد.

**أ- المقصود بالكتابة الرسمية:** نقصد بالكتابة الرسمية العقد الرسمي، حيث عرفه المشرع على أنه (عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه)<sup>3</sup>.

تطبيقا لهذا التعريف فإن العقد الرسمي المثبت للرهن الحيازي للمحل التجاري هو ذلك العقد الذي يحرره الموثق وفقا لإجراءات شكلية محددة، والذي بمقتضاه يقوم مالك المحل التجاري برهن محله لشخص آخر في سبيل منح هذا الأخير للراهن أجل الوفاء بالدين على أن يرده له عند الوفاء بالالتزام.

**ب- شروط الكتابة الرسمية:** نستنتج من خلال هذا التعريف الذي قدمه المشرع الجزائري للعقد الرسمي أن هذا الأخير يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط وهي:

1- يجب أن يصدر العقد من موظف أو ضابط عمومي (الموثق) أو شخص مكلف بخدمة عامة: يقصد بالموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة كل من تعينهم الدولة للقيام بعمل من أعمالها ولو كانوا بدون أجر، وهؤلاء

<sup>1</sup> - تنص المادة 120 ق ت ج على أنه (يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي ...). وقياسا على نص المادة 96 ق ت ج التي تنص على أنه (لا يثبت امتياز بائع المحل التجاري إلا إذا كان البيع ثابتا بعقد رسمي)، يمكن لنا القول أن البائع لا يتمتع بحق الامتياز إلا إذا كان العقد رسميا، وعليه فإننا نرى أن نفس الحكم ينطبق على عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، باعتبارهما عقدان يترتبان على مال منقول معنوي.

<sup>2</sup> - تنص المادة 324 مكرر 1 ق م ج على أنه (زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار ... أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، ... في الشكل الرسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد).

<sup>3</sup> - نص المادة 324 ق م ج. أنظر أيضا أحمد سي علي، مرجع سابق، ص 157. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص 196. أنظر أيضا محمد حسين منصور، قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 57. أنظر أيضا تهميش محمد فتح الله، أحكام وقواعد عبء الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص 386.

نشير في هذا الشأن أن المشرع الفرنسي لا يشترط ضرورة إفراده في شكل رسمي لدى الموثق، وإنما يمكن للأطراف المتعاقدة تحرير العقد في شكل عرفي دون إضفائه الصبغة الرسمية، بحيث نجد أن للمتعاقدين الحرية في اختيار الطريقة أو الوسيلة التي يرغبان في اتباعها.

L' article 142-3 C.Com.F. prévoit que: « Le contrat de nantissement est constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé, dûment enregistré ». Voir aussi Olivier BARRET, op- cit, p307.

متعددون كالخبراء فيما يتعلق بالمهمة التي تنتدبهم المحكمة من أجلها، فالخبير ولو أنه ليس موظفا إلا أنه يعتبر في هذه الحالة مكلفا بخدمة عامة، ويتنوع الموظفون العموميون تبعا لما يقومون به من أعمال، فمن يقوم بتحرير التصرفات هو الموثق، ويعتبر القاضي موظفا عاما بالنسبة إلى الأحكام التي يقوم بكتابتها، والمحضر بالنسبة إلى أوراق المرافعات التي يقوم بإعلانها<sup>1</sup>، وما يهمننا من بين هؤلاء هو الضابط العمومي، إذ أن هذه الصفة يتمتع بها الموثق الذي يعد مفوضا من قبل السلطة العمومية لمهمة تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة<sup>2</sup>، ومن بين العقود التي يشترط القانون تحريرها لدى الموثق عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، ويعد تدخل الموثق مخالف للعادات التجارية<sup>3</sup> التي تستبعد الرسمية في ميدان التعاقد نظرا لعالمي السرعة والائتمان.

2- أن يصدر العقد من الموثق في حدود سلطاته واختصاصاته: حسب نص المادة 324 ق م ج فإن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يجب أن يتم تحريره من طرف الموثق وفقا للأشكال المرسومة له قانونا، وفي حدود سلطاته واختصاصاته المخولة له قانونا وذلك من حيث الموضوع، الزمان والمكان.

- من حيث الاختصاص الموضوعي: يجب أن يكون للموثق ولاية وقت تحرير عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، فإذا عزل أو أوقف عن عمله يفقد سلطته ولا تكون له ولاية أو اختصاص في تحرير العقد ولا يستثنى من ذلك إلا

<sup>1</sup> - عبد الحميد الشورابي، التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص90. أنظر أيضا عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ط2، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1999، ص124. أنظر أيضا سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في قانون الإثبات، د د ن، 1996، ص60-61. أنظر أيضا عدنان طه الدوري، أحكام الالتزام والإثبات في القانون الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، د ب ن، 1995، ص257. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص197 وما بعدها. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص132 وما بعدها. أنظر أيضا مسلم الطاهر، الشكلية في عقد الفرسي في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 10، ع3-2017، ص305.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 3 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن مهنة التوثيق، ج ر ج ج، ع 14 الصادر بتاريخ 08 مارس 2006. أنظر أيضا كركادن فريد، أحكام الرهن الحيازي للمحل التجاري في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2012، ص56.

« L' acte authentique est de la compétence exclusive des notaires; il devra être dressé en minute».  
Louis FIALON, op- cit, p64.

تتمثل الهيئة المكلفة بتنظيم مسابقة الالتحاق بالتكوين للحصول على شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق في وزارة العدل، بعد استشارة الغرفة الوطنية للموثقين، وعلى كل مترشح للمسابقة أن يتمتع بمجموعة من الشروط المتمثلة فيما يلي:

- التمتع بالجنسية الجزائرية.
  - حيازة شهادة الليسانس في الحقوق أو شهادة معادلة لها.
  - بلوغ خمسة وعشرين سنة (25) على الأقل.
  - التمتع بالحقوق المدنية والسياسية.
  - التمتع بشروط الكفاءة البدنية الضرورية لممارسة المهنة، وتحدد الشروط الأخرى عن طريق التنظيم.
- يعين الحائزون على شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق بصفتهم موثقين بقرار من وزير العدل حافظ الأختام، كما يؤدون اليمين القانونية قبل شروعه في ممارسة مهامهم أمام المجالس القضائية لمحل تواجد مكاتبتهم. أنظر المادة 5 وما بعدها من القانون رقم 02/06 يتضمن مهنة التوثيق.

Voir aussi dans ce sens Maria Beatriz SALGADO, op- cit, p59.

<sup>3</sup> - Louis FIALON, op- cit, p64.

الحالات التي يكون فيها تحرير العقد قد تم قبل أن يخطر الموثق بقرار الفصل أو الوقف<sup>1</sup>، أي ليس به مانع أو سبب يلزمه بالامتناع عن توثيق المحرر<sup>2</sup>، كذلك إذا كان الموثق في مرحلة التكوين فليست له الولاية لتحرير عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري<sup>3</sup>.

يتولى الموثق تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاؤها هذه الصبغة<sup>4</sup>، وباعتبار أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد شكلي اشترط المشرع ضرورة إفراغه في قالب مكتوب، وهذا يدخل في الاختصاص الموضوعي للموثق، غير أنه هناك حالات لا يجوز فيها للموثق تحرير عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي: الحالة التي يكون فيها الموثق طرفا معنيا في العقد أو ممثلا أو مرخصا له بأية صفة كانت، أو يتضمن تدابير لفائدته، يعني أو يكون وكيلًا، أو أية صفة أخرى كانت: أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب، حتى الدرجة الرابعة، أو أحد أقاربه أو أصهاره تجمعهم به قرابة الحواشي ويدخل في ذلك العم وابن الأخ وابن الأخت<sup>5</sup>.

كما يحضر على الموثق القيام ببعض المهام منها أعمال المضاربة<sup>6</sup>، ويكون الموثق في بعض الأحيان الأخرى في حالة التنافي إذا مارس مهام موازية لمهمة التوثيق كعضوية في البرلمان<sup>7</sup>.

- من حيث الاختصاص الزمني: سبق وقلنا أن الموثق قبل توليه هذا المنصب (أو حصوله على هذا المركز أو الصفة)، فإنه يجب عليه أن يستوفي مجموعة من الشروط ويمر بمراحل، ففي خلال هذه المراحل لا تكون للموثق الأهلية لتحرير عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لأنه لم يعترف له بعد بهذه الصفة.

أما بعد حصوله على الاعتماد فيمكن له تحرير هذا النوع من العقود، غير أنه لو حدث وأن تم توقيف الموثق أو عزله نتيجة ارتكابه لجريمة مثلا، فإنه يكون منعدم الأهلية ولا يحق له تحرير العقود ومن بينها عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، وإذا حررها فإنها تكون باطلة بطلانا مطلقا<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، مرجع سابق، ص137. أنظر أيضا عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص91. أنظر أيضا عباس العبودي، مرجع سابق، ص125. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص257.

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص60.

<sup>3</sup> - أنظر سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص62.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 3 من القانون 02/06 يتضمن مهنة التوثيق. أنظر أيضا محمد أحمد عابدين، قوة الورقة الرسمية والعرفية في الإثبات وطرق الطعن عليها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص7.

<sup>5</sup> - أنظر نص المادة 19 من القانون 02/06 يتضمن مهنة التوثيق. أنظر أيضا محمد حسين قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص157. أنظر أيضا محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص61. أنظر أيضا مسلم الطاهر، الشكلية في عقد الفرنسيز في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص305-306.

<sup>6</sup> - أنظر نص المادة 22 من القانون 02/06 يتضمن مهنة التوثيق.

<sup>7</sup> - أنظر نص المادة 23 من القانون 02/06 يتضمن مهنة التوثيق.

<sup>8</sup> - أنظر عباس العبودي، مرجع سابق، ص125. أنظر أيضا محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص61. أنظر أيضا توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص84.

- من حيث الاختصاص المكاني: إن القانون حدد لكل موظف اختصاصا إقليميا، أي منطقة يمارس في حدودها اختصاصه، ولا يجوز له أن يباشر عمله خارج دائرة اختصاصه<sup>1</sup>. فالقاضي مثلا المعين في محكمة معينة لا يجوز له إصدار حكم في محكمة أخرى، أما الموثق حسب نص المادة 2 من القانون 02/06 المتضمن مهنة التوثيق<sup>2</sup> فولايته في تحرير العقود تمتد إلى كامل التراب الوطني، أي في كل إقليم من الجمهورية الجزائرية يمكن له تحرير العقود ولا يقتصر على ولاية دون أخرى، ومن بين هذه العقود عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، هذا عكس الموظف العام الذي يكون اختصاصه المكاني محصورا في إقليم معين، فلا يجوز له أن يباشر عمله خارج دائرة اختصاصه<sup>3</sup>.

3- أن يتم تحرير العقد وفقا للأشكال التي حددها القانون: يجب للاعتداد بالعقد الذي يحرره الموثق أن تحترم عند تحريره مجموعة من الشكليات سواء كانت عامة يجب توافرها في كل العقود وهي تلك الواردة في القانون المدني، أو القانون المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، حيث يجب أن تحرر العقود التوثيقية باللغة العربية وفي نص واحد وواضح، تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص، وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، ويصادق على الإحالات في الهامش، أو في أسفل الصفحات، وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق والأطراف وعند الاقتضاء الشهود والمترجم، ويجب ألا تتضمن العقود أي تحوير أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات<sup>4</sup>، ويجب أن يتضمن العقد أيضا اسم ولقب الموثق ومقر مكتبه<sup>5</sup>، ويجب ذكر أطراف العقد وهما الدائن والمدين في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، بحيث يجب ذكر الاسم واللقب والصفة (دائنا مرتها أم مدينا راهنا) والمسكن وتاريخ ومكان الولادة، وإذا كان أحد الأطراف أو كلاهما موكلا لإبرام الرهن فإنه يجب أن يقدم الوكالة في الشكل الرسمي<sup>6</sup>، والتأكد من صفته وحدود سلطته، كذلك يجب التأكد من أهلية ذوي الشأن لإبرام التصرف القانوني المطلوب توثيقه<sup>7</sup>، وجنسيتهما، اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الشهود عند الاقتضاء<sup>8</sup>.

- 
- 1 - المرجع نفسه، ص126. أنظر أيضا سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص62.
- 2 - تنص المادة 2 من القانون 02/06 المتضمن مهنة التوثيق على أنه( تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق، ... ويمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني).
- 3 - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص91.
- 4 - أنظر نص المادتان 26 و27 من القانون 02/06 يتضمن مهنة التوثيق.
- 5 - أنظر نص المادة 29 من القانون 02/06 يتضمن مهنة التوثيق. أنظر أيضا عدنان طه الدوري، مرجع سابق، ص257-258. أنظر أيضا مسلم الطاهر، الشكليات في عقد الفرنسيس في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص306.
- 6 - أنظر قوق أم الخير، أحكام بيع المحل التجاري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص115. أنظر أيضا نص المادة 29 من القانون 02/06 يتضمن مهنة التوثيق. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة في الإثبات، منشأة المعاف، الإسكندرية، 1999، ص103-104. أنظر أيضا محمود الكيلاني، موسوعة القضاء المدني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، دار الثقافة، عمان، 2010، ص51.
- 7 - سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص63.
- 8 - أنظر نص المادة 29 من القانون 02/06 يتضمن مهنة التوثيق. أنظر أيضا نص المادة 324 مكرر 2 ق م ج. أنظر أيضا محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص162 وما بعدها.

حسب نص المادة 324 مكرر 2 ق م ج فإنه إذا كان راهن المحل التجاري أو المرتهن أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الموثق في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن ويضعون بصماتهم إن أمكن ذلك.

يكون أحيانا أطراف العقد (أي الدائن المرتهن والمدين الراهن) أو كلاهما لا يجيد اللغة العربية ففي هذه الحالة ينوب عنهما مترجم، مهمته هي ترجمة محتوى الاتفاق لكي يتمكن من فهمه ولكي لا يقعان في غلط ودفع الجهل به، كما يشترط ذكر اسم ولقب وموطن هذا المترجم<sup>1</sup>.

هذا فيما يخص الشكليات الواجب توافرها في كل العقود التوثيقية، إذ أنه هناك مجموعة من البيانات يجب ذكرها في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، وتتمثل هذه البيانات فيما يلي:

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<sup>2</sup>.

**ج- جزاء الإخلال بالكتابة الرسمية:** إن عدم التزام الأطراف بهذا الإجراء المهم يترتب عليه القانون جزاء، ونفرد بين حالة الإخلال بالشروط العامة الواردة في القانون المدني، وحالة الإخلال بالشروط الخاصة الواردة في القانون التجاري.

<sup>1</sup> - أنظر قوق أم الخير، مرجع سابق، ص116. أنظر أيضا نص المادة 29 من القانون 02/06 يتضمن مهنة التوثيق.

<sup>2</sup> - أنظر الملحق رقم 1 و2 (نموذج من عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري). أنظر أيضا كركادن فريد، أحكام الرهن الحيازي للمحل التجاري في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص59.

قضت محكمة الاستئناف برون بتاريخ 06 جانفي 1970، أنه « يبقى الموثق حتى خارج الحالات التي يكون فيها نائبا أو وكيل أعمال عن الأطراف ملزما بواجبه بتقديم النصح وإخطارهم بالمخاطر التي يمكن أن تتجر عن العملية، وحتى وإن كان مجرد محررا للعقد، وعلى الرغم من أنه غير ملزم عادة بالتحقيق من قيمة الرهن، إلا أنه يجب عليه أن يشير إلى عدم الملائمة للمقرض عندما يظهر بيانات نفس العقد».

CA. Rouen 06 jan. 1970, Gaz. Pal., 1970, 1, J., p243.

فإذا تخلف الشرط الأول والثاني أي تحرير العقد من طرف الموثق في حدود سلطاته واختصاصاته المخولة له قانونا، فإن العقد يعتبر باطلا بطلانا مطلقا ولا يمكن الاعتداد به كعقد رسمي<sup>1</sup>، غير أنه فيما يخص الشرط الثالث والمتمثل في حالة تخلف شكل من الأشكال التي اشترطها القانون فتميز بين حالتين، إذا كانت تلك البيانات المتخلف عن ذكرها بيانات جوهرية أم غير جوهرية.

فإذا كانت بيانات جوهرية فإن الجزاء المترتب عن تخلفها هو بطلان العقد بطلانا مطلقا، وضرب الفقه مثلا لما يعتبر من البيانات الجوهرية في العقد إغفال التاريخ، اسم الموثق أو عدم توقيعه أو ختمه، عدم ذكر أسماء الأطراف المتعاقدة أو الكتابة بغير اللغة العربية<sup>2</sup>.

أما إذا كانت البيانات المتخلف عن ذكرها غير جوهرية، فإنه لا يترتب عن ذلك بطلان العقد فهي لا تؤثر في صحته، وإنما يظل العقد صحيحا منتجا لآثاره كترقيم الصفحات مثلا<sup>3</sup>.

هناك حالة أخرى ذكرها المشرع في نص المادة 3/119 ق ت ج وهي حالة عدم تعيين المتعاقدين صراحة العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي في العقد، فإن المشرع أعطى حلا لتفادي إبطال العقد تتمثل في أن العقد يشمل بقوة القانون العنوان والاسم التجاري، الحق في الإجارة، الزبائن والشهرة التجارية.

نستنتج أيضا من خلال هذه الفقرة أن المشرع ذكر هذه العناصر على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال وقام باختيار هذه العناصر دون الأخرى نظرا للأهمية التي تتمتع بها في جذب الزبائن للمحل التجاري وللدور الكبير الذي تلعبه في تفعيله الأمر الذي يساهم في زيادة الأرباح ومنه قيمته التي تزداد بالضرورة.

يقر القانون بأنه إذا لم يكتسب المحرر الصبغة الرسمية، كان له قيمة المحرر العرفي بشرط أن يوقع عليه ذوي الشأن بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم<sup>4</sup>، غير أنه بالعودة إلى عقد الرهن الحيازي للمحل

<sup>1</sup> - عباس العبودي، مرجع سابق، ص127. أنظر أيضا أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص49. أنظر أيضا سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص64. أنظر أيضا عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص92.  
<sup>2</sup> - سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص64. أنظر أيضا عباس العبودي، مرجع سابق، ص127. أنظر أيضا عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص92. أنظر أيضا محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص170 وما بعدها.

Voir aussi Com. 17 sep. 2002, n° 99-17.938, bull. Civ. IV, n° 127, p136.

يقول الأستاذ Bernard SAINTOURENS معلقا على هذا الحكم أن «الأخذ بتاريخ القيد يمكن أن يحفظ مصالح الدائنين المرتبهين».  
Bernard SAINTOURENS, Fonds de commerce, Chroniques, RTD. Com., n° 01, 2003, op- cit, p58.

« La conclusion d' une convention de nantissement exige le consentement de toutes les parties. Dès lors ne font qu' user de leur pouvoir souverain les juges qui, pour déterminer la date de conclusion du contrat, ne retiennent pas la date où le commerçant a signé le nantissement mais celle, postérieure, où les créanciers ont apposé leurs signatures». Com. 14 nov. 1966, n° 62-12. 583, bull. Civ.III, n°429, p378.

<sup>3</sup> - أنظر عباس العبودي، مرجع سابق، ص127. أنظر أيضا سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص74-75. أنظر أيضا عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص92.

<sup>4</sup> - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص93.

التجاري فإن الرسمية لازمة لانعقاد التصرف وأن المحرر لا يكون له أية قيمة، فتخلف الرسمية معناه تخلف ركن من أركان التصرف<sup>1</sup> ما يجعلنا نقول أنه لا يمكن أن نطبق هذا الحكم على عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، لأن إغفال مثل هذا الإجراء لا يضيفي على العقد الصبغة العرفية أو يجعله قابلا للإبطال، وإنما الأثر المباشر المترتب عنه هو البطلان المطلق، ولكل ذي مصلحة التمسك به ولم ينص المشرع على مدة معينة يجب خلالها المطالبة بالبطلان<sup>2</sup>.

تنص المادة 120 ق ت ج على أنه (يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي)، نستنتج من خلال نص هذه المادة أن الكتابة الرسمية لازمة لإثبات التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري ومن بينها عملية الرهن الحيازي، وعليه فإن العقد الرسمي ليس شرط لانعقاد فقط وإنما شرط للإثبات أيضا<sup>3</sup>.

خرج المشرع الجزائري بهذا الشرط عن قاعدة حرية الإثبات المنصوص عليها في القانون التجاري<sup>4</sup>، حيث لا يجوز إثبات عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بغير العقد الرسمي.

يعتبر العقد الرسمي المثبت لعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري حجة على الناس كافة بما دون فيه من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويره بالطرق المقررة قانونا،

---

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 جانفي 1968، أن «إيداع عقد عرفي محرر من قبل الدائن لوحده في أيدي الضابط العمومي لا يمكن أن يمنح لهذا العقد الصبغة الرسمية».

Civ. 11 jan. 1968, n° 66-11.684, bull. Civ. II, n° 15, p09.

<sup>1</sup> - كركادن فريد، أحكام الرهن الحيازي للمحل التجاري في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص60. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، الوجيز في الإثبات المواد المدنية والتجاري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص146.

<sup>2</sup> - عكس عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، فإننا نجد بالعودة إلى القانون التجاري أن المشرع الجزائري نص في المادة 3/79 ق ت ج على أنه (ويمكن أن يترتب على إهمال ذكر البيانات المقررة كندا بطلان عقد البيع بطلب من المشتري إذا كان طلبه واقعا خلال السنة). نستنتج من خلال هذه الفقرة أن المشرع نص على إمكانية بطلان عقد بيع المحل التجاري في حالة عدم ذكر البيانات المنصوص عليها حصرا في الفقرة الثانية من نص المادة 79 ق ت ج، ومنح هذه الإمكانية للمشتري فقط دون البائع، وعليه في حالة إغفال بيان من تلك البيانات يحق للمشتري اللجوء إلى القضاء خلال سنة تحسب من تاريخ البيع وليس من تاريخ الحيابة للمطالبة بإبطال عقد بيع المحل التجاري، وللقاضي السلطة التقديرية للحكم ببطلان العقد من عدمه لأن المصطلح الذي استخدمه المشرع في الفقرة الثالثة من نص المادة 79 ق ت ج يدل على الإمكانية وليس على الالتزام. فمتى تبين له من وقائع القضية أن تلك البيانات جوهرية حكم بالبطلان، أما إذا تبين له العكس فلا يحكم بالبطلان. فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص115 وما بعدها.

<sup>3</sup> - أنظر مصطفى كمال طه ووائل بندق، أصول القانون التجاري، دار الفكر العربي، 2006، ص672. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص253.

« Une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d' un tiers n' impliquent aucun engagement personnel à satisfaire à l' obligation d' autrui n' est pas un cautionnement et doit être passée en la forme authentique, conformément à l' article 2127 du code de civil». Civ. 15 fév. 2006, n° 04-19.847, bull. Civ. III, n° 35, p29.

<sup>4</sup> - تنص 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 وسائل أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها).

وعلى ذلك يعتبر العقد الرسمي حجة بالنسبة لذوي الشأن وكذلك بالنسبة للغير، ومن أراد أن يدحض ما جاء فيه فليس أمامه سبيل إلا الطعن بالتزوير<sup>1</sup>.

إن الهدف من وراء اشتراط المشرع ضرورة إثبات عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بعقد رسمي هو حماية العلاقات التعاقدية والالتزامات الناشئة عنها، ورغبة المشرع هنا تجنب النزاعات المحتملة لأن كل ما ورد في العقود الرسمية يعتبر حجة حتى يثبت تزويره، ويترتب على ذلك أن الأطراف المتعاقدة محمية بسبب وجود العقد الرسمي، أي الدليل الكتابي الرسمي<sup>2</sup>.

**ثانياً: العقد العرفي:** إن الأصل العام في العمليات الواردة على المحل التجاري أن تتم لدى الموثق من أجل إضفاء عليها الصبغة الرسمية، إلا أن المشرع أورد استثناء على هذا الأصل يتمثل في إمكانية إفراغ عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في قالب عرفي مسجل حسب الأصول عندما يكون الدائن المرتهن بنوك أو مؤسسات المالية، هذا ما نستنتجه من استقراء نص المادة 123 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض التي تنص على أنه (يمكن أن يتم الرهن الحيازي للمحل التجاري لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل قانوناً. يتم تسجيل هذا الرهن وفقاً للأحكام القانونية المطبقة في هذا المجال)<sup>3</sup>.

**أ- المقصود بالعقد 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 التي يقوم الموثق بتحريرها، والمقصود هنا بالعقد العرفي الذي يبرمه مالك المحل التجاري سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً مع أحد البنوك أو المؤسسات المالية<sup>4</sup>. أما بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية غير البنوك فلا يجوز إبرام هذا العقد في شكل عرفي وإنما يجب أن يكون في شكل رسمي لدى الموثق.

**ب- شروط العقد العرفي:** يجب أن تتوفر في العقد العرفي الذي يفرغ فيه عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لصالح البنوك أو المؤسسات المالية مجموعة من الشروط، نستنتجها من نص المادة 327 ق م ج ونص المادة 1/123 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض وهي كما يلي:

<sup>1</sup> - أنظر عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص93. ولمزيد من المعلومات أنظر عباس العبودي، مرجع سابق، ص128 وما بعدها. أنظر أيضاً سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص66 وما بعدها. أنظر أيضاً كركادن فريد، أحكام الرهن الحيازي للمحل التجاري في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص60-61. أنظر أيضاً نص المادة 324 مكرر 5 ق م ج وبعدها.

<sup>2</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص208.

« Il importe, pour le privilège qui en résulte, comme pour le privilège du vendeur, de prévenir toute contestation sur son étendue». Louis FIALON, op- cit, p63.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 1/123 من الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ج ج، ع52 الصادر بتاريخ 27 أوت 2003، معدل ومتمم.

<sup>4</sup> - أنظر كركادن فريد، أحكام الرهن الحيازي للمحل التجاري في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص61. أنظر أيضاً محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص77. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص219. أنظر أيضاً محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص220. أنظر أيضاً عباس العبودي، مرجع سابق، ص134. أنظر أيضاً تهميش محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص386.

1- وجود الكتابة: يشترط في العقد العرفي أن يكون مكتوبا، بمعنى أن يتم إفراغ محتوى ما تم الاتفاق عليه بين المدين الراهن (أي مالك المحل التجاري) والدائن المرتهن (أي البنك أو المؤسسات المالية) في محرر دون أن يتدخل الموثق (أي الضابط العمومي) في إعداده<sup>1</sup>.

إضافة إلى هذا فإن الكتابة يجب أن تشتمل على البيانات الجوهرية المعينة للتصرف<sup>2</sup> كاسم الدائن المرتهن والمدين الراهن، المحل التجاري المراد رهنه حيازيا، مقابل الدين المضمون.

لا يشترط أن تكون الكتابة في شكل معين، فكل ما يكتب ويؤدي المعنى يعتبر كافيا، 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 الكتابة بالحبر أو بالرصاص أو غير ذلك من المواد، وقد تكون بالحروف أو بالأرقام أو بالاختزال أو بالرموز ما دام لها مفتاح خاص معتمد من ذوي الشأن<sup>3</sup>.

2- التوقيع: يمكن تعريف التوقيع على أنه علامة أو إشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص على استعماله للتعبير عن موافقته على عمل أو على تصرف قانوني بعينه<sup>4</sup>. إن التوقيع هو الشرط المهم والجوهري في العقد العرفي، لأنه هو الذي يتضمن إقرار الموقع لما هو مدون في السند ودليل مادي على حصول الرضا في إنشائه، وينطوي على معنى الجزم أن العقد العرفي صادر من الشخص الموقع، ولو لم يكن مكتوبا بخطه وأن إرادة هذا الأخير قد اتجهت إلى اعتماد الكتابة والالتزام بها، والتوقيع تصرف إرادي يقصد به التعبير عن موافقة الموقع على مضمون العقد<sup>5</sup>.

إن التوقيع يكون بإمضاء الشخص نفسه، كما يكون أيضا بالختم أو بصمة الأصابع، ويشترط بأن يشمل التوقيع بالإمضاء أو بالختم على اسم الموقع ولقبه كاملين، فلا يكفي في ذلك علامة مألوفة أو إمضاء مختصر، إنما لا يلزم أن يكون التوقيع بالاسم المثبت في شهادة الميلاد، بل يكفي اسم الشهرة، أو الاسم الذي اعتاد التوقيع به. والمهم أن يكون التوقيع أو التواقيع التي يشتمل عليها العقد يمكن معها الجزم بأنه صادر حقيقة عن منشئه أو منشئته<sup>6</sup>، ولا يلزم مكان معين للتوقيع، إلا أنه نظرا لأن التوقيع يعتبر على تسليم الموقع بما تضمنه العقد، كان

1 - أنظر محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 78. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 220. أنظر أيضا محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 221.

2 - نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 220.

3 - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 78-79. أنظر أيضا أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في قانون الإثبات في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، 2007، ص 60. أنظر أيضا عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 122. أنظر أيضا محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 221 وما بعدها. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 220 وما بعدها. أنظر أيضا عباس العبودي، مرجع سابق، ص 136-137.

4 - محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 226. أنظر أيضا عباس العبودي، مرجع سابق، ص 138.

5 - أنظر عباس العبودي، مرجع سابق، ص 138. أنظر أيضا أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 61. تنص المادة 1/327 ق م ج على أنه ( يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه،...).

6 - أنظر عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 123. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 222 وما بعدها. أنظر أيضا محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 80-81. أنظر أيضا محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص 228-229. أنظر أيضا السعيد محمد الأزمازي عبد

من اللازم وضع التوقيع في مكان يعبر عن الموافقة على ما هو ثابت به، ومن الطبيعي أن يكون هذا المكان هو نهاية الكتابة التي تضمنها العقد حتى ينسحب على جملة ما كتب فوقه، إلا أن وجود التوقيع في غير هذا المكان لا يعني انتفاء الموافقة، أما في حالة تعدد أطراف التصرف القانوني فإنه يلزم توقيعهم على المحرر<sup>1</sup>، فعلى المدين الراهن والدائن المرتهن التوقيع على العقد العرفي المتضمن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.

إن التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو بصمة الإصبع هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجة على العقد العرفي<sup>2</sup>.

غير أنه لا يجوز الخلط بين الورقة العرفية الموقعة كدليل كامل للإثبات وبين التصرف الذي تضمنته الورقة، بحيث 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 من إقرار أو يمين حاسمة<sup>3</sup>.

3- أن يكون الدائن المرتهن بنكا أو مؤسسة مالية: اشترط المشرع الجزائري في نص المادة 1/123 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض أن يكون الدائن المرتهن بنكا<sup>4</sup> أو مؤسسة مالية<sup>5</sup> من أجل الاعتراف بالعقد العرفي المتضمن لعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، أما إذا كان أطرافه غير البنك أو المؤسسة المالية فإنه لا يمكن الاعتراف بالعقد العرفي، بحيث يعتبر هذا الشرط خروجاً عن القاعدة العامة في العمليات الواردة على المحل التجاري التي تشترط الرسمية في انعقادها بين الأطراف.

للبنوك في المجتمع الحديث دور بالغ الأهمية والتأثير على مختلف جوانب الحياة الاقتصادية، ففضلاً عن وظائفها التقليدية في مجال النقود وأعمال الصرف، فإن البنوك هي الأجهزة المتخصصة اليوم في مجال الائتمان،

---

الله، السند التنفيذي في قانون المرافعات - دراسة تأصيلية مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، المكتب الجامعي الحديث، د ب ن، 2008، ص 529. أنظر أيضا مسلم الطاهر، الشكلية في عقد الفرنسي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 307.

<sup>1</sup> - أنظر محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 82. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 226. أنظر أيضا مفلح القضاة، الإثبات في المزد المدنية والتجارية طبقا لقانون الإثبات الإتحادي رقم 10 لسنة 1992 لدولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة، مطبعة بن شمال، السعودية، 1992، ص ص 99-100. أنظر أيضا فيصل سعيد الغريب، التوقيع الإلكتروني، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2005، ص ص 96-97.

<sup>2</sup> - أنظر أيضا سعيد أحمد شعله، قضاء النقص في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 117. أنظر أيضا عدلي أمير خالد، الإرشادات العملية في إجراءات المرافعات والإثبات في كافة الدعاوى المدنية في ضوء ملاحظات التفقيش القضائي والتعديل الحديث في قانون المرافعات والإثبات والمستحدث من أحكام النقص والمحكمة الدستورية العليا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص ص 210-211.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 224.

<sup>4</sup> - « يقصد بالبنوك التجارية البنوك التي تقوم بصفة معتادة بقبول ودائع تدفع عند الطلب أو لأجل محددة وتزاول عمليات التمويل الداخلي والخارجي ». أنظر تهميش جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص 5. أنظر أيضا مراد منير فهيم، القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982، ص 174.

<sup>5</sup> - « يقصد بالمؤسسة المالية أنها مؤسسة بسيطة تقدم خدكات مالية وتعالج المعاملات المالية لعملائها، وتساهم بدور كبير في تنشيط سوق المال نظرا لدورها في تجميع المدخرات وعمليات الاستثمار ».

وبالتالي فهي مراكز التحكم في حركة التبادل التجاري والانتاج، وهذا بقدرتها على تمويل المشروعات من جهة، وتسهيل التعامل بين التجار من جهة أخرى<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### الشهر

ينتسب الرهن الرسمي مع الرهن الحيازي للمحل التجاري في أنهما عقدان لا ينقلان لا ملكية ولا حيازة المال المرهون، كما أنهما يتشابهان أيضا في أنه من أجل صحتها يجب شهرهما، فلم يكتف المشرع باشتراط كتابتهما في شكل رسمي وإنما امتد إلى ضرورة شهرهما. فالأول يتم شهره عن طريق قيده لدى المحافظة العقارية التي يقع العقار في دائرة اختصاصها ويتم نشره أيضا خلال مدة زمنية معينة.

بينما الثاني وهو عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري اشترط المشرع ضرورة قيده في دفتر خاص بالبيع والرهون الحيازية المتعلقة بالمحلات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل المحل التجاري في دائرة اختصاصه، مع ضرورة قيد هذه العملية أيضا في سجل خاص لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية إذا كانت هذه العملية تتضمن من بين العناصر المبيعة حقوق الملكية الصناعية والتجارية، كما يجب نشر عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

**أولا: قيد عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في الدفتر العمومي للبيع والرهون الحيازية المتعلقة بالمحلات التجارية:** يجب قيد عقد الرهن الحيازي في دفتر عمومي خاص بالبيع والرهون الحيازية الواردة على المحلات التجارية التي يتم مسكها من طرف مأموري المركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل في دائرته المحل التجاري محل عقد الرهن، وإذا كان لهذا المحل التجاري فروع وشملها عقد الرهن الحيازي فإنه يجب أيضا إتمام نفس الإجراء بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع بدائره كل فرع من فروع المحل التجاري التي شملها عقد الرهن الحيازي<sup>2</sup>، ويعد هذا إجراء مهم بحيث يمكن الغير من الاستعلام بطريقة سريعة ودقيقة في نفس الوقت عن المدين الراهن<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - محمد السيد الفقي، القانون التجاري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص323.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 120 ق ت ج.

نشير في هذه النقطة إلى أن هذا الإجراء لا يستوجب اتباعه فقط في عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري، وإنما في كافة العمليات الواردة عليه من بيع، تقديمه كحصة في الشركة سواء كانت على سبيل التمليك أو كانت على سبيل الانتفاع، أو إيجار تسييره، أو هبته. أنظر نص المادة 83 و96 و203 ق ت ج.

Voir aussi Louis FIALON, op- cit, p69. Voir aussi Cécile Le GALLOU, op- cit, p171.

يقول الأستاذ Alain SAYAG أن « القيد وحده يعطي للمحل التجاري وجود قانوني كامل، وهذا حسب حكم محكمة النقض في 1989 والذي انتقد بشدة من بعض المعلقين، بحيث حكمت على أنه عند غياب القيد لا يوجد المحل وبالتالي لا يمكن قيد الرهن الحيازي عليه. فيجب التسليم إذن أنه وفقا لمحكمة النقض أن وضعية المحل المستغل من قبل أين المالك لم يقيد نفسه تشبه حالة المحل التجاري في طور التكوين، على الأقل فيما يتعلق بقابلية إنقائه بالرهون».

Alain SAYAG et autres, Publicités légales et information dans les affaires, Litec, Paris, 1992, p120. Voir aussi Cass. Com. 06 mai 2008, n° 07-13.387, RJDA., oct. 2008, n° 1051, p1025. Voir aussi

أما إذا كان الأمر يتعلق بشركة فلا يتم القيد أمام المقر الرئيسي للشركة، ولكن موقع المحل التجاري هو الذي يتم على أساسه تحديد المكان الذي يجب أن يتم القيد أمامه<sup>2</sup>، ويتم ذكر بشكل واضح في القيد مجموعة من البيانات المتعلقة بالعقد ومن بينها العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي، وإذا ما رغب الأطراف في توسيع وعاء الرهن إلى عناصر أخرى للتي ذكرتها المادة 119 ق ت ج، فإنه يجب عليهم تدوينها صراحة في العقد<sup>3</sup>، وفي هذا الصدد قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 ماي 1998، أنه في حالة الإغفال عن ذكر اسم المدين عند قيد عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، فإن ذلك يؤدي إلى عدم إمكانية التمسك بالامتياز ضد الغير<sup>4</sup>.

إن هذا الاختصاص كان مخولاً لمكاتب الضبط وأمناء كتاب الضبط في المحاكم والمتعلقة بمسك السجلات العمومية للبيع ورهن حيازة المحلات التجارية وإجراءات قيد الامتيازات المتصلة بها، ثم تم تحويلها إلى المركز الوطني للسجل التجاري ومأموري المركز الوطني للسجل التجاري<sup>5</sup>.

كان المركز الوطني للسجل التجاري تحت تسمية الديوان الوطني للملكية الصناعية، والذي أنشئ بموجب المرسوم رقم 248/63 المؤرخ في 10 جويلية 1963<sup>6</sup>، كانت اختصاصاته تشمل كافة أنواع الملكية الصناعية

---

Victor VOUIN, Des effets de l' inscription des privilèges, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Bordeaux, 1908, p31.

قضت المحكمة التجارية بفيرساي Versailles بفرنسا بتاريخ 28 جوان 1950، أنه « في حالة عدم التسجيل فإن العقد العرفي المتضمن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري باطل، وأن شكلية التسجيل الواجبة مفروضة بنص المادة 10 من قانون 17 مارس 1909، فهي ضرورية لصحته».

Tri. Com. Versailles, 28 juin 1950, D., 1950, p518. J.

يقول الأستاذ R. LA HAYE أن « على طالب التسجيل أن لا يثبت فقط أنه يمتن الأنشطة التجارية ولكن عليه أيضا أن يثبت أنه يمارسها

لصالحه».

R. LA HAYE, op- ci, p68.

يضيف الأستاذ Xavier DELPECH أن « الرهن الحيازي الوارد على معدات وآلات التجهيز المستخدمة في المحل التجاري يجب قيدها في

السجل لدى كاتب الضبط في المحكمة التجارية التي يستغل في دائرة اختصاصها المحل التجاري».

Xavier DELPECH, Lieu d'inscription du nantissement de l'outillage et du matériel d' équipement, Dalloz, Actualité affaires, 14 juin 2017, p1. [https://www.dalloz-actualite.fr/flash/lieu-d-inscription-du-nantissement-de-l-outillage-et-du-materiel-d-equipement#.Wo\\_11FrOXIU](https://www.dalloz-actualite.fr/flash/lieu-d-inscription-du-nantissement-de-l-outillage-et-du-materiel-d-equipement#.Wo_11FrOXIU). 23/02/2018. 14H44.

Voir aussi Cass. Com. 27 sep. 2016, n° 14-21.964, D., 2016, n° 34, p1998. A/DA.

<sup>2</sup> - M. WEISMANN et Roger DEBLED, Achat, vente et gérance d' un fonds de commerce, 6<sup>ème</sup> éd., op- cit, pf 3. Voir aussi Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p270.

<sup>3</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p936.

<sup>4</sup> - « L' erreur sur la désignation du débiteur dans une inscription de nantissement entraîne l' inoposabilité aux tiers de ce privilège». Com. 19 mai 1998, n° 96-16.958, bull. Civ. IV, n° 159, p129.

<sup>5</sup> - أنظر المرسوم التنفيذي رقم 109/98 المؤرخ في 04 أبريل 1998، يحدد كيفية تحويل الصلاحيات المخولة لمكاتب الضبط وكتاب الضبط وأمناء كتاب الضبط في المحاكم والمتعلقة بمسك السجلات العمومية للبيع ورهن حيازة المحلات التجارية وإجراءات قيد الامتيازات المتصلة بها إلى المركز الوطني للسجل التجاري ومأموري المركز الوطني للسجل التجاري، ج ر ج ج، ع 20 الصادر بتاريخ 05 أبريل 1998.

<sup>6</sup> - Decret n° 63/248 du 10 juillet 1963, portant création d' un office national de la propriété industrielle(ONPI), jora n°49.

تجدر الإشارة إلى أن خلال هذه المرحلة (من 1962 إلى غاية ماي 1964) الجرائد الرسمية تصدر باللغة الفرنسية. عياد حكيمة، المركز القانوني

للهيئة المكلفة بالسجل التجاري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013،

ص2.

والتقييس وما يتعلق بالسجل التجاري، بحيث هذا الأخير يسيره مكتب ضمن الديوان الوطني للملكية الصناعية (ONPI)، ثم أنشئ بعد ذلك المعهد الوطني الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية بناء على الأمر رقم 62/73 المؤرخ في 21 نوفمبر 1973<sup>1</sup>، فانتقلت إليه الصلاحيات المتعلقة بالملكية الصناعية والتقييس مع انتقال إليه جميع أموال والتزامات المكتب، ما عدا تلك التي كانت تخص مكتب السجل التجاري<sup>2</sup>، ويصدر المرسوم رقم 188/73 المؤرخ في 21 نوفمبر 1973<sup>3</sup>، تم استبدال تسمية المكتب الوطني للملكية الصناعية بالمركز الوطني للسجل التجاري وبذلك حلت التسمية الجديدة محل التسمية القديمة<sup>4</sup>.

حسب نص المادة 15 مكرر 1 من القانون رقم 14/91 المتمم للقانون رقم 22/90 المتعلق بالسجل التجاري فإن المركز الوطني للسجل التجاري يعتبر مؤسسة إدارية مستقلة<sup>5</sup>، وفي نفس الوقت يعتبر تاجرا في علاقاته مع الغير<sup>6</sup>.

نشير في هذه النقطة إلى التعارض الموجود في التكييف القانوني للمركز الوطني للسجل التجاري، فمن جهة المركز يتمتع بالطابع الإداري نظرا لكونه مؤسسة إدارية مستقلة بموجب نص تشريعي، ومن جهة أخرى السلطة التنفيذية تتدخل لإعادة تكييفه بتكليف مغاير رغم أنها ليست مؤهلة لتغيير نص تشريعي ومنحت له الطابع التجاري بموجب نص تنظيمي.

إن تكييف المشرع للمركز كمؤسسة إدارية مستقلة بموجب نص تشريعي، لا يؤثر عليه الطابع التجاري الذي أتى بموجب نص تنظيمي، وهذا حسب نظرية تدرج المعايير القانونية أين نجد أن النص التشريعي أسمى من النص التنظيمي، وبالتالي يظل المركز يصنف ضمن السلطات الإدارية المستقلة وذلك بالإستناد إلى نص المادة 15 مكرر 1 من القانون المتعلق بالسجل التجاري<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - المرسوم رقم 62 /73 المؤرخ في 21 نوفمبر 1973، يتضمن إحداث المعهد الوطني الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية، ج ر ج ج، ع95 الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1973.

<sup>2</sup> - عياد حكيمة، مرجع سابق، ص3.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 1 من المرسوم رقم 188/73 المؤرخ في 21 نوفمبر 1973، يتضمن تبديل تسمية المكتب الوطني للملكية الصناعية بالمركز الوطني للسجل التجاري، ج ر ج ج، ع95 الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1973.

<sup>4</sup> - عياد حكيمة، مرجع سابق، ص3.

<sup>5</sup> - أنظر نص المادة 15 مكرر 1 من القانون رقم 22/90 المؤرخ في 18 أوت 1990، يتعلق بالسجل التجاري، ج ر ج ج، ع36 الصادر بتاريخ 31 أوت 1990، المتمم بموجب القانون رقم 14/91 المؤرخ في 14 سبتمبر 1991، ج ر ج ج، ع43 الصادر بتاريخ 18 سبتمبر 1991. أنظر أيضا نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 68/92 المؤرخ في 18 فيفري 1992، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري وتنظيمه، ج ر ج ج، ع14 الصادر بتاريخ 22 فيفري 1992، المعدل والمتمم.

<sup>6</sup> - أنظر نص المادة 2/3 من المرسوم التنفيذي رقم 68/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري وتنظيمه، المعدل والمتمم.

<sup>7</sup> - عياد حكيمة، مرجع سابق، ص16-17. أنظر أيضا

يعتبر المركز الوطني للسجل التجاري مؤسسة إدارية مستقلة توضع تحت إشراف الوزير المكلف بالتجارة<sup>1</sup>، بينما كان في السابق تحت إشراف وزير العدل، ويؤدي المركز مهمة المرفق العام فهو يقدم خدمة عمومية، ويتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ويعد المركز تاجرا في علاقاته مع الغير، كما أنه يخضع للقوانين والتنظيمات السارية<sup>2</sup>. وعليه فمن جهة يعتبر مؤسسة إدارية مستقلة تخضع لأحكام القانون العام والقضاء الإداري هو المختص بالفصل في المنازعات الناشئة بينه وبين الدولة، ومن جهة أخرى يعتبر تاجر يخضع لأحكام القانون الخاص والقضاء العادي هو المختص بالفصل في النزاعات الناشئة بينه وبين الأشخاص العاديين<sup>3</sup>.

يحدد مقر المركز بمدينة الجزائر ويكون ممثلا على مستوى كل ولاية بملحقة أو ملحقات محلية يسيرها ويديرها مأمور أو مأمورو المركز، وهذا وفقا للكثافة الاقتصادية والتجارية للولاية المعنية<sup>4</sup>، كما أن له مجموعة من المهام يمكن تقسيمها إلى اختصاصات متعلقة بالسجل التجاري واختصاصات أخرى متعلقة بالسجلات الأخرى.

تتمثل الاختصاصات المتعلقة بالسجل التجاري في ضبط السجل التجاري والحرص على احترام الخاضعين له للواجبات المتعلقة بالسجل التجاري، وينظم الكيفيات التطبيقية المتعلقة بهذه العمليات، طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

- يثبت بإذن إرادة الممارسة بصفة تاجر.
- يركز مجمل المعلومات المتعلقة بالسجل التجاري.
- يسلم مستخرج السجل التجاري.
- يسلم كل وثيقة أو معلومة متعلقة بالسجل التجاري التي تتطلب تحريات عن السوابق.
- يسير ويضبط باستمرار قائمة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيود في السجل التجاري.
- يتخذ عند وقوع مخالفات صارخة تمس مجال اختصاصاته، التدابير الاحتياطية الضرورية ويخطر القاضي المكلف بمراقبة السجل التجاري المختص إقليميا.
- يشارك في كافة الأعمال التي تهدف إلى تحسين الشروط العامة لممارسة التجارة وتقنين العلاقات التجارية بين المتعاملين الاقتصاديين.
- ينجز ويوزع كل نشرة تخص مجال عمله<sup>5</sup>.

يعد السجل التجاري وسيلة فعالة في مجال تنظيم النشاطات التجارية الخاضعة للقيود في السجل التجاري، والتي تعود بالفائدة على التاجر أولا وعلى الاقتصاد الوطني ثانيا، ونظرا لأهميته أسند تنظيمه وضبطه لجهة إدارية

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 90/97 المؤرخ في 17 مارس 1997، يضع المركز الوطني للسجل التجاري تحت إشراف وزير التجارة، ج ج ج، ع، 17 الصادر بتاريخ 26 مارس 1997.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 68/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري وتنظيمه، المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> - أنظر عياد حكيمة، مرجع سابق، ص 25 وما بعدها.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 68/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري وتنظيمه، المعدل والمتمم.

<sup>5</sup> - أنظر نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 68/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري وتنظيمه، المعدل والمتمم.

مستقلة تتمثل في المركز الوطني للسجل التجاري، حيث يعتبر المركز الجهاز القائم على السجل التجاري بتقديم مختلف الخدمات للتجار والمتعاملين الاقتصاديين ولأي شخص له مصلحة في ذلك في إطار أداء خدمة عمومية للجمهور فيما يخص السجل التجاري وما يتعلق به<sup>1</sup>.

أما الاختصاصات الأخرى للمركز الوطني للسجل التجاري إضافة إلى اختصاصه بمسك وتسيير الدفتر العمومي للمبيعات و/أو رهون المحلات التجارية ومعدات وأدوات التجهيز، فإن للمركز اختصاصات أخرى تتمثل فيما يلي:

- مسك وتسيير الدفتر العمومي لعقود الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة<sup>2</sup>.
- يقوم بتسجيل ونشر الحجوزات التحفظية على المحلات التجارية.
- يمسك ويسير فهرس التسميات الاجتماعية وإجراء عمليات التسجيل المرتبطة بها.

كما يقترح بناء على توصية مجلس إدارة المركز ما يلي:

- نموذج الجدول المتعلق بقيد البيع ورهون حيازة المحلات التجارية الذي ينشر بموجب قرار من وزير العدل.
- تحديد تسعيرة بموجب قرار من وزير التجارة تتعلق بمختلف الخدمات التي يقدمها المركز الوطني للسجل التجاري للغير، في إطار ممارسة الصلاحيات المخولة له قانوناً<sup>3</sup>.

نشير في هذه النقطة إلى أن هذه الاختصاصات كانت ممنوحة لمكاتب الضبط وكتاب الضبط وأمناء كتاب الضبط في المحاكم، أما حالياً ومنذ سنة 1998 تحولت هذه الاختصاصات إلى المركز الوطني للسجل التجاري تحت السلطة المباشرة لمأموري الملحقات المحلية للمركز.

<sup>1</sup> - عياد حكيمة، مرجع سابق، ص 80-81.

<sup>2</sup> - يعرف عقد الاعتماد الإيجاري على أنه «العقد الذي يلتزم بمقتضاه البنك بوضع مبلغ معين من النقود تحت تصرف العميل للسحب منه متى شاء خلال مدة الاعتماد، وذلك مقابل الوفاء بالفوائد عن المبالغ التي يقوم بسحبها». أنظر تهميش نفس المرجع، ص 105.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 109/98 المؤرخ في 04 أبريل 1998، يحدد كليات تحويل الصلاحيات المخولة لمكاتب الضبط وأمناء كتاب الضبط في المحاكم والمتعلقة بمسك السجلات العمومية للبيع ورهون حيازة المحلات التجارية وإجراءات قيد الامتيازات المتصلة بها للمركز الوطني للسجل التجاري ومأموري المركز الوطني للسجل التجاري، ج ج ج، ع 20 الصادر بتاريخ 05 أبريل 1998.

يطبق المركز الوطني للسجل التجاري تعريفات على مجموعة من الخدمات التي يقدمها للأشخاص بعنوان مسك السجلات التجارية (السجلات المحلية والسجل المركزي)، كما تشمل هذه التعريفات كل المصاريف التي ينفقها المركز الوطني للسجل التجاري بما فيها المصاريف المتعلقة بتزويد الخاضعين لهذه التعريفات بالاستثمارات و/ أو المطبوعات<sup>1</sup>.

يطبق المركز الوطني للسجل التجاري إضافة إلى هذه التعريفات تعريفات أخرى، ولكن بعنوان مسك السجلات العمومية للبيع ورهون حيازة المحلات التجارية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - تحدد هذه التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري في هذا المجال كما يلي:

أ- بالنسبة للأشخاص الطبيعيين التجاري (القيد الرئيسي أو الثانوي):

- بالنسبة للتاجر القار، التعريف المطبقة هي: 1120 دج.

- بالنسبة للتاجر بالتجزئة (باستثناء تجارة المساحات الكبرى)، التعريف المطبقة هي: 1920 دج.

- بالنسبة لمقدمي الخدمات القارين، التعريف المطبقة هي: 2560 دج.

- بالنسبة للتجار أصحاب المساحات الكبرى أو التجارة بالجملة أو المنتجين أو المحولين، التعريف المطبقة هي: 3360 دج.

يزاد على هذه التعريفات مائتان وأربعون دينارا (240 دج) عن كل رمز تصنيفي إضافي يسجل في نفس السجل التجاري.

- بالنسبة للتسجيل التعديلي للسجل التجاري، التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 1440 دج.

- بالنسبة لشطب القيد في السجل التجاري، التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 288 دج.

ب- بالنسبة للأشخاص المعنويين التجاري:

- بالنسبة للقيد الرئيسي أو الثانوي، التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 7200 دج.

- بالنسبة للتسجيل التعديلي، التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 1920 دج.

- بالنسبة لشطب القيد في السجل التجاري، التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 576 دج.

- بالنسبة لإيداع القوانين الأساسية أو العقود، التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 960 دج.

- بالنسبة للحل، التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 768 دج.

ج- بالنسبة للأشخاص الطبيعيين والمعنويين:

- بالنسبة لتسليم أية شهادة أو التصديق على نسخ من مستخرجات السجل التجاري أو البحث عن الأسمية، التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 800 دج.

- بالنسبة لتسليم نسخ أو وثائق يتضمنها ملف التسجيل في السجل التجاري، التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 400 دج عن كل ورقة. أنظر نص المادة

03 من القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2016، يحدد التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات التجارية والإعلانات القانونية،

ج ر ج ج، ع 01 الصادر بتاريخ 04 جانفي 2017.

كما يقبض المركز الوطني للسجل التجاري عند القيد الرئيسي للشركات، حقا متغيرا على رأس مال الشركة يحدد كما يلي:

- بالنسبة إلى رأسمال يتراوح بين 30.000 دج و 100.000 دج محسوبة، التعريف المطبقة هي: 160 دج.

- بالنسبة إلى رأسمال يتراوح بين 100.001 دج و 300.000 دج محسوبة، التعريف المطبقة هي: 560 دج.

- بالنسبة إلى رأسمال يفوق 30.000 دج، التعريف المطبقة هي: 800 دج.

كما يقبض المركز الوطني للسجل التجاري، عند كل تسجيل تعديلي ناتج عن زيادة رأسمال أية شركة، حقا متغيرا، يحدد كما يلي:

- بالنسبة إلى رأسمال يتراوح بين 10.000 دج و 50.000 دج، التعريف المطبقة هي: 192 دج.

- بالنسبة إلى رأسمال يتراوح بين 50.001 دج و 100.000 دج، التعريف المطبقة هي: 672 دج.

- بالنسبة إلى رأسمال يفوق 100.000 دج، التعريف المطبقة هي: 960 دج. أنظر نص المادة 04 من القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2016، يحدد التعريفات

التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات التجارية والإعلانات القانونية.

<sup>2</sup> - تحدد هذه التعريفات كما يلي:

أ- بالنسبة لإيداع نسخة من أصل العقد الموثق للبيع أو السند المنشئ للرهن الحيازي مرفق بجدولين، يسلم أحدهما للمعني متضمنا بيان القيد (التاريخ والرقم)،

التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 600 دج.

ب- بالنسبة لقيد التنازل أو رهن حيازة المحل التجاري في السجل العمومي للبيع ورهون حيازة المحلات التجارية وتسليم شهادة القيد عندما يكون مبلغ البيع

أو الرهن الحيازي أقل من مليوني دينار أو يساويها، التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 2000 دج.

ما نلاحظه من خلال التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري مقابل تقديمه لهذه الخدمات أن المبلغ الأدنى هو: 600 دج والمبلغ الأقصى يصل إلى 10.000 دج، وهذا مبلغ كبير ومبالغ فيه لأن المركز الوطني للسجل التجاري ما هو إلا مؤسسة إدارية مستقلة تضطلع وتهدف إلى تقديم خدمة عمومية للأشخاص وليس هدفها من وراء تقديم هذه الخدمات المضاربة وتحقيق الربح.

يؤهل مأمورو المركز بصفتهم ضباطا عموميين ومساعدين قضائيين، بقرار من الوزير المكلف بالتجارة، بناء على اقتراح المدير العام للمركز، من بين مستخدمي المركز الذين تتوفر فيهم مجموعة من الشروط<sup>1</sup>، ويؤدي الأشخاص الناجحين في المسابقة اليمين القانونية قبل تنصيبهم في وظائفهم وذلك أمام محكمة إقامتهم الإدارية، ويحرر كاتب الضبط عقدا بذلك في محضر تأدية اليمين، ولا يكرر اليمين إذا لم يحدث انقطاع نهائي عن الوظيفة<sup>2</sup>، بمعنى إذا لم تنقطع العلاقة الوظيفية بين المركز الوطني للسجل التجاري ومأمور المركز كما في حالة العطلة مثلا، أما إذا انقطعت العلاقة الوظيفية بينهما كحالة الاستقالة مثلا ففي هذه الحالة يعتبر المأمور أجنبي عن المركز ويتجرد من صفة المأمور.

يعتبر إجراء تأدية اليمين من بين الإجراءات التي يفرضها المشرع على أصحاب المراكز العليا في الدولة، أي المناصب الحساسة بما فيها سلطات الضبط المستقلة، فهو إجراء يعزز الثقة في النفس فيخلف الضمير وروح الولاء

---

أما إذا كان المبلغ أكثر من مليوني دينار وأقل من 10 ملايين دينار، التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 4.000 دج.  
أما إذا كان المبلغ أكثر من 10 ملايين دينار، التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 10.000 دج.  
ج- بالنسبة لتقيد كل حل في السجل العمومي للبيوع أو رهون حيازة وتسليم الشهادة الخاصة به، التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 2000 دج.  
د- بالنسبة لتسليم قائمة القيود الموجودة المتضمنة بيانات الأسبقية وتحديد، عند الاقتضاء، الشطب الجزئي والحلول الجزئية أو الكلية، التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 1.000 دج.  
هـ- بالنسبة لتسليم شهادة عدم وجود قيد الامتيازات الناتجة عن بيع أو رهن حيازة المحل التجاري أو الإسهاد فقط أن المحل التجاري منقول، التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 600 دج.  
و- بالنسبة للشطب الجزئي أو الكلي للتقيد مع إيداع العقد وتسليم شهادة شطب امتياز البائع أو الدائن المرتهن، التعريف المطبقة على هذه الخدمة هي: 600 دج.  
المادة 1 من القرار المؤرخ في 14 أبريل 2004، يحدد التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات العمومية للبيوع ورهون حيازة المحلات التجارية وأدوات ومعدات التجهيز، ج ر ج ع، 35 الصادر بتاريخ 01 جوان 2004.

<sup>1</sup> - تتمثل شروط ممارسة وظيفة مأمور المركز فيما يلي:  
- أن يكون قد نجح في اختبارات الامتحان المهني.  
- أن يكون من جنسية جزائرية.  
- أن يكون حائزا على شهادة ليسانس في العلوم القانونية والإدارية أو العلوم الاقتصادية أو العلوم التجارية أو شهادة معادلة.  
- أن يكون معفي من واجبات الخدمة الوطنية.  
- أن يكون عمره خمسا وعشرين (25) سنة على الأقل.  
- أن يستوفي شروط الكفاءة البدنية لممارسة الوظيفة.  
- أن يتمتع بالأهلية المدنية والحقوق الوطنية وأن يكون ذا أخلاق حسنة. أنظر نص المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 69/92 المؤرخ في 18 فيفري 1992، يتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري، ج ر ج ع، 14 الصادر بتاريخ 22 فيفري 1992، معدل ومتمم.

<sup>2</sup> - تتمثل صيغة اليمين القانونية العبارة التالية (أقسم بالله العلي العظيم أن أقوم بأعمال وظيفتي بأمانة وصدق وأن أراعي في كل الأحوال الواجبات المفروضة علي). أنظر نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 69/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري، المعدل والمتمم.

للوطن بتأثير الاحساس بوجود رقابة ربانية، ومن ثم الاستغناء عن الرقابة التي تفرضها السلطة التنفيذية خاصة، وهذا ما يخلق نوع من الاستقلالية للأعضاء في أداء مهامهم<sup>1</sup>.

يعد مأمورو المركز في وضعية عمل لدى الفروع المحلية للمركز الوطني للسجل التجاري، كما يمكن أن يكونوا في وضعية عمل على مستوى الهياكل المركزية للمركز<sup>2</sup>، ولهم مجموعة من المهام التي تدخل في وظيفتهم وهي مذكورة على سبيل الحصر، يمكن تقسيمها إلى مهام متعلقة بمسك السجل التجاري والسجلات الأخرى، ومهام أخرى متعلقة بكونهم مسؤولون عن تسيير الفرع المحلي للمركز.

ففيما يخص المهام المتعلقة بمسك السجل التجاري يسهر على مطابقة تصريحات الخاضعين مع الوثائق المقدمة قصد التسجيل في السجل التجاري، على النحو المنصوص عليه في الإجراءات القانونية المعمول بها.

- يسلم مستخرج السجل التجاري لكل خاضع يستوفي الشروط المنصوص عليها في القانون.
- يسلم ويسجل كل عقد رسمي يتضمن إنشاء شركات أو يؤثر على وضعها القانوني كعقود تأسيس الشركات وتغييرها وتحويلها وحلها وجميع العقود الرسمية التي تعالج الوضع القانوني للمحلات التجارية.
- يقوم بكل نشر قانوني إجباري.
- يسلم كل وثيقة أو معلومات تتعلق بالسجل التجاري والتسمية التجارية التي تستوجب بحثا مسبقا.
- يقوم بقيد الحجز التحفظي للمحل التجاري ونشره في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

زيادة إلى هذه المهام يكلف مأمور المركز بمهام أخرى تتمثل فيما يلي:

- مسك وتسيير السجل التجاري المحلي والدفتري العمومي للمبيعات و/ أو رهون حيازة المحلات التجارية.
- يسلم ويدير فهرس التسميات الاجتماعية.
- يسلم ويسير السجل العمومي لعقود الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة والإيجار المتعلق بالمحلات التجارية<sup>3</sup>.

أما فيما يخص المهام المنوطة لمأمور المركز باعتباره مسؤول عن تسيير الفرع المحلي للمركز، فهي مذكورة أيضا على سبيل الحصر وتتمثل فيما يلي:

- يعد مسؤولا على إنجاز كل العمليات التي تدخل في مجال صلاحياته المحددة في القوانين والتنظيمات المعمول بها.

- يمارس السلطة السلمية على جميع مستخدمي الفرع المحلي للمركز<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عياد حكيمة، مرجع سابق، ص 49-50.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 69/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري، المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> - أنظر نص المانتان 4 و 5 من المرسوم التنفيذي رقم 69/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري، المعدل والمتمم. Voir aussi Jean Pierre LE GALL et Caroline RUELLAN, Droit commercial, notions générales, 16<sup>ème</sup> éd, Dalloz, Paris, 2014, p40.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 69/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري، المعدل والمتمم.

إذا كان القانون خول لمأمور المركز القيام بهذه المهام، فإنه من جهة أخرى منعه من مباشرة بعض الأنشطة وهي المذكورة على سبيل الحصر نلخصها فيما يلي:

- عدم ممارسة أي نشاط آخر مأجور خارج عن المهام المذكورة سابقا.  
- لا يجوز لمأمور المركز أن يحوز في مؤسسة باسمه الخاص أو باسم شخص آخر تحت أية تسمية كانت مصالح يمكنها أن تشكل عرقلة للممارسة العادية لمهنته أو قد تمس باستقلالية المؤسسة بصفة عامة.

كما يقع على عاتق مأمور المركز عندما يمارس زوجه عملا خاصا مكسبا أن يصرح بذلك للمدير العام للمركز حتى يتمكن هذا الأخير أن يتخذ عند الاقتضاء الإجراءات الضرورية للحفاظ على استقلالية المؤسسة وكرامة المهنة.

- لا يجوز لمأمور المركز قبول هبات نقدية أو عينية أو أي امتياز آخر من شخص طبيعي أو معنوي، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة<sup>1</sup>.

إن الهدف من وراء هذا المنع هو ضمان حياد مأمور المركز باعتباره ممثلا للإدارة في المهام المخولة له ومن أجل عدم التأثير فيه، لأن أي نشاط يقوم به مأمور المركز أو زوجه غير مخول له القيام به يمكن أن يجعل قراراته غير صائبة وتخرج عن الهدف الذي قررت من أجله. غير أنه كان من المستحسن أن ترد هذه الأعمال على سبيل المثال حتى لا يفتح المجال لاستغلال الثغرات القانونية من طرف مأمور المركز بممارسة أي نشاط يمكن أن يظهر ولم يذكر بموجب نص قانوني؛ وهذا ما يؤثر على وظيفتهم في المركز<sup>2</sup>.

أورد القانون مجموعة من الأنشطة لا تتعارض ممارستها مع مهنة مأمور المركز كإنتاج الأعمال العلمية أو الأدبية أو الفنية، أما إذا أراد مثلا القيام بأعمال التدريس أو التكوين أو البحث فيجب عليه الحصول على ترخيص من المدير العام للمركز<sup>3</sup>.

إن ممارسة مأمور المركز لمجموعة من الأنشطة أو الأعمال التي لا تتعارض مع مهنته من شأنه تحسين مستوى المأمور ونمو ثقافته ووعيه، ويجعله ينمي قدراته العلمية الأمر الذي يساهم في تحسين أداء الخدمة التي يقدمها وتطوير القطاع، بحيث يتحول من موظف مطبق إلى موظف مطبق ومنتج في نفس الوقت.

نظرا للوظيفة الحساسة المهمة لمأموري المركز، فإنهم قد يتعرضون لمختلف الاعتداءات مهما كانت طبيعتها كالضرب أو الجرح أو التهديد، السب والشتم أثناء تأدية وظيفتهم<sup>4</sup> أو بسببها أو بمناسبة<sup>1</sup>، وعليه فهم يتمتعون

<sup>1</sup> - نص المواد 10، 11، 15 من المرسوم التنفيذي رقم 69/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري، المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> - عياد حكيمة، مرجع سابق، ص 47.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 69/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري، المعدل والمتمم.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 1/14 من المرسوم التنفيذي رقم 69/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري، المعدل والمتمم.

بحماية الدولة ويظهر ذلك سواء بنص خاص<sup>2</sup> أو وفقا لقانون العقوبات<sup>3</sup>، وفي حالة تحقق الاعتداء فإن المركز يقوم مقام حقوق المأمور المعتدى عليه، ويمكن له التأسيس كطرف مدني أمام المحكمة الجزائية، كما يقوم المركز بتعويض الخسارة المباشرة عن تعرض المأمور لضرر عند تأدية مهامه في جميع الحالات التي لم ينص عليها التشريع بصدد الضمان الاجتماعي<sup>4</sup>.

تتقرر مسؤولية مأمور المركز في حالة ارتكابه لخطأ أثناء تأدية وظيفته، سواء وفقا للقانون الأساسي الخاص به أو وفقا لقوانين أخرى، غير أن في هذا القانون لم تحدد طبيعة الخطأ وإنما نص فقط على أن مسؤولية المأمور تتقرر كلما وجد تقصير من جهته في أداء واجباته، ونص على مجموعة من العقوبات التأديبية التي يمكن تطبيقها عليه حسب درجة الخطأ المرتكب، وهذه العقوبات تتمثل في التنبيه إلى اتباع النظام، الإنذار، التوبيخ، التوقيف المؤقت الذي لا يتعدى ستة (6) أشهر، الفصل. كما يتمتع المدير العام للمركز بسلطة تنبيه مأمور المركز أو توجيه إنذار كتابي إليه دون انتهاج الإجراء التأديبي<sup>5</sup>.

إضافة إلى مسؤولية المأمور المقررة وفقا للقانون الأساسي الخاص بمأمور المركز، فإنه يمكن أن تتقرر مسؤوليته الجزائية وفقا لنصوص قانون العقوبات في حالة ارتكابه لجريمة منصوص عليها فيه، كما يمكن أيضا أن تتقرر مسؤوليته المدنية (التقصيرية) وفقا لقواعد القانون المدني.

تنص المادة 121 ق ت ج على أنه (يجب إجراء القيد خلال ثلاثين يوما من تاريخ العقد التأسيسي، تحت طائلة البطلان).

نستنتج من خلال نص هذه المادة أن المشرع منح أجل ثلاثين يوما للدائن المرتهن لقيد عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بالدفتر العمومي لرهن المحلات التجارية يبدأ حسابها من تاريخ إبرام العقد وإلا ترتب عليه البطلان<sup>6</sup>، وإذا صادف اليوم الأخير يوم عطلة فإن الميعاد يمتد إلى أول يوم عمل<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - قياسا على نص المادة 1/136 ق م ج التي تنص على أنه (يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها).

<sup>2</sup> - نقصد بالنص الخاص المرسوم التنفيذي رقم 69/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري، المعدل والمتمم، وفقا لنص المادة 14 منه.

<sup>3</sup> - أي وفقا للأمر رقم 66/156 المؤرخ في 08/06/1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج، ع 49 الصادر بتاريخ الصادر بتاريخ 11 جوان 1966، المعدل والمتمم.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 2/14 و3 من المرسوم التنفيذي رقم 69/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري، المعدل والمتمم.

<sup>5</sup> - أنظر نص المادة 31 وما بعدها من المرسوم التنفيذي رقم 69/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري، المعدل والمتمم.

<sup>6</sup> - أنظر كركادن فريد، أحكام الرهن الحيازي للمحل التجاري في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 69.

<sup>7</sup> - Raymond CASTRO, op- cit, p44.

بتفحصنا جيدا نص المادة 121 ق ت ج نجد أن المشرع رتب جزاء في حالة عدم القيام بقيد العقد خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبرام العقد التأسيسي يتمثل في البطلان، ولكنه لم يبين على ماذا يقع البطلان هل يقع على العقد التأسيسي وبالتالي يصبح عقد الرهن الحيازي كأن لم يكن؟ أم أن البطلان يقع على القيد ولا يمتد إلى العقد؟

علما أن الصياغة الفرنسية لهذه المادة جاءت أكثر وضوحا ورتبت مباشرة البطلان على عقد الرهن.

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

انقسم الفقه إلى رأيين أحدهما يرى أن المشرع أراد من وراء هذا البطلان أن يقع على القيد فقط ولا يمتد إلى العقد، لأن هذا الأخير إذا استوفى أركانه وتمت كتابته طبقا لأحكام القانون كان العقد صحيحا منتجا لآثاره بين عاقيه، وبذلك يكون جزاء تخلف قيد الرهن بالدفتر المعد لذلك هو عدم سريان العقد في مواجهة الغير دون عقد الرهن ذاته المستوفي لشروطه القانونية<sup>1</sup>، فحجتهم في ذلك أن القيد في السجل التجاري كنقل الحيازة في المنقول العادي هو شرط لسريان الرهن في حق الغير<sup>2</sup>، فعدم إجراء قيد العقد في الميعاد القانوني يستوجب بطلان القيد وحده لأن عدم القيد لا تأثير منه على صحة الرهن<sup>3</sup>.

أما الرأي الثاني يرى أن البطلان يقع على العقد، حيث يتجلى ذلك بجلاء من نص نفس المادة باللغة الفرنسية الذي يعد الأصل التاريخي، وإن لم يكن هو النص الرسمي ولكنه الأقرب إلى روح النص وقصد المشرع، ولا سيما أن هذا النص قد صدر في ظرف لم تكن الهيئة التشريعية قائمة<sup>4</sup>، وحجتهم في ذلك أن المقصود من إجراء

<sup>1</sup> - أنظر سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 107. أنظر أيضا محمد فريد العريني وهاني دويدار، مرجع سابق، ص 411. أنظر أيضا سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مرجع سابق، ص 401. أنظر أيضا مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، مرجع سابق، ص 233.

<sup>2</sup> - سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مرجع سابق، ص 402. أنظر أيضا مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، 1982، ص 654.

« L' inscription est désormais la seule formalité à remplir pour rendre le nantissement opposable aux tiers». Louis FIALON, op- cit, p67.

<sup>3</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 301. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 455.

<sup>4</sup> - علي غانم، مرجع سابق، ص 202-203. أنظر أيضا نادية فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص 114. أنظر أيضا نسرین شرقي، مرجع سابق، ص 84. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 255.

L' art. L. 142- 4 C. Com. F. prévoit que( L' inscription doit être prise, à peine de nullité du nantissement, dans les trente jours suivant la date de l' acte constitutif).

Voir Bernard SAINTOURENS, Organisation générale du commerce, actes de commerce-commerçants et fonds de commerce, Chroniques, RTD. Com., n° 04, 2011, p726-727.

صدر عن الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية قرار في هذا الشأن بتاريخ 18 فيفري 1997، يقضي « بطلان عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري

لعدم القيام بإجراء القيد خلال مدة 15 يوما من تاريخ إبرام العقد، وفقا لنص المادة 11 من قانون 17 مارس 1909».

Civ. 18 fév. 1997, n° 94-21.930, bull. Civ. I, n° 64, p41. Voir aussi Com. 17 sep. 2002, n° 99-17.938, bull. Civ. IV, n° 127, p136. Préc. Voir aussi Cass. Com. 27 mai 1997, JCP., G., 1997, 04, n° 1512.

« إن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري الذي لم يتم قيده خلال خمسة عشر يوما لا يمكن الاعتداد به حتى ولو اعترف البائع بوجوده صراحة، وبالتالي

لا يمكن للدائن المرتهن التمسك به ضد الغير».

القيد في الميعاد المحدد قانونا هو قطع الطريق على الدائن المرتهن الذي يتراخى في القيد لإخفاء رهنه على الغير فيتعاقد هذا الأخير مع المدين الراهن بزعم أن محله التجاري غير مرهون<sup>1</sup>، ويجوز التمسك بهذا البطلان من كل ذي مصلحة حتى وإن كان المدين نفسه<sup>2</sup>.

يطرح الأستاذان Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT تساؤل آخر حول ما إذا كانت هذه الشكلية اشترطت من أجل منح تاريخ محدد للعقد؟ أم هي واجبة تحت طائلة البطلان؟ إذ يريان أنه هناك اجتهاد قضائي ضئيل يميل إلى الاحتمال الثاني، الذي يرى أن الشكلية أساسية لصحة عقد الرهن وهو ما يجعل أن القيد لدى أمانة الضبط قبل التسجيل باطل<sup>3</sup>.

بينما أغلبية الفقه يميلون إلى هذا الاحتمال الثاني الذي يعتبر أن الهدف من القيد ليس فقط إعطاء تاريخ ثابت للعقد وإنما يشكل شرطا لصحة عقد الرهن.

يعد القيد لدى المركز الوطني للسجل التجاري التزام يجب استيفاءه تحت طائلة البطلان، ولم يفرق المشرع بين العقد الرسمي أو العقد العرفي<sup>4</sup>، بمعنى سواء كان أطراف العلاقة التعاقدية أشخاصا غير البنوك أو كان أحدهما بنكا (فالقانون يسمح عندما تكون البنك طرف أن يتم إفراغ العقد في قالب عرفي)، فيجب اتباع هذا الإجراء الشكلي ولا يهم من يكون أطراف العقد.

---

Jean DERRUPÉ, Organisation générale du commerce, Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce, RTD. Com., Croniques de législation et de jurisprudence françaises, n° 04, 1997, pp628-629.

<sup>1</sup> - أنظر تهميش سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مرجع سابق، ص402. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص255. ما نلاحظه أن أغلب المراجع الجزائرية التي تناولت هذه النقطة قالت ببطلان عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، حجتهم في ذلك أن النص العربي هو إلا صورة طبق الأصل للنص باللغة الفرنسية وأسوة بما تناوله المشرع الفرنسي في نص المادة 142-4 من القانون التجاري. نشير إلى أن قبل تعديل القانون الفرنسي في سنة 2015 بموجب القانون رقم 990-2015 المؤرخ في 06 أوت 2015، كانت المدة التي يجب أن يتم خلالها القيد هي 15 يوما من تاريخ إبرام العقد، ولكن بعد هذا التعديل أصبحت المدة 30 يوما من تاريخ إبرام العقد.

Voir aussi Com. 14 jan. 1997, n° 95-12.108, bull. Civ. IV, n° 15, pp12-13.

« La nullité est une nullité absolue, qui ne peut donc pas être corrigée par une confirmation de l'acte irrégulier». Olivier BARRET, op- cit, p308. Voir aussi Com. 23 nov. 2004, n° 03-16.196, bull. Civ. IV, n°198, p225. AJ.

« La caution n' a pas l' obligation d' informer la banque sur les risques par elle encourus en cas d' inscription tardive de son nantissement». Cass. Com. 23 nov. 2004, n° 03-16.196. D., 2005, n° 04, p276. Voir aussi dans ce sens: CA. D' aix- en- provence, 12 avr. 2007, n° 05-12.357, D., 2007, n° 19, p1276. AJ.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 2/121 ق ت ج.

<sup>3</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p937.

« Faute d' avoir été enregistré, l' acte sous seing privé constitutif d' un nantissement sur fonds de commerce est nul, la formalité de l' enregistrement, impérativement imposée par l' art. 10 de la loi du 17 mars 1909, étant essentielle à sa validité. L' inscription de nantissement sur fonds de commerce doit être prise, à peine de nullité, en application de l' art. 11 de la loi du 17 mars 1909, dans la quinzaine de l' acte constitutif». Tri. Com. Versailles, 28 juin 1950, D., 1950, p518. Préc.

<sup>4</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, pp936-937.

أنظر فيما يخص حالة وفاة المدين الراهن خلال مدة 30 يوما.

يرى الأستاذ Jean DERRUPPÉ أن قيد العقد المتضمن الرهن الحيازي هو الشرط الوحيد المطلوب لجعل حقوق الدائن المرتهن نافذة ضد الغير<sup>1</sup>، أي يمكن التمسك بها ضد الغير. غير أننا نرى أن هذا الإجراء غير كافي، بحيث يجب قيد هذا العقد لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية إذا كان يتضمن حقوق الملكية الصناعية، كما يجب نشر هذا العقد في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل وفي الصحافة الوطنية المكتوبة، كما سنتاوله أدناه.

**ثانيا: قيد عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري المتضمن حقوق الملكية الصناعية في سجل خاص لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية:** قد يتضمن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من بين عناصره المرهونة حقوق الملكية الصناعية، وعليه فإنه يجب قيد عقد الرهن الحيازي الوارد على هذه الحقوق في سجل خاص بكل حق من هذه الحقوق لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية<sup>2</sup>، بناء على تقديم شهادة القيد المسلمة من مأموري السجل التجاري في خلال ثلاثين (30) يوما التابعة لهذا القيد، وفي حالة إهمال هذا الإجراء فإنه لا يمكن التمسك بعقد الرهن الحيازي الوارد على هذه العناصر أو إحداها ضد الغير، كما أن رهن هذه الحقوق يتم وفقا للنصوص القانونية المنظمة لها على حده<sup>3</sup>، ويشترط في عقد الرهن الحيازي ضرورة إفراغه في قالب مكتوب وإمضائه من طرف المعنيين بالأمر، وفي حالة الإخلال بهذا الإجراء يعتبر العقد باطلا<sup>1</sup>، كما يمكن لكل شخص

<sup>1</sup> - Jean DERRUPPE, Le fonds de commerce, Dalloz, Paris, 1994, pp58-59.

<sup>2</sup> - تناول المشرع في الفصل السادس من القانون التجاري إجراءات القيد والبيانات الخاصة بالمعهد الجزائري للملكية الصناعية وتنظيمه، حيث تنص المادة 147 ق ت ج على أنه (يتم إجراء القيد والبيانات طبقا للتشريع الساري المفعول إذا كانت البيوع أو التنازلات عن المحلات التجارية تشمل علامات الصنع أو التجارة أو الرسوم أو النماذج الصناعية، وكانت رهون هذه المحلات تشتمل على براءات اختراع أو رخص أو علامات أو رسوم أو نماذج). أنظر أيضا نص المادة 3/8 من المرسوم التنفيذي رقم 68/98 المؤرخ في 1998/02/21، يتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي.

تتمثل هذه الحقوق في العلامات (سواء كانت تجارية، صناعية أو خدماتية) براءات الاختراع، الرخص والإجازات، الرسوم والنماذج الصناعية والتصاميم

الشكلية للدوائر المتكاملة.

« Si le nantissement comprend des brevets d' inventions, licence, des marques, dessins ou modèles le créancier nanti doit dans les quinze jours qui suivent son inscription au greffe requérir l' inscription de son nantissement à l' office national de la propriété industrielle». R. LA HAYE, op-cit, p128. Voir aussi M. WEISMANN et Roger DEBLE, op- cit, pF3. Voir aussi Michel PEDAMON et Hugues KENFACK, op- cit, p273.

أنظر أيضا داود منصور، الشكلية كآلية لتحقيق الحماية القانونية للمحل التجاري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 3، ع4-2015، ص437.

<sup>3</sup> - فعلى سبيل المثال يتم قيد الرهن الحيازي للعلامة في سجل خاص بالعلامات لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، وذلك بناء على طلب أحد الأطراف المعنية ويرفق طلب القيد بكل وثيقة أو عقد يثبت الرهن، ويكون هذا العقد ساريا في مواجهة الغير بمجرد تسجيله في السجل الخاص بالعلامات، ويتم ترقيمه والتأشير عليه، كما يعد عقد الرهن الحيازي باطلا إذا كان الغرض منه تضليل الجمهور أو الأوساط التجارية فيما يتعلق على وجه الخصوص بطبيعة أو بمصدر أو طريقة صنع أو خصائص أو قابلية استخدام السلع والخدمات التي تشملها العلامة.

إن الغرض من وراء تقرير هذا الجزاء هو حماية الزبائن من كل سلوك يؤدي إلى استغلالهم وتضليلهم، باعتبارهم العنصر الجوهري المكون للمحل التجاري والعلاقات التجارية، فالثقة تلعب دورا كبيرا وأساسيا في المعاملات التجارية، إذ أن غالبا ما يشتري العملاء سلع معينة نظرا لحملها علامة معينة، فقيام التاجر مثلا بتضليل الزبائن يكون مخالفا لشروط ممارسة النشاط التجاري الأمر الذي يجعله معرضا للجزاء المقرر قانونا. أنظر نص المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 277/05 المؤرخ في 2 أوت 2005، يحدد كيفيات إيداع العلامات وتسجيلها، ج ج ج ع، ع54 الصادر بتاريخ 07 أوت 2005. أنظر أيضا المرسوم التنفيذي رقم 276/05 المؤرخ في 2 أوت 2005، يحدد كيفيات إيداع التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وتسجيلها، ج ج ج ع، ع54 الصادر بتاريخ

الحصول على شهادة تعريف تضم كل البيانات المقيدة في السجل أو استنساخ لما قيد في السجل أو شهادة تثبت عدم وجودها، مع دفع رسوم على هذه الخدمات وينشر المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية دوريا هذا القيد في النشرة الرسمية<sup>2</sup>.

يقصد بعبارة المصلحة المختصة التي يتم لديها قيد الرهن الحيازي الوارد على حقوق الملكية الصناعية<sup>3</sup> المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية<sup>4</sup>، ويعتبر مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري<sup>5</sup> وبالتالي فهو يخضع لقواعد القانون العام في علاقاته مع الدولة، ويعد تاجرا في علاقاته مع الغير وبالتالي فهو يخضع لقواعد القانون الخاص<sup>6</sup>، ويتمتع بالشخصية المدنية والتجارية<sup>7</sup>.

أنشئ في بداية الأمر الديوان الوطني للملكية الصناعية وذلك بموجب المرسوم رقم 284/63 وكانت اختصاصاته تشمل كافة أنواع الملكية الصناعية والتقييس وما يتعلق بالسجل التجاري، ثم أنشئ بعد ذلك المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي بموجب الأمر رقم 62/73<sup>8</sup>، فانقلت إليه الصلاحيات المتعلقة بالملكية الصناعية والتقييس وجميع أموال والتزامات المكتب، ما عدا تلك التي كانت تخص مكتب السجل التجاري<sup>9</sup>، والذي تحولت تسميته بعد ذلك إلى المركز الوطني للسجل التجاري<sup>10</sup> إلا أن الأنشطة المتعلقة بالعلامات والرسومات والنماذج

---

07 أوت 2005. أنظر أيضا المرسوم التنفيذي رقم 275/05 المؤرخ في 2 أوت 2005، يحدد كفيات إيداع براءات الاختراع وإصدارها، ج ر ج ج، ع54 الصادر بتاريخ 07 أوت 2005. أنظر أيضا المادة 2/17 من الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات. أنظر أيضا القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ج ج، ع41 الصادر بتاريخ 27 جوان 2004، معدل ومتمم. أنظر أيضا القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر ج ج، ع41 الصادر بتاريخ 18 أوت 2004، معدل ومتمم.

« A défaut de l' inscription à cet institut rend le nantissement inopposable aux tiers en ce qui concerne la propriété industrielle». M. WEISMANN et Roger DEBLED, op- cit, pF3.

« ... Faute de quoi le nantissement serait inopposable aux tiers en tant qu' il porte sur ses objets». R. LA HAYE, op- cit, p128. Voir aussi Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p273.

- <sup>1</sup> - أنظر نص المادتان 14 و15 من الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات.
- <sup>2</sup> - أنظر نص المادة 1/8 و2 من المرسوم التنفيذي رقم 68/98 المؤرخ في 21 فيفري 1998، يتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي. أنظر أيضا نص المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 277/05 المحدد لكفيات إيداع العلامات وتسجيلها.
- <sup>3</sup> - وردت هذه العبارة في المرسوم التنفيذي رقم 277/05 المحدد لكفيات إيداع العلامات وتسجيلها، والرسوم التنفيذية رقم 276/05 المحدد لكفيات إيداع التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وتسجيلها، والرسوم التنفيذية رقم 275/05 المحدد لكفيات إيداع براءات الاختراع وإصدارها.
- <sup>4</sup> - وهذا حسب نص المادة 6/2 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات.
- <sup>5</sup> - أنظر نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 68/98 المتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي.
- <sup>6</sup> - أنظر نص المادة 45 من القانون 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر ج ج، ع2 صادر بتاريخ 13 جانفي 1988. أنظر أيضا عياد حكيمة، مرجع سابق، ص 27.
- <sup>7</sup> - أنظر نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 68/98 المتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي.
- <sup>8</sup> - المرسوم رقم 62/73 المؤرخ في 21 نوفمبر 1973، يتضمن إحداث المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية.
- <sup>9</sup> - أنظر عياد حكيمة، مرجع سابق، ص 2-3.
- <sup>10</sup> - تم تبديل التسمية بموجب المرسوم 188/73 المؤرخ في 21 نوفمبر 1973، يتضمن تبديل تسمية المكتب الوطني للملكية الصناعية بالمركز الوطني للسجل التجاري.

الصناعية والتسميات بقيت من اختصاصاته<sup>1</sup>، ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم 68/98 بموجبه تم إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية وحل محل المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية في أنشطته المتعلقة بالاختراعات، ومحل المركز الوطني للسجل التجاري في أنشطته المتعلقة بالعلامات والرسوم والنماذج الصناعية والتسميات، وانتقلت إليه الأنشطة والأملاك والحقوق والحصص والالتزامات والوسائل سواء المادية أو البشرية كل هذا ينتقل إلى المعهد<sup>2</sup> الذي يوضع تحت وصاية وزارة الصناعة وإعادة الهيكلة ومقره في مدينة الجزائر، كما يمكن إنشاء ملحقات أخرى كلما دعت الحاجة بقرار من الوزير المكلف بالملكية الصناعية<sup>3</sup>.

يؤدي المعهد مهمة الخدمة العمومية وبالتالي فيمكن لكل شخص الانتفاع بالخدمات التي يقدمها، ولا يهدف من وراءها تحقيق الربح فهو يسهر على حماية الحقوق المعنوية للمبدعين في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها ومن بين المهام الموكلة له نذكر ما يلي:

- توفير حماية الحقوق في الملكية الصناعية.
- حفز ودعم القدرة الإبداعية والابتكارية، لا سيما تلك التي تتلائم والضرورة التقنية للمواطنين، وذلك باتخاذ الإجراءات التشجيعية المادية والمعنوية.
- ترقية وتنمية قدرة المؤسسات الجزائرية لتسهيل العلاقات التجارية البعيدة عن المنافسة غير المشروعة مع حماية وإعلام الجمهور ضد الملابسات حول مصدر السلع والخدمات والمؤسسات المتاجرة التي من شأنها توقيعه في المغالطة.
- دراسة طلبات تسجيل حقوق الملكية الصناعية وإيداعها والعقود الواردة عليها ونشرها.
- تطبيق أحكام الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في ميدان الملكية الصناعية التي تكون الجزائر طرفاً فيها، وعند الاقتضاء المشاركة في أشغالها. بالإضافة إلى هذا كله فالمعهد يضع في متناول الجمهور كل الوثائق والمعلومات المتصلة بميدان اختصاصه، لذلك فهو يؤسس بنكا للمعلومات وينظم دورات وفتترات تدريبية.

يسير المعهد من طرف مدير عام يتم تعيينه من طرف الوزير الوصي، يساعده في أداء مهامه مجلس إدارة يتكون من الوزير المكلف بالملكية الصناعية أو ممثله رئيساً، ممثل الوزير المكلف بالدفاع الوطني، ممثل الوزير

<sup>1</sup> - أنظر المرسوم رقم 249/86 المؤرخ في 30 سبتمبر 1986، يحول إلى المركز الوطني للسجل التجاري الهياكل والوسائل والأملاك والأعمال والمستخدمين الذين كان يحوزهم أو يسيروهم المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية فيما يخص علامات الطرز والرسوم والنماذج والتسميات الأصلية، ج ر ج ج، ع 40 الصادر بتاريخ 01 أكتوبر 1986.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 68/98 المتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي. يعد إنشاء المعهد تطبيقاً لاتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883، والتي صادقت الجزائر عليها حيث تنص في المادة 12 منها على أنه (تتعهد كل دول الاتحاد بإنشاء مصلحة وطنية تختص بالملكية الصناعية ومكتب مركزي لاطلاع الجمهور على براءات الاختراع، ونماذج المنفعة، ... وتصدر هذه المصلحة نشرة دورية رسمية)، وقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية في سنة 1966 بموجب الأمر 48/66 المؤرخ في 25 فيفري 1966، ج ر ج ج، ع 16 الصادر بتاريخ 25 فيفري 1966. ثم تمت المصادقة عليها مرة ثانية بعد تعديلها بمقتضى الأمر رقم 02/75 المؤرخ في 9 جانفي 1975، ج ر ج ج، ع 10 الصادر بتاريخ 04 فيفري 1975.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 68/98 المتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي.

المكلف بالشؤون الخارجية، ممثل الوزير المكلف بالبحث العلمي، ممثل الوزير المكلف بالتجارة، ممثل الوزير المكلف بالصحة العمومية، ممثل الوزير المكلف بالفلاحة، ممثل الوزير المكلف بالمالية، يتم تعيين هؤلاء الأعضاء من طرف الوزير المكلف بالملكية الصناعية بناء على اقتراح من السلطات التي ينتمون إليها لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد<sup>1</sup>.

ما نلاحظه من خلال هؤلاء الأعضاء أنهم يختلفون في الجهة التي ينتسبون إليها، وأنهم في وزارات حساسة هذا ما يجعل القرارات التي يتم اتخاذها تكون ذات أهمية كبيرة ما يحقق النجاعة وتنمية الاقتصاد الوطني وتفعيله وتحسينه الأمر الذي يخدم المصلحة العامة للدولة.

يمكن للغير أن يعلم بالقيود في السجلات التجارية عن طريق عدة وسائل:

- عن طريق الاطلاع المباشر على السجل التجاري لكل ملتمس.
- عن طريق تحرير نسخة عن القيد من طرف مأمور المركز.
- عن طريق إدراج القيد في الصحف<sup>2</sup>.
- عن طريق النشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وهذا ما سنحاول دراسته أدناه.
- عن طريق استخدام الوسائل الحديثة المتبعة في الدول المتقدمة كفرنسا مثلا: استخدام الموقع الإلكتروني الخاص بـ [www.infogreffe.fr](http://www.infogreffe.fr)، الهاتف، ... إلخ<sup>3</sup>.

**ثانيا: النشر:** لا يكفي القيام بقيد عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في الدفتر العمومي للبيوع والرهن الحيازية المتعلقة بالمحلات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري، والقيام أيضا بقيد هذا العقد في السجلات الخاصة بحقوق الملكية الصناعية لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية إذا كان عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يشمل من بين عناصره المرهونة حقوق الملكية الصناعية، وإنما لتمام الإجراءات الشكلية يجب نشر هذا العقد في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وفي جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري، نفس الحكم ينطبق على المحلات التجارية المتنقلة فإن مكان الاستغلال هو المكان الذي يكون البائع مسجلا فيه بالسجل التجاري<sup>4</sup>، وفي الصحافة الوطنية المكتوبة أو أية وسيلة ملائمة<sup>1</sup>. بهذا نجد

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 6 وما بعدها من المرسوم التنفيذي رقم 68/98 المتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي.

<sup>2</sup> - R. LA HAYE, op- cit, p170.

<sup>3</sup> - « Quels sont les moyens de diffusion des informations recueillies? Les informations vérifiées concernant les entreprises immatriculées sont disponibles (visualisation ou commande) sur le site [www.infogreffe.fr](http://www.infogreffe.fr), par minitel et par téléphone. Elles sont également disponibles auprès du greffe sur support papier, au guichet ou par courrier». Etude de l' ASG( Association Syndicale de Greffiers de commerce de France), Sous direction de Pascal BEDER, Les formalités légales au registre du commerce de 18 pays européens et méditerranéens: Similitudes et différences, 3<sup>ème</sup> trimestre, Paris, 2001, p223.

<sup>4</sup> - هذا قياسا على نص المادة 83 ق ت ج المتعلقة ببيع المحل التجاري.

« يقصد بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية الوثيقة التي تدون فيها خاصة المعلومات المتعلقة بالتاجر ونشاطه، واعتمد المركز الوطني للسجل التجاري على هذه الآلية للإشهار القانوني في المسائل التجارية نظرا لأهميتها القصوى لما تعطيه للغير من حق الاطلاع على كل ما يتعلق بالتاجر ونشاطه، وتعد وثيقة

أن المشرع قد وسع من وسائل النشر الأمر الذي يجعل احتمال علم الغير بمحتوى الإشهار القانوني كبير، ويجب أن يقوم به كل تاجر شخصا طبيعيا كان أم معنويا.

أ- الهيئة المكلفة بإعداد النشرة الرسمية للإعلانات القانونية: إن الهيئة المكلفة بإعداد النشرة الرسمية للإعلانات القانونية هو المركز الوطني للسجل التجاري<sup>2</sup>.

ب- محتوى النشرة الرسمية للإعلانات القانونية: يتم إدراج في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية التي يقرها التشريع والتنظيم المعمول بهما في مجال الإشهار، حيث تحتوي هذه النشرة على ما يلي:

1- الفقرة التي تتناول القانون الأساسي للتجار والمحال التجارية، ويدرج فيها ما يلي:

1-1- بالنسبة للأشخاص المعنويين:

- كل العقود التأسيسية للشركات والتحويلات والتعديلات والعمليات المتعلقة برأسمال الشركة ورهون الحيازة وتأجير التسيير وبيع المحال التجارية.

- كل الأحكام القضائية المتعلقة بتصفيات التراضي أو الإفلاس، وكذا جميع التدابير القضائية التي تقرر منع أو إسقاط الحق في ممارسة التجارة.

1-1- بالنسبة للأشخاص الطبيعيين:

- كل المعلومات الخاصة بالأهلية القانونية للتاجر وبالموطن وبملكية المحل التجاري.

- عمليات الرهن الحيازي وتأجير التسيير وبيع المحل التجاري.

- جميع التدابير القضائية التي تقرر منع أو إسقاط الحق في ممارسة التجارة، وكذا كل الأحكام القضائية المتعلقة بتصفيات التراضي أو الإفلاس.

2- الفقرة التي تتناول صلاحيات أجهزة التسيير، وتشمل سلطات أجهزة الإدارة أو التسيير وحدودها ومدتها، وكذا جميع الاعتراضات المرتبطة بها.

3- الفقرة التي تتناول الإعلانات المالية، وتشمل على الخصوص الحصائل وحسابات النتائج وحسابات الشركة، وكذا عمليات اللجوء للإدخار العمومي.

---

فريدة من نوعها لاطلاع من يريد على كافة العمليات المتعلقة بالسجل التجاري، والتي لها آثار على الوضعية القانونية للتاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا». عياد حكيمة، مرجع سابق، 116.

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 14 من القانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 136/16 الذي يحدد كليات ومصاريف إدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية. أنظر أيضا نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 68/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري وتنظيمه، ج ر ج، ع14 الصادر بتاريخ 22 فيفري 1992، معدل ومتمم.

وزيادة على ذلك يمكن أن تنشر في النشرة كل معلومة أخرى جديرة بالاهتمام ويمكن أن تكون ذات فائدة بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين<sup>1</sup>، ينشر هذا الإشهار القانوني ويتحمل المعني نفقاته ومصاريفه<sup>2</sup>.

**ج- الهدف من النشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية:** ورد الهدف من الإشهار القانوني في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية في نص المادتين 1/12 و 2/15 من القانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل والمتمم، وهاتان المادتان نجدهما في القانون 22/90 المتعلق بالسجل التجاري في المادتين 20 و 21 منه، وقد ألغاهما المشرع بصدور القانون 08/04 السابق الذكر بمقتضى نص المادة 43 منه<sup>3</sup>، فقد قسم المشرع الأشخاص الواجب عليهم القيام بإجراءات الإشهار القانوني إلى أشخاص معنويين وأشخاص طبيعيين كما يلي:

- يقصد بالإشهار القانوني بالنسبة للأشخاص الاعتباريين، اطلاع الغير بمحتوى الأعمال التأسيسية للشركات والتحويلات والتعديلات وكذا العمليات التي تمس رأس مال الشركة ورهون الحيازة وإيجار التسيير وبيع القاعدة التجارية وكذا الحسابات والإشعارات المالية<sup>4</sup>.

أما فيما يخص الأشخاص الطبيعيين التجار فيهدف الإشهار القانوني الإلزامي إلى إعلام الغير بحالة أو أهلية التاجر وعنوان المؤسسة الرئيسية للاستغلال الفعلي للتجارة وملكية القاعدة التجارية<sup>5</sup>. نلاحظ من خلال هاتين المادتين أنه حتى وإن اختلفت طبيعة الشخص التاجر الملزم باتخاذ إجراءات الإشهار القانوني سواء أكان شخصا معنويا أو طبيعيا، فإن الهدف واحد وهو اطلاع الغير على مختلف التغييرات التي تطرأ على الحالة القانونية للتجار والمحلات التجارية وسلطات وأجهزة الإدارة والتسيير والاعتراضات التي تشمل هذه العمليات إذا وجدت<sup>6</sup>، حيث يحقق هذا الإعلان الشفافية وعدم التستر ويكرس الحق في الإعلام، خاصة الزبائن الذين يتصلون بالمحل التجاري والتاجر، كذلك الأشخاص الذين يريدون التعاقد مع ذلك التاجر، فكلما كانت تصرفاته نزيهة كلما دعم ذلك الثقة والائتمان اللذان يعتبران ميزتان للقانون التجاري.

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 2 وما بعدها من المرسوم التنفيذي رقم 136/16 الذي يحدد كفايات ومصاريف إدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 14 من القانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

نلاحظ أن المشرع استخدم تسمية القاعدة التجارية في القانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية للدلالة على المحل التجاري، وهذا عكس القانون التجاري الذي استخدم تسمية المحل التجاري.

<sup>3</sup> - يعتبر هذا الإلغاء إلغاء ضميا باعتبار أن المشرع أعاد تنظيم محتوى هاتان المادتين في القانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 1/12 من القانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

<sup>5</sup> - أنظر نص المادة 2/15 من القانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

<sup>6</sup> - أنظر نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 68/98 المتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي.

يطبق المركز الوطني للسجل التجاري مجموعة من التعريفات مقابل نشره للإعلانات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية التي يقوم بإعدادها<sup>1</sup>.

د - حجية الإشهار القانوني في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية: يبدأ سريان الإشهارات القانونية التي يقوم بها الشخص الاعتباري تحت مسؤوليته وعلى نفقته بعد يوم كامل ابتداء من تاريخ نشرها في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وهذا حسب نص المادة 13 من القانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، غير أننا نشير هنا إلى أن المشرع في هذا القانون لم يشر إلى مدى خضوع الإشهار القانوني الذي يقوم به الشخص الطبيعي إلى نفس الحكم أم لا (أي هل يسري بعد يوم كامل ابتداء من تاريخ نشره في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية).

إذا قام التاجر بإشهار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وفقا لما تناولناه، فإن هذا العقد يمكن الاحتجاج به على الغير ويكتسب الحجية ويتمتع بالحماية القانونية، حيث لا يمكن للغير الاحتجاج بعدم علمهم بهذا الرهن الحيازي<sup>2</sup>، وفي حالة إهمال هذا الإجراء 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 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<sup>3</sup>.

يرى الأستاذان Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS أن الرهن الحيازي للمحل التجاري مثل الرهن الرسمي، فهو تأمين عيني دون التنازل عن الحيازة، فالمدين يمكن له بالتالي الاستمرار في استغلاله، ولكن في مقابل ذلك يجب أن يكون هناك إعلان كي لا يندفع الدائنون عن الملاءة الظاهرة للمدين الذي رهن حيازيا محله<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - تتمثل هذه التعريفات فيما يلي:

- عن كل تسجيل يتعلق بالقيود في السجل التجاري والتعديلات والشطوب التعريفية المطبقة هي: 576 دج.  
- عن كل إعلان قانوني يتعلق بالشركات وبالمعاملات الخاصة بالمحلات التجارية التعريفية المطبقة هي: 3750 دج عن كل سطر باللغة الوطنية.  
- عن كل إعلان قانوني يتعلق بالشركات وبالمعاملات الخاصة بالمحلات التجارية، التي تتم بطريقة إلكترونية التعريفية المطبقة هي: 3000 عن كل صفحة باللغة الوطنية. تضاعف التعريفات المطبقة أعلاه عندما يتم النشر في أصل النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وترجمتها. أنظر نص المادة 5 من القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2016، يحدد التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات التجارية والإعلانات القانونية.  
أنظر فيما يخص تعديل السجل التجاري نص المادة 14 وما بعدها من المرسوم التنفيذي رقم 111/15 المؤرخ في 03 ماي 2015، يحدد كيفية الفيد ولتعديل والشطب في السجل التجاري، ج ر ج ج، ع 24 الصادر بتاريخ 13 ماي 2015.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 11 من القانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم.

« Les informations portées au registre et publiées au bultin officiel des annonces sont opposables aux tiers, c' est- à- dire qu' elles sont réputées être connues d' eux». Etude de l' ASG( Association Syndicale de Greffiers de commerce de France), Sous direction de Pascal BEDER, op- cit, p221.

<sup>3</sup> - كركادن فريد، أحكام الرهن الحيازي للمحل التجاري في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 75.

<sup>4</sup> - Jean- Baptiste GOUACHE et Martine Behar- TOUCHAIS, op- cit, p202.

## خلاصة الفصل الأول

يتضح لنا من خلال دراستنا لهذا الفصل المعنون بماهية عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري الذي يندرج ضمن الباب الأول المتعلق بالعمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية وغير الناقلة للحيازة، أنه في الحقيقة توجد عملية واحد تتمثل في عقد الرهن الحيازي، الذي يعرف على أنه عقد بمقتضاه يلتزم المالك بتقديم محله التجاري كرهن من أجل ضمان التزام على عاتقه مع احتفاظه بحيازته لهذا المحل، فهذا العقد من مميزاته أنه يرد على مال منقول معنوي مخصص لممارسة نشاط تجاري مشروع يتشكل من أموال مادية ومعنوية، وأنه عقد شكلي.

يجب لتمام هذا العقد أن تصدر من المتعاقدين إرادة متجهة إلى إحداث نفس الأثر القانوني، وأن تكون هذه الإرادة خالية من العيوب التي يمكن أن تشوبها، فإذا أدى الغلط، الإكراه، التدليس والاستغلال بالمتعاقدين إلى إبرام العقد فإن إرادته تعتبر معيبة وله الحق في المطالبة بإبطال العقد. كذلك يجب أن تكون أهلية المتعاقدين كاملة، بحيث يجب على المتعاقد أن يكون كامل الأهلية لإبرام عقد الرهن وهي بلوغه 19 سنة كاملة وفقا لنص المادة 40 ق م ج، على أنه هناك استثناء حسب نص المادة 5 ق ت ج مفاده إمكانية الشخص البالغ 18 سنة إبرام عقد الرهن إذا تم ترشيده، ويكون ذلك عن طريق حصوله على إذن من أبيه أو أمه أو مجلس العائلة ومصادقة القاضي على هذا الإذن، على أنه يجب أن لا يشوب هذه الأهلية أي عارض من عوارض الأهلية التي قد تنقص منها أو تعدمها، وتتمثل في الجنون، العته، السفه وذو الغفلة.

يشترط في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري أن يكون هذا الأخير موجودا حقيقة، باعتبار أن المحل التجاري الذي ليس له وجود حقيقي لا يمكن رهنه، ولتحقيق هذا الوجود يجب أن يكون لديه زبائن حقيقيين ومؤكدين ومستقلين وليس احتماليين، وبالتالي فإن المحل الذي لم يبدأ في الاستغلال بعد ليس له عملاء وبالتالي عدم إمكانية رهنه، أيضا يجب أن يكون هذا المحل غير مخالف للنظام العام والآداب العامة. كما أنه يطبق نفس الحكم على السبب إذ يجب أن يكون موجودا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

يستوجب المشرع إضافة إلى اشتراطه ضرورة توافر الأركان الموضوعية ضرورة استيفاء الأركان الشكلية، وبهذا يعد قد خرج عن القاعدة العامة في التعاقد والمتمثلة في الرضائية، أي أن العقد يعتبر تاما بمجرد توافق إرادة المتعاقدين وصحتها، فعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يجب أن يتم تحريره لدى الموثق وفقا للشكليات والإجراءات المنصوص عليها قانونا، وأن تدرج فيه العناصر الأساسية لتكوين المحل التجاري خاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية. غير أنه هناك استثناء عن هذا الشرط يتمثل في إمكانية إفراغ عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في شكل عرفي عندما تكون البنوك أو المؤسسات المالية هي المقرضة.

يشهر إلزاميا هذا العقد عن طريق قيده لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع المحل التجاري في دائرة اختصاصه، ولدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية إذا تضمن عقد الرهن حقوق الملكية الصناعية، على أن يتم نشره في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية من أجل علم الغير بالوضعية الحقيقية للمحل التجاري والتاجر الذي يتعاملون معه.

## الفصل الثاني

### آثار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وانقضائه

يلجأ مالك المحل التجاري في كثير من الأحيان أثناء استغلاله لمحلته التجاري إلى إبرام عقد رهن حيازي على هذا الأخير، ولانعقاد هذا العقد صحيحا منتجا لآثاره القانونية يجب أن يستوفي الشروط القانونية اللازمة منها ما يندرج ضمن الأركان الموضوعية (التراضي والمحل والسبب) ومنها ما يندرج ضمن الأركان الشكلية (الكتابة والشهر). فببلوغ الشخص تسعة عشر سنة ولم يصب إرادته أي عيب من عيوب الإرادة كالغلط مثلا، وكانت أهليته كاملة لم تصب بأي عارض من عوارض الأهلية كالجنون مثلا، ووجدت إرادة أخرى مقابلة مطابقة لها انعقد العقد. ولكن هناك استثناء عن هذا يتمثل في الحالة التي نص عليها المشرع في نص المادة 05 ق ت ج، وهي إمكانية القاصر المرشد البالغ ثمانية عشر (18) سنة كاملة من ممارسة التجارة متى تحصل على إذن من والده أو أمه أو مجلس العائلة ومصادق عليه من المحكمة.

غير أن الطبيعة الخاصة التي يتميز بها عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري والمتمثلة في بقاء حيازة هذا الأخير في يد المدين الراهن وعدم انتقالها إلى الدائن المرتهن، جعلت المشرع يشترط لتمام العقد وإنتاجه للآثار المرجوة منه ضرورة استكمال إجراءات شكلية تتمثل أولا في الكتابة الرسمية لدى الموثق، أو عرفية إذا كانت البنك أو المؤسسة المالية تتمتعان بصفة المقرض، وثانيا يجب أيضا إشهار هذا العقد في الوسائل المختلفة التي نص عليها المشرع من أجل إعلام الغير سواء الدائنين المرتهنين أو الدائنين العاديين وحتى غير الدائنين فالشهر يحقق العلانية وكل شخص له إمكانية معرفة حالة التاجر والمحل التجاري، فإذا تصفح أحد الأشخاص مثلا النشرة الرسمية للإعلانات القانونية ووجد أن المحل التجاري الذي يريد أن يتعاقد عليه مرهون، فبإمكانه عدم التقرب من مالكة وإضاعة الوقت في المفاوضات مثلا.

فعقد الرهن الحيازي كما سبق وقلنا أنه عقد شكلي إذا لم يتم استيفاء هذه الشروط الشكلية لا يمكن الاعتماد به ولا يمكن أن ينتج آثارا قانونية.

نقول أنه متى استوفى المتعاقدان الأركان الموضوعية والشكلية انعقد العقد والتزام الدائن المرتهن والمدين الراهن بما تم الاتفاق عليه في عقد الرهن الحيازي أو بما يفرضه القانون عليهما أو بما قضى به القاضي في حالة فصله في نزاع قائم بينهما يتعلق بهذا العقد، وتمتعا أيضا بما منحوه لبعضهما البعض من حقوق أو بما يمنحه لهما القانون أو القاضي في حالة تدخله، وبتنفيذهما لالتزاماتهما ينقضي عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.

كما أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري قد ينقضي بأسباب أخرى غير تنفيذ العقد كالبطلان، فغياب ركن من أركان العقد التي ذكرناها يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا، ويمكن أن يتمسك به كل من له مصلحة وحتى

المحكمة من تلقاء نفسها. كما يمكن أن ينقضي أيضا بمطالبة من تقرر لمصلحته الإبطال إبطال العقد. كذلك قد ينشأ عقد الرهن صحيحا ولكن يخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التي تعهد بها أو التي فرضها عليه القانون أو حكم بها القاضي، فيفسخ بالتالي العقد ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد.

ننتقل بعدما تناولنا في الفصل الأول ماهية عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري الذي خصصناه لمفهوم عقد الرهن الحيازي وللاركان الواجب توافرها لصحته، سنحاول في هذا الفصل دراسة مختلف الآثار المترتبة عن الانعقاد الصحيح لهذا العقد (المبحث الأول)، والطرق التي يمكن أن ينقضي بها (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### آثار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري

يرتب عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري منذ نشأته مجموعة من الآثار، وباعتباره من العقود الملزمة للجانبين فإنه يرتب آثارا سواء بالنسبة للمدين الراهن أو بالنسبة للدائن المرتهن أو بالنسبة للغير الذين تتأثر حقوقهم من جراء إبرام هذا العقد، وتعتبر هذه الآثار صارمة ودقيقة في حق المتعاقدين باعتبار أن عقد الرهن الحيازي يرد على مال منقول معنوي، يتكون من عناصر مختلفة عن بعضها البعض، ليس هذا فقط وإنما الميزة الأخرى المهمة أيضا تتمثل في بقاء ملكية وحيازة المحل التجاري موضوع الرهن في يد المدين الراهن وعدم انتقالها إلى الدائن المرتهن، بحيث يظل المدين الراهن مستمرا في استثماره لمحله التجاري ومنقعا بكل ما ينتج عنه من أرباح.

تعد هذه الميزة غير تلك المطبقة على الرهن الحيازي الوارد على المال المنقول المادي، الذي لا يحتفظ فيه المدين الراهن بحيازة المال المرهون، بل ينقله إلى يد الدائن المرتهن الذي يستبقيه عنده إلى غاية استيفاءه لدينه سواء بالطرق العادية أو الطرق غير العادية، وهي القاعدة التي من غير الممكن تطبيقها على المحل التجاري، أولا لأنه مال منقول معنوي، وثانيا أنه مخصص لمزاولة نشاط تجاري، فعملية نقله تجرد المدين الراهن من الاستمرار في استغلال محله التجاري، وهو الذي يقوم في أغلب الأحيان باقتراض مبالغ مالية من أجل توسيع تجارته وتفعيلها أكثر.

إن ورود عقد الرهن الحيازي على مال منقول معنوي يتكون من مجموعة من العناصر المختلفة عن بعضها البعض، يجعل الدائن المرتهن دائما في خطر نتيجة إمكانية تعرض أي واحد من هذه العناصر إلى اعتداء، الأمر الذي يؤثر سلبا وبشكل مباشر على قيمة المحل التجاري الممنوح كضمان خاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية اللذان يعتبران عنصرا أساسيان في وجود المحل التجاري.

يكون إذن للدائن المرتهن الذي لا تنتقل إليه الحيازة مجموعة من الضمانات التي تحمي حقه في استيفاء دينه، وأن أي تصرف يصدر من المدين الراهن من شأنه الإضرار بالتأمين يمنح للدائن الحق في المطالبة مباشرة بالتنفيذ على المحل التجاري المرهون واستيفاء حقه من ثمن البيع.

نشير إلى نقطة مهمة تتمثل في أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى كل الأحكام المتعلقة برهن المحل التجاري حيازيا في القانون التجاري، الأمر الذي يدفعنا للعودة إلى القانون المدني سواء في أحكامه المتعلقة بالرهن الرسمي باعتبار أنهما يتشابهان في عدم انتقال الحيازة أو تلك المتعلقة بالرهن الحيازي نظرا لتشابههما في أن كلا العقدان يردان على مال منقول.

## المطلب الأول

### الالتزامات المترتبة عن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري

إذن كما قلنا أعلاه أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يرتب التزامات على عاتق المتعاقدين كغيره من العقود الملزمة للجانبين، إلا أن الطبيعة الخاصة لهذا العقد تميز هذه الالتزامات عن الالتزامات الناشئة عن الرهن الحيازي الوارد على المال المنقول المادي، وعن تلك الناتجة عن الرهن الرسمي الوارد على العقار.

نجد بالرجوع إلى الالتزامات المترتبة عن عقد الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي أن أغلبها تقع على عاتق الدائن المرتهن، باعتبار أن المال المرهون ينتقل إليه فهو الملزم بالمحافظة عليه وصيانته وعدم إلحاق أي ضرر به وإلا اعتبر مخلا بالتزامه، الأمر الذي يثير مسؤوليته المدنية والتي يمكن أن تثير في بعض الأحيان حتى مسؤوليته الجزائية في حالة تحقق أركان جريمة خيانة الأمانة. بينما نجد أن التزامات المدين الراهن تتسم بنوع من الليونة نوعا ما على أن أهمها التزامه بتسليم المال المرهون وعدم إبرام أي عقد عليه خلال مدة سريان عقد الرهن.

أما الالتزامات المترتبة عن عقد الرهن الرسمي فهي على عكس تلك المترتبة عن عقد الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي، فأغلبها تقع على عاتق المدين الراهن، باعتبار أن العقار محل الرهن يظل في حيازته ولا ينتقل إلى الدائن المرتهن ليحتفظ به إلى غاية حلول الأجل المتفق عليه لسداد الدين. وأهم التزام يقع على المدين الراهن هو إنشاء رهن على عقاره لفائدة الدائن المرتهن، مع التزامه بضمان سلامة العقار المرهون والحفاظ عليه، فأبي خطأ منه يجعل مسؤوليته قائمة ويجعل الدين المضمون حال الأجل. بينما نجد في مقابل ذلك أن الدائن المرتهن يتمتع بضمان فعال يتمثل في حقه في التنفيذ على العقار المرهون في حالة إخلال المدين الراهن بالتزاماته واستيفاء حقه بالأولوية على الدائنين المرتهنين التاليين له في القيد وعلى الدائنين العاديين للمدين الراهن.

يتشابه الرهن الرسمي مع الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري في عدم انتقال الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن كما سبق وقلنا، على الرغم من اختلاف محل كل واحد منهما، إلا أن الرهن الحيازي يستمد الكثير من الأحكام في مجال التزامات المتعاقدين من القواعد المطبقة على الرهن الرسمي، إلا ما تعلق بالطبيعة الخاصة للمحل التجاري والعناصر المكونة له.

سنحاول في هذا المطلب دراسة الالتزامات التي تقع على المتعاقدين، ونبدوها بالالتزامات التي تقع على عاتق المدين الراهن (الفرع الأول) باعتبار أن المحل التجاري لا ينتقل إلى الدائن المرتهن، ثم نخرج على تلك التي تقع على هذا الأخير (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### التزامات المدين الراهن

يظل المدين الراهن محتفظاً بحيازة عناصر المحل التجاري المشمولة بعقد الرهن إلى غاية الوفاء بالدين المضمون اختياريًا أو التنفيذ عليه جبرياً، وتعتبر هذه الالتزامات دقيقة جداً وصارمة في حق المدين الراهن لسببان: يتمثل الأول في استبقاءه لحيازة المال المرهون واستغلاله والانتفاع به. ثانياً نظراً لحساسية هذا المال المركب الذي يتكون من عناصر مختلفة بطبيعتها عن بعضها البعض، وفيها تم استبعاد من دائرة العناصر التي يمكن الاتفاق عليها في العقد عنصر البضائع باعتبارها معدة بطبيعتها للتداول إذ أن رهنها قد يؤدي إلى تلفها أو انخفاض قيمتها، وتم الارتكاز خاصة على العناصر المعنوية التي ليس لها وجود مادي، على الخصوص عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية.

تعتبر قيمة المحل التجاري قابلة للزيادة متى عرف المدين الراهن كيف يجذب الزبائن إليه ويحتفظ بهم الأمر الذي يجعله يحقق الملائمة المالية ويدعم ضمانه، بينما من جهة أخرى إذا لم يحسن جذب هؤلاء والاحتفاظ بهم فإن ذلك سيؤدي لا محالة إلى انخفاض رقم أعماله، وقد يؤدي إلى غلق محله التجاري إذا زال هؤلاء العملاء، الأمر الذي لا يخدم مصلحة الدائن المرتهن باعتبار أن هذه الوضعية تضر بالتأمين المعطى له، لذلك فرض المشرع التزامات صارمة في حق المدين الراهن.

**أولاً: إنشاء المدين الراهن لحق الرهن:** إن الالتزام الرئيسي الذي يترتب عنه عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري على عاتق المدين الراهن هو إنشاء حق الرهن لصالح الدائن المرتهن على المحل التجاري المرهون، وفي هذا الحكم يشبه الالتزام الذي يترتب على عاتق المدين الراهن في عقد الرهن الرسمي الوارد على العقار، ويمثل التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة<sup>1</sup>.

حسب نص المادة 165 ق م ج<sup>2</sup> فإن حق الرهن ينشأ بين المتعاقدين بمجرد تمام العقد إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم<sup>3</sup>، ولا يتوقف نشوؤه على اتباع أي إجراء آخر كالقيد، لأن اتباع إجراءات القيد ما

<sup>1</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 190. أنظر أيضاً محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 87. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 383.

<sup>2</sup> - تنص المادة 165 ق م ج على أن (الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري).

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 383.

هو إلا شرط لنفاذ عقد الرهن على الغير، وبعبارة أخرى يكون عقد الرهن حجة على المتعاقدين بمجرد تمام العقد، ولا يكون حجة على الغير إلا بعد إتمام إجراءات القيد، وهذا ما نستنتجه من نص المادة 924 ق م ج<sup>1</sup>. غير أننا بالعودة إلى نص المادة 16 من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري<sup>2</sup> نجد أنها تشترط ضرورة استكمال إجراءات النشر من أجل نفاذ عقد الرهن في حق المتعاقدين وفي حق الغير أيضاً، وهذا ما يولد تعارض بين نص هذه المادة ونص المادة 904 ق م ج، وفي هذه الحالة نطبق نص المادة 16 من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري تطبيقاً لقاعدة الخاص يقيد العام.

قياساً على هذا نستنتج أن الرهن الحيازي للمحل التجاري وجد لهدف إنشاء حق عيني لصالح الدائن المرتهن<sup>3</sup> على المحل التجاري الذي يملكه، والمحل التجاري يعتبر مال معين بذاته، وما نستنتجه أيضاً اشتراط المشرع ضرورة أن يكون المحل التجاري المرهون مملوكاً للمدين الراهن، لأنه في حالة عدم تملكه للمحل التجاري لا يمكن أن ينتج عنه هذا الأثر، باعتبار أن الرهن الحيازي في هذه الحالة وارد على ملك الغير الأمر الذي يجعله باطلاً.

نجد بالعودة إلى نص المادة 121 ق ت ج أنه يجب إتمام إجراءات القيد من أجل نفاذ عقد رهن الحيازي وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبرام العقد وإلا كان باطلاً، ويمكن للمدين أن يتمسك بهذا البطلان، فحق الرهن ينشأ بمقتضى القيد وليس العقد فقط، فهو ينشئ التزاماً على عاتق المدين الراهن بترتيب حق رهن حيازي على المحل التجاري المرهون لمصلحة الدائن المرتهن، وهذا الالتزام ينتج أثره في الحال وبحكم القانون، وعلى هذا إذا كان الراهن مالكا للمحل التجاري المرهون وهذا شرط لصحة عقد الرهن، فإن حق الدائن المرتهن ينشأ بمجرد القيد، ولا تتوقف نشأته على أي إجراء آخر لاحق كإجراء النشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية مثلاً، لأن النشر لازم لنفاذ الرهن الحيازي في مواجهة الغير وليس لنشأة الحق ذاته<sup>4</sup>، ففي حالة عدم نشر عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، فإنه لا يمكن للمتعاقدين الاحتجاج بهذا العقد ضد الغير لأن النشر وجد أساساً لإعلام الغير بالوضعية الحقيقية للمحل التجاري، وهذا ما نستنتجه من المادتان 1/12 و 2/15 من القانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية<sup>5</sup>.

**ثانياً: ضمان المدين الراهن لسلامة الرهن:** إضافة إلى التزام المدين الراهن بإنشاء حق الرهن للدائن المرتهن على المحل التجاري الذي يملكه، يقع على عاتقه أيضاً التزام آخر يتمثل في ضمانه لسلامة الرهن، ولهذا الالتزام أهمية

<sup>1</sup> - تنص المادة 904 ق م ج على أنه (لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حفاً عينياً على العقار، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس).

<sup>2</sup> - تنص المادة 16 من الأمر رقم 74/75 على أن (العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية). الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر ج ج، ع 92 الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1975.

<sup>3</sup> - George DECOCQ, op-cit, p277.

<sup>4</sup> - أنظر سمير نتاغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 94. أنظر أيضاً محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 87-88.

<sup>5</sup> - أنظر ما قلناه سابقاً فيما يخص شهر عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، ص 182 وما بعدها.

كبيرة جدا وهذا نظرا للطبيعة الخاصة لعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري الذي يبقي حيازة هذا الأخير في يد المدين الراهن، ولا تنتقل إلى الدائن المرتهن مثلما تنص عليه القواعد العامة في رهن المنقول لأن المحل التجاري مال منقول معنوي وليس مادي، فهو يشبه الرهن الرسمي.

أ- **ضمان التعرض:** تنص المادة 953 ق م ج على أنه (يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، وليس له أن يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون ...). وتنص المادة 898 ق م ج على أنه (يلتزم المدين الراهن بضمان سلامة الرهن، ...). نستنتج من خلال نص هاتين المادتين أنه يقع على عاتق المدين الراهن التزام بالمحافظة على المحل التجاري المرهون وعدم القيام بأي عمل من شأنه المساس بقيمته، كما عليه دفع كل ادعاء للغير بحق على هذا المحل التجاري المرهون.

1- التزام المدين الراهن بالامتناع عن التعرض الشخصي للدائن المرتهن: إن المدين الراهن ملزم بالامتناع عن كل عمل مادي أو قانوني - إيجابي أو سلبي (تقصير) - من شأنه أن يترتب إنقاص الضمان المقرر للدائن المرتهن إنقاصا كبيرا<sup>1</sup>، وعليه أن يحافظ على العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي كل حسب طبيعته الخاصة.

يقصد بالأعمال القانونية التي يضمنها الراهن، التصرفات التي تتعارض مع حق الدائن المرتهن أو يكون من شأنها أن تؤثر فيه<sup>2</sup>، أي التي تؤدي إلى خروج كل المحل التجاري المرهون أو بعض العناصر المكونة له والمشمولة بعقد الرهن الحيازي من الضمان، أو تحمله بحقوق تثقله، كأن يعمد المدين الراهن إلى ترتيب حق للغير على المحل التجاري المرهون قبل قيد الدائن المرتهن حقه كإعادة رهنه مرة أخرى أو بيعه أو هبته ويقوم هذا الغير بقيد حقه قبل الدائن الأول.

أما التعرض المادي فيقصد به أن يمتنع المدين الراهن بعدم إتيان أي فعل - إيجابي أو سلبي - يترتب عليه نقص قيمة ما للدائن المرتهن من ضمان خاص<sup>3</sup>.

سنحاول تبيان التزام المدين الراهن بالامتناع عن التعرض الشخصي للدائن المرتهن بالتطرق إلى العناصر التي يتكون منها المحل التجاري المرهون والتي يمكن أن يشملها عقد الرهن الحيازي كما يلي:

- الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية: يجب على المدين الراهن أن يحافظ على عنصر الاتصال بالعملاء فلا يأتي من الأفعال ما يكون سببا في إغضاب العملاء وانصرافهم عن المحل التجاري<sup>1</sup>، لأن وجود هذا الأخير متوقف على

<sup>1</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 197. أنظر أيضا رمضان محمد أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 285. أنظر أيضا سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 113.

<sup>2</sup> - همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 387. أنظر أيضا رمضان محمد أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 285. أنظر أيضا عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، دراسة مقارنة، ج 3، ط 2، مكتبة زيد الحقوقية والأدبية، بيروت، 2011، ص 185.

<sup>3</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 197. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 91.

« Le débiteur propriétaire du fonds de commerce donné en nantissement a évidemment l' obligation de conserver au fonds toute sa valeur de manière à ne pas diminuer les sûretés de son créancier ». F. MONTIER et G.-H. FAUCON, op- cit, pp172-173.

وجود هذا العنصر من عدمه، فالتاجر المدين الراهن عليه بذل عناية الرجل العادي في معاملة زبائنه بحسن ولباقة وتقديم الخدمة لهم في حدود المقدور عليه، لأن ذلك يساعد على زيادة إقبال الزبائن على المحل التجاري من أجل إشباع حاجاتهم التي يوفرها لهم هذا التاجر، الأمر الذي يزيد من أرباحه من جهة ومن جهة أخرى هذا يساعد في تقوية إيمانه وضمانه الوفاء بديونه وتطهير المحل التجاري من الرهن، أما إذا افترضنا العكس فسوء معاملة الزبائن يؤدي حتما إلى نفورهم وعدم التعامل مع ذلك التاجر وانصرافهم إلى التعامل مع تاجر آخر، الأمر الذي يزعزع استقرار المحل التجاري وتحقيقه لخسائر والنتيجة الحتمية هي غلقه وشهر إفلاسه، ما يعرض الضمان الممنوح للدائن المرتهن للزوال وهذا طبعا يثير مسؤولية التاجر بإخلاله بواجب عدم القيام بأي سلوك مهما كان من شأنه الإضرار بالتأمين الممنوح للدائن المرتهن.

فالمحافظة على هذا العنصر أمر ضروري وإلزامي فهو ليس كالعناصر الأخرى التي يتكون منها المحل التجاري، فلا يمكن الاستغناء عن هذا العنصر مهما كان نشاط التاجر، وهو إلزامي بالنسبة لكل المحلات التجارية دون استثناء.

- عنوان المحل والاسم التجاري: يقع على عاتق المدين الراهن واجب المحافظة على الاسم التجاري، باعتباره حق مالي يدخل في تكوين المحل التجاري، وكذلك إن كان له تسمية مبتكرة كشعار خارجي لتمييز محله التجاري عن نظائره واجتذاب العملاء، كمقهى الفردوس، أو الصالون الأخضر، أو فندق السعادة، فلا يجوز له تغييره خلال فترة الرهن<sup>2</sup>.

- الحق في الإيجار: قد يكون الحق في الإيجار عنصر من عناصر المحل التجاري المرهون، وهي الحالة التي يكون فيها مالك المحل التجاري المرهون ومالك العقار الذي يستغل فيه هذا المحل شخصان إثنان وليس شخص واحد، بحيث يكون للأول حق الانتفاع بالعين المؤجرة خلال فترة زمنية معينة مقابل بدل الإيجار.

وعليه فهذان الشخصان يربطهما عقد الإيجار، فمالك المحل التجاري المرهون له صفة المستأجر ومالك العقار الذي يستغل فيه هذا المحل له صفة المؤجر، وتقع عليهما مجموعة من الالتزامات وفقا للقواعد العامة، غير أن الأمر الذي يهتما في هذه الحالة هي التزامات المدين الراهن أي مستأجر العقار فيقع على عاتقه التزام بدفع الأجرة (بدل الإيجار) للمؤجر في مواعيدها، وإذا لم يتم بهذا الالتزام فللمؤجر أن يلزمه القيام به طبقا للقواعد العامة، وله في ذلك إما أن يطلب تنفيذ الالتزام عينا أو أن يفسخ الإيجار مع طلب التعويض في الحالتين إن كان له محل<sup>3</sup>. وعليه أيضا أن يحافظ على العين المؤجرة في حالة جيدة صالحة للاستعمال وللغرض الذي أعدت من

<sup>1</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 306. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 307. أنظر أيضا أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، ج 1، نظرية الأعمال التجارية، صفة التاجر، الدفاتر التجارية، المحل التجاري، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، دون سنة النشر، ص 225. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 261.

<sup>2</sup> - أحمد محرز، مرجع سابق، ص 225.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، ط 3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 461. أنظر أيضا نص المادة 498 ق م ج.

أجله، وأن يبذل في ذلك عناية الرجل العادي، وأن يستعملها حسبما وقع الاتفاق عليه أو بحسب طبيعة العين وطبقا لما أعدت له، ولا يجوز له أن يحدث تغييرا بها بشكل مخالف للغرض المخصص لها، أو أن يقوم بأي عمل عليها دون إذن المؤجر، ويتعين إرجاعها لهذا الأخير كما كانت عليه بحالتها الأولى أو أحسن<sup>1</sup>.

- حقوق الملكية الفكرية: لا يشترط المشرع ضرورة توفر حقوق الملكية الفكرية في المحل التجاري، وإنما وجودها ممكن في حالة استغلال المالك لهذه الحقوق في محله كبراءة الاختراع أو العلامات أو حقوق المؤلف ... إلخ، كما يمكن أن نجد محل تجاري خال من هذه الحقوق، فوجودها من عدمها متوقف على طبيعة النشاط الذي يمارسه التاجر في محله، وعليه ففي حالة استغلالها فإنها تعد عنصرا من العناصر المكونة له وقد يشملها عقد الرهن الحيازي، وفي هذه الحالة يقع على عاتق المدين الرهن المحافظة على هذه الحقوق بما يتفق مع طبيعتها، والقيام بتجديد القيود الخاصة بحقوق الملكية الصناعية في المواعيد المقررة لذلك كي لا تصبح أموالا شائعة<sup>2</sup>.

سبق وقلنا أن عناصر المحل التجاري مذكورة على سبيل المثال لا الحصر، وعليه ليس هناك ما يمنع من إمكانية استغلال حقوق الملكية الأدبية والفنية في المحل التجاري، وللمتعاقدين الحرية المطلقة في إدراجها ضمن العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي من عدمه، ففي حالة إدراجها فإنه يقع على عاتق المدين الرهن (أي المتنازل له) التزام باحترام بنود العقد المحدد للطبيعة والشروط الاقتصادية للحقوق المتنازل عنها، والشكل الذي يتم به استغلال المصنف، ومدة التنازل عن الحقوق والنطاق الإقليمي لاستغلال المصنف، وعليه أن يستغل المصنف المتعاقد عليه خلال سنة واحدة ابتداء من تاريخ تسليم المصنف. كما يقع على عاتقه أيضا التزام بعدم إدخال تعديلات على المصنف بتصحيح أو إضافة أو حذف إلا بموافقة من المؤلف<sup>3</sup>.

وقد أورد المشرع استثناء فيما يخص شرط موافقة المؤلف على تحويل الحقوق المتنازل عنها للغير فيما يخص عملية متعلقة بالمحل التجاري، حيث خول للمتنازل له إمكانية تحويل هذه الحقوق إلى الغير دون موافقة المؤلف بشرط احترام المقتني لشروط العقد الأصلي الذي يحدد شروط ممارسة الحق المحول<sup>4</sup>. أما في حالة عدم إدراجها ضمن العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي فلا يلتزم المدين الرهن بأي التزام، ويمكن له التصرف فيها بكل حرية دون اعتراض من الدائن المرتهن، ولا يحق لهذا الأخير تتبعها والتنفيذ عليها لأنها لا تدخل في وعاء الرهن.

إذا كانت العلامة عنصر من عناصر المحل التجاري وشملها عقد الرهن الحيازي، فإن المدين الرهن يلتزم بالمحافظة عليها كتجديد التسجيل لفترات متتالية تقدر بعشر (10) سنوات ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ انقضاء

<sup>1</sup> - مجيد مخلوفي، الإيجار المدني في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص62. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح

القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص531 وما بعدها. أنظر نص المادة 492 ق م ج وما بعدها.

<sup>2</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص210.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 64 وما بعدها من الأمر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 4/70 من الأمر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

التسجيل<sup>1</sup>، وأن لا يقوم بأي عمل من شأنه إبطال أو إلغاء العلامة. كما أنه إذا منحت رخصة استغلال العلامة يجب عليه احترام بنود الرخصة وعدم الخروج عنها، لأن ذلك يؤدي إلى الإنقاص من التأمين الممنوح للدائن المرتهن فقد يكون ارتباط الزبائن بالمحل التجاري المرهون كان نتيجة استعماله لتلك العلامة نظرا لما تمثله لهم من جودة وثقة.

أما فيما يخص براءة الاختراع قد تكون ضمن عناصر المحل التجاري المشمولة بعقد الرهن الحيازي، ومدة براءة الاختراع هي عشرون (20) سنة ابتداء من تاريخ إيداع الطلب<sup>2</sup> فيجب دفع رسوم سريان المفعول السنوية الموافقة لتاريخ الإيداع وإلا تعرضت البراءة للسقوط، إضافة إلى ذلك إذا انقضت سنتان على منح الرخصة الإجبارية ولم يدرك عدم الاستغلال أو النقص فيه لا اختراع جاز على براءة، لأسباب تقع على عاتق صاحبها، يمكن للجهة القضائية المختصة بناء على طلب الوزير المعني وبعد استشارة الوزير المكلف بالملكية الصناعية، أن تصدر حكما بسقوط براءة الاختراع<sup>3</sup>.

كذلك إذا كانت التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة أو رخصة استغلالها مشمولة بعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، فإنه يقع على عاتق المدين الراهن المحافظة عليها وعدم المساس بها كتقليدها، أو عدم احترام الموضوع الذي سلمت من أجله أو تجاوز المدة الممنوحة لاستغلالها<sup>4</sup>، فكلما انتهك المدين الراهن هذه الالتزامات كلما أثيرت مسؤوليته وجعلت الديون التي على عاتقه حالة الأجل.

- الرخص والإجازات: تشترط ممارسة بعض الأنشطة التجارية ضرورة الحصول على رخصة أو إجازة من الجهة الإدارية المختصة في الدولة، وهذا راجع إلى طبيعة ذلك النشاط لما قد يشترطه من معرفة وخبرة في ذلك المجال، كاشتراط الحصول على شهادة معينة مثلا، حيث أن الترخيص الممنوح في هذه الحالة يكون نظرا لتوفر شروط شخصية في طالب الرخصة، أو قد يشترط المشرع ضرورة توفر شروط موضوعية غير متعلقة بالشخص طالب الرخصة.

نستنتج من خلال ما سبق أن الرخص أو الإجازات إذا تم منحها نظرا لصفات شخصية لدى طالبها، كرخصة صناعة الأدوية البيطرية وبيعها<sup>5</sup>، فإنه لا يجوز أن يشملها عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ولا يمكن التنازل عنها للغير، لأنه إذا كانت مشمولة بعقد الرهن الحيازي فإنه يمكن للدائن المرتهن التنفيذ عليها وبيعها واستيفاء حقه

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 5 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 9 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءات الاختراع.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 54 و55 من الأمر 07/03 المتعلق ببراءات الاختراع.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 30 وما بعدها من الأمر 08/03 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة.

<sup>5</sup> - أنظر المرسوم التنفيذي رقم 240/90 المؤرخ في 04 أوت 1990، يحدد شروط صناعة الأدوية البيطرية وبيعها ورقابتها، ج ر ج ج، ع33 الصادر بتاريخ 08 أوت 1990. أنظر أيضا المرسوم التنفيذي رقم 192/91 المؤرخ في 01 جوان 1991، يتعلق بمخابر تحليل النوعية، ج ر ج ج، ع2 الصادر بتاريخ 02 جوان 1991. أنظر أيضا المرسوم التنفيذي رقم 93/94 المؤرخ في 05 مارس 1994، يحدد شروط ممارسة مهنة الوكيل المعتمد لدى الجمارك وكيفية، ج ر ج، ع13 الصادر بتاريخ 09 مارس 1994. أنظر أيضا المرسوم التنفيذي رقم 231/94 المؤرخ في 27 جويلية 1994، يحدد شروط ممارسة مهنتي وسيط الشحن ووكيل نقل البضائع وكيفية، ج ر ج ج، ع50 الصادر بتاريخ 03 أوت 1994.

من ثمنها، وأن الراسي عليه المزاد قد لا يتمتع بنفس المؤهلات التي يتمتع بها مالك الرخصة، أو لا تتوفر فيه الشروط الشخصية الواجب توافرها لمنح تلك الرخصة، وهذا ما يتعارض مع الطابع الشخصي للرخصة. غير أنه قد نجد استثناء عن هذا المبدأ وهي حالة كون الراسي عليه المزاد يتمتع بنفس المؤهلات التي يتمتع بها المالك الأصلي للرخصة، أو تتوفر فيه نفس الشروط الشخصية الواجب توافرها لمنح تلك الرخصة حيث يكون قد تحصل على رخصة من الجهة المختصة.

أما إذا تم منح الرخصة استنادا إلى شروط موضوعية ليس لها علاقة بطلبها، وإنما نظرا لتملكه أو حيازته أموال معينة كاشتراط توفر آلات أو أثاث معين أو أموال أخرى، فإنه يجوز أن يشملها عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، وعليه فيمكن للدائن المرتهن التنفيذ عليها وبيعها بالمزاد العلني واستيفاء حقه من ثمن البيع، باعتبارها عنصر من عناصر المحل التجاري المشمولة بعقد الرهن الحيازي، كما أن الراسي عليه المزاد لا يشترط فيه ضرورة تمتعه بمؤهلات علمية معينة لأن الرخصة منحت نظرا لطبيعة المحل كرخصة افتتاح مقهى<sup>1</sup>.

يقع على عاتق المدين الراهن التزام بالمحافظة على هذه الرخصة واستغلالها في المجال والغرض الذي منحت من أجله دون أن يخرج عن محتواها، كذلك إذا حددت المنطقة الجغرافية التي يجب استغلال الرخصة في نطاقها يجب عليه أيضا عدم تجاوز تلك المنطقة الجغرافية، فمثلا إذا كان التاجر المدين الراهن يستغل رخصة استغلال فندق بطريقة عادية، ولكنه بعد إبرامه لعقد الرهن الحيازي خرج عن هذا الموضوع واستغل الفندق كمكان لممارسة الدعارة، فإنه بهذا السلوك يكون مخلا بالتزامه بعدم التعرض الأمر الذي يعرضه للمسائلة.

- العناصر المادية: تتمثل هذه العناصر في الآلات والأثاث الذي يستغله التاجر المدين الراهن في محله التجاري المرهون، دون البضائع أو السلع لأنها مخصصة للتداول وأن ادخالها ضمن العناصر المشمولة بالرهن سيؤدي إلى عدم إخراجها من حيازة المدين الراهن، الأمر الذي يؤدي إلى كسادها وتلفها ما يعرض التاجر لخسائر، لذلك تم إخراجها من وعاء الرهن.

أما الأثاث والآلات التي يستخدمها التاجر المدين الراهن في محله التجاري فيجوز رهنها حيازيا ضمن العناصر الأخرى باعتبارها عنصر من عناصر المحل التجاري، وتشير في هذه النقطة إلى أن الحيازة لا تنتقل مثلها مثل العناصر المعنوية الأخرى وإنما تظل في حيازة المدين الراهن، فيقع على عاتق هذا الأخير التزام بالمحافظة عليها وفقا لما تتطلبه طبيعتها، وأن لا يهمل في صيانتها مبدلا في ذلك عناية الرجل العادي<sup>2</sup>، لأنها تدخل ضمن العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري المقدم كضمان للدائن المرتهن لاستيفاء حقه، فأبي تعرض لها يجعل المدين الراهن مخلا بالتزامه بعدم التعرض، ويعتبر مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة حسب نص

<sup>1</sup> - أنظر سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 42-43. أنظر فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 126 وما بعدها. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 26.

<sup>2</sup> - لمزيد من المعلومات حول مسألة الحفاظ على الشيء المرهون، عبد العزيز اللصاصمة، التزام المرتهن بحفظ المرهون حيازيا وصيانتته- دراسة مقارنة، مجلة الدليل الالكتروني للقانون العربي، ص 12 وما بعدها. [www.arablawnfo.com](http://www.arablawnfo.com) تاريخ الاطلاع 2017/01/05 على الساعة 11:30.

المادة 376 ق ع ج<sup>1</sup> التي تحيلنا إليها المادة 1/167 ق ت ج<sup>2</sup> ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 20.000 دج، ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم عليه بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14<sup>3</sup> وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر. نفس العقوبة تطبق عليه في حالة اعتراضه على طلب المستفيد من الرهن بوضع لوحة مثبتة على هذه العناصر، تتضمن مكان وتاريخ ورقم قيد الامتياز المثقلة به وبصفة بارزة على نحو لا تكون معرضة للهلاك أو الانتزاع أو إخفاء المعالم قبل انقضاء امتياز الدائن المرتهن أو شطبها وهذا حسب نص المادة 154 ق ت ج.

إن التعرض الشخصي للدائن المرتهن قد يقع على المحل التجاري باعتباره وحدة واحدة مستقلة بذاتها، كما قد يقع على أحد العناصر المكونة له والمشمولة بعقد الرهن الحيازي، وعليه فلا يجوز أن يقوم المدين الراهن لمصلحة شخص آخر بترتيب أي حق على الشيء المرهون يشهر قبل قيد الراهن، أو أن يقوم بأي عمل يترتب عليه تخريب الشيء المرهون أو إنقاصه إنقاصا كبيرا<sup>4</sup>، وفي حالة تحقق تعرض المدين الراهن للدائن المرتهن الحق في المطالبة بالتنفيذ على المحل التجاري المرهون.

أما إذا كان عمل المدين الراهن لا يترتب عليه إلا نقص طفيف في قيمة المحل التجاري المرهون، فلا يحق للدائن المرتهن الاعتراض<sup>5</sup>، فلا ينظر إلى قيمة النقصان الذي لحق المحل التجاري المرهون في ذاته، بل ينظر إليه

<sup>1</sup> - تنص المادة 376 ق ع ج على أن (كل من اختلس أو بدد بسوء نية أوراقا تجارية أو نقودا أو بضائع أو أوراقا مالية أو مخالفات أو أية محررات أخرى تتضمن أو تثبت التزاما أو ... 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 ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 20.000 دج.

ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر). أنظر أيضا فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص وفقا لأحدث التعديلات، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 1008 وما بعدها. أنظر أيضا محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، د ب ن، 1993، ص 801.

Voir aussi Stéphane PIEDELIEVRE, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, 6<sup>ème</sup> éd, op-cit, p237.

<sup>2</sup> - تنص المادة 1/167 ق ت ج على أنه (تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 376 من قانون العقوبات على كل مشتر أو حائز للأموال المرهونة حيازيا، وفقا لهذا القانون، يقدم على إتلافها أو محاولة إتلافها أو يختلسها أو يحاول اختلاسها أو يفسدها أو يحاول إفسادها بأي طريقة كانت بغرض تعطيل حقوق الدائن).

« Le débiteur a l' interdiction de vendre le bien nanti sans l' accord du créancier, sous sanction pénales». Michel MENJUCQ, Droit des affaires, 4<sup>ème</sup> éd., Gualino éditeur, Paris, 2004, p107.

<sup>3</sup> - تحيلنا المادة 14 ق ع ج إلى نص المادة 9 مكرر 1 ق ع ج وفيها عدد المشرع الحقوق التي يجوز حرمان مرتكب جريمة خيانة الأمانة من التمتع بها وهي كما يلي:

- العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة المرتكبة.

- الحرمان من حق الانتخاب والترشح ومن حمل أي وسام.

- عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا، أو خبيرا، أو شاهدا على أي عقد، أو شاهدا أما القضاء إلا على سبيل الاستدلال.

- الحرمان من الحق في حمل الأسلحة، وفي التدريس، وفي إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا أو مدرسا أو مراقبا.

- عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما.

- سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 700.

<sup>5</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 91.

من خلال مقارنته بمدى كفاية ما تبقى من المحل التجاري المرهون لسداد الدين وملحقاته، فإذا كان ما يتبقى يكفي لسداد ذلك أو يزيد لم يكن النقصان كبيراً أياً كانت قيمته وحتى ولو كانت في ذاتها كبيرة، أما إذا كان ما يتبقى لا يكفي لسداد الدين وملحقاته، فإن الانقاص يكون كبيراً حتى ولو كانت قيمته في ذاتها قليلة، وهذا في الواقع يعود إلى العلاقة التي بين قيمة المحل التجاري المرهون وقيمة الدين المضمون<sup>1</sup>.

كما خوله المشرع أيضاً حق التدخل في حالة الاستعجال لاتخاذ الوسائل اللازمة للمحافظة على المحل التجاري المرهون، على أن يعود على المدين الراهن بما أنفقه في ذلك وهذا قياساً على نص المادة 953 ق م ج.

2- التزام المدين الراهن بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير: لا يقتصر التزام المدين الراهن بضمان عدم تعرضه الشخصي سواء القانوني أو المادي، وإنما يمتد ذلك إلى ضمان التعرض القانوني الصادر من الغير، وذلك بدفعه كل ادعاء بحق لو ثبت لترتب عليه المساس بحق الدائن المرتهن كأن يدعي الغير أنه يملك المحل التجاري المرهون، أو يملك حق عيني عليه أو ادعائه بملكية أحد العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي، بالرغم من أن الرهن قد تم على أساس عدم وجود مثل هذه الحقوق، وفي هذه الحالة يجب على المدين الراهن التدخل لدفع ادعاء الغير<sup>2</sup> والتصدي له بما يلزم من الوسائل، فإذا هو لم يفعل أو قصر أو لم تحقق وسائله الحفاظ للمرتهن على حقه في الرهن ترتبت مسؤوليته لأن التزامه بالتزام بتحقيق نتيجة، بحيث لا يكفي لإقالة الراهن من مسؤوليته أن يتدخل ليدفع ادعاء المتعرض وإنما لا بد أن ينتصر في دعواه، بحيث إذا تقاعس عن درء التعرض أو تحرك لكن خسر دعواه لصالح الغير المتعرض، اعتبر مخالفاً بالتزامه بالضمان رغم أن الاعتداء على حق المرتهن في الضمان لا يرجع إلى فعله الشخصي<sup>3</sup>، فإذا لم يفلح المدين الراهن في دفع ادعاء الغير كان للدائن المرتهن الحق في المطالبة بسقوط أجل الدين واستيفاء حقه مباشرة من مقابل بيع المحل التجاري المرهون بالمزاد العلني، أو بتقديم مال معين يقوم مقام المحل التجاري المرهون.

أما فيما يخص التعرض المادي الصادر من الغير فإن المدين الراهن لا يضمنه، وإنما يحق للدائن المرتهن دفع هذا التعرض ويطلب منعه بنفسه دون وساطة الراهن<sup>4</sup>، وهذا راجع لسببين يتمثل الأول في أن الدائن المرتهن صاحب حق عيني، ومن المعلوم أن الحقوق العينية حجة على الكافة، ومن ثم فإنه يتعين عليه أن يدافع عن حقه في مواجهة الغير<sup>5</sup>. أما السبب الثاني نجد أساسه القانوني في نص المادة 3/899 ق م ج<sup>6</sup> التي تخول للدائن

<sup>1</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 198 وما بعدها. أنظر أيضاً نص المادة 211 ق م ج.

<sup>2</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 95. أنظر أيضاً محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 92 وما بعدها. أنظر أيضاً شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 200. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 701.

<sup>3</sup> - رمضان محمد أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 289.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 93. أنظر أيضاً تهميش همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 388.

<sup>5</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 201.

<sup>6</sup> - تنص المادة 3/899 ق م ج على أنه (وفي جميع الأحوال إذا كان من شأن الأعمال الواقعة أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو للتلف أو جعله غير كاف للضمان، كان للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي وقف هذه الأعمال والأمر باتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر).

المرتتهن مطالبة القاضي بوقف الأعمال التي من شأنها الإضرار بالعقار المرهون أو الأمر باتخاذ الوسائل اللازمة لمنع وقوع الضرر. وقياسا على نص هذه المادة فإن للدائن المرتتهن تقديم طلب للجهة القضائية المختصة للمطالبة بوقف الأعمال التي من شأنها الإضرار بالمحل التجاري المرهون أو المطالبة باتخاذ التدابير اللازمة لمنع وقوع الضرر.

**ب- ضمان الهلاك:** إضافة إلى التزام المدين الراهن بضمان التعرض يقع عليه أيضا التزام آخر يتمثل في ضمانه هلاك المال المرهون وهذا حسب نص المادة 899 ق م ج، والمقصود بالهلاك أو التلف هو هلاك الضمان (أي المحل التجاري المرهون)، وليس فقط الهلاك المادي للمحل التجاري المرهون، وإنما يمتد ذلك أيضا إلى الهلاك القانوني وهو الذي يؤدي إلى خروج المحل التجاري المرهون من ذمة المدين الراهن بشكل لا يستطيع معه الدائن المرتتهن تتبعه، وقياسا على نص المادة 900 ق م ج<sup>1</sup> التي اعتبر فيها المشرع أن نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة صورة من صور هلاك العقار، مع أنها لا تؤدي دائما إلى هلاك العقار ماديا<sup>2</sup>، فإن نزع ملكية المحل التجاري المرهون للمنفعة العامة يعد صورة من صور هلاك المحل التجاري هلاكا قانونيا، حتى وإن لم يتعرض المحل التجاري للهلاك المادي.

إن لإقرار مسؤولية المدين الراهن من عدمها في حالة هلاك المحل التجاري المرهون، يجب تبيان من كان سببا في هلاك المحل التجاري المرهون أو تلفه، لأن الحكم يختلف في حالة هلاك المحل التجاري بسبب فعل المدين الراهن أم كان بفعل الدائن المرتتهن، وذلك كما يلي:

- الحالة الأولى: الهلاك أو التلف بخطأ المدين الراهن: إذا تسبب المدين الراهن بفعله أو بخطئه في هلاك المحل التجاري المرهون ترتبت عنه مسؤوليته، وكان للدائن المرتتهن حرية الاختيار بين أن يطلب تأمينا كافيا أو أن يستوفي حقه فورا<sup>3</sup>، وذلك راجع لسقوط حق المدين في الأجل<sup>4</sup>، وأن الهلاك أو التلف قد وقع بخطأ المدين الراهن، فوجب أن يكون الخيار للدائن المرتتهن<sup>5</sup>، وهو حر في اختيار الطريقة المناسبة والمنفعة له والتي تخدم في استيفاء

<sup>1</sup> - تنص المادة 900 ق م ج على أنه (إذا هلك العقار المرهون أو تلف لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرته إلى الحق الذي يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة).

<sup>2</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 204-205.

<sup>3</sup> - هذا قياسا على نص المادة 1/899 ق م ج التي تنص على أنه (إذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه كان للدائن المرتتهن الخيار بين أن يطلب تأمينا كافيا أو أن يستوفي حقه فورا). أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 96.

<sup>4</sup> - تنص المادة 2/211 ق م ج على أنه (يسقط حق المدين في الأجل: إذا أنقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص (...)).

<sup>5</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 704. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 95. أنظر أيضا رمضان محمد أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 390.

دينه وليس هناك ما يجبره على اتباع طريقة دون أخرى. غير أنه إذا طالب تأميناً بديلاً كافياً يحل محل المحل التجاري المرهون، فليس له أن يطلب في نفس الوقت إسقاط أجل الدين<sup>1</sup>.

- الحالة الثانية: الهلاك أو التلف بسبب أجنبي: إذا كان هلاك أو تلف المحل التجاري المرهون بسبب أجنبي لا يد للمدين الراهن فيه سواء كان نتيجة قوة قاهرة أو خطأ شخص أجنبي لا علاقة له بالمدين الراهن، ولم يقبل الدائن المرتهن بقاء الدين بلا تأمين، فإن لهذا المدين الراهن الحق في الخيار بين تقديم تأميناً كافياً أو الوفاء بالدين فوراً قبل حلول أجله<sup>2</sup>، وليس هناك ما يفرض عليه اختيار وسيلة معينة دون أخرى، فله الحرية الكاملة في اختيار الأحسن والأصلح له، وبهذا الحكم نجد أن المشرع وازن بين مصالح المدين الراهن الذي لم يكن سبباً في هلاك أو تلف المحل التجاري المرهون وبين الحفاظ على مصالح الدائن المرتهن، بحيث أنه لو جعل الخيار لهذا الأخير لكان ذلك إجحافاً في حق المدين الراهن.

- الحالة الثالثة: الهلاك أو التلف بخطأ الدائن المرتهن: وهي الفرضية التي لم ينص عليها المشرع، ويرجع ذلك ربما لندرة وقوعها، إذ من المعلوم أن المحل التجاري المرهون يبقى في حيازة المدين الراهن، ومن ثم يكون بعيداً عن الدائن المرتهن، وعلى كل حال إذا حدث وأن هلك المحل التجاري المرهون أو تلف بخطأ الدائن المرتهن، فليس له أن يطالب بشيء لأن الهلاك أو التلف كان بخطأ منه، بل عليه أن يدفع تعويضاً عما أتلفه وهذا طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، وينتقل حقه في الرهن إلى هذا التعويض<sup>3</sup>.

قياساً على نص المادة 900 ق م ج<sup>4</sup> فإن الرهن ينتقل بمرتبته في حالة تحقق الهلاك أو التلف الذي يضمنه المدين الراهن إلى الحق الذي يترتب على ذلك (أي فكرة الحلول العيني)، وقد نص المشرع على ثلاث حالات تتمثل فيما يلي:

- مبلغ التعويض عن الضرر: إذا تسبب المدين الراهن أو من كان تحت مسؤوليته في هلاك أو تلف المحل التجاري المرهون، فإن ذلك يلزمه بالتعويض للدائن المرتهن عما أصابه من ضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

<sup>1</sup> - أنظر في هذا الشأن تهميش رمضان محمد أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 290. أنظر أيضاً تهميش همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 392. أنظر أيضاً بيان يوسف رجب، دور الحيازة في الرهن الحيازي، دراسة موازية بين التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 497-498.

<sup>2</sup> - هذا قياساً على نص المادة 2/899 ق م ج التي تنص على أنه (إذا 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). ما نلاحظه في هذه الفقرة أن هناك خطأ في ترجمة مصطلح (le débiteur) باللغة الفرنسية الذي يقصد به المدين إلى اللغة العربية، حيث تمت ترجمته في النص العربي على أنه دائن. أنظر أيضاً بيان يوسف رجب، مرجع سابق، ص 498-499.

<sup>3</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 206. أنظر أيضاً رمضان محمد أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 291. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 704.

<sup>4</sup> - تنص المادة 900 ق م ج 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).

- مبلغ التأمين: إذا حدث وأن تحقق الخطر المؤمن ضده وهلك المحل التجاري المرهون المؤمن عليه لدى شركة التأمين، انتقل حق الدائن المرتهن إلى هذا المبلغ.

- الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة: تتمتع الإدارة بسلطات وامتيازات لا تتمتع بها الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة، وذلك نظرا لطبيعة وظيفتها في الدولة، ومن بين هذه السلطات نزع الملكية الخاصة لصالح المنفعة العامة، غير أن المشرع من أجل تحقيق العدالة قيد سلطة الإدارة في تطبيقها لهذه السلطة بضرورة تعويض الشخص الذي تم نزع ملكيته لصالح المنفعة العامة. وعليه فإذا تم نزع ملكية المحل التجاري المرهون لصالح المنفعة العامة يتم تعويض المالك (أي المدين الراهن) فينتقل حق الدائن المرتهن إلى هذا المقابل<sup>1</sup>.

**ثالثا: الالتزام بالإخطار:** يلتزم المدين الراهن بإخطار دائنيه عن أي عمل يريد القيام به، متى كان ذلك العمل متعلق بالمحل التجاري المرهون، والعبرة من اشتراط هذا الالتزام هو أن يكون الدائنين على علم بالوضعية الحقيقية للمحل التجاري الذي يشكل لهم ضمان من أجل استيفائهم ديونهم، لأن أي تغيير في المحل التجاري المرهون قد يؤدي إلى الإنقاص من قيمته، فإذا ما أراد المدين تغيير موقع المتجر بنقل كامل المتجر أو بعض الأثاث أو الآلات التي تستعمل في استغلاله<sup>2</sup> أوجب عليه القانون تبليغ الدائنين أصحاب التأمين بالعنوان الجديد لمتجره خلال خمسة عشر يوما من قبل نقل المتجر فعليا وعن طريق غير قضائي<sup>3</sup>.

تتمثل الغاية من فرض واجب التبليغ فتح باب الاعتراض أمام الدائنين على اعتبار أنه من المحتمل أن يؤدي نقل المتجر إلى خفض قيمته، ولذلك قضى القانون بأن إهمال مالك المتجر لهذا الواجب القانوني يمنح دائنيه الحق في تقديم طلب إلى المحكمة المختصة لتحكم لهم بإسقاط آجال الديون التي يضمنها التأمين، كما يتمتع الدائنين بالحق ذاته إذا بلغوا بأمر نقل المتجر وفق الأصول وأثبتوا أن نقل المتجر أضعف ضماناتهم<sup>4</sup> وللمحكمة سلطة واسعة في التقدير<sup>5</sup>، إن هذا الحكم يعتبر جزءا على المدين الراهن في حالة إخلاله بالتزامه بإخطار الدائنين المقيدين برغبته في نقل محل (موقع) محله التجاري إلى مكان آخر، أو نقله رغم معارضتهم لنقله بعد إخطارهم، وهذا ما

<sup>1</sup> - Voir dans ce sens M. WEISMANN et Roger DEBLED, op- cit, pF4.

<sup>2</sup> - أنظر المعتمد بالله الغرياني، مرجع سابق، ص254-255. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص308-309. أنظر أيضا سميحة القليوبي، مرجع سابق، 117.

<sup>3</sup> - تنص المادة 1/123 ق ت ج على أنه (في حالة نقل المحل التجاري تصبح الديون المقيدة مستحقة الأداء بحكم القانون إذا لم يقم مالك المحل التجاري بإبلاغ الدائنين المقيدون في المحل المختار خلال خمسة عشر يوما من قبل وعن طريق غير قضائي، عن رغبته في نقل المحل التجاري وعن المركز الجديد الذي يريد أن يقيمه فيه).

<sup>4</sup> - عبد الرزاق جاجان وعبد القادر برغل وعمر فارس، مدخل إلى القانون التجاري، منشورات جامعة حلب، د ب ن، 2008، ص299. أنظر أيضا سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مرجع سابق، ص404-405. أنظر أيضا المعتمد بالله الغرياني، مرجع سابق، ص255. أنظر أيضا فرحة زروبي صالح، مرجع سابق، ص268-269. أنظر أيضا محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص72-73. أنظر أيضا بوزراعة بلقاسم، مرجع سابق، ص222-223.

Voir aussi Alain PIEDELIEVRE et Stéphane PIEDELIEVRE, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, 3<sup>ème</sup> éd, Dalloz, Paris, 2001, p182. Voir aussi Paul Le FLOCH, op- cit, p180.

<sup>5</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص211.

نستنتج من المادة 4/123 ق ت ج التي تنص على أنه (إن نقل المحل التجاري دون موافقة البائع أو الدائنين المرتهنين يمكن أن يترتب عليه استحقاق ديونهم، فيما نتج عنه انخفاض قيمة المحل التجاري).

**رابعاً: الالتزام بنفقات العقد والقيود:** تنص المادة 2/883 ق م ج على أنه (تكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك)، وتنص أيضا المادة 906 ق م ج على أنه (تكون مصاريف القيد وتجديده وشطبه على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك).

نستنتج قياسا على هاتين المادتين المتعلقتين بنفقات عقد وقيود الرهن الرسمي أن كل المصاريف المترتبة عن عقد الرهن الحيازي وقيده يتحملها المدين الراهن ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، فعلى المدين الراهن دفع أتعاب الموثق الذي قام بتحرير عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، والمصاريف المترتبة عن قيد أو تجديد أو شطب هذا العقد لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل المحل التجاري المرهون في دائرة اختصاصه، ويجب دفع مصاريف قيد هذا العقد أو تعديله أيضا لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية إذا كان عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يتكون من بين عناصره المرهونة حقوق الملكية الصناعية، إضافة إلى هذا يمكن أن نقول أن المدين الراهن يلتزم أيضا بدفع مصاريف نشر هذا العقد في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

غير أننا ما نلاحظه في هاتين المادتين أنهما مكملتان لإرادة المتعاقدين وليستا أمرتين، حيث جاء في آخر المادتين عبارة (إلا إذا اتفق على غير ذلك)، (ما لم يتفق على غير ذلك)، إذ نستنتج أن المشرع في هذه النقطة نص على أن المدين الراهن هو من يتحمل دفع هذه المصاريف كمبدأ عام في حالة عدم اتفاقهما على الطرف الذي يتحمل دفعها، ولكن هذا لا يعني منعهما من الاتفاق على أن يتحملاها معا، أو أن يتحملاها الدائن المرتهن لوحده، فالمشرع نص على الأصل والاستثناء وهذا الأخير يتمثل في إمكانية المتعاقدين اختيار الطرف الذي يتولى دفع هذه المصاريف.

**خامساً: تدوين المركز الجديد للمحل التجاري المرهون بهامش القيد الأول:** يقع على عاتق المدين الراهن التزام آخر بالإضافة إلى الالتزامات التي سبق ورأيناها، يتمثل في ضرورة تدوين المركز الجديد للمحل التجاري المرهون بهامش القيد الأول في حالة قيامه بنقل محله التجاري المرهون، هذا سواء قام بإخطار الدائن المرتهن أو بلغ إلى علم هذا الأخير بعملية النقل في حالة عدم إخطاره، ونشير في هذه النقطة إلى أن النقل يكون داخل دائرة اختصاص المحكمة التي يقع فيها المحل التجاري المرهون. أما إذا قام المدين الراهن بنقل محله التجاري المرهون خارج دائرة اختصاص المحكمة التي كان يتواجد فيها، فإنه يلتزم في هذه الحالة بنقل قيده الأول في تاريخه الأصلي بسجل المحكمة التي نقل إليها وبيان مركزه الجديد<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - نستنتج هذا الحكم عن طريق القياس على التزام الدائن المرتهن الوارد في نص المادة 123 ق ت ج.

## الفرع الثاني

### التزامات الدائن المرتهن

يرتب عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري مجموعة من الالتزامات على عاتق الدائن المرتهن، فحتى وإن كانت طبيعة هذا العقد لا تتقل الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، إلا أن هذا لا يمنع من استنتاج بعض القيود التي يجب على الدائن المرتهن التقيد بها أو بعض الإجراءات الواجب اتباعها من أجل استيفاء حقه، حماية للمدين الراهن الذي يكون في مركز ضعيف أمام الدائن المرتهن الذي يكون في مركز أسمى، فقد يلجأ هذا الأخير إلى استعمال كل الوسائل لاستيفاء حقه حتى وإن كانت غير شرعية، لأن همه الوحيد هو حصوله على حقوقه، فقد يتدخل في إدارة المحل التجاري المرهون ويعطي الأوامر ويتعاقد مع الغير ويتصرف كأنه هو المالك، فهو بهذا السلوك يكون متعسفا في استعمال حقه، وعليه من أجل تفادي ما قد ينجر عن الدائن المرتهن من سلوك قد يضر بالمدين الراهن أقر المشرع بعض القيود يمكن تلخيصها فيما يلي:

**أولاً: التزام الدائن المرتهن بالتنصيص بهامش القيد على المركز الجديد للمحل التجاري المرهون:** يجب على الدائن المرتهن أن يعمل على التنصيص بهامش القيد على المركز الجديد للمحل التجاري المرهون، ولكن التزام الدائن المرتهن بالقيام بهذا الإجراء غير كاف وإنما يجب عليه القيام به في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ علمه، وفي حالة إهماله القيام بهذا الإجراء، فإن المشرع رتب جزاء عن ذلك يتمثل في إمكانية سقوط حق امتياز الدائن المقيد إذا ثبت أنه تسبب بتقصيره في إلحاق الضرر بغير المتعاقدين الذين وقع تغليبهم في الوقف على الحالة القانونية للمحل التجاري المرهون.

يتبين لنا هذا من خلال نص المادة 2/123 و3 ق ت ج التي تنص على أنه (ويجب على البائع والدائن المرتهن في خلال ثلاثين يوماً 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).

وفي حالة إهمال الإجراءات المقررة في الفقرة السابقة، يمكن أن يسقط حق امتياز الدائن المقيد إذا ثبت أنه تسبب بتقصيره في إلحاق الضرر بغير المتعاقدين الذين وقع تغليبهم في الوقف على الحالة القانونية للمحل (التجاري).

إن العبرة من وراء هذا الالتزام هو جعل الدائن المرتهن يحرص تمام الحرص على مراقبة الضمان المعطى له، وعدم ترك أية فرصة للمدين الراهن الذي قد يعتمد إلى تغيير موقع محله التجاري المرهون إضراراً بدائنيه هذا من جهة، ومن جهة أخرى نستنتج أن المشرع لجأ إلى هذا الجزاء (سقوط امتياز الدائن المرتهن) لتفادي أي اتفاق يكون بين الدائن المرتهن والمدين الراهن يكون الغرض منه هو الإضرار بحقوق الدائنين الآخرين، أو أن من شأن هذا التقصير أن يؤدي إلى نفس النتيجة.

ثانياً: التزام الدائن المرتهن بإنذار مالك المحل التجاري المرهون والدائنين المقيدين: يقع على عاتق الدائن المرتهن في حالة رغبته في التنفيذ على المحل التجاري المرهون ببيعه بالمزاد العلني التزام بإنذار مالك المحل التجاري المرهون والدائنين المقيدين قبل صدور الحكم الذي 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<sup>1</sup>، وقد يتعدد ويختلف السبب الذي أدى بالدائن المرتهن إلى المطالبة بهذا الإجراء، فقد يكون نتيجة عدم التزام المدين الراهن بالمحافظة على المحل التجاري المرهون كوحدة واحدة، أو أحد عناصره المشمولة بعقد الرهن الحيازي، أو قام بنقل محله التجاري المرهون دون إخطار الدائن المرتهن بذلك، أو رفضه لعملية النقل بعد إخطاره، لأن أي تصرف يقوم به المدين الراهن يكون محله المحل التجاري المرهون يمكن أن يضر بهذا التصرف بالتأمين الممنوح للدائنين.

## المطلب الثاني

### الضمانات المترتبة عن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري

يرتب عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري مجموعة من الضمانات سواء بالنسبة للأطراف المتعاقدة (أي المدين الراهن أو الدائن المرتهن)، أو بالنسبة للغير الذين تتأثر حقوقهم بهذا العقد، وتعتبر هذه الضمانات من طبيعة خاصة نظراً لطبيعة المال المرهون، فحتى وإن يعتبر مال كوحدة واحدة مستقلة إلا أنه يتكون من مجموعة من العناصر مختلفة بطبيعتها عن بعضها البعض، بحيث راعى المشرع ضرورة تحقيق التوازن بين مصالح الدائن المرتهن من جهة ومصحة الدائنين العاديين، مع عدم الإخلال بحقوق المدين الراهن الذي سيكون في مركز ضعيف بالمقارنة مع دائنيه.

إن الطبيعة الخاصة لعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري تفرض ذلك، باعتبار أن ملكية وحيازة هذا المحل التجاري لا تنتقل إلى الدائن المرتهن، وإنما تبقى في يد المدين الراهن ويبقى هذا الأخير مستغلاً له إلى غاية استيفاء الدين أو انقضاء العقد.

سنحاول في هذا المطلب تناول الضمانات الممنوحة للمدين الراهن (الفرع الأول)، والضمانات الممنوحة لدائنيه (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 1/127 ق ت ج.

## الفرع الأول

### ضمانات المدين الراهن

يقرر عقد الرهن الرسمي للدائن حقا عينيا تبعا يمكنه من التنفيذ على العقار المرهون واقتضاء حقه من ثمنه عند حلول أجل الدين، إذا ما امتنع المدين عن الوفاء الاختياري به، ويترتب على ذلك أنه ليس من طبيعة حق الرهن قبل حلول أجل الدين أن تنتقل للدائن ملكية وحيازة العقار المرهون<sup>1</sup>.

قياسا على هذا وكما سبق وقلنا أن عقد الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري ذو طبيعة خاصة، ذلك أن هذا العقد يرد على مال منقول معنوي وليس على مال منقول مادي، فالحيازة لا تنتقل من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن مثلما هو معمول به في الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي، وبهذه الخاصية يشبه الرهن الرسمي، بحيث مكنته هذه الخاصية من التمتع بعدة ضمانات نلخصها فيما يلي:

**أولاً: بقاء المحل التجاري المرهون في ملكية المدين الراهن:** إن من بين أهم الضمانات الممنوحة للمدين الراهن احتفاظه بملكية المحل التجاري المرهون، بحيث أن طبيعة هذا العقد لا تنقل الملكية من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، وهذا عكس عقد البيع الذي يعتبر عقدا ناقلا للملكية<sup>2</sup>، وعكس الرهن الحيازي أيضا الوارد على المنقول المادي الذي يؤدي إلى انتقال حيازة المال المرهون من يد المدين الراهن إلى الدائن الرتهن.

نستنتج إقرار المشرع بهذا الضمان من خلال استقراء نص المادة 2/118 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)، بحيث أنه بالرغم من كون مركز المدين الراهن ضعيف بالمقارنة مع مركز الدائن المرتهن إلا أن هذا لا يمنح الحق لهذا الأخير مطالبة مدينه بالتنازل له عن المحل التجاري المرهون في مقابل الدين الذي على عاتقه وتسديدا له، كما أن كل اتفاق ينص على هذا الشرط يعتبر باطلا، بحيث يظل المدين الراهن مالكا للمحل التجاري المرهون، الأمر الذي يجعله يتمتع بمختلف السلطات الناجمة عن حق الملكية<sup>3</sup>، حيث لحق الملكية ثلاثة خصائص تتمثل في أنها حق

<sup>1</sup> - همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 394.

<sup>2</sup> - « إن الخاصية المميزة لعقد البيع هي كونه ينشئ التزاما على عاتق البائع بنقل ملكية المبيع، أي كانت طبيعته إلى المشتري، إذ الهدف الأساسي من هذا العقد هو حصول المشتري على ملكية المبيع، ومن ثم إذا تضمن العقد شرطا من مقتضاه تعطيل هذه الغاية، فلا يعد بيعا». علي نجيدة، الوجيز في عقد البيع، د د ن، د ب ن، 2000-2001، ص 7.

لا تقتصر العقود الواردة على المحل التجاري الناقلة للملكية فقط على عقد البيع الذي نص عليه المشرع في المادة 79 ق ت ج، وإنما تمتد إلى عقود أخرى سواء مذكورة في القانون التجاري كتقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل التملك (نص المادة 117 ق ت ج)، أو تلك غير المذكورة في القانون التجاري كعقد المقايضة، عقد الهبة وعقد الوصية، بحيث أنه ليس هناك ما يمنع من ورود هذه العقود الناقلة للملكية على المحل التجاري حتى وإن كانت أحكامها غير موجودة في القانون التجاري.

« La vente en elle-même est valable. Le débiteur reste, en effet, malgré le nantissement, propriétaire du fonds». R. SARAZY, op- cit, p111.

<sup>3</sup> - « يتشابه الرهن الحيازي للمحل التجاري مع الرهن الرسمي في هذا الحكم، بحيث أن الدائن المرتهن لا يهدف من حصوله على الرهن سوى إمكانية التنفيذ على العقار المرهون عند حلول أجل الدين وامتناع المدين عن الوفاء به سواء تحت يد الراهن أو تحت يد غيره، وهو ما لا يتعارض مع احتفاظ وممارسة الراهن

جامع لمختلف السلطات، وحق استثنائي قاصر على المالك ومانع لغيره وحق دائم ممتد في الزمان باقي ما بقي محله<sup>1</sup>.

كما أننا نشير في هذا المجال إلى نقطة مهمة ألا وهي أن المدين الراهن حتى وإن كان يحتفظ بملكية المحل التجاري المرهون إلا أن هذا لا يخوله الحق في التصرف فيه تصرفاً يضر به بحقوق الدائن المرتهن.

**ثانياً: بقاء حيابة المحل التجاري المرهون بيد المدين الراهن:** سبق وقلنا أن من بين خصائص عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري أنه غير ناقل للحيازة، بحيث يظل تحت حيابة المدين الراهن ولا ينتقل إلى الدائن المرتهن<sup>2</sup>، ولا يجوز للدائن أن يتدخل أو يشرف عليه إلا إذا تضمن الاتفاق نصاً يخول له ذلك<sup>3</sup>، ولا تمتاز بهذه الخاصية كل الأموال المنقولة بل تمتاز بها فقط الأموال المنقولة المعنوية عكس ما هو مطبق عند رهن الأموال المنقولة المادية، إذ يؤدي رهنها إلى انتقال حيازتها من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن ويحتفظ بها إلى غاية سداد الدين، وبهذه الخاصية يتشابه الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري والرهن الرسمي.

وعليه فلا يضمن المدين الراهن عدم تجريده من ملكية المحل التجاري فقط وإنما يضمن أيضاً عدم تجريده من حيازته، إذ يعتبر عدم تجريد المدين الراهن من حيابة المحل التجاري المرهون من بين الضمانات الهامة الممنوحة للمدين الراهن لما تخوله له من سلطات تمكنه من الاستمرار في النشاط التجاري، ولكن نشير إلى أنه

---

لسلطات الملكية على العقار المرهون فيما ليس فيه مساس بسلامة الرهن أو انتقاص للضمان الذي يوفره». رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 293. أنظر أيضاً همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 395.

« لقد كان من الصعب على الفكر القانوني في بداية تطوره تصور إمكان تقرير حق عيني على شيء مع احتفاظ المالك في نفس الوقت بكل سلطاته على نفس الشيء، ولهذا كان التأمين العيني يقتضي نقل الملكية للدائن، أو على الأقل في مرحلة لاحقة لنقل الحيازة له. أما أن يبقى المالك محتفظاً بكل حقوقه على الشيء وفي نفس الوقت يتقرر للدائن حقا عينيا على نفس الشيء، فهذا لا يستقيم إلا في مرحلة فكرية متقدمة». سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 99-100.

يمكن تعريف حق الملكية على أنه « ذلك الحق الذي يرد على شيء من الأشياء ويحول لصاحبه الاستثنائية بسلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف في هذا الشيء وذلك في حدود القانون». رمضان أبو السعود، الوجيز في التأمينات العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 28. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، الوجيز في التأمينات العينية الأصلية، مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 459. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 21.

<sup>1</sup> - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 64. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، الوجيز في التأمينات العينية الأصلية، مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، مرجع سابق، ص 459 وما بعدها. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، مرجع سابق، ص 22 وما بعدها.

<sup>2</sup> - « Le titulaire du fonds, débuteur, conserve la disposition du fonds et de ses divers éléments; entre ses mains? le fonds n' est pas indisponible pour la constitution du nantissement». Gaston CENDRIER, op- cit, p289. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p975.

أنظر أيضاً جامع رضوان، أحكام رهن المحل التجاري في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2002/2001، ص 43.

<sup>3</sup> - داود منصور، مرجع سابق، ص 437.

على الرغم من هذه الضمانة الممنوحة للمدين الراهن إلا أنه يجب عليه القيام باستغلال المحل التجاري وعدم القيام بأي عمل من شأن الإنقاص من قيمة هذا المحل<sup>1</sup>.

أراد المشرع بهذا الحكم التوفيق بين مصلحة التاجر الراهن والدائن المرتهن، فأبقى للأول حيازة محله حتى يتسنى له مواصلة نشاطه ليستطيع النهوض من كبوته وسداد ديونه وتحرير محله من عبئ الرهن، وكفل حماية حقوق الدائن المرتهن من ناحية أخرى، عن طريق إحاطة الرهن بنوع من الشهر يكفل للدائن الاحتجاج بحقه في مواجهة الغير والتقدم عليهم<sup>2</sup>.

**ثالثا: سلطات المدين الراهن المترتبة عن عدم تجريده من ملكية وحيازة المحل التجاري المرهون:** يتمتع المدين الراهن بجموعة من السلطات المترتبة عن بقاء ملكية وحيازة المحل التجاري المرهون تحت يده، بحيث أن هذا العقد لا يحد من سلطات المدين الراهن إلا في حدود عدم الإضرار بالتأمين الممنوح للدائن المرتهن، ونلخص هذه السلطات فيما يلي:

**أ- سلطة التصرف:** إن للتصرف معنى خاص في الملكية يميزه عن غيره من الحقوق، فالملكية وهي أوسع الحقوق مدى، تخضع الشيء لتسلط كامل من جانب المالك، ولذلك كانت سيطرة المالك على الشيء غير قاصرة على الحصول على منفعه وحدها مع الإبقاء على مادته، بل هي تمتد فتخول للمالك سلطة التصرف المادي في الشيء بأن يستهلكه أو يعدمه أو يحول صورته تحويلا نهائيا لا رجعة فيه<sup>3</sup>.

إلا أن المادة 894 ق م ج تنص على أنه (يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على أن أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن)، قياسا على هذا النص نستنتج أن للمدين للراهن الحق في التصرف في المحل التجاري المرهون بمختلف التصرفات، شريطة عدم الإضرار بحقوق الدائن المرتهن الذي ارتبط دينه بالمحل التجاري المرهون، وسنحاول تقسيم هذه التصرفات إلى تصرفات قانونية وتصرفات مادية.

---

<sup>1</sup> - « Le commerçant qui a donné son fonds en nantissement conserve de l' administrer et d' en disposer. Mais il doit maintenir le fonds en activité et s' abstenir de tout acte diminuant la valeur du fonds nanti». M. WEISMANN et Roger DEBLED, op- cit, pF3.

أنظر أيضا جامع رضوان، ص ص43-44.

<sup>2</sup> - محمد الأمير يوسف، مرجع سابق، ص ص228-229.

<sup>3</sup> - رمضان أبو السعود، الوجيز في التأمينات العينية الأصلية- أحكامها ومصادرها، مرجع سابق، ص36. أنظر أيضا حسن كيرة، مرجع سابق، ص ص89-70. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، الوجيز في التأمينات العينية الأصلية- مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، مرجع سابق، ص ص466-467. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية- أحكامها ومصادرها، مرجع سابق، ص ص30-31. أنظر أيضا جامع رضوان، ص44. أنظر في هذا المعنى أيضا الدكتور محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، ج2، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة دار الثقافة، 2001، ص342.

1- التصرفات القانونية: حسب ما سبق يمكن للدائن المرتهن إبرام مختلف العقود على المحل التجاري المرهون، سواء كانت ناقلة للملكية أو غير ناقلة للملكية، ولكن تأثير هذه العقود على حقوق الدائن المرتهن يختلف بحسب ما إذا كانت أبرمت قبل إبرام عقد الرهن الحيازي أم بعده، هذا ما سنحاول تبيانه فيما يلي:

- العقود الصادرة من المدين الراهن والتي تم شهرها قبل أن يقيد الدائن المرتهن حقه تكون نافذة في حقه، ومن ثم فهي تمس بحقه وتؤثر فيه، لهذا كان من الواجب على الراهن أن يمتنع عن إجرائها، فإن أجراها رغم ذلك اعتبر مخاللا بالتزامه بضمان سلامة الرهن<sup>1</sup> كما سبق وقلنا، ويترتب على ذلك سقوط الأجل وحلول الدين فوراً بسبب إضعاف التأمينات<sup>2</sup>.

- أما العقود التي قام بها المدين الراهن بعد قيد الدائن المرتهن حقه فلا تنفذ في حقه، ومن ثم فهي لا تضر بمصالحه، ويجوز للراهن إجراؤها<sup>3</sup>، لأن حق الدائن المرتهن أصبح نافذاً في مواجهة الغير ممن تلقى حقا على المحل التجاري بعد القيد<sup>4</sup>، كما أن للدائن المرتهن الحق في تقديم المعارضة في دفع الثمن في حالة البيع<sup>5</sup>، حق الأفضلية على باقي الدائنين المرتهنين التاليين له في القيد، وله الحق أيضاً في تتبع المحل التجاري المرهون والتنفيذ عليه في أي يد كان واستيفاء دينه من ثمن بيعه في المزاد العلني.

نشير إلى نقطة مهمة هي أنه إذا كان للمدين الراهن الحق في التصرف في المحل التجاري المرهون كوحدة واحدة، فإن التساؤل المطروح هو هل يمكن للمدين الراهن التصرف في عناصر المحل التجاري المشمولة بعقد الرهن الحيازي مستقلة؟ للإجابة على هذا التساؤل يجب التمييز بين حالتين، فلو اعتبرنا أن تنازل المدين عن ذلك العنصر من قبيل أعمال الإدارة الحسنة كان التصرف صحيحاً. ومثال ذلك أن يقوم مالك المتجر ببيع بعض العنصر أو الأثاث لغايات التجديد بعد أن أصبحت قديمة جداً، مع العلم أن القيام بتجديد عناصر يشملها التأمين يضع العناصر الجديدة في الموقع نفسه الذي كانت فيه العناصر القديمة، ويبقى عليها مشمولة بالتأمين.

<sup>1</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 211.

<sup>2</sup> - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 99. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 398.

« Le débiteur doit s' abstenir de tout acte qui pourrait amener le déperissement du gage; cette diminution de sûreté a, pour sanction, l' exhibibilité immédiate de la créance ». Gaston CENDRIER, op-cit, p289. Voir aussi sur l' exigibilité de la dette: Marie- PIERRE et Dumont- LEFRAND, L' exigibilité de la dette de la caution en cas de liquidation judiciaire du débiteur garanti, JCP., éd. Nor., 2017, n° 08, p474.

<sup>3</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 211. أنظر أيضاً السيد محمد السيد عمران، التأمينات الشخصية والعينية، د د ن، د ب ن، 2010-2011، ص 159.

<sup>4</sup> - أنظر همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 398. أنظر أيضاً سمير تتاغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 101. أنظر أيضاً السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 159.

<sup>5</sup> - أنظر أيضاً جامع رضوان، مرجع سابق، ص 80.

بالمقابل إذا اعتبرنا أن تنازل المدين عن العنصر موضوع النزاع ليس من قبيل أعمال الإدارة الحسنة، كان من حق الدائن الاعتراض على هذا التصرف والمطالبة بإسقاط أجل دينه والتنفيذ على المتجر موضوع التأمين، نظرا لإقدام المدين على إضعاف ضمانات دينه<sup>1</sup>.

كما أنه بالعودة إلى ماهية المحل التجاري يتضح لنا أن التصرف في عناصر المحل التجاري المشمولة بعقد الرهن الحيازي مستقلة عن بعضها البعض يؤدي إلى إرهاب الدائن المرتهن في تتبع هذه العناصر واسترجاعها الأمر الذي يؤدي لامحالة إلى إضعاف التأمين الممنوح له.

2- التصرفات المادية: يمكن للمدين الراهن القيام بالأعمال المادية في المحل التجاري المرهون متى كانت نافعة وتزيد من قيمته، أما إذا كان من شأنها الإنتقاص من قيمته، فإنه يجب عليه الامتناع عن القيام بهذه الأعمال لأن من بين الالتزامات الواقعة على عاتقه الالتزام بسلامة الرهن<sup>2</sup>، والأمر متروك لتقدير القاضي للحكم على مدى تأثير مثل هذه التصرفات على ضمان الدائن<sup>3</sup>.

