

جامعة وهران
كلية الحقوق و العلوم السياسية

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه
في القانون الخاص تخصص قانون تجاري

تعويض الاستحقاق
- دراسة مقارنة -

تحت إشراف الأستاذة :

السيدة حمدان ليلي
أستاذة التعليم العالي

من إعداد الطالبة:

بلخير هند

2013/12/19

أعضاء لجنة المناقشة:

- السيدة بولنوار مليكة أستاذة التعليم العالي .جامعة وهران. رئيسة
- السيدة حمدان ليلي أستاذة التعليم العالي .جامعة وهران. مشرفة و مقررة
- السيد مروان محمد أستاذ التعليم العالي .جامعة وهران .عضوا مناقشا
- السيد مسعودي.رشيد أستاذ محاضر صنف أ .جامعة معسكر .عضوا مناقشا
- السيد بوكعبان العربي أستاذ التعليم العالي .جامعة سيدي بلعباس.عضوا مناقشا
- السيد مزيان محمد الأمين أستاذ محاضر صنف أ .جامعة مستغانم .عضوا مناقشا

السنة الجامعية
2014/2013

شكر و عرفان

بعد شكر الله تعالى و حمد جلاله و الصلاة على رسوله الأمين ، أتقدم بالشكر و الامتنان إلى أستاذتي الفاضلة حمدان ليلي على حسن التأطير و النصح المتواصل ، فهي من أرشدتني و شجعتني على المضي قدما في هذا البحث ، كما أتقدم بشكري و عرفاني إلى كل أستاذتي الأفاضل و اخص بالذكر الأستاذة بولنوار مليكة ، و إلى كل من تحمل عبء قراءة هذه الرسالة و المشاركة في مناقشتها ، جزا كم الله جميعا أحسن الجزاء .

إهداء

إلى من ضحت بكل ما تملك من أجل أن اشق طريق العلم و المعرفة ، والدتي حفظها الله لنا .
إلى من سرقت منها هذه الرسالة حزن أمها ، ابنتي عذرا .
إلى من زرع بذرة حب العلم في وجداني رحمك الله أبي و جدي .
إلى من احلم أن تسير على خطى خالتها ليليا .
إلى كل أفراد عائلتي : أختي و قررة عيني رشيدة ، محمد ، نبيل ، لمياء ، رشيد ، سعاد .
إلى من أضاء شمعتي و علمني الأمل في هذه الحياة .
إلى من قاسموني هموم العمل و حلاوته فريق ل.م.د :خيرة ،احمد ، سيهام ، زهيرة حفيظة .
أخيرا اهدي هذا العمل المتواضع إلى أستاذي نوار محمد الذي رحل قبل أن تصل بين يديه
هذه الرسالة رحمه الله .

**« Il y a un idéal juridiquedont il faut
chercher la source, non pas en l'air dans
la région pure des abstractions
rationnelles, mais en bas dans la vérité
historique elle-même, et dans les
transformations qu'elle annonce et
qu'elle prépare. »**

Introduction

Raymond SALEILLES

فهرس فك بعض الرموز

1-باللغة العربية :

المادة :

غ . التجا و البح : الغرفة التجارية و البحرية

ق م : القانون المدني

ق ت : القانون التجاري

ق ا ج م ا : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

مح . عليا : المحكمة العليا

مج قضا : المجلة القضائية المحكمة العليا

2-باللغة الفرنسية:

Ed : édition

Cass.civ : cassation civile

Cass .com : cassation commerciale

Chron : chronique

D : Dalloz

G. P : Gazette du palais

J.C.P : jurisclasseur périodique

L.G.D.G : librairie générale de droit et de jurisprudence

Op .cit : auparavant cité

P : page

Revu.jurisp.com : revue de la jurisprudence commerciale

R.T.D : revue trimestrielle de droit commercial

R.D.C : revue de droit commercial

Rep .Dalloz.soc : répertoire Dalloz société

S : suivant

مقدمة

مقدمة

يتمتع التعويض كجزاء و اثر للمسؤولية المدنية بأهمية بالغة و مكانة متميزة في الفكر القانوني لما شهدته من تطور ، فحظي بقدر واسع من الاهتمام و الدراسة ، و التعويض لغة يعني " العوض" بمعنى البديل و الخلف ¹ ، أما كمصطلح قانوني فكلمة تعويض بمعنى "

¹ المعجم الوسيط ، إصدار مجمع اللغة العربية ، طبعة ثانية ، القاهرة 1972 ، ص 637: "اعتاض فلانا، سأله العوض الجمع اعواض و عاضه بكذا عوضا أي أعطاه إياه بدل .". العروس من جواهر القاموس ، لمحب الدين أبي الفيض الواسطي الزبيدي، طبعة دار مكتبة الحياة، بيروت، ص 344: "العوض كعنب الخلف و في الباب كل ما أعطيته من شيء فكان خلفا ، و عوضني الله منه تعويضا .".
لسان العرب لابن منظور ، طبعة الدار المصرية للتأليف و الترجمة ، ص 55. "التعويض: البديل ، و الجمع اعواض ، عاضه منه و به ، و العوض : مصدر قولك عاضه عوضا و عياضا و معوضة ، و عوضه و اعاضه و عاوضه، و الاسم المعوضة ، و في حديث ابي هريرة -رضي الله عنه - " فلما احل الله ذلك للمسلمين يعني الجزية ، عرفوا انه قد عاضهم أفضل مما خافوا ". قول عضت فلانا و أعضته و عوضته : أعطيته بدل ما ذهب منه و تعوض منه و اعتاض اخذ العوض ، و اعراضه منه و استعاضه و تعوضه ، كله سأله العوض ، و تقول اعتاضني فلانا : إذا جاء طالبا للعوض و استعاضني كذلك ، و المستعمل التعويض . "

indemnité " مشتقة عن اللاتينية "indemnitis" من أصل " damnun " ، و يقصد بها جبر الضرر إما عن طريق عيني أو بمقابل مالي ¹ .

سواء كان التعويض عينا أو نقدا فهو مصطلح عام يشمل جبر الأضرار المالية و غير المالية التي قد تصيب المضرور ، كما انه يأتي في مرحلة لاحقة لقيام المسؤولية و الانتهاء من تقريرها ، مما جعل معظم الدراسات حول هذا الموضوع تنفرد به بتناوله بعيدا عن أحكام المسؤولية ، و بجميع فروع القانون ² .

على خلاف التعويض كأثر للمسؤولية عموما لم ينل تعويض الاستحقاق الاهتمام الكافي بالبحث و الدراسة ، بالرغم من أهميته العلمية باعتباره جزء مكون لعنصر من أهم العناصر المعنوية للمحل التجاري المتمثل في الحق في الإيجار ، و احد الحقين المكونين للملكية التجارية الأمر الذي دفعنا إلى تناوله بالتحليل و التأصيل من خلال هذه الرسالة .

بداية نظم المشرع تعويض الاستحقاق بنص المادة 176 من ق.ت ، فجاء بالفقرة الأولى منها تسميته " المسمى تعويض الاستحقاق " ، ثم تحديد مداه " .. يجب أن يكون مساويا للضرر.. " فبيان سببه " .. المسبب نتيجة عدم التجديد " ، في حين حصرت الفقرة الثانية من نفس المادة العناصر التي تدخل في تقديره " و يتضمن على وجه الخصوص التعويض ... ، القيمة التجارية للمحل التجاري التي تحدد وفقا لعرف المهنة ، و كذلك مصاريف و حقوق التحويل الواجب تسديدها لمحل تجاري من نفس القيمة . " ، فلم يأت المشرع بتعريف محدد لماهية هذا النوع من التعويض ، المهمة التي تعود أصلا للفقهاء .

¹ معجم المصطلحات القانونية : جبرار كونو ترجمة منصور القاضي ، دار النشر مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، بيروت الطبعة الأولى ، 1998 ، ص 513 : " يقصد بالتعويض :

- مبلغ من المال للتعويض على الضحية عن الضرر الذي أصابها (بفعل جريمة او تنفيذ عقد) بتخفيض قيمة معادلة تبدو كتعويض عن الضرر و عقوبة على تبعية مرادفة عطل و ضرر .

- بشكل اعم مبلغ من المال للتعويض عن أي نوع من الضرر (ربح فانت ، أي خسارة) مثلا تعويض عن الزبون و نزع اليد . مبلغ يقابل أحيانا المخاطر التي يتخذها الضمان الاجتماعي على عاتقه .

-مبالغ موجبة لاسترداد نفقات مبينة بمناسبة عمل او مهمة .

-بديل عن مكافأة .

-التعويض المعدل للإجازات المدفوعة الأجر .

-تعويض الزبون .

-تعويض نزع اليد .

-المبدأ التعويضي مبدأ عام في قانون المسؤولية و التأمينات يجب بمقتضاها أن تعوض القيمة المخصصة بصفة تعويض الضرر عن كل يوم تأخير .

² على سبيل المثال التعويض في عقد النقل البحري لأكثر معلومات الرجوع إلى مقال ملزي عبد الرحمان : نظام المسؤولية المحدودة في عقد النقل البحري وفقا لاتفاقية بروكسل 1924 و التقنين البحري ، مجلة أشغال الملتقى الدولي في المنازعات البحرية ، 2 و 3 ماي 2009 ، منشورات الألفية الثالثة ، 2011 ، ص 145 و ما يليها .

حاول بعض المؤلفين تعريف تعويض الاستحقاق على انه المبلغ الذي يدفعه المؤجر مالك الجدران للتاجر المستأجر مالك القاعدة التجارية عندما يرفض الأول تجديد عقد الإيجار التجاري، فهو بالتالي ناتج حسب اعتقادهم عن العلاقة القانونية التي يتضمنها عقد الإيجار¹، بينما اكتفى البعض الآخر منهم بالقول بأنه التعويض الذي تفرضه المادة 176 من ق.ت إلى المستأجر التاجر مالك القاعدة التجارية من طرف المؤجر مالك المحل (العقار) في حالة رفض التجديد ومقابل الضرر الناتج عن هذا الرفض²، وذهب باحث آخر إلى القول بأنه التعويض المقرر من أجل جبر الضرر حتى لا تلحق المستأجر الذي طرد من المحل خسارة ولا يحقق له ربحا بهذا التعويض³.

لم يتوقف الباحثون حسب ما أتيج لنا الاطلاع عليه في إعطاء تعريف دقيق للحق في تعويض الاستحقاق، فسقط أكثرهم في الحديث عن سببه أو الهدف منه أو تحديد الطرف الملزم به و الطرف الذي يستحقه، دون البحث عن أساسه القانوني، الذي يتحدد به مفهومه، الشيء الذي يقتضي منا الرجوع إليه برسالتنا هذه.

فيما عدا قصور تعريف تعويض الاستحقاق يلاحظ تردد المشرع في وصف هذا التعويض ففي بعض المواد يصفه بالاستحقاق⁴ بينما بمواد أخرى يصفه بتعويض عن الإخلاء⁵. يبدو أن التباين في وصف التعويض لم يقتصر على المشرع فقط، بل تعداه إلى القضاء الذي يلاحظ استعماله تارة لمصطلح "تعويض الاستحقاق"⁶، و تارة أخرى لمصطلح "تعويض الإخلاء"⁷.

¹حسان بوعروج: التعويض الاستحقاق، مجلة القضاء، المحكمة العليا - عدد خاص للغرفة التجارية و البحرية، 1999، ص 29 و ما يليها.

² محمد الحبيب الطيب: التعويض الاستحقاق في القانون الوضعي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة أولى 1998، ص 1.

³ جنادي جيلالي: الإجراءات التجارية بالقانون التجاري الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني 3 للأشغال التربوية، الطبعة الأولى 2001، ص 91

⁴ المادتين 176 و 187 مكرر من ق.ت.

⁵ المواد 177، 182، 184، 185، 187، 197 من ق.ت.

⁶ مح.علي.غ.تجا و بح، ملف رقم 116928، قرار 11 ابريل 1995.مج.قضا، عدد خاص.1999، ص 87. "يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد الإيجار بشرط أن يسد للمستأجر المحلي تعويضا مساويا للضرر المسمى التعويض الاستحقاق". مح.علي.غ.تجا و بح. القرار ملف رقم 66021، المؤرخ 25-03-1990، مج. قضا، العدد الثاني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل، 1992، ص 96. "لما كان الثابت - في قضية الحال - أن المستأجر يستغل المحل أكثر من سنتين ففضاء الموضوع لما أيدوا الحكم المستأنف القاضي بطرد الطاعن (المستأجر) دون تعويض الاستحقاق يكونون قد اخطئوا في تطبيق المادة 172 من القانون التجاري". مح.علي.غ.تجا و بح. القرار المؤرخ 27 فبراير 1996. مج. قضا، العدد 2، ص 115 "عقد التسيير الحر لقاعدة تجارية ينتهي بموجب رسالة مضمنة توجه من المالك إلى المسير دون أي تعويض استحقاق". مح.علي.غ.تجا و بح. ملف رقم 541809 القرار المؤرخ 06 ماي 2009، مج.علي.غ.العدد 1، 2009، ص 203: "المؤجر هو الذي يعرض التعويض الاستحقاق مقابل رفض تجديد الإيجار و ليس المستأجر".

⁷ مح.علي.غ.تجا و بح. قرار المؤرخ 17 جويلية 1988.مج.القضا، العدد 3، 1991، ص 92: "يجوز إلزام المستأجر الذي يمكنه المطالبة بتعويض الإخلاء بمغادرة الأماكن قبل قبض التعويض". جاء أيضا عن مح.علي.غ.تجا و بح، بالقرار المؤرخ 6 ماي 1990.مج.القضا، العدد الأول، 1991، ص 65: "إن اللجوء إلى القاضي الاستعجالي لإجراء خبرة لتقدير التعويض عن الإخلاء يستلزم وجود دعوى في الموضوع

بينما يلاحظ ميل المؤلفين والباحثين¹ للحديث عن تعويض الاستحقاق أكثر منه عن تعويض عن الإخلاء ، وفاء منهم للتسمية التي اختارها المشرع صراحة بالمادة 176 من ق.ت ، المصطلح الذي اخترناه كعنوان لرسالتنا.

كما لم ينفرد المشرع الجزائري في ترده بتوجمة مصطلح " l' indemnité d'éviction " ، فاعلم التشريعات العربية التي اقتبست من التشريع الفرنسي خاصة مرسوم 30 سبتمبر 1953 المتعلق بالإجراءات التجارية الفرنسية ، سقطت في نفس التردد، بينما يلاحظ اعتمادها لنفس المصطلح باللغة الفرنسية².

استعمل المشرع التونسي مصطلح "منحة الحرمان"³ للدلالة على تعويض الاستحقاق فجاء

عنه ما يلي : "يمكن للمسوغ أن يرفض تجديد التسويغ و مع ذلك فان المسوغ يجب عليه فيما عدا الاستثناءات المنصوص عليها بالفصل الثامن و الفصول التابعة له أن يدفع المتسوغ المحروم من التجديد منحة تعرف بمنحة الحرمان تساوي الضرر الحاصل بسبب عدم التجديد." ، بينما القضاء التونسي اختلف في تسميته ، فيظهر ببعض القرارات استعماله لمصطلح "منحة الحرمان" ، بينما جاء عنه بقرارات أخرى استعماله لمصطلح " غرامة الحرمان"⁴ و شتى بين المنحة و الغرامة¹.

مرفوعة مسبقا . " .. مح. عليا. غ. تجا و بح . ملف رقم 109837 ، قرار المؤرخ 10 ماي 1995 ، مج القضا ، العدد 2 ، 1995 ، ص 125 : " و أن القرار قد أمر بطرد الطاعنة دون تعويض عن الإخلاء لعدم تسديد الإيجار..".

¹ جنادي جيلالي : الإجراءات التجارية في القانون التجاري الجزائري ، المرجع السابق ، ص 70 و ما يليها . المطالب الأول : رفض تجديد عقد الإيجار التجاري مقابل تعويض استحقاق .

محمد الحبيب الطيب : التعويض الاستحقاق في القانون الوضعي الجزائري ، المرجع السابق .
حمدي باشا عمر : دراسات قانونية مختلفة . عقد الإيجار - ملاحظات تطبيقية حول العقود التوثيقية - نظرات حول عدم استقرار المحكمة العليا بخصوص بعض القضايا ، مطبعة دار هومه . الجزائر . 2001 . ص 8 و ما يليها .

حسان بوعروج : المرجع السابق . ص 35.

اسعد زهية : عنوان تعويض الاستحقاق . نشر في نشرة القضاة . وزارة العدل . عدد 45 . ص 13 .

² Hassania CHERKAOUI : Droit commercial , éd 1987, §250.p 171 . « Refus avec indemnité d'éviction ».

³ القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوغين و المتسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف . القانون المنشور بالرائد الرسمي الجمهورية التونسية عدد 38 بتاريخ 31 ماي و 3 جوان 1977 ، ص 1549 .

⁴ القرار تعقيبي منني عدد 17278 مؤرخ في 27 نوفمبر 1987 - نشرية محكمة التعقيب - سنة 1987 - ص 187 : " نص الفصل 7 من قانون عدد 37 لسنة 1977 على أن المتسوغ المحروم من التجديد يستحق حق منحة تعرف بمنحة الحرمان تساوي الضرر الحاصل له بسبب عدم التجديد و تتمثل هاته المنحة بالخصوص قيمة الأصل التجاري عند التعامل و تضبط القيمة المذكورة حسب تقاليد المهني و تضاف إليها المصاريف العادية للتنقل و الانتصاب و لا تدخل الأرباح في العناصر المكونة للأصل التجاري ."

أما عن المشرع المغربي فعبر عن تعويض الاستحقاق "بالتعويض عن الإفراغ" بالفصل العاشر من ظهير 24 ماي 1955² الذي جاء كالاتي: " يحق للمكري إن يرفض تجديد العقدة إلا انه إذا استعمل هذا الحق فيكون عليه أن يؤدي للمكثري المطلوب منه الإفراغ تعويضا عن هذا الإفراغ يعادل ما لحقه من الضرر الناجم عن تجديد العقدة و ذلك باستثناء ما قرره الفصل 11 و ما يليه من الفصول . " . في حين القضاء و الفقه بالمغرب يلاحظ عنهما تباين في وصفهما لهذا التعويض ، بحيث يتم الحديث أحيانا عن " التعويض عن الإفراغ " ³ ، و أحيانا أخرى يستعمل مصطلح " التعويض عن نزع اليد " ⁴ ، في حين يذهب البعض الآخر من الفقه إلى وصفه " بالتعويض الكامل" ⁵ .

لعل تردد كل من التشريع و القضاء و الفقه على الأقل في بلادنا في وصف هذا التعويض إلى محاولته ترجمة كلمة " éviction " من اللغة الفرنسية إلى اللغة العربية ، و التي تقابلها لغة كلمة "إخلاء" و هو المصطلح الأكثر ملائمة من وجهة نظرنا خاصة إذا ما رجعنا إلى سبب الضرر الموجب لهذا التعويض و المتمثل في الإخلاء . بينما مصطلح "الاستحقاق" يقابله باللغة الفرنسية كلمة "échéance" ⁶ التي تعني حلول الأجل للتنفيذ ، أي التاريخ الذي يصبح فيه الدين مستحقا و بهذا المعنى يبتعد عن الهدف الذي توخاه المشرع عند تقريره هذا الحق لصالح مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة أو حرفة .

كما لا يعد تعويض الاستحقاق نظام تعويضي قانوني⁷ ، فلا ينشأ مستقلا بل هو الأثر المباشر لرفض المؤجر تجديد عقد الإيجار و احد الحقين اللذان يشكلان الحق في الإيجار أو ما اعتاد

القرار التعقيبي المدني ، عدد 37091 مؤرخ في 4 ابريل 1995 ، مجلة القضاء و التشريع ، عدد خاص تجاري ، نوفمبر 1995 ، ص 67 : " طالما كان رفض التجديد مؤقتا و مؤسسا على العدم و إعادة البناء و ليس الامتناع مطلقا لغاية الاسترجاع فلا يمكن المطالبة بغرامة الحرمان و لا يخول القانون إلا المطالبة بمعين كراء أربع سنوات حسبما قرره الفصل التاسع من القانون عدد 37 المؤرخ في 25 ماي 1977 . " .
¹ فالمنحة لغة تعني هبة و اصطلاحا قانونيا تعني الإجازة أما الغرامة فتعني لغة ما يلتزم المرء بأدائه قصاصا أو تعويضا . عصام حداد - حسان جعفر : المنبع الموسع ، قاموس عربي - عربي ، مطبعة ابيدوسفت ، دار صبح ، لبنان ، طبعة أولى ، 2011 ، ص 1043 و 1388 .
² الظهير الصادر بتاريخ 24 ماي 1955 بشأن عقود كراء الأملاك أو الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف المنشور بالجريدة الرسمية المغربية عدد 2224 .

³ الحسن البوعيسي: جزاء إغفال المالك لتبليغ الدائنين المقيدین إقدامه على فسخ كراء العقار الذي يستغل فيه الأصل التجاري ، مطبعة النجاح الجديدة . الدار البيضاء ، الطبعة الأولى ، 2005 . ص 158 .
⁴ قرار المجلس الأعلى المغربي عدد 341 المؤرخ في 8-02-1982 - مجلة المحاكم المغربية - العدد 32 - ص 34 : " رب الملك الذي يوجه إنذار بالفراغ بمقتضى الفصل 16 ، و لا يعنر في تلك الأثناء المحلات شخصيا لأجل السكنى ن يكون له إقامة الدليل على السبب المشروع الذي من شأنه ان يعفيه من التعويض عن نزع اليد . " .

⁵ نجاة الكس: الحق في الكراء كعنصر في الأصل التجاري ، الشركة المغربية للتوزيع ، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص 390 ، محمد بن احمد بونيات: كراء المحلات التجارية ، المطبعة و الوراقة الوطنية - مراكش- الطبعة الأولى 2008 ، ص 84 .

⁶ فهو اسم مشتق من فعل "échoir" : حان اجله ، استحق من اللاتينية الشعبية "excadere" فعل حل محل اللاتينية التقليدية "excidere" .
⁷ نظام التعويض المقرر لضحايا حوادث العمل بموجب قانون رقم 83-13 ، أو تعويض ضحايا حوادث المرور بموجب الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30-01-1974 و المتعلق بالزامية التأمين على المراكب البرية ذات محرك و بنظام التعويض أو التعويض ضحايا الأحداث التي حصلت بين

الفقه على تسميته بالملكية التجارية، بالتالي أي دراسة لهذا الموضوع لا يمكن فصلها عن عقد الإيجار التجاري و لا عن الملكية التجارية.

و حتى يستقيم فهمنا للإشكالية التي سنطرحها بهذه الرسالة لابد من الرجوع أولاً إلى الأسباب التاريخية التي أدت إلى ميلاد الملكية التجارية بصفة عامة و تعويض الاستحقاق على وجه الخصوص ، كما لا يمكن الخوض في الكشف عن هذه الأسباب دون الرجوع إلى زمان و مكان ميلاد هذا التعويض.

اصدر المشرع الفرنسي في بداية القرن التاسع عشر مجموعة من النصوص القانونية متفاوتة عبر الزمن من أهمها قانون 28 جويلية 1824 الذي اعترف للتاجر بملكته للاسم التجاري ، ثم تلاه قانون 5 جويلية 1844 الذي اعترف له بملكته براءة الاختراع التي يستعملها في نشاطه ، ليتبعه الاعتراف له بملكته للعلامة التجارية و الصناعية بموجب قانون 23 جوان 1857 .

ساهمت جميع القوانين المذكورة أعلاه في بروز القيمة المالية للعناصر التي اعترف القانون بملكيتها للتاجر¹، ففوض القانون الجبائي المؤرخ في 28 فبراير 1872 رسوم تسجيل على كل عملية تنازل عن المحل التجاري للغير ، مستعملا المشرع الفرنسي لأول مرة بإحدى مواد هذا القانون مصطلح « fonds de commerce »² ، و كرس هذه القيمة المالية عندما أجاز للتاجر استعمال محله التجاري كوسيلة ائتمان عن طريق رهنه دون خروج الحيازة من يده (قانون 1 مارس 1898).

ابريل 1980 إلى 31 أكتوبر 1988 ، أو التعويض المقرر بموجب المرسوم التنفيذي رقم 99-47 المتعلق بضحايا الأعمال الإرهابية. لأكثر معلومات الرجوع إلى مرجع : علي فيلاي: الالتزامات-الفعل المستحق للتعويض -مطبعة موفم للنشر، الطبعة الثالثة 2012، ص 361 و ما يليها .
¹ برزت فكرة المحل التجاري نتيجة الاجتهاد القضائي من خلال مراعاة ممثل الحق العام السيد تري الذي أكد حق صاحب القاعدة التجارية في التنازل عنها للغير و هو ما أيده محكمة الاستئناف بباريس بقرار صادر بتاريخ 17 / 08 / 1801 . المحل التجاري في أنظمة الزواج لميشيل ريو ، طبعة 1953 ، ص 12 .

² Jean MILHAUD: Propriété commerciale, Thèse pour le Doctorat 1935, éd Librairie du Recueil SIREY- Paris-1935, p 4 et s.

استمر التطور التشريعي للمحل التجاري بصدور قانون 17 مارس 1909¹ الذي نظم العقود الواردة عليه، فبدأ الاعتراف بالمحل ككيان قانوني جامع لكل عناصره² و كملكية تعود للتاجر أطلق عليها مصطلح "الملكية المهنية" La propriété professionnelle³.

غير أن تطبيق قانون 17 مارس 1909 و مجموعة القوانين التي تلتها السالفة الذكر خلفت في الواقع العملي وضعية مزرية جعلت المستأجر التاجر تحت رحمة المؤجر الذي يظن لأهمية المحل التجاري مما شجعه على الزيادة في بدل الإيجار أو المضاربة في ثمن الأماكن المؤجرة عند بيعها أو استغلالها بنفسه مستفيدا من زبائن المستأجر المحلي ، لتبدأ بوادر صراع بين الملكية العقارية و الملكية المنقولة الصراع الذي سيدوم طويلا .

ميز هذه الحقبة الزمنية خضوع عقد الإيجار لمقتضيات الباب الثامن من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المتعلق بعقد الإيجار " du contrat de louage " ، فلم يكن هناك فرق بين الأحكام المنظمة لعقد الإيجار سواء كان معد لاستغلال مدني أو التجاري ، فكليهما يخضعان لمبدأ سلطان الإرادة⁴، و ينتهيا سواء بانتهاء المدة المحددة لهما بالعقد أو بمبادرة احد أطرافه . أما في حالة عدم تحديد المدة فتتجدد الالتزامات المتبادلة⁵ و تبقى حرية

¹ بموجب قانون كوردولي " Loi cordelet " نسبة إلى النائب انتهى المشرع إلى الإصغاء لمطالب التجار فاصدر أول قانون يجمع كل العناصر المكونة للمحل التجاري و يمنح له كيان قانوني و ينظم العقود الواردة عليها بأحكام خاصة . جاء في هذا الشأن عن : " La loi de 1909 parle de propriétaire du fonds de commerce dans les articles 3, al.2et 4, articles 13, 17et 23.." Jean MILHAUD : Propriété commerciale, op, cit, p 13

² العنوان التجاري ، الاسم التجاري ، الزبائن ، الشهرة ، المعدات و الآلات التي تستعمل لاستغلال للمحل، براءة الاختراع ، الرخص ، علامات الصنع و التجارة ، الرسوم و النماذج الصناعية و على وجه العموم حقوق الملكية الصناعية و الأدبية أو الفنية المرتبطة به .
³ قبل القرن التاسع عشر كان القضاء و الفقه ينظر إلى المحل التجاري بنظرة مادية بحتة، تمثل عناصرها في منقولات مادية من بضائع و أثاث تجاري و آلات الصناعة ثم تغيرت هذه النظرة لوعي التجار بالقيمة الكبيرة لعناصر أخرى (كالاسم التجاري و الشعار و الزبائن) العناصر الغير ملموسة التي تشكل القيمة الاقتصادية للقاعدة التجارية فظهرت العناصر المعنوية و أهمها عنصر الاتصال بالزبائن ، فنتج عن ذلك وعي التجار بهذه الملكية و ضرورة حمايتها، فعقدت عدة مؤتمرات للمطالبة بالحماية كمؤتمر المجموعات التجارية الذي انعقد بباريس سنة 1904 أين أثبتت و لأول مرة مسالة الملكية التجارية للقاعدة التجارية و بسنة 1906 أثبتت مسالة الصناعة و التجارة الصغيرة بالمؤتمر المنعقد بمدينة مرسيليا فبدأ الدفاع عن الملكية التجارية بمساندة الغرف التجارية .

G. Ripert et R .Roblot : Traité élémentaire de droit commercial, T.I., , L.G.D.J, Paris 2eme éd, 1980 n° 523 , p 373.

⁴ Art 1709 code civil F : « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige a faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celui-ci s'oblige de lui payer . »
لأكثر معلومات حول هذه المرحلة الرجوع إلى :

V.C. Lavabre : L'évolution du statut des baux commerciaux - Dix ans de droit d'entreprises- éd Litec, 1978 .

⁵ عدم تطرق المشرع لتنظيم مسالة تجديد عقد الإيجار الممنوح لممارسة نشاط بالقانون المدني لسنة 1804 لم يكن إغفال منه إنما لكون مشكلة عدم التوازن في العلاقات بين المؤجر و المستأجر لم تكن قد طرحت بعد ، فلم تكن فرنسا في ذلك الوقت تعيش أزمة سكن بعد و لم تكن منظمات التجار تعي أهمية مفهوم المحل التجاري و أهمية المكان الذي يستغل به .

الأطراف في تجديد العقد أو إنهائه¹ .و كانت الملكية العقارية في بداية القرن التاسع عشر أساس الثروة إلى غاية صدور قانون 17 مارس 1909 (السابق الإشارة إليه).

إن اعتراف المشرع الفرنسي بملكية (غير الملكية العقارية) مرتبطة بمهنة أو نشاط حركت الوعي بضرورة التمييز بين عقد الإيجار المعد لاستعمال مدني و ذلك المعد لاستغلال تجاري، و حاجة هذا الأخير لحماية خاصة تضع حدا لتعسف المؤجر في استعمال حقه في استرجاع الأماكن المؤجرة بمجرد انتهاء العقد².

كل هذه الأسباب دفعت مجموعة من البرلمانيين الفرنسيين إلى المرافعة من اجل حماية مستأجر الأماكن المعدة لاستعمال تجاري أو صناعي بفتح النقاش حول مسألتين رئيسيتين : المسألة الأولى تتعلق بحق مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة في طلب تجديد الإيجار إذا ما وصل إلى نهايته ، أما المسألة الثانية فتخص تعويض مستأجر هذه الأماكن عن الضرر الذي قد يلحق به من جراء تعسف المؤجر في استعمال حقه في استرجاع ها الضرر المتمثل في اندثار و ضياع عناصر محله التجاري.

غير أن انقسام السلطة التشريعية (الغرفتين) حول الأساس القانوني لحماية المستأجر التاجر أدام الصراع بين الملكيتين (العقارية و المنقولة) من سنة 1911 تاريخ إبداء أول اقتراح لحل الإشكال إلى غاية سنة 1926 تاريخ صدور أول قانون يخرج عقد الإيجار التجاري من نطاق تطبيق أحكام الإيجار الواردة في القانون المدني الفرنسي³.

صدر بتاريخ 30 جوان 1926 قانون منظم للعلاقات بين المؤجرين و المستأجرين للعقارات و الأماكن المعدة لاستعمال تجاري أو صناعي ، القانون الذي أطلق عليه الفقه " قانون

Jaques DE CAGNY : L'indemnité d'éviction en matière de propriété commerciale. Thèse de Doctorat Université de droit d'économie et de sciences sociales, Paris 2, 1972, p 4 .

¹ تطرق المشرع آنذاك إلى حالة تجديد عقد الإيجار عند انتهاء مدته في نص وحيد هو المادة 1738، النص الذي ألهم المشرع الفرنسي قرن و نصف بعد صدور القانون المدني و تضمنت حكمه بعد تعديلها المادة 5 من مرسوم 30 سبتمبر 1953 .

² Joël MANEGER : Emergence et évolution de la notion de fonds de commerce, A.J.D.I, 2001, n 1042.

³ André DEGUELEDRE : La propriété commerciale - Etude de droit comparé- Thèse de Doctorat en droit, 1935, Paris, Librairie du Recueil Sirey, p 8 et s.

الملكية التجارية " ¹ بالنظر إلى الامتيازات التي منحها إلى مستأجر الأماكن المعدة لاستعمال تجاري ،و الذي اعترف بحق المستأجر التاجر المحلي في التعويض لجبر الضرر الذي لحقه من جراء الإخلاء ، التعويض الذي سمي ب" une indemnité dite "d'éviction" "تعويض عن الإخلاء". غير أن الانتقادات الفقهية التي وجهت لهذا القانون و تضارب التطبيق القضائي لأحكامه و كثرة التعديلات التي لحقت اغلب نصوصه أجبرت المشرع الفرنسي على التدخل لمراجعتة . فلغي قانون 1926 و جميع القوانين المعدلة و المتممة له التي تلتها بموجب المرسوم رقم 53-960 المؤرخ في 30 سبتمبر 1953 المنظم للعلاقات بين المؤجرين و المستأجرين فيما يخص تجديد إيجار المحلات و العمارات المعدة لاستعمال تجاري أو صناعي أو حرفي ² .

يعتبر مرسوم 1953 المشار إليه أعلاه ³ بمثابة ميثاق للإيجارات التجارية بالنظر إلى المعنى و الحمولة التي منحها إلى الملكية التجارية و لاسيما حق المستأجر المحلي في التعويض في حالة رفض التجديد بدون سبب مشروع .

تأثرت بعض التشريعات الأوروبية بفكرة إخراج عقد الإيجار التجاري عن أحكام عقد الإيجار المدني في حين لم تجد تشريعات أخرى داع لوضع قواعد خاصة تنظم عقد الإيجار التجاري و لا إلى حماية مستأجر التاجر .

ففي بلجيكا مثلا اهتم البرلمانين بضرورة حماية مستأجر الأماكن المعدة لاستغلال تجاري متأثرين بالمشرع الفرنسي ⁴ (قانون 30 جوان 1926) ، فثار نقاش حاد داخل البرلمان البلجيكي حول ضرورة حماية المحل التجاري من خلال حماية المستأجر التاجر . النقاش الذي انتهى بصدور قانون 30 ابريل 1951 المتعلق بإيجار الأماكن المعدة لممارسة تجارة

¹ Jean-Guirec RAFFRAY : Baux commerciaux, éd et collection « Pratique de l'immobilier », Masson, Paris, 1995, p 32.

² Décret n 53/960 du 30/09/1953 réglant les rapports entre bailleur et locataire en ce qui concerne le renouvellement de baux à loyer d'immeubles ou des locaux à usage commercial ou artisanal.

³ المرسوم الذي ألحقه المشرع الفرنسي منقحا بكل ما تلاه من تعديلات و تتميمات إلى القسم الخامس من الباب الأول للقانون التجاري بتاريخ 18 سبتمبر 2000 ، و ما زال العمل به إلى يومنا هذا .

⁴ Pour une vue historique complète des projets de lois et dispositions ayant précédées la loi du 30 avril 1951 voir : Margreve : De la protection des locataires commerçants, Annales de la faculté de droit de Liège ,1961,p 517 et s .

أو حرفتها لها علاقة مباشرة بالجمهور¹ المعدل و المتمم للقانون المدني البلجيكي² و الذي تضمن حق المستأجر التاجر أو الحرفي المحلي في طلب تعويض عن الإخلاء في حالة رفض المؤجر تجديد العقد بدون سبب مشروع.

كما تأثر في وقت لاحق المشرع الايطالي بما صدر عن المشرع الفرنسي فعدل و تم بعض أحكام القانون المدني بموجب قانون رقم 78/ 392 المؤرخ في 27 جويلية 1978³، الذي منح بموجبه للمستأجر التاجر و الصناعي والحرفي في حالة فسخ المؤجر للإيجار قبل انتهاء مدته الحق في تعويض يعادل بدل إيجار 48 شهرا.

و إن بدا جليا أن تأثر بعض التشريعات الأوروبية بالحماية التي جاء بها المشرع الفرنسي لعقد الإيجار التجاري كان محدودا ، فان اغلب قوانين دول المغرب العربي اقتبست مرسوم 30 سبتمبر 1953 الفرنسي بكامله .

قنن المشرع التونسي مرسوم 1953 المشار إليه أعلاه بموجب قانون رقم 37/77 المؤرخ في 25 ماي 1977⁴ المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوغين (المؤجرين) و المتسوغين (المستأجرين) فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف ، فمنح بموجبه المشرع للمستأجر التاجر أو الحرفي الحق

¹ Section II bis. Des règles particulières à certains baux à loyer.

§1. Des baux commerciaux

Article 1.tombent sous l'application de la présente section les baux d'immeubles ou de parties d'immeuble qui , soit de manière expresse ou tacite dès l'entrée en jouissance du preneur , soit de l'accord exprès des parties en cour du bail , sont affectés principalement par le preneur ou par un sous-locataire à l'exercice d'un commerce de détail ou à l'activité d'un artisan directement en contact avec le public.».

² جاء في الباب الثاني القسم الثاني مكرر من القانون المدني الأحكام التي تضمنت قانون 30 افريل 1951 تحت عنوان " الإيجار التجاري " و لم يفصل إلى يومنا هذا عن التقنين المدني و لعل سبب ذلك عدم وجود قانون تجاري بلجيكي بل فقط قانون الشركات . لأكثر معلومات الرجوع إلى المراجع التالية :

Eric RIQUIER- Roland HARDY- Pierre-François VAN DEN DRIESCHE- Florence DESTERNES- Yannick NINANE - Edouard CRUYSMANS et Michel VLIES coordinateur. Actualités en bail commercial, éd Bruylant Bruxelles, 2011, p116 -121.

³ يشترط المشرع الايطالي أن لا تقل مدة عقد الإيجار بغرض ممارسة نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي سنة سنوات تجدد بصفة تلقائية كل سنة سنوات، أما إذا ما خصصت الأمكنة لممارسة نشاط فندقي أو مسرحي فمدة العقد يجب أن لا تقل عن تسعة سنوات تجدد بصفة تلقائية كل تسع سنوات، غير انه يجوز لأطراف العقد الاتفاق على مدة أطول، لكن على خلاف المشرع الفرنسي مد المشرع الايطالي مجال تطبيق قانون الإيجارات التجارية على الجدران المستعملة للإشهار أو أراضي غير مبنية يمارس عليها نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو سياحي.

⁴القانون الصادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية (الجريدة الرسمية) عدد 38 بتاريخ 31 ماي و 3 جوان 1977 ص 1549 .

في طلب تجديد إيجاره إذا ما بلغ العقد لنهايته ، و الحق في طلب غرامة حرمان¹ إذا رفض المؤجر التجديد بدون سبب مشروع ، إلا انه لم يلحق هذا القانون لا باللمجلة التجارية و لا بقانون الالتزامات و العقود كما فعل المشرع البلجيكي و الايطالي بل جاء في نص مستقل يحصره عادة الكتاب التونسيون في مجموعة النصوص القانونية خاصة بالاكريية التجارية².

في حين مر تنظيم عقد الإيجار التجاري بالمغرب بمراحل تشريعية مختلفة³ ، انتهت بصدور أول تشريع ينظم كراء المحلات التجارية و الصناعية بتاريخ 21 مارس 1930⁴ المعدل و المتمم بموجب ظهير 24 ماي 1955 و الذي اقر فيه للمستأجر المحلي الحق في التعويض عن نزع اليد عند رفض المؤجر تجديد العقد بدون سبب مشروع . على غرار المشرع التونسي جاء هذا الظهير مستقلا لم يلحق لا بمدونة القانون التجاري و لا بقانون الالتزامات و العقد .

أما عن الوضع في بلادنا فيستوجب الإشارة بداية إلى أن الجزائر كانت أنداك مستعمرة فرنسية فان اغلب القوانين الفرنسية طبقت على التراب الوطني بما فيها تلك المنظمة لعقد الإيجار التجاري لاسيما قانون 1926 المشار إليه سالفا و كل النصوص المتممة و المعدلة له و كذا مرسوم 30 سبتمبر 1953. كما تواصل بعد الاستقلال العمل ب جميع النصوص القانونية الفرنسية التي لم تكن تمس بالسيادة الوطنية تطبيقا للقانون رقم 62-157 المؤرخ في 31-12-1962 ، فتواصل بذلك تطبيق أحكام مرسوم 1953 المنظم لعقد الإيجار التجاري

¹ " : تدخل المشرع التونسي في العقود التجارية من خلال تعديل لعنصره الجوهري و التجديد فيه بقانون 25 ماي 1977." فاتن بلحاج علي : مدة عقد الكراء ، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة -كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تونس 2. 2004-2005. ص 32 .

² محمد الهادي بن عبد الله: الاكريية التجارية القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 مثيري بفقهاء القضاء التونسي ، مطبعة إسهامات في أدبيات المؤسسة تونس ، 2012 .

³ خضع في زمن سابق عقد الكراء التجاري للفقهاء الإسلامي ولأعراف المحلية ، غير انه و بعد خضوع المغرب للحماية الفرنسية بتاريخ 30 مارس 1912 حيث صدر قانون الالتزامات و العقود الذي نظم في فصوله من 627 إلى 722 عقد إيجار العقار المدني و التجاري و عقد إيجار المنقول و الذي كان خاضعا لمبدأ سلطان الإرادة بحيث ينتهي هذا العقد بانتهاء مدته دون ترتب أي حقوق. مولاي علي الإدريسي : نطاق الإيجار التجاري في القانون المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية ، الرباط اكدال ، 1982-1983 ، ص 3 و ما يليها .

⁴ ظهير 21 مارس 1930 الم نشرور بللجريدة الرسمية الفرنسية رقم 909 بتاريخ 8 مارس 1930. يستوجب الإشارة إلى انه قبل صدور هذا القانون تم التقليل من العمل ببعض الأحكام العامة للكراء فوضع المشرع عدة قيود على حرية التعاقد فمنع فسخ عقد الإيجار بانتهاء مدته و حصر الحالات التي يستطيع المؤجر استرجاع مسكنه و جعل مراجعة بدل الإيجار خاضعة لمراقبة القاضي بموجب ظهير 5 ماي 1928 .

بالتعديلات و التتميمات التي لحفته¹ إلى غاية سنة 1975 تاريخ صدور القانون التجاري الجزائري .

إلا أن صدور القانون التجاري لم يغير شيء من أحكام الإيجارات التجارية بما ان مشرنا اقتبس جميع أحكام مرسوم 1953 الفرنسي و ألحقها ب الباب الثاني من الكتاب الثاني من القانون التجاري² تحت عنوان " الإيجارات التجارية "³، الذي ما يزال العمل به إلى يومنا⁴، بالرغم من التعديل الذي مسه بموجب قانون رقم 02-05 المؤرخ في 06-02-2005 المعدل و المتمم القانون التجاري⁵.

أضاف المشرع بأخر تعديل له (قانون 02-05) بالفقرة الأولى من المادة 169 ق ت التي تحدد نطاق تطبيق أحكام الإيجارات التجارية دون المساس بما جاء بحكمها عبارة "المؤسسة الحرفية " تدارك لها أغفله سابقا⁶ . كما استبدل المشرع بالفقرة الثانية من المادة 170 ق ت

¹ المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 53-1346 المؤرخ في 31 ديسمبر 1953 القانون رقم 56-245 المؤرخ في 12 مارس 1956 القانون رقم 57-6 المؤرخ في 5 جانفي 1957 و القانون رقم 60-783 المؤرخ في 30 جويلية 1960 و القانون رقم 62-903 المؤرخ في 4 أوت 1962. لأكثر معلومات الرجوع إلى :

Jean Derruppé -René Maus - George Brière De l'isle - Pierre Lafarge : Baux commerciaux, éd Dalloz Paris, 1979, p 459.

² صدر بتاريخ 05-07-1973 الأمر رقم 73-29 الذي قضى بوقف العمل بالقوانين الفرنسية ابتداء من تاريخ 05-07-1975 إلا أن القانون التجاري لم يصدر إلا بتاريخ 26-09-1975 و لتفادي الفراغ التشريعي الذي حدث بين التاريخين نصت المادة 843 على سريان القانون التجاري بأثر رجعي من تاريخ 05-07-1975 .

³ الباب الذي ضمنه سبعة فصول خصص الفصل الأول لمجال تطبيق الإيجارات التجارية الفصل الثاني في تجديد الإيجار الفصل الثالث في رفض التجديد الفصل الرابع في الإيجار من الباطن الفصل الخامس في الإيجار الفصل السادس في الإجراءات ، و الفصل السابع و الأخير للأحكام العامة و هو نفس التقسيم الذي تبناه المشرع الفرنسي في مرسوم 1953 .

⁴ بالرغم من التعديلات التي لحفته بموجب القانون رقم 87-20 المؤرخ في 28 ديسمبر 1987 المتضمن قانون المالية لسنة 1988. القانون رقم 88-04 المؤرخ في 12 يناير 1988 الذي حدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية. المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 ابريل 1993 . الأمر رقم 96-23 المؤرخ في 9 يوليو 1996 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي . الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996 ، و اخر تعديل للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري قانون رقم 02-05 .

⁵ قانون رقم 02-05 المؤرخ في 06-02-2005 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 11 ، المؤرخة في 09-02-2005 ، ص 8 . تضمن هذا القانون الأخير تعديل خمسة مواد فقط (المواد 146-170-192-414-502) ، في حين أضاف إلى نصوص القانون التجاري ثلاثة مواد و فصل بكامله (المواد 187 مكرر -187 مكرر 1 - 252 مكرر - الفصل الثامن من الباب الثاني من الكتاب الرابع تحت عنوان "في عوارض الدفع " و يشمل المواد من 526 إلى 526 مكرر 16) و بهذا يكون المشرع قد تدخل فيما يلي :

- الفصل الخامس من القانون التجاري الخاص بالإجراءات المتعلقة بتسجيل الامتياز الناتج عن بيع محل تجاري ، أو رهنه الحيازي في المركز الوطني للسجل التجاري في مادته 146 منه و التي غيرت الجهة القضائية المختصة بمراجعة محتوى الدفاتر و مراقبة القيد التي كانت من اختصاص وكيل الجمهورية و أصبحت من اختصاص رئيس المحكمة .

- الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الرابع المتعلق بالسفحة في القسم السابع منه الخاص بالوفاء في المادة 414 و التي أضافت فقرة ثالثة للمادة ابن أصبح بموجبها تقديم السفحة بأية وسيلة الالكترونية محددة في التشريع و التنظيم المعمول بهما لغرفة المقاصة بعد بمثابة تقديم للوفاء . الفصل الرابع من الباب الثاني من الكتاب الرابع الخاص بتقديم الشيك و فواؤه في المادة 502 منه بحيث أضاف المشرع فقرة ثانية للمادة و التي نص فيها على ان تقديم الشيك مثله مثل السفحة بأية وسيلة تبادل الالكترونية محددة في التشريع و التنظيم المعمول بهما لغرفة المقاصة يعد أيضا بمثابة تقديم للوفاء . كما تم الفصل الثامن من نفس الباب بفصل ثامن مكرر جاء تحت عنوان " في عوارض الدفع " و يشمل المواد 526 مكرر إلى 526 مكرر 16 ، و أخيرا مس التعديل ثلاثة مواد من الباب الثاني من الكتاب الثاني المتعلق بالإيجارات التجارية (169 -170-192) و أضاف إلى هذا الباب مادتين (المادة 187 مكرر و المادة 187 مكرر 1) .

⁶ المادة 169 فقرة أولى ق ت قبل التعديل: " تطبق الأحكام الآتية على إيجار العمارات أو المحلات التي يستغل فيها محل تجاري سواء كان هذا الأخير مملوكا لتاجر أو لصناعي أو لحر في مقيد قانونا في السجل التجاري ، قائم أو غير قائم بأعمال تجارية . " المادة 169 فقرة أولى بعد التعديل

فقط عبارة "المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي" بعبارة "المؤسسات العمومية الاقتصادية" توافقا مع النصوص القانونية التي ألغت المؤسسات الاشتراكية (قانون رقم 04-88 المؤرخ في 12 يناير 1988¹ المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية الذي ألغي بموجب قانون 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة²).

أما عن ما لحق المادة 192 من ق ت المنظمة لحكم مراجعة بدل الإيجار من تغيير فنص المشروع في النص المعدل على إلزامية تحديد بدل الإيجار المعروض بطلب المراجعة تحت طائلة بطلان هذه الوثيقة .

و إن يبدو من خلال قراءة أولية لما جاء من تعديل بالمواد 196 - 170-192 ق ت أن المشروع لم يحدث تغيير جوهري بأحكام الإيجارات التجارية، إلا أن الأمر غير ذلك بالرجوع إلى المادتين 187 مكرر و 187 مكرر 1 من ق ت المضافتين بموجب هذا القانون (05-02).

تتضح أهمية الما 187 مكرر ق ت من خلال ما تضمنته من تحديد لنطاق تطبيق ما جاء بهذا النص من أحكام من حيث الزمان ، بحيث حصر المشروع تطبيقه ابتداء من تاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مما يوحي إما بإلغاء تطبيق قاعدة قانونية تماما أو باستبدالها بقاعدة أخرى مغايرة الأمر.

كما يلاحظ أن المشروع ضمنه أحكام أمره باستعماله العبارات التالية : "... تحت طائلة البطلان .." " ..يلزم .." و أخرى مكملة مثال ذلك : " ..يحددها الأطراف بكل حرية .." ، ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك . " ، فمست الفقرة الأولى من الما 187 مكرر المشار إليها أعلاه مرحلة تكوين عقد الإيجار التجاري، بينما عدلت الفقرة الثانية حكم انتهاء هذا العقد.

": تطبق الأحكام الآتية على إيجار العمارات أو المحلات التي يستغل فيها محل تجاري سواء كان هذا الأخير مملوكا لتاجر أو لصناعي أو لحرفي أو مؤسسة حرفية مقيدتين قانونا في السجل التجاري أو سجل الحرف و الصناعات التقليدية حسب الحالة .. " .

¹ ج .ر . للجمهورية الجزائرية ، العدد 02 ، 13 يناير 1988 .

² ج.ر. للجمهورية الجزائرية ، العدد 55 ، 27 سبتمبر 1995 .

لا يعتبر ما قررتَه الفقرة الأولى من الما 187 مكر ر ق ت من وجوب تحرير عقد الإيجار التجاري في شكل رسمي تحت طائلة بطلان حكم ا جديدا ، فقد سبق للمشرع بلمادة 324 مكر ر 1 من ق.م¹ أن أورد عقد الإيجار التجاري من بين العقود الواجب إخضاعها للشكل الرسمي تحت طائلة البطلان ، كما سبق للقضاء تكريس تطبيق هذا الحكم² ، أما الجديد يكمن فقط في منح المشرع الحرية للأطراف في تحديد مدة العقد³.

على عكس ما جاء بالفقرة الأولى فان الفقرة الثانية من الما 187 مكر ر ق ت مست نظام قانوني قامت عليه أحكام الإيجارات التجارية مند العمل بها فجاءت المادة كالتالي : " يلزم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون الحاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء ،

و دون الحق في الحصول على تعويض الاستحقاق المنصوص عليه في هذا القانون، ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك." للوهلة الأولى يظهر لقارئ مضمون هذه الفقرة احتفاظ

المشرع بحق المستأجر المخلي في تعويض الاستحقاق، غير انه و على خلاف ما كان معمول به بالما 176 ق ت انتقل الحق في هذا التعويض كجزاء لرفض تجديد الإيجار التجاري من حق تلقائي مقرر قانونا لا يجوز الاتفاق على مخالفته إلى حق مرهون بإرادة الأطراف.

¹ المادة 324 مكر ر 1 ق م : " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد . " كما جاء بالمادة 12 من قانون التوثيق رقم 27-88 المؤرخ 12 جوان 1988 المعدل و المتمم للأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15-ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم قانون التوثيق - ج.ر. 1988. عدد 28 .
كما جاء بالمادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 41-97 المؤرخ في 18-01-1997 المتضمن شروط القيد في السجل التجاري شرط توافر التاجر على عقد ملكية العقار الذي ينوي ممارسة به نشاطه التجاري أو صناعي أو عقد إيجار مكتوب .
² من الأمثلة عن القرارات التي فصلت في مدى إلزامية تطبيق المادة 324 مكر ر 1/ من القانون المدني القرار رقم 28651 ، 07-05-1983، غ، تجا و بح ، للمجلس الأعلى ، المنشور بالسلسلة القضائية للاجتهاد القضائي للمجلس الأعلى ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 1987 ، ص 187 جاء بتسبيبه ما يلي: " حيث أن الإيجار المتمسك به من السيد (ب.ع.ق) و مثله الإيجار المتمسك به من السيد (ع.س.ا) محررين بوثيقة عرفية خاصة مخالفة كلاهما لأحكام المادة 12 من الأمر المذكور أعلاه مما لا يمكن احدهما أساسا لقرار قضائي . حيث يترتب نتيجة عن ذلك بطلان الإيجار انه لا يمكن لمجلس قضاء وهران الاعتراف بحق الأفضلية لأي من الأطراف المتخاصمة حول حق حيازة المحل التجاري . " .
" و لما ثبت ان قضاة الموضوع لم يطبقوا المادة 324 / 1 بل اعتمدوا على تواجد الطاعن فعليا بالمحل المتنازع عليه قد خرخوا القانون مما يعرض قرارهم للنقض . " غ، تجا و بح ، ملف رقم 138806 ، قرار 09-07-1996 ، المج القضاء ، للمحكمة العليا عدد 01 ، 1997 ، ص 87 .
كما أن المحكمة العليا فصلت في هذا الإشكال بقرار مبدي رقم 136156 ، 18 فبراير 1997 عن غرف المحكمة العليا مجتمعة ، المج القضا للمحكمة العليا، عدد خاص ، 1999 ، ص 46 . جاء مبدأه بما يلي : " بيع محل تجاري - بعقد عرفي - بطلان العقد - ضرورة الشكل الرسمي . " .
³ طبقا لمقتضى المادة 172 من ق ت لا يكتسب المستأجر التاجر أو الصناعي أو الحرفي الملكية التجارية الحق في التجديد و الحق في تعويض الاستحقاق إلا إذا كانت مدة عقد الإيجار التجاري تفوق مدة سنتين أو أكثر إذا كان عقد الإيجار كتابي و أربع سنوات إذا كان شفهي .

كل هذه معطيات دعتنا لطرح الإشكالية التالية كيف يرتب رفض التجديد باعتباره حق من حقوق حرية التعاقد التزاما بدفع تعويض أطلق عليه القانون اسم تعويض الاستحقاق و هل غيرت المادة 187 مكرر المشار إليها أعلاه من أساس و مفهوم تعويض الاستحقاق و كيف تعامل الفقه و القضاء مع أحكام هذا التعويض ؟

الإشكالية التي سنحاول الإجابة عنها بهذه الرسالة من خلال بداية تأصيل تعويض الاستحقاق بالكشف عن الأساس القانوني الذي يستند إليه و شروط استحقاقه ، لنتناول في فترة لاحقة الآثار التي يترتبها ثبوت هذا الحق.

لا نود من خلال هذه الرسالة فقط سرد نصوص باب الإجراءات التجارية خاصة المادتين 176 و 187 مكرر ق ت و مناقشتها بل نرمي إلى تحليل و فهم تطور الفكر القانوني الذي جعل من مؤجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة أو حرفة من صاحب حق إلى مدين بحق .

و من اجل إثراء هذا الموضوع ارتأينا أن نجعل دراستنا دراسة تحليلية مقارنة ، تعتمد على إبراز نقاط الالتقاء و الاختلاف بين تشريعنا و بعض التشريعات الأخرى خاصة منها ما جاء بدول المغرب العربي و بعض الدول الأوروبية ، ف جاء تقسيم هذه الرسالة على النحو التالي :

- **الباب الأول :** أساس تعويض الاستحقاق واكتساب الحق فيه

- **الباب الثاني :** اثر ثبوت الحق في تعويض الاستحقاق

الباب الأول:

أساس تعويض الاستحقاق و اكتساب الحق فيه

يُميز الفقه الفرنسي¹ بين المفهوم العام للتعويض (كجزء للمسؤولية) و الذي يطلق عليه تسمية " Indemnisation " و بين التعويض بمعناه الضيق المراد منه مجرد الترضية المالية أي " Réparation " و المقصود به إصلاح الضرر و جبره ، أما التعويض الهادف إلى إعادة المركز المالي للمضرور إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر إما عينا أو عن طريق مقابل مالي المسمى " Dommages et intérêts "، و لا يكون التعويض بمعنى " Réparation " ممكنا إلا بالنسبة للضرر المالي، أما الترضية المالية بمعنى "satisfaction pécuniaire" فمجالها الضرر غير المالي² التي تضمن تهديئة و ترضية المضرور دون إعادته إلى نفس المركز الذي كان عليه قبل وقوع الضرر " statu quo ante factum est infectum nom potest ."

أما تعويض الاستحقاق موضوع رسالتنا هذه فيدخل في إطار التعويض بمفهومه العام أي " indemnité " و بالتالي سنستبعد المفاهيم الضيقة للتعويض السابق الإشارة إليها سواء كان تعويض بمفهوم " Réparation " أو المقصود به " Dommages et intérêts " .

يهدف التعويض إلى تصحيح التوازن الذي اختل بإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر ، فالتعويض هو جزاء و مقابل الضرر الذي أصاب المضرور ، ولما كان الفعل الضار يتمثل في الاعتداء على حق أو مصلحة المضرور يستوجب إذا إزالة اثر الاعتداء على هذا الحق أو على هذه المصلحة، فأساس و مناط التعويض عموما هو الضرر الذي يرتبط به وجودا و عدما ، فلا يتقرر و لا ينشأ الحق فيه إلا إذا تحقق الضرر³ . إلا انه

¹ G.MARTY :L'influence de la faute et du fait de la victime sur la responsabilité civil en droit comparé, In mélange Malmstrom, 1972.

G.MARTY et RAYNAUD : Droit civil, les obligations, T II, 1ere éd, 1962, n 378 et s.

M. Crémieux : la réparation des dommages corporels responsabilité et garantie, Thèse de Doctorat, Aix, 1971.

² جاء عن Max LE ROY في تعريفه للضرر المالي ذلك الضرر الذي يمس الذمة المالية للمضرور بالإنقاص منها عن طريق إلحاقه بخسارة مالية أو اقتصادية ، و لذلك فهو يقبل التقويم بلا صعوبة . أما الضرر غير المالي فهو كل ضرر لا يمكن تقويمه بالنقود، فهو الضرر الأدبي، من ناحية أخرى يتميز الضرر المالي بان تعويضه يجب أن يكون كاملا، من حيث الأصل بعكس الضرر غير المالي الذي لا يستلزم بالضرورة التعويض الكامل و يرجع فيه إلى التعويض العادل.

Max LE ROY : la réparation du préjudice corporel, le calcul « au point » .Dalloz, Paris, 1961, n 155.

Roger BERAUD: Comment évaluer le préjudice corporel, 2em éd, 1971 .p 9

³ توجد بعض الاستثناءات على هذه القاعدة فقد جاء عن الفقه الفرنسي إمكانية طلب التعويض لمجرد تأخر السكك الحديدية في تسليم البضائع عن الموعد المحدد لها ، و كذلك حالة البطالان الناتج عن أعمال المحضرين ففي كلتا الحالتين يقوم الحق في التعويض و لو لم يلحق المدعي ضرر بالفعل ، جاء عن محمد إبراهيم دسوقي في هذا السياق الآتي : " و على الرغم من ذلك التقرير فلا يمكننا استبعاد الضرر كلية في مثل هذه الحالات التي لا تعدو عن أن تكون مجرد تطبيق لفكرة الضرر المفترض الذي لا يحتاج إلى إثباته على الوجه الذي سيرد بالمتن، و من ناحية أخرى ، فان قانون " اكيليا " لم يكن يتطلب الضرر لوجوب التعويض في بعض الحالات فكان مجرد إتلاف الشيء بمعنى المساس به و الاعتداء عليه ، و الذي كان يطلق عليه تسمية " Damnum " بوجب المساءلة دون البحث عما إذا كان ذلك الاعتداء قد سبب ضررا للمالك أو لم يسبب ذلك . " محمد إبراهيم دسوقي : تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، 1972، ص 121 و ما يليها.

لا يكفي الضرر في جميع الحالات لتبرير الحق في التعويض بل يحتاج إلى الخطأ لقيام المسؤولية التي يعتبر التعويض جزاء و أثر لها .

إن كان هذا هو أساس التعويض عموماً فما هو أساس تعويض الاستحقاق و ما نوع المسؤولية الذي يعتبر جزاء و اثر لها ؟ هذا ما سنحاول الكشف عنه بالفصل الأول من هذا الباب ، لنخصص الفصل الثاني إلى مسألة لا تقل أهمية عن سابقتها بما أنها تتبعها في المنطق و المتعلقة بشروط اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق :

- **الفصل الأول:** أساس تعويض الاستحقاق

- **الفصل الثاني:** اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق

الفصل الأول:

أساس تعويض الاستحقاق

قرر مشرنا على غرار التشريع الفرنسي¹ حق مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة أو حرفة في التعويض في حالة رفض المؤجر تجديد عقد الإيجار بدون سبب مشروع أو خطير فجاء بالما 176 من ق.ت ما يلي: " يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد الإيجار ، غير انه ينبغي فيما عدا الاستثناءات المنصوص عليها في المادة 177 و ما يليها أن يسدد للمستأجر المحلي التعويض المسمى تعويض الاستحقاق الذي يجب أن يكون مساويا للضرر المسبب نتيجة عدم التجديد . " و هو نفس الحكم الذي تضمنته المادة 07 من التشريع التونسي² و المادة 10 من نظيره المغربي مع بعض الاختلاف³ .

كما قررت الفقرة الثانية من الما 187 مكرر من قانون رقم 02-05 المعدل و المتمم للقانون التجاري حق المستأجر المحلي في تعويض الاستحقاق إذا ما اشترط ذلك بعقد الإيجار التجاري المبرم بعد صدور هذا القانون فنصت على ما يلي : " يلتزم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون حاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء و دون الحق في الحصول على تعويض الاستحقاق المنصوص عليه في هذا القانون ، ما لم يشترط خلاف ذلك . " .

يلتزم المدين في المسؤولية المدنية عموما بالتعويض إذا ما ارتكب خطأ سواء كان هذا الخطأ تقصريا أو عقديا فيكون أساس التعويض الخطأ ، غير أن تطور المسؤولية المدنية جعل من الضرر وحده مناطه هذا ما سمي بالمسؤولية الموضوعية التي سنعود إليها بالتفصيل لاحقا .

¹ Art .L.145-14 du code de commerce français : «Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail. Toutefois, le bailleur doit, sauf exceptions prévues aux articles L.145-17 et suivants, payer au locataire évincé une indemnité dite d'éviction égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement. »

² الفصل السابع من القانون رقم 37 المؤرخ في 25 ماي 1977 المنظم للعلاقات بين المسوغين و المتسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف: " يمكن للمسوغ أن يرفض تجديد التسويغ و مع ذلك فان المسوغ يجب عليه فيما عدا الاستثناءات المنصوص عليها بالفصل الثامن و الفصول التابعة له أن يدفع المتسوغ المحروم من التجديد منحة تعرف بمنحة الحرمان تساوي الضرر الحاصل بسبب عدم التجديد . "

³ لفصل العاشر ظهير 24 ماي 1955 المنظم للعلاقات بين المكريين و المكتريين لأمالك أو أماكن أعدت لشؤون تجارية أو صناعية أو حرفية : " يحق رفض تجديد العقدة إلا انه إذا استعمل هذا الحق فيكون عليه أن يؤدي للمكثري المطلوب منه إفراغ تعويضا عن هذا الإفراغ يعادل ما لحقه من الضرر الناجم عن عدم تجديد العقدة و ذلك باستثناء ما قرره الفصل 11 و ما يليه من الفصول . "

إن كان التعويض كجزاء للمسؤولية المدنية أساسه إما الخطأ أو الضرر فما هو أساس تعويض الاستحقاق و ما نوع المسؤولية التي يدخل في نطاقها و هل تغير أساسه بين ما تضمنته المادة 176 و ما جاء بالمادة 187 مكرر المذكورتين أعلاه ؟

أثار البحث عن الأساس القانوني لتعويض الاستحقاق جدلا حادا لدى الفقهاء الفرنسيين منذ ميلاد الملكية التجارية و طيلة كل المراحل التي سبقت و تلت صدور مرسوم 30 سبتمبر 1953 الفرنسي السابق الإشارة إليه ، المرسوم الذي طبق بالجزائر طيلة الفترة الاستعمارية و استمر العمل بأحكامه بعد الاستقلال.

سنحاول بهذا الفصل تأصيل تعويض الاستحقاق من خلال الوقوف أولا عند ما كان عليه هذا التعويض منذ ميلاده و إلى غاية سريان مفعول مرسوم 1953 على التراب الوطني ، لننتقل في مرحلة ثانية إلى الكشف عن أساسه طبقا لأحكام الإجراءات التجارية و التطور الذي لحق بها ، مقسمين هذا الفصل كالتالي :

- **المبحث الأول:** التطور التاريخي لأساس تعويض الإخلاء
- **المبحث الثاني:** أساس تعويض الاستحقاق في ظل تطور أحكام الإجراءات التجارية

المبحث الأول:

التطور التاريخي لأساس تعويض الإخلاء

كان للتشريع الفرنسي الفضل في إخراج عقد الإيجار التجاري عن أحكام القواعد العامة كما سبق بيانه و يعود إليه الفضل أيضا في تكريس الحماية القانونية للمستأجر التاجر و الصناعي و الحرفي بموجب مقتضيات مرسوم 30 سبتمبر 1953 المنظم لعقد إيجار الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة أو حرفة الذي أعطى للملكية التجارية كل حمولتها و وزنها القانوني، و خلال كل هذه المرحلة كانت الجزائر جزء من التراب الفرنسي و بالتالي كل قوانينها تطبق على التراب الجزائري .

مر تأصيل تعويض الإخلاء بفرنسا بمرحلتين تاريخيتين جاءتا على التوالي: مرحلة أولى تأثر التشريع بما ذهب إليه الفقه من تبني فكرة الخطأ كأساس لتعويض المستأجر المخلي عموما و مرحلة ثانية تأثر خلالها التشريع بانتقاد الفقه لفكرة الخطأ فتراجع عنها ليتبنى فكرة الضرر كأساس لتعويض الإخلاء على وجه الخصوص ، و نقترح لدراسة المرحلتين تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

- **المطلب الأول:** تعويض المستأجر في عقد الإيجار التجاري أساسه فكرة الخطأ
- **المطلب الثاني:** تراجع فكرة الخطأ كأساس لتعويض الإخلاء

المطلب الأول:

تعويض المستأجر في عقد الإيجار التجاري أساسه فكرة الخطأ

عند ظهور النقاش حول ضرورة حماية المستأجر التاجر لم يهتم الفقه الفرنسي بمسألة تعويض المستأجر المخلي بقدر ما كان ينصب كل جدله حول تبرير منح مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة للحق في تجديد الإيجار إذا ما وصل إلى نهايته¹، إلا أن الفقه استند للدفاع عن منح هذا الحق للمستأجر على الضرر الذي قد يلحق هذا الأخير من جراء ممارسة المؤجر لحقه في الاسترجاع عند نهاية مدة العقد. ورغم أن الحق في التجديد المطالب به لم يصمد في هذه المرحلة التاريخية أمام المدافعين عن الملكية العقارية للمؤجر، إلا أن تنبه الفقه و التشريع إلى الضرر الذي يلحق عادة بالمستأجر التاجر المخلي دفعا كليهما إلى الاهتمام بإصلاح هذا الضرر فتقرر التعويض في حالات مختلفة سنرجع إليها لاحقا ليتطور إلى التعويض عن الإخلاء.

كما لم يهتم في البداية أيضا الفقه و لا التشريع الفرنسي عند تقريره تعويض المستأجر التاجر المخلي بالأساس القانوني لهذا التعويض، غير أن مسألة اختلاف القضاء في تحديد شروط استحقاقه و عناصر حسابه أفرزت نقاشا حادا فكان من الضروري الرجوع إلى تأصيل تعويض المستأجر المخلي² من أجل ضبط عناصر تقديره. فاتجه كل من الفقه و التشريع في مرحلة أولى إلى اعتماد فكرة الخطأ على مختلف صورته كأساس للتعويض كما سنبينه بهذا المطلب، لنبدأ ب تحليل أولا فكرة الخطأ كأساس لتعويض مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة، ثم في مرحلة ثانية إلى مدى تأثير التشريع بهذه الفكرة.

الفرع الأول: تبني الفقه لفكرة الخطأ كأساس لتعويض المستأجر في عقد الإيجار التجاري

الفرع الثاني: مدى تأثير التشريع بفكرة الخطأ كأساس لتعويض المستأجر المخلي

الفرع الأول:

¹ « Pendant de nombreuse années, les juristes ne se sont guère préoccupés de ce terme de l'option du bailleur que constitue l'indemnité d'éviction. Ce qui importait pour la doctrine c'étaient les problèmes juridiques soulevés par le premier terme de l'option : le renouvellement du bail. » OVERSTAKE : L'indemnité d'éviction. Rev, Trim, Dr, Com, 1968, extrais n 3 , p 531.

² : « C'est essentiellement dans les conditions de son allocation et dans les modalités du calcul de ses éléments que l'indemnité d'éviction a retenu l'attention des auteurs, pour ce qui est de son fondement. » Jacques de CAGNY : L'indemnité d'éviction en matière de propriété commerciale, Thèse de Doctorat, Université de Droit d'économie et de sciences sociales, Paris II, 1972, p 126.

تبنى الفقه لفكرة الخطأ كأساس لتعويض المستأجر في عقد الإيجار التجاري

مند طرح أول مقترح سنة 1911¹ وخلال كل المقترحات التي تبعتها² لتبرير استحقاق

مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة المخلي للتعويض اعتبر الفقه أن قيام المؤجر المسترجع أو قيام المستأجر الجديد لهذه الأماكن بممارسة نفس النشاط الذي كان يمارسه المستأجر المخلي عملاً خاطئاً، غير أن الخطأ صورته عديدة كما أن التعويض المقرر له تختلف أحكامه على حسب طبيعة خطأ، فكان على الفقه تحديد طبيعة الخطأ الذي ارتكبه المؤجر المسترجع أو المستأجر الجديد الموجب للتعويض.

في مرحلة أولى اعتمد الفقه على الخطأ في صورة التعسف في استعمال الحق ثم في صورة المنافسة غير المشروعة، أما إذا استحالت إثبات شروط التعسف أو شروط المنافسة غير المشروعة سمح للمستأجر المطالبة بالتعويض على أساس دعوى الإثراء بدون سبب كدعوى احتياطية.

أولاً: أطروحة تعويض مستأجر المحل التجاري المخلي على أساس دعوى أصلية

تأثر البرلمانيون الفرنسيون بالحملة التي قام كل من الفقيه جوسران " I. JOSSERAND " ³، و سالي " Saleilles " ¹، و شارمو جوني " Charmont geny " و غيرهم للدفاع عن نظرية

¹ Proposition Thalamas du 5décembre 1911. Doc. Parl. ch. 1911.1427, annexe 1 .

جاء وعي النائب تالاماس Thalamas بقصور أحكام قانون 1909 في حماية المحل التجاري لأنها في مجملها كانت تمنح حماية مؤقتة تنتهي بانتهاء مدة العقد، فكان من الضروري الاعتراف بحماية المحل التجاري للملكية للمستأجر نتيجة لعوامل كثيرة كانت تمر بها فرنسا في ذلك الوقت من بينها ظهور أزمة السكن و ندرة المحلات التي أثرت سلباً على التاجر المستأجر و الذي أصبح يعاني من اندثار عناصر محله التجاري عند إخلاءه الأماكن المؤجرة و عدم إمكانية استقراره من جديد أمام ارتفاع بدل الإيجار مما منح الفرصة للمؤجرين في استغلال هذا الوضع بإعادة استغلال الأماكن لممارسة نفس النشاط و الاستفادة من زبائن المستأجر المخلي إما بصفة شخصية أو عن طريق الغير .
² الاقتراح الذي أعاد تقديمه النائب البيري Berry سنة 1912 على البرلمان الفرنسي .

Proposition G. Berry, 5 novembre 1912, Doc, Parlement. ch. 1914, tome II. n 162. Annexe 2.

و في نفس السنة -1912- تقدم النائب لوش Lauche بالاقتراح محتواه أن المستأجر يحتفظ بالحق في التجديد عند نهاية العقد لمدة تعادل المدة الأولى للإيجار و بنفس شروط و تكاليف العقد الأول إما بدل الإيجار فيحدده الخبير و لا يترك لإرادة الأطراف إذا ما قرر المؤجر استعادة الأماكن عند نهاية العقد عليه أن يخطر المستأجر بذلك على الأقل ثمانية عشر شهراً قبل انتهاء الإيجار و يدفع قيمة المحل التجاري التي يحددها الخبير .

Proposition Lauche, 19 décembre 1912. Doc. Parlement. Session extraordinaire ch. 1912, N 2422. Annexe .voir
Dasté : La propriété commerciale, thèse de Doctorat, Université Bordeaux ,1927 . Jean MILHAUD : Propriété commerciale, op, cit .p 19.

³ يعتبر الفقيه جوسران من مؤسسي نظرية التعسف في استعمال الحق و بلورتها، و قد خصص لها عدة مؤلفات من أهمها مؤلفه الصادر سنة 1905 تحت عنوان عن التعسف في استعمال الحقوق " De l'abus des droits "، و كتاب آخر أصدره سنة 1927 تحت عنوان روح الحقوق و نسبيته " De l'esprit des droit et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits "، ثم كتابه سنة 1933 شرح القانون المدني الفرنسي في الجزء الثاني .باريس " Cour de droit civil positif français " .

التعسف في استعمال الحق و التي بدأت بوادرها حوالي سنة 1905² ، فاعتبروا أن للحق غاية اجتماعية ووظيفية إذا حاد عنها كان هناك تعسف انطلاقاً من هذا الاقتناع يحدث أن يكون الحق في عدم التعاقد محلاً لتعسف تقوم عليه مسؤولية المؤجر³ ، و ما دام التعسف في استعمال الحق خطأ فهو بالتالي موجب للتعويض ، غير أن انتقاد جانب من الفقه هذا الموقف دفع بالبرلمانيين إلى البحث عن أساس آخر لتبرير مطالبة المستأجر التاجر المخلي بالتعويض لتظهر فكرة المنافسة غير المشروعة.

1- نظرية التعسف في استعمال الحق : تميزت فكرة التعسف في استعمال المؤجر لحقه في رفض التجديد التي تبناها البرلمانيون بكونها كانت نسبية و ليست مطلقة (أي كلما رفض المؤجر التجديد اعتبر متعسفا و دفع التعويض) ، بحيث يظهر تعسف المؤجر المسترجع للاماكن إذا ما استعملها بإقامة نفس النشاط الذي كان يمارسه بها المستأجر المخلي ، ففي هذه الحالة فقط يعتبر رفضه للتجديد تعسفا و يجيز المطالبة بالتعويض.

جاء عن الفقيه جوسران⁴ ففي تقسيمه للحقوق : حقوق غايتها مصلحة صاحبها وحده و هي حقوق عبر عنها "بالأنانية" مثل حق الملكية و حق الدائنية و حق التقاضي ، إذا استعملها الإنسان فلا ينبغي أن يكون استعمالها لإيذاء الغير ، أو بدون مصلحة مشروعة و جدية و إلا كان متعسفا في استعمالها .

¹ بدأ الفقيه سالي في الدفاع عن نظرية التعسف في استعمال الحق في مقال له نشر بمجلة القضاء و التشريع سنة 1905 ثم في كتابه بعنوان النظرية العامة للالتزام "Théorie générale de l'obligation" باريس . 1914 .

² يستوجب الإشارة الى أنه و في تلك الفترة كانت فرنسا كان القانون المدني القديم هو السائد و لم يتطرق في أحكامه إلى هذه النظرية – نظرية التعسف في الاستعمال الحق – لكونه كان ما يزال متأثراً بقواعد القانون الروماني التي لم تتطرق إلى نظرية التعسف بشكل دقيق . فالقانون الروماني لم يعرف التعسف في استعمال الحق بل كانت تسود فيه قاعدة من يستعمل حقه استعمالاً قانونياً لا يكون مسئولاً مهما ترتب عليه من ضرر للغير " Neminem loedi qui suo jure utitur " .

³ « Il arrive que ce droit de ne pas contracter engage la responsabilité du bailleur, soit susceptible d'abus. »
Louis. JOSSERAND : Le contrat dirigé ,DH , Paris ,1933, N 1234.

⁴ فقسم الحقوق إلى ثلاثة أنواع : حقوق غايتها مصلحة صاحبها لوحده فهي حقوق أنانية مثل الحق في الملكية ، و الحق في الدائنية و حق التقاضي - حقوق غايتها هي حماية الغير ، و هي حقوق ايثارية مثل سلطة الأب على أولاده - . حقوق ترمي إلى تحقيق مصلحة عامة ، مثل حق النقد الأدبي ، و إلى جانب هذه الحقوق التي يحدث التعسف في استعمالها هناك حقوق مطلقة لا تعسف في استعمالها مثالها حق الأب و الأم في عدم الموافقة على زواج أبنائهم القصر . علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام -مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري- ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة الثامنة، 2008، فقرة 135، ص 214 و ما يليها .

اعتبر الفقه أن استغلال المؤجر المسترجع أو المستأجر الجديد الأماكن لممارسة نفس نشاط المستأجر المحلي هو استغلال لزبائن هذا الأخير ينتج عنه إثراء، و عليه ذهب الفقه الى اعتبار نيته عند رفضه التجديد كانت ترمي إلى تحقيق منفعة و الإضرار بالمستأجر المحلي ، و هو ما يشكل معيارا للتعسف¹.

في بداية الأمر اقتصرت مطالبة المستأجر التاجر المحلي لتعويض على أساس التعسف في استعمال الحق على حالة وحيدة وهي حالة استعمال المؤجر المسترجع أو المستأجر الجديد الأماكن لممارسة نفس النشاط الذي كان يمارسه فإذا ما انتقت هذه الحالة لا يعد الاسترجاع تعسفا و لا يترتب عنه أي تعويض ، مما دفع بعض البرلمانيون إلى القول بأن تعويض المستأجر المحلي يجيز للمؤجر المسترجع ممارسة نفس النشاط بالأماكن المسترجعة ، بل أكثر من ذلك فان دفعه ينشئ التزاما على عاتق المستأجر المحلي بعدم ممارسة نشاطه داخل محيط محدد و لمدة معينة².

غير أن انتقادات عديدة وجهت إلى المنادين بتعويض المستأجر التاجر أو الصناعي المحلي على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق ، من أبرزها عدم تحقق أهم شرطين تقوم عليه ما نظرية التعسف في استعمال الحق و المتمثلان في: وجوب إثبات ركن نية الإضرار و وجوب تحقق المصلحة الخاصة لصاحب الحق .
لم يكن من الموضوعية إذا أن نجد برفض المؤجر قصد الإضرار كما أن التعسف في الحق يفترض عمل إيجابي بينما رفض التجديد هو في حد ذاته عمل سلبي³ هذا من جهة .

¹ أثارت كتابات الفقيه جوسران و أنصاره العديد من الانتقادات فهناك من الفقه من اعتنق مبدأ التعسف و بناه على معايير أخرى و جانب آخر من الفقه رفض تماما هذه النظرية .

تبنى الفقيه مازو و أخويه Mazeaud نظرية التعسف في استعمال الحق لكنه رأى ان معيار التعسف معيار شخصي يرجع إلى نية الإضرار بالغير ، أو إذا استعمل الإنسان حقه دون أن يرمي إلى تحقيق منفعة و لو لم يقصد الإضرار بالغير ، و لا يسأل إلا إذا كانت نية الإضرار ثابتة او مفترضة كما في الحالة الثانية . و يكون بذلك قد ارجع التعسف إلى فكرة الخطأ التقصيري فهو صورة من صور المسؤولية التقصيرية .

H et L. Mazeaud : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, T1 , Paris . 1970 , p 40 .

² Proposition Thalamas du 5décembre 1911. Doc .Parl. ch. 1911.1427, annexe 1 : «Interdiction aux propriétaires d'installer dans les locaux vacants un commerce similaire soit par lui-même, soit par un nouveau locataire, avant d'avoir payé, à dire d'experts, la valeur du dit fonds, et cela pour éviter les spoliations de la clientèle. Le commerçant indemnisé ne pourra pas s'installer pendant un temps déterminé à l'intérieur d'un périmètre donné. »

³ انتقد جانب من الفقه بشدة تأسيس تعويض المستأجر المحلي على نظرية التعسف في استعمال الحق و من بينهم جوليو دو لمونديار الذي لخص في تقرير قام به بين من خلاله الأسباب التي بررت رفضه القاطع لنظرية التعسف في استعمال الحق . لأكثر معلومات راجع :

Julliot de la MORANDIERE. Bulletin Société d'études législatives 1923. p 299 .

Dans la même idée écrit Jacques de CAGNY, op , cit . p 145 : « le processus qui fait découler l'indemnité d'éviction d'un abus de droit n'est qu'une tautologie. »

و من جهة أخرى اعتبر جانب آخر من الفقه أن الغاية من المطالبة بتعويض المستأجر المحلي او الحق في التجديد المطلق هو محاولة تفكيك الملكية العقارية¹. فكان من الضروري البحث عن أساس قانوني آخر غير التعسف في استعمال الحق ليظهر الحديث عن دعوى المنافسة الغير مشروعة .

2- دعوى المنافسة غير المشروعة : ابتداء من سنة 1914 احتد انتقاد الملكية التجارية التي فسرت أندا كحق عيني الهدف منه الإضرار بالمؤجر المالك ، لي طرح من جديد على غرفة البرلمان اقتراحين لمشروع قانون² فتح النقاش لكن بطريقة أخرى بتحويل النزاع بين المستأجر المحلي و المستأجر الجديد بدلا عن المؤجر المسترجع ، باعتبار ممارسة المستأجر الجديد لنفس نشاط المستأجر المحلي بدون موافقته أو تنازله عن محله التجاري، منافسة غير مشروعة و التي تعتبر عملا خاطئ يستوجب التعويض ، فتغير بذلك الأساس القانوني الذي سيقوم عليه تعويض المستأجر المحلي.

و تم اقتراح منح المستأجر المحلي و فقط في حالة ممارسة المستأجر الجديد لنفس نشاطه الحق في رفع دعوى المنافسة غير المشروعة ، و المطالب بالتعويض على الأساس المسؤولية التقصيرية ، التعويض الذي يعود تقديره في هذه الحالة إلى القاضي بدلا من الخبير³.

نلاحظ انه على الرغم من تغير الأساس الذي كان يستند عليه تعويض مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة المحلي من نظرية التعسف في استعمال الحق إلى دعوى المنافسة غير المشروعة و تغير المركز القانوني لمرتكب الخطأ من المؤجر المسترجع إلى المستأجر الجديد ، و كذا تحويل سلطة تقدير التعويض من اختصاص الخبير إلى اختصاص القاضي ، إلا أن تعويض المستأجر المحلي بقي مناطه الخطأ (المسؤولية التقصيرية).

¹ Proposition Deloncle et Desplats , 30mars 1913 .Doc. Parlement. ch. 1913, 2656.

تضمن اقتراح النائبين دولوك و ديسبلاصد الاعتراف لمستأجر الأماكن المؤجرة لممارسة تجارة بالحق في التجديد المطلق فأصبح له حق عيني يحمي قاعدته التجارية أو الصناعية .

² Proposition de loi de MM. Delhay et Oury , l'autre de M. Georges Bureau . Doc. Parlement. ch. 1914, 3880. : « Lorsqu' un commerçant ou industriel arrivera à la fin du bail, nul ne pourra installer dans les locaux devenu vacant, sans avoir acquis le fonds ou obtenu le consentement du locataire sortant. un commerce similaire avant l'expiration d'un délai qui sera fixé par un règlement d'administration publique, à peine de réparation du dommage (...à peine d'être poursuivi pour concurrence déloyale dans la proposition de Delhay et Oury). »

³المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي أندا ك.

و الأصل في التعويض كجزاء للمسئولية التقصيرية سواء في صورة نظرية التعسف أو في صورة دعوى المنافسة غير المشروعة يستوجب إثبات الخطأ، الخطأ الذي كان من الصعب الإمام به في حالة رفض تجديد الإيجار ، و حتى لا يضيع حق المستأجر المخلي في جبر الضرر الذي قد يلحق به ، حاول الفقه منح هذا الأخير حل قانوني آخر يستطيع بموجبه الحصول على تعويض.

ثانياً: أطروحة تعويض المستأجر المخلي على أساس دعوى احتياطية "دعوى الإثراء بدون سبب "

تأثر القضاء الفرنسي بالحملة التي شنّها أنداك جانب من الفقه و على رأسهم اوبرى و رو اللذان اعتبرا الإثراء بدون سبب مصدر للالتزام مستقلاً عن الفضالة ، مما جعل البرلمانيون الفرنسيون يستندون على هذا الموقف لتعويض مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة المخلي .

1-تأثر القضاء بفكرة استقلالية دعوى الإثراء بدون سبب عن الفضالة: جاء عن القضاء الفرنسي¹ بأحد أحكامه الشهيرة² أن الإثراء بلا سبب مصدراً للالتزام مستقلاً عن الفضالة و أن دعوى الإثراء بلا سبب تقوم على أساس مبدأ العدالة . هذا المبدأ الذي يقضي بأنه لا يجوز أن تثري ذمة مالية على حساب افتقار ذمة مالية أخرى ، و عليه يجب إعادة التوازن بين الذمتين الماليتين ، التوازن الذي اختل على اثر إثراء احد الأطراف و افتقار الطرف الآخر³.

¹ كان القضاء الفرنسي متأثراً بالقانون الفرنسي القديم يطبق الإثراء بلا سبب على انه صورة من صور الفضالة بل تعتبر هذه الأخيرة مصدر له و سميت الفضالة الناقصة ، معتبراً أن الفضالة الكاملة تستلزم في الفضولي نية القيام بعمل لصالح الغير ، بينما الإثراء بلا سبب تنتفي فيه النية ، و لذلك يعتبر فضالة ناقصة ، و بقي القضاء متمسكاً بموقفه هذا إلى غاية صدور حكم الشهير سنة 1892 .

² "صدر عن دائرة العرائض بمحكمة النقض الفرنسية حكماً في 15-06-1892 . الحكم المنشور في دالوز سنة 1892 عدد 1 رقم 592 . يتلخص النزاع الذي طرح على المحكمة في قضية تاجر للأسمدة باع كمية من الأسمدة إلى مزارع و لم يقبض ثمنها ، و فأعسر المزارع و اخل بالتزاماته اتجاه المؤجر ففسخ هذا الأخير عقد الإيجار ، و أخلى المزارع الأرض تاركاً الزرع بها نظير لما بقي في ذمته من التزامات . رفع تاجر الأسمدة دعوى ضد المالك المؤجر مطالباً بسداد ثمن الأسمدة على اعتبار أنها عادت عليه بفائدة و اثري بسببها . فدفع المالك بمبدأ نسبية العقود ، أي انه لم يكن طرفاً في العقد الذي ابرمه بائع الأسمدة مع المزارع ، فرفض قضاة الموضوع الدعوى ، فرفع طعناً بالنقض أمام دائرة العرائض مستنداً على مخالفة قضاة الموضوع لنص المادة 2102 الخاصة بامتياز المؤجر الذي يتقل الزرع ، و خالفوا مبدأ دعوى الإثراء بلا سبب " l'action de in rem verso " في قولهم انه ملزم بدين نشأ في ذمة المزارع نحو تاجر الأسمدة . فجاء عن محكمة النقض من ضمن ما أجابت به إلى أن دعوى الإثراء بلا سبب تقوم على أساس فكرة العدالة " l'équité " التي تقضي بأنه لا يجوز أن يثري شخص على حساب غيره دون سبب ، و أن تطبيق هذا المبدأ لا يخضع لأي شرط ، و انه يكفي لقبول الدعوى على أساس هذا المبدأ أن يثبت المدعي انه أتاح للمدعى عليه فائدة عادت عليه بالنفع أو قدم خدمة أو قام له بتضحية .. " ترجمة هذا الحكم تعود لعلي علي سليمان بكتابه النظرية العامة للالتزام . السابق ذكره . ص 229-230 .

³ و هو ما يعرف بالمعيار الموضوعي لدعوى الإثراء فلم ينظر القضاء الفرنسي إلى شخص المثري أو شخص المفتقر.

في بداية تطبيق القضاء الفرنسي¹ لمبدأ الإثراء بلا سبب كمصدر مستقل للالتزام لم يخضعه لأي شرط فكان يكفي لقبول الدعوى إثبات المدعي الفائدة التي عادت على المدعي عليه بالنفع أو الخدمة التي قدمت له أو التضحية التي قام بها، إلا انه سرعان ما تدارك القضاء الأمر و اخضع دعوى الإثراء بلا سبب لشروط من أهمها ألا يكون لدى للمدعي سبيل قانوني آخر للمطالبة بحقه ، فكيفت² هذه الدعوى على أنها دعوى احتياطية "subsidaire" لا يلجأ إليها إلا إذا انعدمت وسيلة أخرى أمام المفتقر لتعويض ما افتقر به

2- مدى تأثر أعضاء البرلمان بموقف الفقه والقضاء : أمام صعوبة عملية حصول المستأجر التاجر المحلي على تعويض على أساس التعسف في استعمال الحق أو دعوى المنافسة غير المشروعة ، ظهرت دعوى الإثراء بلا سبب كدعوى احتياطية و كوسيلة أخرى لحماية مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة من هلاك ملكيته المنقولة التي ما فتئ أن اعترف له بها المشرع ، خاصة و انه في الحياة العملية كان المالك المسترجع يجني فوائد من الأماكن المؤجرة بعد رفضه التجديد ، سواء في صورة ممارسته لنفس نشاط المستأجر المحلي و استغلاله لعملاء هذا الأخير مما سيعود عليه بالربح ، أو في صورة إعادته تأجيرها للغير بسعر أكبر نتيجة زيادة قيمتها الإيجارية بفعل المستأجر المحلي .

اعتبر البعض من أعضاء البرلمان أن الفوائد المشار إليها أعلاه تدخل في نطاق الإثراء بلا سبب مما يجيز للمستأجر المحلي المطالبة بتعويض باستعماله دعوى الإثراء لجبر الضرر الذي لحقه، و تظهر الضرورة في اللجوء إلى هذه الدعوى في حالة استحالة إثبات شروط التعسف في استعمال الحق أو شروط دعوى المنافسة غير المشروعة .

¹ صدر عن القضاء الفرنسي حكما بتاريخ 1914/05/12 المنشور في سيريه لسنة 1918 عدد 1 تحت رقم 11 بين الشروط التي يجب أن تتوفر لرفع دعوى الإثراء .

² أول حكم قضى باحتياطية دعوى الإثراء صدر بتاريخ 1915/03/2 عن محكمة النقض و جاء في تعليق على هذا الحكم ما يلي : " أن محكمة النقض تعني باحتياطية هذه الدعوى أنها لا تقبل إذا كان المفتقر يستطيع أن يسترد حقه من المثري بأية وسيلة أخرى ، أو كان للمفتقر دعوى أخرى و لكن قام مانع قانوني من رفعها ، مثل سقوط الحق في رفعها لمضي مدة التقادم أو للسقوط ، أو لعدم قبولها ، أو لأن المثري قد تحصل على حكم بصحة إثرائه حاز قوة الأمر المقضي ا وان لان المفتقر عجز عن إثبات حقه في دعوى أخرى يشترط فيها الإثبات بالكتابة ، أو لأي سبب قانوني آخر " . علي علي سليمان : مصادر الالتزام . المرجع السابق ص 242 .

رغم تحويل أعضاء البرلمان لهائرة النزاع و إخراج المؤجر المالك منها للابتعاد عن تصادم الملكية العقارية للمؤجر بالملكية المنقولة للمستأجر التاجر ، إلا أن جميع هذه اقتراحاتهم لم تصادق عليها الغرفة الثانية -مجلس الأمة- فاستفحل النزاع¹.

الفرع الثاني :

مدى تأثير التشريع بفكرة الخطأ كأساس لتعويض مستأجر عقد الإيجار التجاري المحلي

مر تدخل المشرع الفرنسي متأثرا بفكرة الخطأ بمرحلتين تشريعتين أساسيتين : قانون 21 ديسمبر 1920 و قانون 30 جوان 1926 و سنكشف بهذا الفرع من خلال التطرق لما جاء بهاذين النصين صور الخطأ التي برر بها المشرع منحه مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة المحلي تعويضا .

أولا : تبني المشرع بقانون 1920 لفكرة الخطأ كأساس لتعويض المستأجر المحلي

تأثر المشرع الفرنسي بالنقاش الفقهي و الحملة التي شنها أنداك التجار بعد إدراكهم خطر عدم التجديد على ملكيتهم المنقولة و تلك التي ناد بها المؤجرين لاعتقادهم بان حماية ملكية المستأجر المنقولة سيكون على حساب تفكيك ملكيتهم العقارية.

نقل أعضاء من البرلمان أصداء مطالب التجار و المؤجرون و مواقف الفقه المتضاربة للنقاش داخل البرلمان، إلا أن كل المشاريع القانونية المقترحة من قبل الغرفة الأولى أجهضت عند رفض مجلس الأمة المصادقة عليها فيما عدا قانون 21 ديسمبر 1920.

على الرغم من بقاء المشاريع القانونية المقترحة من قبل الغرفة الأولى للبرلمان لم ترقى إلى مرتبة القانون إلا أن النقاش البرلماني الذي دار حول الأساس القانوني لتعويض الإخلاء كان له من الأهمية ما يستدعي منا الوقوف عنده أولا لنتمكن من فهم منطق المشرع عند إصداره لقانون 1920 الذي اعترف بحق المستأجر التاجر المحلي في التعويض ، لننتقل في مرحلة ثانية إلى الكشف عن مدى تأثير هذا القانون بفكرة الخطأ كأساس لتعويض المستأجر المحلي .

¹ سنة 1915 اقترح النائب فيليبو مشروع قانون يرمي إلى ضمان الملكية التجارية و الصناعية باقتراح تعويض المستأجر في حالة رفض التجديد فيدا و لأول مرة الإشكال القانوني ينتقل من ميدان الحق العيني إلى ميدان حق المديونية و ينشأ بذلك الطابع التعويضي لعقد الإيجار التجاري ، إلا أن انهماك فرنسا في هذا بالحرب العالمية الأولى حال دون مناقشة جدية لهذا المشروع .

1-مدى تأثير مشاريع القوانين التي سبقت صدور قانون 1920 بفكرة الخطأ لمنح المستأجر المحلي تعويضاً:

سنت الغرفة البرلمانية الأولى مشروع قانون 13 مارس 1919¹ للمطالبة بحماية المستأجر في عقد الإيجار التجاري دون المساس بالملكية العقارية للمؤجر و من بين ما تضمنه هذا المشروع إلزام المالك المسترجع و المستأجر الجديد على حد سواء بعدم ممارسة نفس نشاط المستأجر المحلي لمدة ستة سنوات ، الالتزام الذي يترتب على الإخلال به الحق في المطالبة بتعويض إما على أساس التعسف في استعمال الحق -لاعتبار رفض المؤجر تجديد عقد الإيجار تعسفاً² - أو باستعماله دعوى الإثراء بلا سبب.

يلاحظ أن مشروع قانون 1919 المشار إليه أعلاه لم يمنح المستأجر المحلي تعويضاً تلقائياً (أي بمجرد رفض التجديد) فلم يقرر التعويض كجزاء عن رفض التجديد بل قرر لمخالفة التزام قانوني المتمثل في عدم ممارسة نفس نشاط المستأجر المحلي خلال مدة معينة و في هذه الحالة فقط يستحق المستأجر المحلي تعويضاً عن الإثراء المحقق من استغلال زبائنه و شهرته مما جعل الغرفة الثانية تنتقده³ ترفضه بمجمله و بقي الأمر على هذه الحالة إلى غاية وصول الغرفتين إلى توافق في الموقف و صدور قانون 1920 .

2- مدى تأثير قانون 21 ديسمبر 1920 بفكرة الخطأ لمنح المستأجر المحلي الحق في التعويض :

من أهم ما ميز قانون 21 ديسمبر 1920 وضعه حداً للتضارب الفقهي حول مسألة طبيعة الحق الممنوح لمستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة- هل هو حق عيني أم حق

¹ كلفت لجنة التجارة و الصناعة البرلمانية النائب لوفاسور Levasseur بجمع مختلف المقترحات السابقة و دراستها و إعداد تقرير عن ذلك ، التقرير الذي صادقت عليه غرفة النواب في 13 مارس 1919 .

Rapport Levasseur : .Doc. Parlement. ch. 1918, p. 1652 .J.O. 12 mars 1919 .Débats .Parlement .p . 1110 .

« indemnité en rapport avec le préjudice subi. » .

² : « Il arrive que ce droit de ne pas contracter engage la responsabilité du bailleur, soit susceptible d'abus. »

Jacques de CAGNY .L'indemnité d'éviction en matière de propriété commerciale. Thèse de Doctorat 1972 ,op cit ,p 135.

³ لم يسلم هذا القانون من نقد و من قبل التجار أنفسهم عن طريق تقرير قدمته غرفة التجارة لباريس بتاريخ 26 ماي 1920 و الذين اعتبروا أن مشروع قانون 13 مارس 1919 يمس بحقوق الملكية العقارية و يكرس زوال الاتفاقيات المبرمة بكل حرية .

« Qui porte atteinte aux droits de propriété immobilière et consacre la faillite des conventions consenties. » Jean MILHAUD. Propriété commerciale .op. cit .p. 23 .

شخصي¹ - باعتباره حق شخصي ، و من تم منح هذا القانون للمؤجر الحرية المطلقة في تجديد أو رفض تجديد الإيجار إذا ما وصل هذا العقد إلى نهايته حماية لهلكيته العقارية، و في المقابل حمى الملكية المنقولة للمستأجر المحلي بمنحه في حالة ممارسة المالك المسترجع أو المستأجر الجديد لنشاط مماثل لنشاطه الحق في المطالبة بتعويض باستعماله دعوى الإثراء بلا سبب.

تأثر المشرع بقانون 1920 بفكرة الخطأ لتبرير تعويض المستأجر المحلي ، غير أنه حصر هذا الخطأ فقط في صورة الإثراء بلا سبب و بذلك يكون قد استبعد حق مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة في تعويض يخرج عن أحكام الشريعة العامة. يلاحظ أيضا وضع المشرع جانبا الحديث عن التعسف في استعمال الحق لاعتقاده بأن منح المستأجر الحق في التجديد المطلق يتناقض مع مبدأ حرية التعاقد و مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و مبدأ سلطان الإرادة المبادئ التي كان و مازال يقوم عليها القانون المدني الفرنسي.

و بذلك يعد قانون 1920 أول تدخل تشريعي يمنح للمستأجر المحلي الحق في المطالبة بتعويض، و يقر بالطابع التعويضي لعقد الإيجار الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة، و بالرغم من كون هذا التعويض لا يؤخذ المعنى الحالي لتعويض الإخلاء " indemnité d'éviction " أي كجزاء تلقائي لرفض التجديد و إنما هو تعويض كجزاء لحالة استغلال زبائن الغير يترتب عنه الإثراء ، إلا أنه ورقة طريق لميلاد تعويض الإخلاء أو الاستحقاق.

¹ لم يضع حدا فصل المشرع في طبيعة الحق الذي منحه القانون لمستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة حتى بعد صدور قانون 30 جوان 1926 ، و بقيت هذه المسألة محل تردد فقهي في تصنيف الحق في التجديد و الحق في تعويض الإخلاء ضمن الحقوق الشخصية و من بين ما جاء بخصوص هذه المسألة عن بعض الفقه ما يلي :

: « Tout cela montre combien le droit au renouvellement du bai commercial et le droit à l'indemnité d'éviction qui le caractérise ont une nature assez imprécise. malgré le fondement essentiellement indemnitaire qui conduit à les classer dans les droits de créance, ils présentent par certains cotés et notamment par leur opposabilité aux tiers des caractères qui les rapprochent des droits réels. Des le lendemain de la loi de 1926 Mr. Demontés avait particulièrement insisté sur le trouble qui régnait sur la nature du nouveau droit au renouvellement du preneur et il n'hésitait pas à qualifier ce droit de " droit de créance à caractère réel ". Mr le doyen Morin constatait : " nous sommes à la frontière du droit réel et du droit de créance. » Derruppé: La nature juridique du droit du preneur au bail et la distinction des droits réels et des droits de créances. Thèse de doctorat. université de Toulouse. 1951. N. 358.

فشل تطبيق قانون 1920 في حماية القاعدة التجارية أو الصناعية التي أصبحت مهددة بالاندثار أمام اعتراف للمؤجر بحقه في التجديد و رفض التجديد¹ ، و لذلك ما لبث المشرع الفرنسي طويلا حتى صادقت الغرفة الأولى بتاريخ قانون 8 جوان 1923 على مشروع قانون معدل و متمم لقانون 1920 ، رغم رفض غرفة الشيوخ للمصادقة عليه إلا أن مشروع القانون 1923 كان له اثر واضح على القوانين اللاحقة باستحداثه لأساس قانوني آخر يستند عليه استحقاق المستأجر المحلي تعويضا غير فكرة الإثراء .

بدأ الحديث لأول مرة عن حق سمي "بالحق في الأسبقية " " Droit de priorité"² و يقصد به تفضيل المستأجر عند نهاية عقد الإيجار عن غيره عند إعادة تأجير نفس الأماكن، أما إذا لم يتقدم الغير و صمم المؤجر على رفض التجديد يلتزم هذا الأخير بدفع للمستأجر المحلي تعويض يساوي الضرر الذي خلفه رفض التجديد .

تظهر أهمية مشروع هذا القانون بالنسبة لمجموعة القوانين التي ساهمت في نشأة نظام قانوني للإيجارات التجارية في كون المشرع و لأول مرة يتناول التعويض كجزء لرفض التجديد بدون مبرر و ليس كجزء لإثراء أو تعسف في استعمال الحق .

أكثر من ذلك ربط المشرع بهذا المشروع بين الضرر و سببه الأصلي أي رفض التجديد، فألزم المؤجر المسترجع بالتعويض دون المستأجر الجديد، أكثر من ذلك لم يخضع التعويض في تقديره إلى عناصر الإثراء بلا سبب ، أو نظرية التعسف في استعمال الحق و لا حتى المنافسة الغير مشروعة التي يملك فيها القاضي السلطة التقديرية في تحديد قيمته و إنما تناول هذا المشروع لأول مرة الضرر الذي خلفه رفض التجديد لمعيار لتعويض.

¹ أكثر من ذلك فان هذا القانون خلق أزمة الأجرة التي أصبح يتحكم في رفعها المؤجرين على حساب المستأجرين ، بل يعتقد بعض الفقه أن أزمة الأجرة هي التي دفعت بالمشرع الفرنسي إلى إصدار قانون 30 جوان 1926 .

: « On peut même affirmer que, sans le but de résoudre la crise des loyers, la loi actuelle n'aurait probablement pas vu le jour. » TRASBOT, commentaire de la loi de 1926, Dalloz .1926 .p 258.

² "حق الأسبقية" الذي أسسه فقهاء غرفة النواب و الذي سيتحول بعد ذلك بقانون 30 جوان 1926 إلى " حق الأفضلية " لكونه أكثر مرونة و اقل تشدد بالنسبة للمؤجر ، جاء في هذا الشأن عن جاك دوقاني " Jacques de CAGNY " في رسالته ما يلي :

: « comme le droit de priorité , inventé par les théoriciens de la chambre des députés , ne recueillit aucun écho au sénat , il fallut lui substituer un autre support , et l'on fit appel au droit de préférence , plus souple et moins sévère à l'endroit du bailleur :ce dernier ne devenait fautif que si , les propositions du preneur pour la conclusion d'un nouveau bail étant équivalentes aux meilleurs offres faites par les tiers intéressés . » Jacques de CAGNY .L'indemnité d'éviction en matière de propriété commerciale. Thèse de Doctorat 1972 .université de droit et de sciences sociales de Paris II. p 136.

على الرغم من جراءة و اجتهاد فقهاء الغرفة الأولى لمنح سند قانوني آخر غير الإثراء أو التعسف الذي انتقده الفقه لتعويض المستأجر المحلي ، غير انه ظهر لغرفة الشيوخ أن المصادقة على منح هذا الأخير تعويضا على أساس "حق الأسبقية" ليس بحل عملي ، بما انه يمكن للمؤجر إخلاء المستأجر بدون تعويض بالتحايل على القانون و اللجوء إلى عروض استئجار مجاملة يقدمها الغير بالاتفاق معه تقترح بدل إيجار يفوق ذلك الذي يعرضه المستأجر المنتهي إيجاره لهذا السبب رفض مشروع قانون 1923 .

فاستقر التشريع (قانون 1920) على اعتماد فكرة الخطأ كأساس لتعويض مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة سواء في صورة التعسف أو في صورة الإثراء، إلا أن حدة النقاش الفقهي حول مسألة حماية المحل التجاري للمستأجر المحلي ، و ضغط التجار على السلطة التشريعية الذي وصفهم الفقيه جون ريبار " Ripert " بالقوة السياسية للتجار " la force politique des commerçants"¹ دفع النواب إلى بإعادة النظر في الأحكام المنظمة لعقد إيجار الأماكن المعدة لاستعمال تجاري أو صناعي ككل و صدر قانون 1926 .

ثانيا : مواصلة تأثر التشريع بفكرة الخطأ كأساس لتعويض المستأجر المحلي

صدر قانون 30 جوان 1926 المنظم للعلاقات بين المؤجرين و المستأجرين فيما يخص تجديد إيجارات العقارات أو الأماكن ذات الاستعمال التجاري و الصناعي ، القانون الذي أطلق عليه الفقه تسمية² "قانون الملكية التجارية " .سنبداً أولاً باستعراض أهم المواد المرتبطة بموضوع رسالتنا التي تضمنها هذا القانون ، لننتقل في الفقرة الثانية إلى تحليلها و استخراج تأصيل تعويض الإخلاء.

¹ « Mais il ne faut pas se faire d'illusion sur ces motifs et ces résultats .C'est la force politique des commerçants qui a imposé la loi. » Ripert : Aspects juridiques du capitalisme moderne : le capitalisme des petits commerçants. p 193 .

² : « De l'appellation courante de « loi sur la propriété commerciale » donnée à la loi du 30 juin 1926. » Alfred Jauffret: Droit commerciale. 19^e éd L.G.D.J.Paris .p 388.& 633. : « Une loi de 1926, improprement appelée « loi sur la propriété commerciale » Roger Houin et René Rodière : Droit commercial .éd Sirey .7^e édit. 1981.p 82 . : « Ce droit du locataire est appelé la propriété commerciale. »Thibaut MASSART : Droit commercial. éd Gualino .Paris ,2007, p 355.

من أهم المواد التي جاءت بقانون 30 جوان 1926 المادة الثالثة منه¹ التي نصت على حق مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة في الأفضلية عند انتهاء مدة الإيجار على غيره من طالبي الاستئجار ، فإذا ما ثبت للمحكّمين أن العروض المقدمة غير جدية أو غير حقيقية و كانت السبب في عدول المستأجر على التجديد استحق تعويض عن الإخلاء.

أما المادة الرابعة منه² فجاء بها حق مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة في طلب تجديد عقد إيجاره المنتهي فإذا رفض المؤجر طلب التجديد دون سبب خطير و مشروع له الحق في المطالبة بتعويض لجبر الضرر الذي سببه رفض التجديد التعويض ، و الذي سمي بتعويض الإخلاء ، في حين تناولت المادة السابعة³ حق مستأجر الأماكن المؤجرة لممارسة تجارة أو صناعة المحلي ، و الذي قام بتحسينات بالأماكن المؤجرة في طلب تعويض عن القيمة المضافة⁴ .

كما نصت المادة الثامنة من القانون المشار إليه أعلاه على إلزام المستأجر الجديد بعدم ممارسة نفس النشاط التجاري أو الصناعي الذي كان يمارسه المستأجر المحلي بالأماكن المسترجعة و ذلك خلال فترة الخمس سنوات التالية لتاريخ نهاية عقد الإيجار ، و في حالة إخلاله بالتزامه منحت المستأجر المحلي الحق في مطالبته بتعويض في حدود الإثراء الذي حصل عليه ، باستغلاله لزبائن هذا الأخير.

يلاحظ من خلال قراءة المواد المشار إليها أعلاه أن المشرع أعاد بناء حق مستأجر الأماكن المعدة لممارسة التجارة أو الصناعة في التعويض على خطأ المؤجر أو المستأجر الجديد و يظهر هذا الخطأ إما في صورة التعسف في استعمال الحق أو في صورة الإثراء بلا سبب، مما أسقطه مرة أخرى تحت طائلة النقد كما سنبينه :

¹ Art 3 de la loi du 30 juin 1926 « Si le propriétaire justifie d'une offre faite par un tiers, les arbitres vérifieront la sincérité et la réalité de cette offre que le propriétaire pourra accepter si le locataire ne peut faire une offre égale. Les arbitres devront en outre examiner si cette offre est hors de proposition avec la valeur du loyer sur le quel le propriétaire pouvait raisonnablement compter. Dans ce cas, le locataire qui renoncera au renouvellement du bail, en raison du prix excessif du loyer imposé par l'offre pourra réclamer une indemnité d'éviction. »

² Art 4 de la loi du 30 juin 1926 : «...une indemnité égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement. »

³ « À concurrence de son enrichissement. »

⁴ Art 7 de la loi du 30 juin 1926 .

1- تقرير المشرع حق المستأجر في التعويض على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق و الإثراء بلا سبب:

استند المشرع في قانون 1926 على نظرية الإثراء بلا سبب و كدى نظرية التعسف في استعمال الحق لتأسيس التعويض الذي منحه للمستأجر في عقد الإيجار التجاري ، حيث استند على النظرية الأولى في حالتين:

الحالة الأولى نصت عليها المادة السابعة و التي تلزم المؤجر بدفع للمستأجر المخلي تعويض عن التحسينات التي قام بها بالأماكن المؤجرة في حالة ما إذا قرر الإبقاء عليها، فتعويض المستأجر في هذه الحالة يستند على القيمة التي أضافها للأماكن و التي سيستفيد حتما منها المؤجر برفعه الأجرة مثلا مما يشكل إثراء¹ و الحالة الثانية تضمنها المادة الثامنة و التي افترض فيها المشرع إثراء المستأجر الجديد إذا ما استغل بالأماكن المسترجعة نفس نشاط المستأجر المخلي فاستغلاله لزبائن هذا الأخير يشكل أيضا إثراء.

أما تعويض الإخلاء " تعويض الاستحقاق " الذي منح لأول مرة لمستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة فاستند فيه على نظرية التعسف في استعمال الحق.

وضعت المادة الرابعة من قانون 1926 أعلاه قاعدة عامة " القاعدة التي سماها الفقه بالملكية التجارية " و التي تقضي بحق مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة في طلب التجديد عند نهاية الإيجار الحق النسبي بما انه يجوز للمؤجر رفضه ، إلا أن هذا الرفض قد يشكل تعسفا إذا لم يكن مبرر بإحدى الأسباب المشروعة التي افترضها القانون و إذا كان الأمر كذلك نشأ للمستأجر المخلي الحق في تعويض عن الإخلاء .

¹ انتقد الفقه رجوع المشرع إلى فكرة الإثراء بلا سبب لمنح المستأجر المخلي تعويض عن القيمة المضافة لأنه في رأيهم إثراء مؤجر المحل التجاري سببه مشروع بما أنه حر في تحديد بدل الإيجار ، كما أن الفائدة التي يجنيها هذا الأخير لا ترتبط دائما بالاستغلال السابق للأماكن و إنما تعد تطبيقا لقاعدة العرض و الطلب .

تميز قانون 1926 عن ما سبقه من القوانين بتنظيمه لأول مرة للحق في تعويض الإخلاء و سقوط هذا الحق بتعداده الأسباب المشروعة التي ربط البعض منها بفعل المؤجر و البعض الآخر بفعل المستأجر .

فأما تلك التي ألحقها بالمؤجر تتمثل في حالة رفض التجديد و استرجاع المؤجر الأماكن لاستغلالها شخصيا أو من قبل عائلته، و أيضا في حالة الاسترجاع من اجل إعادة البناء . كما يفقد المستأجر حقه في تعويض الإخلاء بخطئه عند تأخره أو عدم دفعه للأجرة أو مخالفته لأحد بنود العقد أو تعسفه في استغلال الأماكن أو تعديه على المؤجر المالك . الغ من الأسباب التي وصفها بالخطيرة و المشروعة .

بل و أكثر من ذلك فحتى و أن برر المؤجر رفضه التجديد بأحد هذه الأسباب المشروعة فإنه و طبقا لما جاء بالمادة 5 من قانون 1926¹ يعد متعسفا إذا ما كانت المستأجر يستغل هذه الأمكنة كفرع لمؤسسته أو استطاع باستعمالها تكبير محله التجاري أو الصناعي ، و من تم استحق تعويض الإخلاء .

اعتبر المشرع كذلك حرمان المستأجر من حقه في الأفضلية تعسفا يبرر الحق في تعويض الإخلاء إذا ما قدم عرض إيجار جديد بأجرة تعادل أو تفوق العروض المقدمة من الغير و صمم المؤجر على تفضيل الغير (المادة الثالثة من قانون 1926) التعسف الذي يبرر المطالبة بتعويض الإخلاء، فللحرمان من حق الأفضلية هو تكريس لنية الإضرار بالغير التي تعتبر المعيار الذي تقوم عليه نظرية التعسف في استعمال الحق² .

لم يسلم استناد المشرع على فكرة الخطأ في صورة نظرية التعسف لتبرير تعويض الإخلاء من نقد الفقه كما سنبينه.

¹ Art 5 de la loi du 30 juin 1926 : " Le preneur évincé aura droit à l'indemnité si le local ou l'immeuble a été acquis par un commerçant ou un industriel déjà établi en vue d'agrandir les locaux ou il exerce son commerce ou de fonder une succursale. »

² : « Le droit de préférence, inscrit en tête de la loi n'est qu'un cas d'abus de droit : le propriétaire qui, en dehors de toutes autre motifs ne préfère pas son locataire actuel commet un abus. » Jacques de CAGNY : L'indemnité d'éviction en matière de propriété commerciale, op cit , p 137.

2- انتقاد الفقه لتبني المشرع نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس لتعويض الإخلاء :
انقسم الفقه في انتقاده لقانون 30 جوان 1926 ففريق منه رفض فكرة منح المستأجر الحق في التعويض تماما ، أما الفريق الثاني فانتقد فقط نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس لتعويض الإخلاء .

من بين الفريق الأول الفقيه جوسران " Josserand " ¹ الذي لخص الملكية التجارية في تعويض الإخلاء و الذي اعتبره هدية منحت إلى المستأجر بأموال مالك العقار ، بل يذهب جوسران ² إلى ابعده من ذلك بانتقاده تدخل الدولة بالحد من آثار إرادة الأطراف و ذلك عن طريق التقليل من حقهم في التعاقد (بالزام المؤجر إعادة التعاقد مع نفس المستأجر) و في الوقت نفسه تنشأ أثارا خارجة عن العقد (التزام المؤجر بدفع تعويض بعد انتهاء العقد).

أما فريق ثاني من الفقه فقد انتقد استناد المشرع على نظرية التعسف في منح تعويض الإخلاء للمستأجر المحلي و منهم من تمسك بأن التعسف يفترض ارتكاب خطأ مثل إقامة شخص لبناء فوق ارض جاره بنية الإضرار أو طرد رب عمل للعامل بدون سبب و بان في كلتا هاتين الحالتين الخطأ يقوم على عمل ايجابي بينما لا يمكن اعتبار رفض التجديد عمل ايجابي و لا خاطئ بما انه ليس إلا ممارسة لحق الملكية ³ .

من الفقه أيضا من توسع في رفض الاستناد على نظرية التعسف لتعويض المستأجر المحلي من بينهم الفقيه جوليو دو لا مورونديار " Julliot de la Morandière " الذي دفع بقاعدة عبء إثبات الخطأ التي تقع عادة على ضحية التعسف ، بينما في حالة الملكية التجارية لا يحتاج المستأجر إلى إثبات تعسف المؤجر لحصوله على تعويض الإخلاء بل على عكس

¹ : « La propriété commerciale, qui se résume, en définitive, dans un cadeaux offert aux commerçants avec l'argent des propriétaires fonciers. » Josserand : Sur la reconstitution d'un droit de classe .D.H. 1937 .chr I.

² : « Les pouvoirs publics s'octroient le droit de limiter les effets de la volonté des parties, de restreindre leur droit de contracter et ceci dans le temps même ou ils étendent certains effets des contrats, que les parties n'avaient pas entendu y mettre. » Josserand : Le contrat dirigé .DH.1933 ,p 89.

³ : « On ne voit pas comment il est possible de soutenir que l'indemnité d'éviction répare un préjudice souffert par le locataire, provoqué par la faute du bailleur. Cette faute trouverait son origine dans un abus de droit du bailleur qui se livrerait non pas, d'ailleurs, à un exercice abusif de son droit de propriété, mais à un refus abusif de contracter ou du moins de renouveler le contrat parvenu à son terme. » Overstake .op .cit . p 542 .

القاعدة فان عبء الإثبات يقع على هذا الأخير الذي يفترض فيه التعسف إذا ما أراد التخلص من دفع التعويض عليه أن يثبت عدم تعسفه بتبرير رفض تجديده بسبب مشروع أو خطير¹. مضيفاً بأن غرض أنصار الملكية التجارية يكمن في جعل بقاء المستأجر بالأماكن المؤجرة لما لا نهاية تمكينه من حق دائم² ، لينتهي إلى القول بأن تأسيس تعويض الإخلاء على تعسف المؤجر لا يجد له مكاناً بما أن هذه النظرية تفترض وجود ضرر إلى جانب ممارسة تعسفية لحق في حين هدف المؤجر يكمن فقط في إعادة تأجير عقاره بأفضل الشروط أي بأحسن سعر يقترح عليه ، مما يطرح السؤال كيف يمكن للمؤجر أن يتعسف في استعمال هذا الحق ؟ .

سايره في جانب من رأيه الفقيه أوفارستاك " Overstake " الذي بين في مقال له بعنوان "تعويض الإخلاء " كيف لا يمكن اعتبار تعويض الإخلاء تعويض كجزء للمسؤولية القائمة على الخطأ بما أن المؤجر عند رفضه تجديد الإيجار قام فقط باختيار احد التزاماته الاختيارية : قبول التجديد أو دفع تعويض إخلاء³. لكن على خلاف الفقهاء الذين رفضوا تأسيس تعويض الإخلاء على نظرية التعسف ، لم يكتفي هذا الفقيه بالنقد إنما جاء بتفسير آخر يجد منطقه في الهدف المتوخى من تعويض الإخلاء المتمثل في حماية القاعدة التجارية ، من هنا فان هذا التعويض على حسب اعتقاده هو تعويض عن نزع ملكية⁴ " ملكية القاعدة التجارية " الموقف الذي لم يسلم بدوره من النقد.

¹ : « Un tel transfert dans la charge de la preuve ne contribue pas à rendre crédible le principe de l'abus de droit. » Julliot de la Morandière . Bulletin Société d'études législatives 1923.p 299.

² : « Mais ce que veulent les partisans de la propriété commerciale, c'est la perpétuité du droit, c'est le maintien indéfini du locataire dans les lieux. » Julliot de la Morandière . op .cit .p 294 .

³ J.F.OVERSTAKE. L'indemnité d'éviction. Rev .Trim .Droit commercial .1968 .p 529. : « On ne voit pas comment il est possible de soutenir que l'indemnité d'éviction répare un préjudice souffert par le locataire, provoqué par la faute du bailleur. Cette faute trouverait son origine dans un abus de droit du bailleur qui se livrerait non pas, d'ailleurs, à un exercice abusif de son droit de propriété, mais à un refus abusif de contracter ou du moins de renouveler le contrat parvenu à son terme. » . p 542

⁴ : « La protection du fonds de commerce demeure le fondement de l'indemnité d'éviction .l'obligation de verser cette indemnité serait fondée sur l'idée d'expropriation. » Jean-Françise Overstake .l'indemnité d'éviction .Revu .trim .Droit commercial .extrait du n 3-1968 .librairie Sirey -Paris - p 529 et 556.

في حين استند فريق آخر على قصور نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس وحيد لتعويض الإخلاء و التي على حسب اعتقادهم لا تحل إلا جزءا بسيطا من الإشكال و من بينهم الفقيه ميلو "MILHAUT"¹ .

رد أنصار نظرية التعسف في استعمال الحق على كل هذه الانتقادات بتمسكهم بان التعسف ليس إلا صورة من صور الخطأ التقصيري فحسب اعتقادهم أن رفض التجديد لا يعتبر في كل الحالات عمل خاطئ و ناشدوا القضاء الفرنسي البحث و تبيان متى يعتبر الرفض خطأ . جاء عن الفقيه مازو و إخوانه " H et Mazeaud "² في كتابهم عن المسؤولية المدنية التقصيرية و العقدية في معنى قولهم أن قانون 30 جوان 1926 حول الملكية التجارية يحمل المؤجر الذي يتعسف في استعمال حقه في رفض تجديد الإيجار المسؤولية ، فيجب على المحاكم البحث في أي حالة يعتبر هذا الرفض خطأ و في أي حالة لا يستند هذا الرفض على أي سبب خطير و مشروع و بالتالي لا يعتبر خطأ .

بينما تصور الفقيهان كولا و كباتون " COLIN et CAPATANT "³ التعسف دون نية الإضرار و يكفي أن تنعدم في تعامل المتعسف حيطة الرجل الحريص و قيل بان التعسف في هذه الحالة ناتج عن سوء استعمال الحق فقط ، معتمدين على الفقه الذي بنا نظرية التعسف في استعمال الحق قياسا على إساءة استعمال السلطة في القانون الإداري التي تقوم على معيار مادي فقط مستبعدين بذلك فكرة الخطأ ، فالمؤجر رافض التجديد يكون في نفس حالة الموظف الذي يستعمل وظيفته في غير الغرض الذي أنشئت من اجله .

¹ : « ne voir dans les indemnité d'éviction que des droit violés , ou des abus , c'est s'astreindre à n'examiner qu'une faible partie de la question , en se limitant à quelques rares hypothèses . » MILHAUT : Essai sur le fondement juridique des indemnités prévues par les lois sur la propriété commerciale .Thèse de Doctorat. université de Toulouse .1935 .p 400 .

² : « La loi du 30 juin 1926 sur la propriété commerciale, engageant la responsabilité du propriétaire qui abuse de son droit de refuser un renouvellement de bail, les tribunaux doivent chercher dans quels cas ce refus est fautif, dans quels cas il n'est fondé sur aucun motif grave et légitime. » H et Mazeaud. Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle .n 586.

³ : « Pour qu'il y ait abus de droit, il n'est pas indispensable qu'on rencontre chez l'auteur du préjudice porté à autrui l'intention de nuire, l'animus nocendi .il suffit qu'on puisse relever dans sa conduite l'absence des précautions que la prudence d'un homme attentif et diligent lui aurait inspirées. »COLIN et CAPATANT .Cour de droit civil français, T II, p 385

انتقاد الفقه لاستناد قانون 30 جوان 1926 على فكرة الخطأ المستمدة من قواعد الشريعة العامة التي كان يقوم عليها القانون المدني الفرنسي آنذاك من اجل تأسيس جميع التعويضات التي منحها لمستأجر الأماكن المؤجرة لممارسة تجارة أو صناعة، بما فيها تعويض الإخلاء الذي وجد أساسه في نظرية التعسف في استعمال الحق¹ اثر في موقف القضاء عند تطبيقه لأحكام القانون أعلاه .

ذهب القضاء في احد أحكامه إلى الإقرار بالطابع الاستثنائي للالتزامات المفروضة على مؤجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة و خروجها عن الأحكام العامة² فتوالت التعديلات على قانون 1926³ الذي أثبتت قصوره في حل الإشكال القانوني الذي طرح آنذاك مما دفع البرلمان الفرنسي سنة 1953 إلى تفويض الحكومة الفرنسية⁴ لسن نص عام ينظم إيجار الأماكن المعدة لاستعمال تجاري أو صناعي أو حرفي مع أخذ بعين الاعتبار ما توصل إليه الاجتهاد القضائي و الانتقادات الفقهية .

¹ Dans le même sens Yannick NINANE et Edouard CRUYSMANS rappelles dans leurs article sur La loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux que : « Au cour des travaux parlementaires, les auteurs de la loi ont tenté de rattacher l'obligation du bailleur de payer, dans certains cas une indemnité d'éviction à plusieurs fondements du droit commun. Comme si les règles consacrées, inédites et souvent génératrices de droits jusqu'alors inconnus, pouvaient être comprises à partir de principes préexistants et classiques. » p 166.

² جاء في هذا الشأن عن مجلس استئناف ديجون في قراره الصادر بتاريخ 13 نوفمبر 1928 ما يلي :
« Que pour arriver à ce résultat (le droit au renouvellement du bail) la loi devait nécessairement déroger au droit commun en imposant au propriétaire des obligations exceptionnelles ... »

³ قانون 27 مارس 1928، قانون 10 مارس 1932، قانون 18 جويلية 1932 حاول المشرع من خلال قانون 1933 فقط سد الفراغ و تعديل الأخطاء التي وقع فيها بقانون 1926 و الاستفادة من الاجتهاد القضائي دون الحيد عن المبادئ الأساسية التي اقرها بقانون 1926 بإضافته ضمانات أخرى للمستأجر من أهمها:

- منح المستأجر الحق في تجديد الأماكن الملحقة بالمحل التجاري حتى و إن كانت لمالك آخر .
- منح المستأجر الفرعي الحق بمطالبة المستأجر الأصلي بالحق في التجديد .
- الغي الحق المؤجر في استرجاع الأمكنة ليشغلها بنفسه إذا كان المستأجر من قدامى الحرب و أرامل الحرب .
- تشديد شروط رفض التجديد في حالة استرجاع الأمكنة من اجل هدم العمارة .
- السماح للمستأجر بالبقاء بالأمكنة في حالة الاسترجاع من اجل هدم العمارة إلى غاية دفع المؤجر له تعويض .
- تشديد أيضا شروط رفض التجديد بسبب المنفعة العامة .

Jean MILHAUD. Propriété commerciale .op. cit .p. 26-25

⁴ صادق البرلمان آنذاك على قانون يجيز للحكومة سن و تعديل و تتميم بموجب مراسيم مجموعة من القوانين و من بينها التقنين التجاري .
Le recours au décret avait été autorisé par délégation du parlement par la loi du 13 juillet 1953 .

المطلب الثاني :

تراجع فكرة الخطأ كأساس لتعويض الإخلاء

أوضحنا بالفرع السابق كيف التصق ميلاد تعويض الإخلاء " تعويض الاستحقاق " بفكرة الخطأ في صورة التعسف في استعمال الحق سنيين بهذا الفرع مدى تأثير التشريع الفرنسي بالانتقادات¹ التي وجهت له و كيف سيتراجع المشرع عن الخطأ كأساس لتعويض الإخلاء .

الغي المشرع الفرنسي بموجب مرسوم 30 سبتمبر 1953² المنظم للعلاقات بين المؤجرين و المستأجرين فيما يتعلق تجديد إيجارات العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي قانون 30 جوان 1926 و كل التعديلات التي لحقته فأعاد تنظيم أحكام الإيجارات التجارية دون المساس بالحق في الملكية تجارية و إخراجها عن أحكام القانون المدني و أضافها بتاريخ 18 سبتمبر 2000³ إلى مواد القانون التجاري .

