

حرية التعاقد في الايجار التجاري في ظل قانون 05-02 المعدل والمتمم للأمر 75-59

حساين سامية
أستاذ مساعدة قسم " أ "
كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس

مقدمة

تدّخل المشرع الجزائري على غرار العديد من المشرعين في تنظيم عقد الايجار التجاري، حيث اقتضت المصلحة العامة له بالخروج عن القواعد العامة في نظرية العقد ليراعي خصوصية هذا العقد. وقد حرص على محاولة تحقيق التوازن بين حقوق المؤجر والمستأجر وذلك بموجب الأمر 75 - 59 المتضمن القانون التجاري¹، الذي اعتمد فيه على نظام خاص يتعلق بالإيجارات التجارية مفاده تجديد عقد الايجار إلى أجل آخر من دون موافقة المؤجر متى توفرت شروط معينة، وفي حالة رفض المؤجر هذا التجديد، يلتزم بدفع تعويض الاستحقاق الذي يعد المقابل

¹ - الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1975، العدد 101، ص 1073.

المالي الأنسب لضياع حق المستأجر في ملكيته التجارية التي كونها طيلة مدة الايجار وهذا تأسيسا على نظرية الملكية التجارية التي جاء بها الفقه الفرنسي¹. وقد رُد مبرر تطبيق هذه الأحكام الاستثنائية آنذاك إلى تحقيق المصلحة العامة عن طريق حماية هذه الحقوق واستقرار المعاملات التجارية.

لم يكن لهذه الاعتبارات مجال من الحقيقة في الواقع الحالي، وذلك أمام كثرة النزاعات على مستوى القضاء، فلم تحقق نظرية الملكية التجارية العدالة المرجوة ولا الموازنة بين الحقوق التي سعت إليها، وبقي المالك (المؤجر) يطالب في كل مرة بحقه المطلق في الاسترجاع عند نهاية العقد على أساس العقد شريعة المتعاقدين، مما أدى بالمشرع إلى الاعتراف بأنه " أعطى للمستأجر - بموجب الأمر 59/ 75 - مركزا ممتازا وفضله على مركز المؤجر وهذا بتكريس حق التجديد والحق في تعويض الاستحقاق، وأن هذا المسعى أدى إلى الإضرار بالمؤجر الذي وجد نفسه محروما من الانتفاع بملكه بصفة مطلقة " ² ، وهي ذات الأسباب التي أدت إلى إحداث تغيير بموجب قانون 02-05 المؤرخ في

¹ - في محتوى نظرية الملكية التجارية والأسس المعتمد عليها راجع :

- GINESTE (Gaston) , La Propriété commerciale, Étude critique de la loi du 30 juin 1926

Ses conséquences économiques, thèse pour le doctorat , Faculté de droit , Université de Paris, France , 1927. pp 3 et s.

² - عرض أسباب قانون 02-05 المعدل والمتمم للأمر رقم 75 - 59 المؤرخ في 26

سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، وزارة العدل، الجزائر، ص 1.

06 فيفري 2005¹، حيث عمد فيه إلى تنظيم التعاقد في الايجار التجاري بصورة مغايرة تماما لما كان عليه.

إن هذه الأحكام غيّرت بصفة معمقة الطبيعة القانونية لعقد الايجار، فبعد أن كانت أحكامه منظمة بموجب ثلاثين مادة في مجملها أمره، تم إحالة إبرام عقد الايجار إلى مادة واحدة مكملة تنص على "الحرية في التعاقد" وأخضعت العلاقة الايجارية لإرادة الطرفين وذلك بإخراج حق التجديد والحق في تعويض الاستحقاق من قواعد النظام العام إلى نظام التعاقد. وهذا يعني أن المشرع غيّر من الأساس القانوني في مجال الإيجارات التجارية، فبعدما كان يعتمد على نظرية الملكية التجارية في تدعيم حق المستأجر، أصبح يعتمد على النظرية العامة في سلبها منه وتثبيت مبدأ الحرية التعاقدية والحق المطلق في الملكية الخاصة.

لا شك وأن غرض المشرع من إحالة تنظيم عقد الايجار لإرادة الأطراف كان لإعادة الاعتبار لحق المؤجر في ملكيته العقارية من دون أن يبخص بحق المستأجر، فهل يعني هذا أن تكريس الحرية التعاقدية هو إلغاء لنظام الإيجارات الخاص وبالتالي خروج المشرع عن المنحى الذي يعترف فيه بنظرية الملكية التجارية؟ وإن كان كذلك كيف سيعالج القضاء الجزائي مسألة اتفاق الأطراف على التجديد أو على تعويض الاستحقاق

¹ - قانون رقم 05 - 02 المؤرخ في 6 فبراير 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59

المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، الجريدة

الرسمية الصادرة بتاريخ 9 فيفري 2005، العدد 11، ص 8.

في ظل الحرية التعاقدية التي جاءت بها القواعد الخاصة ؟ وهل يطبق في ذلك القواعد العامة التي في القانون المدني عند الاتفاق، أم انه سيلجأ إلى نظام التجديد طبقا للقانون التجاري؟

إن اتخاذ المشرع لهذا الموقف الجديد المتضمن الحرية في التعاقد أحدث نوع من الاختلالات على مستوى تطبيق النصوص، فأدى ذلك إلى طرح إشكالات قانونية هامة. ومن أجل الوقوف عند هذه المسائل نتطرق بداية إلى تبني مبدأ الحرية التعاقدية (المبحث الأول) ونعرض من خلاله مكانة هذا المبدأ في عقد الايجار التجاري وتأثيره على الأحكام السابقة، ثم نعالج تطبيقات هذا المبدأ (المبحث الثاني) والتي يمكن للأطراف السعي إليها، ومن خلاله نتبين لنا المسائل المعقدة والمتعلقة بالتعاقد في الايجار التجاري.

المبحث الأول : تبني مبدأ حرية التعاقد.

تبني المشرع الجزائري بموجب قانون رقم 05-02 المتضمن تعديل القانون التجاري مبدأ الحرية في التعاقد لأول مرة في تاريخ التعاقد التجاري، غير أن ما آل إليه القانون الجديد صعب علينا معرفة وتحليل موقفه من نظام التجديد القانوني الوارد في الأحكام السابقة، فرغم أنه ألزم المستأجر على مغادرة الأمكنة عند انتهاء العقد، إلا أنه أدرج استثناء عن ذلك وسمح للأطراف إمكانية تطبيق ما يشاؤون من الأحكام بما فيها أحكام القانون القديم، وهو موقف أخلط الأمور عن مآل الأحكام السابقة وبالتالي عن موقف المشرع في الأخذ بنظرية الملكية التجارية وعدم الأخذ بها،

فهل تعد هذه الأحكام بمثابة إلغاء لنظام التجديد، أم أن ذلك يعد إبقاء للنظام ولكن في ظل الحرية التعاقدية ؟ وإن كان كذلك ماهي أبعاد المشرع من هذا الاستثناء؟

من اجل توضيح ذلك نتطرق إلى التعرف على مبدأ الحرية في التعاقد التجاري وخلفيات الأخذ به (المطلب الأول) ، ثم إلى معالجة مسألة مصير الأحكام السابقة وتأثير الأحكام الجديدة عليها (المطلب الثاني) ، لتبين لنا أبعاد المشرع من إدراج الاستثناء الوارد على إلزامية مغادرة الأمكنة عند حلول اجل انتهاء العقد في النص الجديد (المطلب الثالث).

المطلب الأول : مفهوم مبدأ الحرية في التعاقد وخلفيات الأخذ به.

تعرضت منزلة مبدأ الحرية في التعاقد أو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في القانون عامة وعلى مدى حقبتين زمنيتين إلى مفهومين مختلفين، فأول ما عرف كان ذو مفهوم مطلق نتج عن مجموعة الأفكار المشبعة بروح الفردية جعلت من العقد كيانا ينفرد أطرافه بإنشائه أو هدمه ، ثم تراجع هذه المنزلة وأصبح مفهومه نسبي جدا يتقيد بتدخل المشرع في تغيير إرادة الأطراف، واعتبر العقد واقعة اجتماعية يخضع في تحققه إلى احترام المصلحة العامة¹.

¹ - نرمين محمد محمود صبح، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2003، ص31.

وقد عرف التشريع الجزائري في المجال التجاري كلا المفهومين، فمن خلال تطبيق الأمر 59-75 المتضمن نظام التجديد القانوني أثبتت التجربة أن المفهوم القاضي بتدخل المشرع في إرادة الطرفين قضت على المصلحة العليا المتمثلة في تحقيق العدالة بين أطراف العلاقة الايجارية، بل وأثبتت أنه كان هناك محاباة لطرف (المستأجر) على حساب طرف آخر (المؤجر)، الأمر الذي أدى بالعودة إلى الأصل وإلى المفهوم الأول المتمثل في مبدأ التعاقد بكل حرية وهو ما قضت به المادة 187 مكرر من قانون 02-05 المعدل للقانون التجاري والتي بموجبها انتقل عقد الإيجار التجاري من أحكام تخضع للنظام العام إلى أحكام تخضع للحرية في التعاقد، حيث نصت على أنه: «تحرر عقود الإيجار المبرمة ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية في الشكل الرسمي، وذلك تحت طائلة البطلان، وتبرم لمدة يحددها الأطراف بكل حرية».

تضمن هذا النص مبادئ جديدة لم يعهدها الإيجار في السابق وتمثلت أساسا في مبدأ الحرية في التعاقد عند الإبرام متخليا بذلك على نظام الإيجارات الخاص القاضي بتجديد الإيجار رغم انتهاء أجله، حيث أصبح للأطراف الحق في الاتفاق على مدة يحددها بكل حرية تكريسا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في القواعد العامة والتي تقتضي أن يتم العقد باقتران الإيجاب والقبول وتوافق الالتزامات بين الطرفين وتحديد مدة العقد التي بحلولها ينتهي العقد وتنتهي آثاره. فالأصل في مبدأ الحرية التعاقدية أن الشخص حرا في أن يتعاقد أو لا

يتعاقد ، وفي اختيار المتعاقد الآخر، وفي انتهاء عقد الإيجار. كما لا يحق لأحد الأطراف أن يجبر الآخر - مهما كانت صفته - القيام بأي شيء يخرج عن إرادته المطلقة¹، وهو ما تمّ انتهاجه عند التعاقد في الإيجار التجاري ، فرغم أن المشرع جاء بقاعدة وباستثناء في هذا المجال كما سنرى لاحقا ، إلا أنه اخضع الأمرين إلى إرادة الطرفين المتعاقدين² ، وهو ما يدلّ على تكريس مبدأ الحرية في التعاقد وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين تكريسا حقيقيا خاليا من أي تدخل للمشرع.

