

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عمار ثليجي بالأغواط
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون الأعمال

التصرفات غير ناقلة للملكية الواردة على المحل التجاري

الأستاذ المشرف: بن زبير عمر

الأستاذ المساعد: راجي لخضر

إعداد الطالبين:

- صادقي وهيبة

- قفاف إيمان

السنة الجامعية 2022/2021

شكر و عرفان

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

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

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

الشكر للأستاذنا المؤطر بن زبير عمر و الأستاذ المساعد راجي لخضر، على كل ما أسدوا إلينا من نصائح، وما صبروا علينا في إعداد هذا العمل المتواضع، وإنه لشرف لنا عظيم أن أطرنا في هذه الأطروحة، و كانا لنا نعم العون في إنجاز أطروحتنا. والشكر لجميع أساتذة و العمال و الزملاء لكلية الحقوق لجامعة عمار ثليجي.

الإهداء

“للهم إشرح لي صدري و يسر لي أمري و أحل عقدة من لساني يقفها
قولي”

“اللهم صل و سلم و بارك على سيدنا محمد و على آله و صحبه أجمعين.”
“الحمد لله الذي وفقنا لإنجاز هذا العمل و إنجاز هذا العمل.”

أهدي عملي هذا بعد التوفيق من الله الى **والدي** رحمه الله، و
جعل مثواه الجنة

و إلى **والدتي** الكريمة، سبب كل خطوة نجاح في حياتي.
إلى أختاي العزيزتين رفيقتي الدرب، **صليحة و أمينة**.
إلى إخواني سند حياتي.

إلى زوجاتهن الكريمات، خاصة إلى اخي **ياسين** و اختي **خديجة**.
إلى زوجي و توأم روحي و شريك دربي **باي الطيب**.
إلى بناتي حبيباتي **سولاف و آية**.

إلى أبنائي، ربي ينجدهم و يوفقهم، **يحي و عبد الرحمان**
إلى صديقاتي و حبيباتي بالعمل، **سامية، خيرة، خديجة، سمية و**
فايزة.

إلى ابنة عمي الدكتورة **غزالي نصيرة**.
إلى رؤسائي بالعمل الذين ساهموا في مساعدتي بمواصلة
تخصصي، خاصة المدير الفرعي للأداءات **السيد بورحلة جمال**.
إلى روح المرحومة الأخت الفاضلة **نصيرة رزق الله**.
إلى كل من ساهم في مساعدتي و دعمي في مواصلة
تخصصي و إنجاز هذا العمل.

وهيبة

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

والذي العزيز، الذي لطالما كان المشجع والداعم الأول بعد الله

سبحانه وتعالى في نجاحي وتوفيقي، إلى النور الذي يضيء طريقي

في الدنيا "أمي" الغالية التي لم تبخل بشيء من أجل دفعي إلى

طريق النجاح، فمهما كثرت من العبارات والكلمات لأوفي جزاء

من فضلها علي.

إلى أخواتي العزيزات على قلبي "فضيلة، خديجة، عائشة، وتوأم

روحي خولة وآية". وإلى وحيدنا أخي العزيز محمد الحسين

وزوجته الغالية جهاد التي تقاسمت معها أفراحي وأحزاني.

إلى أبناء أخواتي وأخي حفظهم الله.

أهدي بكل امتنان هذا العمل إلى أختي عائشة التي لها الفضل

الكبير في نجاحي الدراسي.

إلى كل أفراد عائلتي وأصدقائي وزملائي الأعزاء.

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج: جزء

ج ر: جريدة رسمية

ط: طبعة

ص: صفحة

د س ن: دون سنة النشر

م ق: مجلة قضائية

ن ق: نشرة القضاء

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ق م ج: قانون مدني جزائري

ق ت ج: قانون تجاري جزائري

ثانياً: باللغة الفرنسية

Ed: édition

Op–Cit: Ouvrage Précédemment Cité

المقدمة:

ان فكرة المحل التجاري فكرة قديمة منذ ان بدأ التاجر يعرض سلعة للجمهور، و لقد كان التصور السائد آنذاك هو ان المحل التجاري فكرة مادية، تقتصر على مجموع العناصر المادية كالأثاث و الآلات دون إمتدادها إلى العناصر الأخرى كالعلاء و العنوان، الاسم التجاري.

و مع تطور التجارة و مرور الزمن ظهرت الفكرة المعنوية للمحل التجاري في أواخر القرن الثامن عشر بإتحاد العناصر المعنوية و المادية تشكل كيانا مستقلا بذاته.

و تعد الثورة الصناعية عاملا أساسيا لتطوير و ترسيخ الفكرة المعنوية للمحل التجاري حيث ظهرت عناصر جديدة كالعلامات التي تميز السلع و الخدمات، براءات الاختراع و الرسوم و النماذج لها .

و بذلك أصبحت العناصر المعنوية ذات اهمية كبيرة تفوق اهمية العناصر المادية المكونة للمحل التجاري و أصبح بذلك مالا منقولاً لا يمكن نقله دون تلف هذ ما يضيفي على المحل التجاري صيغة خاصة تجعل منه وحدة واحدة منفصلة و مستقلة بأحكامها، وترد عليه مختلف العمليات القانونية التي تتلائم مع طبيعته الخاصة.

فيمكن لمالك المحل التجاري اجراء مختلف العمليات او العقود على محله و تنقسم هذه العقود إلى عقود ناقلة للملكية كعقد البيع الذي نص عليه المشرع في المادة 79 ق ت ج

اما العقد الثاني يتمثل في تقديم المحل التجاري كحصه في شركة على سبيل التفكيك في هذا النوع من العقود فان المقابل المالي إحتمالي.

اما العقد الثالث الناقل للملكية يتمثل في عقد المقايضة بالاضافة الى الحالات التي تنتقل فيها الملكية عقد الهبة و بالوفاة.

أما عن العقود الواردة على المحل التجاري غي قابلة للملكية تنقسم بدورها الى نوعين :

1-العمليات الناقلة للحيازة هذه أيضا تنقسم الى نوعين :

يتمثل النوع الاول في عقد ايجار التسيير يتنازل فيه المالك عن مهمة التسيير لشخص آخر يسمى المستأجر يستغل فيه المحل و يتحمل المخاطر المنجرة عن الاستغلال.

أما القسم الثاني فيتمثل في تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على الانتفاع في هذه الحالة لا يتحصل فيها المؤجر أي المالك على مقابل الايجار و انما على نسبة من الارباح المحتملة، يتحمل الارباح و الخسائر مثله مثل باقي الشركاء.

بينما يتمثل النوع الثاني من العقود الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية و غير ناقلة للحيازة في الرهن الحيازي، حيث يقدم المالك في هذا العقد محله التجاري كضمان لتنفيذ التزامه و لكن للعقد طبيعة خاصة تتمثل في ان الحيازة لا تنتقل من المدين الراهن الى الدائن المرتهن و انما تظل في حيازة المالك فهذا العقد رغم ان المشرع سماه في نص المادة 118 ق م ج بالرهن الحيازي الا أنه شبيه الرهن الرسمي في عقد إنتقال الحيازة. و يختلف على أنه يرد على مال منقول معنوي.

و لقد خصص المشرع الجزائري كتابا كاملا في القانون التجاري وهو الكتاب الثاني من المادة 78 الى المادة 214 حيث تناول أهم العمليات الواردة على المحل التجاري و ذلك في ثلاثة أبواب، حيث خصص الباب الاول في بيع المحل التجاري و تقديمه كحصة في الشركة و رهنه حيازيا.

و تناول في الباب الثاني الانجازات التجارية بينما حصد في الباب الثالث لعقد التسيير الحر و تأجير التسيير.

و باعتبار القسم الثاني من العمليات الغير ناقلة للملكية في المحل التجاري هو موضوع بحثنا فإننا نولي أهمية كبيرة الى مثل هذه العقود باعتبارها لا تقل أهمية عن غيرها من العقود الناقلة للملكية .

هذه العقود لا تنقل الملكية و لا تنقل الحيازة الى المتعاقد معه او الغير، و انما تبقى في يد المالك الى غاية انقضاء العقد.

يتمثل هذا النوع من العقود في الرهن الرسمي و الرهن الحيازي الوارد على المال المنقول المعنوي.

يرد عقد الرهن على أقال مختلفة منها أموال عقارية مادية ومعنوية، ان الرهن الوارد على العقار يسمى بالرهن الرسمي م 882 ق المدني ج و الحيازة فيه لا تنتقل من المدين الراهن الى الدائن المرتهن .

أما الرهن الحيازي الوارد على المنقول فالاصيل فيه ان الحيازة تنتقل من المدين الراهن الى الدائن المرتهن نكون امام حالة الرهن الوارد على المنقول المادي الذي يبرم على المال.

أما الرهن الحيازي الوارد على المنقول المعنوي فان حيازة هذ المال موضوع الرهن لا تنتقل من مالك هذا الى صاحب الحق أي الدائن المرتهن.

هذا النوع من العقود حديث النشأة بالمقارنة مع الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي. و يمكن للتاجر رهن محله التجاري و تأجيره لصالح أشخاص معنويين، بنوك، شركات أو لصالح أشخاص طبيعيين (الافراد).

تتعدد العقود و العمليات الواردة على المحل التجاري و تختلف كما سبق وقلنا الا ان دراستنا تقتصر فقط على العقود و العمليات غير ناقلة للملكية و التي تتمثل في إيجار التسيير أو التسيير الحر و الرهن الحيازي.

اهمية الموضوع :

برزت اهمية المحل التجاري لا سيما بعد توسيع نطاق التصرفات الواردة عليه و المركز الذي احتله بالغ الأهمية سواء من الناحية الاقتصادية و القانونية و يستمد موضوع العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية أهمية من المال المنقول المعنوي.

الذي يلعب دورا كبيرا في الحياة التجارية للتاجر، اذ يعتبر في كثير من الاحيان من اهم الأموال التي يعول عليها التاجر في سبيل ممارسة التجارة و تطوير الاقتصاد و تحقيق الغاية المرجوة من وراء كل ذلك الا و هي الحصول على الأرباح و الاعتناء و الاستغلال الافضل من طرف التاجر، أو ما يسمى برهن القاعدة التجارية مما يدفع الى المنافسة التجارية و كما تظهر أهمية الموضوع أيضا في الطبيعة الخاصة لمحل التعاقد الذي يعتبر مالا منقولاً معنوياً واحداً رغم كونه يتركب من عناصر مختلفة بطبيعتها عن بعضها البعض و تحتفظ بذاتها داخل هذا المال ، الامر الذي يجعل العقود التي ترد عليه من طبيعة خاصة حتى و ان كانت تتشابه هذا النوع من العقود عندما ترد على أموال مادية منقولة أو عقارية الا انها تختلف عنها لذلك فهي تخضع لنظام جد معقد من الاحكام القانونية. و عليه من خلال ما سبق نطرح الاشكالية :

كيف نظم المشرع الجزائري أحكام التصرفات غير الناقلة للملكية الواردة على المحل التجاري؟
كما نحاول الاجابة على بعض التساؤلات النوعية من أجل توضيح هذه التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري أهمها:

- أهم شروط و اجراءات الرهن الحيازي و عقد ايجار التسيير
- الاثار المترتبة عليها
- كيف تتجسد الضمانات المكلفة لأطراف العقد
- و كيف ينقضي عقد الرهن الحيازي وعقد ايجار التسيير

المنهج المتبع:

اتبعنا في دراستنا لموضوع العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية المنهج التحليلي و ذلك بتحليل مختلف القواعد و الاحكام القانونية الواردة في القانون التجاري سواء المتعلقة بالمحل التجاري من م 71 الى 214، أو التي ليس لها علاقة مباشرة معه و لكن تنطبق على مثل هذه المعاملات. أيضا القواعد المتعلقة بالقانون المدني.

أحكام الشريعة : القواعد القانونية الخاصة بالعناصر المعنوية التي يتكون منها المحل التجاري، كذلك يتم الاستعانة بالمنهج المقارن و ذلك عن طريق التطرق الى مختلف الاحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي.

إعلان الخطة:

- المقدمة
- الفصل الأول: الرهن الحيازي كتصرف غير ناقل للملكية الوارد على المحل التجاري
- المبحث الأول: مفهوم عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
- المطلب الأول: تعريف عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
- المطلب الثاني: انعقاد عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
- المبحث الثاني: آثار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وانقضائه
- المطلب الأول: اثار عقد الرهن الحيازي
- المطلب الثاني: انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
- الفصل الثاني: عقد ايجار التسيير كتصرف وارد على المحل التجاري غير ناقل الملكية
- المبحث الأول: مفهوم عقد ايجار التسيير
- المطلب الأول: تعريف عقد إيجار التسيير
- المطلب الثاني: انعقاد عقد إيجار التسيير
- المبحث الثاني: آثار عقد التسيير و إنقضائه
- المطلب الأول: آثار عقد إيجار التسيير
- المطلب الثاني: إنقضاء عقد إيجار التسيير
- الخاتمة

الفصل الأول:

الرهن الحيازي كتصرف غير ناقل للملكية الوارد على المحل التجاري

ان وظيفة الرهن الأساسية هي الحصول على الائتمان و هذا بضمان المال المرهون سواء أكان رهنا رسمي أو حيازيا , كما نص القانون التجاري الجزائري في المادة 02/118 منه: " و لا يخول رهن المحل التجاري للدائن المرتهن في التنازل عنه مقابل ما له من ديون و لا تسديدها"¹.

أي أنه يحق للمالك ابرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري و احتفاظه بملكيته لهذا المحل موضوع العقد و ما ينجز عنه من سلطات , و استقلاله له, و من جهة اخرى يضمن به التزامه سداد الدين الذي على عاتقه.

و حسب موضوعنا هذا يرد الرهن الحيازي على مال خاصة يختلف عن الأموال الأخرى, فهو مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع يتكون من عناصر تختلف بطبيعتها عن بعضها البعض, منها ما هو مادي و منها ما هو معنوي (عنصر الاتصال بالعملاء و الشهرة التجارية).

سنحاول من خلال هذا الفصل دراسة ماهية عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري الذي يعتبر العقد الوحيد الذي يمثل التصرفات الواردة على المحل التجاري غير ناقلة للملكية و غير ناقلة للحيازة, و ذلك بتناول مفهوم هذا العقد (المبحث الأول) و اثاره و كيفية انقضائه (المبحث الثاني).

¹ المادة 02/118 ق ت ج

المبحث الأول: مفهوم عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري:

ان طبيعة الموضوع الذي تناولناه في عملية رهن المحل التجاري تستوجب التطرق الى تعريف هذا العقد الوارد على مال منقول معنوي (المطلب الأول) على أن نختم المبحث بدراسة اثار و كيفية انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري:

لدراسة عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يستوجب ضرورة التطرق الى تعريف هذا العقد (الفرع الأول) و استخراج مختلف الخصائص التي يمكن أن يتميز بها هذا العقد (الفرع الثاني) و ضرورة التمييز بين هذا العقد و بين العقود الاخرى من أجل تبيان الاختلاف الموجود بين عملية الرهن الحيازي و بعض العمليات الاخرى الواردة عليه مع الأهمية التي يتمتع بها هذا العقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري:

قام المشرع الجزائري بتعريف الرهن الرسمي الوارد على العقار و الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي و لم يعرف الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري (أي يرد على مال منقول معنوي) مثله مثل باقي التشريعات الأخرى , فعرف الرهن الرسمي في نص المادة 882 ق م ج على: "أنه ينشأ للدائن المرتهن حقا عينيا تبعا على العقار المرهون, كما يتميز الرهن الرسمي الوارد على العقار أنه لا ينقل الحيازة من المدين الراهن الى الدائن المرتهن.

أما الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي فعرفه في المادة 948 ق م ج على أنه: "عقد يلتزم به شخص ' ضمانا لدين عليه أو على غيره, أن يسلم الى الدائن أو الى أجنبي يعينه المتعاقدان , شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء الى أن يتوفى الدين, و أن يتقدم الدئنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أن يكون"². و هنا ينشئ للدائن المرتهن حقا عينيا تبعا على المال المرهون.

و تخوله حق الأفضلية و تتبعه للتنفيذ عليه, واستبقاء دينه من الثمن البيع , و أيضا و يتميز الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي أن الحيازة تنتقل من المدين الراهن الى الدائن المرتهن³.

يمكن لنا تقديم تعريف عقد الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري (أي يرد على مال منقول معنوي) على أنه " عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على المحل التجاري لوفاء دينه, يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين و الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة في استثناء حقه من ثمن المحل التجاري في أي يد كان , على أن هذا الحق لا ينقل الحيازة من المدين الراهن الدائن المرتهن , كما يجب افراغه في شكل مكتوب أمام الموثق" ⁴ .

¹ المادة 882 من ق ت ج .

² المادة 348 من ق ت ج .

³ انظر المادة 1/951 ق م ج .

⁴ Librairie ARTHUR ROUSSE AU , Paris, 1934 , p 147 .

الفرع الثاني: خصائص عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري:

يتميز عقد الرهن التجاري الحيازي الوارد على المحل التجاري لمجموعة خصائص التي تجعله يتميز بها عن مختلف العقود الأخرى , خاصة أنه ذو طبيعة خاصة, سنلخصها فيما يلي:

أولاً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد مسمى:

يظهر ذلك من خلال اعطاء المشرع تسمية له, اذ وضع أحكام تفصيلية له¹, حيث تناقل في القانون التجاري الجزائري ابتداء من القسم الثاني الى الفصل السادس منه , من المادة 118 الى المادة 148 , فمن خلال هذه المواد فقد تطرق المشرع الى جميع جوانب هذا العقد من أحكام و اجراءات خصصها له.

ثانياً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد معاوضة:

يعتبر عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من عقود المعاوضة , حيث أن المدي الرهن لا يتبرع بالرهن , بل يقدمه ما يحصل عليه من مال أو أجل , لأن المرتهن لا يقرض المدي أو يمنحه الأجل. الا مقابل الرهن الذي يوفر له الطمأنينة و الضمان², حتى و ان كان الرهن في بعض الأحيان يقدم ضمانا للوفاء بديون الغير.

ثالثاً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ذو صفة تجارية:

تنص المادة 3/4 ق ت ج على أنه " يعد عملا تجاريا بحسب شكله العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية " أي أن المشرع الجزائري أضفى الصفة التجارية على كل العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية و من بين هذه العمليات الرهن الحيازي , حيث يعتبر هذا الأخير عملا تجاريا بحسب الشكل , مهم كانت أطراف العلاقة القانونية أثناء إبرام العقد³.

¹ شوقي بناسي , أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري , دار همومة , الجزائر . 2009 ص 81.

² القاضي حسين عبد اللطيف حمدان , التأمينات العينية , دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن و التأمين و الامتياز , ط1, منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان , 2009, ص 79 .

³ مقدم مبروك , المحل التجاري , ط4, دار همومة , الجزائر , 2009, ص 61 .

رابعاً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يرد على مال منقول معنوي

ان عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري واردة على مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع يتكون من مجموعة من العناصر بعضها معنوي¹ و بعضها مادي , تتحد فيما بينها لتشكل كيان كستقل عن العناصر المكونة له , لكن تختلف عن عملية الرهن الحيازي في العناصر المكونة له , فاذا اقتصرت عملية الرهن الحيازي على العناصر المادية (كالبضائع) لا يمكن القول أن عملية الرهن واردة على المحل التجاري , و انما اقتصرت على العناصر المادية.

خامساً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لا ينقل الملكية ولا الحيازة

لا يؤدي هذا العقد الى نقل ملكية المال المرهون من المدين الراهن الى الدائن المرتهن و انما يظل المالك محتفظاً بملكيته له, فهو من العقود الغير ناقلة للملكية ينشئ حقاً تبعياً عليه² , فالمدین الراهن يظل رغم الرهن الحيازي على رأس أعماله, و يسمح له ببيع البضائع الموجودة في المخزن و لكن يقع على عاتقه التزام بتجديدها بادلا في ذلك عناية رب الأسرة الحريص³. الا أنه في مقابل ذلك يجب أن يقوم بنشر هذا العقد من أجل امكانية التمسك به ضد الغير⁴.

¹ العناصر المعنوية : عنصر الاتصال بالعملاء و الشهرة التجارية .

² عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , العقود التي ترد على الملكية , البيع و المقايضة , الجزء الرابع, دار أحياء التراث الوطني, لبنان, ص 21 .

³ LOUIS FIALON , Du nantissement de fonds de commerce , Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit , université de Bordeaux, 1909, page 55 .

⁴ Philippe SIMLER et Philippe DELECQUE , Droit des sûretés, gage sans dépossession, JCP, G, 2007, n°22, I158, page 30 .

سادسا: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد شكلي:

اشترط المشرع الجزائري ضرورة اقرار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في شكل رسمي لدى الموثق¹ , و قيده في سجل عمومي منظم لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع المحل التجاري في دائرة اختصاصه² , و يشهر تحت شكل ملخص أو اعلان في النشرة الرسمية للاعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يشتغل فيها المحل التجاري³ , و اذا كانت عملية الرهن الحيازي تشمل حقوق الملكية الصناعية فيجب استكمال عملية القيد لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية⁴ .

سابعا: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من عقود الضمان:

بمقتضاه ينشأ المرتهن ضمان عيني على الشيء المرهون⁵ , بحيث يمكن له تتبعه في أيه يد كانت و التنفيذ عليه في حالة عدم قيام المدين الراهن بتنفيذ التزامه اتجاه الدائن المرتهن, حتى و ان لم تنتقل الحيازة اليه نظرا للطبيعة الخاصة لهذا العقد⁶ .

¹ انظر المادة 34 مكرر 1 ق م ج .

² انظر المادة 715 من المرسوم التنفيذي رقم 68/92 المؤرخ في 18 فيفري 1992 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري و تنظيمه, ج ر ج ج, ع14 الصادر بتاريخ 22 فيفري 1992 و معدل و متمم.

³ انظر نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 16-136 المؤرخ في 25 فيفري 2016, يحدد كفيات و مصاريف ادراج الاشهارات القانونية في النشرة الرسمية للاعلانات القانونية, ج ر ج ج, ع27 الصادر بتاريخ 4 ماي 2016.

⁴ انظر نص المادة 147 ق ت ج.

⁵ محمد وحيد الدين سوار, شرح القانون المدني الأردني , الحقوق العينية التبعية, مكتبة الثقافة, عمان, 1995, ص 171.

⁶ بوشكيوة عبد الحكيم, الرهن الرسمي كضمان من ضمانات القروض, مجلة الواحات للبحوث و الدراسات, جامعة غرداية, المجلد 2 , ع 2-2009, ص 240.

الفرع الثالث: تمييز عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عن بعض التصرفات الواردة عليه:

تقرض علينا دراسة التصرفات الواردة على المحل التجاري غير ناقلة للملكية غير ناقلة للحيازة المتمثلة في عقد الرهن الحيازي ضرورة التمييز بين هذا العقد و بين العقود الاخرى من أجل بيان الاختلاف الموجود بين عملية الرهن الحيازي و العمليات الاخرى الواردة عليه و هذا ما سنحاول بيانه:

أولاً: تمييز عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عن عقد بيعه:

ان عملية الرهن الحيازي الواردة على المحل التجاري لانؤدي الى نقل ملكيته أو حيازته من المدين الراهن الى الدائن المرتهن باعتباره تصرف وارد على مال منقول معنوي¹ , على عكس عملية البيع الناقلة لملكية المحل التجاري من البائع الى المشتري مقابل ثمن نقدي, فالمقابل في هذا العقد دائماً مبلغ نقدي يدفعه المشتري للبائع , على عكس الرهن الحيازي الذي يكون فيه المقابل مبلغ نقدي أو التزام اخر غيره² .

ثانياً: تمييز عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري عن عملية تقديمه كحصة في الشركة على سبيل التمليك

يمكن تقديم المحل التجاري كحصة عينية في الشركة التجارية على سبيل التمليك, و يتحصل امالك المحل التجاري المساهم به في الشركة على حصة في رأسمال الشركة مقابل تنازله عن المحل³ .

¹ نبيل ابراهيم سعد, التأمينات العينية, دار الجامعة الجديدة للنشر, الاسكندرية, 2005, ص 186.

² كركادن فريد , العمليات الواردة على المحل التجاري غير ناقلة للملكية, أطروحة مكملة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق, تخصص قانون أعمال, كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق, جامعة الجبالي اليابس, سيدي بلعباس, 2019 , ص 94.

³ مقدم مبروك , مرجع سابق, ص 38.

هذه العملية تختلف عن الرهن الحيازي, لان ملكة المحل التجاري تنتقل الى الشركة دون مقابل ثمن نقدي يسلم في الحال و انما احتمالي يسلم في حالة تحقيق الى الشركة للأرباح و لا يتردد محله و انما سيساهم في تحمل الأعباء مثله مثل باقي الشركاء, في حين أن عملية الرهن الحيازي تفرض الملكية لا تنتقل الى الدائن المرتهن, كما أن المقابل قد يكون مقابل نقدي أم التزام اخر غيره, غير أن العمليتان يتشابهان لكونهما يردان على مال منقول معنوي و يشترطان الشكلية لانعقادهما ¹.

ثالثا: تمييز الرهن الحيازي للمحل التجاري عن عملية ايجار التسيير:

اذا كانت عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري لا تنقل الملكية و لا حيازة المحل التجاري فان عملية ايجار تسيير المحل التجاري لا تؤدي الى انتقال الملكية من المؤجر الى المستأجر المسير , بل يؤدي الى انتقال انحيازته من المؤجر الى المستأجر المسير و له حق استغلاله وفقا لما تم الاتفاق عليه في العقد ², كذلك الغاية منهما تختلف, فاللجوء الى الرهن الحيازي للمحل التجاري من أجل الحصول على ضمان أو أجل للوفاء بالالتزام, أما اللجوء الى ايجار التسيير هو الحصول على انتفاع المحل التجاري.

الفرع الرابع: أهمية عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري:

يتضمن عقد الحيازي للمحل التجاري أهمية كبيرة في الحياة التجارية, اذ أنه يمكن للتاجر توسيع تجارته أكثر, بحيث يمكنه الحصول على قرض من المؤسسات البنكية أو من الخواص, ففائدة هذا الرهن هو منح ضمان دون أن يتنازل المدين عن نشاطه التجاري هذا من جهة, و من جهة اخرى فان مسألة فعالية الرهن التجاري ما يوجد في الرهن الرسمي للعقار, فالرهن الحيازي يرد على مال يفقد قيمته عندما تسيير الأعمال بشكل سيء, فهو ضمان تكميلي جيد ³

¹ كركادن فريد, مرجع سابق, ص 95 .

² Jack BUSSY, Droit de affaires 2^{ème} éd OP-CIT. page 128.

³ Jean Baptiste GOUACHE et Martine Bechar TOUCHAIS, OP-CIT, page 192.

يمكن إبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لصمان دين حالي أو مستقبلي , مشروط أو اختياري, و حتى لصمان دين الغير الذي يحتوي على كفالة, كما يمكن أن يضمن دين سابق.¹

المطلب الثاني: انعقاد عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري:

يشترط لانعقاد الرهن الحيازي للمحل التجاري انعقادا صحيحا منتجا لاثاره القانونية سواء بين الأطراف المتعاقدة فيما بينهم أو في علاقتهم مع الغير ضرورة توفر أركان موضوعية (الفرع الأول) و الأركان الشكلية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأركان الموضوعية:

تتعدد الأركان التي يجب على المتعاقدين استقائها من أجل إبرام عقد صحيح منتج للاثار المرجوة منه, وهي الأركان المعروضة في العقود الأخرى و التي تتمثل في ركن التراضي و المحل و السبب.

أولاً: التراضي: وهو ركن أساسي وجوهري في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بحيث يجب أن يكون للمتعاقد ارادة سليمة متجهة لاحداث نفس الأثر مع الارادة الأخرى و أن تصدر من شخص كامل الأهلية , كما أن انعدام هذا الركن يعني بالضرورة انعدام العقد.

أ- وجود التراضي: يقصد بوجود التراضي أن توجد ارادة لدى كل واحد من المتعاقدين تتجه الى احداث أثر قانوني معين, وأن تتوافق هاتين الارادتين مع بعضهما البعض على احداث نفس الأثر القانوني.

¹ Raymond CASTRO, OP-CIT. page 43.

1- وجود الإرادة: يقصد بالإرادة أن يكون الشخص مدركا لما هو مقدم عليه¹ , لأن الإرادة تعد ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر في اتخاذ موقف أو قرار يستند الى أسباب و اعتبارات معقولة² , لذا ربط القانون بين الإدراك و التمييز. فالشخص عديم الإدراك أو فاقد للتمييز أو المجنون أو انعدمت ارادته الذاتية بالتتويم المغناطيسي , كل اولئك معدومي الإرادة³.
التعبير عن الإرادة: حسب المادة 60 ق م ج يكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا, أي أن التعبير عن الإرادة يكون صريحا أو ضمنيا.

التعبير الصريح: يكون التعبير صريحا اذا قصد صاحبه احاطة الغير علما به, باتخاذ مظهر يدل دلالة مباشرة على مايريده كلاما أو كتابة أو اشارة أو نحو ذلك, للكشف عن الإرادة بحسب المؤلفين بين الناس⁴ .

التعبير الضمني: يتم التعبير عن الإرادة ضمنيا اذا اتخذ صاحبه مظهرا يدل بطريقة غير مباشرة عن مقصوده, و يكون ذلك باستنباط التعبير عن الإرادة من أفعال يقوم بها الشخص, و هذه الأفعال لا تعد بذاتها تعبيرا مباشرا عن الإرادة, ولكنها تشير و تكشف عن تلك الإرادة و بمعنى اخر تتضمنها⁵ .

¹ محمد صبري السعدي, الواضع في شرح القانون المدني , العقد و الإرادة المنفردة , ج1, ط4, دار الهدى, الجزائر. ص77.

² علي فياللي, النظرية العامة للعقد, موقم للنشر, الجزائر, 2008, ص83.

³ محمد صبري السعدي, مرجع سابق, ص77.

⁴ محمد صبري السعدي, مرجع سابق, ص81.

⁵ نفس المرجع, ص 81 و ص82.

إذا كان التعبير الصريح و الضمني طريقتان يتم بهما التعبير عن الإرادة, فهل يمكن القول أن السكوت يعتبر أيضا تعبيراً عن الإرادة؟

الأصل العام أنه لا ينسب للسكوت قول, و لا يمكن اعتباره طريقة من طرق التعبير عن الإرادة لأن السكوت لم يصدر أي سلوك, فالسكوت لا يدل على القبول و الرفض.

يختلف السكوت عن التعبير الضمني الذي يعتبر عملاً ايجابياً تستفاد منه إرادة العاقد, و مع ذلك في بعض الحالات قد ينسب للسكوت قول لمن يسكت عن الكلام, و بالتالي يعد السكوت هنا تعبيراً عن الإرادة, و هو يصلح في موضوع القبول فقط, أما في موضوع الإيجاب فمن المستحيل أن يكون السكوت ايجاباً¹.

