

مصير الملكية التجارية في التشريع الجزائري

The fate of commercial property in Algerian legislation

هند بلخير

قسم القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة وهران 2 محمد بن احمد، الجزائر

h.belkhir.univoran2@gmail.com

ملخص:

مكّن استقرار أحكام الإيجارات التجارية في التشريع الجزائري المستأجرين، من الحصول على حق استثنائي أطلق عليه المشرع "حق الإيجار"، و الذي يمنح لمستأجر الاماكن المؤجرة المعدة لممارسة تجارة او حرفة، الحق في طلب تجديد الإيجار إذا ما وصل هذا الاخير الى نهايته أو الحق في المطالبة بتعويض عن الإخلاء إذا رفض المؤجر التجديد دون أسباب مشروعة. حقق الحق في الايجار لأكثر من ثلاثة عقود، حماية قانونية متميزة للمستأجر التاجر و اضاف قيمة مالية لمحله التجاري. كون هذا الحق أحد مكونات الملكية التجارية و من تم جميع المعاملات التي يكون محلها المحل التجاري (كالبيع، رهن حيازي، إيجار، إلخ) تأخذ في الاعتبار القيمة المالية "للحق في الايجار".

تهدف هذه الورقة البحثية إلى اقتراح قراءة نقدية لأحكام المادة 187 مكرر من القانون رقم 05-02 المعدل و المتمم للقانون التجاري الجزائري، ولا سيما آثاره على مستقبل الملكية التجارية التي وجدت لخدمة اعتبارات اقتصادية بالضرورة. حيث مكنت هذه الدراسة من بناء فرضية تغيير المشرع الجزائري للطبيعة القانونية للحق في الإيجار. بحيث تحول "حق الإيجار" من حق قانوني يخضع للنظام العام الى حق تعاقدى يخضع لإرادة الأطراف المتعاقدة. مما ترتب عنه إعادة التوازن عقد الإيجار التجاري. كما، قادنا هذا البحث إلى إثارة مشاكل قانونية أخرى تتعلق بتاريخ إنشاء القاعدة التجارية في الاماكن المؤجرة، بالقيمة المالية لعقد الإيجار التجاري مما استعدى الاعتماد بهذه الدراسة على المنهج التحليلي الاستقرائي و المنهج التاريخي المقارن.

كلمات مفتاحية: حق الإيجار، المحل التجاري، عقد الإيجار التجاري، تعويض عن الإخلاء، عناصر المحل التجاري، المعاملات الواقعة على المحل تجاري، المستأجر التاجر.

Abstract:

This paper aims at suggesting a critical reading of the provisions of article 187 b of law 05-02 which modify and complement the Algerian commercial code, more particularly its effects on the future of commercial property while they develop the economic considerations which were at the origin of the birth of this property and its outcome after the promulgation of this article.

This study found that the legislator changed the nature of the origin of the right to lease and not the legal nature of this right. The right to a lease has become a contractual right subject to the will of the contracting parties instead of a legal right subject to public order. This intervention of the legislator has also rebalanced the commercial lease contract and consequently put an end to the protection of the interests of the commercial lessee. Moreover, this research led us to raise other legal problems related mainly to the right to lease as part of the business, the date of creation of the business in the leased premises and finally the financial value of the commercial lease contract in transactions on the business. All these questions will certainly be the subject of further research.

Keywords: Commercial Lease Right, Commercial Property, Commercial Lease Agreement, Eviction Compensation, Components of the Commercial Property, Transactions on the commercial property, Leasing merchant

تميزت أحكام الإيجارات التجارية في التشريع الجزائري بالاستقرار لمدة دامت أكثر من ثلاثين سنة (من سنة 1975 إلى غاية سنة 2005¹ من خلال تطبيق أحكام الباب الثاني من الكتاب الثاني من القانون التجاري تحت عنوان "المحل التجاري" والذي تضمن حوالي ثلاثة وثلاثون مادة (169-202) مقسمة على سبعة فصول.

و في هذا الشأن، يستوجب التذكير بأن المشرع الجزائري سار على نهج المشرع الفرنسي فيما يتعلق بحماية عقد الإيجار التجاري. الحماية التي أسالت الكثير من الحبر بالنظر إلى بعده القانوني و الاقتصادي².

يعود اهتمام الفقه بالبعد الاقتصادي لعقد الإيجار التجاري بالنظر إلى تشبع أحكامه باعتبارات اقتصادية³ و بالتالي يتأثر ويؤثر في السوق الاقتصادية. و لعل هذا البعد مرجعه الحق الذي منحه التشريع إلى مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة، و الذي عبر عنه المشرع الجزائري "بالحق في الإيجار" *"Droit au bail"*⁴.

يعرف "الحق في الإيجار" على أنه مختصراً لمجموع الامتيازات التي منحها القانون للمستأجر أماكن يستغل فيها محل تجاري و الذي يجمع في طياته "الحق في طلب التجديد" إذا ما وصل هذا العقد إلى نهايته أو "الحق في تعويض الاستحقاق" في حالة رفض التجديد بدون سبب مشروع أو خطير.

اعتبر المشرع الحق في الإيجار، من أحد مقومات المحل التجاري وعنصرها ضمن العناصر المكونة له⁵، بحيث تتجلى أهميته المالية على وجه الخصوص في الأحكام المنظمة للعمليات الواردة على المحل التجاري، بحيث يمكن التصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الوصية أو تقديمه كتأمين ضمن العناصر أخرى للمحل التجاري إذا ما قرر المستأجر التاجر المطالبة بقرض أو غيرها من العمليات.

و بالرجوع إلى لمقتضيات المادة 79 من ق ت ج يجب أن تتضمن وثيقة بيع أو الوعد ببيع المحل التجاري أو تنازل عنه كتقدمية للمساهمة في رأس مال شركة تجارية بعض البيانات الخاصة بعقد الإيجار التجاري تحت طائلة البطلان.

كما يثبت قانوناً لبائع المحل التجاري امتيازاً على عناصر المحل المذكورة في عقد البيع، ويرد هذا الامتياز على الحق في الإيجار طبقاً لما جاء بالمادة 96 من ق ت: "لا يترتب امتياز البائع إلا على عناصر المحل التجاري المبينة في عقد البيع وفي القيد فإذا لم يعين على وجه الدقة فإن الامتياز يقع على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الإيجار والعملاء والشهرة التجارية". نفس الحكم ينطبق على عقد رهن المحل التجاري وعقد تأجير تسيير المحل التجاري (المادة 2/212 والمادة 119 من ق.ت).

و لعل تجسيد القيمة الاقتصادية التي منحها القانون لعقد الإيجار التجاري في التعبير عنه "بالملكية التجارية" كملكية تنافس وتقابل الملكية العقارية التي يجوزها المؤجر مالك الامتياز⁶. و هذا ما استقر عليه الواقع القانوني و الاقتصادي إلى غاية سنة 2005 .