ذلك هو المسار الجديد الذي اتّخذه المشرع الجزائري في مجال الإيجار التجاري ، معيدا بذلك التقدير للحرية التعاقدية مع ترك الضمانات الضرورية لكل طرف في الخضوع للأحكام العامة. فلم يعد الأمر كما كان ، ولم يعد مجال للحديث عن تدخل المشرع في معاملات الأطراف ، ولا عن "عيمة العقد"³ *Publicisation du contrat* وهذا أمام إرادة

1 - خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في

إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، معهد

الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987، ص 29 .

2 - مقدم مبروك، المحل التجاري، دار هومة، الجزائر، 2007 ص 23.

3 - يقصد بهذه العبارة أن العقد الخاص الذي كان من قبل مقصورا على الإرادة الفردية

قد تدخلت فيه الإرادة العامة (إرادة الدولة خصوصا) ففقد جانبا من طابعه

الخاص، و" تعميم" بقدر ما فقد من ذلك الطابع، وتتحقق هذه العيمة بتدخل الدولة

في تغيير إرادة الأطراف حسبما تقتضيه المصلحة العامة. انظر: حليس لخضر،

الإرادة بين الحرية والتقييد، دراسة في نطاق القانون الخاص، مذكرة من اجل

المشرع في تكريس مبدأ حرية التعاقد على أصوله، وهي إرادة جاءت نتيجة رفض شامل من فئات المجتمع الجزائري لاسيما فئة المؤجرين الملاك.

إن هذا التوجه الجديد يدعونا للقول أن موقف المشرع من نظرية الملكية التجارية التي تأسس عليها نظام الإيجارات الخاص قد تغير، وأن المشرع قد أنكر ضمنا نظرية الملكية التجارية والأحكام التي تخضع لها، وتعود خلفيات هذا الموقف الجديد إلى عدة اعتبارات ، أهمها تفاقم النزاعات في مجال الإيجارات التجارية واكتضاض المحاكم بنوع متشابه من القضايا طرحت دائما نفس الإشكال المتمثل في الحق في إنهاء عقد الإيجار لسببين ؛ الأول انتهاء الأجل ، والثاني الحق في استرداد العقار المملوك لان الملكية حق مطلق .

من أجل ذلك وبالعودة إلى عرض الأسباب التي قُدمت في شأن تعديل القانون التجاري، نجد أن المشرع أصّر على إعادة الاعتبار للملكية العقارية، خاصة بعدما تعرّضت إلى إهدار كبير في ظل القانون القديم، إذ استوجب على المالك تقديم مبررات قانونية للتمتع بحقه في الانتفاع بعقاره رغم أنه حق مطلق، وأنّ تقدير تعويض الاستحقاق كبديل لممارسة حق الاسترجاع ، كان في الغالب تقديرا مفرطا في حق المؤجر ، فقد يكلفه

الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010/ 2011، ص 48 .

ثمن العقار ذاته أو أكثر وفي هذا إضرار كبير به وإثراء في حق المستأجر.

كما أن من الأسباب التي اعتمدها المشرع في تغيير الموقف وتبني مبدأ الحرية في التعاقد بما يحمله من تكريس لحق الملكية الفردية هو الركود الاقتصادي الذي عرفته البلاد في الآونة الأخيرة والذي يعود سببه إلى تخلي الملاك على إيرام عقود إيجار تحرمهم من ملكيتهم ، مما أثر سلبا على صيرورة الاقتصاد في مجال النشاط التجاري وعلى الحركة التجارية لاسيما في المعاملات بين الأفراد¹.

المطلب الثاني : تأثير الأحكام الجديدة على الأحكام السابقة.

تقتضي القواعد العامة لاسيما المادة الثانية من التقنين المدني الجزائري أن يكون الإلغاء، إما ضمنا أو صريحا، وهو الشيء الذي لم يحدث في مجال تأثير الأحكام الجديدة على الأحكام السابقة، فقد تباينت الآراء في الإجابة على هذا الموضوع، إذ هناك من يرى أن القانون الجديد قد ألغى الأحكام القديمة (الفرع الأول) وهناك من يرى أنه مجرد تعديل لنظام الإيجارات التجارية (الفرع الثاني)، في حين أن المشرع قد استعمل مصطلح الإتمام عند إدراجه للأحكام الجديدة (الفرع الثالث)، وهو ما سنتعرض إليه.

¹ - عرض أسباب قانون 02-05 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59، مرجع سابق،

الفرع الأول : التفسير بالإلغاء.

إن أول تفسير يظهر هو أن المشرع قد ألغى نظام الإيجارات التجارية برّمته، ولكنه إلغاء ضمني وليس صريحا طالما لا يوجد نص صريح على ذلك، ويعد ضمنيا على أساس أن القانون القديم لا يطبق أصلا في حال السكوت أو إذا تم الاتفاق على عدم تطبيقه. كما أن السبب في اعتباره كذلك هي تلك الأحكام الجديدة والمخالفة للسابقة والتي تتمثل في ضرورة تكريس الحرية التعاقدية، فالمستأجر أصبح ملزم بمغادرة الأمكنة عند انتهاء العقد خلافا للأحكام القديمة. وهو اتجاه سار فيه غالبية الكتاب في القانون¹ ، ونعتقد أنه هو الهدف الذي أراده المشرع ، ولكن لم يحسن تأديته عبر صياغته الملتوية للنصوص القانونية، حيث أن طريقة الإلغاء الضمني - إن افترضنا أنها إلغاء - شابها نوع من القصور أدت إلى إحداث تعارض واضح ، وهو ما سيتم تفصيله لاحقا.

يُستند في أن هدف المشرع من القانون الجديد كان إلغاءً للقانون القديم ، على المذكرة الإيضاحية أو عرض الأسباب الذي تبين من خلاله رفض المشرع المطلق للأحكام السابقة التي كانت تميل إلى محاباة المستأجر على حساب المؤجر، بتقريره لحقوق تتفاوت مع حقوق المؤجر والمتمثلة في حق التجديد وتعويض الاستحقاق، والى تسبب إقدامه على

¹ - انظر : عمر زودة " القاعدة التجارية بين البقاء والزوال على ضوء تعديل القانون التجاري (القانون 05-02) " ، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد I السنة 2005، الجزائر، ص 21 .

الخطوة الجديدة بضرورة مسايرة اقتصاد السوق ومتطلباته التي تعتمد على الحرية لا على التنظيم الجاف، الذي يعيق مواكبة العصر والتقدم الحضاري في مجال العقارات.

كما يُعتمد أيضا في تدعيم هذا الرأي على العدد الكبير والمتزايد في كل مرة للنزاعات التي تطرح على مستوى القضاء، والتي كانت تعبر عن رفضها المطلق للأحكام الخاصة بالإيجارات التجارية، وهو من الدوافع الأولى التي جعلت المشرع يختار المنحنى الجديد، ويعدل عن ذلك النظام للحد من هذه القضايا، فقد ذكرها كدافع قوي لضرورة الرجوع عما سارت فيه الجزائر خلال تطبيق الأمر 75-59، والذي برر آنذاك بمحاولة ضمان الاستقرار في المعاملات التجارية.

وعليه نستنتج أن القول بهذا التفسير القاضي بإلغاء الأحكام السابقة يعني أن تكريس مبدأ الحرية في التعاقد يكون خارج النظام الخاص للإيجارات التجارية حتى وإن تم الاتفاق على بعض من أحكامه، وهذا يعني أيضا أنه لا مجال لتطبيق أي حكم من تلك الأحكام، بل وقد تكون القواعد العامة في القانون المدني هي السيدة في التطبيق عند حدوث نزاعات في مسألة الإيجار التجاري.

إن هذا المآل للأحكام السابقة لا يمكن تقبله بهذه البساطة لأنه لا يعكس بصورة واضحة ما نصت عليه النصوص الجديدة بدليل أن هناك من الأسانيد ما يفند هذه النظرة، وأنّ على القاضي الاحتكام للقانون القديم، متى اقتضت الحاجة لذلك.

الفرع الثاني : التفسير بالتعديل .

رغم وضوح الحجج في اعتبار أحكام القانون الجديد جاءت لتلغي أحكام القانون القديم ضمناً ، إلا أنه وأمام غياب مادة في الأحكام الختامية تقضي بذلك¹ وأمام أسانيد أخرى، جعل المجال مفتوحاً أمام تفسير آخر قد يرد وهو أن قانون 05-02 جاء ليعدل الأمر 75-59 في أحكامه المتعلقة بطريقة التعاقد في الإيجار التجاري.

ويظهر هذا التفسير بكل بساطة في أن عقد الإيجار انتقل من كونه كان يخضع لنظام الإيجارات التجارية ومن قواعد النظام إلى ضرورة خضوعه لإرادة الأطراف والحرية في التعاقد، من دون أي قيود كضرورة التنبيه أو تعويض الاستحقاق أو مراجعة بدل الإيجار كل ثلاث سنوات أو تبرير التنبيه بالإخلاء... الخ ، إلا أن هذه الأمور تبقى ممكنة التطبيق متى اتفق على ذلك ، وعليه فإن طبيعة عقد الإيجار قد تغيرت وعدلت فكرة التجديد فيه من ضرورة وقوعها إلى إمكانية وقوعها عند الاتفاق.

والدليل الآخر أيضاً على أنه تعديل هو العنوان الذي اختاره المشرع لهذا القانون، حيث نصت المادة الأولى من قانون 05-02 على

- حيث نجد المادة 09 من القانون 05-02 قد نصت على المواد التي تم إلغاؤها بموجب هذا القانون، ولم يكن لأي مادة من المواد الخاضعة لنظام الإيجارات قد تم إلغاؤها بما فيها المادة 199 من الأمر 75-59 رغم التعارض الصارخ بينها وبين المادة 187 مكرر، فالأولى تنص على عدم إمكانية إسقاط الحق في التجديد، في حين تنص الثانية على إسقاط الحق في التجديد، وأن المستأجر لم يعد له الحق في التمسك به إلا بموجب الاتفاق.

أنه : " يعدل هذا القانون ويتم الأمر رقم 75-59... المتضمن القانون التجاري". فالمشرع اختار لفظ " يعدل " ليس سهوا وإنما قصدا لأنه لا يعقل أن تكون روح المادة التي تتضمن موقف المشرع الجزائي يقع فيها مثل هذه الأخطاء، خاصة وأن القاضي في نهاية المطاف لا بد أن يعود إليها في تأسيس موقفه المتخذ متى انصب على ذلك. وحتى إذا افترضنا أنه مجرد سهو، فلا يحق لنا إلا تفسير الأحكام الجديدة بالمعدلة ، لأن النص صريح ولا اجتهاد أمام نص.