حسب المادة 68 ق م ج التي تنص على أنه " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري, أو غيره من الظروف, تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم. إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب, و يعتبر السكوت في الرد قبولا, إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين, أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه", من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري استثنى بعض الحالات التي يمكن أن يكون فيها السكوت تعبيراً عم الإرادة كطبيعة المعاملة و العرف التجاري أو إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه.

وليس فيما سبق إلا أمثلة لم ترد على سبيل الحصر, فكل سكوت تلازمه ملابسات لكنه سكت في معرض الحاجة إلى الكلام, ويقول فقها, الشريعة الإسلامية هنا أسضا (السكوت في معرض الحاجة بيان)².

¹ فاضلي ادريس, الوجيز في النظرية العامة للالتزام, قصر الكتاب, د ب ن , 2007, ص55.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد, مصادر الالتزام, مرجع سابق, ص239 و ص240.

توافق الارادتين: وهو توافق الارادتين بوجود الايجاب و القبول مع تطابقهما :

الايجاب: هو العرض الصادر من شخص يعبر به على وجه جازم عن ارادته في ابرام عقد معين, بحيث ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد¹.

و على ذلك يجب لكي يكون هنال ايجاب في عقد الرهن التجاري أن يكون التعبير عن الارادة باتا و جازما و كاملا في دلالاته عن ارادة التعاقد, بمعنى أن يتضمن الايجاب الشيء المرهون و مقابل الرهن الحيازي و الذي يكون غالبا مبلغ نقدي, أي العناصر الجوهرية لعقد الرهن الحيازي بحيث اذا ما صادفه قبول مطابق له انعقد العقد², حيث أن مالك المحل التجاري يقدم ايجاب لأحد الأشخاص يتمثل في أن له ارادة.

في رهن محله التجاري مقابل مبلغ نقدي معين و يسقط الايجاب اذا حدث و توفرت أحد أسباب سقوطه كانهضاء مجلس العقد دون صدور القبول من الموجب له, أو عدول الموجب عن ايجابه قبل أن ينقض مجلس العقد³, أو اذا ما رفض الطرف الذي وجه اليه الايجاب, أو بعدول الموجب اذا لم يكن الايجاب مقترنا بأجل⁴, و عليه فلا يمكن الزام الموجب بعده بايجاب.

2- القبول: يقصد به الموافقة على انشاء العقد بناء على الايجاب الذي وجه اليه , و غالبا يتأخر صدوره عند صدور الايجاب, ويسمى الارادة الثانية و الايجاب هو الارادة الأولى⁵, مثال على ذلك المحل التجاري (الموجب) برهن محله مقابل مبلغ نقدي معين و يجيبه الموجب عليه (الطرف الثاني) بالقبول أو الرفض.

¹ كركادن فريد, العمليات الواردة على المحل التجاري ناقلة الملكية, مرجع سابق, ص101.

² عصام أنور سليم, أسس ثقافة التجاريين, منشأ المعارف, الاسكندرية, د س ن, ص288.

³ علي فيلاي, مرجع سابق, ص112.

⁴ فاضلي ادريس, الوجيز في النظرية العامة للالتزام, مرجع سابق, ص 60.

⁵ محمد صبري السعدي, مرجع سابق, ص10ج9.

مطابقة القبول بالايجاب: لا يمكن لنا القول بأن العقد قد انعقد اذا لم يتطابق القبول مع الايجاب, و عليه فان تطابق القبول مع الايجاب بكل مضمونه بالاتفاق على طبيعة العقد المراد ابرامه من قبل المتعاقدين, و الاتفاق على الشيء المرهون الذي يمثل محل عقد الرهن الحيازي فهو أمر واجبا لانعقاده, و أيضا ضرورة اتفاق الطرفين علو مقابل الرهن و الذي يكون في لغالب مبلغ نقدي, و عليه فان تطابق الارادتين أمر لازم لانعقاد العقد و عدم التطابق يعني عدم انعقاد العقد.

ب- صحة التراضي: لا يكفي لتمام العقد وجود التراضي, و انما يجب أن يكون صحيحا صادرا من شخص ذو أهلية كاملة و ليس عديمها و أن يكون خاليا من عيوب الارادة التي يمكن أن تشوبه.

1- أهلية المتعاقدين: يشترط لابرار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري أن تكون للمتعاقدين الأهلية اللازمة لابرار هذا العقد, والمشرع الجزائري لم يتناول أحكام الأهلية بالتفصيل في القانون الجزائري, و انما تطرق الى أهلية القاصر (المادة 5 ق ت ج), و زوج التاجر (المادة 7 ق ت ج) و المرأة المتروجة (المادة 8 ق ت ج), و عليه فانه يلزم علينا العودة الى الأحكام العامة الواردة في القانون المدني لتناولها.

1-1- الأهلية اللازمة للتعاقد: نقصد بها أهلية الأداء, وهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا تحمله التزامات على وجه يعد به القانون¹.

ولما كان تكييف عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري عمل تجاري بحسب الشكل فانه من جل ابرار هذه العملية أو العقد يجب أن تكون لدى المتعاقد أهلية و هي تختلف حسب طبيعة الشخص القائم بها, فهل هو شخص معنوي أو شخص طبيعي؟

¹ محمد فريدة زاوي, المدخل للعلوم القانونية, المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية, الجزائر, 2002, ص76.

أهلية الشخص المعنوي (الإعتباري): يتمتع الشخص الإعتباري الأهلية اللازمة لمباشرة الأعمال المدنية و التجارية، ومتى احترف الشخص الإعتباري الاعمال التجارية، عُد تاجرا مع الملاحظة أن أهلية الشخص الإعتباري محددة بالأعمال اللازمة لتحقيق الغرض الذي وجدت من أجله و الموضحة بسند إنشائه¹. ولا يجوز للشركة أن تتجاوز هذا الغرض إلا بتغيير عقدها التأسيسي وذلك تطبيقا لقاعدة تخصص الشخص المعنوي، هذا و تلتزم الشركة التجارية بالتزامات التاجر المهنية.

بين الأفراد من مسك الدفاتر التجارية والقيود في السجل التجاري، والخضوع لنظام الإفلاس وأداء الضرائب التجارية والصناعية، كما أن الشركة تسأل مسؤولية مدنية بالتعويض عن الأضرار التي تقع وللغير جراء عمال موظفيها أو عمالها في حالة تأدية وظيفتهم أو بسببها².

فللشخص الاعتباري أهلية التصرف تنحصر فقط في الغرض الذي أنشئت لأجله، فإذا كان غرض الشركة ينحصر في شراء وبيع ورهن الحيازي وتأجير تسيير المحلات التجارية، فإن أهلية الشركة تنحصر في هذه الأنواع من النشاطات فقط دون أن تمتد إلى نشاطات أخرى

مدير الشركة: هو شخص طبيعي واحد أو أكثر، يمثل الشركة ويعبر عن إرادتها سواء في علاقتها مع الشركاء أو في معاملتها مع الغير³ وقد يعين من بين الشركاء. أو أجنبي عنهم ويتم تعيينه في العقد التأسيسي لتشركة أو باتفاق لاحق له.⁴

¹ عباس حلمي، القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص53.

² عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2009، ص 154 ص155.

³ محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 113.

⁴ أنظر نص المادة 427 ق م ج و ما بعدها.

يتمتع المدير بسلطة الانفراد في إدارة الشركة إذا كان شخصا واحدا يدير الشركة، أو شريكا أو أجنبيا، إذ أن نظام الشركة يتضمن نصوصا تحدد سلطات من يدير الشركة، فيجب التزام هذه النصوص وعدم تجاوزها في أعمال الإدارة¹ وعلى أساس ذلك إذا وجد نص في عقد الشركة يخول للمدير الحق في رهن المحل التجاري حيازيا، فإن له أن يبرم هذا العقد متى قدر. إن من شأن هذا العقد تحقيق منفعة الشركة.

أما إذا سكت العقد التأسيسي عن تحديد حدود سلطة مدير في الاتفاق الذي تم بمقتضاه تعيينه، فإنه من المنطقي أن تعتبر أن الشركاء قد منحوا السلطات اللازمة. لمباشرة كافة الأعمال التي تدخل في غرض الشركة سواء كانت الأعمال إدارة أو التصرف²، وعليه يحق للمدير سهل المحل التجاري في جازيا الذي تملكه الشركة. حتى إن لم يتم تحديد سلطاته في عقد الشركة، مع مراعاة تحقيق الغرض الأساسي للشركة، و الامتناع عن رهن المحل التجاري حيازيا اذا رأى المدير أن من شأن هذا العمل أن يؤثر سلبا على الشركة.

و في حال تعدد المدراء مع تحديد مهام كل واحد منهم، فهنا المدير هو الوحيد الذي يمكنه إبرام هذا العقد، أي رهن المحل التجاري حيازيا دون المدراء الآخرين.

أما في حال لم يتم تحديد مهام المدراء، فيجوز لكل واحد منهم أن يقوم برهن المحل للتجاري حيازيا، ولهم الحق في الإعتراض على إبرام هذا العقد قبل إتمامه³، وإذا تم الاتفاق على أن القرارات تتخذ بالإجماع أو بالأغلبية، ففي هذه الحالة يجب اتباع هذه الطريقة للاتفاق على إبرام عقد الرهن التجاري حيازيا⁴.

¹ عبد الرزاق أحمد السمهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي ترد على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم، منشورات الحلبي، لبنان، 2009، ص 307 ص 308.

² محمد فريد العريني، شركة التجارية المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، مرجع سابق، ص 117.

³ كركادن فريد، العمليات الواردة على المحل التجاري غير ناقلة الملكية، مرجع سابق، ص 107.

⁴ انظر نص المادة 428.

1- أهلية الشخص الطبيعي: لم ينص القانون التجاري على سن معين يسمح لكل شخص في لغة ممارسة الأعمال التجارية، هذا ما يجعلنا نعود إلى قواعد العامة في القانون المدني، حيث أنه حسب المادة 40 ق م ج¹ ونص المادة 86 ق أ ج²، فإن كل شخص طبيعي مهما كان جنسه ذكرا كان أم أنثى متى بلغت سن الرشد وهي 19 سنة و كان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجز عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و إعترف له بإمكانية التعاقد ومنه إبرام مختلف العقود ومن بينها الرهن الحيازي للمحل التجاري.

وقد اعترف المشرع الجزائري للأجنبي إمكانية ممارسة الأعمال التجارية³، بإعتبار أن عملية الرهن الحيازي المحل التجاري عمل تجاري، أي أن للأجنبي أهلية رهن المحلي التجاري حيازيا و إبرام هذا العقدو تسري عليه أهلية الأجنبي نفس الأحكام التي تجري على الجزائري⁴.

تنص المادة 05 ق ت ج على أنه: "لا يجوز للقاصر المرشد، ذكر أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر كاملة و الذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، أن يبدأ في العمليات التجارية.

¹ تنص المادة 40 ق م ج على أنه "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجز عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المالية و سن الرشد تسعة عشر سنة".

² تنص المادة 86 ق م ج على أنه: "من بلغ سن الرشد و لم يحجز عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 ق م ج".

³ المادة 143 من القانون رقم 116 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري تنص على أن " حرية الاستثمار و التجارة معترف بها، و تمارس في اطار القانون "القانون رقم 01\16 يتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج ج، ع 14 الصادر بتاريخ 07 مارس 2016.

⁴ عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، مرجع السابق، ص91.

كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

- إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة فيما إذا كان والده متفنيا أو غائبا أو سقطت عليه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب و الأم.

و يجب أن يقدم الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري".

من خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري اعترف للقاصر المرشد مهما كان جنسه ذكر أم أنثى بأهمية ممارسة الأعمال التجارية, من بينها عملية رهن المحل التجاري حيازيا.

و يهدف المشرع الجزائري من وصف هذه الشروط لحماية القاصر من المخاطر التي تنجم عن مباشرة الأعمال التجارية و الخشية على أمواله¹, و تمتثل هذه الشروط في:

بلوغه سن الرشد الثامن عشر 18 من عمره عند مزاوله للأعمال التجارية.

- حصوله على إذن وفاة أو غياب الأب أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو انعدام الأهلية, فيجب الحصول على إذن من أمه إذا كانت حية و كاملة الأهلية.

أما إذا كانت الأم متوفية أم اعتراض أهليتها عارض من عوارض الأهلية, فهنا القاصر يحصل على الإذن من مجلس العائلة مصادق عليه من قبل المحكمة².

- وبعد أن يتحصل القاصر المرشد على الإذن وفقا لما درسناه أعلاه , يتم تدوين هذا الإذن في السجل التجاري, و مباشرة الأعمال التجارية.

¹ عمار عمورة, الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري, مرجع سابق, ص92.

² علي بن غانم, الوجيز في القانون التجاري و قانون الأعمال, موقف للنشر, الجزائر, 2002, ص149.

- و لا يفرق المشرع الجزائري بين الذكر و الأنثى و لا بين الزوج و الزوجة فيما يتعلق بحرية التصرف في أموالهما, فللمرأة المتزوجة ما للرجل من حقوق, فمتى بلغت المرأة المتزوجة سن التاسع عشر (19) سنة من عمرها و كانت في كامل قواها العقلية و لم يحجز عليها كانت لها الأهلية الكاملة لمباشرة حقوقها المالية و القيام بمختلف التصرفات, منها رهن محلها التجاري حيازيا, سواء تحصلت عليه عن طريق عملية التبرع أو قامت باحتراف النشاط التجاري.¹ فللمرأة المتزوجة ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية لزوجها, فلها الحرية في التصرف بأموالها, ولها الأهلية الكاملة لرهن محلها التجاري حيازيا دون إذن زوجها.²

1-2- عوارض الأهلية: قد يبلغ الشخص سن التاسع عشر سنة من عمره إلا أنه قد يصاب

بعارض يؤدي إلى إعدام أهليته أو إنقاصها و تتمثل هذه العوارض فيما يلي:

- العوارض التي تؤدي إلى أعدام أهلية الشخص: وهي تلك العوارض التي تصيب عقل الإنسان فتعدم إدراكه و تميزه, و تتمثل في الجنون و العته الذي يعدم الإدراك³ و الأشخاص الذين أصيبوا بهذه العوارض لا يمكن أن تنسب إليه إرادة يعتد بها في القانون⁴, فلا يمكن لهما إبرام أي تصرف باعتبارهما عديمي الأهلية⁵, حيث يتم الحجر عليهما⁶ بناء على طلب أحد الأقارب أم ممن له مصلحة أو النيابة العامة.⁷

¹ انظر المادة 7 ق ت ج و المادة 8 ق ت ج.

² عباس حلمي, مرجع سابق, ص 54, ص 55.

³ محمد صبري السعدي, مرجع سابق, ص 157.

⁴ علي فيلاي, مرجع سابق, ص 85.

⁵ انظر نص المادة 142 ق ت ج.

⁶ انظر نص المادة 101 ق أ ج.

⁷ أنظر نص المادة 101 ق أ ج.

أي أنه إذا كانت حالة الأجنون أو العته غير شائعة وقت التعاقد، فإن تصرفاته صحيحة و يعتبر كامل الأهلية، بمعنى أن له إبرام عقد الرهن الحيازي للمحل الحيازي للمحل التجاري و أنتج العقد كامل آثاره القانونية .

- أما إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد فإن تصرفاته تكون باطلة بطلا مطلقا رغم صدورهما قبل تسجيل طلب قرار الحجز.¹

- إذن إذا قام المجنون أو المعتوه بإبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري فإن هذا التصرف يعتبر باطلا بطلانا مطلقا و لا يعتد به، بإعتبار أنهما عديمي الأهلية و لا يتمتعان بالقدرة اللازمة لإبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لإنعقاده صحيحا منتجا لآثاره ضرورة تمتع المتعاقدين بالأهلية الكاملة.

- **العوارض التي تؤدي إلى إنقضاء أهلية الشخص:** إذا كان الجنون و العته يصيبان عقل الشخص (المتعاقدين) فيعدمانه، فإن السفه و الغفلة يصيبان الشخص في تدبيره و ينقصان من أهليته التعاقدية.² فتصرفات السفه و ذي الغفلة تأخذ حكم تصرفات ناقص الأهلية، فإذا كانت ضارة بهما ضرارا محظا تكون باطلة، و إذا كانت نافعة نفعاً محضاً فكانت صحيحة، أما كانت تدور بين النفع و الضرر فتكون قابلة للإبطال لأن السفه و الغفلة ليسا أمراضاً تصيب العقل بصفة علنية.³ فإذا أبرم الشخص عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري و هو في حالة سفه أو غفلة فإن هذا التصرف يعتبر تصرفاً صادراً من شخص ناقص الأهلية و الرهن للمحل التجاري حيازي نافعا نفعاً محصاً له كان التصرف صحيحاً، أما إذا كان التصرف دائراً بين النفع و الضرر كان قابلاً للإبطال، أما إذا كان التصرف ضاراً به كان باطلاً بطلانا مطلقاً.⁴

¹ محمد فريدة زواوي، مرجع سابق، ص 80.

² السفه: هو انفاق المال على غير مقتضى الشرع و العقل.

الغفلة: هي من العوارض التي يعتري الانسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية، و إنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإدراك و حسن التقدير.

³ محمد فريدة زواوي، مرجع سابق، ص 82.

⁴ كركادن فريد، العمليات الواردة على المحل التجاري غير ناقلة، مرجع سابق، ص 114.

1-3- موانع الأهلية:

تطرقت المادة 149 ق ت ج لبعض حالات موانع الأهلية , حيث تنص على أنه "لا يجوز أن يتدخل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ولو بالتبعية كسماسرة أو وسطاء أو مستشاريين مهنيين في التنازلات و الرهون المتعلقة بالمحلات التجارية كما لا يجوز لهم أن يكونوا تحت أي اسم كان مودعين لأثمان بيع المحلات التجارية.

- الأفراد المحكوم عليهم بجريمة أو تغليس أو سرقة أو خيانة الأمانة أو الاحتيال أو اختلاس مرتكب من مودع عمومي أو اتزاز الأموال أو التوقيع أم القيم أو إصدار شيك عن سوء نية بدون رصيد أو المس بإعتماد الدولة أو اليمين الكاذبة أو الشهادة الكاذبة أو إغراء شاهد أو المحاولة أو الاشتراك في احدى الجرائم أو الجنح المشار إليها أعلاه.

- المفلسون الذين لم يرد لهم اعتبار".

- المحكوم عليهم بعقوبة جنائية: كل شخص ارتكب جناية يتم الحجر عليه ولا يمكن له التصرف في أمواله سواء بالرهن أو بالبيع أو بالشراء, فلا يمكن له رهن محله التجاري حيازيا باعتبار أهليته طراً عليها مانع تحول دون تمكنه كم التصرف في أمواله.¹

- التاجر المفلس: إم إفلاس مانع تحول دون إمكانية التاجر المفلس من التصرف في أمواله بمختلف العمليات القانونية سواء بعوض كالرهن أو البيع أو الإيجار أو كانت دون عوض كالهبة و الوصية, كما يمنع عليه أيضا الوفاء بالديون الواقعة على عاتقه أو استيفاء ديونه, و بالتالي لا يخول له الرهن الحيازي لمحله التجاري², و نضيف أيضا التاجر الذي يكون في وضعية التسوية القضائية لا يمكن له إبرؤام العقد, فهذان الشخصان إذا ما أرادا رهن محلهما التجاري ما عليهما إلا الحصول على إذن من الوكيل المتصرف القضائي أو المضي و القاضي المنتدب.³

¹ محمد صبري السعدي, مرجع سابق, ص159.

² عجلة الجيلالي, مدخل للعلوم القانونية, نظرية الحق, ج 2, بيرثي للنشر, الجزائر, 2009, ص 161.

³ كركادن فريد, المرجع السابق, ص116.

- **المستأجر الميسر:** يتمتع المستأجر الميسر بسلطة تسيير المحل التجاري لمدة زمنية معينة في مقابل بدل إيجار يدفعه المؤجر، وخلال هذه المدة لا يحق له رهن عذا المحل الذي ينتفع به، فالسلطات التي يتمتع بها محصورة فقط في مجال التسيير و لا تخول له ترتيب حقوق للغير على هذا المجمل، فعكس عقد إيجار التسيير فإن عقد الرهن الحيازي لا يمكن إبرامه إلا مالكة.¹

2- سلامة إرادة المتعاقد من عيوب الإرادة:

إن المشرع الجزائري لم تناول عيوب الإرادة في القانون التجاري، وعليه فإننا نعود إلى القانون المدني، وتتمثل هذه العيوب في الغلط والتدليس، الإكراه والاستغلال.

الغلط: يعتبر الغلط عيبا من عيوب الإرادة التي تصيب إرادة الشخص و تعييبها فهو وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له أمرا على غير حقيقته. ويدفعه إلى التعاقد، وغير الحقيقة، إما أن يكون واقعة صحيحة يتوهم الشخص عدم صحتها، أو يكون واقعة غير صحيحة يتوهم صحتها.² والغلط المعيب لإرادة المتعاقد والذي يجيز إبطال العقد هو الغلط الجوهرى والذي يقع فيه المتعاقد أثناء إبرام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري³ وقد حددت المادة 2182 و 3 ق ت ج على حالتين يمكن تكييفهما على أنهم غلط جوهرى وهما.

الغلط في صفة جوهرية للشيء: فإذا وقع الغلط على صفة ما في الشيء، وكانت هذه الصفة أساسية في نظر المتعاقدين. وكانت هي الدافع إلى التعاقد، كان الغلط جوهريا يجيز وطلب للإبطال⁴. مثال لذلك إذا وقع الغلط وعلى نوع التجارة التي تمارس في المحل أو العملاء أو في مدة الإيجار أو مقدار الأجرة بحيث ولو علم المرتهن بأحد هذه الأمثلة المقدمة مسبقا، واعتبرها جوهرية لما أقدم على ارتهان المحل تجاري وله الحق في طلب إبطال عقد الرهن الحيازي.

¹ F.MONTIER et G-H.FAUCON, Op-Cit, page 149.

² محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامى، دار هومة، الجزائر، 2002، ص14.

³ أنور العمروسى، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص115.

⁴ محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 27.

الغلط في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته: وتكون هذه الحالة عندما يقع المتعاقد في غلط في ذاتية المتعاقد الآخر. أو في صفة من صفاته الجوهرية، ويكون اعتبار الذات أو الصفة هو الدافع إلى التعاقد ويكون الغلط في هذه الحالة مفسدا للرضا¹، وتطبيقا لذلك يجوز الرهن طلب البطلان بسبب الغلط في شخص المرتهن في حالة الاتفاق على تأجيل تقديم مقابل الرهن، كما يجوز للمرتهن طلب البطلان بسبب الغلط في شخص الرهن إذا ثبت أنه اعتقد أن الرهن يتمتع بمميزات ليست فيه²، خاصة و أن النشاط التجاري يقوم على الثقة و السمعة الطيبة.

2-2- التديس: هو استعمال طرق احتيالية لإيقاع شخص في غلط يحمله على التعاقد، بحيث ما كان ليتعاقد لو لم يقع في هذا الغلط و ما كان ليقع في الغلط لو لا استعمال طرق احتيالية.³

و هذا ما نستنتجه من نص المادة 86 ق م ج التي تنص على أنه "يجوز إبطال العقد للتديس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لو لاهما لما أبرم الطرف الآخر العقد.

ويعتبر تديسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة".

و تنص المادة 87 ق م ج على أنه " إذا صدر التديس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، مالم يثبت أن المتعاقد الأمر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التديس".

¹محمد صبري الشعدي، مرجع سابق، ص 169.

²علي حسن يوضى، المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، د س ن، ص 163.

³عبد الحكيم فودة، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة، ط2، دار الفكر و القانون، المنصورة، ص 159.

لقد حددت هاتين المادتين شروط التدليس كسبب معيب لإرادة المتعاقد و تتمثل هذه الشروط في:

- استعمال طرق إحتيالية تؤدي إلى تضليل المتعاقد: وهذه الطرق تتكون من عنصرين أحدهما مادي كتقديم الرهن للمرتهن مستندات مزيفة أو تقديم كشوف مزورة لإيهامه بأن المحل يقوم بتصريف كمية من البضائع و تحقيق أرباح كبيرة خيالية و هو في الحقيقة لا يحقق ذلك القدر من الأرباح، و قد يحقق التدليس بصورة أخرى كالكذب و هذا حين يكون الرهن مكلف بإدلاء بيانات خاصة بالمحل التجاري المراد رهنه يعلق عليها المرتهن خاصة في التعاقد إلى القبول ارتهان ذلك المحل¹، و الآخر معنوي وهو نية التظليل لدى المدلس للإيقاع بالطرف الآخر و حمله على التعاقد.²

- أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد: حيث ما كان للمرتهن أن يرتهن المحل التجاري لو لم يتم الرهن باستخدام الطرق الاحتمالية، إذ أن التدليس هو الذي دفعه إلى التعاقد أم إبرام العقد.³

- أن يكون التدليس متصلا بالمتعاقد الآخر: أي أن التدليس قد يصدر من المتعاقد الآخر نفسه كاستعمال رهن المحل التجاري حيازيا للطرق الإحتيالية، و يمكن للمرتهن هنا طلب إبطال العقد.⁴

¹ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 48.

² فاضلي ادريسي الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص 63.

³ عبد الرزاق أجمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 350.

⁴ نفس المرجع، ص 357.

2-3- الإكراه: هو ضغط يقع على أحد المتعاقدين، فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد، لكي يتفادى نتائج التهديد الذي يقع عليه، و الذي يفسد الرضا ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل للإكراه بل الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد، و إن كان الإكراه يفسد الرضا إلا أنه لا يعدمه، وذلك أن الشخص مخييرا بين أن يقع به الأذى المهدد به أو أن يجري العقد فإختيار الثاني وهو أهون الضررين هذا ما يسمى بالإكراه المعنوي.¹

أما في حالة الإكراه المادي الذي ينتزع الإرادة عنوة، ففي هذه الحالة تكون الإرادة معدومة أصلا لأن الإختيار معدوم و يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا.²

- وللإعتداء بالإكراه كعيب من عيوب الإرادة و مفسد لها، لابد من توفر مجموعة الشروط:
 - وسيلة من وسائل الاكراه: كتعهد المرتهن برفع دعوى الإفلاس ضد الراهن إن لم يرهنه نحله التجاري حيازيا فهذه الوسيلة تشكل تعسفا في استعمال الحق من أجل الوصول إلى غرض غير مشروع.³

- أن تحمل الرهبة المتعاقد النخر على إرام العقد: بمعنى أن الرهبة و الضغط هي السبب المباشر الذي حمله على التعاقد، وذلك خشية الراهن من الأذى الذي يهدد به المرتهن فيقدم على رهن محله التجاري حيازيا، بحيث لولا ذلك الخوف لما قام الراهن برهن محله التجاري حيازيا.

¹ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص67.

² عبد الحكيم قودة، مرجع سابق، ص123.

³ نفس المرجع، ص166.

- أن يصدر الإكراه من المتعاقد الآخر، أو على الأقل أن يكون متصلاً به: أي أنه يجب أن يكون الإكراه متصلاً بمن يتعاقد مع المكره، أي صدور الإكراه من مرتهن المحل التجاري نفسه على الراهن والعكس.¹

2-4-الاستغلال: هو أن يقدم شخص على إستغلال ما في المتعاقد الآخري من طائش بين أو هوس جامح لدفعه إلى إبرام تصرف ينطوي على غبن قاذح لهذا المتعاقد، وذلك بالحصول على مزايا دون مقابل أو على مزايا لا تتناسب إطلاقاً مع ما يحصل عليه المتعاقد الآخر.² ولتحقيق عنصر الاستغلال يجب توفر مجموعة من الشروط:

- أن يوجد تفاوت صارخ بين ما يأخذه المتعاقد وبينما يعطيه، وهذا هو العنصر المادي في الاستغلال.

- استغلال المتعاقد مافي المتعاقد الآخر من طيش بين أو هوى جامعة، سواء كان راهناً أو مرتهنًا.

- أن يكون الاستغلال هو الدافع إلى إبرام عقد الرهن المحل التجاري حيازياً.

¹ علي فيلالي، نفس المرجع، ص194.

² رمضان أبو لاسعود ، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007،، ص135.

ثانياً: المحل:

يعتبر رهن المحل في أي عقد من العقود ركن أساسي يجب استيفاء مثله مثل باقي الأركان الأخرى، ويمثل ركن المحل موضوع التزام المتعاقد أي بما يلتزم به المتعاقدان وباعتبار أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد معاوضة فإن محل التزام المتعاقدين يختلف، فالمدين الراهن يلتزم بإنشاء حق رهن على المحل التجاري الذي يملكه لصالح الدائن المرتهن، أما الدائن المرتهن فقد يكون تقديم مبلغ مالي أو إلتزام آخر غير ذلك، فمحل عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري هو المحل التجاري ومحل الآخر يكون في أغلب الأحيان المقابل المالي.

- محل التزام المدين الراهن (المحل تجاري): يتمثل محل المدين الراهن في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في الشيء المرهون باعتبار أن المحل التجاري هو الشيء المرهون فإنه يخضع لمجموعة من الشروط وتتمثل في مايلي:

- يشترط في المحل التجاري المراد رهنه أن يكون موجوداً وقت إبرام العقد، يتضمن العناصر المكونة له (الاتصال بالعلماء والشهرة التجارية)¹، بحيث لو غاب هذا العنصر لا يمكننا القول بوجود المحل التجاري.

- يكون المحل تجاري معينا أو قابلاً للتعين، يعني إنه يجب أن يكون هذا المال محددًا تحديداً ينفي الجهالة من قبل الدائن المرتهن، وبالتالي إذا كان المال عبارة عن شيء معين بذاته، فإنه يجب أن يوصف المال المرهون وصفاً ينفي الجهالة به، أي أن يكون تعبير واضحاً،² والمحل تجاري يعتبر مال معين بالذات، و باعتبار أن هذا الأخير مال مرهون فيجب ذكر المعلومات الضرورية التي تميزه عن غيره من المحلات التجارية الأخرى.

¹ انظر نص المادة 178 ق ت ج.

² محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص212.

ولكي يتم ما التعرف على قيمة هذا المال بذكر الأوقاف الأساسية له فيما يخص تعيين المحلات التجارية، أما فيما يخص تعيين العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي أو التي تدخل كعناصر في المحل التجاري المراد رهنه حيازياً، والمتعاقدين (المدين الراهن والدائن المرتهن)، هما من يصرحوا بالعناصر الشاملة والغير شاملة بعقد الرهن الحيازي.

(3) أن يكون المال المرهون مالا منقوماً، فلا ينعقد الرهن الحيازي على الأشياء التي ليس لها قيمة يمكن وتقديرها، ولا يرد عليها الرهن الحيازي ولا تصلح أن تكون محلاً للرهن، تطبيقاً لهذا، فإن المحل التجاري من الأموال التي يمكن تقدير قيمتها فإنه يصح أن يكون محلاً لعقد الرهن الحيازي.