نعتبر من وجهة نظرنا أن صدور قانون 05-02 المعدل والمتمم للقانون التجاري الجزائري و على وجه الخصوص ما جاء بنص المادة 187 مكرر منه زعزع التوازن الاقتصادي لعقد الإيجار التجاري و مس بالاعتبارات الاقتصادية التي كانت وراء نشأة الملكية التجارية من خلال إعادة النظر في الحق في الإيجار من حق يكتسبه مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة بقوة القانون إلى حق اتفاقي ينشأ بإرادة أطراف العقد، و على الرغم من مرور أكثر من ستة عشر سنة على صدوره غير أن آثاره الاقتصادية و القانونية بدأت تظهر في سنوات الأخيرة فقط، و من بينها فقدان التاجر المستأجر لعملائه و شهرته المرتبطة بموقع المحل و من تم اندثار لأهم مقومات محل التجاري بدون أي تعويض. من هذا المنطلق نطرح إشكالية مصير الملكية التجارية كأداة لتنمية الاقتصادية و دوافع تحلي المشرع عنها.

تقوم دراستنا الحالية على فرضية تكيف نظرة المشرع مع لاعتبارات الاقتصادية التي فرضتها تحديات اقتصاد بداية القرن الواحد والعشرين و التي وضعت المستهلك في لب المحور الاقتصادي، مما نتج عنه تغيير مركز الحماية . فمن منظور بعض الاقتصاديين فإن الملكية

التجارية التي حماها المشرع طويلا ترتب عنها مع مرور الزمن عدم الاستقرار في سوق إيجار العقارات، وذلك من خلال المضاربة في بدل الإيجار، المضاربة التي سيذهب ضحيتها المستهلك.

ومن اجل تدعيم هذه الفرضية يستوجب علينا بداية ابراز العلاقة بين الملكية التجارية والاقتصاد من خلال الرجوع بداية إلى الأسباب التاريخية التي أدت إلى ميلاد هذه الملكية (المبحث الاول) معتمدين في ذلك على قواعد المنهج التاريخي تارة وتارة اخرى على المنهج المقارن بما ان نشأة هذه الملكية يعود مصدرها الى التشريع الفرنسي، لنخوض بعد ذلك في مناقشة ما تضمنته المادة 187 مكرر ق ت من خلال قراءة تحليلية ونقديه (المبحث الثاني).

المبحث الأول : نشأة الملكية التجارية

ارتبطت نشأة الملكية التجارية بالتشريع الفرنسي و خاصة بالاعتراف بالمحل التجاري ككتلة متكونة من مجموعة عناصر، تتلشى في كيان قانوني واحد. الا أن وجود و استقرار المحل التجاري يرتبط اساسا بأحد ابرز عناصره المتمثل في عنصر "العملاء" من حيث الاتصال بهم و الاحتفاظ بهم و هذا ما سنستعرضه بالمطلب الاول. لنستعرض في المطلب الثاني الأساس التاريخي لأحكام الايجارات التجارية حتى يتسنى لنا فهم تطور و أهمية المكان المعد لممارسة تجارة او صناعة كعامل اساسي في انتعاش المحل التجاري وضمان ديمومته.

المطلب الأول: ظهور مفهوم المحل التجاري ككيان قانوني

أصدر المشرع الفرنسي في بداية القرن التاسع عشر مجموعة من النصوص القانونية تتعلق بالتاجر، أهمها قانون 28 جويلية 1824 الذي اعترف للتاجر بملكيتة للاسم التجاري، ثم تلاه قانون 5 جويلية 1844 الذي اعترف له بملكيتة لبراءة الاختراع التي يستعملها في نشاطه وتلاه الاعتراف له بملكيتة للعلامة التجارية والصناعية بموجب قانون 23 جوان 1857. فساهمت هذه النصوص، في بروز القيمة المالية للاسم التجاري و براءة الاختراع و العلامة التجارية والصناعية⁷. القيمة التي سرعان ما تفتن اليها المشرع الجبائي، و دفعت تدخله بموجب القانون الجبائي المؤرخ في 28 فبراير 1872 الذي فرض رسوم تسجيل على عملية التنازل عن المحل التجاري للغير. ليستعمل المشرع الفرنسي لأول مرة بهذا القانون مصطلح "محل تجاري" ⁸ « *Fonds de commerce* ».

تلي اعتراف المشرع الفرنسي للتاجر بملكيتة لما عبر عنه بمصطلح "المحل التجاري" صدور قانون 1 مارس 1898 الذي يجيز له استعمال محله كوسيلة ائتمان عن طريق رهنه دون أن تخرج الحيازة من يده. و أصبح يطلق على هذا النوع من الملكية مصطلح "الملكية المهنية" ⁹ " *La propriété professionnelle* ».

و تعززت فكرة اعتبار المحل التجاري كمال منقول بصدور قانون 17 مارس 1909¹⁰، القانون الذي نظم العقود الواردة عليه. خلف الاعتراف بالمحل التجاري كملكيتة مهنية للتاجر تفتن المؤجرين للبعد المالي للمحل بالنسبة للمستأجر التاجر مما شجعهم على الزيادة في بدل الإيجار من جهة ومن جهة اخرى المضاربة في ثمن الأماكن المؤجرة عند بيعها أو استغلالها بأنفسهم مع الاستفادة من زبائن المستأجر المحلي. فنتج عن هذه الاوضاع ولأول مرة صراع بين مصلحتين : مصلحة المؤجر مالك الاماكن المؤجرة ومصلحة المستأجر التاجر صاحب الملكية المهنية.

خلف قانون 1909 المشار اليه اعلاه اثارا اضرت كثيرا بمصالح المستأجر التاجر الذي اصبح يعاني من تعسف المؤجر، كون عقد الإيجار التجاري كان يخضع للأحكام الباب الثامن من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المتعلق بعقد الإيجار " *Du contrat de louage* ».

فلم يكن المشرع الفرنسي انداك يميز بين عقد الإيجار المدني وعقد الإيجار التجاري، فالعقدين يخضعان لمبدأ سلطان الإرادة¹¹ مما يضمن توازن العلاقة العقدية بين طرفيه، بحيث ينقضي الإيجار بانتهاء المدة المحددة له أو بمبادرة أحد الأطراف أما في حالة عدم تحديد المدة

فتتجدد الالتزامات المتبادلة¹² وتبقى بذلك حرية الأطراف في تجديد العقد أو إنهائه¹³. سنستعرض في المطلب الموالي أثر الاعتراف التشريعي الفرنسي بالمحل التجاري كملكية مهنية للتاجر على عقد الإيجار الأماكن المعدة لممارسة تجارة أو صناعة.

المطلب الثاني : أساس ظهور الملكية التجارية

تجدر الإشارة الى انه في بداية القرن التاسع عشر كانت الملكية العقارية تشكل أساسا للثروة على عكس الملكية المرتبطة بمهنة أو النشاط، فلم تظهر أهمية هذه الاخيرة في فرنسا إلا بعد صدور قانون 17 مارس 1909 السابق الإشارة إليه، القانون الذي اقر للتاجر بملكيتة للمحل التجاري وملكيتة لعنصر الزبائن المرتبط بالمكان المؤجر.