لكن تجدر الإشارة إلى أن هذه الحجة تصبح ضعيفة في الاستناد إليها في التفسير بالتعديل لأن المشرع في الحقيقة لم يستعمل مصطلح " يعدل " في نص المادة الثالثة التي تضمنت تبني مبدأ الحرية التعاقدية، وإلزام المستأجر على مغادرة المكان من دون أن يستفيد من أي حقوق كان يتمتع بها في السابق، وهو ما يعقد الأمور أكثر، فلماذا نجده قد استعملها في المادة الأولى والثانية من القانون 05-02، في حين عندما وصل للمادة الثالثة اختار لفظا آخر ليغير به الموقف عما سبق تفسيره ، والمتمثل في لفظ " يتم " بما يعني أنه ليس إلغاء ولا تعديل.

إن هذا الدليل يدفعنا للقول أنه فعلا يحق للطرفين إمكانية الاتفاق على تطبيق الأحكام السابقة، وأن القاضي متى حدث ذلك ، عليه تفسير بنود العقد فيما إذا كانت تحيله إلى القانون القديم أو إلى الجديد¹.

¹ - كما أنه تفسير يجعلنا نثق في أن المشرع لم يُعدل عن تأسيسه لنظرية الملكية التجارية، وأن للمستأجر حق على عملائه متى تم الاتفاق على ذلك، وهذا التفسير

الفرع الثالث: التفسير بالإتمام.

إن قواعد التعديل تستدعي مجيء مادة تعدّل الأحكام التي كانت من قبل وليس هو الحال هنا بصورة مطلقة وإنما بصورة نسبية ، لأن كل من المادة الجديدة والقديمة ساريتا المفعول إلى حد ما، خاصة وأن إضافة المشرع لعبارة " إلا إذا اتفق على خلاف ذلك " في المادة 187 مكرر، وأمام إبقاء المشرع للنصوص القديمة ضمن الأمر 75- 59 أدى بنا إلى قراءة أخرى للوضع ، لاسيما وأنه احدث تعديلات كثيرة مستّت مجال الإيجارات التجارية في العديد من مواده ، وهو ما يثبت عدم إلغاء هذا المجال أو حتى تجميد العمل به وإلا فما الفائدة من تعديل أحكاما ملغاة . ومن بين هذه المواد المادة 169 حيث أضاف التعديل لمجال تطبيق الإيجارات التجارية الخاص " الحرفي والمؤسسة الحرفية " : كما عدّل المادة 170 منه أيضا ، حيث عوض "المؤسسة الاشتراكية بالمؤسسة العمومية الاقتصادية " تكييفا مع الإصلاحات الاقتصادية الجديدة . أضف إلى ذلك نجده أتمم المادة 190 المتعلقة بالإيجار بحكم جديد وأضاف " تقرير البطلان لطلب مراجعة الأجرة " ، إذا لم يتم فيه عرض المبلغ المراد طلبه أو عرضه. وهي كلها تعديلات وإضافات مست بشكل صريح ومباشر مجال الإيجارات وهو ما يدل انه مهتم لضبطه حتى لا يتعرض

يضع السياسة التشريعية في حرج طالما أنه يحجب الصورة من اتخاذ المشرع موقفا حازما وصريحا اتجاه نظرية الملكية التجارية.

القضاء إلى أي صعوبة في تطبيقه إذا ما كان أمام عقد احتار تطبيق تلك الأحكام.

و لهذا يمكن التفسير بأن المشرع سعى إلى إمكانية إدراج نظام التجديد القانوني في إطار التعاقد، ولا يمكن أن يكون له تطبيق إلا في ظله، إذ أصبح رهن إرادة الأطراف، وهو ما يفسر إبقاء المشرع على النصوص التي تنظم التجديد القانوني. والدليل على هذا القول أن المشرع نصّ في المادة الثالثة بالضبط (دون غيرها من المواد) من القانون 05-02 والتي تناولت الموقف الجديد من التعاقد في الأيجار التجاري على أنه : " يتم الأمر 75-59.. بمادتين 187 مكرر و187 مكرر 1 .. " وهنا لم يختر المشرع هذه العبارة صدفة أو سهوا وإنما قصدا ، فلم يستعمل كلمة " تعديل " كما هو الحال في المادة الثانية من القانون نفسه ، وهذا يعني أن المشرع أضاف أحكاما جديدة مبقيا على ما كان من قبل في إطار الاتفاق، فزاد عليها أحكاما أتمت القديمة من دون أن ننفي فكرة التعديل طبعا.

بهذا نقول أن القانون الجديد لم يبلغ القديم ، وإنما عدّله وأتمه، فأصبح في القانون الجزائري نظامين يخضع لهما عقد الإيجار بدلا من نظام واحد. والدليل على هذا القول أن المشرع سبق بموجب المادة 187 مكرر وعبر فقرتين منفصلتين عدم الأخذ بالأحكام القديمة، وفتح المجال للحرية التعاقدية كخيار أول في الفقرة الأولى، ثم بإمكانية الأخذ بأحكام أخرى بما فيها القديمة كخيار ثان في الفقرة الثانية ، وهنا نسجل سماح

المشرع للأطراف في تطبيق ما يشاءون من الأحكام بما فيها القانون القديم.

غير أنه يجب أن نسجل توجيه المشرع إلى خضوع إرادة الأطراف إلى تطبيق أحكام تدخل في إطار النظام العام متى اتجهت إلى الخيار الثاني أمر غير منطقي، حيث يجعل من النصوص القانونية الجزائية خالية من المواقف، فقط لأن تلك الأحكام كانت من المفترض محففة في حق أحد الأطراف، فلماذا الإبقاء على فرصة اللجوء إليها ؟

إن هذا الوضع يعبر على حيرة المشرع بين الإبقاء على نظام التجديد (الموروث على فرنسا) رغم المشاكل التي اعترته، وبين اختيار موقف مخالف تماما يطابق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بصورة واضحة وصريحة، والذي يفترض أن يكون هو الأصل.

بالإضافة إلى ما سبق نسجل إبقاء المشرع على النصوص القديمة قد سبب تناقضا بين نص المادة 187 مكرر القاضي بإلزامية مغادرة الأماكن، ونص المادة 199 من الأمر 59-75 القاضي بإسقاط أي اتفاق يقضي بإلزامية مغادرة الأماكن دون المطالبة بحق التجديد¹. وهو ما

¹ - تنص المادة على انه: « تلغى وتصبح عديمة المفعول مهما كان شكلها، والبنود والشروط والتسويات التي يكون من شأنها إسقاط الحق في تجديد الإيجار الذي أنشئ بموجب هذا الباب،... ».

جعل البعض¹ يرى بأن إلغاء النص الأخير يعد أمر ضروري منعا لأي تعارض، فقد أحدث خلاا أحال دون تحقيق الحرية التعاقدية على أكمل وجه ، حيث أن السماح بالاتفاق على إسقاط حق التجديد كبنء في العقد من جهة² ، والإبقاء على منع إسقاط حقه في تجديد الإيجار من جهة أخرى أمران متعارضان. وإن كان بالإمكان تفسير إلغاء الحكم الجديد للحكم القديم إلغاءً ضمنيا ، إلا أن الإبقاء على وجود كذا نص يجعل من كثرة النصوص غير المطبقة في القانون أمرا غير مستحبا، فلماذا لا يتم إلغاؤها صراحة إن لم يكن لها تطبيق³.

¹ -" L'abrogation de l'article 199 sus énoncé serait en outre indispensable " voir :

ETTAYEB (Mohamed El Habib), L'indemnité d'éviction en droit Algérien , Baux commerciaux , nouvelle édition , Dar El Gharb, Oran , Algérie , 2006 , p7.

² - في الحقيقة لا يحتاج عقد الإيجار حاليا لهذه الاتفاقات لأن المشرع استبعد تطبيق حق التجديد بمجرد السكوت، ولكن لا يمنع من حدوثها وهي الوضعية التي تثير الإشكال أمام نص آخر لا يزال حيز التطبيق ويمنع من الاتفاق على ذلك.

³ - قد يفسر إبقاء المشرع لهذه المادة بأنها وسيلة لحماية الملكية التجارية متى اتفق على تطبيق القانون القديم، كونها تمثل آلية قانونية قوية في تحقيق الحماية، وحينها لا يمكن للمتعاقدین التراجع عن ذلك. إلا أنه قول يقبل النقد على أساس أن الاتفاق على القانون القديم في العقد يغني بالضرورة الاتفاق على إسقاط الحق في التجديد، والتراجع عنه لا يمكن أن يتحقق مادام العقد قد ابرم وبدأ تنفيذه.

كان على المشرع التفطن لإلغاء هذه المادة من باب عدم التعارض معها، أو إضافة فيها ما يرفع التعارض، وذلك بزيادة عبارة " فيما عدا ما يتعلق بالعقود المبرمة استثناء عن المادة 187 مكرر، والعقود المبرمة في تاريخ سابق لقانون 05-02 " وهي صيغة لا يحق بموجبها للأطراف الاتفاق على إسقاط الحق في التجديد، إلا بالنسبة للعقود المبرمة بعد التعديل والتي لم يتم فيها اختيار القانون القديم، وهكذا يصبح هناك تناسق بين النصوص القانونية والأحكام التي تنظم عقد الإيجار التجاري.

وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام الجديدة لاسيما المادة 187 مكرر 1 أثارت إشكالات أخرى، حيث منحت للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق بصورة ضمنية ، رغم أن القانون الواجب التطبيق من النظام العام ولا يحق للأطراف اختياره . وتتبين مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق متى تعلق الأمر بالاتفاق على اختيار الخضوع لأحكام القانون القديم أو الجديد ، ومنه يطبق القديم متى تم اختيار تطبيقه، وهذا يستدعي التفكير في أن طريقة التعديل كانت غير صحيحة على أساس أن المشرع أبقى على نظامين مختلفين في قانون واحد ، وهو ما جعل كتاب القانون في الجزائر يختلفون في اعتبار قانون 05-02 بمثابة قانون معدل أو ملغي للأحكام السابقة.

ننتهي للقول بهذا القصد أن المشرع أراد أن يعطي لأحكام عقد الإيجار التجاري طبيعة قانونية خاصة ، وبالتالي طبيعة خاصة للمادتين 187 مكرر ومكرر 1 من (ت ت ج). وتفاديا لكل الإشكالات العملية

التي قد تطرح ، والتي تجعل من التعديل محل نقد من عدة جوانب كان لزاما على المشرع - متى كان هدفه هو الإلغاء الكلي لنظام الإيجارات التجارية - إلغاء عبارة " إلا إذا اتفق على خلاف ذلك " أو إلغاء كل الفصل الخاص بالإيجارات التجارية، ويخضع بذلك عقد الإيجار إلى القواعد العامة، وبهذا نتفادى الوقوع في كل أنواع الإشكالات القانونية السابقة ، ونكون بذلك أمام إلغاء تام وصريح¹.