أما بخصوص رغبة التاجر في نقل المنقولات التي تدخل ضمن الأثاث التجاري (المعدات والآلات التي تستخدم في استغلال المحل التجاري)، فإذا بدلها بأدوات بنفس القيمة، فإنه ليس للدائن أن يعترض على ذلك، أما في الحالة العكسية فله الحق إما المطالبة بالوفاء مباشرة أو رهن حيازي حقيقي على الأموال<sup>4</sup>.

ب- سلطة الاستغلال (الاستثمار): سبق وقلنا أن المدين الراهن يحتفظ بملكية المحل التجاري المرهون وحيازته، الأمر الذي يمنحه سلطة استغلاله، حيث تنص المادة 895 ق م ج على أنه (إن للراهن الحق في إدارة العقار المرهون وفي قبض ثماره إلى وقت التحاقها بالعقار).

قياسا على نص هذه المادة نستنتج أن المشرع منح للمدين الراهن سلطة استغلال محله التجاري المرهون<sup>5</sup>، بما تخول له من إدارة واستغلال بالكيفية التي يقدرها محققة لمصلحته أو أن يغير من طريقة استغلاله بما يحقق له النفع، ولا يحد من حقه في كل ذلك إلا التزامه بضمان سلامة الرهن، بحيث يتمتع عليه كل ما من شأنه الانتقاص من الضمان المقرر للمرتهن انتقاصا كبيرا، والمرجح في ذلك لمحكمة الموضوع مستهدية بما ينبغي أن يتوافر من

<sup>1</sup> - عبد الرزاق جاجان و عبد القادر برغل وعمر فارس، مرجع سابق، ص298. أنظر أيضا جامع رضوان، مرجع سابق، ص80.

<sup>2</sup> - أنظر السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص159. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص212. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص98. أنظر أيضا بيان يوسف رجيبي، مرجع سابق، ص477-478.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص99. أنظر أيضا محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني - الحقوق العينية التبعية، مرجع سابق، ص97.

<sup>4</sup> - Louis FIALON, op- cit, p60.

<sup>5</sup> - « يقصد بسلطة الاستغلال سلطة الحصول على ما يغله الشيء من ريع أو دخل». رمضان أبو السعود، الوجيز في التأمينات العينية الأصلية، مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، مرجع سابق، ص465.

يعرفها أيضا الدكتور نبيل إبراهيم سعد على أنها « القيام بالأعمال اللازمة لاستثمار الشيء، أي للحصول على ثماره». نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، مرجع سابق، ص29. أنظر أيضا حسن كبيرة، مرجع سابق، ص274. أنظر أيضا حول سلطة استعمال واستغلال المحل التجاري المرهون جامع رضوان، ص45.

أمانة وثقة بين المتعاقدين وطبيعة المعاملة والعرف التجاري في تقدير طبيعة التغيير وأثره على حق المرتهن في الضمان<sup>1</sup>.

يمكن لنا إعطاء بعض الأمثلة عن سلطات المدين الراهن أثناء استغلال محله التجاري المرهون كإدخال بعض العناصر غير الموجودة في المحل التجاري أثناء إبرام عقد الرهن الحيازي كالألات المبتكرة حديثاً غير معروفة من ذي قبل، أو علامة ذات سمعة كبيرة في السوق، أو براءة اختراع، أو تغيير طريقة عرضه لخدماته بشكل يساهم في جذب الزبائن لمحله الأمر الذي يعمل على زيادة رقم أعماله ويزيد من قيمة المحل التجاري المرهون، ما يمنح الاطمئنان للدائن المرتهن في استيفاء دينه.

أما إذا صدر عن الراهن في مباشرة سلطة الاستغلال ما اعتبره المرتهن متناقضاً مع الالتزام بالضمان، كان له أن يعارض في ذلك مطالباً بوقف الأعمال الصارئة بحقه، وله أن يتخذ الوسائل التحفظية الكفيلة لحماية ضمانه، ويرجع بما أنفقه في ذلك على الراهن، كما أن له الرجوع على هذا الأخير بالضمان<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### ضمانات دائني المدين الراهن

إن احتفاظ المدين الراهن بملكية المحل التجاري المرهون وحيازته، وما يترتب عن ذلك من سلطة التصرف والاستغلال، لا يعني أن المشرع حمى فقط هذا المدين، وإنما قام في مقابل ذلك بمنح مجموعة من الضمانات أو الحقوق ليس للدائن المرتهن فقط وإنما امتدت إلى الدائنين العاديين من أجل استيفاء ديونهم.

**أولاً: بالنسبة للدائن المرتهن:** يخول عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري مجموعة من الحقوق للدائن المرتهن، سواء ظهرت هذه الحقوق بصورة ملموسة أو بصورة أخرى متى كانت تعبر عن سلطته في حماية دينه، وعليه سنحاول تناول هذه الحقوق كما يلي:

**أ- حق التقدم:** يتمتع الدائن المرتهن بحق التقدم في استيفاء حقه على مختلف الدائنين التاليين له في القيد وعلى الدائنين العاديين، وهذا الحق خوله له المشرع من أجل تحقيق التوازن في العلاقات القانونية بينه وبين المدين الراهن الذي يحتفظ بحيازة وملكية المحل التجاري وما ينتج عنهما من سلطات.

**1- المقصود بحق التقدم:** يقصد بحق التقدم أو الأفضلية وجود الدائن المرتهن في مركز تفضيلي بالنسبة لغيره من الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة، وبمقتضاه يتقدم عليهم في استيفاء حقه من المقابل

<sup>1</sup> - همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص416. أنظر أيضاً السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص162.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص314. أنظر أيضاً السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص162.

النقدي<sup>1</sup> للمحل التجاري المرهون، وذلك عن طريق الحصول على أمر ببيع المحل التجاري المرهون عندما لا يلتزم المدين بتنفيذ تعهداته<sup>2</sup>، وبعد ثلاثين يوما من الإنذار بالدفع المبلغ للمدين والحائز من الغير<sup>3</sup>، وخمسة عشر يوم بالنسبة للبنوك<sup>4</sup>.

يعتبر حق التقدم أو الأفضلية جوهر الرهن الحيازي للمحل التجاري، وذلك لأن الميزة الأساسية للرهن الحيازي للمحل التجاري هي السماح للدائن المرتهن بالتقدم في استيفاء دينه على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة سواء بقي المحل التجاري المرهون في يد الراهن أو انتقل إلى شخص آخر<sup>5</sup>. أما إذا كان الدائن المرتهن يتواجد لوحده فإنه لا مجال لطريق هذا الحق، باعتباره يستوفي حقه دون مزاحمة من الدائنين الآخرين، كذلك الأمر نفسه في حالة كون المدين الراهن يمتلك أموالا كثيرة تكفي لسداد دين الدائن المرتهن وبقية الدائنين المرتهنين التاليين في القيد والدائنين العاديين.

2- وعاء حق التقدم: يقصد به تحديد الأموال التي يستوفي الدائن المرتهن حقه من ثمنها بمقتضى ما يوفره حق الرهن من حق التقدم<sup>6</sup>، حيث تنص المادة 907 ق م ج على أنه (يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حل محل هذا العقار).

نستنتج قياسا على نص هذه المادة أن الدائن المرتهن يستوفي حقه بالتقدم تجاه سائر الدائنين سواء كانوا دائنين مرتهن تالين له في القيد أو دائنين عاديين على ثمن بيع المحل التجاري المرهون أو الثمن الذي حل محله.

- ثمن المحل التجاري المرهون كوعاء لحق التقدم: يخول عدم التزام المدين الراهن بالوفاء بالدين الذي على عاتقه في الأجل المتفق عليها للدائن المرتهن أو لدائن آخر الحق في المطالبة ببيع المحل التجاري المرهون واستيفاء دينه

<sup>1</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص273. أنظر أيضا كركادن فريد، ضمانات الدائن المرتهن في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 13، ع01-2016، ص278. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص ص373-374. أنظر أيضا القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، مرجع سابق، ص177. أنظر أيضا مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، مرجع سابق، ص238. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص462. أنظر أيضا صهيبي عبد الله بشير الشخانية، الضمانات العينية، الرهن، ومدى مشروعيتها استثمارها في المصارف الإسلامية، دار النفائس، عمان، 2011، ص9. أنظر أيضا جامع رضوان، ص71. أنظر أيضا داود منصور، مرجع سابق، ص ص437-438. أنظر أيضا منصور محمد العروسي، نظام الرهن العقاري في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2012/2013، ص133.

« Le droit de préférence s' exerce sur le prix du fonds vendu, soit à la requête du créancier lui-même, soit à la requête du débiteur». F. MONTIER et G.-H. FAUCON, op- cit, p175. Voir aussi M. WEISMANN et Roger DEBLED, op- cit, pF3.

<sup>2</sup> - Raymond CASTRO, op- cit, p45.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 126 ق ت ج.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 124 من قانون النقد والقرض.

<sup>5</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص113.

Voir aussi Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p404.

<sup>6</sup> - رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص374. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص476. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص274. أنظر أيضا سمير تتاغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص146. أنظر أيضا أسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1988، ص69.

من ثمن هذا البيع متقدما على الدائنين العاديين<sup>1</sup>، يخوله كذلك نفس الحق في حالة قيام المدين الراهن بإبرام عقد آخر لم يرض به الدائن، لكن عملية البيع تقتصر على العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي ولا تمتد إلى عناصر أخرى لم يشملها عقد الرهن الحيازي، وفي هذه الحالة نطبق القاعدة التي سبق وطبقناها فيما يخص محل الرهن، بحيث أن البيع يشمل العناصر المتفق عليها في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بشرط أن يشمل العناصر الأساسية لتكوين المحل التجاري التي بدونها لا يمكن لنا الحديث عن وجوده<sup>2</sup>.

أما في حالة عدم الاتفاق على العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي، فإن عملية البيع تشمل العنوان والاسم التجاري، الحق في الإيجار، الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية فقط دون أن يمتد عقد البيع إلى عناصر أخرى<sup>3</sup>، إذ يتم عن طريق البيع تحويل هذه العناصر المرهونة (أي تلك التي تدخل في وعاء الرهن الحيازي) إلى مبلغ نقدي يستوفي منه الدائن المرتهن دينه بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين، ولكن نشير إلى نقطة مهمة تتمثل في أن البيع هنا لا يمتد إلى العناصر التي لم يشملها الرهن الحيازي حتى وإن لم تستوف قيمة العناصر المباعة مبلغ الدين المضمون بها<sup>4</sup>.

إضافة إلى هذا إذا كان للمحل التجاري ملحقات فإنه يشملها أيضا البيع، ما لم يوجد اتفاق ينص على استبعاد هذه الملحقات عن المحل التجاري المرهون<sup>5</sup>.

كما سبق وقلنا أيضا أن امتياز الدائن المرتهن غير قابل للانقسام بحيث أن الدائن يستوفي حقه من ثمن بيع هذه العناصر كلها وليس ببعضها، فكل الدين مضمون بكل عناصر المحل التجاري المشمولة بعقد الرهن وكل جزء من هذه العناصر ضامنة للوفاء بكل الدين عكس امتياز البائع<sup>6</sup>.

- المال الذي يحل محل المحل التجاري المرهون كوعاء لحق التقدم: إن الأصل في ممارسة الدائن المرتهن لحقه في التقدم أو الأفضلية يتعلق بثن المحل التجاري المرهون وملحقاته بعد البيع، لكن إذا حل مال محل المحل التجاري المرهون، فإن الدائن المرتهن يباشر حقه في التقدم أو الأفضلية على هذا المال أو على ثمنه وذلك تطبيقا

<sup>1</sup> - « La somme qui représentera la valeur des éléments compris dans le nantissement reviendra par privilège, à due concurrence, au créancier nanti. Les chirographaires se partageront le reste au marc le franc». Louis FIALON, op- cit, p111.

<sup>2</sup> - أنظر كركادن فريد، ضمانات الدائن المرتهن في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، مرجع سابق، ص ص 278-279.

<sup>3</sup> - نستنتج هذا الحكم من خلال استقراء نص المادة 3/119 ق ت ج، وبالمقاييس أيضا على نص المادة 2/96 ق ت ج المتعلقة بامتياز بائع المحل التجاري.

<sup>4</sup> - Olivier BARRET, op- cit, p314.

<sup>5</sup> - نطبق هذا الحكم قياسا على نص المادة 887 ق م ج التي تنص على أنه (يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص وكافة التحسينات والإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك، ما لم يتفق على غير ذلك).

<sup>6</sup> - « Contrairement au privilège du vendeur, pour lequel un fractionnement du prix de vente doit être opéré entre les marchandises, le matériel et les éléments incorporels, l' assiette du nantissement est indivisible. Par voie de conséquence, en cas de revente du fonds, la sûreté va s' excercer sur la totalité du prix de revente: la totalité de la créance privilégiée est garantie par la totalité du prix de vente des éléments grvés par le nantissement». Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p939. Voir aussi Olivier BARRET, op- cit, p314.

أنظر أيضا جامع رضوان، ص72.

لنظرية الحلول العيني، كما أنه إذا هلك المحل التجاري المرهون أو تلف ودفع عن ذلك تعويض أو مبلغ التأمين أو نزعت ملكيته للمنفعة العامة ودفع عن ذلك مقابل معين، فإن حق الدائن المرتهن في جميع الحالات يتعلق بالمبلغ الذي حل محل المحل التجاري المرهون ويستطيع أن يستوفي منه حقه بالتقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة<sup>1</sup>.

يضيف الأستاذ Gaston CENDRIER أنه في حالة الإفلاس والتسوية القضائية تنحصر حقوق الدائنين المرتهنين في عناصر المحل التجاري التي يشملها امتيازهم ولا يمكن أن تنحصر إلا على ثمن إعادة بيعها<sup>2</sup>.

3- نطاق حق التقدم: يمارس الدائن المرتهن حقه في التقدم تجاه الدائنين المرتهنين التاليين له في القيد والدائنين العاديين على أصل الدين وملحقاته.

- أصل الدين: لا صعوبة في تحديد أصل الدين المضمون بالرهن إذا كان الدين غير موصوف، أي كان محققاً ومؤكداً وحال الأداء، إذ يتمثل أصل الدين عندئذ في المبلغ الذي تم الاتفاق على ضمانه بالرهن والذي تم تحديده في قائمة الرهن، فإذا اختلف المبلغان اقتصر حق التقدم على أقلهما<sup>3</sup>، لأنه إذا زاد الدين المقيد عن الدين المضمون بالرهن كانت هذه الزيادة غير قائمة على أساس، لأن القيد يعتمد على سند الرهن في وجوده ومداه، وإذا زاد الدين

<sup>1</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 115. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 375 وما بعدها. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 276 وما بعدها. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 502 وما بعدها. أنظر أيضا سميحة القليوبي، المحل التجاري، البيع والرهن بالجدك، ط 1989، مرجع سابق، ص 133 وما بعدها. أنظر أيضا مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق، مرجع سابق، ص 681. أنظر أيضا جامع رضوان، ص 72. أنظر أيضا ما قلناه فيما يتعلق بالهلاك أو التلف بخطأ الدائن المرتهن.

نستنتج هذا الحكم بالقياس على نص المادة 900 ق م ج التي تنص على أنه (إذا هلك العقار 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).

إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 30 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات فإن المؤمن له (أي مالك المحل التجاري المرهون) يتحصل في حالة وقوع حادث منصوص عليه في عقد التأمين على التعويض حسب شروط العقد، ولا يمكن أن يزيد هذا التعويض على مقدار استبدال المال المؤمن عليه وقت حدوث الحادث، وعليه فإن الدائن المرتهن له الحق في ممارسة التقدم على هذا المقدار. الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالتأمينات.

« غير أن حق الدائن المرتهن لا يتقرر على مبلغ التأمين إلا بقدر الجزء الذي يقابل مقومات المحل التي وقع عليها الرهن، وتحدد المحكمة النسبة التي تنقرر لهذه المقومات من مبلغ التأمين، وهي تكل هذه المهمة عادة إلى خبير». علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 310.

تنص المادة 36 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات على أنه (إذا وقع حادث في مجال تأمينات الأموال، يحصل الدائنون الممتازون أو المرتهنون تبعاً لرتبتهم وطبقاً للتشريع الساري على التعويضات المستحقة).

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 09 نوفمبر 1999، على أن « محكمة الاستئناف لما لاحظت أن مبلغ التعويض المدفوع من قبل شركة التأمين، يضمن فقدان الاستغلال وتم كشف أن خسارة هذا الاستغلال الذي لا يشكل عنصراً من عناصر المحل التجاري، فإن محكمة الاستئناف استنتجت بدقة أن الدائن المرتهن لا يمكنه الاستئثار بهذا التعويض».

Civ. 09 nov. 1999, n° 97-12.470, bull. Civ. I, n° 296, p193. Préc.

« Les droits réels existant sur la chose expropriée sont transportés sur l'indimnité d'expropriation». F. MONTIER et G.-H. FAUCON, op- cit, p177.

<sup>2</sup> - Gaston CENDRIER, op- cit, p290.

<sup>3</sup> - السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 189.

الوارد بسند الرهن عن الدين الثابت بالقيود، كانت هذه الزيادة غير نافذة في حق الغير فلا يتقدم بها الدائن على غيره من الدائنين<sup>1</sup>.

أما إذا كان الدين موصوفاً فإن حق الدائن المرتهن يختلف في كيفية ممارسته بحسب ما إذا كان الدين معلق على شرط أو دين مستقبلاً أو احتمالياً وهذا حسب نص المادة 908 ق م ج<sup>2</sup>.

الدين المعلق على شرط: إذا كان الدين معلقاً على شرط فيجب في هذه الحالة التمييز بين الحالة التي يكون فيها الدين معلقاً على شرط فاسخ أم معلقاً على شرط واقف.

**الحالة الأولى**: إذا كان الدين معلقاً على شرط فاسخ، فهذا يعني أن الدين موجود لكن مصيره مهدد بالزوال إذا تحقق الشرط في المستقبل، فالدائن المرتهن في هذه الحالة يسمح له بالاشتراك في التوزيع طبقاً لمرتبته، لكنه يلزم بتقديم ضمان كاف يكفل رد ما استوفاه من حق إذا تحقق الشرط الفاسخ، وفي هذه الحالة يعاد توزيع ما رده على سائر الدائنين، فإذا لم يتم بتقديم الضمان الكافي كان للدائنين الآخرين أن يعترضوا على تسلمه نصيبه حتى يتبين مصير الشرط<sup>3</sup>.

**الحالة الثانية**: أما إذا علق الدين على شرط واقف، فهو دين محتمل الوجود، ولكنه غير متأكد. وهذا يمنع الدائن المرتهن من المطالبة بحصة عاجلة في التوزيع لأن حقه احتمالي، فلا يجوز حرمان الدائنين التاليين له في المرتبة من استيفاء حقوقهم من كل ثمن المحل التجاري<sup>4</sup>. غير أنه يسمح له بطلب الاحتفاظ بالمبلغ الذي يتحدد وفقاً لمرتبته لدى الراسي عليه المزاد أو بطلب ايداعه خزنة المحكمة إلى أن يتحقق الشرط، فيكون المبلغ من نصيبه أو يتخلف، فيكون من نصيب من يليه في مرتبة القيد<sup>5</sup>. ولكن الرأي الراجح أن تقدر لهذا الدائن تحت شرط واقف حصة احتمالية هي مقدار دينه المعلق على شرط واقف، ويتم التوزيع الفعلي لثمن المحل التجاري بأكمله على الدائنين التاليين في المرتبة، ولكن يلتزم هؤلاء الدائنون بتقديم تأمين يضمن الوفاء بحصة الدائن تحت شرط واقف فيما إذا تحقق الشرط<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 134. أنظر أيضاً شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 292. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 494-495.

<sup>2</sup> - تنص المادة 908 ق م ج على أنه (تسبب مرتبة الرهن من وقت تقييده، ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقاً على شرط أو كان ديناً مستقبلاً أو احتمالياً).

<sup>3</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 293-294. أنظر أيضاً السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 190. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 495. أنظر أيضاً القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، مرجع سابق، ص 418.

<sup>4</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 495.

<sup>5</sup> - السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 189-190.

<sup>6</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 495. أنظر أيضاً شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 294. أنظر أيضاً القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، مرجع سابق، ص 419.

الدين الاحتمالي أو المستقبل: إن الدين المضمون قد يكون احتماليا كما قد يكون مستقبلا، مثلما هو الحال في فتح حساب جاري، فإذا كان الدين ناشئا عنه فهذا دين احتمالي لأنه لا يعرف من سيكون الدائن قبل إقفال الحساب الجاري، ومستقبل لأنه أيا كان الدائن فحقه لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل<sup>1</sup>. فإذا تم التوزيع على أساس وجود الدين الاحتمالي أو المستقبلي، فإما أن يحجز المبلغ المقابل لهذا الدين إلى أن يتبين مصيره، وإما أن يقدم الدائن الذي له هذا الدين ضمانا يكفل حقوق الدائنين الآخرين في حالة ثبوت الدين مستقبلا. وإذا تم التوزيع على أساس عدم وجود الدين الاحتمالي أو المستقبلي، فإن الدائنين التاليين لهذا الدين هم الذين يقع عليهم تقديم الضمان إذا لم يرغبوا في حجز أنصبتهم<sup>2</sup>.

الايراد المرتب مدى الحياة: ليس هناك ما يمنع أن يكون الدين المضمون ايرادا مرتبا مدى الحياة، ولكن من الصعب تحديد الأقساط التي يستحقها الدائن الذي تقرر له الايراد ما دام على قيد الحياة ولم يميت بعد، إلا أنه هناك رأيان:

**الرأي الأول** يتمثل في حبس رأس مال بخزانة المحكمة يتم استثماره استثمارا يمكن صاحب المرتب من الحصول من غلته على مرتبه. لكن هذا الحل انتقد على أساس أنه من الصعب جدا تقدير رأس المال هذا لأن صاحب المرتب مازال على قيد الحياة ولم يميت بعد<sup>3</sup>.

**أما الرأي الثاني**: يتمثل في أن ثمن المحل التجاري المرهون يوزع على سائر الدائنين بحسب مراتبهم، ولكن يشترط أن الدائنين المتأخرين عن الايراد المرتب يتعهدون متضامنين بأداء المرتب في مواعيد استحقاقه الدورية، وقد يضاف وجوب تقديم ضمان عيني يعوض الدائن بالمرتب ما فاته من زوال الرهن المقرر على المحل التجاري، وهذا الحل وهو الأصح من الناحية العملية<sup>4</sup>.

- **المصاريف**: تنص المادة 909 ق م ج على أنه (يترتب على قيد الرهن إدخال مصاريف العقد والقيد والتجديد إدخالا ضمنيا في التوزيع وفي مرتبة الرهن نفسها). نستنتج بالقياس على هذا النص أن حق الدائن المرتب في ممارسة التقدم لا يقتصر على أصل الدين فقط وإنما يمتد ضمنيا إلى ملحقاته، أي المصاريف التي تم انفاقها حتى وإن لم يتم الاتفاق عليها. وتتمثل هذه المصاريف في مصاريف العقد لدى الموثق، ومصاريف القيد لدى المركز الوطني للسجل التجاري، مصاريف القيد لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية إذا كان عقد الرهن الحيازي يشمل من بين عناصره المرهونة حقوق الملكية الصناعية، إضافة إلى مصاريف تجديد القيد.

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص 495.

<sup>2</sup> - السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 190. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 294-295. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 495-496.

<sup>3</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 296. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 497.

<sup>4</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 497. أنظر أيضا السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 191. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 296.

ما نستنتج أيضا من خلال هذه المادة أن هذه المصاريف مذكورة على سبيل الحصر لا على سبيل المثال بأنها تدخل ضمنيا في المصاريف التي تأخذ مرتبة الرهن، إذ أن العناصر الأخرى غير المذكورة في هذه المادة يشترط الاتفاق عليها مسبقا.

لعل السبب الذي جعل المشرع يمنح هذه المصاريف نفس مرتبة الدين المضمون يتمثل في أن المدين الراهن هو من يتحمل دفع هذه المصاريف<sup>1</sup>.

- الفوائد: لا تدخل الفوائد ضمن نطاق حق التقدم، لأن المشرع منع القرض بين الأفراد بالفائدة، بحيث لا يجوز للفرد أن يتحصل على زيادة عن دينه في مقابل القرض الذي قدمه لفرد آخر، ويقع باطلا كل اتفاق يخول المقرض هذه الميزة<sup>2</sup>، غير أننا بالرجوع إلى نص المادة 456 ق م ج نجد أن المشرع أجاز القرض بالفائدة عندما يكون المقرض بنكا<sup>3</sup>. ولعل هذا الاختلاف يمكن رده إلى الدور الذي تلعبه البنوك في المجال الاقتصادي كتمويل المشاريع الاستثمارية التي تنمي الاقتصاد الوطني.

4- درجة التقدم: يشترط لتطبيق حق التقدم أن يكون هناك تعدد الدائنين، وللتفضيل بينهم هناك المبدأ العام والاستثناء.

- المبدأ العام: إن المعيار المطبق لتحديد درجة التقدم هي الأسبقية في القيد وهذا طبقا لنص المادة 122 ق ت ج التي تنص على أنه (يجري ترتيب الدائنين المرتهنين فيما بينهم على حسب ترتيب تاريخ قيودهم. وتكون للدائنين المرتهنين المقيدون في يوم واحد رتبة واحدة متساوية)، بحيث يجعل الرهن للدائن المرتهن حق التقدم والأولوية في الحصول على حقه من ثمن بيع المتجر عند بيعه، متقدما في ذلك عن غيره من الدائنين العاديين والدائنين المقيدة حقوقهم التاليين له في المرتبة، ويكون 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 بقيد حقوقهم في يوم واحد كانت لهم نفس المرتبة<sup>4</sup>، دون أن تكون الساعة التي تم فيها الإيداع محل اعتبار<sup>1</sup>، غير أن

<sup>1</sup> - لم يشر المشرع الجزائري في القانون التجاري إلى من يتحمل مصاريف العقد والقيد والتجديد، إلا أننا يمكن أن نستنتج ذلك بالقياس على المادتين 882 و906 ق م ج من أنها تقع على عاتق المدين الراهن. أنظر في هذا الموضوع نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 114. أنظر أيضا السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 191-192. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 296-297. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 498-499.

<sup>2</sup> - تنص المادة 454 ق م ج على أنه (القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك).

<sup>3</sup> - تنص المادة 456 ق م ج على أنه (يجوز لمؤسسات القرض التي تمنح قروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية).

<sup>4</sup> - محمد فريد العريني وجمال وفاء محمد، مرجع سابق، ص 462-463. أنظر أيضا مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، مرجع سابق، ص 238. أنظر أيضا كمال طه ووائل بندق، مرجع سابق، ص 681. أنظر أيضا محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 74. أنظر أيضا فاروق أحمد زاهر، مرجع سابق، ص 422. أنظر أيضا المعتمد بالله الغرياني، مرجع سابق، ص 255. أنظر أيضا أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص 551. أنظر أيضا أحمد محمد محرز، مرجع سابق، ص 302. أنظر كركادن فريد، ضمانات الدائن المرتهن في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، مرجع سابق، ص 279.

Voir aussi Annie CHAMOULAND- TRAPIERS, op-cit, p112. Voir aussi Michel PEDAMON, op-cit, p224.

الأستاذان F. MONTIER و G.H. FAUCON يريان أنه من أجل تحديد القيد الذي تم أولاً فإنه من الفائدة كتابة ساعة الإيداع على أوراق الملف<sup>2</sup>.

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

- **الاستثناءات الواردة على الأسبقية في القيد:** أورد المشرع مجموعة من الاستثناءات عن مبدأ الأسبقية في القيد نلخصها فيما يلي:

**الاستثناء الأول:** حالة التزام بين الدائن المرتهن الحيازي والدائنين أصحاب الامتيازات الخاصة:

- حالة التزام بين الدائن المرتهن الحيازي والبائع الممتاز: يوجد ميعادان للقيد الأول عندما يكون البائع غير البنك فيجب عليه قيد عقد البيع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ عقده. أما إذا كان البائع بنكاً فيجب عليه قيد البيع خلال خمسة عشر يوماً، فإنه تكون له الأولوية على الدائن المرتهن الذي حصل على رهن المحل التجاري من المشتري وقيد رهنه خلال نفس المدة مهما كان قيد الرهن سابقاً على قيد امتياز البائع. والحكمة من ذلك أن المحل التجاري دخل في ذمة المشتري متقلاً بامتياز البائع، بحيث يجب على الدائن المرتهن الذي تعامل مع المشتري أن يدخل ذلك في اعتباره متى كان البيع لم يمض عليه ثلاثين يوماً<sup>3</sup>، بحيث أن امتياز البائع يرتب أثره بصورة رجعية أي مهما كان تاريخ القيد، فإن امتيازه تكون مرتبته من تاريخ البيع لا من تاريخ القيد بشرط أن يتم القيد في خلال 30 يوماً من تاريخ البيع<sup>4</sup>.

- بالنسبة لامتياز الدائن المرتهن في عقد رهن الآلات وأدوات التجهيز: إن التزام بين الرهون المقيدة على المحل التجاري والرهن الوارد على الآلات والأثاث لا يرد إلا على ثمن بيع هذا العنصر، فالرهن الحيازي الوارد على الآلات والأثاث يفضل على امتياز البائع وامتياز الدائن المرتهن، بشرط أن يكون محلاً لإخطار الدائنين المقيدون خلال شهرين من تاريخ إبرام عقد الرهن.

<sup>1</sup> - « Sans que l' heure du dépôt au greffe soit prise en considération ». M. WEISMANN et Roger DEBLED, op- cit, pF3.

<sup>2</sup> - « Pour déterminer quelle était l' inscription prise la première; il y avait donc intérêt à faire mentionner sur les bordureaux l' heure de leur dépôt ». Louis fialon, op- cit, p114. Voir aussi F. MONTIER et G.- H. FAUCON, op- cit, 175.

<sup>3</sup> - أنظر علي حسن يونس، مرجع سابق، ص312. أنظر أيضاً محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص464.

« Le privilège du vendeur non payé du fonds de commerce doit primer celui du créancier gagiste ». R. SARAZY, op- cit, pp120.

<sup>4</sup> - جامع رضوان، مرجع سابق، ص73.

فامتياز الدائن المرتهن على الأثاث والآلات يمارس بالأولوية على كل الآخرين، باستثناء الامتيازات المتعلقة بالمصاريف القضائية والمصاريف المتعلقة بحفظ الشيء والامتيازات المتعلقة بأجور العمال، غير أنه يفضل على امتياز الخزينة العمومية والضمان الاجتماعي<sup>1</sup>.

- بالنسبة لامتياز الدائن المرتهن رهنا عقاريا: تتمثل هذه الحالة في التزام بين الدائن المرتهن الحيازي والدائن المرتهن رهنا عقاريا، ونكون أمام هذه الحالة عندما تكون الأثاث والآلات التي يستخدمها التاجر في محله التجاري مملوكة له وفي نفس الوقت مخصصة لخدمة العقار الذي يملكه والذي يستغل فيه هذا المحل، وبالتالي تأخذ حكم العقار بالتخصيص فيشملها الرهن الرسمي الوارد على هذا العقار من جهة، ومن جهة أخرى تعتبر عناصر مادية منقولة مشمولة بعقد الرهن الحيازي، ففي هذه الحالة يرد على هذه العناصر المادية رهان الأول يتمثل في الرهن الرسمي باعتبارها عقار بالتخصيص. أما الثاني يتمثل في الرهن الحيازي باعتبارها عناصر مادية منقولة مكونة للمحل التجاري، فيحدث التزام بين الدائن المرتهن رهنا عقاريا والدائن المرتهن رهنا حيازيا، فالأولوية في هذه الحالة تكون حسب الأسبقية في تاريخ القيد، أما إذا تم قيد الرهان في يوم واحد كانت الأولوية للدائن المرتهن رهنا عقاريا<sup>2</sup>.

- بالنسبة لامتياز مؤجر العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري: لا يقتصر التزام بين الدائن المرتهن رهنا حيازيا والدائن المرتهن رهنا عقاريا فقط، وإنما يمتد إلى التزام بين الدائن المرتهن الحيازي للمحل التجاري ومؤجر العقار الذي يستغل فيه هذا المحل، حيث تنص المادة 995 ق م ج على أنه (يكون لأجرة المباني، ... لسنتين أو لكامل مدة الإيجار إن قلت عن ذلك، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار امتياز على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز).

نستنتج قياسا على نص هذه المادة أنه في أغلب الأحيان يمارس التاجر تجارته في عقار لا يملكه وإنما استأجره من الغير الذي يتمتع بامتياز خاص على كل الأثمان التي ستؤدى للمدين<sup>3</sup>. مؤجر العقار وإن كان امتياز

<sup>1</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p1008.

<sup>2</sup> - هذا قياسا على نص المادة 16 من القانون المصري رقم 11 لسنة 1940 المتعلق ببيع المحل التجاري ورهنه التي تنص 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 قيدا في يوم واحد). القانون رقم 11 المؤرخ في 1940/03/07، يتعلق ببيع المحل التجاري ورهنه، ج ر، ع 24. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 311. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 463-464. أنظر أيضا أحمد محمد محرز، مرجع سابق، ص 303. أنظر أيضا محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 74.

يرى الدكتور أكثم أمين الخولي بأن « العبرة تكون بالأسبقية في قيد كل الرهنين. وهذا الحكم وإن بدا منطوقا، فإنه حكم غريب لأن رهن المتجر يقيد في السجل الخاص الملحق بسجل التجارة بينما يقيد رهن العقار في السجل العقاري، ولا شك أنه من غير المستساغ أن تناط المفاضلة بأسبقية القيد في سجلين مختلفين فيفضل مرتبة الرهن العقاري إذا كان رهنه قد قيد في السجل العقاري قبل قيد رهن المتجر في سجل التجارة الخاص أو العكس، فالمفروض دائما هو أن تناط المفاضلة بين حقين بأسبقية قيدهما في سجل واحد. وقد تلافى المشرع المصري هذه النتيجة الغريبة بأن ألزم مرتبة الرهن العقاري الذي يشمل مهمات لها صفة العقار بالتخصيص بقيد حقه في سجل الرهون العقارية فضلا عن قيده في السجل الخاص برهن المتاجر، وهكذا تكون المفاضلة على أساس أسبقية القيد في سجل واحد هو سجل الرهون العقارية». أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص 552.

نشير في هذه النقطة إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه الحالة.

<sup>3</sup> - Louis FIALON, op- cit, 116.

مفضلا على الدائن المرتهن للمحل التجاري إلا أن امتيازه مقيد بأجرة سنتين فقط، وذلك حتى لا يستأثر وحده دون الدائنين المرتهنين بقيمة المنقولات الواردة عليها الرهن<sup>1</sup>.

على العكس من ذلك لا تقييد لامتياز المؤجّر في الحالات التي لا يوجد فيها التزام بينه وبين الدائنين المرتهنين، من ذلك أن المؤجّر يمارس امتيازه كاملا على البضاعة الموجودة في المحل التجاري ولو كانت الأجرة المطلوبة له تزيد عن سنتين لأن الرهن لا ينصب على البضاعة<sup>2</sup>.

يؤخذ بعين الاعتبار بالنسبة للرهن تاريخ قيده ويؤخذ بالنسبة للإيجار تاريخ إبرامه، فأغلب الحالات تمنح الأولوية لامتياز المؤجّر باعتبار أن الإيجار مبدئيا يكون دائما قبل الرهن، حتى في غياب الإجازة، كمثّل حالة تجديد الإيجار يؤخذ تاريخ عقد الإيجار الأصلي بعين الاعتبار، فإنه فقط في حالة افتراض نقل المحل التجاري أو إبرام إيجار جديد تماما يفضل امتياز الدائن المرتهن على امتياز المؤجّر.

كذلك لا يفضل امتياز البائع على امتياز المؤجّر فهو يستوفى بعده إلا في الحالة التي يكون فيها المؤجّر سيء النية، أو عندما يتم إبرام عقد إيجار جديد فلا يمكن للمؤجّر في هذه الحالة تجاهل العناصر المادية المرهونة.

- بالنسبة لامتياز بائع الأثاث: ثمن الأثاث المنقول غير المدفوع، إذا كان لا يزال في حيازة المدين مع مراعاة أحكام المادة L.624-11 وما بعدها من ق ت الفرنسي عندما يكون المدين في حالة وضعية تسوية قضائية وكان البائع قد احتفظ بملكية المال، فالدائنين المقيد لهم الأولوية، إلا إذا ثبت علمهم وقت تسليم المنقولات أنها غير مدفوعة الثمن.

- بالنسبة لامتياز حارس الشيء: إن الدائن الذي دفع تكاليف من أجل حفظ الشيء يستفيد من امتياز، ويكون لهذا الامتياز الأسبقية على التأمينات المقيدة على المحل التجاري سواء كانت سابقة أو لاحقة للقيّد، لأنها وجدت من أجل حفظ موضوع التأمين، امتياز البائع أو الرهن.

<sup>1</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، 107. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص312. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجلال وفاء محمد، مرجع سابق، ص464. أنظر أيضا أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص553. أنظر أيضا جامع رضوان، مرجع سابق، ص74. تنص المادة 296 ق ت ج على أنه (في حالة فسخ الإيجارات المنصوص عليها في المادتين 278 و 279 المتقدمتين يكون للمالك امتياز عن السنتين الأخيرتين من الأجرة المستحقة قبل الحكم بإشهار الإفلاس والتسوية القضائية وعن السنة الجارية مقابل ما يخص تنفيذ الإجازة. وفي حالة عدم الفسخ فليس للمؤجّر بعد استيفاء كل الإيجارات المستحقة أن يطالب بسداد الإيجارات الجارية أو المستقبلية ما دامت التأمينات التي كانت معطاة له لا تزال قائمة أو تلك التي أعطيت له منذ التوقف عن الدفع قد اعتبرت كافية).

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 فيفري 1977، أن «امتياز مؤجر العقار وامتياز الدائن المرتهن للمحل التجاري مقامان على قاعدة أن الدائنين المالكين يستفيدون من حق الرهن على الأموال المشكّلة لوعاء الرهن؛ بالتالي وبما أن هذان التأمينان من نفس الطبيعة، فإن الأولوية الممنوحة لصاحبها يجب أن تكون محددة حسب التاريخ الذي يصبح كل واحد منهما يمكن التمسك به ضد الغير. بناء على ذلك يجب إلغاء الحكم الذي يمنح الأولوية لدين مؤجر العقار بسبب أن دفع مقابل الإيجارات سيحتفظ بحق الإيجار واستغلال العقارات التي بدونها ليس هناك إمكانية ممارسة نشاط تجاري ولا محل تجاري».

Com. 14 fév. 1977, n° 75-13.907, bull. Civ, IV, n° 43, pp38-39. Voir aussi R. SARAZY, op- cit, pp125-126.

<sup>2</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص312-313. أنظر أيضا سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص107.

تتمثل الصعوبة في هذا الصدد في تحديد ما إذا كان هناك حفظ، أي ما إذا كانت التكاليف المتكبدة قد أدت إلى الحفاظ على سلامة التأمين ولا يهمل، في الواقع، نية الدائنين أن يفضي إلى الامتياز: فمن الضروري أن تكون النفقات المتكبدة في فائدة الدائنين عن طريق منع الخسارة الكلية أو الجزئية لرهنهم، وقد تم الاعتراف بالامتياز بالنسبة للإيجارات التي دفعت من طرف المصفي، بالنسبة للمبالغ المدفوعة مسبقا من أجل تسوية أقساط التأمين وأتعاب المحامي في دعوى المطالبة بالمحل التجاري<sup>1</sup>.

يظهر لنا أخذ المشرع الجزائري بهذا الحكم في نص المادة 992 ق م ج، بحيث يقول أن المصاريف التي أنفقت في سبيل حفظ المنقول وتلك التي صرفت من أجل ترميمه وإصلاحه تكون لها الأولوية على الأموال الناتجة عنه، على أن مرتبتها تأتي بعد المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخرينة العمومية، أما فيما بينهم فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها<sup>2</sup>.

**الاستثناء الثاني:** حالة التزاحم بين الدائن المرتهن الحيازي والدائنين أصحاب الامتيازات العامة:

- بالنسبة لامتنياز المصاريف القضائية: تتضمن المصاريف القضائية المصاريف التي تم إنفاقها في سبيل حفظ وتصفية أموال المدين أو إدارتها خلال سير الدعوى أو الإجراءات الضرورية لهذه الدعوى، كما يمكن أن تكون أتعاب المسير المؤقت أو المصفي أو مصاريف الجرد والأختام، بينما لا يدخل ضمنها تكاليف عقد البيع الرضائي ولا تكاليف الوسيط المفوض، إن امتياز المصاريف القضائية المنفقة في إطار التوزيع الاتفاقي لثمن بيع المحل التجاري تمتاز إذن على الدائنين المقيدين<sup>3</sup>.

نجد بالرجوع إلى نص المادة 990 ق م ج أن المشرع الجزائري أقر بأن المصاريف القضائية التي تم إنفاقها لمصلحة الدائنين ومن أجل حفظ أموال مدينهم وبيعها، لها الأولوية في الاستيفاء على ثمن هذه الأموال، وتستوفى أيضا قبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصاريف في مصلحتهم، على أن المصاريف التي أنفقت في بيع الأموال تتقدم على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع<sup>4</sup>.

يشترط لكي تمتاز المصاريف القضائية أن يتوفر فيها شرطان:

**الشرط الأول:** يجب أن تكون ضرورية لحفظ الأموال.

<sup>1</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, pp1008-1009.

<sup>2</sup> - تنص المادة 992 ق م ج على أن (المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزمه له من ترميم، يكون له امتياز عليه كله. وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المنقل بحق الامتياز بعد المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخرينة العامة مباشرة. أما فيما بينهم فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها).

<sup>3</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p1009.

أنظر أيضا جامع رضوان، مرجع سابق، ص74.

<sup>4</sup> - تنص المادة 990 ق م ج على أن (المصاريف القضائية التي أنفقت لمصلحة الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها، لها امتياز على ثمن هذه الأموال. وتستوفى هذه المصاريف قبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي بما في ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصاريف في مصلحتهم. وتتقدم المصاريف التي أنفقت في بيع الأموال على تلك التي أنفقت في إجراءات التوزيع).

**الشرط الثاني:** يجب أن تتفق في مصلحة الدائنين. إن هذه المصاريف يتحملها الدائنون بالتالي يجب أن تكون قد صرفت في مصلحتهم، ولا يمكن أن تقع على عاتقهم إذا لم يستفيدوا منها<sup>1</sup>.

- بالنسبة لامتنياز أجور العمال والضمان الاجتماعي: في حالة التسوية أو التصفية القضائية للمدين فإن امتياز العمال يمتاز على امتياز الدائنين المقيدين، ومن ناحية أخرى فإن الامتنياز العادي للعمال المنصوص عليه في المادة 993 ق م ج<sup>2</sup> الذي يضمن امتياز الديون والتعويضات غير المدفوعة للعمال هو امتياز عام، ويفضل عليه إذن الإمتياز الخاص بالدائنين المقيدين على المحل التجاري عملاً بالمبدأ الذي يقر أن الإمتيازات الخاصة على المنقولات تسمو على الإمتيازات العامة.

يطبق نفس الحكم على امتياز الضمان الاجتماعي المتعلق بتغطية الاشتراكات، يأخذ في وقت واحد الرتبة مع امتياز العمال، ولكن يفضل عليه الامتنياز الخاص بالدائنين المقيدين على المحل التجاري<sup>3</sup>.

- بالنسبة لامتنياز الديون الجبائية: تحتوي الخزينة العامة على العديد من الامتيازات التي تضمن الديون الجبائية، بما أنها عامة، فإن هذه الامتيازات تفضل على الامتيازات الخاصة الواردة على المنقولات، بمعنى تلك المتعلقة بالدائنين المقيدين على المحل التجاري، ويتعلق الأمر بما يلي:

• الامتنياز الذي يضمن الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة الذي يمارس أيضاً قبل كل الآخرين على المنقولات والأثاث المنقول لدافعي الضرائب<sup>4</sup>، ويطبق عندما لا يجد رهن رسمي اتفاقي على الآلات المستخدمة في استغلال المؤسسة التجارية، حتى وإن تم اعتبارها عقار بحسب المآل؛

<sup>1</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p1009.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 نوفمبر 1970، على أنه «إذا كانت الأعباء القضائية يعارض بها ضد الخزينة العامة التي تطالب بالامتياز المنصوص عليه في المادة 1920 من القانون العام للضرائب، فإنه فقط عندما تكون قد استفادت من هذه الأعباء. بناء على ذلك وبعد أن لاحظت أنه من أجل الحصول على سداد دين ممتاز، فإن الخزينة العمومية لا تحتاج إلى إجراء التوزيع بالمساهمة الذي قدمته وأن التكاليف المتكبدة لم تكن ضرورية ولا مفيدة، فيمكن لقضاة الموضوع أن يقرروا أنها لا تتحمل هذه التكاليف».

Com. 17 nov. 1970, n° 69-11.386, bull. Civ. IV, n° 305, p266.

قضت أيضاً الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 05 ديسمبر 1995، بما يلي «إن عقار المدين الذي تمت تصفيته لاحقاً، تم بيعه وتوزيع ثمنه حسب الترتيب، فالمصفي الذي لم يتكبد أي تكاليف من أجل المصلحة المشتركة للدائنين المقيدين، الذين قاموا لوحدهم بتنظيم المناقصة المتعلقة بالعقار وتوزيع الثمن، لا يمكن له المطالبة بمعارضة لهؤلاء الدائنين على الدفع بالامتياز لتكاليف تصفية الأموال مثل المصاريف القضائية، حيث أنه وفقاً للسلطة التقديرية لمحكمة الاستئناف، فإن هذه التكاليف ليست مفيدة لبناء العقار».

Com. 05 déc. 1995, n° 92-16.323, bull. Civ. IV, n° 285, p263.

<sup>2</sup> - تنص المادة 993 ق م ج على أنه (يكون للأموال التالية امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار: المبالغ المستحقة للخدم، المكتبة، والعمال وكل أجير آخر، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الاثني عشر (12) شهراً الأخيرة. وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصاريف القضائية وبعد المصاريف المستحقة للخزينة العامة ومصاريف الحفظ والتزيم، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها)

<sup>3</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p1009.

<sup>4</sup> - تنص المادة 991 ق م ج على أن (المبالغ المستحقة للخزينة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كان، لها امتياز ضمن الشروط المقررة في القوانين والمراسيم الواردة في هذا الشأن. وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المنقولة بهذا الامتنياز في أي يد كانت وقبل أي حق آخر، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي، ما عدا المصاريف القضائية). أنظر أيضاً جامع رضوان، مرجع سابق، ص74.

- امتياز على الرسم على رقم الأعمال؛
- امتياز في مواد الضرائب غير المباشرة؛
- امتياز على حقوق التسجيل والطابع؛
- امتياز الجمارك على الحقوق، أيضا كل الامتيازات الجبائية تفضل على الامتيازات المقيدة<sup>1</sup>.

تعتبر المصاريف القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين في حفظ أموال المدين وبيعها، والمبالغ المستحقة للخرينة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أي نوع كان، والمبالغ التي صرفت في حفظ المنقول من أهم الامتيازات العامة التي تخول لأصحابها استيفاء حقهم بالأولوية على الدائن المرتهن رهنا حيازيا<sup>2</sup>.

5- نزول الدائن المرتهن عن مرتبته: هو عمل قانوني يقصد به أن ينزل مرتهن متقدم في المرتبة عن مرتبته إلى دائن مرتهن آخر تالي له في المرتبة على نفس المحل التجاري فيصبح كل منهما في مرتبة الآخر<sup>3</sup>، فإذا كان الدائن الأول ونزل عن مرتبة الرهن إلى الدائن المرتهن الثالث لم يحرم الدائن الأول من حق رهنه، ولكنه يصبح الدائن الثالث بعد أن كان الدائن الأول ويصبح الدائن الثالث هو الدائن الأول<sup>4</sup>.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 أكتوبر 1971، بما يلي « إن الرهن الحيازي للمحل التجاري لا يمنح مثل هذا الحق للدائن المرتهن، فامتياز هذا الأخير لا يفضل على امتياز الخرينة العمومية حول ثمن إنشاء محل للمدين في وضعية تصفية أمواله».

Com. 28 oct. 1971, n° 70-12.595, bull. Civ. IV, n° 260, p242.

<sup>1</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, pp1009-2010.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 أبريل 1972، أن « الرهن الحيازي للمحل التجاري لا يمنح للدائن أي حق في الاحتفاظ به، وبالتالي في حالة البيع الجبري لهذا المحل يطلب من الغير، فإن حق الأفضلية لهذا الدائن لا ينقل إلا رتبته على عائدات البيع، ليس له الحق في المطالبة، حول هذا الثمن، بأفضلية دينه على دين الخرينة العمومية، متبوعا بالامتيازات العامة».

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 أبريل 1972، على أنه « حسب نص المادة 1/379 من قانون الجمارك الذي أسس الامتياز العام الذي تحظى به إدارة الجمارك، فإن هذا الامتياز يجب أن يمارس قبل كل الآخرين، باستثناء المذكورين في المادة، والتي لا يوجد بينها امتياز خاص بالدائن المرتهن للمحل التجاري».

Com. 13 avr. 1972, n° 70-15.954, bull. Civ. IV, n° 102, p101.

قضت أيضا نفس الغرفة بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 أبريل 1975، أن « امتياز الخرينة العامة، دائنة مالك المحل التجاري، لا يمكن أن يكون له أسبقية، على ثمن بيع هذا المحل، على امتياز الدائن المستفيد من الرهن الوارد على المحل من قبل مالكة السابق».

Com. 15 avr. 1975, n° 74-10.457, bull. Civ. IV, n° 105, p88.

<sup>2</sup> - Voir R. SARAZY, op- cit, p124.

<sup>3</sup> - أنظر رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص382. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص299. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص484. أنظر أيضا السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص194. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص514. أنظر أيضا سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص140.

تنص المادة 910 ق م ج على أنه ( يمكن للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار. ويجوز التمسك تجاه هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها تجاه الدائن الأول عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة).

« أما فيما يخص أسباب تنازل الدائن المرتهن عن مرتبة الرهن فهي تختلف فقد يكون بمقابل وقد يكون دون مقابل كالتبرع مثلا». أنظر نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص121. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص117-516. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص301-302.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص516.

بهذا المفهوم يتميز نظام النزول عن مرتبة الرهن عن نظام النزول عن الرهن، إذ قد ينزل المرتهن عن حقه في الرهن سواء بما يؤدي إلى انقضاء الرهن ذاته مع بقاء الدين بغير ضمان، سواء بما يؤدي إلى انتقال الرهن إلى غيره تبعاً لانتقال الحق المضمون من المرتهن لشخص آخر، كما هو الحال في حوالة الحق، حيث ينتقل الحق المحال بجميع ضماناته، ومنها الرهن للمحال إليه، وكما هو الحال في حالة الوفاء مع الحلول حيث يحل الموفي محل الدائن المرتهن فيما له من رهن بنفس مرتبته، وفي جميع الأحوال التي ينتقل فيها الرهن لشخص غير المرتهن بالحوالة أو بالحلول - لا بد للاحتجاج بهذا الانتقال في مواجهة الغير - من التأشير بما يفيد في هامش القيد الأصلي<sup>1</sup>. أما التنازل عن مرتبة الرهن فهو لا يكون إلا عن مرتبة الرهن ذاتها فهو لا يمس الحق المضمون بالرهن ولا حق الرهن ذاته، ولذا فهو يتم بصفة مستقلة، لأنه يتم مستقلاً عن انتقال الحق المضمون بالرهن وعن انتقال حق الرهن، وهو لا يرد إلا على سلطة التقدم فقط. كما أنه لا يجوز أن يتم إلا لدائن مرتهن له حق مقيد على المحل التجاري<sup>2</sup>.

- **شروط نزول الدائن عن مرتبة رهنه:** لإمكانية نزول الدائن المرتهن عن مرتبة رهنه يجب توافر مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

**الشرط الأول:** يشترط أن يكون النزول لصالح دائن آخر له رهن أو تأمين عيني مقيد على ذات المحل التجاري، فلا يجوز النزول لدائن عادي لأن الفرض أن النزول يكون عن مرتبة الرهن وحدها ولا يشمل الرهن نفسه. كما لا يجوز النزول عن مرتبة الرهن لمصلحة دائن ممتاز له تأمين عيني على محل تجاري آخر للراهن أو لدائن مرتهن لم يقيد حقه بعد<sup>3</sup>.

**الشرط الثاني:** يجب أن يتم التنازل في حدود حق الدائن المتنازل، فإذا كان الدينان متساويان فلا صعوبة، حيث يحل المتنازل له محل المتنازل في مرتبته، وكذلك الحال لا توجد صعوبة إذا كان دين المتنازل أكبر من دين المتنازل له، حيث يحل الأخير محل الأول في حدود ما له من دين. أما إذا كان دين المتنازل أقل من دين المتنازل له فلا يحل هذا الأخير في مرتبة المتنازل إلا بقدر دين هذا الأخير، أما باقي دينه فيظل في مرتبته الأصلية، حتى لا يضار الدائنون الآخرون ذوو المرتبة الوسطى<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 484. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 382. أنظر أيضاً شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 300. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 120-121.

<sup>2</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 300-301. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 517-518.

<sup>3</sup> - أنظر رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 383. أنظر أيضاً السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 194. أنظر أيضاً شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 302. أنظر أيضاً همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 485.

<sup>4</sup> - السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 195. أنظر أيضاً شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 303. أنظر أيضاً همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 485. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 518. أنظر أيضاً سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 141.

يمكن أن نضرب مثلا على هذا إذا وجد ثلاث دائنين على محل تجاري واحد وهم: أحمد صاحب المرتبة الأولى. منير صاحب المرتبة الثانية وفريد صاحب المرتبة الثالثة. حيث من أجل تنازل أحمد عن مرتبته لفريد يجب أن لا ينتج عن ذلك ضرر لمنير صاحب المرتبة الوسطى، فإذا كانت قيمة دين أحمد تساوي 150.000 دج وقيمة دين فريد تساوي 250.000 دج، فإن فريد لا يستفيد من هذا التنازل إلا في حدود قيمة دين أحمد أي مبلغ 150.000 دج، وليس قيمة كل دينه، ثم يستوفي ما بقي من دينه أي 10.000 دج بعد استيفاء منير لدينه، وهذا حماية للدائن منير صاحب المرتبة الثانية كي لا تتضرر حقوقه خاصة في حالة توزيع ثمن بيع المحل التجاري المرهون وعدم كفاية هذه الأموال لسداد الديون.

**الشرط الثالث:** يجب السماح للدائنين أصحاب المرتبة الوسطى بالتمسك ضد المتنازل له بكافة الدفوع التي كان من الجائز التمسك بها ضد المتنازل، بمعنى كل دفع يصلح التمسك به ضد المتنازل يجب السماح بالتمسك به ضد المتنازل له، من ذلك الدفع ببطلان دين المتنازل، أو بطلان الرهن الضامن لهذا الدين، أو بطلان قيد الرهن أو عدم تجديده<sup>1</sup>.

غير أنه إذا استند الدفع إلى انقضاء الدين وجب أن يكون سبب الانقضاء المحتج به قائما عند النزول، بحيث لو استجد سبب انقضاء الدين بعد التنازل فلا يقبل من الدائن الدفع به في مواجهة المتنازل له، لأنه بتمام التنازل يكون المتنازل إليه قد اكتسب حقا في المرتبة بحيث لا يجوز أن يؤثر عليه انقضاء دين غيره<sup>2</sup>.

**الشرط الرابع:** يجب أن يؤثر بالنزول عن مرتبة الرهن في هامش القيد الأصلي للرهن حتى يكون نافذا في مواجهة الغير.

**الشرط الخامس:** يجب ألا يترتب على النزول عن مرتبة الرهن ضرر بالدائن صاحب المرتبة الوسطى، والمثال على ذلك إذا كان الدائن أحمد مرتبها في المرتبة الأولى على المحليين التجاريين (أ) و (ب)، وقيمة كل منهما 100.000 دج، وكان منير دائنا مرتبها في المرتبة الثانية بقيمة 100.000 دج لنفس المحليين التجاريين، أما فريد فهو الدائن المرتب الثالث للمحل التجاري (أ)، وليس له أي رهن على المحل التجاري (ب).

فإذا كان مقدار حق كل من الدائنين الثلاثة 100.000 دج، وقيمة كل محل تجاري من المحليين التجاريين هي 100.000 دج، فإن نزول أحمد عن مرتبة رهنه على المحل التجاري (أ) إلى فريد سيترتب عليه أن فريد يأخذ وحده قيمة المحل التجاري (أ)، ولا يأخذ منير ولا أحمد شيئا منه، ولكن أحمد يستطيع أن يحصل على حقه من قيمة المحل التجاري (ب)، أما منير فلا يحصل على أي شيء من المحليين التجاريين، في حين أنه لولا نزول أحمد

<sup>1</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 303. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 519.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 384. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 303. أنظر أيضا سمير تتاغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 141. أنظر أيضا السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 195. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 122.

عن مرتبة رهنه إلى فريد لاستوفي منير حقه كاملا من المحل التجاري الذي استوفى أحمد حقه منه<sup>1</sup>، فيجوز للدائن الثاني (منير) أن يطعن في تنازل الدائن الأول (أحمد) عن مرتبة رهنه على المحل التجاري (أ) للدائن الثالث (فريد)، لأن هذا التنازل قد وقع من الدائن الأول (أحمد) تعسفا في استعمال حقه للإضرار بحق الدائن الثاني. فيلغى هذا التنازل ويأخذ الدائن الأول (أحمد) حقه من المحل التجاري (أ) أو (ب) على أن يأخذ الدائن الثاني (منير) حقه من المحل التجاري الذي بقي (أ) أو (ب) ولا يأخذ الدائن الثالث (فريد) شيئا<sup>2</sup>.

**ب- حق التتبع:** سبق ورأينا أن من بين أهم الضمانات التي يتمتع بها المدين الراهن احتفاظه بملكية وحيازة المحل التجاري المرهون، بما ينتج عن ذلك من حق التصرف والاستغلال، ولما كان من شأن هذه الضمانات أن تضرر بحقوق الدائن المرتهن خول المشرع لهذا الأخير حق تتبع هذا المحل والتنفيذ عليه في أي يد كان واستيفاء حقه من ثمن بيعه بالمزاد العلني.

**1- المقصود بحق التتبع:** هو الحق الذي يمكن الدائن المرتهن من التنفيذ على المحل التجاري المرهون في أي يد يكون، عندما تنتقل ملكيته إلى شخص آخر غير الراهن، أي في مواجهة الغير حائز هذا المحل التجاري<sup>3</sup>.

**2- محل حق التتبع:** حق الدائن المرتهن في تتبع المحل التجاري ينصب على هذا الأخير كوحدة واحدة تشمل العناصر المادية والمعنوية<sup>4</sup>، أي العناصر التي تم الاتفاق عليها في عقد الرهن أو تلك المنصوص عليها في الفقرة 3 من نص المادة 119 ق ت ج<sup>5</sup>، حيث تنص المادة 132 ق ت ج على أنه (يتبع امتياز البائع والدائن المرتهن المحل التجاري أينما وجد)، وعليه إذا قام المدين الراهن بالتصرف في محله التجاري المرهون بالبيع أو الهبة... إلخ، فإن للدائن المرتهن الحق في تتبع هذا المحل سواء في يد المشتري أو الموهوب له - حسب طبيعة العقد - والتنفيذ عليه واستيفاء دينه من ثمن بيع المحل التجاري في المزاد العلني، ولا يمكن للحائز (أي الشخص الذي تلقى

<sup>1</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص304. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص485.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص520-521. أنظر أيضا القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، مرجع سابق، ص428.

<sup>3</sup> - أنظر السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص195. أنظر كركادن فريد، ضمانات الدائن المرتهن في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، مرجع سابق، ص281. أنظر أيضا جامع رضوان، مرجع سابق، ص74. أنظر أيضا منصور محمد العروسي، مرجع سابق، ص135.

« Droit de suite: droit de faire vendre le fonds et d' être payé, que le fonds soit entre les mains du cessionnaire ou d' un acquéreur ou sous-acquéreur de celui-ci». Patrice GERON, op-cit, p85.

« Le créancier possède un droit de suite, il peut donc saisir le fonds entre les mains d' un tiers détenteur, c' est- à- dire d' un acquéreur ou d' un donataire, qui n' aurait pas pris soin d' obtenir la main-levée de l' inscription de nantissement». Gaston CENDRIER, op- cit, p290. Maria Beatriz SALGADO, op- cit, p132.

<sup>4</sup> - محمد فريد العريني وجلال وفاء محمد، مرجع سابق، ص465.

<sup>5</sup> - أنظر ما قلناه فيما يخص محل الرهن، ص128 وما بعدها.

الحق من المدين الراهن على المحل التجاري المرهون) أن يتمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائر حتى ولو كان حسن النية، باعتبار أن هذه القاعدة لا يعمل بها بالنسبة للمنقولات المعنوية<sup>1</sup>.

نشير إلى أنه إذا انصب التصرف على أحد العناصر المعنوية الأساسية في تكوين المحل التجاري كالاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، فإن هذا يعد تصرفا واردا على محل تجاري ويمكن للدائن المرتهن تتبع هذان العنصران في أي يد كانت<sup>2</sup>، كذلك الأمر بالنسبة للعناصر المعنوية الأخرى التي يشملها الرهن كبراءة الاختراع مثلا، فإن المتصرف إليه لا يكون له الاحتجاج على الدائن المرتهن بقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائر، لأن هذه القاعدة لا تعمل بالنسبة للمنقولات المعنوية، بحيث يكون للدائن المرتهن أن يمارس حقه في التتبع في مواجهة المتصرف إليه المذكور ولو كان حسن النية<sup>3</sup>. أما إذا كانت براءة الاختراع مثلا مستبعدة من العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي، فإنه لا يحق للدائن المرتهن تتبعها في يد الحائر والتنفيذ عليها.

نشير إلى حالة أخرى تتمثل في حالة التنازل عن عنصر السند الذي يعتمد عليه لجذب العملاء، فإنه في هذه الحالة يعتبر التنازل عن هذا العنصر معادلا للتنازل عن المحل التجاري، فلا يمكن التنازل عنه مستقلا عن المحل، وإذا حدث وتم التنازل عنه فإن ذلك يكون من شأنه التأثير على حقوق الدائنين المقيدين<sup>4</sup>.

أما إذا تصرف المدين الراهن في العناصر المادية مستقلة عن المحل التجاري المرهون، فإنه لا يمكن للدائن المرتهن ممارسة حق التتبع، لأن الغير إذا كان حسن النية يمكن له التمسك بقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائر

<sup>1</sup> - أنظر سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مرجع سابق، ص407. أنظر أيضا محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص75. أنظر أيضا فاروق أحمد زاهر، مرجع سابق، ص422. أنظر أيضا محمد فريد العربي وجلال وفاء محمدين ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص457. أنظر أيضا ناديّة فضيل، النظام القانوني للمحل التجاري، مرجع سابق، ص116. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص265.

« Si le fonds grevé d' un nantissement vient à être vendu, le créancier qui a fait inscrire son privilège avant la vente peut poursuivre la vente aux enchères du fonds, même entre les mains du nouvel acquéreur». M. WEISMANN et Roger DEBLED, op- cit, pF3. Voir aussi Gaston CENDRIER, op- cit, p293.

<sup>2</sup> - Gaston CENDRIER, op- cit, p292.

<sup>3</sup> - أنظر علي حسن يونس، مرجع سابق، ص314. أنظر أيضا حمدي محمد مصطفى حسن، مرجع سابق، ص322. أنظر أيضا جامع رضوان، مرجع سابق، ص76.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 ديسمبر 2002، على أن « الدائن المستفيد من رهن حيازي على محل تجاري أعيد بيعه من طرف مدينه للغير الذي خضع فيما بعد لتسوية قضائية، ليس دائنا لهذا الغير وبالتالي ليس ملزما بإعلام دينه لكي يمارس حق التتبع الممنوح بنص المادة 22 من قانون 17 مارس 1909 التي صارت المادة 143-12 من القانون التجاري».

Com. 17 déc. 2002, n° 99-20.928, bull. Civ. IV, n° 195, p221.

<sup>4</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p967.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 أكتوبر 1998، على ما يلي:»

أ- إن هلاك العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري المخصص لبيع المشروبات الكحولية بالحرق لم يؤدي إلى زوال المحل التجاري، فالزبائن المرتبطين بالموقع والعنوان يستمرون، بحيث أن التنازل عن الرخصة (الفتة الرابعة)، التي قدمت على أنها العنصر الوحيد للأصل المتبقي، بطبيعته يلحق ضررا بحقوق الدائنين.

ب- إنه من دون التشكيك في الإذن بالتنازل بالتراضي عن الرخصة الممنوحة من القاضي المنتدب في إطار التصفية القضائية إذ قررت محكمة الاستئناف أنه، طالما بقي المحل التجاري أين الرخصة تشكل عنصرا، فإن التنازل يخضع للإجراءات المنصوص عليها في المواد 222 وما بعدها من القانون رقم 17 مارس 1909.»

Com. 20 oct. 1998, n° 76-15.107, bull. Civ. IV, n° 248, p206. préc.

باعتبارها عناصر مادية<sup>1</sup> مستقلة لا تخضع لقواعد الشهر أو القيد<sup>2</sup>. أما البضائع فسبق وقلنا أنها استبعدت من نطاق العناصر المشمولة بالرهن لأنها معدة للتداول، ورهنها يؤدي إلى عدم إمكانية التصرف فيها، الأمر الذي يؤدي إلى كسادها وتلفها وإحاق الضرر بالمدين الراهن.

غير أن الدكتور سميحة القليوبي ترى أنه لا يجوز للحائز أن يتمسك بحيازته بحسن نية حتى بالنسبة للمنقولات المادية التي يكون الرهن قد شملها باتفاق الطرفين مثل المهمات، لأن الرهن الواقع على هذه العناصر يعتبر جزء من المحل التجاري فيخضع لحق التتبع المقرر للدائن المرتهن<sup>3</sup>. فهو يمارس حقه في التتبع على كل العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي مجتمعة باعتبارها المكونة للمحل التجاري وليست متفرقة. كما أنه هناك طريقة أخرى يمكن أن يلجأ إليها الدائن المرتهن في حالة تصرف المدين الراهن في العناصر المادية، تتمثل في دعوى خيانة الأمانة وفقا لنص المادة 376 ق ج التي تحيلها إليها المادة 167 ق ت ج<sup>4</sup>.

يقول الأستاذ Gaston CENDRIER في شأن تواجد المحل التجاري بين أيدي الغير أن هذا الأخير غير مسؤول شخصيا عن الدين، ولا يمكن متابعته إلا لأنه يحتفظ بالمحل التجاري، وفي هذه الحالة لا يمكن للدائن المرتهن حجز مختلف العناصر التي تدخل ضمن الرهن على حده، لأنه لا يملك سند التنفيذ ضد الغير، فهو إذا ملزم باتباع إجراء فسخ رهنه<sup>5</sup>.

**3- شروط ممارسة حق التتبع:** يشترط لممارسة الدائن المرتهن لحقه في التتبع مجموعة من الشروط سواء متعلقة به شخصيا أو متعلقة بالحائز.

- الشروط الواجب توافرها في الدائن المرتهن: تنص المادة 1/911 ق م ج على أنه (يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن يقوم بنزع ملكية العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار، إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه)، نستنتج قياسا على نص هذه المادة أنه لممارسة الدائن المرتهن لحقه في تتبع المحل التجاري المرهون يجب توافر مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

<sup>1</sup> - أنظر مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، مرجع سابق، ص 239. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 465. أنظر أيضا سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مرجع سابق، ص 407. أنظر أيضا أحمد محمد محرز، مرجع سابق، ص 304. أنظر أيضا حمدي محمد مصطفى حسن، مرجع سابق، ص 324. أنظر أيضا جامع رضوان، مرجع سابق، ص 75-76.

<sup>2</sup> - محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 457.  
Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p967.

<sup>3</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، بيع المحل التجاري، رهن المحل التجاري، تأجير استغلال المحل التجاري، حماية المحل التجاري، مرجع سابق، ص 109. أنظر أيضا حمدي محمد مصطفى حسن، مرجع سابق، ص 324-325.

« يرى جانب آخر من الفقه 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». محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 458.

<sup>4</sup> - تناولنا هذا الموضوع عند دراستنا لالتزام المدين الراهن بالامتناع عن التعرض الشخصي للدائن المرتهن.

<sup>5</sup> - Gaston CENDRIER, op- cit, p296.

**الشرط الأول:** حلول أجل الدين: يتوقف حق الدائن المرتهن في التنفيذ على المحل التجاري المرهون على حلول أجل الدين سواء كان هذا الأجل اتفاقيا أو قضائيا، ويعد من الشروط العامة للتنفيذ بالدين عموما سواء تعلق الأمر بدائن عادي أو ممتاز وسواء تم التنفيذ في مواجهة الراهن أو في مواجهة الحائز، وعلى ذلك إذا كان الدين شرطيا أو مستقبلا أو مؤجلا فلا يجوز مباشرة الحق في التتبع ما لم يتحقق الشرط أو يوجد الالتزام أو يحل أجله<sup>1</sup>.

إذا كان حلول أجل الدين شرط من شروط ممارسة الدائن المرتهن لحقه في التتبع، فإنه هناك حالات استثنائية عن هذا الشرط إذا تحققت تجعل الدين حال الأجل حتى وإن لم يحن ميعاده كنقل المحل التجاري المرهون، إبرام أي عقد على المحل التجاري المرهون سواء كان بيعا، رهنا آخر، تقديمه كحصة في الشركة، إلخ، أي كل تصرف مهما كان إذا كان من شأنه الإضرار بالتأمين الممنوح للدائن المرتهن.

**الشرط الثاني:** نفاذ حق الدائن المرتهن في مواجهة الحائز: حتى يستطيع الدائن المرتهن تتبع المحل التجاري المرهون يجب أن يكون حقه على هذا المحل التجاري نافذا في مواجهة الحائز، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان مقيدا قبل اكتساب هذا الأخير حقه على ذات المحل التجاري<sup>2</sup>.

**الشرط الثالث:** ألا يكون هناك مانع يحول دون التتبع: يعتبر نزع الملكية من أجل المنفعة العامة وبيع المحل التجاري جبرا بالمزاد العلني مانعا يحولان دون ممارسة الدائن المرتهن لحقه في تتبع المحل التجاري، بحيث تنتقل الملكية إلى المالكين الجدد (الدولة والراسي عليه المزاد) مطهرة من الرهن، أما حق الأول فينتقل إلى مقابل نزع الملكية لصالح المنفعة العامة، أما الثاني فينتقل إلى ثمن البيع بالمزاد العلني، ومن ثم لا يمكن له تتبع المحل التجاري المرهون لا في يد الدولة ولا في يد الراسي عليه المزاد<sup>3</sup>.

- الشروط الواجب توافرها في الحائز: تنص المادة 2/911 ق م ج على أنه (يعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني آخر قابل للرهن، دون أن يكون مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن). نستنتج قياسا على هذه الفقرة أنه يجب لإضفاء صفة الحائز على الشخص الذي يمارس ضده الدائن المرتهن حقه في التتبع، أن يتوافر فيه شرطان وهما:

**الشرط الأول:** انتقال ملكية المحل التجاري المرهون أو أي حق عيني آخر قابل للرهن إلى الحائز: الحائز هو ذلك الذي آلت إليه ملكية المحل التجاري المرهون أو بعضه بطريقة مفرزة أو شائعة، أو من اكتسب على المحل التجاري المرهون حقا عينيا أصليا قابلا للبيع بالمزاد العلني استقلالا عن المحل التجاري المقرر عليه، على أساس

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص386. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص308. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص488. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص123. أنظر أيضا السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص199. أنظر أيضا أسعد دياب، مرجع سابق، ص75. أنظر أيضا القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، مرجع سابق، ص432-433.

<sup>2</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص308. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص489. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص387.

<sup>3</sup> - أنظر نفس المرجع، ص309-310.

أن الغرض من الحق في التتبع هو حماية الضمان المقرر للدائن المرتهن، بحيث يحول اكتساب الغير لحق على المحل التجاري المرهون، دون مباشرته لحقه في التنفيذ على المحل التجاري المرهون كاملا دون انتقاص، وبحيث يتمكن المرتهن من التنفيذ بحقه في الرهن على الحق موضوع التصرف، في مواجهة المتصرف إليه (الحائز) وبيعه بالمزاد العلني<sup>1</sup>. ولا تهم طبيعة العقد الذي اكتسب بمقتضاه الحائز المحل التجاري سواء كان بعوض أو دون عوض.

**الشرط الثاني:** ألا يكون الشخص مسؤولا عن الدين مسؤولية شخصية: يجب لاعتبار الشخص حائزا ألا يكون مسؤولا عن الدين المضمون بالرهن مسؤولية شخصية، بمعنى ألا يكون ملتزما شخصيا تجاه الدائن المرتهن بالوفاء بالدين<sup>2</sup>، لأنه لو اعتبر كذلك فإن الدائن يستطيع أن ينفذ على المحل التجاري المرهون في يده بمقتضى ما له من حق الضمان العام في أمواله<sup>3</sup>، وعليه فلا يعتبر حائزا الضامن أو الكفيل الشخصي إذا انتقلت ملكية المحل التجاري المرهون ضمانا لنفس الدين<sup>4</sup>.

**4- إجراءات مباشرة حق التتبع:** يجب على الدائن المرتهن الذي يباشر حق التقدم والذي يريد التنفيذ على المحل التجاري المرهون أن يقوم بإنذار المدين الراهن والحائز من الغير بتسديد الدين، ويعد ثلاثين يوما التالية للإنذار إذا لم يتم استيفاء دينه يجوز له الحصول من المحكمة المختصة على أمر ببيع المحل التجاري المرهون بالمزاد العلني<sup>5</sup>، ويمكن للحائز تقادي بيع المحل التجاري المرهون بالمزاد العلني وذلك إما بقضاء الدين<sup>6</sup> أو تطهير المحل التجاري المرهون<sup>7</sup> أو تخلية المحل التجاري<sup>1</sup>.

1 - أنظر رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 388-389. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 490-491. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 311 وما بعدها. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 124.

2 - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 313.

3 - أنظر نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 125. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 393. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 313-314. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 495.

4 - أنظر سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 148.

5 - أنظر نص المادة 126 وما بعدها من ق ت ج.

6 - هذا قياسا على نص المادة 912 ق م ج التي تنص على أنه (يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك مصاريف الإجراءات من وقت إنذاره،...). أنظر أيضا نص المادة 913 وما بعدها من نفس القانون.

« يقصد بقضاء الدين قيام الحائز بوفاء حقوق الدائنين المرتهنين قبل المدين، وقد يقضي الحائز الديون اختيارا وقد يضطر إلى قضائها جبرا». سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 156.

7 - هذا قياسا على نص المادة 915 ق م ج التي تنص على أنه (يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند). أنظر أيضا نص المادة 916 من نفس القانون وما بعدها.

« يقصد بالتطهير حق الحائز في تحرير المحل التجاري المرهون من الحقوق العينية المترتبة عليه من خلال عرض مبلغ من النقود، يمثل القيمة الحقيقية للمحل التجاري المرهون، على جميع الدائنين المسجلة حقوقهم على المحل التجاري المرهون قبل تسجيل حق الحائز. فإذا قبل هذا العرض من قبل جميع الدائنين وجب على الحائز دفع المبلغ الذي عرضه وترتب على ذلك تطهير المحل التجاري المرهون من جميع الحقوق المترتبة عليه لمصلحة الدائنين حتى وإن لم يصب أصحابها شيء من المبلغ بسبب تأخرهم في الترتيب. أما إذا رفض هذا العرض من قبل جميع الدائنين أو بعضهم أو حتى أحدهم طمعا في الحصول على مبلغ أعلى وجب على من رفض العرض أن يطلب بيع المحل التجاري المرهون وإن كانت الديون غير حالة». أنظر علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح

نشير إلى نقطة مهمة تتمثل في أن الدائن المرتهن في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لا يستفيد من حق الأولوية أو حق التتبع على التعويض الناتج عن فسخ عقد إيجار العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري<sup>2</sup>.

- استبعاد إمكانية ممارسة حق التتبع في حالة التنازل عن عنصر منعزل: يمارس حق التتبع إلا على المحل التجاري باعتباره وحدة واحدة وليس على العناصر المنعزلة للمحل التجاري، وبالنتيجة نجد أنه في حالة بيع عنصر منعزل، فإن وعاء الضمان ينقص دون أن يكون للدائن إمكانية ممارسة حق التتبع. وهذا هو الحال ذاته في حالة إلغاء الحق في الإيجار الوحيد لكن حتى في هذه الحالة يحتفظ الدائنون المقيدون بحقهم في الأولوية على ثمن بيع هذا العنصر بشرط أن لا يكون الثمن قد تم دفعه للبائع ويجوز لهم القيام بالاعتراض بين أيدي المتنازل له<sup>3</sup>. ويضيف الأستاذان Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT أنه حتى وإن تم التنازل عن عنصر منعزل فإن حق التتبع لا يجد مجالاً للتطبيق حتى وإن كان الحائز من الغير سيء النية، فبالمقابل من ذلك إذا تم إثبات أن هناك غش بين المدين والحائز من الغير بغرض تنظيم إعسار مالك المحل، فإن الدائن يمكن له رفع الدعوى البوليسية<sup>4</sup> (أي دعوى بعدم نفاذ التصرف).

---

القانون المدني، الحقوق العينية، ط9، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية، حق الملكية، الحقوق المتفرعة عن حق الملكية - دراسة موازنة، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص287. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص516-517.

« يختلف نظام قضاء الديون عن نظام التطهير بما يلي: إن قضاء الديون يضمن للحائز الاحتفاظ بملكية المحل التجاري، بينما التطهير قد يؤدي إلى خروجه من ملكية الحائز، وذلك في حالة ما إذا رفض الدائنون عرض الحائز، وطلب كلهم أو بعض منهم بيع المحل التجاري بالمزاد العلني ورسا المزاد على غير الحائز، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن التطهير قد يخدم مصلحة الحائز أكثر من قضاء الديون، فهو من ناحية لا يحمله أكثر من قيمة المحل التجاري مهما كان مقدار الديون التي يضمناها، ومن ناحية أخرى يسمح للحائز بالتخلص من الديون المضمونة حتى قبل حلول أجلها». أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص349. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص144.

<sup>1</sup> - هذا قياسا على نص المادة 1/911 ق م ج التي تنص على أنه (يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن يقوم بنزع ملكية العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار، إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين ... أو يتخلى عنه). أنظر أيضا نص المادة 922 من نفس القانون.

« يقصد بالتخلية أن يرفع الحائز يده عن المحل التجاري ويتركه للدائنين لاتخاذ إجراءات نزع الملكية في مواجهة الحارس أو أمين للمحل التجاري تعينه المحكمة، لا في مواجهته هو. فهي لا توقف الإجراءات وإنما تحول مجراها، فبدلاً من اتخاذها في مواجهة الحائز تتخذ في مواجهة الحارس أو أمين المحل التجاري». أنظر سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية، الحقوق العينية والتبعية، القسم الأول، حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص، ط3، المنشورات الحقوقية، مصر، 1995، ص382. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص386.

<sup>2</sup> - « Le créancier titulaire d' un fonds de commerce ne bénéficie d' aucun droit de préférence ou de suite sur l' indemnité de résiliation du bail grâce auquel est exploité le fonds de commerce ». Civ. 06 avr. 2005, n° 03-11.159, bull. Civ. III, n°87, p83.

<sup>3</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p967.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 05 نوفمبر 1963، أن « محكمة الاستئناف حكمت بدقة على أن أحكام الفقرة الأولى من نص المادة 22 من قانون 17 مارس 1909، التي بمقتضاها يمكن للدائن المرتهن تتبع المحل في أي يد يكون، لا تستهدف إلا المحل التجاري المعني بعناصره المشمولة بالعقد ولا تمتد إلى أي عنصر منفصل من العناصر المكونة له، ويتبع ذلك أنه عندما يتم التنازل عن الحق في الإيجار لوحده، فإن الدائنين المقيدين لا يمكن لهم ممارسة حقهم في التتبع ضد المتنازل له ولا يمكن لهم المطالبة إلا بحق بسيط في الأولوية على ثمن التنازل عن الإيجار، إذا لم يتم الوفاء به بعد». Com. 05 nov. 1963, n° 60-11.272, bull. Civ. III, n° 460, p386.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 ديسمبر 2006، على أن « الرهن الحيازي للمحل التجاري الذي ينقل العناصر المكونة لوعاء الرهن، لا يخول للدائن المقيد حق تتبع عنصر منعزل».

Com. 19 déc. 2006, n° 04-19.643, bull. Civ. IV, n° 267, p291. Voir aussi D., 2007, n° 6, p369. AJ.

<sup>4</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p967.

وحسب قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 12 جانفي 1988، أنه يمكن لدائني بائع المحل التجاري سواء قاموا بالاعتراض على دفع الثمن أم لا، أن يؤسسوا دعواهم تطبيقا لنص المادة 1167 من القانون المدني الفرنسي ضد التنازل الذي قام به المدين للاحتيال على حقوقهم<sup>1</sup>.

يضيف الأستاذ Dominique LEGEAIS أنه في حالة بيع عنصر من عناصر المحل التجاري (الحق في الإيجار، الآلات، الأثاث، ... إلخ) استقلالا عن العناصر الأخرى من شأنه أن يحدث انخفاضا في قيمة المحل التجاري، فيحظر على المدين التاجر تحويل أو اختلاس الأموال المرهونة تحت طائلة الجزاءات المنصوص عليها في هذه الجنحة. أما إذا قام أحد الدائنين بالحجز على عنصر منعزل للمحل التجاري بغرض بيعه، فيجب عليه إخطار الدائنين المقيدين بهذا الحجز، ولهؤلاء الحق في تقديم طلب إلى المحكمة من أجل استصدار أمر بالبيع الكلي للمحل (أي البيع الجماعي لعناصر المحل)<sup>2</sup>.

**ج- التنفيذ على المحل التجاري المرهون:** إن حلول أجل استيفاء الدين وعدم قيام المدين الراهن بسداد دينه يمنح الحق للدائن المرتهن في التنفيذ على مدينه بما له من حق عليه، ونميز في هذه الحالة بين ما إذا كان التنفيذ في مواجهة المدين، أو في مواجهة الكفيل.

**1- إختلاف صفة المنفذ عليه:** قد يمارس الدائن المرتهن إجراءات التنفيذ ضد المدين الراهن كما قد يبائسها ضد الكفيل إن وجد.

**1-1- التنفيذ في مواجهة المدين:** يتمتع الدائن المرتهن بصفتان وحقان في نفس الوقت: فهو دائن وهو مرتهن، صاحب حق شخصي وصاحب حق عيني، وسنحاول تبيان ذلك كما يلي:

**- حق الدائن المرتهن باعتباره دائنا عاديا:** يستطيع الدائن المرتهن باعتباره دائن صاحب حق شخصي أن ينفذ على جميع أموال المدين وذلك بمقتضى ما له من حق الضمان العام، لكن في هذه الحالة يستوفي حقه بالإشتراك مع سائر الدائنين الذين يدخلون في إجراءات التنفيذ<sup>3</sup>، فلا يكون له حق التقدم عليهم، بل يكون جميع الدائنين على قدم المساواة، بحيث إذا لم تكفهم أموال المدين للوفاء بجميع ديونه قسمت عليهم قسمة غرماء كل بقدر دينه.

<sup>1</sup> - Com. 12 jan. 1988, n° 86-12.485, bull. Civ. IV, n° 20, p14. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p967.

« La fraude paulienne peut être réalisée par tout acte dont il résulte un appauvrissement du débiteur; elle résulte de la seule connaissance que le débiteur et son cocontractant ont du préjudice causé au créancier par l' acte litigieux». Civ. 12 déc. 2006, n° 04-11.579, bull. Civ. I, n° 547, p487.

<sup>2</sup> - Dominique LEGEAIS, Droit commercial et des affaires, 21<sup>ème</sup> éd., op- cit, p134.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 106-107. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 240. أنظر أيضا السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 166-167.

أما في تنفيذ الدائن المرتهن باعتباره دائنا عاديا يكون له التنفيذ على كل أموال مدينه شأن سائر الدائنين العاديين الآخرين<sup>1</sup>، وليس مجبرا على البدء بالتنفيذ على المحل التجاري المرهون، وله الحق أيضا في التنفيذ على باقي أموال المدين الأخرى في حالة عدم كفاية ثمن المحل التجاري المرهون للوفاء بحقه، ولا يشترط أن تكون أموال المدين حاضرة، بل يمكن أن تكون مستقبلة ويترتب على ذلك احتفاظ هذا الدائن بكل الدعاوى التي تحمي الضمان العام للدائنين، وهي وسائل التنفيذ التي نص عليها المشرع في المواد من 189 إلى 199 ق م ج والمتمثلة في الدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصية، ودعوى الصورية<sup>2</sup>.

يتقيد الدائن في هذه الحالة بقيددين: الأول يتمثل في أنه لا ينفذ على أموال المدين غير المرهونة إلا إذا كان المحل التجاري المرهون لا يفي بالدين. أما الثاني فألا ينفذ على محل تجاري أو محلات تجارية تكون قيمتها أكبر بكثير من حقه<sup>3</sup>.

- **حق الدائن المرتهن باعتباره دائنا مرتهنا:** وله بصفته دائن مرتهن حق عيني على المحل التجاري المخصص لضمان الدين، ويستطيع بمقتضى هذا الحق التنفيذ على المحل التجاري المرهون وتتبعه في أي يد يكون واقتضاء حقه بالأفضلية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة<sup>4</sup>، على أن يتبع في ذلك الإجراءات والشكليات المحددة قانونا هذا ما نستنتجه من نص المادة 126 ق ت ج<sup>5</sup>.

إن العبرة من تقييد حرية الدائن المرتهن بضرورة اتباع إجراءات وشكليات معينة هي تحقيق نوع من التوازن بين مصالح المدين الذي يكون في مركز ضعيف، وبين مصالح الدائن الذي يكون في مركز أسمى، بحيث يمكن لهذا الأخير القيام بكل عمل يسمح به القانون من أجل استيفاء دينه.

**1-2- التنفيذ في مواجهة الكفيل:** أجاز المشرع أن يكون المدين هو الراهن أو شخصا آخر وهو ما يسمى بالكفيل العيني، حيث يمكن لهذا الأخير التدخل وتقديم محله التجاري كضمان لدين المدين والتنفيذ عليه في حالة عدم وفاء هذا الأخير بدينه، حيث تنص المادة 901 ق م ج على أنه (إذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا على ما رهن من ماله ...). نستنتج قياسا على نص هذه المادة أن مسؤولية الكفيل العيني

<sup>1</sup> - السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 166-167. أنظر أيضا تهميش رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 325.

أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 416-417.

<sup>2</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 241. أنظر أيضا مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 655.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 417. أنظر أيضا السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 167.

<sup>4</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 106-107. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 242.

تنص المادة 122 ق ت ج على أنه (يجري ترتيب الدائنين المرتهنين فيما بينهم على حسب ترتيب تاريخ قيودهم، وتكون للدائنين المرتهنين المقيدون في يوم واحد رتبة واحدة متساوية).

<sup>5</sup> - تنص المادة 1/126 ق ت ج على أنه (يجوز كذلك للبايع وللدائن المرتهن والمقيد دينهما على المحل التجاري أن يحصل على أمر ببيع المحل التجاري الذي يضمن الرهن وذلك بعد ثلاثين يوما من الإنذار بالدفع المبلغ للمدين والحائز من الغير إذا كان له محل، والباقي دون جدوى). أنظر أيضا نص المادتان 2/118 ق ت ج و 1/903 ق م ج.

محصورة في حدود ما قام برهنه، بمعنى أنها محددة في المحل التجاري الذي قدمه للرهن فحسب، ومن ثم يتمتع على الدائن المرتهن بالتنفيذ على أموال الكفيل العيني غير المرهونة، ولكن هذا لا يعني حرمانه من جواز التنفيذ على أموال المدين غير المرهونة بما للدائن من ضمان عام. وبعبارة أخرى يكون للدائن المرتهن التنفيذ على المحل التجاري المرهون من قبل الكفيل العيني، إضافة إلى أموال المدين غير المرهونة، ففي الحالة الأولى يتم التنفيذ باعتباره دائنًا مرتهنًا، وفي الحالة الثانية باعتباره دائنًا عاديًا<sup>1</sup>.

تنص المادة 901 ق م ج على أنه ( ... ولا يكون حق الدفع بتجريد المدين إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك). مفاد هذا النص أنه لا يجوز للكفيل العيني أن يمنع الدائن المرتهن من القيام بإجراءات التنفيذ على المحل التجاري المرهون بحجة أن عليه البدء أولاً في التنفيذ على أموال المدين قبل مباشرة التنفيذ على أمواله، أو أنه لا ينفذ عليها إلا إذا لم تكف أموال المدين للوفاء بدينه. غير أن هذا الحكم ليس من النظام العام، بحيث يمكن الاتفاق على أنه لا يجوز للدائن المرتهن مباشرة إجراءات التنفيذ على المحل التجاري المرهون إلا بعد التنفيذ على أموال المدين أولاً وأموال الكفيل ثانياً.

تنص المادة 2/902 ق م ج على أنه (وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين جاز له تقاضي أي إجراء موجه إليه إن هو تخلي عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع والأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار). نستنتج قياساً على نص هذه المادة أن الكفيل العيني يمكن له تقاضي أي إجراء يتخذ ضده إن هو تنازل عن المحل التجاري المرهون لصالح الدائن المرتهن من أجل استيفاء الدين الذي كفله، ويكون ذلك عن طريق تقديم طلب التنازل عن المحل التجاري للمحكمة المختصة ويجب عليه أن يطلب التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبية بنزع الملكية، مع ضرورة إعلان هذا التنازل للدائن المرتهن المباشر لإجراءات التنفيذ في خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها، ويجوز لمن له مصلحة، ويدخل في ذلك الدائن المرتهن أو الكفيل العيني نفسه، في التعجيل أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته إجراءات نزع الملكية<sup>2</sup>، وإذا طلب الكفيل العيني تعيينه حارساً وجب تعيينه، وتتخذ إجراءات التنفيذ على المحل التجاري ضد الحارس، وبعد بيع المحل التجاري واستيفاء الدائن المرتهن حقه من ثمنه، إن بقي شيء من هذا الثمن كان من حق الكفيل العيني<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 243. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 418 وما بعدها. أنظر أيضاً السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 168. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 326. أنظر أيضاً همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 428. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 108.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 922 ق م ج.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 420-421. أنظر أيضاً شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 245-246. أنظر أيضاً السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 168. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 327-328. أنظر أيضاً همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 429-430. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 109.

تنص المادة 2/893 ق م ج على أنه (وإذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالمدين، ويبقى له هذا الحق ولو تنازل عنه المدين). فبما أن التزام الكفيل العيني تابع لالتزام المدين، فإنه يجوز له أن يتمسك ضد الدائن المرتهن بالدفع التي يستطيع أن يتمسك بها المدين والتي تؤدي إلى انقضاء التزامه كالدفع بالوفاء أو المقاصة<sup>1</sup>.

**2- إجراءات التنفيذ على المحل التجاري المرهون:** يجب على الدائن المرتهن القائم بإجراءات بيع المحل التجاري المرهون اتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون.

2-1- إنذار الدائن المرتهن المباشر لإجراءات التنفيذ للمدين الراهن: يقع على عاتق الدائن المرتهن المباشر لإجراءات التنفيذ على المحل التجاري المرهون إنذار المدين الراهن بضرورة دفع الدين، وإلا سيلجأ إلى القضاء للمطالبة ببيع المحل التجاري المرهون بالمزاد العلني واستيفاء حقه من ثمن البيع. غير أنه يمكن للمدين الراهن بعد إنذاره بالدفع القيام بالوفاء بالدين لتفادي اللجوء إلى القضاء وذلك خلال شهر من تبليغ الإنذار بالدفع. غير أن الإنذار يمتد إلى الحائز من الغير إذا انتقل المحل التجاري المرهون إليه، ولا يقتصر الإنذار في هذه الحالة على المدين الراهن<sup>2</sup>، بل يمتد إلى الغير.

2-2- تقديم طلب إلى المحكمة المختصة: لا يمكن مباشرة إجراءات التنفيذ إلا بناء على طلب مقدم من طالب التنفيذ، وهذا اعتبار فني إذ لا يمكن إجبار صاحب الحق على اقتضاء حقه إذا زهد فيه، أو لم يرغب في اقتضائه. أيضا لا يجوز مباشرة التنفيذ إلا في مواجهة المنفذ ضده وهو المدين؛ ويقصد بهذا الأخير أي مدين مهما كانت صفة الدين المطالب به وقيمة هذا الدين، وكذلك يكتسب صفة المنفذ ضدهم خلفائه العموميين والخصوصيين<sup>3</sup>.

بحيث لا يجوز للدائن المرتهن مباشرة إجراءات التنفيذ على المحل التجاري المرهون بنفسه دون اللجوء إلى المحكمة، وإنما يجب عليه تقديم طلب بيع المحل التجاري المرهون بالمزاد العلني إلى المحكمة التي يستغل في دائرة اختصاصها، وهو في مباشرة هذا الإجراء مقيد باحترام آجال ثلاثين يوما تمنح للمدين الراهن والحائز من الغير إذا وجد، إذا ما أُرِدا تفادي لجوء الدائن المرتهن استصدار حكم من المحكمة لبيع هذا المحل، وهذا حسب نص المادة 126 ق ت ج<sup>4</sup>.

غير أن آجال ثلاثين يوما يلتزم بها الدائن المرتهن فقط عندما يكون شخص عادي، أما إذا كان بنكا فإن الآجال في هذه الحالة تنقلص إلى خمسة عشر يوما، بحيث يمكن للبنك في هذه الحالة منح مدة خمسة عشر يوما للمدين الراهن والحائز من الغير من أجل سداد الدين أو اللجوء إلى القضاء بعد انقضاء هذه المدة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 246.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 1/126 ق ت ج.

<sup>3</sup> - نبيل إسماعيل عمر، أصول التنفيذ الجبري في القانون اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 61.

<sup>4</sup> - Voir dans ce sens Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p411. Voir aussi Com. 26 mai 1965, n° 63-12.450, bull. Civ, n° 338, III, p308.

<sup>5</sup> - نص المادة 1/124 من الأمر رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض.

2-3- البيع بالمزاد العلني: يكون البيع بعد استصدار الدائن المرتهن لحكم ببيع المحل التجاري المرهون بالمزاد العلني، والذي يتضمن تحديد السعر الافتتاحي المطروح للمزايدة وضبط الشروط الأساسية التي يجب أن يتم البيع بمقتضاها مع تعيين الموظف العمومي<sup>1</sup> والذي يتمثل في محافظ البيع بالمزاد العلني<sup>2</sup>، أو المحضر القضائي<sup>3</sup>.

- الإنذار: يجب على الدائن المرتهن إنذار مالك المحل التجاري والدائنين المقيدین قبل صدور الحكم الذي 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 لعملية البيع.

- تحرير دفتر الشروط وثمن الفحص: يجب على الضابط العمومي القائم بإجراءات البيع تحرير دفتر شروط من أجل تبيان شروط البيع بالمزاد العلني، ولم يحدد القانون البيانات التي يجب ذكرها في دفتر الشروط، وبصفة عامة يتضمن وصف للإجراءات المتبعة، معلومات متعلقة بالمحل، شروط البيع والسعر الافتتاحي<sup>4</sup>.

- الإعلان: يقوم محافظ البيع بالمزاد العلني بالإعلان عن عملية البيع على أن يتضمن هذا الإعلان مجموعة من البيانات تتمثل في: اسم الدائن المرتهن القائم بالملاحقة ومهنته، اسم مالك المحل التجاري، مهنته ومحل إقامته، الحكم الصادر بالبيع، تعيين المحل التجاري المراد التنفيذ عليه ومختلف عناصره التجارية، وموقعه، نوع الأعمال التجارية، السعر الافتتاحي، المكان واليوم والساعة التي يحصل فيها مرسى المزاد، اسم محافظ البيع والمؤتمن على دفتر الشروط. يلصق هذا الإعلان وجوبا من طرف محافظ البيع بالمزاد العلني بمكتبه وعلى الباب الرئيسي للبنية ومقر المجلس الشعبي البلدي للبلدية التي يوجد فيها المحل التجاري والمحكمة التي يوجد بدائرتها المحل التجاري<sup>5</sup>،

---

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 مارس 1975، على أنه « إذا كانت المادة 2/15 و 3 من القانون رقم 17 مارس 1909 لا تتضمن ميعادا، محدد من قبل المحكمة التجارية، من أجل تحقيق تنفيذ بيع المحل التجاري بعد المصادرة بناء على عريضة الدائنين المتابعين، تقول محكمة الاستئناف أنه في حالة سكوت القانون في هذه النقطة، فإن قاضي الموضوع له القدرة، من أجل حسن تطبيق العدالة، تحديد تاريخ لتنفيذ ذلك البيع». Com. 18 mars 1975, n° 73-14.577, bull. Civ, IV, n° 84, p70.

<sup>1</sup> - نص المادة 5/125 ق ت ج.

Voir aussi Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p412.

<sup>2</sup> - « يتمتع محافظ البيع بالمزاد العلني بصفة ضابط عمومي مهمته التقييم والبيع بالمزاد العلني». أنظر نص المادة 5 وما بعدها من الأمر رقم 02/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996، يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة، ج ر ج ج، ع 3 الصادر بتاريخ 14 جانفي 1996.

<sup>3</sup> - « يتمتع المحضر القضائي أيضا بصفة الضابط العمومي». وهذا حسب نص المادة 4 من القانون رقم 03/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر ج ج، ع 14 الصادر بتاريخ 08 مارس 2006.

يمكن للمحضر القضائي أيضا القيام بعملية البيع بالمزاد العلني وهذا حسب نص المادة 708 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، ع 21 الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

<sup>4</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p996. Maria Beatriz SALGADO, op- cit, p164.

أنظر أيضا جامع رضوان، مرجع سابق، ص 87.

<sup>5</sup> - نص المادة 127 ق ت ج. أنظر أيضا أحمد خليل، التنفيذ الجبري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 300 وما بعدها. أنظر أيضا نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 267 وما بعدها. أنظر أيضا جامع رضوان، مرجع سابق، ص 87.

« Il incombe à l' officier commis, notaire ou commissaire- priseur, de rédiger, à partir des indications fournies par la décision de justice, le cahier des charges de la vente». Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p412.

وحسب نص المادة 707 ق إ م إ فإنه يمكن أن يمتد الإعلان إلى أماكن أخرى كمركز البريد، قباضة الضرائب التي توجد في دائرة اختصاصها المحل التجاري المرهون، الساحات والأماكن العمومية.

- النشر: يتم نشر الإعلان المتعلق بالبيع في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وفي جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يوجد فيها المحل التجاري.

إن عملية الإعلان والنشر يجب أن تتم قبل عشرة أيام على الأقل من تاريخ البيع بالمزاد العلني، وفي حالة وجود طعن متعلق بإجراءات البيع السابقة لمرسى المزاد وفي المصاريف، فإنه يجب تقديمها قبل ثمانية أيام على الأقل من مرسى المزاد تحت طائلة سقوط الحق في القيام بها، ويصدر حكم الرئيس في نفس المهلة<sup>1</sup>.

إذا كان من الضروري إجراء إعلان خاص فإنه يجب أن يكون عن طريق حكم، أو في حالة عدم وجود حكم فيتم عن طريق أمر على عريضة يصدره رئيس المحكمة<sup>2</sup>.

- البيع: يتم بيع المحل التجاري المرهون بعد استكمال الإجراءات السابقة، وعلى الراسي عليه المزاد دفع الثمن حسب ما هو موجود في دفتر الشروط، ويعتبر الراسي عليه المزاد كل من تقدم بأعلى عرض بعد المناذاة ثلاث مرات متتالية، يفصل بين كل منهما مدة دقيقة على الأقل<sup>3</sup>.

يضيف الأستاذان Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT أنه في حالة البيع الجبري للمحل التجاري بطلب من الدائنين وعندما يكون مالك المحل التجاري هو نفسه مالك العقار الذي يستغل فيه المحل - بحيث أن المحل المباع خال من حق الإيجار - فإن الاجتهاد القضائي مستقر على أنه لا يمكن إجبار مالك العقار على موافقة منح إيجار لصالح حائز المحل، بالتالي الدائن لا يمكن له التسجيل في دفتر الشروط دون قبول البائع.

إن المعمول به، عمليا، تضمين عقد الرهن وعد يصدره مالك العقار يتعهد بمقتضاه بإيجار العقار المخصص للاستغلال للمالك المحتمل للمحل، ولكن المالك غير ملزم بالموافقة على ذلك<sup>4</sup>.

- تقسيم الثمن: يجب أن يتم توزيع الثمن المتحصل عليه من بيع المحل التجاري المرهون على الدائنين المقيدون كل حسب قيمة دينه، وإذا بقي مبلغ مالي بعد تسديد الديون والمصاريف فإنها ترد إلى المدين الراهن<sup>5</sup>. أما في حالة

<sup>1</sup> - نص المادة 127 ق ت ج. أنظر أيضا جامع رضوان، مرجع سابق، ص 88-89.

Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p996.

<sup>2</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p996.

<sup>3</sup> - نص المادة 715 ق إ م إ.

<sup>4</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p997.

<sup>5</sup> - أنظر نص المادة 140 ق ت ج التي تحيلنا إلى نص المادة 400 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية، إلا أن هذا القانون تم إلغاؤه بموجب القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ما يجعلنا نعود إلى ما يقابل نص هذه المادة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك في نص المادة 790 وما بعدها من هذا القانون. و 141 ق ت ج.

عدم قيامه بدفع الثمن يعاد البيع بالمزاد العلني على نفقته بحيث إذا بيع المحل التجاري المرهون بثمن أقل من الثمن الأول تحمل الراسي عليه المزاد الأول بالفارق، ولا يستفيد من الفارق إذا بيع بثمن أكبر من الثمن الأول<sup>1</sup>.

يمكن حسب المواد 970 وما بعدها من ق م ج إ تقسيم الثمن الناتج عن البيع وديا سواء كان هذا البيع وديا أم جبريا إذا كان هذا التوزيع الودي يقدم مصلحة في تفادي ثمن الإجراء القضائي، إلا أنه لا يمكن تحقيق ذلك إلا بموافقة جميع الأطراف، بمعنى الدائنين المقيدين، الدائنين المعارضين والبائع، ومثل هذا التوزيع يمكن تصوره عندما يكون ثمن البيع يفوق الدين المكشوف، غير أن التوزيع الودي غير مستبعد عندما يكون ثمن البيع غير كافي لإرضاء جميع الدائنين فيجب فقط الحصول على موافقتهم، ولكن رفض دائن واحد كسكوته مثلا يفرض حجز الثمن من أجل اتباع طريق التوزيع القضائي، فبند مشروع التوزيع ينص على أنه في حالة عدم الدفع خلال مدة معينة فإن الدائنون يعتقد أنهم قبلوا بالمشروع، وهذا أمر لا ينصح به فالسكوت لا يعني القبول<sup>2</sup>.

**3- القيود الواردة على حق الدائن المرتهن في التنفيذ على المحل التجاري المرهون:** إن حق الدائن المرتهن في التنفيذ على المحل التجاري المرهون، لا يمارس بصفة مطلقة وإنما يرد عليه قيودان يتمثلان في:

**3-1- بطلان شرط تملك المحل التجاري المرهون:** يحيلنا نص المادة 960 ق م ج<sup>3</sup> المتعلق بالرهن الحيازي في هذه النقطة إلى تطبيق مضمون نص المادة 1/903 ق م ج المتعلق بالرهن الرسمي التي تنص على أنه (يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يترك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، ... ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن).

تنص أيضا المادة 2/118 ق ت ج على أنه (لا يخول رهن المحل التجاري للدائن المرتهن الحق في التنازل له عنه مقابل ما له من ديون وتسديدا لها). فإذا اتفق الدائن المرتهن مع المدين الراهن مدينا كان أو كفيلا عينيا، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق في أن يترك المحل التجاري المرهون بثمن هو الدين المستحق وهذا هو الغالب، أو بأي ثمن آخر وقد يكون أكبر من الدين المستحق، فإن هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام<sup>4</sup>، وهذا ما يسمى بشرط التملك عند عدم الوفاء<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 129 وما بعدها ق ت ج. أنظر أيضا نص المادة 3/713 وما بعدها ق م ج إ. أنظر أيضا أحمد خليل، مرجع سابق، ص 491 وما بعدها. أنظر أيضا نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 471 وما بعدها.

<sup>2</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p999.

أنظر أيضا جامع رضوان، مرجع سابق، ص 91.

<sup>3</sup> - تنص المادة 960 ق م ج على أنه (تسري على رهن الحيازة أحكام ... وأحكام المادة 903 المتعلقة بشرط التملك عند عدم الوفاء ...).

<sup>4</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 422. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 430-431. أنظر أيضا شوقي بنابيس، مرجع سابق، ص 250. أنظر أيضا أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، ج6، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، 2001، ص 739. أنظر أيضا حمدي محمد مصطفى حسن، رهن المحل التجاري بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة الزقازق، 2003، ص 391. أنظر أيضا جامع رضوان، مرجع سابق، ص 46-47. أنظر أيضا تمرانت ريمة، انقضاء الرهن الحيازي عن طريق التنفيذ الحبري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور بخنشلة، المجلد 4، ع2-2017، ص 1031.

قرر المشرع هذا الجزاء حماية للمدين الراهن الذي قد يتساهل في قبول هذا الشرط، فلا يحرص على تحديد ثمن مناسب للمحل التجاري المرهون على أساس أنه على ثقة في قدرته على الوفاء بالدين، ويبقى محتفظا بملكية محله التجاري، ثم يخيب في قدرته على الوفاء ويفقد ملكية المحل التجاري بثمن غير مناسب<sup>2</sup>، كما أنه عندما يبرم عقد الرهن الحيازي فإنه يكون في حاجة ملحة للائتمان، فقد يستغل الدائن المرتهن هذه الحاجة ويفرض عليه مثل هذا الاتفاق الذي لا يملك المدين في هذه الظروف إلا الإذعان له، ويبطل هذا الاتفاق أيا كان الثمن الذي اتفق عليه، وهو يكون عادة أقل القيمة الحقيقية للمحل التجاري المرهون لأن الفرق بين هذه القيمة والثمن هو الذي يستفيد منه الدائن المرتهن من مثل هذا الاتفاق<sup>3</sup>.

إضافة إلى هذا قد يخفي شرط التملك وراءه في غالب الأحيان، فوائد ربوية تتمثل في الفرق بين الثمن المتفق لتملك المحل التجاري والقيمة الحقيقية له، فالدائن المرتهن يحصل على المحل التجاري المرهون مقابل الدين المستحق على أساس أن قيمة المحل التجاري المرهون تساوي مبلغ الدين، مع أن قيمة المحل التجاري الحقيقية تزيد في الغالب عن قيمة الدين.

إن شرط التملك يعتبر إخلالا بالتوازن الذي أقامه المشرع بين المصالح المتعارضة للدائن المرتهن والمدين الراهن، ويعد أيضا مساسا بالأحكام المنظمة للرهن الحيازي للمحل التجاري، فرفض شرط التملك يعد ضمانا جديدة ابتدعتها الدائن المرتهن ولا تعرفها أحكام الرهن الحيازي للمحل التجاري، كما أن في تملك الدائن المرتهن للمحل التجاري المرهون إخراجا للمحل التجاري من الضمان العام للدائنين، وهو الأمر الذي يلحق الضرر بهم ويخالف ما يقضي به القانون من أحكام في هذا الشأن<sup>4</sup>.

نتوصل من خلال ما سبق أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لا يبطل إذا تضمن شرط التملك عند عدم الوفاء، وإنما يقتصر البطلان على هذا الشرط فقط باعتباره مخالف للنظام العام ولكل ذي مصلحة التمسك به، وللمحكمة الحق في القضاء به من تلقاء نفسها حتى وإن لم يتم إثارته من أحد الأشخاص<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، 2006، ص 235. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 271-272.

« Interdiction du pacte comissoire et de l' attribution du gage: La protection du créancier n' est pas sans limite. Le créancier ne peut par exemple stipuler un pacte comissoire, suivant lequel le débiteur accepterait par avance de céder au créancier la propriété du fonds en cas d' insolvabilité, et il est impossible au créancier d' obtenir l' attribution du fonds de commerce, même par vois judiciaire». Dimitri HOUTCIEFF, Droit commercial, Dalloz, Paris, 2005, p233. Voir aussi Cristophe ALBIGES et Marie- Pierre DUMONT- LEFRIEND, Droit des sûretés, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2011, p324.

<sup>2</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 110.

<sup>3</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 111. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 422.

<sup>4</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 251-252.

<sup>5</sup> - تمرانت ريمة، مرجع سابق، ص 1031-1032.

يطبق الحكم نفسه في حالة الاتفاق على هذا الشرط في اتفاق لاحق لعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، فيبطل الاتفاق المتضمن الشرط ويبقى العقد صحيحا وهذا ما يظهر من قول المشرع في نص المادة 1/903 ق م ج (ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن)، وما يدعم هذا الحكم نص المادة 104 ق م ج التي تنص 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)، حيث أنه إذا كان هذا الشرط هو الذي أدى بالدائن المرتهن إلى إبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري أو ما كان لهذا العقد أن يتم دون هذا الشرط، فإن البطلان في هذه الحالة يمتد إلى العقد ولا يقتصر على الشرط فقط.

أجاز المشرع الاتفاق على هذا الشرط في حالة حلول أجل الدين كله أو جزء منه، لأن المدين الراهن لا يكون في هذه الحالة في مركز الضعيف كي يستغل الدائن المرتهن وضعيته، فالمادة 2/903 ق م ج تنص على أنه (غير أنه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه)، فيجوز للراهن مدينا كان أو كفيلا عينيا في هذه الحالة الاتفاق مع الدائن المرتهن على أن يتنازل له عن المحل التجاري المرهون في مقابل ما عليه من دين ويكون هذا وفاء بمقابل، بل يجوز للمدين الراهن أن يتفق مع الدائن المرتهن في هذه الحالة على أن يبيع له المحل التجاري المرهون بثمن أيا كان، أكبر أو مساوي أو أقل من الدين المستحق وبهذا الاتفاق قد يتقاضي المصروفات المترتبة عن بيع المحل التجاري المرهون بالمزاد العلني، كما أن الراهن لا يكون في مثل هذه الظروف تحت ضغط الحاجة، فقد استحق الدين ويستطيع أن يمتنع عن الاتفاق مع الدائن المرتهن إن شاء، ويطلب بيع العقار المرهون طبقا للإجراءات التي قررها القانون<sup>1</sup>.

غير أنه هناك من يرى أن هذه التبريرات غير مقنعة، ذلك أن شبهة الاستغلال تبقى قائمة، حتى ولو تم الاتفاق بعد حلول أجل الدين أو قسط منه، إذا لم يكن للمدين الراهن مال آخر غير المحل التجاري المرهون، كذلك تبقى شبهة إخفاء الفوائد الربوية قائمة، فقد يستفيد الدائن المرتهن من الفرق بين قيمة المحل التجاري المرهون الحقيقية وقيمة الدين، إضافة إلى هذا أن حظر شرط التملك يعتبر من أصول تنظيم الرهن الحيازي للمحل التجاري التي تستهدف إقامة توازن بين مصالح الدائن المرتهن وباقي الدائنين، فضلا عن حمايته للمدين الراهن، بل ومنعا لاحتمالات التواطؤ بين المدين الراهن والدائن المرتهن إضرارا بباقي الدائنين وذلك بتوفير اتخاذ طريق الطعن بالدعوى البوليصية<sup>2</sup>.

**3-2- بطلان شرط بيع المحل التجاري المرهون دون اتباع الإجراءات القانونية:** يقصد بشرط البيع دون اتباع الإجراءات القانونية، ذلك الشرط الذي بمقتضاه يحق للدائن المرتهن عند حلول الأجل وعدم الوفاء بالدين، أن يبيع

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 423-224. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 253. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 111. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 110-111. أنظر أيضا جامع رضوان، مرجع سابق، ص 46-47.

<sup>2</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 253-254.

المحل التجاري المرهون دون اتباع الإجراءات التي رسمها قانون الإجراءات المدنية في شأن البيوع الجبرية<sup>1</sup>، وهذا ما يسمى بشرط الطريق الممهد<sup>2</sup>. وصورته أن يتفق الدائن المرتهن مع الراهن مدينا كان أو كفيلا عينيا، على أنه 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، ويخشى هنا أيضا من استغلال الدائن المرتهن لضعف مركز الراهن، فيفرض عليه هذا الشرط، وبذلك يحرم الراهن من الحماية التي كفلها له القانون في فرض إجراءات معينة في بيع المحل التجاري المرهون بيعا جبريا، وما تتضمنه هذه الإجراءات من أحكام تؤدي عادة إلى بيع المحل التجاري بأكبر قيمة ممكنة<sup>3</sup>.

يعتبر هذا الشرط إن وجد باطلا بطلانا مطلقا، ونجد أساسه القانوني في نص المادة 960 ق م ج التي تحيلنا إلى تطبيق نص المادة 1/903 من نفس القانون المتعلقة بالرهن الرسمي، التي تنص على أنه (يكون باطلا كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن ...، أو في أن يبيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن)، يشبه هذا البطلان المترتب عن شرط تملك المحل التجاري المرهون عند عدم الوفاء فهما يرتبان نفس الجزاء.

يتضح لنا من خلال ما سبق أن كل اتفاق مفاده بيع المحل التجاري المرهون دون اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، يقع باطلا لمخالفته للنظام العام، ولا فرق في الحكم بين الاتفاق المعاصر لتاريخ انعقاد عقد الرهن الحيازي أو الاتفاق الذي يليه، ولا يمتد البطلان في هذه الحالة إلى العقد بل يظل صحيحا وإنما يقتصر البطلان فقط على الشرط، ولكن إذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع الذي أدى بالدائن المرتهن إلى إبرام العقد، فإن العقد يبطل أيضا مثله مثل الشرط، ونطبق في هذه النقطة أحكام نص المادة 104 ق م ج وفقا لما تناولناه سابقا فيما يخص بطلان شرط تملك المحل التجاري المرهون. يجوز أن يتمسك بهذا البطلان كل شخص لديه مصلحة في ذلك، وللمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها حتى وإن لم يتمسك به أي من الطرفين باعتباره من النظام العام، ولا يجوز إجازته.

يرجع أساس هذا البطلان لمخالفة شرط بيع المحل التجاري المرهون دون اتباع الإجراءات القانونية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية لمخالفته للنظام العام، فهو شرط خطير بالنسبة للمدين ولباقي الدائنين، لأن البيع وفقا للإجراءات التي نظمها قانون الإجراءات المدنية يهدف إلى الحصول على أعلى ثمن ممكن للمحل التجاري المرهون، وهو ما يحقق بلا شك مصلحة المدين، كما يحقق في ذات الوقت مصلحة باقي الدائنين

<sup>1</sup> - أنظر نفس المرجع، مرجع سابق، ص254. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص271.

<sup>2</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص271. أنظر أيضا مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، 2006، ص235.

« Le nantissement ne rend pas inaliénable le fonds et les éléments qui le composent». F. MONTIER et G.-H. FAUCON, op- cit, p173.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص424-425. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص111. أنظر أيضا نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص111-112. أنظر أيضا تمارنت ريمة، مرجع سابق، ص1032.

الذين يكون لهم إذا فاض من الثمن شيء بعد استيفاء المرتهن لدينه، أن يحصلوا على حقوقهم منه، أما البيع اتباعاً لهذا الشرط فليس فيه من ذلك شيء، لأن الدائن المرتهن سيقبل البيع بمجرد أن يغطي الثمن المعروض قيمة ديونه، حتى ولو كان يقل عن القيمة الحقيقية للمحل التجاري المرهون، وهو لا مصلحة له في زيادة الثمن عن هذا القدر، بل تتجلى مصلحته في أن يبيع سريعاً حتى يخلص إلى حقه، وهذا ما يؤدي إلى تفويت المصالح التي أراد المشرع حمايتها بفرض البيع وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية<sup>1</sup>.

قياساً على نص المادة 2/903 ق م ج التي تجيز الاتفاق على تملك الدائن المرتهن للمال المرهون وفاء لدينه بعد حلول أجل الدين أو قسط منه، فإنه يمكن كذلك الاتفاق بعد حلول أجل الدين أو قسط منه على بيع المحل التجاري المرهون دون اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، لأن شبهة استغلال الدائن المرتهن للمدين الراهن قد انتفت بحلول أجل استحقاق الدين، وقد يكون في هذا الاتفاق مصلحة للمدين الراهن إذ يجنبه المصروفات التي تنتج عن بيع المحل التجاري المرهون بالمراد العلني<sup>2</sup>.

يرى الفقه تأسيساً على فكرة حماية المدين الراهن التي يحققها بطلان شرط تملك المحل التجاري المرهون عند عدم الوفاء (شرط التملك عند عدم الوفاء)، وشرط بيع المحل التجاري المرهون دون اتباع الإجراءات القانونية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية (شرط الطريق الممهد)، بطلان أي شرط آخر عند إبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يهدف إلى نفس غرض شرط التملك، كشرط تملك الدائن المرتهن ما لا آخر للمدين، إذا لم يف بما عليه من دين في موعده، أو شرط حصول الدائن المرتهن على مقابل المحل التجاري المرهون مهما بلغ مقداره، إذا لم يف بما عليه من دين في موعده، أو شرط حصول الدائن المرتهن على مقابل المحل التجاري المرهون مهما بلغ مقداره في الدين إذا بيع أو حصوله على امتياز آخر مرتبط بالدين مهما كان<sup>3</sup>.

د- امتياز الدائن المرتهن غير قابل للانقسام: تنص المادة 892 ق م ج على أنه (كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل دين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، ما لم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك).

نستنتج قياساً على هذا النص أن حق الرهن لا يتجزأ، بمعنى أنه إذا قام المدين بالوفاء بجزء من الدين المضمون، فلا يخرج من وعاء الرهن أحد عناصر المحل مقابل ما تم دفعه من الدين، وإنما تظل كل العناصر محل الرهن مثقلة به إلى أن يتم سداد كامل الدين<sup>4</sup>، فكل جزء من الأموال المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من

<sup>1</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 255-256.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 426. أنظر أيضاً شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 256. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 112.

<sup>3</sup> - أنظر محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، مرجع سابق، ص 112.

<sup>4</sup> - سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مرجع سابق، ص 406. أنظر أيضاً مصطفى كمال طه ووائل بندق، مرجع سابق، ص 680. أنظر أيضاً محمد فريد العريني وجمال وفاء محمد، مرجع سابق، ص 465. أنظر أيضاً أحمد محمد أبو الروس، مرجع سابق، ص 684. أنظر أيضاً مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مرجع سابق، ص 656. أنظر أيضاً سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط 2013، ص 108. أنظر أيضاً أحمد محمد محرز، القانون التجاري، د د ن، د ب ن، 1994، ص 303. أنظر أيضاً صهيبي عبد الله بشير الشخانية، مرجع سابق، ص 101. أنظر أيضاً جامع رضوان، مرجع سابق، ص 72.

الدين مضمون بالأموال المرهونة كلها<sup>1</sup>، فحق الدائن المرتهن مرتبط بمجموع العناصر التي تدخل في نطاق الرهن<sup>2</sup>، أما العناصر الأخرى التي لم يتم ادراجها فهي خارج هذا الضمان<sup>3</sup>.

يطبق هذا الكلام على ورثة المدين لو مات هذا الأخير والرهن قائم، وكذلك على ورثة الدائن المرتهن، فإذا مات المدين فإن الدين يقسم على الورثة ويبقى المحل المرهون ضامنا لكل الدين فلا يستطيع وارث - إذا وفي حصته من الدين - أن يطلب تخليص حصته من المحل من رهنه، حتى يسدد باقي الورثة نصيبهم من الدين، وكذلك الحال لو مات الدائن المرتهن فلا يستطيع وارثه الذي استلم حصته من الدين أن يخلص المحل من الرهن فيما يقابل نصيبه من الدين؛ لما في ذلك من الإضرار بباقي الورثة<sup>4</sup>.

غير أننا نجد بالعودة إلى أحكام بيع المحل التجاري أن المشرع ألزم الأطراف على تحديد أثمان كل من العناصر المادية والعناصر المعنوية على حده، بحيث يمارس امتياز البائع الضامن لكل هذه الأثمان أو ما بقي منها بصفة منفصلة على كل من أثمان إعادة بيع البضائع والمعدات والعناصر المعنوية للمحل التجاري ولو تم الاتفاق على غير ذلك<sup>5</sup>. يفيد هذا أن امتياز البائع يقبل التجزئة وأن كل جزء من الثمن يحصل عليه البائع يستتبع انقضاء الامتياز بالنسبة لبعض عناصر المحل التجاري التي تقابل جزء من الثمن الذي حصل الوفاء به<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص315. أنظر أيضا فاروق أحمد زاهر، القانون التجاري المصري، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص421.

« Le droit de préférence du créancier nanti s' exerce, pour la totalité de la créance garantie, sur le prix de l' ensemble des éléments compris dans le nantissement. De la sorte le créancier nanti est couvert de la totalité du prix de vente de tous les éléments compris dans le nantissement». Olivier BARRET, op- cit, p314.

<sup>2</sup> - محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص465. أنظر أيضا عبد الحميد الوتيدي، مسؤولية المرتهن التجاري بين الشريعة والقانون - بحث مقارن، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1980، ص245.

« Indivisibilité du droit de préférence; le gage est indivisible comme l' hypothèque, il suit de là que la totalité de la créance et chacune de ses parties est garantie par la totalité des éléments grevés et par chaque parcelle de ces éléments». F. MONTIER et G.-H. FAUCON, op- cit, p176.

<sup>3</sup> - « Le prévilège né du nantissement porte sans aucune distinction, sur tous les éléments du fonds désignés dans l' acte, mais il ne porte seulement que sur eux; tous les autres non énumérés, restent étrengers à cette garantie». Gaston CENDRIER, op- cit, p275.

<sup>4</sup> - حمدي محمد مصطفى حسن، مرجع سابق، ص278.

<sup>5</sup> - أنظر نص المادتين 2/79 و96 ق ت ج.

« ... Au contraire de celui issu de la vente, qui se décompose en trois parties, chacune ne pouvant s' exerce que sur la partie correspondante». Gaston CENDRIER, op- cit, p275.

<sup>6</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص315.

يرى الدكتور أكثم أمين الخولي أنه إذا كانت الحكمة من تجزئة امتياز البائع هي الرغبة في سرعة تحرير البضائع والمهمات من الامتياز، فإن هذه الحكمة تقوم في مجال الرهن أيضا وكان من المفروض أن يتجزأ إلى رهنين، ينصب أحدهما على المهمات وينقضي بسداد المبلغ الذي يضمه، وينصب الثاني على العناصر المعنوية<sup>1</sup>.

هـ- **حق الدائن المرتهن في المطالبة بإسقاط الأجل في حالة نقل المحل التجاري المرهون:** سبق ورأينا أنه يمكن للمدين الراهن القيام بعملية نقل محله التجاري المرهون من مكان إلى مكان آخر متى كان في هذا العمل فائدة، بحيث أن نقل المحل التجاري المرهون من منطقة نائية إلى وسط المدينة يزيد من إقبال العملاء عليه، بحيث يمكن لهذه العملية أن تزيد من أرباحه الأمر الذي يعزز المركز المالي للمدين الراهن ولا يؤثر على ضمان الدائنين وإنما يزيد من ضمانهم، إلا أن حق المدين الراهن في القيام بهذه العملية مقيد بضرورة إخطار الدائنين المقيدين في المحل المختار خلال خمسة عشر يوما من قبل عن طريق غير قضائي، عن رغبته في نقل المحل التجاري وعن المركز الجديد الذي يريد أن يقيمه فيه وفي حالة إهماله اتخاذ هذا الإجراء يترتب عنه سقوط أجل الديون المقيدة وتكون مستحقة الأداء، ولكن في حالة قبول هؤلاء الدائنين بعملية النقل فإنه لا يثار أي إشكال.

أما إذا رفضوا ذلك بعد إخطارهم ورغم ذلك قام مالك المحل التجاري المرهون بعملية النقل، فإن لهم الحق في المطالبة بسقوط الأجل واستيفاء ديونهم فيما نتج عنه انخفاض قيمة المحل التجاري<sup>2</sup>، يعد هذا الحكم تطبيقا للقاعدة العامة التي تقضي بسقوط الأجل لإضعاف التأمينات<sup>3</sup>، وهنا يملك القاضي سلطة التقدير، فلا يحكم بسقوط الأجل إلا إذا تحقق من أن النقل قد انتقص من قيمة المتجر إلى حد تهديد حقوق الدائنين المرتهنين، فلا يحدث هنا سقوط الأجل حتما وبقوة القانون كما في الحالة الأولى<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر تهميش أكثم أمين الخولي، قانون التجارة اللبناني المقارن، مقدمة عامة، الأعمال التجارية والتاجر، حقوق الملكية الصناعية، المتجر والعقود الواردة عليه، ج1، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص551. أنظر أيضا رأي الدكتور سمحة القليوبي، المحل التجاري، البيع والرهن بالجدك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص128.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 123 ق ت ج. أنظر أيضا مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، مرجع سابق، ص236. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص268. أنظر أيضا عبد الرزاق جاجان وعبد القادر برغل وعمر فارس، مرجع سابق، ص299. أنظر أيضا أحمد محمد محرز، مرجع سابق، ص301-302. أنظر أيضا فاروق أحمد زاهر، مرجع سابق، ص419. أنظر أيضا سمحة القليوبي، المحل التجاري، ط1989، مرجع سابق، ص132. أنظر أيضا سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مرجع سابق، ص404-405. أنظر أيضا محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص461-462. أنظر أيضا جامع رضوان، مرجع سابق، ص80-81.

Voir aussi Dominique LEGAIS, Droit commercial et des affaires, 21<sup>ème</sup> éd., op- cit, p134.

« Le propriétaire d'un fonds nanti demeure libre de le déplacer. Mais il doit connaître son intention aux créanciers inscrits quinze jours au moins d'avance et leur indiquer le nouveau siège qu'il entend lui donner. S'il ne le fait pas, les créances inscrites deviennent de plein droit exigibles, sans que la déchéance du terme ait à être prononcée par le tribunal et sans qu'elle puisse être écartée par lui». Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p408. Voir aussi Gaston CENDRIER, op- cit, p289. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p294. Voir aussi Jean- Bernard BLAISE et Richard DESGORCES, Droit des affaires, commerçants- concurrence- distribution, 8<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J, France, 2015, p275.

<sup>3</sup> - مصطفى كمال طه ووائل بندق، مرجع سابق، ص682. أنظر أيضا جامع رضوان، مرجع سابق، ص81.

<sup>4</sup> - أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص544. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص268. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص268.

و- حق الدائن المرتهن في حالة ضم المحل التجاري إلى محل جماعي لتجار مستقلين: يمكن أن يؤدي ضم المحل التجاري بمحل تجاري جماعي لتجار مستقلين إلى هلاكه، والقانون ينص على حماية خاصة للدائنين المقيدين على هذا المحل. يجب على مالك المحل التجاري المثقل بالرهون قبل ضمه لمحل جماعي ونقله إليه أن يستكمل إجراءات الشهر المنصوص عليها في القانون التجاري، بمعنى تلك المتعلقة بتقديم المحل التجاري كحصة في الشركة.

يتمتع الدائنين المرتهنين المقيدين بحق الاعتراض على هذا الضم، ولكي يتم يجب عليهم إعلان اعتراضهم عن طريق القيد لدى مأمور المركز الوطني للسجل التجاري، وفي حالة إخلالهم بذلك يعدون كأنهم منحوا موافقتهم لضم المدين للمحل الجماعي. غير أنه في حالة الاعتراض يمكن للمدين الراهن استبعاد هذه المعارضة بأمر قضائي، إذا أثبت أن الضمانات التي يتمتع بها الدائن لم تنقص بالضم للمحل الجماعي أو أن الضمانات المقدمة له كافية. أما في حالة عدم رفع اليد عن المعارضة فإن التاجر لا يمكن له الضم إلى المحل التجاري الجماعي بما أنه لا يزال مالك المحل<sup>1</sup>.

ز- حقوق الدائن المرتهن في حالة فسخ حق الإيجار: يلعب الحق في الإيجار إذا كان موجودا في المحل التجاري دورا بارزا ومهما كما سبق وتناولناه، إذ يكون في بعض الحالات العنصر الجذاب للعملاء نتيجة الموقع الجذاب الذي يستغل فيه المحل التجاري، وعليه يقع على المدين الراهن التاجر التزام بالمحافظة على عقد الإيجار الذي يربطه بمالك العقار والعمل على تفادي فسخه، لما في ذلك من آثار سلبية على وجود المحل التجاري وعلى حقوق الدائن المرتهن، وقد عمد المشرع إلى حماية هذا الأخير بتقرير مجموعة من الحقوق في حالة فسخ عقد الإيجار نلخصها فيما يلي:

1- حق الدائن المرتهن في إبلاغه بدعوى فسخ عقد الإيجار: للدائن المرتهن المقيدة حقوقه الحق في إبلاغه بدعوى المالك<sup>2</sup> بفسخ عقد إيجار العقار الذي يستغل فيه المدين الراهن للمحل التجاري المرهون في محل إقامته

<sup>1</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p966.

<sup>2</sup> - تشير في هذه النقطة إلى اختلاف بين الصياغة العربية للمادة 1/124 ق ت ج والصياغة الفرنسية لنفس المادة وذلك كما يلي: في الصياغة العربية نجد أن المشرع استعمل مصطلح البائع في عبارة (إذا أقام **البائع** دعوى بفسخ عقد إيجار). أما في الصياغة الفرنسية نجد أن المشرع استعمل مصطلح المالك في عبارة ( **Le propriétaire** qui poursuit la résiliation du bail...).

إلا أن الصحيح هو مصطلح المالك وليس البائع باعتبار أن عقد الإيجار رابطة تعاقدية بين مؤجر العقار (أي مالك العقار) الذي يستغل فيه المحل التجاري المرهون وبين المستأجر (أي مالك المحل التجاري المرهون) الذي هو المدين الراهن.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 جويلية 2006، على أنه «يجب على المالك الذي أقام دعوى فسخ إيجار العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري المثقل بالقيود بإخطار الدائنين المقيدة ديونهم سابقا».

Com. 11 juill. 2006, n° 05-18.267, bull. Civ, IV, n° 176, p195.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 01 فيفري 1971 على أنه «يمكن للقضاة إرجاع القرارات مختلفة، بمعنى نهائية على شخص وتمهيدية على الآخر، إذ لم تتجاوز سلطاتها محكمة الاستئناف التي أمرت بإجراء خبرة للبحث عن أهمية الأضرار التي تعرض لها الدائن المقيد على محل تجاري نتيجة عدم إخطاره بشرط الفسخ من قبل مؤجر العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري، بعدما احتفظت بمسؤولية هذا المؤجر واعتبرت أن الضرر الذي لحق بالدائن لا يمكن اعتباره في الحين باطلا».

Com. 01 fév. 1971, n° 69-14.379, bull. Civ. IV, n°31, p33.

المختار والمعين في قيده، كما يقع على عاتق المحكمة الفاصلة في دعوى الفسخ التزام بعدم استصدار الحكم قبل شهر من تاريخ هذا التبليغ.

نشير في هذه النقطة إلى أن المشرع لم ينص على طريقة خاصة يتم عن طريقها إخطار الدائنين المقيدين بدعوى فسخ عقد الإيجار، وأن الغاية من هذا الإخطار هو تمكين الدائنين من الاحتفاظ برهنهم، واعتبرت محكمة الاستئناف بفرنسا أن الشكلية تمت منذ الوقت الذي تم فيه إخطار الدائنين بفسخ عقد الإيجار بطريقة واضحة صريحة غير غامضة، وفي تاريخ يسمح له بالتصرف في الوقت المناسب<sup>1</sup>.

**2- حق الدائن المرتهن في إبلاغه بفسخ عقد الإيجار بالتراضي:** قد لا يتم اللجوء إلى القضاء من أجل استصدار حكم بفسخ عقد الإيجار، وإنما يتم فسخه بالتراضي، في هذه الحالة يحق للدائن المرتهن إبلاغه بهذا الفسخ في محل إقامته المختار، ورتب المشرع جزاء على التخلف عن القيام بهذا الإجراء يتمثل في أن الفسخ بالتراضي لا يكون نهائياً إلا بعد شهر من تاريخ تبليغ الدائن المرتهن بهذا الفسخ<sup>2</sup>.

**3- حق الدائن المرتهن في طلب بيع المحل التجاري المرهون في حالة قيام دعوى بفسخ عقد الإيجار:** منح المشرع للدائن المرتهن المقيدة حقوقه أن يلجأ إلى المحكمة المختصة خلال شهر من تاريخ تبليغه بدعوى فسخ عقد الإيجار، ويطلب منها بيع المحل التجاري المرهون بالمزاد العلني واستيفاء حقه من ثمن البيع<sup>3</sup>.

**ح- حق الدائن المرتهن في حالة تغيير النشاط الممارس في المحل التجاري المرهون:** يخول المشرع للشخص الذي لديه حق إيجار تجاري القدرة على تغيير النشاط المنصوص عليه في عقد الإيجار، وذلك إما بإلحاق أنشطة ذات الصلة أو تكميلية أو ممارسة نشاط مختلفا تماما عن النشاط الممارس أساسا، وبالتالي يمكن اعتبار أن وعاء الرهن المخصص للدائنين تم تعديله بمثل هذا التغيير الذي طرأ على النشاط، خاصة في حالة تغييره بالكامل لأن المحل التجاري الجديد بكامله يحل محل المحل التجاري السابق.

<sup>1</sup> - Com. 16 jan. 2001, n° 98-21.440, bull. Civ, IV, n° 15, p12.

قضت أيضا الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 ماي 1972، أنه « بما أن الغاية هي ضمان الاحتفاظ بحقوق الدائنين المرتهنين، يسمح لهم، دون اللجوء إلى الدعوى العمومية، ليس فقط إلتماس سقوط أجل دينهم عند الإقتضاء، ولكن الأكثر عموما هو تنفيذ التزامات الحائز المهمل من أجل وقف أسباب الادعاء لدعم طلب فسخ الإيجار».

Com. 27 mai 1972, n° 71-11.011, bull. Civ. IV, n° 157, p154. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p304.

أنظر أيضا جامع رضوان، مرجع سابق، ص ص81-82.

2 - « La résiliation de plein droit d' un bail par application de la clause résolutoire doit être assimilée pour l' application de la loi du 17 mars 1909, à une résiliation amiable.

Justifie, au regard de ce texte, sa décision déclarant la procédure de résiliation opposable aux créanciers inscrits, la cour d' appel qui relève que le bailleur leur avait signifié l' ordonnance de référé qui avait suspendu les effets de la clause résolutoire et imparti au preneur un délai pour se libérer de sa dette». Civ. 04 mars 1998, n° 95-18.900, bull. Civ. III, n° 54, p36.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 124 ق ت ج.

يتمتع الدائنين المقيدون بالعديد من الوسائل من أجل ضمان حماية حقوقهم، وفي أولها إمكانيةهم من الاستفادة بعدم إمكانية المدين من الاستفادة من الأجل عندما يقوم بفعله بالإفلاس من التأمينات التي أعطاهم لدائنه بموجب العقد، كما أن قواعد القانون التجاري التي تحكم الإجراءات التجارية تنص على بعض التدابير من أجل ضمان حماية الدائنين المقيدون.

ينص المشرع على أنه يجب إخطار الدائنين المقيدون بموجب محضر غير قضائي بطلب مقدم من قبل المستأجر للمؤجر عن الأنشطة الجديدة المرغوب في ممارستها، ويمكن للدائنين الذين تم إخطارهم المطالبة بأن يكون تغيير النشاط خاضع لشروط بطبيعتها تحفظ حقوقهم<sup>1</sup>.

نقول في الأخير أنه يحق للدائن المرتهن الاعتراض على أعمال المدين الراهن، حتى وإن سبق وقلنا أن هذا الأخير يحتفظ بملكية وحيازة المحل التجاري المرهون، وبما يترتب عن ذلك من سلطتي التصرف والاستغلال، إلا أن هذا لا يعني أن لا حق للدائن المرتهن في الاعتراض على ما يصدر من المدين من تصرفات متى تبين له أن الضمان الممنوح له يمكن أن ينتقص جراء هذه الأعمال، وله الحق في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بوقفها تطبيقاً لمبدأ حماية الضمان.

يعود للمحكمة سلطة تقدير ما إذا كانت هذه الأعمال من شأنها إلحاق ضرر بالدائنين المقيدون من عدمها، لأنه من غير المعقول القيام بمعارضة على أعمال المدين دون وجود سبب جدي، بحيث يمكن مثلاً لعملية نقل المحل التجاري أن تكون مفيدة أو لازمة<sup>2</sup>.

**ثانياً: بالنسبة للغير:** لا يقتصر أثر عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري على الأطراف المتعاقدة من دائن مرتهن ومدين راهن، وإنما يمتد ذلك إلى كل شخص يضر حقه من وجود عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ويشمل الدائنين المرتهنين التاليين في القيد والدائنين العاديين أيضاً.

**أ- بالنسبة للغير في علاقته بالدائن المرتهن:** يتمتع الدائن المرتهن عن غيره من دائني المدين الراهن سواء كانوا دائنين مرتهنين تالين له في القيد أم دائنين عاديين بحقي التقدم والتتبع، كما سبق وقلنا عندما تطرقنا إلى ضمانات الدائن المرتهن، فالدائن المرتهن يستوفي حقه بالأولوية من الثمن الناتج عن بيع المحل التجاري جبرياً على الدائنين المرتهنين الذين يلونه في القيد، وعلى الدائن العادي الذي لا يرتبط حقه بالمحل التجاري المرهون بحد ذاته، وإنما هذا الأخير يشكل بالنسبة له فقط الضمان العام، إضافة إلى هذا فإن الدائن المرتهن له الحق في تتبع المحل التجاري في أية يد كان والتنفيذ عليه عكس الدائن العادي الذي لا يمكن له تتبع المحل التجاري، وإنما يمكن له المطالبة بإسقاط أجل الدين.

<sup>1</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p965. Voir aussi Com. 07 juill. 2009, n° 08-17.275, bull. civ. IV, n° 100, pp112-113.

<sup>2</sup> - Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, pp408-409.

ب- بالنسبة للدائن العادي في علاقته بالمدين الراهن: كثيرا ما يضر رهن المحل التجاري بالدائنين العاديين، لأن للدائن المرتهن الحق في استيفاء حقه بالكامل من ناتج بيع المحل التجاري بالأفضلية على سائر الدائنين العاديين حتى ولو كانت حقوقهم ناشئة قبل الدائن المرتهن<sup>1</sup>.

يرى الأستاذان Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT أن وضعية الدائنين العاديين تتأثر بشكل كبير جراء إبرام عقد الرهن الحيازي، إذ أن الضمان وجد من أجل تخفيض بقدر وعاء ضمانهم العام من ذمة مدينهم، بحيث يمكن الاعتقاد أنهم أخذوا بعين الاعتبار مكونات هذه الذمة المالية عندما تعاقدوا مع مالك المحل التجاري<sup>2</sup>.

يمكن للدائنين العاديين اتباع طريقتين لاستيفاء دينهم هما:

1- المطالبة بسقوط أجل الدين: إن بقاء المحل التجاري المرهون بين أيدي المدين الراهن وتمتع الدائنين المرتهنين بتلك الضمانات والحقوق التي رأيناها أعلاه، لا يعني أن المشرع لم يحم هذه الفئة من الدائنين، بل أجاز لهم المطالبة بسقوط أجل الدين والمطالبة بالتنفيذ على المحل التجاري المرهون، وهذا ما نستنتجه 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). يقتصر هذا 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، ولا يحصل آجال الديون العادية بقوة القانون بل يكون لأربابها طلب ذلك من القضاء<sup>3</sup>.

غير أننا نرى أن مطالبة الدائنين العاديين السابقين على قيد الرهن الحيازي الذين كان موضوع دينهم استغلال المحل التجاري المرهون بسداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها لا يقتصر فقط على قيد الرهن الحيازي، وإنما يمتد إلى عمليات أخرى باعتبارها من الممكن الإضرار بحقوقهم.

يشترط توافر مجموعة من الشروط لممارسة الدائنين العاديين لحقهم في المطالبة بسقوط آجال الديون تتمثل فيما يلي:

- أن يكون الدين الذي يطالب صاحبه بسقوط أجله عاديا: أي غير مضمون بتأمين آخر، لأنه لو كان مضمونا بتأمين آخر لانتقل حقه إلى ذلك التأمين.

<sup>1</sup> - مقدم مبروك، مرجع سابق، ص8.

<sup>2</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p964.

<sup>3</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص316.

« L' inscription d' un nantissement peut rendre exigible les créances antérieures ayant pour cause l' exploitation du fonds». F. MONTIER et G.-H. FAUCON, op- cit, p178.

- أن يكون الدين الذي يطالب صاحبه بسقوط أجله قد نشأ قبل قيد الرهن: ولا يهم 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 يسقط أجل استحقاقه هو الدين العادي، ومن ثم لا يجوز طلب إسقاط آجال الديون المضمونة التالية لدين الدائن المرتهن، وذلك لأن هذه الديون لن تتأثر كثيراً بإضعاف الضمان العام بتقرير الرهن، لأن هناك مال مخصص لضمان الوفاء في الميعاد<sup>1</sup>.

وعليه فإننا نخلص إلى أن الدائن الذي نشأ دينه بعد قيد الرهن، فقد تعامل مع المدين وهو على علم بوجود القيد وإذا لم يعلم به فليتحمل نتيجة تقصيره في البحث<sup>2</sup>.

- أن يكون الدين الذي يطالب صاحبه بسقوط أجله متعلقاً باستغلال المحل التجاري: أي أن ينشأ حقهم ضمن عمليات استغلال المتجر، كأن ينشأ عن بيع بضاعة إلى التاجر أو عن إقراضه لأغراض تجارته أو عن توسيع المنشأة أو بيع آلات أو مهمات له<sup>3</sup>، فقد قدر المشرع أن الدائن الذي نشأ دينه بسبب هذا الاستغلال يعتمد قبل كل شيء في سداد هذا الدين على المحل التجاري، ولو أن هذا المحل لا يعدو أن يكون واحداً من العناصر التي تتركب منها ذمة المدين، ولذلك أجاز المشرع للدائن المرتهن المطالبة بسداد الدين قبل حلول الأجل إذا رهن المدين المحل التجاري وأصاب الدائن المذكور ضرر بسبب هذا الرهن. ولعل المشرع قد قصد من ذلك أن يحمل المدين على التروي والتفكير قبل رهن المحل التجاري حتى لا يفاجأ، إذا دعا الأمر، بسداد الديون العادية قبل مواعيد استحقاقها مما يستتبع وقوعه في الحرج في أغلب الأحوال<sup>4</sup>. ويعتبر هذا الحكم خروجاً على القواعد العامة، ذلك أن حق المدين في الأجل لا يسقط بسبب إضعاف التأمين إلا إذا كان هذا التأمين خاصاً وارداً على مال معين<sup>5</sup>.

يمكن للدائن - إذا تعلق دينه باستغلال المحل التجاري - أن يطلب سقوط أجل الدين أياً كان مصدر هذا الدين سواء كان عقداً أو كان فعلاً ضاراً، وسواء كان الدين بالنسبة للدائن يعتبر عملاً مدنياً أو تجارياً.

<sup>1</sup> - سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مرجع سابق، ص 408. أنظر أيضاً محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 466. Voir aussi Olivier BARRET, op- cit, p311. Voir aussi Gaston CENDRIER, op- cit, p296. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p964.

<sup>2</sup> - حمدي محمد مصطفى حسن، مرجع سابق، ص 380. أنظر أيضاً محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 466. أنظر أيضاً محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين ومحمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 458. أنظر أيضاً علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 316.

<sup>3</sup> - أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص 555. أنظر أيضاً مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، مرجع سابق، ص 240. « La créance du demandeur doit avoir pour cause d' exploitation du fonds». Olivier BARRET, op- cit, p311.

« Qu' elle ait pour cause l' exploitation du fonds, c' est- à- dire qu' elle ait le caractère commercial». Gaston CENDRIER, op- cit, p296.

<sup>4</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 316-317. أنظر أيضاً مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، مرجع سابق، ص 239. أنظر أيضاً سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مرجع سابق، ص 408-409.

<sup>5</sup> - مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، مرجع سابق، ص 239. أنظر أيضاً علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 317.

أما إذا كان الدين غير متعلق باستغلال المحل التجاري، كزواج صاحب المحل التجاري، فلا يحق لمثل هذا الدائن طلب سقوط أجل الدين، بل كل ما يملكه الدائن هو طلب عدم نفاذ التصرف في حقه لو كان منظوياً على غش بقصد الإضرار بالدائنين<sup>1</sup>.

- أن يكون الدائن العادي قد لحق به ضرر بسبب ترتيب الرهن على المحل التجاري، ومثال ذلك أن يكون الدين المضمون بالرهن استغرق قيمة المحل كله، وفي نفس الوقت لا تكون هناك أموال أخرى تكفي للوفاء بالدين<sup>2</sup>.

- أن يقوم الدائن العادي بتقديم طلب إلى المحكمة: يشترط تقديم الدائن العادي طلب سقوط أجل الدين إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المحل التجاري المرهون، ويتم اتباع الإجراءات المبينة في المادة 8/125 و9 ق ت ج وهذا حسب نص المادة 6/123 ق ت ج، بحيث يقع على عاتق المحكمة أن تبت في الدعوى خلال شهرين من أول جلسة بموجب حكم غير قابل للمعارضة فيه وقابل للتنفيذ بالرغم من جميع طرق الطعن، ويرفع الاستئناف خلال ثلاثين يوماً من تبليغه إلى الطرف المعني.

ينتمتع القاضي بسلطة تقديرية في الحكم بسقوط الأجل من عدمه، فإنه يأخذ بعين الاعتبار المخاطر التي يمكن أن تتجر عن عقد الرهن الحيازي على تغطية دين الدائن<sup>3</sup>، بحيث أنه إذا تبين له مثلاً أن التاجر يمتلك أموالاً أخرى غير المتجر تفي بحقوق الدائنين، فإنه يرفض الحكم بسقوط الأجل لانتفاء مصلحة الدائنين فيه<sup>4</sup>.

2- رفع الدعوى البوليصة: تمنح الشريعة العامة بعض أساليب حمائية للدائن العادي، خاصة إذا أثبت وجود غش، فيمكنهم منازعة تسوية عقد الرهن الحيازي وذلك برفع الدعوى الصورية. بيد أن المصادر الممنوحة من قبل الشريعة العامة تبقى جد محدودة، إذ ينص المشرع على تدبير حماية خاصة لفائدة الدائنين العاديين<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - حمدي محمد مصطفى حسن، مرجع سابق، ص 381. أنظر أيضاً تهيمش علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 317.

<sup>2</sup> - محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص 466. أنظر أيضاً علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 317. أنظر أيضاً حمدي محمد مصطفى حسن، مرجع سابق، ص 381. أنظر أيضاً سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مرجع سابق، ص 409.

<sup>3</sup> - Olivier BARRET, op- cit, p312.

« Le tribunal ne prononce pas automatiquement la déchéance du terme; il garde sa liberté d'appréciation ». Gaston CENDRIER, op- cit, p297.

<sup>4</sup> - أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص 555. أنظر أيضاً حمدي محمد مصطفى حسن، مرجع سابق، ص 381. أنظر أيضاً علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 316.

<sup>5</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p964.

## المبحث الثاني

### انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري

يعتبر عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقداً ليس أبدياً بل عقداً ينقضي مثل غيره من العقود الأخرى، فالالتزام المدين الراهن بتقديم محله التجاري إنما كان من أجل الحصول على قرض مثلاً أو أجل للوفاء بالالتزام الذي يقع على عاتقه أو ضمان شخص آخر، وهذا الالتزام ليس أبدياً وإنما ينقضي بتحقق أسباب الانقضاء.

تتعدد الأسباب المؤدية إلى انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري وتختلف فهي لا تقتصر على سبب واحد إذا تحقق انقضى العقد وإذا لم يتحقق استمر في الوجود، فهذه الأسباب يمكن تقسيمها إلى قسمين، قسم تندرج فيه مجموعة من الأسباب إذا تحققت إحداها قلنا أن المحل انقضى بصفة تبعية (المطلب الأول)، والقسم الثاني لو توفرت إحداها قلنا أن العقد زال بصفة أصلية (المطلب الثاني).

يتمثل الفرق بين الوسيطتين بالنسبة للانقضاء بصفة تبعية أن الرهن الحيازي للمحل التجاري يتبع الدين الذي يضمنه في صحته وانقضاءه، بمعنى إذا بطل عقد القرض يزول عقد الرهن بانقضاء العقد بالبطلان، وإذا تم الوفاء بالدين ينقضي العقد وهكذا. أما فيما يخص انقضاء العقد بصفة أصلية فالرهن الحيازي الذي أنشئ ضماناً لدين معين هنا ينقضي على الرغم من عدم انقضاء الدين، فالدائن المرتهن الذي يتنازل عن رهن المحل التجاري المشئ ضماناً لالتزام معين لا يؤدي إلى انقضاء هذا الأخير، وإنما يؤدي إلى انقضاء عقد الرهن فقط بينما الالتزام يظل موجوداً.

نجد بالرجوع إلى القانون التجاري أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الأسباب المؤدية إلى انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، ما يفرض علينا ضرورة العودة إلى القانون المدني<sup>1</sup> لدراستها مع تطبيقها على هذا الرهن الوارد على مال منقول معنوي متكون من عناصر مختلفة عن بعضها البعض.

<sup>1</sup> -« L' article 2180 du code civil énumère limitativement les cas dans lesquels s' éteignent l' hypothèques; viole ce texte la cour d' appel qui, pour retirer à titre de sanction le caractère hypothécaire d' une créance à concurrence d' un certain montant, retient que les fautes commises par son titulaire ont causé à la masse un préjudice égal à cette somme». Com. 02 juin 1980, n° 78-12.340, bull. Civ. IV, n° 229, p186.

## المطلب الأول

### انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة تبعية ( انقضاء الرهن تبعا لانقضاء الدين المضمون )

سندرس انقضاء الدين بذاته وانقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة تبعية، وفقا لأحكام القانون المدني باعتبار أن المشرع لم يتناول هذه الأحكام في القانون التجاري، وذلك عن طريق القياس بما يتفق مع طبيعة المحل التجاري.

تنص المادة 1/893 ق م ج على أنه ( لا يفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك)، وتنص المادة 933 ق م ج أيضا على أنه (ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته).

نستنتج قياسا على هاتين المادتين أن الدين الذي نشأ صحيحا يكون الرهن الحيازي الذي نشأ تبعا لهذا الدين صحيحا، وقد ينقضي الدين بسبب من أسباب انقضاء الالتزام بالتالي فإن الرهن الحيازي ينقضي تبعا له، وعليه فإن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ينشأ صحيحا إذا نشأ الدين صحيحا ويزول أيضا إذا تحقق سبب من أسباب انقضاء الدين أو الالتزام، وبالعودة إلى القانون التجاري لا نجد أسباب هذا الانقضاء الأمر الذي يدفعنا للعودة إلى القانون المدني في الباب الخامس المتضمن انقضاء الالتزام، والقياس على هذه الأحكام وتطبيقها على انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، حيث نجد أن الالتزام ينقضي بثلاثة طرق: الطريقة الأولى تتمثل في انقضاء الالتزام بالوفاء، الطريقة الثانية تتمثل في انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، أما الطريقة الثالثة فتتمثل في انقضاء الالتزام دون وفاء ولا بما يعادل الوفاء.

## الفرع الأول

### انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بالوفاء

كل التزام، أي كل واجب قانوني ذي قيمة مالية، مؤقت بالضرورة، ولذا فمصيره الحتمي إلى الانقضاء، وفائدة الالتزام من ناحية الدائن لا تتحقق إلا بقيام المدين بتنفيذ التزامه، أي بالوفاء، وأغلب الالتزامات الفورية تنقضي بتنفيذها أي بالوفاء بها، ولذا فالسبب المعتاد لانقضاء الالتزام هو بالوفاء به لصاحب الحق فيه<sup>1</sup>.

ينقضي على هذا الأساس عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بوفاء المدين الراهن بالدين الذي على عاتقه، وبالتالي تزول كل من التزامات المدين الراهن والدائن المرتهن، وتنقضي العلاقة بينهما، ولا يمكن لأحدهما الادعاء

<sup>1</sup> - جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص277. أنظر أيضا منصور محمد العروسي، مرجع سابق، ص149.

بأن له حق على الآخر بموجب عقد الرهن، إلا إذا وجد دين آخر مضمون بعقد آخر مستقل عن هذا العقد، وسنحاول في هذا الفرع التفصيل نوعا ما لتبيان كيف ينقضي عقد الرهن الوارد على المنقول المعنوي بالوفاء.

**أولاً: المقصود بالوفاء:** هو قيام المدين بتنفيذ ذات الالتزام الذي التزم به، أي التنفيذ العيني الاختياري للالتزام، ويعتبر الوفاء الطريق الطبيعي المرغوب فيه لانقضاء الالتزام أياً كان محله، سواء تمثل في دفع مبلغ من النقود أو تسليم شيء أو القيام بعمل<sup>1</sup>، غير أن أغلب الحالات يكون المحل مبلغ من النقود يقوم التاجر باقتراضه من عند الأشخاص سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين كالبنوك أو شركات أخرى غير البنوك، وفي كثير من الأحيان يلجأ التاجر إلى اقتراض مبلغ من المال لتوسيع تجارته ولزيادة استثماره، وعليه فإن انقضاء التزام التاجر المدين الراهن في هذه الحالة يكون بوفائه المبلغ الذي قام باقتراضه<sup>2</sup>.

**ثانياً: طرفا الوفاء:** إن طرفا الوفاء يتمثلان كأصل عام في الموفي (المدين) والموفى له (الدائن)، غير أنه في بعض الأحيان قد نجد أن الموفي شخصاً آخر غير المدين، والموفى له أيضاً شخصاً آخر غير الدائن، وعليه سنحاول تناول هذه المسألة بإيجاز فيما يلي:

**أ- الموفي:** تنص المادة 258 ق م ج على أنه (يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أي شخص له مصلحة في الوفاء وذلك مع مراعاة ما جاء في المادة 170).

كما يصح الوفاء أيضاً مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في الوفاء ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته، غير أنه يجوز للدائن رفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن بهذا الاعتراض)

إن الأصل في الوفاء أن يكون من المدين الراهن باعتباره صاحب المصلحة الأولى في إخلاء ذمته مما يتقلها من التزام، والمدين الراهن يقوم بهذا الوفاء إما بشخصه أو عن طريق وكيل له، لكن هذا لا يمنع من إمكان أن يتم الوفاء أحياناً من جانب شخص غير المدين الراهن أو نائبه شريطة أن يكون له مصلحة في هذا الوفاء، كما في حالة أن يكون الموفي ملزماً بالدين مع المدين (كالمدين المتضامن) أو ملزماً بوفائه عنه (كالكفيل)، كما يصح

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص383. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص420. أنظر أيضاً عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، ط6، دار الثقافة، عمان، 2001، صص25-26. أنظر أيضاً محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، ج2، أحكام الالتزام، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص454. أنظر أيضاً جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص279. أنظر أيضاً مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص248. أنظر أيضاً هوام علاوة، مرجع سابق، ص93.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 03 نوفمبر 1993، أن «دفع الثمن المترتب عن بيع العقار المرهون للدائن المرتهن يأتي في مرتبة مهمة لمبلغ دينه، فينقضي هذا الأخير ولا يمنح إمكانية الرد».

Civ. 03 nov. 1993, n°92-11.093, bull. Civ. IV, n° 311, p173.

<sup>2</sup> - « En cas de dation en paiement, on admet généralement que l' hypothèse est définitivement éreinte et qu' elle ne peut renaître dans l' hypothèse où le créancier viendrait à être évincé de la chose reçue en paiement». Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, Droit civil, les sûretés, la publicité foncière, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2016, p534.

الوفاء أيضا من شخص لا مصلحة له في الوفاء حتى ولو كان ذلك دون أمر من المدين الراهن (كالفضولي)<sup>1</sup>، على أن للدائن المرتهن أن يرفض هذا الوفاء من الغير الذي لا مصلحة له في الوفاء إذا اعترض المدين الراهن على قبول الوفاء منه وأبلغ الدائن المرتهن هذا الاعتراض<sup>2</sup>، كما أنه يحق للغير الذي قام بوفاء الدين الذي على عاتق المدين الراهن الرجوع على هذا الأخير بقدر ما دفع<sup>3</sup>.

نقول أنه قياسا على نص المادة 260 ق م ج، فإنه يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفي سواء كان المدين الراهن أو نائبه أو من الغير مالكا للشيء الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه. كما أضاف الفقه شرطا ثالثا يتمثل في ضرورة أن تكون إرادة الموفي سليمة غير مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه<sup>4</sup>.

**ب- الموفى له:** تنص المادة 267 ق م ج على أنه (يكون الوفاء للدائن، أو لنائبه، ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن، إلا إذا كان متفقا على أن الوفاء يكون للدائن شخصا)، وتنص المادة 268 ق م ج على أنه (الوفاء لشخص غير الدائن، أو نائبه لا يبرئ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء، أو عادت عليه منفعة منه، ويقدر هذه المنفعة، أو تم الوفاء بحسن نية للشخص الذي أقرضه الدائن الجديد كان الدين في حيازته).

نستنتج قياسا على هاتين المادتين أن الأصل في الوفاء أن يكون للدائن المرتهن لأنه ذو صفة في استيفاء الدين، ويعد ذو صفة أيضا في قبول الوفاء نائب الدائن المرتهن وخلفه، سواء كانت الخلافة عامة كالوارث، أو خلافة خاصة كالمحال له بالحق، وقد جعل المشرع التقدم بالمخالصة الصادرة من الدائن المرتهن قرينة على وجود نيابة بين الدائن المرتهن وبين من يتقدم بها، ولكن دلالة هذه القرينة تنتفي إذا كان هناك اتفاق سابق على أن يكون الوفاء للدائن المرتهن شخصا<sup>5</sup>، ويشترط في هذا الأخير (أي الدائن المرتهن الموفى له) أن يكون أهلا لاستيفاء الدين، فإذا لم تتوفر فيه هذه الأهلية بأن كان عديم الأهلية أو ناقصها، وجب الوفاء لنائبه القانوني وإلا

<sup>1</sup> - Civ. 18 oct. 2005, n° 04-10.809, bull. Civ. I, n° 368, p306.

<sup>2</sup> - أنظر عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص26. أنظر أيضا جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص280 وما بعدها. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص385 وما بعدها. أنظر أيضا محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص455 وما بعدها. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص423 وما بعدها.

Voir aussi Com. 12 mai 1987, n° 85-13.338, bull. Civ. IV, n° 112, p86.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 259 ق م ج.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 09 فيفري 2012، أن « من واجب الشخص الذي دفع عن علم دين آخر، دون أن يحل محله في حقوق الدائن، أن يبين أن سبب الدفع كان، بالنسبة للمدين، الالتزام بسداد المبلغ الذي دفعته».

Cass. Com. 09 fév. 2012, n° 10-28.475, D., 2012, n° 08, p498. A/DA. Voir aussi Civ. 02 juin 1992, n° 90-19.374, bull. Civ. I, n° 167, p115.

« Celui qui acquitte une dette dont il sait n' être pas tenu et ne démontre pas que la cause dont procédait ce paiement impliquait l' obligation du débiteur de lui rembourser la somme ainsi versée ne peut agir à cette fin ni se prévaloir d' un dommage juridiquement réparable». Civ. 30 mars 2004, n° 06-11.355, bull. Civ. I, n° 103, p83. Voir aussi Civ. 04 avril 2001, n° 98-13.285, bull. Civ. I, n° 105, p67.

<sup>4</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص389.

<sup>5</sup> - أنظر محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص459. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص429. أنظر أيضا عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص28.

وقع الوفاء قابلا للإبطال لنقص الأهلية، وكان للدائن المرتهن وحده أن يتمسك بالبطلان، وله أيضا أن يجيز الوفاء في هذه الحالة بعد أن يصبح أهلا لاستيفاء الدين فيصح بهذه الإجازة<sup>1</sup>، ومع ذلك إذا أصاب الدائن المرتهن ناقص الأهلية منفعة من الوفاء، كان الوفاء صحيحا بقدر هذه المنفعة، وعبئ إثبات هذه المنفعة على المدين الراهن الموفي<sup>2</sup>.

حسب نص المادة 268 ق م ج فإنه إذا قام المدين الراهن أو نائبه بالوفاء لغير الدائن المرتهن أو نائبه، فإن هذا الوفاء لا يبرئ ذمة المدين الراهن وإنما يبقى الدين موجودا والالتزام قائما كأصل عام، إلا أن المشرع أوجد ثلاثة حالات استثنائية يكون فيها الوفاء لغير الدائن المرتهن صحيحا، إذا تحققت برأت ذمة المدين الراهن من الالتزام تتمثل هذه الحالات فيما يلي: **الحالة الأولى** إقرار الدائن المرتهن بهذا الوفاء، **الحالة الثانية** إذا عادت على الدائن المرتهن منفعة من هذا الوفاء الذي تم لغيره، **الحالة الثالثة** إذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته<sup>3</sup>.

أما إذا قام المدين الراهن بعرض الوفاء بالدين ورفض الدائن المرتهن ذلك دون مبرر جدي، كان له اتباع الإجراءات القانونية اللازمة من أجل إبراء ذمته من هذا الدين<sup>4</sup>.

**ثالثا: محل الوفاء:** يجب على المدين الراهن الالتزام بالوفاء بعين ما التزم به، وهو الشيء المستحق عليه، وقد يختلف فقد يكون التزام بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ولا يمكن إجبار الدائن المرتهن على

---

<sup>1</sup> - أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 390-391. أنظر أيضا عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 28. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 429. أنظر أيضا محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 459. أنظر أيضا جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 302. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 712 وما بعدها.

Voir aussi Civ. 05 mars 1997, n° 95-13.539, bull. Civ. III, n° 46, p29.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 03 ديسمبر 1991، أن « المدين عندما يعطي شيك لمحاميهِ والذي يودعه في الحساب المفتوح في صندوق التسويات المالية للمحامين (CARPA)، فلا يمكن اعتبار الدائن قد تحصل على الدفع طالما أن المبلغ المستحق لم يكن تحت تصرفه عن طريق التحويل إلى الحساب الفرعي لوكيله المفتوح في صندوق التسويات المالية للمحامين (CARPA) »

Civ. 03 déc. 1991, n° 92-21.672, bull. Civ. I, n° 338, p221.

<sup>2</sup> - أنظر محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 459. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 391. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 429. أنظر أيضا جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 302. أنظر أيضا عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 28.

<sup>3</sup> - « يطلق عليه عادة اسم الدائن الظاهر، ويشترط لصحة الوفاء في هذه الحالة شرطان يتمثل الأول في أن يظهر الموفي له بمظهر الدائن أمام الناس مما يحملهم على الاعتقاد بأنه صاحب الحق بدلا من الدائن الحقيقي، ويساعد على وجود ذلك المظهر حيازة الشخص للدين. أما الشرط الثاني يتمثل في أن يكون الموفي للدائن الظاهر حسن النية، أي يعتقد أنه يقوم بالوفاء للدائن الحقيقي، ويجب أن تكون هناك أسباب ودلائل موضوعية تبرر وجود هذا الاعتقاد». محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 393-394. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 430 وما بعدها. أنظر أيضا جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 302 وما بعدها. أنظر أيضا محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 459 وما بعدها.

<sup>4</sup> - تنص المادة 269 ق م ج على أنه (إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروف عليه عرضا صحيحا أو رفض القيام بالأعمال التي يتم الوفاء إلا بها، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء، اعتبر أنه قد تم إعداره من الوقت الذي يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي). أنظر أيضا نص المادة 270 ق م ج وما بعدها.

قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى<sup>1</sup>، غير أنه في الغالب يكون محل التزام المدين الراهن هو مبلغ من النقود، ففي هذه الحالة يلتزم بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر، ولا يمكن إجبار الدائن على قبول شيء آخر غير النقود، كما يجب الوفاء بالمبلغ نقدا ولا يلتزم الدائن بقبول الوفاء بشيك أو كمبيالة أو حوالة بريدية أو غير ذلك من الأوراق التجارية أو المالية كالأسهم والسندات<sup>2</sup>، لأن هذه الأوراق ديون على الغير وليست نقودا، ولا يتم الوفاء حينئذ إلا بتحصيل القيمة الواردة بها. أما إذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل، فإن ما يجب على المدين أدائه يتحدد مضمونه على ضوء نوع العمل المطلوب وطبيعته، هل هو التزام ببذل عناية أو تحقيق نتيجة<sup>3</sup>.

سبق وقلنا أن كل جزء من الرهن ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بكل الرهن، فهو غير قابل للانقسام، ولا تتحرر عناصر المحل التجاري المشمولة بعقد الرهن بالوفاء الجزئي للدين، وعليه فعلى المدين الراهن الذي يرغب في تخليص ذمته من الدين إلا الوفاء بكل ما التزم به (المقصود هنا أصل الدين وملحقاته)، ولا يمكن له إجبار الدائن المرتهن على قبول الوفاء الجزئي للدين<sup>4</sup>.

**رابعا: ظروف الوفاء:** تتم ظروف وفاء المدين الراهن بالتزامه اتجاه الدائن المرتهن في ظروف محددة نلخصها في عدة نقاط وهي: زمن الوفاء، مكانه، نفقاته، وإثباته.

**أ- زمن الوفاء:** يجب على المدين الراهن الوفاء بالتزامه بمجرد نشوءه صحيحا ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك أو لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك<sup>5</sup>. بمعنى آخر أن زمن الوفاء بالالتزام يجب أن يكون في الميعاد المحدد له سواء بموجب اتفاق بين الدائن والمدين أو بموجب نص القانون، فإذا لم يكن هناك وقت محدد وجب الوفاء بالدين فور ترتيبه في ذمة المدين<sup>6</sup>. ولا يعتبر الالتزام قد ترتب نهائيا في ذمة المدين إذا كان معلقا على شرط واقف، بل يجب انتظار تحقق الشرط، فإذا تحقق، فقد أصبح الالتزام نافذا في الحال، ووجب أدائه فورا. أما الالتزام المعلق على شرط فاسخ، فهو نافذ في الحال، ويجب أدائه فورا<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 276 ق م ج على أن (الشيء المستحق أصلا هو الذي يكون به الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى).

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 406. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 436.

<sup>3</sup> - محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 467.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 1/277 ق م ج. أنظر أيضا عقيل فاضل حمد الدهان، تبعية التأمينات للالتزام الأصلي في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الطلي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 219-220.

Voir aussi Jean- Baptiste SEUBE, Droit des sûretés, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2014, p211.

<sup>5</sup> - تنص المادة 1/281 ق م ج على أنه (يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك).

<sup>6</sup> - أنظر مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 262. أنظر أيضا عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 65.

<sup>7</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 778-779. أنظر أيضا رأفت محمد حماد ومحمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ج 2، أحكام الالتزامات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،

1997، ص 251. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 412.

نشير في هذه النقطة أنه إذا كان القاضي في القانون المدني يمكن له منح آجال الوفاء للمدين الراهن في حالات استثنائية<sup>1</sup>، فإنه في القانون التجاري لا يحق للقاضي منح آجال الوفاء للمدين الراهن، وذلك راجع لما يترتب عن ذلك من أضرار للدائن المرتهن، ولما تتمتع به الأعمال التجارية من سرعة وائتمان.

**ب- مكان الوفاء:** من المعلوم أن الوفاء ما هو إلا تنفيذ اختياري لمحل وعين الالتزام يقوم به المدين لصالح الدائن، وهذا الالتزام قد يكون مصدره عقداً أو اتفاقاً بين الدائن والمدين وقد يكون مصدراً آخر، فإذا كان مصدر هذا الالتزام عقداً أو اتفاقاً موضحاً فيه توضيحاً نافياً للجهالة مكان الوفاء، وجب عندئذ أن يكون الوفاء في هذا المكان بالذات وليس في مكان غيره، وإذا لم يكن وارداً في هذا العقد أو الاتفاق مكان الوفاء وجب علينا حينئذ التفريق فيما إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات أو غيره من الالتزامات<sup>2</sup>، ونستنتج هذا الحكم من نص المادة 282 ق م ج كما يلي:

1- فإذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام، ولو نقل الشيء بين وقت نشوء الالتزام وبين الوفاء به إلى مكان آخر، وإذا كان من الصعب تحديد مكان الشيء بسبب طبيعته المتقلبة، فإنه يرجح اتجاه إرادة المتعاقدين إلى أن يتم تسليمه بموطن المدين.

2- أما في الالتزامات الأخرى، فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال، ويسري ذلك على الالتزام الذي يكون محله شيئاً مثلثياً أو معيناً بنوعه، وعلى كل التزام يكون محله عمل أو امتناع عن عمل، وهنا يجب الوفاء بهذه الالتزامات في موطن المدين وقت الوفاء، ذلك أن الدين مطلوب وليس محمول<sup>3</sup>. أما فيما يخص القرض الذي تقدمه البنك للتاجر، فإن التاجر هو الذي يلجأ إلى البنك ليدفع مبلغ الدين، أو يتم اقتطاع هذا المبلغ من حساب المدين الراهن إلى غاية سداد كل الدين حسب الاتفاق الموجود بينهما.

**ج- نفقات الوفاء:** تنص المادة 382 ق م ج على أنه (تكون نفقات الوفاء على المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك). نستنتج من خلال هذه المادة أن المدين الراهن هو الذي تقع عليه نفقات الوفاء بعين ما التزم به كأصل عام، استثناءً قد يتفق المدين الراهن والدائن المرتهن على أن تكون نفقات الوفاء بالدين مناصفة بينهما،

<sup>1</sup> - هذا ما يعرف بنظرة الميسرة وهي أجل قضائي يجوز منحه للمدين إذا توافرت مجموعة من الشروط وهي:

- ألا يوجد نص في القانون يمنع منح هذه المهلة.

- يجب أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك كأن يكون حسن النية أو يكون في إهماله في تنفيذ الالتزام ما يساعده على الوفاء.

- يجب ألا يلحق الدائن من جراء التأجيل ضرر جسيم، كما لو كان الدائن يعتمد على استيفاء حقه للوفاء بديون عليه حتى يتلافى شهر إعساره.

- يجب أن يكون الأجل الممنوح للسداد معقولاً. محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 414. أنظر أيضاً عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 37. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 442-443. أنظر أيضاً رأفت محمد حماد ومحمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 252-253.

تنص المادة 2/281 ق م ج على أنه (غير أنه يجوز للقضاء نظراً لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف...).

<sup>2</sup> - عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني - دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 66. أنظر أيضاً عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 38.

<sup>3</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 416-417. أنظر أيضاً جميل الشراوي، مرجع سابق، ص 316-317. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 791 وما بعدها.

أو أن تكون على عاتق الدائن المرتهن. أما إذا وجد نص قانوني يلزم أحدهما بها، فإنه في هذه الحالة لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النص القانوني، فهذه القاعدة مكملة لإرادة المتعاقدين يجوز الاتفاق على مخالفتها.

**د- إثبات الوفاء:** لمن قام بوفاء الدين أو جزء منه أن يطلب مخالصة من الدائن، وذلك لأن عبئ الإثبات يقع على المدين، فالدائن لا يكلف إلا بإثبات الالتزام وعلى المدين إثبات البراءة منه<sup>1</sup>، وباعتبار أن المدين الراهن تاجرا فإنه يمكن له إثبات وفاءه بالدين بكل طرق الإثبات المنصوص عليها في نص المادة 30 ق ت ج، وهذه الوسائل متعددة غير مذكورة على سبيل الحصر، وإنما مذكورة على سبيل المثال فذكر المشرع أن الإثبات قد يكون بسندات رسمية، بسندات عرفية، بفاتورة مقبولة، بالرسائل، بدفاتر الطرفين، بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها، بمعنى أنه قد توجد وسيلة أخرى غير مذكورة في فحوى هذه المادة ويأخذ بها القاضي كدليل لإثبات، نذكر على سبيل المثال تسجيل صوتي للدائن المرتهن يقر بوفاء المدين الراهن لدينه، أو رسائل إلكترونية بين الطرفين تتضمن وفاء المدين الراهن بدينه<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بما يعادل الوفاء تبعا لانقضاء الالتزام الأصلي

نجد في بعض الأحيان أن المدين الراهن يوفي بالتزامه للدائن المرتهن ما يؤدي إلى انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري، ففي هذه الحالة لا يثار أي إشكال، غير أنه هناك حالات أخرى لا يستوفي الدائن المرتهن حقه من المدين الراهن عن طريق الوفاء، إذ لا يفي هذا الأخير بما التزم، فيتم اللجوء إلى اتباع طريقة أخرى غير الوفاء بما تم الاتفاق عليه في العقد، إذ تحقق له منفعة تعادل تلك التي يمكن للوفاء تحقيقها، وتؤدي إلى انقضاء الدين مثلها مثل الوفاء، وتتمثل هذه الطريقة في الوفاء بما يعادل الوفاء.

تعد هذه الطريقة الوسيلة الأخرى لاستيفاء الدائن المرتهن لحقه، وهي تنقسم بدورها إلى عدة طرق تتمثل في: الوفاء بمقابل، التجديد، الإنابة، المقاصة، اتحاد الذمة.

**أولاً: الوفاء بمقابل كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:** تنص المادة 285 ق م ج على أنه (إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء).

**أ- المقصود بالوفاء بمقابل كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:** هو اتفاق بين الدائن المرتهن والمدين الراهن مؤداه أن يأخذ الدائن المرتهن من المدين الراهن شيئا آخر بدلا من الشيء المتفق عليه أصلا، وبذلك

<sup>1</sup> - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص39. أنظر أيضا نص المادة 284 ق م ج.

<sup>2</sup> - أخذ المشرع بالإثبات الإلكتروني في نص المادة 323 مكرر 1 ق م ج وذلك في التعديل الذي أجراه على القانون المدني بمقتضى القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 أما قبل هذا التاريخ لم يأخذ به كدليل لإثبات، حيث تنص هذه المادة على أنه (يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها). فقياسا على نص هذه المادة يمكن أن نأخذ بالرسائل الإلكترونية كدليل لإثبات في القانون التجاري، وبالتالي إثبات وفاء المدين الراهن بالتزامه تجاه الدائن المرتهن.

يستوفي الدائن المرتهن حقه وتبرأ ذمة المدين الراهن من الدين<sup>1</sup>. والمثال على ذلك أن يتفق الدائن المرتهن مع المدين الراهن على أن يكون مقابل المبلغ النقدي عقار معين.

**ب- شروط الوفاء بمقابل كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:** نستنتج من خلال ما سبق أنه لإمكانية تحقيق الوفاء بمقابل يشترط توافر شرطان يتمثلان فيما يلي:

**1-** أن يوجد اتفاق يقبل فيه الدائن المرتهن الاستعاضة عن الوفاء بمحل الالتزام الأصلي بنقل ملكية شيء آخر إليه، أي أن يقوم المدين الراهن بتقديم مقابل لما كان عليه من التزام، فذمته لا تبرأ إلا بتقديم شيء آخر غير محل الالتزام الأصلي<sup>2</sup>، ويقع على المدين عبئ إثبات أن الدائن قبل عملية الوفاء بمقابل، ولو بشكل ضمني<sup>3</sup>.

**2-** يجب أن يكون الاتفاق على الوفاء بمقابل مصحوبا بتنفيذه، أي أنه ينبغي أن يقوم المدين الراهن في الحال بنقل ملكية الشيء البديل فعلا إلى الدائن المرتهن<sup>4</sup>.

**ج- الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:** الوفاء بمقابل عمل مركب، فهو تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية، فالوفاء بمقابل تجديد بتغيير محل الدين، ومتى تغير محل الدين عمد المدين إلى الوفاء بالمحل الجديد<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص481. أنظر أيضا عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص40. أنظر أيضا منصور محمد العروسي، مرجع سابق، ص150. أنظر أيضا هوام علاوة، مرجع سابق، ص94. قضت الغرفة المجتمعة بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 أبريل 1974، أنه « هناك سداد في مفهوم المادة 477 القديمة ق م، عندما يمنح للدائن شيء آخر غير موضوع الدين نفسه».

Cass. Ass. Plén. 22 avril 1974, D., 1974, p613. J. Voir aussi Com. 05 avr. 1994, n° 91-21.840, bull. Civ. IV, n° 143, p114.

<sup>2</sup> - Civ. 13 juill. 1979, n° 78-12.030, bull. Civ. I, n° 178, p144. Voir aussi Jacques MESTRE, Les obligations en générales, RTD. Civ., Jurisprudence française en matière de droit civil, n° 03, 1996, p617.

<sup>3</sup> - Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, Dation en paiement: le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande, RTD. Civ., Croniques, n° 04, 2005, p783.

<sup>4</sup> - أنظر محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص438-439. أنظر محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص488-489. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص482-483. أنظر أيضا عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص40.

« La dation en paiement, comme le paiement, peut être à terme». Civ. 12 jan. 1988, n° 86-14.562, bull. Civ. III, n° 05, p03.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 جانفي 1993، أن « الالتزام بتسليم الشيء يكون تاما بموجب رضا الأطراف المتعاقدة ويجعل الدائن مالكا. ومن ثم تخرق المادة 1138 ق م محكمة الاستئناف التي قضت أن الوفاء بمقابل لا ينقل الملكية إلا عندما يستلمها فعلا الشخص الذي أعطيت له».

Civ. 27 jan. 1993, n° 91-12.115, bull. Civ. I, n° 39, p26.

<sup>5</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص621-622. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص437-438. أنظر أيضا جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص322-323. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص439-440. أنظر أيضا عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص41. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص483-484. أنظر أيضا محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص490-491.

د- آثار الوفاء بمقابل كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: حسب نص المادة 286 ق م ج<sup>1</sup> فإنه ينتج عن الوفاء بمقابل النتائج التالية:

1- يترتب على الوفاء بمقابل باعتباره يتضمن اتفاقا على التجديد انقضاء الدين الأصلي، وتتقضي معه التأمينات التي كانت تضمن الوفاء به كالرهن الحيازي للمحل التجاري<sup>2</sup>.

2- يترتب على الوفاء باعتباره ناقلا للملكية بعوض تطبيق أحكام البيع، من أهلية التصرف، وبضمان الاستحقاق، وبضمان العيوب الخفية، كما يجوز لدائني الموفي الطعن بالدعوى البوليصة في نقل ملكية الشيء إلى الدائن باعتباره وفاء لا تصرفا في هذا الشيء<sup>3</sup>.

3- يزول الرهن الحيازي للمحل التجاري الذي كان يكفل الدين الأصلي ومعه سائر التأمينات، ولا تعود حتى لو استحق المقابل في يد الدائن، وهذه النتيجة مترتبة على أن الدين الأصلي قد انقضى وانقضى معه الرهن وسائر التأمينات عن طريق التجديد<sup>4</sup>.

ثانيا: التجديد كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: قد يكون التجديد وسيلة ينقضي بها الرهن الحيازي للمحل التجاري تبعا لانقضاء الالتزام الأصلي، فليس هناك ما يمنع هذا، وسنحاول تبيان كيفية ذلك بنوع من التفصيل.

أ- المقصود بالتجديد كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: هو اتفاق مشترك بين طرفي الالتزام على إنهاء الالتزام القائم بينهما مقابل إنشاء التزام آخر جديد بينهما فيحل هذا الالتزام الجديد محل الالتزام القديم<sup>5</sup>، أي أن هذا الاستبدال يكون سببا لانقضاء الالتزام وفي نفس الوقت مصدر لنشوء الالتزام، وهو في الحالتين تصرف قانوني، ويتميز الدين الجديد عن الدين القديم إما بتغيير في الدين (أي في محله أو في مصدره) وإما بتغيير المدين أو بتغيير الدائن<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 286 ق م ج على أنه (تسري أحكام البيع وخصوصا ما يتعلق منها بأهلية الطرفين، وبضمان الاستحقاق، وبضمان العيوب الخفية على الوفاء بمقابل فيما إذا كان ينقل ملكية شيء أعطى في مقابله الدين. وتسري عليه من حيث أنه يقضي الدين أحكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات).

<sup>2</sup> - Com. 14 jan. 1970, n° 67-13.037, bull. Civ. IV, n° 20, p20.

<sup>3</sup> - أنظر محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 441-442.

Voir dans ce sens Frédéric ZENATI, Propriété et droit réels, RTD. Civ., Jurisprudence française en matière de droit civil, n° 01, 1994, pp132-133. Voir aussi Civ. 22 sep. 2010, n° 09-15.781, bull. Civ. III, n° 170, p159.

<sup>4</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 622.

<sup>5</sup> - عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 278. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، (أوصاف- الحوالة- الانقضاء)، مرجع سابق، ص 813. أنظر أيضا عفيف شمس الدين، مرجع سابق، ص 189.

Voir aussi Jean- Baptiste SEUBE, op- cit, p211. Voir aussi Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, Droit civil, op- cit, p534.

<sup>6</sup> - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 54. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 487-488. أنظر أيضا جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 323.

إذن استبدال التزام جديد مكان التزام قديم يؤدي إلى انقضاء هذا الأخير وبالتالي انقضاء التأمين المرتبط به، ومع ذلك فإنه يمكن دائما الاحتفاظ بالتأمينات من أجل ارفاقها بالالتزام الجديد مع الاحتفاظ بمرتبتها الأولى<sup>1</sup>.

**ب- شروط التجديد كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:** يشترط لوجود التجديد ضرورة توافر مجموعة من الشروط نلخصها فيما يلي:

1- وجود التزام جديد يحل محل الالتزام القديم: يجب أن ينشأ التزام جديد، ذلك لأن التجديد يقصد منه إحلال التزام جديد محل التزام قديم<sup>2</sup>، فإذا كان الالتزام القديم قد انقضى بأي سبب من أسباب الانقضاء، أو وقع باطلا، فلا يمكن أن يكون محلا للتجديد. أما إذا كان الالتزام القديم قابلا للإبطال (لنقص في الأهلية أو لعب في الإرادة)، فإنه يجوز تجديده، لأنه التزام موجود ولكنه مهدد بالزوال. وتتوقف نتيجة التجديد على مصير التصرف مصدر هذا الالتزام، فإذا ما طلب ذو الشأن إبطاله زال الالتزام بأثر رجعي وزال التجديد تبعا لذلك لزوال سببه<sup>3</sup>.

2- اختلاف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم: يتبين من نص المادة 287 ق م ج<sup>4</sup> أنه يلزم لوجود التجديد أن يكون هناك تغاير أو اختلاف بين الالتزام القديم والالتزام الجديد في عنصر من عناصره (تغيير الدين في محلا أو مصدره، تغيير المدين أو تغيير الدائن)، فإن لم يكن ثمة شيء جديد فلا يتحقق التجديد ولا نكون سوى أمام

<sup>1</sup> - Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, Droit civil, op- cit, p534.

<sup>2</sup> - رأفت محمد حماد ومحمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص268.

<sup>3</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص444-445. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص489-490. أنظر أيضا محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص494-495. أنظر أيضا منصور محمد العروسي، مرجع سابق، ص151. أنظر أيضا هوام علاوة، مرجع سابق، ص96. أنظر أيضا نص المادة 288 ق م ج.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 أبريل 1975، أن «التجديد يفترض استبدال التزام قديم بالتزام جديد، وإذا تم إبطال اتفاق التجديد فإن الالتزام الأول يستعيد قوته الإلزامية. بالتالي الحكم الذي قضى بإبطال العقد الذي استبدل الإيجار الجديد بإيجارين سابقين، رفض الاستدلال بهذا البطلان لبقاء الإيجارات السابقة بسبب جنون المؤجرة، قد خرق نص المادة 1271 من القانون المدني».

Cass. Civ. 30 avr. 1975, Gaz. Pal., 1975, 2, J., p587. Voir aussi Com. 30 nov. 1983, n°82-13.323, bull. Civ. IV, n° 337, p291.

« S' il est régulièrement précisé en jurisprudence que la novation suppose que l' obligation nouvelle soit valable et puisse ainsi se substituer à l' ancienne, il est beaucoup plus rarement indiqué que l' opération passe aussi par la validité de l' obligation primitive elle- même». Jacques MESTRE, op- cit, p619.

<sup>4</sup> - تنص المادة 287 ق م ج على أنه (يتجدد الالتزام:

- بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على استبدال الالتزام الأصلي بالتزام جديد يختلف عنه في محله أو في مصدره،

- بتغيير المدين إذا اتفق الدائن والغير على أن يكون هذا الأخير مدينا مكان المدين الأصلي على أن تبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة لرضائه، أو إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد،

- بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين والغير على أن يكون هذا الأخير هو الدائن الجديد).