فيما عدا تحرر عقد الإيجار التجاري من أحكام عقد الإيجار المدني ، تظهر الأهمية الثانية للمرسوم المشار إليه أعلاه في استبعاده لنظرية التعسف في استعمال الحق كأساس لتعويض الإخلاء ، و تقريره لحق المؤجر في رفض التجديد من جهة و حق المستأجر في المطالبة بتعويض الإخلاء « indemnité d'éviction » في حالة ما إذا كان الرفض بدون سبب خطير او مشروع مساوي للضرر الذي تسبب فيه هذا الرفض⁴ .

¹ اعتبر الفقه أن الحق في التجديد و الحق في تعويض الاستحقاق هما حالة استثنائية منفردة و انه نتيجة لذلك فهما يخرجان عن القواعد العامة المعروفة قانونا :

« On pourra, cependant, répliquer que le droit au renouvellement, l'indemnité d'éviction constituent un cas exceptionnel, unique même et cette circonstance, pour une fois, une entorse aux règles élémentaires du vocabulaire juridique. » Jacques de CAGNY .T.D .op . cit . p 194 .

² Loi n 53/960 du 30-09-1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement de baux à loyer d'immeubles ou locaux à usage commerciale ou industriel ou artisanal .

³ مع ملاحظة انه القانون التجاري قنن بسنة 1806 بأمر من نابليون ، و كان يضم أنداك 648 مادة ، و قسم على النحو التالي الكتاب الأول التجارة بوجه عام ، الكتاب الثاني التجارة البحرية ، الكتاب الثالث الإفلاس و التسوية القضائية ، الكتاب الرابع المحاكم التجارية . لأكثر معلومات حول تبلور القانون التجاري عبر التاريخ الرجوع إلى : مرجع :علي فتاك . مبسوط القانون التجاري الجزائري في - مقدمة القانون التجاري - نظرية الأعمال التجارية - ديوان المطبوعات الجامعية - وهران - 2007 . ص 22 و ما يليها .

⁴ Art .I .145-14 : « le bailleur peut refuser le renouvellement du bail. Toutefois, le bailleur doit, sauf exceptions aux articles L.145-17 et suivants, payer au locataire évincé une indemnité dite d'éviction égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement.

Cette indemnité comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce , déterminée suivant les usages de la profession , augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation , ainsi que des frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur , sauf dans le cas ou le propriétaire fait la preuve que le préjudice est moindre . »

اهتمامنا بمرسوم 1953 يتعدى البعد التاريخي لتأصيل تعويض الاستحقاق إلى ميراث قانوني بما أن مشرنا قرر مواصلة العمل به بعد الاستقلال و الحق إكامه بالقانون التجاري الوطني 1953 كما يعد من النصوص القانونية التي نشترك في اقتباسها مع المشرع التونسي و المغربي مما يزيد فضول التوسع في دراسته .

سنحاول بهذا المطلب البحث عن أساس تعويض الإخلاء أمام تخلي مرسوم 1953 عن نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس له ؟ أو بمعنى آخر هل تعويض الإخلاء طبقا لما جاء بهذا المرسوم جزاء للمسؤولية الموضوعية ؟ سنحاول الإجابة عن هذا السؤال أولا من خلال استعراض تطور أساس التعويض في المسؤولية المدنية عموما ثم بالفقرة الثانية سنستعرض مدى تأثير أساس تعويض الإخلاء بهذا التطور .

- الفرع الأول : تراجع فكرة الخطأ كأساس للتعويض في المسؤولية المدنية عموما

- الفرع الثاني :مدى تأثير تعويض الإخلاء بتطور المسؤولية المدنية

الفرع الأول :

تراجع فكرة الخطأ كأساس للتعويض في المسؤولية المدنية عموما

يتقرر التعويض عادة كأثر لإلحاق الضرر بالغير نظرا لما يسببه ذلك الضرر من مساس بحالة المضرور التي كان عليها قبل وقوع الضرر و ما يترتب على ذلك من نتائج و آثار مالية و غير مالية ، فالهدف من التعويض تصحيح التوازن الذي اختل نتيجة وقوع الضرر، إلا أن الضرر لم يكن كاف بذاته لتبرير الحق في التعويض و كان دائما مرتبطا بالخطأ ، و قد سبق لنا أن بينا كيف حاول الفقه الفرنسي عند صدور قانون 1920 وقانون 1926 تعويض مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة باستناده على فكرة الخطأ سواء خطأ المؤجر أو المستأجر الجديد فلا يتصور في تلك الحقبة الزمنية التعويض بدون خطأ ، غير أن الثورة الصناعية و التطور السريع للتقنيات الاقتصادية بينت قصور قيام التعويض على

فكرة الخطأ، حيث عدد كبير من ضحايا حوادث النشاط الاقتصادي و الصناعي بقيت بدون جبر للضرر لصعوبة إثبات خطأ المسئول¹.

بدأ كل من الفقه و القضاء في البحث عن أسس جديدة يقوم عليها التعويض في المسؤولية المدنية عموماً من خلال إعطاء تفسير و تأويل جديد لبعض النصوص القانونية التي كانت موجودة آنذاك² متأثرين بظهور نظرية تحمل التبعة و نظرية الضمان اللتان تقومان على فكرة الضرر فقط دون الخطأ كما سنبينه على التوالي :

أولاً : موقف الفقه

جاء عن الفقيه سالي "R. Saleilles" في دفاعه عن نظرية تحمل التبعة " la théorie du risque " أن الوضع الحالي للمسؤولية المدنية معناه إرهاب المضرور بعبء خسارة لم يكن هو السبب فيها و هذا مخالف لقانون العدالة الذي يقضي بان يتحمل كل امرئ وزر ما قدمت يده³.

أما الفقيه جوسران "L. Josserand" فذهب من خلال دفاعه عن المسؤولية بدون خطأ في صورة نظرية تحمل التبعة إلى القول " إن إرهاب كاهل المضرور بالضرر ظلم أوجده الصدفة و يجب ألا يكون للصدفة محل في القانون."⁴ معتبراً أن بعض المهن و النشاطات مثل الصناعة و التجارة استحدثت مخاطر يستوجب تحمل نتائجها فلا تقوم المسؤولية حسب قوله على أساس أننا مذنبين و إنما كقائمين بتصرفات⁵.

¹ فكان من الصعوبة إثبات خطأ صاحب أداة النقل أو خطأ رب العمل باعتبار أن الضرر من فعل وسائل النقل الحديثة كالسيارة و الطائرة و السكك الحديدية و الأدوات البخارية و الكهربائية ، أو من فعل الآلات أو المواد السامة المستعملة بالمصانع التي انتشرت في الثلث الأخير من القرن التاسع عشر ، فالتمسك بضرورة إثبات الخطأ يعني ضياع حقوق الضحايا .

² ففسر الفقيه سالي R. Saleilles و جوسران L. Josserand كلمة خطأ المذكورة بالمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي القديم على أنها لم ترد إلا عرضاً ، و لم تذكر لبيان مصدر الالتزام و لكن لتعيين من يتحمل التعويض و لإسناد الفعل إلى فاعله التي نصت على ما يلي : " كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه." ترجمة عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 1 . ص 765 . و يضيف جوسران قوله : " أن كلمة خطأ "faute" في الفرنسية كلمة مبهمة اشد الإبهام و يظهر أن المشرع قد قصد إلى هذا الإبهام خشية اتخاذ موقف محدد ، و لكي يلقي حسبما تمليه الظروف ." ترجمة لعلي علي سليمان . النظرية العامة للالتزام المشار له سابقاً ص 154 نقلاً منه عن مؤلفه " النقل " بند 551.

³ ترجمة لعلي علي سليمان . النظرية العامة للالتزام المشار له سابقاً ص 153 و بدأ الفقيه سالي بالدفاع عن نظرية تحمل التبعة في رسالة نشرها سنة 1897 تحت عنوان "حوادث العمل و المسؤولية المدنية" و مؤلفه : Théorie générale de l'obligation . Paris . 1914 .
⁴ ترجمة لعلي علي سليمان . النظرية العامة للالتزام المشار له سابقاً ص 153 - 154 . أول ما دافع الفقيه جوسران عن هذه النظرية في رسالته عن المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية سنة 1897 و مؤلفه تحت عنوان "النقل" .

⁵ : « Ce n'est plus en tant que coupable que nous devenons responsables, mais en tant que faiseurs d'actes. » L. Josserand. Cours de droit positif Français. Tome 2 .n 448 et s.

الموقف الذي تبناه أيضا الفقيه سافتي Savatier في دفاعه عن نظرية تحمل التبعة والمسؤولية بدون خطأ¹ وسايرهما في الرأي الكثير من الفقه² معتبرين أن الخطأ مجاله المسؤولية الجنائية أما القانون المدني فلا يهتم بسلوك الفاعل بقدر ما يهتم بجبر الضرر . ينتهي أنصار هذه النظرية إلى انه كلما تضرر شخص من جراء نشاط شخص آخر يلزم هذا الأخير بالتعويض لان نشاطه استحدث مخاطر و عليه أن يتحمل نتائجها فيكون الغرم بالغرم أي جبر الضرر يكون مقابلا للمنفعة التي تحصل عليها³ .

أما نظرية الضمان التي ناد بها الفقيه ستارك⁴ فمفادها أن الضرر هو انتهاك لحق من حقوق الضحية و من تم يجب البحث عن الحقوق التي تكون جديرة بالحماية ضد نشاط الغير و التي يترتب حتما على انتهاكها مسؤولية مدنية أي التعويض من دون الحاجة إلى إثبات خطأ المسئول⁵ ، إن كان هذا هو رأي الفقه فما كان عليه تطبيق القضاء ؟

ثانيا : موقف القضاء

تأثر القضاء الفرنسي بما جاء به الفقه من نظرية تحمل التبعة فيما تضمنته من الابتعاد عن إثبات الخطأ للحصول على تعويض فادخل فكرة الخطأ المفترض في المسؤولية عن فعل الأشياء الحية و الغير الحية و المسؤولية عن فعل الحيوان لإعفاء المضرور من إثبات الخطأ ، و ذهب القضاء إلى ابعاد من ذلك باستحداثه للالتزام بالسلامة و طبقه على الكثير من العقود من بينها عقد النقل فإذا اخل الناقل بهذا الالتزام صار مسئولا دون حاجة إلى إثبات المضرور الخطأ.

¹ : « La responsabilité fondée sur le risque créé consiste dans l'obligation de réparer les faits dommageables produits par une activité qui s'exerçait dans votre intérêt. » Savatier .Rev .crit .1934.p 409.

² مثل ديموج "Demogue" و لابييه " Labbé" و ريبير " Ripert" في مؤلفه .Paris .La règle morale dans les obligations civiles .1949 p 29.

³ جاء عن علي علي سليمان بكتابه النظرية العامة للالتزام في شرحه لهذه النظرية ما يلي : " تطورت هذه النظرية عبر ثلاثة مراحل . فقامت في المرحلة الأولى على أساس الغرم بالغرم " Ubi emolumentum ibi onus , Risque-profit "، ثم تطورت إلى مرحلة ثانية أقامت فيها المسؤولية على أساس الخطر المستحدث " Risque créé "، ثم انتهت في المرحلة الثالثة إلى التوفيق بين الخطأ و الخطر و الإبقاء على فكرة الخطأ و الخطر و الإبقاء على فكرة الخطأ إلى جانب فكرة الخطر . " ص 152 .

⁴ B. Starck :Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Thèse de Doctorat .Université de Paris 1947.

⁵ علي فيلاي .الالتزامات – الفعل المستحق للتعويض – الصادر عن موفم للنشر –الجزائر.الطبعة الثالثة 2012 . ص 42 و ما يليها . علي علي سليمان .النظرية العامة للالتزام .المشار اليه سابقا .ص 160 و ما يليها .

ابتكر القضاء أيضا متأثرا بنظرية تحمل التبعة *نظرية الأفعال الخاطئة* *معتبراً بعض الحوادث مرتبة لخطأ بمجرد وقوعها دون الحاجة إلى مطالبة المضرور بإثبات خطأ المتسبب في الحادث مثال ذلك التصادم بين مركبتي نقل أو خروج قطار عن القضبان .

لقد كان لهذه النظريات التي استحدثها الفقه و توسع فيها القضاء تأثير على التشريع أيضا ¹ ، فترجع الخطأ كشرط لقيام المسؤولية المدنية في بعض المجالات و من تم كشرط للحصول على التعويض لتظهر ما أصبح يعرف في الفكر القانوني الحديث بالمسؤولية الموضوعية التي تهدف إلى تعويض ما يحدثه الإنسان من ضرر بغيره سواء بفعله الخاطئ أو غير الخاطئ .

كما اثر توجه الفقه و القضاء الفرنسي نحو الاعتراف بنوع من المسؤولية قائمة على الضرر دون الخطأ (المسؤولية الموضوعية) في تفسير الأساس الذي يقوم عليه تعويض الإخلاء (المادة 8 من المرسوم 1953) كما سنبينه في الفقرة التالية و سنتحصر دراستنا لموقف الفقه و القضاء الفرنسي بقدر سريان مفعول هذا المرسوم على التراب الجزائري أي إلى غاية صدور القانون التجاري سنة 1975 ² .

¹ تأثر المشرع الفرنسي بما جاء به الفقه و القضاء من تطبيق لنظرية تحمل التبعة و اصدر عدة قوانين من بينها قانون 1940/10/4 الذي يشمل الأضرار الناشئة عن كل أنواع النشاط المهني . و قانون 1940/07/8 جعل مسؤولية مستغلي العربات الهوائية تقوم على تحمل التبعة . كما جاء في هذا المعنى عن علي فيلالي في كتابه الالتزامات - الفعل المستحق للتعويض - المشار إليه سابقا : " حيث تخلصت - التشريعات الحديثة - من فكرة الجرم و شبه الجرم ، و أصبحت تتناول أحكام المسؤولية التصيرية تحت عناوين جديدة كالأعمال غير المباحة ، أو الفعل الضار ، أو العمل غير المشروع ، أو العمل المستحق للتعويض بدلا الجريمة و شبه الجريمة ، و هذا ما يعرف في الاصطلاح القانوني بالمسؤولية الموضوعية *responsabilité objective* " ص 43 .

² مج ، الأعلى ، غ التجا و البح ، قرار 1975-06-04 القضية : ش أ الفرنسي للأسمدة و المواد الكيماوية ضد : (ق.ق.ت) القرار المنشور بنشرة القضاء ، 1978 ، عدد 2 ، ص 22 : " حيث ان القضية تتعلق بعقد إيجار تجاري ، و أن القانون المطبق هو مرسوم 30 سبتمبر 1953 . و حيث أن الجواب يكمن في تفسير المادة 2/31 من المرسوم 1953/09/30 .

مج ، الأعلى ، غ ، تجا و بح ، ملف رقم 23446 المؤرخ في 1982/04/24 في القضية التي جمعت بين : (ع.ع) ضد (المكتب الوطني الموائ) (بنشرة القضاء ، 1986 ، عدد 2 ، ص 45 : " حيث ان ع.ع لا يستطيع بسبب طبيعة الشغل المنصب على قيو رقم 27 بناء على عقد الإيجار القديم المبرم في 16 ماي 1958 أو بناء على القرار رقم 27 المؤرخ في 27 ماي 1964 المطالبة بالاستفادة بالمقتضيات المتعلقة بالإيجارات التجارية و لاسيما المادة 34 من المرسوم القديم المؤرخ في 30 سبتمبر 1953 و المواد 199 و 173 من ق.ت . "

الفرع الثاني :

مدى تأثير أساس تعويض الإخلاء بتطور المسؤولية المدنية

لقد سبق لنا التعرض إلى نقد الفقه لقيام تعويض الإخلاء على نظرية التعسف في استعمال الحق و استخلصنا منه رفض الفقه اعتبار رفض التجديد عمل خاطئ ، و انتهى جانب كبير من الفقه إلى القول بأن تعويض الإخلاء ليس بأثر و لا جزاء لأي نوع من المسؤولية المدنية سواء كانت تقصيرية أو عقدية¹ لأنه لا يقوم على ارتكاب لا خطأ تقصيري و لا خطأ عقدي و إنما تقرر لجبر الضرر خروجاً عن القواعد العامة فهل هذا يعني أن تعويض الإخلاء هو جزاء لمسؤولية المؤجر الموضوعية ، و إن كان كذلك ففي أي نطاق يمكن إدخاله ؟ هذا ما سنحاول الكشف عنه .

أولاً : تعويض الإخلاء جزاء للمسؤولية الموضوعية

إن تخلي الفقه من جديد عن فكرة الخطأ دفع به² إلى التساؤل هل المسؤولية التي يعتبر تعويض الإخلاء جزاء و اثر لها تدخل ضمن صور المسؤولية بدون خطأ التي دافع عنها كل من جوسران و سالي و بلانيول و ريبار و غيرهم ، أم ضمن مسؤولية من نوع آخر ؟

1- **تعويض الإخلاء و نظرية تحمل التبعة :** في محاولته الإجابة عن هذا الإشكال انتقد جون ميلوا Jean MILHAUD إلحاق المسؤولية بدون خطأ التي نجدها بالملكية التجارية بنظرية تحمل التبعة ، فلا يظهر في رأيه أن هذه المسؤولية ناتجة عن فكرة الخطر لان التصرف محل تعويض الإخلاء ليس بخطر مستحدث و لا بتصرف غير طبيعي ، لان رفض التجديد كتصرف محل هذا التعويض مسموح به قانوناً إلا انه يتبع فقط بدفع تعويض الإخلاء³.

¹ : « L'indemnité d'éviction n'est pas une indemnité de responsabilité car elle ne sanctionne pas une faute. » J.F .OVERSTAKE. L'indemnité d'éviction, op cit , p 556 .

² : « une seconde question très différente est de savoir si le législateur applique ces sources de responsabilité sans faute dans l'élaboration de notre droit , si la propriété commerciale peut être considérée comme contenant une application de ces théories ? . » Jean MILHAUD .Essai sur le fondement juridique des indemnités prévues par les lois sur la propriété commerciale. Thèse de Doctorat. Faculté de droit de Toulouse .1935 .p 392 .N 326 .

³ Jean MILHAUD . Op .cit .p 394 .N 327

جاء أيضا عن الفقيه جاك دو كاني Jacques de CAGNY¹ في تعليقه على مرسوم 1953 في معنى قوله أن الذين اقترحوا مشروع قانون الملكية التجارية (مرسوم 1953) كانوا مجبرين على تقرير الالتزام بالتجديد في حق المؤجر و ذلك قبل افتراض منح تعويض للمستأجر عند رفض التجديد ، بمعنى آخر فان تعويض الإخلاء هو اثر لرفض تجديد الإيجار و الالتزام بتجديد الإيجار هو في حد ذاته نتيجة لإرادة المشرع و ليس لا بعمل خاطئ أو لا تعسفا.

ذهب احمد محمد محرز إلى القول : " يتضح من عرض تنظيم المشرع الفرنسي لتعويض المستأجر عن عدم التجديد ، الغاية منه إصلاح الضرر الذي أصاب المستأجر ، لما يترتب عليه من نتائج ، أهمها بعثرة عناصر محله التجاري على الرغم من أن المؤجر قد استعمل المكنة التي خولها له القانون ، فلم يرتكب ثمة خطأ من جانبه ."²

يظهر جليا من خلال استعراض المواقف الفقهية أعلاه إجماع على عدم اعتبار رفض التجديد خطأ و بالتالي لا يمكن له أن يبرر تعويض الإخلاء، فظهر فريق آخر من الفقه يعتبر تعويض الإخلاء جزاء لنزع الملكية المنقولة للمستأجر المحلي استنادا على قواعد العامة لنزع الملكية .

2 – تعويض الإخلاء و نزع الملكية :

ذهب فريق من الفقه الحديث إلى اعتبار تعويض الإخلاء هو تعويض عن نزع ملكية أو ثمن يدفع مقابل تفكيك للملكية المنقولة³ .

¹ : « Aussi les auteurs du projet sur la propriété commerciale ont-ils été contraints , avant de prévoir une allocation de dommages au profit du preneur en cas de refus de renouvellement , d'instituer à l'encontre du bailleur une obligation de renouvellement .autrement dit , l'indemnité d'éviction est une conséquence du refus de renouvellement du bail et l'obligation de renouveler le bail est elle-même une conséquence de la volonté du législateur et non pas un effet d'une faute ou d'un abus quelconque . » Jacques de CAGNY .T.D .op . cit . p 143

² احمد محمد محرز :فكرة الملكية التجارية – تطورها و وسائل حمايتها – دراسة مقارنة –دار النهضة العربية . القاهرة . ص 143 .

³ : « L'indemnité est, selon la loi, égale au préjudice subi par le locataire du fait de refus de renouvellement. sa nature est certes indemnitaire, mais son fondement réside non point tant dans l'idée d'autre commise par le propriétaire que dans le concept de propriété commerciale .l'indemnité est a notre sens une indemnité d'expropriation .ou plutôt, un prix de rachat d'un démembrement de la propriété .et le montant en est égal au cout de la dés saisine suivie d'un nouvel ensaisinement en un autre local. » Droit commercial p 754 - 745. : « La reconnaissance d'une indemnité d'éviction découle d'une évidence. le propriétaire en évinçant le locataire en fin de bail pourrait s'installer dans les lieux, reprendre l'activité et garder à bon compte la clientèle..Sorte

توسع الفقيه اوفاستاك في الدفاع عن هذه الفكرة¹ قياسا بما يعرفه القانون من نزع الملكية للمصلحة العامة، فحسب اعتقاده يترتب عن رفض التجديد يترتب إجبار المستأجر على إخلاء الأماكن التي يستغل بها نشاطه الإخلاء الذي سيفقده الاتصال بزبائنه و الذي سيتبعه حتما اندثار لمحلته التجاري ما يمثل نزع للملكية المنقولة للمستأجر لفائدة المصلحة الخاصة للمؤجر (الملكية العقارية)النزع الذي يقوم عليه تعويض الإخلاء ، و هو الموقف الذي أعاد إحيائه كل من جورج ريبار Georges RIPERT و جيفور GIVORD و ايف شابوي Yves CHAPUT² في كتاباتهم .

غير أن هذه الفكرة الجديدة لم تسلم من النقد فجاء عن الفقيه جون دو كاني J.de Cagny في رده على الفقيه اوفرساك في معنى قوله أن المركز القانوني للأطراف مختلف ، فالأصل انعدام علاقة مسبقة بين المنزوع منه الملكية و النازع علاقتهما تبدأ فقط بواقعة النزع ،بينما تعويض الإخلاء يفترض وجود علاقة عقدية مسبقة تربط بين الملزم بالتعويض و المعوض (عقد الإيجار) .بالإضافة إلى ذلك فان الضرر الناتج عن رفض التجديد يختلف في أسس تقديره عن أسس تقدير الضرر الناتج عن نزع الملكية³.

دفعت هذه الانتقادات جانب من الفقه إلى توجه نحو إخراج أساس تعويض الإخلاء من دائرة الأسس التي تقوم عليها المسؤولية المدنية⁴ و ربطه بالضرر دون الالتفات إلى المتسبب في إحداثه¹ كما سنبينه .

d'expropriation à son profit. » Yves CHAPUT: Le bail commercial .1^{re} édit. Presses universitaires de France .1988 .p 77.

: « Au cas de refus de renouvellement injustifié, le locataire a droit à une indemnité égale au préjudice qui lui est causé par le refus de renouvellement (art.8)...l'indemnité serait au moins égale à la valeur du fonds. C'est donc une indemnité d'expropriation. » Georges RIPERT. Traité élémentaire de Droit commercial .9^{eme} édit par René ROBLOT .L.G.D.D.J .Paris .1977 ,p 258.N 429.

¹ « Une indemnité d'expropriation vise certes à réparer un préjudice, mais un préjudice qui trouve sa source non dans une faute présumée ou à prouver du bailleur, mais dans le fait que ce dernier, pour des motifs d'utilité privé, qui lui sont propres, cherche à recouvrer la libre disposition de son immeuble par ailleurs nécessaire à la subsistance du fonds. » J.F.Overstake .l'indemnité d'éviction .op .cit .1968 .p 546.

² : « Mais il s'agirait ici d'un cas d'expropriation pour cause d'utilité privée. » Georges RIPERT. Traité élémentaire de Droit commercial. op .cit .n 429. GIVORD : Décadence et grandeur de la propriété commerciale .Rev. Trim . droit civil .1954 .p 38 .

³ J.de Cagny . l'informateur du chef d'entreprise .1970.p 460 et s .

⁴ : « L'indemnité d'éviction n'est pas la sanction d'une Faute même si la notion d'abus de droit à servi à la justifier, il demeure que le bailleur ne commet ni faute délictuelle ni faute contractuelle en refusant le renouvellement, elle est néanmoins la réparation d'un préjudice ce qui permet certains rapprochements avec

ثانيا : تعويض الإخلاء ليس بجزء للمسئولية المدنية

رأى جانب آخر من الفقه بان حق المستأجر المخلي في تعويض الإخلاء هو حق مقرر قانونا أساسه العدالة² وبالتالي فان مسؤولية المؤجر في تعويض المستأجر المخلي في حالة رفضه للتجديد بدون مبرر شرعي أو خطير هي مسؤولية أساسها القانون و إرادة المشرع³. يظهر تأثر هذا الرأي بما ابتكره القضاء الفرنسي من المسؤولية القائمة بقوة القانون في محاولته الابتعاد عن فكرة الخطأ كأساس لقيام المسؤولية متأثرا بنظرية تحمل التبعة⁴. الموقف الذي تبناه القضاء الفرنسي الذي كان يذكر في كل مرة بان تعويض الإخلاء قرر لجبر الضرر الذي لحق المستأجر على اثر الإخلاء ولا يجد أساسه في ممارسة المؤجر للحق الذي منحت له المادة 8 من قانون 30 سبتمبر 1953 (الحق في رفض التجديد) و الذي لا يعد خطأ و لا تعسفا في استعمال الحق⁵.

يتضح إذا أن الغاية من تعويض المستأجر عن عدم التجديد هي إصلاح الضرر الذي أصاب المستأجر من جراء فقدانه لأهم العناصر المكونة لمحله التجاري ، و بالرغم من أن السبب المباشر و المحدث للضرر هو رفض التجديد إلا انه لا يعد خطأ ، فالمؤجر استعمل فقط مكنة خولها له حقه و حماها القانون.

l'action en réparation pour responsabilité civile. »Jean Derruppé : Les baux commerciaux. Ed Dalloz, 1996, p 81,1.

¹ : « L'indemnité d'éviction n'étant cependant que la réparation d'un préjudice. » Jean-Guirec RAFFRAY : Baux commerciaux .collection « pratique de l'immobilier » Masson- Paris – 1995 ,p 101.

² : « En réalité le droit du locataire à l'indemnité d'éviction est un droit légal sui generis, irréductible à tout autre et fondé sur l'équité. » Valson :Le calcul de l'indemnité d'éviction en matière de baux commerciaux .Actualité juridique propriété immobilière .1956 ,p 83.

³ : « L'indemnité d'éviction est une conséquence du refus de renouvellement du bail et l'obligation de renouveler le bail est elle-même une conséquence de la volonté du législateur et non pas un effet d'une faute ou d'un abus quelconque. » Jacques de CAGNY .T.D .op . cit . p 143.

⁴ و ظهر ذلك بمناسبة قضية عرضت عليه متعلقة بمسؤولية حارس الأشياء غير الحية و فصل فيها بتاريخ 18-10-1956. الحكم المنشور في 365 . 2 . 1956 n 2 . Gazet du palais أين استعمل مصطلح "مسؤولية تقوم بقوة القانون" de plain droit بدلا من المصطلح الذي كان يستعمله سابقا "افتراض المسؤولية" présomption de responsabilité بمناسبة فصله في قضية جاندير Jand'heur بتاريخ 13-02-1930 الحكم المنشور في 37 . 1 . 1930 n 1 . Dalloz .

⁵ : « l'indemnité d'éviction est la réparation d'un préjudice éprouvé par le locataire évincé qui trouve sa source dans l'exercice par le bailleur d'un droit que lui accorde l'article 8 du décret du 30 septembre 1953 et non dans la commission d'une faute par celui-ci , notamment d'un abus de droit . » T.G.I .Poitiers, 20 déc. 1966. Rev . Loy . 1967 .p 280. « Est impossible de relever un abus de droit dans le refus d'une personne de conclure ou de renouveler un contrat. »Paris 28-06-1958 .GP .1958.2.p 253.

و هذا ما ذهب إليه اغلب الفقه و القضاء¹ الفرنسي بإجماعهم على أن رفض تجديد المؤجر ليس بعمل خاطئ² ، إنما هو اثر مباشر لرفض تجديد الإيجار الذي سبب ضررا للمستأجر ، كما أن رفض التجديد هو في حد ذاته اثر لإرادة المشرع و ليست نتيجة لخطأ أو لأي صورة من صور التعسف الموقف .

ننتهي إلى القول بان مصدر الحق في تعويض الإخلاء في التشريع الفرنسي هو القانون الذي قرره لحساب المستأجر المخلي و أساسه هو جبر الضرر الذي يلحق المستأجر بفقدانه لمحلته التجاري من جراء رفض التجديد ، الذي يستطيع المؤجر التخلص منه إذا اثبت أن الرفض كان لسبب خطير و مشروع. إن كان هذا هو حال الفقه و القضاء الفرنسي فكيف فسر الفقه و القضاء في بلادنا المادة 176 بعد صدور القانون التجاري والتي نقلها حرفيا عن التشريع الفرنسي³ ؟

¹ « L'indemnité d'éviction est la réparation d'un préjudice éprouvé par le locataire évincé qui trouve sa source dans l'exercice par le bailleur d'un droit que lui accorde l'article 8 du décret du 30 septembre 1953 et non dans la commission d'une faute par celui-ci , notamment dans l'abus de droit . » T.G.I .Poitiers, 20 Déc 1966 . Rev .Loy . III. 1967.280. : « L'indemnité d'éviction compense le préjudice causé au locataire, mais quel ne repose pas sur une faute du bailleur, qui ne fait qu'user de son droit en refusant le renouvellement. » Cour de cassation .Com . 4 mai 1962. Bull. 1962.III.193.

² و هو نفس الأساس القانوني الذي بنا عليه المشرع البلجيكي تعويض الاستحقاق ، بل و يذهب المشرع البلجيكي إلى ابعده من ذلك و يعلق استحقاق المستأجر لهذا التعويض على حقيقة فقدان محله التجاري و ليس فقط على افتراض فقدانه و في هذا الشأن جاء عن برنار لوفو في مؤلفه : Bernard LOUVEAUX. Le droit au bail commercial. édit De Boeck université Bruxelles .1^{er} édit. 2002 .

: « Le droit a de l'indemnité d'éviction est lié à l'atteinte du fonds de commerce. Il n y a pas d'indemnité d'éviction s'il n y a pas de perte du fonds de commerce. »

الأساس القانوني الذي كرسه القضاء البلجيكي أيضا و على سبيل المثال نذكر بعض القرارات:

Cass, 1^{er} ch . 12 nov 1982 .pas .1983, I, 317, JT , 1984 .p 265: « en imposant une indemnité d'éviction , le législateur Belge vise très clairement à indemniser le locataire pour la perte du fonds cde commerce et la conséquence de l'éviction . »

Cass, 1^{er} ch . 08 févr. 1968 .RCJB, 1970 .p 368 ET NOTE Ph. GERARD, objet et nature de l'indemnité d'éviction prévue par l'article 16 : « l'indemnité d'éviction prévue par la loi est une disposition prise en vue de la protection du fond de commerce. »

³ Art. 8 L.n.57-6, 5 janv.1957, art.2 « Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail. Toutefois, le bailleur devra, sauf exceptions prévues aux articles 9 et suivants, payer au locataire évincé une indemnité dite d'éviction égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement »

المبحث الثاني :

أساس تعويض الاستحقاق في ظل تطور أحكام الإيجارات التجارية

جاء بمقتضيات المادة 176 من ق ت ما يلي : " يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد الإيجار ، غير انه ينبغي عله فيما عدا الاستثناءات المنصوص عليها في المادة 177 و ما يليها أن يسدد للمستأجر المخلي التعويض المسمى تعويض بالاستحقاق الذي يجب أن يكون مساويا للضرر المسبب نتيجة التجديد . " و بذلك استمر المشرع بعد صدور القانون التجاري الجزائري في حماية الملكية التجارية بمنح المستأجر الحق في تعويض الاستحقاق في حالة رفض التجديد بدون سبب مشروع و خطير ، غير انه و في سنة 2005 أعيد النظر في أحكام الإيجارات التجارية بتعديله و إضافة بعض النصوص القانونية إليه و التي سنبين من خلال تحليلها مدى مساسها بحكم تعويض الاستحقاق .

كما انه و في إطار دراستنا المقارنة سنخرج على حال الفقه و القضاء المغربي و التونسي بما أن التشريعان اقتبسا مرسوم 1953 الفرنسي محاولة منا معرفة ما هو الأساس القانوني الذي يقوم عليه تعويض نزع اليد كما سماه المشرع المغربي و غرامة الحرمان عند المشرع التونسي .

لقد سبق لنا استعراض النقاش الساخن و تطور الفكر القانوني من خلال التعرض لمسألة الأساس القانوني لتعويض الإخلاء لدى كل من الفقه و القضاء الفرنسي ، لم يعرف له مثيل في بلادنا ، فلا يزال موضوع أساس تعويض الاستحقاق موضوعا قانونيا بکرا لم تتناوله أرقام الباحثين و الدارسين رغم مروره بمحطتين تشريعتين أساسيتين (الأمر 1975 المتضمن القانون التجاري و القانون 02-05 المعدل و المتمم ق ت)، لتقتصر اغلب الدراسات على ذكر شروط اكتسابه و تقديره و إجراءات الحصول عليه فقط، سنحاول من خلال هذه الكتابات رصد موقف الباحثين في بلادنا و إيراد النقاش حول أساس تعويض الاستحقاق لما له من أهمية باحترام ما كان عليه في ظل القانون التجاري و ما أصبح بعد تعديل القانون التجاري .

- **المطلب الأول:** أساس تعويض الاستحقاق في ظل الأمر رقم 59-75 المتضمن القانون التجاري

- **المطلب الثاني:** أساس تعويض الاستحقاق في ظل قانون رقم 02-05 المعدل و المتمم للقانون التجاري

المطلب الأول :

أساس تعويض الاستحقاق في ظل الأمر رقم 59-75 المتضمن القانون التجاري

تعرف المسؤولية لغة¹ على أنها التبعة ، أما أخلاقاً فيقصد بها التزام الشخص بما يصدر عنه قولاً و فعلاً ، و يراد بها قانوناً الجزاء الذي يترتب على شخص عند إخلاله بقاعدة من قواعد السلوك ، فالمسؤولية أصلاً تفترض وقوع الخطأ و الخطأ قد يكون أدبياً أو قانونياً فتترتب عنه إما مسؤولية أدبية أو قانونية².

يتعرض مرتكب الخطأ القانوني لجزاء قانوني لهساسه بمصلحة المجتمع فنكون أمام مسؤولية جنائية يحدد قانون العقوبات و القوانين اللاحقة به الأخطاء التي تعتبر جريمة و الجزاء المقرر لها ، كما قد يكون جزاء الخطأ التعويض فقط لإخلاله بمصلحة فردية فنكون أمام مسؤولية مدنية .

عرف عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي³ المسؤولية المدنية على أنها المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسئول ، و قد يكون مصدر

¹ عصام حداد و حسان جعفر قاموس المنبع الموسع. مطبعة دار الصبح - بيروت لبنان . الطبعة الأولى . 2011 . ص 1326 . كما جاء في القاموس الجديد للطلاب ، الطبعة الأولى 1979 . المسؤولية هي : " كل ما يتحملة مسئول تناط بعهدته أعمال ، تكون تبعة نجاحها أو إخفاقها عليه ."
² جاء عن محمد شريف احمد في تعرضه لأنواع المسؤولية بكتابه مصادر الالتزام في القانون المدني. دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي . دار الثقافة للنشر و التوزيع . طبعة أولى 1999 . ص 186 . ما يلي : " و المسؤولية تختلف باختلاف القاعدة التي خالفها فعل الإنسان في المجتمع فان كانت القاعدة أدبية خلقية ، كانت المسؤولية أدبية ، و إن كانت القاعدة دينية كانت مسؤولية دينية ن و إن كانت القاعدة قانونية كانت المسؤولية قانونية . و إن كانت القاعدة القانونية جنائية كانت المسؤولية جنائية ، و إن كانت القاعدة القانونية مدنية تقف عند الالتزام بتعويض الضرر الذي يسببه الشخص للغير ، كانت المسؤولية مدنية . و إن كانت المسؤولية ناشئة عن الإخلال بالعقد فهي مسؤولية عقدية . أما إذا كانت المسؤولية نابعة من إخلال بالتزام قانوني عام ، فان المسؤولية تسمى بالتقصيرية و هي الضمان في الفقه الإسلامي ."
كما جاء في نفس السياق عن علي فيلاي في تعريفه للمسؤولية الموضوعية بمرجعه الالتزامات . الفعل المستحق للتعويض . مطبعة موفم للنشر . الجزائر . الطبعة الثالثة . 2012 . ص 7 . ما يلي : " يميز - عموماً - كذلك بين المسؤولية القانونية و المسؤولية الأدبية (الدينية أو الخلقية أو الاجتماعية) ، فهذه الأخيرة تشمل علاقة الفرد بربه و بنفسه وبغيره ، و لا يحتاج إلى حدوث ضرر بل تتحقق لمجرد الخروج عن القواعد الدينية أو الأخلاقية أو المدنية أو الاجتماعية ، و هي مسؤولية أمام الله و الضمير ."
³ - عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء ، مطبعة المنشأة المعارف القاهرة . الطبعة الخامسة . 1996 . ص 11 .

الالتزام عقدا يربطه بالمضروور فتكون مسؤوليته عقدية يحكمها و يحدد مداها العقد ، و قد يكون مصدر هذا الالتزام القانون في صورة تكاليف عامة يفرضها على الكافة... و عندئذ نكون أمام مسؤولية تقصيرية ، لان القانون هو الذي يستقل بحكمها ، و تحديد مداها. كما جاء عن إبراهيم الدسوقي أبو الليل : " إنها (أي المسؤولية) تمثل القاعدة العامة لقيام الحق في التعويض " ¹ .

و بما أن التعويض هو جزاء للمسئولية المدنية عموما بحيث يرتبط بها من حيث الأصل و الأساس يصعب علينا تحديد أساس تعويض الاستحقاق دون تحديد نوع المسؤولية المدنية التي يعتبر جزاء و اثر لها هل هي مسؤولية تقوم على الخطأ أو ما يسمى بالمسئولية الشخصية ؟ و إن كانت كذلك فهل تعويض الاستحقاق جزاء لخطأ عقدي أم لفعل ضار ؟ الإشكال الذي سنحاول الإجابة عنه بالفرع الأول ، أما الفرع الثاني فسنخصصه لمعرفة ما إذا كان التزام المؤجر بتعويض المستأجر المخلي أساسه الضرر فقط دون الخطأ و نكون بذلك أمام تطبيق أحكام المسؤولية الموضوعية .

- الفرع الأول: أساس تعويض الاستحقاق الخطأ

- الفرع الثاني: أساس تعويض الاستحقاق الضرر

¹ إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض الضرر في المسؤولية المدنية – دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض – مطبوعات جامعة الكويت. 1995. ص 23 .

الفرع الأول :

أساس تعويض الاستحقاق الخطأ

بالرجوع إلى قواعد الشريعة العامة¹ يترتب عن العمل الخاطئ المسؤولية العقدية أو المسؤولية التصويرية و كلا من المسئوليتان تقومان على الخطأ² و يتحدان في جبر الضرر عن طريق التعويض، إلا أنهما تختلفان في مصدر هذا الضرر و بعض الأحكام الأخرى³ . تقوم المسؤولية العقدية عند الإخلال أو التأخر في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد⁴ ، فمصدر الضرر بها هو العقد ، أما المسؤولية التصويرية فأساس قيامها الإخلال بالالتزام قانوني سابق يفرض على المسئول أن لا يلحق ضررا بالمضرور⁵ كما جاء بالمادة 124 من ق م : " كل عمل أيا كان و يرتكبه المرء و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " .

يرى الفقه أن الالتزام في المسؤولية العقدية هو في الغالب التزام ايجابي أي الالتزام بعمل و بالتالي عدم تحقق هذا الالتزام يعد خطأ يترتب عنه التعويض ، بينما الالتزام في المسؤولية التصويرية هو دائما سلبي أي عدم الإضرار بالغير فإذا اضر المسئول بالغير كان خاطئا و يتقرر التعويض⁶ .

¹ بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 264 وما يليها .
² لقد اختلف الفقه في تعريف الخطأ ، و رجع ذلك لخلفيات دينية ، و فلسفية ، و خلقية و أحيانا اجتماعية و حتى اقتصادية . و جاء عن علي بن سليمان أن : " فكرة الخطأ لم تبرز كما نفعها اليوم ، لا في الشريعة الإسلامية و لا في القانون الروماني ، و إنما برزت لدى فقهاء الكنيسة في القرون الوسطى ، الذين خلطوا بين الخطأ و بين الخطيئة ، ثم جاء دوما و بوتيرة فتأثر بالفقهاء الكنسيين من جهة ، و بما فهماه من القانون الروماني في آخر عهده . " علي بن سليمان : النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية . الطبعة الثامنة . 2008 . فقرة 105 - تعريف الخطأ . ص 142 و ما يليها .

³ على الرغم و اتحاد المسئوليتان من حيث شروط قيامهما إلا أنهما تختلفان في مسائل أخرى مثال ذلك نوع ، و مدى التعويض المقرر قانونا لكل نوع من المسؤولية ، جواز و عدم جواز الحد من المسؤولية . كما يختلفان من حيث التقادم و من حيث الاختصاص القضائي .

⁴ تنص المادة 176 من القانون المدني : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه .. " .
⁵ يوجد عدة أوجه اختلاف بين المسئوليتين أهم إخلاف بهم دراستنا أن المسؤولية العقدية ليست من النظام العام فيجوز إدراج شرط بالعقد يعفى من تحملها في حين المسؤولية التصويرية من النظام العام لا يجوز منها ، و كما أن التعويض في إطار المسؤولية العقدية يتم عن الضرر المباشر المتوقع وقت العقد أما في إطار المسؤولية التصويرية فإن المدين يسأل عن الضرر المباشر سواء كان متوقعا الحدوث أم غير متوقعا الحدوث وقت حدوث العمل الغير مشروع .

⁶ بخصوص هذه المسألة و جب علينا بأنه قديما حصر القانون الروماني الجرائم المدنية بنصوص مثل الجرائم الجزائية فإذا ارتكب الشخص فعلا لم يكن منصوب على استحقاقه التعويض ، فلا يسأل مرتكب ذلك الفعل عن الخطأ الذي ارتكبه مهما بلغت جسامته و تستمر الأمر كذلك إلى غاية القرن السابع عشر عند ظهور بعض الفقهاء على رأسهم الفقيه دوما الذي فصل في كتابه القوانين المدنية بين المسؤولية المدنية و المسؤولية الجزائية و جعل الخطأ أساسه المسؤولية التصويرية بقوله ما يلي : " كل الخسائر و الأضرار التي تقع بفعل شخص سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر أو الخفة أو الجهل بما ينبغي معرفته أو على أخطاء مماثلة مهما كان هذا الخطأ بسيطا يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره أو خطئه أو خطئه سببا في وقوعها " .

وانتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسي القديم في المادة 1382 التي نصت على ما يلي : " كل عمل يوقع ضررا بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بالتعويض " المادة التي يقابلها النص 124 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أن : " كل عمل أي كان يرتكبه المرء

ذهاب البعض من الكتاب إلى القول بأن رفض المؤجر تجديد إيجار المحل التجاري عمل خاطئ يستوجب التعويض يطرح هذا الموقف إشكال تحديد طبيعة خطأ المؤجر فيما اذا كان خطأ عقدي ، أم خطأ ناتج عن الإخلال بالتزام قانوني ، و بما أن المسؤولية العقدية تختلف عن المسؤولية التقصيرية فيما يتعلق بمدى التعويض و طبيعته و أسس تقديره ففي أي خانة يقع تعويض الاستحقاق هل هو جزاء لمسؤولية العقدية أو مسؤولية تقصيرية ؟

أولاً : تعويض الاستحقاق جزاء خطأ عقدي

رأى البعض من المؤلفين عند تعرضهم لتبرير أساس تعويض الاستحقاق بأن قبول التجديد هو التزام يقع على عاتق المؤجر و بالتالي رفضه للتجديد يعد عمل خاطئ يستوجب تعويض الاستحقاق¹ ، فجاء على سبيل المثال عن علي بن غانم¹ أن الحق في الإيجار ذا طبيعة شخصية لأنه يقابل التزام المؤجر بتجديد الإيجار ، فإذا ما رفض المؤجر تجديد الإيجار بدون مبرر شرعي يكون قد اخل بالتزامه و قامت مسؤوليته العقدية ، و جزاء المسؤولية العقدية هو التعويض.

1- ما قد يعاب على اعتبار تعويض الاستحقاق جزاء لخطأ عقدي : إن القول بان تعويض الاستحقاق هو جزاء لخطأ عقدي على أساس أن مصدر اكتساب الحق في هذا التعويض هو عقد الإيجار التجاري و سبب الاحتجاج به هو عدم احترام المؤجر لالتزامه بتجديد الإيجار موقف قابل للنقاش بحيث تسليمنا بان تعويض الاستحقاق هو تعويض عن عدم احترام المؤجر لالتزامه بقبول طلب التجديد تتولد عنه بعض الافتراضات :

و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض " فالإقرار بمبدأ الخطأ كمعيار التعويض يفترض إثبات حصول الخطأ الإثبات الذي يقع على عاتق المضرور .
غير أن النهضة الصناعية التي عرفها القرن 19 عشر مع ما صاحبها من اختراعات الآلات الميكانيكية ووسائل نقل مختلفة نتج عنها أضرار مختلفة يصعب على المضرور إثباتها ، فظهرت فكرة الضرر كأساس للتعويض بدلا عن ركن الخطأ و أصبح الضرر في الكثير من الحالات مفترض وعلى الملزم بالتعويض لإثبات عدم حصول الخطأ .
من هنا اعتبر الفقه الفرنسي أن رفض المؤجر تجديد عقد إيجار محله التجاري يسبب ضرراً للمستأجر التاجر وقد يؤدي على فقده فأعدته التجارية مما يؤسس قانون 30 جوان 1926 الذي منح هذا الأخير الحق في التعويض بموجب نص قانوني خاص حدد طبيعته ومعاييرته و كيفية حسابه .
راجع في هذا الشأن الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ص 237 ، وما يليها .
رفضه مبرر الرجوع إلى جورج ريبار المرجع السابق ، ص 247 ، وما يليها .

Robert Patelle G A zema Menier : Les baux commerciaux, éd 1975 , p 23.

¹ اسعد زهية: تعويض الاستحقاق ، نشرة القضاة وزارة العدل عدد45، ص 13 .

الملاحظة الأولى : يقع عبء إثبات الخطأ في المسؤولية العقدية على عاتق المدين إذا كان عملا ايجابيا أما إذا كان عملا سلبيا فعلى الدائن إثبات أن المدين اخل به ، فإذا ما اعتبرنا التزام المؤجر بقبول التجديد التزام بوسيلة تهدف إلى تحقيق عمل ايجابي يفترض إذا إثبات المستأجر إخلال المؤجر بالتزامه إذا ما أراد الحصول على تعويض .

في حين و طبقا لما جاء بالفقرة الثانية من المادة 176 و المادة 177 من ق. ت يقع عبء الإثبات على عاتق المالك المؤجر إذا ما أراد التخلص من التعويض أو الإنقاص منه، فكيف يمكن لنا التسليم بان رفض التجديد خطأ عقدي.

الملاحظة الثانية : لو سلمنا بان الالتزام بقبول التجديد التزام بتحقيق نتيجة مما يجعل خطأ المؤجر خطأ مفترض تقوم مسؤوليته بمجرد رفضه التجديد و لا يتخلص منها إلا إذا اثبت حالة القوة القاهرة الغير متوقعة و الخارجة عن إرادته باعتباره مدين¹.

فكيف نفسر ما جاء عن المشرع عندما نص على إعفاء المؤجر الراض للتجديد من دفع تعويض الاستحقاق بالمادة 177 ق ت إذا ما برر الرفض بسبب خطير و مشروع و لم يبني سقوط التعويض على حالة القوة القاهرة أو الظرف الطارئ كما هو الحال في المسؤولية العقدية .

الملاحظة الثالثة : الجزاء في المسؤولية العقدية ووفقا للقواعد العامة يبدأ بالتعويض العيني² و يتحول إلى تعويض نقدي³ في حالة عدم تنفيذ الالتزام رغم إمكانيته ، بينما تعويض الاستحقاق هو تعويض نقدي دائما ، فكيف يمكن التسليم بان قبول التجديد التزام تعاقدية مطلق فهذا يفترض أن عدم الوفاء به يسمح للمستأجر رفع دعوى من أجل إجباره على التجديد ، في حين أن المشرع منح للمستأجر فقط الحق في التعويض النقدي دون التنفيذ الجبري الذي لا يتماشى مع الحق الممنوح للمؤجر في رفض التجديد هذا من جهة .

¹ المادة 127 من ق. م. : " إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ ، أو قوة قاهرة ، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك ."
² المادة 164 من ق. م. : " يجبر المدين بعد اعترافه طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنا ."
جاء محمد صبري السعدي في هذا الشأن بمرجه الواضح في شرح القانون المدني – النظرية العامة للالتزامات أحكام الالتزام ، مطبعة دار الهدى عين ميله – الجزائر ، 2010 ، ص 61 : " التعويض العيني هو أفضل طرق التعويض ، إذ يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحا تاما ، و ذلك بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، و يقع هذا كثيرا في الالتزامات العقدية ، و القاضي ملزم بالتعويض العيني إذا كان ممكنا و طلبه الدائن أو تقدم به المدين"
³ جاء عن خليل احمد حسن قناعة بمرجه الوجيز في شرح القانون المدني جزائري ، ج 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ص 262 و ما يليها : " و التعويض النقدي في الأصل عبارة عن مبلغ من النقود معين يعطى دفعة واحدة ، و لكن إذا اقتضت الظروف غير ذلك ، فللقاضي أن يحكم بتعويض نقدي مقسط ، أي يعطى على شكل أقساط للشخص المضرور ، كما له أن يقرره على أساس إيراد مرتب لمدى حياة الشخص المضرور ."

و من جهة أخرى يجوز للمتعاقدين في المسؤولية العقدية الاتفاق على شرط جزائي الذي لا يسمح للقاضي التدخل بالزيادة أو بالإنقاص من قيمته إلا في حالات استثنائية نص عليها القانون، على خلاف ذلك فإنه لا يجوز للمؤجر و المستأجر الاتفاق على مبلغ محدد مسبقا كتعويض استحقاق و على القاضي عند تقديره لهذا التعويض أن يلتزم بالمعايير التي حددتها المادة 176 من ق.ت و المتمثلة في القيمة التجارية للمحل التجاري مع ما قد يضاف إليها من مصاريف عادية للنقل و إعادة التركيب و كذلك مصاريف و حقوق التحويل ، بينما تقدير التعويض في المسؤولية العقدية إذا لم يحدده الأطراف (الشرط الجزائي) أو القانون تحكمه قاعدة "ما لحق الدائن من خسارة و فاته من كسب " ¹ مما يعني أن التعويض عن الإخلال بالتزام عقدي مقاسه الضرر المباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع و سواء كان حالا أم مستقبلا ما دام محققا .

الملاحظة الرابعة : يستند هذا الافتراض الأخير على جوازية الاتفاق على الإعفاء من التعويض في المسؤولية العقدية ² بحيث تقوم هذه المسؤولية أصلا على إرادة الأطراف و بالتالي يجوز للمتعاقدين أن يحددا مدى الالتزام بالتعويض أو يتفقا على الإعفاء منه ، في حين و طبقا لما جاء بمقتضى المادة 199 من ق.ت ³ فإن تعويض الاستحقاق من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على حرمان المستأجر المخلي منه إذا ما توفرت شروط استحقاقه ⁴.

2- ما يمكن استخلاصه:

بداية إن رفض تجديد إيجار تجاري عمل خارج عن نطاق العقد و الالتزامات المرتبطة به ، فلا يجوز إذا القول بلأن التعويض الاستحقاق أساسه خطأ عقدي لأن قبول التجديد ليس بالتزام

¹ المادة 182 من ق.م على ما يلي: " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد ، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل عناية جهد معقول ."

² المادة 178 من ق.م: " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة . و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية .."

³ المادة 199 من ق.ت: " تلغى و تصبح عديمة المفعول مهما كان شكلها ، البنود و الشروط و التسويات التي يكون من شأنها إسقاط الحق في تجديد الإيجار الذي أنشئ بموجب هذا الباب ، و لاسيما أحكام المادة 191 إلى 193 ."

⁴ ورد بتعليق القرار رقم 147110 الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 1996/12/17 ما يلي: " من المقرر قانونا انه تلغى و تصبح عديمة المفعول مهما كان شكلها الشروط التي يكون من شأنها إسقاط الحق في تجديد الإيجار ."

و بناء عليه ، فإن تمسك الطاعن بنص المادة 106 من ق.ت لإنهاء علاقة الإيجار غير مجدي و لا يسوغ إعماله في قضية الحال ، ذلك أن المستأجر استغل المحل التجاري المنتازع عليه بموجب عقد إيجار مكتوب نتج عنه اكتساب الملكية التجارية بعد انقضاء الستين مما يخول له الحق في الحصول على التعويض الاستحقاقى ، و بالتالي فإن تطبيق القرار المطعون فيه لأحكام المادتين 173 و 176 من ق.ت صائب مما يستوجب رفض الطعن . " القرار المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1997 ، عدد 1 ، ص 90 .

عقدي وغير ناتج عن عدم تنفيذ أو التأخر في تنفيذ للالتزام¹ إجباري و لا يعتمد في تقديره على نفس القواعد التي يعتمد عليها تقدير التعويض في المسؤولية العقدية .

كما تعتبر الموافقة على التجديد التزام اختياري بما أن المشرع استعمل بالمادة 176 ق ت عبارة " يجوز للمؤجر رافض التجديد " و لم يستعمل عبارة الأمر و الإلزام مثال ذلك عبارة "يتعين" أو "يجب" أو "ينبغي" أو "تحت طائلة البطلان" مما يفيد أن القانون منح للمؤجر مكنة رفض التجديد ليصبح له الخيار بين التزام محله تجديد الإيجار و في حالة الرفض بدون مبرر مشروع و خطير يتحول إلى التزام بدفع تعويض الاستحقاق و عليه يصبح دفع هذا التعويض مقابل لتحرر المؤجر من التجديد، و لا يعد تعويضا بمفهوم " dommages-intérêts " .

ننتهي إلى القول بأن تعويض الاستحقاق هو تنفيذ لأحد الالتزامين الاختيارين (قبول طلب التجديد أو دفع التعويض)، في حين لا تقوم المسؤولية التعاقدية إلا عند عدم وفاء احد المتعاقدين بالتزاماته من تم القول بان تعويض الاستحقاق جزاء لخطأ عقدي تفسير غير صائب في نظرنا ، و إن كان الأمر كذلك فهل هذا يعني أن أساس تعويض الاستحقاق فعل ضار ؟

ثانيا : تعويض الاستحقاق جزاء عن خطأ تقصيري

ذهب البعض الآخر من الفقه إلى القول بان تعويض الاستحقاق مرده ارتكاب المؤجر خطأ عند رفضه التجديد دون تبيان نوعية هذا الخطأ ما إذا كان عقدي أو تقصيري ، فإذا سلمنا جدلا أن تعويض الاستحقاق هو جزاء لخطأ تقصيري بما أن قيام المؤجر برفض التجديد يحدث ضررا للمستأجر المحلي و الضرر ركن أساسي في المسؤولية التقصيرية (كل عمل أيا كان يرتكبه المرء و يسبب ضررا للغير)² فهل يسلم هذا التصور من النقد؟

¹ التعويض نوعان: تعويض عن عدم التنفيذ dommage-intérêt compensatoire أو تعويض عن التأخر في التنفيذ dommage- intérêts moratoire . محمد صبري السعدي . الواضح في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ذكره ، ص 51 و ما يليها .
² المادة 124 من ق م معدلة بالقانون رقم 10-05 : " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ."

سنستعرض بهذه الفقرة أولاً ما قد يعاب على تصور خطأ المؤجر خطأ تقصيري يبرر تعويض الاستحقاق لنعرج بالفقرة الثانية على موقف المشرع المغربي لما نرى به من ارتباط بهذا التصور .

1- ما قد يعاب على اعتبار تعويض الاستحقاق جزاء عن خطأ تقصيري :

إن تبني فكرة الخطأ التقصيري يفترض تحميل الدائن إثبات خطأ المدين بارتكابه عمل غير مشروع، في حين أن المشرع كما سبق لنا بيانه علاه لم يلزم المستأجر إثبات خطأ المؤجر من أجل الحصول على تعويض الاستحقاق بل على العكس حمل المؤجر عبء إثبات خطأ المستأجر من أجل التخلص من دفع التعويض ، فكيف يمكن إذا القول أن تعويض الاستحقاق هو جزاء لخطأ تقصيري .

كما أن التعويض في المسؤولية التقصيرية هو جزاء يرتبه القانون نتيجة الإخلال بالتزام قانوني محله عدم الإضرار بالغير دون أن يربط الدائن و المدين برابطة معينة ، في حين يربط المؤجر (المدين بدفع التعويض) بالمستأجر (الدائن للتعويض) علاقة عقدية مسبقة دونها لا يستحق تعويض الاستحقاق .زيادة على ذلك فإن رفض التجديد حق (الما 176 من ق.ت) فكيف يمكن تصور ممارسة حق إضراراً بالغير فيما عدا صورة التعسف في استعمال حق، مما يدفعنا لطرح السؤال التالي: هل تعويض المؤجر المستأجر عند رفضه تجديد الإيجار التجاري بدون سبب مشروع و خطير هو تعويض عن التعسف في استعمال حق ؟

مر اعتراف المشرع بنظرية التعسف في استعمال الحق بمرحلتين تشريعتين: مرحلة اخضع فيها المشرع هذه النظرية لحكم الما 41 من ق.م¹، و مرحلة حديثة ألغيت فيها هذه المادة و أعيد إدراج حكمها بالمادة 124 مكرر من نفس القانون²، ليؤكد المشرع ربط نظرية التعسف في استعمال الحق بالخطأ التقصيري ، و الظاهر من مقتضى حكم المادتين أن

¹ المادة 41 ق.م الملغاة بموجب قانون 10-05 المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني : "يعتبر استعمال حقا تعسفيا في الأحوال التالية :-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير .-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ."

² المادة 124 مكرر مضافة بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 : " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية :-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير .-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ."

المشرع يجعل استعمال الحق ، استعمالا تعسفيا إذا ما تحقق على الأقل معيار واحد من المعايير الثلاثة¹: المعيار الشخصي التقليدي الذي عرفه فيما سبق القضاء الفرنسي و المتمثل في نية الإضرار بالغير ، و المعيار الموضوعي المتمثل في استعمال الحق بهدف تحقيق فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ عنه أما المعيار الثالث فيتحقق باستعمال الحق بقصد الحصول على فائدة غير مشروعة أي مخالفة النظام العام أو آداب العامة .

إذا ما رجعنا إلى رفض المؤجر تجديد الإيجار فمن الصعب إثبات نية الإضرار بالمستأجر و يعيدنا هذا المعيار إلى استرجاع النقاش الفقهي الفرنسي الذي توصل إلى انتقاد تأسيس تعويض الإخلاء على نظرية التعسف لانعدام نية الإضرار. بالإضافة إلى ذلك فان نظرية التعسف في استعمال الحق تفترض توافر جميع شروط المسؤولية التقصيرية بما فيها إثبات الخطأ ، في حين قد سبق لنا و أن بينا إعفاء المشرع المستأجر من إثبات خطأ المؤجر لثبوت حقه في تعويض الاستحقاق ، الحق الذي يتحصل عليه تلقائيا و بقوة القانون .

أما إذا ما اعتمدنا على المعيار الموضوعي لتأسيس تعويض الاستحقاق فهنا أيضا لا يحدث دائما إعادة تأجير المالك المسترجع للماكن و لا ممارسة بها نشاط تجاري مما يؤسس تعسفه بهدف تحقيق فائدة ، فكثيرا ما تبقى هذه الأماكن مغلقة إما لعدم امتهان المالك المسترجع تجارة أو حرفة أو لخشيته من دفع تعويض استحقاق آخر .

كما أن تصور تحقق المعيار الثالث مستبعد لأنه سواء أعاد المالك المسترجع تأجير الأماكن أو استعمالها بنفسه فهذا لا يعتبر فائدة غير مشروعة بل هو يمارس لحقه في ملكيته العقارية. لقد سبق لنا استعراض نص المادة 176 من ق ت المقررة لتعويض الاستحقاق و رأينا كيف أن المشرع رغم اعتباره رفض التجديد بدون الاستناد إلى احد الأسباب المقررة قانونا و التي سنستعرضها لاحقا محدث للضرر الذي لحق بالمستأجر ، إلا انه و في نفس المادة أجاز للمؤجر رفض التجديد فكيف لنا أن ننصوّر أن رفض التجديد هو خطأ تقصيري .

¹ و جاء في هذا الشأن علي علي سليمان في تعليقه على اعتماد المشرع لهذه المعايير الثلاثة من اجل تحقق التعسف في استعمال الحق : "حصر المشرع الجزائري التعسف في هذه المعايير الثلاثة فلم يشأ أن يتوسع كما توسع الفقهاء المسلمون و بعض الفقهاء الغربيين ، و لم يشأ أن يضيق كما كانت النظرية التقليدية تفعل حين تحصره في نية الإضرار بالغير ، بل اتخذ موقفا وسطا بين الاثنين .. " . النظرية العامة للالتزام . المرجع السابق ، ص 223 و 224 .

2- موقف المشرع المغربي من فكرة الخطأ التقصيري :

على خلاف ما جاء به مشرنا والمشرع التونسي¹ نص المشرع المغربي بالفقرة الثانية من الفصل العاشر من ظهير 1955 على ما يلي: " و يلزم المحكمة وقت تحديد هذا التعويض ، أن تأخذ بعين الاعتبار جميع عناصر الخسارة التي ستلحق المكتري و الأرباح التي سيحرم منها من بعد هذا النزاع ، و يكون هذا التعويض مساويا على اقل لقيمة الأصل التجاري الهم إذا اثبت المكتري أن الضرر اخف من القيمة المذكورة." قرر المشرع المغربي الحق في تعويض نزع اليد كمقابل لرفض تجديد الإيجار غير المبرر² باعتباره التزام اختياري³ ، إلا أن الأساس الذي اعتمده المشرع المغربي لتعويض نزع اليد (تعويض الاستحقاق) يختلف عن ما تضمنته المادة 176 من ق ت الجزائري .

يظهر جليا تطبيق المشرع المغربي لقاعدة من القواعد العامة⁴ في التعويض عن المسؤولية الخطئية و المتمثلة في قاعدة "ما فاته من كسب و ما لحقه من خسارة"معتبراً أن ممارسة الحق في رفض التجديد بدون مبرر قانوني خطأ يترتب عليه تحمل تبعه تعويض المستأجر عن الضرر الذي يلحقه بسبب فقدانه الحق في الإيجار و ما ينجم عن هذا الإخلاء من اندثار لعناصر محله التجاري، فيساوي تعويض نزع اليد ما يترتب على هذا الضرر من نتائج ، و الأصل في تقدير ضرر الحال هو أن يقدر بقدر الضرر بصرف النظر عن درجة الخطأ.

¹ تقابل المادة 176 من ق ت الفصل السابع من قانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1997 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المتسوغين و المتسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات او المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف و التي تقضي بما يلي: " يمكن للمتسوغ ان يرفض تجديد التسويغ و مع ذلك فان المتسوغ يجب عليه فيما عد الاستثناءات المنصوص عليها بالفصل الثامن و الفصول التابعة له ان يدفع للمتسوغ المحروم من التجديد منحة تعرف بمنحة الحرمان تساوي الضرر الحاصل بسبب عدم التجديد ."
و لتأكيد توافق حكم المشرع التونسي مع حكم المشرع الجزائري يمكن العودة إلى ما جاء بالاجتهاد القاضي التونسي بالقرار التعقيبي المدني عدد 17278 المؤرخ في 27 نوفمبر 1987. نشرية محكمة التعقيب لعام 1987 ص 187 ما يلي: " المبدأ : نص الفصل 7 من القانون عدد 37 لسنة 1977 على أن المتسوغ المحروم من التجديد يستحق حق منحة تعرف بمنحة الحرمان تساوي الضرر الحاصل له بسبب عدم التجديد و تمثل هاته المنحة بالخصوص قيمة الأصل التجاري عند التعامل و تضبط القيمة المذكورة حسب تقاليد المهني و تضاف إليها المصاريف العادية للتنقل و الانتصاب و لا تدخل الأرباح في العناصر المكونة للأصل التجاري . " . ورد أيضا بالقرار التعقيبي المدني عدد 24390 المؤرخ في 10 أكتوبر 2003. نشرية محكمة التعقيب لعام 2003 القسم المدني ج 2 ص 287 ما يلي: " طالما اعتمد تقرير الاختبار في تقديره لغرامة الحرمان قيمة الأصل التجاري عند التعامل حسب تقاليد المهنية و أضاف إليها مصاريف النقل و الانتصاب من جديد و كذلك مصاريف و معالم التسجيل الواجب دفعها في صورة شراء أصل تجاري له نفس القيمة . فان اعتماده من طرف محكمة القرار المنتقد يكون وجيها ."
² الفصل العاشر من ظهير 24 ماي 1955 المغربي ما يلي: " يحق للمكترى أن يرفض تجديد العقد غير انه إذا استعمل هذا الحق ، و جب عليه أن يؤدي للمكترى الذي نزعت حيازته تعويضا عن نزع اليد يعادل ما لحقه من ضرر بسبب عدم التجديد و ذلك باستثناء ما قرره الفصل 11 و ما يليه من الفصول ."

³ " إن موافقة المكري على التجديد لا تمنعه من التراجع عنه حتى آخر لحظة خلال اجل محدد و ليس للمكترى الحق إلا في المطالبة بالتعويض و هكذا فان التزام المكري اتجاه المكترى يتمثل في التزامه الاختياري. " نجاة الكص . الحق في الكراء . الشركة المغربية لتوزيع الكتاب . الدار البيضاء - الطبعة الأولى 2006 . ص 280 .

⁴ "فحق المكري في رفض التجديد و عدم تجديد العقد يتحول فقط إلى تعويض تأسيسا على الفصل 261 من قانون الالتزامات و العقود." نجاة كص: " . الحق في الكراء . المرجع السابق. ص 54 و ص 384 و ما يليها.

اعتبر الفقه المغربي عند تعرضه لأحكام الفقرة الثانية من الفصل العاشر المشار إليها أعلاه أن تعويض نزع اليد أساسه نظرية الإثراء بلا سبب ف جاء على سبيل المثال عن محمد الكبشور قوله: "و غني عن البيان أن أساس التجديد السماح للتاجر بالاستمرار في أداء وظيفته الاقتصادية ، و أساس التعويض عدم السماح للمالك بالإثراء على حساب المكثري".¹ كما ذهب البعض من المؤلفين إلى القول بان السبب في إقرار المشرع المغربي للتاجر المكثري بالحق في الإيجار هو ممارسته التجارة لمدة معينة تكسبه رصيذا من الزبائن ، و ذلك الرصيد يشكل قيمة مالية واضحة و يمكن المؤجر المكثري عند انتهاء مدة الإيجار من شغل المحل المسترجع لحسابه و بالتالي الاستفادة من رصيذ الزبائن الذي عمل المكثري سابقا على تكوينه، كما يمكنه الرفع من القيمة الكرائية للمحل عند إعادة إيجاره.²

فدعوى الإثراء بلا سبب حسب قانون الالتزامات و العقود المغربي تقوم على أساس شخصي ذاتي³، إذا ما توفرت شروطها و جب على المثري أن يعوض المفقر بقدر ما أثرى به، أي بأقل القيمتين : قيمة الإثراء و قيمة الافتقار و لعل هذا الحكم يفسر ما جاء بالفقرة الثانية من الفصل العاشر من الظهير 1955 الذي وضع حدودا لتعويض نزع اليد و المتمثل في شرط تساوي قدر التعويض على اقل مع قيمة الأصل التجاري (بقدر الافتقار) الذي فقده المستأجر المحلي .

ننتهي و على خلاف ما جاء بالقانون المغربي فان القانون الجزائري على غرار القانون الفرنسي لم يعتبر تعويض الاستحقاق جزاء ل مسؤولية مناطها الخطأ فما نوع المسؤولية التي يعتبر جزاء لها إذا ؟

¹ محمد الكبشور : الحق في الكراء عنصر في الأصل التجاري . مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء - الطبعة الأولى 1998 . ص 52 .
² فؤاد معلال : شرح القانون التجاري المغربي الجديد . مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الثانية 2001 . ص 131 .
³ و يقصد بالمعيار الشخصي اشتراط المشرع لتحقق الإثراء حسن النية لدى المثري حسبما جاء بالمادة 67 و ما يليها من قانون الالتزامات و العقود المغربي .

الفرع الثاني :

أساس تعويض الاستحقاق الضرر

لقد سبق لنا التعرض إلى تطور المسؤولية المدنية عند تطرقنا إلى تطور أساس تعويض الإخلاء في فرنسا و بينا دواعي تحولها من مسؤولية قائمة على فكرة الخطأ الثابت (فبدون خطأ لا تقوم المس وولية سواء كان خطأ عقدي أو فعل ضار) إلى فكرة الخطأ المفترض افتراضا قابل لإثبات العكس. و في أواخر القرن التاسع عشر شهدت المس وولية المدنية تطورا كبيرا كان سببه الرئيسي الثورة الصناعية التي ترتب عنه ا تعريض العمال لخطر الحوادث بسبب استعمال الآلات¹ ، لتتطور أحكامها من مسؤولية قائمة على فكرة الخطأ المفترض افتراضا قابل لإثبات العكس ، إلى ما أطلق عليه الفقه الحديث بالمسؤولية الموضوعية أو نظرية تحمل التبعة la théorie du risque أي قيام المسؤولية بدون وجود خطأ.

ذهب علي فيلالي² في تعريفه للمسؤولية الموضوعية إلى القول: " ... غير انه في الوقت الحالي لم تبق المسؤولية مرتبطة بفكرة الخطأ أي سلوك المسئول بل أصبحت تستند إلى فكرة تحمل التبعة ، حيث أصبحت العبرة بالضرر الذي أصاب الضحية أكثر مما هي بالخطأ أو تقصير المسئول فالتوجه الجديد للمسؤولية المدنية يرحح حماية الضحية على حماية المسئول ، حيث أصبح تعويض الضحية هو الانشغال الأول للمجتمع بعدما كان يهتم بسلوك

¹ - في الثلث الأخير من القرن التاسع عشر تحول الاقتصاد من اقتصاد زراعي إلى اقتصاد صناعي دعائم المصانع والآلات والعمال . فكان ليد للقانون أن يتطور بتطور هذا الوضع الاقتصادي ومخلفاته و من أهم المسائل القانونية التي استجبت للنقاش مسألة أساس المسؤولية . لأكثر معلومات حول تطور المسؤولية الرجوع إلى مرجع المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء . لمؤلفيه عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي . المرجع السابق الإشارة إليه ص 55 و ما يليها و الذي جاء به ما يلي : " يمكن القول بأن يتحمل كل فرد في الجماعة ما يلحقه من ضرر و يحمل عبء الضرر من لحق به ، إلا إذا نشأ هذا الضرر نتيجة انحراف سلوك من أحدثه إهمالا أو عدم الاحتياط منه ، حيث يصبح هذا الأخير مسئولا عنه ، تلك النظرية التقليدية التي تؤسس المسؤولية على فكرة الخطأ . فلا تقوم المسؤولية الا بتوافر الخطأ . فمن يباشر نشاطا يتحمل نتيجته ، و عليه ان يعرض الغير الذي يلحقه ضرر منه ، و لو كان سلوكه غير مشوب بخطأ ما . هذه هي نظرية تحمل التبعة ، فيلقى عبء الضرر على كاهل من أحدثه . و تستند هذه النظرية إلى فكرة العدل : على من يبدي نشاطا ان يتحمل جميع نتائجه حسنة أو سيئة . "

لم تكن الأسباب الاقتصادية وحدها الدافع الوحيد إلى نشأة النظرية الحديثة للمسؤولية أو ما سمي بالمسؤولية الموضوعية و إنما الأسباب الإيديولوجية كان لها هي الأخرى دورا في النقاش الفقهي في هذا الشأن جاء عن علي علي سليمان في مرجعه النظرية العامة للالتزام . ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر . الطبعة الثامنة 2008 . ص 150 ما يأتي : " فقد أخذ نجم المذهب الفردي الذي نادى به الثورة الفرنسية يغفل و تنقلص مبادئه و تحل محلها المبادئ الاشتراكية . و بعد ان كان الفرد و سعادته و رفاهيته هي غاية المجتمع ، الذي لم يوجد إلا لخدمته و تحقيق مصالحه ، انقلبت الآية و أصبح المجتمع هو الغاية ، و ليس الفرد إلا عضوا فيه يسعد بسعادة الكل ، و ينبغي أن تضحي مصالح الفرد لتحقيق مصالح المجتمع و ظهر مذهب كارل ماركس الذي يقوم على الإشادة بطبقة العمال و مادية التاريخ le matérialisme historique و صيرورة التطور الاقتصادي إلى هيمنة الطبقة العاملة و اضمحلال الطبقة الرأس مالية و بالتالي فلا ينبغي ان ينظر إلى المسؤولية المدنية في أواخر القرن التاسع عشر بنفس النظرة التي كان ينظر إليها في القانون الروماني أو في القرون الوسطى و لدى الفقهاء الكنسيين إذا كانت يومئذ مختلطة بالمسؤولية الجنائية و الدينية و الخلقية ، و قد انفصلت عنها اليوم . "

² علي فيلالي: الالتزامات - الفعل المستحق للتعويض - مطبعة موفم للنشر . الجزائر . الطبعة الثالثة، 2012، ص 5 .

الفاعل باعتباره سند للتعويض ، و هذه الاعتبارات الجديدة هي التي جعلت المشرع الجزائري يستعمل عبارة " العمل المستحق التعويض " بدل المسؤولية التقصيرية ."
لم يأخذ مشرنا بفكرة المسؤولية الموضوعية في القانون المدني كأصل عام و بقي متمسكا بالمسؤولية التي تقوم على فكرة الخطأ الواجب إثباته و يظهر ذلك جليا في نطاق المسؤولية عن الأعمال الشخصية ، إلا انه استثناءا اخذ بفكرة الخطأ المفترض الذي لا يحتاج إلى إثبات في نطاق المسؤولية عن عمل الغير و الأشياء¹ .

فهل يمكن إضافة تعويض الاستحقاق إلى الاستثناءات التي عرفها مشرنا و القول انه جزاء لخطأ مفترض لا يحتاج إلى إثبات أو أن مناطه الضرر فقط كما في المسؤولية الموضوعية أو انه تعويض قرر لصالح المستأجر المخلي بقوة القانون لجبر ضرره ؟ و حتى نتمكن من إجابة عن هذا الإشكال سنرجع إلى ما جاء عن الفقه و القضاء .

أولا : موقف الفقه و القضاء

يلاحظ تباين بين موقف الفقه و القضاء في اعتبار تعويض الاستحقاق شرع لجبر الضرر و اعتباره مقابلا لرفض المؤجر التجديد و سنتناول الموقفين على التوالي:

1-تعويض الاستحقاق الغاية منه جبر الضرر :

ذهب البعض من الكتاب إلى إرجاع أساس تعويض الاستحقاق إلى الغاية المبتغاة منه أي إصلاح الضرر الذي أصاب المستأجر و الناجم عن رفض التجديد بدون سبب مشروع و خطيرو من بينهم جنادي الجيلالي الذي اعتبر أن تعويض الاستحقاق شرع لجبر الضرر فيكون بقدر الضرر حتى لا تلحق المستأجر الذي طرد من المحل خسارة و لا يحقق له ربحا بهذا التعويض ، ليصل إلى نتيجة أن هذا التعويض يهدف إلى إصلاح الضرر اللاحق بالمستأجر بسبب رفض تجديد الإيجار² .سايره في الرأي حمدي باشا عمر بقوله : " إن تعويض الاستحقاق – أو تعويض الإخلاء – هو ذلك التعويض الذي يدفعه المؤجر – مالك الجدران – للتاجر المستأجر – مالك القاعدة التجارية عندما يرفض الأول تجديد عقد الإيجار

¹ خليل احمد حسن ققادة : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري . الجزء الأول ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الطبعة الرابعة ، 2010 ،ص 235 و ما يليها .

² جنادي جيلالي: الإيجارات التجارية في القانون التجاري الجزائري . مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية –الجزائر – الطبعة الأولى 2001 .

مقابل الضرر الناجم عن هذا الرفض.¹ كما عرفه البعض بوظيفته على انه تعويض يرمي إلى إصلاح الضرر الذي تسبب فيه رفض التجديد². و هو أيضا موقف المحكمة العليا التي ربطت في معظم قراراتها بين تعويض الاستحقاق و الضرر دون الخطأ بل جاء عنها صراحة أن تعويض الاستحقاق شرع لرفع الضرر مثال ذلك ما جاء في تعليل أحد قراراتها³ ما يلي: "حيث أن المطعون ضده بمجرد استفادته بمحل آخر بدل المحل الذي هدم من طرف السلطات البلدية فان حقه في التعويض الاستحقاقى قد شمل و لا يجوز له الحصول عليه لان تعويض الاستحقاق شرع خصيصا لرفع الضرر الواقع عن رفض تجديد الإيجار و في هذه الدعوى المطعون ضده قد عوض بمحل و بالتالي فلا وجود للضرر و بما أن قضاة المجلس قد قضوا بغير ما ذكر فإنهم قد عرضوا قرارهم للنقض و أن الوجه الأول يصبح بدون موضوع". غير أن البعض الأخر من الفقه و القضاء كان له تفسير آخر .

2-تعويض الاستحقاق كمقابل لرفض التجديد :

ذهب البعض الأخر من الكتاب إلى اعتبار تعويض الاستحقاق مقابل لرفض التجديد فجاء عن حسان بوعروج: " إن تعويض الاستحقاق – أو الإخلاء – هو ذلك التعويض الذي يدفعه المؤجر (مالك الجدران) للتاجر (مالك القاعدة التجارية) عندما يرفض الأول تجديد عقد الإيجار الذي انتهت مدته ".⁴ مسائرا التفسير الذي ذهبت إليه المحكمة العليا باعتبارها تعويض الاستحقاق مقابل رفض التجديد مثال ذلك ما جاء بأحد قراراتها الصادر بتاريخ 1998/02/17⁵: "من المقرر قانونا انه يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد الإيجار ، و لما ثبت في قضية الحال – إن قضاة الموضوع لما قرروا في قضائهم بان بيع القاعدة التجارية (باعتبارها منقول معنوي) يفقد حقه في استعادة المحل التجاري و لم يبق له سوى قبض بدل الإيجار ، يكونون بتفسيرهم هذا ، و لفكرة ملكية القاعدة التجارية قد خالفوا أحكام المادة

¹حمدي باشا عمر : دراسات قانونية مختلفة . دار هومة الجزائر . 2001 . ص 9 .
² " تعويض الاستحقاقى هو تعويض يرمي إلى إصلاح الضرر فهو لا يحل محل المحل التجاري . " حزيط محمد : حق الاسترجاع في الإيجارات التجارية . دار هومة – الجزائر – الطبعة الثانية 2006 . ص 143 .
³ المح . العليا . غ.تج.ب.ج.ملق رقم 136083 قرار 1996-03-26 . المحج القضا . 1997 ، عدد 1 ، ص 84 .
⁴ حسان بوعروج : تعويض الاستحقاق في المادة التجارية . جاء أيضا عن بومخيلة سميرة: " يمكن القول أن تعويض الاستحقاقى هو مقابل يدفع للمستأجر التاجر نظير رفض المؤجر تجديد عقد الإيجار . " بكتابها : الإيجار التجاري في ضل القانون القديم و التعديلات الجديدة له . الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية . الجزائر . 2008 . ص 109 .
⁵ المجلة القضائية 1998 ، العدد 1 ، ص 71 .

176 و ما بعدها من ق.ت التي تقر أحقية المالك المؤجر في رفض تجديد الإيجار مقابل تسديد التعويض الاستحقاقى .".

ثانيا : ما يمكن استخلاصه

ان ظهر لنا بان أساس تعويض الاستحقاق وفقا للمادة 176 من ق.ت اقرب إلى المسؤولية القائمة على الضرر منه إلى المسؤولية القائمة على الخطأ، غير أن المدين في المسؤولية الموضوعية لا يستطيع التخلص من التعويض و لو أقام الدليل على وجود سبب أجنبي مادام أن الضرر قد وقع من جراء نشاطه و لو بغير خطأ منه فهو مسئول عنه ، بينما و بالرجوع إلى المادة 177 من ق.ت¹ يستطيع المؤجر إذا ما برهن عن سبب خطير و مشروع ان يتخلص من دفع تعويض الاستحقاق و لو وقع الضرر بما أن الإخلاء سيترتب عنه حتما اندثار لبعض أو كل عناصر المحل التجاري .

فنتهي بالتالي إلى القول بان تعويض الاستحقاق حق أقره القانون و أخضعه للأحكام خاصة استثناءا عن القواعد العامة التي تنظم التعويض كجزاء عن المسؤولية المدنية منحه المشرع لمستأجر المحل التجاري المحلي بهدف تحقيق التوازن بين الملكية العقارية للمؤجر من جهة والملكية المنقولة للمستأجر من جهة أخرى ، دون أن تتعدى هذه الحماية على حق الانتفاع الذي يملكه المالك المؤجر فلم يجبر المؤجر على تجديد إيجاره لكنه في مقابل ذلك ألزمه بدفع تعويض مساوي للضرر الناتج عن عدم التجديد ، و هذا ما سنبينه من خلال التطرق إلى الجدل الذي وقع فيه القضاء فيما يخص طبيعة تعويض الاستحقاق فيما إذا كان سببا أو نتيجة ؟ كما سنحاول المقاربة بين تعويض الاستحقاق و بين أحكام المسؤولية بقوة القانون .

لم يتعرض القضاء بصفة أصلية لمسألة أساس تعويض الاستحقاق ، إلا أننا من خلال تطرقه إلى طبيعة تعويض الاستحقاق بالنظر إلى الملكية التجارية فيما إذا كان سبب كاف لرفض التجديد أو نتيجة تترتب عن هذا الرفض يمكن استقراء التعريف القضائي و تأصيل هذا التعويض .

¹ الما 177 من ق.ت : " يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد الإيجار دون أن يلتزم بسداد أي تعويض ، إذا برهن عن سبب خطير و مشروع تجاه المستأجر المحلي ."

1- تعويض الاستحقاق هو نتيجة:

يلاحظ أن المجلس الأعلى قبل سنوات التسعينات و في تفسيره لما جاء بحكم الما 173 من ق ت اعتبر ان القصد من وراء إلزامية المشرع تسبب وثيقة التنبيه بالإخلاء هو تمكين قضاة الموضوع من مناقشة مشروعية السبب و صحته ، المراقبة التي ستوجه موقفهم من الرفض إن كان مستحق للتعويض أو غير مستحق له ، و على هذا الأساس نقض المجلس الأعلى جميع الأحكام و القرارات التي صادقت على تنبيه بالإخلاء اكتفى بعرض تعويض الاستحقاق مقابل رفض التجديد¹.

لم يكتفي القضاء في هذه المرحلة برفض توجه قضاة الموضوع بل ذهب في تبريره لموقفه إلى تحديد الطبيعة القانونية لتعويض الاستحقاق فجاء عنه بان هذا التعويض هو نتيجة لرفض المؤجر تجديد الإيجار بدون سبب خطير و مشروع، و بالتالي لا يمكن اعتباره سبب يبرر الرفض و من تم يستوجب على المؤجر طالب الإخلاء رغم عرضه تعويض الاستحقاق تبرير سبب رفضه التجديد².

2- تعويض الاستحقاق مقابل لرفض التجديد عرضه يغني عن تسبب التنبيه بالإخلاء :

سرعان ما غيرت القضاء موقفه و بدأ التوجه الجديد بعد سنوات التسعينات إلى تأكيد فكرة أن تعويض الاستحقاق هو مقابل لرفض التجديد إذا لم يجد ما يبرره من سبب مشروع أو خطير . إن الموازنة بين الحق في الرفض للمؤجر و الحق في التعويض الاستحقاق للمستأجر كرسها الاجتهاد القضائي باعترافه صراحة بان عرض هذا التعويض كاف لتبرير التنبيه بالإخلاء الرامي إلى رفض التجديد .

¹مج الأعلى ، غ التجا و البج ، ملف رقم 47217 ، قرار 1988/05/22 قضية : (ب.ن) ضد(خ.س) المج القضا 1993 ، العدد 1 ، ص 266 .: بالرجوع على القرار المنتقد يستخلص بان القرار اكتفى بعرض تعويض الاستحقاق كسبب من الأسباب التي تستوجب المادة 173 من ق.ت و التنبيه بالإخلاء حيث ان المادة 173 من ق.ت تستلزم أن يتم التنبيه بالإخلاء بعقد غير قضائي و أن تبين فيه الأسباب التي أدت إلى توجيهه و حيث أن التنبيه بالإخلاء حسبما يستفاد من القرار المطعون فيه بأنه لم يشمل على ذلك الأمر الذي يترتب عليه النقض ."

² مج ، الأعلى ، غ التجا و البج ، ملف رقم 49043 القرار 1988/05/08 ، المج القضا، 1993 ، العدد 1 ، ص 276 قضية (ق أرملة ب.م) ضد(ك.م و من معه) و الذي ورد في تعليقه ما يلي : "حيث بالنظر إلى المادة 173 من ق.ت في فقرتها الأخيرة التي توجب تحت طائلة البطلان أن يتضمن التنبيه بالإخلاء الأسباب التي أدت إلى تبليغه مع إعادة ذكر مضمون المادة 194 من نفس القانون فان المشرع يهدف من وراء كل ذلك إلى وضع هذه الأسباب تحت رقابة قضاة الموضوع ليناقشوها وصولاً إلى مدى مشروعيتها و صحتها و عليه فكان على قضاة الموضوع أن يناقشوا السبب الوارد في التنبيه بالإخلاء ثم يصادقون عليه و لا يكفي في ذلك عرض تعويض الاستحقاق لان هذا التعويض نتيجة و ليس سبب . و حيث أن قضاة الموضوع بفصلهم كما فعلوا اخطئوا في تطبيق القانون و عرضوا قرارهم للنقض ."

رغم مسايرة المحكمة العليا موقف قضاة الموضوع الذين قضاوا بصحة التنبيه بالإخلاء على الرغم من عدم تضمنه أي سبب للرفض و اكتفائه بعرض لتعويض الاستحقاق كمقابل لرفض التجديد ، غير أن قرارات المحكمة العليا جاءت متباينة من حيث تبرير موقفها هذا ، فمنها من اعتبرت أن عرض تعويض الاستحقاق سبباً¹.

إلا أن السبب كمفهوم قانوني هو الباعث أو الدافع للرفض الذي إن كان مشروعاً و خطيراً (كحالة إخلال المستأجر لأحد التزاماته ، أو هشاشة العمارة مثلاً) اسقط حق المستأجر في التعويض رغم تحقق الضرر ، أما إذا خرج عن نطاق الأسباب الخطيرة و المشروعة التي قررها القانون أو قدرها القاضي فيصبح الرفض بدون دافع خطير و مشروع و يتقرر التعويض ، و بهذا المعنى فإن تعويض الاستحقاق هو نتيجة و لا يمكن أن يكون سبباً .

ذهب القضاء بقرارات أخرى إلى مسايرة ما جاء عن قضاة الموضوع من أحكام قضت بصحة التنبيه بالإخلاء لمجرد عرض تعويض استحقاق ، إلا أنه و على خلاف ما جاء بالموقف السالف الذكر لم يعتبره سبباً و إنما يغني عن ذكر السبب و لا يؤثر على صحة التنبيه بالإخلاء² ، بذلك يكون القضاء قد جعل من تعويض الاستحقاق كمقابل لرفض التجديد بدون سبب³ و هذا هو الرأي الراجح في نظرنا .

بناءً على ما سبق إيراده ننتهي إلى أن الأساس القانوني الذي يقوم عليه تعويض الاستحقاق المنصوص عليه بالما 176 من ق.ت. مناطه الضرر و أن الحق فيه يقابل الحق في رفض التجديد ، و عليه فإن للمؤجر الخيار بين قبول التجديد أو دفع التعويض مما يجعل تعويض الاستحقاق جزاء لمسؤولية قررها القانون.

¹ المح عليا ، غ التجا و البيع ، ملف رقم 146425 قرار 1997/01/07 قضية : (ل.ع) ضد (ح.م و من معه) مجلة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا عدد خاص ، لسنة 1999 ، ص 100 : " و لما ثبت -في قضية الحال - إن قضاة المجلس عندما قضاوا بالمصادقة على التنبيه بالإخلاء و بتعيين خبير لتحديد التعويض الاستحقاق فينبههم أصابوا في قرارهم من حيث أن مجرد عرض التعويض من قبل المؤجرين يشكل سبباً كافياً لطلب التنبيه بالإخلاء طبقاً للمادة 176 من ق.ت. و بالتالي فإن النعي على القرار بعدم التسبب في غير محله ."

² مح عليا ، غ التجا و البيع ، ملف رقم 420762 ، قرار 2008/02/06 ، قضية : (ج.ب) ضد بلدية حاسي رمل مج القضا المحكمة العليا ، 2008 ، عدد 2 ، ص 223 جاء ما يلي : "المبدأ عرض التعويض الاستحقاق بواسطة محضر تبليغ اعذرا ، على شكل تنبيه بالإخلاء ، يغني عن ذكر الأسباب و لا يؤثر على صحة التنبيه . " كما جاء بتعليقه : " حيث و خلافاً لما جاء بالفرع ، فإن البلدية قد عرضت عليه بمحضر تبليغ اعذرا على شكل تنبيه بالإخلاء التعويض الاستحقاق ، كما أن هذا العرض يغنيها عن ذكر الأسباب فحتى لو كانت غير جديده ، لا يؤثر على صحته أما عن المبلغ له فلم يقدم ما يثبت انه قاصراً . حيث و كما فعلوا ، يكون قضاة المجلس قد أعطوا لقرارهم المنتقد الأساس القانوني السليم مما يجعل الفرع غير سديد يتعين رفضه ."

³ مما ورد أيضاً بأحد قرارات المحكمة العليا رقم 140926 الصادر بتاريخ 1996/03/26 قضية : (ش.ه) ضد : (ص.ص) : " و لما أسس المطعون ضدهم التنبيه بالإخلاء على سببين اثنين أولهما غلق المحل التجاري خرقة لأحكام المادة 177 من ق.ت. و ثانيهما عرض تعويض الاستحقاق وفقاً لأحكام المادة 176 من ق.ت. فإن هذين السببين متناقضين و لا يمكن الاعتماد عليهما معاً لطلب إخلاء القاعدة التجارية ، و لما صادق قضاة الاستئناف على التنبيه بالإخلاء على أساس أن المستأجرين لم يمارسوا نشاطاً تجارياً في المحل موضوع النزاع و لم يناقشوا صحته فيما يخص استعداد المؤجرين لدفع التعويض الاستحقاق فينبههم صادقوا عندئذ على تنبيه بالإخلاء مشوب بالبطان مما يستوجب نقض القرار . " .القرار المنشور مجلة القضائية الاجتهاد القضائي عدد خاص سنة 1999 ، ص 96 .

و بهذا المعنى نرى أن أساس تعويض الاستحقاق يقترب من الأساس الذي يقوم عليه التعويض في أحكام الشريعة الإسلامية ، فقد تعرض فقهاء الشرع إلى موضوع التعويض بباب الضمان¹ و سمي "بالضمان أو التضمنين" الذي يقصد به الحكم على الشخص بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته .

تجد فكرة التعويض أساسها في الحديث النبوي الشريف "لا ضرر و لا ضرار في الإسلام" ذهب مجد الدين أبو سعادات المبارك محمد الجزري² في تفسيره لمعنى الحديث الى القول : "إن معنى قوله لا ضرر أن لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه ، و الضرار أي لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه و الضرر ابتداء الفعل و الضرار الجزاء عليه ، و قيل الضرر ما تضر به صاحبك و تنتفع به و الضرار أن تضره من غير أن تنتفع به " .

ورد أيضا عن الإمام الغزالي في معنى الضمان " التعويض " من أن الضمان هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة³ و عرفه الشوكاني بأنه عبارة عن غرامة التالف⁴ و يذكرنا هذا بالإصلاح الذي تبناه المشرع الفرنسي لدلالته على تعويض الاستحقاق ب" غرامة الحرمان " ، أما محمد فتح الله النشار⁵ فجا عنه : "أن التشريع الإسلامي ينظر إلى وقوع الضرر بغض النظر عن اقترانه بالخطأ من عدمه ، فطالما وقع ضرر وجب على من أحدثه أن يعرض المضرور عما أصابه حتى و إن كان محدث الضرر غير مدرك لأفعاله حين حدوثه ، من تم فان التشريع الإسلامي لا يعفي الصغير و لا المجنون و النائم من ضمان أفعالهم الضارة " .

¹ محمد الشحات الجندي : ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارنا بالقانون الوضعي ، دار النهضة ، القاهرة ، طبعة 1996 ص 22 و 33 و ما بعدها .

² مجد الدين أبو السعادات المبارك محمد الجزري ، ابن الأثير : النهاية في غريب الحديث و الأثر ، المجلد 3 ، ج 3 ، ص 81 .

³ الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ، لحجة الإسلام أبي حامد الغزالي ، طبعة دار المعرفة بيروت 1979 ص 208 .

⁴ نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار ، للإمام محمد بن علي الشوكاني ، مطبعة مكتبة الكليات الأزهرية 1978 مجلد 6 ص 71 .

⁵ محمد فتح الله النشار : حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي و القانون المدني . دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية . سنة الطبع 2002 . ص 11 و مايليها .

يتضح من هذه التعاريف أن الضمان "التعويض" شرع لجبر الضرر لا للعقوبة و من تم شرع في الأموال فيؤدى بموجبه المسئول نظير ما أتلفه من المال أو قيمته لجبر الضرر و إزالته و إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر¹ .

بالتالي فان فكرة التعويض في الفقه الإسلامي تقوم على أساس إزالة الضرر فهي فكرة موضوعية أساسها مبادلة مال بمال و يشترط في المال المضمون أن يكون مالا متقوما في ذاته ، و تمكن المماثلة بينه و بين المال الذي يعطي بدلا منه فلا تعويض عن الخسارة التي تحملها الدائن أو عن الربح الذي فاته إذا لم يوجد مال متقوم ضاع على الدائن فيأخذ من المدين مثله إن كان مثليا و يأخذ قيمته إن كان قيميا² .

و في هذا السياق جاء عن حسن حنتوش الحسناوي³ أن فكرة الضمان في الشريعة الإسلامية تقوم على أساس أن الضمان لا يخرج من كونه تعويض مدني محض غايته إصلاح الضرر و جبره لا توقيع عقوبة فهو لا يقع إلا في الجرائم التي تقع على المال كالغصب و الإتلاف ، جبر الضرر الذي يعد الغاية و الهدف من تعويض الاستحقاق.

¹ عبد الحميد محمود البعلی , نظرية تحمل التبعة بين الشريعة و القانون , رسالة دكتوراه , جامعة الأزهر ص 375 .

² عبد الرزاق السنهوري , مصادر الحق في الفقه الإسلامي , ح 6 , 1968 , ص 168 .

³ حسن حنتوش الحسناوي , التعويض القضائي , في نطاق المسؤولية العقدية دراسة مقارنة , مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع , عمان , 1999 , ص 24 .

المطلب الثاني:

أساس تعويض الاستحقاق في ظل قانون 02-05 المعدل و المتمم للقانون التجاري

يجب الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي بقي وفيما لاعترافه بالملكية التجارية التي و أحكام الإيجارات التجارية إلى يومنا هذا رغم إدخاله لعدة تعديلات على المرسوم 30 سبتمبر 1953¹ و القانون التجاري بعده² و دعوة الحكومة الفرنسية³ و المتعاملين الاقتصاديين⁴ إلى إعادة النظر في أحكام الإيجارات التجارية من أجل إعادة التوازن إلى العلاقة التعاقدية⁵ و خلق توازن بين القانون و الاقتصاد بتمكين يسمح للمتعاملين الاقتصاديين الوصول إلى قانون أكثر فعالية و إلى اقتصاد بأكثر مرد ودية⁶.

¹ Loi n 53/960 du 30/09/1953 réglant les rapports entre bailleur et locataire en ce qui concerne le renouvellement de baux à loyer d'immeubles ou des locaux à usage commerciale ou industriel ou artisanal. Modifié par :

- Loi n 53-1346 du 31 décembre 1953
- Loi n 59-1483 du 28 décembre 1959 relative à la révision des loyers commerciaux
- Décret n 66-12 du 3 janvier 1966.
- Ordonnance n 69-394 du 22 avril 1969
- Loi n 71-585 du 16 juillet 1971.
- Décret n 73-1122 du 17 décembre 1973
- Décret n 76-1236 du 28 décembre 1976
- Loi n 89-1008 du 31 décembre 1986.
- Ordonnance n 2000-912 du 18 septembre 2000.
- Et autres

² بتاريخ 18 سبتمبر 2000 و خصصت له المواد التالية : L145-1, L145-60 .

³ عن طريق وزير العدل Dominique PERBEN . عند مشاركته في الملتقى الذي عقد بتاريخ 17 جوان 2003 حول الإيجارات التجارية و الذي صرح به ما يلي :

« Souci de renforcer la prise en compte des principes traditionnels du contrat et donc de la volonté des parties, sans pour autant abandonner les garanties nécessaires à chacune d'elles. »

⁴ كانت مجموعة عمل الملتقى تحت رئاسة المحامي فليب بولوتي سطر لها مهمة التفكير في تحديث النظام القانون للإيجارات التجارية و إيجار المهنيين من خلال جرد كل الأسئلة و الإشكالات المطروحة ، سماع كل الفاعلين في الميدان و كلفت المجموعة بالمهام التالية : اقتراح الطرق التي تسهل استعادة الأماكن الشاغرة و الملحقة للمحل التجاري – دراسة الوسائل التي تحد من النزاعات حول تحديد بدل إيجار الجديد - تقييم ضرورة تطوير نظام إيجارات المهنيين – تحديد شروط تضع إطار لإيجارات المكاتب و المساحات الكبرى – تحديث نظام إيجار العقارات المنصوص عليه في القانون المدني . لأكثر معلومات الرجوع إلى :

Propositions pour modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels. ». Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, présenté par le groupe de travail constitué sous la présidence de Philippe PELLETIER, Avocat, Président de l'agence nationale pour l'amélioration de l'habitat. 2004. p 16.

⁵ من بين ما جاء عن وزير العدل الفرنسي في كلمة الافتتاحية للملتقى المنظم من طرف المنظمة الوطنية للملكية العقارية «UNPI» ما يلي:

« Comme dans d'autres domaines de notre législation, il faut savoir affronter la dialectique de la loi et du contrat : quel est le niveau de protection nécessaire pour maintenir entre les parties au contrat une situation équilibrée ? Quel est le niveau d'interventionnisme requis pour garantir l'autonomie de la volonté des parties. » : « ..De suggérer de nouveaux équilibres entre le droit de l'économie, entre la loi et le contrat. »

⁶ من وجهة نظر الاقتصاديين فان الملكية التجارية التي حماها المشرع الفرنسي طويلا تخلق عدم الاستقرار في سوق إيجار العقارات ، و ذلك من خلال ما تحدثه من مضاربة في بدلات الإيجار ، التي سيذهب ضحيتها المستهلك (سيحاول المستأجر تعويض ما دفعه من بدل إيجار بالزيادة في أسعار السلع).

لم يتمكن الفقه الفرنسي الداعي إلى توحيد و خلق انسجام بين قوانين الدول المنخرطة في المنظمة الأوروبية¹ من إلغاء أحكام الإيجارات التجارية و خاصة الملكية التجارية التي تضع المشرع الفرنسي في خانة العزلة بالنظر إلى القوانين الأوروبية الأخرى².

على خلاف المشرع الفرنسي أعاد المشرع الجزائري النظر في اعترافه بالملكية التجارية بموجب القانون رقم 02-05 المؤرخ في 6 فبراير 2005 ففصل بين الحقين المكونان له (الحق في التجديد و الحق في تعويض الاستحقاق) بللغاء الحق في التجديد تماما ليصبح عقد الإيجار التجاري محدد المدة ينتهي بانتهائها³، بينما أبقى على الحق في تعويض الاستحقاق مع التغيير من حملته و أحكامه.

جاء بلفقرة الثانية من الما 187 مكرر من ق ت ما يلي: " يلزم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون حاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء، و دون الحق في الحصول على تعويض استحقاق المنصوص عليه في هذا القانون، ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك". يظهر جاليا من خلال القراءة الأولية لهذه الفقرة أن تعويض الاستحقاق لم يعد حق مطلق يكتسبه المستأجر بمجرد رفض المؤجر التجديد دون سبب مشروع و خطير، فالأصل في هذا الحكم الجديد انتهاء عقد الإيجار بانتهاء مدته دون تعويض استحقاق، أما الاستحقاق فيرتبط بائتمانه، و عليه لا يمكن الاحتجاج بالحق في تعويض الاستحقاق إلا إذا ما قرر أطراف عقد الإيجار التجاري ذلك.

¹ Yves CHAPUT: La clientèle appropriée. Fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique. Étude du centre de recherche sur le droit des affaires. Ed juris-classeur .Paris .2004 .p 188-189.

² الامتيازات التي لم تمنحها الدول الأوروبية التي تبنت مفهوم المحل التجاري مثال ذلك المشرع البلجيكي فقد قصر هذه الحماية على تجار التجزئة، و ربطت تقدير تعويض الاستحقاق بسعر بدل إيجار لسنوات محددة تختلف على حسب اختلاف سبب رفض التجديد. لأكثر معلومات عن تعويض الإخلاء في التشريع البلجيكي:

Dominique JANSSEN: Les indemnités d'éviction en bail commercial, coll. Pratique du droit. éd Kluwer, 2000, p 97 et s.

³ المادة 187 مكرر 1/ من ق ت: " تحرر عقود الإيجار المبرمة ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، في الشكل الرسمي، و ذلك تحت طائلة البطلان، و تبرم لمدة يحددها الأطراف بكل حرية. يلزم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون حاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء.."

إن استعمال المشرع لعبارة اشتراط تجعلنا نتساءل هل أصبح تعويض الاستحقاق شرط جزائي يرجع أساسه إلى أحكام التعويض كجزاء لقيام مسؤولية عقدية؟ أو أن المشرع قصد من التعديل فقط التغيير من مصدر هذا الحق من حق ينشئه و يقرره القانون إلى حق اتفاقي تنشئه إرادة الأطراف مما يجعلنا نتساءل في حالة غياب الشرط هل يجوز للمستأجر المطالبة بجبر الضرر الذي لحق به من جراء الإخلاء و على أي أساس؟ الأسئلة التي سنحاول الإجابة عنها باقتراح تقسيم هذا المطلب كالتالي :

- الفرع الأول: هل تعويض الاستحقاق في معنى الما 187 مكرر ق ت شرط جزائي؟
- الفرع الثاني: هل يجوز للمستأجر المخلي المطالبة بتعويض في حالة عدم اشتراطه؟

الفرع الأول:

هل تعويض الاستحقاق في معنى الما 187 مكرر ق ت شرط جزائي؟

عرف القانون الروماني¹ و الفقه الإسلامي² الشرط الجزائي و تبنته اغلب التشريعات الحديثة³، من بينها المشرع الجزائري الذي نظم أحكامه بالقانون المدني، فأجاز للمتعاقد أن يحددا مقدما تعويض إما بالنص عليه في العقد أو باتفاق لاحق⁴.

عرف البعض من الفقه⁵ الشرط الجزائي بـ"اتفاق مسبق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا اخل المدين مستقبلا بالتزامه سواء كان هذا الإخلال نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر فيه

¹ كان القانون الروماني ينظر إلى الشرط الجزائي باعتباره جزء أكثر منه تعويضا ، و كان مستلهما من نظام الاشتراط على الغرامة " stipulatio poena" فكان هذا الشرط يتخذ أساسا كوسيلة لإجبار المتعاقد على تنفيذ ما تعهد به فيما عدا النقود ، فكان إدراج الشرط الجزائي يكسب التصرف قوة ملزمة على الرغم من عدم إفراده في الشكل المطلوب . المعروف ان التعهد المجرد لم يكن يحدث لدى الرومان آثار قانونية ، فكان الأفراد يلجئون إلى هذه الصورة ، باشتراط جزء محدد يدفع عند عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه .

Paul Frédéric GIRARD : Manuel élémentaire de droit romain .7 édit . 1927 .p 697 .

² عرف الفقه الإسلامي الشرط الجزائي باعتباره اتفاقا على تقدير التعويض الذي يلتزم به المدين عند إخلاله بما تعهد به ، إلا أن الشرط لا يكون صحيحا اذا كان محل الالتزام الأصلي مبلغا من النقود ، لان الفقه الإسلامي يعتبرها فائدة و هي محرمة شرعا . عبد المجيد الحكيم: أحكام الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة بغداد 1967 بقره رقم 74 .

³ نظمت مجلة الالتزامات و العقود تونسي الشرط الجزائي تحت مصطلح الشرط التقريري على انه عبارة عن مبلغ من المال يتفق عليه المتعاقدان حين التعاقد كشرط لزومي لتعويض الخسارة المتوقعة من عدم الوفاء أو من تأخيرها . محمد المالقي : محاضرات في شرح القانون المدني التونسي ، مطبعة مركز النشر الجامعي ، الطبعة الثانية، 2003 .ص 252 .

نظم القانون المدني المصري الشرط الجزائي في المواد من 223 إلى 225 ، فنصت على انه يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو اتفاق لاحق .

⁴ المادة 183 م.ق.م: " يجوز للمتعاقد أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ، أو في اتفاق لاحق . و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 ."

⁵ محمد صبري السعدي : النظرية العامة للالتزامات . أحكام الالتزام -دراسة مقارنة في القوانين العربية - مطبعة دار الهدى .عين مليلة .الجزائر 2010 .ص 80 و مايليها .

و وصفه البعض الآخر على انه مبلغ من المال يتفق عليه المتعاقدان حين التعاقد كشرط يلزم تعويض الخسارة المتوقعة من عدم الوفاء أو من تأخيرها ، و هو شرط شائع الاستعمال في عقود مختلفة¹ .

سنحاول بداية من خلال رصد أوجه التشابه و الاختلاف بين التعويضان الإجابة عن إشكال هل تعويض الاستحقاق شرط جزائي ؟ لننتقل في مرحلة ثانية إلى تحديد إطار هذا التعويض فيما إذا كان جزاء للمسؤولية الموضوعية أو اثر للمسؤولية العقدية من خلال تحليل الأساس القانوني لتعويض الاستحقاق وفقا لما جاء بالمادة 187 مكرر .

أولا : فيما يتفق اشتراط تعويض الاستحقاق مع الشرط الجزائي؟

يتفق اشتراط تعويض الاستحقاق مع الشرط الجزائي فيما يأتي:

1- المصدر: إن استعمال المشرع بالمادة 187 مكرر من ق.ت عبارة "ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك" تجعل من تعويض الاستحقاق اختاري تحدد وجوده إرادة الأطراف المتعاقدة ، مثله مثل الشرط الجزائي فهو أمر جوازي اتفاقي (المادة 183 من ق.م) مما يفيد أن مصدر نشأة التعويض واحد هو إرادة الأطراف.

كما أن الشرط الجزائي مصدره العقد فهو تابع للالتزام أصلي (العقد) الذي يحدد نطاقه "للمتعاقدين" و طبقا لقاعدة التبعية فبطلان الالتزام الأصلي لأي سبب من أسباب البطلان يترتب عنه بطلان الشرط الجزائي ، كذلك الأمر إذا تمسك احد أطراف العقد بإبطال الالتزام الأصلي فان الشرط الجزائي يقع أيضا تحت القابلية للإبطال هذا فيما يخص صحة الالتزام الأصلي ، أما إذا علق الأطراف الالتزام الأصلي على شرط معلقا أو مضافا إلى اجل أو غير ذلك من الأوصاف فان هذا الوصف يلحق أيضا الشرط الجزائي بالتبعية.

مثل الشرط الجزائي يكسب المستأجر تعويض الاستحقاق بمناسبة إبرامه لعقد إيجار تجاري فلا يمكن تصور تعويض استحقاق دون عقد يخضع للشروط التي حددتها المادة 169 و ما

¹ من أمثلة ذلك عقد البيع الإيجاري الذي عادة ما يتضمن شرطا جزائيا مفاده انه في حالة قيام المستأجر بإنهاء العقد قبل المدة المحددة له فانه يلتزم بالإضافة إلى إعادة الشيء محل العقد ، بتعويض يتمثل إما في كل المبالغ التي تم سدادها أو في جزء منها . و من أمثلة ذلك أيضا عقد المقاول الذي عادة ما يتضمن شرطا جزائيا يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم تأخير عن تنفيذ التزامه .

يليه من ق ت مما يجعل صحة او بطلان الحق في تعويض الاستحقاق تتأثر بالضرورة بصحة أو بطلان عقد الإيجار التجاري طبقا لما ورد بالبواب الثاني من القانون التجاري تحت عنوان "الإيجارات التجارية"، فعدم خضوع الإيجار التجاري لأحكام هذا الباب يسقط عنه صفة الإيجار التجاري بمفهوم هذا الباب و بالتالي يسقط الحق في تعويض الاستحقاق .

2- صيغة إفراغ الاشتراط و إثبات الضرر: لم يشترط المشرع لصحة الشرط الجزائي شكلا أو صيغة معينة يجوز إدراج الشرط بالتصرف المنشئ للالتزام أو بـتفـاق مستقل¹ و لو كان لاحقا للتصرف الأول و هذا ما يفهم من المادة 183 من ق.م: " ..بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق." و إن كان الأصل لنشأة الشرط الجزائي الرضائية ، إلا انه تصبح الشكلية واجبة لصحته في حالة اشتراط القانون إفراغ الالتزام الأصلي في قالب معين و بذلك يتأثر الشرط الجزائي بصحة الالتزام الأصلي طبقا لقاعدة التبعية².

لم تخضع المادة 187 / 2 اشتراط تعويض الاستحقاق صراحة لشكل أو صيغة معينة، إلا أن ما جاء بالفقرة الأولى من نفس المادة من وجوب إفراغ عقد الإيجار التجاري في شكل رسمي " تحرر عقود الإيجار المبرمة من تاريخ نشر هذا القانون ..في شكل رسمي ، و ذلك تحت طائلة البطلان ." ، يحدد طبقا لقاعدة التبعية شكل اشتراط التعويض مثلما هو معمول به في الشرط الجزائي هذا فيما تعلق بصحة الشرطين.

أما فيما يخص مسألة الإثبات فلا يتوقف استحقاق الشرط الجزائي على إثبات الدائن لضرر أصابه نتيجة عدم تنفيذ المدين للالتزام الأصلي ، وجود الشرط الجزائي يعفي الدائن من إثبات الضرر الذي لحقه و الذي يفترض تحققه بمجرد عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه بل و طبقا لما جاء بالمادة ما 184 ق.م يجب على المدين إثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر " . مثله مثل استحقاق تعويض الاستحقاق طبقا لما جاء بالفقرة الثانية من المادة 176

¹ ذهب القضاء الفرنسي إلى ابعده من ذلك و اقر بالشرط الجزائي الضمني و هنا يقع على قضاة الموضوع تفسير إرادة الأطراف لتحديد التكييف الصحيح لهذا البند ، و العكس صحيح فيستطيع القاضي تقرير وجود شرط جزائي على الرغم من تصريح الطرفين بوجوده ، رغبة منهم في إخفاء غرامة محظورة تحت ستار شرط جزائي ، و على القاضي في هذه الحالة تطبيق القواعد الخاصة بالغرامة .
MAZEAUD. Cour de droit civile Français. op cit ,§641.

² عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - دار إحياء التراث العربي. بيروت لبنان. بدون تاريخ. بند 846 ص 860 .

ق.ت لا يلتزم المستأجر بإثبات الضرر بل على المالك أن يثبت أن الضرر اقل " إلا إذا أثبت المالك أن الضرر هو دون ذلك " .من خلال هذه المقارنة بين تعويض الاستحقاق و الشرط الجزائي يلاحظ أن التعويضان يلتقيان في مسائل قليلة فما هي نقاط اختلافهما و ما هو مداها ؟

ثانيا : فيما يختلف اشتراط تعويض الاستحقاق عن الشرط الجزائي ؟

خلافاً لنقاط الاتقاء بين التعويضين فأنهما يفترقان في أمور عديدة سيأتي بيانها على التوالي:

1- سبب استحقاق التعويضين : يتميز الشرط الجزائي عن تعويض الاستحقاق في اساس المطالبة به بحيث لا يحتج به إلا في حالة عدم تنفيذ أو التأخر في تنفيذ الالتزام الأصلي ، مما يفيد أن أساس استحقاق هذا التعويض هو خطأ المدين . يتقيد الشرط الجزائي أيضا من حيث قدر هذا الإخلال، فإذا كان القصد من الشرط هو اجتهاد عدم التنفيذ الكامل للالتزام فان التنفيذ الجزئي له يستوجب تخفيض الشرط بنسبة ما تم تنفيذه. كما لا يكون المدين متأخرا في تنفيذ التزامه العقدي بمجرد حلول اجل الدين سكوت الدائن و عدم مطالبته بحقه يفيد منحه أجلا إضافيا بالتراضي ، و عليه اوجب المشرع اعدار الدائن المدين عند حلول الأجل، الاعذار الذي يثبت تأخر المدين في تنفيذ التزامه ، و ينشأ الحق في الشرط الجزائي .

و عليه لا تقوم مسؤولية المدين أصلا عن عدم أو التأخر في التنفيذ طبقا لما جاء بالمادة 180 ق م¹ المادة 179 ق م إلا بعد الاعذار: " لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين . " الهدف المتوخى من الاعذار هو حث المدين على تنفيذ التزامه و بمفهوم المخالفة عدم اعذاره يفهم منه إعطاءه أجلا إضافيا ، و بالتالي يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي بالإضافة إلى اجتماع الشروط العامة للتعويض (الخطأ و الضرر و العلاقة السببية)² شرط الاعذار : " و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 . " (ما 183 ق.م.).

¹ جاء بالقرار المؤرخ في 12-01-2000 ملف رقم 206796 ما يلي : " من الثابت قانونا أن طلب التعويض لا يستحق إلا بعد اعذار المدين و لما تبين من القرار المطعون فيه أن الطاعن أثار دفعا بان المطعون ضدها لم تقم بتوجيه اعذار مسبق له كما تشترطه المادة 180 من القانون المدني و بتجاهل قضاة الموضوع هذا الدفع و عدم مناقشته فإنهم اخطئوا مما ينبغي التصريح بنقض القرار المطعون فيه . "القرار الموجود بالقانون المدني نصا و تطبيقا لأحمد لعور و نبيل صقر . مطبعة دار الهدى . عين مليلة- الجزائر - 2007 . ص 94 .
² عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع المشار إليه سابقا ، بند 481 ص 855 .

يظهر لأول وهلة توافق حكم اشتراط تعويض الاستحقاق مع حكم الشرط الجزائي بما انه لا يحتج به إلا عند نهاية عقد الإيجار التجاري و رفض المؤجر التجديد بدون سبب مشروع او خطير و تكيف هذا الرفض بالامتناع عن التنفيذ فكرة مردود عليها بما ان التنفيذ المقصود به تنفيذ التزام نطاقه حياة العقد او تنفيذ مضمون العقد مثال ذلك امتناع البائع عن تسليم الشيء المبيع أو امتناع المؤجر على صيانة العين المؤجرة ، في حين سبب دفع تعويض الاستحقاق في حالة اشتراطه يبقى دائما رفض التجديد بدون سبب مشروع او خطير و قبول التجديد ليس بالتزام تعاقدي كما سبق لنا بيانه ما دام انه يفترض نهاية العلاقة الايجارية بانتهاء مدة العقد ، فالالتزام بالتجديد أو دفع تعويض الاستحقاق التزام يخرج عن إطار العقد (الالتزام الاصيلي) و إن كان متصلا به اتصال الجنين بوريد أمه ، و طبقا لما جاء بالمادة 187 مكرر من ق.ت تناول المشرع مسألتين : مسألة التنبيه بالإخلاء و مسألة تعويض الاستحقاق و جعل الأمرين تحت سلطة الأطراف ، مما يفيد جواز الفصل أو الجمع بينهما عند الاشتراط و بالتالي اذا ما اعتبرنا التنبيه بالإخلاء بمثابة اذار فلم يعد المشرع يشترطه و بالتالي يمكن المطالبة بالتعويض الاستحقاق المشروط دون توجيه تنبيه بالإخلاء.

ننتهي إلى القول بأنه يجوز اشتراط المتعاقدين عدم انتهاء عقد الإيجار التجاري إلا بعد الاذار (التنبيه بالإخلاء) دون اشتراط التعويض و العكس صحيح كما يمكن الجمع بينهما في الاشتراط ، فان كان الهدف من الاذار في الشرط الجزائي هو حث المدين على تنفيذ التزامه التعاقدية ، فان الهدف من التنبيه بالإخلاء إذا ما تم اشتراطه هو الإعلان عن رفض التجديد و منح مهلة للمستأجر من اجل تهيئه لمغادرة الأمكنة و تحويل محله التجاري¹ .

غير انه لا يمكن لنا استبعاد الاذار في حالة عدم اشتراط التنبيه بالإخلاء ، فالاعذار في هذه الصورة سيصبح وسيلة لإثبات رفض التجديد من جهة و من جهة أخرى عدم الامتثال له يتبعه محضر الامتناع عن الدفع الذي يمكن الاحتجاج به أمام القضاء للحصول على تعويض الاستحقاق المشروط .

¹ حمدي باشا عمر بمرجه القضاء التجاري ،المشار إليه سابقا ، ص 83 عن تحديده لمفهوم و الهدف من التنبيه بالإخلاء : " التنبيه بالإخلاء هو عبارة عن عقد قضائي يوجهه المؤجر إلى المستأجر عن طريق محضر قضائي يعبر له فيه عن نيته في رفض تجديد عقد الإيجار مقابل عرض تعويض الإخلاء . " و الهدف منه : " تأكيد المؤجر على نيته في عدم تجديد الإيجار و تهيئ المستأجر لمغادرة المحل ، و إعطاء مهلة للمستأجر للبحث عن محل مماثل أو بيع أو تحويل المعدات و البضائع الموجودة بالمتجر . "

2- **طبيعة الالتزام بالتعويضين :** إن الشرط الجزائي هو اتفاق مسبق على التعويض في حالة عدم أو التأخر في تنفيذ التزام تعاقدى فهو بذلك وسيلة احتياطية ، فلا يستطيع الدائن المطالبة به إلا بعد مطالبته بالتنفيذ العيني للالتزام¹ ، و عليه فإن الشرط الجزائي ليس بالالتزام بديلا و لا بالالتزام اختياري و بالتالي لا يجوز للدائن الاختيار بين الالتزام الأصلي و الشرط الجزائي و كذلك الأمر بالنسبة للمدين الذي لا يستطيع الاختيار بين عرض التنفيذ العيني أو عرض التعويض الاتفاقي إذا كان الأول ممكنا².

على عكس الشرط الجزائي فإن الحق في تعويض الاستحقاق إذا ما تم اشتراطه يقابله قبول التجديد و لا يجوز إلزام المالك به فدفعه لتعويض الاستحقاق يخلصه من الالتزام بالتجديد³.

3- **تقدير التعويضان:** للشرط الجزائي وظيفه تعويضية بما انه أصلا تقدير اتفاقي للتعويض المستحق لأحد المتعاقدين عن الأضرار التي تلحق به نتيجة إخلال المتعاقد الآخر للالتزامه⁴ و تقييد لمسئولية الأطراف و يتحقق ذلك عندما يقل تقديرهم للتعويض عن القيمة الحقيقية للضرر الناتج عن عدم التنفيذ ، بذلك يكون دور الشرط الجزائي تقييد المسؤولية .

إن الشرط الجزائي يحدد جزافيا فلا يكون المقصود منه تقييده بحد أعلى و أدنى أو ببعض الأسباب دون غيرها ، بل المقصود منه تقدير مسبق لمبلغ يمثل قيمة الضرر لا يجوز

¹ خليل احمد قدارة ، المرجع السابق ص 263 : " التعويض العيني : و يقال عنه التنفيذ العيني ، و هو الوفاء بالالتزام عينيا ، و هذا النوع التعويض يكثر في نطاق الالتزامات العقدية . " و جاء أيضا في هذا الشأن عن محمد صبري السعدي :الواضح في شرح القانون المدني ، المرجع المشار إليه سابقا ، ص 84 ما يلي : " فالشرط الجزائي يقوم بدور التعويض ، فهو وسيلة احتياطية لا يلجأ إليه إلا عند عدم تنفيذ الالتزام عينا ، و على ذلك لا يستطيع الدائن إلا المطالبة بالالتزام الأصلي ما دام التنفيذ العيني ممكنا ، كما لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي .. " .

² جمال مصطفى محمد: أحكام الالتزام ، الدار الجامعية ، طبعة 1989 ، ص 248 و ما يليها .

³ جاء عن المحكمة العليا في هذا الشأن : " من المقرر أن للمؤجر الحق في إنهاء عقد الإيجار مقابل دفع تعويض الاستحقاق الذي يجب أن يعبر عنه بالتنبية بالإخلاء الموجه إلى المستأجر . " ملف رقم 62293 القرار 1990/01/14 ، المجلة القضائية 1991 ، عدد 02 ، ص 95 .

⁴ يرى بعض الفقه أن للشرط الجزائي دور آخر ، فإذا تم الاتفاق مسبقا على مبلغ تعويض بقدر ضئيل ، يقل عن قيمة الضرر المتوقع حدوثه نتيجة عدم التنفيذ ، فإنه فيكون الشرط الجزائي مقيد للمسئولية بل قد يأخذ هذا الشرط حكم الشرط المعفي من المسؤولية إذا ما قل إلى درجة التفاهة . فالالتزام التعاقدى ما لم يكن من النظام العام يتم بإرادة المتعاقدين فهم أحرار في أن يتفقا على أن عدم تنفيذ المدين للالتزامه يستوجب جزاء محدد ، يتمثل في تعويض الأضرار التي تترتب على عدم تنفيذ هذا الالتزام ، أو أن يتفقا على أن عدم تنفيذ الالتزام لا يؤدي إلى مساءلة المدين ، فالالتزام نشأ عن إرادة الأطراف ، و على إرادتهم أيضا يتوقف مصيره . و مثال عن الإعفاء من المسؤولية ما جاء بالمادة 377 من ق.م . : " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد ، أو ينقصا منه ، أو يسقطاه . " و مثال عن الالتزامات التي هي من النظام العام ، و التي لم يجزى المشرع الاتفاق على إعفاء المسؤولية ما جاء بالمادة 378 من نفس القانون فيما يخص ضمان التعرض الصادر من البائع أو ما يسمى بالتعرض الشخصي : " يبقى البائع مسئولاً عن كل نزع يد ينشأ عن فعله و لو وقع الاتفاق على عدم الضمان و يقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك " .

للقاضي تعديله إلا في حالات استثنائية¹ من أجل إعادة التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين ،
لكون الهدف الأصلي من هذا الاتفاق هو تجنب تدخل القاضي لتقدير التعويض².

بينما ما يستشف من قراءة المادة 187 مكرر ق ت أن تعويض الاستحقاق في حالة اشتراطه
لن يخرج عن نطاق أحكام الإيجارات التجارية: " و دون الحق في الحصول على تعويض
الاستحقاق المنصوص عليه في هذا القانون.. " مما يفيد أن سلطة تقديره تعود إلى القاضي
الذي سيستعين بخبير من أجل حسابه طبقاً للمعايير التي حددتها المادة 176 ق ت ، و عليه
اشتراط تعويض الاستحقاق لا ينزع عنه طبيعته كتعويض قضائي إذ يقصد من الاشتراط
فقط الاتفاق على الحق فيه ، بينما تقديره من مهام القاضي دائماً على خلاف الشرط الجزائي
الذي هو تقدير جزافي يخرج عن سلطة القضاء إلا استثنائياً.

يضاف إلى ما سبق إيراده الهدف المتوخى من الشرط الجزائي و المتمثل في كفالة احترام و
ضمان تنفيذ العقد الذي نشأ بسببه إذ بمقتضى هذا الشرط يلتزم المتعاقد الذي اخل بالتزامه
بأداء معين لصالح المتعاقد الآخر ، في حين أن الهدف من اشتراط تعويض الاستحقاق هو
جبر الضرر الذي نتج عن عدم التجديد بعد انقضاء العقد و ليس بسبب عدم أو تأخر في تنفيذ
العقد³.

4- مدى استقلالية الشرطان : لا ينشأ الشرط الجزائي مستقلاً كما سبق بيانه فهو دائماً يلحق
بالالتزام الأصلي (العقد) فيتأثر بنشأته و بنهايته سواء كان سبب هذه النهاية استحالة التنفيذ
أو فسخ العقد، فانقضاء الالتزام الأصلي يتبعه انقضاء الشرط الجزائي ، كما أن اختيار الدائن

¹ الأصل ألا يتدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي ، بل عليه تطبيقه كما هو بالقدر و الكيفية المتفق عليهما ، فلا يجوز للقاضي تخفيض مبلغ
التعويض الاتفاقي إلا إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه جاء بالفقرة الثانية من المادة 184 من ق.م.:"
و يجوز للقاضي ان يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً و ان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ."
كما لا يجوز للقاضي الرفع من التعويض الاتفاقي إلا إذا أثبت الدائن أن المدين ارتكب غشاً ، أو خطأ جسيم الرجوع إلى المادة 185 القانون المدني .
² محمد صبري السعدي المرجع السابق في تعليقه جواز استثنائياً التخفيض من الشرط الجزائي ص 89 ما يلي : "و العلة في تخفيض الشرط
الجزائي في القانون الجزائري و المصري و غيرها من التقنينات العربية ، انه يعيد النظر فيه ، و يقدر التعويض طبقاً للقواعد العامة ، و يلاحظ ان
القاضي لا يخفض الشرط الجزائي ليجعله مساوياً للضرر ، بل يزيل ما فيه من مبالغة ، و إذا كان الالتزام الأصلي مبلغاً من النقود فيكون المقصود
من الشرط الجزائي المبالغ فيه إخفاء فوائد ريباوية يجب تخفيضها الى الحد القانوني ، و يأخذ القضاء الفرنسي بهذا الحكم ."
³ جاء في هذا الشأن عن المحكمة العليا في احد قراراته 1 : "حيث أن المطعون ضده بمجرد استفادته بمحل آخر بدل المحل الذي هدم من طرف
السلطات البلدية فان حقه في تعويض الاستحقاق قد شمل و لا يجوز له الحصول عليه لأن تعويض الاستحقاق شرع خصيصاً لرفع الضرر الواقع
عن رفض تجديد الإيجار و في هذه الدعوى المطعون ضده قد عوض بمحل و بالتالي فلا وجود للضرر و بما ان قضاة المجلس قد قضوا بغير ما
ذكر فإنهم قد عرضوا قرارهم للنقض و أن الوجه الأول أصبح بدون موضوع . " القرار رقم 136083 الصادر عن الغرفة التجارية و البحرية
بتاريخ 1996/03/26 . المنشور بالمجلة القضائية العدد الأول 1997 ، ص 84 .

في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه طلب فسخ العقد بدلا من المطالبة بالشرط الجزائي يسقط الحق فيه و يحل محله التعويض التابع لدعوى الفسخ و ليس على أساس الشرط الجزائي .