أما إذا توجهت نية المشرع إلى تبني نظام مختلط، يمنح للمتعاقدين حرية الاختيار بين النظام السابق أو النظام الجديد ففي هذه الحالة يجب أن يكون النظام الجديد هو الاستثناء وليس النظام القديم، في حين أن المادة 187 مكرر جعلت من الأحكام الجديدة هي القاعدة ومن القديمة هي الاستثناء، وهذا غير منطقي متى اعتبرنا أن الأحكام القديمة غير ملغاة، وأن المادتين المضافتين مجرد إتمام لسابقتها. وعلى خلاف ذلك إذا كان قصد المشرع هو اعتبار الاتفاق قاعدة ونظام الإيجارات استثناء ، فكان لزاما عليه إضافة عبارة " إلا إذا اتفق على خلاف ذلك " في العديد من المواد ، وليس فقط بالنسبة لمسألتي التنبيه وتعويض الاستحقاق. كما يجب أن يضيف في مواد أخرى باتت متناقضة مع التعديل عبارة " فيما يتعلق بالعقود المبرمة استثناء عن المادة 187 مكرر، وكذا العقود التي سبقت قانون 02-05 " ².

¹- ETTAYEB (Mohamed El Habib) , Op.Cit , p. 6.

²- Ibid , p .7.

نستنتج أن توجه المشرع عبر عرض الأسباب كان هو إلغاء نظام التجديد برمته، غير أنه سعى إلى ذلك عن طريق آليات التعديل والإتمام، مما يدعونا للقول أن هذا الوضع أثر في معرفة موقفه الصريح من عدة مسائل ، وفي إحداث إشكالات قانونية عند تطبيق الأحكام الجديدة.

المطلب الثالث: أبعاد الاستثناء الوارد على إلزامية الإخلاء في ظل الحرية التعاقدية.

تنص المادة 187 مكرر على إمكانية اتفاق الأطراف على ما يشاءون من أحكام ، بما فيها تطبيق نظام التجديد السابق، وبهذا فالمادة تتضمن قاعدة مرنة لها ما يبررها ، إلا أنها ستصبح قاعدة مكملة مهجورة من قبل مطبقها نظرا لاستحالة تطبيقها، فأين هو المؤجر الذي سيتفق على غل نفسه بنفسه ؟ وأين هي الحالة أو الوضعية الاقتصادية التي قد تدفعه لذلك؟ فما هو السبب الذي جعل المشرع يفتح الفرصة لتطبيق القانون القديم بإضافة عبارة " إلا إذا اتفق على خلاف ذلك " ، وهو يدرك أنها لا تفيد مستعملها ؟

إن هذا التساؤل يدفعنا للبحث عن أبعاد المشرع من إدراج هذا النوع من الرخص، لاسيما وأنه باب قد يحدث إشكالات قانونية عند التطبيق. وبحثا عن المغزى من عدم إلغاء كل النصوص التي تتعلق بنظام الإجراءات التجارية بصورة نهائية وجدنا أنه قد يكون لعدة أسباب نفترضها فيما يلي:

- إما من أجل منح المستأجر فرصة الحفاظ على ملكيته التجارية متى أمكن ذلك، وهو أمر شبه مستحيل لأن مركز المؤجر في عقد الإيجار أقوى من مركز المستأجر، ولن يتمكن أبدا من التوصل إلى ذلك النوع من الاتفاق، فحماية الملكية التجارية وفقا لمنظريها، لن تتم إلا بتدخل المشرع بقواعد أمره.

- وإما أن تردد المشرع من الإلغاء النهائي لنظام التجديد من المنظومة التشريعية يعد إحتراز سياسي من أي احتجاج قد يقع من طبقة التجار، وهو الآخر أمر يقل تصوّره ، لأن الملكية التجارية ليست بحق من الحقوق التي اعترفت بها المبادئ العامة، بل هي حق استثنائي خاص بالمجتمع الفرنسي بداية ونهاية ترتب عنه نظام التجديد القانوني ، والدليل على ذلك أن أغلب التشريعات قد عدلت عن الأخذ بهذا النظام سواء في المجال التجاري أو المدني¹ ، ناهيك

¹ - بالنسبة للتشريع المصري كانت مصر أولى الدول التي سجلت التراجع عن قاعدة التجديد القانوني وذلك بموجب قانون رقم 4 لسنة 1996 بإلغائه للمادة المتضمنة الحق في البقاء. وقد تم إحداث التغيير بفضل إنشاء المحكمة الدستورية العليا التي أوجدت خلا خطيرا في مفهوم الملكية الخاصة للعقارات المؤجرة فتوالت أحكامها التي تفتضي بعدم دستورية معظم مواد قوانين الإيجار التي خرجت عن المفاهيم العادلة ومثلت اعتداء وافتئاتا على الملكية الخاصة المصونة بأحكام الدستور". محمد إبراهيم شهبك، طبيعة حق المستأجر وأثره في النزول عن الإيجار والإيجار من الباطن " دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2005، ص 13.

عن التشريعات الأخرى التي لم تعرفه أصلاً كألمانيا، وإيطاليا. ولكن لا يمنع من أن تكون فرضية يحتمل أن يعول عليها المشرع.

- وإما لأن هدف المشرع من ذلك، يكمن في ترك مجالاً لخطوة مستقبلية أخيرة يوقع بها على الرفع النهائي لأحكام التجديد القانوني، وهذا المجال الزمني الفاصل هو بمثابة فرصة للممارسة الميدانية من رجال القضاء والقانون على حد سواء ليعرضوا ملاحظاتهم وردود أفعالهم، والتي على أساسها يشرع للخطوة النهائية المتمثلة في الإلغاء الصريح.

إن موقف المشرع في إمكانية الاتفاق على تطبيق القانون القديم وعدم إلغائه يدفعنا لقراءات مختلفة، إذ يمكن النظر إلى الإبقاء على هذه الأحكام من الناحية الإيجابية أنها ستكون صالحة الاستعمال قد تتفعل مع إرادة الطرفين وتكون كسلاح احتياطي يُحتكم إليه متى اضطررنا إلى

وقد سار القانون الأردني هذا المنحى وذلك بموجب القانون رقم 30 لسنة 2000 المعدل لقانون المالكين والمستأجرين. مالك عقلة سليم البطارسة، الامتداد القانوني لمدة عقد الأيجار، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2007، ص 202. ومن بعده كان الدور للقانون السوري وذلك بموجب قانون رقم 6 لسنة 2001 المؤرخ في 15 / 2 / 2001، حيث أخضعت الإيجارات المدنية لحرية التعاقد بموجب المادة 2/2 منه فأخرجت قاعدة التمديد الحكمي خارج النظام العام وللمالك استرجاع ملكه بإتباع الطرائق القانونية التي نص عليها هذا القانون.

ذلك، وهي حالة ممكنة الوقوع متى كان عرض العقارات أكثر من الطلب وهنا يجد المستأجر نفسه في مركز قوي، فيشترط على المؤجر تطبيق القانون القديم القاضي بحق التجديد، وما عليه حينها إلى الرضوخ للواقع المحتم عليه بدلا أن يبقى على العقار من دون إيجار. وفي هذه الوضعية نكون قد فسّرنا موقف المشرع بالحريص، وبأنه استباق لحلول قد تطرح مشاكلها لاحقا طالما انه يضمن إيجاد الحلول لكل المواقف، التي يمكن أن تحدث، ولو بصورة ضيقة جدا. وذلك لأن مجال العقارات هو من المجالات التي لا تخضع بالصورة المطلقة لقانون العرض والطلب، فقط لأن ثمنها يكون مستقرا أو في تزايد وليس العكس، بمعنى أن هامش الخسارة فيه غير متصور إلى حد كبير.

ورغم ذلك يبقى تدني ثمن العقارات فرصة يمكن حدوثها إذا ما كنا أمام قوة قاهرة، وهو ما حدث فعلا في حادثة زلزال 21 ماي 2003 ببومرداس - الجزائر - عندما نزلت قيمة العقارات إلى أدنى مستوياتها ولكن لمدة معينة وقصيرة، حيث سرعان ما صعدت إلى ثمنها المعتاد بل وإلى ذروتها واستقرت فيه. غير أن اغتنام مثل هذه الفرصة الضيقة لا يجب أن تكون من ضمن حسابات المشرع عند سن القوانين لأنها وببساطة ستفسر بالفرص الانتهازية، وهذا يتنافى وتحقيق العدالة، فإما أن يعترف للمستأجر بالحق وينظمه، أو لا يعترف له به ولا يجعل منه زرا احتياطيا في يد المستأجر يضغط عليه متى حلت الفرصة.

وأخيرا يمكن أن نقرأ أيضا موقف المشرع بغير الحاسم والمتذبذب، إذ جعل من النصوص التشريعية الجزائرية خالية من المواقف، فكأن المشرع هنا محتار بين الإبقاء على النظام الفرنسي وبين اختيار الموقف الخاص بالعقد شريعة المتعاقدين. وإن ترك الخيار للمتعاقدين عقّد من الأمور أكثر، فهل يعني أن نظرية الملكية التجارية تطبق متى أراد المستأجر والمؤجر ذلك؟ وإن كان الأمر كذلك ألا يمكن أن نقول أن المشرع الجزائري إذن لا يزال يعترف بهذه النظرية في إطار التعاقد، وهو اعتراف ملتويا في حق المستأجر، فإما أن يتمتع بهذا الحق أو لا يتمتع به.

كل هذه القراءات لها زوايا نظر مشتركة تتمثل في الموقف غير الحاسم للمشرع وما نأمله هو إعمال هذا الأخير على توضيحها مستقبلا ضمن نصوص قانونية معدلة ونهائية، ويصبح بذلك التعديل مجرد مرحلة انتقالية وخطوة نحو الأمام في ضبط النصوص وتحديد الموقف بصورة نهائية، خاصة أمام التناقضات التي اعترتها النصوص في نفس القانون، لاسيما في مجال تطبيق مبدأ حرية التعاقد.

مما تقدم نلاحظ أنه رغم انتهاج المشرع لمبدأ الحرية في التعاقد كاختيار سليم، إلا أن آلية الأخذ به وطريقة تكريسه أحدثت أثارا هامة على المستوى القانوني، وما نتج عنه من تعارض فيما بين النصوص، وكذلك على مستوى الواقع الذي خلفه هذا التعديل، فبصدور قانون 05-02 والذي أتم الأمر 75-59 أصبح الواقع التجاري يضم فئتين من المستأجرين؛ فئة محظوظة تتمتع بحق التجديد سواء في إطار إبرامها

للعقود قبل مجيء القانون المعدل، أو بعده إذا ما تم الاتفاق على تطبيق الأحكام السابقة. كما تبقى تتمتع بهذا الحق حتى بالنسبة للمستقبل طالما أن العقد يبقى خاضعا للأمر 75-59، وأن التعديل لم يوقف العمل به، ولم يضع أي أجل لإنهاء ذلك النوع من العقود¹، كما فعل في الأيجار المدني، أين وضع أجلا نهائيا يتوقف فيه العمل بحق البقاء الذي تضمنه القانون القديم.