مجرد إقرار بالدين الأصلي والذي لا ينقضي بسبب هذا الإقرار وإنما يظل على حاله<sup>1</sup>. وعليه سنحاول تناول الصور الثلاث للتجديد كما يلي:

- التجديد بتغيير الدين: يتجدد الالتزام بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاما جديدا يختلف عنه في محله أو في مصدره. ومثال التجديد بتغيير المحل، اتفاق الدائن المرتهن والمدين الراهن على أن يقوم الثاني بعمل معين لمصلحة الأول بدلا من الالتزام القديم بدفع مبلغ من النقود أو العكس<sup>2</sup>. أما فيما يخص اختلاف الالتزام الجديد عن الالتزام القديم في المصدر فيمكن أن نعطي مثلا على ذلك كتجديد حافظ الوديعة التزامه برد الوديعة فاقترضها والتزم بردها كقرض لا كوديعة، أو العكس جعلها بعد القرض وديعة، كان هذا تجديدا بتغيير مصدر الالتزام<sup>3</sup>.

- التجديد بتغيير الدائن المرتهن: يكون باتفاق بين المدين الراهن والدائن المرتهن وشخص آخر ليصبح هذا الأخير دائنا للمدين الأصلي بدلا من الدائن القديم، ويلاحظ أن تغيير الدائن يمكن أن يتحقق بحالة الحق باتفاق الدائن المرتهن المحيل مع الدائن المحال إليه دون حاجة إلى رضا المدين الراهن ومع الإكتفاء بإعلانه بالحوالة إن لم يشأ قبولها، ويبرر الفقه اختلاف طريقة التجديد بتغيير الدائن المرتهن عن طريقة حوالة الحق بأن نشوء دين جديد في حال التجديد يستلزم رضا المدين الراهن بذلك على خلاف الحال في حوالة الحق<sup>4</sup>، أضف إلى ذلك أنه في الحوالة ينتقل الحق نفسه من المحيل إلى المحال له بكل صفاته وتوابعه ودفوعه وتأميناته. أما في التجديد فينقض حق الدائن الأصلي وينشأ حق جديد للدائن الجديد، وبالتالي لا يستفيد هذا الأخير من ضمانات الالتزام القديم<sup>5</sup>.

- التجديد بتغيير المدين الراهن: يتجدد الالتزام بتغيير المدين الراهن إذا اتفق الدائن مع الأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينا مكان المدين الراهن الأصلي وعلى أن تبرأ ذمة المدين الراهن الأصلي دون حاجة إلى رضائه، أو إذا حصل المدين الراهن على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو المدين الجديد.

فالتجديد بتغيير المدين الراهن يتم بإحدى الطريقتين، فإما أن يتفق المدين الراهن القديم والمدين الجديد والدائن على التجديد، بحيث ينقضي الدين القديم ويحل محله دين جديد يكون المدين فيه هو المدين الجديد، فيشترط رضا

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 491. أنظر أيضا عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 55. أنظر أيضا محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 495-496. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 446-447. أنظر أيضا عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 281-282.

<sup>2</sup> - أنظر محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 447. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 491.

<sup>3</sup> - أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 825.

<sup>4</sup> - أنظر جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 327. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 825 وما بعدها. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 492. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 449.

<sup>5</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 450. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 492. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 826.

الدائن في انعقاد التجديد لا في نفاذه فحسب، والسبب في ذلك أن التجديد يتضمن قضاء دين قديم أحد طرفيه الدائن، وإنشاء دين جديد أحد طرفيه هو الدائن أيضا، فكان لابد من رضائه لقضاء الدين القديم ولإنشاء الدين الجديد، لذلك يسمى التجديد في هذه الحالة بالإنابة في الوفاء، وهي إنابة كاملة لأن الدين القديم ينقضي ويحل محله دين جديد<sup>1</sup>.

أما الطريقة الثانية فتتمثل في اتفاق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مدينا مكان المدين الراهن الأصلي على أن تبرأ ذمة المدين الراهن الأصلي دون حاجة لرضائه<sup>2</sup>، لأنه لا يضار على أية صورة من هذا التجديد، فلا يتحمل بالتزام جديد ولا يزداد عبئ التزامه القديم<sup>3</sup>، وهذا هو ما يطلق عليه التعهد بالوفاء<sup>4</sup>.

3- نية التجديد: يجب أن تتجه إرادة كل من المدين الراهن والدائن المرتهن إلى تجديد الالتزام في أحد عناصره، سواء تجديد في محله أو في طرفيه (أي المدين الراهن أو الدائن المرتهن)، بحيث يجب أن يكون الاتفاق على هذا التجديد صريحا أو ضمنا الأمر الذي يستبعد إمكانية افتراضه<sup>5</sup>، فالتجديد لا يقوم إلا إذا اتجهت إليه إرادة الأطراف بوضوح، والتعرف على توافر نية التجديد يعد من مسائل الواقع التي يختص بها قاضي الموضوع<sup>6</sup>، فإذا قام شك فيما إذا كان يراد التجديد أو عدم التجديد فيفسر الشك ضد التجديد<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 827-829. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 449. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 492. أنظر أيضا جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 326.

Voir aussi Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, Droit civil, op- cit, p534.

<sup>2</sup> - أنظر محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 448-449. أنظر أيضا جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 327. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 492. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 828-829.

<sup>3</sup> - جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 327.

<sup>4</sup> - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 492. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 449.

<sup>5</sup> - تنص المادة 1/289 ق م ج على أنه (لا يفترض التجديد بل يجب الاتفاق عليه صراحة، أو استخلاصه بوضوح من الظروف). أنظر أيضا نص المادة 290 ق م ج. أنظر أيضا جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 328. أنظر أيضا عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 55. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 493 وما بعدها.

Voir aussi Jean- Baptiste SEUBE, op- cit, p211. Voir aussi Com. 31 jan. 1983, n° 81-16.027, bull. Civ. IV, n° 44, pp34-35.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 جانفي 1975، أنه «ليس ضروري أن يكون التعبير عن نية التجديد في قالب شكلي، طالما أنه مؤكد».

Civ. 15 jan. 1975, n° 73-13.331, bull. Civ. III, n° 1969, p12.

قضت أيضا الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 نوفمبر 1967، أنه «مهما كانت نية الأطراف فإن التعديل في مبلغ الدين لا يكفي لوصف التجديد».

Cass. Civ. 20 nov. 1967, D., 1969, p321. J.

قضت أيضا الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 فيفري 1976، أنه «ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك فإن التحويل لا ينطوي على تجديد».

Civ. 25 fév. 1976, n°75-13.191, bull. Civ.I, n° 86, p71. Voir aussi Civ. 21 jan. 1997, n° 94-13.853, bull. Civ. I, n° 25, p15.

<sup>6</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 450.

<sup>7</sup> - رأفت محمد حماد ومحمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 268.

ج- آثار التجديد كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: ينتج عن التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه ونشوء التزام جديد مكانه، مما يعني أن التأمينات التي كانت تكفل الالتزام الأصلي تنقضي وتزول مع هذا الالتزام الذي كانت تكفله، إلا أنه يجوز على سبيل الاستثناء نقل التأمينات إلى الالتزام الجديد، وذلك إذا نص القانون على ذلك أو إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك<sup>1</sup>، ومن بين هذه التأمينات الرهن الحيازي للمحل التجاري والذي أنشأ وفاء لالتزام المدين الراهن.

ثالثاً: الإنابة: قد ينقضي الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة تبعية تبعاً لانقضاء التزام المدين الراهن، إذا لجأ المدين الراهن والدائن المرتهن والغير إلى وسيلة الإنابة.

أ- المقصود بالإنابة: هي عمل قانوني يفترض وجود ثلاثة أشخاص<sup>2</sup>، حيث يتم الاتفاق بين المدين الراهن وشخص آخر، برضاء الدائن المرتهن، على أن يقوم هذا الشخص الآخر بوفاء الدين بدلاً من المدين الراهن، في هذه الحالة ينيب المدين شخصاً آخر في الوفاء للدائن المرتهن، ولذا فهي إنابة في الوفاء تبرم باتفاق المنيب (المدين الراهن) مع المناب (الشخص الذي يلتزم بالوفاء) بأداء حق المناب لديه (الدائن المرتهن)، وإذا قبل المناب الالتزام بالوفاء نيابة عن المدين الراهن، فالتزامه قائم وملزم بصرف النظر عن العلاقة بينه وبين المنيب سواء أكان مديناً له أو غير مدين<sup>3</sup>، وهذا ما نستنتجه من نص المادة 1/294 ق م ج التي تنص على أنه (تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين).

<sup>1</sup> - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 55. أنظر أيضاً عقيل فاضل حمد الدهان، مرجع سابق، ص 224. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 498 وما بعدها. أنظر أيضاً محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 451 وما بعدها. أنظر أيضاً محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 498 وما بعدها. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 625-626. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 438. أنظر أيضاً نص المواد 291، 292، 293 ق م ج.

« La garantie de livraison à prix du délais convenue par l' article L. 231-6 du code de la construction et de l' habitation, qui constitue une garantie légale d' ordre public, distinct d' un cautionnement ne peut être privée d' efficacité par l' effet d' une novation du contrat de construction d' une maison individuelle». Civ. 04 juin 2003, n° 99-17.185, bull. civ. III, n°120, p107.

قضت أيضاً الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 ماي 1988، أنه « ليس للتجديد أثر على حرمان فعالية شرط التحكيم المدرج في العقد». Civ. 10 mai 1988, n° 86-13.333, bull. Civ. I, n° 139, p96. Voir aussi Com. 03 juill. 2001, n° 98-16.691, bull. Civ. IV, n° 131, p123.

« Faute pour un anvenent d' avoir expressément annulé la clause de résiliation figurant dans un contrat de concession exclusif initial, devenu, par novation, un mandat d' intérêt commun, cette clause continue de régir les obligations respectives des parties en la matière». Cass. Com. 03 juill. 2001, n° 98-16.691, D., 2001, n° 34, p2826. J/AJ.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 502. أنظر أيضاً محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 455.

<sup>3</sup> - أنظر جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 333. أنظر أيضاً محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 455. أنظر أيضاً عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 284.

قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 مارس 1992، أنه « ما لم يتفق على خلاف ذلك، فإن المناب ملزم فقط بوفاء دين المنيب اتجاه المناب لديه، ويكون معفى عن هذا الالتزام عندما يكون دين هذا الأخير قد زال بالتقادم».

Cass. Civ. 17 mars 1992, D., 1992, p481. J.

يحدث في الغالب أن يكون المنيب مدينا للمناب لديه، ولذلك ينيب المناب في وفاء هذا الدين، والغالب أيضا أن يكون المنيب دائنا للمناب، ولذلك اختاره ليقوم بوفاء دينه للمناب لديه، فيتخلص المناب بهذا الوفاء من الدين الذي في ذمته للمنيب<sup>1</sup>، فالمناب قد تربطه بالمنيب علاقة مديونية فيقبل الإنابة كوسيلة للوفاء بدينه محل هذه المديونية<sup>2</sup>.

غير أنه حسب نص المادة 2/294 ق م ج<sup>3</sup>، فإنه لا يشترط لصحة قيام الإنابة أن تكون هناك ثمة علاقة سواء مديونية أو دائنية بين المنيب والمناب<sup>4</sup>، على أنه ليس من الضروري أن يكون المنيب مدينا للمناب لديه، كما أنه ليس من الضروري أن يكون المناب مدينا للمنيب. فقد يكون المنيب غير مدين للمناب لديه، وإنما أراد أن يتبرع له بمال ليس عنده أو يقرضه إياه فقصده المناب، سواء كان هذا مدينا له أو غير مدين، وطلب إليه أن يلتزم بإعطاء هذا المال للمناب لديه، ولكن هذا الفرض نادر، إذ يكون المنيب في الكثرة الغالبة من الأحوال مدينا للمناب لديه، ويريد عن طريق الإنابة أن يفي بهذا الدين.

وقد يكون المناب غير مدين للمنيب، ومع ذلك يرضى بأن ينوب عنه في الوفاء بدينه للمناب لديه، على أن يرجع عليه بعد ذلك بما وفاء عنه، وقد يكون متبرعا، فلا يرجع على المنيب<sup>5</sup>.

ب- أنواع الإنابة: تنقسم الإنابة إلى نوعان إما أن تكون إنابة كاملة وإما أن تكون إنابة ناقصة.

1- الإنابة الكاملة: تنص المادة 1/295 ق م ج على أنه (إذا اتفق المتعاقدون في الإنابة أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا كانت هذه الإنابة تجديدا للالتزام بتغيير المدين. ويترتب عليها إبراء ذمة المنيب قبل المناب لديه على أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا وألا يكون هذا الأخير معسرا وقت الإنابة).

يتضح قياسا على نص المادة أن الإنابة تكون كاملة عندما ينيب عن المدين الراهن شخصا آخر يتعهد للدائن بدين جديد بدل الدين الذي كان في ذمته. فالإنابة الكاملة تؤدي إلى انقضاء الدين القديم لينشأ مكانه دين جديد، وهذا تجديد بتغيير المدين. وقد تنطوي في ذات الوقت على تجديد بتغيير الدائن في حالة وجود علاقة

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، (أوصاف- الحوالة- الانقضاء)، مرجع سابق، ص 858.  
<sup>2</sup> - عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 284. أنظر أيضا رأفت محمد حماد ومحمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 273. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 455.  
<sup>3</sup> - تنص المادة 2/294 ق م ج على أنه (ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير).  
<sup>4</sup> - عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 284.  
<sup>5</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، (أوصاف- الحوالة- الانقضاء)، مرجع سابق، ص 858. أنظر أيضا عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 57.

« C' est à bon droit qu' une cour d' appel déclare qu' il importe peu que le délégué ait été ou non débiteur à l' égard du délégant après avoir retenu que l' opération litigieuse était une délégation de paiement et que le délégué s' était engagé en toute connaissance de cause à l' égard du déléguataire». Com. 21 juin 1994, n° 91-19.281, bull. Civ. IV, n° 225, p176. Voir aussi Cass. Civ. 09 déc. 1981, D., 1981, p445. J. Voir aussi Civ. 26 sep. 2007, n° 06-15.441, bull. Civ. n° 151, III, p138.

مديونية سابقة بين المنيب والمناب، فإذا كلف الدائن المرتهن المدين الراهن بالوفاء بالالتزام للدائن الأول، فإن الإنابة تنطوي على تجديد بتغيير المدين (لأن المدين الراهن أصبح مدينا قبل دائن الدائن المرتهن).

تنطوي كذلك على تجديد بتغيير الدائن المرتهن لأن المدين الراهن أصبح مدينا لدائن جديد بدلا من دائنه القديم (الدائن المرهن)<sup>1</sup>، وفي هذه الإنابة يتم الاتفاق على براءة ذمة المنيب (المدين الأصلي) مما يعني بقاء المناب (المدين الجديد) وحده مسؤولا عن وفاء الدين (الالتزام الأصلي) في الإنابة الكاملة وتبرأ منه ذمة المنيب (المدين الأصلي)، لذلك تعد هذه الإنابة تجديدا للالتزام بتغيير شخص المدين، وإذا انقضى الالتزام في الإنابة الكاملة تبعته تأميناته في ذلك الانقضاء<sup>2</sup>.

لتحقق الإنابة الكاملة يجب توافر مجموعة من الشروط نلخصها فيما يلي:

- يجب أن يكون الالتزام الجديد الذي ارتضاه المناب صحيحا<sup>3</sup>، فطالما كانت الإنابة الكاملة هنا تجديدا يقضي على الالتزام القديم، فإنه يجب لانقضاء هذا الالتزام أن ينشأ الالتزام الجديد في ذمة المناب قبل المناب لديه صحيحا<sup>4</sup>.

- يجب ألا يكون المناب معسرا وقت الإنابة<sup>5</sup>، وعلة هذا الشرط واضحة، حيث لا يتصور أن يقبل الدائن المرتهن (المناب لديه) إبراء ذمة مدينه (المنيب) إلا إذا توفرت في المناب الملائة اللازمة وقت الإنابة، فإذا كان هذا الأخير معسرا، وكان الدائن المرتهن يجهل ذلك، كان التجديد قابلا للإبطال للغلط أو التدليس، وحق للمناب لديه أن يرجع على المنيب بدعوى الدين الأصلي، ذلك أنه إذا أبطلت الإنابة للغلط أو التدليس عاد الالتزام الأصلي الذي كان للمناب لديه في ذمة المنيب بما يكفله من تأمينات<sup>6</sup>.

أما إذا أعسر المناب بعد الإنابة، فإن الدائن يتحمل تبعه هذا الإعسار، ولا يجوز له الرجوع على المنيب، ما لم يكن قد اتفق معه على غير ذلك في عقد الإنابة.

- يجب توافر اتفاق على استبدال الدين القديم بدين جديد يحل محله.

<sup>1</sup> - أنظر محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 456. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 503-504. أنظر أيضا رأفت محمد حماد ومحمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 274.

<sup>2</sup> - عقيل فاضل حمد الدهان، مرجع سابق، ص 226.

« En cas de délégation parfaite qui n' est qu' une novation par changement de débiteur, les sûretés s' éteignent en même temps que la dette du délégant ». Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, Droit civil, op- cit, p535.

<sup>3</sup> - رأفت محمد حماد ومحمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 274.

<sup>4</sup> - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 505.

<sup>5</sup> - أنظر رأفت محمد حماد ومحمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 274.

<sup>6</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 505.

- يجب أن تتوافر نية التجديد، والتجديد لا يفترض بل لابد من الاتفاق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من ظروف التعاقد. أي أنه يجب أن تتجه إرادة الأطراف إلى براءة ذمة المنيب قبل المناب لديه، وحلول المناب محله<sup>1</sup>.

2- الإنابة الناقصة: هي الإنابة التي لا يترتب عليها انقضاء التزام المنيب بمواجهة المنيب لديه (الدائن المرتهن)، بل يبقى هذا الالتزام قائماً ويضاف إليه التزام جديد وهو التزام المناب بمواجهة المناب لديه (الدائن المرتهن)، فيكسب هذا الأخير بهذا النوع من الإنابة ضماناً شخصياً جديداً للوفاء بالدين وهذا الضمان الشخصي يتمثل في الالتزام القائم بين الدائن المرتهن والمناب والمضاف بموجب الإنابة الناقصة إلى التزام المنيب بمواجهة الدائن المرتهن.

يستطيع بالتالي الدائن في هذا النوع من الإنابة الرجوع على المدين الأصلي (المنيب) أو الرجوع على المدين المضاف والجديد (المناب) ومطالبة أي منهما للوفاء بالدين<sup>2</sup>. والأصل أن تكون الإنابة قاصرة، ما لم يكن هناك اتفاق واضح على التجديد، لأن التجديد لا يفترض في الإنابة<sup>3</sup>.

ج- آثار الإنابة: يترتب عن الإنابة كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة تبعية مجموعة من الآثار سواء بالنسبة للإنابة الكاملة أو الإنابة الناقصة نلخصها فيما يلي:

1- الآثار المترتبة عن الإنابة الكاملة: نتطرق في هذه النقطة إلى كل من علاقة المنيب بالمناب لديه، وعلاقة بين المنيب والمناب، والعلاقة بين المناب لديه والمناب.

- بالنسبة للعلاقة بين المنيب والمناب لديه: لما كانت الإنابة الكاملة هي كما قدمنا تجديد بتغيير المدين الراهن لالتزام المنيب قبل المناب لديه، فإن التجديد يقضي هذا الالتزام، فتبرأ ذمة المنيب، ويشترط لانقضاء الالتزام أن ينشأ الالتزام الجديد المترتب في ذمة المناب للمناب لديه صحيحاً.

للدائن المرتهن (المناب لديه) حق الرجوع على المدين الراهن (المنيب) إذا كان المدين الجديد (المناب) معسراً وقت الإنابة، وذلك دون حاجة إلى اشتراط ذلك عند الإنابة، ولكن ليس بدعوى الضمان، بل بدعوى الدين الأصلي، ويرجع الالتزام الأصلي الذي كان له في ذمة المنيب بما كان يكفله من تأمينات<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 456-457.

Voir aussi Jacques MESTRE, op- cit, p617.

<sup>2</sup> - عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 285. أنظر أيضاً رأفت محمد حماد ومحمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 275. أنظر أيضاً محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 457.

Voir aussi Cass. Civ. 05 mars 2008, Gaz. Pal., 2008, 4, J., p2525.

<sup>3</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 457.

تنص المادة 2/295 ق م ج على أنه (غير أنه لا يفترض التجديد في الإنابة، فإن لم يكن هناك اتفاق على التجديد بقي الالتزام القديم إلى جانب الالتزام الجديد).

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 863-864.

- بالنسبة للعلاقة بين المنيب والمناب: إذا قام المناب بوفاء الدين للدائن المرتهن، فإن إمكانية الرجوع على المنيب متوقفة على طبيعة العلاقة بينهما، فإن كان للمنيب في ذمة المناب دين سابق انطوت الإجابة على تجديد الدين بتغيير الدائن. ويترتب على وفاء المناب بالدين انقضاء الديون الثلاثة. أما إذا لم يكن بينهما مثل هذا الدين، ثبت للمناب حق الرجوع على المنيب، ما لم تكن نيته قد انصرفت إلى التبرع له، ويكون الرجوع إما بدعوى الوكالة أو دعوى الفضالة أو دعوى الإثراء بلا سبب<sup>1</sup>.

- بالنسبة للعلاقة بين المناب لديه والمناب: إن التجديد بتغيير المدين الراهن الذي تضمنته الإجابة الكاملة قد أنشأ التزاماً جديداً في ذمة المناب للمناب لديه، حل محل الالتزام الأصلي الذي كان في ذمة المنيب للمناب لديه والذي انقضى بالتجديد. ومن ثم يكون للمناب لديه حق الرجوع على المناب بهذا الالتزام الجديد، فإن وجده معسراً وكان الإعسار قائماً وقت الإجابة، فقد رأينا أن التجديد يجوز إبطاله، فيرجع المناب لديه على المنيب بدعوى الدين الأصلي. أما إذا كان الإعسار قد حدث بعد الإجابة، تحمل المناب لديه تبعاً لهذا الإعسار، ولا رجوع له على المنيب بسببه إلا إذا كان قد اشترط ذلك عليه في عقد الإجابة.

وعند رجوع المناب لديه على المناب بالالتزام الجديد، لا يستطيع الثاني أن يحتج على الأول بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها على المنيب في الدين الذي للمنيب في ذمة المناب، فإنه لا توجد علاقة بين هذا الدين وبين الالتزام الجديد الذي نشأ في ذمة المناب للمناب لديه<sup>2</sup>.

2 - الآثار المترتبة عن الإجابة الناقصة: نتبع في هذه النقطة نفس المنهجية التي اتبعناها عندما تطرقنا إلى الآثار المترتبة عن الإجابة الكاملة، بحيث نتناول كل من علاقة المنيب بالمناب لديه، وعلاقة بين المنيب والمناب، والعلاقة بين المناب لديه والمناب كما يلي:

- بالنسبة للعلاقة بين المنيب والمناب لديه: لا تبرأ ذمة المنيب إلا إذا وفى المناب الالتزام الجديد الذي في ذمته للمناب لديه أو إذا وفى المنيب ذاته الدين الأصلي للمناب لديه، كما يحق للمناب لديه أن يرجع على المنيب بالدين الأصلي بما يكفله من تأمينات قبل أن يرجع المناب، كما له أن يرجع على هذا الأخير بالالتزام الجديد قبل أن يرجع على المنيب<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 458-459. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 864-865.

« Et c' est dans l' exercice de leur pouvoir souverain d' appréciation de l' intention de nover que les juges du fond estiment qu' une simple signature de créancier sous une mention du contrat de prêt indiquant le changement de débiteur, était insuffisante à cet égard ». Civ. 04 nov.1982, n° 81-15.235, bull. Civ. I, n° 317, p273.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 865-866.

<sup>3</sup> - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 506. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 868.

- بالنسبة للعلاقة بين المنيب والمناب: إذا لم تكن هناك علاقة مديونية سابقة بينهما، وقد أصبح المناب مدينا للمناب لديه، فإنه إذا وفاه هذا الدين قبل أن يوفيه المنيب الدين الأصلي، كان للمناب حق الرجوع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال، ما لم يكن متبرعا فلا يرجع بشيء. أما إذا كان المناب مدينا للمنيب، فيجوز أن يكون قد قصد تجديد هذا الدين عن طريق التزامه نحو المناب لديه، فينقض التزامه نحو المنيب في مقابل الالتزام الذي نشأ في ذمته للمناب لديه، فإذا ما وفى المناب الدين للمناب لديه، لم يرجع على المنيب بشيء<sup>1</sup>.

أما إذا تم الوفاء من المنيب حق لهذا الأخير الرجوع على المناب بما كان له من دين في ذمته. أما إذا لم يقصد المناب تجديد التزامه قبل المنيب، فيبقى هذا الالتزام قائما في ذمته ويرجع به عليه المنيب إذا كان هذا الأخير هو الذي وفى للمناب لديه، أما إذا كان المناب هو الذي وفى كان له أن يرجع على المنيب<sup>2</sup>.

- بالنسبة للعلاقة بين المناب لديه والمناب: يبقى المنيب ملزما بالدين قبل المناب له رغم الإنابة، فيكون للدائن مدينان عوضا عن مدين واحد، فإذا وفى أحدهما بالدين برئت ذمة الإثنين معا نحوه، ويستطيع الدائن أن يرجع على أي منهما (المنيب والمناب)، ولا يكونان متضامنان أمامه، وليس للمناب أن يدفع بالتجريد لأنه ليس كفيل بل هو مدين أصلي، وإذا كان للمنيب دين سابق في ذمة المناب، ورضي هذا الأخير بالإنابة في مقابل دينه، ترتب على الإنابة وجود دين ثالث يترتب للمناب لديه في ذمة المناب، ويضم إلى الدينين الأولين، وهما دين المناب لديه قبل المنيب ودين المنيب قبل المناب، فإذا قام المناب بقضاء حق المناب له، انقضت هذه الديون الثلاث<sup>3</sup>.

**د- التزام المناب مجرد:** يترتب على الإنابة اعتبار التزام المناب التزاما مجردا، بمعنى أنه التزام يجد سببه في العلاقة التي تربطه بالمنيب، والذي قد تكون رغبته في تأدية الدين عن المنيب، وقد يكون ناتجا عن عقد قرض بينه وبين المنيب فيقوم بالوفاء بهذا القرض بتأدية الدين عن المدين الراهن (المنيب) للدائن المرتهن (المناب لديه)، وقد يكون على سبيل التبرع<sup>4</sup>.

يسري مبدأ تجريد التزام المناب على كل من الإنابة الكاملة والإنابة الناقصة، وقد قرره المشرع بهدف تحقيق استقرار المعاملات وسرعتها بصفة خاصة في المسائل التجارية، ولكن هذا المبدأ المذكور لا يتعلق بالنظام العام، بل هو مقرر لصالح المناب لديه، لذا يجوز له النزول عنه، وعلى ذلك يجوز للمناب أن يشترط عند الاتفاق على الإنابة أحقيته في التمسك في مواجهة الدائن المرتهن (المناب لديه) بالدفع التي كانت له قبل المنيب<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 868.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 507.

<sup>3</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 458. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 507. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 869 وما بعدها.

<sup>4</sup> - أنظر عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 285.

<sup>5</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 459. تنص المادة 296 ق م ج على أنه (يكون التزام المناب تجاه المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه تجاه المنيب باطلا أو كان خاضعا لدفع من الدفع على المنيب، وما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك).

رابعاً: المقاصة كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: لا يقتصر انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة تبعية بما يعادل الوفاء على الوفاء بمقابل والتجديد وإنما يمكن أن ينقضي بالمقاصة أيضاً.

أ- المقصود بالمقاصة كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: تعد المقاصة وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام، فهي سبب لانقضاء دينين متقابلين بين نفس الشخصين بقدر الأقل منهما، فهي تفترض إذن وجود شخصين كل منهما مدين ودائن للآخر، وبدلاً من أن يوفي كل منهما دينه للآخر ينقضي الدين بقدر الأقل منهما، فيكون المدين بالدين الأقل قد وفى دينه ببعض حقه، ويكون المدين بالدين الأكبر قد وفى بعض دينه بحقه ويجب عليه الوفاء بالقدر الزائد وفاء عادياً<sup>1</sup>. وعليه فإذا كان أحد الدينين مضموناً برهن، انقضى الدينين بالمقاصة وبالتالي ينقضى الرهن الضامن له<sup>2</sup>.

غير أننا نشير في هذه النقطة إلى أنه لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري يشترط أن يتم الوفاء بكل الدين، ولا ينقضي بالوفاء بجزء منه فقط وهذا راجع لعدم قابلية الرهن للانقسام كما سبق وقلنا.

ب- مزايا المقاصة: تتمتع المقاصة بميزتين هما:

1- أداة وفاء: فذلك يستخلص من انقضاء دينين متقابلين توافرت فيهما شروط معينة.

2- أداة ضمان: فذلك ظاهر أيضاً من أن الدائن الذي يستوفي حقه من الدين الذي في ذمته لمدينه إنما يختص بهذا الدين الذي في ذمته دون غيره من دائني المدين، فيستوفي حقه منه متقدماً عليهم جميعاً، ومن ثم تكون المقاصة من شأنها أن تقدم للدائن تأميناً، فهي من هذا الوجه أداة ضمان<sup>3</sup>.

3- ليست من النظام العام<sup>4</sup>.

ج- أنواع المقاصة كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: تظهر المقاصة كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري في شكل ثلاثة أنواع هي: إما أن تكون مقاصة قانونية أو مقاصة اختيارية أو مقاصة قضائية.

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص508. أنظر أيضاً عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص42. أنظر أيضاً محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص503. أنظر أيضاً مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص286.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص438. أنظر أيضاً عقيل فاضل حمد الدهان، مرجع سابق، ص228.

« La compensation éteint les créances réciproques jusqu' à concurrence de la plus faible et entraîne donc l' extinction des sûretés qui garantissent ces créances». Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, Droit civil, op- cit, p535.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص626. أنظر أيضاً محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص460. أنظر أيضاً عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص42-43. أنظر أيضاً منصور محمد العروسي، مرجع سابق، ص154.

<sup>4</sup> - « La compensation, n' étant pas d' ordre public, ne peut pas être invoquée pour la première fois devant la cour de cassation». Civ. 06 mai 1969, n° 68-10.618, bull. Civ. I, n° 166, pp133-134.

1- المقاصة القانونية كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: هي تلك المقاصة التي نظمها المشرع بنص قانوني، وتقع بقوة القانون إذا ما توفرت شروطها دون حاجة إلى اتفاق الطرفين على المطالبة أو التمسك بها.

1-1- شروط المقاصة القانونية كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: يشترط لتطبيق المقاصة توافر مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

- أن يوجد شخصان كل منهما دائن ومدين للآخر<sup>1</sup>.
- أن يتماثل محل الدينين (وفي أغلب الأحيان يكون مبلغ من النقود، لأن التاجر كثيرا ما يلجأ إلى الإقتراض من أجل توسيع تجارته)<sup>2</sup>.
- أن يخلو الدينان من النزاع<sup>3</sup>.
- أن يكون الدينان حالين أي مستحقي الأداء<sup>4</sup>.
- أن يكونا قابلين للمطالبة بهما قضائيا.
- أن يكون كل من الدينين قابلا للحجز عليه<sup>5</sup>.

1-2- الحالات التي لا يجوز فيها إجراء المقاصة: نص المشرع في المادة 299 ق م ج على مجموعة من الحالات التي لا يجوز فيها إجراء المقاصة نلخصها فيما يلي:

- إذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون وجه حق من يد مالكة وكان مطلوبا رده.
- إذا كان أحد الدينين شيئا موعدا أو معارا للاستعمال وكان مطلوبا رده.
- إذا كان أحد الدينين حقا غير قابل للحجز<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - Quentin URBAN, Droit des sociétés- Les conditions de la compensation, RBD., Croniques, n° 123, 2009, p51. Voir aussi Cass. Com. 21 oct. 2008, n° 07-19.102, bull. Civ. IV, n° 174.

<sup>2</sup> - Com. 07 fév. 1983, n° 81-13.993, bull. Civ. IV, n° 49, p38.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية أنه « يترتب على نص المادة 802 ق م أن الأموال الشخصية للوارث الذي قبل الإرث في إطار الجرد تختلف عن الأموال المستقلة للإرث؛ وبالتالي لا من غير الممكن إجراء مقاصة بين الديون الشخصية للوارث المستفيد وديون التركة».

Civ. 02 mai 2001, n° 98-22.637, bull. Civ. I, n° 116, p76.

<sup>3</sup> - « La décision du bureau de conciliation du conseil de prud' hommes qui alloue à un salarié une provision n' a pas l' autorité de chose jugée sur l' existence de la créance de ce salarié.

Celle- ci n' est donc pas certaine et ne peut entrer en compensation avec une créance de l' employeur certaine, liquide et exigible». Soc. 10 juin 1982, n° 81-12.710, bull. Civ. V, n° 391, p291. Voir aussi Com. 15 juill. 1975, n° 74-11.346, bull. Civ. IV, n° 203, p167.

« En présence d' une contestation du débiteur, la créance de pénalités de retard, qui constitue une clause pénale, n' est pas certaine, liquide et exigible». Com. 24 mars 2015, n° 13-23.791, bull. Civ. IV, n° 54. Non publiée.

<sup>4</sup> - Com. 13 déc. 1994, n° 92-16.550, bull. Civ. IV, n°373, p308. Voir aussi sur la compensation des créances; connexité entre les créances de loyers et l' asreinte: Cass. Com. 27 sep. 2016, n° 15-10.393, D., 2016, n° 34, p1997. A/DA.

<sup>5</sup> - جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص339. أنظر أيضا محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص503 وما بعدها. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص461 وما بعدها. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص511 وما بعدها. أنظر أيضا نص المادتين 297 و298 ق م ج.

1-3- آثار المقاصة القانونية كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: يترتب عن المقاصة القانونية كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري مجموعة من الآثار نلخصها فيما يلي:

- بالنسبة للطرفين: يترتب على التمسك بالمقاصة بين الطرفين انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، ويرجع هذا الأثر إلى الوقت الذي يتلاقى فيه الدينان تلاقيا مستوفيا شروط المقاصة، حتى ولو كان الطرفان أو أحدهما يجهلان ثبوت حقهما فيه<sup>2</sup>، بحيث أنها تتم بأثر رجعي.

- بالنسبة للغير: فإذا وقع الغير حجرا تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائنا لدائنه، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضرارا بالحاجز. كذلك إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها قبل قبوله الحوالة، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل. أما إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له، فلا يجوز أن يتمسك إضرارا بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق<sup>3</sup>.

2- المقاصة الاختيارية كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: قد يتخلف شرط من الشروط التي نص عليها القانون لوقوع المقاصة، هنا يجوز للطرفين الاتفاق على وقوعها اختياريا إما بإرادة أحد الطرفين أو بإرادتهما معا، وفقا لما إذا كان الشرط المتخلف لوقوع المقاصة القانونية قد قصد به مصلحة أحدهما أو مصلحتهما معا<sup>4</sup>، فإذا تبين أن سببا منها يرجع إلى رعاية مصلحة أحد الطرفين، ونزع هذا الطرف عن حقه، فيكفي أن يعلن إرادته في إجراء المقاصة حتى تجرى، ولكنها تجرى مقاصة اختيارية لا قانونية. وإذا تبين أن السبب يرجع إلى رعاية مصلحة كل من الطرفين، فلا بد أن يتفق كلاهما على إجراء المقاصة، ولا يكفي رضاهما، فإذا اتفقا أجريت المقاصة اختيارية لا قانونية<sup>5</sup>.

تؤدي المقاصة الاختيارية، سواء تمت بإرادة أحد الطرفين أم بإرادتهما معا، إلى انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما. فإذا كان أحد الدينين أكبر من الآخر، أدت المقاصة إلى الوفاء الجزئي بالدين الأكبر وهذا غير جائز إلا

<sup>1</sup> - Cass. Civ. 10 mars 1965, D., 1965, p350. J.

<sup>2</sup> - محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 507. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 519 وما بعدها. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 470-471. أنظر أيضا جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 348.

<sup>3</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 472 وما بعدها. أنظر أيضا جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 349 وما بعدها. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 523 وما بعدها. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 439.

<sup>4</sup> - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 525-526. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 833 وما بعدها. أنظر أيضا جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص 351-352. أنظر أيضا هوم علاوة، مرجع سابق، ص 93.

قضت الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 ديسمبر 1967، أن «المقاصة الاتفاقية لا تخضع لشروط المقاصة القانونية، وعندما يستند إليها فإنه يعود للقضاء تصفية الدين الذي، بحكم اتفاق الأطراف، يجب خصمه من المبالغ المستحقة كإيجار».

Soc. 18 déc. 1967, n° 66-12.809, bull. Civ. V, n° 808, p683.

<sup>5</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 834. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 475-476.

برضاء صاحب هذا الدين. ومن ناحية أخرى، فإن حرية الأفراد في إجراء المقاصة الاختيارية مقيدة بحدود النظام العام، ومن ثم فهي غير جائزة بعد شهر الإفلاس أو خلال فترة الريبة، ولا تجوز كذلك بين أجور العمال وحقوق صاحب العمل<sup>1</sup>. كما أنها لا ترتب أثرها من حيث قضاء الالتزامين المتقابلين إلا من وقت التمسك بها أو الاتفاق عليها<sup>2</sup>. ومن آثار المقاصة الاختيارية أيضا عدم جواز الرجوع فيها ولو كانت قد تمت بإرادة أحد الطرفين، إلا باتفاقهما معا. وإذا اتفق الطرفان على الرجوع فيها، لم يضار الغير بذلك، فلا تعود التأمينات التي تكون قد زالت، توفيقا للإضرار بحقوق الغير<sup>3</sup>.

3- المقاصة القضائية كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: هي المقاصة التي تتم بحكم من المحكمة المختصة وبناء على طلب أحد أصحاب الشأن، إما بطلب أصلي أو بطلب عارض أثناء قيام الخصومة أمامها، ومتى توفرت شرائطها في الدينين وطبقا لما ترتبه المحكمة من ظروف النزاع. وهو ما يعني بالضرورة وجود نزاع معين أمام هذه المحكمة، وقيام أحد المتنازعين بإثارة موضوع المقاصة أو التمسك بها أو المطالبة بها أو المطالبة باتخاذها من قبل المحكمة، وبعد المحاكمة والثبوت للمحكمة صحة هذه المطالبة تقرر المحكمة من تلقاء نفسها إجراء المقاصة بين الدينين<sup>4</sup>، حيث أن للقاضي الفاصل في الدعوى السلطة التقديرية في الحكم بإجراء المقاصة من عدمها.

إن المقاصة القضائية تكون في الأحوال التي لا تتوافر فيها شروط المقاصة القانونية، ويكون الشرط أو الشروط المتخلفة ليست من الشروط التي روعيت فيها مصلحة المدعى عليه وحده وإلا لأمكن هذا أن ينزل عنها وأن يجري المقاصة الاختيارية بدلا من الالتجاء إلى المقاصة القضائية الأكثر تعقيدا، فالمقاصة القضائية إذن تكون حيث يتخلف من شروط المقاصة القانونية أحد الشرطين: الخلو من النزاع ومعلومية المقدار<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 476. أنظر أيضا منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، أحكام الالتزام، ج 2، دار الثقافة، عمان، 1997، ص 285.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 526.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 837.

<sup>4</sup> - عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 92-93. أنظر أيضا جميل الشراوي، مرجع سابق، ص 352. أنظر أيضا توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 635. أنظر أيضا مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 290. Voir aussi Civ. 22 avr. 1986, n° 84-15.090, bull. Civ. I, n° 98, p97.

<sup>5</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 838. قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 أكتوبر 1976، أنه «يمكن إجراء المقاصة القضائية حتى عندما لا يستوفي الدين المطلوب شروط المقاصة القانونية».

Civ. 25 oct. 1972, n° 75-11.606, bull. Civ. III, n° 367, p278.

« La compensation judiciaire peut s'opérer au moyen d'une demande reconventionnelle que forme la partie dont la créance ne réunit pas encore toutes les conditions requises pour la compensation légale et il n'est pas nécessaire qu'elle procède de la même cause que la demande principale ni même qu'elle se rattache à cette dernière par un lien suffisant ». Civ. 14 juin 1989, n° 88-13.365, bull. Civ. II, n° 127, p64. Voir aussi Civ. 30 juin 1993, n° 91-16.162, bull. Civ. I, n° 235, p162.

أما الشروط الأخرى التي تم ذكرها سابقا فيجب توافرها في كل أنواع المقاصة سواء كانت مقاصة قانونية أو اختيارية أو قضائية.

إن دور القاضي يقتصر على استكمال شروط المقاصة القانونية، من خلال حسم النزاع حول وجود الحق أو مقداره، ويكون حكم القاضي كاشفا وليس منشئا، ولكن نظرا لأن شروط المقاصة لا تستكمل إلا من وقت حسم النزاع حول القضية ولا يتم ذلك إلا بصور الحكم بها<sup>1</sup> لا من وقت رفع الدعوى العارضة، وفي هذا تختلف المقاصة القضائية عن كل من المقاصة القانونية التي تقع من وقت تلاقي الدينين، والمقاصة الاختيارية التي تقع من وقت إعلان الإرادة في إجرائها.

ويترتب على إجراء المقاصة القضائية من الآثار ما يترتب على المقاصة القانونية، فينقضي الدينان المتقابلان بقدر الأقل منهما كما بينا، وتزول التأمينات التي كانت تكفل أيا من الدينين وذلك أيضا من وقت صدور الحكم، ولكن لا يسري زوال التأمينات في حق الغير إلا بالتأشير بذلك في هامش القيد<sup>2</sup>.

إن انقضاء الدين بالمقاصة يجعل الرهن الحيازي للمحل التجاري الذي أنشأ ضمانا للوفاء بهذا الدين ينقضي تبعا لانقضاء الدين.

**خامسا: اتحاد الذمة:** تمتد طرق انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة تبعية تبعا لانقضاء الدين أيضا باتحاد الذمة، وذلك كما يلي:

**أ- المقصود باتحاد الذمة كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:** حسب نص المادة 304 ق م ج وقياسا عليها يمكن لنا تعريف اتحاد الذمة كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري على أنها (اجتماع صفتا الدائن المرتهن والمدين الراهن في شخص واحد، وبالنسبة لدين واحد)<sup>3</sup>، ويتحقق اتحاد الذمة في الغالب عن طريق الميراث إذا توفي الدائن المرتهن وورثه المدين الراهن، إذ يترتب على ذلك أن يرث المدين الحق الذي كان للدائن في ذمته، فيصبح دائنا بهذا الحق الذي ورثه ومدينا به في نفس الوقت<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 478.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 842-843. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 478.

<sup>3</sup> - قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 فيفري 2009، على أن « اجتماع صفة الدائن والمدين في شخص واحد تشكل اتحاد الحق الذي ينهي الدينين ».

Cass. Com. 17 fév. 2009, n° 07-16.558, D., 2009, n° 32, p2207, note CHEVIER. Voir aussi Christophe ALBIGES et Marie PIERRE Dumont- LEFRAND, op- cit, p115. Voir aussi Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, Droit des sûretés, l' extinction de procédure collective au dirigeant caution emporte extinction du cautionnement par confusion, JCP., G., 2009, n° 23-24, I, n° 150, p25.

<sup>4</sup> - أنظر محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 511. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 528. أنظر أيضا جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 353-354. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 478-479. أنظر أيضا عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 51. أنظر أيضا هوام علاوة، مرجع سابق، ص 99.

ب- آثار اتحاد الذمة كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: حسب نص المادة 304 ق م ج يتضح لنا أنه إذا اجتمعت في الشخص الواحد صفتا الدائن والمدين في نفس الوقت فإن الدين ينقضي وتنقضي معه كل التأمينات المؤلفة له<sup>1</sup>.

نستنتج أنه يترتب عن اتحاد الذمة انقضاء الالتزام الأصلي والتزام الكفيل تبعاً له، لأن القاعدة أن الفرع يتبع الأصل وجوداً وزوالاً، أما إذا ما اتحدت ذمة الكفيل فلا ينقضي الالتزام الأصلي لأن الأصل لا يزول بزوال الفرع، ولما كانت العلة في انقضاء الدين باتحاد الذمتين هي استحالة مطالبة الانسان لنفسه، فإنه متى زال السبب الذي أدى إلى اتحاد الذمة وكان لزوالة أثر رجعي عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن جميعاً وكأن اتحاد الذمتين لم يكن، كما لو أوصى الدائن للمدين بالدين ثم تبين بعد ذلك بطلان الوصية<sup>2</sup>.

---

تنص المادة 304 ق م ج على أنه (إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة.

وإذا زال السبب الذي أدى إلى لاتحاد الذمة وكان لزوالة أثر رجعي عاد الدين إلى الوجود بملحقاته بالنسبة إلى المعنيين بالأمر ويعتبر اتحاد الذمة كأنه لم يكن).

لا يقتصر انقضاء الالتزام بطريق اتحاد الذمة بسبب الميراث فقط، وإنما هناك أسباب أخرى تؤدي إلى نفس النتائج نذكر منها: الوصية، التصرف القانوني ك شراء الشركة للسندات التي أصدرتها، أو تأشير المسحوب عليه على السفنجة بالقبول فيصبح مديناً بقيمتها وقبل حلول ميعاد استحقاقها يشترها المسحوب عليه فتصبح ملكه، ومن ثم يصير دائناً لنفسه فتجتمع صفتا المدين والدائن وتتحد الذمة في الدين. أنظر محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 481 وما بعدها. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 629-630. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 529-530. أنظر أيضاً جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 354 وما بعدها.

<sup>1</sup> - Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, Droit civil, op- cit, p535.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 جويلية 1971، أن اجتماع الحقوق الإيجارية والملكية على رأس نفس شخص ينهي حق الإيجار.

Civ. 15 juill. 1971, n° 70-11.093, bull. Civ. III, n° 459, p328. Voir aussi Trib. Civ. de marseille, 15 fév. 1957, D., somm., 1967, p74. Somm.

<sup>2</sup> - عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 53. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 630-631. أنظر أيضاً محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 484 وما بعدها. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 531-532. أنظر أيضاً جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 355-356. أنظر أيضاً رأفت محمد حماد ومحمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 291. أنظر أيضاً هوام علاوة، مرجع سابق، ص 99.

" Si la dette est nulle, le nantissement tombe". Gaston CENDRIER, op- cit , p275. Voir aussi Civ. 22 juin 2005, n° 03-18.624, bull. Civ. III, n° 143, p131.

## الفرع الثالث

### انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري دون وفاء ولا بما يعادل الوفاء

سبق ورأينا أن الدين قد ينقضي عن طريق الوفاء أو بما يعادل الوفاء والرهن الحيازي للمحل التجاري الذي أنشأ ضمانا لهذا الدين ينقضي أيضا تبعا لانقضاءه، إلا أن هناك طريقة أخرى ينقضي بها الرهن الحيازي للمحل التجاري تبعا لانقضاء الدين الأصلي دون الوفاء بالدين ولا بما يعادل الوفاء.

إن هذا النوع من طرق انقضاء الرهن بصفة أصلية تبعا لانقضاء الدين لا يأخذ فيها الدائن المرتهن مقابل لحقه على المدين الراهن، ورغم ذلك ينقضي العقد المنشأ ضمانا لهذا الدين، وتتفرع هذه الطريقة إلى ثلاثة طرق تتمثل فيما يلي:

**أولا: الإبراء من الدين كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:** يعتبر الإبراء طريق من طرق انقضاء الالتزام بصفة تبعية وتبعا له ينقضي التأمين المخصص للوفاء به.

**أ- المقصود بالإبراء كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:** هو نزول الدائن المرتهن عن حقه قبل المدين الراهن مختارا، بغير مقابل، فالدائن المرتهن بالإبراء يعفي المدين الراهن من الدين دون أن يكون على هذا المدين الراهن، بسبب الإبراء أو بموجبه، أي التزام بمقابل مادي أو غير مادي<sup>1</sup>. وعليه فإن الرهن الحيازي للمحل التجاري ينقضي عندما يقوم الدائن المرتهن بإراده الحرة بالتنازل عن الدين الذي في ذمة المدين الراهن تبرعا دون مقابل، بحيث تبرأ ذمة المدين الراهن من الدين.

**ب- خصائص الإبراء:** يتميز الإبراء كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بمجموعة من الخصائص نلخصها فيما يلي:

- الإبراء تصرف قانوني يتم بإرادة الدائن المرتهن المنفردة، فلا يشترط لحصول الإبراء اتفاق الدائن المرتهن والمدين الراهن، بل يتم بإرادة الدائن المرتهن وحدها<sup>2</sup>.

- الإبراء تصرف قانوني ينطوي على تبرع، ولذا تلزم فيه من ناحية كل الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني، من إرادة سليمة وهدف لا يخالف الأحكام الآمرة للقانون، ومن ناحية أخرى يلزم فيه توافر شروط صحة التبرع من حيث الأهلية لهذا التبرع أو الولاية في ذلك إن كان المبرئ نائبا عن الدائن<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر منذر الفضل، مرجع سابق، ص 291. أنظر أيضا جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 356-357. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 487. أنظر أيضا محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 517.

تنص المادة 305 ق م ج على أنه (ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين).

<sup>2</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 534. أنظر أيضا عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 207. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 965 وما بعدها.

كما أنه يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية دون حاجة لإثبات تواطؤ أو غش الدائن، وتسري عليه أحكام الوصية إذا صدر من الدائن المرتهن في مرض الموت، ولا ينفذ إلا في حدود ثلث التركة، ويجوز للموصى الرجوع فيه حتى الوفاة، وتسري على الإبراء أحكام الرجوع في الهبة لعذر مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع<sup>2</sup>.

حسب نص المادة 306 ق م ج<sup>3</sup> فإنه لا يشترط لصحة الإبراء أن يأخذ شكلا معيناً، ولو كان الالتزام الذي يقوم الدائن بإبراء المدين منه قد تم بتصرف شكلي، وفي ذلك يختلف الإبراء عن الهبة المباشرة التي تشترط الرسمية لانعقادها<sup>4</sup>. ولكن بالرجوع إلى القانون التجاري الجزائري نجد أن المشرع اشترط الرسمية في كل العمليات الواردة على المحلات التجارية كالبيع والرهن الحيازي، وباعتبار أن القانون التجاري قانون خاص والقانون المدني هو الشريعة العامة نطبق قاعدة الخاص يقيد العام، وبالتالي نقول أنه حتى وإن نص المشرع في القانون المدني على أن الإبراء لا يشترط فيه الرسمية لتمامه إلا أنه نظراً لارتباطه بالرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري فإنه يجب أن يفرغ في شكل رسمي.

**ج- شروط الإبراء كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:** يعتبر الإبراء عمل من أعمال التبرع، إذ هو نزول من الدائن المرتهن عن حقه لصالح المدين بدون مقابل، ولذلك تسري عليه الأحكام الموضوعية للتبرعات من حيث صدوره من شخص تتوافر فيه الأهلية القانونية للتبرع وأن تكون إرادته خالية من العيوب<sup>5</sup>، ولالإبراء ككل تصرف قانوني محل، ومحل الإبراء هو الالتزام الذي يبرئ الدائن منه، ويصح أن يقع الإبراء على أي التزام، ما لم يكن ذلك مخالفاً للنظام العام. ولالإبراء ككل تصرف قانوني سبب أيضاً، والسبب هو الباعث الدافع إلى الإبراء، فإن كان هذا الباعث مشروعاً صح الإبراء وإلا كان باطلاً، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة<sup>6</sup>.

**د- آثار الإبراء كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:** إذا أبرأ الدائن المرتهن مدينه من الدين، فإن هذا الدين ينقضي وتبرأ ذمة المدين الراهن تجاه الدائن المرتهن، وكذلك تبرأ ذمة الكفيل ببراءة ذمة المدين الراهن وينقضي الرهن الحيازي للمحل التجاري الضامن للدين، أما إذا اقتصر الإبراء على التزام الكفيل فلا تبرأ ذمة المدين

<sup>1</sup> - جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 359. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 968-969. أنظر أيضاً هوام علاوة، مرجع سابق، ص 100.

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 489.

<sup>3</sup> - تنص المادة 306 ق م ج على أنه (تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع).

ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان).

<sup>4</sup> - مصطفى حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 584.

<sup>5</sup> - أنظر محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 517-518. أنظر أيضاً محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 489. أنظر أيضاً رأفت محمد حماد ومحمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 293. أنظر أيضاً هوام علاوة، مرجع سابق، ص 101.

<sup>6</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 974-

الراهن<sup>1</sup>، ويترتب على الإبراء أيضا سقوط ما يحمله من ضمانات أو تأمينات سواء كانت عينية كرهن أو امتياز أم شخصية كالكفالة.

من آثار الإبراء أيضا إبراء الدائن أحد المدينين المتضامنين، فلا تبرأ ذمة المدينين المتضامنين الباقين، وللدائن أن يطالب أيا منهم بالدين بعد استئزال حصة المدين الذي أبراه، وهذا ما لم يكن الدائن قد صرح أنه أراد بذلك إبراء جميع المدينين المتضامنين فتبرأ ذمتهم جميعا، أو لم يكن على النقيض من ذلك قد احتفظ بحقه في الرجوع على أي من المدينين المتضامنين الباقين بكل الدين رغم إبراء أحدهم، وفي جميع الأحوال التي يبرئ فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين، سواء كان الإبراء من الدين أو التضامن، يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه في حصة المعسر منهم، إلا إذا أخلى الدائن المدين الذي أبراه من كل مسؤولية عن الدين، فيتحمل هو نصيب هذا الدين في حصة المعسر<sup>2</sup>.

**ثانيا: استحالة التنفيذ كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:** تنص المادة 307 ق م ج على أنه (ينقض الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته).

**أ- المقصود باستحالة التنفيذ كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:** تعني استحالة التنفيذ أن الوفاء بالالتزام أصبح غير ممكن بسبب أجنبي لا يد للمدين الراهن فيه، ويترتب على ذلك انقضاء الالتزام بصفة نهائية، فلا ينفذ الالتزام تنفيذا عينيا، إذ لا التزام بمستحيل، ولا ينفذ عن طريق التعويض، إذ أن المدين الراهن لم يرتكب خطأ ترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام، وإنما ترجع الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد له فيه<sup>3</sup>. وعليه كلما تحققت حالة استحالة التنفيذ لسبب أجنبي انقضى التزام المدين ويستتبع معه انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري تبعا له، باعتباره أنشأ ضمانا للوفاء به.

**ب- شروط انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:** تؤدي استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه إلى انقضاء الالتزام، مما يستتبع من وراءه انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري، ولكن لتحقيق هذه الاستحالة يجب توافر شرطان:

1- أن يصبح الالتزام مستحيلا: يلزم لتحقيق هذا الشرط أن ينشأ الالتزام ممكنا ثم تطرأ الاستحالة بعد ذلك، لأنه إذا كان مستحيلا من قبل إبرام التصرف الذي رتب الالتزام لم ينشأ الالتزام أصلا، وكان التصرف باطلا لاستحالة المحل، ويتعين أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا فلا يكفي أن يكون مرهقا، ويتعين أن تتحقق الاستحالة في الوقت

<sup>1</sup> - أنظر عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 209. أنظر أيضا عقيل فاضل حمد الدهان، مرجع سابق، ص 235. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 530-531. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 490-491. أنظر أيضا عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 288. أنظر أيضا مصطفى حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 585. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 975 وما بعدها.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانقضاء، مرجع سابق، ص 980.

<sup>3</sup> - أنظر محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 519. أنظر أيضا عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 289. أنظر أيضا هوام علاوة، مرجع سابق، ص 101-102.

الذي يجب فيه تنفيذ الالتزام، وأن تكون استحالة دائمة، فإن كانت وقتية أوقف تنفيذ الالتزام لحين زوالها ولكنه لا ينقضي، وأن تكون استحالة مطلقة سواء كانت فعلية كهلاك الشيء محل الالتزام أو قانونية كزوال ملكية العين عن البائع الذي التزم بنقل ملكيتها أو تحريم القانون صنع ما التزم المدين بتوريده<sup>1</sup>.

2- استحالة التنفيذ لسبب أجنبي: يجب أن ترجع استحالة التنفيذ إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، كالقوة القاهرة<sup>2</sup>، أو حادث فجائي، أو خطأ الدائن<sup>3</sup>، أو فعل الغير. أما إذا لم يثبت السبب الأجنبي، افترض أن الاستحالة ترجع إلى خطأ المدين، فلا ينقضي الالتزام<sup>4</sup>، مما يستتبع عدم انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.

ج- آثار انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي، أن ينقضي هذا الالتزام، وينقضي معه الرهن الحيازي للمحل التجاري الذي كان يكفله، ولا ينقضي الرهن الحيازي للمحل التجاري فقط، بل تنقضي جميع توابع الالتزام، وبخاصة تنقضي جميع التأمينات العينية والشخصية التي كانت تكفله، وعلى الدائن المرتهن محو القيد الذي كان يشهر هذه التأمينات. أما إذا استحق المدين الرهن تعويض عن هلاك الشيء أو مبلغ التأمين عن ذلك وجب عليه نقل ذلك الحق إلى الدائن المرتهن<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - رأفت محمد حماد ومحمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص ص295-296. أنظر أيضا عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص ص211-212. أنظر أيضا محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ص492-493. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ص536-537. أنظر أيضا جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص ص360-361. أنظر أيضا هوام علاوة، مرجع سابق، ص ص102.

<sup>2</sup> - نطبق في هذا المقام الشروط العامة المعروفة أي يجب أن يكون فجائيا غير متوقعا ولا يمكن دفعه. وفي هذا الشأن قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 أكتوبر 2008، أنه « فقط الحادثة التي تشكل طبيعة غير متوقعة عند إبرام العقد ولا يمكن دفعها تشكل وحدها القوة القاهرة ». Civ. 30 oct. 2008, n°07-17.134, bull. Civ. I, n° 246, p209.

أنظر أيضا هوام علاوة، مرجع سابق، ص ص102.

<sup>3</sup> - « Le fait non imprevisible ni inevitable de la victime ne constitue une cause d' exonération partielle pour celui qui a contracté une obligation déterminée de sécurité que s' il présente un caractère fautif.

Doit être casse l' arrêt qui, après avoir énoncé que l' exploitant d' un parc zoologique était tenu d' une telle obligation a l' égard d' un visiteur mordu par un ours, exonère partiellement ledit exploitant de sa responsabilité au motif qu' il existait une cause étrangère constituée par la chute de la victime sur la barrière de protection, entraînant l' affaissement de celle-ci, alors que la cour d' appel n' a relevé aucune faute a la charge de la victime. Civ. 31 janv 1973, n° 71-12.953, bull. Civ. I, n° 41, p37.

<sup>4</sup> - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ص493. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ص537-538. أنظر أيضا جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص ص363. أنظر أيضا عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص ص212-213. أنظر أيضا عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص ص290.

Voir dans ce sens: Civ. 14 déc. 2005, n° 04-15.756, bull. Civ. III, n° 245.

<sup>5</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص ص633-634. أنظر أيضا محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص ص520. أنظر أيضا عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص ص212-213. أنظر أيضا رأفت محمد حماد ومحمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص ص296.

قضت الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 ماي 2012، أن « القوة القاهرة تمكن رب العمل من إعفائه من كل أو جزء من الالتزامات الناشئة من إنهاء عقد العمل وهو وقوع حدث خارجي، غير متوقع عند إبرام العقد، ولا يمكن مقاومته. يترتب على ذلك أن محكمة الاستئناف، لاحظت أن قرار رئيس بلينيزي الفرنسية بإنهاء وظائف العامل يمكن التنبؤ به لأن مثل هذا الاحتمال كان منصوص عليه في عقد العمل، بالتالي غياب القوة القاهرة ». Soc. 12 mai 2012, n° 10-17.726, bull. Civ. V, n° 151, p161.

أما فيما يخص تحمل تبعة الاستحالة فإنه في العقود الملزمة للجانبين كعقد القرض، إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبي، انقضى هذا الالتزام وسقط عن الطرف الآخر التزامه المقابل وانفسخ العقد بقوة القانون، فهي في هذه الحالة تكون على عاتق المدين الراهن الذي استحال عليه تنفيذ التزامه. أما في العقود الملزمة لجانب واحد فتكون الاستحالة على عاتق الدائن المرتهن، وذلك أن المدين الراهن في مثل هذا العقد تبرأ ذمته وينقضي التزامه باستحالة تنفيذه، دون أن يكون للدائن تعويض مقابل<sup>1</sup>.

وعليه فبانقضاء الدين الأصلي، ينقضي تبعاً له الرهن الحيازي للمحل التجاري الذي أنشأ ضماناً للوفاء به بسبب استحالة تنفيذه.

**ثالثاً: التقادم المسقط كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:** لا يقتصر انقضاء الالتزام دون الوفاء به ولا بما يعادل الوفاء على الإبراء واستحالة التنفيذ، وإنما قد ينقضي بمرور مدة معينة من الزمن وهذا ما يسمى بالتقادم المسقط، وينقضي تبعاً له الرهن الحيازي للمحل التجاري الذي أنشأ ضماناً للوفاء به.

**أ- المقصود بالتقادم المسقط كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:** هو سبب لانقضاء الالتزام دون الوفاء به، وذلك بمضي مدة محددة بالقانون منذ استحقاق الالتزام، مع عدم مطالبة الدائن به خلال تلك الفترة<sup>2</sup>، وعليه إذا انقضى التزام المدين بالتقادم المسقط، فإن الرهن الحيازي للمحل التجاري ينقضي تبعاً له، لأن هذا الأخير أنشأ ضماناً للوفاء بالالتزام الأصلي.

**ب- مدة التقادم:** تختلف مدة التقادم التي يجب احتسابها لسقوط التزام المدين الراهن المضمون بالرهن الحيازي على المحل التجاري باختلاف طبيعة الدين، وفي هذا الشأن هناك الأصل وهناك استثناء.

1- حسب القاعدة العامة فإن مدة تقادم الالتزام هي خمسة عشرة سنة<sup>3</sup>، أي ما يسمى بالتقادم الطويل.  
2- أما الاستثناء يتمثل في انقضاء الالتزام دون بلوغ مدة خمسة عشر سنة، ونذكر على سبيل المثال الحقوق الدورية المتجددة كأجرة المباني، الديون المتأخرة، تقادم بمضي خمس سنوات<sup>1</sup>، تقادم حقوق الدولة (الضرائب

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 538. أنظر أيضاً عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 213. أنظر أيضاً محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 497. أنظر أيضاً محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 520-521. أنظر أيضاً فيما يخص عقد القرض. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، الهيئة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، مرجع سابق، ص 423 وما بعدها. أنظر أيضاً عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 292.

<sup>2</sup> - محمود عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص 522. أنظر أيضاً محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 497. أنظر أيضاً رأفت محمد حماد ومحمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 298.

« La clause qui fixe un terme au droit d' agir du créancier institue un délai de forclusion et non un délai de prescription ». Com. 26 jan. 2016, n° 14-23.285, bull. Civ. IV.

<sup>3</sup> - تنص المادة 308 ق م ج على أنه ( يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية).

« La poursuite de l' exécution d' un prêt constaté dans un acte authentique, qui est un titre exécutoire, est régie par la prescription trentenaire de droit commun ». Civ. 09 juin 2005, n°04-13.182, bull. Civ. II, n° 150, p134.

(والرسوم) بمضي مدة أربع سنوات<sup>2</sup>، تتقادم بعض حقوق أصحاب المهن الحرة كحقوق الأطباء والصيادلة، بمضي مدة سنتين<sup>3</sup>. تتقادم حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها بمضي سنة واحدة<sup>4</sup>.

أما في القانون التجاري فيمكن أن نذكر بعض الحالات كسقوط الدعوى الناشئة عن عقد نقل الأشياء أو عن عقد العمولة لنقل الأشياء تتقادم بمضي سنة<sup>5</sup>، تتقادم كل دعوى ناشئة عن عقد العمولة لنقل الأشخاص بمضي ثلاثة سنوات<sup>6</sup>، تتقادم أيضا جميع الدعاوى الناشئة عن السفنجة والمرفوعة على قابلها بمضي ثلاثة سنوات من تاريخ استحقاقها<sup>7</sup>.

ج- آثار التقادم المسقط كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: إذا اكتملت مدة التقادم وتمسك به المدين، فإن الالتزام ينقضي، ولا يستطيع الدائن الزام المدين بالوفاء به<sup>8</sup>، ويمكن لكل ذي مصلحة التمسك به، ويسقط مع الدين توابعه كالرهن الحيازي للمحل التجاري والكفالة، فينقضي بانقضاء الدين بالتقادم، فإن التابع يزول بزوال الأصل، والتقادم لا يقتصر على إسقاط الدعوى، بل يسقط الحق والدعوى جميعا<sup>9</sup>.

## المطلب الثاني

### انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية

رأينا أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ينقضي بطريقة تبعية تبعا لانقضاء الدين، بحيث أنه تدرج ضمنه العديد من الطرق التي ينقضي بها سواء بالوفاء، بمقابل الوفاء أو دون وفاء ودون مقابل الوفاء، إلا أننا نقول أنه هناك طريقة أخرى ينقضي بها العقد غير تلك المذكورة في الحالة الأولى التي ذكرناها أعلاه، وتتمثل هذه الطريقة الثانية في انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية، وليس بصفة تبعية.

إن هذه الطريقة في حد ذاتها تنقسم إلى عدة طرق مختلفة ولكن كلها تؤدي غرض واحد وهو انقضاء الرهن بصفة أساسية دون حاجة إلى انقضاء الدين المضمون بالرهن، فتحقق إحدى هذه الطرق لا يتوقف على انقضاء هذا الأخير من عدمه.

1 - أنظر نص المادة 309 ق م ج.

2 - أنظر نص المادة 311 ق م ج.

3 - أنظر نص المادة 310 ق م ج.

4 - أنظر نص المادة 312 ق م ج.

5 - أنظر نص المادة 61 ق ت ج.

6 - أنظر نص المادة 74 ق ت ج.

7 - أنظر نص المادة 461 ق ت ج.

8 - محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 531.

9 - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 635. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص 598-599. أنظر أيضا جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 399.

Voir aussi Soc. 22 juin 2016, n° 15-16-994, bull. Civ. V. Voir aussi Cass. com. 2 nov. 2016, n° 14-29.723, n° 931.

نجد أغلب هذه الطرق منصوص عليها في القانون المدني ولا نجد لها أثرا في القانون التجاري، ما يحتم علينا العودة إليه وخاصة تلك الواردة في شأن الرهن الرسمي والرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي باعتبار أن المشرع لم يتناول هذه الطرق في القانون التجاري، أما الحالة التي يمكن استنتاجها من خلال التدقيق في القانون التجاري هي حالة غلق المحل التجاري، فهذه الطريقة لم يتم ذكرها في القانون المدني إلا أن الرهن ينقضي بها بصفة أصلية.

## الفرع الأول

### انقضاء الرهن بالتطهير وبالبيع بالمزاد العلني بصفة أصلية

نبدأ دراستنا هذه لطرق انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية بطريقتين هما التطهير والبيع بالمزاد العلني، بحيث تعد هاتين الطريقتين وسيلتان يتم عن طريقهما انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية ومستقلة، بالرغم من بقاء الدين الأصلي، أي انقضاء الرهن الحيازي في هذه الحالة لا يؤدي إلى انقضاء الدين المضمون الذي أنشئ الرهن الحيازي للمحل التجاري ضمانا للوفاء به، وإنما يبقى قائما، على عكس الحالة الأولى أين ينقضي فيها الرهن تبعا لانقضاء الدين المضمون.

**أولا: انقضاء الرهن بالتطهير:** تنص المادة 915 ق م ج على أنه (يجوز للحائز إذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند. وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه إلى الدائن أو الإنذار إلى هذا الحائز، ويبقى هذا الحق قائما إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع).

تنص المادة 934 ق م ج على أنه (إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار).

لم يتطرق المشرع في القانون التجاري إلى مسألة تطهير المحل التجاري من رهون المقيدة عليه كطريقة لانقضاء الرهن، ما يفرض علينا العودة إلى القانون المدني في الأحكام المتعلقة بتطهير العقار من رهون الرسمية الواردة عليه، والقياس على هذه الأحكام مع التقيد بالطبيعة الخاصة للمحل التجاري كمال منقول معنوي.

**أ- المقصود بالتطهير كوسيلة لانقضاء الرهن بصفة أصلية:** إن التطهير وسيلة قانونية يستطيع الحائز بمقتضاها أن يعرض على الدائنين المقيدة ديونهم قبل تسجيل سند ملكيته قيمة المحل التجاري، فإذا قبل هؤلاء الدائنين العرض دفع لهم الحائز هذه القيمة حسب ترتيب استحقاقهم، وترتب على هذا تخليص المحل التجاري من جميع الرهون حتى تلك التي لم يصب أصحابها شيء من قيمة المحل التجاري، وإذا لم يقبل الدائنون كلهم أو بعض منهم

هذا العرض وجب عليهم طلب بيع المحل التجاري في الحال، ولو كانت دونهم غير حالة، وينتهي الحال عندئذ إما برسو المزاد على الحائز أو على غيره، وفي الحالتين يطهر المحل التجاري مما عليه من حقوق<sup>1</sup>.

**ب- مزايا وعيوب التطهير:** للتطهير كوسيلة لانقضاء الرهن بصفة أصلية مزايا وعيوب نلخصها فيما يلي:

1- مزايا التطهير كوسيلة لانقضاء الدين بصفة أصلية: يتميز التطهير بجموعة من المزايا تجعل منه أحد أهم وسائل انقضاء الرهن بصفة أصلية.

1-1- التطهير مقرر لمصلحة الحائز لاسيما إذا كانت الديون المقيدة أكبر من قيمة المحل التجاري.

1-2- مفيد للمدين إذ يسهل عليه أن يجد مشتريا لمحلته التجاري المنقل بالديون.

1-3- مفيد للدائن المرتهن لأنه يحصل على قيمة المحل التجاري من غير أن يخضع لإجراءات نزع الملكية<sup>2</sup>.

1-3- يمكن أن نضيف خاصية أخرى للتطهير تتمثل في أنه يهدف إلى منح حائز المحل التجاري إمكانية إزالة الضمانات المثقلة للمحل، وذلك بمنح الدائنين المقيد المبلغ المستحق للبائع وليس مبلغ ديونهم<sup>3</sup>.

2- عيوب التطهير كوسيلة لانقضاء الدين بصفة أصلية: إن تمتع التطهير بهذه المزايا لا يعني خلوه من بعض العيوب التي تنقص من قيمته، والتي من شأنها المساس بحقوق الدائنين.

---

1 - أنظر نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 142-143. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 414-415. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 516-517. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 344-345. أنظر أيضا علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 287. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 342-343.

« Tout comme l' acquéreur d' un bien hypothéqué d' un bien, celui qui achète un fonds de commerce et qui veut se garantir des poursuites des créanciers inscrits, peut purger les inscriptions qui grèvent le fonds. il lui suffit d' offrir aux créanciers inscrits de verser entre leurs mains le prix dont il est redevable au vendeur du fonds». Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p404. Voir aussi Cristophe ALBIGES et Marie- PIERRE et Dumont- LEFRIEND, op- cit, p325. Voir aussi Bruno PETIT, op- cit, p95.

« La purge est le moyen pour l' acquéreur d' un fonds de paralyser l' attaque d' un créancier privilégié qui poursuit sur lui, comme tiers acquéreur, la saisie et la vente du fonds de commerce». Gaston CENDRIER, op- cit , p239.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 أبريل 2004، أن « إجراء تطهير القيود على المحل التجاري تهدف إلى السماح للحائز بضمان متابعات الدائنين المقيدين».

Com. 28 avr. 2004, n° 01-12.079, bull. Civ. IV, n° 78, p81.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 541. أنظر أيضا علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص 287-288. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 143. أنظر أيضا السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 206. أنظر أيضا سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 169. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 343-344.

<sup>3</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p970.

2-1- نجد أن التطهير يضر بالدائن المرتهن والدائنين أصحاب الحقوق الممتازة على المحل التجاري المرهون، حيث أنه يجردهم من حقهم على الرغم منهم أو يجبرهم على استعمال حقهم في وقت لم يكن لهم إرادة في اختياره، وذلك لأن الحائز يستطيع مباشرة إجراءات التطهير دون انتظار لحلول آجال الديون.

2-2- إن التطهير من شأنه أن يؤدي إلى إجبار الدائنين على قبول وفاء جزئي لحقوقهم، خروجاً على المبدأ العام الذي يقضي بعدم جواز ذلك<sup>1</sup>.

2-3- إن تحكم الحائز في الوقت الذي يلجأ فيه إلى التطهير يمكنه في بعض الأحيان من اختيار وقت تتخفف فيه قيمة المحلات التجارية، فيعرض على الدائنين المرتهنين مبلغاً منخفضاً، فيجدون أنفسهم مخيرين بين أمرين: إما قبول المبلغ المنخفض، وإما اللجوء إلى البيع بالمزاد العلني وما فيه من تعقيدات ومصاريف.

2-4- قد يؤدي التطهير إلى خرق مبدأ عدم تجزئة الرهن، حيث من الجائز قانوناً للحائز الذي اكتسب ملكية جزء فقط من المحل التجاري المرهون (أحد العناصر المكونة للمحل التجاري المرهون) أن يطهره<sup>2</sup>. إلا أننا نشير في هذه النقطة إلى أن كل تصرف يقوم به المدين الراهن على المحل التجاري المرهون يجعل الديون السابقة حالة الأجل، ويحق للدائنين المطالبة ببيع المحل التجاري المرهون بالمزاد العلني.

يرى الدكتور سليمان مرقس أن التطهير بالنسبة للدائنين المرتهنين الذين تسمح لهم مرتبتهم باستيفاء حقوقهم، وإن كان يضع حداً لحق التتبع، فهو يستبقي بالنسبة لهم حق التقدم، وهذا الأخير بدوره ينقضي باستيفائهم حقوقهم من ثمن بيع المحل التجاري المرهون، وبعبارة أخرى فإن التطهير لا يؤدي إلى انقضاء الرهن الحيازي انقضاء تاماً إلا على مرحلتين إذ ينقضي حق التتبع أولاً ثم يليه حق التقدم على الثمن الذي ينقضي بعد دفع الثمن أو إيداعه، ومن ثم يمكن القول بأن التطهير هو في الواقع سبب لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية بالنسبة لحق التتبع، وسبب لانقضائه - بالنسبة لحق التقدم - بصفة تبعية بدفع الثمن أو إيداعه<sup>3</sup>.

**ج- التغييرات التي تجعل التطهير ضروري:** نشير إلى أن التطهير غير ضروري في كل البيوع التي ترد على المحل التجاري كالباع الجبري الناتج عن حكم قضائي، فالدائنين يتم استدعاؤهم لحضور الإجراء ويطلعون على دفتر الشروط، ويبدون ملاحظاتهم والحضور للمزايدة إذا ما رغبوا في ذلك، وبعد المزايدة بالسدس فإن الثمن ثابت نهائياً لأن الدائنين المقيدون كانوا مرتبطين بالإجراء.

<sup>1</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص143. أنظر أيضاً علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص288.

<sup>2</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص348-349. أنظر أيضاً سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص170. أنظر أيضاً علي هادي العبيدي، مرجع سابق، ص288. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص415.

<sup>3</sup> - أنظر سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية، مرجع سابق، ص395-396.

يمنح على عكس من ذلك كل بيع رضائي إمكانية المطالبة بالتطهير ما لم يتدخل الدائنون في العقد ولم يقبلوا بثمن البيع، إن التطهير ليس ضروريا في البيع فقط وإنما في كل التحولات سواء كانت بمقابل أو دون مقابل كالهبة أو الوصية<sup>1</sup>.

د- إجراءات التطهير (العرض): يجب على القائم بعملية التطهير القيام بعرض قيمة للمحل التجاري المرهون، وله الحق في مباشرة هذا الطلب ابتداء من تاريخ حيازته للمحل التجاري المرهون بغض النظر عن حلول تاريخ آجال ديون الدائنين الآخرين من عدمه.

1- وقت التطهير والإخطار: تحديده يخضع لإرادة الحائز، وهذه الخصيصة الهامة في نظام التطهير، التي تتجلى فيها قدرة الحائز على الحركة والمبادأة، فالحائز يستطيع عرض التطهير بمجرد اكتسابه صفة الحائز ودون أن ينتظر حلول أجل الدين، أو قيام الدائن بالتبنيه على المدين أو إنذار الحائز، وهو يحتفظ بالقدرة على عرض التطهير حتى بعد شروع الدائن في التنفيذ وتقدمه في إجراءاتها إلى وقت إيداع قائمة شروط البيع<sup>2</sup>، والحكمة من عدم استعمال الحائز حقه في التطهير بعد إيداع القائمة، أنه إذا رغب في عرض قيمة المحل التجاري على الدائنين في هذا الوقت فما عليه إلا أن يتقدم بها في المزاد مزيادا<sup>3</sup> بقصد الاحتفاظ بملكية المحل التجاري<sup>4</sup>. وقد نصت المادة 2/915 ق م ج على هذا الحكم، حيث جاء فيها (وللحائز أن يستعمل هذا الحق حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التبنيه إلى الدائن أو الإنذار إلى هذا الحائز، ويبقى هذا الحق قائما إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع).

حسب نص المادة 916 ق م ج وقياسا عليها، فإن الحائز الذي يريد تطهير المحل التجاري المرهون أن يقوم بإعلان الدائنين المقيدة حقوقهم قبل اكتسابه لحقه في مواطنهم المذكورة في القيد، ونشير إلى أن المشرع اشترط أن يكون الإعلان رسميا قياسا على نص المادة 918 ق م ج فيما يخص تطهير العقار، أما فيما يخص تطهير المحل التجاري المرهون باعتبار أن المشرع لم يورد نص خاص في القانون التجاري، يمكن لنا القول أن الإعلان لا يشترط أن يكون رسمي (عن طريق غير قضائي)، وذلك قياسا على نص المادة 1/123 ق ت ج، ولما تتميز به المعاملات التجارية من سرعة.

يرى الأستاذان Paul DIDIER و Philippe DIDIER أنه على الراغب في القيام بإجراءات التطهير تحت طائلة البطلان أن يخطر جميع الدائنين المقيد بنواياهم وإعلامهم أنه مستعد لدفع الديون المقيدة إلى غاية

<sup>1</sup> - Gaston CENDRIER, op- cit , p240.

<sup>2</sup> - سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص173. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص519. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص148.

« Le tiers détenteur qui entend exercer son droit de purge peut en prendre l' initiative quand il le souhaite». Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p405. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p971.

<sup>3</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص148.

<sup>4</sup> - أنظر رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص418.

الإنهاء من الدين، ودون التمييز بين الديون التي حان أجلها أم لا. كما أن هذا الإعلان عن نواياه يلزمه هو شخصيا اتجاه الدائنين الذين وجه إليهم، شريطة لا تكون حقوق هؤلاء الدائنين متنازع فيها<sup>1</sup>.

2- البيانات الواجب ذكرها في عرض التطهير (الإعلان): يتضمن الإعلان حسب نص المادة 916 ق م ج مجموعة من البيانات تتمثل فيما يلي:

2-1- خلاصة عن سند ملكية الحائز تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه واسم المالك السابق للمحل التجاري مع تعيين هذا المالك تعيينا دقيقا محل المحل التجاري مع تعيينه وتحديدته بالدقة، وإذا كان التصرف بيعا يذكر الثمن وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزء من هذا الثمن.

2-2- تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم التسجيل.

2-3- المبلغ الذي يقدره الحائز قيمة للمحل التجاري ولو كان التصرف بيعا ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن السعر الذي يتخذ أساسا لتقدير الثمن في حالة نزع الملكية، ولا أن يقل في أي حال عن الباقي في ذمة الحائز من ثمن المحل التجاري إذا كان التصرف بيعا، وإذا كانت أجزاء المحل التجاري مثقلة برهون مختلفة وجب تقدير قيمة كل جزء على حده.

2-4- قائمة بالحقوق التي تم قيدها على المحل التجاري قبل تسجيل سند الحائز تشتمل على بيان تاريخ هذه القيود ومقدار هذه الحقوق وأسماء الدائنين.

نشير إلى نقطة مهمة تتمثل في أن المشرع لم يشترط أي شرط خاص في حائز المحل التجاري القائم بإجراء تطهير القيود، لذلك يجب علينا الاستدلال بالقياس على الأحكام التي نص عليها المشرع في القانون المدني. لكي تكون هناك إمكانية التطهير يجب أن يكون هذا الغير أجنبي عن الدين المضمون وأن لا يكون ضامن له، فالمستهدفون إذن هم الحائز بمقابل، المقايض، الموهوب له، الموصى له بشكل خاص، من له نصيب في المحل التجاري بموجب عقد الزواج وكذا الوريث تحت شرط الجر. في المقابل هذا الحق لا يستفيد منه الخلف العام، المدنيين، الكفالات والكفالة العينية.

كل حائز لمحل تجاري بعوض أو بدون عوض يمكن له إجراء التطهير بشرط أن يكون ما يزال مالكا أثناء الإعلان عن التطهير<sup>2</sup>.

د- **جزاء تخلف البيانات:** لم يبين المشرع جزاء تخلف أحد هذه البيانات، إلا أن ما يمكن قوله أن للقاضي السلطة التقديرية في تقدير ما إذا كان الإغفال أو الخطأ على قدر من الجسامة لا يكون معه الإعلان محققا للغرض الذي

<sup>1</sup> - Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p405. Voir aussi Gaston CENDRIER, op- cit , pp243-244. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p971.

<sup>2</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, pp970-971.

لأجله استلزمه القانون، فلا يترتب البطلان إلا إذا كان من شأن النقص أن يوقع الدائن الذي وجه إليه الإعلان في خطأ يفسد عليه الخيار بين المزداد أو قبول الثمن المعروض عليه، ولا يجوز التمسك بهذا البطلان إلا من قبل الدائن الذي وقع الإغفال أو الخطأ في إعلانه<sup>1</sup>.

هـ- آثار عرض التطهير: نفرق في هذه الحالة بين حالة قبول الدائنين بعرض التطهير وحالة عدم قبولهم له.

1- حالة قبول الدائنين لعرض التطهير: قد يتم قبول العرض بالتطهير من الدائنين المقيدة حقوقهم على المحل التجاري أو من الكفلاء لهذه الحقوق سواء صراحة أو ضمناً، ويشترط موافقتهم جميعاً على العرض، وإذا قام الحائز بدفع المبلغ الذي قوم به المحل التجاري للدائنين الذين تسمح رتبتههم باستيفاء حقوقهم منه أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزانة المحكمة، تطهر المحل التجاري من جميع الحقوق المقيدة عليه<sup>2</sup>.

2- حالة رفض الدائنين لعرض التطهير: قد يحدث أن لا يقبل طلب الحائز بتطهير المحل التجاري، فإنه في هذه الحالة وحسب نص المادة 918 ق م ج يجوز لكل دائن قيد حقه ولكل كفيل لحق مقيد أن يطلب بيع المحل التجاري المطلوب تطهيره في مدى ثلاثين يوماً من آخر إعلان يضاف إليها آجال المسافة ما بين الموطن الأصلي للدائن وموطنه المختار، على ألا تزيد آجال المسافة على ثلاثين يوماً أخرى، وعلى الطالب إعلان الحائز والمالك السابق بذلك، ويجب عليه تقديم كفالة لتغطية مصاريف البيع بالمزاد العلني لأنه في حالة ما إذا لم يرسو المزداد على ثمن أكبر من الثمن الذي عرضه الحائز لا يسترد ما استغرقتة المصاريف، وفي حالة إخلال الطالب بهذه الشروط فإن الطلب يعتبر باطلاً، لا يجوز للطالب الرجوع في طلبه إلا بموافقة جميع الدائنين المقيدين وجميع الكفلاء<sup>3</sup>.

يلتزم الراسي عليه المزداد بالثمن الذي رسي به المزداد وبالمصاريف التي اقتضتها إجراءات التطهير، ويرد الحائز الذي نزعت ملكيته المصاريف التي أنفقها في سند ملكيته، وفي تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات<sup>4</sup>.

يبقى أثر تطهير المحل التجاري ولو زالت فيما بعد لأي سبب ملكية الحائز الذي طهر المحل التجاري، ولو كان زوالها بأثر رجعي كفسخ وبطلان سند تملكه أو لتحقيق الشرط الفاسخ الذي كان معلقاً عليه ملكيته، فالملكية عندئذ تعود للمالك السابق خالصة من الرهون التي طهر منها المحل التجاري، بحيث أن المحل التجاري يتطهر من

<sup>1</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 370.

<sup>2</sup> - أنظر رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 425. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 156-157. أنظر أيضاً السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 212-213. أنظر أيضاً سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 177-178.

Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p972.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 919 ق م ج.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 2/920 ق م ج.

حقوق عينية تبعية سواء تم التطهير وهو لا يزال في ملكية الحائز أو رفض العرض بالتطهير وبيع المحل التجاري بالمزاد العلني ورسا المزاد على غير الحائز<sup>1</sup>.

و- **مصرفات التطهير**: أول ما تجب ملاحظته في هذا المقام أن المشرع لم يأت بنص خاص يحدد من يتحمل مصرفات التطهير، ولكننا نميز بين فرضين:

**الفرض الأول**: إذا رسا المزاد على الحائز، سواء قبل الدائنون عرضه أم رفضوه، فإنه هو الذي يتحمل مصاريف التطهير، وبإمكانه الرجوع بهذه المصاريف على من تلقى منه ملكية المحل التجاري بدعوى الضمان بشرطين:

- أن يكون سند ملكيته يسمح له بذلك كما إذا كان عقد بيع أو عقدا آخر من عقود المعاوضات.
- ألا يوجد اتفاق يقضي بتحمل الحائز مصرفات التطهير<sup>2</sup>.

**الفرض الثاني**: أما إذا رسا المزاد على شخص آخر غير الحائز، ورفض عرض هذا الأخير من قبل الدائنين، وبيع المحل التجاري المرهون بالمزاد العلني، التزم الراسي عليه المزاد برد المصرفات التي أنفقها هو في إجراءات التطهير، والتي أنفقها الحائزون السابقون ودفع مقابلا عنها عند حيازته للمحل التجاري المرهون<sup>3</sup>.

**ثانيا: انقضاء الرهن بالبيع الجبري**: تنص المادة 936 ق م ج على أنه (إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدون الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن).

<sup>1</sup> - أنظر همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص542. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص419. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص440.

تنص المادة 934 ق م ج على أنه (إذا تمت إجراءات التطهير انقضى حق الرهن الرسمي نهائيا، ولو زالت لأي سبب من الأسباب ملكية الحائز الذي طهر العقار).

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 06 نوفمبر 2016، أن « محكمة الاستئناف محقة في حكمها عندما قضت أنه وفقا للأثر الرجعي لفسخ عقد بيع العقار، أن الحقوق المنشأة على هذا العقار ثلاثت، واستخلصت أن، البائع ليس له صفة الغير الحائز، والدائن الذي قيد رهن قضائي، لا يمكن له ممارسة حق التتبع ضده».

Civ. 07 jan. 2016, n° 14-18.360, bull. Civ. III.

<sup>2</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص384-385. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص157.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص607. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص157. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص421. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص385.

تنص المادة 2/920 ق م ج على أنه (ويلتزم الراسي عليه المزاد أن يرد إلى الحائز الذي نزع ملكيته المصاريف التي أنفقها في سند ملكيته، وفي تسجيل هذا السند وفيما قام به من الإعلانات، وذلك إلى جانب التزاماته بالثمن الذي رسا به المزاد وبالمصاريف التي اقتضتها إجراءات التطهير).

نستنتج قياسا على نص هذه المادة أنه إذا بيع المحل التجاري المرهون حيازيا بالمزاد العلني، فإن الرهن الحيازي الوارد على هذا المحل التجاري ينقضي بطريقتين الأولى تتم بمجرد إيداع المبلغ الناتج عن البيع لدى خزينة المحكمة، أما الثانية تتم بدفع ذلك المبلغ إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن.

سبق وأن تناولنا إجراءات البيع بالمزاد العلني، وعليه ولتفادي التكرار فإننا نحيل إلى ما قلناه في هذا الشأن، ولكن في مقابل ذلك نتطرق إلى نقطة مهمة هي أن مباشرة إجراءات التنفيذ قد تباشر ضد مالك المحل التجاري أو حائزه أو الحارس الذي سلم إليه عند التخلية كما يلي:

**أ- مباشرة إجراءات البيع ضد مالك المحل التجاري:** تباشر في هذه الحالة إجراءات التنفيذ من قبل كل دائن لمالك المحل التجاري المرهون له مصلحة في استيفاء دينه، وذلك للأسباب التي سبق وأن ذكرناها من بينها مثلا قيام المدين الراهن بترتيب حق على محله التجاري المرهون سواء ببيعه أو رهنه مرة أخرى، نقله إلى مكان آخر دون رضا الدائنين، الإساءة إلى الزبائن، أو حلول ميعاد استيفاء الدين ولم يقم المدين الراهن مالك المحل التجاري المرهون بسداد دينه، ... إلى غير ذلك من الأعمال التي يمكن أن تؤدي إلى الإضرار بالتأمين الممنوح للدائنين.

عند تمام إجراءات التنفيذ ورسو المزاد على أحد الأشخاص، فإن على هذا الأخير القيام بإيداع المبلغ لدى خزينة المحكمة أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تمكنهم مرتبتهم من استيفاء حقوقهم من هذا الثمن. ومن رسا عليه المزاد يفضل طبعا إيداع الثمن خزانة المحكمة، بدلا من أن يقوم مقام القاضي ويوزع الثمن على من تسمح مرتبتهم بأخذ شيء منه من الدائنين المقيدين، فقد يخطئ في التوزيع فيتحمل مغبة هذا الخطأ<sup>1</sup>، وبهذا البيع الجبري ينقضي الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية استقلالا عن الديون التي قد يبقى بعضها دون وفاء<sup>2</sup>، لأنه قد يكون الثمن الذي بيع به المحل التجاري المرهون أقل من الديون التي ضمنها أو التي كانت على عاتق المدين الراهن.

**ب- مباشرة إجراءات البيع ضد حائز المحل التجاري المرهون:** تكون إجراءات البيع بالمزاد العلني في هذه الحالة في مواجهة الحائز، إذا لم يختر هذا لا دفع الديون ولا تخلية المحل التجاري المرهون ولا تطهيره، فعندئذ لا مناص من بيع المحل التجاري المرهون في مواجهة الحائز نفسه.

يكون البيع في مواجهة الحائز أيضا، إذا عمد هذا الأخير إلى تطهير المحل التجاري، وعرض على الدائنين المقيدين ما قدره قيمة له، فرفض الدائنون المقيدون ما عرضه الحائز، وباعوا المحل التجاري جبرا في المزاد العلني، عند ذلك يبيعونه في مواجهة الحائز لأنه هو مالك العقار، وذلك ما لم يختر الحائز تخلية المحل التجاري<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 640.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 441. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 543.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 641. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 421. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 397.

ينقضي الرهن الحيازي أيضا في هذه الحالة بمجرد إيداع الشخص الذي رسا عليه المزاد الثمن النقدي لدى خزانة المحكمة أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين.

ج- مباشرة إجراءات البيع ضد حارس المحل التجاري المرهون: نكون أمام هذه الحالة في حالة التخلية، حيث أن الحائز يرفع يده عن المحل التجاري المرهون ويتخلى عنه لحارس تعيينه المحكمة، وتباشر إجراءات نزع الملكية في مواجهته، فالدائنون يقومون بالتنفيذ على المحل التجاري المرهون في مواجهة الحارس بدلا من التنفيذ عليه تحت يد الحائز<sup>1</sup>.

ينقضي الرهن الحيازي بصفة أصلية إذا بيع المحل التجاري المرهون في مواجهة الحارس، وقام الراسي عليه المزاد بإيداع الثمن لدى خزينة المحكمة أو بدفعه للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن.

يمكن للدائنين المقيدين عندما يقدر أن المبلغ المقدم من قبل حائز المحل التجاري غير كافي أن يطلبوا طرح المحل التجاري للمزايدة العلنية على أن يرفع ثمنه الأصلي بمقدار العشر وأن يدفع ضمانا عنه لدفع أثمان التكاليف أو أن يثبت له القدرة الكافية على الدفع، وذلك في ظرف خمسة عشر يوما من تاريخ التبليغات<sup>2</sup>.

فخلافًا للمزايدة بمقدار السدس فإن المزايدة بالعشر هي نتيجة لحق التتبع، وهي إذن ليست مفتوحة إلا لفئة واحدة من الدائنين هم الدائنون المقيدون، ولكن يمكن لهم التدخل عند كل تحويل للملكية متى كان من شأنه أن يؤدي إلى التطهير، وليس فقط في حالة البيع. من جهة أخرى يستثنى في البيوع بالمزاد العلني لكون هذا الأخير يهدف إلى تحقيق سعر مناسب للمحل، وعليه ما دام أن الإجراء مخصص للدائنين المقيدين، أما الدائنين العاديين، الدائنين أصحاب الامتيازات غير المقيدين وأيضا أصحاب الامتياز العام مثل امتياز الخزينة العامة ليس لهم الحق في الدخول فيه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص341. أنظر أيضا منصور محمد العروسي، مرجع سابق، ص146.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 133 ق ت ج.

<sup>3</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p972.

يضيف الباحث جامع رضوان في هذه النقطة أن « البيع بزيادة العشر (10/1) الذي هو مقرر فقط للدائنين المقيدين، والبيع بزيادة السدس (6/1) والذي نصت عليه المواد 85 إلى 89 ق ت ج والذي هو مفتوح لكل الدائنين الذين يعترضون على البيع. كما يجب الإشارة إلى أن البيع بزيادة العشر يكون في حالة انتقال المحل التجاري المرهون من المدين الراهن إلى الحائز سواء كان الانتقال بموجب عقد بيع ودي، أو بموجب هبة أو حتى في صورة مبادلة، في حين لا يمكن طلب البيع بزيادة السدس إلا في حالة البيع الودي». أنظر أيضا جامع رضوان، مرجع سابق، ص78.

## الفرع الثاني

### نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن وانقضاء الرهن باتحاد الذمة كوسيلتان

#### لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري

توجد إضافة إلى طريقة انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بطريقة أصلية عن طريق تطهير المحل التجاري من الديون التي تنقله، وبيعه بالمزاد العلني طرق أخرى يمكن أن ينقضي بها الرهن منها نزول الدائن المرتهن عن حقه في الرهن واتحاد الذمة.

يمكن إذن للدائن المرتهن الذي له حق على المحل التجاري المرهون أن يتنازل عن حقه في الرهن دون التنازل عن دينه، كما يمكن له أيضا اللجوء إلى طريقة أخرى تتمثل في اتحاد الذمة، بحيث إذا اتحدت في الشخص صفة الدائن والمدين أدى ذلك إلى انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية ومستقلة عن الدين المضمون بالرهن.

**أولا: نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن كوسيلة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:** بما أن الرهن الحيازي للمحل التجاري حق مالي للدائن المرتهن لا يمس بالنظام العام، فمن الجائز التصرف فيه عن طريق التنازل عنه، فإذا قام الدائن المرتهن بالتنازل عن حق الرهن دون الدين المضمون، انقضى الرهن الحيازي للمحل التجاري وبقي الدين المضمون به قائما، وعلى ذلك يتحول الدائن المرتهن إلى دائن عادي، ومن هنا يصح القول أن الرهن انقضى بصفة أصلية<sup>1</sup>.

نستنتج بهذا أن النزول عن الرهن يختلف عن النزول عن مرتبة الرهن، فهذا الأخير لا يؤثر لا في الحق المضمون ولا في حق الرهن ذاته، فيبقى الالتزام المضمون ويبقى الرهن كل ما هنالك أن الدائن المرتهن يفقد مرتبته وتقدمه على غيره، ولذلك ليس هناك ما يمنع من أن يقوم الدائن بإجراء قيد جديد ترتبته به من يوم إجرائه<sup>2</sup>.

ينقضي الرهن بصفة أصلية بنزول الدائن المرتهن عنه صراحة أو ضمنا، دون المساس بالدين، فالدين يبقى لأنه لو انقضى لانقضى الرهن معه بصفة تبعية لا بصفة أصلية، فيقصد بالنزول عن الرهن النزول عن الرهن

<sup>1</sup> - أنظر شوقي بناسي، مرجع سابق، ص421. أنظر أيضا منصور محمد العروسي، مرجع سابق، ص138. أنظر أيضا هوام علاوة، مرجع سابق، ص108. أنظر أيضا نص المادة 1/965 ق م ج.

« La renonciation suppose que le créancier ait la libre disposition de la créance garantie, dont la perte de la sûreté compromet le recouvrement, et la capacité d' aliéner un droit immobilier». Jean-Baptiste SEUBE, op- cit, p212.

<sup>2</sup> - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص174. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص646. أنظر أيضا تهميش رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص441.

وحده لا الدين، فيبقى الدين ديناً شخصياً بعد أن انقضى الرهن، ولذلك يكون انقضاء الرهن انقضاء بصفة أصلية لا بصفة تبعية<sup>1</sup>.

يجب لصحة النزول أن تتوافر في الدائن أهلية التنازل عن الدين نفسه، ولأن هذا التنازل يتم دون مقابل، فإنه يعد عملاً من أعمال التبرع، لذا يجب أن يكون الدائن أهلاً للتبرع بالدين، أي بالغ سن الرشد غير محجور عليه<sup>2</sup>.

**ثانياً: اتحاد الذمة كوسيلة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية:** لم يورد المشرع الجزائري هذه الحالة في القانون التجاري، ولا في المواد المتعلقة بالرهن الرسمي في القانون المدني، إلا أننا نجد أنه نصاً خاصاً في القانون المدني متعلق بانقضاء حق الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي وذلك في نص المادة 2/965 منه ينص فيها (ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب التالية: إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد). إذ يمكن لنا القياس على نص هذه المادة، والأخذ بها كوسيلة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية، وقد نص المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على هذه الحالة في نص المادة 1508 منه كما يلي (ينقضي الرهن إذا انتقلت إلى الدائن المرتهن ملكية العقار المرهون، أو انتقل إلى مالك العقار المرهون حق الرهن الرسمي).

ويعود الرهن الرسمي إذا زال سبب انتقال الحق، وكان لزواله أثر رجعي).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، في خصوص هذا النص ما يأتي (وينقضي حق الرهن باتحاد الذمة، إذا انتقلت ملكية العقار المرهون إلى الدائن المرتهن، أو انتقل حق الرهن إلى مالك العقار المرهون، فإذا زال السبب في اتحاد الذمة بأثر رجعي، كفسخ البيع الذي ملك به الدائن المرتهن العقار المرهون، عاد الرهن)<sup>3</sup>. ولكن هذا النص تم حذفه ولم يتم ذكر السبب وربما قصد إحالة ضمنية للقواعد العامة التي تملّي الأخذ بحكمه، فكما أن اتحاد الذمة سبب لانقضاء الحقوق الشخصية فهو كذلك بالنسبة للحقوق العينية<sup>4</sup>.

نستنتج مما سبق أن الرهن ينقضي باتحاد الذمة عن طريق سببان هما:

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 645. أنظر أيضاً سمير تتاغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 203. أنظر أيضاً محمد حسين منصور، النظرية العامة للاتمان، مرجع سابق، ص 353. أنظر أيضاً شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 423.

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، النظرية العامة للاتمان، مرجع سابق، ص 353. أنظر أيضاً سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 401. أنظر أيضاً همام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 544. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 647. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 174.

« En renonçant, le créancier empire sa situation; il faut donc qu' il ait la capacité d' aliéner. La renonciation est un acte unilatéral; par suite, elle n' a pas besoin d' être faite en dehors de lui, et le créancier ne peut se rétracter, lors même que l' intéressé n' y aurait point encore intérêt». Gaston CENDRIER, op- cit, p301.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 647-648.

<sup>4</sup> - أنظر همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 544.

أ- انتقال ملكية المحل التجاري المرهون إلى الدائن المرتهن: ينقضي الرهن إذا انتقلت للدائن المرتهن ملكية المحل التجاري المرهون سواء بالبيع الاختياري سواء بوصفه الراسي عليه المزاد في بيع جبري أو أن يجد الدائن المرتهن نفسه وارثاً أو موصى له به<sup>1</sup>، أو إذا اشترى المدين الراهن العين المرهونة فيصبح مالكا لحق الرهن الحيازي وللعين المرهونة<sup>2</sup>، الأمر الذي يؤدي إلى اتحاد الذمة وانقضاء الرهن بصفة مستقلة وأصلية دون انقضاء الدين.

ب- انتقال حق الرهن الحيازي لمالك المحل التجاري المرهون: كما ينقضي أيضا الرهن الحيازي للمحل التجاري بانتقال حق الرهن إلى مالك المحل التجاري المرهون، مثل ذلك أن يرث مالك المحل التجاري المرهون (الكفيل العيني) الدائن المرتهن رهنا حيازيا، فيصبح مالكا للرهن الحيازي بطريق الميراث، وهو في الوقت ذاته مالك للمحل التجاري المرهون، فينقضي الرهن الحيازي بطريق أصلي، ودون أن ينقضي الدين. ومثل ذلك أيضا أن يوصي الدائن برهنه لمالك المحل التجاري المرهون، فيصبح هذا المالك مالكا للرهن كذلك، فينقضي الرهن باتحاد الذمة، ويزول بطريق أصلي<sup>3</sup>.

ينقضي الرهن باتحاد الذمة لأنه لا فائدة لأن يكون للشخص رهن على ما يملكه، إلا أنه قد يكون للمالك مصلحة في أن يحتفظ بالرهن على المحل التجاري الذي آلت إليه ملكيته، وذلك إذا وجد على المحل التجاري رهون أخرى، حتى يمكنه الاحتجاج به في مواجهتهم خاصة إذا كان متقدما عليهم<sup>4</sup>.

لكن الرهن يعود إذا زال سبب اتحاد الذمة بأثر رجعي، كما لو فسخ العقد الذي انتقلت به ملكية المحل التجاري المرهون إلى الدائن المرتهن، أو تقرر بطلان المزاد الذي رسا عليه بمقتضاه أو بطلان الوصية أو فسخ عقد الحوالة الذي انتقل به الحق المضمون إلى مالك المحل التجاري أو تقرر إبطالها فعندئذ يعود الرهن لزوال اتحاد الذمة بأثر رجعي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 442. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 174-175. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 544-545. أنظر أيضا منصور محمد العروسي، مرجع سابق، ص 141. « Cette extinction des privilèges inscrits se produit lorsque le créancier devient propriétaire du fonds». Gaston CENDRIER, op- cit, p300.

<sup>2</sup> - هوام علاوة، مرجع سابق، ص 109.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 649. أنظر أيضا همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 545.

<sup>4</sup> - أنظر محمد حسين منصور، النظرية العامة للاتمان، مرجع سابق، ص 354. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 175. أنظر أيضا سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 204. أنظر أيضا تهميش رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 443.

<sup>5</sup> - أنظر همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 545. أنظر أيضا رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص 443. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 649 وما بعدها. أنظر أيضا سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 205. أنظر أيضا السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 232. أنظر أيضا شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 426.

## الفرع الثالث

### هلاك المحل التجاري المرهون كوسيلة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية

سبق ورأينا أن المحل التجاري المرهون قد يتعرض للهلاك سواء كان الهلاك ماديا أو قانونيا، وسواء كان بخطأ المدين الراهن أو خطأ الدائن المرتهن أو خطأ الأجنبي، ففي هذه الحالات ينقضي حق الرهن الحيازي للمحل التجاري لزوال محل الرهن بصفة أصلية، ومستقلة عن الدين المضمون لأن هذا الأخير يبقى ديناً شخصياً رغم زوال الرهن<sup>1</sup>، وقياساً على نص المادة 3/965 ق م ج<sup>2</sup> المتعلقة بانقضاء الرهن الحيازي، فإن حق الرهن الحيازي للمحل التجاري ينقضي إذا هلك الشيء المرهون (أي بهلاك المحل التجاري المرهون)، ويقصد بالهلاك هنا الهلاك الكلي الذي يؤثر في المحل التجاري، وليس الهلاك الجزئي الذي لا يؤثر في المحل التجاري، لأن في هذه الحالة الأخيرة يبقى الرهن الحيازي قائماً بالنسبة لما تبقى من المال وضامناً لكل الدين تطبيقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن، وينقضي فقط بالنسبة للجزء الذي هلك.

فإذا كان المتسبب المدين الراهن بخطئه في هلاك المحل التجاري وتلفه اعتبر مسؤولاً، أما إذا كان الهلاك أو التلف راجع لسبب أجنبي عنه ولا علاقة له به فلا يكون مسؤولاً عنه ولكن له الخيار بين تقديم تأميناً كافياً أو الوفاء بالدين إن لم يقبل الدائن المرتهن بقاء الدين بلا تأمين<sup>3</sup>.

وحسب نص المادة 900 ق م ج وقياساً عليها، فإن الرهن ينتقل بمرتبته إلى المال الذي يحل محل المحل التجاري الذي هلك أو تلف (فقد يكون مبلغ التعويض عن الضرر، مبلغ التأمين أو الثمن المقرر مقابل نزع ملكية المحل التجاري للمنفعة العامة) لأي سبب. أي أنه رغم انقضاء حق التتبع بهلاك المحل التجاري المرهون يحتفظ الدائن المرتهن بحقه في التقدم على المال الذي حل محل المحل التجاري المرهون<sup>4</sup>.

يضيف الأستاذ Gaston CENDRIER أن امتياز البائع يرد على الآلات والبضائع، وبالتالي فإنه يتحصل على القيمة المقابلة لهذان العنصران مع منح لكل واحد منهما قيمة مميزة. عكس ما هو الحال بالنسبة للدائن

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 652. أنظر أيضاً سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مرجع سابق، ص 205. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص 175. أنظر أيضاً القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، مرجع سابق، ص 489. أنظر أيضاً منصور محمد العروسي، مرجع سابق، ص 142.

Voir aussi Philippe SIMLER et Philippe DELEBECQUE, Droit civil, op- cit, p540.

<sup>2</sup> - تنص المادة 3/965 ق م ج على أنه (ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب التالية: إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون).  
Voir aussi F. LEMEUNIER, Fonds de commerce, achat, vente, gérance, 12<sup>ème</sup> éd., Delmas, Paris, 1995, p137.

<sup>3</sup> - أنظر ما قلناه فيما يخص ضمان الهلاك، ص 200 وما بعدها. أنظر أيضاً هوام علاوة، مرجع سابق، ص 111.  
<sup>4</sup> - أنظر سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية، مرجع سابق، ص 403. أنظر أيضاً منصور محمد العروسي، مرجع سابق، ص 142.

المرتهن، فباعتبار أن امتياز لا يرد على البضائع فإن له الحق فقط على التعويض عن الآلات، ويقول أيضا فيما يخص نزع الملكية للمنفعة العامة أنه يمكن لهم ممارسة حقهم على المبلغ الناتج عن التعويض<sup>1</sup>.

## الفرع الرابع

### غلق المحل التجاري المرهون كوسيلة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية

يستمر المدين الراهن في ممارسة النشاط التجاري الذي يزاوله في محله التجاري رغم كونه مشمولا بالرهن الحيازي، فسبق وأن رأينا أن طبيعة هذا العقد لا تخول للدائن المرتهن وضع يده على المال المرهون، وإنما يظل في حيازة المدين الراهن، وهذا الأخير في أغلب الأحيان يلجأ إلى إبرام هذا العقد إنما لحاجته إلى قرض لتوسيع تجارته وتفعيلها أكثر بما يسمح له تحقيق أرباح من جهة تمكنه من تنفيذ الالتزام الذي على عاتقه (رد الدين)، ومن جهة أخرى تكبر ثروته الأمر الذي يمكنه من توسيع استثماراته وزيادة استهلاكه مشبعا بذلك حاجياته.

قيد المشرع المدين الراهن من جهة أخرى رغم ما يتمتع به من ضمانات بضرورة المحافظة على المحل التجاري المرهون، واستغلاله وفقا لما خصص له وعدم القيام بأي عمل من شأنه المساس به وخاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، فبقاء المحل التجاري يعني بقاء الضمان الممنوح لدئنيه وزواله يعني زوال الضمان المقدم لهؤلاء من أجل استيفاء حقهم<sup>2</sup>.

يؤدي غلق المحل التجاري إلى زوال امتياز الدائن المرتهن والبائع<sup>3</sup>، وأسباب هذا الزوال مختلفة فقد تكون نتيجة عمل قام به المدين الراهن كعدم احترامه للسلامة العامة (مثلا عدم احترام التاجر لمعايير النظافة والحفاظ على السلع كعدم ربط الثلجة بالكهرباء ما أدى إلى فساد اللحوم ورغم ذلك قام ببيعها الأمر الذي أدى بوفاة أحد الأشخاص)<sup>4</sup>، أو عدم احترامه للأمن العمومي (كبيع مواد متفجرة) أو عدم احترامه للسكينة العامة (ككون النشاط الذي مارسه التاجر يقلق راحة السكان) أو خالف الآداب العامة، وبصفة عامة يغلق متى خالف النظام العام أو الآداب العامة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - Gaston CENDRIER, op- cit, p301. Voir aussi F. LEMEUNIER, op- cit, p137.

<sup>2</sup> - أنظر ما قلناه فيما يخص ضمانات دائني المدين الراهن، ص211 وما بعدها.

<sup>3</sup> - Gaston CENDRIER, op- cit, p299.

<sup>4</sup> - أنظر طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص164.

<sup>5</sup> - Voir dans ce sens Francis LEFEBVRE, Fonds de commerce, Vente et location- gérance, 4<sup>ème</sup> éd., Ed. Francis Lefebvre, France, 2013, p387. Voir aussi Jacques VERDEIL, La location gérance de fonds de commerce, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit, Université de Paris, 1954, p197. Voir aussi Mourice ROBINAULT, La location- gérance de fonds de commerce, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit, Université de Rennes, 1951, pp251-252.

كما يمكن أن يكون سبب الغلق نتيجة قرار صادر عن سلطة إدارية ولا يعود إلى التاجر نفسه<sup>1</sup>، فنزع ملكية المحل التجاري للمنفعة العامة في حكم الهالك هلاكاً كلياً، والهالك هنا ليس مادياً بل هو قانوني، ولكنه يأخذ تعويضاً مستقلاً من نازع الملكية طبقاً لأحكام قانون نزع الملكية<sup>2</sup>، والمحل التجاري المرهون يزول بمجرد تنفيذ قرار الغلق. كاحتكار الدولة لنشاط معين، وهي في ذلك دائماً تهدف إلى الحفاظ على الأمن العام والصحة العامة<sup>3</sup> والسكينة العامة (أي النظام العام بمختلف عناصره).

أما إذا كان الهالك مثلاً غير حالة صدور قرار إداري وكان المحل التجاري مؤمناً عليه، فإن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى ما يتحصل عليه المدين الرتهن من تعويض من شركة التأمين<sup>4</sup>.

نضيف أنه في حالة تصفية المحل التجاري فإن الرهن الحيازي ينقضي وتنتقل حقوق الدائن المرتهن إلى المال الذي ينتج من هذه التصفية<sup>5</sup>.

يحصل انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عن طريق شطب القيد، وهذا الشطب إما أن يكون إرادياً أو قضائياً، ويقوم مأمور المركز الوطني للسجل التجاري بوضع بيان بجانب القيد.

- بالنسبة للشطب الإرادي لقيد الرهن: لكي يتم انقضاء الرهن في الواقع ولكي يكون نافذاً في حق الغير يجب القيام بشطب القيد، مهما يكن سواء إرادياً أو قضائياً، يحدث الشطب الإرادي عموماً لأن الدين قد دفع، ونظراً لخطورة العملية التي تزيل الضمان دون رجعة ودون إمكانية إجراء قيد جديد، ومن أجل الحصول على الشطب يجب توفر مجموعة من الشروط وهي:

**الشرط الأول:** يشترط في الشطب الإرادي أن يكون رضا الدائن صريحاً.

**الشرط الثاني:** يشترط في الشطب الإرادي أن تكون للدائن أهلية.

**الشرط الثالث:** يشترط في الشطب الإرادي أن يكون في شكل مكتوب.

<sup>1</sup> - « En cas de fermeture ordonnée par décision administratif ». Francis LEFEBVRE, Fonds de commerce, op- cit, p387.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص752.

<sup>3</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p197.

<sup>4</sup> - Manuella BOURASSIN et Vincent BRÉMOND et Marie- Noëlle JOBARD- BACHELLIER, op- cit, p480.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 ماي 1998، أنه « يترتب عن المواد 121-13 ق التأمينات والمادة 93 من قانون 25 جانفي 1985 أن الدائن المرتهن، من جهة، يستفيد منذ حدوث الكارثة المؤثرة على المال المرهون، من الاستئثار بالتعويض التأميني، بحيث أن هذه لا تدخل في الذمة المالية للمالك الذي يخضع للتسوية القضائية، ومن جهة أخرى، أن صاحب الحق المباشر على هذا التعويض، وحده من له سلطة البث في تخصيصه. تحرق هذه المواد محكمة الاستئناف التي رفضت طلب بنك المدين الراهن التي تهدف إلى الحجز على التعويض التأميني المدفوع على خلفية حادث السيارة على أساس أنها تلقت ثمن التنازل عن السيارة التي تم إصلاحها».

Com. 12 mai 1998, n° 95-17.757, bull. Civ. IV, n° 153, p123.

<sup>5</sup> - Gaston CENDRIER, op- cit, p299.

نشير إلى نقطة مهمة تتمثل حالة ما إذا تضمن الرهن الحيازي للمحل التجاري عناصر حقوق الملكية الصناعية، فنقول بأنه في هذه الحالة أن الشطب الاتفاقي يكون أمام المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية بناء على تقديم شهادة الشطب محررة من قبل مؤمور المركز الوطني للسجل التجاري، على أن هذه الشهادة تتضمن نفس البيانات التي تتضمنها شهادة التسجيل.

- بالنسبة للشطب القضائي لقيد الرهن: يمكن شطب القيد أيضا من طرف القضاء عندما لا يوافق الدائن صاحب الامتياز أو المرتهن على الشطب، مثل حالة انقضاء الضمان أو عندما يكون القيد باطلا، فيمكن لكل شخص له مصلحة المطالبة بالشطب: مالك المحل التجاري أو الدائنين العاديين الذين لهم مصلحة في زوال قيد له مرتبة عالية<sup>1</sup>.

يجب تقديم طلب الشطب أمام المحكمة التي تم إجراء القيد في دائرة اختصاصها، وإذا كان للمحل التجاري فروع في أماكن مختلفة فإنه يتم رفعها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المقر الرئيسي للمحل<sup>2</sup>. يتم شطب القيد أيضا عن طريق القضاء في حالة الإفلاس أو التصفية القضائية<sup>3</sup>.

## الفرع الخامس

### البطلان والفسخ كوسيلتان لانقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية

يشترط عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من أجل انعقاده ضرورة توافر مجموعة من الأركان الموضوعية والشكلية، وعليه إذا غاب أحد هذه الأركان أدى ذلك إلى بطلان العقد (كمخالفة النظام العام والآداب العامة على سبيل المثال)، ومتى تحقق ذلك بطل عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.

يعتبر عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من العقود الملزمة للجانبين، بحيث يلتزم المدين الراهن بإنشاء حق الرهن على محله التجاري الذي يمكنه، في مقابل التزام الدائن المرتهن بتقديم مبلغ مالي معين له أو أي التزام آخر يمنح فيه أجل للمدين الراهن من أجل سداد دينه، ونظرا لهذا التقابل للالتزامات فإن المشرع منح الحق للمتعاقد في طلب فسخ عقد الرهن الحيازي إذا لم يوف المتعاقد معه بالتزامه، مع المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء ذلك<sup>4</sup>، وهذا ما نستنتجه من نص المادة 1/119 ق م ج التي تنص على أنه (في العقود الملزمة للجانبين، إذا

<sup>1</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, pp960-961.

<sup>2</sup> - Art. R. 143-18 C.Com. F prévoit que:« Lorsque la radiation, non consentie par le créancier, est demandée par voie d' action principale, cette action est portée devant le tribunal de commerce du lieu où l' inscription a été prise.

Si l' action a pour objet la radiation d' inscriptions prises dans des ressorts différents sur un fonds et ses secursales, elle sera portée pour le tout devant le tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve l' établissement principal».

Voir Com. 26 mai 1970, n° 69-10.947, bull. Civ. IV, n°175, p155.

<sup>3</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p961.

<sup>4</sup> - أنظر منصور محمد العروسي، مرجع سابق، ص143. أنظر أيضا هوام علاوة، مرجع سابق، ص111 وما بعدها.

لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك).

## خلاصة الفصل الثاني

نستخلص من خلال دراستنا هذه لآثار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري أن هذا العقد يمثل حصرا العقد الوحيد الذي يمثل العقود التي يمكن أن ترد على المحل التجاري غير الناقلة للملكية وغير الناقلة للحيازة، بسبب عدم انتقال الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، واستيفاء هذا العقد لأركانه الموضوعية من تراضي ومحل وسبب، ولأركانه الشكلية من كتابة ونشر يجعله عقدا تاما منشئا لآثاره القانونية.

يرتب عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري إذن التزامات على عاتق كل من المدين الراهن والدائن المرتهن، فاعتبار أن هذا العقد يرد على مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، فإن المشرع فرض التزامات جد دقيقة على الأطراف المتعاقدة، فيلتزم المدين الراهن بإنشاء حق للدائن المرتهن الذي يشبه الحق الذي ينشأه المدين الراهن للدائن المرتهن في عقد الرهن الرسمي، ولا يقتصر التزامه على هذا فقط، وإنما يمتد إلى الضمان وهذا التزام مهم جدا باعتبار أن الحيازة لا تنتقل، فعلى المدين الراهن ضمان عدم تعرضه الشخصي لحق الدائن المرتهن، وضمان التعرض القانوني الصادر عن الغير، لأن من شأن هذا التعرض أن يضر بالتأمين الممنوح للدائن المرتهن، خاصة إذا تم الاعتداء على عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية.

يلتزم المدين الراهن بالمحافظة على المحل التجاري المرهون وعدم القيام بأي عمل من شأنه الإنقاص من قيمة المحل التجاري، والاستمرار في استغلاله وفقا لما خصص له من أجل سداد الدين الذي أبرم هذا العقد ضمانا له وهو في كل هذا ملزم ببذل عناية الرجل العادي الحريص، وإلا أمكن للدائن المطالبة بسقوط أجل الدين، بينما يتمتع المدين بضمانة هامة جدا تتمثل في بقاء ملكية وحيازة محله التجاري تحت يده الأمر الذي يمكنه من الاستمرار في استثماره وتفعيله أكثر.

منح المشرع للدائن المرتهن في مقابل عدم انتقال حيازة المحل التجاري المرهون مجموعة من الضمانات من أجل حماية حقه من أي تصرف يصدر من المدين الراهن، فيستفيد الدائن من عدم سريا قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، في حالة تصرف المدين الراهن في المحل التجاري للغير بحيث يكون للدائن إمكانية تتبع هذا المحل في أي يد يكون والتنفيذ عليه ببيعه بالمزاد العلني واستيفاء دينه من ثمن البيع، ويمارس حقه بالأولوية على باقي الدائنين المرتهن التاليين له في القيد وعلى الدائنين العاديين. غير أنه يلزم بإخطار الدائنين التاليين له في القيد والعادين برغبته في التنفيذ على المحل التجاري المرهون.

تمتد آثار العقد إلى الدائنين العاديين الذين لا ترتبط حقوقهم بضمان معين من أموال المدين، فيمكن لهم أسوة بالدائنين المرتهنين المطالبة بسقوط أجل الدين والتنفيذ على المحل التجاري لاستيفاء دينهم من ثمن بيعه بالمزاد العلني.

ينقضي عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بطريقتين مثله مثل العقود الأخرى، فقد ينقضي بصفة تبعية تبعاً لانقضاء الدين الأصلي سواء بالوفاء، أو بما يعادل الوفاء، أو دون وفاء ولا بما يعادل الوفاء، أو ينقضي عقد الرهن بصفة أصلية سواء بالتطهير، البيع بالمزاد العلني، نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن، اتحاد الذمة، هلاك وغلق المحل التجاري، فيتضح لنا أن هذان التصنيفان للانقضاء لا يقتصر تطبيقهما على العقود المدنية فقط، وإنما يمتد تطبيقهما إلى العقود التجارية.

## الباب الثاني

العمليات الواردة على المحل التجاري غير  
الناقة للملكية والناقلة للحيازة

يتمتع مالك الشيء بكل السلطات التي تمكنه من استغلال ماله والانتفاع به وفقا لما يخوله له القانون، كما يحق له إبرام مختلف العقود عليه سواء كانت من عقود التصرف أم من عقود الإدارة، سواء كانت من العقود الناقلة للملكية أو غير الناقلة للملكية، بعوض أو دون عوض، وقد أشرنا في الباب الأول إلى أن هناك مجموعة من العقود الناقلة للملكية سواء بعوض أو دون عوض، بينما القسم الذي يهمننا ينحصر في العقود التي يبرمها الشخص ولكن غير ناقلة للملكية، والتي بدورها قسمناها إلى عقود غير ناقلة للحيازة والتي تنحصر في عقد واحد فقط يتمثل في عقد الرهن الحيازي نظرا لطبيعته الخاصة كما سبق وتناولناه في الباب الأول، أما القسم الثاني من هذه العمليات فيتمثل في العمليات غير الناقلة للملكية والناقلة للحيازة.

تتعدد العقود غير الناقلة للملكية والناقلة للحيازة التي يمكن للشخص إبرامها ولا تقتصر على عقد واحد، وهي تسمى بالعقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء، فأساسها يتمثل في عدم انتقال ملكية الشيء من المالك إلى شخص آخر ( المالك الجديد) رغم انتقال حيازة هذا الشيء إليه، فالمالك في هذا النوع من العقود يتنازل عن سلطته في الانتفاع بالشيء وينقلها لشخص آخر، بحيث يكون هذا الأخير هو المنتفع بالشيء محل العقد دون تملكه.

ينقسم بدوره هذا النوع من العقود حسب ما تناوله المشرع في القانون المدني إلى قسمان، يتضمن القسم الأول عقد الإيجار والقسم الثاني يتمثل في عقد العارية. ولكن يمكن لنا من جهة أخرى تقسيم هذا النوع من العقود إلى عقود غير ناقلة للملكية وناقلة للحيازة دون عوض ( العارية)، وعقود غير ناقلة للملكية وناقلة للحيازة بعوض ( عقد الإيجار).

يعتبر عقد العارية عقد من العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء دون تملكه، إذ حسب نص المادة 538 ق م ج فإن العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابلا للاستهلاك ليستعمله في غرض معين وخلال مدة زمنية معينة دون مقابل. فالمعير في هذا العقد عكس البائع في عقد البيع لا ينقل للمستعير ملكية الشيء محل العقد إلى المستعير، وإنما ينقل له فقط سلطته في استعمال هذا الشيء لفترة زمنية معينة ودون مقابل، عكس مثلا عقد البيع الذي يجب أن يكون فيه المقابل ثمن نقدي أو مال آخر كعقد المقايضة مثلا، والميزة الأخرى لعقد العارية هي التزام المستعير برد الشيء المعار، هذا الأخير يجب أن يكون غير قابلا للاستهلاك.

يتمثل النوع الآخر من العقود غير الناقلة للملكية والناقلة للحيازة بعوض في عقد الإيجار، الذي يعتبر حسب نص المادة 467 ق م ج على أنه عقد يتنازل بمقتضاه شخص يسمى المؤجر لشخص آخر يسمى المستأجر عن سلطته في الانتفاع بشيء معين خلال مدة زمنية معينة وفي مقابل بدل إيجار معلوم، وهذا النوع من العقود هو الذي يهمننا في هذا الجزء من دراستنا.

يرد عقد الإيجار على أموال ذات طبيعة مختلفة قد تكون ذات طبيعة عقارية أو منقولة، فالشخص الذي له عقار سواء كان مبنيا أم غير مبنيا مثلا يمكن له إيجاره للغير من أجل الانتفاع به، والعقار في هذا النوع من العقود

لا يتم نقله إلى المكان الذي يتواجد فيه المستأجر، وإنما هذا الأخير هو الذي ينتقل إلى مكان تواجد هذا العقار من أجل ممارسة حقه في الانتفاع به وحصوله على المنفعة التي يخولها له القانون.

بينما عقد الإيجار الوارد على المنقول يرد على مال قابل لنقله من مكان إلى آخر دون تلف عكس العقار، وهذا المنقول ينقسم إلى قسمين: مال منقول مادي ومال منقول معنوي، ويمكن أن يرد عليهما عقد الإيجار دون إشكال. فالشخص الذي لديه مال منقول مادي كالجرار مثلا يمكن له إيجاره لشخص آخر لمدة زمنية معينة وفي مقابل بدل إيجار معلوم، وفي هذا النوع من الإيجار يتم نقل هذا المال من المؤجر إلى المستأجر من أجل تمكينه من الانتفاع بهذا المال موضوع الإيجار.

يرد كذلك عقد الإيجار على الأموال المنقولة المعنوية وأهم هذه الأموال هو المحل التجاري، فهذا النوع من العقود يعتبر حديثا بالمقارنة مع عقد إيجار العقار أو المنقول المادي، وهذا راجع للظهور الحديث لهذا النوع من الأموال وحادثة الاعتراف بتواجد أموال منقولة معنوية يمكن استغلالها والتعاقد عليها.

يمكن للشخص إذن التنازل عن محل تجاري على سبيل الانتفاع به، وهناك حالتان يتم فيهما هذا التنازل، قد يتنازل به لشخص معين للانتفاع به خلال مدة زمنية معينة في مقابل بدل إيجار معلوم، ويسمى في هذه الحالة بإيجار التسيير أو التسيير الحر، كما يمكن أيضا تقديمه كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع.

يعتبر هذان النوعان من العقود الواردة على المحل التجاري محور دراستنا في هذا الباب، إلا أننا سنقتصر على عقد إيجار التسيير والإشارة إلى عقد تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع، باعتبار أن هذا الأخير تسري عليه أحكام عقد الإيجار مع بعض الاختلافات البسيطة بينهما.

## الفصل الأول

### ماهية عقد إيجار التسيير

منح المشرع لمالك المحل التجاري الحق في الاحتفاظ بملكية محله والتنازل عنه للغير عن طريق إيجار التسيير في مقابل حصوله على بدل إيجار، وتختلف الأسباب التي تؤدي به إلى اتباع هذا الأسلوب من التعاقد، فقد يكون الشخص مريضا ولا يمكن له الاستمرار في استغلال محله التجاري، أو لديه تجارة أخرى لا يستطيع تسييرها كلها، أو يتحصل على هذا المحل عن طريق الإرث وهو موظف لا تسمح له وظيفته بمزاولة النشاط التجاري، ... إلخ، ففي كل هذه الحالات وغيرها فإن الغاية التي يهدف المالك إلى تحقيقها من وراء لجوءه إلى هذه الوسيلة هي الحفاظ على ملكية المحل التجاري، وعدم تدخله في استغلال هذا المحل أي دون أن تتصرف إليه آثار التعاملات التي يجريها المستأجر المسير مع الزبائن الذين يتعاقد معهم أثناء تسييره لهذا المحل.

كما يحق للشخص أيضا تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع، وفيها أيضا تكون للمقدم صفة المؤجر (شريك) ويظل محتفظا بملكيته للمحل، وتكون للشركة صفة المستأجرة المسيرة وتلتزم بإرجاعه عند انقضاء العقد، فهي لا تمتلكه عكس الحالة التي يقدم فيها كحصة على سبيل التملك. غير أن ما يميز هذا النوع من العقد أن مقابل إيجار التسيير يعتبر حصة المؤجر الشريك في الشركة مثلها مثل الشريك الذي يقدم مبلغ نقدي أو عقار، ... إلخ، وتخضع لنفس الأحكام التي تخضع لها الحصص الأخرى في الشركة.

يظهر أن طبيعة الانتفاع تختلف من مال لآخر حسب طبيعة المال المؤجر والهدف المراد تحقيقه، فبينما يؤجر العقار في شكل مخزن مثلا لتخزين السلع، والشقة للسكن، المساحة الترابية للزراعة، ويؤجر المنقول في شكل حافلة لنقل الطلبة مثلا، والجرار للحرث، والثلاجة للتبريد، فإن المحل التجاري لا يشبه هذا ولا ذاك، فهو يتم استئجار تسييره، بمعنى يتولى المستأجر المسير مهمة تسيير هذا المال المنقول المعنوي المخصص لمزاولة النشاط التجاري باسمه ولحسابه.

نظم المشرع الجزائري عقد إيجار تسيير المحل التجاري كغيره من المشرعين في القانون التجاري وذلك ابتداء من نص المادة 203 إلى نص المادة 214 من القانون التجاري، بينما خصص لعقد تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة مادة واحدة تتمثل في المادة 117 من نفس القانون.

سنخصص هذا الفصل الأول لدراسة ماهية عقد إيجار تسيير المحل التجاري والإشارة إلى عقد تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة باعتبار أن هذا الأخير تسري عليه أحكام عقد الإيجار، نتناول في هذا الفصل مفهوم عقد إيجار التسيير (المبحث الأول) وكيفية انعقاده (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### مفهوم عقد إيجار التسيير

يرد عقد إيجار التسيير على المحل التجاري الذي سبق وقلنا أنه مال من طبيعة خاصة، تتمثل في أنه مال منقول معنوي تساهم في تكوينه العديد من العناصر المختلفة منها ما هي مادية كالآلات والأثاث ومنها ما هو معنوي كالحق في الإيجار والاسم التجاري، ... إلخ، غير أن العنصر الأساسي في تشكيله يتمثل في عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، اللذان يتوقف وجود المحل التجاري على مدى وجودهما فيه. وبالتالي فإن محل عقد إيجار العقار أو المنقول المادي أو حتى المنقولات المعنوية الأخرى نجد أنها تختلف عن محل عقد إيجار التسيير.

يتميز النشاط التجاري بالثقة والائتمان بحيث تكون الصفات التي يتمتع بها التاجر محل اعتبار لدى الكثير من الزبائن، لذلك من أجل حفاظ هذا التاجر على هؤلاء الزبائن الموجودين وجذب زبائن آخرين يعمل على تطوير نشاطه التجاري وتحسين الخدمات التي يقدمها لهم، لذلك نجد أنه عندما يريد الاحتفاظ بملكية هذا المحل يقوم

بالبحث عن التاجر الأجدر والأكفأ والأحسن والذي يتمتع بسمعة جيدة لدى الزبائن، باعتبار أن هذا المستأجر المسير سيحل مكانه في تسيير المحل التجاري الذي يستثمره لمدة زمنية معينة، وبما أن عقد إيجار التسيير ليس من العقود الناقلة للملكية فإن التاجر المؤجر تعود إليه حيازة هذا المحل بعد انقضاء العقد، وبالتالي فمن مصلحة إيجار تسييره لتاجر يستغله أحسن استغلال لكي يزيد من قيمته وليس لتاجر سيء السمعة ما يؤدي إلى الإنقاص من قيمته.

نجد أن هذه الميزة غير موجودة في العقود الأخرى كالبيع وذلك طبيعي باعتبار أن التاجر الذي يبيع محله فهو يقوم أساسا بنقل ملكيته إلى المالك الجديد، ولا يعود إليه المحل التجاري المباع إلا إذا اشتراه من مالكة الجديد، وبالتالي لا تكون هنا شخصية المشتري محل اعتبار.

سنبدأ دراستنا لهذا المبحث بالتطرق إلى تعريف عقد إيجار التسيير ومجموعة من الخصائص التي يتمتع بها هذا العقد (المطلب الأول)، ثم نحاول التمييز بينه وبين العقود الأخرى سواء تلك الواردة على المحل التجاري أم لا، وتمتد أيضا دراستنا هذه إلى التطرق إلى الأهمية التي يكتسبها هذا العقد (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### تعريف عقد إيجار التسيير وخصائصه

لما كان المستأجر في عقد إيجار العقار المبني مثلا ينتفع بهذا العقار من أجل السكن، وغير المبني لركن سيارته، وكان مستأجر المنقول المادي ينتفع بجرار لحرث الأرض، وكان المرخص له باستغلال العلامة ينتفع بهذه العلامة، فإن إيجار المحل التجاري يختلف عن هذه الحالات لأنه يرد على محل تجاري مركب من عناصر مختلفة ومخصص لمزاولة نشاط تجاري، يستوجب الاستمرار في نفس النشاط لبقاءه موجودا عكس الأموال الأخرى، ورده إلى مؤجره بعد انقضاء المدة المتفق عليها.

كما رأينا سابقا أن موضوع عقد إيجار التسيير يتمثل في محل تجاري تساهم في تشكيله عناصر مختلفة، وكل عنصر من هذه العناصر يساهم في تشكيل المحل التجاري، ولكن في نفس الوقت كل واحد منها يحتفظ بذاتيته ولا يفقدها بمجرد مساهمته في تكوين هذا المحل، وكل واحد منها يظل خاضعا للقانون الخاص به، وأن العنصر الأساسي فيه هو الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، هذا ما يجعل عقد إيجار التسيير يثير الكثير من الإشكالات.

تقتضي إذن دراستنا لعقد إيجار التسيير الوارد على المحل التجاري أو ما يسمى أيضا بالتسيير الحر التطرق إلى مختلف التعاريف التي قيلت في شأنه سواء ذلك الذي قدمه له المشرع في القانون التجاري أو التعريف الذي أعطاه لعقد الإيجار في القانون المدني مع التطرق أيضا إلى بعض التعاريف التي قدمها الفقهاء لهذا العقد (الفرع

الأول)، واستتباط الخصائص التي يتميز بها هذا العقد والتي تجعله يتميز عن مختلف العقود الأخرى لتفادي الخلط بينه وبينها (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### تعريف عقد إيجار تسيير المحل التجاري

تنص المادة 1/203 ق ت ج على أنه (يخضع للأحكام التالية، وذلك بالرغم من كل شرط مخالف كل عقد أو اتفاق يتنازل بواسطتها المالك أو المستغل لمحل تجاري عن كل أو جزء من الإيجار لمسيّر بقصد استغلاله على عهده).

نستنتج من خلال نص هذه المادة أن المشرع عرف عقد إيجار تسيير المحل التجاري على أنه كل عقد أو اتفاق يلتزم بمقتضاه مالك المحل التجاري بالتنازل عن كل أو جزء من سلطة تسيير هذا المال لشخص آخر وعلى نفقته الخاصة.

نلاحظ بالمقارنة مع التعريف الذي قدمه المشرع لعقد الإيجار في القانون المدني الذي مفاده أن الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم سواء كان هذا الأخير نقداً أو بتقديم أي عمل آخر<sup>1</sup>. إن المشرع في القانون التجاري لم يقدم تعريفاً مفصلاً لهذا العقد الذي يرد على مال منقول معنوي، بحيث نلاحظ غياب المدة الزمنية التي ينتفع بها المستأجر المسير وبدل الإيجار.

قدمت مجموعة من التعاريف لعقد إيجار التسيير تناول منها مايلي:

يعرف عقد إيجار تسيير المحل التجاري على أنه (هو العقد الذي ينعقد بين شخصين طبيعيين أو معنويين أحدهما يدعى المؤجر وهو مالك للمحل التجاري أو مستغله، والآخر يدعى بالمستأجر المسير، يمنح بمقتضاه المؤجر محله التجاري للمستأجر المسير، ليسيّره ويستغله لحسابه الخاص لمدة معينة وتحت مسؤوليته وحده مع اكتسابه صفة التاجر، ومقابل أجره أو مبلغ مالي أو نسبة من الأرباح يتفق الطرفين على تحديدها بموجب عقد رسمي)<sup>2</sup>.

يعرف عقد إيجار تسيير المحل التجاري أيضاً على أنه (اتفاق يعهد بمقتضاه مالك المحل التجاري الذي يسمى بالمؤجر استغلال محله التجاري لشخص يسمى بالمستأجر المسير الذي يستغل المحل التجاري باسمه

<sup>1</sup> - تنص المادة 1/467 ق م ج على أن (الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم).

<sup>2</sup> - طراد اسماعيل، النظام القانوني لعقد إيجار تسيير المحل التجاري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007، ص22. أنظر أيضاً مقدم مبروك، مرجع سابق، ص89.

ولحسابه وعلى مخاطره على أن يدفع مقابل الإيجار)<sup>1</sup>. وحسب الأستاذ Gervais MUBERANKIKO فإن إيجار التسيير هو طريقة لإيجار الاستغلال<sup>2</sup>.

يمكن لنا تقديم تعريف لعقد إيجار تسيير المحل التجاري وذلك انطلاقاً على ما سبق كما يلي (عقد إيجار تسيير المحل التجاري هو عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه بتمكين المستأجر المسيّر من الانتفاع بالمحل التجاري واستثمار العناصر المكونة له وتسييره لحسابه الخاص وعلى عاتقه في مقابل بدل إيجار معلوم يدفعه للمؤجر ولمدة زمنية محددة، مع ضرورة إفراغ هذا العقد في شكل رسمي لدى الموثق وإشهاره).

## الفرع الثاني

### خصائص عقد إيجار تسيير المحل التجاري

يظهر لنا من خلال التعريف الذي قدمناه لعقد إيجار تسيير المحل التجاري أن هذا العقد يمنح للمؤجر إمكانية بقاءه مالكا للمحل التجاري وحصوله على مقابل يتمثل في بدل الإيجار، في مقابل تنازله عن الانتفاع بالعناصر المكونة للمحل التجاري خلال مدة زمنية معينة، ما لا نجده في عقد الإيجار الوارد على الأموال الأخرى التي ترد على أموال غير مركبة.

يتميز إذن عقد إيجار تسيير المحل التجاري بمجموعة من الخصائص التي تجعل منه عقداً من طبيعة خاصة، ذلك لوروده على مال منقول معنوي يتكون من عناصر مختلفة بطبيعتها عن بعضها البعض، وأنه مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، وهذه الخصائص التي سنتناولها تجعله يتميز عن كثير من العقود الأخرى التي يمكن أن ترد على المحل التجاري أو على أموال أخرى كالأموال المنقولة المادية أو العقارات.

<sup>1</sup> - « La location-gérance peut être définie comme une convention par laquelle le propriétaire d' un fonds de commerce appelé bailleur ou loueur, confie, en vertu d' un véritable contrat de location, l' exploitation de fonds à une personne appelée gérant, qui exploite le fonds en son nom, pour son compte et à ses risques et périls et qui paie au propriétaire un loyer ou une redevance». Sini LAURE, op-cit, p31. Voir aussi Yves REIHARD, Droit commercial, 3<sup>ème</sup> éd., Litek, Paris, 1993, p295.

« La location-gérance de fonds de commerce est une sorte de louage d' exploitation, analogue à un bail à ferme: le gérant libre exploite pour son compte et à ses risque et périls, moyennant paiement d' un loyer ou redevance qui est souvent indexé sur le chiffre d' affaires; la qualité du commerçant passe du propriétaire au gérant». Roger HOUIN et René RODIERE et Dominique LEGAIS, op-cit, p.p97-98. Voir aussi Jack BUSSY, op-cit, p114. Voir aussi Jean Pierre LE GALL et Caroline RUELLAN, Droit commercial, 13<sup>ème</sup> éd., op-cit, p42.

« La location du fonds, dite location- gérance, est le contrat par lequel une entreprise concède la jouissance de son outil de travail à une autre entreprise qui l' exploite à son profit et à ses risques et périls». Claudine alexandre- CASELLI et autres, s/d Yves CHAPUT, Le droit des affaires, la clientèle appropriée, fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique, Litec, Paris, 2003, p283.

<sup>2</sup> - « La location- gérance c' est donc une espèce de louage d' exploitation». Gervais MUBERANKIKO, La protection du locataire- gérant en droit OHADA, L' harmattan, Paris, 2013, p24.

أولاً: عقد إيجار تسيير المحل التجاري من العقود المسماة التي ترد على الانتفاع بالشيء: إن العقد المسمى هو ذلك العقد الذي يعرف باسم خاص به لكثرة شيوعه وتداوله بين المتعاملين، كما أن المشرع يعني بوضع تنظيم قانوني خاص بهذا العقد<sup>1</sup>. ولقد نظم المشرع في الباب الثالث من الكتاب الثاني بعنوان التسيير الحر أو إيجار التسيير ابتداء من المادة 203 إلى المادة 214 من القانون التجاري، ويعتبر عقد إيجار تسيير المحل التجاري وسيلة الأشخاص في الحصول على منافع الأشياء التي يعجزون أو لا يرغبون في تملكها<sup>2</sup>. فهو عقد ينتفع فيه المستأجر بالمحل المؤجر دون أن يخول له عقد الإيجار ملكيته، بحيث يعود لصاحبه بمجرد انتهاء المدة المعينة وبانتهاء هذه الأخيرة ينقضي الانتفاع وينقضي بالضرورة العقد<sup>3</sup>.

ثانياً: عقد إيجار تسيير المحل التجاري من العقود الملزمة للجانبين: بمعنى أن عقد إيجار تسيير المحل التجاري يولد التزامات على عاتق طرفيه وهما المؤجر والمستأجر المسيّر، فالمؤجر يلتزم بتسليم المحل التجاري ويضمن له الانتفاع الهادئ خلال مدة العقد، ويلتزم المستأجر المسيّر من جهة أخرى باستغلال المحل وبذل عناية رب الأسرة الحريص، ودفع الأجرة في المواعيد المتفق عليها<sup>4</sup>، ورد المحل التجاري عند انقضاء عقد إيجار التسيير<sup>5</sup>، ويجب عليه استغلاله وفق ما هو مخصص له، وينتج عن هذا الوصف أن التزامات أحد طرفيه تعتبر سببا للالتزامات الطرف الآخر، وهذا الارتباط بين الالتزامات يجعل بطلان أو انقضاء التزام المتعاقد سببا في بطلان أو انقضاء التزام المتعاقد الآخر، وإذا ما امتنع أحدهما عن تنفيذ التزامه جاز للطرف الآخر أن يمتنع هو أيضا عن تنفيذ التزامه<sup>6</sup>، فالطرفان لهما هدف مشترك وهو إرضاء الرغبة عن طريق منح إمتياز لآخر، فبما أن المستأجر المسيّر يرضى بدفع بدل الإيجار فلأنه ينتفع بالمحل، وبالنتيجة إذا لم يكن هناك انتفاع فمقابل الإيجار لا يدفع<sup>7</sup>، كما يكون له الحق في طلب الفسخ ليتحلل من الالتزام الذي عليه اتجاه الطرف الآخر<sup>8</sup>، وبهذه الميزة يختلف عن عقد الوصية التي هي تصرف ملزم للموصي فقط دون أن يلتزم الموصى له بأي التزام اتجاه الموصي.

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، د د ن، د ب ن، 1992، ص 8. أنظر أيضا بن عودة ناجية وقماري نضرة، المدة في عقد الإيجار وفق آخر التعديلات في التشريع الجزائري، مجلة الحوار المتوسطي، جامعة الجبالي اليايس بسيدي بلعباس، المجلد 9، ع 1-2018، ص 379.

<sup>2</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع، التأمين (الضمان)، الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 657. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 13.

<sup>3</sup> - شروانة علي، الإيجار التجاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة منتوري بقسنطينة، 2012/2011، ص 9.

<sup>4</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p23.

<sup>5</sup> - أنظر سعيد الجبر، عقد الإيجار، الأحكام العامة، النسر الذهبي للطباعة، د ب ن، 2000، ص 6. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997-1998، ص 5. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 670. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 13. أنظر أيضا شروانة علي، مرجع سابق، ص 9.

<sup>6</sup> - هلال شعوة، الوجيز في عقد الإيجار في القانون المدني، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 15. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص ص 41-42.

<sup>7</sup> - « Les deux parties ont un but commun qui est la satisfaction d' un désir grâce à l' octroi d' une concession à l' autre: c' est parce qu' il accepte de verser le loyer que le locataire peut jouir de la chose. Il en résulte que si la jouissance n' a pas lieu le loyer n' est pas dû». Mourice ROBINULT, op- cit, p37.

<sup>8</sup> - هلال شعوة، مرجع سابق، ص 15. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص ص 41-42.

ثالثاً: عقد إيجار تسيير المحل التجاري من عقود المعاوضة: يعد عقد إيجار تسيير المحل التجاري من عقود المعاوضة، أو ذات العوض، حيث يحصل كل من طرفيه على مقابل لما يعطيه، فالمؤجر يحصل على الأجرة مقابلاً للمنفعة التي يقدمها للمستأجر المسير، وهذا الأخير بدوره يؤدي الأجرة لقاء تلك المنفعة التي يتحصل عليها من قبل المؤجر<sup>1</sup>، فبهذه الخاصية يختلف عقد إيجار تسيير المحل التجاري عن العارية والتي تكون دون عوض<sup>2</sup>.

رابعاً: عقد إيجار تسيير المحل التجاري من العقود الزمنية (أو عقود المدة): يعد عقد إيجار تسيير المحل التجاري من عقود المدة حيث يرتبط تنفيذه بمدة زمنية معينة، فمنفعة المحل التجاري لا تمنح للمستأجر إلا أجل معين وذلك على خلاف عقد البيع الذي تنتقل فيه ملكية الشيء نهائياً إلى المشتري. وطالما كان عقد إيجار التسيير من عقود المدة، فإنه لا يمكن الحصول على المنفعة كلها فور انعقاد العقد، وإنما يلزم الزمن ليتم الحصول عليها، لذلك إذا فسخ عقد إيجار تسيير أو أبطل فإنه لا يمكن إنكار الآثار التي تترتب على العقد قبل الفسخ أو الإبطال، فهي آثار قد تحققت وانتهت. وطالما كان عقد إيجار التسيير يرتبط بمدة معينة فهو لذلك عقد مؤقت لا يمكن أن تكون فيه منفعة المحل التجاري المؤجر تسييره قد منحت للمستأجر المسير بدون تحديد مدة زمنية معينة<sup>3</sup>، فبدون هذه الأخيرة ليس هناك إيجار<sup>4</sup>.

خامساً: عقد إيجار تسيير المحل التجاري يرد على الانتفاع بالشيء وعلى الأشياء غير القابلة للاستهلاك: إن الدور الذي يؤديه العقد هو تمكين المستأجر المسير من الانتفاع بالمحل التجاري مدة زمنية معينة، لكن لا يعطي عقد إيجار تسيير المحل التجاري للمستأجر المسير سلطة مباشرة على المحل التجاري ذاته، فحق المستأجر المسير

---

Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p23.

<sup>1</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص670. أنظر أيضاً سعيد الجبر، مرجع سابق، ص6. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص4. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص42. أنظر أيضاً هلال شعوة، مرجع سابق، ص15-16.

<sup>2</sup> - « Le louage est un contrat onéreux. Si la jouissance ne comportait pas de contrepartie financière, le contrat serait un prêt à usage ». François Xavier TESTU, Contrat d' affaires, Dalloz, Paris, 2010, p391. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, pp24-25.

أنظر أيضاً عودة ناجية وقماري نضرة، مرجع سابق، ص380.

<sup>3</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص43. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص13. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص671. أنظر أيضاً سعيد الجبر، مرجع سابق، ص7. أنظر أيضاً هلال شعوة، مرجع سابق، ص16. أنظر أيضاً زروقي خديجة، التزامات المستأجر في إيجار العقارات والمنقولات، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة وهران، 2013/2012، ص7. أنظر أيضاً كلو هشام، عقد الإيجار التجاري طبقاً للقانون رقم 02/05 المعدل والمتمم للقانون التجاري، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، المجلد 32، ع1-2018، ص471.

« إن الزمن عنصر جوهري في عقد إيجار تسيير المحل التجاري، وهو بذلك يختلف عن العقود الفورية التنفيذ التي لا يلعب فيها الزمن دوراً جوهرياً. وعنصر الزمن لا يمكن فصله عن عنصر المنفعة أو الأجرة. فالمنفعة لا تتصور ممتدة إلا في الزمان. والأجرة تحسب على أساس مدة الانتفاع. والعقود الزمنية إما أن تكون مستمرة التنفيذ أو دورية التنفيذ، ويدخل عقد إيجار تسيير المحل التجاري في طائفة العقود المستمرة التنفيذ لأن المنفعة فيه تتحقق شيئاً فشيئاً، وليس في فترات دورية كما هو الشأن في عقود التوريد مثلاً». أنظر سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص5-6.

Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p24.

<sup>4</sup> - « Sans durée il n' y a pas de louage ». Mourice ROBINAUT, op- cit, p37.

ليس حقا عينيا<sup>1</sup>، ولما كان حق المستأجر الميسر يقتصر على الانتفاع بالمحل التجاري مدة معينة حيث يلتزم برده بعد ذلك إلى المؤجر، فإنه لا يرد إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهذه التي تسمح طبيعتها بأن ينتفع بها المستأجر الميسر مدة زمنية معينة ثم يردّها إلى المؤجر، أما الأشياء القابلة للاستهلاك فإن استعمالها للمرة الأولى يؤدي لهلاكها، وبالتالي استحالة ردها، ولذلك لا تصلح محلا لعقد إيجار التسيير<sup>2</sup>.

**سادسا: عقد إيجار تسيير المحل التجاري يعتبر من أعمال الإدارة لا من عقود التصرف:** ذلك راجع إلى أن الأمر يقتصر فيه على تمكين المستأجر الميسر من الانتفاع بالمحل التجاري عن طريق استغلاله وعلى عاتقه لمدة معينة ورده إلى مالكه بعد تلك المدة، فهو وإن كان غير ناقل للملكية إلا أنه ناقل للحيازة، بحيث تعتبر هذه الأخيرة عنصر جوهرى وانعدامها يعني عدم إمكانية المستأجر الميسر من استثمار المحل التجاري بصفة مستقلة عن مالكه، وفي هذه الحالة لا يمكن لنا القول أن العقد هو إيجار تسيير، فحيازة المحل التجاري تنتقل إلى المستأجر الميسر. أما الملكية فلا تنتقل لذلك لا يعتبر من قبيل التصرف في المحل التجاري، ولكن هذا مشروط بالألا تكون مدة إيجار التسيير طويلة<sup>3</sup>.

كما أن إيجار التسيير لا ينقل حقا من ذمة المؤجر إلى ذمة المستأجر الميسر، وإنما ينشئ في ذمة المؤجر التزاما (موجبا) بتمكين المستأجر الميسر من الانتفاع بالشئ المؤجر. إضافة إلى هذا فإن التزام المؤجر إيجابى لا سلبى، فهو ملزم بأن يمكن المستأجر الميسر من الانتفاع، لا بأن يقتصر على تركه ينتفع بالمحل التجاري<sup>4</sup>، ومن جهة أخرى فهو لا ينشئ حقا عينيا للمستأجر على العين المؤجرة<sup>5</sup> والمتمثلة في المحل التجاري.

**سابعا: عقد إيجار تسيير المحل التجاري عقد شكلي:** يشترط المشرع عند إبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري أن يتم تحرير العقد في شكل رسمي، والموثق هو الشخص المخول له قانونا تحرير هذا النوع من العقود التي يشترط فيها المشرع الصبغة الرسمية، وبالتالي فما على المتعاقدان إلا الذهاب إلى الموثق من أجل تحرير عقد إيجار تسيير المحل التجاري تحت طائلة البطلان، واشترط المشرع لهذا الإجراء الجوهري هو إقرار منه بأهمية هذا العقد وخطورته، واستعباده للعقد العرفي ولمبدأ الرضائية. بحيث أن العقد لا ينعقد بمجرد تطابق إرادة المؤجر

<sup>1</sup> - « Le contrat de louage n' accorde au locataire aucun droit réel sur la chose louée elle ne lui confère qu' un droit de créance à l' encontre du propriétaire». Jean SARTY, Du contrat de gérance libre de fonds de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 1945, p13.

<sup>2</sup> - أنظر سعيد الجبر، مرجع سابق، ص7. أنظر أيضا هلال شعوة، مرجع سابق، ص16-17. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص670. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص42. أنظر أيضا سمير عبد السيد تتاغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص6. أنظر أيضا شروانة علي، مرجع سابق، ص9.

<sup>3</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص14. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص44-45. أنظر أيضا سعيد الجبر، مرجع سابق، ص7. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص325. أنظر أيضا سمير عبد السيد تتاغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص6.

<sup>4</sup> - أنظر زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج9، إيجار الأشياء - عقد الإيجار، د د ن، د ب ن، د س ن، ص6.

<sup>5</sup> - سمير عبد السيد تتاغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص6.

والمستأجر المسيّر فقط وإنما يجب إفراغه في شكل رسمي لدى الموثق، ويجب نشره في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي جريدة مختصة بالإعلانات القانونية<sup>1</sup>.

**ثامنا: عقد إيجار تسيير المحل التجاري يرد على مال منقول معنوي:** إن عقد إيجار تسيير المحل التجاري يرد على مال منقول معنوي كوحدة واحدة، فحتى وإن كان المحل التجاري يتضمن من بين العناصر المكونة له عناصر مادية إلا أن هذا لا يعني أنه يرد على منقول مادي باعتبار أن العناصر المعنوية تغطي على العناصر المادية للمحل التجاري، كما أن العناصر المعنوية خاصة عنصرى الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية هي العناصر الجوهرية في المحل التجاري، وليست العناصر المادية التي تختلف أهميتها من محل تجاري لآخر حسب طبيعة النشاط الممارس في ذلك المحل، بحيث أن هذا العقد يرد على العناصر المعنوية وليس على العقار الذي يستغل فيه<sup>2</sup>، فوجود المحل التجاري شرط لا يمكن الاستغناء عنه، وفي حالة غيابه لا يمكن لعقد إيجار التسيير أن يكون<sup>3</sup>.

فهناك من يرى أنه عندما يرفق عقد إيجار التسيير بعقد بيع العناصر التي ترتبط بالزبائن، فإن المحاكم في هذه الظروف تعتبر أنه من المستحيل على المالك استئناف نشاط محله التجاري عند انقضاء عقد إيجار التسيير، وإعادة تكييف العملية إلى عقد بيع المحل التجاري، واشتراط وجود المحل التجاري يمكننا من التفرقة بين إيجار التسيير والإيجار التجاري الوارد على العقار<sup>4</sup>.

**تاسعا: عقد إيجار تسيير المحل التجاري من العقود المبنية على الاعتبار الشخصي في جانب المستأجر:** على خلاف عقد إيجار العقار أو الإيجار الوارد على المنقولات العادية فإن عقد إيجار التسيير يأخذ بعين الاعتبار

<sup>1</sup> - نص المادة 203 ق ت ج. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص47.

Voir Jacques VERDEIL, op- cit, p27.

<sup>2</sup> - « Il est constant qu' un contrat de gérance d' un fonds de commerce porte sur un fonds pris dans tous ses éléments incorporels et non sur les locaux dans lesquels il est exploité ». CA. Nîmes 03-10- 2016. 14/05468.

« Le contrat de location- gérance d' un fonds de commerce est relatif à un bien meuble incorporel et non à un immeuble bâti ». Com. 16 fév. 1993, n° 91-13.277, bull. Civ. IV, n°63, p42. Préc. Voir aussi M. LAROUDI, La gérance libre du fonds de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 1952, p47.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 جوان 1975، أنه « من الوقت الذي تم وضع الأماكن المؤجرة تحت يد المستأجر لم يتم استغلال ولا محل تجاري ولا يوجد عملاء، وبالتالي لا وجود لعقد إيجار التسيير، والعقد يمكن تكييفه على أنه عقد إيجار أماكن مخصصة لممارسة نشاط تجاري ».

Civ. 17 juin 1975, n° 74-10.605, bull. Civ. III, n° 204, p157.

أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص46.

<sup>3</sup> - M. WEISMANN et Roger DEBLED, Achat, vente et gérance d' un fonds de commerce, 9<sup>ème</sup> éd., J. Delmas et C<sup>ie</sup>, Paris, 1982, p I8.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 07 فيفري 1995، على أنه « إذا ورد الاتفاق على عنصرى الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية والاسم التجاري، فإن العقد يكيف على أنه عقد إيجار تسيير ».

Com. 07 fév. 1995, n° 92-15.258, bull. Civ. IV, n°36, pp30-31.

<sup>4</sup> - Francis LEFEBVRE, Fonds de commerce, op- cit, p358.

شخصية المستأجر المسيّر<sup>1</sup>، فالتاجر الذي يمنح محله التجاري عن طريق إيجار التسيير لا يأخذ بعين الاعتبار المقابل المالي الذي يتحصل عليه فقط، ولكن يراعي الجانب الأخلاقي الحسن ومؤهلات ونزاهة المتعاقد معه<sup>2</sup>.

إن مستأجر تسيير المحل التجاري يجب أن يتوافر فيه دائما الاعتبار الشخصي بأن يكون تاجرا له خبرة في مجال النشاط حتى يظل المتجر قائما، لا يدركه الوهن، أو يعتريه الفساد<sup>3</sup>، لأن المالك لا يقبل إيجار تسيير محله التجاري إلا إذا كانت له ثقة في المستأجر حتى يطمئن على المحافظة على عناصر المحل<sup>4</sup>، ينتج عن اعتبار أن عقد إيجار تسيير المحل التجاري من عقود ذات الاعتبار الشخصي أن المستأجر المسيّر لا يحق له التنازل عن المحل التجاري محل العقد وإنما يجب عليه أن يستغله بنفسه، باستثناء الموافقة الصريحة من المالك، ويفسخ عقد إيجار التسيير بقوة القانون بمجرد وفاة المستأجر المسيّر أو إفلاسه<sup>5</sup>.

من جهة أخرى الاعتبار الشخصي اتجاه المؤجر لا يؤخذ بعين الاعتبار، فالشخص مالك المحل التجاري مختلف تماما عن المستأجر المسيّر، وهذا الأخير لا يفقد حقوقه في حالة بيع المحل التجاري<sup>6</sup> أو انتقال ملكيته إلى الغير بأي سبب كان<sup>7</sup>.

**عاشرا: عقد إيجار تسيير المحل التجاري ذو صفة تجارية:** اختلف الفقه في مدى تجارية عقد إيجار تسيير المحل التجاري من عدمه، وذلك بالنظر إلى طبيعة العمل هل هو عمل تجاري أصلي أم تباعي، وإلى صفة المؤجر والمستأجر أثناء إبرامهما هذا العقد، فقد يكون المالك أثناء إبرامه عقد إيجار التسيير تاجرا وقد يكون شخصا مدنيا، نفس الأمر يكون بالنسبة للمستأجر المسيّر.

يرى جانب من الفقه أن عقد إيجار استغلال المتجر يعتبر عملا تجاريا أصليا بالنظر إلى محل العقد، بحيث أن الأعمال التجارية ذكرت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر وبالتالي يمكن إضافة أعمال تجارية

<sup>1</sup> - Com. 01 déc. 1969, n° 66-14.239, bull. Civ. IV, n° 357, p331.

أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص47.

<sup>2</sup> - Gérard AZEMA, La gérance du fonds de commerce, Delmas, Paris, 1993, p22. Voir aussi Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p31.

<sup>3</sup> - أحمد محمد محرز، مرجع سابق، ص322.

« Le commerçant qui donne son fonds de commerce en location le fait, non seulement en considération des redevances qu' il va percevoir, mais aussi des qualités morales, de la compétence et de l' honnêteté de son cocontractant». Gérard AZEMA, op- cit, p22.

<sup>4</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p364. Voir aussi Gérard AZEMA, op- cit, p22.

<sup>5</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p25.

« Par conséquent la location- gérance est non susceptible de cession, il appartient au locataire-gérant de l' exploiter lui- même en personne». Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p31.

« Il s' ensuit, spécialement, que le décès du locataire- gérant emporte de plein droit la résiliation de la location- gérance». Olivier BARRET, op- cit, p225.

أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص48.

<sup>6</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p364. Voir aussi Gérard AZEMA, op- cit p22.

<sup>7</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص325-326. أنظر أيضا أحمد محمد محرز، مرجع سابق، ص322. أنظر أيضا سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص168.

جديدة<sup>1</sup>، ومن بينها عقد إيجار تسيير المحل التجاري، وهذا العقد يمثل للمستأجر المسير عقد تجاري لأنه يمكنه من اكتساب الصفة التجارية إن لم يكن قد اكتسبها من قبل<sup>2</sup>.

في حين ذهب رأي آخر إلى أن إيجار تسيير المحل التجاري يعتبر عملا تجاريا بالتبعية، فهو بالنسبة للمؤجر آخر عمل يقوم به متعلقا باستغلال تجارته، لأنه يتنازل عن استغلال محله التجاري للمستأجر المسير، أما بالنسبة للمستأجر فهو أول عمل يقوم به متعلقا بشؤون تجارته<sup>3</sup>.

أما إن قام مالك المحل التجاري بإيجار تسيير محله التجاري الذي انتقل إليه عن طريق الإرث أو الوصية ولم يسبق له أن مارس نشاطا تجاريا، فإن هذه العملية تعد مدنية بالنسبة له<sup>4</sup>.

أما موقف المشرع الجزائري فهو واضح في هذا الشأن، حيث أضفى الصبغة التجارية على كل العقود المتعلقة بالمحلات التجارية مهما كانت طبيعتها ولم يفرق بينها سواء كانت ناقلة للملكية أو غير ناقلة للملكية وسواء كانت بعوض أو دون عوض، وهذا ما نستنتجه من استقراء نص المادة 4/3 ق ت ج التي تنص على أنه (يعد عملا تجاريا بحسب شكله: العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية).

وعليه يمكن لنا القول أن عقد إيجار تسيير المحل التجاري من العقود التي تدرج ضمن نص المادة 4/3 ق ت ج، وعليه يعتبر إبرام هذا العقد عملا تجاريا بحسب شكله.

وفيما يخص المستأجر المسير فحسب نص المادة 2/203 ق ت ج فإنه يكتسب دائما الصفة التجارية ويعتبر تاجرا ويلتزم بالقيود في السجل التجاري ويمسك الدفاتر التجارية وبصفة عامة يخضع لأحكام القانون التجاري<sup>5</sup>. أما فيما يخص المؤجر فقد تكون له صفة التاجر وهي الحالة التي يكون فيها مزاولا لنشاط تجاري<sup>6</sup> قبل إبرام عقد إيجار التسيير، وقد لا يكون للشخص الصفة التجارية عند إبرام عقد إيجار التسيير، ولكنه بمجرد إبرامه

<sup>1</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص166. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص324-325.

<sup>2</sup> - Francis LEFEBVRE, Fonds de commerce, op- cit, p360.

<sup>3</sup> - أنظر علي حسن يونس، مرجع سابق، ص325. أنظر أيضا عبد الرزاق جاجان وعبد القادر برغل وعمر فارس، مرجع سابق، ص303. أنظر أيضا بوراس لطيفة، إيجار استغلال المحل التجاري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008/2007، ص50.

Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p29.

<sup>4</sup> - أنظر عبد الرزاق جاجان وعبد القادر برغل وعمر فارس، مرجع سابق، ص303. أنظر أيضا سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص166. أنظر أيضا أحمد محمد محرز، مرجع سابق، ص322.

« Toutefois le contrat peut conserver un caractère civil pour le propriétaire du fonds lorsque sans être lui-même commerçant, il l' a reçu par succession, légat ou donation; et l' a donné en gérance libre sans l' avoir jamais exploité». M. LAROUDI, op- cit, p33.

<sup>5</sup> - تنص المادة 2/203 ق ت ج على أنه (يكون للمستأجر المسير صفة التاجر ... إذا كان الأمر يتعلق بمؤسسة ذات طابع حرفي وهو يخضع لكل الالتزامات التي تنجم عن ذلك، كما يجب عليه أن يمثل حسب الأحوال لأحكام هذا القانون المتعلقة بالسجل التجاري).

<sup>6</sup> - « ... Le propriétaire reste commerçant, alors même qu' il a donné son fonds en gérance». Jean SARTY, op- cit, p29.

لهذا العقد يكتسب الصفة التجارية، وبالتالي يكون العقد تجارياً حتى في مواجهة الشخص الذي اكتسب ملكية المتجر بالإرث أو الوصية أو الهبة، فالمهم في نظر القانون هو العمل ذاته<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### تمييز عقد إيجار التسيير عن مختلف العقود الأخرى المشابهة له وأهميته

يتميز عقد إيجار تسيير المحل التجاري أنه يمكن المستأجر المسيّر من الانتفاع بعناصر المحل التجاري المشمولة بعقد إيجار التسيير خاصة عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية المكونان للمحل التجاري انتفاعاً مؤقتاً ليس أبدياً، وليس تبرعاً، وإنما يحدث ذلك في مقابل بدل إيجار معلوم يدفعه المستأجر المسيّر للمؤجر، يتم إفراغ العقد في شكل رسمي أمام الموثق ما يستبعد إمكانية تحريره من قبل المؤجر والمستأجر المسيّر، فالموثق يمنح الصبغة الرسمية لهذا العقد.

يمثل عقد إيجار التسيير نموذجاً للعقود غير قابلة للاستهلاك فإذا كان عقد بيع سلع معينة يكون الهدف منه استهلاكها وزوالها بالاستعمال الأول أو أكثر، فإن المحل التجاري بالعكس من ذلك لا يزول بالاستغلال، وإنما قد تزيد قيمته عند الرد لتتعدى القيمة التي تسلمها عليها المستأجر المسيّر أول مرة.

تظهر لنا من هنا أن لهذا العقد أهمية كبيرة في الحياة التجارية للتاجر، سواء المؤجر الذي يمنح إيجار التسيير أو المستأجر المسيّر الذي تنتقل له سلطة الانتفاع بهذا المال الخاص.

سنحاول أولاً التطرق إلى تمييز عقد إيجار تسيير المحل التجاري عن مختلف العقود الأخرى (الفرع الأول)، على أن نختم هذا المطلب بإبراز الأهمية التي يتمتع بها هذا العقد سواء من ناحية الحياة التجارية للمؤجر والمستأجر، والمساوئ التي يمكن أن تؤثر فيه (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### تمييز عقد إيجار التسيير عن مختلف العقود الأخرى المشابهة له

يجب من أجل إعطاء تكييف صحيح لعقد إيجار تسيير المحل التجاري عدم الاعتماد على ما تعطيه الأطراف المتعاقدة كتسمية له، وإنما يجب العودة إلى ما يتضمنه العقد من أحكام<sup>2</sup>، وبالرجوع إلى ما تناولناه في خصائص عقد إيجار التسيير نجد حقيقة أن هذا العقد له من الخصائص ما يجعله يتميز عن العقود الأخرى، وتجعله عقداً من طبيعة خاصة.

<sup>1</sup> - طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 51.

<sup>2</sup> - Com. 8 fév. 1972, n° 70-13.978, bull. Civ. IV, n° 53, p53.

تتمثل النقطة الأساسية في هذا العقد في عدم تصرف المؤجر في ملكية المحل وإنما التصرف فقط في حق انتفاعه، مع بقاءه يتمتع بالصفة التجارية دون استغلاله للمحل ودون أن تمتد إليه الآثار المترتبة عن المعاملات التي يجريها المستأجر المسيّر، مع حصوله على مقابل إيجار التسيير.

سنحاول في هذا الفرع التمييز بين عقد إيجار التسيير وبعض العقود الأخرى.

**أولاً: تمييز عقد إيجار التسيير عن عقد الإدارة البسيطة:** إن مالك المحل التجاري قد يباشر النشاط التجاري بنفسه وفي هذه الحالة لا يثار أي إشكال، ولكن في بعض الحالات الأخرى للاستمرار في النشاط التجاري ولتجنب غلق محله التجاري الذي يحقق له أرباحاً، يعهد مهمة إدارة هذا المحل لأحد الأشخاص والذي يعمل تحت إشرافه. والأسباب التي تؤدي به إلى اتباع هذه الوسيلة كثيرة قد تكون راجعة إلى حالته المرضية التي لا تسمح له بممارسة النشاط التجاري، أو في حالة ما إذا آلت إليه ملكية المحل التجاري عن طريق الإرث أو الهبة<sup>1</sup> ومركزه القانوني أو صفته مثلاً تمنعه من مزاوله نشاط تجاري ككونه موظفاً مثلاً أو محامياً.

وعليه الإشكال المطروح هو حول مركز أو صفة هذا الشخص الذي يتعاقد مع مالك المحل التجاري هل له صفة العامل أم يعتبر وكيلًا عن التاجر؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية سنميز بين الحالة التي يكون فيها هذا الشخص عاملاً لدى التاجر، والحالة التي يكون فيها وكيلًا عنه.

**أ- استغلال المحل التجاري عن طريق العامل أو الأجير Le gérant salarié:** وهو كل عقد يعهد بمقتضاه مالك المحل التجاري مهمة تسيير محله التجاري إلى أحد عماله، بحيث يبقى هو على رأس نشاطه التجاري ويدفع أجره العامل الذي يستخدمه في محله التجاري ويتعامل مع الغير، ففي هذه الحالة نقول أن العقد الذي يربط مالك المحل التجاري والعامل هو عقد عمل<sup>2</sup>. وعليه وبما أن نتائج المشروع تعود على التاجر صاحب المتجر الذي يتحمل الخسائر وتضاف الأرباح إلى ذمته، دون المأجور، فإن هذا الأخير لا يكتسب صفة التاجر ولا يلتزم

<sup>1</sup> - François GAUDIN, La location- gérance du fonds de commerce selon la loi du 20 mars 1956, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit, Université de Paris, 1958, pp7-8.

« ... Soit parce qu' il ne le veut pas, étant mineur au mement où il en hérite, soit parce qu' il ne veut plus, ayant pris sa retraite». Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p381.

<sup>2</sup> - « ... Elle s' oppose à la mise en gérance salariée qui est le contrat par lequel le propriétaire d' un fonds en confie la gérance à l' un de ses salariés... le propriétaire du fonds reste en titre à la tête de son commerce et se borne à payer un salaire à son gérant dont il répond à l' égard des tiers; la gérance salariée est un contrat de travail». Paul DIDIER, Droit commercial, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, France, 2001, p17. Voir aussi Jack BUSSY, op-cit, p114. Voir aussi Yves GUYON, Droit des affaires, Tome1, 12<sup>ème</sup> éd., Economica, Paris, 2003, p765. Voir aussi Roger HOUIN et René RODIERE et Dominique LEGAIS, op-cit, p97. Voir aussi Pierre ZARKA, Responsabilité des bailleurs de fonds de commerce envers les créanciers de leur locataire, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit d' Aix, Université d' Aix-Marseille, 1942, p27.

أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص ص28-29.

بالتزامات التجار ولا يخضع لنظام شهر الإفلاس، على خلاف رب العمل الذي يظل تاجراً<sup>1</sup>، ومسؤولاً عن التسيير السليم للعامل ويتعرض لوحده للإفلاس<sup>2</sup>، ومن بين الالتزامات الأساسية التي تقع على رب العمل هو دفع الأجر الذي وعد به العامل، ولكن ليس شرطاً أن يتضمن الأجر مبلغاً محدداً يدفع كل شهر وإنما يحدد ويدفع بطرق أخرى كأن يحدد بنسبة الأرباح المحققة<sup>3</sup>.

ينتهي عقد العمل بين المالك والمدير بحلول الأجل المتفق عليه سواء أكان هذا الأجل معيناً أم غير معين كحالة بيع المتجر، أما إذا كان العقد غير محدد المدة جاز لكل من الطرفين إنهاؤه في أي وقت، على أن يلتزم كلا منهما بمراعاة مدة إخطار سابق، وتزايد هذه المدة بازدياد أهمية العمل المسند إلى المدير، وتتنطبق في هذه الحالة أحكام الفصل التعسفي من جانب رب العمل، والفسخ لعدم تنفيذ أحد الطرفين للالتزامات، ينتهي العقد بموت العامل نظراً لقيام العقد على الاعتبار الشخصي<sup>4</sup>، حالة القوة القاهرة أو مرض خطير أصاب العامل فمن المؤكد أنه بالنسبة له سبب مقنع ليترك مستخدمه<sup>5</sup>.

يمكن لنا القول إذن أنه إذا كان المدير يتلقى الأوامر من المالك ويخضع لسلطانه وإشرافه ومراقبته خضوعاً كاملاً، اعتبر العقد عقد عمل<sup>6</sup>.

ب- استغلال المحل التجاري عن طريق الوكيل **La gérance-mandat**: قد يلجأ التاجر صاحب المتجر - عند استغلاله متجره - إلى شخص لإدارته بمقتضى عقد وكالة **un contrat de mandat**، وليس عقد عمل، ويطلق على هذه الإدارة **La gérance-mandat**، ويلجأ التاجر إلى هذه الوسيلة عندما يرغب في فتح فروع لتجارته فيعهد بإدارتها إلى مدير مستقل يطلق عليه مدير الفرع **Gérant succursaliste** أو المدير غير المأجور **le gérant non salarie**<sup>7</sup>.

فالمتعاقدين على إدارة المحل التجاري تربطه علاقة وكالة بالمالك وليس عقد العمل، فالوكيل يتمتع بحرية أكثر واستقلالية واسعة في إدارة المحل، فيحق له إبرام عقود عمل أي استخدام عمال جدد أو إبرام صفقات ويظهر أن الوكيل يتمتع بسلطة واسعة فيما يخص أعمال الإدارة لكن تحدد أعمال التصرف من قبل صاحب المتجر، ومن ثم

<sup>1</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص116-117. أنظر أيضاً مصطفى كمال طه ووائل بندق، مرجع سابق، ص686. أنظر أيضاً أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص561 وما بعدها. أنظر أيضاً فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص284. أنظر أيضاً مقبولجي عبد العزيز، مرجع سابق، ص150.

Voir aussi M. LAROUDI, op- cit, p13. Voir aussi Michel PEDAMON et Hugues KENFACK, op- cit, p288.

<sup>2</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p17.

<sup>3</sup> - Paul CENDRE, Etude juridique sur la gérance salariée des fonds de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 1930, p86.

<sup>4</sup> - أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص565.

<sup>5</sup> - Paul CENDRE, op- cit, p127.

<sup>6</sup> - سعيد يوسف البستاني وعلي شعلال عواضة، الوافي في أساسيات قانون التجارة والتجار، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص527-528. أنظر أيضاً مصطفى كمال طه ووائل بندق، مرجع سابق، ص685. أنظر أيضاً أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص559.

<sup>7</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص117.

يختلف عن المستخدم الذي يخضع لإشراف رب العمل ورقابته ويتلقى منه التعليمات<sup>1</sup>، ولكن حتى وإن كان يتمتع بهذه السلطة إلا أن الموكل يظل دائما مالكا للمحل التجاري ويتحمل المخاطر المرتبطة باستغلاله<sup>2</sup>.

يجب على هذا المدير الذي تربطه مع مالك المحل التجاري عقد الوكالة احترام بنود العقد بحيث تكون له صفة الوكيل، أما المالك فتكون له صفة الموكل، فلا يجوز له تجاوز السلطات الممنوحة له في العقد وأن ينفذ هذه الالتزامات بحسن نية ويبدل عناية الرجل العادي لتحقيق الأهداف المسطرة وعدم القيام بأي عمل من شأنه أن يضر بمصالح الموكل.

إلا أن مقتضيات المعاملات التجارية تخضع لمتغيرات اقتصادية، وتقلبات السوق غير المتوقعة، الأمر الذي يؤدي بالمدير إلى الخروج عن حدود عقد الإدارة، بل قد يخالف تعليمات صاحب المتجر بسبب هذه الظروف الطارئة، ونرى في مثل هذه الحالات إعمال نص المادة 2/575 ق م ج التي تجيز للوكيل استثناء أن يخرج عن الحدود المرسومة للوكالة إذ تقضي بأنه (لكن يسوغ له أن يتجاوز الحدود إذا تعذر عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل حالا بتجاوزه حدود الوكالة).

نرى أن مقتضيات المرونة والسرعة في التعامل هما من سمات المعاملات التجارية، تجيز الخروج عن حدود الإدارة في الظروف التي أشرنا إليها، دون تفرقة بين مخلفات التعليمات التي تقع بتغيير طريقة الإدارة فحسب، والتجاوز كلية عن حدود عقد الإدارة، طالما كانت الظروف هي، بحيث يفترض معها أن صاحب المتجر ما كان إلا ليوافق على تصرفات المدير، كما لو كانت هناك بضائع راکدة وأخرى تالفة وكانت خارجة عن عقد الإدارة، ولم يستطع صاحب المتجر أثناء إدارته المباشرة تصريفها، ثم لاحت للمدير فرصة بيعها حينما عثر على مشتر مناسب فباعها بسعر لائق، فإن بيع المدير لهذه البضائع يكون صحيحا على الرغم من خروجه عن حدود عقد الإدارة<sup>3</sup>. ولكنه يكون مسؤولا في حالة تجاوزه لحدود سلطته وألحق بالموكل أو بالغير ضررا ومسؤوليته قد تكون مدنية<sup>4</sup> أو جزائية<sup>5</sup> حسب طبيعة وجسامة الفعل المرتكب من طرفه.

<sup>1</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص284. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص29.

« L' exploitation peut aussi être confiée à un gérant mandataire que l' on appelle dans la pratique gérant non salarié parce qu' il est lié par un contrat de mandat et non par un contrat de travail, ou gérant succursaliste parce qu' il gère une succursale de commerce d' alimentation ou de chaussures ou de coopérative». Roger HOUIN et René RODIERE et Dominique LEGEAIS, op-cit, p97. Voir aussi Jack BUSSY, op-cit, p114.

<sup>2</sup> - Michel PEDAMON et Hugues KENFACK, op- cit, p289.

<sup>3</sup> - أحمد محمد محرز، مرجع سابق، ص ص313-314. أنظر أيضا أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص562.

<sup>4</sup> - قد يهمل الوكيل في تسديد ديون الأشخاص الذين تعامل معهم بمناسبة إدارته المحل التجاري الأمر الذي يجعل هؤلاء يرفعون دعوى قضائية ضد الموكل ويطالبونه بشهر إفلاسه، الأمر الذي يضر بسمعة التاجر وانصراف العملاء عنه، الأمر الذي يعرضه لأضرار قد تؤدي به إلى الغلق النهائي لمحلته التجاري.

<sup>5</sup> - تكون أمام هذه الحالة عندما يرتكب الوكيل أثناء إدارته للمحل التجاري جريمة يعاقب عليها القانون كخيانته للموكل وتبديده لعناصر المحل التجاري المستغلة في المحل التجاري محل عقد الإدارة، ففي هذه يمكن متابعة الوكيل جزائيا عن هذا السلوك الذي قام به.

يلتزم المدير بتقديم حساب للموكل عن الأعمال التي يقوم بها والمتعلقة بإدارة المحل التجاري الذي يديره<sup>1</sup>، رغم ذلك فهو لا يعتبر تاجرا ولا يكتسب الصفة التجارية لأنه لا يمارس النشاط التجاري باسمه ولحسابه، ولا يتحمل مخاطر النشاط التجاري فهو يعمل باسم ولحساب الموكل<sup>2</sup>. عكس الموكل الذي يظل تاجرا لأن النشاط التجاري يمارس باسمه ولحسابه فكل الآثار تنصرف إليه، ويعتبر العقد بالنسبة له عملا تجاريا بالتبعية تطبيقا لنص المادة 1/4 ق ت ج التي مفادها أن كل عمل يقوم به التاجر ويكون متعلقا بممارسة تجارته أو حاجات متجره يعد عملا تجاريا بالتبعية.

يلتزم مالك المتجر بأداء الأجر للمدير حسب الاتفاق المبرم بينهما، ويغلب أن يكون أجر الوكيل مبلغا من النقود يصرف على فترات دورية، أو بنسبة مئوية من حجم الأعمال، وتطبق على الأجر وحمائته كافة القواعد العامة التي تنظم الأجر، ويلتزم المالك بتعويض المدير عن ما دفعه من مصروفات لازمة للاستغلال، ك شراء البضائع أو دفع أجور العمال أو إصلاح المهمات وما إلى ذلك<sup>3</sup>.

يجوز للمالك ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك أن يمارس تجارة مماثلة لموضوع المتجر الذي يدار لحسابه ولو على مقربة من هذا المتجر، غير أنه إذا كان المدير يتقاضى نسبة من الأعمال أو الأرباح، فإن قيام المالك بمباشرة تجارة مماثلة قد ينتقص من نصيب المدير، ومن ثم يجوز له أن يطلب المالك بتعويضه عن هذا النقص الذي يقع إثباته على عاتق المدير<sup>4</sup>.

أما بالنسبة للغير بصفة عامة فإن تصرفات المدير تنصرف إلى الموكل وذلك تطبيقا لعقد الوكالة، على أن يقوم المالك بإعلام الغير بأن محله التجاري يديره الوكيل نيابة عنه. أما بالنسبة لدائني المالك فإن عقد الوكالة (أو الإدارة) لا يؤثر على حقوقهم، إلا إذا اشترط الدائن صراحة على مالك المتجر أن يستغل بنفسه المحل التجاري وإلا سقط الأجل، وذلك إذا كان الاعتبار الشخصي للمالك هو سند الائتمان، ودافع الدائن إلى إقرضه والتعامل معه، ذلك أن سمعة التاجر في سداد التزاماته في انتظام ويسر تعتبر من أهم الإجراءات الوقائية للحد من المخاطر الائتمانية قبل منح الائتمان<sup>5</sup>.

ينتهي عقد الوكالة أو الإدارة حسب القواعد العامة بانتهاء الأجل أو اتمام المهام الموكلة للوكيل أو بعزله أو بعدول الموكل، كما تنقضي أيضا بوفات الوكيل أو الموكل نظرا لقيام العقد على الاعتبار الشخصي.

<sup>1</sup> - تنص المادة 577 ق م ج على أنه (على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها).

<sup>2</sup> - Michel PEDAMON et Hugues KENFACK, op- cit, p289.

أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص31.

<sup>3</sup> - أحمد محمد محرز، مرجع سابق، ص316. أنظر أيضا أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص561. أنظر أيضا سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص117.

« Le mandat étant en pricipe gratuit, les tribunaux se sont reconnu le pouvoir de réduire le montant de la rémunération qui aurait pu être promise au mandataire». Paul CENDRE, op- cit, p32.

<sup>4</sup> - أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص562. أنظر أيضا أحمد محمد محرز، مرجع سابق، ص316.

<sup>5</sup> - أحمد محمد محرز، مرجع سابق، ص316-317. أنظر أيضا أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص563-564.

نشير إلى أن قيام مالك المحل التجاري بالتعاقد على إدارة محل التجاري عن طريق الوكالة لا يمنعه من التعاقد عليه بمختلف العقود الأخرى.

نستنتج من خلال دراستنا لأحكام الإدارة البسيطة أنها طريقة لإدارة المحل التجاري سواء عن طريق العامل أو الوكيل، فالمالك يظل دائما مالكا للمحل التجاري وكل الآثار تتصرف إليه، وهو وحده من يتحمل الخسائر ويتحصل على الأرباح. أما العامل فهو مجرد مستخدم يتلقى الأوامر والتوجيهات من المالك ويعمل تحت إشرافه ويربطهما عقد عمل، وبصفة عامة فإن قانون العمل هو الذي ينظم العلاقة بينهما.

أما بالنسبة للوكيل فنجد سلطته أوسع من العامل فهو يتمتع بنوع من الاستقلالية في الإدارة، إلا أنه لا يكتسب الصفة التجارية ولا يعتبر تاجرا وأحكام عقد الوكالة هي التي تطبق، بينما يظل المالك مالكا للمحل التجاري ومتمتعا بالصفة التجارية.

أما إيجار تسيير المحل التجاري فحتى وإن كانت الملكية تبقى للمالك والحيازة تنتقل إلى المستأجر المسيّر، إلا أن هذا الأخير لا يربطه بالمالك لا عقد العمل ولا عقد الوكالة، بل هو عقد إيجار حقيقي وارد على مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، يتمتع فيه المستأجر المسيّر بالاستقلالية الكاملة في الاستغلال دون تدخل المؤجّر، كما أنه يكتسب الصفة التجارية ويلتزم بالتزامات التجار، على أن يدفع للمؤجّر بدل الإيجار المنفق عليه وارجاع المحل التجاري عند انقضاء عقد إيجار التسيير بالحالة التي كان عليها وقت التسليم، وسن فصل في هذه الالتزامات عندما ندرس آثار عقد إيجار التسيير.

يمكن التمييز بين الأجير والوكيل من حيث درجة الاستقلالية التي يتمتع بها المسيّر، فإذا كان تابعا قانونا لمالك المحل فإن المسيّر يعتبر أجيرا (أو عاملا)، أما إذا كان يتمتع ببعض الاستقلالية في التسيير ونشيت وقت عمله فإنه وكيل<sup>1</sup>.