أمام هذه الاوضاع بدأ البعض من الفقه الفرنسي¹⁴ ينادي بضرورة التمييز بين الإيجار المدني و الإيجار التجاري و حاجة هذا الأخير لحماية خاصة. النداء التي تبنته مجموعة من البرلمانين للمرافعة من اجل ضرورة حماية مستأجر الأماكن المعدة لممارسة تجارة و صناعة بإثارتهم لمسألتين : مسألة حق المستأجر في طلب تجديد العقد إذا وصل إلى نهايته ومسألة حقه في التعويض عن الضرر، المتمثل في اندثار وفقدان محله التجاري. إلا ان حجج الغرفة الاولى لم تقنع الغرفة الثانية التي اثارت بدورها اشكالية الاساس القانوني لحماية المستأجر التاجر.

دام النقاش الفقهي طويلا حول الصراع بين الملكية العقارية للمؤجر والملكية المهنية للمستأجر التاجر وأسأل الكثير من الخبر بين مؤيدين ومعارضين لفكرة إخراج عقد الإيجار التجاري من احكام عقد الإيجار المدني وبقي الامر على حاله إلى غاية سنة 1926.

بتاريخ 30 جوان 1926¹⁵ صدر قانون منظم للعلاقات بين المؤجرين والمستأجرين للعقارات والأماكن المعدة لاستعمال تجاري أو صناعي. القانون الذي اصطلح الفقه على تسميته " بقانون الملكية التجارية"¹⁶ نظرا إلى الامتيازات التي منحها المشرع إلى مستأجر التاجر. و من أبرز ما جاء به قانون 1926 الاعتراف بحق المستأجر التاجر المحلي في طلب تعويض الذي اصطلح على تسميته " *Une indemnité dite d'éviction*" والذي يمكن ترجمته "بتعويض عن الإخلاء".

غير أن قانون 1926 المشار إليه أعلاه لم يسلم من الانتقادات الفقهية وتضارب تطبيقه القضائي من جهة اخرى، وكثرة التعديلات التي لحقت اغلب نصوصه من جهة أخرى مما استدعى تدخل المشرع الفرنسي من جديد بعد سبعة وعشرون سنة من تطبيقه.

شهدت سنة 1953 الغاء قانون 1926 وجميع القوانين المعدلة والمتممة له التي تلتها بموجب صدور المرسوم رقم 53-960 المؤرخ في 30 سبتمبر 1953 المنظم للعلاقات بين المؤجرين والمستأجرين فيما يخص تجديد إيجار المحلات والعمارات المعدة لاستعمال تجاري أو صناعي أو حرفي¹⁷.

اعتبر الفقه الفرنسي، المرسوم رقم 53-960 بمثابة ميثاق للإيجارات التجارية إذ أعطى الملكية التجارية كل معانيها ومدلولها. و بالرغم من إدخال عدة تعديلات عليه¹⁸، إلا ان المشرع الفرنسي قرر سنة 2000 ادماج مقتضياته ضمن أحكام القسم الخامس من الباب الأول للقانون التجاري الفرنسي الذي ما زال ساري المفعول إلى يومنا هذا.

أعاد للنقاش الحاق المرسوم رقم 53-960 بالقانون التجاري الفرنسي مسألة مبدأ سلطان الارادة في العقد، و في هذا السياق جاء عن وزير العدل انداك دومينيك باربان *Dominique PERBEN* في ملتقى حول الإيجارات التجارية دفاعه عن ضرورة تعزيز المبادئ التقليدية للعقد خاصة ما تعلق منها بإرادة الاطراف، دون التخلي عن الضمانات اللازمة لكل طرف¹⁹، و دعم هذه الفكرة كل من المهنيين من محامون و المتعاملين الاقتصاديين²⁰ الذين طالبوا بإعادة النظر في أحكام الإيجارات التجارية، من اجل إعادة توازن العلاقة التعاقدية²¹.

يظهر لنا ان الاعتبار الاقتصادية التي أسست الى تغليب مصلحة التاجر المستأجر بغرض ضمان استقرار محله التجاري ومن ثم ضمان دوره في النهوض بالاقتصاد في بداية القرن العشرين هي نفس الاعتبار التي تدفع اليوم النشاطين في الميدان الاقتصادي الى

المطالبة بإعادة التوازن بين القانون والاقتصاد بهدف خلق تأمين يسمح للمتعاملين الاقتصاديين الفرنسيين الوصول إلى قانون أكثر فعالية واقتصاد أكثر مردودية.

فان الملكية التجارية التي حماها المشرع الفرنسي طويلا ترتب عنها مع مرور الزمن عدم الاستقرار في سوق إيجار العقارات، وارتفاع في بدل الإيجار الذي أثر سلبا على المستهلك (سيحاول التاجر المستأجر تعويض ما دفعه من بدل إيجار بالزيادة في أسعار السلع). كما يبدو لنا ان الاعتبار الاقتصادية التي فرضتها تحديات اقتصاد بداية القرن الواحد والعشرين و التي وضعت المستهلك في لب المحور الاقتصادي، غيرت من الطرف الضعيف في العلاقة والمصلحة المحتاجة الى الحماية.

بالإضافة الى الاعتبار الاقتصادية دافع البعض الاخر من الفقه²² عن ضرورة الغاء التام لأحكام الإيجارات التجارية بهدف خلق انسجام بين قوانين الدول المنخرطة في الاتحاد الأوروبي و التشريع الفرنسي، بحجة أن الاعتراف بالملكية التجارية تضع هذا الاخير في خانة العزلة بالنظر إلى القوانين الأوروبية الأخرى المنظمة لعقد الإيجار²³. وعلى الرغم من كل هذه الدعوات بقي التشريع الفرنسي ضامنا لهذه الملكية التجارية إلى يومنا هذ

المبحث الثاني : الملكية التجارية في التشريع الجزائري

تأثر المشرع الجزائري بما جاء في المرسوم الفرنسي رقم 53-960 المؤرخ في 30 سبتمبر 1953 المنظم للعلاقات بين المؤجرين والمستأجرين فيما يخص تجديد إيجار المحلات والعمارات المعدة لاستعمال تجاري أو صناعي أو حرفي المشار سابقا. المرسوم الذي كان ساري المفعول على التراب الوطني قبل الاستقلال والذي تواصل العمل به بعد الاستقلال تطبيقا للأمر رقم 62-157 المؤرخ في 31-12-1962.

كما عزز المشرع الجزائري تبنيه لأحكام الإيجارات التجارية الواردة في المرسوم رقم 53-960 المشار اليه اعلاه بإلحاقها بالباب الثاني من الكتاب الثاني من القانون التجاري الصادر بموجب الامر رقم 75-59 المؤرخ في 26-09-1975²⁴ تحت عنوان " الإيجارات التجارية"²⁵، و استمرت حماية المستأجر التاجر (المادتين 172 و 176 ق ت) الى غاية صدور قانون رقم 05-02 المؤرخ في 6 فبراير سنة 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون التجاري²⁶. تضمن القانون رقم 05-02 المعدل و المتمم للأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري في مجمله، تعديل ستة مواد فقط (المواد 146-196-170-192-414-502) ، في حين أضاف إلى نصوص القانون التجاري ثلاثة مواد و فصل بكاملة (المواد: 187 مكرر -187 مكرر 1 - 252 مكرر -و الفصل الثامن من الباب الثاني من الكتاب الرابع تحت عنوان "في عوارض الدفع" و يشمل المواد من 526 الى 526 مكرر 16).