في حين اشتراط تعويض الاستحقاق في حالة رفض التجديد يخضع لأحكام الإيجارات التجارية فلا يتصور فيه منح المستأجر الخيار بين دعويين دعوى الفسخ أو دعوى تعويض الاستحقاق ، كون رفض التجديد بالإضافة إلى كونه حق قرره القانون للمؤجر فلا يكون له معنى إلا بعد انتهاء العقد فيبقى للمستأجر إما المطالبة بتعويض الاستحقاق أو التنازل عنه . فالشرط الجزائي متصل بالتزام الأصلي الذي يترتب مسؤولية عقدية و يشترط لقيامها نشأة العقد و بقاءه و حدوث الإخلال به أثناء سريانه ، في حين تعويض الاستحقاق ينشأ ل جبر ضرر الذي لحق بالمستأجر بعد نهاية العلاقة التعاقدية .

يستفاد أيضا من مقتضى المادة 183 ق م جواز الشرط الجزائي لمصلحة أي طرف بالعقد "يجوز للمتعاقدين" على خلاف تعويض الاستحقاق الذي يكون دائما لمصلحة المستأجر وحده.

ننتهي إلى القول بعض استعراضنا لأهم نقاط الاختلاف بين اشتراط تعويض الاستحقاق و الشرط الجزائي بلأن هذا الأخير تقدير اتفاقي يخضع للقواعد العامة التي تحكم المسؤولية و التعويض و عليه لا يكون هناك محل للجزاء إذا اعفي المدين من المسؤولية كأن يكون عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي عنه أو قوة قاهرة أو حادث مفاجئ ، أو ثبت عدم خطأ الدائن.

في حين يقصد باشتراط تعويض الاستحقاق اشتراط الحق فيه ، فإذا تم الاتفاق لن يخرج هذا التعويض عن إطار القواعد الخاصة التي قررت له سواء من حيث المسؤولية التي يعتبر اثر لها و التي لا تقوم على الخطأ كما سبق لنا بيانه و بأقل قدر على الضرر فهي مسؤولية مقررة بقوة القانون.

نخلص مما سبق إلى القول بان اشتراط تعويض الاستحقاق لم يحدث تطورا في الأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا التعويض بقدر ما هو تغيير في المصدر المقرر له ، فانقال الحق في تعويض الاستحقاق من قاعدة أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها¹ يكتسبه المستأجر متى توفرت الشروط التي نص عليها القانون و يحتج به عند رفض التجديد بدون سبب مشروع أو خطير إلى حق تتحكم في وجوده فقط إرادة الأطراف. إن هذه الثورة التشريعية تطرح تساؤلات عديدة و من الإشكالات المرتبطة بهذا الفصل هل يستطيع المستأجر المطالبة بتعويض من نوع آخر في غياب اشتراط تعويض الاستحقاق و إن كان كذلك فما هو أساسه ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه بالفرع الموالي.

الفرع الثاني :

هل يجوز للمستأجر المحلي المطالبة بتعويض في حالة عدم اشتراط تعويض الاستحقاق ؟

جعل المشرع طبقا لحكم الفقرة الثانية من المادة 187 مكرر ق ت من إرادة الأطراف هي وحدها المقررة خضوع عقد الإيجار التجاري لأحكام الملكية التجارية أو عدم الخضوع لها و بالتالي نهاية عقد الإيجار التجاري بمجرد انقضاء مدته . غير انه في حالة عدم اشتراط تعويض الاستحقاق يمكن لنا افتراض إعادة إيجارها ببدل إيجار اكبر لارتفاع قيمتها مما يشكل إثراء ، أو استغلال بها نفس نشاط المستأجر المحلي سواء من طرفه شخصيا أو من طرف المستأجر الجديد فينتج عن ذلك تحويل لزيائن المستأجر المحلي أكثر من ذلك قد يثبت المستأجر المحلي أن مجرد انتقاله من تلك الأمكنة إلى أماكن أخرى نتج عنه اندثار لعناصر محله التجاري لما كان يمثل ذلك الموقع من قيمة بالنسبة إلى نشاطه فهل يجوز له المطالبة بتعويض ؟ في غياب إجابة فقهية أو قضائية لهذه الحالة سنقتصر إجابتنا على مجرد قياس و افتراضات شخصية .

¹المادة 199 من ق.ت : " تلغى و تصبح عديمة المفعول مهما كان شكلها ، البنود و الشروط و التسويات التي يكون من شأنها إسقاط الحق في تجديد الإيجار الذي أنشئ بموجب هذا الباب ، ... " .

أولاً : هل يجوز للمستأجر المحلي المطالبة بتعويض طبقاً للقواعد العامة ؟

سبق للفقهاء و المشرع الفرنسي في بداية البحث عن حماية قانونية لمستأجر الإيجار التجاري اللجوء إلى قواعد الشريعة العامة لمنح هذا الأخير الحق في المطالبة بتعويض مستنديين إما على نظرية التعسف في استعمال الحق أو نظرية الإثراء بلا سبب كما سبق لنا بيان قصور هذه النظريات و تخلي كل من الفقه و التشريع الفرنسي عنها ، لكن في الوقت الحالي و أمام تخلي المشرع الجزائري عن أحكام مرسوم 1953 الفرنسي هل يمكن لنا الرجوع إلى قواعد الشريعة العامة في حالة عدم اشتراط تعويض الاستحقاق باعتبارها من جهة المصدر العام و من جهة أخرى عدم وجود نص صريح يمنع المستأجر المحلي المطالبة بتعويض طبقاً لهذه القواعد هذا ما سنحاول تحليله من خلال طرح من جديد فرضية المطالبة بتعويض على أساس النظريتين .

1-فرضية مطالبة المستأجر المحلي بتعويض على أساس نظرية التعسف :

إن افتراض جواز رفع المستأجر المحلي الذي أبرم إيجار تجاري بدون اشتراط الحق في تعويض استحقاق لدعوى من اجل المطالبة بجبر الضرر الذي أصابه من جراء عدم التجديد على أساس التعسف في استعمال الحق افتراض يبعد عن الصواب في نظرنا إذا ما رعيينا النقاش الفقهي القديم الذي سبق التطرق إليه و خاصة ما يلي :

إن تمسك الفقه و التشريع الفرنسي قديماً بتعويض المستأجر المحلي على أساس تعسف المؤجر في استعمال حقه في رفض التجديد مناطه الحق الذي منح للمؤجر " الحق في قبول أو رفض التجديد " و الذي كان يقابل الحق الذي منح للمستأجر المتمثل في "الحق في التجديد" ، في حين يستشف من حكم المادة 187 مكرر ق.ت جزائري أن المشرع ألغى حق المستأجر في التجديد و بذلك استبعد إدخال نهاية عقد الإيجار التجاري في دائرة الحق في القبول أو رفض التجديد ، و التعسف لا يقوم بدون حق مقرر سابقاً مما يجعل المطالبة بتعويض على هذا الأساس مستبعد .

2-فرضية مطالبة المستأجر المخلي بتعويض على أساس نظرية الإثراء:

على خلاف نظرية التعسف في استعمال الحق يمكن لنا تصور مطالبة المستأجر المخلي لتعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب¹ المنصوص عليها بالمادة 141 ق م² بما أن واقعة إثراء المالك يمكن إثباتها في حالة رفع بدل الإيجار لارتفاع القيمة الايجارية للاماكن أو استغلال زبائن المستأجر المخلي في حالة ممارسة بها نفس نشاط هذا الأخير .

إضافة إلى ذلك فان قيام المسؤولية في نظرية الإثراء بلا سبب لا تشترط الخطأ بالمعنى الذي تتطلبه المسؤولية التقصيرية خاصة أن المؤجر المسترجع بإثرائه لم يرتكب خطأ ، يظهر إذا قابلية لجوء المستأجر المخلي لدعوى الإثراء بلا سبب للمطالبة بتعويض تصور معقول خاصة و أن مشرنا اعتبر دعوى الإثراء دعوى أصلية على خلاف ما ذهب إليه الفقه الفرنسي باعتبارها دعوى احتياطية³.

إلا أن هذا الافتراض قابل للنقاش بما ان المستأجر المخلي لن يستطيع إثبات احد أركان هذه النظرية⁴ المتمثل في سبب الإثراء و الذي يقصد به المصدر القانوني للإثراء سواء كان تصرفا أو مبرر القانوني الذي يمنح المثري الحق في الاحتفاظ بثرائه كأن يكون سبب الإثراء عقد أو فعل غير مشروع أو تقادم أو حجبة الشيء المقضي فيه . في حين سبب إثراء⁵ المؤجر المسترجع هو استعماله لحقه في استغلاله لملكيته العقارية، فكيف يمكن المطالبة بتعويض على أساس الإثراء بلا سبب في حالة وجود سبب مشروع خارج عن دائرة عقد الإيجار التجاري المنتهي ، و عليه نخلص إلى استبعاد المطالبة بتعويض بالاستناد إلى أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق أو نظرية الإثراء بلا سبب .

¹ علي علي سليمان ، المرجع السابق ذكره ، ص 227 و ما يليها . خليل احمد حسن قداد ، المرجع السابق ذكره ، ص 203 و ما يليها .
² المادة 141 من ق.م : " كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها ، يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء ."
³ يعتبر الفقه الفرنسي و تبعه في ذلك القضاء دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية *action subsidiaire* لا يجوز الاحتجاج بها إلا في حالة انعدام وسيلة قانونية أخرى للحصول على الحق المدعى باستحقاقه .

Marty et Raynaud : Les obligations, T2, Paris, 1962 .n 355 .B . Starck : Les obligations, Paris, 1972, P 684.

⁴ المادة 141 من ق.م للإثراء بلا سبب أربعة أركان : أولا إثراء المدين ، ثانيا افتقار الدائن ، و ثالثا انعدام السبب القانوني لإثراء المدين و ربعا حسن النية ، و بهذا الشرط الأخير (حسن النية) تميز مشرنا عن التشريع الفرنسي و موقفا للتشريع المغربي و التونسي .

⁵ استقر الفقه العربي على تحديد معنى سبب في الإثراء هو المصدر القانوني المكسب للإثراء. علي علي سليمان : المرجع السابق ص 235 و 236

إلا أن ثبوت ضرر المستأجر المحلي و ثبوت إثراء المؤجر المسترجع من القيمة المضافة التي أحدثها المستأجر يجيز لنا تصور الرجوع إلى قاعدة خاصة للمطالبة بتعويض عن القيمة المضافة المنصوص عليها بالقانون التجاري.

ثانياً: مطالبة المستأجر المحلي بتعويض على أساس القيمة المضافة

تعرف أحكام الإيجارات التجارية نوع آخر من التعويض فيما عدا تعويض الاستحقاق و المتمثل في التعويض عن القيمة المضافة بالمادة 202 ق ت التي تقابلها المادة 145-45 من التشريع الفرنسي¹ و المادة 39 من التشريع المغربي² و المادة 35 من التشريع التونسي³.
جاء بمقتضى المادة 202 المشار إليها أعلاه ما يلي: " إذا كان المؤجر في نفس الوقت مالكا للعمارة المؤجرة و المحل التجاري المستغل و كان الإيجار يشمل العمارة و المتجر في نفس الوقت ، فإنه يجب على المؤجر أن يسدد للمستأجر عند مغادرته ، تعويضا يكون مطابقا للفائدة التي يمكن أن يحصل عليها من زيادة القيمة الحاصلة سواء من المتجر أو القيمة الإيجارية للعمارة بفضل التحسينات المادية التي قام بها المستأجر بالاتفاق مع المالك " .
هدف المشرع من حكم هذه المادة إلى تعويض مستأجر الإيجار التجاري عند سقوط حقه في تعويض الاستحقاق و ثبوت دوره في الزيادة من قيمة الأماكن و التي سيستتفع بها لا محال المؤجر المسترجع ، إلا انه و قبل قياس هذا الحكم على حالة المستأجر المحلي الذي لم يشترط تعويض الاستحقاق يستوجب أولاً دراسة التعويض عن القيمة المضافة.

¹ Art. L 45-46 du code de commerce : « lorsqu'il est à la fois propriétaire de l'immeuble loué et du fonds de commerce qui y est exploité et que le bail porte en même temps sur les deux , le bailleur doit verser au locataire à son départ , une indemnité correspondant au profit qu'il peut retirer de la plus-value apportée soit au fonds, soit à la valeur locative de l'immeuble par les améliorations matérielles effectuées par le locataire avec accord exprès du propriétaire .»

² الفصل 39 ظهير 24 ماي 1955 المتعلق بالعلائق بين المكريين و المكريين لأمالك او أماكن أعدت لشؤون تجارية أو صناعية أو حرفية ما يلي : "إذا كان العاقد مالكا للملك و الاسم التجاري المستغل فيه و كانت العقدة تتعلق في نفس الوقت بهما معا فعليه أن يدفع للمكثري وقت خروجه من الملك ، تعويضا يناسب ما يعود عليه من فوائد تأتي من الزيادة التي ادخل تاما على الاسم التجاري و إما عن قيمة كراء الملك بفضل التحسينات التي قام بها المكثري باتفاق صريح مع المالك المذكور ."

³ الفصل 35 من القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 المتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوغين و المتسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري أو الصناعي أو المستعملة في الحرف ما يلي : "إذا كان المسوغ مالكا في أن واحد للعقار المسوغ و للملك التجاري الواقع استغلاله و كان التسويغ يشملها معا فإنه ينبغي للمسوغ أن يدفع للمكثري عند خروجه غرامة مطابقة للغنم الذي يمكن أن تحصل عليه من جراء الزيادة في قيمة الملك التجاري أو في القيمة الكرائية للعقار بسبب التحسينات المادية التي اجزها المكثري بالاتفاق الصريح مع المالك ."

1- أحكام التعويض عن القيمة المضافة طبقا لما جاء بالمادة 202 ق ت :

نظم المشرع حالة إيجار التسيير أو التسيير الحر بالباب الثالث من الكتاب الثاني المتعلق بالمحل التجاري إلا انه ألزم المؤجر المالك للامكان و المحل التجاري بمنح تعويض للمستأجر المسير المحلي عن القيمة المضافة التي تركها هذا الأخير و لم يأتي هذا الإلزام ضمن مواد باب إيجار التسيير و إنما نص عليه المشرع بأخر مادة من باب الإيجارات التجارية (ما 202 ق ت) مما يدعم فرضية اللجوء إلى هذا النوع من التعويض الا ان بداية يستوجب استعراض شروط استحقاقه و طريقة تقديره التي تختلف عن طرق تقدير تعويض الاستحقاق¹ فأما عن الشروط فقد تضمنتها المادة 202 المشار إليها أعلاه و التي يمكن لنا تلخيصها في ما يلي :

الشرط الأول : يجب ان تكون ملكية الأماكن أين تستغل القاعدة و ملكية القاعدة نفسها لنفس الشخص .

الشرط الثاني : عدم وجود بند يعفي المالك المؤجر من دفع هذا التعويض إذا ما رفض تجديد إيجار التسيير نظرا لكون التعويض عن القيمة المضافة ليس من النظام العام يجوز الاتفاق على الإعفاء منه .

الشرط الثالث : ينبغي على المستأجر المسير إثبات قيامه بتحسينات زادت من القيمة الإيجارية و التجارية للمحل التجاري فيما عدا الترميمات الضرورية بموافقة المؤجر المالك الصريحة فبدون هذا الترخيص وإذا أثبت المؤجر أنه رفض هذه الأشغال بعد إنذاره بمباشرتها تخلص من التزامه بدفع التعويض عن القيمة المضافة.

الشرط الرابع : أن ترفع الدعوى أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها المحل موضوع النزاع في أجل سنتين طبقا لأحكام التقادم التي قررتها المادة 198 ق ت .

¹ محمد الحبيب الطيب: التعويض الاستحقاق في القانون الوضعي الجزائري، المرجع السابق ، فقرة 4 حالة وجود عقد التسيير ، ص 56-57.

أما عن تقدير التعويض عن القيمة المضافة فحسب ما جاء دائما بمقتضى المادة 202 المشار إليها أعلاه ينبغي أن يساوي التعويض قيمة التحسينات المادية المضافة إلى المتجر و التي يمكن إثباتها بفواتير ، بالإضافة إلى قيمة الزيادة التي أضيفت إلى القيمة الإيجارية للأمكنة و التي تستنتج عادة من بدل الإيجار إذا أعيد إيجارها¹ ، بعد عرض موجز لهذا النوع من التعويض هل يمكن قياسه على حالة المستأجر المحلي الذي لم يشترط تعويض استحقاق ؟

2- افتراض مطالبة المستأجر المحلي بتعويض عن القيمة المضافة

إن تقرير المشرع لهذا النوع من التعويض على غرار التشريع الفرنسي و المغربي² و التونسي فقط في الحالة التي يكون فيها المؤجر مالكا للاماكن المؤجرة و مالك للقاعدة التجارية في وقت واحد، بما انه لم يكن من المنطقي إلزام هذا المؤجر بدفع تعويض استحقاق للمستأجر المسير ما دام أن الغاية من تعويض الاستحقاق تكمن في جبر الضرر الذي أصاب القاعدة التجارية و بما أن المستأجر المسير ليس بمالك للقاعدة التجارية فكيف له أن يفقد عناصرها المبرر لتعويض الاستحقاق.

غير أن و عي المشرع بالضرر الذي قد يسببه رفض تجديد ايجار التسيير من حيث فقدان المستأجر المسير المحلي لما أضافه إلى هذه الأماكن من قيمة و إثراء المؤجر المسترجع من جراء هذه التحسينات يبرر جبر الضرر الذي لحقه بتعويض عبر عنه المشرع بتعويض " مطابقا للفائدة التي يمكن أن يحصل عليها من زيادة القيمة الحاصلة سواء من المتجر أو

¹ هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/10/19 ملف رقم 96307 المجلة القضائية لسنة 1996 العدد الأول ص 150 و ما يليها . و الذي تتلخص وقائعه فيما يلي: أجر المدعو (ب م) قاعدته التجارية بموجب عقد تأجير تسيير مؤرخ في 1968/03/22 لصالح المدعوة (د د) ، فقور المؤجر إنهاء عقد إيجار التسيير فرجع دعوى طرد ضد مستأجر القاعدة فتقدمت هذه الأخيرة بطلب بالمقابل يتضمن تعيين خبير من أجل تقويم القيمة المضافة بالمحل المتنازع عليه ، غير أن محكمة سيدي أمحمد استبعدت الطلب بالمقابل وقضت بتاريخ 1990/01/24 بطرد المدعوة (د د) من المحل التجاري المتنازع عليه و حكمت عليها بأدائها للمؤجر مبلغ 10.000.00 دج على أساس تعويض مدني . على إثر استئناف رفعت المستأجرة المسيرة ضد الحكم الذي قضى عليها بالطرده و التعويض قضى مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1991/02/18 بتأييد الحكم المعاد القرار الذي عرض لمراقبة المحكمة العليا من بين ما دفعت به المستأجرة المسيرة أن العقد الذي يجمع الطرفان عقد إيجار التسيير و أن المادة 202 من القانون التجاري تجيز للمستأجر المسير طلب تعويض يعادل ما أضافه بالمحل التجاري المادة التي استبعد تطبيقها قضاة الموضوع فكان على المحكمة العليا إذا النظر في مدى تطبيق المادة 202 من القانون التجاري .
غابر موقف قضاة المحكمة العليا الذي ذهب إليه قضاة الموضوع مؤكدة على حق المستأجر المسير في التعويض الذي عبر عنه القانون بتعويض عن القيمة المضافة وبذلك يكون الاجتهاد القضائي قد استبعد منح المستأجر المسير تعويض الاستحقاق عند الإخلاء .
فجاء عن المحكمة العليا " إن القانون يلزم المؤجر تسديد تعويض لفائدة المستأجر عند مغادرته المحل التجاري ، يكون مطابقا لفائدة التي يمكن أن يتحصل عليها من زيادة القيمة الحاصلة سواء في المتجر أو القيمة الإيجارية للعمارة ، بفضل التحسينات المادية التي قام بها المستأجر بالاتفاق مع المالك . ومن ثم فإن قضاة المجلس برفضهم طلب التعويض عن القيمة المضافة التي أدخلت على المحل التجاري ، دون تقديم تبرير عن ذلك يكونوا قد خالفوا القانون و عرضوا قرارهم للنقض " العناصر التي ما زالت المحكمة العليا متمسكة بها لحد الآن .

² دعم القضاء المغربي هذا الشرط بحصر نطاق تطبيق الفصل 39 من ظهير 24 ماي 1955 كما جاء عنه في كراء العقار و الأصل التجاري معا و ليس الواحد دون الآخر قرار عدد 781 بتاريخ 27 مارس 1985 ق.م.ع عدد 40 سنة 1987 ، ص 5 مع تعليق احمد عاصم المنشور ضمن مجموعة قرارات المجلس الأعلى ، ج 2 ، ص 325 و ما بعدها .

القيمة الإيجارية للعمارة بفضل التحسينات المادية التي قام بها المستأجر " و ما يطلق عليه الفقه بتعويض عن القيمة المضافة .

على الرغم من أن الشروط التي نصت عليها المادة 202 من ق.ت لا تتوافر في نطاق عقد الإيجار التجاري ، إلا انه يمكن للقاضي أن يحكم بهذا النوع من التعويض طبقاً لمبدأ العدالة¹ قياساً . فللقياس هو المصدر الرابع في الفقه الإسلامي بعد الكتاب و السنة و الإجماع و هو إلحاق أمر بأخر في الحكم الشرعي لاتحاد العلة بينهما ، و الأمثلة عن القياس كثيرة مثال ذلك قياس ما ورد في القرآن و السنة من أحكام في عقد البيع و قياسها على أحكام الإجارة التي يعتبرها الفقه بيع منافع و من بين ما جاء في رسالة عمر بن الخطاب التي بعثها إلى موسى الأشعري الذي نصبه قاضياً ما يلي : " الفهم الفهم فيما تلجج في صدرك مما ليس في الكتاب أو السنة ، ثم اعرف الأشباه فقس الأمور عند ذلك بنظائرها ، و اعمد إلى أقربها إلى الله و أشبهها بالحق ."

كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية عرفوا قاعدة "الغرم بالغنم" ² و هي فكرة أكثر مرونة ، و قاعدة "النقمة بقدر النعمة" و معناهما أن التكاليف و الخسائر التي تحدث يضمنها المستفيد منها شرعاً ³ و قد استهدفت هاتان القاعدتان تحقيق العدالة و إيجاد التوازن بين الأرباح و الخسائر ⁴ و هو الهدف المتوخى من تعويض المستأجر المحلي الذي لم يشترط تعويض الاستحقاق .

بهذا نكون قد انتهينا من الفصل الأول من هذا الباب لننتقل إلى دراسة اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق بالفصل الثاني سواء ابرم عقد الإيجار التجاري في قبل صدور قانون 02-05 و تم اشتراطه في عقد إيجار تجاري ابرم بعد صدور هذا القانون .

¹ المادة 01 ق م: " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في أحوالها. و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة ."

² علي علي سليمان : المرجع السابق ، ص 152 .

³ مصطفى احمد الزرقاء: المدخل الفقهي العام ، الطبعة 7 ، جامعة دمشق ، 1959 . فقرة 650 .

⁴ محمد فوزي فيض الله : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ، مكتبة التراث - الكويت . الطبعة الثانية ، 1986 . ص 177 و ما يليها .

الفصل الثاني:

اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق

سنعالج بهذا الفصل اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق سواء أبرم عقد الإيجار التجاري في ظل الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري أو تم اشتراطه ببند عقد إيجار تجاري أبرم بعد تاريخ صدور القانون 02-05 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المعدل و المتمم للقانون التجاري من خلال الكشف عن من يكتسب الحق فيه ، و من خلال تحليل الشروط الواجب توافرها سواء بمكتسبه أو تلك المرتبطة بعقد الإيجار التجاري و عليه سنقسم هذا الفصل كالتالي :

- **المبحث الأول:** من يجوز له التمسك بالحق في تعويض الاستحقاق ؟

- **المبحث الثاني:** الشروط الواجب توافرها لاكتساب الحق في بتعويض الاستحقاق

المبحث الأول :

من يجوز له التمسك بالحق في تعويض الاستحقاق ؟

طبقا لمقتضى المادة 169 ق ت يكتسب الحق في تعويض الاستحقاق المستأجر التاجر مالك القاعدة التجارية لأنه هو من سيلحقه الضرر إذا ما توافرت فيه الشروط الواجبة عند انعقاد الإيجار واحترامه للشروط الضرورية بعد انعقاده.

عرف الفقه¹ المستأجر على أنه الطرف الراغب في الاستغلال العين المؤجرة سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا مقابل منح المؤجر ثمن هذا الانتفاع و المسمى بدل إيجار. فيشترط فيه ما يشترط عادة في الشخص الذي يريد القيام بأي تصرف قانوني أي أن تتوافر به الأهلية الكاملة.

¹ علي حسن يونس ، المحل التجاري طبعة 1974 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص 333 وما يليها.

إلا أن الاستئجار على عكس التأجير قد يدخل أحيانا ضمن أعمال الإدارة إذا كان الغرض من الاستئجار استغلال لغرض شخصي كالسكن أو ممارسة نشاط مهني أو تجاري أو حرفي " ويعتبر من العقود الإدارية الإيجار ... " (المادة 573 فقرة 2 قانون مدني) وفي أوضاع أخرى يكون من أعمال التصرف إذا كان الغرض منه المضاربة و تحقيق الربح كالاستئجار بغرض إعادة التأجير بثمن أكبر .

جاء عن عبد الرزاق السنهوري¹ بخصوص هذه النقطة " قد يكون الاستئجار عملا من أعمال الإدارة فمن يستأجر دارا ليسكنها .. و هو في استئجاره يدير شأننا من أهم شؤونه وهو السكنى ومن يستأجر مكانا لبياشر مهنته من حمامة أو طب أو هندسة أو غير ذلك من الأعمال ، أو يباشر فيه تجارته أو صناعته إنما يقوم بعمل من أعمال الإدارة المتعلقة بمهنته أو تجارته أو صناعته ، إنما يقوم بعمل من أعمال التصرف فمن يستغل ماله في استئجار ارض زراعية إنما يتصرف في هذا المال بقصد المضاربة شأنه في ذلك من يشتري سلعة بقصد الاتجار فيها .. " ، غير أنه بالإضافة إلى شرط الأهلية يجب أن تتوافر بمستأجر المحل التجاري وقت التعاقد شروط خاصة تتعلق بطبيعة عقد الإيجار، بدونها لا يستطيع هذا الأخير اكتساب الملكية التجارية .

جاء بمقتضى المادة 169 ق ت التي تقابلها المادة 1-145 من التشريع الفرنسي² و الفصل 1 من التشريع المغربي³ و الفصل 1 من التشريع التونسي⁴ : " تطبق الأحكام التالية على إيجار العمارات أو المحلات التي يستغل فيها محل التجاري سواء كان هذا الأخير مملوكا لتاجر أو صناعي أو حرفي .. ط نستخرج من هذا النص الشروط التي أوجب المشرع توافرها أصلا بمستأجر المحل التجاري .

إلا أن المشرع أورد بالمادة 170 من نفس القانون استثناء عن هذه القاعدة فأفاد الملكية التجارية لمستأجرين لا تتوافر بهم الشروط التي عددها بالمادة 169 ، هذا ما سنتعرض

¹ جيلالي جنادي: الإيجارات التجارية في القانون التجاري الجزائري ، المرجع السابق ، ص 37 و ما يليها .

² Art. L.145-1 « les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité , que ce fonds appartienne , soit à un commerçant ou un industriel immatriculé au registre de commerce et des sociétés , soit à un chef d'une entreprise immatriculée au répertoires des métiers , accomplissant ou non des acte de commerce . »

³ الفصل الأول من ظهير 24 ماي 1955 ما يلي : " تطبق مقتضيات هذا الظهير على عقود كراء الأملاك أو الأماكن التي يستغل فيها أصل تجاري سواء كان هذا الأصل يعود إلى تاجر أو صانع أو رب حرفة . "

⁴ الفصل 1 من قانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 ما يلي : " تطبق أحكام هذا القانون على عقود تسوية العقارات و المحلات التي يستغل بها ملك تجاري طيلة عامين متتاليين على الأقل سواء كان ذلك على ملك تاجر او صاحب صناعة أو صاحب حرفة . "

بالتفصيل بهذا المبحث، أما المطلب الثاني فسنخصصه لدراسة الأشخاص الأخرى ما عدا التاجر الذين أفادهم المشرع بالحق في تعويض الاستحقاق و سنحترم الترتيب الذي جاء بنص المواد 169 و 170 و 172 ق.ت أي الحرفي ثم البلدية ثم المؤسسة العمومية الاقتصادية باعتباره م مستأجرين لعقد إيجار تجاري، لننتقل إلى غير المستأجرين و هم المحول إليهم و ذوي الحقوق.

- **المطلب الأول :** المستأجر التاجر

- **المطلب الثاني :** فيما عدا المستأجر التاجر

المطلب الأول:

المستأجر التاجر

شرعت الملكية التجارية من اجل حماية التاجر و مؤسسته التجارية أو الصناعية كما سبق لنا تبيناه فهو مستأجري عقد الإيجار التجاري الذي يجيز له المشرع التمسك بالحق في تعويض الاستحقاق .

طبقا لما جاء بالمادة 2 من قانون رقم 22/90 و المتعلق بالسجل التجاري¹ فالتاجر هو كل شخص طبيعي كان أو معنوي بالغاً مميزاً متهنلاً لتجارة : "يمكن أي شخص طبيعي يتمتع بحقوقه المدنية إن يعبر صراحة عن رغبته في امتهان أعمال التجارة باسمه ولحسابه الخاص" يستشف من نص هذه المادة انه من اجل اكتساب صفة التاجر يشترط القانون اجتماع شروط معينة ، إلا أن شرط الصفة لا يكفي لتمسك المستأجر التاجر بالحق في تعويض الاستحقاق ، بل يجب أيضا أن يكون مالكا للقاعدة التي يريد استغلالها بالأماكن المؤجرة، الشروط التي سنحللها بالفرع الأول من هذا المطلب أما الفرع الثاني فسنخصصه للإشكالية التي يطرحها المستأجر التاجر مالك المحل التجاري في إطار بعض عقود التوزيع .

¹ المؤرخ في 1990/08/18، ج ر ، الصادرة في 1990/08/22 ، عدد 36.

الفرع الأول :

الشروط الواجب توافرها في المستأجر التاجر

أول شرط يتطلبه القانون ليثبت لمستأجر التاجر التمسك بالحق في تعويض الاستحقاق هو اكتسابه صفة التاجر، و لم يختلف أيضا مشرنا عما جاء عن المشرع الفرنسي و المغربي و تونسي في اشتراط بالإضافة إلى صفة التاجر امتلاك هذا الأخير للمحل التجاري المستغل بالأماكن المؤجرة .

أولا : اكتساب صفة التاجر

لمعرفة من هو التاجر قانونا ينبغي الرجوع إلى المادة الأولى من ق.ت : "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذه مهنة معتادة له ما لم يقض القانون بخلاف ذلك" ¹ يستخلص من هذا النص الشروط الواجب توافرها من اجل الحصول على صفة التاجر و المتمثلة فيما يلي :

1-الشروط الموضوعية : و تتمثل فيما يلي :

1- أن يباشر عملا تجاريا : بصفة مستمرة مما يفترض الاستقرار و المداومة و التكرار ، و يعد عملا تجاريا كل ما يدخل في نطاق المواد 2 و3 و4 من نفس القانون التي صنفت مجموع الأعمال التجارية إلى ثلاث أنواع :

* الأعمال التجارية بحسب موضعها وهي التي حصرها و عددها المشروع في المادة 2 من ق.ت : "-كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها أو بعد تحويلها وشغلها -كل شراء للعقارات لإعادة بيعها -كل مقولة لتأجير المنقولات والعقارات - كل مقولة للإنتاج أو التحويل أو

¹ بالنسبة للأجانب فالسؤال يطرح إذا كان هؤلاء أيضا يجوز لهم اكتساب الملكية التجارية ؟ للإجابة على هذا السؤال ينبغي ملاحظة أنه لم ترد لي مادة تحضر استفاضة الجانب من الحق في الملكية التجارية أو الحق في الاسترجاع إذا كانوا مؤجرين كما هو الحال بالنسبة لحق الاستعادة في المحلات المدنية ، وبما أن كذلك فالرجوع إلى المادة 37 من الدستور 1996 و المادة 18 من القانون رقم 22/90 المؤرخ في 18 /07/1990 المتعلق بالسجل التجاري التي تسمح للمستثمرين الجانب الحصول على صفة التاجر و قياسا على المادة 547 من القانون التجاري التي تخضع الشركات الأجنبية التي تمارس نشاطها بالجزائر على التشريع الجزائري فإنه يجوز للمستثمر الأجنبي الذي أجر عمارة أو الاستغلال تجارته التمسك بالحق في طلب تجديد عقد إيجاره أو طلب التعويض الاستحقاق نفي حالة رفض المؤجر التجديد دون سبب مشروع شريطة أن يكون هذا الأجنبي يمارس التجارة في بلادنا بطريقة مشروعة أي حائز على بطاقة التاجر الأجنبي من الولاية الواقع في دائرة اختصاصها النشاط التجاري أو الصناعي المرغوب ممارسته ، و التقيد بالسجل التجاري طبقا للإجراءات المنصوص عليها بالمادة 12 و 13 من المرسوم التنفيذي رقم 41/97 المؤرخ في 18/07/1997 المتعلق بشروط التسجيل في السجل التجاري .

الإصلاح - كل مقاوله للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض - كل مقاوله للتوريد و الخدمات - كل مقولة لاستغلال المناجم أو المنجم السطحية أو مقالع الحجاره أو متوجات الأرض الأخرى - كل مقاوله لاستغلال النقل أو الانتقال - كل مقولة لاستغلال الملاهي العمومية أو الإنتاج الفكري - كل مقاوله للتأمينات - كل مقاوله لاستغلال المخازن العمومية - كل مقاوله لبيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة - كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة - كل عملية توسط لشراء و بيع العقارات أو المحلات التجارية أو القيم المنقولة ..."

* الأعمال التجارية بحسب شكلها وهي ما ورد على سبيل الحصر في المادة 3 ق ت :-
التعامل بالسفتجة بين كل الأشخاص - الشركات التجارية - وكالات و مكاتب الأعمال مهما كان هدفها - العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية - كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة البحرية و الجوية ."

* الأعمال التجارية بالتبعية وهي ما عدده المشروع أيضا بالمادة 4 ق ت :-
الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره - الالتزامات بين التجار .
ب - أن يتخذ من هذا العمل مهنة معتادة له : لا يكفي أن يمارس الشخص عملا من ضمن الأعمال التي أشير إليها أعلاه بل يجب أن يجعل من هذه التجارة مهنته الرئيسية التي يسعى من وراءها إلى تحقيق ربح مالي يستغرق منه ، فلا يجوز الجمع بين مهنة التجارة و مهنة أخرى حرة كانت (كالطب مثلا أو الهندسة) أو وظيفة عمومية .

ج - أن تتوافر به الأهلية القانونية: يجوز لأي شخص الاستئجار شريطة أن يكون أهلا للتعاقد : "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها القانون . " (الم 78 من ق.م)
فيتضح من هذا النص ثلاث شروط :

* إن تتوافر بالمستأجر أهلية التعاقد ، أي أن يكون بالغا السن القانوني الذي حددته المادة 40 من نفس القانون بتسعة عشر سنة كاملة ، وعدم إصابته بعارض من عوارض الأهلية والتي حددها المشرع في المادة 42 من القانون المدني كالجنون أو العته أو السفه .

إلا أن وبخصوص السن القانوني ينبغي ملاحظة أن عقد إيجار المحل التجاري يدخل ضمن الأعمال التجارية : تعد عملا تجاريا بحسب شكله ا العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية " (المادة 3 ق ت) ، ولما كان كذلك فإن مستأجر المحل التجاري يستفيد من حكم المادة 5 من نفس القانون التي تجيز للتاجر استثنائيا ممارسة أعمال تجارية في سن الثامنة عشر شريطة ترشيده ، ويقصد بالترشيح حصول القاصر ذكرا كن أو أنثى على إذن من وليه سواء كان أحد والديه أو بقرار من مجلس العائلة مصادقة عليه من قبل رئيس المحكمة¹.

* أن لا تكون حرته مسلوبة أو ممنوعة من مباشرة حقوقه المدنية بمناسبة الحجر عليه أو الحكم عليه بعقوبة جنائية : " العقوبات التبعية هي الحجر القانوني و الحرمان من الحقوق الوطنية وهي لا تتعلق إلا بعقوبة الجنائية " (المادة 6 من ق ع).

* أن لا يحد القانون من أهليته في التعاقد فبعض الأشخاص على الرغم من تمتعهم بالأهلية الكاملة إلا أنه تطبيقا لأحكام قانونية خاصة لا يجوز لهم إبرام بعض العقود مثال ذلك لا يجوز للقضاء شراء الحقوق المتنازع عليها الماتتين 402 و 403 من ق م .

2- الشروط الشكلية : و يقصد بها القيد في السجل التجاري و جاء القيد في السجل التجاري كشرط قانوني كما اعتبره القضاء معيار لمنح بعض أنواع النشاطات الحق في المطالبة بالتعويض الاستحقاقى .

أ- القيد كشرط قانوني : اشترطت المادة 21 من الأمر رقم 27/96² على أن ممارسة عمل من أعمال التجارة بصفة اعتيادية واتخاذ من هذا العمل حرفة لا يكفي لاحتياج المستأجر بصفة تاجر ، بل ينبغي زيادة على ذلك أن يكون مقيدا بالسجل التجاري : " كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري يعد مكتسبا صفة التاجر .. " كما جاء بالمادتين 19 و 169 من نفس القانون على التوالي : " يلزم بالتسجيل في السجل التجاري " :

¹ المادة 84 من قانون الأسرة : " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة " كما جاء بالمادة 5 من القانون التجاري " لا يجوز للقاصر المرشد ذكرا أم أنثى البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة و الذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن العمال التجارية : - إذا لم يكن قد تحصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرارا مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة - ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري " يرى في هذا الشأن على أن غانم مؤلف كتاب الوجيز في القانون التجاري و قانون الأعمال ، المرجع السابق ص 148 و ما يليها. أن هذه المادة يعاب عليها إسناد سلطة الترشيح إلى مجلس العائلة في حالة غياب الوالدين في حين التشريع لم ينص على أحكام تنظم هذا المجلس هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن المشرع كانت أكثر صرامة فيما يخص تصرف القاصر في أمواله العقارية التي اشترط إستأذان القاضي فيها بينما في الأعمال التجارية اكتفى بالترشيح المسبق دون الحاجة إلى الرجوع للقاضي في قيام المرشد باي عمل تجاري على رغم خطورة هذه الأعمال شأنها شأن التصرف في العقار.

² المؤرخ في 1996/12/09 المتعلق بالسجل التجاري الصادر بالجريدة الرسمية رقم 77 المؤرخة في 1996/12/09 .

كل شخص طبيعي له صفة التاجر في نظر القانون الجزائري ... ، كل شخص معنوي تاجر بالشكل ، أو يكون موضوعه تجاريا ... " تطبيق الأحكام التالية على ... سواء كان هذا الأخير مملوكا لتاجر أو صناعي مقيد قانونا في السجل التجاري... " .

جاء في هذا الشأن عن علي بن غانم ¹: "أن القيد ليس شرطا لاكتساب صفة التاجر إنما التزاما يجب على هذا الأخير احترامه ."

غير أنه يلاحظ أن التشريع في حد ذاته غير مستقر على تحديد موقعه القانوني ففي بعض النصوص يشير إلى القيد كشرط لاكتساب صفة التاجر ، بينما في نصوص أخرى يتحدث عن الالتزام بالقيد ، إلا ان جميع هذه النصوص تتفق في اشتراط القيد و بدونه لا يمكن للتاجر اكتساب الملكية التجارية .

كما يجب طبقا لما جاء بالمادة 13 من القانون رقم 22/90 المتعلق أيضا بسجل التجار ² التصريح بممارسة التجارة للجهة المختصة : "يجب على كل شخص طبيعي متمتع بالأهلية المدنية و الحقوق الوطنية و يريد ممارسة نشاط يخضع للقانون التجاري إن يصرح بذلك لدى الضابط العمومي المؤهل قانونا بمقتضى هذا القانون . " و يقصد بالضابط العمومي عامل من عمال المركز الوطني للسجل التجاري : "مأمورو المركز الوطني للسجل التجاري في مفهوم المواد 2 و6 و11 من ه ذا القانون يعينون و يؤهلون كضباط عموم يون يتمتعون بصفة مساعدتي القضاء وفقا لطرق و كفيات يحددها التنظيم . " (المادة 15 مكررة 2) ³.

ان القيد عمليا هو التسجيل في سجل عام تمسكه جهة إدارية مستقلة تدعى بمركز السجل التجاري تنشط تحت وصاية وزارة التجارة طبقا لما هو مقرر بقانون رقم 14/19 المؤرخ في 14/09/1991 ⁴، يدون فيه أسماء جميع الأشخاص الطبيعية و المعنوية و جميع الوقائع المتعلقة بتجارتهم ، و كل البيانات و المعلومات الخاصة بهم حسب التسلسل الزمني لتاريخ قيدهم ، و تسلم لهم بطاقة السجل التجاري التي تخول له م الحق في ممارسة نشاط تجاري او صناعي المبين عليها .

¹ المرجع السابق ، ص 157 ، وما يليها .

² المؤرخ في 18/08/1990 و المنشور في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 22/08/1990 عدد 36.

³ من القانون رقم 14/19 المؤرخ في 14/09/1991 المتعلق بالسجل التجاري

⁴ المتعلق بالسجل التجاري المتمم و المعدل للمرسوم التنفيذي في 90/79 المؤرخ في 17/03/1990 جاء بالمادة 15 مكرر 1 منه : " يعد المركز الوطني للسجل التجاري المكلف خصوصا بتسليم السجل التجاري و تسييره مؤسسة إدارية مستقلة "

مبدئياً يجوز للتاجر ممارسة أي نشاط تجاري يكون مشروع ، ولا يقيد هـ هذه الحرية سوى خضوع بعض أنواع التجارة إما إلى قواعد تقنية الخاصة بالأنشطة الخطيرة أو الغير الصحية و المضرة أو ضرورة الحصول على رخصة من الشرطة الإدارية مسبقاً لممارسة بعض من تجارة مثل تجارة في المشروبات الكحولية طبقاً لما جاء بالمادة 18 من القانون رقم 220/90 المتعلق بالسجل التجاري¹ ، أو التجارة التي يجوز ممارستها في المنطقة المحمية التي تخلفها الدولة و بتظلم سيرها في إطار الاقتصاد الحر.

ب- القيد كمعيار قضائي : لم يرد النشاط الصيدلاني ضمن التعداد الذي جاء به القانون التجاري مما يؤدي بنا إلى القول بأن هذا النشاط نشاط مهني يخضع لأحكام القانون المدني (المادة 475 من ق.م) ، من الثابت قانوناً ومستقر عليه قضاء² أن الملكية التجارية لا تثبت لأصحاب المهن الحرة الذين استأجروا أماكن لممارسة مهنتهم مثال ذلك الأطباء ، المحامون ، المهندسون .. الخ ، وبالتالي لا يجوز لهؤلاء أصلاً المطالبة عند انتهاء مدة الإيجار بتجديد العقد أو المطالبة بدفع تعويض الاستحقاق.

خضع الصيدلي في زمن سابق لهذا الحكم إلى غاية صدور القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية وتطوير الصحة³ والذي جاء بمقتضى مادته 188: " بخصوص الصيدليات الحرة يجب أن يكون الصيدلي المالك و المسير الوحيد للمحل التجاري للصيدلية و التي هو مسئول عنها " .

يستشف من هذا النص أن استغلال صيدلية بصفة حرة هو ممارسة لقاعدة تجارية و بالتالي فهي خاضعة لأحكام القانون التجاري التي تشترط القيد في السجل التجاري ، و الصيدلية هي مكان مخصص لتنفيذ الوصفات الطبية و تحضير الأدوية المسجلة وكذا بيع بالتجزئة للمواد الصيدلانية .

¹ المؤرخ في 1990/12/18 المعدل و المتمم المنشور في الجريدة الرسمية عدد 36 الصادر بتاريخ 1990/08/22.
² جاء بمبدأ قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 1998/03/17 ملف رقم 159323 في القضية التي جمعت بين (زم) و (س) ومن معه : " المحل المهني عدم تطبيق المادة 173 من القانون التجاري – من الثابت قانوني أن تطبيق أحكام المادة 173 من القانون التجاري على إيجارات المتعلقة بالمحلات المهنية ، ولما ثبت في قضية الحال أن إيجار يتعلق بمحل مهني وليس محل تجاري فلا مجال لتطبيق نص المادة 173 و 194 من ق ت ، ولما قضى قضاة المجلس باستبعاد المادتين المذكورتان أعلاه يكونون قد التزموا بصحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب الرافض:

³ جاء النص باللغة الفرنسية كالتالي : " pour les pharmacies privées le pharmacien , doit être unique propriétaire et unique gestionnaire du fond de commerce de la pharmacie dont il à la responsabilité. »

غير أنه استثناء عما ورد بأحكام الإيجار التجاري حضر تأجير تسيير الصيدلية فاشترط
المشرع بصفة صريحة عدم الفصل بين ملكية القاعدة و ملكية التسيير ، الحضر الذي
يفترض الاستغلال الشخصي لهذا النوع من التجارة و لعل الحكمة من هذا الحكم هو ضمان
تصرف الصيدلي اتجاه الغير نظرا للطبيعة الحساسة لهذا النشاط وارتباطه بالصحة
العمومية¹.

تخضع الصيدلية الحرة في نشأتها وتحويلها إلى ما جاء بالقرار الصادر عن وزارة الصحة
العمومية رقم 51 المؤرخ في 20 ديسمبر 1993² ، غير هذا النص الجديد من صفة
الصيدلي فكان لذلك أثر على العقود التي يبرمها بمناسبة تجارته فطرح التساؤل فيما يخص
الإيجار الذي يبرمه هذا الأخير لممارسة نشاطه .

أجابت المحكمة العليا في قرارات عديدة عن هذا السؤال و في كل مرة كان الجواب نفسه
بحيث اعتبرت الإيجار الذي يبرمه الصيدلي يخضع لأحكام الإيجارات التجارية³ على أساس
معيار القيد في السجل التجاري و امتلاك المحل التجاري⁴ و منحته بذلك الحق في تعويض
الاستحقاق .

¹ Hannouz Mourad, Khadir Mohamed: Eléments de droit pharmaceutique , 1 er Ed 2000 O.P.U Alger, p 113-et s.

² يحدد هذا النص التنظيمي العدد المسموح به للصيدلية بحيث يسمح بنشأة صيدلية لكل 6000 نسمة ، كما يحدد المسافة الواجب احترامها بين
صيدلية وأخرى و المحددة ب 200 متر ، واشترط أن تكون مساحة المحل أين ستستغل الصيدلية لا تقل عن 50 متر مربع وتحتوي على الأقل على
الغرف التالية :غرفة منفصلة للبيع ، غرفة تستعمل كمكتب ،غرفة بها حنفيات تستعمل للتحضيرات الصيدلانية ، و مرحاض ، كما يجب أن يحتوي
المحل على ثلاجة وخزانة مغلقة . كما أن ملف نشأة الصيدلية يجب أن يحتوي على طلب موجه لمدير الصحة العمومية و محضر محرر من طرف
مديرية الصحة العمومية يثبت أن الصيدلية تتواجدت على بعد 200 متر من مثيلتها و شهادة مصادق عليها من مديرية الصحة العمومية تثبت أن
المحل يحتوي على الغرف لمشتربة بالنص التنظيمي.

³ ملف رقم 137830 القرار الصادر عن الغرفة التجارية و البحرية بتاريخ 10-10-1995 ،المج القضا الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و
البحرية عدد خاص ، 1990 ،ص 112 و ما يليها و الذي جاء بمبدئه : " رفض تجديد الإيجار – التعويض الاستحقاقى – محل تجاري مستعمل
كصيدلية المادتان 173-176 من القانون التجاري من المقرر قانونا أنه يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد إيجار ، غير أنه ينبغي عليه فيما عدا ... أن
يسدد للمستأجر المخلي التعويض المسمى التعويض استحقاقى ... " و لما ثبت في قضية الحال- أن قضاة الاستئناف صادقوا على التنبيه بالإخلاء
الموجه من المؤجر إلى المستأجر الذي يمارس نشاط الصيدلية في المحل المتنازع عليه مقابل التعويض الاستحقاق و استبعدوا النص القانوني الذي
وضع أساس لحماية وزارة الصحة و الذي لا علاقة له بموضوع النزاع فإن قضاءهم جاء صائبا " استندت المحكمة العليا في قرارها على تحليل
المادة 216 التي احتج بها المستأجر بكونها تعالج حالة تغيير التخصيص في حين أن موضوع الدعوى التي طرحها المؤجر ترمي إلى ممارسة
حقها في استرجاع مما جعل دفعه بدون موضوع : " حيث أن الدعوى الحالية لا ترمي إلى تغيير تخصيص المحل المستأجر من طرف الطاعن بل
تخص طلب استرجاع محل تجاري مقابل دفع تعويض استحقاقى عملا بأحكام المواد 173 و ما يليها من القانون التجاري ، و بالإضافة إلى ذلك
حيث أنها لا يجوز للمستأجر أن يتمسك بمقتضيات المادة 216 السالفة الذكر التي قررها القانون لحماية مصالح وزارة الصحة وليس لمصالح
المستأجر الصيدلاني "

⁴ بالرجوع الى القرار الصادر بتاريخ 25/03/1990 ملف رقم 66021 المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1992 العدد الثاني ،ص 96 .نلاحظ أن
قضاة المحكمة العليا يعتبرون محل الصيدلة قاعدة تجارية وبالتالي صاحبه يكتسب الملكية التجارية إذا ما أجر محلا لممارسة هذا النشاط و الذي
يستوجب التقييد في السجل التجاري القرار الذي جاء به ما يلي (....وضع لطاعن في هذه القضية فقد استغل وما زال يستغل المحل موضوع النزاع
منذ إيجار وشراء القاعدة التجارية عام 1975 حيث استعمله في البداية صيدلية ثم لأدوية هذه الصيدلية .. فلا ينتهي إيجاره إلا وفقا للأوضاع
المقررة في القانون التجاري) .أنظر كذلك القرار المؤرخ في 10/10/1995 والذي جاء مبدأه كالتالي ك (فخلاء محل تجاري مستعمل كصيدلية –
مقابل تعويض استحقاقى) . المجلة القضائية لسنة 1996 العدد الثاني ص 96 .

وننتهي إلى القول بان عدم القيد في السجل التجاري بالإضافة إلى كونه يحرم ممارس النشاط من اكتساب صفة التاجر و حصوله على الحماية القانونية فانه يعتبر فعل مجرم يعرض مرتكبه إلى عقوبة جزائية (مادة 28 من الأمر المؤرخ في 1996/90/90 المتعلق بالسجل التجاري¹) فان فعل مجرم يعاقب على ارتكابه بعقوبة قد تكون سالبة للحرية ، إلا انه و من اجل اكتساب المستأجر التاجر الحق في تعويض الاستحقاق لا يكفي ثبوت هذه الصفة بل يشترط القانون امتلاكه للمحل التجاري المستغل بالأماكن المؤجرة .

ثانيا :امتلاك المستأجر للمحل التجاري واستغلاله لمدة معينة بالأماكن المؤجرة

اشتطت المادة 169 المشار إليها أعلاه أن يكون المحل التجاري المستغل في الأماكن المؤجرة ملكا للمستأجر " ..إيجار العمارات أو المحلات التي يستغل فيها محلا تجاري سواء كان مملوكا لتاجر أو صناعي.. " الذي يفترض أنشأه بنفسه و ترتيب عناصره المادية و المعنوية، أو اكتسبه تبعا لتصرف ناقل للملكية كالبيع أو الميراث أو الوصية أو قدم له كحصة في شركة.

أ-امتلاك المحل التجاري : لم يعرف المشرع المحل التجاري و اكتف بتعداد العناصر المكون له على غرار المشرع المغربي و التونسي فجاء نص المادة78 من ق.ت:" تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري ، و يشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه وشهرته كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان وحق الملكية الصناعية و التجارية كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك " .

غير أن بعض الفقيه ذهب إلى القول أن المحل التجاري مجموعة من الأموال المنقولة تتكون أساسا من عناصر معنوية ملحقة بعناصر مادية تستعمل في ممارسة مهنة تجارية ، و بالتالي فهو ملكية ترد على شيء معنوي² لكونه ينشأ بنشأة أهم عنصر معنوي يكونه أي العملاء ونيول بزواله، كما أنه مال منقول لان العقار ليس عنصر من عناصره.

¹ : " كل شخص طبيعي أو معنوي غير مسجل في السجل التجاري يمارس بصفة عادية نشاطا تجاريا ويكون قد ارتكب مخالفة تعين ويعاقب عليها طبقا للإحكام القانونية السارية في ه ذا المجال."
²تطرح القاعدة التجارية في العصر الحديث إشكال فقهي من شأنه الفصل بين القاعدة و شخصية صاحبها أي التاجر.فقد اشتهرت النظرية اللاتينية بوحدة الذمة المالية فلا تخرج القاعدة التجارية عن ذمة الشخصية القانونية للتاجر مالكا فيرى أصحاب هذه النظرية أن القاعدة هي مجموعة واقعية

يقصي المشرع بهذا الشرط من اكتساب الملكية التجارية المستأجرين التجار الذين يستغلون محل تجاري مملوك للغير مثال ذلك المسير الحر الذي وإن تتوافر به صفة التاجر لكن لا يمتلك المحل التجاري الذي يستغله¹.

إن كان المحل التجاري مجموعة من العناصر المادية و المعنوية فإن امتلاك المستأجر التاجر لها لا يكفي لاكتسابه الملكية التجارية فقد علق المشرع استحقاق هذه الملكية بشرط آخر مرتبط بالمحل التجاري و هو شرط نفاذ مدة زمنية معينة لاستغلاله بالأماكن المؤجرة .

ب- استغلاله بالأماكن المؤجرة لمدة معينة : نصت المادة 172 ق ت : "لا يجوز التمسك بحق التجديد إلا من طرف المستأجرين أو المحول إليهم ا ودي الحقوق ال ذين يثبتون بأنهم يستغلون متجرا بأنفسهم أو بواسطة تابعيهم إما مند سنتين متتابعتين وفقا لإيجار واحد أو أكثر أو أربع سنوات متتالية شفوية كانت أو كتابية ."

كما جاء بمقتضى المادة 187 مكرر من نفس القانون : " تحرر عقود الإيجار المبرمة ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الشعبية ، في الشكل الرسمي ، و ذلك تحت طائلة البطلان ، و تبرم لمدة يحددها الأطراف بكل حرية ."

وهذا المال المركب و أنها عنصر من العناصر الإيجابية في ذمة التاجر المالية دون أن يعتبر هذا المال ذمة مالية مستقلة . محمد حسنين ، الوجيز في الملكية الفكرية ، طبعة 1985 ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، صفحة من 231 و ما يليها .
غير أنه يلاحظ أن الفقيه الفرنسي الحديث عند تطرفه للقاعدة التجارية صار يستعمل عبارة المؤسسة التجارية *Entreprise* مما يدل على تطور مفهوم القاعدة التجارية من جهة و انفصال ذمتها عن ذمة التاجر حجتها في ذلك أن القاعدة التجارية مال متميز عن العناصر التي تتركب منها فهي وحدة قائمة بذاتها وكل عنصر يعتبر مالا في حد ذاته واجتماع هذه العناصر يخلق مال آخر مستقل يخضع لقواعد تختلف عن التي يخضع لها عنصر مكون لها ، لمعرفة توجه الفقه الفرنسي راجع جورج ريبار *G.Ripert* في مرجعه القانون التجاري ، الطبعة 1977 ، عن المكتبة العامة للقانون و الاجتهاد القضائي و الذي جاء عنه في ص 232 و ما يليها .

« Ces règles sont récentes et témoignent tout à la fois de la force politique acquise par les commerçants et de la vigueur de la notion d'entreprise, dont la permanence s'affirme à travers les changements d'exploitation et d'exploitant »

كما جاء عن نفس المؤلف فقرة 548 ما يلي :

« Pendant longtemps, le droit ne s'est occupé que de l'activité personnelle du commerçant, la notion de fonds de commerce est apparue dans la pratique quand il s'agit pour le commerçant de céder les éléments qui ont servi à grouper une clientèle »

ذهب محمد حسنين في كتابه الوجيز في الملكية الفكرية ، المرجع السابق ص 233 ، الى تبين موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة : " فالمحل التجاري (القاعدة القانونية) حق ملكية يرد على شيء معنوي منقول ، هو بدوره مجموعة من الأموال المنقولة المخصصة لممارسة مهنة تجارية أو صناعية ، وتتضمن بصفة أصلية بعض المقومات المعنوية ، وقد يشمل على مقومات أخرى مادية و على هذا النحو لا يعتبر ذمة مالية مستقلة و لا شخصا معنويا وهذا هو أيضا رأي الفقه الحديث وهو يتفق مع التشريع الجزائري و المصري و الفرنسي "¹
الموقف الذي كرسه المحكمة العليا جاء بالقرار المؤرخ في 1986/10/25 ملف رقم 39953 ، غ. التجا و البج، المجلة القضائية 1989 ، عدد 02 ص 135 ما يلي : " و لما كان ثابتا -في قضية الحال - إن الأمر يتعلق بإيجار تسيير لأصل تجاري فإنه يمكن للمؤجر أن ينهيه بمقتضى رسالة مضمونة الوصول إلى المسير و ليس من الواجب أن يسدد أي تعويض عن الإخلاء له ، و لما وافق المجلس القضائي على الحكم قضى بتعيين خبير لتحديد تعويض الاستحقاق ، فإنه بقضائه كما فعل خرق القانون ، و عرض قراره للنقض ."

بعد استعراض هاذين النصين ينبغي التنويه بداية بأنه عند مراقبة القاضي لتوافر هذا الشرط من اجل منح المستأجر التاجر مالك المحل التجاري الحق في تعويض الاستحقاق عليه أن يراعي تاريخ إبرام عقد الإيجار .

فإذا ما إبرم عقد الإيجار التجاري قبل صدور قانون 02-05 المعدل و المتمم للقانون التجاري فان شرط المدة سيختلف باختلاف قالب الذي أفرغت فيه إرادة الأطراف فيما إذا كان شفهي أو كتابي و توالي العقود .طبقا لما جاء بالمادة 172 المشار إليها أعلاه يجب أن يستغل المستأجر المحل التجاري بالأماكن المؤجرة مدة لا تقل عن الأربع سنوات إذا إبرم عقد الإيجار شفاهة¹ ، أما في حالة إبرامه كتابة تنقلص المدة الدنيا إلى سنتين . في تحديده لأدنى مدة استغلال ميز المشرع في الفقرة المشار إليها أعلاه بين فترتين زمنيتين تختلفان بحسب اختلاف الشكل الذي اختاره الأطراف لإبرام عقد إيجار المحل التجاري² . مميذا بذلك بين عقد الإيجار " المقيد " و عقد الإيجار " شفهي كان أو كتابي " .

¹ مح .عليغ التجا و البح ، ملف رقم 34326 ، قرار 1985/04/06 : " من المقرر قانونا انه لا يحق لمستأجر المحل التجاري الذي إبرم إيجارا شفويا أن يتمسك بالملكية التجارية و بحقه في تجديد الإيجار إذا لم يشغل لمدة أربعة أعوام " .
² ينبغي بالإشارة إلى أن المادة 172 منق ت تقابلها المادة 4 من مرسوم 30 سبتمبر 1953 الفرنسي و التي كانت تفرق بين عقد إيجار المحل التجاري المنعقد كتابة وذلك المنعقد شفهي إلى قانون 12 ماي 1965 المعدل و المتمم للمرسوم إليه أعلاه أزال هذا التمييز و عدل من مدة استغلال الأدنى لاكتساب الملكية التجارية و بذلك يكون شرط المدة قد مر في التشريع الفرنسي بمرحلتين :
-مرحلة خضوع مدة الاستغلال لمرسوم 30 سبتمبر 1953 خضع المستأجر التاجر الفرنسي خلال هذه الفترة لأحكام المادة الرابعة من مرسوم 30 سبتمبر 1953 التي حددت المدة الأدنى المشتركة لاكتساب الملكية التجارية بفترة سنتين متتاليتين إذا كان عقد الإيجار التجاري مكتوب و مدة أربعة سنوات متتالية على الأقل إذا إبرم الإيجار شفاهة وذلك سواء تعلق الأمر بعقد وحيد أو عقود متعددة إلا أن هذه المدة الزمنية القصيرة لم تمنح لمستأجر التاجر الفرنسي الضمانات الكافية لاستقرار مؤسسته التجارية أو التجارية أو الصناعية مما دفعه إلى الضغط على السلطات العمومية من أجل الحصول على مدة إيجار أطول ونظرا للدور الذي يلعبه التاجر في الحياة السياسية الفرنسية خضع المشرع إلى مطالبة وأصدر القانون المؤرخ في 12 ماي 1965 المعدل و المتمم لمرسوم 30 سبتمبر 1953 .
- مرحلة خضوع مدة الاستغلال لأحكام قانون 12 ماي 1965 صدر هذا القانون معدل و متمم لمرسوم 30 سبتمبر 1953 بحيث ألغت مادته الثالث المادة الرابعة من مرسوم 1953 مشترطة كمدة أدنى لعقد إيجار المحل التجاري تسع سنوات

Art3/1 « la durée du contrat de location ne peut être inférieure à neuf ans »

ملغيا في نفس الوقت التمييز لذي كان موجود بين الإيجار الكتابي و الإيجار العرفي برر المشرع الفرنسي هذا الإلغاء بأهمية استقرار الحياة الاقتصادية بالنسبة إلى المستأجر التاجر و ضرورة استهلاك الاستثمار الذي أحدثه (بعصرنة المحل و تجهيزه) وفي نفس الوقت تشجيع المؤجرين على إبرام عقود إيجار لمدى أطول أكثر من ذلك فقد ألغى هذا القانون ما كان شائعا من شروط تعسفية اعتاد المؤجر إدراجها بالعقد (كشرط فاسخ للإيجار قبل نهاية مدة تسع سنوات) .

إلا أنه ينبغي الإشارة أن المشرع الفرنسي أورد على قاعدة التسع سنوات بعض الاستثناءات و المتمثلة في قدرة المستأجر التاجر على طلب فسخ عقد الإيجار بعد حكومية خاصة و معروضة و وضع حد لنشاطه التجاري على أن يتم ذلك بموجب إنذار لأجل ثلاثة أشهر مسبقا يوجه على المؤجر بموجب رسالة مضمونة الوصول كما يجوز أيضا للمستأجر التاجر إذا أصبح نشاطه التجاري بالأماكن المؤجرة مضر باستثماره و عرضه على الخسارة أو في حالة عثوره على محل أكثر فائدة أن يتفق مع المؤجر على فسخ عقد الإيجار قبل نهاية مدة التسع السنوات هذا من جهة ، و حتى لا يصبح من جهة أخرى المؤجر صحية المستأجر الذي لم يحترم التزاماته القانونية أو التعاقدية (كتغيير النشاط كليا دون موافقة المؤجر أو عدم دفع بدل الإيجار رغم إنذار المؤجر) .

Jaques Lassar: Toutes les questions pratiques sur les baux commerciaux .5 Ed 1978 collection Française
J. Delmas et Cie , , p 5.

Yves Chapat : le bail commercial 1° Ed 1988 Presse universitaire de France , p 45.

نظم المشرع الفرنسي الاتفاقيات الإيجازية التي تقل و تتعدى مدتها الأدنى تسع سنوات و التي موضوعها محل تستغل به مؤسسة تجارية أو صناعية بأحكام خاصة بحيث اعتبر المشرع الفرنسي أن عقد الإيجار التي تساوي أو تقل عن السنتين صحيحة لكنها غير قابلة للتجديد و في حالة بقاء المستأجر التاجر بالأماكن المؤجرة بعد نهاية مدة السنتين أو اتفاق الأطراف على تمديد عقد الإيجار تمدد تلقائيا مدة الإيجار الحديدي إلى تسع سنوات و تخضع حينها لأحكام الإيجارات التجارية أما عقود الإيجار الموسمية فلا يحكمها كذلك نظام الملكية التجارية حتى وإن تجدد كل سنة و كذلك اتفاقية الرخص المؤقتة لا تخضع لهذا النظام .

في تفسير أغلب المؤلفين¹ لهذه الفقرة اعتبروا أن العقد الذي عبر عنه المشرع " بالمقيد " هو الإيجار المبرم كتابة و اشترطوا بالنسبة إليه مدة استغلال لا تقل عن السنتين و المدة أربع سنوات إذا انعقد الإيجار شفهاة.

ذهب جنادي الجيلالي² إلى أن استغلال نشاط تجاري بالمحل المؤجر لمدة سنتين متتابعتين بموجب عقد إيجار كتابي أو لمدة أربع سنوات متتابعة بموجب عقد إيجار شفهي ، و سايره في الرأي حمدي باشا عمر الذي جاء عنه³: " يجب أن يستغل المستأجر التاجر المحل مدة سنتين إذا كان عقد إيجار مكتوبا أو أربع سنوات إذا كان عقد الإيجار شفويا لكي يكتسب الملكية التجارية " .

أما إذا إبرام الإيجار التجاري بعد صدور قانون رقم 02-05 و جاء بينوده اشتراط الحق في تعويض الاستحقاق فان الإشكال لن يطرح في حساب المدة بما انه و طبقا للمادة 187 مكرر أعلاه يحرر العقد في شكل رسمي تحت طائلة البطلان " و ذلك تحت طائلة البطلان " ، و عليه فان ادني مدة لاستغلال المحل التجاري بالأماكن المؤجرة و التي تفتح الحق في تعويض الاستحقاق ستكون سنتين⁴ .

بهذا الشرط ذهب المشرع الى إقصاء المستأجرين التجاريين الذين يبرمون عقود إيجارات تجارية موسمية من اكتساب الملكية التجارية على الرغم من توافر بهم صفة التاجر و امتلاكهم للمحل التجاري المستغل بالأماكن المؤجرة و لعل ه ذا الإقصاء منطقي لكون مثل ه ذه الإيجارات القصيرة المدة قد تدوم بضعة أشهر فقط و لتعلق نشاطها باستثمار خاص بموسم معين يدوم في اغلب الأحيان بضعة أشهر فقط ، بالتالي ارتباط عنصر عملائه ان وجد بالموقع ارتباط موسمي أيضا و غير دائم .

¹ احسان بوعروج التعويض الاستحقاق، المرجع السابق ، ص 33 وما يليها: " لكي يستفيد من حق تعويض الاستحقاق عند رفض المؤجر تجديد الإيجار ينبغي أن يكون قد استغل المحل لمدة سنتين إذا كان عقد الإيجار مكتوبا وأربع سنوات إذا كان شفويا وذلك حسب ما نصت عليه المادة 172 من القانون التجاري " . الأخضر العقون الإيجار الجزائري ، دروس ألفت على القضاة دفعة 1979 ، العاصمة ص 244: " يجب أن يكون التاجر استغل قاعدته مدة عامين إذا كان عقد الإيجار كتابي و أربع سنوات إذا كان العقد شفاهي تنص المادة 172 من القانون التجاري " .

² الإيجارات التجارية في القانون التجاري الجزائري ، المرجع السابق ، ص 12 وما يليها .
³ لمرجع السابق ، ص 13.

⁴ أكدت المحكمة العليا في تفسيرها لما جاء بالمادة 172 من ق.ت على وجوب مرور سنتين من استغلال المحل التجاري بالأماكن المؤجرة من اجل اكتساب الحق في الملكية التجارية . مح ، العليا، غ التجا و البيع ، ملف رقم 66021 قرار 1990/03/25، المج القضا ، العدد 2، 1991: " من المقرر قانونا انه يجوز للمستأجر أن يتمسك بحق تجديد الإيجار عندما يثبت استغلاله لمتجر بنفسه طيلة سنتين متتابعين وفقا لإيجار كتابي " .

غير انه يحدث ان يستأجر تاجر اماكن من اجل استغلال نشاطه بالاستفادة من عملاء تابعين لتاجر آخر و مرتبطين بمحله ففي هذه الحالة ينبغي التساؤل إذا كانت هذه الوضعية تحول دون اكتساب المستأجر التاجر للحق في تعويض الاستحقاق ، هذا ما سنحاول الكشف عنه بالفرع الثاني .

الفرع الثاني:

هل يجوز للمستأجر المبرم لأحد عقود التوزيع التمسك بالحق في تعويض الاستحقاق؟

إن امتلاك القاعدة التجارية يعني امتلاك جميع العناصر المكونة لها إلا أنه يحدث أن يفقد التاجر عنصر العملاء مما يدعو إلى التساؤل عن مدى نشأة القاعدة التجارية موضوع جبر الضرر بتعويض الاستحقاق؟

جاء بالمادة 78 من القانون التجاري أن القاعدة التجارية يجب إن تشمل إلزاميا عملاء خاصين بها "ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملاء..". كما جاء عن جورج ريبير¹ في معنى قوله: "أهم عنصر في القاعدة التجارية هو عنصر العملاء فيجب إذا أن يكون للمستأجر عملاء" وان كان الأصل أن مستأجر المحل التجاري مالك للقاعدة التي يستغلها بالأماكن المؤجر بما فيها العملاء المكونين لقاعدته .

إلا انه يحدث أن يؤجر فعلا المحل تجاري أين تستغل به قاعدة تجارية لكن عنصر العملاء لا يخلقه نشاط المستأجر ، بل هو ناتج عن استثمار آخر مرتبة بالمكان الذي يتواجد به المحل أصلا ، والأمثلة عن ذلك في الحياة العملية أصبحت كثيرة كالمقاهي أو المطاعم الصغيرة المتواجدة بالمراكز التجارية أو بدور السينما .. الخ. كما شاعت في وقتنا ظاهرة انفتاح شبكات التوزيع المتولدة عن عقود الامتياز العقاري على النشاطات التجارية التي تقدم خدمة و تساعد على جلب العملاء.

¹جورج ريبير G.Ripert، المرجع السابق ، ص 249.

في هـ هذه الحالة يحدث ان يستغل التاجر المستأجر عملاء تاجر آخر فالسؤال يطرح فيما إذا كان مثل هؤلاء المستأجرين يستطيعون اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق ؟ للإجابة على ذلك ينبغي التذكير أولاً بالمادة 78 ق.ت التي جاء بها بصريح العبارة انه لا وجود لقاعدة تجارية دون وجود عملاء خاصين بها .

كما جاء بالمادة 169 من نفس القانون التي عدت شروط اكتساب الحق في الإيجار و التي جاء بها "تطبق الأحكام التالية على إيجار العمارات أو المحلات التي يستغل فيها محل تجاري .." مما يؤكد أن المحل التجاري لا يمكن أن يكون له تواجد كامل بدون عنصر العملاء الخاص به و يذهب بنا إلى الاستنتاج بأن مثل هذه المحلات المؤجرة لممارسة التجارة لا تكسب صاحبها الحق في الملكية التجارية و بالتالي لا يجوز لصاحبها المطالبة بالحق في التجديد أو الحق في تعويض الاستحقاق إذا ما رفض المؤجر التجديد بدون سبب مشروع .

ذهب القضاء الفرنسي¹ في محاولته لإيجاده حلاً لهذا الإشكال إلى ابعاد من طرح هذا الإشكال ، بحيث حث القاضي على ضرورة البحث و التحري فيما إذا للتجار المتواجدين بهذه المراكز عملاء غير الذين يترددون على المراكز التجارية أو المؤسسة أين يتواجد المحل التجاري . و يتم ذلك في نظرنا إما بإثبات المستأجر بأن العملاء الذين يترددون على محله خاصين به و لا علاقة لهم بمكان تواجد المحل أو أن يثبت بأن هؤلاء العملاء كانوا يترددون عليه قبل تواجد أو فتح المركز أين يتواجد أصلاً ، في هذه الحالة فقط يجوز له الاحتجاج بالحق في الملكية التجارية (الحق في التجديد أو الحق في التعويض الاستحقاق).

فيشترط أن تنفرد القاعدة التجارية بعملاء خاصين بها بحيث اعتادوا فعلاً على شراء بضائعهم أو الحصول على خدماتهم منها² وبالتالي لا يعتبر الإيجار الذي يقع على أماكن

¹ Ass , Pleni , 24/04/1970 , Dalloz , 1970 , 381.

Cass. com.,27/02/1973, Dalloz, 1974, 283. Jean Derruppé : Les baux commerciaux, 2 ° Ed Dalloz1996 , p 16/17.

² يطرح السؤال بالنسبة للمحل المخصص لنشاط معين هل يكتسب مستأجره الملكية التجارية ؟ أي أن يكون المكان معد لاستغلال قاعدة تجارية كانت أو صناعية أو حرفية إلا أنه في بعض الحالات يصعب الفصل بين المكان المؤجر و القاعدة إذا كان المكان مهياً أصلاً لممارسة نشاط معين وأجرت القاعدة و المكان في نفس الوقت كدور السينما أ الحمامات أو المطاحن أو الملاهي الليلية بالنسبة للاجتهاد القضائي الحل يكمن في البحث عما إذا وجد عملاء لاحقين على إبرام عقد الإيجار فإذا اثبت المستأجر ذلك استطاع الاحتجاج بالملكية التجارية راجع في هذا الشأن :

Arrêt . com. , 27 Févr. 1973 , Dalloz , 1974 , 1974 , 283 Voir Jean Derruppé : les baux commerciaux , 2° Ed Dalloz , 1996 , p 15-16.

موجودة ضمن مراكز تجارية إيجار تجاري كون زبائنه هم عملاء للمركز التجاري (مثال ذلك إيجار مكان متواجد بالمطار لاستغلاله كمقهى)، غير أن تطور التقنيات في حلقات عقود التوزيع نتج عنه نوع من العقود التي أطلق عليها الفقه "العقود الحصرية"¹ و المتمثلة في عقد الامتياز التجاري . إن أصحاب هذه العقود هم في اتصال مباشر و يومي مع العملاء و يشكلون في الوقت نفسه شبكة التوزيع التي نسجها المنتج أو المختص في مجال التوزيع .
ي طرح عقد التوزيع عموما إشكالات عديدة بالنظر إلى حداثة هذا النوع من العقود و في غياب أحيانا نصوص دقيقة و تشريع خاص ينظمها .

لعقد التوزيع عدة صور فقد يكون عقد ترخيص باستعمال علامة تجارية او عقد تقديم مهارة " la franchise" أو عقد ترخيص باستعمال الشعار التجاري أو عقد ترخيص باستعمال المعرفة الفنية أو عقد امتياز الإنتاج و الذي يتضمن عادة ترخيص باستعمال براءة الاختراع أو باستعمال رسم أو نموذج صناعي ، كما قد يكون موضوع عقد الامتياز توزيع المنتج " la concession" فيتضمن الترخيص بالبيع الحصري للمنتجات موضوع العقد مثال ذلك عقد الامتياز الخاص بتسويق السيارات الجديدة و الذي سنتطرق اليه بالتفصيل.

الإشكال الذي تطرحه هذه العقود يختلف لكون طرفي العقد مالكين لقاعدة تجارية مستقلة بما فيها عنصر العملاء ، فإذا ما إبرام احد أطراف هذا العقد (عقد الامتياز التجاري او عقد تقديم مهارة او قد ترخيص باستعمال علامة) لإيجار تجاري من اجل ممارسة نشاطه ، و إن حدث ذلك و انتهى عقد الإيجار و رفض المؤجر التجديد بدون سبب مشروع و خطير من يجوز له التمسك بالحق في تعويض الاستحقاق ؟ في محاولتنا الإجابة على هذا الإشكال سنعتمد على ما وصل إليه التشريع والفقه المقارن إلا انه بداية يستوجب التعرف على هذا النوع من العقود و الاضطلاع على الأحكام المنظمة لها على وجه الاختصار.

Yves CHAPUT : La clientèle appropriée. Fonds de commerce, fonds civil, franchise et commerce électronique .Etude du centre de recherche sur le droit des affaires. Edition du juris-classeur .Paris .2004 .p 157. L'évolution des techniques et des circuits de distribution a donné naissance à une distribution dite intégrer reposant sur des contrats d'exclusivité, de concession ou de franchise.

أولا : الأحكام المنظمة لعقود التوزيع

سنتطرق في البداية إلى الأحكام المنظمة لعقود التوزيع عموما ثم عقد الامتياز الخاص بتسويق السيارات الجديدة لكون المشرع خصه بتنظيم خاص .

1 - عقود التوزيع عموما :

تعتبر عقود التوزيع من العقود الغير مسماة في القانون الجزائري ما دام أن المشرع و إلى يومنا هذا لم ينظمه بأحكام قانونية خاصة¹ ، إلا أن غياب قانون خاص بهذه العقود لا يعني عدم خضوع عقود التوزيع إلى أي قانون و بالرجوع إلى الشريعة العامة فان العقد غير المسمى يخضع مبدئيا إلى القانون المدني المنظم للنظرية العامة للعقد² .

كما تخضع أيضا عقود التوزيع إلى أحكام القانون التجاري بما أن نشاط هذه العقود يتمثل إما في أعمال الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات و هذه الأعمال نظمها القانون التجاري³ ، و أن الامتياز التجاري يربط بين أشخاص يكتسبون صفة التاجر سواء كان مانحا أو متلقيا ، وكيلا أو موكلا الصفة التي ينظمها أيضا القانون التجاري و القوانين اللاحقة به .

¹ رغم ان الحكومة و بتاريخ 14 سبتمبر 2009 صادقت على مشروع قانون حق الامتياز التجاري ، و قبل ذلك لم تكف الوعود عن صدور قانون منظم لهذا العقد الرجوع إلى :

Nora BOUDEDJ. Franchise. Une réglementation pour le premier semestre 2007 .El watan Economie du 26 novembre 2006 : « selon M.YAHIAOUI , directeur de la régularisation au sein du ministère du commerce ...des consultations avec les différents acteurs qui interviennent dans ce segment ont été entreprise dans le cadre de l'élaboration de cette réglementation qui devrait voir le jour , au plus tard , durant le premier semestre 2007 . » .

² كل المواد المتعلقة بركان العقد و تنفيذه و انقضائه المواد من 54 إلى 123 ق م .

³ في مواد 2-3-4 من ق ت .

يلاحظ أن العديد من الكتاب يصرون على أهمية أحكام القانون التجاري بالنسبة إلى تنظيم عقد الامتياز التجاري و مثال ذلك ما جاء من مقالات بجريدة الوطن :

M. MAMART . Développement de la franchise en Algérie : Un rempart contre la contrefaçon .Journal El Watan Economie du 4 décembre 2006 : « sur le plan juridique, l'association algérienne de la franchise compte sur le code de commerce, qui organise la fonction de distribution de façon générale et connait les questions de licence, brevets ..Même s'il ne se réfère pas explicitement à la franchise. » .

Salah SLIMANI .Commercialisation en franchise : Un casse tête dénommé transfert des royalties. Journal El WATAN Economie du 20 février 2006 : « d'autres opérateurs économiques ont relevé l'existence de vide juridique en matière de gestion de la franchise en Algérie. Chose que certains experts ont réfuté dans la mesure ou le code du commerce algérien est largement outillé pour la gestion de la franchise. » .

و نظرا لكون عقود التوزيع تقوم في اغلب الأحيان إما على ترخيص باستعمال عنصر أو أكثر من عناصر الملكية الفكرية مثل العلامة التجارية¹ أو الأسماء² و الشعارات التجارية مما يدعونا إلى تطبيق أيضا القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية³.

يهدف عقد الامتياز التجاري و عقد تقديم المهارة و عقد ترخيص باستعمال احد عناصر الملكية الفكرية أساسا إلى تداول المنتجات من المنتجين إلى الموردين ليصل إلى معيدي البيع و عليه تخضع هذه العقود أيضا إلى الأحكام المنظمة لقانون المنافسة⁴.

عرفت المنظمة العالمية للملكية الفكرية عقد الامتياز الخاص بترخيص حق من حقوق الملكية الفكرية على انه اتفاقية شراكة بين صاحب الحقوق الملكية الفكرية و شخص آخر يحصل على التصريح بالانتفاع بتلك الحقوق لقاء تسديد المبلغ المتفق عليه ، من أهم عقود الترخيص ترخيص لاستعمال علامة تجارية و تقديم المعرفة⁵، عقد ترخيص لاستعمال تكنولوجيا ، و عقد ترخيص لاستعمال حق مؤلف⁶.

يربط عقد تقديم المهارة او معرفة بين طرفين مستقلين قانونيا و اقتصاديا ، يدعى الطرف الأول "بالمناح او المرخص" و الطرف الثاني يدعى "المتلقي او المرخص له"⁷، و سواء كان المناح «franchiseur» شخص طبيعي أو شخص معنوي "مؤسسة اقتصادية"⁸

¹ أول نص قانوني نظم علامة المصنع و العلامة التجارية تمثل في الأمر رقم 66-57 المؤرخ في 19 مارس 1966 المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات . ج .ر . العدد 44 المؤرخة في 23 جويلية 2003 ، ص 22 . و لعل ابرز ايجابيات هذا النص انه وضع قائمة من الرموز المستعملة من التسجيل . المادة 2 من الأمر 03-06 تعريف العلامة التجارية بما يلي : " كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص و الأحرف و الأرقام و الرسومات أو الصور و الأشكال المميزة للسلع أو توضيبيها و الألوان بمفردها أو مركبة التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي او معنوي عن سلع و خدمات غيره ."
² الاسم التجاري هو التسمية التي يطلقها التاجر على محله التجاري لتمييزه عن غيره من المحلات المشابهة له و يعتبر عنصر من العناصر المعنوية للمحل التجاري المادة 78 من القانون التجاري .

³ الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق ببراءات الاختراع . ج .ر . العدد 44 المؤرخة في 23 جويلية 2003 ، ص 27 . الأمر رقم 66-86 المؤرخ في 28 ابريل 1966 المتعلق بالرسوم و النماذج . ج .ر . العدد 35 المؤرخة في 3 ماي 1966 ، ص 406 .
⁴ الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة . ج .ر . العدد 43 المؤرخة في 20 جويلية 2003 ص 25 . فقد جاء بالمادة من المرسوم التنفيذي رقم 07-390 المؤرخ في 12 ديسمبر 2007 المحدد لشروط و كفاءات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة ما يلي : " يجب أن يكون عقد الامتياز الذي يربط الوكيل بالموكل مطابقا لأحكام التشريع و التنظيم المعمول بهما ، لاسيما المادة 10 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليوس سنة 2003 و المذكور أعلاه (المتعلق بالمنافسة) و أحكام هذا المرسوم ."

⁵ يذهب الفقه الفرنسي في تعريفه لعقد الامتياز التجاري الخاص بالترخيص باستعمال علامة تجارية على وجوب تضمين هذا العقد عنصرين: الترخيص باستعمال علامة تجارية و تقديم المعرفة الفنية للمتلقي.

François COLLART DUTILLEUL et Philippe DELEBECQUE. Les contrats civiles et commerciaux .6eme Ed.

⁶ علاء عزيز الجبوري . عقد الترخيص -دراسة مقارنة - مطبعة دار الثقافة للنشر و التوزيع . 2011 .
⁷ ياسر سيد محمد الحديدي: النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري في الفكر الاقتصادي القانوني . منشأة المعارف . الإسكندرية . طبعة 2006 .
⁸ نعيمة فوزي . عقد الإغفاء التجاري " franchising " كأداة قانونية و اقتصادية لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة . مجلة الإدارة . المجلد 10 ، العدد 2 ، 2000 . ص 135 . يوسف جيلالي: النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري - دراسة مقارنة - رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في قانون الأعمال . 16 ماي 2012 ، جامعة وهران كلية الحقوق و العلوم السياسية .

⁸ غالبا ما يجتمع المناحون في شكل جمعيات « les associations de franchiseurs » و التي تتكافل في التشاور و تبادل الخبرات و تطوير الشبكة من أهم هذه الجمعيات على المستوى الدولي الفدرالية الفرنسية للامتياز التجاري ، الفيدرالية الأوروبية ، الفدرالية المغربية .

Fédération française de franchise -FFF- Adresse 60 rue de la Béotie, 75008 paris .site internet : www.franchise-fff.com .

Fédération européenne de franchise. Adresse Bd de l'humanité, 116/2 B- 1070 Bruxelles. Belgique.

يجب أن يكون تاجر يقوم بمنح إما علامة تجارية أو عنصر آخر من العناصر الجاذبة الزبائن كالاسم التجاري و المعرفة الفنية المتمثلة في المناهج و الأساليب العملية و التقنية المتبعة في استغلال النشاط.

أما المتلقي " franchisé " و هو الطرف الثاني في عقد تقديم المهارة فهو المستفيد أو المرخص له باستغلال و استعمال العلامة التجارية و الاسم التجاري و المعرفة الفنية للمانح. على غرار المانح فالمتلقي أيضا تاجرا إما بصفة فردية أو في إطار شركة تجارية و على غرار أيضا المانحين عادة ما يجتمع المتلقين في جمعيات¹.

2- عقد الامتياز الخاص بتسويق السيارات الجديدة:

Concession relative à la commercialisation de véhicules automobiles neufs
خص المشرع عقد الامتياز الخاص بتسويق السيارات الجديدة بتشريع خاص بموجب المرسوم التنفيذي رقم 390-07 المؤرخ في 12 ديسمبر 2007²، و بالنظر إلى ما جاء بهذا النص يجمع هذا العقد بين ثلاثة أطراف: الوكيل و الموزع المعتمد و معيد البيع المعتمد ، و حدد بالمادة الثانية من نشاط كل طرف في شبكة توزيع هذه³.
لم يتضمن هذا النص تعريفا لعقد الامتياز الخاص بتسويق السيارات و اكتفى المشرع بتسمية أطرافه (الوكيل و الموكل) و الحث على ضرورة إبرام هذا العقد وفق القانون الجزائري⁴، و على ضرورة مطابقته لشروط المنافسة المشروعة و عدم احتكار التوزيع⁵، يضاف إلى ذلك تحديده للالتزامات الوكيل⁶ فقط دون التطرق إلى التزامات الموكل.

Fédération marocaine de franchise. Adresse Bd Abdelatif Ben kaddour – Casablanca.

¹ Centre d'information et de défense des franchisés (CIDEF). adresse : 21, rue Mademoiselle, 75015. Paris. site internet : www.lecidef.com

² المرسوم التنفيذي المنشور ب ج.ر. عدد 78 المؤرخة في 12 ديسمبر 2007. ص 19 و ما يليها .
³ المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 390-07: " يقصد في مفهوم أحكام هذا المرسوم بما يأتي : - نشاط الوكيل ، كل نشاط لبيع السيارات الجديدة على أساس عقد امتياز يربط الوكيل بالموكل ، - نشاط الموزع المعتمد ، كل نشاط لبيع السيارات الجديدة على أساس عقد يربط الموزع المعتمد بالوكيل ، - نشاط معيد البيع المعتمد ، كل نشاط لإعادة بيع السيارات الجديدة على أساس عقد يربط معيد البيع المعتمد بالوكيل و / أو بالموزع المعتمد."

⁴ المادة 8 من المرسوم رقم 390-07 بالمطبة الثالثة : " - نسخة من عقد الامتياز الذي يربط الموكل بالوكيل ، معد طبقا للقانون الجزائري ."
⁵ المادة 10 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة ما يلي : " يعتبر عرقلة لحرية المنافسة أو حد منها أو إخلال بها كل عقد شراء استثنائي يسمح لصاحبه باحتكار التوزيع في السوق ."
⁶ الفصل الثاني من المرسوم أعلاه تحت عنوان "شروط ممارسة نشاط الوكيل " و بالفصل الثالث تحت عنوان "كيفية ممارسة نشاط الوكيل " و بالفصل الرابع " شروط البيع المطبقة على الوكيل .."

يلاحظ أيضا أن المشرع اعتنى بموجب هذا المرسوم بتنظيم عقود التوزيع التي تلي عقد الامتياز لاسيما عقد التوزيع الأول المبرم بين الوكيل و الموزع المعتمد و عقد التوزيع الثاني الذي يجمع بين الوكيل مباشرة أو الموزع المعتمد من جهة و معيد البيع المعتمد من جهة أخرى وذلك من خلال تحديد نشاط كل الأطراف الذي اعتبرهم المشرع أعوان اقتصاديين و إلزامهم بممارسة نشاطهم في شكل شركة تجارية¹.

أما المفوضية الأوروبية فقد عرفت عقد الامتياز من اجل التوزيع بين الوكيل و الموكل *contrat de concession* على انه: "الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد احد الأطراف اتجاه الطرف الآخر بعدم تسليم بعض المنتجات إلا إليه ، بهدف بيعها في كامل أو في جزء من إقليم السوق المشتركة".²

كما عرفته سميحة القليوبي³ على انه: "العقد الذي يتعهد بمقتضاه تاجر بان يقصر نشاطه في قطاع جغرافي معين لمدة محدودة على توزيع بضائع معينة ينتجها تاجر آخر و تحت إشراف هذا الأخير ، على أن يكون للمتعهد وحده حق احتكار إعادة بيع هذه السلع في القطاع الذي حدد له".

يظهر جليا من خلال ما جاء بالمرسوم 07-390 و التعاريف السابقة الذكر أن عقد الامتياز للتوزيع يجمع بين الطرف الأول المسمى "الوكيل" و "le concessionnaire" و الذي يتعهد بموجب هذا العقد بتزويد الطرف الثاني المسمى "الموكل" *le concédant* بمنتجات داخل الإقليم المتفق عليه في العقد المنتجات التي ستصل إلى الزبون عن طريق شبكة توزيع تجمع بين الوكيل و الموزع المعتمد و معيد البيع المعتمد .

¹ المادة الثالثة من المرسوم المذكور أعلاه ما يلي: " نشاط استيراد السيارات الجديدة مفتوح للأعوان الاقتصاديين المكونين في شكل شركات تجارية ، طبقا للتشريع المعمول به "

² Le règlement de la commission des communautés européennes du 23 juin 1983. JOCE, 30 juin 1983 n L.176, art 1^{er}: « la concession est un accord par le quelle une partie s'engage vis-à-vis de l'autre partie à livrer certain produits qu'a celle-ci dans le but de la revente dans l'ensemble ou dans une partie définie du territoire du marché commun . »

³ سميحة القليوبي : شرح العقود التجارية . دار النهضة العربية . الطبعة الثانية . 1992 . ص 195 .
: « convention par laquelle un commerçant , appelé concessionnaire , met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel appelé concédant , pour assurer exclusivement , sur un territoire déterminé, pendant une période limitée et sous la surveillance du concédant , la distribution des produits dont le monopole de revente lui est accordé . » C.CHAMPAUD. La concession commerciale. RTD com., 1963, n 24 . p 451 .

طبقا لما هو مقرر قانون فان جميع أطراف هذه الشبكة هم تجار¹ و بالتالي يحدث أن يستأجر الوكيل الأماكن التي يمارس بها نشاطه المتمثل في العرض و البيع أي يبرم عقد إيجار تجاري و بلتالي نفس الإشكال يطرح بالنسبة لعقد الامتياز تسويق السيارات الجديدة حول من يستحق تعويض الاستحقاق في حالة نهاية مدة العقد و رفض المؤجر التجديد ؟ بصيغة أخرى من يكتسب الحق في تعويض الاستحقاق الموكل أم الوكيل ؟ الإشكال الذي سنحاول الإجابة عنه في الفقرة التالية .

ثانيا : من يجوز له التمسك بالحق في تعويض الاستحقاق المستأجر الموكل أم الوكيل ؟
لقد سبق لنا إبراز أهمية الاتصال بالعملاء كمعيار استحدثه القضاء الفرنسي للتمسك بالحق في تعويض الاستحقاق فبتحديد مسألة الاتصال بالعملاء يتحدد مكتسب الحق في التعويض سواء تعلق الأمر بعقد تقديم مهارة أو عقد امتياز خاص بتسويق السيارات الجديدة أو عقد ترخيص باستعمال علامة .

يبدو أن المانح في عقد تقديم مهارة يشارك في جلب العملاء عن طريق دوره في وضع تحت تصرف المتلقي العلامة و الاسم التجاري و المعرفة و التعاون التقني لتهيئة المحل و عملية التنصيب و تكوين العمال و كذا اختيار الاستثمار و انتقاء عمليات الإشهار و نفس الأمر بالنسبة للموكل في عقد الامتياز إذا ما نص العقد على التعاون زيادة على الحصرية في توزيع المنتج .

أما المتلقي أو الوكيل فسيباشر في خلق نقطة البيع و تنميتها إما عن طريق امتلاكها أو استئجارها و يؤخذ على عاتقه تمويل المعدات و الآلات و العمال مع أخذ بعين الاعتبار كفاءته و مهنيته التي ستشارك كذلك في جلب العملاء و جعلها و فية له ، من هنا فان طرفا العقد يشاركان في خلق و جلب العملاء ، إلا أن صعوبة الإشكال القانوني يتمثل في تحديد الطرف الذي ينسب إليه هؤلاء العملاء و كل ما يترتب عليهم من آثار . سنحاول إيجاد عناصر الإجابة عن هذا الإشكال في القانون الجزائري ثم سنتعرض إلى ما وصل إليه القضاء و الفقه الفرنسي .

¹ الموكل تاجر بالضرورة بما انه منتج أو مورد لسلعة أو منتج و الوكيل تاجر معتمد يلتزم بالتسجيل في السجل التجاري طبقا لما جاء بالمادة 3 و المادة 7 من المرسوم 390-07 ، و الموزع المعتمد و معيد البيع المعتمد تاجران طبقا للمادة 34 من نفس المرسوم .

1 – موقف القانون الجزائري :

اعتبر المشرع عنصر العملاء من العناصر الإلزامية لنشأة المحل التجاري (ما 78 ق.ت) و عليه تحديد انتساب العملاء سيحدد من يملك المحل التجاري و كل ما يترتب عنه و فيما يتعلق برسالتنا من المستفيد من الملكية التجارية التي تترتب عن إبرام عقد إيجار تجاري. لم يتطرق المشرع الجزائري بنص خاص لتحديد من يملك الملكية التجارية إذا ما اجر التاجر أماكن لممارسة به نشاط تجاري في إطار عقد تقديم مهارة او عقد امتياز الخاص بتسويق السيارات الجديدة، إلا انه و بالنسبة إلى هذا العقد الأخير فان الإشكال يجد حله في قاعدة عدم رجعية القوانين .

فالأصل أن القانون يصبح نافذا بمجرد صدوره و نشره في الجريدة الرسمية و يبقى سائر المفعول إلى غاية إلغائه هذا ما يسميه الفقه بقاعدة تطبيق القانون من حيث الزمان .فالقانون هو وحده من يحدد النطاق الزمني الذي يطبق فيه القانون الجديد و الوقائع التي يتناولها تطبيقه، و القاعدة تنص على تطبيق القانون الجديد بأثر فوري أو مباشر¹ . بالإضافة إلى ذلك فان القانون الجديد يسري على الوقائع اللاحقة لصدوره سواء فيما تعلق بمركزها القانوني أو شروط قيامها و حتى أثارها² هذا ما يصطلح عليه بعدم رجعية القوانين أو عدم سريان القانون على الماضي³ .

نظم المشرع عقد الامتياز الخاص بتسويق السيارات الجديدة بموجب المرسوم التنفيذي المؤرخ في 12 ديسمبر 2007، إلا انه و قبل صدور هذا المرسوم قام المشرع بتعديل وتتميم للقانون التجاري و خاصة فيما يتعلق بأحكام الإيجارات التجارية كما سبق لنا بيناه

¹ استثنائيا يحدث أن يسري القانون بأثر غير فوري مثال ذلك قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ، و الذي جاء بالمادة 1062 منه ما يلي : " يسري مفعول هذا القانون ، بعد سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ."
² هجيرة دنوني و بن شيخ الحسين عن مبدأ عدم رجعية القوانين ما يلي : " يعني مبدأ عدم رجعية القانون ، إن القانون الجديد لا يسري على الآثار القانونية التي تكون قد نشأت في ظل القانون السابق .." و في الحكمة من هذا المبدأ: " إن هذا المبدأ نتيجة طبيعية لمبدأ التطبيق المباشر للقانون الجديد ، و يستند إلى الحرص على تحقيق العدل ، لان الأفراد أقاموا معاملاتهم حسب أحكام معينة ، فإذا تغيرت تلك الأحكام فجأة ، فان أمورهم تضطرب ."
³ قد يحدث أن يسري القانون بأثر رجعي أي ان القانون الجديد يحكم وقائع نشأت في ظل القانون القديم مثال ذلك ما جاء بالمادة 507 مكرر : " تبقى الإيجارات المبرمة في ظل التشريع السابق خاضعة له مدة عشر سنوات ، ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ."
و في هذا الشأن جاء عن عدة جلوس محمد عن الحكمة من تقرير مبدأ سريان القانون على الماضي ما يلي : " الحكم في ذلك كثيرة منها : (1) دواعي العدالة ... (2) سريان القانون على الماضي يهدم ثقة الناس بالقوانين (3) سريان القانون على الماضي يحدث الاضطراب في الأوضاع القانونية (4) من المبادئ المقررة ألا يحاسب الناس بمقتضى قانون إلا بعد علمهم به ، و لا يفترض العلم إلا بعد نشره ، فكيف يؤاخذ الناس على احترامهم لقانون صدر بعد إتيانهم العمل الذي تلومهم على عدم احترام القانون من اجله ."
عدة جلوس محمد : المدخل للقانون و الفقه الإسلامي – مقارنات بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي - منشورات دار الأديب . وهران . 2012 . ص 132-133 .

بالفصل الأول من هذا الباب فلم يعد بموجب هذا التعديل تعويض الاستحقاق حق مطلق ينشأ بمجرد رفض تجديد الإيجار بدون سبب مشروع و إنما وجوده مرتبط بإرادة الأطراف، و عليه تطبيقاً لقاعدة عدم رجعية القوانين فان قانون 05-02 هو الذي سيكون محل التطبيق في حالة استئجار الوكيل للاماكن التي يمارس بها نشاطه التجاري في إطار عقد الامتياز الخاص بتسويق السيارات الجديدة .

غير أن تطبيق هذه القاعدة يمنح فقط نصف الحل و ليس كل الحل بما أن المادة 187 مكرر من ق ت تسمح للمستأجر اشتراط الحق في تعويض الاستحقاق مما يجعل الإشكال يطرح من جديد فمن يستحق هذا التعويض في حالة اشتراطه الوكيل أم الموكل ؟ .

أكثر من ذلك فان وجد هذا الإشكال جزء من حله بالنسبة لعقد الامتياز الخاص بتسويق السيارات الجديدة إلا انه بالنسبة للصور الأخرى كعقد تقديم مهارة المعمول به قبل تعديل القانون التجاري فما هو الحل ؟

أمام غياب نص قانوني و عدم تدخل الاجتهاد القضائي و لا الفقه لحل هذا الإشكال تدعو الضرورة إلى اللجوء إلى القانون المقارن خاصة و أن الإشكال طرح على القضاء الفرنسي و كان للفقه الفرنسي أيضاً موقفاً في إيجاد الحل.

2 – موقف الفقه و القضاء الفرنسي :

اعتبر الفقه الفرنسي¹ أن الحل لإشكال من له الحق في تعويض الاستحقاق في عقود التوزيع يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار الدور الاقتصادي و التبعية الاقتصادية للمتلقى المسالة التي اختلف بشأنها الفقه فالبعض منه فضل التبعية الاقتصادية للمتلقى إزاء المانح أو المتعهد و ذهب إلى القول بلبن المتلقي لا يملك عملاء أما البعض الآخر من الفقه دافع عن الدور الاقتصادي الذي يلعبه المتلقي و اتصاله المباشر بالعملاء فتوصل إلى نتيجة معاكسة أي أن المتلقي يملك عملاء.

¹ Yves CHAPUT. La clientèle appropriée .Op. cit. p 156.n 282 : « si l'on privilégie la dépendance économique dans laquelle se trouve le franchisé vis-à-vis du franchiseur, l'on va accréditer l'idée que le franchisé n'a pas de clientèle. Mais si l'on met en avant le rôle économique du franchisé et sa présence auprès de la clientèle, la conclusion inverse va s'imposer : le franchisé a une clientèle. »

أما القضاء الفرنسي فقد مر موقفه بمراحل فانتقل من رافض منح المتلقي الحق في الملكية التجارية إلى موقف مؤيد لمنحه الحق في الملكية التجارية .
بمناسبة نزاع طرح على محكمة النزاعات الكبرى (لايفري) فصلت فيه بحكم أيده مجلس قضاء باريس عرف بقرار "ايفيس"¹ ، القرار الذي قضى برفض استفادة وكيل معتمد مبرم لعقد امتياز تجاري من أحكام الإجراءات التجارية و استند القضاء في رفضه على اقتناعهم بعدم امتلاك الوكيل لعملاء خاصين به مستقلين عن زبائن ال موكل مما يحرمه من اكتساب الملكية التجارية اعتبر القضاء أن الوكيل بالرغم من إبرامه عقد إيجار تجاري إلا أنه يستغل عملاء الموكل و بالتالي لم يخلق قاعدة تجارية بالأماكن المؤجرة التي تبرر الحق في الملكية التجارية .

فجاء هذا القرار وفيما لما استقر عليه القضاء من مسألة مدى ارتباط العملاء بالتاجر المستأجر من عدمها في حل النزاعات التي شهدتها التجار المستقلين المستغلين لنشاطهم داخل المراكز التجارية² . فشبه القضاء المتلقي كعضو في شبكة توزيع خلقها المانح أو المتعهد الموزع بالمستأجر الممارس لنشاطه داخل المراكز التجارية الذي لا يملك عملاء خاصين به و إنما يستغل عملاء المركز ، فالمتلقي يستغل أيضا العلامة التجارية و الاسم التجاري و معرفة و خدمات الإشهار التي يملكها صاحب العلامة و الاسم و المعرفة و الخدمة أو المنتج.

¹ TGI Every 8° ch. 9 déc. 1993: Gaz. Pal.1994 I.203, note P.de Belot. « Dans le domaine de la distribution intégrée, si franchisé ou concessionnaire se voit reconnaître la qualité de commerçant, il n'en doit pas moins, pour être propriétaire d'un fonds de commerce, remplir la condition relative à la clientèle. Or, celle-ci est le plus souvent attachée à la marque. Pour prétendre disposer d'une clientèle propre et autonome, le distributeur doit prouver une activité personnelle, indépendamment de la marque distribuée. Pour cela, seule l'étude du contrat de concession permet de déterminer sa marge de liberté. En l'espèce, la marque AVIS est puissamment attractive et sa notoriété n'est plus à démontrer dans le secteur de la location de véhicule ...dans ses conditions, la société Paris-sud-location ne saurait prétendre à la propriété d'une clientèle propre et autonome, et par conséquent à la propriété d'un fonds de commerce qui seule lui conférerait le droit au renouvellement du bail. » .Décision confirmé avec des motifs comparables par la cour de Paris par arrêt du 6 février 1996 .16° ch. A 6 fév.1996 : Revu. Dr.imm.1996, 289.

² في هذا الشأن جاء عن القضاء الفرنسي ما يلي :
Cass.3° civ.9 juill. 1979 : Bull.civ.III, n53 : RTD com. 1980, 73, « Ainsi une société locataire est privée du statut des baux commerciaux parce qu'elle « devait se conformer à la discipline générale en vigueur dans l'établissement, qu'elle ne bénéficiait d'aucune autonomie de gestion, son stand (service minute) étant dans l'enceinte de la grande surface (carrefour) et les heures d'ouverture et de fermeture étant déterminées discrétionnairement par la grande surface. »

انتقد الفقه قرار "أفيس AVIS" الذي حرم الوكيل من الاستفادة من الملكية التجارية و استند النقد على أن القضاء لم يلتفت في قراره إلى الأهمية و الدور الاقتصادي الذي يلعبه الوكيل ، كما لم يؤخذ بعين الاعتبار عدم استقرار القانون الذي يحكم هذا النوع من العقود (عقود التوزيع)¹ و لا إلى أن عقد الامتياز التجاري ، أو عقد تقديم المهارة من العقود التي تتم بين تاجرين مستقلين قانونا ، و من تم القول بان متلقي المهارة أو الوكيل لا يملك لا عملاء و لا محل تجاري يعني كما جاء عن ايف شابي Yves CHAPUT² في معنى قوله بلأن النشاط المستغل من قبل هذا الأخير ليس له أي قيمة تجارية و بالتالي لا يمكن التنازل عنه . غير أن الواقع يثبت العكس فعادة ما يتضمن عقد الامتياز التجاري اتفاق تفضيل الذي يمنح لمانح المهارة حق الشفعة في حالة بيع المتلقي لقاعدته التجارية و عادة ما تباع له بثمن باهظ. فان القضاء بحرمان المتلقي من الحق في طلب تجديد عقد إيجاره التجاري لعدم امتلاكه العملاء و عدم امتلاكه لقاعدة التجارية حرم أيضا ا لمانح المهارة و الموكل المطالبة بالحق في التجديد بما أنهما ليسا بطرف في عقد الإيجار التجاري المبرم .

اعتبر البعض من الفقه الفرنسي أن خطورة الأبعاد التي رتبها قرار (أفيس) تستدعي تدخل المشرع لتنظيم المادة 2 من مرسوم 30 سبتمبر 1953 و إضافة إليها الإيجارات التي يبرمها التجار المستغلين لنشاطهم في إطار عقود التوزيع لان عدم استقرار النصوص المنظمة لهذه العقود بما فيها تلك المحددة للمركز القانوني للمانح أو المتعهد و المتلقي في عقد الامتياز التجاري أو عقد تقديم مهارة تضع متلقي المهارة و الوكيل في مركز الطرف الضعيف غير محمي قانونا .

¹ Certains auteurs spécialiste de la franchise ou des baux commerciaux prédisent une apocalypse en critiquent l'arrêt AVIS parmi eux :D. Baschet. « La franchise en danger de mort » : Gaz. Pal.1994, 2, Doctr. p.1256 .A. Guillemain. « La distribution en danger » .loyers et copr. juin 1996.chron. n 9.

² Yves CHAPUT. La clientèle appropriée .op. cit. p 165.n 292 : « Dire que le franchisé n'a ni clientèle ni fonds de commerce signifie que son exploitation n'a aucune valeur marchande et qu'il ne peut rien céder.la pratique témoigne du contraire. Les fonds sous franchise se vendent parfois très cher. On ne saurait mieux reconnaître la valeur économique du fonds du franchisé. »

بينما ذهب بعض الآخر من الفقه¹ إلى اقتراح إعادة النظر في عقد تقديم المهارة و السماح لمتلقي المهارة بـاستغلال نشاطات أخرى إلى جانب النشاط موضوع العقد ليتمكن من خلق عملاء خاصين به و مستقلين عن مانح المهارة تسمح له المطالبة بالحق في التجديد أو الحق في تعويض الاستحقاق في حالة رفض التجديد بدون سبب مشروع .

الاقتراح الذي اعتبره جانب آخر من الفقه² بغير الواقعي بما أن الحماية ستنصب فقط على قيمة عملاء النشاط الموازي مقترحا توسيع اتفاقي لتطبيق قانون الإجراءات التجارية بتضمين عقد الإيجار التجاري بند يشترط الخضوع إلى أحكام الإجراءات التجارية و بهذه الطريقة يصبح هذا القانون ملزم للأطراف بصفة إرادية . الاقتراح الذي يشبه ما جاء به المشروع الجزائري بالفقرة الثانية من المادة 187 مكررت ، غير أنه يلاحظ أن هذا الحل يرتبط بإرادة الأطراف و خاصة المؤجر مما يجعله غير ناجع .

ذهب ايف شابي Yves CHAPUT³ إلى اقتراح إعادة التفكير في هذه المسألة انطلاقا من الاقتناع بان متلقي المهارة يملك عملاء و محل تجاري مستقل عن المانح الأمر الذي يستدعي من القضاء و الفقه إعادة النظر في مفهوم العملاء في حد ذاته و علاقة هذا العنصر بالمحل التجاري .

حده النقاش الفقهي الذي تلى قرار (ايفيس) دفع القضاء إلى إعادة النظر في موقفه و كان ذلك بموجب قرارين صادرين عن نفس الغرفة بمجلس قضاء باريس⁴ بتاريخ 4 أكتوبر

¹ A. Guérin : JCP éd. N 1983, prat, 8687.

² F. Boularan: Propriété commerciale est franchise : JCP éd. 1985, II, 14416.

³ Yves CHAPUT. La clientèle appropriée .Op. cit. P 167.n 295. « Le seul remède efficace est d'attaquer le mal à la base. Il faut inverser la solution .il faut admettre que le franchisé a une clientèle et un fonds de commerce. Cela suppose une révision de la notion de clientèle et de ses rapports avec le fonds de commerce. »

⁴ Paris 16^e ch. A 4 oct. 2000, Nicogi c/ GAN Vie; Paris 16e ch. A 4oct. 2000, SCI FGH Champigny c/ SA Atlas: petites Affiches 16nov . 2000, p 11, note J. Derruppé . « le fonds de commerce, dit-elle, est un ensemble d'éléments de nature à attirer la clientèle intéressée par le produit vendu ou par la prestation offerte en vue de l'enrichissement de celui qui assume le risque d'une telle entreprise , c'est-à-dire celui de la perte des investissement qu'il a fait pour l'acquérir, le maintenir et le développer (...).dans le cas d'une exploitation de fonds après signature d'un accord de franchise, il faut observer que la sanction d'une éventuelle perte de clientèle, voire d'un insuccès total, frappe directement le franchisé au point, le cas échéant, de mettre en péril l'existence de son fonds.» « Dans ce cas de figure, le franchiseur n'est atteint que de manière différée et de manière limitée dans le temps...sauf dépôt de bilan du franchisé dont celui-ci est quand même la première victime.» « Il faut voir là, conclut la cour, la preuve que la clientèle attachée au fonds est celle du franchisé, laquelle est donc autonome par rapport à celle du franchiseur.»

2000 أجاب من خلالهما القضاة عن إشكالية تطبيق قانون الإجراءات التجارية على عقود التوزيع من عدمها . لأول مرة و من اجل حل هذا الإشكال ذهب القضاة إلى تحليل مفهوم المحل التجاري في علاقته بالعملاء و خلص بهم الأمر إلى أن متلقي المهارة يملك عملاء مستقلين عن عملاء مانح المهارة و بالتالي يمكن له الادعاء بملكية المحل التجاري و من تم ممارسة حقه في طلب تجديد إيجاره التجاري و الحق في تعويض الاستحقاق في حالة رفض المؤجر التجديد بدون سبب مشروع و يساير هذا الموقف ما سبق و أن دعا إليه الفقيه ايف شابي .

لم يكتفي القضاة الفرنسي بقرارات انفرادية بل و نظرا لأهمية الإشكال القانوني اصدر قرار مبدئي صادر عن مجلس النقض بتاريخ 27 مارس 2002¹ و الذي توصل به إلى تحديد معياريين من اجل القول أن لمتلقي المهارة عملاء خاصين به :

1-المعيار الأول : يرتبط المعيار الأول بتحمل متلقي المهارة مخاطر عدم وجود عملاء و حتى يبين القضاة بان المتلقي يمارس نشاطه متحملا هذه المخاطر استظهروا في مرحلة أولى العناصر التي تعتمد عليها مؤسسة المتلقي من خلال تعداده م للعناصر المادية و المعنوية ، و في مرحلة ثانية يشير القضاة إلى أن ملكية المحل التجاري لا تشترط ملكية العناصر الملهمية للعملاء و عليه فان من يستعمل هذه العناصر هو من يتحمل المخاطر في حالة عدم نجاح مشروعه التجاري بتخلف العملاء.

¹ Cass. 3° civ. 27 mars 2002 Trévisan c/époux Basquet : Bull.civ.III, n 77, p 66 ; D.2002, jur, p. 2400.les données méritent d'être rappelées. le bailleur –consorts Trévison- contestait l'existence d'une clientèle propre rattachable à l'activité du distributeur –les époux Basquet- qui avait souscrit un contrat de franchise avec la société Conforama , afin de lui refuser le versement d'une indemnité d'éviction , consécutive à la notification par le bailleur d'un congé avec refus de renouvellement . la cour d'appel d'Agén avait au contraire conclu que le franchisé disposait d'un fonds de commerce autonome, en sorte qu'il était en droit de réclamer paiement de l'indemnité .la troisième chambre civil de la cour de cassation rejette le pourvoi formé par le bailleur en ces termes : « mais entendu qu'ayant relevé, à bon droit, d'une part, que si la clientèle au plan national attachée à la notoriété de la marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en œuvre par le franchisé , parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce , matériel et stock , et les éléments incorporels que constitue le bail , que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque , même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises a sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise , elle est créée par son activité ,avec les moyens que k contractant à titre personnel avec ses fournisseur ou prêteurs de deniers, il met en œuvre à ses risques et périls (...) » la cour ajoute « ..D'autre part, le franchiseur reconnaissait aux franchisés le droit de disposer des éléments constitutifs de leur fonds. »

بطبيعة الحال فان مانح المهارة سيتأثر بفشل المتلقي لكن في وقت لاحق و بأقل درجة منه (لكون المتلقي ليس إلا عميل واحد من بين العملاء المشكلين لشبكة التوزيع ككل) ، جاء في هذا الشأن عن ايف شاببي¹ عند تعليقه على هذا القرار أن العملاء هم ثمرة النشاط الممارس بالمحل فمن المنطقي إذا الحكم برجوع هذه الثمرة إلى من يتحمل تكاليف العناصر المكونة للمحل التجاري و مخاطر المؤسسة التجارية .

لم يفت القضاء الفرنسي في قرارا آخر² الاعتراف صراحة للوكيل المعتمد صاحب عقد امتياز تجاري خاص بتسويق سيارات بامتلاكه لعملاء المحل التجاري و بصفة ضمنية عن حقه في التنازل عن محله للغير حتى إذا عارض الموكل المتعهد هذه العملية فيجوز له التصرف فيه بدون عقد الامتياز التجاري .

ب-المعيار الثاني : يتمثل في وجود عناصر المحل التجاري تحت تصرف متلقي المهارة و إن لم يكن مالكا للعلامة التجارية و الاسم التجاري و المعرفة الموضوعية تحت تصرفه خلال مدة تنفيذ عقد تقديم المهارة .

و عليه يلاحظ تأثر القضاء الفرنسي بموقف الفقه و نقده لقرار (افييس) و منح المتلقي و الوكيل في حالة توفر المعيارين للحق في اكتساب الملكية التجارية ، إلا انه تأثر أيضا بتطور موقفه فيما تعلق بوضعية التجار الذين يمارسون نشاطهم داخل المراكز التجارية أو بالأماكن المخصصة كالمحطات و بهو الفنادق و ما يماثلها فلم يعد القضاء ينظر إلى عملاء التاجر على أنهم عملاء المركز التجاري أو الفندق بل يكفي في الوقت الحالي أن يثبت المستأجر بان كل أو جزء من العملاء متصلين به شخصيا رغم ممارسة نشاطه داخل مركز تجاري او داخل بهو فندق أو مطار من اجل الحصول على الحق في التجديد أو الحق في تعويض الاستحقاق في حالة رفض التجديد و هذا ما أكدته قرار 19 مارس 2003³ .

¹ Yves CHAPUT. La clientèle appropriée .Op. cit. p 180.n318.

² Arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 4 octobre 2002 .les magistrats affirment très clairement que le concessionnaire automobile est propriétaire de la clientèle du fonds. Paris 4 oct.2002 : petites affiches.11sept.2003, p.4 note R. Bertin.

³ Cass.3^e civ. 19 mars 2003 (<http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/01-17679.htm>)

على الرغم من ارتباط موقف القضاء بطبيعة العقد و الظروف المحيطة به و بنوده التي تحدد مدى ارتباط العملاء بالمتلقي أو المانح صاحب العلامة أو الاسم التجاري أو المعرفة من عدمها واستقلال كل طرف بعملائه ، إلا انه استقر عليه كل من الفقه و القضاء في فرنسا .

إن كان للمتلقي عملاء و محل تجاري خاص به فانه يدخل في أحكام قانون الإيجارات التجارية يكتسب الحق في الملكية التجارية ، فعملاء المتجر مكان تواجد العلامة المرخص باستعمالها كلهم جلبتهم الشهرة التي حازها هذا المتلقي ¹ .

بطبيعة الحال فان مانح المهارة و الموكل في عقد الامتياز يملك محل تجاريو عملاء مرتبطين بنشاطهما و إدارتهما و تطوير شبكة توزيعها فعملاء المانح هم المتلقين و هنا لب الإشكال . إن كانت علامة المانح و اسمه و معرفته هي التي جلبت عملاء المتلقي ، إلا أن تمكن هذا الأخير من استعمال شهرته هو الذي أتى بهم إلى المتجر و بالتالي فان عملاء المتلقي هم في نفس الوقت عملاء المانح .

بالإضافة إلى ذلك نتوقف عند صعوبة الإجابة عن هذا الإشكال عند تقدير تعويض الاستحقاق بحيث يستوجب ربما أن يتضمن القيمة و الحقوق التي رتبها العقود السائرة المفعول التي أبرمها المستأجر خلال مدة الإيجار التي يمكن ان يفقدها بسبب رفض التجديد بالتالي هل يجوز إدخال في بحساب تعويض الاستحقاق قيمة عقد الامتياز التجاري أو عقد تقديم المهارة الذي فقد المستأجر المخلي ؟ لعل القضاء يمنح لنا إجابة في المستقبل .

بعدها تعرضنا إلى المستأجر التاجر يتبقى لنا التعرض إلى الأشخاص الآخرين فيما عدا المستأجر التاجر الذين أفادهم المشرع باكتساب الحق في تعويض الاستحقاق .

¹ « ce n'est pas la propriété des éléments d'attraction mais exclusivement leur maitrise juridique .les clients attirés par la marque du franchiseur ne sont pas des clients du franchiseur mais de celui qui a la maitrise juridique de la marque. Or c'est le franchisé, grâce à son contrat de franchise.» B. BOCCORA, le fons de commerce, la clientèle et la distribution intégrée : Gaz. Pal. 1994 .2. Doctorat. p 1022, n 42 .

المطلب الثاني:

فيها عدا المستأجر التاجر

سنكشف بهذا المطلب عن الأشخاص الآخرين الذين منحهم المشرع الحق في تعويض الاستحقاق فيما عدا المستأجر التاجر و الذين سنتعرض إلى تعريفهم و الشروط الواجب توافرها فيهم ، بالتطرق بداية إلى المستأجرين الآخرين الذين يستفيدون من هذا الحق بالفرع الأول و نخصص الفرع الثاني إلى غير المستأجرين و الذين منحهم أيضا المشرع الحق في التمسك بتعويض الاستحقاق.

- الفرع الأول : المستأجرين الآخرين

- الفرع الثاني : فيما عدا المستأجرين

الفرع الأول:

المستأجرين الآخرين

طبقا لما جاء بمقتضى المادة 169 من ق.ت يخضع المستأجر الحرفي¹ إلى أحكام الإيجارات التجارية إذا ما أجر عمارة أو محلا من أجل ممارسة حرفته : " تطبق الحكام التالية على إيجار العمارات و المحلات التي يستغل فيها محل تجاري سواء كان مملوكا لتاجر أو صناعي أو حرفي .. " مما يمنح له الحق في المطالبة بتجديد إيجاره إذا ما وصل العقد إلى نهايته، أو الحق في طلب تعويض استحقاق إذا ما رفض المؤجر التجديد دون سبب مشروع .

كما جاء بمقتضى 170 من نفس القانون إفادة المشرع من هذه الحماية القانونية لأشخاص مستأجرين تابعيين إلى القانون العام و هم كما جاء بنص المادة على التوالي: " تطبق هذه الأحكام كذلك على :

¹ تجدر الإشارة إلى أن الحرفي الجزائري ألحق بالتاجر في مجال اكتسابه للملكية التجارية بمجرد صدور القانون التجاري الجزائري سنة 1975 في حين أن الحرفي الفرنسي لم يكتسب هذا الحق الا في سنة 1975 بموجب صدور قانون 1975/01/05 المعدل و المتمم لمرسوم 1953 .

-الإيجارات الممنوحة للبلديات بالنسبة للعمارات و المحلات المخصصة لمصالح تسيير الاستغلال البلدي ..

-إيجار العمارات أو المحلات الرئيسية أو الملحقة و الضرورية لمواصلة نشاط المؤسسات العمومية الاقتصادية ..."

أولا : المستأجر الحرفي

يتميز الحرفي عن التاجر تميزا جوهريا ، فقد قضت المادة 4 من قانون 22/90 المتعلق بالسجل التجاري : " لا يتصف بصفة التاجر الحرفيون في مفهوم القانون رقم 12/82 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتضمن القانون الأساسي للحرفي .. " غير أن الحرفي شأنه شأن التاجر لا يستطيع الاحتجاج بلحق في تعويض الاستحقاق إلا إذا كانت صفته معترفة بها قانونا ، وان يكون مالكا للقاعدة الحرفية التي يستغلها بالأماكن المؤجرة سواء مارس حرفته بشكل فردي أو ضمن تعاونية أو في شكل مقولة ، وأخيرا أن يكون مقيد في سجل المهن و الصناعات التقليدية و الحرف .مع الإشارة أن الحرفي ينظم الأمر رقم 01/96 المنظم للصناعات التقليدية و الحرف بحيث جاء في مادته الأولى : "يهدف هذا الأمر إلى تعريف الصناعات التقليدية و الحرف و قواعدها و مجالها و كذلك واجبات الحرفي و امتيازاتهم ."

- صفة الحرفي : عرفت المادة 03 من القانون رقم 12/82 المتضمن القانون الأساسي الحرفي¹ انه : "كل شخص له المؤهلات المهنية المطلوبة ، ويملك أداة عمله ، ويمارس نشاطا بغرض الإنتاج أو التحويل أو الصيانة أو التصليح أو أداء الخدمات المادية ، ويتولى بنفسه إدارة نشاطه ، وتسييره وتحمل مسؤوليته . " نستخلص من هذا النص أن الحرفي هو الشخص المؤهل للقيام بحرفة أو صناعة تقليدية كما نستخرج أيضا الشروط الواجبة من أجل الحصول على صفة الحرفي و المتمثلة فيما يلي : -أن يكون له تأهيل مهني ولا تثبت له هذه المؤهلات إلا بحصوله على شهادة تأهيل صادرة عن الجهة المختصة بحسب نوعية الحرفة

¹المؤرخ في 1982/12/28 القانون المعدل و المتمم بالأمر رقم 96-01 المؤرخ في 1996/01/10 الذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعات التقليدية المنشور بالجريدة المؤرخة في 1982/08/31 العدد 35.

أو النشاط الممارس (كتلك الشهادات المسلمة من طرف مراكز التكوين المهنية أو مدارس حرفية الخاصة معتمدة من طرف الدولة)¹.

-ان يتولى بنفسه مباشرة العمل الحرفي بطريقة يدوية أو باستعمال آلات غير صناعية كما يجب أن يتولى إدارة و تسيير نشاطه و تحمل مسؤولياته .

-أن يباشر عملا حرفيا وفي هذا الشأن قام المشروع في المادة السابعة من الأمر المنظم لهذه المهنة بجرد ووضع قائمة للصناعات التقليدية والحرفية باعتبارها تراث ثقافي وطني، كما حدد قائمة التأهيلات المهنية، مثل ذلك النجارة و الحدادة و صناعة الزرابي التقليدية إلي غير ذلك .

-أن لا يكون الغرض من ممارسة نشاطه المضاربة و السعي وراء الربح كالتاجر .

ب-أن يكون مقيد في سجل الصناعات التقليدية والحرف : تشترط المادة 26 من المرسوم رقم 229/88 المؤرخ في 05/11/88 المعدل و المتمم لمرسوم 12/82 المشار إليه أعلاه لثبوت صفة الحرفي أن يقيد هذا الأخير نفسه في سجل الصناعات اليدوية والحرفية التي تمسكه الولاية أو البلدية التي ينوي الحرفي ممارسة نشاطه بها ، بعد أن يقدم الحرفي طلب إلى المجلس الشعبي البلدي خلال 60 يوما من تاريخ بداية نشاطه ويقدم له وصل ثم تسلم له بطاقة الحرفي .

عادة ما تستعمل هذه البطاقة من المشاركة في المظاهرات الدولية و الوطنية مع الغرف الجهوية للصناعات التقليدية التابعة لوزارة السياحة و الصناعات التقليدية ، و كذا من التخفيضات الجبائية .

أكثر من ذلك اعتبر قضاة المحكمة العليا أن جهة القيد و الوثيقة المسلمة تبعا لهذا القيد هي التي من شأنها تحديد إذا ما كان المستأجر تاجرا أو حرفيا .

جاء بمبدأ أحد القرارات²: " .. ولما كان من الثابت في قضية الحال – أن الطاعنة تعيب على القرار المطعون فيه الخطأ في تكييف العقد الذي يربطها بالمطعون ضده وقضاة المجلس بتقريرهم أن العلاقة التي تربط لطرفين هي علاقة تجارية وليست حرفية اعتمادا على

¹ والتي يحكمها المرسوم التنفيذي رقم 235/90 بتاريخ 28 يوليو 1990 المتضمن القانون الأساسي النموذجي للمعاهد الوطنية المختصة في التكوين المهني وكذلك المرسوم رقم 67/93 المؤرخ في 01/03/1993 المتضمن تنظيم التكوين المقدم في مراكز التكوين المهني و التمهين .

²مح ، العليا ، غ التجا و البح ، ملفرقم 66988، قرار 20-05-1999 ،المج القضائية ، 19991 العدد الثاني ص 93.

الوثائق المقدمة من طرف المطعون ضده - سجل تجاري - وعلى مالهم من سلطة تقديرية في تقدير الوقائع كانوا مطبقين القانون التطبيق الصحيح ، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن .. "

ج- امتلاك مؤسسة الحرفية : قد يمارس الحرفي نشاطه بنفسه أو بشراكة حرفيين آخرين في شكل تعاونية أو مقولة¹ .

فيمارس نشاطه بصفة فردية ويتم ذلك ضمن ورشة لكن هذا لا يمنعه من اللجوء إلى مساعدة بعض أفراد عائلته أو ممتهين لا يجب أن يتعدى عددهم الثلاثة .
أما إذا مارسه في ظل تعاونية حرفية فيكون بتجمع مجموعة من الحرفيين بموجب عقد توثيقي نموذجي (نصت المادة 19 من الأمر المشار إليه أعلاه على نموذج لعقد التعاونية الحرفية) مسجل ومشهر لدى غرفة الصناعات التقليدية و الحرف لمكان إقامة التعاونية ، ويتمتع كل واحد منهم بحقوق متساوية .

كما قد يمارسه في شكل مقولة وفقا لما جاء في المادة 5 و 6 من الأمر المنظم للحرفي تحكم المقولة الحرفية أحكام المقولة المنصوص عليها بالقانون التجاري فيجب أن تختار شكلا من أشكال الشركات التجارية ويتم تأسيسها بموجب عقد رسمي يقيد في سجل الصناعات التقليدية و الحرف .

في جميع هذه الحالات عليه امتلاك العناصر المادية و المعنوية التي تكون الورشة أو التعاونية أو المقولة بصفة منفردة أو مشتركة ، العناصر فالحفي شأنه شأن التاجر لا يستطيع الاحتجاج بالملكية التجارية اتجاه مؤجر الأماكن أين يمارس حرفته إلا إذا حاز على صفة الحرفي ، وكان مالكا للمؤسسة الحرفية سواء كانت ورشة أو تعاونية أو مقولة ، و أثبت قيده في سجل الحرف و الصناعات التقليدية .