**ثانيا: تمييز عقد إيجار تسيير المحل التجاري عن حالة تسييره عن طريق متصرف مؤقت Administrateur provisoire** قد يحدث في بعض الحالات أين يتم منح تسيير المحل التجاري لمتصرف مؤقت بمقتضى قرار قضائي، والمثال على ذلك أثناء مباشرة إجراءات البيع الحبري للمحل التجاري، أو أثناء مباشرة إجراءات الطلاق أو تصفية الميراث، أو تواجد المالك في استحالة الاستغلال أو حالة وجود المحل التجاري في نزاع، فالمتصرف له فقط سلطات مؤقتة ومحددة في إدارة المحل التجاري؛ ولا يتمتع بالصفة التجارية لأنه يسيّر المحل التجاري لصالح المعنيين بالأمر<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p456.

<sup>2</sup> - « Parfois la gestion du fonds de commerce peut être confiée à un administrateur provisoire par décision judiciaire, par exemple pendant une procédure de vente forcée du fonds de commerce, ou pendant une procédure de divorce ou de liquidation successorale, ou si le propriétaire est dans l'impossibilité d'exploiter, ou si le fonds fait l'objet d'un litige. L'administrateur n'a que des

أما عقد إيجار تسيير المحل التجاري يسيره المستأجر المسيّر بناء على عقد إيجار التسيير وليس بناء على قرار قضائي، ولحسابه الشخصي، ولمدة محدد وبدل إيجار معلوم، كما أنه يتمتع باستقلالية الاستغلال ويكتسب الصفة التجارية ويعتبر تاجرا ويخضع للقانون التجاري.

**ثالثا: تمييز عقد إيجار التسيير عن عقد الإيجار التجاري:** يتشابه عقد إيجار تسيير المحل التجاري والإيجار التجاري في أن كلا العقدان ينظمان أهم عناصر عقد الإيجار وهي تمكين المستأجر المسير من الانتفاع بالعين المؤجرة، الأجرة والمدة. كما يخضعان لإجراءات شكلية تحت طائلة البطلان. إلا أنهما يختلفان في نقطة أساسية تتمثل في العين المؤجرة، فعقد الإيجار التجاري هو عقد إيجار عقار وفقا لما تحدده المادة 169 إلى 202 ق ت ج، أما عقد إيجار التسيير فهو برد على محل تجاري وتسري عليه المواد من 203 إلى 214 من نفس القانون<sup>1</sup>.

**رابعا: تمييز عقد إيجار التسيير عن عقد البيع:** يكمن الاختلاف بين إيجار التسيير والبيع في الهدف والطبيعة، فمن حيث الهدف من العملية القانونية في إيجار تسيير المحل التجاري هو تمكين المستأجر المسير من الانتفاع بالعين المؤجرة لمدة زمنية معينة. أما الهدف من العملية القانونية في البيع هو نقل ملكية شيء أو حق مالي آخر لقاء ثمن نقدي. فعقد إيجار التسيير ينشئ حق شخصي في الانتفاع بالشيء يقابله التزام شخصي متعلق بالشيء، أما عقد البيع فإنه ينشئ حق شخصي في نقل الملكية يقابله التزام بإعطاء أو التزام نقل حق عيني متعلق بالشيء.

أما من حيث الطبيعة فإن عقد إيجار التسيير يعتبر نموذجا للعقود الزمنية، بينما عقد البيع يعتبر نموذجا للعقود الفورية، فالزمن عنصر جوهري في قياس أداءات الطرفين في عقد إيجار التسيير وذلك بخلاف عقد البيع<sup>2</sup>.

نشير في هذا المقام إلى أن عقد الإيجار الوارد على المنقول المادي أو العقار قد يختلط مع عقد البيع في حالات معينة، وسنحاول أن نبين ذلك مع محاولة القياس على عقد إيجار تسيير المحل التجاري كما يلي:

**- الحالة الأولى:** التعاقد على منتوجات الأرض: قد يتفق مالك الأرض على إعطاء شخص آخر حق الحصول على ما تنتجه هذه الأرض مثل حق استخراج معادن من منجم أو أحجار من محجرة أو الحصول على فاكهة بستان، أو كلاً مرعى، أو محصول أرض زراعية، في هذه الأمثلة يثور التساؤل عن طبيعة هذا الاتفاق، هل هو

---

pouvoirs provisoires et limités de gestion; il n' a pas la qualité de commerçant car il gère pour le compte des intéressés». Roger HOUIN et René RODIERE et Dominique LEGAIS, op-cit, p97.

<sup>1</sup> - أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص32 وما بعدها.

<sup>2</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص20. أنظر أيضا سمير عبد السيد تتاغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص8. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص8. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص62. أنظر أيضا علي نجيدة، مرجع سابق، ص ص11-12.

« La location- gérance est considérée comme la poursuite de l' exploitation du fonds sous une forme particulière». Georges RIPERT et René ROBLOT, Traité de droit commercial, Droit fiscal des affaires, par Patrick CERLOOTEN, 5<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J, Paris, 1997, p711.

« Au cas de mise en gérance, le loueur concerne par définition la propriété du fonds, dont il concède simplement l' exploitation au locataire- gérant». Olivier BARRET, op- cit, p227.

بيع للمنتجات (المعادن أو الأحجار أو المحاصيل...) أم هو إيجار للأرض ويكون انتفاع المستأجر بها عن طريق الحصول على هذه المنتجات<sup>1</sup>؟

يتمثل الرأي الذي استقر عليه القضاء الفرنسي في ضرورة التمييز بين المحصولات والثمار، فالمحصولات هي التي يؤدي استخراجها إلى الانتقاص من أصل الشيء، كاقنتاع أحجار من محجرة مثلا، والعقد الوارد على هذه المحصولات يعتبر بيعا لها وليس إيجارا للأرض سواء كان المقابل فيه مبلغا معيناً أو محسوباً على أساس الزمن<sup>2</sup>، لأن البيع في هذه الحالة لا يرد على منفعة متجددة<sup>3</sup>.

أما الثمار تعد ناتجة عن الشيء بصفة دورية منتظمة دون أن يؤدي الحصول عليها إلى الانتقاص من الشيء ذاته، فالعقد الذي يرد على هذه الثمار فقد يكون بيعاً إذا لم يقم صاحب الأرض بتسليم الأرض إلى المشتري، وإنما اقتصر فقط على تسليمه ثمار الأرض، ولا يلتزم المشتري في هذا العقد بأية مصروفات خاصة بالزراعة. وقد يكون مثل هذا العقد إيجاراً للأرض خاصة إذا قام صاحبها بتسليم الأرض إلى المستأجر للانتفاع بها، وحيث يلتزم الأخير بمصروفات الزراعة، وقد يحدث أن يشترك المؤجر في هذه المصروفات ولا يؤثر ذلك في طبيعة العقد<sup>4</sup>.

إن هذا المعيار لا يمكن أن يكون سليماً في جميع الحالات، إذ لا مانع يمنع أن يرد البيع على ثمار العين دون أن يلتزم المالك بتمكين الطرف الآخر أخذ غلة العين، فكثيراً ما يمنح مالك الأرض لآخر حق أخذ ما تنتجه الأرض من قمح وشعير أو قطن، دون أن يقوم هناك أدنى شك على أن العقد بيع وليس إيجاراً، كما يمكن أن يكون العقد إيجاراً رغم وروده على الحاصلات، إذا كان أخذ هذه الحاصلات هو الطريق الطبيعي لاستغلال العين<sup>5</sup>.

فالعبارة إذا بنية المتعاقدين، هل أرادوا بيعاً أو إيجاراً، وتتخذ الظروف الخارجية قرائن قضائية على هذه النية، وقاضي الموضوع هو الذي يستخلص من هذه القرائن ومن غيرها دلالة لتقديره، وتقديره موضوعي لا يخضع لرقابة

<sup>1</sup> - سعد الجبر، مرجع سابق، ص9. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص8.

<sup>2</sup> - سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص8. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص9. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص63. أنظر أيضاً طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع - دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي، ج1، دار الحامد، عمان، 2010، ص62. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص36. أنظر أيضاً إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، عقد البيع - دراسة مقارنة، ج8، دار الوليد، د ب ن، 1995، ص54. أنظر أيضاً محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص14.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص7.

<sup>4</sup> - رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص63. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص8. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص9. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص27. أنظر أيضاً إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص54-55. أنظر أيضاً محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط4، مرجع سابق، ص14.

<sup>5</sup> - طارق كاظم عجيل، مرجع سابق، ص65.

محكمة النقض. أما التكييف القانوني للعقد بعد استخلاص نية المتعاقدين الواقعية، فمسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض<sup>1</sup>.

أما فيما يتعلق بإيجار تسيير المحل التجاري فإن المؤجر لا يقوم ببيع العناصر المكونة للمحل التجاري، وإنما يظل هو مالكةا، ويقوم بالتنازل عن تسيير هذه العناصر للمستأجر المسير خلال مدة زمنية محددة مقابل بدل إيجار على نفقته، أي يتحمل المستأجر المسير مخاطر هذا الاستثمار يتحصل على الأرباح وينفرد بها لوحده كما يتحمل الخسائر لوحده، كما أنه يلتزم عند انقضاء مدة عقد إيجار التسيير برد المحل التجاري إلى المؤجر، وعليه لا يمكن تطبيق أحكام منتوجات الأرض على المحل التجاري.

هناك معيار آخر يقوم على أساس كيفية الوفاء بالمقابل، فإذا اتفق الطرفان على دفع المقابل دفعة واحدة كان العقد بيعا، أما إذا كان سيدفع على أقساط دورية كان العقد إيجار تسيير، لأن الأجرة في عقد إيجار التسيير عادة تدفع بصورة دورية. لكن هذا المعيار لم يسلم من النقد، فالثمن في عقد البيع قد يكون مقسطا يدفع في مواعيد دورية كل شهر أو كل سنة مثلا، كما أن الأجرة في عقد إيجار التسيير قد تدفع جملة واحدة في بداية مدة الإيجار مثلا<sup>2</sup>.

إن الأخذ بهذا المعيار على إطلاقه ليس صحيحا، إذ لا يوجد ما يمنع في نطاق عقد البيع أن يكون الثمن على أقساط، كما لا يمنع أيضا في نطاق عقد إيجار التسيير أن تكون الأجرة المتفق عليها بين الطرفين دفعة واحدة<sup>3</sup>.

يقول رأي آخر يجب النظر إلى نطاق حقوق المتصرف إليه، فإذا كانت له كل ثمار الأرض كان العقد إيجارا، أما إذا كان التصرف واردا على جزء محدود من الثمار كان العقد بيعا، وتطبيقا لهذا حكمت محكمة النقض الفرنسية أن العقد يعتبر بيعا لثمار أشجار الفلين المستقبلية ولو سماه المتعاقدان إيجارا، طالما أن المالك احتفظ لنفسه بالحق في استعمال الأرض محل العقد للسكن والمرعى<sup>4</sup>.

إن هذا المعيار كسابقه لا يقدم حلا دقيقا للمسألة التي نحن بصددتها، إذ لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتم إيجار الأرض إلى الغير على أن تقتصر منفعة المستأجر على بعض نواحي الأرض دون البعض الآخر. فلا يوجد مثلا ما يمنع من أن يؤجر بستان على أن تقتصر منفعة المستأجر على زراعة الشعير بين أشجاره لترعاها ماشيته.

<sup>1</sup> - إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص55.

<sup>2</sup> - أنظر سعد الجبر، مرجع سابق، ص11. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص8. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص63. أنظر أيضا إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص56. أنظر أيضا محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط4، مرجع سابق، ص14-15.

<sup>3</sup> - أنظر طارق كاظم عجيل، مرجع سابق، ص62-63.

<sup>4</sup> - سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص8-9. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص10.

كما لا يوجد مانع أن يعتبر العقد بيعا وهو يرد على كل ثمار الأرض، مثال ذلك أن يبيع مالك بستان جميع ثمار بساتينه<sup>1</sup>.

نشير في هذه النقطة إلى أنه لا يمكن تطبيق هذا الحكم على عقد إيجار تسيير المحل التجاري، باعتبار أن المالك لا يمكن له التصرف في جزء من المحل التجاري محل العقد، ولو فعل ذلك يعتبر متعرضا للمستأجر المسير، فالمحل التجاري يتكون من مجموعة من العناصر المختلفة بطبيعتها والتي تخدم بعضها البعض، إلا إذا كان العنصر محل التصرف لم يدرج ضمن العناصر المشمولة بعقد إيجار التسيير وتصرف المالك فيه لا يضر بالمستأجر المسير، ففي هذه الحالة لا مانع من تصرف المالك في هذا العنصر.

يقول رأي آخر بوجود التمييز بين ما إذا كان المتصرف هو الذي يقوم بما يلزم لإنضاج الثمار فيكون العقد بيعا، أو أن الطرف الآخر هو الذي يقوم بذلك فيكون التصرف إيجارا وأساس هذا المعيار أن المستأجر هو عادة الذي يتعهد العين المؤجرة بالعناية لكي يحصل على المنفعة المتفق عليها<sup>2</sup>.

صحيح أن عقد الإيجار ينشئ التزاما في ذمة المستأجر بالقيام بالأعمال اللازمة للحصول على غلة العين، ولكن ليس ثمة ما يمنع في نطاق البيع أن يتفق البائع مع المشتري على أن يقوم هذا الأخير بالأعمال اللازمة لنضج المحصول وحصاده، ويخصم ما أنفقه في هذا السبيل من الثمن المسمى في العقد، حيث لا يغير هذا الاتفاق من طبيعة العقد شيئا<sup>3</sup>.

إن المستأجر المسير هو الذي يقوم بتسيير المحل التجاري على نفقته وعلى عاتقه وهو الذي يسعى لجذب الزبائن والتعامل معهم لتحقيق الأرباح، ولا يتدخل المؤجر أبدا في تسيير المحل التجاري ولا في التعامل مع الزبائن أثناء فترة عقد إيجار التسيير.

يرى البعض الآخر أن العبرة بنية المتعاقدين، هل أرادا بيعا أو إيجار تسيير، وتتخذ الظروف الخارجية قرائن قضائية على هذه النية، وقاضي الموضوع هو الذي يستخلص من هذه القرائن ومن غيرها دلالتها، وتقديره هذا موضوعي لا معقب عليه من محكمة النقض، فقد يؤجر المالك محله التجاري لمستأجر مسير في مقابل أجره دورية فيكون العقد إيجار تسيير لا بيعا، وتسري أحكام إيجار التسيير، وكل هذا يختلف تماما عن الأحكام الخاصة بعقد البيع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - طارق كاظم عجيل، مرجع سابق، ص ص63-64.

<sup>2</sup> - سعد الجبر، مرجع سابق، ص ص10-11. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص28.

<sup>3</sup> - طارق كاظم عجيل، مرجع سابق، ص65. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص ص10-11. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص28.

<sup>4</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص28. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص ص63-64.

لم يسلم هذا الرأي أيضا من الانتقاد، بحيث أنه إذا كان صحيحا أن العبرة بنية المتعاقدين، فإنه لا مجال لإعمال هذه النية إذا اصطدمت بأحكام القانون، وبتعريفه للبيع والإيجار المدني وبالقانون التجاري الذي يتضمن إيجار التسيير وتحديدهم لعناصرهما. أما بالنسبة للإيجار فلا شك أن مثل هذا العقد الوارد على الحاصلات سوف يؤدي بلا شك إلى التأثير في الشيء ذاته بالانتقاص وفي النهاية بالنفاذ، ومثل هذا العقد لا يرد إذن على المنفعة وإنما وفي النهاية على أصل الشيء ولذلك لا يمكن أن يعد إيجارا وإنما هو عقد بيع<sup>1</sup>.

ظهر معيار آخر يقوم على أساس كيفية تحديد المقابل، فإذا تم تحديد المقابل الذي يلتزم بدفعه المتصرف إليه إلى صاحب الأرض على أساس مبلغ معين للطن من القمح أو الفحم مثلا كان العقد بيعا. أما إذا تم تحديد المقابل دون أن يؤخذ بنظر الاعتبار كمية الثمار التي يجنيها المستفيد من الأرض، أو كمية المعادن والأحجار التي يستخرجها مكتسبها، كان العقد إيجارا.

إن هذا المعيار كسابقه لا يسلم من النقد، إذ ليس ثمة ما يمنع من أن يحدد الثمن في نطاق عقد البيع دون الأخذ بنظر الاعتبار ما يأخذه المستأجر من منفعة العين، ولا يغير ذلك في الحالتين من طبيعة العقد شيئا<sup>2</sup>.

نقول أنه باعتبار كون المحل التجاري مال منقول معنوي فإنه لا يمكن أن يكون محلا لعملية الكيل أو القياس، ويتم حساب بدل الإيجار بالنظر إلى عدة اعتبارات، كموقع المحل التجاري، النشاط الممارس، رقم الأعمال المحققة، مدة عقد الإيجار، ولا يمكن بأي حال من الأحوال معرفة الأرباح التي سيحققها المستأجر المسير خلال مدة عقد إيجار التسيير. كما أنه عند عملية البيع يتم الاعتماد على هذه المعايير أيضا لتحديد قيمة المحل التجاري.

الحقيقة أن المعايير السابقة التي قيل بها لتكييف العقد في الحالة التي نحن بصددنا كلها معايير نسبية قد تصدق في كثير من الحالات أو بعضها لكنها لا تصلح معيارا مطلقا، والمعول عليه في تكييف العقد في هذه الحالة هو القصد الحقيقي للمتعاقدين، والمعايير السابقة ما هي إلا قرائن تدل على هذا القصد، والأمر في النهاية متروك لتقدير القاضي يفصل في كل حالة على حده حسب ظروفها وملابساتها<sup>3</sup>، وهو في هذا يخضع لرقابة محكمة النقض، فالتكييف كما مر بنا سابقا مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا<sup>4</sup>.

**الحالة الثانية: البيع بالإيجار:** يمكن تعريف البيع الإيجاري بأنه اتفاق المتعاقدين على إيجار شيء معين لمدة معينة مقابل أجر معين، على أن يكون المستأجر إذا أوفى بالتزاماته جميعا أن يمتلك المأجور في نهاية العقد حيث تعد الأجرة التي دفعها أقساط للثمن، مما يعني أن العقد يبدأ إيجار وينتهي بيعا بين الطرفين، وحتى يحكم ستر البيع بالإيجار من قبل الطرفين يتفقان في بعض الحالات على أن يزيد الثمن قليلا على مجموع الأقساط، فتكون الأقساط

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 64.

<sup>2</sup> - طارق كاظم عجيل، مرجع سابق، ص 66.

<sup>3</sup> - سعد الجبر، مرجع سابق، ص 11. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 37-38.

<sup>4</sup> - طارق كاظم عجيل، مرجع سابق، ص 66.

التي يدفعها المشتري هي أقساط الأجرة لا أقساط الثمن، فإذا وفاها جميعا ووفى فوق ذلك مبلغا إضافيا يمثل الثمن انقلب الإيجار بيعا باتا<sup>1</sup>.

لم يتناول المشرع الجزائري هذا النوع من العقود في القانون التجاري، إلا أن هذا لا يمنع من تطبيقه في القانون التجاري، بحيث يمكن لمالك المحل التجاري عند إبرامه لعقد إيجار التسيير أن يتفق مع المستأجر المسيّر على أن يمتلك هذا الأخير المحل التجاري عند انقضاء عقد إيجار التسيير، في مقابل زيادة نسبة معينة من الثمن.

سنحاول تبيان آراء الفقهاء حول تكييف هذا العقد، حيث ذهب رأي إلى اعتبار العقد إيجارا وبيعا في نفس الوقت، فهو إيجار معلق على شرط فاسخ وبيع معلق على شرط واقف. والشرط هو قيام المنتفع بالوفاء بكافة الأقساط في مواعيدها، فإذا تحقق الشرط انفسخ الإيجار وأنتج البيع أثره مستندا إلى وقت انعقاده. وإذا تخلف الشرط تأيد الإيجار نهائيا وامتنع على البيع أن ينتج أي أثر، وتخلف الشرط يعني الإخلال بدفع الأجرة ويترتب جواز فسخ الإيجار واحتفاظ المؤجر بالأقساط التي قبضها باعتبارها أجرة مستحقة عن مدة انتفاع المستأجر بالشيء.

يؤخذ على هذا الرأي أنه يعتبر العقد الواحد إيجارا وبيعا في نفس الوقت وقابلا لأن يتحول إلى بيع فقط أو إيجار فقط حسب الأحوال، ويعد ذلك أمرا مخالفا للقواعد العامة في التعاقد<sup>2</sup>. كما أنه إذا فسخ الإيجار لتحقق الشرط الفاسخ، وهو الوفاء بكامل الأقساط فإنه لن يكون للفسخ أثر رجعي إذ الإيجار من عقود المدة ما ذهب منه لا يعود، ويستحق المؤجر الأقساط مقابل الانتفاع بالشيء المدة السابقة، ويترتب على ذلك أن يكون البيع بغير ثمن، وهذا لا يجوز إذ البيع بغير ثمن لا ينقل الملك فهو باطل<sup>3</sup>.

إن هذه العقود في حقيقتها بيع، ومصالحة البائع في وصفها بأنها إيجار هي ضمان حصوله على الثمن، لأنه قبل سداد الثمن يعتبر المشتري مبددا إذا تصرف هو في الشيء ويخضع لعقوبة خيانة الأمانة. وكذلك إذا أفلس المشتري جاز للبائع أن يسترد الشيء من التقلية باعتبارها مالكا له<sup>4</sup>. ومن ناحية أخرى فإن اعتبار العقد إيجار

<sup>1</sup> - نفس المرجع، ص 57. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص 11-12. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 9. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 65. أنظر أيضا علي نجيدة، مرجع سابق، ص 13. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 38.

تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 23 أبريل 2001، الذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك على أنه (البيع بالإيجار صيغة تسمح الحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب). المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 23 أبريل 2001، الذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، ج ر ج ج، ع 25 الصادر بتاريخ 2001/04/29.

<sup>2</sup> - محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 40. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص 12. أنظر أيضا علي نجيدة، مرجع سابق، ص 15. أنظر أيضا محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط 4، مرجع سابق، ص 15.

<sup>3</sup> - علي نجيدة، مرجع سابق، ص 15. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 40-41.

<sup>4</sup> - سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 9-10. أنظر أيضا علي نجيدة، مرجع سابق، ص 14. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص 12. أنظر أيضا طارق كاظم عجيل، مرجع سابق، ص 57. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 39.

يؤدي إلى أنه في حالة فسخ العقد لعدم الوفاء بالأقساط المتفق عليها كان لمالك الشيء أن يحتفظ بما قبضه من أقساط بوصفه أجرة استحقاقها مقابل انتفاع الطرف الآخر بالشيء<sup>1</sup>.

أما موقف المشرع الجزائري يظهر في نص المادة 363 ق م ج التي مفادها أن العقد يعتبر بيعا حتى لو أعطى له المتعاقدان صفة الإيجار، كما أجاز أيضا للمالك أن يشترط في حالة تأجيل ثمن البيع أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع. أما إذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزء منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط، وإذا وفي المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع<sup>2</sup>.

يختلف عقد إيجار تسيير المحل التجاري عن عقد البيع بالتقسيط في أن الأول يسترد فيه المالك المحل التجاري على الرغم من دفع المستأجر الميسر لمقابل الإيجار بانتظام خلال سريان العقد، أما في حالة البيع بالتقسيط فإن المحل التجاري يدخل في الذمة المالية للحائز إذا قام هذا الأخير بدفع أقساط الثمن في المواعيد المحددة لذلك، وفي حالة عدم الوفاء بالثمن كاملا يمكن حل العقد ويدخل المحل في ذمة البائع. كما أن الهدف من البيع بالتقسيط هو تمكين الحائز من تملك المحل التجاري عن طريق دفع الثمن على مراحل، أما عقد إيجار التسيير هو تمكين المستأجر الميسر من الانتفاع بالمحل التجاري<sup>3</sup>.

نشير في هذه النقطة إلى أن الفقه لم يتناول هذه الحالات في القانون التجاري فيما يخص عقد إيجار التسيير، ولكن عدم تناولها لا يعني عدم إمكانية القياس عليها لدراسة عقد إيجار تسيير المحل التجاري باعتباره مال منقول معنوي، وتطبيق أحكام القانون المدني في هذا الشأن كلما كانت خادمة للموضوع.

**خامسا: تمييز عقد إيجار التسيير عن حق الانتفاع:** سبق وقلنا أن عقد إيجار تسيير المحل التجاري هو ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه مالك المحل التجاري بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمحل التجاري على عاتقه خلال مدة زمنية معينة وببديل إيجار معين. أما حق الانتفاع هو الحق العيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير، بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع الذي يجب أن ينتهي حتما بموت المنتفع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص39.

<sup>2</sup> - « يعرف البيع بالتقسيط على أنه ذلك البيع الذي يتم فيه تسليم المبيع فورا على أن يتم دفع الثمن على أقساط دورية، وإذا ما تأخر المشتري عن دفع أحد الأقساط في موعد استحقاقه حلت جميع الأقساط الأخرى وجاز للبائع المطالبة بها دفعة واحدة». معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص121.

<sup>3</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p57.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، حق الانتفاع والارتفاق، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص1201. أنظر أيضا ندين محمد مشوشي، حق الانتفاع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص29. أنظر أيضا علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص90.

يشبه حق المنتفع حق المستأجر المسير فكل من المنتفع والمستأجر المسير ينتفع بشيء لا يملكه ولمدة معينة<sup>1</sup>، إلا أن هذان الحقان يختلفان عن بعضهما البعض من عدة نواحي نذكر منها:

يعبر إيجار التسيير عن علاقة حق شخصي، فالمستأجر المسير له حق متعلق بالشيء لا يمكن أن يصل إليه إلا عن طريق المؤجر، فالمؤجر ملتزم بتمكينه من الانتفاع بالشيء بما يستلزمه ذلك من تسليم العين المؤجرة في حالة تصلح معها لأن تقي بما أعدت له، علاوة على أنه يضمن جميع ما يوجد في العين من عيوب تحول دون الانتفاع بها. بينما حق الانتفاع يعتبر حقا عينيا، فالمنتفع له حق على الشيء، له سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من الحصول على المنافع والمزايا التي يخولها له مضمون حقه دون وساطة من أحد<sup>2</sup>، وهو بهذا الوصف يتمتع بخصائص معينة لا تتوفر في الحقوق الشخصية فهو حق مطلق يحتج به على الكافة من حيث مضمونه وممارسة سلطاته (يجب أن يبقى ضمن إطار حسن النية والغاية التي من أجلها منح هذا الحق)، بينما الحق الشخصي يعتبر حقا نسبيا يقتصر مفعوله على أطراف العلاقة. فالسلطة التي يمارسها المنتفع على الشيء مباشرة ودون واسطة أحد هي نافذة تجاه الجميع، بينما الرابطة الشخصية لها الصفة النسبية وتظل آثارها مقتصرة على طرفي العلاقة<sup>3</sup>.

إن حق الانتفاع قد يرد على عقار أو على منقول كما يرد على أشياء مادية- سواء أكانت قابلة أو غير قابلة للاستهلاك، ويرى بعض من الفقه أن حق الانتفاع قد يمتد أيضا إلى الأشياء المعنوية طالما يخول للمنتفع منفعة اقتصادية<sup>4</sup>. أما عقد إيجار التسيير يرد على مال منقول معنوي يتمثل في المحل التجاري.

ينتهي حق الانتفاع حتما بموت المنتفع فلا يبقى حق الانتفاع بعد موت المنتفع، بل يرجع إلى مالك الرقبة فتعود لهذا ملكية العين كاملة، ولكن هذا لا يعني أنه يجب أن يدوم طوال حياة المنتفع، فقد يحدد له أجل قصير أو طويل، ومتى انتهى الأجل المحدد انتهى حق الانتفاع ولو قبل موت المنتفع. ولكن إذا مات المنتفع قبل انقضاء الأجل، فإن حق الانتفاع ينتهي حتما<sup>5</sup>. والحكمة من ذلك هو أنه يحمل الملكية بعين ثقيل من شأنه أن يحد من حركة وتداول المال ويؤثر ذلك سلبا على الوضع الاقتصادي، فلا مالك الرقبة ولا المنتفع يمكنهما التصرف بالملكية الكاملة طيلة المدة المحددة للانتفاع بالمال، لذا ارتأى المشرع أن ينهي هذا الوضع بموت المنتفع حتى تجتمع

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص21. أنظر أيضا زهدي يكن، مرجع سابق، ص21.

<sup>2</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص13. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص1201. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص110. أنظر أيضا ندين محمد مشموشي، مرجع سابق، ص53 وما بعدها.

<sup>3</sup> - ندين محمد مشموشي، مرجع سابق، ص55-56.

<sup>4</sup> - علي فيلاي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص91. أنظر أيضا زهدي يكن، مرجع سابق، ص22. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص1201-1202. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص109.

<sup>5</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص1203-1204. أنظر أيضا زهدي يكن، مرجع سابق، ص21. أنظر أيضا ندين محمد مشموشي، مرجع سابق، ص62.

الملكية بكامل عناصرها بيد مالك الرقابة وحده<sup>1</sup>. وهذا بخلاف حق المستأجر الميسر فهو لا ينتهي بموت المؤجر، بل بوفاة المستأجر الميسر باعتبار أن عقد إيجار التسيير من العقود ذات الاعتبار الشخصي، وينقضي أيضا بالأسباب العامة كانهاء المدة.

إن حق المنتفع قد يكون بعوض أو بغير عوض، أما حق المستأجر الميسر فهو دائما بعوض. أيضا حق المنتفع يكون مصدره أي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية فيما عدا الميراث، أما حق المستأجر الميسر فمصدره دائما العقد<sup>2</sup>.

**سادسا: تمييز عقد إيجار التسيير عن عقد الإيجار من الباطن:** سبق وقلنا أنه ليس للمستأجر إلا حق شخصي قبل المؤجر، ولكنه يستطيع التصرف في هذا الحق بالبيع والهبة وغيرها من التصرفات، وله أيضا أن يرهنه رهنا حيازيا وأن يؤجره وأن يعيره، وما هذا إلا تطبيق للقواعد العامة التي تجيز التصرف في الحقوق الشخصية كما تجيز التصرف في الأعيان، فالمستأجر في كل ذلك إنما يتصرف في حق شخصي له في ذمة المؤجر<sup>3</sup>. فجرت العادة أن يقوم المستأجر بعقد إيجار من الباطن، والذي يمكن تعريفه على أنه عقد بين المستأجر وشخص ثالث بمقتضاه يؤجر الأول للثاني العين التي سبق له استئجارها ويسمى المستأجر في هذه الحالة بالمستأجر الأصلي، أما الشخص الثالث فيسمى المستأجر من الباطن، وعلى ذلك فالذي يحدث في هذه الحالة هو إبرام عقد إيجار جديد مستقل عن عقد الإيجار الذي تم بين المستأجر الأصلي والمؤجر<sup>4</sup>، وقد يتطابق في شروطه مع عقد الإيجار الأصلي وقد يختلف عنه في أمور كمبلغ الأجرة أو مدة العقد أو شروطه<sup>5</sup>، وينقضي حتما بانقضاء عقد الإيجار الأصلي<sup>6</sup>. أما عقد إيجار تسيير المحل التجاري هو قيام المالك بإيجار تسيير محله التجاري لشخص آخر يسمى بالمستأجر الميسر لمدة زمنية معينة وبمقابل معين ويقع على عاتق المستأجر تبعية الاستغلال.

<sup>1</sup> - أنظر ندين محمد مشموشي، مرجع سابق، ص 63. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 1204.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 21. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 109-110. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 19.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، نفس المرجع، ص 661.

<sup>4</sup> - سعد الجبر، مرجع سابق، ص 232. أنظر أيضا جنادي جيلالي، عقد الإيجار التجاري وتجديده فقها وقضاء في القانون التجاري الجزائري، مطبعة الثقة، د ب ن، 2009، ص 15. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 267. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 662-663. أنظر أيضا سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في امتداد عقد الإيجار، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 268-269.

« La mise en location gérance d' un fonds de commerce ne constitue pas une sous-location ». Civ. 19 mars 2008, n° 07-11.805, bull. Civ. III, n° 54, p50.

<sup>5</sup> - جنادي جيلالي، مرجع سابق، ص 17. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 268. أنظر أيضا محمد أحمد عابدين، مرجع سابق، ص 17. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 665.

<sup>6</sup> - محمد المنجي، الامتداد القانوني لعقد الإيجار في المساكن والمحللات التجارية والأراضي الزراعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989، ص 19.

نستنتج من خلال ما سبق أن عقد إيجار تسيير المحل التجاري يتشابه مع عقد الإيجار من الباطن في أن كلاهما يعتبر عقد، وأن في كلاهما المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة لمدة زمنية معينة وبمقابل، على أن يتم إرجاعها بعد انقضاء العقد<sup>1</sup>. كما أنهما يعتبران من عقود الإدارة وليس من عقود التصرف غير أنهما يختلفان في عدة مواطن نذكر منها:

- إن عقد إيجار تسيير المحل التجاري يرد على مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع يتكون من عناصر مادية ومعنوية، وليس المقصود هنا حق الإيجار الذي يعد عنصرا من عناصر المحل التجاري، فهو عقد يربط مالك العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري ومالك المحل التجاري، فقيام هذا الأخير باستئجار تسيير محله التجاري للمستأجر الميسر لا يعني إيجار من الباطن، فهذا الأخير قد يرد على عقار أو منقول مادي<sup>2</sup>.

- إن عقد إيجار تسيير المحل التجاري تكون العلاقة بين مالك المحل التجاري والمستأجر الميسر وتخضع لأحكام عقد إيجار التسيير وليس هناك شخص ثالث، بينما عقد الإيجار من الباطن تبقى العلاقة بين المؤجر والمستأجر الأصلي خاضعة لأحكام عقد الإيجار الأصلي وتسري على العلاقة بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن أحكام عقد الإيجار من الباطن، فلا ينشئ العقد علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمؤجر الأصلي<sup>3</sup>.

**سابعاً: تمييز عقد إيجار التسيير عن عقد العارية:** تنص المادة 538 ق م ج على أن (العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الاستعمال).

---

يرى الدكتور عبد الحميد فهم الطنبولي أن «إشراك المستأجر لشخص آخر معه في المحل التجاري أو المصنع أو المكان الذي يزاول فيه حرفته أو مهنته، إيجاراً من الباطن أو تنازلاً عن الإيجار، وبالتالي لا يقوم عقد الإيجار إلا لصالح المستأجر وحده دون شريكه». عبد الحميد فهم الطنبولي، التصرف في حق الإيجار - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، د س ن، 2005، ص 211.

<sup>1</sup> - أنظر طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 35.

<sup>2</sup> - « Le contrat de sous- location porte sur un local: immeuble corporel. Au contraire, la location porte sur un meuble incorporel: le fonds de commerce. En d' autre termes, la location- gérance n' est pas une sous- location, dont l' objet principal est la jouissance d' un local. Cette jouissance n' est que la conséquence accessoire de la location- gérance». F. LEMEUNIER, Fonds de commerce, Achat et vente et exploitation et gérance, 17<sup>ème</sup> éd., Delmas, Paris, 2007, p192. Voir aussi M. LAROUDI, op- cit, p19.

أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 42 وما بعدها.

<sup>3</sup> - محمد أحمد عابدين، التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن في ضوء القانون 4 لسنة 1996 والقوانين الاستثنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د س ن، ص 15. أنظر أيضا عبد الحميد فهم الطنبولي، مرجع سابق، ص 256-257. أنظر أيضا أنور طلبية، عقد الإيجار، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1998، ص 423 وما بعدها. أنظر أيضا في العلاقة بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن، العلاقة بين المستأجر الأصلي والمؤجر والعلاقة بين المستأجر من الباطن والمؤجر. أحمد عبد الحكيم أحمد العناني، تصرف المستأجر في منفعة العين المستأجرة في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، د ب ن، 2001، ص 165 وما بعدها. أنظر أيضا نص المادة 188 ق ت ج. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 42 وما بعدها. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 36 وما بعدها.

يتضح لنا من خلال هذا النص أن العارية كإيجار التسيير ترد على منفعة الشيء دون ملكيته، ففي العارية وإيجار التسيير يكون الغرض منهما تمكين أحد الأشخاص من الانتفاع بشيء مملوك لشخص آخر<sup>1</sup> دون ملكيته<sup>2</sup>. بحيث أن في عقد العارية تنتقل حيازة الشيء المعار إلى المستعير لكي يستعمله وفقا لما هو مخصص له وفي الحدود المسموحة له، وأن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله وأن لا يقل أيضا عن عناية الرجل العادي ويرد الشيء المعار إلى المعير بعد انقضاء عقد العارية<sup>3</sup>. نفس الحكم نجده في عقد إيجار تسيير المحل التجاري فحيازة هذا الأخير تنتقل إلى المستأجر المسير من أجل تسييره وفقا لما هو مخصص له وأن لا يغير من طبيعة النشاط مثلا، فهدفه الحصول على الأرباح، ويقع عليه التزام بالمحافظة على العناصر المشمولة بعقد إيجار التسيير ويبذل في ذلك عناية الرجل العادي، ويرد المحل التجاري بكل عناصره المشمولة بعقد إيجار التسيير عند انقضاء العقد<sup>4</sup>.

إن وجود تشابه بين عقد العارية وعقد إيجار تسيير المحل التجاري لا يعني أنهما عقد واحد بل هناك اختلاف بينهما، فالمعيار الفاصل بينهما هو وجود المقابل، فالعارية مجانية أي من عقود التبرع وهي بذلك تختلف عن إيجار التسيير الذي يكون دائما بمقابل. ولذلك إذا انتفت صفة المجانية واشترط مقابل للانتفاع بالشيء فقدت وصفها باعتبارها عارية، وسرت عليها أحكام الإيجار<sup>5</sup>. كما أن عقد العارية من غير الممكن أن ترد أحكامه على المحل التجاري نظرا للطبيعة الخاصة لهذا المال، كذلك الشأن فيما يخص عقد إيجار التسيير من غير الممكن أن ترد أحكامه على منقول مادي أو عقار نظرا للطبيعة الخاصة لهذا العقد.

إذا كان تمييز عقد العارية وعقد إيجار تسيير المحل التجاري واضح، فإن عقد العارية وعقد الإيجار قد يثير اللبس في بعض الأحيان<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 678. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 1511. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 31.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 90.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 539 ق م ج وما بعدها.

<sup>4</sup> - نستنتج هذه الأحكام بالقياس على نص المادة 491 ق م ج وما بعدها.

<sup>5</sup> - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 31.

<sup>6</sup> - ويمكن لنا أن نعطي بعض الأمثلة على ذلك كما يلي:

**المثال الأول:** إذا باع شخص لآخر أرضا، واستبقى لنفسه فيها حق الصيد مثلا، فهل يثبت له هذا الحق بناء على عقد عارية دون مقابل، أو هو ثابت له بناء على عقد إيجار بمقابل؟ لا شك في أن استبقاء البائع لنفسه حق الصيد قد اعتبر عند تقدير الثمن، وقد راعى البائع في تقديره المبلغ الذي يقاضاه ثمنًا للأرض أنه يتمتع بحق الصيد فيها، فأنقص من هذا المبلغ ما يقابل هذا الحق، ويكون ثبوت حق الصيد للبائع إنما هو بمقابل، فالعقد إيجار لا عارية. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 8.

**المثال الثاني:** إذا باع شخص داره واحتفظ لنفسه بحق السكنى فيها مدة معينة بعد البيع كسنة مثلا، هنا يثور التساؤل عن طبيعة هذا الشرط فهل يعد ذلك من قبيل استئجار البائع للمنزل خلال هذه الفترة؟ أم أنه من قبيل العارية؟. سعد الجبر، مرجع سابق، ص 14.

الواقع أن أساس تمييز عقد الإيجار عن العارية هو في وجود المقابل في العقد الأول وتخلفه في العقد الثاني، ويرجع في الكشف عن وجود هذا المقابل إلى قصد المتعاقدين في عقد البيع، فإذا تقرر للبائع هذا الحق في منفعة الشيء المبيع ولم يذكر في العقد مقابلا يلتزم به هذا البائع، فالغالب إذن أن قصد المتعاقدين قد انصرف إلى تقرير هذه المنفعة للبائع بلا مقابل حيث يكون المقابل الحقيقي للانتفاع قد أدخل ضمنا عند تقدير الثمن خاصة إذا قل الثمن عن ثمن

ثامنا: تمييز عقد إيجار التسيير عن عقد الوديعة: تنص المادة 590 ق م ج على أن (الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا). يتضح لنا من خلال ما قلناه فيما يخص إيجار التسيير ومن نص هذه المادة أن الوديعة تتماثل مع إيجار التسيير في أن كلا منهما يلزم صاحب الشيء أن يسلمه لآخر، كما يشترك أيضا المودع عنده والمستأجر المسيّر في أنه إذا تصرف أي منهما في العين بدون إذن المالك اعتبر مبددا<sup>1</sup>.

نشير إلى أن وجود تشابه بين عقد الوديعة وعقد إيجار التسيير لا يعني بالضرورة عدم وجود اختلاف بينهما، بحيث يختلف إيجار تسيير المحل التجاري عن الوديعة في أن هذه الأخيرة تتميز بأنها عقد يلتزم به المودع عنده التزاما أساسيا بحفظ الشيء المودع، وعلى ذلك فلا وديعة إذا لم يكن هناك التزام عقدي بالحفظ، فإذا ترك الشيء شخص شيئاً عند آخر دون أن يلتزم هذا الآخر صراحة أو ضمنا بحفظه لم يكن هناك عقد وديعة<sup>2</sup>، فهو لا ينتفع بالعين المودعة. بينما إيجار تسيير المحل التجاري يكون بمثابة تخويل المستأجر حق الانتفاع طول مدة الإيجار بعناصر المحل التجاري مجتمعة وإدارتها لحسابه في مقابل دفع مبلغ يحصل الاتفاق عليه بين المالك والمستأجر<sup>3</sup>.

كما أن التزام المودع عنده هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، وتختلف درجة العناية بحسب ما إذا كانت الوديعة مأجورة أم غير مأجورة، فإذا ما كانت الوديعة مأجورة فإن درجة العناية المطلوبة منه هي عناية

---

المثل، فهذا الانتفاع يكون إذن مقابلا للانتفاع، فيكون أساس انتفاع البائع بالدار هو الإيجار لا العارية، فيلتزم البائع ببذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على الدار. رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص91.

**المثال الثالث:** قد يقدم صاحب العمل إلى العامل مسكنا له، أو تقديم مالك العمارة للبواب أو الخادم غرفة يقيم فيها، هل توجد في مثل هذه الحالة بصدد إيجار للمنزل أو الغرفة أم عارية لها؟ يجب التمييز في هذا الشأن بين الحالة التي يكون قد اشترط فيها مقابلا للانتفاع يستقطع من مرتب العامل، والحالة التي لا يكون قد اشترط فيها مثل هذا الاستقطاع. ففي الحالة الأولى نكون بصدد إيجار عادي، كل ما هنالك - هو أن مدته تكون محدودة ببقاء علاقة العمل.

أما في الحالة الثانية فيتعين الرجوع إلى قصد المتعاقدين، والغالب اتجاه هذا القصد إلى إدخال الانتفاع بالمسكن في الاعتبار كجزء من الراتب أو الأجر، فنكون في هذه الحالة بصدد إيجار للمسكن ينتهي بانتهاء علاقة العمل. محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص679-680.

أما إذا لم يتفق صراحة أو ضمنا على شيء من ذلك يبقى الشك قائما حول حقيقة هذا العقد، فإذا اتضح من ظروف التعاقد أن الانتفاع بدون مقابل فإنه لا يكون إيجارا وإنما عارية. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص31.

على عكس الأمثلة السابقة قد يذكر في العقد مقابلا للانتفاع ويكون مقابلا رمزيا تافها لا يقاس اطلاقا بقيمة المنفعة، ويحدث هذا عندما تمكن الحكومة بعض المؤسسات الخيرية من الانتفاع بمبانيها مقابل إيجار رمزي زهيد، في هذه الحالة العقد عارية ولو سمي إيجارا، ويصدق نفس الوصف أيضا إذا ذكر المؤجر أنه قبض الأجرة ولم يكن قد قبضها فعلا أو إذا ذكر صراحة أنه تبرع بها. سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص11. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص92.

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص15.

<sup>2</sup> - قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الوديعة في التشريع المصري والمقارن منديا وجنانيا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص131. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المقابلة والوكالة والوديعة والحراسة، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص678-679. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص16. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص93.

<sup>3</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص324. أنظر أيضا محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص87 وما بعدها. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص24. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص673. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص93.

الشخص العادي، أما إذا كانت الوديعة غير مأجورة فتكون درجة العناية هي ذات الدرجة التي يبذلها في حفظ ماله<sup>1</sup>.

إن التمييز بين عقد إيجار تسيير المحل التجاري وعقد الوديعة لا يثير أي إشكال باعتبار أن عقد إيجار التسيير يرد على محل تجاري يختلف عن عقد الإيجار العادي الذي يرد على العقار أو المنقول المادي، والذي بدوره يمكن في حالات معينة أن يختلط مع عقد الوديعة، وعليه سنحاول إعطاء بعض الأمثلة عن هذه الحالات:

**المثال الأول:** العقد الذي تسمح بمقتضاه إدارة أحد المعارض لأحد الأشخاص بوضع أشياء تخصه للعرض على الجمهور في مكان معين داخل المعرض وذلك في مقابل مبلغ معين، هل يعتبر هذا العقد إيجاراً للمكان أم وديعة للمعروضات؟

المعيار الصحيح للتمييز هو التفرقة بين ما إذا كانت إدارة المعرض تلتزم بحفظ المعروضات وفي هذه الحالة نكون بصدد وديعة، وبين ما إذا كان دور إدارة المعرض يقتصر على مجرد تخصيص المكان لصاحب المعروضات ليضع فيه معروضاته ويتولى حفظها بمعرفته، وفي هذه الحالة نكون بصدد إيجار<sup>2</sup>.

**المثال الثاني:** العقد المتعلق بالخزائن الحديدية، وهذا العقد يتمثل في أن يتعهد البنك لأحد عملائه بأن يضع تحت تصرفه إحدى خزائنه ليحفظ فيها الأشياء الثمينة أو المستندات الهامة، فتثور مشكلة تكييف العقد في هذه الحالة، فهل يعتبر العقد في مثل هذه الحالة إيجاراً ويعتبر العميل مستأجراً للخزانة وتكون الأجرة ما يدفعه العميل للبنك، أم يعتبر وديعة، وأن العميل يعتبر مودعا لأشياء لدى البنك ويكون ما يدفعه مقابلاً للحفظ<sup>3</sup>؟

كيف الفقه والقضاء هذا العقد على أنه عقد إيجار، وكان هذا الاتجاه يستند في ذلك إلى أن البنك لا يتسلم الأشياء المودعة في الخزانة، ولا يلتزم بردها، بل يضع تحت تصرف العميل خزانة معينة ويسلمه مفتاحها، ويترك البنك العميل يضع فيها ما يريد دون أن يعرف البنك شيئاً عن ماهية المنقولات التي يودعها أو يأخذها العميل من هذه الخزانة. ومن ناحية أخرى إذا كان البنك يلتزم بالمحافظة على الخزانة، فإن هذا الالتزام يمكن أن يوجد في عقد

<sup>1</sup> - إبراهيم سيد أحمد، سلسلة العقود المدنية المسماة، عقد الوديعة فقها وقضاء، ج2، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003، ص58.

تنص المادة 592 ق م ج على أنه (إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله.

وإذا كانت الوديعة بأجر فيجب دوماً أن يبذل في حفظها عناية الرجل المعتاد).

<sup>2</sup> - محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص675. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص20. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص94. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص20.

« لم يستقر القضاء في فرنسا على موقف واحد بحيث قضت المحاكم في بعض أحكامها باعتبار العقد وديعة، وفي أحكام أخرى باعتباره إيجاراً، وفي أحكام غيرها باعتباره عقداً غير مسمى». سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص12. أنظر أيضاً تهميش عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص20. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص94.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد، العقود المدنية، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص25.

الإيجار بشرط فيه. أما كون البنك يحتفظ بمفتاح آخر للخزانة بجانب مفتاح العميل بحيث لا تفتح إلا بهما معا، فإن ذلك يعد من مقتضيات واجب البنك في المحافظة على الخزانة<sup>1</sup>.

ولكن حدث أخيرا تحول في الفقه والقضاء في هذه المسألة، ورجح الرأي الذي يذهب إلى أن العقد ليس إيجارا وإنما هو وديعة، ذلك أن التزام المصرف بالمحافظة على الخزانة هو التزام جوهري، ولو كان المصرف مؤجرا للخزانة لكان التزامه بالمحافظة عليها التزاما ثانويا، والعميل إنما تعاقده مع المصرف للحصول على هذا الالتزام، والعقد الذي يكون فيه واجب الحفظ واجبا جوهريا إنما يكون وديعة لا إيجارا. ولا يمنع أن يكون العقد وديعة أن يكون المصرف لا يتسلم الشيء، فالمودع عنده قد يترك المودع يضع بنفسه الشيء في المكان الذي يحفظ فيه دون أن يتسلمه. كذلك لا يمنع من أن يكون العقد وديعة أن المصرف لا يقوم بنفسه برد الشيء، فيكفي في الرد أن المصرف يمكن العميل من استرداد ما استودعه في الخزانة<sup>2</sup>.

**تاسعا: تمييز عقد إيجار التسيير عن عقد تقديمه كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع:** حسب نص المادة 117 ق ت ج فإن المحل التجاري يمكن تقديمه كحصة في الشركة، وحسب نص المادة 422 ق م ج فإنه إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر فإن أحكام البيع هي التي تسري فيما يخص ضمان الحصة إذا هلكت أو استحققت أو ظهر فيها عيب أو نقص. أما إذا كانت الحصة مجرد انتفاع بالمال فإن أحكام الإيجار هي التي تسري في ذلك. نستنتج من خلال نص هذه المادة أن الحصة في الشركة يمكن تقديمها بطريقتان الأولى هي تقديمها على سبيل التملك وتسري عليها أحكام عقد البيع، والثانية على سبيل الانتفاع وتسري عليها أحكام عقد الإيجار، فهذه الأخيرة هي التي تهمنا.

ينشابه عقد إيجار تسيير المحل التجاري مع عقد تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع في أن الملكية تبقى للمالك سواء كان مؤجرا أو شريكا، وحياسة المحل التجاري في كلا العقدين تنتقل من المؤجر إلى المستأجر المسيّر سواء في عقد إيجار التسيير أو في عقد الشركة، على أن يتم إرجاع المحل التجاري بعد انقضاء العقد<sup>3</sup> لأنهما من العقود الزمنية (عقود المدة)، وهما من عقود الإدارة وليس من عقود التصرف ومن العقود المسماة التي منح لها المشرع تسمية وأحكام خاصة بها.

<sup>1</sup> - سعد الجبر، مرجع سابق، ص 17-18. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 13. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 95. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 675. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 25.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 17. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 25-26. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 95-96. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 675-676. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 14.

<sup>3</sup> - محمد فهمي الجوهري، القانون التجاري، الشركات التجارية، ج2، مرجع سابق، ص 61 وما بعدها. أنظر أيضا زكي الشعراوي، مرجع سابق، ص 32 وما بعدها. أنظر أيضا محمد صالح، شرح القانون التجاري المصري، الأعمال التجارية، التاجر، الشركات، البورصات، العقود التجارية، ج1، ط2، مطبعة الاعتماد، مصر، 1930، ص 64. أنظر أيضا نادبة فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص 36-37.

يتشابهان أيضا في أنهما من العقود الملزمة للجانبين، كما أنهما يردان على مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع يتكون من عناصر مادية وعناصر معنوية، فهما يردان على مال غير قابل للاستهلاك، ويعتبر المستأجر دائما محل اعتبار في كلا العقدتين لأنهما من العقود المبنية على الاعتبار الشخصي في جانب المستأجر. اشترط المشرع في كلا العقدتين ضرورة إفراغهما في شكلي رسمي لدى الموثق<sup>1</sup>، إضافة إلى هذا فقد أصبغ المشرع على هذين العقدتين الصفة التجارية بحيث تعد العمليات الواردة على المحل التجاري سواء كانت إيجار التسيير أو تقديمه كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع عملا تجارية بحسب الشكل<sup>2</sup>.

نشير في هذه النقطة إلى أنه رغم هذا التشابه الكبير إلا أنه هناك اختلاف بينهما يتمثل في استحقاق مقابل الإيجار، إذ أن عملية تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة يدخل في أحكام الشركات، بينما عقد إيجار التسيير هو تقنية للتعاقد منظمة بأحكام خاصة<sup>3</sup>. يمكن أن نضيف أيضا أنه فيما يخص عقد إيجار تسيير المحل التجاري فإن المؤجر يتنازل عن تسيير محله التجاري للمستأجر الميسر على أن يقوم هذا الأخير بدفع مقابل إيجار التسيير ولا يهم إن حقق ربحا أم خسارة، بحيث لا يرتبط تسديد المستأجر الميسر لمقابل الإيجار بشرط تحقيقه للأرباح، ولا يتحمل المؤجر المسؤولية في حالة تعرض المستأجر الميسر للخسائر، لأنه لا يساهم بمحله التجاري كحصة في الشركة.

إن تحصل مقدم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع على مقابل الإيجار متوقف على شرط تحقيق الشركة للأرباح (يعتبر شريك)، بحيث أنه إذا حققت الشركة أرباحا استرد المؤجر مقابل الإيجار وإذا بقيت أموال بعد استرداد الشركاء حصصهم المقدمة تقسم هذه الأرباح على الشركاء حسب الاتفاق أو حسب نسبة المساهمة في الشركة. أما إذا لم تحقق الشركة أرباحا وإنما تعرضت للخسائر، فإن مقدم المحل التجاري كحصة في الشركة يتحمل الخسائر مثله مثل بقية الشركاء ولا يتحصل على مقابل الإيجار باعتبار أن المحل التجاري يعتبر

---

« Un fonds de commerce peut parfaitement faire l' objet d' un apport en jouissance, l' apporteur conserve alors le nue- propriété du fonds». F. LEMEUNIER, Fonds de commerce, Achat et vente et exploitation et gérance, 17<sup>ème</sup> éd., op- cit, p195.

« L' apport en jouissance désigne le contrat par lequel une personne met un bien à la disposition d' une société pour un temps déterminé sans transfert du droit de propriété et reçoit en contrepartie des droits sociaux». Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, P571.

« Le fonds de commerce reste dans le patrimoine du bailleur et il continue à être le gage de ses créanciers». Jean SARTY, op- cit, p13.

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 117 و 203 و 545 ق ت ج.

« Viole les articles 1832 et 1843-3 du code de civil la cour d' appel qui ordonne la restitution à son ancien propriétaire d' un fonds de commerce non exploité du fait de la mise en règlement judiciaire de son titulaire alors qu' elle constate que ce fonds avait fait l' objet par ce propriétaire d' un apport en jouissance à une société, et non d' une location- gérance». Com. 03 déc. 1991, n° 88-16.695, bull. Civ. IV, n° 373, pp257-258.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 4/3 ق ت ج.

<sup>3</sup> - « Pour l' essentiel, l' argumentation consiste à dire que l' apport en jouissance appartient au droit des sociétés, alors que la location- gérance relève d' une technique contractuelle, faisant certes l' objet d' une réglementation spécifique». Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, P572.

حصته في الشركة<sup>1</sup>، كما يشترط دائما في عقد الشركة توافر ركن نية الاشتراك وهذا ما لا نجده في عقد إيجار التسيير.

يمكن أن نضيف إلى جانب هذا أن عقد تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع ينقضي عند حل الشركة، بينما عقد إيجار التسيير ينقضي بمجرد انقضاء المدة التي أبرم لأجلها<sup>2</sup>.

**عاشرا: تمييز عقد إيجار التسيير عن عقد الفرانشيز:** هو عقد بمقتضاه يمنح صانع أو شركة تدعى المانح لتاجر مستقل يدعى المتنازل له (أو المعفى) بمقابل مالي استغلال منتج أو خدمة أصلية أو خاصة وفقا لتقنيات ومعرفة فنية توضح من قبل المانح، وعموما يتعهد المانح بتقديم المساعدة التجارية أو التقنية. بهذا التعريف يمكن قياس التفرقة مع إيجار التسيير أو أي شكل آخر من أشكال التسيير، فالمتنازل له يحتفظ بمحله التجاري عكس المستأجر المسير، حتى وإن كانا تاجرين مستقلين ويستغلان المحل لحسابها وعلى عاتقهما<sup>3</sup>.

تقوم أهمية التفرقة بين هاذان العقدان على إشكالية تطبيق نظام الإيجارات التجارية، إذا أمكن للمتنازل له أن ينتفع من الملكية التجارية (وحق تجديد الإيجار في حالة انتهائه)، فالحالة ليست نفسها بالنسبة للمستأجر المسير، فهذه الميزة تمنح لمالك المحل وحده<sup>4</sup>.

## الفرع الثاني

### أهمية عقد إيجار تسيير المحل التجاري ومساوئه

رأينا أن عقد إيجار التسيير يمنح للمستأجر المسير سلطة استغلال المحل التجاري لمدة زمنية معينة في مقابل بدل إيجار، بحيث يتنازل المؤجر عن حيازة وتسيير محله للمستأجر الذي يتعامل مع الغير باسمه ولحسابه، ولكنه دائما يحتفظ بملكيته له إذ لا يخول هذا العقد للمستأجر المسير حق ملكية على المحل التجاري، وإنما يجب

<sup>1</sup> - أنظر نص المادتان 225 و226 ق م ج. أنظر أيضا محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص36 وما بعدها. أنظر أيضا محمد صالح، مرجع سابق، ص245. أنظر أيضا محمد فهمي الجوهري، القانون التجاري، الشركات التجارية، ج2، مرجع سابق، ص65 وما بعدها. أنظر أيضا سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، مقدمة، النظرية العامة للشركات، شركات الأشخاص وفقا لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، مرجع سابق، ص46 وما بعدها. أنظر أيضا زكي الشعراوي، مرجع سابق، ص32 وما بعدها. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، الهيئة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، مرجع سابق، ص410 وما بعدها. أنظر أيضا نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، مرجع سابق، ص92 وما بعدها.

Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, P572.

<sup>2</sup> - « L' apport en jouissance prend fin lors de la dissolution de la société, tandis que la location- gérance prend normalement fin au terme de la durée pour laquelle elle a été conclue». Olivier BARRET, op- cit, p228.

<sup>3</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p368.

<sup>4</sup> - F. LEMEUNIER, Fonds de commerce, Achat et vente et exploitation et gérance, 17<sup>ème</sup> éd., op- cit, p194.

عليه رده عند انقضاء المدة المتفق عليها للاستغلال، بينما يلتزم المستأجر المسير باعتبار أن العقد من عقود المعاوضة بدفع بدل الإيجار المقابل لانقاعه بالمحل التجاري.

سنحاول إنطلاقاً مما سبق تبيان محاسن ومساوئ هذا النظام الذي يتمتع بمميزات خاصة، نظراً للمال محل العقد وهو المحل التجاري الذي يتكون من عناصر مختلفة بطبيعتها والتي تختلف عنه أيضاً من حيث طبيعتها والنظام القانوني الذي تخضع له.

**أولاً: أهمية عقد إيجار تسيير المحل التجاري:** يتضح لنا من خلال ما سبق أن عقد إيجار تسيير المحل التجاري يتميز بأهمية كبيرة سواء من الناحية القانونية أين قام المشرع بتنظيم أحكامه، أو من الناحية الاقتصادية أين يستمر المحل التجاري في النشاط وتقديم خدمات للزبائن، وتظهر هذه الأهمية بالنسبة للمالك وبالنسبة للمستأجر المسير.

أ- أهمية عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالنسبة للمالك: لا يمكن إنكار مزايا العقد بالنسبة للمالك، فإن أولها أن العقد يسمح للمالك بالاحتفاظ بملكية المحل التجاري، وفي الواقع هناك العديد من الحالات أين لا يمكن فيها للمالك استغلال محله التجاري بنفسه، والحالة الأكثر شيوعاً هي تلك التي يتوفى فيها التاجر ولا يخلف من وراءه إلا أطفالاً قصرًا، أو زوجاً متوفى أيضاً أو غير مؤهل لممارسة النشاط التجاري. فيمكن إذاً للوصي بعد حصوله على إذن من مجلس العائلة منح إيجار التسيير للغير إلى حين أن يصير أحد الورثة أهلاً لاستغلال المحل التجاري بنفسه، أو الحالة التي تمنح ضمان أكبر وهي أن يصير في حد ذاته مستأجراً مسيراً يتعامل مع الممثل المرخص له حسب الأصول لهذا الغرض من طرف مجلس العائلة<sup>1</sup>. وفقاً لأحكام النيابة الشرعية، فقد تكون وصاية أو تقديم إذا تم تعيينه من قبل المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة وفقاً لما هو منصوص عليه في قانون الأسرة<sup>2</sup>.

يمكن من جهة أخرى في حالة الإفلاس للوكيل المتصرف القضائي بعد حصوله على إذن من المحكمة القيام بإيجار تسيير المحل التجاري وفقاً لنص المادة 277 ق ت ج، مع احتفاظ التاجر بملكته للمحل التجاري<sup>3</sup>.

قد يتحصل الشخص على محل تجاري عن طريق الإرث ويكون في مركز قانوني معين يتعارض مع استغلال محل تجاري، مثل حالة كون المالك موظف أين يمنع عليه ممارسة نشاط تجاري، بحيث أنه في حالة

<sup>1</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p21. Voir aussi F. LEMEUNIER, Fonds de commerce, Achat et vente et exploitation et gérance, 17<sup>ème</sup> éd., op- cit, p187.

« Elle est utile au bailleur qui trouve le moyen de conserver son fonds et d' en tirer des revenus sans l' exploiter, soit parce qu' il ne le veut pas, étant mineur au mement où il en hérite, soit parce qu' il ne veut plus, ayant pris sa retraite». Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p381. Voir aussi Dimitri HOUTCIEFF, op- cit, p212.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 92 ق أ ج وما بعدها.

<sup>3</sup> - M. WEISMANN et Roger DEBLED, Achat- vente et gérance d' un fonds de commerce, 9<sup>ème</sup> éd., op- cit, p 18. Voir aussi Oswald SEIDOWSKY, op- cit, p319.

أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص12. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص23.

إخلاله بهذا الالتزام فإنه يتعرض لمسائلة تأديبية، وبالتالي الحل الأمثل له يتمثل في إيجار تسييره<sup>1</sup>. كما أنه لأسباب صحية أو لعدم رغبة المالك في استغلال محله التجاري بنفسه أو لعدم رغبته في استغلاله عن طريق عامل لتفادي مسؤوليته، يمكن له أن يعهد تسيير محله التجاري لمسيّر حر على عاتق وحساب هذا الأخير<sup>2</sup>. ففي كل هذه الحالات فإن مالك المحل التجاري يظل محتفظا بملكيته ولا تزول عنه، وهي حالات غير أبدية تزول بمضي مدة معينة، كما أنه يتحصل في مقابل ذلك على بدل إيجار.

**ب- أهمية عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالنسبة للمستأجر المسيّر:** يمكن لأي شخص يريد مزاوله نشاط ولكن لا يملك المال الكافي لشراء محل تجاري، أن يحقق رغبته هذه عن طريق استئجار تسيير محل تجاري<sup>3</sup>، بحيث يعتبر هذا العقد أفضل وسيلة للدخول في الحياة التجارية خاصة لصغار التجار الذين يأملون في فتح محل تجاري ومفتقرين لرؤوس الأموال<sup>4</sup>.

فيكفي له تقديم كفالة ملائمة ودفع ثمن البضائع، إذا رفض المالك إقراضه لها، بالإضافة أنه إذا تضمن عقد إيجار التسيير وعد بالبيع فإنه يمكن للمستأجر المسيّر أن يتفاعل مع الزبائن؛ إذا كان الوعد ملزم للجانبين، ومن المؤكد أنه يمكن التنازل عن المحل؛ إذا كان العقد يتضمن وعد ملزم لجانب واحد، فللمستأجر المسيّر الأفضلية في معرفة بدقة قيمة المحل ويمكن له رفض عرض التنازل إذا رأى أن الزبائن لا يحققون رغبته<sup>5</sup>.

**ثانيا: مساوئ عقد إيجار تسيير المحل التجاري:** رأينا أن عقد إيجار التسيير يتميز بأهمية كبيرة سواء بالنسبة للمالك أو المستأجر المسيّر، إلا أن هذا لا يعني أنه خالص لا توجد فيه مساوئ، وهذا ما سنحاول تبينه أدناه.

**أ- مساوئ عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالنسبة للمالك:** يعتبر المالك مؤجّر المحل التجاري مسؤول بالتضامن مع المستغل عن كل الديون المتعلقة بالاستغلال، ولمدة سنة أشهر الموالية لنشر العقد، ويبقى متضامنا دون تحديد المدة عن الضرائب المباشرة المترتبة عن استغلال المحل، وفي الأخير فإن عقد إيجار التسيير يخضع لشكلية صارمة ومنح التسيير يفترض أن مالك المحل قد مارس التجارة مسبقا لمدة طويلة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p21.

أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص23.

<sup>2</sup> - « Propriétaire d' un fonds que l' on ne peut plus ou ne veut plus exploiter pour raison de santé, par exemple». M. WEISMANN et Roger DEBLED, Achat- vente et gérance d' un fonds de commerce, 9<sup>ème</sup> éd., op- cit, p I8. Voir aussi F. LEMEUNIER, Fonds de commerce, Achat et vente et exploitation et gérance, 17<sup>ème</sup> éd., op- cit, p187. Voir aussi Gérard AZEMA, op- cit p23.

أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص13.

<sup>3</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p362.

<sup>4</sup> - بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص13.

<sup>5</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p362. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p23.

<sup>6</sup> - Gérard AZEMA, op- cit p23. Voir aussi F. LEMEUNIER, Fonds de commerce, Achat et vente et exploitation et gérance, 17<sup>ème</sup> éd., op- cit, p188.

ب- مساويء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالنسبة للمستأجر المسيّر: يستغل المستأجر المسيّر المحل على عاتقه وعلى حسابه، وعليه أن يدفع لمالك المحل مقابل إيجار قد يكون مرهقا له، وبالتالي يمكن أن يؤثر سلبيا على نتائج استغلاله، على أن مالك المحل غير ملزم مثلما هو الحال عليه عند التنازل عن المحل بالإفصاح للمستأجر المسيّر عن رقم أعماله وأرباحه خلال الثلاث السنوات الأخيرة من الاستغلال، إذن إذا أخطأ المسيّر في البداية يمكن أن لا يقدر على دفع ديونه بالإضافة إلى الحكم عليه بالتصفية القضائية<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني

### انعقاد عقد إيجار التسيير

يتمتع المحل التجاري كما رأينا بخاصية مهمة تتمثل في أنه مال منقول معنوي، ونظرا لهذه الميزة فإنه يمكن لصاحبه التعاقد عليه بمختلف العقود التي تتلائم مع طبيعته الخاصة هذه، إذ قد يتواجد مالك المحل التجاري مثلا كما رأينا في بعض الظروف لا تسمح له باستغلال محله التجاري بنفسه ولكن في نفس الوقت يريد الاحتفاظ بملكيتة له، فيلجأ إلى التعاقد عليه عن طريق منح تسييره لتاجر آخر يستغله لحسابه وعلى عاتقه في مقابل دفعه لبدل الإيجار.

إذا كان عقد الإيجار الوارد على العقار أو على المنقول المادي لا يثيران أية تعقيدات باعتبارهما أموال غير مركبة من عناصر أخرى، ويخضعان لنظام قانوني واحد، فإن الأمر مختلف عن ذلك بالنسبة للمحل التجاري، باعتباره يتكون من عدة عناصر مختلفة عن بعضها البعض من حيث طبيعتها ونظامها القانوني الذي يسري عليها، إضافة إلى هذا رغم اتحادهما لتشكيل المحل التجاري إلا أن كل عنصر منها يحتفظ بذاتيته وبطبيعته الخاصة به.

على هذا الأساس يشترط المشرع من أجل إبرام عقد إيجار التسيير على هذا النوع من الأموال شروط جد دقيقة يجب استيفاءها من أجل صحته والاعتداد به، إضافة إلى هذا أنه باعتباره عقد كغيره من العقود الأخرى حتى وإن كان يتميز عنها بمجموعة من الخصائص التي تجعل منه عقدا من طبيعة خاصة، فإنه يشترط لانعقاده ضرورة توفر مجموعة من الأركان، نجد بعضها في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة وبعضها الآخر نجدها في القانون التجاري والقوانين الأخرى المتفرعة.

سنخصص هذا المبحث لدراسة هذه الأركان التي يشترط المشرع ضرورة توافرها والتي تنقسم إلى قسمان، يتمثل القسم الأول في الأركان الموضوعية من تراضي ومحل وسبب (المطلب الأول)، والقسم الثاني يتمثل في الأركان الشكلية من كتابة ونشر (المطلب الثاني) باعتبار أن عقد إيجار التسيير من العقود الشكلية.

<sup>1</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p363.

## المطلب الأول

### الأركان الموضوعية

ينتج عقد إيجار تسيير المحل التجاري آثاره القانونية بمجرد تكوينه صحيحا، ومن أجل تحقيق هذه الغاية يجب على الأطراف التي تريد إبرام هذا العقد أولا وقبل كل شيء استيفاء أركان العقد المراد إبرامه وإلا لا يستطيعان تحقيق هذه الغاية المرجوة، ويتضح لنا بعد العودة إلى القانون التجاري أن المشرع عند تنظيمه للأحكام المتعلقة بعقد إيجار تسيير المحل التجاري ابتداء من نص المادة 203 إلى 214 منه، لم نجد أنه أدرج الأركان العامة للتعاقد سواء تلك المتعلقة بالأركان الموضوعية أو الأركان الشكلية، باستثناء اقتضاره على بعض الأحكام الخاصة.

يقتضي علينا الحال إذن الرجوع إلى القانون المدني لدراستها ولبعض القوانين الأخرى، فمن أجل إبرام هذا العقد يجب على المتعاقدان استيفاء أولا الأركان الموضوعية، من تراضي أين يجب على المتعاقدين أن تكون لديهما إرادة سليمة متجهة لإحداث نفس الأثر القانوني، ولهما الأهلية الكاملة والسليمة لإبرام هذا العقد (الفرع الأول)، ومحل يكون موضوع العقد، فباستثناء أن هذا العقد ملزم للجانبين المؤجر من جهة والمستأجر المسير من جهة أخرى فإنه يكون فيه محلان (الفرع الثاني). كما يعتبر السبب الركن الثالث في العقد (الفرع الثالث)، فكل من المؤجر والمستأجر المسير له مبرراته التي تدفعه إلى الالتزام وإبرام العقد.

بما أننا تناولنا شرح الأحكام العامة بهذه الأركان عند تناولنا لأحكام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في الباب الأول، فإننا سنحاول تقادي تكرار المفاهيم التي سبق شرحها، ونركز دراستنا في هذا المطلب على الأحكام القانونية دون تناول المفاهيم بهدف تجنب التكرار.

### الفرع أول

#### التراضي

يشترط في عقد إيجار تسيير المحل التجاري مثله مثل باقي العقود الأخرى ضرورة توافر ركن التراضي، إذ يلعب هذا الركن دورا جوهريا وأساسيا في تكوين العقد، باعتباره يرتبط أشد الارتباط بالأطراف المتعاقدة، ولانعقاد عقد إيجار تسيير المحل التجاري يجب أن تتوفر إرادة المؤجر وإرادة المستأجر المسير وتطابقهما فيما يخص طبيعة العقد ومحل ومقابلة، إضافة إلى سلامة إرادتيهما من العيوب التي من شأنها الإنقاص من أهليتهما أو إعدامها، وفي هذا الشأن تطبق الأحكام العامة، ونشير هنا إلى أن نفس الحكم يطبق على تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع.

سنحاول التركيز بصفة خاصة في هذا الفرع على أطراف العقد لاختلاف الأطراف التي يمكن أن تكون لها نفس السلطة لإبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري، ونشير في هذه النقطة إلى أننا نستعين بالقانون المدني لدراسة هذه الأحكام مع العودة إلى القانون التجاري في الأحكام الخاصة المتعلقة بالتراضي.

**أولاً: توافر إرادة طرفاً عقد إيجار تسيير المحل التجاري:** يجب على كل من المتعاقدين أن يعبر عن إرادته في إبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري، تعبيراً ظاهراً ولا يدع مجالاً للشك في الغاية من ورائه، وهذا العقد لا يشترط شكلاً معيناً للتعبير عن الإرادة وإنما تكفي الطرق العامة المتعارف عليها، فقد يكون التعبير عنها صريحاً كما قد يكون ضمنياً، وفي هذا الشأن تطبق الأحكام العامة في القانون المدني.

**أ- وجود إرادة المؤجر والمستأجر الميسر:** يجب لإبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري أن تتوفر في الأطراف الراغبة في التعاقد إرادة، وهذا وفقاً لما يلي:

1- بالنسبة للمؤجر: يتميز عقد إيجار تسيير المحل التجاري بطبيعة خاصة تتمثل في أن المؤجر لا يتنازل عن ملكية محله التجاري، وإنما يتنازل عن استغلاله لمستأجر مسير لمدة زمنية معينة، لذلك لا يشترط في المؤجر أن يكون مالكا للمحل التجاري، على عكس عقد البيع الذي يشترط فيه أن يكون الممتازل مالكا للمحل التجاري لأنه يؤدي إلى انتقال الملكية إلى المشتري، وعليه فإن الإرادة قد تصدر من المالك أو من له حق انتفاع بالمحل التجاري أو من له حق الإدارة.

1-1- المؤجر هو المالك: يتمتع مالك المحل التجاري بكافة السلطات التي تنتفرع عن حق الملكية بما يتلائم مع الطبيعة الخاصة للمحل التجاري، باعتباره مال منقول معنوي يتكون من عناصر معنوية وعناصر مادية، فله الحق في استغلال محله التجاري بنفسه أو التعاقد عليه بمختلف العقود سواء كانت ناقلة للملكية بعوض كالبيع، أو دون عوض كالهبة، أو كانت عقوداً غير ناقلة للملكية وغير ناقلة للحيازة كالرهن الحيازي، أو ناقلة للحيازة كإيجار التسيير وهو موضوع بحثنا<sup>1</sup>.

1-1-1- المشتري والبائع في عقد البيع غير المسجل: يشترط المشرع في عقد بيع المحل التجاري أن يتم تسجيل هذا العقد لدى المركز الوطني للسجل التجاري، فقبل قيد هذا العقد يظل البائع مالكا للمحل التجاري والمشتري غير

<sup>1</sup> - ترى الدكتورة نبيلة رسلان أن « القانون قد يقيد حرية الشخص في التعاقد من عدمه، فوضع قيوداً على حرية ترك المالك ملكه خالياً، أي قيد استعمال أو استغلال الملك من أجل المصلحة العامة، وتعدت القيود التشريعية حق المالك وتدخلت أيضاً من أجل تحقيق التوازن عامة في العلاقات الإجارية فوضعت قيوداً على استعمال الحقوق نفسها، وهي حق الشخص - مالكا أو مستأجراً - في الاستئجار أو التملك، حيث نجد مجموعة من القيود على حرية احتجاز أكثر من مسكن في البلد الواحد». نبيلة رسلان، القيود التشريعية على حرية التأجير والاستئجار في ضوء أحكام القضاء والفقهاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص5.

نشير إلى أن هذا الحكم لا يمكن تطبيقه على المحل التجاري أولاً باعتبار أن هذا الأخير مال منقول معنوي وليس عقار، ثانياً أن التاجر سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً يمكن له أن يمتلك أكثر من محل تجاري.

« Le bailleur doit être propriétaire du fonds de commerce ». M. LAROUDI, op- cit, 52.

أنظر أيضاً زروقي خديجة، مرجع سابق، ص9.

مالك له بعد، ولكن قد يحدث أن يؤجر البائع أو المشتري تسير المحل التجاري محل عقد البيع خلال الفترة الممتدة ما بين إبرام عقد بيع المحل التجاري وتسجيله. وعليه نتساءل عن حكم هذا العقد هل هو صحيح أم باطل؟

- إذا صدر إيجار تسير المحل التجاري من البائع، فإنه يكون صحيحاً لأنه صادر من مالك، ويلتزم البائع بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر المسير، وفي نفس الوقت فإن البيع غير المسجل وإن كان لا ينقل الملكية إلا أنه ينشئ التزامات شخصية في مواجهة البائع، أهمها التزامه بتسليم العين المبيعة إلى المشتري. أي أن البائع في نفس الوقت يلتزم بتسليم العين إلى المستأجر وإلى المشتري. وهذان الشخصان يعتبر كل واحد منهما أجنبياً بالنسبة للآخر، فلا يجوز أن يرجع عليه بشيء والمفاضلة بينهما تكون بحسب الأسبقية في الانتفاع، فإذا كان المشتري قد تسلم العين المبيعة فعلاً فلا يجوز للمستأجر المسير ولو عن طريق البائع أن يطلب تسليم العين له لما في ذلك من تعارض مع التزام البائع نحو المشتري بالضمآن، ولا يكون أمام المستأجر المسير إلا طلب الفسخ أو التعويض<sup>1</sup>.

أما إذا صدر إيجار التسيير من المشتري قبل تسجيل العقد، فإن الحكم يختلف بحسب ما إذا كان قد تسلم المحل التجاري من البائع أم لا؟

يخول عقد البيع غير المسجل للمشتري حقاً شخصياً قبل البائع، فيكون له مطالبة هذا الأخير بتسليم المبيع ما لم يتفق في عقد البيع على خلاف ذلك، فإذا قام هذا المشتري بإيجار تسير محله التجاري فهو يعد مؤجراً لما يملك، ولكن يجب أن لا ننسى أن عقد البيع غير المسجل هو بيع تام يرتب كل آثار البيع ما عدا الأثر الخاص بنقل الملكية، ولذلك يعد إيجار التسيير الصادر عن المشتري عقداً صحيحاً، فهو يرد ليس على الملك الذي لم ينتقل إليه وإنما يرد على حقه الشخصي قبل البائع، فإذا كان هذا المشتري قد تسلم المحل التجاري من البائع التزم بتسليمه إلى المستأجر المسير، ولا يستطيع البائع أن يتعرض لهذا المستأجر المسير على أساس كونه ما زال مالكا، فالمستأجر المسير لم يرد عقده إلا على مجرد حق المشتري الشخصي قبل البائع، والبائع يضمن هذا الحق الشخصي فلا يجوز له هذا التعرض<sup>2</sup>.

نضيف أنه إذا كان المشتري لم يتسلم المحل التجاري بعد يكون للمستأجر المسير أن يطالب البائع باسم مدينه (أي المشتري) تسليم المحل التجاري فيكون البائع مجبراً على التسليم، ولكن إذا كان البائع قد سبق له إيجار تسير المحل التجاري لأحد من الغير وسلمه إلى من استأجر منه تعذر استرداده لتسليمه إلى المستأجر المسير من

<sup>1</sup> - أنظر سميح عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 31-32. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 240-241. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 693-694. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص 29-30. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 120. أنظر أيضاً هلال شعوة، مرجع سابق، ص 33-34. أنظر أيضاً زروقي خديجة، مرجع سابق، ص 9.

<sup>2</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 242-243. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 41.

المشتري، فلا يكون أمام هذا الأخير إلا المطالبة بفسخ عقد إيجار التسيير الذي أبرمه مع المشتري والتعويض إن كان له محل، لعدم وفاء المشتري بالتزامه بتسليم العين المؤجرة<sup>1</sup>.

1-1-2- المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي: قد يصدر عقد إيجار التسيير عن شخص مالك للعين المؤجرة وقت إبرام العقد، لكن هذه الملكية تزول عنه في وقت لاحق وبأثر رجعي لسبب أو لآخر كأن يحكم بإبطال سند ملكيته، أو فسخ عقد البيع الذي تملك به العين لإخلاله بالتزاماته الناشئة عن هذا العقد، أو كان مالكا تحت شرط فاسخ إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ، أو كان موهوبا له ورجع الواهب في هبته<sup>2</sup>. وعليه نتساءل عن مدى صحة عقد إيجار تسيير المحل التجاري في هذه الحالات؟

إن مقتضى زوال الملكية أن يعتبر من زالت ملكيته كأن لم يكن مالكا في أي يوم من الأيام وأن إيجار التسيير الصادر منه إيجار تسيير ملك الغير، فلا ينفذ في مواجهة من اعتبر مالكا في الفترة السابقة، ولكن من المتفق عليه أنه استثناء من الأثر الرجعي لزوال الملكية، فإن أعمال الإدارة الصادرة من المالك الذي زالت ملكيته تظل نافذة بعد ذلك<sup>3</sup>. وهذا ما نستنتجه من نص المادة 207 ق م ج التي تنص على أنه (يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ، ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه تعويض الضرر).

غير أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط).

فإيجار التسيير الصادر من مالك فسخ عقد ملكيته فيما بعد، أو من مالك تحت شرط فاسخ ثم تحقق الشرط، يكون صحيحا نافذا في حق من آلت إليه الملكية بالفسخ أو بتحقيق الشرط الفاسخ، ولا يشترط في ذلك إلا أن يكون إيجار التسيير ثابت التاريخ قبل الفسخ أو قبل تحقق الشرط الفاسخ، وأن يكون قد صدر دون غش أي دون طواطؤ بين المؤجر والمستأجر الميسر على الإضرار بمن تؤول إليه الملكية، ويجب أن يكون إيجار التسيير أيضا صادرا دون غش إذا لم يجاوز المألوف في الإدارة الحسنة بأن يكون بغير استغلال مثلا<sup>4</sup>. كما أن المادة 468 ق م ج

<sup>1</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 695. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص 30. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 32. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 120.

<sup>2</sup> - أنظر سعد الجبر، مرجع سابق، ص 31. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 32. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 42.

<sup>3</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 32-33. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 689. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص 31. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 246-247. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 42.

<sup>4</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 43-44. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 690. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 248-249.

« Le propriétaire sous condition résolutoire peut exercer sur son fonds tous les droits que peut exercer un propriétaire ordinaire et, par conséquent, le donner en location- gérance. C' est seulement

تنص على أنه ( لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته عن ثلاث (3) سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث (3) سنوات).

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن الشخص الذي يملك حق القيام بأعمال الإدارة فقط لا يجوز له أن يعقد إيجارا تزيد مدته عن ثلاث سنوات إلا إذا وجد نص قانوني آخر يمنح له الحق بأن يعقده لمدة أكبر. إلا أن هناك من يرى أن هذا الحكم لا ينطبق هنا لأننا بصدد إيجار من مالك الشيء وليس ممن له مجرد حق في إدارته<sup>1</sup>.

إذن فالمالك الذي فسخ عقد ملكيته أو المالك تحت شرط فاسخ لا يملك حق الإدارة فحسب، بل أيضا حق التصرف<sup>2</sup>، وفي حالة نشوب نزاع فللقاضي السلطة التقديرية في تقدير مدة الإيجار ومدى توافر الغش من عدمه<sup>3</sup>.

1-1-3- المالك الذي تتخذ ضده إجراءات نزع الملكية: يستطيع المالك في الوضع العادي أن يقوم بإيجار ماله دون قيد عليه سوى ما أورده المشرع في قوانين خاصة، لكن إذا كان المالك مدينا واتخذت قبله إجراءات نزع الملكية، فإن حقوق الدائنين تتعلق بالأموال التي تم الحجز عليها وبالتالي يتقيد حق المالك المدين بالنسبة لإيجارها<sup>4</sup>.

نستنتج حسب نص المادة 731 ق إ م و<sup>5</sup> وقياسا عليها أن عقد إيجار تسيير المحل التجاري الصادر عن المالك الذي اتخذت ضده إجراءات الحجز وله تاريخ ثابت قبل قيد أمر الحجز، تبقى نافذة في حق الحاجزين والدائنين الذين لهم حقوق مقيدة حسب القانون، غير أنه إذا أثبت الدائن أو الراسي عليه المزاد ولو بعد البيع، أن المؤجر أو المستأجر المسيّر في هذا الإيجار قد استخدم غشا، فإنه يمكن فسخ عقد إيجار تسيير المحل التجاري في هذه الحالة.

lorsque la condition résolutoire se réalise qu' il y a lieu de se demander si le contrat doit être maintenu ou, au contraire, être résilié de plein droit». Mourice ROBINAULT, op- cit, p121.

<sup>1</sup> - سعد الجبر، مرجع سابق، ص32. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص249. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص690. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص33.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص43-44. أنظر أيضا سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص172.

<sup>3</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص33. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص32.

<sup>4</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص111.

<sup>5</sup> - تنص المادة 731 ق إ م و على أنه (تبقى عقود الإيجار التي أبرمها المدين المحجوز عليه، ولها تاريخ ثابت قبل قيد أمر الحجز، نافذة في حق الحاجزين والدائنين الذين لهم حقوق مقيدة، إلا إذا أثبت الدائن أو الراسي عليه المزاد ولو بعد البيع، وقوع غش من المدين المحجوز عليه أو المستأجر في هذا الإيجار، ففي هذه الحالة يمكن فسخ الإيجار).

عقود الإيجار التي ليس لها تاريخ ثابت، وعقود الإيجار التي أبرمها المدين المحجوز عليه بعد قيد أمر الحجز، لا تكون نافذة في حق الدائن الحاجز.

غير أنه يجوز للمدين المحجوز عليه، أن يطلب استصدار أمر على عريضة، يرخص له إيجار العقارات و/ أو الحقوق العينية العقارية، إذا كان ذلك

يزيد من إيرادات العقار ولا يضر بمصالح أطراف الحجز، دون الإخلال بالأحكام المتعلقة بعقود الإيجار الواجبة الشهر).

أما عقد إيجار تسيير المحل التجاري الذي ليس له تاريخ ثابت وأبرم بعد قيد الأمر بالحجز، فإنه لا يكون نافذاً في حق الدائن الحاجز.

غير أنه من جهة أخرى يمكن للمؤجر المحجوز عليه تقديم طلب إلى رئيس المحكمة من أجل استصدار أمر على عريضة يرخص له إبرام عقد إيجار تسيير محله التجاري، إذا أثبت أن من شأن هذا العقد أن يدير عليه أموال إضافية الأمر الذي يساعده في سداد ديونه، ولكن يشترط في هذا العمل أن لا يلحق ضرر بمصالح أطراف الحجز.

1-1-4- الإيجار الصادر من مريض مرض الموت: الأصل أن البالغ الرشيد يستطيع إيجار ملكه سواء كان صحيحاً معافاً أم مريضاً عادياً أم مريضاً في مرض الموت، ومع ذلك فنلاحظ أن الشريعة الإسلامية الغراء تضع قيوداً على تصرفات المريض في مرض الموت، إذا تم هذا التصرف تبرعاً حيث يتعلق حق الورثة بتلثي التركة ابتداءً من الوقت الذي يعاني فيه الشخص من مرض الموت فلا يكون للأخير حقاً في التصرف في أثناء فترة المرض إلا في حدود ثلث التركة فقط. هذا القيد الذي تضعه الشريعة الإسلامية يقتصر فقط على العمل القانوني الصادر في مرض الموت إذا اتخذ شكل البيع<sup>1</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 408 ق م ج التي تنص على أنه (إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال).

نشير في هذه النقطة إلى أن المشرع عندما تناول حكم بيع مريض مرض الموت أنه قد قصره فقط على هذا العقد فقط، بل يمكن القياس عليه في مختلف العقود الأخرى كلما كان الهدف منها التبرع.

يمكن لنا القول إذن أن المالك الرشيد يستطيع إيجار تسيير محله التجاري، حتى ولو كان مريضاً مرض الموت، وذلك إذا لم يكن يقصد التبرع للمستأجر المسير بأن يؤجر له العين بأجرة لا يأخذ منها شيئاً، أو بأن يأخذ ما دون أجرة المثل بكثير متبرعاً بالباقي للمستأجر المسير، فيعتبر إيجار التسيير في هذه الحالة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، ومن ثم يكون لورثة المؤجر أن يطالبوا المستأجر المسير سواء كان وارثاً أو غير وارث، برد ما زاد من المحاباة في الأجرة على ثلث التركة إلا إذا أجازوا التصرف<sup>2</sup>. وصدور إيجار

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 249.

جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 139123 الصادر بتاريخ 1991/07/09، أنه «من المقرر قانوناً أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت لفائدة الوارث لا يكون نافذاً إلا إذا أقره باقي الورثة.

ولما تبين في قضية الحال أن زوجة المورث قد استغلت مرضه لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يوماً، وأن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة دون أن يبين في حثياته حالة المرض الذي أثاره الطاعون». القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/07/09 في القضية رقم 139123، مجلة قضائية، سنة 1991، ع 4، ص 68 وما بعدها.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 39-40. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 271. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 31.

التسيير في مرض الموت يعتبر قرينة على أنه صدر على سبيل التبرع، ما لم يثبت المستأجر المسير أن إيجار التسيير حقيقي لا يخفي محاباة أو تبرعا<sup>1</sup>.

1-1-5- إيجار التسيير الصادر من الوارث الظاهر: الوارث الظاهر هو من يضع يده على أعيان التركة باعتباره وارثا ثم يتبين خطأ هذا الاعتقاد، وأنه غير وارث لوجود من يحجبه في سلم الاستحقاق<sup>2</sup>. بحيث يظهر الوارث الظاهر بمظهر صاحب الحق في الإيجار وأن الظروف والشواهد المحيطة من شأنها أن تولد الاعتقاد بمطابقة هذا المركز للحقيقة، فإذا تعاقد المستأجر المسير معه وهو لا يعلم وقت إبرام عقد إيجار التسيير بأن المؤجر غير مالك للعين المؤجرة، أي كان حسن النية، فإن عقد إيجار التسيير يكون صحيحا نافذا في حق المالك والوارث الحقيقي. أما إن كان يعلم بأن المؤجر غير مالك للعين المؤجرة فإن العقد لا يسري في حق الوارث الحقيقي<sup>3</sup>، هذا سواء كان الوارث الظاهر حسن النية أو سيئها<sup>4</sup>.

وكحجة على سريان العقد في حق الوارث الحقيقي أن الوارث الظاهر عندما يقوم بإيجار المال لا يظهر بمظهر من له حق الإدارة، وإنما يظهر بمظهر المالك الحقيقي للمال، لذلك فإن إجارته تسري في حق الوارث الحقيقي للمال أيا كانت مدته<sup>5</sup>.

1-1-6- التاجر المفلس: تنص المادة 1/244 ق ت ج على أنه (يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس، ومن تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، وما دام في حالة إفلاس).

نستنتج من خلال هذا النص أن نظام الإفلاس يهدف إلى منع المدين من التصرف بأمواله إضرارا بحقوق دائنيه، وتحقيق المساواة بين الدائنين بمنعهم من التزاحم والتناحر عند التنفيذ على أموال المدين المفلس، ولتحقيق هذا الهدف رتب المشرع على صدور الحكم بإشهار الإفلاس غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها بقوة القانون، إذ يحل الوكيل المتصرف القضائي محله في إجراء التصرفات القانونية اللازمة لتصفية التقلية والوصول بها إلى الحل المناسب الذي يضمن حقوق الدائنين.

<sup>1</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص31. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص40.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص250. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص52.

<sup>3</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص117 وما بعدها.

« Si le contrat de location- gérance a été consenti par l' héritier apparent on admet qu' il doit être maintenu ». Joseph- Pascal VENCENT, Les contrats de gérance des fonds de commerce, Enseignement et perfectionnement techniques, Paris, 1954, p32.

<sup>4</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص65. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص251.

<sup>5</sup> - رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص251. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص53.

فالمشرع قدر أن إطلاق يد المدين في إدارة أمواله والتصرف فيها بعد إشهار إفلاسه لا يتفق والأهداف التي يسعى إلى تحقيقها نظام الإفلاس. فقد يسعى المفلس إذا لم تغل يده عن الإدارة والتصرف إلى تهريب أمواله أو يسيء التصرف فيها إضراراً بدائنيه فيضعف بذلك حق الضمان العام الذي يضمن لهم الوفاء بحقوقهم، كما تمكنه مثل هذه الحرية في التصرف إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين عن طريق محاباة بعضهم على حساب بعضهم الآخر<sup>1</sup>.

تطبيقاً لهذا فإن إيجار تسيير المحل التجاري الصادر من التاجر المفلس بعد إعلان شهر إفلاسه يعتبر باطلاً وغير نافذ في حق جماعة الدائنين لأنه موصوم بطابع الريبة والشك<sup>2</sup>، ولا يجوز له أن يبرم هذا العقد لأن الوكيل المتصرف القضائي الذي تعينه المحكمة هو الذي يتولى إدارة أموال التاجر المفلس. ولكن يجوز في حالة التسوية القضائية للمفلس بمساعدة الوكيل المتصرف القضائي بعد إذن من القاضي المنتدب أن يقوم بإيجار تسيير محله التجاري إن كان من شأن هذا العمل أن يضيف أموال<sup>3</sup>.

أما إيجار التسيير الصادر عنه بعد التوقف عن الدفع وقبل شهر إفلاسه<sup>4</sup>، فيجوز إبطاله أيضاً إذا أثبت أن المستأجر المسيّر كان يعلم وقت التعاقد باختلال أعمال المؤجّر<sup>5</sup>، كما يجوز لجماعة الدائنين طلب إبطال إيجار التسيير حتى ولو قبل ذلك الوقت إذا اتضح أن هذا الإيجار يخفي هبة مستترة أو يمنح المستأجر المسيّر فائدة استثنائية<sup>6</sup>، ويجوز أيضاً للدائنين إبطال إيجار التسيير ولو كان صادراً قبل التوقف عن الدفع، إذا ثبت أن هناك تواطؤ بين المؤجّر والمستأجر المسيّر للإضرار بحقوق الدائنين وكان من وراء ذلك أن وقع الضرر بالفعل<sup>7</sup>. وتاريخ التوقف عن الدفع تحدده المحكمة التي قضت بشهر إفلاس التاجر ولا يكون هذا التاريخ سابقاً لصدور الحكم بأكثر من ثمانية عشر شهراً<sup>8</sup>.

1 - عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، أحكام الإفلاس والصلح الواقي، دراسة مقارنة، ج3، دار الثقافة، عمان، 2008، ص84. أنظر أيضاً محمد السيد الفقي، القانون التجاري، الإفلاس- العقود التجارية- عمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص ص82-83.

2 - أنظر مصطفى كمال طه، أصول الإفلاس، ط2، د د ن، د ب ن، 1957، ص ص102-103. أنظر أيضاً عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص91.

3 - أنظر نص المادة 277 وما بعدها ق ت ج.

4 - « تسمى هذه الفترة بفترة الريبة وتشمل الفترة الواقعة بين التاريخ الذي عينته المحكمة لتوقف المفلس عن دفع ديونه وتاريخ صدور حكم شهر الإفلاس». مصطفى كمال طه، أصول الإفلاس، مرجع سابق، ص107.

5 - أنظر سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص34. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص253. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص44. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص693. أنظر أيضاً نص المادة 247 ق ت ج.

6 - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص113. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص44. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص34.

7 - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص ص44-45. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص254.

8 - أنظر نص المادة 7/247 ق ت ج.

1-2-2- المؤجّر هو من له حق الانتفاع بالمحل التجاري: رأينا أن للمالك السلطة الكاملة في إبرام أي عقد على محله التجاري ومن بين هذه العقود إيجار التسيير، إلا أننا نجد أن هناك أشخاص ليسوا بملاك ولكنهم يتمتعون بحق الانتفاع، والسؤال المطروح هل يمكن لهؤلاء الأشخاص إبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري أم لا؟

1-2-1- صاحب حق الانتفاع: للمنتفع أن يقوم بكل ما يلزم لإدارة الشيء المنتفع وبما يتفق مع طبيعته في الحدود التي تمكنه من ممارسة حقه في الانتفاع، وأهم هذه الأعمال على الإطلاق هو إيجار تسيير الشيء المنتفع به، حيث أن للمنتفع أن يؤجّر حقه في الانتفاع لاستثماره والحصول على أجرته، لكن نحن نعلم أن حق الانتفاع حق مؤقت، بمعنى أنه ينتهي إما بحلول الأجل المحدد له، أو بوفاء المنتفع أيهما أقرب، وبالتالي فإن حق الانتفاع لا ينتقل إلى الورثة<sup>1</sup>. فليس لحق المنتفع في إيجار تسيير العين أي قيد متعلق بالمدة إلا المدة التي يبقى فيها حق الانتفاع قائماً لأنه بطبيعته حق مؤقت، ولا يجوز بحال أن يبقى بعد موت المنتفع.

فإذا كان حق الانتفاع مدته عشرة سنوات مثلاً، استطاع المنتفع أن يؤجّر العين لأية مدة بشرط ألا تتجاوز عشر سنوات وألا تتجاوز في الوقت ذاته حياة المنتفع، فالمنتفع لا يتقيد بمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، لأنه عندما يؤجّر العين لا يفعل ذلك بموجب حق الإدارة وإلا لما جاز له أن يزيد على ثلاث سنوات. فهو إذن لا يدير العين نائباً عن الغير، وإنما يستعمل حقه الأصيل في الانتفاع<sup>2</sup>. فإذا أجر المحل التجاري مدة ستة سنوات مثلاً وبقي حياً طوال هذه المدة، فإن إيجار التسيير يبقى قائماً إلى انقضاء هذه المدة، أما إذا مات المنتفع بعد انقضاء أربعة سنوات مثلاً، فإن إيجار التسيير ينتهي بموته لانقضاء حق الانتفاع بموت المنتفع. غير أنه إذا أقر مالك الرقبة الإيجار، مقدماً أو عند موت المنتفع، فإن العقد يبقى قائماً في السنتين الباقيتين، لا بين المستأجر الميسر وورثة المنتفع، بل بين المستأجر الميسر ومالك الرقبة الذي يستعيد الملكية التامة بموت المنتفع. أما إذا لم يقر مالك الرقبة إيجار التسيير، فإن إيجار التسيير ينقضي ويحق له أن يسترد العين المؤجرة من المستأجر الميسر بعد التنبيه عليه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص114. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص263. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص35 وما بعدها. أنظر أيضاً أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص173. أنظر أيضاً علي فيلاي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص94. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص57.

تنص المادة 469 ق م ج تنص على أنه (الإيجار الصادر ممن له حق المنفعة ينقضي بانقضاء هذا الحق على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة).

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، صص46-47.

<sup>3</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص696. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص47.

إضافة إلى ما سبق فإن حق الانتفاع يسقط أيضا بعدم الاستعمال متى مضت المدة التي يستلزمها القانون لذلك، وذلك كله من أجل أن تتجمع عناصر الملكية في يد المالك<sup>1</sup>.

1-2-2- مالك حق الاستعمال: يقصد بحق الاستعمال الحق العيني الذي يتقرر لشخص على شيء مملوك لغيره، ويخول صاحب هذا الحق استعمال الشيء لنفسه ولأسرته، والمقصود بالأسرة كل من يعوله صاحب حق الاستعمال. كما أن حق الاستعمال يرد على العقار وعلى المنقول<sup>2</sup>، وبما أنه يمكن أن يرد على منقول فليس هناك ما يمنعه من أن لا يرد على محل تجاري باعتباره مال منقول معنوي.

حسب نص المادة 855 ق م ج<sup>3</sup> فإن نطاق حق الاستعمال يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم، فيستأثر به صاحبه دون غيره، وبالرجوع إلى نص المادة 886 ق م ج<sup>4</sup> فإنه كأصل عام حق الاستعمال مقصور على صاحب الحق نفسه هو وأسرته، وبمقدار حاجتهم الشخصية، فلا يجوز لصاحب الحق أن ينزل عنه للغير بمقابل أو بغير مقابل، ولا يجوز له أن يؤجر تسييره. وإذا نزل عنه للغير أو أجر تسييره، كان إيجار التسيير باطلا، لأنه إنما ينزل عن حقه أو يؤجره وهو حق غير قابل للنزول عنه ولا إيجاره<sup>5</sup>.

استثناء عن هذا المنع أجاز المشرع الخروج على ذلك إذا وجد شرط صريح يقضي بجواز إيجار تسيير المحل التجاري، أو إذا وجد مبرر قوي يسمح بذلك، وتقدر المحكمة مدى قوة هذا المبرر. فإذا وجد الشرط الصريح أو المبرر القوي كان إيجار التسيير الصادر من صاحب حق الاستعمال، صحيحا وناظرا في حق مالك الرقبة. وقد أراد المشرع بهذا الاستثناء مراعاة قدر من المرونة يخفف من حدة المبدأ الذي يقضي بعدم جواز النزول عن الحق أو إيجاره إذا طرأت ظروف على صاحب الحق تجعل التقيد بهذا المبدأ مؤديا إلى الضيق والحر<sup>6</sup>.

1-2-3- المستأجر الميسر: يتمتع المستأجر الميسر بحق شخصي قبل المؤجر يمكنه هذا الأخير من الانتفاع بالمحل التجاري وفقا لما هو مخصص له، فيمكن للمستأجر الميسر إبرام مختلف العقود مع التجار والزبائن والعمل

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأمان، مرجع سابق، ص 114.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، حق الانتفاع والارتفاق، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص ص 1275-1276.

<sup>3</sup> - تنص المادة 855 ق م ج على أن (نطاق حق الاستعمال وحق السكن يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته لخاصة أنفسهم وذلك دون الاخلال بالأحكام التي يقرها السند المنشئ للحق).

<sup>4</sup> - تنص المادة 886 ق م ج على أنه (لا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال وحق السكن إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي).

<sup>5</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، حق الانتفاع والارتفاق، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 1276. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 698.

<sup>6</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 698. أنظر أيضا سعد الحبر، مرجع سابق، ص 37. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 38. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص ص 48-49. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأمان، مرجع سابق، ص 116.

تنص المادة 469 مكرر ق م ج على أنه (لا يجوز لصاحب حق الانتفاع ... أن يعقد إيجارا ما لم ينص العقد المنشئ لحقه صراحة على ذلك.

ينتهي الإيجار بقوة القانون بانقضاء حق الاستعمال ...).

على زيادة استثماره، أما إذا أراد التنازل عن إيجار تسيير محله التجاري أو إيجار تسييره من الباطن لأحد الأشخاص، فإنه يجب عليه أولاً وقبل قيامه بإبرام العقد الحصول على الموافقة الكتابية للمؤجر، على أن يبقى في هذه الحالة المستأجر المسير ضامناً للمتنازل له في تنفيذ التزاماته، ويكون المستأجر المسير الفرعي ملتزماً مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الأصلي وذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر، لأن عقد إيجار التسيير من عقود ذات الاعتبار الشخصي<sup>1</sup>. أما إذا وجد نص قانوني يجيز للمستأجر المسير إعادة إيجار تسيير المحل التجاري فلا مانع له في هذه الحالة من إبرام العقد<sup>2</sup>.

### عدم إمكانية تطبيق بعض الحالات التي يكون فيها المستأجر هو من له حق الانتفاع:

- مالك حق السكنى: حق السكنى فرع عن حق الاستعمال، إذ هو مقصور على نوع معين من الاستعمال هو السكنى، فمحل السكنى يكون داراً يسكن فيها صاحب الحق وأسرته، ولا يرد إلا على العقار وبالذات على دار للسكنى<sup>3</sup>.

نستنتج من خلال ما سبق أنه لا يمكن لصاحب حق السكنى إيجار تسيير المحل التجاري، وذلك نظراً لطبيعة هذا المال الذي يعد مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، يتكون من عناصر معنوية ومادية، فهو ليس بعقار ليسكنه هو أو أسرته.

- المودع لديه: تنص المادة 590 ق م ج على أن (الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عيناً).

نستنتج من خلال نص هذه المادة أن المقصود بالوديعة هو إيداع شخص يسمى بالمودع شيئاً منقولاً لدى شخص آخر يسمى بالمودع لديه من أجل المحافظة عليه لمدة زمنية معينة، وقد تكون بمقابل أو دون مقابل، على أن يتم إرجاع الشيء المودع بعد انقضاء المدة الزمنية المحددة.

يختلف عقد الوديعة عن العقود الأخرى في أن الالتزام بحفظ الشيء هو الغرض الأساسي من العقد، فالوديعة غرضها الأساسي هو الحفظ بالذات، والمودع عنده لا يجوز له الانتفاع بالعين المودعة، على أنه يجوز له استعمال الشيء، ويبقى العقد مع ذلك وديعة بشرط أن يكون حفظ الشيء هو الغرض الأساسي من العقد واستعماله ليس إلا

<sup>1</sup> - Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p384.

أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 57.

<sup>2</sup> - لم ينص المشرع الجزائري في القانون التجاري على هذا الحكم وإنما قمنا بالقياس على أحكام نص المواد 505 و 506 و 507 ق م ج المتعلقة بالتنازل عن الإيجار والإيجار الفرعي. أنظر في هذا الموضوع أنور طلبة، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 423 وما بعدها. أنظر أيضاً محمد أحمد عابدين، مرجع سابق، ص 15 وما بعدها.

Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p596. Voir aussi Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p384.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، حق الانتفاع والارتفاق، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص ص 1275-1276.

أمراً ثانوياً بجانب هذا الغرض الأساسي، فإن كان الاستعمال غرضاً أساسياً، لم يكن العقد وديعة بل كان الشيء عارية استعمال إذا كان الشيء غير قابل للاستهلاك، وقرضاً إذا كان الشيء قابلاً للاستهلاك<sup>1</sup>.

إن أحكام عقد الوديعة لا تتماشى مع الطبيعة الخاصة للمحل التجاري، ومن غير الممكن تصور إيداع المحل التجاري لدى أحد الأشخاص للحفاظ عليه ورده بعد مدة زمنية معينة، لأن من شأن ذلك أن يؤدي إلى زوال المحل التجاري، وبالتالي من غير المتصور قيام المودع لديه بإيجار تسيير المحل التجاري، فأحكام عقد الوديعة لا تسري على المحل التجاري باعتباره مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري يتم استغلاله على الدوام والاستمرارية.

- الدائن المرتهن رهن حيازة: سبق وتناولنا في الباب الأول أحكام الرهن الحيازي للمحل التجاري، بحيث توصلنا إلى أن هذا العقد يتميز بطبيعة خاصة لأنه حتى وإن سماه المشرع بالرهن الحيازي في المادة 118 ق ت ج، إلا أن الحيازة لا تنتقل من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن<sup>2</sup>، والغاية من هذا الحكم هو تمكين المدين الراهن من الاستمرار في استثمار محله التجاري وزيادة أرباحه الأمر الذي يمكنه من سداد ديونه، وهذا خلافاً للقواعد العامة في رهن المنقول الذي يجب أن تنتقل حيازته من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن وهذا شرط لنفاذ الرهن الحيازي في حق الغير<sup>3</sup>.

إن حكمة اشتراط انتقال حيازة المال المرهون إلى المرتهن هي أن يقوم تغيير الحيازة مقام الإشهار والعلانية حتى يعلم الغير بأن الشيء المرهون خرج من مجموع أموال المدين الضامنة لحقوق الدائنين، وتقرر عليها حق امتياز لدائن ممتاز. وإنشاء هذا الحق لمصلحة دائن يجب أن يشهر، لأن الشيء المرهون إذا بقي في حيازة الراهن فلا يستطيع الغير أن يعلم بهذا الحق الجديد، ويستمر الغير معتقداً بأن أموال المدين خالية من كل حق للغير فيوليه ثقة لا يستحقها، فحيازة الدائن للمال المرهون تمنع هذا الخطأ الذي قد يقع فيه الغير<sup>4</sup>.

إن انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن في المنقول المادي تمكنه من حبس العين المرهونة إلى حين استيفاء حقه، وتمكنه أيضاً من مباشرة دوره كدائن مرتهن، فيستطيع أن يحافظ على العين المرهونة، وأن يديرها وأن يستغلها وأن يحاسب الراهن على كل ذلك إلى أن ينتهي الرهن، فيردها إلى مالكها<sup>5</sup>. ويستخلص من ذلك أنه يستطيع أن يؤجر العين المرهونة، لأن الإيجار هو الوسيلة المألوفة للاستغلال، ويستطيع إبرام إيجار لمدة تزيد عن ثلاث

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 678 وما بعدها. أنظر أيضاً أنور طلبه، الوسيط في القانون المدني، ج4، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، 2001، ص 1153.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 1/118 ق ت ج.

<sup>3</sup> - شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 67. أنظر أيضاً محمد صالح، مرجع سابق، ص 330.

<sup>4</sup> - أنظر محمد صالح، مرجع سابق، ص 334.

<sup>5</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص 788-789. أنظر أيضاً السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 274-275. أنظر أيضاً نص المادة 948 وما بعدها ق م ج.

سنوات، لأنه لا يؤجّر العين بموجب حق الإدارة نائباً عن الراهن بل بموجب حقه الأصيل في استغلال العين<sup>1</sup>. أما فيما يخص مدى سرية هذا الحكم على الدائن المرتهن للمحل التجاري، فإنه يمكن لنا القول أنه لا يمكن له القيام بإيجار تسيير المحل التجاري نظراً لاختلاف طبيعة كلا من العقدين.

- الدائن المرتهن رهناً رسمياً: حسب نص المادة 882 ق م ج<sup>2</sup> فإن الرهن الرسمي يرد على عقار ولا يرد على منقول، كما أن حيازة الشيء المرهون لا تنتقل من المدين الراهن إلى الدائن، وإنما يحتفظ بها المدين الراهن، وما دام الراهن يبقى مالكا للعقار المرهون وحائزاً له، فإنه يحتفظ بملكته عليه كمالك وكحائز، فيبقى له حق التصرف في العقار المرهون، كما يبقى له حق استعماله وحق استغلاله، ولا تتقيد سلطته في كل ذلك إلا بما يجب أن تتقيد به من اعتبار حق الدائن المرتهن، فإن هذا الحق يبقى قائماً لضمان الوفاء بالدين، وقد ينتهي إذا لم يف المدين بالدين إلى التنفيذ على العقار المرهون واستيفاء الدين من ثمنه بحسب مرتبة الدائن المرتهن<sup>3</sup>.

يمكن لنا القول من خلال ما سبق أنه لا يمكن للدائن المرتهن رهناً رسمياً إيجار تسيير المحل التجاري، باعتبار أن الرهن الرسمي لا يمكن أن يرد على المحل التجاري لأنه يرد فقط على العقار، والمحل التجاري هو مال منقول معنوي، وبالتالي إمكانية الدائن المرتهن رهناً رسمياً في إيجار تسيير المحل التجاري منعدمة. إلا أننا نشير في هذه النقطة إلى أن الرهن الحيازي للمحل التجاري يشبه الرهن الرسمي في عدم انتقال الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، ورغم ذلك سماه المشرع في نص المادة 118 ق ت ج رهن حيازي (من طبيعة خاصة) ولم يسميه الرهن الرسمي.

1-3- المؤجّر هو من له حق الإدارة: قد لا يكون المؤجّر هو مالك المحل التجاري ولا من يملك حق الانتفاع به، وإنما يكون شخصاً آخر يتمتع بسلطة الإدارة، فيكون هذا الشخص هو صاحب الحق في إيجار تسيير المحل التجاري نيابة عن المالك، وهذه النيابة قد تكون اتفاقية أو قانونية أو قضائية. إن الحجة التي يمكن أن نستند عليها لإمكانية الأشخاص الذين سنتناولهم أدناه لإيجار تسيير هي نص المادة 4/207 و5 ونص المادة 210 ق ت ج.

1-3-1- النيابة الاتفاقية: قد لا يكون مؤجّر تسيير المحل التجاري هو المالك نفسه ولا المستأجر المسير، وإنما شخص آخر له فقط حق الإدارة وتلقى هذا الحق عن طريق العقد أو الاتفاق، وهناك حالتان نتناولهما كما يلي:

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص50. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص39 وما بعدها. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص700 وما بعدها. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص273 وما بعدها. أنظر أيضاً سعد الحبر، مرجع سابق، ص ص37-38.

<sup>2</sup> - يعرف المشرع الرهن الرسمي في نص المادة 882 ق م ج على أنه (عقد يكسب به الدائن حقا عينياً، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان).

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، مرجع سابق، ص396. أنظر أيضاً شوقي بناسي، مرجع سابق، ص ص209-210. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص42. أنظر أيضاً السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص158.

- الوكالة: قد لا يقوم مالك المحل التجاري بإيجار تسيير محله التجاري بنفسه، وإنما يعهد ذلك إلى شخص آخر يقوم مقامه في إبرام هذا العقد يسمى الوكيل بموجب عقد يسمى عقد الوكالة ويعمل باسم ولحساب الموكل<sup>1</sup>، والوكالة قد تكون عامة أو خاصة.

تعتبر الوكالة العامة تلك الواردة بألفاظ عامة والتي لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية ومن بينها الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، وباعتبار أن إيجار تسيير المحل التجاري من عقود الإدارة، فإنه إذا قام مالك المحل التجاري بتوكيل عام للوكيل في إدارة أمواله ومن بين هذه الأموال المحل التجاري، فإن للوكيل الحق في إبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات<sup>2</sup>، وإذا تجاوز هذه المدة فإنه لا ينفذ في حق الموكل إلا إذا أقره<sup>3</sup>. كقول الموكل للوكيل وكنلتك في إدارة أعماله أو وكنلتك في إدارة متجري<sup>4</sup>.

أما الوكالة الخاصة فتقتصر على تصرف واحد من التصرفات، وكل أعمال التصرف يجب أن تكون الوكالة فيها خاصة، ولا يلزم أن تكون هناك وكالة منفصلة لكل نوع من أعمال التصرف على حده بل يمكن أن تذكر تصرفات عديدة في وكالة واحدة، ولكن لا يتوسع في تفسيرها بل تفسر تفسيراً ضيقاً<sup>5</sup>. وتصح أيضاً الوكالة الخاصة في أعمال الإدارة، ويعين التوكيل في هذه الحالة عملاً من أعمال الإدارة أو طائفة من هذه الأعمال تقتصر الوكالة عليها، كأن يكون للوكيل وكالة خاصة بإيجار تسيير المحل التجاري، ولكن ليس له أن يقوم بأي عمل غير إيجار التسيير، فلا يجوز له مثلاً بيعه<sup>6</sup>.

نضيف أن الوكالة العامة ليست كالوكالة الخاصة، بحيث لا يجوز فيها للوكيل أن يبرم عقد إيجار تسيير المحل التجاري لمدة تتجاوز ثلاث سنوات. أما في الثانية يمكن للوكيل إيجار تسيير المحل التجاري لأكثر من ثلاث سنوات.

<sup>1</sup> - تنص المادة 571 ق م ج على أن (الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه).

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 573 ق م ج. أنظر أيضاً علي فارس فارس، سلطات وموجبات الوكيل وانتهاء وكالته في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 36-37. أنظر أيضاً منير قزمان، الوكالة التجارية في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 47. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، مرجع سابق، ص 433. أنظر أيضاً محي الدين اسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 205. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 302 وما بعدها. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 706. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 43. أنظر أيضاً يكن زهدي، مرجع سابق، ص 97.

<sup>3</sup> - رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 303.

<sup>4</sup> - علي فارس فارس، مرجع سابق، ص 37.

<sup>5</sup> - محي الدين اسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 207-208. أنظر نص المادة 574 ق م ج.

<sup>6</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، مرجع سابق، ص 442. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 126. أنظر أيضاً منير قزمان، مرجع سابق، ص 47.

- مدير الشركة: إن الشركة كشخص معنوي لا تستطيع على الإطلاق أن تعبر بنفسها عن إرادتها، سواء في علاقتها مع الشركاء أو في معاملاتها مع الغير، لذلك فمن الطبيعي، بل من الضروري، أن يكون لها من يمثلها ويعبر عن إرادتها، وممثل الشركة هو المدير<sup>1</sup>. وقد يكون هذا المدير شخص طبيعي واحد أو أكثر، وقد يعين من بين الشركاء أو أجنبي عنهم، وقد يتم تعيينه في العقد التأسيسي للشركة أو باتفاق لاحق له<sup>2</sup>.

1-3-2- النيابة القانونية: ينص القانون في بعض الأحيان على إمكانية بعض الأشخاص تولي مسألة إدارة أموال أشخاص معينين لعدة أسباب قد تكون لصغر في السن أو أموال متنازع عليها ... إلخ، ويتمثل هؤلاء الأشخاص فيما يلي:

- الولي: قد يكون مالك المحل التجاري شخصاً قاصراً غير كامل الأهلية، وبالتالي عدم توافره لأهلية إدارة محله التجاري أو التصرف فيه، لذلك منح المشرع لأب هذا القاصر صفة الولي وفي حالة وفاته أو غيابه أو حصول مانع له تحل الأم محله، أما في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة، بحيث تمكنه هذه الصفة من إدارة أموال القاصر وببذل في ذلك عناية الرجل الحريص<sup>3</sup>، والولاية شخصية لا تنتقل إلى الورثة<sup>4</sup>.

نقول أن من بين أهم مزايا عقد إيجار التسيير أنها تسمح للقاصر الذي لم يبلغ السن القانونية لممارسة النشاط التجاري بالاحتفاظ بملكية المحل التجاري الذي تحصل عليه عن طريق الهبة أو الميراث، وذلك بإيجار تسييره من طرف أحد ممثليه الشرعيين<sup>5</sup>.

لم يشر المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى إمكانية الولي لإيجار تسيير المحل التجاري الذي تعود ملكيته للقاصر، عكس ما هو الحال عليه بالنسبة للعقار إذ أجاز للولي بعد استئذان القاضي إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص113.  
<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 427 ق م ج وما بعدها. أنظر ما قلناه في الباب الأول عندما تناولنا أهلية مدير الشركة، ص10. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص58.

« C' est le conseil d' administration, si les statuts lui donnent un pouvoir suffisant, qui peut décider de la mise en location». Pierre BRUN, Le fonds de commerce mis en gérance libre, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 1949, p32.

« Il faut que les administrateurs pour procéder à un tel acte soient munis de pouvoirs spéciaux par les statuts ou par une décision de l' assemblée générale». M. LAROUDI, op- cit, p61.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 87 ق أ ج. ولمزيد من المعلومات حول الولاية أنظر كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص33 وما بعدها. أنظر أيضاً عبد الله محمد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية قانونية مقارنة، دار النفائس، الأردن، 2009، ص27. أنظر أيضاً بلقاسم الشنتوان، مرجع سابق، ص257. أنظر أيضاً زروقي خديجة، مرجع سابق، ص15.

<sup>4</sup> - محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص85.

<sup>5</sup> - M. LAROUDI, op- cit, p53.

<sup>6</sup> - أنظر نص المادة 88 ق أ ج.

غير أننا نقول أنه في بعض الأحيان تكون قيمة المحل التجاري أكبر من قيمة العقار، وعليه قياساً على ما سبق فإنه يمكن للولي بعد حصوله على إذن من القاضي أن يقوم بإيجار تسيير المحل التجاري المملوك للقاصر لأية مدة كانت ولا يتقيد بحكم المادة 468 ق م ج، والتي تفرض على ألا تزيد مدة الإيجار ممن له الحق في الإدارة عن ثلاث سنوات، حيث أن الأب لا يملك حق الإدارة فقط وإنما يملك حق التصرف في أموال القاصر فله الحق في إيجار التسيير لأية مدة يشاء<sup>1</sup>، غير أن الإيجار الذي تكون مدته أقل من ثلاث سنوات، ولكنه يمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد يحتاج أيضاً لإذن القاضي، فإذا كان سن القاصر ثمانية (18) عشر سنة مثلاً، وأبرم وليه إيجاراً لسنتين ونصف كان على الولي أن يستأذن القاضي في إبرامه، لأنه سيمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ القاصر سن الرشد<sup>2</sup>.

- الوكيل المتصرف القضائي: تغل يد المدين عن إدارة أمواله بقوة القانون بصدور الحكم بشهر إفلاسه ويحل محله في إدارة هذه الأموال وكيل مأجور يعرف بوكيل التفليسة (الوكيل المتصرف القضائي)، تتولى محكمة الإفلاس تعيينه، ويحتفظ الوكيل المتصرف القضائي بهذه التسمية طيلة فترة إدارة التفليسة<sup>3</sup>.

يتولى الوكيل إدارة التفليسة بوصفه ممثلاً لجماعة الدائنين وللمفلس في الوقت نفسه، فهو يعد ممثلاً لجماعة الدائنين لأن صدور الحكم بإشهار إفلاس المدين يترتب عليه حشد الدائنين في جماعة تتمتع بالشخصية المعنوية يمثلها وكيل عنهم يتخذ باسمهم الإجراءات اللازمة لإدارة أموال المدين، والمحافظة عليها حتى يتم بيعها وتوزيع ثمنها بين الدائنين كل بنسبة دينه. ويعد ممثلاً للمفلس أيضاً، لأن صدور الحكم بإشهار الإفلاس يترتب عليه غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها، فهو نائب بحكم القانون عن المفلس في جميع الأعمال التي تقتضيها إدارة أمواله<sup>4</sup>.

يمكن للوكيل المتصرف القضائي وفقاً للسلطات الممنوحة له في إدارة أموال التاجر المفلس إيجار تسيير المحل التجاري الذي يملكه التاجر المفلس متى رأى أن من شأن هذا العقد أن يحقق أرباحاً تزيد من ضمان الدائنين، أو يتفادى خسارة التاجر وبالتالي الإنقاص من فرصة حصول جماعة الدائنين على أموالهم، ولكن لا يجوز

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 288. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تتاغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 45. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 711. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 291-292.

<sup>2</sup> - هلال شعوة، مرجع سابق، ص 40-41. أنظر أيضاً نص المادة 88 ق أ ج.

<sup>3</sup> - محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 137-138.

« Lorsque la société qui a déposé son bilan a été mise en liquidation des biens, le débiteur est complètement déssaisi de sa direction de son entreprise et le syndic a toute capacité pour donner le fonds en location- gérance. Le contrat sera probablement dans ce cas à durée limitée, de façon à sauvegarder la valeur du fonds de commerce avant sa vente». Jean- Marie THUMERELLE, La location- gérance dans le cadre des procédures collectives, Thèse pour le doctorat, Faculté d' économie et de sciences sociales, Université de Paris 2, 1985, p31.

<sup>4</sup> - عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 217. أنظر أيضاً مصطفى كمال طه، أصول الإفلاس، مرجع سابق، ص 180. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 58.

أن تزيد مدة عقد إيجار التسيير عن ثلاثة سنوات إلا إذا حصل على إذن من القاضي المنتدب. وإيجار التسيير الصادر منه في هذه الحدود يكون نافذاً في حق من يرسو عليه المزداد إذا كان يعلم به، فإذا كان لا يعلم به كان له الرجوع على الوكيل المتصرف القضائي بالتعويض عن تقصيره في تنبيه المزايدين لما صدر منه من إيجارات التسيير بالنسبة إلى المحل التجاري المطروح في المزداد<sup>1</sup>.

- ناظر الوقف: إن إجارة الوقف لا يملكها إلا الناظر، فلا يملكها الموقوف عليهم ولو كان واحداً وانحصر الاستحقاق فيه، ولا يجوز لناظر الوقف أن يؤجّر بغبن فاحش، ولا لمدة تزيد على ثلاث سنوات إلا بإذن من القاضي<sup>2</sup>. إذن المحل التجاري الموقوف استغلاله لصالح شخص ما، فإن من يملك سلطة تسييره هو ناظر الوقف الذي يتم تعيينه خصيصاً لهذه المهمة، وهذا الأخير يجب عليه استغلاله وفقاً لما خصص له وأن يبذل في ذلك عناية الرجل الحريص وأن يحترم كل الشروط المتعلقة بالاستغلال.

1-3-3- النياية القضائية: تمتد إلى الجهاز القضائي في بعض الأحيان سلطة تعيين بعض الأشخاص لإدارة الأموال، وهذه الأشخاص نلخصها فيها ما يلي:

- الحارس القضائي: يمكن تعريف الحراسة القضائية على أنها وضع مال بحكم القضاء في يد شخص أمين عندما يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت، ليتكفل هذا الشخص بحفظه وإدارته لحساب جميع أصحاب الشأن ورده وغلته إلى من يثبت له الحق فيه رضاً أو قضاءً، فإذا رأى القاضي بناءً على طلب صاحب المصلحة أن الحراسة ضرورية للمحافظة على حقوق أصحاب الشأن ومصالحهم فإنه يعهد للحارس المال لحفظه وإدارته ليرده مع غلته المقبوضة لمن يثبت له الحق فيه<sup>3</sup>.

إن الحراسة القضائية وإن كانت تشبه الوكالة العامة والوديعة في بعض أحكامها إلا أنها في الحقيقة نيابة قانونية وقضائية، فالقانون يحدد نطاقها والقضاء يسبغ على الحارس صفته، وهي إجراء تحفظي مؤقت لا يمس

<sup>1</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص712. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص58. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص45. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص296. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص41. أنظر أيضاً نص المادة 277 وما بعدها من ق ت ج.

Voir aussi Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p384. Voir aussi M. LAROUDI, op- cit, pp59-60.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص58. أنظر أيضاً محمدي فريدة زواوي، مرجع سابق، ص109.

<sup>3</sup> - رضا محمد عبد السلام عيسى، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص23. أنظر أيضاً محي الدين اسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية، ط2، النسر الذهبي، د ب ن، د س ن، ص179. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، ط3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص792-793. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص58.

الموضوع بمعنى أنها تحفظ المال فتحول دون تصرف المدين فيه أو إخفائه، ومؤقتة فلا تبقى إلا ببقاء الظروف التي استدعتها فتدور حجية الحكم مع هذه الظروف وجودا وعدما، ولا أثر للحكم على الموضوع<sup>1</sup>.

يمكن لنا القول من خلال ما سبق أن الحارس القضائي هو ذلك الشخص الذي يقوم القاضي بتعيينه لإدارة مال معين، بناء على طلب أصحاب الشأن على أن يتم إرجاع هذا المال محل الحراسة بعد مدة زمنية معينة، ويحدد الحكم القاضي بالحراسة حدود سلطات الحارس أي التزاماته وحقوقه، وإلا فإن أحكام الوديعة والوكالة هي المطبقة متى كانت لا تتعارض مع أحكام الحراسة<sup>2</sup>. ويختلف السبب الذي يؤدي بالشخص أو الأشخاص إلى تقديم طلب إلى القضاء من أجل تعيين حارس قضائي، فقد يكون نتيجة نزاع بين شخصين أو أكثر حول ملكية مال معين، أو حالة عدم الاتفاق على إدارة المال الشائع، أو ظهور نزاع بين المؤجر والمستأجر ... إلخ.

يعد الحارس القضائي نائبا قانونيا عن مالك المحل التجاري الموضوع تحت الحراسة<sup>3</sup>، وقياسا على نص المادة 607 ق م ج فإن الحارس يلتزم بالمحافظة على المحل التجاري المعهود إليه حراسته وبإدارته على أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد، فمن أعمال الإدارة التي يقوم بها الحارس إيجار التسيير لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، ويجوز أن يضيق حكم الحراسة من هذه السلطة أو أن يوسع فيها، فلا يجوز للحارس مثلا أن يؤجر لأكثر من سنة أو يجيز له أن يؤجر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، وإذا سكت الحكم عن تعيين المدة كان للحارس أن يؤجر لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات، لأن الحارس لا يملك إلا حق الإدارة<sup>4</sup>.

أما إذا قام الحارس بإيجار تسيير المحل التجاري لمدة تزيد على المدة القانونية كان للمحكمة إنقاص هذه المدة إلى المدة القانونية<sup>5</sup>، وقاضي الموضوع هو الذي يملك سلطة الحكم بإبطلان عقد إيجار تسيير المحل التجاري وليس قاضي الأمور الاستعجالية الذي عين الحارس<sup>6</sup>. يلاحظ أن سلطة الحارس في إيجار تسيير المحل التجاري

<sup>1</sup> - أنور سلطان، الوسيط في القانون المدني، الإيجار، العارية، المقاولة، التزام المرافق العامة، الوكالة، الوديعة، الحراسة، المقامرة والرهان المترتب مدى الحياة، التأمين، الكفالة، ج4، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، 2001، ص958. أنظر أيضا محي الدين اسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص183.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 606 ق م ج.

<sup>3</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص291. أنظر أيضا في شأن التكييف القانوني لصفة الحارس القضائي عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، مرجع سابق، ص910.

<sup>4</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، مرجع سابق، ص930. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص58-59. أنظر أيضا رضا محمد عبد السلام عيسى، مرجع سابق، ص393. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص44. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص708-709. أنظر أيضا أنور سلطان، الوسيط في القانون المدني، ج4، مرجع سابق، ص996. أنظر أيضا أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص173.

Voir aussi Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, Droit commercial, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Italy, 2015, p266.

<sup>5</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص709. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص294.

<sup>6</sup> - أنظر أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص173.

لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات تتناسب مع الطبيعة المؤقتة للحراسة كإجراء مؤقت لحين انتهاء النزاع<sup>1</sup>، ويتخذ الحارس في هذا العقد صفة المؤجر لا صفة النائب عن المؤجر<sup>2</sup>.

- الوصي: يجوز حسب نص المادة 92 ق أ ج للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو يثبت عدم أهليتها لذلك، وعلى الوصي الذي يقوم بإدارة أموال القاصر أن يبذل عناية الرجل الحريص في المهام المنوطة به وأن لا يتجاوزها، ولكن لم يشر المشرع إلى إمكانية الوصي لإبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري من عدمه أسوة بما فعل ببيع العقار حيث جاء في نص المادة 88 ق أ ج على أنه يمكن للولي بعد استأذان القاضي إبرام عقد إيجار العقار الذي يملكه القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد<sup>3</sup>.

يمكن للوصي قياساً على هذا بعد استأذان القاضي إبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري للمملوك للقاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات، أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد. أما إذا تجاوز الوصي المدة المقررة قانوناً لا يترتب عليه بطلان إيجار التسيير، وإنما إنقاص المدة إلى ثلاث سنوات، والذي يملك طلب الإنقاص ليس المستأجر المسير لأن هذا الإنقاص لم يتقرر لمصلحته، بل الوصي ولو كان هو الذي صدر منه إيجار التسيير وذلك نيابة عن المحجور، وكذلك القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو المحجور عليه بعد رفع الحجر<sup>4</sup>.

- القيم (المقدم): يعتبر القيم كل شخص تعيينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقداً الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة<sup>5</sup>. وحسب نص المادة 100 ق أ ج فإن المقدم يخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها الوصي، فمن سلطاته إدارة مال فاقداً الأهلية أو ناقصها وأن يبذل في ذلك العناية اللازمة، فيجوز للمقدم أن يبرم عقد إيجار تسيير المحل التجاري بعد استأذان القاضي لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغ سن الرشد<sup>6</sup>. وهو في كل هذا يلزم بالقيام بالواجبات

<sup>1</sup> - أنظر رضا محمد عبد السلام عيسى، مرجع سابق، ص 394.

<sup>2</sup> - أنظر أيضاً محي الدين اسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 188.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 95 ق أ ج التي تحيلنا إلى تطبيق أحكام المواد 88، 89، 90 من نفس القانون. أنظر في شأن انتهاء الوصاية عبد الله محمد ربابعة، مرجع سابق، ص 289 وما بعدها.

<sup>4</sup> - أنظر تهميش نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 130. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 300-301. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 292-293. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص 39-40.

<sup>5</sup> - أنظر نص المادة 99 ق أ ج.

« يعرف القيم على أنه نائب عن المحجور عليه تقيمه محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال للنيابة عن المحجور عليه والقيام على رعية أمواله وإدارتها وذلك تحت إشرافها ووفقاً لأحكام القانون». كمال حمدي، مرجع سابق، ص 221.

<sup>6</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 298 وما بعدها. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 710. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 130.

المفروضة على الأوصياء وتكون له حقوقهم، ويخضع للأحكام الخاصة بعزلهم ووقفهم وانتهاء مهمتهم ومحاسبتهم<sup>1</sup>.

- الوكيل عن الغائب: الوكيل عن الغائب نائب عنه، وهو نائب قضائي إذ أن محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال هي التي تقوم بتعيينه، ونيايته بعد ذلك نيابة قانونية إذا رسم القانون حدودها. على أنه إذا ترك الغائب وكيلا عاما، فإن المحكمة تحكم بتنصيب تلك الوكالة متى كانت قد توافرت في الوكيل المختار الشروط الواجب توافرها في الوصي وإلا عينت غيره.

يسري على الوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة في شأن الوصاية على القصر، كما يسري على الوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة في شأن الأوصياء<sup>2</sup>. فقياسا على هذا بما أن الوكيل عن الغائب يتمتع بنفس سلطات الوصي، فيحق له إذن إبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري الذي تعود ملكيته للغائب، على أن يلتزم بكافة الالتزامات التي كان الغائب سيلتزم بها لو كان حاضرا.

- المالك على الشيوع: يملك المالك على الشيوع حصته ملكية تامة وهذه الحصة الشائعة ترد على كل ذرة من ذرات المال الشائع، وتتزاحم هذه الحصة مع حصة غيره من الشركاء والتي ترد كذلك على كل ذرات المال الشائع، ولذلك لا يجوز في الأصل أن يستقل أحد الشركاء المشتاعين بإدارة المال الشائع عن طريق إيجار التسيير، فإيجار التسيير سيقع حتما على ما يملك وما لا يملك<sup>3</sup>، ولذلك نص المشرع في المادة 715 ق م ج على أنه (يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك)، وتنص المادة 716 ق م ج على أنه (يكون ملزما للجميع كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة، وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء. فإن لم توجد أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء، أن تتخذ التدابير اللازمة، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع).

وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا، كما أن لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسري حتى على خلفاء الشركاء جميعا سواء أكان الخلف عاما أو خاصا. وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم).

نستنتج من خلال نص هاتين المادتين أنه إذا اتفق جميع الملاك على الشيوع على إيجار تسيير المحل التجاري الشائع، سواء كان المستأجر المسير أحدهم أو كان أجنبيا عنهم، فإن هذا الإيجار يكون صحيحا نافذا في

<sup>1</sup> - كمال حمدي، مرجع سابق، ص 224.

<sup>2</sup> - نفس المرجع، ص 241.

<sup>3</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 256.

« إن الغرض الذي يهدف إليه الشركاء من إدارة المال الشائع هو بطبيعة الحال الانتفاع واقتسام ثماره فيما بينهم، فهم ملاك لهذا المال ولكل مالك حق استعمال الشيء واستغلاله». عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 811.

مواجهة الجميع أيا كانت مدته، وتسيّر الأمور كما لو كان شخص بمفرده يملك المحل التجاري كله فقام بإيجار تسييره<sup>1</sup>.

أما إذا اتفقت أغلبية الشركاء على إيجار تسيير المحل التجاري، اعتبرت الأغلبية نائبة نيابة قانونية عن الأقلية، ونفذ إيجار التسيير في حق الشركاء جميعا لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، ما لم يثبت أحد الشركاء من الأقلية أن إيجار التسيير وقع بالتواطؤ وإضراراً بالأقلية فعندئذ لا ينفذ إيجار التسيير. وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة، فإذا كان أحد الشركاء يملك أكثر من النصف كان له وحده حق إيجار التسيير. وإذا كان لا يملك إلا الثلث مثلا وأجر لشريك آخر يملك هو أيضا الثلث، كان الشريكان المؤجّر والمستأجر المسيّر موافقين على إيجار التسيير، ولما كانا يملكان الثلثين فإن إيجار التسيير يسري في حق باقي الشركاء، وكذلك يسري إيجار التسيير في حق باقي الشركاء لو أجز الشريكان اللذان يملكان الثلثين العين الشائعة كلها لأجنبي<sup>2</sup>.

قد يحدث وأن لم تتفق أغلبية الملاك على الشروع على إيجار تسيير المحل التجاري الشائع، فيحق في هذه الحالة لأحد الشركاء تقديم طلب إلى المحكمة من أجل تعيين مدير لتسيير المحل التجاري الشائع، وفي هذه الحالة يكون عقد إيجار تسيير المحل التجاري الذي يعقده المدير الذي تعينه المحكمة ملزما للشركاء على الشروع، لكن بشرط أن لا تزيد المدة عن ثلاث سنوات، إلا إذا قضت المحكمة بخلاف ذلك.

في بعض الأحيان لا تجتمع أغلبية الشركاء على الإدارة ولا تعين المحكمة مديرا للمحل التجاري الشائع، عندئذ يجوز لأي شريك من الشركاء أن يتولى إدارة المحل التجاري الشائع ويقوم بإيجار تسييره وذلك بشرط عدم اعتراض الآخرين عليه، فإذا علم باقي الشركاء بالإجارة الصادرة عن الشريك ولم يعترضوا عليها عد ذلك موافقة ضمنية عليها، وكذلك الحال إذا لم يعترض على هذه الإجارة من الشركاء ما يكمل مع الشريك المؤجّر نصاب

<sup>1</sup> - أنظر سعد الجبر، مرجع سابق، ص33. أنظر أيضا أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، صص161-162.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، صص59-60. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص33. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص256 وما بعدها. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص46. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص106.

« Lorsque le fonds de commerce est indivis, sa mise en location- gérance est, en principe, soumise au consentement de tous les indivisaires». Olivier BARRET, op- cit, p241.

جاء في قرار المحكمة العليا رقم 44808 المؤرخ في 1988/03/23، أنه « من المقرر قانونا أن كل ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع، ومن المقرر أيضا أن للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل الخارج عن الإدارة المعتادة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدئين يعد خرقا للقانون.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضده لم تكن له الأغلبية المنصوص عليها قانونا لإجبار شركائه في التغيير المرغوب بالبئر المشترك، فإن قضاة الموضوع بسماحهم للمطعون ضده تجهيز البئر المتنازع عليه بمضخة يستعملها لحاجياته الشخصية، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه». قرار المحكمة العليا رقم 44808 المؤرخ في 1988/03/23، المجلة القضائية ع3، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، سنة 1990، ص18 وما بعدها.

الأغلبية، وكذلك الحال إذا لم يعترض من يملك الأغلبية من الشركاء واعترض الباقي عليها فتسري الإجارة في حق الجميع، ويشترط في هذه الحالة أن لا تزيد مدة إيجار التسيير عن ثلاث سنوات<sup>1</sup>.

إذا لم تكن هناك أغلبية تتفق على إيجار التسيير، ولم يعين من يدير المحل التجاري الشائع، وأجر أحد الشركاء المحل التجاري الشائع فاعترض عليه باقي الشركاء أو أغليبتهم، فإيجار التسيير وإن كان صحيحا بين المؤجر والمستأجر لا ينفذ حتى في حصة الشريك المؤجر، إذ هو لا يستطيع تسليم الحصة مفرزة للمستأجر المسيّر ما دامت العين لم تقسم. ولكن لما كان المحل التجاري لا يمكن تقسيمه إلى أجزاء كل شريك في الشروع يأخذ نصيبه، فإن الطريقة الوحيدة للقسمة والخروج من الشروع هي ببيعه بالمزاد العلني<sup>2</sup>.

فإذا بيع المحل التجاري بالمزاد العلني ورسا المزاد على الشريك المؤجر نفذ إيجار التسيير على كل المحل التجاري بفضل الأثر الرجعي للقسمة، وإن رسا المزاد على شريك غير المؤجر فإيجار التسيير لا ينفذ في حقه وله أن يسترد المحل التجاري من تحت يد المستأجر المسيّر. أما إذا رسا المزاد على شخص أجنبي اعتبر رسو المزاد بيعا وأمكن له إخراج المستأجر المسيّر من المحل التجاري المؤجر، ويبقى للمستأجر المسيّر حق الرجوع على الشريك المؤجر، لأن إيجار التسيير وارد على حصة الشريك المؤجر في الشروع وهذه الحصة لا يمكن تسليمها<sup>3</sup>.

2- بالنسبة للمستأجر المسيّر: يقضي الأصل العام أنه يحق لكل شخص استئجار تسيير المحل التجاري، ولكن نظرا للطبيعة الخاصة لعقد إيجار تسيير المحل التجاري، فإن المستأجر المسيّر يكتسب الصفة التجارية ويعتبر تاجرا ويطبق عليه القانون التجاري فهو يضارب لتحقيق الربح<sup>4</sup>، فلا يكفي بالتالي قدرة المستأجر المسيّر الالتزام بدفع مقابل الإيجار، وعليه يجب على المستأجر المسيّر أن تكون له أهلية مباشرة الأنشطة التجارية، إلا أن هناك بعض الاستثناءات على هذه القاعدة بحيث لا يمكن لطائفة معينة إيجار تسيير المحل التجاري نلخصها فيما يلي:

- تعاقد النائب مع نفسه: لا يجوز لمن ينوب عن غيره في إيجار تسيير المحل التجاري أن يستأجره لنفسه دون إذن سابق من الأصيل أو على الأقل إقرار لاحق منه<sup>5</sup>، ويراعى أن جزاء مخالفة النائب لهذا المنع من استئجار التسيير

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 261 وما بعدها. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 47. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 57-58.

<sup>2</sup> - أنظر القرار السابق الذكر رقم 33120 المؤرخ في 1984/10/06، المجلة القضائية، ع 1، 1989، ص 153 ما بعدها.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 61 وما بعدها. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، مرجع سابق، ص 813 وما بعدها. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 47 وما بعدها. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 267 وما بعدها.

« Si, à la suite du partage, le fonds tombe en entier dans le lot d' un coindivisaire autre que le bailleur, la location- gérance sera résolue de plein droit et considérée comme n' ayant jamais existé». Mourice ROBINAULT, op- cit, p120.

<sup>4</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط 2013، مرجع سابق، ص 174.

<sup>5</sup> - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 122. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 720. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 362-363.

هو عدم نفاذ عقد إيجار تسيير المحل التجاري في مواجهة الأصيل إلا إذا أقره، لأن النائب عند مخالفته لهذا المنع يكون قد تجاوز حدود نيابته<sup>1</sup>. وهذا ما نستنتجه من نص المادة 77 ق م ج التي تنص على أنه (لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون وقواعد التجارة).

- استئجار الولي للمحل التجاري الذي يملكه القاصر: قد تتعارض مصالح القاصر ومصالح الولي في استئجار المحل التجاري الذي يملكه القاصر، وعليه لنقادي استغلال الولي لحالة القاصر، ألزم المشرع على الولي ضرورة الحصول على ترخيص من القاضي، وفي حالة ما إذا رأى القاضي أن من شأن هذا الاستئجار أن يعرض أموال القاصر إلى النقصان أو الهلاك عين متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب القاصر أو الولي<sup>2</sup>.

نجد بالرجوع إلى نص المادتين 95 و100 ق أ ج أن نفس الحكم ينطبق على كل من الوصي والقيم والوكيل عن الغائب وناظر الوقف، فلا يجوز لهم استئجار المحل التجاري المملوك للشخص الذي ينوبون عنه دون الحصول على إذن مسبق من القاضي، أو بعد تعيين نائب آخر من المحكمة سواء من تلقاء نفسها أو بطلب منهم أو بطلب من القاصر، وهذا راجع لما قد ينجر عن تعارض مصالح هؤلاء مع مصالح القاصر.

أما الحارس القضائي فإن حدود سلطته يحددها الحكم الذي عينه حارسا، فإذا لم يرسم له الحكم هذه الحدود، لم تكن له إلا أعمال الإدارة، ويجوز للحارس في هذه الحالة أن يستأجر تسيير المحل التجاري باعتبار ذلك من أعمال الإدارة<sup>3</sup>.

- المستأجر هو مالك المحل التجاري: إن هذا الأمر لا يكون متصورا إلا إذا كان ليس له الانتفاع بالمحل التجاري إما لتقريره حق عيني على المحل التجاري، أو تعدد أصحاب الحق العيني (كما في الشيوع)، أو إذا كان للشخص حق شخصي في الانتفاع متعلق بالمحل التجاري. أما في غير ذلك من الحالات فإن المستأجر لا يكون مالكا لما يستأجره، لأنه لو كان مالكا له لما احتاج للاستئجار إذ يحق له كمالك الحصول على كل منافع المحل التجاري الاقتصادية، ومنها بطبيعة الحال الانتفاع بالمحل التجاري<sup>4</sup>، ويتحقق هذا في الحالات الآتية:

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص363.

<sup>2</sup> - هذا قياسا على نص المادة 90 ق أ ج التي تنص على أنه (إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة).

<sup>3</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص59. تنص المادة 608 ق م ج على أنه (لا يجوز للحارس في غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضا ذوي الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء).

<sup>4</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص122. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص72. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص55.

مالك الرقبة يستأجر تسيير المحل التجاري من مالك حق الانتفاع، وينتهي إيجار التسيير حتما بزوال حق الانتفاع لاتحاد الذمة.

المؤجر يستأجر تسيير المحل التجاري من المستأجر المسيّر، إذا احتاج له أثناء سريان عقد إيجار التسيير الصادر منه ولم يرد أو لم يستطع فسخ هذا العقد حتى يعود إليه المحل التجاري كمالك، فليس أمامه في هذه الحالة إلا أن يستأجر تسيير المحل التجاري من المستأجر المسيّر حتى يستطيع الانتفاع به. فيكون مالك المحل التجاري في هذه الحالة مؤجراً في عقد إيجار تسيير الأول، ومستأجراً مسييراً من الباطن في عقد إيجار التسيير الثاني.

الشريك إذا تقاسم مع شريكه العين الشائعة قسمة مهياً، فيجوز لأيهما أن يستأجر من الآخر نصيبه المفرز على هذا الوجه مع أنه مالك في الشيوع لهذا النصيب، لأن القسمة المهياً ليست قسمة نهائية<sup>1</sup>.

أما فيما يخص إمكانية المدين الراهن استئجار تسيير المحل التجاري من الدائن المرتهن، فنقول أنه لا يمكن ذلك باعتبار أن حيازة المحل التجاري المرهون تبقى لدى المدين الراهن ولا تنتقل إلى الدائن المرتهن كما سبق وأشارنا إلى ذلك سابقاً.

**ب- تطابق الإرادتين:** لا يكفي التعبير السليم للمؤجر عن إرادته في إيجار تسيير محله التجاري، ولا يكفي أيضاً التعبير السليم للمستأجر المسيّر عن إرادته في استئجار تسيير المحل التجاري لتطابق الإرادتين، لأن العقد لا ينعقد بإرادة واحدة وإنما يجب أن تتوافر إرادة أخرى تتطابق مع هذه الإرادة، فتتطابق إرادة كل من المؤجر والمستأجر المسيّر كلما صدر الإيجاب من طرف و صدر القبول من طرف ثاني حول طبيعة ومحل العقد وعلى مقابله.

- التراضي على طبيعة العقد: يكون التراضي على طبيعة العقد عندما يصدر الإيجاب مثلاً من شخص يعبر فيه عن رغبته في إيجار تسيير المحل التجاري، ويصدر القبول من شخص آخر يعبر فيه عن رغبته في استئجار تسيير المحل التجاري. أما إذا أراد الشخص الأول إيجار تسيير المحل التجاري وأراد الثاني الانتفاع بالمحل التجاري بدون مقابل، فلا يكون هذا تراضي على طبيعة العقد لأن كل واحد منهما اتجهت إرادته إلى إبرام عقد معين وليس عقد واحد<sup>2</sup>.

- التراضي على محل عقد إيجار التسيير: يجب أن تتطابق إرادة المتعاقدين حول المحل التجاري المراد إيجار تسييره (أي العين المؤجرة)<sup>3</sup>، لأنه إذا ما قصد شخص إيجار تسيير محله التجاري وقصد شخص آخر استئجار براءة الاختراع التي تستعمل في المحل التجاري، فلا يتحقق شرط التراضي على محل العقد لاختلاف قصد المتعاقدين.

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص72. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناعو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص55-56. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص123.

<sup>2</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p122.

<sup>3</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p50.

- التراضي على مقابل ومدة العقد: يجب أن يتطابق الإيجاب والقبول على مقابل إيجار تسيير المحل التجاري وعلى مدته، فإذا لم يتفقا واختلفا على المقابل والمدة فلا يتحقق شرط التراضي على مقابل ومدة عقد إيجار التسيير<sup>1</sup>. أما إذا لم يتطرقا إلى هذان الأمران فإن المشرع عالج هذه المسألة نتطرق إليها عند دراستنا لمحل عقد إيجار تسيير المحل التجاري.

**الحالات التي لا يكون فيها التراضي بات:** نلخص هذه الحالات فيما يلي:

1- إيجار تسيير المحل التجاري في شكل مشروع ابتدائي: نشير إلى أنه قد يقع التراضي لا على عقد إيجار تسيير بات، بل على مشروع ابتدائي، بحيث أنه إذا كان الطرفان لا يزالان في مرحلة التفاوض فقد يصلان إلى مشروع ابتدائي يستلزم اتفاقا آخر حتى يتحول إلى عقد إيجار تسيير تام، ويقع ذلك إذا كان ما أراده المتعاقدان هو مجرد التفاوض في شروط العقد، حتى يتبين لكل منهما مدى الصفقة التي يقوم بها، فإن اتفاقهما على ذلك لا يعني أنهما اتفقا على عقد إيجار تسيير تام، ويكون كل ما هنالك هو مشروع إيجار تسيير ابتدائي، يجوز لكل منهما التنحي عنه، كما أن لهما أن يحولاه إلى عقد إيجار تسيير تام باتفاق آخر يسري من وقت تمامه لا من وقت وجود المشروع الأول<sup>2</sup>.

2- الوعد بإيجار التسيير: إن الوعد بإيجار التسيير قد يكون ملزما لجانب واحد وقد يكون ملزما لجانبين، يكون ملزما لجانب واحد إذا تعهد صاحب المحل التجاري بأن يؤجّر تسييره لآخر إذا رغب هذا الأخير في استئجار تسييره خلال مدة زمنية. فإيجار التسيير لا يرتب التزاما إلا في جانب الواعد صاحب المحل التجاري، إذ يكون ملتزما بإيجار التسيير إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في استئجار التسيير، فهو يشكل عقدا منجزا بكل عناصره ما عدا عنصر الموافقة من قبل من وضع لمصلحته (أي المستأجر المسيّر)، وبالتالي يجب أن يحتوي على شروط التعاقد كافة، حتى إذا حصلت الموافقة من قبل المستأجر المسيّر (أي المستفيد من الوعد) إنبرم العقد نهائيا بتاريخ حصول هذه الموافقة<sup>3</sup>.

أما الموعود له فلا يكون ملزما باستئجار التسيير، بل هو حر إن شاء أظهر رغبته في استئجار التسيير فيتم الإيجار الموعود به، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه الرغبة فلا يتم الإيجار ويسقط الوعد بإيجار التسيير<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 722-723. أنظر أيضا تهميش عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 74.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 81. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 136-137. أنظر أيضا مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ج 1، ط 4، منشورا الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 212 وما بعدها.

<sup>3</sup> - مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 218.

<sup>4</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 140. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 725. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 82.

يتمثل الوعد باستئجار تسيير المحل التجاري الملزم لجانب واحد، أن يعد المتعاقد الآخر صاحب المحل التجاري أن يستأجر منه تسيير المحل التجاري إذا رغب الأول في إيجار تسييره في مدة زمنية معينة، فيكون المتعاقد الآخر هو الملتزم وحده باستئجار التسيير إذا رغب صاحب المحل التجاري في إيجار تسييره. أما هذا الأخير فلا يكون ملزماً بإيجار التسيير، بل وحر إن شاء أظهر رغبته في إيجار التسيير فيتم الإيجار النهائي، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه الرغبة فلا يتم إيجار التسيير بل ويسقط الوعد باستئجار التسيير<sup>1</sup>.

طرح الأستاذ Mourice ROBINAUT إشكالية مهمة تتمثل في مدى إمكانية المؤجر في اختيار المستأجر المسير إذا أعلن عن رغبته في استئجار تسيير محله التجاري عن طريق المزاد العلني، وذلك بالنشر حتى يمنح للمستأجر المسير المحتمل أخذ الوقت والقبول، علماً أن عقد إيجار التسيير من العقود ذات الاعتبار الشخصي، فالسؤال المطروح هل المؤجر ملزم في حالة البيع بالمزاد العلني بقبول المستأجر المسير الذي سيقدم أحسن عرض، إذا كان العرض يتضمن أحكام متعلقة خاصة بشروط النزاهة والقدرة المهنية للمستأجر المسير وأن الشخص المتقدم تتوفر فيه هذه الشروط، ففي هذه الحالة نقول أن المؤجر ملزم بالقبول ولا يمكن له أن يرفض إستجاره له، بحجة مثلاً أنه شاب صغير أو رب أسرة كبيرة.

لكن من الطبيعي أن المؤجر لا يرتبط إلا بعد تمكنه من مراقبة أقوال مستأجره المستقبلي، وأن الشهادات التي تبين نزاهته وقدرته ليست شهادات مجاملة، وإذا أهمل في الاستعلام لا يمكن له التراجع بعد ذلك بإقراره أنه خدع.

أما إذا كان المزاد المعلن عنه لا يتضمن أي شرط، فإن المؤجر يمكن له اختيار - بين عدة أشخاص الذين من المحتمل أن يتناسبوا معه - الذي يبدو له أنه يعطيه أكثر ضمان، حتى وإن قدم عرضه في الأخير، إذ أن خطورة العقد تتطلب في الواقع أن يتمتع المالك بمرونة كافية لأخذ القرار الحكيم<sup>2</sup>.

نجد في بعض الحالات أن الوعد ملزم للجانبين، بحيث يلتزم من له حق الإيجار بإيجار تسيير المحل التجاري، وفي المقابل يلتزم الطرف الآخر بأن يستأجر تسييره، ويشترط لصحته توافر الأركان العامة في العقود بالإضافة إلى الاتفاق على المسائل الجوهرية لعقد إيجار التسيير، والمدة التي يجب أن تتحدد لإبداء الموعود له رغبته في إتمام العقد، فإذا توافر في الوعد بإيجار التسيير أو استئجار التسيير الشروط المذكورة التزم الواعد بإبرام إيجار التسيير إذا ما عبر الطرف الموعود له عن رغبته في إبرامه خلال المدة المتفق فيها، فإن نفذ الواعد وعده انعقد إيجار التسيير، وإن نكل، كان للموعود له أن يلجأ إلى القضاء لطلب تنفيذ الوعد، وفي هذه الحالة يقوم الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام عقد إيجار التسيير<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 83.

<sup>2</sup> - Mourice ROBINAUT, op- cit, p123.

<sup>3</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 725. أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 83 وما بعدها. أنظر نص المادتان 71 و 72 ق م ج.

3- إيجار التسيير مقترن بحق العدول: قد يقترن إيجار التسيير بحق العدول لمصلحة أحد الطرفين في مدة معينة، وحق العدول هذا إما أن يكون شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً.

فإن كان شرطاً واقفاً فقد يثبت لمصلحة المؤجر فيكون له حق العدول عن إيجار التسيير في مدة معينة، ولا ينفذ إيجار التسيير إلا إذا انقضت المدة ولم يستعمل المؤجر فيها حقه في العدول، وقد يثبت لمصلحة المستأجر، فيكون له حق العدول عن استئجار التسيير في مدة معينة، فإذا لم يستعمل هذا الحق خلال هذه المدة نفذ عقد إيجار التسيير، وقد يثبت لمصلحة الطرفين معاً.

أما إن كان شرطاً فاسخاً، فقد يثبت لمصلحة المؤجر فيكون له حق العدول عن إيجار التسيير بعد نفاذه خلال مدة معينة، فإذا استعمل هذا الحق في خلال هذه المدة انفسخ إيجار التسيير قبل انقضاء مدته، وقد يثبت لمصلحة المستأجر الميسر فيكون له حق العدول عن استئجار التسيير، فإذا استعمل هذا الحق انفسخ إيجار التسيير قبل انقضاء المدة، وقد يثبت لمصلحة الطرفين معاً.

ولكن قد يحدث أن لا يتم تعيين المدة التي يتم خلالها استعمال حق العدول، ففي هذه الحالة يكون لمن قرر له هذا الحق استعماله في أي وقت قبل أن يبدأ نفاذ العقد في حالة الشرط الواقف، وقبل أن يتم تنفيذ العقد في حالة الشرط الفاسخ<sup>1</sup>.

4- إيجار التسيير المقترن بأجل واقف أو معلق على شرط: قد يقع التراضي على إيجار تسيير مقترن بأجل واقف أو معلق على شرط، فبالنسبة للأجل الواقف فإنه من المتصور أن يقترن عقد إيجار التسيير بأجل واقف وهو أمر مستقبلي محقق الوقوع يترتب عليه نفاذ الالتزام، والالتزام المقترن بأجل واقف فإنه لا يكون نافذاً إلا في الوقت الذي ينقضي فيه الأجل، ولكن لا يؤثر على وجود الالتزام لأنه أمر مستقبلي محقق الوقوع<sup>2</sup>، وإن لم يعرف ميعاد وقوعه. كأن يتفق المتعاقدان على أن سريان عقد إيجار تسيير المحل يبدأ بعد شهر من انعقاده.

وقد يعلق إيجار تسيير المحل التجاري على شرط واقف أو فاسخ، مثل الشرط الواقف أن يعلق المؤجر إيجار تسيير محله التجاري الذي يستغله على شرط أن يشتري محلاً تجارياً آخر ليستغله، فهو شرط واقف قد يتحقق فينفذ

---

جاء في قرار المحكمة العليا رقم 154760 الصادر في 1996/04/17، أنه «إذا كان القانون يخول للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا نكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد، فإنه اشترط مع ذلك ضرورة توافر الشروط الشكلية في الوعد بالبيع.

ومتى ثبت في قضية الحال إنعدام وجود وعد رسمي لبيع الفيلا، ورفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي، فليس أمام المطعون ضدها إلا المطالبة بالتعويض، كأثر قانوني لعدم تنفيذ التزام قانوني، ولا تتوفر فيه الشكلية القانونية، وأن استجابة القضاة لمطلبها وإصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي، يكونوا قد أساءوا تطبيق القانون وفهم اجتهادات المحكمة العليا». قرار المحكمة العليا رقم 154760 المؤرخ في 1996/04/17، المجلة القضائية ع1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، سنة 1996، ص 99 وما بعدها.

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، صص 89-90.

<sup>2</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 138. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 88. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 725.

إيجار التسيير وقد لا يتحقق فيسقط. ومثل الشرط الفاسخ أن يعلن المستأجر المسير استئجار تسييره للمحل التجاري على شرط أن ألا يشتري محلا تجاريا آخر يسعى لشرائه، فهذا شرط فاسخ قد يتحقق ويشتري المستأجر المسير المحل التجاري فينفسخ إيجار التسيير قبل انقضاء مدته، وقد لا يتحقق فيبقى إيجار التسيير ساريا إلى انقضاء المدة. والشرط واقفا كان أو فاسخا لا يكون له أثر رجعي خلافا للقاعدة العامة في الشرط، ذلك أن الأثر الرجعي يتنافى مع طبيعة عقد إيجار التسيير، فهذا العقد زمني الأجرة فيه تقابل المنفعة، والعقود الزمنية لا يكون لتحقيق الشرط فيها أثر رجعي<sup>1</sup>.

5- إيجار التسيير المقترن بدفع العربون: نستنتج من خلال نص المادة 72 مكرر ق م ج<sup>2</sup> أنه قد يقترن تسيير المحل التجاري بدفع المستأجر المسير لمبلغ من النقود عند إبرام العقد على سبيل العربون، وقد يكون القصد من دفع العربون تأكيد إبرام العقد وذلك بتنفيذه، باعتبار أن العربون جزء معجل من الأجرة. وقد يكون القصد من دفعه هو احتفاظ كل من المتعاقدين بحق العدول عن العقد مقابل أن يدفع من يريد أن يستعمل الحق في العدول مبلغا مساويا للعدول، فإن كان هو الذي دفع العربون فلا يسترده، وإن كان هو الذي قبضه فإنه يلتزم برده للذي دفعه ورد معه مبلغا مساويا له (أي مثله). والمرجع في تحديد دلالة العربون هو قصد المؤجر والمستأجر المسير، فإذا صرحا بما يقصدانه، أو أمكن استخلاص قصدهما ضمنا من ظروف التعاقد، وجب الأخذ حينئذ بما قصدها.

أما إذا لم يتبين قصد المتعاقدين فإن المشرع وضع قرينة على أن دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، فإذا عدل المؤجر الذي قبض العربون رده ومثله، أما إذا عدل المستأجر المسير الذي دفع العربون ففقد، حتى وإن لم ينتج عن العدول أي ضرر<sup>3</sup>.

ولا يعتبر العربون تعويضا عن ضرر أصاب المؤجر، بل هو جزاء حتمي يدفعه المستأجر المسير في نظير عدوله عن إيجار التسيير (يرجع العربون ومقدارا معادلا له)، وبهذا الحكم يختلف العربون عن الشرط الجزائي، بحيث يعتبر هذا الأخير تعويضا- اتفق على تقديره المؤجر والمستأجر المسير- عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بعقد إيجار التسيير، ومن ثم جاز للقاضي تخفيضه إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، بل جاز ألا يحكم

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، صص 88-89. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، صص 724-725. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، صص 138-139.

<sup>2</sup> - تنص المادة 72 مكرر ق م ج على أنه (يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك.

فإذا عدل من دفع العربون ففقد.

وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر).

<sup>3</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، صص 139. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، صص 65. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، صص 726. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، صص 91 وما بعدها.

به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أي ضرر<sup>1</sup>، على العكس من ذلك لا يخضع العربون لسلطة القاضي في التخفيض أو الزيادة المقررة بصدد الشرط الجزائي<sup>2</sup>. كذلك يستطيع المؤجر أن يرجع في الإيجار ويكون الجزاء على هذا العدول هو أن يرد للمستأجر المسير مبلغ العربون ومثله.

6- إيجار التسيير مقترن بوعده بالبيع: قد يستأجر أحد الأشخاص تسيير محل تجاري معين ويرغب في شراؤه إذا حقق أرباحاً، فيعتمد عند إبرام العقد إلى أن يحصل من المؤجر على وعد ببيع المحل التجاري إذا رغب في شرائه، ويجب أن يتوافر في الوعد بالبيع المسائل الجوهرية في البيع، من مبيع وثمن وشروط جوهرية، ويتضمن كذلك المدة التي يجوز في خلالها أن يبدي المستأجر المسير رغبته في شراء المحل التجاري، ويمكن أن يستخلص من أن الوعد بالبيع قد ورد ضمن عقد إيجار التسيير أن المدة التي يجوز فيها إظهار الرغبة في الشراء هي نفس مدة إيجار التسيير<sup>3</sup>.

نشير إلى أنه في هذه الحالات التي ذكرناها أعلاه تسري عليها الأحكام العامة في القانون المدني إلا ما تعلق بالطبيعة الخاصة للمحل التجاري.

**ثانياً: صحة التراضي:** يعتبر ركن التراضي ركناً أساسياً في تكوين عقد إيجار تسيير المحل التجاري، فإذا تراضى أطراف العقد انعقد العقد صحيحاً منتجاً لآثاره، إلا أن هذا لا يكفي بمجرد تعبير المؤجر والمستأجر المسير عن إرادتهما لإبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري لصحة التراضي، وإنما إضافة إلى ذلك يجب أن تكون أهلية كل منهما كاملة بحيث تجعل المتعاقد مؤهلاً قانوناً لإبرام العقد، وأن تكون سليمة من كل عيب يعدها أو ينقصها.

**أ- الأهلية:** يقصد بالأهلية في هذا المقام صلاحية الشخص (المؤجر والمستأجر المسير) لإبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري، والعبرة بالأهلية وقت إبرام العقد، فمتى تمتع المؤجر والمستأجر بالأهلية الكاملة التي يشترطها القانون لإبرام هذا العقد كلما أنشأ العقد صحيحاً. وأهلية الأداء لا تتوافر في الإنسان بمجرد ولادته، بل تبدأ لديه بعد فترة من حياته وتظل تنمو وتكتمل إلى أن يصبح شخص كامل الإدراك والتمييز أو كامل الأهلية<sup>4</sup>.

1- بالنسبة للمؤجر: يعتبر إيجار تسيير المحل التجاري عقد من طبيعة خاصة، وذلك لوروده على مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، وبالتالي فهو يختلف عن الإيجار الوارد على المنقول المادي

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 92-93. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 280-281. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 140.

<sup>2</sup> - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 140.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 94.

<sup>4</sup> - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 105. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 54.

« يمكن تمييز الأهلية عن الولاية كما يلي: الأهلية هي صلاحية الشخص لصدور العمل الشرعي والقانوني منه على وجه يعتد به شرعاً وقانوناً. وبعبارة أخرى هي صلاحيته للقيام بعمل ينتج أثره في حقه أي في ماله. أما الولاية فصلاحيته للقيام بعمل ينتج أثره في حق شخص آخر أي في مال الغير». بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص 33.

أو الإيجار الوارد على العقار، فالمؤجر يتنازل عن تسيير محله التجاري للمستأجر المسيّر الذي يستغله على عاتقه، ولكن في نفس الوقت المؤجر يتحمل سوء استغلال المستأجر المسيّر الذي قد يضر بالمتجر كليا.

هذا بالإضافة إلى أن أهم الآثار التي تترتب على عقد إيجار استغلال المتجر المسؤولية عن ديون المتجر سواء السابقة على عقد إيجار الاستغلال أو اللاحقة له، وقد يؤدي تنظيم هذه المسؤولية ووضع ضوابط لها، حماية للغير الذي يعتمد على الوضع الظاهر إلى مسؤولية المؤجر في بعض الحالات، كما إذا لم يتخذ هذا الأخير الوسائل الكافية من الشهر والعلانية لمنع اللبس في نفوس المتعاملين مع المتجر والاعتقاد بأنه لا يزال يستغله لحسابه الشخصي مما يخرج هذا العقد عن مجرد أعمال الإدارة، وعليه يمكن لنا القول أن مؤجر المتجر يجب أن يكون متمتعا بأهلية التصرف وليس فقط أهلية الإدارة، وإلا كان العقد قابلا للإبطال لصالحه<sup>1</sup>.

1-1- بالنسبة للشخص الطبيعي: نميز هنا بين ثلاث حالات، حالة الشخص الطبيعي البالغ، المرشد، المميز وعديم التمييز.

- بالنسبة للبالغ الرشيد: لم يشر المشرع لسن الأهلية التي يجب أن تتوفر في المؤجر، الأمر الذي يدفعنا إلى العودة إلى القانون المدني، بحيث أنه بالرجوع إلى نص المادة 40 ق م ج<sup>2</sup> نستنتج أنه على المؤجر الذي يريد إبرام عقد إيجار تسيير محله التجاري أن يكون بالغاً سن الرشد، وسن الرشد يكون ببلوغ المؤجر سن تسعة عشر (19) سنة كاملة ومتمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه وقت إبرام عقد إيجار التسيير، إذ أن المؤجر المتمتع بأهلية كاملة يمكن له إيجار التسيير لأية مدة يريدتها ولو زادت عن ثلاث سنوات، وباعتبار أن عقد إيجار التسيير من عقود الإدارة فيجب على المالك أن تكون لديه أهلية إبرام عقود الإدارة<sup>3</sup>.

- بالنسبة للقاصر المرشد: أورد المشرع الجزائري استثناء عن الحكم السابق في نص المادة 5 ق ت ج، يتمثل في أنه يمكن للقاصر الذي بلغ سن ثمانية عشر (18) سنة كاملة وتحصل على إذن من أبيه أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفياً أو غائباً أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحاله عليه مباشرتها أو في حالة إنعدام الأب، على أنه يجب تقديم هذا الإذن الكتابي دعماً لطلب التسجيل في السجل التجاري، وعليه يمكن للقاصر المرشد إبرام عقد إيجار تسيير محله التجاري متى استوفى هذه الشروط<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص172.

Voir aussi Olivier BARRET, op- cit, p238. Voir aussi Pierre ZARKA, op- cit, pp214-215.

<sup>2</sup> - تنص المادة 40 ق م ج على أن (كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة).

<sup>3</sup> « Le propriétaire du fonds doit avoir la capacité de faire des actes d' administration pour donner le fonds en gérance libre». Pierre BRUN, op- cit, p32.

أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص56.

<sup>4</sup> - Gérard AZEMA, op- cit, p25.

أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص78.

- بالنسبة لعديم التمييز والمميز: أما إذا لم يكن الشخص بالغ سن الرشد بأن كان عديم الأهلية أو ناقصها<sup>1</sup>، فلا يحق له إبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري، لأنه ليس كامل الأهلية للتحمل بالالتزامات التي تقع عليه، وبإمكان هذا التصرف أن يضر به وبمصلحته كون العمل عمل تجاري يقصد من ورائه المضاربة وتحقيق الربح، لذلك يشترط المشرع أن يكون المؤجر يتمتع بالأهلية الكاملة لإبرام عقد إيجار تسيير محله التجاري، فهؤلاء الأشخاص لا يمكن لهم إبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري الذي يملكونه إلا عن طريق وليهم الشرعي وفقا لما رأيناه سابقا<sup>2</sup>.

يشترط إلى جانب بلوغ المؤجر تسعة (19) سنة كاملة ومتمتعاً بقواه ولم يحجر عليه أن لا يكون ممنوعاً من ممارسة النشاط التجاري، نذكر على سبيل المثال لا الحصر: كالموظفون العموميون، المحامون، الموثقون ... إلخ. إن هؤلاء وغيرهم من الأشخاص الذين لهم مركز معين يمنعهم من ممارسة نشاط تجاري لا يمكن لهم إبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري، والسبب في ذلك لا يعود إلى نقص سنهم وإنما إلى التعارض بين وظيفتهم أو مهنتهم مع إيجار تسيير المحل التجاري الذي يعتبر عملاً تجارياً<sup>3</sup>.

يمنع إضافة إلى هذا أيضاً على المفلس الذي صدر في حقه حكم بإفلاسه من إيجار تسيير محله التجاري، لأنه بمجرد صدور الحكم القاضي بالإفلاس تغل يده من التصرف في أمواله أو إدارتها، وينوب عنه الوكيل المتصرف القضائي<sup>4</sup>.

يمكن أن يكون المنع أيضاً ناتجاً عن اتفاق مدرج في عقد الإيجار التجاري أو في القانون الأساسي للشركة مثلاً<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 42 ق م ج على أنه (لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو، عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة).

تنص المادة 43 ق م ج على أن (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون).

<sup>2</sup> - Gérard AZEMA, op- cit, p25. Voir aussi Francis LEFEBVRE, op- cit, pp373-374.

<sup>3</sup> - Joseph- Pascal VENCENT, op- cit, p28.

قسم الأستاذ Gérard AZEMA موانع إبرام عقد إيجار التسيير بسبب الأهلية إلى ثلاثة أقسام:

- موانع مرتبطة بالوظيفة: إن ممارسة الشخص لإحدى هذه الوظائف؛ قد تكون مهنة حرة (المهندس، المحاماة، الطب، ...)، كما قد تكون في مجال الوظيف العمومي (إداري، أستاذ، ...) تجعله في وضعية تتنافى مع ممارسة النشاط التجاري، ولا يمكن له مزاوله هذا النشاط.

- موانع مرتبطة بطبيعة المحل التجاري: إن تمتع بعض المحلات التجارية بطبيعة خاصة (وهي تلك المحلات التجارية التي تمنح فيها الرخصة لاعتبارات شخصية في التاجر) لا تخول لأي كان مزاوله النشاط المستغل فيها، نذكر على سبيل المثال الصيدليات.

- موانع قانونية مرتبطة بأشخاص معينين شخصياً (بنواتهم): وهم الأشخاص الذين يكونون محل منع من ممارسة نشاط تجاري أو صناعي بصفة دائمة أو مؤقتة.

Gérard AZEMA, op- cit, pp26-27. Voir aussi Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p48.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 244 ق ت ج.

« Le failli propriétaire d' un fonds, ne pourra le mettre en gérance par suite du dessaisissement, mais le syndic pourra le louer provisoirement pour le compte de la masse, en attendant de savoir s' il devra ou non procéder à la vente du fonds». Pierre BRUN, op- cit, pp32-33.

« Seront donc écartées les personnes incapables, de même que se trouvant en situation d' incompatibilité ou frappées d' une mesure de déchéance, notamment à raison d' une condamnation pour faillite personnelle». Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p596.

1-2- بالنسبة للشخص المعنوي: إن مسألة أهلية الشخص لإبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري لا تقتصر فقط على الشخص الطبيعي، وإنما تمتد أيضا إلى الشخص المعنوي (الشركات)، بحيث تنص المادة 549 ق ت ج على أنه (لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري).

نستنتج من هذا النص أن الشركات التجارية لا يحق لها كأصل عام أن تباشر أعمالها إلا بعد قيدها في السجل التجاري<sup>2</sup>. وعليه نقول أنه كلما تم إنشاء شركة صحيحة قانونا وكان من بين أموالها محلات تجارية، كلما أمكن لها إبرام عقد إيجار تسيير هذه المحلات مثلها مثل الشخص الطبيعي.

- شروط خاصة بالمؤجر: نجد بالرجوع إلى نص المادة 205 ق ت ج<sup>3</sup> أنها اشترطت توفر شرطين في عقد إيجار تسيير المحل التجاري:

**الشرط الأول:** يتمثل في إلزامية توفر مدة خمس (5) سنوات من الممارسة التجارية أو ممارسة أعمال مسير أو مدير تقني فيمن يمنح إيجار تسيير المحل التجاري.

نشير إلى نقطة مهمة في هذا الشأن تتمثل في أن المشرع لم يرقم بأي تمييز بين استغلال المحل التجاري من طرف شخص طبيعي أو شخص معنوي؛ فيمكن إذن للشركة إذا توفرت فيها الشروط أن تؤجر تسيير المحل التجاري الذي تستغله<sup>4</sup>.

**الشرط الثاني:** يتمثل في إلزامية توفر مدة سنتين (2) على الأقل من استغلال متجر خاص بالتسيير فيمن يمنح إيجار تسيير المحل التجاري<sup>5</sup>.

غير أنه إذا لم يتوفر هذان الشرطان يمكن للمؤجر تقديم طلب إلى رئيس المحكمة من أجل تخفيض هذه المدة مع تدعيم طلبه بإثبات أنه من غير الممكن استغلال محله التجاري بنفسه أو بواسطة مندوبين عنه، وبعد الاستماع إلى النيابة العامة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p49.

<sup>2</sup> - عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص151.

<sup>3</sup> - تنص المادة 205 ق ت ج على أنه (يجب على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يمنحون إيجار التسيير، أن يكونوا قد مارسوا التجارة أو امتهنوا الحرفة لمدة خمس سنوات، أو مارسوا لنفس المدة أعمال مسير أو مدير تجاري أو تقني واستغلوا لمدة سنتين على الأقل المتجر الخاص بالتسيير).

<sup>4</sup> - Joseph- Pascal VENCENT, op- cit, p33.

<sup>5</sup> - مقدم مبروك، مرجع سابق، ص90. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص68 وما بعدها.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 جويلية 1988، أنه «لا يمكن للجمعية (الشخص المعنوي) التنازل عن محل تجاري يتمثل في مطعم وحنانة في شكل إيجار تسيير بما أنها لم تثبت أنها تاجرة خلال سبعة سنوات ولم تستغله لمدة سنتين على الأقل».

Com. 19 jan. 1988, n°85-18.443, bull. Civ. IV, n° 33, p23.

صدر عن الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية أيضا قرار في هذا الشأن بتاريخ 18 أبريل 2000، مفاده أنه «على المؤجر أن يثبت عند إبرام

العقد أنه قد مارس التجارة لمدة 7 سنوات أو أنه مارس لنفس المدة أعمال التسيير، وأنه قد استغل لمدة سنتين على الأقل المحل المؤجر تسييره».

Com. 18 avr. 2000, n°98-12.286, bull. Civ. IV, n° 77, pp68-69. Voir aussi Com. 18 oct. 1994, n° 92-21.721, bull. Civ. IV, n° 295, p237.

- الاستثناءات الواردة على الشروط الخاصة بالمؤجر: حسب نص المادة 207 ق ت ج فإنه هناك مجموعة من الحالات لا تطبق في شأنها نص المادة 5 ق ت ج، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

- الدولة، الولاية والبلديات والمؤسسات الاشتراكية، المؤسسات المالية.
- المحجور عليهم والمعتوهين المحجور عليهم أو الأشخاص الذين يعين لهم وصي قضائي وذلك فيما يتعلق بالمحل التجاري الذي كانوا يملكونه قبل فقدانهم الأهلية.
- الورثة<sup>2</sup> والموصى لهم من تاجر أو من حرفي متوفى والمستفيدين أيضا من القسمة وذلك فيما يتعلق بالمحل التجاري المنتقل إليهم.
- مؤجر المحل التجاري إذا كان إيجار التسيير يهدف أصلا إلى ضمان تصريف المنتجات المجزأة المصنوعة أو الموزعة من طرفه بموجب عقد احتكار.
- أضاف نص المادة 210 ق ت ج استثناء آخر يتمثل في عدم سريان الشروط السابقة على كل وكيل قضائي تم تكليفه بإدارة المحل التجاري.

2- بالنسبة للمستأجر الميسر: سبق وقلنا أن عقد إيجار تسيير المحل التجاري يتميز بطبيعة خاصة، فالمستأجر الميسر عند إبرامه هذا العقد يكتسب الصفة التجارية ويعتبر تاجرا، فحيازة المحل التجاري المؤجر تنتقل إليه وببإشراك الاستغلال باسمه ولحسابه فهو يضارب لتحقيق الربح، فإذا حقق ربحا فله أما إذا حقق خسارة فيتحملها لوحده.

2-1- بالنسبة للشخص الطبيعي: سندرس في هذا الموضوع مجموعة من الحالات التي يمر بها الشخص الطبيعي، وتبيان مدى إمكانية إبرام عقد إيجار التسيير خلالها.

- بالنسبة للبالغ الرشيد: ولما كان هذا العقد من شأنه إلحاق ضرر بالمستأجر الميسر يجب أن تتوفر فيه الأهلية الكاملة لإبرام هذا العقد، ونقصد هنا أهلية الأداء التي تمكنه من اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، فأهلية

---

<sup>1</sup> - تنص المادة 206 ق ت ج على أنه (يجوز أن تخفض المهلة المنصوص عليها في المادة 205 بموجب أمر من رئيس المحكمة، بناء على مجرد طلب من المعني بالأمر وبعد الاستماع إلى النيابة العامة، وخاصة إذا أثبت هذا الأخير، بأنه يتعذر عليه أن يستغل متجره شخصيا أو بواسطة مندوبين عنه).  
« اشترطت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 04 فيفري 1997، أن يتم تقديم طلب تقليص المدة التي يشترطها القانون إلى رئيس المحكمة».

Com. 04 fév. 1997, n° 94-21.510, bull. Civ. IV, n° 43, p39.

يرى الأستاذ Joseph- Pascal VENCENT أن « هذه المدة يمكن تقليصها إذا أثبت مالك المحل التجاري أنه في وضعية لا تسمح له بمواصلة استغلال محله بنفسه أو عن طريق وسيط، مثل حالة المرض، مثل المرأة الحامل التي تنتظر مولودها، أو الشخص الذي استدعي لتأدية واجب الخدمة الوطنية».

Joseph- Pascal VENCENT, op- cit, p35. Voir aussi M. WEISMANN et Roger DEBLED, Achat, vente et gérance d' un fonds de commerce, 9<sup>ème</sup> éd., op- cit, p II1.

<sup>2</sup> - « Le conjoint survivant ayant la qualité d' héritier, c' est à bon droit qu' une cour d' appel a retenu qu' un conjoint survivant pouvait donner un fonds de commerce en location- gérance sans remplir les conditions prévues». Com. 11 déc. 2007, n° 05-19.145, bull. Civ. IV, n° 263, p302.

المستأجر المسير لا تكون إلا أهلية تاجر، بعبارة أخرى يجب على المستأجر المسير أن يكون مؤهلا لممارسة التجارة لأن استئجار واستغلال المحل التجاري يكسبه الصفة التجارية، وعقد إيجار التسيير بالنسبة له تجاري<sup>1</sup>.

فإذا كان المشرع استوجب ضرورة بلوغ المؤجر تسعة عشر (19) سنة كاملة من عمره ولم يحجر عليه، فإن نفس الشرط يجب أن يتوفر في المستأجر المسير، بحيث يجب عليه أن يبلغ تسعة عشر (19) سنة كاملة من عمره ولم يحجر عليه، ففي هذه الحالة يمكن له استئجار تسيير المحل التجاري ومباشرة النشاط التجاري.

- بالنسبة للقاصر المرشد: كذلك الحال إذا بلغ الشخص الذي يريد استئجار تسيير المحل التجاري ثمانية عشر (18) سنة من عمره وتحصل على إذن من والده أو أمه أو من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة وقدم هذا الترخيص دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري، أمكنه هذا الإجراء من إبرام العقد<sup>2</sup>.

يكون القاصر المرشد بمجرد استيفائه لهذا الشرط كامل الأهلية بالنسبة لإبرام عقد إيجار التسيير مثله مثل الشخص البالغ، وإذا ارتكب خطأ مهني جسيم يمكن سحب الترخيص منه<sup>3</sup>.

- بالنسبة لعديم التمييز والمميز: أما عديم التمييز فلا يستطيع أن يتعاقد، ومن ثم لا يستطيع أن يستأجر، فالصغير غير المميز والمجنون والمعتوه لا يملكون لا أهلية التصرف ولا أهلية الإدارة ولا أهلية التعاقد أصلا، ومن ثم لا يجوز لهم الاستئجار ولو كان من أعمال الإدارة. أما إذا صدر الاستئجار من المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر، لم يكن باطلا، إلا إذا كانت حالة الجنون شائعة وقت التعاقد أو إذا كان المؤجر على بينة منها<sup>4</sup>.

فالقاصر غير المرشد حتى وإن بلغ سن التمييز إلا أنه لا يعتبر كامل الأهلية لاستئجار تسيير المحل التجاري، وإذا حدث وأن أبرم العقد فإن العقد يعتبر باطلا ولا يكسبه الصفة التجارية، ومن جهة أخرى حتى ممثله القانوني لا يمكنه إطلاقا استئجار محل باسم القاصر، فالقانون لا يخول للممثل القانوني ممارسة التجارة باسم شخص غير قادر والذي لا يمكنه أن يتصرف بنفسه<sup>5</sup>، لأن العمل ذو طبيعة تجارية والهدف من ورائه المضاربة وتحقيق الربح.

<sup>1</sup> - Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p29.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 5 ق ت ج. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص82.

Voir aussi Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p30. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p87.

<sup>3</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p104.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص115. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الكتاب الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2003، ص165.

« Au cas où le propriétaire du fonds de commerce est un mineur non émancipé, il ne peut lui-même le donner valablement en location- gérance». Olivier BARRET, op- cit, p239. Voir aussi Cass. Com. 16 déc. 2014, n° 13-21.479, bull. Civ. IV, n° 188.

<sup>5</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p86.

أما إذا كان الشخص بالغ من العمر تسعة عشر (19) سنة أو أكثر ولكن أصابه مانع من الموانع التي سبق وأن ذكرناها في أهلية المؤجر ككونه موظفا مثلا، ففي هذه الحالة لا يكون هذا الشخص ذو أهلية لاستئجار تسيير المحل التجاري، نظرا لمركزه أو صفته التي تتعارض مع ممارسة النشاط التجاري وليس لصغر سنه باعتباره بالغاً من العمر تسعة عشر (19) سنة أو أكثر<sup>1</sup>، ولكن لو حدث وأن أبرم العقد، فإنه لا يمكن أن يستند إلى صفته كموظف ليتهرب من الالتزامات التي تنشأ عن عقد إيجار التسيير، وهذا ما قضت به الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية<sup>2</sup>.

2-2- بالنسبة للشخص المعنوي: أما بالنسبة للشخص المعنوي فكلما تكون وفقاً للقانون أمكن له إيجار تسيير المحل التجاري، فله الحق أيضاً بنفس الأهلية استئجار تسيير المحل التجاري، ويلتزم بنفس الالتزامات التي يلتزم بها الشخص الطبيعي.

نستنتج من خلال ما سبق أنه يجب أن تتوفر في المستأجر الميسر والمؤجر على السواء الأهلية الكاملة، وهي بلوغها تسعة عشر (19) سنة كاملة، وفق ما نص عليه القانون المدني، أو بلغ القاصر سن ثمانية عشر (18) سنة وتم ترشيده لإبرام هذا العقد وفقاً لأحكام نص المادة 5 ق م ج، فيكون إيجار التسيير الذي يعقده، مؤجراً كان أم مستأجراً مسيراً، صحيحاً ومرتباً لجميع آثاره<sup>3</sup>، أما إذا لم يتم احترام هذه الشروط فإن العقد يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً<sup>4</sup>، ولا يمكن في هذه الحالة أن يتحول إلى إيجار من الباطن<sup>5</sup>، ولا يحتج به ضد الغير، ولا يمكن للمؤجر أن يستند إلى ذلك لكي يتهرب من دفع ديون المستأجر الميسر<sup>6</sup>، ونفس الأمر بالنسبة للمستأجر لا يمكن له أن يتمسك بصفته موظفاً كي يتصل من مسؤوليته التعاقدية<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - Voir Mourice ROBINAULT, op- cit, pp108-109. Voir aussi Joseph- Pascal VENCENT, op- cit, p29. Voir aussi Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p30.

أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص82.