مس تدخل المشرع الجزائري أحكام الفصل الخامس من القانون التجاري الخاصة بالإجراءات المتعلقة بتسجيل الامتياز الناتج عن بيع محل تجاري، أو رهنه الحيازي في المركز الوطني للسجل التجاري و جاء ذلك بالمادة 146 منه و التي غيرت الجهة القضائية المختصة بمراجعة محتوى الدفاتر و مراقبة القيد التي كانت من اختصاص وكيل الجمهورية وأصبحت من اختصاص رئيس المحكمة.

كما شمل التعديل الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الرابع المتعلق بالسفينة في القسم السابع منه الخاص بالوفاء في المادة 414 منه والتي أضافت فقرة ثالثة للمادة اين أصبح بموجبها تقديم السفينة بأية وسيلة الالكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بما لغرفة المقاصة بمثابة تقديم للوفاء.

في حين خص التعديل أيضا الفصل الرابع من الباب الثاني من الكتاب الرابع الخاص بتقديم الشيك ووفاءه في المادة 502 منه بحيث أضاف المشرع فقرة ثانية للمادة والتي نص فيها على ان تقديم الشيك مثله مثل السفينة بأية وسيلة تبادل الالكترونية محددة في

التشريع والتنظيم المعمول بهما لغرفة المقاصة يعد أيضا بمثابة تقديم للوفاء. واستحدثت احكام جديدة تتم الفصل الثامن من نفس الباب بفصل ثامن مكرر جاء تحت عنوان " في عوارض الدفع " ويشمل المواد من 526 مكرر إلى 526 مكرر 16.

و أخيرا عدل المشرع بعض أحكام الباب الثاني من الكتاب الثاني المتعلق بالإيجارات التجارية وخص بالتعديل المادة 169 و المادة 170 و المادة 192 منه ، مستحدثا بهذا الباب أيضا حكمين بالمادة 187 مكرر و المادة 187 مكرر 1.

يبدوا للوهلة الأولى من قراءة قانون رقم 05-02 المشار اليه أعلاه فيما تعلق منه بباب "الإيجارات التجارية" أن المشرع لم يزعج توجهه ولم يحدث تغيير جوهري بما ان القانون لم يلغي أي مادة من مواد هذا الباب ولم يمس بالتعديل سوى ثلاثة مواد من أصل 33 مادة. نستخلص بالرجوع الى فحوى المواد الثلاثة المعدلة أن المشرع أضاف بالفقرة الأولى من المادة 169 من ق ت التي تحدد عبارة "المؤسسة الحرفية" تداركا لما أغفله سابقا، فلم يمس بإضافته هذه ما يزيد او ينقص من نطاق تطبيق أحكام الإيجارات التجارية.

كما نلاحظ أيضا أن التعديل الذي مس الفقرة الثانية من المادة 170 ق ت، استبدال المشرع فقط عبارة "المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي" بعبارة «المؤسسات العمومية الاقتصادية»، وذلك تماشيا مع مقتضيات القانون رقم 88-04 المؤرخ في 12 يناير 1988²⁷ المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية والذي ألغى بموجبه قانون 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة²⁸، الذي ألغى بموجبه المؤسسات الاشتراكية.

في حين يرتبط التعديل الذي لحق المادة 192 ق ت المنظمة لحكم مراجعة بدل الإيجار مسالة اجرائية شكلية تتمثل في إلزامية تحديد بدل الإيجار المطلوب أو المعروض تحت طائلة بطلان بالعقد غير القضائي او بالرسالة موصى عليها المتضمنة طلب المراجعة. سيقترص اهتمامنا بهذه الورقة البحثية بما جاء بمحتوى المادة 187 مكرر لما لها من علاقة بالإشكالية المطروحة. المادة التي سنحاول تفكيكها وتحليلها ودراسة اثارها على مصير حماية الملكية التجارية في التشريع الجزائري.

المطلب الأول: قراءة لما جاء بالمادة 187 مكرر من القانون التجاري الجزائري

نلاحظ بداية ارتباط حكم المادة 187 مكرر 1 حصريا بقاعدة عدم رجعية القوانين²⁹، حيث حدد المشرع النطاق الزماني لتطبيق ما جاء بالمادة 187 مكرر. فحصر سريان مفعول أحكام هذه المادة بتاريخ ابرام عقد الايجار التجاري وتاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية. مما يفيد بأن كل عقود الايجار التجارية التي ابرمت قبل نشر هذا القانون تبقى خاضعة لأحكام المادتين 173 و 176 من ق.ت. ما يضمن للمستأجر التاجر حقه في الايجار.

أما المادة 187 مكرر من ق ت فتضمنت فقرتين : ارتبط حكم الفقرة الاولى منها بمرحلة تكوين عقد الايجار التجاري وجاء حكمها في صيغة الامر وتحت طائلة البطلان. أوجب المشرع بهذه الفقرة تحرير عقد الإيجار التجاري في شكل رسمي تحت طائلة بطلان . و جاء هذا الحكم في سياق ما جاء بالمادة 324 مكرر 1 من ق.م³⁰ حيث ورد عقد الإيجار التجاري من بين العقود الواجب إخضاعها للشكل الرسمي تحت طائلة البطلان قاطعا بذلك الجدل التي كان قائما في الوسط الفقهي ومتبنيا الاجتهاد القضائي في هذه المسألة³¹. غير انه ما يظهر بالجديد بهذه الفقرة هو منح أطراف عقد الايجار التجاري الحرية في تحديد مدة العقد.

تطرح هذه مسألة المدة في نظرنا عدم خضوع عقد الايجار التجاري لحد أدني كما كان المشرع يشترطه بالمادة 172 من ق ت لاكتساب الحق في الايجار³². اذا متى تبدأ نشأة الملكية التجارية بالأماكن المؤجرة و متى يتم ممارسة الحق في الايجار؟

اما بالفقرة الثانية فتعلق حكمها بمرحلة نهاية العقد وهنا أيضا بدأ المشرع الفقرة بقاعدتين الاولى أمرة و الثانية مكملة . حيث تضمنت التزام مستأجر الاماكن المعدة لاستغلال تجارة أو الصناعة أو حرفة بمغادرة الاماكن المؤجرة فور انتهاء مدة العقد دون تنبيه بالإخلاء و بدون تعويض إلا اذا اتفق الاطراف على خلاف ذلك.

نرى أن ما جاء بأحكام الفقرة الثانية من المادة 187 مكرر من ق ت يشكل ثورة في جوهر عقد الإيجار التجاري، بما ان المشرع غير تماما من توجهه في اعترافه بالملكية التجارية.

يبدو أن المشرع فصل بين الحقين المكونان للحق في الإيجار: الحق في التجديد و الحق في تعويض الاستحقاق. فألغى الحق في التجديد تماما ليصبح عقد الإيجار التجاري محدد المدة ينتهي بانتهائها³³، في حين أبقى على الحق في طلب تعويض الاستحقاق عن الإخلاء. غير انه أفرغه من حملته بتغيير طبيعته القانونية، بحيث انتقل من حق تلقائي قانوني إلى حق مرهون بإرادة الأطراف (ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك).