بحيث يؤدي غياب أحد هذه الشروط إلى استحالة نشأة الملكية التجارية فإذا ما اثبت المؤجر أن المستأجر ليس يتاجر أو لا حرفي أو فقد هذه الصفة خلال مدة الإيجار ، أو أنه لا يملك القاعدة التي يستغلها بالأماكن المؤجرة كأن يكون فقط مستأجر مسير جاز له أن الدفع بذلك لرفض تجديد عقد الإيجار دون دفع أي تعويض : " يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد الإيجار

¹ راجع حمدي باشا ، القضاء التجاري دار الهومة طبع سنة 2003 ، ص 17 و ما بعدها .

دون أن يلزم بسداد أي تعويض إذا برهن عن سبب خطير و مشروع تجاه المستأجر مخلي المحل " (المادة 177 من القانون التجاري) .

ثانيا : المستأجرين أشخاص من القانون العام

استثنائي منح المشرع بعض أشخاص القانون العام (ما 170 من ق.ت) بالرغم من عدم توافرهم على صفة التاجر او صفة الحرفي الحق في المطالبة بتعويض الاستحقاق اذا ما رفض المؤجر تجديد الإيجار و ذلك سواء بخضوعهم إلى أحكام الإيجارات التجارية قبل تعديله أو لكونهم اشترطوا الحق في تعويض الاستحقاق عند إبرامهم لعقد الإيجار بعد صدور التعديل .

قضت المادة 170 من ق.ت للبلدية و المؤسسات العمومية إن كانت مستأجرة بحقها في طلب تجديد إيجاره ا إذا ما وصل هذا الأخير إلى نهايته أو حقها في طلب تعويض استحقاقها إذا ما رفض المؤجر طلب بدون سبب مشروع إلا انه أخضعها لبعض الشروط التي سيأتي ذكرها بالتطرق إلى كل مستأجر على حدا.

1-الإيجار الذي تبرمه البلدية :

منح المشرع البلدية التي تستأجر أماكن من أجل ممارسة مهامها الملكية التجارية معتبرا الإيجار الذي تبرمه لهذا الشأن إيجار محل تجاري على الرغم من عدم توافرها على صفة التاجر أو الصناعي أو الحرفي ، و البلدية كهيئة لامركزية محلية¹ تنشأ بموجب قانون ويحدد حدودها مرسوم رئاسي بناء على تقرير وزير الداخلية يقوم بتسييرها و إدارتها مجموعة من أعضاء ينقسمون إلى ثلاث هيئات أساسية هي : المجلس البلدي ، الهيئة التنفيذية للبلدية ، ولجان البلدية .

تقوم بواسطة مختلف هيئاتها بوظائف سياسية و اقتصادية و اجتماعية و ثقافية على مستوى البلدية².

¹المادة 36 من الدستور.
²عمار عوابدي ، القانون الإداري ، الجزء الأول، النظام الإداري ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 2002 ، ص 279 وما يليها .

غير انه علق المشرع اكتساب البلدية للحق في الإيجار على شروط أوجب توافرها حين إبرامها لعقد الإيجار، الشروط التي نص عليها بنفس المادة المشار إليها أعلاه:

أ- الشرط الأول : أن يكون الغرض من إيجار هذه الأماكن تسيير مصالح البلدية أو تسيير الإدارة التي أنشأتها سواء تم ذلك مباشرة بعد إبرام العقد أو لاحقاً به : " إيجارات الممنوحة للبلديات بالنسبة للعمارات أو المحلات المخصصة لمصالح تسيير الاستغلال البلدي إما عند الإيجار أو بعده " (المادة 170).

يقصد بالتسيير البلدي عموماً إما تنفيذ أشغال عمومية أو استغلال خدمات عمومية من طرف شخص معنوي، بمعنى آخر تسيير التنظيمات الإدارية التي تملك الشخصية القانونية التابعة للبلدية. فالتسيير إذا نوعان تسيير مباشر خاص بالبلدية نفسها وتسيير غير مباشر خاص بإدارة تكون قد خلقتها هي ، أمام هذا التعريف ينبغي تحديد التسيير الذي قصدته المادة 1/170 وألحقت أماكنه المؤجرة بأحكام الملكية التجارية ؟ .

لا نجد بنص هذه المادة أو المواد التي تليها أي تمييز أو إقصاء لأحد التيسيرين مما يؤدي بنا إلى القول بتطبيق أحكام إيجار المحال التجاري على الإيجار المبرم من قبل الإدارتين على حد سواء .

ب- الشرط الثاني : يجب أن تحصل البلدية على موافقة المالك " ..بالموافقة الصريحة أو الضمنية للمالك " (المادة 170) ولا يقصد بالموافقة قبول عقد الإيجار لأن هذه المسألة ترتبط بحرية الأطراف فقط ، وإنما قبول الغرض من الإيجار أي النشاط الذي سيستغل بالأماكن المؤجرة ، و المتمثل في تسيير مصالح البلدية وتجب وقت انعقاده.

ينبغي ملاحظة أن المشرع بهذه الفقرة استعمل لفظ (المال) بدل المؤجر بذلك يكون قد ألزم المستأجر أي البلدية طلب الموافقة من المالك الأصلي للأماكن المؤجرة في حالة ما إذا كان مبرم عقد الإيجار (المؤجر) صاحب حق انتفاع أو حق إدارة ، وسعياً منه لحماية الخدمة العامة التي تقوم بها مصالح البلدية أجاز الموافقة الضمنية.

2- الإيجار الممنوح للمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي :

يحدث أن تلجأ مؤسسة عمومية ذات طابع اقتصادي¹ إلى إيجار أماكن من أجل استمرارية نشاطها ففي هذه الحالة اعتبر المشرع الإيجار الذي تبرمه هذه المؤسسة في هذا الإطار إيجار محل تجاري رغم أنها لا تستغل في هذه الأماكن المؤجرة قاعدة تجارية أحد شروط اكتساب الملكية التجارية التي سبق تحليلها " تطبق هذه الأحكام على إيجار العمارات أو المحلات الرئيسية أو الملحقة و الضرورية لمواصلة نشاط المؤسسة العمومية ذات الطابع الاقتصادي " (المادة 2/170 من ق.ت).

وفي هذا الشأن جاء عن الأستاذ شوفوا Chauveau² في معنى تحليله بأن هذا التوسيع الذي أفاد به القانون المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي لا يهدف إلى المحافظة على القاعدة التجارية وإنما إلى حماية العقد في حد ذاته ، و المستأجر كصاحب الإيجار و ذلك من أجل تفادي المضايقات التي يسببها عدم التجديد .

-تعريف المؤسسة العمومية الاقتصادية : اختلف الفقه في إعطاء تعريف موحد للمؤسسة العامة فحسب خميس السيد³: " المؤسسة العامة هي مرفق عام مزود بالشخصية المعنوية و متخصصة في نشاط معين " .

في حين جاء عن فريدمان⁴ بأنها : " مشروع اقتصادي له شخصية معنوية تملكه الدولة وتديره بأساليب تختلف عن الإدارة التقليدية للجهاز الحكومي ، وذلك لسد حاجات المجتمع " .
تنقسم المؤسسة العامة إلى عدة أنواع بحسب نشاطها : فإما أن تكون مؤسسة عامة إدارية أو مؤسسة عامة ثقافية ، أو مؤسسة عامة مهنية أو مؤسسة عامة اقتصادية .

¹ حدد الاجتهاد القضائي المقصود بالمؤسسة العمومية ذات طابع الاقتصادي أو الصناعي تلك الخاضعة لعقد إداري فقد جاء عن قرار مجلس النقض الفرنسي ما يلي

« Que par établissement public industriel ou commercial, il fallait entendre soumis au contrat administratif et dont la gestion et désintéressée» Cass, com. 12/10/1960 Bull 3 P 292 Voir jean Guirec Raffray : Baux Commerciaux / Edit 1992, collection (Pratique de immobilier) Masson Paris ,p 17.

² Cette exception, lorsqu'elle joue en faveur d'établissement public a caractère industriel ou commercial disposant d'un véritable monopole ne vise pas a sauvegarder un fonds de commerce dans la clientèle et par hypothèse captive elle vise a protégé le bail entant que tel, et le locataire en tant que titulaire du bail pour lui éviter les désagréments du non-renouvellement »P. Chauveau : Métamorphose de la propriété commercial, P 118.

³ عمار عوايدي ، المرجع السابق ، ص 305.

⁴ عمار عوايدي المرجع السابق ، ص 306.

ميز المشرع بين الإيجار الذي يبرمه هذا المرفق الأخير (المؤسسة العامة الاقتصادية) عن باقي الإيجارات التي تبرمها المؤسسات العمومية الأخرى ، بحيث وحسب ما جاء بالمادة 2/170 من ق.ت يعتبر الإيجار الذي تبرمه المؤسسة العمومية الاقتصادية إيجار محل تجاري يكسب هذه الأخيرة الملكية التجارية .

تعتبر المؤسسة العمومية الاقتصادية تلك المؤسسة التي تزاوّل أنشطة اقتصادية في صورة أعمال صناعية أو مالية أو تجارية أو زراعية أو تعاونية ، و تخضع لنظام قانوني مركب من قواعد القانون العام و القانون الخاص .

نظمها المشرع بموجب الأمر رقم 74/71 و المؤرخ في 16/11/1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات والأمر رقم 23/75 المؤرخ في 29/04/1975 المتضمن القانون الأساسي النموذجي للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي ، ومن أمثلة المؤسسات العامة الاقتصادية مؤسسة : الإذاعة الوطنية و الوكالة الوطنية للنشر وإشهار ، الشركة الوطنية للكهرباء و الغاز ، البنوك .

ب- شروط اكتساب المؤسسة العمومية الاقتصادية الحق في تعويض الاستحقاق: إلا أن المشرع علق اكتساب المؤسسة العمومية ذات الطابع الاقتصادي للحق في الإيجار في حالة إبرامها عقد إيجار بضرورة توافر الشروط التالية، و التي عددها المشرع بنفس المادة المشار إليها أعلاه :

الشرط الأول: ينبغي أن يتعلق بالأمر بمؤسسة عمومية ذات طابع اقتصادي¹ .. المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي.. " مثل ذلك مؤسسة سونلغاز أو البنوك² .

الشرط الثاني: كما ينبغي أن يتوافر عنصر الضرورة عند اللجوء إلى الاستئجار " .
الضرورة لمواصلة نشاط المؤسسات ... "

الشرط الثالث : وأخيرا أن تجيز القوانين التي تحكم هذه المؤسسات هذا النوع من الإيجارات بحيث لا تؤثر على الأملاك العمومية وذلك في حالة ما إذا كان المؤجر (المالك) شخص

¹ وينظمها قانون خاص هو القانون رقم 88-20 الصادر في 12 جانفي 1988 المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية .
² يعتبر الفقه الفرنسي اعتراف القانون بالحق للملكية التجارية للمستأجرين إذا كانوا مؤسسات عمومية ذات طابع اقتصادي الهدف منه حماية المؤسسات العمومية المؤممة لأن هذه الأخيرة لم يكن لها الحق سابقا في حق تجديد إيجارها ولا طلب التعويض الاستحقاق:
Baux commerciaux, Recueil Dalloz, 1972, p18-19.

عمومي". في حدود الأنظمة التي تسودها شريطة ألا يكون لهذا الإيجار تأثير على الملك العمومي ". .

و ننتهي إلى ملاحظة بان المشرع منح استثنائيا البلدية و المؤسسات العمومية الاقتصادية الحق طلب التعويض الاستحقاق في حالة رفض تجديد بدون سبب مشروع ، ملحقا بذلك الإيجار الذي تبرمه بإيجار المحل التجاري دون أن يعدل من صفتها أو يغير من طبيعة العمل اللتان تؤديانه .

الفرع الثاني:

فيما عدا المستأجر الأصلي

من الأشخاص الذي أجازت لهم المادة 172 من ق ت استغلال للأماكن المؤجرة و المطالبة بتعويض الاستحقاق فيما عدا المستأجر الأصلي الأشخاص المحول إليهم أو ذوي الحقوق.

يقصد بهم الخلف الخاص و هم الأشخاص الذي يتلقون حقا عينيا أو شخصا من شخص آخر بعوض كالبيع أو بدون عوض كالهبة ، مثال ذلك أن يبيع مستأجر محل تجاري ، فيتحول عقد إيجاره التجاري مباشرة إلى مشتري المحل التجاري¹.

ينبغي التذكير بأن مشتري المحل التجاري أو الموهوب له يكتسب الحق في الإيجار ال ذي ينتقل إلى المتنازل له استنادا إلى مبدأ قانوني منصوص عليه بمبادئ الشريعة العامة "فالخلف الخاص يتأثر بالعقود التي أبرمها السلف ..."(الما 109 من ق.م).

فالمتنازل له عن المحل التجاري يستفيد من جميع العقود التي أبرمها المالك القديم و المرتبطة بالمال موضوع التنازل بما فيها عقد الإيجار الذي يكون قد أبرمه لاستغلال قاعدته. بالإضافة إلى ذلك فان الحق في الإيجار هو حسب المادة من القانون التجاري 78 من ق.ت عنصر من العناصر المكونة للقاعدة المتنازل عنها و بالتالي فهو يتأثر بتأثرها .

¹ بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى 2001 ديوان المطبوعات الجامعية ، ص 206 وما يليها .

المبدأ الذي اعتبره المشرع من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته تقضي: "تلغى التعاقدات أيضا مهما كان شكلها إذا كانت ترمي إلى منع المستأجر من التنازل عن إيجاره لمشتري محله التجاري أو مؤسسته ، و كذلك الاتفاقات التي تجعل مشتري المتجر خاضعا لقبول المالك . " (ما 200 من ق.ت).

المبدأ الذي كرسته المحكمة العليا¹ في قضايا عديدة طرحت عليها للنظر في مدى صحة و تنفيذ مثل هذه الشروط فكان موقفها مؤكد لما جاء بالمادة 200 من ق.ت .
يخلص بنا القول إلى أن مستأجر المحل التجاري لا يحرم من اكتسابه الملكية التجارية إذا ما استغل الأماكن بواسطة تابعيه ، وأن الملكية التجارية لا تنتهي بوفاته بما أن هذا الحق ينتقل إلى خلفه العام ، ولا بتنازله عن قاعدته سواء كان هذا التنازل بعوض أو بدون عوض ، فاستغلال الأماكن المؤجرة من طرف هؤلاء واستفادتهم من الملكية التجارية تعتبر استفادة طبيعية وشرعية .

إن كان الإشكال لا يطرح بالنسبة للخلف العام² للمستأجر الأصلي بما أن الحق في تعويض الاستحقاق حق دائنية يبقى في ذمة المؤجر المالك إذا ما رفض التجديد بدون سبب مشروع و خطير ، مما يفيد انه ينتقل استحقاق هذا الدين إلى ورثة المستأجر الأصلي ، إلا أن الإشكال يطرح بالنسبة لخلفه الخاص ، و للإجابة عن هذا الإشكال يجب التمييز بين حالتين :

- حالة التنازل عن المحل التجاري
- حالة المستأجر من الباطن

¹ مح العليا ، غ التجا و البح ، القرار 1999/02/09 ملف رقم 182873 ، المج القضائية 1999 العدد الأول ، ص 161 والذي جاء بمبيدته : " من المقرر قانونا بأنه تلغى جميع التعاقدات مهما كان شكلها إذا كانت ترمي إلى منع المستأجر من التنازل عن إيجاره لمشتري محله التجاري أو مؤسسته وكذلك الاتفاقات التي تجعل مشتري المتجر خاضعا لقبول المالك " و تتلخص وقائعه فيما يلي : "قام مستأجر محلين تجاريين بالفصل ما بين المتجرين وبيع القاعدة المستعملة كصيدلية فوجه ورثة المؤجر الأصلي تنبيه بالإخلاء لهذا الأخير دون عرضها لتعويض الاستحقاق ، وبعد نفاذ أجل التنبيه رفعوا دعوى طرد ضد المستأجر . الطلب الذي استجابت له المحكمة الابتدائية .
غير أنه وعلى إثر استئناف رفع المحكوم عليه قضى مجلس قضاء عنابة بموجب القرار المؤرخ في 1997/02/22 بالغاء الحكم المعاد وتصديا من جديد رفض دعوى ورثة المؤجر لعدم التأسس . من بين ما برر به (ورثة ت ج و من معها) دعوام كون المستأجر قام ببيع الصيدلية دون موافقتهم و بالتالي يكون قد ارتكب مخالفة تسقط حقه في التعويض الاستحقاق حسريما ما هو مقرر بالمادة 177 من القانون التجاري .
في حين دفع المستأجر بخصوص هذه النقطة بما هو مقرر بالمادة 200 من القانون التجاري التي يجيز له التنازل عن قاعدته دون استئذان أو موافقة المؤجر . لم يقتنع قاضي أول درجة بما دفع به المستأجر وقضى بطرده دون تعويض .
غير أنه و على إثر استئناف هذا الخير ألغى مجلس قضاء عنابة حكم الطرد و رفض الدعوى لعدم التأسس مستندا على المبدأ المقرر بالمادة 200 المشار إليها أعلاه . المبدأ الذي كرسته المحكمة العليا عندما طرح عليها مراقبة صحة قرار مجلس قضاء عنابة مؤيدة مت ذهب إليه قضاة المجلس فجاء عنها : " حيث أن قضاة المجلس أسسوا قضائهم على نص المادة 200 من القانون التجاري التي تجيز للمستأجر التنازل عن إيجاره لمشتري محله التجاري أو مؤسسته دون أن تجعل هذا الأخير خاضعا لقبول المالك " .
²المح العليا ، غ التجا و البح ، ملف رقم 174416 ، قرار 1999/02/03 ، المجلة القضائية 1999 العدد الأول ص 100 : " الخلف العام هم ورثة الخصوم فيحلون محل أسلافهم في مراكزهم القانونية " .

أولاً: في حالة التنازل عن المحل التجاري من يثبت له التمسك بالحق في تعويض الاستحقاق؟

افترض المشرع حالة التنازل عن المحل التجاري سواء كان هذا التنازل بعوض كالبيع أو بدون عوض كالهبة .

فان تم التنازل قبل نفاذ أدنى مدة استغلال للمحل التجاري بالأماكن المؤجرة ، المشترطة قانوناً (سنتين بالنسبة للإيجار المكتوب أربع سنوات بالنسبة للإيجار المنعقد شفاهة) فسؤال الذي يطرح هل يكتسب المستأجر المتنازل له الحق في الملكية التجارية و اعتباراً من أي تاريخ؟

إن التنازل عن المحل التجاري يؤدي تلقائياً إلى التنازل عن الحق في الإيجار ، فيحل المشتري أو الموهوب له محل المستأجر الأصلي ويكتسب جميع الحقوق و الالتزامات المترتبة عن عقد إيجار المحل التجاري .

أجاب المشرع بالفقرة الثالثة من المادة 172 من ق.ت عن هذا الإشكال فمنح للمستأجر المتنازل له الحق في التمسك بالملكية التجارية دون المستأجر المتنازل كما أفاده من مدة الاستغلال التي استنفدها هذا الأخير: " و في التنازل عن المتجر فإنه يجوز للمحول إليه أن يتمسك بالحقوق المكتسبة من قبل المتنازل لإتمام مدة الاستغلال الشخصي عند الاقتضاء و المنصوص عليها في الفقرة السابقة".

غير أن الإشكال قد يأخذ منحى آخر إذا ما كان المتنازل عن المحل التجاري هو في نفس الوقت مالك للأماكن المؤجرة أو في حالة التنازل عن المحل التجاري بعد توجيه تنبيهه بالإخلاء المعلن عن رفض التجديد مع عرض التعويض الاستحقاق.

1- التنازل عن المحل التجاري من قبل مالك الأماكن المؤجرة :

عالج المشرع فقط حالة بيع مالك الأماكن عن ملكية للمحل التجاري بنص المادة 184 من ق.ت فهل هذا قصد بذلك اقتصار حكم هذه المادة على التنازل بعوض دون التنازل بدون عوض كهبة المحل التجاري¹ .

¹ جاء عن ميشال بادمو Michel PADAMON بان هذا الحكم يتعلق فقط بالتصرف عن طريق البيع دون أنواع التصرف الأخرى كالهبة أو تقديم المحل كحصة في شركة .

جاء بمقتضى المادة المشار إليها أعلاه : " لا يجوز للمالك أو المستأجر الأصلي أن يرفض تجديد الإيجار إذا كان هو المؤجر للماكن و في نفس الوقت البائع للمحل التجاري المستغل و القابض لكل الثمن إلا بشرط أن يتحمل دفع تعويض الإخلاء المنصوص عليه في المادة 176 ، إلا إذا برهن على سبب يعتبر خطيرا أو مشروعاً ضد المستأجر " .
و عليه فإن المشرع أ خضع رفض تجديد مالك الأماكن المؤجرة صاحب المحل التجاري سابقا¹ لنفس الأحكام التي تنضم الرفض الصادر من قبل المؤجر العادي، حيث يستحق مشتري المحل التجاري المستأجر تعويض الاستحقاق في حالة رفض تجديد إيجاره بدون سبب مشروع .

اختلف الفقه في الأساس القانوني لهذا الحكم بحيث اعتبر البعض أن أساس هذه المادة هو تكريسا للالتزام بالضمان الذي يأخذ القاعدة² .
في حين رأى فريق آخر من الفقه أن التزام بائع القاعدة مالك الجدران بتجديد إيجار الأماكن، أو دفع تعويض الاستحقاق في حالة الرفض التزام قانوني محض بحيث أعطى القانون للمعارة أو المحل المؤجر امتياز لفائدة المستأجر مشتري القاعدة .
إلا أن المشرع علق استحقاق المستأجر مشتري المحل التجاري لتعويض الاستحقاق بتوافر شرطين:

- ينبغي أن يشمل البيع جميع عناصر القاعدة بما فيها العناصر الأساسية أي العملاء و الشهرة و الحق في الإيجار إلى غيرها من العناصر المادية و المعنوية فلا مجال لتطبيق هذه المادة إذا خصت عملية البيع فقط الحق في الإيجار مثلا.
- لم يكتفي المشرع بتطابق إرادة الطرفين للاحتجاج بعملية البيع من أجل حصول المشتري على تعويض الاستحقاق بل يجب أن يقبض بائع القاعدة مالك الجدران ثمن البيع بأكمله .

¹نظرح هذه المادة إشكال ضرورة إجماع الصفتين في نفس الشخص يوم بيع القاعدة ؟ بالرجوع على الاجتهاد الفرنسي القديم اشترط القضاة اجتماع يوم تقديم المستأجر لطلب التجديد ، أو يوم توجيه المؤجر للتنبيه بالإخلاء .

Arrêt Grenoble 05/01/1935 –Gaz Rol 1935 i -463-Angers 03/03/1936 d h 1936 /225 (pour l application de ART 8/3 de la loi du 13/06/1933 visant le cas ou le propriétaire des locaux louées est en temps le vendeur du fonds il suffit que les deux qualités de propriétaire et d ancien vendeur du fonds se trouvent réunies sur la même tête au moment de la demande de renouvellement sans qu' il y ait lieu de rechercher si le propriétaire actuel de l immeuble avait déjà cette qualité au moment ou il vendu le fonds.

²يقصد بالضمان هذا ضمان عدم التعرض الذي يلتزم به البائع اتجاه المشتري .

إن كان المشرع بهذه المادة أجاب عن هذا الإشكال إلا أن تعديله لأحكام الإيجارات التجارية بموجب قانون 02-05 يعيد طرح السؤال من جديد بما أن المشرع علق اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق بإرادة الأطراف و تضمين عقد الإيجار التجاري بند بذلك.

طبقا لما جاء بمقتضى المادة 187 مكرر من ق.ت فان مشتري المحل التجاري المستأجر لاماكن المالك البائع لا يجوز لها التمسك بالحق في تعويض الاستحقاق و لا التمسك بحكم المادة 184 المشار إليها أعلاه إلا في حالة اشتراط الحق في تعويض الاستحقاق بعقد الإيجار التجاري الذي يفترض إبرامه بين البائع و المشتري.

2- بيع المحل التجاري بعد توجيه التنبيه بالإخلاء :

لمعرفة من له الحق في تعويض الاستحقاق في حالة بيع المحل التجاري بعد توجيه المؤجر التنبيه بالأخلاء للمستأجر الأصلي يستوجب الرجوع إلى حكم المادة 173 من ق.ت ، و التي جاء في مقتضاها : " لا ينتهي إيجار المحلات الخاصة بهذه الأحكام إلا بأثر تنبيه بالإخلاء حسبما جرت عليه العادات المحلية وفي مدة ستة أشهر قبل الأجل على الأقل " . يستنتج من هذه المادة أن التنبيه بالإخلاء ينهي العلاقة الإيجارية و أن كان الأمر كذلك فإن التصرف في المحل التجاري من قبل المستأجر في هذه الفترة لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة المؤجر بما أن المستأجر البائع تصرف في عنصر من العناصر المكونة للمحل التجاري و الذي لم يعد يملكه كون المؤجر أعلن عن رفضه التجديد و كون المحل نفسه سريكون موضوع تعويض لكونه مهدد بالزوال أو بنقص في قيمته¹.

بالتالي مستحق تعويض الاستحقاق هو المستأجر الأصلي البائع دون مشتري القاعدة الشاغل الجديد للاماكن، ويذهب محمد الحبيب الطيب² في هذا الشأن إلى القول : " كما أنه من جهة أخرى لا يمكن بيع القاعدة تجارية تفتقر إلى أهم عناصرها وهو الحق في الإيجار."

¹ ينبغي التنكير بأن بيع المحل التجاري يفترض إحاطة علما المشتري بكل بوضعية المحل من خلال تضمين عقد بيع مدة الإيجار وجميع البيانات الأخرى وذلك تحت طائلة البطلان وفقا للمادة 79 من القانون التجاري .
² المرجع السابق ، ص 22.

الموقف الذي اعتمده المحكمة العليا عندما احتج أمامها مشتري القاعدة بعد توجيه تنبيه بالإخلاء إلى البائع بحقه في الحصول على تعويض الاستحقاق مقابل إخلاء الأماكن¹. تكون بذلك المحكمة العليا وبتأييدها لموقف قضاة الموضوع قد سدت الفراغ التشريعي بالنسبة لهذه المسألة مقرة بمبدأ جديد المتمثل في أن تبليغ التنبيه بالإخلاء يفقد المستأجر حقه في التصرف في القاعدة موضوع الإخلاء بحيث جاء بحيثيات القرار: " فإنه بمجرد تبليغها (المستأجرة) التنبيه بالإخلاء فإن المستأجرة لم يعد لها حق التصرف في المحل التجاري " الموقف الذي لا زالت متمسكة به².

غير أن هذا الموقف لن يجد له محل من التطبيق إذا ما ابرم عقد الإيجار التجاري في ظل قانون 05-02 المعدل و المتمم للقانون التجاري .

فطبقا لما جاء بالمادة 187 مكرر من نفس القانون فإن عقد الإيجار ينتهي بمجرد انتهاء مدته و لم يعد التنبيه بالإخلاء وجوبي طبقا لما جاء بالمادة 173 من ق.ت.إ. في حالة اشتراطه بالعقد: "يلزم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء...، ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك " .

فان كان هذا هو الحل في حالة التنازل عن المحل التجاري بكل عناصره فما الحل في حالة التنازل فقط عن عنصر الحق في الإيجار عن طريق تأجير من الباطن ؟

¹ مح العليا ، غ التجا و البج ، ملف رقم 139417 ، القرار ، 1996/02/27 ، المجلة القضائية 1996 العدد 2، ص 111 و ما يليها. و الذي تتلخص وقائعه كالتالي: قرر (ورثة ر) استعادة محلهم التجاري فوجهوا للمستأجر تنبيه بالإخلاء مقابل تعويض استحقاقى وبعد انتهاء أجل التنبيه رفعوا دعوى طالبين المصادقة على التنبيه و تعيين خبير لتحديد تعويض الاستحقاق الطلب الذي استجابت له المحكمة. إنه وخلال سريان دعوى تقدير تعويض الاستحقاق قامت المستأجرة الأصلية بتاريخ 1993/02/14 ببيع قاعدته التجارية محل الإخلاء بموجب عقد رسمي إلى المدعو (م م) فأصبحت الأماكن المؤجرة محل الخبرة مشغولة من طرف مشتري القاعدة المدعو (م م) وعند علم أحد المالكين في الشبوع للأماكن المؤجرة بهذه الوضعية رفع دعوى طرد ضد يرضى مالك القاعدة الجديد بهذا الحكم وقام بالطعن فيه بالاستئناف ، إلا أن قضاة مجلس بسكرة بموجب قرارهم المؤرخ في 1994/10/23 أيدوا الحكم المعاد الذي أمر بخروج مالك القاعدة الجديد من المحل المتنازع عليه باعتباره شاغل من لدن المستأجرة الأصلية التي منح لها تعويض عن الإخلاء . القرار الذي عرض لمراقبة المحكمة العليا .

تمحورت وقائع هذه القضية في طرح على المحكمة العليا إشكال بيع القاعدة التجارية موضوع دعوى تقدير تعويض الاستحقاق فكان على المحكمة العليا الإجابة عن ما إذا كان من حق المستأجر الأصلي التصرف في قاعدته في هذه الفترة أو لا و بذلك تحديد من له الحق في تعويض الاستحقاق هل المستأجر الأصلي أم المالك الجديد للقاعدة ؟

اعتبر قضاة المحكمة العليا أنه خلال دعوى تقدير التعويض الاستحقاق يفقد المستأجر الأصلي حقه في بيع القاعدة محل الخبرة فإنه وخلال هذه الفترة لا يملك هذا الأخير سوى الحق في البقاء بالأمكنة إلى غاية قبضه مبلغ التعويض ، فقد جاء عنهم : " فإن بيع المحل التجاري الذي تم خلال سير الدعوى المؤسسة على رفض تجديد الإيجار ، لا يحتج به في مواجهة المالكين لأنه لم يعد باستطاعة البائعة التصرف في المحل التجاري بعد إثبات صحة التنبيه بالإخلاء الذي بلغ إليها فإن المقابل الوحيد الذي تتلقاه من ذلك هو التعويض طبقا للمادة 176 من القانون التجاري "

² مح العليا ، غ التجا و البج ، ملف رقم 174416 ، قرار 1999/02/03 ، المجلة القضائية 1999 العدد الأول ص 100: ط أما الخلف الخاص فهو كل شخص تم التصرف إليه من أحد الخصوم في الحق المتنازع عليه فيحل محل سلفه ويخلفه في مركزه القانوني غير أن هذه الحجية لا تمتد إلى الغير " .

ثانيا : هل يجوز للمستأجر التمسك بالحق في تعويض الاستحقاق على الرغم من إبرامه إيجار تسيير أو إيجار من الباطن ؟

أجابت الفقرة الثانية من المدة 172 من القانون التجاري على هذا السؤال بنصها : " غير أنه يجوز للمستأجر الذي يثبت بسبب مشروع أو الذي أجر متجره ضمن الشروط المنصوص عليها في الأحكام القانونية المتعلقة بإيجار التسيير فإنه يجوز له أن يتمسك بالاستغلال " .
طبقا لما جاء بهذه الفقرة لا يفقد المستأجر الأصلي حقه في المطالبة بتعويض الاستحقاق إذا رفض المؤجر التجديد بدون سبب مشروع إذا ما أبرم عقد إيجار تسيير أو أعاد تأجير الأماكن من الباطن .

يستشفى هذا الحكم من افتراض المشرع بهذه الفقرة المشار إليها أعلاه انتقال الاستغلال إلى شخص آخر غير المستأجر الأصلي.

إن كان الأصل عدم فقدان المستأجر للحق في تعويض الاستحقاق عند إبرامه ل عقد إيجار التسيير بمجرد احترامه للشروط القانونية المنصوص عليها بالمواد 203 وما يليها : " أو الذي أجر متجره ضمن الشروط المنصوص عليها في الأحكام القانوني المتعلقة بإيجار التسيير .. " نظرا لأحقيته في استغلال ملكيته المنقولة "المحل التجاري" ، غير أن إبرام المستأجر لإيجار من الباطن هو استعمال ملكية الغير (الملكية العقارية للمؤجر) فتنقلب بذلك الصورة يصبح الأصل هو الالتزام بعدم التأجير من الباطن ، و عدم احترام هذا الالتزام يفقد المستأجر حقه في تعويض الاستحقاق ، إلا انه في حالة مشروعية السبب ما عبر عنه المشرع ب"الذي يثبت بسبب مشروع " أي أن يرخص انعقاده مالك الأماكن المؤجر ، وأن يحضر مجلس العقد(ما 188 من ق.ت) " وفي حالة الإيجار من الباطن المرخص به يدعى الملاك للمشاركة في العقد " .

يقصد بالإيجار من الباطن إعادة تأجير الأماكن التي وقع عليها المحل التجاري من قبل المستأجر الأصلي مقابل بدل إيجار¹ ، فيؤدي إبرام هذا النوع من الإيجارات إلى تخلي المستأجر الأصلي عن استغلال الأماكن المؤجرة لفائدة المستأجر من الباطن² في هذه

¹ جنادي الجليلي: الإيجارات التجارية في القانون التجاري الجزائري ، المرجع السابق. 3- الإيجارات التجاري من الباطن ص من 14 إلى 18. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، الجزء السادس ، المرجع السابق ، فقرة 452 ص 661 وما يليها .
² إن المؤجر من الباطن يقوم بعمل من أعمال الإرادة فتكتفي فيه أهلية الإدارة.

الحالة وجب التساؤل هل يبقى المستأجر الأصلي محتفظا بحقه في الملكية التجارية إذا ما أجز الأماكن محل إيجار المحل التجاري من الباطن ؟
أجاب المشرع بالمادة 177 ق ت عن هذا السؤال بنصه على مايلي : " يحظر أي إيجار كل أو جزء من الباطن إلا إذا اشترط خلاف ذلك بموجب عقد الإيجار أو موافقة المؤجر " ، يتضح من هذا النص حظر المشرع للإيجار من الباطن للأماكن المعدة لاستغلال قاعدة تجارية ويترتب عن القيام المستأجر بذلك فقدان الحق في الملكية التجارية ، و يسري هذا الحظر ما لم يوجد شرط بند بالعقد يخالفه أو موافقة لاحقة وفي هذه الحالة فقط يحتفظ المستأجر الأصلي بحقه في الملكية التجارية بالرغم من عدم استغلال الأماكن المؤجرة شخصيا ، هذا ما سنحاول تحليله بالتفصيل .

1- فقدان المستأجر التمسك بتعويض الاستحقاق في حالة تأجير الأماكن من الباطن :

منع المشرع أصلا وبصفة صريحة بالمادة 188 المشار إليها أعلاه قيام مستأجر الإيجار التجاري بتأجير الأماكن موضوع الإيجار الأصلي من الباطن و هي نفس المادة التي نص عليها المشرع الفرنسي بمرسوم 1953 الملحق لاحقا بالقانون التجاري الفرنسي .
و في هذا الشأن من المفيد الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي استحسن هذا المنع لاعتقاده بأن الإيجار من الباطن يؤثر سلبا بطريقة أو أخرى على المجتمع التجاري ككل¹ ، جاء عن الفقيه دروبي Derruppe² أن هذا النوع من الإيجارات لا يخدم النمو الاقتصادي خاصة إن كان الهدف من وراءه تحقيق منفعة مادية مما يشكك في الحماية القانونية (الملكية التجارية) التي يستحقها عادة مستأجر الإيجار التجاري ، أما إذا أجز المستأجر من الباطن فقط جزء من الأماكن فإن هذه العملية حسب رأي الفقيه مبررة بكونها تخفف من أعباء المستأجر الأصلي التي تمر مؤسسته بمشاكل.

سايره في الرأي مشال بادمو³ بالتأكيد على أن أمنية المشرع تتجلى في عدم تشجيع مثل هذا التشعب في الحقوق و العقود التي يمكن لها أن تشكل منابع لمنفعة غير مبررة ، ويرى إيف

¹ اعتبر القضاء الفرنسي أنه في حالة الإيجار من الباطن لكل الأماكن المؤجرة هذا يفترض أن المستأجر الأصلي فقد مؤسسته التجارية و بالتالي لا يملك الحق في المطالبة بتحديد الإيجار

² JEAN Derruppe : les baux commerciaux : « la sous location est présentée comme une opération antiéconomique le locataire principal est présumé être un intermédiaire parasite ».

Voir aussi Françoise Dekeuwer Defossey : Droit commercial 4^e Ed 1995 Montchrestien Paris, p 367 -368.

³ Michel Pedanon . Droit commercial, Ed Dalloz Paris , p271et s .

شابو¹ أن تعدد المستأجرين يترتب عنه تعدد الفوائد التي يدرها الإيجار وتكون في الأخير على حساب المستهلك الذي يتأثر بارتفاع هذه السعار غير المباشرة بالتالي فإن الإيجار من الباطن محظور أصلا .

رتب المشرع الفرنسي على غرار المشرع الجزائري على قيام مستأجر الإيجار التجاري بإبرام مثل هذا العقد فقدانه للاحتجاج بالملكية التجارية عند نهاية عقد الإيجار الأصلي ، جاء بالمادة 188 ق ت : " يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد الإيجار دون أن يلزم بسداد أي تعويض ، إذا برهن عن سبب خطير و مشروع تجاه المستأجر الهكلي " يظهر بهذه المادة جزاء ارتكاب المستأجر لبعض المخالفات و المتمثل في فقدانه التجديد و الحق في التعويض الاستحقاق .

لم يحصر المشرع بهذه المادة ما يعتبره سبب خطير و مشروع لكن الاجتهاد القضائي اعتبر الإيجار من الباطن مخالفة من المخلفات التي تفقد المستأجر الحق في الملكية التجارية وكمثال عن ذلك ما جاء بالقرار المؤرخ في 29/09/1991² و الذي تتلخص وقائعه فيما يلي: أجر المدعو (ف ك) محلا تجاريا إلى المدعو (أم) الذي قام بدوره بتأجيله من الباطن فلم علم مالك الأماكن بذلك رفض تجديد إيجار التجاري دون منح تعويض استحقاق . وعند انتهاء أجل التنبيه بالإخلاء رفع دعوى ملتصقا طرد مستأجر الإيجار التجاري الطلب الذي استجابت إليه المحكمة ، وبعد الطعن فيه بالاستئناف من قبل المستأجر أيده مجلس قضاء سطيف بموجب القرار المؤرخ في 03/05/1989 الذي قضى بإلزام (أم) وكل شاغل بإذنه بإخلاء المحل موضوع النزاع دون تعويض استحقاق .

أسس المؤجر الأصلي طلبه على المادة 188 من القانون التجاري التي تمنع الإيجار من الباطن دون ترخيص من مالك الأماكن و استمرارا للمستأجر الأصلي في هذه الوضعية أكثر من شهر على الرغم من أعذار بالكف عنها بموجب محضر قضائي . في حين طعن المستأجر في صحة المحضر و صحة ما جاء زيادة على أن الإيجار من الباطن و لأن كان قائما فإنه لا يشكل مخالفة بمفهوم المادة 188 من القانون التجاري .

¹ Yves Chaput :Le bail commercial, 1° Ed 1988, Presses universitaires de France p34et s.

²ملف رقم 77980 المنشور بالاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية - عدد خاص - لسنة 1999 ص 125.

كان على قضاة الموضوع من أجل البث في هذه القضية أو لا تقدير الإيجار من الباطن فيما إذا كان مثل هذا العقد يعد سبب خطيرا يترتب عنه فقدان المستأجر الحق في الملكية التجارية ، وكان لقاضي أول درجة و لقضاة المجلس موقف واحد ، الموقف الذي عرض لمراقبة المحكمة العليا.

أيد قضاة المحكمة العليا قضاة الموضوع فيما ذهبوا إليه على أساس ما يلي : لكن و حيث قضاة الموضوع لما اعتنّبوا مخالفة الإيجار من الباطن ضمن المخالفات المنصوص عليها في المادة 177 من القانون التجاري فقد طبقوا القانون تطبيقا سليما لأن الإيجار من الباطن يعتبر إخلال بالتزام . "وهذا ما سارت عليه كل قرارات المحكمة العليا التي عالجت هذه المسألة¹.

2 – يجوز للمستأجر التمسك بالحق في تعويض الاستحقاق رغم التأجير من الباطن استثنائيا:

يجوز لمستأجر الإيجار التجاري إبرام إيجار من الباطن إذا ما توافرت بعض الشروط خروجاً عن القاعدة العامة أجاز المشرع بالمادة 188 المشار إليها أعلاه تأجير المستأجر من الباطن للأماكن التي وقع عليها الإيجار التجاري إذا اشترط خلاف ذلك بموجب عقد الإيجار أو بموافقة المؤجر لاحقاً ، وفي حالة الإيجار من الباطن المرخص به يدعى الملاك للمشاركة في العقد " كما جاء بأخر المادة 189 من نفس القانون : " أن إذا لم تكن الأماكن محل الإيجار الأصلي تشكل في حالة الإيجار الجزئي من الباطن كلا مشاعاً مادياً أو في نية الطرفين المشتركة " . يستنتج من هذين النصين أن المشرع علق إجازة الإيجار من الباطن و بالتالي عدم فقدان المؤجر من الباطن الملكية التجارية على وجوب توافر شرطان أساسيان: يرتبط الشرط الأول بموافقة المؤجر مالك الأماكن المؤجرة على هذا العقد ، أما الشرط الثاني يرتبط بطبيعة هذه الأماكن.

¹مح العليا ، غ التجا و البح ، القرار المؤرخ في 14/02/1994 ملف رقم 114949 ، الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية المجلة القضائية

أ/ الشرط الأول : افترض المشرع بهذه الفقرة طريقتين لتعبير مالك الأماكن المؤجرة عن موافقته على عقد المستأجر الإيجار من الباطن: تضمين العقد بند يرخص بموجبه المؤجر للمستأجر تأجير الأماكن من الباطن ، و حصول المستأجر على موافقة لاحقة بعقد الإيجار التجاري " .. إلا إذا اشترط خلاف ذلك بموجب عقد الإيجار أو موافقة المؤجرة " ، و في كلتا الحالتين أوجب المشرع على المستأجر قبل إبرامه لعقد الإيجار من الباطن أن يعلم المؤجر بذلك وأن يدعو له حضور مجلس العقد " يدعى الملاك للمشاركة في العقد". فوجود بند بعقد الإيجار التجاري يرخص للمستأجر تأجير الأماكن من الباطن لا يعني هذا الأخير من إعلام المالك إذا ما أراد إبرام مثل هذا العقد فعليه إثبات موافقة المالك وقت إبرام الإيجار من الباطن ، و إعلام المالك المؤجر ركن أساسي في العقد فيجب أن يتبعه وجوبا موافقة هذا الأخير بحيث يترتب عن الإخلال بذلك خرق لما جاء بالمادة 188 ق.ت. هذا ما ذكرت به المحكمة العليا في مناسبات عديدة حتى لا يفقد المستأجر حقه في الملكية التجارية¹. لكن هل يكفي العلم وحده بتأجير الأماكن المؤجرة من الباطن دون الموافقة الصريحة و المشاركة في إبرام هذا العقد؟

حددت الفقرة الأخيرة من المادة 188 ق.ت. الشخص الذي ينبغي أن يوجه إليه الاعذار وطريقة توجيهه وأخيرا ما يترتب عنه : " وعلى المستأجر أن يحيط المالك علما بنيته في التأجير من الباطن من الباطن وذلك بعقد غير قضائي و إما برسالة موصي عليها مع طلب العلم بالاستلام وعلى المالك أن يخبر في ظرف خمسة عشر في العقد " ، يجب طبقا لما ورد بهذه الفقرة أن يوجه المستأجر اعداره لمالك الأماكن المؤجرة و بالتالي لا يؤخذ بعين الاعتبار الاعذار الموجه إلى المؤجر صاحب الحق في الانتفاع أو المؤجر النائب. كما يستوجب أن يتم الاعذار إما عن طريق عقد غير قضائي (أي بواسطة محضر قضائي) أو برسالة مضمونة الوصول أي طريقة أخرى للأعدار غير مقبولة قانونا .

¹مح العلي ، غ التجا و البح ، ملف رقم 94659 ، القرار 1992/02/16 .خالفت المحكمة العليا في موقفها ما ذهب إليه قضاة الموضوع معتبرة أن : " .. إن المادة 505 من القانون المدني و المادة 188 من القانون التجاري التي تشترط علم المؤجر المالك و موافقته على الإيجار من الباطن و هو م

لم يبت في دعوى الحال إذ طول المدة ليس مبررا كافيا لعلم و موافقة المؤجرين بذلك عرضوا قرارهم للنقض . " . مح العلي ، غ التجا و البح القرار 1984/11/17 ، ملف رقم 94659 ، المجلة القضائية المتضمنة الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية - عدد خاص - ص156 .

حرص المشرع على تحديد موقف المالك في اقرب الآجال حتى لا يبقى المستأجر معلقا ، فاشتراط على المالك أن يحدد موقفه بالموافقة أو الرفض في ظرف خمسة عشر يوما تبدأ من تاريخ توصله بالأعدار .

تطرح مسألة الموافقة إشكال قانوني بحيث يتضح من المادة 188 ق ت أن المشرع يشترط الموافقة الصريحة وخروجا عن القاعدة العامة لم يعتبر المشرع سكوت المالك عن الرد رضا وإنما يجرى المستأجر صرف نظره عن إبرام عقد الإيجار من الباطن .

في حين جاء بالفقرة الثانية من المادة 189 ق.ت ما يلي : " وعند انقضاء مدة الإيجار الأصلي لا يلزم المالك بالتجديد إلا إذا كان قد رخص صراحة أو ضمنيا بالإيجار من الباطن أو وافق عليه ... " يستنتج من هذه الفقرة أن المشرع أجاز الموافقة الضمنية يطرح إذا السؤال بالنسبة للموافقة هل يجوز أن تكون ضمنية ؟

يلاحظ تباين موقف القضاء فبعض قرارات المحكمة العليا استبعدت تماما الموافقة الضمنية للمالك كسكوته عن الرد عند أعدار أو طول مدة الإيجار من الباطن و بقرارات أخرى أجاز الموافقة الضمنية مثال ذلك ما جاء بالقرار المؤرخ في 1994/11/22¹ الذي ذكر في مبدئه : " ولما كان ثابتا - في قضية الحال- أن محضر التحقيق المحرر لا يثبت أن المالك السابق قد أجاز أو لا الإيجار من الباطن و لكن تقدم بالعكس بالدليل على أن إيجار من الباطن قائم حسب تصريحات المستأجر من الباطن منذ 1965 و هذه المدة الطويلة لا يمكن تأويلها إلا بإيجار من الباطن مرخص به ضمنيا من طرف المالك " .

نرى أن الأخذ بالموافقة الصريحة أكثر صوابا ولعل إيراد المشرع حكم وأثر الرد على الأعدار لا دليل على أن عدم كشف المالك عن موافقته صراحة يعتبر رفض قطعي لا يجوز منازعته فيه قضائيا " .. فإذا رفض المؤجر .. أو امتنع عن الإجابة ، صرف النظر عنه " (المادة 188).

¹ملف رقم 106132 القرار المنشور بالمجلة القضائية المتضمنة الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية لسنة 1999 عدد خاص ، ص 159 .

قد يقع الإيجار من الباطن على كامل الأماكن التي وقع عليها الإيجار التجاري لكن يحدث أن يستغني المستأجر عن استغلال فقط جزء من الأماكن وهذا ما يدعى بالإيجار الجزئي من الباطن ففي هذه الحالة لا يكفي الموافقة صريحة للمالك بل يجب إعلامه بان الإيجار من الباطن جزئي و أن تسمح طبيعة الأماكن بهذا النوع من التأجير حتى يقوم هذا العقد صحيحا.

ب/ **الشرط الثاني :** يرتبط بطبيعة الأماكن المؤجرة نصت الفقرة الثانية من المادة 189 ق تعلقى ما يلي : " وعند انقضاء مدة الإيجار الأصلي لا يلزم المالك بالتجديد إلا إذا كان قد رخص صراحة أو ضمنا بالإيجار من الباطن أو وافق عليه أو إذا لم تكن الأماكن محل الإيجار الأصلي تشكل في حالة الإيجار الجزئي من الباطن، كلا مشاعا ماديا أ و في نية الطرفين المشتركة " عالج المشرع بهذه الفقرة حالة الإيجار الجزئي من الباطن مشترطا بها أن تسمح طبيعة الأماكن بالتجزئة المادية فلا يستطيع بالتالي المستأجر تأجير من الباطن جزء من هذه الأماكن نظرا للمانع التقني مثلا كعدم وجود منفذ أو مدخل للجزء المؤجر . كما يجب أن لا يكون منبع الشبوع هو إرادة الطرفين و إن كانت هذه الفقرة الأخيرة غير واضحة بحيث أنه لا يعقل أن يتفق الأطراف على عدم تجزأت الأماكن المؤجرة ثم يقوم المستأجر بتجزئتها ، إلا أنه يمكن تصور تطبيق هذا الشرط في حالة انتقال الحق في استغلال الأماكن إلى المحول إليهم أو المتنازل لهم ففي هذه الحالة يستوجب احترام إرادة الأطراف الأصلية .

نخلص إذا إلى القول بأنه يستطيع المستأجر الاحتفاظ بحقه في الملكية التجارية حتى إذا لم يستغل شخصيا الأماكن المؤجرة إذا احترام الشروط المنصوص عليها قانونا ، لكن هذا لا يكفي لوحده بل يجب أن توافق مدة الاستغلال المدة المشترطة قانونا .

تعتبر المدة عموما عنصر جوهري بالنسبة لعقد الإيجار عموما باعتبارها أساس المنفعة بالشئ المؤجر و عقد الإيجار التجاري كسائر عقود الإيجار يخضع أصلا في مدته إلى قواعد الشريعة العامة¹ فالأصل أن الأطراف أحرار في تحديده ا ، إلا أنه وفيما يتعلق بإيجار

¹ المتعاقدان أحرار في تحديد المدة شريطة أن لا يكون الإيجار مؤبد . عبد الرزاق السنهوري في كتابه الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول الجزء السادس ، المرجع السابق ص148 ، لا يعتبر إيجار مؤبد الإيجار المنعقد لمدة حياة المستأجر أو المؤجر .: " ولا نرى ما يمنع أن يكون الإيجار لمدة حياة كل من المستأجر و المؤجر فيدوم ما بقي أحد منهما حيا " كما جاء عنه بفقرة أخرى " أما الإيجار الذي يدوم ما دامت العين المؤجرة باقية فهو إيجار مؤبد فلا يجوز .."

التجاري فإن المشرع اشترط من أجل اكتساب المستأجر الملكية التجارية أن يستغل الأماكن المؤجر لمدة أدنى حددها. إن اشتراط حد أدنى للاستغلال الغرض منه ضمان استقرار القاعدة مراعاة لمصلحة التاجر فلا يكون مهدها بالطرد.

بهذا نكون قد انتهينا من دراسة الأشخاص الذين يجوز لهم التمسك بالحق في تعويض الاستحقاق و الشروط الواجب توافرها بهم ، غير أن توافر هؤلاء الأشخاص على هذه الشروط لا يكفي لاستحقاقهم تعويض الاستحقاق فقد منح المشرع هذه الحماية القانونية لعقد الإيجار التجاري بمفهوم المادة 169 و 170 من ق. ت مما يدعونا إلى التساءل عن طبيعة عقد الإيجار التجاري الذي يدخل داخل نطاق هذه الأحكام و يمنح هذه الحماية ، بالإضافة إلى ذلك ما هي الشروط التي تفتح الحق في تعويض الاستحقاق ؟

المبحث الثاني:

الشروط الواجبة لاستحقاق تعويض الاستحقاق

حدد المشرع شروط خاصة بعقد الإيجار التجاري الخاضع لأحكام الإيجارات التجارية من حيث مدته و محله أو الأماكن موضوع الإيجار فلا تفتح كل الإيجارات التجارية الحق في تعويض الاستحقاق ، كما أن ظهور بعض العقود الإيجارية الحديثة و نقصد بها عقد الاعتماد الإيجاري و عقد الإيجار التجاري المدعم تطرح نفس السؤال هل تفتح الحق في تعويض الاستحقاق ؟ سنحاول الإجابة عن هذين الإشكاليين متبعين التقسيم التالي :

- **المطلب الأول:** هل كل عقود الإيجار التجارية تفتح الحق في تعويض الاستحقاق ؟
- **المطلب الثاني:** إشكالية بعض عقود الإيجار التجارية الحديثة

المطلب الأول:

هل كل عقود الإيجار التجارية تفتح الحق في تعويض الاستحقاق؟

جاء بمقتضى المادة 172 ق.ت ما يلي : " لا يجوز التمسك بحق التجديد إلا من طرف المستأجرين أو المحول إليهم ... الذين يثبتون بأنهم يستغلون متجرا .. إما منذ سنتين متتابتين وفقا لإيجار واحد أو أكثر مقيدة بصفة متتالية إما منذ أربع سنوات متتابة وفقا لإيجار واحد أو أكثر متتالية شفاهية كانت أو كتابية " ، و بالمادة 171 من نفس القانون: " لا تطبق هذه الأحكام على الإيجارات الاحتكارية إلا إذا كانت تخص إعادة النظر في بدل الإيجار . غير أنها تطبق في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 196 و 170 أعلاه ، على الإيجارات المبرمة عن طريق الإيجار الطويل الأمد بشرط ألا تؤدي مدة التجديد الممنوحة للمستأجرين من الباطن إلى تمديد شغل الأماكن الى ما بعد تاريخ انتهاء الإيجار الطويل الأمد ."

طبقا لما نص عليه المشرع بهاتين المادتين فان المستأجر التاجر أو الصناعي أو الحرفي لا يجوز له التمسك بحقه في تعويض الاستحقاق إلا إذا أبرم عقد إيجار تجاري طبقا للشروط التي حددتها له أحكام الإيجارات التجارية و يمكن تلخيص هذه الشروط في شرطين:

شروط مدة عقد إيجار تجاري حسب مفهوم المادتين 172 و 171 ق ت ، و شرط طبيعة الأماكن محل عقد الإيجار التجاري و التي تدخل في حماية الإيجارات التجارية: " تطبق الأحكام الآتية على إيجار العمارات أو المحلات التي يستغل فيها محل تجاري.. " 169 ق ت

- الفرع الأول : الشرط المرتبط بمدة عقد الإيجار التجاري

- الفرع الثاني : الشروط المرتبطة بطبيعة الأماكن المؤجرة

الفرع الأول:

الشرط المرتبط بمدة عقد الإيجار التجاري

يتضح جليا من قراءة المادة 169 المشار إليها أعلاه أن المشرع ربط بين اكتساب مستأجر الإيجار التجاري للملكية التجارية ومدة استغلال الأماكن المؤجرة ، و يقصد بمدة استغلال الفترة التي يقضيها فعلا المستأجر في استغلال قاعدته بالأماكن المؤجرة بحيث تفترض نشاط عادي وحقيقي (وليس فقط ظاهري) ، فسواء كان ذلك بموجب عقد إيجار و احد أو عقود متعددة المهم أن توافوها على عنصر التواصل الزمني فيما بينها بحيث حدوث أي انقطاع يحول دون اكتساب المستأجر الملكية التجارية " وفقا لإيجار واحد أو أكثر متتالية... " كما يستنتج من هذه الفقرة أيضا أن المشرع تدخل فقط في تحديده لأدنى مدة ولم يحدد أقصاه تاركا ذلك للإدارة الأطراف.

كما أكد القضاء على ضرورة مناقشة أولا مدة الإيجار التجاري قبل التطرق إلى مناقشة الحق في التجديد أو الحق في تعويض الاستحقاق ، معتبرا أن مدة استغلال الإيجار التجاري مسألة أولية ينبغي مراقبتها قبل التطرق إلى أحقية المستأجر في الملكية التجارية¹ ، فما هو مصير عقد الإيجار التجاري القصير المدة و ذلك الطول المدة ؟

أولا : عقد الإيجار التجاري القصير المدة

مثال ذلك عقد الإيجار الموسمي ، و ما شاع في الحياة العملية قبل تعديل القانون التجاري من عقد إيجار تجاري لمدة 23 شهرا ، هل تفتح مثل هذه العقود التجارية الحق في تعويض الاستحقاق ؟

1- **عقد الإيجار الموسمي:** عليه أقصى المشرع عقد الإيجار الموسمي من الخضوع الى أحكام الإيجارات التجارية على الرغم من توافر بمستأجره على صفة التاجر ، يعده ذا الإقصاء منطقي لكون إن مثل هذه الإيجارات عقود قصيرة المدة قد تدوم بضعة أشهر فقط (لتعلق نشاطها باستثمار خاص بموسم معين يدوم في اغلب الأحيان بضعة أشهر فقط)

¹ مح العليا ، غ ، التجا و البح ، ملف رقم 155880076 ، قرار في 1997/12/16 ، قضية (غز) ضد (رس) ، المجلد القضائي لسنة 1997 العدد 2 ، ص 135 وما يليها بمبدئه " تجديد الإيجار - عدم مراعاة مدة العقد نقض "" حيث فعلا تبين من القرار المطعون فيه وأن قضاة الموضوع لم يجيبوا على دفع الطاعنة المتعلقة بالمادة 172 من ق ت التي توجب حتى تتمسك المطعون ضدها بحق تجديد الإيجار وتعويض الاستحقاق أن يكون العقد شفهي لأربعة سنوات وللعقد الرسمي سنتين واعتبارهم فقط بأن المطعون ضدها مستأجرة قانونية تستحق تجديد الإيجار والتعويض الاستحقاق طبقا للمادة 172 من ق ت غير كاف ويعتبر تقصير في التسبيب "

فيستحيل إذا على المستأجر إنشاء قاعدة تجارية في مثل هذا الوقت حتى و إن تجدد إيجاره كل سنة. لكون الهدف من الملكية التجارية بالدرجة الأولى، فتنظم مثل هذه الإجراءات أحكام خاصة على حسب نوعية النشاط المستثمر¹.

2- إشكالية عقد الإيجار التجاري لمدة 23 شهرا :

يتضح من الفقرة التالية: " إما منذ سنتين متتابعتين وفقا لإيجار واحد أو أكثر مقيدة بصفة متتالية ... " أن المشرع اشترط أن استغلال المستأجر الذي أبرم عقده بصفة رسمية الأماكن المؤجرة لمدة لا تقل عن السنتين أي أربعة وعشرون شهرا ، وهذا ما ذكرت به المحكمة العليا في كل مرة حاول فيها المؤجر التهرب من الملكية التجارية بحجة أن الإيجار التجاري المحدد المدة ينتهي بمجرد انقضاء مدته ولا يخضع لأحكام الملكية التجارية . فكان موقف القضاء واضحا ومكرسا لتطبيق ما جاء بالمادة 172 ق ت كون عقد الإيجار التجاري المقيد المدة ينتج عنه اكتساب المستأجر الملكية التجارية إذا تواصل لأكثر من سنتين².

خلاصة ذلك أن عقود الإيجار التجارية التي تقل مدتها عن السنتين لا تدخل في نطاق تطبيق أحكام الإيجارات التجارية مثال ذلك الإيجارات التجارية الموسمية القصيرة المدة لتعلق نشاطها باستثمار خاص بموسم معين يدوم في أغلب الأحيان بضعة أشهر فقط فيستحيل إذن على المستأجر إنشاء قاعدة تجارية في مثل هذا الوقت حتى وأن تجدد هذا العقد كل سنة لكون

¹ يكثر الإيجار الموسمي في ميدان الفلاحة الذي يحكمه قانون الفلاحة أو في الميدان الاقتصادي الذي ينظمه قانون الاستثمار المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1991/11/24 عدد6 وخاصة المادة 19 منه.

² مع العليا ، غ التجا و النج ، ملف رقم 147110 ، قرار 17-12-1996 ، قضية "ك إ" ضد "ط و" الذي جاء مبدأه كالتالي : "عقد إيجار محدد المدة - الملكية التجارية - إسقاط الحق في تجديد الإيجار المادة 199 من القانون المدني " أنظر المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول ص 90 الذي تتلخص وقائعه فيما يلي : عقد إيجار محل تجاري محدد المدة بين المدعو (ك إ) و (س ط) ، وعند انقضاء المدة المقررة للإيجار رفع المؤجر دعوى طرد ضد المستأجر الطلب الذي استجاب له قاضي أول درجة . فنازع المستأجر في صحة دعوى المؤجر مستأنفا الحكم الذي قضى عليه بالطرده . قضى مجلس قضاء بجاية بتاريخ 1994/12/11 بإلغاء الحكم المعاد و القضاء من جديد برفض طلب المؤجر أسس المؤجر دعواه على المادة 106 من القانون المدني التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين ومادام أن العقد الذي أبرمه مع المستأجر محدد المدة فعلى هذا الأخير إخلاء الأماكن فور انقضاء هذه المدة دفع المستأجر بكون العقد الذي يربطه بالمؤجر هو إيجار محل تجاري لأكثر من سنتين و بالتالي فلا يجوز للمؤجر أن ينهي العلاقة الإيجارية إلا بتوجيه إليه تنبيهه بالخلاء و عرض عليه تعويض استحقاق . اقتنع قاضي أول درجة بالتأسيس الذي جاء به المؤجر و قضى بطرد المدعو (س ط) إلا أن قضاء المجلس استبعدوا هذا التأسيس لكون الأمر يتعلق بالإيجار محل تجاري مقيد و مادام أن مدته تجاوزت السنتين فلا يمكن تطبيق عليه قواعد الشريعة العامة وهو يخضع لأحكام القانون التجاري التي تضمن للمستأجر في هذه الحالة حقه في المطالبة بتجديد العقد أو بتعويض استحقاق ، أكثر من ذلك فإن صحة مثل هذه الدعاوي يشترط وجوبا أن يسبقها تنبيه بالإخلاء الإجراء الذي لم يحترمه المؤجر ، وعلى هذا الأساس قضى المجلس بإلغاء الحكم المعاد و رفض دعوى المؤجر . نازع المؤجر هذا القرار و طعن فيه بالنقض فطرحه على المحكمة العليا الإشكال التالي : هل إيجار المحل التجاري المحدد المدة يخضع إنهائه لقواعد الشريعة العامة أم لأحكام خاصة ؟

أيد قضاء المحكمة العليا في إجابتهم عن هذا الإشكال ما ذهب إليه قضاة مجلس بجاية وجاء تبريرهم كالتالي : " وبناء عليه فإن تمسك الطاعن بنص المادة 106 من ق م لإنهاء علاقة الإيجار غير مجدي ولا يسوغ إعماله في قضية الحال أن المستأجر استغل المحل التجاري المنتزاع عليه بموجب عقد إيجار مكتوب نتج عنه اكتساب الملكية التجارية بعد انقضاء السنتين مما يخول له الحق في الحصول على التعويض الاستحقاق ... "

الملكية التجارية تفترض الانتظام و الاستمرار في استغلال القاعدة التجارية بالأماكن المؤجرة لمدة لا تقل عن السنتين طبقا لها جاء بالمادة 169 ق ت .
غير أنه و في الحياة العملية أصبح المؤجر يفرض عادة على مستأجر ابرام ايجار تجاري لهده ثلاثة وعشرون شهرا بغرض إفلاته من الملكية التجارية ، و يحدث أن يجدد له الإيجار لكن باسم مستأجرين آخرين يكونون في أغلب الأحيان من أهل المستأجر الأصلي (كأن يعطي الإيجار للزوج ثم للأولاد) في هذه الحالة وجب التساؤل عن مصير هذه العقود المبرم لثلاثة وعشرون شهرا هل تسقط فعلا الحق في الملكية التجارية ؟
لم يرد أي نص ينظم مصير مثل هذه العقود لكن بمفهوم المخالفة يستنتج من الفقرة الأولى من المادة 172 ق ت أن الإيجار التجاري المنعقد رسميا لأقل من السنتين لا ينشأ الملكية التجارية ويخضع بالتالي إنهائه إلى قواعد الشريعة العامة أي ينقضي بمجرد نفاذ مدته دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء.

في حين ذكر القضاء بضرورة توافر شرط أدنى لهده لإيجار التجاري المنعقد رسميا و التي حددتها المادة 172 ق ت بسنتين و العبرة بسنتين كاملتين ، مثال ذلك ما جاء في أحد قراراتها المؤرخ في 1999/07/13¹والذي تتلخص وقائعه فيما يلي:
أبرم مستأجر تاجر إيجار محلا بغرض استغلال قاعدته التجارية بموجب عقد رسمي لمدة ثلاثة وعشرون شهرا و عند نهاية المدة المتفق عليها رفض المستأجر التاجر مغادرة الأماكن مما أدى بالمؤجر إلى رفع دعوى قضائية أمام القضاء الاستعجالي ملتصا طرد هذا الأخير وكل شاغل بإذنه ، الطلب الذي استجابت له هذه الجهة على أساس أن المستأجر أصبح يحتل الأماكن بدون وجه حق أو سند بعد انتهاء مدة عقد الإيجار التجاري المبرم لمدة أقل من سنتين .

بعد تمسك المستأجر التاجر بحقه في الملكية التجارية معتبرا أن الأمر يتعلق بالطرد من محل تجاري الذي يحتاج لإنهائه إلى تنبيه بالإخلاء وأن قاضي الموضوع هو المختص في النظر في مثل هذه القضية .

¹مح العليا ، غ التجا و البح ، ملف رقم 2218477 ، المح القضائية لسنة 2000 العدد 1 ص 137 .

على هذا الأساس عرض هذا الأخير على المحكمة العليا مراقبة القرار الاستعجالي الذي قضى بطرده ، فطرد على المحكمة العليا إشكال هل يحتاج إنهاء إيجار المحل التجاري المنعقد لمدة ثلاثة وعشرون شهرا إلى تنبيه بالإخلاء أي يخضع إلى أحكام المادة 173 من القانون التجاري ؟

جاء موقف قضاة المحكمة العليا مسائرا للموقف الذي اعتمدت نقابة القضاة الاستعجالي مذكرة " .. بأن المستأجر لا يستفيد بحق تجديد عقد الإيجار الذي أبرم بموجب عقد رسمي لمدة ثلاثة وعشرون شهرا فقط وأنه يتعين عليه الخروج من المحل بعد انتهاء المدة المتفق عليها حيث أن التسبيب سليم ومؤسس قانونا .." ، إنه وبإقرار قضاة المحكمة العليا اختصاص القضاء الاستعجالي وعدم الحاجة إلى تنبيه بإخلاء من أجل إنهاء إيجار المحل التجاري المحدد المدة لأقل من سنتين يكونون بذلك قد استبعدوا مثل هذا العقد عن أحكام الإيجارات التجارية .

كان للقضاء الفرنسي¹ نظرة أبعد من تلك التي توقف عندها القضاء الجزائري فيما يخص هذا الإشكال، بحيث اعتبر أن مثل هذه العقود المبرمة لفترة ثلاثة وعشرون شهرا إذا ما تعددت فإنها تعد تحايل على القانون و الغرض منها الإفلات من أحكام الملكية التجارية ، فإذا ما طرح النزاع على القضاء دعت محكمة النقض قضاة الموضوع إلى التحقق من تعاقب هذه الإيجارات وكذا من بقاء الاستغلال طيلة هذه المدة تحت يد نفس المستأجر سواء كان ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فإذا تبين لهم توافر عنصر الاستمرار وجب تطبيق قانون الإيجارات التجارية ، و هو نفس الموقف الذي اعتمده الفقه² الفرنسي بعدم التردد في اعتبار تركيب إيجارات متتالية لمدة 23 شهرا الهدف منها هو الحيلولة دون نشأة الملكية التجارية مادام أن العتاد و المخزون يبقى في مك أنه و الاستغلال يستمر من طرف نفس المستأجر القديم بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

¹ Michel Juglert .Benjamin Ippolito .Emmanuel Du Pontavice. Jacques Dupichot . Traité du Droit commercial Tome 1 , 4 Ed 1988 Montchrestien, p 31. Les techniques qui permettent pas d' échapper à la propriété commercial .

² Jean Guirec Raffaray :Baux commerciaux Ed 1995 collection % Pratique de l'immobilier, Masson , p31.

ثانيا : عقد الإيجار التجاري الطويل المدة

طبقا لما جاء بالمادة 171 ق ت فان المشرع أورد حكم أصلي و آخر استثنائي :

1-أصلا : نصت المادة 171 ق ت : " لا تطبق هذه الأحكام على الإيجارات الاحتكارية .." ،

و عليه يستثني المشرع من نشأة الملكية التجارية عقود الإيجار طويلة الأمد التي سماها بالإيجارات الاحتكارية و يقصد بها تلك الإيجارات التي تفوق مدتها اثني عشرة سنة بحيث لا يفتح إبرام مثل هذا العقد الحق التجديد و لا الحق في تعويض الاستحقاق إذا ما رفض المؤجر التجديد و لعل الحكمة من عدم استفادة هذه العقود من الملكية التجارية لان هذا الحق سيؤدي إلى جعل الإيجار مؤبد .

على غرار المشرع الجزائري استثنى المشرع المغربي عقود الإيجار طويلة الأمد من اكتساب الملكية التجارية¹ و حدد طول الأمد بثمانية عشر سنة معتبرا هذه العقود من بين الحقوق العينية فهي غير قابلة للتجديد² ، غير المشرع المغربي استثنى عقود الإيجار الطويلة التي يبرمها المؤجرون الأصليون بشرط أن تكون مدة تجديد العقد لا تؤدي إلى اعتمار الأماكن إلى ما بعد تاريخ العقد طويل الأمد .

2-الاستثناء : على الرغم من إخراج المشرع الإيجارات الاحتكارية من نطاق تطبيق أحكام الإيجارات التجارية فيما يخص اكتساب صاحبها –المستأجر – للملكية التجارية ، إلا انه و فيما يخص مراجعة بدل الإيجار فانه أخضعها لنفس الأحكام و بما أن هذا الاستثناء لا يتعلق بموضوع رسالتنا فلن نطيل فيه .

¹ الفصل 3 من ظهير 24 ماي 1955 . الملحق رقم 1 .
² الفصل 87 من ظهير 2 جوان 1915 المنظم للكراء الطويل الأمد : " إن الكراء الطويل الأمد للأموال الثابتة يخول للمستأجر حقا عينيا قابل للرهن الرسمي و يمكن تفويت هذا الحق و حجزه طبقا للشروط المقررة في الحجز العقاري ، و يجب أن يكون هذا الكراء لمدة تفوق 18 سنة دون أن تتجاوز 99 سنة و لا يمكن تمديده ."

الفرع الثاني :

الشرط المرتبط بالأماكن موضوع عقد الإيجار التجاري

يشترط في الأماكن التي يقع عليها الإيجار التجاري ما يشترط عادة في الشيء المؤجر¹ أي أن يكون موجودا أو ممكن الوجود ، معينا أو قابل للتعيين وأخيرا أن يكون جائز التعامل فيه و يقصد بالوجود اتفاق المتعاقدين على تأجير أماكن قائمة وقت العقد وكون الإيجار التجاري يرد على شيء مادي وليس على شيء معنوي² (كإيجار القاعدة التجارية أو الحرفية... الخ) فمن السهل التحقق من وجوده .

إذا ثبت أن هذه الأماكن هلكت استحالت تنفيذ الإيجار و بطل العقد " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلق " (بالمادة 93 من القانون المدني) كأن يؤجر شخص أماكن يعتقد أنها موجودة أو أنه يملكها (بموجب الإرث أو الهبة أو الوصية مثلا) ويتبن غير ذلك .

ميز المشرع في المادة 92 من ق.م بين حالتين من الوجود : الوجود الفوري و الوجود المستقبلي ويشترط في هذا الأخير أن يكون محققا كأن يقع الإيجار على أماكن في طور الإنجاز.

كما يجب أن يكون المكان معينا تعينا كافيا : " إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه و مقداره و إلا كان باطلا " (ما 94 من ق.م) يستخلص من هذا النص وجوب تبيان موقع المكان وحدوده و أوصافه الأساسية ومساحته إلى غير ذلك مما لا يدعو إلى الخلط بينه وبين مكان آخر .

يشترط أخيرا أن يكون التعامل الوارد على هذا المكان جائزا³ (أي أن يؤجر أماكن ملكا له) و مشروعا أي غير مخالف للنظام العام¹ و الآداب العامة (المادة 96 من ق.م)

¹ بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، لجزائر ، 2001 ، ص 138 و ما يليها .

² والمنقول هو كل ما يمكن نقله من مكان لآخر دون أن يلحقه تلف أو يطرأ على شكله تغيير ، وقد جاء في هذا الشأن عن القضاء الفرنسي ما يلي « Dés lors qu'il est constaté que le bailleur a conservé la propriété du fonds de commerce , le juge du fond est fondé a refuser au locataire non propriétaire du fonds , le bénéfice de la législation sur le renouvellement des baux commerciaux, Cass .com 23 juillet 1952 , Rev , loy , 1952 , 506 Dalloz 1953 Somm .6.

³ العقون الأخر الإيجار في القانون الجزائري دروس ، دفعة 1979 ص 289. وما يليها إيجار ملك الغير ، إيجار الشيء الشائع ، إيجار أملاك الدولة ، إيجار محل غير مشروع و مخالف للآداب و النظام العام .

بالإضافة إلى هذه الشروط و التي لا تخرج عن إطار الشريعة العامة أورد المشرع شروط خاصة بالأماكن التي يقع عليها الإيجار التجاري من بينها ما يرتبط بنوعية المكان و أخرى بطبيعته و ثلاثة شروط تحدد معايير تميزه عن غيره ، قبل التمعن في ه ذه الشروط ينبغي التأكيد على أن نفس الأحكام تطبق سواء كانت هذه الأماكن ملك للخواص أو تابعة لأمالك الدولة.

نصت المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة التابعة للدولة وتسييرها : "يخضع تجديد عقود تأجر العقارات أو المحلات ذات الاستعمال التجاري و الصناعي و الحرفي التابعة لأمالك الدولة ، للقوانين و التنظيمات السارية على علاقات المؤجرين بالمستأجرين . " و يقصد بذلك الأحكام القانون التجاري المنظمة لعقد الإيجار التجاري .

يتضح من نص المادة 169 ق.ت² أن المشرع حدد طبيعة الأماكن التي يجب أن يقع عليها الإيجار التجاري بذلك خرج عن العمومية التي تكتسي لفظ المكان وفي نفس الوقت العمومية التي عين بها ما يقع عليه الإيجار المدني : "يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة .."(المادة 476 من ق.م.) . يستنتج أيضا أن المشرع ميز بين نوعين من الأماكن : الأماكن المؤجرة لاستغلال المؤسسة الرئيسية و الأماكن المؤجرة كملحق بالمحل الرئيسي و أخيرا الأماكن ملحقة .

أولا : الأماكن الرئيسية

علق خضوع هذه الأماكن لأحكام الإيجارات التجارية على توافر بعض الشروط الخاصة يجب الاتفاق عليها وقت إبرام العقد لكونها تتعد معيار للتمييز بين الإيجار التجاري المكسب للملكية التجارية وباقي الإيجارات التجارية التي لا تخضع لهذه الحماية .

¹ يقصد بالنظام العام مخالفة القوانين المنظمة للدولة ومؤسساتها أما الآداب العامة فيقصد بها أن يكون التصرف أو الشيء منافيا للأخلاق وهو مستنبط من المجتمع وما ينظمه من قواعد خلقية لأكثر معلومات راجع ص 148 من المرجع السابق .

² المادة 169 من ق.ت ما يلي " تطبق الأحكام التالية على إيجار العمارات أو المحلات ...

-إيجار المحلات أو العمارات الملحقة باستغلال محل تجاري ...

-إيجار الأراضي العارية التي شيدت عليها قبل أو بعد الإيجار بنايات معدة لاستغلال التجاري أو الصناعي أو الحرفي ..."

فطبيعة الإيجار تحددها طبيعة الأماكن المؤجرة و لما كان الأمر كذلك يجوز إذا للمؤجر الدفع بها للإفلات من الملكية التجارية و المكان مدلول عام فقد يكون مبنى أو ارض فضاء، و جب إذا تحديد الأماكن التي ينبغي أن تكون محلا لعقد إيجار مكسب للملكية التجارية . طبقا لما جاء بالمادة 169 ق.ت يجب أن تتوافر بهذه الأماكن شروط معينة ترتبط بجانبين : أولا بنوعية الأماكن ثانيا بللطبيعة المعدة لهذه الأماكن .

1- نوعية الأماكن: تنص المادة 169 المذكورة أعلاه على مايلي: " تطبق الحكام التالية على إيجار العمارات أو المحلات ...

1- إيجار الأراضي العارية التي شيدت عليها قبل أو بعد الانجاز الإيجار بنايات .." و عليه اشترطت هذه المادة أصلا أن يقع إيجار التجاري أصلا على بناية و بالأخص تلك التي تشكل عمارة أو محل فقط . و استثنائيا اعتبر الأراضي العارية ضمن الأماكن التي تخضع لأحكام الملكية التجارية إذا ما توافرت بها شروط معينة. سنبدأ بتحليل الأصل في طبيعة الأماكن المؤجرة ، لنحل بعدها الاستثناء .

أ - أصلا البناية : قصد المشرع بالبناية فقط تلك التي تشكل عمارة أو محل مستبعدا بذلك باقي الأماكن التي لا تشكل بناء.

-العمارة أو المحل : لم تبين المادة أعلاه المقصود بالعمارة و المحل بشكل دقيق لكن الفقه وفي مناسبات عديدة أعطى مواصفات للعمارة. عرف عبد الرزاق السنهوري في مرجعه الوسيط في شرح القانون المدني المكان الذي يقع عليه الإيجار بكونه : " كل حيز مغلق بحيث يكون حرزا : بذلك تخرج الأرض الفضاء ... " كما جاء عنه أيضا في فقرة أخرى : " الغالب أن يكون المكان بناء أو جزء من البناء فالفيلا مكان و الأدوار و الشقق في العمارات أجزاء من المكان .. " .

كما ذهب جون دريبي Jean Derruppé¹ في معنى قوله إلى وصف العمارة على أنها ذلك المكان الذي يسمح باحتواء المستغل و تستقبل عملاءه فيجب أن يتعلق الأمر بعقار مبني ،

¹ Jean Derruppé les baux commerciaux .2 Ed 1996 Dalloz Paris , P 14-15.

Françoise Dekeuwer Deffossey Droit Commercial. 4 ° Ed , 1995 Montchrestien Paris P 341, 342.

ومكان مغلق و مغطى و هو نفس الوصف الذي ذهب اليه الفقيه ميشال بادمو Michel Padamon¹ في قوله بوجود وقوع الإيجار التجاري على عمارات أو محلات مغلقة و مغطاة تسمح باستقبال جمهور المستغل و عبر العقون لاضر² عن هذه العمارة بما يلي " يجب أن يكون الإيجار واقع على محل و لا يدخل في هذا المفهوم الأكواخ الغير ثابتة أو على الماء...".

يستخلص من كل هذه التعاريف أن العمارة أو المحل زيادة على كونها بناء يجب أن يتصفا بالأوصاف التالية :

- أن تكون مغلقة أي محاطة من كل جهة ،
 - أن تكون مغطاة و يقصد بالتغطية سقف البناء،
 - أن يكون البناية عمارة كانت أو محل ملتصقة بالأرض أي قائمة على أعمدة تشكل أساس البناية ، فالقضاء الفرنسي رفض اعتبار إيجار الواقع على أكواخ موضوعة على سطح الأرض بدون أن يكون لها أساس تحتي³،
 - أن تكون قوية وصلبة الهيكل ، فالبنائيات المركبة أو تلك المصنوعة من المواد البلاستيكية أو الألمنيوم لا يمكن اعتبارها بناءا بالمفهوم الذي قصده المشرع في المادة 169 ق ت .
- أما عن استقبالها للعملاء فلا يشترط بالضرورة أن تسمح العمارة أو المحل باستقبال العملاء فيكفي أن يمارس بها النشاط موضوع القاعدة فالمصانع مثلا أو المكاتب لا يستقبل بها العملاء .

فإذا ما وقع نزاع حول طبيعة البناية وجب العودة للقضاء من أجل تقدير مدى صلابة البناية وارتباطها بالأرض فإن كانت هشة أو ذات طابع مؤقت لا يمكن تكييف الإيجار الذي وقع عليها كإيجار تجاري مكسب للملكية التجاري .

¹ Michel Padamon Droit commercial / Edit 1995 Montchrestien, Paris, p 258, 259.

² المرجع السابق ، ص 245.

³ « le statut à par exemple été refusé aux baraques simplement posés sur des terrains sans fondation ni soubassement, ni scellement.. » jean Guirec Raffray : Baux commerciaux .Ed 1995 collection « Pratique de l'immobilier » Masson Paris, p 19-20.

و عليه من المنطقي استبعاد بعض الأماكن التي يؤجرها التاجر أو الصناعي أو الحرفي لممارسة نشاطه ، لكونها لا تدخل في نطاق وصف العمارة أو المحل السابق إيراده ومن أمثلة هذه الأماكن المساحات الغير مغطاة و الغير مغلقة و المختلفة الاستعمال كالطاولات المتواجدة بالأسواق أو المربعات المتواجدة بأسواق الجملة المستعملة لعرض السلع .

نفس الحكم يطبق على واجهات المباني أو الشرفات الملصقة بجدران العمارة المستعملة سواء للبيع أو للعرض ، فبالرغم من كون هذه الأماكن عنصرا من عناصر القاعدة التجارية إلا أنها لا تشكل محلا بحد ذاتها¹ لكونها لا تسمح باستقبال الجمهور ولا باستغلال القاعدة ، مثال ذلك جدران العمارات أو المحلات أو السطوح أو الأعمدة المؤجرة لغرض لصق الإعلانات والإشهار² ، والمساحات المستعملة لوقوف السيارات إذا لم يكن للزبون سوى حق الوقوف بحيث يعتبر الإيجار إيجار خدمة وليس إيجار مكان .

يدخل في مفهوم المساحة التي لا تستفيد من الملكية التجارية الأرصفة³ كبائعي الجرائد الذين يستأجرون رصيفا للبيع به بحيث أن الانتفاع من هذه الأماكن يقوم على أساس رخص إدارية واعتماد من الولاية وليس على عقد إيجار ، وكذلك المساحات المتواجدة بالأسواق الكبرى والتي يستأجرها التاجر لممارسة نشاطه مقابل بدل إيجار ، فبالرغم من كون هذه المساحات جزء من مبنى إلا أنها لا تكسب صاحبها الملكية التجارية لأن الإيجار التجاري يشترط اجتماع جميع العناصر الرئيسية المكونة للقاعدة المستغلة بالبنائية .

¹ جاء في هذا الشأن عن القضاء الفرنسي ما يلي :

« Ne peut bénéficier des lois sur la propriété commerciale une vitrine située dans un hall d' un hôtel ou un commerçant installé ailleurs expose des objets que les employés de l' hôtel vendent à la clientèle de celui-ci moyennant un pourcentage sur la vente qui s' ajoute au prix de location » Trb , civ, Sein 2/04/1951 , Gaz Pal 1951 1. 365 Dalloz 1951 , 424.

² جاء عن القضاء الفرنسي بخصوص الجدران :

« Dès lors on ne saurait assimiler un mur pris en location par une agence d' affichage ...au local et par suite , le locataire du mur n' est pas fondé d' exiger de son bailleur le renouvellement de son bail ... » Cass , civ , 21 /01/1930 Gaz Pal , 1930 , 1.375 , Dalloz 1930 .113.

³ جاء بخصوص الأرصفة في اجتهاد القضاء الفرنسي ما يلي :

« Le propriétaire d' un café -restaurant qui bénéficie d' une autorisation administrative annuelle et renouvelable par tacite reconduction , d' occuper au droit de son établissement une zone délimitée du trottoir de la voie publique ,d' a aucun titre locatif sur cette zone concédé.... En conséquence, les formalités prévue par l'art 5 du décret du 30/09/1953 nom pas etre observer par le propriétaire du café pour mettre fin à l' utilisation de l' empalement) cass.civ. Paris ,16° ch 19/03/1963 Dalloz 1963 , Som 101 Quots , Juris 07/09/1963.

لا يكسب أيضا الملكية التجارية المستأجر الذي أجر مكان غير ثابت بالأرض مثل الأكواخ أو الأكشاك المنقلة أو الطائفة على الماء لأن العمارة أو المحل بناء ثابت و قوي .
كما يدخل في المعنى العام للفظ -مكان - الأراضي العارية و بالرغم من أن هذا النوع من الأماكن لا تتوافر به المواصفات التي ترد على العمارة أو المحل ، إلا أن المشرع أورد فيهم حكم خاص .

ب- استثناء 1: الأرض العارية: وهي الأراضي الفضاء أي التي لا يوجد عليها أي بناء.
أصلا لا يترتب عن استئجار مثل هذه الأراضي الملكية التجارية ، فلا يستفيد مستأجري الأراضي العارية أي الخالية من أي بناء مثل ذلك الأراضي المؤجرة لاستغلال كمكان لوقوف السيارات أو كسوق غير مغطى أو كملعب... إلخ من الملكية التجارية رغم توافر بمستأجريها على صفة التاجر أو الحرفي .

غير أنه استثنائيا ألحق المشرع الاراضي العارية بالأحكام المنظمة للإيجار التجاري بنصه "2- إيجار الأراضي العارية التي شيدت عليها قبل أو بعد الإيجار بنيات معدة للاستغلال التجاري أو الصناعي أو الحرفي بشرط أن تكون هذه البنايات قد شيدت استغلت بموافقة المالك الصريحة " (الفقرة الثانية من المادة 169 ق ت)¹ يتضح من هذه الفقرة جواز استفادة مستأجر الأراضي العارية من الملكية التجارية إذا ما اجتمعت الشروط التالية :

الشرط الأول : إقامة بناء على الأرض العارية "...إيجار الأراضي التي شيدت عليها قبل أو بعد الإيجار بنيات ... " يتضح من هذه الفقرة أن المشرع اشترط أن يقام على الأرض بناء متوافق مع المواصفات التي نصت عليها هذه المادة أي أن يكون عبارة عن عمارة أو محل ، إلا انه يلاحظ عدم تعيين المشرع لطرف الذي يتكلف بإقامة هذا البناء ، غير أننا نرى أن المؤجر هو المكلف بالبناء بما انه هو صاحب الحق في طلب رخصة البناء ، بالإضافة إلى ذلك لم يربط المشرع إنجاز البناء بزمن معين تاركا تحديد هذه الأمور للأطراف .

¹ اعتبر الاجتهاد القضائي الفرنسي أن النص لا يكتسي طابع مستقل فهو ينص فقط على شروط تضاف إلى تلك المنصوص عليها في الفقرات السابقة ، مع ملاحظة أن المادة 169 من القانون المدني هي نفس المادة الأولى من مرسوم 1953 الفرنسي ، راجع في ذلك ما جاء عن جون دوروي المرجع السابق ص 14.

الشرط الثاني : تحصل المستأجر على الموافقة لإقامة بناء : " بشرط أن تكون هذه البنائيات قد شيدت أو استغلت بموافقة المالك الصريحة" يتضح من هذه الفقرة أن المشرع علق هذه الموافقة بدورها على تحقق شرطان :

- 1- أن تصدر من طرف مالك الأراضي العارية المؤجرة يلاحظ أن المشرع استعمل عبارة " المالك " الأصلي دون المؤجر صاحب الحق في الانتفاع أو المؤجر النائب .
- 2- أن يعبر عنها صراحة كأن يحتوي عقد الإيجار على بند يسمح بتشديد على الأراضي المؤجرة بنائية تسمح باستغلال قاعدة تجارية أو صناعية أو حرفية بالمفهوم المعاكس لا يجوز للمستأجر الاحتجاج بالموافقة الضمنية .

الشرط الثالث: استعمال البناء لاستغلال قاعدة : " إيجار الراضي العارية التي شيدت عليها قبل أو بعد الإيجار بنائيات معدة للاستغلال التجاري أو الصناعي أو الحرفي ... " يستنبط من هذه الفقرة أيضا الشرط الأخير و المتمثل في ضرورة استعمال البنائية المشيدة في استغلال قاعدة تجارية أو صناعية أو حرفية ، يستثنى بالتالي إقامة بنائية من أجل استعمالها كمزرعة أو محل مهني أو سكني أو أي بنائية ذات تخصيص آخر .

لا يكفي أن تكون الأماكن التي يقع عليها الإيجار التجاري عمارة أو محلا أو أرضا شيدت عليها بنائية بل يجب أن يتوافر بها الشرط الثاني و المرتبط بالطبيعة المخصصة لهذه الأماكن، فيشترط أن تعد هذه الأماكن أصلا لاستغلال قاعدة تجارية أو حرفية إلا أن هذا الشرط أورد عليه المشرع بعض الاستثناءات و هذا ما سنحاول تحليله لاحقا .

2- طبيعة الأماكن المؤجرة محل الإيجار التجاري :

نصت المادة 169 ق ت على ما يلي : " العمارات أو المحلات التي يستغل فيها محل تجاري سواء كان مملوكا لتاجر أو لصناعي أو لحرفي .. " . يستنتج من هذه الفقرة أن الأماكن التي يقع عليها الإيجار التجاري يجب أن تكون ذات طبيعة تسمح باستغلال قاعدة تجارية كانت أو حرفية ، الشرط الذي يتوافق مع الهدف الرئيسي المتوخى من وراء خلق الملكية التجارية و المتمثل في حماية و المحافظة على استمرارية القاعدة التي تعد أداة للنمو الاقتصادي .

فهناك بعض الأماكن التي تعيق طبيعتها استغلالها بها نشاطات معينة لكون هذه الأخيرة تخضع مثلا لقواعد أمنية¹ تقيد المحيط الذي يتواجد به المكان المؤجر (المثال ذلك استغلال مصنع بعمارة أو مزاولة نشاط بيع مواد أولية بشقة متواجدة بطابق علوي) .
ينبغي بداية إقصاء الأماكن المعدة لاستعمال مهني من نطاق تطبيق أحكام الإيجارات التجارية وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في مرات عديدة عندما تعرضت لمراقبة قضايا تتعلق بإيجار محل مهني فجاء موقفها واضحاً " المحل المهني – عدم تطبيق المادة 173 من القانون التجاري "² .

و نستخلص طبيعة الإيجار فيما إذا كان مهني أو تجاري من التخصيص الذي يمنحه الأطراف للأماكن المؤجرة وقت إبرام العقد و المبين بينوده³ ، فإذا سكت العقد عن بيان الاستعمال المعد للأماكن المؤجرة يعود لقاضي الموضوع تحديد هذا التخصيص من خلال البحث عن نية الأطراف وقت إبرام العقد ، وجاء في هذا الشأن عن القضاء الفرنسي⁴ أنه على القاضي أخذ بعين الاعتبار العناصر التالية (على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر) من أجل استنباط الطابع التجاري للأماكن المؤجرة :

¹ Michel De Jigvert – Benjamin Ippolito – Emmanuel Du pont a vice – Jacques Dupichot , Traité du Droit Commercial , T1 , 4 °Ed 1988 , Montchrestien , p 737et s.

² مع العليا : غ التجا و البيع ، قرار 1998/03/17 ، ملف رقم 159323 ، قضية (زم) ضد (س رو من معه) ، المحج القضائية ، 1998 العدد 2 ص 117 . التي تتلخص وقائعه فيما يلي :أجر المدعو (س ر) ومن معه محلا للمدعو (زم) ، غنه وبعد أن علم المؤجرون بأن المستأجر أغلق المحل و انتقل إلى محل آخر وجهوا لهذا الأخير تنبيه بالإخلاء لمدة ثلاثة أشهر ، إنه وبعد انتهاء مدة التنبيه رفعوا دعوى طرد ضد المستأجر . استجابت المحكمة إلى طلب المؤجرين وقضت بإلزام المستأجر بإخلاء المحل وتسديد الإيجار المترتب بذمته منذ خمس سنوات . الحكم الذي نازعه المدعو ز م و طعن فيه بالاستئناف إلا أن مجلس قضاء قسنطينة بموجب قراره الصادر بتاريخ 16 /12 /1995 أيد الحكم المعاد . زعم المؤجرون بأن المحل مؤجر لممارسة مهنة حرة بالتالي فهو يخضع لمدة التنبيه بالإخلاء المنصوص عليها بالقانون المدني . في حين دفع المستأجر بأن المؤجرون لم يحترموا الإجراءات المنصوص عليها بالمادة 173 من القانون التجاري و التي تشترط أن تكون مدة الإخلاء ستة أشهر و أن التنبيه لم يتضمن نص المادة 194 من القانون التجاري ، و بذلك يكون القاضي قد خال القانون بعدم منحه التعويض الاستحقاق . الدفع الذي لم يقتنع به قاضي أول درجة ولا قضاة المجلس معتبرين أنه ما دام أن المحل تمارس به مهنة فإن أحكام القانون المدني التي يكون لها محل من التطبيق فطرح المسألة على المحكمة العليا هل يستفيد المحل التجاري من الملكية التجارية ؟ بمعنى آخر هل يحق لمستأجر محل تجاري المطالبة بالتعويض الاستحقاق ؟

كان موقف المحكمة العليا مؤيد لما ذهب إليه قضاة الموضوع بعدم إفادتهم مستأجر المحل المهني بأحكام الملكية التجارية . فجاء قرارهم كالتالي : " من الثابت قانوناً أن لا تطبق أحكام المادة 173 من ق ت على الإيجارات المتعلقة بالمحلات المهنية و لما ثبت – في قضية الحال – أن الإيجار يتعلق بمحل مهني وليس بمحل تجاري فلا مجال لتطبيق نص المادة 173 و 194 من القانون التجاري و لما قضى المجلس باستبعاد المادتين المذكورتين أعلاه يكونوا قد التزموا بصحيح القانون " ³ جاء في هذا الشأن عن الاجتهاد القضائي الفرنسي ما يلي :

« Ne saurait avoir le caractère commercial l'immeuble loué originellement à usage d'habitation ... » Cass. Com. 12 Novembre 1951, J.C.P.1952 G I v .5 Bull . Civ . 1951 II .236.

⁴ في هذا الشأن جاء بأحد قرارات محكمة النقض الفرنسية ما يلي :

« La nature d'une location se détermine d'après l'intention des parties , mais les juges ont la faculté , en l'absence de toute précision du bail révélant cette intention , de rechercher celle-ci en tenant compte de tous éléments , à cet égard il ne leur est pas interdit de prendre en considération l'agencement des lieux , la destination normale de ceux-ci et l'emploi que le locataire en a fait sans opposition du bailleur . »Cass.Soc 14 Décembre 1956 , Dalloz 1957Som 95.

• مهنة المستأجر المبينة بالعقد

• طبيعة التخصيص الممنوح للأماكن المؤجرة في السابق

• الشروط التي يحتويها العقد

فيشترط إذا أن تكون الأماكن التي يقع عليها الإيجار التجاري معدة أصلا للاستغلال قاعدة تجارية أو صناعية أو حرفية ، غير أن المشرع أورد على هذا الشرط بعض الاستثناءات معتبرا إيجار بعض الأماكن التي لا تستغل بها قاعدة إيجار تجاري الاستثناء الذي أشار إليه بنص خاص ، هذا ما سنحاول تحليله بهذا الفرع من خلال دراسة الأصل و الاستثناء الوارد عليه .

أ- أصلا : أن تكون الأماكن المؤجرة معدة لاستغلال محل تجاري أو حرفي

تفوضي المادة 169 ق ت بما يلي : " تطبق الأحكام التالية على إيجار العمارات أو المحلات التي يستغل فيها محل تجاري سواء كان مملوكا لتاجر أو لصناعي أو حرفي ... " يتضح من هذه الفقرة تحديدها لطبيعة المكان المؤجر كمحل تجاري فيجب أن يسمح باستغلال قاعدة سواء كانت تجارية أو صناعية أو حرفية ، و يقصد بذلك أن يكون المكان مهيأ للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي و في هذا الشأن نصت المادة 08 من قانون رقم 29-90 المؤرخ في 01/12/1990 : " يجب تصميم المنشآت و البنايات ذات الاستعمال المهني و الصناعي بكيفية تمكن من تفادي رمي النفايات الملوثة وكل العناصر الضارة خارج الحدود المنصوص عليها في التنظيم " .

ذهب بعض الفقه إلى ² التأكيد على إلزامية استغلال بالأماكن قاعدة تجارية يملكها المستأجر، ويقصد بالقاعدة ما عبر عنه الفقه ³ بمجموعة من الأموال المنقولة تتكون أساسا من عناصر معنوية ملحقة بعناصر مادية تستعمل في ممارسة مهنة تجارية ، العناصر التي كشف عنها و عددها المشرع بالمادة 78 ق ت : " تعد جزاء من المحل التجاري إلزاميا عملائه و شهرته كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل و الاسم التجاري و الحق في الإيجار و المعدات و الآلات و البضائع وحق

¹ القانون المتعلق بالتهيئة و التعمير ، العودة إلى مرجع التشريعات العقارية ص 179.

² الاخطر العقون ، المرجع السابق ص 244.

³ Albert cohen Traité théorique et pratique des fonds de commerce / tome 1 / 2 ° Ed / P 15.

الملكية الصناعية و التجارية كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك " يتضح من هذا النص أن
المشرع أوجب اجتماع بعض العناصر التي اعتبرها لازمة لتكوين القاعدة التجارية و التي
بدونها لا يمكن لهذه الخيرة أ، تنشأ لقد سبق لنا أن تطرقنا إلى عنصر العملاء ومركزه
بالقاعدة التجارية و تأثيره في تحديد طبيعة الإيجار الذي يبرمه التاجر¹ .
ينبغي إذا استغلال قاعدة تجارية بمجموع عناصرها المعنوية و المادية الأساسية منها وليس
فقط جزء منها²، الشرط الذي أكد عليه القضاء عندما طرح عليه إشكال هل توافر عنصر
فقط من عناصر القاعدة التجارية يكفي لنشأتها ومطالبة مالكيها المستأجر بالتعويض
الاستحقاق عند الإخلاء ؟ اشترطت المحكمة العليا اجتماع العناصر المعنوية و المادية من
أجل نشأة القاعدة التجارية ومن تم اكتساب الحق في الاحتجاج بتعويض الاستحقاق³ .
لا يكفي أن تكون الأماكن معدة لاستغلال قاعدة تجارية ومؤسسة حرفية بل يجب أن تكون
هذه الأماكن المؤجرة مهيأة للنشاط الذي يود المستأجر استغلاله بها، جاء بمقتضى المادة 08
من القانون رقم 29-90 المؤرخ في 01/12/1990⁴: " يجب تصميم المنشأة و البنايات ذات
الاستعمال المهني و الصناعي بكيفية تمكن من تفادي رمي النفايات الملوثة وكل العناصر
الضارة خارج الحدود المنصوص عليها في لا تنظيم " يستخلص من هذا النص بعض
النشاطات التجارية و الصناعية تحتاج إلى أماكن خاصة تحترم نظام أمني خاص يختلف
بحسب اختلاف طبيعة النشاط .

¹الرجوع إلى ص من هذه الرسالة .
²على بن غانم ، المرجع السابق ، الفصل الخامس المحل التجاري ص 167 و ما يليها .
³مح العليا ، غ التجا و البيع ، قرار ، 18 نوفمبر 1997 ، ملف رقم 144927 ، نشرة القضاة ، العدد 45 ، ص 72 . تلخص وقائعه فيما يلي :
المرحوم (ن ب) حال حياته محلا تجاريا للمرحوم (ح ر) حال حياته لاستغلاله كمطعم إنه وبعد وفاة من المؤجر و المستأجر أبحث العلاقة
الإيجارية بين ورتة كل واحد منهم ، وبعد أن لاحظ ورتة مالك الأماكن المؤجرة (ر خ أرمة ن ب) عدم استغلال أي قاعدة تجارية بهذه الأماكن
وجهوا إلى ورتة المستأجر (أب أرمة ح ر و من معها) تنبيه بالإخلاء . عند انتهاء أجل التنبيه بالإخلاء رفع ورتة المؤجر دعوى ملتصين من
المحكمة المصادقة على التنبيه بالإخلاء و القضاء بطرد المستأجرين الحاليين ، إنه وخلال هذه الدعوى الاستحقاق . وبعد إنجاز الخبر لمهمته و
رجوع القضية أمام القاضي الابتدائي قضى هذا الأخير بالالتزام المستأجرين وكل من يحل محلهم بإخلاء المحل التجاري
رفض (أر) أرمة (ح ر) و من معها هذا الحكم وطعنوا فيه بالاستئناف ، لكن مجلس قضاء جيجل أيد الحكم المستأنف فيه .
لاحظ الخبر عند قيامه بمعيبة للقاعدة التجارية المستغلة بالأماكن المؤجرة من تقدير التعويض الاستحقاق عدم وجود أي نشاط ولا أي سلعة مع أن
الأمر يتعلق بمطعم مفتوح بصفة دائمة . فزارع المستأجرون ما توصل إليه الخبر زاعمين أن وجود الاسم التجاري لوحده يشكل ويؤسس العنصر
الأساس للقاعدة التجارية .
لم يقتنع قضاة الموضوع بهذا الدفع بدعوى أن الخبر بتأكيد عدم وجود العناصر المادية للمحل التجاري أثبت عدم وجود قاعدة تجارية و بالتالي فلا
يستحق المستأجرين التعويض الاستحقاق مقابل الإخلاء .
ساند قضاة المحكمة العليا الموقف الذي ذهب إليه قضاة مجلس جيجل وكذا قاضي أول درجة فجاء تأسيسهم كالتالي : " يتبين أن قضاة المجلس
أشاروا إلى أن الطاعنين لم يقوموا بإثبات أ، المحل به نشاط تجاري وله عناصر مادية و معنوية يمكن تقديرها وأن الخبر توصل إلى كون المحل
التجاري عديم القيمة التجارية ... " . مما يحرم المستأجر من حقه في تعويض الاستحقاق " .
⁴القانون المتعلقة بالتهيئة و التعمير راجع الصفحة 179 من التشريعات العقارية .

ب- الاستثناء: استثنائياً¹ أفاد المشرع بالمادة 170 ق ت بعض مستأجري محلات أو عمارات حتى وإن لم تكن هذه الأماكن معدة لممارسة التجارة أو صناعة أو حرفة بلحق في الملكية التجارية، فجاء هذا الاستثناء خاص لا يمكن القياس عليه وحصره المشرع في الآتي: الأماكن المعدة لتسيير مصالح البلدية: نصت المادة 1/170 ق ت على ما يلي: " تطبق هذه الأحكام كذلك على:

الإيجارات الممنوحة للبلديات بالنسبة للعمارات أو المحلات المخصصة لمصالح تسيير الاستغلال البلدي... " يتضح من هذه الفقرة أن المشرع أفاد الإيجار الذي يقع على الأماكن المهيأة لتسيير مصالح البلدية إذا ما توافرت الشروط التالية:

- أن يكون استعمال الأماكن المؤجرة لتسيير مصالح البلدية .
- أن يوافق المالك على التخصيص الذي يعد للأماكن المؤجرة .

بذلك نكون قد انتهينا من الشروط الواجب توافرها في المكان الذي يقع عليه إيجار المحل التجاري لاستغلاله كمحل رئيسي ويتبقى لنا تبيان الشروط الواجب توافرها في الأماكن الملحقة .

يحدث أن تحتاج المؤسسة التجارية أو الصناعية أو الحرفية إلى أكثر من مكان لاستغلالها ، فتتفرع إلى عدة نقاط ، إن كان الإشكال لا يطرح بالنسبة لإيجار هذه العمارات أو المحلات المستعملة كفروع للمؤسسة الرئيسية لكونها تتوفر على عملاء خاصين بها أي قاعدة مستقلة غير أن الإشكال يطرح بالنسبة لتلك الأماكن التي تشكل امتداد للمحل سواء كان أصلياً أو فرعياً .

فقد تفتضي مصلحة المؤسسة التجارية نفسها في أغلب الأحيان إلى مكان آخر غير المكان الرئيسي² الذي يمارس به نشاطه بصفة دائمة مثال ذلك إيجار أماكن لاستعمالها كمستودع ، أو قبو أو ساحة أو مكان لوقوف سياراتها أو بزائنها أو غرفة مستعملة كمكتب للمحاسبة

¹ ينبغي الإشارة على أنه زيادة على الاستثناءات الذي جاء بها المشرع الجزائري أفاد المشرع الفرنسي مستأجري المؤسسات المدرسية من الحق في الملكية التجارية وكذلك الفنانين أصحاب الأعمال القرافية والبلاستيكية Auteur d' œuvres graphique et plastiques شريطة مساهمة هؤلاء في صندوق الضمان الاجتماعي لدار الفنانين لمادة 2 فقرة 6 من مرسوم 30 سبتمبر 1953 و المادة 71 من الملحق الثالث من القانون العام للضرائب .

² لا يجب الخلط بين ما يعتبر ملحقا وما يعد جزءا من المحل الأصلي فما يدخل في الأصل لا يعتبر ملحقا وللتمييز بين الاثنين يجب الرجوع أولا على ما اتفق عليه الأطراف وما نص عليه العقد في البند الخاص بتعيين للمكان المؤجرة ، فإذا لم يحدد الأطراف ذلك وجب الرجوع إلى طبيعة المكان المؤجر لتحديد ما هو جزء لا يتجزأ منه وما يعد ملحقا له .

مثلا أو إيجار مسكن ملحق بالإيجار التجاري ، هل استئجار هذه الأماكن يدخل في نطاق الإيجارات التجارية ؟ السؤال الذي سنحاول الإجابة عنه بالفقرة التالية .

ثانيا: الأماكن الملحقة

اعتبرت الفقرة الثانية من المادة 169 ق.ت المشار إليها أعلاه أن إيجار الأماكن الملحقة بالعمارة أو المحل الرئيسي هو إيجار تجاري ، إلا أن المشرع أورد شروط تحدد نوعية الملحق الذي أفاد مستأجره بالملكية التجارية و شروط أخرى اوجب توافرها به ، جاء بالفقرة ما يلي : " إيجار المحلات و العمارات الملحقة باستغلال محل تجاري عندما يكون استعمالها ضروريا لاستغلال المحل التجاري ، و ملكيتها تابعة لمالك المحل أو العمارة التي توجد بها المؤسسة الرئيسية وفي حالة تعدد المالكين أن تكون المحلات الملحقة قد أجرت على مرأى ومسمع من المؤجر بقصد الاستعمال المشترك " .

يختص أن تأجير الملحق يخضع لأحكام الإيجارات التجارية، وبالتالي فمستأجر الملحق يكتسب الحق في الإيجار فلا يجوز للمؤجر استعادة الملحق بدون توجيه تنبيه بالإخلاء و دفع تعويض الاستحقاق إذا ما كان سبب رفض تجديد إيجار غير مشروع ، غير انه لا يمكن لهذا الملحق الاستفادة من هذه الأحكام، إلا إذا كان هذا الأخير محترما للنوع و الشروط التي تضمنها الفقرة المشار إليها أعلاه و هذا ما سنحاول الكشف عنه على التوالي :

• نوع الملحق

• الشروط الواجب توافرها به

1-نوع الملحق : جاء عن عبد الرزاق السنهوري¹ في تعريفه للملحق بكونه : " شيء مستقبل عن الأصل و غير متولد عنه متولد عنه لكنه اعد بصفة دائمة ليكون تابعا للأصل و ملحقا به و ذلك حتى يتهيا للأصل أن يستعمله في الغرض المقصود منه أو حتى يستكمل هذا لاستعمال . فالملحقات إذا هي ما يتبع الأصل و يعد بصفة دائمة لخدمته " .

يستنتج من هذا التعريف أن الملحق ليس بجزء مكون للمحل الأصلي لكون ما يدخل في الأصل لا يعد ملحقا به مثال ذلك أن يؤجر مستأجر أماكن لممارسة تجارته المتمثلة في

¹ الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 215 و ما يليها .

متجر لبيع المبردات و في نفس الوقت يستغل المكان المتواجد أمام مدخل المتجر ليضع به طاولات وكراسي فلا يعتبر هذا المكان بملحق إنما جزء من المحل الرئيسي ، و الأصل أن يتفق الأطراف وقت إبرام العقد على الأماكن التي تؤجر بصفة رئيسية و تلك التي تؤجر لاستعمالها كملحق فالأمر يعود للإرادة الحرة للمتعاقدين¹ أكثر من ذلك فان الفقه الفرنسي² بمناسبة تعريفه للملحق ميز بين ثلاث أنواع :

-المحلات الملحقة ذات طابع تسهيلي أو الكمالي (commodité) : وهي تلك التي تسهل عملية استغلال القاعدة الأصلية دون أن يكون لها تأثير مباشر على مصير النشاط في حد ذاته³.

-المحلات الملحقة ذات طابع نفعي (utilité): وهي تلك التي تفيد في تطوير و تنمية نشاط القاعدة لكن زوالها لا يشكل خطرا على القاعدة و لا يعيق استمرارية الاستغلال .
-و أخيرا الملحقات ذات طابع ضروري (nécessité) : وهي تلك التي لها علاقة مباشرة بالنشاط المعتاد و يعد استغلالها ضروريا لحياة القاعدة⁴.

أمام تعدد أنواع الأماكن التي قد تلحق بالعمارة أو المحل التي قد يقع عليه الإيجار التجاري يستوجب تحديد نوع الملحق الذي قصده المشرع بالمادة 169 المشار إليها أعلاه من خلال دراسة الشروط التي تميز هذا المكان عن باقي الأمكنة و المتمثلة في :

• شرط الضرورة

• شرط عدم التجزئة

أ - أن يكون الملحق ضروري لاستغلال القاعدة التجارية أو الحرفية :

يقصد بالضرورة لغة كل ما تمس إليه الحاجة وهو عكس ما يعتبر كمالي فهناك من الملحقات ما يعتبر ضروريا ولا يمكن استغلال النشاط بدونه .

¹ أما إذا لم يتبين بنود العقد نوعية المكان المؤجر ووقع نزاع بين الأطراف فالقاضي عليه أولا البحث عن نية الأطراف واستخلاص ذلك من خلال البحث في طبيعة المكان المؤجر .

² JEAN Derruppé : les baux commerciaux, op cit , p 14.

Roger Houin – René Rodiere : Droit commercial, 2° Ed Sirey 1981 , p 83.

³ جنادي الجبالي: الإيجارات التجارية ، المرجع السابق ، ص 27 وما يليها . أحمد محرز ، العقود التجارية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 45.

⁴ « Le local accessoire ne doit pas seulement être utile à l'exploitation du fonds mais il doit présenter un caractère tel que sa disparition mettrait en péril l'existence même de l'exploitation commerciale ou industrielle.»
Cass.civ. 15/12/1954 Rev , Loy , 1955, p 183.

لم يعرف المشرع المقصود بالضرورة¹ مما أدى إلى توسع قضاة الموضوع² في تفسيرهم لهذا الشرط مما استدعى تدخل المحكمة العليا لتحديد المقصود بالضرورة فوبط قضاء المحكمة العليا ضرورة الملحق بمدى تأثيره على مصير القاعدة التجارية ، بحيث يؤدي فصل الملحق عن الأماكن الرئيسية إلى زوال القاعدة المستغلة بها ، في هذه الحالة فقط يعتبر الملحق ضروري ويخضع إلى نفس أحكام المكان الرئيسي.

أما إذا لم يسبب فقدانه خطرا على القاعدة فلا يعتبر ضروري بالتالي إخلاءه لا يخضع لأحكام الإيجارات التجارية "يعتبر المحل التجاري بالمؤسسة الرئيسية عند تقرير إخلاء المستأجر منه إذا كان من شأنه أن يعرض استغلال القاعدة التجارية الأصلية إلى خطر"³. نستخلص من موقف المحكمة العليا أن الضرورة لا يقصد به فقط التأثير على استغلال القاعدة الجزئي بل ما يؤدي مباشرة إلى زوالها ، فحرمان الصيدلية على سبيل المثال من مكان تخزين موادها الأساسية يؤدي لا محال إلى استحالة استمرار نشاطها ، فالمخزن بالنسبة إلى الصيدلية يعد امتداد للمحل الرئيسي أين يستغل النشاط التجاري⁴.

¹ ينبغي الإشارة أن المشرع الفرنسي بالمادة الأولى من قانون 30 جوان 1926 شأنه شأن المادة 1/169 من القانون التجاري الجزائري استعمل عبارة (ضرورة nécessaire) للتمييز بين الملحق الذي لا يتجزأ عن المحل التجاري الرئيسي ، و استمر الأمر كذلك إلى غاية صدور مرسوم 30 سبتمبر 1953 المعدل و المتمم للقانون السالف الذكر أين استبدل المشرع عبارة ضروري بعبارة (لا يمكن الاستغناء عنه) (Indispensable) على أنه سريعا ما تدارك الأمر ورجع إلى استعمال المعيار الأول بتعديله للمادة الأولى فقرة أولى بموجب قانون 30 جويلية 1966 المعدل و المتمم لمرسوم 30 سبتمبر 1953 لأكثر معلومات راجع في هذا الشأن :

Jean Guirec – Raffray. Baux commerciaux, Ed 1995 collection (Pratique immobilière) Masson.

² مح العليا ، غ التجا و البح ، قرار 1990/03/25 ، ملف رقم 66021 ، المج القضائية 1992 ، العدد 2 ، ص 96 وما يليها. تتلخص وقائعه فيما يلي: أجر شخصا محلا تجاريا لاستغلاله كصيدلية وبعد مرور فترة ومنية حول المحل إلى مكان لتخزين أدوية هذه الصيدلية . اعتبر المؤجر هذا التحويل تغيير لتخصيص المحل و تشكل مخالفة خطيرة فقام بتوجيه للمستأجر تنبيه بإخلاء المحل دون منح تعويض استحقاقى . وعند نفاذ أجل التنبيه رفع هذا الأخير ضد المستأجر دعوى طرد دون منح تعويض استحقاقى . اقتنع قاضي أول درجة بتأسيس دعوى المؤجر واستجاب إلى طلب الطرد دون تعويض استحقاقى. استأنف المستأجر الحكم الابتدائي ، إلا أن قضاة المجلس كان لهم نفس موقف المحكمة وأيدوا طرد المدعي عليه دون منحه تعويض استحقاقى القرار المعروف لمراقبة المحكمة العليا . مدعي المؤجر أن استغلال المستأجر للمحل المؤجر أصلا كصيدلية كمخزن لهذه الأخيرة يعد مخالفة خطيرة تدخل ضمن المخالفات المنصوص عليها بالمادة 177 من القانون التجاري. بينما أسس المستأجر استئنافه على أن استعمال المحل المؤجر كمخزن للصيدلية يجعل منه ملحق ضروري للمحل الرئيسي وبالتالي رفض تجديده دون سبب مشروع يعطي له الحق في التعويض الاستحقاقى . فطرح الإشكال على المحكمة العليا التي كان عليها تحديد طبيعة الأماكن المستعملة كمخزن للمحل الرئيسي إن كانت ملحقا طبقا للمادة 169 من القانون التجاري أو لا ؟

وفي إجابته عن هذا الإشكال كان على المحكمة العليا أن تبين المقصود بالضرورة التي اشترطها المشرع بالمادة المشار إليها أعلاه ، جاء تفسير قضاة المحكمة العليا لذلك كما يلي : " ... في هذه القضية فقد استغل وما زال يستغل المحل موضوع النزاع منذ إيجاره وشراء قاعدته التجارية عام 1975 حيث استعمله في البداية كصيدلية ثم مخزنا لأدوية هذه الصيدلية مما يجعله مجرد امتداد للصيدلية وملحقا ضروريا لاستغلالها التجاري وفق ما تقتضيه المادة 169 من القانون التجاري فلا ينتهي إيجار إلا وفقا للأوضاع القانونية المقررة في القانون التجاري ... " التعريف الذي مازالت متمسكة به .

³ مح العليا ، غ التجا و البح ، قرار 07 جوان 1998 ، ملف رقم 102052 ، المجلة القضائية المتضمنة الاجتهاد القضائي للغرفة و البحرية – عدد خاص ، 1999 ص 31.

⁴ .. وإن فقدوا يؤدي إلى انهيار المحل التجاري ذاته ... "جنادي جيلالي ، المرجع السابق ص 28 و ما يليها .

أكد القضاء على ضرورة توافر هذا معيار بالمحل الملحق بالمؤسسة الرئيسية فلا لا يتقرر الحق في الإيجار إلا إذا عرض ال حرمان منه القاعدة التجارية إلى خطر¹، أما إذا أدى حرمان المستأجر من الملحق إلى نقص فقط في أرباحه ورقم أعماله مثلا فلا يمكن اعتبار هذه الأماكن الملحقة بالضرورة .

بما أن معيار الضرورة معيار موضوعي مرتبط بطبيعة النشاط و الظروف المحيطة بالمكان و الزمان فيعود لقاض الموضوع سلطة تقديره²، كما يقع عبء إثبات ضرورة تواجد الملحق للمحافظة على عملاء المؤسسة الرئيسية على عاتق المستأجر المحلي .

ب- شرط عدم التجزئة: أي أن يشكل الملحق كلا مشاعا وقد أشار المشرع إلى هذا الشرط عند تنظيمه لحكم المحلات المزدوجة .

جاء بلمادة 182 من ق.ت ما يلي : " يجوز للمؤجر رفض تجديد الإيجار على الجزء الخاص بالمحلات السكنية الملحقة بالمحلات التجارية ... كما لا يجوز ممارسة حق الاسترجاع إذا اثبت المستأجر أن الحرمان من استغلال محلات السكنى يجلب تعرضا خطيرا لاستغلال المحل أو عندما تشكل المحلات التجارية و المحلات السكنية كلا مشاعا " يتضح من هذا النص أن المشرع اعتبر إيجار المحل السكنى ملحقا ب الإيجار التجاري أو و تطبق عليه نفس الأحكام أي ان استرجاعه خاضع للحق في التجديد أو الحق في تعويض الاستحقاق.

فقد يقع الإيجار على نوعين من الأماكن منها ما يستعمل لاستغلال القاعدة و منها ما يستغل هذا ما يطلق عليه بالمحلات المزدوجة ، ذهب العقون الأخضر في مؤلفه الإيجار في القانون التجاري الجزائري في تعريفه للمحلات المزدوجة إلى القول³ : " المحلات المزدوجة : إذا كان المستأجر يستعمل المحل للسكن و للمهنة فيعتبر المجموع محلا مهنيا " يفهم من ذلك أن الأصل في إيجار محل يسكن أنه يخضع للقانون المدني لكن بما أن هذا الإيجار ابرم لحاجة التاجر التجارية فتطبق عليه أحكام القانون التجاري تطبيقا لمبدأ " الفرع يتبع الأصل " .

¹ مح العليا ، غ التجا و البح ، ملف رقم 852102 ، قرار 17-06-1993 ، غير منشور المأخوذ من كتاب حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص 10.

² جنادي الجليلي: الإجراءات التجارية في القانون الوضعي الجزائري ، المرجع السابق ، ص 29.

³ المرجع السابق ص 261.

فالمحل السكني في هذه الحالة يعد جزءا لا يتجزأ من المحل موضوع الإيجار التجاري و يشكل كلا مشاعا¹ مثال ذلك أن يكون مدخل الأماكن أين يمارس النشاط ومدخل السكن واحدا حتى وإن كانت المساحة المخصصة للسكن أكبر من المساحة المخصصة للتجارة أو الصناعة أو الحرفة ، فلا يجوز للمؤجر استرجاع الأماكن الملحقة بصفة منفردة إذا ما توافر بها عنصر الضرورة و باقي الشروط التي سيلي التطرق إليها ، الموقف الذي كرسه القضاء² و لا يزال القضاء متمسكا به لحد الساعة عندما طرح عليه الإشكال التالي : هل يعتبر صحيحا التنبيه بالإخلاء الذي يرمي فقط إخلاء الأماكن الملحقة دون الأماكن التي تستغل بها القاعدة بصفة رئيسية ؟

ذهب قضاة المحكمة العليا إلى ابعاد من الإجابة على هذا الإشكال بكشفهم عن ما عبروا عنه -بمبدأ وحدة المحل التجاري- و جاء في هذا الشأن عن القاضي حمدي باشا عمر ما يلي³ :
"وقد كان موقف المحكمة العليا بخصوص المسألة القانونية صريح إذا أخضعت المرافق الملحقة بالمحلات التجارية ، إلى نفس النظام القانوني الذي تخضع له الإيجارات التجارية وذلك إعمالا للمبدأ وحدة المحل التجاري فجاء عنها : " من المقرر قانونا إيجار المحلات الضرورية لاستغلال المحل التجاري يخضع لنفس النظام القانوني للإيجار المحلات التجارية ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن توجيه التنبيه بالإخلاء كان للملحقة دون المحل التجاري فإن قضاة الاستئناف بقضائهم بصحة هذا التنبيه يكونون قد خالفوا مبدأ وحدة المحل التجاري و خرخوا القانون ولما كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"⁴.

¹ « L'ors qu'un bail porte sur des locaux mixtes , affectés pour partie à l' exploitation commercial et pour partie à l' habitation , il est en principe indivisible et le droit au renouvellement est accordé pour l' ensemble des locaux même si la partie d'habitation est plus importante que la partie affectée au fonds de commerce » Gorge Ripert Traité élémentaire de droit commercial, 9^o Ed par René Robot , 1977, p 249et s

² المبدأ الذي سبق للاجتهاد القضائي الفرنسي إقراره فقد ذهب هؤلاء إلى ابعاد من طرح سؤال إذا كان الملحق جزء لا يتجزأ من المحل أو العمارة المؤجرة بحيث اعتبر القضاء الفرنسي أن المحلات الملحقة الغير مذكورة و الغير مشار عليها في السجل التجاري لا يمكن إلحاقها بالمحل المؤجر أصلا ولا يحكمها نظام الملكية التجارية. (20.3N/5/03/1986 Bull cass , civ)
Y. Chaput : Le bail commercial, 1 Ed 1988 , Presse Universitaire de France , p 33et s .

³ القضاء التجاري ، المرجع السابق، ص 65.
⁴ مح العليا ، غ التجا و البج ، ملف رقم 44666 ، قرار 20-05-1990 ، المج القضائية 1991 ، العدد 2 ، ص 109 . تتلخص وقائعه فيما يلي : أجر تاجر محلا لاستغلاله كملحق لمؤسسته التجارية وبعد مرور مدة زمنية على عقد الإيجار قرر المؤجر استعادة الأماكن فرفع على المستأجر دعوى طرد . فقضوا قضاة الموضوع بطرد المؤجر وكل شاغل بإذنه . مؤسسين قرار هم هذا كون الإيجار لا يقع على أماكن مستعملة بصفة رئيسية لاستغلال النشاط التجاري ، إلا أن المستأجر دفع يكون هذه الأماكن مؤجرة كملحقة للقاعدة التجارية الرئيسية و بالتالي فهي تخضع لنفس النظام الذي يحكم عقد إيجار المحل التجاري و الذي يلزم على المؤجر عند قراره استعادة الأماكن بتوجيه تنبيه بالإخلاء للمستأجر . فطعن المستأجر في قرار الطرد وطرحه لمراقبة المحكمة العليا .

لا يكفي تحديد نوعية الملحق لإلحاقه بنفس الأحكام المطبقة على المحل الرئيسي بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن تتوافر به شروط معينة سيلبي بيانها .

2- الشروط الواجب توافرها بالملحق: يتضح من الفقرة من المادة 169 ق ت المشار إليها أعلاه الشروط الواجب توافرها بالملحق حتى يسري عليه ما يسري على المحل الرئيسي و المتمثلة في الآتي :

- أن يكون الملحق عبارة عن عمارة أو محل،
- أن يرتبط استغلال الملحق باستغلال القاعدة المتواجدة بالمحل الرئيسي،
- أن يكون ملك لصاحب الأماكن الرئيسية.

الشرط الأول: "إيجار المحلات أو العمارات الملحقة " حدد المشرع بهذه الفقرة نوعية مكان الملحق ، النوعية التي لا تختلف عن نوعية الأماكن الرئيسية فيجب أن يكون الملحق بناء يشكل عمارة أو محل أي وكما سبق تحليله مكان مغلق ومغطى ، بالتالي لا يمكن اعتبار الملحق الذي نص عليه المشرع في هذه الفقرة الأراضي العارية ولا المساحات التي يستعملها المستأجر خلال استغلاله لنشاطه .

الشرط الثاني: اشترط المشرع أصلاً أن يرتبط الملحق باستغلال قاعدة تجارية : "إيجار المحلات أو العمارات الملحقة باستغلال محل تجاري " ويقصد بذلك أن تشكل الأماكن الملحقة جزءاً لا يتجزأ من المحل التجاري المستغل بالأماكن الرئيسية ، إن طبيعة هذا الشرط يترتب عنه عملياً نتائج عديدة.

بصفة أصلية قصد المشرع فقط الملحق التابع لاستغلال نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي ، فلا يمكن امتداد هذا النص إلى الأماكن الأخرى التي لا تستغل بها مثل هذه النشاطات و التي أفادها المشرع بالملكية التجارية بنص خاص (كالإيجار الذي تبرمه البلدية بصفقتها مستأجرة أو ذلك تمنحه بصفة مؤجرة)¹ ، غير أن المشرع أورد على هذه القاعدة استثناء فقد أفاد بملفقرة الثانية من المادة 170 ق ت ملحقات العمارات بأحكام الإيجارات التجارية رغم عدم

عارضت المحكمة العليا الموقف الذي تبناه قضاة الموضوع بل و ذهبت إلى ابعاد من التأكيد بأن المحلات الملحقة بالمؤسسة التجارية الرئيسية الرئيسية تخضع لنفس الأحكام المنظمة لإيجار المحل التجاري كاشفة عن مبدأ جديد لم ينص عليه القانون وهو مبدأ وحدة المحل.¹ المادة 170 من ق ت .

تبعية هذه الأماكن لاستغلال قاعدة تجارية أو حرفية " إيجار العمارات أو المحلات الرئيسية أو الملحقة و عدم اعتبارها ضرورية لمواصلة نشاط المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي ...".

ذهبت القضاء عندما طرح عليه إشكال خضوع او عدم خضوع عقد إيجار تجاري واقع على محلات مؤجرة كملحق لمؤسسة عمومية اقتصادية لأحكام الأماكن الرئيسية إلى القول بالزامية توجيه تنبيه بالإخلاء طبقا لما هو مقرر بالمادة 173 ق ت حتى فيما تعلق بأماكن ملحقة لمؤسسة عمومية اقتصادية¹ ، يتضح اتجاه القضاء الذي ذكر قضاة الموضوع بما جاء بالمادة 169 ق ت "تلق الأماك المؤجرة كملحق للمؤسسة العمومية ذات الطابع التجاري أو الصناعي ما دامت هذه الأماكن لازمة وضرورية لها".

الشرط الثالث وحدة الملكية: تنص الفقرة الثانية من المادة 069 ق ت على ما يلي : " .. و ملكيتها تابعة لمالك المحل أو العمارة التي توجد بها المؤسسة الرئيسية.

ويجب في حالة تعدد المالكين أن تكون المحلات الملحقة قد أجرت على مرأى مسمع من المؤجر بقصد الاستعمال المشترك " .يتضح من هذه النص أن المشرع اشترط أصلا أن تكون الأماكن الملحقة و الأماكن الرئيسية ملك لنفس الشخص و بهذه الحالة يكفي توافر عنصر الضرورة بالملحق لكي تسري عليه أحكام الإيجارات التجارية، استثنائيا عالجت هذه الفقرة حالة ما إذا كان الملحق ملك لشخص آخر غير مؤجر الأماكن الرئيسية.