<sup>2</sup> - « Un fonctionnaire, qui a pris un fonds de commerce en location- gérance, malgré l' incompatibilité entre la qualité de fonctionnaire et celle de commerçant, ne peut invoquer cette incompatibilité pour se soustraire à ses obligations contractuelles». Com. 30 jan. 1996, n°94-10.233, bull. Civ. IV, n° 30, p22. Voir aussi Olivier BARRET, op- cit, p254.

<sup>3</sup> - هلال شعوة، مرجع سابق، ص48.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 212 ق ت ج.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 نوفمبر 1963، بأن «القرار الصادر عن محكمة الاستئناف مؤسس قانوناً، والذي مفاده أن العقد بما أنه لم يستوف الشروط القانونية فهو عقد باطل».

Com. 13 nov. 1963, n° 61-11.290, bull. Civ. III, n° 475, p172.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض بتاريخ 22 جوان 1976، «بنقض القرار الذي رفض طلب إبطال عقد إيجار التسيير المشكل من قبل المستأجر الميسر لانعدام الأقدمية المشترطة في ممارسة النشاط التجاري في جانب مالك المحل، دون البحث عن ما إذا كان هذا المالك تتوفر فيه الشروط المفروضة لإبطال العقد».

Com. 22 juin 1976, n° 75-11.706, bull. Civ. IV, n° 214, p183.

<sup>5</sup> - Civ. 18 mai 2005, n° 04-11.835, bull. Civ. III, n° 110, p102.

<sup>6</sup> - Com.26 juin 1973, n° 71-12.655, bull, Civ, IV, n°222, p200.

<sup>7</sup> - Com. 28 mars 1973, n°72-11.493, bull. Civ. III, n°237, p172. pré.

ب- سلامة الإرادة من العيوب: يخضع عقد إيجار تسيير المحل التجاري فيما يخص سلامة إرادة المتعاقدين من العيوب إلى الأحكام العامة في القانون المدني مثله مثل باقي العقود الأخرى، باعتبار أن المشرع لم يتطرق إلى هذه الأحكام في القانون التجاري، ولكننا لن نتطرق إليها بالتفصيل مثلما فعلنا في الباب الأول عندما تطرقنا إلى الرهن الحيازي لتجنب التكرار، وعليه فإذا شاب إرادة أحد من المتعاقدين عيباً من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط، التدليس، الإكراه واستغلال كان العقد قابلاً للإبطال.

1- الغلط: يعتبر الغلط أكثر العيوب شيوعاً في عقد إيجار تسيير المحل التجاري، فإنه تطبيقاً للقواعد العامة يحق للمتعاقد أن يطلب إبطال عقد إيجار التسيير إذا وقع في غلط في شخص المتعاقد الآخر مؤجراً كان أو مستأجراً مسيراً، فالأصل أن هذا الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا في أحوال استثنائية تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد. أما إذا وقع الغلط في صفة من صفات المستأجر المسير، فالأصل أيضاً أنه لا يفسد الرضاء، ولكن إذا كانت هذه الصفة جوهرية ملحوظة عند التعاقد وما كان للمؤجر أن يقبل استئجار تسيير محله التجاري إلا بتوافر تلك الصفة في المستأجر المسير، وكان هذا الأخير يعلم ذلك أو كان من السهل عليه أن يتبينه، فإن مثل هذا الغلط يؤدي إلى إبطال العقد<sup>1</sup>، وفي هذا الشأن قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية أنه لا يمكن المطالبة ببطلان العقد المشوب بالغلط إلا من قبل الطرف الذي تعرضت إرادته لغلط<sup>2</sup>.

غير أنه باعتبار أن عقد إيجار التسيير من عقود الاعتبار الشخصي في جانب المستأجر المسير، فإن الغلط في هذا الشخص الأخير له تأثير كبير عكس الغلط في شخص المؤجر، بحيث أن المؤجر لما قام بإيجار تسيير محله التجاري لذلك الشخص إنما كان ذلك لما يتوفر عليه من ثقة ونزاهة، ويعتقد أنه الشخص المناسب، بينما الواقع غير ذلك فالمستأجر المسير ليس الشخص الذي يظنه، وعليه يمكن له المطالبة بإبطال عقد إيجار التسيير<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 371-372. أنظر أيضاً سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 219-220. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 225. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 119-120. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 727. أنظر أيضاً محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 181. أنظر أيضاً نص المادة 82/3 م ج. أنظر أيضاً شروانة علي، مرجع سابق، ص 31. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 59.

جاء في قرار المحكمة العليا أنه «من المقرر قانوناً أنه يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله، ومن المقرر أيضاً أنه يعتبر الغلط جوهرياً إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو الصفة السبب الرئيسي في التعاقد، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقانون.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم يلتزم بالعقد إلا على اعتبار صفة المهندس للمطعون ضده دون أن يقدم هذا الأخير أية وثيقة تثبت صفته هذه، فإن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم المستأنف القاضي على الطاعن أن يدفع للمطعون ضده أجوره المستحقة يكونوا قد خرقوا القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه». قرار المحكمة العليا رقم 49339 المؤرخ في 14/11/1990، المجلة القضائية ع 4، الديوان

الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، سنة 1990، ص 147 وما بعدها.

<sup>2</sup> - « La nullité d' une convention contractée par erreur ne peut être demandée que par la partie dont le consentement a été vicié ». Civ. 01 mars 1988, n° 86-17.492, bull. Civ, I, n°56, p37.

<sup>3</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, pp51-52. Voir aussi Mourice ROBINULT, op- cit, p124. Voir aussi M. LAROUDI, op- cit, p63.

إذن المؤجّر وحده لديه الحق في التمسك بهذا السبب لإبطال العقد وفي هذه الحالة فقط، بينما إذا تعلق الأمر بالشخص الذي يرغب في إيجار تسيير محله التجاري له، ولكن هذا الشخص لا تتوفر فيه في الحقيقة المؤهلات التي تمكنه من الحصول على المحل التجاري، فلا يمكن للمؤجّر في هذه الحالة المطالبة بإبطال العقد لأن الخطأ الذي ارتكبه لا يتعلق بالشخص المستأجر المسيّر، ولكن على صفاته ومثلها لا يمكن اعتبارها غلط جوهري<sup>1</sup>، فالمؤجّر هو المذنب الوحيد لأنه لم يبذل الجهد اللازم للاستعلام<sup>2</sup>.

أما إذا وقع في غلط في صفة جوهرية في المحل التجاري المؤجّر، كأن يعتقد المستأجر المسيّر أنه يستأجر تسيير محل تجاري مخصص لبيع ملابس الرجال فإذا هو محل مخصص لبيع الحليب ومشتقاته<sup>3</sup>، فعكس الحالة السابقة، المستأجر المسيّر وحده فقط يمكنه إثبات الخطأ، فالمؤجّر من المفروض أنه يعلم طبيعة محله، ولكن من جهة مخالفة يمكن للمستأجر المسيّر الاستعلام مسبقاً قبل إبرامه العقد<sup>4</sup>.

وقد يكون هناك غلط في القانون حول طبيعة العقد<sup>5</sup>، أو بصدد تحديد الأجرة مثلاً، كأن يعتقد المؤجّر أن المحل التجاري الذي يملكه يخضع لأحكام التخفيض المقررة قانوناً للأجرة مثلاً، ويقوم بناء على ذلك بتخفيض الأجرة عند إيجار تسييره المحل التجاري محل النزاع، فإنه يكون له أن يطلب إبطال التصرف الذي شابه هذا الغلط، متى توافرت شروط الغلط في الواقع<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p124. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p52.

<sup>2</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p52.

<sup>3</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص726. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص120. أنظر أيضاً سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، عقد الإيجار، ط4، دار الكتب القانونية، مصر، د س ن، ص372. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص372. أنظر أيضاً محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص180-181. أنظر أيضاً نص المادتان 81 و82/1 و2 ق م ج.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 مارس 1998، أنه «بمناسبة ممارستها لسلطانها السيادية وبعد التحقق من أن الشهادة المرفقة باللوحة المنشأة من قبل خبير يوضح فيها أن العمل يعتبر دهن أو زيت على ورق. بحيث قضت محكمة الاستئناف أن الرسم بالحبر على الورق لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتباره دهن أو زيت حتى وإن كان على ورق، وبالتالي فإن الخطأ المزعوم وقع على عنصر جوهري للشيء وأن المشتري كان ضحية خطأ أثر على قبوله».

Cass. Civ. 10 mars 1998, n° 96-14.890, bull. Civ. I, n° 97, p65. Voir aussi Bernard BOULOC, vente-transports et autres contrats commerciaux, RTD. Com., Chroniques, n° 02, 2015, p345. Voir aussi Mustapha MEKKI, Droit des contrats, D., 2016, n° 10, p568.

« Elle peut cependant porter également sur la substance de la chose louée( erreur sur la nature du commerce: par ex. café- bar au lieu de restaurant)». Gérard AZEMA, op- cit, p24.

<sup>4</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p124.

<sup>5</sup> - Gérard AZEMA, op- cit, p24.

<sup>6</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص225. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص116-117. أنظر أيضاً نص المادتان 83 ق م ج.

« Ne peut être invoquée comme cause d' une erreur de droit susceptible de justifier la nullité d' un contrat, une décision judiciaire rendue entre d' autres parties». Civ. 27 juin 2006, n° 05-13.337, bull. Civ. I, n° 328, p282.

نقول في الأخير أنه في كل الاحتمالات يجب أن يكون الغلط جوهريا، بمعنى أن المتعاقدين ما كانا ليبرما العقد لو علما مسبقا بالعييب<sup>1</sup>.

2- التذليس: قد يستعمل أحد المتعاقدين سواء كان المؤجّر أو المستأجر المسيرّ طرقا احتيالية تدفع بالمتعاقدين الآخر إلى إبرام عقد إيجار التسيير، بحيث أنه لو انكشفت الحقيقة للمتعاقد المدلس عليه ما أقدم على التعاقد<sup>2</sup>، وهذه الحيلة عديدة كتقديم المالك للمستأجر المسيرّ معلومات خاطئة عن قيمة المحل التجاري وأهمية الزبائن<sup>3</sup>، أو تقديم وثائق مزورة تبين أن الأرباح التي يجنيها من ذلك المحل التجاري كبيرة، بنية تضليله ودفعه إلى إبرام عقد إيجار التسيير ودفع مقابل إيجار أعلى من الثمن الحقيقي، أو التمويه عن القيمة الحقيقية للمحل، بحيث أنه لو لم تستخدم الحيلة لما أدى الأمر بالمستأجر المسيرّ إلى إبرام العقد<sup>4</sup>.

وقد اعتبر كعييب مفسد للإرادة قيام المؤجّر بعدم إخبار أو إعلام المستأجر المسيرّ عند إبرام عقد إيجار التسيير أن المحل يتضمن عقد التموين الحصري<sup>5</sup>، ويحق للمتضرر متى أثبت أنه وقع ضحية تذرليس المتعاقد الآخر أمكن له المطالبة بإبطال العقد<sup>6</sup>.

أما إذا ثبت تخلف أحد شروط التذرليس، كعدم توافر استخدام طرق احتيالية بنية الوصول إلى غرض غير مشروع، فإنه لا محل للحكم بإبطال العقد<sup>7</sup>، كذلك الحال إذا لم تكن الحيلة المستخدمة في التذرليس من الجسمامة إلى حد تضليل المتعاقد (سواء كان المؤجّر أو المستأجر المسيرّ) فلا أثر لها على صحة عقد إيجار التسيير، وكذلك

<sup>1</sup> - Gérard AZEMA, op- cit, p24.

<sup>2</sup> - أنظر توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص144. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص350 وما بعدها. أنظر أيضا شروانة علي، مرجع سابق، ص32.

تنص المادة 1/86 ق م ج على أنه (يجوز إبطال العقد للتذرليس إذا كانت الحيلة التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسمامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد).

« Manœuvres frauduleuses ayant pour objet de tromper l' une des parties à un acte juridique en vue d' obtenir son consentement». Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p26.

<sup>3</sup> - Gérard AZEMA, op- cit, p24.

<sup>4</sup> - « Cette tromperie peut résulter de moyens très divers: manœuvres frauduleuses, artifices, ruses, mensonges, altération quelconque de la vérité. Par exemple, le propriétaire du fonds peut induire le locataire en erreur sur l' importance de son fonds en falsifiant sa comptabilité ou en faisant venir des clients d' occasion; le locataire gérant peut présenter au propriétaire de fausses lettres de recommandation ou de faux états de service». Jacques VERDEIL, op- cit, p52.

<sup>5</sup> - Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p25.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 فيفري 1998، أن « محكمة الاستئناف لا تعطي الأساس القانوني لقرارها القاضي بإبطال عقد إيجار التسيير بسبب واحد وهو أن المشروع التمهيدي للعقد لم يتم تبليغه قبل الإمضاء، دون البحث عن ما إذا كان عدم العلم هو سبب تعيب إرادة المستأجرين المسيرّين».

Com. 10 fév 1998, n° 95-21.906, bull. Civ.IV, n° 71, p55.

<sup>6</sup> - M. LAROUDI, op- cit, p63. Voir dans ce sens Cass. Civ. 06 nov. 1970, JCP., G., 1971, 2, n° 16942.

<sup>7</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص225.

« Le manquement à une obligation précontractuelle d' information ne peut suffire à caractériser le dol par réticence si ne s' y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d' une erreur déterminante provoquée par celui- ci». Civ. 28 juin 2005, n° 03-16.794, bul. Civ. IV, n° 140, p151.

الحال إذا وصلت الحيل إلى درجة من الجسامة ولكن كان الطرف المدلس عليه (سواء كان المؤجّر أو المستأجر المسير) يرتضي صحة عقد إيجار التسيير وبنفس الشروط حتى ولو لم يقع ضحية لهذا التدليس.

فمعيار جسامة الحيل معيار شخصي أو ذاتي، فقاضي الموضوع هو الذي يقرر مدى تأثير جسامة الطرق الاحتمالية على المتعاقد، ويسترشد القاضي في ذلك بما جرى عليه التعامل، كما يسترشد بحالة المؤجّر أو المستأجر المسير الشخصية، وبخاصة سنه وجنسه وخبرته وذكائه ودرجة تعلمه<sup>1</sup>.

3- الإكراه: قد يعترض أحد المتعاقدين (سواء كان مؤجرا أو مستأجرا مسيرًا) لضغط غير مشروع على إرادته، يولد في نفسه رهبة تحمله على إبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري لكي يتفادى نتائج التهديد الذي يقع عليه<sup>2</sup>، وهو الذي لم يكن ليقدّم على إبرام العقد لولا هذا الضغط الذي يشل الإرادة فتصبح منصاعة لما يملى عليها من قبل من يمارس الضغط<sup>3</sup>. فالإكراه لا يؤثر في العقد إلا على أساس أنه يفسد الرضاء، ولا يكون كذلك إلا إذا حمل المتعاقد على التعاقد<sup>4</sup>، ويقول الأستاذ Gervais MUBERANKIKO أنه من أجل إبطال العقد لا يكفي فقط الإكراه؛ وإنما يجب أن يكون الإكراه بالغ الأهمية ومحدد من جهة وغير مشروع من جهة أخرى<sup>5</sup>. كما ويمكن أن يمارسه المالك على المستأجر المسير أو العكس من أجل إبرام العقد، إذ لا يشترط أن يصدر من أحدهما بالذات<sup>6</sup>.

حسب نص المادة 3/88 ق م ج فإنه يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه، سنه، وحالته الاجتماعية والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه. والمثال على ذلك قيام الشخص الذي يريد استئجار تسيير المحل التجاري بتهديد مالك المحل التجاري بإفشاء أسرار عنه قد تجعل الزبائن

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص124. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص193. قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 فيفري 1969، على أنه «يعتبر الشخص مستخدما لإكراه معنوي بسبب تهديده لإمرأة عجوزة تبلغ من العمر 77 سنة بتركها دون علاج إذا لم توافق على بيعها أموالها له ببلغ رمزي على أن يحول ذلك المبلغ إلى إيجار وغذاء، وبالتالي يعتبر سببا كافيا لإبطال عقد البيع نظرا لاستخدام الإكراه المعنوي واستغلاله ظروف البائعة وسنها وجنسها».

Civ. 19 fév. 1969, n° 67-12.033, bull. Civ. III, n° 157, p119.

<sup>2</sup> - أنظر توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص153. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص199 وما بعدها. أنظر أيضا نص المادة 88 ق م ج. أنظر أيضا شروانة علي، مرجع سابق، ص32.

Voir aussi Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p26. Voir aussi Cass. Civ. 17 juill. 1967, D., 1967, p509. J.

<sup>3</sup> - مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص401.

Voir aussi Trib. Civ. Nantes, 06 jan. 1956, Gaz. Pal., 1956, 1, J., p61.

« Si la transaction ne peut être attaquée pour cause de lésion, elle peut l' être dans tous les cas où il y a violence et par suite en cas de contrainte économique, laquelle se rattache à la violence». Civ. 30 mai 2000, n° 98-15.242, bull. Civ. I, n° 169, p109. Voir aussi Cass. Civ. 18 fév. 2015, n° 13-28.278, D., 2015, n° 08, p432. A/DC.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص206. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص132. أنظر أيضا توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص155.

Voir aussi Cass. Civ. 03 nov. 1959, D., 1960, p187. J. Voir aussi CA. Paris 31 mai 1966, Gaz. Pal., 1966, 2, J., p194.

<sup>5</sup> -Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p26.

<sup>6</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, pp52-53.

لا يتعاملون معه إن لم يقر بإبرام العقد، ونظرا للرهبة التي وقع فيها المالك قام بإبرام العقد، فيكون العقد في هذه الحالة قابلا للإبطال، أما إذا لم تتوافر شروط الإكراه طبقا للقواعد العامة فإن عقد إيجار التسيير لا يكون قابلا للإبطال<sup>1</sup>.

نشير إلى أن الإكراه وإن كان يفسد الرضاء على النحو المتقدم، إلا أنه لا يعدمه، فالمكره إرادته موجودة ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة، لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكره الذي هدد به، فاختار أهون الضررين وأراد، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة، لأنها لم تكن حرة مختارة، وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الإكراه عنوة لا رهبة، كما إذا أمسك المكره يد المكره وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام، ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء<sup>2</sup>.

4- الغبن والاستغلال: يقصد بالغبن عدم التعادل المادي بين ما يأخذه العاقد وما يعطيه، ولا يكون إلا في العقود المحددة دون العقود الاحتمالية<sup>3</sup>. إن مجرد الغبن في عقد إيجار التسيير لا تأثير له في صحة العقد، فإذا أجز المؤجر بأجرة مرتفعة بحيث يصيب المستأجر المسير من وراء ذلك غبن فاحش، أو أجز بأجرة منخفضة بحيث يصيبه هو غبن فاحش، فإن إيجار التسيير يكون مع ذلك صحيحا، ما لم تكن الأجرة تافهة أو صورية فيكون العقد باطلا كإيجار التسيير<sup>4</sup>.

يرى الأستاذ Mourice ROBINAUT أنه لم يرد أي نص خاص بالغبن ولا يطبق على عقد إيجار التسيير المبرم بين أشخاص بالغبن، ومن جهة أخرى إذا رشد القاصر ورخص له بممارسة التجارة فلا يكون عقد إيجار التسيير من بين العقود التي يمكن المطالبة بإبطالها بسبب الغبن؛ فإذا لم يكن القاصر مرخصا له لممارسة التجارة، فإن عقد إيجار التسيير يكون باطلا بقوة القانون، دون أن يثبت وقوعه في غبن<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 226.

« Il faut toutefois que la menace soit de nature à faire impression sur une personne raisonnable ». Gérard AZEMA, op- cit, p25. Voir aussi Mourice ROBINAUT, op- cit, p126. Voir aussi Com. 21 fév. 1995, n° 93-13.302, bull. Civ. IV, n° 50, p46. Voir aussi Cass. Civ. 03 nov. 1976, Gaz. Pal., 1977, 1, j., p67.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 360-361.

<sup>3</sup> - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 135-136. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 211-212. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 221. أنظر أيضا توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 163. أنظر أيضا مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 419-420. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 386. أنظر أيضا شروانة علي، مرجع سابق، ص 32.

<sup>4</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 122. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 67. أنظر أيضا نص المادة 90 ق م ج.

<sup>5</sup> - Mourice ROBINAUT, op- cit, p126.

يقول أيضا الأستاذ Jacques VERDEIL أن الغبن لا يكون معيبا للرضا إلا إذا تم التنصيص عليه بنص خاص، وبما أن النص غير موجود في هذا الموضوع، فإن الغبن لا يمكن اعتباره كعيب للرضا في عقد إيجار التسيير<sup>1</sup>.

أما الاستغلال فإنه لا يكتفي بالوقوف لدى هذا الجانب المادي فقط، ولكن ينظر فضلا عن ذلك إلى جانب نفسي، وبعبارة أخرى لا يكفي أن يختل التوازن بين الالتزامات المتبادلة أو عدم التعادل بينها، وإنما يلزم عن ذلك أن يستغل أحد الطرفين حالة ضعف يوجد فيها المتعاقد الآخر المغبون والذي كان ضحية تلك الحالة التي يوجد فيها واستغلها الطرف الآخر<sup>2</sup>.

نجد بتطبيق هذا على إيجار تسيير المحل التجاري أنه يكون الاختلال الفادح بين أجره المثل والأجرة الحقيقية، فإذا قلت هذه أو زادت عن أجره المثل بحيث يكون الاختلال فادحا بين الأجرتين تحقق العنصر الموضوعي. أما العنصر النفسي فيتمثل في أن أحد المتعاقدين، المؤجر أو المستأجر المسيّر؛ يستغل في المتعاقد الآخر طيشا بينا أو هوى جامحا، فإذا استغل شخص طيش شاب نزع فأجر له محله التجاري بأجرة مرتفعة يتحقق معها الاختلال الفادح، أو استأجر منه تسيير محله التجاري بأجرة منخفضة يتحقق معها هذا الاختلال الفادح<sup>3</sup>.

يجب على الطرف المغبون سواء كان المؤجر أو المستأجر المسيّر أن يثبت أن الاختلال في التعادل بين الأجرة والمنفعة كان نتيجة هذا الاستغلال، وما كان ليقبل التعاقد بهذا الغبن لولا استغلال الطرف الآخر طيشه أو هواه الجامح. وعليه إذا استغل المستأجر المسيّر المؤجر، جاز لهذا الأخير أن يطلب إبطال العقد وللقاضي أن يجيبه إلى طلبه إذا رأى أن الاستغلال بلغ حد إفساد الرضا وأنه كان سببا في حمل المؤجر على التعاقد، وجاز في هذه الحالة للمستأجر المسيّر أن يتوقى إبطال العقد إذا عرض زيادة الأجرة بما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن الفاحش.

أما إذا رأى القاضي أن الاستغلال لم يبلغ هذا الحد، جاز له رفض طلب الإبطال والإكتفاء بنقص التزامات المؤجر. كذلك الحال إذا استغل المؤجر المستأجر المسيّر بأن حصل منه على أجره فاحشة، كان للمستأجر المسيّر أن يطلب إما إبطال العقد وإما نقص الأجرة، وكان للقاضي السلطة في الإجابة لطلب الإبطال أو الإكتفاء بنقص الأجرة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p53.

<sup>2</sup> - توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 163-164. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 393 وما بعدها.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 122-123. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 222.

<sup>4</sup> - أنظر سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 222. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 123.

## الفرع الثاني

### المحل

يتميز عقد إيجار تسيير المحل التجاري كما سبق القول بأنه عقد ملزم للجانبين وعقد معاوضة، على عكس عقد الهبة الذي يتميز أنه عقد ملزم لجانب واحد ودون عوض، وفيه يلتزم الواهب بنقل ملكية المال الموهوب إلى الموهوب له دون مقابل. أما في عقد إيجار تسيير المحل التجاري فالمؤجر يلتزم بتأمين المستأجر المسير من الانتفاع بالمحل التجاري لمدة زمنية معينة وتسليمه له، في مقابل ذلك يلتزم المستأجر بدفع بدل الإيجار مقابل المنفعة التي يتحصل عليها خلال مدة إيجار التسيير.

ما نلاحظه أن محل عقد إيجار تسيير المحل التجاري لا يقتصر على محل واحد يلتزم به أحد المتعاقدان، بل يتعدى ذلك، فالمدة الزمنية تقاس بها منفعة المحل التجاري، وعليها أيضا يتم حساب بدل الإيجار، فالمحل في هذا العقد يتمثل في العين المؤجرة (المحل التجاري)، الأجرة والمدة.

**أولاً: العين المؤجرة:** تتمثل العين المؤجرة في عقد إيجار التسيير في المحل التجاري، وفي هذا الشأن نطبق الأحكام العامة الواجب توافرها في العين المؤجرة، مع التقيد بالطبيعة الخاصة للمحل التجاري، ولصحة ركن المحل يجب أن تتوفر في العين المؤجرة مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

أ- **يجب أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود:** يشترط في محل عقد إيجار التسيير أن يكون المحل التجاري موجوداً وقت إبرام العقد، وللقول بوجود المحل التجاري أن يوجد بالمفهوم الذي عرفناه سابقاً<sup>1</sup>، فهناك العديد من الشركات لها زبائن ولكن ليست بمحلات تجارية حتى وإن كان أصحابها تجاراً ومسجلون في السجل التجاري، أيضاً هناك العديد من المكاتب ذات طبيعة مدنية يمارس فيها أصحابها مهنة حرة (الطبيب، المحامي، ...) فلا يعتبر هؤلاء تجاراً، فمن المؤكد أن الزبائن يرتبطون بهذه المكاتب ولكن ليس بنفس ظروف الاستغلال التجاري، فالثقة في الشخص الذي يمارس المهنة الحرة هي التي جعلتهم يرتبطون به، أما الزبائن التجاريين يجذبهم أكثر العناصر المكونة للمحل التجاري عن صفات التاجر<sup>2</sup>.

أما بخصوص تكوين المحل التجاري فيجب أن يتوافر على العناصر الأساسية والكافية لوجوده والمتمثلة في عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجاري، أما العناصر الأخرى ليست إلزامية وأهميتها تختلف من محل تجاري

<sup>1</sup> - « L' objet du contrat doit exister, ce qui suppose l' existence réelle d' un fonds de commerce et donc d' une clientèle présentant les caractères mentionnés précédemment». Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, Droit commercial, 7<sup>ème</sup> éd., op- cit, p270. Voir aussi Olivier BARRET, op- cit, p256.

<sup>2</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, pp55-56.

أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص ص65-66.

لآخر حسب طبيعة النشاط الممارس فيه، كما يجب مباشرة النشاط التجاري الفعلي واستقبال الزبائن وإلا فلا يمكن القول أن للشخص محل تجاري<sup>1</sup>.

لم يتطرق المشرع في عقد إيجار تسيير المحل التجاري إلى العناصر التي يجب على المتعاقدين الاتفاق عليها أو التي يجب عليهما إدراجها في العقد، عكس عقدي البيع والرهن الحيازي<sup>2</sup>، بحيث نستنتج قياسا على أحكام هذان العقدان أن المشرع منح للمتعاقدان الحرية في إدراج العناصر التي يرغبون في إدراجها في العقد، بشرط أن يتفقا على العناصر الأساسية لتكوين المحل التجاري، لأنه في حالة عدم تضمين عقد إيجار التسيير العناصر الأساسية لتكوينه، فإن عقد إيجار التسيير في هذه الحالة لا يعتبر واردا على محل تجاري<sup>3</sup>.

1- بالنسبة للعناصر المعنوية: تتعدد العناصر المعنوية التي يتكون منها المحل التجاري، وتختلف حسب أهميتها والدور الذي تلعبه في المحل كما سبق ورأينا عندما تطرقنا إليها في أول بحثنا، وعليه سنحاول تبيان العناصر التي يمكن أن يرد عليها عقد إيجار التسيير والعناصر المستبعدة، وذلك كما يلي:

- بالنسبة للاتصال بالعملاء والشهرة التجارية: تصدر العناصر المعنوية عنصري الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية فلا يجوز للأطراف إقصاء هذا العنصر الجوهرى نظرا لإلزامية وجوده في المحل التجاري كما سبق ورأينا، فإذا زال عنصر الاتصال بالعملاء بتاريخ انعقاد عقد إيجار التسيير فإن العقد باطل لعدم وجود محل العقد<sup>4</sup>، ويجب أن يكون هذا العنصر مستقل ومرتبط بالمحل التجاري<sup>5</sup>، وقد قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية أنه في حالة غياب عنصر الاتصال بالعملاء عند إبرام العقد فإن هذا العقد لا يعتبر عقد إيجار التسيير<sup>6</sup>.

- بالنسبة للعنوان: إن العنوان غالبا يشخص المحل وهو من بين الوسائل المهمة لجذب الزبائن<sup>7</sup>، وبهذا فإنه من الطبيعي أن يدخل في المجال التعاقدى<sup>8</sup>، وبالتالي محلا لعقد إيجار التسيير، فباستثناء الحالة التي يمثل فيها

<sup>1</sup> - SAINTOURENS Bernard, La condition d' exploitation et la qualification de bien commun d' un fonds de commerce de pharmacie, op- cit, pp306-307.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادتان 96 و119 ق ت ج.

<sup>3</sup> - « Symétriquement, lorsque les éléments nécessaires à l' existence d' un fonds de commerce ne sont pas réunis et, en particulier, s' il n' existe pas de clientèle, il ne peut y avoir location- gérance». Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p591.

« La location portant uniquement sur le matériel, par exemple, obéirait au droit commun du louage de chose». Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p387.

« La cession de marchandises uniquement ne constitue pas une vente de fonds de commerce». Stéphane REZEK, op-cit, p48.

أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص61 وما بعدها.

<sup>4</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p387.

أنظر الملحق رقم 7.

<sup>5</sup> - Civ. 09 juill. 2008, n° 07-15.534, bull. Civ. III, n° 122.

<sup>6</sup> - Civ. 30 jan. 2002, n° 00-17.342, bull. Civ. III, n° 19, pp15-16.

<sup>7</sup> - Gérard AZEMA, op- cit, p28.

<sup>8</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p127.

عنصرا جوهريا للمحل فإن المتعاقدان لهم إمكانية استبعاد هذا العنصر من عقد إيجار التسيير، فقد يفضل مالك المحل الاحتفاظ به واستعماله شخصيا، أو أن المستأجر الميسر يفضل استخدام عنوان آخر<sup>1</sup>.

- بالنسبة للاسم التجاري: غالبا ما يؤدي الاسم التجاري نفس وظيفة العنوان وينطبق عليه نفس الحكم، إلا أنه يمكن أن تظهر صعوبة بمجرد أن يتعلق الأمر بالاسم الشخصي لمالك المحل، وبما أن الاسم التجاري عنصر من عناصر المحل التجاري فإن المستأجر الميسر يضيف إلى جانب هذا الاسم اسمه مع الإشارة إلى إيجار التسيير<sup>2</sup>.

يخول عقد إيجار التسيير للمستأجر الميسر فقط حق استعمال الاسم التجاري وليس حق ملكيته، ولا يمكن له التنازل عنه للغير ولا أن يأخذه لنفسه عند انقضاء العقد<sup>3</sup>.

- بالنسبة لحق الإيجار: رأينا سابقا أن الحق في الإيجار يعتبر عنصرا مهما في المحل التجاري، وقد يوجد في المحل التجاري إذا كان مالك هذا الأخير ومالك العقار الذي يستغل فيه هما شخصان مختلفان، وقد لا يوجد إذا كان مالك المحل التجاري ومالك العقار الذي يستغل فيه المحل شخص واحد، وعليه في كل الحالات يجب على المؤجر سواء كان مالكا للأمكنة أو مستأجرا لها أن يضمن للمستأجر الميسر الانتفاع الهادئ لهذه الأمكنة التي يمارس فيها استغلاله خلال مدة سريان عقد إيجار التسيير<sup>4</sup>، ولحماية المستأجر الميسر فإن عقد إيجار التسيير يفترض أن المؤجر مالك المحل التجاري يمنح للمستأجر الميسر الانتفاع بهذا الأخير، والذي يمكن أن يشمل على الحق في إيجار العقار المستغل فيه<sup>5</sup>.

يرى الأستاذان Jacques VERDEIL و Mourice ROBINAULT أن المستأجر الميسر بالنسبة لمالك المحل هو في وضعية المستأجر من الباطن، أما بالنسبة لمالك الأمكنة فالمستأجر الميسر ما هو إلا مجرد شاغل بسيط لحساب مالك المحل الذي وحده يعرفه<sup>6</sup>.

- بالنسبة لحقوق الملكية الصناعية: تعتبر في أغلب الأحيان حقوق الملكية الصناعية كبراءة الاختراع والعلامات، الرسوم والنماذج الصناعية عناصر مكونة للمحل التجاري، وبالتالي فهي بلا شك تدخل في عقد إيجار التسيير، سواء باعتبارها عناصر أساسية أو عناصر ثانوية، فالحقوق التي تنتج لصاحبها هي في الحقيقة تلك التي لها القدرة

<sup>1</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p63. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, pp127-128.

<sup>2</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p128.

<sup>3</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p388.

<sup>4</sup> - Gérard AZEMA, op- cit, p28.

<sup>5</sup> - Com. 30 juin 1970, n° 69-12.074, bull. Civ. IV, n° 227, pp198-199.

<sup>6</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, pp63-64. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, pp128-133.

يقول الأستاذ Gervais MUBERANKIKO أنه « في بعض الأحيان من الصعب معرفة ما إذا كان الأمر يتعلق بإيجار التسيير أم إيجار تجاري ( إيجار العمارات أو المحلات التي يستغل فيها المحل التجاري)، وهنا يجب علينا البحث عن العناصر التي يرتبط بها الزبائن، فإذا ارتبط هذا العنصر بالعلامة والاسم التجاري للمؤجر، فنقول أنه هناك إيجار تسيير للمحل التجاري. أما إذا كان عنصر الزبائن قد انشأ من قبل المستأجر فنقول أنه هناك عقد إيجار تجاري». Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p36.

أكثر لجذب الزبائن والاحتفاظ بهم، لأنها تمنح له احتكار حقيقي<sup>1</sup>. كما أن للمستأجر المسير الحق مباشرة في متابعة كل من يمس بانتفاعة لهذه الحقوق سواء عن طريق دعوى التقليد أو دعوى المنافسة غير المشروعة<sup>2</sup>.

ليس هناك ببساطة ما يمنع مالك المحل من استبعاد بعض العناصر كبراءات الاختراع أو العلامات الثانوية من عقد إيجار التسيير، متى أراد الاحتفاظ باستغلالها شخصيا<sup>3</sup>.

- بالنسبة لرخص الاستغلال: تكون رخص الاستغلال ضمن العناصر المشمولة بعقد إيجار التسيير إذا لم تمنح للشخص نظرا لصفات شخصية فيه (ذات اعتبار شخصي) كالرخصة التي تمنح للصيديلي<sup>4</sup>، فهي تمكن المستأجر المسير من ممارسة التجارة، فاستبعادها يعني رفض التعاقد، إلا إذا سعى المستأجر المسير للحصول عليها بنفسه. إن حقوق المستأجر المسير على رخص الاستغلال المدرجة في المحل التجاري هي نفسها تلك التي للمرخص له، وإيجار التسيير يعادل التنازل عن الترخيص ولكي يتم ترخيص المستأجر المسير على قدم المساواة مع مالك المحل، يجب على هذا الأخير أن يعبر صراحة عن التنازل؛ وإلا فلا يكون هناك إيجار بالنسبة لهذه العناصر<sup>5</sup>.

من أجل تقادي كل تأويل خاصة عند بداية العقد، فإنه من المستحسن على المتعاقدين إرفاق عقد إيجار التسيير تقرير مفصل عن عناصر المحل التي تدخل ضمن عقد إيجار التسيير<sup>6</sup>.

2- بالنسبة للعناصر المادية: تتمثل العناصر المادية في المعدات والآلات والبضائع وحكمها يختلف عن بعضها البعض نظرا لطبيعتها وللغرض الذي خصصت له.

- بالنسبة للمعدات والآلات: تعتبر المعدات والآلات كأصل مندرجة ضمن العناصر المشمولة بعقد إيجار التسيير، غير أنه في بعض الأحيان يتم بيعها لأنها تتلف بسرعة بالاستعمال مثل حالة المطحنة، وعليه عندما يزود المستأجر المسير المحل بالمعدات والآلات فإن له أن يحتفظ بها عند انقضاء العقد<sup>7</sup>، وفي هذه الحالة لا تدخل ضمن عناصر المحل المشمولة بالعقد. أما إذا شملها العقد فإن المستأجر المسير ينتفع بها بصفته مستأجرا لها،

<sup>1</sup> - « Les droits qui en résultent pour leur titulaire sont, en effet, de ceux qui sont le plus aptes à attirer et retenir la clientèle, puisqu' ils constituent à son profit un véritable monopole ». Mourice ROBINAULT, op- cit, p134.

<sup>2</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p389. Voir aussi Gérard AZEMA, op- cit, p29.

<sup>3</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p134.

<sup>4</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p389.

« Il est certain qu' est nul comme contraire à la règle de l' indivisibilité de la propriété et de la gérance d' une officine de pharmacie le contrat de gérance par lequel le propriétaire d' une officine la ferait tenir et exploiter par un gérant même si ce dernier se comportait en fait comme étant le pharmacien titulaire ». Gérard DELCROIX, Le principe de l' indivisibilité de la propriété et de la gérance d' une officine de pharmacie, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Lille, 1958, p27.

<sup>5</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, pp134-135. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p65.

<sup>6</sup> - Gérard AZEMA, op- cit, p29.

<sup>7</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p65.

أيضا إذا كان مالك المحل نفسه مستأجرا لها، فإن حقوق المستأجر المسير تكون إذن مثل حقوق المستأجر من الباطن<sup>1</sup>، ولكننا نقول أن للمتعاقدين الحرية الكاملة في إدراجها في العقد من عدمه.

- البضائع: إن البضائع مخصصة للبيع وهي بطبيعتها تستهلك وبالتالي فهي غير قابلة للإيجار<sup>2</sup>، فلا يشملها عقد إيجار التسيير لأنه من المستحيل إيجار منقولات تهلك بالاستعمال الأول لها، فهي مخصصة للبيع (للاستهلاك) وليس للاستعمال، ولكن يحدث غالبا أن يتبع عقد إيجار التسيير عقد بيع البضائع الموجودة في المحل<sup>3</sup> بالسعر المحدد في الفاتورة، أو أن يأخذها المستأجر المسير ويرد مثلها بالكمية والنوعية التي تسلمها في البداية، غير أن هذه الطريقة نادرة الاتباع لأنها تحتوي على مخاطر في حالة قيام المستأجر بصفقة غير مربحة<sup>4</sup>.

3- العقود المنقولة من طرف مالك المحل التجاري: غالبا من أجل حسن تسيير المحل التجاري فإن المالك مدعو لنقل العقود المختلفة: عقود الإشهار، التموين الحصري، العمل، التأمين وأخرى. فمبدئيا هذه العقود - على الأقل تلك المتعلقة بالاستغلال - تدخل في مجال التعاقد، ويستمر المستأجر المسير فيها مستفيدا من الامتيازات التي تمنحها ومتحملا من جهة أخرى الأعباء المنجرة عنها لكن هذا لا يعني أنه سيكون مستأجرا، لأن هذه العقود ليست بعناصر جوهرية في المحل، فهي مستحقات وديون، فظرف التعاقد عليها بسبب استغلال المحل يمنحها طبيعة حقيقية بمعنى آخر تحويلها إلى حقوق وديون - لا يمحي طبيعتها الإلزامية<sup>5</sup>.

فقياسا على عقد الرهن الحيازي فإنه في حالة عدم الاتفاق على العناصر المشمولة بعقد إيجار التسيير، فإن العقد في هذه الحالة لا يعتبر باطلا، وإنما يشمل إلزاميا وبقوة القانون العنوان والاسم التجاري، الحق في الإيجار، الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية.

إذا لم يكن المحل التجاري موجودا أو قابلا للوجود وقع عقد إيجار التسيير باطلا لانعدام محل التزام المؤجر، وعلى ذلك يكون باطلا قيام الشخص بإيجار عين غير موجودة أصلا ظنا منه وجودها، وبناء على ذلك إذا أجر شخص محل تجاري ثم اتضح هلاكه كليا قبل إبرام العقد كان العقد باطلا<sup>6</sup>. أما إذا كان الهلاك جزئيا، فإن العقد

<sup>1</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p135.

<sup>2</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p387.

<sup>3</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p65. Voir aussi Olivier BARRET, op- cit, p256.

<sup>4</sup> - Gérard AZEMA, op- cit, p27. Voir aussi Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p387.

<sup>5</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, pp138-139.

<sup>6</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص98. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص229. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص738. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص71. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص126-127.

« En cas d' exécution de contrat nuls, les parties doivent être remises dans l' état où elles étaient auparavant par restitution des prestations réciproquement exécutées. Dans une telles situation, une société pétrolière qui avait conclu un contrat de fournitures de carburants et lubrifiants et deux contrats de prêt, ne peut être tenue de verser à la partie qui avait contracté avec elle, une indimnisation de pertes d' exploitation sans lien avec la fourniture des produits livrés». Com. 24 sep 2003, n°01-15.875, bull, Civ. IV, n° 138, p159.

يبطل بقدر الجزء الذي هلك فقط، تطبيقاً لنظرية البطلان الجزئي أو الانتقاص، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الجزء الذي هلك فيبطل العقد كله، فهلاك البضائع ليس زوال عنصر الاتصال بالعملاء.

أما إذا كان المحل التجاري موجوداً عند إبرام العقد ثم هلك بعد ذلك، سواء قبل التسليم أم بعده، فإن عقد إيجار التسيير لا يمنع من كون إيجار التسيير قد انعقد صحيحاً، كل ما هنالك أنه يجوز للمستأجر التسيير إذا كان الهلاك جزئياً أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة، أما إذا كان الهلاك كلياً فيؤدي ذلك إلى استحالة تنفيذ التزام المؤجر بتمكين المستأجر التسيير من الانتفاع بالمحل التجاري، ويترتب على ذلك انفساخ العقد من تلقاء نفسه وانقضاء الالتزام<sup>1</sup>.

قد يبدو من خلال نص المادة 1/92 ق م ج أنه يمكن إيجار تسيير المحل التجاري الذي لم يوجد بعد وقت العقد، ولكنه ممكن الوجود في المستقبل، كإيجار تسيير محل تجاري قبل اكتسابه عنصر الاتصال بالعملاء، فإن إيجار التسيير يكون صحيحاً وهذا تطبيقاً للقواعد العامة، لأنه لا يشترط أن يكون المحل موجوداً وقت التعاقد، بل يكفي أن يكون ممكن الوجود، ويكون العقد في هذه الحالة مضافاً إلى أجل واقف إذا كان المحل التجاري محقق الوجود، أو معلقاً على شرط واقف إذا كان المحل التجاري محتمل الوجود<sup>2</sup>.

إلا أننا نقول أن هذا الحكم لا يمكن تطبيقه على عقد إيجار التسيير، لأن المحل التجاري الذي لم يبدأ بعد في الاستغلال الفعلي للنشاط التجاري، ولم يكن لديه عملاء خاصين به ومستقلين لا يمكن أن نقول أنه موجود، وبالتالي من المستحيل أن يرد عليه عقد إيجار التسيير<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 739. أنظر أيضاً هلال شعوة، مرجع سابق، ص 50. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تتاغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 71. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 379. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 127.

تنص المادة 104 ق م ج على أنه (إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله)

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 128. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 98-99. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تتاغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 71-72. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 739. أنظر أيضاً هلال شعوة، مرجع سابق، ص 50.

تنص المادة 1/92 ق م ج على أنه (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً). أنظر أيضاً نص المادة 209 ق م ج. قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 01 فيفري 1984، أن «العقار المخصص لبيع لوحات يقع في نقطة مرور إجبارية للسائحين يعتبر كاف وحده لجذب الزبائن، وبالتالي فإن العقد محل النزاع هو عقد إيجار تسيير محل تجاري، حتى وإن تأخر المستأجر في تسجيل نفسه في السجل التجاري، باعتبار أن الزبائن موجودون قبل إبرام العقد المتنازع عليه».

Cass. Com. 01 fév. 1984, Gaz. Pal., 1984, 2, RACC.Ch.Civ., pp170-171. Voir aussi Cass. Civ. 30 avr.1975, Gaz. Pal., 1975, 2, J, p587.

<sup>3</sup> - هذا حسب ما تناولناه سابقاً في المبحث التمهيدي فيما يخص الاتصال بالعملاء، وفي الباب الأول عندما تناولنا محل عقد الرهن الحيازي.

غير أنه يجب التنبيه إلى أن تعامل وارث في محل تجاري لمورثه وهو على قيد الحياة بإيجار تسييره، فإن هذا التعامل يقع باطلا بطلانا مطلقا، ولو كان بعلم ورضا المورث، لما في ذلك من خدش للأخلاق النبيلة يتمثل في تمني تعجيل وفاة المورث وانتظار ذلك، والمضاربة على ملكه وهو على قيد الحياة<sup>1</sup>.

يكيف العقد على أنه عقد إيجار التسيير متى تطابق مع التعريف القانوني حتى وإن تم تكييفه على خلاف ذلك من قبل المتعاقدين هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد بالرجوع إلى نص المادة 1/203 ق ت ج أن المشرع نص صراحة على أنه يمكن للمؤجر أن يمنح جزء من الإيجار لمسيّر بقصد استغلاله، وعليه يمكن إذن أن يتعلق فقط بفرع نشاط المؤسسة، وقد قضى أنه في عقد تأجير مساحة لعرض المنتجات Contrat de stand الذي بمقتضاه ترخص شركة تستغل مساحات كبرى لشركة أخرى لفتح وشغل مكان لبيع اللحوم (مجزرة) داخل تجارة المواد الغذائية العامة، فهي ليست بإيجار فضاء (مكان) ولا بوكالة، ولكن هي إيجار تسيير لجزء من المحل التجاري وحتى وإن لم يكن المحل غير موجود من ذي قبل عند عقد الاتفاق<sup>2</sup>. أيضا اقترح شركة على عمالها استغلال محلات مخصصة لبيع الخضر والفواكه في مكان يقع داخل مساحاتها التجارية الكبرى يمكن أن يكيف على أنه إيجار تسيير<sup>3</sup>.

ب- يجب أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعين: طبقا للقواعد العامة يجب أن يكون المحل التجاري محل عقد إيجار التسيير معينا أو قابلا للتعين<sup>4</sup> في عقد إيجار التسيير، نجد أن التعيين ينصرف إلى أمرين: الأول المحل التجاري المؤجر ذاته والذي يتعلق به التزام المؤجر بتمكين المستأجر المسيّر من الانتفاع به، والثاني هو كيفية الانتفاع به من جانب المستأجر المسيّر<sup>5</sup>.

1- بالنسبة للمحل التجاري المؤجر تسييره: يجب تعيين المحل التجاري المؤجر تسييره تعيينا كافيا نافيا للجهالة، وبهذا التعيين يمكن تمييز هذا المحل التجاري عن غيره من المحلات التجارية، كطبيعة النشاط الذي يزاوله التاجر فيه، موقعه كاسم الشارع، العنوان أو الاسم الذي يستخدمه التاجر.

<sup>1</sup> - أنظر هلال شعوة، مرجع سابق، ص 50-51. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 145. تنص المادة 2/92 ق م ج على أنه (غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون).

<sup>2</sup> - « Le contrat de stand par lequel une société exploitant un supermarché autorise une autre société à ouvrir et tenir un rayon boucherie à l' intérieur de son commerce général d' alimentation n' est ni une location d' espace, ni un mandat, mais une location- gérance d' une fraction du fonds de commerce ». CA. Paris 31 mars 1994, D., 1994, p122. IR.

<sup>3</sup> - Com. 10 fév. 1998, n°95-21.906, bull. Civ.IV, n° 71, pp55-56. Préc.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 94 ق م ج.

« Comme tout contrat, il ne suffit pas que l' objet existe, il faut aussi que l' objet soit déterminé. Il n' y a pas de contrat si l' on ne sait pas à quoi l' on s' engage ». Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p34.

<sup>5</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 230.

ولكن ليس من اللازم أن يكون المحل التجاري المؤجر تسييره معينا بالفعل، وإنما يكفي قابليته للتعيين إذا تضمن العقد ما يستطاع به هذا التعيين، فإذا لم يكن المحل التجاري معينا أو قابلا للتعيين على النحو المتقدم كان عقد إيجار التسيير باطلا<sup>1</sup>.

2- بالنسبة لتعيين طريقة الانتفاع بالمحل التجاري المؤجر تسييره: تنص المادة 491 ق م ج على أنه (يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة حسبما وقع الاتفاق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة بحسب ما أعدت له).

يتضح قياسا على نص هذه المادة أن الأصل هو الاتفاق على طريقة الانتفاع بالمحل التجاري المؤجر تسييره، أي ينفق المؤجر والمستأجر المسير على كيفية استغلال المحل التجاري محل العقد، ففي هذه الحالة يجب على المستأجر المسير احترام بنود العقد. أما إذا لم يتم الاتفاق على تعيين كيفية الانتفاع، فإنه يكون للمستأجر المسير أن يستعمل المحل التجاري المؤجر تسييره بحسب ما أعد له، ككون المحل التجاري مثلا معد لبيع الأقمشة فلا يحق له مثلا تغيير هذا النشاط، وعند الاختلاف بين الطرفين على كيفية الانتفاع بالمحل التجاري المؤجر تسييره، فإن قاضي الموضوع يفصل في هذا الخلاف طبقا للظروف المحيطة بالتعاقد<sup>2</sup>.

ج- يجب أن يكون المال المؤجر قابلا للتعامل فيه: طبقا للقواعد العامة يجب أن يكون الشيء المؤجر مما يجوز التعامل فيه، فإذا لم يكن كذلك بحسب طبيعته أو بحسب الغرض المخصص له، أو لكون التعامل فيه غير مشروع، فإنه لا يمكن أن يكون محلا لعقد إيجار التسيير.

وباعتبار أن المحل التجاري من الأموال التي يجوز التعامل فيها بحسب طبيعتها، فإن هذا الشرط لا يثير أي إشكال. أما بخصوص خروج الشيء عن التعامل بسبب الغرض الذي خصص من أجله كالأموال العامة، يرجع هذا إلى أن إيجار هذه الأموال يتنافى مع تخصيصها للمنفعة العامة، حيث أن الإيجار يقرر للمستأجر سلطات على الشيء المؤجر تتعارض مع ما يخصصه له المال العام من النفع العام، لهذا فإنه في الحالات التي يسمح فيها للأفراد بالانتفاع ببعض الأماكن العامة في المطارات مثلا لا يكون بموجب عقد إيجار مدني أو تجاري، بل بموجب عقد إداري تسري عليه قواعد القانون الإداري، وفي هذه الحالة يكون مقابل الانتفاع ليس أجرة بل رسم يدفع مقابل رخصة يحصل عليها المنفع.

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 381. أنظر أيضا هلال شعوة، مرجع سابق، ص 51. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 740. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 72. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 230. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 128. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 66.

<sup>2</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 231.

أما فيما يخص الأموال الخاصة للدولة، فلا شك في جواز إيجار تسييرها إذا كانت في شكل محلات تجارية وفي خضوع هذا العقد لقواعد القانون التجاري والقانون المدني المنظمة لعقد إيجار التسيير، مع مراعاة القواعد المنصوص عليها في القوانين والقرارات الخاصة بشأن إيجار تسيير هذه المحلات التجارية<sup>1</sup>.

وأما إذا كان المحل التجاري موقوفاً فإذا كان لا يقبل التعامل فيه من حيث التصرف بالبيع أو ما شابه ذلك، إلا أنه يقبل التعامل من حيث الإدارة، حيث يجوز إيجار تسيير المحل التجاري الموقوف، بحيث لا يتنافى هذا الإيجار مع الغرض الذي خصص له المحل التجاري<sup>2</sup>. فعدم القابلية للتعامل هنا نسبي، والضابط في كل هذا أن عدم القابلية للتعامل إنما يرجع إلى الغرض الذي خصص الشيء له، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز، أما التعامل الذي لا يتنافى معه فهو جائز<sup>3</sup>.

**د- يجب أن يكون المحل مشروعاً:** لا ينشأ الالتزام إلا إذا كان محله مشروعاً، ويكون المحل مشروعاً إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام والآداب العامة<sup>4</sup>، والمحل التجاري الذي أنشأ وفقاً للقانون لممارسة نشاط تجاري مشروع، إذا كان محلاً لعقد إيجار التسيير كان صحيحاً، لأنه غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، أما إذا أنشأ محل للمتاجرة في الممنوعات كالمخدرات مثلاً أو دون الحصول على رخصة لممارسة نشاط تجاري معين، ففي هذه الحالة لا يمكن أن نقول بوجود المحل التجاري وبالتالي لا يمكن أن يكون محلاً للتعاقد لمخالفته للنظام العام والآداب العامة<sup>5</sup>.

**هـ- يجب أن يكون المحل غير قابل للاستهلاك:** يلزم أن يكون الشيء المؤجر غير قابل للاستهلاك، ويقصد بذلك أن إيجار التسيير لا يمكن أن يرد على الأشياء التي تهلك من أول استعمال لها، ويرجع ذلك إلى أن إيجار التسيير

<sup>1</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 742-743. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 128-129. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 100 وما بعدها. أنظر أيضاً توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 198.

<sup>2</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 383. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 131. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 743.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 131.

<sup>4</sup> - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 150. أنظر أيضاً توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص 197. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص 52.

تنص المادة 93 ق م ج على أنه (إذا كان محل الالتزام ... مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً).

<sup>5</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, pp65-66.

« Conformément au droit commun; l' objet du fonds de commerce sera( hors commerce) lorsqu' il sera monopolisé ou interdit. Il convient de signaler que trois sortes de monopoles peuvent s' opposer à la licéité de l' exercice d' un commerce: les monopoles d' Etat, dans lesquels l' Etat se réserve pour lui seul le droit d' exploitation. Les concessions administratives qui assurent à leur titulaire l' exclusivité de l' exploitation, tels que les tramways. Enfin, les offices ministériels; il n' est pas question évidemment de ceux dont l' objet est civil et qui, à ce titre déjà, ne pourraient être exploités en location- gérance, mais de ceux dont l' objet est commercial: offices d' agent de change». Mourice ROBINULT, op- cit, p145. Voir aussi Olivier BARRET, op- cit, pp256-257.

أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 66.

يرتب على عاتق المستأجر المسير التزاما بالمحافظة على المحل التجاري المؤجر تسييره ورده عند انتهاء إيجار التسيير، وهذا ما لا يتحقق في حالة ما إذا كان الشيء يهلك من أول استعمال له إذ لن يستطيع المستأجر المسير رده<sup>1</sup>، وكذلك لم يتحقق الغرض من إيجار التسيير وهو تمكين المستأجر المسير من الانتفاع بالمحل التجاري مدة زمنية معينة<sup>2</sup>.

**ثانيا: الأجرة:** يعتبر عقد إيجار تسيير المحل التجاري من عقود المعاوضة، بحيث في مقابل التزام المؤجر بتمكين المستأجر المسير من الانتفاع بعناصر المحل التجاري، يلتزم المستأجر المسير بدفع الأجرة فهي محل التزامه، فإذا تخلفت لم تكن بصدد عقد إيجار تسيير وإنما بصدد عقد عارية. فالأجرة في عقد إيجار تسيير المحل التجاري شرط لقيامه<sup>3</sup> فهي تشبه الثمن في عقد البيع حتى وإن لم يشترط المشرع أن تكون نقدا كما هو الحال في عقد البيع، وهذا حسب نص المادة 2/467 ق م ج التي تنص على أنه (يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر).

**أ- طبيعة الأجرة:** يتضح لنا من خلال نص المادة 2/467 ق م ج على أن الأصل في الأجرة أن تكون نقودا، وتكون في الغالب مقسطة على مدد متساوية، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن تكون مبلغا مقطوعا من النقود يدفع دفعة واحدة، إما عند إبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري أو عند نهايته، ومع ذلك قد تكون الأجرة مقدمة أخرى غير النقود، وفي هذا يختلف إيجار التسيير عن البيع. ففي البيع يلزم أن يكون الثمن نقدا وذلك بخلاف عقد إيجار التسيير الذي يجوز فيه أن تكون الأجرة مقدمة أخرى غير النقود، فقد تكون مقابل ما يأخذه المؤجر من بضائع من المحل التجاري ولكن بشرط أن تعين وصفا ومقدارا، وقد تكون الانتفاع بشيء آخر مقابل الانتفاع بالمحل التجاري المؤجر تسييره وما إلى ذلك<sup>4</sup>.

**ب- شروط الأجرة:** لا يكفي الاتفاق على أجرة معينة في العقد كي يكون هذا الشرط صحيحا، وإنما يجب أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط نلخصها فيما يلي:

<sup>1</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص744. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص233. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص132. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص110. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص53. أنظر أيضا زروقي خديجة، مرجع سابق، ص18. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص67.

<sup>2</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص75.

<sup>3</sup> - « L' existence d' une redevance à la charge du gérant est une condition essentielle de la location-gérance. Par suite, lorsque la concession de l' exploitation d' un restaurant- ouvrier n' impose pas au concessionnaire le paiement d' une redevance, la convention ne peut être analysée en une location-gérance au seul motif que le concédant retire du contrat des avantages suffisamment importants pour être assimilés à un profit». Com. 11 mai 1971, n° 70-10-012, bull. Civ. IV, n°129, p125. Voir aussi Com. 28 mars 1973, n°72-11.493, bull. Civ. III, n°237, p172.

أنظر أيضا كلو هشام، مرجع سابق، ص479.

<sup>4</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص234. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص160 وما بعدها. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص128. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص81. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص750.

1- يجب أن تكون الأجرة جدية غير تافهة: تعد الأجرة في عقد إيجار التسيير كالثمن في عقد البيع، وعلى ذلك يجب أن تكون الأجرة جدية، فإذا كانت صورية بطل العقد باعتباره إيجار تسيير، وقد يكون المتعاقدان قد قصدا من هذا الإيجار الصوري أن يكون هبة مستترة تحت اسم إيجار التسيير. ولكن إذا ثبت جدية الأجرة، فالإيجار صحيح حتى ولو نزل المؤجر عنها بعد ذلك أو أبرأ المستأجر المسير منها أو وهبه إياها<sup>1</sup>.

أما الأجرة التافهة هي التي لا تتناسب إطلاقاً مع المنفعة التي سيحصل عليها المستأجر المسير من العين المؤجرة، فتكون في حكم العدم ودفعها أو عدم دفعها سواء، فلا ينعقد إيجار التسيير بمثل هذه الأجرة، غير أنه يمكن أن يتحول إلى عقد آخر، كعقد هبة الانتفاع إذا تبين للقاضي أن المتعاقدين قد قصدا هذا العقد<sup>2</sup>. أما الأجرة البخسة هي تلك التي يوجد تفاوت بينها وبين قيمة منفعة المحل التجاري المؤجر تسييره فينعقد بها إيجار التسيير صحيحاً بشرط ألا تكون إرادة المؤجر مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال<sup>3</sup>.

2- يجب أن تكون الأجرة معينة أو قابلة للتعيين: إن للمتعاقدين الحرية الكاملة في الاتفاق حول الأجرة، سواء ما تعلق بطريقة حسابها أو شكلها أو تاريخ الوفاء بها<sup>4</sup>، والغالب أن يتم تحديد الأجرة عن طريق تعيين مبلغ محدد يدفع أقساطاً متساوية عن كل مدة معينة، ومن الجائز الاتفاق على أجرة تختلف حسب نوع استغلال المحل التجاري المؤجر تسييره، العناصر الاقتصادية للمشروع، جودة المعدات والأموال الثابتة<sup>5</sup>، أو نسبة معينة من رقم الأعمال أو نسبة معينة من الأرباح أو أيضاً عن طريق التوحيد بيان هاذين العنصرين. ولكن عندما يتم تحديد الثمن على

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 461-462. أنظر أيضاً هلال شعوة، مرجع سابق، ص 55. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص 55.

« Elle doit être sérieuse, ce qui ne signifie pas qu' elle ne puisse pas être inférieure, même très sensiblement, à la valeur normale de jouissance du fonds». Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p385. Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p629.

<sup>2</sup> - أنظر هلال شعوة، مرجع سابق، ص 55-56. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 165. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص 55. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 255. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 129.

<sup>3</sup> - أنظر سعد الجبر، مرجع سابق، ص 55. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، ص 462. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 255. أنظر أيضاً هلال شعوة، مرجع سابق، ص 56.

<sup>4</sup> - « Le montant de ce loyer, son mode calcul, les formes et les dates de son versement son déterminés librement par les parties. La redevance peut être fixe ou représenter un pourcentage du chiffre d' affaires ou des bénéfices. Elle est souvent indexée». Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op- cit, p390. Voir aussi Olivier BARRET, op- cit, p257.

<sup>5</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 752.

« Attendu que le montant de la redevance de location-gérance est librement fixé entre le propriétaire du fonds et le gérant- locataire dans la mesure où il n' existe aucune disposition légale en la matière, étant précisé que cette redevance est déterminée en fonction des éléments économiques de l' affaire, outre la qualité du matériel et des immobilisations». CA. Metz 2016-09-29 15/00609.

هذا الأساس الأخير، فإن المؤجر له الحق في الاطلاع على الوثائق الحسابية للمستأجر المسير ودون أن يتدخل في تسيير المحل<sup>1</sup>.

وليس بلزم أن تكون الأجرة محددة في العقد على النحو السابق، وإنما يكفي لانعقاد إيجار التسيير صحيحا أن تكون الأجرة قابلة للتحديد، وذلك ببيان الأسس التي يمكن من خلالها تحديد الأجرة في المستقبل استنادا إليها<sup>2</sup>.

كذلك يجوز للمتعاقدين أن يكتا تحديد الأجرة لشخص ثالث، فإن قام هذا بمهمته لزم المتعاقدان المقدار الذي عينه، وإذا لم يتم بها لسبب ما جاز تعيين شخص آخر لتحديد الأجرة إذا كان هذا هو غرض المتعاقدين. أما إذا ظهر من ظروف التعاقد أن المتعاقدين لا يريدان غير من عينا لتحديد الأجرة، فإنه لا يجوز للمحكمة أن تقوم بنفسها بتعيين خبير لهذا الغرض، ويكون عقد إيجار التسيير باطلا لعدم توافره على ركن من أركانه<sup>3</sup>.

غير أنه لا يجوز الإحالة في شأن تقدير الأجرة إلى إرادة أحد الطرفين وحده سواء كان المؤجر أو المستأجر المسير، لأن انفراد أحدهما بتحديد الأجرة يجعل الطرف الآخر تحت رحمته<sup>4</sup>.

أما في حالة سكوت المؤجر والمستأجر المسير عن تحديد الأجرة، وعن تحديد الأسس الموضوعية التي يقوم تقديرها على أساسها، فإن إيجار التسيير لا يكون باطلا، ولكن يتكفل القانون بتحديد الأجرة في هذه الحالة، وقد ارتكز المشرع في هذا التحديد على أجرة المثل، وكذلك الحكم في حالة ما إذا اتفق المتعاقدان على تقدير الأجرة ولكن تعذر على أي منهن إثبات ما اتفقا عليه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p629. Voir aussi Olivier BARRET, op- cit, p258. Voir aussi Elie ALFANDARI, Droit des affaires, Litec, Paris, 1993, p85.

<sup>2</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص752. أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص167.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص168. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص256. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص84. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص58.

« La redevance doit être certaine, c' est- à- dire fixée par les parties ou, d' accord entre elles, par un tiers convenu ». Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p385. Voir aussi Elie ALFANDARI, op- cit, p85.

<sup>4</sup> - أنظر سعد الجبر، مرجع سابق، ص58. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص84. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص169. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص753.

<sup>5</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص257. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص756. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص85. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص134-135.

يتضح لنا من خلال نص المادة 213 و214 ق ت ج أن للمؤجر والمستأجر المسير الحق في إعادة النظر في الثمن المحدد في عقد إيجار التسيير كل ثلاث سنوات، ومن أجل تحقيق ذلك يجب على الراغب في إعادة النظر تبليغ الطرف الآخر برسالة موصى عليها مع إشعار بالوصول أو بموجب إجراء غير قضائي<sup>1</sup>.

3- يجب أن تكون الأجرة مشروعة: إن الأجرة سواء كانت مقابلا عينيا أم نقديا يجب أن تكون غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، بحيث أنه إذا كان مقابل الانتفاع بالمحل التجاري المؤجر تسييره على سبيل المثال هو التحريض على ارتياد الأماكن التي يستغلها المؤجر لأغراض مخالفة للآداب كالعاهرة والمقامرة<sup>2</sup> كان باطلا.

يشترط لاستيفاء هذه الأجرة أن يتوفر شرطان هما:

- أن تكون الأجرة مستحقة قانونا، ومن أهم تطبيقات ذلك أن يكون المستأجر قد مكن من الانتفاع بالعين فعلا وعلى الوجه المقصود من العقد.

- أن تكون الأجرة غير منازع فيها، أي ليست محلا لنزاع جدي بين الطرفين<sup>3</sup>.

**ثالثا: المدة:** يعتبر عقد إيجار تسيير المحل التجاري من العقود الزمنية، بحيث يقع على المؤجر التزام بتمكين المستأجر المسير من الانتفاع بالمحل التجاري لمدة زمنية معينة، كما أن الأجرة المدفوعة في مقابل ذلك تدفع أساسا على تلك المدة، وعليه إذا اتفق المتعاقدان على المدة انعقد العقد، أما إذا اختلفا في تحديد هذه المدة فلا ينعقد العقد.

لا ينعقد عقد إيجار تسيير المحل التجاري إلا إذا اتفق طرفاه على مدته، فإذا تعرض الطرفان إلى مسألة مدة إيجار التسيير ولم يتفقا بشأنها، فإن العقد لا ينعقد، ويكون الاتفاق على مدة إيجار التسيير إما بتحديدتها أو على الأقل ببيان الأسس التي تسمح بتحديدتها فيما بعد.

يحدث في بعض الأحيان أن يحدد المتعاقدان مدة إيجار التسيير مباشرة بأن يتفقا على تاريخ سريان إيجار التسيير وتاريخ انتهائه، وقد تتعين مدة إيجار التسيير بالاتفاق على وحدة زمنية معينة يستمر إيجار التسيير خلالها مثل السنة أو الشهر<sup>4</sup>، أو الاستناد إلى حادثة معينة كالاتفاق على أن يسري إيجار التسيير إلى غاية بلوغ مالكة- القاصر الذي تحصل على المحل التجاري عن طريق الإرث- سن الرشد (أجل مؤكد)، أو إلى غاية شفاء المالك

<sup>1</sup> - أنظر نص المادتين 213-214.

Voir aussi Philippe- Hubert BRAULT, Cass. Civ. 21 déc.2017, n° 16-24.817, Les revues LexisNexis, loyers et copr, mars, 2018, n° 03, n° 66, p24-25. Note.

<sup>2</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، 1992، مرجع سابق، صص 463-464. أنظر أيضا هلال شعوة، مرجع سابق، صص 55. Voir aussi Olivier BARRET, op- cit, p258.

<sup>3</sup> - شهير منتصر، مشكلات الأجرة في قانون إيجار الأماكن، القواعد الموضوعية لتحديد الأجرة، عناصر الأجرة القانونية، مشكلات استيفاء الأجرة والوفاء بها، د د ن، د ب ن، 1982، صص 51-52.

<sup>4</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، صص 760. أنظر أيضا زروقي خديجة، مرجع سابق، صص 18.

بما أنه لم يشف بعد (أجل غير مؤكد)<sup>1</sup>. أما إذا لم يتفقا على وقت بدء إيجار التسيير، فإنه يبدأ من تاريخ أو ساعة إبرامه<sup>2</sup>.

يحدث في غالب الأحيان أن المتعاقدان يحددان مدة عقد إيجار التسيير في العقد، ويجب عليهما احترام هذه المدة المتفق عليها<sup>3</sup>. وقد لا يتطرق الأطراف مباشرة لتحديد المدة وإنما يتفقوا في العقد على أسس تعيين المدة، وفي هذه الحالة يكون عقد إيجار التسيير صحيحا لأن المدة قابلة للتعيين<sup>4</sup>، ويمكن أن نضرب مثلا عن ذلك استئجار التاجر تسيير محل تجاري معين لبيع الفواكه أو الخضر الموسمية كفصل الصيف مثلا، بحيث تكون المدة هنا قابلة للتحديد من خلال معرفة مدة فصل الصيف.

نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يشر إلى حد أقصى أو أدنى لمدة إيجار تسيير المحل التجاري لا في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، ولا في القانون التجاري باعتباره قانون خاص.

## الفرع الثالث

### السبب

يعتبر ركن السبب في عقد إيجار تسيير ذو أهمية مثله مثل الأركان الموضوعية الأخرى، يجب توافره لتمام العقد، فبالرجوع إلى الباب الأول المتعلق بعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في ركن السبب، نجد أن هناك نظريتان اختلفتا في تفسير ركن السبب، فالسبب حسب النظرية التقليدية هو الغرض المباشر الذي يريد المؤجر الوصول إليه من وراء التزامه، وهذا هو السبب القصدي في الالتزام، وهذا السبب لا يختلف من المؤجر إلى المستأجر المسيّر في عقد إيجار تسيير المحل التجاري.

فالمؤجر يلتزم بتسليم المحل التجاري إلى المستأجر المسيّر وذلك بسبب أن المستأجر المسيّر يلتزم بدفع بدل الإيجار إليه، والمستأجر المسيّر يلتزم بدفع بدل الإيجار بسبب أن المؤجر يلتزم بتسليم المحل التجاري<sup>5</sup>. أما الباعث إلى إبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري فمن الطبيعي أن يختلف من عاقد إلى آخر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p384.

<sup>2</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص760. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص141 وما بعدها. أنظر أيضا محمد عبد التواب بهجت، أحكام العلاقات الإيجارية في القانون المصري، مكتبة النصر، الرقازيق، 2001، ص ص260-261.

<sup>3</sup> - M. ROURE, op- cit, p56.

<sup>4</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص240.

<sup>5</sup> - « La convention relative à la cession d' un agrément administratif d' exploitation d' une auto- école est dépourvue d' objet, quelle qu' en soit la qualification donnée par l' un des parties, dès lors que le nombre d' établissements d' enseignement de la conduite automobile n' est limité par aucune disposition légale et que cet agrément est délivré à titre personnel à tous ceux qui remplissent les conditions prescrites par l' arrêté du 10 mars 1970. Dès lors, l' obligation de payer mise à la charge de

غير أن الأخذ بهذا التفسير على إطلاقه يجعل عقد إيجار تسيير المحل التجاري غير قابل للبطلان حتى وإن كان الباعث الدافع الذي أدى بالمؤجر أو المستأجر المسير إلى إبرام العقد غير مشروع، استنادا إلى سبب الالتزام<sup>2</sup>.

أما النظرية الحديثة فتنتظر إلى السبب على أنه الباعث الدافع إلى التعاقد، فيجب التحري عن الدافع الذي أدى بالمؤجر إلى إيجار تسيير محله التجاري، والدافع الذي أدى بالمستأجر المسير إلى استئجار تسيير المحل التجاري، فإذا كان الباعث الدافع مشروع فالعقد في هذه الحالة صحيح، أما إذا كان غير مشروع ككون الرغبة في بيع المخدرات أو الأسلحة في المحل التجاري المستأجر تسييره دافع المستأجر المسير، فإن عقد إيجار تسيير المحل يعتبر باطلا بطلانا مطلقا<sup>3</sup>.

يتضح لنا بالرجوع إلى نص المادتين 97 و98 ق م ج أنه يجب أن يتوافر سبب التزام المؤجر والمستأجر المسير ويجب أن يكون الدافع الذي أدى بهما إلى إبرام العقد مشروعاً، فإذا لم يوجد أو كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً<sup>4</sup>. وقد قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية أن العقد يمكن أن يبطل

---

*l'acquéreur en contrepartie se trouve nulle faute de cause».* Civ. 04 mai 1983, n°79-16.575. bull. civ., III, n° 103, p82.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 03 جويلية 1996، على أنه « يعتبر عقد إيجار شريط فيديو باطلا بسبب خلوه من ركن السبب، فتتفقد العقد وفقا للاقتصاد المرغوب فيه من طرف الطرفين كان مستحيلا، أيضا غياب مقابل حقيقي لالتزام المستأجر».

Civ. 03 juill. 1996, n°94-14.800. bull. Civ. I, n°286, p200.

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص154. أنظر أيضا توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص219-220. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص477 وما بعدها. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص236 وما بعدها. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، صص67-68. أنظر أيضا محمد عبد التواب بهجت، مرجع سابق، ص288.

<sup>2</sup> - أنظر توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مرجع سابق، ص220. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص244.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص496 وما بعدها. أنظر أيضا محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص246 وما بعدها. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص160. أنظر أيضا محمد عبد التواب بهجت، مرجع سابق، ص289. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص67. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص67.

Voir aussi Joseph- Pascal VENCENT, op- cit, p32. Voir aussi Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p39. Voir aussi Cass. Civ. 26 nov. 2015, n° 14-25.761, D., 2015, n° 43, p2502. A/DA.

<sup>4</sup> - جاء في قرار المحكمة العليا أنه من المقرر قانونا أنه « إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن عقد إيجار المنزل المتنازع عليه معد استغلاله في الدعارة، فإن قضاة المجلس بمناقشتهم لهذا العقد واعتماده كوثيقة رتب عليها التزامات بالرغم من بطلانه بطلانا مطلقا خالفوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه». قرار المحكمة العليا رقم 43098 مؤرخ في 12/04/1987، المجلة القضائية ع4، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، سنة 1990، ص85 وما بعدها.

« Conformément au droit commun, le contrat de location- gérance n' est valable que s' il a une cause et si celle- ci est licite». Jacques VERDEIL, op- cit, p67. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p148.

للسبب غير المشروع أو المخالف للأخلاق، حتى وإن لم يكن أحد المتعاقدين يعلم بالصفة غير المشروعة أو المخالفة للأخلاق للسبب المعين عند انعقاد العقد<sup>1</sup>.

إذا كان بطلان عقد إيجار التسيير لانعدام السبب قليلة الاحتمال، فإن البطلان بسبب عدم مشروعة السبب سهل الوقوع كلما تحققت ظروف بأن الدافع الفردي الذي كان السبب الدافع والمؤثر في العقد هو دافع مخالف للآداب العامة أو غير مشروع<sup>2</sup>

## المطلب الثاني

### الأركان الشكلية

يعتبر العقد في الأصل بائنا منتجا لآثاره القانونية بمجرد تطابق إرادة الأطراف على إحداث أثر قانوني معين، وخلق هذه الإرادة من العيوب التي يمكن أن تشوبها، وصدورها من شخص تتوفر فيه الأهلية الكاملة لإبرام نوع معين من العقود وسلامتها من العوارض التي تنقصها أو تعدمها، وتوفر المحل والسبب. ولكن إذا كان هذا هو المعمول به في العقود الرضائية، فإنه هناك استثناء عن هذا الأصل أو هذه القاعدة تتمثل في عدم كفاية كل هذا لتمام العقد، وإنما يجب استكمال أركان أخرى تسمى بالأركان الشكلية.

فرض المشرع على الأطراف التي تريد إبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري ضرورة استكمالهم لإجراءات شكلية معقدة، قد تتعدى تلك المفروضة عند إيجار العقار أو بيعه، وهذا راجع لما يمثله العقد من أهمية في الحياة التجارية من الناحية الاقتصادية ولما يمكن أن يشكله هذا العقد من خطورة من الناحية القانونية، فالمؤجر ينتازل عن حياة محلته التجاري لشخص آخر لاستغلاله على حسابه وعلى عاتقه، بحيث يحل المستأجر المسيّر محل المؤجر في استثمار المحل التجاري، الأمر الذي من شأنه أن يضر بالعملاء الذين قد ربطتهم علاقات مع المؤجر خاصة إذا لم يحسن هذا المستأجر المسيّر التعامل معهم، مما يؤدي إلى انصرافهم وبالتالي إلحاق ضرر بالمحل التجاري المؤجر تسييره، علما أن عند انقضاء العقد يلتزم المستأجر المسيّر برد المحل التجاري المستأجر تسييره باعتباره قدم على سبيل الانتفاع وليس على سبيل التملك.

تتمثل هذه الإجراءات الشكلية التي يجب على المتعاقدين استكمالها في ضرورة إفراغ عقد إيجار التسيير في محرر مكتوب لدى الموثق (الفرع الأول)، يبين فيه مختلف البيانات المتعلقة بالعقد وبالمتعاقدين، وإشهار هذا العقد (الفرع الثاني) وذلك عن طريق القيد والنشر.

<sup>1</sup> - « Un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l' une des parties n' a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat ». Cass. Civ. 07 oct. 1998, D., 1998, p563. J.

<sup>2</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p67.

## الفرع الأول

### الكتابة

يقصد بكتابة عقد إيجار تسيير المحل التجاري إفراغ هذا العقد في شكل محرر مكتوب لدى الموثق وفقا للإجراءات الشكلية المحددة قانونا، عكس عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عندما يتم رهنه لصالح البنوك أو المؤسسات المالية يجوز إفراغ العقد في قالب عرفي وهذا حسب قانون النقد والقرض، فاشتراط المشرع إصباغه الصبغة الرسمية هو لكون العقد ذي قيمة قانونية يمكن الاحتجاج به على الكافة ويسري في حق الجميع.

نستنتج أساس اشتراط المشرع للرسمية من نص المادة 3/203 ق ت ج التي تنص على أنه (ويحرر كل عقد تسيير في شكل رسمي)، ونص المادة 324 مكرر 1 ق م ج التي تنص على أنه (زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية ... أو عقود إيجار ... تجارية ... أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد).

وعليه سنحاول تناول شروط العقد الرسمي والجزاء المترتب عن تخلفها.

**أولاً: شروط العقد الرسمي:** يجب لكي يكون لعقد إيجار تسيير المحل التجاري الصبغة الرسمية أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط، وهي تلك الشروط المنصوص عليها في المادة 324 ق م ج، وهي تتمثل فيما يلي:

أ- صدور عقد إيجار تسيير المحل التجاري من طرف الموثق: إلا أن هذا العقد يتم تحريره من طرف الموثق باعتباره المخول له قانونا تحرير هذا النوع من العقود وهو متمتع بصفة الضابط العمومي<sup>1</sup>.

ب- صدور عقد إيجار تسيير المحل التجاري من الموثق في حدود سلطاته واختصاصه: نجد هذا الشرط قد نص عليه المشرع في نص المادة 324 ق م ج وذلك باستعماله عبارة (في حدود سلطته واختصاصه). فالموثق أو من في حكمه يجب أن تكون له الولاية الكاملة لتحرير عقد إيجار تسيير المحل التجاري، لأنه إذا لم تكن له الولاية كأن أوقف مثلا يكون العقد الذي حرره باطلا، ولا يجوز للموثق أن يباشر توثيق عقد يخصه هو شخصيا أو تربطه وأصحاب الشأن علاقة قرابة<sup>2</sup>.

1 - أنظر أيضا نص المادة 3 من القانون رقم 02/06 الذي يتضمن مهنة التوثيق. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 88 وما بعدها.  
2 - أنظر عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 91. أنظر أيضا فيصل سعيد الغريب، مرجع سابق، ص 91-92. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 255. أنظر أيضا أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 47. أنظر أيضا سمير عبد السيد تتاغو، أحكام الالتزام والإثبات، مرجع سابق، ص 136 وما بعدها. أنظر أيضا نص المادة 19 من القانون رقم 02/06 الذي يتضمن مهنة التوثيق.

« Le notaire est tenu à un devoir de conseil à l' égard de toutes les parties, aux actes qu' il reçoit, même si les conventions, qu' il authentifie, ont été négociées en dehors de lui. Un notaire en n' attirant pas l' attention de la venderesse d' un immeuble avec réserve d' habitaion, sur le caractère erroné de

أما فيما يخص الاختصاص المكاني للموثق، فلا يتقيد برقعة جغرافية معينة وإنما يمكن له أن يبرم العقد في أي مكان داخل تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وهذا حسب نص المادة 2 من القانون رقم 02/06 الذي يتضمن مهنة التوثيق.

**ج- يجب أن يراعي الموثق شكليات معينة أثناء تحريره لعقد إيجار تسيير المحل التجاري:** يجب على الموثق قبل تحرير للعقد أن يتأكد من أطراف العقد ومن هوياتهم ومن أهليتهم، وفي حالة وجود وكالة يجب عليه التأكد من هذه الوكالة والحدود المرسومة فيها، بحيث أنه متى تبين للموثق عدم توفر شروط معينة يستلزمها العقد أن لا يحرر العقد<sup>1</sup>، ويجب أن يتضمن عقد إيجار تسيير المحل التجاري مجموعة من البيانات مثل تلك البيانات التي تطرقنا إليها عند دراستنا لعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، بيانات متعلقة بالموثق وبالأطراف المتعاقدة أي المؤجر والمستأجر المسير، وبالمحل التجاري المراد إيجار تسييره، ... إلخ<sup>2</sup>.

**ثانيا: جزاء تخلف أحد شروط العقد الرسمي:** إن تخلف كل هذه الشروط يؤدي حتما إلى بطلان العقد ولا يمكن الاعتداد به لأنه باطل، وهذا وفقا لنص المادة 324 مكرر 1 ق م ج ونص المادة 212 ق ت ج<sup>3</sup>، ولا يتحول العقد في هذه الحالة إلى عقد عرفي<sup>4</sup>. أما إذا لم يكتب مثلا رقم الصفحات فإن هذا لا يؤدي إلى بطلان العقد، وإنما يظل العقد صحيحا منتجا لآثاره.

---

l' objet d' une transaction avec l' acquéreur et le caractère gratuit de concessions qui lui étaient réclamées, sans avoir au besoin, procédé aux vérifications nécessaires, auprès des administrations compétantes, sur la réalité du préjudice allégué par l' acquéreur, a méconnu les devoirs de sa charge et ainsi contribué à la réalisation du dommage subi par la venderesse. Il échet de prononcer sa condamnation in solidum au paiement des dommages- intérêts alloués à la venderesse». CA. D' Aix-En- Provence, 22 avr. 1974, JCP., 1974, 2, n° I, p638. préc.

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 259 وما بعدها. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، مرجع سابق، ص 131-132. أنظر أيضا أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 48. أنظر أيضا توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 86. أنظر أيضا نص المادة 12 وما بعدها من القانون رقم 02/06 الذي يتضمن مهنة التوثيق.

<sup>2</sup> - « L' acte sera naturellement soumis aux conditions de forme des actes notariés. Il doit, notamment, être écrit en un seul et même contexte, sans abréviation, lacune, blanc ni interligne; la rature des mots et les renvois doivent être approuvés par le notaire et les parties et, si l' acte est écrit en tout ou en partie autrement qu' à la main, chaque feuille doit être paraphée par le notaire et les parties ». Mourice ROBINault, op- cit, p153. Voir aussi Jean- Marie THUMERELLE, op- cit, p41.

<sup>3</sup> - تنص المادة 212 ق ت ج على أنه (يعد باطلا، كل عقد بإيجار التسيير أو اتفاق آخر يتضمن شروطا مماثلة وافق عليها المالك أو المستغل للمحل التجاري دون أن تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في المواد المشار إليها أعلاه، غير أنه لا يجوز للمتعاقدين التمسك بهذا البطلان تجاه الغير. ويترتب على البطلان المنصوص عليه في الفقرة السابقة بالنسبة للمتعاقدين سقوط الحق الذي قد يحصلون عليه من جراء الأحكام المتعلقة بالإيجارات التجارية المحددة للعلاقات التي تقوم بين المؤجرين والمستأجرين وذلك فيما يتعلق بتجديد إيجارات العقارات أو الأماكن ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي).

<sup>4</sup> - Voir le contraire de cette disposition, « Au cas où l' acte serait nul pour défaut de forme, il pourrait être valable comme acte sous seings privés ». Mourice ROBINault, op- cit, p153.

إن المشرع أراد بالرسومية أن تكون للإنعقاد وليس للإثبات، فتخلفها يعني بالضرورة انعدام العقد، كما أنه لو كانت للإثبات فعقد إيجار تسيير المحل التجاري صحيح ولكن لا يمكن إثباته بالعقد الرسمي لأنه لم يحرر فيه.

## الفرع الثاني

### الشهر

بعد قيام المتعاقدان بتحرير عقد إيجار تسيير المحل التجاري لدى الموثق في حدود اختصاصه ووفقا للإجراءات والشكليات القانونية، يقع عليهما التزام آخر وأخير لتمام العقد وهو ضرورة استيفاء شرط إجراء شهر هذا العقد، وذلك بقيده ونشره وفقا لما هو منصوص عليه في القانون، فهذه الإجراءات تشبه تلك التي تناولناها في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.

يلعب الشهر دورا مهما في تنظيم النشاط التجاري، لأنه يكون شبكة معلومات عن كل الأنشطة التجارية الممارسة في كل رقعة جغرافية، وعن كل التجار وأهليتهم وأموالهم المستغلة في التجارة التي يمارسونها، ويحقق أيضا العلانية بحيث أنه يمكن لكل شخص معرفة حالة التجار الذين يتعاملون معهم والأموال التي يتصرفون فيها كالمحلات التجارية مثلا.

**أولا: القيد:** يعتبر المركز الوطني للسجل التجاري الجهة المخولة لها قانونا القيام بقيد التجار إذا كانوا يرغبون في ممارسة نشاط تجاري، أو تعديل قيدهم إذا كانوا مقيدين من ذي قبل، ويقيد أمامه أيضا كل العقود المتعلقة بالمحلات التجارية من بينها إيجار تسيير المحل التجاري، ويجب استكمال إجراءات قيد العقد أيضا لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية.

**أ- القيد أو تعديل القيد في السجل التجاري:** يجب على كل من المؤجر والمستأجر المسير قيد نفسيهما لدى المركز الوطني للسجل التجاري، إذ أنه يلزم مالك المحل التجاري الذي يقوم باستغلاله لحسابه الشخصي بالقيد في السجل التجاري، حيث يعد تاجرا ويزاول الأعمال التجارية على سبيل الاحتراف. وإذا ما رغب في التنازل عن استغلال متجره إلى الغير سواء بتقرير حق انتفاع عليه أو بإيجار استغلاله، التزم بالتأشير بما يفيد تغيير صفته كمالك مؤجر غير قائم باحتراف الأعمال التجارية وتوقف نشاطه التجاري لحسابه الشخصي طوال فترة عقد الإدارة الحرة.

أما إذا لم يكن مالك المحل التجاري، كمن تلقى المتجر بطريق الإرث أو الوصية أو الهبة، ورغب في إيجار استغلاله، فإنه رغم عدم التزامه بالقيد في السجل التجاري بوصفه تاجرا، فإنه ملزم كوارث (أو موصى إليه أو موهوب له) بالتأشير بما يفيد وقف النشاط التجاري لمن تلقى عنه المتجر وانتقال الملكية إليه، كما يلزم في هذا

القيّد بتحديد مركزه القانوني بعد إيجار استغلال المتجر بوصفه مالكا غير مستغل، وقيّد كافة البيانات التي تثبت عقد إيجار استغلال المتجر، وشخص المستأجر حتى تتحدد مسؤوليته في مواجهة الغير على ضوء ذلك<sup>1</sup>.

يجب على المستأجر المسير قيّد نفسه لدى المركز الوطني للسجل التجاري لأنه يمارس نشاطا تجاريا ويكتسب الصفة التجارية، ويطبق عليه القانون التجاري<sup>2</sup>. أما إذا كان مقيدا فلا يقوم بقيّد ثان وإنما يقوم بتعديل قيده وفقا للحالة الجديدة أو المركز الجديد مع الإشارة الصريحة إلى عقد إيجار تسير المحل التجاري<sup>3</sup>، وفي مقابل ذلك يلتزم التاجر بدفع تعريفية تختلف حسب طبيعة الخدمة المقدمة<sup>4</sup>.

نص المشرع على مجموعة من العقوبات التي تطبق على كل مخالف لهذه الأحكام، نجد بعضها في القانون التجاري وبعضها الآخر في القانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

1- بالنسبة للقانون التجاري: حسب نص المادة 22 ق ت ج فإن المؤجّر والمستأجر المسير سواء كانا شخصان طبيعيين أو معنويان إذا لم يبادرا إلى تسجيل نفسيهما في السجل التجاري، لا يجوز لهما أن يتمسكا بصفتهما

<sup>1</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص 187-188. أنظر أيضا داود منصور، مرجع سابق، ص 441-442. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 92 وما بعدها.

Voir aussi Com. 28 mars 1973, n°72-11.493, bull. Civ. III, n°237, p172.

<sup>2</sup> - تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 111/15 المؤرخ في 03 ماي 2015، يحدد كفايات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري على أنه (يتم قيّد المستأجر المسير شخصا طبيعيا كان أو معنويا في السجل التجاري على أساس طلب ممضي ومحرر على استمارات يسلمها المركز الوطني للسجل التجاري، مرفقا بالوثائق الآتية:

- نسخة من القانون الأساسي للمستأجر المسير الشخص المعنوي،

- نسخة من العقد التوثيقي المتضمن تأجير تسير المحل التجاري،

- نسخة من إعلان نشر العقد التوثيقي المتضمن تأجير التسير في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية،

- نسخة من مستخرج السجل التجاري لمالك المحل التجاري تحمل عبارة تبين تأجير تسير المحل التجاري وكذا اسم ولقب وعنوان الشخص المستأجر المسير. المرسوم التنفيذي رقم 111/15 المؤرخ في 03 ماي 2015، يحدد كفايات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري. أنظر أيضا نص المادة 5/4 من المرسوم التنفيذي رقم 41/97 المؤرخ في 18 جانفي 1997، يتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، ج ر ج ج، ع5 الصادر بتاريخ 19 جانفي 1997، معدل ومتمم.

<sup>3</sup> - تنص المادة 2/203 ق ت ج على أنه (يكون للمستأجر صفة التاجر أو الحرفي إذا كان الأمر يتعلق بمؤسسة ذات طابع حرفي وهو يخضع لكل الالتزامات التي تنجم عن ذلك. كما يجب عليه أن يمثل حسب الأحوال لأحكام هذا القانون المتعلقة بالسجل التجاري). أما الفقرة 3 من نفس المادة فتتص على أنه (ويتعين على المؤجّر إما تسجيل نفسه في السجل التجاري أو تعديل قيده الخاص مع البيان صراحة بإيجار التسير). أنظر أيضا نص المادة 1/4 من القانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

Voir aussi Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p62.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 2 وما بعدها من القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2016، يحدد التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات التجارية والإعلانات القانونية.

جاء في قرار المحكمة العليا رقم 119122 المؤرخ في 21/03/1994 بقولها « من المقرر قانونا أنه يحزر كل عقد تسير في شكله الرسمي وينشر خلال خمسة عشر يوما من تاريخه على شكل مستخرج أو إعلام في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، كما يتعين على المؤجّر إما تسجيل نفسه في السجل التجاري أو تعديل قيده الخاص مع البيان صراحة بإيجار التسير.

ولما ثبت أن الطاعن استجاب للشروط المتعلقة بتحرير عقد التسير كما هو مشار إليه أعلاه، خلافا لما ذهب إليه قضاة المجلس، فإن عدم تسجيل نفسه بالسجل التجاري لا يؤدي إلى بطلان عقد التسير الحر المذكور، لأنه لا يمس بحقوق المؤجّر، ولما حكم قضاة الموضوع بعكس ذلك، فإنهم خرقوا القانون، مما يستوجب إثارة هذا الوجه تلقائيا من قبل المحكمة العليا، مع النقص والإحالة». المجلة القضائية، ع3، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، سنة 1994، ص 152 وما بعدها.

كتجار لدى الغير أو لدى الإدارات العمومية إلا بعد تسجيلهما، إضافة إلى هذا لا يمكن لهما الاستناد إلى عدم تسجيلهما في السجل التجاري بقصد تهربهما من المسؤوليات والواجبات الملازمة لصفة التاجر. ولا يمكن للمؤجر الذي يقوم بإيجار تسيير محله التجاري أن يحتج على الغير بإنهاء نشاطه التجاري للتهرب من القيام بالمسؤولية التي هي عليه من جراء الالتزامات التي تعهد بها خلفه في استغلال المحل التجاري، إذا لم يقم بشطب القيد أو الإشارة المطابقة أو الإشارة التي تتضمن وضع المحل التجاري على وجه إيجار التسيير<sup>1</sup>.

2- بالنسبة للقانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية: إضافة إلى العقوبات المنصوص عليها في القانون التجاري يتعرض التاجر سواء كان مؤجراً أو مستأجراً مسيراً، وسواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً يمارس نشاطاً تجارياً قارا دون التسجيل في السجل التجاري إلى عقوبة غلق محله التجاري وبغرامة من 10.000 دج إلى 100.000 دج<sup>2</sup>.

أما إذا لم يقم التاجر سواء كان مؤجراً أو مستأجراً مسيراً، وسواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً خلال ثلاثة أشهر التي تلي إبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري بتعديل البيانات القديمة بالبيانات الجديدة في السجل التجاري، يعاقب بغرامة من 10.000 دج إلى 100.000 دج، والسحب المؤقت للسجل التجاري من قبل القاضي<sup>3</sup>.

نشير إلى نقطة مهمة تتمثل في أن المشرع عكس ما اشترطه في عقد بيع المحل التجاري ورهنه حيازياً عندما اشترط ضرورة قيد هاتين العمليتين في الدفتر العمومي لبيع ورهون المحلات التجارية حيازياً، نجد أنه في شأن عقد إيجار تسيير المحل التجاري لم ينص على ضرورة قيده في هذا الدفتر.

**ب- قيد عقد إيجار تسيير المحل التجاري لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية:** إضافة إلى التزام التاجر بإجراء قيد عقد إيجار تسيير المحل التجاري لدى المركز الوطني للسجل التجاري، وقيد نفسه أو تعديل قيده إن كان مقيداً من قبل، يجب قيد العقد أيضاً لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية إذا كان عقد إيجار تسيير المحل التجاري يتضمن من بين عناصره حقوق الملكية الصناعية، وهذا حسب نص المادة 3/8 من المرسوم التنفيذي رقم 68/98 المتعلق بإنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي، والتي تنص على أنه (تسجل العقود الخاصة بحقوق الملكية الصناعية وعقود التراخيص وعقود بيع هذه الحقوق).

**ثانياً: النشر (أو الإعلان):** يجب على المؤجر والمستأجر المسير بعد القيام باستيفاء إجراءات القيد نشر العقد لكي يعلم به الغير باعتبار أن النشر يحقق العلانية، بحيث يتم ذلك عن طريق الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وفي جريدة مختصة بالإعلانات القانونية، إضافة إلى إعلان المستأجر المسير في الأوراق المتعلقة بتجارته.

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 23 ق ت ج. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 105.

Voir aussi Olivier BARRET, op- cit, p261.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 31 من القانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 37 من القانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

أ- النشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية: يجب نشر عقد إيجار تسيير المحل التجاري في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إبرام العقد وهذا حسب نص المادة 3/203 ق ت ج<sup>1</sup>، وهذا ما نستنتجه أيضا من نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 136/16 الذي يحدد كفيات ومصاريف إدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وحسب نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 68/92 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري وتنظيم المعدل والمتمم، فإن مهمة تنظيم وإعداد هذه النشرة مخولة للمركز الوطني للسجل التجاري، بحيث يتولى مأمور المركز بتحرير هذه النشرة ونشرها<sup>2</sup>.

يجب أن تتضمن هذه النشرة على مجموعة من البيانات تتمثل فيما يلي:

- اسم ولقب وعنوان الموثق الذي تم قام بتحرير عقد إيجار تسيير المحل التجاري.
- اسم ولقب وعنوان كل من المؤجر والمستأجر المسمير.
- نوع المحل التجاري.
- تبيان العناصر المشمولة بعقد إيجار تسيير المحل التجاري.
- تاريخ إبرام العقد.
- مدة ومقابل إيجار التسيير<sup>3</sup>.

يطبق المركز الوطني للسجل التجاري في مقابل قيامه بالإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية مجموعة من التعريفات تختلف قيمتها حسب طبيعة البيان المعلن عنه<sup>4</sup>.

يترتب عن عدم القيام بالإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية نتائج مهمة للمؤجر، بحيث أن تاريخ بداية مدة ستة أشهر التي يكون فيها هذا الأخير متضامنا مع المستأجر المسمير في سداد الديون المرتبطة باستغلال

<sup>1</sup> - Voir dans ce sens: Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p382.

أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 79 وما بعدها.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 69/92 المتضمن القانون الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري المعدل والمتمم.

تنص المادة 1/12 من القانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية على أنه (يقصد بالإشهار القانوني، بالنسبة للأشخاص الاعتباريين، اطلاع الغير بمحتوى الأعمال التأسيسية للشركات ... وإيجار التسيير ...).

<sup>3</sup> - هذا قياسا على نص المادة 83 ق ت ج.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 07 جويلية 1996، أنه «عندما يتم تجديد إيجار التسيير ضمنا، فإنه ليس من الضروري القيام بنشر العقد من جديد، بما أن طبيعة الاستغلال وتتطابق لم يتغيرا، بالنسبة لما هو عليه الحال في النشر الأول».

Cass. Com. 7 juillet 1996, JCP., 1996. 2. 14842. Cité par Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p63.

<sup>4</sup> - تنص المادة 5 من القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2016، يحدد التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات التجارية والإعلانات القانونية على أنه (تحدد التعريفات المتعلقة بنشر الإعلانات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، كما يلي:

أ- التسجيل المتعلق بالقيود في السجل التجاري والتعديل والشطب: 576 دج.

ب- الإعلان القانوني المتعلق بالشركات وبالمعاملات المتعلقة بالمحلات التجارية: 3750 دج عن كل صفحة باللغة الوطنية.

وتضاعف التعريفات المذكورة أعلاه عندما يتم بترجم النشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية).

المحل التجاري تبدأ من تاريخ نشر العقد في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، كما يبدأ أيضا من تاريخ هذا النشر سريان أجل ثلاثة أشهر الممنوحة للدائنين من أجل المطالبة بديونهم<sup>1</sup>.

ب- الإعلان في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية: يجب على التاجر استكمال إجراءات النشر وذلك عن طريق الإعلان في الجرائد المختصة بالإعلانات القانونية والصحف الوطنية المكتوبة كجريدة الخبر أو الشروق مثلا، أو أية وسيلة أخرى ملائمة يمكن أن تحقق العلانية كالإعلان على شبكة الأنترنت مثلا، ويجب نشر عقد إيجار تسيير المحل التجاري في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إبرام العقد، وهذا حسب نص المادة 3/203 ق ت ج.

ولكن نشير إلى نقطة مهمة أنه يمكن للتاجر أن يتحايل أثناء عملية النشر في الجرائد، وذلك بقيامه بالنشر في جريدة غير معروفة وغير متداولة لدى أغلبية الناس، فمن جهة تكاليف النشر تختلف حسب قيمة وسمعة الجريدة، وعدم تداول تلك الجريدة عبر كامل التراب الوطني من شأنه عدم تحقيق العلانية المنشودة، على عكس عندما يتم النشر في جريدة معروفة ومتداولة بين أغلب الناس.

ولاشك أن نشر عقد إيجار التسيير في الصحافة الوطنية له الدور الأكد كوسيلة إعلامية للتصرفات القانونية التي تتعلق بالتجارة والتجار، ولهذا يجب على المؤجر والمستأجر المسير نشر العقد في الصحف خاصة تلك المخصصة منها للإعلانات القانونية<sup>2</sup>.

أما في حالة عدم قيام التاجر إذا كان شخصا معنويا بنشر قيده أو تعديل قيده، أو عدم نشر عقد إيجار تسيير المحل التجاري، فإنه يعاقب بغرامة من 30.000 دج إلى 300.000 دج<sup>3</sup>.

ولكن إذا لم يتم الشخص الطبيعي بنشر قيده لكي يعلم الغير بحالته وأهليته وعنوان المؤسسة الرئيسية للاستغلال الفعلي للتجارة وملكية القاعدة التجارية، يعاقب بغرامة تقل عن تلك المفروضة على الشخص المعنوي فهي تقدر بين 10.000 دج و30.000 دج<sup>4</sup>. وكجزء آخر استمرار مسؤوليته التضامنية<sup>5</sup>.

د- الإعلان في أوراق المستأجر المسير التي يستخدمها في تجارته: حسب نص المادة 204 ق ت ج فإنه يتعين على المستأجر المسير أن يشير في عناوين فواتيره ورسائله وطلبات البضاعة والوثائق المصرفية والتعريفات والنشرات وكذلك في عناوين جميع الأوراق الموقعة من طرفه أو باسمه، رقم تسجيله في السجل التجاري ومقر

<sup>1</sup> - Voir Gérard AZEMA, op- cit, p40. Voir aussi Com.15 mars 2005, n° 00-18.550, bull. Civ.3 n° 60, pp64-65.

<sup>2</sup> - داود منصور، مرجع سابق، ص441. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص98.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 35 من القانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 36 من القانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

<sup>5</sup> - طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص106.

المحكمة التي سجل لديها وصفته كمستأجر مسير للمحل التجاري زيادة على الاسم والصفة والعنوان ورقم التسجيل التجاري لمؤجر المحل التجاري<sup>1</sup>.

رتب المشرع جزاء على المستأجر المسير الذي يهمل في القيام بهذا الإجراء، يتمثل في عقوبة الغرامة من 500 دج إلى 5.000 دج.

ينتج عن عقد إيجار التسيير وضعية جديدة يمكن أن تكون خطيرة على الغير الذين يتعاقدون مع المستأجر المسير<sup>2</sup>، ولذلك من أجل حمايتهم أقر المشرع على أن إهمال المؤجر أو المستأجر المسير في استيفاء إجراءات الشهر لا يؤدي إلى بطلان عقد إيجار تسيير المحل التجاري، وإنما لا يمكن الاحتجاج بهذا العقد أو التمسك به ضد الغير، لأنه يستهدف فقط إعلامهم<sup>3</sup>، خاصة دائني المستأجر المسير بحيث أن المحل التجاري لا يعود إلى هذا الأخير (ليس مالكة) ولا يشكل بالتالي ضمانا للوفاء بديونهم، لذلك فإن عدم العلم بهذه الأحكام لا يعني بطلان عقد إيجار التسيير<sup>4</sup>.

يتمثل الهدف من وراء إجراءات الشهر هو تحقيق العلانية لكي يعلم بها الغير، ولذلك منح المشرع ضمان هام للغير مفاده أن المؤجر يكون مسؤولا بالتضامن مع المستأجر المسير عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المحل التجاري، وذلك لغاية نشر عقد إيجار التسيير وطيلة مدة 6 أشهر من تاريخ النشر<sup>5</sup>، باستثناء حالة ما إذا كان العقد أبرم من قبل الوكيل المتصرف القضائي المكلف بتسيير المحل التجاري والمرخص له بإبرام هذا العقد، فإن قاعدة التضامن في هذه الحالة لا تطبق<sup>6</sup>.

كما أن من مصلحة المؤجر نشر العقد بسرعة (أو في أقرب وقت ممكن)، لأنه وفقا لنص المادة السالفة الذكر فإن تاريخ النشر يتحكم خصوصا في المدة التي يكون خلالها متضامن عن ديون المستأجر المسير المتعلقة

---

<sup>1</sup> - « Le locataire- gérant doit indiquer sur ses factures, tarifs et documents publicitaires, ainsi que sur toutes correspondances et tous récépissés concernant son activité:

- Le numéro unique d' identification des entreprises;

- La mention RCS suivie du nom de la ville où se trouve le greffe où il est immatriculé;

- Sa qualité de locataire- gérant». Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p383.

<sup>2</sup> - M. ROURE, De la gérance des fonds de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université d' aix- Marseille, 1929, p54.

<sup>3</sup> - Com. 05 mars 1969, n°67-11.851, bull. Civ. IV, n°86, p86. Voir aussi Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p63. Voir aussi Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p383.

<sup>4</sup> - Olivier BARRET, op- cit, p262.

<sup>5</sup> - تنص المادة 203 ق ت ج على أنه ( يكون مؤجر المحل التجاري مسؤولا بالتضامن مع المستأجر المسير عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المتجر وذلك لغاية نشر عقد إيجار التسيير وطيلة مدة 6 أشهر من تاريخ النشر).

Voir aussi Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p64. Voir aussi Dimitri HOUTCIEFF, op- cit, p214.

<sup>6</sup> - « La solidarité du loueur à l' égard des dettes du gérant ne joue pas lorsque le contrat de location gérance a été passé par un mandataire de justice chargé de l' administration du fonds». Gérard AZEMA, op- cit, p41.

بالاستغلال<sup>1</sup>، وإن العبرة من هذا الحكم هو حث مؤجّري المحل التجاري على اتباع فورا إجراءات النشر المفروضة قانونا<sup>2</sup>.

## خلاصة الفصل الأول

نستنتج من خلال دراستنا لهذا الفصل المعنون بماهية عقد إيجار تسيير المحل التجاري أن هذا الأخير عقد غير ناقل للملكية وناقل للحيازة على عكس الرهن الحيازي الوارد على نفس المال ولكن غير ناقل للحيازة، فإيجار التسيير إذن هو عقد بمقتضاه يلتزم المالك بتسليم محله التجاري لتاجر آخر يسمى المستأجر المسيّر من أجل استغلاله لمدة زمنية معينة في مقابل بدل إيجار معلوم. فيتميز عقد إيجار التسيير بطبيعة خاصة باعتباره يرد على مال منقول معنوي يتكون من عناصر مختلفة عن بعضها البعض، وهو من العقود ذات الاعتبار الشخصي أين تكون شخصية المستأجر المسيّر محل اعتبار، وأن المالك يحتفظ بملكيته لمحله التجاري ويظل محتفظا بصفته كتاجر على الرغم من عدم استغلاله لمحله التجاري بنفسه.

يشترط لإبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري ضرورة استيفاء الأطراف الراغبة في إبرام هذا العقد الشروط المحددة في القانون، سواء تلك المتعلقة بالشروط الموضوعية أو تلك المتعلقة بالشروط الشكلية باعتبار أن هذا العقد عقد شكلي. يتميز هذا العقد بأنه من عقود الإدارة وليس من عقود التصرف، وبالتالي لا يشترط في الشخص الذي يمنح إيجار تسييره أن يكون مالكا له، بحيث يمكن أن يمنحه كل شخص تتوفر فيه صفة المالك أو كل من له حق انتفاع عليه أو كل من له حق إدارته.

يشترط لإبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري أن يكون هناك تراضي صادر من الطرفين، إذ يجب أن تتوفر إرادة تتجه نحو إبرام هذا العقد وأن تتطابق معا، لأنه إذا اتجهت إرادة المالك مثلا إلى إبرام عقد إيجار التسيير واتجهت إرادة الطرف الآخر إلى عقد البيع فهنا لا يتم العقد لعدم تطابق الإرادتين. كما يجب أيضا أن تخلو إرادتيهما من العيوب التي من شأنها التأثير في صحة العقد، كالغلط، الإكراه، ... إلخ.

يكون للشخص البالغ من العمر تسعة عشر سنة كاملة سواء كان ذكرا أم أنثى إمكانية إبرام عقد إيجار التسيير، إن لم تكن أهليته مشوبة بعارض من عوارض الأهلية كالجنون أو العته، ... إلخ أو مانع من الموانع كالموظف على سبيل المثال. ويحق للقاصر البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة ولم يصب بأي عارض أو مانع من موانع الأهلية وتحصل على الإذن وفقا لنص المادة 5 ق ت ج إبرام عقد إيجار التسيير مثله مثل كامل الأهلية.

<sup>1</sup> - Olivier BARRET, op- cit, p261.

<sup>2</sup> - « Cette disposition est de nature à inciter les loueurs de fonds de commerce à procéder promptement aux mesures de publicité imposées par la loi ». Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, Droit commercial, 7<sup>me</sup> éd., op- cit, p271.

إن المشرع لم يحصر إمكانية إبرام عقد إيجار تسيير المحل التجاري على الأشخاص الطبيعية فقط، وإنما يمكن للأشخاص المعنوية إبرام هذا العقد إذا ما كانت تتوفر على الأهلية التي يشترطها القانون، بحيث أنه بمجرد تكوين الشركة قانوناً تكتسب الشخصية القانونية ويكون لديها أهلية التعاقد، ومنها إمكانية إبرام عقد إيجار التسيير.

قلنا سابقاً أن عقد إيجار التسيير من العقود الملزمة للجانبين ومن عقود المعاوضة، وبالتالي فركن المحل هنا يتمثل في محل التزام المؤجر والذي يتمثل في تسليم المحل التجاري للانتفاع به خلال مدة زمنية معينة، ونشير هنا إلى أن عقد إيجار التسيير إن لم يتضمن عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية ضمن العناصر المشمولة بالعقد، فإن هذا العقد لا يعتبر وارداً على محل تجاري ولا يعتبر عقد إيجار تسيير، وإنما وارداً على تلك العناصر وكيف على أنه عقد إيجار عادي. أما محل التزام المستأجر فيتمثل في دفع بدل إيجار التسيير. يشترط أيضاً المشرع ضرورة توفر ركن السبب وهو أن يكون موجوداً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

يعتبر عقد إيجار تسيير المحل التجاري عقداً شكلياً، بحيث لا يكفي لتكوينه تكويناً صحيحاً توافر الأركان الموضوعية، وإنما يجب استكمال الإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانوناً، وهي تتمثل في الكتابة الرسمية لدى الموثق وفقاً للإجراءات والشكليات المحددة قانوناً، وعكس الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري لا يجوز إفراغ عقد إيجار التسيير في شكل عرفي. كما يجب إشهار هذا العقد عن طريق قيده لدى المركز الوطني للسجل التجاري ولدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية في حالة ما إذا تضمن العقد حقوق الملكية الصناعية، ويجب أيضاً نشر هذا العقد في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي جريدة مختصة بالإعلانات القانونية.

## الفصل الثاني

### آثار عقد إيجار التسيير وانقضاؤه

تنتج كل واقعة قانونية آثارا يعتد بها القانون ويحميها، والواقعة القانونية إن كانت طبيعية فإن القانون هو الذي يحدد الآثار المترتبة عنها، أما إن كانت اختيارية تتدخل فيها إرادة الشخص فإن الأمر يختلف بين ما إذا كانت الواقعة تعتبر عملا ماديا أو عملا قانونيا، فإن كانت الواقعة القانونية مما يعتبر عملا ماديا أو ما يطلق عليها الوقائع المادية فإن القانون هو الذي يرتب آثارها، أما إن كانت الواقعة القانونية مما يعتبر فعلا قانونيا أو كما تسمى التصرفات القانونية فإن الإرادة وحدها تحدد شروطها وآثارها.

يعتبر التحديد الإرادي لشروط وآثار العقد من أهم المبادئ التي تقوم عليها التصرفات القانونية، وهو مبدأ جاء به المذهب الحر في ما يطلق عليه مبدأ سلطان الإرادة، الذي نصت عليه المادة 106 من ق م ج بقولها (العقد شريعة المتعاقدين...) أي قانونهما أو سلطانهما.

تنص المادة السابق ذكرها أيضا على أنه لا يحق لأي كان سواء أحد أطراف العقد أو القاضي أن يعدله أو ينهيه دون اتفاق الأطراف على ذلك، أو في الحالات الاستثنائية التي ينص عليها القانون، مثل حالة انفساخ العقد بسبب هلاك محل التزام أحد أطرافه بعد أن نشأ العقد صحيحا.

يتضح مما سبق أن العقد إذا نشأ صحيحا فإنه يرتب الآثار القانونية التي ابتغاه أطرافه، ولا يعتبر العقد صحيحا إلا إذا توفرت له أركانه وشروطها، فلا بد أن يكتمل ركن التراضي فيه، ولن يتأتى ذلك إلا إذا صدر من أطراف العقد تعبيران متطابقان، وأن يكون من صدر عنه التعبير أهلا لإبرام التصرفات القانونية، بأن يبلغ سن الرشد إن كان التصرف ضارا به ضررا محضا، وأن يبلغ سن التمييز إن كان التصرف دائرا بين النفع والضرر بالنسبة له، بل لا يكون للراشد الذي يعاني سفها أو غفلة أن يبرم تصرفات ضارة به ضررا محضا متى حجر عليه، وحتى قبل ذلك إن كان السفه أو الغفلة ظاهرين عليه وفاشين أو معلومين لدى المتصرف معه حتى ولو لم يكونا فاشيين.

يعتبر ركن التراضي حسب المادة 59 ق م ج أهم أركان العقد، لكن لا يكفي وحده لينشأ العقد صحيحا، بل لا بد أن يقع العقد على محل موجود أو ممكن الوجود، ومعين أو قابل للتعين، وغير مستحيل، ويجوز التصرف فيه، وأن يكون التعاقد لسبب غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، كما يجب احترام الشكلية التي يفرضها القانون، سواء كانت هذه الشكلية كتابة أو شهرا.

إذا توافرت جميع شروط أركان العقد التي ذكرناها سابقا، فإن العقد ينتج الآثار التي أرادها أطرافه من إبرامه، فيكون لكل واحد منهم أن يطالب بحقوقه التي أنشأها هذا العقد، ويقع عليه في المقابل واجب الوفاء بالالتزامات

التي ارتضاها، ولا يجوز له الامتناع عن تنفيذها أو التأخر في ذلك أو تعديلها إلا إذا أعطاه شرط في العقد أو نص في القانون أو حكم قضائي أحد هذه الحقوق، ومثال ذلك أن يكون التزام أحد أطراف العقد مؤجلا بالاتفاق أو بحكم القضاء في ما يسمى بنظرة الميسرة، أو أن يتم تعديل التزامات أحد أطراف العقد بالاتفاق أو بقوة القانون كأن يحدث ظرف طارئ يجعل تنفيذ هذه الالتزامات مرهقا للمدين بها، أو أن يقدر القاضي بأنها فرضت بشروط توافر فيها وصف التعسفية، كما يجوز لمن وقع في عيب من عيوب الرضا أن يتمسك بعدم تنفيذ العقد، وللطرف الآخر رفع دعوى للمطالبة بالتنفيذ وبيبت القاضي في النزاع فيحكم بطلبات المدعي الذي يثبت حقه.

يتضح مما سبق أنه يجب على أطراف العقد تنفيذه حسب ما تم الاتفاق عليه، إلا إذا دفع أحدهم بوجود عيب أو نقص في تكوين العقد، فإن لم يحدث ذلك أجبر كل واحد منهما على تنفيذ التزاماته إن لم ينفذها مختارا، إلا إذا كان الإجبار على التنفيذ يمس بحريته الشخصية، فإنه يلجأ حينها للغرامة التهديدية أو التنفيذ على نفقة المدين بحسب الأحوال، أو للدائن أن يطالب بفسخ العقد بسبب امتناع المتعاقد معه عن تنفيذ التزاماته مع ثبوت حقه في التعويض في كل الحالات، ما لم يثبت المدين أن امتناعه أو تأخره في التنفيذ عائد لسبب لا يد له فيه، أو راجع إلى غموض في عبارات العقد، وهنا يكون على القاضي تفسير العقد بالبحث عن الإرادة المشتركة لطرفيه، فإن بقي الشك قائما لديه فسر له لصالح المدين، أو لصالح الطرف المدعى دائنا كان أو مدينا.

فإن نفذ المتعاقدان عقدهما وفق المتفق عليه أو وفق ما فسره القاضي أو عدله للأسباب القانونية التي ذكرناها في الفقرات السابقة فإن العقد ينتهي، وقد ينتهي العقد حتى قبل البدء في تنفيذه إذا ظهر بأنه باطل، أو بأنه قابل للإبطال وطالب من له الحق بالإبطال أو امتنع عن التنفيذ، كما قد ينتهي العقد ولو نفذ جزء منه إذا امتنع أحد أطرافه عن تنفيذه وطالب الآخر بالفسخ، أو إذا أصبح تنفيذ التزامات أحد أطرافه مستحيلا لأي سبب.

فإذا انتهى العقد لأي سبب كان انتهت آثاره، غير أن بعض العقود قد يترتب انتهاءها آثارا قانونية، سواء نظمت هذه الآثار في العقد المنتهي أو باتفاق لاحق على إبرامه، وسواء كان هذا الاتفاق خلال مدة تنفيذ العقد أو بعد انتهائه، كما قد تترتب بعض الآثار ولو لم يتفق عليها الأطراف، ومن العقود التي يترتب عن انتهائها آثار قانونية عقد إيجار تسيير المحل التجاري، وعلى ذلك سندرس في هذا الفصل آثار هذا العقد سواء أثناء تنفيذه (المبحث الأول) أو بعد انقضائه (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### آثار عقد إيجار التسيير

ينتج عقد إيجار تسيير المحل التجاري مجموعة من الآثار، بمجرد تمامه واستيفاء الأركان الموضوعية والشكلية، وباعتبار أن العقد ملزم للجانبين وعقد معاوضة كما سبق ورأينا، فهو يرتب آثار بالنسبة للمؤجر وآثار بالنسبة للمستأجر المسيّر، وتمتد أيضا هذه الآثار إلى الغير الذين قد تتأثر حقوقهم بهذا العقد، وعقد إيجار تسيير المحل التجاري عقد غير ناقل للملكية وإنما ناقل للحيازة فقط، بحيث يمكن هذا العقد المستأجر المسيّر من الانتفاع بالمحل التجاري لمدة زمنية معينة في مقابل بدل إيجار، فهو بهذا ينشئ حقا شخصيا على عاتق المؤجر وليس حقا عينيا.

تعتبر العناصر المعنوية أساس المحل التجاري، وهي الأكثر أهمية في تكوينه، وهي المحدد الرئيس لرقم الأعمال في غالب الأحيان، فتعتبر العلامة التجارية والاسم التجاري مثلا العنصر الجذاب في المحل التجاري للزبائن، وهما اللذان يعطيان شهرته، ولما كان الأمر كذلك فإن آثار العقود الواردة على المحل التجاري تختلف في الكثير من الجوانب عن مثيلاتها في العقود الواردة على الأموال المادية، نظرا للطبيعة الخاصة للعناصر المعنوية في المحل التجاري.

ولما كانت آثار العقود الواردة على المحل التجاري بما فيها عقد إيجار التسيير فيها ما يميزها عن غيرها، وجب الاعتماد على النصوص الخاصة التي تنظم هذه العناصر، إلى جانب الأحكام العامة في القانون المدني باعتبار أن المشرع لم يتناولها في المواد المتعلقة بإيجار تسيير المحل التجاري في المواد من 203 إلى 214 من القانون التجاري.

### المطلب الأول

#### آثار عقد إيجار التسيير بالنسبة للمؤجر

إذا كان لكل عقد التزام أساسي تدور حوله كافة الالتزامات الأخرى المتولدة عنه، فإن الالتزام الأساسي الذي ينشأ عن عقد إيجار التسيير ويترتب في ذمة المؤجر إنما هو الالتزام بتمكين المستأجر المسيّر من الانتفاع بالمحل التجاري. بل في الحقيقة لا يوجد على عاتق المؤجر سوى التزام وحيد أساسي هو التزامه بتمكين المستأجر المسيّر من الانتفاع بعناصر المحل التجاري. هذا الالتزام لا يمكن اعتباره التزاما ضمن الالتزامات الأخرى الواقعة على عاتق المؤجر، فهو الالتزام الجوهرية الذي يرتبه عقد إيجار التسيير على عاتق المؤجر، بينما الالتزامات الأخرى ما

هي إلا وسائل تحقيق الهدف المرجو من هذا العقد، أي تمكين المستأجر المسيّر من الانتفاع بالمحل التجاري المملوك لغيره مقابل أجرة، أو بدل إيجار يلتزم به<sup>1</sup>.

نستنتج مما سبق أن المؤجّر يلتزم بتسليم المحل التجاري إلى المستأجر وفق الشروط المتفق عليها، لكن هذا الالتزام ليس بالالتزام الوحيد والأول الذي يلتزم به المؤجّر، بل يكون هذا الأخير ملزماً بإعلام المستأجر عن كل ما من شأنه التأثير في رضاه، وهذا التزام سابق على إبرام العقد أو على الأقل يكون مصاحباً له وسابقاً على بدء تنفيذ أي التزام ناتج عن عقد إيجار التسيير، ذلك أن الهدف من هذا الالتزام هو تكوين رضا سليم لدى المستأجر المسيّر، بما يجنبه الوقوع في أي عيب من عيوب التراضي، ويعتبر ضماناً أيضاً للمؤجّر من المطالبة بإبطال العقد على أساس الغلط أو التدليس، أو المطالبة بالضمان، ذلك أن قيامه بإعلام المستأجر إعلاماً كاملاً وصحيحاً، يصعب على الأخير إثبات وقوعه في غلط وينفي وقوعه في تدليس، ويمنع عليه المطالبة بضمان العيوب إن كان المؤجّر قد بينها في الإعلام الذي وجهه للمستأجر المسيّر.

ويلتزم المؤجّر إلى جانب هذا بالمحافظة على العناصر التي سلمها للمستأجر، فيقوم بالترميمات اللازمة للعقار الذي يستغل فيه المستأجر إن كان يشمل عقد التسيير الحر، ويقوم بالموازات مع ذلك بصيانة هذا العقار، كما يقوم بدفع أي تعرض مادي حاصل من الغير على عناصر المحل التجاري، فيتدخل في دعاوى التقليد المرتكبة على العلامة والاسم التجاريين اللذان يشملهما العقد، ويعتبر هذا جزء من التزامه بالضمان الذي يشمل إلى جانب هذا ضمان تعرضه القانوني والمادي، وضمان تعرض الغير إن كان قانونياً. وهي التزامات تفصل بينها وغيرها في الفروع الآتية.

## الفرع الأول

### الالتزام بتسليم المحل التجاري

يعتبر التزام المؤجّر بتسليم المحل التجاري من أهم الالتزامات الواقعة على عاتقه، بحيث لا يمكن تصور انتفاع المستأجر المسيّر بالمحل التجاري إذا لم تنتقل الحيازة من المؤجّر إلى المستأجر المسيّر. وقد أحال المشرع إلى تطبيق الأحكام المتعلقة بالتزام البائع بتسليم الشيء المبيع على التزام المؤجّر بتسليم الشيء المؤجّر، خاصة ما يتعلق بتاريخ ومكان تسليم الشيء المؤجّر<sup>2</sup>.

ينبغي علينا لدراسة هذا الالتزام أن نقوم بتحديد المحل التجاري الذي يقع على المؤجّر واجب تسليمه للمستأجر المسيّر، وهو في الأصل الذي تم الاتفاق عليه في العقد، إلا إذا تم تعديل هذا الاتفاق بإرادة الطرفين، ثم لا بد من بيان كيفية تسليم عناصر المحل التجاري، خاصة أنها تتكون من عناصر مادية وأخرى معنوية، وتختلف

<sup>1</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 805.

<sup>2</sup> - نص المشرع في المادة 478 ق م ج على أنه (يسري على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسري على الالتزام بتسليم المبيع من أحكام، خاصة ما تعلق منها بتاريخ ومكان تسليم الشيء المؤجر). أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 101.

طرق تسليمها بحسب طبيعتها، ثم لابد من تحديد مكان وزمان التسليم وظروفه، ثم تحديد من يقع عليه نفقة التسليم من الطرفين، وفي الأخير نعرض المسؤولية العقدية للمؤجر في حالة إخلاله بهذا الالتزام ومصير العقد جراء ذلك. ونفصل هذه الأمور وغيرها في ما يلي من نقاط.

**أولاً: تحديد المحل التجاري الواجب تسليمه:** يلتزم المؤجر بتسليم المحل التجاري المؤجر تسييره المحدد والمعين في عقد إيجار التسيير إلى المستأجر المسير بكل العناصر التي يتكون منها إلا ما استثنى منها صراحة بالعقد<sup>1</sup>، ولكي يستطيع المستأجر المسير استغلال المحل التجاري في شكل إيجار التسيير، يجب أن يتم تسليمه إياه، وهذا التزام يقع على عاتق المؤجر بوضع المحل التجاري في حيازة المستأجر المسير<sup>2</sup>. ويجب عليه أن يسلمه بذاته، فلا يجوز له استبداله إلا بموافقة المستأجر المسير وفي هذه الحالة نكون بصدد تجديد للالتزام بتغيير المحل، وبالتالي لا يعد المؤجر منفذا للالتزامه بالتسليم إذا عرض على المستأجر المسير محلا تجاريا آخر أو عينا أخرى من الأعيان غير الذي عينه في العقد، وأيضا لا يجوز للمستأجر المسير أن يضع يده على عين أخرى (يملكها أو يحوزها المؤجر) غير التي استأجرها وعينها في العقد إلا إذا اتفق على غير ذلك، وعلى ذلك يلتزم المؤجر بتسليم المحل التجاري كما هو معينا في العقد<sup>3</sup>، والمحل التجاري يعتبر مالا معينا بذاته.

يتكون المحل التجاري كما سبق وقلنا من عناصر معنوية وعناصر مادية، وبالتالي طريقة تسليمه للمستأجر المسير تختلف عن طريقة تسليم مال آخر، كالسيارة<sup>4</sup> أو العقار<sup>5</sup>، وعليه فإننا نقول أن طريقة تسليم هذه العناصر تختلف حسب طبيعتها، والمشرع منح للمتعاقدين الحرية في تضمين العقد العناصر التي يرغبون في إدراجها في العقد بشرط أن يتفقوا على العناصر الجوهرية الكافية لوجود المحل التجاري. أما في حالة عدم الاتفاق (أي سكتا) على هذه العناصر فقياسا على نص المادة 96 و119 ق ت ج، فإن العقد يشمل إلزاميا وبقوة القانون خمسة عناصر تتمثل في: العنوان والاسم التجاري، الحق في الإجارة، الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية.

<sup>1</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p168. Voir aussi Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p103.

أنظر أيضا سيار عزالدين، التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة وفقا للقانون 05/07 المعدل والمتمم للقانون المدني، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، المجلد 2، ع1-2016، ص251.

<sup>2</sup> - Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p103.

<sup>3</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص167. أنظر أيضا هلال شعوة، مرجع سابق، ص92. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص342. أنظر أيضا أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص245. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص80. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص378.

« Le bailleur ne peut, par le biais d' une clause relative à l' exécution de travaux, s' affranchir de son obligation de délivrer les lieux loués». Civ. 1 juin 2005, n° 04-12.200, bull. civ. III, n° 119, pp109-110.

« C' est au bailleur, tenu de délivrer au preneur la chose louée, qu' il appartient de prouver qu' il s' est libéré de cette obligation. Lorsque le preneur allègue une délivrance partielle, le bailleur doit établir qu' il a satisfait entièrement à son obligation». Civ. 30 octobre 1972, n° 71-13.384, bull. civ. III, n° 563, p414.

<sup>4</sup> - باعتباره مال منقول مادي يمكن نقله من مكان إلى آخر .

<sup>5</sup> - باعتباره مال لا يمكن نقله من مكان إلى آخر .

أ- **كيفية تسليم عناصر المحل التجاري:** تنص المادة 367 ق م ج على أنه (يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً ما دام قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع). وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع، إذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري قبل البيع، أو كان قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية).

قياساً على نص هذه المادة نستنتج أن هناك عدة حالات يتحقق معها تسليم المحل التجاري (أي العناصر المشمولة بعقد إيجار التسيير)، فقد تكون بوضع المحل التجاري تحت حيازة المستأجر المسيّر، أو تكون بمجرد إخطار المؤجّر المستأجر المسيّر باستعداده لتسليم المحل التجاري، أو عن طريق ما يسمى بالتسليم الحكمي الذي يظهر في صورتين: فالصورة الأولى تتمثل في حالة ما إذا كان هذا الأخير موجوداً تحت يد المستأجر المسيّر قبل عقد إيجار التسيير، أما الصورة الثانية هي أنه إذا كان المؤجّر قد استبقى المحل التجاري في حيازته بعد عقد إيجار التسيير لسبب آخر لا علاقة له بالملكية.

ولكن نشير إلى أن عقد إيجار التسيير ليس مثل إيجار مال آخر، لأن المحل التجاري مال منقول معنوي يتكون من عناصر معنوية وعناصر مادية، فإن كيفية تسليمه تختلف باختلاف طبيعة هذه العناصر.

1- **كيفية تسليم العناصر المعنوية:** تتعدد العناصر المعنوية التي يتكون منها المحل التجاري وبالتالي تختلف أيضاً طريقة تسليمها.

- بالنسبة لعنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية: يكون تسليم هذا العنصر بأن يطلع المؤجّر ومستأجر الاستغلال على كافة البيانات والمستندات التي تمكنه من التعرف على عملائه وسهولة الاتصال بهم، فعليه أن يظهر للمستأجر المراسلات مع زبائنه وطلباتهم ويبين له ما تعودوه من خدمة يتميز بها هذا المحل أو تسهيلات الدفع التي اشتهر بها المحل المذكور، وطريقة الدفع للموردين وساعات فتح وغلق المحل وقائمة بأسماء العملاء والموردين. ولا مانع من اطلاع المستأجر على الدفاتر التجارية دون تسليمه إياها أسوة بحالة بيع المتجر، ويجب في هذا الخصوص وضع نص خاص ينظم التزام المؤجّر بتسليم الدفاتر التجارية مع التزام المستأجر المسيّر بإعادتها في نهاية عقد الاستغلال أو في أية لحظة يطلبها المؤجّر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص ص202-203. أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص105. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص113.

- العنوان والاسم التجاري: يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر المسيّر من استخدام العنوان والاسم التجاري في معاملاته التجارية مع الزبائن، وذلك بوضعها على واجهة المحل التجاري محل عقد إيجار التسيير، وفي الفاتورات والمراسلات التي يصدرها المستأجر المسيّر<sup>1</sup>.

- بالنسبة لحق الإيجار: قد يوجد ضمن عناصر المحل التجاري الحق في الإيجار، ولكن باعتبار أن عقد الإيجار مبرم بين مالك العقار المستغل فيه المحل التجاري ومالك المحل التجاري، فلا يجوز لهذا الأخير التنازل للمستأجر المسيّر عن عقد الإيجار<sup>2</sup>، غير أنه استثناء عن هذا المنع يمكن إيجار العقار من الباطن إذا توفرت الشروط الآتية:

**الشرط الأول:** إذا اقتضت الضرورة إيجار المحل التجاري، وتقدير وجود الضرورة التي توجب إيجار تسيير المحل التجاري مسألة تقديرية يفصل فيها قاضي الموضوع.

**الشرط الثاني:** أن يقدم مستأجر المحل التجاري ضمانا كافيا وبشرط ألا يلحق مؤجر العقار من الإيجار من الباطن ضرر محقق. فإذا ثار الخلاف حول هذه المسائل، فإن المحكمة تفصل في كفاية الضمان المقدم من عدمه، كما تفصل فيما إذا كان مؤجر العقار يلحقه أو لا يلحقه ضرر محقق من الإيجار من الباطن في حالة إيجار تسيير المحل التجاري.

ويلاحظ أن احتفاظ مستأجر تسيير المحل التجاري بالحق في الإيجار في هذه الحالة إذا توفرت الشروط المتقدمة جوازي للمحكمة التي يكون لها بحسب الأحوال أن تقضي بمنع المستأجر الأصلي من الإيجار من الباطن في كل الأحوال إذا وجد شرط يقضي بذلك في عقد الإيجار.

يحل المستأجر المسيّر محل المؤجر في الانتفاع بذلك العقار، على أن هذا الأخير في هذه الحالة يكون ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته، ويكون لمؤجر العقار في حالة إيجار تسيير المحل التجاري مطالبة كل من المستأجر الأصلي ومستأجر تسيير المحل التجاري بالوفاء بالأجرة، وتكون مسؤوليتهما عنها بالتضامن<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - « Signe de ralliement de la clientèle, l' enseigne s' incorpore à l' établissement qu' elle a pour but de distinguer et, bien qu' elle ait été créée et apposé par un gérant libre, devient par accession un élément du fonds et le demeure à l' expiration du contrat de gérance; par suite, le gérant, qui a l' obligation de restituer le fonds, ne serait utiliser l' enseigne pour son compte, sous peine de se rendre coupable de concurrence déloyale et de détournement de clientèle». CA. Lyon, 29 janv. 1951. D., 1951, p191. J.

<sup>2</sup> - تنص المادة 188 ق م ج على أنه (يحظر أي إيجار كلي أو جزئي من الباطن، إلا إذا اشترط خلاف ذلك بموجب عقد الإيجار أو موافقة المؤجر). تنص المادة 505 ق م ج على أنه (لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك).

Voir Civ. 09 juill. 2003, n°02-11.141, bull. Civ. III, n° 148, pp132-133. Voir aussi Cass. Civ. 10 oct. 2001, loyers et copr, jan. 2002, n° 09, éd. juris- classeur, p12.

<sup>3</sup> - علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 327-328.

تنص المادة 506 ق م ج على أنه (في حالة التنازل عن الإيجار يبقى المستأجر ضامنا للمتنازل له في تنفيذ التزاماته).

غير أن الدكتورة سميحة القليوبي ترى عكس ذلك، إذ تقول أنه ليس للمؤجر تسليم المستأجر المسير عقد إيجار المكان القائم عليه المتجر، حيث لا ينتقل هذا الحق بإيجار استغلال المتجر إلى المستأجر تسيير على خلاف بيع المتجر<sup>1</sup>.

صحيح أن عقد إيجار العقار مبرم بين مالك العقار ومالك المحل التجاري، فالأصل أنه لا يجوز لمالك المحل التجاري التنازل أو الإيجار من الباطن للعقار الذي يستغل فيه نشاطه التجاري دون موافقة مالك العقار، وهذا حسب نص المادة 188 ق ت ج ونص المادة 505 ق م ج. ولكن قد نكون في حالة الضرورة تجعل مالك المحل التجاري لا يمكن له الاستمرار في مباشرة النشاط التجاري بنفسه، فيعمد إلى إيجار تسيير محله التجاري، فيحل محله تاجر آخر يستمر في ممارسة النشاط التجاري في ذلك المحل باسمه ولحسابه، على أن يعيده بعد انقضاء عقد إيجار التسيير، وعليه نساند رأي الدكتور علي حسن يونس فيما قاله.

رأينا في هذه النقطة أن مالك المحل التجاري ومالك العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري شخصان مختلفان، غير أنه قد تتحصر ملكيتهما في شخص واحد، وعليه في هذه الحالة فإن نفس الحكم ينطبق وهو التزام المالك الذي تتحصر فيه ملكية المالكين معاً بتمكين المستأجر المسير من الانتفاع بالأمكنة.

يحق للمؤجر رغم أنه لم يعد المستغل للمحل التجاري أن يتفقد الأمانة التي يستغل فيها المحل التجاري، سواء بنفسه أو ممثله في كل مرة يعبر عن رغبته في ذلك<sup>2</sup>.

- بالنسبة لحقوق الملكية الفكرية: قد يتضمن عقد إيجار تسيير المحل التجاري بعض عناصر حقوق الملكية الفكرية، ففي هذه الحالة يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر المسير من استخدام هذه العناصر، فإذا وجدت علامة تجارية مثلاً أمكن للمستأجر المسير من استعمالها في البضائع التي يتاجر فيها، أو إذا وجدت براءة اختراع التزم المؤجر بتقديم للمستأجر المسير أسرار هذا المنتج الذي يتم اختراعه أو صنعه أو مختلف الفنيات أو الكيفيات التي يتم بها اختراع الشيء، ولكن في هذه الحالة يجب قيد ذلك لدي المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية<sup>3</sup>.

- بالنسبة للرخصة: نجد في بعض الأحيان أن ممارسة نشاط تجاري معين يستلزم ضرورة الحصول على رخصة من جهة معينة في الدولة، فإذا كانت تلك الرخصة منحت نظراً لتوفر شروط موضوعية متعلقة بالمحل دون الشخص، ففي هذه الحالة يتنازل المؤجر عن هذه الرخصة للمستأجر المسير ويسلمها له<sup>4</sup>، ويقوم هذا الأخير

<sup>1</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص204.

<sup>2</sup> - M. WEISMANN et Roger DEBLED, Achat- vente et gérance d' un fonds de commerce, 9<sup>ème</sup> éd, op- cit, p I 30.

<sup>3</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p93.

<sup>4</sup> - اعتبرت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية أن « تسليم العقار لاستغلاله كمطعم وملهى، والأثاث والمنقولات المخصصة لممارسة هذا النشاط دون رخصة بيع المشروبات الكحولية- درجة رابعة، يعد إخلالاً بالتزام المؤجر بتنفيذ التزامه».

Com. 2 juill 1996, n°93-14.130, bull. Civ. IV, n°198, pp170-171.

أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص114.

باستغلالها في المحل التجاري محل عقد إيجار التسيير. أما إذا كان تسليم تلك الرخصة متوقف على صفات شخصية في الطالب، ففي هذه الحالة لا يجوز للمؤجر التنازل عنها للمستأجر المسيّر<sup>1</sup>.

- الدفاتر والرسائل التجارية: يجب على المؤجر إضافة إلى العناصر السابقة تسليم الدفاتر التجارية لثلاث سنوات الأخيرة والرسائل التجارية، ونعلم أنه عند بيع المحل التجاري أن البائع ملزم بوضع الدفاتر التجارية لثلاث سنوات الأخيرة تحت تصرف المشتري (أو المتنازل له)، ولا نجد هذا الحكم في مواد إيجار التسيير<sup>2</sup>، إلا أنه على الرغم من ذلك يجب عليه القيام بهذا الالتزام، فالدفاتر التجارية تمكنه من المعرفة الحقيقية للاستغلال وتمنحه معلومات واضحة عن كيفية استغلاله.

يرى الأستاذ Olivier BARRET أنه عكس البائع، فالمؤجر غير ملزم بتسليم الدفاتر التجارية للمستأجر المسيّر، وبقدر ما كانت هذه الأخيرة ضرورية لاستمرار الاستغلال، فإنه من المستحسن على المتعاقدان التصييص اتفاقيا على مثل هذا التسليم<sup>3</sup>.

أما بخصوص الرسائل التجارية فهي تلك المتعلقة بطلبات في طور التنفيذ أو عروض الممولين أو الزبائن فهي من المؤكد أنها ضرورية. أما الرسائل القديمة أو السابقة فهو غير ملزم بتسليمها لأنها عمليا دون فائدة. كما يلتزم أيضا ببعث هذه الرسائل سواء تلك المتعلقة بالممولين أو الزبائن إلى المستأجر المسيّر إذا ما استمروا في البداية بكتابة رسائل أعمال باسم المالك.

أما إذا اتخذت هذه الرسائل في آن واحد طبيعة شخصية وتجارية، فإن المالك الذي أرسلت إليه له الحق في الاحتفاظ بها، باستثناء إخبار المستأجر المسيّر بها، من أجل إمكانية أخذ هذا الأخير ملاحظة حول ما هو ضروري للتجارة، وفي حالة وجود نزاع حول طبيعة هذه الرسائل، فإن لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تحديد من هو المرسل إليه، وعمليا هذه النزاعات نادرة الوقوع خاصة إذا تمت إجراءات نشر كافية للعقد<sup>4</sup>.

2- كيفية تسليم العناصر المادية: أما فيما يخص تسليم العناصر المادية التي شملها العقد، فيجب على المؤجر تسليمها للمستأجر المسيّر تسليميا يدويا أو حكما إذا كانت في حيازته، وإثبات الحالة التي عليها وصلاحياتها للاستعمال<sup>5</sup>. فبالنسبة للأثاث والآلات فهي تدخل في عقد إيجار التسيير في حالة عدم وجود شرط مخالف، غير أنه في بعض الأحيان ينص العقد على بيع الأثاث والآلات للمستأجر المسيّر بشرط أن يشتريها المؤجر عند انقضاء

<sup>1</sup> - أنظر فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 127-128. أنظر أيضا سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص 42-43. أنظر أيضا علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 26-27.

Voir aussi Mourice ROBINULT, op- cit, p169. Voir aussi Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p389.

<sup>2</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, pp93-94.

<sup>3</sup> - Olivier BARRET, op- cit, p264.

<sup>4</sup> - Mourice ROBINULT, op- cit, pp171-172.

<sup>5</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص 204. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 114.

العقد<sup>1</sup>. أما البضائع ففي أغلب الحالات لا تدخل ضمن عقد إيجار التسيير<sup>2</sup>، لأنها مخصصة للبيع (أي التداول) والاستهلاك<sup>3</sup>، وهناك حلان للمتعاقدان:

يتمثل الأول في فرض استهلاك في قرص استهلاك أي يتعهد المستأجر المسير برد عند الخروج نفس كمية البضائع ونفس النوعية كالتالي تحصل عليها عند الدخول. هذه الصيغة نادرا ما يعمل بها لأنها تحتوي على خطر في حالة ما إذا قام المستأجر بصفقة غير ناجحة. أما الحل الثاني فيتمثل في بيعها للمستأجر المسير بسعر الفاتورة (أي سعر الشراء) مع ارفاق العقد ببيان عن البضائع المباعة، وعند انقضاء العقد تشتري البضائع من طرف المؤجر بسعر الفاتورة في حدود الكمية والنوعية المباعة في الأول<sup>4</sup>.

ب- حكم النقصان أو الزيادة في المحل التجاري المؤجر تسييره: قد يحدث أن يكون المحل التجاري عند التسليم فيه نقصان أو زيادة ففي هذه الحالة تطبق أحكام عقد البيع في شأن تسليم الشيء المبيع.

1- حالة النقص في المحل التجاري المؤجر تسييره: إذا ظهر عند التسليم أن بمقدار المحل التجاري المؤجر تسييره عجزا يجب الرجوع إلى إرادة المتعاقدين، فإذا وجد اتفاق بصدده وجب إعماله. فإذا لم يوجد اتفاق فالمرجع إلى العرف، فإذا جرى العرف بخصوص هذه العين المؤجرة على التجاوز عن قدر معين من العجز فالمؤجر لا يلزم بشيء في مواجهة المستأجر المسير، إذا العجز لم يتجاوز هذا القدر المتسامح فيه<sup>5</sup>. أما إذا جاوز العجز المقدار الذي يتسامح فيه، مثلا كأن أجر تسيير مطعم على أساس أن العقار المستغل فيه مساحته 100 متر مربع، وعند قياسه تمهيدا لتسليمه وجد أنه 80 متر مربع فقط، أو أن المطعم به 40 طاولة و160 كرسي وعند حساب هذه الأثاث تمهيدا لتسليمها وجد 30 طاولة و120 كرسي، فإن المؤجر يكون مخلا بالتزامه بالتسليم، لأنه لم يسلم القدر المتفق عليه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p387.

<sup>2</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p93.

<sup>3</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p169.

<sup>4</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p387.

أنظر أيضا سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص204. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص106. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص115.

<sup>5</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص379. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص119. أنظر في موضوع النقص في العين المؤجرة، سيار عزالدين، مرجع سابق، ص252.

<sup>6</sup> - أنظر سعد الجبر، مرجع سابق، ص80-81. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص120. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص80-81. أنظر أيضا هلال شعوة، مرجع سابق، ص93. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص167. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص210.

يكون للمستأجر المسيّر حق مطالبة المؤجّر بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب حرمانه من منفعة المحل التجاري المؤجّر تسييره، على أن يخصم هذا التعويض من الأجرة، على أنه إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث لو علمه المستأجر المسيّر قبل التعاقد لما أبرم العقد، ثبت له حق فسخ العقد مع التعويض<sup>1</sup>.

2- حالة الزيادة في المحل التجاري المؤجّر تسييره: إذا وجدت زيادة في المحل التجاري فإنه يجب العودة إلى إرادة المتعاقدين، فإذا كان هناك اتفاق خاص بينهما في خصوص هذه الحالة وجب العمل به، فإذا لم يوجد اتفاق وجب الرجوع إلى العرف، فإذا لم يوجد هذا أو ذاك فإنه يجب أن نفرق بين ما إذا كانت الأجرة مقدرة حسب كل عنصر من العناصر المشمولة بعقد إيجار التسيير، أو مقدرة جملة واحدة<sup>2</sup>.

- إذا كانت الأجرة مقدرة بحساب كل عنصر من العناصر المشمولة بعقد إيجار التسيير وكانت قابلة للتبويض، ففي هذه الحالة لا يأخذ المستأجر المسيّر إلا القدر المذكور بالعقد ولا يجبر على استبقاء الزيادة مع زيادة الأجرة. أما إذا كانت العين لا تقبل التبويض فيجب على المستأجر المسيّر عندئذ أن يأخذ الكل مع زيادة الأجرة بنسبة ما زاد في العين المؤجرة (أي في المحل التجاري). أما إذا كانت الزيادة بحيث لو علم بها المستأجر المسيّر ما أقدم على إبرام العقد، فللمستأجر المسيّر عندئذ طلب فسخ إيجار التسيير<sup>3</sup>.

- أما إذا كانت الأجرة مقدرة جملة واحدة عن كل العين، وسواء أكانت العين المؤجرة تقبل التبويض أم لا، فللمستأجر المسيّر الحق في أخذ العين المؤجرة المتفق عليها دون أن يطالب بزيادة الأجرة بنسبة ما زاد فيها. وترجع علة هذا الحكم أن القدر يعتبر وصفاً لا أصلاً، والوصف لا يقابله شيء من الأجرة، كما أن الغالب أن المتعاقدين يقصدان بقاء إيجار التسيير بهذه الأجرة ولو زادت العين عما هو مذكور في العقد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 353. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 209. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 379-380. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 809.

تنص المادة 1/365 ق م ج على أنه (إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع).

<sup>2</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 380. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 811. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 120. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 212.

<sup>3</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 811. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 168. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 212.

تنص المادة 2/365 ق م ج على أنه (... وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد، وكان الثمن مقدراً بحسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمناً زائداً إلا إذا كانت الزيادة فاحشة ففي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه).

<sup>4</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 168. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 212-213. أنظر أيضاً سليمان مرقس، الوافي في شرح

إن حق المستأجر المسير في إنقاص الأجرة أو فسخ العقد، وحق المؤجر في طلب تكملة الأجرة يسقطان بالتقادم بعد مضي سنة من وقت تسليم المحل التجاري المؤجر تسييره تسليمًا فعليًا<sup>1</sup>.

**ج- تحديد ملحقات المحل التجاري المؤجر تسييره:** أحال المشرع فيما يخص تسليم العين المؤجرة إلى تطبيق الأحكام المتعلقة بتسليم الشيء المبيع، غير أننا بالعودة إلى هذه الأحكام لا نجد نص يتناول ملحقات الشيء المبيع<sup>2</sup>، عكس القانون المصري الذي تناول هذه النقطة وذلك في نص المادة 564 ق م المصري التي تنص على أنه) يلتزم المؤجر أن يسلم العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تقي بما أعدت له من المنفعة، وبقا لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين). غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 2/107 ق م ج نجد أن المشرع نص على أن التزام المتعاقد لا يقتصر فقط على ما ورد في العقد، بل يلتزم أيضا بما هو من مستلزماته وفقا للقانون، العرف، والعدالة، وبحسب طبيعة الالتزام، إلا أننا نقول أنه من المستحسن قيام المشرع بالنص على هذا الحكم في المواد المتعلقة بعقد البيع أسوة بالمشرع المصري.

يقصد بملحقات المحل التجاري المؤجر تسييره بأنها تشمل كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها في الغرض المقصود من ذلك المحل التجاري أو حتى يستكمل هذا الاستعمال، بحيث لا تكمل منفعته المقصودة بإيجار التسيير إلا بها<sup>3</sup>.

وتحديد الملحقات يرجع فيه إلى إرادة المتعاقدين أولاً، فإذا لم توجد رجع إلى عرف الجهة التي توجد بها العين المؤجرة، فإذا لم يوجد عرف فيرجع إلى طبيعة الشيء المؤجر ذاته، ويعتبر من ملحقات المحل التجاري بحسب طبيعته كما ما هو ضروري للانتفاع به في ظروف تتفق مع النشاط التجاري الذي خصص لمزاويلته<sup>4</sup>.

إضافة إلى قيام المؤجر بتسليم المحل التجاري محل عقد إيجار التسيير، يلتزم أيضا بتسليم ملحقاته للمستأجر المسير من أجل الانتفاع الكامل وبالوجه المقصود منه، لأنه في بعض الحالات لا يتحقق ذلك إلا بهذه الملحقات، ويمكن أن نعطي بعض الأمثلة لما يعد من ملحقات المحل التجاري: المخزن الذي تخزن فيه البضائع، الكراسي، الطاولات، الآلات، الأثاث التي يستعملها المؤجر في نشاطه التجاري، مثلا في المطعم أو المقهى أو المصنع<sup>5</sup>.

القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 353-354. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 380.

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 366 ق م ج.

<sup>2</sup> - هذا ما توصل إليه الباحث سيار عز الدين، مرجع سابق، ص 254.

<sup>3</sup> - أنظر سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 359. أنظر أيضا خليل أحمد حسن قداة، مرجع سابق، ص 136. أنظر أيضا شروانة علي، مرجع سابق، ص 48.

<sup>4</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 122. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 215. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص 83. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 104.

<sup>5</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 172. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 814. أنظر أيضا محمد إبراهيم علي شهبك، طبيعة حق المستأجر وأثره في النزول عن الإيجار والإيجار من الباطن - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2005، ص 287.

غير أن للقاضي السلطة التقديرية في تحديد ما يعتبر من هذه الأشياء كملحقات للمحل التجاري محل عقد إيجار التسيير.

ثانياً: الحالة التي يجب أن يكون عليها المحل التجاري المؤجر تسييره عند التسليم: تنص المادة 1/476 ق م ج على أنه (يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر في حالة تصلح للاستعمال المعد لها تبعاً لاتفاق الطرفين).

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة وما سبق أنه يتعين على المؤجر أن يسلم المحل التجاري وملحقاته في حالة حسنة تصلح معها لأداء الغرض المقصود من إيجار تسييره وقت التسليم<sup>1</sup>، وتحصيل قدر أكبر من المردودية<sup>2</sup>، ويرجع في معرفة هذا الغرض إلى اتفاق المتعاقدين، فإذا لم يوجد اتفاق وجب الرجوع إلى طبيعة المحل التجاري وملحقاته<sup>3</sup>. فإذا كان المحل التجاري مطعماً على سبيل المثال وجب تسليمه في حالة تسمح للمستأجر المسير بالقيام بعملية الطهي وعرض مأكولاته للزبائن، ويجب أيضاً أن تكون الطاولات والكراسي المستغلة في ذلك المطعم في حالة جيدة تسمح للعملاء بالجلوس وتناول الوجبات بكل أمان وارتياح<sup>4</sup>. أو إذا كان مصنفاً يستغل براءة اختراع معينة يجب على المؤجر تسليم المصنع بكل العناصر المتفق عليها في حالة تسمح للمستأجر المسير باستغلال المصنع خاصة تقديم الأسرار المتعلقة بكيفية صناعة المنتج وتوزيعه، والآلات المستخدمة في الإنتاج وكيفية تشغيلها.

لا يقتصر التزام المؤجر على تسليم المحل التجاري وملحقاته في حالة تسمح بمباشرة النشاط المخصص له، وإنما يمتد إلى التزامه بإزالة كل عائق يحول دون تحقيق المستأجر المسير الغرض الذي من أجله أبرم العقد. فإذا كان المحل التجاري في حيازة مستأجر مسير سابق وجب على المؤجر أن ينقل الحيازة إلى المستأجر المسير الجديد<sup>5</sup>.

---

Voir aussi sur ce qui concerne les locaux qui doivent comporter les accessoires nécessaires à l'exploitation du fonds de commerce, Mourice ROBINault, op- cit, p170. Voir aussi Pierre BRUN, op- cit, p40.

<sup>1</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p396.

<sup>2</sup> - M. ROURE, op- cit, p61.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص224. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص86. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص124. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص815. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص174.

<sup>4</sup> - قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 جويلية 2010، أنه «بخصوص محل تجاري في شكل مطعم والذي كان محل إعلام بعدم القبول من قبل لجنة الأمن عند فتحه للجمهور، فإنه يقع على عاتق المؤجر وضع محل في أيدي المستأجر المسير في وضعية مناسبة للشروط القانونية المتعلقة بالسلامة حتى يتمكن من استغلاله عادياً. وتضيف أن وضع شرط عدم الضمان في العقد لا يعفيه من التزامه بتسليم المحل في وضعية صالحة لاستعماله في الغرض الذي اتفق عليه».

Com. 13 juillet 2010, n° 09-69.170. non publie.

<sup>5</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص816. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص225-226. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص125. أنظر أيضاً محمد إبراهيم علي شهبيك، مرجع سابق، ص285.

غير أنه يمكن للمؤجر والمستأجر المسير الاتفاق على التخفيف من هذا الالتزام، على أن هذا التخفيف غير مفترض، لأن معاينة المحل التجاري المؤجر تسييره تتم وجاهايا بموجب محضر أو بيان وصفي يلحق بعقد إيجار التسيير، وتسليم المحل التجاري دون محضر أو بيان وصفي، يفترض في المستأجر المسير أنه تسلمه في حالة حسنة ما لم يثبت العكس، هذا قياسا على نص المادة 2/476 و3 ق م ج<sup>1</sup>.

**ثالثا: ظروف التسليم:** أحال المشرع إلى تطبيق الأحكام المتعلقة بظروف التسليم الواردة في القانون المدني فيما يتعلق بتسليم العين المؤجرة، وسنحاول تلخيصها كما يلي:

**أ- زمان التسليم:** تنص المادة 281 ق م ج على أنه (يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك). يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن تسليم المحل التجاري المؤجر تسييره يجب أن يتم في الوقت الذي عينه المتعاقدان في عقد إيجار التسيير، أما إذا لم يعينا وقتا للتسليم (أهملنا ذلك)، فإنه يجب التسليم في اليوم الذي انعقد فيه عقد إيجار التسيير، هذا إذا كان المحل التجاري مستغل من طرف المالك<sup>2</sup>، أما إذا كان المحل التجاري مستغل من قبل مستأجر مسير آخر عند إبرام العقد، فإن التاريخ المحتمل لدخول المستأجر المسير الجديد هو تاريخ مغادرة المستأجر المسير السابق<sup>3</sup>.

غير أن العرف قد يلعب دورا مهما في تحديد زمن التسليم في عقود الإيجار، ذلك أنه عادة ما تتجه إرادة طرفي العقد على أن يتولى العرف هذا الأمر طبقا لطبيعة كل عين مؤجرة، كأن يتعارف الناس على أن تسليم المحلات التجارية يكون في مطلع الشهر الموالي لإبرام العقد<sup>4</sup>.

وإذا تأخر تسليم المحل التجاري المؤجر تسييره فإن المستأجر المسير لا يلتزم بدفع الأجرة عن مدة التأخير، لأن الأجرة تقابل المنفعة. والمستأجر المسير لا يدفع الأجرة حتى ولو كان التأخير راجعا إلى قوة القاهرة أو سبب أجنبي لا يد للمؤجر فيه. ومن ناحية أخرى فإن للمؤجر أن يمتنع عن التسليم إذا كانت الأجرة واجبة الدفع مقدما، ولم يقم المستأجر المسير بدفعها، ويعتبر امتناع المؤجر عن التسليم تطبيقا للقواعد العامة في الحبس، وكذلك في الدفع بعدم التنفيذ<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر الفقرتين 2 و3 من نص المادة 476 ق م ج.

« Lors de la délivrance du fonds, il sera dressé plus souvent un état des lieux et un inventaire du matériel. Ceux- ci conformément au droit commun, et sauf clause contraire du contrat, seront à la charge du bailleur». Jacques VERDEIL, op- cit, p93.

<sup>2</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p92. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, pp170-171.

<sup>3</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p171.

<sup>4</sup> - أنظر هلال شعوة، مرجع سابق، ص101. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 361 وما بعدها. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص90. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص384.

<sup>5</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص130. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص ص181-182. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص232 وما بعدها.

في حالة عدم قبول هذه الحلول لظروف ما، وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين، فإنه يؤول للقاضي تفسير إرادتهما، كما يمكن من جهة أخرى أن يتحقق بأن رضائهم على زمان التسليم غير قائم وأن العقد يعتبر غير مكن<sup>1</sup>.

**ب- مكان التسليم:** حسب نص المادة 1/282 ق م ج<sup>2</sup> باعتبار أن المحل التجاري المؤجر تسييره يأخذ حكم الشيء المعين بالذات، فيجب تسليمه في المكان الذي يكون موجودا فيه وقت انعقاد عقد إيجار التسيير وهو بهذا الحكم يشبه العقار، فالحق في الإيجار يعتبر عنصر من عناصر المحل التجاري. غير أنه يمكن تسليم المحل التجاري في مكان آخر إذا وجد اتفاق أو نص، كقيام المؤجر بنقل محله التجاري إلى مكان آخر غير المكان الذي وجد فيه عند إبرام العقد، ولكن هذه الحالة نادرة الوقوع لأن المستأجر المسير غالبا ما يجذب موقع المحل التجاري، ولكن تحقق هذه الحالة ليس بالمستحيل خاصة إذا استفاد المؤجر من حق إيجار في مكان أفضل من المكان الأول فيعمد إلى نقل محله التجاري إلى ذلك المكان ويتم التسليم فيه.

**ج- نفقات التسليم:** لم ينص المشرع الجزائري على نص خاص في هذا الشأن لا في أحكام عقد البيع ولا في أحكام عقد الإيجار، وبالتالي يجب كما في الحالات السابقة الرجوع إلى القواعد العامة، وذلك في نص المادة 283 ق م ج التي تنص على أنه (تكون نفقات الوفاء على المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك).

فالأصل إذن أن المؤجر، وهو المدين بالتسليم يتحمل نفقاته، ويدخل في هذه النفقات مصروفات نقل الشيء إلى المكان الذي يجب أن يتم فيه التسليم (مثلا نقل الأثاث والآلات التي يستغلها المؤجر)، ويدخل في نفقات التسليم أيضا مصروفات إرسال مفاتيح العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري، وبصفة عامة كل مصروفات يستلزمها وضع المحل التجاري المؤجر تسييره تحت تصرف المستأجر المسير حتى يتم التسليم تدخل في نفقاته، وتكون على المؤجر. وهذا كله إذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف يجعل مصروفات التسليم على المستأجر المسير لا على المؤجر<sup>3</sup>.

**رابعا- جزاء إخلال المؤجر بالتزامه بتسليم المحل التجاري:** قد يحدث وأن لا يقوم المؤجر بتنفيذ التزامه بتسليم المحل التجاري للمستأجر المسير، الأمر الذي يجعل مسؤوليته قائمة، ويمكن هذا الأخير من المطالبة بحقه، وفي ذلك له الخيار في اتباع أية وسيلة من هذه الوسائل:

<sup>1</sup> - Mourice ROBINAU, op- cit, pp171.

<sup>2</sup> - تنص المادة 1/282 ق م ج على أنه (إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك).

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، صص 235-236. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 183. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 823. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 131. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص 92. أنظر أيضا هلال شعوة، مرجع سابق، صص 102-103. أنظر أيضا محمد إبراهيم علي شهبك، مرجع سابق، ص 288.

Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p93.

أ- **طلب التنفيذ العيني:** إذا لم يف المؤجّر بالتزامه بالتسليم على النحو المتقدم، ولم يضع المحل التجاري تحت تصرف المستأجر المسيّر في الوقت والمكان المحدد لذلك، ولم يسلمه بالكيفية والحالة المتفق عليها، جاز لهذا الأخير أن يطالب بتنفيذ الالتزام عينا ما دام هذا التنفيذ ممكنا، ويكون ذلك بإجبار المؤجّر على التسليم بحكم قضائي، ويمكن له أيضا اللجوء إلى القضاء الاستعجالي إذا اقتضت الضرورة ذلك<sup>1</sup>.

ب- **طلب الفسخ:** قد لا يلجأ المستأجر المسيّر إلى طلب التنفيذ العيني، أو قد يكون التنفيذ العيني غير ممكن، أو لم يعد التنفيذ العيني مجديا بسبب أن التأخير في التسليم أدى إلى فوات الغرض الذي من أجله تم التأجير، ففي هذه الحالة يكون للمستأجر المسيّر أن يطلب فسخ العقد. ولا عبرة بما إذا كان عدم قيام المؤجّر بالتزامه بالتسليم راجعا إلى فعل المؤجّر نفسه أو إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم بفسخ العقد من عدمه<sup>2</sup>.

ج- **إنقاص الأجرة:** قد يحكم على المؤجّر بتسليم المحل التجاري المؤجّر تسييره، ولكن المستأجر المسيّر عند تسلمه له يجده في حالة لا تصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة استيفاء كاملا. فعند ذلك، إذا لم ير موجبا لطلب فسخ العقد يجوز له أن يطلب إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع، لأن الأجرة تقابل الانتفاع، فإذا تعذر الانتفاع سقطت الأجرة، وإذا لم يكن الانتفاع كاملا أنقصت الأجرة بقدر نقص الانتفاع. كذلك إذا تأخر المؤجّر في تسليم المحل التجاري المؤجّر تسييره عن الوقت المحدد، فإن الأجرة تسقط عن المستأجر المسيّر في مدة التأخير<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 185-186. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 825. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 386. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص 93-94. أنظر أيضا أنور طلبة، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 256. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 115.

« Considérant que selon l' article 873 alinéa 2, du code de procédure civile, dans les cas où l' existence de l' obligation n' est pas sérieusement contestable, le juge des référés peut accorder une provision au créancier ou ordonner l' exécution de l' obligation même s' il s' agit d' une obligation de faire». CA. Paris 21- 05- 2015. 13/09455. Voir aussi Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p104.

<sup>2</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 825-826. أنظر أيضا أنور طلبة، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 257. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 368 وما بعدها. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 240-241. تنص المادة 119 ق م ج على أنه ( في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك).

تنص المادة 477 ق م ج على أنه ( إذا سلمت العين المؤجرة في حالة لا تكون فيها صالحة للاستعمال الذي أجرت من أجله أو طرأ على هذا الاستعمال نقص معتبر، جاز للمستأجر أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من الاستعمال مع التعويض عن الضرر في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك).

Voir aussi Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p397. Voir aussi Mourice ROBINault, op- cit, p172.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 240. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 188-189. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص 96.

د- **التعويض:** يحق للمستأجر المسيّر إضافة إلى طلب التنفيذ العيني أو إنقاص الأجرة أو الفسخ، أن يطلب الحكم له بالتعويض عما يكون قد أصابه من ضرر وما فاتته من كسب نتيجة إخلال المؤجر بالتزامه ولكن عليه إثبات ذلك<sup>1</sup>. ويشترط للحكم بالتعويض على المؤجر ألا يكون عدم التنفيذ راجعا إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. أما إذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى سبب أجنبي لا يد للمؤجر فيه ففي هذه الحالة لا يلتزم بأي تعويض<sup>2</sup>، ولكن يمكن له فقط المطالبة بالفسخ<sup>3</sup>.

يشمل التعويض المستحق للمستأجر المسيّر كل ما لحقه من أضرار بسبب إخلال المؤجر بالتزامه بالتسليم طبقا للقواعد العامة، بحيث يعادل هذا التعويض ما لحق بالمستأجر المسيّر من خسارة وما فاتته من كسب<sup>4</sup>. كتأخير المؤجر تسليم المحل التجاري مثلا الأمر أدى إلى تضييع المستأجر المسيّر الأرباح التي سيحققها خلال مدة التأخير، خاصة إذا كان النشاط يتمثل في بيع ثمار موسمية مثلا.

هـ- **الالتزام بتسليم المحل التجاري المؤجر تسييره غير قابل للانقسام:** إن التزام المؤجر بتسليم المحل التجاري المؤجر تسييره غير قابل للانقسام، فإذا تعدد المؤجرون أو مات المؤجر عن عدة ورثة، فللمستأجر المسيّر أن يطالب أي واحد منهم بتسليم المحل بأكمله لا بالاقصار على تسليم حصته منه (مع العلم أن المحل التجاري لا يمكن تقسيمه إلا ببيعه وتقسيم الثمن كما سبق وقلنا)، ولهذا أن يرجع على الباقي<sup>5</sup>.

أما حق المستأجر المسيّر في التعويض إذا كان في القانون المدني ينقسم، فإنه في القانون التجاري وفقا لأحكام التضامن لا ينقسم، فللمستأجر المسيّر أن يعود على أي من المؤجرين بكل قيمة التعويض وليس على كل مؤجر حسب حصته في التعويض، على أن يعود المؤجر الموفي على باقي المؤجرين كل حسب حصته.

---

« Les juges du fond apprécient souverainement le bien- fondé de l' exception d' inexécution invoquée par le locataire- gérant qui entend se prévaloir des manquements du loueur du fonds à ses obligations pour suspendre le paiement des redevances». Civ. 11 janvier 2006, n° 04-30.240. bull. Civ. III, n° 13, p11.

<sup>1</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p94.

<sup>2</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص827. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص ص187-188. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص ص242-243. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص106.

هذا ما ذهب إليه الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 جانفي 1980، بحيث أنه « يحق للمستأجرين رفع دعوى التعويض على المؤجر الذي لم يقدّم بتسليم الأراضي المؤجرة لهم، والقضاء على خلاف هذا يعتبر خرقا لنص المادة 1791 ق م».

Civ. 16 janvier 1980, n° 78- 12.369, bull. Civ. III, n° 13. p9.

<sup>3</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p173.

<sup>4</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص ص187-188.

<sup>5</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص ص243-244. أنظر أيضا حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار في القانون المدني وفي قوانين إيجار الأماكن، ط6، د د ن، د ب ن، 2007، ص94.

## الفرع الثاني

### الالتزام بالصيانة

لا تنتهي التزامات المؤجّر بمجرد تسليمه المحل التجاري المؤجّر تسييره، وإنما يقع عليه التزام آخر يتمثل في صيانة العين المؤجّرة، وجعلها دائما صالحة للغرض الذي أعدت له، وباعتبار أن عقد إيجار تسيير يرد على مال منقول معنوي فإننا لا نقصد هنا صيانة هذا المال بهذه الصفة لعدم إمكانية ذلك، وإنما نقصد صيانة العناصر المكونة له والداخلية في وعاء العقد، وبالتالي فإن طريقة الصيانة تختلف حسب طبيعة هذه العناصر المشمولة بعقد إيجار التسيير، وباعتبار هذا الأخير أيضا من عقود المدة، فإن التزام المؤجّر بالصيانة يمتد إلى غاية انقضاء العقد، لأن انتفاع المستأجر المسيّر لا يتوقف عند التسليم وإنما يستمر إلى غاية انقضاء العقد.

يتضمن التزام المؤجّر بالصيانة انتفاع المستأجر المسيّر بالمحل التجاري كما تم الاتفاق عليه وكما تسلمه أول مرة منذ بداية تنفيذ العقد إلى غاية انتهائه، وله في سبيل ذلك أن يجبر المؤجّر على تنفيذ التزامه إن هو امتنع عن التنفيذ، كما يحق له التنفيذ على نفقة المدين بالصيانة، ويجوز له وفق القواعد العامة أن يطلب فسخ العقد لإخلال المؤجّر بالتزامه مع طلب التعويض في كل الحالات.

**أولاً: الترميمات التي يجب على المؤجّر القيام بها:** حسب نص المادة 479 ق م ج<sup>1</sup>، فإن المشرع ألزم المؤجّر بالقيام بصيانة العين المؤجّرة قبل التسليم وبعده (أي أثناء سريان مدة الإيجار)، حتى يبقى المحل التجاري على الحالة التي كان عليها وقت التسليم، وقد سماها بالترميمات الضرورية، وقسمها الفقه إلى ثلاثة أنواع:

**أ- الترميمات الضرورية لحفظ المحل التجاري من الهلاك:** وهي ترميمات عاجلة وضرورية لحفظ المحل التجاري من الهلاك أو التلف، وباعتبار أن المحل التجاري يتكون من عناصر مختلفة، فيجب على المؤجّر إصلاح الجدران المتشققة وتلك المهدة بالسقوط باعتبار أن الحق في الإيجار عنصر من عناصر المحل التجاري، وإذا كان يتضمن أيضا براءة الاختراع فيجب عليه القيام بكل ما تستلزمه للحفاظ عليها... إلخ، وهي على العموم كل الترميمات الضرورية التي يقوم بها المالك عادة حفاظا على ملكه وصونه من الهلاك<sup>2</sup>، وهي في الوقت ذاته ترميمات ضرورية

<sup>1</sup> - تنص المادة 479 ق م ج على أنه (يلتزم المؤجّر بصيانة العين المؤجّرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم.

ويجب عليه أن يقوم بالترميمات الضرورية أثناء مدة الإيجار، دون الترميمات الخاصة بالمستأجر .

ويتعين عليه أن يقوم لاسيما بالأعمال اللازمة للأسطح من تجصيص، وأعمال تنظيف الآبار، وكما يتعين عليه صيانة وتفرغ المراحيض وقنوات تصريف المياه، ويتحمل المؤجّر الرسوم والضرائب وغيرها من التكاليف المثقلة للعين المؤجّرة).

<sup>2</sup> - أنظر هلال شعوة، مرجع سابق، ص108. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص260. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص108. أنظر أيضا شروانة علي، مرجع سابق، ص48.

Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, pp95-96. Voir aussi M. ROURE, op- cit, p62.

لانتفاع بالعين، ولكنها ما دامت ضرورية لحفظ العين فهذه الصفة هي التي تغلب عليها<sup>1</sup>. وهذه الترميمات لا يلزم بها المؤجر إذا لم تكن لازمة لانتفاع المستأجر المسير بالمحل التجاري أو لا يهدده خطر جراء عدم القيام بها<sup>2</sup>.

نشير إلى نقطة مهمة تتمثل في أنه لا يجوز للمستأجر المسير أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة الضرورية لحفظ العين المؤجرة<sup>3</sup>، لأنها من حقه وفي نفس الوقت تدخل ضمن الالتزامات الواقعة على عاتقه<sup>4</sup>.

**ب- الترميمات الضرورية لانتفاع المستأجر المسير بالمحل التجاري:** هي ترميمات لازمة لتمكين المستأجر المسير من الانتفاع بالمحل التجاري انتفاعا كاملا<sup>5</sup>، وهي قد تكون مستعجلة وقد لا تكون كذلك، رغم أن الغالب هو أن يصحبها ظرف الاستعمال، فإذا لم يتم بها المؤجر نقص انتفاع المستأجر المسير بالمحل التجاري المؤجر تسييره نقصا يزيد أو ينقص تبعاً لحجمها، ومن أمثلة ذلك صيانة الآلات التي يستخدمها التاجر في مصنعه مثلاً،... إلخ<sup>6</sup>.

**ج- الترميمات التأجيرية:** هي ترميمات وإن كانت ضرورية أيضاً لانتفاع بالمحل التجاري، إلا أنها بسيطة غير مكلفة وجرى العرف على أن يقوم بها المستأجر المسير، كإصلاح الأقفال والمفاتيح وتجديد ألوان الجدران... إلخ، فمثل هذه الترميمات البسيطة يقع عبؤها على المستأجر المسير ولا يلتزم بها المؤجر<sup>7</sup>، أما الترميمات الكبيرة فهي على عاتق المؤجر<sup>8</sup>.

إضافة إلى هذا ألزم المشرع في نص المادة 3/479 ق م ج المؤجر على تحمل تكاليف الرسوم والضرائب وغيرها من التكاليف المثقلة بالعين المؤجرة، وهذا خلافاً للنص القديم (المعدل بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007) بحيث جاء فيه أن المؤجر يتحمل إضافة إلى الرسوم والضرائب ثمن المياه إذا قدر جزافاً أما إذا قدر بالعداد فيكون على المستأجر، أما ثمن الكهرباء والغاز وغير ذلك مما هو خاص بالاستعمال الشخصي فيتحملة المستأجر، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 260.

2 - أنظر هلال شعوة، مرجع سابق، ص 108.

3 - هذا حسب نص المادة 1/482 ق م ج. أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 108.

4 - أنظر أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 259.

5 - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 193. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 260. أنظر أيضاً سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط 2013، مرجع سابق، ص 204.

6 - أنظر هلال شعوة، مرجع سابق، ص 109.

Voir aussi Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p397.

7 - أنظر سعد الجبر، مرجع سابق، ص 99.

8 - Mourice ROBINAULT, op- cit, p181. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p95.

أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 115.

يبقى القول الفصل فيما يعتبر من الترميمات الضرورية أو الترميمات التأجيرية لقاضي الموضوع، بما له من سلطة تقديرية واسعة ودون رقابة عليه من المحكمة العليا، ما دام استخلاصه من الأوراق والمستندات سائعا، ويرجع القاضي في الغالب إلى عرف الجهة ليوقف على طبيعة الترميمات التي ثار بشأنها النزاع<sup>1</sup>.

يستوجب الالتزام بصيانة المحل في الأخير على المالك بدفع الضرائب المرتبطة بالمحل والتي لا تزال تعتبر منجزة شخصيا، ونعلم أنه في نظر القانون الجبائي أن إيجار التسيير يعتبر دائما كطريقة خاصة لاستغلال المحل المؤجر، أيضا مالك المحل يستمر، رغم إيجار التسيير، خاضع لكل الضرائب المطبقة على التجار، ومقابل الإيجار الذي يتحصل عليه مالك المحل تعتبرها إدارة الضرائب كأرباح الاستغلال<sup>2</sup>.

**ثانيا: جزاء إخلال المؤجر بالتزامه بصيانة المحل التجاري:** يترتب على إخلال المؤجر بالتزامه بصيانة المحل التجاري مجموعة من الجزاءات، وهذا حسب نص المادة 1/480 ق م ج التي تنص على أنه (في حالة عدم تنفيذ المؤجر لالتزامه بالصيانة وبعد إعداره بموجب محرر غير قضائي، يجوز للمستأجر المطالبة بفسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار، دون الإخلال بحقه في التعويض). وتتمثل هذه الجزاءات فيما يلي:

**أ- التنفيذ العيني:** إذا لم يتم إشعار المؤجر بضرورة صيانة الآلات والعقار فإن المستأجر المسير لا يعتبر يعاني من حالتها الناقصة، أما إذا تم إخطاره ولكن رفض القيام بصيانتها، فإنه يمكن للمستأجر المسير أن يرفع دعوى أمام القضاء يطالب فيها المؤجر بإجراء الترميمات الضرورية التي تقع على عاتقه، ويحكم القضاء بالزام المؤجر بإجراء هذه الترميمات<sup>3</sup>، ويحدد له ميعادا للقيام بها. وكل هذا ما لم تكن نفقات الترميمات باهضة لا تتناسب مع الأجرة فيعفى المؤجر من التنفيذ العيني، ويقتصر الأمر على الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن كان له مقتضى<sup>4</sup>. كما يمكن للمستأجر المسير بعد حصوله على ترخيص من القضاء أن يقوم بهذه الصيانة على حساب المؤجر.

يحدث في بعض الأحيان أنه حتى وإن تم إشعار المؤجر، فإن هذا الأخير لا يلتزم بالصيانة ولا باستبدال الآلات إذا تم الاعتراف أنها لم تكن ضرورية إلا لنقص الاعتناء بها من قبل المستأجر المسير، والأمر نفسه إذا لم يتم إخطار المؤجر في الوقت المناسب بهذه الضرورة، لأنه بخطئه تسبب في تفاقم حالة الأشياء<sup>5</sup>.

**ب- فسخ عقد إيجار التسيير:** تطبيقا للقواعد العامة تقرر المادة 1/480 ق م ج وقياسا عليها فإن للمستأجر المسير حق طلب فسخ العقد لإخلال المؤجر بالتزامه. بيد أن للمحكمة السلطة التقديرية بشأن طلب الفسخ، فلها أن

<sup>1</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 391.

<sup>2</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p98. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, pp188-189.

<sup>3</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p191.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 267-268. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص 102-103. أنظر أيضا هلال شعوة، مرجع سابق، ص 139. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 143-144.

<sup>5</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p191.

ترفض إجابة المستأجر المسيّر إلى طلبه، وتمنح المؤجّر مهلة ليقوم خلالها بإجراء الترميمات، كما أن لها أن تحكم به حسب ما يترأى لها من ظروف القضية<sup>1</sup>، ولكن يجب دائما مراعاة الطابع التجاري للعقد.

**ج- إنقاص بدل إيجار التسيير:** إذا حدث وكان المحل التجاري محل عقد إيجار التسيير يحتاج إلى ترميم (إن المقصود هنا ليس المحل التجاري كمال منقول معنوي وإنما العناصر المكونة له) وتعاكس المؤجّر عن الإصلاح، وفضل المستأجر المسيّر الاستمرار في استغلال المحل التجاري دون المطالبة بالتنفيذ العيني، كان له الحق في طلب إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من منفعة المحل التجاري بسبب ما لحقه من تلف. فالأجرة التي اتفق عليها في عقد إيجار التسيير قد روعي فيها الانتفاع الكامل بالعين، فإذا نقص هذا الانتفاع وجب أن تنقص الأجرة أيضا بقدر النقص في الانتفاع ومن وقت حصول هذا النقص، وليس من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت إعدار المؤجّر بالقيام بالترميمات، فهذا الإنقاص ليس جزءا لخطأ أو تقصير إرتكبه المؤجّر وإنما هو مقابل لنقص في الانتفاع<sup>2</sup>. وإذا ما حكم بإنقاص الأجرة، وتدارك المؤجّر الأمر وقام بالإصلاحات الواجبة عليه القيام بها كان له الحق في الأجرة كاملة من وقت قيامه بالترميمات<sup>3</sup>.

غير أنه على المستأجر المسيّر إثبات أن فقدان الزبائن مثلا كان نتيجة عدم كفاية التصليحات التي قام بها المؤجّر<sup>4</sup>.

**د- التعويض:** يجوز للمستأجر المسيّر في جميع الأحوال، سواء في طلب التنفيذ العيني أو إنقاص الأجرة أو الفسخ أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي أصابته بسبب عدم قيام المؤجّر بالتزامه بالصيانة وما ترتب عليه من نقص في الانتفاع بالمحل التجاري.

علاوة على ذلك يجوز للمستأجر المسيّر أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر في شخصه أو في ماله بسبب عدم قيام المؤجّر بتنفيذ التزامه بالصيانة أو التأخر فيه، وقد يتمثل الضرر فيما يتكبده من نفقات نقل الأثاث وأجرة التخزين، أو الضرر الذي يصيبه نتيجة فسخ العقد قبل انتهاء مدته، ويشترط لاستحقاق هذا التعويض أن

<sup>1</sup> - أنظر سعد الجبر، مرجع سابق، ص104. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص203. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص842. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص116.

Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p191.

<sup>2</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص202. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص392-393. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص841. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص271-272.

Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p191.

<sup>3</sup> - محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص841. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص393. أنظر أيضا أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص272.

<sup>4</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p192.

يكون التلف راجعا إلى خطأ المؤجّر أو من يسأل عنهم، فإن كان التلف راجعا إلى سبب أجنبي فلا مسؤولية على المؤجّر عن هذه الأضرار<sup>1</sup>.

هـ- تحمل المؤجّر نفقات الترميمات الضرورية المستعجلة التي يقوم بها المستأجر المسيّر: تنص المادة 2/480 ق م ج على أنه (إذا كانت الترميمات مستعجلة، جاز للمستأجر أن يقوم بتنفيذها على حساب المعني بالأمر). يتضح لنا حسب نص هذه أنه قد يحدث وأن يحتاج المحل التجاري المؤجّر تسييره إلى ترميمات ضرورية مستعجلة من أجل الانتفاع به انتفاعا يحقق الغرض الذي خصص من أجله، ولا تحتل التأخير لأن من شأن ذلك أن يقلل من انتفاع التاجر به. فبناء على ذلك أجاز المشرع للمستأجر المسيّر القيام بهذه الترميمات بنفسه دون انتظار قيام المؤجّر بها، ولكن يجب عليه القيام بإعذار هذا الأخير بهذه الحالة<sup>2</sup>، على أن كل هذه النفقات التي يتم صرفها في هذه الترميمات تقع على عاتق المؤجّر.

غير أنه إذا قام المستأجر المسيّر بهذه الترميمات المستعجلة دون إعذار المؤجّر يعتبر مخلا بالتزامه، ولا يجوز له الرجوع على المؤجّر بما أنفقه في سبيل قيامه بهذه الترميمات بناء على نص المادة 480 ق م ج، ولكن يمكن له الرجوع عليه بما أثري به مؤسسا دعواه على الإثراء دون سبب وفقا لنص المادة 141 ق م ج إذا توفرت شروطها.

ثالثا: حق المؤجّر في إجراء الترميمات الضرورية لحفظ المحل التجاري: تنص المادة 482 ق م ج على أنه (لا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجّر من إجراء الترميمات المستعجلة الضرورية لحفظ العين المؤجرة). غير أنه إذا ترتب على إجراء هذه الترميمات إخلال كلي أو جزئي في الانتفاع بالعين المؤجرة، جاز للمستأجر، حسب الحالة، طلب فسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار. إذا بقي المستأجر في العين المؤجرة بعد إتمام الترميمات فليس له حق طلب الفسخ).

رأينا فيما سبق أن المؤجّر ملتزم بالقيام بالترميمات الضرورية لانتفاع المستأجر المسيّر بالمحل التجاري، بحيث يمكن لهذا الأخير أن يلزمه على القيام بها، غير أننا بالرجوع إلى نص المادة 482 ق م ج نجد أن هناك نوعا آخر من الترميمات التي يجب على المؤجّر القيام بها، تتعلق بالترميمات الضرورية لحفظ المحل التجاري من الهلاك، وإضافة إلى كونها التزم فهي تعد في نفس الوقت حقا للمؤجّر في إجرائها ولو اعترض المستأجر المسيّر على ذلك، ولإعمال هذا الحق يشترط توافر مجموعة من الشروط نلخصها فيما يلي:

<sup>1</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص393. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص203. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص105. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص116.

<sup>2</sup> - تنص المادة 497 ق م ج على أنه (يجب على المستأجر أن يخبر، فورا، بكل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين المؤجرة إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها، أو يتعدى الغير بالتعرض، أو الإضرار بها).

Voir aussi M. WEISMANN et Roger DEBLED, Achat- vente et gérance d' un fonds de commerce, 9<sup>ème</sup> éd, op- cit, p I 30.

أ- أن تكون تلك الترميمات لازمة وضرورية لحفظ المحل التجاري من الهلاك: ولذلك لا يكفي أن يكون المقصود من هذه الترميمات تحسين المحل التجاري أو الزيادة فيه، وإنما لا بد أن تكون الترميمات ضرورية لإصلاح شقوق أصابت جدار العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري، فهذه الترميمات تعد واجبة على المؤجر وهي حق له في نفس الوقت، وبالتالي لا يجوز للمستأجر المسير منع المؤجر من القيام بها<sup>1</sup>.

ب- يجب أن تكون هذه الترميمات مستعجلة: يقصد بذلك أن تكون هذه الترميمات الضرورية لحفظ المحل التجاري من الهلاك ملحّة، بحيث يخشى من فوات الوقت دون إجرائها، وبالتالي لا يمكن إرجاؤها إلى ما بعد انتهاء إيجار التسيير دون أن يتعرض المحل التجاري للهلاك أو التلف وعلى المؤجر عبئ إثبات ذلك.

إذا ما توافرت هذه الشروط كان للمؤجر حق القيام بها ولا يجوز للمستأجر المسير أن يمنعه من إجرائها بدعوى أن إجراءها يخل بانتفاعه بالمحل التجاري، لأن هذا الانتفاع ذاته مهدد ما دام هذا الأخير ذاته معرض للهلاك، كما أن حفظ المحل التجاري مقدم على انتفاع المستأجر المسير<sup>2</sup>.

ج- يجب على المؤجر إخطار المستأجر المسير برغبته في القيام بالترميمات الضرورية: يجب على المؤجر أن يخطر المستأجر المسير بعزمه على إجراء الترميمات المستعجلة الضرورية لحفظ المحل التجاري قبل إجرائها بمدة كافية، حتى يتدبر المستأجر المسير أمره ويأخذ احتياطه ليتفادى ما قد يلحقه من ضرر. كذلك يجب على المؤجر أن يبذل العناية الواجبة في القيام بهذه الترميمات، فيختار أيسر سبيل لإجرائها حتى لا يجشم المستأجر المسير إلا أقل ضرر ممكن، ولا يستغرق إلا المدة اللازمة لإجرائها دون إبطاء.

وإذا وقع خلاف بين المؤجر والمستأجر المسير على حق المؤجر في إجراء الترميمات، جاز الإلتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة، إما لوقف أعمال الترميمات مؤقتاً إذا رأى القاضي داعياً لذلك حتى يبيت قاضي الموضوع نهائياً في النزاع، وإما للترخيص في عمل الترميمات التي لا بد من إجرائها فوراً للمحافظة على المحل التجاري<sup>3</sup>.

إن منح المشرع هذا الحق للمؤجر لا يعني أنه لم يضمن حق المستأجر المسير، بل بالعكس من ذلك فقد أعطى له الحق في المطالبة بإنقاص الأجرة بنسبة ما نقص من الانتفاع في حالة الإخلال الجزئي غير الجسيم بالانتفاع. أما إذا كان الإخلال جسيماً أو كلياً بالانتفاع بالمحل التجاري كان للمستأجر المسير المطالبة بفسخ عقد

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 208. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 277-278. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 152. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 846.

<sup>2</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأمان، مرجع سابق، ص 397. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص 111. أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 279. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 209.

<sup>3</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 279. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 153.