أما الفئة الأخرى فتكون أقل حظا، بل ومجحفاً في حقها على أساس عدم تحصلها على هذا النوع من الحقوق، والعكس صحيح بالنسبة لفئة المؤجرين.

نخلص للقول أن من الناحية القانونية يعد مبدأ الحرية في التعاقد الحل الأمثل رغم كل الإشكالات القانونية التي طرحت والتي قد تطرح عند التطبيق، فهو الخيار الذي ناد به ولا يزال ينادي به رجال القانون في فرنسا، البلد الذي ولد فيه نظام التجديد وتكرست فيه نظرية الملكية

¹ - وان كان هذا المنحنى التشريعي يكرس تطبيق مبدأ ثابت ومقرر في اغلب القوانين، وهو أن التصرفات القانونية يسري عليها القانون المطبق وقت إبرامها، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من أن يجعل المشرع للقانون الجديد أثرا فوريا ومباشرا على كل عقود الأيجار من حيث استمرارها مستقبلا وهذا بمنح فترة انتقالية معقولة بالنسبة لكل عقود الأيجار المبرمة قبل صدور القانون الجديد وهذا مراعاة لمصلحة الطرفين في وقت واحد.

التجارية بكل ما تحمله من مبادئ¹ ، وهو دليل على نيل الأحكام التي تضمنها نظام الإيجارات التجارية في ظلها.

لكن ورغم إدراك عامة الشرائح الممارسة للإيجار التجاري بالتغيير الجديد الحاصل في القانون الجزائري، إلا أن التعامل معه بالطريقة الصحيحة والتي تضمن حقوق كل طرف في العقد قد يشكل نزاعات بسبب أشكال الاتفاق التي يمكن للمتعاقدين اختيارها ولا يدركان عواقبها وهو ما سنراه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: أشكال الاتفاق على التجديد.

¹ - لم يكن نظام الإيجارات التجارية الخاص في فرنسا مرحبا به إلى اليوم، بل وأن القضاء أصبح ينحاز إلى هذا الفكر، ففي كل مرة تطرح قضية البنود التي يبرمها الطرفين في العقد ويكون القانون لها منظما ومغيرا تتعالى الأصوات لإلغائه وتطبيق مبدأ الحرية التعاقدية على أكمل وجه، وهو ما حدث في قرار محكمة الاستئناف الفرنسية التي قضت بضرورة تطبيق بنود العقد في مجال مراجعة الإيجار رغم أن القانون يحدد أجرة المراجعة والتسييب الذي قدمته المحكمة لتبني هذا الموقف هو أن النصوص القانونية في هذا المجال مكملة وليست من النظام العام ولهذا وجب الأخذ ببنود العقد.

- Voir : Cour de cassation, 3ème ,Civ. 10 mars 2004, "Loyer de renouvellement du bail commercial , une liberté contractuelle illimitée ", Note de WERTHE TALON (Sevirine), Recueil DALLOZ. 2 septembre 2004, N° 30 ,P 2222.

ويقول " تالون " TALON في شأن هذا القرار أن الفكر والقضاء الفرنسي يتجه نحو الحرية التعاقدية وتوسيعها على نظام الإيجارات بكل ما يحتويه من أحكام.

إن إحالة عقد الإيجار لحرية التعاقد قد يتخذ عدة أشكال، فقد يتفقوا على تجديد العقد، أو على ضرورة التنبيه بالإخلاء دون تجديد، أو على تعويض الاستحقاق مع تحديد طريقة حرة في تقديره...، إلى آخره من الاتفاقات، وإن ذلك يثير إشكالا في اختيار القانون الواجب التطبيق متى كانت بنود العقد غير مفسرة بالشكل اللازم، فيكون القاضي أمام معطيات تتراوح بين إمكانية تطبيق القانون التجاري أو القانون المدني.

و أمام غياب القضايا من الواقع بسبب حداثة التعديل، سنعرض المسائل القانونية التي تطرح إشكالات عند التطبيق، و باختلاف الرؤى في إيجاد حل لها، نحاول تقريب زوايا النظر فيها لما هو قانوني، مع تقديم تبريرا للحلول التي نسعى أن تكون سليمة، وذلك بالتطرق لحالة السكوت أو الاتفاق على عدم التجديد (المطلب الأول) ، ثم الاتفاق على التجديد (المطلب الثاني) ، وأخيرا مختلف الأشكال الأخرى من الاتفاقات (المطلب الثالث).

المطلب الأول : السكوت أو الاتفاق على عدم التجديد.

أصبح يترتب على بقاء المستأجر بالعين المؤجرة عند انقضاء مدة الإيجار دون رضا المؤجر كالحائز دون سند، حيث يجوز إلزامه بالإخلاء والحكم عليه بالطرد ولو بالقوة العمومية، طالما العقد مبرم في شكل رسمي ، وهي آثار تترتب متى لم يكن هناك أي بند ينتهي به العقد، وذلك في حالة السكوت أو وجود بند صريح على عدم التجديد، ولا يتشكل أي

إشكال قانوني عند التطبيق يتعارض وحق المستأجر في التجديد لأنه لم يعد له مكان في القانون الجزائري .

ويستند القاضي في ذلك على نص المادة 187 / 2 مكرر من التعديل التي تنص على إلزامية مغادرة الأماكن والتي تتضمن حكما صريحا بانتهاء عقد الإيجار دون القيام بأي إجراء قانوني، ويترتب على حق استرجاع المؤجر لعقاره بهذه الكيفية الجديدة أن المستأجر يصبح غاصبا للعين المؤجرة وحائز لها بدون سند، وليس له أبدا أن يحتج بحقه على عملائه وبأنه صاحب ملكية تجارية.

ويكون للمؤجر في غير حاجة لاستصدار حكم قضائي لإلزام المستأجر بإخلاء العين المؤجرة على أساس أن عقود الإيجار الرسمية المحررة من الموثقون تحوز قوة الشيء المقضي فيه، ويكون القضاء الاستعجالي مختصا قانونا بالاستجابة لدعوى الإخلاء، إذا ما أقامها المؤجر ضد المستأجر، وفضلا عن ذلك يمكن للمؤجر مقاضاة المتخلف عن تنفيذ التزامه برد العين المؤجرة بانقضاء مدة الإيجار للمطالبة بالتعويض عن المدة التي بقي فيها المستأجر بعد انقضاء مدة العقد.

من خلال التعديل فإن عقد الإيجار لا بد أن يخضع لشروط يتمكن من خلالها ممارسة المؤجر لحقه في الاسترجاع على أساس إلزامية مغادرة الأمكنة عند حلول الأجل ، فحق المؤجر في ملكيته العقارية وإن أصبح محررا من قيود الملكية التجارية، إلا أنه يخضع لشروط قانونية ، نصت عليها المادة 187 مكرر من هذا القانون ، ويتمثل هذه الشروط في:

- أن يكون عقد إيجار قد أبرم بعد تاريخ 9 فيفري 2005 تاريخ نشر القانون 02-05 وتاريخ تطبيقه.

- أن يكون عقد الإيجار قد تم في الشكل الرسمي، وإن كان من الناحية العملية، وحتى قبل صدور نص المادة 187 مكرر لم يعد يعمل بغير العقود الرسمية طالما أن إدارة السجل التجاري لم تعد تقبل غير العقود الرسمية للقيود في السجل التجاري.

- أن يكون عقد الإيجار محدد المدة، ولم يضع المشرع الحد الأدنى والأقصى للمدة.

- أن يحل أجل انقضاء الإيجار، فلا يحق للمؤجر طبقاً للقواعد العامة أن يتعرض للمستأجر في الانتفاع بالعين لأنه ملتزم بعدم التعرض، إلا إذا أخل المستأجر بالتزاماته وهنا يحق له الفسخ .

- أن لا يكون عقد الإيجار التجاري قد تضمن بندا يشير إلى إجراءات معينة ينتهي بها العقد.

تلك هي الأحكام التي تطبق متى سكت الأطراف عن اختيار طريقة إنهاء العقد أو إذا اتفقوا على عدم التجديد، فالوضعيتين سيان أمام القانون لأن كل منهما تسعى إلى إسقاط حق التجديد، الأولى بموجب القانون والثانية بموجب الاتفاق.

المطلب الثاني: الاتفاق على التجديد.

من الأعراف التي تحدث في الإيجارات التجارية هو سعي الطرفين إلى التجديد كبنود يوضع في العقد من أجل ضمان المعاملات

التجارية من كلا الطرفين، وبموجب القانون الجديد يمكن أن نتصور الاتفاق على التجديد في ثلاث صور؛ إما التجديد في إطار الإجراءات التجارية بكل ما يحتويه من قواعد وشروط وإجراءات أي يتم اختيار تطبيق نظام التجديد وفقا للأمر 75-59 برؤيته، أو اختيار التجديد مع إحدى الأحكام الخاضعة لهذا الأخير دون الأخرى، أو اختيار أحكام جديدة غير واردة أصلا في النظام القديم وفي كل هذه الحالات نكون أمام ضرورة تفسير بنود العقد طبقا للقواعد العامة.

غير انه قد يكون تعبير التجديد غير مفسر بمعنى انه وفي حالة التنصيص بالعقد على حق المستأجر في تجديد العقد وتمسكه في المطالبة به، إلا أنه إذا حصل وأن رفض المؤجر التجديد فإن الإشكال يطرح، وهو هل نلجأ مباشرة إلى المطالبة بالتعويض عن عدم تنفيذ بنود العقد وإلزام المؤجر بالتجديد؟ أم أن المؤجر ملزم بتوجيه التنبيه بالإخلاء مع عرض تعويض الإستحقاق؟ وكيف للقاضي أن يفسر إرادة الطرفين متى تضمنت عبارة " مع الاتفاق على التجديد " كبنود في العقد؟

يتوجب على القاضي تفسير هذا البند في العقد طبقا للقانون، والتفسير قد يتخذ شكلان مختلفان تماما وهو الإشكال القانوني الذي يعتريه نص المادة 187 / 2 من (ت ت ج) خاصة في عبارة " إلا اتفق على خلاف ذلك "، فألية التجديد متى لم يحدد نمطها تأخذنا إما إلى تطبيق القانون القديم أو قواعد القانون المدني الخاصة بهذا الموضوع .

بالعودة إلى نص المادة 107 من (ت م ج) نجدها تعطينا وضعيتين مختلفتين فهي تنص انه:-

« يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام». وهذا قد يفسر أن حق التجديد المقصود في العقد هو ما هو موجود في القانون وفقا للعبارة المسطرة، والقانون هنا يختلف بين القانون التجاري والقانون المدني.