زيادة على وجوب توافر عنصر الضرورة و باقي الشروط المشار إليها أعلاه في الملحق ينبغي على المستأجر إثبات وجوبا علم المؤجر بأن هذه الأماكن أجرت لاستعمالها كملحق و هذا ما قصد به المشرع من وراء عبارة " الاستعمال المشترك " في حين لم يشترط النص أن يكون العلم بموجب تعبير صريح يجب أن تتضمنه بنود عقد الإيجار أو علم ضمني

¹مح الأعلى ، غ التجا و البح ، ملف رقم 38917 ، قرار 12-07-1985 ، المج القضائية 1989 ، العدد 3 ص 119 وما يليها . تتلخص وقائعه فيما يلي : أجرت مؤسسة عمومية مخصصة للاستثمار التجاري و الصناعي ملحقا لاستغلاله في نشاط تجاري مرتبط بعملها بموجب عقد إيجار مؤرخ في 1971/09/01 . وبعد مرور مدة زمنية على عقد الإيجار قرر المؤرخ المدعو (م أ) استرجاع محله فرجع دعوى طرد ضد المؤسسة (ش و ك و د ع) المستأجرة . استجابت المحكمة الابتدائية لطلب المؤجر وقضت بطلان الإيجار و الأمر بطرد (ش م) من المحل الكائن بعين الحمام ولاية تيزي وزو . الحكم الذي طعنت فيه المؤسسة العمومية المستأجرة بالاستئناف إلا أن مجلس قضاء تيزي وزو أيد موقف قاضي أول درجة وقضى بموجب القرار المؤرخ في 1983/03/20 بتأييد الحكم المعاد ، القرار موضوع الطعن بالنقض . فاجاب المجلس الأعلى بما يلي : " حيث تنص المادة 169 الفقرة 1 من القانون التجاري وكذا المادة 1 من المرسوم القديم المؤرخ في 30 سبتمبر 1953 إن الأحكام المتعلقة بالإيجارات التجارية تطبق على إيجار المحلات التابعة كمرافق للقواعد التجارية عندما يكون استخدام هذه المحلات لازما وضروريا لقاعدة تجارية ...".

مما يسمح للمستأجر استعمال جميع طرق لإثبات علم المؤجر مثال ذلك تواجد المحل الملحق بجانب أو في نفس المكان أين يتواجد المحل الرئيسي .
و عليه في حالة توافر جميع الشروط بالأماكن المستعملة من قبل المستأجر كملحق تحقق مبدأ وحدة المحل التجاري الذي سبق تحليله و بالتالي لا يجوز لـ لهؤجر أن يستعيدها بدون دفع التعويض الاستحقاق في حالة رفض التجديد لسبب غير مشروع و خطير .

المطلب الثاني :

إشكالية بعض عقود الإيجار التجارية الحديثة

من بين ما جاء في خطبة النائب البرلماني جوبير وقت عرض مشروع نابليون على الهيئة التشريعية الفرنسية ما يلي : " الإيجار له علاقة وثيقة بالملكية و الصناعة لذلك كان من الضروري ان يكون للإيجار أحكام من شأنها المحافظة على الأملاك و ترقية الاقتصاد ."¹
كما جاء عن عبد الرزاق السنهوري في نفس المعنى : " عقد الإيجار يعد من المقومات الاقتصادية للطبقة العاملة في العصر الحاضر هذه الطبقة هي التي يقوم عليها صرح البناء الاجتماعي و الاقتصادي في وقتنا هذا ."² ، منذ الثورة الصناعية بدأ عقد الإيجار التجاري يظهر كأداة للنمو الاقتصادي و لا زال إلى يومنا هذا .

استحدثت المشرع في إطار التطور الاقتصادي الذي تمر به الجزائر عقود إيجارية جديدة مثال ذلك الاعتماد الإيجاري و عقد الإيجار التجاري المدعم الذي استحدثت لـ تدعيم تشغيل الشباب البطال و تمكينه من خلق مؤسسته التجارية و نظمها بقوانين خاصة سنبينها لاحقا ، غير أن ابرز ما يترتب على نشأة هذه من الأنواع من الإيجارات و الآثار التي ترتبها ، و لعل أهم اثر لعقد الإيجار التجاري هو الملكية التجارية الملكية التي تتلخص في حق المستأجر في التجديد و حقه في تعويض الاستحقاق في حالة رفض التجديد بدون سبب مشروع و خطير .

¹ ترجمة لعبد الرزاق السنهوري و جزء كبير من الخطبة يمكن الرجوع إليه بمؤلفه : الوسيط في شرح القانون المدني - الإيجار و العارية - المجلد الأول . مطبعة دار إحياء التراث العربي - بيروت لبنان - 1963 . ص 25 .
² الوسيط في شرح القانون المدني - الإيجار و العارية - المرجع المشار إليه أعلاه ص 25 .

و لعل أهم إشكال تطرحه هذه الإيجارات التجارية الجديدة مسألة اكتساب المستأجر الذي اجر الأماكن التي يمارس نشاطه بموجب عقد اعتماد ايجاري أو بموجب عقد إيجار مدعم الملكية التجارية هذا ما سنحاول الإجابة عنه بهذا المطلب .

- الفرع الأول : هل يفتح عقد الاعتماد الايجاري الحق في تعويض الاستحقاق ؟
- الفرع الثاني : هل يفتح عقد الإيجار التجاري المدعم الحق في تعويض الاستحقاق؟

الفرع الأول:

هل يفتح عقد الاعتماد الايجاري الحق في تعويض الاستحقاق ؟

نظم المشرع عقد الاعتماد الايجاري¹ بالأمر 96-09 المؤرخ في 14 يناير 1996² و إن كان هذا أول تشريع حدد الإطار القانوني لهذا العقد غير انه لا يعتبر أول اعتراف بهذا العقد بما انه ورد بالمادة 112 من القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد و القرض³ الإشارة إلى هذا العقد تحت تسمية " الإقراض مع الإيجار "⁴ .

أولاً : التعريف بعقد الاعتماد الايجاري

عرف المشرع⁵ بالمادة الأولى من الأمر رقم 96-09 على انه : " يعتبر الاعتماد الايجاري ، موضوع هذا الأمر عملية تجارية و مالية : يتم تحقيقها من قبل البنوك و المؤسسات المالية أو

¹ يرجع البعض من الفقه المصدر التاريخي لعقد الاعتماد الايجاري إلى الولاية المتحدة الأمريكية خلال الحرب الأمريكية - الكورية و بالتحديد يربط هذا العقد بالحادثة التي وقعت لسيد يدعى بوت « BOOTH » و الذي كان مدير لمصنع في كاليفورنيا و ابرم صفقة تزويد الجيش الأمريكي بالمواد الغذائية ، لكن عدم توفره على الوسائل المادية لتنفيذها في ذلك الوقت و رفض البنوك إقراضه الأموال ترتب عنه فقده هذه الصفقة الكبيرة . هذه الحادثة جعلته يتصور شراء المعدات و إيجارها بدلا من امتلاكها ، فأسس سنة 1952 أول شركة ليزينغ تحت تسمية " United state leasing coporation " .

Marguerite BOUTELET – BOUCAILLE .Droit du crédit. Éd Masson. 1987. p 115.

Pascal PHILIPPOSIAN .Le crédit-bail et le leasing, outils de financements locatifs. Éd SEFI. 1998.

² ج.ر. العدد 03 المؤرخة في 14 يناير 1996. ص 25. و تلاه نظام رقم 96-06 المؤرخ في 03 جوان 1996 المحدد لكيفيات تأسيس شركات الاعتماد الايجاري و شروط اعتمادها المنشور بج.ر. العدد رقم 66 المؤرخة في 03 نوفمبر 1996 ص 13 . كما تلاه المرسومين التنفيذيين لسنة 2006 المتعلقان بشهر الاعتماد الايجاري. المرسوم التنفيذي رقم 90-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول المنقولة المنشور ج.ر. المؤرخة في 26 فبراير 2006 . العدد 10 ص 24 . المرسوم التنفيذي رقم 90-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المحدد لكيفيات إشهار عمليات الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة المنشور ج.ر. المؤرخة في 26 فبراير 2006 . العدد 10 ص 28 .

³ ج.ر. العدد 16 المؤرخة في 18 افريل 1990. ص 520

⁴ على الرغم من صدور تشريع خاص بالاعتماد الايجاري و اختيار المشرع لهذا المصطلح للتعبير عن هذا النوع من العقود الا أننا نلاحظ استعماله لتسميات أخرى بالقوانين اللاحقة بالأمر رقم 96-09 ، فجاء بالأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض المعدل و المتمم المؤرخ في 26 اوت 2003 في مادته 2/68 مصطلح " القرض الايجاري " .

⁵ كما عرفه الفقه الفرنسي على انه : " اتفاقية معقدة تقوم بموجبها مؤسسة تمويلية بتأجير أصل لشخص يمتلك خيارا مع نهاية مدة الإيجار غير قابلة للإلغاء ."

Cf. Philippe MALAURIE. Laurent AYNES. Pierre Yves GAUTIER. Les contrats spéciaux .éd Defrénois .2005 p 451 .

شركة تأجير مؤهلة قانونا و معتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الجانب أشخاصا طبيعيين كانوا أم معنويين تابعيين للقانون العام أو الخاص تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر ، و تتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية." يلاحظ من خلال قراءة هذه المادة أن المشرع عرف الاعتماد الإيجاري على انه عملية تجارية و مالية في نفس الوقت .

فيدخل عقد الاعتماد الإيجاري ضمن الأعمال التجارية بما أن العمليات التي تقوم بها مؤسسات القرض أي البنوك أو المؤسسات المالية أو شركات الاعتماد الإيجاري تعد في الأصل صادرة عن شركات تجارية و التي تعتبر عملا تجاريا بحسب شكله¹ . كما يعد عقد الاعتماد الإيجاري أيضا عملية مصرفية ، و العمليات المصرفية تعتبر أعمالا تجارية بحسب موضوعها² ، بالإضافة إلى كونه عملية مالية فالمؤجر بموجب هذا العقد يؤجر رأس المال و يتدخل هنا بناءا على طلب الراغب في استعماله فيشتري هذا الأصل و يضعه تحت تصرف المستفيد منه -المستأجر- بمعنى آخر يقوم المؤجر بتمكين المستأجر من استغلال الأصل و ربما شراؤه عند نهاية العقد و ذلك دون التدخل في الجوانب الفنية لتحقيق الاستثمار فدور المؤجر يقتصر فقط على القيام بوساطة المالية .

يربط عقد الاعتماد الإيجاري بين البنك أو المؤسسة المالية أو شركة التأجير من جهة و بين المتعامل الاقتصادي من جهة أخرى ، لم يعرف الأمر 09-96 المتعامل الاقتصادي غير اننا نجد تعريفا له بللقانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية³ و التي جاء بها ما يلي : " العون الاقتصادي : كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية ، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من اجلها ."

¹ المادة 3 من ق ت : " يعد عملا تجاريا بحسب شكله : ...الشركات التجارية ."
² المادة 2 من ق ت : " يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه : ...كل عملية مصرفية أو صرف أو سمسة أو خاصة بالعمولة . " كما جاء بالمادة الثانية من النظام رقم 03-09 المؤرخ في 26 ماي 2009 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية (ج.ر. عدد 53 المؤرخة في 13 سبتمبر 2009 ص 24) تعتبر أن العمليات الصادرة عن المؤسسات المالية في تعاملها مع زبائنها تعد عمليات مصرفية.
³ القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 .ج.ر. 27 يونيو 2004 ، العدد 41 ، ص 03 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 06-10 المؤرخ في أوت 2010 ج.ر. المؤرخة في 18 أوت 2004 ، العدد 46 ، ص 11 .

بينت للمادة الثالثة من الأمر 09-96 محل عقد الاعتماد الايجاري بالأصول المنقولة كالتجهيزات أو موارد أو الأدوات الضرورية لنشاط المتعامل الاقتصادي ، كما أجازت المادة الرابعة منه أن يكون محل هذا العقد أصول عقارية مبنية أو ستبنى لسد الحاجات المهنية الخاصة بالمتعامل الاقتصادي¹ .

و جاء تعريف عقد الاعتماد الايجاري الواقع على أصول عقارية بالمادة 8 من نفس الأمر السالف الذكر كما يلي : " يعتبر عقد الاعتماد الايجاري للأصول غير المنقولة عقدا ، يمنح ، من خلاله ، طرف يدعى "المؤجر" ، و على شكل تأجير لصالح طرف آخر يدعى "المستأجر" مقابل الحصول على إيجارات و لمدة ثابتة ، أصولا ثابتة مهنية اشتراها أو بنيت لحسابه ، مع إمكانية المستأجر في الحصول على ملكية مجمل الأصول المؤجرة أو جزء منها في اجل أقصاه انقضاء مدة الإيجار ، و يتم ذلك في صيغة من الصيغ المذكورة أدناه .."² ، و عليه قد يقع عقد الاعتماد الإيجاري إما على بناية مشيدة³ اشتراها المؤجر أو ارض فضاء يراد بنائها لصالحه ، و بالتالي يجوز لتاجر أو حرفي استئجار محل أو عمارة يريد ممارسة نشاطه بها عن طريق عقد الاعتماد الايجاري و في هذه الحالة هل يخضع هذا الإيجار الى أحكام الإيجارات التجارية بمعنى آخر هل يكتسب المستأجر في إطار هذا العقد الحق في تعويض الاستحقاق في حالة رفض تجديد إيجاره ؟

ثانيا : هل يكتسب المستأجر في إطار عقد الاعتماد الايجاري الحق في تعويض الاستحقاق ؟

يجيز المشرع كما سبق بيانه للتاجر و الحرفي و مقدم الخدمات التجارية⁴ بموجب إبرامهم لعقد الاعتماد الايجاري استئجار أماكن لممارسة نشاطهم ، و بمصطلحات العقد فإنهم

¹ المادة 4 من الأمر رقم 09-96 : " يعرف الاعتماد الايجاري على أساس انه " غير منقول" عندما يخص أصولا عقارية مبنية أو ستبنى لسد الحاجات المهنية الخاصة بالمتعامل الاقتصادي ."

² يمكن للمستأجر أن يحصل على الملكية بإحدى الطرق التي نصت عليها المادة 8 من الأمر: - عن طريق التنازل تنفيذًا للوعد بالبيع من جانب واحد. - أو عن طريق الاكتساب المباشر أو غير المباشر ، حقوق ملكية الأرض التي شيدت عليها العمارة أو العمارات المؤجرة . - أو عن طريق التحويل قانونا ملكية الأصول التي تم تشييدها على الأرض و التي هي ملك المستأجر."

³ عرفت المادة 2 من القانون رقم 15-08 المؤرخ في 20 جوان 2008 المحدد لقواعد مطابقة البناءات و إتمام انجازها (ج.ر . المؤرخة في 03 أوت 2008 ، عدد 44 ، ص 20-21 .) البناء على انه كل بناية أو منشأة بوجه استعمالها للسكن أو التجهيز أو النشاط التجاري، أو الإنتاج الصناعي و التقليدي، أو الإنتاج أفلحي أو الخدمات. وجاء بالمادة 8 منه : " لا يمكن أي مالك أو صاحب مشروع شغل أو استغلال بناية ، قبل إتمام انجازها وفقا لأحكام المادة 2 أعلاه ."

⁴ يستفيد أيضا من هذا العقد مقدم الخدمة غير تجارية كالمهن الحرة مثلا من أطباء ، و محامين ، و مهندسين معماريين ... من المهن التي لا تحتاج إلى القيد في السجل التجاري ، إلا أننا لن نتطرق إلى هذا الصنف من الأعوان الاقتصاديين لأنهم أصلا لا يعد إيجارهم إيجار تجاري و إنما عقد إيجار يخضع لأحكام القانون المدني . أما عن المنتج و الذي يعتبر حسب مفهوم قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش كل من يقوم بعملية الإنتاج ، العملية التي عرفها بالفقرة التاسعة من المادة الثالثة منه كالتالي : " العمليات التي تتمثل في تربية المواشي ، جمع المحصول ، الجني ، الصيد البحري ، الذبح ، المعالجة ، التصنيع ، التحويل ، التركيب و توضيب المنتج ، بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه و هذا قبل تسويقه

يستفيدون من أصول غير منقولة مما يدعوننا الى التساؤل عن ما إذا يدخل إيجارهم هذا في حكم الإيجارات التجارية ؟ تظهر أهمية طرح هذا الإشكال بالنسبة لعقد الاعتماد الإيجاري خاصة اذا ما ربطنا بين بعقد الاعتماد الإيجاري و عقد الإيجار التجاري فيما يتعلق بصفة المستأجر به فئة التجار و الحرفيين و هي نفس الفئة التي تستفيد أصلا من الملكية التجارية كما أن محل الاعتماد الإيجاري يقوم على عقار مبني او مراد بناءه ، وهو نفس محل الإيجار التجاري كما سبق بيانه ، يضاف إلى ذلك الهدف من إبرام اعتماد إيجاري لأصول غير منقولة المتمثل في إيجار أماكن لممارسة نشاط تجاري أو حرفي و هو نفس سبب عقد الإيجار التجاري ، فمن المنطقي التساؤل عن ما إذا كان هذا العقد يدخل ضمن تطبيق أحكام الإيجارات التجارية المنصوص عليها بالقانون التجاري .

فصل المشرع في هذا الإشكال بنص صريح وواضح و جاء ذلك بالمطبة الثانية من المادة 43 من الأمر رقم 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري : " لا تطبق على علاقات المؤجر مع المستأجر المواد الآتية من القانون التجاري : - المواد من 169 إلى 214 المتعلقة بعقود الإيجار التجارية ، و التسيير الحر و تأجير التسيير . " يسفر في نظرنا إقصاء المشرع لعقد الاعتماد الإيجاري الوارد على أصول غير منقولة و المخصصة لممارسة تجارة أو حرفة من أحكام "الإيجارات التجارية " في الطابع الخاص ل هذا الإيجار الذي يسمح للمستأجر باكتساب الأصول المؤجرة و احتساب ما دفع من بدل إيجار في ثمن البيع و الحق الذي يعبر عنه المشرع بالفقرة الرابعة من المادة العاشرة من الأمر رقم 96-09 السالف الذكر " بحق الخيار بالشراء " ¹ هذا من جهة، و من جهة أخرى تظهر خصوصية هذا العقد أيضا في طبيعة عملياته التي بعض النظر عن كونها عملية تجارية فهي في نفس الوقت عملية قرض (المادة 2 من الأمر المشار إليه أعلاه ²) فلا يمكن تصور إلزام المؤجر بصفته مقرض بحق مديونية يتمثل في تعويض استحقاق اتجاه المستأجر المقترض .

الأول . " فان كان نشاطه يدخل ضمن الأعمال التجارية كالتحويل و التصنيع مثلا فانه يدخل في حكم التاجر أما اذا كان عمله فلاحيا مثلا فان الفلاح ليس بتاجر لو عقده التجاري يخرج عن حكم الإيجارات التجارية .

¹ المادة 10 من الأمر 96-09 المتعلق بالاعتماد الإيجاري المادة التي ضمنها المشرع التكييف القانوني لهذا العقد و بالتحديد في فقرتها الرابعة : " يسمح للمستأجر ، في حالة الاعتماد الإيجاري المالي فقط ، و عند انقضاء الفترة غير القابلة للإلغاء الخاصة بالإيجار ، أن يكتسب الأصول المؤجرة مقابل دفع قيمة متبقية تأخذ بعين الاعتبار الإيجارات التي تم قبضها ، في حالة ما إذا يقرر مزاوله حق الخيار بالشراء .. "

² جاء بالمادة 2 من الأمر 96-09 : " تعتبر عمليات الاعتماد الإيجاري عمليات قرض لكونها تشكل طريقة تمويل اقتناء الأصول المنصوص عليها في المادة الأولى أعلاه (الأصول المنقولة او غير منقولة) ، او استعمالها . "

لم يكتفي المشرع بانص صراحة على عدم خضوع هذا العقد لأحكام الإيجارات التجارية ، بل أكد على أن حق المؤجر في استرجاع الأماكن المؤجرة بانتهاء مدة الإيجار مباشرة ، و هو نفس الحكم الذي اعتمده كل من المشرع التونسي و المغربي حتى و إن اختلفوا في تسمية هذا العقد .

نظم المشرع التونسي عقد قرض الإيجاري بموجب قانون رقم 89-94 المؤرخ في 26 جويلية 1994¹ و الذي يتناول إيجار التجهيزات و الآلات و العقارات التي يقتنيها المؤجر جاهزة أو في طور الانجاز بهدف إيجارها ، المنقولات أو العقارات المعدة لنشاط مهني، تجاري أو صناعي أو فلاحي أو المستعملة للصيد أو أداء خدمات .

العقد الذي عرفه الفقه التونسي² على انه باب من أبواب القانون التجاري و هو طريقة اتفاقية عصرية مستوردة من بلاد الأمريكان حيث تحمل اسم "ليزینگ" مفادها في الأصل أن مؤسسة تحمل لقب "قرض إيجار" تشري معدات تجهيز منقول أو عقار لفائدة حريف ثم تؤجره إياه لأمد معين . و يمنح هذا العقد للمكثري الخيار عند نهاية الأجل إما أن يعيد التجهيزات إليها للشركة المذكورة اوان يجدد الكراء أو يشتري ما ذكر مع طرح بعض أجزاء مقادير الاكزية المدفوعة من الثمن المعين .

نظم المشرع المغربي ما سماه بعقد "الائتمان الإيجاري" بالمواد من 431 الى 444 من مدونة التجارة و عرف الائتمان الإيجاري الواقع على العقار بالفقرة الثانية من المادة 431 منه على انه كل عملية اكراء للعقارات المعدة لغرض مهني تم شراؤها من طرف المالك أو بناها لحسابه ، إذا كان من شأن هذه العملية كيفما كان تكييفها أن تمكن المكثري من أن يصير مالكا لكل أو بعض الأموال المكتراة على أبعده تقدير عند انصرام اجل الكراء³ ، كما عن

¹ Art 1^{er} de la loi 94-89 du 26 juillet 1994 relative au leasing : « le leasing est une opération de location d'équipements , de matériel ou de biens immobiliers achetés ou réalisés en vue de location , par le bailleur qui en demeure propriétaire et destinés à être utilisés dans les activités professionnelles , commerciales, industrielles, agricoles , de pêche ou de services . »

² بلقاسم القوري الشابي: الملكية التجارية . مطبعة نقوش عربية . سنة 19 ص 19
³ يقع أيضا عقد الائتمان الإيجاري في التشريع المغربي مثله مثل التشريع الجزائري و التونسي و الفرنسي على المنقولات و هذا ما يظهر من قراءة الفقرة الاولى من المادة 431 من مدونة التجارة المغربية و التي جاء بها ما يلي : " كل عملية اكراء للسلع التجهيزية أو المعدات أو الآلات التي تمكن المكثري كيفما كان تكييف تلك العمليات من ان يمتلك في تاريخ يحدد مع المالك كل او بعض السلع المكراة لقاء ثمن متفق عليه يراعي فيه جزء على الأقل من المبالغ المدفوعة على سبيل الكراء . "

الفقه المغربي¹ في تعريفه لهذا العقد على انه طريقة للتمويل المالي للاستثمارات و قد أصبح له واقع اقتصادي و قانوني في المغرب .

حسم المشرع المغربي بصفة صريحة كما سبق الإشارة إليه في مسألة عدم خضوع عقد الائتمان التجاري الواقع على عقار إلى مقتضيات ظهير 24 ماي 1955 المتعلق باكرية المحلات المعدة للتجارة و الصناعة و الحرف بموجب الفصل 434 من مدونة التجارة² .

الفرع الثاني :

هل يفتح عقد الإيجار التجاري المدعم الحق في تعويض الاستحقاق؟

في ظل السياسة الاقتصادية التي انتهجتها الدولة في السنوات الأخيرة من اجل تنمية سوق الشغل و دعم تشغيل الشباب أدركت هذه الأخيرة أهمية عقد الإيجار التجاري بالنسبة لتأسيس مؤسسات تجارية كانت أو حرفية و حتى صناعية و أمام وعي الدولة بان منح الإمكانيات المادية (من معدات و آلات .. الخ) لتفعيل نشاط هذه المؤسسات لا يكفي بحيث أن استئجار مكان ممارسة نشاط المؤسسة سيشكل عائق آخر بالنظر إلى القدرة المالية المحدودة لشباب البطل . فدعمت الدولة عقد الإيجار التجاري في إطار برنامج تشغيل الشباب بطريقتين : إما بمنح قرض مصغر مخصص لدفع بدل إيجار الأماكن التي سيمارس بها النشاط ، أو عن طريق منح البلدية للشباب محل لممارسة به نشاطه و تأخذ الدولة على عاتقها لمدة من الزمن جزء من بدل الإيجار الواجب دفعه .

أولاً : عقد الإيجار التجاري المدعم

نظم المشرع نوعين من الدعم لعقد الإيجار التجاري: عقد إيجار تجاري مدعم عن طريق قرض مصغر و دعم إيجار الأماكن المملوكة للبلديات لممارسة تجارة أو حرفة .

¹ نجاة الكص: الحق في الكراء - كعنصر في الأصل التجاري - المرجع السابق ص 86 .
² بل أكثر من ذلك فإن المشرع المغربي نص نعلى عدم خضوع عقد الائتمان الإيجاري فيما يخص بدل إيجاره إلى ظهير 5 يناير 1953 المتعلق بالمراجعة الدورية للسومة الكرائية للمحلات المعدة للتجارة أو الصناعة أو الحرف .

1-دعم عقد الإيجار التجاري عن طريق قرض مصغر :

أسست سنة 2004 الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر بموجب المرسوم التنفيذي رقم 14-04¹ و الذي جاء تنميما للمرسوم الرئاسي رقم 13-04 الذي حدد الإطار العام لجهاز القرض المصغر و كفاءات تنفيذه² ، و تعاقب تأسيس هذا الجهاز مجموعة من المراسيم حددت من خلالها الدولة كيفية سيره و شروط منحه للقروض³ . أسست هذه الوكالة لمنح قروض إلى فئة معينة من المواطنين و صفتهم المادة الثانية من المرسوم رقم 13-04 بالمواطنين بدون دخل أو ذوي الدخل الضعيف غير المستقر و غير المنتظم بهدف إدماجهم في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية من خلال مساعدتهم على استحداث أنشطة مختصة في إنتاج السلع أو أداء خدمات ، غير انه و من اجل تكفل أفضل بالمقترضين مؤسسي المؤسسات المحتملين أصدرت الحكومة سنة 2011 مجموعة من المراسيم التنفيذية أعادت تحديد شروط و مستوى الإعانات الممنوحة للمستنفدين و وسعت من دائرة النشاطات التجارية المعنية بالقرض فلم تعد مقتصرة فقط على السلع و الخدمات⁴.

رغم دراسة الوكالة لطلبات القرض المصغر حسب النظام البنكي و وفقا لقوانين و شروط منح القروض البنكية عادة ، إلا أن ما يميز القرض المصغر عن باقي القروض يكمن في إعفاء المقترض من دفع الفوائد⁵ و لعل هذا الإعفاء يجد تفسيره في و عي الحكومة بالقدرة المالية المحدودة للفئة المقترضة .

إن هذه الوسيلة التي تبنتها الجزائر ليست بتجربة منفردة فان المملكة المغربية كانت السبابة بوضع جهاز مسمى "بالتمويل الأصغر"⁶ و كان ذلك في منتصف التسعينيات بموجب القانون

¹ المرسوم التنفيذي رقم 14-04 المؤرخ في 22 يناير 2004 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتسيير القرض المصغر و تحديد قانونها الأساسي. ج.ر. المؤرخة في 25 يناير 2004 العدد 06 ص. 8 و ما يليها .

² المرسوم الرئاسي رقم 13-04 المؤرخ في 22 يناير 2004 المتعلق بجهاز القرض المصغر . ج.ر. المؤرخة في 25 يناير 2004 العدد 6 ص. 3 و ما يليها .

³ المرسوم التنفيذي رقم 15-04 المؤرخ في 22 يناير 2004 المحدد لشروط الإعانة المقدمة للمستفيدين من القرض .

⁴ المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 11-133 المؤرخ في 22 مارس 2011 المتعلق بجهاز القرض المصغر ما يلي : "القرض المصغر يمنح لفئات المواطنين بدون دخل و/أو ذوي الدخل الضعيف غير مستقر و غير المنتظم . و يهدف الى الإدماج الاقتصادي و الاجتماعي للمواطنين

⁵ المطة الثالثة من المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 14-04 المشار إليه تعلاه ما يلي : " تمنح قروض بدون مكافأة " . و ما يميز هذه الوكالة أيضا تجهيزها بهيئتين قانونيتين : المجلس التوجيهي و لجنة المراقبة المكلفان بمراقبة سابقة و لاحقة لعملية منح القرض

الرجوع إلى المادة 8 و ما يليها من المرسوم رقم 14-04 .

⁶ إلا انه و على عكس ما حدث في الجزائر فان مصدر هذا الجهاز لم يكن إرادة الدولة وحدها و إنما الجمعيات المغربية هي التي ضغطت على الحكومة لوضع إطار قانوني للقرض المصغر و يمكن ذكر على سبيل المثال : الجمعية المغربية للتضامن و التنمية التي قررت إدراج التمويل

الأصغر ضمن برنامجها ، الجمعية المغربية للتضامن بلا حدود ، مؤسسة زاكورة للقروض الصغرى ، جمعية إطارات و قداماء تلاميذ تدرارة . الجمعيات التي تجمعت في فيدرالية جمعيات القروض الصغرى سنة 2001 .

رقم 99-18 الصادر سنة 1999 المتعلق بمجال التمويل الأصغر و الذي يقصد به كل قرض يمكن فئة المستضعفين اقتصاديا من استحداث أو تطوير نشاطهم الخاص سواء كان إنتاجيا أو خدماتيا بهدف ضمان اندماجهم الاقتصادي .

2 - دعم الإيجار التجاري للاماكن المملوكة للبلديات :

نصت المادة 62 من القانون رقم 10-13 المؤرخ في 29 ديسمبر 2010 و المتضمن قانون المالية لسنة 2011 على نقل ملكية المحلات المنجزة في إطار برنامج تشغيل الشباب من الأملاك الخاصة للدولة إلى أملاك خاصة بالبلديات بهدف تمكين هذه الأخيرة من تأجيرها إلى الشباب البطال . تبعا لصدور هذا القانون صدر سنة 2011 المرسوم التنفيذي رقم 11-119¹ الذي وضع شروط وكيفيات وضع المحلات المنجزة في إطار برنامج تشغيل الشباب تحت التصرف و وفقا للمادة 3 من المرسوم المذكور أعلاه فان البلدية تؤجر المحلات المنجزة للشباب ذوي المشاريع الذين يمارسون نشاطات بصفة جماعية أي كما جاء بالمادة المشاريع التي تشغل شخصين على الأقل ، كما حددت المادة 9 و 10 منه شروط الاستفادة من عقد الإيجار المدعم من قبل الدولة² .

يلاحظ أن المشرع قصد بهذا المرسوم فئة التجار و الحرفيين ، بالإضافة إلى أصحاب المهن الحرة غير أن هذه الفئة الأخيرة لا يخل إيجارها ضمن أحكام الإيجارات التجارية³ و بالتالي سنستبعدهم عندما نطرح إشكالية هذا النوع من الإيجارات المدعمة من قبل الدولة .

على غرار عقد الإيجار التجاري المدعم بقرض مصغر فان عقد الإيجار الأماكن ملك للبلدية لغرض ممارسة نشاط تجاري أو حرفي مدعم أيضا لكن بطريقة أخرى بحيث يستفيد المستأجر التاجر أو الحرفي من تكفل الدولة بجزء من بدل الإيجار لمدة تسعة سنوات ،

و بذلك أصبحت هذه الفيدرالية تتكلف بوضع القواعد الأخلاقية المتعلقة بنشاط القرض الأصغر قبل موافقة وزير المالية عليها، و كذا إبلاغ الوزير بكل الانتهاكات التي قد تقع، كما تعتبر وسيط بين الأعضاء و الإدارة .

¹ المرسوم التنفيذي رقم 11-119 المؤرخ في 20 مارس سنة 2011 المنشور بالجريدة الرسمية العدد 17 المؤرخة في 20 مارس 2011 ص 4 و ما يليها .

² المادة 9 من المرسوم المذكور أعلاه ما يلي : " يمكن ان يستفيد من وضع المحلات تحت التصرف المذكور في المادة 2 أعلاه ، الأشخاص البالغون من العمر ثماني عشرة سنة إلى خمسين سنة عند تاريخ إيداع ملف طلب الإيجار . " كما جاء بالمادة 10 منه : " يؤهل للاستفادة من أحكام هذا المرسوم ذوو المشاريع الذين يشغلون شخصين على الأقل ، و ذلك باستثناء ذوي المشاريع الذين يمارسون نشاطات بصفة فردية .

تمنح الأولوية للمشاريع المراد ترقيةها و التي توفر عددا كبيرا من مناصب الشغل . " ³ بما أن المشرع يكيف عقد إيجارها على أنه عقد إيجار مدني و يخضع أصلا إلى أحكام القانون المدني .

فتأخذ الدولة على عاتقها 90 بالمائة من قيمة بدل للإيجار و الأعباء خلال الثلاث السنوات الأولى و في المرحلة الثانية أي الثلاث السنوات الموالية تأخذ على عاتقها 70 بالمائة منه ثم بالثلاث السنوات الأخيرة تدفع 40 بالمائة و هكذا تنازليا إلى غاية السنة التاسعة أين يبدأ المستأجر برفع بدل الإيجار المستحق كاملا¹.

يطرح عقد الإيجار التجاري المدعم بنوعيه إشكالية القانون الذي يخضع له ؟ بمعنى آخر هل يكتسب مستأجر الإيجار التجاري الذي دعمته الدولة سواء بقرض مصغر أو بدفع جزء من بدل الإيجار لمدة محدودة الملكية التجارية التي تسمح له المطالبة بتعويض الاستحقاق في حالة رفض المؤجر التجديد بدون سبب مشروع أو خطير ؟

ثانيا : هل يكتسب المستأجر في إطار الإيجار التجاري المدعم الحق في تعويض الاستحقاق ؟

على خلاف ما جاء بالأمر رقم 96-09 المتعلق بعقد الاعتماد الإيجاري لم يتطرق المشرع لا بالمرسوم الرئاسي رقم 11-133 المؤرخ في 22 مارس 2011 المتعلق بجهاز القرض المصغر لفئات المواطنين بدون دخل و/أو ذوي الدخل الضعيف غير مستقر و غير المنتظم ، و لا بالمرسوم التنفيذي رقم 11-119 المتعلق بتحديد شروط و كفاءات وضع المحلات المنجزة في إطار برنامج تشغيل الشباب إلى الإجابة عن هذا الإشكال كما لم يتطرق الفقه و القضاء إلى هذه المسألة ولعل ذلك يرجع إلى حداثة النص .

بداية و عن الإشكال المتعلق بخضوع عقد الإيجار التجاري المدعم لأحكام القانون التجاري من عدمه فإنه يلاحظ أن المشرع لم يستثني عقد الإيجار التجاري المدعم بنص خاص من الخضوع إلى أحكام الإيجارات التجارية المنظمة بالقانون التجاري كما فعل في النصوص المنظمة لعقد الاعتماد التجاري ، و أمام غياب نص فان هذا الإيجار فيما عدا الأحكام الخاصة المنصوص عليها بهاذين المرسومين فإنه يخضع في باقي الأمور إلى م أحكام الإيجارات التجارية التي تضمنها الباب الثاني من القانون التجاري خاصة و أن الفقرة الثالثة من المادة 170 ق ت جاء بها ما يلي : " كما تطبق هذه الأحكام أيضا مع مراعاة أحكام

¹ الرجوع إلى الملحق الخاص بنموذج عقد الإيجار بالمرسوم التنفيذي رقم 11-119 المؤرخ في 20 مارس سنة 2011 ص 8 و7 .

المادتين 185 و 186 التاليتين على إيجار المحلات أو العمارات المملوكة للدولة أو الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية في حالة ما إذا كانت هذه المحلات أو العمارات تستجيب لأحكام المادة 169 أعلاه و للفقرتين الأولى و الثانية من هذه المادة . " و بالتالي فان عقد التجاري المدعم الذي تمنحه البلدية يدخل في حكم هذه الفقرة .

أما فيما يتعلق باكتساب المستأجر في إطار عقد الإيجار التجاري المدعم للحق في تعويض الاستحقاق عند نهاية عقد الإيجار و رفض المؤجر التجديد بدون سبب مشروع و خطير فإننا نرى الحل لهذا الإشكال يحدده تاريخ صدور المرسومين فسواء تعلق الأمر بالإيجار التجاري المدعم عن طريق منح قرض مصغر لدفع بدل الإيجار أو ذلك الذي تمنحه البلدية و تأخذ الدولة على عاتقها جزء من بدل الإيجار لمدة تسع سنوات فان النصاب صدرا سنة 2011 و بتالي فهما يخضعان إلى حكم المادة 187مكرر ق ت و التي جاء بها ما يلي : " تحرر عقود الإيجار المبرمة ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، يلزم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون الحاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء، و دون الحق في الحصول على تعويض الاستحقاق المنصوص عليه في هذا القانون، ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك." .

ننتهي إلى القول بلأن عقد الإيجار التجاري المدعم بقرض مصغر يجوز لأطرافه الاتفاق على تعويض استحقاق يدفعه المؤجر في حالة رفضه التجديد بدون سبب مشروع ، غير انه و فيما يتعلق بالإيجار التجاري الذي تمنحه البلدية و الذي تدعمه جزئيا الدولة لمدة محدودة فإننا نعتقد بأنه لا يستطيع المستأجر اشتراط الحق في تعويض الاستحقاق ، و تبريرنا لهذا الرأي يجد أساسه في المادة 4¹ من المرسوم رقم 11-119 و الذي يستشف من فقرتها الأخيرة

¹ المادة 4 من المرسوم 11-119 ما يلي : " يحزر الإيجار بين رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني و المستفيد بموجب عقد . يجب أن يحدد العقد، على الخصوص، الطابع الموقوف للإيجار في حال عدم تسديد ثلاثة أقساط شهرية متتالية. يجب على المستفيد أن يستغل المحل شخصيا و بصفة مباشرة ، و أن يضعه قيد الاستغلال تحت طائلة فسخ العقد ، خلال ستة أشهر التي تلي وضع المحل تحت تصرفه . يرفق نموذج عقد الإيجار بالملحق بهذا المرسوم." .

ضرورة تحرير هذا العقد وفقا للنموذج المرفق بالمرسوم هذا الأخير الذي لا نجد به أي بند يسمح لطرفي العقد اشتراط تعويض الاستحقاق¹.

بذلك نكون قد أنهينا الباب الأول المتضمن دراسة الأساس القانوني الذي يستند عليه الحق في تعويض الاستحقاق و من يجوز له التمسك به و الشروط الواجب توافرها و التي يترتب على عدم توافرها حرمان المستأجر من اكتساب هذا الحق ، غير أن الممارسة الفعلية للملكية التجارية لا تبدأ إلا بنهاية عقد إيجار التجاري فإن المشرع لم يتوقف عند هذه الشروط الواجب توافرها بمرحلة نشأة العقد بل أوجب على المستأجر أن يحترم بعض الشروط خلال تنفيذه لهذا العقد، الشروط التي تدخل في إطار ما يلتزم به المستأجر فور انعقاد الإيجار . يترتب على انعقاد إيجار المحل التجاري ما يترتب عادة عند نشأة جميع العقود لإيجار ينشأ التزامات في جانب كل طرف ، فيلتزم المؤجر بتسليم الأماكن المؤجرة طبقا لما قضت به المادة 476 من ق م س سواء كانت عمارة أو المحل أو ملحقاته في حالة تصلح للانتفاع المعد لها تبعا للاتفاق الوارد بين الطرفين أو حسب طبيعة العين. كما يتعهد المؤجر وفقا لما نصت عليه المادة 479 من ق م ب بصيانة الأماكن المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت تسلمها فقد عدت هذه الفقرة الأعمال التي يأخذها عادة المؤجرة على عاتقه من أجل المحافظة على الأماكن المؤجرة ومن بينها: الأعمال اللازمة لصيانة السطح أو التبييض ، تنظيف الآبار و المراحيض و تصريف المياه ، زيادة على التزامه بضمان عدم التعرض للمستأجر في استغلاله للأماكن المؤجرة و بضمان الانتفاع الهادئ بها و بملحقاتها سواء صدر التعرض من قبل المؤجر شخصيا أو من قبل الغير طبقا لما جاء بالمواد 179 و 496 و 483 من نفس القانون .

لم نضمن الفصل الثاني من هذا الباب هذه الالتزامات لأننا سنعود إليها بالباب الثاني عند تعرضنا للاحتجاج بالحق في تعويض الاستحقاق و الذي يفترض رفض التجديد بدون سبب مشروع و خطير ، الباب الثاني الذي سنخصصه أيضا لدراسة ما يترتب على ثبوت الحق في تعويض الاستحقاق من آثار .

¹ انظر النموذج بالملحق رقم 3.

الباب الثاني

اثر ثبوت الحق في تعويض الاستحقاق

نخصص هذا الباب لدراسة ما يترتب عن ثبوت الحق في تعويض الاستحقاق لمستأجر الإيجار التجاري بهدف الكشف عن حمولة و ثقل هذا الحق و استيعاب من خلال النقاط التي سنتعرض لتحليلها كيف تحول المؤجر من صاحب حق إلى مدين بحق .

يتميز تعويض الاستحقاق من حيث أساسه و شروط نشأته عن التعويض في المسؤولية المدنية عموما بل يزيد تميزه عن هذا التعويض من حيث الآثار المترتبة عنه و التي نعبر عنها في الفصل الأول من هذا الباب بالأبعاد المالية و القانونية لتعويض الاستحقاق إذ يثبت للمستأجر صاحب هذا التعويض حماية القانونية ذات أبعاد مالية سيستفيد منها سواء خلال حياة مؤسسته التجارية و حتى بعد زوالها ، أما بالنسبة للمؤجر فسنبين أبعاد حصول المستأجر على تعويض الاستحقاق.

سنخصص الفصل الثاني من هذا الباب لتقدير قيمة تعويض الاستحقاق و سنحاول أيضا طرح النقاش الفقهي حول مدى هذا التعويض و الضرر الموجب للتعويض وأخيرا عناصر التي يتضمنها ، لنواصل في الكشف عن الآثار التي تترتب عن الحكم به سواء بالنسبة للمستأجر صاحب هذا الحق و بالنسبة للمؤجر المدين به .

- **الفصل الأول : أبعاد ثبوت الحق في تعويض الاستحقاق**
- **الفصل الثاني : تقدير تعويض الاستحقاق و ما يترتب عن الحكم به**

الفصل الأول :

أبعاد ثبوت الحق في تعويض الاستحقاق

سنعالج بهذا الفصل أبعاد ثبوت الحق في تعويض الاستحقاق بالنسبة إلى المستأجر و ستقتصر دراستنا على الأبعاد المالية نظرا لأهميتها بالنسبة إلى موضوع هذه الرسالة كما أننا سنحلل أبعاد تقرير هذا التعويض بالنسبة للمؤجر ، و لكون الحق في تعويض الاستحقاق لا يحتج به إلا في عند إنهاء المدة المقررة لعقد الإيجار التجاري فان المطالبة به تتوقف على موقف المؤجر بقبول تجديد الإيجار أو رفضه التجديد كما ترتبط بعدم توافر هذا الأخير على الأسباب التي قررها القانون و القضاء و التي تخلصه من دفع هذا التعويض ، لدراسة جميع هذه المسائل قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين :

- **المبحث الأول:** الأبعاد المالية المترتبة عن اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق

- **المبحث الثاني:** الأبعاد القانونية لتقرير تعويض الاستحقاق و إجراءات الحكم به

المبحث الأول:

الأبعاد المالية المترتبة عن اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق

لعقد الإيجار التجاري أهمية حيوية بالنسبة للمؤسسة الاقتصادية عموما بحيث يؤثر على مصيرها وجودا و عدما ، الأهمية التي تمنحها الملكية التجارية أو الحق في الإيجار المتولد عن هذا النوع من الإيجارات .

لم يعرف التشريع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة (التشريع الفرنسي و التونسي و المغربي) الحق في الإيجار المهمة التي تكلف بها الفقه و ورد في شأنها اختلاف بين الفقه الجزائري الذي ساير ما ذهب إليه الفقه الفرنسي و الفقه التونسي و المغربي .

عرف كل من الفقه الجزائري و الفرنسي¹ الحق في الإيجار أو الملكية التجارية على أنها مختصرا لمجموع الامتيازات التي اعترف بها القانون لمستأجر الإيجار التجاري ، الامتيازات التي تتمثل في الحق في طلب التجديد إذا ما وصل هذا العقد إلى نهايته و الحق في تعويض الاستحقاق في حالة رفض التجديد بدون سبب مشروع و خطير .

فالحق في التجديد كحق مرهون بإرادة المؤجر على خلاف الحق في تعويض الاستحقاق الذي يلتزم به المؤجر سواء تطبيقا لأحكام الإيجارات التجارية في ضل الأمر 59-75 المتضمن القانون التجاري أو نتيجة اشتراطه طبقا لما جاء بالمادة 187 مكرر ق.ت فانه دين في ذمة المؤجر طالب الاسترجاع الأمر الذي جعل البعض من الفقه يذهب إلى القول بان الحق في الإيجار ليس إلا الحق الذي اكتسبه مستأجر الإيجار التجاري في التعويض عن الضرر الذي تسبب في حدوثه رفض التجديد .

¹ J. Hamel , G. Lagarde et A. Jauffret : Traité de droit commercial , tome II, Dalloz , 1966 , n 1018 « La prétendue propriété commerciale est réductible à une créance d'indemnité. » G. Ripert : Traité élémentaire de droit commercial, 9eme éd, Paris, 1977 , p 246 .

بينما عرف الفقه التونسي¹ الملكية التجارية على أنها الحق في تجديد الكراء أو حق التاجر المستأجر لمحل يباشر فيه التجارة في الاستمرار في الإيجار حفاظا على الأصل التجاري أي القاعدة التجارية .

في حين وجد الفقه المغربي صعوبة في تعريف الحق في الإيجار و في هذا الصدد ذهب محمد كبشور² إلى القول: "انه من الصعب تعريف الحق في الكراء لأنه ظاهرة قانونية و اقتصادية في ذات الوقت لأنه يرتبط بعناصر متعددة و تتداخل فيه علاقات ذات طابع مختلفة و تحفه شروط دقيقة يصعب حصرها من خلال تعريف منضبط و من تم يفهم جيدا سبب إحجام كل من التشريع و القضاء بالإضافة إلى جمهور الفقه عن إبراز مفهوم ذلك الحق ."

غير انه و على الرغم من اختلاف تعريف هذا الحق الا ان الفقه سواء في بلادنا أو بالتشريعات المقارنة السابق الإشارة إليها اتفقا على أهمية الحق في الإيجار بالنسبة للمؤسسة التجارية و لم يتهاون التشريع في إبراز مكانته يلاحظ على سبيل المثال من خلال بعض نصوص القانون المغربي الإشارة إليه دور هذا الحق و أهميته مثال ذلك ما جاء بالفصل 36 من قانون "ظهير 24 ماي 1955" الذي نص على حق المستأجر "المكثري" في تجديد عقد الإيجار "كرائه" بعد نهايته ، و الغاية من هذه المادة هي استمرار الحق في الكراء و عدم ضياعه ، أكثر من ذلك اعتبر المشرع الجزائي قبل تعديل القانون التجاري و كل التشريعات المقارنة السالفة الذكر هذا الحق من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته .

فهذا الحق الذي يمكن التصرف فيه بالبيع و الهبة أو الوصية أو حتى تقديمه كتأمين ضمن عناصر أخرى للقاعدة التجارية للحصول على قرض و غيرها من العمليات التي ينجم عنها فوائد اقتصادية ، و عليه يضيف اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق إلى عقد الإيجار

¹ رشيد الصباغ: الملكية التجارية الأحكام الجديدة في القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977، الطبعة الثانية، تونس، 1986، ص 8 .
² محمد الكبشور: الحق في الكراء عنصر في الأصل التجاري -دراسة في إطار ظهير 24 ماي 1955 و المدونة التجارية الجديدة - سلسلة دراسات القانونية المعاصرة ، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 1998 ، ص 44-46.

التجاري و المحل التجاري قيمة اقتصادية جعلت البعض من الفقه يذهب إلى القول بأن تشريع الإيجارات التجارية بكامله جاء متشعبا باعتبارات اقتصادية¹، و بما أن تعويض الاستحقاق ليس إلا الوجه الآخر لعملة واحدة تسمى بالحق في الإيجار فسنقوم بالكشف و تحليل الأبعاد المالية المترتبة عن ثبوت الحق فيه بالنسبة للمستأجر المحلي خلال استغلاله لنشاطه لنستعرض بعد ذلك الأبعاد المالية الأخرى المترتبة عن اكتساب هذا الحق عند إفلاس المستأجر التاجر أو تصفية الشركة التجارية من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

- **المطلب الأول:** الأبعاد المالية للحق في التعويض الاستحقاق خلال استغلال المستأجر لنشاطه

- **المطلب الثاني:** الأبعاد المالية للحق في التعويض الاستحقاق عند إفلاس المستأجر التاجر أو تصفية الشركة

المطلب الأول:

الأبعاد المالية للحق في تعويض الاستحقاق خلال استغلال المستأجر لنشاطه

نصت المادة 78 ق.ت على ما يلي: " تعد جزئاً من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري و يشمل المحل التجاري إلزاميا عملاءه و شهرته . كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل و الاسم التجاري و الحق في الإيجار .." و هو نفس نص 80 من مدونة التجارة المغربية الذي جاء به ما يلي: " يشمل الأصل التجاري وجوبا على زبناء و سمعة تجارية ، و يشمل أيضا كل الأموال الأخرى الضرورية لاستغلال الأصل التجاري و الشعار و الحق في الكراء و الأثاث التجاري و البضائع و المعدات و براءات الاختراع و الرخص و علامات الصنع و

¹Jean-Francis Overstake .L'indemnité d'éviction, op , cit , p 559 . « Toute la législation sur les baux commerciaux est imprégnée de considérations économiques. »

التجارة و الخدمة و الرسوم و النماذج الصناعية ، و بصفة عامة كل حقوق الملكية الصناعية أو الأدبية أو الفنية الملحقة بالأصل¹.

من خلال القراءة حكم المادة 78 المشار إليها أعلاه يظهر الحق في الإيجار كأحد مقومات المحل التجاري و احد العناصر المكونة له ، غير أن هذا الحق لا يقصر تناوله من قبل المشرع فقط على انه عنصر من عناصر المحل التجاري بل يجد مركزا هاما و متميزا ضمن عدة مقتضيات منظمة له و التي يمكن لنا إيراد أهمها .

بداية جاء تعداد الحق في الإيجار ضمن العناصر المعنوية الأساسية المكونة للمحل التجاري فجاء في المرتبة الخامسة قبل حقوق الملكية الصناعية و التجارية من براءات الاختراع و العلامات التجارية و الرخص و غيرها ليكشف المشرع بعد ذلك عن قيمته المالية بتناوله في الأحكام المنظمة للعمليات الواردة على المحل التجاري .

طبقا لما جاء بمقتضى المادة 79 ق ت يجب أن تتضمن وثيقة بيع أو وعد ببيع المحل التجاري أو تنازل عنه كتقدمية للمساهمة في رأس مال شركة تجارية بعض البيانات تحت طائلة البطلان التي نجد من بينها تاريخ و مدة عقد الإيجار التجاري و الهوية الكاملة للمؤجر .

كما يثبت قانونا لبائع المحل التجاري امتيازاً على عناصر المحل المذكورة في عقد البيع و يرد هذا الامتياز على الحق في الإيجار سواء ذكر أو لم يذكر في عقد البيع " لا يترتب امتياز البائع إلا على عناصر المحل التجاري المبينة في عقد البيع و في القيد فإذا لم يعين على وجه الدقة فان الامتياز يقع على عنوان المحل التجاري و اسمه و الحق في الإيجار و العملاء و الشهرة التجارية . " ما 96 من ق.ت .

¹ مر التنظيم التجاري في المغرب بمرحلتين :مرحلة القانون التجاري القديم ، و مدونة التجارية الحالية أ) نظم المشرع المغربي بموجب ظهير 31 ديسمبر 1914 (المقتبس من القانون الفرنسي ل 17 مارس 1909) بيع و رهن الأصل التجاري (القاعدة التجارية) ، و تلاه الظهير المؤرخ في 21 فبراير 1917 المتعلق بحماية الملكية الصناعية، و ظهير 24 ماي 1955 المنظم الاكزية المحلات المعدة لاستغلال تجاري أو صناعي أو حرفي . إلا أن كل هذه القوانين المنفردة لم تعالج بصفة شاملة القاعدة التجارية من حيث طبيعتها و كل العمليات الواردة عليها مثال ذلك التسيير الحر ، و بقي الأمر إلى غاية صدور مدونة التجارة الجديدة .

بالإضافة إلى ما سبق ذكره يطبق على رهن المحل التجاري ما يطبق على عقد البيع ، بحيث يشمل عقد الرهن على الحق في الاتجار سواء حددت العناصر المشمولة بالرهن الحيازي بالعقد أو لم تحدد ما 119 من ق.ت.

يتأثر الحق في الإيجار بصحة عقد تأجير من حيث صحته و بطلانه طبقا لما جاء بالفقرة الثانية من المادة ما 212 ق.ت . كما تتأثر دعوى فسخ عقد الإيجار التجاري التي يرفعها البائع بالحق في الإيجار و على وجه الخصوص حق المديونية المتولد عن هذا العقد بحيث ألزم المشرع (المادة 124 ق ت) البائع بتبليغ الدائنين المقيدین بهذه الدعوى بالنظر إلى أهمية هذا العقد بالنسبة لهم كتأمين على ديونهم فهو ليس فقط مكان لاستغلال النشاط بل هو أيضا وسيلة انتمان .

ننتهي إلى استخلاص الأهمية الاقتصادية و القيمة المالية التي يضيفها الحق في الإيجار إلى المحل التجاري وعقد الإيجار التجاري من خلال إمكانية التنازل عنه من جهة و من جهة أخرى من خلال اعتباره ضمان يمكن ان يشمل الرهن الحيازي للمحل التجاري و بذلك نقترح تقسيم هذا المطالب إلى فرعين :

- الفرع الأول: إمكانية التنازل عن الحق في الإيجار

- الفرع الثاني: الحق في الإيجار عنصر من العناصر التي يشملها الرهن الحيازي للمحل التجاري

الفرع الأول:

إمكانية التنازل عن الحق في الإيجار

يجب المشرع للمستأجر بعد تحقق الشروط التي نص عليها بأحكام الإيجارات التجارية أن يتنازل عن حقه في الإيجار إلى الغير سواء كان عن طريق البيع أو الهبة أو الوصية أو غيرها من التصرفات القانونية¹ ، و لا يجوز مبدئياً للمالك المؤجر أن يعترض على ذلك و لو بوضع شروط أو بنود مسبقاً بعقد الإيجار لان هذا الحق من النظام العام "تلغى التعاقدات مهما كان شكلها إذا كانت ترمي إلى منع المستأجر من التنازل عن إيجاره .." (ما 200 من ق.ت). أكثر من ذلك ينتقل الحق في الإيجار إذا ما تحققت شروطه بعد موت صاحبه إلى ورثته و للوارث إن لم يكن تاجراً أن يتنازل عن هذا الحق للغير "لا يجوز التمسك بالحق في التجديد إلا من طرف المستأجرين أو المحول إليهم أو ذوي الحقوق." ما 172 من ق.ت .

إن كانت هذه المواد لا تطرح لأول وهلة أي إشكال قانوني إلا أن هذا الحق نتاج إبرام التاجر لعقد إيجار تجاري و بالتالي فهو مرتبط به مما يجعلنا نتساءل هل يصح التنازل عنه بعد انتهاء مدة عقد الإيجار التجاري ؟ كما أن المشرع منع أي اتفاق يرمي إلى حرمان المستأجر من التنازل عن حق إيجاره إلى مشتري المحل التجاري هذه القاعدة تطرح إشكاليين: هل الحظر يخص فقط التنازل بمفهوم البيع كتصرف بعوض دون التصرف بدون عوض ؟ و هل الحظر يخص التنازل عن الحق في الإيجار بمناسبة التنازل عن باقي عناصر المحل التجاري أو التنازل عن الحق في الإيجار بمفرده ؟

سنحاول الإجابة عن كل هذه الأسئلة بالتطرق أولاً إلى حكم هذه الصور في مرحلة تطبيق مرسوم 30 سبتمبر 1953 و سنحاول الإلمام بالموضوع بالتطلع إلى التعديلات التي لاحقت به إلى غاية صدور القانون التجاري لنتناول بعد ذلك هذه الإشكالات طبقاً لما جاء بالقانون التجاري رقم 59-75 .

¹ عرف بعض الفقه المصري التخلي عن الإيجار بأنه نقل المستأجر لجميع الحقوق و الالتزامات المترتبة عن الإيجار إلى شخص آخر من الغير محل مله . سليمان مرقس : شرح قانون إيجار الأماكن ، دار النشر للجامعات المصرية القاهرة ، الطبعة الثانية ، 1954 جزء 2 ، ص 97 .

أولا : التنازل عن الحق في الإيجار في ظل مرسوم 30 سبتمبر 1953

نظم مرسوم 30 سبتمبر 1953 الفرنسي المنظم للإيجارات التجارية و الذي استمر العمل به بعد الاستقلال¹ حكم التنازل عن الحق في الإيجار بالمادة 35 منه التي جاء بمقتضياتها بطلان الاتفاقات التي يمكن أن تعقد بين المستأجر و المؤجر و التي تهدف إلى حرمان المستأجر من التنازل عن حقه في الإيجار عند بيع محله التجاري ، إلا أن تطبيق هذه المادة ترتب عنها اختلاف و تباين في موقف الفقه و القضاء بين مؤيد و معارض للفكرة إمكانية التنازل عن الحق في الإيجار منفصلا عن المحل التجاري و بين صحة أو عدم صحة الاتفاقات التي تمنع المستأجر من التنازل عن حقه إلا في حالة بيعه كل عناصر المحل التجاري .

فذهب البعض من الفقه و القضاء إلى القول بأن المحل التجاري هو وحدة تتكون من عدة عناصر و أن بيع المحل يشمل عناصره جميعها فلا يمكن بالتالي التنازل عن الحق في الإيجار مستقلا عن باقي عناصر المحل التجاري² ، في حين ذهب البعض الآخر من الفقه و القضاء إلى التمسك بفكرة انفصال عنصر الحق في الإيجار عن باقي عناصر المحل التجاري و بالتالي إجازة التنازل عنه دون العناصر الأخرى المكونة للمحل التجاري ، و من مناصري هذا الرأي الفقيه روبولو Roblot و الفقيه ريبار G. Ripert³ .

نفس الاختلاف طبع الأحكام القضائية فيما يخص صحة التنازل عن الحق في الإيجار بعد انتهاء عقد الإيجار و الدخول إما في إجراءات التجديد أو في إجراءات رفض التجديد⁴ ، و بقي الأمر على هذا الحال من تباين في الرأي و الأحكام إلى غاية سنة 1971 .

¹ أن قانون 1926 باعتباره أول قانون ينظم الملكية التجارية لم يتضمن حكم بخصوص التنازل عن الحق في الإيجار ، بل أن القانون 24 ماي المعدل و المتمم له هو أول تشريع تطرق لحكم هذه المسألة قبل أن يكرسها مرسوم 1953 في مادته 35 .

² : « Le fonds de commerce est une universalité mobilière insusceptible de cession partielle.. » Cass .Com.26 octobre 1993 .D.1993.IR251.

³ : « ..les parties sont libres, au cas de vente du fonds, de séparer du fonds un ou plusieurs de ses éléments et le commerçant est libre également de céder un élément de son fonds tout en conservant le fonds lui même .. » R. Roblot et G. Ripert .op.cit .p380 .

⁴ الرجوع إلى مختلف الأحكام و القرارات الصادرة عن القضاء الفرنسي و التي أشار إليها احمد محمد محرز ، المرجع السابق ، ص 158 و ما يليها .

فصل المشرع الفرنسي في المسألة بموجب المادة 35 من قانون 16 جوان 1971 المعدل و المتمم لمرسوم 1953 بحيث ميز بين حالة التنازل عن الحق في الإيجار أثناء سريان عقد الإيجار التجاري و حالة التنازل عن هذا الحق بعد انتهاء مدة العقد و استمرار شغل المستأجر الأمكنة و سنستعرض الحالتين :

1 -التنازل عن الحق في الإيجار أثناء سريان عقد الإيجار :

تصور المشرع الفرنسي تنازل المستأجر عن حقه في الإيجار خلال هذه الفترة إما بمناسبة بيعه لمحلته التجاري أو بمناسبة إدماج شركته ضمن مجموع شركات أخرى أو بمناسبة تقديمه كحصة في شركة .

أ -حالة التنازل عن الحق في الإيجار لمشتري المحل التجاري : وهي حالة عامة يتم فيها التنازل عن الحق في الإيجار بمناسبة التنازل عن المحل التجاري ككل و من خلال ما جاء بالمادة 35 المشار إليها أعلاه يظهر تأثير المشرع بما استقر عليه القضاء بان المحل التجاري مال منقول معنوي يشكل وحدة قانونية و التنازل عنه يتبعه التنازل عن عنصر الحق في الإيجار و لا يحتاج هذا التنازل إلى موافقة أو إذن من المؤجر ففضى بإبطال كل اتفاق أو شرط يخالف هذا الحكم¹.

ب حالة التنازل عن المحل التجاري بسبب تقديم الحق في الإيجار كحصة في شركة: تعتبر هذه حالة خاصة يسمح فيها بالتنازل عن الحق في الإيجار عند عملية اندماج الشركات أو تقديم المحل التجاري كحصة في شركة² فتحل الشركة الدامجة حلولا قانونيا محل الشركة المدمجة فينتقل إليها حق إيجار الأماكن التابعة للشركة المدمجة بقوة القانون³. الموقف الذي أكدته القضاء باعتباره أن انتقال الحصة في نطاق الاندماج ليس بتنازل بالمعنى الذي قصده

¹Art 35/1 L.16juin 1971 : « Sont également nulles, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent décret à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise. ».

² احمد محمد محرز :اندماج الشركات من الوجة القانونية -دراسة مقارنة - القاهرة -1985 .

³Art 35/2 .Décret n 960 du 30 sept1953 modifié par la loi n 585 du 16juin 1971 : « En cas de fusion de société..la société issue de la fusion..est, nonobstant toute stipulation contraire substituée à celle au profit de laquelle le bail était consenti, dans tous les droits et obligations découlant de ce bail. »

للنص¹ بما أن الاندماج قانونا هو التحويل الشامل للذمة المالية للشركة المدمجة و ليس فقط عنصر الحق في الإيجار فأى شرط يعلقه على موافقة المؤجر يعتبر باطل²، خاصة إذا ما رجعنا إلى قانون الشركات الفرنسي الذي ينص على أن حل الشركة لا يترتب عليه فسخ عقود إيجار الأماكن التي كانت تستخدمها الشركة في تحقيق أغراضها بما في ذلك المحلات السكنية الملحقة بهذه الأماكن³ شريطة منح المؤجر ضمانات جديدة في حالة قصور الضمانات المقدمة سابقا للوفاء بحقوقه، فيكون لهذا الأخير أن يلجأ إلى القضاء لتقدير ضمانات كافية يقدمها المتنازل إليه أو الغير⁴.

بالتالي فصل المشرع الفرنسي في مسألة جواز التنازل عن الحق في الإيجار أثناء سريان عقد الإيجار، إلا أن إشكال آخر طرح على القضاء الفرنسي أعاد النقاش حول حكم المادة 35 المعدلة بموجب قانون 1971 المعدل و المتمم لمرسوم 1953، هل قصد المشرع بحكم هذه المادة منع كل اتفاق يرمي إلى تعليق التنازل عن الحق في الإيجار بمناسبة بيع المحل التجاري على موافقة المؤجر أو فقط حالة التنازل عن هذا الحق مستقلا عن باقي عناصر المحل التجاري؟

استقر القضاء الفرنسي على تطبيق أحكام المادة 35 التي تنص على إبطال أي شرط أو اتفاق يحرم المستأجر من التنازل عن حقه في الإيجار في حالة ما إذا كان المتنازل له خلفا للمتنازل بشرط أن يتم التنازل عن هذا الحق ضمن العناصر الأخرى للمحل التجاري، في حين ذهب إلى عدم تطبيق حكم إبطال الشرط إذا ما مس التنازل فقط الحق في الإيجار دون المحل التجاري⁵، حتى و لو قام المتنازل له بممارسة نفس النشاط الذي كان يزاوله المتنازل طالما كان التصرف في حق الإيجار وحده دون المحل التجاري كمجموع.

يفهم من هذه المواقف أن القضاء الفرنسي طبق قاعدة الحظر فقط إذا ما تم التنازل على الحق في الإيجار في ضل التنازل على باقي عناصر المحل التجاري، بل ذهب إلا ابعده من ذلك و

¹Tb. Paris. 17 avril 1976. G.D.P.1976-2-751.

² Boccara : la reforme des sociétés et le régime des baux commerciaux, J.C.P.1967.-I-2072, n2076.

³Art 393L.24juin 1966 .

⁴Art 35/3 .Décret n 960 du 30 sept1953 modifié par la loi n 585 du 16juin 1971.

⁵ : « La nullité des clauses comportant l'interdiction absolue de céder ne jouerait pas si la cession du bail était faite seule. » Cass.civ.22 juin 1986 .J.CL.ZM.10-1-n65.

لم يكتفي بوجود المحل التجاري و إنما اشترط لتطبيق الحظر الاستغلال الفعلي له ، ف جاء عنه عدم إبطال شرط حظر في حالة التنازل عن الحق في الإيجار لمحل تجاري مؤسس منذ عامين اختفى عملاءه و تم بيع عناصره المادية لمشتري يرغب استئناف نشاط تجاري مماثل فيه و لكن بعد أن يهيئ نفسه لاستقبال عملاء جدد¹ .

بذلك يكون القضاء الفرنسي قد أجاز الاتفاق على منع التنازل عن الحق في الإيجار إذا لم يوافق عليه المؤجر أما إذا اتفقا أطراف العقد على إخضاع شرط التنازل عن الحق في الإيجار لرقابة القضاء اتفاقا صحيحا يستوجب احترامه طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين² ، و طبقا لأحكام حوالة الحق بما أن التنازل عن الحق في الإيجار حوالة حق³ .

2 -حالة التنازل عن الحق في الإيجار بعد انتهاء مدة عقد الإيجار التجاري:

طرح على القضاء الفرنسي إشكال تنازل المستأجر عن حقه في الإيجار خلال فترة إجراءات التجديد أو خلال فترة تقويم تعويض الإخلاء ، فذهب في قراراته السابقة لصدور قانون 1971 المشار إليه سابقا إلى التمسك باستحالة التنازل عن الحق في الاتجار لعقد إيجار منتهي اجله و لو لم تباشر بعد انتهائه إجراءات طلب التجديد بما أن المستأجر الشاغل يفقد تبعا حقه في التجديد و حقه في تعويض الإخلاء أي الحق في الإيجار . واستقر القضاء في هذه الفترة على حظر تنازل المستأجر المخلي عن حقه في الإيجار خلال إجراءات التجديد ليستعيد هذا الحق بمجرد تجديد العقد ، و حظر التنازل أيضا أثناء إجراءات رفض التجديد و تقويم تعويض الإخلاء ، غير ان سرعان ما تدخل المشرع بموجب قانون 16 جوان 1971 السابق الإشارة إليه بحكم مخالف لما ذهب إليه القضاء فأجاز صراحة تنازل المستأجر عن حقه في الإيجار أثناء إجراءات التجديد و حتى بعد توجيه إليه التنبيه بالإخلاء⁴ .

و في تعليق الفقه على هذا القانون ذهب إلى اعتبار التنازل عن الحق في الإيجار بعد انتهاء مدة العقد ليس بتنازل عن العقد و لكن تنازل عن الحقوق التي اكتسبها المستأجر مالك المحل

¹ Cass .Civ.28 Mars 1977 .D.1977 -17-343 .

² Cass .Com.14 janvier 1958 .J.C.P. 58 -II- 10466.

³ Art 169 Code civil F

⁴ Art 35/1 .Décret n 960 du 30 sept1953 modifié par la loi n 585 du 16juin 1971.

التجاري (الحق في الإيجار)، شأن هذا التنازل شأن حوالة الحق التي تشترط إعلام المؤجر على يد محضر قضائي للحصول على موافقته¹ .
إن كان هذا هو الوضع الذي كان سائدا في ظل تطبيق أحكام مرسوم 30 سبتمبر 1953 فما هو حكم التنازل عن الحق في الإيجار في إطار القانون التجاري ؟

ثانيا : التنازل عن الحق في الإيجار في ظل أحكام القانون التجاري

يستوجب بداية الإشارة إلى أن المشرع تبنى جزء من حكم المادة 35 من القانون 1971 المشار إليه أعلاه بنص المادة 200 ق.ت و الجزء الآخر بالمواد 769 و757 من نفس القانون على التوالي ، و بذلك يكون قد حل جزء من الإشكال بالقانون التجاري و الجزء الآخر نجد حله في تطبيق قاعدة من القواعد العامة باعتبار الحق في الإيجار حق شخصي كما سبق الإشارة إليه و لتبيان ذلك سنتطرق أولا إلى التنازل عن الحق في الإيجار بمناسبة التنازل عن المحل التجاري ثم التنازل عن هذا الحق مستقلا عن باقي عناصر المحل التجاري .

1-حالة التنازل عن الحق في الإيجار بمناسبة التنازل عن المحل التجاري :

نظم المشرع أحكام التنازل عن الحق في الإيجار بمناسبة التنازل عن المحل التجاري بأحكام القانون التجاري سواء كان هذا التنازل عند بيع المحل التجاري أو عند إدماجه في شركة أو عند تقديمه كحصة للمشاركة في رأس مال شركة .

أ-فيما يخص التنازل عن الحق في الإيجار بمناسبة بيع المحل التجاري :أجازت المادة 200 من ق.ت المقتبسة عن المادة 35 من المرسوم 1953 المذكورة سابقا صراحة لمستأجر الإيجار التجاري بيع حقه في الإيجار عند بيعه لمحلته التجاري بل و أكثر من ذلك يقع تحت طائلة البطلان كل اتفاق أو بند يحرم المستأجر من التنازل عن حقه في الإيجار بمناسبة بيعه للمحل التجاري .

¹ Art 169 Code civil F .

يلاحظ اذا خروج المشرع عن القواعد المنظمة لحالة الحق بعدم تأثر حوالة الحق في الإيجار بمنسابة بيع المحل التجاري بموافقة أو رفض المؤجر ، و ما دام أن الخاص يقيد العام فلا يمكن تطبيق كل أحكام حوالة الحق على التنازل عن الإيجار الذي يفترض حوالة الحق مرتبطا بحق آخر (المحل التجاري) .

بالإضافة إلى ذلك و بالرجوع إلى تفسير المادة 200 من ق.ت فان المشرع خص بالمنع فقط التنازل عن الحق في الإيجار لمشتري المحل التجاري ، فاستعماله لعبارة "مشتري محله التجاري " يستشف منه أن المشرع يتصور التنازل عن الحق في الإيجار فقط بمنسابة بيع المحل التجاري و على الرغم من قلت الكتابات حول هذه المسألة إلا انه يمكن رصد رأيين: رأي يساند فكرة ارتباط الحق في الإيجار بباقي عناصر المحل التجاري و بالتالي كل تنازل عنه يفترض التنازل عن باقي العناصر معتبرا نطاق الحظر الذي تضمنته المادة 200 من ق.ت السابق الإشارة إليها الغرض منه حماية المحل التجاري بمفهومه القانوني، لا حماية لعنصر الحق في الإيجار وحده منفصلا عن باقي عناصر المحل فحماية المحل التجاري هي الغاية التي ينشدها المشرع و من بين مساندي هذا الرأي احمد محمد محرز¹ الذي جاء عنه: " و هو أن حق الإجارة ينصهر مع عدة عناصر أخرى ، و هي لبنات المشروع التجاري كمال منقول معنوي ، مستقل في جوهره و في ذاته عن العناصر التي شاركت في تكوينه و منها الإجارة ، و على ذلك فلا يتعلق الأمر بتنازل عن الإيجار ، و إنما يتعلق بالتنازل عن المحل التجاري كمجموعة ، فحق الإجارة وحده ليس هو المال الذي يقع عليه التنازل ."

في حين اجاز الرأي الأخر التنازل عن الحق في الإيجار سواء مع المحل التجاري أو بصفة منفصلة ، و من بينهم نذكر ما جاء عن محمد الحبيب الطيب الذي ذهب إلى أن الحق في الإيجار هو عنصر معنوي يملكه التاجر ضمن القاعدة التجارية و بالتالي يمكنه قانونا أن يبيعه منفردا أو مع العناصر الأخرى² .

¹ احمد محمد محرز: فكرة الملكية التجارية - تطورها ووسائل حمايتها - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 157 و ما يليها .
² المرجع السابق ، ص 37 .

تطالعنا المادة 574 من مدونة التجارة المغربية بان "الهفوت " المتنازل عن "الحق في الكراء" ليست له أية التزامات تضامنية مع "الهفوت له ""المتنازل له" و من خلال هذه المادة يظهر أن المشرع المغربي أجاز لمستأجر المحل التجاري التنازل عن حقه في الإيجار .

ب- التنازل عن الحق في الإيجار عند إدماج أو تقديم المحل التجاري كحصة في شركة : أما فيما يخص التنازل عن الحق في الإيجار بمناسبة تقديمه كحصة في شركة¹ فإنه يأخذ حكم اغلب مواد بيع المحل التجاري من إجراءات و شهر طبقا لما جاء بالمادة 117 ق ت²، و بالتالي فإنه يجوز التنازل عن الحق في الإيجار بمناسبة تقديمه كحصة في شركة بدون حاجة إلى موافقة المؤجر . فالمساهمة في شركة يكون بأي نوع من أنواع الأموال منقولة كانت أو عقارية و المحل التجاري باعتباره مال منقول معنوي يجوز تقديمه كحصة و بما أن الحق في الإيجار عنصر من العناصر المكونة لهذا المحل فان التنازل عنه يفترض التنازل عن هذا العنصر .

كذلك الأمر فيما يخص دمج في شركة أخرى فجاء بالقسم الرابع من القانون التجاري المنظم لأحكام الإدماج و الانفصال و على وجه الخصوص بحكم المواد 744 و 749 منه بان رأس مال الشركات المستوعبة أو المدمجة يؤول إلى الشركة الجديدة الناتجة عن الإدماج ، و ما دام أن المحل التجاري بكل عناصره بما فيه الحق في الإيجار يقع ضمن الذمة المالية للشركة المستوعبة فإنه يؤول بقوة القانون إلى الشركة الجديدة .

تصبح الشركة الجديدة طبقا لما جاء بحكم المادة 756 ق ت مدينة لدائني الشركة المدمجة و عليه تحل هذه الأخيرة محل المستأجر القديم في كل حقوقه و التزاماته بما فيها الحق في الإيجار ، و في هذا الشأن جاء نص خاص بحيث منح المشرع للمؤجر حق جد خطير يمكنه من تقديم معارضة على الإدماج أو انفصال الشركة "يجوز كذلك لمؤجري الأماكن المؤجرة

¹ عامر العبد : المحل التجاري في ظل القانون التجاري المعدل ، محاضرة في إطار التكوين المستمر المحلي للقضاة ، نشرة القضاة ، العدد 66 سنة 2010-2011 ، ص 99 و ما يليها .

² المادة 117 من ق ت : " يخضع كل تقديم محل تجاري إلى شركة الشروط التالية :
أ - في حالة ما إذا كان المحل التجاري المقدم يتعلق بشركة في طور التكوين، فيكون النشر لإحداث هذه الأخيرة كافيا ،
ب - أما إذا كان المحل التجاري المقدم يخص شركة مكونة سابقا ، فان الحصة المقدمة في هذه الحالة يجب ان تكون محل نشر خاض حسب ما هو مبين بالمادتين 79 و 83 من هذا القانون"

للشركات المدمجة أو المنفصلة أن يقدموا معارضة على الإدماج أو الانفصال في الأجل المحدد في الفقرة الثانية من المادة 736. " (ما 757 من ق.ت) .

نلاحظ توافق موقف المشرع الجزائري مع موقف المشرع الفرنسي فيما جاء به من تعديل للمرسوم 1953 إلا انه لم يرد أي حكم يجيب عن إشكال تاريخ التنازل عن الحق في الإيجار و مسألة جواز التنازل عنه أثناء فترة مباشرة إجراءات التجديد أو رفض التجديد أو تقييم تعويض الاستحقاق و أمام عدم تطرق الفقه لهذا الإشكال و عدم تحصلنا على أحكام قضائية فيمكن لنا الاستدلال بما جاء به القضاء المقارن و خاصة القضاء الفرنسي.

2- حالة التنازل عن الحق في الإيجار منفصلا عن باقي عناصر المحل التجاري:

فصل المشرع صراحة بالمادة 200 ق ت أعلاه في حق المستأجر في التنازل عن حق في الإيجار ضمن عناصر المحل التجاري لكن هل يجوز له ان يتنازل عن هذا الحق منفصلا عن المحل التجاري ؟

استقر الفقه على تكييف الحق في الإيجار على انه حق شخصي و ما دام كذلك¹ ، يثبت للمستأجر الحق في التنازل عنه طبقا لأحكام حوالة الحق² المنصوص عليها بالقانون المدني بما أن مستأجر الإيجار التجاري دائن بتعويض استحقاق اتجاه المؤجر و أن هذا التعويض قابل للحجز عليه³. فحوالة الحق هي عقد ينقل بمقتضاه الدائن حقه الشخصي⁴ إلى آخر يحل محله في حقوقه قبل المدين⁵ و يدعى المستأجر الدائن محيلا و المستأجر الجديد محالا له و ينشأ عن الإيجار علاقة مباشرة بين المؤجر و المتنازل له مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية المنصوص عليها بعقد حوالة الحق (المواد من 239 إلى 250 من القانون المدني)⁶.

¹ بعد نقاش فقهي و قضائي استقر الفقه و القضاء على اعتبار الحق في الإيجار حقا شخصيا و أن اشترك مع الحق العيني في بعض خصائصه من حيث سريانه في حق الغير و لا يرجع ذلك إلى انه حق عيني ، بل يرجع إلى طبائع الأشياء ذاتها . احمد محرز ، فكرة الملكية التجارية – تطورها ووسائل حمايتها – دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 8 و ما يليها .

² "التنازل عن الإيجار هو نقل المستأجر لجميع الحقوق و الالتزامات المترتبة عن الكراء إلى شخص آخر من الغير يحل محله و يتم ذلك عن طريق حوالة الحق " سليمان مرقس : شرح قانون إيجار الأماكن ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، طبعة الثانية ، الجزء الثاني ، ص 97.

³ المادة 240 من ق.م. " لا تجوز حوالة الحق إلا إذا كان الحق قابلا للحجز " .

⁴ الأصل ان جميع الحقوق الشخصية يجوز تحويلها أيا كان محلها ، و الغالب في حوالة الحق أن يكون محل هذا الحق مبلغا من النقود ، و لكن يجوز أن يكون محل الحق أشياء مثلية غير النقود . محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 256 و ما يليها .

⁵ عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق 256 و ما يليها .

⁶ Alfred Jauffret : Manuel droit commercial, 23 édit, par Jacque Mastie , LGDJ , p 405 .

كما أن حوالة الحق تختلف عن الإيجار من الباطن الذي الأصل به المنع (الما 188 و 189 ق ت) إلا في حالة اتفاق الأطراف صراحة على جوازه أو مشاركة المالك المؤجر في عقد الإيجار من الباطن وهو نفس المنهج الذي انتهجه المشرع الفرنسي و التونسي و المغربي¹. غير انه و بالرجوع إلى القواعد العامة يجوز للمستأجر التنازل عن حقه في الإيجار بصفة منفردة شريطة إعلام المؤجر و الحصول على موافقته طبقا لما جاء بمقتضى المادة 241 من ق م² و شريطة أن يكون الإعلام بموجب عقد غير قضائي تحت طائلة عدم نفاذ الحوالة في مواجهة الغير ، فلإعلام أو القبول في حوالة الحق فائدة بالنسبة للمدين³.

ننتهي إلى القول بان التنازل عن الحق في الإيجار سواء تم بمناسبة التنازل عن المحل التجاري أو لوحده ، و سواء اخذ هذا التنازل صورة البيع و الإدماج أو حتى صورة تقديمه كحصة في رأس مال شركة فهذا التنازل يكون بمقابل مالي⁴ مما يبرر القيمة الاقتصادية التي التي يضيفها الحق في الإيجار و خاصة الحق في تعويض الاستحقاق إلى المحل التجاري . لم تتوقف أهمية الحق في الإيجار التجاري بالنسبة للمحل التجاري عند التنازل عنه بل تمتد أهمية هذا الحق إلى عقد الرهن الحيازي الذي يمكن أن يبرمه المستأجر التاجر و هذا ما سنحاول تحليله بالفرع التالي :

¹ القانون التونسي :الفصلين 20 و 21 من قانون رقم 37-77 المؤرخ في 25 ماي 1977 .
القانون المغربي :الفصل 22 و 23 من الظهير 24 ماي 1955 .

Loi.F. Art 21et 22 du Décret n 53-560 du 30/09/1953.

² المادة 241 من ق.م : " لا يحتج بالحوالة قبل المدين ، أو قبل الغير إلا إذا رضي بها المدين ، أو اخبر بها بعقد غير قضائي ، غير أن قبول المدين لا يجعلها نافذة قبل الغير إلا إذا كان هذا القبول ثابت التاريخ ."

³ محمد صبري السعدي : الواضح في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 261 و ما يليها .عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء 3 ، ص 476 و ما يليها .

⁴ : " و يصح أن يكون التنازل عن الإيجار في مقابل ثمن يدفعه المتنازل له عن الإيجار للمستأجر ، و هو غير الأجرة .. كذلك يصح أن يكون التنازل عن الإيجار بغير مقابل، و يقع ذلك بوجه خاص إذا باع المستأجر متجرا أنشأه على العقار المؤجر و تنازل في الوقت ذاته عن الإيجار لمشتري المتجر ، فانه يدخل في جملة ما يدفعه المشتري ثمنا للمتجر .." عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، الجزء السادس ، مجلد الأول ، المشار إليه سابقا ، ص 697 و ما يليها .

الفرع الثاني:

الحق في الإيجار عنصر من العناصر التي يشملها الرهن الحيازي للمحل التجاري

يعتبر رهن المحل التجاري وسيلة للانتماء التجاري يسمح بالحصول على أموال والاستفادة منها لتوسيع النشاط التجاري أو الصناعي دون انتقال حيازة المحل التجاري المرهون إلى يد الدائن المرتهن¹ ، وقد نظم المشرع أحكام رهن المحل التجاري من المادة 118 إلى المادة 122 من ق.ت. كما تناوله في الأحكام المشتركة لبيع و رهن المحل التجاري في المواد من 123 إلى 146 من نفس القانون ، و ما دام المحل التجاري مال منقول معنوي يتكون من مجموعة من العناصر المعنوية و المادية كما سبق لنا بيانه فكان لبد من تحديد العناصر التي ينصب عليها الرهن الحيازي.

حصر المشرع بالمادة 119 ق.ت² العناصر التي يجوز أن يشملها الرهن الحيازي للمحل التجاري و جاء عنصر الحق في الإيجار من ضمن هذه العناصر ، بل أكثر من ذلك ضمن المشرع رهن المحل هذا الحق في حالة عدم تعيين صراحة للعناصر التي يشملها الرهن "و إذا لم يعين صراحة و على وجه الدقة في العقد ما يتناوله الرهن فانه لا يكون شاملا إلا العنوان و الاسم التجاري و الحق في الإجارة و الزبائن و الشهرة التجارية." ما 3/119 ق.ت. الحكم الذي نصت عليه مدونة التجارة المغربية بالفقرة الثالثة من الفصل 107 و التي جاء بها ما يلي: " على انه إذا لم يبين العقد محتوى الرهن بصفة صريحة ، فان الرهن لا يشمل إلا الاسم التجاري و الشعار و الحق في الكراء و الزبائن و السمعة التجارية".

يترتب على عقد رهن المحل التجاري أثارا هامة سواء بالنسبة للدائن المرتهن أو المدين الراهن، إلا أننا سنكتفي بتحليل الآثار المرتبطة بعقد الإيجار التجاري و عنصر الحق في الإيجار لما له اتصال بموضوع رسالتنا .

¹ نادية فضيل : النظام القانوني للمحل التجاري ، دار هومة - الجزائر - 2011 ، ص 107 و ما يليها .
² المادة 119 /1 من ق.ت : " لا يجوز أن يشمل الرهن الحيازي للمحل التجاري من الأجزاء التابعة له إلا عنوان المحل و الاسم التجاري و الحق في الإجارة و الزبائن و الشهرة التجارية و الأثاث التجاري و المعدات و الآلات التي تستعمل في استغلال المحل و براءات الاختراع و الرخص و علامات الصنع أو التجارة و الرسوم و النماذج الصناعية و على وجه العموم حقوق الملكية الصناعية و الأدبية أو التقنية المرتبطة به ."

أولاً : أهمية الحق في الإيجار بالنسبة للمستأجر الرهن

يعد رهن المحل التجاري من أول العقود التي سمحت بالاعتراف بالمحل التجاري ككيان قانوني مستقل و سبق الاعتراف بحق التاجر المستأجر بالملكية التجارية¹ ، و يسمح رهن المحل التجاري للمستأجر الرهن تجسيد الوظيفة الاقتصادية لملكيته المنقولة و التي تمكنه من توسيع نشاطه و تطوير أدوات عمله و فتح فروع لمؤسسته دون فقد الحيازة التي تمكنه من ممارسة نشاطه التجاري او الصناعي ، فلم يعد ينظر إلى الرهن برؤية سلبية على انه دليل للانهيال المالي بل أصبح وسيلة للانتمان التجاري .

من تم فكلماً زادت من قيمة المحل التجاري زادت قيمة القرض الممنوح للتاجر، و الزيادة في قيمة المحل ترتبط بقيمة العناصر المكونة له و بما أن الحق في الإيجار عنصر من هذه العناصر فانه يؤثر إيجاباً في عملية الرهن سواء بالنسبة للمستأجر المدين الرهن أو الدائن المرتهن .

تظهر أهمية الحق في الإيجار في حالة نقل المدين الرهن محله إلى مكان آخر مما قد ينقص من قيمته الأمر الذي دفع المشرع بإلزام المدين الرهن بتبليغ الدائنين المقيدين عموماً خلال 15 يوماً من قبل عن رغبته في نقل محله و عن مقره الجديد و يعود للقاضي سلطة تقدير الوقائع التي من شأنها الإنقاص من قيمة المحل المرهون (ما 1/123 ق.ت)².

ثانياً : أهمية الحق في الإيجار بالنسبة للدائن المرتهن

بطبيعة الحال أول من يتأثر برفض تجديد الإيجار التجاري هو المستأجر مالك المحل التجاري بحيث يهدد استقراره و استمرارية نشاطه و أداة عمله ، غير أن المحل التجاري ليس فقط أداة عمل للمستأجر التاجر ، بل هو أيضاً وسيلة انتمان فكثيراً ما يلجأ التاجر إلى رهن محله للحصول على أموال تساعد في توسيع أو تطوير نشاطه ، و عليه سيتأثر لا محال في مرحلة لاحقة الدائن المرتهن من هذا الرفض .

¹ قانون 1 مارس 1898 المتعلق برهن المحل التجاري ، و قانون 17 مارس 1909 المتعلق ببيع و رهن المحل التجاري و المعروف بقانون كوردليه Loi Cordelier.

² ما 123 من ق.ت : " في حالة نقل المحل التجاري تصبح الديون المقيدة مستحقة الأداء بحكم القانون إذا لم يقم مالك المحل التجاري بإبلاغ الدائنين المقيدين في المحل المختار خلال خمسة عشر يوماً من قبل و عن طريق غير قضائي ، عن رغبته في نقل المحل التجاري و عن المركز الجديد الذي يريد أن يقيمه فيه . "

يراهن الدائن المرتهن على استقرار و تواصل استثمار المحل التجاري موضوع الرهن باستقرار حقه في الإيجار، إلا أنهم سيتأثرون سلباً و مباشرة برفض التجديد الذي يهدد وجود المحل التجاري أي يهدد محل تأمينهم، و ما دام الهدف من ثبوت الحق في تعويض الاستحقاق للمستأجر التاجر هو جبر الضرر و حماية المحل التجاري، فمن المنطقي استفاضة الدائن المرتهن من هذا التعويض في حالة اندثار المحل التجاري على اثر رفض التجديد.

يمنح المشرع للدائن المرتهن الذي احترم إجراء قيد الرهن¹ الحق في التقدم فله أن ينفذ على المحل المرهون و أن يستوفي كل المبالغ التي تضمنها الرهن بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين أو الدائنين ذوي الامتياز التاليين له في المرتبة .

كما يستطيع الدائن المرتهن الاحتجاج بالحق في التقدم بعد قيد رهنه² ، و الحلول محل المستأجر المخلي لاستيفاء مبلغ تعويض الاستحقاق الذي سيحكم به الذي يمثل قيمة المحل التجاري " ، و يتضمن على وجه الخصوص التعويض المشار إليه في الفقرة الأولى من هذه المادة ، القيمة التجارية للمحل التجاري " (ما 2/176 من ق.ت) المحل الذي اندثر بسبب رفض المؤجر تجديد الإيجار³ .

بالرجوع إلى الشريعة العامة نجد أن القانون وضع القانون تحت تصرف الدائن عدة وسائل قانونية كضمان عام و من بين هذه الوسائل الدعوى غير المباشرة⁴ و التي جاء حكمها في المادتين 189 و 190 من القانون المدني، يستطيع بالتالي الدائن المرتهن المقيد إما الحجز مباشرة على مبلغ تعويض الاستحقاق في حالة الحكم به و تسليمه من قبل المؤجر إلى المحضر القضائي باستصداره أمر بحجز ما للمدين لدى الغير⁵ باعتباره دائن مرتهن ممتاز .

¹ المادة 120 من ق.ت : " يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي ، و يتقرر وجود الامتياز المترتب عن الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يمسك المركز الوطني للسجل التجاري التي يستغل في نطاق دائرتها المحل التجاري ، و يتم إتمام نفس الإجراء بالمركز الوطني للسجل الوطني التي يقع بدائرتها كل فرع من فروع المحل التجاري التي شملها الرهن الحيازي ."

² المادة 121 من ق.ت : " يجري ترتيب الدائنين المرتهنين فيما بينهم على حسب ترتيب تاريخ قيودهم ، و تكون للدائنين المرتهنين المقيدون في يوم واحد رتبة واحدة متساوية ."

³ : Jean-Francis Overstake .L'indemnité d'éviction, op , cit , p 539 . « Puisque le fondement de l'indemnité d'éviction est la protection du fonds, celle -ci représente le fonds dans le patrimoine du propriétaire, aussi les créanciers doivent-ils avoir les mêmes droits sur l'indemnité que sur fonds .cette solution se justifie juridiquement par l'idée de subrogation. ».

⁴ محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 114 و ما يليها .

⁵ القسم الثالث من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : في الحجز التنفيذي على أموال المدين الموجودة عند الغير و آثاره .

يطبق في هذه الحالة ما جاء في حكم المادة 684 من ق.ا.م.ا التي تنص على ما يلي: " عندما يباشر الحجز على أموال المدين لدى الغير بسند تنفيذي على مبلغ مالي أو دين ، يكلف الدائن الحاجز و المدين المحجوز عليه و الغير المحجوز لديه بالحضور أمام رئيس المحكمة في اجل أقصاه عشرة أيام من تاريخ التبليغ الرسمي ، لأجل الفصل في المبلغ المالي المحجوز . إذا كان تصريح المحجوز لديه يؤكد مبلغ الدين ، اصدر رئيس المحكمة أمرا بتخصيص المبلغ المطلوب في حدود الدين و المصاريف المترتبة عليه ، و أمر برفع الحجز عما زاد عن ذلك .

إذا كان المبلغ المحجوز اقل من مبلغ الدين بقي المدين المحجوز عليه ملزما بتكملة باقي المبلغ . " و عليه إما أن يحل الدائن المرتهن محل المستأجر الراهن المخلي في دعوى تعويض الاستحقاق عن طريق ممارسته لدعوى غير المباشرة إذا ما توافرت شروطها¹ ، و هي تلك للدعوى التي يرفعها الدائن نيابة عن مدينه للمطالبة بحقوق هذا الأخير لدى الغير لثبوت مصلحته المشروعة في حالة تقاعس و تقصير المدين أي في حالة تقصير المستأجر المخلي لإتمام إجراءات دعوى الرجوع بعد الخبرة للمصادقة على قيمة تعويض الاستحقاق و الحكم به ، على أن يلزم الدائن المرتهن بإدخال المستأجر المدين كخصم في الدعوى طبقا لما جاء بالمادة 189 السابق الإشارة إليها .

بذلك ننتهي إلى أن للحق في الإيجار و على وجه الخصوص الحق في تعويض الاستحقاق منفعتين ماليتين: منفعة تزيد من قيمة المحل التجاري عند تقديمه كتأمين عن الرهن الحيازي ، فتزيد من الضمان و من مبلغ القرض الذي سيستفيد منه المستأجر التاجر و مؤسسته تجارية كانت أو صناعية ، و منفعة تكمن في ثبوت الحق في تعويض الاستحقاق الذي يمثل قيمة المحل التجاري مما يجعل الدائن المرتهن يستقي دينه منه و عليه يتوقى المستأجر المخلي خسائر أخرى فلا يرجع الدائن المرتهن بالتنفيذ الجبري² على باقي أموال المستأجر تطبيقا

¹ المادة 189 من ق م : " لكل دائن و لو لم يحل اجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابلة للحجز و لا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا اثبت أن المدين امسك عن استعمال هذه الحقوق ، و أن هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره ، أو يزيد فيه . "

² عن طريق الحجز على باقي ممتلكاته منقولة كانت أو عقارية و التهديد المالي .

لقاعدة " جميع أموال المدين ضامنة لديونه " ¹ فسيكون لتعويض الاستحقاق دور حامي باقي الذمة المالية للمستأجر التاجر.

نكون بذلك قد انتهينا من سرد الأبعاد المالية التي يكتسبها المستأجر خلال استغلاله لنشاطه التجاري أو الصناعي اثر اكتسابه للحق في تعويض الاستحقاق و الإشكالات القانونية التي تنتج عنها ، سننتقل بالمطلب الثاني إلى الكشف و تحليل الأبعاد المالية التي يرتبها اكتساب الحق في هذا التعويض عند إفلاس التاجر المستأجر أو تصفية الشركة التجارية المستأجرة.

المطلب الثاني :

الأبعاد المالية لتعويض الاستحقاق عند إفلاس التاجر أو تصفية الشركة

إن الواقع التجاري اثبت أن غالبية التجار الذين يمارسون التجارة على عقارات يستغلونها على وجه الإيجار و أن القيمة الاقتصادية لأغلب المحلات التجارية تقاس بالمرآنة على موقع ممارسة نشاط هذا المحل ، فبمنطق التوالي يصبح عقد الإيجار التجاري مهم بالنسبة للمحل التجاري و الحق في الإيجار المتولد عنه يضاف إلى قيمته المالية ، مما جعل المشرع يهتم بعقد الإيجار التجاري باعتباره أداة للنمو الاقتصادي و فيما عدا أحكام الإيجارات التجارية التي منحتة الحق في الإيجار أصبح يشكل هذا العقد ضمانا للدائن لاستيفاء حقوقه بما أن الحق في الإيجار قيمة مالية كما سبق بيانه . من هذا المنطلق سنحاول بهذا المطلب دراسة ما أضافه الحق في الإيجار لعقد الإيجار التجاري من خلال دراسة مصير هذا العقد عند فتح إجراء التسوية القضائية أو إفلاس التاجر المستأجر و حل الشركة المستأجرة و ما هي المنفعة المالية التي يدرها الحق في الإيجار على المستأجر في هذه المرحلة ؟

- الفرع الأول : مصير عقد الإيجار التجاري في حالة إفلاس التاجر أو تصفية الشركة
- الفرع الثاني : الأبعاد المالية للحق في الإيجار عند إفلاس التاجر أو تصفية الشركة

¹ المادة 188 من ق.م : " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه . "

الفرع الأول :

مصير عقد الإيجار التجاري في حالة إفلاس التاجر أو تصفية الشركة

أدرج المشرع نظام التسوية القضائية ضمن أحكام القانون التجاري و يطبق على التاجر فردا كان أو شركة تجارية ، و على أشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص و يتم اللجوء إليها من قبل التاجر ليتوقى بها الإفلاس في حالة التوقف عن دفع و يتم فتح إجراءات التسوية القضائية بطلب في مدى 15 يوما من مسير المؤسسة التجارية يتقدم به للمحكمة المختصة قانونا - الأقطاب المتخصصة - بقضايا الإفلاس و التسوية القضائية¹ .

بالرجوع إلى أحكام المادة 317 من ق.ت فان التسوية القضائية هي عقد بين المدين و جماعة الدائنين خاضع لرقابة القاضي الذي بعد التأكد من شروط عقد الصلح يقوم بالتصديق عليه و يحكم بالتسوية القضائية و يترتب على صدور هذا الحكم و إشهاره التوقف عن الدفع (ما 225 من ق ت) و تعيين مندب للتفليسة لمراقبة أعمال المؤسسة و إدارة التسوية القضائية (ما 1/235 ق ت) . يقوم وكيل المتصرف القضائي بمساعدة المدين و الإشراف على إدارة أمواله و تقديم تقرير للقاضي المنتدب خلال شهر من استلامه مهامه (ما 273 من ق ت²) .

تتلخص آثار التسوية القضائية قبل التصديق عليها في استمرار المدين في إدارة أمواله و وقف جميع الدعاوى و الإجراءات التنفيذية و بقاء آجال الديون و استمرار فوائدها ، أما إذا قام المدين بعد صدور القرار بقبول الصلح و الأمر بافتتاح إجراءات التسوية القضائية بتبديد أمواله و إضعاف ضمانات الدائنين بدون إذن القاضي المشرع المشرف على الصلح ، أو ارتكب في استعمال تجارته أعمالا بسوء نية يجوز للمحكمة أن تأمر بإلغاء إجراءات الصلح و تتحول التسوية القضائية إلى إفلاس (الما 336 و 337 ق.ت)³ .

¹ و هاب حمزة : نظام التسوية القضائية - في القانون التجاري الجزائري - دار الخلدونية - الجزائر - 2011، ص 24 و ما يليها .
² المادة 273 من ق.ت : " يجوز للمدين ، بمعونة وكيل التفليسة أن يقوم بكافة الإجراءات التحفظية و أن يباشر تحصيل السندات و الديون الحالة الأداء و بيع الأشياء المعروضة للتلف القريب أو انخفاض القيمة الوشيك أو التي يكلف حفظها ثمنا باهظا . و أن يرفع أو يتابع أية دعوى منقولة أو عقارية .
و إذا كان المدين مأذونا بمتابعة استغلال مؤسسته الصناعية أو التجارية ، وفقا للأوضاع المنصوص عليها في المادة 277 ، جاز له بمساعدة وكيل التفليسة القيام بكافة الإجراءات اللازمة لذلك الاستغلال ."
³ المادة 336 من ق.ت : " تقضي المحكمة بتحويل التسوية القضائية إلى تفليسة أن وجدت محلا لذلك ، طبقا للأوضاع الواردة فيما بعد .."

على خلاف ما ذهب إليه مشرنا ألغى المشرع المغربي من القانون التجاري نظام الإفلاس و عوضه بنظام جديد هو نظام صعوبات المقابلة حتى يوفر للمؤسسة فرصة لعلاج الوضعية الاقتصادية المتدهورة للمقاولات قبل الوصول إلى تصفيتها¹.

ستقتصر دراستنا لهذا الموضوع على اثر هذه الوضعية سواء كان التاجر في مرحلة التسوية القضائية أو في مرحلة الإفلاس أو مرحلة التصفية على العقود الجارية التنفيذ ، و بوجه الخصوص على عقد الإيجار التجاري .

أولاً: مصير عقد الإيجار التجاري في مرحلة التسوية القضائية أو الإفلاس

لم تتغير فلسفة المشرع الرامية إلى حماية التاجر و مؤسسته التجارية حتى في مرحلة التسوية القضائية أو مرحلة إفلاسه فلم يرتب على التسوية القضائية و لا على الإفلاس الفسخ التلقائي لعقد الإيجار التجاري، أما عن مصير عقد الإيجار التجاري الذي يكون سائر المفعول عند صدور الحكم بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس فقد نص المشرع صراحة على عدم اعتبار التسوية القضائية و لا الإفلاس سببا يبرر طلب المؤجر فسخ الإيجار التجاري سواء تعلق الأمر بالأماكن المؤجرة الأصلية أو تلك الملحقة لغرض السكن و اعتبر هذا الحكم من النظام العام لما له من أهمية بالنسبة لاستمرارية المحل التجاري² ، جاء بالمادة 201 ق ت التي يقابلها الفصل 34 من التشريع التونسي و الفصل 38 من التشريع المغربي³ و المادة 46 من قانون 145 من القانون التجاري الفرنسي ما يلي : " لا يترتب بحكم القانون على الإفلاس أو التصفية القضائية ، فسخ إيجار العمارات المخصصة للصناعة أو التجارة أو الصناعة التقليدية التابعين للمدين بما في ذلك المحلات التابعة لهذه العمارات و المخصصة لسكناه أو لإسكان أسرته ، و يعتبر لاغيا كل شرط يخالف ذلك ."

المادة 337 من ق ت : " تقضي المحكمة في أي وقت أثناء قيام التسوية القضائية بشهر الإفلاس ، و ذلك : 1- إذا حكم على المدين بالإفلاس بالتدليس ، 2- إذا أبطل الصلح ، 3- إذا أثبت أن المدين يوجد في إحدى الحالات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 226 ."

¹ مساطر معالجة صعوبات المقابلة ، الكتاب الخامس من مدونة التجارة الصادر بموجب الأمر التنفيذي بتاريخ 1 أوت 1996 ، و المنشور بالجريدة الرسمية المغربية عدد 4418 بتاريخ 3 أكتوبر 1996 .

احمد شكري السباعي : مقال بعنوان مسطرة التسوية القضائية و تمويل المقابلة . منشور بمجلة المحاكم المغربية ، فبراير 2000 ، العدد 80 ص 12

² و هاب حمزة : نظام التسوية القضائية المرجع السابق ، ص 148 و ما يليها .

³ الرجوع إلى الملحق رقم 2و1 .

بالإضافة إلى أهمية عقد الإيجار التجاري بالنسبة إلى استمرارية نشاط التاجر الذي يكون في وضعية تسوية قضائية أو في وضعية الإفلاس فإن المستأجر المدين سيستفيد من القيمة المالية للحقوق التي يكتسبها و المترتبة عن إبرامه لهذا العقد ، جاء بمقتضى المادة 3/244 ق ت:" و يترتب على الحكم الصادر بالتسوية القضائية اعتبارا من تاريخ أداء المساعدة الجبرية للمدين من طرف وكيل التفليسة في كافة الأعمال الخاصة بالتصرف في أمواله .".

كما تسمح المادة 2/273 ق ت للمدين بمساعدة وكيل التفليسة القيام بكافة الإجراءات اللازمة لذلك الاستغلال شرط حصوله على إذن لمتابعة استغلال مؤسسته الصناعية أو التجارية ، وفقا للأوضاع المنصوص عليها في المادة 277 ق ت، و يقصد بإجراءات الاستغلال عقد الصفقات للبيع و الشراء و تحرير الأوراق التجارية و ما يماثلها من أعمال تجارية لتعود الأرباح التي يجنيها إلى جماعة الدائنين .

زيادة على ما سبق بيانه حضر المشرع على مؤجر عقد الإيجار التجاري مباشرة إجراءات تنفيذية ضد المستأجر المفلس و ذلك في حالة عدم وفائه بالتزامه بدفع بدل الإيجار إلا بعد مرور ثلاثة أشهر من تاريخ الحكم بالتسوية القضائية أو شهر الإفلاس مانحا بذلك أجلا للمستأجر المدين و وكيل التفليسة من اجل تدبر أمورهم و تسديد مستحقات الإيجار و توقي فسخ عقد الإيجار (المادة 278 ق.ت) .

ثانيا : مصير عقد الإيجار التجاري في حالة تصفية الشركة

يعرف القانون التجاري شركات الأشخاص التي تؤسس بين شركاء تربط بعضهم البعض رابطة قوية و عادة معرفة مسبقة أساسها الثقة المتبادلة ، مما يجعل القانون يحملهم المسؤولية الكاملة و التضامنية تجاه الشركة ، ففي حالة انسحاب احد الشركاء أو وفاته أو فقدانه أهليته أو شهر إفلاسه أو التنازل عن حصته للأجنبي عن الشركة يؤدي ذلك إلى انحلال الشركة . و شركات الأموال¹ التي لا تعطي اهتماما للاعتبار الشخصي للشركاء، بقدر التقديم المالي الذي يقدموه عند تكوين رأس مال الشركة .

¹ نادية فضيل : شركات الأموال في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - الطبعة الثالثة ، 2008 .

تنقضي الشركة مهما كان نوعها لأسباب عامة كانتهاء أجلها أو تحقق غرضها أو هلاك رأس مالها كما تنقضي لأسباب خاصة تختلف باختلاف نوعها¹، غير انه إذا عجزت عن الوفاء بالتزاماتها و توقفت عن سداد ديونها فهذه الوضعية من أهم الأسباب التي تؤدي إلى حل الشركة و تصفيتها و من تم انقضاءها .

تخضع تصفية الشركة و حلها إلى الأحكام الخاصة بالتصفية و حل الشركات المقررة بالقسم الخامس من القانون التجاري من الفصل الرابع الخاص بالأحكام المشتركة الخاصة بالشركات التجارية ذات الشخصية المعنوية تحت عنوان التصفية بالمواد 765 و ما يليها من ق ب ت .

تنص الفقرة الأولى من المادة 769 ق ت على ما يلي : " لا ينجم عن حل الشركة بحكم القانون فسخ إيجارات العقارات المستعملة لنشاط الشركة بما فيها محلات السكن التابعة لهذه العقارات . " ، يتضح من هذا النص أن عقد الإيجار التجاري لا يتأثر بحل الشركة مهما كان سبب حلها و لعل دافع المشرع من وراء هذا الحكم رغبته في حماية الحقوق المالية للمؤسسة المنحلة و التي سيستفيد منها الشركاء لتسديد ديونهم أو لاسترجاع رأس مالهم .

فعقد الإيجار التجاري إذا ما تحققت شروطه يكسب المستأجر الحق في الإيجار التجاري هذا الحق الذي سبق لنا و أن بينا طابعه المال من خلال الحق في تعويض الاستحقاق خاصة و هذا التعويض يدخل بالذمة المالية للشركة مهما كان نوعها .

كما يمكن للشركة المنحلة أيضا أن تحيل هذا الحق في الإيجار ضمن أموال الشركة إلى احد الشركاء أو الأشخاص الذين نصت عليهم المادة 770 ق ت التي جاء بمقتضياتها ما يلي : " باستثناء اتفاق كافة الشركاء ، فإن إحالة كل أو جزء من مال الشركة في حالة التصفية إلى شخص كانت له في الشركة صفة الشريك المتضامن أو المسير أو القائم بالإدارة أو المدير

¹ مثال ذلك تنقضي الشركة ذات المسؤولية المحدودة إذا توفي احد الشركاء ما لم يتفق الشركاء على خلاف ذلك بالقانون التأسيسي للشركة ما 1/589 من ق ت . مثال ذلك أيضا تنقضي الشركة ذات الشخص الوحيد بسبب مخالفتها أحكام المادة 2/590 التي تحظر على الأشخاص الطبيعية تأسيس أكثر من شركة فردية و حيدة . كما تنقضي مثلا شركة التوصية بالأسهم بأسباب خاصة بالشركاء المتضامنين نظرا للاعتبار الشخصي الذي تؤسس عليه الشركة بالنسبة لهؤلاء الشركاء و ذلك ما لم يقضي عقد الشركة باستمرارها .

Tayeb BELLOULA : Droit des sociétés, éd Berti, 2006 .

العام أو مندوب حسابات أو مراقب ، لا يجوز أن تتم إلا برخصة المحكمة أو المصفي و مندوب الحسابات إن وجد أو المراقب بعد الاستماع إليهم قانونا ."

إن كان هذا هو مصير عقد الإيجار التجاري في حالة التسوية القضائية و حالة الإفلاس و حالة التصفية فما هي الفائدة من عدم فسخ عقد الإيجار التجاري في هذه المرحلة و ثبوت الحق في الإيجار للتاجر المفلس أو الشركة المنحلة ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه بالفرع التالي .

الفرع الثاني :

استفادة المستأجر من الحق في الإيجار في مرحلة الإفلاس أو التصفية

يتضح جليا من خلال القراءة الأولية لنص المادة 298 المشار إليها أعلاه انه يجوز لوكيل التفليسة التنازل عن حقه في الإيجار بالبيع بالنسبة لباقي المدة المتبقية ، هذا التنازل الذي من جهة لا يتوقف على موافقة المؤجر¹ ، و من جهة أخرى يذر بالمنفعة المالية على المستأجر المدين : " يجوز لوكيل التفليسة الاستمرار في الإجارة أو التنازل عنها بالنسبة عن الباقي من مدتها ، و ذلك مع الحقوق المتعلقة بها ، على أن يلتزم المدين أو المتنازل إليه بان يحتفظ في العقار بضمان كاف و أن ينفذ في الاستحقاقات أولا بأول كافة الالتزامات القانونية أو الاتفاقية ، إلا انه لا يجوز تغيير التخصيص المعين للاماكن المؤجرة ."

يستطيع وكيل التفليسة إذا تسديد البعض من ديون التاجر المفلس من الأموال التي يتحصل عليها من خلال بيعه لحقه في الإيجار فتظهر بذلك القيمة الاقتصادية لاكتساب التاجر الحق الإيجار و التي تضاف إلى قيمة محله التجاري² و هو نفس الحكم الذي ذهب إليه المشرع المغربي³ و التونسي⁴ .

¹ المادة 200 ق.ت : " تلغى كل التعاقبات أيضا مهما كان شكلها إذا كانت ترمي إلى منع المستأجر من التنازل عن إيجاره لمشتري محله التجاري أو مؤسسته ، و كذلك الاتفاقات التي تجعل مشتري المتجر خاضعا لقبول المالك ."
² زهرة بوسراج : آثار شهر إفلاس المدين على جماعة الدائنين ، ديوان المطبوعات الجامعية - قسنطينة - الطبعة الأولى 2010 ، ص 88 و ما يليها.
³ الفصل 37 من ظهير 24 ماي 1955 : " تكون الاتفاقات باطلة مهما كانت صيغتها إذا كان القصد منها منع مكثر توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في الفصل الخامس من التخلي عن عقد الكراء للغير . " لأكثر معلومات : عز الدين بنسني : دراسات في القانون التجاري المغربي ، الجزء الثاني ، الدار البيضاء - الطبعة الأولى ، 2001 ، ص 72 و ما يليها .
⁴ الفصل 33 من قانون 25 ماي 1977 : " تلغى أيضا الاتفاقات -مهما كان شكلها - التي ترمي إلى التحجير على المكتري إحالة تسويغه لمشتري ملكه التجاري أو مشروع ."

فالحق في الإيجار بالنسبة للتاجر هو وسيلة لتدعيم استقرار المحل التجاري و مواصلة نشاطه التجاري للمحافظة على رصيده من العملاء لهذا يقتضي التصرف في المحل التجاري أن يتم التصرف كذلك في الحق في الإيجار ، فأهمية هذا الأخير تظهر بشكل كبير في حالة الإقدام على بيع المحل التجاري ، أما أفلس المستأجر أو فتح إجراءات التسوية القضائية بعد ثبوت حقه في تعويض الاستحقاق فان هذا التعويض باعتباره قيمة مالية و من الديون التي للمستأجر المدين في ذمة الغير فيستطيع أن يستغلها لسداد ديونه بل أكثر من ذلك و طبقا للقواعد العامة يجوز لجماعة الدائنين الحلول محل المستأجر المدين أو الوكيل المتصرف القضائي في استيفاء دينه¹ ، غير أن المشرع علق هذا باحترام شروط معينة سنبينها على التوالي .

مما يدفعنا إلى التساؤل عن إمكانية مسائلة وكيل التفلسة في حالة عدم مبادرته للمطالبة باستمرار العقد أو التنازل عن الحق في الإيجار و عدم استغلاله للمكاسب المالية التي يرد لها هذا العقد .

أولا : الشروط الواجب احترامها عند التنازل عن الحق في الإيجار

يستخلص من مضمون المادة 298 ق ت المذكورة أعلاه أن المشرع أجاز لوكيل التفليسة التنازل عن الحق في الإيجار لكن علق هذا التنازل باحترام المتنازل له لبعض الشروط منها ما يتعلق بالضمان و منها ما يدخل في نطاق تنفيذ عقد الإيجار التجاري .

1- شرط الضمان : منح القانون بالقواعد العامة للمؤجر الحق في حصوله على ضمانات تكفل له ما له من حق مالي في ذمة المستأجر و تكون هذه الضمانات إما قانونية و تعاقدية²:

أ- الضمانات القانونية : و يقصد بها طبقا لما جاء بالمادة 501 من ق م ق حق الامتياز الممنوح للمؤجر على جميع المنقولات القابلة للحجز التحفظي عليها المتواجدة بالعين المؤجرة و حتى إن كانت مملوكة للغير ما دامت متواجدة بالعين المؤجرة فيقع عليها حق الامتياز و الحبس و عادة ما يكون هذا الغير المستأجر من الباطن أو المستأجر المسير أو المتنازل له

¹ احمد محرز : نظام الإفلاس في القانون التجاري الجزائري ، المطبعة الفنية ، القاهرة ، الطبعة الثانية 1980 ، ص 134 و ما يليها .
² عصام انور سليم : الوجيز في عقد الإيجار ، الناشر منشأة المعارف الإسكندرية ، 2006 ، ص 342 و ما يليها .

عن الحق في الإيجار فنصت المادة أعلاه على ما يلي: " يحق للمؤجر ، ضمانا لحقوقه الناشئة عن الإيجار ، أن يحبس جميع المنقولات القابلة للحجز الموجودة في العين المؤجرة ما دامت مثقلة بامتياز المؤجر ، و لو لم تكن مملوكة للمستأجر ."

ب- **الضمانات التعاقدية** : أجاز المشرع لأطراف عقد الإيجار الاتفاق على كفالة مالية كضمان لتسديد بدل الإيجار و التكاليف الضمان ، الذي نجده في الحياة العملية في صورة مبلغ يمثل لبدل إيجار لمدة سنة أو ستة أشهر يدفع جملة واحدة مسبقا فيما عدا بدل الإيجار المتفق عليه يسترده المستأجر عند نهاية العقد و وفائه لجميع التزاماته المالية اتجاه المؤجر .

طبقا للقواعد العامة المنظمة لعقد الإيجار منح المشرع لمؤجر الأماكن المعدة لاستعمال تجاري أو صناعي المطالبة بضمانات عند عدم الوفاء ببديل الإيجار سواء كانت هذه الضمانات قانونية أو تعاقدية ، غير انه و في حالة التنازل عن الحق في الإيجار عند إفلاس التاجر فان المشرع أعاد حرصه على احتفاظ الأماكن المؤجرة بمنقولات كافية " بان يحتفظ في العقار بضمان كاف " (ما 298 ق ت) .

2- الشروط المتعلقة بتنفيذ عقد الإيجار التجاري : تتعلق هذه الشروط بالتزام المتنازل له بأداء بدل الإيجار و التكاليف الايجارية عموما و على وجه الخصوص عدم تغيير تخصيص الأماكن المؤجرة " لا يجوز تغيير التخصيص المعين للأماكن المؤجرة . " (ما 298 ق ت) ، و قد سبق لنا شرح هذا الشرط الذي لا يلتزم به فقط المتنازل له بل المستأجر الأصلي و بينا في الباب الأول كيف يؤدي تغيير التخصيص بدون موافقة المؤجر في اغلب الحالات إلى فسخ عقد الإيجار ، أو رفض التجديد بدون تعويض استحقاق .

ثانيا : هل تقوم مسؤولية وكيل التفليسة في حالة عدم استفادته من الحق في الإيجار الذي اكتسبه التاجر المفلس ؟

لم يأتي بالقانون التجاري نص صريح يجيب عن هذا السؤال مما يرجعنا إلى تطبيق القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية و الرجوع إلى بعد التشريعات التي أجابت عن هذا الإشكال .

1-موقف المشرع الفرنسي : عالج مؤخرا المشرع الفرنسي مسألة مسؤولية إهمال المتصرف الذي كان السبب المباشر في ضياع المحل التجاري¹ الذي كان يشكل ضمانا للدائنين المقيدون في السجل التجاري و الذي أدى إهماله إلى فسخ عقد الإيجار التجاري و قضت عليه بموجب المادة 37 من قانون 25 يناير 1985 المتعلق بالمعالجة و التصفية القضائية بأداء مبلغ من الدين بالإضافة إلى الفوائد الاتفاقية .

2-موقف التشريع المغربي : أجاب المشرع المغربي على غرار المشرع الفرنسي بصفة صريحة عن مسؤولية ما سماه بالسنديك في حالة عدم اتخاذه للإجراءات المناسبة من اجل مواصلة عقد الكراء بالفقرة الثانية من المادة 573 من مدونة التجارة التي نصت على ما يلي : " عندما لا يختار السنديك متابعة تنفيذ العقد يمكن أن يؤدي ذلك إلى دعوى التعويض عن الأضرار يدرج مبلغه في قائمة الخصوم . " ، كما نصت المادة 621 من مدونة التجارة على أن التصفية القضائية لا تؤدي بقوة القانون إلى فسخ عقد كراء العقارات المخصصة لنشاط المقولة ، و يعطي المشرع للسنديك صلاحية الاستمرارية في الكراء أو تفويته إلى الغير مما يبين أهمية الحق في الإيجار لاستمرارية المقولة التجارية² .

ننتهي إلى القول بأنه المشرع الجزائري خص التاجر سوء مارس التجارة بصفة فردية و في إطار شركة بحماية قانونية مستمدة من حمايته لعقد الإيجار التجاري مما يبين لنا أهمية هذا الإيجار بالنسبة إلى وجود أو انعدام مؤسسته خاصة إذا كانت الأماكن المؤجرة تشكل موقع استراتيجي لجلب العملاء ، فإبرام هذا العقد الخاضع لأحكام الإيجارات التجارية يكسب المستأجر الحق في الإيجار الذي يضيف قيمة اقتصادية إلى المحل التجاري باعتباره عنصر من عناصر و يضيف حماية قانونية إلى عقد الإيجار التجاري بحد ذاته العنصر .

بعد تعرضنا إلى أهمية اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق بالنسبة إلى المستأجر من حقنا أيضا التساؤل عن الأبعاد القانونية المترتبة عن تقرير المشرع تعويض الاستحقاق بالنسبة

¹ Dominique LEGAIS: Droit commercial et droit des affaires, 13eme éd, Armand Colin. Dalloz, 2000, p 426 et s. Ph. BRAULT :L'ouverture d'une procédure collective et les conséquences immédiates qui en découlent pour le bailleur et le preneur, loyers et copropriétés, 1999, chronique, n 12, p 4 et s .

² عمر ازوكار :العقود الجارية في مساطر معالجة الصعوبات ، جريدة الأحداث المغربية ، العدد الصادر بتاريخ 28 سبتمبر 2000. احمد شكري السباعي : الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقولة و مساطر معالجتها ، الجزء الثاني ، طبعة أولى ، دار النشر مطبعة المعارف ، 2000 ، ص 321 و ما يليها .

إلى المؤجر و الإجراءات المؤدية إلى الحكم به هذا ما سنحاول الكشف عنه بالمبحث الموالي.

المبحث الثاني :

الأبعاد القانونية لتقرير الحق في تعويض الاستحقاق و إجراءات الحكم به

إن الوظيفة و الغاية الأصلية من تعويض الاستحقاق تكمن في جبر الضرر الذي يصيب المستأجر من جراء رفض المؤجر تجديد الإيجار التجاري بدون سبب مشروع و خطير ، و إن لهذه الغاية أبعاد مالية بالنسبة للمستأجر ، فان لتعويض الاستحقاق أبعاد يمكن القول عنها قانونية يستفيد منها المؤجر ، غير أن لتقرير الحق في تعويض الاستحقاق وظيفة أيضا بالنسبة للمؤجر ، بحيث يمكنه عرض هذا التعويض من استرجاع ملكيته العقارية إذا لم يتوافر على سبب شرعي و خطير يواجهه به حق المستأجر في التجديد، فيلعب بذلك تعويض الاستحقاق دوره المتمثل في المقابل لرفض التجديد بدون سبب .

يستنتج من القراءة الأولية للمادة 176 ق ت أن الأصل في رفض التجديد يقابله حق المستأجر في تعويض الاستحقاق ولا يسقط هذا الحق إلا استثنائيا¹ : " يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد الإيجار غير أنه فيما عدا الاستثناءات المنصوص عليها بالمادة 177 و ما يليها أن يسدد للمستأجر المخلي التعويض المسمى تعويض بالاستحقاق ... " منح بذلك المشرع للمؤجر الحق في استعادة الأماكن المؤجرة عند مدة عقد الإيجار بدون تسبب رفضه للتجديد شريطة دفعه لمقابل ممارسته هذا الحق ، غير أن المشرع و بنفس المادة المشار إليها أعلاه حرر المؤجر من شراء حقه لاستعادة الأمكنة بتبريره رفض التجديد بسبب مشروع و خطير متناولا هذه الأسباب و حكمها بالمادة 177 من ق ت .

¹ ينبغي على المؤجر الذي يرفض استمرار العلاقة الإيجارية أن يدفع للمستأجر تعويض عن إخلاء لمحل المؤجر سواء كان المؤجر شخص من طبيعي أو شخص معنوي عمومي كالجماعات المحلية فقد نصت المادة 185 من القانون التجاري على أنه لا يجوز للدولة أو الولاية أو البلديات أو المؤسسات العمومية رفض تجديد إيجار محل تجاري إذا ما كانت مالكة للجدران دون منح التعويض الاستحقاق حتى وإن كان ما كانت مالكة حتى وإن كان سبب الرفض هو باعث المنفعة العامة .

جعل المشرع الدولة و الجماعات المحلية و المؤسسات العمومية في نفس المرتبة مع المؤجر كشخص الخاص فيما يتعلق بمسألة استعادة المحل التجاري ولا يجوز لهذه الأشخاص إثارة أسباب غير تلك التي نص عليها المشرع بالمادة 177 و ما يليها من القانون التجاري للتخلص من دفع التعويض الاستحقاق وفي هذا الشأن كن مرسوم 30 سبتمبر 1953 الفرنسي يعفي الدولة الجماعات المحلية و المؤسسات العمومية من دفع التعويض الاستحقاق إذا كان ميرر رفض تجديد عقد إيجار المحل التجاري هو المنفعة عامة إلى غاية صدور قانون 31 سبتمبر 1953 الذي ألغى هذا الإعفاء ملزما هذه الأخيرة بدفع تعويض الاستحقاق حتى وإن كان باعث الرفض مصلحة عمومية .

غير أن ما نتوخاه هو دراسة الأبعاد القانونية التي تترتب عن تعويض الاستحقاق بالنسبة للمؤجر و من تم ستقتصر دراستنا تعويض الاستحقاق كحل منحه القانون لهذا الأخير من أجل استعادة ملكيته العقارية و يظهر هذا الحل في حالتين : حالة رفض التجديد بدون أي سبب ، و حالة وجود سبب إلا انه لا يدخل في نطاق الأسباب المشروعة أو الخطيرة التي تسقط تعويض الاستحقاق .

لقد سبقنا لنا بالبواب الأول دراسة الحالة الأولى و تبيان كيف انتهى و استقر القضاء إلى اعتبار عرض تعويض الاستحقاق كاف لتسبب التنبيه بالإخلاء المعلن عن رفض التجديد¹ و أكدت بذلك المحكمة العليا على قضاة الموضوع بأن يستجيبوا لدعوى المؤجر مادام أنه عرض دفع تعويض الاستحقاق مقابل رفض التجديد² ، فمجرد عرضه لتعويض الاستحقاق يبرر رفضه ، الموقف الذي لم يجد حرجا للباحثين في الحديث عنه بكتاباتهم بدون نقد ، و في هذا الشأن مثلاً ذهب محمد حبيب الطيب إلى القول³ : "فإذا رغب المؤجر في استرجاع محله دون أية حالة من تلك الحالات الخاصة (المخالفات) عند انتهاء مدة الإيجار المتفق عليه ، فعليه أن يعرض فقط التعويض الاستحقاق استبدالاً للسبب المبرر من الأسباب المذكورة أعلاه أي بمقابل عدم المبرر".

سنحاول دراسة و تحليل بهذا المبحث الحالة الثانية من الرفض التي يقابلها تعويض الاستحقاق و المتمثلة في رفض التجديد بدون سبب مشروع أو خطير و بما أن المؤجر هو الذي يعلن عن الرفض فمن البديهي تساءل : هل تعويض الاستحقاق يحتج به كحق أي يعود

¹ جنادي جبالي : المرجع السابق ، ص 78.

² متى كان من المقرر قانوناً أنه لمؤجر المحل التجاري أن يرفض تجديد العقد مقابل تعويض بالاستحقاق يعرضه على المستأجر فإنه ليس لقضاة الموضوع سوى الاستجابة لهذا الطلب و القضاء له بذلك إذا ما أكدوا من صحة انتهاء مدة العقد و صحة التنبيه بالإخلاء وإلا تعرض قرارهم للنقض" مح. عليا. غ. تجا و بح، ملف رقم 31559، قرار 1985/06/01 ، المنشور بالمجلة القضائية الصادرة بسنة 1989 العدد الثاني ص 129 و ما يليها. القرار الذي تخلص وقاعه كالتالي : انتهى عقد الإيجار الذي كان يجمع كل من المدعو (ت م) و (ب ب) فوجه هذا الأخير المؤجر للمستأجر بتاريخ 1980/10/13 تنبيه بالإخلاء لأجل ستة أشهر مع عرض عليه دفع تعويض الاستحقاق ، غير إنه وبعد انتهاء أجل التنبيه رفع المؤجر دعوى ملتصقة بالقضاء بصحة التنبيه بالإخلاء و تعيين خبير لتحديد التعويض الاستحقاق الذي لم تستجب له المحكمة وقضت برفض دعوى المؤجر. طعن هذا الأخير بالاستئناف في الحكم المشار إليه أعلاه إلا أن قضاة مجلس بشار كان لهم نفس موقف قاضي أول درجة وقضوا بموجب القرار المؤرخ في 1982/03/07 بتأييد الحكم المعاد القرار موضوع المعروض لمراقبة المحكمة العليا . استند قضاة المجلس في تأسيس قرارهم على كون إيجار المحل التجاري الذي كان يجمع الطرفين انتهى في سنة 1977 و عدم تجديد العقد يجعل من المدعو (ت م) شاغل بدون وجه حق ولا سند ، غير أن تمسك المؤجر في تأسيس دعواه بتطبيق المادة 176 من القانون التجاري التي تمنح المؤجر حق رفض تجديد الإيجار إذا ما عرض دفعه تعويض استحقاق المبدأ الذي يلزم القاضي بتعيين خبير لتحديد هذا التعويض . اعتبر قضاة المحكمة العليا أن قضاة الموضوع اخطئوا في تطبيق القانون لما لم يستجيبوا لطلب المالك المؤجر وإن تمسك هذا الأخير بتطبيق المادة 176 من ق ت جد قانوني على أساس أن : " المادة 176 من القانون التجاري تسمح للمالك رفض تجديد العقد مقابل تعويض الاستحقاق وليس على قاضي الموضوع إلا الاستجابة إلى طلبه متى ثبت له أن عقد الإيجار قد انتهى ".
³ المرجع السابق، ص 14.

للمستأجر صاحب الحق أن يباشر الدعوى القضائية للمطالبة به ، أم انه حق يكتسبه هذا الأخير لكن مباشرته القضائية تكون بيد المؤجر الذي يعرضه كمقابل لانحلاله من الالتزام بالتجديد ، النقاط و الإشكاليات التي ستشكل موضوع دراستنا في المطالبين التاليين:

- **المطلب الأول:** تعويض الاستحقاق كحل قانوني لرفض التجديد بدون سبب مشروع أو خطير

- **المطلب الثاني:** من له الحق في مباشرة الدعوى المؤدية إلى الحكم بتعويض الاستحقاق ؟

المطلب الأول:

تعويض الاستحقاق كحل قانوني لرفض التجديد بدون سبب خطير و مشروع

إذا كان الأصل هو تعويض المستأجر عن رفض المؤجر التجديد لعقد الإيجار التجاري فان المشرع نص على حالات استثنائية يجوز فيها للمؤجر استرجاع أماكنه بدون تعويض استحقاق و هي الحالات التي عبر عنها المشرع بالسبب الخطير و المشروع ، جاء بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 177 من ق.ت ما يلي : " يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد الإيجار دون أن يلتزم بسداد أي تعويض ، إذا برهن عن سبب خطير و مشروع تجاه المستأجر المحلي المحل ."