إيجار التسيير، وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم بإنقاص الأجرة أو فسخ العقد حسب ما يراه مناسباً، وهذا ما يتضح لنا من نص المادة 2/482 ق م ج.

غير أن المشرع أورد حكماً في الفقرة الأخيرة من نص المادة 482 ق م ج تتمثل في أنه إذا بقي المستأجر المسيّر في المحل التجاري بعد إتمام الترميمات فليس له الحق في طلب فسخ العقد، وإنما يمكن له تقديم طلب إنقاص بدل الإيجار.

## الفرع الثالث

### الالتزام بالضمان

إضافة إلى التزام المؤجّر بتسليم المحل التجاري للمستأجر المسيّر في حالة تسمح بتحقيق الغاية التي عقد العقد من أجلها، وقيامه بالترميمات اللازمة سواء كانت لازمة لانتفاع المستأجر المسيّر بالمحل التجاري وفقاً للغرض المخصص له أو كانت لازمة لحفظه من الهلاك، يقع على عاتق المؤجّر أيضاً التزام آخر مرتبط بالالتزام السابقان يتمثل في الضمان، بحيث يجب عليه أن يضمن كل تعرض سواء من جانبه أو من الغير، وكل عيب في المحل التجاري يحول دون تمكين المستأجر المسيّر من الانتفاع به.

يعود سبب هذا الالتزام إلى المبدأ الذي يقرر بأنه يقع على عاتق كل شخص ينقل إلى الغير حق ملكية أو أي حق عيني آخر أن ينقل إلى هذا الغير الحياة الهادئة، لا يعكس صفوها تعرض منه أو من غيره، أو خلل أو نقص ناتج عن عيب خفي في الشيء الذي يقع عليه الحق، ويرتب التزام المؤجّر بالضمان حقا للمستأجر المسيّر في دعوى الضمان وهي دعوى متميزة عن غيرها من دعاوى البطلان والفسخ.

**أولاً: الالتزام بضمان التعرض:** يلتزم المؤجّر اتجاه المستأجر المسيّر بضمان الانتفاع الهادئ والكامل بالمحل التجاري، وأن لا يقوم بأي عمل من شأنه إعدام أو إنقاص حق المستأجر المسيّر في الانتفاع بالعين المؤجرة، وأن يدفع أيضاً تعرض الغير الذي يدعي حقا على المحل التجاري، وهذا حسب نص المادة 483 ق م ج.

**أ- ضمان التعرض الشخصي:** تنص المادة 1/483 ق م ج على أنه (على المؤجّر أن يمتنع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، ولا يجوز له أن يحدث بها أو بملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع).

1- المقصود بالتعرض الشخصي: يتضح لنا من خلال النص المذكور أعلاه أن المشرع قصد بالتعرض الشخصي كل تصرف يصدر من المؤجّر يؤدي إلى تغيير أو انحراف عن شروط الانتفاع التي يتضمنها عقد إيجار استغلال المحل التجاري يعتبر تعرضاً من شخص المؤجّر ويخل بالتزامه بضمان الحياة الهادئة للمستأجر<sup>1</sup>، إذ يجب على

1 - محمد أنور حمادة، مرجع سابق، ص 90.

المالك الإمتناع عن القيام بكل ما من شأنه إنقاص قيمة المحل التجاري المؤجر تسييره، خاصة لا يمكنه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة المساس بالزبائن، محل عقد إيجار التسيير<sup>1</sup>. ولا يقتصر ضمان المؤجر لتعرض نفسه، وإنما يشمل أعمال تابعيه، على أن يصدر الفعل بناء على ما لهم من صلة بالمؤجر<sup>2</sup>. بمفهوم آخر أن التعرض الذي يحدث من أحد أتباع المؤجر يعتبر في حكم التعرض الشخصي<sup>3</sup>.

2- أنواع التعرض الشخصي: قلنا سابقا أن التعرض الشخصي هو كل تصرف صادر عن المؤجر يؤدي إلى الإخلال بالحيازة الهادئة التي يجب أن يتمتع بها المستأجر المسير في انتفاعه بعناصر المحل التجاري المنقولة إليه بموجب العقد، والتصرف قد يكون ماديا وقد يكون قانونيا، وعلى ذلك ينقسم التعرض الشخصي للمؤجر إلى نوعين هما:

- التعرض المادي: يتحقق بأي فعل مادي يعطل به المؤجر انتفاع المستأجر المسير دون أن يستند في القيام به إلى حق يدعيه على المحل التجاري، مثال ذلك أن يحدث المؤجر في المحل التجاري أو ملحقاته تغييرا يخل بانتفاع المستأجر المسير به، كأن يهدم جزء من العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري<sup>4</sup>.

إن المؤجر لا يمكن له التدخل في استغلال المحل التجاري، ولكن يمكن له تقديم طلب للمستأجر المسير من أجل إفادته بتقرير حول وضعية المحل التجاري هل هي إيجابية أم سلبية وعن وضعية الديون المتعلقة به، وعلى المستأجر المسير أن يستجيب لطلب المؤجر في هذا الشأن<sup>5</sup>. ولكن من المسلم به أنه في بعض الأحيان يمكن له ممارسة بعض الرقابة على تسيير المستأجر المسير؛ وعقد إيجار التسيير ينص عموما على أنه يمكن للمؤجر فحص التسيير المتبع من قبل المستأجر<sup>6</sup>.

---

« ... Et garantir au locataire une jouissance paisible du fonds». Georges DECOCQ, op- cit, p256. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p100.

« Le contrat de location gérance prévoit également que le bailleur s'oblige à garantir le locataire gérant de tous troubles, revendications, saisies ou évictions pouvant inquiéter son droit à la libre jouissance de l'exploitation du fonds loué». CA. Nîmes 03-10- 2016.14/05468.

<sup>1</sup> - M. ROURE, op- cit, p62.

<sup>2</sup> - محمد إبراهيم علي شبيبك، مرجع سابق، ص292.

Voir aussi Olivier BARRET, op- cit, p265.

<sup>3</sup> - خميس الخضر، عقد الإيجار في التقنين المدني والتشريعات الخاصة، مكتبة القاهرة الحديثة، د ب ن، 1973، ص217.

<sup>4</sup> - أنظر سعد الجبر، مرجع سابق، صص113-114. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص852. أنظر أيضا هلال شعوة، مرجع سابق، ص118. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص213. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص423. أنظر أيضا أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص276. أنظر أيضا خميس الخضر، مرجع سابق، ص218. أنظر أيضا سيار عزالدين وحساين سامية، التعرض الموجب للضمان في عقد الإيجار - دراسة مقارنة على ضوء القانون رقم 05/07 المعدل والمتمم للقانون المدني، جامعة محمد خيضر بيسكرة، المجلد 13، ع1-2018، ص186.

<sup>5</sup> - Civ. 29 oct. 1970, n° 69-13.894, bull. Civ. III, n° 564, p410.

<sup>6</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p397.

- التعرض القانوني: يتمثل في ادعاء المؤجر حقا على المحل التجاري، ويتعارض مع حق المستأجر المسير في الانتفاع به، وذلك بأن يحول دون انتفاعه أو ينقص من هذا الانتفاع<sup>1</sup>. فعلى سبيل المثال إذا تنازل المالك عن محله التجاري لمستأجرين مسيرين متتابعين، فمن المؤكد أن الصحيح هو الأسبق في الاتفاق، أما الآخر فهو باطل لعدم وجود المحل، فالمستأجر الثاني له مجرد تعويض عما لحقه من ضرر<sup>2</sup>، فلا عبرة بالشخص الذي يضع يده أولاً على العين المؤجرة<sup>3</sup>، لأن قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز لا تسري في هذا المجال باعتبار أن المحل التجاري مال منقول معنوي (يشترط العقد الرسمي لدى الموثق، القيد والنشر وليس الحيازة).

وعليه فلا يحق للمؤجر أن يخرج المستأجر المسير من المحل التجاري أو أن يخل بالانتفاع به، لأنه ضامن لحق المستأجر المسير في الانتفاع، ولا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضمان، إذ الضمان والاسترداد لا يجتمعان<sup>4</sup>. وحسب الفقرة الثانية من نص المادة 483 ق م ج فإن المؤجر لا يضمن تعرضه الشخصي فقط، وإنما يضمن أيضا تعرض تابعيه<sup>5</sup>.

3- شروط ضمان التعرض الشخصي الصادر من المؤجر: يشترط لتحقيق التعرض الشخصي الموجب للضمان مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

---

<sup>1</sup> - أنظر هلال شعوة، مرجع سابق، ص 117. أنظر أيضا أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 277. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 302-303. أنظر أيضا مصطفى كمال طه ووائل بندق، مرجع سابق، ص 687. أنظر أيضا أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 277. أنظر أيضا سيار عزالدين وحساين سامية، مرجع سابق، ص 188.

<sup>2</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p100. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p200.

<sup>3</sup> - غير أن الأستاذ Xavier DELPECH يرى أنه «إذا تم إيجار نفس المحل التجاري لشخصين فإن الذي وضع يده بحسن نية هو الأولي (المفضل) وفيما بعد له أن يحتفظ به، وحتى ولو كان إيجار التسيير له تاريخ لاحق. ولكن في نفس الحالة أين لم يضعها يدهما على المحل التجاري، فإن الذي له تاريخ ثابت هو المفضل أو الأحق بالمحل التجاري».

Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p398.

كما أن الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية قضت بتاريخ 25 جوان 1975، على أنه «عند وجود إيجارين متعاقبين على نفس الأموال الممنوحة لشخصين مختلفين، فإن محكمة الاستئناف استطاعت أن تحكم على أن الإيجار الذي حاز على تاريخ ثابت لا يحتج به على المستأجر الذي في نفس التاريخ يحوز بنفسه الأموال المؤجرة منذ عدة سنوات، ومنذ الوقت الذي تحققت من أن المستأجر الذي يستفيد من أولوية سنده كان يعلم بهذه الوضعية، فإن هذا يستبعد حسن نيته».

Civ. 25 juin 1975, n°74-10.397, bull. Civ.III, n°217, p166.

<sup>4</sup> - أنظر سمير عبد السيد تتاغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 159.

<sup>5</sup> - «يقصد بالاتباع في هذا الشأن معنى أوسع من المقصود بالتابعين الذين يسأل الشخص عن أخطائهم مسؤولية تفسيرية، إذ يعتبر من أتباع الشخص فيما يتعلق بمسؤوليته العقدية كل شخص ليس أجنبيا عنه، فيدخل في ذلك ممثلو الشخص من ولي أو وصي أو قيم أو وكيل، ... والأشخاص الذين يستعين بهم في وفاء تعهداته أو في مباشرة حقوقه قبل مدينتهم كالمساعدين، وخلف العاقد سواء أكان عاما أم خاصا كالورثة». سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 441 وما بعدها.

- يجب أن يقع التعرض فعلا: فلكي يتحقق ضمان المؤجّر يجب أن يقع منه تعرض بالفعل، فلا يكفي الخشية من وقوع التعرض، فمجرد تهديد المؤجّر بالتعرض المادي للمستأجر لا يعتبر تعرضا بل يجب القيام به فعلا، وفي صورة التعرض القانوني، فإنه لا يتحقق طالما لم يطالب المؤجّر بأي حق على المحل التجاري<sup>1</sup>.

- يجب أن يقع التعرض في أثناء مدة انتفاع المستأجر المسيرّ بالمحل التجاري: ذلك التعرض المعتبر به هو الذي يصدر من المؤجّر خلال مدة سريان عقد إيجار التسيير، لا قبله ولا بعده، فإذا أتى المؤجّر فعلا قبل انعقاد إيجار التسيير أو بعده، فلا يعد ذلك تعرضا للمستأجر المسيرّ، أما إذا قام المؤجّر بذلك الفعل في الفترة الممتدة ما بين انعقاد العقد وتسلم المستأجر المسيرّ للمحل التجاري، وكان هذا الفعل مؤثرا على انتفاع المستأجر المسيرّ به عد تعرضا<sup>2</sup>.

- يجب أن يكون عمل المؤجّر غير مشروع: بحيث أنه يجب أن لا يستند المؤجّر في فعله إلى ترخيص خاص يخوله القيام بذلك العمل ويوجب على المستأجر المسيرّ تحمله، سواء كان هذا الترخيص منصوصا عليه في عقد إيجار التسيير أو في القانون أو صادرا به حكم قضائي. فمثلا لا يعتبر تعرضا من المؤجّر قيامه بالترميمات اللازمة لحفظ المحل التجاري من الهلاك<sup>3</sup>.

- يجب أن يصدر من المؤجّر عمل يحول دون انتفاع المستأجر المسيرّ بالمحل التجاري أو يخل بهذا الانتفاع: ويكون كذلك إذا ترتب عن فعل المؤجّر حرمان المستأجر المسيرّ من الانتفاع كلية بالمحل التجاري أو الانتقاص من هذا الانتفاع. وتقدير ما إذا كان الفعل الذي صدر من المؤجّر قد ترتب عليه الإخلال بالانتفاع بالمحل التجاري أم لا، يعتبر مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة عليه في ذلك من المحكمة العليا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص854. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص215. أنظر أيضا أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص277. أنظر أيضا تهميش بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص113. أنظر أيضا سيار عزالدين وحساين سامية، مرجع سابق، ص188-189.

<sup>2</sup> - أنظر هلال شعوة، مرجع سابق، ص120. أنظر أيضا خميس الخضر، مرجع سابق، ص220. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص305. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص424. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص160. أنظر أيضا تهميش بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص113. أنظر أيضا تهميش بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص113. أنظر أيضا سيار عزالدين وحساين سامية، مرجع سابق، ص189.

<sup>3</sup> - أنظر سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص424. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص854-855. أنظر أيضا أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص278. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص401. أنظر أيضا تهميش بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص113. أنظر أيضا سيار عزالدين وحساين سامية، مرجع سابق، ص190.

<sup>4</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص854. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص305-306. أنظر أيضا أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص277. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص160-161. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص426. أنظر أيضا تهميش بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص113. أنظر أيضا سيار عزالدين وحساين سامية، مرجع سابق، ص190.

- منافسة المؤجر للمستأجر المسير كصورة من صور التعرض الشخصي: أثناء مدة عقد إيجار التسيير يلتزم المؤجر ويتعهد بعدم مزاوله نشاط تجاري مماثل أو يهتم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بذلك في حدود مسافة معينة عن المحل التجاري، وخلال مدة زمنية معينة<sup>1</sup> وفي نوع معين من التجارة<sup>2</sup>، والتزام مؤجر المتجر بعدم منافسة المستأجر، هو التزام ينشأ تلقائياً عن عقد إيجار الاستغلال. فإقامة المؤجر تجارة مماثلة وسحب العملاء بعد إبرام عقد إيجار الاستغلال يعد تعرضاً يلحق ضرراً كبيراً بالمستأجر ويحرمه من تحقيق الغاية المنشودة من إيجار المتجر ألا وهي استمرار تردد العملاء، وهو في هذا يشبه التزام بائع المتجر بعدم منافسة المشتري<sup>3</sup>.

يرد إيجار التسيير على حق الاتصال بالعملاء، والمالك بصفته مؤجر يلتزم بعدم القيام بأي عمل من شأنه تحويل عملاء المحل المؤجر تسييره<sup>4</sup>، فمن المؤكد أن الأمر لا يتعلق هنا بالمنافسة غير المشروعة، ولكن هذا التزام مترتب عن عقد إيجار التسيير والذي يمنع المؤجر بعد إيجار تسيير محله من القيام بأي عمل من أعمال المنافسة التجارية التي يمكن أن تمس بالمستأجر المسير وتجذب جزء من زبائنه<sup>5</sup>، ولكن يمكن له القيام بالعمليات التجارية التي ليس لها علاقة بالنشاط التجاري الممارس في المحل المؤجر<sup>6</sup>.

إن الالتزام بعدم المنافسة لا يمنع مؤجر الاستغلال من إنشاء متجر مماثل يزاول فيه ذات النشاط إذا كان في منطقة بعيدة عن منطقة تواجد المحل التجاري الأول، كما له أن ينشئ محلاً تجارياً في ذات المنطقة يزاول فيه نشاطاً مختلفاً عن نشاط الأول، فذلك لا يؤدي إلى منافسة المستأجر، فالمؤجر مثلاً لمحله تجارة أقمشة في حي

<sup>1</sup> - M. WEISMANN et Roger DEBLED, Achat, vente et gérance d' un fonds de commerce, 9<sup>ème</sup> éd, op-cit, p I 30. Voir dans ce sens Com. 23 nov. 1970, n°69-13.625, bull. Civ. n° 310, p272.

<sup>2</sup> - « فبالنسبة للمكان: يجب أن يكون المكان محدد في رقعة جغرافية معينة، فغالبا ما يكون الزبائن زبائن محليين (أي من تلك المنطقة) وفي بعض الأحيان زبائن الحي، وعليه إذن لا تثار مسألة منع المالك من فتح محل تجاري في حي آخر أو مدينة أخرى.

- بالنسبة للزمان: لكي يكون المنع صحيحاً يجب أن يكون محدداً من حيث الزمان، فالمؤجر لا يمكن أن يلتزم بعدم المنافسة لمدة غير محددة من الزمان، ولا يجب أن تتجاوز مدة عقد إيجار التسيير.

- بالنسبة لنوع النشاط: يجب أن يكون شرط المنع محدد من حيث نوع النشاط التجاري الممارس في المحل التجاري محل عقد إيجار التسيير، فالمؤجر له الحق في ممارسة أي نشاط تجاري له طبيعة مختلفة عن النشاط الأول. فإذا كانت التجارة الممارسة في المحل التجاري المؤجر تسييره تجمع بيع العديد من المنتجات، فمن الطبيعي أن يمنع على المالك ممارسة أي نشاط متخصص في أي من هذه المواد. إن هذا المنع سواء وجد كشرط في العقد أو لم يوجد يجب على المؤجر أن يمتنع عن القيام بتجارة مماثلة».

Jacques VERDEIL, op- cit, p104-105.

لمزيد من المعلومات حول هذه النقطة، أنظر المواجهة مراد والعرمان محمد، الحماية الاتفاقية للمحل التجاري، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد 7، ع21-2015، ص42 وما بعدها.

<sup>3</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص205. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص113.

Voir dans ce sens: Com. 8 jui. 2003, n°99-10.181, bull. Civ. IV, n° 120, p139. Voir aussi M. ROURE, op- cit, pp63-64.

<sup>4</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, pp195-196.

<sup>5</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p103.

أنظر أيضا سيار عزالدين وحسابين سامية، مرجع سابق، ص193-194.

<sup>6</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, pp195-196.

معين يجوز له إنشاء محل أقمشة في حي آخر بعيد عن الحي الأول، كما يجوز أن ينشئ محل بقالة في ذات الحي الأول<sup>1</sup>.

4- الجزاء المترتب على التعرض الشخصي: إذا أخل المؤجر بالتزامه بالضمان وتوفرت الشروط التي ذكرناها سابقا تحققت مسؤولية المؤجر بالضمان، وللمستأجر المسير المطالبة بما يلي:

- التنفيذ العيني: للمستأجر المسير إذا واجه من المؤجر تعرضا ماديا أو تعرضا مبنيا على سبب قانوني، أن يطلب وقف هذا التعرض، فإذا صدر من المؤجر أي عمل من أعمال التعرض سواء أكان ماديا أم قانونيا كان للمستأجر المسير أن يلزمه قضاء بأن يقوم بالتزامه، بل له عند الضرورة أن يلجأ إلى قاضي الأمور المستعجلة لوقف التعرض<sup>2</sup>.

- فسخ عقد إيجار التسيير: إذا كان التعرض جسيما من شأنه حرمان المستأجر المسير من الانتفاع بالمحل التجاري، أو إنقاص الانتفاع به إنقاصا كبيرا، أو عدم امتثال المؤجر لحكم القضاء بوقف التعرض وواصل التعرض مرة بعد مرة، فإن للمستأجر المسير المطالبة بفسخ عقد إيجار التسيير. أما إذا كان العمل الذي أتاه المؤجر لا يبرر فسخ عقد إيجار التسيير، فإن القاضي قد يرفض طلبه لما له من سلطة تقدير جسامته الإخلال ومدى أثره على منفعة المستأجر المسير بالمحل التجاري<sup>3</sup>.

- إنقاص الأجرة: للمستأجر المسير - ومنذ البداية- إذا فضل الاستمرار في استغلال المحل التجاري مع وجود التعرض أن يطلب إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من منفعة العين بسبب التعرض الحاصل، ويلاحظ أن نقص

<sup>1</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص205 وما بعدها. أنظر أيضا مصطفى كمال طه ووائل بندق، مرجع سابق، ص687. أنظر أيضا أكنم أمين الخولي، مرجع سابق، ص568. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص297.

« Le bailleur doit: ne pas faire concurrence au gérant». Patrice Geron, op-cit, p86.

« المنع من تحويل أو تصريف زبائن الغير: فالزبائن ملك للذي يجذبهم ويحتفظ بهم. يكون الضرر الناتج عن المنافسة مشروعاً عندما لا يتم استخدام أساليب غير نزيهة من أجل جذب زبائن الغير، وبخلاف ذلك عند وجود تحويل للزبائن فإن ذلك يعاقب عليه باعتباره منافسة غير مشروعة، أيضا بموجب النصوص الخاصة للبند 17 من الأمر الصادر في 1986، الذي يهدف إلى ضمان المنافسة المشروعة بين المتعاملين الاقتصاديين».

Claudine alexandre- CASELLI et autres, s/d Yves CHAPUT, Le droit des affaires, la clientèle et la concurrence, op-cit, p62.

« Le bailleur suspend ses activités et s' engage à ne pas faire concurrence à son locataire sur le marché où celui- ci vient de prendre place». Claudine alexandre- CASELLI et autres, s/d Yves CHAPUT, Le droit des affaires, la clientèle appropriée- fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique, op-cit, p283.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص328 وما بعدها. أنظر أيضا خميس الخضر، مرجع سابق، ص221. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص405. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص469.

<sup>3</sup> - أنظر هلال شعوة، مرجع سابق، ص121. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص228. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص332. أنظر أيضا خميس الخضر، مرجع سابق، ص222.

Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p200.

الأجرة لا يمكن أن يكون إلا بالنسبة للمستقبل، ولذلك يحق للمستأجر أن يطلب تعويضه عما لحقه من ضرر في الماضي بسبب تعرض المؤجر له<sup>1</sup>.

- التعويض: يجوز مع طلب التنفيذ العيني أو الفسخ أو إنقاص الأجرة، طلب التعويض عن الضرر الذي أصاب المستأجر المسير، من أعمال التعرض التي قام بها المؤجر والتي أدت إلى خلل في انتفاع المستأجر المسير<sup>2</sup>. والتعويض يحكم به على أساس المسؤولية العقدية، ويحكم به عن الضرر الآخر غير انتقاص الانتفاع بالمحل التجاري، لأن هذا يقابله إنقاص الأجرة<sup>3</sup>.

- غلق المحل التجاري في حالة عدم الالتزام بعدم المنافسة: يمكن للمستأجر المسير مطالبة القضاء بالحكم بغلق المحل المفتوح من قبل مالك المحل التجاري رغم الالتزام بعدم المنافسة. أما إذا لم يكن من الممكن غلق المحل، حسب أهمية الضرر، فالمستأجر المسير له الحق في المطالبة إما بفسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار<sup>4</sup>.

5- عدم قابلية التزام المؤجر بضمان تعرضه للإنقسام: إن التزام المؤجر بضمان تعرضه الشخصي غير قابل للإنقسام، فإذا تعدد المؤجرون، أو ورث المؤجر ورثة متعددون، وجب على كل منهم الامتناع عن التعرض للمستأجر المسير، لا في حصته في المحل التجاري فحسب بل في كل المحل التجاري، وإذا تعرض أحدهم للمستأجر المسير كان لهذا أن يرجع عليه بالضمان كاملاً.

أما حق المستأجر المسير في طلب التعويض فينقسم، ولا يستطيع المستأجر المسير الرجوع على أي من المؤجرين إلا بمقدار حصته في المحل التجاري. ولكنه يرجع على كل مؤجر بحصته في التعويض ولو كان هذا المؤجر لم يتعرض للمستأجر المسير، ولمن لم يتعرض من المؤجرين أن يرجع على من تعرض منهم<sup>5</sup>.

6- مدى جواز تعديل أحكام الالتزام بضمان التعرض الشخصي: إن أحكام الضمان هي أحكام مكملة لإرادة المتعاقدين، وليست من النظام العام، لذا يجوز لهما أن يشددا فيه أو يخففاه، لكنه لا يجوز بأي حال من الأحوال الاتفاق على إسقاط ضمان التعرض الشخصي كلية، لأن هذا مخالف لروح أحكام الإيجار وغايته الأساسية، المتمثلة في أن يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر المسير من الانتفاع، فإن حصل مثل هذا الاتفاق فهو باطل بطلاناً

<sup>1</sup> - أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص228. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص861. أنظر أيضاً خميس الخضرم، مرجع سابق، ص222. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص169. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p200.

<sup>2</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p200.

<sup>3</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص406. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص228. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص122.

<sup>4</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, pp106-107. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, pp201-202.

<sup>5</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص336. أنظر أيضاً هلال شعوة، مرجع سابق، ص122. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص862. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص228.

مطلقاً، غير أن المشرع نص على بطلان الاتفاق الذي يعفي المؤجر من الضمان أو التخفيف فيه، كلما كان هذا الاتفاق يتناول التعرض القانوني عكس التعرض المادي الذي يمكن التخفيف منه<sup>1</sup>.

ب- **ضمان تعرض الغير**: قد يحدث وأن يصدر من الغير عمل من الأعمال ويؤدي ذلك إلى الإخلال بحق المستأجر المسيّر في الانتفاع بالمحل التجاري المؤجر تسييره، وهنا نميز بين ما إذا كان هذا العمل قانوني أم مادي كما يلي:

1- التعرض القانوني الصادر من الغير: تنص المادة 2/483 ق م ج على أنه (ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر عن مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر). سنحاول التفصيل في هذا العنصر كما يلي:

1-1- المقصود بالتعرض القانوني الصادر من الغير: نستنتج من خلال هذه الفقرة السابقة الذكر أن التزام المؤجر بضمان التعرض لا يقتصر على الأعمال التي تصدر منه أو من أتباعه، بل يشمل هذا الضمان الأفعال الصادرة من الغير ويكون مسؤولاً عن دفعها. وإذا كان المؤجر ضامناً لتعرضه الشخصي مادياً كان أم قانونياً، فإنه في ضمانه لتعرض الغير فهو لا يضمن سوى التعرض القانوني الصادر من هذا الغير، والذي يدعي فيه هذا الغير حقا يتعلق بالمحل التجاري أو بأحد عناصره ويتعارض مع ما للمستأجر المسيّر من حقوق<sup>2</sup>. وعلى عكس من ذلك إذا تعرض الغير مادياً للمستأجر المسيّر في استغلاله، فالمؤجر غير ملزم بالتدخل لضمان مستأجره، بل لهذا الأخير متابعة الغير باسمه الشخصي<sup>3</sup>، فللمستأجر المسيّر دفع هذا التعرض بالوسائل المتاحة له<sup>4</sup>.

1-2- شروط ضمان التعرض القانوني الصادر من الغير: يشترط لتحقيق التزام المؤجر بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير مجموعة من الشروط نلخصها فيما يلي:

<sup>1</sup> - أنظر هلال شعوة، مرجع سابق، ص122. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص229. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص170.

تنص المادة 490 ق م ج على أنه (يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني).

<sup>2</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص864. أنظر أيضاً أحمد علي خليف العويدي، التزام المؤجر بالضمان في القانونين المصري والأردني، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005، ص144. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، صص121-122.

« Le bailleur doit assurer le locataire gérant d' une jouissance paisible pendant toute la durée du bail non seulement en garantissant de son fait personnel, mais encore en le garantissant du fait des tiers qui pourraient troubler son exploitation commercial». Jacques VERDEIL, op- cit, p107. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p203. Voir aussi Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p398.

<sup>3</sup> - Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p108.

<sup>4</sup> - سعد الجبر، مرجع سابق، ص144.

**الشرط الأول:** يجب أن يقع التعرض من الغير: يجب أن يقع التعرض من أجنبي ولذلك لا نكون بصدد تعرض من الغير إذا حصل التعرض من المؤجر أو من أحد أتباعه على النحو المتقدم، فالتعرض الأخير يضمنه المؤجر سواء أكان ماديا أم قانونيا، أما تعرض الغير فلا يضمنه المؤجر إلا إذا كان قانونيا<sup>1</sup>.

**الشرط الثاني:** يجب أن يدعي الغير حقا على المحل التجاري ويكون متعارضا مع حق المستأجر المسير: يجب حتى يكون التعرض الصادر من الغير تعرضا مبنيا على سبب قانوني يضمنه المؤجر، كأن يدعي الغير حقا يتعلق بالمحل التجاري المؤجر تسييره ويتعارض مع حق المستأجر المسير، ويكفي في ذلك مجرد الادعاء، سواء كان مبنيا على أساس أو لا أساس له، بل إن ادعاء الحق يكفي حتى ولو كان الادعاء غير جدي وظاهر البطلان. أما إذا تعرض الغير دون أن يدعي حقا على المحل التجاري فلا يعتبر ذلك تعرضا قانونيا وإنما تعرضا ماديا<sup>2</sup>.

ولا يكفي وجود ادعاء الغير بوجود الحق وإنما يلزم أيضا أن يكون هذا الادعاء متعارضا مع حق المستأجر المسير، ويستوي في الحق الذي يدعيه الغير أن يكون حقا عينيا كادعاء الغير ملكية المحل التجاري، أو حقا شخصيا كادعاء مستأجر مسير آخر من نفس المؤجر بحقه في استغلال المحل التجاري. أما إذا كان الحق الذي يدعيه الغير غير متعارض مع انتفاع المستأجر المسير فلا يكون ثمة تعرض. كما أنه يستوي في الحق الذي يدعيه الغير أن يكون سابقا على عقد إيجار التسيير أو لاحقا له، أو أن يكون مصدره المؤجر أو غيره<sup>3</sup>.

**الشرط الثالث:** يجب أن يقع التعرض فعلا: لا يكفي احتمال وقوع التعرض أو التهديد به، بل يجب أن يقع فعلا، ويمكن أن يأخذ التعرض إحدى صورتين: الأولى أن يقوم الغير بالإخلال بانتفاع المستأجر المسير بالعين المؤجرة عن طريق القيام بأعمال مادية. أما الصورة الثانية فتتمثل في قيام المعارض برفع دعوى قضائية على المؤجر

---

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 230-231. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 865. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 171. أنظر أيضا سيار عزالدين وحساين سامية، مرجع سابق، ص 195.

Voir aussi Dubos BRUNOS, op- cit, 374.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 342. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص 124. أنظر أيضا هلال شعوة، مرجع سابق، ص 124. أنظر أيضا أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 289. قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 06 نوفمبر 1970، على أنه « لا يمكن اعتبار حارس البناية من الغير اتجاه المالك بالنظر إلى العلاقة التعاقدية التي تجمعها مع هذا الأخير، فلا يمكن للمؤجر أن يتمسك بنص المادة 1725 ق م التي تعفي المؤجر من الالتزام بضمان التعرض الذي يسببه الغير للحائز، وهذا عندما يكون حارس البناية هو المتسبب في التعرض».

Civ. 06 nov. 1970, n° 69-12.350, bull. Civ. III, n° 586, p426.

<sup>3</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 408-409. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 447. أنظر أيضا أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 289. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 866. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 231. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 118-119.

يطالب فيها بإقرار حق له على العين المؤجرة، مثل رفعه لدعوى يطالب فيها بحقه كمستأجر مسير مفضل على المستأجر المسير الأول<sup>1</sup>.

**الشرط الرابع:** يجب أن يقع التعرض أثناء مدة إيجار التسيير: لا يكفي صدور ادعاء بحق من قبل الغير لقيام التعرض وأن يتجسد هذا الادعاء في شكل عمل مادي أو دعوى قضائية، وإنما يجب أن يتم ذلك أثناء مدة إيجار التسيير سواء كانت المدة الأصلية، أو كانت مدة جديدة امتد إليها العقد، أو كانت مدة تالية لتجديد العقد صريحا أو ضمنيا، ففي كل هذه الأحوال نكون أثناء مدة إيجار التسيير ويظل التزام المؤجر بضمان التعرض قائما متى وقع التعرض بالفعل<sup>2</sup>.

1-3- الآثار المترتبة على التعرض القانوني الصادر من الغير: يترتب عن تحقق الشروط السابقة الذكر مجموعة من الآثار نلخصها فيما يلي:

- التزام المستأجر المسير بإخطار المؤجر: تنص المادة 497 ق م ج على أنه (يجب على المستأجر أن يخبر، فورا، المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين المؤجرة إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر بها عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها، أو يتعدى الغير بالتعرض، أو الإضرار بها).

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أنه يجب على المستأجر المسير - إذا وقع التعرض من الغير - سواء أكان في شكل أعمال مادية أم اتخذ شكل التقاضي - أن يبادر إلى إخطار المؤجر بوقوعه، فهو صاحب المصلحة في دفعه لأنه ضامن له. ويجب أن يتم الإخطار بمجرد حصول التعرض أو في أقرب وقت ممكن. فإذا لم يبادر المستأجر المسير بالإخطار في وقت مناسب تحمل نتيجة هذا التقصير<sup>3</sup>. أما في شأن كيفية الإخطار فيجوز للمستأجر المسير أن يقوم بذلك بأية طريقة كانت على أن عبئ إثبات ذلك يقع عليه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر هلال شعوة، مرجع سابق، ص 124-125. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 345. أنظر أيضا سمير عبد السيد تتاغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 172.

<sup>2</sup> - أنظر سعد الجبر، مرجع سابق، ص 125. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 346. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 409. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 119.

<sup>3</sup> - «إن المستأجر المسير يعتبر مخطرا للمؤجر في حالة ما إذا رفع المتعرض دعوى على المستأجر المسير، فقام الأخير بإدخال المؤجر ضامنا في الدعوى، أو أن يرفع المستأجر المسير دعوى على المتعرض لمنع تعرضه ثم يدخل فيها المؤجر ضامنا. أما إذا أثبت المؤجر - في حالة عدم إخطاره - أن لديه مستندات تثبت بطلان ادعاء المتعرض، هنا يسقط حق المستأجر المسير في الرجوع بالضمان، بل إن للمؤجر - وطبقا للقواعد العامة - أن يرجع بالتعويض على المستأجر المسير وذلك عن كل ما لحقه من أضرار نتيجة عدم قيام الأخير بإخطاره في الوقت المناسب ما لم يثبت المستأجر المسير أن المتعرض كان لا بد وأن ينجح في دعواه حتى ولو حصل الإخطار، أو أن المؤجر قد علم بالتعرض عن طريق آخر وكان بإمكانه دفعه ولكنه لم يفعل، وعندئذ لا يسقط حق المستأجر المسير في الرجوع على المؤجر بالضمان». أنظر رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 233. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 347 وما بعدها. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 868.

Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p203.

<sup>4</sup> - أنظر سعد الجبر، مرجع سابق، ص 127. أنظر أيضا خميس الخضر، مرجع سابق، ص 224.

- يجب على المؤجر دفع التعرض: إذا قام المستأجر المسيّر بإخطار المؤجر بتعرض الغير، وجب على المؤجر أن يقوم فوراً بدفع هذا التعرض عن المستأجر المسيّر، وهذا هو التنفيذ العيني لالتزامه بالضمان. فإذا كان تعرض الغير للمستأجر المسيّر عن طريق أعمال مادية، تعين على المؤجر أن يتخذ الإجراءات القانونية اللازمة لدفع هذا التعرض، فيقوم برفع دعوى على المتعرض يطلب فيها منه الكف عن تعرضه. وقد يكون التعرض عن طريق رفع دعوى على المستأجر المسيّر، فيتعين على المؤجر في هذه الحالة أن يتدخل فوراً في هذه الدعوى بمجرد إخطاره بها، وللمستأجر المسيّر بعد ذلك الخيار، إما أن يبقى في الدعوى بجانب المؤجر ليراقب الإجراءات ويشرف على المؤجر في دفاعه، وإما أن يطالب بإخراجه من الدعوى ويبقى المؤجر وحده باعتباره الخصم الحقيقي في الدعوى، وهو بذلك يتوقى الحكم عليه بالمصاريف مع المؤجر فيما لو قضى للمتعرض بالحق الذي يدعيه<sup>1</sup>.

- ضمان الاستحقاق: إذا لم ينجح المؤجر في دفع التعرض، فإنه يكون ملتزماً بضمان الاستحقاق، ويجوز للمستأجر المسيّر تبعاً للظروف أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن كان له مقتضى، والقاضي له السلطة في تقدير ما إذا كان نقص المنفعة بسبب التعرض يبطل الفسخ، أم أنه يكفي الحكم بإنقاص الأجرة. وقد لا يطلب المستأجر المسيّر الفسخ ويكتفي بطلب إنقاص الأجرة، فيحكم له القاضي بذلك، في حدود ما نقص من منفعة العين. وللمستأجر المسيّر في الحالتين أن يطلب تعويضاً من المؤجر عن الضرر الذي أصابه غير نقص المنفعة، كأن يكون قد أنفق مصروفات في إعداد العين المؤجرة لمباشرة نشاطه ثم انتزعت منه، ويقدر التعويض على أساس ما فات المستأجر المسيّر من ربح وما لحقه من خسارة<sup>2</sup>. لم يتطرق المشرع إلى ضمان الاستحقاق في القانون التجاري وبالتالي يجب العودة إلى القواعد العامة في القانون المدني.

نشير إلى نقطة مهمة تتمثل في أن الحكم المطبق على عدم قابلية الضمان للانقسام والإعفاء من الضمان أو التخفيف منه في ضمان التعرض الشخصي، يطبق أيضاً على ضمان التعرض القانوني الصادر من الغير.

2- التعرض المادي الصادر من الغير: قد لا يكون التعرض الصادر من الغير تعرضاً قانونياً بحيث لا يدعي حقاً على المحل التجاري المؤجر تسييره، وإنما يقوم بعمل مادي، ففي هذه الحالة يمكن للمستأجر المسيّر أن يدفع بنفسه

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 349 وما بعدها. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 413.

Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p109. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p203.

<sup>2</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 176-177. أنظر أيضاً أنور طلبة، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 289-290. أنظر أيضاً خميس الخضر، مرجع سابق، ص 225. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 870. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 358 وما بعدها. أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 120-121.

Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p210.

يمكن تلخيص شروط رجوع المستأجر المسيّر بضمان الاستحقاق فيما يلي:

- أن يكون هناك استحقاق، أي يتقرر للغير المتعرض حق يتنافى مع انتفاع المستأجر المسيّر بالمحل التجاري.
- أن يترتب على تقرير هذا الحق للغير إخلال فعلي بانتفاع المستأجر المسيّر بالمحل التجاري.
- ألا يكون الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المستأجر المسيّر. أنظر سعد الجبر، مرجع سابق، ص 130-131.

هذا التعرض دون تدخل المؤجر، ويطالب المتعرض شخصيا بالتعويض الذي لحقه من جراء ذلك التعرض، وهذا ما نستنتجه من نص المادة 487 ق م ج التي تنص على أنه ( لا يضمن المؤجر للمستأجر التعرض الصادر من الغير الذي لا يدعي حقا على العين المؤجرة، وللمستأجر أن يطالب شخصيا المتعرض بالتعويض عن الضرر الذي لحقه، وله أن يمارس ضده كل دعاوى الحيابة).

غير أن هناك استثناء عن إعفاء المؤجر من الضمان في حالة وجود اتفاق بين المتعاقدين يقضي بالتزام المؤجر بضمان التعرض المادي الصادر من الغير، أو في حالة صدور قرار من جهة إدارية أدى إلى نقص كبير في انتفاع المستأجر المسير بالمحل التجاري المؤجر تسييره، وكان هذا القرار نتيجة عمل قام به المؤجر، ففي هاتين الحالتين يمكن للمستأجر المسير طلب فسخ عقد إيجار التسيير أو إنقاص بدل الإيجار ويمكن له أيضا المطالبة بالتعويض وهذا حسب نص المادة 486 ق م ج<sup>1</sup>. أما إذا كان قرار الجهة الإدارية لم يكن بسبب المؤجر فلا يمكن مطالبة المؤجر بالتعويض وإنما يجب الرجوع على الجهة الإدارية.

يكون المؤجر معفى من الضمان إذا كان عمل الإدارة غير مشروع أو تعسفي، لأنه حينئذ سيكون تعرض مادي بسيط أين يكون للمستأجر المسير أن يطالب بنفسه من الإدارة بالصيانة<sup>2</sup>.

يحق للمؤجر الرجوع على المتعرض بالتعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة التعرض، وهذا الضرر قد يكون متعلقا بالمحل التجاري المؤجر تسييره ذاته، إذا كان تعرض الغير قد أدى إلى إتلافه كلياً أو جزئياً. وقد يكون الضرر الذي لحق بالمؤجر نتيجة رجوع المستأجر المسير على المؤجر بطلب فسخ عقد إيجار التسيير أو إنقاص الأجرة بسبب التعرض، وما أدى إليه من حرمان المستأجر المسير من الانتفاع بالمحل التجاري المؤجر تسييره. ويكون للمؤجر الرجوع على المتعرض أيضا إذا رجع عليه المستأجر المسير بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من التعرض، وذلك إذا اشترط ضمان المؤجر لهذا التعرض المادي<sup>3</sup>.

**ثانياً: الالتزام بضمان العيوب الخفية:** لا يقتصر التزام المؤجر بالضمان على التعرض الصادر عنه أو عن تابعيه أو التعرض القانوني الصادر عن الغير كما رأينا، وإنما يمتد أيضا إلى كل عيب يشوب المحل التجاري المؤجر تسييره ويحول دون تمكين المستأجر المسير من الانتفاع به على النحو المخصص له، بحيث تنص المادة 488 ق م ج على أنه ( يضمن المؤجر للمستأجر، باستثناء العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، كل ما يوجد

<sup>1</sup> - تنص المادة 486 ق م ج على أنه ( إذا ترتب عن عمل قامت به السلطة الإدارية بمقتضى القانون نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة جاز للمستأجر حسب الظروف أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص ثمنه وله أن يطالب بتعويضه إذا كان عمل السلطة الإدارية قد صدر بسبب يكون المؤجر مسؤولاً عنه، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك). أنظر سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص213.

<sup>2</sup> - « Le bailleur serait exonéré de la garantie si l' action de l' administration était illigale ou abusive, car alors il y aurait un simple trouble de fait dont le locataire- gérant devrait demander lui- même réparation à l' Administration». Mourice ROBINAULT, op- cit, pp210-211.

<sup>3</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص877. أنظر أيضا هلال شعوة، مرجع سابق، ص128-129. أنظر أيضا سميح عبد السيد تتاغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص179-180. أنظر أيضا رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص244-245.

بالعين المؤجّرة من عيوب تحول دون استعمالها أو تنقص من هذا الاستعمال نقصا محسوسا، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

ويكون كذلك مسؤولا عن الصفات التي تعهد بها صراحة.

غير أن المؤجّر لا يضمن العيوب التي أعلم بها المستأجر أو كان هذا الأخير يعلم بها وقت التعاقد).

أ- **المقصود بالعيوب الخفية:** يقصد بالعيوب الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للشيء، فلكي نكون بصدد عيب يجب أن تلحق الشيء المؤجّر آفة لا توجد عادة في مثله، كما يعد عيبا موجبا للضمان أيضا خلو العين من صفة تعهد المؤجّر صراحة بتوافرها أو من صفة يقتضيها الانتفاع بالعين ولو أن خلو العين من هذه الصفة لا يعد آفة طارئة<sup>1</sup>.

ب- **شروط العيب الخفي:** يشترط لكي يتحقق العيب الموجب للضمان توفر مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

1- يجب أن يكون العيب مؤثرا: يجب أن يكون العيب الخفي مؤثرا يحول دون الانتفاع بالمحل التجاري المؤجّر تسييره أو ينقص منه إنقاصا كبيرا، والمعيار هنا موضوعي لا شخصي، فمتى كان العيب غير مؤثر بحسب طبيعة المحل التجاري فلا عبرة بوجهة نظر المستأجر المسير طالما لا يوجد اتفاق. وتحديد منافع المحل التجاري يستفاد مما هو مبين بالعقد، فيجب اعتبار الأغراض المبيّنة به منافع مقصودة، فإن لم تكن صالحة لذلك رجع المستأجر المسير على المؤجّر بالضمان، فإذا خلا العقد من هذا التحديد وجب الرجوع لطبيعة العين فإن كان بالمحل التجاري عيب يخل بهذه المنافع التزم المؤجّر بالضمان<sup>2</sup>. أما إذا جرى العرف على التسامح في هذا العيب فلا يضمنه المؤجّر.

يراعي في هذا الصدد أن كون العيب مؤثرا أو لا إنما مسألة نسبية تختلف باختلاف الظروف والأحوال، وتخضع لتقدير قاضي الموضوع<sup>3</sup>، ويعتبر فصل في مسألة موضوعية مما تستقل به محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض متى أقامت قضاها على أسباب سائغة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص265. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص496. أنظر أيضا شروانة علي، مرجع سابق، ص49.

<sup>2</sup> - أنظر أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص310. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص437-438. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص200. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص155. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص123.

يرى الدكتور هلال شعوة أنه «في حالة غياب صفة تعهد المؤجّر بوجودها في العين المؤجّرة يكون العيب مؤثرا بمجرد غياب تلك الصفة، بغض النظر عما إذا كان غيابها مؤثرا أو غير مؤثر في انتفاع المستأجر بالعين المؤجّرة». هلال شعوة، مرجع سابق، ص139.

Voir aussi Dubos BRUNOS, op- cit, pp374-375.

<sup>3</sup> - محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص891-892.

Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p211.

<sup>4</sup> - أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص311.

2- يجب أن يكون العيب خفياً غير ظاهراً: يعتبر العيب ظاهراً أو غير خفي إذا كان يسهل على المستأجر المسمى أن يتبين وجوده بفحص المحل التجاري بعناية الرجل المعتاد، أي أنه لا يشترط في اعتبار العيب ظاهراً أن يتبينه المستأجر المسمى فعلاً، بل يكفي أن يكون في وسعه تبينه ببذل جهد معقول.

غير أن العيب يعتبر خفياً ولو كان في وسع المستأجر المسمى كشفه ببذل جهد معقول إذا لم يكشفه بالفعل وكان ذلك إما لأن المؤجر أكد للمستأجر المسمى خلو المحل التجاري من العيب، وإما لأنه تعمد أن يخفي على المستأجر المسمى هذا العيب غشاً وتدليساً، إذن يمكن للمستأجر المسمى في كلتا الحالتين عذره في عدم كشف العيب. ويقدر القاضي في كل حالة حسب الظروف والأحوال ما إذا كان العيب يعد خفياً أو ظاهراً، ولا يخضع في هذا التقدير لرقابة المحكمة العليا<sup>1</sup>. والمثال على ذلك صدور قرار بغلق المحل التجاري أو وجود قرار يقضي بسحب الرخصة، تحريم بيع نوع البضائع التي يتم بيعها في المحل التجاري أو تحريم تقديم خدمات معينة ... إلخ.

3- يجب أن يكون المستأجر المسمى غير عالماً بالعيب: لا يكفي أن يكون العيب خفياً، بل يجب أيضاً أن يكون المستأجر المسمى غير عالم به وقت إيجار التسيير، وتفسير ذلك بسيط حيث أنه إذا ثبت أن المستأجر المسمى كان يعلم بالفعل بوجود العيب وقت أن تسلم المحل التجاري المؤجر تسييره بالرغم من خفائه، فإن علم المستأجر المسمى بالعيب وسكوته عليه يعد رضاً منه به، ونزولاً عن حقه في الرجوع بالضمان، ويمكن للمؤجر إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات باعتبار ذلك واقعة مادية<sup>2</sup>، فعند الاختلاف بشأن مسألة علم المستأجر المسمى بالعيب أو عدم علمه

<sup>1</sup> - أنظر سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 501. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 270-271. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تتاغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 203-204. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص 157-158. أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 123-124. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 123.

صدر قرار عن الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 أكتوبر 1959، في هذا الشأن مفاده أنه «إذا كانت العيوب ظاهرة وقت إبرام عقد الإيجار، فإن المؤجر لا يعتبر ضامناً للمستأجر عن هذه العيوب».

Cass. Civ. 12 oct. 1959, n°57-10.539, bull. Civ. I, n°399, p331.

صدر عن الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية أيضاً قرار آخر بتاريخ 26 فيفري 1971، مفاده أنه «في حالة ما لم يتم الإعفاء صراحة وبشكل لا لبس فيه، فالمؤجر يلتزم بضمان المستأجر ضد العيوب غير الظاهرة في العين المؤجرة. ولذلك يعتبر المؤجر مسؤولاً عن سقوط المستأجر بعد تكسر هيكل النافذة (garde corps)، وبما أن هذا الحادث كان أساساً نتيجة لعب في البناء، ومنه لا يمكن للمستأجر أن يعلم به ولا يوجد أي خطأ يمكن أن ينسب إلى هذا الأخير».

Civ. 26 fév. 1971, n°69-14.401, bull. Civ. III, n°146, p104.

<sup>2</sup> - أنظر نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 430-431. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 892-893. أنظر أيضاً سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 502-503. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 442-443. أنظر أيضاً نادي أحمد الطيب محمد، سقوط الحق في ضمان العيوب الخفية في عقود المعاوضات المالية في القانون المدني المصري مقارناً بالشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2003، ص 303. أنظر أيضاً نص المادة 3/488 ق م ج. أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 124.

« Il est évident que le bailleur ne répond pas des vices que le locataire gérait aurait connus lors de la conclusion du contrat parce qu' ils étaient apparents ou notoires». Jacques VERDEIL, op- cit, p110.

به نجد أن محكمة الموضوع تفصل في هذا الموضوع دون رقابة من المحكمة العليا متى أقامت حكمها على أسباب سائغة مستمدة مما له أصل ثابت بالأوراق<sup>1</sup>.

**ج- آثار تحقق العيب الخفي الموجب للضمان:** يترتب للمستأجر المسير بمجرد تحقق الشروط السابقة في العيب مجموعة من الحقوق يمكن له المطالبة بها، وقد بينها المادة 489 ق م ج كما يلي (إذا وجد بالعين المؤجرة عيب يتحقق معه الضمان، يجوز للمستأجر حسب الحالة أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار. وله كذلك أن يطلب إصلاح العيب أو أن يقوم هو بإصلاحه على نفقة المؤجر إذا كان الإصلاح لا يشكل نفقة باهضة على المؤجر).

فإذا لحق المستأجر ضرر من العيب التزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت أنه كان يجهل وجود العيب).

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن الحقوق التي يتمتع بها المستأجر المسير تتشابه مع تلك التي يتمتع بها عند إخلال المؤجر بالتزامه بالصيانة، وعليه سنحاول تلخيصها فيما يلي:

1- التنفيذ العيني: يجوز للمستأجر المسير أن يطالب بالتنفيذ العيني، أي أن يطلب منه إصلاح العيب، ويحكم القضاء بإلزام المؤجر بإصلاح العيب، كما يحكم في الترميمات الضرورية بإلزام المؤجر بإجرائها، ويحدد له ميعادا للقيام بهذا العمل، ويشترط في ذلك ألا يكون إصلاح العيب يتطلب نفقات جسيمة لا تتناسب مع الأجرة. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 489 ق م ج صراحة على هذا الشرط على أنه (إذا كان الإصلاح لا يشكل نفقة باهضة على المؤجر). فإذا كان إصلاح العيب باهضا، لم يجبر المؤجر عليه، ويكتفي أن يحكم بفسخ عقد إيجار التسيير أو إنقاص الأجرة مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى<sup>2</sup>.

إن الأصل أن يقوم المؤجر من تلقاء نفسه بإصلاح العيب بعد إعداره، فإذا لم يفعل ذلك كان للمستأجر المسير أن يحصل على ترخيص من القضاء للقيام بذلك على نفقة المؤجر، وله أن يلجأ إلى القضاء المستعجل إذا توافرت دواعي الاستعجال، بل وله أن يقوم بالإصلاح دون الإلتجاء إلى القضاء إذا كانت حالة الاستعجال شديدة، وهو يقوم بذلك على نفقة المؤجر وخصما من الأجرة.

<sup>1</sup> - أنظر أحمد محمد الرفاعي، عقد الإيجار في ضوء التقنين المدني والقانون رقم 4 لسنة 1997، والقانون رقم 6 لسنة 1997 وتشريعات إيجار الأماكن وأحكام محكمة النقض والدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص301.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص446. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص160. أنظر أيضا هلال شعوة، مرجع سابق، ص140-141. أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص432. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص125.

Voir aussi Cass. Civ. 02 mars 2017, n° 15-24.876, JCP., EA., 2017, n° 11, n° 199, p10.

وللمستأجر المسيّر أن يحبس الأجرة حتى يقوم المؤجّر بإصلاح العيب، وهو نفس الحكم الذي أخذنا به بالنسبة للالتزام بالصيانة، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في الدفع بعدم التنفيذ<sup>1</sup>.

2- فسخ إيجار التسيير: يجوز للمستأجر المسيّر أن يطلب فسخ إيجار التسيير وينهي العلاقة التي تجمعها بالمؤجّر، إذا رأى أن مصلحته في الفسخ، غير أنه قد لا يستجاب له ولا يحكم القاضي له بذلك، إذا رأى أن فسخ العقد لا يتناسب مع نقص الانتفاع بالمحل التجاري لضرته، فيحكم له بإنقاص الأجرة، كما قد يمنح المؤجّر أجلاً يقوم فيه بإصلاح العيب، غير أن القاضي لا يملك إلا أن يحكم بالفسخ إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن، أو رفض المؤجّر القيام به لما يتطلبه من نفقات باهضة<sup>2</sup>.

3- إنقاص الأجرة: من المعروف أن الأجرة تقابل الانتفاع بالمحل التجاري المؤجّر تسييره، فإذا نقصت المنفعة نتيجة العيب وجب إنقاص الأجرة بما يقابل النقص في المنفعة. وقد يكون نقص الأجرة كافياً لعلاج ما يترتب على العيب من آثار، وقد يحكم بنقص الأجرة بصفة مؤقتة لحين قيام المؤجّر بإصلاح العيب، فإذا ما تم الإصلاح وعاد المحل التجاري لحالته الطبيعية عادت الأجرة كما كانت قبل الإنقاص<sup>3</sup>.

4- التعويض: حسب نص المادة 2/489 ق م ج فإنه يحق للمستأجر المسيّر إضافة إلى طلبه التنفيذ العيني أو الفسخ أو إنقاص الأجرة أن يطلب التعويض على ما لحقه من ضرر في ماله أو في شخصه نتيجة العيب الخفي الموجود بالمحل التجاري. كوجود عيب مثلاً في الثلاجات المستخدمة في المحل التجاري المؤجّر تسييره ما أدى إلى فساد السلع التي وضعها المستأجر المسيّر بداخلها.

أما إذا كان الأمر نتيجة طارئ غير متوقع أو قوة قاهرة فلا يحق للمستأجر المسيّر المطالبة بالتعويض عن ما أصابه من ضرر وما فاتته من كسب<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 205-206. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 272. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 447-448.

<sup>2</sup> - أنظر هلال شعرة، مرجع سابق، ص 142. أنظر أيضاً أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 306. أنظر أيضاً نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، مرجع سابق، ص 432. أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 126.

« Si en cours d' exécution du contrat un vice caché se révélait, le gérant pourra obtenir soit la résiliation du contrat soit une diminution de la redevance ». M. LAROUDI, op- cit, p71. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p212. Voir aussi M. ROURE, op- cit, p64.

<sup>3</sup> - أنظر سعد الجبر، مرجع سابق، ص 160-161. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 448-449. أنظر أيضاً سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 506. أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 126.

Voir aussi M. ROURE, op- cit, p64. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p212.

<sup>4</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p212.

لكن ربط المشرع قيام مسؤولية المؤجر في التعويض من عدمه بمدى علمه بالعييب الخفي الموجب للضمان من عدمه، بحيث أنه إذا كان المؤجر يعلم أثناء إبرام عقد إيجار التسيير بوجود العيب وأخفى ذلك عن المستأجر المسير، ففي هذه الحالة تقوم مسؤوليته. أما إذا لم يكن عالماً بذلك العيب فلا تقوم مسؤوليته بالتعويض.

د- مدى جواز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان: يتضح لنا بالرجوع إلى العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من نص المادة 488 ق م ج التي جاء فيها (ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك)، ونص المادة 490 ق م ج التي جاء فيها أيضاً) يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني. ويبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التخفيف من ضمان العيوب إذا أخفاها المؤجر غشاً).

إن أحكام الضمان المتعلقة بالعييب الخفي هي أحكام مكتملة لإرادة الأطراف المتعاقدة (أي المؤجر والمستأجر المسير)، وبالتالي يجوز لهما تشديد أو تخفيف هذه الأحكام، ولكن المشرع وضع قيوداً على هذا الحكم يتمثل في عدم استعمال المؤجر غش اتجاه المستأجر المسير، بأن علم بالعييب الموجب للضمان وأخفى عنه ذلك متعمداً، فكلما علم المؤجر بالعييب وأخفى ذلك عن المستأجر المسير غشاً كان شرط تخفيف أو إعفاء المؤجر من الضمان باطلاً.

غير أنه إذا كان المؤجر يعلم بوجود العيب ولكنه لم يتعمد إخفاءه عن المستأجر المسير، واشترط عليه عدم الضمان أو تخفيف مسؤوليته عنه، فإن الشرط يكون صحيحاً لأن مجرد علم المؤجر بوجود العيب لا يعني أنه أراد غش المستأجر المسير ما دام لم يتعمد إخفاء العيب عنه، فقد يعتقد أن المستأجر المسير يعلم مثله بالعييب وقبل من أجل ذلك شرط الإعفاء منه أو التخفيف من المسؤولية عنه<sup>1</sup>.

هـ- حالات سقوط حق المستأجر المسير في المطالبة بضمان العيوب الخفية: من خلال ما سبق نستنتج أن الأسباب المؤدية إلى سقوط حق المستأجر المسير في مطالبة المؤجر بضمان العيوب الخفية عديدة، وهي كما يلي:

- 1- عدم قيام المستأجر المسير بفحص المحل التجاري.
- 2- عدم إخطار المؤجر بالعييب الخفي.
- 3- علم المستأجر المسير بالعييب وقت التعاقد.
- 4- عدم رفع دعوى الضمان في الميعاد المحدد لها قانوناً.
- 5- حالة وجود اتفاق يقضي بسقوط حق المستأجر المسير في المطالبة بضمان العيوب الخفية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 454. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص 163-164. أنظر أيضاً أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 307. أنظر أيضاً رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 275. أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 127.

<sup>2</sup> - نادي أحمد الطيب محمد، مرجع سابق، ص 301 وما بعدها.

## الفرع الرابع

### الالتزام بدفع الديون

يجب على المؤجّر دفع ديونه الشخصية اتجاه دائنيه، أيضا وبصفة خاصة أنه هو الذي يجب عليه دفع مقابل إيجار العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري محل عقد إيجار التسيير، ويكون في بعض الأحيان مسؤول بالتضامن مع المستأجر المسير عن الديون المتعاقد عليها من قبل هذا الأخير والمتعلقة باستغلال المحل التجاري، ويلتزم أيضا بأداء التزاماته الجبائية والضمان الاجتماعي<sup>1</sup>.

## الفرع الخامس

### الالتزام بإعلام المستأجر المسير

يجب على المؤجّر إعلام المستأجر المسير عند إبرام عقد إيجار التسيير بكل ما يتعلق بالمحل التجاري موضوع العقد، ومن بين المعلومات التي يجب عليه تقديمها للمستأجر أن المحل التجاري يتضمن عقد التمويل الحصري، كما أنه يقع على عاتق المؤجّر وضع في خدمة المستأجر المسير الاسم التجاري، العلامة أو العنوان. فالمؤجّر ملزم بإتمام واجب الإعلام مسبقا اتجاه المستأجر المسير عند إبرام عقد إيجار التسيير، تحت طائلة إبطال العقد إذا كان عدم الإعلام يتضمن عيب في الإرادة. يفرض هذا الالتزام عمليا عندما يدمج المستأجر المسير شبكة (الإطعام، ... إلخ) في شكل الفرانشيز أو عن الوكيل.

يلتزم المؤجّر بتقديم أمام المستأجر المسير وثيقة تمكنه من العلم عن دراية، وهذه الوثيقة يجب أن تحدد بدقة خصوصا أقدمية وخبرة المؤسسة، حالة وأبعاد تطور السوق المعني، أهمية شبكة المستغلين، المدة، شروط التجديد، الفسخ والتنازل عن العقد أيضا مجال الاستثناءات (الحصر). وعندما يشترط دفع مبلغ معين مسبقا عند إمضاء العقد، خصوصا من أجل حجز مكان (حيز مكاني)، فالخدمات المضمونة في مقابل هذا المبلغ تكون معينة كتابيا، وأيضا الالتزامات المتبادلة للأطراف في حالة التراجع. هذه الوثيقة، أيضا هدف العقد، يجب أن يتم الإعلام بهما عشرون يوما على الأقل قبل الإمضاء على العقد، أو عند الإقتضاء قبل إيداع المبلغ المتفق عليه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - op- cit, p398.

<sup>2</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p399.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 فيفري 1998، على أن «الالتزام بالإعلام المقرر يفرض قبل الإمضاء على أي عقد أبرم في إطار المصلحة المشتركة للطرفين، ومنذ ذلك الوقت يكونون متصلون بشروط تعاقدية تنص، من جهة على وضع العنوان والاسم التجاري والعلامة تحت التصرف، ومن جهة أخرى التعهد بالاستغلال الحصري للنشاط المعني».

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 فيفري 1998، على أنه «لا تعطي محكمة الاستئناف اتجاه المادة 1 من القانون رقم 31 ديسمبر 1989 الأساس القانوني لقرارها الذي يبطل عقود إيجار التسيير لسبب واحد- إذ أن المشاريع التمهيدية للعقد لم يتم الاتفاق عليها قبل الإمضاء- دون البحث عن ما إذا كان غياب الإعلام له أثر لتعيب إرادة المستأجرين المسيرين».

Com. 10 fév. 1998, n° 95-21.906, bull. Civ. IV, n°71, pp55-56.

## الفرع السادس

### مدى تطبيق مسؤولية المؤجر عن فعل الأشياء (المحل التجاري المؤجر تسييره)

يعتبر حسب نص المادة 209 ق ت ج المؤجر مسؤولاً بالتضامن مع المستأجر المسيّر في سداد الديون المتعلقة باستغلال المحل التجاري، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هل يمكن أن تثار مسؤولية المؤجر عن فعل الأشياء في عقد إيجار تسيير المحل التجاري؟

حسب نص المادة 138 وما بعدها ق م ج فإن الشخص مسؤول عن ما يحدثه الشيء الذي كان تحت حراسته أو قام بإنتاجه، ولكن فيما يخص عقد إيجار تسيير المحل التجاري لا يعتبر المالك مسؤولاً بتاتا بصفته حائزا للمحل التجاري، لأن المسؤولية عن فعل الشيء لا تطبق إلا فيما يخص الأشياء المادية، وعندما يتم منح الشيء في شكل إيجار التسيير فإن المستأجر المسيّر يصير هو الحارس الذي يكون مسؤولاً عن الأضرار التي يمكن أن تتسبب فيها<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### بالنسبة للمستأجر المسيّر

يعتبر عقد إيجار تسيير المحل التجاري من العقود الملزمة للجانبين، بحيث في مقابل التزام المؤجر بتمكين المستأجر المسيّر من الانتفاع بالمحل التجاري وانتقال حيازة هذا الأخير إليه، وضمان التعرض وجبر كل ضرر ناتج عن تعرض المؤجر للمستأجر المسيّر أثناء انتفاعه بالمحل التجاري، تقع على هذا الأخير مجموعة من الالتزامات، وهي تتشابه مع تلك التي يتمتع بها المستأجر عندما يكون محل عقد الإيجار مال آخر غير المحل التجاري، باستثناء الطبيعة الخاصة لهذا الأخير بما يتميز به عن الأموال الأخرى (سواء كانت مادية أو عقارية) من حيث العناصر المكونة له أو من حيث الغرض الذي أنشئ من أجله وهو ممارسة نشاط تجاري مشروع.

كما أن المستأجر المسيّر بمقتضى هذا العقد تنتقل إليه حيازة المحل التجاري، ويستغله باسمه ولحسابه بحيث يكون هو التاجر الذي يتعامل مع الغير ويدخل في علاقات معهم، وإذا حقق ربحاً فله أما إذا تعرض لخسائر فعليه.

يقع على المستأجر المسيّر للمحل التجاري التزامات عقدية وأخرى قانونية وأخرى تفرضها طبيعة حقه، ويعتبر التزامه بدفع الأجرة أهم التزام يقع على عاتقه، وهو في الواقع سبب التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع

---

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 فيفري 2012، على أنه « يجب على صاحب الامتياز إخطار المتعاقد الجديد بكل المعلومات

التي تمكنه من التعاقد بكل دراية من أجل حسن تنفيذ عقد الامتياز ».

Cass. Com. 21 fév. 2012, n° 11-13.653, bull. Civ. IV, n° 39, p43. Voir aussi sur même sujet Nicolas RANDONX, L' imixtion de l' obligation d' information dans la cession d' un fonds de commerce, JCP., EA., 2012, n° 31-34, n° 1481, p30.

<sup>1</sup> - Jean SARTY, op- cit, p59.

بالمحل التجاري، ويلتزم بدفع كفالة لضمان تنفيذ التزاماته حسب ما تم الاتفاق عليه، ويلزم قانونا بالتسجيل في السجل التجاري والتأمين على المحل، كما تلزمه طبيعة حقه بعدم استعمال العقار الذي يمارس فيه تجارته في غير ما أعد له، وأن لا يغير نشاطه إلا للأسباب التي يقرها الاتفاق أو القانون، وأن يحافظ على المحل التجاري بجميع عناصره المادية والمعنوية وإرجاعها إلى المؤجر بمجرد انتهاء العقد، ويلتزم بعدم منافسة المؤجر بعد هذا الوقت، وحتى أثناء تنفيذ العقد.

يكون المستأجر المسيّر للمحل التجاري مسؤولاً مسؤولية عقدية أثناء تنفيذ العقد عن أي إخلال بأحد الالتزامات المفروضة عليه، وينشأ للمؤجر حقا في إجباره على تنفيذ هذه الالتزامات، كما يحق له أن يطلب تعويضا عن هذا الإخلال، ويجوز للمؤجر طلب إبطال العقد دون إخلال بحقه في التعويض، هذا كله إن كان إخلال المستأجر المسيّر بخطئه، أما إن كان لسبب لا يد له فيه فلا تعويض عليه.

## الفرع الأول

### الالتزام باستعمال العين المؤجرة بحسب ما أعدت له وعدم إجراء أي تغيير عليها

نقول أنه من بين أوجه الشبه بين عقد إيجار تسيير المحل التجاري مع عقد إيجار الأموال الأخرى، أنه يقع على عاتق المستأجر المسيّر التزام بضرورة استعمال المحل التجاري محل عقد إيجار التسيير بحسب ما أعد له، أي استثماره وفقا لما خصص له، دون أن يقوم بأي تغيير فيه من شأنه الإضرار به، لأن حق المستأجر المسيّر يقتصر فقط على حق الانتفاع بهذا المال موضوع العقد لمدة زمنية معينة في مقابل مبلغ مالي معين وعلى حسابه الشخصي، على أن يتم رده بعد تحقق سبب من أسباب الانقضاء التي سنتطرق إليها فيما بعد.

بمعنى أن سلطات المستأجر المسيّر تنحصر فقط في بعض السلطات ولا تشمل كل السلطات التي يتمتع بها المالك، وعليه سنحاول تناولها كما يلي:

**أولاً: التزام المستأجر المسيّر باستعمال المحل التجاري المؤجر تسييره بحسب ما أعد له:** تختلف سلطات الشخص على الشيء بحسب طبيعة حقه الذي يرد عليه، فإن كان حق الملكية يعطي للمالك سلطة التصرف في الشيء المملوك واستغلاله واستعماله، فإن الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن حق الملكية لا تعطي صاحبها إلا سلطات محددة يعينها الاتفاق، أو تفرضها طبيعة الحق، ومثال ذلك أنه ليس للمنتفع بالشيء إلا أن يستغله ويستعمله، ولا يعطي حق السكن لصاحبه إلا سلطة استعمال الشيء الذي يقع عليه حقه.

ولما كان المؤجر لا ينقل للمستأجر المسيّر إلا حق انتفاع بالمحل التجاري فإنه لا يحق للمنتفع إلا استغلال المحل التجاري بحسب ما أعد له، أي استثماره وفقا لما خصص له، دون أن يقوم بأي تغيير فيه من شأنه الإضرار به، لأن حق المستأجر المسيّر يقتصر فقط على حق الانتفاع بالمحل التجاري لمدة زمنية معينة في مقابل مبلغ

مالي معين وعلى حسابه الشخصي، على أن يتم رده بعد تحقق سبب من أسباب الانقضاء التي سنتطرق إليها فيما بعد.

أ- **كيفية استغلال المستأجر المسير للمحل التجاري المؤجر تسييره:** تنص المادة 491 ق م ج على أنه (يلتزم المستأجر المسير بأن يستعمل العين المؤجرة حسبما وقع الاتفاق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة حسب ما أعدت له).

يتضح لنا من خلال هذه المادة وقياسها على المحل التجاري أنه يجب على المستأجر المسير استغلال المحل التجاري حسبما تم الاتفاق عليه، وفي حالة عدم وجود اتفاق فإنه يقع عليه التزام باستغلاله حسبما هو مخصص له. كما أن هذا الالتزام يتميز بطبيعة خاصة، ذلك أنه يرد على مجموعة من العناصر التي تختلف بطبيعتها عن بعضها البعض، رغم أنها تتحد فيما بينها لتكون لنا المحل التجاري. وعليه سنحاول تناول كيفية الاستغلال كما يلي:

1- التزام المستأجر المسير باستغلال المحل التجاري حسب ما وقع الاتفاق عليه في العقد (أو باحترام شروط العقد): قد يبدو لأول وهلة أنه من الغريب أن نلزم المستأجر باستعمال العين، حيث أن هذا الاستعمال هو في الأصل حق للمستأجر، والشخص له أن يستعمل حقه أو لا يستعمله، إلا أن هذه الغرابة تزول إذا علمنا أن بعض الأشياء يضرها عدم استعمال العين إذا كان تركها دون استعمال سيلحق ضررا بها<sup>1</sup>، ومن بين هذه الأموال التي يصيبها ضرر نتيجة عدم استغلالها نجد المحل التجاري.

فقد يتفق المتعاقدان في عقد إيجار تسيير المحل التجاري على استغلال المحل التجاري المؤجر تسييره في بيع مواد غذائية عامة، ففي هذه الحالة يجب على المستأجر المسير الاستمرار في ذلك النشاط، ولا يحق له أن يغير منه لأنه تم الاتفاق عليه مسبقا ورضي به، كما أن قيمة المتجر لا تبقى إلا بالاستغلال، فاستغلال المتجر ليس فقط حقا للمستأجر بل أيضا واجبا عليه، ذلك أن عدم الاستغلال من شأنه القضاء على العملاء وبالتالي نقص قيمة المتجر والإضرار بالمالك. ويشترط غالبا المؤجر في سبيل التأكد من تنفيذ المستأجر التزامه بالاستغلال حقه

<sup>1</sup> - سعد الجبر، مرجع سابق، ص186. أنظر أيضا سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص222 وما بعدها. أنظر أيضا زروقي خديجة، مرجع سابق، ص36.

« يدخل في مفهوم التزام المستأجر المسير باستغلال المحل التجاري حسبما وقع الاتفاق عليه في العقد، شرط المنع من إيجار تسيير المحل التجاري، وعدم إقامة تجارة مماثلة للتجارة التي يزاولها في ذلك المحل، تنفيذ العقود المتفق عليها».

Voir M. ROURE, op- cit, p68.

« Violé les articles 1134 du code civil et ... , la cour d' appel qui, pour interdire aux exploitants d' un fonds de commerce de vendre des produits commercialisés par un fonds voisin, relève que, à l' acte d' acquisition du fonds, annexé le bail renouvelé au bénéfice de leur auteur mentionnant l' impossibilité de modifier la destination du fonds, sans le consentement du bailleur, ... ». Com. 01 avr. 1997, n° 95-12.025. préc.

في الرقابة، ولكن لا يجب اعتبار الحق في الرقابة هذا نوعا من التبعية والإشراف، فالرقابة هنا ليست على الاستغلال بل على نتائجه<sup>1</sup>.

يمكن للمالك أن يمنع على المستأجر المسير استغلال محل تجاري آخر ويفرض عليه منح أو تسخير كل وقته للمحل التجاري المؤجر تسييره، وفي حالة عدم وجود شرط كهذا يمكن للمستأجر المسير أن يكون له أنشطة عديدة بشرط أن لا تكون منافسة للمحل التجاري المؤجر تسييره ولا تجذب الزبائن إليها<sup>2</sup>. غير أنه يجب على المستأجر المسير استغلال المحل التجاري شخصيا، ولا يمكن له التنازل عن حقوقه ولا إيجار المحل التجاري من الباطن للغير دون رخصة من المؤجر أو اتفاق في العقد، لأن العقد أبرم لاعتبارات شخصية<sup>3</sup>.

2- التزام المستأجر المسير باستغلال المحل التجاري حسبما هو مخصص له: إذا لم يحدد المتعاقدان في العقد الغرض الذي ستستعمل فيه العين المؤجرة، فإن المستأجر يلتزم باستعمالها فيما أعدت لها، وطبيعة العين هي التي تدل على الوجه الذي يجب أن تستعمل فيه<sup>4</sup>. وعليه باعتبار أن المحل التجاري مخصص لمزاولة نشاط تجاري معين مشروع يجب على المستأجر المسير إذا لم يكن بينه وبين المؤجر أي اتفاق حول استغلال المحل التجاري المؤجر تسييره، فإنه يجب عليه أن يستغله وفقا لما خصص له. فإذا كان مخصصا لمزاولة نشاط المقهى يجب على المستأجر المسير الاستمرار في هذا النشاط حتى وإن لم يوجد اتفاق بينه وبين المؤجر حول هذا النشاط. كذلك الحال إذا وجدت بالمحل التجاري رخصة معينة تحدد شروط ممارسة نشاط تجاري معين، فيجب على المستأجر المسير احترام هذه الشروط كي لا تسحب من مالكةا.

يرى الأستاذ Mourice ROBINAULT أن هذا المنع يتضمن ثلاثة أمور تتمثل في: المنع من إضافة تجارة أخرى إلى المحل التجاري المؤجر تسييره، المنع من تغيير طريقة أو أسلوب استغلال المحل التجاري المؤجر تسييره، المنع من تغيير طبيعة المحل التجاري المؤجر تسييره<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، صص214-215. أنظر أيضا خميس الخضر، مرجع سابق، صص254. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، صص128 وما بعدها. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، صص125.

<sup>2</sup> - Francis LEFEBVRE, Fonds de commerce, op- cit, p378. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, pp118-117.

<sup>3</sup> - Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p73. Voir aussi Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p393. Voir aussi dans ce sens: Com. 02 juill. 2002, n° 01-12.685, bull. Civ. IV, n° 113, p122.

<sup>4</sup> - هلال شعوة، مرجع سابق، صص149. أنظر أيضا محمد عبد الثواب بهجت، مرجع سابق، صص233. أنظر أيضا سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، صص217. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، صص519-520. أنظر أيضا سمير عبد السيد تتاغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، صص230-231. أنظر أيضا خميس الخضر، مرجع سابق، صص254. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، صص188-189. أنظر أيضا حسن محمد عبد الرحمن يوسف، الاتجاهات الحديثة في عقد الإيجار وانعكاساتها على الأبعاد الاجتماعية والاقتصادية، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1952، صص47. أنظر أيضا زروقي خديجة، مرجع سابق، صص38. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، صص125.

Voir aussi M. WEISMANN et Roger DEBLED, Achat- vente et gérance d' un fonds de commerce, 9<sup>ème</sup> éd, op- cit, p I 15. Voir aussi Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p391. Voir aussi Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p73.

<sup>5</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p216.

3- عدم ترك المحل التجاري دون استغلال (أو انقطاع): إن استغلال المحل التجاري هو طريق المستأجر المسمّر إلى الانتفاع به وتحقيق الغرض من إيجار التسيير، فهو أيضا في مصلحة المؤجر، حتى لا يترك المحل التجاري دون إشراف أو عناية، لذلك فإن المستأجر المسمّر يلتزم بعدم ترك المحل التجاري دون استغلال، بحيث يكون مسؤولا عن الأضرار التي تصيب المؤجر من ذلك، كأن ينصرف الزبائن من المحل التجاري لعدم مباشرة التجارة فيه كالمعتاد<sup>1</sup>، أو عدم استخدامه للاسم التجاري الذي كان يستخدم من قبل، كل هذا ما لم يكن النشاط التجاري الممارس موسمي<sup>2</sup>.

إضافة إلى هذا فإن المستأجر المسمّر يلتزم عند انقضاء العقد برد المحل التجاري على الحالة التي تسلمها فيها، بمعنى أن لا يكون قد تعرض لنقصان بفعل المستأجر المسمّر، ويجب أن يكون دائما في خدمة الزبائن، لأن هذا الأخير صعب المنال ويتلاشى، فإذا لم يستغل المستأجر المسمّر المحل إلا لفترات متقطعة، فإن الزبائن يتلاشون بسرعة ويكون من المستحيل الوفاء بالتزامه<sup>3</sup>.

4- مدى حق المستأجر المسمّر في تغيير استغلال المحل التجاري إذا لم يترتب عليه ضرر للمؤجر: إذا كانت القاعدة هي أنه لا يجوز للمستأجر المسمّر استعمال العين المؤجرة في غير الغرض المتفق عليه أو الذي أعدت له، فذلك لأن تغيير نوع الاستعمال غالبا ما يسبب ضررا للمؤجر أو للعين المؤجرة. وعليه يمكن القول أن هذه القاعدة لا تنطبق إذا لم يترتب على التغيير في استعمال العين ضرر بالمؤجر أو العين المؤجرة، ويكون للمستأجر المسمّر حينئذ أن يستعمل المحل التجاري المؤجر تسييره في غير الغرض المتفق عليه أو الذي أعدت له، ولو لم يأذن له المؤجر بذلك<sup>4</sup>.

وعليه يمكن لنا القول أنه إذا كان تغيير الاستعمال لا يضر بالمؤجر انتفتت حكمة التقييد وصار لا محل له وأصبح التغيير جائزا، وبفرض في كل تغيير أنه ضار ويقع على عاتق المستأجر إثبات عدم الضرر، فإذا استعمل

<sup>1</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص231. أنظر أيضا سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص214 وما بعدها. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص554-555. أنظر أيضا هلال شعوة، مرجع سابق، ص150. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص129. أنظر أيضا زروقي خديجة، مرجع سابق، ص40.

Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p119.

<sup>2</sup> - Claude BARRET, op-cit, p266.

« قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 08 فيفري 1966، أن محكمة الاستئناف الفاصلة في دعوى فسخ إيجار محل تجاري في شكل بقالة (مجزرة) وشواء المرفوعة من قبل مالك المحل ضد المستأجر المسمّر متهما إياه بعدم فتح المحل إلا ثلاث مرات في الصباح خلال الأسبوع، غير ملزمة بالرد على حجة استنتاجات المالك المتعلقة بظروف المجزرة المنافسة، ولاحظت أن البلدية أين يستغل فيها المحل يتواجد فيها 160 ساكن فقط، لم تقم إلا بممارسة سلطتها السيادية في التقدير مستنتجة أن أعمال المستأجر، بهذه الحالة، لا يمكن أن تؤدي إلى تحويل الزبائن المرتبطين بالمحل».

Com. 8 fév 1966, n°62-13.139, bull. Civ. III, n°82, p70.

<sup>3</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p214.

<sup>4</sup> - أنظر محمود عبد الرحمن محمد، الوسيط في شرح أحكام عقد الإيجار، ج1، القواعد العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص527. أنظر أيضا محمد السيد عمران، شرح أحكام إيجار الأماكن في القانون المصري وفق آخر التعديلات وفي ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا، د د ن، د ب ن، 2013، ص188. أنظر أيضا خميس خضر، مرجع سابق، ص255. أنظر أيضا محمد نبيب شنب، شرح أحكام الإيجار وفقا للمجموعة المدنية والتشريعات الخاصة، ط2، المطبعة العالمية، القاهرة، 1960، ص248-249. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص126.

المؤجر العين في غير ما يجوز له ولم يستطع التدليل على أن هذا التغيير لا يضر بالمؤجر، اعتبر مخلا بالتزامه وحق عليه الجزاء<sup>1</sup>.

نشير في هذه النقطة إلى أن موقف المشرع الجزائري في هذه القضية واضح، بحيث أنه قياسا على نص المادة 492 ق م ج<sup>2</sup> بعد تعديل القانون المدني في 2007 لم يجز للمستأجر إحداث أي تغيير في استعمال العين المؤجرة دون الحصول على إذن مكتوب من المؤجر وإذا أحدث تغييرا فيها يلتزم بإرجاعها إلى الحالة التي كانت عليها ويعوض الضرر الذي يصيب المؤجر من وراء ذلك، وهذا عكس ما كان عليه قبل التعديل بحيث كانت عملية التغيير جائزة، وهذا عكس المشرع المصري الذي أجاز في نص المادة 580 ق م المصري تغيير وجه استعمال العين المؤجرة إذا لم يكن من شأن ذلك إلحاق ضرر بالمؤجر<sup>3</sup>.

قياسا على هذا الحكم الوارد في القانون المدني فإننا نقول أنه لا يجوز تغيير استعمال أو استغلال المحل التجاري المؤجر تسييره دون الحصول على إذن مكتوب من المؤجر، وفي حالة قيام المستأجر المسير بتغيير استعمال أو استغلال المحل التجاري التزم بإرجاعه إلى الحالة الأولى أثناء تسلمه له وتعويض المؤجر عند الاقتضاء.

أما إذا تم الترخيص بذلك فلا يثار أي إشكال، بحيث يمكن في بعض الأحيان أن يرخص العقد صراحة للمستأجر المسير بإجراء بعض التغييرات، كالنص مثلا على أنه بعد مدة زمنية معينة من الاستغلال، إذا لم يتطور النشاط التجاري بالشكل الكافي، يمكن للمستأجر المسير إضافة نشاط تجاري آخر أو تحويله تدريجيا إلى تجارة مجاورة محددة<sup>4</sup>.

5- التزام المستأجر المسير بعدم تغيير موقع المحل التجاري المؤجر تسييره: لا يجوز للمستأجر المسير نقل المحل التجاري المؤجر تسييره إلى عقار آخر غير العقار الذي وجد فيه أثناء تسلمه له، وهذا التغيير لا يجوز القيام به حتى ولو لم يوجد هذا الشرط في العقد، باعتبار أن لهذا العنصر أهمية في وجود المحل التجاري وكل تغيير فيه سيؤدي إلى الإنقاص من قيمته<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 549-550. أنظر أيضا حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 144-145. أنظر أيضا محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 249.

<sup>2</sup> - تنص المادة 492 ق م ج على أنه (لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة أي تغيير بدون إذن مكتوب من المؤجر. إذا أحدث المستأجر تغييرا في العين المؤجرة يلتزم بإرجاعها إلى الحالة التي كانت عليها ويعوض الضرر عند الاقتضاء).

<sup>3</sup> - تنص المادة 580 ق م المصري على أنه (لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغييرا بدون إذن المؤجر إلا إذا كان هذا التغيير لا ينشأ عنه أي ضرر للمؤجر).

فإذا أحدث المستأجر تغييرا في العين المؤجرة مجاوزا في ذلك حدود الالتزام الوارد في الفقرة السابقة، جاز الزامه بإعادة العين إلى الحالة التي كانت عليها وبالتعويض إن كان له مقتضى).

<sup>4</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p218.

<sup>5</sup> - Francis LEFEBVRE, Fonds de commerce, op-cit, p378. Voir aussi Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p392.

غير أن هناك من يرى أنه إذا سكت العقد عن مثل هذا الموضوع، فإن المستأجر الميسر لا يعد مخطأ إذا نقل المحل إلى مكان مجاور يمكن فيه استغلاله مثل الأول، إلا إذا أمكن أن ينتج عنه ضرر للمالك، مثل حالة ما إذا كان هذا النقل يمكن من إقامة منافسة<sup>1</sup>.

6- التزام المستأجر الميسر بتنفيذ العقود التي أبرمها المؤجر: يلتزم المستأجر الميسر بتنفيذ كل العقود المتعلقة باستغلال المحل والتي أبرمها المؤجر قبل إبرام عقد إيجار التسيير، كالعقود التي أبرمها مع الممولين، عقود الإشهار، ... إلخ<sup>2</sup>.

ترى الدكتورة سميحة القليوبي أن المستأجر الميسر كأصل لا يسأل عن تنفيذ العقود التي أبرمها المؤجر بمناسبة استغلال المتجر إلا إذا تعهد بذلك صراحة في عقد إيجار تسيير المحل التجاري، وذلك تطبيقاً لقاعدة نسبية أثر العقد. وأساس عدم التزام مستأجر الاستغلال بتنفيذ عقد المتجر أو الوفاء بالتزام متعلق باستغلال المتجر أنها ليست ضمن عناصر المحل التجاري. ولما كان يجوز الاتفاق على انتقال هذه الالتزامات مع المتجر، فإن مستأجر الاستغلال يضحى ملتزماً بالوفاء بها للدائنين وملتزماً بتنفيذ كل ما وافق على نقله إليه مع المتجر<sup>3</sup>، وهذا ما قضت به الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 26 نوفمبر 1979<sup>4</sup>.

7- الالتزام باحترام القوانين والقواعد المنظمة للنشاط التجاري: يجب على المستأجر الميسر استغلال المحل التجاري وفقاً للأنظمة المتعلقة بالنشاط التجاري الممارس لكي لا يتعرض لخطر سحب الرخصة الإدارية أو غلق المحل، مثلاً يجب عليه تجنب كل عقوبة إدارية ستؤدي إلى الإنقاص من قيمة المحل أو فقدان الزبائن<sup>5</sup>.

يلتزم المستأجر الميسر أيضاً بدفع الضرائب المتعلقة باستغلال المحل<sup>6</sup> (الرسم على الإنتاج، الرسم على المعاملات، ...)، وإذا كان هناك إجراء القيد أو أي إجراء شكلي معين يجب على المستأجر الميسر استكمالها في الآجال المعينة ووفقاً للشكليات المحددة.

أنظر أيضاً الملحق رقم 7.

<sup>1</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p215. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, pp118-119.

<sup>2</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p122. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p230.

<sup>3</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص219.

Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p229.

« Contrat de travail est ordre public ». Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p395.

<sup>4</sup> - Com. 26 nov. 1979, n°78-12.207, bull. Civ. IV, n°302, p239.

قضت الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 جوان 1990، على أن « عقود العمل السارية المفعول عند التغيير في الوضعية القانونية

للمستخدم تنتقل من هذا الأخير إلى المستخدم الجديد، ولا يعتبر هذا الأخير من الغير في العقود التي أبرمها المستخدم الأول لأنها تعتبر من النظام العام ».

Soc. 13 juin 1990, n°86-45.216, bull. Civ. IV, n°273, pp164-165.

<sup>5</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p392. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p122.

أنظر أيضاً الملحق رقم 7.

<sup>6</sup> - قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 فيفري 1979، على أنه « مشوب بعيب في الأساس القانوني القرار الذي - بعد أن تمت ملاحظة أن الاتفاق بإيجار تسيير محل تجاري يضع على عاتق المستأجر الضرائب والأعباء التي يخضع لها المحل حتى وإن تم فرضها باسم المؤجر - نص أن المؤجر

يمكن أن يترتب عن عدم قيام المستأجر المسيّر باستكمال هذه الشكليات تعرضه لعقوبات إدارية، ويتحمل تعويض مالك المحل إذا ما أصابه ضرر، إضافة إلى هذا إذا رفض المستأجر المسيّر دفع ضرائبه- ولتفادي مصادرة البضائع- فإن المؤجر ملزم بدفعها، وله حق في الفائدة على المبلغ الذي تم تسبيقه، ويستطيع عند الاقتضاء، عند انقضاء العقد، خصمه من مبلغ الكفالة<sup>1</sup> (أو الضمان).

8- العناية المطلوبة في استعمال المحل التجاري المؤجر تسييره: إذا ما تحدد الاستعمال الذي يجب على المستأجر المسيّر أن يباشره في المحل التجاري المؤجر تسييره، سواء بالاتفاق أو وفقا للغرض الذي أعد من أجله، فإنه يلتزم في استعماله له بما يبذله الشخص المعتاد (أو رب الأسرة الحريص) من العناية بالأشياء المملوكة له والموجودة في حيازته ولا يتركه دون استغلال، ولا يتجاوز في استعماله لها الحدود المألوفة التي تتسم بالإفراط وسوء الاستعمال<sup>2</sup>. كذلك توقف المستأجر المسيّر عن استغلال المحل التجاري المؤجر تسييره يؤدي إلى تحويل العملاء وانصرافهم عنه، وفي ذلك ضرر بالمؤجر عندما يعود المحل التجاري إليه بعد انتهاء إيجار التسيير.

إن تقرير ما إذا كان المستأجر قد بذل في استعمال العين عناية الشخص المعتاد، أو أنه قصر في بذل هذه العناية مسألة موضوعية يتوقف الفصل فيها على طبيعة العين المؤجرة وعلى عرف الجهة الموجودة بها، والغرض الذي أجرت من أجله والمألوف في الاستغلال<sup>3</sup>. كما يجب أيضا أن يكون استغلاله متفقا مع الآداب العامة والنظام العام وألا يسيئ استعماله<sup>4</sup>.

**ب- جزاء إخلال المستأجر المسيّر بالتزامه باستغلال المحل التجاري المؤجر تسييره:** إذا أخل المستأجر المسيّر بالتزامه باستعمال المحل التجاري المؤجر تسييره فيما أعد له على التفصيل المتقدم، فللمؤجر طبقا للقواعد العامة أن يطالب المستأجر المسيّر بتنفيذ هذا الالتزام عينا، فيلزمه بأن يستغل المحل التجاري كما ينبغي، أو بالأبواب يتركه دون استغلال، ويستطيع أن يلجأ في ذلك إلى طريق التهديد المالي، بل يجوز له عند الاقتضاء أن يطلب وضع المحل

---

وحده خاضع للرسم على القيمة المضافة باعتباره مؤجر المحل ويحقق دخل شخصي، دون البحث عن ما إذا كان هذا الخضوع للضريبة يتألف من عبئ شخصي للمؤجر أو يكون ضمن العديد من الأعباء المختلفة التي يخضع لها المحل».

Com. 20 fév. 1979, n° 77-12.029, bull. Civ. IV, n° 76, p58.

<sup>1</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, pp228-229.

« Le cautionnement est censé garantir: le paiement des impôts». Gérard AZEMA, op- cit, p46.

<sup>2</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص ص926-927. أنظر أيضا حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص ص145. أنظر أيضا الملحق رقم 7.

« Le gérant exploite le fonds avec diligence, c' est- à- dire en bon père de famille». Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p74. Voir aussi Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p391. Voir aussi M. ROURE, op- cit, pp68-69.

<sup>3</sup> - محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ص250. أنظر أيضا خميس خضر، مرجع سابق، ص ص255-256.

<sup>4</sup> - أنظر حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص ص145.

التجاري تحت الحراسة لإدارته على الوجه الواجب، وله إضافة إلى هذا أن يطالب بفسخ العقد، وفي كلتا الحالتين يمكن له المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إخلال المستأجر المسيّر بالتزامه<sup>1</sup>.

أما إذا كان الضرر الحاصل لم يكن بسبب المستأجر المسيّر، وإنما بسبب القوة القاهرة أو الحالة الطارئة أو الغلق المؤقت لمدة زمنية معينة الناتجة عن سبب مشروع كالعطلة مدفوعة الأجر، فلا مجال للحديث عن تعويض المؤجر عن ما أصابه من ضرر وما فاتته من كسب<sup>2</sup>.

إن دعوى المؤجر قبل المستأجر لتغيير نوع الاستعمال أو إساءته دعوى شخصية لا تنتقل إلى مشتري العين المؤجرة، فهذا الأخير لا يستطيع طلب الفسخ لمخالفة وقعت قبل اكتسابه ملكية العين إلا إذا اتفق على حوالة هذه الدعوى إليه صراحة في عقد البيع<sup>3</sup>.

ثانياً: التزام المستأجر المسيّر بعدم إجراء أي تغيير على المحل التجاري المؤجر تسييره: مفاد هذا الالتزام هو أنه لا يجوز للمستأجر المسيّر القيام بإجراء أي تغيير في المحل التجاري المؤجر تسييره سواء بالزيادة أو النقصان، وإنما يجب عليه الحفاظ والإبقاء عليه على الحالة التي تسلمه فيها من المؤجر، وبالرجوع إلى نص المادتين 492 و493 ق م ج نجد أن المشرع كأصل منع على المستأجر المسيّر القيام بأي تغيير في المحل التجاري المؤجر تسييره ومن جهة أخرى وكاستثناء أجاز له ذلك في بعض الحالات.

أ- الأصل عدم إجراء أي تغيير على المحل التجاري المؤجر تسييره: تنص المادة 1/492 ق م ج على أنه لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة أي تغيير بدون إذن مكتوب من المؤجر). نستنتج من خلال هذه الفقرة أن المشرع قصد بالتغيير الذي يحظر على المستأجر القيام به، أي التغيير المادي وليس التغيير المعنوي أو التغيير في استعمال الشيء المؤجر، ذلك أن هذا الأخير سبق دراسته في العنصر السابق، والتغيير المادي هو كل ما يلحق كيان أو جسم العين المؤجرة أو أحد ملحقاتها<sup>4</sup>. غير أنه بالعودة إلى العين المؤجرة نجدها تتمثل في ذلك المال المنقول المعنوي الذي لا وجود مادي له، إلا أن هذا لا يمنع من إجراء تغيير فيه كتغيير العنوان أو الاسم التجاري الذي يستخدمه المؤجر في محله التجاري، ويمكن أن يشمل أيضا التغيير عناصر مادية كالألات المستخدمة في المحل التجاري، ويمتد أيضا لحق الإيجار الذي يرد على عقار مخصص لمزاولة النشاط التجاري، فيجب على المستأجر المسيّر عدم المساس بهذا العقار أو التغيير فيه كتهديم جدار أو فتح نافذة في الجدار.

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 522-523. أيضا هلال شعوة، مرجع سابق، ص 151. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 559. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 929. أنظر أيضا خميس الخضر، مرجع سابق، ص 256. أنظر أيضا محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 251. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 132. أنظر أيضا زروقي خديجة، مرجع سابق، ص 43.

Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p214.

<sup>2</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p215.

<sup>3</sup> - محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 252.

<sup>4</sup> - أنظر هلال شعوة، مرجع سابق، ص 152. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص 193. أنظر أيضا محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 192.

إن كل هذه التغييرات وغيرها التي تطرأ على المحل التجاري المؤجر تسييره يجب على المستأجر المسير الحصول على إذن مكتوب من المؤجر قبل قيامه بها، ويجب عليه أيضا أن يلتزم الحدود المبينة له في هذا الإذن ولا يتجاوزها. أما إذا ورد الترخيص في صيغة عامة تجيز للمستأجر إجراء التغييرات التي يرى أنها تفيده في انتفاعه بالعين المؤجرة، فإنه لا ينصب إلا على التغييرات العادية المألوفة في إجارة مثل العين المؤجرة في الظروف العادية<sup>1</sup>، والتي تعينها طبيعة العين المؤجرة وما أعدت له بحسب تلك الطبيعة ولا ينصرف إلى التعديلات الجوهرية التي تمحو معالم العين وتتناول كيانها وشكلها<sup>2</sup>.

نشير إلى نقطة مهمة تتمثل في أن المشرع قبل تعديل نص المادة 492 ق م ج<sup>3</sup> كان يجيز كاستثناء قيام المستأجر بإجراء تغييرات على العين المؤجرة دون الحصول على إذن من المؤجر إذا كان لا ينشأ عنها ضرر للمؤجر ودون إفراغ الإذن في شكل مكتوب على غرار مختلف التشريعات كالقانون المدني المصري في نص المادة 580 منه والقانون المدني السوري في نص المادة 548 منه، ولكن بتعديل نص المادة في 2007 بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 أصبح لا يجوز للمستأجر القيام بإجراء تغيير على العين المؤجرة دون الحصول على إذن مكتوب من المؤجر، ولم يبين المشرع شكل الكتابة هل كتابة رسمية أم عرفية.

**جزاء قيام المستأجر المسير بتغييرات دون الحصول على إذن مسبق من المؤجر:** تنص المادة 2/492 ق م ج على أنه (وإذا أحدث المستأجر تغييرا في العين المؤجرة يلزم بإرجاعها إلى الحالة التي كانت عليها ويعوض الضرر عند الاقتضاء).

يتضح لنا من خلال هذه الفقرة وقياسا عليها أن المشرع نص على جزاء الإخلال بهذا الالتزام هو إيجاب المستأجر المسير على إعادة المحل التجاري إلى الحالة التي كان عليها قبل التغيير، مع إلزامه بالتعويض إن كان له مقتضى. وهذا هو التنفيذ العيني مع التعويض عن الضرر، ويجوز للمؤجر أيضا أن يطلب فسخ إيجار التسيير تطبيقا للقواعد العامة، وإن كان المشرع لم يشر إلى الفسخ في نص المادة 492 ق م ج. كما يجوز للمؤجر أن يطلب التنفيذ العيني في أي وقت ولو قبل انتهاء عقد إيجار التسيير، لأن الإخلال قد حدث أثناءه، فيتربط الجزاء فور وقوع الإخلال. ومن جهة أخرى فإن للمؤجر أن ينزل للمستأجر المسير عن طلب التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض، فالنزول اللاحق كالإذن السابق والنزول قد يكون صراحة أو ضمنا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص558. أنظر أيضا هلال شعوة، مرجع سابق، ص154. أنظر أيضا حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص145.

<sup>2</sup> - حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار في القانون المدني وفي قوانين إيجار الأماكن، ط3، د د ن، د ب ن، 1999-2000، ص ص146-147.

<sup>3</sup> - تنص المادة 1/492 ق م ج قبل تعديلها على أنه (لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغييرا بدون إذن المؤجر إلا إذا كان هذا التغيير لا ينشأ عنه أي ضرر). أنظر أيضا زروقي خديجة، مرجع سابق، ص45 وما بعدها.

<sup>4</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص ص233-234. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص ص527-528. أنظر أيضا محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ص256-257. أنظر أيضا حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار في القانون المدني وفي قوانين إيجار الأماكن، ط3، مرجع سابق، ص ص147-148. أنظر أيضا

ب- الاستثناء: جواز إجراء تغييرات على المحل التجاري المؤجر تسييره: تنص المادة 1/493 ق م ج على أنه ( يجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والكهرباء والغاز، والتلفون وما يشبه ذلك على شرط أن لا تخالف طريقة وضع هذه الأجهزة القواعد المعمول بها، إلا إذا أثبت المؤجر أن وضع هذه الأجهزة تهدد سلامة العقار.

فإذا كان تدخل المؤجر لازماً لذلك جاز للمستأجر أن يطلب منه هذا التدخل على أن يتكفل المستأجر برد ما ينفقه المؤجر من مصاريف).

يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن المشرع استثنى من قاعدة عدم جواز التغيير في العين المؤجرة حالة ما إذا كان التغيير بقصد وضع ما تقتضيه الحياة الحديثة من أجهزة وأدوات<sup>1</sup> لازمة لخدمته، ولكن هذه الأجهزة المذكورة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، ولذلك يدخل تحت حكم هذا النص ما يستجد من مخترعات حديثة تخدم الإنسان<sup>2</sup>. فقياساً على هذا يمكن أن نقول أنه يمكن للمستأجر المسير القيام بوضع مختلف الأجهزة في محله التجاري كتوصيل المياه والكهرباء والغاز وجهاز التكييف مثلاً في العقار الذي يستغل فيه محله التجاري، وله أيضاً أن يضيف عناصر غير موجودة ضمن العناصر السابقة المكونة للمحل التجاري كبراءة اختراع أو علامة ... إلخ، ويشترط لإعمال هذا الحق ثلاثة شروط:

1- ألا يكون من شأن وضع تلك الأجهزة أو التغييرات ما يهدد سلامة المحل التجاري المؤجر تسييره بمختلف العناصر المكونة له، لأنه إذا كان من شأن إدخال تلك الأجهزة والتغييرات ما يهدد العين المؤجرة امتنع على المستأجر المسير إدخالها، ويقع عبئ إثبات تهديدها لسلامة المحل التجاري على عاتق المؤجر.

2- يشترط على المستأجر المسير أن يراعي في وضع الأجهزة الأصول الفنية المعتادة<sup>3</sup>، فلا يزيد على القدر الواجب لإدخال الأجهزة من أعمال وتغييرات تستوجبها المقتضيات الفنية، ويقع هنا أيضاً على المؤجر عبئ إثبات أن المستأجر المسير جاوز الأصول المرعية، فإذا أثبت ذلك جاز له الرجوع بتعويض على المستأجر المسير مع إجباره على التزام هذه الأصول.

3- أن يقوم المستأجر المسير برد النفقات التي صرفها المؤجر إذا اقتضى الأمر تدخل هذا الأخير لمعاونة المستأجر المسير، ما لم يكن المستأجر المسير قد قام بنفسه بهذه الأعمال على نفقته. وغنى عن البيان أن نفقات

---

محمد السيد عمران، شرح أحكام إيجار الأماكن في القانون المصري وفق آخر التعديلات وفي ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص190. أنظر أيضاً سعيد سعد عبد السلام، الوسيط في قانون إيجار الأماكن طبقاً لأحدث التعديلات الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص342.

<sup>1</sup> - محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص194. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص935.

<sup>2</sup> - سعد الجبر، مرجع سابق، ص197.

<sup>3</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص935-936. أنظر أيضاً محمد السيد عمران، شرح أحكام إيجار الأماكن في القانون المصري وفق آخر التعديلات وفي ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص190. أنظر أيضاً سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص559.

إدخال هذه الأجهزة تكون على المستأجر المسير<sup>1</sup>، ولا يجوز له أن يطالب المؤجر بشيء منها إلا إذا تركها عند إخلاء العين المؤجرة وكان يترتب على بقائها زيادة في قيمة تلك العين<sup>2</sup>، ما لم يوجد اتفاق بينهما على أن يتحملها المؤجر، أو يتحملانها مناصفة.

نستنتج أيضا من الفقرة الثانية من نص المادة 493 ق م ج وقياسا عليها أن المشرع لم يكتف بمنح المستأجر المسير الحق في إدخال تغييرات على المحل التجاري، وإنما ألزم من جهة أخرى المؤجر بضرورة التدخل لمساعدة المستأجر المسير في إجراء تلك التغييرات إذا كان تدخله لازما لإتمامها، كاشتراط توقيعه أو تقديم الطلب منه شخصا باعتباره مالكا للمحل التجاري المؤجر تسييره.

ولا يجوز الاتفاق على حظر وضع الأجهزة الحديثة بالمحل التجاري المؤجر تسييره إلا بإذن المؤجر، وإذا وجد هذا الاتفاق فإنه لا يعمل به، لأن تمسك المؤجر بهذا الاتفاق رغم ثبوت انتفاء تهديد سلامة المحل التجاري يجعله متعسفا في استعمال حقه في الاعتراض على إجراء التغييرات<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني

### الالتزام بالمحافظة على العين المؤجرة

رأينا فيما سبق أن عقد إيجار تسيير المحل التجاري غير ناقل للملكية وناقل للحيازة، بحيث تنتقل حيازة المحل التجاري من المؤجر إلى المستأجر المسير لينتفع به لمدة زمنية معينة على أن يقوم برده إلى المؤجر بعد انقضاء العقد، وخلال تلك المدة يقع على عاتق المستأجر المسير التزام بالمحافظة على المحل التجاري المؤجر تسييره، فإذا قصر في ذلك وتعرض المحل التجاري للهلاك تفررت مسؤوليته.

يكون المستأجر المسير للمحل التجاري ملزما ببذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على المحل التجاري، ويكون تبعا لذلك ملزما بإجراء الترميمات اللازمة للعقار الذي يمارس فيه تجارته نظرا لانتقال حق الإيجار إليه، وأن يبلغ المؤجر عن ذلك، وعن كل اعتداء من الغير على أحد عناصر المحل التجاري كمن يفلد علامة المحل أو اسمه، فإن هو فعل ذلك يكون قد أدى التزامه، ويقع هلاك المحل على عاتق المؤجر مادام المستأجر قد بذل في حفظه عناية الرجل المعتاد.

**أولا: التزام المستأجر المسير ببذل عناية الرجل العادي في الحفاظ على المحل التجاري المؤجر تسييره:** تنص المادة 1/495 ق م ج على أنه (يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة وأن يحافظ عليها مثلما يبذله الرجل

<sup>1</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 530-531. أنظر أيضا هلال شعوة، مرجع سابق، ص 156. أنظر أيضا سعيد سعد عبد السلام، الوسيط في قانون إيجار الأماكن طبقا لأحدث التعديلات الدستورية، مرجع سابق، ص 343.

<sup>2</sup> - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 559.

<sup>3</sup> - محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 195.

العادي). إن ما نلاحظه من خلال هذه الفقرة أنه يعتبر تطبيقاً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 1/172 من نفس القانون التي تنص على أنه (في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك).

نستنتج من خلال هاتين المادتين وقياساً عليهما أن المستأجر المسير يلتزم بالمحافظة على المحل التجاري المؤجر تسييره، وعليه أن يبذل في ذلك ما يبذله الشخص العادي من العناية، والالتزام المستأجر المسير هنا يعد التزاماً ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، ولذلك يعد أنه قد أوفى بالتزامه متى ثبت أنه بذل العناية المطلوبة منه ولو لم يتحقق الغرض المقصود من هذه العناية وهو سلامة المحل التجاري المؤجر تسييره، فقد يهلك أو يتلف برغم ما يبذله من العناية<sup>1</sup>، لأنه إذا كان التلف يرجع إلى استعمال الشيء استعمالاً مألوفاً فلا يكون مسؤولاً عنه<sup>2</sup>.

فإذا كان يستغل بالمحل التجاري آلات معينة فيجب عليه الحفاظ عليها وأن لا يتسبب في هلاكها أو تلفها، وقد يتضمن المحل التجاري أيضاً علامة معينة (سواء كانت تجارية أو صناعية أو خدمائية) أو براءة اختراع أو رخص فيقع عليه التزام بالحفاظ عليها بما يقتضيه ذلك من استعمالها في الغرض والحدود الذي خصص له. ويرى الدكتور محمود عبد الرحمن محمد أن العناية المطلوبة في الاستعمال تختلط بالعناية في الحفظ ولا يمكن الفصل بينهما، فالمحافظة على العين المؤجرة تقتضي استعمالها بعناية، كما أن استعمالها بعناية يؤدي إلى المحافظة عليها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص ص 938-939. أنظر أيضاً سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط 2013، مرجع سابق، ص ص 216-217. أنظر أيضاً حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار في القانون المدني وفي قوانين إيجار الأماكن، ط 6، مرجع سابق، ص 149. أنظر أيضاً أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 344. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص ص 533-534. أنظر أيضاً سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 564. أنظر أيضاً زروقي خديجة، مرجع سابق، ص ص 74-75. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 128.

« إن المعيار المعتمد في تحديد مدى التزام المستأجر ببذل العناية معيار موضوعي أو مادي وليس شخصي، فنحن لا نقيس العناية الواجبة بما يبذله المستأجر في شؤونه الخاصة، وإنما بما يبذله الشخص المعتاد، ولهذا يمكن أن تكون العناية المطلوبة هنا أكثر مما يبذله المستأجر في شؤونه الخاصة إذا كان مهملاً، كما يمكن أن تكون أقل مما يبذله في شؤونه الخاصة إذا كان على درجة عالية من اليقظة والاهتمام». سعد الجبر، مرجع سابق، ص ص 200-201. أنظر أيضاً هلال شعوة، مرجع سابق، ص 159.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 09 نوفمبر 1981، على أنه « يمكن للمالك التمسك بالمخالفات المتعلقة بعقد إيجار التسيير سواء تم ارتكابها من طرف المستأجر أو المسير الحر الذي دخل إلى الأماكن، بحيث يجب نقض القرار الذي يقضي بأن التسيير الحر لا يخول للمستأجر أي حق اتجاه المالك وأن شرط الإنهاء لا يمكن أن يجد تطبيقه وهذا لرفضه طلب المؤجر الرامي إلى إثبات فسخ عقد الإيجار والمؤسس على المشتريات الفندقية للمالك الذي استخلفه المستأجر في تسيير المحل التجاري».

Com. 09 nov. 1981, n° 80-11.067, bull. Civ. III, n° 183, p132.

<sup>2</sup> - أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 344.  
<sup>3</sup> - محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 196. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 237. أنظر أيضاً الملحق رقم 7.

إن التزام المستأجر بالحفاظ على المحل التجاري لا يقتصر فقط على هذا الأخير فقط بل يمتد إلى ملحقاته كالمخزن مثلا، ويشمل التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة أيضا التزامه برقابة جميع الأشخاص الذين يتصلون بهذه العين بسببه رقابة فعالة كافية لمنعهم من الإضرار بهذه العين، ويعتبر هذا الالتزام بالرقابة- خلافا للالتزام الأصلي بالمحافظة- التزاما بنتيجة لا التزاما بوسيلة، بحيث يسأل المستأجر عن كل ما يقع من هؤلاء الأشخاص ويضر بالعين المؤجرة ولو أثبت أنه بذل عناية الرجل المعتاد في رقابة هؤلاء الأشخاص دون أن يفلح في منع وقوع الضرر. ويبين من ذلك أن مسؤولية المستأجر عن فعل غيره هي مسؤولية عقدية وأنها أوسع من المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير لأن هذه الأخيرة محدودة بقيود معينة لا تنقيد بها الأولى، فلا يلزم في مسؤولية المستأجر أن يكون الفعل قد وقع من تابع له خاضع لرقابته ولا أن يكون قد وقع من هذا الأخير في تأدية وظيفته<sup>1</sup>.

إن التزام المستأجر بعناية الرجل المعتاد في المحافظة على العين المؤجرة وفي استعمالها، وما يستتبع ذلك من مسؤوليته عن أعمال تابعيه، ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على تشديد هذا الالتزام وعلى تخفيفه وعلى الإعفاء منه. ولكنه يبقى مسؤولا في كل حال عن فعله العمد وعن خطأه الجسيم، فلا يستطيع أن يعفي نفسه بشرط خاص من المسؤولية عنهما، ما لم تكن المسؤولية مترتبة على فعل تابعيه فيستطيع أن يعفي نفسه من المسؤولية عن فعلهم ولو كان عمدا، وليس هذا إلا تطبيقا للقواعد العامة<sup>2</sup>.

حسب نص المادة 1/119 ق م ج فإنه إذا ثبت أن المستأجر المسيّر أخل بالتزامه في المحافظة على المحل التجاري المؤجر تسييره، فإنه يسأل في مواجهة المؤجر وفق ما تقتضيه القواعد العامة، ويكون لهذا الأخير تبعا لمصلحته وبالنظر إلى حجم الإخلال والضرر الذي لحقه أو لحق العين المؤجرة طلب التنفيذ العيني؛ أي إلزام المستأجر المسيّر ببذل العناية الواجبة في المحافظة على المحل التجاري المؤجر تسييره، واستعماله استعمالا عاديا، أو طلب الفسخ إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن، أو كان الإخلال جسيما<sup>3</sup> مع التعويض في كلتا الحالتين، وللقاضي السلطة التقديرية في الإجابة لطلبه من عدمه.

**ثانيا: التزام المستأجر المسيّر بالقيام بالترميمات التأجيرية:** تنص المادة 494 ق م ج على أنه (يلتزم المستأجر بالقيام بالترميمات الخاصة بالإيجار والجاري بها العمل ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك). يتضح لنا من خلال

<sup>1</sup> - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص566. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص540 وما بعدها. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص ص940-941. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص237. أنظر أيضا أنور طلبية، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص ص345-346.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص ص542-543. أنظر أيضا محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص198. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص567. أنظر أيضا محمد السيد عمران، شرح أحكام إيجار الأماكن في القانون المصري وفق آخر التعديلات وفي ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص ص192-193.

<sup>3</sup> - أنظر هلال شعوة، مرجع سابق، ص161. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص ص545-546.

هذا النص أن المستأجر الميسر يلتزم بإجراء الترميمات التأجيرية التي يحتاج إليها المحل التجاري المؤجر تسييره خلال مدة عقد إيجار التسيير، وقد سبق وأن بينا أن الترميمات التأجيرية هي الإصلاحات البسيطة التي يحتاج إليها المحل التجاري بسبب استعماله استعمالاً عادياً، وأن المشرع أبقى المؤجر من واجب القيام بها<sup>1</sup>، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك.

سبب تحميل المشرع المستأجر بهذه الترميمات افتراض أن مصدرها يعود لاستعمال المستأجر أو من يتبعه للعين، بحكم اتصاله بالعين المؤجرة مدة الإيجار، وكذلك لبساطة هذه الترميمات عادة<sup>2</sup>، وأن المؤجر يلتزم بإجراء الترميمات الكبيرة باعتبارها ضرورية للانتفاع بالعين<sup>3</sup>. وإذا قام شك هل تعد الترميمات ترميمات تأجيرية فيلتزم بها المستأجر أو ترميمات ضرورية للانتفاع بالعين فيلتزم بها المؤجر، فإن هذا الشك يفسر لمصلحة المستأجر، لأنه هو الملتزم، ولأن الأصل هو أن يقوم المؤجر بالترميمات فيما عدى الترميمات التأجيرية البسيطة فتكون الترميمات التأجيرية استثناء والاستثناء لا يتوسع فيه<sup>4</sup>.

يمكن أن نعطي عدة أمثلة على ذلك فباعتبار أن المحل التجاري مال منقول معنوي يتكون من عناصر مادية ومعنوية، فإذا احتاجت أحد عناصره مثلاً كالألات أو بعض الأثاث أو العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري المؤجر تسييره، ترميمات معينة ناتجة عن الاستعمال العادي (أو المألوف) له فيلتزم المستأجر الميسر بإجرائها.

يشترط لإلزام المستأجر الميسر بإجراء الترميمات التأجيرية ثلاثة شروط تتمثل فيما يلي:

- ألا يوجد اتفاق على إعفاء المستأجر من إجراء هذه الترميمات: فالزم المستأجر بالقيام بالترميمات التأجيرية ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على خلافه، وهذا الاتفاق قد يتضمن مجرد إعفاء المستأجر من إجراء الترميمات التأجيرية وقد يذهب إلى حد إلزام المؤجر بالقيام بها.

- أن يقضي العرف بذلك، وقد نصت المادة 494 ق م ج على هذا الشرط صراحة، وعلى ذلك فالترميمات البسيطة التي لا يقضي العرف أن يقوم المستأجر بإجرائها، لا يمكن إجباره عليها.

- ألا يثبت المستأجر أن هذه الترميمات أصبحت لازمة بسبب أجنبي لا يد له فيه: فأساس التزام المستأجر بالقيام بالترميمات التأجيرية هو قرينة أن هذه الترميمات أصبحت لازمة بسبب إهماله أو إهمال أحد ممن يشاركونه

<sup>1</sup> - أنظر محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 258. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 547-548. أنظر أيضاً محمد السيد عمران، شرح أحكام إيجار الأماكن في القانون المصري وفق آخر التعديلات وفي ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 192. أنظر أيضاً سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص 570-571. أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 134.

<sup>2</sup> - هلال شعوة، مرجع سابق، ص 162.

<sup>3</sup> - سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 239.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 548. أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 134.

استعمال العين المؤجرة، وهذا هو الغالب في استلزام هذه الترميمات، فإذا استطاع المستأجر أن ينقض هذه القرينة وأن يثبت أن السبب المستوجب للترميم أجنبى عنه لا يد له فيه، أصبح لا محل لإلزامه به، وعلى ذلك فإذا أثبت المستأجر أن الحاجة إلى الترميم نشأت عن قوة قاهرة أو عن خطأ المؤجر نفسه فإنه يعفى من القيام بالترميم<sup>1</sup>.

يترتب عن إخلال المستأجر بالتزامه بإجراء الترميمات التأجيرية حق المؤجر في المطالبة بالتنفيذ العيني لالتزامه، أي إجباره على القيام بالترميمات الواقعة على عاتقه، وله أن يحصل على ترخيص من القضاء في القيام بهذه الترميمات على نفقة المستأجر، وله أيضا أن يطلب وفقا للقواعد العامة فسخ عقد إيجار التسيير، ويخضع هذا الطلب للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وللمؤجر أيضا سواء طلب التنفيذ العيني أو الفسخ، الحق في مطالبة المستأجر بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب عدم إجراء الترميمات التأجيرية أو التأخير في إجرائها<sup>2</sup>.

**ثالثا: التزام المستأجر المسير بإخطار المؤجر بكل ما يستوجب تدخله:** تنص المادة 497 ق م ج على أنه (يجب على المستأجر أن يخبر، فورا، المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين المؤجرة إلى ترميمات مستعجلة أو يظهر عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها، أو يتعدى الغير بالتعرض، أو الإضرار بها).

يتضح لنا من خلال هذا النص وقياسا عليه أن المستأجر المسير ملزم بإخطار المؤجر بكل عمل يقوم به الغير، أو أمر متعلق بالمحل التجاري المؤجر تسييره أو أحد العناصر المكونة له، متى كان هذا الأمر يستوجب تدخله كالترميمات المستعجلة التي لا تحتمل التأخير كظهور تشققات في العقار المستغل فيه المحل التجاري باعتبار حق الإيجار يدخل ضمن عناصر هذا الأخير، ظهور عيب بالمحل التجاري يضمنه المؤجر كإخفاء المؤجر قرار يقضي بغلق المحل التجاري لم ينفذ بعد، تقليد الغير لعلامة يستخدمها المستأجر المسير في محله التجاري أو براءة اختراع، وبصفة عامة كل عمل يضر بالمحل التجاري المؤجر تسييره، فمن المؤكد أن هذه الأعمال يمكن أن لا تكون ذو أهمية مباشرة للمستأجر، ولكن بما أن له علم بها فيجب عليه إخطار المؤجر بها<sup>3</sup>.

أما في غير هذه الحالات التي لا تستلزم تدخل المؤجر، فلا يلتزم المستأجر المسير بإخطار المؤجر بها، والمثال على ذلك الترميمات التأجيرية.

<sup>1</sup> - محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 258-259. أنظر أيضا محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 200.

« ... Excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou force majeure ». Jacques VERDEIL, op- cit, p121.

« Le locataire- gérant n' en sera pas responsable ... s' il prouve que la détérioration ne lui est pas imputable ». Mourice ROBINAULT, op- cit, p226.

<sup>2</sup> - محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 947-948. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 242. أنظر أيضا حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار في القانون المدني وفي قوانين إيجار الأماكن، ط6، مرجع سابق، ص 150. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 136. أنظر أيضا زروقي خديجة، مرجع سابق، ص 94-95.

Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p122. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p226.

<sup>3</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p121. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, pp227-228.

أنظر أيضا زروقي خديجة، مرجع سابق، ص 81-82.

يشترط لإلزام المستأجر المسيّر بإخطار المؤجّر بكل ما يستوجب تدخله ضرورة توافر مجموعة من الشروط نلخصها فيما يلي:

- أن يكون المستأجر المسيّر قد تسلم العين المؤجّرة: فهذا التسليم هو الذي يجعل للمستأجر صلة بالعين ويمكنه من ثم العلم بما يدور بشأنها. فضلا عن أنه إذا تعرضت العين لخطر ما قبل أن يتسلمها المستأجر من المؤجّر، افترض علم الأخير به ومن ثم لا يوجد مبرر لإلزام المستأجر بالإخطار عنه، وإذا لم يكن المؤجّر قد علم به بالرغم من وجود العين تحت يده، اعتبر مقصرا وتحمل هو دون المستأجر نتيجة تقصيره.

- ألا تكون العين قد تركت في رعاية المؤجّر أو أحد أتباعه: فقد ينص في العقد على أن تكون العين المؤجّرة في رعاية المؤجّر أو أحد أتباعه لا في رعاية المستأجر، وقد يقضي العرف بذلك، وحينئذ لا يلتزم المستأجر بإخطار المؤجّر عما قد تتعرض له من أخطار أثناء مدة الإيجار، إذ يفترض أن المؤجّر يعلم بكل ما يطرأ على العين من خلل أو كان من الواجب عليه أن يعلم به عن طريق تابعه المكلف برعايتها<sup>1</sup>.

- أن يكون المستأجر على علم بما يتهدد العين من أخطار أو على الأقل أن يكون في استطاعته العلم به لو أنه بذل في المحافظة على العين عناية الشخص المعتاد، فإذا كان الخطر مما لا يستطيع الشخص المعتاد أن يتبينه، فلا تثريب على المستأجر أنه لم يعلم به وبالتالي أنه لم يقم بإخطار المؤجّر بحصوله.

- ألا يكون المؤجّر قد علم بما يتهدد العين من طريق آخر في وقت مناسب: إذ أن الغرض من الإخطار هو تحقيق هذا العلم، فما دام قد ثبت فلا يكون هناك داع لحصول الإخطار أن يكون المؤجّر قد علم بالخطر في وقت مناسب يسمح له بدرئه أو الحيلولة دون تفاقم نتائجه، فالعلم المتأخر لا يعفي المستأجر من المسؤولية<sup>2</sup>، وعلى المستأجر أن يثبت أن المؤجّر قد علم في الوقت المناسب بالأمر الذي يؤخذ عليه عدم الإخطار عنه<sup>3</sup>.

نجد بالرجوع إلى نص المادة 497 ق م ج أن المشرع لم يشترط أن يتخذ الإخطار شكلا معينا، وباعتبار أن عقد إيجار التسيير عقد ذو طبيعة تجارية فإنه يمكن لنا القول أن الإخطار يمكن أن يكون في أي شكل، سواء كان عن طريق محضر قضائي أو رسالة موصى عليها أو رسالة عادية أو شهادة الشهود.

<sup>1</sup> - محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص202. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص205-206. أنظر أيضا محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص262. أنظر أيضا سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، مرجع سابق، ص569. أنظر أيضا أنور طلبة، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص354. أنظر أيضا زروقي خديجة، مرجع سابق، ص82.

<sup>2</sup> - محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص262-263. أنظر أيضا محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص203. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص206-207. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص536-537. أنظر أيضا أنور طلبة، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص354. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص943-944. أنظر أيضا زروقي خديجة، مرجع سابق، ص83-84.

<sup>3</sup> - محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص203.

أما في شأن الميعاد الذي يجب على المستأجر المسيرّ الالتزام به لإخطار المؤجّر، فنجد أن المشرع لم يقيده بمدة زمنية معينة، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 497 ق م ج وقياسا عليها نجد أن المشرع استعمل مصطلح (فورا)، بحيث نفهم من خلاله أنه أراد من المستأجر المسيرّ إخطار المؤجّر وقت علمه بما يستوجب تدخل هذا الأخير ودون انتظار، لأن أي تأخر في ذلك يمكن أن يضيع صفقة على التاجر أو زبون الأمر الذي يضر بالمحل التجاري.

متى قام المستأجر بإخطار المؤجّر بما يستوجب تدخله وفي الوقت المناسب، فإنه يكون قد نفذ التزامه، ولا يجب عليه اتخاذ أي إجراء إضافي، وبصفة خاصة لا يتعين عليه أن يقيم دعوى لإثبات حالة العين المؤجرة<sup>1</sup>.

أما إذا لم يقم المستأجر بالإخطار أو تأخر في القيام به، وترتب على ذلك ضرر بالمؤجّر، كأن هلكت العين المؤجرة أو استحققت لأجنبي، فإن المستأجر يكون مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية، على أن مسؤولية المستأجر تنتفي إذا أثبت أن الضرر كان لا بد أن يحدث ولو بادر بإخطار المؤجّر، إذ لا يكون إهمال المستأجر في هذه الحالة هو سبب الضرر الذي لحق بالمؤجّر، كما لو أثبت أن المتعرض للعين المؤجرة كان لا بد أن ينجح في دعواه.

بديهياً أن المستأجر الذي ثبت تقصيره لعدم قيامه بإخطار المؤجّر أو التأخير في القيام بهذا الإخطار، لا يستطيع الرجوع على المؤجّر إذا ما حرم من منفعة العين المؤجرة كلها أو بعضها نتيجة هذا التقصير<sup>2</sup>.

**رابعاً: مسؤولية المستأجر المسيرّ عن هلاك أو تلف المحل التجاري المؤجّر تسييره:** سبق وقلنا أن عقد إيجار تسيير المحل التجاري يتشابه مع عقد إيجار مال آخر في أنهما يردان على الانتفاع بالمال لمدة زمنية معينة، وأن من بين الالتزامات الواقعة على المستأجر المسيرّ واجب المحافظة على العين المؤجرة خلال تلك المدة، ولكن خلال هذه المدة من الممكن أن يبقى المحل التجاري المؤجّر تسييره على حالته الأولى، كما يمكن أن يتعرض للهلاك. ففي الحالة الأولى لا يثار أي إشكال، ولكن في الحالة الثانية يثار إشكال حول من يتحمل مسؤولية الهلاك، وبالرجوع إلى نص المادة 2/495 ق م ج ونص المادة 496 ق م ج نجد أن الهلاك أو التلف قد ينشأ عن سبب غير الحريق وقد يكون بسبب الحريق.

**أ- هلاك أو تلف المحل التجاري لسبب غير الحريق:** تنص المادة 2/495 ق م ج على أنه (وهو مسؤول عما يلحق العين أثناء انتفاعه بها من فساد أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً عادياً).

<sup>1</sup> - سعد الجبر، مرجع سابق، ص 208. أنظر أيضاً محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 263. أنظر أيضاً محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 204.

<sup>2</sup> - محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 263-264. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص 208. أنظر أيضاً محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 205.

نستنتج من خلال هذه الفقرة أن المستأجر المسيّر يعد مسؤولاً عن هلاك أو تلف المحل التجاري المؤجر تسييره، وخطأ المستأجر هنا مفترض أي أنه بمجرد أن يحدث التلف أو الهلاك في العين أثناء مدة الانتفاع، فإنه يفترض أن هذا الهلاك أو التلف راجع لخطأ المستأجر المتمثل في تقصيره بواجب العناية بالعين والمحافظة عليها<sup>1</sup>، وأساس إقامة هذه القرينة هو أن وجود العين في يد المستأجر يجعله أقدر من المؤجر على معرفة وتبرير ما يلحق بالعين المؤجرة من تلف<sup>2</sup>.

غير أن هذه القرينة ليست قاطعة، وإنما قرينة قابلة لإثبات العكس، فيمكن للمستأجر أن يتخلص من مسؤوليته عن الهلاك أو التلف إذا أثبت أنه بذل في المحافظة على العين المؤجرة عناية الرجل المعتاد، بأن لم يخطئ لا هو ولا أحد من تابعيه، أو إثبات أن التلف أو الهلاك نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كالقوة القاهرة أو خطأ المؤجر نفسه، أو عيب في العين المؤجرة.

أما إذا كان الهلاك أو التلف كان نتيجة الاستعمال المألوف للعين، فهذا لا يسأل عنه المستأجر إذ لا يمكن أن ينسب إليه خطأ في إحداثه. ولما كان المستأجر يدفع الأجرة في مقابل الاستعمال المألوف فالمؤجر يتحمل ما يصيب العين نتيجة هذا الاستعمال. غير أن ذلك لا يمنع من إلزام المستأجر بأن يقوم بإجراء الترميمات التأجيلية التي اقتضاها الاستعمال المألوف للشيء<sup>3</sup>.

نشير إلى نقطة مهمة أن هلاك أو تلف العين المؤجرة والمتمثلة في المحل التجاري باعتباره مال منقول معنوي قد يهلك أو يتلف بهلاك أو تلف أحد عناصره الجوهرية أو زوالها، كسحب الترخيص من التاجر ومنعه من مزاوله النشاط التجاري يؤدي إلى زوال المحل التجاري أو التسبب في عزوف الزبائن عن الاتصال بالمحل التجاري إضراراً بالمالك.

**ب- هلاك أو تلف المحل التجاري بسبب الحريق:** تنص المادة 1/496 ق م ج على أنه (المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب ليس من فعله).

إن المحل التجاري كمال منقول معنوي لا يمكن أن يتعرض للحرق، إلا أننا نقصد هنا الحريق الذي يصيب العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري (العقار لا يعتبر عنصر من عناصر المحل التجاري ولكن بهلاك العقار يزول حق الإيجار) أو الأثاث أو البضائع كلما كانت عناصر جوهرية ذات أهمية في وجود المحل التجاري.

نستنتج قياساً على نص هذه المادة أن المشرع رتب مسؤولية المستأجر المسيّر عن الحريق الذي يصيب أحد عناصر المحل التجاري، وذلك على أساس خطئه المفترض بقرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس، ذلك أنه لا

<sup>1</sup> - سعد الجبر، مرجع سابق، ص 209.

<sup>2</sup> - محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 265.

<sup>3</sup> - محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 949-950. أنظر أيضاً سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 243. أنظر أيضاً حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار في القانون المدني وفي قوانين إيجار الأماكن، ط 6، مرجع سابق، ص 151-152.

يكفي كي يدرأها المستأجر المسير عنه أو عن أتباعه أن ينفي عدم وقوع خطأ منه أو منهم، أو أن يثبت أنه بذل في المحافظة على العين المؤجرة (أحد العناصر المكونة للمحل التجاري) من الحرق العناية المطلوبة، وهي عناية الرجل العادي، وإنما عليه أن يثبت أن الحريق الذي وقع كان بسبب أجنبي عنه كالقوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المؤجر نفسه<sup>1</sup>، أو عيب في البناء أو أن الحريق قد نشب من المنزل المجاور<sup>2</sup>.

يختلف إذن التزام المستأجر المسير عند تلف المحل التجاري أو هلاكه بسبب الحريق عن تلفه أو هلاكه بسبب آخر غير الحريق؛ إذ يكون في الحالة الأولى التزام بتحقيق نتيجة وفي الحالة الثانية التزام ببذل عناية<sup>3</sup>، ومسؤولية المستأجر المسير عن الحريق في هذا الفرض هي مسؤولية عقدية<sup>4</sup>، ويلتزم متى أثبتت مسؤوليته بإصلاح الأضرار التي أصابت البناء في المواعيد المحددة وفقا للشريعة العامة<sup>5</sup>.

يضيف الأستاذ Mourice ROBINAULT أنه يمكن للمالك إعفاء مستأجره المسير من خطر الإيجار عن طريق استفادته من شرط عدم المسؤولية، وأثر هذا الشرط ليس اعتبار أن المستأجر المسير غير مسؤول عن الحريق الذي حدث من جراء خطئه، ولكن ببساطة وفقا للشريعة العامة هو نقل حجية الإثبات: فالمستأجر المسير لا تقع مسؤوليته إلا إذا أثبت المالك ارتكابه لخطأ، قد يكون هذا الشرط ضروريا بسبب مخاطر الحريق التي يمكن أن تتسبب فيها الآلات أو الحالة المعيبة للعمارات<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر هلال شعوة، مرجع سابق، ص166. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص99.

Voir aussi Civ. 14 déc. 2005, n° 04-15.756, bull. Civ, III, n° 245. Préc. Voir aussi Civ. 30 oct. 2008, n°07-17.134, bull. Civ. I, n° 246, p209.préc.

<sup>2</sup> - M. ROURE, op- cit, p71.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 أبريل 1992، بأن « نص المادة 1733 ق م ف التي تثير المسؤولية المفترضة للمستأجر في حالة احتراق الشيء المؤجر، لا تطبق على إيجار تسيير المحلات التجارية لأنها أموال معنوية.

بحيث أنه من أجل إدانة السيدة Daniel التي قامت باستئجار تسيير محل تجاري في شكل ملهى تابع لشركة GRG، عوضت هذه الشركة عن هلاك المحل التجاري الناتج عن الحريق الذي خرب الأماكن التي يستغل فيها. بحيث يعتبر القرار المطعون فيه أن المستأجرة لم تقم بأي عمل قابل لإعائها من المسؤولية المفترضة المنصوص عليها في المادة 1733 ق م. بحيث أنه من الثابت أن محكمة الاستئناف خرقت النص بتطبيقها غير السليم للنص، ولهذه الأسباب، ودون الفصل في الشكاوى الأخرى ينقض ويلغى في كل أحكامه القرار الصادر في 19 مارس 1990 ويتم عرض الأطراف على محكمة الاستئناف بتشكيكة مغايرة».

Com. 21 avr 1992, n° 90-17.202, bull. civ. IV, n°168, p118.

قضت أيضا الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية في قرار صادر لها بتاريخ 16 جويلية 1980، على أن « المادتان 1722 و 1733 ق م ف المتعلقة بمسؤولية المستأجر في حالة الحريق لا تطبقان إلا فيما يتعلق بإيجارات المنازل والأموال الريفية ولا تطبقان على المحلات التجارية».

Com. 16 juill.1980, n°78-16.022, bull. Civ. IV, n°294, p239. Voir aussi Com. 02 juill.1996, n° 93-14.130, bull. Civ, IV, n°198, p170. Préc.

<sup>3</sup> - أنظر هلال شعوة، مرجع سابق، ص166. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص565 وما بعدها. أنظر أيضا حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار في القانون المدني وفي قوانين إيجار الأماكن، ط3، مرجع سابق، ص153.

<sup>4</sup> - أنظر سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص244.

<sup>5</sup> - M. ROURE, op- cit, p71.

<sup>6</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p231.

تنص المادة 2/496 ق م ج على أنه ( فإذا تعدد المستأجرون لعقار واحد كان كل واحد منهم مسؤول عن الحريق بالنسبة للجزء الذي يشغله بما فيهم المؤجر إن كان يسكن العقار إلا إذا ثبت أن الحريق بدأ نشوبه في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسؤولا عن الحريق).

نشير إلى أن الطبيعة الخاصة للمحل التجاري تختلف عن العقار ذلك أنه مال منقول معنوي يتكون من عناصر معنوية وعناصر مادية ولا يقبل القسمة بين الشركاء ويخضع في أحكامه للقانون التجاري، وبالتالي لا يمكن تطبيق نص هذه الفقرة على المحل التجاري، إلا أن ما يمكن قوله في هذا الشأن أنه إذا تعدد المستأجرون المسيرون للمحل التجاري وتعرضت أحد عناصر المحل التجاري للحريق ( مثلا الآلات متى كانت لها أهمية في المحل التجاري)، أنهم مسؤولون بالتضامن في تعويض الضرر على أن يتم الرجوع على من كان سببا في نشوء الحريق لأن التضامن مفترض في القانون التجاري.

### الفرع الثالث

#### الالتزام بالتأمين على المحل التجاري المؤجر تسييره

يلتزم المستأجر المسيّر بالتأمين على المحل التجاري المؤجر تسييره ضد ما يمكن أن يحصل له من مخاطر أثناء استغلاله له، سواء حريق أو كسر الزجاج أو ما يمكن أن يترتب مسؤوليته المدنية، وعليه أن يدفع مبلغ الإشتراك لشركة التأمين التي أبرم العقد معها في المواعيد المحددة لذلك دون تأخير، وسيظل يؤمن المخاطر المختلفة في القيمة والكمية الكافية لضمان مالك المحل في أي وقت.

في حالة حدوث كارثة فإن التعويضات التي يمكن أن تودع من قبل شركة التأمين تكون بكاملها في يد مالك المحل أو كل وكيل معين من قبله، باستثناء تلك التي تعود خاصة إلى المستأجر المسيّر الناتجة عن الأموال التي يحوز عليها في الأمكنة، سواء لحسابه أو لحساب الغير<sup>1</sup>.

### الفرع الرابع

#### الالتزام بدفع الأجرة

يعتبر عقد إيجار تسيير المحل التجاري كما سبق وقلنا من عقود المعاوضة ومن العقود الملزمة للجانبين، بحيث في مقابل تنازل المؤجر عن تسيير محله التجاري للمستأجر المسيّر، يلتزم هذا الأخير بدفع بدل الإيجار في مقابل انتفاعه بالمحل التجاري لمدة زمنية معينة، بحيث يعتبر دفع الأجرة من الأمور الجوهرية التي يجب تحديدها في عقد إيجار التسيير لأنها محل ثاني للعقد يقابل محل التزام المؤجر.

<sup>1</sup> - Voir M. WEISMANN et Roger DEBLED, Achat, vente et gérance d' un fonds de commerce, 9<sup>ème</sup> éd, op- cit, p I 30.

يعتبر التزام المستأجر بدفع بدل الإيجار التزاما بنتيجة، ولا يكفي فيه بذل عناية الرجل المعتاد، فإن امتنع المستأجر المسيّر عن دفع الأجرة أو تأخر في دفعها جاز للمؤجر طلب فسخ العقد مع التعويض، أو الاكتفاء بطلب التعويض فقط، على أن كيفية دفع الأجرة وطبيعتها وتاريخ تسليمها ومكانه يترك لاتفاق أطراف العقد.

**أولاً: مضمون التزام المستأجر المسيّر بدفع الأجرة:** إن لدراسة التزام المستأجر المسيّر بدفع الأجرة يجب علينا أن نتطرق إلى مجموعة من المسائل نلخصها فيما يلي:

أ- **ما يجب الوفاء به وطبيعته:** يتميز عقد إيجار التسيير بأنه من عقود المعاوضة ودفع مقابل الإيجار هو إذن عنصر أساسي، وإذا كان في نية المتعاقدين عدم المطالبة ولا دفع مقابل الإيجار فالعقد لا يعتبر عقد إيجار التسيير، وإنما هبة انتفاع المحل التجاري أو عارية<sup>1</sup>.

يعتبر دفع الأجرة التزام أساسي للمستأجر المسيّر في عقد إيجار التسيير<sup>2</sup>، بحيث يلتزم المستأجر المسيّر بالوفاء بالأجرة المتفق عليها أو المثل أو حكم بها القضاء، وذلك دون زيادة أو نقص إلا إذا كان هناك نقص في المنفعة فتتقص الأجرة بمقدار ما نقص من المنفعة، ولا يكون من حق المستأجر المسيّر إنقاص الأجرة في غير الأحوال المتفق عليها أو إذا توافرت شروط المقاصة وفقاً للقواعد العامة، ويجب على المستأجر المسيّر أن يفي بالأجرة عن كل مدة الإجارة ولو لم ينتفع بالعين المؤجرة ما دامت العين قد وضعت تحت تصرفه وكانت صالحة للانتفاع المقصود، ويلتزم أيضاً بدفع ملحقات الأجرة ككثمن المياه والكهرباء<sup>3</sup> والهاتف ... إلخ، على أن يبدأ ذلك ابتداءً من تاريخ بدأ انتفاعه في مكان المؤجر، على أن يقوم بتسوية تعديلات النقل<sup>4</sup>.

لم يشترط المشرع أن يكون بدل الإيجار ذو طبيعة معينة نقداً أو مالاً آخر، ولكن ترك الحرية للمتعاقدتين عكس ما فعله في عقد البيع أين اشترط أن يكون المقابل نقدياً. وعليه يجب على المستأجر أن يدفع الأجرة في صورتها المتفق عليها، فإذا كان متفقاً على أن تكون الأجرة نقداً، فإن المؤجر لا يلزم بقبول أجرة عينية، أو الانتفاع بعين يملكها المستأجر مثلاً. وبالمثل إذا كان متفقاً على أن تكون الأجرة عينية، فلا يلزم المؤجر بقبول أجرة نقدية ذلك أن التنفيذ العيني هو الأصل، أما إذا كان متفقاً على أن تكون الأجرة عينية، فلا يلزم المؤجر بقبول أجرة نقدية ذلك أن التنفيذ العيني هو الأصل<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p126. Voir aussi. Mourice ROBINAULT, op- cit, p232.

<sup>2</sup> - Com. 11 mai 1971, n° 70-10.012, bull. civ. IV; n°129, p125. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p232. Voir aussi Olivier BARRET, op- cit, p267.

<sup>3</sup> - أنظر أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 210-211. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص 166-167. أنظر أيضاً محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 206-207.

<sup>4</sup> - M. WEISMANN et Roger DEBLED, Achat- vente et gérance d' un fonds de commerce, 9<sup>ème</sup> éd, op- cit, p I 30.

<sup>5</sup> - سعد الجبر، مرجع سابق، ص 167. أنظر أيضاً محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 905. أنظر أيضاً محمد المنجي، موسوعة الإسكان العملية، تحديد الأجرة وملحقاتها في الأماكن السكنية وغير السكنية في القانون 96/4 وفي الأماكن غير السكنية وزيادتها في القانونين 9/6 و14/2001، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 20. أنظر أيضاً زروقي خديجة، مرجع سابق، ص 120.

ب- **المدين والدائن بالأجرة:** إن المدين بالأجرة هو المستأجر المسير الذي ينتفع بالمحل التجاري المؤجر تسييره<sup>1</sup>، وهذا ما نستنتجه قياساً على نص المادة 498 ق م ج التي تنص على أنه (يجب على المستأجر أن يقوم بدفع بدل الإيجار ...). أما إذا تكفل الغير بدفع بدل إيجار التسيير فلا إشكال في ذلك، وإذا مات المستأجر المسير التزم الورثة بدفعها في حدود التركة، وإذا تعدد المستأجرون المسيرون فيلتزمون بدفع بدل الإيجار بالتضامن بينهم لأنهم تجار والتضامن بينهم مفترض، وطبيعة العين المؤجرة لا تقبل القسمة بينهم وبالتالي لا يمكن لكل واحد منهم دفع المقابل عن جزء من المحل التجاري، إلا إذا وجد اتفاق مثلاً على تقسيم مقابل إيجار التسيير إلى نسب معينة حسب الانتفاع يلتزم كل واحد منهم بدفع تلك النسبة<sup>2</sup>.

أما الدائن بالأجرة فيتمثل في المؤجر، وسبق ورأينا أن المؤجر قد يكون مالك المحل التجاري أو من له حق الانتفاع أو حق الإدارة، فالمستأجر المسير عليه دفع الأجرة لأي شخص يكون له الحق في قبضها كالمالك، الوكيل، الوكيل المتصرف القضائي، الحارس القضائي، الوصي، إلخ. وإذا وفى المستأجر المسير بالأجرة لغير مستحقها (سواء كان المالك أو صاحب حق الانتفاع أو حق الإدارة) رغم علمه بذلك فلا تبرأ ذمته ويظل مديناً بها.

وفي حالة تعدد المؤجرين أو كان للمؤجر عدة ورثة، فإن المستأجر يوفي لكل واحد منهم بقدر نصيبه من الأجرة، ولا يجوز له أن يوفي لأحد منهم بكل الأجرة إلا إذا كان موكلاً بقبضها من قبل الآخرين، فإذا كانت الأجرة لا تقبل التقسيم كان لكل واحد منهم المطالبة بها كلها، وإذا اعترض أحدهم على ذلك التزم بالوفاء لهم مجتمعين أو أن يقوم بإيداع الأجرة<sup>3</sup>.

---

« La redevance peut être fixer et consister soit en argent, soit en denrées, soit en argent représentant le prix d' une certaine qualité de denrées ». Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op-cit, p385. Voir aussi Gervais MUBERANKIKO, op- cit, p73.

<sup>1</sup> - « Le paiement des loyers doit être effectué régulièrement par le locataire- gérant ». Pierre BRUN, op-cit, p44.

<sup>2</sup> - « نجد عكس هذا الحكم في القانون المدني إذ لا تضامن بين المستأجرين إذا تعددوا في الالتزام بالوفاء بالأجرة إلا إذا نص على ذلك صراحة في عقد الإيجار، أو فهم ذلك ضمناً من الظروف التي أحاطت بالتعاقد ». محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص208. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص464. أنظر أيضاً محمد المنجي، موسوعة الإسكان العملية، تحديد الأجرة وملحقاتها في الأماكن السكنية وغير السكنية في القانون 96/4 وفي الأماكن غير السكنية وزيادتها في القانونين 9/6 و2001/14، مرجع سابق، ص ص24-25. أنظر أيضاً زروقي خديجة، مرجع سابق، ص ص138-139.

<sup>3</sup> - هلال شعوة، مرجع سابق، ص172. أنظر أيضاً محمد المنجي، موسوعة الإسكان العملية، تحديد الأجرة وملحقاتها في الأماكن السكنية وغير السكنية في القانون 4/96 وفي الأماكن غير السكنية وزيادتها في القانونين 9/6 و2001/14، مرجع سابق، ص25 وما بعدها. أنظر أيضاً زروقي خديجة، مرجع سابق، ص ص134-135.

تنص المادة 238 ق م ج على أنه (إذا تعدد الدائنون، أو ورثة الدائن في الالتزام غير القابل للانقسام جاز لكل واحد من هؤلاء أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً، فإذا اعترض أحدهم على الوفاء كان المدين ملزماً به لهم مجتمعين، أو بإيداع الشيء محل الالتزام. ويرجع الدائنون على الدائن الذي استوفى الالتزام كل بقدر حصته).

## ج- ظروف الوفاء بالأجرة: نتطرق في هذا العنوان إلى زمان ومكان دفع الأجرة وإثباته.

1- زمان الوفاء بالأجرة: تنص المادة 1/498 ق م ج على أنه (يجب على المستأجر أن يقوم بدفع بدل الإيجار في المواعيد المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب الوفاء ببديل الإيجار في المواعيد المعمول بها في الجهة).

نستنتج من خلال نص هذه الفقرة وقياسا عليها أن المستأجر المسير يلتزم بدفع بدل الإيجار في المواعيد المتفق عليها<sup>1</sup> دون تأخير، وتختلف هذه المواعيد حسب ما تم الاتفاق عليه، فقد يتفقان على أن يكون الدفع مسبقا قبل تسليم المحل التجاري المؤجر تسييره، وقد يكون في وسط المدة الزمنية التي يسري خلالها عقد إيجار التسيير، وقد يكون عند انقضاء العقد، كما يمكن أن يكون كل شهر، وعلى المستأجر المسير أن يلتزم بالميعاد الذي تم الاتفاق عليه في العقد.

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على ميعاد معين للوفاء بالأجرة وجب على المستأجر المسير دفعها في المواعيد المعمول بها في الجهة التي يقع فيها المحل التجاري المؤجر تسييره. فإذا لم يكن هناك اتفاق على مواعيد دفع الأجرة، ولم يوجد عرف لتعيينها، تدفع الأجرة مؤخرا لا مقدما، وتدفع عن كل مدة من مدد الانتفاع عند انقضائها، وهذا الحكم متفرع عن مبدأ أن الأجرة تقابل المنفعة، فلا تستحق إلا إذا استوفى المستأجر الانتفاع بالعين<sup>2</sup>.

2- مكان الوفاء بالأجرة: تنص المادة 2/498 ق م ج على أنه (ويكون دفع بدل الإيجار في موطن المستأجر ما لم يكن اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك).

يتضح لنا من خلال نص هذه الفقرة أن للمتعاقدين الحرية الكاملة في الاتفاق على مكان معين يقوم فيه المستأجر المسير بدفع الأجرة، كموطن تواجد المؤجر أو مكان تواجد شخص آخر، وفي حالة عدم الاتفاق على مكان معين يتم فيه دفع الأجرة، فإنها تدفع في المكان الذي يحدده العرف المعمول به في الجهة التي يوجد بها المحل التجاري المؤجر تسييره، وفي حالة عدم وجود عرف يجب الوفاء بالأجرة في موطن المستأجر المسير تطبيقا لقاعدة الدين مطلوب وليس محمول. غير أنه باعتبار أن المقابل في عقد إيجار التسيير لا يشترط أن يكون مبلغا

<sup>1</sup> - « Il devra également payer aux époques convenues le prix de la gérance ». M. ROURE, op- cit, p67. Voir aussi Pierre BRUN, op- cit, p44.

«... Et sur le prix ainsi que sur les modalités secondaires d' exécution telles quel' échelonnement des versements du prix ». Com. 14 déc. 1970, n° 69-11.633, bull. Civ. IV, n° 340, p301.

أنظر أيضا زروقي خديجة، مرجع سابق، ص140.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص470-471. أنظر أيضا التهميش الوارد في الصفحة 471 من نفس المرجع. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص137. أنظر أيضا زروقي خديجة، مرجع سابق، ص142.

قسم الدكتور محمد المنجي المواعيد إلى ثلاثة كما يلي: « المواعيد المتفق عليها، المواعيد التي حددها العرف والميعاد الثالث هو عند استيفاء المنفعة ». أنظر محمد المنجي، موسوعة الإسكان العملية، تحديد الأجرة وملحقاتها في الأماكن السكنية وغير السكنية في القانون 96/4 وفي الأماكن غير السكنية وزيادتها في القانونين 9/6 و2001/14، مرجع سابق، ص28 وما بعدها.

تنص المادة 1/281 ق م ج على أنه (يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك).

Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p128.

نقديا بالتالي يمكن أن يكون مالا آخر كالانتفاع بعقار ففي هذه الحالة يكون الوفاء بهذا المقابل في مكان تواجد هذا العقار<sup>1</sup>.

3- طريقة الوفاء بالأجرة: لم يشترط المشرع طريقة معينة للوفاء بالأجرة وإنما ترك الحرية للمتعاقدین خاصة إذا كان المقابل نقودا مثلا، فيمكن للمتعاقدین أن يتفقا على أن يكون الوفاء عن طريق التسليم اليدوي للمبلغ، أو عن طريق الشيك أو السفتجة مع مراعاة الأحكام الخاصة بالشيك والسفتجة<sup>2</sup>، عن طريق حوالة بريدية، يمكنه دفعها أيضا عن طريق إيداع بريدي أو بنكي. إن في بعض الأحيان في هذه الحالات المختلفة لا يكون المستأجر المسير متحررا كليا إلا إذا حصل المؤجر على الأموال أو علم بالتحويل لحسابه، وعند الإقتضاء يقع عبئ الإثبات على المستأجر المسير وفقا للشريعة العامة<sup>3</sup>.

4- إثبات الوفاء بالأجرة: يقع عبئ إثبات دفع الأجرة على المستأجر المسير لأنه المدين بها، وباعتبار أن العقد ذو طبيعة تجارية فإنه يمكن إثبات دفع الأجرة بكل وسائل الإثبات وذلك حسب نص المادة 30 ق ت ج<sup>4</sup> ومهما كانت قيمة الأجرة المستحقة للوفاء.

وقد نص المشرع في المادة 499 ق م ج على أنه (الوفاء بقسط من بدل الإيجار يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك). بحيث يتضح لنا من نص هذه المادة أنه إذا قام المستأجر المسير بدفع بدل إيجار التسيير لشهر أفريل يعتبر قرينة أو دليل على أنه قام بدفع بدل إيجار التسيير لشهر فيفري ومارس. غير أن هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، فيستطيع المؤجر أن يثبت أنه رغم استيفائه لأجرة أفريل إلا أن أجرة فيفري ومارس لم تدفع بعد لسبب أو لآخر<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 282 ق م ج على أنه (إذا كان محل الالتزام شيئا معينًا بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك).

أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة). أنظر محمد المنجي، موسوعة الإسكان العملية، تحديد الأجرة وملحقاتها في الأماكن السكنية وغير السكنية في القانون 96/4 وفي الأماكن غير السكنية وزيادتها في القانونين 9/6 و2001/14، مرجع سابق، ص 31-32. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 140-141. أنظر أيضا زروقي خديجة، مرجع سابق، ص 144.

<sup>2</sup> - أنظر حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار في القانون المدني وفي قوانين إيجار الأماكن، ط6، مرجع سابق، ص 158-159. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 905. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 130-130.

Voir dans ce sens Joël MONÉGER, Baux commerciaux avec collaboration de Fabien KENDÉRIAN et autres, JCP., EA., 2018, n° 4, n° 1041, p46.

<sup>3</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p238. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p127.

أنظر أيضا ما قلناه فيما يخص تحديد الأجرة، ص 389 وما بعدها.

Voir aussi Pierre BRUN, op- cit, p44.

<sup>4</sup> - حسب نص المادة 30 ق ت ج يمكن أن يكون الإثبات بعقد رسمي، عرفي، بفاتورة، برسائل، دفاتر الطرفين، البينة، شهادة الشهود أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها.

<sup>5</sup> - أنظر سعد الجبر، مرجع سابق، ص 172. أنظر أيضا هلال شعوة، مرجع سابق، ص 177.

د- جزاء إخلال المستأجر المسيّر بالتزامه بدفع الأجرة: يمنح للمؤجر في حالة إخلال المستأجر المسيّر بالتزامه بدفع بدل الإيجار في الميعاد المحدد دون سبب وجيه وبعد إعداره، حسب القواعد العامة الحق في طلب التنفيذ العيني أي إجباره على دفع بدل إيجار التسيير، وإذا رفض أمكن للمؤجر طلب التنفيذ على أمواله. ويمكن للمؤجر طلب فسخ عقد إيجار التسيير بدلا من التنفيذ العيني وللقاضي السلطة التقديرية في إجابة لطلبه من عدمه، وسواء طلب المؤجر التنفيذ العيني أم الفسخ، فإنه يحق له أن يطالب المستأجر بالتعويض عما سببه له من أضرار نتيجة عدم وفائه ببذل إيجار التسيير المستحق<sup>1</sup>.

ثانيا: ضمانات المؤجر في الحصول على بدل إيجار التسيير: يتضمن عقد إيجار تسيير المحل التجاري مخاطر كثيرة بالنسبة للمالك، نتيجة عدم نزاهة المستأجر المسيّر أو عدم كفاءته، الأمر الذي قد يؤدي إلى هلاك المحل التجاري أو عدم قدرته على دفع مقابل الإيجار. وبالمقابل من ذلك فإن مسؤولية مالك المحل كبيرة إذا لم يأخذ الحد الأقصى من الضمان علما أنه لا يستفيد من امتيازات المؤجر المتعلقة بإيجار العقارات.

غالبا ما يتحصل المالك على امتياز اتفاقي في حالة عدم وجود امتياز قانوني، وعقد إيجار التسيير يمنح له إما تأمين عيني أو شخصي (كفالة)، إذن يمكن للغير أن يلتزم في مكان المستأجر المسيّر بتنفيذ ما على هذا الأخير من التزامات، إما بتقديم كفالة أو في شكل رهن رسمي أو رهن حيازي على محل تجاري، كما يمكن أن يقدم هذا الضمان من قبل المستأجر المسيّر نفسه، وذلك إما في شكل رهن رسمي على أحد عقاراته، وإما في شكل إيداع مبلغ مالي أو قيمة منقولة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص ص910-911. أنظر أيضا محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص217. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص141. أنظر أيضا زروقي خديجة، مرجع سابق، ص159 وما بعدها.

« En cas de non paiement des redevances à l' échéance, le bailleur peut, après mise en demeure, demander la résiliation du contrat». Mourice ROBINAULT, op- cit, p240. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p150. Voir aussi Com. 11 jan. 2006, n° 04-30.240, bull. Civ. III, n° 13, p11. Voir aussi Philippe- Hubert BRAULT, Recevabilité de la demande de résolution du contrat de bail pour défaut de paiement des loyers et charges à leur échéance, JCP., EA., 2017, n° 10, n° 1139, p50. Voir aussi Adeline CERATI- GAUTHIER, Locataire en liquidation judiciaire: Cession et résiliation du bail, résiliation du bail commercial pour des causes postérieures au redressement judiciaire mais antérieures à la liquidation, JCP., 2018, n° 04, n° 1035, p24-25.

<sup>2</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p115.

أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص140.

## الفرع الخامس

### تقديم ضمان أو كفالة

يقدم المستأجر الميسر الكفالة ضمانا لحسن تنفيذه لالتزاماته في عقد إيجار تسيير المحل التجاري متى اشترط المؤجر ذلك، توضع في يد هذا الأخير أو في يد شخص آخر غيره يتم الاتفاق عليه، بحيث أنه إذا لم يتم المستأجر الميسر بتنفيذ أحد التزاماته أو أنقص من قيمة المحل التجاري المؤجر تسييره بعمل من الأعمال غير المرخص له القيام بها، أمكن للمؤجر التنفيذ على مبلغ الكفالة واستيفاء ما نقص من قيمة المحل التجاري وإرجاع الباقي للمستأجر الميسر<sup>1</sup>.

أما إذا نفذ المستأجر الميسر كل الالتزامات الواقعة على عاتقه دون إحداث ضرر أو الإنقاص من قيمة المحل التجاري، فإنه يسترد مبلغ الضمان أو الكفالة عند انقضاء العقد<sup>2</sup>، وهذه الأخيرة قد تكون مبلغ مالي أو شخص يقدمه المستأجر الميسر يكون ضامنا له في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

نشير هنا إلى نقطة مهمة هي أنه مهما بلغت أهمية الكفالة فإن هذا لا يعني بتاتا إعفاء المستأجر الميسر من التنفيذ الدقيق لالتزاماته وخاصة الدفع الدوري لمقابل الإيجار، ولا يستطيع في حالة عجزه معارضة المتابعات ولا تجنب الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ التزاماته، بحجة أن في يد المؤجر كفالة تفوق قيمتها قيمة الدين الحالي. في الحقيقة أنه خلال مدة العقد لا يمكن تعديل مبلغ الكفالة ولكن بعد انقضاء العقد يتم الخصم منه لتعويض الالتزامات التي لم يتم تنفيذها من قبل المستأجر الميسر<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - « Le dépôt de garantie: En garantie de la bonne exécution de ces obligations, le contrat prévoit souvent le versement, par le locataire qui entre en fonction, d' un cautionnement entre les mains du bailleur ou d' un tiers convenu, cautionnement qui est ou non productif d' intérêts». Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op-cit, p392.

تنص المادة 500 ق م ج على أنه ( يمكن للأطراف الاتفاق على كفالة لضمان الوفاء ببذل الإيجار والتكاليف).  
<sup>2</sup> - هناك من يرى أنه « بسبب المسؤولية التي تقع على عاتق مؤجر المحل من الناحية القانونية، فإن المعمول به أن المؤجر يشترط من المستأجر الميسر تقديم ضمان أو كفالة، على أن يتم ردها عند انقضاء العقد».

Francis LEFEBVRE, Fonds de commerce, op- cit, 395.

أنظر أيضا زروقي خديجة، مرجع سابق، ص ص 158-159.

<sup>3</sup> - M. ROURE, op- cit, pp69-70. Voir dans ce sens: Com. 04 fév. 1986, n° 84-13.496, bull. Civ. IV, n°1, p1.

## الفرع السادس

### التزام المستأجر المسيّر بعدم المنافسة

يجب على المستأجر المسيّر أن يمتنع عن أي عمل مهما كان له صفة عمل منافسة، ولا يستطيع خصوصا شراء أو اكتساب محل منافس، وسواء استغله عن طريق إيجار تسييره أو استغلاله شخصيا (أي بنفسه) أو اسم مستعار أو عن طريق العامل، وأيضا الذهاب والعمل في محل تجاري منافس. في الحقيقة كل هذه الاحتمالات يكون له من السهل تحويل الزبائن من المحل التجاري المؤجر تسييره لفائدة المحل الذي يملكه، ليس هذا فقط وإنما يمنع عليه أيضا حتى في ظل غياب شرط صريح في العقد استئجار محل تجاري مجاور تعود ملكيته للغير<sup>1</sup>، إن هذا الالتزام بعدم المنافسة لا يدوم مبدئيا إلا إلى غاية نهاية العقد<sup>2</sup>.

يترتب عن إخلال المستأجر المسيّر بالتزامه بعدم المنافسة إمكانية المؤجر بعد الإعذار على المطالبة حسب الحالات، إما وقف النشاط الضار تحت طائلة غرامة تهديدية أو فسخ العقد مع التعويض عن الضرر المستقبلي عندما لا يمكن الوقاية من أعمال المنافسة أو إذا كان من شأنه أن يؤدي في المستقبل إلى عواقب وخيمة بالمحل المؤجر تسييره. ومن جهة أخرى في كلتا الحالتين للمالك الحق في التعويض عن ما أصابه من ضرر وما فاتته من كسب نتيجة الضرر الذي لحق به<sup>3</sup>.

خارج هذه الالتزامات يستمر المؤجر في الانتفاع بالامتيازات المرتبطة بحقه في الملكية، فيمكنه بيع محله، تقديمه كحصة في الشركة أو رهنه حيازيا، ولكن في كل هذه العمليات يجب أن لا تؤثر على الحقوق المكتسبة من طرف المستأجر المسيّر<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p220. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p220.

أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص143. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص128.

<sup>2</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p118.

<sup>3</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p221. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p118.

<sup>4</sup> - Pierre BRUN, op- cit, p42.

## المطلب الثالث

### بالنسبة للغير

يتطلب مبدأ نسبية آثار العقد من حيث أشخاصه أن تقتصر آثاره على عاقديه، وتمتد آثار العقد إلى الخلف العام إن لم يكن العقد مبنيًا على الاعتبار الشخصي، فإن كان كذلك فلا تمتد هذه الآثار إلى غير عاقديه، كما قد تمتد آثار العقد إلى الخلف الخاص لأحد أطرافه، ولا يمكن أن يتحمل الأجنبي عن العقد التزامًا ناتجًا عنه إلا إذا ارتضاه، غير أن العقد قد ينتج حقوقًا لغير عاقديه.

لكن الأجنبي عن العقد قد يكون من الغير الذي تتأثر حقوقه بهذا التصرف، كأن تنقص ضمانات دينه، أو تهدد حقوقه، ومن الأشخاص الذين قد تتأثر حقوقهم بعقد إيجار تسيير المحل التجاري - سواء باعتبارهم خلفًا خاصًا أو من الغير - دائني المؤجر، ودائني المستأجر المسير، ومؤجر العقار، ومشتري المحل التجاري المؤجر تسييره.

يتضح لنا من خلال ما سبق أن هناك العديد من الأشخاص الذين تتأثر حقوقهم من جراء إبرام هذا العقد، ولكن هذا مبرر بالنظر إلى الطبيعة الخاصة التي يتمتع بها هذا المال والنظام القانوني الذي يسري عليه، فهو مال منقول معنوي يتركز وجوده على عنصر الاتصال بالعملاء ومدى استمرارهم في الاتصال معه.

## الفرع الأول

### آثار العقد تجاه دائني المتعاقدين

يعتبر الدائن الممتاز خلفًا خاصًا للمدين فيما يتعلق بالتصرفات التي يبرمها المدين على الأشياء التي يرد عليها الحق العيني التبعية للدائن، لكن الفقهاء اختلفوا في طبيعة المركز القانوني للدائن العادي بالنسبة للتصرفات القانونية التي يبرمها مدينه، فمنهم من يعتبره خلفًا خاصًا ومنهم من يراه خلفًا عامًا، والراجح أنه يعتبر من الغير.

إن اعتبار الدائن من الغير بالنسبة للتصرفات التي يبرمها مدينه قد يترتب عنه ضياع حقوقه، غير أن المشرع حمى حقوق الدائنين العاديين بتحويلهم وسائل ودعاوى لحماية الضمان العام، مثل الدعوى غير المباشرة، ودعوى عدم نفاذ التصرف، ودعوى الصورية، وتدعم هذه الوسائل بأخرى في مجال التجارة حماية للائتمان الذي تتطلبه الأعمال التجارية ومن ذلك افتراض التضامن بين المدينين. وعليه سندرس في هذا الفرع آثار عقد إيجار التسيير على كل من دائني المؤجر والمستأجر.

**أولاً: بالنسبة لدائني المؤجر:** يمكن الاحتجاج بعملية إيجار تسيير المحل التجاري ضد دائني المؤجر ولو كانوا مقيدين قانونًا، ولهذا قد يتعرض دائنو المؤجر للخطر إذا أساء المستأجر المسير استغلال المحل، وفقد هذا الأخير

عنصرا من عناصره، فإنهم يتعرضون في هذه الحالة إلى انخفاض قيمة ضمانهم، الأمر الذي استلزم حمايتهم. وهذا ما فعل المشرع بمنحهم حق رفع دعوى أمام المحكمة- التي يوجد بدائرة اختصاصها المحل التجاري- طالبين منها الحكم بأن الديون واجبة الأداء فورا، ويتوجب عليهم رفع هذه الدعوى خلال مهلة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ نشر عقد إيجار التسيير في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وإلا سقط حقهم<sup>1</sup>.

تحتفظ المحكمة بسلطة التقدير فلا تقضي بسقوط الأجل إلا إذا اقتنعت بأن من شأن الإيجار أن يسيء إلى مركز الدائن ويقلل من فرص حصوله على حقه، كما إذا كان يخشى أن يسيء المستأجر إدارة المتجر وأن تنزل قيمته تبعا لذلك<sup>2</sup>.

يعتبر أيضا مؤجّر المحل التجاري مسؤولا اتجاه مالك العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري المؤجّر تسييره عن كل الالتزامات المترتبة عن عقد إيجار العقار، وعن الأعمال التي يقوم بها المستأجر المسيّر عند استغلاله لذلك المحل<sup>3</sup>، وقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 ماي 1969، أن مالك العقار يستفيد من المخالفات التي يرتكبها المستأجر المسيّر في العقار<sup>4</sup>، ويجب نقض القرار الذي، من أجل إبعاد نتائج

<sup>1</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 298. أنظر أيضا عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص 252-253. أنظر أيضا أحمد محمد محرز، القانون التجاري، مرجع سابق، ص ص 340-341.

« Les créanciers du loueur peuvent demander au tribunal de commerce de prononcer la déchéance du terme s' il estime que la location- gérance met en péril le recouvrement de leur créances. Les créanciers à terme deviendront alors immédiatement exigibles». Jean- Bernard BLAISE et Richard DESGORCES, op- cit, p269. Voir aussi Georges DECOCQ, op- cit, p256. Voir aussi François GAUDIN, op- cit, p100.

<sup>2</sup> - أكثم أمين الخولي، مرجع سابق، ص 571. أنظر أيضا مقدم مبروك، مرجع سابق، ص 97.

« Ils devront démontrer que la location- gérance compromet leur chance de recevoir un paiement satisfaisant. L' opportunité de la décision relève de l' appréciation du tribunal qui ne sera jamais obligé de prononcer cette mesure». Stéphane PIEDELIEVRE, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, 6<sup>ème</sup> éd, op-cit, p230.

تنص المادة 208 ق ت ج على أنه (يجوز للمحكمة التي يوجد بدانيتها المحل التجاري، أن تحكم حين إيجار التسيير، بأن ديون مؤجّر المحل التجاري المتعلقة باستغلاله حالة الأداء فورا إذا رأت أن إيجار التسيير يعرض تحصيل الديون للخطر. ويجب أن ترفع الدعوى خلال مهلة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ نشر عقد التسيير في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، تحت طائلة سقوط الحق فيها).

« يشترط لتطبيق هذا الحكم ضرورة توافر مجموعة من الشروط:

- أن تكون هذه الديون ناشئة بمناسبة استغلال المحل التجاري المراد تسييره وسابقة على إبرام العقد.  
- أن تكون هذه الديون غير مستحقة الأداء أو لم يحل أجل استحقاقها عند إبرام عقد إيجار التسيير، أما الديون المستحقة الأداء قيل ذلك فتسقط آجالها بقوة القانون.  
- أن يكون إبرام عقد إيجار التسيير من شأنه إلحاق ضرر بدائني المؤجّر.  
- أن ترفع الدعوى من قبل دائني المؤجّر خلال مهلة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ نشر عقد إيجار التسيير في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، تحت طائلة سقوط الحق فيها». عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 253.

Francis LEFEBVRE, Fonds de comumerce, op- cit, pp381-382.

<sup>3</sup> - Com. 26 mai 1961, n° 58-11.954, bull. Civ, III, n° 233, p203. Voir aussi Com. 08 avr. 1967, n° 65-14.579, bull. Civ. III, n° 131, pp132-133.

<sup>4</sup> - Com. 09 nov. 1981, n° 80-11.067, bull. Civ. III, n° 183, p132. préc

شرط الفسخ ينص على أن المستأجر الأساسي وحده، الذي أبرم عقد إيجار تسيير المحل الذي أقره المالك، لديه الصفة للتصرف<sup>1</sup>، وعليه أن يخلي العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري عند انقضاء عقد الإيجار، ويمكن مطالبته بالتعويض عن تأخره في تسليم العقار<sup>2</sup>.

**ثانياً: بالنسبة لدائي المستأجر المسير:** تنص المادة 209 من ق ت ج على أنه (يكون مؤجر المحل التجاري مسؤولاً بالتضامن مع المستأجر المسير عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المتجر وذلك لغاية نشر عقد إيجار التسيير وطيلة مدة 6 أشهر من تاريخ النشر)، يتضح لنا من هذه المادة أن هناك وضعين مختلفين لمؤجر المحل التجاري اتجاه دائني المستأجر المسير، نقوم بتفصيلهما فيما يلي:

**أ- الحالة الأولى:** تضامن المؤجر مع المستأجر المسير في ديونه: يكون مؤجر المحل التجاري مسؤولاً بالتضامن مع المستأجر المسير تجاه دائني هذا الأخير الذين تنشأ ديونهم في المرحلة الأولى من بداية عقد إيجار التسيير، ولمدة 6 أشهر من تاريخ نشر عقد إيجار التسيير بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية، التي ترتبت عن استغلال المحل التجاري نتيجة عقد إيجار التسيير، وذلك حماية للدائنين الذين مازالوا يضمنون أنهم يتعاملون مع مالك المحل التجاري وليس مع مستأجر مسير، وذلك يعود لعدم نشر عقد إيجار التسيير في الآجال المحددة قانوناً<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - « Doit donc être cassé l'arrêt qui, pour écarter les conséquences d'une clause résolutoire énonce que seul le locataire principal, qui avait consenti la location du fonds ratifiée par le propriétaire avait qualité pour agir ». Civ. 21 mai 1969, n° 67-11.462, bull. Civ. III, n° 398, p305.

<sup>2</sup> - Civ. 21 juin 1998, n° 96-11.800, bull. Civ. III, n° 13, p09.

<sup>3</sup> - مقدم مبروك، مرجع سابق، ص 97. أنظر أيضا فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 299. أنظر أيضا سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط 2013، مرجع سابق، ص 259 وما بعدها. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 147 وما بعدها. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 145 وما بعدها.

« Le propriétaire du fonds est solidairement responsable avec le locataire- gérant des dettes contractées par celui-ci pour l' exploitation de son fonds, dans les six mois suivant la publication du contrat. Les dettes doivent correspondre à une nécessité d' exploitation, et le point de départ de ce délai est fixé au jour de la publication dans un journal d' annonces légales du contrat ». François GAUDIN, op-cit, p105. Voir aussi M. ROURE, op- cit, p92. Voir aussi Dubos BRUNOS, op- cit, 383.

« أيدت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية محكمة الاستئناف فيما قضت به بتاريخ 22 ديسمبر 1980، إذ لاحظت أن ديون مومني المستأجر المسير كانت لاحقة لمدة ستة أشهر المفتوحة بنشر العقد وتبعد مسؤولية المؤجر بقوة القانون وفقا لنص المادة 8 من قانون 20 مارس 1956، تؤسس إدانة هذا الأخير لدفع الديون وفقا للشريعة العامة للمسؤولية، على أساس أنه قام بإنشاء وإحداث خلط بين نشاطه الخاص وذلك الذي يمارس من قبل المستأجر المسير ». Com. 22 déc. 1980, n° 78-15.566, bull. Civ. IV, n° 439, p351.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 04 ماي 1999، على أن « المؤجر مسؤول بالتضامن عن الديون التي يعقدها المستأجر المسير متى كانت مرتبطة باستغلال المحل التجاري المؤجر تسييره ابتداء من تاريخ النشر ولمدة ستة أشهر التالية لعملية النشر ». Com. 4 mai 1999, n° 97-14.031, bull. Civ. IV, n° 92, p76. Voir aussi dans ce sens: Com. 25 nov. 1986, n° 85-11.466, bull. Civ. IV, n°222, p193.

« أعتفت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 15 جانفي 1985، المالك من المسؤولية التضامنية، وذلك بتأييد قرار محكمة الاستئناف والقاضي برفض نسب ديون المستأجر المسير إلى المالك، بعد استنتاج أن كل التموينات وكل الأشغال الموصى عليها من قبل المستأجر المسير كانت موجهة لإتمام وتهيئة عمارة مبنية لاستعمالها كفندق، مطعم وحانة، إذ أن عقد إيجار التسيير وارد فقط على محل تجاري في شكل مقهى ومطعم، وأن كل المصروفات التي كانت هي من أجل التحسين والتوسيع، كافية بطبيعتها وحسب أهميتها لإقضاء فكرة المصروفات الضرورية لاستغلال المحل المؤجر تسييره ». Com. 16 jav. 1985, n° 83-13.852, bull. Civ. IV, n° 28, p23.

أشارت محكمة النقض الفرنسية إلى نقطة مهمة تتمثل في أن الديون التي يكون فيها المؤجّر متضامن مع المستأجر المسير هي تلك الديون التي تنشأ خلال مدة ستة أشهر (أي داخل هذه المدة)، وليس تاريخ استحقاقها<sup>1</sup>، بمفهوم آخر أن العبرة بنشوء الدين وليس بتاريخ استحقاقه.

أما إذا كانت هذه الديون تشكل غشا وكان الدائن سيء النية فلا يكون المؤجّر مسؤولاً بالتضامن مع المستأجر المسير في سدادها<sup>2</sup>، ونفس الحكم يطبق في حالة ما إذا أبطل عقد إيجار التسيير أو كان الدين نتيجة عقد أبرم حصريا لمصلحة المستأجر المسير<sup>3</sup>.

قضت محكمة النقض الفرنسية أنه في حالة التصفية القضائية، للمصفي القضائي وحده الصفة لتقرير المسؤولية التضامنية لمالك المحل التجاري عن الديون المتعاقد عليها من طرف المستأجر المسير بمناسبة استغلال المحل التجاري<sup>4</sup>، وهو في ذلك إنما يتصرف لمصلحة جميع الدائنين وليس للمصلحة الشخصية لمدين معين أو مجموعة معينة من الدائنين<sup>5</sup>.

---

قضت أيضا نفس الغرفة بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 مارس 1975، على أنه «يجب نقض الحكم الذي يقضي بأن ميعاد ستة أشهر التي يكون فيها مالك المحل التجاري مسؤولاً عن ديون مستأجره لم ينقض عند إنشاء سفتجة من طرف هذا الأخير، دون تحديد تاريخ بدأ سريان هذا الميعاد، في حين يؤكد المالك أن عقد إيجار التسيير تم نشره بانتظام قبل ستة أشهر من تاريخ إنشاء السفتجة من قبل المستأجر».

Com. 19 mars 1975, n° 73-14.807, bull. Civ. n° 87, IV, p72.

تضيف في قرار آخر لها بتاريخ 16 جانفي 1996، أن «هذه المسؤولية التضامنية إنما شرعت لحماية الدائنين».

Com. 16 jan. 1996, n° 93-19.589, bull. Civ. IV, n° 16, p12.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية أيضا بتاريخ 7 جانفي 1992، «بصححة القرار الصادر من محكمة الاستئناف الذي يقضي أنه بمجرد عدم نشر عقد إيجار تسيير المحل التجاري وفقا للإجراءات المنصوص عليها، فإن مالك المحل يعتبر مسؤولاً بالتضامن عن الديون التي تعاقدها المستأجر المسير بمناسبة الاستغلال، دون البحث عن ما إذا كان الدائن يعلم بإيجار التسيير من عدمه».

Com. 7 jan. 1992, n° 90-10.444, bull. Civ. IV, n° 05, pp4-5.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية أيضا بتاريخ 17 أكتوبر 1995، على أنه «على المؤجّر إثبات عدم احتياط الممول الذي ترك المستأجر المسير يتدين منه بطريقة مفرطة، من أجل إعفاه كليا أو جزئيا من المسؤولية التضامنية».

Com. 17 oct. 1995, n°93-13.498, bull. Civ, IV, n° 238, p221.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 نوفمبر 1975، على أن «هذه المدة تمتد من تاريخ إبرام العقد إلى تاريخ اتخاذ إجراءات الشهر، وخلال مدة ستة أشهر التالية لاتخاذ إجراءات الشهر».

<sup>1</sup> - Com. 19 nov. 1975, n° 74-10.116, bull. Civ. IV, n° 277, p229. Voir aussi Com. 19 fév. 1979, n° 77-15.475, bull. Civ. IV, n° 67, p52.

<sup>2</sup> - Com. 6 juin. 1972, n° 71-11.757, bull. Civ. IV, n° 179, p173.

<sup>3</sup> - Com. 17 juill. 1978, n° 77-11.180, bull. Civ. IV, n° 201, p170.

<sup>4</sup> - Francis LEFEBVRE, Fonds de commerce, op-cit, p385.

<sup>5</sup> - Com. 09 nov. 2004, n° 02-13.685, bull. Civ. IV, n° 193, pp220-221.

يرى الأستاذ Pierre BRUN أن «هناك محاولة لتقرير مسؤولية المؤجّر ليس بسبب عدم النشر ولكن بسبب الإثراء بلا سبب، إذ أنهم قصدوا هنا التحسينات والإضافات والبضائع التي أضيفت للمحل التجاري، غير أنه تم الرد على هذا الموقف بأن في دعوى الإثراء بلا سبب هناك إغتناء في جهة وإفترار في جهة أخرى، فالمالك غير ملزم بدفع المبلغ الكلي لما تم دفعه، وأن هذه التحسينات قد تكون قليلة جدا، وأن ما يهم هنا هو الإغتناء الحقيقي لمالك المحل». غير أننا سنتناول هذه النقطة عند الحديث عن الالتزام برد المحل التجاري.

Pierre BRUN, op- cit, pp63-65.

يضيف الأستاذ Jacques VERDEIL أن المؤجّر متضامن أيضا مع المستأجر المسير اتجاه الخزينة العمومية عن الضرائب المباشرة المفروضة على المستأجر المسير، والمتعلقة باستغلال المحل التجاري، مع ذلك ليس هناك أي ميعاد للإدارة لتقرير مسؤولية المالك<sup>1</sup>.

ب- الحالة الثانية: تحمل المستأجر المسير لديونه دون تضامن: إن الديون التي تنشأ بمناسبة استغلال المحل التجاري بعد مدة 6 أشهر من تاريخ نشر عقد إيجار التسيير يتحملها المستأجر المسير لوحده دون تضامن مع المؤجّر، لأن هذه المدة تعتبر كافية لعلم العملاء والدائنين بالوضعية الجديدة للمحل التجاري وكذلك المركز القانوني للمسير الحر ومالك المحل التجاري<sup>2</sup>.

غير أن الأستاذ François GAUDIN يرى عكس ذلك، بحيث أنه ابتداء من تاريخ إتمام إجراءات الشهر إلى غاية انقضاء عقد إيجار التسيير خلال هذه الفترة يبقى مالك المحل التجاري مسؤولا بالتضامن مع المستأجر المسير عن الديون التي تعاقد عليها هذا الأخير بمناسبة استغلال المحل التجاري، ولكن فقط في حدود قيمة هذا المحل<sup>3</sup>.

نشير إلى أنه هناك مجموعة من الديون التي تقع على عاتق المستأجر المسير خلال مدة ستة أشهر، إلا أنه على الرغم من ذلك لا يعتبر المؤجّر متضامنا معه، نذكر منها:

- اشتراك التاجر لدى صندوق التقاعد يتضمن دين شخصي لهذا الأخير وليست ضرورة خاصة باستغلال المحل، وبالتالي لا يلتزم به المؤجّر<sup>4</sup>.
- القرض الذي قام به المستأجر المسير من أجل تقديم الضمان الذي اشترطه المؤجّر<sup>5</sup>.
- دين مرتبط باستغلال محل التجاري يتعلق بشراء أداة تجهيز بسعر مرتفع لم يتم إثبات أنها ضرورية لاستغلال المحل<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p187.

« Le propriétaire du fonds reste solidairement responsable des impôts directs avec l'exploitant». Bastien BRIGNON, Vraies réformes pour le fonds de commerce ou simples réformatées?, suppression de la solidarité du loueur de fonds après publication du contrat de location- gérance, JCP., EA, 2017, n° 11, n° 1151, p30.

<sup>2</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص254. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص141. قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 26 ماي 1992، على أنه « ليس هناك تضامن بالنسبة للديون التي رتبها المستأجر المسير قبل اكتسابه لهذه الصفة (أي قبل إبرام عقد إيجار التسيير)».

Com. 26 mai 1992, n° 89-18.926, bull. Civ. IV, n° 207, pp144-145. Voir aussi Jérôme JULIEN et Alexandra MENDOZA- CAMINADE, Droit commercial, L.G.D.J, Lextenso éd, France, 2015, p257.

<sup>3</sup> - « ... S' étendait de l' accomplissement des formalités de publicité jusqu' à la fin du contrat de location- gérance. Pendant cette deuxième période, le propriétaire restait solidairement responsable avec le gérant des dettes contractées par celui- ci à l' occasion de l' exploitation du fonds, mais seulement dans la limite de la valeur de ce fonds ». François GAUDIN, op-cit, p105.

<sup>4</sup> - Com. 06 juin 1972, n° 71-11.674, bull. Civ. IV, n° 178, p173.

<sup>5</sup> - Com. 06 juin. 1972, n° 71-11.757, bull. Civ. IV, n° 179, p173. Préc.

<sup>6</sup> - Com. 08 jan. 1980, n° 78-13.677, bull. Civ. IV, n° 13, pp09-10.

- الجنج وشبه الجنج<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة في هذه النقطة إلى أن المشرع استثنى من تطبيق أحكام المادة 209 ق ت ج المتعلقة بتضامن المؤجر مع المستأجر المسير في سداد الديون، طائفة من الأشخاص يتمثلون في الوكلاء القضائيين متى قاموا بإيجار تسيير المحل التجاري بمقتضى ترخيص من قبل السلطة التي وكلتهم في ذلك، على أن يتبعوا في ذلك إجراءات النشر الواجبة<sup>2</sup>.

تعتبر حسب نص المادة 211 ق ت ج<sup>3</sup>، الديون الناشئة طول مدة عقد إيجار التسيير والمتعلقة باستغلال المحل التجاري تكون واجبة الأداء فوراً عند انقضاء العقد، والهدف من هذا هو ضمان حقوق الدائنين قبل اختفاء محتمل لموجودات المحل، وتقادي اختفاء المسير الحر قبل أداء جميع الديون المترتبة عليه إبان استغلاله للمحل التجاري، وبالتالي إما أن يفى بها المسير الحر طوعاً وإلجراً عن طريق القضاء على أن نطاق هذه المادة ينحصر فقط في الديون دون أن يشمل كل التزامات المسير الحر التعاقدية، ولاسيما تلك الناجمة عن ارتباطه بالغير بعقود مستمرة كعقود التوريد بالمواد والخدمات وعقود الشغل<sup>4</sup>.

## الفرع الثاني

### آثار العقد بالنسبة لمؤجر العقار

يختلف عقد إيجار تسيير المحل التجاري عن عقد إيجار العقار الذي يزاول فيه التاجر تجارته، ذلك أن العقد الأول يتم بين مالك المحل التجاري (المال المنقول المعنوي) وبين مستأجر مسير، بينما العقد الثاني يتم بين مالك العقار ومالك المحل التجاري، بحيث من خلال هذه العلاقات نتوصل إلى أن مالك العقار والمستأجر المسير لا تربطهما أية علاقة، كما لا يعد المستأجر المسير مستأجراً من الباطن، ولكن الإشكال يثور حين ينتهي عقد إيجار العقار ولم ينته بعد عقد إيجار التسيير هل يملك المستأجر المسير الحق في مطالبة مالك العقار بتجديد عقد الإيجار أم لا؟

<sup>1</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, 402.

<sup>2</sup> - تنص المادة 210 ق ت ج على أنه (لا تسري أحكام المواد ... و 209 على عقود إيجار التسيير المبرمة بين الوكلاء القضائيين المكلفين تحت أي عنوان كان بإدارة محل تجاري بشرط أن يرخّص لهم لأغراض هذه العقود من السلطة التي أسندت لهم الوكالة وأن يتمموا إجراءات النشر المقررة أعلاه). أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 147 وما بعدها.

<sup>3</sup> - تنص المادة 211 ق ت ج على أنه (إن انتهاء إيجار التسيير يجعل الديون التي قام بعقدها المستأجر المسير طيلة مدة التسيير والخاصة باستغلال المحل التجاري أو المؤسسة الحرفية حالة الأداء فوراً).

<sup>4</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 254-255. أنظر أيضاً سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط 2013، مرجع سابق، ص 266.