و بالتالي نخلص من خلال هذه المعطيات الى أن المشرع الجزائري مس بتعديله مرحلتين اساسيتين في هندسة عقد الإيجار التجاري : مرحلة تكوينه و مرحلة نهايته، مما يدعونا الى طرح فرضية التغيير جوهرى و إعادة التوازن للعلاقة التعاقدية. هل هذا يعني نهاية الملكية التجارية ؟

المطلب الثاني: نهاية الاعتراف بالملكية التجارية كحق مطلق

يجب الاشارة بداية الى أن المشرع الجزائري لم يمس بالتعديل الى يومنا هذا قانون رقم 05-02 المشار اليه اعلاه أي مادة من المواد التي تتضمن الحق في الإيجار كعنصر من عناصر المحل التجاري. الا انه كيف يمكن لنا تصور الحق في الإيجار بدون الحق في طلب التجديد أو الحق في طلب تعويض الاستحقاق؟

دعونا بداية تحليل أثر ما جاء بالفقرة الثانية من المادة 187 مكرر من ق ت فيما تعلق بتعويض الاستحقاق. يبدو لنا أن هذا التعويض لم يعد حق مطلق يكتسبه المستأجر بمجرد رفض المؤجر للتجديد دون سبب مشروع و خطير، إلا إذا اشترطه الأطراف بالعقد. هل هذا يعني ان المشرع حول تعويض الاستحقاق من حق الى شرط جزائي؟ أو أن المشرع قصد من التعديل فقط تغيير مصدر الحق في طلب تعويض الاستحقاق من حق ينشئه ويقرره القانون إلى حق اتفاقي تنشئه إرادة الأطراف؟

عرف الفقه³⁴ الشرط الجزائي كونه اتفاق مسبق على تقدير تعويض يستحقه الدائن إذا أحل المدين مستقبلا بالتزامه، سواء كان هذا الإخلال نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر في تنفيذ الالتزام، فهو بالتالي تقدير اتفاقي. كما يعرف أيضا على انه عبارة عن مبلغ من المال يتفق عليه المتعاقدان حين التعاقد كشرط يلزم تعويض الخسارة المتوقعة من عدم الوفاء أو في حالة تأخير.

و يمكن لنا حصر ما يتفق فيه اشتراط تعويض الاستحقاق مع الشرط الجزائي في أمور قليلة نعرضها كما يأتي:

أولا في المصدر بحيث يلاحظ استعمال المشرع بالمادة 187 مكرر من ق.ت لعبارة "ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك" التي تجعل من تعويض الاستحقاق اختاري وبالتالي ينحصر وجوده على توافق ارادة المتعاقدين. مثله في ذلك مثل الشرط الجزائي الذي وطبقا لما جاء بالمادة من 183 من ق.م فهو أمر جوازي، اتفاقي.

بالإضافة الى ذلك فان تعويض الاستحقاق حق يكتسب بمناسبة إبرام المستأجر لعقد إيجار تجاري، فلا يمكن تصور تعويض استحقاق دون علاقة إيجارية. و الشرط الجزائي بدوره يتبع التزام أصلي الذي يحدد نطاقه "المتعاقدين" (المادة 183 ق م). و عليه يتأثر هذا الشرط في الحالتين بصحة أو بطلان العقد. و من تم فتعويض الاستحقاق يتأثر بصحة أو بطلان عقد الإيجار، فعدم دخول هذا العقد في نطاق أحكام الباب الثاني من القانون التجاري يسقط عنه صفة الإيجار التجاري وبالتالي يسقط الحق في تعويض الاستحقاق. من جهة ثانية يتفق الشرطان في صيغة إفراغهما. لم يشترط المشرع لنشأت الشرط الجزائي شكلا أو صيغة معينة، بحيث يمكن إدراجه بالتصرف المنشئ للالتزام كما يمكن أن ينتج عن اتفاق مستقل³⁵، ولو كان لاحقا للتصرف الأول (المادة 183 من ق.م).

لم تخضع الفقرة الثانية من المادة 187 مكررة ق ت اشتراط تعويض الاستحقاق صراحة لشكل أو صيغة معينة، إلا أنه ما جاء بالفقرة الأولى من نفس المادة من وجوب إفراغ عقد الإيجار التجاري في شكل رسمي، يحدد طبقاً لقاعدة التبعية شكل اشتراط التعويض وذلك تبعاً لما هو معمول به في الشرط الجزائي.

من جهة ثالثة، لا يتوقف استحقاق الشرط الجزائي على إثبات الدائن لضرر أصابه نتيجة عدم تنفيذ المدين للالتزام الأصلي. فوجود الشرط الجزائي يعني الدائن من إثبات الضرر الذي لحقه، والذي يفترض تحققه بمجرد عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه، بل على المدين إثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر (ما 184 ق م).

و بهذه المسألة يتوافق أيضاً الشرط الجزائي مع تعويض الاستحقاق طبقاً لما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 176 من ق ت لا يطلب من المستأجر التاجر إثبات الضرر بل على المالك المؤجر أن يثبت أن الضرر اقل.

على خلاف نقاط الالتقاء بين التعويضين فإنهما يفترقان في أمور عديدة سيلبي بيانها على التوالي:

يفتح عدم تنفيذ التزام الاصيلي أو التأخر في تنفيذه الحق في الاحتجاج بالشرط الجزائي، مما يفيد أن أساس هذا التعويض هو خطأ المدين. و تقوم مسؤولية المدين أصلاً عن التأخر في التنفيذ إلا بعد الاعذار (المادة 180 والمادة 179 ق م). و عليه فإن الهدف المتوخى من الاعذار هو حث المدين على تنفيذ التزامه. وهو ما سار عليه القضاء³⁶.

يظهر لنا لأول وهلة يظهر لنا توافق حكم اشتراط تعويض الاستحقاق مع حكم الشرط الجزائي بما انه لا يحتج به إلا عند نهاية عقد الإيجار التجاري ورفض المؤجر تجديد الإيجار، فان لم يكن سبب استحقاقه التأخر في التنفيذ فهو الامتناع عن التنفيذ.

غير انه عند التمعن في الامتناع عن التنفيذ بالشرط الجزائي يقصد به تنفيذ التزام نطاقه حياة العقد او تنفيذ مضمون العقد مثال ذلك، في حين أن سبب دفع تعويض الاستحقاق إذا ما تم الاتفاق عليه فهو رفض المؤجر التجديد. و قبول التجديد ليس بالتزام تعاقدي ما دام انه يفترض نهاية العلاقة الايجار بانتهاء مدة العقد.

كما أن المشرع خص بالاشتراط بالفقرة الثانية من المادة 187 مكررة ق ت مسألتين: مسألة نهاية العقد عن طريق أثر التنبيه بالإخلاء ومسألة الحق في طلب تعويض الاستحقاق لرفض التجديد و جعل الأمرين تحت سلطة ارادة المتعاقدين، مما يفيد من وجهة نظرنا جواز الفصل أو الجمع بينهما عند الاشتراط.