(4) أيكون المحل مشروعاً، أي داخل في دائرة التعامل، أي أنه يلزم توفر الشروط المشروعية في محل التزام، بمعنى أن يكون سائغاً قانوناً، فإذا كان المحل غير مشروع لا يقوم الإلتزام وبطل العقد لنتقائ محله،² ولا يجوز رهن المحل المشروط بعدم التصرف فيه، فمتى كان محل الإلتزام مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً.³

(5) أن يكون محل الرهن الحيازي مما يمكن بيعه استغلالاً بالمزاد العلني، أي أن أيكون المحل التجاري المرهون حيازي قابلاً أن يباع مستقلاً بالمزاد العلني دون أن يرتبط بمال لآخر، باعتبار أن المحل التجاري مال منقول معنوي يشكل وحدة واحدة مستقلة بذاتها عن العناصر المكونة لها فإنه يجوز أن يكون محلاً لعقد الرهن الحيازي.⁴

(6) أن يكون المحل التجاري مملوكاً للراهن أي أنه يكون المدينه الراهن مالكا للعين المرهونة، أي المحل التجاري، وذلك لضمان حق عيني للدائن ويمنحه أيضا الحق أو القدرة على بيعه عند حلول أجل الدين ولم يتم بدفعه.⁵

¹ توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، دار الجامعة، د ب ن، 1988، ص46.

² محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص213.

³ علي حسن يوسف، مرجع سابق، ص176.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية و العينية، منشورات الحلبي، لبنان، 2009، ص764.

⁵ كركادن فريد، العمليات الواردة على المحل التجاري غير ناقلة الملكية، ص139.

ب- محل التزام الدائن المرتهن (الدين المضمون): إن محل التزام المدين يتمثل في الدين المضمون الذي يلتزم بأدائه للدائن المرتهن في مقابل إن شاء حق الرهن على المحل التجاري، ويشترط في الدين المضمون مجموعة من الشروط نلخصها فيما يلي:

(1) وجوب تحديد الدين المضمون: تنص المادة 891 ق م ج على أنه "يجوز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جاري على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين"، بمعنى أن المشرع إشتراط ضرورة تحديد مصدر الدين المضمون (الرهن) ومقداره، فإذا تعلق الأمر بمبلغ من النقود فيجب بيان رأس المال وموعد استحقاقه والفوائد وتاريخ بدأ سريانها.¹

(2) عدم قابلية الرهن للتجزئة: فالرهن الحيازي يرد على مجموعة العناصر المتفق عليها في العقد، و التي يختارها الأطراف ولا يجوز وللمدين الرهن أن يتصرف في هذه العناصر إلا بعد تسديده للإلتزام الذي تضمنه هذه العناصر، وإذا كان إمتياز بائع المحل التجاري يقبل القسمة بحيث يقسم الثمن على البضائع والآلات والعناصر المعنوية، فإن وعاء الرهن لا يقبل القسمة بالنتيجة في حالة بيع المحل التجاري، فإن التأمين لا يمارس إلا كامل الثمن المتحصل عليه من البيع.²

(3) تبعية الرهن للدين المضمون: إن الرهن الحيازي للمحل التجاري يكون تابعا للدين الذي على عاتق المدين الرهن في صحته وبطلانه، فإذا كان الدين صحيحا، كان عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري صحيحا نظرا لتبعيته للدين، أما إذا كان الدين باطلا وقابلا للإبطال كان عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري باطلا أو قابل للبطلان، بحسب الدين الذي أنشئ من أجله، أي أنه تابع للدين المضمون في صحته وفي إنقضائه ولا ينفصل عنه.³

¹ شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 186.

² . Arnaoud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT , Op-Cit, page 939

³ انظر المادة 1833 ق م ج.

ثالثا: السبب:

يعد السبب ركنا في عقد الرهن الحيازي كغيره من الأركان الموضوعية الأخرى الواجب توفرها في العقد، لكن السبب هنا يختلف من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، وعليه فقد ظهرت نظريتان لتفسير المقصود بالسبب وهما النظرية التقليدية والنظرية الحديثة:

1) النظرية التقليدية: المقصود بالسبب في هذه النظرية هو السبب القسدي والغاية المباشرة أو النتيجة الأولى التي تحصل عليها المتعاقد عن تنفيذ التزامه،¹ فباعتبار أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من العقود التبادلية والملزمة لجانبين، فإن سبب إلتزام المتعاقدين هو إلتزام الآخر، يلتزم فيه المدين الراهن بإنشاء حق الرهن، وسبب هذا الإلتزام هو الإلتزام المرتهن بتقديم مقابل العقد و غالبا ما يكون مبلغا نقدي، ويلتزم المرتهن بتقديم مبلغ مالي، وسبب هذا الإلتزام هو إلتزام الراهن بإنشاء حق الرهن،² فالسبب بالنسبة لهذه النظرية هو سبب والألتزام وليس العقد.³

خصائص السبب: يتميز السبب مجموعة من الخصائص في هذه النظرية وتتمثل في:

- أن السبب أمر موضوعي، و يتعلق بموضوع العقد في ذاته، لا يرتبط بشخصيتي المتعاقدين.⁴

- السبب ثابت لا يتغير في العقود التي من طبيعة واحدة بحيث لا يتغير سبب الإلتزام في العقد الواحد بيتغير أطراف العقد.⁵

- السبب شيء داخيل في العقد لا يستخلص من نوع العقد ومن طبيعة الإلتزام ذاته.⁶

¹ علي فيلاللي، مرجع سابق، ص 246.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 479.

³ علي فيلاللي، مرجع سابق، ص 246.

⁴ محمد صبري السعدي ، مرجع سابق، ص 220.

⁵ أحمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية، دار الأكاديمية، الجزائر، 2012، 2011، ص 156.

⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، نفس المرجع ، ص 479.

- صحة السبب و تثير هذا الشرط مشكلتين، تتعلق المشكلة الأولى بالغلط بالسبب، فقد يعتقد المتعاقد شيئاً أو أمراً على غير حقيقته، بحيث يكون سبباً للالتزامه، غير صحيح، و يترتب على هذا السبب المغلوط بطلاناً، أما المشكلة الثانية هي صورية السبب فهنا فإن المتعاقدين على علم بالسبب الحقيقي، إلا أنهما يختفیان وراء ستار آخر لأغراض مختلفة، قد تكون مشروعة و قد تكون غير مشروعة¹.

-مشروعية السبب فيجب ان يكون سبب الإلتزام مشروعاً، و لا يخالف النظام العام و الآداب و ان لا يتعلق بشيء غير قابل للتعامل سواء بطبيعته أو بحكم القانون و الآداب، و أن لا وان لا يتعلق بشيء غير قابل للتعامل سواء بطبيعته ام بحكم القانون ب - نقد النظرية التقليدية تعد هذه النظرية تعدت هذه النظرية لعدة انتقادات من طرف مجموعه من الفقهاء على راسهم الفقيه بلانيول الذي تزعم مذهب الالاسبيين فهو يقول بعدم صحة النظرية التقليدية وعدم فائدتها النظرية الحديثه النظرية التقليدية اصبحت العبره بسبب لا بسبب الإلتزام واصبح الدافعه والسبب وليس الفرض المباشر ويتمثل السبب في الاعتبارات النفسيه والشخصيه التي دفعت المتعاقدين الى ابرام العقد وتختلف هذه الدوافع باختلاف الاشخاص وتكون العبره حينئذ بالدافع الرئيسي وليس بالدافع الثانوي ولا يعقد الا بالباعث الذي لولاه لما اقدم المتعاقد على ابرام العقد³.

¹ علي فيلاي، مرجع سابق، ص 249

² نفس المرجع، 249

³ فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق، ص 108

ومثال على ذلك ان السبب في عقد الرهن وفقا لهذه النظرية بالنسبة للمدين الراهن هو الباعث الدافع الذي ادى به الى رهن محله التجاري حيازيا.

خصائص السبب :

من خلالها هذه النظرية الحديثه السبب بمجموعه من الخصائص تتمثل في:

- الباعث معيار ذاتي، اي هو امر شخصي ونفسي يتعلق بنوايا المتعاقدين.
- الباعث خارج عن العقد وهذا ما يستدعي البحث عنه خارج العقد، مما يزيد في صعوبه اثباته فهو امر نفسي غير واجب الاقصاد عنه.¹
- يتغير الباعث من العقد الى عقد بتغير المتعاقدين وما يدفعهم من بواعث وبحسب الظروف.²

مشروعية السبب :

يخضع الباعث لشرط واحد وهو المشروعية، فكلما كان الباعث الدافع بالمتعاقدين الى التعاقد مشروعاً كان العقد صحيحاً اما اذا كان مخالفاً للنظام العام والاداب العامة كان العقد باطلا لعدم مشروعية السبب.³

¹ علي فيلالي، مرجع سابق، ص 256، ص 257

² عبد الرزاق أحمد المنصوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص 498.

³ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية و التبعية، القسم الأول، حق الرهن الرسمي و حق الإختصاص، ط 3، المنشورات الحقوقية، مصر، 1995، ص 181.

موقف المشرع الجزائري من السبب :

بعد التطرق الى رأي النظريتين من السبب ومن خلال استقراء نص المادة 97 ق م ج والمادة 98 ق م ج نستنتج ان المشروع الجزائري تبني شرط مشروعية السبب وليس شرط وجوده لأنه تأثر برأي النظرية الحديثة، غير انه لو تفحصنا جيدا نص المادتين 97 و 98 ق م ج نجد ان المشرع الجزائري أشار الى سبب الالتزام ولم يشر الى سبب العقد ما يجعلنا نقول ان المشرع الجزائري تأثر برأي النظريتين¹ أي أنه يشترط ضروره وجود السبب ومشروعيته، ما يجعلنا نقول ان المشرع الجزائري اخذ بالإزدواجية في السبب.²

¹ كركادن فريد، العمليات الواردة على المحل التجاري غير ناقلة للملكية، ص 155.

² علي فيلاي، نفس المرجع، ص 259

الفرع الثاني: الأركان الشكلية:

نتطرق في هذا الفرع المعنون بالأركان الشكلية لعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري الى الكتابة التي يشترطها المشرع كاول اجراء للشكلية باخر اجراء شكلي لعقد الرهن وهو الشهر.

أولاً: الكتابة:

استوجب المشرع الجزائري في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ضروره افرغه في شكل مكتوب امام الموفق بحيث تكون الكتابة الرسميه شرط للانعقاد والاثبات معا هناك اصل عام، استثناء أجازة المشرع رهن المحل التجاري لدى البنوك والمؤسسات الماليه بعقد عرفي مسجل حسب الأصول.

أ- الكتابة الرسميه:

نقصد بالكتابة الرسميه العقد الرسمي المثبت للرهن الحيازي للمحل التجاري العقد الذي يحرره الموثق وفقا لاجراءات شكلية محددة، والذي بمقتضاه يقوم مالك المحل التجاري برهن محله لشخص اخر في سبيل منح هذا الاخير للراهن اجل الوفاء بالدين على ان يرده له عند الوفاء بالالتزام.¹

¹ أنظر نص المادة 324 ق م ج.

شروط الكتابة الرسمية :

من خلال التعريف الذي قدمه المشرع الجزائري للعقد الرسمي أن هذا الأخير يجب ان تتوفر فيه مجموعة من الشروط وهي :

- العقد من موظف او ضابط عمومي (الموثق) أو شخص مكلف بالخدمة أي انه يجب تحرير عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لدى الموثق.

- ان يصدر العقد من الموثق في حدود سلطاته واختصاصاته حسب المادة 324 ق م ج فإن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يجب أن يتم تحريره من طرف الموثق وفقا للاشكال المرسومة له قانونا وفي حدود سلطته واختصاصه المخولة له قانونا وذلك من حيث الموضوع، الزمان، والمكان.

- أن يتم تحرير العقد وفقا للاشكال التي حددها القانون أي انه يجب إعداد بالعقد الذي حرره الموثق ان ان عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يجب أن يتضمن مجموعة الشكليات التي يجب توفرها في كل العقود وهي تلك الواردة في القانون المدني (اسم ولقب الموثق ومقر مكتبه، ذكر أطراف العقد وهم الدائن والمدين في عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، حيث يجب ذكر الاسم واللقب والصفة، والمسكن وتاريخ ومكان الولادة...إلخ) و إذا كالى أحد الاطراف أو كليهما موكلا لابرام الرهن فانه يجب ان يقدم الوكالة في شكل رسمي.¹

¹ قوق أم الخير، أحكام بيع المحل التجاري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2005، ص 115.

- جزء الاخلال بالكتابه الرسمية :

نص المادة 120 ق ت ج على انه يثبت الرهن الحيازي بعقد الرسمي نستنتج من خلال نص المادة ان الكتابة الرسمية لازمة لإثبات التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري ومن بينها عمليه الرهن الحياز وعليه فإن العقد الرسمي ليس شرطاً للإنعقاد فقط وانما شرطاً للإثبات أيضاً، فتخلق الرسمية معناها تخلق من أركان التصرف¹، فالإغفال عن هذا الاجراء (الرسمية) يتوجب عليه أثر مباشر وهو البطلان المطلق.

ب- العقد العرفي :

وذلك العقد الذي يتم بين الاشخاص في ما بينهم دون اغن يتم لدى الموثق، فهو عقد غير رسمي ولا تحيط به أي ضمانات، والمقصود به هنا العقد الذي يبرمه مالك المحل التجاري سواء كان شخصا طبيعيا او معنويا مع احد البنوك او المؤسسات المالية،³ أما بين الاشخاص الطبيعية و المعنوية غير البنوك فلا يجوز إبرام هذا العقد في شكل عرفي و إنما يجب ان يكون بشكل رسمي لدى الموثق.

¹ كركادن فريد، أحكام الرهن الحيازي للمحل التجاري في التشريع الجزائري مبكرا مقدمه لنيل شهاده الماجستير في قانون الاعمال كليه الحقوق والعلوم السياسيهج جامعة سعد دحلب البليدة 2012 ص 60.

² فرحه الزراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الاول، دار الخلدونية، الجزائر 2001 ص 115.

³ كركادن فريد، نفس المرجع، ص 61.

شروط العقد العرفي:

يجب توفر مجموعه من الشروط وتتمثل فيما يلي:

- وجود الكتابة، يشترط في العقد العرفي ان يكون مكتوبا يتم إفراغه في محرر دون أن يتدخل الموثق في اعداده بالاتفاق عليه. توقيع يكون بالإمضاء أو ببصمة الختم أو بصمه الإصبع فهو المصدر الوحيد القانوني لإضفاء الحجة على العقد العرفي.¹

- أن يكون الدائن المرتهن بنك او مؤسسهع مالية من أجل الاعتراف في العقد العرفي المتضمن لعقد الرهن الحيازي للمحل التجاري أما إذا كان الاطراف غير البنك أو المؤسسو المالية فإنه لا يمكن الاعتراف بالعقد العرفي.

ثانيا : الشهر :

يتشابه الرهن الرسمي مع الرهن الحيازي للمحل التجاري في أنهما عاقدان لا ينقلان لا ملكية ولا حيازة المال المرهون كما انهما يتشابهان ايضا في انه من اجل صحتها يجب شهرهما، فالاول يتم شهره عن طريق قيده المحافظة العقارية التي يقع العقار في دائره اختصاصها و يتم أيضا خلال مدة زمنية معينة بينما الثاني فهو عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري إشتراط المشرع ضروره قيده في دفتر خاص بالبيع والرهن الحيازية.

¹ سعيد أحمد شعله، قضاء النقص في الإثبات، منشأة المعارف الاسكندرية، 1998 ص 17.

أ- قيد عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في الدفتر العمومي للبيوع والرهن الحيازية المتعلقة بالمحلات التجارية :

يجب قيد عقد الرهن الحيازي في دفتر عمومي خاص بالبيوع والرهن الحيازية الواردة على المحلات التجارية التي يتم مسكها من طرف مأموري المركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل في درائته المحل التجاري محل عقد الرهن، و إذا كان لهذا المحل التجاري فروع و شملها عقد الرهن الحيازي فإنه يجب أيضا اتمام نفس الاجراء بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يقع بدائره كل فرع من فروع المحل التجاري التي شملها عقد الرهن الحيازي، يعد هذا إجراء مهم بحيث يمكن للغير الاستعلام بطريقة سريعة ودقيقة في نفس الوقت عن المدين الراهن.¹

اما اذا كان الامر يتعلق بشركه فلا يتم القيد امام المقر الرئيسي للشركه ولكن موقع المحل التجاري هو الذي يتم على اساسه تحديد المكان الذي يجب ان يتم فيه القيد أمامه، ويتم ذكر بشكل واضح في القيد مجموعة عن البيانات المتعلقة بالعقد من بينها العناصر المشمولة بعقد الرهن الحيازي.²

¹ محمد سيد الفقي، القانون التجاري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2004 ص 323

² M .WEISMANN et Roger DEBLED, A chat, vente et gérance d'un fonds de commerce, 6

.ème éd – jop – cit, pf3

ب- قيد عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري المتضمن حقوق الملكية الصناعية في سجل خاص لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية :

قد يتضمن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من بين عناصره المرهونة حقوق الملكية الصناعية، وعليه فإنه يجب قيد عقد الرهن الحيازي الوارد على هذه الحقوق في سجل خاص بكل حق من الحقوق لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية¹.

بناء على تقديم شهادته القيد المسلمه من مأموري السجل التجاري في خلال 30 يوما التابعه لهذا القيد، وفي حاله اهمال هذا الاجراء فإنه لا يمكن التمسك بعقد الرهن الحيازي الوارد على هذه العناصر او احداها ضد الغير، كما ان رهن هذه الحقوق يتم وفقا للنصوص القانونيه المنظمه لها على حده، ويشترط في عقد الرهن الحيازي ضروره افراغه في قالب مكتوب وامضاءه من طرف المعنيين بالامر، وفي حاله الاخلال بهذا الاجراء يعتبر العقد باطلا، كما يمكن لكل شخص الحصول على شهادته تعريف تضم كل البيانات المقيده في السجل او استتساخ لما قيد في السجل التجاري او شهادته تثبت عدم وجودها، مع دفع رسوم على هذه الخدمات المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية دوريا هذا القيد في النشره الرسميه¹.

ج - النشر:

لتمام عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري للاجراءات الشكلية يجب نشر هذا العقد في النشره الرسميه للاعلانات القانونيه. وفي الجريده المختصه بنات القانونيه في الدائره او الولايه التي يستقل فيها المحل التجاري نفس الحكم

¹ أنظر نص المادة 318 من المرسوم التنفيذي رقم 98/86 المؤرخ في 21/02/1998، يتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية و يحدد قانونه الأساسي.

ينطبق على المحلات التجارية المتنقلة فان كان محل الاستغلال هو المكان الذي مسجلا فيه بالسجل التجاري، وفي الصحافة الوطنية المكتوبة او أيو وسيلة ملائمة، بهذا نجد أن المشرع قد وسع من وسائل النشر الأمر الذي جعل علم الغير بمحتوى الأشهار القانوني كبير، ويجب أن يقوم به كل تاجر شخص طبيعيا كان ام معنويا.¹

المبحث الثاني: آثار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وانقضائه :

بعدها تناولنا في المبحث الاول مفهوم عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري والأركان الواجب توفرها لصحته، ننقل إلى المبحث الثاني لدراسة مختلف الآثار المترتبة عن الإنعقاد الصحيح لهذا العقد (المطلب الاول) والطرق التي يمكن ان ينقضي بها (المطلب الثاني).

المطلب الاول : آثار عقد الرهن الحيازي:

يرتب عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري منذ نشأته مجموعه من الآثار وبإعتباره من العقود الملزمه الجانبين فانه يرتب آثارا سواء بالنسبة للمدير الرهن او بالنسبة للدائن المتهم او بالنسبة للغير الذي تتأثر حقوقهم من جراء إبرام هذا العقد، وتعتبر هذه الآثار صارمة ودقيقة في حق المتعاقدين باعتبار أن عقد الرهن الحيازي يرد على مال منقول معنوي.

الفرع الاول : الإلتزامات المترتبة عن عقد الرهن الحيازي:

ان عقد الرهن الحيازي للمحل التجاريه ترتب عليه التزامات المتعاقدين فهناك التزامات تقع على المدين الراهن باعتبار ان المحل التجاري لا ينتقل الى الدائن المرتل وايضا تقع على الدائن المرتهن.

¹ انظر نص المادة 6 و مابعدھا للمرسوم التنفيذي 98/ 68 المتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الاساسي.

أولاً: إلتزامات المدين الراهن :

يظل المدين الراهن محتفظاً بحيازة عناصر المحل التجاري المشمولة بعقد الرهن الى غاية الوفاء بالدين المضمون اختيارياً او التنفيذ عليه جبرياً. وتعتبر هذه الإلتزامات دقيقة جداً وصارمه في حق المدين الراهن.

أ- انشاء المدير الراهن لحق الرهن: إن الإلتزام الرتي الذي يرتبه عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري على عاتق المدين الراهن هو انشاء حق الرهن لصالح الدائن المرتهن على المحل التجاري المرهون،¹ فحق الرهن ينشأ بين المتعاقدين بمجرد تمام العقد فهو وجد لهدف انشاء حق عيني لصالح الدائن المرتهن.

ب- ضمان المدين الراهن لسلامة الرهن: تنص المادة 953 ق م ج على انه يضمن الراهن سلامة العقد ونفاذه، وليس له ان يأتي عملاً ينقص في قيمه الشيء المرهون وتنص المادة 898 ق م ج على أنه "يلتزم المدين الراهن بضمان سلامة الرهن" من خلال هاذين المادتين انه يقع على عاتق مدين الراهن التزام بالمحافظة على المحل التجاري المرهون وعدم القيام بأي عمل من شأنه المساس بقيمته.

1- ضمان التعرض:

ويلتزم المدير الراهن بالامتناع عن التعرض الشخصي للدائن المرتهن سواء كان عمل مادي او قانوني (ايجابي ام سلبي) من شأنه ان ينقص الضمان المقرر للدائن المرتهن، بمعنى انه أي تصرف يتعارض مع حق الدائن المرتهن يؤدي الى خروج كل محل تجاري مرهون أو بعض عناصر المكونة له والمشمولة بعقد الرهن الحيازي من الضمان، او تحمله بحقوق تثقله.²

إلتزام المدين الراهن بضمان التعرض القانوني صادر من الغير، وذلك بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير، وذلك بدفعه كل إدعاء يحق لو ثبت لترتب عليه المساس.

¹ شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 190.

² همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية منشأة المعارف الاسكندرية 2001 ص 387.

بحق الدائن المرتهن، كأن يدعي الغير أنه يملك المحل التجاري المرهون، ففي هذه الحالة يجب على المدين الراهن التدخل لدفع إدعاء الغير والتصدي له بما يلزم من وسائل، فإذا لم يفعل أو لم يحافظ للمرتهن على حقه ترتبت عليه مسؤولية لأن إلتزامه إلتزام بتحقيق نتيجة¹

- أما في ما يخص التعرض المادي الصادر من الغير فإن المدين الراهن لا يضمنه، وإنما يحق للدائن المرتهن دفع هذا التعرض ويطلب منعه بنفسه دون وساطة الراهن².

2- ضمان الهلاك :

إضافة الى الإلتزام المدين الراهن بضمان التعرض يقع عليه ايضا إلتزام آخر يتمثل في هلاك المال المرهون وهذا حسب نص المادة 899 ق م ت، والمقصود بالهلاك أو التلف هو هلاك الضمان (أي المحل التجاري المضمون)، وليس فقط الهلاك المادي للمحل التجاري المرهون وإنما يمتد أيضا الى الهالات القانوني وهو الذي يؤدي الى خروج المحل التجاري المرهون من ذمه المدينه الراهن بشكل لا يستطيع معه الدائن المرتهن تتبعه، كما ان نزع ملكية المحل التجاري، المرهون للمنفعة العامة صورة من صور هلاك المحل التجاري هلاكا قانونيا، حتى وإن لم يتعرض المحل التجاري للهلاك المادي.

- إذا تسبب المدير الراهن بفعله أو بخطئه في هلاك المحل التجاري المرهون ترتبت عليه مسؤوليته، وكان للدائن حرية الإختيار بين ان يطلب تأمينا كافيا او ان يستوفي حقه فورا³. وذلك راجع لحق المدين في الأجل لاغن الهلاك او الخطأ قد وقع بخطأ من المدين الراهن⁴.

¹ رمضان ابو السعود وهمام محمد محمود زهران، التامينات العينية والشخصية دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، 1998 ص 289.

² محمد صبري السعدي، التامينات العينية دار الهدى الجزائر 2010 ص 93.

³ انظر نص المادة 899 / 1 نبيل ابراهيم.

⁴ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التامينات الشخصية والعينية، مرجع سابق ص

- او اذا كان هلاك او تلف المحل التجاري المرهون بسبب اجنبي لابد للمدين فيه سواء كان نتيجة قوه القاهره او خطأ شخص اجنبي لا علاقه له بالمدين الراهن، ولم يقبل الدائن المرتهن بقاء الدين بلا تامين، فان لهذا المدير الراهن الحق في الخيار بين تقديم تامين كافيا او الوفاء بالدين فورا قبل حلول اجله.

وفي حالة اذا حدث وان هلك المحل التجاري المرهون او تلف بخطا الدائن المرتهن، فليس له ان يطالبه بشيء لان الهلاك او التلف كان بخطا منه، بل عليه ان يدفع التعويضا عما اتلفه وهذا طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، وينتقل حقه في الرهن الى هذا التعويض.¹

ج- الالتزام بالاحطار: يلتزم مدين الراهن باختاري دائنيه عن اي عمل يريد القيام به، متى كان ذلك العمل متعلق بالمحل التجاري المرهون، والعبره من اشتراط هذا الالتزام هو ان يكون الدائنين على علم بالوضعيه الحقيقيه للمحل التجاري الذي يشكل لهم ضمان من اجل استيفائهم ديونهم، لان اي تغيير في المحل التجاري المرهون قد يؤدي الى الانقاص من قيمته، فاذا ما اراد المدين تغيير موضع المتجر او بعض الاثاث و الالات تستعمل في استغلاله،² اوجب عليه القانون تبليغ الدائنين اصحاب التامين بالعنوان الجديد لمتجره خلال 15 يوما، قبل نقل المتجر فعليا وعن طريق غير قضائي.³

د- الإلتزام بن نفقات العقد والبيع: ان كل المصاريف المترتبه عن عقد الرهن الحيازي وقيده يتحملها المدين الراهن ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، فعليه دفع اتعاب الموثق الذي قام بتحرير عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري، والمصاريف المترتبه عن قيد او تجديد او شطب هذا العقد لدى المركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل المحل التجاري في دائره

¹ شوقي البناسي، مرجع سابق، ص 206.

² المعتمض بالله الغرياني، القانون التجاري، دار الجامعه الجديده الازاريطه، 2006.

³ تمص ماده 1/123 ق ت ج على انه " في حاله نقل المحل التجاري تصبح الديون المقيده مستحقه الاداء بحكم القانون اذا لم يتم مالك المحل التجاري بابلاغ الدائنين المقيديين في المحل المختار خلال 15 يوما من قبل وعن طريق غير قضائي، عن رغبته في نقل المحل التجاري وعن المركز الجديد يريد ان يقيمه فيه".

اختصاصه، ويجب دفع مصاريف قيد هذا العقد او تعديله ايضا لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، اضافة الى هذا يمكن ان نقول ان المدين الرهن يلتزم ايضا بدفع مصاريف نشر هذا العقد في النشره الرسميه للاعلانات القانونيه.¹

هـ - تدوين المركز الجديد للمحل التجاري المرهون بهامش القيد الاول : يتمثل هذا الالتزام في ضروره تدوين المركز الجديد للمحل التجاري المرهون بهامش القائد الاول في حال قيامه بنقل محله التجاري المرهون، هذا سواء قام باخطار الدائن المرتهن او بلغ الى هذا علم هذا الاخير بعملية النقل في حال عدم اخطاره، و نشير في هذه النقطة إلى أن النقل يكون داخل دائره اختصاص المحكمه التي يقع فيها المحل التجاري المرهون، اما اذا قام المدين الرهن بالنقل محله التجاري المرهون خارج دائره اختصاص المحكمه التي كان يتواجد فيها فانه يلتزم في هذه الحاله بنقل قيده الاول في تاريخه الاصلي بسجل المحكمه التي نقل اليها وبيان مركز الجديد.²

ثانيا: التزامات الدائن المرتهن: يرتب عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري مجموعه من الالتزامات تقع على عاتق الدائن المرتهن، وذلك لحمايه المدين الرهن الذي يكون في مركز ضعيف امام الدائن المرتهن الذي يكون في مركز اسمى منه، فقد يلجأ هذا الاخير الى استعمال كل الوسائل لاستيفاء حقه حتى وان كانت غير شرعيه، فقد يتدخل اداره المحل التجاري المرهون، ويعطي اوامر ويتعاقد مع الغير ويتصرف كانه هو المالك فهو بهذا السلوك يكون متعسفا في استعمال حقه، وعليه من اجل تفادي ما قد ينجز عن الدائن المرتهن من سلوك قد يضر بالمدين الرهن اقر المشرع بعد القيود ويمكن تلخيصها في ما يلي:

¹ انظر نص ماده 2/833 ق تج ونص ماده 36 ق ت ج

² هذا قياسا على النص ماده 123 ق ت ج

أ- التزام الدائن المرتهن بالتنصيص بهامش القيد على المركز الجديد للمحل التجاري المرهون: يجب على الدائن المرتهن ان يعمل على التنصيص بهامش القيد على المركز الجديد للمحل التجاري المرهون، ولكن التزام الدائن المرتهن بالقيام بهذا الاجراء غير كافي وانما يجب عليه القيام به في ميعاد 30 يوما من تاريخ علمه، وفي حاله اهماله القيام بهذا الاجراء، فان المشرع رتب جزاء عن ذلك يتمثل في امكانيه سقوط حق امتياز الدائن المقيد إذا ثبت انه تسبب بتقصيره في الحاق الضرر بغير المتعاقدين الذين وقعت تغليبهم في الوقف على حاله القانونيه للمحل التجاري المرهون.¹

ب- التزام الدائن المتهم بانذار مالك المحل التجاري المرهون والدائنين المقيدين: يقع على عاتق الدائن في حال رغبته في التنفيذ على المحل التجاري المرهون ببيعه بالمزاد العلني التزام بانذار مالك المحل التجاري المرهون والدائنين المقيدين قبل صدور الحكم الذي امر بالبيع، في محلات الاقامه المختاره منهم في قيودهم وذلك قبل 15 يوما على الاقل من البيع، بالاطلاع على دفتر الشروط وبيان اعتراضاتهم او ملاحظاتهم وحضورهم مرسى المزاد اذا رغبوا في ذلك.² وقد يتعدد ويختلف السبب الذي ادى بالدائن المرتهن الى المطالبه بهذا الاجراء، فقد يكون نتيجة عدم التزام المدين الراهن بالمحافظة على المحل التجاري المرهون دون اخطار الدائن المرتهن بذلك، او رفضه لعمليه النقل بعد اخطاره، لان اي تصرف يقوم به المدين الراهن يكون محله المحل التجاري المرهون يمكن ان يضر بهذا التصرف بالتامين الممنوح للدائنين.