يتضح من خلال الفقرة المشار إليها أعلاه أن الحق في تعويض الاستحقاق ليس بمقابل تلقائي لرفض التجديد فقد يحدث أن يعفى منه المؤجر إذا ما برر رفضه بسبب خطير و مشروع ، فما المقصود بالسبب الخطير و المشروع و ما هو اثر ثبوت السبب الخطير و المشروع ؟

- **الفرع الأول :** تحديد مفهوم السبب الخطير و المشروع

- **الفرع الثاني :** اثر ثبوت السبب الخطير و المشروع

الفرع الأول :

تحديد مفهوم السبب الخطير و المشروع

لم يعرف المشرع ما هو السبب الخطير و المشروع المبرر لرفض التجديد ، و المسقط للحق في الاحتجاج بتعويض الاستحقاق غير انه أعطى بعض الأمثلة عنه بالفقرة الثانية من المادة 177 ق ت بعض الأخطاء التي اعتبرها أسباب خطيرة مشروعة ، و عبر عنها بمصطلح "المخالفة"، و ربطها بفعل المستأجر كعدم تنفيذه لالتزامه بصفة عامة دون تحديد إذا ما كان الالتزام قانوني أو عقدي، فنصت هذه الفقرة على ما يلي : " غير أنه إذا كان الأمر يتعلق بعدم تنفيذ التزام و إما بالتوقف عن استغلال المحل التجاري دون سبب جدي، و مشروع فإنه يجوز الإدعاء بالمخالفة المقترفة من قبل المستأجر نظرا الأحكام المادة 172 .." ، المادة المقتبسة من النص التاسع من مرسوم 30 سبتمبر 1953 الفرنسي المشار إليه سابقا .
على خلاف ما جاء عن مشرنا و التشريع الفرنسي لم يورد المشرع المغربي¹ و نظيره التونسي² أمثلة عن ما يعتبر سبب خطير و مشروع فصيغة هذا السبب بالتشريعين جاءت عامة و فضفاضة .

عدم حصر مشرنا للأسباب الخطيرة و المشروعة يمنح للقاضي سلطة تقدير السبب الذي استند عليه المؤجر لرفض التجديد من حيث مشروعته و خطورته ، فذهب البعض من الفقه³ إلى القول بان مسألة تقدير خطورة أو مشروعية سبب الرفض مسألة واقعية و ليست بمسألة موضوعية⁴ ، غير انه يلاحظ تدخل قضاة المحكمة العليا في مراقبة مدى مشروعية السبب أو خطورته و لم يترك الأمر فقط إلى قضاة الموضوع في العديد من القرارات⁵ ، على خلاف ما جاء عن محكمة النقض الفرنسية التي تركت لقضاة الموضوع صلاحية تقدير السبب الخطير في كثير من قراراتها⁶ ، مما جعل القضاء يتوسع في مفهومه للسبب الخطير و اعتبر الجرائم و التي يرتكبها المستأجر اتجاه المؤجر سببا خطيرا يبرر رفض التجديد، و يسقط الحق في تعويض الاستحقاق .

¹ الفصل 11 من الظهير 24 ماي 1955 ، الرجوع إلى الملحق رقم 1 .

² الفصل 8 من قانون 1977 ، الرجوع إلى الملحق رقم 2.

³ Yves Chaput : Le bail commercial, 1^o éd Presses universitaires France , 1988 , p 71et s.

⁴ "تقدير مسألة السبب وفي الخطير و المشروع تشكل مسألة واقع لا مسألة قانون ." حمدي باشا عمر : دراسات قانونية مختلفة ، المرجع السابق ، ص 30.

⁵ "المبدأ: لا يشكل عدم فتح الحرفي لمحله باستمرار توقفا عن استغلال المحل التجاري دون سبب جدي و مشروع مستوجبا طرده بدون تعويض." مح. عليا. غ. تجا و بح ، ملف رقم 471451، قرار 2008-11-05 ، المنشور بالمجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا ، 2010 العدد 1، ص 156 و ما يليها .

"المبدأ: لا يعد غلق المحل التجاري لأداء فريضة الحج مخالفة بمفهوم المادة 177 من ق ت ." مح. عليا. غ. تجا و بح ، ملف رقم 372313، قرار 2006-01-04 ، المنشور بالمجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا ، 2006 العدد 2، ص 347 و ما يليها.

⁶ Ch. Civ. 3.6 oct 1971 , Rev .Loyers 1972 , p 41 .Ch. Civ. 3.11 oct 1972 , 1972 , IV, 256 .

أما القضاء المغربي فقد اصدر عدة أحكام و قرارات حاول من خلالها تفسير السبب الخطير و المشروع معتبرا إخلال المكثري بأداء الأجرة ضمن مفهوم هذا السبب ، و كذلك قيامه بالتغيير المادي في محل الإيجار و التنازل عن الإيجار للغير بدون رضا المؤجر و أيضا تغيير المستأجر لتخصيص الأماكن أو عدم استعمالها قط ، و كذلك صدور خطأ من المستأجر اضر بالعين المؤجرة تسبب في نشوب حريق فيها ¹.

فيما عدا خطأ المستأجر كسبب خطير و مشروع افترض القانون بعض الحالات الخارجة عن إرادة أو فعل المستأجر ، و التي تبرر حق المؤجر في استعادة الأماكن المؤجرة دون التزامه بدفع تعويض استحقاق ، مما دفع الفقه عند بحثه عن أساس تشريع هذه الاستثناءات التي منحها القانون ، و التي تسقط حق المستأجر في المطالبة بتعويض الاستحقاق أرجعها إلى خطأ المستأجر من جهة و حماية لمصلحة المؤجر من جهة أخرى ².
سنقسم إذا المخلفات التي تعتبر أسباب خطيرة و مشروعة إلى نوعين: المخلفات التي يرتكبها المستأجر، و تلك المقررة لمصلحة المؤجر و الخارجة عن فعل المستأجر.

أولا :المخالفات المرتكبة من قبل المستأجر

يلتزم المستأجر عامة بالتزامات قانونية لكن يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على إضافة التزامات تعاقدية شريطة أن لا تكون من النظام العام مثل الاتفاق على منع المستأجر من التنازل عن حقه في الإيجار ، و عليه عدم احترام هذه الالتزامات المتعلقة بعقد الإيجار التجاري و التي تعتبر ضرورية لتوازن العلاقة التعاقدية يشكل مخالفة تبرر رفض المؤجر بدون عرض تعويض الاستحقاق .

ذهب القضاء إلى ربط السبب الخطير و المشروع بأثره على العلاقة التعاقدية بين الأطراف، و لا يهم إن كان الخطأ خارج عن عقد الإيجار التجاري، المخالفات المعبر عنها بالخطأ الشخصي أو الخطأ الجزائي .

¹ قرار المجلس الأعلى عدد 257 : في 1968/6/5 ، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 4، ص 5 .
قرار المجلس الأعلى عدد 189 : في 1976/7/2 مجلة القضاء و القانون ، عدد 120 ، ص 560 .

² Jean Guirec Raffray : Baux commerciaux, éd Collection Pratique de L'immobilier, 1995, p 95et s .

1-المخالفات المرتبطة بعقد الإيجار التجاري : يستنتج من المادة المشار إليها أعلاه أن عدم تنفيذ مستأجر المحل التجاري لالتزامه بوجه عام سواء كان الالتزام قانوني أو عقدي : " غير أنه إذا كان الأمر يتعلق بعدم تنفيذ التزام و إما بالتوقف عن استغلال المحل التجاري دون سبب جدي و مشروع .." و في هذا السياق جاء عن الفقه¹ في تعريفه للأسباب الخطيرة و الشرعية على أنها تلك التي تظهر عادة في تقصير المستأجر التي كان بالإمكان أن يترتب عنها الفسخ المسبق لعقد الإيجار إذا ما رغب المؤجر بذلك ، و الذي يمكن أن يكون خرق لالتزام تعاقدي ، و من أكثر الأمثلة عن خرق الالتزام التعاقدي إبرام إيجار من الباطن رغم حظره من قبل المؤجر تقضي المادة 188 ق ت² : " يحظر أي إيجار كلي أو جزئي من الباطن .." ، فإذا ما قام مستأجر بذلك يكون قد ارتكب مخالفة من المخالفات التي تسقط حقه في التعويض الاستحقاق عند رفض المؤجر تجديد الإيجار أو الامتناع عن دفع الضرائب أو تامين المحل الذي أخذه المستأجر على عاتقه .

يظهر الامتناع عن دفع بدل الإيجار لأكثر من شهر بعد الإنذار رغم أعدار المستأجر و نفاذ مهلة شهر على هذا الإخطار من أكثر الأمثلة عن خرق الالتزامات القانونية. نبدأ أولاً بتحليل بعض الأخطاء التي يرتبها المستأجر عند تنفيذه للعقد الأكثر شيوعاً و التي صنفها الاجتهاد القضائي ضمن المخالفات، و من الأمثلة ذلك:

أ- تغيير النشاط دون استئذان المؤجر : الذي أعد للمحل التجاري دون إخطار و موافقة مالك الأماكن لكن يجب إعادة التذكير بأن مسألة تغيير النشاط لا تكون سبباً مشروعاً خطيراً يفقد مستأجر حقه في تعويض الاستحقاق إلا إذا ألحق هذا التغيير ضرراً بالمؤجر .

¹ Yves Chaput : Le bail commercial , op cit , p 72 .

François Dekeuwer Défossey : Droit commercial, 4 éd, Montchrestien, Paris, 1995, p 369.

² مح ، العليا ، غ التجا و البيع ، قرار 1991/09/29 ، ملف رقم 77980 قضية (أم) ضد (ف ك) المجلة القضائية عدد خاص لسنة 1999 ص 125 . جاء به ما يلي : " ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما اعتبروا الإيجار من الباطن ضمن المخالفات المنصوص عليها بالمادة 177 من القانون التجاري لأنه بعد إخلال بالتزام فإنهم طبقوا القانون تطبيقاً سليماً ومتى كان كذلك استوجب الرفض " .

الموقف الذي أكدت عليه المحكمة العليا كلما طرح عليها مسألة مشروعية تغيير التخصيص كسبب خطير لطلب الإخلاء دون عرض تعويض استحقاق ، مثال ذلك ما جاء عن المحكمة العليا في أحد قراراتها المؤرخ في 1985/07/13¹ تتلخص وقائعه فيما يلي :

وجه المؤجر المدعو ع ب بتوجيه تنبيه بإخلاء دون منح تعويض استحقاقى بسبب تغيير المستأجر تخصيص المحل التجاري ، عند انتهاء أجل التنبيه رفع دعوى ملتصقة المصادقة التنبيه بالإخلاء و القضاء بطرد المستأجر من المحل لموضوع النزاع ، الطلب لذي استجابت له المحكمة وقضت بتاريخ 1982/06/16 بالمصادقة على الإنذار و التنبيه بالإخلاء و بطرد المستأجر من المحل التجاري .

طعن مستأجر لمحل التجاري المحكوم عليه بالطرح في هذا الحكم إلا أن مجلس قضاء وهران قضى بموجب قراره المؤرخ في 1983/05/18 بتأييد الحكم المعاد على أساس أن قيام المستأجر بتغيير تخصيص المحل التجاري من حانة على محل لبيع الأحذية يعتبر سبب خطير و مشروع يفقد هذا الأخير حقه في تعويض الاستحقاق ، القرار الذي عرض لمراقبة المحكمة العليا .

كان على المحكمة العليا للفصل في صحة تطبيق قضاة الموضوع للقانون تفسير المقصود بتغيير التخصيص الذي يمكن أن يشكل مخالفة من المخالفات المنصوص عليها بالمادة 177 من القانون التجاري .

لم يساير قضاة المحكمة العليا الموقف الذي ذهب إليه قضاة الموضوع و في نفس الوقت حث هؤلاء قاضي الموضوع بالوقوف على الضرر لذي ألحقه تغيير التخصيص بالمؤجر المالك ومدى تدخل المستأجر في واقعة التغيير ، فقد جاء عنها : " و حيث يتبين من القضية أن الولاية أمرت بإزالة نشاط الحانة بقرار 1975/10/20 و من تم أصبحت التجارة الأولى بالنسبة للأطراف منعدمة ، حيث أن بيع القاعدة التجارية ، و هي معدة لبيع الأحذية و الألبسة إلخ أعلن في الجرائد وفي المركز الوطني للسجل التجاري ولم تعارض المالكة لهذا البيع مما يدل أنه لم يلحقها أي ضرر . حيث أن إنشاء تجارة من قبل المستأجر في الحالة هذه لا يعد

¹ عن الغرفة التجارية و البحرية ملف 36593 بالمجلة القضائية لسنة 1989 العدد الثالث ، ص 93 و ما يليها

تغيير في التخصيص ولا يمكن أن تتضرر منه مالكة العمارة ، و حيث كان على مجلس
وهران أن يأخذ بعين الاعتبار هذه المعطيات و يقرر على هذه المعطيات تكون سبب خطير
ومشروع يبرر رفض تجديد العقد بدون تعويض عملا بالمادة 177 من القانون التجاري ."

ب-التوقف عن الاستغلال دون سبب جدي : يستخرج من المادة 2/177 ق ت أن المشرع
اعتبر مبدئياً قيام المستأجر بالتوقف عن النشاط الذي ينبغي ممارسته بالأماكن المؤجرة
مخالفة¹ تبيح للمؤجر الدفع بها من أجل رفض تجديد إيجار دون تسديد تعويض الاستحقاق ،
و يحدث أيضاً أن يهجر المستأجر تمام الأماكن المؤجرة ولا يستغلها أصلاً وفي هذه الحالة
أيضاً يفقد المستأجر الحق في تعويض الاستحقاق: " غير أنه إذا كان الأمر يتعلق...إما
بالتوقف عن استغلال المحل التجاري دون سبب جدي و مشروع .."

غير أنه يحدث استثناءياً و حتى إذا أثبت المؤجر وجود وتواصل هذه المخالفة لأكثر من
شهر استحالة الاحتجاج بها للإفلات من الملكية التجارية إذا برهن المستأجر أن سبب التوقف
جدي و مشروع مثال ذلك توقف النشاط لأداء فريضة الحج أو للعطلة .

ينبغي ملاحظة أن المشرع لم يعدد ولم يحصر الأسباب التي يعتبرها جدية تاركا ذلك للسلطة
التقديرية للقاضي الموضوع تحت رقابة قضاة المحكمة العليا الذي يستخلصها من معطيات
كل قضية على حدا كما عليه البحث فيما إذا كان التوقف عن ممارسة المستأجر لنشاطه
نهائي أو فقط مؤقت فرضته بعض الظروف المشروعة.

يقع عبء إثبات هذه الجدية على المستأجر الذي يدفع بها طبقاً للقواعد العامة و في حالة
اقتناع القاضي بجدية السبب الذي تسببت في توقفه عن مزاوله نشاطه لأكثر من شهر يصبح
المؤجر مجبراً على تعويض الاستحقاق إذا ما تمسك برفض التجديد.

ب- الخطأ الجزائي : يقصد به الأفعال المجرمة قانوناً فلا تنحصر دائماً الأسباب بالمشروعة
و الخطيرة في عدم تنفيذ التزام تعاقدية أو قانونية ، أو في توقف التاجر المستأجر عن
الاستغلال ، و إنما تتعداها إلى أخطاء أخرى من فعل المستأجر بتخريب و هدم عمدي للمحل ،

¹ : (إيجار من الباطن - رفض تجديد الإيجار - تغيير التخصيص - إثبات مخالفة غلق المحل - تعويض استحقاق - لا) قرار المح، عليا، غ التجا
و الحج، 1991/09/29 ، المج القضا 1999 ، عدد خاص ، ص 152 .

أو ارتكابه مخالفة جزائية ضد المؤجر أو أقاربه أو أحد الشاغلين كالسب و الشتم أو التعدي أو إصدار شيك بدون رصيد ... إلخ من الجرائم¹ الأخرى الجرائم المتصلة بالمحل كتخريب جزء من العمارة أو المحل أو إنشاء محل للدعارة بهذه الأماكن مثلا في الأوقات خارجة عن العمل أو بشخص المؤجر². جاء في هذا الشأن عن الكاتب جنادي جيلالي³: " وكذلك إذا قام المستأجر بالاعتداء على المؤجر سواء بسببه أو بالضرب و بالجرح العمدي ففي هذه الحالات كلها يعد الخطأ جسيما فإنه لا يتطلب من المؤجر إنذار المستأجر مسبقا بل يكفي إثبات ذلك بتقديم الحكم الجزائي الناطق بالعقوبة " .

اعتبر القضاء الفرنسي السبب الخطير و مشروع الأعمال الإجرامية " agissements délictueux " التي يرتكبها المستأجر و التي تخل توازن العلاقة التعاقدية كالاكتداء على المؤجر أو ارتكاب لجرائم غير خلقية⁴.

لم يعرف مشرنا السبب الخطير و المشروع الموجب لرفض التجديد بدون تعويض استحقاق إلا انه و على غرار ما جاء عن المشرع الفرنسي أورد أمثلة بخصوص ما يمكن اعتباره سبب خطير و مشروع في حين لم ترد هذه الأمثلة لا عن المشرع المغربي و لا عن المشرع التونسي⁵.

ثانيا : سقوط الحق في تعويض الاستحقاق بسبب المصلحة المشروعة

من الأسباب التي يمكن للقاضي الاهتداء بها لتحديد مفهوم السبب الخطير و المشروع ما تضمنته الفقرة الثانية و الفقرة الثالثة من الما 177 ق ت و التي يمكن حصرها في الحالات التي لم يرتكبها المستأجر ، كحالة الهدم لخطر الأماكن على المستأجر أو حالة الهدم لإعادة

¹ في ما يخص هذا النوع من المخالفات اعتبر القضاء الفرنسي أن الإنذار بالكف عن هذا النوع من الأخطاء التي يرتكبها المستأجر غير إلزامي Cass. civ 20 fev 1970 , ibb 1970 , 358 . Cass . civ. 6 juin 1972 ,J.C.P , 1972 iv 190.

² لا يحتاج الخطأ الجزائي إلى إنذار مسبق بالنظر إلى طبيعته فقد جاء عن جون قيرارك رافاي ،المرجع السابق ،ص 96 . « L'exigence de la mise en demeures n est pas interprétée de manière extensive par la jurisprudence. Ainsi elle n'est pas nécessaire en cas d'agissement délictueux du locataire qui ne sont pas directement en lien avec l'exécution du bail » .

³ الإيجارات التجارية في القانون الجزائري ، المرجع السابق ص 116 و ما يليها .
⁴ اعتبر القضاء الفرنسي إدانة المستأجر بالشذوذ الجنسي مخالفة خطيرة تبرر رفض التجديد بدون تعويض .
Cass 3 Civ .12 oct 1976 , Rev , Loyers 1977 , p 167 .

⁵ الفصل 11 من ظهير 24 ماي 1955 من القانون المغربي ، الرجوع إلى الملحق رقم 1 ، الفصل 8 من القانون 1977 التونسي ، الرجوع إلى الملحق رقم 2.

لتعليق العمارة ، بين المشرع سببين اعتبرهما مصلحة مشروعة وأجاز للمؤجر ممارسة حقه في استرجاع الأماكن المؤجرة دون دفع تعويض استحقاق و المتمثلة فيما يلي : حالة العمارة مهددة و غير صحية أو حالة الاسترجاع لغرض السكن .

1-حالة هدم العمارة بسبب خطورتها:

عالج المشرع بهذه الفقرة الثالثة من ما 177ق ت حالة المباني الآيلة إلى السقوط أو التي تحتاج إلى صيانة و ترميم ضروريين و الذي يشكل البقاء بها خطر على حياة أو صحة المستأجر، و بهذا يكون رفض لتجديد خارج عن إرادة المؤجر أي بسبب لا يد له فيه و كأننا أمام حالة القوة القاهرة التي يعرفها الشريعة العامة و التي تسقط المسؤولية عن المدين:" إذا اثبت وجود هدم كامل للعمارة أو جزء منها لعدم صلاحيتها للسكن المعترف به من السلطة الإدارية ، أو إذا اثبت انه يستحيل شغل العمارة دون خطر نظرا لحالتها ."

كما اعتبر المشرع هشاشة العمارة أو خطورتها سببا خطيرا مشروعا يسمح للمؤجر رفض التجديد بدون دفعه تعويض استحقاق الحكم الذي كرس تطبيقه القضاء¹ ، غير أنه حرص على إثبات السبب الخطير المشروع جعله يحدد وسيلة إثبات خطورة العمارة أو عدم صلاحيتها و لا يكون ذلك إلا بموجب وثيقة القرار الإداري بالهدم صادرة عن السلطة الإدارية المختصة² كون الصحة العامة مسألة تتعلق بالنظام العام³ و هذا ما استقر عليه

¹ : المح. العليا .غ. التجا و البح ، 2000/07/11 ، ملف رقم 225847. مج القضا 2000 ، العدد 2 ص 141. " إن القرار المطعون فيه الذي ألزم المؤجر بإعادة بناء المحل المتنازع عليه و تجهيزه بعد تهدمه بفعل قوة القاهرة على أساس لمادة 514 من القانون المدني رغم أن النزاع يتعلق بمحل تجاري و ليس بمحل مهني فإنه أخطأ في تطبيق القانون لأنه لم يميز بين حالة انهيار العين المؤجرة الواقع فيها المحل التجاري و التي تخضع لأحكام المادة 3/177 من القانون التجاري و التي تعفي فيها المؤجر من تجديد الإيجار دون تسديد تعويض استحقاق و بين حالة التمسك بحق البقاء في الأماكن المؤجر طبقا للمادة 514 من ق م المتعلقة بالمحلات ذات الاستعمال السكني و المهني و متى كان كذلك يتعين نقض القرار المطعون فيه ." جاء عن الاجتهاد القضائي الفرنسي ما يلي في حكم أصدرته المحكمة المدنية لمدينة ليل بتاريخ 1954/04/12 و الصادر بمجلة الإيجار لسنة 1954 ص 573 ما يلي :

: « l'art 9 du décret du 30/09/1953 dispose que le bailleur d' un immeuble a usage de commerce peut refuser le renouvellement sans être tenu au paiement d' autre indemnité s il est établi que l' immeuble ne peut être occupé sans danger en raison de son état cette disposition apparait plus large que la disposition correspondante de la loi abrogée du 30/06/1926 qui m accordait la même faculté au propriétaire que sil était établi que l' immeuble devait être totalement ou partiellement ou partiellement démolé comme menaçant ruine ».

² في هذه الحالة لا يحتاج المؤجر إلى إندار المستأجر و يكفي تضمين التنبيه بالإخلاء سبب رفض التجديد هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1985/04/06 و الذي جاء في مبدئه ما يلي : " متى كان من المقرر قانونا أنه يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد إيجار المحل التجاري دون أن يلتزم بتسديد أي تعويض عن إخلاء إذا ما أثبت وجوب هدم كامل للعمارة أو جزء منها و في هذه الحالة لا يشترط القانون على المؤجر أعذار المستأجر بل يكون التنبيه بالإخلاء صحيحا دونه ، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقانون " القرار الصادر عن الغرفة التجارية و البحرية ملف رقم 35464 الصادر بالمجلة القضائية لسنة 1989 العدد ص 120 و ما يليها .

³ احمد محمد حرز : فكرة الملكية التجارية تطورها ووسائل حمايتها ، المرجع السابق ، ص 114 .

القضاء¹، وبتحديد ه لوسيلة الإثبات هذه قطع على المؤجر الاحتجاج بطريقة أخرى كاللجوء إلى على سبيل المثال إلى خبرة قضائية كانت أو تلقائية².

غير انه طرح على القضاة إشكال آخر يتمثل في اثر الإنذار على التنبيه بالإخلاء هل إنذار المستأجر بالقرار الإداري القاضي بهدم العمارة مسبقا أي قبل توجيه التنبيه بالإخلاء هو شرط لصحته؟ فكان للمحكمة العليا موقف مخالف عما ذهب إليه قضاة الموضوع مستبعدة تطبيق شرط الاعذار المسبق المنصوص عليه بالفقرة الأخيرة من 177 ق ت مكتفية بتضمين التنبيه بالإخلاء سبب رفض التجديد بالإشارة إلى القرار الإداري بالهدم فقد جاء عنها : " متى كان مقررنا قانونا أنه يجوز للمؤجر أن يرفض تجديد عقد إيجار المحل لاتجاري دون أن يلزم بسداد التعويض عن الإخلاء إذا ما ثبت وجود هدم كامل للعمارة أو جزء منها و في هذه الحالة لا يشترط القانون على المؤجر اعذرا المستأجر بل يكون التنبيه بالإخلاء صحيحا دونه . و لما كان ثابت في قضية الحال أن الطاعنين بلغا تنبيهها بالإخلاء إلى المطعون ضده بناء على مقرر هدم اتخذ من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي انصب على بنائها فان قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف القاضي برفض طلبهما الرامي إلى إثبات صحة التنبيه بالإخلاء خرخوا القانون عندما قرروا وجوب اعذرا مسبق للمستأجر مما يترتب عليه نقض القرار تأسيسا على مخالفة أحكام هذا المبدأ . " ، أما إذا أثبت المالك المؤجر أن العمارة مهددة بالانهيار و صدر في شأنها قرار إداري بالهدم فان المشرع لم يشترط على هذا الأخير إعادة بناء العمارة فهو حر³ على عكس ما جاء به بالمادة 514 من القانون المدني في حالة انهيار المحلات السكنية المؤجرة .

¹ : " من المقرر أن رفض تجديد الإيجار دون إلزام المؤجر بسداد تعويض الإخلاء بسبب هدم كامل العمارة أو جزء منها يلزم المؤجر إنذار المستأجر و تقديم القرار الإداري الأمر بهدم العمارة أو جزء منها . " قرار ، مح . عليا . غ . تجا و بح . رقم 56060 ، 05/03/1989 . مج . قضا . 1990 ، عدد 04 ، ص 117 .

² وهذا ما أكدته المحكمة العليا في تطبيقها للمادة 3/177 مثال ذلك ما جاء بالقرار الصادر بتاريخ 1989/03/05 والذي جاء به ما يلي : " من القرار قانونا أن رفض تجديد الإيجار دون التزام المؤجر بسداد التعويض الاستحقاقى ... و لما كان ثابت في قضية الحال أن المطعون ضده لم ينذر الطاعنين بالخروج ولم يقدّم للمرافعات القرار الإداري الأمر بهدم كامل للعمارة أو جزء منها فإن قضاة المجلس بتعيينهم خبير للقول هل أن المحل المتنازع عليه مهدد بالانهيار أم لا خالفوا القانون و استوجب نقض قرارهم " غ التجا و البح ، ملف رقم 56060 الفرار الصادر بالمجلة القضائية لسنة 1990 العدد الرابع ص 117 .

³ : " إن القرار المطعون فيه الذي ألزم المؤجر بإعادة بناء المحل المتنازع عليه و تجهيزه بعد تهدمه بفعل قوة القاهرة على أساس لمادة 514 من القانون المدني رغم أن النزاع يتعلق بمحل تجاري وليس بمحل مهني فإنه أخطأ في تطبيق القانون لأنه لم يميز بين حالة انهيار العين المؤجرة الواقع فيها المحل التجاري و التي تخضع لأحكام المادة 3/177 من القانون التجاري و التي تعفي فيها المؤجر من تجديد الإيجار دون تسديد تعويض استحقاقى و بين حالة التمسك بحق البقاء في الأماكن المؤجر طبقا للمادة 514 من ق م المتعلقة بالمحلات ذات الاستعمال السكني و المهني . ومتى كان كذلك فإنه يتعين نقض القرار المطعون فيه " مح . عليا . غ . تجا و بح ، 11/07/2000 ، ملف رقم 225847 ، المج القضا 2000 ، العدد 2 ص 141 .

2 -الاسترجاع من أجل السكن :

يستنتج نص المادة 182 من ق ت أن المشرع اعتبر الاسترجاع من أجل السكن مصلحة مشروعة تسقط حق المستأجر المحلي في تعويض الاستحقاق : " يجوز للمؤجر رفض تجديد الإيجار على الجزء الخاص بالمحلات السكنية الملحقة بالمحلات التجارية ليسكن فيها بنفسه أو ليسكن فيها زوجه أو أصوله أو فروع أو أصول أو فروع زوجة .." و كان الأصل في الحق في الملكية التجارية هو التنازل الجزئي عن الملكية العقارية فالاسترجاع من أجل السكن هو شاهد على مصلحة عامة و ذات أولوية¹ .

حصر المشرع حالة الاسترجاع من أجل السكن في حالتين فقط و التي تتمثل في استرجاع المالك المؤجر لمحله السكنى الملحق بالمحل التجاري أو استرجاع القطعة الأرضية اللصيقة بالمحل التجاري من أجل تشييد عليها محل سكني ، وهذا ما سنحاول التطرق إليه على التوالي :

أ- استرجاع المحل السكني المرفق بالمحل التجاري :تكشف المادة 182 ق ت عن مصلحة أخرى تعفي المؤجر من دفع تعويض الاستحقاق عند استرجاعه لمحله التجاري و تفقد في نفس الوقت المستأجر حقه في تعويض الإخلاء المصلحة المرتبطة به (بالمؤجر) دون العقار أين يتواجد المحل التجاري .

يحدث أن يرغب المؤجر في استرجاع المحل السكني الذي كان ملحقا بإيجار المحل التجاري دون استعادة هذا الأخير فيكفي حينها أن يوجه تنبيه بالإخلاء إلى المستأجر مسبقا ، وإن لم يحدد المشرع عبارة خاصة بالتسبب يكفي أن يبين به أن يرغب في الاسترجاع طبقا للمادة 182 من ق ت ، غير أن المشرع منح هذا الحق لأشخاص معينين و علق هذه الاستعادة بتوافر بعض الشروط .

¹قرر المشرع الفرنسي بهدف تشجيع سياسة الإسكان بموجب المادة 14 من مرسوم 1953/09/30 أخذ بعين الاعتبار الطلب الذي تقدمت به وزارة إعادة البناء و السكن إلى البرلمان و الذي يرمي على المالك تجديد لإيجار بهدف السكن هو أو أحد أفراد عائلته أو لتأجيرها كمحلات سكنية بدون أن يكون ملزما بدفع تعويض الاستحقاق غط البرلمان النظر عن طلب الأخير فيما يخص الاسترجاع من أجل تأجير الماكن كمحلات سكنية و تمسك المقررون بالطلب الأول ووضعه تحت شروط ، الشروط التي عدلت بموجب قانون 1960/06/30 لأكثر معلومات راجع

Yves Chaput : Le bail commercial , 1 ° Ed op cit p 73-74.

- شرط الصفة : من يملك صفة ممارسة حق استرجاع ؟ أصلا منح المشرع حق الاسترجاع طبقا للمادة 182 أعلاه لمصلحة للمالك شخصيا :¹ يجوز للمؤجر رفض تجديد الإيجار على الجزء الخاص بالمحلات السكنية الملحقة بالمحلات التجارية ... " ، لكنه استثنائيا الحق مصلحة أفراد آخرين به فأجاز للمالك طلب الاسترجاع لفائدة أصوله أو فروع أو زوجة أو أصول و فروع زوجه فإذا لم تثبت هذه المصلحة لأحد هؤلاء الأشخاص² وجب عليه سداد تعويض الاستحقاق للمستأجر إذا رفض تجديد له عقد إيجار المحل السكني الملحق بعقد إيجار المحل التجاري.

إن نص المادة 182 ق ت لم يرد به تحديد معين لكن الطبيعة الخاصة لهذا الاسترجاع تفترض صفة معينة للاستفادة من هذا الحق فترتبط أصلا بالمالك دون المستأجر الأصلي و بالشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي .

غير انه عند تفحص النص القانوني المشار إليه أعلاه نجد أن المشرع استعمل عبارة المؤجر مما يؤدي إلى اعتقاد أن المستأجر الأصلي الذي يؤجر الأماكن من الباطن يجوز له استرجاع المحل السكني الملحق بالمحل التجاري ، و بمواصلة قراءة الفقرة الأخيرة من نص المادة المشار إليها أعلاه نكتشف أن المشرع قصد بهذا النوع من استرجاع فقط المؤجر مالك المحل التجاري لوحدته بحيث أن المشرع اشترط مدة امتلاك محددة للعمارة أين تستغل القاعدة التجارية فكان من أصوب على المشرع استعمال كلمة مالك بدل كلمة مؤجر لتفادي كل التباس في مجال تطبيق هذا الحكم.

إن الحكمة التي تواخها المشرع من الاسترجاع هي السماح للمسترجع استغلال هذا السكن لإقامة به بنفسه أو إقامة أحد أفراد عائلته الذي عددهم المادة 182 ق ت المتمثلون في زوج المالك أو أحد أصوله أو فرعاه أو أصوله أو فرعاه أو أصول أو فروع الزوج مما يثبت أن المقصود بهذا الحق هو المالك الطبيعي دون المالك إذا كان شخص معنوي حتى وإن ادعى هذا الأخير الاسترجاع لإقامة أحد عماله .

¹ هل يمكن التنازل عن حق الاسترجاع هذا لمشتري العمارة المالك الجديد ؟ مبدئيا و طبقا لما جاء بالمادة 3/182 من القانون التجاري لا يستفيد المالك الجديد من هذا الحق إلا المالك القديم أو ورثة أو المحول لهم بدون عرض استثنائيا يجوز للمالك الجديد ممارسة هذا الحق . إذا مر على امتلاكه للعمارة موضوع الإيجار التجاري مدة ستة سنوات على الأقل ويبدأ حساب تاريخ هذه المدة اعتبارا من تاريخ توجيه التنبيه بالإخلاء أو تاريخ رسالة الرد على طلب التجديد.
² تلاحظ أن المشرع أفاد نفس الأشخاص للاستفادة من حق استرجاع المحلات السكنية للرجوع إلى المادة 855 من القانون المدني .

-شروط ممارسة الاسترجاع: يمكن حصرها هذه الشروط في شروط ترتبط بطبيعة الأماكن موضوع الاسترجاع ، و أخرى تتعلق بالمستفيد من حق الاسترجاع ، و أخيرا شروط ترتبط بالمؤسسة المستغلة بالأماكن المؤجرة .

حق الاسترجاع يخص فقط المحل السكني دون المحل التجاري : اقتصر المشرع المصلحة الشخصية في استرجاع الأماكن المؤجرة دون دفع التعويض استحقاقا للمستأجر المحلي على جزء فقط من محل عقد الإيجار التجاري و المتمثل في الجزء المخصص للسكن منه فقط¹ ، بحيث تضمن عقد الإيجار تفصيل دقيق ومبين لكل جزء (ذلك المخصص للسكن و ذلك المخصص لممارسة التجارة) لا يطرح إشكال ، لكن يحدث عدم تحديد العقد تخصيص الأماكن و في هذه الحالة يستوجب الأخذ بالتخصيص الذي أعطاه المستأجر لهذه الأماكن عند دخوله إذا لم يعارض المؤجر كأن يستعمل المستأجر بعض الغرف كملحق لقاعدته التجارية باستعمالها كمكتب أو مخزن فلا يمكن ممارسة حق الاسترجاع عليها .

لا يشكل المحل السكني كلا مشاعا مع المحل التجاري بحيث لا يمكن تجزئته عنه ، ونظرا للطابع التقني لهذا الشرط يستوجب إذا دفع به المستأجر أن يثبت بموجب خبرة هذا الواقع . كما أنه لا يمكن ممارسة الاسترجاع طبقا للمادة 182 إذا تعلق الأمر بمحل معد للفندقة أو الأماكن المفروشة أو المحلات الاستشفائية² ولا نجد تفسير منطقي لهذا الحضر بما أنه أصلا إيجار هذه المحلات لا يعتبر إيجار تجاري.

-شروط ترتبط بالمستفيد من حق الاسترجاع : يجب طبقا للمادة 1/182 من القانون التجاري أن يثبت المستفيد من حق الاسترجاع طبقا لهذه المادة أنه غير حائز على سكن يكفيه و يكفي الحاجات العادية لأفراد أسرته الذين يعيشون معه وترك المشرع تقدير هذه الحاجيات إلى قاضي الموضوع و ما يدخل في العادة و ما يخرج عنها ، كما أنه يجب عليه أن يثبت أنه

¹ ينبغي الإشارة أنه في حالة استرجاع المحل السكني الملحق بالمحل التجاري يفتح المجال للمستأجر لطلب مراجعة بدل الإيجار بالنقصان بحيث أن العلاقة الإيجارية تغيرت وقيمة عقد الإيجار نقصت .

² في هذا شأن جاء عن المحكمة العليا في أحد قراراتها بتاريخ عن الغرفة التجارية و البحرية ما يلي : " من المقرر قانونا أنه لا يجوز ممارسة حق الاسترجاع على المحلات المعدة لاستعمالها كفندق أو الأماكن المفروشة ولا المحلات الاستشفائية أو المدرسية ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المحلات موضوع النزاع عبارة عن فندق فإن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة التنبيه بالإخلاء لممارسة حق الاسترجاع يكونوا قد خرخوا القانون و عرضوا قراهم للنقض " .

المالك الأصلي أما إذا انتقلت ملكية العقار محل عقد الإيجار فعليه الإثبات أنه حاز عليه بدون عوض¹.

شرط الشغل بعد الاسترجاع : تشترط الفقرة الأخيرة من المادة 182 ق ت على المسترجع أن يشغل الأماكن المسترجعة خلال الستة أشهر الموالية لتاريخ مغادرة المستأجر المحلي المحلي السكني الملحق و أن يقيم بها بصفة فعلية و شخصية لمدة لا تقل عن الست سنوات و إلا احتفظ المستأجر المحلي بحقه في المطالبة بالتعويض² ، غير أن المشرع بنفس الفقرة استثنى هذا الشرط إذا اثبت أن سبب عدم الشغل شخصي³ أو عدم نفاذ المدة الأدنى المشترطة لم تكتمل سبب مشروع تاركا الأمر للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع من أجل تحديد هذه المشروعية.

-شروط ترتبط بالمؤسسة المستغلة بالأماكن المؤجرة :يجب أن لا يجلب فقدان المحل السكني الملحق خطورة على استمرارية المحل التجاري إن استرجاع المحل السكني الملحق لا ينبغي أن يهدد استقرار أو حياة المؤسسة التجارية و يعود تقدير هذه الخطورة إلى قاضي الموضوع الذي يكتشفها من خلال معطيات و ظروف كل قضية و يقع على المستأجر عبء إثبات تواجد و جدية هذا الخطر .

هكذا فإن المشرع أقصى الاسترجاع من أجل استغلال تجاري دون احتفاظ المستأجر المحلي بحقه في الملكية التجارية فنص المشرع بالمادة 186 ق ت على معاقبة المؤجر الذي ثبت أنه دلس على المستأجر لإسقاط حقه في تعويض الاستحقاق ، وأجاز لهذا الأخير رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض على أن يتم تقديمها في أجل السنتين طبقا لأحكام تقادم مثل هذه الدعوى وفقا للمادة 198 من نفس القانون .

¹ وهذا ما كرسته المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادر عن غرفتها التجارية و البحرية بتاريخ 1998/03/17 ملف رقم 16812 و الذي جاء به ما يلي : " حيث أن المادة 182 من ق ت لا تتعلق إلا بالسكانات الملحقة بالمحلات التجارية وليس بالمحلات التجارية كما أنها تخص الملكية التي تمت بدون عوض و الثابت في هذه الدعوى أن الأمر يتعلق بمحل تجاري تم اكتسابه عن طريق الهبة بعقد رسمي " راجع المجلة القضائية الصادرة سنة 1998 العدد الأول ص 155.

² ينبغي الإشارة هنا أن التعويض لا يقصد به تعويض الاستحقاق باعتبار أن المحل المسترجع ليس بمحل تجاري و إنما محل سكني ينبغي أن يساوي طبقا لهذه المادة نسبة أهميته ولم نبين لنا هذه المادة أو المواد التي تليها المقاييس التي ينبغي على القاضي الاعتماد عليها لحساب هذا التعويض هذا من جهة ، ومن جهة أخرى بفلت هذا التقدير من مراقبة المحكمة العليا .
³ كوفاة المسترجع مثلا .

استرجاع القطعة الرضية من أجل بناء سكن : يستنتج نص المادة 183 ق ت جواز ممارسة المؤجر المالك حقه في استرجاع القطعة الأرضية اللصيقة بهذا المحل بهدف إنشاء عليها محل سكنى دون أن يؤدي هذا الاسترجاع إلى دفع تعويض استحقاقى إلى المستأجر مخلي لهذا الجزء : " لا يحتج بحق الاسترجاع ¹ على المالك الذي حصل على رخصة بناء محل سكن على كل أو جزء من إحدى قطع الأرض المشار إليها في المادة 2/169... " ، غير أنه واستثنائياً أجاز للمستأجر طلب التعويض الاستحقاق إذا أثبت هذا الاسترجاع نتج عنه توقف نشاطه التجاري أو الصناعي ففي هذه الحالة تدخل المشرع لحماية المؤسسة التجارية أساس الملكية التجارية (المادة 3/183 من ق ت) و من جهة أخرى أجاز للمؤجر المالك المسترجع تفادي دفع هذا التعويض و اقتراح على مستأجره محل آخر يكون موافق لحاجيات و إمكانيات هذا الأخير و متواجد بمكان مماثل للمحل الأول في الشهرة و السمعة التجارية فلذا وافق المستأجر على المحل الجديد توقف النزاع أما إذا ما رفض فعلى من يهيمه التعجيل رفع دعوى قضائية أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها المحل المتنازع عليه للمطالبة بتقدير تعويض الاستحقاق وفقاً لما هو مقرر بالمادة 192 ق ت.

و عليه لا يستطيع المؤجر الذي يرغب في استرجاع القطعة الأرضية اللصيقة بالأماكن المؤجرة الإفلات من الملكية التجاري إلا إذا ارتبط الاسترجاع بحل معين و توافرت الشروط القانونية المنصوص عليها بالمادة 183 من ق ت : " لا يحتج بحق الاسترجاع على المالك... لبناء محل سكنى على كل أو جزء من إحدى قطع الأرض المشار إليها في المادة 2/169 " و يقصد بالأراضي المشار إليها بالمادة 2/169 ق ت الأراضي العارية التي شيدت عليها بنايات معدة للاستغلال التجاري أو الصناعي بترخيص و موافقة المالك عل هذا التشييد ، لأن فقط هذا النوع من الأراضي العارية يخلق الملكية التجارية و تكسب مستأجرها الحق في طلب التجديد و طلب التعويض الاستحقاق في حالة رفض التجديد كما أن حق الاسترجاع يخص فقط قطعة الأرض المتبقية بدون بناء و ليس البناية المشيد عليها المحل التجاري . يستنتج من المادة 183 من ق ت الشروط التالية :

¹لينبغي الإشارة إلى أنه ورد خطأ عبارة حق الاسترجاع فالحق الذي قصده المشرع هو حق التجديد فيالرجوع إلى ترجمة النص بالفرنسية جاءت صحيحة le droit au renouvellement

حصول المالك على رخصة بناء مسبقا : بحيث يجب تحت طائلة بطلان التنبيه بالإخلاء أن يسبق هذا التنبيه تسليم الإدارة المختصة رخصة بناء للمالك طالب الاسترجاع ، و يستنتج ذلك من استعمال المشرع بنص هذه المادة الفعل الماضي .

بناء محل سكني : إن استرجاع القطعة الأرضية من أجل بناء محل تجاري لا يمنح المؤجر المسترجع حق ممارسة الاسترجاع دون دفع تعويض الاستحقاق وكذلك شأن البناء المختلط . الاسترجاع يخص فقط الجزء الضروري للبناء : ويقدر ذلك حسب حاجيات البناية المشيدة على القطعة الأرضية.

بهذا نكون قد انتهين ا من تحليل الأسباب الخطيرة و المشروعة التي يلجأ إليها المؤجر للتخلص من التزامه بدفع تعويض الاستحقاق لجبر الضرر الذي أصاب المستأجر ، و التي تتلخص في خطأ المستأجر أو المصلحة المشروعة للمؤجر لنطرح السؤال التالي ماذا يترتب عن تحقق احد الأسباب المشروعة أو الخطيرة المشار إليها أعلاه ؟

الفرع الثاني:

ما يترتب على تحقق السبب الخطير و المشروع

إن ارتكاب المستأجر لمخالفة من هذه المخالفات أثناء علاقته الإيجارية يجبر المؤجر على اختيار إحدى الطريقتين لإنهاء العلاقة الإيجارية ، بحيث يستطيع وضع حد للعلاقة الإيجارية قبل انتهاء عقد الإيجار التجاري بطلب فسخ العقد طبقا للقواعد العامة¹ أو انتظار نفاذ المدة المقررة للإيجار ورفض تجديد العقد و الاحتجاج بها للتخلص من دفع تعويض الاستحقاق .

أولا : طلب فسخ عقد الإيجار التجاري

قد تنتهي حياة عقد الإيجار التجاري قبل نفاذ مدته عن طريق مطالبة المؤجر الفسخ ، الذي يترتب عنه فقدان الحق في تعويض الاستحقاق و اندثار عناصر المحل التجاري و من بينها

¹ " من المقرر قانونا في النزاع المتعلق بالعقد الملزم للطرفين انه على قضاة الموضوع أن يجسموا النزاع حول المبادئ بالامتناع عن تنفيذ التزاماته و ذلك بتطبيق قواعد الإثبات لتحديد المتسبب في فسخ العقد . " مح . عليا.غ. التجا و البح. ملف رقم 347353 قرار 2005-07-06 ، نشرة القضاة 2010 ، العدد 65 ، ص 345 .

عدم تنفيذ المستأجر لالتزاماته التعاقدية و التي يمكن حصرها كما جاءت في القانون المدني،
بلاللتزام بالمحافظة على الأماكن المؤجرة و العناية بها كرب العائلة الحريص و وفقا لما
نصت عليه المادة 495 ق م فهو مسئول عما يلحق بها من فساد أو هلاك تسبب هو فيه ، و
كما الالتزام بدفع بدل الإيجار حسب ما ورد الاتفاق عليه أثناء إبرام الإيجار التجاري طبقا
للمادة 498 ق م ، و أخيرا الالتزام برد العين المؤجرة عند انتهاء مدة العقد على الحالة التي
تسلمها عليها (المادة 502 ق م).

يحكم فسخ عقد الإيجار التجاري القواعد العامة التي استفاض الفقه في تناولها لهذا السبب
نود أن تقتصر تحليلنا على حالة الفسخ عند تحقق مخالفة من المخالفات المشار إليها أعلاه و
نطرح الإشكال التالي : إذا ما قرر المؤجر الاحتجاج بعدم التنفيذ المستأجر لالتزاماته لطلب
فسخ عقد إيجار التجاري فهل يلتزم بتوجيه تنبيه بالإخلاء إلى المستأجر كما هو مشروط في
المادة 173 من ق ت أم لا ؟

طبقا لما هو مقرر بالمادة 173 ق ت لا ينتهي إيجار المحل التجاري إلا بأثر التنبيه بالإخلاء:
" لا ينتهي إيجار المحلات الخاصة بهذه الحكام إلا بأثر تنبيه بالإخلاء" تطرح هذه المادة
إشكال بالنسبة للمؤجر الذي يريد إنهاء العلاقة الإيجارية عن طريق ممارسته لدعوى الفسخ
المقررة بالمادتين 119 و 164 من ق م من حيث وجوب توجيه تنبيه بالإخلاء أو عدم
وجوبه ؟

1-موقف القضاء : لم يستقر القضاء على موقف واحد في تعامله مع هذا الإشكال ، فذهب
البعض من القضاء إلى إعفاء المؤجر من توجيه التنبيه بالإخلاء في حالة رفع دعوى الفسخ
بينما قضت قرارات أخرى بإلزامية توجيه التنبيه بالإخلاء عند رفع هذه الدعوى .

أ-الاستغناء عن التنبيه بالإخلاء في حالة المطالبة بالفسخ : ذهبت بعض قرارات المحكمة
العليا إلى إعفاء المؤجر الذي قرر طلب فسخ عقد إيجار التجاري من توجيه تنبيه بالإخلاء

إلى المستأجر بحكم أن الفسخ ينهي عقد الإيجار بقوة القانون و يمكن ذكر على سبيل المثال القرار المؤرخ في 1990/02/24¹ الذي تتلخص وقائعه فيما يلي :

قام مستأجر لاماكن معدة لممارسة تجارة بتأجير الأماكن إلى شخص آخر دون أن يتحصل على موافقة من المؤجر وفي نفس الوقت توقف عن دفعة بدل الإيجار ، على إثر علم هذا الأخير بذلك قام بتوجيهه إلى المستأجر إنذار يدعو فيه إلى دفع مستحقات الأجرة إلا أن المستأجر لم يبالى بالإنذار ، و بعد نفاذ الأجل المقرر لتوقف المخالفة رفع المؤجر دعوى من أجل فسخ عقد إيجار التجاري و القضاء بطرد المستأجر من الأماكن المؤجرة ، الطلب الذي استجاب له قاضي أول درجة و أيده قضاة المجلس بقضائهم بفسخ عقد الإيجار التجاري و طرد المستأجر و كل شاغل بإذنه من المحل موضوع النزاع .

طعن المستأجر في هذا القرار بحجة أن عقد الإيجار التجاري الذي يجمعه بالمؤجر لا يجوز إنهائه إلا بأثر التنبيه بالإخلاء كما هو مقرر بالمادة 173 من القانون التجاري و مادام المؤجر لم يوجه هذا التنبيه إلى المستأجر فلا يستطيع إنهاء العلاقة الإيجارية .

اعتبر قضاة المحكمة العليا أن القضاء بفسخ العقد لإخلال المستأجر بالتزاماته لا يستوجب توجيه تنبيه بالإخلاء وقل لها تقتضيه المادة 173 ق ت ما دام أن الفسخ قد أنهى عقد الإيجار بحكم القانون و لا بالرفض الإرادي لتجديد الإيجار من المؤجر مما لا يعطي الحق للمستأجر الطاعن في الحصول على تعويض الاستحقاق المنصوص عليه في المادة 176 من ق ت ."

ب- إلزامية توجيه التنبيه بالإخلاء عند دعوى الفسخ : تمسك البعض من قضاة المحكمة العليا بإلزامية التنبيه بالإخلاء على الرغم من اختيار المؤجر طريق الفسخ بسبب عدم تنفيذ

¹ غ التجا و البج ، ملف رقم 65916 و الذي جاء به ما يلي : " ولما كان من الثابت في قضية الحالة أن المستأجر أجر المحل من الباطن ولم يتم دفع الإيجار رغم توجيه الإنذار له و بعد فوات الأجل فإن قضاة الموضوع بفسخهم لعقد الإيجار و القضاء بطرد المستأجر طبقوا صحيح القانون " القرار المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1993 العدد 2 ص 98.

هذا لمستأجر لأحد التزاماته قانونية كانت أو تعاقدية و من أمثلة القرارات التي تبنت هذا الموقف القرار المؤرخ في 1997/12/16¹ القضية التي تتلخص وقاعها كالتالي :

على إثر إخلال مستأجر محل تجاري بأحد التزاماتها الايجارية رفع المؤجر دعوى ملتمسا من المحكمة فسخ عقد الإيجار الذي يجمع الطرفين ، استجاب قاض أول درجة إلى طلب المستأجر وقضى بفسخ العقد وبطرد المستأجر و كل شاغر بإذنه من المحل موضوع النزاع الحكم الذي أيده قضاة المجلس و الذي طرح لمراقبة المحكمة العليا .

طرح على قضاة هذه المحكمة نفس السؤال الذي سبق طرحه في القضية المشار إليها أعلاه أي هل يجب على المؤجر الذي يطلب فسخ عقد الإيجار الاتجاري بسبب عدم تنفيذ المستأجر لأحد التزاماته الايجارية أن يسبق دعواه بتوجيه تنبيه بالإخلاء لهذا الأخير ؟ أجاب قضاة المحكمة العليا عن هذا السؤال بما يلي : " حيث أنه وطبقا للمادة 173 من ق ت يتعين على المؤجر الذي يريد إنهاء الإيجار أن يبلغ تنبيهها بالإخلاء للمستأجر لإخلاء المحل و بمنحه مهلة 6 أشهر ، حيث أن توجيه التنبيه بالإخلاء المبين أعلاه لا يمنع المؤجر من احترام الإجراءات المنصوص عليها بالمادة 177 من ق ت المتعلق بالأخطاء التي ترتكب من قبل المستأجر . وبما أن القرار المطعون فيه قضى بفسخ عقد الإيجار التوثيقي المؤرخ في 1991/05/15 دون احترام المادتين 173 و 177 فإنه حرف القانون و يستحق النقض " .

2-موقف الفقه : استحسّن الفقه² موقف القضاء الأول القائل بأن التنبيه بالإخلاء يعد إجراء غير مطلوب في حالة ارتكاب المستأجر أحد الأخطاء المنصوص عليها بالمادة 177 من ق ت ، مستندا على ما يلي:

¹ مح العليا ، غ التجا و البيح ، قرار 1997/12/16 ملف رقم 143630 ، نشرة القضاة ، 1999 ، العدد 55 ، ص 244 .
² حمدي عمر باشا : دراسات قانونية مختلفة ، المرجع السابق ، ص 33 و ما يليها .

في الفقه مناقشة الفقه لمحتوى المادة 173 من ق ت اعتبار ان حكمها يتعلق ب عقد الإيجار التجاري الذي لم يخل فيه المستأجر بالتزاماته الايجارية و الذي لبد لإنهائه من توجيه تنبيه بالإخلاء و أن المادة 177 ق ت حسب اعتقادهم لم تشترط توجيه تنبيه بالإخلاء بل مجرد إنذار ، فللتنبيه بالإخلاء يجب أن يعاد فيه ذكر حرفيا مضمون المادة 194 ق ت تحت طائلة البطلان وما دام أن هذه المادة تتعلق بمسألة تعيين خبير لتقييم تعويض الاستحقاق فما الجدوى من ذكره بالنسبة للمؤجر الذي يريد المطالبة بفسخ عقد الإيجار التجاري .

نرى تحليل هذه المسألة من زاوية أخرى فنعتقد أنه يجب التمييز ما بين دعوى الفسخ و دعوى رفض التجديد عقد الإيجار التجاري الذي انتهت مدته الاتفاقية أو القانونية دون منح تعويض الاستحقاق.

وفقا لما جاء بالمادة 119 ق م فإن الفسخ يطرح خلال تنفيذ العقد وليس بعد نهايته : " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه... " ، فعلى المؤجر أن يختار إذن إحدى الطريقتين إما الاحتجاج بعدم تنفيذ المستأجر لالتزامه التعاقدية و طلب الفسخ و في هذه الحالة يجب عليه رفع دعواه قبل الستة أشهر الأخيرة لنهاية العقد ولا يحتاج هنا إلى توجيه تنبيه بالإخلاء لأن الغرض من الفسخ هو انحلال عقد القائم و ليس رفض تجديد لعقد منتهي .

أما إذا رفع دعواه خلال الستة أشهر الأخيرة لحياة العقد ف يفسر هذا الإجراء على انه احتجاج بمخالفة و الغرض منه رفض التجديد عند نهاية العقد دون دفع تعويض الاستحقاق و بما أن العقد لا ينتهي إلا بأثر التنبيه بالإخلاء طبقا لما جاء بالمادة 176 ق ت فعلى المؤجر توجيه هذا التنبيه مسببا بهذه المخالفة مع الإشارة أن العقد لا ينتهي يوم توجيه التنبيه بالإخلاء و إنما بعد انتهاء المدة المقررة له .

تختلف دعوى الفسخ عن دعوى رفض التجديد دون دفع تعويض الاستحقاق بسبب عدم تنفيذ المستأجر لالتزاماته التعاقدية وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006-06-07¹ الذي جاء بمنطوقه ما يلي : " حيث أن هذا الإجراء (التنبيه بالإخلاء) في

¹ مح .عليا.غ. التجا و البج. ملف رقم 354366 قرار 2006-02-01.، المج القضا للمحكمة العليا 2006 ، العدد 2، ص 311 . جاء أيضا بقرار آخر عن المحكمة العليا ما يلي : " لا يشترط توجيه التنبيه بالإخلاء ، لقبول دعوى متى كان من المقرر قانونا أن الدعوى التي تهدف إلى الحكم على المستأجر بالخروج من المحل التجاري بسبب تغيير تخصيصه أو بيع جزء منه ، تدخل في إطار القاعدة العامة التي سنها القانون المدني

حالة ثبوت ارتكاب المستأجر خطأ أو مخالفة التزام يترتب عليه فسخ العقد دون تعويض يصبح بدون جدوى ، و لا يشترط لقبول دعوى الإخلاء على هذا الأساس سوى احترام الإجراءات المنصوص عليها بأحكام المادة 177 ق ت لهذا فالوجه مؤسس و يؤدي إلى النقض دون حاجة إلى مناقشة الوجه الأول .".

أما عن حلول الإنذار محل التنبيه بالإخلاء في هذه الحالة فإن رأينا يخالف كذلك موقف ما ذهب إليه البعض من الفقه¹ ، بحيث أن الإنذار الذي اشترطته المادة 177 ق ت لم يقصد من ورائه المشرع حله محل التنبيه بالإخلاء و إنما فقط تحديد وسيلة لإثبات المخالفة المنصوص عليها في المادة المشار إليها أعلاه فسواء دفع بهذه المخالفة لطلب فسخ عقد الإيجار التجاري ، أو بالتنبيه بالإخلاء لرفض تجديد الإيجار دون دفع التعويض الاستحقاقي لا يقبل القانون وسيلة أخرى لإثبات هذه المخالفة غير الإنذار الغير القضائي و محضر إثبات حالة ثاني محرر من قبل المحضر القضائي شهرا بعد الإنذار الأول يثبت تواصل هذه المخالفة .

ثانياً: الاحتجاج بارتكاب المستأجر مخالفة عند رفض التجديد

يستنتج من الفقرة الثانية للمادة 177 ق ت انه لا يكفي دفع المؤجر بارتكاب المستأجر لمخالفة من المخالفات المنصوص عليها بنفس المادة من أجل رفض تجديد عقد الإيجار دون دفع التعويض الاستحقاقي ، و لا يكفي أيضا وجود المخالفة في حد ذاتها بل يجب إثبات تواصلها لمدة تفوق الشهر فالمخالفة في نظر هذه المادة لا تبدأ يوم الارتكاب وإنما من يوم تمام شهر على وجودها " : غير أنه إذا كان الأمر يتعلق إما بعدم تنفيذ التزام و إما بالتوقف عن استغلال المحل التجاري دون سبب جدي و مشروع فإنه لا يجوز الإدعاء بالمخالفة المقترفة من قبل المستأجر نظرا لأحكام المادة 172 إلا إذا تواصل ارتكابها أو تجديدها

في أحكام المادتين 491 و 492 و تسمى بدعوى الفسخ و هي تميز عن دعوى رفض عقد الإيجار التي تنص عليها المادتين 176 و 177 من القانون التجاري و التي تتطلب إنهاء العقد بتنبيه بالإخلاء طبقا لنص المادة 173 من نفس القانون ، و من ثم فالمجلس القضائي الذي قضى برفض دعوى الطاعنين تأسيسا على أنها لم تكن مسبقة بتنبيه بالإخلاء قد أخطأ في تطبيق القانون . " . مح . عليا.غ. التجا و البح. ملف رقم 37357، المج القضا للمحكمة العليا .

¹ حمدي عمر باشا : المرجع السابق ، ص 34 .

لأكثر من شهر بعد إنذار المؤجر بتوقفها ، و يجب أن يتم هذا الإنذار و إلا كان باطلا بعقد غير قضائي مع إيضاح السبب المستند إليه و ذكر مضمون هذه الفقرة".

1-إثبات المخالفة : تختلف طريقة إثبات المخالفة بحسب اختلاف السبب لذي يحتج به المؤجر ، فإذا كان السبب عدم تنفيذ التزام قانوني أو تعاقدي تثبت المخالفة بموجب عقد غير قضائي تحت طائلة البطلان طبقا لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 177 ق ت و يتضمن محرر إثبات المخالفة إنذار بالكف عن ارتكابها .

تشدد المشرع في تحديد طريقة إثبات المخالفة إلا أن هذا تشدده لا يتوقف عند إثبات المخالفة بل يجب من اجل الاحتجاج المؤجر بها أن يثبت أيضا تواصلها لمدة شهر بموجب بعقد غير قضائي تحت طائلة البطلان أيضا¹ .

يبدوا من خلال الحكم المشار إليه أعلاه أن المشرع لم يترك وسيلة الإثبات للقواعد العامة لطرق الإثبات و إنما حددها بعقد غير قضائي يتضمن السبب المستند إليه و ذكر الفقرة الثالثة من المادة 177 ق ت و إثبات تواصل المخالفة أيضا عن طريق المحضر القضائي تحت طائلة بطلان هذه الوثيقة ، و من تم بطلان التنبية بالإخلاء و إلزام المؤجر الذي رفض التجديد بدفع التعويض الاستحقاقى . الحكم الذي ذكرت به القضاء في قرارات عديدة مثال ذلك ما جاء في مبدأ أحد قراراتها المؤرخ في 14/02/1994² : " من المقرر قانونا أنه يجب أن يتم الإنذار بالمخالفة و إلا كان باطلا بعقد غير قضائي مع إيضاح السبب المستند إليه و ذكر مضمون الفقرة من هذه المادة .

ومن الثابت في قضية الحال أن الإنذار الموجه للمستأجر بتاريخ 20 أبريل 1991 المؤسس على المادة 177 من ق ت مما يؤدي إلى بطلان الإنذار لفساد الإجراءات التابعة خلافا لما اقره قضاة الموضوع مما يؤدي غلى نقض القرار " .

¹ جنادي جيلالي : الإجراءات التجارية في القانون التجاري الجزائري ، المرجع السابق ص 129 و ما يليها - حزيط محمد ، حق الاسترجاع ، المرجع السابق ، ص 53 و ما يليها .
" من المقرر قانونا انه لا يمكن الاحتجاج بالمخالفة المرتكبة من طرف المستأجر إذا تعلق الأمر أما بعدم تنفيذ التزام و إما بالتوقف عن استغلال المحل التجاري دون سبب جدي و مشروع إلا إذا تواصلت أو جددت هذه المخالفة بعد أكثر من شهر ابتداء من تاريخ الاعذار الموجه من المؤجر إلى المستأجر بغرض وضع حد للمخالفة " . مح. عليا . غ . تجا و بح . رقم 34738 ، 1985/11/02 ، مج ، قضا 1990 ، عدد 2 ، ص 124 .
² غ . التجا و البج ، ملف رقم 114949 ، المجلة القضائية للمحكمة العليا 1994 ، العدد 1 ، ص و الذي بحيثياته ما يلي : (عن تحت الوجه الثاني : المأخوذ من الخطأ في تطبيق المادة إلا إن الإنذار الموجه للمستأجر الطاعن لا يشير إلى ذلك حيث إن إغفال مقتضيات القانونية للمادة 177 يجازي ببطلان إنذار وفساد الإجراءات التابعة له حيث متى كان ذلك فإن الوجه الثاني كالأول مبرر ويؤدي إلى نقض القرار المنتقد " الرجوع إلى المجلة القضائية لسنة 1999 العدد الخاص ص 129 و ما يليها .

لا يجوز الادعاء بالمخالفة المقترفة من قبل المستأجر نظرا لأحكام المادة 172 ، إلا إذا تواصل ارتكابها أو تجديدها لأكثر من شهر بعد إنذار المؤجر بتوقفها ، و يجب أن يتم هذا الإنذار و إلا كان باطلا بعقد غير قضائي مع إيضاح السبب المستند إليه و ذكر مضمون هذه الفقرة . " المادة التي وجد حكمها بالمادة 9 من مرسوم 1953 السابق التطبيق .

بذلك يكون الاعذار ضروري خاصة إذا كان سبب الرفض يتعلق بالإخلال بشرط من شروط العقد كالالتزامات التي لها طبيعة الاستمرار مثال ذلك عدم أداء بدل الإيجار أو عدم تنفيذ الالتزام بالصيانة أو الغياب المؤقت عن الاستغلال أو أخيرا عدم احترام تخصيص الأماكن .

جاء المشروع بأمثلة عن السبب الخطير و المشروع على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر مانحا بذلك للقضاء صلاحية تقدير الخطأ الخطير في كثير من قراراته التي من بين المعايير التي استقرت عليها فيما يخص مخالفة تغيير تخصيص الأمكنة حتى تعتبر سبب خطير يجب أن يسبب التغيير خطرا للمؤجر ، جاء عنها في احد قراراتها : " أن تغيير نشاط المحل التجاري لا يسبب أي ضرر بالمؤجرين لا يمكن اعتباره خطأ جسيما . " ¹

و بقرار آخر اعتبرت عدم اعتراض المؤجر على تغيير النشاط التجاري بعد الإعلان عنه في الجرائد و المركز الوطني للسجل التجاري يعتبر موافقة و لا يمكن الاحتجاج به كسبب مشروع و خطير ² ، كما ذهب إلى الأخذ بمعيار انعدام السبب لواقعة غلق المحل معتبرة أن الغلق من اجل أداء فريضة الحج لا يعد بمخالفة حتى و إن تم إثباتها ³ .

أما إذا كانت المخالفة عبارة عن خطأ جزائي فيكفي إثباتها بالحكم الجزائي النهائي ⁴ الذي أدان المستأجر و تضمنين التنبيه بالإخلاء هذا السبب الخطير مع تاريخ ثبوت الإدانة و تبيان الجهة القضائية التي قضت بذلك .

في نفس الشأن وضع القضاء الفرنسي عند تعداده للأخطاء التي تبرر رفض التجديد بدون دفع تعويض الإخلاء معيار الخطأ المؤثر على العلاقة التعاقدية بين الأطراف، و لا يهم أن

¹ قرار ، مح . عليا غ . تجا و بح . رقم 171705 ، 1998/09/22 ، نش . قضا . 1999 ، عدد 56 ، ص 70 .
² مثال ذلك ما جاء في احد قراراتها جاء عن المحكمة العليا أن إنشاء تجارة جديدة بالأماكن المؤجرة دون اعتراض المؤجر بعد إعلان عن ذلك في الجرائد و في المركز الوطني للسجل التجاري لا يعد تغيير تخصيص الأماكن المؤجرة التي حولت من حانة لبيع المشروبات الكحولية إلى محل تجاري لبيع الأحمية و بالتالي لم تعتبر في هذه الحالة تغيير تخصيص سبب خطير و مشروع يبرر رفض التجديد بدون دفع تعويض الاستحقاق .
قرار ، مح . عليا غ . تجا و بح . رقم 35464 ، 1985/04/06 ، مج . قضا . 1989 ، عدد 02 ، ص 120 .
³ " المبدأ : لا يعد غلق المحل التجاري لأداء فريضة الحج ، مخالفة بمفهوم المادة 177 من ق . ت . " قرار ، مح . عليا غ . تجا و بح . رقم 372313 ، 2006/01/04 ، مج . قضا . 2006 ، عدد 2 ، ص 347 .
⁴ في حالة ارتكاب المستأجر لمخالفة جزائية اعتبر القضاء الفرنسي أن هذه المخالفة لا تشترط إنذار مسبق .
: « La mise en demeures n'est pas nécessaire lorsque le refus de renouvellement repose sur des fautes délictuelles. » Cass.civ. 05/03/1980 Rev, loy ,1980, p313.

كان الخطأ خارج عن عقد الإيجار التجاري¹ . وفقا لهذا المعيار ادخل القضاء الفرنسي في نطاق الأسباب الخطيرة و المشروعة الأفعال المجرمة التي يرتكبها المستأجر في حق المؤجر كالضرب أو السب و الشتم و غيرها من الجرائم، و لا يشترط القضاء في هذه الحالة توجيه اعذرا² .

2-تضمين التنبيه بالإخلاء نوع المخالفة : إن تسبب رفض التجديد لوجود مخالفة من المخالفات المنصوص عليها قانونا ليست إلا وسيلة تمكن المؤجر من استرجاع الأماكن المؤجرة دون دفع تعويض الاستحقاق ينبغي إذن أن يتضمن التنبيه بالإخلاء تحت طائلة بطلان هذا التنبيه أو وثيقة الرفض نوع المخالفة . يلخص بنا القول ارتكاب المستأجر لإحدى الأخطاء العقدية أو الشخصية المشار إليها سابقا و تمكن المؤجر من إثباتها يفقده الحق في المطالبة بتعويض استحقاقه عند الإخلاء .

لم يتوقف المشرع عند هذه المخالفات من أجل تخليص المؤجر من دفع تعويض الاستحقاق بل جاء عنه أسباب قانونية أخرى تدخل ضمن مصلحة المؤجر المشروعة في استرجاعه للأماكن المؤجرة و هذا ما سنحاول تحليله بالفرع الثاني من هذا البحث .

بالإضافة إلى الالتزامات العامة الـزم المشرع الهـستأجر خلال تنفيذـه للإيجار التجاري استغلاله للأمكنة المؤجرة فعليا فتوقفه عن الاستغلال النشاط التجاري أو الصناعي أو الحرفي دون سبب جدي و مشروع ، يعد سبب خطير يحرم المستأجر من الحق في تعويض الاستحقاق ، و يبرر رفض المؤجر بدون سداد أي تعويض " غير انه إذا كان الأمر يتعلق بعدم تنفيذ التزام و إما بالتوقف عن استغلال المحل التجاري دون سبب جدي و مشروع .." (ما 2/177 ق ت) .

في حين و فيما عدا الالتزامات العامة المنصوص عليها بالقانون المدني و الخاصة بالمستأجر عموما فان المشرع تشدد في إثبات السبب الخطير و المشروع و أخضعه لحكم خاص بحيث يجب أن يكون الإثبات بموجب عقد غير قضائي .

¹ Françoise Auque : Les baux commerciaux théorie et pratique .op .cit .p 269 .

² J. Lassier : baux commerciaux industrielle, et artisanaux, op , cit , p 131.

لا يكفي إثبات ارتكاب المخالفة و إنما يجب إثبات تواصل ارتكابها لأكثر من شهر بعد الاعذار و لعل الهدف من ذلك منح اجل إلى المستأجر من اجل تصحيح وضعيته بتوجيه له إنذار بالكف عن المخالفة ثم يتبعه بعد شهر معاينة لإثبات تواصل المخالفة نصت الفقرة الثانية من المادة 177 من ق ت على ما يلي : " غير انه إذا كان الأمر يتعلق بعدم تنفيذ التزام و إما بالتوقف عن استغلال المحل التجاري دون سبب جدي و مشروع فانه و نخلص بذلك إلى أن عدم تبرير المؤجر لسبب خطير و مشروع بالمفهوم الذي جاء به المشرع و القضاء لا يعني حرمان المؤجر من استرجاع ملكيته و إنما يوجهه إلى عرض تعويض استحقاق كبديل عن رفضه للتجديد بدون سبب ، غير أن هذا الرفض مع عرض تعويض الاستحقاق يخضع لإجراءات حددها المشرع و يمكن حصرها في إجراءات سابقة عن رفع الدعوى و إجراءات خاصة برفع الدعوى هذا ما سنتناوله بالمطلب الموالي .

المطلب الثاني :

الإجراءات المؤدية إلى الحكم بتقدير تعويض الاستحقاق

لا يكفي اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق و إنما يجب الحصول عليه في زمن المحدد و هو زمن نهاية عقد الإيجار التجاري بسبب رفض التجديد بدون سبب مشروع أو خطير و بدون سبب تاما .

حصر المشرع إجراءات ينتهي بها عقد الإيجار سواء في ضل الأمر 59-75 المتضمن القانون التجاري أو في ضل القانون رقم 02-05 المعدل و المتمم للقانون التجاري في حالة اشتراط تعويض الاستحقاق و التنبيه بالإخلاء ، أما إذا ابرم عقد الإيجار التجاري في ضل هذا القانون دون اشتراط لا تعويض الاستحقاق و لا تنبيه بالإخلاء فانه ينتهي بانتهاء مدته تلقائيا و لا يفتح الحق في الإيجار برمته سنستبعد هذه الحالة من هذا المبحث لنعود إليها في الفصل الثاني من هذا الباب .

إن دراسة هذا المبحث تستدعي منا الحديث عن إجراءات واجب اتخاذها تسبق رفع الدعوى القضائية و أخرى تواكب الدعوى القضائية للحصول على تقويم تعويض الاستحقاق الشيء الذي نرى معه تقسيم هذا المطلب إلى ما يلي :

- الفرع الأول : الإجراءات السابقة لرفع الدعوى القضائية
- الفرع الثاني : مباشرة دعوى المطالبة بتقدير تعويض الاستحقاق

الفرع الأول:

الإجراءات السابقة لرفع الدعوى القضائية

يعد عقد الإيجار عموماً من العقود المؤقتة فينتهي أصلاً بانتهاء المدة الزمنية التي حددها الأطراف له تنص ما 469 مكرر 1 من ق م : "ينتهي الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء ."، أما فيما خص عقد الإيجار التجاري فإنه يخضع لحكمين يختلفان بحسب تاريخ انعقاد هذا الإيجار .

فإذا ابرم عقد الإيجار التجاري في ضل تطبيق مرسوم 1953 أو في ضل الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري فانتهاء هذا العقد يخضع لأحكام الفقرة الأولى من المادة 173 من ق ت التي تقضي بما يلي : " لا ينتهي إيجار المحلات الخاصة بهذه الأحكام إلا بأثر تنبيه بالإخلاء حسبما جرت عليه العادات المحلية و في مدة ستة أشهر قبل الأجل على الأقل .".

أما إذا ابرم عقد الإيجار التجاري بعد صدور القانون رقم 05-02 المعدل و المتمم للقانون التجاري فيجب تطبيق حكم المادة 187 مكرر الذي جاء نصها بالفقرة الثانية منها كالتالي : "يلزم المستأجر بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون حاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء .. ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك .".

يظهر الاختلاف بين الفترتين فإذا ابرم عقد الإيجار التجاري قبل التعديل يستوجب انتهائه إجراء غير قضائي مسبق يسمى بالتنبيه بالإخلاء و الذي يعتبر من النظام العام يترتب عن عدم احترامه بطلان كل الإجراءات القضائية اللاحقة به من أجل تقدير تعويض الاستحقاق أو

غيرها ، أما إذا أبرم هذا العقد بعد التعديل فإن هذا العقد ينتهي بانتهاء المدة المحددة له إلا إذا اتفق الأطراف على إعلان عن انتهاءه عن طريق التنبيه بالإخلاء . ما هو إذا مفهوم و وظيفة التنبيه بالإخلاء و ما هي شروط صحته؟ التساؤلات التي سنحاول الإجابة عنها بهذا الفرع .

أولاً : مفهوم و وظيفة التنبيه بالإخلاء

يعرف التنبيه بالإخلاء على أنه تصرف قانوني بإرادة منفردة يعبر بواسطته المؤجر عن إرادته في إنهاء عقد الإيجار و إما تجديده بشروط جديدة أو رفضه لتجديده، فلا يشترط أن يقبله المستأجر¹ إلا أنه لا ينتج أثره إلا من يوم توصله به .

فالوظيفة المبدئية للتنبيه بالإخلاء تكمن في التذكير لتفادي عنصر المفاجأة إذا ما كان العقد محدد المدة ، أما إذا كان العقد غير محدد المدة في ضل أحكام القانون التجاري قبل التعديل فوظيفته الإعلام لتهيأ الموجه إليه التنبيه إما بقرار التجديد أو قرار رفض التجديد و هذا الخير هو الذي يهتم دراستنا هذه .

فإن اكتساب المستأجر لحقه في تعويض الاستحقاق لا يمنحه الحق في المطالبة به بدعوى مستقلة ، أو فور انتهاء عقد الإيجار مباشرة بل يتوقف الحصول على هذا التعويض على مبادرة المؤجر بتوجيه التنبيه بالإخلاء المتضمن رفضه التجديد² .

يعتبر بالتالي التنبيه بالإخلاء وثيقة حاسمة و ضرورية تسبق تحريك الدعوى القضائية الرامية لتقييم تعويض الاستحقاق بل أكثر من ذلك فإنه ، و قبل المرور إلى الفصل في تعويض الاستحقاق يستوجب على القاضي مراقبة صحة هذا التنبيه من حيث شكله و مضمونه و سببه ثم المصادقة عليه بحكم قضائي و الفصل في مرحلة ثانية في قيمة تعويض الاستحقاق .

فإذا استوفى التنبيه بالإخلاء شروطه و بياناته ، يقف أثره عند حد منح المؤجر الحق في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالمصادقة عليه ، فيكون الحكم القاضي بالمصادقة عليه هو

¹ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، المجلد الأول، الجزء السادس، ص 778 و ما يليها .
² " : التنبيه بالإخلاء هو إعلان المؤجر و تعبير عن نيته في رفض تجديد عقد الإيجار للمستأجر .. " جنادي جيلالي، المرجع السابق، ص 73 .

وحده الذي ينهي العلاقة الايجارية ، فمن له الحق في اخذ المبادرة بتوجيه التنبيه بالإخلاء ،
و من له الحق في عرض هذا التنبيه لمراقبة القضاء ؟

1-من له الحق في المبادرة بتوجيه التنبيه بالإخلاء ؟

إن نية المشرع بأحكام الإيجارات التجارية انصرفت إلى حماية المستأجر ومؤسسته بمنحه
الحق في التجديد و الحق في تعويض الاستحقاق ، غير أن المطالبة بهذا الحق الأخير تتوقف
على إرادة المؤجر في تجديد أو رفض تجديد العقد .

فالحق في تعويض الاستحقاق لا يتجسد و لا يحتج به إلا في حالة تعبير المؤجر عن إرادته
في رفض التجديد و سبق لنا أن الكشف عن الطريقة الوحيدة التي اقرها المشرع للتعبير عن
هذا الرفض و هي توجيه المؤجر لتنبيه بالإخلاء للمستأجر .

إن لم يفصح المشرع بصفة صريحة عن تحديد الطرف الموجه للتنبيه بالإخلاء إلا انه يفهم
ذلك من نص المادة 174 من ق ت بأنه شخص المؤجر : "في حالة عدم التنبيه بالإخلاء
يتعين على المستأجر الذي يرغب في الحصول على تجديد إيجاره .." ، كما يفهم ذلك أيضا
مما جاء بنص المادة 197 من ق ت التي نصت على : "إذا رفض المؤجر تجديد الإيجار.."

2-من له الحق في تقديم التنبيه بالإخلاء لمراقبة القضاء ؟

طبقا لما جاء بمضمون المادة 197 من ق ت يجوز للمستأجر مباشرة دعوى المصادقة على
التنبيه بالإخلاء بهدف منازعة سبب الرفض الذي تضمنه هذا لتنبيه أو لقبول عرض تعويض
الاستحقاق : " إذا رفض المؤجر تجديد الإيجار و يرغب المستأجر إما في منازعة سبب هذا
الرفض ، أو طلب سداد تعويض الإخلاء . " كما يجوز أيضا للمؤجر تقديم التنبيه بالإخلاء
لمراقبة القضاء و المصادقة عليه .

ثانيا: شروط صحة التنبيه بالإخلاء

يجب أن يحترم التنبيه بالإخلاء المدة المنصوص عليها بالمادة 173 من ق ت فإذا كان العقد محدد المدة وجب توجيهه قبل نهاية ستة أشهر على الأقل ، إما إن كان العقد غير محدد المدة فان توجيهه يمكن أن يتم في أي وقت مع منح المستأجر مهلة ستة أشهر ، و هي نفس المدة التي كانت مقررة في ضل تطبيق مرسوم 1953¹ و التي اعتمدها التشريع التونسي و المغربي².

غير أن هذه الوثيقة فيما عدا شرط المدة يجب أن تتضمن بيانات محددة و يجب تبليغها بكيفية أشار إليها المشرع صراحة .

1- شكل التنبيه بالإخلاء : لم يحدد المشرع شكل معين للتنبيه بالإخلاء إلا انه جاء بالفقرة الأخيرة من المادة 173 : " و يجب أن يتم التنبيه بالإخلاء بعقد غير قضائي و أن تبين الأسباب التي أدت إلى توجيهه مع إعادة ذكر مضمون المادة 194 و إلا اعتبر باطلا .". يتضح من قراءة هذه الفقرة أنه إذا كان التنبيه بالإخلاء تعبير عن إرادة المؤجر في إنهاء العلاقة الايجارية و رفض التجديد فلبد من الإفصاح بوضوح بوثيقة التنبيه عن سببه .

المقصود بتسبب التنبيه بالإخلاء تحديد المؤجر لإحدى الحالات التي أوردها المشرع بالمواد 177، 178، 181، 182 و 183 التي يستند عليها رفضه التجديد ، ليتمكن بذلك المستأجر من تحديد موقفه من السبب المثار و توجيه منازعته له من عدمها³.

أما عن موقف القضاء من تطبيق هذا الشرط فقد سبق لنا إيراد تباين تطبيقه لنص هذه المادة إذا ما عرض المؤجر بالتنبيه بالإخلاء رغبته في رفض التجديد و استعداده لدفع تعويض الاستحقاق ، هل مجرد عرض هذا التعويض كاف لتسبب التنبيه ، و انتهينا إلى ما استقر عليه القضاء حاليا من اعتبار مجرد عرض التعويض كاف لتسبب التنبيه بالإخلاء.

كما أن الفقه¹ ساند الاتجاه الذي انتهى إليه القضاء جاء عن حمدي باشا عمر قوله : " و نميل بدورنا إلى تأييد الاتجاه الأخير لان معنى تسبب التنبيه بالإخلاء هو ذكر الأساس القانوني

¹ Art 05 décret du 30 septembre 1953.

² الفصل 4 من قانون 25 ماي 1977 التونسي ، و الفصل 6 من ظهير 24 ماي 1955 المغربي .انظر الملحق رقم 2.
³ : " بالتالي أصبح من الضروري قانونا أن يبين المؤجر في التنبيه ما هي الحالة القانونية التي يندرج فيها طلبه لكي يتمكن المستأجر من التأكد من صحة الموقف ثم الإجابة أو السكوت أو تحضير دفاعه أو اتخاذ أي إجراء مناسب . " محمد الحبيب الطيب ، المرجع السابق ، ص 14 .

الذي يتمسك به المؤجر لاسترجاع محله و عرض تعويض الإخلاء يعد سببا قانونيا كافيا للمطالبة باسترجاع المحل.²

غير ان شرط تسبب الرفض لا يمنع المؤجر لاحقا من تقديم أوجه دفاع تثبت أن المستأجر لا يستحق تعويض الاستحقاق³، و أن مثل هذه الدفوع يستطيع المؤجر إثارتها في أي وقت من الدعوى ، و حتى كوجه جديد أمام المجلس عليه فقط إثبات انه توصل بهذه المعلومات حديثا ، و لم يكن يعلم بها أثناء توجيه التنبيه بالإخلاء .

عدم استقرار موقف القضاء في تحديد شكل و مضمون التنبيه بالإخلاء بصفة دقيقة ، جعل من الصعوبة مهمة صياغته ، و جعل من صحتها أمر جد معقد و مثير لكثير من النزاعات حيث يمضي الأطراف سنوات كثيرة من اجل البث فقط في صحة هذه الوثيقة ، مما ينتج عنه إهدار لحقوق الأطراف .

كما يجب أن تتضمن وثيقة التنبيه تحت طائلة البطلان أيضا محتوى المادة 194 من ق ت و التي تذكر الأطراف إجراءات التقاضي .

2- طريقة تبليغ التنبيه بالإخلاء :

يتضح من الفقرة الأخيرة للمادة 173 من ق.ت أن التنبيه بالإخلاء يجب تحت طائلة البطلان توجيهه بموجب عقد غير قضائي ، و هو نفس الحكم الذي كان مطبق في ضل سريان العمل بالمرسوم 30 سبتمبر 1953⁴ .

مما يفيد أن تنبيه بالإخلاء يجب أن يكون كتابي، و لا تكفي الكتابة بل يجب أن يكون موقعا بما انه تصرف قانوني يعبر عن إرادة المؤجر في إنهاء العقد و هذه الإرادة لا يكون لها محل إلا إذا كان التنبيه مكتوبا و موقعا .

¹ : " فإذا رغب المؤجر في استرجاع محله دون أية حالة من تلك الحالات الخاصة ، عند انتهاء مدة الإيجار المتفق عليه ، فعليه أن يعرض فقط التعويض الاستحقاقى استبدالاً للسبب المبرر من الأسباب المذكورة أعلاه ، أي بمقابل عدم التبرير ، و بالتالي يكف عرض التعويض كسبب التنبيه دون ذكر أي مبرر . " محمد الحبيب الطيب ، المرجع السابق ، ص 13 .

² المرجع السابق ، ص 166 .
³ خلال قانون 1926 و إلى غاية صدور قانون 30 جويلية 1960 كان القضاء الفرنسي مستقر على أن أسباب رفض التجديد هي فقط وسائل للدفاع ضد المؤجر و أن هذه الأسباب لا يجوز تعديلها أثناء سريان الدعوى .

⁴ Art 5 « ..Le congé doit être donné par acte extrajudiciaire.. ».

في هذا الشأن جاء عن القضاء الفرنسي وجوب توقيع التنبيه بالإخلاء تحت طائلة بطلان هذه الوثيقة¹ ، كما انه على المحضر القضائي أن يشهد انتقاله إلى المحل أو العمارة المؤجرة موضوع الإخلاء غي تاريخ ثابت بوثيقة التنبيه ، و يثبت بها مخاطبته للمعني بالأمر أو احد تابعيه ، و إحاطته علما بما جاء بالتنبيه ، و تسليمه نسخة منه ، و توقيع المتسلم ، أما إذا رفض الاستلام أو التوقيع يكفي أن يثبت المحضر ذلك الرفض بالمحضر مع الإشارة أن شهادة المحضر شهادة رسمية .

عن أهمية شكلية تبليغ التنبيه بالإخلاء جاء عن الفقيه ديموك Demogue في معنى قوله بان المشروع من خلال قانون 26 جوان 1926 أراد تكريس فكرة شكلية التنبيه بالإخلاء أو طلب التجديد و كل طلب يوجه بطريقة أخرى يكون باطلا بطلانا مطلقا و ليس نسبيا و لا يحق للمؤجر و لا للمستأجر أن يتنازل عن هذه الشكلية و قبول التنازل سيترتب عليه إمكانية التنازل عن جميع الشكليات التي تهدف لحماية عقد الإيجار التجاري و الحق في الإيجار²، و هو الأمر الذي سيؤدي إلى زعزعة النظرية الملكية التجارية ككل .

على خلاف ما جاء عن مشرعنا و المشرع الفرنسي فان المشرع المغربي اعتمد لتبليغ التنبيه بالإخلاء المعبر عنه بالإنذار بالإفراغ إما عن طريق كتابة الضبط أو عن طريق البريد المضمون الإشعار بالوصول أو عن الطريق الإداري³ .

أما الفقرة الأخيرة من الفصل الرابع من قانون 25 ماي 1977 التونسي فنصت على أن يقع التبليغ بواسطة عدل منفذ⁴ .

نتتهي إلى القول أن التنبيه بالإخلاء لا ينهي عقد الإيجار التجاري و لكنه يعلن عن نهايته فإذا ما استوفى شروطه و بياناته المطلوبة و بلغ في الأجل المحدد له و بالطريقة المنصوص عليها قانونا ، أنتج أثره لتبدأ مرحلة ثانية من الإجراءات القضائية الفاتحة لدعوى المطالبة بتعويض الاستحقاق .

¹ Tb. Civ. Lyon 28 Mars 1929 , DH.1929 p 296 .

² R. Demogue : revue trimestrielle droit civil 129 , p 1113, n 48 .

³ الفصل السادس من الظهير 1955 الذي يحيل إلى توجيه الإشعار بالإفراغ طبقا للكيفيات المنصوص عليها في الفصول 55-56-57 التي تقابل الفصول 37-38-39 من قانون المسطرة المدنية الحالية .

⁴ الفصلين 4 و 5 من القانون التونسي ، الرجوع إلى الملحق رقم 2 .

الفرع الثاني :

مباشرة الدعوى للمطالبة بتعويض الاستحقاق

سنعالج بهذا الفرع الإجراءات الواجب إتباعها من قبل المستأجر للحصول على حقه في تعويض الاستحقاق طبقا لما جاء بنص المادة 194 و 197 من ق ت .

تقضي الفقرة الثانية من المادة 194 بما يلي : " غير انه ، إذا طالب المستأجر بتعويض الإخلاء ، جاز للطرف الذي يهمله التعجيل أن يتم دعواه أمام رئيس المحكمة الناظرة في القضايا المستعجلة ليأمر بإجراءات الخبرة اللازمة ، و ذلك قبل انتهاء الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة .

يلحق تقرير الخبرة الذي يجب إيداعه في ظرف شهرين بكتابة الضبط ، بملف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة المختصة التي تفصل في الموضوع بعد إيداع التقرير المذكور . "

كما جاء بالمادة 197 من نفس القانون ما يلي : " إذا رفض المؤجر تجديد الإيجار و رغب المستأجر إما في منازعة سبب هذا الرفض ، أو طلب سداد تعويض الإخلاء فإنه يجب على هذا الأخير أن يرفع دعوى على المؤجر أمام المحكمة التي يكون موقع العمارة تابع لها . يجري مجرى ذلك إذا رفض المؤجر تجديد الإيجار حسب الشروط المحددة وفقا للمادة 195 أعلاه . يجب في هذه الحالة تبليغ التكليف بالحضور في ثلاثة أشهر من تاريخ تبليغ رفض التجديد و يحقق في القضية و يفصل فيها في مدة وجيزة ، و يجوز رفع الأحكام الصادرة بالدرجة النهائية إلى المجلس الأعلى . "

يتضح من خلال القراءة الأولية لما جاء بمقتضيات هاتين المادتين أن دعوى تعويض الاستحقاق التي يباشرها المستأجر صاحب الحق فيها و التي توافرت به الشروط المبينة أعلاه تتحدد إجراءاتها بالنظر إلى موقف المستأجر من التنبيه بالإخلاء ، فإذا قرر المستأجر منازعة صحة التنبيه بالإخلاء أو المنازعة السبب الذي تضمنه عليه إتباع إجراءات معينة ، أما إذا قرر عدم منازعة التنبيه بالإخلاء و مباشرة دعوى تقدير تعويض الاستحقاق فعليه إتباع إجراءات أخرى ، الإجراءات التي سنحاول الكشف عنها بهذا الفرع .

أولاً : الإجراءات في حالة منازعة صحة التنبيه بالإخلاء

تعد منازعة التنبيه بالإخلاء الحالة الأكثر شيوعاً في الحياة العملية فمنازعة صحة التنبيه بالإخلاء تطيل النزاع لفائدة المستأجر الذي يريد البقاء أطول وقت ممكن بالأماكن المؤجرة و تأخير بذلك عملية إخلاءه التي سيترتب عنها اندثار و تفكيك عناصر محله التجاري ، فإذا ما قرر المستأجر منازعة التنبيه بالإخلاء يستوجب عليه احترام الإجراءات التالية :

1-اجل رفع الدعوى : طبقاً لما جاء بالمادة 197 المشار إليها أعلاه لا يحتاج المستأجر إلى انتظار نفاذ مدة ستة أشهر المقررة للتنبيه بالإخلاء بل سمح له المشرع و بعد مضي فقط مدة ثلاثة أشهر الموالية لتاريخ توصله بالتنبيه بالإخلاء برفع دعوى قضائية من اجل منازعة صحة التنبيه و السبب الذي يستند عليه . جاء في هذا الشأن عن المحكمة العليا بتسبيب احد قراراتها ما يلي : "و لكن حيث أن رفع دعوى قبل مضي ثلاثة أشهر من تاريخ التنبيه بالإخلاء لا يضر بالإجراءات ، لان المهلة المذكورة ما هي إلا مهلة انتظار ."¹ ، و عادة ما يلجأ إلى منازعة السبب في حالة احتجاج المؤجر بسبب مشروع أو خطير في نظره معلناً عن رغبته في رفض التجديد بدون تعويض .

2-المحكمة المختصة : طبقاً لما جاء بالفقرة الأولى من المادة 197 المشار إليها أعلاه فان المحكمة المختصة هي محكمة موقع الأماكن المؤجرة "يجب على هذا الأخير أن يرفع دعوى على المؤجر أمام المحكمة التي يكون موقع العمارة تابعا لها ."

جاء هذا الحكم موافقاً لما قرره المشرع بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالمادة 40 /1 التي تنص : " في المواد العقارية ، أو الأشغال المتعلقة بالعقار ، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات ... ، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار...".

فترفع هذه الدعوى طبقاً لما جاء بالفصل الرابع من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أمام القسم التجاري طبقاً لما جاء بالمادة 531 منه : " ينظر القسم التجاري في المنازعات التجارية .. المنصوص عليه في القانون التجاري .." ، و طبقاً لما تضمنته المواد 533 و 534 و 535

¹ مح. العليا .غ. تجا و بح ، 05 مارس 1989 ، ملف رقم 55-119 ، المج القضا 1990 ، العدد 4 ص 141 .

منه فان القسم التجاري يتشكل من قاض و مساعدين استشاريين ممن لهم دراية بالمسائل التجارية .

تقوم هذه التشكيلة بمراقبة صحة التنبيه بالإخلاء من حيث شروطه الشكلية و طريقة تبليغه و مضمونه لتراقب أيضا صحة السبب الذي استند عليه ، فاذا ما قضت بصحته و صحة السبب المشروع و الخطير الذي ادعى به المؤجر تنتقل لمرحلة المصادقة عليه و القضاء بإخلاء المستأجر بدون تعويض¹ .

أما إذا أرت صحة التنبيه بالإخلاء مع صحة السبب الرفض المقابل لتعويض الاستحقاق فتمر إلى مرحلة ثانية و هي المصادقة على التنبيه بالإخلاء مع تعيين خبير لتحديد قيمة تعويض الاستحقاق . كما يجوز لها في حالة تقديرها لعدم صحة التنبيه بالإخلاء شكلا أو لعدم صحة تسببيه فتقضي بعدم المصادقة عليه ، الحكم الذي إما يختار المؤجر استئنافه أو قبوله و توجيه تنبيه بالإخلاء آخر إلى المستأجر .

ثانيا : الإجراءات في حالة عدم منازعة التنبيه بالإخلاء

للمستأجر إذا ما عزف عن منازعة التنبيه بالإخلاء و خاصة في حالة عرض المؤجر دفع تعويض الاستحقاق طريقتين قضائيتين :

1-طريق الاستعجال : يستطيع وفقا لما جاء بالفقرة الثانية من المادة 194 من ق ت المشار إليها أعلاه المستأجر أن يباشر دعواه أمام القضاء الاستعجالي للمطالبة بتعيين خبير من اجل تقدير قيمة تعويض الاستحقاق : " غير انه، إذا طالب المستأجر بتعويض الإخلاء ، جاز للطرف الذي يهمة التعجيل أن يتم دعواه أمام رئيس المحكمة الناظرة في القضايا المستعجلة ليأمر بإجراءات الخبرة اللازمة، و ذلك قبل انتهاء الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة." مما يفيد ان تعيين الخبير يجوز الأمر به من قبل رئيس المحكمة الفاصل في المواد الاستعجالية² .

¹ حمدي باشا عمر ، دراسات قانونية ، المرجع السابق ، ص 32 و ما يليها .
² حمدي باشا عمر ، القضاء التجاري ، المرجع السابق ، ص 75 و ما يليها .
² حمدي باشا عمر : القضاء التجاري ، المرجع السابق ، ص 147 و ما يليها .

غير انه و بالرجوع الى ما نصت المادة 536 ق ا م ا يجوز لرئيس القسم التجاري الفصل في الأمور الاستعجالية فقط فيما يخص الإجراءات المؤقتة أو التحفظية : " يمكن لرئيس القسم التجاري ، أن يتخذ عن طريق الاستعجال ، الإجراءات المؤقتة أو التحفظية للحفاظ على الحقوق موضوع النزاع وفق الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون و النصوص الخاصة . " بينما تعيين خبير من اجل تقدير تعويض الاستحقاق لا يعد إجراء مؤقت و لا إجراء تحفظي و بالتالي من الصعب تطبيق ما جاء بحكم المادة 194 المشار إليها أعلاه . كما أن القسم الثامن من قانون ا م ا المعدل بموجب قانون 25 فبراير 2008 في كل مواده يشير المشرع إلى عبارة " حكم بتعيين خبير " و ليس " أمر بتعيين خبير " مثال ذلك ما جاء بالمادة 145 منه : " لا يجوز استئناف الحكم الأمر بالخبرة ، أو الطعن فيه بالنقض إلا مع الحكم الفاصل في الموضوع . " ، و عليه لا يتبقى للمستأجر إلا اللجوء إلى الطريق الثاني للمطالبة بتعيين خبير من اجل تقدير تعويض الاستحقاق .

2-رفع دعوى تقدير تعويض الاستحقاق أمام قاضي الموضوع المختص :طبقا لما جاء بالمادة 197 من ق ت المشار إليها أعلاه يجوز للمستأجر في حالة عدم منازعته للتنبيه بالإخلاء رفع دعواه أمام القسم التجاري الذي يقع في دائرة اختصاصه الأماكن المؤجرة في اجل ثلاثة أشهر الموالية لتاريخ توصله بالتنبيه بالإخلاء للمطالبة بتقدير تعويض الاستحقاق¹ و جوز للتشكيلة القسم التجاري في هذه الحالة إما تعيين خبير واحد أو عدة خبراء (ما 126 ق ا م ا) ربحا للوقت ما دام أن الحكم القاضي بالخبرة غير قابل للاستئناف (ما 145 ق ا م ا) هذا من جهة ، و من جهة أخرى لحماية حقوق الأطراف حتى تتمكن من الحصول على المعلومات الكافية و التقدير الكاف لمراقبة العناصر التي بنا عليها الخبير تقييمه² ، بالرغم من ذلك فالقاضي غير ملزم برأي الخبير (ما 2/144 ق ا م ا).

ننتهي بذلك من الإجراءات الرامية إلى تعيين خبير لتقويم تعويض الاستحقاق إلا أن هذا التقدير يجب أن يكون مساويا للضرر الذي أصاب المستأجر بسبب رفض التجديد كما يجب أن يبنى على عناصر حددها المشرع ، المدى و العناصر التي ستشكل موضوع دراستنا بالفصل الثاني من هذا الباب .

¹حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص 32 و ما يليها .محمد الحبيب الطيب ، المرجع السابق ص 19 و ما يليها .بومخيلة سميرة ، المرجع السابق ، ص 138 و ما يليها .

الفصل الثاني :

تقدير تعويض الاستحقاق و ما يترتب عن الحكم به

إن الغاية من الحق في تعويض الاستحقاق هو إصلاح الضرر الذي تسبب فيه رفض المؤجر تجديد الإيجار التجاري بدون سبب مشروع أو خطير و ما يترتب على ذلك من بعثرة عناصر المحل التجاري للمستأجر المخلي، و إذا كان للتعويض هذه الوظيفة الإصلاحية فما مدى الضرر الموجب لهذا التعويض و ما هي الأسس المعتمدة عليها لتقييمه و ما هي العناصر التي يتضمنها تعويض الاستحقاق و أخيرا ما هو اثر الحكم به ؟ التساؤلات التي سنحاول الإجابة عنها بالفصل الثاني من هذا الباب مقترحين تقسيمه إلى مبحثين كالتالي :

-المبحث الأول : تقدير التعويض الاستحقاق

-المبحث الثاني : اثر الحكم بتقدير تعويض الاستحقاق

المبحث الأول :

تقدير تعويض الاستحقاق

تتجسد وظيفة تعويض الاستحقاق من خلال جبر الضرر الذي أصاب مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة أو حرفة الذي رفض الملك تجديد إيجارها بدون مبرر شرعي و خطير، فإذا كان أساس تعويض الاستحقاق يكمن في وظيفته الإصلاحية فما هو مداه ، أي الأسس المعتمدة لتحديده؟ فهل تعويض الاستحقاق الممنوح للمستأجر في حالة رفض التجديد يغطي كل الضرر أم هو فقط تعويض لجبر خاطر بمعنى آخر هل تعويض الاستحقاق تعويض كامل أو تعويض عادل و ما هي شروط الشرر موضوعه و كيف يتم تقديره ؟ لمعالجة كل هذه النقاط و الإشكاليات ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

- المطلب الأول : مدى تعويض الاستحقاق و شروط الضرر الموجب للتعويض

- المطلب الثاني : كيفية تقييم تعويض الاستحقاق

المطلب الأول :

مدى تعويض الاستحقاق و شروط الضرر الموجب للتعويض

إن دراسة هذا المطلب ستكون منصبة ، أولاً على مدى تعويض الاستحقاق و سنتناول فيه إشكالية هل تعويض الاستحقاق تعويض عادل أم تعويض كامل ، ثم سنعالج مسألة الشروط الواجب توافرها بالضرر الموجب لتعويض الاستحقاق عن طريق اقتراح التقسيم التالي :

- الفرع الأول : مدى تعويض الاستحقاق

- الفرع الثاني :شروط الضرر الموجب للتعويض

الفرع الأول :

مدى تعويض الاستحقاق

إن التقدير الموضوعي للتعويض في المسؤولية المدنية عموماً على الاعتداد فقط بالضرر الذي لحق المضرور ، فيقدر بقدره و يقال أن تقرير المسؤولية تعني قيام الحق في التعويض¹ ، و يستوجب على القاضي عند تقديره للتعويض ان يراعي قدر و مدى الضرر الذي لحق المضرور ، و يعرف القانون مبدئين يحددان مدى هذا التعويض : مبدأ التعويض الكامل و مبدأ التعويض العادل .

أما عن مبدأ التعويض الكامل فهو ذلك التعويض الذي يشمل جميع الأضرار التي لحقت المصاب بقدر جبر كل عناصر الضرر اي ما لحق المضرور من خسارة و ما فاتته من كسب بمعنى الفائدة التي ضاعت منه ، و جاء عن في هذا الشأن أن جوهر المسؤولية المدنية هو إعادة التوازن الذي اخل به نتيجة الضرر إلى ما كان عليه -قدر الإمكان - بإعادة المضرور إلى ما يجب أن يكون عليه لو لم يقع الضرر² ، و من نتائج تطور المسؤولية المدنية تراجع فكرة الخطأ كأساس لها ظهور مبدأ التعويض العادل إلى جانب مبدأ التعويض الكامل ، بحيث لا يحتاج التعويض العادل إلى التساوي بين قيمة التعويض و قيمة الضرر الذي لحق المضرور بل يكفي أن يكون عادلاً .

¹ إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص 36 .

² إبراهيم الدسوقي أبو الليل : تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، المرجع السابق ، ص 47 و ما يليها .

إن العدالة مفهوم مرن و متغير ، أكثر من ذلك يختلف من طرف إلى آخر، فيأخذ القاضي عند تقديره بعين الاعتبار الظروف الملازمة لوقوع الضرر، و مركز المضرور و محدث الضرر، و كذلك جسامه الخطأ¹.

أخذ المشرع بمبدأ التعويض الكامل كمبدأ عام إلى جوار مبدأ التعويض العادل² فما هو المبدأ الذي اعتمد عليه بتعويض الاستحقاق هل هو تعويض كامل أو تعويض عادل ؟ قبل تحليل ما جاء بمقتضى المادة 176 من ق.ت.ب. الإجابة عن الإشكال المطروح التي نصت على مايلي "أن يسدد للمستأجر المحلي التعويض المسمى تعويض استحقاق الذي يجب أن يكون مساويا للضرر المسبب نتيجة عدم التجديد ."، من المفيد الرجوع إلى مراحل تطور هذا النص عبر التشريع إلى أن وصل إلى الصياغة الحالية .

أولاً: المراحل التي مر بها تطور مدى الضرر الموجب لتعويض الاستحقاق

لقد مر قانون الإيجارات التجارية بمراحل تشريعية و استقرت جميع أحكامه على منح المستأجر المحلي الملكية التجارية بما فيها الحق في تعويض الاستحقاق غير أن النص المتضمن هذا الحق و مدى التعويض شهد تطور عبر مراحل تشريعية متتالية يمكن لنا تخليصها في مرحلتين : مدى الضرر موضوع تعويض الاستحقاق قبل صدور مرسوم 30 سبتمبر 1953 و مدى هذا التعويض الذي حددته المادة 8 من هذا المرسوم ، سنتعرض لكل مرحلة على حدا .

1- ما قبل صدور المرسوم 30 سبتمبر 1953 :

نصت المادة 4 من قانون 30 جوان 1926³ على حق المستأجر المحلي في تعويض تعادل الضرر الذي تسبب فيه رفض التجديد. نتج عن عدم دقة هذا النص تباين كبيرة في تطبيقه و تقدير القضاة لقيمة الضرر الموجب لتعويض الاستحقاق بالإضافة كان المشرع الفرنسي في هذه المرحلة يضع على عاتق المستأجر إقامة الدليل على وجود الضرر و الدليل قيمته .

¹ G. Vingey : Le déclin de la responsabilité individuelle, thèse de Doctorat, Paris, 1965.

² المادة 182 من ق.م. و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب .."(تعويض كامل) .المادة 103 من ق.م. : " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله ، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل ." في حوادث و إصابات العمل كما في مسؤولية الناقل (تعويض عادل).

³ Art 04 .Loi du 30 juin 1926 : « Aura droit à une indemnité égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement. ».

فكان على المشرع التدخل من اجل حصر مدى هذا التعويض و توجيه القاضي عند تحديده التعويض المعادل للضرر الذي تسبب فيه رفض التجديد .

تم المشرع الفرنسي المادة 4 المشار إليها أعلاه بموجب قانون 13 جويلية 1933¹ بإلزام القاضي عند تقديره للضرر الذي تسبب فيه رفض التجديد أن يأخذ بعين الاعتبار جميع عناصر الخسارة التي ستلحق المستأجر و الأرباح التي سيفقدونها من جراء الإخلاء . و بهذا يكون المشرع الفرنسي قد سوى بين تعويض الإخلاء و تعويض الذي كانت تنص عليه المادة 1149 من القانون المدني و التي تقضي بحق الدائنين في التعويض بمفهوم " Dommages et intérêts " عن ما فاتهم من كسب و ما لحقهم من خسارة² (الحكم الذي يذكرنا بما جاء بمقتضى المادة 182 ق.م ج) .

حاول المشرع بهذا التدخل سد الفراغ التشريعي و توجيه القاضي في تقديره لتعويض الإخلاء من خلال وضع معيار يتقيد به ، غير أن هذا المعيار " ما فاته من كسب و ما لحقه من خسارة " جعل البعض من القضاء الفرنسي يتجه إلى اعتبار تعويض الإخلاء تعويضا عن إخلال بالتزام تعاقدى³ .

إن تطبيق القضاء لنص المادة 4 تطبيقا مغايرا لما أراد المشرع الوصول إليه دفع به إلى التدخل من جديد من اجل تحديد مدى ضرر تعويض الإخلاء و المتميز عن ضرر الدائنين بوضعه قواعد لتقدير هذا التعويض و بتحميل المؤجر عبء الإثبات على عكس ما هو عليه بالقواعد العامة (الإثبات يتحمله الدائن المدعي) .

عدل المشرع الفرنسي بموجب قانون 18 ابريل 1946 المادة 4 التي أصبحت تقضي بان قيمة تعويض الإخلاء يجب أن تكون على الأقل مساوية لقيمة المحل التجاري ، ما لم يثبت

¹ Art 04 loi du 13 juillet 1933 : « Le juge devra tenir compte de tous les éléments de perte que le locataire aura à subir et de gain dont il aura été privé en suite de l'éviction. »

² Art 1149 du code civil F : « Les dommages et intérêts dus au créanciers sont, ont général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé. »

³ : « L'indemnité d'éviction a le caractère de dommages-intérêts compensatoires du préjudice subi et obéit de ce fait aux règles posées par les articles 1149 et 1150 du code civil. » Tb .Rennes, 29 oct1957 .Rev. Loy .1958 .p 536 .

المؤجر بان المستأجر يملك محلات تجارية أخرى ، أو أن الأماكن المؤجرة تعد فرع لمؤسسة أم تتواجد بأماكن أخرى ، أو أخيرا أن يثبت بأن قيمة الضرر اقل من ذلك¹ .

وضع قانون 1946 لأول مرة معيارا موضوعيا لتحديد قيمة تعويض الإخلاء و المتمثل في قيمة المحل التجاري المستغل بالأماكن المؤجرة، فقلص من حق المستأجر في التعويض فأصبح تقدير تعويض الإخلاء يقوم على تقدير ضرر محقق يتمثل فقط في "قيمة المحل التجاري" ، و على رغم من إلغاء مرسوم 30 سبتمبر 1953 لقانون 1926 و كل القوانين التي تلتها بما فيها قانون 1946 ، إلا أن المشرع احتفظ فقط بجزء من حكم المادة 4 المتممة المشار إليها أعلاه و أدرجه بالمادة 8 من النص الجديد ، التي نصت على حق المستأجر المخلي في تعويض إخلاء يعادل الضرر الذي لحقه من جراء رفض التجديد، شريطة إقامته الدليل على مدى الضرر الذي يدعي به² .

غير أن التعديل الذي حظيت به بموجب قانون 5 جانفي 1957 عدل من جديد من حكمها بإضافة فقرة إليها تتضمن العناصر التي يجب أن يشمل عليها تعويض الإخلاء فقصت بان يتضمن هذا التعويض القيمة التجارية للمحل التجاري التي تحدد وفقا لعرف المهنة ، زيادة على المصاريف العادية للنقل و إعادة التركيب و كذلك مصاريف و حقوق التحويل الواجب تسديدها لمحل تجاري من نفس القيمة ، إلا إذا اثبت المالك أن الضرر دون ذلك³ . الحكم الذي لا يزال معمول به إلى يومنا هذا و الذي احتفظ به مشرنا عند تضمين القانون التجاري أحكام الإيجارات التجارية (ما 2/176 من ق.ت) على غرار المشرع التونسي .

في حين جاء حكم المشرع المغربي فيما يخص عناصر تقدير تعويض عن نزع اليد (تعويض الاستحقاق) مخالف لما ذهب إليه مشرنا و المشرع التونسي و لعل ذلك راجع إلى زمن صدور القانون المنظم للإيجارات التجارية المغربي أي سنة 1955 في حين أن التعديل الذي لحق المادة 8 من المرسوم 1953 صدر بعده بسنتين (سنة 1957) .

¹ : « Cette indemnité sera au moins égale à la valeur du fonds, sauf le cas où il sera démontré par le propriétaire que le locataire évincé possède d'autre fonds de commerce ou que le local dont il s'agit abrite une succursale, ou encore le cas où le propriétaire fera la preuve que le préjudice est moindre. »

² Art 8 .Décret du 30 sept 1953 : « l'indemnité d'éviction est égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement. »

³ Art 8 .Loi du 5 janvier 1957 : « Cette indemnité comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce , déterminée suivant les usages de la profession , augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation ainsi que des frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur , sauf le cas où le propriétaire fait la preuve que le préjudice est moindre . »

هذا ما جعل المشرع المغربي بـ الفصل العاشر من ظهير 24 ماي 1955¹ بدلا من نسخ المادة 8 من المرسوم 1953 أخذ بحكم المادة 4 من القانون قانون 18 ابريل 1946 المعدل و المتمم لقانون 30 جوان 1926 السابق الإشارة إليها . فلخذ بمبدأ التعويض الكامل أصلا "ما سيلحق المستأجر المخلي من خسارة و ما فاتته من كسب " ، غير أن مداه الأدنى يحدده معيار قيمة المحل التجاري " و يكون هذا التعويض مساويا على الأقل لقيمة الأصل التجاري لهم إذا اثبت المكري أن الضرر اخف من القيمة المذكورة " (الفصل 10)².

إن كان هذا هو موقف المشرع المغربي فما هو مدى الضرر الموجب لتعويض الاستحقاق طبقا لما جاء بمقتضى المادة 176 من القانون التجاري الجزائري و هل تعويض الاستحقاق يشمل على كل الأضرار (تعويض كامل) أم انه فقط تعويض عادل ما يلحق المستأجر من أضرار ؟

ثانيا :تعويض الاستحقاق تعويض كامل أو تعويض عادل ؟

بالرجوع إلى قراءة نص المادة 176 من ق ت تتضح نية المشرع من خلال تقرير تعويض الاستحقاق في تأمين جبر الضرر الكامل الذي سيلحق المستأجر المخلي "يجب أن يكون كافيا لجبر الضرر المسبب نتيجة رفض التجديد " مما يجيب أصلا على إشكال و يضع تعويض الاستحقاق في خانة مبدأ التعويض الكامل .

غير انه إذا ما كان الهدف الأصلي و التاريخي من تقرير تعويض الاستحقاق هو جبر كل الأضرار التي ستلحق المستأجر المخلي من جراء رفض التجديد، فهذا لا يعني حصوله على فائدة و هذا ما أكده القضاء الفرنسي مند بوادر ظهور هذا التعويض³ . كما يستوجب على القاضي عند تقدير التعويض الكامل مراعاة بعض الشروط الواجب توافرها في الضرر موضوع التعويض كالتقدير الواقعي للضرر و تقدير هذا الضرر في الوقت الذي لا ينقص

¹ : "يحق للمكري أن يرفض تجديد العقد غير انه إذا استعمل هذا الحق ، وجب عليه أن يؤدي للمكثري الذي نزعت حيازته تعويضا عن نزع اليد يعادل ما لحقه من ضرر بسبب عدم التجديد و ذلك باستثناء ما قرره الفصل 11 و ما يليه من الفصول . و يلزم المحكمة وقت تحديد التعويض، أن يأخذ بعين الاعتبار جميع عناصر الخسارة التي ستلحق المكثري و الأرباح التي سيحرم منها من بعد هذا النزاع." .

² " نستنتج حالة التعويض الكامل الواجب أدائه إلى المكثري من مقتضيات الفصل العاشر من ظهير 24 ماي 1955 ، فقد يستحق المكثري تعويضا كاملا عن نزع اليد ، بسبب رفض تجديد العقد ، يعادل الضرر الذي لحقه . "محمد الكبشور ، المرجع السابق ، ص 121 .

³ : « L'indemnité doit correspondre au montant du préjudice dont souffre le locataire évincé, elle ne peut constituer pour lui un bénéfice. »Tb. Civ Paris, 29 janv 1931.D.H.1931.I38.

من قدر و قيمة الضرر ، و دون منح المضرور تعويضا أكثر من قيمة الضرر " لا أكثر و لا اقل " .

جاء في هذا الشأن عن جنادي جيلالي قوله : " فهو التعويض من اجل جبر الضرر يكون بقدر هذا الضرر حتى لا تلحق المستأجر الذي طرد من المحل خسارة و لا يحقق له ربحا بهذا التعويض.¹ ، و اعتبر محمد الحبيب الطيب : " بأن المشرع لم يفرض تعويضا مساويا لقيمة القاعدة التجارية و إنما فرض تعويضا مساويا للضرر الناتج عن عدم التجديد ."² فننتهي الى القول بان تعويض الاستحقاق تعويض كامل ، وهو ما عبر عنه الشرع بالمادة المشار إليها أعلاه بالضرر الذي يصيب المستأجر المخلي .

إن الضرر كما عرفه بلحاج العربي³ هو الأدنى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن ، وقسم الفقه⁴ الضرر إلى نوعان ضرر مادي و ضرر أدبي :

يقصد بالضرر المادي ما يصيب الشخص في ذمته المالية أما الضرر الأدبي ما يصيبه في شخصيته وسمعته وشرفه ، كما أن الضرر عنصر من العناصر التي تقوم عليها المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية فإذا ما اجتمع مع الخطأ و تبثت العلاقة السببية استحقاق المصاب به التعويض الذي يشمل طبقا للشريعة العامة ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من ربح (المادة 182 ق م) ، و اعتبر المشرع رفض تجديد المؤجر تجديد عقد إيجار المحل التجاري خطأ تسبب في الإضرار بالمستأجر ، غير أن درجة الضرر تختلف باختلاف النتيجة التي تترتب عن عدم التجديد فإما أن يؤدي هذا الفعل إلى هدم تام للقاعدة أو فقط إلى الإنقاص من قيمتها ففي كلتا الحالتين يطرح سؤال كيفية تقدير تعويض الاستحقاق و حساب التعويض وفقا لدرجة الضرر يتدرج الضرر بحسب هدمه للقاعدة أو فقط الإنقاص من قيمتها .

¹ : " جنادي جيلالي ، المرجع السابق ، ص 91 .

² المرجع السابق ، ص 29 وما يليها .

³ بلحاج العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ص 284 وما يليها .

⁴ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، و فقرة 452 . علي سليمان : مصادر الالتزام ، الجزائر ، 1992 ، فقرة 123 .

1- حساب تعويض الاستحقاق في حالة زوال القاعدة التجارية: إن إخلاء المستأجر و تحويل

قاعدته إلى مكان آخر سيؤدي حتما على هدمها لارتباط النشاط المستغل بالعملاء وموقع تواجد القاعدة ففي الحالة الأولى يجب أن يساوي التعويض القيمة السوقية للقاعدة مع إضافة بعض المصاريف الثانوية ، و بما أن القاعدة هي مجموعة من العناصر المادية و المعنوية فمن الضروري أولا إثبات تواجد هذه العناصر إن توقف المستأجر عن نشاطه يزيل هذه العناصر لا يعطيه الحق في المطالبة بالتعويض الاستحقاق¹. ثانيا ينبغي التمييز ما بين هذه العناصر بحيث عادة ما تقلت العناصر المادية من الزوال فيمكن التصرف فيها و استرجاع قيمتها فلا تشكل بالنسبة للتاجر المستأجر المخلي ضررا سوى إذا أثبت هذا الأخير أن سرعة التصرف فيها أنقص من قيمتها .

في حين الإشكال يقع في حساب قيمة العناصر المعنوية التي تستدعي كل عنصر من عناصرها وخاصة عنصر العملاء و الحق في الإيجار² الذي يفقده تمام المستأجر المخلي في بعض الأحيان يضاف عليها عنصر الرخص الإدارية لأن باقي العناصر المعنوية كالاسم التجاري أو العلامة التجارية أو حقوق الملكية التجارية و الصناعية يمكن للمستأجر المخلي الاحتفاظ بها أو التصرف فيها . بالإضافة إلى قيمة القاعدة التجارية يجب أن يتضمن تعويض الاستحقاق في حالة زوال القاعدة مصاريف ثانوية كمصاريف تسريح العمال .

لكن إذا كان رفض التجديد لن يؤدي إلى زوال القاعدة ففي الحالة لا يمكن أن يساوي تعويض الاستحقاق قيمة القاعدة لكون العملاء سيتبعون حتما المستأجر بمحلته الجديد بالإضافة إلى أن هذا الأخير لن يفقد العناصر المادية المكونة للقاعدة وما دام الضرر الذي أصابه يتمثل فقط في فقدانه لحق الإيجار يترتب عن ذلك أن تعويض الاستحقاق في هذه الحالة ينبغي أن يساوي قيمة الحق في الإيجار الذي فقده³.

¹ وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر الغرفة التجارية و البحرية بتاريخ 1995/07/11 ملف رقم 136789 المنشور في نشرة القضاة لسنة 1999 العدد 54 من المجلة القانونية الصادرة عن وزارة العدل مديرية البحث ص 72 و الذي جاء به ما يلي : " إلزام المدعي عليهم وكل من يحل محلهم بإخلاء المحل التجاري -إجراء خبرة - استئناف -تأييد - طعن بالنقض - لعدم منح التعويض .الاستحقاق رغم وجود عناصر معنوية للمحل التجاري مثل الاسم التجاري ورخصة الاستغلال إن عدم تقديم إثبات على أن المحل التجاري له نشاط وله عناصر مادية ومعنوية يمكن تقديرها بواسطة خبير بحرم المستأجر من حقه في طلب التعويض الاستحقاق)

²الرجوع إلى ص من هذه الرسالة ملحق رقم - نموذج خبرة تتضمن حساب تعويض استحقاق .

³ François Dekeuwer Defossesey : Droit commercial ,op cit, p 377 et s.

2- حساب تعويض الاستحقاق في حالة إمكانية تحويل القاعدة : في هذه الحالة يتم حساب تعويض الاستحقاق على أساس قيمة الحق في إيجار محل بديل و الذي يفترض أن يكون مساوي في مساحته للمحل المحلي و صفاته و وضعيته ، بالإضافة إلى مصاريف عادية للنقل وإعادة التركيب و مصاريف حقوق التحويل و التغييرات التجارية أثناء مدة النقل أي التعويض عن الحرمان المؤقت .

يستخلص مما جاء أعلاه أن الضرر مفترض فإذا ما ادعى المؤجر أن الضرر دون ذلك الذي يزعم به المستأجر فعليه إقامة الدليل: " ..إلا إذا اثبت المالك أن الضرر دون ذلك" (الفقرة الأخيرة من المادة 176 المشار إليها سابقا) ويتم الإثبات بجميع وسائل الإثبات المعمول بها في المواد التجارية و التي حددها المشرع بالمادة 30 من القانون التجاري بالسندات الرسمية أو العرفية أو الفاتورات أو الرسائل أو الدفاتر الحسابية وحتى عن طريق البيئة أو أي وسيلة أخرى لكن تبقى هذه الأخيرة تحت السلطة التقديرية للقاضي .

الفرع الثاني :

شروط الضرر الموجب لتعويض الاستحقاق

إن مشرنا على غرار التشريعات المقارنة نص على حق المستأجر المحلي في حالة رفض طالب التجديد بدون سبب مشروع أو خطير في تعويض الاستحقاق ، التعويض الذي يجب أن يكون مساويا للضرر المسبب نتيجة عدم التجديد (ما 1/176 من ق ت)، نفس النهج نهجه المشرع التونسي الذي مثل المشرع الجزائري نسخ حرفيا مقتضيات المادة الثامنة من المرسوم الفرنسي لسنة 1953 .

يتضح من خلال القراءة الأولية لما جاء بالفقرة الأولى من المادة 176 ق ت أن المؤجر يتحمل التزام تعويض المستأجر المحلي عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم التجديد "مساويا للضرر المسبب نتيجة عدم التجديد."، غير أن الضرر باعتباره ركنا في المسؤولية المدنية عموما يستوجب شروط فما هي شروط الضرر محل تعويض الاستحقاق؟

يشترط في الضرر موضوع تعويض الاستحقاق أن يكون محققا و مباشرا كما يستوجب تحديد الضرر وقت تقديره ، و أخيرا أن لا يجمع بين تعويض الاستحقاق و تعويض آخر .

أولا : أن يكون محققا و مباشرا

سنتناول كل شرط على حدا للتمكن من تحليل الإشكالات القانونية المرتبطة بكل شرط .

1-الضرر المحقق : يشترط عموما في الضرر القابل للتعويض أن يكون محققا، و يقصد بالضرر المحقق الضرر غير الاحتمالي أو غير الافتراضي¹، و يكون كذلك إذا ما حصل الضرر فعلا و ترتبت أثره على الواقع ، فأما إذا كان امتداده إلى المستقبل محقق فسيشمل الضرر المحقق الضرر الحالي و المستقبلي² فيقدر القاضي التعويض على أساس ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب "و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و فاتته من كسب" ما 182 ق.م.

يقصد بالضرر الحالي ذلك الضرر الذي وقع فعلا و تحققت مظهره و الأصل فيه أن يقدر بقدر الضرر بصرف النظر عن درجة الخطأ، أما الضرر المستقبلي المحقق فهو ذلك الضرر الذي كما جاء عن الفقه³ قامت أسبابه و تراخت كل أو بعض من نتائجه إلى المستقبل.

طرح هذا شرط تحقق الضرر للتعويض في مسؤولية المدنية عموما إشكالية التعويض عن توفيت فرصة من حيث إذا كان تعويض مستقبلي أو احتمالي ، بما أن فوات الفرصة هو في حد ذاته أمرا محتمل الوقوع⁴ ، أما بالنسبة لتعويض الاستحقاق فطرح تحقق القاضي من هذا الشرط إشكال من نوع آخر.

¹ Boris STARCK : Droit civil, obligations responsabilité délictuelle ,2ed, Paris, 1987 .n 101, p 56.

² : « En exigeant que le préjudice soit certain .on entend par la qu'il ne doit pas être simplement hypothétique, éventuel.il faut que le juge ait la certitude que le demandeur se serait trouvé dans une situation meilleure si défendeur n'avait pas accompli l'acte qui lui est reproché ... Mais un préjudice futur peut aussi bien présenter les mêmes caractères de certitude ..Aussi n'y a-t-il pas lieu de distinguer entre le préjudice actuel, mais entre le préjudice certain et le préjudice éventuel, hypothétique. »H.et L. Mazeaud .op .cit .n 216 .

³ : " بحيث يؤخذ في الاعتبار حرمان المضرور في المستقبل من بعض المزايا بسبب الضرر . " علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 180 و ما يليها . الرجوع أيضا حسن حنتوش الحسناوي :التعويض القضائي ، المرجع السابق ، ص 113 - علي فلالي : الالتزامات ، المرجع السابق ، ص 294 .

⁴ اختلف الفقه في الإجابة عن هذا الإشكال بالنظر إلى التشريعات التي أخذت به و تلك التي لم تضمه قوانينها . فهناك من رأى بعدم تعويض عن توفيت الفرصة لأن الضرر فيها لا يمس حقا ثابتا بالتالي فهو غير محقق و مجرد أمل خاب تحققه . و هناك من رأى أن التعويض عن توفيت فرصة هو تعويض عن خيبة أمل في نجاح ربما تحقق . حسن حنتوش الحسناوي :التعويض القضائي ، المرجع السابق ، ص 113 و ما يليها . أيضا ، علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 184 و ما يليها .

لاحظ الفقيه لوكوك¹ M. Lecocq في دراسته حول تعويض الإخلاء بأنه في مجال الملكية التجارية يكون الضرر في اغلب الأحيان غير محقق بما انه مطلوب من القاضي تقدير وضعية غير محددة بعد وقت الطلب، فيحدث أن يتفاقم الضرر و يؤثر على قيمة التعويض بفعل المستأجر أو بسبب تهاونه في البحث عن أماكن أخرى .

من المفيد إذا الرجوع في هذا الشأن إلى الأعمال التحضيرية لمجلس الأمة الفرنسي سنة 1924 و مساعيهم من اجل استبعاد عنصر الاحتمال أو الضرر الاحتمالي عندما أدرج التعويض الجزافي "التعويض المساوي لثلاثة سنوات من قيمة بدل الإيجار الجديد) ثم في سنة 1925 حدد قيمة التعويض بقيمة الأرباح المصرح بها للسنوات الثلاثة الأخيرة التي سبقت السنتين الأخيرتين من عقد الإيجار التجاري² .

لا حظ الفقه الفرنسي بان القضاء و خاصة قاضي أول درجة عند تقديره لتعويض الإخلاء فانه يؤخذ بعين الاعتبار الضرر المحقق و الضرر الاحتمالي ، كما لاحظ انه و في أغلبية الحالات عند استئناف هذه الأحكام فان قضاة ثاني درجة يخفضون من قيمة التعويض الإخلاء المحكوم به معتبرين بان قاضي أول درجة بالغ في التقدير ، مما دعا الفقه إلى التساؤل عن طبيعة الضرر الذي يأخذه القضاة عند تقديرهم لتعويض الاستحقاق فيما إذا كان الضرر المحقق فقط أو يتعدى ذلك إلى الضرر الاحتمالي ؟

انقسم الفقه في تفسيره لموقف القضاء فذهب البعض منه على رأسهم الفقيه لوكوك M. Lecocq إلى القول بان قاضي أول درجة أخذ عند تقديره لقيمة التعويض بالضرر المحقق و الضرر الاحتمالي إلا انه و عند الاستئناف بعد إثبات المؤجر بان المستأجر المخلي أعاد تركيب نشاطه في أماكن قريبة من الأماكن التي أخلي منها مما دفع بقضاة الاستئناف إلى إعادة النظر في تقييم الضرر إلى اقل قيمة و هذا على حسب اعتقاده بان قاضي أول درجة اخطأ في تقديره للضرر الاحتمالي أيضا ، و لم يرى في ذلك خروجاً عن القواعد العامة التي لا تعترف بالضرر الاحتمالي ، و إنما فقط تحقيقاً لمبدأ العدالة بما أن ضرر التعويض تغير وقت صدور القرار³ .