و بالتالي نلخص الى أن الهدف من الشرط الجزائي هو كفالة احترام و ضمان تنفيذ العقد الذي نشأ بسببه، في حين أن الهدف من اشتراط تعويض الاستحقاق فهو جبر الضرر الذي نتج عن عدم التجديد بعد انقضاء العقد³⁷.

لنتهي إلى القول بأنه يجوز اشتراط المتعاقدين عدم انتهاء عقد الإيجار التجاري إلا بعد الاعذار عن طريق التنبيه بالإخلاء دون اشتراط التعويض والعكس صحيح. كما يمكن الجمع بينهما في الاشتراط. فان كان الهدف من الاعذار في الشرط الجزائي هو حث المدين على تنفيذ التزامه التعاقدية، فان الهدف من التنبيه بالإخلاء إذا ما تم اشتراطه أي الإعلان عن رفض التجديد ومنح المستأجر مهلة من اجل تهيئه لمغادرة الأمكنة وتحويل محله التجاري³⁸ هذا من جهة.

و من جهة ثانية يعد الشرط الجزائي وسيلة احتياطية لا يستطيع الدائن المطالبة به إلا بعد المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام³⁹، و عليه فان الشرط الجزائي ليس بالتزام بديلاً، لان الالتزام الأصلي إذا كان ممكناً، يسقط الاحتجاج بالشرط الجزائي و لا يعتبر أيضاً التزاماً اختيارياً، فليس من حق الدائن الاختيار بين الالتزام الأصلي و الشرط الجزائي و كذلك الأمر بالنسبة للمدين الذي لا يستطيع الاختيار بين عرض التنفيذ العيني و عرض التعويض الاتفاقي إذا كان الأول ممكناً⁴⁰.

في حين إذا تم الاتفاق على تعويض الاستحقاق فيصبح الالتزام اختياري ولو كان قبول التجديد ممكناً لا يجوز إلزام المالك به فدفعه لتعويض الاستحقاق يخلصه من الالتزام بالتجديد⁴¹.

و من جهة أخرى للشرط الجزائري وظيفة تعويضية بما انه أصلا تقدير اتفاقي للتعويض المستحق لأحد المتعاقدين عن الأضرار التي تلحق به نتيجة إخلال المتعاقد الآخر لالتزامه⁴². و يحدد جزافيا، فلا و بالتالي لا يستطيع القاضي تعديله إلا في حالات استثنائية⁴³ و ذلك من اجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد⁴⁴.

بينما يستشف من قراءة مقتضيات المادة 187 مكرر من ق.ت أن تعويض الاستحقاق إن تم اشتراطه فانه لن يخرج عن نطاق أحكام الإيجارات التجارية، مما يفيد أن سلطة تقديره تعود إلى القاضي الذي سيستعين بخبير من اجل حساب مبلغ التعويض طبقا للمعايير التي حددتها المادة 176 من ق.ت و عليه فان اشتراط تعويض الاستحقاق لا ينزع عنه طبيعته، إذ يقصد من اشتراط الاتفاق على الحق في طلب التعويض بينما تقدير التعويض فيبقى من سلطة القاضي، على خلاف الشرط الجزائري.

كذلك يستفاد من مقتضيات المادة 183 من ق.م جواز الاتفاق على الشرط الجزائري لمصلحة أي طرف من العقد "يجوز للمتعاقدين"، على خلاف تعويض الاستحقاق الذي يكون دائما لمصلحة المستأجر وحده.

وفي الاخير يمكن القول بان الشرط الجزائري، يخضع للقواعد العامة للمسؤولية و التعويض، في حين يقصد باشتراط تعويض الاستحقاق اشتراط الحق في طلب التعويض، فإذا تم الاتفاق عليه فلن يخرج عن إطار القواعد الخاصة التي قررت له سواء من حيث المسؤولية التي يعتبر أثر لها والتي لا تقوم على الخطأ و بأقل قدر على الضرر فهي مسؤولية مقررة بقوة القانون.

وعليه يظهر لنا، أن اشتراط تعويض الاستحقاق لم يحدث تطورا في الأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا التعويض بقدر ما هو تحول في مصدره و تحوله من حق من نظام عام⁴⁵ يكتسبه المستأجر بمناسبة إبرامه لعقد إيجار تجاري الى حق مرهون بإرادة الاطراف.

هذا التحول نتج عنه واقع تحلي المستأجر التاجر عن اشتراط التنبيه بالاخلاء أو تعويض الاستحقاق و اخلاء الامكنة فور انتهاء مدة العقد و في هذه الحالة ما مصير المحل التجاري بعد اندثار عناصره و خاصة عنصر العملاء و ارتباطه بموقع ممارسة التجارة أو الصناعة. قد يطرح في المستقبل استغلال المؤجر لهؤلاء العملاء مسألة الاثراء بدون سبب أو المنافسة غير المشروعة. غير أنه لم يلاحظ ليومنا هذا معارضة التجار للتطبيق المادة 187 مكرر هل هذا يعني تحلي هؤلاء عن الملكية التجارية لحساب مدة إيجار أطول أي منح المحل التجاري استقرار بالأماكن؟

الخاتمة :

ادخل المشرع الجزائري بموجب الفقرة الثانية من المادة 187 مكرر من القانون التجاري تحويل جوهري في مصدر نشأة الملكية التجارية، فتحول من حق قانوني خاضع لسلطة القانون الى حق اتفاقي خاضع لسلطة إرادة المتعاقدين وحدها، نجم عن هذا التعديل نهاية امتياز المستأجر التاجر بنهاية مدة عقد الإيجار التجاري، بدون تنبيه بالإخلاء ولا الحق في طلب التجديد أو الحق في طلب تعويض الاستحقاق و بالتالي إعادة التوازن الاقتصادي للعقد نفسه.

خلصنا من خلال هذه الورقة إلى أن تراجع المشرع عن الاعتراف بالملكية التجارية كحق مطلق مصدره القانون يؤدي حتما الى اندثار المحل التجاري بضياع عنصر الاتصال بالعملاء، أكثر من ذلك قد يتسبب في خلق منافسة غير مشروعة في حالة استعادة عملاء المستأجر المحلي ومن تم وضع اقتصادي جديد يفتقد الى ضابط قانوني.

كما نخلص الى ان التراجع عن هذه الحماية مرجعه تحول مركز الحماية القانونية في اقتصاد نهاية القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين من التاجر سواء كان منتجا أو موزعا الى المستهلك وبالتالي توجه الاعتبارات الاقتصادية التي فرضت توجه جديد غير من مركز القوة ومركز الضعف في العلاقة التعاقدية من التاجر المستأجر الى المستهلك، أكثر من ذلك من اقتصاد ينشأ و ينمو من تجارة صغيرة الى اقتصاد يقوم على المعرفة و لا يحتاج الى مكان لمزاولة التجارة مثال ذلك ممارسة التجارة الالكترونية أو ممارسة النشاط التجاري داخل المساحات التجارية الكبرى.