الفرع الثاني: الضمانات المترتبة عن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري :

يرتب عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري مجموعه من الضمانات سواء بالنسبه للاطراف المتعاقدين (المدين الراهن والدائن المرتهن)، او بالنسبه للغير الذين تتاثر حقوقهم بهذا العقد.

¹ كركدان فريد العمليات الوارده على المحل التجاري غير ناقله للملكية، مرجع سابق ص 204.

² انظر نص ماده 127 / 1 ق ت ج

أولاً : ضمانات المدين الراهن:

كما سبق وقلنا ان عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ذو طبيعة، ذلك انه هذا العقد يرد على ما مال منقول معنوي، و ليس على مال مادي، فالحيازة لا تنتقل من المدين الراهن الى الدائن المرتهن مثلما هو معمول به في الرهن الحيازي الوارد على منقول المادي فهذه الخاصية مكنته من التمتع بعده ضمانات نلخصها فيما يلي:

أ- بقاء المحل التجاري المرهون في ملكيه المدين الراهن: من بين اهم الضمانات الممنوحة للمدين الراهن إحتفاظه بملكية المحل التجاري المرهون بحيث ان طبيعه هذا العقد لا تنقل الملكية من المدين الراهن الى الدائن المرتهن، وهذا عكس عقد البيع الذي يعتبر عقدا ناقلا للملكية،¹ و عكس الرهن الحيازي الوارد المنقول المادي الذي يؤدي الى انتقال حيازة المال المرهون من يد المدين الراهن الى الدائن المرتهن، و لا يمنح الحق للدائن المرتهن مطالبه مدينه بكونه الطرف الضعيف بالتنازل له عن محله التجاري المرهون مقابل الدين الذي على عاتقه وتسديدا له واي اتفاق ينص على هذا الشرط يعتبر باطلا.²

ب - بقاء حيازة المحل التجاري المرهون بيد المدين الراهن: اراد المشرع بهذا الحكم او الضمان التوفيق بين مصلحة التاجر الراهن والدائن المرتهن، فابقى للاولى حيازة محله حتى يتسنى له مواصلة نشاطه ليستطيع النهوض من كبوته ديونه وتحرير محله من عبء الرهن، وكفل حمايه حقوق الدائن المرتهن من ناحيه اخرى، عن طريق احاطه الرهن بنوع من الشهر يكفل للدائن الاحتجاج بحقه في مواجهه الغير وتقدم عليهم، على الرغم من هذه الضمانه الممنوحة للمدير الراهن الا انه يجب عليه القيام باستغلال المحل التجاري وعدم القيام باي عمل من شأنه الانتقاص من قيمه هذا المحل.³

¹ علي نجيده الوجيز في عقد البيع، د د ن، د ب ن 2000، 2001، ص7.

² المادة 118 / 2. ق ث ج الذي ينص على "انه لا يخول رهن المحل التجاري للدائن المرتهن الحق في التنازل له عنه مقابل ما له من ديون وتسديدا لها".

³ محمد الامير يوسف، دروس في القانون التجاري، ج1، دار النصر، دب ن 1994 ص 228 ص 229.

ج- سلطات المدير الراهن المترتبة عن عدم تجريده من ملكيته وحيازه المحل التجاري المرهون: يتمتع المدين الراهن بمجموعه من السلطات المترتبة عن بقاء ملكيه وحيازه المحل التجاري المرهون تحت يده بحيث ان هذا العقد لا يحد من سلطات المدين الراهن الا في حدود عدم الاضرار بالتأمين الممنوح للدائن المرتهن، وتمتد حقوق المدين الراهن في السيطرة على الشيء، فتخول الملك سلطه التصرف المادي في شيء بان ستهلكه او يعدمه،¹ وله الحق في التصرف في المحل التجاري المرهون بمختلف التصرفات شريطه عدم الاضرار بحقوق الدائن المرتهن، وتتمثل هذه التصرفات في التصرفات القانونيه والماديه وسلطه الاستغلال للمحل التجاري (الاستثمار).²

ثانيا: ضمانات دائني المدين الراهن:

لقد منح المشرع مجموعه من الضمانات او الحقوق الى الدائنين العاديين من اجل إستيفاء ديونهم.

أ - بالنسبه للدائن المرتهن: يخول عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري مجموعه من الحقوق للدائن المرتهن سواء ظهرت هذه الحقوق بثوره ملموسه او بصوره اخرى متى كانت تعبر عن سلطته في حمايه دينه، تمثل هذه الحقوق في حق التقدم، حق التتبع، التنفيذ على المحل التجاري، حق الدائن المرتهن في المطالبه باسقاط الاجل في حاله نقل المحل التجاري المرهون، حق الامتياز، حق الدائن المرتهن في حاله ضم المحل التجاري الى محل الجماع جماعي لتجار مستقلين، الحق في حاله فسخ حق الايجار، حق الدائن المرتهن في حاله تغيير النشاط الممارس للمحل التجاري المرهون.³

¹ رمضان ابو السعود، الوجيز في التامينات العينيه الاصليه، احكامها ومصادرها، دار المطبوعات الجامعيه، الاسكندريه، 2001 ص 36.

² ماده 894 قا ميم جا تنص على انه "يجوز للراهن ان يتصرف في العقار المرهون على ان اي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن".

³ كركدان فريد، العمليات الوارده على المحل التجاري غير ناقله للملكيه، مرجع سابق ص 211.

ب- بالنسبة للغير: لا يقتصر اثر عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري على الاطراف المتعاقده من الدائن المرتهن والمدين الراهن، بل يشمل الدائنين المرتهين التاليين في القيد والدائنين العاديين ايضا.

1- بالنسبة للغير في علاقته بالدائن: يتمتع الدائن المرتهن من غيره من دائني المدين الراهن سواء كانوا دائنين مرتهين تالين له في القيد ام دائنين عاديين بحقي التقدم والتتبع، فالدائن المرتهن يستوفي حقه بالاولويه من الثمن الناتج عن بيع المحل التجاري جبريا على الدائنين المرتهين الذين يلونهم في القيد على الدائن العادي الذي لا يرتبط حقه بالمحل التجاري المرهون بحد ذاته، وانما هذا الاخير يشكل بالنسبه له فقط الضمان العام، اضافه الى هذا فان الدائن المرتهن له الحق في تتبع المحل التجاري في ايه يد كان والتنفيذ عليه عكس الدائن العادي الذي لا يمكن له تتبع المحل التجاري، وانما يمكن له المطالبه باسقاط اجل الدين.

2- بالنسبة للدائن العادي في علاقته بالمدين الراهن: كثيرا ما يضر رهن المحل التجاري بالدائنين العاديين، لان للدائن المرتهن الحق في استيفاء حقه بالكامل من ناتج بيع المحل التجاري بالافضليه على سائر الدائنين العاديين حتى ولو كانت حقوقهم ناشئه قبل الدائن المرتهن.¹

- كما يمكن للدائنين العاديين اتباع طريقتين لاستيفاء دينهم وهي المطالبه بسقوط اجل الدين والمطالبه بالتنفيذ على المحل التجاري المضمون.² والطريقه الثانيه هي رفع دعوى بولييسيه فشريعه العامه منحت هذا الاسلوب لحمايه الدائن العادي، خاصه اذا ثبت وجود غش فيمكنهم منازعه تسويه عقد الرهن الحيازي وذلك برفع الدعوه الصوريه.

¹ مقدم مبروك، مرجع سابق، ص 8.

² علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 8.

³ Arnoud REYGROBLL ET et christophe DENIZOT, OP- CIT, P 954.

المطلب الثاني : انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري :

تتعدد للأسباب المؤدية الى انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري و تختلف فهي لا تقتصر على سبب واحد إذا تحقق انقضى العقد و إذا لم يحقق إستمر في الوجود، فهذه الأسباب يمكن تقسيمها إلى قسمين، قسم تدرج فيه مجموعة الاسباب إذا تحققه إحداها فالمحل ينقضي بصفة تبعية (الفرع الأول) و القسم الثاني لو توفرت إحداها قلنا ان العقد زال بصفة أصلية (الفرع الثاني).

الفرع الاول : انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة تبعية : سندرس إنقضاء الدين بذاته و انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة تبعية، وفقا لأحكام القانون المدني باعتبار أن المشرع لم يتناول هذه الأحكام في القانون التجاري، و ذلك عن طريق القياس بما يتفق مع طبيعة المحل التجاري.

تنص المادة 1/893 ق م ج على انه "لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه، ما لم ينص القانون على غير ذلك"، و تنص المادة 933 ق م ج ايضا على انه "ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه اذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون اخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفتره ما بين انقضاء الحق وعودته". نستنتج قياسا على هاتين المادتين ان الدين الذي نشأ صحيحا يكون الرهن الحيازي الذي نشأ تبعا لهذا الدين صحيحا، وقد ينقضي الدين بسبب من اسباب انقضاء الالتزام بالتالي فان الرهن الحيازي يبقى تبعا له.

اولا : إنقضاء عقد الرهن الحيازي بالوفاء :

ينقضى عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بوفاء المدين الراهن بالدين الذي على عاتقه، وبالتالي تزول كل من التزامات المدينه الراهن والدائن المرتهن وتنقضي علاقه بينهما، ولا يمكن لاحد الادعاء بان له الحق على الاخر بموجب عقد الرهن، الا اذا وجد دين اخر مضمون بعقد اخر مستقل عن هذا العقد.

- الوفاء هو قيام المدين بتنفيذ ذات الالتزام الذي التزم به، اي التنفيذ العيني الاختياري للالتزام. ويعتبر الوفاء الطريق الطبيعي المرغوب فيه لانقضاء الالتزام ايا كان محله، سواء بدفع مبلغ من النقود او تسليم شيء او القيام بعمل.

1- ويتمثل طرفاء الوفاء كاصل عام في الموفى (المدين) والموفى له (الدائن) ، غير انه في بعض الاحيان قد نجد ان الموفى شخصا اخر غير المدين، فالمدين يمكن له ان يقوم بهذا الوفاء اما بشخصه او عن طريق وكيل له او نائبه شريطه ان يكون له مصلحة في هذا الوفاء، كما يصح الوفاء ايضا من شخص لا مصلحة له في الوفاء حتى لو كان ذلك دون امر من المدينه الراهن.

2- كما يمكن ايضا ان يكون الموفى له شخص اخر غير الدائن، في الوفاء ان يكون الدائن المرتهن لانه ذو صفة في استيفاء الدين، ويعد في صفة في قبول الوفاء نائب الدائن المرتهن وخلفه، سواء كانت الخلافة عامه او خلافة خاصه كالمحال له بالحق، وقد جعل المشرع التقدم بالمخالصه الصادر من الدائن المرتهن قرينه على وجود نيابه بين الدائن المرتهن وبين من يتقدم بها، ولكن تنفى هذه القرينه اذا كان هناك اتفاق سابق على ان يكون الوفاء للدائن المرتهن شخصيا.²

3- يجب على المدين الراهن الالتزام بالوفاء بعين ما التزم به، وهو الشيء المستحق عليه، وقد يختلف فقد يكون التزام باعطاء الشيء او القيام بعمل او الامتناع عن عمل.³ ولا يمكن اجبار الدائن المرتهن على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة او كانت له قيمة اعلى، غير انه في اغلب الاحيان يكون محل الالتزام المدين الراهن هو مبلغ من النقود.⁴

¹ محمد حسين منصور، احكام الالتزام، الدار الجامعيه، الاسكندريه، 2000، ص 383.

² محمود عبد الرحمن محمد النظرية العامه للالتزامات احكام الالتزام، ج2، ط2، دار النهضة العربيه، القاهرة، 1999، ص 459.

³ محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 406.

⁴ انظر نص ماده 276 ق م ج.

ثانياً: انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري وما يعادل الوفاء تبعاً لإنقضاء الالتزام الأصلي:

حالات أخرى غير الوفاء لا يتوفى الدائن المرتهن حقه من المدين الراهن عن طريق الوفاء إذ لا يف هذا الأخير بما التزم، فيتم اللجوء إلى اتباع طريقه أخرى غير الوفاء الذي تم الاتفاق عليه في العقد، إذا تحقق له منفعه تعادل تلك التي يمكن للوفاء تحقيقها، وتؤدي إلى انقضاء الدين مثلها مثل الوفاء، وتمثل هي الطريقه في الوفاء بما يعادل الوفاء، وتنقسم بدورها إلى عدة طرق تتمثل في :

أ- الوفاء بمقابل كطريقه لإنقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: هو إتفاق بين الدائن المتهم والمدين الراهن مؤداه ان يأخذ الدائن المرتهن من المدين الراهن شيئاً آخر بدب من الشيء المتفق عليه أصلاً، وبذلك يستوفي الدائن حقه وتبرأ ذمه المدين الراهن من الدين¹. كأن يتفق الدائن المرتهن مع المدين الراهن على ان يكون مقابل مبلغ مالي عقار معين.

- نصت المادة 285 ق م ج على انه "إذا قبل الدائن في إسفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء" من خلال هذه المادة يشترط:

- وجود اتفاق يقبل فيه الدائن المرتهن الاستعاضة عن الوفاء بمحل التزام الأصلي بنقل ملكية شيء آخر إليه، أي أن يقوم المدين الراهن بتقديم مقابل لما كان عليه من إلتزام، و ينبغي عليه نقل ملكية الشيء البديل فعلاً إلى الدائن المرتهن، و يترتب عليه انقضاء الدين الأصلي، و يزول الرهن الحيازي للمحل التجاري الذي كان يكفل الدين². الأصلي و معه سائر التأمينات

ب- التجديد كطريقة لإنقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: إن التجديد وسيلة من الوسائل التي ينقضي بها الرهن الحيازي للمحل التجاري تبعاً لإنقضاء الإلتزام.

¹ رمضان أبو سعود، مرجع سابق، ص 481.

² محمد حسين منصور، أحكام الإلتزام، مرجع سابق، ص 438، ص 439.

الأصلي، فهو إتفاق مشترك بين طرفي الالتزام على انتهاء الالتزام القائم بينهما متبادل انشاء التزام اخر جديد بينهما فيحل هذا الالتزام الجديد محل الالتزام القديم،¹ اي ان هذا الاستبدال يكون سببا لانقضاء الالتزام وفي نفس الوقت مصدر لنشوء الالتزام، وهو في الحالتين تصرف قانوني، ويتميز الدين الجديد عن الدين القديم اما بتغير الدين (محله او في مصدره) واما بتغيير المدين او الدائن². اذا استبدال التزام الجديد مكان الالتزام القديم يؤدي الى انقضاء هذا الاخير وبالتالي انقضاء التامين المرتبط به، ومع ذلك فانه يمكن دائما الاحتفاظ بالتأمينات من اجل ارفاقها بالالتزام الجديد مع الاحتفاظ بمرتبتها الاولى³ وينتج عن التجديد انقضاء الالتزام الاصلي بتوابع ونشوء التزام جديد مكانه.⁴

ج - الإنابة: هي عمل قانوني يفترض وجود ثلاثة اشخاص، حيث يتم الاتفاق بين المدين الراهن وشخص اخر، برضا الدائن المرتهن، على ان يقوم هذا الشخص الاخر بوفاء الدين بدلا من المدين الراهن، في هذه الحالة ينيب المدين شخصا اخر في الوفاء للدائن المرتهن، لهذا فهي انابه في الوفاء تبرم باتفاق المنيب (المدين الراهن) مع المناب (الشخص الذي يلتزم بالوفاء) بأداء حق المناب لديه (الدائن المرتهن)، و إذا قبل المناب الإلتزام بالوفاء نيابة عن المدين الراهن، فإلتزامه قائم و ملزم بصرف النظر عن العلاقة بينه و بين المنيب سواء أكان مدينا له او غير مدين.

يحدث في الغالب ان يكون المنيب مدينا للمناب لديه لذلك ينيب المناب في وفاء هذا الدين، و الغالب أيضا أن يكون المنيب دائما للمناب، و لك اختاره ليقوم بوفاء دينه للمناب لديه،

¹ عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام، ط6، دار الثقافة، عمان، 2001، ص 55.

² رأفت محمد حماد و محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات احكام الإلتزامات، ج2، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 1997، ص 268.

³ عبد القادر الفار، نفس المرجع، ص55.

⁴ جميل الشراوي، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الثاني، احكام الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 333.

فيتخلص المناب بهذا الوفاء من الدين الذي في ذمته للمنيب، فالمناب قد تربطه بالمنيب علاقة مديونية فيقبل الإنابة كوسيلة للوفاء بدينه محل المديونية، و لكن لا يشترط لصحة قيام الإنابة ان تكون هناك علاقة سواء دائنية او مديونية بين المنيب.²

وبهذا فقد ينقضي الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفه تبغية تبعا لانقضاء الالتزام المدين الرهن، اذا لجأ المدين الراهن والدائن المرتهن والغير الى وسيله الانابة.

د- المقاصة: تعد المقاصة وسيله من وسائل انقضاء الالتزام، فهي سبب لإنقضاء دينين متقابلين بين نفس الشخصين بقدر الاقل منهما، فهي تقتض اذن وجود شخصين كل منهما مدين ودائن للآخر، وبدل من ان يوفي كل منهما دينه للاخر ينقضي الدين بقدر الاقل منهما، فيكون المدين بالدين الاقل قد وفى دينه ببعض حقه، ويكون المدين بالدين الاكبر قد وفى بعض دينه بحقه ويجب عليه الوفاء بالقدر الزائد وفاء عاديا.¹ وعليه فاذا كان احد الدينين مضمونا برضى انقضى الدين بالمقاصة، وبالتالي ينقضي الرهن الضامن له.³

هـ- اتحاد الذمة كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري : حسب نص المادة 304 ق م ج، يمكن لنا تعريف اتحاد الذمة كطريقة لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري على انها " اجتماع صفه الدائن والمرتهن والمدين الراهن في شخص واحد، و بالنسبة لدين واحد" و يتحقق اتحاد الذمة في الغالب عن طريق الميراث إذا توفى الدائن المرتهن و ورثه المدين الراهن، اذ يترتب على ذلك ان يرث المدين الحق الذي كان للدائن في ذمته، فيصبح دائنا بهذا الحق الذي ورثه ومدينا به في نفس الوقت.⁴

¹ عامر محمود الكسواني، أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 284.

² رمضان ابو السعود، احكام الالتزام، مرجع سابق، ص 508

³ رمضان ابو السعود وهمام محمد محمود زهران مرجع سابق، 438

⁴ محمود عبد الرحمن محمد مرجع سابق ص 511

فمتى إجتمعت في شخص واحد صفتا الدائن والمدين في الوقت فان الدين ينقضي معه كل التامينات المؤلفة له، وينقضي الالتزام الاصلي والتزام الكفيل تبعاً له، لان القاعده ان الفرع يتبع الاصل وجوداً وزوالاً، اما اذا لم تتحد ذمه الكفيل فلا ينقضي الالتزام الاصلي لان الاصل لا يزول بزوال الفرع.¹

ثالثاً : انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري دون وفاء ولا بما يعادل الوفاء : قد ينقضي الرهن الحيازي للمحل التجاري تبعاً لانقضاء الدين الاصلي دون الوفاء.

بالدين ولا بما يعادل الوفاء، لان هذا النوع من الطرق انقضاء الرهن بصفه اصلية تبعاً لانقضاء الدين لا ياخذ فيها الدائن المرتهن مقابل لحقه على المدين الراهن، رغم ذلك ينقضي العقد المنشأ ضماناً لهذا الدين.

أ- الإبراء من الدين كطريقه لإنقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:

فالإبراء هو نزول الدائن المرتهن عن حقه قبل المدين الراهن مختاراً، بغير مقابل، فالدائن المرتهن بالإبراء يعني المدين الراهن من الدين دون أن يكون على هذا المدين الراهن، بسبب الإبراء أو بموجبه، أي إلتزام بمقابل مادي أو غير مادي.²

و عليه فإن الرهن الحيازي للمحل التجاري ينقضي عندما يقوم الدائن المرتهن بإرادته الحرة بالتنازل عن الدين الذي في ذمة المدين الراهن تبرعاً دون مقابل، بحيث تبرأ ذمة المدين الراهن تجاه الدائن المرتهن، وكذلك التبرؤ ذمه الكفيل ببراءه ذمه المدين الراهن وينقضي الرهن الحيازي للمحل التجاري الضامن للدين، اما اذا اقتصر الإبراء على التزام الكفيل فلا تبرأ ذمه المدين الراهن، ويترتب على الإبراء ايضاً سقوط ما يحمله من ضمانات او تامينات سواء كانت عينيه كرهن او امتياز ام شخصيه كالكفاله.³

¹ عبد القادر الفار مرجع سابق ص 53 .

² جميل شرقاوي، مرجع سابق ص 356 ص 357

³ عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص 209.

أ- استحاله التنفيذ كطريقه لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري:

تعني استحاله التنفيذ ان الوفاء بالالتزام اصبح غير ممكن بسبب اجنبي لا يدر المدين فيه، ويترتب عن ذلك انقضاء الالتزام بصفه نهائيه، فلا ينفذ الالتزام تنفيذاً عينياً، ولا ينفذ عن طريق التعويض، اذ ان المدين الراهن لم يرتكب خطأ ترتب عليه استحاله تنفيذ الالتزام، وانما ترجع الى سبب اجنبي لا يد له فيه، وعليه كلما تحققت حاله استحاله التنفيذ لسبب اجنبي انقضاء التزام المدين ويتتبع معه انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري تبعاً له، باعتباره انشا ضماناً للوفاء به.¹

ب- التقادم المسقط الطريقه لانقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري: هو سبب الانقضاء الالتزام دون الوفاء به، وذلك بمضي مده محده بالقانون منذ استحقاق الالتزام مع عدم مطالبه الدائن به خلال تلك الفتره² وعليه اذ انقضى التزام المدين بالتقادم المسقط، فان الرهن الحيازي للمحل التجاري ينقضي تتبّع له، لان هذا الاخير انشا ضماناً للوفاء بالالتزام الاصلي.

وتختلف مده التقادم التي يجب احتسابها لسقوط التزام المدين الراهن المضمون بالرهن الحيازي على المحل التجاري باختلاف طبيعه الدين، وفي هذا الشأن هناك الاصل وهناك استثناء، فحسب القاعده العامه فان مده تقادم الالتزام هي 15 سنه وما يسمى بالتقادم الطويل.³ اما الاستثناء يتمثل في انقضاء الالتزام دون بلوغ مده 15 سنه.

فاذا اكتملت مده التقادم وتمسك به المدين، فان الالتزام ينقضي، ولا يستطيع الدائن الزام المدين بالوفاء به، ويمكن لكل ذي مصلحه التمسك به، ويسقط مع الدين توابعه، كالرهن الحيازي للمحل التجاري والكفالة، فينقضي بانقضاء الدين بالتقادم.⁴

¹ عامر محمود الكسواني، مرجع سابق، ص 289.

² محمود عبد الرحمن محمد مرجع سابق ص 298.

³ انظر المادة 308 ث م ج

⁴ عيد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التامينات الشخصيه والعينيه، مرجع سابق، ص

الفرع الثاني: انقضاء عقد الرهن الحيازي بصفه اصلية:

راينا ان عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ينقضي بطريقه تبعا لانقضاء الدين، بحيث انه تتدرج ضمنه العديد من الطرق التي ينقضي بها سواء بالوفاء، بمقابل الوفاء، او دون وفاء ودون مقابل وفاء، الا اننا نقول انه هناك طريقه اخرى ينقضي بها العقد غير تلك المذكوره في حاله التي نكرناها اعلاه، وتتمثل هذه الطريقه الثانيه في انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفه اصلية، وليس بصفه تبعيه.

اولا : إنقضاء عقد الرهن بالتطهير وبالبيع بالمزاد العلني بصفه اصلية:

ينقضي الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفه اصلية بطريقتين هما التطهير والبيع بالمزاد العلني، بحيث تعد هاتين الطريقتين وسيلتان يتم عن طريقهما انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفه اصلية ومستقله، بالرغم من بقاء الدين الاصيلي.

أ - انقضاء الرهن بالتطهير: يعتبر التطهير وسيله قانونيه يستطيع الحائز بمقتضاها ان يعرض على الدائنين المقيده ديونهم قبل تسجيل سند ملكيته قيمه المحل التجاري، فاذا قبل هؤلاء الدائنين العرض دفع لهم الحائز هذه القيمه حسب ترتيب استحقاقهم، وترتب على هذا تلخيص المحل التجاري من جميع الرهون حتى تلك التي لم يصب اصحابها شيء من قيمه محل التجاري، واذا لم يقبل الدائنين كلهم او بعض منهم هذا العرض وجب عليهم بيع المحل التجاري في الحال، ولو كانت دونهم غير حاله، وينتهي الحال عند اذن اما برسو المزاد على الحائز او على غيره، وفي الحالتين يطهر المحل التجاري مما عليه من حقوق.¹

¹ نبيل إبراهيم سعيد، مرجع سابق، ص 142، ص 143.

ب - انقضاء الرهن بالبيع في المزاد العلني: تنص المادة 936 ق م ج على أنه " إذا بيع العقار أو الحائز أو الحارس أو الذي سلم إليه العقار عند التخلية، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو بدفعه الدائنين المقيدون الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن" قياساً على نص المادة أنه إذا بيع المحل التجاري المرهون حيازياً بالمزاد العلني فإن الرهن الحيازي الوارد على هذا المحل التجاري ينقضي بطريقتين الأولى تتم بمجرد إيداع المبلغ الناتج عن البيع لمدة خزينة المحكمة، أما الثانية تتم بدفع ذلك المبلغ إلى الدائنين المقيدون الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم.

ثانياً: نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن و انقضاء الرهن بإتحاد الذمة كوسيلتان لإنقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري : يمكن أن ينقضي الرهن الحيازي للمحل التجاري بتنازل الدائن المرتهن عن حقه في الرهن و إتحاد الذمة.

أ - نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن كوسيلة لإنقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري : بما أن الرهن الحيازي للمحل التجاري حق مالي للدائن المرتهن لا يمس بالنظام العام، فمن الجائز التصرف فيه عن طريق التنازل عنه ، فإذا قام الدائن المرتهن بالتنازل عن حق الرهن دون الدين المضمون، انقضى الرهن الحيازي للمحل التجاري وبقي الدين المضمون به قائماً، و على ذلك يتحول الدائن المرتهن إلى دائن عادي، و من هنا يصح القول أن الرهن إنقضى بصفة أصلية.¹

ب - إتحاد الذمة كوسيلة لإنقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية: تنص المادة 965 ق م ج على أنه " ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي باحد الاسباب التالية، إذا إجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد" إذ يمكن القياس على نص المادة ، و الأخذ بها كوسيلة لإنقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية.

¹ شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 421

ثالثاً: هلاك المحل التجاري المرهون كوسيلة لإنقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية:

إن المحل التجاري المرهون قد يتعرض للهلاك مادياً أو قانونياً، و سواء كان بخطأ المدين الراهن أو خطأ الدائن المرتهن، أو خطأ أجنبي، ففي هذه الحالات ينقضي حق الرهن الحيازي للمحل التجاري لزوال محل الرهن بصفة أصلية، و مستقلة عن الدين المضمون لأن هذا الأخير يبقى ديناً شخصياً رغم زوال الرهن.¹ و قياساً على نص المادة 3/965 ق م ج المتعلقة بإنقضاء الرهن الحيازي، فإن حق الرهن الحيازي للمحل التجاري ينقضي إذا هلك الشيء المرهون، و يقصد بالهلاك هنا الهلاك الكلي الذي يؤثر في المحل التجاري.

و ليس الهلاك الجزئي الذي لا يؤثر في المحل التجاري لأن في هذه الحالة الأخيرة يبقى الرهن الحيازي قائماً بالنسبة لما تبقى من المال و ضامناً لكل الدين تطبيقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن، و ينقضي بالنسبة للجزء الذي هلك.²

رابعاً : غلق المحل التجاري المرهون كوسيلة لإنقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية : يؤدي غلق المحل التجاري إلى زوال إمتياز الدائن المرتهن و البائع، و أسباب هذا الزوال مختلفة قد تكون نتيجة عمل قام به المدين الراهن كعدم إحترامه للسلامة العامة، أو عدم إحترامه للأمن العمومي و سلامة العامة او خالف الآداب العامة،

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، التأمينات الشخصية و العينية، مرجع سابق، ص 625.

² انظر نص المادة 965 ق م و ج.

و بصفة عامة يغلق متى خالف النظام العام أو الآداب العامة ، كما يمكن ان يكون سبب الغلق نتيجة قرار صادر عن سلطة إدارية و لا يعود إلى التاجر نفسه، فالهلاك هنا قانوني و المحل التجاري هنا يزول بمجرد تنفيذ قرار الغلق.¹

خامسا: البطلان و الفسخ كوسيلتان لإنقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة أصلية:

يشترط عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من اجل انعقاده ضرورة توافر مجموعة من الأركان الموضوعية و الشكلية، و عليه إذا غاب احد هذه الاركان أدى ذلك إلى بطلان العقد، و متى تحقق ذلك بطل عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري . يعتبر عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من العقود الملزمة للجانبين، بحيث يلتزم المدين الراهن بإنشاء عقد الرهن على محله التجاري الذي يملكه، في مقابل إلتزام الدائن المرتهن بتقديم مبلغ مالي معين له أو اي إلتزام آخر ، يمنح فيه أجل المدين الراهن من أجل سداد دينه، و نظرا لهذا التقابل للإلتزامات فإن المشرع منح الحق للمتعاقد في طلب فسخ عقد الرهن الحيازي إذا لم يوفي المتعاقد معه بإلتزامه، مع المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي اصابه جراء ذلك.²

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار و العقارية، ط3، منشورات الحقوقية، لبنان، 2009، ص 758.

² منصور محمد العروسي، نظام الرهن العقاري في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجيستر في القانون، تخصص عقود و مسؤولية كلية، حقوق، جامعة الجزع، 2012، 2013، 143.

الفصل الثاني:

عقد ايجار التسيير كتصرف وارد على المحل التجاري غير ناقل الملكية

المبحث الأول: مفهوم عقد إيجار التسيير:

عقد حديث النشأة يرجع سبب ظهوره إلى وجود فكرة ملكية المحل إيجار التسيير الحر التجاري المتميزة عن استغلاله، فقد تناوله المشرع الجزائري في الباب الثالث في المواد من 203 إلى 214 من أمر 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل المتمم، كما تسري عليه الأحكام العامة الواردة في القانون المدني المتعلقة بصحة العقود من جهة و الأشياء من جهة أخرى، إذ يلجأ مالك المحل إلى هذا النوع من العقود في حال عجزه عن مزاوله النشاط التجاري بنفسه كأن يكون مريضا مثال أو في حالة انتقال المحل إلى الورثة القصر¹.