إن وجود شرط تعاقدى صريح في عقد الإيجار يكرس بأن للمستأجر الحق في التجديد، وحتى يقضى له به، عليه أن يدفع بهذا الشرط وما يترتب عليه من حقوق متقدما بطلب التجديد، ومتفاديا بذلك قيام المؤجر بطلب الإخلاء، وهنا على القاضي بأن يعمل بالشرط التعاقدى ويقضى للمستأجر بالبقاء في المحل المستأجر طبقا للمادة 107 من (ت م ج) المذكورة أعلاه.

ويقدم البعض¹ حلا قانونيا مخالفا تماما يقضي مبدئيا بتطبيق الأمر 59-75 عملا بالتفسير المتضمن ضرورة الخضوع الكلي لنظام الإيجارات، فليس للقاضي إذا ما ورد في العقد شرط بالتجديد فقط دون أي تفسير له، أن يجتنب تطبيق نظام الإيجارات الخاص لاسيما قاعدة

¹ - ديدان بوعزة، الإيجارات التجارية بين التعاقد والنظام، مجلة دراسات قانونية، مجلة سداسية، العدد الرابع، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007، ص 80.

تعويض الإستحقاق، لأن التجديد هنا لا يمكن أن يحمل أي تفسير غير الوارد في القانون التجاري.

ومردّ هذا القول أنه في حالة مخالفة شروط العقد وعدم وضوح الاتفاق فيها ، يجب إعطاء الأولوية والإلزامية للقواعد الأمرة المتمثلة هنا في قواعد التجديد حسب نظام الإجراءات التجارية، رغم أن إخضاع الأطراف إلى هذا النظام بصفة أمرية يعد إجحاف في حقهم ، لاسيما المؤجر، باعتبار أن ذلك إرغام على إتباع قواعد ذات نظام عام وأمر، والتي لا يحق لهم مناقشتها متى تم اختيار جزء منها ، ذلك أن الخضوع لقاعدة التجديد يكون كاملا وليس جزئيا.

ويستند آخرون¹ من أصحاب هذه النظرة إلى إلزامية تطبيق القانون التجاري والحجة المقدمة في هذا الصدد تعود إلى أن طبيعة العقد محل الحق هو " عقد تجاري، وفي هذه الحالة إذا رفض المؤجر التجديد رغم التنصيص عليه في بنود العقد فإنه يكون ملزما بتوجيه تنبيه بالإخلاء مع عرض تعويض استحقاق، بمعنى آخر ملزم بتطبيق المادة 173 و176 من القانون التجاري"².

¹ - مقدم مبروك، الإشكالات القانونية للمعاملات العقارية المتعلقة بالإيجار التجاري في ظل التعديل الجديد بموجب القانون رقم 02/05 المعدل والمتمم للأمر 59/57 المتضمن القانون التجاري، نشرة القضاة، عدد 59، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2006، ص 150.

² - مرجع سابق، ص 150.

غير أن هناك وجهة نظر أخرى مختلفة تغلب فيها النية الحسنة لأحد الأطراف تطبيقاً للمادة 107 من (ت م ج) القاضية بأنه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية " ، وهي فكرة تجد مستقرها انطلاقاً من التفسير القاضي بالتطبيق الجزئي لأحكام الإيجارات التجارية، وأن نية المؤجر في قبول التجديد انصرفت واقتصرت على التجديد دون الأحكام الأخرى ، فمن ذا الذي يريد أن يسقط على نفسه جملة من الشروط هو في غنى عنها، وأي من المؤجرين الذي يقبل أن يقيد نفسه بأحكام معقدة ومجحفة بحقه تؤدي به إلى تضييع حقه في الاسترجاع. وفي الحقيقة هو الرأي الأكثر احتمالاً ، خاصة إذا انطلقنا من تفسير عبارة " إلا إذا اتفق على خلاف ذلك " بالعبارة العقيمة التي لن يتم العمل بها أبداً، ويصعب التصديق بتطبيقها ، إذا ما أحالت التجديد للقانون القديم.

إن كل هذه الحجج المدعمة لتطبيق القانون المدني وأخرى المدعمة لتطبيق القانون التجاري ستكون لا محالة مجال لنزاعات قضائية مستقبلية وأن ترجيح رأي عن الآخر ليس بالأمر السهل وما على القاضي حينها إلا اللجوء إلى المنطق القاضي بأن المشرع وإن سعى إلى تعديل وإتمام الأمر 75 - 59، إلا أنه تراجع عن فكرة الدفاع عن حق المستأجر متى كانت سبباً مباشراً في الإضرار بحق المؤجر المطلق في استرجاع ملكيته.

المطلب الثالث : الاتفاق على أحكام أخرى.

يمكن للأطراف أن يتفقوا على أحكام أخرى كتعويض الاستحقاق، أو كالتبئيه بالإخلاء ، فكيف للقاضي أن يحكم في ظل هذه الاتفاقات التي يتقاسم فيها الحكم نصوص القانون المدني ونصوص القانون التجاري ؟ وهل يجب على القاضي الاستعانة بالأحكام الأخرى الموجودة في نظام التجديد في غياب أحكام مفسرة في بنود العقد؟ من خلال الاعتماد على المسائل المفترضة ، وفي غياب القضايا من هذا النوع بسبب حداثة القانون ، سنحاول الإجابة بشيء من التفصيل ، وذلك من خلال ثلاثة فروع.

الفرع الأول : الاتفاق على التبئيه بالإخلاء.

متى ورد في العقد بند التبئيه بالإخلاء كشرط لإنهاء العقد، فإنه لا يحق للقاضي أن يحكم بانقضائه طالما لم يحترم هذا الإجراء. وتطرح هذه القضية عدة مسائل بالنسبة للقاضي في تطبيق النصوص القانونية التي تنظم التبئيه فبماذا يجب أن يحتكم إليه القاضي، وأي شكل للتبئيه يجب اتخاذه في ظل العقود المبرمة بعد 2005 كتاريخ التعديل ؟ وعندما تتجه إرادة الأطراف إلى إدراج تبئيهها دون الاتفاق على الآثار الواردة في نظام الإيجارات التجارية من تعويض الاستحقاق ، فهل يعني هذا الإجراء أن إرادة الأطراف اتجهت إلى تطبيق القواعد العامة في التبئيه ، وما هي الإجراءات التي يجب أن يخضع إليها ؟

تقتضي الفرضية الأولى القول بأنه متى اتفق على التبئيه بالإخلاء وفقا للقانون القديم وبصورة صريحة يجب أن يتخذ شكله

وشروطه كلية¹ ، وأن الخضوع يكون بصورة كلية ، فيلتزم المؤجر بدفع التعويض في حالة الرفض عند إصدار التنبيه.

أما الفرضية الثانية فهي عندما تتجه إرادة الأطراف إلى إدراج تنبيهها دون أي تفسير، فهل يحق للمستأجر التمسك بطلب إبطال التنبيه بالإخلاء الموجه له على أساس نص المادة 173 / 1 من (ت ت ج) إذا لم يحترم المؤجر مدة الستة أشهر، وعلى أساس المادة 173 / 5 إذا لم يتم احترام الشكل القانوني من ضرورة إدراج مضمون المادة 194؟ وهل يحق له أن يطعن فيه إذا لم يكن مسببا، مع العلم أن الطرفين لم يتفقا على بقية الأحكام الخاصة من حق في التجديد وحق في التعويض، بل دار الاتفاق على التنبيه لوحده؟

في إطار الإجابة على هذه الإشكالات يتضمن التنبيه مسائل يستدعي التوقف عندها، حيث أن :

- شرط المدة هو من القواعد الإجرائية التي تحمي المستأجر من مباغتته بانتهاء عقد الإيجار، ولكي يهيئ نفسه بالبحث عن محل جديد لينقل إليه تجارته ويخطر زبائنه للعنوان الجديد ، وعليه فإن المدة شرط يجب احترامه. وبذلك يشكل نص المادة 173 قاعدة مفسرة لإرادة

¹ - يعرف التنبيه بأنه عبارة عن عقد غير رضائي يوجهه المؤجر إلى المستأجر عن طريق محضر قضائي يعبر له فيه عن نيته في رفض التجديد مقابل عرض تعويض الإخلاء. انظر: محمود قباص، "التنبيه بالإخلاء والإيجارات التجارية"، المجلة القضائية، المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، العدد الأول، 1993، ص 253.

الأطراف بأنهم قصدوا احترام مدة الستة أشهر، وهو ما يجعل دفع المستأجر جدّي يمكن للقاضي أن يعمل به، وبالتالي يطبق نص المادة 01/ 173 ويقضي به ، إذا لم يحدد الأطراف في العقد المدة التي يجب أن يرسل فيها التنبيه بالإخلاء.

- كما أن المادة 01/ 173 في ظل الأمر 59/75 كانت تشكل قاعدة أمره من النظام العام يثيرها القاضي من تلقاء نفسه في حالة عدم احترام المؤجر لمدة ستة أشهر، غير أنه في ظل تعديل 05-02 وسريان المادة 187 مكرر، أصبحت قاعدة مكملة يستأنس بها القاضي لتفسير وتطبيق الشرط التعاقدى المكرس للالتزامات التعاقدية، وعليه فالقاضي لا يجوز له إثارته من تلقاء نفسه، إلا إذا تمسك به المستأجر لتفسير الشرط التعاقدى بتوجيه التنبيه بالإخلاء، وبأنه يجب أن يحترم مدة ستة أشهر.

- أما في حالة اتفاق الأطراف على توجيه تنبيه بالإخلاء في مدة أقل من ستة أشهر، فإن للقاضي أن يأخذ بالشرط التعاقدى الصريح طبقاً للقواعد العامة، ولا يطبق نص المادة 01/173 فيما يخص المدة حتى ولو دفع بها المستأجر، فهنا نطبق ما اتفق عليه طالما كان صريحاً.

- أما فيما يخص مشتملات التنبيه ، فيمكن القول أن هذه القاعدة الإجرائية كانت من النظام العام في ظل الأمر 59/75 ، وتبقى قاعدة إجرائية صالحة للتطبيق في ظل القانون 05-02 وذلك في حالة اتفاق الأطراف على توجيه تنبيه بالإخلاء من أجل إنهاء عقد الإيجار المبرم في ظل هذا القانون ، دون تحديد شكله وطريقة توجيهه في العقد وتكون بمثابة قاعدة مفسرة لإرادة الأطراف.

تجدر الإشارة أن المشرع في المادة 187 مكرر ترك الحرية الكاملة للأطراف في اشتراط ما يتفقون عليه ، فإذا اتفقوا صراحة على توجيه التنبيه عن طريق رسالة مضمنة الوصول أو بأي شكل آخر، فإن القاضي يتقيد بالشرط التعاقدي الصريح، ولا يجوز له الانحراف عنه إذا أثبت له المؤجر أنه قام بتوجيه التنبيه طبقا لما اتفق عليه ، وحينها لا يحكم بتطبيق المادة 05/173، ولا بذكر المادة 194 في التنبيه بالإخلاء حتى ولو دفع بذلك المستأجر، لأن القاضي ملزم بتطبيق الشرط الصريح في العقد الرسمي، ولا يجوز له الانحراف عنه أو تأويله بما يخالف ذلك طبقا للمادة 1/111 من (ت م ج)¹.