من هنا، يصبح من ضروري إعادة النظر في بعض المواد القانونية بالقانون التجاري التي تعتبر الحق في الايجار عنصر من عناصر المحل التجاري و كل ما يترتب عن قيمته المالية من آثار هذا من جهة و من جهة أخرى يستوجب على المشرع الجزائري اعادة النظر في مكانة و دور التجارة الممارسة من قبل شخص طبيعي في تنمية و تطوير الاقتصاد الوطني.

أولا / قائمة المصادر:

ج- النصوص القانونية:

الامر رقم 59-75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري. الجريدة الرسمية رقم 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975.

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 المعدل و المتمم للامر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج ر رقم 27 المؤرخة في 27 افريل 1993 .

الأمر رقم 96-23 المؤرخ في 9 يوليو 1996 مهنة الوكيل المتصرف القضائي . ج ر رقم 43 مؤرخة في 7 اكتوبر 1996 . الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996 المعدل و المتمم للامر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري . ج ر رقم 77 المؤرخة في 11 ديسمبر 1996.

ثانيا / قائمة المراجع:

أ-الكتب:

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

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

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 .

الجمال مصطفى محمد: أحكام الالتزام ، الدار الجامعية ،طبعة 1989

خليل احمد قدارة ،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري - الجزء الاول : مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجزائرية ، طبعة 2005، ص 263.

محمد صبري السعدي : النظرية العامة للالتزامات . أحكام الالتزام -دراسة مقارنة في القوانين العربية - مطبعة دار الهدى ، عين مليلة،الجزائر، 2010،

ج-الإجتهاد القضائي:

القرار رقم 28651، 07-05-1983، غ، تجا وبع، للمجلس الأعلى، المنشور بالسلسلة القضائية للاجتهاد القضائي للمجلس الأعلى، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1987

قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية المؤرخ في 09-07-1996، المجلة القضائية للمحكمة العليا عدد 01، 1997، ص رقم 87. قرار المحكمة العليا، الغرف مجتمعة رقم 136156، بتاريخ 18 فبراير 1997، بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد خاص، 1999، ص 46.

القرار المحكمة العليا رقم 136083 الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 26/03/1996. المنشور بالمجلة القضائية العدد الأول 1997، ص 84

قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية. "ملف رقم 62293 القرار 14/01/1990، المجلة القضائية 1991، عدد 02، ص 95. المراجع باللغة الفرنسية:

- 1- André DEGUELEDRE : La Propriété Commerciale - Etude de droit compare- These de Doctorat en droit, 1935, Paris, Librairie du Recueil Sirey
- 2- Jean MILHAUD : Propriété Commerciale, Thèse pour le Doctorat 1935, éd Librairie du Recueil SIREY- Paris- 1935.
- 3- 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
- 4- Jean-Francoise OVERSTAKE. L'indemnité d'éviction .Revue .trimestrielle. .Droit commercial .Extrait du n° 3-1968 .Ed, Librairie Sirey –Paris
- 5- G. Ripert et R. Roblot : Traité élémentaire de droit commercial, T.I., , L.G.D.J, Paris 2eme éd, 1980 n° 523
- 6- V.C. Lavabre : L'évolution du statut des baux commerciaux - Dix ans de droit d'entreprises- éd Litec, 1978.
- 7- 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
- 8- Joël MANEGER : Emergence et évolution de la notion de fonds de commerce, A.J.D.I, 2001, n 1042.
- 9- André DEGUELEDRE : La propriété commerciale - Etude de droit comparé- Thèse de Doctorat en droit, 1935, Paris, Librairie du Recueil Sirey, p 8 et s.
- 10- Jean-Guirec RAFFRAY : Baux commerciaux, éd et collection « Pratique de l'immobilier », Masson, Paris, 1995, p 32.
- 11- 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.
- 12- 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.

الهوامش:

¹ بقيت احكام ونصوص القانون التجاري الفرنسي سائرة المفعول على التراب الوطني الجزائري من الفترة الممتدة من سنة 1962 الى غاية سنة 1975 تطبيقا لما جاء بالأمر رقم 73-29 القاضي بوقف العمل بالقوانين الفرنسية الموروثة عن عهد الاستعمارى ابتداء من تاريخ 05/07/1975 و في نفس السنة صدر أول تقنين تجاري جزائري بموجب الامر رقم 75-59 المؤرخ في 26/09/1975.

² «Toute la législation sur les baux commerciaux est imprégnée de considérations économiques. » J-F OVERSTAKE (1968, P 559).

« Toute la législation sur les baux commerciaux est imprégnée de considérations économiques. » J-F OVERSTAKE (1968, P 559).

⁴ تنص المادة 2/78 من القانون التجاري الجزائري: "كما يشمل أيضا سائر الاموال الأخرى... و الحق في الايجار... " المادة 2/96 ق ت ج: " لا يثبت امتياز بائع الا على عناصر المحل التجاري المبينة في عقد البيع.... و الحق في الايجار.. " المادة 98 ق ت ج: " يجب على البائع او الدائن المرتهن ان يقدم عند اجراء قيد امتياز..... و الحق في الإجارة.. " المادة 119 ق ت ج "لا يجوز أن يشمل الرهن الحيازي للمحل،.... و الحق في الايجارة.....".

5 تنص المادة 78 من ق.ت على ما يلي: "تعد جزئا 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 ..".
6 A. DEGUELEDRE (1935). J. MILHAUD (1935). J. DE CAGNY (1972).

7 برزت فكرة المحل التجاري نتيجة الاجتهاد القضائي من خلال مرافعة ممثل الحق العام السيد "تري" الذي أكد حق صاحب الملكية التجارية في التنازل عنها للغير و هو ما أيدته محكمة الاستئناف بباريس بقرار صادر بتاريخ 17 / 08 / 1801 . المرجع: المحل التجاري في أنظمة الزواج ميشيل ريو , طبعة 1953 , ص 12 .

8 J. MILHAUD (1935, P 4 et s).

9 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 ووعي التجار بهذه الملكية و ضرورة حمايتها, فعددت عدة مؤتمرات للمطالبة بالحماية كمؤتمر المجموعات التجارية الذي انعقد بباريس سنة 1904 أين أثبتت و لأول مرة مسألة الملكية التجارية للقاعدة التجارية و بسنة 1906 أثبتت مسألة الصناعة و التجارة الصغيرة بالمؤتمر المنعقد بمدينة مرسيليا فبدأ الدفاع عن الملكية التجارية بمساندة الغرف التجارية .. (G. Ripert et R. Roblot (1980 n° 523 , p 373).

10 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. "J, MILHAUD (op, cit, p 13).

11: « 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 . » Art 1709 code civil Français.

لأكثر معلومات حول هذه المرحلة الرجوع إلى : V.C. Lavabre (1978) .

12 عدم تطرق المشرع لتنظيم مسألة 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 . (J. De CAGNY (1972, P 4).

13 تطرق المشرع الفرنسي 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 .

14 J. MANEGER (2001, n 1042).

15 A. DEGUELEDRE (1935, p 8 et s).

16 J-G RAFFRAY (1995, p 32).

17 Décret n° 53-960 du 30/09/1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou des locaux à usage commercial ou industriel ou artisanal.

18 Loi n° 53-960 du 30/09/1953, modifié par les lois suivantes :

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.