لذا نتناول في هذا المبحث تعريف عقد إيجار تسيير المحل التجاري و طبيعته القانونية(المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى انعقاد عقد إيجار تسيير المحل التجاري و شروطه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف عقد إيجار التسيير:

إن ادارة المحل التجاري قد تكون بوجه عام على طريقتين مختلفتين، يجب التعرف عليهما، كما يجب بالنسبة لعقد تأجير التسيير إبراز طبيعته القانونية من أجل تمييزه عن غيره.

لذا نتناول في هذا المطلب تعريف إيجار تسيير المحل التجاري (الفرع الأول)، ثم خصائص إنعقاده (الفرع الثاني) و بعدها نتطرق إلى الطبيعة القانونية لإيجار تسيير المحل التجاري(الفرع الثالث).

¹ شريقي نسرين، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013 ص 240.

الفرع الأول: تعريف عقد إيجار التسيير المحل التجاري:

لم يختلف التشريع المقارن في تعريف عقد تأجير تسيير المحل التجاري عن الفقه، فإن كان كل منهما يستعمل تعبيراً معيناً و مختلفاً عن الآخر إلا أنهما يصبان في الأخير في المعنى نفسه، فيما يلي عرض تعريف عقد تأجير تسيير المحل التجاري حسب ما ورد في الفقه والتشريع ولاسيما التشريع الجزائري.

لتحديد المقصود من إيجار تسيير المحل التجاري وجب التطرق إلى مختلف التعاريف، لذلك نتعرض إلى التعريف الفقهي (أولاً)، ثم التعريف التشريعي (ثانياً).

أولاً: التعريف الفقهي لعقد تأجير تسيير المحل التجاري: لقد اختلف الفقهاء في إعطاء تسمية لعقد تأجير تسيير إلا أنهم لم يختلفوا كثيراً في تعريفه. فلقد عرفه الفقهاء "أنه العقد الذي يترتب عليه قيام المستأجر باستغلال المتجر أو مصنع يملكه آخر باسمه ولحسابه مقابل أجره متفق عليها"¹ وهناك من عرفه على أنه "العقد الذي يؤجر فيه المحل التجاري إلى شخص آخر يقوم باستغلاله ويجني فوائده لمصلحة نفسه ويلتزم في مقابل ذلك بدفع الأجرة إلى المالك"²

كما عرفه الدكتور علي حسن يونس الذي أطلق عليه اصطلاح إيجار المحل التجاري بأنه "عقد يؤجر فيه مالك المحل التجاري إلى شخص آخر يقوم باستغلاله لحساب نفسه ويلتزم مقابل ذلك بدفع الأجرة إلى المالك وهو عقد يكون فيه الشيء المؤجر هو المحل التجاري"³.

¹ سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري (نظرية الأعمال التجارية والتاجر بيع ورهن المحل التجاري وتأجير استغلاله وحمايته)، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 22.

² علي حسن يونس، المحل التجاري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974، ص 122.

³ علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 152.

و لقد عرفه الفقيه جين أسكارا : "في مؤلفه "دروس في القانون التجاري" الذي جاء فيه:"
 كما عرف بأنه "عقد حقيقي بموجبه يقوم المستأجر بإدارة المحل التجاري، لأجل استثمار
 لحسابه الخاص وباسمه الشخصي وتبعاً لهذا يتحمل أعباء هذا التسيير."¹
 أما في الفقه الفرنسي فلقد تعددت التعريفات حيث نجد :

" Il ya location de fonde de commerce lorsqu'une personne exploite
 en son nom, et son compte personnel un fonds que ne lui appartient
 pas moyennant, le versement d'une redevance au propriétaire"

أي يكون هناك تأجير المحل تجاري لما يستغل شخص باسمه و لحسابه الشخصي محلاً
 لا يملكه مقابل أجر يدفعه المالك.²

انتقد الفقه الفرنسي مصطلح "التسيير الحر" نظراً لما يخفيه من تناقضات في
 المصطلحات والألفاظ، بالإضافة إلى أن مؤسسة الدراسات التشريعية بفرنسا جاء في تقرير
 لها أن تسمية "libre gérance" غريبه و تشكل تناقضا حقيقيا، حيث من يقول مسير يعني
 أنه وكيل، ومن يقول وكيل يعني بالضرورة شخصا تربطه علاقة تبعية بشخص آخر، الأمر
 الذي يصعب معه فهم معنى المسير الحر قانونا وعلى العموم فإن أغلب الفقه يفضل مصطلح
 "location" (تأجير) باعتباره مصطلحا قانونيا.³

¹ عمورة عمار، العقود و المحل التجاري في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ص 241 .

² فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية القسم الأول (المحل التجاري)
 عناصره، طبيعته القانونية والعمليات الواردة عليه)، نشر وتوزيع ابن خلدون، الجزائر، 1998، ص 285 .

³ زهيرة جيلالي قيسي، تأجير المحل التجاري (دراسة مقارنة)، دار الراجعية للنشر والتوزيع، طبعة الأولى، عمان، 2010 ص

إلا أن التكييف الشائع لهذا العقد يبقى مجرد تكييف فقهي، قد يخالفه البعض باستخدام تسميات أخرى لهذا العقد، كاستخدام مصطلح تأجير الاستغلال، أو تأجير المحل التجاري، ولهم مبررهم في ذلك.

لقد اختلف الفقهاء في المصطلحات المستعملة لتعريف هذا العقد، فمنهم من أطلق عليه اسم تسيير تأجير، ومنهم من أطلق عليه اسم التسيير الحر، ورغم الاختلاف بشأن المصطلحات المستعملة لهذا العقد إلا أنهم لم يختلفوا في تعريفه.

ثانيا: التعريف التشريعي لعقد تأجير تسيير المحل التجاري.

لقد عرفته المادة 302 من ق ت ج بأنه : كل عقد أو اتفاق يتنازل بواسطتها المالك أو المستغل لمحل تجاري عن كل أو من التأجير لمسير بقصد استغلاله على عهده، و يعتبر باطلا كل شرط يخالف ذلك.¹

أما المشرع اللبناني عرفه في المادة 38/2 من مرسوم 1967 المتعلق بالمؤسسة التجارية، أن عقد تأجير تسيير المحل التجاري هو العقد الذي بموجبه يستأجر مدير المؤسسة لأجل استثمارها لحسابه الخاص و يتحمل وحده أعباء هذا الاستثمار، في حين أن صاحب المؤسسة الذي أجرها لا يكون ملزما بتعهدات المدير.

أما المشرع المصري فلم يأت بتعريف لعقد تأجير المحل التجاري، حيث لم ينظم هذا العقد في نصوص خاصة. إلى حين تنظيم أحكام هذا العقد لأول مرة في القانون التجارة رقم 17 لسنة 1999.²

و مما يؤخذ على هذه التعاريف أن المشرع لم ينص صراحة على التزام المسير بأداء أجره للمالك، لأن المقابل الذي يؤديه المسير أيا كان شكله يعتبر ركنا أساسيا في عقد تأجير التسيير، لذلك كان ينبغي التنصيص عليه في التعريف. إذ لا يمكن عقد إيجار دون مقابل أو أجره، وإلا اتخذ وصفا آخر.³

¹ أنظر الأمر رقم 59/75، المتضمن القانون التجاري، المرجع السابق.

² علي حسين يونس، مرجع سابق ص 323-324.

³ عمورة عمار، المرجع السابق، ص 341.

الفرع الثاني: خصائص عقد إيجار التسيير المحل التجاري:

أولاً: عقد تأجير تسيير المحل التجاري عقد شكلي:

الأصل أن العقود رضائية، أي أنها تتعقد بمجرد تطابق إرادتي المتعاقدين، فالرضا وحده كاف لإبرام وقيام العقد دون حاجة إلى إفراغه في شكل معين⁴، اقرأ المشرع الجزائري الإثبات في المواد التجارية في المادة 30 من القانون التجاري الجزائري.

إلا أن المشرع أورد في هذا الأصل استثناءات لذلك فرض إفراغ عقد تأجير التسيير في شكل رسمي بموجب المادة 203 الفقرة 3 من القانون التجاري وكذلك المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، فعقد تأجير التسيير عقد شكلي، لا يكفي فيه توافر عنصر الرضا لانعقاده كباقي العقود التجارية، بل لابد من إفراغ هذا التصرف في قالب شكلي.

و الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي لم يشترط كتابة عقد تأجير التسيير، لا في ظل قانون 1953 أو القانون الحالي 1956 الخاص بتنظيم هذا العقد، بل ولم يشترط الكتابة بطريق غير مباشر حيث لا يترتب البطلان لعدم القيد، حتى الشهر المنصوص عليه قانوناً يتم دون أن يكون العقد مكتوباً، وبناء عليه يعد العقد صحيحاً رغم أنه يتم شفاهة².

¹ دحامي لطيفة، الشكلية في مادة العقود المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2003، ص 1.

² سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري (نظرية الأعمال التجارية والتاجر بيع ورهن المحل التجاري وتأجير استغلاله وحمايته)، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 462-463.

ثانيا: الطابع التجاري لعقد تأجير تسيير المحل التجاري:

استنادا إلى نص المادة 3 فقرة 4 من القانون التجاري الجزائري والتي حصرت الأعمال التجارية بحسب الشكل في "الأعمال والتصرفات الواردة على المحال التجارية".

حيث لا أهمية لصفة الشخص القائم بالعمل، بل المهم العمل بذاته¹، ويطبق بشأن تجارية عقد تأجير استغلال المحل التجاري الأحكام العامة في نظرية الأعمال التجارية، فبالنسبة للمستأجر المسير يعد العقد تجاريا دائما سواء بناء على نظرية الأعمال التجارية بطريق الاحتراف لأنه استئجار بقصد احتراف التجارة، بالإضافة إلى تجارة العقد بالنسبة إليه لأن استغلال المحل باسمه و لحسابه يكسبه صفة التاجر، ومن أن مؤجر المحل فإن العقد له أيضا الصفة التجارية في غالب الحالات.

فكثيرا ما يكون المؤجر متمتعا بصفة التاجر لحظة قيامه بتأجير المحل التجاري فيكون العقد تجاريا وفقا لنظرية التبعية، كما يعد العقد تجاريا بصفة أصلية إذا قام المؤجر بشراء المحل بقصد تأجير التسيير أو قام باستئجاره بقصد تأجيره أو مزاولة التجارة فيه².

أما في فرنسا فإن المادة 632 من القانون التجاري الفرنسي (110-1) لم تبين مدى اعتبار العمليات الواردة على المحل التجاري أعمالا تجارية موضوعية بحسب الشكل كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري³.

ولكن إذا كان المؤجر قد تلقى المحل عن طريق الإرث أو الهبة أو الوصية، فإن عقد تأجير استغلاله يعد عملا مدنيا من جانبه⁴.

¹ هاني محمد دويدار، القانون التجاري اللبناني، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، لبنان، 1995، ص 313.

² سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ص 363.

³ فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية القسم الأول (المحل التجاري عناصره، طبيعته القانونية والعمليات الواردة عليه)، نشر وتوزيع ابن خلدون، الجزائر، 1998، ص 93.

⁴ سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 465.

ثالثاً: عقد تأجير التسيير يقوم على الاعتبار الشخصي :

تعتبر هذه الخاصية أساسية بالنسبة لعقد تأجير تسيير المحل التجاري ومظهر من مظاهر خصوصيته، على أنها مقصورة فقط على شخصية المسير الحر التي تقوم بدور بارز في هذا العقد، وهي محل اعتبار فيه مقارنة بشخصية مالك المحل التجاري، الذي لا محل لاعتباره الشخصي، كقاعدة عامة لأن العقد يستمر في حالة وفاته أو انتقال ملكيته التجارية للغير بالبيع أو بأي سبب من أسباب انتقال الملكية.

ويرجع السبب في تحكم الاعتبار الشخصي من جانب المسير الحر في العقد إلى الأهمية التي يحظى بها المحل التجاري وسرعة تأجيره، وإلى شخصية مالك المحل التجاري لما يأخذ بعين الاعتبار عند إبرامه للعقد ما يمكن أن يحصل عليه من مقابل أو بدل الإيجار فقط، وإنما ينبغي أن يتوفر في مؤجر هذا الأصل مهنية وكفاءة وتأهيل مهني، بل قد لا يوافق على تأجير محله التجاري، إلا إذا كان يثق في مسير محله التجاري، أو أن يعرفه معرفة شخصية، أو لاعتبارات شخصية تتوفر فيه كأن يكون على علم تام بكفاءته المهنية، ودوره العالي على تنمية هذا المحل موضوع العقد، لأن الأسلوب الذي سيعتمد عليه في تسييره سيكون له أثر مباشر على الذمة المالية للمالك، وعلى القيمة التجارية للأصل ككل ويخضع التسيير للعديد من مقتضيات الخاصة التي لا يخضع لها من حيث مبدأ غيره من المؤجرين العاديين أهمها ما يلي:

* قابلية عقد التسيير للإبطال لمصلحة مؤجر المحل التجاري إذا وقع غلط في شخص المستأجر عند إبرامه.

* ضرورة استغلال المسير للمحل التجاري بصفة شخصية، ولا يؤثر على ذلك قيام المسير بتعيين مسير مأجور بتسيير المحل التجاري، أو وكيل يعمل باسمه ولحسابه.

* حق صاحب الأصل التجاري في أن يطالب بفسخ عقد تأجير التسيير متى اختل عنصر الاعتبار الشخصي رغبة منه في المحافظة على عنصر الزبائن والسمعة التجارية.¹

¹ كريمة بنجور، مظاهر حماية الدائنين في عقد التسيير الحر للأصل التجاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية السوسية، الرباط، المغرب، السنة الجامعية .

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لإيجار تسيير المحل التجاري:

ان عقد الإيجار ينشئ حقوقا والتزامات في ذمة المتعاقدين ويقوم عقد تأجير التسيير على عنصرين.

لذا نتناول في هذا الفرع إيجار لمال منقول (أولا) ، ثم استقلالية المسير في استغلال المحل التجاري (ثانيا).

أولا: إيجار لمال منقول:

المال المنقول هو المحل التجاري و يعتبر عقد إيجار حقيقي وارد على منقول معنوي يخضع لأحكام العامة التي تعرف عقد الإيجار¹.

ثانيا: استقلالية المسير في استغلال المحل التجاري:

يستغل مستأجر المحل التجاري باسمه و لحسابه الخاص العين المؤجرة، و يستفيد من أرباحه ويتحمل خسائره بعيدا عن أية تبعية لمالكه²، كما لو كان مالكة الحقيقي و يكتسب هذا المسير صفة التاجر و يخضع لكافة واجبات التاجر كالتقيد في السجل التجاري³ و بالرغم أنه يفرض على المؤجر القيد في السجل التجاري فلا يعتبر تاجرا، وهو يخضع لهذا الالتزام القانوني إعلان الغير أن عملية تأجير التسيير.

¹ انظر المادة 265 من أمر رقم 75/58 ، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² البقيرات عبد القادر، شرح القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 4002 ، ص 62.

³ انظر المرسوم التنفيذي 41/97 ، المؤرخ في 18/01/1997 ، المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، ج ر عدد 05 ، الصادرة في 19/01/1997 .

المطلب الثاني: انعقاد عقد إيجار التسيير:

تتمثل اجراءات عقد تأجير تسيير المحل التجاري في كونه عقد شكلي، و أنه عقد ذو طابع تجاري، وأخيرا يعتبر عقد تأجير التسيير قائم على الاعتبار الشخصي، وهو ما سنتطرق إليه على النحو الآتي. حيث سننظر إلى شروط انعقاده.

شروط إبرام عقد إيجار التسيير المحل التجاري:

يخضع عقد تأجير تسيير المحل التجاري إلى شروط موضوعية عامة تطبق فيها قواعد القانون و إلى شروط خاصة تخضع لأحكام القانون التجاري. إضافة إلى الشروط الشكلية التي يستوجبها القانون التجاري نظرا لخصائص المحل التجاري. لذا نتناول في هذا الفرع الشروط الموضوعية(الفرع الأول)، ثم الشروط الشكلية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط الموضوعية:

تخضع عملية تأجير تسيير المحل التجاري للشروط الموضوعية العامة الواردة في القانون المدني، والشروط الخاصة التي نص عليها القانون التجاري، كون المحل التجاري مال منقول معنوي ذا طبيعة تجارية¹.

¹مقدم مبروك، المحل التجاري، ط 2، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 3005، ص 90.

أولاً: الشروط الموضوعية العامة:

يلزم لانعقاد عقد إيجار تسيير المحل التجاري توفر ثلاث أركان هي: الرضا والأهلية¹، المحل و السبب.

. **الرضا:** يتحقق التراضي في الإيجار ، كما هو الحال في سائر العقود الرضائية بارتباط القبول بالإيجاب و تطابقهما بين طرفي العقد أي المؤجر و المستأجر. و يجب أن يحصل التراضي على العناصر الجوهرية في عقد الإيجار، وهي طبيعة العقد، المأجور، الأجرة والمدة.² و يجب أن يكون الرضا صحيحا خاليا من العيوب المنصوص عليها في الشريعة العامة أي الغلط، التدليس، الإكراه.

¹ انظر المادة 72 و ما بعدها من أمر رقم 58/75 ، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² العبيدي علي هادي، العقود المسماة(البيع و الإيجار)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 3013 ، ص 315.

و يفرض على الطرفين في العقد أن يتوفر فيهما شرط الأهلية،¹ و لا يمكن أن تتم تأجير تسيير المحل التجاري، إذ يجب أن يكون المؤجر أهلا للتصرف في المتجر، غير أنه يجوز للعقار إذا كان صاحب المحل التجاري مستأجرا لصاحب العقار الذي يمارس فيه تجارته إدراج شرط في عقد الإيجار الغرض منه حظر كل عملية تأجير تسيير المحل أو إخضاعها للموافقة المسبقة.²

و يظهر من أحكام القانون التجاري أنه لا يسمح للأشخاص الذين حكم عليهم بالإفلاس أو الذي سقط حقهم بأن يتصرفوا في أموالهم³ و هكذا يترتب على الحكم بإشهار إفلاس التاجر ومن تاريخ تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، و تأسيسا على هذا لا يجوز للتاجر المفلس أن يوافق على تأجير تسيير محله، ولا شك أن هذا المنع يرمي إلى تطهير عالم التجارة و حماية حقوق دائني التاجر.³

المحل : المحل التجاري هو موضوع التعاقد تسري من شأنه القواعد العامة في شأن محل العقد وهو أن يكون موجودا أو قابلا للوجود و أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين و أن يكون مشروعاً.⁴

يقع عقد الإيجار باطلا لانعدام محل التزام المؤجر، وعلى ذلك يكون باطلا قيام شخص بتأجير عين غير موجودة ظنا منه وجودها مثلا.

و تأجير المحل التجاري هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور لقاء أجره معينة، و تقوم هذه العملية على عنصرين المنفعة والأجرة و يضاف عنصر المدة الذي تقاس عليه مقدار المنفعة والأجرة لأن عقد الإيجار من عقود المدة.

¹ انظر المادة 72 و ما بعدها من أمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² زراوي صالح فرحة، المرجع السابق، ص 288.

³ زراوي صالح فرحة، المرجع نفسه، ص 388.

⁴ حمادة محمد أنور، التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري (البيع، الرهن، التأجير)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، ص 82.

السبب: يكون سبب إيجار المحل التجاري للاستغلال مشروعاً وإلا يبطل العقد، فإذا لم يتضح السبب من العقد افتراض أن السبب مشروعاً ما لم يثبت القانون خلاف ذلك¹ حسب نص المادة 97 من ق م ج: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً".¹ لذا يكون السبب الذي حمل طرفي العقد للتعاقد غير مخالف للنظام العام وقواعد الأخلاق والآداب العامة.

ثانياً: الشروط الموضوعية الخاصة:

من بين أهم الشروط الواجب توافرها في هذا النوع من العقود، نجد شروطاً تتعلق بالمؤجر، و أخرى مرتبطة بالمستأجر و شروطاً تتعلق بالعين المؤجرة.

الشروط الخاصة بالمؤجر: أضاف المشرع شرطين خاصين منصوص عليهما في المادة 205 من القانون التجاري الجزائري.

أ. أن يكون المؤجر قد اكتسب صفة تاجر لمدة خمس سنوات على الأقل، و أن يكون المؤجر قد مارس عمل مسير أو مدير تجاري أو تقني للمدة نفسها أي 5 سنوات، و هو شرط خاص بالأشخاص الطبيعيين.²

ب. إلزامية توفر مدة سنتين على الأقل من استغلال متجر خاص بعقد التسيير الحر، وتطبيق هذه المدة يخترق مبدأ حرية التجارة.³

لذا يمكن التخلص من الشرطين إما بإلغاء المدة أو تخفيضها من طرف رئيس المحكمة بموجب أمر بعد الاستماع إلى النيابة العامة بناء على طلب المعني بالمؤجر. الذي هو مطالب بإثبات المبرر الذي يمنعه من استغلال محله التجاري شخصياً أو بواسطة مندوبين عنه⁴ هذا حسب المادة 206 من ق م ج إذ أن المنطق يقضي بضرورة منح قضاة الموضوع سلطة مطلقة في تقدير الحالات التي تعتبر مبرراً لعدم استغلال المتجر شخصياً.

¹ انظر أمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² بلودنين أحمد، المرجع السابق، ص 87.

³ المادة 25 من دستور 1996: "حرية التجارة و الصناعة مضمونة، و تمارس في إطار القانون".

⁴ مقدم مبروك، المرجع السابق، ص 90.

والجدير بالذكر أن المادة 207 من ق ت ج¹ قد استبعدت بعض الأشخاص من ميدان تطبيق المادة 205 من ق ت ج عندما يكون مؤجر المحل هو الدولة أو الولاية أو البلدية أو مؤسسة عمومية أو مالية أو أحد الأشخاص المحجوز عليهم لعارض من عوارض الأهلية ، على أن يكون المحل هو موضوع التسيير الحر مملوكا لهم قبل فقدانهم الأهلية.

الشروط الخاصة بالمستأجر المسير: وهي نفس الشروط الواجب توافرها في الشخص متى يكون تاجرا، بمعنى أن يكون المستأجر تاجرا، و يمارس الأعمال التجارية التي تضمنها القانون التجاري، و أن يتخذها مهنة معتادة له، و يتمتع بالأهلية القانونية اللازمة لاحتراق الأعمال التجارية، و يشترط عليه د بالسجل التجاري.

لذا يتعين على المستأجر المسير طبقا للمادة 204 من ق ت ج أن يشير في فواتيره و رسائله و طلبات البضاعة و الوثائق البنكية و التعريفات أو النشرات ، و كذلك في جميع الأوراق الموقعة من طرفه أو اسمه ، رقم تسجيله في السجل التجاري زيادة على الاسم و الصفة و العنوان و رقم التسجيل التجاري مؤجر المحل التجاري.²

الشروط الخاصة بالعين المؤجرة يشترط أن يكون موضوع الإيجار محلا تجاريا طبقا لأحكام المادة 78 من ق ت ج، و أن تتوفر فيه العناصر المعنوية و المادية³، الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، وهذا لا يتحقق إلا باستغلال النشاط موضوع التسيير الحر من طرف المؤجر خال سنيتين على الأقل ،مما يستفاد منه و من المادة 172 أن المشرع اشترط استنتاجا من المادتين، استغلال النشاط التجاري من طرف التاجر لمدة سنتين على الأقل حتى ينشأ ويتكون المحل التجاري.

و هذا منطقي باعتبار عنصر العملاء أو الشهرة هما جوهر المحل التجاري، و عنصر العملاء لا يتكون إلا بعد فترة زمنية معينة من الامتھان.

¹ الأمر رقم 59/75 المتضمن التجاري، المرجع السابق.

² بلودنين أحمد، المختصر في القانون التجاري الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، 2011، ص 88 .

³ أكرم ياملكي، القانون التجاري (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1998، ص 173.

و يختلف القانون الجزائري عن القانون الفرنسي في كونه يحصر الإيجار الحر في المحل التجاري فقط واستبعد المحل الحرفي، خلافاً للمشرع الفرنسي التجاري، أي لها صفة المقاوله الحرفية التجارية حتى يمكن أن تكون موضوع تسيير حر بمعنى أن الصفة المقاوله هي التي اجتازت إيجارها في إطار التسيير الحر، إذ يشترط أن يكون المؤجر مكتسب حق الإيجار.¹

الفرع الثاني: الشروط الشكلية:

عقد تأجير تسيير المحل التجاري يستلزم إبرامه توافر الشروط العامة المطلوبة في جميع العقود و توافر شروط خاصة، وأعطى المشرع الجزائري لهذا العقد أهمية كبيرة وخاصة الشروط الشكلية، بحيث رتب على عدم احترامها البطلان، على خلاف القانون الفرنسي الذي يجيز تحرير عقد التسيير الحر في محرر عرفي.

لذا نتناول في هذا العنوان الكتابة الرسمية (أولاً)، نشر العقد (ثانياً)، ثم التسجيل في السجل التجاري (ثالثاً).

أولاً: الكتابة الرسمية:

بذل المشرع عناية بشأن التصرفات التي يقوم بها التاجر في شأن المحل التجاري كالبيع والرهن و التأجير من أجل الاستغلال²، و لذلك نص في المادة 203/3 من ق ت ج و المادة 324 مكرر من ق م ج بأن عقد تأجير تسيير المحل التجاري يجب تحريره في شكل رسمي تحت طائلة البطلان. و لهذا فإن الكتابة شرط من شروط صحة و انعقاد عقد تأجير تسيير المحل التجاري و هذا ما أكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في 10/07/2001 فالمشرع فرض إجراءات شكلية لإبرام عقد التسيير الحر و يجب مراعاتها و الآ وقع باطلاً.³

¹ شريقي نسرين، المرجع السابق، ص 99 .

² حمادة محمد أنور، المرجع السابق، ص 84 .

³ قرار الغرفة التجارية و البحرية، رقم 373326، المؤرخ في 10/07/2001، م ق، عدد 02، 2001، ص 235 .

ثانيا: نشر العقد:

له دور هام في المواد التجارية، وذلك لحماية حقوق الغير و تحقيقا لمبدأ الاستقرار والثقة في المعاملات التجارية بين التجار و الغير الذين لهم حقوق على المحل التجاري أو يريدون إنشائها كدائنين للمستأجر والمؤجر.¹

إذ اشترط المشرع نشر العقد خلال 15 يوم من تاريخ إبرامه على شكل مستخرج في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية حسب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 92/70، إضافة إلى ذلك النشر في جريدة متخصصة بالإعلانات القانونية، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار الصادر 19 / 02 / 1989.

"من المقرر قانونا أن إنهاء عقد التسيير الحر يتم بنشره على شكل مستخرج أو إعلام في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية أو بجريدة مختصة بالإعلانات القانونية، و من ثمة فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون".²

ثالثا: التسجيل في السجل التجاري :

يخضع المستأجر المسير للقيود في السجل التجاري لاكتسابه صفة التاجر، و لهذا يجب أن يقوم بهذه العملية في مهلة الشهرين المحددة قانونا مع ذكر صفته كمسير.

كما يلتزم المؤجر بإتمام نفس العملية، و إذا كان قد سجل نفسه سابقا يجب عليه تقييده مع البيان صراحة بتأجير تسيير المحل التجاري.³

¹ المرسوم رقم 70/92 المؤرخ في 18/02/1992 ، المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية، ج ر عدد 14.

² عمورة عمار، المرجع السابق، ص 244 .

³ انظر المادة 22 من أمر 59/75 ، المتضمن القانون التجاري ، المرجع السابق.

كما يلتزم بالمقابل المستأجر المسير هو أيضا أن يشير في عناوين فواتيره و رسائله و طلبات البضائع و الوثائق المصرفية و التعريفات أو النشرات و كذلك عناوين جميع الأوراق الموقعة من طرفه أو باسمه، رقم تسجيله في السجل التجاري و مقر المحكمة التي سجل لديها وصفته كمستأجر مسير للمحل التجاري، زيادة على الاسم و الصفة و العنوان و رقم التسجيل لمؤجر المحل التجاري.

كما يلتزم المستأجر المسير على غرار مشتري المتجر، بالتصريح عن وضعيته لدى إدارة الضرائب لكونه خاضعا لواجب دفع الضريبة وفقا لقانون 101/76، المؤرخ في 09/12/1976، يتضمن الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة، لا يترتب على عدم استيفاء إجراءات الشهر بطلان عقد التسيير فلا ريب أن المادة 212/1 من ق ت ج تنص على أنه: "يعد باطلا كل عقد تأجير التسيير الذي لا تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في المواد المشار إليها أعلاه"

لذا يجب النظر إلى الشروط الواجب احترامها حين إبرام العقد ما يتعلق بإجراءات الشه القانوني، أي الشروط الخاصة بصحته لذا فإن عدم استيفاء إجراءات الإعلان لا يؤدي إلى بطلان عقد تأجير تسيير المحل التجاري، و الشهر القانوني يهدف لإطلاع الغير على وضعية المتجر من جهة والحالة القانونية للتاجر من جهة أخرى.¹

و لهذا اتخاذ بعض التدابير لحماية الأشخاص المتعاملين مع المستأجر المسير، ويعتبر مؤجر المحل التجاري مسؤولا بالتضامن مع المستأجر المسير عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المتجر و ذلك لغاية نشر عقد تأجير التسيير و طيلة مدة 6 أشهر من تاريخ النشر.²

¹ زاروي صالح فرحة، المرجع السابق، ص 294 .

² المادة 209 من أمر رقم 59/75 ' المتضمن القانون التجاري تنص على: يكون مؤجر المحل التجاري مسؤولا بالتضامن مع المستأجر عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المتجر و ذلك لغاية نشر عقد تأجير التسيير و طيلة 6 أشهر من تاريخ النشر."

و قد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1994/ 21/03 هذه الشروط الشكلية السالفة الذكر في ملف رقم 119122 على أنه: " من المقرر قانونا أنه يحزر كل عقد تسيير في شكله الرسمي، ونشر خلال خمسة عشر يوما من تاريخه على شكل مستخرج أو إعلام في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، كما يتعين على المؤجر إما تسجيل نفسه في السجل التجاري أو تعديل تقيده الخاص مع البيان صراحة بتأجير التسيير.

ولما ثبت أن الطاعن استجاب للشروط المتعلقة بتحرير عقد التسيير كما هو مشار إليه أعلاه، خلافا لما ذهب إليه قضاة المجلس، فإن عدم تسجيل نفسه بالسجل التجاري ال يؤدي إلى بطلان عقد التسيير الحر المذكور، لأنه لا يمس بحقوق المؤجر، ولما حكم قضاة الموضوع بعكس ذلك فإنهم خرخوا القانون، مما يستوجب إثارة هذا الوجه (تلقائيا) من قبل المحكمة العليا، مع النقض والإحالة.¹

¹ بن رقية بن يوسف، أهم النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالإيجار المدني والتجاري (اجتهادات المحكمة. العليا)، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص 428.