تعد هذه الأسس محل نقاش، ونعتقد أن لهذه الآراء ما يخالفها على أساس أن التنبيه بالإخلاء له شروطه لابد أن تتحقق ومسعى لابد أن يكتمل، فهي قاعدة إجرائية تصبح إلزامية متى كانت مدة العقد سنتين فأكثر وهي مدة إنشاء القاعدة التجارية وتكوين الملكية التجارية ، فكيف السبيل إلى تطبيقه إذا لم يتحقق ذلك، وكيف نطبق الشرط التعاقدي وفقا لنظام الإجراءات بمجرد النص على التنبيه وهو لم يستوف الغرض الذي من اجله نظمه المشرع ؟

¹ - تنص المادة 111 من (ت م ج) على انه : « إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تحويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين . أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، ... ».

فماذا لو كنا أمام عقد دون سنتين واتفق الأطراف على التنبيه بالإخلاء وفقا للمادة 173 هل يمكن أن نطبقه ؟ طبعا يستحيل على القاضي الحكم به، ولا بتطبيق المادة 111 من (ت م ج) فقط لأن المادة 173 تخص نظام التجديد في ظل حماية الملكية التجارية التي تستوجب تحققها وإذا كانت المادة 187 مكرر تحيل لإرادة الأطراف فإن نفس المادة تمنع القاضي من تطبيق ذلك بدافع أنها تخص العقود التي كانت تستوجب إجراءات التنبيه وتعويض الاستحقاق.

نفس الشأن ينطبق بالنسبة لمدة توجيه التنبيه وكل ما يتعلق به من شروط ، فدور التنبيه بالإخلاء في الإيجار التجاري لا يمثل مجرد إجراء فحسب، وإنما هو وسيلة من وسائل حماية الملكية التجارية عند تكوين القاعدة التجارية ، والعلاقة بين كل هذه المفاهيم وطيدة تتمثل في كونه حلقة من سلسلة الحلقات التي تنظم هذه المسألة ، ولا يمكن أن نستعمل التنبيه دون بقية مشتملاته وشروطه ، لأنها تمثل جزء من نظام قائم بحد ذاته.

الفرع الثاني : الاتفاق بشأن تعويض الاستحقاق.

في ظل القانون 05-02 ، يحق للأطراف أن يتفقوا صراحة في عقد الإيجار على دفع التعويض لإنهاء العقد ، وهذا قد يطرح المسائل التالية:

- المسألة الأولى : في حالة الاتفاق على تعويض استحقاق، هل يطبق القاضي مضمون المادة 176 من (ت ت ج) رغم أن بنود العقد لم تشير إلى تطبيقها ، فيحدد مبلغه وفقا للفقرة الثانية منها ، أو أن القاضي يبحث في العقد ما يحدد مقداره ؟

يفترض أن الاتفاق على دفع تعويض الاستحقاق مع تحديد طريقة معينة في تقديره تجبر القاضي على إعمال الشرط التعاقدي، أما إذا تم الاتفاق على دفعه من دون أي تفسير آخر، فإنه يستدعي على القاضي تطبيق كل أحكامه كما في القانون القديم، حيث يتعين على المؤجر الوفاء بهذا التعويض عند تاريخ انتهاء العقد ، وبالمقابل يتعين على الطرف الذي يهمله التعجيل اللجوء إلى قضاء الاستعجال من اجل تعيين خبير لتقدير قيمة التعويض عملا. بالمادة 194 من (ت ت ج) وهذا مقابل الإخلاء¹.

وفي هذه الحالة يجب القول أن حساب القيمة التجارية للقاعدة التجارية في السوق تختلف وتصبح أحكام الإيجارات لا تتناسب ومبتغى المشرع من التعديل ، فبينما كانت طريقة الحساب في ظل الأمر 75-59 تضم عنصر الحق في الإيجار فإنها وفي ظل قانون 05-02 ، لا تتضمنه بل لم يعد جزء ثقيل من القيمة السوقية للقاعدة التجارية في ظل الأحكام الجديدة. وافتقاد المستأجر لهذا العنصر يخلط حساب قيمة القاعدة التجارية ولا تكون بنفس الطريقة السابقة ولا المبلغ السابق. وعلى أساس أن

¹ - زيان الهاشمي، يوم دراسي حول الإيجارات التجارية في ظل التعديلات الجديدة للقانون التجاري، مجلس قضاء الاغواط، 2005، ص 4.

المشرع تراجع عن الحق في الإيجار كآلية لضمان الملكية التجارية بسبب ضخامة مبالغ تعويض الإستحقاق ، فإنه على الخبير الذي يعهد إليه بتقدير القيمة أن يراعي جانب التعديل الجديد في غياب القيمة السابقة لحق الإيجار، وأن يعتمد على مقاييس موضوعية عند تحديد قيمة الضرر اللاحق بالمستأجر من جراء عدم التجديد بمعنى ألا يكون إعمال الشرط التعاقدي بدفع تعويض الإستحقاق مرهقا للمؤجر مقارنة بالفائدة التي يحصل عليها من تنفيذ العقد ، فلا يجوز أن يستغرق الشرط كل العائدات التي جناها المؤجر من إبرام عقد الإيجار ، فهو بصدد تنفيذ شرط تعاقدي وليس بصدد تطبيق قواعد قانونية أمرة كما في السابق.

- المسألة الثانية : إذا كان في ظل الأمر 75-59 لا يحق للمستأجر المطالبة بتعويض الإستحقاق إلا إذا كان العقد لمدة سنتين . فهل يحق للأطراف أن يتفقوا عليه رغم عدم اكتمال المدة ؟
يرى البعض¹ أن ورود شرط تعاقدي يقضي بسداد تعويض الاستحقاق لإنهاء الإيجار جائز وللقاضي أن يحكم به حتى وان كانت مدة الاستغلال أقل من سنتين وذلك إعمالا للشرط التعاقدي، وليس تطبيقا للمادة 172. لكن على القاضي أن يراعي مدة الاستغلال عند تقدير

¹ - مزوزي محمد "عقد الإيجار التجاري، دراسة في ظل الأمر رقم 75 / 59 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 والقانون رقم 05 / 02 المؤرخ في 06 فيفري 2005 ،" مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2006/2005، ص 12.

التعويض، ما لم يتفق الأطراف في العقد صراحة على مبلغ معين، لأن في هذه الحالة على القاضي أن يقضي به دون أي مناقشة. غير أننا نعتقد في رأي مخالف تماما لأن تعويض الاستحقاق اثر مالي غير معروف في القواعد العامة ، وعليه متى تم الاتفاق عليه يجب أن تستوفى شروطه حسب المادة 172 ، سواء من حيث المدة أو من حيث عناصر تقديره أو حتى طريقة حسابه، ولا نرى أي داع في اختيار الأطراف لطريقة حسابه. وعليه لا يمكن للاتفاق على تعويض الاستحقاق أن يأخذ نفس المنحنى والحكم كما في الاتفاق على التجديد مثلا أو التنبيه، على أساس أنه أثر لتكريس حق التجديد، وأنه بديل لا غنى عنه لضياح الملكية التجارية، ومتى لم تكن شروط هذه الأخيرة متوفرة، فلا يمكن أبدا أن تُحدث آثارها.

الفرع الثالث : الاتفاق على تحديد بدل الإيجار ومراجعتة.

طبقا لمبدأ الحرية في التعاقد يحق للطرفين اختيار تطبيق ما يشاءون في شأن البند المتعلق بتحديد بدل الإيجار ومراجعتة ، ولكن متى لم يتم الاتفاق على أي نمط معين، فهل نطبق القواعد العامة التي تنظم مسألة الإيجار طبقا للقانون المدني أم نحتكم للقواعد الخاصة رغم عدم اختيارها صراحة ؟

إن مسألة عدم الاتفاق على طريقة معينة في تحديد بدل الإيجار ومراجعتَه تثير إشكالا، وإن كان عند البعض¹ لا يجوز تطبيق القانون المدني أمام وجود أحكام خاصة في القانون التجاري، وهو موقف اتخذ قبل التعديل، غير أن الوضع اختلف بموجب التعديل الذي يسمح بالاتفاق الحر كما في القواعد العامة.

إن الاتفاق على تطبيقي مادو من مواد الفصل الخامس الخاص ببديل الإيجار من الأمر 59-75، يستدعي منا التفصيل لأن كل مادة من مواد تكتص بأحكام منفردة عن الأخرى، خاصة أن هناك منها ما هي أمرة وأخرى مكملة، وقد احدث المشرع الجزائري تعديلا طفيفا في شأنها، وإن كان لا يتعلق بحماية الملكية التجارية بصورة مباشرة، إلا أنه تعديلا يمس تنفيذ عقد الإيجار المجدد ويؤثر من حيث التطبيق على حقوق الطرفين فيه، وهو ما قد يطرح المسائل القانونية التالية:

- المسألة الأولى: إذا تم الاتفاق على المادة 190 من (ت ت ج)

المتضمنة كيفية تحديد بدل الإيجار وإعادة النظر فيه، هل على القاضي الاحتكام إلى بنود التعاقد في إطارها، رغم أنها مادة تنتمي لنظام التجديد، فيكون أمام تطبيق القانون القديم رغم انه في عقد ابرم بعد 9 فيفري

¹ - فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري، القسم الأول - المحل التجاري - عناصره، طبيعته والعمليات الواردة عليه، نشر وتوزيع بن خلدون وهران، الجزائر، 2001، ص 35، هامش 93.

2005 ؟ وما شأن الأحكام الأخرى المتعلقة بهذه المادة أمام رفض الطرفين صراحة لنظام التجديد ؟

تتضمن هذه المادة وجوب مطابقة مبلغ بدل الإيجار الذي يراد تجديده أو إعادة النظر فيه القيمة الإيجارية العادية، ويمكن تحديد هذه القيمة على أساس المساحة الكاملة الحقيقية المخصصة لاستقبال الجمهور ومساحة المحلات الملحقة ، مع عناصر تجارية أخرى .. الخ، فمثل هذا البند لا يقودنا على الإطلاق إلى نظام التجديد، وإن تعلق الأمر بالبدل المجدد. وذلك لأنها مادة لم تأت لتحمي الملكية التجارية، وإنما لتنظم المعاملات بين الأطراف ، ولأجل ذلك فهو بند يحد من هذه الأخيرة أكثر من أي شيء آخر، والاتفاق عليه يفعل المادة 187 مكرر في كونها قاعدة مكملة.