¹ M. Lecocq : l'indemnité d'éviction. op .cit .p 111 et s .voir notamment, p 116 .

² J. Milhaud : Propriété commerciale .op.cit .p 318-319.

³ : « Que les cours d'appel se livrent à un réajustement de l'indemnité au préjudice subi du jour de l'arrêt. » M. Lecocq : l'indemnité d'éviction. op .cit . p 116.

غير ان البعض الاخر من الفقه انتقد موقف لوكوك M. Lecocq و من بينهم الفقيه مي لو J. Milhaud الذي رأى العكس معتبرا بان قضاة المجلس بتخفيضهم لمبلغ تعويض الإخلاء صححوا الخطأ الذي وقع فيه قاضي أول درجة بإضافة تقدير للضرر الاحتمالي إلى جانب الضرر المحقق ، ذاهبا إلى القول بان الضرر في تعويض الإخلاء يكون دائما محققا و لا يتغير¹ . فبسبب الإشكال أن الدعوى ترفع قبل نهاية عقد الإيجار خروجا عن القواعد العامة فأصبح من المنطقي في تقدير تعويض الإخلاء تقدير الضرر المستقبلي إلا أن هذا لا يقصد به الضرر الاحتمالي و انتهى ميلوا J. Milhaud² إلى القول بان القاضي يحدد قيمة يوم إصداره الحكم الذي يترجم في حقيقة الأمر الضرر اللاحق مستقبلا بالمستأجر يوم انتهاء الإيجار ، بعدما لاحظ أن اغلب الأحكام القضائية الفاصلة في دعوى تقدير قيمة تعويض الإخلاء يأتي في مضمون حكمها عبارة "الضرر المستقبلي"³.

تبنى المشرع المغربي نفس الموقف ففصل في هذه المسألة بصفة صريحة بالفصل العاشر من الظهير 1955 السابق الإشارة إليها بحيث ألزم المحكمة عند تقديرها لتعويض نزع اليد أخذ بعين الاعتبار الضرر المستقبلي أي ما سيلحق المستأجر من خسارة و ما سيفوته من كسب من بعد إخلاء الأماكن : "و يلزم المحكمة وقت تحديد هذا التعويض ، أن تأخذ بعين الاعتبار جميع عناصر الخسارة التي ستلحق المكثري و الأرباح التي سيحرم منها من بعد هذا النزع .".

فان كان القضاء في بلادنا في زمن مضى طبق ما ذهب إليه الفقه و القضاء الفرنسي عند عمله بأحكام مرسوم 1953⁴ و ما سبقه من قوانين في شأن الإيجارات التجارية ، فإننا نلاحظ خروجه عن ما استقر عليه هذا الفقه و القضاء عند تطبيقه لأحكام الإيجارات التجارية في ظل أمر 59-75 المتضمن القانون التجاري .

¹ : « De penser au contraire, que les cours relèvent et corrigent une simple erreur de fait commise par les tribunaux en évaluant à un chiffre trop élevé un dommage déjà certain. » J. Milhaud : Propriété commerciale .op. cit .p 320.

² J. Milhaud : Propriété commerciale .op. cit .p 323.

³ « Le tribunal civil de Nice s'estiment, d'ores et déjà, éclairé sur l'intégralité du préjudice futur a homologué ces conclusions. » Trib.civ.nice.29 janvier 1930.D..c.L..1930, 1930 n 81.

⁴ : "إيجار -تسيير حر- إنهائه - تنبيهه بالإخلاء - قضاء بخلاف ذلك - خرق القانون .المرجع مادة 5 مرسوم 30-09-1953 مطابقة للمادة 173 ق ت .". المج. الأعلى . غ . التجا والبيع ، قرار رقم 36164 . 1985/06/29 ، مج. القضا.الجزائر . 1989 ، عدد 03، ص 116 .
"لكن و حيث ان القضية تتعلق بعقد ايجار تجاري ، و أن القانون المطبق هو مرسوم 30 سبتمبر 1953 .". المج. الأعلى . غ . التجا والبيع ، قرار رقم غير موجود . 1975/06/04 ، نشرة القضاة للمجلس الأعلى . 1978 ، عدد 02، ص 22 .

بالرجوع إلى احد قرارات المحكمة العليا جاء فيها صراحة أن تقدير تعويض الاستحقاق يقوم على الضرر المباشر الحالي دون الضرر المستقبلي¹. الموقف الذي في نظرنا لن يحقق بتطبيقه إصلاح الضرر الكامل ، بما أن أهم ضرر سيصيب المستأجر فقده لكل أو بعض من عناصر محله التجاري ، و أن قيمة هذه العناصر تقدر بقيمتها وقت فقدها و ليس قبل ذلك و سنعود للتعليق على هذا الموقف حين تطرقنا لشرط الوقت المعتد به في تحديد قيمة الضرر.

2- الضرر المباشر: يحدث عموما أن يترتب نفس الفعل أضرار متعددة تكون متعاقبة و متسلسلة و مرتبطة ببعضها البعض مما يدعوا إلى التساؤل أي هذه الأضرار يؤخذ بعين الاعتبار وقت تقدير التعويض عموما ؟

أجاب المشرع عن هذا التساؤل بالمادة 182 من ق.م بنصه : " إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد ، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء .

و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير انه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. "، يستنتج من قراءة هذه المادة أن الضرر الموجب للتعويض في المسؤولية التقصيرية و العقدية على حد سواء² هو ذلك الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لإخلال المدين بالتزاماته و ينجم مباشرة عن الخطأ أو الفعل الضار دون غيره ، و في تحديده لمفهوم الضرر المباشر وضع المشرع معيارا لذلك المتمثل في عدم استطاعة الدائن توقي الضرر ببذل جهد معقول. كما أن شرط الضرر المباشر في المسؤولية المدنية لا يمكن فصله عن العلاقة السببية ما بين الضرر و الخطأ³.

¹:"..و الأحكام القضائية تفصل في الوقائع القائمة و ليس المستقبلية .. " المح. العليا . غ . التجا والبح ، قرار رقم 189311 . 1999/05/08، مح القضاء الجزائر . 1999 ، عدد 02، ص 120 .

² إلا أنهما يختلفان في مدى هذا الضرر المباشر ففي المسؤولية العقدية يعوض عن الضرر المباشر المتوقع أما في المسؤولية التقصيرية فيكون عن ذلك الضرر المباشر متوقعا كان أم غير متوقع ، و ذهب عبد الرزاق السنهوري إلى أن العقد وليد الإرادة و هي التي تحدد مداه و القانون افترض أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقتصرة على المقدار الذي يتوقعه المدين و هذا المقدار يمكن أن يفترض افتراضا معقولا و أن المدين قد ارتضاه و هذا الافتراض بمثابة الشرط الجزائي . عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، المرجع السابق ، ص 685 .
³ : " و قد رأى بوتيه و رأى الفقه الفرنسي معه أن الضرر المباشر في هذا المثال (مثال شراء البقرة موبوءة) هو موت البقرة الموبوءة و بقاء الحيوانات الأخرى التي انتقلت إليها العدوى ، أما النتائج الأخرى من عجز عن حرث الأرض و عن زرعها ، و ما ترتب على ذلك من إفسار و حجز على الأرض و بيعها بثمن بخس ، فهي إضرار غير مباشرة ، و قد كان المدين باستطاعته أن يشتري أو يستعير حيوانات أخرى لحرث أرضه و زرعها . " علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 171 .

غير أن عدم استناد تعويض الاستحقاق على الخطأ كما سبق بيانه في الفصل الأول من الباب الأول عند تعرضنا لأساس هذا التعويض ، لم يمنع القضاء من مراقبة تحقق هذا الشرط عند تقديره للعنصر الثاني من العناصر المكونة لتعويض الاستحقاق و المتمثل في تقدير مصاريف النقل و إعادة تركيب المحل التجاري و إقصاء المصاريف الغير ضرورية التي لا تساوي قيمة إعادة تركيب المحل التجاري .

ثانيا : شرط تاريخ تقدير الضرر الموجب لتعويض الاستحقاق

بالرجوع إلى الأحكام العامة فان حقوق الأطراف المتضررة يجب تحديدها وقت الطلب، و بالتالي يجب على القضاة عند تقديرهم للتعويض بمفهوم " dommages-intérêts " عليهم استبعاد كل زيادة في الضرر حصلت بعد هذا التاريخ.

طرح تاريخ تقدير الضرر الموجب لتعويض الاستحقاق مند ميلاد الملكية التجارية إشكال فتباينت الآراء الفقهاء و مواقف القضاة بين تقدير الضرر بتاريخ توجيه التنبيه بالإخلاء أو بتاريخ رفع دعوى المصادقة على التنبيه أو بتاريخ صدور الحكم ، كون تحديد وقت تقدير الضرر له دور كبير في تحديد قيمة التعويض .

على غرار الفقه و القضاء الفرنسي فان هذا الإشكال تناوله الفقه و القضاء في ظل سكوت المشرع عن الإجابة عنه بالأمر 75-59 المتضمن القانون التجاري.

1- ما هو تاريخ تقدير الضرر في ظل مرسوم 30 سبتمبر 1953؟ في البداية يستوجب التذكير بان هذا الإشكال طرح قبل صدور مرسوم 1953 ، ففي ظل قانون 1926 كان قضاة الموضوع عند تقديرهم لتعويض الإخلاء يأخذون بعين الاعتبار تقييم الضرر وقت انتهاء عقد الإيجار أو وقت تجديد الإيجار و هذا طبقا لتفسيرهم لما جاء بالمادة 4¹ منه ، غير أن مجلس النقض الفرنسي كانت له وجهة نظر أخرى و طلب من القضاة عند تقديرهم لتعويض الإخلاء تقييم الضرر في وقت فصلهم في القضية أي بتاريخ الحكم أو القرار².

¹ : « Il résulte de l'article 4 de la loi du 30 juin 1926 modifié par la loi du 18 avril 1946 que pour déterminer le montant de l'indemnité d'éviction les juges doivent se placer à la fin du bail ou de la prorogation en cours. » Tb .Com.30 avr1954.Bull. Cil.154 .III.II.4.

² Les juges apprécient souverainement le montant du préjudice causé par le défaut de renouvellement d'un bail commercial en se plaçant à la date à laquelle ils statuent. » Cass. Civ.8mai 1969 .Bull. Cil.1969.III.275.

بموجب صدور مرسوم 1953 منح المشرع للمستأجر المحلي الحق في البقاء بالأماكن إلى غاية قبض تعويض الإخلاء (ما 20 منه التي تقابلها ما 187 من ق ت ج)، فكان من المنطقي أن يقدر تعويض الإخلاء بتقييم الضرر في تاريخ لاحق لتاريخ انتهاء عقد الإيجار التجاري بما أن المستأجر سيلحقه الضرر عند إخلائه للأمكنة المؤجرة ، و بموجب ما جاء بهذه المادة تاريخ انتهاء عقد الإيجار التجاري قد لا يقترن بتاريخ مغادرة المستأجر للأمكنة أي تاريخ تحقق الضرر .

أمام عدم إمكانية تحديد وقت المغادرة بما انه معلق على الدفع الكلي لتعويض الإخلاء ، و الذي يجب الحكم به مسبقا ، اعتمد الفقه و القضاء الفرنسي على تقدير الضرر بالتاريخ الأقرب إلى تاريخ الإخلاء الفعلي و هو تاريخ صدور الحكم أو القرار مستبعدين بذلك تاريخ الإعلان عن رفض التجديد أو تاريخ رفع الدعوى .

لاحظ في هذا الشأن الفقيه لوكوك M. Lecocq بان تعويض الإخلاء يجب تقديره بتاريخ صدور الحكم الذي هو التاريخ الأقرب إلى تاريخ إخلاء الأماكن أي وقت تحقق الضرر، و ليس بتاريخ إعلان المؤجر عن رغبته في رفض التجديد أو من تاريخ رفع الدعوى القضائية الرامية إلى المصادقة على التنبيه بالإخلاء ، و يرى في ذلك تحقيقا للعدالة و انتقاما من قانون لا يسمح بتقدير الضرر المحتمل¹ . كما انه لا يوجد بالنص ما يفيد بان الإخلاء يعادل الطرد أو ما يفيد بان الاسترجاع القانوني للأماكن يعادل الاسترجاع المادي بمعنى آخر المغادرة الإرادية أو المكرهة للشاغل² ، و عليه يستوجب على القاضي مراقبة الوثائق المطروحة من قبل طرفي النزاع و التحقق العناصر التي اعتمدها الخبير لتوصله إلى تقدير التعويض و تحديد قيمة الضرر المستقبلي ، فإذا تأكد من صحتها اصدر مباشرة حكمه ، أما إذا غادر المستأجر الأماكن قبل صدور الحكم المقدر لقيمة تعويض الاستحقاق فعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار الضرر الذي لحقه وقت مغادرته للأمكنة أي الضرر المحقق الحالي .

¹ : «Que c'est au jour du jugement que les tribunaux fixent l'indemnité, et approuve cette solution qui pallie, dans une certaine mesure aux conséquences injustes d'une loi qui a admis la réparation d'un préjudice incertain. » M. Lecocq : l'indemnité d'éviction. Op .cit . p 116

² J. Derruppé- G. Briere de l'isle- R. Maus – P. Lafarge : Baux commerciaux, op.cit, p 451 et s.

2- ما هو تاريخ تقدير الضرر في ظل الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري ؟

على غرار الفراغ التشريعي الذي جاء بالمرسوم 1953 لم يرد بالأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري في باب الإجراءات التجارية حكم يحدد فيه مشرنا التاريخ الذي يجب على القاضي التوقف عنده من أجل تقدير الضرر الموجب لتعويض الاستحقاق ، غير انه و بالرجوع إلى ما جاء عن الفقه و القضاء يمكن تحديد هذا التاريخ .

ذهب البعض من الكتاب إلى التمسك بتاريخ توجيه التنبيه بالإخلاء كتاريخ لتقدير عناصر الضرر فجاء عن حمدي باشا¹ ما يلي : "مبدئيا نقول أن تعويض الإخلاء يقدر من تاريخ توجيه التنبيه بالإخلاء الذي يعبر فيه المؤجر رفضه لتجديد الإيجار ، و من تم ينبغي الاعتماد على هذا التاريخ لتحديد العناصر التي تشكل تعويض للمستأجر . " و هو الرأي الذي تبناه أيضا محمد الحبيب الطيب² ، مسيرين في ذلك موقف قضاة المحكمة العليا الذين بدورهم نهجوا نفس منهج قضاة الموضوع بأخذ بعين الاعتبار تاريخ الإعلان عن الرغبة في رفض التجديد أي تاريخ توجيه التنبيه بالإخلاء عند تقديرهم لتعويض الاستحقاق³ ، مخالفين بذلك ما استقر عليه الفقه و القضاء الفرنسي، و ما جاء أيضا عن المشرع المغربي الذي نص صراحة على وقت تحديد الضرر موجب تعويض نزع اليد و ربطه بوقت نزع اليد أي بتاريخ الإخلاء(الفصل العاشر السابق الإشارة إليه) .

يظهر الموقف الذي تبناه الفقه و القضاء الفرنسي اقرب إلى الصواب فالعدالة تقتضي حصول المستأجر المضروب على تعويض كامل يمكنه من إصلاح الضرر الذي سببته بعد مغادرته للأمكنة و يترتب عنه تفكيك عناصر محله التجاري ، فاحتساب قيمة الضرر يجب أن يساوي العناصر التي فقدها المستأجر المحلي و التي سيكون تاريخها اقرب إلى تاريخ صدور الحكم أو القرار و هو بالتالي اقرب وقت إلى إصلاح الضرر الذي سيلحقه مستقبلا .

¹ حمدي باشا عمر ، القضاء التجاري ، المرجع السابق ، ص 116 .
² محمد الحبيب الطيب : التعويض الاستحقاق ، المرجع السابق ، ص 35 و ما يليها .
³ " و لما ثبت - من قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قدروا الضرر الناتج عن رفض تجديد الإيجار ابتداء من تاريخ الإعلان عن رغبة المؤجر في إنهاء علاقة الإيجار - أي تاريخ توجيه التنبيه بالإخلاء - و ليس من تاريخ الإخلاء أو الخروج الفعلي للأمكنة لأن الخروج يقع بعد صدور الحكم القاضي بالإخلاء ، و الأحكام القضائية تفصل في الوقائع القائمة و ليس المستقبلية فإنهم طبقوا صحيح القانون . " المحكمة العليا . غ . ت و ب . قرار 1999/05/08 ، رقم 189311 . مج . القضا . الجزائر . 1999 . عدد 02 . ص 120 .

من ناحية أخرى فإنه من غير المقبول أن لا يتأثر حق المضرور في اقتضاء التعويض الكامل بسبب تراخي نتائج الرفض إلى المستقبل أي إلى ما بعد صدور الحكم ، و طول إجراءات الدعوى التي تدوم في الواقع عدة سنوات فيتغير فيها بالضرورة قيمة الضرر، و بذلك نكون قد انتهنا من دراسة مدى الضرر الموجب لتعويض الاستحقاق و ننتقل لدراسة العناصر التي يتضمنها هذا التعويض و طرق تقديرها .

المطلب الثاني :

عناصر تعويض الاستحقاق و طرق تقديرها

نصت الفقرة الثانية من المادة 176 من ق.ت على ما يلي : " ويتضمن على وجه الخصوص التعويض المشار إليه في الفقرة الأولى من هذه المادة ، القيمة التجارية للمحل التجاري التي تحدد وفقا لعرف المهنة ، ومع ما قد يضاف إليه من مصاريف عادية للنقل و إعادة التركيب وكذلك مصاريف و حقوق التحويل الواجب تسديدها لمحا تجاري من نفس القيمة ، إلا إذا أثبت المالك أن الضرر دون ذلك " ، تعتبر هذه المادة حكم مرجعي بالنسبة للنظام القانوني لتعويض الاستحقاق بحيث أقر المشرع بهذا النص للمستأجر المحلي بحقه في تعويض الاستحقاق ، كما وضع معيار تقدير هذا التعويض و بين العناصر تتضمنه ، النقاط التي حصرنا تحليلها في فرعين :

- الفرع الأول : العناصر التي يشملها تعويض الاستحقاق

- الفرع الثاني : طرق تقديرها

الفرع الأول :

العناصر التي يجب أن يشملها تعويض الاستحقاق

تضمنت الفقرة الثانية من المادة 176 من ق ت تعداد العناصر التي حددها المشرع لحساب تعويض الاستحقاق و التي لم تأتي على سبيل الحصر¹ وغابت عنها الدقة " : ويتضمن على وجه الخصوص التعويض المشار إليه في الفقرة الأولى من هذه المادة ، القيمة التجارية² للمحل التجاري التي تحدد وفقا لعرف المهنة مع ما قد يضاف إليه من مصاريف عادية للنقل وإعادة التركيب وكذلك مصاريف و حقوق التحويل الواجب سدادها لمحل تجاري من نفس القيمة إلا إذا اثبت المالك أن الضرر هو دون ذلك " ، الأمر الذي أدى إلى كثرة النزاعات بخصوص هذه المسألة وفي كل مرة كان الأطراف يعيرون على قرارات التي حددت قيمة تعويض الاستحقاق عدم احترامها العناصر التي حددتها المادة 176 المشار إليها أعلاه .

اعتبر القضاء في تفسيره لهذه الفقرة بأنها تتضمن مجرد توجيهات عامة وضعها المشرع يستنتج من ذلك السلطة التقديرية التي منحها القانون للقاضي في تقدير هذه العناصر و إفلات مبلغ التعويض من مراقبة المحكمة العليا .

جاء عن المحكمة العليا في أحد قراراتها المؤرخ في 1996/02/27³ و التي تتلخص وقائعه فيما يلي :قرر المؤجر المدعو (ص ص) استعادت الأماكن المؤجرة فوجه للمستأجر تنبيه بالإخلاء مقابل منحه تعويض استحقاق ، وعند نهاية أجل التنبيه رفع دعوى ملتصا المصادقة على هذا التنبيه وتحديد خبير من أجل تقدير مبلغ التعويض ، الطلب الذي استجابت له المحكمة فانتهت الدعوى بقرار مجلس قضاء الجزائر المؤرخ في 1995/02/20 الذي

¹ ينبغي ملاحظة ان المادة ليست أمرة إن هذا التعداد الذي جاء به المشرع ليس على سبيل الحصر إنما فقط على سبيل المثال بحيث يجوز للقاضي أو الخبير اعتماد في حسابه لمبلغ التعويض على مقاييس أخرى ، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار الصادر عن الغرفة التجارية و البحرية بتاريخ 1996/02/27 ملف رقم 140798 و الذي جاء به ما يلي " (من المقرر قانونا أن مقتضيات المادة 176 من القانون التجاري لم تحدد بصفة دقيقة المقاييس التي يتعين احترامها لتقييم القاعدة التجارية غنما وضعت توجيهات عامة يمكن الأعتداء بها للوصول إلى تحديد قيمة المحل التجاري و نتيجة لذلك فإن قضاة الموضوع غير ملزمين بالاعتماد أساس على رقم المبيعات وذلك إعمالا لسلطتهم التقديرية . ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القضاة الموضوع صادقوا على تقدير الخبرة التي اعتمد على رقم المبيعات لسنوات 1985/1984/1983 دون الأخذ في الاعتبار رقم مبيعات لسنة 1986 فإنهم طبقوا القانون تطبيقا سليما ومتى كان كذلك استوجب الرفض " . المجلة القضائية، 1996 ، العدد الثاني ، ص 118 .

² لقد قصد المشرع القيمة السوقية وليس كما جاء بالنص القيمة التجارية و هي الترجمة الصحيحة لما ورد بالنص الفرنسي La valeur marchande أي القيمة السوقية .

³ غ. التجا و البح. ملف رقم 140789 ، بالمجلة القضائية ، 1996 ، العدد الثاني ، ص 118 وما يليها .

قضى بتحديد قيمة تعويض الاستحقاق بمأتي وثمانية عشر ألف وأربعمائة وثمانين دينار مقابل إخلاء المحل المتنازع فيه القرار الذي عرض لمراقبة المحكمة العليا . نازع المستأجر المدعوش ه في مبلغ التعويض الذي توصل إليه قضاة المجلس بحجة أن هؤلاء لم يلتزموا بالعناصر التي عددها المشرع بالمادة 176 من القانون التجاري عند تحديدهم مبلغ تعويض الاستحقاق " فإن قضاة الموضوع لما صادقوا على الخبرة يكونون قد خرقوا معايير تحديد تعويض الاستحقاق وأحكام المادة 176 من القانون التجاري " .

كان على المحكمة العليا قبل قيامها بمراقبة صحة القرار المطعون فيه تحديد إن كان يصح لها مناقشة هذه المسألة و للإجابة عن هذا الإشكال كان من الواجب عليها تفسير حكم المادة 176 المشار إليه أعلاه ، وهذا ما قامت به فعلا بحيث جاء عنها : " حيث مقتضيات المادة 176 من القانون التجاري لا تلزم قضاة الموضوع بالاعتماد على رقم مبيعات المحل التجاري المراد استرداده مقابل تعويض استحقاقه ولا تحدد بصفة دقيقة المقاييس التي يتعين احترامها لتقييم القاعدة التجارية ، بل تكتفي بإعطاء توجيهات عامة يمكن أخذها بعين الاعتبار للوصول إلى قيمة المحل التجاري وذلك في حدود السلطة التقديرية المخولة قانونا للقضاة "

تتمثل العناصر المعتمد عليها في حساب تعويض الاستحقاق في القيمة التجارية المحل التجاري و ما يضاف إلى قيمة المحل التجاري و ساير مشرعنا في ذلك ما كان مطبقا بمرسوم 30 سبتمبر 1953 الفرنسي في تحديده للعناصر التي يشملها تعويض الاستحقاق ، فان المشرع المغربي ذهب خلاف ذلك و لم يحدد عناصر تقدير التعويض عن نزع اليد¹ .

¹ احمد عاصم : الحماية القانونية للكراء التجاري ، المرجع السابق ، ص 101 و ما يليها .

أولاً : تقدير التعويض على أساس القيمة التجارية للمحل التجاري

نصت المادة 176 ق ت على أخذ بعين الاعتبار عند تقدير الاستحقاق القيمة التجارية للمحل التجاري و التي تحدد حسب عرف المهنة و المقصود به التقيد بالمقاييس الموضوعية و الخاصة بالنشاط موضوع المحل فالعرف يختلف من مهنة إلى أخرى¹.

يقصد بالقيمة التجارية للمحل التجاري قيمته السوقية² أي ثمنه في حالة بيعه و يذهب البعض من الفقه إلى ابعده من ذلك في تقدير الثمن فلا يقصد به ثمن البيع في حالة تصفية المحل و إنما ثمن المحل التجاري الحقيقي بعناصره مجتمعة طبقاً لسعر السوق³ و تختلف هذه القيمة من نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي إلى آخر و جعل المشرع معيار الاختلاف عرف المهنة و بمعنى صحيح عرف التجارة و الصناعة و الحرفة و بهذا المعيار يكون المشرع قد اخرج القيمة السوقية للمحل من دائرة المضاربة .

غير بعض الباحثين لم يستحسنوا تقدير تعويض الاستحقاق على أساس هذا المعيار جاء عن محمد الحبيب الطيب قوله : " و بالتالي حفاظاً على تساوي و توازن الحقوق بين المؤجر و المستأجر فانه يستحسن عدم الأخذ بأسعار السوق التي من جهة أخرى و كما سنراه مفصلاً فيما بعد مبنية على المضاربة و التوسط و الربح بدون استحقاق . "، غير أننا نرى عكس ذلك بما أن القيمة التجارية للمحل هي نتاج المجهودات الشخصية للتاجر و نشاطه و موهبته في جلب العملاء .

يثير تقدير القيمة التجارية للمحل التجاري صعوبة في تقديرها ، و غالباً ما يلجأ القضاء من اجل تقديرها إلى الاستعانة بأهل الخبرة و من اجل توصل هؤلاء إلى تقدير موضوعي لها يستعينون بما يلي :

¹ جعلت إدارة التسجيل بفرنسا قائمة وجدول لتقييم أهم القواعد التجارية بالنظر إلى القواعد و الأعراف المعمول بها في كل نوع من التجارة أو الصناعة و تختلف قواعد باختلاف رقم أعمال المعروف أ، المعتاد في كل نوع إلا أن هذه القواعد يؤخذ بها:

Jean Derruppé : op.ci,t p 82-83-84.

² لقد جاء بنص المادة 176 باللغة الفرنسية عبارة " La valeur marchande " « و التعبير الصحيح لها هو القيمة السوقية .
³ « La valeur marchande doit s'entendre comme le prix d'une cession en bloc de l'ensemble du fonds par opposition à la valeur de liquidation. » J. Derruppé- G. Briere de l'isle- R. Maus – P. Lafarge : Baux commerciaux, op .cit .p 239 .n 455.

الدفاتر التجارية : تبين الدفاتر التجارية التي يجب على التاجر مسكها النشاط التجاري للتاجر و مقدار و حجم المبيعات ، و يراعى في تقدير النشاط التجاري أو الحرفي الذي يمارسه التاجر أو الحرفي بالأماكن المؤجرة فقط ذلك النشاط المسموح به في عقد الإيجار التجاري أو ذلك الذي وافق عليه صراحة أو ضمناً المؤجر ، أما النشاطات غير المقبولة من قبل المؤجر فلا تدخل في حساب القيمة التجارية للمحل التجاري .

الأرباح التي يحققها المحل التجاري : و هذه الأرباح يمكن التوصل إليها من مراقبة التصريحات الضريبية و يمكن للمؤجر أن يثبت أن الضرر الذي أصاب المستأجر المحلي أقل من قيمة المحل بإثباته بأنه استأجر مكان قريب من المحل القديم ، أو أثبت أنه لا أهمية لتغيير المكان على استمرارية النشاط أو نموه ، أو اثبت أن الشركة المستأجرة قد انحلت و انقضت قبل الإعلان عن رفض التجديد أو أثبت ان المستأجر استعد لنقل محله قبل الإعلان عن رفض التجديد ، و للقضاء سلطة واسعة في تقدير التعويض بمراعاته كل عناصر الضرر و للمؤجر أن يثبت انتفاء جزء من الضرر أو الضرر كله حتى يتخلص من دفع تعويض الاستحقاق .

تستنتج أن القيمة التجارية للمحل بتقديم عناصرها بالمقارنة مع قيمة المحلات المماثلة لها في النشاط و الدخل السنوي ، ينبغي إذا إقصاء بداية من العملية التصفية الناتجة عن البيع الإجمالي و القيمة الحسابية الناتجة عن الفارق بين الأصول و الفروع الذي توصلت إليه الميزانية¹، كما أن استغلال المحل التجاري من قبل مسير حر لا يغير من قيمتها فلا يجوز إذا مطالبة المستأجر المحلي بضم إلى تعويض الاستحقاق ضرر يساوي حرمانه من استحقاقات إيجار التسيير . أما في حالة عدم التوفر على هذه العناصر أو عدم دقتها ، فإن الخبير يستطيع تقدير القيمة التجارية للمحل التجاري بالرجوع إلى تقدير كل عنصر من عناصره المعنوية على حدة أي عنصر العملاء و عنصر الحق في الإيجار ، بما أن العناصر المادية لا تتأثر بالإخلاء و لن يفقدها فيمكن للمستأجر نقلها مثل ذلك البضائع و الآلات و المعدات و التراخيص الإدارية و غيرها من العناصر المادية .

¹ جنادي جيلالي ، المرجع السابق ، ص 98 و ما يليها .

جاء عن القضاء الفرنسي و من اجل حساب القيمة السوقية للمحل التجاري الرجوع الى عنصر آخر المتمثل في قيمة الحق في الإيجار¹.

1- عنصر الحق في الإيجار : من بين هذه العناصر التي يفقدها حتما المستأجر المخلي الحق في الإيجار و الذي يعتمد إما على القيمة الضريبية لبدل الإيجار أو قيمته الفعلية ، فلا يجوز تجزئة قيمة الحق في الإيجار عن قيمة المحل التجاري و لا يجوز إذا للتعويض أن يتضمن خسارة أو فائدة مفترضة . كما جاء في هذا الشأن عن محمد الحبيب الطيب²: " يستحيل اللجوء إلى التقييم التلقائي أو الجزافي اعتمادا على أسعار السوق لكون هذه الطريقة تفتقر إلى الموضوعية وتؤدي إلى اعتماد المضاربة وبالتالي يبقى حينئذ الاعتماد على القيمة الايجابية للمحل و هي طريقة من الطرق التقييم المبنية على مقاييس موضوعية ... "

اجمع القضاء بفرنسا على أن التعويض لجبر الضرر الذي سيصيب المستأجر المخلي ، يجب أن يتضمن من بين عناصره فقدان الحق في الإيجار ، و تخول محكمة النقض الفرنسية لقضاة الموضوع سلطة تقدير قيمة الحق في الإيجار لأنه يمثل القيمة التجارية للمحل التجاري ، خاصة أهمية موقعه و السمعة التجارية المرتبطة به و ما لها من تأثير على ازدهاره و نموه . فقضت هذه المحكمة بأنه إذا وردت في عقد الإيجار التجاري شروط تقيد من الحق في التنازل عن الإيجار فان قيمة الحق في الإيجار تؤثر سلبا على قيمة تعويض الاستحقاق³ ، كما ذهبت نفس المحكمة إلى الحكم بوجود اخذ بعين الاعتبار أثناء تحديد قيمة الحق في الإيجار الأنشطة التي لم ينص عليها العقد و لكن قبلها المؤجر صراحة⁴ ، و إذا كانت الأنشطة التي يمارسها المستأجر متداخلة و مترابطة و موزعة على عدة محلات و تم إخلاءه من احد هذه المحلات فالتعويض يجب أن يأخذ بعين الاعتبار نقل كافة الأنشطة إلى باقي المحلات .

¹ الرجوع الى الملحق رقم 4-5-6.

Com.15 décembre 1964 .D .1965 .275 .

² المرجع السابق ، ص 42 وما يليها

³ Cass. Civ.27 avril 1979 .D 1979 .IR.452 .

⁴ Cass. Civ .16 février 1982 .JCP1982.IV157.

ذهب الفقه المغربي إلى انه من بين عناصر المحل التجاري التي تتأثر بانتقال المحل إلى مكان آخر الحق في الكراء (الإيجار) الذي ينتهي حسب ما جاء عنهم برفض تجديد العقد و بالإخلاء¹، أما في حالة عدم توفر هذه العوامل، فإن الخبير يستطيع تقدير قيمة المحل التجاري بتحديد قيمة كل عنصر من عناصر المحل التجاري و أهمها عنصر العملاء، و لما كان المحل التجاري يتوقف على وجود عنصر الاتصال بالعملاء فإن هذا الخبير عادة ما يكون له ارتباط بوجود الحق في الإيجار في محل معين يكتسب فيه شهرة تجارية ينجد إليها العملاء المرتبطون بشخص التاجر أو الصناعي أو الحرفي و بموقع المحل التجاري.

يؤثر بالتالي الحق في الإيجار و الاتصال بالعملاء و السمعة التجارية على عملية نقل النشاط التجاري إلى جهة أخرى و هي التي يجب اعتمادها بالأساس في تحديد التعويض الكامل المنصوص عليه بالفقرة أولى من المادة 176 ق.ت، أما بقية العناصر الأخرى فيمكن نقلها و إدماجها من جديد في النشاط التجاري دون أن تتأثر قيمتها التجارية.

2- عنصر العملاء: يعتبر عنصر العملاء أساس الحماية التجارية و التعويض الاستحقاق، فيختلف حجم تقديره باختلاف النشاط موضوع القاعدة و لا يمكن الكشف عنه إلا من خلال رقم الأعمال و يقيمه الخبراء على أساس رقم أعمال القاعدة لمدة ثلاث سنوات الأخيرة قبل التنبيه بالإخلاء و الذي تثبته الأوراق الضريبية². يضاف إلى هذان العنصران العناصر الأخرى المكونة للقاعدة موضوع التعويض كالاسم التجاري و العلامة التجارية التي يتم تقييمهما من خلال تقييم عنصر العملاء لأنهما الذي يتحدد من خلال تحديد رقم الأعمال.

يخلص بنا القول أنه في حالة عدم وجود العناصر المكونة للقاعدة التجارية أو على الأقل أهم هذه العناصر يفقد مستأجر المحل التجاري الحق في تعويض الاستحقاق الوضعية التي كثيرا ما تخلق نزاعات في الحياة العملية.

¹ نجاة الكص: المرجع السابق، ص 392.

² Jean Derruppé : les baux commerciaux .op .cit , P85.

غير أن المحكمة العليا استقرت على موقف قاطع عندما طرح عليها إشكال تقدير تعويض الاستحقاق في حالة عدم إثبات وجود العناصر المكونة للقاعدة التجارية ، فجاء بأحد قراراتها المؤرخ في 1997/11/18¹ والذي تتلخص وقائعه فيما يلي :

رفع (ورثة ن ب) المؤجر دعوى طرد ضد (ورثة ح ر) المستأجر مقابل منحهم تعويض استحقاقى ، الطلب الذي استجابت له المحكمة ومعينة خبير من أجل تقدير تعويض الاستحقاق أعاد المؤجرين السير في الدعوى بعد أن انتهى الخبير السيد خشة محفوظ من إنجاز خبرته . قضت المحكمة بموجب الحكم المؤرخ في 1994/02/09 بالمصادقة على خبرة الخبير السيد خشة محفوظ وإلزام المدعى عليهم (ورثة ج ر) وكل من يحل محلهم بإخلاء المحل التجاري دون منحهم تعويض استحقاق ، الحكم الذي طعن فيه المستأجرون بالاستئناف إلا أن قضاة مجلس قضاء جيجيل بموجب قرارهم الصادر بتاريخ 1995/02/26 قضوا بتأييد الحكم المعاد ، القرار الذي عرضه المستأجرون لمراقبة المحكمة العليا .

أسس قضاة الموضوع قضائهم بطرد المستأجرون دون منحهم تعويض استحقاق على النتيجة التي خلص إليها الخبير المعين قضائيا ، بحيث لم لاحظ الخبير أن المحل موضوع الخبرة لم يسجل أي نشاط تجاري ، ولم يستطع تقدير القيمة السوقية للقاعدة نظرا لغياب العناصر الرئيسية المكونة للقاعدة و بالتالي و أمام غياب القاعدة التجارية فإن التعويض لا يجد له أي أساس ، و سايرت المحكمة العليا موقف قضاة الموضوع مذكرة ضمنا بأن أساس الحماية القانونية " الملكية التجارية " هو القاعدة التجارية فعدم توافر هذه الخيرة يسقط حق مستأجر المحل التجاري في هذه الحماية . يستنتج من هذا الموقف أن القاعدة التجارية تفترض تواجد أهم عناصرها أي العملاء و الشهرة لا يكفي الاسم التجاري و رخصة الاستغلال لإثبات نشأتها فقد جاء عن المحكمة العليا : " إن عدم تقديم إثبات على أن المحل التجاري " القاعدة التجارية " له نشاط و له عناصر مادية و معنوية يمكن تقديرها بواسطة الخبير يحرم المستأجر من حقه في التعويض الاستحقاقى " ، فيؤخذ عنصر العملاء في حساب القيمة التجارية للمحل التجاري بالرجوع إلى نسبة العملاء و يقترح محمد حبيب

¹ غ . التجا و البيع ، ملف رقم 144927 ، القرار المنشور بنشرة القضاة العدد 54 ، مجلة قانونية تصدرها وزارة العدل طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1999 ، ص 72 وما يليها .

الطيب أن تحسب نسبة العملاء بمعدل رقم الأعمال للسنوات الثلاثة الأخيرة قبل تاريخ التنبيه بالإخلاء¹ و يستدل بذلك عن طريق التصريحات الضريبية .

ثانيا : ما يضاف إلى قيمة المحل التجاري

نص المشرع على عناصر أخرى يتضمنها تقدير تعويض الاستحقاق و المتمثلة في مصاريف النقل و إعادة التركيب و مصاريف و حقوق التحويل لمحل تجاري من نفس القيمة طبقا لما جاء بالفقرة الثانية من المادة 176 ق ت المقتبس حكمها من نص المادة 8 من مرسوم 30 سبتمبر 1953 الفرنسي السابق الإشارة إليه .

جاء عن القضاء الفرنسي في هذا الشأن الاستغناء عن إضافة قيمة هذه العناصر في حالة ما إذا ثبت أن تقدير التعويض كان تقديرا شاملا للقيمة التجارية للمحل التجاري بجميع عناصره و مقوماته المعنوية و المادية بما فيها نفقات النقل و التحويل فلا تعويض عن هذه الأخيرة بصفة مستقلة² ، و في حالات أخرى أضاف هذا القضاء إلى هذه العناصر تقدير عنصر الكساد الوقتي الذي يمر به المستأجر المحلي خلال فترة الانتقال الاضطراب الذي يطلق عليه عرفا القلق التجاري " trouble commercial " الناتج عن تغيير موقع المحل و الذي ينتج عنه ضياع العملاء³ .

1-مصاريف النقل وإعادة التركيب : يقصد بها ما ينفقه المستأجر عادة من أجل نقل أثاثه و بضائعه و مخزونه بما فيها منقولاته الشخصية إذا كانت الأماكن المؤجرة مستعملة أيضا كسكن ، و غير ذلك من العناصر المادية للقاعدة أي مصاريف الشحن و النقل و التفريغ ، و تختلف قيمة هذه النفقات بحسب نوعية النشاط فإذا تعلق الأمر بمصنع حتما سيكلف نقل وإعادة تركيب أثاثه و مخزونه و بضائعه وآلاته مبالغ طائلة أكثر من تلك التي ينفقها إذا ما تعلق الأمر بمتجر لبيع مواد غذائية مثلا ينبغي التمييز أيضا عند تقييم هذه المصاريف بين وضعيتين :

¹ المرجع السابق، ص 46 .

² Tb . Civ , Paris , 29 mai 1974 , J.C.P .1974 -IV-434 .

³ Cass . Com .27 décembre 1961 ,Dalloz .1962 .146 .

أ-حالة إخلاء المستأجر المحل فإذا غادر المستأجر المحل موضوع النزاع قبل تحديد المحكمة قيمة تعويض الاستحقاق فينبغي على الخبير أو القاضي إضافة إلى قيمة التجارية للقاعدة مصاريف العادية للنقل و التركيب التي صرفها المستأجر المحلي و الثابتة بفواتير .
ب-أما إذا لم يغادر المستأجر المحل فينبغي على المحكمة أن تقوم بتقييم جزافي لهذه المصاريف و الذي اعتاد الخبراء على تقديرها ب 10 % من قيمة القاعدة التجارية المحصل عليها عند تحديد القيمة السوقية لهذه القاعدة.

2-مصاريف و حقوق تحويل محل تجاري من نفس القيمة و تلك المتعلقة بتسريح العمال :

يقصد بمصاريف و حقوق التحويل النفقات التي يتحملها المستأجر المحلي من أجل الحصول على إيجار محل تجاري آخر كنفقات التوثيق والشهر ورسوم إدارة التسجيل و مصاريف تعديل السجل التجاري المرتبطة بالمكان الجديد . و يقيّمها الخبراء بنسبة 20 % من مجموع قيمة عنصرين من القاعدة التجارية و المتمثل في عنصر الحق في الإيجار و العملاء¹ الحرمان المؤقت من الانتفاع : يقصد به حرمان المستأجر المحلي مؤقتا من استغلال قاعدته التجارية بسبب تحويلها إلى مكان آخر ، و تقيّمها يعتمد على الخسارة التي لحقت بالتاجر المحلي من فترة الإخلاء إلى غاية إعادة انطلاقة نشاطه بالمحل التجاري الجديد و يقدرها الخبراء حسب ثلاثة أشهر من الربح الصافي للقاعدة أو بقيمة 10% من القيمة الإجمالية للتعويض الاستحقاق الذي توصل إليه الخبير.

كما يجوز للمستأجر المطالبة بضم إلى تقدير تعويض الاستحقاق مصاريف تسريح عماله إذا و هي النفقات التي دفعها لهؤلاء نتيجة فصلهم ، غير انه يقع عليه عبء إثبات العلاقة السببية المباشرة بين رفض تجديد المؤجر الإيجار التجاري و تسريح العمال ، فيتم استعمال هذه العناصر مجتمعة أو منفردة عند حساب تعويض الاستحقاق بحسب درجة الضرر الذي تسبب فيه رفض التجديد.

¹ محمد الحبيب الطيب : التعويض الاستحقاق في القانون الوضعي الجزائري ، أول نشر 1998 ، ص من 50 و ما يليها. حمدي باشا عمر : دراسات قانونية مختلفة ، المرجع السابق ص 19 وما يليها.

الفرع الثاني :

طرق تقدير تعويض الاستحقاق

تطرح عملية التقدير سؤالين: من له سلطة القيام بعملية التقدير ، و ما هي الطريقة المستعملة لذلك ؟

أولا : من له سلطة إجراء عملية الحساب ؟

يملك القاضي سلطة تقدير هذا التعويض و تحديده و بالتالي يفلت هذا التقدير من مراقبة المحكمة العليا، غير أن القاضي يستطيع الاستعانة بخبير لتقييم هذا التعويض طبقا للمادة 126 من ق.ا.م.ا لكنه في نفس الوقت غير ملزم برأيه وفقا لما هو مقرر للمادة 144 من ق.ا.م.ا إن خبرته تقع على سبيل الاستدلال فقط بالنظر إلى معارفه الفنية: " القاضي غير ملزم برأي الخبير ، غير انه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة ."، الموقف الذي أكده القضاء على ان عمل الخبير مقصور على جمع معلومات فنية يضعها أمام القضاة الذين لهم أن يأخذوا بها أو يردوها بأسباب سائقة لما لهم من سلطة تقديرية ، فالقاضي هو الخبير الأكبر كما يقتصر عمل الخبير على تقييم التعويض دون مناقشة مسألة أحقية المستأجر في طلب التعويض أو عناصر قانونية أخرى فلا يجوز له ان يتعدى مهامه .

على سبيل المثال جاء بأحد قرارات المحكمة العليا المؤرخ في 11/04/1995¹ ما يلي : "حيث أنه يتبين من القرار المنتقد و من الوثائق المرفقة به أن مجلس قضاء قالمة قد سبق له إصدار قرارين قبل الفصل في موضوع النزاع الحالي... و ضمن هذه انه كان يتعين على الخبير المعين أن يقوم بعمله في حدود مهمته الأمور بها و يكتفي بتحديد قيمة التعويض الإستحقاقى دون أن يتطرق لمسألة أحقية التعويض و شروط التجديد أو عدم تجديد عقد الإيجار و الأركان المكونة للقاعدة التجارية إلى آخره... حيث انه يتبين ان الخبير تجاوز المهمة و حل محل القضاة عندما قرر رفض التعويض الإستحقاقى للمستأجرين ...نتيجة لكل

¹- غ. التجا و البيح ، ملف رقم 50558، المجلة القضائية للمحكمة العليا ، 1990 عدد 3 ، ص 91.
3- غ. التجا و البيح ، ملف رقم 116928 ، المجلة القضائية للمحكمة العليا ، عدد خاص ، ص 87.

هذه الاعتبارات ينبغي نقض القرار المطعون فيه الذي صادق على تقرير خبير تجاوز مهمته و تصرف في القضية بصفة تعسفية."

استحسن بعض الباحثين و الممارسين في الحياة التطبيقية استعانة القاضي بأكثر من رأي على أن تنجز جميع الخبرات في وقت واحد و يحتفظ بسلطة تقدير تقييم جميعا و المقارنة بينهم نظرا لما تملك هذه الطريقة من مزايا أهمها اكتساب الوقت و عدم إطالة في النزاع.

و ضع المشرع بالمادة 198 من ق.ت الشروط الشكلية التي يجب احترامها عند تقديم النزاعات المتعلقة بالإيجار التجاري بما فيها النزاعات المتعلقة بتقدير تعويض الاستحقاق فنص على شرطين: "ترفع جميع الدعاوي الممارسة وفقا لما ورد في هذا الباب ما عدا الدعاوي المشار إليها في المادتين 196 و 197 أعلاه، أمام محكمة موقع العمارة و يشملها التقادم بعد مرور سنتين."

1- المحكمة المختصة: يجب تقدم الدعوى الرامية إلى تحديد تعويض الاستحقاق أمام المحكمة أين يقع العقار موضوع التعويض ، و ليس ه ذا الشرط إلا تطبيقا لقاعدة موقع العقار التي سنها المشرع في القانون الإجراءات المدنية و الإدارية كلما تعلق الأمر بنزاع حول العقار و تكون هذه المحكمة هي المختصة في تعيين خبير لتقدير التعويض سواء عين الخبير بموجب بحكم تحضيري لكون النزاع المطروح أمام القاضي الموضوع للنظر في صحة التنبيه بالإخلاء و تعيين خبير لتقدير تعويض الاستحقاق أو بموجب أمر تحضيري .

أجازت الفقرة الثانية من المادة 194 ق.ت في حالة طلب مستأجر المحل التجاري تعويض الاستحقاق للطرف الذي بهمه التعجيل بطلب تعيين خبير لتحديد قيمة التحقيق الإشتقائي من رئيس المحكمة الفاصل في المواد الإستعجالية 2 : "غير انه إذا طالب المستأجر بتعويض الإخلاء ، جاز للطرف الذي يهمله التعجيل أن يتم دعواه أمام رئيس المحكمة الناظرة في القضايا المستعجلة ليأمر بإجراء الخبرة اللازمة و ذلك قبل انتهاء الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة . " ، لكن إذا ما اختار أحد الطرفين هذا الطريق الأخير عليه احترام شرط الأجل أي أن يرفع طلبه إلى رئيس المحكمة عند انتهاء مهلة ثلاث أشهر من تاريخ التبليغ.

¹ محمد الحبيب الطيب : المرجع السابق ، ص من 51 و ما يليها.

2- شرط الأجل : يجب حسب ما نصت عليه المادة 198 المشار إليها أعلاه أن تقدم الدعوى الرامية إلى تقدير تعويض الإستهقاق في أجل سنتين يبدأ اعتبارا من تاريخ تبليغ التنبيه بالإخلاء و إلا تقادمت الدعوى و في هذه الحالة يستوجب على المؤجر إعادة توجيه للمستأجر تنبيه بإخلاء ثاني.¹

ثانيا : الطرق المستعملة للحساب تعويض الإستهقاق

لم يحدد المشرع بالمادة 176 أو المواد التي تليها طريقة معينة لحساب تعويض الإستهقاق و لعل الحكمة من ذلك الطابع الفني و التقني لهذا التقييم فبالرجوع إلى ما جرى العمل به في وسط الخبراء نكتشف طرق عديدة يمكن تعداد بعضها من خلال ما جاء عن الخبراء باجزائر و تلك المعتمدة من قبل الخبراء بفرنسا :

1- الطرق المعتمدة من قبل الخبراء بالجزائر : و من بينها ما يلي :

أ- طريقة التداخل و طريقة المقارنة : تفترض طريقة التداخل حساب التعويض الإستهقائي وفقا لعملية حسابية تجمع رقم أعمال التاجر المستأجر بنسبة الثلث + مبلغ بدل الإيجار السنوي + مصاريف النقل و إعادة التركيب التي تعادل 30% من رقم الأعمال + قيمة العناصر المادية و المعنوية التي تشكل القاعدة التجارية و التي تعادل 40% من رقم الأعمال.

يعيب بعض الباحثين² على هذه الطريقة مساسها بحقوق التاجر إذ أنه ما عدا العنصر الثاني (العملاء) منها فإن مجموع العناصر الأخرى لا تتجاوز 100% من رقم الأعمال علما ان رقم الأعمال الرسمي غالبا ما يكون ضئيل. كما أنها لا تقلل من أهمية حق الإيجار بينما غالبا ما يكون جد مهم ، و تحدث خلطا بين عناصر القاعدة التجارية.

أما طريقة المقارنة فتعتمد على مقارنة بين ثمن البيع الرسمي لمحلات تماثل المحل موضوع الخبرة من حيث الموقع و المساحة و النشاط و الشارع و المكان إلى غيرها من المشبهات

1 المادة 183 و المادة 186 من قانون الإجراءات المدنية: "في جميع أحوال الاستعجال أو عندما يقضي البت في تدابير للحراسة القضائية أو أي تدبير تخفضي لا تسري عليه نصوص خاصة، فإن الطلب يرفع بعريضة إلى رئيس الجهة القضائية للدرجة الأولى المختصة بموضوع الدعوى." "الأوامر التي تصدر في المواد المستعجلة لا تمس أصل الحق."

² محمد الطيب : الرجوع إلى التعويض الإستهقائي في القانون الوضعي الجزائري المرجع السابق ص 29

ويطلع على هذه المبالغ لدى مصلحة التسجيل و الشهر العقاري و تتمثل تقنيا في تقييم على أساس هذا الثمن القاعدة التجارية موضوع التعويض، و يطرح منها العناصر التي لم يفقدها المستأجر المحلي .

إلا أنه يعاب أيضا على هذه الطريقة كونها تعتمد في أغلب الأحيان على أثمان البيع الرسمية و المعلن عنها أمام مكتب الموثق و التي تكون بعيدة عن بالأثمان الحقيقية و إذا ما عاد الخبير إلى ثمن السوق سقط في المضاربة، و ارتباط الثمن بظروف بيع كل قاعدة على حدا، فمن الصعب التوصل إلى تعويض استحقاقى منصف.

2- كما يلجأ في بعض الخبرات إلى طريقة تعتمد على القيمة الإيجارية: يعتمد فيها الخبير على مبلغين للكراء المبلغ الرسمي و يساوي القيمة المرجعية لبدل الإيجار السنوي الذي يحدده قانون المالية لكل سنة و الذي يعتمد على قيمة المتر المربع و هو ما يعرف بالقيمة الضريبية، و المبلغ الحقيقي أي القيمة الفعلية للكراء و التي تساوي بدل الإيجار السنوي المتفق عليه حتى و إن لم يدفع بعد.¹ فيحدد الخبير القيمة الإيجارية للمحل التجاري بجمع القيمة الضريبية للكراء مع قيمته الفعلية و ضرب المبلغ في معامل يتراوح بين 30 و 60 حسب نوع النشاط التجاري أو الصناعي.²

إن تحديد القاضي لقيمة تعويض الاستحقاق المستحقة إما بالمصادقة على تقرير خبرة الخبير أو بالحكم بمبلغ وسط في حالة وجود أكثر من خبرة بموجب حكم نهائي مهوور بالصيغة التنفيذية ينهي النزاع بين المستأجر و المؤجر فيما يخص حق التعويض .

1 - بعض الطرق المعتمدة بفرنسا: كما يعرف الخبراء بفرنسا طرق أخرى لتقدير قيمة تعويض الاستحقاق³ مثال ذلك :

¹* جاء عن المؤلف فرانسوا بوهلك في مرجعه الخبرة العقارية الطبعة 8 عن إريولوس باريس 1983 ص 124-125 أنه يوجد طريقتين لحساب قيمة المحل التجاري طريقة تجارية و التي تعتمد على المقارنة بين القيمة السوقية و قيمة بعض عناصر القاعدة التجارية كالحصيلة اليومية للمبيعات الأرباح السنوية و كمية المواد المستهلكة شهريا و عدد الزبائن و تستنتج من الدفاتر التي يمسكها التاجر. أما الطريقة الثانية فهي الطريقة الإستنتاجية و تعتمد على استنتاج قيمة العناصر المعنوية للقاعد التجارية من قيمة الأرباح المحصلة و تساوي هذه القيمة الأولى نصف القيمة الثانية. لأكثر معلومات راجع جنادي جيلا لي الإيجارات التجارية في القانون التجاري الجزائري، المرجع السابق، ص 92 و ما يليها.² لأكثر معلومات راجع كتاب محمد الحبيب الطيب إيجارات تجارية التعويض الاستحقاقى في القانون الوضعي الجزائري نشرة أولى سنة 1998 ص 40 و ما يليها .

³F. Paulhac .L'expertise immobilier.8eme éd, Eyrolles , Paris .1983.p 124 et s .

جنادي جيلا لي، المرجع السابق، ص 97 و ما يليها. ملحق رقم 4-5-6 .

أ- **التقييم عن طريق التجربة :** و يتم ذلك من خلال البحث عن القيمة المالية للمحل التجاري على حسب سعر السوق و قيمة بعض عناصر المحل مثال ذلك الحصيلة اليومية للمبيعات و الفوائد السنوية و عدد الزبائن المسجلين أسبوعيا و المواد الأولية المستهلكة شهريا ، فإذا توصل الخبير إلى حصر كل هذه المعطيات و المعلومات يأخذ بالمعيار المطبق على كل نشاط فمثلا بالنسبة لنشاط بيع المواد الغذائية فان قيمة المحل التجاري تساوي من 50 الى 80 مرة الحصيلة اليومية للمبيعات.

ب- **طريقة الاستنتاج :** يقصد بها حساب قيمة العناصر المعنوية للمحل التجاري و التي تساوي نصف قيمة الأرباح المحصل عليها خلال سنوات عقد الإيجار .
مهما تعددت الطرق التي يعتمدها الخبير أو الخبراء للوصول إلى تقدير تعويض الاستحقاق فان التقدير النهائي يعود إلى القاضي الذي يراقب صحة العناصر التي تضمنها تقدير التعويض و صحة الوثائق المعتمد عليها¹ ، و كثيرا ما يلجأ إلى المقارنة بين الخبرات إن تعددت، فإذا بسط سلطته الرقابية فصل في مبلغ التعويض الذي يلتزم المؤجر بدفعه الى المستأجر المحلي ، غير أن اثر تعويض الاستحقاق لا ينتهي بالحكم به بل يمتد إلى ما بعد الحكم به ، الآثار التي سنحاول تحليلها بالمبحث الموالي .

المبحث الثاني :

اثر الحكم بتقدير تعويض الاستحقاق

تتواصل أبعاد تعويض الاستحقاق إلى ما بعد انتهاء الدعوى القضائية الرامية إلى تقديره مما فلا تقل أهمية موضوع رسالتنا بالمبحث الأخير منها بل يظهر امتداد الدور الذي يلعبه اكتساب تعويض الاستحقاق بالنسبة للمستأجر تاجرا كان أو صناعيا و حرفيا إلى ما بعد

¹ "التعويض الاستحقاقى ، إيجار محل تجاري -تنبيه بالإخلاء بموجب قرار تمهدي و تعيين خبير - طرد من القاعدة التجارية مقابل تعويض استحقاقى - طعن لإغفال عناصر تقدير التعويض الاستحقاقى في تقرير الخبرة -رفض . "المج . العليا . غ . التجا و البح ، ملف رقم 195922، قرار 1992-04-21 نشرة القضاة ، 1995 عدد 48 ، ص 179 .
" تعويض الاستحقاق -اعتماد - رقم المبيعات احد فروع المحل التجاري -دون الأخر - خطأ في تطبيق القانون . " المج . الأعلى . غ . التجا و البح ، ملف رقم 156001، قرار 1989-03-05 المجلة القضائية ، 1990 عدد 4 ، ص 111 .

الحكم على هذا الأخير بإخلاء الأماكن مقابل التعويض المحدد مقداره ، و سنحاول من خلال هذا المبحث الكشف تواصل الحماية القانونية بعد انقضاء العلاقة الايجارية .
هذه الحماية التي تزعزع توازن بين الأطراف إلى ما بعد العقد فيظهر جليا الطابع ألتهديدي لتعويض الاستحقاق الذي يقترب في هذه المرحلة من المصطلح الذي اختاره له المشرع التونسي أي "الغرامة " و عدم دفع هذه الغرامة يترتب نتائج تأثر على مبدأ حرية التعاقد فيتحول المالك المؤجر سابقا من صاحب إلى مدين بحق و علاقة المديونية يتعدى حكمها ما يلتزم به المدين عادة .

سنحاول من خلال هذا المبحث الأخير من الرسالة دراسة أيضا علاقة المديونية هذه في اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق في ضل حكم المادة 187 مكرر من جهة ، و لمقاربة جميع هذه النقاط نقتراح تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

- **المطلب الأول:** ما يترتب عن الحكم بتعويض الاستحقاق بالنسبة للمستأجر المحلي
- **المطلب الثاني:** ما يترتب عن الحكم بتعويض الاستحقاق بالنسبة للمالك المؤجر سابقا

المطلب الأول:

ما يترتب عن الحكم بتعويض الاستحقاق بالنسبة للمستأجر المحلي

تستمر الحماية القانونية للمستأجر حتى بعد الحكم عليه بالإخلاء كما يستمر اثر ثبوت حقه في تعويض الاستحقاق ، الذي لا يفي بغرضه إلا إذا قبضه صاحبه ، و عليه منح المشرع لهذا الأخير الحق في البقاء بالأمكنة ما دام لم يسدد له ، غير أن الإشكال يطرح حول مصير التاجر و مؤسسته التجارية في حالة عدم اشتراط تعويض الاستحقاق ؟

- **الفرع الأول :** الحق في البقاء إلى غاية قبض تعويض الاستحقاق

- **الفرع الثاني:** اثر عدم اشتراط تعويض الاستحقاق

الفرع الأول

الحق في البقاء بالأماكن إلى غاية قبض التعويض

يعرف الحق في البقاء على انه نظام قانوني استثنائي يخول بموجبه المشرع لشاغل الأمكنة المستأجر سابقا حسن النية الحق في المكوث في الأماكن المؤجرة بعد انتهاء العقد ، رغما عن إرادة المالك المؤجر سابقا¹ ، و في تعريف الفقه للحق في البقاء أكد على طبيعته القانونية كحق يثبت للشاغل في مواجهة مالك العقار و لا يمكن اعتباره التزام في ذمة المؤجر².

عرف الإيجار المدني³ في وقت سابق هذا النظام القانوني الاستثنائي المقتبس من التشريع الفرنسي الذي كان سائر التطبيق على التراب الوطني⁴ ، غير أن تغير الظروف الاقتصادية و الاجتماعية دفع المشرع إلى الاستغناء عن هذا الحق في البقاء تدريجيا ، فبدا بإلغاء هذا الحق بالنسبة لإيجار الأماكن المعدة للسكن بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 1 مارس 1993⁵ ليمتد إلغائه بالنسبة إلى جميع الإيجارات المدنية سكنية كانت أو مهنية فور صدور قانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني⁶.

لم تقتصر النظام القانوني لحق البقاء على الإيجار المدني بل امتد هذا الفكر القانوني في إطار حماية المستأجر عموما إلى عقد الإيجار التجاري ، و رغم عدول المشرع عنه بإلغاء جميع

¹ ذيب عبد السلام : عقد الإيجار المدني ، الديوان الوطني للأشغال التربوية طبعة 2001 .

² جون دروي ، المرجع السابق ص 86 و ما يليها .

³ مادة 514 من ق م المُلغاة : " للشاغلين عن حسن نية للأماكن المعدة للسكن أو المهنة و المنتفع بها عن طريق الإيجار الحق في أن يتمسكوا بالبقاء في الأماكن دون اللجوء إلى أي إجراء حسب مقتضيات و شروط العقد الأصلي ما لم تكن مخالفة للقانون المدني ."

⁴ قانون 30-12-1950 الذي يمنح لكل شاغل حسن النية للعمارات التي بنيت قبل 31-12-1947 الحق في البقاء في عمارتهم بنفس شروط الإيجار التي انتهت مدته ، و اسبق للمشرع الفرنسي تقنين لأول مرة الحق في البقاء بالنسبة للإيجارات المدنية بموجب قانون 01 سبتمبر 1948 المعدل و المتمم للقانون المدني ، و كان السبب الرئيسي في تقرير هذا النظام الاستثنائي الأزمة العقارية التي شاهدها فرنسا بعد الحرب العالمية الأولى و الثانية . العقون الاخطر : الإيجار في القانون الجزائري ، دروس أقيمت على القضاة المتربصين بمركز التكوين القضائي ، بالدار البيضاء الجزائر ، دفعة 1979 .

⁵ المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد ، .

⁶ لأكثر معلومات راجع حمدي باشا عمر ، دراسات قانونية مختلفة ، الطبعة عدد الأول سنة 2001 ، مطبعة دار هومة ص 54 و أيضا العقون الأخضر ، الإيجار في القانون الجزائري (دروس أقيمت على القضاة المتربصين بمركز التكوين القضائي بدار البيضاء العاصمة) دفعة 1979 . ينبغي التذكير بأن حق البقاء أول ما ظهر كان بفرنسا بموجب قانون 10/09/1948 إثر نهاية الحرب العالمية الثانية بهدف حماية المستأجر تدخل المشرع ومنح لكل شاغل حسن النية أي الذي يملك سند إيجار الحق في البقاء في الأمكنة المؤجرة رغم نهاية مدة العقد .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تبنى الحق في البقاء بمقتضى أمر رقم 85/75 الصادر بتاريخ 30/09/1975 المتضمن القانون المدني إلا أن هذا الحق شهد تطور يرمي إلى زواله وكان ذلك بموجب صدور القانون رقم 01/01 المؤرخ في 07/04/1981 المتضمن التنازل عن أملاك تأجير سكناتهم خوفا من عدم استرجاعها نتيجة سريان أحكام الحق في البقاء . فأصدر في سنة 1993 مرسوم تشريعي رقم 93/03 المؤخر في 01/03/1993 المنضم للنشاط العقاري و الذي الغى بموجبه حق البقاء بخص عقود إيجار المحلات المدنية ذات الاستعمال السكني المبرمة بعد تاريخ صدور هذا المرسوم دون المحلات المدنية المخصصة للاستعمال المهني (كمكاتب المحامين و الأطباء و المحامين .. إلى غيره) رقم 93/03 المنضم للنشاط العقاري و

أحكامه من القانون المدني سنة 2007 ، إلا أننا نلاحظ التمسك به في ظل أحكام الإيجارات التجارية رغم التعديل الأخير سنة 2005 .

حسب ما جاء بمضمون الفقرة الأولى من المادة 187 من ق ت لا يجبر المستأجر في أي مرحلة من مراحل الدعوى القضائية و حتى بعد صدور الحكم بتقدير تعويض الاستحقاق على إخلاء الأماكن قبل قبضه مبلغ التعويض المحكوم به ¹ : " لا يجوز إلزام أي مستأجر يمكنه المطالبة بتعويض الإخلاء بمغادرة الأماكن قبل قبض التعويض و له الحق في البقاء في هذه الأماكن قبل قبض التعويض طبقا لشروط و بنود عقد الإيجار الذي انقضى اجله ، غير أن التعويض الخاص بالشغل يحدد طبقا لأحكام الفصل الخامس مع اخذ العناصر التقديرية بعين الاعتبار ."

غير أن هذا الحق يسقط في حالة عرض المالك المحكوم عليه بدفع تعويض الاستحقاق لتعويض مؤقت تطبيقا لما جاء بالفقرة الثانية للمادة 187 المشار إليها أعلاه : "غير انه و خلافا لأحكام الفقرة السابقة ، يلزم المستأجر بمغادرة الأماكن في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 178 ، فور سداد التعويض المؤقت الذي يحدده رئيس المحكمة الذي يبيت في القضية ، و ذلك بناء على الخبرة التي يكون سبق أن أمر بها وفقا للأوضاع المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 194 ."

يظهر جليا من مقتضيات الفقرة الأولى و الثانية للمادة 187 أعلاه أن المشرع تناول حق البقاء الممنوح للمستأجر المحكوم عليه بالإخلاء بمنطقتين : منطق أصلي راعى فيه مصلحة المستأجر لكن ربطها بشروط ، و منطق استثنائي راعى فيه مصلحة المؤجر ، غير أن قضاة الموضوع في تطبيقهم لحق البقاء كان لهم في بعض القرارات موقف مخالف لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 187 أعلاه هذا ما سنحاول الكشف عنه و تحليله على التوالي:

¹ جنادي جيلالي : الإيجارات التجارية في القانون التجاري الجزائري ، المرجع السابق ، ص 106 و مالمها .

أولاً : ممارسة المستأجر المخلي لحقه في البقاء

ذهب البعض من الفقه¹ إلى القول بان بقاء المستأجر المخلي في الأماكن يفترض انتهاء عقد الإيجار التجاري و أن هناك علاقة فعلية قد قامت مقامه ، و حق البقاء في الأماكن هو واقعة احتلال اقتضتها ضرورة الاجتماعية ، و هو وسيلة فعالة للسلطات العامة لمكافحة الاضطرابات الناشئة عن الإخلاء و التي تهدد النظام الاجتماعي ، فالاستمرارية في شغل المحل بعد نهاية العقد و الحكم بالتعويض مسألة أقرها القانون و ربطها بالنظام العام .

تستمر بهذا الامتياز حماية المستأجر المخلي بعد انتهاء عقد الإيجار التجاري، فضلا على أن الحق في البقاء يرمي إلى تفادي تعسف المؤجر في طرد المستأجر، إلا إن هذه الحماية مرتبطة بأحكام خاصة ، لكن قبل التطرق إليها ، يستوجب علينا التوقف عند موقف القضاء من الحق في البقاء .

1-موقف القضاء : على الرغم من أن الفقرة الأولى من المادة 187 ق ت جاءت صريحة و قضت بحق المستأجر في البقاء ما لم يقبض تعويض الاستحقاق المحكوم به ، إلا أن القضاء تباين في أحكامه ، بحيث ذهب قضاة الموضوع إلى الحكم على المستأجر بالإخلاء قبل قبضه مبلغ التعويض و قبل الحكم به ، في حين أكدت المحكمة العليا على عدم قانونية هذا الموقف .

حدث أن طلب من المحكمة المصادقة على التنبيه بالإخلاء و تعيين خبير لتقدير قيمة تعويض الاستحقاق المعروف مقابل الرفض ، و بعد مراقبة قضاة الموضوع لصحة وثيقة التنبيه و مضمونه قضوا بالمصادقة على التنبيه بالإخلاء و تعيين خبير و طرد المستأجر المخلي فيفصل قضاة الموضوع مباشرة بطرد هذا الأخير قبل تقديرهم لتعويض الاستحقاق².

¹ M. Laborde- Lacoste : Les métamorphoses du louage des immeubles de 1804 à 1964.éd Mélanges Savatier Paris, Dalloz, 1965, p 440 .

² "بدعوى أن طلب المطعون ضده موضوعه تعويضه عن الاستغلال لا مشروع مند تاريخ التنبيه بالإخلاء في 15-04-1981 إلى غاية خروج الطاعنين من المحل في 27-12-1998 معتبرا انه كان على الطاعنين مغادرة المحل بمجرد تلقيهم التنبيه بالإخلاء و قضاة الموضوع بقبولهم الطلب المطعون ضده . " المح . العليا . غ . التجا و البح ، ملف رقم 203019،قرار 09-11-1999-09 المجلة القضائية ، 2001 عدد 1 ، ص 215 . " و حيث بالرجوع إلى القرار المنتقد نجد أن قضاة الموضوع قد قضوا بمصادقتهم على الحكم المستأنف بطرد المستأجر من المحل التجاري قبل تحديد تعويض الاستحقاق و قبضه . " المح . الأعلى . غ . التجا و البح ، ملف رقم 48756،قرار 17-07-1988-07 ، المجلة القضائية ، 1991 عدد 3 ، ص 92 .

غير انه و في كل كرة عرضت هذه الأحكام و القرارات لرقابة المحكمة عليا ذكرت هذه الأخيرة بمقتضيات المادة 187 من ق ت و بعدم شرعية أو لا الحكم بطرد المؤجر قبل تحديد قيمة تعويض الاستحقاق و ثانيا بعدم تطبيق حكم الطرد و لو جاء بمناسبة تحديد التعويض ما لم يقبض فعلا هذا التعويض¹ .

2- أحكام ممارسة الحق في البقاء: بالرجوع إلى مقتضى الفقرة الأولى من المادة 187 أعلاه نجد أن المشرع ربط ممارسة حق بقاء بشروط معينة فاخرج علاقة الأطراف من إطار حرية التعاقد ليحل محلها التنظيم القانون لهذه العلاقة²، فيستمر المستأجر في شغل الأماكن طبقا يلتزم للشروط و البنود التي تضمنها عقد الإيجار الذي كان يجمع الطرفين و انقضى "طبقا لشروط و بنود عقد الإيجار الذي انقضى اجله".

غير انه يلاحظ عدم فصل المشرع في جزاء عدم احترام هذه الشروط أو البنود أو ما يترتب عنه خلافا لما تشدد المشرع المغربي في تعامله مع هذه الحالة ، حيث نص بالفقرة الأخيرة من الفصل 21 من الظهير 24 ماي 1955 على سقوط حق المستأجر في البقاء و التعويض أيضا إذا ما لم يلتزم بشروط و بنود العقد المنتهي: " للمكثري المستعمل للحق المنصوص عليه في الفقرة الأولى أن يبقى في الأماكن طبقا لبنود و شروط العقدة المنتهي أمداه و يمكن للمحكمة أن تحرم المكثري من حقه في البقاء في المحل أو من التعويض في حالة عدم احترامه شروط العقد ".

أما المشرع التونسي و على غرار المشرع الجزائري و المغربي منح للمستأجر المحلي الحق في البقاء بالأماكن إلى غاية دفع غرامة الحرمان بنفس شروط و قيود العقد المنتهي ، إلا انه و على خلاف التشريعات السالفة الذكر اسقط حق المستأجر المحلي في البقاء في

¹ "و على أساس ذلك عينوا خبير لتقدير تعويض الاستغلال اللاشعري للمحل من طرف الطاعنين و صادقوا على الخبرة و بعد ذلك تجاوزا لسلطنتهم لأنه لا يمكن إجبار المستأجر بإخلاء المحل التجاري ما دام لم يقبض مبلغ تعويض الاستحقاق المادة 187 من ق ت . المح . العليا . غ . التجا و البج ، ملف رقم 203019، قرار 09-11-1999 المجلة القضائية ، 2001 عدد 1 ، ص 215 .
"و لما كان - المجلس القضائي - فضلا عن ذلك لا يمكنه بدون خرق أحكام المادة 187 من ق ت أن يأمر بطرد المستأجر من المحل التجاري مضيقا له ضمانه الحقيقي و بصرفه للقيام بدعوى منفصلة لتحديد التعويض عن الإخلاء الواجب له ، فإنه بهذا القضاء خالف أحكام المادتين 176 و 187 من ذات القانون ، و يستوجب نقضه . المح . الأعلى . غ . التجا و البج ، ملف رقم 35250، قرار 18-05-1985 ، المجلة القضائية ، 1990 عدد 1، ص 113 .

² : « Dans la propagation les rapports sont régis par le contrat, alors que dans le maintien ils sont régis par la loi. » .L.J.Mazeaud. Leçons de droit civil , op cit , p 525 .

حالة دفع المؤجر مبلغ مالي يخصم من مقدار الغرامة النهائي أو يرجع جزء منه إذا كانت الغرامة المحكوم بها أقل مما دفعه المؤجر¹.

استثنى المشرع الجزائري من الشروط و البنود التي يلتزم بها كل من المؤجر و المستأجر على حد سواء بدل الإيجار الذي يتحول إلى مقابل شغل الأماكن² ، والذي يتحدد تقديره بالرجوع إلى العناصر التي يأخذها القاضي بعين الاعتبار عند تحديده للقيمة الإيجارية " غير أن التعويض الخاص بالشغل يحدد طبقاً لأحكام الفصل الخامس مع اخذ العناصر التقديرية بعين الاعتبار." (ما 187 ق ت)، فيفهم من هذا حكم أن تعويض شغل الأماكن قابل للمراجعة مثله مثل بدل الإيجار كل ثلاث سنوات ، غير أنه لا يمكن للمؤجر أن يحتج بشرط فاسخ في حالة عدم دفعه لكون أن أساس هذا المبلغ لا يستند إلى عقد على الرغم من التزام الشاغل بشروط الإيجار المنتهي، و جاء في هذا الشأن عن القضاء الفرنسي أن مبلغ تعويض عن الشغل ينبغي أن يكون أقل مما يحدد عادة كمبلغ لبدل الإيجار وذلك نتيجة أن عرضيه هذا الانتفاع³.

يشوب هذه الوضعية فراغ قانوني بحيث لم يحدد المشرع أي مدة قانونية لهذه الوضعية العرضية التي يمكن أن تضر بمصالح المستأجر و تهدد استقرار قاعدته و تنقص من قيمتها مثال ذلك إذا لم ينفذ الحكم القاضي بالتعويض الاستحقاق إلا بعد عدة سنوات فإن قيمة القاعدة تكون قد ارتفعت و تجاوزت التعويض المحكوم به في هذه الحالة لا يمكن للمستأجر مطالبة المؤجر بدفع له هذا الفرق ، غير أن ممارسة الحق في تعويض الاستحقاق ليس بحق مطلق وبما أنه نظام قانوني نص عليه المشرع بأحكام خاصة فقد افترض هذا الأخير حالة لا يسقط فيها الحق في تعويض الاستحقاق و يقوم فيها الحق في تعويض مؤقت .

¹ الفصل 19 من قانون 25 ماي 1977 ، الرجوع إلى الملحق رقم 2 .
² اعتراف المشرع الفرنسي للمؤجر بحقه في الحصول على مقابل في حالة بقاء المستأجر بالأماكن نتيجة عجزه عن دفع تعويض الاستحقاق المحكوم به بموجب قانون 30 جويلية 1960 راجع في هذا الشأن أيضا جون دروبي المرجع السابق ص 86.
³ « La cour de cassation à déduit que la clause résolutoire pour défaut de paiement du loyer était inapplicable au défaut de paiement de l'indemnité d'occupation malgré le maintien des clauses et conditions du bail expiré . »
Jean Derruppé op . cit . p86.

ثانيا : حالة التعويض المؤقت

افترض المشرع حالة يحكم فيها على المستأجر بالإخلاء إلا انه لا يسمح له بالبقاء بالأمكنة ، و لا يعود هذا إلى عدم استحقاق هذا الأخير لتعويض الاستحقاق و لكن لكون المؤجر اختار طريقة أخرى لجبر ضرره عن طريق عرضه محلا آخر مرافق لحاجاته و إمكانيته و موجود بمكان مماثل لمكان تواجد المحل القديم . نص المشرع على هذه الحالة بالمادة 178 من ق .ت التي قضت بما يلي : " للمؤجر الحق في رفض تجديد الإيجار لبناء أو إعادة بناء العمارة الموجودة شريطة أن يسدد للمستأجر المخلي المحل تعويض الإخلاء المنصوص عليه في المادة 176 .

غير انه يجوز للمؤجر أن يتخلص من دفع هذا التعويض بعرضه على المستأجر المخلي محلا موافقا لحاجاته و إمكانياته و موجود بمكان مماثل . " ، و هو نفس الحكم الذي تبناه المشرع المغربي ¹ .

أما المشرع التونسي فلم فذهب بحكم مخالف تماما بما انه رتب على حالة رفض التجديد بسبب بناء عقار استحقاق المستأجر لتعويض يعادل بدل إيجار أربعة سنوات، و يدخل هذا السبب ضمن الأسباب المرتبة لغرامة الحرمان "تعويض الاستحقاق" ² . بالرجوع إلى ما جاء بالفقرة الثانية من المادة 187 السالفة الذكر فان المشرع منح المستأجر المخلي بسبب إعادة بناء العمارة و الذي عرض عليه محل آخر الحق في المطالبة في تعويض مؤقت ، ما هي عناصر هذا التعويض ، و هل تعني فعلا هذه المادة إلى حرمان المستأجر المخلي من الحق في البقاء ؟

1-العناصر التي يتضمنها التعويض المؤقت : على الرغم من سقوط حق المستأجر في تعويض الاستحقاق إذا ما عرض المؤجر عليه محلا مماثلا المحل الذي يضمن استمرارية نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي ، إلا انه افترض المشرع أن يترتب عن عملية الانتقال نقص من القيمة التجارية للمحل التجاري مما يلحق ضررا بالمستأجر ، فمنح له

¹ الفصل 21 من ظهير 24 ماي 1955 ، الرجوع إلى الملحق رقم 1 . أحمد الفروجي : التاجر و قانون التجارة المغربي ، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء 1997 ، ص 156 و ما يليها .

² الفصل 9 من قانون 1977 ، الرجوع إلى الملحق رقم 2 .

الحق في المطالبة بتعويض لجبر هذا الضرر إذا ما اثبت حدوثه من جراء عدم استغلال نشاطه التجاري طيلة فترة الانتقال ، و ربما فقدان جزء من العملاء .

غير أن عناصر التعويض المؤقت تختلف شيئاً ما عن عناصر تعويض الاستحقاق ، بحيث تتضمن أساس التعويض عن الحرمان المؤقت و ليس الدائم كما في حالة تعويض الاستحقاق، و الذي يتم تقديره بحساب الفترة الزمنية التي استغرقت للانتقال، و مقاربتها بما نقص من قيمة المحل التجاري ، كما أضاف المشرع عنصر موضوعي لتقدير قيمة التعويض المؤقت و المتمثل في مصاريف النقل العادية.

2- هل يفقد التعويض المؤقت حق المستأجر المحلي في البقاء ؟ يتبين في أول وهلة أن الفقرة الثانية من المادة 187 أعلاه هي استثناء عن الحكم الذي تضمنته الفقرة الأولى و التي منحت المستأجر المحلي الحق في البقاء إلى غاية قبض تعويض الاستحقاق ، و يظهر ذلك من استعمال المشرع في بداية المادة للعبارة التالية "غير انه و خلافا لأحكام الفقرة السابقة".

غير انه يضيف بمضمون الفقرة ما يلي: "يلزم المستأجر بمغادرة الأماكن في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 178، فور سداد التعويض المؤقت .."، و بمفهوم المخالفة يبقى المستأجر بالأماكن إلى غاية تسديد التعويض المؤقت، إلا أن السؤال يطرح حول طبيعة هذا الشغل هل يقصد به الحق في البقاء المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 187 من ق ت ؟

إن الغاية من التعويض المؤقت هي جبر الضرر من الحرمان المؤقت بما أن المؤجر عرض على المستأجر محل آخر العرض يحل محل تعويض الاستحقاق ، و يفترض إذا قبله المستأجر أن ينتقل إليه ليبدأ علاقة ايجارية جديدة بالأماكن الجديدة فمن غير المنطقي منحه الحق في البقاء ، و ننتهي إلى القول بان ما جاء بالفقرة الثانية هو استثناء عن حكم الفقرة الأولى .

سنحاول بالفرع الثاني دراسة الحكم الذي نصت عليه المادة 187 مكرر ، و يجيز إبرام عقد الإيجار التجاري دون اشتراط الحق في تعويض الاستحقاق فما النتائج التي يمكن أن يرتبها هذا الحكم و في غياب الكتابات و الأحكام القضائية سنكتفي بمقارنة نتائج هذا الحكم مع ما هو مطبق ببعض التشريعات المقارنة التي لم تخص مستأجر الإيجار التجاري بأي حماية قانونية خاصة .

الفرع الثاني :

اثر عدم اشتراط تعويض الاستحقاق

سبق لنا الكشف عن الأبعاد المالية و القانونية لتعويض الاستحقاق بالنسبة إلى مستأجر الإيجار التجاري خلال معظم مراحل هذه الدراسة ، بما أن هذا التعويض يشكل احد أوجه الحق في الإيجار الذي يعتبر من أهم عناصر المحل التجاري ، و كيف يساهم اكتساب الحق فيه في استغلال مستقر و دائم للمؤسسة ، سواء كانت ذات طابع صناعي أو تجاري أو حرفي، فهل عدم اشتراط تعويض الاستحقاق و إخلاء المستأجر للماكن بانتهاء مدة الإيجار له أبعاد سلبية على المحل التجاري أساس الحماية ؟

في محاولتنا الإجابة عن هذا الإشكال سنستعرض على سبيل المثال إلى التشريع الألماني الذي لم يتبنى نظام خاص بالإيجارات التجارية و نحاول من خلال فهم نظامه و دراسة مدى تأثيره على تطور و استقرار المؤسسة التجارية .

لم يتطرق التشريع الألماني -متزعم المدرسة الجرمانية¹ - إلى تعريف المحل التجاري و لا إلى تبيان عناصره و طبيعته القانونية كما لم يتوصل الفقه الألماني إلى الاعتراف بشكل قانوني و موحد بفكرة المحل التجاري إذ لا يزال من المواضيع القانونية التي يدور حولها الجدل ، غير انه يمكن القول مع ذلك بان الرأي الراجح في الفقه الألماني يذهب إلى أن المحل التجاري هو وحدة اقتصادية قائمة بذاتها تتكون من مجموعة من القيم (الأصول و

¹ هذه المدرسة التي كانت تعتمد بالنسبة للقانون الخاص و الى غاية منتصف القرن 18 م على العرف ، ففي سنة 1756 اعتمد في بافاريا "Baviere" على تقنين مدني متأثرا بأفكار مدرسة القانون الطبيعي ، و في بروسيا "Prusse" تم الاعتماد على تقنين يشمل مختلف جوانب القانون . عصام نجاح : القانون المقارن و الأنظمة القانونية الكبرى ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عناية ، 2011 ، ص 100 و ما يليها .

الخصوم) المخصصة للاستغلال التجاري، ذا كيان قانوني مستقل عن مكوناته المادية و المعنوية إذ يظل كل عنصر من عناصره محتفظاً بذاتيته.

من أجل فهم هذا الموقف من المفيد الرجوع إلى التطور التشريعي الذي مرت به هذه الدولة، فانقسام ألمانيا إلى دويلات جعلها تعاني من انعدام الوحدة القانونية، غير أنه و خلال حرب التحرير عام 1873 ظهرت دعوة إلى ضرورة تقنين مدني و تجاري موحد¹ فصدر مشروع موحد للقانون التجاري، القانون الذي أصبح بعد قيام الاتحاد الألماني الشمالي قانوناً اتحادياً عام 1869، و في سنة 1871 أصبح قانوناً للرايخ الألماني.

بعد تعميم القانون المدني الألماني المسمى "B.G.B"² قام المشرع بتنقيح القانون التجاري الذي كان يسمى بالقانون التجاري الألماني العام "H.G.B" الصادر بتاريخ 1897/5/10 و الذي دخل حيز التنفيذ اعتباراً من تاريخ 1900/1/1 و منذ صدوره تعرض لتعديلات كثيرة³، إن التاريخ يذكر القانون التجاري كأول قانون موحد لألمانيا فقد جاء في هذا الشأن عن كامران الصالحي⁴: "إن تحقيق الوحدة القانونية في ألمانيا قد تم في الواقع بفضل العلوم القانونية التجارية التي أصبحت من أهم الفروع القانونية في سياق القرن التاسع عشر."

أولاً: تعامل التشريع الألماني مع فكرة المحل التجاري

أثارت فكرة المحل التجاري التي ظهرت في القرن التاسع عشر بظهور الثورة الصناعية في فرنسا جدلاً في الفقه الألماني حول تحديده و بيان طبيعته القانونية، الذي رأى أن عدم الاتفاق على فكرة المحل التجاري راجع لانتماء الفكرة إلى علم الاقتصاد باعتباره وحدة اقتصادية قائمة بذاتها و بالتالي وجود تعبير قانوني له ليس بالأمر السهل.

¹ المشروع الذي لم يرى النور لمعارضة قادها ممثل المدرسة القانونية التاريخية (كارل فريدريش سافيجني) في مؤلفه "مدى نضوج عصرنا لتقبل التشريعات و العلوم القانونية". و بقي الأمر على ذلك الحال إلى غاية سنة 1856 أين تشكلت لجنة خاصة لوضع مشروع قانون تجاري ألماني موحد بناء على طلب ولاية بافاريا دام عمل اللجنة حوالي أربعة سنوات (من سنة 1857 إلى 1861).

² يختلف القانون المدني الألماني عن القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق أولاً بتقسيمه و ثانياً في مضمونه، إذ قسم إلى قسمين: القسم الأول يتمثل في مقدمة جمعت الأحكام المتعلقة بجميع مؤسسات القانون المدني، و القسم الثاني تضمن أربعة أجزاء، أما من ناحية الموضوع اعتمد على أفكار المذهب الفردي الرأسمالي الذي كان سائداً في ذلك الوقت.

³ عصام نجاح: القانون المقارن و الأنظمة القانونية الكبرى، المرجع السابق، ص 102.

⁴ كامران الصالحي، بيع المحل التجاري في التشريع المقارن، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1998، ص 35.

كل ما تضمنه القانون التجاري بصدد المحل التجاري ما ورد في المادة 22 المتعلقة بإدارة المحل التجاري و المادة 23 التي منعت بيع الاسم التجاري للمحل مستقلا عنه و المادة 25 المتعلقة بنقل حقوق و ديون المحل التجاري إلى المشتري و المادة 26 التي تضمنت أحكام التقادم الخاص بحقوق و ديون المحل¹.

إن سكوت التشريع عن تحديد مفهوم المحل التجاري دفع بالفقه و القضاء الألمانيين إلى محاولة تحديد معناه و إيجاد إطاره القانوني إلا أنهما لم يتحدا في ذلك فظهر رأيين متناقضين :

1-الرأي الأول : يؤكد هذا الرأي على أهمية الجانب المادي للمحل و يرى انه مجموعة من الأموال التجارية ، يشمل كل الأشياء المادية كالbضائع و الأجهزة و الأوراق المالية و الأموال النقدية و المراسلات و الدفاتر التجارية و كذلك العقارات و كافة الحقوق المرتبطة بالمحل كحق الإدارة و براءة الاختراع و العلامة التجارية و الديون و الالتزامات المترتبة على نشاط المحل ، و ساد هذا الرأي طيلة القرن التاسع عشر مستنديين أصحابه على ما جاء في مؤتمر نوربرج من إشارة عابرة إلى أن المحل التجاري ينطوي معناه على الأموال التجارية ، غير انه و في النصف الثاني من القرن التاسع عشر تطور هذا الرأي بظهور رأي فقهي آخر يرى انه يجب عند تحديد مصطلح المحل التجاري الاخذ بالصلات الفعلية للمحل و منها صلات صاحب المحل بالعملاء و الثقة و السمعة التجارية التي يعتبرها ذات أهمية بالغة في المحل التجاري. استحسنت عدد من الفقهاء الألمان هذا الرأي أمثال: Andeman et Foldern Durff اللذان طورا من مفهوم الأموال التجارية ، ففي رأيهما ان المحل التجاري هو المكان الذي يمارس فيه التاجر نشاطه التجاري ، و يشمل رأسماله الثابت و المتداول و مجموع معاملاته التجارية و جميع موجودات المحل يضاف إليها الديون و العاملين بالمحل. غير ان المحل التجاري في رأيهما ليس جميع وسائل الإنتاج الثابتة و المتداولة الخاصة بالتجارة ، بل مجموع رأس المال الثابت و المتداول و اليد العاملة المتواجدة بالمحل ذاته .

المادة 22: " يجوز لمشتري المحل ان يواصل ادارته تحت الاسم التجاري القديم كما له اضافته ما يدل على انتقال الملكية اليه . و ذلك بشرط موافقة صاحب المحل او ورثته على انتقال الاسم التجاري مع المحل ."
المادة 23: " لا يجوز بيع الاسم التجاري للمحل بمعزل عنه ."
المادة 25: " من يشتري محلا تجاريا من تاجر حي و يواصل ادارته تحت الاسم التجاري القديم او"

2-الرأي الثاني : اعتبر أصحاب هذا الرأي أن المحل التجاري مفهوم اقتصادي بالنظر إلى العمليات التجارية و الاقتصادية التي يمارسها ف جاء في هذا الشأن عن الفقيه Roback بان المحل التجاري يعني ممارسة لنشاط تجاري أن الحرف التجارية التي تمارس بانتظام تظهر بشكل عام أو نشاط تجاري ، و أن التاجر هو صاحب النشاط أي صاحب المحل ، و أن إدارة المحل التجاري أو أبرام عقود تجارية يجب أن تكون باسم التاجر أو باسم المحل¹، كما يعتبر الفقيه كرووال أن المحل التجاري هو مجموع النشاط التجاري ، و إن مشتري المحل يحصل في الوقت نفسه على حق إبرام العقود أسوة بصاحبه السابق ، و تأثر القضاء بهذا الرأي معتبرا أن المحل التجاري هو مجمل النشاط التجاري كما أن المقصود من الظرف المساعد أو الفرص المناسبة للنشاط التجاري إذ إن النشاط التجاري غير قابل للنقل بالبيع .

ثانيا : مفهوم التاجر

لم يعتني المشرع بفكرة المحل التجاري غير انه اعتبر التاجر العنصر الرئيسي الذي يقوم عليه القانون التجاري الألماني² ، فقام بموجب التعديل لسنة 1998 الذي تضمنه قانون 22 جوان 1998³ بتغيير و إعادة هيكلة مفهوم التاجر ليجعلها أكثر ليونة فألغى التفرقة بين التاجر الدائم في ممارسة نشاطه " *commerçant de plein exercice* " و التاجر ذا قانون محدد " *commerçant a statut réduit* " ، كما ألغى التفرقة بين النشاطات التجارية التقليدية و النشاطات المهنية (فيما عدا ممارسة المهن الحرة) و اخضع كل التجار و الصناعيين و الحرفيين إلى القانون التجاري .

ميز المشرع بين ثلاث أصناف من التجار و الصنف الرابع جاء به القضاء الألماني⁴ :
التاجر بالطبيعة ، التاجر باختيار ، التاجر المقيد في السجل التجاري و التاجر الظاهر.

¹كامران الصالحي : المرجع السابق ، ص 37-38 .
²يعرف الكتاب الألمان قانونهم التجاري بالقانون الخاص المخصص للتجار " *Droit privé spécial des commerçants* " و جاءت بمواده السنة الأولى كلها تعريف التاجر .

Anne GUINERET-BROBBEL DORSMAN : *Le commerçant en droit Allemand .Revue internationale de Droit comparé .Société de législation comparé, n 4 .2009.oct.-déc. p 787.*

³ قبل صدور التعديل كان القانون التجاري الألماني في مادته الأولى يعدد فقط النشاطات التي تكسب تلقائيا ممارستها صفة التاجر ، كما لم يكن التاجر ملزم بالخضوع إلى أحكام القانون التجاري:

R. ARNOLD : *Développements majeurs en droit Allemand en 1998 , jurisprudence et législation , RIDC 1999 , p 135 .*

⁴لأكثر معلومات عن اختلاف المبادئ التي تحكم القانون التجاري الألماني عن القانون التجاري الفرنسي الرجوع إلى :

التاجر بالطبيعة¹: (Istkaufmann) le commerçant par nature طبقا المادة الأولى من القانون التجاري هو كل من يمارس مهنة تجارية و فسرت هذه المادة المهنة التجارية على كونه كل نشاط مهني مربح²، كما أن المشرع اعتمد في تصنيف هذه الفئة من التجار على التسيير التجاري و بذلك يمنح لهم القانون بصفة تلقائية صفة التاجر و لا يحتاج الى القيد في السجل التجاري من اجل اكتساب هذه الصفة فيكون للقيد فقط دور تصريحي (أي يخضع إلى قواعد القانون التجاري حتى قبل القيد في السجل التجاري³)، في حين يفقد الشخص صفة التاجر الطبيعي اذا توقف عن مزاوله نشاطه التجاري او فقدان النشاط الممارس لطبيعته التجارية .

التاجر بالاختيار : (Kannkaufmann) le commerçant par choix للمادة الثانية و الثالثة من القانون التجاري الألماني نوعين من المهنيين يسمح لهم القانون اكتساب صفة التاجر بطلبهما القيد في السجل التجاري و هما: المهني الذي لا تشترط مقاولته تسيير تجاري و في الواقع العملي يتمثل في التاجر الصغير و الحرفي ، و كذلك يستطيع أن يكتسب هذه الصفة الفلاح و مستغل الغابات " l'exploitant forestier " لكونهما يستغلان مقاوله كبيرة و يلعب القيد بالنسبة لهؤلاء دور المنشأ لصفة التاجر و من تم طلب الشطب ينتج عنه فقدان هذه الصفة .

التاجر بالقيد : (Eintragungskaufmann) le commerçant par immatriculation حسب القانون الألماني و خاصة ما جاء في مادته الخامسة فان الشخص المقيد في السجل التجاري لكونه لا يمارس أي نشاط تجاري فهو تاجر فقط بفعل القيد و لكن هذا لا يمنعه و لا يمنع الغير من إثارة القواعد المطبقة على التجار .

Michel FROMONT. Droit allemand des affaires. Droit des biens et obligations Droit commercial et du travail .édit Montchrestien, E.J.A. 2001 ,p 180 et s .

¹ Le §1 du code de commerce dispose : « Est commerçant au sens de ce code celui qui exerce une profession commerciale .Est une profession commerciale toute activité professionnelle lucrative, à moins que l'entreprise en raison de sa nature ou de ses dimensions, n'exige pas une gestion organisée de façon commerciale.»

² عرفت الكاتبة ان كينرت بروبال دورسمان في مقالها التاجر في القانون الألماني المذكور سابقا ص 791 "المهنة " Gewerbe , profession , بما يلي :

« Il faut nécessairement que l'activité considérée soit exercée de manière indépendante .Sera considéré comme indépendant dans sa profession, tout individu qui assume personnellement les risques de son entreprise et qui organise librement ses activités. »

³ يوجد استثناء وحيد يتمثل في الجهة القضائية لكون الجهة القضائية الفاصلة في المواد التجارية تكون لا تكون مختصة الا إذا كان الطرف المدعي عليه مقيد في السجل التجاري .

Anne GUINERET-BROBBEL DORSMAN: op .cit .p 802 .

التاجر الظاهر : le commerçant apparent schein Kaufmann : اتوصل الاجتهاد القضائي الألماني إلى التاجر الظاهر كفئة رابعة في تصنيف التجار و هو الشخص الذي يوهم الغير بأفعاله و تصرفاته بأنه تاجر ، أطلق عليه الفقه اسم المنتحل لصفة التاجر " l'usurpateur " ، في هذه الحالة يجوز للغير الحسن النية (أي لا يعلم بالواقع) مطالبة تطبيق في شأنه الأحكام المطبقة على التجار ، غير أن هذا لا يؤدي به إلى اكتساب صفة التاجر و إنما فقط وجد القضاء هذا الحل لحماية الغير حسن النية ¹ التي تجد أساسها في نظرية المظاهر " la théorie de l'apparence " النظرية التي يعتمدها القانون الألماني و يقيم عليها مسؤولية قانونية .

على الرغم من الاهتمام المتميز للقانون الألماني بالتاجر و نشاطه التجاري إلا انه لم يخص العقار المؤجر الذي يمارس به أي خصوصية أو حماية ، عقد الإيجار الذي يخضع للأحكام العامة الذي ينتهي بانتهاء المدة التي حددها الأطراف له دون أي تعويض ² على اختلاف ما جاء عن المشرع الجزائري ، و على الرغم من ذلك فان الاقتصاد الألماني الأكثر تطور بين الدول الأوروبية.

ننتهي إذا ما رجعنا إلى التشريع الألماني على سبيل المثال أن عدم اشتراط تعويض الاستحقاق لن يرتب أي آثار سلبية و لن يمس باستقرار المؤسسة الاقتصادية و لن يضر بالمستأجر التاجر ، غير أن اعتماد هذا الموقف لن يجد له دليل أو برهان واقعي هذا من جهة ، و من جهة ثانية الفكر القانوني الذي يقوم عليه المحل التجاري ببلادنا مختلف عن ما هو عليه بالقانون الألماني مما يغير من الأبعاد ، يضاف إلى ذلك عدم اعتماد الاقتصاد الألماني على التجارة الصغيرة في بلد تنظمه سلسلة التوزيع الكبرى للمنتوجات و المراكز التجارية الكبرى على خلاف الوضع بالجزائر ، فعلى الرغم من ظهور في السنوات الأخيرة بعض

¹ ذهب القضاء الألماني إلى ابعاد من ذلك و منح صفة التاجر للماحي و المهندس المعماري .

Anne GUINERET-BROBBEL DORSMAN. Le commerçant en droit allemand Revue internationale de droit comparé .société de législation comparé .n 4 .2009.oct.-déc. p 787 .

² Anne GUINERET-BROBBEL DORSMAN. Le commerçant en droit Allemand. .op cit .p 785.

من المراكز التجارية¹ إلا انه لا يزال يعتمد في الواقع العملي تماما على المتجر المجاور و الصغير الذي يحتاج إلى حماية قانونية².

تضاف إلى هذه المعطيات الاقتصادية، معطيات قانونية ستظهر لا محال في السنوات المقبلة كاستغلال المالك المسترجع لنفس النشاط الذي كان يمارسه المستأجر المحلي و استفادته من ثمرة عمله و جهده و أساس قيام محله التجاري أي العملاء ، فكيف سيتعامل القضاء مع هذا الضرر ، الإشكالات التي تفتح مجالا في المستقبل إلى إعادة دراسة هذا الموضوع . فيما عدا هذه التساؤلات سنحاول بالمطلب الموالي دراسة و تحليل ما يرتبه الحكم بقدير تعويض الاستحقاق بالنسبة للمالك المؤجر سابقا.

المطلب الثاني :

ما يرتبه الحكم بتعويض الاستحقاق بالنسبة للمالك المؤجر سابقا

يترتب عن صدور الحكم النهائي بتقدير تعويض الاستحقاق اثرين بالنسبة للمؤجر ، يكمن الأثر الأول في تجسيد وظيفة التعويض للاستحقاق بالنسبة له و المتمثلة في المقابل لاستعادة انتفاعه بملكه العقارية فيقوم على إثرها بتسديد قيمة التعويض المحكوم به و استرجاع الأماكن ، أما الأثر الثاني فيمكن تصنيفه بالسلب بما انه يجبر المؤجر على تجديد الإيجار بعدوله عن الرضا لعدم قد يفوق قدرته المالية ، الأثرين موضوع تحليل المطلب التالي باقتراح التقسيم التالي :

- الفرع الأول : دفع تعويض الاستحقاق المحكوم به و استرجاع الأماكن

- الفرع الثاني : عجز المالك عن دفع تعويض الاستحقاق المحكوم به

¹ المراكز التجارية التي نظمها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-182 المؤرخ في 12 ماي 2009 ، المحدد لشروط و كفاءات إنشاء و تهيئة الفضاءات التجارية و ممارسة بعض الأنشطة التجارية . ج . ر . عدد 30 . المؤرخة في 30-05-2009 . الفصل الخامس : شروط و كفاءات إنشاء المساحات الكبرى و المراكز التجارية .

² « Il arrive souvent que le commerçant ne soit pas propriétaire des locaux dans les quelles le fonds est exploité, spécialement s'il s'agit d'un petit commerçant .il prend ces locaux en location, il les prend à bail (les deux expressions sont synonymes). Au droit au bail son attachées des prérogatives essentielles : droit au renouvellement du bail à l'échéance, droit de céder le bail .ces prérogatives sont si fortes que l'on parle de propriété commerciale ».Jean Pierre TOSI : Introduction au droit de l'entreprise, op , cit , p 255.

الفرع الأول :

دفع تعويض الاستحقاق المحكوم به و استرجاع الأماكن

بين المشرع بملفقرة الرابعة من المادة 187 من ق ت إجراءات تنفيذ الحكم النهائي المحدد لمبلغ تعويض الاستحقاق مبينا ما يلتزم به المؤجر وما يلتزم به المستأجر المخلي : " وفي حالة الإخلاء تسلم الأماكن للمؤجر في أول يوم من الأجل المألوف و التالي لانقضاء مهلة خمسة عشر يوما اعتبارا من يوم تسديد التعويض للمستأجر نفسه ، أو احتماليا بين أيدي حارس قضائي ، و حالة عدم حصول اتفاق بين الطرفين يعين الحارس القضائي بموجب حكم يقضي بدفع التعويض وإلا فبجرد أمر مستعجل .

يدفع الحارس القضائي التعويض للمستأجر مقابل إيصال منه فقط إن تقع معارضة الدائنين و لقاء تسليم المفاتيح المحل الفارغ إذا قدم ما يثبت دفع الضرائب و الأجور و مع مراعاة التعويضات المتعلقة بالإيجار .

أما في حالة عدم تسليم المفاتيح في التاريخ المحدد و بعد الإندار يمسك الحارس القضائي واحد بالمائة من مبلغ التعويض عن كل يوم تأخير ، و يسلم هذا المبلغ المقتطع للمؤجر ، مقابل إيصال منه فقط " .

أولا :التزام المؤجر بدفع مبلغ التعويض المحكوم به

فعلى المالك المؤجر سابقا الذي يقرر دفع مبلغ التعويض المحكوم به ¹ أن يستخرج نسخة من الحكم أو القرار النهائي و يسلم لرئيس المصلحة قباضة الضرائب نسخة من الحكم او القرار و المبلغ المحكوم به و يتلقى مقابل ذلك وصل بالمبلغ المدفوع (مع الإشارة أن إدارة

¹ يحدث أن تكون الأماكن المؤجرة ملكا في الشيوخ ففي هذه الحالة إذا صدر الطلب من قبل جميع المالكين في الشيوخ فهم ملزمون بالتضامن بدفع تعويض الاستحقاق المحكوم به ، أما إذا صدر الرفض من قبل أحد المالكين في الشيوخ فقط بتوجيه التنبيه بالإخلاء فعلى هذا الأخير تحمل دفع تعويض الاستحقاق فقط دون البقية . في هذا الشأن جاء عن المحكمة العليا أنه إذا وجه التنبيه بالإخلاء من مالك واحد في الشيوخ فإنه هو من يتحمل دفع تعويض الاستحقاق . مح . العليا . غ . تجا و بح ، القرار 1992/03/15 ملف رقم 97403 ،المج القضا للمحكمة العليا، 1993 العدد 3 . عرفت المادة 713 من القانون المدني الملكية الشائعة بما يلي : " إذا كان ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل واحد منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوخ و تعتبر الحصص متساوية إذا لم يتم دليل على غير ذلك " يستنتج من هذا النص أن الملكية الشائعة حالة قانونية ناتجة عن تعدد المالكين على شيء واحد .

وقد خولت المادة 718 ق . م للمالك في الشيوخ الحق في اتخاذ جميع الوسائل الضرورية للحفاظ على المال المشاع ولو كان يغير موافقة باقي الشركاء . " محمد الحبيب الطيب : التعويض الاستحقاق ، المرجع السابق ص 23 وما يليها .

الضرائب تقتطع نسبة 8%¹ من المبلغ المدفوع) الوصل الذي يسلمه بعد ذلك إلى كاتب ضبط المحكمة أو المجلس للحصول على الحكم أو القرار ممهور بالصيغة التنفيذية ، الوثيقة التي يضعها المالك بين ايدي المحضر القضائي المعبر عنه في حكم الفقرة الرابعة اعلاه بالحارس القضائي من اجل تبليغه ا إلى المستأجر المخلي و يدعوه الى قبض مبلغ التعويض المحكوم به و المدفوع .

يمنح الحارس القضائي مهلة خمسة عشرة يوما كما هو مقرر بالفقرة أعلاه للمستأجر من اجل إخلاء الأماكن بعض دفعه لمبلغ التعويض مقابل تسليم المفاتيح ، غير أن المشرع افترض عدم اتفاق الأطراف على شخص الحارس القضائي في حالة اختيار المالك له و قضى بتدخل القاضي لتعيينه بناء على طلب الطرف الذي يهمله الأمر بموجب أمر استعجالي، كما يجوز للطرفين القيام بتنفيذ ودي لحصول المستأجر على كامل المبلغ

ثانيا :التزام المستأجر بتسليم المفاتيح

يسلم الحارس القضائي (أي المحضر القضائي) بدوره المبلغ إلى المستأجر المخلي والذي يثبت ذلك بإيصال مقابل تسليمه المفاتيح و جميع الوثائق التي تثبت دفعه للضرائب و تقديم شهادة الصفاء من الديون الجبائية (Extrait de roll)، و يجوز لدائني المستأجر أن يتعرضوا ويطالبوا بخصم ما لهم من دين في ذمته من مبلغ التعويض .

كما يلتزم المستأجر في مقابل قبضة له مبلغ التعويض المحكوم به بتقديم ما يثبت أنه دفع مؤخر بدل الإيجار و ابرأ ذمته من هذا الالتزام ، و لا يجوز للحارس القضائي خصم مبلغ مؤخر بدل الإيجار من تلقاء نفسه مادام أن الحكم المحدد لقيمة تعويض الاستحقاق لم ينص على ذلك لكون بدل الإيجار لنفسه قد يطرح إشكال بين الطرفين² . في حالة رفض او تقاعس

المستأجر عن تسليم المفاتيح و الوثائق المشار إليها أعلاه في أجل خمسة عشرة يوما من يوم تبليغه، يباشر الحارس القضائي في إجراءات الطرد بالقوة العمومية في أول يوم من الأجل المألوف و التالي لانقضاء مهلة الخمسة عشر يوما اعتبارا من يوم التسديد، و يقتطع الحارس

¹ يطرح السؤال فيما إذا كان تعويض الاستحقاق يخضع للضريبة البيع أو لضريبة الإيجار جاء في هذا الشأن عن محمد الحبيب الطيب : " أليس من الأحق أن يستبدل هذا النظام الجبائي برسم بسيط يتحملة التاجر ويقدر حسب الزيادة في القيمة المضافة . " المرجع السابق ، ص 65 .
² إشكال التقادم و الإثبات و تحديد مقدار بدل الإيجار .

القضائي واحد بالمائة من قيمة التعويض عن كل يوم تأخير ويعيد هذا المبلغ المقتطع إلى المؤجر مقابل إيصال يسلم له.

الفرع الثاني :

عجز المؤجر عن دفع تعويض الاستحقاق المحكوم به

في حالة عجز او رفض المالك دفع تعويض الاستحقاق المحكوم به نهائيا يترتب عن ذلك حالتين: إما عدم التعرض للمستأجر في ممارسته لحق البقاء الذي سبق تحليله ، و إما تراجع عن الوفاء و في هذه الحالة ينبغي عليه ممارسة حق العدول ، الحق الذي اعتبره بعض الباحثين حل قد يؤدي إلى حالة سلبية غير محدودة و منعدمة الاستقرار إضرار ا بمصالح التاجر¹.

تنص المادة 197 من ق ت : " و يجوز للمالك الذي خسر دعواه أن يتملص من سداد التعويض في ظرف خمسة عشر يوما ابتداء من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائيا إذا يتعلق بحكم ابتدائي من يوم صدور الحكم إذا كان الأمر يتعلق بالمجلس القضائي ، بشرط أن يتحمل مصاريف الدعوى و أن يقبل بتحديد الإيجار الذي تحدد شروطه في حالة عدم الاتفاق وفقا لقواعد المادة 195 ، و يجوز ممارسة هذا الحق مادام المستأجر ما زال موجودا في الأماكن و مادام لم يؤجر أو لم يشتر عمارة أخرى " ، المادة المقتبسة عن المادة 32 من مرسوم 30 سبتمبر 1953². السابق الإشارة إليه ، و الذي نسخه على غرار المشرع الجزائري المشرع المغربي بالفقرة الثانية من الفصل 32 من ظهير 1955 ، و التونسي بالفصل 30 من قانون 1977³ .

¹ حبيب محمد الطيب : المرجع السابق ، ص 33 .
² أقر المشرع الفرنسي بحق المؤجر في العدول بموجب قانون 1971/07/19 المعدل و المتمم لمرسوم 1953 الأكثر معلوما فيما يخص حق العدول
Françoise Dekeuwer Deffossey .Droit commercial .op .cit P 379 et s.

³ الملحق 1 و 2 .

يمكن الحق في العدول المالك المؤجر سابقا من التملص من دفع تعويض الاستحقاق المحكوم به مقابل عرض تجديد الإيجار الذي سبق رفضه إلا أن المشرع ربط ممارسة هذا الحق بشروط يمكن تقسيمها إلى شروط إجرائية و أخرى موضوعية.

أولا : الشروط الإجرائية

يجب على المؤجر الذي يقرر العدول عن رفض التجديد بعد تقدير مبلغ تعويض الاستحقاق أن يحترم اجل ممارسة هذا الحق .

1-الأجل: اشترط المشرع أن يمارس المالك حقه في العدول في أجل خمسة عشرة يوما تسري ابتداء من اليوم الذي يصير فيه الحكم بقيمة تعويض الاستحقاق نهائيا أما إذا كان تقدير التعويض بموجب قرار صادر عم المجلس فابتداء من تاريخ صدور هذا القرار ، و يلاحظ إنصاف المشرع فقد منح للمستأجر أجل خمسة عشرة يوما من أجل إخلاء المحل "المادة 3/ 187 من القانون التجاري " وهي نفس المدة الممنوحة للمالك لإعلانه عن تراجع عن رفض تجيد الإيجار ، فكان من الضروري تقرير ممارسة هذا الحق في حدود زمنية معقولة حفاظا على حقوق المستأجر الذي يحتاج إلى حد أدنى من الاستقرار المعنوي لمواصلة نشاطه ومشاريعه .

قضت محكمة النقض الفرنسية على أن تطبيق حق العدول لا يجوز إلا بعد انقضاء الآجال المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 32 من المرسوم لسنة 1953 ، و هي آجال محددة في القانون بصفة حصرية و لا يمكن القياس عليها¹.

2-تحمل المصاريف القضائية : نصت الفقرة الخامسة من المادة 197 المشار إليها أعلاه على توقف ممارسة المالك لحقه في العدول على تحمله جميع مصاريف الدعوى القضائية المؤدية إلى الحكم بتعويض الاستحقاق .

¹ Cass .civ 22 avril 1971 . J.C.P 1971- II- 16808 .

ثانيا : الشروط الموضوعية

لم يكتفي المشرع باشتراط ممارسة الحق في العدول في اجل معين و لا تحمل صاحب هذا الحق للمصاريف التي كان السبب فيها و إنما اشترط الموافقة على إيجار جديد و عدم مغادرة المستأجر المخلي للأمكنة.

1-الموافقة على تجديد الإيجار : يقصد بحق العدول ، تراجع المالك المؤجر السابق عن رفضه التجديد ، و هذا الشرط مجسد لهذا الحق ، لكنه يطرح إشكال مبدأ حرية التعاقد الذي سيهتز مضمونه بما أن المؤجر يجبر بطريقة غير مباشرة على تجديد تعاقدته¹ و من جهة أخرى لا يجوز للمستأجر المحكوم له بتعويض الاستحقاق رفضه في حالة بقائه بالأماكن و إلا فقد حقه في التعويض².

يبرم الإيجار الجديد وفق الشروط التي يتفق عليها الأطراف أما إذا لم يحصل اتفاق فيعيدنا المشرع إلى تطبيق ما جاء بالمادة 195 من ق ت التي نصت على ما يلي: " إذا وافق المؤجر على تجديد الإيجار و كان أمر الخلاف يتعلق ببديل الإيجار أو المدة أو الشروط اللاحقة أو مجموع العناصر ، و جب على الطرفين الحضور أمام رئيس المحكمة المختصة ، و التي يكون موقع العمارة تابعا لها ، و ذلك مهما كان مبلغ الإيجار و الذي يقوم البت فيها حسب الإجراء المقرر في قضايا الأمور المستعجلة ."

2- شرط عدم مغادرة المستأجر المحكوم عليه بالإخلاء الأماكن

يسقط التزام المستأجر المخلي بقبول الإيجار الجديد إذا ما غادر الأماكن بعد شرائه لمحل يمارس به تجارته أو لإبرامه عقد إيجار جديد بمكان آخر " و يجوز ممارسة هذا الحق مادام المستأجر مازال موجودا في الأماكن و مادام لم يؤجر أو لم يشتر عمارة أخرى ."(ما 197 /6).

¹ : " و تجدر الإشارة أن قبول المؤجر التجديد واجب الالتزام به ما دام انه كان في بداية الأمر حق التنازل عن حقه في العدول و مادام عدل عن الرفض بقبول التجديد فيصبح قبوله إلزامي و نهائي و لا يمكن العدول عليه ثانية . " جنادي جيلالي : المرجع السابق ، 108 .
² J. Lassier : Baux commerciaux industriels et artisanaux .op. cit , p 155 et s .

الحكم الذي كرسته محكمة النقض الفرنسية لما قضت بأنه لا يمكن للمستأجر أن يعرقل حق المؤجر في التراجع عن رفض التجديد الذي توصل به ما لم يؤجر أو يشتتر محلاً آخر بعد ليستقر فيه ، و للمؤجر التأكد من صحة الشراء أو الإيجار و من تاريخه الذي يجب أن يسبق الإعلان عن العدول¹ .

¹ Cass.civ .28 mai 1986 .J.C.P.1987 –II- 20850 .

الخاتمة

لقد حاولنا من خلال دراسة موضوع تعويض الاستحقاق أن نبرز خصوصية هذا التعويض مقارنة بالقواعد التي تحكم التعويض كأثر و جزاء للمسؤولية المدنية عموما ، فبدأنا هذه الرسالة بمقدمة بينا من خلالها الأسباب و المراحل التي أدت إلى ميلاد تعويض الاستحقاق و التطور التشريعي الذي حضي به ، معرجين على بعض التشريعات التي تبنته في ظل تنظيمها الخاص لعقد الإيجار التجاري.

انه و على امتداد هذه الرسالة المتواضعة حاولنا قدر الإمكان الإجابة عن الإشكالية المطروحة التي تدور دار محورها حول انتقال مؤجر الإيجار التجاري من صاحب حق إلى مدين بحق ، الحق الذي يتمثل في تعويض الاستحقاق ، و في محاولتنا فهم لانقلاب التوازن العقدي للإيجار التجاري كان لبد من تأصيل تعويض الاستحقاق بالبحث أولا عن الأساس الذي يستند عليه و مقارنته بأسس التعويض في المسؤولية المدنية عموما .

فلم يكن باستطاعتنا استكمال هذا التأصيل دون تحديد طبيعة المسؤولية التي يستند عليها تعويض الاستحقاق التي استوقفنا عند المراحل التاريخية التي مر بها تنظيم الإيجارات التجارية عموما و أحكام تعويض الاستحقاق على وجه الخصوص ، و من خلال الخوض في النقاش الفقهي و القضائي الذي ميز هذه المراحل برز تطور أساس هذا التعويض من الخطأ إلى الضرر ، لننتهي إلى العدول عن فكرة تطبيق الأحكام للمسؤولية المدنية المنظمة للتعويض على تعويض الاستحقاق و بذلك برزت خصوصيته .

لننتقل في مرحلة ثانية إلى الكشف و تحليل شروط اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق لنستوقفنا بعض العقود الإيجارية التي عرفها المشرع حديثا مثال ذلك عقود الامتياز كعقد ترخيص باستعمال علامة تجارية أو عقد الامتياز الخاص بتسويق السيارات الجديدة ، و عقد الاعتماد الإيجاري ، و أخيرا عقد الإيجار التجاري المدعم من قبل الدولة لتطرح علنا إشكالية اكتساب أصحابها للحق في تعويض الاستحقاق .

من خلال دراسة الواجب توافرها لاكتساب الحق في التعويض موضوع دراستنا رأينا كيف يطرح عقد الامتياز التجاري إشكال انفراد صاحبه بالعملاء أساس الضرر موجب التعويض، و بعد ملاحظتنا لقصور الكتابات و الأحكام المعالجة لهذا الموضوع كان من الضروري اللجوء إلى القوانين المقارنة و وجدنا في القضاء الفرنسي السؤال و الإجابة عنه و بينا كيف انتهى هذا القضاء إلى منح المتلقي الحق في تعويض الاستحقاق إذا ما اثبت إن له عملاء خاصين به .

لنجد الحل بالنسبة إلى عقد الاعتماد الايجاري و الإيجار التجاري المدعم في القانون إما بصفة صريحة كما جاء بالعقد الأول أو بتطبيق قواعد نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان التي تستثني حصول المستأجر عند إبرامه لمثل هذه الإيجارات التجارية من اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق .

بعد الإلمام بكل الشروط المرتبطة بصفة المستأجر و طبيعة الأماكن المؤجرة أي ما يجب توافره عند انعقاد الإيجار التجاري عموماً، و تلك الواجب احترامها خلال تنفيذ العقد ، انتقلنا بالبواب الثاني من هذه الرسالة إلى دراسة ما يترتب عن ثبوت الحق في تعويض الاستحقاق من أبعاد مالية و قانونية .

من خلال استعراضنا للأبعاد المالية التي يرتبها هذا الحق بالنسبة للمستأجر أولاً ، برزت أهمية تعويض الاستحقاق و اكتساب الحق فيه باعتباره مشكل للحق في الإيجار ، الذي يعتبر عنصر من عناصر المحل التجاري ، و من تم إمكانية التنازل عنه و رهنه ضمن باقي العناصر ، بالإضافة إلى الاستفادة منه عند إفلاس التاجر أو تصفية و حل الشركة باستظهار كيف يساعده على سداد جزء من ديونه ، و يقيه من فقدانه لكل ممتلكاته .

في محاولتنا لتحليل الأبعاد القانونية لثبوت الحق في تعويض الاستحقاق بالنسبة إلى المؤجر تم الكشف عن الدور الذي يلعبه تقرير هذا التعويض في تمكين المؤجر من استرجاع الانتفاع من ملكيته العقارية كمقابل لرفض التجديد بدون سبب خطير و مشروع ، فعرض هذا التعويض يخلصه من تسبب رفضه ، و يمنح له حق استرجاع الأماكن .

بدراسة تقدير تعويض الاستحقاق استوقفنا من جديد النقاش الفقهي الذي عرفه تحديد شروط الضرر الموجب للتعويض و تاريخ بداية تقدير الضرر و المبدأ الذي يحكم هذا التعويض لنتوصل إلى أن تعويض الاستحقاق تعويض كامل .

كما واصلنا في كشفنا عن الأبعاد التي يربتها تعويض الاستحقاق عند الحكم به ، مبينين كيف يحمي هذا الحق المستأجر حتى بعد الحكم عليه بالإخلاء من خلال تقرير له المشرع بالحق في البقاء إلى غاية قبضه لتعويض الاستحقاق ، فأضاف القانون بذلك ضمان آخر لاستقاء الدين لم يرد بالقواعد العامة ، منح من خلاله حماية للمحل التجاري ، فبدون قبض المستأجر للتعويض لا يستطيع الانتقال و استمرار في نشاطه أو خلق محل تجاري جديد ، فيفقد بذلك أساس التعويض لهدفه مما يبرر أيضا أساس تعويض الاستحقاق و إلزام المؤجر به خروجاً عن القواعد العامة التي لا ترتب على انتهاء عقد الإيجار حق بدين .

لم تقتصر آثار الحكم بالتعويض على المستأجر بل تعدته إلى المالك المؤجر سابقاً مرتبة نتائج البعض منها ايجابي و البعض الآخر سلبي بالنسبة له بحيث يستطيع فور تسديده للتعويض المحكوم به استرجاع الأماكن و الانتفاع منها من جديد ، في حين إذا عجز عن الدفع قد يجبر على إبرام عقد إيجار جديد لم يكن يرغب فيه أصلاً .

لننتهي إلى القول بعد ملاحظة توجه القانون و الفقه الحديث إلى تكريس مبدأ سلطان الإرادة في ميدان العقود عموماً ما أصبح يطلق عليه "بمبدأ التعاقدية" و بميدان عقد الإيجار التجاري على وجه الخصوص من خلال ما جاء بالمادة 187 مكرر من ق.ت .

أن هذا المبدأ الذي يعتبر في نظامنا القانوني الركيزة الأساسية التي تقوم عليها النظرية العامة للعقد ، والتي تمنحه القوة الملزمة¹ باعتباره موجه للقانون الوضعي عموماً ، كما يعد هذا المبدأ أيضاً احد الأوجه الضامنة للحريات الفردية التي يحميها الدستور².

¹ المادة 106 من ق.م : "العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون ."
² كما جاء في هذا الشأن عن الفقيه ريبير Ripert بمؤلفه :

G. Ripert : Le régime démocratique et le droit civil moderne, LGDJ, 1936, n 137, p 269. : « La liberté contractuelle est le corollaire de la liberté individuelle. » .

Dans le même ordre d'idées Cécile Pérès écrit : « tel est justement le cas de la liberté contractuelle aujourd'hui dotée d'une valeur constitutionnelle. ». La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du

تظهر ملامحه غالبا في انسحاب تدخل الدولة عن طريق وضع قواعد مكملة تحكم العلاقة العقدية تمنح للأطراف حرية أكثر في تحديد إطار العقد¹ بدلا عن القواعد الآمرة ، فنتراجع هذه الأخيرة على حساب حرية التعاقد .

من التشريعات الحديثة التي تكرر هذا المبدأ لا نجد أحسن مثال من التشريع الألماني²، الذي يبني قانون العقود على مبادئ ثلاثة: مبدأ حرية التعاقد³، مبدأ العدالة التعاقدية⁴، و أخيرا مبدأ الثقة في الإرادة المعلنة أو الظاهرة⁵.

تعتبر المساواة بين أطراف العقد بتعادل التزاماتهما معيار أساسي للحفاظ على مبدأ حرية التعاقد، فإذا ما اختل هذا التوازن تراجع مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" على حساب مبدأ "العدالة التعاقدية" التي حماها القانون في أحكام القانون المدني تدخل القانون بمنح القاضي

droit des contrats de la chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet). Revue Etudes et commentaires .chronique . Contrat et obligations. Recueil Dalloz -2009-n6 .p 382

¹ المادة 16 من مشروع تعديل قانون العقود الفرنسي الذي طرح سنة 2008 أن حرية التعاقد تكمن في منح الأطراف الحرية في اختيار المتعاقد الآخر، وكذا اختيار شكل العقد و مضمونه .

Art 16 du projet de reforme du droit des contrats élaboré par la chancellerie énonce, dans son premier alinéa, que cette liberté : « emporte celle de choisir son contractant, ainsi que celle de déterminer le contenu et la forme du contrat. » . Cécile Pérès. La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie, op cit. p 381.

² لأكثر معلومات حول القانون الألماني للعقود و الالتزامات يمكن الرجوع الى المؤلفات التالية على سبيل المثال و التي تضمنت دراسة للقانون الألماني بالمقارنة مع قانون المدني الفرنسي :

Michel Pédamon : Le contrat en droit Allemand , E.G.D.J.Paris .1993 .P 24 et suit .§2 .- les principes et les tendances du droit des contrats générateurs d'obligations .

Claude Witz :Le droit allemand, éd Dalloz, 2001 ,p 111 et s.

³ إن مبدأ حرية التعاقد في القانون الألماني هو التكريس الفعلي لقاعدة سلطان الإرادة ، و التي تنحدر عنها مجموعة من الحريات مثال ذلك : حرية إبرام العقد أو عدم إبرامه ، حرية اختيار المتعاقد الآخر ، وكذلك حرية بناء مضمون العقد ، هذه الحرية الأخيرة التي تسمح لأطراف العقد تحديد علاقاتهم التعاقدية ، و أخيرا حرية اختار الأطراف أو عدم اختيار شكل معين . فالعقود التي يتضمنها قانون الالتزامات لم يشترط المشرع لانعقادها شكل معين فيجوز أن تتخذ شفاهة أو كتابة .

⁴ أما مبدأ العدالة التعاقدية فقد قرره القضاء الألماني قبل انتهاء التشريع الألماني إلى تقنينه ، فمنح المشرع الحق للقاضي سلطة التدخل من أجل إعادة التوازن للعقد في حالة تحقق نظرية الظروف الطارئة ، و تفترض هذه النظرية تغير الظروف الاقتصادية بسبب حادث أو واقعة لم يكن بالإمكان توقعها ، يهدد المدين إذا ما نفذ التزامه أو البعض منها بالخسارة الفادحة تجيز للقاضي التدخل من أجل إعادة التوازن للعقد .

« Sans entrée en vigueur les préoccupations de justice contractuelle devaient s'imposer avec force à la suite des bouleversements d'ordre économique ou social qui ont frappé l'Allemagne après la fin de première guerre mondiale. Sur la base des clauses générales les tribunaux se sont alors attachés à remédier aux déséquilibres des contrats engendrés par ces événements et ils ont bâti peu à peu, avant même que le législateur intervienne, un système cohérent de révision et d'adaptation des engagements contractuelles pour imprévision. » Michel Pédamon : Le contrat en droit Allemand, op cit , p 26 , B- Le principe de la justice contractuelle .

⁵ Le principe de confiance en la volonté déclarée.

و يقصد بمبدأ الثقة في الإرادة التي أعلن عنها الأطراف عند إبرامهم للعقد، احترام إرادة الأطراف و نيتهم الحقيقية.

سلطة إعادة التوازن للعقد (ما107 من ق.م) على أساس نظرية الظروف الطارئة¹ النظرية التي عرفتها قبله الشرائع القديمة².

فالعدالة مفهوم نسبي يتغير بتغير الزمان و المكان، و كذا الظروف الاجتماعية و الاقتصادية المحيط به، هذه الظروف الأخيرة التي توجه القانون عامة و قانون العقود على وجه الخصوص و تضي عليه طابعها الخاص³.

عبر مرور الزمن (بحوالي ثلاثة و أربعين سنة من سنة 1962 إلى 2005) نتج عن تطبيق هذه أحكام الإيجارات التجارية في الحياة العملية نزاعات كثيرة و الشائكة و من أهمها التقدير المبالغ فيه لتعويض الاستحقاق، و الذي قد يتجاوز في بعض الحالات قيمة الأماكن في حد ذاتها فيحرم المؤجر المالك من استرجاع الأماكن لعدم مقدرته على دفع قيمة التعويض المحكوم بها مما أصبح يشكل مساس بالملكية العقارية .

كما أصبحت أحكام الإيجارات التجارية تشكل عائق في استقرار و تنمية المؤسسة التجارية ، بما أن المؤجرين و من اجل الإفلات من الدخول في نطاق هذه الأحكام و بالتراضي مع المستأجرين يبرمون عقود إيجار لمدة قصيرة المدة فشاع الاتفاق على عقد إيجار لمدة 23 شهرا .