المبحث الثاني: آثار عقد التسيير و إنقضائه:**المطلب الأول: آثار عقد إيجار التسيير:****الفرع الأول: آثار عقد التسيير الحر تجاه مؤجر العقار:**

قد يكون المؤجر بالتسيير غير مالك العقار الذي يستثمر فيه المحل التجاري فنكون في هذه الحالة بصدد علاقتين : علاقة تربط المؤجر بالتسيير بصاحب العقار ومن ثم فالعقد الذي يربطهما هو عقد الإيجار بحيث يقوم فيه صاحب المحل التجاري بصفته مستأجر للعقار بدفع بدل الإيجار لمالك العقار مقابل إستغلاله للأماكن المستأجرة أي العقار، وعلاقته ثانية تجمع المؤجر بالتسيير le propriétaire du fonds commerce أي صاحب المحل التجاري بالمستأجر بالتسيير ومن ثم العقد الذي يربطهما يعتبر عقد التأجير بالتسيير¹.

ولهذا يظهر أنه لا توجد أية علاقة قانونية مباشرة بين صاحب العقار والمستأجر المسير للمتجر، إذ يظل مؤجر العقار مرتبطا مع مؤجر المحل التجاري - بصفته مستأجر للعقار - وهذا رغم عقد تأجير التسيير، فما هو مصير المستأجر المسير في حالة إنتهاء عقد إيجار العقار قبل إنتهاء عقد تأجير التسيير؟ هل من حقه أن يطلب تجديده مباشرة من مالك العقار أم لا؟²، إن المسير الحر لا يكون ملزما بتبليغ مالك العقار التسيير الحر أو الحصول على قبوله في محرر ثابت التاريخ ، لأن الحق في الإيجار لم ينتقل إليه بموجب هذا العقد الذي هو مجرد كراء المحل التجاري³ في الأصل أنه لا توجد علاقة قانونية بين صاحب العقار والمستأجر بالتسيير لذا فلا يحق لهذا الأخير طلب تجديد الإيجار من

¹ نادية فوضيل، النظام القانوني للمحل التجاري (الجزء الأول والثاني المحل التجاري والعمليات الوارد عليه)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 151.

² فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري - المحل التجاري والحقوق الفكرية (القسم الأول المحل التجاري عناصره، طبيعته القانونية والعمليات الواردة عليه)، نشر وتوزيع ابن خلدون الجزائر، 2001، ص 301.

³ مأمون عبد العزيز إبراهيم ، مأمون عبد العزيز إبراهيم، التشريعات التجارية، دار الإعصار العلمي للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2016، ص 147.

صاحب العقار لأنه ليس المستفيد الشخصي من ذلك العقد بل الذي يستطيع طلب التجديد هو المؤجر لأنه يحظر إيجار العقار من الباطن الباطن بصفته كلية أو جزئية إلا إذا تم إشتراط ذلك في عقد الإيجار أو بموافقة المؤجر.¹

غير المنطق والعدل يسمحان للمستأجر المسير عند إنقضاء عقد الإيجار طلب تجديده وفقا للشروط الواردة في العقد الذي إنتهت مدته، وهكذا يبدو أنه يجوز للمستأجر المسير طلب تجديد تأجير العقار من صاحبه الدعوى غير المباشرة (l'action oblique) وهذا في حدود حقوق المحل التجاري.²

¹ نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 151.

² فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 302.

أولاً: آثار عقد التسيير الحر تجاه مشتري المحل التجاري:

إن عقد تأجير إستغلال المتجر لا أثر له على حق الملكية فمالك المتجر له حق بيعه ورهنه أو إجراء تصرف آخر ناقل للملكية كالمقايضة أو الهبة أو تقديمه كحصّة في شركة على سبيل التملك، كما يكون للمالك نقل الملكية بالوصية، وقد لا يكون التصرف بالبيع بل بنقل حق عيني على المتجر كحق الانتفاع، ويعد عقد الإنتفاع أكثر الأسباب شيوعاً لنقل الملكية وذلك يتجه الذهن إليه عادة عند الكلام في انتقال ملكية التاجر ويستوي إن يكون البيع إختيارياً كما هو الغالب أو أن يكون إجبارياً كما في حالة التنفيذ الجبري على المتجر¹ وي طرح السؤال حول ما إذا كان يجوز للمستأجر الإحتجاج بعقد الإيجار على المشتري أو الراسي عليه المزداد أو غيره ممن إنتقلت إليهم ملكية المحل التجاري لأي سبب ناقل الملكية²، للإجابة على هذا التساؤل يقتضي دراسة إحتمايتين:

- وجود إتفاق يحدد مدى سريان عقد الإيجار التجاري في حالة إنتقال الملكية غالباً ما يتفق مؤجر المحل التجاري والمستأجر المسير في العقد التسيير الحر في حالة بيع المحل التجاري في مواجهة المشتري لدراسة هذا حالتين:

الحالة الأولى: يتضمن عقد إستغلال المتجر (أو في إتفاق لاحق) إما إنتهاء عقد تأجير الإستغلال بمجرد نقل ملكية المتجر إلى آخر، ويعمل بهذا الإتفاق، وللمشتري الجديد التمسك به رغم أنه لم يكن طرفاً فيه إستناداً إلى أنه يستفيد من الشرط الذي إشرطه البائع لمصلحته في عقد الإيجار بمقتضى قواعد الإشتراط لمصلحة الغير³.

الحالة الثانية: أي حالة الإتفاق بين مالك المحل التجاري والمشتري فإنه يتضمن بدوره إما إحترام المشتري لعقد التسيير الحر ويعمل بهذا الإتفاق وللمسير الحر الإستفادة منه وفقاً

¹ سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري - (الجزء الأول نظر الأعمال التجارية والتاجر بيع ورهن المحل التجاري وتأجير استغلاله وحمايته) دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السابعة، 2015، ص 581.

² نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 152.

³ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 582.

لقواعد الإشتراط لمصلحة الغير، وإما يتضمن إشتراط المشتري على البائع إفراغ المسير الحر حتى ولو كان يرتبط معه بعقد ثابت التاريخ وسابق على عقد البيع ولا يسري هذا الإتفاق على المسير الحر لأنه ليس طرفا في العقد البيع وله البقاء حتى النهاية العقد التسيير الحر وليس المشتري سوى الرجوع على مالك المحل التجاري بالتعويض¹.

¹ مأمون عبد العزيز إبراهيم، المرجع السابق، ص 149 - ص 150.

ثانيا :عدم وجود اتفاق يحدد مدى سريان العقد تجاه المشتري

إذا لم يتفق الطرفان في عقد بيع المحل التجاري على وجوب احترام المشتري لشروط عقد التسيير الحر القائم وبالتالي الحلول محل المؤجر في كل الحقوق والالتزامات تجاه المسير الحر، فإنه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني والتي تنظم مدى سريان آثار العقد إلى الخلف الخاص، حسب نص في المادة مكرر 3 المضافة بالقانون 07-05: "إذا إنتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو جبرا يكون الإيجار نافذا في حق من إنتقلت إليه الملكية"¹. وبناء عليه يكون المستأجر بالتسيير الإحتجاج على المالك الجديد بعقد الإيجار ولو لم يكن قد إستلم المحل التجاري ولم لم يمارس إستغلاله بعد ولكن يشترط أن يكون الإيجار حاصلًا قبل وقوع التصرف الناقل للملكية، فإذا حدث الإيجار بعد ذلك يكون قد ورد على مال مملوك للغير فلا يحتج به على مالكة لكن يكون للمالك الجديد للمحل التجاري الرجوع على المالك الأصلي من أجل ضمان الأعباء التي لم تكن محل إعتبار للمتعاقدين وقت التعاقد ويكون للمالك الجديد أن يطالب إما بانقاص القيمة وإما فسخ العقد². في بعض الأحيان يتضمن عقد إيجار المحل التجاري نصا على فسخ العقد إذا تم بيع المحل التجاري ويعتبر الإيجار في هذه الحالة معلق على شرط فاسخ هو بيع المحل التجاري ويكون الشرط صحيحا لأنه لا يتوقف في تحققه على محض إرادة آخر وهو قبول المشتري للبيع ولا مجال في هذه الحالة لبحث مدى نفاذ الإيجار في مواجهة المشتري لأنه إنفسخ بمجرد إبرام عقد البيع، وإنما يمكن إثارة مسؤولية المؤجر إذا إفتعل عقد البيع لفسخ عقد الإيجار كما يمكن أن تثور مسؤولية المشتري إذا كان متواطئا في ذلك مع البائع³.

¹ انظر المادة 469 مكرر 3 من القانون المدني التي أضيفت بموجب القانون رقم 07/05 المؤرخ في 13 ماي 2007 (ج.ر،ع.31، ص4).

² نادية فوضيل، المرجع السابق، ص152.

³ هاني محمد دويدار، التنظيم القانوني للأعمال التجارية، دار الجامعة الجديدة، ص 325 - ص 326.

المطلب الثاني: إنقضاء عقد إيجار التسيير:

عقد الإيجار وفقا للقواعد العامة هو من العقود المدة، إذ يكتسي الزمن دورا مهما في إنعقاده أو فيما يرتبه من آثار، وكذلك يلعب الزمن دورا حاسما في إنقضائه ذلك أن إستنفاد عقد الإيجار للمدة المحددة له، يعد السبب الطبيعي لإنتهائه، ورغم ذلك فإن هذا ليس الوحيد، وإنما توجد أسباب أخرى ينتهي الإيجار مع غيره من العقود فتوصف بأنها أسباب عامة، منها ما أفرد به المشرع عقد الإيجار دون غيره من العقود فهي أسباب خاصة بالنسبة لعقد الإيجار.¹

وينتهي عقد تأجير إستغلال المتجر بأسباب إنقضاء عقد الإيجار العادية بالإضافة إلى الأسباب الخاصة بشخص المستأجر حيث عقد إيجار إستغلال المتجر من العقود المؤسسة على الإعتبار الشخصي بالنسبة لمستأجر الإستغلال.²

فقد ينتهي عقد التسيير الحر بإنتهاء المدة التي حدد لها، وقد ينقضي قبل إنتهاء مدته في حالات إستثنائية كما إذا وضع المحل موضوع التسيير الحر تحت الحراسة القضائية، كما قد ينتهي لأسباب أخرى مختلفة كهلاك المحل التجاري هلاكاً كلياً كما يستحيل معه الاستمرار في الاستغلال، أو بطلان العقد، أو انفساخه، غير إن إنتهاء عقد التسيير الحر لا يعني انتهاء التزامات الطرفين بصفة قطعية، و إنما يترتب عن ذلك ظهور التزامات جديدة سواء بين الطرفين أو تجاه الغير.³

¹ هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر الطبعة الأولى، 2010، ص 223.

² سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 590.

³ مأمون عبد العزيز إبراهيم، المرجع السابق، ص 152.

الفرع الاول: أسباب إنقضاء عقد التسيير الحر:

مبدئياً، يجب أن ينقضي عقد تأجير المحل التجاري وفقاً لأسباب إنقضاء عقود

تأجير الأشياء، ولكن نظراً للطابع الشخصي لهذا العقد وطبيعة العين المؤجرة فإن يمكن البحث في أسباب أخرى في الإنقضاء هذا العقد.¹

ويعتبر عقد التسيير الحر من العقود الزمنية التي تكسب المسير الحر حقاً شخصياً ينقضي بانقضاء الفترة المحددة له، فالمدة تعتبر ركناً من أركان هذا العقد إذن فالطريق الأصلي لانتهاء العلاقة التعاقدية الناشئة من عقد التسيير الحر هو إنقضاء المدة غير أنه توجد أسباب أخرى تنتهي بها تلك العلاقة، هي أسباب طارئة على طبيعة العقد، بعضها عام يشترك فيه عقد التسيير الحر مع غيره من العقود كبطلان العقد أو هلاك محله..، والبعض الآخر خاص بطبيعة هذا العقد ترتبط بتحكم الإعتبار الشخصي في جانب المسير الحر.²

وفي هذه الحالة لا بد من التمييز بين نوعين من أسباب إنقضاء عقد التسيير الحر سواء الأسباب العادية و الأسباب التي تتعلق بشخص المؤجر، ولدراسة أسباب إنقضاء عقد التسيير الحر، وعليه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين سنتعرض إلى المطلب الأول عن إنقضاء العقد لأسباب عادية، أما المطلب الثاني نعالج فيه إنقضاء العقد لأسباب التي تتعلق بشخص المستأجر.

إنقضاء عقد التسيير الحر لأسباب عادية:

ينقضي عقد التسيير الحر وفقاً للقواعد العامة كما هو الحال بإنهاء عقد الإيجار وبناء عليه سنتناول إنقضاء العقد لحلول الأجل المتفق عليه في الفرع الأول وبتحقق

¹ زهير جيلالي عبد القادر قيسي، تأجير المحلات التجارية (دراسة مقارنة)، دارالراية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2011، ص 227.

² مأمون عبد العزيز إبراهيم، المرجع السابق، ص 152.

الشرط الفاسخ في الفرع الثاني ثم بهلاك المحل التجاري في الفرع الثالث وبانقضائه بالفسخ أو البطلان في الفرع الرابع وانقضائه بإتحاد الذمة في الفرع الخامس.

الفرع الثاني: إنقضاء العقد لحلول الأجل المتفق عليه:

قد ينتهي العقد بإنهاء المدة المحددة لها وقد يحدث أن ينتهي العقد ومع ذلك يبقى المستأجر واضعا يده على العين المؤجرة منتفعا بها فنكون بهذا الحالة أمام التجديد الضمني للعقد،¹ ولذلك سندرس حالتها إنتهاء عقد التسيير الحر بتحديد الأجل في العقد (أولا) ثم نتناول عدم تحديد الأجل في العقد (ثانيا).

أولا: تحديد الأجل في العقد :

تنص المادة 469/1 مكرر 1 من ق م ج " ينتهي الإيجار بإنقضاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء.²

يتضح من النص أن مجرد إنقضاء المدة المحدد لعقد الإيجار، يؤدي لا محالة إلى انتهائه دون دواعي للقيام بأي إجراء إضافي آخر، بما في ذلك توجيه تنبيه بالإخلاء.

و أن المدة في عقد تأجير المحل التجاري تعد من العناصر الجوهرية لعقد الإيجار، غير أن المشرع الجزائري لم يشترط طبقا للقواعد العامة تراضي الطرفين عليها صراحة و إنما أوجب ألا يختلفا بشأن تحديدها.³

¹ مروان كركوبي، العقود المسماة- (البيع، المقايضة ، الايجار الوكالة)، بدون بلد النشر، طبعة الثالثة، 1993، ص301.

² المادة 469 مكرر 1 من القانون المدني أضيفت بموجب القانون رقم 07/05 المؤرخ في 13 ماي 2007، (ج.ر.ع. 31، ص.4).

³ زهيرة جيلالي عبد القادر قيسي، المرجع السابق ، ص 228.

وينتهي عقد إيجار إستغلال المتجر بإنتهاء المدة المتفق عليها فشرط العقد يجب إحترامها من طرفيه ومن بينها المدة المحددة لعقد الإيجار، فلا يكون لأحد طرفيه إنهائه بإرادة منفردة قبل إنقضاء المدة وإلا كان مسئولاً في مواجهة الطرف الآخر¹ وغالباً ما تكون هذه المدة قصيرة وإن كان لا يمنع من أن تكون مدة العقد طويلة دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء.²

وهذا ما أكدت إليه المحكمة العليا في قرار رقم 187206 مؤرخ في 13/07/1999 حيث قضت بأنه " لا يمكن إعتبار عقد التسيير الحر بمثابة عقد إيجار تجاري مهما طالب مدة بقاء المسير بالمحل التجاري ولا يستوجب توجيه التنبيه بالإخلاء إذ ينتهي في أي وقت بمجرد إنذار مكتوب، ولما إعتبر قضاة الموضوع المسير بمثابة مستأجر بطريقة شفوية وطبقوا عليه أحكام الإيجار فإنهم أخطأوا في تطبيق القانون.³

أما إذا كان مدة العقد طويلة فينتهي عقد التسيير الحر عند حلول الأجل دون حاجة إلى توجيه بالتنبيه بالإخلاء.

وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 55622 مؤرخ في 19/02/1989 حيث قضت بأنه " من المقرر قانوناً إن إنهاء عقد التسيير الحر يتم بنشره على شكل مستخرج أو إعلام في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية أو بجريدة مختصة بالإعلانات القانونية، ولما كان ممن الثابت - في قضية الحال - وجود عقد رسمي ينص على كراء متجر لمدة ست سنوات، فإن قضاة المجلس بمصادقتهم على الحكم المستأنف لديهم، القاضي برفض الطلب المتعلق بصحة التنبيه بالإخلاء والطرده

¹ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 590.

² نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 153.

³ المحكمة العليا، ق. غ. ت. ب، بتاريخ 13/7/1999، ملف رقم 87206، م. ق، 2001 ع. 01، ص 209.

من المحل المتنازع عليه بناء على المادة 173 من ق. ت أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض¹.

ما دام لم يحدد المشرع الجزائري الحد الأقصى لمدة الإيجار، فلا يجوز الاتفاق على أن يكون الإيجار مؤبداً، فوفقاً للمبادئ العامة لا يمكن أن يكون الإلتزام الشخصي مؤبداً، إذ يكون ذلك قيدياً أبدياً على حق المالك في إدارة ملكه، كما أن توقيت الإيجار أمر ضروري مرتبط بتنظيم المشرع للملكية وتحديد سلطات المالك في الإستغلال وملكية الرقبة، فالتأجير المؤبد يعادل التصرف في العين ولا تبقى أية أهمية لملكية الرقبة وهذا ما يتناقض مع مفهوم عقد الإيجار ذاته.²

ثانياً: عدم تحديد الأجل في العقد:

إذا كان عقد تأجير المحل التجاري قد إنعقد لمدة غير محددة، فإنه يمكن أن يكون محلاً للإنتهاء بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين³، فالأصل هو عدم جواز ذلك لأن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله، إلا بإرادة المتعاقدين معا (م 106 ق. م)، غير أن المشرع أجاز ذلك في بعض العقود دون الإضرار بحقوق الغير و الإلغاء بالإرادة المنفردة لا ينتج أثره القانوني إلا بالنسبة للمستقبل⁴، وذلك تطبيقاً لنص المادة 469 مكرر 1 من ق. م. ج المشار إلى مضمونها سابقاً .

والغالب في عقود إيجار المحلات التجارية إنعقادها لمدة محددة، لذلك فقد يضع الطرفان حداً لها بفوات مدتها أم يبقى المستأجر واضعاً يده على الأصل التجاري دون

¹ المجلس الأعلى، ق. غ. ت. ب، بتاريخ 29/06/1985، ملف رقم 36164، م. ق، 1989 ع. 03، ص 116 .

² زهيرة جيلالي عبد القادر قيسي، المرجع السابق، ص ص 228 - 229.

³ M, ROBINAULT, la location GERANCE DU FONDS DE COMMERCE ,PREFACE
M.HOUIN.EDITION DALLOZ ,1954 , P247.

⁴ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 504.

ما إبداء أي إعتراض من جهة المكري، فتكون النتيجة هي أن يتجدد عقد إيجار المحل التجاري تجددًا ضمنيًا.¹

ولا يجوز للمستأجر المسير أن يتمسك بحق البقاء في الأماكن²، فإذا انقضت المدة المحددة وانتهى عقد الإيجار بإنقضائها على النحو المتقدم وبقي المستأجر مع ذلك بالعين المؤجرة دون رضاء المؤجر فإنه لا يعد مستأجرًا بل مغتصبا، إذ لا سند له في البقاء في العين *occupant sans titre*،³ فالمسير الحر بالرغم من كونه تاجرًا لا يكتسب حقا مباشرة لتجديد الكراء تجاه مالك العقار.⁴

ويثار التساؤل عن مدى إمكان تجديد العقد بعد إنتهاء المدة ضمنا ببقاء المستأجر مستمرا في إستغلال المتجر دون إعتراض المؤجر والواقع أنه في هذه الحالة يعتبر العقد مجددا ضمنيا⁵، وينتهي العقد عند إنتهاء المدة دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء،⁶ ولقد صدر قرار عن المجلس الأعلى رقم 36164 مؤرخ في 29/06/1985 يقضي بنقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء الشلف لرفضهم إنهاء عقد الإيجار بالتسيير استنادا إلى رسالة مضمونة الوصول وجهتها المدعية إلى المستأجر بالتسيير.⁷

¹ مصطفى مالك، ، المسؤولية التضامنية لمالك الأصل التجاري و المسير الحر، مقال نشر بمجلة المحاكم المغربية، و بمجلة سلسلة الإجتهاد القضائي، 19 أكتوبر 2011، ص04

² فرحة زراوي صالح ، المرجع السابق، ص 306.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود -الواردة عمى الإنتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، المجلد 02، ط. 03 ، ح.ح. بيروت، لبنان، 200 ، ص759.

⁴ مأمون عبد العزيز إبراهيم، المرجع السابق، ص153.

⁵ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 591.

⁶ نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 153.

⁷ المجلس الأعلى، ق.غ. ت.ب، بتاريخ 29/06/1985 ، ملف رقم 36164، م. ق، 1989 ع.03، ص 116.

وجاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا رقم 139696 مؤرخ في 27

فبراير 1996¹ "..... عن الوجه الأول : المأخوذ من إنعدام الأساس القانوني، بدعوى أن عقد التسيير الحر الذي يربط الطرفين أصبح غير محدد المدة بعد تجديده ويخضع إلى المواد (474) من القانون المدني و 173 و 176 من القانون التجاري، وأن التنبيه بالإخلاء لم يقتصر على رسالة عادية توجه المستأجر وأن إنهاء عقد التسيير الحر يتم بنفس الإجراء الذي تم به من قبل وهو النشر والإشهار في النشرة الرسمية والإعلانات.

حيث يتبن من القرار المطعون فيه أن قضاة الإستئناف لما قضاوا بأن عقد التسيير الحر للقاعد التجارية ينتهي بموجب رسالة توجه إلى المالك المحل إلى المسير ودون تعويض الإستحقاق ، فإنهم طبقوا القانون تطبيقا سليما، لأن التنبيه بالإخلاء المؤسس على المادتين 173 و 176 من القانون التجاري لا يكون ضروريا إلا في حالة وجود عقد الإيجار مبرم وفقا لمقتضيات المادة 172 ومايليها من القانون التجاري.

على أنه غالبا ما يتضمن عقد الإدارة الحرة غير المحدد المدة ، شرطا يحدد مدة الإخطار الواجب مراعاتها من جانب الطرفين لإنهاء العقد.²

الفرع الثالث: إنتهاء عقد التسيير الحر بتحقيق الشرط الفاسخ:

إذا ما تم الإتفاق مقدما بين مالك المحل التجاري والمسير الحر على إنهاء عقد التسيير الحر بتحقيق شرط معين كبيع المحل التجاري مثلا فإن هذا العقد يعتبر مفسوخا إذا تحقق الشرط المتفق عليه فتطبق نفس أحكام إنتهاء مدة العقد مع الأخذ

¹ المحكمة العليا، ق. غ. ت. ب. بتاريخ 27/02/1996 ، ملف رقم 139696 ، مجلة الإجتهد القضائية للغرفة التجارية والبحرية، ع خاص ، ص 117 ، نقلا عن حمدي باشا عمر ، المرجع السابق، ص 148 .

² سميحة القليوبي، المرجع السابق ، ص 594.

بعين الإعتبار طبيعة الشر (إن يكون مشروعاً) ووجوب كون صيغته قاطعة في الدلالة على وقوع الشرط حتماً من تلقاء نفسه بمجرد تحققه، وبذلك فإن الفسخ هنا مقرر بقوة الإتفاق ولا يحتاج تقريره من لدن المحكمة التي عليها أن تتأكد من واقعة تحقق الشرط الفاسخ¹.

و يكون الشرط صحيحاً لأنه لا يتوقف في تحققه على محض إرادة المؤجر وإنما يلزم توافر عنصر إرادي آخر وهو قبول المشتري للبيع ولا مجال في هذه الحالة لبحث مدى نفاذ الإيجار في مواجهة المشتري لأنه إنفسخ بمجرد إبرام عقد البيع² والشرط الفاسخ في عقد الإيجار لا يكون له أثر رجعي كما هو الأمر بفسخ عقد الإيجار ولنفس السبب فالإيجار عقد زمني ما نفذ منه لا يمكن الرجوع فيه.³

الفرع الرابع: إنقضاء عقد التسيير الحر بسبب الفسخ والبطلان:

الفسخ هو إنحلال العقد وتلاشيته بناء على طلب أحد طرفيه بسبب إخلال الطرف الآخر ببعض التزاماته، وذلك بعدما نشأ العقد صحيحاً، وهذا خلاف للعقد الباطل، الذي لا يعتبر موجوداً من الناحية القانونية.⁴

و لدراسة الفسخ و البطلان كسبب لإنقضاء عقد التسيير الحرّ ، يتعيّن التطرّق للفسخ (أولاً)، ثم البطلان (ثانياً).

أولاً: الفسخ:

ينقضي عقد تأجير التسيير بسبب الفسخ بإتفاق الطرفين أو عن طريق القضاء كما ينتهي العقد في حالة ما إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته كعدم دفع المستأجر

¹ مأمون عبد العزيز إبراهيم ، المرجع السابق، ص ص 154 - 155.

² هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 325.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص 754- 755 .

⁴ مأمون عبد العزيز إبراهيم، المرجع السابق، ص 157.

لبدل الإيجار، وغالبا ما ينص في العقد على إنقضائه في هذه حالة بقوة القانون أو كحالة عدم الاستغلال الكافي من طرف المستأجر بحيث أدى ذلك إلى اختفاء عنصر العملاء.¹

01- شروط الفسخ:

يتعين لطلب الفسخ أن يكون العقد ملزما للجانبين، و أن يكون أحد المتعاقدين لم ينفذ إلتزامه العقدي (بأن يكون عد التنفيذ راجعا إلى المدين) ، وأن يكون المتعاقد طالب الفسخ قد نفذ إلتزامه العقدي أو مستعدا لتنفيذه و من ثم ، يجب القيام الحق في الفسخ² وفقا للمادة 119/1 من ق.م.ج التي تنص على أنه " في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطاب بتنفيذ العقد أو الفسخ ، مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك ."

02- أنواع الفسخ:

قد ينقضي عقد التسيير الحر بسبب الفسخ سواء بقوة القانون أو عن طريق القضاء أو بإتفاق الطرفين .

أ- الفسخ القانوني:

فإن عقد التسيير الحر كغيره من عقود الإيجار ينتهي بقوة القانون بهلاك العقار المستغل في المحل التجاري كلية، و إذا كان الهلاك بسبب حريق أو هدم أو فيضان أو أية حالة يترتب عليها حرمان الإنتفاع من الشيء محل الإيجار بسبب قوة قاهرة، وحالة زوال العملاء بسبب لا يرجع إلى المؤجر أو إلى منافسته و إنقضاء السمعة التجارية كعدم قدرة المحل على إستقطاب العملاء وفقدان أحد العناصر المادية اللازمة لبقاء و إستمرار نشاط المحل التجاري³، كل هذا يعتبر مبررا لفسخ عقد التسيير الحر .

¹ نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 155.

² العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 481.

³ مأمون عبد العزيز إبراهيم، المرجع السابق، ص 156.

ب- الفسخ القضائي

يقع الفسخ بحكم القضاء في القانون المدني الجزائري، ما دام أن ليس هناك إتفاق بين المتعاقدين في هذا الشأن، ويجب على الدائن حتي يطالب بالفسخ أن يقوم بإعذار المدين، لوضعه المقصر، مطالباً أياه بالتنفيذ فوراً م (119/1 من ق.م)، غير أنه لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن، أو غير مجد بفعل المدين، وكذا إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد تنفيذ الإلتزامه (م 181/1 و 4 من ق.م)¹ و حسب نص المادة 119/2 من ق.م التي تنص على أنه " يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات " و يتضح من هذا النص أن للقاضي سلطة التقديرية أن يقضي بالفسخ أو برفض الفسخ، أو أن يمنح المدين أجلا للتنفيذ حسب الظروف.

ج - الفسخ الإتفاقي

تنص عليه المادة 120 من ق.م على أنه " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه ، بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها، وبدون حاجة إلى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين " و من هنا يتبين أن المادة 119 من ق.م التي تنص على الفسخ القضائي، لا تعتبر متعلقة بالنظام العام إذ يجوز إتفاق الأفراد على الفسخ عند عدم الوفاء بالإلتزام بأن يكون الإتفاق بين الطرفين وبحسن النية (de bonne foi) على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، دون حاجة إلى حكم قضائي ، عند عدم الوفاء بالالتزامات

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 485.

الناشئة عنه،¹ كأن ينتهي العقد في حالة ما إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ إلتزاماته كعدم دفع المستأجر بدل الإيجار.²

03-آثار الفسخ:

يترتب على الفسخ سواء كان قضائيا أو إتفاقيا وفقا للمادة 122 من ق.م. إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فإن إستحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض وقد تمتد هذه الآثار إلى الغير الذي يكون قد تلقى حقا من أحد المتعاقدين.

أ/1- أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين

يترتب على فسخ العقد وفقا للمادة 122 من ق. م. ج ، إعتباره كأن لم يكن ولذا يجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وذلك بأن يرد كل منهما ما تسلمه بموجب العقد.³

أجاز المشرع الجزائري للقضاء الحكم بالتعويض عندما تتعذر إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه من قبل، فنص في المادة 122 من ق م ج على أنه " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليه قبل العقد، فإذا إستحال ذلك للمحكمة أن تحكمه بالتعويض " ويترتب على هذا النص أنه إذا تم الفسخ و لم يستطيع المدين رد الأداء الذي قبضه من الدائن عينا يتعين عليه أن يرد منه تعويضا عادلا .⁴

فالفسخ في عقد الإيجار ، لا يترتب عليه سوى إنهاء العلاقات الناشئة منذ وقوعه و لا يفسخ العقد إلا بالنسبة إلى ما بقي بعد وقوع الفسخ ، ولذلك فالفسخ في عقود

¹ العربي بلحاج، نظرية العقد في القانون المدني الج ا زري، ديواف المطبوعات الجامعية، الجزائر . 2015 ، ص 63 .487.

² نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 155.

³ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 489.

⁴ حسينة حمو، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير في قانون المسؤولية المهنية جامعة مولودي معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ص 90.