ظهر في هذا الشأن موقفان في ظل غياب نص تشريعي يحدد الحكم الواجب تطبيقه، نلخصهما فيما يلي:

**الموقف الأول:** عدم جواز مطالبة المستأجر المسيّر بتجديد عقد إيجار العقار: يرى أنصار هذا الرأي أنه لا يكون للمستأجر المسيّر الحق في طلب تجديد عقد إيجار المكان من مالك العقار أو طلب تعديل شروطه<sup>1</sup>، لأن ذلك يظل حكرا على مالك المحل التجاري الذي يمارس هذا الحق، كما أن إخلال المسيّر الحر بشروط الإيجار يترتب عنه أن مالك العقار لا يوجه دعواه ضده وإنما ضد مستأجر العقار، ويؤدي فسخ عقد الإيجار في حالة الحكم به إلى فسخ عقد التسيير الحر، إضافة إلى هذا فإن بطلان عقد إيجار التسيير أو فسخه لا يعد سببا لفسخ عقد إيجار العقار<sup>2</sup>.

**الموقف الثاني:** جواز مطالبة المستأجر المسيّر بتجديد عقد إيجار العقار: صحيح أن المستأجر المسيّر ومؤجر العقار لا تربطهما أية علاقة، ولكن يجوز للمستأجر المسيّر طلب تجديد إيجار العقار من صاحبه باستعمال الدعوى غير المباشرة في حدود حقوق مؤجر تسيير المحل التجاري، فالمنطق والعدل يسمحان للمستأجر المسيّر عند انقضاء عقد الإيجار طلب تجديده وفقا للشروط الواردة في العقد الذي انتهت مدته<sup>3</sup>.

أما رأينا الشخصي فنرجح الرأي الثاني، فعن طريق الدعوى غير المباشرة يمكن للمستأجر المسيّر بما لمؤجر تسيير المحل التجاري من حقوق على مؤجر العقار مطالبة هذا الأخير بتجديد عقد الإيجار إذا ورد كشرط في العقد، لأن العقد شريعة المتعاقدين خاصة بعد تعديل أحكام عقد الإيجار في 2007.

يمكن لمالك العقار المطالبة بفسخ الإيجار من مالك المحل التجاري عندما يخالف المستأجر المسيّر شرط من شروط الإيجار التجاري، وفي حالة شراء ذلك العقار من قبل المستأجر المسيّر، فإن عقد الإيجار التجاري لا يفسخ وإنما يستمر لفائدة مالك المحل التجاري<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد محمد محرز، القانون التجاري، مرجع سابق، ص338.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 26 سبتمبر 2001، على أن « الحق في طلب التجديد لا يمكن تقديمه إلا من طرف مالك المحل التجاري الذي يستغل نشاطه في الأمكنة، وليس من طرف المستأجر المسيّر ».

Civ. 26 sep. 2001, n° 00-11.652, bull. Civ. III, n° 105, p81.

<sup>2</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 255-256. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص151.

<sup>3</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص302. أنظر أيضا مقدم مبروك، مرجع سابق، ص98. أنظر أيضا حول تنازل مستأجر العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري عن حقه في الإيجار للمستأجر المسيّر.

Pierre BRUN, op- cit, pp51-54.

<sup>4</sup> - Francis LEFEBVRE, Fonds de commerce, op- cit, p381.

## الفرع الثالث

### آثار العقد بالنسبة لمشتري المحل التجاري

لمالك المحل التجاري المؤجّر تسييره باعتباره مالكا الحق في التصرف في محله بالبيع، فعقد إيجار التسيير لا يمنعه من إبرام أي عقد عليه، ولكن قيام المالك ببيع محله التجاري يثير إشكالية حول أثر هذا العقد على مركز المستأجر المسير، علما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه النقطة في القانون التجاري.

ينص المشرع الجزائري على قاعدة في القانون المدني مفادها أنه في حالة انتقال العين المؤجرة إراديا أو جبرا إلى شخص ما يكون الإيجار نافذا في حق هذا الشخص<sup>1</sup>، نستنتج قياسا على نص هذه المادة أن حق المستأجر المسير يظل قائما وساريا في مواجهة المالك الجديد للمحل التجاري، ومهما كانت الطريقة التي انتقلت بها الملكية إلى المالك الجديد.

غير أنه يجب دائما العودة إلى إرادة الأطراف لأن العقد شريعة المتعاقدين، والمشتري دائما يتبين من وجود حقوق للغير على المحل التجاري من عدمها، كما أن هذه الحقوق تظهر في شكل قيود في الدفاتر الخاصة بالمحلات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري.

ترى الدكتورة فرحة زراوي صالح أنه لتجنب كل إشكالية يمكن إدراج شرط في عقد إيجار تسيير المحل يتعهد بواسطته صاحب المتجر بعدم بيعه قبل انتهاء العقد (إيجار التسيير)، وإدراج أيضا شرط في عقد بيع المتجر يلزم المشتري باحترام عقد إيجار تسيير المتجر<sup>2</sup>.

## الفرع الرابع

### آثار العقد بالنسبة للبائع الذي لم يتحصل على مقابل نقل الملكية

يعتبر المقابل النقدي في عقد بيع المحل التجاري الالتزام المقابل لنقل ملكية هذا الأخير، وقد يحدث أن يقوم المالك بنقل الملكية ولكن لم يتحصل على المقابل النقدي نتيجة إخلال المستأجر المسير بالتزامه بدفع مقابل الإيجار، وقام هذا الأخير باعتباره المالك الجديد بإيجار تسيير المحل التجاري لتاجر آخر، ففي هذه الفرضية لدينا البائع الذي لم يتحصل على حقه بعد من جهة، ومن جهة أخرى لدينا المستأجر المسير الذي اكتسب حقا من المالك الجديد، وعليه يظهر تساؤل عن مدى الأخذ بعقد إيجار التسيير إذا ما قام المالك السابق برفع دعوى فسخ العقد.

<sup>1</sup> - نص المادة 469 مكرر 3 ق م ج. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 153.

<sup>2</sup> - فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 305. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 158 وما بعدها. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 155-166.

**الرأي الأول:** يرى هذا الرأي أنه إذا قام المالك السابق برفع دعوى فسخ عقد البيع فإنه يسترد محله التجاري على الحالة التي كان عليها وقت البيع وإسقاط كل العقود التي أبرمها المشتري المتعثر، إذ أن الغاية الأساسية لمحل تجاري هي إمكانية استغلاله، إلى جانب ذلك فالإيجار يتوقف بفقدان الشيء المؤجر الذي يحدث للمؤجر في حالة حل حق ملكيته.

**الرأي الثاني:** يرى أصحاب هذا الرأي أن حل عقد البيع مهما كان اتفاقيا أو قضائيا، إذا كان الهدف من وراءه إلغاء بعض العقود التي تم إبرامها من قبل المشتري، فإنه لا يستهدف إلا الحقوق العينية، الرهن والارتفاق بالنسبة للعقارات، الرهن الحيازي بالنسبة للمحل التجاري على العكس من ذلك الإيجار وإيجار التسيير هي عقود الإدارة العادية التي يجب أن تحترم عندما يتم إبرامها دون غش<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني

### انقضاء عقد إيجار التسيير الحر والآثار المترتبة عنه

يتعارض تأبيد العلاقات التعاقدية في الأحوال العينية مع الحرية التعاقدية التي يتطلبها مبدأ سلطان الإرادة، كما قد يتعارض في بعض العقود مع قواعد قانونية أمرة كذلك التي تنظم السوق، ومن هذه العقود عقد إيجار التسيير الذي يحتوي شرط عدم المنافسة، ولا يخفى على أحد تعارض هذا البند مع مبدأ حرية المنافسة.

وقد يتعارض تأبيد العلاقة التعاقدية مع طبيعة العقد ومع الطبيعة الخاصة لمحلها، إذ تختلف محال العقود باختلاف الحقوق الواردة عليها، ومن ذلك العقود التي تتضمن نقل حق انتفاع بشيء أو حقا عينيا تبعا عليه، مثل عقود الإيجار وعقد الرهن الرسمي والرهن الحيازي، ومثالها أيضا عقد إيجار التسيير الذي ينقل فيه المؤجر للمستأجر حق انتفاع في الأصل، يتمثل هذا الحق في استغلال عناصر المحل التجاري سواء كانت مادية أو معنوية مثل العلامة التجارية، والاسم التجاري، والرموز وغيرها.

ولما كان عقد إيجار التسيير كما سبق وأشرنا إليه من العقود الزمنية التي تكون فيها المدة عنصرا جوهريا، بحيث يرتبط انتفاع المستأجر المسير بالمحل التجاري بمدة زمنية معينة يحددها المتعاقدان، فخلال تلك المدة يقوم المستأجر المسير باستغلال عناصر المحل التجاري المشمولة بالعقد، ويضارب عليها للحصول على الربح وزيادة رأسماله، غير أن ارتباط المنفعة بمدة زمنية معينة تجعلها تزول بزوال تلك المدة، أي أن انتفاع المستأجر المسير ينقضي بانقضاء العقد، ولكن أسباب الانقضاء لا تعود إلى انقضاء المدة فقط وإنما هناك أسباب أخرى متعددة.

تنتهي عادة آثار العقد بتنفيذ كل طرف فيه لما التزم به، غير أن بعض العقود تمتد بعض آثارها إلى ما بعد انتهائها، سواء نظمت هذه الآثار في العقد المنتهي، أو تم الاتفاق عليها بعقد منفصل لمصاحب للعقد المنتهي

<sup>1</sup> - M. ROURE, op- cit, p88. Voir aussi Pierre BRUN, op- cit, pp47-50.

أو لاحق عليه، كما أنها قد تكون مفروضة بالقانون، ومن العقود التي يترتب انقضاؤها آثارا قانونية عقد إيجار تسيير المحل التجاري سواء بالنسبة للمؤجر أو المستأجر المسيّر.

يتميز عقد إيجار التسيير كما سبق وأشرنا إليه سابقا أنه من العقود الزمنية والتي يكون فيها عنصر المدة عنصرا جوهريا، بحيث يرتبط انتفاع المستأجر المسيّر بالمحل التجاري بمدة زمنية معينة يحددها المتعاقدان، فخلال تلك المدة يقوم المستأجر المسيّر باستغلال عناصر المحل التجاري المشمولة بالعقد، ويضارب عليها للحصول على الربح وزيادة رأسماله، غير أن ارتباط المنفعة بمدة زمنية معينة تجعلها تزول بزوال تلك المدة، أي أن انتفاع المستأجر المسيّر ينقضي بانقضاء العقد، ولكن أسباب الانقضاء لا تعود فقط إلى انقضاء المدة فقط وإنما هناك أسباب أخرى متعددة.

## المطلب الأول

### انقضاء عقد إيجار التسيير

تختلف أسباب انتهاء العقود وتتعدد، ومن هذه الأسباب ما يكون متماثلا في جميع الاتفاقات، ومنها ما يكون قاصرا على بعضها دون الآخر، ولذلك نجد الفقهاء يختلفون في تسمية أسباب انتهاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري، فهناك من سماها أسباب عامة وخاصة<sup>1</sup>، وهناك من سماها أيضا أسباب طبيعية وأسباب عارضة<sup>2</sup>، إلا أنه مهما اختلفت التسميات فإن المقصود منها واحد.

ومهما كانت الأسباب فإنها تستلزم وجوب انتهاء عقد إيجار التسيير، لكن حتمية انقضاء العلاقة العقدية لا تعني تبرير إيقاع الضرر بأحد أطرافها، إذ يبقى إيقاع الضرر بالغير فعلا غير مشروع ويجب تقرير القواعد التي تحمي هذا الغير، سواء بتوقي وقوع الضرر أصلا أو بتعويض الطرف المتضرر إن وقع فعلا.

وضعت القوانين أحكاما عديدة لحماية المتعاقد من كل إنهاء تعسفي لعقده، فنجد مثلا المادة 106 ق م ج تعطي العقد قوة القانون بالنسبة لأطرافه، وتمنع إنهاءه من أحد طرفيه بإرادته المنفردة أو من غيرهم، كما تلزم المادة 119 من نفس القانون كل من أخل بالتزاماته تعويض الطرف الآخر سواء أدى هذا الإخلال إلى فسخ العقد أو لم يفعل.

سنقسم بناء على ذلك هذا المطلب إلى فرعين ندرس في الأول الأسباب العامة التي ينتهي بها عقد إيجار تسيير المحل التجاري باعتباره عقدا كباقي العقود مثل انقضاء المدة والبطلان، ونخصص الفرع الثاني لدراسة الأسباب الخاصة التي تتعلق بالمستأجر الذي يكون محل اعتبار نظرا للطبيعة الخاصة للنشاط التجاري ومميزاته.

<sup>1</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 257.

<sup>2</sup> - سعيد عبد السلام، الوسيط في قانون إيجار الأماكن طبقا لأحدث التعديلات الدستورية، مرجع سابق، ص 405. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 288. أنظر أيضا محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 237.

## الفرع الأول

### الأسباب العامة لانقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري

غالبا ما يتفق المتعاقدان على مدة ينتهي بانقضاءها عقدهما، ويتم تحديد هذه المدة إما صراحة أو ضمنا، وهذا هو الأصل لأن تأييد العلاقة العقدية يتنافى مع الحرية الشخصية ومع مبدأ سلطان الإرادة، غير أن المتعاقدين قد لا يحددان مدة لانتهاء عقدهما ويعطيان الحق لكليهما أو لأحدهما حق إنهائه بالإرادة المنفردة، غير أنه يمنع على من أعطي هذا الحق أن يتعسف في استعماله، ويلحظ أن للمتعاقدين إنهاء العقد محدد المدة قبل انتهائها وهو ما يسمى بالتقابل.

غير أن العقد قد ينتهي دون الاتفاق على ذلك، كأن يكون باطلا لهلاك محله قبل إبرام العقد، أو لمخالفة محله أو سببه للنظام العام والآداب العامة، مثل أن يكون المحل تركة لم يمت صاحبها بعد، أو لتخلف شرط الشكلية المتطلبية للانقضاء، وكما يؤدي هلاك المحل قبل إبرام العقد إلى بطلانه فإن هلاكه بعد ذلك يؤدي إلى انفساخه بقوة القانون، كما يؤدي اتحاد الذمة إلى إنتهاء العقد، ويطلق على هذه الأسباب التي ذكرناها الأسباب العامة لانتهاء العقد<sup>1</sup>، نقوم بالتفصيل فيها كما ما يلي:

**أولاً: انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بانقضاء مدته:** يثير انقضاء عقد الإيجار بانقضاء مدته مسألة في غاية الأهمية، نظرا للتعديل الذي أحدثه المشرع الجزائري في القانون المدني بموجب القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13، والقانون التجاري بموجب القانون رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/06. بحيث أنه كان سابقا يشترط على المؤجر ضرورة تنبيه المستأجر مسبقا بإخلاء الأمكنة المستأجرة مع التعويض عن ذلك الإخلاء وهو ما يسمى بالتعويض الاستحقاقى.

أما بعد التعديل المذكور أعلاه وبالرجوع إلى نص المادتين 469 مكرر 1 ق م ج والمادة 187 مكرر ف1 ق ت ج فإن العقد شريعة المتعاقدين، فكأصل ينقضي العقد بانقضاء المدة دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء ودون تعويض استحقاقى، وكاستثناء لا ينقضي العقد إلا بتوجيه تنبيه بالإخلاء وتعويض استحقاقى، وهذا ما سنحاول تبيانه ببيان مدى تطبيق هذه الأحكام على عقد إيجار تسيير المحل التجاري باعتبار أن المشرع لم يورد نص خاص في القانون التجاري في هذا الخصوص.

**أ- اتفاق المتعاقدين على انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بانقضاء مدته دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء:** ينتهي عقد إيجار استغلال المتجر بانتهاء المدة المتفق عليها، فشرط العقد يجب احترامها من طرفيه ومن بينها المدة المحددة لعقد إيجار التسيير، فلا يجوز لأحد طرفيه إنهائه بإرادته المنفردة قبل انقضاء المدة، وإلا كان مسؤولا في مواجهة الطرف الآخر، وغالبا ما تكون هذه المدة المتفق عليها في هذا العقد قصيرة نوعا ما (سنة

<sup>1</sup> - هناك من أطلق على هذه الأسباب عبارة (أسباب قانونية). بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 170.

مثلا) أو أكثر، على أن ذلك لا يمنع أن تكون مدة العقد طويلة، والعقد ينتهي في حالة حلول الأجل دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء وفقا للقواعد العامة<sup>1</sup>، وليس له الحق في التجديد ولا في طلب التعويض عن الإخلاء<sup>2</sup>.

فإذا استمر المستأجر الميسر في الانتفاع بالمحل التجاري دون رضا المؤجر، فإنه يعد مغتصبا لا سند له، ويكون للمؤجر أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بإخراج المستأجر من العين وله أن يلجأ في ذلك إلى قاضي الأمور المستعجلة، بشرط ألا يؤدي حكمه إلى المساس بموضوع الحق، فإذا ادعى المستأجر الميسر أنه بقي في العين بناء على سند معين كالتجديد الضمني وكانت هناك بعض مظاهر الجدية في ادعائه، فإن قاضي الأمور المستعجلة لا يحكم بالإخلاء، أما إذا لم يكن المستأجر الميسر جادا في ادعائه، جاز لقاضي الأمور المستعجلة أن يحكم بإخراجه من المحل التجاري. وعندما يحكم قاضي الموضوع بإخراج المستأجر الميسر من العين فهو يحكم للمؤجر بالتعويض كذلك عن بقاء المستأجر الميسر مدة من الزمن بعد انقضاء إيجار التسيير، ويدخل في حساب التعويض مقدار الأجرة عن هذه المدة، ولكن التعويض لا يعتبر أجرة<sup>3</sup>.

رغم أن التنبيه بالإخلاء غير لازم لإنهاء العقد في هذه الصورة، إلا أن المؤجر قد يلجأ إليه لاعتبارات عملية، كأن يؤكد رغبته في عدم تجديد إيجار التسيير تجديدا ضمنا بحيث إذا بقي المستأجر الميسر في المحل التجاري بعد انتهاء إيجار التسيير، فلا يفترض أن العقد قد تجدد ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك، أو أن يعرض على المستأجر الميسر البقاء في العين بشروط جديدة توضح في التنبيه، كرفع الأجرة مثلا، فإذا سكت المستأجر

<sup>1</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، صص 275-276. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، صص 176-178. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، صص 159-160. أنظر أيضا شروانة علي، مرجع سابق، ص 100.

تنص المادة 469 مكرر 1 ق م ج على أنه (ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء).  
تنص المادة 187 مكرر 1 ق ت ج على أنه (يلزم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون حاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء ودون الحق في الحصول على تعويض الاستحقاق المنصوص عليه في هذا القانون ما لم يشترط خلاف ذلك).  
« أما في حالة كوننا أمام عقد غير محدد المدة، فإنه ينتهي بمجرد إبداء أحد المتعاقدين رغبته في إنهاء عقد إيجار التسيير بإشعار في مدة معقولة دائما في الإطار المعمول به».

« Lorsqu' il s' agit d' un contrat à durée indéterminée, il prend fin lorsqu' une des parties le dénonce avec un préavis raisonnable, toujours fonction des usages de la profession ». Jack BUSSY, op- cit, p115. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p192.

« La résiliation du contrat par la volonté d' un co- contractants peut donner lieu à des dommages- intérêts ». M. ROURE, op- cit, p17. Voir aussi Pierre BRUN, op- cit, p106.

<sup>2</sup> - « Mais en aucun cas le locataire- gérant n' a droit au renouvellement et il ne peut pas non plus prétendre à une amdimnité d' éviction. Sa condition diffère totalement de celle du locataire commerçant. Il est en pratique, de bien distinguer le contrat de location- gérance du contrat de bail commercial ». Jean- Bernard BLAISE et Richard DESGORCES, op- cit, pp268-269. Voir aussi dans ce sens: Com. 11 juill. 1967, n° 64-13.173, bull, Civ. III, n° 288, p277.

<sup>3</sup> - أنظر سمير عبد السيد تتاغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 290. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 759. أنظر أيضا سعد عبد السلام، الوجيز في العقود المسماة، البيع- الإيجار، مطبعة حمادة الحديثة، قويسنا، 1992، ص 347. أنظر أيضا محمد علي عمران، مرجع سابق، صص 191-192. أنظر أيضا حسن محمد عبد الرحمن يوسف، مرجع سابق، ص 52 وما بعدها.

المسيّر وبقي بالمحل التجاري بعد انقضاء مدة إيجار التسيير أمكن تأويل ذلك بأن إيجار التسيير قد جدد تجديداً ضمناً بالشروط الجديدة<sup>1</sup>.

ب- اتفاق المتعاقدين على انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بانقضاء مدته بشرط التنبيه بالإخلاء: قدمنا أن المتعاقدين قد يحددان مدة إيجار التسيير ولكن يشترطان أن العقد لا ينتهي بانقضاء هذه المدة إلا إذا نبه أحد المتعاقدين على الآخر بالإخلاء قبل انقضاء المدة بأجل معين، وإلا تجدد إيجار التسيير لمدة أخرى. وعلى ذلك لا يتوقف انتهاء إيجار التسيير على مجرد انقضاء المدة المحددة كما في الحالة الأولى، بل لابد من التنبيه من أحد الطرفين على الآخر بالإخلاء في الأجل المحدد، فإذا حصل التنبيه انتهى إيجار التسيير بانقضاء المدة، وإذا بقي المستأجر المسيّر بعد ذلك في العين برضاء المؤجر، عد هذا تجديداً ضمناً لإيجار التسيير لا امتداداً له<sup>2</sup>.

يمكن الإقرار أنه في حالة التجديد الضمني أن عقد إيجار التسيير لا يكون محل إعلان جديد إذا لم يتم التغيير في طبيعة النشاط الممارس أو في الشخص المستغل<sup>3</sup>، ومن جهة أخرى إذا كان التجديد صريحاً، فإنه يجب النشر من جديد<sup>4</sup>.

وقد يتفق المتعاقدان على أن إيجار التسيير يمتد ولا ينقضي إذا انقضت مدته ولم يتم توجيه التنبيه بالإخلاء، بحيث يتفق المتعاقدان على مدة معينة لإيجار التسيير ينتهي بانقضائها، ولكنهما يشترطان لإنهاء إيجار التسيير أن ينبه أحدهما على الآخر بالإخلاء في ميعاد قبل انقضاء هذه المدة، وإلا امتد إيجار التسيير إلى مدة أخرى مماثلة لمدة العقد أو أقل أو أطول منها، وقد يتوقف المتعاقدان على الامتداد دون تعيين المدة التي يمتد إليها العقد، فإذا

<sup>1</sup> - أنظر محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 240. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 763-764. أنظر أيضاً عودة ناجية وقماري نصر، مرجع سابق، ص 382.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 764-765. أنظر أيضاً سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط 2013، مرجع سابق، ص 276.

Voir dans ce sens Cass. Com, 9 mars 1970, n°67-14.193, bull. Civ.IV, n° 87, pp82-83.

« يشترط في التجديد الضمني مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

- أن يكون عقد الإيجار قد انتهى.
- أن يستمر المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة.
- أن يعلم المؤجر ببقاء المستأجر منتقلاً بالعين المؤجرة ولا يعترض على ذلك.
- ألا يكون أحد الطرفين قد أخطر الآخر برغبته في عدم التجديد». سعيد سعد عبد السلام، الوسيط في قانون إيجار الأماكن طبقاً لأحدث التعديلات الدستورية، مرجع سابق، ص 408 وما بعدها. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص 246-247.

<sup>3</sup> - Cass. Com, 7 juill. 1966, n°64-11.614, bull. Civ. III, n°350, pp310-311. Cass. Com, 3 mars 1992, n°89-15.668, bull. Civ. IV, n°104, p76.

<sup>4</sup> - قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 ديسمبر 1971، على أنه « تمت ملاحظة وجود عقود إيجار تسيير متتابعة لمحل تجاري بين نفس الأشخاص، ولكل واحد مدة محددة ويتضمنان شروطاً مختلفة كانا محل إعلان منفصل، وقضاة الموضوع الذين فسروا نية المتعاقدين بكل سيادة، يمكنهم استنباط أن الأمر يتعلق بعقود متميزة (مختلفة)، وبالنتيجة، فإن مدة ستة أشهر المنصوص عليها في المادة 08 من قانون 20 مارس 1956 المتعلقة بإثارة مسؤولية المؤجر لا تسري إلا ابتداءً من تاريخ نشر العقد الأخير من هذه العقود».

Cass. Com, 13 déc. 1971, n°70-12.038, bull. Civ. IV, n° 300, pp283-284.

صدر التنبيه في ميعاده انتهى إيجار التسيير بانقضاء مدته. أما إذا لم يصدر التنبيه أو صدر في غير ميعاده امتد العقد<sup>1</sup>.

ج- اتفاق المتعاقدين على تحديد مدة إيجار التسيير وتقسيمها إلى فترات: قد يحدد المتعاقدان مدة ثلاثة سنوات مقسمة إلى مدد متساوية كل مدة سنة واحدة ويشترطان أن إيجار التسيير ينتهي حتما بانقضاء مجموع هذه المدد، وكذلك ينتهي بانقضاء أية مدة من المدتين الأوليين إذا نبه أحد المتعاقدين على الآخر بالإخلاء قبل انقضاء هذه المدة بأجل معين.

يعد إيجار التسيير الذي تحدد مدته على هذا النحو إيجارا محدد المدة، وينتهي حتما بانقضاء ثلاث سنوات دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء، ولكنه يعد أيضا معلقا على شرط فاسخ هو أن يقوم أحد المتعاقدين - أو المتعاقد الذي يثبت له هذا الحق - بالتنبيه بالإخلاء قبل انقضاء أية مدة من المدتين الأوليتين بالأجل المحدد في العقد. فإذا لم يتحقق الشرط الفاسخ في المدة الأولى امتد إيجار التسيير إلى المدة الثانية، وإذا لم يتحقق في المدة الثانية امتد إلى المدة الثالثة، وعند انقضاء هذه المدة الأخيرة ينتهي إيجار التسيير حتما<sup>2</sup>.

ثانيا: انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالبطلان: يعتبر البطلان من بين الأسباب المؤدية إلى بطلان عقد إيجار تسيير المحل التجاري، ونجد أن المشرع نص على هذا البطلان في مجال أركان العقد، وقد تطرقنا إلى هذه الأركان عند دراستنا لأركان عقد إيجار التسيير، بحيث أنه كلما غاب ركن التراضي أو كان محل العقد مخالفا للنظام العام وللاداب العامة أو كان غير جائز التعامل فيه، أو كان ركن السبب أيضا مخالفا للنظام العام وللاداب

<sup>1</sup> - أنظر محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 241. أنظر أيضا محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 385-386. « يتمثل الفرق بين الامتداد والتجديد أن الامتداد يؤدي إلى استمرار نفس العقد بضماناته كالكفالة، ولنفس المدة. أما التجديد فهو عقد جديد ولذلك لا يلتزم الكفيل في العقد القديم بالكفالة في العقد الجديد، وتكون مدة العقد الجديد غير محددة في جميع الأحوال فيجرب التحديد القانوني في شأنها وتعتبر هي المدة المحددة لدفع الأجرة. ولكن شروط العقد الجديد في التجديد الضمني من حيث مقدار الأجرة والالتزامات الأخرى هي نفس شروط العقد القديم وفي هذا لا يختلف التجديد شيئا عن الامتداد». سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 392. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 768-769. أنظر أيضا سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط 2013، مرجع سابق، ص 277.

هناك من يرى أن « الامتداد القانوني يعد عملا غير مشروع في الفقه القانوني والإسلامي للأسباب التالية:

أ - يخالف مبدأ توقيت عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 467 ق م ج التي تنص على أنه (الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم).

ب- ينافي شروط صحة عقد الإيجار، بحيث إذا لم يكن على منفعة مباحة مدة معلومة بعوض معلوم بما ينفي الجهالة الفاحشة المفضية للنزاع، فإنه يكون عقدا فاسدا لا يصح إبرامه أو المحافظة على وجوده أو ترتيب أثره.

ج- يناقض مبدأ الرضا في التعاقد الذي يسري سواء على الأعيان أم المنافع، والتراضي في عقد الإيجار يرد على المدة ذلك أن المنفعة تستوفي شيئا فشيئا كلما انقضى جزء من زمان سريان العقد ولا يتصور إغفال إرادة المؤجر والمستأجر في تحديد مدة الإيجار». محمد أحمد حسن خلف الله، الاستثناء وأثره على عقدي البيع والإيجار في القانون المدني المقارن، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ص 370-371.

<sup>2</sup> - « إذا بقي المستأجر المسير يستغل المحل التجاري بعد تحقق الشرط الفاسخ أو بعد انقضاء مدة إيجار التسيير برضاء المؤجر، فإن ذلك يعد تجديدا ضمنا لعقد إيجار التسيير». أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 769-670. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص 242. أنظر أيضا محمد السيد عمران، شرح أحكام إيجار الأماكن في القانون المصري وفق آخر التعديلات وفي ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا، مرجع سابق، ص 193.

العامة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، هذا بالنسبة للأركان الموضوعية، نفس الحكم أيضا بالنسبة للأركان الشكلية إذا لم يتم إفراغ عقد إيجار تسيير المحل التجاري في شكل رسمي لدى الموثق، فإن العقد يكون باطلا أيضا بطلانا مطلقا<sup>1</sup>.

نستنتج بالرجوع إلى نص المادة 1/212 ق ت ج التي تنص على أنه (يعد باطلا كل عقد بإيجار التسيير أو اتفاق آخر يتضمن شروطا مماثلة وافق عليها المالك أو المستغل للمحل التجاري دون أن تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في المواد المشاره أعلاه، غير أنه لا يجوز للمتعاقدين التمسك بهذا البطلان تجاه الغير). إن البطلان الذي يترتب عن مخالفة الشروط المنصوص عليها في القانون هو بطلان مطلق ويمكن لأحد المتعاقدين تقديم طلب للمحكمة من أجل الحكم به<sup>2</sup>، غير أن البطلان الذي يترتب عليه المشرع في هذا الشأن يتمثل في أنه لا يمكن لأحد من المتعاقدين أو لأحدهما التمسك به ضد الغير، بل يمكن للغير أن يتمسك إما ببطلان عقد إيجار التسيير أو صحته، فالمشرع في هذا الشأن حمى الغير الذي قد تتأثر حقوقه من جراء هذا البطلان.

**ثالثا: انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالفسخ:** يعتبر الفسخ انحلال العقد وتلاشي بناء على طلب أحد طرفيه بسبب إخلال الطرف الآخر ببعض التزاماته، وذلك بعدما نشأ صحيحا، وهذا خلافا للعقد الباطل، الذي لا يعتبر موجودا من الناحية القانونية. وقد ينتهي عقد إيجار التسيير في حالة الفسخ سواء كان هذا الفسخ باتفاق الطرفين<sup>3</sup> أو عن طريق القضاء<sup>4</sup> أو بحكم القانون<sup>5</sup> لأي سبب من أسباب الفسخ، وهو جزاء يقع في أي وقت تحقق فيه موجب الفسخ ولا يتقيد بمدة معينة<sup>6</sup>.

تعداد الحالات التي يمكن فيها فسخ عقد إيجار التسيير نلخصها فيما يلي:

<sup>1</sup> - Pierre BRUN, op- cit, p106. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, pp250-251.

أنظر أيضا ما قلناه فيما يخص أركان العقد في الفصل الأول من هذا الباب، ص338 وما بعدها. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص169 وما بعدها. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص162.

<sup>2</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p196.

<sup>3</sup> - تنص المادة 1/120 ق م ج على أنه (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي). أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص172.

<sup>4</sup> - تنص المادة 1/119 ق م ج على أنه (في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه...).

<sup>5</sup> - تنص المادة 121 ق م ج على أنه (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المتقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون).

<sup>6</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص258. أنظر أيضا سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص281. أنظر أيضا أحمد محمد محرز، القانون التجاري، مرجع سابق، ص342. أنظر أيضا شروانة علي، مرجع سابق، ص104.

يقول الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري في هذا الشأن أن الفسخ يكون في العقد الملزم للجانبين وهو شرط عام في جميع أنواع الفسخ، سواء كان الفسخ بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون. ذلك أن الفسخ بأنواعه الثلاثة، مبني على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة، وليس يوجد إلا في العقود الملزمة للجانبين التي تنشأ التزامات متقابلة فهي وحدها التي تتوفر فيها حكمة الفسخ. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص788.

أ- الحالات التي يمكن فيها للمستأجر المسير الحق في طلب فسخ عقد إيجار التسيير: نلخص هذه الحالات فيما يلي:

1- حالة تأخر المؤجر في تسليم المحل التجاري: إذا تأخر المؤجر في تسليم المحل التجاري للمستأجر المسير في الوقت المحدد لذلك، وقد اتفقا مسبقا على أن إخلال المؤجر بهذا الالتزام يؤدي إلى فسخ العقد مباشرة، حتى وإن لم يتعرض المستأجر المسير لأي ضرر، فإن العقد يفسخ في هذه الحالة.

أما إذا لم يتفقا على هذا الشرط، ولكن التأخر في التسليم أدى إلى إلحاق الضرر بالمستأجر المسير، وفوات الغرض الذي من أجله تم التأجير، ففي هذه الحالة يكون للمستأجر المسير أن يطلب فسخ العقد أيضا<sup>1</sup>.

2- حالة إخلال المؤجر بالتزامه بصيانة المحل التجاري: إن عدم قيام المؤجر بالترميمات سواء كانت ترميمات ضرورية لحفظ المحل التجاري من الهلاك أو كانت ضرورية لانتفاع المستأجر المسير بالمحل التجاري التي يفرضها عليه عقد إيجار التسيير، والتي تحتاج إليها عناصر المحل التجاري المشمولة بالعقد، يجعل العقد قابلا للفسخ إذا طلب ذلك المستأجر المسير<sup>2</sup>.

3- حالة هلاك المحل التجاري دون أن يكون المستأجر المسير سببا في ذلك: حسب نص المادة 481 ق م ج وقياسا عليها، فإنه متى هلك المحل التجاري هلاكا كلياً، ينقضي عقد إيجار استغلال المتجر بقوة القانون بهلاك المتجر كلية سواء كان الهلاك مادياً كما إذا هلك المتجر بسبب حريق أو صاعقة<sup>3</sup>، أو كتهدم العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري وكان ذلك العقار هو المكان الوحيد في القرية التي يمكن للمستأجر المسير ممارسة النشاط التجاري فيه للحفاظ على زبائنه، ولكن للقول بأن هذا التهدم يؤثر على استمرار عقد إيجار التسيير، يجب أن تكون هناك استحالة مطلقة للاستمرار في النشاط التجاري، لأنه إذا كان من الممكن الاستمرار في الاستغلال في عقار آخر، فإن عقد إيجار التسيير سيستمر وينتج كامل آثاره القانونية<sup>4</sup>، أو كان هلاكا قانونياً كصدور قرار إداري بغلق المتجر<sup>5</sup> من أجل المنفعة العامة سواء لكون المنتج محل الاستغلال خارج عن التجارة بسبب الاحتكار أو احتكار الدولة أو بسبب المنع من الصنع والبيع إذا كان المنتج خطير أو ضار<sup>6</sup> وذلك كله من أجل الحفاظ على الأمن العام والصحة<sup>1</sup> والسلامة العامة، أو سحب مثلاً براءة الاختراع المستغلة في المحل التجاري.

<sup>1</sup> - أنظر نص المادتين 119 و 477 ق م ج.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادتين 1/480 و 482 ق م ج. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 162.

<sup>3</sup> - سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط 2013، مرجع سابق، ص 279. أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 179.

« حكمت محكمة الاستئناف في ريمس بتاريخ 18 أكتوبر 2016 بانقضاء عقد إيجار التسيير نتيجة قوة قاهرة. »

« Prononce la résiliation du contrat de location gérance conclu entre Madame E... J...J...J... veuve I... et la SARL JEJ 51, le 23 juin 2010, pour cas de force majeure ». CA Reims 18 -10- 2016. 15/00634.

<sup>4</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p196-197. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p251.

<sup>5</sup> - « En cas de fermeture ordonnée par décision administratif ». Francis LEFEBVRE, Fonds de commerce, op- cit, p387.

أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 179. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 162.

<sup>6</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, pp251-252. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p197.

كما يعد نزع ملكية المحل التجاري للمنفعة العامة في حكم الهالك هلاكا كلياً، والهالك هنا ليس مادياً بل هو قانوني، ولا يجوز للمستأجر المسير أن يطالب المؤجر بتعويض، ولكنه يأخذ تعويضاً مستقلاً من نازع الملكية طبقاً لأحكام قانون نزع الملكية<sup>2</sup>.

ويدخل في الهالك القانوني انصراف العنصر الجوهري في المحل التجاري المتمثل في الاتصال بالعملاء وعزوفهم عن الاتصال به.

نستنتج من فحوى نص المادة المذكورة أعلاه وقياساً عليها أيضاً أنه إضافة إلى الهالك الكلي للمحل التجاري المؤجر تسييره هناك بعض الحالات التي تؤثر في فعالية المحل التجاري، فقد يتعرض المحل التجاري لهلاك جزئي، أو يصبح في حالة لا يمكن الاستمرار في النشاط التجاري من خلاله<sup>3</sup>، أو ينقص الانتفاع به نقصاً معتبراً<sup>4</sup>.

فإذا تحقق هلاك المحل التجاري كلياً أو جزئياً وفق ما تناولناه ولم يكن المستأجر المسير هو المتسبب في حدوث هذا الهلاك، ولم يتدخل المؤجر لإعادة المحل التجاري إلى حالته السابقة، فإنه يحق للمستأجر المسير طلب فسخ عقد إيجار التسيير.

4- حالة إخلال المؤجر بالتزامه بالضمان: يمكن للمستأجر المسير في حالة إخلال المؤجر بالتزامه بضمان تعرضه الشخصي أو التعرض القانوني الصادر عن الغير، أو في حالة إخلاله أيضاً بالتزامه بضمان العيوب الخفية أن يطلب فسخ عقد إيجار التسيير<sup>5</sup>.

يتضح لنا من خلال ما سبق أن عدم احترام المؤجر لالتزاماته التعاقدية الناتجة عن عقد إيجار التسيير وعدم تنفيذها بحسن نية، يجعل طلب المستأجر المسير بفسخ العقد مبرراً<sup>6</sup>، ولكن للقاضي السلطة التقديرية في هذه الحالات التي تناولناها بأن يحكم بفسخ عقد إيجار تسيير المحل التجاري أم لا متى تبين له من وقائع القضية أن الأمر يحتاج إلى ذلك، مع الأخذ بعين الاعتبار الصبغة التجارية للعقد.

---

أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص164.

<sup>1</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p197.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص752. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص164.

<sup>3</sup> - أي لا يمكن الانتفاع به بالشكل المراد منه فلا يحقق الربح للمستأجر المسير.

<sup>4</sup> - تنص المادة 486 ق م ج على أنه( إذا ترتب على عمل قامت به السلطة الإدارية بمقتضى القانون نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة جاز للمستأجر حسب الظروف أن يطلب فسخ الإيجار ... وله أن يطالب بتعويضه إذا كان عمل السلطة الإدارية قد صدر بسبب يكون المؤجر مسؤولاً عنه كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك).

<sup>5</sup> - أنظر نص المادتين 484 و489 ق م ج.

<sup>6</sup> - Olivier BARRET, op- cit, p283.

ب - الحالات التي يمكن فيها للمؤجر الحق في طلب فسخ عقد إيجار التسيير: لا يقتصر الحق في طلب فسخ عقد إيجار التسيير على المستأجر المسير فقط، وإنما يمكن للمؤجر بناء على تحقق بعض الظروف المطالبة بفسخ العقد أيضا، تتمثل فيما يلي:

1- حالة إخلال المستأجر المسير بالتزامه باستغلال المحل التجاري بحسب ما أعد له وعدم إجراء أي تغيير فيه: يحق للمؤجر تقديم طلب لفسخ عقد إيجار التسيير إلى المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها المحل التجاري، في حالة ما إذا أخل المستأجر المسير بالتزامه باستثمار المحل التجاري فيما خصص له اتفاقا أو وفقا لما خصص له بطبيعته، أو تركه دون استغلال، أو قام بتغيير فيه دون إذن من المؤجر أو كان ذلك التغيير غير ضروري لمزاولة النشاط التجاري وزيادة رقم أعماله<sup>1</sup>.

2- حالة إخلال المستأجر المسير بالتزامه بالمحافظة على المحل التجاري: يخول القانون للمؤجر تقديم طلب لفسخ عقد إيجار التسيير في حالة ما إذا لم يحمي المستأجر المسير بالمحافظة على المحل التجاري كوحدة واحدة مستقلة عن العناصر المكونة له، أو لم يحافظ على أحد هذه العناصر باعتبارها داخلة في تكوينه ومشمولة بعقد إيجار التسيير، ولم يبذل العناية اللازمة في ذلك<sup>2</sup>، أو قام بتغيير النشاط التجاري بدون ترخيص من المؤجر<sup>3</sup>.

3- حالة إخلال المستأجر المسير بالتزامه بدفع الأجرة: يلتزم المستأجر المسير بدفع الأجرة في مقابل انتفاعه بالمحل التجاري، وعليه إذا لم يتم بتنفيذ هذا الالتزام في الوقت المحدد لذلك، أمكن للمؤجر تقديم طلب لفسخ عقد إيجار التسيير وإنهاء الرابطة التعاقدية بينهما<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - أنظر ما قلناه سابقا حول إخلال المستأجر المسير بالتزامه باستغلال المحل التجاري بحسب ما أعد له وعدم إجراء أي تغيير فيه ص453 وما بعدها. أنظر أيضا محمد علي عمران، مرجع سابق، ص219 وما بعدها. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص162. قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 8 فيفري 1966، على أنه « لا يشكل مساسا بالتزام المستأجر المسير باستغلال المحل التجاري قيام هذا الأخير بفتح المحل ثلاثة مرات في الأسبوع في منطقة لا يقيم فيها إلا 160 شخصا، وبالتالي لا يمكن الاستجابة لطلب المؤجر الرامي إلى فسخ العقد لهذا السبب».

Com. 8 fév. 1966, n°62-13.139, bull. Civ. III, n°82, p70. Voir aussi Cass. Civ. 09 fév. 2017, n° 15-28.759, JCP., EA., 2017, n° 10, 1141, p52.

<sup>2</sup> - أنظر ما قلناه سابقا حول إخلال المستأجر المسير بالتزامه بالمحافظة على المحل التجاري ص459. Voir aussi Jean- Marie THUMERELLE, op- cit, p124. Voir aussi Francis LEFEBVRE, Fonds de commerce, op- cit, p387.

<sup>3</sup> - أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص162. أنظر أيضا شروانة علي، مرجع سابق، ص112.

<sup>4</sup> - أنظر ما قلناه سابقا حول إخلال المستأجر المسير بالتزامه بدفع الأجرة ص471. أنظر أيضا محمد علي عمران، مرجع سابق، ص212 وما بعدها. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص162. أنظر أيضا شروانة علي، مرجع سابق، ص111. أنظر أيضا الملحق رقم 7.

« Résiliation par la mise en oeuvre de la clause résolutoire: Non respect par le Locataire gérant de l' une des dispositions contractuelles, et particulièrement: non paiement des redevances au Loueur ou de toute somme due». CA. Bordeaux 16-06- 2016. 15/00937.

قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 ديسمبر 1968، على أن « القاضي الفاصل في الدعوى في حدود اختصاصه لاحظ أن عدم دفع مقابل الإيجار والتكاليف من قبل مستأجر مسير المحل التجاري يعد وحده كافيا من أجل قيام فسخ عقد إيجار التسيير».

Com. 18 déc. 1968, n° 67-11.271, bull. Civ. III, n° 564, p433. Voir aussi Jean- Marie THUMERELLE, op- cit, p134.

4- حالة قيام المستأجر المسير بالتنازل عن إيجار التسيير أو إيجار التسيير من الباطن: إن المستأجر المسير غير مخول له التنازل عن إيجار تسيير المحل التجاري أو إيجار تسييره من الباطن، بحيث أن الطبيعة الخاصة لهذا العقد تفرض ذلك، فشخصيته كانت محل اعتبار أثناء إبرام العقد، وتنفيذ التزاماته تكون مستمرة خلال مدة العقد، وهو في ذلك يستغل المحل باسمه وعلى مسؤوليته، وبالتالي لا يجوز أن يحل محله شخص آخر في إدارة المحل التجاري، فمتى أخل المستأجر المسير بهذا الالتزام كان للمؤجر طلب تقديم فسخ العقد.

غير أنه لا محل لطلب فسخ إيجار التسيير إذا كان قيام المستأجر المسير بالتنازل عن إيجار التسيير أو إيجار التسيير من الباطن كان بناء على إجازة صريحة من المؤجر في العقد<sup>1</sup>.

ج- انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بتحقيق الشرط الفاسخ: إذا ما تم الاتفاق مقدما بين مالك المحل التجاري والمسير الحر على إنهاء عقد إيجار التسيير بتحقيق شرط معين كبيع المحل التجاري مثلا، فإن هذا العقد يعتبر مفسوخا إذا تحقق الشرط المتفق عليه، فتطبق نفس أحكام انتهاء مدة العقد، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة الشرط (أن يكون مشروعا)، ووجوب كون صيغته قاطعة في الدلالة على وقوع الشرط حتما ومن تلقاء نفسه لمجرد

<sup>1</sup> - أنظر خميس خضر، مرجع سابق، ص 283 وما بعدها.

يختلف التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن من عدة نواحي، وقبل تبيان ذلك سنحاول تقديم تعريف لهما:

« يعرف التنازل عن الإيجار على أنه عقد ينقل المستأجر بمقتضاه حقوقه والتزاماته المترتبة عن عقد الإيجار إلى المتعاقد معه أي المتنازل إليه الذي يحل محله فيها، ويكون بهذه المثابة بيعا أو هبة لحق المستأجر تبعا لما إذا كان هذا التنازل بمقابل أو بدون مقابل.

أما الإيجار من الباطن فهو عقد يؤجر المستأجر بمقتضاه منفعة العين المؤجرة له إلى آخر ويلتزم حيال هذا الأخير بتكليفه من الانتفاع بتلك العين كلها أو بعضها مدة معينة لقاء أجر معلوم يؤديه المستأجر من الباطن إليه». حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 138. أنظر أيضا لبييض ليلي، الضمان في التنازل عن الإيجار في القانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 7، ع 1-2014، ص 100. نتوصل من خلال هاذان التعريفان إلى أن التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن يتشابهان في نقطة مهمة تتمثل في خروج منفعة العين المؤجرة من حوزة المستأجر ودخولها في حوزة آخر، سواء كان هو المتنازل له أو المستأجر من الباطن. محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 233.

يختلف هاذان النظامان عن بعضهما البعض من عدة نواحي نلخصها فيما يلي:

« التنازل عن الإيجار هو حوالة حق بالنسبة إلى حقوق المستأجر، وحوالة دين بالنسبة إلى التزاماته. فيجب بوجه عام اتباع الإجراءات التي تخضع لها حوالة الحق والدين. أما الإيجار من الباطن فيخضع لأحكام عقد الإيجار.

- في التنازل عن الإيجار يتصرف المستأجر في حقه فيجب أن تتوفر فيه أهلية التصرف، أما في الإيجار من الباطن فإنه يقوم بعمل من أعمال الإدارة فتكفي فيه أهلية الإدارة.

- في التنازل عن الإيجار تكون الشروط واحدة فيما بين المؤجر والمستأجر وفيما بين المستأجر والمتنازل له عن الإيجار، أما في الإيجار من الباطن فقد تختلف شروط الإيجار فيما بين المؤجر والمستأجر عنها فيما بين المستأجر والمستأجر من الباطن.

- في التنازل عن الإيجار ليس للمستأجر حق إمتياز على ما يوجد في العين المؤجرة من منقولات المتنازل له، وله حق إمتياز في الإيجار من الباطن على منقولات المستأجر من الباطن الموجودة بالعين المؤجرة». عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص 663 وما بعدها. أنظر أيضا محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 233 وما بعدها. أنظر أيضا حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 138 وما بعدها.

Voir dans ce sens: Com. 10 oct. 1966, n° 64-10.572, bull. Civ. III, n°386, pp340-341.

تحققه، وبذلك فإن الفسخ هنا مقرر بقوة الاتفاق ما دام أن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يحتاج إلى تقريره من لدن المحكمة التي عليها فقط أن تتأكد من واقعة الشرط الفاسخ<sup>1</sup>.

يعتبر دور القاضي مهم في هذه الحالات باعتباره هو الفاصل في ملف القضية، وله السلطة التقديرية للحكم بفسخ عقد إيجار التسيير متى تبين له من الوقائع والأدلة المقدمة أن المستأجر المسير أخل حقا بالتزامه، وأن طلب المستأجر المسير مؤسس قانونا مما يستوجب الحكم بذلك. ولكن القاضي يفقد هذه السلطة التقديرية التي يقرها القانون له، إذا حوى إيجار التسيير بندا يقضي باعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه<sup>2</sup> أو في الحالات التي يفسخ فيها العقد بقوة القانون.

نشير في الأخير إلى أن هذه الحالات قد تم التطرق إليها بنوع من التفصيل عند دراستنا للالتزامات المتعاقدين، وعليه لتفادي التكرار قمنا بالإشارة إليها فقط باعتبارها أحد الآليات التي تؤدي إلى انتهاء عقد إيجار التسيير عن طريق الفسخ.

**رابعا: انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري باتحاد الذمة:** توصلنا سابقا إلى أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ينقضي باتحاد الذمة، كذلك عقد إيجار تسيير المحل التجاري ينقضي بنفس السبب، بحيث أنه كلما اجتمعت صفتا المؤجر والمستأجر في شخص واحد كلما أدى ذلك إلى انقضاء العقد، ويحدث ذلك إذا ورث أحدهما الآخر وكان هو الوارث الوحيد، أو إذا نقل المؤجر حقه على المحل التجاري إلى المستأجر المسير أيا كان هذا الحق، فإذا كان المؤجر مالكا للمحل التجاري وباعه للمستأجر المسير تحقق اتحاد الذمة<sup>3</sup>.

غير أنه هناك حالات أخرى ينقضي بها عقد إيجار التسيير كالوصية، فإذا قام المؤجر وهو مالك المحل التجاري بوصية مفادها أن ملكية محله التجاري توول إلى المستأجر المسير، فإن عقد إيجار التسيير ينقضي بمجرد وفاة الموصي وتنفيذ الوصية، بحيث تتحد في الشخص الواحد صفة الدائن والمدين (أي المالك والمستأجر المسير)، نفس الأمر فيما يخص الهبة فإذا قام المالك وهو المؤجر بهبة محله التجاري للمستأجر المسير انقضى عقد إيجار التسيير باتحاد الذمة أي الدائن والمدين شخص واحد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 257.

Voir aussi Jean- Marie THUMERELLE, op- cit, p134.

<sup>2</sup> - محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 414.

<sup>3</sup> - أنظر محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 413. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 165.

تنص المادة 304 ق م ج على أنه (إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة).

<sup>4</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, pp193-194.

أنظر أيضا شروانة علي، مرجع سابق، ص 102 وما بعدها.

## الفرع الثاني

### الأسباب الخاصة لانقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري

ينقضي عقد إيجار تسيير المحل التجاري إضافة إلى الأسباب العامة بأسباب خاصة، لا تتعلق بالعقد وإنما لأسباب لها صلة وثيقة بحالة التاجر (المستأجر المسيّر)، والغاية تعود إلى أن شخصية المستأجر تكون محل اعتبار أثناء إبرام عقد إيجار التسيير، باعتبار أن هذا العقد يقوم على اعتبار شخصي، وبالتالي إذا حدث أمر متعلق بحالته القانونية قد يؤثر ذلك سلباً على العقد، لأن انتقاعه بالمحل التجاري لا يكون دفعة واحدة، وإنما يكون خلال مدة زمنية معينة عكس عقد البيع مثلاً أين تنفذ الالتزامات مباشرة.

سنقصر دراستنا هنا على المستأجر إذا كان شخصاً طبيعياً، فندرس آثار موت المستأجر على عقد إيجار تسيير المحل التجاري، ذلك أنه لو كان المستأجر شخصاً معنوياً فلا أثر لموت مديره إلا إذا أدى موته إلى انقضاء الشخصية القانونية لهذا الشخص المعنوي، ثم ندرس أثر إفلاس المستأجر على هذا العقد، لنعرف مصيره في حالة تصفية أموال هذا الأخير وفي حالة انتهاء الإفلاس بصلح أو تسوية قضائية، ثم نتناول أثر فقد المستأجر لأهليته على هذا العقد.

**أولاً: موت المستأجر المسيّر:** القاعدة أن أثر العقد ينصرف إلى المتعاقدين وإلى الخلف العام لكل واحد منهما، فموت أحد طرفي العقد أو كليهما لا يؤدي إلى انتهاء العقد، وذلك لأن الأصل في العقود المالية أنها لا تقوم على أساس الاعتبار الشخصي، وتطبيقاً لهذه القاعدة لا ينتهي عقد الإيجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر، فوفاة أحد طرفي عقد الإيجار لا تؤدي إلى انفساخه بقوة القانون<sup>1</sup>، وإنما يستمر مع الورثة<sup>2</sup>. ويظهر أخذ المشرع بهذا الحكم في نص المادة 469 مكرر 2 ق م ج، حيث نص على استمرار العقد في حالة موت المستأجر ما لم يتفق المتعاقدان على أن العقد ينتهي بوفاة المستأجر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 419. أنظر أيضاً محمد علي عمران، مرجع سابق، ص 201. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 166. Voir aussi M. WEISMANN et Roger DEBLED, Achat, vente et gérance d' un fonds de commerce, 9<sup>ème</sup> éd, op- cit, p I 23. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, pp197-198.

<sup>2</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p410.

<sup>3</sup> - تنص المادة 469 مكرر 2 ق م ج على أنه (لا ينتقل الإيجار إلى الورثة).

غير أنه في حالة وفاة المستأجر، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يستمر العقد إلى انتهاء مدته، وفي هذه الحالة، يجوز للورثة الذين كانوا يعيشون عادة معه منذ ستة (6) أشهر، إنهاء العقد إذا أصبحت تكاليفه باهضة بالنسبة إلى موردهم أو أصبح الإيجار يزيد عن حاجتهم.

تجب ممارسة حق إنهاء الإيجار خلال ستة (6) أشهر من يوم وفاة المستأجر.

ويجب إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعاراً لمدة شهرين).

وقد حررت هذه المادة في ظل الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 كما يلي:

( لا ينتهي الإيجار لا بموت المؤجر ولا بموت المستأجر.

غير أنه إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا فسخ عقد الإيجار إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها موردهم أو أصبح الإيجار يجاوز حاجتهم. وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة 477 وأن يكون طلب فسخ العقد في ظرف ستة (6) أشهر على الأكثر من وقت موت المستأجر)، ورقمها كان 510.

غير أنه إذا كان بالإمكان تطبيق هذه القاعدة على عقد الإيجار في القانون المدني، فإنه لا يمكن تطبيقها على عقد إيجار تسيير المحل التجاري، لأنه كما سبق وقلنا أن شخصية المستأجر الميسر في هذا العقد بالذات تكون محل اعتبار، والمؤجر عندما ارتضى بإبرام العقد مع هذا المستأجر نظرا لصفات شخصية فيه تؤهله وتمكنه من استغلال المحل التجاري وتميمته وتفعيله أكثر وتحسين إدارته، بحيث لا يمكن أن يخلفه أحد غيره في استغلال المحل التجاري، وعليه باعتبار أن الاستغلال لا يكون دفعة واحدة وإنما يكون لمدة زمنية معينة، فإذا حدث وأن توفي المستأجر الميسر خلال هذه المدة فإن العقد ينتهي ولا يجوز أن يخلفه في ذلك ورثته<sup>1</sup>، لأنهم قد لا يقدمون نفس الضمانات للمالك<sup>2</sup>.

يمكن باعتبار أن العقد شريعة التعاقدين الخروج عن هذه القاعدة باتفاق صريح بين المؤجر والميسر الحر على استمرار العقد لفائدة أحد ورثته إذا كان أهلا للاستغلال التجاري، خصوصا إذا كان هذا الأخير يساعد الميسر قبل وفاته<sup>3</sup>. من جهة أخرى يمكن للمالك أن يمنح إيجارا جديدا لورثة المتوفى، ولكن في هذه الحالة هم لا يعتبرون كذوي الحقوق للمتوفى، ولكن كأصحاب حق إيجار جديد<sup>4</sup>.

أما إذا تعرض المؤجر إلى حادثة الوفاة فإن ذلك لا يؤدي إلى انقضاء عقد الإيجار التسيير وإنما سيظل منتجا لآثاره، لأن خلال هذه الفترة ليس هو من يباشر النشاط التجاري بل المستأجر الميسر باسمه ولحسابه وعلى عاتقه، كما أن ورثته يحلون محله في العلاقة التي تربط مورثهم بالمستأجر الميسر، إضافة إلى ذلك أن طبيعة العقد لا تأخذ بعين الاعتبار شخصية المؤجر بل شخصية المستأجر الميسر<sup>5</sup>.

---

Voir aussi Francis LEFEBVRE, Fonds de commerce, op- cit, p387.

<sup>1</sup> - أنظر سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص282. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص180-190. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص166.

« La considération de la personne du locataire- gérant étant déterminante pour le loueur, si le premier nommé vient à décéder pendant la période où il exploite le fonds, le contrat de gérance libre est résilié de plein droit.

La solution paraît devoir être transposée, par analogie, au cas où le locataire- gérant est une société qui, dans le cadre d' une structuration, perde sa personnalité juridique au profit d' une personne morale nouvelle pendant la même période: la jurisprudence tend à poser que les contrats ne sont pas transmis à la nouvelle personne morale issue de la fusion». Olivier BARRET, op-cit, p285. Voir aussi Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op-cit, p392. Voir aussi Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op-cit, p410. Voir aussi Joseph- Pascal VENCENT, op- cit, pp116-117. Voir aussi Gérard AZEMA, op- cit, p68.

<sup>2</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p198.

أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص181.

<sup>3</sup> - عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص259.

<sup>4</sup> - Jacques VERDEIL, op-cit, p198.

<sup>5</sup> - « La considération de personne du loueur est, en principe, indifférente au locataire- gérant. Il s' ensuit que, sauf clause contraire insérée dans le contrat de location- gérance, celui- ci se poursuit, au cas de décès du loueur, avec les héritiers». Olivier BARRET, op-cit, p285. Voir aussi Pierre BRUN, op- cit, p107. Voir aussi Jacques VERDEIL, op-cit, p198.

**ثانيا: نقص أهلية المستأجر الميسر:** يشترط في المستأجر الميسر أثناء إبرام عقد إيجار التسيير أن يكون كامل الأهلية، لأنه يمارس النشاط التجاري باسمه ولحسابه وعلى عاتقه ويتحمل كافة التزامات التجار، غير أنه قد يحدث وأن يكون أثناء إبرام العقد كامل الأهلية ثم بعدها يتعرض لحادث معين ينقص من أهليته، وبالتالي يصبح المستأجر الميسر ناقص الأهلية وليس كاملها للاستمرار في مزاوله النشاط التجاري، الأمر الذي يجعل العقد ينقضي لعدم إمكانية المستأجر الميسر من الاستمرار في ممارسة النشاط التجاري والاتصال بالعملاء.

إضافة إلى هذا كما سبق وقلنا أن هذا العقد من عقود المدة التي يكون فيها تنفيذ الالتزامات خلال مدة زمنية محددة في العقد، بحيث يجب أن يكون المستأجر الميسر خلال تلك المدة كامل الأهلية وليس ناقصها.

**ثالثا: إنعدام أهلية المستأجر الميسر:** تتعدد الحالات التي تؤدي إلى إنعدام الأهلية لدى المستأجر الميسر بعدما كان كاملها بحيث أنها ترتبط أساسا بأهلية أداءه، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

**أ- الجنون والعتة:** تطرقنا إلى هذان العارضان عند دراستنا للأهلية اللازمة لإبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في الباب الأول وعليه سنشير إليهما فقط، فالمستأجر الميسر قد يكون أثناء إبرام عقد إيجار التسيير كامل الأهلية ببلوغه سن تسعة عشر كاملة أو ثمانية عشر سنة متحصل على إذن وفق ما درسناه سابقا، وسليم العقل، ولكن بمرور الوقت شابت أهليته أحد هذان العارضان وتم الحجر عليه بحكم قضائي<sup>1</sup>، فإنه في هذه الحالة<sup>2</sup> لا يمكن له الاستمرارا في تسيير المحل التجاري، وبالتالي فإن عقد إيجار التسيير ينقضي.

**ب- الحكم بعقوبة جنائية:** أثناء سير عقد إيجار التسيير قد يرتكب المستأجر الميسر جناية ويحكم عليه بالحجر القانوني ومنعه من ممارسة حقوقه المالية<sup>3</sup>، وهذه الوضعية تجعله منعدم الأهلية ولا يمكن له الاستمرار في استتجار تسيير المحل التجاري ومزاوله النشاط التجاري، الأمر الذي يؤدي إلى انقضاء عقد إيجار التسيير.

**ج- إفلاس المستأجر الميسر:** يعتبر الإفلاس الجزاء الذي يطبق على التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التي حان أجلها، وهو يجعل يد هذا التاجر مغلولة ولا يمكن له التصرف في أمواله أو إدارتها، بحيث يحل محله الوكيل المتصرف القضائي في إدارة أمواله، على أن هذا الجزاء لا يكون إلا عن طريق المحكمة أي بحكم قضائي<sup>4</sup>.

---

أنظر أيضا سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط2013، مرجع سابق، ص282. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص166. أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص180.

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 101 ق أ ج. أنظر أيضا نص المادة 1/42 ق م ج.

<sup>2</sup> - أي من آثار الحكم على المستأجر الميسر بالحجر.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 9 ق ع ج.

« La résiliation du contrat: ... à l' encontre du preneur ou du prononcé d' une condamnation pénale contre lui-même en dehors de toute faute du gérant, le bail prend fin de plein droit». Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op-cit, p392.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 255 ق ت ج.

وعليه فإن المستأجر المسير الذي كانت له ديون ولم يدفعها في وقت استحقاقها، ورفع عليه الدائن دعوى أمام المحكمة المختصة وقبل القاضي دعواه وحكم بشهر إفلاس المستأجر المسير، فإن هذا الأخير ومنذ ذلك التاريخ لا تكون له الأهلية في ممارسة النشاط التجاري ولا الاستمرار في استغلال المحل التجاري الذي قام باستئجار تسييره، بل ينقضي العقد مباشرة بصدور الحكم من القاضي المنتدب وتتم تصفية أمواله<sup>1</sup>، لأن المستأجر المسير بهذا بين عدم كفاءته المهنية لاستغلال المحل التجاري والمؤجر لا يمكن له الاستمرار في منحه الثقة<sup>2</sup>.

إن المستأجر المسير الذي صدر في حقه حكم بشهر إفلاسه وتصفية أمواله يعتبر مساسا بنزاهته والثقة في شخصه، كما أنه بصدور الحكم عليه لا يمكن له الاستمرار في مزاوله النشاط التجاري بإبرام مختلف العقود وإنشاء علاقات تجارية مع الغير، الأمر الذي يؤثر في علاقته مع الزبائن الذين يتصلون معه في الميدان التجاري، الذي يقوم على أساس الثقة والائتمان، وبالتالي فإن هذه الوضعية لا تخدم المؤجر باعتبار أن المحل التجاري يعود إليه بعد انقضاء عقد إيجار التسيير، وعزوف الزبائن عن الاتصال به يعني بالضرورة تعرضه لخسائر وقد يؤدي به ذلك إلى غلق المحل التجاري نهائيا<sup>3</sup>.

إذا كانت هذه العوامل بتحققها في جانب المستأجر المسير ينتهي عقد إيجار التسيير، فإن الأمر غير ذلك بالنسبة للمؤجر، بحيث أن تحقق أحد هذه العوامل فيه لا يؤدي إلى انقضاء العقد، وإنما يستمر سريان العقد بين المستأجر المسير الذي يظل يستغل المحل التجاري وبين ورثة المؤجر الذين يخلفونه بعد وفاته، بحيث تكون العلاقة بينهما وبين المستأجر، والعبرة في ذلك كما سبق وقلنا أن عقد إيجار التسيير من العقود ذات الاعتبار الشخصي في جانب المستأجر المسير.

لكن إذا تم إبرام العقد في فترة الريبة يمكن لجماعة الدائنين المطالبة بإبطال العقد وللمحكمة السلطة التقديرية في الاستجابة لطلبهم من عدمه، أما إذا تم إبرامه قبل فترة الريبة فإن إفلاس المالك لا يؤثر على صحة ومدة عقد إيجار التسيير<sup>4</sup>.

---

تنص المادة 1/244 ق ت ج على أنه (يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس، ومن تاريخه، تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، وما دام في حالة إفلاس). أنظر أيضا نص المادة 2/244 ق ت ج. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 167.

<sup>1</sup> - « Si, dans le cours du contrat de location- gerance, le gérant est frappé de faillite personnelle ..., la poursuite de ce contrat, dont l' objet devient illicite, est impossible. Le contrat est donc résilié de plein droit». Olivier BARRET, op-cit, p285. Voir aussi Joseph- Pascal VENCENT, op-cit, p117.

أنظر أيضا محمد علي عمران، مرجع سابق، ص ص 203-204.

<sup>2</sup> - Jacques VERDEIL, op-cit, p199. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p254.

<sup>3</sup> - « La fermeture de l' établissement, ... n' entraîne son extinction que si elle peut s' analyser comme une sorte de renonciation définitive comme une sorte de derelictio, d' abandon de la propriété de la clientèle». Paul Le FLOCH, op- cit, p179.

<sup>4</sup> - Joseph- Pascal VENCENT, op-cit, pp117-118.

نشير إلى نقطة مهمة في هذا المجال أنه إذا وجد اتفاق يقضي أنه في حالة تحقق أحد هذه العوامل يؤدي ذلك إلى انقضاء العقد، فإن الاتفاق يطبق في هذه الحالة وينقضي العقد، لأن العقد شريعة المتعاقدين ويجب تطبيق إرادتهما.

## المطلب الثاني

### الآثار المترتبة عن انقضاء عقد إيجار التسيير

تختلف شروط وآثار التصرفات القانونية باختلاف الحقوق التي تنشئها، فآثار العقود الناقلة للملكية تختلف عن آثار العقود التي تنقل مجرد حق انتفاع، وتكون العقود التي تنقل الملكية غالباً عقوداً فورية، في حين تكون العقود الناقلة للانتفاع غالباً مستمرة التنفيذ أو كما تسمى العقود الزمنية أو عقود المدة، وهذه تختلف آثارها عن الأولى، كما يؤدي اختلاف محل العقود إلى اختلاف الآثار التي ترتبها في ذمة المتعاقدين، فليست آثار العقود الواردة على عقارات أو منقولات مادية نفسها آثار العقود الواردة على منقولات معنوية، وهذا الاختلاف يؤدي إلى اختلاف الآثار المترتبة عن هذه العقود، فإن كانت العقود التي تنقل الملكية تنتهي آثارها بمجرد تنفيذها، فإن العقود الناقلة للانتفاع عادة ما تمتد آثارها إلى ما بعد انتهائها.

ينقل مؤجّر تسيير المحل التجاري حق الانتفاع على محله التجاري إلى المستأجر المسير للانتفاع به خلال مدة زمنية معينة بموجب عقد إيجار التسيير، على أن يقوم المستأجر المسير برد العين المؤجرة بعد انقضاء العقد، باعتبار أن طبيعة هذا الأخير غير ناقلة للملكية عكس عقد البيع وإنما ناقلة للحيازة فقط كما سبق وقلنا.

يترتب على هذا الانقضاء ومهما كانت الأسباب المؤدية إلى ذلك عامة كانت أم خاصة مجموعة من الآثار، سواء بالنسبة للمستأجر المسير أو بالنسبة للمؤجّر أو بالنسبة للغير الذين تتأثر حقوقهم من جراء انقضاء هذا العقد.

## الفرع الأول

### آثار انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالنسبة للمستأجر المسير

سبق القول أن ترتيب عقد ما آثاراً في ذمة عاقيه بعد انقضائه إنما يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالحقوق التي ينشئها، وكذلك بمحل التزام كل طرف فيه، فالتزام المؤجّر في عقد تسيير المحل التجاري هو التزام شخصي، يقابله حق للمستأجر يتمثل في الانتفاع بالعناصر المادية والمعنوية التي يشملها العقد.

ولما كان عقد إيجار تسيير المحل التجاري ينقل إلى المستأجر مجرد حق انتفاع فإنه يترتب في ذمته آثاراً قانونية بعد انتهائه، ومن ذلك أن يلتزم بإرجاع المحل التجاري بكل عناصره إلى المؤجّر، وما يرتبط به من التزام بالتوقف عن استغلال أي عنصر من العناصر المعنوية المنقولة إليه بموجب هذا العقد، والامتناع عن منافسة

المؤجّر بعدم ممارسة نفس النشاط التجاري لمدة معلومة وفي نطاق إقليمي محدد، إضافة إلى الواجبات القانونية التي يفرضها عليه التسجيل أو الشطب أو التعديل في السجل التجاري.

**أولاً: الالتزام برد المحل التجاري ( العين المؤجّرة):** يبرم عقد إيجار تسيير المحل التجاري لمدة زمنية معينة، وخلال تلك المدة يلتزم المؤجّر بتمكين المستأجر المسير من الانتفاع بالمحل التجاري المؤجّر تسييره على أن يلتزم هذا الأخير بدفع بدل إيجار التسيير، ولكن كل واحد منهما يلتزم خلال مدة زمنية معينة، وهذا ما يجعل عقد إيجار التسيير من العقود المؤقتة.

ينتج عن انقضاء العقد التزام أساسي على عاتق المستأجر المسير يتمثل في رد المحل التجاري الذي تم إيجار تسييره أثناء إبرام العقد (أي محل العقد)<sup>1</sup>، والتزام المستأجر المسير برد المحل التجاري هو التزام بتحقيق نتيجة مخففة<sup>2</sup>، وإذا تعرض المحل التجاري لنقصان في قيمته نتيجة الاستعمال العادي له تكون على عاتق المؤجّر ما لم يثبت أنها كانت نتيجة خطأ المستأجر المسير<sup>3</sup>. وهذا الأخير يمكن له نفي مسؤوليته ليس فقط بإثبات السبب الأجنبي، ولكن بإثبات انتفاء خطئه<sup>4</sup>، مثلما هو عليه الحال في نقص قيمة المحل التجاري نتيجة تغييرات في الظروف الاقتصادية<sup>5</sup>.

يظهر لنا موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1/503 ق م ج التي تنص على أنه ( يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجّرة بالحالة التي كانت عليها وقت تسلمها، (...)، وكما هو معروف فإن المحل التجاري يتكون من عناصر مختلفة فيما بينها، ولمعرفة العناصر التي يجب على المستأجر المسير ردها يجب العودة إلى العقد، فالعناصر التي سلمت له أثناء إبرام العقد فإنه يلتزم بإرجاعها على الحالة التي تسلمها عليها أثناء إبرام العقد ( أي الحالة الأصلية)<sup>6</sup>، أما العناصر التي لم يتم تسليمها له وإنما هو من أضافها إلى المحل التجاري أثناء سريان العقد فلا يلتزم بإرجاعها، هذا كأصل عام.

**أ- مضمون التزام المستأجر المسير برد المحل التجاري المؤجّر تسييره:** تندرج ضمن مضمون التزام المستأجر المسير برد المحل التجاري المؤجّر تسييره عدة نقاط نلخصها كما يلي:

<sup>1</sup> - « Le gérant doit restituer le fonds de commerce. La logique voudrait qu' il soit tenu de restituer la même chose que celle qui lui a été louée». Jérôme JULIEN et Alexandra MENDOZA- CAMINADE, op- cit, p258. Voir aussi Stéphane PIEDELIEVRE, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, 6<sup>ème</sup> éd, op-cit, p233.

أنظر أيضا شروانة علي، مرجع سابق، ص51. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص171.

<sup>2</sup> - « L' obligation de restitution du locataire est une obligation de resultat atténuée». Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op- cit, p656.

<sup>3</sup> - Dimitri HOUTCIEFF, op- cit, p216.

<sup>4</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op-cit, p657. Voir aussi Jean DERRUPPE, op- cit, pp51-52.

<sup>5</sup> - Francis LEFEBVRE, Fonds de commerce, op-cit, p390.

<sup>6</sup> - Jean DERRUPPE, op-cit, p51.

1- ما يجب رده والحالة التي يجب أن يكون عليها وقت الرد: يجب على المستأجر المسير أن يرد إلى المؤجر المحل التجاري المؤجر تسييره ذاته الذي سلم إليه وقت بدء الانتفاع، فلا يجوز له أن يرد بدلا منه عينا أخرى ولو كانت أكبر قيمة أو أكثر منفعة من المحل التجاري الذي تسلمه. ولا يقتصر ما يجب رده على المحل التجاري ذاته، بل يمتد إلى ملحقاته، سواء كانت هذه الملحقات قد سلمت إلى المستأجر المسير عند إيجار التسيير أو كانت قد نشأت بعد ذلك والمحل التجاري في يده<sup>1</sup>.

تنص المادة 503/1 و2 ق م ج على أنه (يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التي كانت عليها وقت تسلمها، ويحرر وجاها محضرا أو بيان وصفي بذلك. إذا تم رد العين المؤجرة دون تحرير محضر أو دون بيان وصفها يفترض في المؤجر أنه استردها في حالة حسنة ما لم يثبت العكس).

يتضح لنا من خلال نص هاتين المادتين أن المستأجر ملزم برد العين المؤجرة وملحقاتها عند نهاية الإيجار، وهو ملزم برد العين المؤجرة إلى المؤجر بنفس الحالة التي تسلمها بها عند بداية الإيجار، وقد تثبت الحالة التي تسلم بها المستأجر العين المؤجرة عند بداية الإيجار بمحضر جرد أو محضر تسلم عند بداية الإيجار، وعندئذ لا صعوبة في الأمر، وما على المستأجر أن يثبت- إذا حدث بينه وبين المؤجر نزاع- أن حالة العين وقت تسليمها إلى المؤجر عند نهاية الإيجار مطابقة لحالتها وقت أن تسلمها وفقا لما هو مدون في محضر الجرد<sup>2</sup>.

أما إذا لم تكن حالة العين مثبتة عند التسليم، فقد وضع المشرع قرينة قانونية على أن المستأجر قد تسلم العين وملحقاتها في حالة حسنة أي ليس بها تلف، لكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، فيجوز للمستأجر إثبات أنه تسلم العين في حالة غير حسنة، أي بها تلف، ويكون له هذا الإثبات بكافة طرق الإثبات<sup>3</sup>.

**1-1- بالنسبة للعناصر المعنوية:** تعتبر العناصر المعنوية ذات أهمية أساسية في تكوين المحل التجاري واستمراره خاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية كما سبق ورأينا، وعقد إيجار التسيير يجب أن يشمل هذان العنصران تحت طائلة البطلان، وعند إنقضاءه أيضا يجب أن ترد هذه العناصر إلى المؤجر.

للمالك الذي يقوم بمعايينة نقصان في قيمة محله نتيجة أعمال المستأجر المسير أن يثبت ادعاؤه، ويمكن له على سبيل المثال أن يلومه على عدم استغلال المحل وفق الشروط المحددة في العقد، إلا أنه على الرغم من ذلك

<sup>1</sup> - أنظر محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص224. أنظر أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص592-593. أنظر أيضا محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص300. أنظر أيضا سعد الجبر، مرجع سابق، ص221.

<sup>2</sup> - محمد علي عمران، شرح أحكام عقد البيع في القانون الليبي، المكتبة الوطنية، ليبيا، د س ن، ص156. أنظر أيضا حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار في القانون المدني وفي قوانين إيجار الأماكن، ط3، مرجع سابق، ص164. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص171.

Voir aussi Dubos BRUNOS, op- cit, 383.

<sup>3</sup> - أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص321. أنظر أيضا سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص252-253.

فإن غياب الاستغلال يقع على عاتق المستأجر المسيّر ولا ينسب إلى المؤجر. والاجتهاد القضائي مستقر من جهة على فعالية وجود شرط سابق ينص على دفع المستأجر المسيّر تعويض عند انقضاء العقد نتيجة النقصان غير العادي للمحل التجاري<sup>1</sup>.

كما أنه ليس لديه الحق في التعويض عن القيمة الإضافية التي تمكن من إضافتها للمحل التجاري، ويتم تبرير هذه القاعدة أن القيمة الإضافية هي في الحقيقة مندرجة في المحل التجاري وتكون عنصر لا يمكن فصله، وعلاوة على ذلك أنه في أغلب الأحيان يكون هذا التعويض مستبعدا صراحة بموجب عقد إيجار التسيير<sup>2</sup>، غير أنه هناك حالة خاصة أين يمكن فيها تعويض المستأجر المسيّر عن القيمة الإضافية التي أضافها للمحل التجاري الذي يستغله، وهذا ما سنتناوله أدناه.

إن نظرية الإثراء بلا سبب لا تطبق في هذا الخصوص لأن إمكانية إثراء المؤجر تتواجد في عقد إيجار التسيير الذي يتضمن مخاطر للطرفين، ولكن تخول للمستأجر المسيّر الحصول على أرباح من نشاطه ومجهوداته عن طريق زيادة المبيعات<sup>3</sup>.

يجب على المستأجر المسيّر إرجاع العنوان المستخدم في المحل التجاري المؤجر تسييره خلال فترة إيجار التسيير، حتى وإن كان يختلف عن العنوان الموجود في الأصل نتيجة الإضافات أو التغييرات التي أحدثتها المستأجر المسيّر<sup>4</sup>، فالعنوان الجديد أصبح العنوان الذي يجذب العملاء. وقد صدر حكم عن المحكمة التجارية بليون الفرنسية يخالف هذا المبدأ، بحيث اعتبرت أن العنوان الذي ابتكره المستأجر المسيّر يكون من ملكه ويمكن له وضعه على واجهة المحل التجاري الذي يستغله شخصيا، وله أن يمنع استخدامه من المالك السابق<sup>5</sup>.

غير أن هذا الحكم تم انتقاده بشدة من قبل الأستاذ ريبير الذي شكك في صحة الحل المعطى من الناحية القانونية، فالعنوان الذي وضعه المستأجر المسيّر على المحل التجاري ليس له، ويضيف أيضا أنه أساسا بمجرد أن تجمع العملاء وتحفظ بهم فهي تدخل ضمن المحل وتشكل عنصرا جديدا، وعند انقضاء عقد إيجار التسيير إذا

<sup>1</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op-cit, p657.

<sup>2</sup> - Stéphane PIEDELIEVRE, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, 6<sup>ème</sup> éd, op-cit, p233.

« Si le fonds de commerce a augmenté de valeur, le locataire- gérant ne pourra en principe, obtenir une indemnité compensatrice». Bernard SAINTOURENS, op- cit, p55.

<sup>3</sup> - F. LEMEUNIER, Fonds de commerce, Achat et vente et exploitation et gérance, 17<sup>ème</sup> éd, op- cit, p232. Voir sur la responsabilité du propriétaire d' après le principe de l' enrichissement sans cause, Pierre ZARKA, op- cit, pp149-150.

<sup>4</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op-cit, p413. Voir aussi F. LEMEUNIER, Fonds de commerce, Achat et vente et exploitation et gérance, 17<sup>ème</sup> éd, op-cit, p232.

<sup>5</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p260. Voir aussi Ch. GRANGER, Gérance et location des fonds de commerce, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit, Université de Paris, 1929, p94.

رغب المستأجر الميسر في استعماله لمصلحته الشخصية، فإنه سيحول العملاء إلى المحل الذي يستغله محدثا بذلك اضطراب بين العملاء الأمر يشكل منافسة غير مشروعة<sup>1</sup>.

يرى الأستاذ Ch. GRANGER أن المستأجر الميسر إذا ابتكر عنوان جديد واستبدله بآخر ولم يقبل المؤجر إلا بشرط أن يكون مكان العنوان السابق وحتى وإن كان الاتفاق لا يجعله مالكا للعنوان الجديد فله الحق في التعويض عن إزالة العنوان الأول<sup>2</sup>.

نفس الشيء إذا أضاف المستأجر الميسر رخصة، براءة اختراع أو علامة فيؤثر هذا العنصر بطبيعته على العملاء ونماءهم، فلا يمكن فصله دون أن ينقص ذلك من قيمة المحل التجاري، وهذا ما أقر به بحق القرار الذي منح للمالك الحق في الاحتفاظ بالعنصر الذي أضافه المستأجر الميسر. ولا نقول أن المستأجر الميسر لا يمكنه بتاتا أخذ العناصر المعنوية التي أضافها للمحل، ولكن يمكنه ذلك إذا لم يعترض المؤجر على ذلك<sup>3</sup>، وخصص له بذلك ورأى أنه إذا تم هذا النقل لا يضر بالمحل التجاري في المستقبل<sup>4</sup>.

غير أن الأستاذ Ch. GRANGER يرى أنه بالنسبة لبراءات الاختراع والعلامات يمكن للمستأجر الميسر أخذها بسهولة<sup>5</sup>، ونفس الحكم يطبق على حقوق الملكية الفكرية الأخرى.

أما بالنسبة للدفاتر والفاتورات فيجب ردها للمؤجر، باعتبارها عناصر معنوية مكونة للمحل التجاري، وهناك بعض اجتهادات القضائية في موضوع بيع المحل التجاري أيدت رأيها في هذا الاتجاه، بينما أغلبية الأحكام هي ضد إعادة الدفاتر التجارية، وهي تستند في ذلك إلى عدم جواز تسليم الدفاتر التجارية إلا في حالات محددة حصرا كحالة الإرث أو قسمة الشركة أو الإفلاس<sup>6</sup>، أيضا أن تسليم الدفاتر التجارية يصطدم مع مبدأ احتفاظ التاجر بدفاتره لمدة 10 سنوات<sup>7</sup>.

يضع غالبا المؤجر هذه الدفاتر في خدمة المستأجر الميسر من أجل تسهيل استغلاله، وفي هذه الحالة يمكن له المطالبة بإستعادتها عند انقضاء العقد، وبالتالي ما هذا إلا رد لما تم تسليمه. أما إذا قام المستأجر الميسر

<sup>1</sup>- Mourice ROBINAULT, op- cit, p260. Voir aussi Joseph- Pascal VENCENT, op-cit, p124. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p132.

أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص182.

<sup>2</sup> - Ch. GRANGER, op- cit, pp94-95.

<sup>3</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p261.

<sup>4</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p133.

<sup>5</sup> - « Brevets et marques de fabrique, le locataire les reprend sans difficulté». Ch. GRANGER, op- cit, pp94-95.

<sup>6</sup> - تنص المادة 15 ق ت ج على أنه ( لا يجوز الأمر بتقديم الدفاتر وقوائم الجرد إلى القضاء إلا في قضايا الإرث أو قسمة الشركة وفي حالة الإفلاس).

<sup>7</sup> - تنص المادة 12 ق ت ج على أنه ( يجب أن تحفظ الدفاتر والمستندات المشار إليها في المادتين 9 و10 لمدة عشر سنوات).

بإنشائها لوحده، فالمؤجّر له فقط حق الاطلاع عند رد المحل من قبل المستأجر المسيّر، لهذا السبب من الضروري وضع شرط في عقد إيجار التسيير يحدد مصير الدفاتر عند انقضاء هذا العقد<sup>1</sup>.

نستنتج من خلال ما سبق أن العناصر المعنوية التي قام المستأجر المسيّر بإضافتها إلى المحل التجاري الذي يستغل تسييره على اختلافها، إذا كان من غير الممكن فصلها عن المحل التجاري دون أن تؤدي إلى نقصان قيمته أو زواله، فإنه يجب على المستأجر المسيّر ردها مع العناصر الأخرى التي شملها العقد، ولا يمكن له الاحتفاظ بها واستغلالها مستقلة عن المحل التجاري المؤجّر تسييره بعد انقضاء العقد، وفي هذه الحالة له الحق في التعويض عن هذه القيمة التي أضافها للمحل التجاري نتيجة جهوده.

أما إذا قبل المؤجّر بإمكانية المستأجر المسيّر أخذ العناصر التي قام بإضافتها، ففي هذه الحالة يأخذها دون أي إشكال، ونفس الحكم يطبق أيضا إذا كانت تلك العناصر يمكن فصلها عن المحل التجاري دون أن تؤثر فيه، فلا مانع له في أخذها واستغلالها مستقلة عن المحل التجاري الذي كان يستغل تسييره، ولا يشكل بهذا السلوك منافسة غير مشروعة<sup>2</sup>.

تتمثل حجتنا في هذا الرأي في أن تلك العناصر شديدة الارتباط بعنصر العملاء، واتصال هؤلاء بالمحل مرتبط بمدى وجود تلك العناصر من عدمها، وبالتالي فصلها عنه واستغلالها في محل آخر قريب منه وفي مدة زمنية قصيرة يعني بالضرورة انصرافهم عن المحل التجاري السابق ودخولهم في علاقات مع المحل التجاري الجديد، الأمر الذي يصيب المالك بأضرار كبيرة نتيجة هذا السلوك، وفي مقابل ذلك ينتفع المستأجر المسيّر بتلك العناصر التي يستغلها في محله التجاري الجديد، مشكلا بهذا السلوك منافسة غير مشروعة.

1-2- بالنسبة للعناصر المادية: يلتزم المستأجر المسيّر إضافة إلى رده للعناصر المعنوية برد العناصر المادية للمؤجّر على اختلافها سواء كانت بضائع أو أثاث أو آلات، بالحالة التي تسلمها عليها أثناء إبرام العقد.

فبالنسبة للأثاث والآلات التي يستغلها المستأجر المسيّر في محله التجاري فيلتزم بردها على الحالة التي كانت عليها عند إبرام العقد، فالأصل أنه وجدها في حالة جيدة تصلح للانتفاع بها وتحقيق الغرض المرجو منها، ومن جهة أخرى فإذا هلكت أو تضررت بفعل المستأجر المسيّر أثناء انتفاعه بها تكون على عاتقه، ما لم يثبت أنها وقعت دون خطأ منه.

النتيجة أنه على المؤجّر أن يسهر على رفع تقرير مفصل عن المعدات المؤجرة، مبينا حالتها أثناء دخول المستأجر المسيّر في الأمكنة، لأنه هو الملزم بإثبات وجود هذه المعدات وحالتها عند بداية إيجار التسيير، وللمؤجّر

<sup>1</sup> - Pierre BRUN, op- cit, pp111-112.

<sup>2</sup> - أنظر بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص182. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 174-175.

مالك المحل التجاري إثبات أن المعدات التي يطالب بردها هي ضمن العناصر المشمولة بعقد إيجار التسيير، وأن هذه المعدات تظهر في حالة استعمال عادية أثناء بداية العقد<sup>1</sup>.

غير أن المستأجر المسيّر غير مسؤول عن انخفاض القيمة التي يمكن لهذه العناصر أن تتعرض لها لأسباب مستقلة عن إرادته، ولكن المستأجر المسيّر يبقى مذنباً، وعند الاقتضاء في حالة النقص إذا لم يتمكن من تبرير أن وضعية هذه الأشياء كانت نتيجة قوة قاهرة أو حالة طارئة كالسرقة المرتكبة أثناء غيابه رغم الاحتياطات اللازمة التي قام بها<sup>2</sup>.

ففي حالة الهلاك فالمستأجر المسيّر ملزم بتعويض ما أصاب المؤجّر من ضرر وما فاتته من كسب، خاصة أنه تعهد بإرجاع الأشياء المؤجرة عينا في حالة جيدة للاستعمال، ويمكن استعمال الضمان أو الكفالة المقدمة من قبل المستأجر المسيّر لتعويض المؤجّر عن هذا الهلاك أو الضرر الذي لحق به<sup>3</sup>، ما يحرر هذا الأخير من التزامه برد الضمان<sup>4</sup>.

نجد في بعض الأحيان شرط خاص - أو اتفاق فرعي - يتعلق باسترجاع المعدات التي تركها المؤجّر عند بدأ سريان العقد، وهي عموماً حالة عندما تكون المعدات تهلك بسرعة بالاستعمال:

<sup>1</sup> - Gérard AZEMA, op- cit, p69. Voir aussi F. lemeunier, Fonds de commerce, Achat et vente et exploitation et gérance, 17<sup>ème</sup> éd, op-cit, p231. Voir aussi Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p412. Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p259.

<sup>2</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, p259.

<sup>3</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p412.

« Le cautionnement est censé garantir: le matériel, le paiement des redevances, le paiement des impôts». Gérard AZEMA, op- cit, p46.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 04 جانفي 1977، على أنه « يجب على مقترض الشيء أن يرده إلى مالكه حتى وإن لم يعذره بذلك، ولا يكون التزامه مرهقاً إلا إذا هلك الشيء دون خطأه. بالتالي، لما تعلق الأمر بفيلة تعرضت لهلاك جزئي بسبب حريق حدث أثناء شغلها من قبل المقترض، فإن قضاة الموضوع الذين لاحظوا أن سبب الكارثة مازال مجهولاً، يمكن لهم استنباط أنه يجب على هذا المقترض دفع مبلغ التعويضات في الحال عن طريق تعويض المؤمن الذي عوض المالك عن الضرر الذي تعرض له».

Civ. 04 jan. 1977, n° 75-11.348, bull. Civ. I, n° 04, p03.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 جوان 1995، على أنه « ينتج من نص المادة 1303 ق م أنه إذا كان الالتزام برد الشيء المقترض ينقضي عندما ينقضي هذا الشيء دون خطأ المقترض، فإن هذا الأخير يبقى ملزماً بالتنازل للمقرض عن دين التعويض التأميني المتعلق بالشيء الهالك».

Civ. 20 juin 1995, n° 92-19.952, bull. Civ. I, n° 284, p197.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 ديسمبر 2011 على أنه « حسب نص المادة 3-415 L. من القانون المتعلق بالريف والصيد البحري، فإنه لا يمكن لا للمؤجّر ولا لشركات التأمين تقديم طعن ضد الحائز إذا لم يرتكب خطأ جسيم. من أجل رفض طلبات شركة التأمين والمالك، تطبيقاً لأحكام نص هذه المادة، قررت محكمة الاستئناف على أن المستودع المؤجّر للمؤجّر قد وضع من قبل هذا الأخير تحت تصرف الشركة وأن هذا الإيجار لا يزال سارياً في يوم الحريق الذي لا يزال أصله غير محدد. بحكمها على هذا النحو، مع ملاحظة أن دعوى المؤجّر ومؤمنه تم رفعها، ليس ضد المستأجر بإيجار ريفي ولكن ضد الشركة التي وضع الشيء تحت تصرفها ومؤمنها، فمحكمة الاستئناف خرقت النص السابق والمادة 1302 ق م».

Cass. Civ. 07 déc. 2011, n° 10-26.82, D., 2012, n° 01, p14. AJ/DC. Voir aussi Civ. 07 déc. 2011, n° 10-26.820. bull. Civ, III, n° 208, p198.

<sup>4</sup> - F. lemeunier, Fonds de commerce, Achat et vente et exploitation et gérance, 17<sup>ème</sup> éd, op-cit, p231.

يمكن للأطراف أن اتفقا على الأخذ بعين الاعتبار الفرق في قيمة المعدات أثناء الدخول في الانتفاع وقيمتها عند انقضاء العقد، فالمالك يتعهد بأخذ المعدات الجديدة المشتراة من قبل المستأجر المسير بدل القديمة التي تسلمها؛ ومن أجل تحديد القيمة الزائدة لها، فإنه من الصحيح الأخذ بعين الاعتبار الاختلاف في قيمة النقود عند دخول وخروج المستأجر المسير<sup>1</sup>.

يلتزم المستأجر المسير إضافة إلى رد الأثاث والمعدات برد البضائع الموجودة في المحل التجاري، ولردها يمكن اتباع إحدى الحالتين:

**الحالة الأولى:** إذا كانت البضائع عند إبرام العقد محل جرد ولكن لم يتم بيعها للمستأجر المسير؛ فهي إذن تدخل ضمن عناصر المحل المؤجر تسييره، وفي هذه الحالة فالمستأجر المسير ملزم بإعادة مخزون مساوي عند مغادرته؛ كما هو، هذه هي في الحقيقة الطريقة الصحيحة لرد هذا العنصر من المحل التجاري، والذي تكمن خصوصيته في كونه يتكون من أموال موجهة للاستهلاك في إطار الاستغلال.

**الحالة الثانية:** هي الحالة التي تكون فيها البضائع قد بيعت للمستأجر المسير بناء على جرد ملحق بالعقد، وقد كانت الاجتهادات القضائية إلى وقت قريب تلزم المؤجر بشرائها عند انقضاء عقد إيجار التسيير، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، وتفسير هذا الحل - الصارم بالنسبة للمؤجر - يؤخذ على منفعة، وإلا على أهمية الأموال المعنية بأداء الاستغلال<sup>2</sup>.

غير أن محكمة النقض الفرنسية أدانت بوضوح هذا التحليل، وفي حكم صادر في 23 مارس 1999 أشارت إلى أنه في حالة عدم وجود شرط بأخذها، ( ليس هناك أي نص قانوني يفرض على مالك محل تجاري أجر تسييره أن يشتري البضائع عند انقضاء العقد)<sup>3</sup>.

مثل هذا التغيير أثار استحسانا: لأنه بالنتيجة البضائع لم تكن مدرجة ضمن المحل التجاري المؤجر تسييره، وقانونا ليس هناك أي سبب جدي لإجبار المؤجر على أخذها، بما أنه لم يتعهد بشيء في هذا الشأن. بالإضافة إلى ذلك فإنه عمليا ليس دائما من المؤكد أن البضائع المخزنة تم اكتسابها بطريقة شرعية؛ تجبر المؤجر على إعادة شراءها عند انقضاء العقد وتعود لتفرض عليه التزام لا يكون بالضرورة مطابقا لمتطلبات التسيير الجيد للمحل، وفي

<sup>1</sup> - Mourice ROBINAULT, op- cit, pp259-260.

<sup>2</sup> - Olivier BARRET, op-cit, p289. Voir aussi Gérard AZEMA, op- cit, p70.

« Il doit également restitution des stocks, pour autant qu' ils aient été compris dans la location de gérance, soit en valeur, soit en nature». Dimitri HOUTCIEFF, op-cit, p216.

أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 183-184. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 173.

<sup>3</sup> - Com. 23 mars 1999, n° 97-15.700, Bull. Civ. IV, n° 72, pp58-59. Voir aussi Olivier BARRET, op-cit, p289. Françoise Dekeuwer- DEFOSSEZ et Edith Blary- CLEMENT, op- cit, p340.

حالة عدم وجود شرط اتفاقي في هذا الشأن، فليس هناك إذن ما يببرر إلزام المؤجر على أخذ البضائع التي لم تكن مدرجة ضمن المحل التجاري المؤجر تسييره<sup>1</sup>.

ولكن ما هو الحل المطبق في هذا الشأن في حالة سكوت الاتفاقات أو لم يتم استكمالها؟

نعنقد أنه يجب على المستأجر المسير ترك في الأمكنة بضائع كافية من حيث الكمية والنوعية لتسمح باستغلال المحل التجاري بطريقة عادية. فقيام المستأجر بتفريغ المحل التجاري من البضائع أو تركه فقط لتلك التي لها نوعية غير سوقية، يمكن تفسير ذلك من قبل المحاكم على أنها أعمال غير مشروعة تبعده عن مظهر رب البيت الجيد الذي يجب أن يكون عليه المستأجر المسير؛ وليس هناك شك في هذه الظروف أن لمالك المحل الحق في التعويض<sup>2</sup>.

1-3-3- بالنسبة للعناصر الجديدة التي أضافها المستأجر المسير للمحل التجاري والتي له الحق في الحفاظ عليها: إن المبدأ يقول أن التحسينات والعناصر الجديدة التي أضافها المستأجر المسير للمحل التجاري أثناء تسييره له تبقى ملكيتها للمالك، وعليه ردها له عند انقضاء العقد، غير أن هذا المبدأ يعرف استثناءان مهمان:

1-3-1- بالنسبة للفرع الجديد من النشاط: إن عند قيام المستأجر المسير بإنشاء فرع نشاط جديد يكون له عملاء مختلفين عن عملاء المحل التجاري الأساسي فله الاحتفاظ بملكيتها. وهنا الحل متماسك مع حق المحل التجاري. فالمستأجر المسير ملزم برد المحل مع الزبائن المرتبطين به الذين تم منحهم بعقد إيجار التسيير؛ هذا بغض النظر عن تقلبات قيمة العملاء أو التغيرات التي تؤثر على العناصر الجاذبة للعملاء، ومن جهة أخرى يتوقف التزامه عندما يكون المحل التجاري الذي أنشأه مختلف تماما عن المحل الأصلي وقابل للانفصال عنه، ومن جهة أخرى لا يعد إنشاء محل تجاري جديد عندما يكون الفرع الجديد والنشاط الموجود سابقا متشابهان.

بيد أن لاحتفاظ المستأجر المسير بهذه الزيادة يجب استيفاء شرطان من جهة يقع على عاتقه إثبات استقلالية الفرع الذي يرغب في إنشائه وطبيعته القابلة للانفصال عن المحل الأصلي. ومن جهة أخرى يبدو أن الاجتهاد القضائي يشترط أن يكون هذا الإنشاء قد تم بموافقة المؤجر. وعليه فإذا تحقق هذان الشرطان يكون المستأجر المسير مالكا للمحل وله الحق في تجديد الإيجار المتعلق بالعقار الذي يستغل فيه الفرع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - Olivier BARRET, op-cit, p289.

<sup>2</sup> - Joseph- Pascal VENCENT, op-cit, p123.

<sup>3</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op-cit, p658.

« Si le locataire- gérant a créé avec l' accord du loueur une branche d' activité nouvelle assimilable à un fonds de commerce autonome, il en conserve la propriété». Dimitri HOUTCIEFF, op-cit, p217.

أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص183.

1-3-2- بالنسبة للعناصر المرتبطة بالمستأجر المسير: استثناء آخر تقليدي لمبدأ رد العناصر المرتبطة بالشخص الذي أنشأها، فحقوق الملكية الفكرية في جوهرها هي حقوق معنوية مرتبطة بالاختراع والابتكار الفكري تظل مملوكة لمخترعها.

إن للمحكمة السلطة التقديرية في تحديد ما يعتبر زيادة في المحل التجاري يمنح بموجبه الحق للمستأجر المسير في الحصول على تعويض، أو أيضا الحالة التي يمكن فيها فصل العناصر الجديدة التي أضيفت للمحل التجاري عن هذا الأخير<sup>1</sup>.

2- وقت ومكان ونفقات رد المحل التجاري المؤجر تسييره: يجب على المستأجر المسير أن يرد المحل التجاري المؤجر تسييره عند انتهاء إيجار التسيير، سواء كان هذا الانتهاء حاصلًا بسبب انقضاء المدة المتفق عليها في العقد أو المحددة في القانون، أو بسبب آخر كالفسخ، فلا يجوز للمستأجر أن يتأخر في الرد عن هذا الوقت إلا إذا كان له الحق في حبس المحل التجاري المؤجر تسييره.

أما فيما يخص مكان رد المحل التجاري فيكون في المكان المتفق عليه، فإذا لم يوجد اتفاق في هذا الشأن وجب تسليمه في المكان الذي يوجد فيه وقت العقد باعتباره من الأشياء القيمة<sup>2</sup>.

تقع نفقات الرد إن وجدت على عاتق المستأجر باعتباره المدين بالرد، حيث أن نفقات الوفاء تكون على عاتق المدين تطبيقًا للقواعد العامة<sup>3</sup>.

3- كيفية حصول رد المحل التجاري المؤجر تسييره ولمن يكون: يتم رد المحل التجاري المؤجر تسييره إلى المؤجر بوضعه تحت تصرفه، بحيث يستطيع حيالته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديًا، ما دام المستأجر المسير قد أعلمه بذلك، ويحصل ذلك على النحو الذي يتفق مع طبيعة العناصر المشمولة بالعقد<sup>4</sup>، باعتبار أن المحل التجاري يتكون من عناصر مختلفة رغم كونه وحدة واحدة مستقلة.

رغم أن رد المحل التجاري المؤجر تسييره يكون للمؤجر شخصيًا، إلا أنه لا يوجد ما يمنع أن يتم إلى نائبه أو إلى خلفه العام أو إلى شخص آخر يرتضيه المؤجر، كأن يطلب المؤجر من المستأجر المسير أن يسلم المحل التجاري المؤجر تسييره إلى مستأجر مسير جديد<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - Francis LEFEBVRE, Fonds de commerce, op-cit, p390.

<sup>2</sup> - أنظر محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 300-301. أنظر أيضا محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 962-963.

<sup>3</sup> - سعد الجبر، مرجع سابق، ص 224.

<sup>4</sup> - أنظر محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 301.

<sup>5</sup> - أنظر هلال شعوة، مرجع سابق، ص 189.

ب- جزء إخلال المستأجر المسيّر بالتزامه برد المحل التجاري المؤجّر تسييره: يتضمن إخلال المستأجر المسيّر بالتزامه برد المحل التجاري المؤجّر تسيير الأعمال التالية:

1- إذا انتهى إيجار التسيير ولم يقدّم المستأجر المسيّر برد المحل التجاري المؤجّر تسييره، كان للمؤجّر طلب التنفيذ العيني وإجباره على رد المحل التجاري متى كان ذلك ممكناً. أما إذا تعذر التنفيذ العيني بسبب هلاك المحل التجاري المؤجّر تسييره، فإن المستأجر المسيّر يكون مسؤولاً عن ذلك، ولما كان التزامه بالرد التزاماً بتحقيق نتيجة فإنه لا يستطيع نفي مسؤوليته إلا إذا أثبت أن تعذر الرد يرجع إلى سبب أجنبي، كقوة قاهرة أو خطأ المؤجّر نفسه. فإذا لم يستطع المستأجر دفع المسؤولية عن نفسه وجب عليه تعويض المؤجّر عن قيمة المحل التجاري وعن كل ما لحقه من خسارة وفاته من كسب بسبب عدم الرد<sup>1</sup>.

يضيف الدكتور محمود عبد الرحمن محمد أنه إذا لم يقدّم المستأجر برد العين المؤجّرة في الميعاد المحدد عد خائناً للأمانة، وجاز للمؤجّر أن يحرك ضده الدعوى الجزائية باعتباره مرتكباً لجريمة التبديد<sup>2</sup>.

2- إذا تأخر المستأجر المسيّر في رد المحل التجاري المؤجّر تسييره دون حق، فإنه يلتزم بتعويض المؤجّر عن هذا التأخير ويدخل في عناصر التعويض ما يقابل الأجرة عن مدة التأخير، ويضاف إلى ذلك ما أصاب المؤجّر من أضرار أخرى بسبب حرمانه من الانتفاع بالمحل التجاري، غير الأجرة<sup>3</sup>.

3- إذا رد المستأجر المسيّر المحل التجاري أو ملحقاته بحالة تختلف عن الحالة التي تسلمها به، فإنه يعتبر مسؤولاً عن ذلك ويلزم بدفع التعويض، ولا تنتفي المسؤولية إلا إذا أثبت أنه لم يخطئ وأنه بذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على المحل التجاري<sup>4</sup>.

يضيف الدكتور محمد لبيب شنب إلى جانب هذا كله أنه إذا انتقلت ملكية العين المؤجّرة إلى شخص آخر غير المؤجّر، فإنه لا يحق للمالك الجديد أن يرجع على المستأجر بتعويض الأضرار الحاصلة للعين إذا كانت هذه

<sup>1</sup> - أنظر محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق، ص 966-967. أنظر أيضاً محمد علي عمران، مرجع سابق، ص 158. أنظر أيضاً سعد الجبر، مرجع سابق، ص 225.

Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p264. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p133.

« Lorsque le code de commerce énonce que le locataire exploite à ses risques et périls, cela signifie, à l'expiration du contrat, pour ce dernier qu'il devra assumer toute perte de valeur du fonds tenent à sa faute en versant une indemnité au loueur». Bernard SAINTOURENS, op- cit, p55.

<sup>2</sup> - محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 231.

Voir aussi Mourice ROBINAULT, op- cit, p263.

<sup>3</sup> - أنظر سمير عبد السيد تتاغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص 253.

تنص المادة 502 ق م ج على أنه (يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجّرة عند انتهاء مدة الإيجار فإذا أبقاها تحت يده دون حق وجب عليه أن يدفع للمؤجّر تعويضاً باعتبار القيمة الإيجارية للعين وباعتبار ما لحق المؤجّر من ضرر).

<sup>4</sup> - أنظر حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار في القانون المدني وفي قوانين إيجار الأماكن، ط3، مرجع سابق، ص 166. أنظر أيضاً سعيد سعد عبد السلام، الوسيط في قانون إيجار الأماكن طبقاً لأحدث التعديلات الدستورية، مرجع سابق، ص 350. أنظر أيضاً محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 304-305.

الأضرار قد حدثت قبل اكتسابه للملكية، وذلك ما لم يتفق صراحة في العقد الناقل للملكية على حوالة هذه الدعاوى للمالك الجديد<sup>1</sup>.

**ج: التزام المستأجر المسيّر برد المحل التجاري المؤجّر تسييره غير قابل للانقسام:** يعد التزام المستأجر المسيّر بالرد كالتزام المؤجّر بالتسليم غير قابل للانقسام، فإذا استأجر المحل التجاري عدة أشخاص، أو مات المستأجر المسيّر وترك ورثة متعددين، فله المؤجّر أن يطالب أي واحد منهم برد المحل التجاري بأكمله، لا بالاقْتصار على رد حصته منه، وله أن يرجع على الباقيين. أما حق المؤجّر في التعويض فينقسم وينقسم ويرجع المؤجّر على كل بمقدار نصيبه في التعويض، ولو كان من يرجع عليه مستعداً لرد حصته في المحل التجاري المؤجّر تسييره لما تقدم من أن الالتزام بالرد لا ينقسم، ولمن كان مستعداً أن يرد حصته أن يرجع على من كان مقصراً في ذلك<sup>2</sup>.

**د- حكم المصروفات التي ينفقها المستأجر المسيّر على المحل التجاري المؤجّر تسييره:** يلتزم المستأجر المسيّر برد المحل التجاري المؤجّر تسييره بالحالة التي تسلمه عليها، ولكن أثناء مدة العقد قد ينفق مصروفات على ذلك المحل التجاري، وهي تختلف حسب الغرض المقصود منها، وعليه السؤال المطروح هل يلتزم المؤجّر بردها للمستأجر المسيّر أم لا؟

1- المصروفات الضرورية: هي تلك المصروفات الضرورية اللازمة للمحافظة على العين ذاتها من الهلاك أو التلف، ومن حق المستأجر باعتباره حائزاً للعين المؤجّرة أن يطالب المؤجّر، وهو غالباً مالك العين، برد ما أنفق من مصروفات ضرورية على هذه العين والمؤجّر يلتزم بردها سواء أنفقها المستأجر بإذن المؤجّر أو بدون إذنه، وللمستأجر حق حبس العين حتى يستوفي هذه المصروفات من المؤجّر<sup>3</sup>، وله امتياز على ثمن العين المؤجّرة<sup>4</sup> باعتبارها منقول معنوي (المحل التجاري).

2- المصروفات الكمالية: هي كل ما ينفقه المستأجر بقصد الزينة، فليس له أن يطالب المؤجّر بشيء منها، وله إذا شاء أن ينزع ما استحدثه شريطة أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى، إلا إذا اختار المؤجّر أن يستبقبها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة<sup>5</sup>.

3- المصروفات النافعة: يقصد بها المصاريف التي من شأنها زيادة في قيمة العين المؤجّرة أو زيادة الانتفاع بها وتحسينها ويجب أن نفرق هنا بين حالتين:

<sup>1</sup> - محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص305. أنظر أيضاً عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص613.

<sup>2</sup> - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، مرجع سابق، ص614.

<sup>3</sup> - سعد الجبر، مرجع سابق، ص228.

<sup>4</sup> - سمير عبد السيد تناغو، عقد الإيجار، مرجع سابق، ص255.

<sup>5</sup> - محمد علي عمران، مرجع سابق، ص158-159. أنظر أيضاً حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار في القانون المدني وفي قوانين إيجار الأماكن، ط6، مرجع سابق، ص168.

- إذا كانت هذه المصاريف من الترميمات التأجيرية فإن المستأجر يتحملها ولا يحق له الرجوع بها على المؤجر.

- إذا كانت من الترميمات الضرورية مما يلتزم به المؤجر كان للمستأجر بعد استئذان القضاء في ذلك خصمها من الأجرة، وإذا لم يستأذن القضاء فإن رجوعه على المؤجر يكون وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب<sup>1</sup>، أي بأقل القيمتين قيمة الزيادة في العين أو ما أنفقه.

أما إذا كانت المصروفات النافعة لا تدخل في الحالتين السابقتين وتؤدي إلى تحسين العين والزيادة في قيمتها، فيلتزم المؤجر أن يرد للمستأجر عند انقضاء إيجار التسيير ما أنفقه على تلك التحسينات أو ما زاد في قيمة المحل التجاري بسبب تلك الأعمال، وطالما أن المؤجر علم بتلك التحسينات فليس له أن يطلب الإزالة، وإنما يعتبر من قبيل الاتفاق الضمني علم المؤجر بالتحسينات وعدم اعتراضه.

أما إذا كانت التحسينات قد تمت دون علم المؤجر فهذا الأخير أن يطلب من المستأجر إزالتها، وله أن يطلب فوق ذلك تعويضا عن الضرر الذي يصيب المحل التجاري من هذه الإزالة إن كان للتعويض مقتضى. أما إذا رأى استبقاءها فله أن يدفع أقل القيمتين، النفقات الفعلية أو الزيادة في قيمة المحل التجاري<sup>2</sup>، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك<sup>3</sup>.

**ثانيا: التزام المستأجر المسير بالتوقف عن الاستغلال وإخلاء العقار المستغل فيه المحل التجاري:** يجب على المستأجر المسير بمجرد انقضاء عقد إيجار التسيير التوقف عن النشاط وعن استغلال المحل التجاري المؤجر تسييره، وعليه أيضا إخلاء العقار الذي يستغل فيه ذلك المحل<sup>4</sup>، فإذا رفض إخلاء الأمكنة يعتبر شاغل غير شرعي ويمكن مطالبته بالتعويض عن ذلك السلوك<sup>5</sup>، ولا يقتصر هذا الالتزام عليه فقط وإنما يمتد إلى خلفائه، وفي حالة إخلالهم بهذا الالتزام يمكن إجبارهم على ذلك بموجب أمر قضائي، وعموما يتم الاتفاق في العقد على غرامة يدفعها المستأجر المسير عن كل يوم تأخير. وعلى خلاف مؤجر العقار فإن المستأجر المسير ليس له الحق في التجديد أو التعويض عن الإخلاء، باستثناء رضا المؤجر بهذا التجديد<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - سعيد سعد عبد السلام، الوسيط في قانون إيجار الأماكن طبقا لأحدث التعديلات الدستورية، مرجع سابق، ص348.

<sup>2</sup> - حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار في القانون المدني وفي قوانين إيجار الأماكن، ط6، مرجع سابق، ص169.

نشير في هذه النقطة إلى أن المادة التي كانت تشير إلى التحسينات التي يجريها المستأجر على العين المؤجرة كان منصوص عليها في المادة 504 ق م ج، إلا أن هذه المادة تم إلغاؤها بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 المعدل والمتمم للقانون المدني، ولعل المشرع بهذا أحالنا إلى تطبيق نص المادة 492 من نفس القانون التي تتحدث عن التغييرات التي يجريها المستأجر على العين المؤجرة.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 492 ق م ج.

<sup>4</sup> - Voir Com. 26 mai 1961, n° 58-11.954, bull. Civ, III, n° 233, p203. Pré.

<sup>5</sup> - Com. 17 mai 1966, n° 63-12.268, bull. Civ. III, n° 255, p227. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p133.

<sup>6</sup> - Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op-cit, p393. Voir aussi Dimitri HOUTCIEFF, op-cit, p216. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op-cit, p656. Voir aussi Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, Droit commercial, 7<sup>ème</sup> éd, op- cit, p273. Voir aussi Françoise Dekeuwer- DEFOSSEZ et Edith Blary- CLEMENT, op-cit, p339.

فإذا رضي هذا الأخير وقام بتجديد عقد إيجار التسيير استمر المستأجر الميسر في استغلال المحل التجاري، وكان استمراره في ذلك مبررا قانونا، وبالتالي لا يمكن مطالبته بالتعويض عن الشغل غير الشرعي للمحل.

أما إذا قام المستأجر الميسر بإضافة تعديلات في العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري المؤجر تسييره، فيطبق في شأنها قواعد القانون المدني، بحيث أنه عند انقضاء العقد للمالك الحق في الخيار بين استبقاء هذه التعديلات وتعويض المستأجر الميسر عنها، أو نزع هذه التعديلات دون تعويض؛ وهذا الحل الأخير يمكن أن يتحول إلى وسيلة تهديد، ومن الحكمة إدراج شرط صريح في عقد إيجار التسيير حول هذه النقطة<sup>1</sup>.

إن في حالة وجود نزاع حول حالة المحل التجاري عند رده، فإن القضاة يركزون على إرادة الأطراف مثلما وردت في شروط العقد، وفي حالة عدم وجود مثل هذا البيان فإن القرينة المنصوص عليها في نص المادة 503 ق م ج التي مفادها أن المستأجر الميسر يعتبر أنه قد تسلم العين المؤجرة في حالة جيدة من خلال الوصف قابلة للتطبيق. ولتفادي أي نزاع حول الرد عند انقضاء العقد، فإنه من المستحسن تحديد عناصر المحل التجاري عند إبرام عقد إيجار التسيير من جهة، ومن جهة أخرى تحديد مصير العناصر الجديدة التي أضافها المستأجر الميسر للمحل التجاري (مثل تعويض المستأجر أو التنازل الصريح لصالح مالك المحل)<sup>2</sup>.

نشير إلى أن المستأجر الميسر ليس له الحق في ممارسة حق الحجز على المحل التجاري، لأن هذا الحق يمكن ممارسته فقط على العناصر التي يمكن حيازتها ماديا، وليس على الأموال المنقولة المعنوية<sup>3</sup>.

يمكن إذن للمؤجر في الأخير عند نهاية العقد بعد أن يسترد محله التجاري أن يستمر في استغلاله بنفسه أو يعهد ذلك إلى شخص آخر أو أن يتخلى عنه<sup>4</sup>.

**ثالثا: شرط عدم المنافسة:** إن الأصل أنه يمكن لأي شخص ممارسة النشاط التجاري والاستثمار في المجال الذي يريده تحقيقا للمنفعة الشرعية وهي الربح، وقد كرس المشرع الجزائري هذا الحق في نص المادة 43 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، غير أن لممارسة هذا الحق يشترط على الشخص أن يتبع الإجراءات والشكليات المحددة قانونا (أي بمقتضى ووفق الإجراءات والشكليات المحددة في مختلف القوانين والأنظمة المعمول بها)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - Ch. GRANGER, op- cit, p95.

<sup>2</sup> - Francis LEFEBVRE, Fonds de commerce, op-cit, p390.

L' article 1731 C.Civ.F prévoit que: « S' il n' a pas été fait d' état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparations locatives, et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire».

<sup>3</sup> - Francis LEFEBVRE, Fonds de commerce, op-cit, p391.

<sup>4</sup> - Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, Droit commercial, 7<sup>ème</sup> éd, op-cit, p273.

<sup>5</sup> - تنص المادة 43 من القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري على أنه (حرية الاستثمار والتجارة معترف بها، وتمارس في إطار القانون.

تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية.

تكفل الدولة ضبط السوق ويحمي القانون حقوق المستهلكين.

رأينا فيما سبق أن المستأجر المسير ملتزم بعدم المنافسة خلال كل مدة عقد إيجار التسيير، إذ يخشى مالك المحل أن يفتح المستأجر المسير عند انقضاء عقد إيجار التسيير محل منافس في الجوار، ويمكنه أيضا الاستفادة من الزبائن الذين ارتبطوا به خلال إيجار التسيير ويسبب ضرر كبير لمالك المحل.

من المؤكد أنه ليس هناك التزام قانوني بالضمان على عاتق المستأجر المسير الذي يمكنه هكذا بمجرد انقضاء العقد استغلال محل منافس للذي كان يستغله كمستأجر مسير، بطبيعة الحال أن المستأجر المسير الذي يقوم عند إعادة فتحه محل بأعمال غير نزيهة لجذب زبائن المحل الذي استأجره<sup>1</sup>، كأن يستعمل لصالحه أساليب تحضير سرية كان ينتفع بها<sup>2</sup>، يكون مسؤولا وفقا للقانون<sup>3</sup>، بحيث يكون تحت طائلة غلق المحل المفتوح بطريقة غير شرعية، وعند الاقتضاء تعويض المالك عن ما أصابه من ضرر وما فاتته من كسب<sup>4</sup>.

لتفادي خطر هذه المنافسة يقوم في أغلب الأحيان مالك المحل بالتنصيص في العقد على شرط عدم إعادة المستأجر المسير فتح محل، هذا الشرط صحيح مع أنه يحمل مساسا بمبدأ حرية التجارة شرط أن يكون محددًا من حيث المكان والزمان وطبيعة النشاط التجاري<sup>5</sup>.

تعتمد صلاحيته أيضا على حقيقة عقد إيجار التسيير، فإذا أخفى هذا العقد إيجار العقارات التجارية (العقارات المخصصة لمزاولة نشاط تجاري)، فإن هذا الشرط باطل. فشرط عدم إعادة فتح محل تجاري جديد ما هي إلا

يمنع القانون الاحتكار والمنافسة غير النزيهة).

<sup>1</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, pp133-134. Voir aussi Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, Droit commercial, 7<sup>ème</sup> éd, op-cit, p274.

أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص ص 175-176.

<sup>2</sup> - Mourice robinault, op- cit, p264.

<sup>3</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, pp133-134. Voir aussi Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, Droit commercial, 7<sup>ème</sup> éd, op-cit, p274.

<sup>4</sup> - Mourice ROBINAUT, op- cit, p264.

<sup>5</sup> - « قضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 أبريل 1987، بوجود منافسة غير مشروعة وسببت حكمها بما يلي:

أ- بعد أن تمت ملاحظة أن القيد في عقد العمل لشرط عدم المنافسة من حيث الزمان بثمانية عشر شهرا، ومن حيث المكان في كل إقليم فرنسا وإيران، فإن محكمة الاستئناف التي لفتت النظر إلى الطابع الدولي لأنشطة المستخدم، وبمجرد أن الالتزام (من أجل عاملة السابق) بالإغتراب خلال مدة الشرط لا يشكل تغيير جذري في ظروف العمل، لأنه في مصلحة هذا المستخدم أن يقيم في الخارج لعدة سنوات، ما يبرر الحكم عليه لمخالفته شرط عدم المنافسة.

ب- بعد التفسير المطلق لشرط عدم المنافسة، أعلنت أن العامل السابق للشركة له كل الحرية في إنشاء شركة خاصة به بعد مغادرته للشركة الأولى بشرط أن لا يقوم بأي نشاط منافس، لاحظت محكمة الاستئناف أن هذا العامل عين كرئيس مجلس إدارة شركة جديدة تمارس أنشطة منافسة للأولى، وأن عامل سابق أسس هذه الشركة وعين كمدير عام مع علمه بشرط عدم المنافسة التي تربط المتعاقد معه وأن هذا الأخير قد شارك في محاولات الشركة الجديدة لجذب لبعض زبائن مستخدمه الأول، يمكن استنتاج أن هذه الأعمال تشكل على التوالي، لأحدهما، انتهاكات لشرط عدم المنافسة، وللآخر، أعمال بطبيعتها تسهل هذه الانتهاكات».

Com. 28 avr. 1987, n° 85-17.897, bull. Civ. IV, n°95, p72.

صدر عنها أيضا قرار بتاريخ 24 نوفمبر 1970، مفاده أن «قضاة الموضوع ميزوا أعمال المنافسة غير المشروعة، وذلك من خلال قيام العامل السابق في مؤسسة بعد ثلاثة أسابيع من استقالته بإنشاء شركة منافسة مع الغير أين كان الوكيل يشتغل في الشركة المنافسة، يعرف مشاريعها وقدم لها الدعم الكامل، واشتركت مع هذا الأخير في إقامة علاقات مع زبائن وممولى النشاط المنافس، كذلك الأتمان المطبقة من طرفها بغرض تحويل الزبائن، ومن أجل جذبهم اقترحوا عليه شروط أفضل أو بمفهوم آخر امتيازات كبيرة».

Com. 24 nov. 1970, n°68-13.597, bull. Civ. IV, n° 315, p115.

لمزيد من المعلومات أنظر المواجد مراد والعرمان محمد، مرجع سابق، ص 41.

توابع لإيجارات المحل التجاري الذي له وجود حقيقي، فيما يتعلق بإيجار تسيير المحل التجاري فقط تحويل الزبائن يمكن أن يؤسس شرط قانوني بالالتزام بعدم المنافسة؛ وفي غير عنصر الزبائن فإن التخصيص على شرط المنع يكون دون سبب في مفهوم نص المادة 97 ق م ج<sup>1</sup> ويجب أن يكون معلوما وليس مكتوبا<sup>2</sup>.

يتصرف المتعاقدين إذن بحكمة وذلك بإدراج في عقود إيجار تسيير المحل التجاري شروط تمنع فتح محلات في تجارة مشابهة؛ نرى أنه من الواجب علينا هنا التذكير أنه لكي تكون هذه الشروط صحيحة يجب أن تكون محددة من حيث الزمان ومن حيث المكان.

عندما يكون شرط المنع واضحا ولا يشكل أي صعوبة في تفسيره، فإن المحاكم ليس لها إلا أن تطبقه دون أن تسعى لتقييد النطاق. أما في الحالة العكسية إذا كان الشرط مبهم وفيه لبس فالمحاكم لديها القدرة على تحديد مفهومه بدقة؛ ولا يمكن التفسير إلا في نطاق ضيق وفقا للمبدأ العام في قانوننا الذي ينص على حرية التجارة والصناعة<sup>3</sup>.

إن التعهد بعدم فتح محل جديد هو التزام شخصي ولا يفرض على الأب أو على الزوج، ولا حتى في الأموال المشتركة<sup>4</sup>، وصدر قرار عن الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 مارس 1968 في هذا الشأن، بحيث جاء فيه أن الالتزام بعدم المنافسة الذي تعهد به الزوج وحده يمس مضمون الذمة المالية المشتركة، إلا أنه يبقى هو الملزم بتنفيذه شخصيا ولا تلتزم به الزوجة حتى ولو قبلت الاشتراك (اتحاد الذمتين)<sup>5</sup>.

نشير إلى أنه قد صدر قرار عن الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 جوان 1958، مخالف لما سبق قوله، بحيث جاء فيه أنه في حالة وجود عقد إيجار تسيير ومن بين الشروط التي تضمنها أنه عند انقضاء العقد يلتزم المستأجر المسيّر بعدم ممارسة نفس النشاط في حدود 400 متر، وقضاة الموضوع بعدما تحققوا من وجود محل تجاري بنفس النشاط مقابل للمحل التجاري محل عقد إيجار التسيير، ومسجل لدى المركز الوطني للسجل التجاري باسم زوجة المستأجر المسيّر السابق ويستغل من قبل هذا الأخير، رأوا بأن هذا العمل هو منافسة غير مشروعة مخالفا بذلك لشرط عدم ممارسة نشاط مماثل، الأمر الذي يؤدي إلى غلق المحل التجاري الجديد<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 96 ق م ج على أنه (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا).

<sup>2</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p134. Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op-cit, pp659-660.

<sup>3</sup> - Joseph- Pascal VENCENT, op-cit, p126.

<sup>4</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op-cit, p660.

<sup>5</sup> - « Si l'engagement de non-concurrence, pris par le marie seul, affecte la consistance du patrimoine commun, il lui reste personnel quant à son exécution et ne serait engager la femme, même si elle accepte la communauté» Com. 19 mars 1968, n°116, bull. Civ. IV, n°116, p101. Voir aussi CA. Aix en Provence 2017-03-09. Rôle N° 14/22160.

أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص176.

<sup>6</sup> - Com. 10 juin 1958, n° 995, bull. Civ. IV, n° 240, p196.

يمكن للمستأجر المسير في حالة عدم وجود شرط يمنعه من منافسة المؤجر (أي مالك المحل التجاري)، أن يفتح محل تجاري بجوار المحل الذي كان يستأجر تسييره وينافس المالك<sup>1</sup>.

**رابعاً: قيام المستأجر المسير بالإجراءات الشكلية المتعلقة بانقضاء العقد:** يلتزم المستأجر المسير بمجرد انقضاء عقد إيجار التسيير بشطب قيده المتعلق بعقد إيجار التسيير لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع في دائرة اختصاصه المحل التجاري محل العقد<sup>2</sup> أو تعديل القيد، كما أنه في مقابل هذا الإجراء يدفع رسوم تحدد كما يلي:

- أ- بالنسبة للأشخاص الطبيعيين التجار:
- تسجيل تعديلي للسجل التجاري: 1440 دج.
- شطب القيد في السجل التجاري: 288 دج.

- ب- بالنسبة للأشخاص المعنويين التجار:
- التسجيل التعديلي: 1920 دج.
- الشطب: 576 دج<sup>3</sup>.

إضافة إلى هذا إذا كان العقد يشمل حقوق الملكية الصناعية فيجب عليه أيضاً شطب قيده أو تعديله لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية.

يتضح لنا من خلال نص المادة 5/203 ق ت ج التي تنص على أنه (ينتهي إيجار التسيير بنفس الإجراءات التي تم بها النشر)، أنه يجب على المستأجر المسير أن يتبع نفس إجراءات الشهر التي قام بها عند إبرامه لعقد إيجار التسيير، بحيث يلتزم بالإعلان عن انقضاء عقد إيجار التسيير خلال خمسة عشر يوماً التالية لانقضاء العقد (أي التغيير الذي حصل على وضعيته التجارية وأنه لم يعد مستأجر مسير) في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية<sup>4</sup>، ويلتزم أيضاً بدفع التعريفات التي يفرضها المركز الوطني للسجل التجاري على هذا الإعلان<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - Yves GUYON, Droit des affaires, Tome1, 12<sup>ème</sup> éd, op-cit, p769.

أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص ص183-184.

<sup>2</sup> - Joseph- Pascal VENCENT, op-cit, p126. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p201.

أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص ص185-186.

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 03 من القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2016، يحدد التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات التجارية والإعلانات القانونية. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص ص168.

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 136/16 الذي يحدد كفاءات ومصاريف إدراج الإشهارات في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص ص168.

« Le gérant doit publier dans un journal d' annonces légales la cessation de ses fonctions, de la même manière que pour la conclusion du contrat». F. lemeunier, Fonds de commerce, Achat et vente et exploitation et gérance, 17<sup>ème</sup> éd, op-cit, p230. Voir aussi Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op-cit, p660. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p201.

<sup>5</sup> - أنظر ما قلناه في الفصل الأول من هذا الباب ص ص400.

يلتزم إضافة إلى هذا بالإعلان في الجرائد الوطنية المكتوبة أو في أي وسيلة أخرى ملائمة<sup>1</sup>، ولكن التعريف التي يلتزم بدفعها هنا تختلف من جريدة إلى أخرى، وحسب الحجم والموقع الذي يشغله هذا الإعلان.

نشير إلى نقطة مهمة تتمثل في أن المشرع الجزائري لم يتطرق في القانون التجاري إلى الجزاء المترتب على المستأجر المسير في حالة إغفاله القيام بهذا الالتزام، وإنما نجده في القانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، فإذا كان التاجر شخصا معنويا فحسب نص المادة 35 من هذا القانون يعاقب على عدم إشهار البيانات القانونية السابقة بغرامة من 30.000 دج إلى 300.000 دج<sup>2</sup>. أما إذا كان التاجر شخصا طبيعيا فحسب نص المادة 36 من نفس القانون فيعاقب بغرامة من 10.000 دج إلى 30.000 دج<sup>3</sup>.

يظل المستأجر المسير أيضا يتحمل المسؤولية الناتجة عن استغلال المحل التجاري حتى بعد انقضاء العقد كجزاء له لإخلاله بشهر انقضاء العقد<sup>4</sup>.

يهدف المشرع من وراء إلزام المستأجر المسير بالقيام بهذا الإجراء إلى إحاطة الغير علما بحالة التاجر الذي يتعاملون معه وبالمحل التجاري الذي يستغل تسييره، بحيث أنه إذا لم يتم بهذا الإعلان فإنهم لا يمكن لهم معرفة ما إن كان العقد انقضى أم لا، ومن هو المسير الحقيقي لهذا المحل، فالمشرع بهذا الجزاء حمى هؤلاء الزبائن ولا يمكن الاحتجاج ضدهم بانقضاء العقد.

أما إذا انقضى العقد وقام المستأجر المسير بشطب قيده لدى المركز الوطني للسجل التجاري، ولدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، وقام بالنشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي الجرائد الوطنية المكتوبة، يكون بذلك قد حمى نفسه من إمكانية متابعته من قبل الغير عن الديون اللاحقة لانقضاء العقد ويكون حجة على الغير.

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 14 من القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 غشت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية.

<sup>2</sup> - تنص المادة 35 القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 غشت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية على أنه (يعاقب على عدم إشهار البيانات القانونية المنصوص عليها في أحكام المواد 11 و12 و14 من هذا القانون بغرامة من 30.000 دج إلى 300.000 دج. يتعين على المركز الوطني للسجل التجاري إرسال قائمة الأشخاص الاعتباريين والمؤسسات التي لم تقم بإجراءات الإشهار القانوني، إلى المصالح المكلفة بالرقابة التابعة للإدارة المكلفة بالتجارة).

<sup>3</sup> - تنص المادة 36 القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 غشت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية على أنه (يعاقب على عدم إشهار البيانات القانونية المنصوص عليها في المادة 15 من هذا القانون بغرامة من 10.000 دج إلى 30.000 دج. يتعين على المركز الوطني للسجل التجاري إرسال قائمة الأشخاص الطبيعيين والمؤسسات التي لم تقم بإجراءات الإشهار القانونية، إلى المصالح المكلفة بالرقابة التابعة للإدارة المكلفة بالتجارة).

<sup>4</sup> - Joseph- Pascal VENCENT, op-cit, pp126-127.

## الفرع الثاني

### آثار انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالنسبة للمؤجر

يرتب انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري آثارا قانونية على المؤجر، منها حقوق له ومنها التزامات في ذمته، ولما كانت حقوقه هي نفسها التزامات المستأجر اتجاهه، فلن نعيدها في هذا الفرع وسنقتصر على دراسة الالتزامات التي يربتها انقضاء هذا العقد عليه، ومنها انقضاء الضمانات التي يقدمها له المستأجر، وهذا أمر بديهي كونها حقوقا تبعية تنتهي بانقضاء الدين الأصلي المتمثل في إرجاع العين المؤجرة، ومن الالتزامات ما تنتقل إليه من ذمة المستأجر باعتباره خلفا خاصا له، ومنها ما يرتبط بوجود التعويض على أساس إثرائه على حساب المستأجر، ومنها ما يرتبط بالواجبات القانونية المفروضة على كل تاجر بسبب مركزه القانوني.

وعلى هذا الأساس سنقسم هذا الفرع إلى نقاط ندرس في الأولى التزام المؤجر بإرجاع مبلغ الكفالة أو الضمان الذي قدمه المستأجر المسير ضمانا لحسن تنفيذ التزاماته، ونخصص الثانية لدراسة قيامه بالإجراءات الشكلية المتعلقة بانقضاء العقد، وندرس في نقطة ثالثة تنفيذ المؤجر لعقود العمل التي أبرمها المستأجر المسير، وندرس في نقطة أخيرة تعويض المؤجر المستأجر عن القيمة التي أضافها للمحل التجاري.

**أولاً: التزام المؤجر بإرجاع الكفالة أو الضمان المقدم من قبل للمستأجر المسير:** يلتزم مؤجر المحل التجاري بإرجاع الكفالة أو الضمان، أي المبلغ النقدي الذي دفعه له المستأجر المسير أو أودعه بين أيدي الغير من أجل ضمان حسن تنفيذ التزاماته سواء كلها أو بعضها، وله الحق في الحفاظ عليها إلى غاية دفع المستأجر المسير لبدل إيجار التسيير وكل الأعباء المتعلقة بإيجار التسيير، وتبرير الدفع المقدم للممولين والضرائب، وبصفة عامة كل الأعباء المترتبة عن استغلال المحل التجاري للمؤجر تسييره.

يمكن أيضا أن يستغل هذا الضمان أو الكفالة في جبر الهلاك الحاصل للمحل التجاري أو أحد عناصره كفقدان الزبائن نتيجة سوء استغلال المستأجر المسير للمحل التجاري، هلاك الأدوات المستعملة... إلخ<sup>1</sup>. أما في حالة عدم وجود شرط خاص، فإن إيداع مبلغ الكفالة غير منتج لمصلحة.

وإذا كانت للمستأجر المسير بعض المخاوف في موضوع هذا الرد، فله عند انقضاء العقد أن يحاول إدراج شرط ينص على إمكانية استغلال المحل إلى غاية إعادة الكفالة المودعة لدى أيدي خاصة، أو على الأقل بين أيدي الغير المختار، على سبيل المثال في مؤسسة ائتمانية أو مسؤول قضائي أو في صندوق الودائع والحجوزات. إن هذا الإيداع لدى الغير يشكل لزوما إجراء أمان للمؤجر نفسه، الذي يتجنب هكذا التجرد قبل الأوان من ضمانه.

<sup>1</sup> - Xavier DELPECH, Fonds de commerce, op- cit, p414. Voir aussi F. lemeunier, Fonds de commerce, Achat et vente et exploitation et gérance, 17<sup>ème</sup> éd, op-cit, p233. Voir aussi Gérard AZEMA, op- cit, p71.

أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص183. أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص177.

من جهة أخرى عندما يكون التأمين الذي يستفيد منه المؤجّر يتكون من رهن رسمي على عقار أو على رهن حيازي على محل تجاري للمستأجر المسير أو للغير، فيجب على المؤجّر أن يرضى برفع يده بمجرد أن يوفي المستأجر المسير بصدق بالتزامه بالرد<sup>1</sup>.

يجب الإشارة إلى نقطة مهمة تتمثل في أنه إذا اشترط المؤجّر على المستأجر المسير دفع كفالة أو تقديم ضمان معين، ونفذ هذا الأخير الشرط، وتأخر المؤجّر عن إرجاعها دون عذر، ففي هذه الحالة عليه دفع تعويض عن هذا التأخير ويبدأ حساب هذه الفوائد القانونية من تاريخ الإخطار بإرجاع الكفالة<sup>2</sup>، ويمكن للمستأجر المسير متابعتة جزائيا بجريمة خيانة الأمانة<sup>3</sup>، باعتبار أن المال قدم على سبيل الضمان ولا يحق له الاحتفاظ به بعد تنفيذ الالتزامات أو الالتزام المضمون بحسن نية ووفق ما تم الاتفاق عليه، ولم يتعرض المؤجّر لأي ضرر نتيجة استغلال المستأجر المسير للمحل التجاري.

يمكن إجراء مقاصة بين المؤجّر والمستأجر المسير، وهي الحالة التي يكون فيها كل واحد منهما تشترك فيه صفتا الدائن والمدين، بحيث أن المؤجّر دائن للمستأجر وفي نفس الوقت مدين له بإرجاع مبلغ الضمان، ونفس الأمر بالنسبة للمستأجر المسير فهو دائن للمؤجّر بمبلغ الضمان ومدين له بمبلغ معين (مثلا ما أصابه من ضرر وما فاتته من كسب نتيجة الأعمال التي قام بها)<sup>4</sup>.

**ثانيا: التزام المؤجّر بتعديل قيده والنشر:** إن الالتزام بتعديل القيد والنشر لا يقتصر فقط على المستأجر المسير وإنما يمتد أيضا إلى المؤجّر، الذي يجب عليه تعديل قيده لدى المركز الوطني للسجل التجاري، ونشر ذلك التعديل في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، باعتبار أنه تعديل في وضعيته القانونية وفي محله التجاري الذي يملكه<sup>5</sup>، وفقا لما تناولناه أعلاه فيما يخص التزام المستأجر المسير بالقيام بالإجراءات الشكلية المتعلقة بانقضاء العقد.

**ثالثا: مسؤولية المؤجّر عن تسريح العمال:** يلتزم المؤجّر بعد استرجاع محله التجاري بالحفاظ على العمال الذين يشتغلون في ذلك المحل، فمسؤولية تسريح هؤلاء عند انقضاء العقد تقع على عاتقه باعتباره المالك، كما أنه لم

<sup>1</sup> - Mourice ROBINAULT, op-cit, p266. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p113.

<sup>2</sup>- Olivier BARRET, op-cit, pp291-292. Voir aussi Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op-cit, p393.

« En cas de non- restitution dans un délai normal et sauf motif légitime, le cautionnement portera intérêt à compter de la mise en demeure de le restituer». F. lemeunier, Fonds de commerce, Achat et vente et exploitation et gérance, 17<sup>ème</sup> éd, op-cit, p233.

أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص183.

<sup>3</sup> - « Il doit restituer les sommes d' argent qui lui ont été mises à titre de garantie, s' il ne pouvait le faire il pourrait être poursuivi pénalement pour abus de confiance». M. LAROUDI, op- cit, p74.

أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص177.

<sup>4</sup> - Com. 23 jan. 1990, n° 88-16.172, bull. Civ. IV, n° 17, p11. Voir aussi Com. 03 oct. 1972, n° 71-14.123, bull. Civ. IV, n° 230, p221.

<sup>5</sup> - فكان مؤجرا للمحل التجاري الذي يملكه وليس مستغلا له بنفسه ثم عاد إليه المحل فيكون هو المستغل له وليس الغير.

« Mais, la publicité présentant un intérêt beaucoup plus vif dans les relations des parties avec les tiers qu' entre les parties elles mêmes». Mourice ROBINAULT, op-cit, pp266-263.

يتغير أي شيء في المحل التجاري، أما إذا تم تسريحهم نتيجة توقف المستأجر المسيّر عن النشاط أو أن الوضعية التي آل إليها المحل التجاري الذي أرجعه المستأجر المسيّر لا تسمح بالاستمرار في مزاوله النشاط، مثلما هو عليه الحال في شركة في وضعية اضطراب<sup>1</sup>، فإن تسريحهم يكون بسببه وبالتالي يكون هو المسؤول عن تعويضهم عن هذا التسريح.

يجب لتطبيق هذا الحكم ضرورة توافر شرطان حسب نص المادة 1224-1 ق العمل ف<sup>2</sup>:

**الشرط الأول:** يجب أولاً أن تستمر نفس المؤسسة في النشاط وتعود مرة أخرى إلى الذمة المالية للمؤجر، وليست الحالة نفسها عندما ينقضي إيجار التسيير ويقوم المستأجر المسيّر بنقل نشاطه إلى مكان آخر، بحيث يكون المحل الذي تحصل عليه المؤجر عند مغادرته ليس هو نفسه الذي يستغله. وبالنتيجة فإن استمرارية عقود العمل المتعلقة بالأجراء الذين لم يحتفظ بهم المستأجر السابق لخدمته، لا تعتبر ملزمة للمالك. في نفس السياق، تحصل المؤجر على امتياز علامة تجارية كبيرة للسيارات وتعاقد مع اثني عشر عامل، إذن قام بتغيير عميق في المحل التجاري المؤجر تسييره؛ حتى ذلك الحين مرآب بسيط لا يحتاج إلا إلى عامل واحد، ينبغي أن يكون الحل متطابق إذا احتفظ المستأجر المسيّر عند انقضاء العقد بالعملاء ورد الأماكن والعناصر المادية: بما أنه يحتفظ بالمحل التجاري فإنه يظل يلتزم بعقود العمل<sup>3</sup>.

**الشرط الثاني:** من أجل إمكانية الاستناد إلى نص المادة 1224-1 ق العمل الفرنسي يجب أيضاً أن يكون المحل موجوداً ولم يزل، بسبب مثلما تعرض المستأجر المسيّر لإجراءات التصفية القضائية<sup>4</sup>، فإذا كان المحل غير صالح

<sup>1</sup> - « Ce qui arrive assez fréquemment dans le cas d' entreprise en difficultés ». Françoise Dekeuwer-DEFOSSEZ et Edith Blary- CLEMENT, op-cit, p340. Voir Georges DECOCQ et Aurélie Ballot-LENA, Droit commercial, 7<sup>ème</sup> éd, op-cit, p274.

أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص ص 177-178.

<sup>2</sup> - L' article 1224-1 du C Trav F. prévoit que: « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l' employeur, ... vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l' entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l' entreprise ».

تنص المادة 69 ق العمل ج على أنه (يجوز للمستخدم تقليص عدد المستخدمين إذا بررت ذلك أسباب اقتصادية. وإذا كان تقليص العدد ينبغي على إجراء التسريح الجماعي، فإن ترجمته تتم في شكل تسريحات فردية متزامنة، ويتخذ قراره بعد تفاوض جماعي.

يمنع على أي مستخدم، قام بتقليص عدد المستخدمين، اللجوء في أماكن العمل نفسها إلى توظيفات جديدة في الأصناف المهنية المعنية بالتقليص).

القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل.

<sup>3</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op-cit, pp662-663.

<sup>4</sup> - قضت الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 ماي 1999، على أنه « حتى وإن تم انقضاء عقد إيجار التسيير بالتصفية القضائية لأموال المستأجر المسيّر، فهذا لا يعني أن النشاط التجاري انقضى، وإنما يستمر مع المالك وبالتالي فإن عقود العمل تستمر معه ».

Soc. 11 mai 1999, n° 97-02.026, bull. Civ. V, n° 210, p154.

جاء في قرار آخر صادر عنها بتاريخ 20 مارس 2001، أيضاً أنه « بتصفية أموال المستأجر المسيّر يعود المحل التجاري إلى مالكة ويدخل في ذمته المالية، كما أنه بين أن المحل لم يهلك وأنه غير متوقف viable وأن دفتر الطلبات ملوّه وبالنتيجة فإن النشاط غير متوقف وأن العناصر المادية والمعنوية مازالت موجودة، وعليه فإن عقود العمل تستمر معه ».

Soc. 20 mars 2001, n° 99-41.392, bull. Civ. V, n° 98, p76.

للاستغلال لا يمكن أن يكون بمفهوم هذه المادة، ( نقل كيان اقتصادي يحفظ هويته أين استمر أو استأنف)<sup>1</sup> من قبل المؤجر على أن قضاة الموضوع مدعوون للتحقق بعناية فائقة عند انقضاء عقد إيجار التسيير أن المحل غير صالح للاستغلال، لأن هذا الظرف فقط يمكن أن يعترض على نقل كيان اقتصادي وعقود العمل المرتبطة بالمؤجر<sup>2</sup>.

وعليه إذا رفض المستخدم استمرار عقود العمل فعليه تحمل نتائج الإخلال بالعقود، التي يمكن في بعض الحالات أن تحلل على أنها تسريح دون سبب حقيقي وجدي<sup>3</sup>.

رابعاً: التزام المؤجر بتعويض المستأجر المسير عن القيمة الإضافية التي أضافها للعقار: تنص المادة 202 ق ت ج على أنه ( إذا كان المؤجر في نفس الوقت مالكا للعمارة المؤجرة والمحل التجاري المستغل وكان الإيجار يشمل العمارة والمتجر في نفس الوقت، فإنه يجب على المؤجر أن يسدد للمستأجر عند مغادرته، تعويضا يكون مطابقا للفائدة التي يمكن له أن يحصل عليها من زيادة القيمة الحاصلة سواء من المتجر أو القيمة الإيجارية للعمارة بفضل التحسينات المادية التي قام بها المستأجر بالاتفاق مع المالك).

نستنتج من خلال نص هذه المادة أن المؤجر يلتزم بتعويض المستأجر المسير عن القيمة التي أضافها للمحل التجاري، تكمن في الحالة التي يكون فيها مالك الأمكنة هو نفسه مالك المحل التجاري ( أي شخص واحد)، أين يرد الإيجار في نفس الوقت على الإثنين معا<sup>4</sup>، كما رأينا أن هذه حالة خاصة.

---

Voir aussi Philippe DELEBECQUE et Michel GERMAIN, Droit commercial, effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives, Tome 2, 17<sup>ème</sup> éd, L.G.D.J, Paris, 2004, pp1188-1189.

تضيف أيضا الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية في قرار آخر لها بتاريخ 5 مارس 1985، أن « عقد العمل يبقى ساريا اتجاه المؤجر، باعتبار أن المحافظة على عقود العمل وعدم تسريح العمال من النظام العام».

Com. 5 mars 1985, n° 83-17.188, bull. Civ. IV, n° 85, p74.

<sup>1</sup> - عرفت الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض الفرنسية الكيان الاقتصادي على أنه « يشكل كيان اقتصادي مجموعة منظمة من الأشخاص وعناصر مادية أو معنوية تمكن من ممارسة نشاط اقتصادي الذي يسعى إلى هدف محدد».

Cass. Soc. 7 juill 1998, n°96-21.451, bull. Civ. n°363, pp275-276. Voir aussi Agnès BLONDEAU et Catherine AUDIAS, Fiches pratiques restructuration et droit social, Transfert des contrats de travail: Art. L. 122-12 al. 2 du Code du travail, CNAR, Février 2008. Voir aussi Olivier BARRET, op-cit, p294.

<sup>2</sup> - Arnaud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, op-cit, p662. Voir dans ce sens Agnès BLONDEAU et Catherine AUDIAS, op- cit, pp2-3.

<sup>3</sup> - Agnès BLONDEAU et Catherine AUDIAS, op- cit, p6.

<sup>4</sup> - Françoise Dekeuwer- DEFOSSEZ et Edith Blary- CLEMENT, op-cit, p339.

قضت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 23 فيفري 1969، أن أحكام المادة 37 من مرسوم 1953 التي تنص على تعويض المستأجر عندما يرد الإيجار على التوالي على العقار وعلى المحل التجاري، لا تطبقها على من يستغل محل تجاري في عقار ولا يتم إثبات ولا عقد إيجار، ولا وصل إيجار، وعلى هذا الأساس قدر قضاة الموضوع بأنه ليس هناك إيجار.

Civ. 23 fév. 1969, n° 67-12.322, bull. Civ. III, n° 314, p239.

أنظر أيضا طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص ص 178-179.

بحيث أنه إذا كان مالك المحل التجاري هو نفسه مالك العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري، وقام المستأجر المسير بإضافة قيمة إضافية للمحل التجاري أو العقار الذي يستغل فيه نتيجة التحسينات المادية التي قام بها بموافقة المؤجر المسبقة، فإن للمستأجر المسير الحق في الحصول على تعويض عن هذه الزيادة التي حصلت في المحل التجاري أو العقار نتيجة الأعمال التي قام بها في سبيل الاستغلال<sup>1</sup>، فهو يستفيد منها<sup>2</sup>، وبالتالي ليس من العدل حصوله على منفعة نتيجة عمل شخص آخر دون أن يعوض هذا الأخير.

خارج هذه الحالة الخاصة جدا فإنه من المسلم به أن المستأجر المسير ليس له الحق في التعويض عن القيمة الزائدة، وعقود إيجار التسيير تتضمن شرط يوضح أن التحسينات التي يقوم بها المستأجر المسير تبقى مملوكة للمالك، دون تعويض عند انقضاء العقد. إلا أنه قد يحدث مع ذلك أن يأخذ المستأجر المسير محل تجاري بدون قيمة تقريبا أين يجب أن يقوم بنفقات مهمة من أجل إعطائه نفس جديد، في هذه الحالة يشترط قبل القيام بهذه النفقات إدراج في العقد شرط سابق يمكنه من المطالبة عند انقضاء هذا العقد بالتعويض عن القيمة الزائدة.

من أجل حساب هذا التعويض فإنه من المستحسن إجراء تقييم للمحل التجاري أثناء إمضاء العقد، وتقديره من جديد عند إنقضاء هذا العقد. يعهد التقدير في حالة عدم وجود اتفاق للخبير، ويكون التعويض عن القيمة الزائدة مساوي للفرق بين التقديرين، فمثل هذا الشرط يمكن أن نجده عندما يرفق عقد إيجار التسيير بوعده ببيع المحل للمستأجر المسير.

هذا - دائما على احتمال أنه سيفتح القيام بنفقات مهمة في المحل - يمكنه من الاحتفاظ في الواقع، إما بشراء المحل عند انقضاء إيجار التسيير (بثمن محدد أثناء إمضاء عقد إيجار التسيير)، أو عدم شرائه، على أن يتم تعويضه عن نفقاته في حدود القيمة الزائدة<sup>3</sup>.

نشير إلى نقطة مهمة تتمثل في أنه يمكن للمؤجر أن يعذر المستأجر المسير بضرورة إرجاع الأماكن إلى الحالة التي كانت عليها وقت تسلمها أو الاحتفاظ بهذه التهيئات المقامة مع دفع ثمن تكلفتها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - F. lemeunier, Fonds de commerce, Achat et vente et exploitation et gérance, 17<sup>ème</sup> éd, op-cit, p232. Voir aussi Dimitri HOUTCIEFF, op-cit, p217. Voir aussi Raymond CASTRO, Fonds de commerce, vente et gérance libre, Sirey, Toulouse, 1967, p85. Voir aussi Jean SARTY, op- cit, p55. Voir aussi Pierre ZARKA, op- cit, p152.

يقول الأستاذ Jean SARTY أن « المستأجر المسير ليس له الحق في الحصول على أي تعويض متى كان الغرض من الأشغال التي قام بها هو إعادة الأماكن إلى الحالة التي كانت عليها عند تسلمه لها».

Jean SARTY, op- cit, p56.

<sup>2</sup> - « Le propriétaire du fonds de commerce bénéficie donc de toutes les améliorations apportées au fonds par son locataire, ce qui peut constituer pour lui une sorte de rémunération, notamment lorsque le contrat n' a pas prévu le paiement de redevance». Georges DECOCQ et Aurélie Ballot- LENA, Droit commercial, 7<sup>ème</sup> éd, op-cit, p374.

<sup>3</sup> - Raymond CASTRO, Fonds de commerce, Vente et gérance libre, op-cit, pp84-85. Voir aussi Jean SARTY, op- cit, p56.

<sup>4</sup> - Jean SARTY, op- cit, p57.

## الفرع الثالث

### آثار انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالنسبة للغير

يعتبر مبدأ نسبية آثار العقد من أهم المبادئ القانونية التي تحكم مجال العقود، وهي تعني أن العقد لا يرتب حقوقاً والتزامات إلا بالنسبة لأطرافه، ولا يقتصر مفهوم أطراف العقد على المتعاقدين بل قد يشمل خلفهم العام وخلفهم الخاص، على أن لهذا المبدأ استثنائين وهما ترتيب حق من عقد لغير أطرافه في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، وترتيب التزامات في ذمة المتعهد عنه إن قبلها من عقد لم يكن طرفاً فيه.

تنطبق نفس الأحكام على هذا العقد إذ لا تقتصر آثار انقضائه على المؤجر والمستأجر فقط، وإنما تمتد أيضاً إلى الغير الذين يمكن أن يتضرروا من جراء ذلك، فلهؤلاء الدائنين الحق في حماية ديونهم المتعلقة باستغلال المحل التجاري المؤجر تسييره عند انقضاء العقد، وأخذ كل الاحتياطات اللازمة لذلك.

**أولاً: حلول أجل الدين** تنص المادة 211 ق ت ج على أنه (إن انتهاء إيجار التسيير يجعل الديون التي قام بعقدها المستأجر المسيّر طيلة مدة التسيير والخاصة باستغلال المحل التجاري أو المؤسسة الحرفية حالة الأداء فوراً).

نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن انقضاء عقد إيجار التسيير يجعل الديون المتعلقة باستغلال المحل واجبة الأداء فوراً، والتي قام بإبرامها المستأجر المسيّر خلال مدة العقد، كما أن سقوط آجال هذه الديون يقع بقوة القانون ولا يحتاج إلى حكم من المحكمة<sup>1</sup>. هذا عكس الحكم الذي جاءت به نص المادة 208 ق ت ج التي منح من خلالها المشرع للمحكمة السلطة التقديرية في الحكم بسقوط آجال ديون المؤجر المتعلقة باستغلال محله التجاري من عدمه، إذا قام بإيجار تسيير محله متى رأت أن ذلك من شأنه المساس بحقوقهم<sup>2</sup>.

نشير إلى نقطة مهمة تتمثل في أن المشرع خص بالذات ديون المستأجر المسيّر المتعلقة باستغلال المحل التجاري المؤجر تسييره، والمترتبة خلال سريان العقد (أي من بداية سريان العقد إلى تاريخ انقضائه)، لأن الدائنين إنما منحوا له ثقتهم بسبب المحل التجاري الذي يتحمل استغلاله<sup>3</sup>. بمفهوم المخالفة أن المشرع استثنى ديون المستأجر المسيّر التي لا تتعلق مباشرة باستغلال المحل التجاري، والديون المتعلقة باستغلال المحل التجاري ولكن وقعت إما قبل إبرام عقد إيجار التسيير أو بعد انقضائه (أي لم تقع خلال المدة التي انتفع بها المستأجر المسيّر بالمحل التجاري)، أو عندما يعتبر الدائن سيء النية (مثل الدائن الذي يستمر في تمويل المستأجر وهو يعلم أنه توقف عن دفع ديونه).

<sup>1</sup> - F. Iemeunier, Fonds de commerce, achat et vente et exploitation et gérance, 17<sup>ème</sup> éd, op-cit, p230. Voir aussi Jacques VERDEIL, op- cit, p202.

أنظر أيضاً بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص 186-187. أنظر أيضاً طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص 180.

<sup>2</sup> - Jacques VERDEIL, op- cit, p202. Voir aussi Dubos BRUNOS, op- cit, p366.

<sup>3</sup> - Joseph- Pascal VENCENT, op-cit, p 127. Voir aussi Paul DIDIER et Philippe DIDIER, op-cit, pp396-397.

يشترط إذن لتطبيق هذا الحكم ضرورة توافر شرطان:

- يجب أن تقع هذه الديون خلال مدة عقد إيجار التسيير.
- يجب أن تكون هذه الديون مرتبطة باستغلال المحل التجاري.

أما عندما يتم تجديد عقد إيجار التسيير ضمناً دون إعادة تحديد التزامات الطرفين، فإنه من الثابت أن العقد يستمر، وبالتالي فإن التزامات المستأجر المسيّر المنصوص عليها في المادة 211 ق ت ج لا تكون حالة الأداء فوراً<sup>1</sup>، فلا يستفيد حينئذ دائني المستأجر المسيّر من سقوط آجال ديونهم لأن عقد إيجار تسيير المحل التجاري لم ينته بعد<sup>2</sup>.

ثانياً: **حق العمال في المطالبة باستمرار عقد العمل مع المؤجر (المالك):** رأينا أنه يقع على عاتق المؤجر التزام بالاحتفاظ بعقود العمال الذين كان المستأجر المسيّر يشغلهم في المحل الذي استأجر تسييره، فإنه يحق لهؤلاء مطالبة المؤجر الذي عاد إليه المحل التجاري ببقائهم في ذلك المحل باعتباره المستغل الحالي له، واستمرار العقد في السريان بينهم وبينه، ولهم الحق في رفع دعوى قضائية ضده في حالة تسريحهم تعسفاً والمطالبة بالتعويض.

يعتبر مطالبة العمال المؤجر باستمرار علاقة العمل فيما بينهم استثناء عن الأصل المتمثل في نسبية أثر العقد، إذ أنه لا يمكن إلزام المؤجر بتنفيذ العقود التي أبرمها المستأجر المسيّر خلال فترة انتفاعه بالمحل، والمتعلقة باستغلال المحل التجاري المؤجر تسييره عند انقضاء العقد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - Olivier BARRET, op-cit, p293.

<sup>2</sup> - طراد اسماعيل، مرجع سابق، ص180.

<sup>3</sup> - Voir Olivier BARRET, op-cit, pp293-294. Voir aussi Soc. 13 mai 2009, n° 08-40.447, D., 2009, n° 23, p1542. AJ. Préc. Voir aussi Yves REIHARD et Sylvie Thomasset- PIERRE, op- cit, p350.

أنظر أيضا بوراس لطيفة، مرجع سابق، ص188.

## خلاصة الفصل الثاني

يتضح لنا أن استيفاء المتعاقدان للأركان الموضوعية والشكلية التي اشترطها القانون ينعقد العقد ويرتب آثاره القانونية المرجوة منه، بحيث توصلنا إلى أن الآثار المترتبة عن عقد إيجار التسيير حتى وإن تشابه نوعا ما مع عقد الإيجار العادي في بعض الأحكام إلا أنها تختلف عنه، والشيء المميز هو ورود عقد إيجار التسيير على مال منقول معنوي مركب من عناصر مادية وعناصر معنوية تتحد فيما بينها لتشكل هذا المال المنقول المعنوي، كما أن هذه العناصر تحتفظ بذاتيتها ولا تذوب فيه، وهي مخصصة لمزاولة نشاط تجاري.

يترتب عن عقد إيجار تسيير المحل التجاري باعتباره عقدا ملزما للجانبين وعقد معاوضة مجموعة من الآثار سواء بالنسبة للمؤجر أو المستأجر المسيّر وتمتد حتى إلى الغير الذي لا يعد طرفا في العلاقة التعاقدية، بحيث يلتزم المؤجر في سبيل تنفيذ العقد بتسليم المحل التجاري محل عقد إيجار التسيير، والمقصود هنا العناصر التي تم الاتفاق عليها في العقد وليس كل العناصر المشكلة للمحل، بحيث يصير المستأجر المسيّر هو الحائز والمنافع بهذه العناصر، ويضمن له المؤجر الانتفاع الهادئ بالمحل وعدم التعرض له ودفع كل تعرض صادر من الغير يدعي فيه حقا على المحل التجاري المؤجر تسييره، وعليه أيضا صيانة العناصر المشمولة بالعقد وجعلها في وضعية مناسبة لأداء الغرض الذي أعدت من أجله، وبصفة عامة كل ما هو مرتبط بتحقيق الغاية المرجوة من إبرام هذا العقد. كما تمتد التزامات المؤجر إلى دفع الديون كمقابل إيجار العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري محل العقد.

يلتزم المستأجر المسيّر في مقابل هذا وباعتباره الحائز الجديد للمحل التجاري باستعمال المحل التجاري وفقا للغرض الذي أعد من أجله أو المنفق عليه، وهو في هذا إنما يستغل عناصر المحل التجاري التي تضمنها العقد. فيجب على المستأجر المسيّر الاستمرار في ممارسة النشاط التجاري المخصص في المحل وعدم التوقف عن ذلك أو تغييره، ضف إلى ذلك وأثناء استغلاله لهذا المحل يلتزم بالحفاظ على المحل التجاري وعدم القيام بأي عمل من شأنه الإضرار بالمحل التجاري أو بأحد العناصر المكونة له خاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، وهو في هذا ملزم ببذل عناية الرجل العادي.

يلتزم المستأجر المسيّر أيضا بالتزام مهم خاصة بالنسبة للمستأجر المسيّر يتمثل في بدل إيجار التسيير، فالمشرع لم يشترط ضرورة أن يكون في شكل مقابل نقدي مثل عقد البيع، وإنما يمكن أن يكون شيئا آخر غير النقود. كما يمكن أن يلتزم في كثير من الأحيان بتقديم كفالة للمؤجر يضمن بها حسن تنفيذه لالتزاماته على أن يستردها بعد انقضاء العقد إذا لم يتسبب بخطئه في الإضرار بالمحل التجاري، وأثناء سريان عقد إيجار التسيير لا يحق له فتح محل تجاري بنفس النشاط الذي يمارس في المحل الذي استأجر تسييره في نفس المنطقة، خشية الاستحواد على العملاء.

أما إذا قدم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع فإن المؤجر يتمتع بصفة الشريك، ويعتبر مقابل بدل إيجار التسيير كمساهمة في الشركة، وعليه إذا حققت هذه الأخيرة أرباحاً استرد مقابل بدل إيجار التسيير والفائدة، أما إذا تعرضت لخسائر فيتحمل نصيبه فيها مثله مثل بقية الشركاء الآخرين، إلا أنه يسترد المحل التجاري باعتباره قدمه على سبيل الانتفاع وليس على سبيل التمليك.

تمتد آثار عقد إيجار التسيير إلى الغير سواء كان هذا الغير دائناً للمؤجر أو للمستأجر الميسر، فبالنسبة لدائن المؤجر يمكن له مثلاً المطالبة بسقوط أجل الدين نتيجة قيام مدينه بإيجار تسيير المحل التجاري، أما بالنسبة لدائن المستأجر الميسر فيستفيد من قاعدة تضامن المؤجر مع المستأجر عن الديون التي يعقدها هذا الأخير خلال مدة ستة أشهر ابتداء من تاريخ نشر العقد. يحق أيضاً لمؤجر العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري المطالبة بفسخ عقد إيجار العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري، كما ويسري حق المستأجر الميسر في الانتفاع بالمحل التجاري على مشتري هذا المحل إلا في حالة وجود اتفاق ينص على خلاف ذلك.

توصلنا إلى أن عقد إيجار تسيير المحل التجاري ينقضي بعدة أسباب قد تكون أسباب عامة كالبطلان أو الفسخ أو اتحاد الذمة مثلاً، وقد تكون نتيجة أسباب خاصة لا نجدها في كل العقود أي متعلقة بعقد إيجار التسيير فقط، كوفاة المستأجر الميسر باعتبار أن العقد من عقود ذات الاعتبار الشخصي التي تأخذ شخصية المتعاقد معه محل اعتبار، أو إفلاس المستأجر الميسر على سبيل المثال.

يترتب عن انقضاء عقد إيجار التسيير مجموعة من الالتزامات نذكر منها ما يلي: التزام المؤجر برد مبلغ الكفالة التي قدمها له المستأجر الميسر، واحتفاظه بعقود العمال الذين يشتغلون في المحل، كما يلتزم المستأجر الميسر برد المحل التجاري بالحالة التي تسلمه عليها وإخلاءه للعقار الذي يستغل فيه المحل التجاري. على أن الدائنين بانقضاء العقد يمكنهم المطالبة بسداد دينهم، ويحق للعمال أيضاً مطالبة المؤجر (الحائز الجديد) باستمرار عقود العمل التي كانت تربطهم مع المستأجر الميسر.

الخاتمة

يتضح لنا من خلال موضوع بحثنا حول العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية أن هذه العمليات يمكن أن ترد على هذا النوع من الأموال، إذ بالرجوع إلى الفصل التمهيدي الذي خصصناه لتبيان مفهوم محل هذه العمليات نجد أنه يعرف على أنه مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، يتكون من مجموعة من العناصر بعضها من طبيعة مادية ملموسة، وبعضها الآخر ذو طبيعة معنوية، بحيث نجد أن المشرع الجزائري خصص نص المادة 78 من القانون التجاري لتعداد هذه العناصر التي يمكن أن يتكون منها هذا المال.

نرى أن المشرع أراد منح مستغل المحل التجاري الحرية في استغلال هذه العناصر بحكم احترافه للنشاط التجاري، إذ يعتبر هو الأدرى بشؤونه التجارية ونشاطه، ولكننا نقول من جهة أخرى أنه عليه دائما مراعاة الضوابط والأحكام التي يقوم عليها المحل التجاري، كاستبعاد العقار من وعاء المحل التجاري. كما توصلنا أيضا إلى أن الحقوق والديون كأصل لا تعتبر عنصرا من عناصر المحل التجاري باعتبار طابعها الشخصي المرتبط بالمدين والدائن، غير أنه هناك حالتان يمكن فيهما أن تشكلا عنصرا من عناصر المحل التجاري: وهما حالة ما إذا اتفق الطرفان المدين والدائن على ذلك صراحة في العقد أو في حالة نص القانون على ذلك، وخير مثال على ذلك ما نصت عليه المادة 95 من القانون التجاري التي تنير مسؤولية مشتري المحل التجاري عن الالتزامات السابقة إذا لم يتم بنشر العقد وفقا للأشكال المقررة، أو إذا كان قد دفع الثمن للبائع قبل انقضاء خمسة عشر يوما.

استنتجنا أن مستغل المحل التجاري قد يستخدم رقم الهاتف كوسيلة اتصال بينه وبين زبائنه، وعليه يثير إشكالية حول مدى اعتباره عنصرا من عناصر المحل التجاري أم لا؟ نقول في هذا الشأن أنه على الرغم من أن الرقم يعود لمؤسسة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية التي لها صلاحية تعديل الرقم، وكذلك على الرغم من أن التاجر له حق استغلال هذا الرقم دون حق التصرف فيه للغير، إلا أننا نقول أنه على مؤسسة الاتصالات السلكية واللاسلكية تخويل مستغل المحل التجاري حق التنازل للغير عن رقم الهاتف متى استخدمه كوسيلة لجذب الزبائن لمحله التجاري، باعتبار أن هؤلاء يرتبطون مع التاجر عن طريق هذه الوسيلة، علما أن التاجر في كثير من الأحيان يطلب رقم هاتف سهل الحفظ.

توصلنا خلال بحثنا هذا إلى أن الأصل العام أن العقود التي أبرمها مالك المحل التجاري مع الغير لا تنتقل إلى المستغل الجديد للمحل التجاري في حالة التعاقد عليه، ولكننا استنتجنا أن هناك استثناء عن هذا الأصل العام يتمثل في أن بعض العقود تنتقل إلى المتنازل إليه بقوة القانون ولا تحتاج الحصول على الموافقة المسبقة على ذلك من طرف المتعاقدين، وخير مثال على ذلك عقود العمل، عقد النشر. أما إذا أبرم العقد نظرا لصفات شخصية لدى المتعاقد معه فإننا نقول في هذه الحالة أنه لا يجوز التنازل عن هذا العقد للغير.

يعتبر العقار مستبعدا من العناصر التي يمكن أن تشكل المحل التجاري نظرا لطبيعته القانونية ولطبيعة النظام الساري على المحل التجاري، فكلا المالين من طبيعة مختلفة تماما عن الآخر، وكل واحد منهما له مميزاته وأحكامه القانونية الخاصة به والتي لا يمكن تطبيقها إلا عليه.

توصلنا من خلال بحثنا هذا إلى أن التعداد الذي ذكره المشرع في نص المادة 78 من القانون التجاري المتعلق بعناصر المحل التجاري وارد على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، وبالتالي عدم إدراجه لعناصر أخرى ضمن هذه المادة لا يعني بالضرورة استبعادها أو عدم إمكانية ورودها ضمن عناصر المحل، ومن ناحية أخرى لم يمنع مستغل المحل التجاري من إضافة عناصر أخرى غير تلك المذكورة في نص المادة أعلاه أو الإنقاص منها، ولم يفرض أي جزء في حالة استبعاد البعض منها باستثناء عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية.

كما أنه لا يشترط ضرورة توافرها كلها لوجود المحل التجاري وإنما يشترط ضرورة توافر العناصر الجوهرية لوجوده المتمثلة في عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، وفي هذا الحكم يتوافق رأي المشرع مع ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية عندما قضت أن المحل التجاري يتواجد بتواجد عنصر الزبائن.

استنتجنا أن هذه العناصر سواء وُجدت كلها أو بعضها إلا أنها تتحد فيما بينها لتكون لنا المحل التجاري، وتضفي عليه تلك الخصائص التي لا نجدها في غيره من الأموال الأخرى، بحيث تعتبر العناصر المعنوية أكثر تأثيراً في وجود المحل التجاري خاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، إذ نشير في هذا المقام أنه لم يتم الفصل بين هذان العنصران، إذ كل واحد منهما يمكن أن يكون المحل التجاري وهذا حسب محكمة النقض الفرنسية. كما أجابت أيضاً لأولئك الذين يقولون أن عنصر الاتصال بالعملاء هو المحل التجاري بحد ذاته، فقضت أن الاتصال بالعملاء يعد عنصراً من عناصر المحل التجاري ولا يمكن لهذا الأخير أن يوجد دونه.

تحتفظ عناصر المحل التجاري بذاتيتها وطبيعتها ونظامها القانوني الخاص بها ولا تذوب في المحل التجاري رغم مساهمتها في تكوينه، ومن جهة أخرى تخضع كوحدة للأحكام المطبقة على هذا المحل وتنتقل معه في حالة التنازل عنه للغير، وتستفيد من الحماية القانونية المقررة له.

ترد على المحل التجاري رغم طبيعته الخاصة هذه مجموعة من العمليات القانونية إلى جانب تلك الناقلة للملكية تتمثل في العمليات غير الناقلة للملكية، إذ توصلنا إلى أن هذه العمليات تنحصر في نوعان من العمليات عمليات غير ناقلة للحيازة وغير ناقلة للملكية تتمثل في الرهن الحيازي. أما الثانية فتتمثل في العمليات غير الناقلة للملكية وناقلة للحيازة تتمثل في عقد إيجار تسيير المحل التجاري وعقد تقديمه في الشركة على سبيل الانتفاع.

استخلصنا من خلال بحثنا عن الرهن الحيازي للمحل التجاري أن التاجر في كثير من الأحيان من أجل حصوله على ائتمان يقوم بتقديم محله التجاري كضمان، سواء كان لدى شخص طبيعي أو معنوي (البنك). ولما كان النظام القانوني الذي يسري على عقد الرهن الحيازي الوارد على المنقول يقضي بأن المال المرهون ينتقل من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن وأن هذا الأخير يحتفظ به كضمان إلى غاية الوفاء بالدين، فإن هذه القاعدة لا تطبق في شأن المحل التجاري، إذ يستمر مالك هذا الأخير ليس فقط محتفظاً بملكيته لمحله وإنما محتفظاً أيضاً

بحيازته له، إذ أن قاعدة انتقال المال المرهون تنتافى وطبيعة المحل التجاري الذي يعتبر مالا منقولاً معنويًا ونظرًا لميزته التجارية التي تقضي بالزامية استمرار استغلاله دون انقطاع من أجل بقاءه موجودًا.

أحسن المشرع فعلا في نص المادة 5 من القانون التجاري عندما اشترط على القاصر البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة ولم يعترض أهليته أي عارض، ضرورة الحصول على الإذن من أجل استطاعته ممارسة نشاط تجاري معين، كرهنه لمحلته التجاري الذي عادت ملكيته إليه سواء عن طريق الهبة مثلا أو الوصية، إذ أنه نظرا للخصائص التي يتميز بها النشاط التجاري وطبيعة هذا العقد الذي ينفرد بأحكام خاصة، فهو من جهة يرد على مال منقول معنوي، ومن جهة أخرى يمكن المطالبة بالتنفيذ على هذا المحل في حالة قيام القاصر بأي عمل من شأنه الإضرار بالمحل التجاري المرهون حيازيا ويمكن أيضا شهر إفلاسه، لذلك يجب على هذا القاصر أن يتحصل على إذن من والده أو أمه أو قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة، إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو حالة انعدام الأب أو الأم، على أن يتم تقديم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري، وبالتالي يعتبر هذا استثناء عن نص المادة 40 من القانون المدني المتعلقة بكمال أهلية الشخص.

تفوق قيمة بعض المحلات التجارية قيمة بعض العقارات لذلك يجب حماية هذا القاصر الذي يتعامل مع الغير، فهو يعتبر كامل الأهلية بالنسبة لإبرامه لعقد الرهن الحيازي فقط وفقا للترخيص الممنوح له، أما في الأنشطة التي لم يتحصل فيها على ترخيص لا يكون كامل الأهلية لمباشرتها.

نجد المشرع أيضا لم يشترط على المرأة المتزوجة شروط معينة أو مختلفة عن تلك التي يجب أن تتوفر في الذكر، ولم يشترط عليها أيضا ضرورة حصولها على إذن من زوجها يخول لها إمكانية رهن محلها التجاري، وبالتالي يمكن لها إبرام هذا العقد متى استوفت الأركان مثلها مثل الشخص العادي.

منح المشرع للأطراف المتعاقدة الحرية في إدراج العناصر التي يرغبون إتقالها بالرهن الحيازي شرط أن يكون ضمنها العناصر الأساسية لتكوين المحل التجاري والمتمثلة في الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، أما في حالة عدم الاتفاق على هذه العناصر أثناء إبرام العقد، فإن المشرع لم ينص على بطلان هذا الأخير وإنما نص على أنه يشمل بقوة القانون خمسة عناصر تتمثل في عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، والحق في الإيجار، والعنوان والاسم التجاري. غير أنه إذا تم استبعاد عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية فإن العقد لا يعتبر واردا على محل تجاري كمال منقول معنوي، وإنما واردا على تلك العناصر بصفة مستقلة وتخضع للأحكام الخاصة بها على حده ولا تخضع للأحكام المنظمة لعقد رهن المحل التجاري.

حسن ما فعل المشرع عندما استبعد عنصر البضائع من وعاء الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري، وذلك نظرا لموقع البضائع وللغاية التي تحققها من وجودها كعنصر في المحل التجاري، إذ لا يمكن أن يشملها

الرهن الحيازي باعتبارها معدة للبيع، لأن شمولها بهذا العقد يعني الاحتفاظ بها إلى غاية انقضاء الرهن وعدم جواز التصرف فيها، وهذا ما يتنافى مع الغرض الذي وجدت من أجله المتمثل في التداول.

توصلنا من خلال بحثنا حول محل عقد الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري إلى عدم إمكانية تطبيق نص المادة 92 من القانون المدني المتعلقة بجواز التعاقد على المال المستقبلي، أو بمفهوم آخر جواز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً، بسبب الطبيعة الخاصة للمحل التجاري الذي يشترط لوجوده ضرورة مباشرة الاستغلال الفعلي، بحيث أنه في حالة عدم المباشرة الفعلية للنشاط لا يعد المحل التجاري له زبائن، وفي ظل غياب هذا العنصر لا يمكن في حال من الأحوال القول بوجود المحل التجاري.

وجدنا بالرجوع إلى نص المادة 01/123 من قانون النقد والقروض أنه يمكن إفراغ عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في شكل عرفي عندما يكون المقرض بنكاً، بحيث يعتبر هذا استثناء عن الأصل العام الذي يشترط ضرورة إفراغ العقد في شكل رسمي لدى الموثق، وبهذا نقول أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يعتبر من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها تطابق إرادتي المدين الراهن والدائن المرتهن.

ينتج عن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بمجرد تكوينه صحيحاً مجموعة من الآثار تشبه تلك الناتجة عن عقد الرهن الرسمي وعقد الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي، وتخضع في نفس الوقت لنفس الأحكام المطبقة على هاذين الرهنين عن طريق القياس باعتبار أن المشرع لم يتناول أحكامه في القانون التجاري، وبالتالي يجب الرجوع إلى أحكام القانون المدني، بحيث أن الطبيعة الخاصة لهذا العقد المتمثلة في عدم انتقال حيازة المحل التجاري المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن تشبه حالة عدم انتقال العقار المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، هذا على الرغم من كونه مالا منقولاً، الأمر الذي يفرض على المدين الراهن الالتزام بما يلتزم به المدين الراهن في عقد الرهن الرسمي.

يخضع امتياز الدائن المرتهن في عدم قابليته للتجزئة لأحكام نص المادة 892 من القانون المدني عن طريق القياس، بحيث أنه لا يمكن تجزئة المحل التجاري المرهون إلى أجزاء وإنما من أجل تحريره من القيد يجب الوفاء بكل الدين، باعتبار الوفاء بجزء منه لا يؤدي إلى تحرير عنصر من عناصر المحل التجاري المثقلة بالرهن، وهذا عكس امتياز بائع المحل التجاري.

يخضع أيضاً عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في انقضائه لنفس الطرق التي ينقضي بها عقد الرهن الرسمي وعقد الرهن الحيازي سواء تلك الواردة في أحكامهما الخاصة بكل واحد منهما أو تلك المتعلقة بطرق انقضاء الالتزام بصفة عامة التي ينقضي بها العقدان أيضاً.

توصلنا من خلال بحثنا هذا إلى أن المدين الراهن بحكم احتفاظه بحيازة المحل التجاري المرهون والتزامه بالمحافظة عليه إلى غاية وفائه بدينه أنه يمكن أن تطبق عليه أحكام جريمة خيانة الأمانة وفقاً لنص المادة 376

من قانون العقوبات، ونكون أمام هذه الحالة في حالة ما إذا بدد أو أثلف المحل التجاري المرهون أو أحد عناصره المشمولة بالرهن.

استنتبنا من خلال دراستنا هذه أن العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية والناقلة للحيازة تتمثل في عقد إيجار التسيير وعقد تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع، إلا أن هذا الأخير تسري عليه أحكام عقد إيجار التسيير مع بعض الاختلافات البسيطة فيما بينهما.

يلجأ التاجر عندما يكون في وضعيات معينة لا تسمح له بمواصلة استغلال محله التجاري بنفسه وتحت مسؤوليته إلى إيجار تسييره للغير، كذلك يلجأ التاجر في حالات أخرى إلى استئجار تسيير محل تجاري عندما لا يكون بوسعه تملكه، إذ أن اللجوء إلى هذا النوع من العقود يسمح لكلا الطرفين بتحقيق غايتهم، فعقد إيجار التسيير هو تمكين المستأجر المسير من الانتفاع بالمحل التجاري (العناصر المشمولة بعقد إيجار التسيير) لحسابه الخاص وعلى عاتقه لمدة زمنية معينة وفي مقابل بدل إيجار معلوم.

استنتجنا أن عقد إيجار التسيير من العقود ذات الاعتبار الشخصي بحيث تكون شخصية المستأجر المسير محل اعتبار عند مالك المحل التجاري، إذ أن هذا الأخير يحاول دائما التعاقد مع تاجر نزيه ذو سمعة طيبة لدى الزبائن ويحسن التعامل معهم، فهو الذي سيتعامل معهم خلال مدة العقد ومن مصلحة المالك عندما يرد إليه المحل التجاري بعد انقضاء العقد أن يكون مكتظا بالزبائن وليس العكس. كما أن هذا العقد يرد على مال غير قابل للاستهلاك فالمنفعة التي يجنيها المستأجر المسير تكون خلال مدة زمنية معينة وبعد انقضاء هذه المدة يلتزم بإرجاع المحل التجاري إلى المؤجر، كما أن هذه المنفعة ترد على مال منقول معنوي وليس على مال منقول مادي أو على عقار.

وجدنا أن هذا العقد يشترط مثله مثل عقد الرهن الحيازي ضرورة توفر أركان العقد، بحيث يجب أن تتوفر في المتعاقدين الأهلية القانونية لإبرام هذا العقد وفقا لنص المادة 40 وما بعدها من القانون المدني، بحيث يجب أن يكونا كاملين الأهلية ولم تصب أهليتهما بأي عارض من العوارض التي قد تعدهما أو تنقصها، ولم تصب أيضا إرادتهما بأحد العيوب التي قد تعدم أيضا إرادتهما أو تنقصها، كذلك يمكن للقاصر الذي بلغ سن ثمانية عشر سنة كاملة وتحصل على الإذن بتأجير تسيير محله التجاري أو تقديمه كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع أو استئجار محل من أجل ممارسة التجارة وفقا لنص المادة 5 من القانون التجاري. كما أن قدرة التاجر على إبرام عقد إيجار التسيير لا تقتصر على الشخص الطبيعي فقط وإنما يمكن للشخص المعنوي متى أنشئ صحيحا أن يبرم هذا العقد سواء استأجره أو أجره أو قدمه كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع أو قدم له كمساهمة فيه على سبيل الانتفاع أيضا.

توصلنا إلى أنه إذا كان مقدم المحل التجاري كضمان في عقد الرهن الحيازي يشترط فيه أن يكون مالكا له، فإن الأمر مختلف بالنسبة لعقد إيجار تسيير المحل التجاري، بحيث لا يشترط أن يكون مؤجره مالكا له في كل

الحالات بل يتعداه إلى أشخاص آخرين، فإضافة إلى المالك يمكن لكل من يتمتع بحق الانتفاع بالمحل التجاري أو كل من له حق إدارته إبرام هذا العقد.

ندعم الرأي الذي ذهب إليه الأستاذ Mourice ROUBINAULT عندما قال أن المؤجر لا يتمتع بحرية في اختيار مستأجر مسير إذا أعلن عن رغبته في إيجار محله التجاري عن طريق المزاد العلني وتوفرت فيه الشروط المطلوبة، عكس مثلا عندما يتم التعاقد معه مباشرة دون اللجوء إلى المزاد العلني.

استنتبنا أن المشرع لم يشر إلى العناصر التي يجب أن يتضمنها عقد إيجار تسيير المحل التجاري مثلما فعل في عقد بيعه وذلك في نص المادة 2/96 من القانون التجاري، وفيما فعله أيضا في عقد الرهن الحيازي في نص المادة 119 من نفس القانون، وعلى هذا الأساس نقول أن نفس القاعدة تطبق في هذا الشأن وذلك عن طريق القياس، بحيث أن للمؤجر والمستأجر المسير الحرية الكاملة في تضمين العقد العناصر التي يرغبون في شملها بالعقد بشرط أن يتضمن العناصر الكافية والضرورية لوجود المحل التجاري، خاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، وفي حالة عدم الاتفاق فإن العقد لا يعتبر باطلا وإنما يشمل بقوة القانون عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، والعنوان والاسم التجاري والحق في الإيجار. أما إذا تم استبعاد عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية من وعاء عقد إيجار التسيير فإن العقد في هذه الحالة لا يعد عقد إيجار تسيير ولا عقدا واردا على محل تجاري وإنما عقد إيجار عادي وارد على هذه العناصر كل واحد على حده.

استنتبنا أن عقد إيجار تسيير المحل التجاري عقد شكلي بحيث من أجل تمامه يجب استيفاء إجراءات شكلية من كتابة رسمية لدى الموثق وشهر هذا العقد وذلك بقبده لدى المركز الوطني للسجل التجاري ولدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية متى تضمن العقد حقوق الملكية الصناعية، مع نشر هذا العقد أيضا في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي جريدة مختصة بالإعلانات القانونية. إضافة إلى هذا وجدنا أن هناك وسائل إعلان أخرى تهدف إلى تحقيق العلانية أيضا تتمثل في الأوراق التي يستخدمها التاجر في تجارته نذكر منها: الفواتير، الرسائل، طلبات البضاعة.

استنتبنا أن التزام المؤجر بصيانة العين المؤجرة المنصوص عليه في المادة 479 من القانون المدني رغم مفهومه إلا أنه يمكن تطبيقه على المحل التجاري رغم طبيعته المعنوية، وذلك أن هذا الالتزام يطبق على العناصر المكونة للمحل التجاري محل عقد إيجار التسيير، بحيث أن هذا الأخير إذا كان يشمل على آلات مثلا فإنه يقع على عاتق المؤجر التزام بصيانتها سواء من أجل الحفاظ عليها من الهلاك أو لكونها ضرورية للانتفاع بالعناصر المشمولة بالعقد، هذا من جهة.

توصلنا إلى أن هناك اختلاف بين الفقه والقضاء في شأن هلاك المحل التجاري بسبب الحريق، فالفقه وعلى رأسهم الأستاذ Mourice ROUBINAULT يسلمون بإمكانية هلاك المحل التجاري بسبب الحريق، بينما القضاء

في العديد من الأحكام الصادرة عنه لم يتم التسليم بذلك، وقضى بعدم إمكانية تطبيق هذه الفكرة على المحل التجاري باعتباره مالا منقولاً معنوياً.

غير أننا نساند رأي الأستاذ Mourice ROBINAUT ونقول أن نص المادة 496 من القانون المدني يمكن تطبيقه على المحل التجاري على الرغم من الطبيعة الخاصة التي يتميز بها والمتمثلة في أنه مال منقول معنوي، إذ أن هلاك المحل التجاري أو تلفه بالحريق لا **نقصد** به المحل التجاري كوحدة لأنه مال منقول معنوي لا يمكن تصور تعرضه للهلاك نتيجة الحريق، ولكننا نقصد به الحريق الذي يصيب أحد عناصره المكونة له متى كانت ذات أهمية في تكوينه، كالحريق الذي يصيب مثلاً الآلات إذا كانت تلعب دوراً بارزاً في جذب العملاء للمحل التجاري.

نساند الرأي الذي ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية عندما استبعدت بعض الديون من التضامن، بحيث اعتبرت أن الاشتراك لدى صندوق التقاعد لا يكون محل تضامن بين المؤجر والمستأجر المسير في سداده باعتباره دين شخصي، واستبعدت أيضاً القرض الذي قام به المستأجر المسير من أجل تقديمه كضمان اشترطه المؤجر، واستبعدت أيضاً الدين الناتج عن مقتنيات متعلقة بتجهيز المحل التجاري مرتفعة الثمن قام بها المستأجر المسير ولم يثبت أنها ضرورية لاستغلال المحل التجاري، كذلك ندعم رأي الأستاذ Xavier DELPECH عندما أضاف ديناً آخر لا يكون محلاً للتضامن يتمثل في الجرح وشبه الجرح. أما المشرع الجزائري في نص المادة 210 من القانون التجاري فقد اكتفى بذكر الديون التي يعقدها الوكلاء القضائيون على أنها لا تكون محلاً للتضامن بين المؤجر والمستأجر المسير متى قاموا بها بناء على ترخيص من السلطة القضائية.

توصلنا إلى أن المستأجر المسير يمكن له عن طريق الدعوى غير المباشرة أن يطالب مؤجر العقار بتجديد عقد إيجار العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري المؤجر تسييره، وذلك باستعمال ما لمستأجر العقار من حقوق على المؤجر ما لم يجرّد من استعمال هذا الحق، على الرغم من أن عقد إيجار العقار عقد يربط مالك العقار ومالك المحل التجاري.