هكذا يظهر ا جليا تحول الطرف الضعيف المحمي قانونا(المستأجر) إلى طرف قوي يتحكم في ملكية غيره (الملكية العقارية للمؤجر) و قد يتعسف في استعمال حقه عندما يرفض المغادرة قبل قبضه تعويض الاستحقاق كاملا مما يمكنه من البقاء بالأمكنة مقابل أداء قليل "تعويض عن شغل الأمكنة " لا يعادل بدل الإيجار .

¹ النظرية التي تبناها مشرعنا بالمادة 107 من ق.م جاء بمقتضى المادة 107 /2 من ق.م: "غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في وسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، و إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك." لأكثر معلومات حول نظرية الظروف الطارئة الرجوع إلى : خليل احمد حسن قعادة : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري. المرجع السابق، ص 107 و ما يليها . علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 98 و ما يليها .

² ظهرت هذه النظرية في القانون الكنسي في العصور الوسطى، حيث كان رجال الكنيسة لا يجيزون الغبن في تكوين العقد، أو في تنفيذه، لان الغبن بالنسبة لهم كان صورة من صور الربا المحرمة. كما عرفت الشريعة الإسلامية نظرية الظروف الطارئة و خصوصا في عقد الإيجار الذي أجازت فسخته للعذر(نظرية العذر). لأكثر معلومات الرجوع إلى عبد الرزاق السنهوري، الوسيط السابق الإشارة إليه، بند 906 ص 1283 و ما بعدها .

³ Mostapha Mohamed ELGAMMAL : L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, LGDJ-Paris-1967 .

الوضعية التي دفعت الكثير من المستأجرين إلى إدراج بند في عقد الإيجار التجاري من اجل إسقاط حقهم في التجديد أو حقهم في تعويض الاستحقاق مقابل الحصول على مدة إيجار طويلة ، مما يبين أن إرادة الأطراف في تحديد بتقليص آثار و أحكام عقد الإيجار التجاري سبقت إرادة المشرع¹ ، و بالرغم من أن القضاء بقي طويلا متمسكا بالحق في الملكية التجارية كنظام عام على حساب "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين"².

فيمكن لنا الاستنتاج أن تدخل المشرع لم يكن إلا استجابة متطلبات المجتمع بخلقه قاعدة قانونية مغايرة لإعادة توازن إلى عقد الإيجار التجاري الذي اختل و سبب الاختلال الملكية التجارية.

فهذا لا يعني أن المشرع كان خاطئ في تصوره بفرضه الحماية القانونية على المؤسسة التجارية و الصناعية و الحرفية خاصة و أنه لم يلغى أحكام الملكية التجارية بل أبقى عليها إلا انه و سعيا منه إلى إعادة التوازن لعقد الإيجار التجاري ابتدع قاعدة أخرى أكثر ملائمة مع الظروف الاقتصادية الحالية³ فجعل إرادة الأطراف هي وحدها التي تقرر خضوع العقد لهذه الحماية القانونية أو عدم الخضوع لها ، فالإرادة هي مناط العقد في وجوده و عدمه فبتعديله لحكم تعويض الاستحقاق كرس المشرع مبدأ سلطان الإرادة و السياسة العامة التي أصبحت توجه العقد "مبدأ التعاقدية".

أثرينا هذه الرسالة بمقارنة بين التشريع الجزائري و بعض التشريعات المقارنة و أخيرا لا يمكننا الادعاء بإحاطتنا بالموضوع من كل جوانبه إنما نتمنى أن نكون قد وضعنا أرضية عامة حول تعويض الاستحقاق نتوقع انها ستسيل الحبر في المستقبل خاصة إذا ما علمنا بأنه لم يستشأر التاجر في تغيير السياسة التشريعية الرامية لحماية المحل التجاري ، لم نجد انتقاد

¹ حمدي باشا عمر : دراسات قانونية مختلفة ، المرجع السابق ذكره ، ص 128 و 129 .
² جاء عن المحكمة العليا في تعليل احد قراراتها رقم 110-147 المؤرخ في 17 ديسمبر 1996 ، المجلة القضائية 1997 ، العدد 01 ، ص 90 : من المقرر قانونا انه تلغى و تصبح عديمة المفعول مهما كان شكلها الشروط التي يكون من شأنها إسقاط الحق في تجديد الإيجار . و بناءا عليه ، فان تمسك الطاعن بنص المادة 106 من القانون المدني لإنهاء علاقة الإيجار غير مجدي و لا يسوغ إعماله في قضية الحال ، ذلك ان المستأجر استغل المحل التجاري المنتزاع عليه بموجب عقد إيجار مكتوب نتج عنه اكتساب الملكية التجارية بعد انقضاء السننتين ، مما يخول له الحق في الحصول على تعويض الاستحقاق ، و بالتالي فان تطبيق القرار المطعون فيه لأحكام المادتين 173 و 176 من القانون التجاري صائب مما يستوجب رفض الطعن ."

³ ففي هذا الشأن جاء هن جورج ريبار G. Ripert في كتابه القوى الخالقة للقانون « les forces créatrices du droit » : « Le juriste n'a pas le droit de dire que le passé historique a été erreur, que le présent est réalité. S'il modifie une règle, ce n'est pas qu'elle ait été fausse, c'est parce qu'il est nécessaire d'en créer une autre plus convenable au temps présent, mais qui n'est plus scientifique que la précédente. »

لتجمعات التجار حول هذا التغيير هل هذا يعني رضاء هؤلاء بتدخل المشرع أو أن حداثة النص و عدم وعي هؤلاء بخطورته على استقرار و استمرارية خاصة المؤسسات الصغيرة التساؤلات التي تبقى رهينة ما سيطرح على القضاء مستقبلا .

الملحقات

-ملحق رقم 1-

التشريع المغربي

ظهير 24 ما 1955 بشأن عقود كراء الأملاك أو الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف¹

الجزء الأول - ميدان التطبيق

الفصل الأول تطبق مقتضيات هذا الظهير على عقود كراء الأملاك أو الأماكن التي تستغل فيها أعمال تجارية سواء أكانت هاته الأعمال ترجع إلى تاجر أو إلى رب صنعة أو حرفة. وزيادة على ذلك فان المقتضيات المذكورة تطبق على ما يلي:

أولاً- عقود الأملاك أو الأماكن الإضافية اللاحقة بالمتجر بشرط أن تكون ضرورية لاستغلال هذا المتجر وعلاوة على ذلك فإذا كانت هاته المرافق تابعة لملاك آخر غير رب عقار المتجر فيشترط أن تكون قد أكرت ليستعملها المكترى هو و المتجر معا للشؤون التي خصصها به وان يكون المكترى- وقت إبرام الكراء - عالماً بالشيء الذي تستعمل له تلك الأماكن.

ثانياً - عقود كراء الأراضي البيضاء التي شيدت فيها أما قبل إبرام العقدة أو بعدها، بنايات تستعمل للتجارة أو الصناعة أو الحرف ويشترط أن تكون بنايات قد شيدت أو شرع في استغلالها برضى رب الملك وأن يكون ذلك ضمن ما هو لازم للاستغلال المذكور.

وفيما يخص العقود التي تمت بعد تاريخ نشر هذا الظهير فان تطبيق مقتضيات المقطعين الأول والثاني من الفقرة السابقة يتوقف على الموافقة الكتابية للملاك المعنى بالأمر غير أن هاته القاعدة لا تطبق على تجديد العقود المبرمة قبل التاريخ المذكور أعلاه.

الفصل الثاني

ان مقتضيات هذا الظهير ولاسيما مقتضيات الفقرتين الثانية والثالثة من الفصل الاول تطبق أيضا على ما سيذكر:

أولاً - عقود الكراء التي تتعلق بالأملاك أو الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف و التي أبرمت مع الدولة أو الجماعات العمومية أو المؤسسات العمومية في شأن أملاك أو أماكن أعدت لمصالح و جدها الحال تستغل بمشاركة الدولة إما وقت إبرام عقدة الكراء و إما قبله.

وان وقع خلال مدة العقدة تخصيص تلك العقارات أو الأماكن بالمصالح المذكورة وكان هذا التخصيص قد حقق بعد نشر هذا الظهير فان تطبيق المقتضيات المبينة أعلاه تكون مرتبهة بالموافقة الكتابية للملاك المعنى بالأمر.

ثانياً - عقود كراء الأملاك أو الأماكن التي تشغلها كل مؤسسة من مؤسسات التعليم.

ثالثاً - عقود كراء الأملاك أو الأماكن التي يشغلها الصناعيين.

الفصل الثالث

لا تطبق مقتضيات هذا الظهير على العقود الطويلة الأمد غير أنها تطبق في الأحوال المنصوص عليها في المقتضيات السابقة وذلك فيما يخص العقود الطويلة الأجل المبرمة مع المكترين الأصليين بشرط أن تكون

1-الجريدة الرسمية عدد 2224 بتاريخ 19 شوال 1374 (10 يونيو 1955)، ص 1619.

مدة تجديد العقدة المبرمة بين هؤلاء المكتريين والمكتريين الفرعيين لا تؤدي إلى شغل الأماكن إلى ما بعد تاريخ انتهاء العقدة الطويلة الأمد.

الفصل الرابع

لا يطبق هذا الظهير على الأملاك و الأماكن التابعة للاحباس¹ والخالية من حقوق المنفعة كما لا يطبق في الحالة التي تكون فيها الأملاك و الأماكن مشاعة وتكون الاحباس تمتلك فيها فوائد تبلغ على الأكثر ثلاثة أرباع منها.

بيد أن الأملاك و الأماكن التي تنجز إلى الاحباس بعد نشر هذا الظهير تبقى مقيدة بعقود الكراء التجارية التي يكون معمولاً بها أو التي يقع تجديدها تطبيقاً لهذا الظهير.

الجزء الثاني- في تجديد عقدة الكراء

الفصل الخامس

لا يحق لأي فرد أن يطالب بتجديد العقدة ما عدا المكتريين و المتخلى لهم عن عقدة الكراء أو ذوى حقوقهم ممن يأتون هم أو مورثوهم بما يثبت به إما حق انتفاع لمدة سنتين متتابعتين حصلوا عليه بمقتضى عقدة أو عدة عقود خطية متوالية و إما ما لهم من انتفاع مستمر لمدة أربع سنوات عملاً بعقدة أو بعدة عقود شفوية متتابعة أو بمقتضى عقود متوالية مكتوبة كانت أو شفوية.

الفصل السادس

لا ينتهي العمل بعقود كراء الأماكن الخاضعة لمقتضيات هذا الظهير إلا إذا وجه للمكترى طلب بالإفراغ قبل انقضاء العقدة بستة أشهر على الأقل وذلك بدون التفات إلى أى شرط تعاقدى مخالف لما ذكر وحياداً عن الفصول 687 و 688 و 689 من الظهير الشريف الصادر في 9 ربيع الأول 1331 الموافق 12 غشت 1913 المعتبر بمثابة قانون للالتزامات و العقود.

و عليه فإذا لم يوجه الطلب بالإفراغ المشار إليه في الفقرة السابقة فإن مدة العقدة تسترسل إلى ما بعد التاريخ المحدد فيها أما عقدة الكراء التي تكون لا صلة بواقعة يتيح تحقيقها للمكترى طلب فسخ العقدة المذكورة فإن مدتها لا تنقضي إلا إذا وجه للمكترى إعلاماً بذلك خلال ستة أشهر على الأقل قبل انتهاء تلك المدة و يجب أن يتضمن الإعلام عبارة تشير إلى كون الحادثة التي نص عليها في العقود قد وقعت.

وان كان الأمر يتعلق بعقدة ذات مدد عديدة و ألغى المكترى هذه العقدة وقت انقضاء إحدى المدد فإن الإعلام بالإفراغ يوجه حتماً قبل انتهاء المدة بستة أشهر على الأقل.

ومن اللازم توجيه الإعلام بالإفراغ إما طبق الكيفيات المنصوص عليها في الفصول 55 و 56 و 57 من الظهير المعتبر بمثابة قانون للمرافعات المدنية و إما بواسطة رسالة مضمونة مع الإعلام بتسليمها².

و على المكترى أن يوضح للمكترى الأسباب الداعية إلى الإفراغ وأن ينقل في الإعلام نص الفصل السابع والعشرين و لا فلا يستطيع المطالبة بسقوط حق المكترى حسبما نص على ذلك في الفصل المذكور.

الفصل السابع

إذا لم يوجه إلى المكترى إعلام بالإفراغ وأراد هذا المكترى تجديد عقده فعليه أن يقدم طلباً للمكري أما خلال الستة أشهر التي تتقدم أجل انقضاء العقدة و إما في أي وقت من أوقات المدة التي تسترسل أثناءها العقدة بموجب مقتضيات الفصل السادس المذكور أعلاه.

و يجب إرسال طلب تجديد العقدة إلى المكري إما طبق الكيفيات المنصوص عليها في الفصول 55 و56 و57 من الظهير المعتبر بمثابة قانون للمرافعات المدنية و إما بواسطة رسالة مضمونة مع الإعلام بوصولها¹.

ويصح إرسال طلب تجديد العقدة إلى المتصرف فشؤون المكري المعتبر أهلاً لحيازته ما عدا إذا اشترط المكري شروطاً أو وجه إعلانات تخالف ذلك وان كان هناك عدة ملاكين فإن الطلب المرسل إلى واحد منهم يكون كأنه قد أرسل إليه جميعاً اللهم إلا إذا نص على شروط أو وجهت إعلانات تخالف ما ذكر بشأن جميعهم.

ويجب أن ينقل في الطلب نص الفصل الثامن الآتي بعده و الا فيكون المكترى غير قادر على معارضة المكري بسقوط الحق الناجم عن انتهاء أجل ثلاثة أشهر المنصوص عليه في نفس الفصل.

الفصل الثامن

يجب على المكري أن يعمد خلال الثلاثة أشهر الموالية لتاريخ توصله بطلب تجديد العقدة إلى إحاطة علم المكترى بأنه يصادق على تجديد العقدة مع الإشارة إلى شروط التجديد أو انه يرفض هذا التجديد موضحاً في نفس الوقت الأسباب الداعية إلى ذلك الرفض وعلى المكري أن يخبر المكترى بما ذكر اما طبق الصور المنصوص عليها في الفصول 55 و56 و57 من الظهير المعتبر بمثابة قانون للمرافعات المدنية و اما بواسطة رسالة مضمونة مع الإعلام بتسليمها².

وإذا لم يخبر المكري المكترى بما ينوي إجراءه في ظرف الأجل المذكور وكان طلب تجديد العقدة قد حرر طبق مقتضيات الفصل السابع أعلاه فإن المكري يعتبر حينذاك موافقاً على تجديد العقدة ضمن البنود والشروط المتضمنة في العقدة السابقة غير انه إذا كان المكترى قد طلب تجديد العقدة على بنود وشروط تخالف شروط العقدة الأولى فيعتبر المكري موافقاً على مبدأ التجديد ليس إلا أما الخلاف الناشئ عن ثمن الكراء ومدة العقدة أو عن شروط أخرى من شروطها فإنه يرفع بطلب الفريق المستعجل إلى الحاكم الذي يفصله طبق الكيفيات المنصوص عليها في الفصل الثلاثين.

و على المكري أن يدرج في جوابه عن طلب تجديد العقدة نص الفصل السابع والعشرين ليلا يفقد حق المطالبة بما نص عليه الفصل المذكور من سقوط حق المكترى بفوات المدة.

الفصل التاسع

إذا وقع تجديد العقدة دون أن يصل الفريقان إلى اتفاق بشأن مدة العقدة الجديدة فإن مدتها تكون هي نفس المدة المنصوص عليها في العقدة المنتهى أمرها من غير أن تتعدى مدة العقدة الجديدة خمس سنوات وإذا كان الأمر يتعلق بعقدة ذات أمد غير معين فإن مدة العقدة الجديدة تكون معادلة للمدة الحقيقية المنصوص عليها في العقدة السابقة ولا يجوز مع هذا أن تتعدى ثلاث سنين.

وفي كلتا الحالتين يبتدئ العمل بالعقدة الجديدة عند تاريخ انقضاء مدة العقدة السابقة أن أعلن إلغاء هذه العقدة قبل تاريخ انتهائها بستة أشهر على الأقل إما إذا استرسلت هذه العقدة بعد تاريخ انقضائها وكان هذا الاسترسال قد جرى وفقاً لمقتضيات الفصل السادس الموالي أعلاه فإن مدة العقدة الجديدة تبتدئ من اليوم

الأول للشهر الموالي إما التاريخ الذي صح فيها مرسالا لإعلام بالإفراغ و إما لتاريخ طلب أو عرض تجديد العقدة.

الجزء الثالث - فى رفض تجديد العقدة

الفصل العاشر

يحق للمكري رفض تجديد العقدة إلا أنه إذا استعمل هذا الحق فيكون عليه أن يؤدي للمكترى المطلوب منه الإفراغ تعويضا عن هذا الإفراغ يعادل ما لحقه من الضرر الناجم عن عدم تجديد العقدة وذلك باستثناء ما قرره الفصل 11 وما يليه من الفصول ويلزم المحكمة وقت تحديد قدر التعويض أن تعتبر ما سيحصل للمكترى من الخسائر وما سيفقده من الأرباح بسبب إضاعة حقوقه. ويكون قدر التعويض مساويا على الأقل لقيمة الاسم التجاري اللهم إلا إذا أثبت المكري أن الضرر أخف من القيمة المذكورة.

الفصل الحادي عشر

للمكري أن يرفض تجديد العقدة دون إلزامه بأداء أي تعويض وذلك في الأحوال الآتية:
أولاً- أن أتى بحجة تشهد ضد المكترى المطالب بالإفراغ بأن هناك سببا خطيرا ومشروعا.
ثانيا - ان أثبت وجوب هدم الملك كلا أو بعضا لان السلطة الإدارية أعلنت أنه وخم ومخالف للمبادئ الصحية أو أثبت أن فى شغل الملك خطرا بسبب انعدام الأمن فيه¹.
وإذا قام رب الملك أو وارثه بإعادة بناء جميع الملك أو بعضه أو قام بترميمه فللمكترى حق الأسبقية فى كرائه طبق الشروط المنصوص عليها فى الفصلين الثالث عشر والرابع عشر الآتيين بعده.

الفصل الثاني عشر

لصاحب الملك الحق فى رفض تجديد العقدة لكونه يريد هدم الملك و إعادة بنائه لا كنه يتحمل تعويضا عن الإفراغ يدفعه للمكترى قبل خروجه من الملك ويكون قدره معادلا لما يلحق هذا المكترى من الضرر دون أن يتعدى مع ذلك ثمن كراء ثلاث سنوات يحسب على أساس المقدار المعمول به وقت الإفراغ و إذا عمد رب الملك إلى الامتناع من تجديد العقدة فيحق للمكترى البقاء فى مكتراه طبق بنود وشروط العقدة الأولية وذلك إلى أن يشرع فعليا فى أشغال البناء.

وزيادة على ما ذكر فان احتوى الملك المعاد بناؤه على أماكن صالحة لشؤون تجارية أو صناعية أو مهنية فللمكترى حق الأسبقية فى كرائها تحت قيد الشروط المنصوص عليها فى الفصلين الثالث عشر والرابع عشر الآتيين بعده.

الفصل الثالث عشر

لكي يتأتى للمكترى الانتفاع بحق الأسبقية المنصوص عليه أما فى الفصل الحادي عشر و أما فى الفصل الثاني عشر المذكورين أعلاه يلزمه أن يخبر رب الملك بذلك إما وقت خروجه من المكان أو بعد خروجه منه بثلاثة أشهر على الأكثر وعليه أن يوجه إعلامه طبق الصور المنصوص عليها فى الفصول 55 و56 و 57 من الظهير المعتبر بمثابة قانون للمرافعات المدنية أو بواسطة رسالة مضمونة مع الإعلام بتبليغها²

مشيرا في نفس الوقت إلى عنوانه الجديد ويتعين عليه أن يخبر المكري طبق نفس الكيفيات كلما انتقل إلى مكان آخر.

وعلى رب الملك ممن توصل بمثل الإعلام المذكور أن يعمد قبل كراء المكان المشيد حديثا إلى إحاطة علم المكترى حسب نفس الطريقة بأنه مستعد لإبرام عقدة جديدة معه.

ومن الواجب أن يضمن الإعلام أن للمكترى أجل الثلاثة أشهر ليخبر رب الملك هل قبل إبرام عقدة جديدة أم لا وانه راض بمبدأ تجديد العقدة لكنه لا يوافق على شروطها بحيث يمكن في هذه الحالة رفع النازلة إلى المحكمة التي لها النظر في الأمر وإذا انقضى الأجل المضروب وكان الإعلام الموجه إلى المكترى مطابقا للمقتضى السابق فيجوز لرب المكان أن يتصرف فيه كما شاء وان لم يحصل اتفاق بين الفريقين بشأن شروط العقدة الجديدة فتحدد هاته الشروط وفقا لمقتضيات الفصل الثلاثين.

و إذا وقع أن حرم الملاك المكترى من الانتفاع بحق الأسبقية فانه يكون عرضة - بطلب المكترى - الى أداء التعويضات عن الأضرار.

الفصل الرابع عشر

إذا تمت إعادة بناء الملك طبق الكيفيات المنصوص عليها في الفصلين الحادي عشر و الثاني عشر المبيينين أعلاه وكانت المساحة المشيد فيها تفوق مساحة الملك القديم فان حق الأسبقية ينحصر في مساحة تعادل مساحة الأماكن التي كان يشغلها المكترى أو تكون صالحة لاحتواء اللوازم و الأعمال التجارية التي كان المكترى يتعاطاها في الأماكن القديمة.

و إذا كان الملك المعاد بناؤه لا يسع جميع من كان يعمر الملك القديم فان حق الأسبقية تمنح لأقدم المكترين ممن كانوا يستغلون فيه الاسم التجاري بشرط أن يخبروا رب الملك على الطريق القانونية الصحيحة بأنهم ينوون شغل الأماكن.

و إذا كان الملك المعاد بناؤه لا يشمل أماكن تصلح لما كان يتعاطى فيه من قبل من أعمال تجارية أو صناعية أو مهنية فالمكترى الضائع حقه فيه أن يطالب مع ذلك بالانتفاع بحق الأسبقية في الأماكن المعاد تشييده اللطوى يباشر فيها أعمالا أخرى تتناسق على الخصوص مع التهيئة الجديدة التي تناولت الأماكن ومع نوع الملك وموقعه.

الفصل الخامس عشر

لرب الملك أيضا تأجيل تجديد العقدة لمدة قصوى تحدد في سنتين إن اعترم رفع بنايات الملك وكانت أشغال البناء تتطلب من المكترى إفراغ المكان مؤقتا وفي هاتين الحالتين يستحق المكترى تعويضا يعادل ما لحقه من إضرار من غير أن يفوق قدره قيمة كراء سنتين حسب الثمن المعمول به وقع الإفراغ.

و إذا سير على هذه الطريقة فالمكترى الحق في البقاء في المكان إلى أن يشرع فعليا في أشغال البناء.

الفصل السادس عشر

يسوغ للمكري الامتناع من تجديد العقدة دون إلزامه بأداء التعويض عن الإفراغ المنصوص عليه في الفصل العاشر أعلاه أن استرجع المكان ليسكنه بنفسه أو يسكن فيه زوجه أو آباءه أو أولاده أو آباء زوجه أو أولاد هذا الزوج ويشترط أن يكون الشخص الذي سيعمر المكان مفتقرا إلى مسكن يطابق حاجياته العادية وحاجيات أعضاء أسرته ممن يعيشون عادة معه أو يسكنون معه ويشترط أيضا أن تكون هاته الحاجيات تتناسق مع احتلال المكان بصفة اعتيادية وان من شأن هذا المكان أن يصلح للسكنى بمجرد انجاز أشغال خفيفة تؤهله لذلك ولا يقبل استرجاع جزء من الأماكن عملا بالمقتضيات السابقة إلا إذا كان هذا الاسترجاع لا يضر لا باستغلال المكترى ولا بسكناه.

وإذا بيع الملك فلا يجوز لمكبريه الاستفادة من ذلك المقترضى إلا إذا كان رسم الاشتراء مؤرخا بتاريخ حقيقي¹ أمضت عليه ثلاث سنوات قبل تاريخ المطالبة بحق الاسترجاع.

وعلى المكبري المطالب بقالب الحق المنصوص عليه في هذا الفصل والمخول له استرجاع جميع الأماكن المكراة أو البعض منها فقط أن يدفع للمكبرى أو لذوى حقوقه تعويضا يساوى ما حصل من ضرر من غير أن يتجاوز قدره قيمة كراء خمس سنوات حسب الثمن المعمول به وقت الإفراغ.

و يحتم على من سينتفع المكان المسترجع أن يعمره بنفسه فى ظرف أجل سنة واحدة من التاريخ رحيل المكبرى وأن يبقى فيه مدة خمس سنوات على الأقل ماعدا إذا أدلى بسبب مشروع.

و إن لم يفعل ذلك فيتعين عليه أن يدفع للمكبرى الضائع حقه تعويضا يعادل قيمة ما أصابه من ضرر².

الفصل السابع عشر

إن حق تجديد العقدة لا يجرى على الملاك الذي يعتمزم بناء مساكن فى الكل أو فى البعض من الأراضي المبنية فى المقطع الثاني من الفقرة الثانية من الفصل الأول المذكور أعلاه أن يشرع فعليا فى البناء قبل انتهاء أجل سنتين تبدآن من تاريخ رفضه التجديد، ويسوغ للمكبرى المفرغ أن يبقى فى المكان إلى أن يشرع حقيقة فى أشغال البناء.

على أن حق هذا الاسترجاع لا يشمل فى أية حالة من الأحوال سوى الجزء من الأرض اللازم للبناء وان أدى حتما إلى انقطاع المكبرى عن الأعمال التجارية أو الصناعية أو المهنية، فيترتب على رب الملك دفع التعويض المنصوص عليه فى الفصل الثاني عشر السابق الذكر وزيادة على ذلك فان كان الملك الذي وقع تشييده يحتوى على محلات تستعمل للتجارة أو الصناعة أو الحرف فيخول للمكبرى المفرغ حق الأسبقية المنصوص عليه فى الفصل الثاني عشر أعلاه وذلك طبق الشروط المحددة فى الفصلين الثالث عشر والرابع عشر من هذا الظهير.

الفصل الثامن عشر

إن الملاك أو المكبرى الأصلي الذي يكون فى نفس الوقت مكبرا للاماكن وبائعا للاسم التجاري الذي يستغله ثم يكون قد توصل بجميع ثمن الاسم التجاري المبيع لا يسوغ له رفض تجديد العقدة إلا إذا أدى للمكبرى الضائع حقه التعويض المنصوص عليه فى الفصل العاشر اللهم إلا إذا أثبت على المكبرى سببا اعترف بكونه خطيرا ومشروعا.

الفصل التاسع عشر

إذا وقع نزع ملكية المكان لأجل المصلحة العمومية فان الجماعة العمومية التي تباشر أعمال نزع الملكية يمكنها أن تتجنب أداء التعويض عن الإفراغ المنصوص عليه فى الفصل العاشر أن عرضت على المكبرى الضائع حقه مكانا يكون مماثلا للمكان المنزوعة ملكيته ويكون واقعا بالقرب منه.

وفى هذه الحالة يتوصل المكبرى بتعويض فى مقابل ما حرم منه مؤقتا من المنفعة وعند الاقتضاء يتوصل بتعويض عما نقص من قيمة اسمه التجاري وتدفع له زيادة على ذلك مصاريف انتقاله من المكان ومصاريف استقراره فى المكان الآخر.

الفصل العشرون

إذا وقع أن ثبت على الملاك أنه استعمل الحقوق المخولة له بموجب الفصل الحادي عشر وما يليه من الفصول لا لشيء آخر سوى لحرمان المكبرى من حقوقه و خصائص إذا عمد إلى ذلك بأعمال الكراء و

إعادة البيع سواء كانت لتلك الأعمال صبغة مدنية أو تجارية فإن المكترى يستحق وقتئذ تعويضا يعادل ما أصابه من ضرر.

ومن حق المكترى أن يطلب تقدير قيمة الضرر الذي يلحقه وقت إفراغه المكان وذلك طبق المسطرة المنصوص عليها في الفصل السابع والعشرين وما يليه من فصول هذا الظهير.

الفصل الواحد والعشرون

كل مكتر يستطيع المطالبة بالتعويض عن الإفراغ أو بأحد التعويضات المنصوص عليها في الفصل الثاني عشر وما يليه إلى غاية الفصل الثامن عشر لا يجبر على إفراغ الأماكن قبل أن يتسلم مبلغ التعويض اللهم إلا إذا دفع له رب الملك تعويضا موقتا على وجه الاحتياط يحدده رئيس المحكمة الابتدائية وترفع النازلة إلى هذا الرئيس وفقا للشروط المنصوص عليها في الفصل السابع والعشرين ويحكم فيها مع إمكانية استئناف حكمه كما نص على ذلك في الفصل الثلاثين.

ويقتطع قدر ذلك التعويض من قدر التعويض المحدد نهائيا إما بالمرضاة وإما على يد المحكمة وذلك إذا كان مبلغ التعويض المحدد نهائيا يفوق مبلغ التعويض الموقتا وان كان الأمر بخلاف ذلك فيتعين على المكترى أن يدفع للملاك الفرق الحاصل بين التعويض الموقتا والتعويض النهائي أما إذا رفضت المحكمة منح المكترى تعويضا نهائيا فعليه إذ ذاك أن يرجع كافة مبلغ التعويض الموقتا.

وللمكترى المطالب بالحق المنصوص عليه في الفقرة الأولى أن يبقى في الأماكن المكراة له طبقا لبنود وشروط العقدة المنتهى أمدها وذلك الى أن يتوصل بالتعويض الموقتا.

الجزء الرابع – في تولية الكراء

الفصل الثاني والعشرون

تمنع تولية كراء الكل أو البعض من الأماكن المكراة ما عدا إذا احتوت العقدة على شرط يخالف ما ذكر أو وافق رب الملك على التولية وذلك حيادا عن الفصل 668 من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون للالتزامات والعقود.

وإذا وافق رب الملك على تولية الكراء فيتعين عليه الانضمام الى عقدة التولية.

وإذا كان الجزء المولى كرائه يأتي بثمن يفوق الثمن الذي هو عليه في الكراء الأصل فلرب الملك أن يلزم المكترى بدفع زيادة في الكراء الأصل يتناسب ما هو زائد في الكراء الفرعي.

وعلى المكترى أن يعلم الملاك بعزمة على تولية الكراء وذلك إما بواسطة إعلام رسمي يوجهه إليه طبق الصور المنصوص عليها في الفصول 55 و56 و57 من الظهير المعتبر بمثابة قانون للمرافعات المدنية و إما بواسطة كتاب مضمون مع الإعلام بوصوله¹.

ويتعين على صاحب الملك أن يطلع المكترى على نيته في الانضمام إلى عقد تولية الكراء أو في عدم الانضمام إليه ويكون ذلك خلال الثلاثين يوما الموالية لتاريخ توصله بالإعلام المذكور.

وان امتنع رب الملك من المشاركة في العقدة أو غض الطرف عن الجواب بالرغم من الترخيص المنصوص عليه في الفقرة الأولى فإنه يستغنى عنه في إبرام العقدة المذكورة وان رضي بانضمامه إلى العقدة لكنه بقي غير متفق مع المكترى على شروط توليه الكراء وكذا على الزيادة الواجب إدخالها على ثمن الكراء الأصلي وفقا لمقتضيات الفقرة السابقة فإن رئيس المحكمة هو الذي يقضى في المسألة طبقا لمقتضيات الفصل الثلاثين الآتي بعده.

الفصل الثالث والعشرون

يجوز للمكترى الفرع بلقن يطلب من المكترى الأصلي تجديد عقده ضمن ما لهذا المكترى نفسه من حقوق مخولة له من جانب رب الملك وعلى هذا الأخير أن يشارك في العقدة كما نص على ذلك في الفصل الثاني والعشرين السابق ذكره.

وعندما تنتهي مدة العقدة الأصلية لا يجبر الملاك على تجديدها إلا إذا كان قد أذن إذنا صريحا أو ضمنا في تولية الكراء أو رضي بها وكانت الأماكن التي هي موضوع العقدة الأصلية لا تتكون في حالة تولية الكراء الجزئي من مجموع بنايات لا تقبل التقسيم إما من ناحية وضعيتها المادية و إما لكون الفريقين يعتبرونها غير قابلة للتجزئة.

وفيما يخص تولية الكراء الموافقة عليها بعد نشر هذا الظهير فيجب على الملاك أن يعبر كتابة عن موافقته المنصوص عليها في الفصل الثاني والعشرين أعلاه.

الجزء الخامس - في ثمن الكراء

الفصل الرابع والعشرون

يجب أن يكون مبلغ الكراء في العقود الواجب تجديدها مطابقا لقيمة كراء المكان المقدره بكيفية عادلة ومن الجائز تقدير هاته القيمة على الخصوص حسبما يلي :

أولا - كافة المساحة الحقيقية المعدة لاستقبال العموم أو للاستغلال وتعتبر في ذلك من جهة حالة الأماكن التي جعلها الملاك تحت تصرف المستغل ومن جهة أخرى الأشياء المجهزة بها ثم نوع هاته الأماكن ومرافقها والمحلات المضافة إليها وكذا الشيء الذي خصصت به.

ومن الممكن اعتبار مساحة النوافذ المشرفة على الأزقة وتقديرها بالنسبة إلى كافة مساحة المكان.

ثانيا - مجموع المساحة الحقيقية للمحلات الإضافية التي قد تخصص بسكنى المستغل أو الأشخاص القائمون مقامه في ذلك.

ثالثا - مجموع الأشياء التجارية أو الصناعية مع اعتبار أهمية المدينة و الحي والزقاق والموقع هذا من جهة ومن جهة أخرى فإذا كان الأمر يتعلق بأماكن خصصت بشيء معين نظرا لوضعية بنائها ولشكلها فيعتبر حينئذ نوع التجارة وما تتوفر عليه تلك الأماكن من تسهيلات تمكن من استغلالها. وتدخل في الحساب أيضا التكاليف المحمولة على كاهل المكترى.

الفصل الخامس والعشرون

إن أثمان الكراء التي تدفع مسبقا على أي وجه كان ولو كان على وجه الضمان تدر على المكترى فائدة مالية تفرض على ما يفوق منها ثمن كراء مدة تزيد على ستة أشهر وتحسب الفائدة على أساس المقدار الذي يستعمله البنك المخزنى المغربي في حق المبالغ المسبقة من قيمة السندات المالية.

الفصل السادس والعشرون

كل بند يدرج في العقدة و ينص على فسخها بموجب الحق إذا لم يؤد ثمن الكراء عند حلول التواريخ المتفق عليها² لا يكون سار ي المفعول الا بعد خمسة عشر يوما تمضى على تاريخ انذار يوجه للمكترى³ ويبقى بدون جواب ويجب أن يشار في الإنذار إلى الأجل المذكور و إلا فيكون باطلا كما يجب

أن يرسل إما على صيغة إعلام يكون مطابقاً للصورة المنصوص عليها في الفصول 55 و56 و57 من الظهير المعتبر بمثابة قانون للمرافعات المدنية و إما بواسطة رسالة مضمونة مع الإعلام بوصولها¹.

غير انه في وسع الحاكم أن يوقف عمل بنود العقدة القاضية بفسخها لعدم أداء واجب الكراء وقت حلول التاريخ المتفق عليه وان يعطى للمكترى أجلاً لأداء ما عليه تحدد مدته القصوى في سنة واحدة وذلك إذا لم يثبت الفسخ المذكور أو لم يصدر في شأنه حكم قضائي أصبح باتاً ولا يكون للبند الفسخي مفعول إذا أدى المكترى ما عليه وفق الشروط المحددة من طرف الحاكم.

الجزء السادس – في المرافعات

الفصل السابع والعشرون

إن المكترى العازم إما على المنازعة في الأسباب التي يستند عليها المكترى لإفراغ المكان أو لرفض تجديد العقدة وإما على المطالبة بأحد التعويضات المنصوص عليها في الجزء الثالث من هذا الظهير أو كونه لا يقبل الشروط المقترحة عليه لإبرام العقدة الجديدة يجب عليه أن يرفع النازلة إلى رئيس المحكمة الابتدائية للمكان الموجود فيه الملك وذلك في ظرف أجل ثلاثين يوماً تحسب من يوم توصله بالإعلام المطالب فيه بالإفراغ أو من تاريخ جواب الملاك المنصوص عليه في الفقرة الأولى من الفصل الثامن وإن انقضى الأجل المذكور فيسقط حق المكترى ويعتبر إذ ذاك إما كونه تنازل عن تجديد العقدة أو عدل عن المطالبة بالتعويض المدفوع عن الإفراغ وإما كونه قبل الشروط المقترحة عليه لإبرام العقدة الجديدة ويكون ذلك مع الاحتفاظ بما جاء في مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل السادس والفقرة الثانية من الفصل الثامن المذكورين أعلاه.

الفصل الثامن والعشرون

تكون مهمة رئيس المحكمة الابتدائية المرفوعة إليه النازلة أو مهمة الحاكم الذي يخلفه هي أن يصلح بين الفريقين وعليه أن يحرر تقريراً عن جلسة الصلح يضمن فيه على الخصوص أسباب رفض الملاك وكذا طلبات كل فريق منهما ومقترحاته بشأن الثمن ومدة العقدة وتاريخ الشروع في العمل بها وشروطها الأخرى ومبلغ التعويضات المنصوص عليها في هذا الظهير والمحتمل أن تكون في ذمة الملاك.

ويباح للفريقين أن يعينا محامياً ليؤازرهما أو ليمثلهما بيد أنه يجوز للحاكم أن يأمرهما بالحضور شخصياً ويخير رئيس المحكمة بالقضية بواسطة طلب مكتوب أو بواسطة تصريح لدى كتابة الضبط ويدفع في نفس الوقت مبلغ الأداء القضائي.

ولا يمكن في أي حال أن يضاف إلى موجبات الصلح طلب يرمى إلى إخراج المكترى من مكره.

ويستدعى الرئيس المذكور الفريقين لحضور جلسته بثمانية أيام على الأقل قبل تاريخها ويكون الاستدعاء مطابقاً للصورة المنصوص عليها.

الفصل التاسع والعشرون

إذا تخلف أحد الفريقين عن الحضور فيبيت الرئيس أو الحاكم في النازلة ويصدر فيها مقررًا وان تخلف المكترى عن الحضور فيسقط حقه من الانتفاع بما يخوله إياه هذا الظهير. أما إذا تخلف رب الملك فانه يعتبر بتخلفه هذا موافقاً على تجديد العقدة ويحدد ثمن الكراء ومدته طبق الكيفيات المنصوص عليها في الفصل الثلاثين غير أنه يحق للفريق المتخلف عن الحضور أن يتعرض للحكم الصادر عليه وذلك خلال أجل خمسة عشر يوماً تحسب من يوم إعلامه به ويجب تضمين هذا الأجل في نفس الإعلام.

و تحتوى بطاقة التعرض للحكم الصادر غيابيا على الأدلة المعتمد عليها المتعرض وتوجه إما للشخص نفسه أو تودع بمحل سكناه.

الفصل الثلاثون

إذا نتج عن محاولة الصلح أن رب الملك قد وافق مبدئياً على تجديد العقدة وبقى الخلاف حول انتهاء تاريخ مد أجل العقدة المجددة أو ثمن الكراء أو مدته أو تاريخ الشروع في إجراء العمل بالعقدة وكذا الشروط الثانوية أو بقى الخلاف حول مجموع هاته المسائل فان رئيس المحكمة يصدر حكماً مدعماً بأسباب بعد أن يكون قد أمر- ان اقتضى الحال ذلك- بإجراء المعاينة للبحث عن جميع المسائل التي تمكن بإنصاف من تجديد شروط العقدة الجديدة.

ويصدر الحكم بمحضر الفريقين ولهما أن يعينا محامياً ليؤازرهما.

ويمكن استئناف حكم رئيس المحكمة خلال أجل خمسة عشر يوماً تبتدى من يوم الإعلام به أما الأحكام النهائية فيمكن رفعها إلى محكمة النقض والإبرام.

الفصل الواحد والثلاثون

يتعين على المكتري أن يواصل طيلة مدة الدعوى أداء واجبات الكراء الحال دفعها وذلك على أساس الثمن القديم أو عند الاقتضاء على أساس ثمن يحدد بصفة م مؤقتة وكيفما كان الحال من طرف الحاكم المدفوعة إليه القضية.

ويكون هذا التجديد طبقاً لمقتضيات الفصل السابق ما عدا في حالة محاسبة تجرى بين المكري والمكتري بعد أن يكون ثمن العقدة الجديدة قد حدد نهائياً.

وعلى الفريقين أن يبرما عقدة جديدة طبق الشروط المحددة على يد العدالة وذلك خلال أجل ثلاثين يوماً تحسب من اليوم الذي يصبح فيه الحكم المشار إليه في الفصل السابق حكماً نهائياً أو من اليوم الذي يقع إعلامها بقرار محكمة الاستئناف.

على أنه في وسع المكترى أن يتنازل عن المطالبة بتجديد العقدة كما أنه في وسع المكري أن يمتنع من تجديدها بشرط أن يتحمل من رفض منهما جميع الصوائر.

وإن لم يعلم الفريق الذي صدر منه الرفض الفريق الآخر إما طبق الصور المبينة في الفصول 55 و56 و57 من الظهير المعتبر بمثابة قانون للمرافعات المدنية و إما بواسطة رسالة مضمونة مع الإعلام بوصولها¹ وذلك خلال أجل الثلاثين يوماً المشار إليه أعلاه كما أنه إذا لم يرسل الملاك إلى المكترى خلال نفس الأجل مشروع العقدة المطابقة للحكم المذكور أعلاه ليوقع عليها أو إذا لم يوافق المكترى على هاته العقدة في ظرف أجل ثلاثين يوماً تبتدى من تاريخ وصولها إليه فان الحكم الابتدائي أو الاستئنافي الصادر بتحديد الثمن وشروط العقدة الجديدة يعتبر وقتئذ كعقدة.

الفصل الثاني والثلاثون

إن رفض المكري تجديد العقدة وأزمع المكترى على منازعته في الأسباب الداعية إلى هذا الرفض أو على المطالبة بالتعويض عن الإفراغ فله أن يقيم دعوى عليه أمام المحكمة الابتدائية للمكان الموجود فيه الملك.

وتجرى نفس المسطرة إن رفض المكري تجديد العقدة على أساس الشروط المحددة تطبيقاً للفصل الثلاثين الموما إليه أعلاه ويودع المقال بكتابة الضبط في ظرف أجل ثلاثين يوماً تحسب من يوم إعلامه بتقرير عدم نجاح الصلح أو من يوم الإعلام الذي وجهه إليه المكري يخبره فيه برفضه تجديد العقدة ذلك الإعلام المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من الفصل الواحد والثلاثين من هذا الظهير ويجب أن يشار بصراحة في

هذين الاعلامين إلى الأجل السابق الذكر و من الجائز استئناف الأحكام النهائية أمام محكمة النقض و الإبرام.

ويتسنى لرب الملك المحكوم عليه أن يتملص من أداء التعويض بتحملة صوائر الدعوى وبموافقته على تجديد العقدة التيسير فيها في حالة وقوع خلاف على الشروط المحددة طبقاً لقواعد الفصل الثلاثين وعليه أن يقوم بذلك خلال أجل ثلاثين يوماً تحسب أما من اليوم الذي أصبح فيه الحكم نهائياً إذا كان الأمر يتعلق بحكم صادر من المحكمة الابتدائية و إما من اليوم الذي أخبر فيه بالقرار إذا كان الأمر يتعلق بقرار محكمة الاستئناف ولا يمكن لرب الملك الانتفاع بهذا الحق إلا إذا كان المكترى لازال في المكان ولم يعمد بعد إلى كراء أو اقتناء مكان غيره.

ويتعين على المكترى أن يواصل طيلة مدة الدعوى أداء الكراء طبق الكيفيات المنصوص عليها في الفصل السابق.

الفصل الثالث والثلاثون

ان جميع الدعاوى التي تقام عملاً بهذا الظهير تسقط بمرور مدة سنتين وترفع أمام المحكمة الابتدائية للمكان الموجود فيه الملك ما عدا الدعاوى المشار إليها في الفصل الثلاثين من هذا الظهير. وان جميع الآجال المنصوص عليها في هذا الظهير هي آجال كاملة.

الفصل الرابع والثلاثون

إن المنازعات التي تنشأ حول تطبيق هذا الظهير يرجع النظر فيها إلى المحاكم الفرنسية أو إلى المحاكم المخزنية وفقاً لشروط الحق العام غير إنها ترفع م وقتاً إلى المحاكم الفرنسية وحدها وذلك إلى تاريخ سيعين في قرار وزير.

الفصل الخامس والثلاثون

إن المكترى الذي يقيم عليه رب الملك دعوى أمام إحدى المحاكم المخزنية يطالبه فيها بإفراغ الأماكن المكراة له يجب عليه- إذا أراد الانتفاع بمقتضيات هذا الظهير- أن يطلب تجديد العقدة في ظرف أجل شهر واحد يبتدئ من تاريخ توصله بالاستدعاء الموجه إليه من المحكمة المرفوعة إليها النازلة. ويشار في الاستدعاء إلى أن المكترى يسقط حقه من الانتفاع بما يخوله له هذا الظهير إذا لم يقدم طلب تجديد العقدة في ظرف الأجل المذكور وعند عدم الإشارة إلى ذلك في الاستدعاء فإن المكترى يبقى متمسكاً بحقه.

الجزء السابع - في مقتضيات مختلفة

الفصل السادس والثلاثون

تكون البنود والشروط والاتفاقيات كيفما كانت صورتها باطلة وعديمة المفعول اذا كانت ترمى إلى حرمان المكترى من حق تجديد العقدة المؤسس بمقتضى هذا الظهير أو إلى الحيلولة دون تطبيق مقتضيات الفصلين الخامس والعشرين والسادس والعشرين.

الفصل السابع والثلاثون

تكون أيضا الاتفاقيات باطلة كيفما كانت صيغتها اذا كان القصد منها منع المكترى المتوفرة فيه الشروط المأمور بها في الفصل الخامس أعلاه من التخلي عن عقدة الكراء لمن اقتنى منه اسمه التجاري أو مؤسسته.

الفصل الثامن والثلاثون

إن إفلاس المكترى أو تصفية حساب أعماله التجارية عن طريق العدالة لا تؤدي حتما إلى فسخ عقدة كراء الأملاك المخصصة باستغلاله الصناعي أو التجاري أو المهني وتدخل في ذلك الأماكن التابعة لتلك الأملاك والمستعملة لسكنى المكترى أو لسكنى أسرته. وكل شرط مخالف لذلك يعتبر غير مسطر في نص العقدة.

الفصل التاسع والثلاثون

إذا كان العاقد مالكا للملك وللاسم التجاري المستغل فيه وكانت العقدة تتعلق في نفس الوقت بهما معا فعليه أن يدفع للمكترى- وقت خروجه من الملك- تعويضا يناسب ما يعود عليه من فوائد تأتي من الزيادة التي أدخلت اما على الاسم التجاري و إما على قيمة كراء الملك ونتجت عن التحسينات التي قام بها المكترى باتفاق صريح مع الملاك المذكور.

الفصل الأربعون

لا تطبق مقتضيات هذا الظهير على العقود المبرمة بشأن الأملاك أو الأماكن التابعة إلى الأملاك الخاصة بالدولة الشريفة أو بأشخاص آخرين أو بالجماعات العمومية إن كانت تلك الأملاك أو الأماكن مخصصة بمصلحة عمومية أو كانت عقود كرائها تحوى بندا يستثنىها استثناء صريحا من استعمالها لشؤون تجارية أو صناعية أو مهنية.

ومهما يكن من أمر فان مقتضيات هذا الظهير لا تطبق على العقود المبرمة قبل تاريخ نشره والمتعلقة بأمالك أو أماكن اقتنيت قبل ذلك عن طريق نزع الملكية.

الفصل الواحد والأربعون

تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 15 ذي القعدة 1336 الموافق ل 5مايو 1928¹ على أصحاب عقود الكراء ممن أشير إليهم في الفصلين الأول والثاني من هذا الظهير وممن لا تتوفر فيهم الشروط المطلوبة بموجب الفصل الخامس المذكور أعلاه.

الجزء الثامن - مقتضيات انتقالية

الفصل الثاني و الأربعون

إن مقتضيات هذا الظهير - باستثناء مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل الثالث والعشرين- تطبق بموجب الحق على العقود الجارية الآن أو الممتد العمل بها وكذا على الدعاوى المقامة قبل تاريخ نشر هذا الظهير و التي لم تصدر في شأنها عند هذا التاريخ أحكام أصبحت باتة.

غير أن مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل الثاني والعشرين لا تطبق إلا على العقود المبرمة بعد نشر هذا الظهير ولا سيما على العقود المجددة والحالة محل عقود قديمة ولن يعتبر سقوط حق المكترين بمضري المدة ولا ضياعه ولا عدم قبول طلبهم مما كان يجرى عليهم عملا بمقتضيات الظهير الشريف الصادر في 5 ربيع الأول 1367 الموافق ل 17 يناير 1948 في سير الدعاوى الجارية وقت نشر هذا الظهير أمام المحاكم المرفوعة إليها هاته الدعاوى دون الاضطرار إلى تقديم طلبات جديدة.

الفصل الثالث و الأربعون

إن المكترين المنتفعين بمد أجل عقودهم عملا بما جاء في الظهير الشريف المشار إليه أعلاه والصادر في 19 رمضان 1373 الموافق ل 22 مايو 1954 يسوغ لهم أن يقدموا طلبا خلال أجل تسعين يوما تبتدئ من تاريخ نشر هذا الظهير يلتمسون فيه حسب الأحوال إما تجديد العقدة واما تعويضا من التعويضات المبينة في الفصلين العاشر والخامس عشر المذكورين أعلاه اللهم إلا إذا تنازلوا عن الانتفاع بمد الأجل المذكور وكان تنازلهم هذا موافقا للشروط المحددة في الفصل الثاني من الظهير الشريف الموما إليه أعلاه.

ويجب أن يحزر الطلب المنصوص عليه في الفقرة السابقة ويوجه إلى الملاك طبقا لمقتضيات الفقرتين الثانية والثالثة من الفصل السابع من هذا الظهير ثم أن مقتضيات هذا الظهير ولا سيما مقتضيات الفصول الثامن والتاسع والعشرين والثلاثين تطبق وقت درس الطلب إما عن طريق المراعاة و إما على يد العدالة.

على أن العقود التي تكون موضوع الطلب المشار إليه في الفقرة الأولى من هذا الفصل يبقى أمدها ممدودا بموجب الحق إلى أن يتم اتفاق بالمراعاة أو إلى التاريخ المحدد في قرار المحكمة أن اقتضى الحال ذلك. و إذا وقع تجديد العقدة فيحدد الحاكم تاريخ الشروع في العمل بالعقدة الجديدة ثم يحدد ان اقتضى الحال ذلك مبلغ ثمن الكراء خلال المدة المتراوحة بين تاريخ انتهاء مدة العقدة وتاريخ انتهاء العقدة المجددة.

الفصل الرابع و الأربعون

إذا لم يقدم طلب التجديد المنصوص عليه في الفصل الثالث و الأربعين فان العقدة تنقضي بموجب الحق عند انتهاء أجل تسعين يوما من تاريخ نشر هذا الظهير وذلك بغض النظر عن كل بند من بنود العقدة يشار فيه إلى الإنذار.

الفصل الخامس و الأربعون

إن قيام المكترى بحقه في تجديد العقدة يبرئ الملاك من جميع الالتزامات الناجمة عما أبرمه مع الغير أو عما وعد به الغير من عقود.

الفصل السادس و الأربعون

إن عدم تنفيذ الأحكام الناتجة عن تطبيق مقتضيات هذا الظهير الانتقالية لا يمكن أن يؤدي إلى إقامة أية دعوى أمام المحاكم.

الفصل السابع و الأربعةون

تلغى مقتضيات الظهير الشريف الصادر فى 5 ربيع الأول 1347 الموافق ل 17 يناير 1948 والسلام.
وحرر بالرباط فى 2 شوال 1374 الموافق 24 مايو 1955.

الإمضاء: محمد المقرئ.

اطلع عليه وأذن بنشره

الرباط فى 27 مايو 1955

الكوميسير المقيم العام: فرانسيس لاکوست

ملحق رقم- 2-

التشريع التونسي

القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 يتعلق بتنظيم العلاقات بين المسوغين فيما يخص تجديد كراء العقارات او المحلات ذات الاستعمال التجاري او الصناعي او المستعملة في الحرف¹

الفصل الأول : تنطبق أحكام هذا القانون على عقود تسويغ العقارات والمحلات التي يستغل بها ملك تجاري طيلة عامين متتاليين على الأقل سواء كان على ملك تاجر أو صاحب صناعة أو صاحب حرفة.
الفصل الثاني : تنطبق أحكام هذا القانون أيضا مع مراعاة مدة الاستغلال المنصوص عليها بالفصل السابق على :

1. عقود تسويغ المحلات أو العقارات إذا كان استعمالها لا بد منه لاستغلال الملك التجاري وعندما تكون على ملك مالك المحل أو العقار الذي به المحل الأصلي.
في صورة تعدد المالكين فان المحلات التابعة يجب أن تكون قد سوّغت بمرأى ومسمع من مسوغ أو من احد المسوغين للمحلات التابعة قصد استعمالها مع المحل الأصلي.
 2. عقود تسويغ الأراضي البيضاء التي أقيمت عليها بعد التسويغ بناءات لاستعمال تجاري أو صناعي أو لحرفة بشرط أن تكون هاته البناءات قد أقيمت أو استعملت بموافقة المالك موافقة صريحة أو ضمنية.
 3. عقود تسويغ المحلات او العقارات التي بها مؤسسات تعليم خاص.
 4. عقود التسويغ الواقعة للبلديات فيما يخص عقارات أو محلات أعدت وقت التسويغ أو بعده وبموافقة صريحة أو ضمنية من المالك لمصالح مستغلة فرعا طيلة عامين على اقل تقدير.
 5. بقطع النظر على أحكام الفصلين 16 و 14 من هذا القانون فان أحكام هذا القانون تنطبق أيضا على عقود تسويغ العقارات أو المحلات التي هي على ملك الدولة أو البلديات أو المؤسسات العمومية أو التي هي ذات مصلحة عمومية وعلى عقود تسويغ العقارات أو المحلات تتوفر فيها الأحكام السابقة.
- و مع هذا فإن أحكام هذا القانون لا تنطبق على رخص الأشغال الوقتية التي تمنحها الإدارة و المجموعات العمومية.

الفصل الثالث : لا يمكن أن يطلب الحق في تجديد التسويغ إلا المتسوغون أو الذين أحالوا الكراء أو أصحاب الحق الذين يثبتون أنهم يتصرفون في ملك تجاري شخصيا او بواسطة نوابهم وذلك منذ عامين متتابعين.
ويمكن للمتسوغ الذي يثبت بسبب شرعي او الذي أعطى ملكه التجاري لوكالة حرة أن يتمسك بالتصرف الموجود.
وفي صورة إحالة ملك تجاري يمكن للمحال له ان يتمسك بالحقوق المكتسبة من طرف المحيل لإتمام مدة التصرف الشخصي المنصوص عليه بالفقرة السابقة وذلك عند الاقتضاء.

¹ الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 38 بتاريخ 31 ماي و 3 جوان 1977 ص 1549 .

وتنتهي هذه المدة في تاريخ موفى عقدة الكراء و عند الاقتضاء عند تجديدها كما نص على ذلك الفصل الرابع من هذا القانون وهذا التاريخ الأخير هو إما تاريخ التنبيه بالخروج أو انتهاء الأجل الاعتيادي الذي يتبع طلب تجديد الكراء أن صدر مطلب فيه.

الفصل الرابع : خلافا لمقتضيات الفصلين 791 و792 من مجلة العقود والالتزامات لا تنتهي اكرية المحلات الخاضعة لهذا القانون إلا بتنبيه بالخروج يقدم في اجل معين وهو ستة أشهر من قبل. وعند عدم التنبيه بالخروج يستمر التسويغ الذي جددت مدته بالتجديد الضمني الى ما بعد الأجل المضبوط بالعقد من غير مدة معينة ويجب أن يكون التنبيه بالخروج في الأجل المنصوص عليه بالفقرة السالفة. ولا يمكن أن ينتهي الكراء الذي مدته تتوقف على حادثة يستطيع من اجلها أن يطلب الفسخ الا بإعلام يقع ستة أشهر من قبل ويجب أن يبين الإعلام وقوع هذه الحادثة المنصوص عليها بالعقد. وفي صورة كراء يحتوي على مدد عديدة و اذا اعلم المسوغ بانتهاء الكراء في موفى مدة من هذه المدد فان التنبيه بالخروج يقع وجوبا في الأجل المنصوص عليها بالفقرة الأولى أعلاه. وينبغي ان يقع ذلك الإعلام بواسطة عدل منفذ ويجب أن تبين الأسباب التي من اجلها وقع التنبيه بالخروج ويذكر عبارات الفصل 27 و إلا يقع إلغاؤه.

الفصل الخامس : عند عدم التنبيه بالخروج يجب على المتسوغ الذي يريد أن يحصل على تجديد الكراء أن يقدم مطلباً إما في الستة أشهر السالفة لانتهاء الكراء أو في كل وقت طيلة التجديد وذلك عند الاقتضاء. ويجب أن يقدم مطلب التجديد للمسوغ عن طريق عدل منفذ. ويمكن ان يوجه مطلب التجديد للوكيل او لاحد المالكين عند تعددهم ما لم توجد شروط أو اعلامات معاكسة من طرف المسوغ.

ويجب أن ينص المطلب على مضمون الفقرة أسفله و إلا يقع إلغاؤه. وينبغي على المسوغ ان يعلم الطالب حسب نفس الصيغ بامتناعه أو بقبوله للتجديد أو بقبوله حسب شروط جديدة مع بيان أسباب الرفض أو الشروط المطلوبة وذلك في بحر الثلاثة أشهر من الإعلام بالتجديد وان لم يعلم بنواياه في هذا الأجل يعد المسوغ قابلاً لتجديد الكراء بنفس الشروط ولنفس المدة. ويجب أن يبين الإعلام المذكور بالفقرة السالفة نص الفصل 27 و إلا يقع إلغاؤه.

الفصل السادس: يبدأ مفعول الكراء الجديد من يوم انتهاء الكراء السالف أو من يوم تجديده عند الاقتضاء وهذا التاريخ الأخير هو إما تاريخ التنبيه بالخروج أو انتهاء اجل الثلاثة أشهر من تاريخ الإعلام بمطلب التجديد في صورة تقديم مطلب في ذلك.

الفصل السابع : يمكن للمسوغ أن يرفض تجديد التسويغ ومع ذلك فان المسوغ يجب عليه فيما عدا الاستثناءات المنصوص عليها بالفصل الثامن والفصول التابعة له أن يدفع للمتسوغ المحروم من التجديد منحة تعرف بمنحة الحرمان تساوي الضرر الحاصل بسبب عدم التجديد.

الفصل الثامن : يمكن للمسوغ ان يرفض تجديد التسويغ بدون ان يكون مطالباً بدفع اي منحة وذلك:

1. أن اثبت وجود سبب خطير وشرعي ضد المتسوغ الخارج
2. إن اتضح أن العقار يجب هدمه كلياً او جزئياً حيث صار مضراً بالصحة إضراراً أثبتته السلطة الإدارية أو إذا اتضح انه صار لا يمكن شغله بدون خطر بسبب الحالة التي هو عليها وفي صورة تجديد البناء من طرف المالك او المستحق لعقار جديد يحتوي على محلات تجارية فان المتسوغ له حق أولوية الكراء بالعقار المجدد بناؤه حسب الشروط المنصوص عليها بالفصلين 10 و11 من هذا القانون.

الفصل التاسع: للمالك الحق ايضا في رفض تجديد التسويغ لتجديد بناء العقار بشرط أن يدفع للمتسوغ المحروم قبل خروجه منحة تساوي كراء أربعة أعوام وللمتسوغ الحق في البقاء بالمحل حسب القيود والشروط المنصوص عليها بالعقد المنتهية مدته إلى ابتداء الأشغال بصفة فعلية.

الفصل العاشر: للتمتع بحق الأولوية المنصوص عليه إما بالفصل 8 أو بالفصل 9 من هذا القانون يجب على المتسوغ عند مبارحته المحل أو في الثلاثة أشهر الموالية لذلك على أكثر تقدير أن يعلم المالك برغبته في التمتع بذلك عن طريق عدل منفذ وان يبين له مقره الجديد كما يجب عليه أن يعلمه بنفس الطريقة بكل تغيير في مقره و إلا فانه يسقط حقه في ذلك.

ويجب على المالك الذي اتصل بمثل ذلك الإعلام أن يعلم المتسوغ بنفس الطريقة وقبل تسويغ المحل الجديد فانه مستعد للتسويغ له من جديد وان لم يقع الاتفاق بين الطرفين على شروط ذلك التسويغ فانه هاته الشروط يقع تعيينها طبق أحكام الفصل 28.

وللمتسوغ اجل قدره ثلاثة اشهر ليقرر ما يراه او للقيام لدى المحكمة ذات النظر. وهذا الأجل يجب بيانه في الإعلام المشار إليه بالفقرة السابقة و إلا فانه لا يعمل به وعند انتهاء هذا الأجل يمكن للمالك أن يتصرف في محله.

والمالك الذي لا يمتلك لأحكام الفقرات السابقة يكون ملزما بطلب من المتسوغ بدفع غرم الضرر لهذا الأخير.

الفصل الحادي عشر: إذا كان العقار المعاد بناؤه حسب الشروط المنصوص عليها بالفصلين 8 و9 من هذا القانون وله مساحة تفوق مساحة العقار القديم فان حق الأولوية مقصور على المحلات التي لها مساحة تساوي مساحة المحلات المشغولة سابقا أو التي من شأنها تسديد نفس الحاجيات التجارية التي سددها الأخيرة.

و إذا كان العقار المعاد بناؤه لا يسمح بإرجاع جميع الشاغلين فان الأولوية للمتسوغين أصحاب أقدم عقد تسويغ إذا أعربوا عن رغبتهم في شغل المحلات.

الفصل الثاني عشر: يمكن أيضا للمالك أن يرجي تجديد التسويغ لمدة أقصاها ثلاثة أعوام ان كان يعتزم تعليية العقار أن كانت هذه التعليية توجب حرمان المتسوغ مؤقتا وفي هاته الصورة للمتسوغ الحق في غرامة تساوي الضرر الذي لحقه بدون ان تتجاوز مقدار كراء ثلاثة أعوام.

الفصل 13: يمكن للمالك الامتناع من تجديد التسويغ إن استرجع المحل ليسكنه بنفسه أو ليسكن به أصوله أو فروعه بشرط إن لا يكون للتمتع بالاسترجاع مسكن يوافق حاجياته العادية او حاجيات أفراد عائلته العائشين عادة معه وبشرط ان تتفق هاته الحاجيات مع استعمال عادي للمحل وبشرط صلوحية المحل للسكنى بعد مجرد اجراء أشغال تهيئة للسكنى ولا يجوز الاسترجاع الجزئي الا بشرط ان لا يضر باستغلال المتسوغ وسكناه.

و إذا كان اقتناء العقار بثمن فان المسوغ لا يمكنه التمتع بهذا الحكم إلا إذا كان رسم اقتنائه له تاريخ محقق يزيد عن السنة أعوام قبل القيام بهذا الحق.

ولا يمكن القيام بالاسترجاع حسب الشروط المبنية أعلاه فيما يخص المحلات المعدة لتستعمل نزلا أو لتسوغ مؤثثة.

والمسوغ الذي يقوم بحق الاسترجاع المنصوص عليه بهذا الفصل يتحتم عليه ان يدفع للمتسوغ أو للقائم مقامه غرامة تساوي معلوم الكراء المدفوع فيما يخص المحلات المسترجعة عن الخمسة أعوام الأخيرة و إذا كانت مدة التسويغ اقل من ذلك فالغرامة تساوي معلوم كراء السنة الأخيرة مضعفا خمس مرات. يجب على المتمتع بالاسترجاع أن يشغل بنفسه المحل في ظرف ستة أشهر من تاريخ مبارحة المتسوغ المحروم من البقاء في العقار و طيلة مدة أدناها ستة أعوام لا يمكن مخالفة هاته الأحكام فإن المتسوغ المحروم له حق الغرامة المنصوص عليها بالفصل 7 من هذا القانون و علاوة على ذلك فإن كل شخص يخالف هاته الأحكام يعاقب بخطية تتراوح بين مائة و ألف دينار.

و يجب على المسوغ الذي يتمتع من التجديد لسبب أعلاه التنبيه على المتسوغ بالخروج حسب الإجراءات و الشروط التي جاء بها الفصل 4 من هذا القانون قبل مضي ستة أشهر على أقل تقدير.

الفصل الرابع عشر: حق التجديد لا يتعارض به المالك الذي حصل على رخصة بناء محل سكنى بكامل أو بعض إحدى الأراضي المشار إليها بالفقرة الثانية من الفصل 2 من هذا القانون. وحق الاسترجاع هذا لا يمكن القيام به مهما كان الأمر إلا فيما يخص الأجزاء غير المبنية من الأراضي المسوغة و إذا كان يترتب عنه وجوبا انقطاع الاستغلال التجاري أو الصناعي أو مباشرة الحرفة فإنه يحتم دفع الغرامة المنصوص عليها بالفصل 9 من هذا القانون.

الفصل الخامس عشر: لا يمكن للمالك أو للمتسوغ الأصلي الذي هو في أن واحد مسوغ المحلات وبياع للملك التجاري المتصرف فيه بالمحلات المذكورة والذي قبل كامل ثمنه ان يرفض تجديد التسويغ الا بشرط دفع غرامة الحرمان المنصوص عليها بالفصل 7 من هذا القانون ما لم يستدل ضد المتسوغ بسبب معترف بخطورته وبشرعيته.

الفصل السادس عشر : يمكن الامتناع من تجديد اكرية العقارات او المحلات التي هي على ملك الدولة والبلديات والمؤسسات العمومية أو ذات المصلحة العامة و اكرية العقارات أو المحلات المعدة من طرف جماعات لأشغال ذات مصلحة عامة وذلك لسبب مستمد من المصلحة العامة.

الفصل السابع عشر : وفي صورة انتزاع للمصلحة العامة يمكن للمجموعة العمومية التي تسعى في الانتزاع أن تمتنع عن دفع غرامة الحرمان المنصوص عليها بالفصل 7 من هذا القانون بعرضها على التاجر أو صاحب الحرفة أو صاحب المعمل المحروم عقارا مماثلا كأننا بموضع المحل القديم او بجواره. وفي هذه الصورة يقبض المتسوغ غرامة تعويضية لعدم ثمنه وقتيا من التصرف و عند الاقتضاء لسقوط قيمة الملك التجاري كما يدفع له أيضا المصاريف الاعتيادية المتعلقة بنقل الأثاث وانتصابها من جديد.

الفصل الثامن عشر: وفي صورة ما إذا ثبت ضد المسوغ انه لم يستعمل الحقوق التي منحها له الفصل 8 من هذا القانون وما بعده إلا لحرمان المتسوغ بطريق التحايل من حقوقه خصوصا بالقيام بعمليات اكرية و إعادة بيع سواء أكانت هذه العمليات ذلك صبغة مدنية أو تجارية فللمتسوغ الحق في غرامة تساوي مقدار ما لحقه من ضرر.

الفصل تاسع عشر: لا يجوز إجبار أي متسوغ يمكنه ادعاء استحقاقه لغرامة الحرمان او لإحدى الغرامات المنصوص عليها بالفصلين 9 و 16 من هذا القانون على الخروج من المحلات قبل اتصاله بالغرامة إلا إذا دفع له المالك غرامة على الحساب يقدرها رئيس المحكمة الابتدائية الذي يرفع إليه الأمر ويحكم فيه طبق الشروط المنصوص عليها بالفصل 28 من هذا القانون.

وهذه الغرامة تخصم من مقدار الغرامة التي تقدر بصفتها نهائية إما بالتراضي أو بواسطة المحكمة ان كانت هذه الغرامة تفوق الأولى و إلا فإنه يجب على المتسوغ إرجاع الفرق للمالك.
و للمتسوغ الذي استعمل الحق المنصوص عليه بالفقرة الأولى ان يبقى بالمحل حسب القيود والشروط المذكورة بعقدة الكراء التي انتهى أمدها وذلك إلى أن يقع دفع الغرامة على الحساب.
الفصل العشرون : يحجر كل كراء ثان كامل أو جزئي إلا إذا تضمنت عقدة الكراء شرطا مخالفا أو باتفاق مع المسوغ.

وفي صورة كراء ثان مرخص فيه يطلب من المالك المشاركة في العملية.
و إذا كان مبلغ الكراء الثاني يفوق ثمن الكراء الأصلي فان للمالك الخيار في طلب زيادة موافقة لكراء العقدة الأصلية وفي صورة عدم الاتفاق بين الطرفين تضبط هذه الزيادة حسب الفصل 28 من هذا القانون.
يجب على المتسوغ ان يشعر المالك بغرمه على ابرام كراء ثان بواسطة عدل منفذ ويجب على المالك أن يعرف في اجل خمسة عشر يوما من تاريخ الإعلام بما إذا كان يعترم المشاركة في انجاز العملية المذكورة.

و إذا امتنع المسوغ من المشاركة او غفل عن الجواب بالرغم عن الترخيص المنصوص عليه بالمادة الأولى فإنه يستغني عنه.

الفصل الواحد و العشرون: يمكن للمتسوغ الثاني أن يطلب تجديد عقدة تسويغه من المتسوغ الأصلي في حدود الحقوق التي تحصل عليها هذا الأخير من المالك ويدعى المسوغ للمشاركة في العقد طبق ما هو منصوص عليه بالفصل 20 من هذا القانون.

وعند انتهاء مدة التسويغ الاصلي لا يكون المالك ملزما بالتجديد إلا إذا رخص أو قبل التسويغ الثاني صراحة او ضمنا او في صورة تسويغ ثان جزئي إذا كانت الأماكن موضوع التسويغ الأصلي لا يتألف منها بصفة مادية او في نظر جميع الأطراف كل لا يتجزأ.

الفصل الثاني و العشرون: إن معين الكراء بعقود التسويغ المراد تجديدها او مراجعتها ينبغي ان يكون مطابقا لقيمة كرائية عادلة وهذه القيمة يمكن تعيينها بالخصوص بناء على ما يلي:

1. كامل المساحة الحقيقية المخصصة لاستقبال العموم أو للاستغلال مع اعتبار حالة القدم والتجهيز التي عليها المحلات الموضوعة من طرف المالك تحت تصرف المستغل من جهة ومن جهة أخرى نوع المحلات والغرض المعدة له تلك المحلات وتوابعها وعامة مرافقها ويمكن اعتبار مساحة الأبواب والنوافذ على الشارع بالنسبة لكامل مساحة المحل.

2. كامل المساحة الحقيقية للمحلات الفرعية المعدة عند الاقتضاء لسكنى المستغل أو لسكنى أعوانه.

3. العناصر التجارية او الصناعية مع مراعاة أهمية المدنية والحي والنهج والموقع من جهة ومن أخرى نوع الاستغلال والمرافق المعروضة لمباشرة ما ذكر كما يجب اعتبار التكاليف المفروضة على المتسوغ.

الفصل الثالث و العشرون: يفسخ عقد الكراء عند عدم الخلاص لمعين الكراء في الأجل المتفق عليها وذلك بعد مضي ثلاثة أشهر على صدور تنبيهه بالدفع بواسطة عدل منفذ ولم يأت بنتيجة.

ويجب أن ينص التنبيه على الأجل المشار إليه و إلا يكون ملغى.

ولا يمكن التمديد في الأجل المذكور ويكون الفسخ حتميا.

الفصل الرابع و العشرون: يمكن تعديل معين كراء العقارات والمحلات الخاضعة لأحكام هذا القانون سواء أكانت مجددة ام لا بطلب من احد الطرفين مع مراعاة الاحتياطات المنصوص عليها بالفصلين 25 و26 من هذا القانون.

ويجب أن يقدم المطلب بواسطة عدل منفذ وفي صورة عدم الاتفاق بين الطرفين خلال الثلاثة أشهر الموالية فان مطلب التعديل يقع الحكم في شأنه طبق أحكام الفصلين 28 و29 من هذا القانون. ويكون معين الكراء الجديد واجب الدفع ابتداء من تاريخ المطلب اللهم إلا إذا اتفق الطرفان سواء قبل أو أثناء رفع القضية على تاريخ أقدم أو احدث من ذلك.

الفصل الخامس و العشرون: ان مطلب التعديل لا يمكن تقديمه إلا بعد مضي ثلاثة أعوام على الأقل من تاريخ استغلال المسوغ للمحل او بعد الشروع في التسويغ المجدد. ولا يمكن علاوة على ذلك قبول المطلب إلا إذا طرأت تغييرات على الأحوال الاقتصادية بلغت حدا من شأنه أن يدخل تغييرات تتجاوز ربع قيمة كراء الأماكن المسوغة المعينة بوجه التعاقد أو بموجب حكم عدلي.

ويمكن تقديم مطالب جديدة كل ثلاثة أعوام ابتداء من اليوم الذي يصير فيه معين الكراء الجديد معمولا به شريطة أن يكون الشرط المنصوص عليه بالمادة السالفة قد توفر. على انه في صورة إحالة الملك التجاري فإنه يجوز لمالك المحل طلب تعديل الكراء.

الفصل السادس و العشرون : علاوة على ذلك وخلافا لما جاء بالفصل 25 فان عقد التسويغ اذا كان يتضمن شرطا يتعلق بالسلم المتغير فان التعديل يمكن ان يطلب كلما اعترى معين الكراء من جراء الشرط المذكور زيادة أو نقص يتجاوزان الربع بالنسبة للثمن المعين سابقا بوجه التعاقد أو بموجب حكم عدلي. وينبغي للحاكم أن ينسق بين مفعول السلم المتغير وبين القيمة الكرائية العادلة إلى يوم تقديم المطلب و إذا زال عنصر من العناصر المعتبرة في تحديد حساب السلم المتغير المشترط فان التعديل لا يمكن طلبه وتتبع انجازه إلا حسب الشروط المشار إليها بالفصل 25 من هذا القانون.

الفصل السابع و العشرون: يجب على المتسوغ الذي يريد إما النزاع في أسباب الامتناع من التجديد التي أدلى بها المسوغ و إما المطالبة بغرامة الحرمان أو الذي يرفض الشروط المعروضة في شأن العقد الجديد، أن يرفع الأمر إلى المحكمة ذات النظر في الثلاثة أشهر الموالية لتاريخ إبلاغ الإعلام بالخروج أو لجواب صاحب الملك المنبه عليه بمقتضى الفصل الخامس من هذا القانون.

وبعد مضي هذا الأجل يفقد المتسوغ حق الالتجاء إلى المحكمة ويعتبر إما انه عدل عن التجديد أو عن التحصيل على غرامة الحرمان أو انه قبل الشروط الجديدة المعروضة عليه.

الفصل الثامن و العشرون: إذا قبل المسوغ التجديد وكان النزاع يتعلق بالثمن أو بالمدة أو بالشروط الثانوية أو بجملة هذه العناصر فان الطرفين المتعاقدين يحضران مهما كان مبلغ الكراء أمام رئيس المحكمة الابتدائية بالجهة الكائن بها العقار أو أمام الحاكم الذي ينوبه وهو الذي يتعهد بالقضية ويبيت فيها حسب الإجراءات المقررة في القضايا الاستعجالية.

على ان اجل الحضور خلافا لمقتضيات الفصلين 203 و209 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية لا يمكن ان يكون اقل من ثمانية ايام واستئناف القرارات الصادرة طبقا للقانون العام يعطل التنفيذ.

الفصل التاسع و العشرون : يجب على المتسوغ ما دامت القضية منشورة أن يستمر على دفع معالم الكراء التي حل اجلها بحساب المقدار القديم او عند الاقتضاء حسب الثمن الذي يمكن على كل حال تعيينه بصفة وقتية من طرف المحكمة المتعدهدة طبق أحكام الفصل السابق ما لم يقع الحساب بين المسوغ والمتسوغ بعد تعيين الثمن النهائي للكراء المجدد.

وفي اجل شهر من تاريخ الإعلام أو من تاريخ الحكم النهائي يحزر الطرفان عقدة كراء جديدة حسب الشروط التي عينتها المحكمة اللهم إلا إذا خير المتسوغ عدم التجديد أو إذا امتنع المسوغ من ذلك ويتحمل احد الطرفين الذي أبدى عدم الموافقة بجميع المصاريف وإذا لم يوجه المسوغ في الأجل المذكور مسودة عقدة الكراء مطابقة للحكم المشار اليه ليمضي بها المتسوغ او في صورة عدم حصول الاتفاق في بحر شهر من تاريخ توجيه المسودة فان الحكم او القرار المعين لثمن الكراء والشروط العقد الجديد يكون بمثابة عقدة.

الفصل الثلاثون : إذا رفض المسوغ تجديد العقد حسب الشروط الوارد بها الفصل 28 من هذا القانون فانه يجب على المتسوغ رفع الأمر للمحكمة ذات النظر في خلال الثلاثة أشهر الموالية للإعلام برفض التجديد و إلا سقط حقه.

يمكن للمالك الذي صدر عليه الحكم وفي ظرف خمسة عشر يوما ابتداء من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائيا إذا كان الأمر يتعلق بحكم ابتدائي او من يوم صدور الحكم إذا كان ذلك الحكم استئنافيا أن يتخلص من دفع الغرامة على أن يتحمل مصاريف القضية ويقبل تجديد التسويغ الذي تعين شروطه في صورة عدم الاتفاق طبق تراتب الفصل 28 ولا يمكن استعمال هذا الحق إلا إذا كان المكثري مستمرا على البقاء بالمحل ولم يسبق له كراء أو شراء عقار آخر.

الفصل الواحد و الثلاثون : إن جميع الدعاوي المقامة بناء على تطبيق هذا القانون غير القضايا المنصوص عليها عليها بالفصول 27 الى 30 من هذا القانون يقع النظر والبت فيها طبق احكام القانون العام.

الفصل الثاني و الثلاثون: ان البنود والشروط والاتفاقات التي من شأنها النيل من حق التجديد المحدث بها القانون أو من أحكام الفصلين 23 و26 من هذا القانون تكون لاغية ولا عمل بها مهما كان شكلها.
الفصل الثالث و الثلاثون : تلغى أيضا الاتفاقيات - مهما كان شكلها - التي ترمي إلى التحجير على المكثري إحالة تسويغه لمشتري ملكه التجاري أو مشروع.

الفصل الرابع و الثلاثون: إن حالة الإفلاس والتصفية العدمية لا يترتب عليهما الحق المطلق في فسخ كراء العقارات المخصصة لتعاطي صناعة المطلوب أو تجارته أو صناعته اليدوية بما في ذلك العقارات والمحلات التابعة لها المعدة لسكناه أو لسكنى عائلته.
كل بند مخالف لهذا يعتبر ملغى.

الفصل الخامس و الثلاثون: إذا كان المسوغ مالكا في أن واحد للعقار المسوغ وللملك التجاري الواقع استغلاله وكان التسويغ يشملهما معا فانه ينبغي للمسوغ أن يدفع للمكثري عند خروجه غرامة مطابقة للغنم الذي يمكن أن يتحصل عليه من جراء الزيادة في قيمة الملك التجاري أو في القيمة الكرائية للعقار بسبب التحسينات المادية التي أنجزها المكثري بالاتفاق الصريح مع المالك.

الفصل السادس و الثلاثون : إن أحكام الفصل الثالث من هذا القانون تنطبق على الاكزية الجارية وكذلك على جميع القضايا المقدمة قبل إدراجه والمنشورة في ذلك التاريخ.

الفصل السابع و الثلاثون : إن القضايا الجارية قبل إدراج هذا القانون تبقى خاضعة لقواعد الإجراءات المنصوص عليها بالتراتب القديمة المعمول بها.

و الأحكام الصادرة في القضايا المشار إليها بالفقرة السابقة أو الأحكام الصادرة قبل إدراج هذا القانون تبقى خاضعة للتراتب القديمة فيما يتعلق بطرق التتبع والمحكمة ذات النظر.

وان التنايب بالخروج ومطالب استرجاع المحلات ومطالب التجديد وكذلك مطالب دفع غرامة الحرمان و الإعلام برفض التجديد لا لزوم لتجديدها مهما كان التاريخ الذي وقع فيه إبلاغها.

الفصل الثامن و الثلاثون : ألغيت جميع الأحكام المخالفة لأحكام هذا القانون وخاصة الأمر المؤرخ في 27 ديسمبر 1954.

الملحق رقم 3-

مكتب الخبرة التقنية مختاري عبد الرحمان

تقرير خبرة

مجلس قضاء وهران

محكمة وهران فرع الصديقية

القسم : التجاري (أ)

القضية رقم : 2001/35

فهرس رقم : 2001/292

تاريخ الحكم : 2001/03/28

الأطراف : (م س و ش خ) ضد : (ن ع)

رقم الإيداع :

تاريخ الإيداع:

نحن الموقعون أدناه السيد مختاري عبد الرحمان ، خبير قضائي معتمد و محلف لدى مجالس القضاء و المحاكم مقيم بوهران نهج الملاح علي رقم 04 المعينون من قبل محكمة وهران ، قسم التجاري (أ) تحت رئاسة السيدة قاضي مليكة قاضي بال حكمة بموجب الحكم الصادر يوم 2001/03/28 وذلك قصد الشروع في مهمة خبرة مضادة في لقضية رقم 2001/35.

للقيام بنفس المهام لمسندة للخبير السيد بن سهلي عبد الله و المتعلقة ب :

المهمة :

- الانتقال إلى المحل التجاري الواقع بوهران شارع ألف ليلة و ليلة رقم 33

- معاينة المحل التجاري بحضور الطرفين ،

تقويم العناصر المادية و المعنوية

تحديد التعويض الاستحقاقى وفقا للقيمة التجارية و سعر السوق و الصرف و مصاريف النقل ،

- تحرير تقرير عن ذلك وإيداعه لدى كتابة الضبط

عمليات الخبرة

التمسنا يوم 2001/11/25 من طرف الأستاذ نوار محمد محامي السيدة (ش خ) ، نسخة من الحكم النهائي الذي يعيننا .

استدعاء الأطراف بعد تطلعنا على تفاصيل القضية المطروحة بين الأطراف المذكورة قمنا باستدعاء الطرفين رسالة مضمونة مع وثيقة الاستلام إلى مكتبنا يوم 2001/12/19 ولم يحضر الطرفين بعد ذلك حدد يوم 2002/02/07 للانتقال المحل التجاري .

تصريحات الأطراف :

صرح لنا الطرف المدعي :

المحل التجاري موضوع النزاع ملك بيني وبين أختي فهو من ميراث والدتنا فقد قامت أختي باستئجاره للمدعي منذ خمسة عشرة سنة بقيمة ايجارية شهرية تقدر ب 500.00 دج ، عن طريق عقد موقع بينهم ومحضر لدى البلدية .

المدعي عليه يتمن نشاط الحلاقة للرجال و هو الآن لم يدفع ايجار منذ سبعة سنوات ، ولم نقم حتى برفع الإيجار نحن نعترف أنه دفع لنا مبلغ يقدر ب 70.000.00 دج كضمان للمحل التجاري ومستعدون لدفعها له ودفع أي قيمة استحقاقية يقررها الخبير إضافة إلى أننا نريد أن تكون بيننا تسوية إذا أراد المدعي عليه دون اللجوء إلى المحاكم

صرح لنا الطرف المدعي عليه :

أنا أشغل المحل كحلاق في الحي منذ ثمانية سنوات ، مقابل إيجار شهري يقدر ب 1000.00 دج شهريا كما قبضت المدعية مبلغ 70.000.00 دج كمبلغ ضمان لكفالة المحل التجاري حسب العقد المحرر بيننا .

لم تقم المدعية برفع بدل الإيجار ولو كانت فعلت ما كنت لأحتج عن ذلك لأنه من حقها فهي منذ تاريخ 1996/09/03 لم تقم بتحصيل ايجار ، ومن جهتي اريد ترك المحل بدون مشاكل ما عليها سوى أن تقوم بتعويضني بالمبالغ الموجودة بيننا كضمان وأخلي لها المحل .

دراسة الوثائق :

من طرف المدعية :

- نسخة من عقد ملكية للمبني التابع له المحل
- من طرف المدعي عليه :
- نسخة عن عقد إيجار المحل
- نسخة عن تصريح برقم الأعمال

من دراستنا لهذه الوثائق يتضح لنا :

- المدعيتان يملكان بالورثة عن طريق والدتهما عقار سكنى طابقه الأرضي به محلات تجارية منها المحل التجاري المتنازع عليه .
- المدعي عليه مسجل بسجل الصناعات التقليدية و الحرف و نشاط المحل يتمثل في قاعة الحلاقة للرجال -نسخة عن عقد الإيجار الذي حرر بالاتفاق بين كل من المدعيتان و المعني عليه متضمنة لمدة الإيجار و مبلغ الإيجار و مبلغ الإيجار المقدر ب 300.00 دج شهريا و الإشهاد أن صاحبه الملك قبضت من يدي المستأجر مبلغ مقدر ب 70.000.00 دج متعلق بالضمان و كفالة للمحل .

الانتقال للمعاينة :

يوم 2001/02/07 انتقلنا لمعاينة المحل التجاري الكائن بشارع ألف ليلة و ليلة رقم 33 بحي الغوالم أين كان في انتظارنا طرفي النزاع

المحل تابع لعقار سكني ملك المدعيتان.

المحل موضوع النزاع نشاطه التجاري يتمثل في الحلاقة للرجال له واجهة على الشارع الرئيسي بها باب من حديد عرض 1.50 متر .

المحل يتكون من قاعة رئيسية فقط لاستقبال الزبائن .

في القاعة يوجد مغسلين ستة كراسي للانتظار ، خزانتيين صغيرتين ، مرآتين رافعة من زجاج ، كرسيين كبيرين لحلاقة الرجال و كرسي لحلاقة الأطفال و معلقتين للمعاطف .

إضافة المحل تتم عن طريق أعمدة الإنارة ، كما أن المحل به عداد للكهرباء.

أرضية المحل مغطاة ببلاط قديم قديم وقد وضع الورق اللاصق على الجدران كلها ودهن السقف بدهان زيتي .

قياسات المحل

المحل متكون من قاعة رئيسية فقط . المساحة المستحقة تحسب 100 % من القاعة الأمنية المساحة التجارية المستحقة تقدر ب : $10.20 \times 100 = 10.20^2$ م².

تحديد قيمة التعويض الاستحقاقى

يتم تقويم التعويض الاستحقاقى عملا بالمادة 176 من الأمر 59-75 المؤرخ في 1975/09/26 من القانون التجاري ، و يتضمن القيمة السوقية للقاعدة التجارية مع ما قد يضاف لها من مصاريف للنقل و إعادة التركيب وكذلك مصاريف و حقوق التحويل الواجب تسديدها لقاعدة تجارية من نفس القيمة . وقد تم تقويم القيمة السوقية للقاعدة التجارية عبر تقويم العنصرين الأساسيين للقاعدة التجارية وهما العملاء و الشهرة من جهة و الحق في الإيجار من جهة أخرى ، كما نشير أن الأموال المنقولة و البضائع و البضائع تبقى ملك المستأجر .

تقويم عنصر العملاء و الشهرة :

يقوم عادة هذا العنصر من القاعدة التجارية على أساس معدل رقم الأعمال للسنوات الثلاثة قبل التنبيه بالإخلاء .

في هذه القضية ، فقد أخذنا بعين الاعتبار أرقام الأعمال المصرح به من طرف المستأجر خلال السنوات (1996-1997-1998) و طبقا لوثيقة النظام الجزافي المقدمة لنا من الطرف المدعي عليه فإن رقم الأعمال المصرح به خلال هذه السنوات هو كالتالي :

1996	110.000.00 دج
1997	128.000.00 دج
1998	136.000.00 دج

ليصبح معدل رقم الأعمال يقدر ب

$$(110.000.00 دج + 128.000.00 دج + 136.000.00 دج) : 3 = 124.666.66 دج$$

إن عملية تحديد قيمة عنصر العملاء و الشهرة لقاعدة تجارية تتمثل في ضرب معدل رقم الأعمال في معامل يتراوح غالبا بين 70 % و 120 % حسب نوع النشاط و على هذا الأساس فإن قيمة عنصر العملاء و الشهرة للقاعدة التجارية هذه تحدد كالتالي :

قيمة عنصر العملاء و الشهرة :

$$124.666.66 دج \times 70\% = 87.266.66 دج$$

تقويم عنصر الحق في الإيجار :

إن الحق في الإيجار يكون العنصر الأساسي للقاعدة التجارية و تقويمه مبني على القيمة الايجارية للمحل التجاري .

وإذا كان الإيجار المسدد ضعيف لا يناسب الأسعار الممارسة في السوق الحرة فإن القيمة الايجارية للمحل تقدر سوءا على أساس القيمة الايجارية الجبائية إذا لم يطلب من المستأجر مراجعة الكراء قبل التنبيه بالإخلاء أو على أساس الإيجار المسدد فعلا إذا طلب من المستأجر مراجعة الكراء ورفض ذلك .

وفي قضيتنا هاته فإنه لم يطلب من المستأجر أية زيادة في الإيجار قبل التنبيه بالإخلاء إضافة إلى أن الإيجار المسدد و المقدر ب 300.00 دج شهريا ضعيف بالنسبة للمحل المتنازع عليه و من أجل هذه الأسباب فإن القيمة الايجارية للمحل تحسب على أساس القيمة الايجارية الجبائية المحددة في المادة 259 من

قانون الضرائب و المتضمن قانون المالية لسنة 1993 و تقدر ب 810.00 دج /م²

بالنسبة للمساحة التجارية للمحل ، فالقيمة المناسبة تقدر ب :

$$810.00 \times 10.20 = 8262.00 دج$$

قيمة عنصر الحق في الإيجار تستنتج بضرب هذه القيمة الايجارية بعمال قدره بين 30 و 60 حسب موقع المحل و مساحته ، في الحالة هذه حدد هذا العامل ب بسبب الموقع ويستعمل أيضا عاملين آخرين لأخذ بعين الاعتبار تهيئة و حالة المحل في هذه القضية (0.5) و تجهيزه (0.5) :

قيمة عنصر الحق في الإيجار :

$$8262.00 \times 0.5 \times 0.5 \times 40 = 82.620.00 دج$$

مجموع قيمة عنصر العملاء و الشهرة و قيمة الحق في الإيجار يعطينا القيمة السوقية للقاعدة التجارية :

$$(82.620.00 + 87.266.66) = 169.886.66 دج$$

مصاريف التنقل و إعادة التركيب :

$$169.886.66 \times 10\% = 16.988.66 دج$$

مصاريف التنقل و إعادة التركيب :

إن عملية الإقامة بمحل آخر تتطلب مصاريف تقدر ب 10 % = 16.988.66 دج

مصارييف و حقوق التحويل :

تقوم حقوق التحويل على اسا المادة 288 من قانون التسجيل المعدلة من طرف المادة 38 من المرسوم التشريعي 18-93 المؤرخ في 1993/12/29 المتضمن قانون المالية لسنة 1994 و هي محددة ب 08 % من القيمة السوقية للقاعدة التجارية كما أن مصارييف التحويل ندرها ب 05 % القيمة السوقية للقاعدة التجارية و في المجموع ، فإن مصارييف و حقوق التحويل .

تساوي 13 % من القيمة السوقية للقاعدة التجارية ، اي ما يعادل 169.886.66 x 13 = 22.085.26 دج

لتصبح القيمة الاستحقاقية الاجمالية تقدر ب :

$$208.960.58 \text{ دج} = 22.085.26 + 16.988.66 + 169.886.66$$

الخلاصة :

في نهاية خبرتنا نقول ما يلي :

- بناء على جاء في الوثائق
- بناء على ما جاء في التصريحات الأطراف
- بناء على المهمة المسندة إلينا
- بناء على معاينة المحل التجاري
- إن عملية خروج الطرف المدعي عليه من المحل الكائن بشارع ألف ليلة و ليلة رقم 33 حي الغوالم تتطلب من الطرف المدعي أن يعوضا الطرف المدعي عليه مستأجر المحل بقيمة استحقاقية تعويضية تقدر بمائتين و ثمانية آلاف و تسعمائة و ستون دينار جزائري وبالأرقام : 208.960.00 دج
- إن القيمة التعويضية التي يطالب بها المدعي عليه للخروج من المحل تقدر فقط ب 70.000.00 دج ، و هي قيمة منخفضة بالنظر للقيمة التعويضية التي حددنا ها .
- حررنا تقرير الخبرة هذا المتكون من ثمانية صفحات في عام ألفين و اثنين يوم العاشر من فيفري طبقا للمهمة المضادة المسندة لنا و للعمل بموجه قانونا .

وهران في 20 فيفري 2002

الموقع : مختاري عبد الرحمان

الملحق رقم -4-

Etude du centre de recherche sur le droit des affaires

Sous la direction de : Y. Chaput , C. Alexandre-Caselli, A.Couret , J-J.Daigre, J.Derruppé , P.Didier , D.Gutmann, C.Regnaut-Moutier, A.Ronzano, Z.Ouadah-Bedidi , A.Lévi, A.Ronzano .La clientèle appropriée, éd Juris-classeur,2004 .

قائمة بأهم المراجع

أولا :المراجع باللغة العربية

1- مؤلفات عامة :

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل : تعويض الضرر في المسؤولية المدنية ، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1995 .
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني – الإيجار و العارية – المجلد الأول ، مطبعة دار إحياء التراث العربي –بيروت لبنان – 1963.
- عبد الرزاق احمد السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مجلد 1 ، الجزء الأول، منشورات محمد الداية ، بيروت، 1967 .
- عبد الرزاق السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء السادس ، منشورات محمد الداية ، بيروت ، 1968.
- محمد الشحات الجندي : ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارنة بالقانون المدني ، دار النهضة العربية القاهرة ، طبعة 1996.
- حسن خنتوش الحسناوي : التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الأردن ، طبعة 1999 .
- محمد فتح الله النشار : حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي و القانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، 2002 .
- محمد طه البشير ، هشام الحافظ : القانون الروماني ، الأموال و الالتزام ، مطبعة جامعة بغداد ، 1983 .
- مجد الدين ابو السعادات المبارك محمد الجزري ، ابن الأثير : النهاية في غريب الحديث و الأثر ، المجلد الثالث ، الطبعة الثالثة ، بدون سنة طبع .
- عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي : المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء . مطبعة المنشأة المعارف القاهرة ، الطبعة الخامسة ، سنة 1996 .

- محمد صبري السعدي : النظرية العامة للالتزامات . أحكام الالتزام -دراسة مقارنة في القوانين العربية - مطبعة دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2010 .
- عبد المجيد الحكيم : أحكام الالتزام . مع المقارنة بالفقه الإسلامي ، مطبعة بغداد 1967 .
- بلقاسم القوري الشابي : الملكية التجارية ، مطبعة نقوش عربية ، سنة 199 .
- محمد الشحات الجندي : ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارنا بالقانون الوضعي ، دار النهضة ، القاهرة ، طبعة 1996 .
- مجد الدين أبو السعادات المبارك محمد الجزري ، ابن الأثير : النهاية في غريب الحديث و الأثر ، المجلد 3 .
- حجة الإسلام أبي حامد الغزالي: الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ، طبعة دار المعرفة بيروت، 1979 .
- الإمام محمد بن علي الشوكاني : نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار ، مطبعة مكتبة الكليات الأزهرية ، ، مجلد 6 ، 1978 .
- محمد شريف احمد : مصادر الالتزام في القانون المدني . دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، مطبعة دار الثقافة ، الأردن ، الطبعة الأولى ، سنة 1999 .
- ابو العيد دودو : الجزائر في مؤلفات الرحالين الألمان 1830-1855 ، طبعة المؤسسة الوطنية، الجزائر، 1987 .
- هجيرة دنوني و بن شيخ الحسين : موجز المدخل للقانون – النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق و تطبيقها في التشريع الجزائري – منشورات دحلب ، الجزائر ، 1992 .
- فوزي رشيد : الشرائع العراقية القديمة ، مطبعة دار الشؤون الثقافية العامة ، 1987 .
- عامر سليمان: القانون في العراق القديم ، دراسة تاريخي قانونية مقارنة ، مطبعة دار الشؤون الثقافية العامة ، 1988 .

- علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام . مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري . ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة، 2008 .
- عقون محمد العربي : الاقتصاد و المجتمع في الشمال الإفريقي القديم . مزود ب 66 لوحة (اشكال و خرائط و صور) داخل النص . ديون المطبوعات الجامعية . بن عكنون الجزائر . 2008 .
- دليلة فركوس : تاريخ النظم ، الجزء الأول ، النظم القديمة ، مطبعة دار أطلس للنشر ، 1993 .
- علي فيلالي : الالتزامات. الفعل المستحق للتعويض . مطبعة موفم للنشر - الجزائر . الطبعة الثالثة. 2012 .
- خلاصي رضا : النظام الجبائي الجزائري الحديث . جباية الأشخاص الطبيعيين و المعنويين ، الجزء الاول ، دار هومة ، 2006 .

2-مؤلفات متخصصة :

- محمد الحبيب الطيب : التعويض الاستحقاق في القانون الوضعي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجزائرية، 1998 .
- كامران الصالحي: بيع المحل التجاري في التشريع المقارن، دراسة مقارنة ،مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1998 .
- نجاة الكص : الحق في الكراء ،كعنصر في الأصل التجاري ،الشركة المغربية لتوزيع الكتاب ، الدار البيضاء، 2006 .
- سميحة القليوبي : شرح العقود التجارية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، 1992 .
- رشيد الصباغ : الملكية التجارية الأحكام الجديدة تونس ، شركة الفنون الرسم و نشر الصحافة ، طبعة 1985 .

- محمد الكشور :الحق في الكراء عنصر في الأصل التجاري ، دراسة في إطار ظهير 24ماي1955 و المدونة التجارية الجديدة، مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الأولى 1998 .
- علاء عزيز الجبوري . عقد الترخيص –دراسة مقارنة – مطبعة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2011 .
- الحسن البوعيسي : جزاء إغفال المالك تبليغ الدائنين المقيدين إقدامه على فسخ كراء العقار الذي يستغل فيه أصل تجاري ، مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الأولى،2005
- علاء عزيز الجبوري : عقد الترخيص –دراسة مقارنة – مطبعة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2011 .
- بوخميلة سميرة : الايجار التجاري في ضل القانون القديم و التعديلات الجديدة له ،الطبعة الاولى ،، دار الكتب العلمية الجزائر، 2008 .
- عز الدين بنستي : دراسات في القانون التجاري المغربي ، دراسة في قانون الملكية التجارية و الصناعية ، الجزء الثاني ، الأصل التجاري ،مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، الطبعة الأولى 2001.
- محمد الهادي بن عبد الله .الاكزية التجارية .القانون عدد 37 لسنة 1977 المؤرخ في 25 ماي 1977 مثري بفقهاء القضاء التونسي . مطبعة إسهامات في أدبيات المؤسسة ،تونس 2012 .
- زهرة بوسراج : اثار شهر إفلاس المدين على جماعة الدائنين ، ديوان المطبوعات الجامعية المطبعة الجهوية قسنطينة ، الطبعة الاولى ،2010 .
- جنادي جيلالي الإيجارات التجارية في القانون التجاري الجزائري :مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية ،الجزائر ،طبعة أولى 2001 .
- حمدي باشا عمر : دراسات قانونية مختلفة . عقد الإيجار –ملاحظات تطبيقية حول العقود التوثيقية – نظرات حول عدم استقرار المحكمة العليا بخصوص بعض القضايا . مطبعة دار هومه ،الجزائر، الطبعة الأولى،2001 .

- محمد حسنين: الوجيز في الملكية الفكرية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، طبعة أولى 1985.
- حزريط محمد : حق الاسترجاع في الإيجارات التجارية ، دار هومة ، الطبعة الثانية 2006 .
- وهاب حمزة : نظام التسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري ، دار الخلدونية طبعة أولى ، 2011 .
- علي فتاك : مبسوط القانون التجاري الجزائري في - مقدمة القانون التجاري - نظرية الأعمال التجارية - ديوان المطبوعات الجامعية - وهران - 2007 .
- نادية فضيل : شركات الأموال في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، الطبعة الثالثة ، 2008 .
- نادية فضيل : النظام القانوني للمحل التجاري ، الجزء الأول و الثاني ، دار هومة الجزائر ، 2011 .
- احمد محمد محرز : فكرة الملكية التجارية تطورها ووسائل حمايتها دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة ، مطبعة السلام ، طبعة 1989 .
- فؤاد معلال : شرح القانون التجاري المغربي الجديد ، مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة مقدم مبروك : المحل التجاري . مطبعة دار هومة . الطبعة الرابعة، 2009 .
- عصام نجاح : القانون المقارن و الأنظمة القانونية الكبرى ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، 2011 .
- علي حسن يونس : المحل التجاري ، دار الفكر العربي ، القاهرة، طبعة أولى 1974.

2- الأطروحات و الرسائل:

- فاتن بلحاج علي :مدة عقد الكراء .مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة . كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة تونس 2 . 2004-2005 .

- مولاي علي الإدريسي : نطاق الإيجار التجاري في القانون المغربي . رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص . جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية . الرباط اكدال السنة الجامعية 1982-1983.
- يوسف جيلالي: النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري – دراسة مقارنة – رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في قانون الأعمال ، نوقشت يوم 16 ماي 2012 ، بجامعة وهران كلية الحقوق و العلوم السياسية .
- محمد إبراهيم دسوقي : تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، المناقشة سنة 1972 / 1973 .

3-المقالات :

- اسعد زهية : تعويض الاستحقاق . نشرة القضاة . وزارة العدل . عدد 45 ، وزارة العدل.
- حسان بوعروج: تعويض الاستحقاق ،مجلة القضاء ، المحكمة العليا ، عدد خاص للغرفة التجارية و البحرية لسنة 1999 .
- الأخضر العقون: الإيجار الجزائري أقيت على القضاة دفعة 1979 ، العاصمة .
- الفروجي : الأصل التجاري بين القانون و العمل القضائي – سلسلة القانون و الممارسة القضائية – العدد السادس 2005 – منشورات المجلة المغربية لقانون المال و الأعمال .
- محمد وازاني طيبي : آثار فتح مساطر صعوبات المقاولات على عقد كراء المحل التجاري – مجلة البحوث . فقهية – قانونية – ثقافية . المدير المسؤول الأستاذ التهامي القائدي . العدد العشر 2011 – مطبعة الأمنية الرباط . ص من 126 الى 140 .
- نعيمة فوزي : عقد الإعفاء التجاري " franchising " كأداة قانونية و اقتصادية لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة ، مجلة الإدارة، المجلد 10 ، العدد 2، سنة 2000 . ص 135 .

- عبد الرحمان مزور- رئيس الغرفة التجارية بالمجلس الأعلى – الرهن على الأصل التجاري و آثاره - مجلة القضاء و القانون – العدد 156 – 2008 المدير إدريس بلمحجوب – مطبعة الأمنية الرباط .ص من 33 إلى 46 .
- لمزي عبد الرحمن: نظام المسؤولية المحدودة في عقد النقل البحري وفقا لاتفاقية بروكسل 1924 و التقنين البحري ، محامي بالجزائر العاصمة ، المنشور بأشغال الملتقى الدولي في المنازعات البحرية 2 و 3 ماي 2009 ، مخبر قانون النقل و النشاطات المينائية ، منشورات الألفية الثالثة .

3-المجلات و الدوريات :

- الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية ، الصادرة عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، عدد 2، 1985 .
- الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية ، الصادرة عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، عدد 2-3، 1990 .
- الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية ، الصادرة عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، عدد 3، 1991 .
- الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية ، الصادرة عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، عدد 2، 1992 .
- الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية ، الصادرة عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، عدد 2، 1996 .
- الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية ، الصادرة عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، عدد 1-2، 1997 .
- الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية ، الصادرة عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا ، عدد خاص، 1999 .
- نشرة القضاة – نشرة قانونية تصدرها المديرية العامة للشؤون القضائية و القانونية – العدد 66 - وزارة العدل – طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة 2010-2011.

- الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية و البحرية ، قرارات المحكمة العليا ، الجزء الأول ، منشورات كليك ، الطبعة الأولى ، 2013 .
- الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية و البحرية ، قرارات المحكمة العليا ، الجزء الثاني ، منشورات كليك ، الطبعة اولى ، 2013 .
- الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية و البحرية ، قرارات المحكمة العليا ، الجزء الثالث ، منشورات كليك ، الطبعة الأولى ، 2013 .

النصوص القانونية :

- القانون رقم 02-05 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المعدل و المتمم الامر رقم 75-59 المؤرخ في سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون التجاري.
- الامر رقم 75-58 المؤرخ في سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني .
- الامر رقم 75-59 المؤرخ في سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون التجاري .
- الامر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بالاعتماد التجاري .
- الأمر رقم 66-57 المؤرخ في 19 مارس 1966 المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات . ج .ر. العدد 44 المؤرخة في 23 جويلية 2003 ،ص 22
- الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق ببراءات الاختراع . ج.ر. العدد 44 المؤرخة في 23 جويلية 2003 ،ص 27 .
- الأمر رقم 66-86 المؤرخ في 28 ابريل 1966 المتعلق بالرسوم و النماذج . ج.ر. العدد 35 المؤرخة في 3 ماي 1966 ، ص 406 .
- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة . ج.ر. العدد 43 المؤرخة في 20 جويلية 2003 ص 25.
- المرسوم التنفيذي رقم 07-390 المؤرخ في 12 ديسمبر 2007 المحدد لشروط و كيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة. ج.ر. عدد 78 المؤرخة في 12 ديسمبر 2007 . ص 19 و ما يليها .

- المرسوم التنفيذي رقم 09-182 المؤرخ في 12 ماي 2009 ، المحدد لشروط و
كيفية إنشاء و تهيئة الفضاءات التجارية و ممارسة بعض الأنشطة التجارية . ج ر
عدد 30 . المؤرخة في 30-05-2009 .

ثانيا : باللغة الفرنسية

- **Ouvrages Généraux:**

- Paul Frédéric GIRARD .Manuel élémentaire de droit romain .7 éd.
1927.
- Henri LALOU, Traité pratique de la responsabilité civile, 4 éd,
Librairie DALLOZ, Paris, 1949.
- H et MAZEAUD. Traité théorique et pratique de la responsabilité
civile délictuelle et contractuelle. T2 . 1970 .
- MAZEAUD. Leçons de droit civil .T2. Paris .1978.
- Philippe MALAURIE. Laurent AYNES. Pierre Yves GAUTIER.
Les contrats spéciaux .éd Defrénois .2005 .
- G. Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne.
LGDJ. Éd 1936. n 137.

- **Ouvrages Spéciaux**

- Marguerite BOUTELET – BOUCAILLE .Droit du crédit. Éd
Masson. 1987.
- F. Boullan. Propriété commerciale est franchise. JCP éd. 1985, II.
- François COLLART DUTILLEUL et Philippe DELEBECQUE.
Les contrats civiles et commerciaux .6eme Ed.
- Yves CHAPUT. La clientèle appropriée. Fonds de commerce, fonds
civil, franchise et commerce électronique .étude du centre de
recherche sur le droit des affaires. Ed juris-classeur .Paris .2004.

- Jean DERRUPPÉ .René MAUS .Georges BRIERE DE L'ISLE .Pierre LAFARGE. BAUX COMMERCIAUX .Ed Dalloz PARIS 1979 .
- MICHEL FROMONT: Droit allemand des affaires. Droit des biens et des obligations Droit commercial et du travail. Éd Montchrestien .E J A .2001 .
- L. JOSSERAND. Le contrat dirigé .DH . Paris. 1933.
- Dominique JANSSEN. Les indemnités d'éviction en bail commercial, colle. Pratique du droit .éd Kluwer, 2000.
- B .LOUVEAUX . le droit du bail commercial, Bruxelles, Ed Larcier , 2010.
- Bernard LOUVEAUX. Le droit au bail commercial .édit De Boeck université Bruxelles .1^{er} éd .2002.
- V.C. Lavabre, L'évolution du statut des baux commerciaux : Dix ans de droit d'entreprises .éd Litec .1978 .
- Joël MANEGER .Emergence et évolution de la notion de fonds de commerce .AJDI .2001 .
- Pascal PHILIPPOSIAN .Le crédit-bail et le leasing, outils de financements locatifs. Éd SEFI. 1998
- Michel PEDAMON. Le contrat en droit allemand, E.G.D.J.Paris .1993
- Eric RIQUIER. Roland HARDY. Pierre-François VAN DEN DRIESCHE. Florence DESTERNES. Yannick NINANE et Edouard CRUYSMANS. Michel VLIES coordinateur. Actualités en bail commercial. Faculté de Droit. éd Bruylant Bruxelles 2011.
- G .Ripert et R .Roblot .Traité élémentaire de droit commercial .T.I. Paris .L.G.D .J 2e Éd 1980.

- G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial par L.Vogel , t, 1 , 1^{8e} éd, LGDJ . VOL. 1. 2001.
- Jacques VIRAVAUUX. Le caractère d'ordre public des lois sur les baux commerciaux .Thèse pour le doctorat en droit .1960 .
- Valson .le calcul de l'indemnité d'éviction en matière de baux commerciaux .Actualité juridique propriété immobilière .1956 .
- Patrice Vizzavona. Évaluation des entreprises. Cours et études de cas corrigés .Éd BERTI –Alger.
- Claude Witz. Le droit allemand, éd Dalloz, 2001

-2 les thèses :

- B. Boccora, le fons de commerce, la clientèle et la distribution intégrée : Doctorat. Gaz. Pal. 1994 .2..
- D. Baschet. La franchise en danger de mort : Gaz. Pal.1994, 2, Doctorat .
- Jacques de CAGNY. L'indemnité d'éviction en matière de propriété commerciale. Thèse de Doctorat. Université de droit d'économie et de sciences sociales de paris II. Soutenue en 1972.
- André DEGUELEDRE .La propriété commerciale. Etude de droit comparé. Thèse pour le Doctorat en droit .présenté et soutenue le 6 décembre 1935 .université de paris faculté de droit. Librairie du Recueil Sirey .
- J. Derruppé . La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créances .Thèse de Doctorat .université de Toulouse faculté de droit .1951.

- Jean MILHAUD. Propriété commerciale .Thèse pour le Doctorat, présenté et soutenue le 20 mai 1935 .Librairie du Recueil SIREY .Paris .1935 .
- Sim. Tolédo .Analyse de la théorie des contrats et obligations en droit civil OTTOMAN. Thèse pour le Doctorat .présentée et soutenue à Paris le 19 juillet 1915 .université de Paris faculté de droit.
- Jacques VIRAVAUD. Le caractère d'ordre public des lois sur les baux commerciaux .Thèse de Doctorat en droit présentée et soutenue le 14 février 1960 .faculté de Droit et des sciences économiques .Université de Paris.

3-Articles

- R. ARNOLD . Développements majeurs en droit Allemand en 1998, jurisprudence et législation. Revue internationale de droit comparé 1999, p 135.
- Nora BOUDEDJ. Franchise Une réglementation pour le premier semestre 2007 .Journal El watan Economie du 26 novembre 2006.
- C.CHAMPAUD. La concession commerciale. RTD com., 1963.
- Cécile Pérès. La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet). Revue Etudes et commentaires .chronique . Contrat et obligations. Recueil Dalloz -2009-n6 .p 381.
- A. Guillemain. La distribution en danger. loyers et copr. juin 1996.Chron .n 9.

- Anne GUINERET-BROBBEL DORSMAN .le commerçant en droit allemand. Revue internationale de droit comparé .société de législation comparé .n 4 .2009.oct.-déc. .p 784
- M .MAMART . Développement de la franchise en Algérie : Un rempart contre la contrefaçon .JOURNAL El Watan Economie du 4 décembre 2006 .
- Julliot de la MORANDIERE. Rapport sur les critiques que suscite l'examen du fondement juridique de la loi du 30 juin 1926 . Bulletin Société d'études législatives 1923.
- Yannick NINANE et Edouard CRUYSMANS. La loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux « en vue de la protection du fonds de commerce. » : objectifs du législateur et arrêts récents, p de 119 -177.
- Jean-Francis OVERSTAKE .L'indemnité d'éviction. Rev .Trim .droit commercial Extrait du n 3-1968 .LIBRAIRIE SIREY – PARIS-V.
- Propositions pour modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels .Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice, présenté par le groupe de travail constitué sous la présidence de Philippe PELLETIER, Avocat, Président de l'agence national pour l'amélioration de l'habitat .2004 .
- Salah SLIMANI .Commercialisation en franchise : Un casse tête dénommé transfert des royalties, El WATAN Economie du 20 février 2006

الفهرس

الموضوع.....	الصفحة.....
مقدمة.....	1.
الباب الأول: أساس تعويض الاستحقاق و اكتساب الحق فيه.....	16.
الفصل الأول: أساس تعويض الاستحقاق.....	18.
المبحث الأول: التطور التاريخي لأساس تعويض الإخلاء.....	20.
المطلب الأول: تعويض المستأجر في عقد الإيجار التجاري أساسه فكرة الخطأ.....	21.
الفرع الأول: تبني الفقه لفكرة الخطأ كأساس لتعويض المستأجر في عقد الإيجار التجاري.....	22.
أولا: أطروحة تعويض مستأجر الإيجار التجاري المحلي على أساس دعوى أصلية.....	22.
ثانيا : أطروحة تعويض مستأجر الإيجار التجاري المحلي على أساس دعوى احتياطية.....	25.
الفرع الثاني: مدى تأثير التشريع لفكرة الخطأ كأساس لتعويض المستأجر المحلي.....	27.
أولا: تبني المشرع بقانون 1920 لفكرة الخطأ كأساس لتعويض المستأجر المحلي.....	28.
ثانيا: مواصلة تأثير التشريع بفكرة الخطأ كأساس لتعويض المستأجر المحلي.....	33.
المطلب الثاني: تراجع فكرة الخطأ كأساس لتعويض الإخلاء.....	40.
الفرع الأول : تراجع فكرة الخطأ كأساس للتعويض في المسؤولية المدنية عموما.....	41.
أولا: موقف الفقه.....	42.
ثانيا: موقف القضاء.....	43.
الفرع الثاني: مدى تأثير أساس تعويض الإخلاء بتطور المسؤولية المدنية.....	45.
أولا: تعويض الإخلاء جزاء للمسؤولية الموضوعية.....	45.
ثانيا: تعويض الإخلاء ليس جزاء للمسؤولية الموضوعية.....	48.

- 50.....المبحث الثاني :أساس تعويض الاستحقاق في ضل تطور أحكام الإجراءات التجارية.
- 52.....المطلب الأول :أساس تعويض الاستحقاق في ضل الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري.
- 54.....الفرع الأول :أساس تعويض الاستحقاق الخطأ.
- 55.....أولا :تعويض الاستحقاق جزاء خطأ عقدي.
- 59.....ثانيا :تعويض الاستحقاق جزاء خطأ تقصيري.
- 63.....الفرع الثاني :أساس تعويض الاستحقاق الضرر.
- 65.....أولا : موقف الفقه و القضاء.....
- 66.....ثانيا :ما يمكن استخلاصه من موقف الفقه و القضاء.....
- 72.....المطلب الثاني: أساس تعويض الاستحقاق في ضل القانون رقم 05-02 المعدل و المتمم ق . ت.....
- 74.....الفرع الأول :هل تعويض الاستحقاق شرط جزائي؟
- 75.....أولا :فيما يتفق اشتراط تعويض الاستحقاق مع الشرط الجزائي؟
- 77.....ثانيا :فيما يختلف اشتراط تعويض الاستحقاق مع الشرط الجزائي؟
- 84.....الفرع الثاني :هل يجوز للمستأجر المخلي المطالبة بتعويض في حالة عدم اشتراطه؟
- 84.....أولا :هل يجوز الاستناد على أسس التعويض المقررة في الشريعة العامة؟
- 86.....ثانيا : هل يجوز للمستأجر المخلي طلب تعويض على أساس القيمة المضافة؟
- 91.....الفصل الثاني :اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق.
- 91.....المبحث الأول :من يجوز له التمسك بالحق في تعويض الاستحقاق.....
- 93.....المطلب الأول :المستأجر التاجر.....
- 94.....الفرع الأول :ما يجب توافره في المستأجر التاجر؟
- 94.....أولا :اكتساب صفة التاجر.....

- 100.....ثانيا :امتلاك المستأجر للمحل التجاري و استغلاله بالأماكن المؤجرة لمدة معينة
- 104.....**الفرع الثاني** : هل يجوز للمستأجر المبرم لأحد عقود التوزيع التمسك بالحق في تعويض الاستحقاق؟
- 107.....أولا :الأحكام المنظمة لعقد الامتياز التجاري
- 111.....ثانيا :من يجوز له التمسك بالحق في تعويض الاستحقاق؟
- 120.....**المطلب الثاني** :فيما عدا المستأجر التاجر
- 120.....**الفرع الأول** :المستأجرين الآخرين
- 121.....أولا :المستأجر الحرفي
- 124.....ثانيا :المستأجرون أشخاص من القانون العام
- 128.....**الفرع الثاني** :فيما عدا المستأجر الأصلي
- 130.....أولا : حالة التنازل عن المحل التجاري
- 134.....ثانيا :حالة إيجار التسيير و الإيجار من الباطن
- 141.....**المبحث الثاني** :شروط اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق
- 142.....**المطلب الأول** : هل كل عقود الإيجار التجارية تفتح الحق في تعويض الاستحقاق؟
- 143.....**الفرع الأول** :الشرط المرتبط بمدة عقد الإيجار التجاري
- 143.....أولا :عقد الإيجار التجاري القصير المدة
- 147.....ثانيا :عقد الإيجار التجاري الطويل المدة
- 148.....**الفرع الثاني** :الشرط المرتبط بالأماكن موضوع عقد الإيجار التجاري
- 149.....أولا : الأماكن الرئيسية
- 159.....ثانيا :الأماكن الملحقة

- المطلب الثاني : إشكالية بعض عقود الإيجار التجارية الحديثة.....167
- الفرع الأول : هل يفتح عقد الاعتماد الإيجاري الحق في تعويض الاستحقاق.....169
- أولا : التعريف بعقد الاعتماد الإيجاري.....169
- ثانيا : هل يكتسب المستأجر في مثل هذا العقد الحق في تعويض الاستحقاق؟.....171
- الفرع الثاني : هل يفتح عقد الإيجار التجاري المدعم الحق في تعويض الاستحقاق.....175
- أولا : التعريف بعقد الإيجار التجاري المدعم.....175
- ثانيا : هل يكتسب المستأجر في الإيجار التجاري المدعم الحق في تعويض الاستحقاق.....178
- الباب الثاني : اثر اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق.....182**
- الفصل الأول : أهمية الحق في تعويض الاستحقاق و كيفية الاحتجاج به.....183**
- المبحث الأول : الأبعاد المالية المترتبة عن اكتساب الحق في تعويض الاستحقاق.....184
- المطلب الأول : الأبعاد المالية للحق في تعويض الاستحقاق خلال استغلال النشاط التجاري.....186
- الفرع الأول : إمكانية التنازل عن الحق في الإيجار.....188
- أولا : التنازل عن الحق في الإيجار في ضل تطبيق مرسوم 30 سبتمبر 1953.....190
- ثانيا : التنازل عن الحق في الإيجار في ضل تطبيق أحكام القانون التجاري.....194
- الفرع الثاني : الحق في الإيجار عنصر من العناصر التي يشملها الرهن الحيازي.....199
- أولا : أهمية الحق في الإيجار بالنسبة للمستأجر الراهن.....200
- ثانيا : أهمية الحق في الإيجار بالنسبة للدائن المرتهن.....201
- المطلب الثاني : الأبعاد المالية لتعويض الاستحقاق عند إفلاس التاجر أو تصفية الشركة.....204
- الفرع الأول : مصير عقد الإيجار التجاري في حالة إفلاس التاجر أو تصفية الشركة.....205
- أولا : مصير عقد الإيجار التجاري في مرحلة التسوية القضائية و الإفلاس.....206

- 208.....ثانيا : مصير عقد الإيجار التجاري في حالة تصفية الشركة
- 210.....**الفرع الثاني**: استفادة المستأجر من الحق في الإيجار في مرحلة الإفلاس أو التصفية
- 211.....أولا : الشروط الواجب احترامها عند التنازل عن الحق في الإيجار
- 212.....ثانيا : هل تقوم مسؤولية وكيل التفليسة في حالة عدم الاستفادة من الحق في الإيجار؟
- 214.....**المبحث الثاني** : الأبعاد القانونية لتقرير تعويض الاستحقاق و الإجراءات المؤدية إلى الحكم به....
- 216.....**المطلب الأول** : تعويض الاستحقاق كحل قانوني لرفض التجديد بدون سبب خطير و مشروع.....
- 217.....**الفرع الأول** : تحديد مفهوم السبب الخطير و المشروع.....
- 219.....أولا : المخالفات المرتكبة من قبل المستأجر.....
- 223.....ثانيا : سقوط الحق في تعويض الاستحقاق بسبب مصلحة مشروعة.....
- 232.....**الفرع الثاني**: ما يترتب على تحقق السبب الخطير و المشروع.....
- 232.....أولا :طلب فسخ عقد الإيجار التجاري.....
- 237.....ثانيا :الاحتجاج بارتكاب المستأجر مخالفة عند رفض التجديد.....
- 241.....**المطلب الثاني** : الإجراءات المؤدية إلى الحكم بتقدير تعويض الاستحقاق.....
- 241.....**الفرع الأول** : الإجراءات السابقة لرفع الدعوى.....
- 243.....أولا : مفهوم و وظيفة التنبيه بالإخلاء.....
- 245.....ثانيا :شروط صحة التنبيه بالإخلاء.....
- 248.....**الفرع الثاني** : مباشرة الدعوى للمطالبة بتعويض الاستحقاق.....
- 249.....أولا :الإجراءات في حالة منازعة صحة التنبيه بالإخلاء.....
- 251.....ثانيا :الإجراءات في حالة عدم منازعة التنبيه بالإخلاء.....

- 253.....الفصل الثاني : تقدير تعويض الاستحقاق و ما يترتب عن الحكم به.....
- 254.....المبحث الأول :تقدير تعويض الاستحقاق.....
- 254.....المطلب الأول :مدى تعويض الاستحقاق و شروط الضرر الموجب للتعويض.....
- 255.....الفرع الأول : مدى تعويض الاستحقاق.....
- 256.....أولا : المراحل التي مر بها تطور مدى الضرر الموجب لتعويض الاستحقاق.....
- 259.....ثانيا :هل تعويض الاستحقاق تعويض كامل أو تعويض عادل ؟.....
- 262.....الفرع الثاني : شروط الضرر موجب للتعويض.....
- 263.....أولا :أن يكون محققا و مباشرا.....
- 267.....ثانيا :تاريخ تقدير الضرر الموجب لتعويض الاستحقاق.....
- 270.....المطلب الثاني : عناصر تعويض الاستحقاق و طرق تقديرها.....
- 271.....الفرع الأول :العناصر التي يشملها تعويض الاستحقاق.....
- 273.....أولا :تقدير التعويض على أساس القيمة التجارية للمحل التجاري.....
- 279.....ثانيا :ما يضاف إلى قيمة المحل التجاري.....
- 281.....الفرع الثاني :طرق تقدير تعويض الاستحقاق.....
- 281.....أولا :من يملك سلطة إجراء عملية الحساب ؟.....
- 283.....ثانيا :الطرق المستعملة لحساب تعويض الاستحقاق.....
- 286.....المبحث الثاني : اثر الحكم بتعويض الاستحقاق.....
- 287.....المطلب الأول : ما يترتب عن الحكم بتعويض الاستحقاق بالنسبة للمستأجر.....
- 287.....الفرع الأول :الحق في البقاء بالأمكنة إلى غاية قبض التعويض.....
- 289.....أولا : ممارسة المستأجر المخلي لحقه في البقاء.....

292.....	ثانيا: حالة التعويض المؤقت.....
294.....	الفرع الثاني: اثر عدم اشتراط تعويض الاستحقاق.....
296.....	أولا: تعامل التشريع الألماني مع فكرة المحل التجاري.....
298.....	ثانيا: مفهوم التاجر.....
288.....	المطلب الثاني: ما يرتبه الحكم بتعويض الاستحقاق بالنسبة للمالك المؤجر سابقا.....
288.....	الفرع الأول: دفع تعويض الاستحقاق المحكوم به و استرجاع الأماكن.....
289.....	أولا : التزام المؤجر بدفع المبلغ المحكوم به.....
290.....	ثانيا: التزام المستأجر بتسليم المفاتيح.....
291.....	الفرع الثاني : عجز المالك عن دفع تعويض الاستحقاق المحكوم به.....
292.....	أولا : الشروط الإجرائية.....
292.....	ثانيا: الشروط الموضوعية.....
293.....	الخاتمة.....
301.....	الملاحق.....
336.....	قائمة بأهم المراجع.....
355.....	الفهرس.....

ملخص

تغير نظرة المشرع لتعويض الاستحقاق كحق قرره و حماه القانون بجعله من النظام العام لا يجوز الاتفاق على إسقاطه ما 176 من ق ت إلى حق اتفاقي مرهون بإرادة الأطراف ادخل هذا التعويض في دائرة تطور الفكر ف جاء تقسيم الرسالة إلى بابين :الباب الأول: خصصناه لدراسة أساس تعويض الاستحقاق و اكتساب الحق فيه. الباب الثاني : اثر ثبوت الحق في تعويض الاستحقاق. سعيا منا إلى البحث عن الأساس القانوني لتعويض الاستحقاق كان من المهم الرجوع إلى التطور التاريخي الذي مر به أساس تعويض الإخلاء منذ أول مقترح طرح سنة 1911 بفرنسا حول ضرورة حماية المستأجر التاجر من الآثار التي قد يسببها رفض التجديد. الفصل الثاني : من يجوز له التمسك بالحق في تعويض الاستحقاق و ما هي الشروط الواجب توافرها لاكتساب الحق في تعويض الاستحقاق؟ انتقلنا بالباب الثاني من هذه الرسالة إلى دراسة ما يترتب عن ثبوت الحق في تعويض الاستحقاق من أبعاد مالية و قانونية الفصل 1: أهمية الحق في تعويض الاستحقاق و كيفية الاحتجاج به. في محاولتنا لتحليل الأبعاد القانونية لثبوت الحق في تعويض الاستحقاق بالنسبة إلى المؤجر تم الكشف عن الدور الذي يلعبه تقرير هذا التعويض في تمكين المؤجر من استرجاع الانتفاع من ملكيته العقارية كمقابل لرفض التجديد بدون سبب خطير و مشروع ، فعرض هذا التعويض يخلصه من تسبب رفضه ، و يمنح له حق استرجاع الأماكن . أما الفصل الثاني الذي عنوانه " تقدير تعويض الاستحقاق و ما يترتب عنه " خصصناه لدراسة تقدير تعويض الاستحقاق استوقفنا من جديد النقاش الفقهي الذي عرفه تحديد شروط الضرر الموجب للتعويض و تاريخ بداية تقدير الضرر و المبدأ الذي يحكم هذا التعويض لتوصل إلى أن تعويض الاستحقاق تعويض كامل . لننتهي إلى القول بعد ملاحظة توجه القانون و الفقه الحديث إلى تكريس مبدأ سلطان الإرادة في ميدان العقود عموما ما أصبح يطلق عليه "بمبدأ التعاقدية" و بميدان عقد الإيجار التجاري على وجه الخصوص من خلال ما جاء بالمادة 187 مكرر من ق.ت.

الكلمات المفتاحية:

تعويض؛ استحقاق؛ المحل التجاري؛ الإيجار التجاري؛ الملكية التجارية؛ المستأجر؛ الإخلاء؛ العملاء؛ المسؤولية؛ الخطأ؛ جبر الضرر؛ الشرط الجزائي.

نوقشت يوم 19 ديسمبر 2013