المدة أو العقود الزمنية، لا يحدث أثره القانوني إلا من وقت تقريره ، لأنه لا يمكن إلغاء الزمن إعتبار كأن لم يك، وتترتب على هذا نتيجة هامة هي أن ما سبق دفعه من الأجرة، يعتبر أجرة وليس تعويضا عن الإنتفاع وتترتب عليه كل الاثار القانونية للأجرة كإمتياز المؤجر أو غيرذلك.¹

أ/2- أثر الفسخ بالنسبة للغير:

وينفذ أثر الفسخ في مواجهة الغير، فتسقط أية حقوق يكون قد تلقاها الغير من أحد طرفي العقد المفسوخ، مع مراعاة ما نص عليه القانون المدني الجزائري من إستثناءات لحماية الغير حسن النية، والغير لا ترفع عليه دعوى الفسخ، لأنه لم يكن طرفا في العلاقة العقدية، بل ترفع عليه دعوى الإسترداد (م143 من ق.م) ولا يمنع الأثر الرجعي للفسخ بقاء حق الغير، إذا إستند على سبب قانوني لكسبه كالتقادم القصير المكسب (م827 و828 من ق.م) أو الحيازة في المنقول بحسن النية (م835 من ق.م) وكذا إكتساب الغير بحسن النية حقا عقاريا وشهرا طبعا للمادتين 15 و216 من المرسوم التنفيذي 74-75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المؤرخ في 12/11/31975، والغير الذي كسب حقا بموجب عقد من عقود الإدارة

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 491.

² مادة 15: كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية. المادة 16 : ان العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية.

³ الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، ج.ر، ع92، المؤرخة في 18 نوفمبر 1975 .

الحسنة¹ ، كالأيجار الذي لا تزيد مدته عن ثلاث سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك تطبيقاً لنص المادة من 468 من ق.م. المعدلة بالقانون رقم 07/05 المؤرخ في 13/05/2007.

ثانياً : البطلان كسبب لإنقضاء عقد التسيير الحر :

ينتهي عقد التسيير الحر إذا حكم ببطلانه القضاء بناء على طلب أحد طرفيه وبإنقضاء عقد الإيجار " إيجار العقار " الذي يستغل فيه المحل، لأن مالك المحل لا يمكنه نقل حقوق إلى المستأجر لا يملكها هو أصلاً، ولا يملك المسير الحر حق الرجوع على مالك العقار، لكن حق التعويض من مالك المحل الذي يلزم بضمان إستغلال مدة العقد،² و ذلك وفقاً للمادة 212 من ق.م.ج التي تنص على أنه "يعد باطلاً، كل عقد بتأجير التسيير أو إتفاق آخر يتضمن شروطاً مماثلة وافق عليها المالك أو المستغل للمحل التجاري دون أن تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في المواد المشار إليها أعلاه، غير أنه لا يجوز للمتعاقدين التمسك بهذا البطلان تجاه الغير"

وكذلك ينقضي عقد تأجير المحل التجاري في حالة ما إذا ظهر سبب من الأسباب التي تؤدي إلى بطلان عقد تأجير المحل التجاري، كما لو إحتوى العقد على شرط غير مشروع أو مخالف للنظام العام و الآداب العامة أو تخلف ركن أساسي من أركان عقد تأجير المحل التجاري.³

فالعقد الباطل لا أثر له، لأنه وقد تقرر بطلانه، أصبح هو و العدم سواء بسواء ومن ثم فإذا كان المؤجر قد قبض الأجرة المعينة في العقد، وجب عليه ردها

¹ أنظر نص المادة 573 ف 2 من ق.م.ج التي تنص على إعتبار الإيجار من العقود الإدارية إذا لم تتجاوز مدته 03 سنوات.

² مأمون عبد العزيز إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 158.

³ ROBINAUTL , op , cit , p251.

للمستأجر، وغنى عن البيان أنه قد تقع مقاصة، على نحو أو آخر، بين إلتزام المؤجر برد الأجرة المقبوضة، و إلتزام المستأجر بأداء التعويض المعادل لمنفعة العين المؤجرة وذلك إذا توافرت شروط المقاصة، كسبب لإنقضاء الإلتزام بما يعادل الوفاء.¹

الفرع الخامس: إنقضاء عقد التسيير الحر بهلاك المحل التجاري:

يتميز عقد التسيير الحر بإعتباره عقد الإيجار بأنه عقد مستمر يمتد في الزمن وتتحدد بموجب ذلك إلتزامات الطرفين بدليل إن المؤجر ملزم بتمكين المسير الحر من استغلال المحل التجاري طيلة مدة العقد وأن المسير الحر ملزم بدفع الأجرة خلال نفس المدة، فإذا استحال على المؤجر لسبب أجنبي توفير هذا الانتفاع كان يتعرض المحل التجاري لنقص ملموس أو تضرر بسبب من أسباب الهلاك.²

بهلاك المتجر كلية، سواء كان الهلاك ماديا *destruction materielle* هلك

المتجر بسبب حريق أو حرب أو صاعقة أو كان الهلاك قانونية *destruction Juridique* كصدور قرار إداري بغلق المتجر أو الاستيلاء عليه أو نزع ملكيته للمنفعة العامة أو أية حالة يترتب عليها حرمان الانتفاع من الشيء محل الإيجار بسبب قوة القاهرة ويلحق بالهلاك القانوني في حالة زوال عملاء المتجر بسبب لا يرجع إلى المؤجر أو منافسته كما في حالة منع الاتجار في نوع التجارة التي يقوم المستأجر باستغلالها بصدور قرار أداري أو قضائي.³

أما إذا كان الهلاك جزئيا أو أصبح المحل في حالة لا يصلح للانتفاع الذي أعد له من اجله أو نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ولم يكن للمستأجر يد في ذلك كما

¹ عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الإيجار الأحكام العامة في الإيجار - (خصائص إيجار الأماكن)، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص490.

² مأمون عبد العزيز إبراهيم، المرجع السابق، ص 155.

³ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 595.

لو دمر المحل بسبب حادثة أو كارثة حلت أو صدور قرار إداري يمنع الاتجار في بعض الأنشطة التجارية التي يشملها المحل، فانه يجوز للمستأجر تبعا للظروف إما إنقاص بدل الإيجار أو فسخ الإيجار ذاته، كما له أن يطالب بتعويضه إذا كان القرار الإداري قد صدر بسبب يكون المؤجر مسئولا عنه ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك.¹

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن جميع هذه الأحكام ماهي إلا تطبيق للقواعد العامة، وبالتالي لا يكون للمستأجر الحق في مطالبة المؤجر بالتعويض طالما أن الهلاك كان بسبب لا يد للمؤجر فيه.²

الفرع السادس: إنقضاء عقد التسيير الحر بإتحاد الذمة:

تطبيقا للقواعد العامة حسب نص المادة 304 من ق م ج على ما يلي " إذا اجتمع في شخص صفتا الدائن والمدين بالنسبة لدين واحد إنقضى هذا الدين بالقدر الذي إتحدت فيه الذمة"³، وهذا ما ينطبق على عقد التسيير الحر ك شراء المستأجر المسير المحل التجاري من المؤجر في هذه الحالة ينقضي الإيجار قبل حلول الأجل بإتحاد الذمة.

غير أنه لا ينقضي الإيجار بإتحاد الذمة إلا إذا توافرت شروط معينة أهمها أن يكون المؤجر مالكا للعين المؤجرة، وأن تكون العين المؤجرة هي محل التصرف الناقل للملكية وليس غيرها، وأن التصرف على كل العين المؤجرة وليس على جزء منها فقط، فإن إشتري المستأجر مثلا جزءا من العين المؤجرة بقي الإيجار قائما على الجزء الذي

¹ ناية فوضيل، المرجع السابق، ص154.

² زهيرة جيلالي عبد القادر قيسي، المرجع السابق، ص 242. 3 المادة 304 من القانون المدني المعدل والمتمم.

لم يدخل في ذمة المستأجر، إذ يبقى المستأجر مدينا بالالتزامات التي يربتها عقد الإيجار بالنسبة لهذا الجزء.¹

ذلك إن المستأجر قد يكون هو نفسه الذي تنتقل إليه الملكية العين المؤجرة كان

يشترئها.

المطلب الثالث: إنقضاء عقد التسيير الحر لأسباب تتعلق بشخص المستأجر:

بالإضافة إلى الأسباب العادية لانقضاء عقد التسيير الحر هناك أسباب تتعلق بشخصية المستأجر المسير التي لها محل إعتبار في هذا العقد مما ينقضي بوفاة المستأجر المسير (الفرع الأول) و نقص أهلية المستأجر المسير أو فقدانها أو إفلاسه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وفاة المستأجر المسير:

خالف المشرع القاعدة العامة التي كانت مقررة بالنسبة لنصوص الإيجار بمقتضى

نص المادة 510 من القانون المدني الملغاة بموجب القانون رقم 07/05 المؤرخ في 13 ماي 2007 ، والتي كانت تقضي بعدم إنتهاء عقد الإيجار لا بموت المستأجر ولا بموت المؤجر، وعليه فإن القاعدة العامة في عقد الإيجار وفق النصوص الحالية هي عدم إنتقال الإيجار إلى الورثة.³

مثلا من المؤجر ففي هذه الحالة ينتهي الإيجار بمجرد وقوع البيع، سواء كان الإيجار ثابت التاريخ أو غير ثابت، وسواء كان التاريخ متقدما على تاريخ البيع أو غير متقدم، وذلك لأن المستأجر بشرائه العين حل محل المؤجر فاجتمعت فيه صفتا المستأجر والمؤجر فينقضي الالتزام باتحاد الذمة وينتهي الإيجار.⁴

¹ هلال شعوة ، المرجع السابق، ص 232

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 811

³ هلال شعوة، المرجع السابق، ص 236

⁴ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ص 597- 598

فإنتهى عقد تأجير إستغلال المتجر بوفاة المستأجر، وأساس ذلك الإرتباط هذا العقد بشخص المستأجر، فهو من العقود المؤسسة على الإعتبار الشخصي¹، وبناء عليه فلا يحق لورثة المستأجر الاستمرار في إستغلال وتسيير المحل التجاري.²

ومن جهة أخرى فإن مالك المحل غالبا ما لا يرغب في أن يستمر ورثة المسير الحر في إستغلال المحل الذي كان يسيره الهالك، لكن قد يقبل المالك إستمرار التسيير الحر من أحد ورثة المسير الهالك وذلك بموجب عقد تسيير حر جديد وليس عن طريق إمتداد لعقد الأصلي، وإذا كنا نسلم بأن عقد التسيير الحر ينبنى على الإعتبار الشخصي في الغالب فإنه يمكن الخروج عن هذه القاعدة بإتفاق صريح بين المالك والمسير الحر على إستمرار العقد لفائدة أحد ورثته إذا كان أهلا للاستغلال التجاري.³

ومنه يمكن القول أن إنقضاء عقد الإيجار بوفاة المستأجر يحيلنا إلى فرضين هما على النحو التالي بيانه:

الفرض الأول: وفاة المستأجر قبل إنقضاء مدة الإيجار المتفق عليها في العقد:

نظرا لعدم تطرق المشرع الجزائري في أحكام القانون التجاري لهذه الجزئية يتم اللجوء إلى القواعد العامة حيث يبقى الإيجار قائما والقول هنا أن ورثة المستأجر يؤول لهم واجب أداء الأجرة في حدود التركة واستمرار العقد إلى غاية إنتهاء مدته .

يجوز لورثة المستأجر طلب إنهاء العقد قبل إنقضاء مدته إذا أثبتوا أن العقد أصبحت أعباءه أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أصبح الإيجار مجاوزا لحدود حاجتهم⁴، وهذا وفق المادة 469 مكرر 2 ق.م.ج.¹

¹ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ص 597 - 598.

² Olivier Barret , les contrats portants sur le fonds de commerce, l.g.d.j. 2001, p 285.

³ مأمون عبد العزيز إبراهيم ، المرجع السابق، ص 159.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الإنتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، المجلد 02، ط.03، م.ح.ح، بيروت، لبنان، 2000 ص 1050.

الفرض الثاني: وفاة المستأجر بعد إنقضاء المدّة:

فلا ينتقل هذا العقد إلى ورثة المستأجر لأن المؤجر قد لا يثق بهم أو بقدراتهم على إدارة المحل التجاري لما قد يلحق بالمحل التجاري لما قد يلحق بالمحل من ضرر غير أنه لا يمنع إطلاقاً من أن يصبح الورثة هم أنفسهم مستأجرو المحل التجاري لا على أساس انتقال العقد إليهم بالإرث و إنما بموجب عقد جديد يبرم بينهم وبين مؤجر هذا المحل²، خلافاً لما هو الحال بالنسبة للمؤجر فيستمر العقد مع ورثته.

الفرع الثاني: إنقضاء التسيير الحر بنقص أهلية المستأجر المسير أو فقدانها أو إفلاسه

ينتهي عقد الإيجار بالتسيير أو التسيير الحر في حالة ما إذا أصيب المستأجر بفقد أو نقص في الأهلية أو بصدور حكم يقضي بشهر إفلاسه³. على انه من جانب آخر، لا اثر لوفاة أو الإفلاس المؤجر أو ما يطرأ على أهليته على عقد تأجير استغلال المتجر، ذلك أن الاعتبار الشخصية في العقد بالنسبة للمؤجر تقل كثيراً عنها بالنسبة للمستأجر، ويعد هذا الحكم مطابقاً لحالة وفاة مالك المتجر بالنسبة لعقد المدير المأجور⁴.

أولاً: إنقضاء التسيير الحر بسقوط الأهلية التجارية للمسير

علاوة على إنتهاء عقد التسيير الحر بوفاة المسير فإنه ينتهي أيضاً بفقده أهليته أو نقصانها، بخلاف القواعد العامة في الإيجار، لأن المسير الحر في هذه الحالة لا يستطيع ممارسة التجارة بإسمه ولحسابه الخاص⁵، وهو ما أكدته المادة 711 من

¹ تنص المادة 469 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري " ينتهي بقوة القانون الإيجار الصادر من المنتفع بإنقضاء الإنتفاع"

² ROBINAULT, op , cit , p 253

³ نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 155.

⁴ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 598- 599. 5 مأمون عبد العزيز إبراهيم، المرجع السابق، ص 160.

مدونة التجارة المغربية التي تنص على أنه " يترتب على سقوط الأهلية التجارية منع الإدارة أو التدبير أو المراقبة بصفة مباشرة أو غير مباشرة لكل مقاوله تجارية أو حرفية ولكل شركة ذات نشاط إقتصادي " .¹

ثانيا: إنقضاء التسيير الحرّ بسبب إفلاس التاجر

طالما أن عقد تأجير المحل التجاري من العقود المبنية على الإعتبار الشخصي بالنسبة للمستأجر، فإنه ينقضي بإفلاس هذا الأخير، غير أنه لا أثر لإفلاس المؤجر على عقد التأجير المحل التجاري، إذ إن شخصية المؤجر ليست ذات إعتبار شخصي في العقد، إضافة إلى أنه لا ضرر على المؤجر المفلس وجماعة الدائنين من إستمرار عقد التأجير نظرا لقيام المستأجر بدفع الثمن المتفق عليه وعدم وجود ما يستدعي لفسخ عقد الإيجار.²

¹ المادة 711 من مدونة التجارة المغربية الصادرة في 01 أوت 1996، ج. ر.، ع4418، المؤرخة في 13/10/1996، أشار إلية موقع وزارة العدل المغربية .

² زهيرة جيلالي عبد القادر قيسي، المرجع السابق، ص 243.

الخاتمة:

توصلنا من خلال بحثنا أن الأصل العام في إبرام العقود المتعلقة بالمحل التجاري بين المالك و الغير لا تنتقل الى المستغل الجديد للمحل التجاري في حالة التعاقد عليه.

كما استنتجنا ان العناصر المعنوية هي الأكثر تأثيرا في وجود المحل التجاري حيث تضيف خصائصها قيمة أكثر من مجرد اموال مادية خاصة عنصر الاتصال بالعملا و الشهرة التجارية حيث لا يمكن الفصل بين العنصرين نظرا لأهميتهما العظمى، حيث تحتفظ عناصر المحل التجاري بذاتيتها و طبيعتها و نظامها القانوني الخاص بها ولا تنوب في المحل التجاري رغم مساهمتها في تكوينه و من جهة أخرى تخضع كوحدة للاحكام المطبقة على هذاالمحل و تنتقل معه في حالة التنازل عنه للغير.

كما استخلصنا من خلال بحثنا أنه توجد مجموعة من العمليات القانونية الى جانب تلك العمليات الناقلة للملكية و التي تنحصر الى نوعان من العمليات.

عمليات غير ناقلة للحيازة و غير ناقلة للملكية تتمثل في الرهن الحيازي اما الثانية فتتمثل في العمليات غير ناقلة للملكية و ناقلة للحيازة تتمثل في عقد ايجار تسيير المحل التجاري و عقد تقديمه في الشركة على سبيل الانتفاع.

استخلصنا من خلال بحثنا عن الرهن الحيازي للمحل التجاري أن التاجر في كثير من الأحيان من أجل حصوله على ائتمان يقوم بتقديم محله التجاري كضمان، سواء كان لدى شخص طبيعي أو معنوي (البنك). ولما كان النظام القانوني الذي يسري على عقد الرهن الحيازي الوارد على المنقول يقضي بأن المال المرهون ينتقل من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن وأن هذا الأخير يحتفظ به كضمان إلى غاية الوفاء بالدين، فإن هذه القاعدة لا تطبق في شأن المحل التجاري، إذ يستمر مالك هذا الأخير ليس فقط محتفظا بملكيته لمحله وإنما محتفظا أيضا بحيازته له، إذ أن قاعدة انتقال المال المرهون تتنافى وطبيعة المحل التجاري الذي يعتبر مالا منقولاً

الخاتمة

معنويا ونظرا لميزته التجارية التي تقضي بالزامية استمرار استغلاله دون انقطاع من أجل بقاءه موجودا.

منح المشرع للأطراف المتعاقدة الحرية في إدراج العناصر التي يرغبون إتقالها بالرهن الحيازي شرط أن يكون ضمنها العناصر الأساسية لتكوين المحل التجاري والمتمثلة في الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، أما في حالة عدم الاتفاق على هذه العناصر أثناء إبرام العقد، فإن المشرع لم ينص على بطلان هذا الأخير وإنما نص على أنه يشمل بقوة القانون خمسة عناصر تتمثل في عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، و الحق في الإيجار، و العنوان والاسم التجاري. غير أنه إذا تم استبعاد عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية فإن العقد لا يعتبر واردا على محل تجاري كمال منقول معنوي، وإنما واردا على تلك العناصر بصفة مستقلة وتخضع للأحكام الخاصة بها على حده ولا تخضع للأحكام المنظمة لعقد رهن المحل التجاري .

حسن ما فعل المشرع عندما استبعد عنصر البضائع من وعاء الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري، وذلك نظرا لموقع البضائع وللغاية التي تحققها من وجودها كعنصر في المحل التجاري، إذ لا يمكن أن يشملها الرهن الحيازي باعتبارها معدة للبيع، لأن شمولها بهذا العقد يعني الاحتفاظ بها إلى غاية انقضاء الرهن وعدم جواز التصرف فيها، وهذا ما يتنافى مع الغرض الذي وجدت من أجله المتمثل في التداول .

توصلنا من خلال بحثنا حول محل عقد الرهن الحيازي الوارد على المحل التجاري إلى عدم إمكانية تطبيق نص المادة 92 من القانون المدني المتعلقة بجواز التعاقد على المال المستقبلي، أو بمفهوم آخر جواز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا، بسبب الطبيعة الخاصة للمحل التجاري الذي يشترط لوجوده ضرورة مباشرة الاستغلال الفعلي، بحيث أنه في حالة عدم المباشرة الفعلية للنشاط لا يعد المحل التجاري له زبائن، وفي ظل غياب هذا العنصر لا يمكن في حال من الأحوال القول بوجود المحل التجاري .

الخاتمة

وجدنا بالرجوع إلى نص المادة 123/01 من قانون النقد والقرض أنه يمكن إفراغ عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في شكل عرفي عندما يكون المقرض بنكا، بحيث يعتبر هذا استثناء عن الأصل العام الذي يشترط ضرورة إفراغ العقد في شكل رسمي لدى الموثق، وبهذا نقول أن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يعتبر من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها تطابق إرادتي المدين الراهن والدائن المرتهن .

ينتج عن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بمجرد تكوينه صحيحا مجموعة من الآثار تشبه تلك الناتجة عن عقد الرهن الرسمي وعقد الرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي، وتخضع في نفس الوقت لنفس الأحكام المطبقة على هاذين الرهنين عن طريق القياس باعتبار أن المشرع لم يتناول أحكامه في القانون التجاري، وبالتالي يجب الرجوع إلى أحكام القانون المدني، بحيث أن الطبيعة الخاصة لهذا العقد المتمثلة في عدم انتقال حيازة المحل التجاري المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن تشبه حالة عدم انتقال العقار المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، هذا على الرغم من كونه مالا منقولاً، الأمر الذي يفرض على المدين الراهن الالتزام بما يلتزم به المدين الراهن في عقد الرهن الرسمي .

يخضع امتياز الدائن المرتهن في عدم قابليته للتجزئة لأحكام نص المادة 892 من القانون المدني عن طريق القياس، بحيث أنه لا يمكن تجزئة المحل التجاري المرهون إلى أجزاء وإنما من أجل تحريره من القيد يجب الوفاء بكل الدين، باعتبار الوفاء بجزء منه لا يؤدي إلى تحرير عنصر من عناصر المحل التجاري المثقلة بالرهن، وهذا عكس امتياز بائع المحل التجاري .

يخضع أيضا عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري في انقضاءه لنفس الطرق التي ينقضي بها عقد الرهن الرسمي وعقد الرهن الحيازي سواء تلك الواردة في أحكامهما الخاصة بكل واحد منهما أو تلك المتعلقة بطرق انقضاء الالتزام بصفة عامة التي ينقضي بها العقدان أيضا .

توصلنا من خلال بحثنا هذا إلى أن المدين الراهن بحكم احتفاظه بحيازة المحل التجاري المرهون والتزامه بالمحافظة عليه إلى غاية وفائه بدينه أنه يمكن أن تطبق عليه أحكام جريمة

الخاتمة

خيانة الأمانة وفقا لنص المادة 376 من قانون العقوبات، ونكون أمام هذه الحالة في حالة ما إذا بدد أو أتلف المحل التجاري المرهون أو أحد عناصره المشمولة بالرهن .

استنبطنا من خلال دراستنا هذه أن العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية والناقلة للحيازة تتمثل في عقد إيجار التسيير وعقد تقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع، إلا أن هذا الأخير تسري عليه أحكام عقد إيجار التسيير مع بعض الاختلافات البسيطة فيما بينهما .

يلجأ التاجر عندما يكون في وضعيات معينة لا تسمح له بمواصلة استغلال محله التجاري بنفسه وتحت مسؤوليته إلى إيجار تسييره للغير، كذلك يلجأ التاجر في حالات أخرى إلى استئجار تسيير محل تجاري عندما لا يكون بوسعه تملكه، إذ أن اللجوء إلى هذا النوع من العقود يسمح لكلا الطرفين بتحقيق غايتهما، فعقد إيجار التسيير هو تمكين المستأجر المسير من الانتفاع بالمحل التجاري) العناصر المشمولة بعقد إيجار التسيير (لحسابه الخاص وعلى عاقته لمدة زمنية معينة وفي مقابل بدل إيجار معلوم .

استنتجنا أن عقد إيجار التسيير من العقود ذات الاعتبار الشخصي بحيث تكون شخصية المستأجر المسير محل اعتبار عند مالك المحل التجاري، إذ أن هذا الأخير يحاول دائما التعاقد مع تاجر نزيه ذو سمعة طيبة لدى الزبائن ويحسن التعامل معهم، فهو الذي سيتعامل معهم خلال مدة العقد ومن مصلحة المالك عندما يرد إليه المحل التجاري بعد انقضاء العقد أن يكون مكتظا بالزبائن وليس العكس. كما أن هذا العقد يرد على مال غير قابل للاستهلاك فالمنفعة التي يجنيها المستأجر المسير تكون خلال مدة زمنية معينة وبعد انقضاء هذه المدة يلتزم بإرجاع المحل التجاري إلى المؤجر، كما أن هذه المنفعة ترد على مال منقول معنوي وليس على مال منقول مادي أو على عقار .

وجدنا أن هذا العقد يشترط مثله مثل عقد الرهن الحيازي ضرورة توفر أركان العقد، بحيث يجب أن تتوفر في المتعاقدين الأهلية القانونية لإبرام هذا العقد وفقا لنص المادة 40 وما بعدها

الخاتمة

من القانون المدني، بحيث يجب أن يكونا كاملي الأهلية ولم تصب أهليتهما بأي عارض من العوارض التي قد تعدمها أو تنقصها، ولم تصب أيضا إرادتهما بأحد العيوب التي قد تعدم أيضا إرادتهما أو تنقصها، كذلك يمكن للقاصر الذي بلغ سن ثمانية عشر سنة كاملة وتحصل على الإذن بتأجير تسيير محله التجاري أو تقديمه كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع أو استئجار محل من أجل ممارسة التجارة وفقا لنص المادة 5 من القانون التجاري. كما أن قدرة التاجر على إبرام عقد إيجار التسيير لا تقتصر على الشخص الطبيعي فقط وإنما يمكن للشخص المعنوي متى أنشئ صحيحا أن يبرم هذا العقد سواء استأجره أو أجره أو قدمه كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع أو قدم له كمساهمة فيه على سبيل الانتفاع أيضا .

توصلنا إلى أنه إذا كان مقدم المحل التجاري كضمان في عقد الرهن الحيازي يشترط فيه أن يكون مالكا له، فإن الأمر مختلف بالنسبة لعقد إيجار تسيير المحل التجاري، بحيث لا يشترط أن يكون مؤجره مالكا له في كل

الحالات بل يتعداه إلى أشخاص آخرين، فإضافة إلى المالك يمكن لكل من يتمتع بحق الانتفاع بالمحل التجاري أو كل من له حق إدارته إبرام هذا العقد .

ندعم الرأي الذي ذهب إليه الأستاذ Mourice ROUBINAULT عندما قال أن المؤجر لا يتمتع بحرية في اختيار مستأجر مسير إذا أعلن عن رغبته في إيجار محله التجاري عن طريق المزاد العلني وتوفر ت فيه الشروط المطلوبة، عكس مثلا عندما يتم التعاقد معه مباشرة دون اللجوء إلى المزاد العلني .

استنتبنا أن المشرع لم يشر إلى العناصر التي يجب أن يتضمنها عقد إيجار تسيير المحل التجاري مثلما فعل في عقد بيعه وذلك في نص المادة 96/2 من القانون التجاري، وفيما فعله أيضا في عقد الرهن الحيازي في نص المادة 119 من نفس القانون، وعلى هذا الأساس نقول أن نفس القاعدة تطبق في هذا الشأن وذلك عن طريق القياس، بحيث أن للمؤجر والمستأجر المسير الحرية الكاملة في تضمين العقد العناصر التي يرغبون في شملها بالعقد بشرط أن يتضمن

الخاتمة

العناصر الكافية والضرورية لوجود المحل التجاري، خاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، وفي حالة عدم الاتفاق فإن العقد لا يعتبر باطلا وإنما يشمل بقوة القانون عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، و العنوان والاسم التجاري والحق في الإيجار. أما إذا تم استبعاد عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية من وعاء عقد إيجار التسيير فإن العقد في هذه الحالة لا يعد عقد إيجار تسيير ولا عقدا واردا على محل تجاري وإنما عقد إيجار عادي وارد على هذه العناصر كل واحد على حده .

استنتجنا أن عقد إيجار تسيير المحل التجاري عقد شكلي بحيث من أجل تمامه يجب استيفاء إجراءات شكلية من كتابة رسمية لدى الموثق وشهر هذا العقد وذلك بقيده لدى المركز الوطني للسجل التجاري ولدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية متى تضمن العقد حقوق الملكية الصناعية، مع نشر هذا العقد أيضا في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي جريدة مختصة بالإعلانات القانونية. إضافة إلى هذا وجدنا أن هناك وسائل إعلان أخرى تهدف إلى تحقيق العلانية أيضا تتمثل في الأوراق التي يستخدمها التاجر في تجارته نذكر منها: الفواتير، الرسائل، طلبات البضاعة .

استنبطنا أن التزام المؤجر بصيانة العين المؤجرة المنصوص عليه في المادة 479 من القانون المدني رغم مفهومه إلا أنه يمكن تطبيقه على المحل التجاري رغم طبيعته المعنوية، وذلك أن هذا الالتزام يطبق على العناصر المكونة للمحل التجاري محل عقد إيجار التسيير، بحيث أن هذا الأخير إذا كان يشمل على آلات مثلا فإنه يقع على عاتق المؤجر التزام بصيانتها سواء من أجل الحفاظ عليها من الهلاك أو لكونها ضرورية للانتفاع بالعناصر المشمولة بالعقد، هذا من جهة .

توصلنا إلى أن هناك اختلاف بين الفقه والقضاء في شأن هلاك المحل التجاري بسبب الحريق، فالفقه وعلى رأسهم الأستاذ Mourice ROBINAULT يسلمون بإمكانية هلاك المحل التجاري بسبب الحريق، بينما القضاء في العديد من الأحكام الصادرة عنه لم يتم التسليم بذلك، وقضى بعدم إمكانية تطبيق هذه الفكرة على المحل التجاري باعتباره مالا منقولا معنويا .

الخاتمة

غير أننا نساند رأي الأستاذ Mourice ROBINAULT ونقول أن نص المادة 496 من القانون المدني يمكن تطبيقه على المحل التجاري على الرغم من الطبيعة الخاصة التي يتميز بها والمتمثلة في أنه مال منقول معنوي، إذ أن هلاك المحل التجاري أو تلفه بالحريق لا نقصد به المحل التجاري كوحدة لأنه مال منقول معنوي لا يمكن تصور تعرضه للهلاك نتيجة الحريق، ولكننا نقصد به الحريق الذي يصيب أحد عناصره المكونة له متى كانت ذات أهمية في تكوينه، كالحريق الذي يصيب مثلا الآلات إذا كانت تلعب دورا بارزا في جذب العملاء للمحل التجاري .

نساند الرأي الذي ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية عندما استبعدت بعض الديون من التضامن، بحيث اعتبرت أن الاشتراك لدى صندوق التقاعد لا يكون محل تضامن بين المؤجر والمستأجر المسير في سداده باعتباره دين شخصي، واستبعدت أيضا القرض الذي قام به المستأجر المسير من أجل تقديمه كضمان اشترطه المؤجر، واستبعدت أيضا الدين الناتج عن مقتنيات متعلقة بتجهيز المحل التجاري مرتفعة الثمن قام بها المستأجر المسير ولم يثبت أنها ضرورية لاستغلال المحل التجاري، كذلك ندعم رأي الأستاذ Xavier DELPECH عندما أضاف دينا آخر لا يكون محلا للتضامن يتمثل في الجرح وشبه الجرح. أما المشرع الجزائري في نص المادة 210 من القانون التجاري فقد اكتفى بذكر الديون التي يعقدها الوكلاء القضائيون على أنها لا تكون محلا للتضامن بين المؤجر والمستأجر المسير متى قاموا بها بناء على ترخيص من السلطة القضائية .