أصاب المشرع عندما نص على أن الديون التي تعاقدها المستأجر المسير أثناء مدة إيجار التسيير والخاصة باستغلال المحل التجاري تكون حالة الأداء عند انقضاء العقد، لأن هذا المستأجر المسير ملزم برد المحل التجاري إلى المؤجر وبالتالي قد يكون آخر عمل تجاري يقوم به، وعليه نرى أن المشرع أراد حماية دائني المستأجر المسير من احتمال ضياع حقوقهم جراء انقضاء هذا العقد.

توصلنا إلى أن أحكام نص المادة 501 من القانون المدني تسري على عقد إيجار تسيير المحل التجاري عن طريق القياس، بحيث يلتزم المستأجر المسير برد المحل التجاري بكل العناصر التي تم إدراجها في عقد إيجار التسيير وبالحالة التي تسلمها عليها، أما فيما يخص العناصر المعنوية الجديدة التي أضافها المستأجر المسير للمحل التجاري فإننا نقول أنه إذا كان إبقائها لديه دون إرجاعها مع العناصر الأخرى من شأنه الإضرار بالمؤجر

عن طريق تحويل الزبائن، فإنه ملزم بردها مع حصوله على تعويض عن قيمتها. أما إذا كان الاحتفاظ بها دون ردها لا يؤثر على المؤجر فإنه يحق له استبقائها عنده، كالعناصر المرتبطة به شخصيا أو في حالة إنشائه لفرع جديد له زبائن مستقلين وخاصين به. أما بالنسبة للعناصر المادية فالأمر لا يثير صعوبة بقدر ما تثيره العناصر المعنوية، بحيث أنه قد يتفق المؤجر والمستأجر المسير على أن يأخذها هذا الأخير ويردها مثلها عند انقضاء العقد أو يشتريها دون أن يلتزم بردها عند انقضاء العقد.

استنتجنا أن التزام المستأجر المسير برد المحل التجاري غير قابل للانقسام وذلك نتيجة الطبيعة الخاصة للمحل التجاري، الذي حتى وإن كان يتكون من عناصر مختلفة إلا أنه يجب رده كاملا بكل العناصر المشمولة بالعقد وليس عن طريق رد عنصر بعنصر.

نشير إلى أن المشرع لم ينص على وضعية العمال في حالة إبرام عقد إيجار التسيير باعتبار أن المحل التجاري ينتقل إلى المستأجر ويتم رده بعد انقضاء العقد، إلا أننا نقول في هذا الشأن أن للعمال الحق في البقاء في المحل التجاري رغم تغير المستغل، ولا يحق لهذا الأخير تسريحهم بناء على أن عقد العمل يربطهم بالمؤجر وليس معه، كذلك الأمر نفسه لا يمكن للمؤجر عند رد المحل التجاري تسريح العمال الذين قام المستأجر المسير بتشغيلهم، ويعد هذا الحكم استثناء عن قاعدة نسبية أثر العقد.

نخلص في الأخير للقول أن العمليات الوارد على المحل التجاري غير الناقلة للملكية تتمثل فيما يلي:

**أولاً:** العمليات غير الناقلة للملكية وغير الناقلة للحيازة، وتشمل فقط عقد الرهن الحيازي الذي يعد من طبيعة خاصة، وهو في أحكامه يخضع لأحكام القانون التجاري ولكن توصلنا إلى أن هذه الأحكام غير كافية وإنما يجب الرجوع إلى أحكام القانون المدني لدراستها عن طريق القياس وذلك في المواد المتعلقة بالرهن الرسمي والرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي، إضافة إلى قوانين أخرى كقانون الإجراءات المدنية والإدارية مثلا.

**ثانياً:** العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية والناقلة للحيازة: وتشمل عقد إيجار التسيير وتقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع، وتسري عليهما أيضا الأحكام الواردة في القانون التجاري، إلا أننا نقول أنها غير كافية لتنظيمهما، بحيث يجب الرجوع إلى الأحكام الواردة في القانون المدني المنظمة لعقد الإيجار وذلك عن طريق القياس مع التقيد دائما بالطبيعة الخاصة للمحل التجاري المتمثلة بأنه مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، يتكون من عناصر منها ما هو معنوي ومنها ما هو مادي.

نظرا لما سبق توصلنا إليه أعلاه نقترح مجموعة من التوصيات:

- ضرورة تعديل نص الفقرة 3 من المادة 78 من القانون التجاري، وذلك بالنص على أن كل عنصر يكون سببا في جذب الزبائن أو يكون مرتبطا أشد الارتباط بهم يكون عنصرا أساسيا في المحل التجاري وينتقل معه في حالة التنازل ولا يجوز استبعاده عنه كرقم الهاتف الذي يستخدمه التاجر في محله التجاري.

- إدراج عقد العمل وعقد التأمين وعقد النشر في نص المادة 78 من القانون التجاري، وذلك نظراً لأهمية هذه العقود وللدور الذي تلعبه في حماية حقوق التاجر والغير، مع إضافة فقرة ينص فيها على أن هذه العقود تنتقل مع المحل التجاري في حالة التنازل عن ملكيته أو استغلاله للغير وأنها تستمر مع هذا المستغل الجديد.

- ضرورة تعديل الجملة الأخيرة من نص المادة 121 من القانون التجاري بشكل يجعلها تتوافق مع محتوى النص باللغة الفرنسية والذي يعتبر أوضح وأدق، وبذلك يتم وضع حد للجدل القائم حول مقصود المشرع من البطلان هل يقصد القيد أم العقد، وعليه نقترح أن تكون العبارة كما يلي ( يجب إجراء القيد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العقد التأسيسي، تحت طائلة بطلان عقد الرهن).

- ضرورة إشارة المشرع إلى مدى سريان نص المادة 121 من القانون التجاري المتعلقة بميعاد إجراء القيد على البنوك أم لا، أم أن تطبيقها يقتصر على الأشخاص الآخرين فقط دون البنوك.

- من المستحسن على المشرع إضافة فقرة لنص المادة 126 من القانون التجاري يشير فيها إلى الاستثناء المنصوص عليه في نص المادة 124 من قانون النقد والقرض، والذي يمنح الحق للبنك في ميعاد خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ تبليغ الإنذار الحصول على أمر ببيع المحل التجاري المرهون، بينما عندما يكون المقرض غير البنك فإن الميعاد هو شهر حسب نص المادة 126 من القانون التجاري.

- من المستحسن على المشرع إجراء تعديل على نص المادة 454 من القانون المدني وذلك باستعمال مصطلح الأشخاص عوض استعمال مصطلح الأفراد للدلالة على الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، بحيث تكون هذه المادة كأصل تمثل قاعدة تحريم القرض بفائدة، على أن يكون نص المادة 456 من القانون المدني كاستثناء عنها، وهو إجازة حصول البنوك على نسبة معينة من الفوائد مقابل القروض التي تمنحها.

- على المشرع استبدال مصطلح الدائن الوارد في نص المادة 02/899 من القانون المدني بمصطلح "المدين"، لورود خطأ في ترجمة مصطلح "Le débiteur" الذي يعني المدين، بحيث يصبح نص المادة 02/899 كما يلي ( إذا نشأ الهلاك أو التلف عن سبب لا ينسب إلى المدين ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، فللمدين الخيار بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل).

- على المشرع استبدال مصطلح "البائع" الوارد في نص المادة 124 من القانون التجاري بمصطلح مالك، بحيث نجد أن المشرع ترجم مصطلح "Le propriétaire" الواردة في نص المادة 1/124 من القانون التجاري باللغة الفرنسية بمصطلح البائع باللغة العربية، وعلى هذا الأساس تكون المادة كما يلي ( إذا أقام المالك دعوى بفسخ عقد إيجار المحل الذي يستغل فيه محل تجاري مثقل بقيود مرسمة، ...). ويقصد هنا بالمالك مالك العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري وليس مالك هذا الأخير.

- على المشرع الإشارة إلى أن العقود المستغلة في المحل التجاري (كعقد العمل، الإيجار، النشر، ... إلخ) تنتقل إلى المستغل الجديد للمحل التجاري ولا يجوز استبقائها أو استبعادها نظرا للدور البارز الذي تلعبه هذه العقود في جذب الزبائن والاحتفاظ بهم.

- من المستحسن على المشرع الإشارة إلى أن هذه الأحكام المنظمة لهذه العقود تسري على العناصر المحددة في الاتفاق أو العقد، ولا تمتد إلى العناصر الأخرى غير المشمولة بالاتفاق أو العقد.

- من المستحسن على المشرع التطرق إلى الحل الواجب اتباعه في حالة التزام بين الدائنين، كحالة التزام بين الدائن المرتهن رهنا حيازيا والدائن المرتهن رهنا عقاريا مثلا.

- من المستحسن على المشرع الإشارة إلى ملحقات المحل التجاري والنظام المطبق عليها.

- على المشرع أن ينص على أن عقد إيجار التسيير يقيد في دفتر عمومي خاص بالعقود الواردة على المحلات التجارية أسوة بما اشترطه في عقد الرهن الحيازي وعقد البيع، لأننا بالرجوع إلى القانون التجاري لا نجد أنه ينص على ضرورة قيده في دفتر معين.

- من المستحسن على المشرع أن يقوم بتعديل نص المادة 203 من القانون التجاري وذلك بالإشارة إلى المدة باعتبار أن عقد إيجار التسيير من عقود المدة.

- على المشرع التنصيص على العناصر التي تكون ضمن محل عقد إيجار التسيير أسوة بما فعله بعقد البيع وعقد الرهن الحيازي، أو إضافة فقرة لنص المادة 78 من القانون التجاري ينص فيها على أن في كل العقود الواردة على المحل التجاري فإن للأطراف المتعاقدة الحرية في تضمين العقد العناصر التي يرغبون فيها، بشرط أن تتضمن العناصر الكافية لوجود المحل التجاري خاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، وفي حالة عدم الاتفاق فإن العقد يشمل عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية وكل عنصر لازم لاستغلال المحل التجاري.

- من المستحسن على المشرع الإشارة إلى أثر بيع المحل التجاري على حق المستأجر المسير.

- من المستحسن على المشرع إنقاص مدة 5 سنوات التي يجب أن تتوفر في المؤجر إلى ثلاث سنوات، وهي مدة نراها كافية لنشوء فكرة لدى التاجر عن النشاط التجاري ولما يتمتع به هذا النشاط من خصائص.

الملاحق

## الملحق رقم 01- عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري

الرقم:  
التاريخ:

### رهن حيازي لمحل تجاري

امام الاستاذة خنوس مليكة الموثقة الممضية اسفله،  
حضر:

- السيد \*\*\*\*\*

المولود في \*\*\*\*\*، من جنسية جزائرية، حسب نسخة من شهادة ميلاده رقم \*\*\*\*\* الصادرة بتاريخ 2008/07/09 و الساكن بقرية \*\*\*\*\*، دائرة مأكودة، ولاية تيزي وزو، الحامل لرخصة السياقة رقم \*\*\*\*\* الصادرة عن دائرة بتاريخ \*\*\*\*\*، الحامل للسجل التجاري المحلي لولاية رقم \*\*\*\*\* بتاريخ \*\*\*\*\*.

### من جهة

بنك الفلاحة و التنمية الريفية (BADR) وكالة مؤسسة مساهمة ذات رأسمال 33.000.000.000 دج مقرها الرئيسي 17 نهج العقيد عميروش الجزائر و المسجلة في السجل التجاري المحلي لولاية الجزائر تحت رقم ب رقمها الإحصائي الممثلة من طرف مديرها السيد المعين في هذا المنصب بقرار ر.م.ع/2004 رقم 300 المؤرخ في 10 أوت 2004 و المختار لمحل إقامته في الوكالة الواقعة ، حي 120 مسكن .-----

### من جهة اخرى

اللياذان عرضا علينا ما يلي:  
إن بنك الفلاحة و التنمية الريفية (BADR) دفعت للسيد \*\*\*\*\* المذكور أعلاه لشراء شاحنة مبلغ قدره مليون و ثلاثمائة و أربعة و سبعين ألف دينار جزائري (1.374.000 دج) ، لضمان تسديد هذا الدين يلتزم السيد \*\*\*\*\* برهن حيازي للمحل التجاري المعين أسفله:

### التعيين:

محل تجاري مستغل في محل يقع بحي 20 مسكن بوجيمة، بلدية ودائرة ، ولاية ، رقم 05 ع أ ، مقيد بالسجل التجاري المحلي لولاية تحت رقم 04 أ بتاريخ ، يتمثل في " التجارة بالتجزئة للحوم القصابة" ، بكل عناصره المعنوية من شهرة، زبائن و إسم التجاري و عناصره المادية المتمثلة في:

01- Chambre froide immobile, 02 Présentoirs, 01 Scie électrique, 01  
Machine pour viande hache, 01 Poussoir pour merguez, 02 Balances  
électrique.-----

حسب محضر المعاينة المعد من طرف الأستاذ \*\*\*\*\* محضر قضائي، الكائن مكتبه  
\*\*\*\*\* بتاريخ \*\*\*\*\*

### أصل الملكية:

إن المحل التجاري المعين أعلاه ملك للسيد \*\*\*\*\*، كما يثبت من السجل  
التجاري رقم \*\*\*\*\* المؤرخ في \*\*\*\*\*، الصادر عن المركز الوطني  
للسجل التجاري لولاية ..-----

### المادة الأولى: قيمة القرض

إن بنك الفلاحة و التنمية الريفية (BADR) أقرضت بموجب هذا العقد للسيد  
\*\*\*\*\* المذكور سابقا قيمة مالية قدرها مليون و ثلاثمائة و أربعة و سبعين  
ألف دينار جزائري (1.374.000 دج) .-----

### المادة الثانية: الإلتزامات و مدة القرض

حددت فوائد القرض بين بنك الفلاحة و التنمية الريفية (BADR) وكالة  
(581) والسيد \*\*\*\*\* بنسبة 5,25 % سنويا، كما يثبت من إتفاقية  
القرض الممضية من الطرفين بتاريخ 2008/07/07.-----  
و تعهد السيد \*\*\*\*\* بتسديد هذا الدين في أجل أقصاها (03 سنوات) بعد  
مرور (03 أشهر) من تاريخ إستغلال القرض.-----

### المادة الثالثة: تعبئة الدين

يوقع بنك الفلاحة و التنمية الريفية على سندات إذنية للمدين الممثلة لمبلغ هذا  
الدين، الفوائد و الرسوم المعتبرة " القيمة المقدمة للقرض .-----

### المادة الرابعة: التسديد مسبقا:

يفسخ هذا العقد في حالة عدم إحترام من طرف المدين المرتهن لأي إلتزام  
من الإلتزامات الواردة فيه ويصبح الدين الأصلي و الفوائد و توابعه مستحقة  
الأداء مباشرة، بعد مدة خمسة عشر يوما (15 يوما) من تاريخ تبليغ المدين برسالة  
مضمونة الوصول، دون حاجة لأي إجراء قضائي في أية حالة من الأحوال  
التالية.-----

- 1) عدم السداد في ميعاد الأستحقاق لإستهلاك الدين أو أي سند من السندات المكتتية المقدمة في هذا القرض.-----
- 2) في حالة الإفلاس، التصفية القضائية، النظام الودي المصادق عليه، التنازل عن النشاط أو التنازل عن الدفع.-----
- 3) في حالة عدم تمكن بنك الفلاحة و التنمية الريفية من قيد رهن في المرتبة الأولى على المحل أو وجود قيد لصالح البائع أو دائن آخر.-----
- 4) في حالة البيع بالتراضي أو البيع القضائي للأملك المرهونة أو المساهمة بها على شكل حصص في شركة من شركات أو حالة إيجار للتسيير الحر للمحل التجاري المرهون.-----
- 5) في حالة ما إذا كان المدين موضوع متابعة فيما يخص الإلتزامات الضريبية.
- 6) في حالة ما كان المدين موضوع متابعة لقضية ربح غير مشروع يؤدي إلى الحجز الكلي أو الجزئي لأملكه.-----
- 7) في حالة عدم تغطية التأمين للمحل و في كل حالة من الأحوال المنصوص عليها قانونا.-----

#### المادة الخامسة: الضمان

لضمان تسديد المبلغ المقدر بمليون و ثلاثمائة و أربعة و سبعين ألف دينار جزائري (1.374.000 دج) المحدد وفقا لهذا القرض و دفع كل الفوائد الناتجة عنه و جميع التوابع و لتنفيذ كل الشروط و الإلتزامات المحددة في هذا العقد، يتعهد المدين برهن حيازي للمحل التجاري لصالح بنك الفلاحة و التنمية الريفية وفقا لنصوص المادة 118 و ما يتبعها من القانون التجاري المحل التجاري المعين أعلاه . و يكون لبنك الفلاحة و التنمية الريفية حقوق و إمتياز على المحل التجاري المذكور أعلاه وفقا لنصوص المادة 156 من القانون التجاري و ما يتبعها.-----

#### المادة السادسة:

لبنك الفلاحة و التنمية الريفية حق وضع لوحة على المحل التجاري المرهون في كل وقت و تكون مصاريف ذلك على عاتق المدين طبقا للمادة 154 من القانون التجاري. و العلامات الموضوعة على المحل لا يمكن شطبها أو إزالتها قبل إنتهاء و شطب حق الإمتياز من طرف بنك الفلاحة و التنمية الريفية.-----



## ملحق رقم 02- عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري

فهرس رقم : 2018/

بتاريخ : 2018/07/

لدى الأستاذ لحضيري أعمار موثق بجاية، حي 120 مسكن عمارة ك 1 رقم 1 حي صغير، الموقع أدناه.

حضر

السيدة :

من جهة

شركة مساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - BNP PARIBAS EL DJAZAIR" الوكالة الرئيسية الكائنة حي ، عمارة ج شارع والممثلة من قبل السيد بموجب وكالة تحويل الصلاحيات من مدير العام لبنك بي أن بي باريباس الجزائر السيد بتاريخ ، شركة مساهمة المنشئة بموجب عقد تلقاه الأستاذ بني عبد محمد طاهر موثق بالجزائر بتاريخ جويلية 20 ومسجل بمفوضية الضرائب بالجزائر الوسطى بتاري أوت حجم 14 حسب وصل رقم والمعدلة، ذات رأسمال قدره عشرة ملايين دينار جزائري (10 000 000 000 دج) والكائن مقرها الإجتماعي 08 شارع سرتا حيدرة الجزائر والمقيدة بالسجل التجاري لولاية الجزائر تحت رقم 01 ب ورقم التعريف الجبائي

من جهة أخرى

الذان اتفقا على ما يلي :

**المادة 01 : الموضوع :**

منحت بنك شركة المساهمة - "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة بجاية لفائدة السيدة القابلة بذلك قرض على مدى المتوسط مبلغا ماليا قدره مليونين وأربعمائة وعشرة آلاف دينار جزائري (2 410 000 دج) حسب الإتفاقيتين المبرمتين بين الطرفين المرقتين على التوالي : رقم ورقم بتاريخ مارس 201 المسجلة ببنر مراد راييس ولاية الجزائر بتاريخ أبريل 201 وبتاريخ أبريل 201 والمسجلة ببنر مراد راييس بتاريخ 10 ماي 2016 والمعدلتين بموجب ملحقين مؤرخين بتاريخ 06 ماي 2018 والمسجلتين بمكتب التسجيل ببنر مراد راييس بتاريخ 07 جوان 2018. نسخ من هذه الإتفاقيات بقيتا بأصل هذا العقد . هذا القرض يخصص لغرض تمويل مختلف الاستثمارات أو التجديد أو التطوير المتعلق بالنشاط التجاري للمقترضة باستثناء شراء أي عقار

**المادة 2 : شروط القرض ومدته :** إن القرض المعين أعلاه واجب الأداء في ظرف ستون (60) شهرا وبمجرد التوقيع على الإتفاقية ولفترة أقصاها 24 شهرا ، يجوز للمقترضة في حدود القرض المذكور أعلاه استخدامه بموجب الشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية و بفائدة قدرها 75 ، 7 % سنويا من دون احتساب الرسم على القيمة المضافة والموافق عليها من قبل السيدة المسماة أعلاه التي تلتزم بالتالي تسديده وفقا لحدول الإستهلاك المعيد لذلك.

الصفحة الأولى

- تسدد قيمة القرض وتدفع فوائده وتوابعه في مقر بنك شركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة أو في أي مكان في التراب الوطني الذي تعينه، ولا يمكن أن تتم إلا بالعملة الوطنية المتداولة .

تلتزم المقرضة تجاه بنك شركة المساهمة - "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة بمنح جميع رأسمالها لدى البنك حتى الإنقضاء الكلي للقرض الممنوح .

- اتفق الطرفان صراحة على أن بنك شركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة إمكانية سحب من أي حساب مفتوح بدفاترها أو سندات مرهونة باسم المقرضة المبالغ التي أصبحت مستحقة لأي غرض أو لأي سبب من الأسباب .

### المادة 3 : تعبئة الدين

من أجل تعبئة دينها تقوم شركة المساهمة - "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة بتسجيل على المقرضة سندات الأمر تمثل قيمة القرض الحالي الرئيسي وفوائده وعمولاته والرسوم والأسباب والقيم التي تمثل القرض الممنوح .

### المادة 4 : الإلتزام بالتسديد قبل انقضاء مهلة القرض

يفسخ عقد الرهن الحالي، وتصبح كل المبالغ المستحقة الرئيسية منها وفوائده وتوابعه ولا يمكن المطالبة بأي استعمال آخر لشركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة في حالة عدم تنفيذ أو خرق المقرضة بموجب رسالة مضمنة الوصول مع إشعار بالاستلام دون إحتجاج أو اللجوء إلى أي إجراء قضائي في أي حال من الأحوال الآتية :

1- عدم الدفع في الأجل المحدد أو لإلتزام مكتتب يمثل الدين الممنوح بمقتضى هذا العقد .

2- في حالة الإفلاس أو التصفية القضائية أو التسوية الودية المصادق عليها، التوقف عن النشاط أو التوقف عن الدفع .

3- في أي حال من الأحوال لا يمكن لشركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة

من إجراء قيد رهن في المرتبة الأولى على العناصر المعنوية للمحل التجاري والعتاد .

4- في حالة البيع الودي أو القضائي للعتاد محل قيد الرهن أو في حالة تقديم هذه الممتلكات كحصة في شركة في أي شكل من الأشكال .

5- في حالة ما إذا كانت المقرضة محل متابعات مهما كانت طبيعتها وبسبب الإلتزامات الجبائية .

6- في حالة ما إذا كانت المقرضة محل متابعات لسبب الأرباح غير المشروعة يترتب عنها المصادرة الكلية أو الجزئية للعناصر المعنوية للمحل التجاري والعتاد .

7- في حالة نقص في التأمين للممتلكات المكتسبة في جميع الحالات التي نص عليها القانون، وذلك دون إنذار أو إخطار مسبق .

وعليه، فإن المبالغ المستحقة تكون منتجة للفوائد حسب النسبة المشار إليها أعلاه ورسمتها في كل ثلاثة أشهر بقوة القانون .

### المادة 5: جزاء الإخلال بشروط الرهن :

إذا اضطرت الشركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة قصد استرداد دينه الإمتثال لأمر ما أو رفع دعوى قضائية ضد المقرضة أو قيامها بأي إجراء كان يكون للبنك في هذه الحالة الحق في نسبة فائدة إضافية على النسبة المنفق عليها والتي تقدر 2 % ابتداء من تاريخ عدم دفع المستحقات الواجبة مع مراعاة المصاريف الأخرى التي تتحملها المقرضة .

الصفحة الثانية

## المادة 6: الإلتزام بالرهن :

تأميناً وضماناً لتسديد هذا القرض ودفع فوائده وعمولاته ومصاريفه ولو اوقفه من أي نوع كان وتنفيذ جميع أعباء وشروط هذا القرض، فإن المقترضة تخصص وترهن لفائدة الشركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة ، وفقاً لأحكام المادتين 118 - 156 وما يليها من القانون التجاري العناصر المعنوية للمحل التجاري والعتاد رفع الدعاوي والإمتيازات المخولة بموجب أحكام المادتين 118 - 156 وما يليها من القانون التجاري -----

اتفق الطرفان صراحة بأن هذا الرهن منح وتم قبوله بدون أي تجديد ولا ضرر بل مع مراعاة جميع الحقوق والدعاوي المخولة للشركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة بجاية حتى لا يستطيع تخصيص طبيعة ومجال جميع التعهدات وكل الضمانات العينية والشخصية التي عقدت أو سيتم عقدها أو الممنوحة من المقترضة أو من الغير . -----

### الرهن

ضماناً لتسديد دين المقترضة وكذا فوائده وعمولاته ومصاريفه وتعويضاته المضافة لهذا الدين فإن المقترضة تخصص وترهن وفقاً لأحكام المادة 118 - 156 من القانون التجاري لفائدة الشركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة والذي تم قبوله من طرف هذه المؤسسة البنكية العناصر المعنوية والمادية للمحل التجاري الآتي تعيينهما : -----

### التعيين

تتمثل الأموال محل هذا الرهن في العناصر المعنوية والمادية للمحل التجاري الكائن بسمعون مركز بلدية سمعون ولاية بجاية والمتمثل نشاطها في صيدلية كما يثبت ذلك من السجل التجاري المسلم لها من قبل السجل التجاري بتاريخ جويلية 2011 تحت رقم أ : -----

العناصر المعنوية : العملاء ، الشهرة والإسم التجاري و حق في الإيجار، وغيره من العناصر المعنوية للمحل . -----

- العناصر المادية : العتاد و التجهيزات المكونة للمحل هي : -----

- Vitrine frigorifique pour medicaments

-Point sante multifonction KEITO K8

ثمنها : ..... 90. 435 657 دج

-2 Micro -Ordinateurs / PV EXPERT

ثمنها : ..... 60 000 دج

-Armoire Metallique a deux vantaux / PV EXPE

-Armoire Vitree / PV EXPERT

-02 Chaises visiteurs / PV EXPERT

- Bureau/PV EXPERT

-Armoire / PV EXPERT

-Fauteuil pour malade (prelevements) PV EXPERT

-2 Petites tables / PV EXPERT

ثمنها : ..... 72 900 دج

-Comptoir en bois et vitre / PV EXPERT

- Climatiseur / PV EXPERT

- 02 étagères pour médicaments (5M \* 2.5M)

-Rayonnage métallique (ETS OUARTI N 328)

-F/P étagères en Bois

الصفحة الثالثة

-F/P Comptoir + Armoire + étagères en bois  
-F/P Menuiserie Aluminium  
-Climatiseur condor 18000 BTU

ثمنها : 75, 674 643 1 دج .....

### التأمين

تلتزم المقترضة المسماة أعلاه باكتتاب تأمين على العتاد المعين أعلاه مع تفويض لفائدة الشركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة ضد جميع الأخطار، السرقة والحريق وفيضانات المياه بمبلغ ومدة كافية وتسليم في أجل شهر ابتداء من تاريخ اليوم نسخة من هذا الإكتتاب الشركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة بجاية.

تتعهد المقترضة على إبقاء وتجديد إن إقتضى الأمر التأمين المكتتب حتى التسديد الكلي لشركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة لمبلغ القرض الرئيسي وفوائده وعمولاته ومصاريفه وملحقاته وذلك بدون أن يكون للمقترضة الحق في المطالبة بفسخ التأمينات المكتتبه إلا بعد ترخيص مسبق من لشركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة كما يتعين على المقترضة دفع مستحقات التأمين في الموعد المحدد وإثبات ذلك لدى أول مطالبة من الشركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة

يحق لشركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة في حالة عدم دفع المقترضة مستحقات التأمين إجراء بنفسه وعلى حساب هذا الأخير الإكتتاب المعني . تكون المبالغ المسددة مضمونة بهذا الرهن كما هو الحال عليه بالنسبة للدين الرئيسي وملحقاته.

في حالة الهلاك الكلي أو الجزئي للعتاد والتجهيزات قبل تبرة ذمتها قبل الشركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة ، تقبض هذه الأخيرة حسب رتبته على المبلغ التعويضات الممنوحة من طرف شركة التأمين مبلغا يساوي لتلك المستحقة بصفة رئيسية وفوائده وتعويضاته وعمولاته ولواقعه. تدفع هذه المبالغ مباشرة على ضوء الوصولات وبدون حضور ودون موافقة المقترضة في تعهد المقترضة بإخطار مباشرة لشركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة وهذا من أجل السماح بتمثيله على حساب المقترضة المعنية من طرف شخص تعينه للقيام بكل خبرة لتحديد التعويض .

في حالة عدم إخطار المقترضة الشركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة بجاية في الوقت الضروري يحق لهذا الأخير رفض رفع اليد . يبلغ الشركة المساهمة "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة ، عقد القرض لشركة التأمين مع الإعتراض عن دفع التعويض وعلى حساب المقترضة .

### التصريح

صرحت السيدة بمابلي :  
- أنها ليست ولم تكن في حالة إفلاس أو تصفية قضائية ولا في حالة توقف عن الدفع ولم تقدم أي طلب للمصادقة على التسوية الودية .  
- أن المقترضة لم تكن محل ملاحقة لمخالفة التشريع الإقتصادي الذي يمكن أن تؤدي إلى الحجز الكلي أو الجزئي لأموالها.

الصفحة الرابعة

-ولم تمنح أي امتياز للبائع أو الرهن الحيازي للخرينة العمومية أو التأمين الإجتماعي على العناصر  
المعنوية والعتاد محل الرهن الحيازي .

-وأخيرا تكون العناصر المعنوية للمحل التجاري والعتاد المرهونين في مقر المقترضة .  
المصاريف

إن مصاريف العقد الحالي وجميع توابعه العادية منها والقانونية مهما كانت نوعيتها تتحملها المقترضة .

#### إختصاص القضاء

كل النزاعات التي يمكن أن تحدث أثناء تنفيذ هذا العقد تكون من الإرادة التلقائية لأطراف هذا العقد  
وتعرض أمام إختصاص قضاء محكمة بجاية .

#### المموظون

-بالنسبة للشركة المساهمة - "بي أن بي باريباس - الجزائر - وكالة الكائنة ببجاية  
بالنسبة للسيدة في المقر المذكور أعلاه .

#### التسجيل

تؤدي حقوق التسجيل طبقا لأحكام المادة 208 من قانون التسجيل المعدل .

إثباتا لما ذكر : حرر وانعقد ببجاية بمكتب الموثق الموقع أدناه عام ألفين وثمانية عشر

وفي يوم

وبعد التلاوة وقع الطرفان مع الموثق .

## الملحق رقم 04- جدول قيد الإمتيازات المرتبطة بالرهن الحيازي للمحل التجاري

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

المركز الوطني للسجل التجاري  
جدول قيد الإمتيازات المرتبطة بالرهن الحيازي للمحل التجاري

البيانات	الرقم التسلسلي
التعريف بالدائن المرتهن والمدين الراهن ومالك المحل التجاري	1
إسم ولقب الدائن المرتهن : عنوانه : مهنته :	1 - 1
إسم ولقب المدين الراهن : عنوانه : مهنته :	2 - 1
إسم ولقب مالك المحل التجاري : عنوانه : مهنته :	3 - 1
تاريخ السند ونوعه :	2
مبلغ الدين المحدد في السند :	3
شروط إستحقاقه :	1 - 3
تعيين المحل التجاري والفروع التابعة له عند الإقتضاء :	4
المحل التجاري : العناصر التي يشملها الرهن الحيازي : المقر : طبيعة العمليات التي يباشرها :	1 - 4
العناصر التي يتناولها الرهن الحيازي للمحل التجاري غير عنوان المحل والإسم التجاري والحق في الإيجار والزبائن :	2 - 4
إختيار محل إقامة الدائن المرتهن في دائرة إختصاص المحكمة التي يقع فيها المحل التجاري :	5

توقيع الدائن المرتهن : ..... رقم التسجيل : ..... تاريخ التسجيل : .....  
توقيع مأمور المركز الوطني للسجل التجاري : .....

الملحق رقم 05- دفتر الأرومة لعقود الرهون الحيازية للقاعدات التجارية

رقم	00000			
اعدات التجارية	دفتر الأرومة لعقود الرهون الحيازية للقاعدات التجارية			
تاريخ العقد	رقم العقد	تاريخ الإيداع	رقم الإيداع (البرود)	تاريخ العقد
<p>غرض التسجيل : .....</p> <p>إسم الدائن المرتهن : .....</p> <p>لقب الدائن المرتهن : .....</p> <p>إسم المدين : .....</p> <p>لقب المدين : .....</p> <p>نوع القاعدة التجارية : رئيسية <input checked="" type="checkbox"/> ثانوية <input type="checkbox"/></p> <p>عنوان القاعدة التجارية : .....</p>				
عدد الوثائق المودعة	نوع الوثائق المودعة	عدد الوثائق المودعة		
<p>المركز الإقليمي للسجل التجاري : ملحقة .....</p>		<p><b>ملاحظة :</b> يحتفظ القيد الإمتياز لمدة عشر سنوات من تاريخه، ويشطب تلقائيا إذا لم يجدد قبل إنقضاء هذه المهلة، ( المادة 103 من القانون التجاري ) توقيع مأمور المركز .....</p>		
		<p>لني للسجل التجاري : في ..... المركز .....</p>		

**الملحق رقم 06 - شهادة عدم قيد الإمتياز الناتج عن الرهن الحيازي أو البيع للقاعدة التجارية**

المركز الوطني للسجل التجاري

ملحقة : .....

**شهادة عدم قيد الإمتياز الناتج عن  
الرهن الحيازي أو البيع للقاعدة التجارية**

يثبت مأمور المركز الوطني للسجل التجاري للملحقة : .....

بأن القاعدة التجارية الكائن مقرها : .....

المسجلة في السجل التجاري تحت رقم : ..... والتابعة للسيد (ة) : .....

لم يترتب عليها - قيد إمتياز ناتج عن البيع

- قيد إمتياز ناتج عن الرهن الحيازي

بتاريخ .....

توقيع مأمور المركز الوطني  
للسجل التجاري

## الملحق رقم 07 - عقد إيجار تسيير المحل التجاري

رقم الملف: 2013/

بتاريخ: 201 / 09 /

أمام الأستاذ لحضيري أعمار موثق ببجاية، حي 120 مسكن عمارة ك01 رقم 01 حي صغير، الموقع أدناه.

حضر

السيد:

الذي صرح و هو متمتع بكامل قواه العقلية والبدنية و بارادة حرة أنه أجر على وجه التصرف للتسيير الحر لمدة ثلاثة (03) سنوات مغلقة ابتداء من الفاتح من شهر أكتوبر من عام ألفين وثلاثة عشر (2013/10/01) من غير احتياج الى انذار مسبق و لا تأجيل. إلى السيد:

### تعين المتجر

متجر خاص بالمقهى، كائن من السجل التجاري لولاية بجاية - قيد ثانوي - بتاريخ 29 أكتوبر 2000 والمشمول على:

العنوان والاسم التجاري و الزبائن والشهرة القائم عليها. (2) المواد و الادوات المنقولة اللازمة للمتجر والتي بقيت نسخة من قائمة هذه التجهيزات بأصل هذا العقد والمتمثلة في:

- Arrière barre Frigorifique de 04 mètres.
- Niche de décoration de 04 mètres.
- Arrière barre de 2,50 mètres.
- Niche de décoration de 2,50 mètres.
- Comptoir de service de 7,10 mètres.
- Presse à café 04 bras de marque CONTI.
- Bain marie de 05 litres.
- Distributeur de jus de 03 becs.
- Armoire à gateaux.
- 07 tables.
- 28 chaises.

### أصل الملكية

ان المتجر المؤجر بهذا العقد على وجه التصرف الحر ملك للسيد الذي أنشأه بتاريخ 29 أكتوبر 2000 حسب السجل التجاري المشار اليه أعلاه.

## الشروط

- تم هذا الإيجار طبقا للالتزامات والشروط العرفية و القانونية المتبعة في مثل هذا العقد و لاسيما التي يلي بيانها التي حملت المستأجر بتنفيذها و اتمامها.-----
- 1- أنه يأخذ المتجر على وجه التصرف الاختياري مع العتاد والادوات المنقولة التابعة له في حالته الراهنة من غير أن يكون للمستأجر الطعن فيما ذكر لسبب من الاسباب.-----
  - 2- أن يستغل المتجر المذكور و يستثمره استثمار رب أسرة حريص و يقضي فيه جل أوقاته و تخصصه بعابته لرفع سمعته و شهرته و انتاجه و يستقبل الزبائن بأحسن لياقة.-----
  - 3- أنه يفتح المتجر و يحتفظ عليه باسمه باستمرار و يتبع الاوامر القانونية و الانظمة و القرارات البلدية و الامن و يتحمل مسؤولية جميع المخالفات التي تسجل عليها و يسهر على اجتناب كل ما من شأنه أن يجر غلق المتجر و لو غلقا مؤقتا.-----
  - 4- أنه يقوم بابقاء سائر الادوات المنقولة و العتاد المستعمل في استثمار المتجر على أحسن حال و يكون مسؤول على كل ضياع و تحطيم كما يجب عليه اصلاح ذلك على نفقته.-----
  - 5- لا يمكن له أن يطالب بتعويض عن التحسينات التي قام به في الادوات المنقولة و الخاصة بالمتجر و عتاده غير أنه يمكنه استرجاع كل ما سيوجد بالمتجر زائد على ما هو موجود ما عدى الاشياء التي وضع فيه لتعويض ما ضاع منه بمقتضى وجوب تنفيذ شروط هذا العقد.-----
  - 6- و للاطلاع على صيانة المتجر و حفظ الادوات المنقولة و العتاد و كذلك الوقوف على تنفيذ الشروط المذكورة فللمؤجر الحق في التردد على المتجر و التحقق اما بنفسه و اما بوكيل ينوب عنه في ذلك للتثبت مما ذكر و لكن على شرط ألا يعرقل بذلك استثمار المتجر.-----
  - 7- و فيما يخص حالة العتاد و الادوات المنقولة فتجرى في نهاية مدة هذا الإيجار معاينتها و تثبتها بواسطة خبرة يجريها الطرفان و عند عدم اتفاقهما في شأن ذلك فيجريها خبيران يعين المؤجر أحدهما و يعين المسأجر الآخر، و يسوغ لهذين الخبيرين أن يضيفا خبيرا ثالثا ليهما ليحكم بينهما فيما تخالفا فيه و على فرض عدم الاتفاق بين الخبيرين على تعيين خبير ثالث فان هذا الخبير يقع تعيينه من طرف السيد قاضي محكمة ، بناء على طلب عادي يقدمه من يهमे الامر.-----
  - 8- أن المستأجر يتحمل كافة الحوادث التي قد تصيب سواء مستخدميه أو غيرهم و عليه وحده أن يقوم بالتأمين الازم و الغرامات و الرسوم.-----
  - 9- ان يؤدي وحده جميع الضرائب الخاصة بالمتجر المذكور و الاشتراكات المتعلقة بالضمان الاجتماعي و المنح العائلية.-----
  - 10- أنه لا يسوغ له تحويل المتجر المشار اليه الى مكان آخر بأي موجب أو سبب كان و كذلك لا يجوز له تغيير عنوان المتجر و لاتغيير تسميته.-----
  - 11- أنه لا يجوز له تسليم حقه في هذا الإيجار و ايجاره للغير كليا أو جزئيا من غير رضا المؤجر صراحة و كتابة.-----
- وأخيرا فإن المستأجر يؤدي جميع المصاريف و الحقوق الخاصة بهذا العقد مع الاتعاب الناشئة عنه و غير ذلك من التوابع العادية و القانونية بما فيها أجرة النسخة التنفيذية للمؤجر.-----

## مقابل الإيجار

زيادة على تلك الشروط تم هذا الإيجار على وجه التصرف الحر بمقابل شهري قدره ثلاثة آلاف دينار جزائري (3 000 دج) تدفع في نهاية كل شهر.-----  
وفي هذا الشأن حصل الاتفاق بين الطرفين على مايلي:-----  
أن تسديد مقابل الإيجار الشهري المعين أعلاه يتم بموطن المؤجر حيثما يتعين بالعملة المقبولة الجاري العمل بها و لايمكن أن يكون في محل غير ذلك الموطن و لا يغير ما ذكر.-----  
و اذا توفي المستأجر فانه يكون تضامن و عدم تجزئة الدين بين ورثته و ممثله لتسديد الاجرة التي من الممكن أنه لازال بدمته و تنفيذ هذه الشروط.-----

### فسخ عقد التصرف الحر

ان عقد ايجار المتجر على وجه التصرف الحر هذا يفسخ حتما أن ظهر ذلك للمؤجر و ذلك:-----  
1) عند عدم تسديد أجرة شهرية واحدة في حلول وقت أدائها بالضبط أو عند عدم تنفيذ شرط واحد من الشروط المذكورة بعد شهر واحد مضي على الامر بالاداء أو أمر بالتنفيذ بقي كلاهما دون جدوى يتضمنان تصريح المؤجر بأنه يريد العمل بهذا العقد الشرط عند عدم قيام المستأجر بالواجب ويقع حينئذ فسخ هذا العقد بمجرد أمر من طرف السيد قاضي المحكمة ، أثناء نظره في القضايا المستعجلة بعد اطلاعه على الامر بالاداء أو على الامر بالتنفيذ المذكورين ، اللذين لم يجديا نفعا و ذلك رغم ما تعارضه أو ما يؤديه المستأجر فيما بعد.-----  
2) و عند ثبوت الافلاس أو التصفية القضائية أو عجز المستأجر عن الاداء.-----

### تصريح المؤجر

وامنتالا لاحكام الامر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري صرح المؤجر بأنه يحوز المتجر المذكور منذ ما يزيد عن خمس سنوات و أنه مارس مهنة النشاط المذكور في التعيين ، و نتيجة لذلك فان المؤجر تتوفر فيه الشروط القانونية ليسوغ له ايجار متجرة المشار اليه.-----  
تدخل السيد المسمى أعلاه و أن السيد من جهة ثانية تدخل في العقد و ذكر بعد الاطلاع على ماسلف تحريره مرة بنفسه و مرة بواسطة التلاوة من الموثق الموقع أدناه أنه راضي بهذا الإيجار على وجه التصرف الحر.-----

### النشر

يسوغ لحامل نسخة أو مختصر من هذا العقد القيام باجراءات النشر.-----

### المصاريف

يتحمل المستأجر سائر المصاريف و الحقوق و الواجبات التوثيقية الخاصة بهذا العقد و توابعه القانونية من جملتها أجرة نسخة تنفيذية للمؤجر.-----

### الموطن

لتنفيذ هذا العقد وتوابعه إختار الأطراف محل سكنهم المذكور أعلاه موطناً له .-----  
إثباتاً لما ذكر : حرر و انعقد ببجاية بمكتب الموثق الموقع أدناه .-----  
عام ألفين وثلاثة عشرة، وفي يوم التاسع عشر من شهر سبتمبر.-----  
وبعد التلاوة وقع الطرفان مع الموثق .-----

**Cour de cassation**

**chambre civile 1**

**Audience publique du 4 décembre 2013**

**N° de pourvoi: 12-28076**

ECLI:FR:CCASS:2013:C101419

Publié au bulletin

**Rejet**

**M. Charruault, président**

Mme Le Cotty, conseiller apporteur

M. Jean, avocat général

SCP Boullez, SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, pris en ses diverses branches, ci-après annexé :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 2 octobre 2012), que les héritiers de François X..., décédé le 27 décembre 2005, ont reçu de l'administration fiscale une proposition de rectification visant à intégrer dans l'actif de la communauté ayant existé entre le défunt et Mme X... la valeur d'un fonds de commerce de pharmacie ;

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt de décider que la valeur de l'officine de pharmacie doit être réintégrée dans l'actif de communauté et, en conséquence, d'écarter sa demande tendant à voir déclarer non fondée la décision du directeur des services fiscaux et à obtenir le dégrèvement de l'imposition et des pénalités contestées;

Attendu qu'après avoir, par motifs adoptés, relevé qu'à la date de l'obtention de l'autorisation préfectorale de création de l'officine de pharmacie, la clientèle, élément essentiel du fonds de commerce, n'existait que de manière potentielle, et retenu, à bon droit, que seule l'ouverture au public entraînait la création d'une clientèle réelle et certaine, la cour d'appel a constaté que l'officine créée par Mme X... avait été ouverte le 29 mai 1961, postérieurement au mariage des époux, le 28 avril 1961 ; qu'elle en a exactement déduit, hors toute dénégation, que la valeur de cette officine devait être réintégrée dans l'actif de la communauté ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne Mme X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quatre décembre deux mille treize.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Boullez, avocat aux Conseils, pour Mme X...

Le pourvoi fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué D'AVOIR décidé que l'officine de pharmacie exploitée par Mme X... constitue un acquêt dépendant de la communauté des époux X...- Y... et que sa valeur devait être réintégrée dans l'actif de communauté et D'AVOIR, en conséquence, écarté la demande que Mme X... avait formée afin que l'officine de pharmacie qu'elle exploitait existait avant le mariage, de voir déclarer non fondée la décision du directeur des services fiscaux du 13 mai 2009 et d'obtenir le dégrèvement de l'imposition et des pénalités contestées ;

AUX MOTIFS ADOPTES QUE les époux X...- Y... se sont mariés le 28 avril 1961 sous le régime de la communauté légale de meubles et acquêts applicable à cette date mais ont opté, par acte notarié du 27 mai 1966, pour le nouveau régime de la communauté de biens réduite aux acquêts pour le passé comme pour l'avenir ; que les rapports patrimoniaux des époux sont donc régis par les articles 1401 et suivants du Code civil

; que l'article 1401 du Code civil définit la communauté comme se composant activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres et que l'alinéa 1er de l'article 1402 du Code civil stipule que tout bien meuble ou immeuble est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi ; que les articles 1404 et 1405 définissent quant à eux deux catégories de biens propres, les biens propres par nature dont font partie, sauf récompense s'il y a lieu, les instruments de travail nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté, et les biens dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour du mariage ou qu'ils acquièrent pendant le mariage par succession, donation ou legs ; que Mme Monique X..., pharmacienne, exploite à Gouesnou une officine de pharmacie qui n'a pas été déclarée comme bien de communauté au moment du décès de M. X..., ce qui est contesté par M. Le Directeur des Services Fiscaux ; qu'une officine de pharmacie constitue un fonds de commerce qui ne relève pas de la catégorie des " instruments de travail " visés à l'article 1404 alinéa 2 du Code civil constituant des propres par nature ; qu'il ne peut non plus être assimilé à un bien réservé, catégorie créée par la loi du 13 juillet 1907, bien qui ne constituait d'ailleurs pas des biens propres de l'épouse mais des biens communs sur lesquels l'épouse, du fait de leur origine, disposait seulement d'un pouvoir de gestion ; que l'officine de pharmacie, en tant que fonds de commerce, constitue un bien meuble ; qu'il convient donc d'apprécier si cette pharmacie a été créée par Mme X... avant le mariage des époux, auquel cas elle constituera un propre ou si elle a été créée après le mariage, constituant alors un acquêt de communauté ; qu'en l'espèce, Mme X... justifie avoir disposé du local commercial dans lequel a été exploitée la pharmacie avant la mariée et elle a de même, avant le mariage, obtenu l'autorisation préfectorale de création de cette officine sur la commune de Gouesnou ; que si l'exploitation du fonds était soumise à l'obtention préalable de cette licence, il n'est pas contesté, et cela résulte d'ailleurs de la déclaration qui en a été faite par Mme X... elle-même auprès de l'administration fiscale, que l'ouverture au public n'a eu lieu que le 29 mai 1961 ; qu'à la date d'obtention de la licence, la clientèle, élément essentiel qui conditionne l'existence même d'un fonds de commerce, n'existait que de manière potentielle au regard du nombre d'habitants dans une commune non pourvue d'une pharmacie mais ce n'est que l'ouverture au public qui a entraîné la création d'une clientèle réelle et certaine ; qu'ainsi, il convient de considérer que le fonds de commerce de pharmacie a été créé le 29 mai 1961, date de son ouverture au public, et en conséquence postérieurement au mariage des époux célébré le 28 avril 1961 ; qu'il résulte par ailleurs d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation que la valeur d'un fonds de commerce de pharmacie acquis par des époux communs en biens, tombe en communauté quand bien même seul l'un d'eux disposerait de la licence de pharmacien ; que la valeur du fonds de commerce de pharmacie exploité par Mme X... constitue un bien commun qui doit être comme tel réintégré à la communauté et sa moitié réintégré dans la succession de M. X... ;

**AUX MOTIFS PROPRES QUE** les époux X... se sont mariés le 28 avril 1961 sous l'ancien régime de la communauté légale de meubles et acquêts et ont ultérieurement opté pour le nouveau régime de la communauté de biens réduite aux acquêts ; que l'article 1401 du Code civil dispose que la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres ; que dès lors, un fonds de commerce acquis par un des époux pendant le mariage constitue un acquêt entrant dans la communauté même s'il provient de l'industrie personnelle de l'un des époux ; que le fonds de commerce de pharmacie créé par Mme Monique X... a été ouvert le 29 mai 1961, suivant déclaration faite par l'intéressée le 31 mai 1961 et suivant le bulletin d'identification de l'établissement portant inscription au registre du commerce de Brest le même jour ; que cet acte d'ouverture qui constate la date à partir de laquelle le fonds peut être exploité et dès lors fournir à la communauté des acquêts provenant de l'industrie de l'époux, marié sous ce régime, qui l'exploite, étant postérieur à la date du mariage, le fonds de commerce de pharmacie exploité par Mme Monique X... ne peut être considéré comme un bien propre qu'elle avait créé ou acquis avant le mariage mais un bien rentrant dans l'actif de la communauté ; que les pièces antérieures à la célébration du mariage, si elles montrent que l'ouverture du fonds de commerce de pharmacie a été précédée de démarches et autorisations administratives, ne permettent pas pour autant d'établir le caractère propre du bien qui lui-même n'a eu une existence patrimoniale qu'à compter de l'exploitation effective du fonds commençant au jour de sa date d'ouverture, le 21 mai 1961 ; qu'en conséquence, le jugement sera confirmé en ce qu'il a dit que l'officine de pharmacie constituait un acquêt dépendant de la communauté Y...- X... et que sa valeur devait être réintégré dans l'actif de celle-ci ;

1. ALORS QUE le fonds de commerce dont la clientèle est l'élément essentiel, naît dès lors qu'une clientèle réelle et certaine a été effectivement constituée sans attendre l'ouverture au public et le commencement d'exploitation ; qu'il s'ensuit qu'un fonds de commerce de pharmacie naît du jour où l'autorité préfectorale en a autorisé la création en considération des besoins de la population locale, peu important la date de son ouverture effective ; qu'en se déterminant en considération de la date d'ouverture de la pharmacie postérieurement au mariage pour en déduire qu'elle constitue un acquêt de la communauté, bien que l'autorité préfectorale en ait autorisé la création par arrêté du 5 décembre 1960, au lieu de rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si l'attestation du maire de Gouesnou du 9 avril 1960 et l'arrêté préfectoral du 5 décembre 1960 n'étaient pas de nature à établir l'existence d'une clientèle réelle et certaine dont dépendait l'existence d'un fonds de commerce, antérieurement au mariage, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1401 du Code civil ;

2. ALORS QUE par attestation du 9 avril 1960, le maire de la commune de Gouesnou a certifié que « la commune de Gouesnou est actuellement dépourvue de pharmacie et que la plus proche est située à Guivapas, distante de Gouesnou de 5 km 200 et avec communications difficiles et onéreuses » et a demandé en conséquence « qu'une officine de pharmacie soit installée d'urgence à GOUESNOU qui compte environ 2000 habitants et la localité est toujours en expansion et ce, pour utilité publique » ; qu'en retenant, par des motifs adoptés des premiers juges, que la clientèle n'existait qu'à titre potentielle, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de l'attestation du maire de Gouesnou démontrant que la population locale de la commune de Gouesnou représentait une clientèle réelle et certaine ; qu'ainsi, elle a violé l'article 1134 du Code civil ;

3. ALORS si tel n'est pas le cas QU'il résulte des articles 570, 571 et 575 du Code de la santé publique dans leur rédaction applicable à l'espèce que la délivrance d'une licence par l'autorité préfectorale en vue de la création d'une officine de pharmacie implique nécessairement l'existence d'une clientèle réelle et certaine dès lors qu'elle est subordonnée à la justification des besoins de la population locale ; qu'en retenant par des motifs adoptés des premiers juges que la clientèle n'existait qu'à titre potentiel, quand la délivrance par le préfet d'une licence en vue de la création d'une officine dans la commune de Gouesnou qui n'en possédait pas encore impliquait nécessairement l'existence d'une clientèle réelle et certaine, la cour d'appel a violé les articles 570 et suivants du Code de la santé publique.

4. ALORS QUE la licence ne peut être cédée par son titulaire indépendamment du fonds de commerce auquel elle se rapporte ; qu'il s'ensuit que le fonds de commerce de l'officine de pharmacie constituait nécessairement un bien propre en tant qu'il n'était que l'accessoire de la licence octroyée par l'autorité préfectorale qui constituait un bien propre en raison de sa date de délivrance, antérieurement au jour du mariage ; qu'en se déterminant en considération de la date d'ouverture de la pharmacie pour en déduire qu'elle constitue un acquêt de la communauté, bien que l'autorité préfectorale en ait autorisé la création par arrêté du 5 décembre 1960, la Cour d'appel a violé les articles 1401 et 1406 du Code civil, ensemble l'article L 5125-7, alinéa 2, du Code de la santé publique.

**Publication :** Bulletin 2013, I, n° 238

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Rennes , du 2 octobre 2012

**Titrages et résumés :** REGIMES MATRIMONIAUX - Communauté entre époux - Actif - Composition - Biens acquis au cours du mariage - Fonds de commerce - Antériorité de l'autorisation préfectorale de création - Absence d'influence

Seule l'ouverture au public d'une officine de pharmacie entraîne la création d'une clientèle réelle et certaine, élément essentiel du fonds de commerce.

Dès lors, une cour d'appel, qui constate que l'ouverture au public de l'officine de pharmacie créée par l'épouse est intervenue postérieurement au mariage, bien que l'autorisation préfectorale de création de cette officine ait été obtenue avant le mariage, en déduit exactement que la valeur de cette officine doit être réintégrée dans l'actif de la communauté

REGIMES MATRIMONIAUX - Communauté entre époux - Actif - Composition - Biens acquis au cours du mariage - Cas - Création administrative d'une officine de pharmacie ouverte postérieurement au mariage - Portée

**Textes appliqués :**

· article 1401 du code civil

## قائمة المرجع

1 - باللغة العربية

أولا - الكتب:

- 1- محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 2- إبراهيم سيد أحمد، سلسلة العقود المدنية المسماة، عقد الوديعة فقها وقضاء، ج2، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003.
- 3- أحمد بسيوني أبو الروس، الموسوعة التجارية الحديثة، الكتاب الأول، الدار الجامعية، الاسكندرية، د س ن.
- 4- أحمد بلودنين، المختصر في القانون التجاري الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2012.
- 5- أحمد خليل، التنفيذ الجبري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 6- أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، دار الأكاديمية، الجزائر، 2011-2012.
- 7- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في قانون الإثبات في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، 2007.
- 8- أحمد عبد الحكيم أحمد العناني، تصرف المستأجر في منفعة العين المستأجرة في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، د ب ن، 2001.
- 9- أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الجزء الأول، نظرية الأعمال التجارية، صفة التاجر، الدفاتر التجارية، المحل التجاري، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، د س ن.
- 10- أحمد محمد الرفاعي، عقد الإيجار في ضوء التقنين المدني والقانون رقم 4 لسنة 1997، والقانون رقم 6 لسنة 1997 وتشريعات إيجار الأماكن وأحكام محكمة النقض والدستورية العليا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 11- أحمد محمد محرز، القانون التجاري، د د ن، د ب ن، 1994.
- 12- -----، المشروع التجاري، النسر الذهبي للطباعة، الهدارة، 1997.
- 13- أسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1988.
- 14- أكثم أمين الخولي، قانون التجارة اللبناني المقارن، مقدمة عامة، الأعمال التجارية والتاجر، حقوق الملكية الصناعية، المتجر والعقود الواردة عليه، ج1، ط2، دار النهضة العربية، بيروت، 1967.
- 15- السعيد محمد الأزمازي عبد الله، السند التنفيذي في قانون المرافعات - دراسة تأصيلية مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، المكتب الجامعي الحديث، د ب ن، 2008.
- 16- السيد محمد السيد عمران، التأمينات الشخصية والعينية، د د ن، د ب ن، 2010-2011.
- 17- القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 18- المعتمد بالله الغرياني، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2006.

- 19- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، عقد البيع- دراسة مقارنة، ج8، دار الوليد، د ب ن، 1995.
- 20- أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 21- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- 22- -----، الوسيط في القانون المدني، الإيجار، العارية، المقاولة، التزام المرافق العامة، الوكالة، الوديعة، الحراسة، المقامرة والرهان المترتب مدى الحياة، التأمين، الكفالة، ج4، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، 2001.
- 23- -----، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- 24- أنور طلبه، الوسيط في القانون المدني، ج3، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، 2001.
- 25- -----، الوسيط في القانون المدني، ج4، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، 2001.
- 26- -----، الوسيط في القانون المدني، ج6، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، 2001.
- 27- -----، عقد الإيجار، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1998.
- 28- بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، مطبعة المنار، سطيف، 2011.
- 29- بيان يوسف رجب، دور الحياة في الرهن الحيازي، دراسة موازية بين التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الثقافة، عمان، 2010.
- 30- توفيق حسن فرج ومصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- 31- توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، الدر الجامعية، د ب ن، 1988.
- 32- -----، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 33- جاك ميتر وعمانوئيل بوتمان ومارك بيو- بإشراف جاك غستان - ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2006.
- 34- جمال الدين عوض، عمليات البنوك من وجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.
- 35- جمعة السمحان الهلباوي، الأهلية وعواضها والولاية العامة والخاصة وأثرهما في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 1993.
- 36- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- 37- جنادي جيلالي، عقد الإيجار التجاري وتجديده فقها وقضاء في القانون التجاري الجزائري، مطبعة الثقة، د ب ن، 2009.
- 38- حسام الدين كامل الأهواني، عقد الإيجار في القانون المدني وفي قوانين إيجار الأماكن، ط6، د د ن، د ب ن، 2007.
- 39- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

- 40- خميس الخضر، عقد الإيجار في التقنين المدني والتشريعات الخاصة، مكتبة القاهرة الحديثة، د ب ن، 1973.
- 41- راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 42- رأفت محمد حماد ومحمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزامات، ج2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1997.
- 43- رزق الله العربي بن مهدي، الوجيز في القانون التجاري الجزائري، 1998.
- 44- رضا محمد عبد السلام عيسى، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني- دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 45- رمضان أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- 46- رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- 47- -----، العقود المسماة، عقد الإيجار، الأحكام العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- 48- -----، العقود المسماة، عقد الإيجار، د د ن، د ب ن، 1992.
- 49- -----، العقود المسماة، عقد الإيجار، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 50- -----، الوجيز في التأمينات العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- 51- -----، الوجيز في التأمينات العينية الأصلية، مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
- 52- رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
- 53- -----، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 54- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 55- زكي زكي الشعراوي، الوجيز في القانون التجاري، الشركات التجارية، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.
- 56- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، إيجار الأشياء، عقد الإيجار، ج9، د د ن، د ب ن، د س ن.
- 57- سامي عبد الباقي أبو صالح، قانون الأعمال، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003-2004.
- 58- -----، قانون الأعمال، مقدمة، النظرية العامة للشركات، شركات الأشخاص وفقا لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.
- 59- سعد عبد السلام، الوجيز في العقود المسماة، البيع، الإيجار، مطبعة حمادة الحديثة، قويسنا، 1992.
- 60- سعيد أحمد شعلة، قضاء النقص في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

- 61- -----، قضاء النقض في امتداد عقد الإيجار، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 62- سعيد جبر، عقد الإيجار، الأحكام العامة، النسر الذهبي للطباعة، د ب ن، 2000.
- 63- سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في قانون الإثبات، د د ن، 1996.
- 64- -----، الوسيط في قانون إيجار الأماكن طبقاً لأحدث التعديلات الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.
- 65- سعيد يوسف البستاني وعلي شعلال عوضة، الوافي في أساسيات قانون التجارة والتجار، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
- 66- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية، في الحقوق العينية والتبعية، القسم الأول، حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص، ط3، المنشورات الحقوقية، مصر، 1995.
- 67- -----، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، عقد الإيجار، ط4، دار الكتب القانونية، مصر، د س ن.
- 68- سليمان مرقس، شرح عقد البيع، ط4، عالم الكتاب، القاهرة، 1980.
- 69- سميحة القليوبي، المحل التجاري، البيع والرهن بالجدك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- 70- -----، المحل التجاري، بيع المحل التجاري، رهنه، تأجير استغلاله، ط4، دار النهضة العربية، 2000.
- 71- سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
- 72- -----، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
- 73- -----، النظرية العامة في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
- 74- -----، عقد الإيجار، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997-1998.
- 75- سمير فرنان ونوري جمو، الموسوعة العلمية في العلامات الفارقة التجارية والمؤشرات الجغرافية والرسوم والنماذج الصناعية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- 76- شهير منتصر، مشكلات الأجرة في قانون إيجار الأماكن، القواعد الموضوعية لتحديد الأجرة، عناصر الأجرة القانونية، مشكلات استيفاء الجرة والوفاء بها، د د ن، د ب ن، 1982.
- 77- شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 78- صفاء محمود السولمييين وتالا سعو الشوا، التشريعات التجارية وتشريعات الأعمال، دار وائل، عمان، 2005.
- 79- صلاح زين الدين، شرح التشريعات الصناعية والتجارية، دار الثقافة، عمان، 2005.
- 80- صهيب عبد الله بشير الشخانة، الضمانات العينية، الرهن، ومدى مشروعيتها استثمارها في المصارف الإسلامية، دار النفائس، عمان، 2011.
- 81- طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع- دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي، ج1، دار الحامد، عمان، 2010.

- 82- عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني- دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2008.
- 83- عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ط2، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1999.
- 84- عباس حلمي، القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.
- 85- عبد الحكيم فودة، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط2، دار الفكر والقانون، المنصورة، 1999.
- 86- عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002.
- 87- عبد الحميد فهم الطنبولي، التصرف في حق الإيجار- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، د س ن، 2005.
- 88- عبد المجيد زعلاني، موسوعة القانون الجزائري، دار بيرتي للنشر، الجزائر، 2009.
- 89- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية، الهيئة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 90- -----، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 91- -----، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية والعينية، ج10، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 92- -----، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 93- -----، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 94- -----، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، أوصاف، الحوالة، الانتضاء، ط3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 95- -----، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، حق الانتفاع والارتفاق، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 96- -----، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 97- -----، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، حق الانتفاع والارتفاق، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 98- -----، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

- 99- -----، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المقابلة والوكالة والوديعة والحراسة، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 100- -----، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 101- عبد الرزاق جاجان وعبد القادر برغل وعمر فارس، مدخل إلى القانون التجاري، منشورات جامعة حلب، د ب ن، 2008.
- 102- عبد القادر البقيرات، مبادئ القانون التجاري، ط2، الأعمال التجارية، نظرية التاجر، المحل التجاري، الشركات التجارية، ديوان المطبوعات الجزائرية، د ب ن، 2012.
- 103- عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، ط6، دار الثقافة، عمان، 2001.
- 104- عبد الله حسين الخشروم، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، دار وائل، الأردن، 2005.
- 105- عبد الله محمد ربابعة، الوصاية في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية قانونية مقارنة، دار النفائس، الأردن، 2009.
- 106- عجلة الجبالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ج2، بيرتي للنشر، الجزائر، 2009.
- 107- عدلي أمير خالد، الإرشادات العملية في إجراءات المرافعات والإثبات في كافة الدعاوى المدنية في ضوء ملاحظات التنقيح القضائي والتعديل الحديث في قانون المرافعات والإثبات والمستحدث من أحكام النقض والمحكمة الدستورية العليا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- 108- عدنان طه الدوري، أحكام الالتزام والإثبات في القانون الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة، د ب ن، 1995.
- 109- عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، أحكام الإفلاس والصلح الواقي - دراسة مقارنة، ج3، دار الثقافة، عمان، 2008.
- 110- عصام أنور سليم، أسس الثقافة القانونية للتجارين، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن.
- 111- عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري - دراسة مقارنة، ج3، ط2، مكتبة زيد الحقوقية والأدبية، بيروت، 2011.
- 112- عقيل فاضل حمد الدهان، تبعية التأمينات للالتزام الأصلي في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
- 113- علي البارودي، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 114- علي بن غانم، الوجيز في القانون التجاري وقانون الأعمال، موفم للنشر، الجزائر، 2002.
- 115- علي حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، د س ن.
- 116- علي فارس فارس، سلطات وموجبات الوكيل وانتهاء وكالته في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- 117- علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008.

- 118- -----، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.
- 119- علي نجيدة، الوجيز في عقد البيع، د د ن، د ب ن، 2000-2001.
- 120- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية، حق الملكية، الحقوق المنقرعة عن حق الملكية- دراسة موازنة، ط9، دار الثقافة، الأردن، 2012.
- 121- عمار عمورة، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، د س ن.
- 122- -----، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009.
- 123- فاروق أحمد زاهر، القانون التجاري المصري، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 124- فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 125- -----، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، د ب ن، 2006-2007.
- 126- فتحي عبد الرحيم عبد الله، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- 127- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الأول، دار الخلدونية، الجزائر، 2001.
- 128- فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج1، مكتبة دار الثقافة، عمان، 2002.
- 129- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص وفقا لأحدث التعديلات، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- 130- فيصل سعيد الغريب، التوقيع الإلكتروني، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2005.
- 131- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الوديعة في التشريع المصري والمقارن مدنيا وجنائيا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- 132- كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 133- مجيد مخلوفي، الإيجار المدني في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 134- محمد أحمد عابدين، التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن في ضوء القانون 4 لسنة 1996 والقوانين الاستثنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د س ن.
- 135- محمد أحمد عابدين، قوة الورقة الرسمية والعرفية في الإثبات وطرق الطعن عليها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- 136- محمد الأمير يوسف، دروس في القانون التجاري، ج1، دار النصر، د ب ن، 1994.
- 137- محمد السيد الفقي، القانون التجاري، الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
- 138- محمد السيد الفقي، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 139- -----، القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- 140- محمد السيد عمران، شرح أحكام إيجار الأماكن في القانون المصري وفق آخر التعديلات وفي ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا، د د ن، د ب ن، 2013.

- 141- محمد المنجي، الامتداد القانوني لعقد الإيجار في المساكن والمحلات التجارية والأراضي الزراعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989.
- 142- محمد المنجي، موسوعة الإسكان العملية، تحديد الأجرة وملحقاتها في الأماكن السكنية وغير السكنية في القانون 96/4 وفي الأماكن غير السكنية وزيادتها في القانونين 9/6 و2001/14، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- 143- محمد أنور حمادة، التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001.
- 144- محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع، التأمين (الضمان)، الإيجار- دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.
- 145- محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
- 146- -----، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 147- -----، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 148- محمد حسين قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- 149- محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2000.
- 150- -----، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
- 151- -----، قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 152- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، 1999.
- 153- -----، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 154- محمد صالح، شرح القانون التجاري المصري، الأعمال التجارية، التاجر، الشركات، البورصات، العقود التجارية، ج1، ط2، مطبعة الاعتماد، مصر، 1930.
- 155- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الكتاب الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2003.
- 156- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينية، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 157- -----، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، ج1، ط4، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 158- محمد عبد التواب بهجت، أحكام العلاقات الإيجارية في القانون المصري، مكتبة النصر، الزقازيق، 2001.
- 159- محمد علي عمران، شرح أحكام عقد البيع في القانون الليبي، المكتبة الوطنية، ليبيا، د س ن.
- 160- محمد فتح الله، أحكام وقواعد عبء الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000.
- 161- محمد فريد العريني وجلال وفاء محمدين ومحمد السيد الفقي، مبادئ القانون التجاري، دراسة في الأدوات القانونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 1998.

- 162- محمد فريد العريني وجمال وفاء محمدين، القانون التجاري، الأعمال التجارية، التجاري، المحل التجاري، ج1، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998.
- 163- محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- 164- محمد فهمي الجوهري، القانون التجاري، الشركات التجارية، ج2، دار أبو المجد، د ب ن، د س ن.
- 165- -----، القانون التجاري، دون دار النشر، د ب ن، 2007.
- 166- محمد لبيب شنب، شرح أحكام الإيجار وفقا للمجموعة المدنية والتشريعات الخاصة، ط2، المطبعة العالمية، القاهرة، 1960.
- 167- محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني، ط2، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 2001.
- 168- -----، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية التبعية، مكتبة الثقافة، عمان، 1995.
- 169- -----، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، ج2، مكتبة دار الثقافة، 2001.
- 170- محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002.
- 171- محمود ابراهيم الوالي، حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.
- 172- محمود الكيلاني، موسوعة القضاء المدني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، دار الثقافة، عمان، 2010.
- 173- محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، ج2، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 174- محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في عقد الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- 175- محمود عبد الرحمن محمد، الوسيط في شرح أحكام عقد الإيجار، القواعد العامة، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 176- محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، د ب ن، 1993.
- 177- محي الدين اسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية، ط2، النسر الذهبي للطباعة، د ب ن، د س ن.
- 178- محي الدين اسماعيل علم الدين، العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشريعة الإسلامية والقوانين العربية، ط2، النسر الذهبي، د ب ن، د س ن.
- 179- مراد منير فهم، القانون التجاري، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982.
- 180- مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000.

- 181- مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ج1، ط4، منشورا الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
- 182- مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق، أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.
- 183- -----، أصول القانون التجاري، دار الفكر العربي، 2006.
- 184- مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 185- -----، أصول الإفلاس، ط2، د د ن، د ب ن، 1957.
- 186- -----، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1997.
- 187- -----، القانون التجاري، الدار الجامعية، بيروت، 1982.
- 188- -----، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 189- معوض عبد التواب، صيغ العقود والدعاوى التجارية، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- 190- مفلح القضاة، الإثبات في المزداد المدنية والتجارية طبقا لقانون الإثبات الإتحادي رقم 10 لسنة 1992 لدولة الإمارات العربية المتحدة- دراسة مقارنة، مطبعة بن دسمال، السعودية، 1992.
- 191- مقدم مبروك، المحل التجاري، ط4، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 192- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، أحكام الالتزام، ج2، دار الثقافة، عمان، 1997.
- 193- منير قزمان، الوكالة التجارية في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- 194- نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، دار هومة، الجزائر، 2004.
- 195- -----، القانون التجاري الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 196- -----، النظام القانوني للمحل التجاري، ج1 و2، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 197- نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
- 198- نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005.
- 199- -----، الحقوق العينية الأصلية- أحكامها ومصادرها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- 200- -----، العقود المسماة، الإيجار المدني في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003.
- 201- نبيل إسماعيل عمر، أصول التنفيذ الجبري في القانون اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- 202- نبيلة أرسلان، القيود التشريعية على حرية التأجير والاستئجار في ضوء أحكام القضاء والفقه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- 203- ندين محمد مشوشي، حق الانتفاع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

- 204- نسرين شريقي، سلسلة مباحث في القانون، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، دار بلقيس، الجزائر، 2013.
- 205- هاني دويدار، مبادئ القانون التجاري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1997.
- 206- هلال شعوة، الوجيز في عقد الإيجار في القانون المدني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 207- همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- 208- -----، الوجيز في الإثبات المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
- 209- ياملكي أكرم، القانون التجاري الأردني، دراسة مقارنة، ج1، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1998.

### ثانيا- قائمة الأطروحات والمذكرات:

#### أ- أطروحات الدكتوراه:

- 1- أحمد علي خليف العويدي، التزام المؤجر بالضمان في القانونين المصري والأردني، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.
- 2- أمين بوشعبة، حماية ملكية واستعمال العلامات التجارية المشهورة- دراسة مقارنة في ضوء القوانين الجزائرية والقوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
- 3- بلخير هند، تعويض الاستحقاق- دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013/2014.
- 4- حساين سامية، حق الإيجار في القانون التجاري الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص39.
- 5- حسن محمد عبد الرحمن يوسف، الاتجاهات الحديثة في عقد الإيجار وانعكاساتها على الأبعاد الاجتماعية والاقتصادية، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 1952.
- 6- حمادوش أنسية، المركز القانوني للاتصال بالعملاء كعنصر جوهري في القاعدة التجاري- دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 7- حمدي محمد مصطفى حسن، رهن المحل التجاري بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة الزقازق، 2003.
- 8- راشدي سعيدة، العلامات في القانون الجزائري الجديد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

- 9- سلماني الفوضيل، الإفلاس في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.
- 10- عبد الحميد الوتيدي، مسؤولية المرتهن التجاري بين الشريعة والقانون- بحث مقارن، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1980.
- 11- محمد إبراهيم علي شهبك، طبيعة حق المستأجر وأثره في النزول عن الإيجار والإيجار من الباطن- دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2005.
- 12- نادى أحمد الطيب محمد، سقوط الحق في ضمان العيوب الخفية في عقود المعاوضات المالية في القانون المدني المصري مقارنا بالشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2003.

#### ب- مذكرات الماجستير:

- 1- بوراس لطيفة، تأجير استغلال المحل التجاري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، الجزائر، 2008/2007.
- 2- منصوري محمد العروسي، نظام الرهن العقاري في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013/2012.
- 3- شروانة علي، الإيجار التجاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة منتوري بقسنطينة، 2012/2011.
- 4- زروقي خديجة، التزامات المستأجر في إيجار العقارات والمنقولات، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة وهران، 2013/2012.
- 5- هوام علاوة، الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة العقيد الحاج لخضر بباتنة، 2008/2007.
- 6- جامع رضوان، أحكام رهن المحل التجاري في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2002/2001.
- 7- طراد اسماعيل، النظام القانوني لعقد تأجير تسيير المحل التجاري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007.
- 8- عياد حكيم، المركز القانوني للهيئة المكلفة بالسجل التجاري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.
- 9- قوق أم الخير، أحكام بيع المحل التجاري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2006/2005.

- 10- كركادن فريد، أحكام الرهن الحيازي للمحل التجاري في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2012.
- 11- محمد أحمد حسن خلف الله، الاستثناء وأثره على عقدي البيع والإيجار في القانون المدني المقارن، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة.
- 12- مسلم الطاهر، عقد الفرنشايز في العلاقات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2012.
- 13- مشيد سليمة، النظام القانوني للاستثمار في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004/2003.

### ثالثا: المقالات والملتقيات:

#### أ- المقالات:

- 1- المواجدة مراد والعمران محمد، الحماية الاتفاقية للمحل التجاري، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد 7، ع21-2015.
- 2- مقفولجي عبد العزيز، أهم العقود الواردة على المحل التجاري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة لونيبي علي بالبليدة 2، المجلد 6، ع2-2017.
- 3- ولد بوخيطن عبد القادر، الحق في الإيجار كعنصر من عناصر المحل التجاري: محاولة لاستدراك الخلط في بعض المفاهيم، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بتييزي وزو، المجلد 2، ع2-2016.
- 4- تومي مريم، رهن العقار الشائع في التشريع الجزائري، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار بعنابة، المجلد 20، ع2-2014.
- 5- تمرانت ريمة، انقضاء الرهن الحيازي عن طريق التنفيذ الحبري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور بخنشلة، المجلد 4، ع2-2017.
- 6- كلو هشام، عقد الإيجار التجاري طبقا للقانون رقم 02/05 المعدل والمتمم للقانون التجاري، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، المجلد 32، ع1-2018.
- 7- سيار عزالدين، التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة وفقا للقانون 05/07 المعدل والمتمم للقانون المدني، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، المجلد 2، ع1-2016.
- 8- سيار عزالدين وحساين سامية، التعرض الموجب للضمان في عقد الإيجار - دراسة مقارنة على ضوء القانون رقم 05/07 المعدل والمتمم للقانون المدني، جامعة محمد خيضر بيسكرة، المجلد 13، ع1-2018.
- 9- لبيض ليلي، الضمان في التنازل عن الإيجار في القانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 7، ع1-2014.

- 10- رجواني كمال، مستجدات القانون المدني الفرنسي « قراءة في مرسوم 10 فبراير 2016 المعدل لقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات»، ص6. تاريخ الاطلاع 2018/02/15 على الساعة 10:15 [www.9anonak.blogspot.com](http://www.9anonak.blogspot.com)
- 11- بوشكيوة عبد الحكيم، الرهن الرسمي كضمان من ضمانات القروض، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 2، ع2-2009.
- 12- بن عودة ناجية وقماري نضرة، المدة في عقد الإيجار وفق آخر التعديلات في التشريع الجزائري، مجلة الحوار المتوسطي، جامعة الجبيلي اليايس بسيدي بلعباس، المجلد 9، ع1-2018.
- 13- داود منصور، الشكلية كآلية لتحقيق الحماية القانونية للمحل التجاري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 3، ع4-2015.
- 14- عبد العزيز اللصامة، التزام المرتهن بحفظ المرهون حيازا وصيانته- دراسة مقارنة، مجلة الدليل الالكتروني للقانون العربي، ص12 وما بعدها. تاريخ الاطلاع 2017/01/05 على الساعة 11:30. [www.arablawnfo.com](http://www.arablawnfo.com)
- 15- عودة ناجية وقماري نضرة، المدة في عقد الإيجار وفق آخر التعديلات في التشريع الجزائري، مجلة الحوار المتوسطي، جامعة مستغانم، المجلد 9، ع1-2018.
- 16- كركادن فريد، ضمانات الدائن المرتهن في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 13، ع1-2016.
- 17- -----، الاتصال بالعملاء عنصر في المحل التجاري- دراسة مقارنة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 17، ع1-2018.
- 18- مسلم الطاهر، الشكلية في عقد الفرنشيز في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 10، ع3-2017.

#### ب- المداخلات:

- كركادن فريد، حقوق الملكية الصناعية كعنصر من عناصر المحل التجاري- العلامة كنموذج، أعمال الملتقى الوطني حول الملكية الفكرية بين مقتضيات العولمة وتحديات التنمية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، يومي 28 و29 أبريل 2013.

## رابعاً: النصوص القانونية

### \* النصوص القانونية الجزائرية

#### أ- الدستور

المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن الدستور، ج ر ج ج، ع76 الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، المعدل بموجب القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر ج ج، ع14 الصادر بتاريخ 07 مارس 2016.

#### ب- الاتفاقيات الدولية

- الأمر رقم 48/66 المؤرخ في 25 فيفري 1966، يتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المؤرخة في 20 مارس 1883 والمعدلة، ج ر ج ج، ع16 الصادر بتاريخ 25 فيفري 1966.

#### ج- النصوص التشريعية

- 1- الأمر رقم 86/66 المؤرخ في 1966/04/28، يتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية، ج ر ج ج، ع35 الصادر بتاريخ 03 ماي 1966.
- 2- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج، ع49 الصادر بتاريخ 11 جوان 1966، معدل ومتمم.
- 3- الأمر 02/75 المؤرخ في 1975/01/09، المتضمن المصادقة على اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883، ج ر ج ج، ع10 الصادر بتاريخ 04 فيفري 1975.
- 4- الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، ع78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
- 5- الأمر رقم 59/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، ع101 الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.
- 6- الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر ج ج، ع92 الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1975.
- 7- القانون 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر ج ج، ع2 الصادر بتاريخ 13 جانفي 1988.
- 8- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990 يتعلق بعلاقات العمل، ج ر ج ج، ع17 الصادر بتاريخ 25 أبريل 1990، ومعدل ومتمم.

- 9- القانون رقم 22/90 المؤرخ في 18 أوت 1990، يتعلق بالسجل التجاري، ج ر ج ج، ع36 الصادر بتاريخ 31 أوت 1990، المتمم بموجب القانون رقم 14/91 المؤرخ في 14 سبتمبر 1991، ج ر ج ج، ع43 الصادر بتاريخ 18 سبتمبر 1991.
- 10- الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالتأمينات، ج ر ج ج، ع13 الصادر بتاريخ 8 مارس 1995.
- 11- الأمر رقم 02/96 المؤرخ في 10 جانفي 1996، يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة، ج ر ج ج، ع3 الصادر بتاريخ 14 جانفي 1996.
- 12- الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر ج ج، ع44 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2003.
- 13- الأمر 06/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالعلامات، ج ر ج ج، ع44 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2003.
- 14- الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق ببراءات الاختراع، ج ر ج ج، ع44 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2003.
- 15- الأمر 08/03 المؤرخ في 19/07/2003، يتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة، ج ر ج ج، ع44 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2003.
- 16- الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر ج ج، ع52 الصادر بتاريخ 27 أوت 2003، معدل ومتمم.
- 17- القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ج ج، ع41 الصادر بتاريخ 27 جوان 2004، معدل ومتمم.
- 18- القانون رقم 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر ج ج، ع41، الصادر بتاريخ 18 أوت 2004، معدل ومتمم.
- 19- القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن مهنة التوثيق، ج ر ج ج، ع14 الصادر بتاريخ 08 مارس 2006.
- 20- القانون رقم 03/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر ج ج، ع14 الصادر بتاريخ 08 مارس 2006.
- 21- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، ع21، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

#### د- النصوص التنظيمية

- 1- المرسوم رقم 62 /73 المؤرخ في 21 نوفمبر 1973، يتضمن إحداث المعهد الوطني الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية، ج ر ج ج، ع95، الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1973.

- 2- المرسوم رقم 188/73 المؤرخ في 21 نوفمبر 1973، يتضمن تبديل تسمية المكتب الوطني للملكية الصناعية بالمركز الوطني للسجل التجاري، ج ر ج ج، ع95 الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1973.
- 3- المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر ج ج، ع30 الصادر بتاريخ 13 أبريل 1976.
- 4- المرسوم رقم 249/86 المؤرخ في 30 سبتمبر 1986، يحول إلى المركز الوطني للسجل التجاري الهياكل والوسائل والأملك والأعمال والمستخدمين الذين كان يحوزهم أو يسيرهم المعهد الجزائري للتوحيد الصناعي والملكية الصناعية فيما يخص علامات الطرز والرسوم والنماذج والتسميات الأصلية، ج ر ج ج، ع40 الصادر بتاريخ 01 أكتوبر 1986.
- 5- المرسوم التنفيذي رقم 240/90 المؤرخ في 04 أوت 1990، يحدد شروط صناعة الأدوية البيطرية وبيعها ورقابتها، ج ر ج ج، ع33 الصادر بتاريخ 08 أوت 1990.
- 6- المرسوم التنفيذي رقم 192/91 المؤرخ في 01 جوان 1991، يتعلق بمخابر تحليل النوعية، ج ر ج ج، ع2 الصادر بتاريخ 02 جوان 1991.
- 7- المرسوم التنفيذي رقم 68/92 المؤرخ في 18 فيفري 1992، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري وتنظيمه، ج ر ج ج، ع14 الصادر بتاريخ 22 فيفري 1992، معدل ومتمم.
- 8- المرسوم التنفيذي رقم 69/92 المؤرخ في 18 فيفري 1992، يتضمن القانون الأساسي الخاص بمأموري المركز الوطني للسجل التجاري، ج ر ج ج، ع14 الصادر بتاريخ 22 فيفري 1992، معدل ومتمم.
- 9- المرسوم التنفيذي رقم 70/92 المؤرخ في 18/02/1992، يتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية، ج ر ج ج، ع14 الصادر بتاريخ 23 فيفري 1992.
- 10- المرسوم التنفيذي رقم 93/94 المؤرخ في 05 مارس 1994، يحدد شروط ممارسة مهنة الوكيل المعتمد لدى
- 11- الجمارك وكفياته، ج ر ج ج، ع13، الصادر بتاريخ 09 مارس 1994.
- 12- المرسوم التنفيذي رقم 231/94 المؤرخ في 27 جويلية 1994، يحدد شروط ممارسة مهنتي وسيط الشحن ووكيل نقل البضائع وكفياتهما، ج ر ج ج، ع50 الصادر بتاريخ 03 أوت 1994.
- 13- المرسوم التنفيذي رقم 281/94 المؤرخ في 17/09/1994، المتعلق بممارسات الأنشطة التجارية والحرفية والمهنية غير القارة، ج ر ج ج، ع59 الصادر بتاريخ 21 سبتمبر 1994.
- 14- المرسوم التنفيذي رقم 41/97 المؤرخ في 18 جانفي 1997، يتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، ج ر ج ج، ع5 الصادر بتاريخ 19 جانفي 1997، معدل ومتمم.
- 15- المرسوم التنفيذي رقم 90/97 المؤرخ في 17 مارس 1997، يضع المركز الوطني للسجل التجاري تحت إشراف وزير التجارة، ج ر ج ج، ع17 الصادر بتاريخ 26 مارس 1997.
- 16- المرسوم التنفيذي رقم 68/98 المؤرخ في 21/02/1992، يتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي، ج ر ج ج، ع11 الصادر بتاريخ 01 مارس 1998.

- 17- المرسوم التنفيذي رقم 109/98 المؤرخ في 04 أبريل 1998، يحدد كفاءات تحويل الصلاحيات المخولة لمكاتب الضبط وكتاب الضبط وأمناء كتاب الضبط في المحاكم والمتعلقة بمسك السجلات العمومية للبيع ورهون حيازة المحلات التجارية وإجراءات قيد الامتيازات المتصلة بها إلى المركز الوطني للسجل التجاري ومأموري المركز الوطني للسجل التجاري، ج ر ج ج، ع20 الصادر بتاريخ 05 أبريل 1998.
- 18- المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 23 أبريل 2001، الذي شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع الإيجار وكفاءات ذلك، ج ر ج ج، ع25 الصادر بتاريخ 29/04/2001.
- 19- القرار المؤرخ في 14 أبريل 2004، يحدد التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات التجارية والإعلانات القانونية، ج ر ج ج، ع34 الصادر بتاريخ 30 ماي 2004. ( ملغى )
- 20- القرار المؤرخ في 14 أبريل 2004، يحدد التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات العمومية للبيع ورهون حيازة المحلات التجارية وأدوات ومعدات التجهيز، ج ر ج ج، ع35 الصادر بتاريخ 01 جوان 2004.
- 21- المرسوم التنفيذي رقم 275/05 المؤرخ في 2 أوت 2005، يحدد كفاءات إيداع براءات الاختراع وإصدارها، ج ر ج ج، ع54 الصادر بتاريخ 07 أوت 2005.
- 22- المرسوم التنفيذي رقم 276/05 المؤرخ في 2 أوت 2005، يحدد كفاءات إيداع التصاميم الشكلية للدوائر المتكاملة وتسجيلها، ج ر ج ج، ع54 الصادر بتاريخ 07 أوت 2005.
- 23- المرسوم التنفيذي رقم 277/05 المؤرخ في 2 أوت 2005، يحدد كفاءات إيداع العلامات وتسجيلها، ج ر ج ج، ع54 الصادر بتاريخ 07 أوت 2005.
- 24- المرسوم التنفيذي رقم 111/15 المؤرخ في 03 ماي 2015، يحدد كفاءات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري، ج ر ج ج، ع24 الصادر بتاريخ 13 ماي 2015.
- 25- المرسوم التنفيذي رقم 136-16 المؤرخ في 25 أبريل 2016، يحدد كفاءات ومصاريف إدراج الإشهارات القانونية في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، ج ر ج ج، ع27 الصادر بتاريخ 4 ماي 2016.
- 26- القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2016، يحدد التعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات التجارية والإعلانات القانونية، ج ر ج ج، ع01 الصادر بتاريخ 04 جانفي 2017.

#### هـ- قرارات المحكمة العليا

- 1- قرار المحكمة العليا رقم 33120 المؤرخ في 06/10/1984، المجلة القضائية ع1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، الجزائر، 1989.
- 2- قرار المحكمة العليا رقم 43098 مؤرخ في 12/04/1987، المجلة القضائية ع4، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، سنة 1990.
- 3- القرار المحكمة العليا رقم 44808 المؤرخ في 23/03/1988، المجلة القضائية ع3، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، سنة 1990.

- 4- قرار المحكمة العليا رقم 49339 المؤرخ في 14/11/1990، المجلة القضائية ع4، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، سنة 1990.
- 5- القرار المحكمة العليا رقم 139123 المؤرخ في 09/07/1991، المجلة القضائية ع4، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، سنة 1991.
- 6- قرار المحكمة العليا رقم 119122 المؤرخ في 21/03/1994، المجلة القضائية ع3، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، سنة 1994.
- 7- القرار المحكمة العليا رقم 154760 المؤرخ في 17/04/1996، المجلة القضائية ع1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، سنة 1996.
- 8- نشرة القضاة، عدد54، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، الجزائر، 1999.

#### \* القوانين الأجنبية:

- 1- القانون التجاري الفرنسي.
- 2- القانون المدني الفرنسي.
- 3- قانون العمل الفرنسي.
- 4- القانون المصري رقم 11 المؤرخ في 07/03/1940، يتعلق ببيع المحل التجاري ورهنه، ج ر ع24.
- 5- القانون المدني السوري.

#### II- باللغة الفرنسية:

#### A- Ouvrages:

- 1- ALBIGES Cristophe et DUMONT- LEFREND Marie- Pierre, Droit des sûretés, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2011.
- 2- ALFANDARI Elie, Droit des affaires, Litec, Paris, 1993.
- 3- AUTAJON- Chatain Lise, La notion de fonds en droit privé, Litec, France, 2006.
- 4- AZEMA Gérard, La gérance du fonds de commerce, Delmas, Paris, 1993.
- 5- BARRET Olivier, Les contrats portant sur le fonds de commerce, L.G.D.J, Paris, 2001.
- 6- BERT Daniel et BLANCKEEL Frederic, Cours de droit commercial et des affaires, 3<sup>ème</sup> éd, Galino, France, 2017/2018.
- 7- BLAISE Jean- Bernard et DESGORCES Richard, Droit des affaires, commerçants, concurrence, distribution, 8<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J, France, 2015.
- 8- BOURASSIN Manuella et BRÉMOND Vincent et JOBARD- BACHELLIER Marie- Noëlle, Droit des sûretés, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2016.
- 9- BUSSY Jack ( préface de yves chaput), droit des affaires, presses de la sciences po et dalloz, Paris, 1998.
- 10- BUSSY Jack, Droit des affaires, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2004.

- 11- CASELLI Claudine alexandre et autres, s/d CHAPUT Yves, Le droit des affaires, La clientèle appropriée, Fonds de commerce, Fonds civil, Franchise et commerce électronique, Litec, Paris, 2003.
- 12- CASELLI Claudine alexandre et autres, s/d CHAPUT Yves, Le droit des affaires, La clientèle et la concurrence, Approche juridique du marché, Litec, Paris, Sans année d' édition.
- 13- CASTRO Raymond, Fonds de commerce, Vente et gérance libre, Sirey, Toulouse, 1967.
- 14- -----, Fonds de commerce, vente, nantissement, apport en société, gérance, Sirey, Paris, 1960.
- 15- CENDRIER Gaston, Le fonds de comcece, Traité général théorique et pratique avec formulaire, Librairie Dalloz, Paris, 1930.
- 16- CHAMOULAND- TRAPIERS Annie, Droit des affaires, 2<sup>ème</sup> éd., Bréal édition, 2007.
- 17- DECOCQ George, Droit commercial, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2009.
- 18- DECOCQ Georges et Ballot- LENA Aurélie, Droit commercial, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2017.
- 19- -----, Droit commercial, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Italy, 2015.
- 20- DEKEUWER- DÉFOSSEZ Françoise et BLARY- KLÉMENT Édith, Droit commercial, 11<sup>ème</sup> éd., LGDJ, France, 2015.
- 21- DELEBECQUE Philippe et GERMAIN Michel, Droit commercial, Effets de commerce, Banque, Contrats Commerciaux, Procédures collectives, tome 2, 17<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J, Paris, 2004.
- 22- DELPECH Xavier, Fonds de commerce, Achat- Vente, Exploitation, Gérance, Evaluation- Eirl, 18<sup>ème</sup> éd., Delmas, Paris, 2011/2012.
- 23- DENIZOT Aude, L' Universalité de fait, Préface de Rémy LIBACHABER, L.G.D.J., Paris, 2008.
- 24- DERRUPPE Jean, Le fonds de commerce, Dalloz, Paris, 1994.
- 25- DIDIER Paul et DIDIER Philippe, Droit commercial, Tome1, Introduction générale, L' entreprise commercial, Dirigé par MOLFESSIS Nicolas, Economica, Paris, 2005.
- 26- DIDIER Paul, Doit commercial, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, france, 2001.
- 27- -----, Doit commercial, Tome 1, 3<sup>ème</sup> éd., Puf, Paris, 1992.
- 28- DISSEAUX Nicolas, Le fonds de l' entreprise, Lexis Nexis, Paris, 2015.
- 29- FROMONT Michel, Droit allemand, Droit des biens et des obligations- Droit commercial et du travail, Montchrestien, Paris, 2001.
- 30- GIRON Patrice( sous la direction de MASCLET Jean-Claude), Droit commercial, 5<sup>ème</sup> éd., Foucher, France, 2010.
- 31- GOUACHE Jean- Baptiste et TOUCHAIS Martine Behar, Fonds de commerce, Ce qu' il faut savoir, Ed., Législatives, France, 2016.
- 32- GUYON Yves, Droit des affaires, Tome1, 12<sup>ème</sup> éd., Economica, Paris, 2003.
- 33- -----, Droit des affaires, Tome1, 9<sup>ème</sup> éd., Economica, Paris, 1996.
- 34- HOUIN Roger et RODIERE René et LEGEAIS Dominique, Droit commercial, tome1, 8<sup>ème</sup> éd., sirey, Paris, 1988.

- 35- HOUTCIEFF Dimitri, Droit commercial, Dalloz, Paris, 2005.
- 36- JEAN-LUC Aubert , Le contrat, Dalloz, Paris, 1996.
- 37- JULIEN Jérôme et MENDOZA- CAMINADE Alexandra, Droit commercial, L.G.D.J, France, 2015.
- 38- JULIEN Jérôme et MENDOZA- CAMINADE Alexandra, Droit commercial, 3<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J, France, 2017.
- 39- LARROUMET Christian et BROS Sarah, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat( À jour de la réforme du 10 février 2016), 8<sup>ème</sup> éd., Economica, Paris, 2016.
- 40- LARROUMET Cristian, Droit civil, Tome 3, 6<sup>ème</sup> éd., Delta, Paris, 2008.
- 41- LAURE Sini, Droit commercial et droit du crédit, 3<sup>ème</sup> éd., Dumod, Paris, 2005.
- 42- LE GALL Jean Pierre et RUELLAN Caroline, Droit commercial, Notions générales, 13<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2006.
- 43- -----, Droit commercial, Notions générales, 16<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2014.
- 44- -----, Droit commercial, Notions générales, 17<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2017.
- 45- LE GALLOU Cécile, Droit des sûretés et des entreprises en difficulté, 2<sup>ème</sup> éd., Larcier, Paris, 2015.
- 46- LEFEBVRE Francis, Fonds de commerce, Vente et location- gérance, 4<sup>ème</sup> édition, Ed., Francis Lefebvre, France, 2013.
- 47- LEGEAIS Dominique, Droit commercial et des affaires, 19<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2011.
- 48- -----, Droit commercial et des affaires, 21<sup>ème</sup> éd., Sirey, Paris, 2014.
- 49- -----, Droit commercial et des affaires, 22<sup>ème</sup> éd., Sirey, Paris, 2015.
- 50- LELOUP Jean- Marie, La franchise, 4<sup>ème</sup> éd., Delmas, Paris, 2004
- 51- LEMEUNIER F., Fonds de commerce, Achat et vente, exploitation, gerance, 17<sup>ème</sup> éd., Delmas, Paris, 2007.
- 52- -----, Fonds de commerce, Achat- vente, gérance, 12<sup>ème</sup> éd., Delmas, Paris, 1995.
- 53- MENJUCQ Michel, Droit des affaires, 4<sup>ème</sup> éd., Gualino éditeur, Paris, 2004.
- 54- MONTIER F. et FAUCON G.-H., avec la collaboration de: G.-F. MONTIER et G. FAUCON, De la vente et du nantissement des fonds de commerce, 4<sup>ème</sup> éd., Librairie ARTHUR ROUSSEAU, Paris, 1934.
- 55- MUBERANKIKO Gervais, La protection du locataire- gérant en droit OHADA, L' harmattan, Paris, 2013.
- 56- OUDOT Pascal, Droit des affaires, Galino éditeur, Paris, 2006.
- 57- PEDAMON Michel et KENFACK Hugues, Droit commercial, Commerçant, fonds de commerce, concurrence, contrats du commerce, 4<sup>ème</sup> Ed., Dalloz, Paris, 2015.
- 58- PEDAMON Michel, Droit commercial, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2000.
- 59- PETIT Bruno, Droit commercial, 6<sup>ème</sup> éd., Lexis Nexis, Paris, 2016.
- 60- PIEDELIEVRE Alain et PIEDELIEVRE Stéphane, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2001.

- 61- PIEDLIEVRE Stéphane, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, 5<sup>ème</sup> éd., dalloz, 2006.
- 62- -----, actes de commerces, commerçants, fonds de commerce, 6<sup>ème</sup> éd., dalloz, Paris, 2008.
- 63- POLLAUD- DULIAN Frédéric, Propriété intellectuelle, La propriété industrielle, Ed. Economica, Paris, 2011.
- 64- REIHARD Yves et PIERRE Sylvie Thomasset, Droit commercial, 7<sup>ème</sup> éd., Litec, Paris, 2008.
- 65- REINHARD Yves et CHAZAL Jean Pascal, Droit commercial, 6<sup>ème</sup> éd., Litek, Paris, 2001.
- 66- REINHARD Yves, Droit commercial, 3<sup>ème</sup> éd., Litek, Paris, 1993.
- 67- REYGROBELLET Arnaud et DENIZOT Christophe, Fonds de commerce, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, France, 2011.
- 68- REZEK Stéphane, Achat et vente de fonds de commerce, 6<sup>ème</sup> éd., Lexis Nexis, Paris, 2014.
- 69- RIPERT Georges et ROBLOT René, Traité de droit commercial, Droit fiscal des affaires, par CERLOOTEN Patrick, 5<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J, Paris, 1997.
- 70- SAYAG Alain et autres, Publicités légales et information dans les affaires, Litec, Paris, 1992.
- 71- SEUBE Jean- Baptiste, Droit des sûretés, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2014.
- 72- SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Droit civil, les sûretés, la publicité foncière, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2016.
- 73- VENCENT Joseph- Pascal, Les contrats de gérance des fonds de commerce, Enseignement et perfectionnement techniques, Paris, 1954.
- 74- WEISMANN M. et DEBLED Roger, Achat- vente et gérance d' un fonds de commerce, 6<sup>ème</sup> éd., J. Delmas et C<sup>ie</sup>, Paris, 1972.
- 75- WEISMANN M. et DEBLED Roger, Achat- vente et gérance d' un fonds fonds de commerce, 9<sup>ème</sup> éd., J. Delmas et C<sup>ie</sup>, Paris, 1982.
- 76- Xavier TESTU François, Contrat d' affaires, Dalloz, Paris, 2010.
- 77- ZOUAIMIA Rachid, Droit de la régulation économique, Berti, Alger, 2006.
- 78- BLONDEAU Agnès et AUDIAS Catherine, Fiches pratiques restructuration et droit social, Transfert des contrats de travail : Art .L. 122-12 al. 2 du Code du travail, CNAR, Février 2008.

## **B- THESESES:**

- 1- BRUN Pierre, Le fonds de commerce mis en gérance libre, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 1949.
- 2- BRUNOS Dubos, Essai sur la notion du fonds de commerce électronique, Thèse pour le doctorat, Université des sciences sociales de Toulouse, 2008.
- 3- CENDRE Paul, Etude juridique sur la gérance salariée des fonds de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 1930.
- 4- DELCROIX Gérard, Le principe de l' indivisibilité de la propriété et de la gérance d' une officine de pharmacie, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Lille, 1958.

- 5- DENIZOT Aude, l' Universalité de fait, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université Panthéon- Sorbonne- Paris 1, 2007.
- 6- FIALON Louis, Du nantissement de fonds de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Bordeaux, 1909.
- 7- GAUDIN François, La location- gérance du fonds de commerce selon la loi du 20 mars 1956, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 1958.
- 8- GRANGER Ch., Gérance et location des fonds de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 1929.[ L.G.D.J 1921].
- 9- LA HAYE R., Le registre du commerce, Son rôle en droit français- Son rôle possible de discrimination des commerçants et des non commerçants et d' organe de publicité légale en matière de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 1946.
- 10- LAROUDI M., La gérance libre du fonds de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 1952.
- 11- LE FLOCH Paul, Le fonds de commerce, Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Rennes, 1982,
- 12- LORDEREAU Henry, Vente et nantissement des fonds de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 1900.
- 13- LUCINIÈRE René De Cornulier, Le nantissement du fonds de commerce- Etude historique, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Nancy, 1910.
- 14- PELISSIER Anna, Possession et meubles incorporels, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Montpellier, Dalloz, 2001.
- 15- ROBINAULT Mourice, La location- gérance de fonds de commerce, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit, Université de Rennes, 1951.
- 16- ROURE M., De la gérance des fonds de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université d' Aix- Marseille, 1929.
- 17- RUFFELET Stanislas, Du nantissement des fonds de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de CAEN, Paris, 1902.
- 18- SALGADO Maria Beatriz, Nantissement et hypothèque: les garanties constituées sur le fonds de commerce dans législations Française et Espagnole, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit et de science politique de Sain Maur, Université de Paris XII- Val De Marne, 2000.
- 19- SARAZY R., Nantissement des fonds de commerce, Thèse pour le doctorat, Faculté de droit, Université de Bordeaux, 1903.
- 20- SARTY Jean, Du contrat de gérance libre de fonds de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 1945.
- 21- SEIDOWSKY Oswald, Le fonds de commerce numérique, Thèse pour le doctorat en droit privé, Faculté de droit, Université de panthéon- Assas( Paris II), 2006.
- 22- THUMERELLE Jean- Marie, La location- gérance dans le cadre des procédures collectives, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté d' économie et de sciences sociales, Université de Paris II, 1985.
- 23- VERDEIL Jacques, La location gérance de fons de commerce, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Paris, 1954.

**24-** VOUIN Victor, Des effets de l' inscription des privilèges, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit, Université de Bordeaux, 1908.

**25-** ZARKA Pierre, Responsabilité des bailleurs de fonds de commerce envers les créanciers de leur locataire, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit d' Aix, Université d' Aix- Marseille, 1942.

### **C- Articles:**

**1-** ABD EL HAFIZ Alaa, Le maintien de la distinction entre le titre et la finance sous le régime légal pour l' acquisition d' un fonds de commerce, RIDAI., n° 01, mai 2014.

**2-** ALLEAUME Christophe et MARTIN Delphine, Propriété intellectuelle, RJCom., 2016, n° 01, Croniques.

**3-** -----, Propriété intellectuelle, Obs. Sous Cass. Com. 06 sep. 2016, n° 14-15.286, RJCom., 2016, n° 06, Croniques.

**4-** -----, Propriété intellectuelle, RJCom., 2017, n° 06, Croniques.

**5-** BÉRAUD Roger, Trib. Civ. marseille, 23 mai 1952, JCP., G., 1953, 02, n° 7777. note.

**6-** BINCTIN Nicolas, Photographie et droit d' auteur, une relation sur le fond de« je t' aime, moi non plus», JCP., EA., 2008, n° 2130.

**7-** BOCCARA Bruno, Le fonds de commerce- La clientèle et la distribution intégrée, Gaz. Pal ( Doctr)., 1994, 2<sup>ème</sup> semestre.

**8-** BOULOC Bernard, Vente- transports et autres contrats commerciaux, RTD. Com., Chroniques, n° 02, 2015.

**9-** BRAULT Philippe- Hubert, Cass. Civ. 21 déc.2017, n° 16-24.817, Les revues LexisNexis, loyers et copr., mars 2018, n° 03, n° 66. Note.

**10-** -----, Recevabilité de la demande de résolution du contrat de bail pour défaut de paiement des loyers et charges à leur échéance, JCP., EA., 2017, n° 10, n° 1139.

**11-** BRIGNON Bastien, Vraies réformes pour le fonds de commerce ou simples réformattes?, suppression de la solidarité du loueur de fonds après publication du contrat de location- gérance, JCP., EA., 2017, n° 11, n° 1151.

**12-** CERATI- GAUTHIER Adeline, Locataire en liquidation judiciaire: cession et résiliation du bail, résiliation du bail commercial pour des causes postérieures au redressement judiciaire mais antérieures à la liquidation, JCP., 2018, n° 04, n° 1035.

**13-** CHAMPAUD Claude, Société générales, règles générales, immatriculation au R.C.S. Société commerciale- Effets créateurs de droits, RTD. Com., chroniques de législation et de jurisprudence françaises, n° 03, 1990.

**14-** COHEN Albert, Cass. Civ. 30 jan. 1952 et Bordeaux 08 juin 1953, JCP., G., 1954, 2, n° 8118.

**15-** CROCQ Pierre, sûreté et publicité foncière, cautionnement, RTD. Civ., Chroniques, n° 03, 2015.

**16-** DELPECH Xavier, Lieu d'inscription du nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement, Dalloz, actualité affaires, 14 juin 2017.

- 17-** DERRUPÉ Jean, Organisation générale du commerce, Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, 1981.
- 18-** -----, Organisation générale du commerce, Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, n° 02, 1993.
- 19-** -----, Organisation générale du commerce, Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, n° 01, 1994.
- 20-** -----, Organisation générale du commerce, Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, n° 04, 1997.
- 21-** -----, Organisation générale du commerce, Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, n° 02, 2000.
- 22-** -----, Organisation générale du commerce, Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, n° 03, 2000.
- 23-** -----, Organisation générale du commerce, Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, n° 52, 1999.
- 24-** GRUNDELER Guillaume, Civ. 31 mars 2016, n° 14-22.2016, D., 2016, n° 22.
- 25-** HEMARD Jean, Trib. Civ. Lille, 14 déc. 1949, JCP., G., 1950, 2, n° 5337. note.
- 26-** -----, Bordeaux, 18 oct. 1948, JCP., G., 1949, 2, n° 4706. Note.
- 27-** JAUFFRET Alfred, Actes de commerce et commerçants, Contrats portant sur le fonds de commerce, Nantissement( fonds en formation, possibilité de nantissement), RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, 1964.
- 28-** -----, Organisation générale du commerce, Actes de commerce et commerçants, fonds de commerce et beaux commerciaux, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, 1950.
- 29-** -----, Organisation générale du commerce, Actes de commerce et commerçants, fonds de commerce et beaux commerciaux, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, 1958.
- 30-** -----, Organisation générale du commerce, Actes de commerce, commerçants et fonds de commerce, RTD. Com., 1969, n° 06. Chroniques de législation et de jurisprudence françaises.
- 31-** KENDÉRIAN Fabien, organisation générale du commerce, baux commerciaux, RTD. Com., 2009, chroniques, n° 02.
- 32-** KENFACK Hugues, Bail commercial, date d'immatriculation et application du statut, JCP., E.A., 2015, n° 11, n° 1130.
- 33-** -----, Bail commercial, Local accessoire, JCP., EA., 2015, n° 11, n° 1130.
- 34-** LAMBERT Thierry, La marque: garantie de qualité, D., 2015, n° 36.
- 35-** LARRIEU Jacques, La guerre des étoiles contre la fraude à laguiole, D., affaires, 2018, n° 10, n° 1124.

- 36-** MEKKI Mustapha, Droit des contrats, D., 2016, n° 10.
- 37-** MESAL Rodolphe, Fonds de commerce de pharmacie et bien de communauté, Dalloz, actualité juridique. 20 déc. 2013. [https://www.dalloz-actualite.fr//flash/fonds-de-commerce-de-pharmacie-et-bien-de-communaute#results\\_box](https://www.dalloz-actualite.fr//flash/fonds-de-commerce-de-pharmacie-et-bien-de-communaute#results_box). 23/02/2018- 11H22.
- 38-** MESTRE Jacques et FAGES Bertrand, Dation en paiement: le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande, RTD. Civ., chroniques, n° 04, 2005.
- 39-** MESTRE Jacques, les obligations en générales, RTD. Civ., jurisprudence française en matière de droit civil, n° 03, 1996.
- 40-** MONÉGER Joël et Fabien KENDÉRIAN, Organisation général du commerce, baux commerciaux, RTD. Com., 2009, Chroniques, n° 02.
- 41-** MONÉGER Joël, Amergence et évolution de la notion de fonds de commerce, A.J.D.I., n° 12, 2001.
- 42-** -----, Baux commerciaux, RTD. Com., 2003, Chroniques, n° 02.
- 43-** -----, Baux commerciaux avec collaboration de KENDÉRIAN Fabien et autres, JCP., EA., 2018, n° 4, n° 1041.
- 44-** ORSONI Gilbert, Le nantissement du fonds de commerce constitue une garantie et non une modalité d'exécution d'un prêt, RTD. Com., Chroniques, n° 02, 2007.
- 45-** PIERRE Marie LEFRAND Dumont, L'exigibilité de la dette de la caution en cas de liquidation judiciaire du débiteur garanti, JCP., NOR., 2017, n° 08.
- 46-** POLLAUD- DULLIAN Frédéric, Propriété incorporelles, propriété littéraire et artistique( Cass. Civ. 25 jan. 2017, n° 15-25.210, D., 2017), RTD. Com., 2017, Chroniques, n° 01.
- 47-** RANDONX Nicolas, L'imixtion de l'obligation d'information dans la cession d'un fonds de commerce, JCP., EA., 2012, n° 31-34, n° 1481.
- 48-** REBEYROTTE Virginie et MOYA Natalia, marque- droit de concurrence, les révues LexisNexis propriété industrielle, 2018, n° 01.
- 49-** SAINTOURENS Bernard, Fonds de commerce, RTD. Com., Chroniques, n° 01, 2003.
- 50-** -----, L'exploitation d'une clientèle propre exclut la qualification d'agent commercial, RTD. Com., 2008, n° 01.
- 51-** -----, L'exploitation d'une clientèle propre exclut la qualification d'agent commercial, RTD. Com., Chroniques de législation et de jurisprudence françaises, 2008, n° 01.
- 52-** -----, La condition d'exploitation et la qualification de bien commun d'un fonds de commerce de pharmacie, RTD. Com., 2014. n° 02.
- 53-** -----, Les droit du créancier bénéficiaire d'un nantissement de fonds de commerce sur l'indemnité d'assurance en cas de destruction, RTD. Com., Chroniques, n° 01, 2008.
- 54-** -----, Les droit du créancier bénéficiaire d'un nantissement de fonds de commerce sur l'indemnité d'assurance en cas de destruction( Orléans, ch. Eco. Et fin. 31 mai 2007, n° 06-2141, RJDA., Oct. 2007, n° 1000, et n° 1013), RTD. Com., Chroniques, n° 01, 2008.
- 55-** SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Droit des sûretés gage sans dépossession, JCP., G., 2007, n° 22, I, n° 158.

**56-** ----- et -----, Droit des sûretés, l'extinction de procédure collective au dirigeant caution emporte extinction du cautionnement par confusion, JCP., G., 2009, n° 23-24, I, n° 150.

**57-** URBAN Quentin, Droit des sociétés- Les conditions de la compensation, RBD., Croniques, n° 123, 2009.

**58-** ZENATI Frédéric, propriété et droit réels, RTD. Civ., jurisprudence française en matière de droit civil, n° 01, 1994.

**59-** -----, propriétés et droits réels, RTD. Civ., jurisprudence française en matière de droit civil, n° 01, 1990.

## **D- jurisprudence( française)**

### **a- Cour**

1- C. Riom 30 mars 1892, DP, 1892. II, C.

2- C. Paris 21 juill. 1892, DP. 1893. II, C.

3- Lyon 17 fév. 1900, DP., 1903. II, CAT.

4- Pau 06 nov. 1911, S., 1913. I.

5- C. Paris 05 juill. 1935, D.,II, 1936.

6- Paris 03 nov. 1938, DH., 1939. J.

7- Civ. 27 juill. 1948, D., 1948. J.

8- Com. 21 juin 1950, n° 1.435, bull. Civ. II, n° 224.

9- Bordeaux, 08 juin 1952, JCP., G., 1954, 2, n° 8118.

10- Saint- denis- de- la- réunion, 06 oct. 1989, JCP., G., 1990, 02, n° 21504.

### **b- Tribunal**

1- T. Com. Tours 28 nov. 1930, S., 1931.

2- TC. Chatillon- sur- ceine 18 nov.1949, D., 1950. J.

3- Tri. Com. Versailles, 28 juin 1950, D., 1950. J.

4- Tri. Com. de la Seine, 18 avr. 1951, Gaz. Pal., 1951, 2, J.

5- Trib. Civ. marseille, 23 mai 1952, JCP., G., 1953, 2, n° 7777.

6- Trib. Civ. nantes, 06 jan. 1956, Gaz. Pal., 1956, 1, J., p61.

7- Trib. Com. Chamount, 21 juill. 1956, JCP., G., 2, n° 9714.

8- Trib. Civ. marseille, 15 fév. 1957, D., 1957. Somm.

9- TGI. Paris 27 fév. 1968, D., 1968. J.

10- TGI. Lille 20 avr. 1990, D., 1994. Somm.

11- TGI. Paris, 08 avr. 2009, PIBD, 2009, n° 900, III.

12- TGI. Paris 05 déc. 2014, PIBD, 15 fév. 2015, n° 1022, III

13- TGI. Paris 16 jan. 2015, PIBD, 15 fév. 2015, n° 1022, III.

### **c- Cour d' Appel**

1- CA. Paris 20 nov. 2002, loyers et copr. Juin 2003, n° 132, Édition Juris- Classeur.

2- Req. 31 juill. 1879, DP., 1880. I, CA.

3- Req. 02 août 1886, DP., 1887. I, CA.

4- Req. 13 mars 1888, DP., 1888. I, CA.

- 5- CA. Lyon, 29 janv. 1951. D., 1951. J.
- 6- CA. Colmar 28 mai 1952, D., 1952. J.
- 7- CA. Nancy 23 déc. 1957, D., 1958. J.
- 8- CA. Paris 31 mai 1966, Gaz. Pal., 1966, 2, J.
- 9- CA. Rouen 06 jan. 1970, Gaz. Pal., 1970, 1, J.
- 10- CA. D' Aix- En- Provence, 22 avr. 1974, JCP., 1974, 2, n° I.
- 11- CA. Paris 08 juill. 1982, D., 1983. J.
- 12- CA. Paris 21 mars 1988, D., 1989. Somm.
- 13- CA. Paris 19 juin 1991, D., 1992. Somm.
- 14- CA. Paris 23 janv. 1992, D., 1992. IR.
- 15- CA. Paris 31 mars 1994, D., 1994. IR.
- 16- CA. Bourges 31 jan. 1996, JCP., G., 1997, 2, n° 1483.
- 17- CA. Nancy 21 mai 1997, JCP., E., 1998.
- 18- CA. Paris 02 oct. 1999, D., 2000, n° 04, p52. AJ.
- 19- CA. D' aix- en- provence, 12 avr. 2007, n° 05-12.357, D., 2007, n° 19. AJ.
- 20- CA. Riom 24 mai 2007, n° 06-00.131, JCP., EA., 2008, n° 15, n° 1460.
- 21- CA. Orléans 31 mai 2007, n° 06-2141, RJDA., 10/2007, n° 1000.
- 22- CA. Paris 31 jan. 2014, PIBD, 15 avr. 2014, n° 1004, III.
- 23- CA. Douai, 10 déc. 2014, PIBD, 15 fév. 2015, n° 1022, III.
- 24- CA. Paris 14 avril 2015, PIBD, 1er juin 2015, n° 1029, III.
- 25- CA Paris 21-05- 2015. Rôle N° 13/09455. Lextenso
- 26- CA Bordeaux 16-06- 2016. Rôle N° 15/00937. Lextenso
- 27- CA Metz 29-09- 2016. Rôle N° 15/00609. Lextenso
- 28- CA Nîmes 03-10- 2016. Rôle N° 14/05468. Lextenso
- 29- CA Reims 18 -10- 2016. Rôle N° 15/00634. Lextenso
- 30- CA. d' Aix Provence 22 nov. 2016, n° 15-10.282, AJDI., 2017.
- 31- CA. Paris 29 nov. 2016, n° 15/22.561. extenso.
- 32- CA Aix en Provence 09-03-2017. Rôle N° 14/22160. Lextenso
- 33- CA. Versailles, 12 sep. 2017, n° 16-05.203. extenso.

### **e- Cour de Cassation**

- 1- Cass. Civ. 18 nov. 1845, DP., 1846. I.
- 2- Cass. Civ. 31 oct. 1906, DP., 1906. I, CC.
- 3- Civ. 24 jan. 1912, DP., 1913. I, CC.
- 4- Cass. Civ. 26 jan. 1914, DP., 1914. I, CC.
- 5- Req. 07 juill. 1921, D., 1922. CC.
- 6- Req. 06 juill. 1925, DH., 1925.
- 7- Cass. Civ. 12 jan. 1937, DH., 1937.
- 8- Req. 15 fév. 1937, DP., 1938.
- 9- Cass. Civ. 12 jan. 1937, DH. 1937.
- 10- Cass. Civ. 21 juill.1937, DP., 1940. J.
- 11- Cass. Com. 01 avr. 1952, D., 1952. J.
- 12- Cass. Civ. 29 mai 1953, D., 1953. J.
- 13- Cass. Civ. 10 juill. 1953, D., 1953. J.
- 14- Cass. Civ. 08 jui 1955, Gaz. Pal., 1955, 2, J.

- 15- Com. 10 jui 1958, n° 995, bull. Civ. IV, n° 240.
- 16- Civ. 12 oct.1959, n°57-10.539, bull. Civ. I, n° 399.
- 17- Cass. Civ. 03 nov. 1959, D., 1960. J.
- 18- Com. 26 mai 1961, n° 58-11.954, bull. Civ, III, n° 233.
- 19- Com. 15 jan. 1962, n° 60-10.619, bull. Civ. III, n° 26.
- 20- Com. 05 fév. 1962, n° 59-11.537, bull. Civ. III, n° 71.
- 21- Com. 13 mars 1962, n° 58-10.690, bull. Civ. III, n° 158.
- 22- Com. 05 nov. 1963, n° 60-11.272, bull. Civ. III, n° 460.
- 23- Com. 13 nov. 1963, n° 61-11.290, bull. Civ. III, n° 475.
- 24- Cass. Civ. 10 mars 1965, D., 1965. J.
- 25- Cass. Civ. 05 avr. 1965, JCP., G., 1965, 2, n° 14233.
- 26- Com. 26 mai 1965, n° 63-12.450, bull. Civ, III, n° 338.
- 27- Civ. 14 oct. 1965, n°62-11.792, bull. Civ. III, n° 499.
- 28- Com. 07 déc. 1965, n° 70-12.937, bull. Civ. III, n° 630.
- 29- Com. 8 fév 1966, n°62-13.139, bull. civ. III, n° 82.
- 30- Com. 17 mai 1966, n° 63-12.268, bull. Civ. III, n° 255.
- 31- Com. 7 juill. 1966, n°64-11.614, bull. civ. III, n° 350.
- 32- Com. 10 oct. 1966, n° 64-10.572, bull. civ. III, n° 386.
- 33- Com. 02 nov. 1966, n° 64-12.758, bull. Civ. III, n° 411.
- 34- Com. 14 nov. 1966, n° 62-12. 583, bull. Civ.III, n° 429.
- 35- Com. 08 avr. 1967, n° 65-14.579, bull. Civ. III, n° 131.
- 36- Com. 11 juill. 1967, n° 64-13.173, bull, Civ. III, n° 288.
- 37- Cass. Civ. 17 juill. 1967, D., 1967. J.
- 38- Cass. Civ. 20 nov. 1967, D., 1969. J.
- 39- Soc. 18 déc. 1967, n° 66-12.809, bull. Civ. V, n° 808.
- 40- Civ. 11 jan. 1968, n° 66-11.684, bull. Civ. II, n° 15.
- 41- Com. 19 mars 1968, n°116, bull. Civ. IV, n° 116.
- 42- Com. 18 déc. 1968, n° 67-11.271, bull. civ. III, n° 564.
- 43- Civ. 19 fév. 1969, n° 67-12.033, bull. Civ. III, n° 157.
- 44- Civ. 23 fév. 1969, n° 67-12.322, bull. Civ. III, n° 314.
- 45- Com. 5 mars 1969, n°67-11.851, bull. civ., IV, n°86.
- 46- Civ. 06 mai 1969, n° 68-10.618, bull. Civ. I, n° 166.
- 47- Civ. 21 mai 1969, n° 67-11.462, bull. Civ. III, n° 398.
- 48- Com. 01 déc. 1969, n° 66-14.239, bull.Civ. IV, n° 357.
- 49- Com. 14 jan. 1970, n° 67-13.037, bull. Civ. IV, n° 20.
- 50- Com. 03 fév. 1970, n° 68-10.522, bull. Civ. IV, n° 42.
- 51- Com, 9 mars 1970, n°67-14.193, bull. civ.IV, n° 87.
- 52- Cass. Ass. Plén. 24 avr. 1970, JCP., G., 1970, 2, n° 16489.
- 53- Com. 26 mai 1970, n° 69-10.947, bull. Civ. IV, n°175.
- 54- Civ. 05 juin 1970, n° 68-1.396, bull. Civ, III, n° 383.
- 55- Com. 30 juin 1970, n° 69-12.074, bull. Civ. IV, n° 227.
- 56- Civ. 29 oct. 1970, n° 69-13.894, bull. Civ. III, n° 564.
- 57- Civ. 06 nov. 1970, n° 69-12.350, bull. Civ. III, n° 586.
- 58- Cass. Civ. 06 nov. 1970, JCP., G., 1971, 2, n° 16942.
- 59- Com. 17 nov. 1970, n° 69-11.386, bull. Civ. IV, n° 305.

- 60- Com. 23 nov. 1970, n° 69-13.625, bull. Civ. IV, n° 310.
- 61- Com. 24 nov. 1970, n° 68-13.597, bull. Civ. IV, n° 315.
- 62- Com. 14 déc. 1970, n° 69-11.633, bull. Civ. IV, n° 340.
- 63- Com. 21 déc. 1970, n° 69-13.702, bull. Civ. IV, n° 349.
- 64- Com. 01 fév. 1971, n° 69-14.379, bull. Civ. IV, n° 31.
- 65- Civ. 26 fév. 1971, n° 69-14.401, bull. Civ. III, n° 146.
- 66- Com. 11 mai 1971, n° 70-10.012, bull. civ. IV, n° 129.
- 67- Civ. 15 juill. 1971, n° 70-11.093, bull. Civ. III, n° 459.
- 68- Com. 28 oct. 1971, n° 70-12.595, bull. Civ. IV, n° 260.
- 69- Civ. 08 déc. 1971, n° 70-12.240, bull. Civ. III, n° 616.
- 70- Com. 13 déc. 1971, n° 70-12.038, bull. civ. IV, n° 300.
- 71- Com. 08 fév. 1972, n° 70-13.978, bull. Civ. IV, n° 53.
- 72- Com. 13 avr. 1972, n° 70-15.954, bull. Civ, IV, n° 102.
- 73- Com. 27 mai 1972, n° 71-11.011, bull. Civ. IV, n° 157.
- 74- Civ. 31 mai 1972, n° 71- 10. 571, bull. Civ. I, n° 142.
- 75- Com. 06 juin 1972, n° 71-11.674, bull. Civ. IV, n° 178.
- 76- Com. 06 juin. 1972, n° 71-11.757, bull. Civ. IV, n°179.
- 77- Com. 03 oct. 1972, n° 71-14.123, bull. Civ. IV, n° 230.
- 78- Civ. 25 oct. 1972, n° 75-11.606, bull. Civ. III, n° 367.
- 79- Civ. 30 oct. 1972, n° 71-13.384, bull. Civ. III, n° 563.
- 80- Civ. 31 jan 1973, n° 71-12.953, bull. Civ. I, n° 41.
- 81- Cass. Com. 27 fév. 1973, DS., 1974, J.
- 82- Cass. Com. 27 fév. 1973, JCP., G., 1973, 2, n° 17403.
- 83- Com. 28 mars 1973, n°72-11.493, bull. Civ. III, n°237.
- 84- Com. 26 juin 1973, n° 71-12.655, bull, Civ, IV, n°222.
- 85- Civ. 13 novembre 1973, n° 72-11.512, bull. Civ. III, n° 575.
- 86- Cass. Ass. Plén. 22 avril 1974, D., 1974. J.
- 87- Com. 08 juill.1974, n° 73-10.839, bull. Civ. IV, n° 220.
- 88- Civ. 15 jan. 1975, n° 73-13.331, bull. Civ. III, n° 16.
- 89- Com. 18 mars 1975, n° 73-14.577, bull. Civ, IV, n° 84.
- 90- Com. 19 mars 1975, n° 73-14.807, bull. Civ. IV, n° 87.
- 91- Com. 15 avr. 1975, n° 74-10.457, bull. Civ. IV, n° 105.
- 92- Cass. Civ. 30 avr. 1975, Gaz. Pal., 1975, 2, J., p587.
- 93- Civ. 17 juin 1975, n° 74-10.605, bull. Civ. III, n° 204.
- 94- Civ. 25 juin 1975, n°74-10.397, bull. Civ. III, n°217.
- 95- Com. 15 juill. 1975, n° 74-11.346, bull. Civ. IV, n° 203.
- 96- Com. 19 nov. 1975, n,° 74-10.116, bull. Civ. IV, n° 277.
- 97- Com. 26 jan. 1976, n° 74-13.933, bull. Civ. IV, n° 33.
- 98- Civ. 25 fév. 1976, n°75-13.191, bull. Civ. I, n° 86.
- 99- Com. 22 juin 1976, n° 75-11.706, bull. Civ. IV, n° 214.
- 100- Com. 25 oct. 1976, n° 75-10.654, bull. Civ. IV, n° 267.
- 101- Cass. Civ. 03 nov. 1976, Gaz. Pal., 1977, 1, J., p67.
- 102- Civ. 04 jan. 1977, n° 75-11.348, bull. Civ. I, n° 04.
- 103- Com. 14 fév. 1977, n° 75-13.907, bull. Civ, IV, n° 43.
- 104- Civ. 09 mai 1978, n° 76-12.646, bull. Civ. I, n° 183.

- 105- Civ. 18 mai 1978, n° 76-13.943, bull. Civ. III, n° 205.
- 106- Com. 17 juill. 1978, n° 77-11.180, bull. Civ. IV, n° 201.
- 107- Com. 19 fév. 1979, n° 77-15.475, bull. Civ. IV, n° 67.
- 108- Com. 20 fév. 1979, n° 77-12.029, bull. Civ. IV, n° 76.
- 109- Cass. Civ. 09 juill. 1979, n° 77-13.452, bull. Civ. III, n° 153.
- 110- Civ. 13 juill. 1979, n° 78-12.030, bull. Civ. I, n° 178.
- 111- Com. 26 nov. 1979, n° 78-12.207, bull. Civ. IV, n° 302.
- 112- Com. 8 jan. 1980, n° 78-13.677, bull. Civ. IV, n° 13.
- 113- Civ. 16 jan 1980, n° 78-12.369, bull. Civ. III, n° 13.
- 114- Com. 20 mai 1980, n° 78-10.833, bull. Civ. IV, n° 212.
- 115- Com. 02 juin 1980, n° 78-12.340, bull. Civ. IV, n° 299.
- 116- Com. 16 juill. 1980, n° 78-16.022, bull. Civ. IV, n° 294.
- 117- Com. 22 déc. 1980, n° 78-15.566, bull. Civ. IV, n° 439.
- 118- Com. 23 mars 1981, n° 79-15.147, bull. Civ. IV, n° 156.
- 119- Com. 1 juin 1981, n° 79-16.748, bull. Civ. IV, n° 264.
- 120- Com. 11 juin 1981, n° 79-16.748, bull. Civ. IV, n° 264.
- 121- Com. 09 nov. 1981, n° 80-11.067, bull. Civ. III, n° 183.
- 122- Cass. Civ. 09 déc. 1981, D., 1981. J.
- 123- Soc. 10 juin 1982, n° 81-12.710, bull. Civ. V, n° 391.
- 124- Civ. 04 nov. 1982, n° 81-15.235, bull. Civ. I, n° 317.
- 125- Com. 31 jan. 1983, n° 81-16.027, bull. Civ. IV, n° 44.
- 126- Com. 07 fév. 1983, n° 81-13.993, bull. Civ. IV, n° 49.
- 127- Civ. 04 mai 1983, n° 79-16.575, bull. civ. III, n° 103.
- 128- Com. 30 nov. 1983, n° 82-13.323, bull. Civ. IV, n° 337.
- 129- Civ. 17 jan. 1984, n° 82-15.753, bull. Civ. III, n° 13.
- 130- Com. 18 jan. 1984, n° 82-13.331, bull. Civ. IV, n° 25.
- 131- Cass. Com. 01 fév. 1984, Gaz. Pal., 1984, 2, RACC.Ch.Civ.
- 132- Civ. 29 oct. 1984, n° 82-14.037, bull. Civ. III, n° 177.
- 134- Com. 16 jan. 1985, n° 83-13.852, bull. Civ. IV, n° 28.
- 135- Com. 5 mars 1985, n° 83-17.188, bull. Civ. IV, n° 85.
- 136- Cass. Civ. 07 mai 1985, JCP., G., 1985, 04.
- 137- Com. 04 fév. 1986, n° 84-13.496, bull. Civ. IV, n° 01.
- 138- Civ. 22 avr. 1986, n° 84-15.090, bull. Civ. I, n° 98.
- 139- Com. 22 juill. 1986, n° 85-12.392, bull. Civ. IV, n° 163.
- 140- Com. 25 nov. 1986, n° 85-11.466, bull. Civ. IV, n° 222.
- 141- Com. 28 avr. 1987, n° 85-17.897, bull. Civ. IV, n° 95.
- 142- Com. 12 mai 1987, n° 85-13.338, bull. Civ. IV, n° 112.
- 143- Civ. 12 jan. 1988, n° 86-14.562, bull. Civ. III, n° 05.
- 144- Com. 12 jan. 1988, n° 86-12.485, bull. Civ. IV, n° 20.
- 145- Com. 19 jan. 1988, n° 85-18.443, bull. Civ. IV, n° 33.
- 146- Civ. 01 mars 1988, n° 86-17.492, bull. civ. I, n° 56.
- 147- Civ. 10 mai 1988, n° 86-13.333, bull. Civ. I, n° 139.
- 148- Com. 31 mai 1988, n° 86-13.486, bull. Civ. IV, n° 180.
- 149- Civ. 14 juin 1989, n° 88-13.365, bull. Civ. II, n° 127.
- 150- Civ. 05 juill. 1989, n° 86-13.600, bull. Civ. I, n° 277.

151- Com. 23 jan. 1990, n° 88-16.172, bull. Civ. IV, n° 17.  
152- Soc. 13 juin 1990, n° 86-45.216, bull. Civ. IV, n° 273.  
153- Cass. Com. 28 mai 1991, D., 1992. J.  
154- Civ. 26 juin 1991, n°89-18.638, bull. Civ. III, n° 197.  
155- Civ. 03 déc. 1991, n° 92-21.672, bull. Civ. I, n° 338.  
156- Com. 03 déc. 1991, n° 88-16.695, bull. Civ. IV, n° 373.  
157- Com. 17 déc. 1991, n° 89-17.028, bull. Civ. IV, n° 191.  
158- Com. 7 jan. 1992, n° 90-10.444, bull. Civ. IV, n° 05.  
159- Com. 3 mars 1992, n°89-15.668, bull. civ. IV, n° 104.  
160- Cass. Civ. 17 mars 1992, D., 1992. J.  
161- Com. 14 avr 1992, n° 89-20.908, bull. Civ. IV, n° 161.  
162- Com. 21 avr 1992, n° 90-17.202, bull. civ. IV, n° 168.  
163- Com. 26 mai 1992, n° 89-18.926, bull. civ. IV, n° 207.  
164- Civ. 02 juin 1992, n° 90-19.374, bull. Civ. I, n° 167.  
165- Com. 12 nov. 1992, n° 90-20.845, bull.Civ. n° 350.  
166- Civ. 27 jan. 1993, n° 91-12.115, bull. Civ. I, n° 39.  
167- Com. 16 fév. 1993, n° 91-13.277, bull. Civ. IV, n° 63.  
168- Cass. Com. 16 mars 1993, DS., 1993, IR.  
169- Civ. 30 juin 1993, n° 91-16.162, bull. Civ. I, n° 235.  
170- Com. 26 oct. 1993, n° 91-15.877, bull. Civ. IV, n° 362.  
171- Civ. 03 nov. 1993, n°92-11.093, bull. Civ. IV, n° 311.  
172- Com. 05 avr. 1994, n° 91-21.840, bull. Civ. IV, n° 143.  
173- Com. 21 juin 1994, n° 91-19.281, bull. Civ. IV, n° 225.  
174- Com. 21 juin 1994, n° 92-12.584, bull. Civ. IV, n° 229.  
175- Com. 18 oct. 1994, n° 92-21.721, bull. Civ. IV, n° 295.  
176- Com. 13 déc. 1994, n° 92-16.550, bull. Civ. IV, n° 373.  
177- Civ. 01 fév. 1995, n° 93-12.537, bull. Civ. III, n° 38.  
178- Com. 07 fév. 1995, n° 92-15.258, bull. Civ. IV, n° 36.  
179- Com. 21 fév. 1995, n° 93-13.302, bull. Civ. IV, n° 50.  
180- Civ. 21 fév. 1995, n° 92-17.814, bull. Civ. I, n° 91.  
181- Com. 21 mars 1995, n° 93-11.868, bull. Civ. IV, n° 91.  
182- Civ. 20 juin 1995, n° 92-19.952, bull. Civ. I, n° 284.  
183- Civ. 05 juill. 1995, n° 92-20.425, bull. Civ. III, n° 174.  
184- Cass. Com. 17oct, 1995, D., 1996. J.  
185- Com. 17 oct. 1995, n°93-13.498, bull. Civ. IV, n° 238.  
186- Com. 05 déc. 1995, n° 92-16.323, bull. Civ. IV, n° 285.  
187- Com. 16 jan. 1996, n° 93-19.589, bull. Civ. IV, n° 16.  
188- Com. 30 jan. 1996, n°94-10.233, bull. Civ. IV, n° 30.  
189- Civ. 13 fév. 1996, n° 94-10.908, bull. Civ. I, n° 78.  
190- Com. 02 juill 1996, n°93-14.130, bull. Civ. IV, n° 198.  
191- Civ. 03 juill. 1996, n°94-14.800. bull. Civ. I, n° 286.  
192- Com. 14 jan. 1997, n° 95-12.108, bull. Civ. IV, n° 15.  
193- Civ. 21 jan. 1997, n° 94-13.853, bull. Civ. I, n° 25.  
194- Com. 04 fév. 1997, n° 94-21.510, bull. Civ. IV, n° 43.  
195- Civ. 18 fév. 1997, n° 94-21.930, bull. Civ. I, n° 64.

- 196- Civ. 05 mars 1997, n° 95-13.539, bull. Civ. III, n° 46.
- 197- Com. 01 avr. 1997, n° 95-12.025, bull. Civ. IV, n° 89.
- 198- Com. 02 avr. 1997, n° 93-20.562, bull. Civ. IV, n° 106.
- 199- Cass. Com. 27 mai 1997, JCP., G., 1997, 04, n° 1512.
- 200- Com. 12 nov. 1997, n° 95-14.900, bull. Civ. IV, n° 288.
- 201- Com. 10 fév. 1998, n°95-21.906, bull. civ.IV, n° 71.
- 202- Civ. 04 mars 1998, n° 95-18.900, bull. Civ. III, n° 54.
- 203- Civ. 10 mars 1998, n° 96-14.890, bull. Civ. I, n° 97.
- 204- Civ. 29 avr. 1998, n° 96-17.540, bull. Civ. III, n° 87.
- 205- Com. 12 mai 1998, n° 95-17.757, bull. Civ. IV, n° 153.
- 206- Com. 19 mai 1998, n° 96-16.958, bull. Civ. IV, n° 159.
- 207- Soc. 7 juill 1998, n°96-21.451, bull. Civ. IV, n° 363.
- 208- Cass. Civ. 07 oct. 1998, D., 1998. J.
- 209- Com. 13 oct. 1998, n°94-20.560, bull. Civ. IV, n° 233.
- 210- Com. 20 oct. 1998, n° 76-15.107, bull. Civ. IV, n° 248.
- 211- Com. 23 mars 1999, n° 97-15.700, Bull. Civ. IV, n° 72.
- 212- Com. 4 mai 1999, n° 97-14.031, bull. Civ. IV, n° 92.
- 213- Com. 22 juin 1999, n° 98-13.611, bull. Civ. IV, n° 136.
- 214- Civ. 09 nov. 1999, n° 97-12.470, bull. Civ. I, n° 296.
- 215- Soc. 11 mai 1999, n° 97-02.026, bull. Civ. V, n° 210.
- 216- Com. 23 nov. 1999, n° 96-15.228, bull, Civ. IV, n° 209.
- 217- Com. 15 fév. 2000, n° 96-19.175, bull. Civ. IV, n° 28.
- 218- Com. 18 avr. 2000, n° 98-12.286, bull. Civ. IV, n° 77.
- 219- Civ. 26 avr. 2000, n° 97-10.616, bull. Civ. I, n° 121.
- 220- Civ. 30 mai 2000, n° 98-15.242, bull. Civ. I, n° 169.
- 221- Cass. Civ. 07 nov. 2000, n° 98-17.731, D., 2001, n° 29. Comm.
- 222- Com. 16 jan. 2001, n° 98-21.440, bull. Civ. IV, n° 15.
- 223- Soc. 20 mars 2001, n° 99-41.392, bull. Civ. V, n° 98.
- 224- Civ. 02 mai 2001, n° 98-22.637, bull. Civ. I, n° 116.
- 225- Civ. 04 avril 2001, n° 98-13.285, bull. Civ. I, n° 105.
- 226- Cass. Com. 03 juill. 2001, n° 98-16.691, D., 2001, n° 34. AJ.
- 227- Com. 03 juill. 2001, n° 98-16.691, bull. Civ. IV, n° 131.
- 228- Civ. 26 sep. 2001, n° 00-11.652, bull. Civ. III, n° 105.
- 229- Cass. Civ. 10 oct. 2001, loyers et copr, jan. 2002, n° 09, Édition du juris- Classeur.
- 230- Cass. Com. 11 déc. 2001, n° 99-15. 194, D., 2002, n° 05. AJ.
- 231- Civ. 11 déc. 2001, n° 99-15. 194, bull. Civ. I, n° 311.
- 232- Civ. 30 jan. 2002, n° 00-17.342, bull. Civ. III, n° 19.
- 233- Com. 02 juill. 2002, n° 01-12.685, bull. Civ. IV, n° 113.
- 234- Com. 17 sep. 2002, n° 99-17.938, bull. Civ. IV, n° 127.
- 235- Com. 05 nov. 2002, n° 00-14.885, bull. Civ. IV, n° 159.
- 236- Civ. 06 nov. 2002, n° 00-10.192, bull. Civ. I, n° 260.
- 237- Com. 17 déc. 2002, n° 99-20.928, bull. Civ. IV, n° 195.
- 238- Civ. 04 juin 2003, n° 99-17.185, bull. civ. III, n°120.
- 239- Com. 8 juill. 2003, n°99-10.181, bull. Civ. IV, n° 120.
- 240- Civ. 09 juill. 2003, n°02-11.141, bull. Civ. III, n° 148.

241- Civ. 17 sep. 2003, n° 01-15.306, bull. Civ. I, n° 183.  
 242- Com. 24 sep 2003, n°01-15.875, bull, Civ. IV, n° 138.  
 243- Com. 19 nov. 2003, n° 01-01.859, bull. Civ. IV, n° 172.  
 244- Soc. 17 déc. 2003, n° 02-44.358, bull. Civ. V, n° 318.  
 245- Com. 18 fév. 2004, n° 02-16.241, bull. Civ. ( www. Doc-du juriste. com).  
 20/01/2018.  
 246- Civ. 30 mars 2004, n° 06-11.355, bull. Civ. I, n° 103.  
 247- Com. 28 avr. 2004, n° 01-12.079, bull. Civ. IV, n° 78.  
 248- Com. 28 sep. 2004, n° 03-10.332, bull. Civ. IV, n° 172.  
 249- Com. 09 nov. 2004, n° 02-13.685, bull. Civ. IV, n° 193.  
 250- Cass. Com. 23 nov. 2004, n° 03-16.196. D., 2005, n° 04. AJ.  
 251- Com. 23 nov. 2004, n° 03-16.196, bull. Civ. IV, n°198.  
 252- Civ. 19 jan. 2005, n° 03-15.283, bull. Civ. III, n° 10.  
 253- Com.15 mars 2005, n° 00-18.550, bull. Civ.3 n° 60.  
 254- Civ. 06 avr. 2005, n° 03-11.159, bull. Civ. III, n°87.  
 255- Civ. 06 avr. 2005, n° 01-12.719, bull. Civ. III, n° 84.  
 256- Civ. 18 mai 2005, n° 04-11.835, bull. Civ. III, n° 110.  
 257- Civ. 1 juin 2005, n° 04-12.200, bull. Civ. III, n° 119.  
 258- Civ. 09 juin 2005, n°04-13.182, bull. Civ. II, n° 150.  
 259- Cass. Ch. Mixte, 10 juin 2005, n° 02-21.296, bull. Mixte, n° 05.  
 260- Civ. 22 juin 2005, n° 03-18.624, bull. Civ, III, n° 143.  
 261- Civ. 28 juin 2005, n° 03-16.794, bul. Civ. IV, n° 140.  
 262- Civ. 18 oct. 2005, n° 04-10.809, bull. Civ. I, n° 368.  
 263- Civ. 14 déc. 2005, n° 04-15.756, bull. Civ, III, n° 245.  
 264- Civ. 11 jan 2006, n° 04-30.240. bull. Civ. III, n° 13.  
 265- Civ. 15 fév. 2006, n° 04-19.847, bull. Civ. III, n° 35.  
 266- Cass. Civ. 10 mai 2006, n° 04-11.899, D., 2006, , n° 22, IR.  
 267- Civ. 27 juin 2006, n° 05-13.337, bull. Civ. I, n° 328.  
 268- Com. 11 juill. 2006, n° 05-18.267, bull. Civ, IV, n° 176.  
 269- Civ. 12 déc. 2006, n° 04-11.579, bull. Civ. I, n° 547.  
 270- Cass. Com. 19 déc. 2006, n° 04-19.643, D., 2007, n° 6. AJ.  
 271- Com. 19 déc. 2006, n° 04-19.643, bull. Civ. IV, n° 267.  
 272- Cass. Com. 13 mars 2007, n° 06-15.619, RJDA., 10/2007, n° 994.  
 273- Cass. Com. 06 juin 2007, n° 05-43.604, RJDA., 10/2007, n° 957.  
 274- Civ. 04 juill. 2007, n° 06-15.881, bull. Civ. III, n° 123.  
 275- Civ. 26 sep. 2007, n° 06-15.441, bull. Civ. III, n° 151.  
 276- Com. 11 déc. 2007, n° 05-19.145, bull. Civ. IV, n° 263.  
 277- Cass. Civ. 05 mars 2008, Gaz. Pal., 2008, 4, J.  
 278- Civ. 19 mars 2008, n° 07-11.805, bull. Civ. III, n° 54.  
 279- Civ. 21 mai 2008, n° 07-10.772, D., 2008, n° 25. AJ.  
 280- Cass. Com. 06 mai 2008, n° 07-13.387, RJDA., 10/2008, n° 1051.  
 281- Cass. Civ. 09 juill. 2008, n° 07-15.534, JCP., EA., 2008, n° 38, n° 2135.  
 282- Civ. 09 juill. 2008, n° 07-15.534, bull. Civ. III, n° 122.  
 283- Cass. Com. 21 oct. 2008, n° 07-19.102, bull. Civ. IV, n° 174.  
 284- Civ. 30 oct. 2008, n°07-17.134, bull. Civ. I, n° 246.

285- Cass. Com. 17 fév. 2009, n° 07-16.558, D., 2009, n° 32, note.  
286- Com. 31 mars 2009, n° 08-14.180, D., 2009, n° 17. AJ/DA.  
287- Civ. 01 avr. 2009, n° 07-21.833, D., 2009, n° 17. AJ/DA.  
288- Soc. 13 mai 2009, n° 08-40.447, D., 2009, n° 23. AJ/DTSS.  
289- Com. 07 juill. 2009, n° 08-17.275, bull. civ. IV, n° 100.  
290- Com. 13 juill. 2010, n° 09-69.170. non publiée.  
291- Civ. 15 sep. 2010, n° 94-13.765, bull. Civ. III, n° 155.  
292- Civ. 22 sep. 2010, n° 09-15.781, bull. Civ. III, n° 170.  
293- Cass. Civ. 07 déc. 2011, n° 10-26.82, D., 2012, n° 01. AJ/ DC.  
294- Civ. 07 déc. 2011, n° 10-26.820. bull. Civ, III, n° 208.  
295- Cass. Com. 21 fév. 2012, n° 11-13.653, bull. Civ. IV, n° 39.  
296- Com. 11 avr. 2012, n° 11-15.429, bull. Civ. IV, n° 77.  
297- Soc. 12 mai 2012, n° 10-17.726, bull. Civ. V, n° 151.  
298- Cass. Com. 09 fév. 2012, n° 10-28.475, D., 2012, n° 08. A/DA.  
299- Cass. Civ. 10 avr. 2013, n° 12-14.525, D., 2013, n° 15. A/DA.  
300- Civ. 10 juill. 2013, n° 12-20.885n bull. Civ. I, n° 150.  
301- Cass. Civ. 11 sep. 2013, n° 12-20.816, JCP., G., 2013, n° 48, n° 1236.  
302- Cass. Civ. 22 jan. 2014, n° 12-26.179, RJDA., 7/2014, n° 604.  
303- Com. 02 déc. 2014, n° 13-24.308, bull. Civ. IV, n° 117.  
304- Com. 16 déc. 2014, n° 12-29.157, bull. Civ. IV, n° 193.  
305- Cass. Com. 16 déc. 2014, n° 13-21.479, bull. Civ. IV, n° 188.  
306- Cass. Com. 06 jan. 2015, n° 13-27.340. Non publié au bull.  
307- Cass. Civ. 18 fév. 2015, n° 13-28.278, D., 2015, n° 08. A/DC.  
308- Cass. Com. 17 mars 2015, n° 14-16.728. extenso.  
309- Com. 24 mars 2015, n° 13-23.791, bull. Civ. IV, n° 54.  
310- Cass. Com. 12 mai 2015, n° 13-28.504, D., 2015, n° 19. A/DA.  
311- Cass. Civ. 26 nov. 2015, n° 14-25.761, D., 2015, n° 43. A/DA.  
312- Civ. 07 jan. 2016, n° 14-18.360, bull. Civ. III.  
313- Com. 26 jan. 2016, n° 14-23.285, bull. Civ. IV.  
314- Cass. Civ. 31 mars 2016, n° 14-22.2016, D., 2016, n° 14. A/DC.  
315- Soc. 22 juin 2016, n° 15-16.994, bull. Civ. V.  
316- Cass. Com. 27 sep. 2016, n° 15-10.393, D., 2016, n° 034. A/DA.  
317- Cass. Com. 27 sep. 2016, n° 14-21.964, D., 2016, n° 34. A/DA.  
318- Cass. Com. 08 fév. 2017, n° 14-28.232, JCP., EA., 2017, n° 10, n° 1143.  
319- Cass. Civ. 09 fév. 2017, n° 15-28.759, JCP., EA., 2017, n° 10, n° 1141.  
320- Cass. Civ. 02 mars 2017, n° 15-24.876, JCP., EA., 2017, n° 11, n° 199.  
321- Cass. Com. 26 avr. 2017, n° 16-12.957. Lextenso  
322- Com. 28 juin 2017, n° 15-17.394.  
323- Com. 17 jan. 2018, n° 17-10.360, bull. Civ. n° 87.

#### **f- Conseil D' Etat**

- CE. 29 jan. 2003, req: n° 237618, AJDA., 2003, p1381.

## **E- Autres documents**

1- Dossier pratique, evaluation: terrains, immeubles bâtis, fonds de commerce, titres non cotés en bourse, droits d' auteur et droits voisins, 8<sup>ème</sup> éd., Francis Lefebvre, France, 2015.

2- Etude de l' ASG( Association Syndicale de Greffiers de commerce de France), Sous direction de Pascal BEDER, Les formalités légales au registre du commerce de 18 pays européens et méditerranéens: Similitudes et différences, 3<sup>ème</sup> trimestre, Paris, 2001.

## **F- Textes règlementaires Algérien:**

- Decret n° 63/248 du 10 juillet 1963, portant création d'un office national de la propriété industrielle(ONPI), JORA n°49.

## **G- Sites d' internet:**

1- [www.arablawinfo.com](http://www.arablawinfo.com).05/01/2017 . 11:30

2- [www. Doc-du juriste. Com](http://www.doc-du-juriste.com)

3- <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/fx> 23/02/2017. 11:22.

4-<http://www.dalloz.fr/bcuja-ezp.univ-paris1.fr/documentation/Document?id=AJDI/JURIS/2017/0318&ctxt=.04/03/2017>. 16:25.

5- <https://www.business4lions.com>. 16/02/2017. 14:15

6- [www.9anonak.blogspot.com](http://www.9anonak.blogspot.com). 15/02/2018. 10:15

7- [https://www.dalloz-actualite.fr/flash/lieu-d-inscription-du-nantissement-de-l-outillage-et-du-materiel-d-equipement#.Wo\\_11FrOXIU](https://www.dalloz-actualite.fr/flash/lieu-d-inscription-du-nantissement-de-l-outillage-et-du-materiel-d-equipement#.Wo_11FrOXIU). 23/02/2018. 14H44.

# الفهرس

1.....	قائمة المختصرات.....
4.....	مقدمة.....
13.....	الفصل التمهيدي: ماهية المحل التجاري.....
14.....	المبحث الأول: مفهوم المحل التجاري.....
15.....	المطلب الأول: تعريف المحل التجاري وتمييزه عن بعض المفاهيم المشابهة له.....
15.....	الفرع الأول: تعريف المحل التجاري.....
17.....	الفرع الثاني: تمييز المحل التجاري عن بعض المفاهيم المشابهة له.....
17.....	أولاً: تمييز المحل التجاري عن الشركة.....
18.....	ثانياً: تمييز المحل التجاري عن فرع الشركة.....
18.....	ثالثاً: تمييز المحل التجاري عن المشروع الاقتصادي.....
19.....	رابعاً: تمييز المحل التجاري عن الاستغلال الحرفي.....
19.....	خامساً: تمييز المحل التجاري عن الاستغلال المدني.....
20.....	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمحل التجاري وخصائصه.....
20.....	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للمحل التجاري.....
21.....	أولاً: نظرية المجموع القانوني (الذمة المستقلة).....
21.....	أ- مضمون النظرية.....
22.....	ب- نقد النظرية.....
23.....	ثانياً: نظرية المجموع الواقعي.....
23.....	أ- مضمون النظرية.....
25.....	ب- نقد النظرية.....
25.....	ثالثاً: نظرية الملكية المعنوية.....
27.....	الفرع الثاني: خصائص المحل التجاري.....
27.....	أولاً: المحل التجاري يعتبر مالا متميزا عن العناصر التي يتركب منها.....
27.....	ثانياً: المحل التجاري مال منقول.....
29.....	ثالثاً: المحل التجاري مال منقول معنوي.....
31.....	رابعاً: الصفة التجارية للمحل التجاري.....
31.....	خامساً: المحل التجاري يعتبر وحدة قائمة بذاتها.....
32.....	سادساً: المحل التجاري غير قابل للاستهلاك.....
32.....	سابعاً: مشروعية الاستغلال.....

- 33.....المبحث الثاني: العناصر المكونة للمحل التجاري.
- 34.....المطلب الأول: العناصر المعنوية المكونة للمحل التجاري.
- 35.....الفرع الأول: الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية.
- 35.....أولاً: المقصود بالاتصال بالعملاء والشهرة التجارية.
- 35.....أ- تعريف عنصر الاتصال بالعملاء.
- 43.....ب- تعريف عنصر الشهرة التجارية.
- 45.....ثانياً: أهمية عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية.
- 46.....ثالثاً: حماية عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية.
- 47.....الفرع الثاني: عنوان المحل.
- 48.....أولاً: تعريف عنوان المحل.
- 48.....ثانياً: شروط صحة العنوان المحل.
- 48.....أ- أن يكون العنوان مميزاً.
- 49.....ب- أن يكون عنوان المحل جديداً.
- 49.....ج- أن يكون مبتكراً.
- 49.....د- يجب أن يكون العنوان المختر مشروعاً.
- 49.....ثالثاً: أهمية عنوان المحل.
- 50.....رابعاً: ملكية عنوان المحل.
- 51.....خامساً: حماية عنوان المحل.
- 52.....الفرع الثالث: الاسم التجاري.
- 52.....أولاً: تعريف الاسم التجاري.
- 54.....ثانياً: شروط الاسم التجاري.
- 54.....ثالثاً: أهمية الاسم التجاري.
- 55.....رابعاً: ملكية الاسم التجاري.
- 56.....خامساً: حماية الاسم التجاري.
- 57.....الفرع الرابع: الحق في الإيجار.
- 57.....أولاً: تعريف الحق في الإيجار.
- 57.....ثانياً: شروط الحق في الإيجار.
- 58.....أ- وجود إيجار عمارات أو محلات.
- 58.....ب- القيد في السجل التجاري.
- 58.....ج- وجود استغلال تجاري مستقل.
- 58.....د- أن يحرر عقد الإيجار في شكل رسمي.

58.....	هـ- أن يكون العقد محدد المدة.....
59.....	ثالثا: أهمية حق الإيجار.....
60.....	الفرع السادس: حقوق الملكية الفكرية.....
60.....	أولا: حقوق الملكية الصناعية والتجارية.....
60.....	أ- تعريفها.....
61.....	ب- تعداد حقوق الملكية الصناعية والتجارية.....
63.....	ج- أهمية حقوق الملكية الصناعية والتجارية.....
64.....	د- حماية حقوق الملكية الصناعية والتجارية.....
64.....	ثانيا: حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.....
65.....	أ- تعريف حقوق الملكية الأدبية والفنية.....
65.....	ب- تعداد حقوق الملكية الأدبية والفنية.....
65.....	ج- أهمية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.....
66.....	د- حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.....
66.....	الفرع السابع: الرخص والإجازات.....
68.....	المطلب الثاني: العناصر المادية.....
68.....	الفرع الأول: المعدات والآلات.....
72.....	الفرع الثاني: البضائع.....
74.....	المطلب الثالث: العناصر المستبعدة من المحل التجاري.....
74.....	الفرع الأول: رقم الهاتف.....
75.....	الفرع الثاني: الديون والحقوق الشخصية.....
77.....	الفرع الثالث: العقود المتعلقة باستغلال المحل التجاري التي أبرمها المالك.....
77.....	أولا: عقد العمل.....
78.....	ثانيا: عقد الإيجار.....
78.....	ثالثا: عقد التأمين.....
79.....	رابعا: عقد النشر.....
79.....	الفرع الرابع: الدفاتر التجارية.....
80.....	خلاصة الفصل التمهيدي.....
82.....	الباب الأول: العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية وغير الناقلة للحيازة.....
84.....	الفصل الأول: ماهية عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.....
85.....	المبحث الأول: مفهوم عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.....
86.....	المطلب الأول: تعريف عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وخصائصه.....

- 87..... الفرع الأول: تعريف عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
- 88..... الفرع الثاني: خصائص عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
- 88..... أولاً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد مسمى
- 89..... ثانياً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد معاوضة
- 89..... ثالثاً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد ملزم لجانب واحد
- 90..... رابعاً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ذو صفة تجارية
- 90..... خامساً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يرد على مال منقول معنوي
- 91..... سادساً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لا ينقل الملكية ولا الحيازة
- 92..... سابعاً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد شكلي
- 93..... ثامناً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد من عقود الضمان
- 93..... المطلب الثاني: تمييز عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عن بعض العمليات الواردة عليه وأهميته
- 93..... أولاً: تمييز عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عن عقد بيعه
- 94..... ثانياً: تمييز عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري عن عملية تقديمه كحصة في الشركة على سبيل التملك
- 95..... ثالثاً: تمييز عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري عن عملية التسيير الحر (إيجار التسيير)
- 95..... الفرع الثاني: أهمية عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
- 96..... المبحث الثاني: انعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري
- 97..... المطلب الأول: الأركان الموضوعية
- 97..... الفرع الأول: التراضي
- 98..... أولاً: وجود التراضي
- 98..... أ- وجود الإرادة
- 101..... ب- توافق الإرادتين
- 104..... ثانياً: صحة التراضي
- 104..... أ- أهلية المتعاقدين
- 116..... ب- سلامة إرادة المتعاقدين من عيوب الإرادة
- 128..... الفرع الثاني: المحل
- 128..... أولاً: محل التزام المدين الراهن (المحل التجاري)
- 128..... أ- أن يكون المحل التجاري موجوداً
- 131..... ب- أن يكون المحل التجاري معيناً أو قابلاً للتعيين
- 137..... ج- يجب أن يكون المال المرهون مالا متقوماً
- 137..... د- أن يكون المحل مشروعاً (أي داخلاً في دائرة التعامل)
- 138..... هـ- يجب أن يكون محل الرهن الحيازي مما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني

138.....	و- أن يكون المحل التجاري مملوكا للراهن.....
144.....	ثانيا: محل التزام الدائن المرتهن ( الدين المضمون).....
145.....	أ- وجوب تحديد الدين المضمون.....
148.....	ب- عدم قابلية الرهن للتجزئة.....
149.....	ج- تبعية الرهن للدين المضمون.....
149.....	الفرع الثالث: السبب.....
150.....	أولا: النظرية التقليدية.....
150.....	أ- تعريف السبب.....
150.....	ب- خصائص السبب.....
151.....	ج- شروط السبب.....
152.....	د- نقد النظرية التقليدية.....
153.....	ثانيا: النظرية الحديثة.....
153.....	أ- تعريف السبب.....
154.....	ب- خصائص السبب.....
155.....	ج- مشروعية السبب.....
155.....	ثالثا: موقف المشرع الجزائري من السبب.....
156.....	المطلب الثاني: الأركان الشكلية.....
156.....	الفرع الأول: الكتابة.....
157.....	أولا: الكتابة الرسمية.....
157.....	أ- المقصود بالكتابة الرسمية.....
157.....	ب- شروط الكتابة الرسمية.....
161.....	ج- جزاء الإخلال بالكتابة الرسمية.....
164.....	ثانيا: العقد العرفي.....
164.....	أ- المقصود بالعقد العرفي.....
164.....	ب- شروط العقد العرفي.....
167.....	الفرع الثاني: الشهر.....
167.....	أولا: قيد عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في دفتر العمومي للبيع والرهن الحيازية المتعلقة بالمحلات التجارية.....
179.....	ثانيا: قيد عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري المتضمن حقوق الملكية الصناعية في سجل خاص لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية.....
182.....	ثانيا: النشر.....

183.....	أ- الهيئة المكلفة بإعداد النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.
183.....	ب- محتوى النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.
184.....	ج- الهدف من النشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.
185.....	د- حجية الإشهار القانوني في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.
186.....	خلاصة الفصل الأول.
188.....	الفصل الثاني: آثار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وانقضائه.
189.....	المبحث الأول: آثار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.
190.....	المطلب الأول: الالتزامات المترتبة عن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.
191.....	الفرع الأول: التزامات المدين الراهن.
191.....	أولاً: إنشاء المدين الراهن لحق الرهن.
192.....	ثانياً: ضمان المدين الراهن لسلامة الرهن.
193.....	أ- ضمان التعرض.
200.....	ب- ضمان الهلاك.
202.....	ثالثاً: الالتزام بالإخطار.
203.....	رابعاً: الالتزام بنفقات العقد والقيود.
203.....	خامساً: تدوين المركز الجديد للمحل التجاري المرهون بهامش القيد الأول.
204.....	الفرع الثاني: التزامات الدائن المرتهن.
204.....	أولاً: التزام الدائن المرتهن بالتصحيح بهامش القيد على المركز الجديد للمحل التجاري المرهون.
205.....	ثانياً: التزام الدائن المرتهن بإبذار مالك المحل التجاري المرهون والدائنين المقيدين.
205.....	المطلب الثاني: الضمانات المترتبة عن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.
206.....	الفرع الأول: ضمانات المدين الراهن.
206.....	أولاً: بقاء المحل التجاري المرهون في ملكية المدين الراهن.
207.....	ثانياً: بقاء حيافة المحل التجاري المرهون بيد المدين الراهن.
208.....	ثالثاً: سلطات المدين الراهن المترتبة عن عدم تجريده من ملكية وحيافة المحل التجاري المرهون.
208.....	أ- سلطة التصرف.
210.....	ب- سلطة الاستغلال (الاستثمار).
211.....	الفرع الثاني: ضمانات دائني المدين الراهن.
211.....	أولاً: بالنسبة للدائن المرتهن.
211.....	أ- حق التقدم.
226.....	ب- حق التتبع.

- ج- التنفيذ على المحل التجاري المرهون.....232
- د- امتياز الدائن المرتهن غير قابل للانقسام.....242
- هـ- حق الدائن المرتهن في المطالبة بإسقاط الأجل في حالة نقل المحل التجاري المرهون.....244
- و- حق الدائن المرتهن في حالة ضم المحل التجاري إلى محل جماعي لتجار مستقلين.....245
- ز- حقوق الدائن المرتهن في حالة فسخ حق الإيجار.....245
- ح- حق الدائن المرتهن في حالة تغيير النشاط الممارس في المحل التجاري المرهون.....246
- ثانيا: بالنسبة للغير.....247
- أ- بالنسبة للغير في علاقته بالدائن المرتهن.....247
- ب- بالنسبة للدائن العادي في علاقته بالمدين الراهن.....248
- المبحث الثاني: انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري.....251
- المطلب الأول: انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة تبعية ( انقضاء الرهن تبعا لانقضاء الدين المضمون).....252
- الفرع الأول: انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بالوفاء.....252
- أولا: المقصود بالوفاء.....253
- ثانيا: طرفا الوفاء.....253
- أ- الموفي.....253
- ب- الموفى له.....254
- ثالثا: محل الوفاء.....255
- رابعا: ظروف الوفاء.....256
- أ- زمن الوفاء.....256
- ب- مكان الوفاء.....257
- ج- نفقات الوفاء.....257
- د- إثبات الوفاء.....258
- الفرع الثاني: انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بما يعادل الوفاء تبعا لانقضاء الالتزام الأصلي.....258
- أولا: الوفاء بمقابل كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....258
- أ- المقصود بالوفاء بمقابل كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....258
- ب- شروط الوفاء بمقابل كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....259
- ج- الطبيعة القانونية للوفاء بمقابل كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....259
- د- آثار الوفاء بمقابل كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....260
- ثانيا: التجديد كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....260
- أ- المقصود بالتجديد كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....260

- ب- شروط التجديد كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....261
- ج- آثار التجديد كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....264
- ثالثا: الإنابة.....264
- أ- المقصود بالإنابة.....264
- ب- أنواع الإنابة.....265
- ج- آثار الإنابة.....267
- د- التزام المناب مجرد.....269
- رابعا: المقاصة كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....270
- أ- المقصود بالمقاصة كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....271
- ب- مزايا المقاصة.....271
- ج- أنواع المقاصة كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....271
- خامسا: المقاصة كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....274
- أ- المقصود باتحاد الذمة كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....274
- ب- آثار اتحاد الذمة كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....275
- الفرع الثالث: انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري دون وفاء ولا بما يعادل الوفاء.....276
- أولا: الإبراء من الدين كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....276
- أ- المقصود بالإبراء كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....276
- ب- خصائص الإبراء.....276
- ج- شروط الإبراء كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....277
- د- آثار الإبراء كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....277
- ثانيا: استحالة التنفيذ كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....278
- أ- المقصود باستحالة التنفيذ كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....278
- ب- شروط انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....278
- ج- آثار انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....279
- ثالثا: التقادم المسقط كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....280
- أ- المقصود بالتقادم المسقط كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....280
- ب- مدة التقادم.....280
- ج- آثار التقادم المسقط كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.....281
- المطلب الثاني: انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية.....281
- الفرع الأول: انقضاء الرهن بالتطهير وبالبيع بالمزاد العلني بصفة أصلية.....282
- أولا: انقضاء الرهن بالتطهير.....282

- 282.....أ- المقصود بالتطهير كوسيلة لانقضاء الرهن بصفة أصلية.
- 283.....ب- مزايا وعيوب التطهير.
- 284.....ج- التغييرات التي تجعل التطهير ضروري.
- 285.....د- إجراءات التطهير (العرض).
- 286.....هـ- جزاء تخلف البيانات.
- 287.....و- آثار عرض التطهير.
- 288.....ثانيا: انقضاء الرهن بالبيع الجبري.
- 289.....أ- مباشرة إجراءات البيع ضد مالك المحل التجاري.
- 289.....ب- مباشرة إجراءات البيع ضد حائز المحل التجاري المرهون.
- 290.....ج- مباشرة إجراءات البيع ضد حارس المحل التجاري المرهون.
- الفرع الثاني: نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن وانقضاء الرهن باتحاد الذمة كوسيلتان لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.
- 291.....أولا: نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن كوسيلة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري.
- 292.....ثانيا: اتحاد الذمة كوسيلة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية.
- 293.....أ- انتقال ملكية المحل التجاري المرهون إلى الدائن المرتهن.
- 293.....ب- انتقال حق الرهن الحيازي لمالك المحل التجاري المرهون.
- الفرع الثالث: هلاك المحل التجاري المرهون كوسيلة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية.
- 294.....الفرع الرابع: غلق المحل التجاري المرهون كوسيلة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية.
- 295.....الفرع الخامس: البطلان والفسخ كوسيلتان لانقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية.
- 297.....298.....خلاصة الفصل الثاني.
- الباب الثاني: العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقدة للملكية والناقطة للحيازة (إيجار تسيير المحل التجاري
- 300.....- تقديمه كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع).
- 302.....الفصل الأول: ماهية عقد إيجار التسيير.
- 303.....المبحث الأول: مفهوم عقد إيجار التسيير.
- 304.....المطلب الأول: تعريف عقد إيجار التسيير وخصائصه.
- 305.....الفرع الأول: تعريف عقد إيجار تسيير المحل التجاري.
- 306.....الفرع الثاني: خصائص عقد إيجار تسيير المحل التجاري.
- 307.....أولا: عقد إيجار تسيير المحل التجاري من العقود المسماة التي ترد على الانتفاع بالشيء.
- 307.....ثانيا: عقد إيجار تسيير المحل التجاري من العقود الملزمة للجانبين.

- 308.....ثالثا: عقد إيجار تسيير المحل التجاري من عقود المعاوضة.....308
- 308.....رابعا: عقد إيجار تسيير المحل التجاري من العقود الزمنية (أو عقود المدة).....308
- 308.....خامسا: عقد إيجار تسيير المحل التجاري يرد على الانتفاع بالشيء وعلى الأشياء غير القابلة للاستهلاك.....308
- 309.....سادسا: عقد إيجار تسيير المحل التجاري يعتبر من أعمال الإدارة لا من عقود التصرف.....309
- 309.....سابعا: عقد إيجار تسيير المحل التجاري عقد شكلي.....309
- 310.....ثامنا: عقد إيجار تسيير المحل التجاري يرد على مال منقول معنوي.....310
- 310.....تاسعا: عقد إيجار تسيير المحل التجاري من العقود المبنية على الاعتبار الشخصي في جانب المستأجر.....310
- 311.....عاشرا: عقد إيجار تسيير المحل التجاري ذو صفة تجارية.....311
- 313.....المطلب الثاني: تمييز عقد إيجار التسيير عن مختلف العقود الأخرى المشابهة له وأهميته.....313
- 313.....الفرع الأول: تمييز عقد إيجار التسيير عن مختلف العقود الأخرى المشابهة له.....313
- 314.....أولا: تمييز عقد إيجار التسيير عن عقد الإدارة البسيطة.....314
- 314.....أ- استغلال المحل التجاري عن طريق العامل أو الأجير.....314
- 315.....ب- استغلال المحل التجاري عن طريق الوكيل.....315
- 318.....ثانيا: تمييز عقد إيجار تسيير المحل التجاري عن حالة تسييره عن طريق متصرف مؤقت.....318
- 319.....ثالثا: تمييز عقد إيجار تسيير المحل التجاري عن عقد الإيجار التجاري.....319
- 319.....رابعا: تمييز عقد إيجار التسيير عن عقد البيع.....319
- 325.....خامسا: تمييز عقد إيجار التسيير عن حق الانتفاع.....325
- 327.....سادسا: تمييز عقد إيجار التسيير عن عقد الإيجار من الباطن.....327
- 328.....سابعا: تمييز عقد إيجار التسيير عن عقد العارية.....328
- 330.....ثامنا: تمييز عقد إيجار التسيير عن عقد الوديعة.....330
- 332.....تاسعا: تمييز عقد إيجار التسيير عن عقد تقديمه كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع.....332
- 334.....عاشرا: تمييز عقد إيجار التسيير عن عقد الفرانشيز.....334
- 334.....الفرع الثاني: أهمية عقد إيجار تسيير المحل التجاري ومساوئه.....334
- 335.....أولا: أهمية عقد إيجار تسيير المحل التجاري.....335
- 335.....أ- أهمية عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالنسبة للمالك.....335
- 336.....ب- أهمية عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالنسبة للمستأجر المسير.....336
- 336.....ثانيا: مساوئ عقد إيجار تسيير المحل التجاري.....336
- 336.....أ- مساوئ عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالنسبة للمالك.....336
- 337.....ب- مساوئ عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالنسبة للمستأجر المسير.....337
- 337.....المبحث الثاني: انعقاد عقد إيجار التسيير.....337
- 338.....المطلب الأول: الأركان الموضوعية.....338

- 338.....الفرع الأول: التراضي
- 339.....أولا: توافر إرادة طرفا عقد إيجار تسيير المحل التجاري
- 339.....أ- وجود إرادة المؤجر والمستأجر المسير
- 361.....ب- تطابق الإرادتين
- 366.....ثانيا: صحة التراضي
- 366.....أ- الأهلية
- 372.....ب- سلامة الإرادة من العيوب
- 379.....الفرع الثاني: المحل
- 279.....أولا: العين المؤجرة
- 379.....أ- يجب أن يكون المحل موجودا أو قابلا للوجود
- 385.....ب- يجب أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعين
- 386.....ج- يجب أن يكون المال المؤجر قابلا للتعامل فيه
- 387.....د- يجب أن يكون المحل مشروعا
- 387.....هـ- يجب أن يكون المحل غير قابل للاستهلاك
- 388.....ثانيا: الأجرة
- 388.....أ- طبيعة الأجرة
- 388.....ب- شروط الأجرة
- 391.....ثالثا: المدة
- 391.....الفرع الثالث: السبب
- 394.....المطلب الثاني: الأركان الشكلية
- 395.....الفرع الأول: الكتابة
- 395.....أولا: شروط العقد الرسمي
- 395.....أ- صدور عقد إيجار تسيير المحل التجاري من موظف أو ضابط عمومي (الموثق) أو شخص مكلف بخدمة عامة
- 395.....ب- صدور عقد إيجار تسيير المحل التجاري من الموثق في حدود سلطاته واختصاصه
- 396.....ج- يجب أن يراعي الموثق شكليات معينة أثناء تحريره لعقد إيجار تسيير المحل التجاري
- 396.....ثانيا: جزاء تخلف أحد شروط العقد الرسمي
- 397.....الفرع الثاني: الشهر
- 397.....أولا: القيد
- 397.....أ- القيد أو تعديل القيد في السجل التجاري
- 399.....ب- قيد عقد إيجار تسيير المحل التجاري لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية

399.....	ثانيا: النشر ( أو الإعلان).....
400.....	أ- النشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.....
401.....	ب- الإعلان في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية.....
401.....	د- الإعلان في أوراق المستأجر المسير التي يستخدمها في تجارته.....
403.....	خلاصة الفصل الأول.....
405.....	الفصل الثاني: آثار عقد إيجار التسيير وانقضاؤه.....
407.....	المبحث الأول: آثار عقد إيجار التسيير.....
407.....	المطلب الأول: آثار عقد إيجار التسيير بالنسبة للمؤجر.....
408.....	الفرع الأول: الالتزام بتسليم المحل التجاري.....
409.....	أولا: تحديد المحل التجاري الواجب تسليمه.....
410.....	أ- كيفية تسليم عناصر المحل التجاري.....
414.....	ب- حكم النقصان أو الزيادة في المحل التجاري المؤجر تسييره.....
416.....	ج- تحديد ملحقات المحل التجاري المؤجر تسييره.....
417.....	ثانيا: الحالة التي يجب أن يكون عليها المحل التجاري المؤجر عند التسليم.....
418.....	ثالثا: ظروف التسليم.....
418.....	أ- زمان التسليم.....
419.....	ب- مكان التسليم.....
419.....	ج- نفقات التسليم.....
419.....	رابعا- جزاء إخلال المؤجر بالتزامه بتسليم المحل التجاري.....
420.....	أ- طلب التنفيذ العيني.....
420.....	ب- طلب الفسخ.....
420.....	ج- إنقاص الأجرة.....
421.....	د- التعويض.....
421.....	هـ- الالتزام بتسليم المحل التجاري المؤجر تسييره غير قابل للإنقسام.....
422.....	الفرع الثاني: الالتزام بالصيانة.....
422.....	أولا: الترميمات التي يجب على المؤجر القيام بها.....
422.....	أ- الترميمات الضرورية لحفظ المحل التجاري من الهلاك.....
423.....	ب- الترميمات الضرورية لانتفاع المستأجر المسير بالمحل التجاري.....
423.....	ج- الترميمات التأجيرية.....
424.....	ثانيا: جزاء إخلال المؤجر بالتزامه بصيانة المحل التجاري.....

- أ- التنفيذ العيني.....424
- ب- فسخ عقد إيجار التسيير.....424
- ج- إنقاص بدل إيجار التسيير.....425
- د- التعويض.....425
- هـ- تحمل المؤجر نفقات الترميمات الضرورية المستعجلة التي يقوم بها المستأجر المسير.....426
- ثالثاً: حق المؤجر في إجراء الترميمات الضرورية لحفظ المحل التجاري.....426
- أ- أن تكون تلك الترميمات لازمة وضرورية لحفظ المحل التجاري من الهلاك.....427
- ب- يجب أن تكون هذه الترميمات مستعجلة.....427
- ج- يجب على المؤجر إخطار المستأجر المسير برغبته في القيام بالترميمات الضرورية.....427
- الفرع الثالث: الالتزام بالضمان.....428
- أولاً: الالتزام بضمان التعرض.....428
- أ- ضمان التعرض الشخصي.....428
- ب- ضمان تعرض الغير.....435
- ثانياً: الالتزام بضمان العيوب الخفية.....439
- أ- المقصود بالعيوب الخفية.....440
- ب- شروط العيب الخفي.....440
- ج- آثار تحقق العيب الخفي الموجب للضمان.....442
- د- مدى جواز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان.....444
- هـ- حالات سقوط حق المستأجر المسير في المطالبة بضمان العيوب الخفية.....444
- الفرع الرابع: الالتزام بدفع الديون.....445
- الفرع الخامس: الالتزام بإعلام المستأجر المسير.....445
- الفرع السادس: مدى تطبيق مسؤولية المؤجر عن فعل الأشياء (المحل التجاري المؤجر تسييره).....446
- المطلب الثاني: بالنسبة للمستأجر المسير الحر.....446
- الفرع الأول: الالتزام باستعمال العين المؤجرة بحسب ما أعدت له وعدم إجراء أي تغيير عليها.....447
- أولاً: التزام المستأجر المسير باستعمال المحل التجاري المؤجر تسييره بحسب ما أعد له.....447
- أ- كيفية استغلال المستأجر المسير للمحل التجاري المؤجر تسييره.....448
- ب- جزاء إخلال المستأجر المسير بالتزامه باستغلال المحل التجاري المؤجر تسييره.....453
- ثانياً: التزام المستأجر المسير بعدم إجراء أي تغيير على المحل التجاري المؤجر تسييره.....454
- أ- الأصل عدم إجراء أي تغيير على المحل التجاري المؤجر تسييره.....454
- ب- الاستثناء: جواز إجراء تغييرات على المحل التجاري المؤجر تسييره.....456
- الفرع الثاني: الالتزام بالمحافظة على العين المؤجرة.....457

- 457.....أولاً: التزام المستأجر المسير ببذل عناية الرجل العادي في الحفاظ على المحل التجاري المؤجر تسييره.....
- 459.....ثانياً: التزام المستأجر المسير بالقيام بالترميمات التأجيرية.....
- 461.....ثالثاً: التزام المستأجر المسير بإخطار المؤجر بكل ما يستوجب تدخله.....
- 463.....رابعاً: مسؤولية المستأجر المسير عن هلاك أو تلف المحل التجاري المؤجر تسييره.....
- 463.....أ- هلاك أو تلف المحل التجاري لسبب غير الحريق.....
- 464.....ب- هلاك أو تلف المحل التجاري بسبب الحريق.....
- 466.....الفرع الثالث: الالتزام بالتأمين على المحل التجاري المؤجر تسييره.....
- 466.....الفرع الرابع: الالتزام بدفع الأجرة.....
- 467.....أولاً: مضمون التزام المستأجر المسير بدفع الأجرة.....
- 467.....أ- ما يجب الوفاء به وطبيعته.....
- 468.....ب- المدين والدائن بالأجرة.....
- 469.....ج- ظروف الوفاء بالأجرة.....
- 471.....د- جزاء إخلال المستأجر المسير بالتزامه بدفع الأجرة.....
- 471.....ثانياً: ضمانات المؤجر في الحصول على بدل إيجار التسيير.....
- 472.....الفرع الخامس: تقديم ضمان أو كفالة.....
- 473.....الفرع السادس: التزام المستأجر المسير بعدم المنافسة.....
- 474.....المطلب الثالث: بالنسبة للغير.....
- 474.....الفرع الأول: آثار العقد تجاه دائني المتعاقدين.....
- 474.....أولاً: بالنسبة لدائني المؤجر.....
- 476.....ثانياً: بالنسبة لدائني المستأجر المسير.....
- 476.....أ- الحالة الأولى: تضامن المؤجر مع المستأجر المسير في ديونه.....
- 478.....ب- الحالة الثانية: تحمل المستأجر المسير لديونه دون تضامن.....
- 479.....الفرع الثاني: آثار العقد بالنسبة لمؤجر العقار.....
- 479.....الفرع الثالث: آثار العقد بالنسبة لمشتري المحل التجاري.....
- 481.....الفرع الرابع: آثار العقد بالنسبة للبائع الذي لم يتحصل على مقابل نقل الملكية.....
- 482.....المبحث الثاني: انقضاء عقد إيجار التسيير الحر والآثار المترتبة عنه.....
- 483.....المطلب الأول: انقضاء عقد إيجار التسيير.....
- 484.....الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري.....
- 484.....أولاً: انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بانقضاء مدته.....
- أ- اتفاق المتعاقدين على انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بانقضاء مدته دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء.....
- 484.....

- ب- اتفاق المتعاقدين على انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بانقضاء مدته بشرط التنبيه بالإخلاء....485
- ج- اتفاق المتعاقدين على تحديد مدة إيجار التسيير وتقسيمها إلى فترات.....487
- ثانيا: انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالبطلان.....487
- ثالثا: انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالفسخ.....488
- أ- الحالات التي يمكن فيها للمستأجر المسير الحق في طلب فسخ عقد إيجار التسيير.....489
- ب - الحالات التي يمكن فيها للمؤجر الحق في طلب فسخ عقد إيجار التسيير.....491
- ج- انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بتحقق الشرط الفاسخ.....492
- رابعا: انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري باتحاد الذمة.....493
- الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري.....494
- أولا: موت المستأجر المسير.....494
- ثانيا: نقص أهلية المستأجر المسير.....496
- ثالثا: إنعدام أهلية المستأجر المسير.....496
- أ- الجنون والعتة.....496
- ب- الحكم بعقوبة جنائية.....496
- ج- إفلاس المستأجر المسير.....496
- المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن المترتبة عن انقضاء عقد إيجار التسيير.....498
- الفرع الأول: آثار انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالنسبة للمستأجر المسير.....498
- أولا: الالتزام برد المحل التجاري ( العين المؤجرة).....499
- أ- مضمون التزام المستأجر المسير برد المحل التجاري المؤجر تسييره.....499
- ب- جزاء إخلال المستأجر المسير بالتزامه برد المحل التجاري المؤجر تسييره.....508
- ج: التزام المستأجر المسير برد المحل التجاري المؤجر تسييره غير قابل للانقسام.....509
- د- حكم المصروفات التي ينفقها المستأجر المسير على المحل التجاري المؤجر تسييره.....509
- ثانيا: التزام المستأجر المسير بالتوقف عن الاستغلال وإخلاء العقار المستغل فيه المحل التجاري.....510
- ثالثا: شرط عدم المنافسة.....511
- رابعا: قيام المستأجر المسير بالإجراءات الشكلية المتعلقة بانقضاء العقد.....514
- أ- بالنسبة للأشخاص الطبيعيين التجار.....514
- ب- بالنسبة للأشخاص المعنويين التجاري.....514
- الفرع الثاني: آثار انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالنسبة للمؤجر.....516
- أولا: التزام المؤجر بإرجاع الكفالة أو الضمان المقدم من قبل للمستأجر المسير.....516
- ثانيا: التزام المؤجر بتعديل قيده والنشر.....517
- ثالثا: مسؤولية المؤجر عن تسريح العمال.....518

519.....	رابعاً: التزام المؤجر بتعويض المستأجر المسير عن القيمة الإضافية التي أضافها للعقار
521.....	الفرع الثالث: آثار انقضاء عقد إيجار تسيير المحل التجاري بالنسبة للغير
521.....	أولاً: حلول أجل الدين
522.....	ثانياً: حق العمال في المطالبة باستمرار عقد العمل مع المؤجر (المالك)
523.....	خلاصة الفصل الثاني
525.....	الخاتمة
536.....	الملاحق
555.....	قائمة المراجع
591.....	الفهرس

إن المحل التجاري، باعتباره مال منقول معنوي متميز عن العناصر المكونة له ويستقل بأحكام خاصة به، يمكن أن يكون محلاً لمختلف العقود، إضافة إلى العمليات الناقلة للملكية كالبيع، يمكن أن يكون محلاً لعمليات غير ناقلة للملكية، وهي تنقسم إلى قسمين: يتمثل القسم الأول في العمليات غير الناقلة للحيازة تتمثل في عقد واحد وهو الرهن الحيازي وهو في أحكامه يشبه الرهن الرسمي في عدم انتقال الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن. أما القسم الثاني فيتمثل في العمليات الناقلة للحيازة تتمثل في عقد إيجار التسيير وعقد تقديم المحل التجاري في الشركة على سبيل الانتفاع، إلا أن هذا الأخير يخضع في أغلب أحكامه لتلك التي تسري على عقد إيجار التسيير، والذي بدوره يخضع لأحكام عقد الإيجار المدني، وفي كل هذه العمليات وغيرها إذا لم تتضمن عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية لا يمكن اعتبارها أنها واردة على محل تجاري.

تسري على هذه العمليات أحكام القانون التجاري باعتباره قانون خاص كما تسري عليها أيضاً أحكام القانون المدني باعتباره الشريعة العامة.

#### الكلمات المفتاحية:

المحل التجاري، الاتصال بالعملاء، الشهرة التجارية، الرهن الحيازي، إيجار التسيير.

#### Résumé

Le fonds de commerce, en tant que bien meuble incorporel distinct des éléments qui le composent et ayant ses propres règles, peut faire l'objet de différents contrats. Ainsi, en sus des opérations transmissibles de propriété telles que la vente, il peut également faire l'objet d'opérations non transmissibles de celle-ci. Ces dernières sont en effet de deux types. Il s'agit, d'une part, des opérations non-transmissibles de possession, qui se manifestent par un seul contrat, à savoir le nantissement dont la non-transmission de la possession au créancier hypothécaire est soumise aux mêmes règles applicables à celle de l'hypothèque et, d'autre part, des opérations transmissibles de possession que sont la location-gérance et le contrat d'affectation, à titre de jouissance, du fonds de commerce comme apport au sein d'une société. Cependant, ce dernier est soumis, en large partie, aux mêmes règles régissant la location-gérance qui, quant à elle, est régie par les règles applicables au contrat de bail. De telles opérations ne peuvent être considérées comme portant sur le fonds de commerce si elles ne comprennent pas les éléments liés à la clientèle et à l'achalandage.

Les opérations en question sont régies aussi bien par les dispositions du Droit commercial et celles du Droit commun.

#### Mots de clés:

Fonds de commerce, La clientèle, L'achalandage, Nantissement, Location-gérance.

#### Abstract

The business may, as a specific moral value, be the subject of non-transferable property transactions. These transactions are of two types: those that affect the right of possession such as pledge and, those that allow the transmission of possession such as the lease-management contract and the lease contract in a company, although the latter is subject to provisions governing the lease-management and the civil lease. All of these operations are governed by several legal texts like the commercial code and a civil law.

#### Keywords:

Commercial property, customer base, traffic, pledge, Lease management