وتجدر الإشارة أن نفس الحكم ينطبق على المادة 191 من (ت ج) متى تم الاتفاق عليها حيث يفسخ العقد بسبب عدم دفع الأجرة تطبيقاً لها، ولا تكون هذه المادة حبيسة القانون القديم ، بل هو حل قانوني يقتدي إليه القاضي في العديد من المسائل.

- المسألة الثانية : إذا تم الاتفاق على تطبيق المادة 192 من (ت ج) لاسيما الفقرة الأولى منها¹ ، فالأمر يختلف لأنها مادة تتعلق بالتالي

يجوز إعادة النظر في بدلات إيجار العمارات أو « تنص المادة 1/192 على أنه :-¹ المحلات، مجدداً كان أم لا، والخاضعة لهذه الأحكام، بناء على طلب أحد الأطراف، . «مع مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة 193 أدناه

، وهي بدورها تتعلق بنظام التجديد بصورة مباشرة . ولا يمكن أن تنفصل عن أحكامه، فكيف يتعامل القاضي عند الوقوف أمام هذا النوع من البنود ؟

تتضمن المادة 192 تجاري إمكانية إعادة النظر في بدل الإيجار باتفاق من الطرفين، ولذا فهي مادة ذات طبيعة مكتملة، وهي تحيل إلى المادة 193 تجاري ذات الطبيعة الأمرة ، والتي تشترط في إعادة النظر مرور ثلاث سنوات على الأقل من تاريخ الاستغلال الفعلي، أو من تاريخ بدء الإيجار المجدد¹.

بالعودة إلى الحكمة التي أرادها المشرع من خلال هذا الشرط (مرور ثلاث سنوات إيجار من الاستغلال الفعلي) نجدها تكمن في حرصه الشديد على إعطاء هذا الحق لمن اكتملت ملكيته التجارية فعلا، وليس بموجب مرور مدة السنتين الواردة في العقد، والتي وإن كانت تكتسب في خلال هذه المدة، إلا أنه ومتى لم يقم المستأجر بالاستغلال الفعلي لنشاطه التجاري، يتعرض لتضييع حقه في طلب تجديد الإيجار، وذلك بسبب أنه لم يكن تاجرا مخلصا لتجارته ولا لربائنه وأنه تسبب في الانتقاص من قيمة المحل وهذا يضر بمصلحة المؤجر.

لا يجوز تقديم طلب إعادة النظر إلا بعد مرور « تنص المادة 193 / 1 على أنه :-¹ ثلاث سنوات على الأقل من تاريخ الشروع في الاستغلال الفعلي من طرف المستأجر . «أو من تاريخ بدء الإيجار المجدد

بهذه الصورة ترتبط شروط طلب إعادة النظر في الإيجار بتكريس نظام التجديد ولا يمكن للقاضي التنصل منه، خاصة أمام غياب نصوصا أخرى تضبط مسألة تحديد وتجديد بدل الإيجار في الإيجار التجاري، وقد نظمها القانون حماية للمستأجر من تعسف المؤجر، وحرص فيها المشرع الفرنسي خلافا للجزائري على وضع قواعد قانونية تتضمن سياسة تسقيف الأجرة عند تجديدها حماية للمستأجر رغم استنكار العديد من كتاب القانون، و الذين يدعون إلى الحرية التعاقدية بدلا منها¹.

كما يمكن للقاضي أن يسعى إلى تفسير الشرط الوارد في نص المادة 193 طبقا للقانون 05-02 بطريقة أخرى لا تخدم فكرة اكتمال الملكية التجارية وإنما مجرد مدة لا بد احترامها فقط، فيكون تفسيراً واسعاً من شأنه الاستفادة من أحكام هذه المادة لصالح العقود الجديدة.

وتجدر الإشارة أن المادة 192 (ت ت ج) الخاصة بمراجعة بدل الإيجار لم يكن لها تطبيق بالنسبة للعقود المبرمة في أقل من سنتين ذلك قبل صدور التعديل لاستحالة تحقق شروطها، لأن العقود دون السنتين وان تجددت فهي تخضع إما للتجديد الصريح، وهنا يفترض تحديد المسائل المتعلقة ببديل الإيجار والمدة من جديد، أو تخضع للتجديد الضمني

¹ – Voir : AUQUE (Françoise), Les baux commerciaux, Théorie et pratique L.G.D.J, Paris, 1996, p. 238.

وهنا يأخذ في الغالب نفس الشروط السابقة، وفي كلتا الحالتين يعتبر عقد جديد. كما انه في كلتا الحالتين لا يمكن أن نطبق المادة 193 التي تشترط ثلاث سنوات كاملة في العقد، لأن السنوات هنا لا يمكن أن تكون متتالية وإنما منقطعة تتراكم إلى ثلاث سنوات بفعل التجديد الضمني أو الصريح للعقد بعيدا عن نظام التجديد المكسب للملكية التجارية.

بعد أن عرضنا هذه المسائل بقي لنا أن نسأل عن السبب الذي جعل المشرع الجزائري يعمل على تعديل المادة 192 من الأمر 59-75 بإضافة الحكم بالبطلان متى لم يتم تحديد بدل الإيجار المطلوب أو المعروض في طلب مراجعة بدل الإيجار، فلماذا اقبل المشرع على هذا التعديل بموجب المادة 04 من القانون 05-02 وهو أمام نظام زائل ؟

يفيدنا هذا التساؤل في مدى تطبيق هذه المادة ومجال تنفيذها في العقود الجديدة ، فلا شك أن لهذا التعديل قصد يتمثل بداية في ضرورة تطبيقها، وهو ما يجعل الأمور تتعقد أكثر أمام رغبة المشرع في إزاحة نظام التجديد من ميدان المعاملات التجارية وأمام إحداث التعديل الذي حرص فيه على أدق التفاصيل ، وهذا بعد أن توصلنا انه يصعب تطبيق هذه المادة بعيدا عن نظام التجديد. فلماذا اقبل المشرع على تعديل جانب واحد فقط من هذه المسألة تتعلق بنظام التجديد أكثر مما تعلق بتنظيم ركن الأجرة في التعاقد الإيجار ونحن نعلم أن نظام التجديد نظاما زائلا، فما الفائدة التي يجنيها أطراف عقد الإيجار التجاري من كذا تعديل ؟

لا يمكن أن ننكر عدد النزاعات المطروحة في هذا الشأن والمتعلقة ببطل الإيجار فعرض المبلغ المطلوب من قبل أحد الطرفين

يسهل مهمة قاضي الموضوع في التقدير، وان كان المشرع قد تفتن لفرض البطلان متأخر نوعا ما ، ذلك أنه تعديل لا يفيد القضايا التي أبرمت قبل صدور قانون 05-02 على أساس تطبيق مبدأ الأثر الفوري للقوانين ، ولكن قد يفيد العقود التي أبرمت بعده واختارت القانون القديم ، علاوة على العقود التي أبرمت لمدة أكثر من ثلاث سنوات، فيما لا تخضع العقود الأقل من هذه المدة لهذا الحكم، وعليه يمكن القول أن المشرع اهتم بتعديل لن يجد له تطبيق إلا في الصورة الضيقة جدا.

خاتمة.

رغم تكريس مبدأ الحرية التعاقدية في الايجار التجاري بموجب المادة 187 مكرر كان صريحا، إلا أنه لم يكن هذا المبدأ بالحكم الفاصل في انهاء العمل بنظام الإيجارات التجارية الوارد في القانون القديم، ذلك أنه يمكن للأطراف الاتفاق على تطبيق هذا الأخير، وهو مخرج اختاره المشرع خلافا لكل المشرعين، ويراد منه رد الاعتبار للملكية العقارية التي تعتبر حق مطلق وتطبيق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وقد يعد فتح المجال للأطراف في الاتفاق على الأحكام الاستثنائية يعد حنكة من المشرع لأن التراجع النهائي عن حق تم الاعتراف به لمدة زمنية طويلة اعتاد فيها المتعامل التجاري عليه قد يؤدي إلى عواقب وخيمة، وإن إنكاره قد يحدث منعطفا خطيرا في غير صالح استقرار الوضع. إلا أن ما يمكن أن نسجله أن المشرع قد اخفق في اتخاذ موقف صريح من نظرية الملكية التجارية خاصة وأنه اعترف بها في حدود بنود العقد أي متى تم

الاتفاق على تطبيقها وهو أمر غير منطقي من الناحية القانونية ولو أنه مقبولا نظريا، فإما أن يقبل الاعتراف بحق العملاء ويرتب كافة الأحكام على هذا الأساس أو لا يعترف وهنا يختلف تطبيق القانون عن الفرضية الأولى.

أما من ناحية تطبيق مبدأ الحرية في التعاقد فعلى القضاء الحرص على إعمال الشرط التعاقدي، وفي حالة الاتفاق على حكم من الأحكام الموجودة في الأمر 75-59 من دون أي تفسير تكون قواعد هذا الأخير بالمفسرة يلجأ إليها القاضي أمام انعدام أحكام خاصة وهذا على أساس أن المشرع لم يلغ هذه الأحكام وإنما اعتبرها استثناء إذا تم الاتفاق عليها. ويلجأ القاضي إلى تطبيق القانون المدني عند انعدام السبيل للأحكام الخاصة.

إن تطبيق الحرية التعاقدية في الأيجار التجاري اعتبر حلا قانونيا لنزاعات كثيرة ، ولكنه وضع القضاء الجزائري في موقف حرج إذ صعب من مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق أمام التطبيقات التي يمكن أن يتعرض لها الطرفين، وعليه يجب التأكد جيدا من تفسير بنود العقد تفاديا لأي انشقاق في المواقف وحتى لا يكون تطبيق مبدأ الحرية التعاقدية مسرحا للجدال، لأن ذلك لا يساهم إطلاقا في تحقيق العدالة.

ختاما يجب أن نشيد بالخطوة الايجابية التي خطاها المشرع في مجال ترك الحرية للتعاقد في الأيجار التجاري، ناهيك عن المواقف الأخرى التي جاءت في نفس السياق والتي كان اللجوء إليها أكثر من ضروري

،منها ما تعلق بتحديد المدة القانونية في العقود ، وكذا بإضفاء ركن الشكلية فيها تحت طائلة البطلان ، وأيضا ضرورة تحديد مبلغ الإيجار المجدد تحت طائلة البطلان. كما يعتبر تكريس مبدأ حرية التعاقد بصمة منفردة في القانون الجزائري مقارنة بالقانون الفرنسي، فهو موقف اتخذ كنتيجة لأسباب مبررة، ورغم الانتقادات الموجهة له يبقى الاختيار الأفضل كونه اختيار نابع من الواقع المعيش وبالتالي يفترض أن يلائمه، فهو ليس بالمستورد، ولذلك فإن انتهاجه له من حيث المرجعية موفق إلى حد بعيد، وفي المقابل يبقى إمكانية تصحيح الأخطاء الواردة في أحكامه أمر ضروري.