لأكثر معلومات الرجوع إلى :

J. Derruppé –R. Maus –G. B De l'isle –P. Lafarge, (1979, p 459).

19 : « Soucieux 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. ». Dominique PERBEN. Colloque du 17 juin 2003 sur les baux commerciaux.

20 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 national pour l'amélioration de l'habitat.(2004 .p 16).

21 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 et l'économie, entre la loi et le contrat. »

22 Y. CHAPUT (.p 188-189). 2004 .

23 تعد الامتيازات التي لم تمنحها بعض الدول الأوروبية التي تبنت مفهوم المحل التجاري مثال ذلك المشرع البلجيكي فقد قصر هذه الحماية على تجار التجزئة ، و ربط تقدير تعويض الاستحقاق بسعر بدل إيجار لسنوات محددة تختلف على حسب اختلاف سبب رفض التجديد .

لأكثر معلومات عن تعويض الإخلاء في التشريع البلجيكي.: D. JANSSEN (2000, p 97 et s).

24 الأمر رقم 59-75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري. ج ر رقم 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975. مع الإشارة إلى انه بتاريخ 05-07-1973 صدر 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 842 على سريان القانون التجاري بأثر رجعي: " يدخل هذا الأمر حيز التنفيذ ابتداء من 5 يوليو سنة 1975، ..".

25 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.

26 اخر تعديل للأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري قانون رقم 05-02 المؤرخ في 06/02/2005 ، ج ر عدد 11 ، المؤرخة في 09-02-2005 ، ص 8 .

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

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

29 تنص المادة 187 مكرر 1 من القانون التجاري على ما يلي: " يبقى تجديد عقود الإيجار المبرمة قبل النشر المذكور في المادة 187 مكرر أعلاه، خاضعا للتشريع الساري المفعول بتاريخ إبرام عقد الإيجار. "

30 المادة 324 مكرر 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 الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق - ج.ر عدد 107 المؤرخة في 1970/12/25 . كما جاء بالمادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 97-41 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 .
- 31 من الأمثلة عن القرارات التي فصلت في مدى إلزامية تطبيق المادة 324 مكرر 1/ من القانون المدني القرار رقم 28651 ، 1983/05/07 ، 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 خرقوا القانون مما يعرض قرارهم للنقض. " غ، تجا و بح ، ملف رقم 138806 ، قرار المؤرخ في 09/07/1996 ، المجلة القضائية للمحكمة العليا عدد 01 ، 1997 ، ص 87. كما أن المحكمة العليا فصلت في هذا الإشكال بقرار مبدئي رقم 136156 ، بتاريخ 18 فبراير 1997 عن غرف المحكمة العليا مجتمعة ، القرار المنشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد خاص ، 1999 ، ص 46 . جاء مبدأه بما يلي : " بيع محل تجاري - بعقد عرفي - بطلان العقد - ضرورة الشكل الرسمي . "
- 32 طبقا لمقتضى المادة 172 من ق ت لا يكتسب المستأجر التاجر أو الصناعي أو الحرفي الملكية التجارية الحق في التجديد و الحق في طلب 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 .
- 33 جاء بالمادة 187 مكرر 1/ من ق ت ما يلي : " تحر 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 .. "
- 34 محمد صبري السعدي (2010 . ص 80 و مايلها) .
- 35 ذهب القضاء الفرنسي إلى ابعاد 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 (op . cit , §641.
- 36 جاء بالقرار المؤرخ في 12/01/2000 ملف رقم 206796 ما يلي : " من الثابت قانونا أن طلب التعويض لا يستحق إلا بعد اعذارا 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 نسا و تطبيقا لأحمد لعور و نبيل صقر (2007 . ص 94) .
- 37 جاء في هذا الشأن عن المحكمة العليا في احد قراراتها : " 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 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 ان قضاة المجلس قد قضاوا 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 26/03/1996 ، المنشور بالمجلة القضائية العدد الأول 1997 ، ص 84 .

- 38 جاء عم حمدي باشا عمر بمرجه القضاء التجاري في تحديده لمفهوم و الهدف من التنبيه بالإخلاء ما يلي: "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 تمهيد المستأجر لمغادرة المحل، و إعطاء مهلة للمستأجر للبحث عن محل مماثل أو بيع أو تحويل المعدات و البضائع الموجودة بالمئجر". (2001 ص 83).
- 39: "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 الجزائري يقوم بدور التعويض، فهو وسيلة احتياطية لا يلجأ إليه إلا عند عدم تنفيذ الالتزام عينيا، 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..". خليل احمد قدارة (2005 ص 263).
- 40 الجمال مصطفى محمد (1989، ص 248 و ما يليها).
- 41 جاء عن المحكمة العليا في هذا الشأن ما يلي: "من المقرر أن للمؤجر الحق في إنهاء عقد الإيجار مقابل دفع تعويض الاستحقاق الذي يجب أن يعبر عنه بالتنبيه بالإخلاء الموجه إلى المستأجر". ملف رقم 62293، القرار المؤرخ في 1990/01/14، المجلة القضائية 1991، عدد 02، ص 95.
- 42 يرى بعض الفقه أن للشرط الجزائري دور آخر. فإذا تم الاتفاق مسبقا على مبلغ تعويض بقدر ضئيل، يقل عن قيمة الضرر المتوقع حدوثه نتيجة عدم التنفيذ، فانه فيكون الشرط الجزائري مقيد للمسؤولية بل قد يأخذ هذا الشرط حكم الشرط المعفي من المسؤولية إذا ما قل إلى درجة التفاهة. فالالتزام التعاقدية ما لم يكن من النظام العام يتم بإرادة المتعاقدين فهم أحرار في أن يتفقا على أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه يستوجب جزاء محددًا، 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 يميز 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 مسئولًا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله و لو وقع الاتفاق على عدم الضمان و يقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك".
- 43 الأصل ألا يتدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائري، بل عليه تطبيقه كما هو بالقدر و الكيفية المتفق عليهما، فلا يجوز للقاضي تخفيض مبلغ التعويض الاتفاقي إلا إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطًا 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 اثبت المدين أن التقدير كان مفرطًا وان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه". كما لا يجوز للقاضي الرفع من التعويض الاتفاقي إلا إذا اثبت الدائن أن المدين ارتكب غشا، أو خطأ جسيم الرجوع إلى المادة 185 ق م.
- 44 جاء عن حمد صبري السعدي في تعليقه جواز استثنائيا التخفيض من الشرط الجزائري ما يلي: "و العلة في تخفيض الشرط الجزائري في القانون الجزائري و المصري و غيرها من التقنينات العربية، انه يعيد النظر فيه، و يقدر التعويض طبقا للقواعد العامة، و يلاحظ ان القاضي لا يخفض الشرط الجزائري ليجعله مساويا للضرر، بل يزيل ما فيه من مبالغة، و اذا كان الالتزام الأصلي مبلغا من النقود فيكون المقصود من الشرط الجزائري المبالغ فيه إخفاء فوائد رباوية يجب تخفيضها الى الحد القانوني، و يأخذ القضاء الفرنسي بهذا الحكم". (2010، ص 89).
- 45 تنص مادة 199 من ق.ت على ما يلي: "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، ...".