توصلنا إلى أن المستأجر المسير يمكن له عن طريق الدعوى غير المباشرة أن يطالب مؤجر العقار بتجديد عقد إيجار العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري المؤجر تسييره، وذلك باستعمال ما لمستأجر العقار من حقوق على المؤجر ما لم يجرّد من استعمال هذا الحق، على الرغم من أن عقد إيجار العقار عقد يربط مالك العقار ومالك المحل التجاري .

أصاب المشرع عندما نص على أن الديون التي تعاقدها المستأجر المسير أثناء مدة إيجار التسيير والخاصة باستغلال المحل التجاري تكون حالة الأداء عند انقضاء العقد، لأن هذا

الخاتمة

المستأجر المسير ملزم برد المحل التجاري إلى المؤجر وبالتالي قد يكون آخر عمل تجاري يقوم به، وعليه نرى أن المشرع أراد حماية دائني المستأجر المسير من احتمال ضياع حقوقهم جراء انقضاء هذا العقد .

توصلنا إلى أن أحكام نص المادة 501 من القانون المدني تسري على عقد إيجار تسيير المحل التجاري عن طريق القياس، بحيث يلتزم المستأجر المسير برد المحل التجاري بكل العناصر التي تم إدراجها في عقد إيجار التسيير وبالحالة التي تسلمها عليها، أما فيما يخص العناصر المعنوية الجديدة التي أضافها المستأجر المسير للمحل التجاري فإننا نقول أنه إذا كان إبقائها لديه دون إرجاعها مع العناصر الأخرى من شأنه الإضرار بالمؤجر عن طريق تحويل الزبائن، فإنه ملزم بردها مع حصوله على تعويض عن قيمتها. أما إذا كان الاحتفاظ بها دون ردها لا يؤثر على المؤجر فإنه يحق له استبقائها عنده، كالعناصر المرتبطة به شخصياً أو في حالة إنشائه لفرع جديد له زبائن مستقلين وخاصين به. أما بالنسبة للعناصر المادية فالأمر لا يثير صعوبة بقدر ما تثيره العناصر المعنوية، بحيث أنه قد يتفق المؤجر والمستأجر المسير على أن يأخذها هذا الأخير ويردها مثلها عند انقضاء العقد أو يشتريها دون أن يلتزم بردها عند انقضاء العقد .

استنتجنا أن التزام المستأجر المسير برد المحل التجاري غير قابل للانقسام وذلك نتيجة الطبيعة الخاصة للمحل التجاري، الذي حتى وإن كان يتكون من عناصر مختلفة إلا أنه يجب رده كاملاً بكل العناصر المشمولة بالعقد وليس عن طريق رد عنصر بعنصر .

نشير إلى أن المشرع لم ينص على وضعية العمال في حالة إبرام عقد إيجار التسيير باعتبار أن المحل التجاري ينتقل إلى المستأجر ويتم رده بعد انقضاء العقد، إلا أننا نقول في هذا الشأن أن للعمال الحق في البقاء في المحل التجاري رغم تغير المستغل، ولا يحق لهذا الأخير تسريحهم بناء على أن عقد العمل يربطهم بالمؤجر وليس معه، كذلك الأمر نفسه لا يمكن للمؤجر عند رد المحل التجاري تسريح العمال الذين قام المستأجر المسير بتشغيلهم، ويعد هذا الحكم استثناء عن قاعدة نسبية أثر العقد .

الخاتمة

نخلص في الأخير للقول أن العمليات الوارد على المحل التجاري غير الناقلة للملكية تتمثل فيما يلي:

أولاً: العمليات غير الناقلة للملكية وغير الناقلة للحيازة، وتشمل فقط عقد الرهن الحيازي الذي يعد من طبيعة خاصة، وهو في أحكامه يخضع لأحكام القانون التجاري ولكن توصلنا إلى أن هذه الأحكام غير كافية وإنما يجب الرجوع إلى أحكام القانون المدني لدراستها عن طريق القياس وذلك في المواد المتعلقة بالرهن الرسمي والرهن الحيازي الوارد على المنقول المادي، إضافة إلى قوانين أخرى كقانون الإجراءات المدنية والإدارية مثلاً .

ثانياً: العمليات الواردة على المحل التجاري غير الناقلة للملكية و الناقلة للحيازة: وتشمل عقد إيجار التسيير وتقديم المحل التجاري كحصة في الشركة على سبيل الانتفاع، و تسري عليهما أيضاً الأحكام الواردة في القانون التجاري، إلا أننا نقول أنها غير كافية لتنظيمهما، بحيث يجب الرجوع إلى الأحكام الواردة في القانون المدني المنظمة لعقد الإيجار وذلك عن طريق القياس مع التقيد دائماً بالطبيعة الخاصة للمحل التجاري المتمثلة بأنه مال منقول معنوي مخصص لمزاولة نشاط تجاري مشروع، يتكون من عناصر منها ما هو معنوي و منها ما هو مادي.

نظراً لما سبق توصلنا إليه أعلاه نقترح مجموعة من التوصيات:

- ضرورة تعديل نص الفقرة 3 من المادة 78 من القانون التجاري، وذلك بالنص على أن كل عنصر يكون سبباً في جذب الزبائن أو يكون مرتبطاً أشد الارتباط بهم يكون عنصراً أساسياً في المحل التجاري وينتقل معه في حالة التنازل ولا يجوز استبعاده عنه كرقم الهاتف الذي يستخدمه التاجر في محله التجاري.

- إدراج عقد العمل وعقد التأمين وعقد النشر في نص المادة 78 من القانون التجاري، وذلك نظراً لأهمية هذه العقود وللدور الذي تلعبه في حماية حقوق التاجر والغير، مع إضافة فقرة ينص فيها على أن هذه العقود تنتقل مع المحل التجاري في حالة التنازل عن ملكيته أو استغلاله للغير وأنها تستمر مع هذا المستغل الجديد .

الخاتمة

- ضرورة تعديل الجملة الأخيرة من نص المادة 121 من القانون التجاري بشكل يجعلها تتوافق مع محتوى النص باللغة الفرنسية والذي يعتبر أوضح وأدق، وبذلك يتم وضع حد للجدل القائم حول مقصود المشرع من البطان هل يقصد القيد أم العقد، وعليه نقترح أن تكون العبارة كما يلي) يجب إجراء القيد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العقد التأسيسي، تحت طائلة بطان عقد الرهن .

- ضرورة إشارة المشرع إلى مدى سريان نص المادة 121 من القانون التجاري المتعلقة بميعاد إجراء القيد على البنوك أم لا، أم أن تطبيقها يقتصر على الأشخاص الآخرين فقط دون البنوك .

- من المستحسن على المشرع إضافة فقرة لنص المادة 126 من القانون التجاري يشير فيها إلى الاستثناء المنصوص عليه في نص المادة 124 من قانون النقد و القرض، والذي يمنح الحق للبنك في ميعاد خمسة عشر)15(يوماً من تاريخ تبليغ الإنذار الحصول على أمر ببيع المحل التجاري المرهون، بينما عندما يكون المقرض غير البنك فإن الميعاد هو شهر حسب نص المادة 126 من القانون التجاري .

- من المستحسن على المشرع إجراء تعديل على نص المادة 454 من القانون المدني وذلك باستعمال مصطلح الأشخاص عوض استعمال مصطلح الأفراد للدلالة على الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، بحيث تكون هذه المادة كأصل تمثل قاعدة تحريم القرض بفائدة، على أن يكون نص المادة 456 من القانون المدني كاستثناء عنها، وهو إجازة حصول البنوك على نسبة معينة من الفوائد مقابل القروض التي تمنحها .

- على المشرع استبدال مصطلح الدائن الوارد في نص المادة 899/02 من القانون المدني بمصطلح "المدين"، لورود خطأ في ترجمة مصطلح "Le débiteur" الذي يعني المدين، بحيث يصبح نص المادة 899/02 كما يلي (إذا نشأ الهلاك أو التلف عن سبب لا ينسب إلى المدين ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين، فللمدين الخيار بين أن يقدم تأميناً كافياً أو أن يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل .)

الخاتمة

- على المشرع استبدال مصطلح "البائع" الوارد في نص المادة 124 من القانون التجاري بمصطلح مالك، بحيث نجد أن المشرع ترجم مصطلح "Le propriétaire" الواردة في نص المادة 124/1 من القانون التجاري باللغة الفرنسية بمصطلح البائع باللغة العربية، وعلى هذا الأساس تكون المادة كما يلي) إذا أقام المالك دعوى بفسخ عقد إيجار المحل الذي يستغل فيه محل تجاري مثقل بقيود مرسمة،... (و يقصد هنا بالمالك مالك العقار الذي يستغل فيه المحل التجاري وليس مالك هذا الأخير .

- على المشرع الإشارة إلى أن العقود المستغلة في المحل التجاري) كعقد العمل، الإيجار، النشر، ... إلخ) تنتقل إلى المستغل الجديد للمحل التجاري ولا يجوز استبقائها أو استبعادها نظرا للدور البارز الذي تلعبه هذه العقود في جذب الزبائن والاحتفاظ بهم .

- من المستحسن على المشرع الإشارة إلى أن هذه الأحكام المنظمة لهذه العقود تسري على العناصر المحددة في الاتفاق أو العقد، ولا تمتد إلى العناصر الأخرى غير المشمولة بالاتفاق أو العقد .

- من المستحسن على المشرع التطرق إلى الحل الواجب اتباعه في حالة التزاحم بين الدائنين، كحالة التزاحم بين الدائن المرتهن رهنا حيازيا والدائن المرتهن رهنا عقاريا مثلا.

- من المستحسن على المشرع الإشارة إلى ملحقات المحل التجاري والنظام المطبق عليها.

- على المشرع أن ينص على أن عقد إيجار التسيير يقيد في دفتر عمومي خاص بالعقود الواردة على المحلات التجارية أسوة بما اشترطه في عقد الرهن الحيازي وعقد البيع، لأننا بالرجوع إلى القانون التجاري لا نجد أنه ينص على ضرورة قيده في دفتر معين .

- من المستحسن على المشرع أن يقوم بتعديل نص المادة 203 من القانون التجاري وذلك بالإشارة إلى المدة باعتبار أن عقد إيجار التسيير من عقود المدة .

الخاتمة

- على المشرع التنصيص على العناصر التي تكون ضمن محل عقد إيجار التسيير أسوة بما فعله بعقد البيع وعقد الرهن الحيازي، أو إضافة فقرة لنص المادة 78 من القانون التجاري ينص فيها على أن في كل العقود الواردة على المحل التجاري فإن للأطراف المتعاقدة الحرية في تضمين العقد العناصر التي يرغبون فيها، بشرط أن تتضمن العناصر الكافية لوجود المحل التجاري خاصة عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية، وفي حالة عدم الاتفاق فإن العقد يشمل عنصر الاتصال بالعملاء والشهرة التجارية وكل عنصر لازم لاستغلال المحل التجاري.

- من المستحسن على المشرع الإشارة إلى أثر بيع المحل التجاري على حق المستأجر المسير.

- من المستحسن على المشرع إنقاص مدة 5 سنوات التي يجب أن تتوفر في المؤجر إلى ثلاث سنوات، وهي مدة نراها كافية لنشوء فكرة لدى التاجر عن النشاط التجاري ولما يتمتع به هذا النشاط من خصائص.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب باللغة العربية:

1. أحمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية، دار الأكاديمية، الجزائر، 2012.
2. أكرم ياملكي، القانون التجاري (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
3. أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003.
4. بن رقية بن يوسف، أهم النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالإيجار المدني والتجاري (اجتهادات المحكمة العليا)، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
5. بن غانم علي، الوجيز في القانون التجاري و قانون الأعمال، موفم للنشر، الجزائر، 2002.
6. توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع ، دار الجامعة، د ب ن، 1988.
7. رأفت محمد حماد و محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات احكام الإلتزامات، ج2، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 1997.
8. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الثاني، احكام الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
9. عامر محمود الكسواني، أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2008.
10. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار و العقارية، ط3، منشورات الحقوقية، لبنان، 2009.
11. شريقي نسرين، الأعمال التجارية، للتاجر، المحل التجاري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.
12. رمضان أبو السعود ، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.

13. رمضان ابو السعود وهمام محمد محمود زهران، التامينات العينية والشخصيه، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، 1998.
14. زهيرة جيلالي قيسي، تأجير المحل التجاري (دراسة مقارنة)، دار الياية للنشر والتوزيع، طبعة الأولى، عمان، 2010.
15. هاني محمد دويدار، القانون التجاري اللبناني، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، لبنان، 1995.
- حمادة محمد أنور، التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري (البيع، الرهن، التأجير) ، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001.
16. سعيد أحمد شعلة، قضاء النقص في الإثبات، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1998.
17. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية و التبعية، القسم الأول، حق الرهن الرسمي و حق الإختصاص، ط 3 ،المنشورات الحقوقية، مصر، 1995.
18. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري (نظرية الأعمال التجارية والتاجر بيع ورهن المحل التجاري وتأجير استغاله وحمايته)، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
19. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، ج4، دار أحياء التراث الوطني، لبنان.
20. شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني، دار همومة للنشر، الجزائر، 2009.
21. عباس حلمي، القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.
22. عبد الحكيم فودة، البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة، ط2 ، دار الفكر و القانون، المنصورة.
23. عبد القادر الفار، أحكام الإلتزام، ط6 ،دار الثقافة، عمان، 2001.
24. العبيدي علي هادي، العقود المسماة (البيع و الإيجار)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2013.

25. عجلة الجيلالي, مدخل للعلوم القانونية, نظرية الحق, ج 2, بيرثي للنشر, الجزائر, 2009.
26. عصام أنور سليم, أسس ثقافة التجاريين, منشأ المعارف, الاسكندرية, د س ن.
27. علي حسن يوضى, المحل التجاري, دار الفكر العربي, القاهرة, د س ن.
28. علي حسن يونس, المحل التجاري, الطبعة الثانية, دار الفكر العربي, القاهرة, 1974.
29. علي فيلالي, النظرية العامة للعقد, موقم للنشر, الجزائر, 2008.
30. علي نجيده الوجيز في عقد البيع, د د ن, د ب ن 2000, 2001.
31. عمار عمورة, الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري, دار المعرفة, الجزائر, 2009.
32. فاضلي ادريس, الوجيز في النظرية العامة للالتزام, قصر الكتاب, د ب ن, 2007.
33. فرحة زراوي صالح, الكامل في القانون التجاري الجزائري, المحل التجاري والحقوق الفكرية القسم الأول (المحل التجاري) عناصره, طبيعته القانونية و العمليات الواردة عليه, نشر وتوزيع ابن خلدون, الجزائر, 1998.
34. فرحة الزراوي صالح, الكامل في القانون التجاري الجزائري, المحل التجاري والحقوق الفكرية, القسم الاول, دار الخلدونية, الجزائر 2001.
35. القاضي حسين عبد اللطيف حمدان, التأمينات العينية, دراسة تحليلية شاملة لأحكام الرهن و التأمين و الامتياز, ط1, منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان, 2009.
36. مأمون عبد العزيز إبراهيم, التشريعات التجارية, دار الإعصار العلمي للنشر والتوزيع, عمان, الأردن, الطبعة الأولى, 2016.
37. محمد الأمير يوسف, دروس في القانون التجاري, ج1, دار النصر, دب ن 1994.
38. محمد حسين منصور, احكام الالتزام, الدار الجامعيه, الاسكندريه, 2000.
39. محمود عبد الرحمن, محمد النظرية العامة للالتزامات احكام الالتزام, ج2, ط2, دار النهضة العربيه, القاهرة, 1999.

40. محمد سعيد جعفرور , نظرية عيوب إل ارده في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي, دار هومة, الجزائر, 2002.
41. محمد سيد الفقي, القانون التجاري, ط1 ,منشورات الحلبي الحقوقية, لبنان 2004.
42. محمد صبري السعدي, الواضع في شرح القانون المدني, العقد و الارادة المنفردة , ج 1, ط4, دار الهدى, الجزائر.
43. محمد فريد العريني,الشركات التجارية, المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني, و تعدد الأشكال, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, 2011.
44. محمد فريدة زاوي, المدخل للعلوم القانونية, المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية, الجزائر, 2002.
45. محمد وحيد الدين سوار, شرح القانون المدني الأردني , الحقوق العينية التبعية, مكتبة الثقافة, عمان, 1995.
46. مروان كركوبي, العقود المسماة- (البيع, المقايضة , الإيجار الو كالة), بدون بلد النشر, طبعة الثالثة, 1993.
47. المعتصم بالله الغرياني, القانون التجاري, دار الجامعه الجديده الازاريطه, 2006.
48. مقدم مبروك, المحل التجاري , ط4, دار هومة , الجزائر , 2009 .
49. نادية فوضيل, النظام القانوني للمحل التجاري (الجزء الأول والثاني المحلات التجاري والعمليات الواردة عليه), دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع, الجزائر.
50. نبيل ابراهيم سعد, التأمينات العينية, دار الجامعة الجديدة للنشر, الاسكندرية, 2005.
51. هلال شعوة, الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني, جسور للنشر والتوزيع, الجزائر الطبعة الأولى, 2010.
52. همام محمد محمود زهران, التأمينات العينية والشخصية منشأة المعارف الاسكندرية 2001.
- 53.

ثانيا: الكتب باللغة الفرنسية:

1. Libraire Arthur Rousseau, Paris, 1934.
2. Philippe SIMLER et Philippe DELECQUE, Droit des sûretés, gage sans dépossession, JCP, G, 2007, n°22, I158.
3. Jack BUSSY, Droit de affaires 2ème éd OP-CIT.
4. Jean Baptiste GOUACHE et Martine Bechar TOUCHAIS, OP-CIT.
5. Raymond CASTRO, OP-CIT.
6. F. MONTIER et G-H. FAUCON, Op-Cit.
7. Arnaoud REYGROBELLET et Christophe DENIZOT, Op-Cit.
8. M .WEISMANN et Roger DEBLED, A chat, vente et gérance d'un fonds de commerce, 6ème éd – jop – cit.
9. M, ROBINAULT, la location GERANCE DU FONDS DE COMMERCE, PREFACE M. HOUIN. EDITION DALLOZ ,1954.
10. Olivier Barret, les contrats portants sur le fonds de commerce,l.g.d.j.2001.

ثالثا: الرسائل و المذكرات الجامعية:

أ- رسائل الماجستير:

1. قوق أم الخير، أحكام بيع المحل التجاري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2005.
2. كركادن فريد، أحكام الرهن الحيازي للمحل التجاري في التشريع الجزائري مبكرا، مقدمه لنيل شهاده الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2012.

3. منصوري محمد العروسي، نظام الرهن العقاري في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص عقود و مسؤولية كلية، حقوق، جامعة الجزائر، 2012.

4. دحامني لطيفة، الشكلية في مادة العقود المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2003.

5. كريمة بنجبور، مظاهر حماية الدائنين في عقد التسيير الحر للأصل التجاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية السوسية، الرباط، المغرب، السنة الجامعية 2009-2010.

6. حسينة حمو، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير في قانون المسؤولية المهنية جامعة مولودي معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011.

ب- رسائل الدكتوراه:

1. كركادن فريد , العمليات الواردة على المحل التجاري غير ناقلة الملكية, أطروحة مكملة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون أعمال, كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق, جامعة الجيلالي الياابس, سيدي بلعباس, 2009.

2. LOUIS FIALON , Du nantissement de fonds de commerce , Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit , université de Bordeaux, 1909.

رابعا: المقالات:

1. بوشكيوة عبد الحكيم, الرهن الرسمي كضمان من ضمانات القروض, مجلة الواحات للبحوث و الدراسات, جامعة غرداي, المجلد 2, 2009.

2. مصطفى مالك، المسؤولية التضامنية لمالك الأصل التجاري و المسير الحر، مقال نشر بمجلة المحاكم المغربية، مجلة سلسلة الإجتهد القضائي، 19 أكتوبر 2011.

خامسا: النصوص القانونية:

1. المادة 02\118 من القانون التجاري الجزائري.
2. المادة 882 من القانون التجاري الجزائري.
3. المادة 1\951 من القانون المدني الجزائري.
4. المادة 34 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.
5. المادة 715 من المرسوم التنفيذي رقم 68/92 المؤرخ في 18 فيفري 1992 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري و تنظيمه, ج ر ج ج,ع 14 الصادر بتاريخ 22 فيفري 1992 و معدل و متم.
6. المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 16- 136 المؤرخ في 25 فيفري 2016, يحدد كيفيات و مصاريف ادراج الاشهارات القانونية في النشرة الرسمية للاعلانات القانونية, الصادر بتاريخ 4 ماي 2016.
7. المادة 147 من القانون التجاري الجزائري.
8. المادة 427 و المادة 428 من القانون المدني الجزائري.
9. المادة 143 من القانون رقم 116 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري تنص على أن " حرية الاستثمار و التجارة معترف بها, و تمارس في اطار القانون " القانون رقم 16\ 01 يتضمن التعديل الدستوري, ج ر ج ج,ع 14, الصادر بتاريخ 07 مارس 2016.
10. المادة 178 من القانون التجاري الجزائري.
11. المادة 1\833 من القانون المدني الجزائري.
12. المادة 324 من القانون المدني الجزائري.
13. المادة 318 من المرسوم التنفيذي رقم 98/86 المؤرخ في 21 /02/ 1998, يتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية و يحدد قانونه الأساسي.
14. المادة 1\123 من القانون التجاري الجزائري.

15. المادة 118. / 2 ق ث ج الذي ينص على "انه لا يخول رهن المحل التجاري للدائن المرتهن الحق في التنازل له عنه مقابل ما له من ديون وتسديدا لها".
16. المادة 894 ق م ج تنص على انه "يجوز للراهن ان يتصرف في العقار المرهون على ان اي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن".
17. الأمر 59\75، المتضمن القانوني.
18. المرسوم التنفيذي 41/97 ، المؤرخ في 18/01/1997 ، المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، ج ر عدد 05، الصادرة في 19/01/1997 .
19. المادة 25 من دستور 1996 : "حرية التجارة و الصناعة مضمونة، و تمارس في إطار القانون".
20. بلودنين أحمد، المختصر في القانون التجاري الج ازري، دار بلقيس، الج ازئر، 2011.
21. المرسوم رقم 70/92 المؤرخ في 18 / 02 / 1992 ، المتعلق بالنشرة الرسمية للإعلانات القانونية، ج ر عدد 14.
22. المادة 209 من أمر رقم 59/ 75 ' المتضمن القانون التجاري تنص على: يكون مؤجر المحل التجاري مسؤولا بالتضامن مع المستأجر عن الديون التي يعقدها هذا الأخير بمناسبة استغلال المتجر و ذلك لغاية نشر عقد تأجير التسيير و طيلة 6 أشهر من تاريخ النشر.
23. المادة 469 مكرر 3 من القانون المدني التي أضيفت بموجب القانون رقم 07/05 المؤرخ في 13 ماي 2007.
24. المادة 469 مكرر 1 من القانون المدني أضيفت بموجب القانون رقم 07/05 المؤرخ في 13 ماي 2007.
25. المحكمة العليا، ق.غ . ت . ب، بتاريخ 13/7/1999 ، ملف رقم 87206 ، م. ق، 2001 ع.01.
26. المجلس الأعلى، ق.غ . ت . ب، بتاريخ 29/06/1985 ، ملف رقم 36164 ، م. ق، 1989.

27. المحكمة العليا، ق . غ . ت . ب، بتاريخ 27/02/1996 ، ملف رقم 139696 ، مجلة الإجتهااد القضاائية للرفة التجارية والبحرية، ع خاص، نقلا عن حمدي باشا عمر .
28. مادة 15 :كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة بطاقات عقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية، المادة 16: ان العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية.
29. الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العامة و تأسيس السجل العقاري، ج.ر، ع92، المؤرخة في 18 نوفمبر 1975.
30. المادة 711 من مدونة التجارة المغربية الصادرة في 01 أوت 1996 ، ج.ر، ع4418، المؤرخة في 13/10/1996، أشار إليه موقع وزارة العدل المغربية.
- سادسا: القرارات:
1. قرار الغرفة التجارية و البحرية، رقم 373326 ، المؤرخ في 2001/07/10 ، م ق ، عدد 2001, 02.

الصفحة	العنوان
1	المقدمة
6	الفصل الأول: الرهن الحيازي كتصرف غير نافل للملكية الوارد على المحل التجاري
7	المبحث الأول: مفهوم عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
7	المطلب الأول: تعريف عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
7	الفرع الأول: تعريف عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
9	الفرع الثاني: خصائص عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
9	أولاً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد مسمى
9	ثانياً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد معارضة
9	ثالثاً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري ذو صفة تجارية
10	رابعاً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري يرد على مال منقول معنوي
10	خامساً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري لا ينقل الملكية ولا الحيازة
11	سادساً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عقد شكلي
11	سابعاً: عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري من عقود الضمان
12	الفرع الثالث: تمييز عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عن بعض التصرفات الواردة عليه
12	أولاً: تمييز عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري عن عقد بيعه

الفهرس

12	ثانيا: تمييز عملية الرهن الحيازي للمحل التجاري عن عملية تقديمه كحصة في الشركة على سبيل التمليك
13	ثالثا: تمييز الرهن الحيازي للمحل التجاري عن عملية ايجار التسيير
13	الفرع الرابع: أهمية عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
14	المطلب الثاني: انعقاد عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
14	الفرع الاول: الأركان الموضوعية
14	أولا: التراضي
31	ثانيا: المحل
34	ثالثا: السبب
38	الفرع الثاني: الاركان الشكلية
38	اولا الكتابه
41	ثانيا : الشهر
44	المبحث الثاني: آثار عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري وانقضائه
44	المطلب الاول : اثار عقد الرهن الحيازي
44	الفرع الاول : الإلتزامات المترتبة عن عقد الرهن الحيازي
45	أولا: إلتزامات المدين الراهن
48	ثانيا: التزامات الدائن المرتهن
49	الفرع الثاني: الضمانات المترتبة عن عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
50	اولا : ضمانات المدين الراهن

الفهرس

51	ثانيا: ضمانات دائني المدين الراهن
53	المطلب الثاني : انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري
53	الفرع الاول : انقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة تبعية
53	اولا: إنقضاء عقد الرهن الحيازي بالوفاء
55	ثانيا: انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري وما يعادل الوفاء تبعا لإنقضاء الالتزام الاصيلي
58	ثالثا: انقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري دون وفاء ولا بما يعادل الوفاء
60	الفرع الثاني: انقضاء عقد الرهن الحيازي بصفه اصلية
60	اولا: إنقضاء عقد الرهن بالتطهير وبالبيع بالمزاد العلني بصفه اصلية
61	ثانيا: نزول الدائن المرتهن عن حق الرهن و انقضاء الرهن بإتحد الذمة كوسيلتان لإنقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري
62	ثالثا: هلاك المحل التجاري المرهون كوسيلة لإنقضاء الرهن الحيازي لامحل التجاري بصفة أصلية
62	رابعا: غلق المحل التجاري المرهون كوسيلة لإنقضاء الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة اصلية
63	خامسا: البطلان و الفسخ كوسيلتان لإنقضاء عقد الرهن الحيازي للمحل التجاري بصفة اصلية
64	الفصل الثاني: عقد ايجار التسيير كتصرف وارد على المحل التجاري غير ناقل الملكية
64	المبحث الاول: مفهوم عقد ايجار التسيير
64	المطلب الأول: تعريف عقد إيجار التسيير

الفهرس

65	الفرع الأول: تعريف عقد إيجار التسيير المحل التجاري
65	أولاً: التعريف الفقهي لعقد تأجير تسيير المحل التجاري.
67	ثانياً: التعريف التشريعي لعقد تأجير تسيير المحل التجاري
68	الفرع الثاني: خصائص عقد إيجار التسيير المحل التجاري
68	أولاً: عقد تأجير تسيير المحل التجاري عقد شكلي
69	ثانياً: الطابع التجاري لعقد تأجير تسيير المحل التجاري
70	ثالثاً: عقد تأجير التسيير يقوم على الاعتبار الشخصي
71	الفرع الثالث: لطبيعة القانونية لإيجار تسيير المحل التجاري
71	أولاً: إيجار لمال منقول
71	ثانياً: استقلالية المسير في استغلال المحل التجاري
72	المطلب الثاني: انعقاد عقد إيجار التسيير
72	الفرع الأول: الشروط الموضوعية
73	أولاً: الشروط الموضوعية العامة
75	ثانياً: الشروط الموضوعية الخاصة
77	الفرع الثاني: الشروط الشكلية
77	أولاً: الكتابة الرسمية

78	ثانيا: نشر العقد
78	ثالثا: التسجيل في السجل التجاري
81	المبحث الثاني: آثار عقد التسيير و إنقضائه
81	المطلب الأول: آثار عقد إيجار التسيير
81	الفرع الأول: آثار عقد التسيير الحر تجاه مؤجر العقار
83	أولا: آثار عقد التسيير الحر تجاه مشتري المحل التجاري
85	ثانيا :عدم وجود اتفاق يحدد مدى سريان العقد تجاه المشتري
86	المطلب الثاني: إنقضاء عقد إيجار التسيير
87	الفرع الاول: أسباب إنقضاء عقد التسيير الحر
88	الفرع الثاني: إنقضاء العقد لحلول الأجل المتفق عليه
88	أولا: تحديد الأجل في العقد
90	ثانيا: عدم تحديد الأجل في العقد:
92	الفرع الثالث: إنتهاء عقد التسيير الحر بتحقق الشرط الفاسخ
93	الفرع الرابع: إنقضاء عقد التسيير الحر بسبب الفسخ والبطلان
93	أولا: الفسخ
98	ثانيا : البطلان كسبب لإنقضاء عقد التسيير الحر
99	الفرع الخامس: إنقضاء عقد التسيير الحر بهلاك المحل التجاري

الفهرس

100	الفرع السادس: إنقضاء عقد التسيير الحر بإتحد الذمة
101	المطلب الثالث: إنقضاء عقد التسيير الحر لأسباب تتعلق بشخص المستأجر
101	الفرع الأول: وفاة المستأجر المسير
102	الفرض الأول: وفاة المستأجر قبل إنقضاء مدّة الإيجار المتفق عليها في العقد
103	الفرض الثاني: وفاة المستأجر بعد إنقضاء المدّة
103	الفرع الثاني: إنقضاء التسيير الحر بنقص أهلية المستأجر المسير أو فقدانها أو إفلاسه
103	أولاً: إنقضاء التسيير الحر بسقوط الأهلية التجارية للمسير
104	ثانياً: إنقضاء التسيير الحر بسبب إفلاس التاجر
105	الخاتمة
117	قائمة المراجع
126	الفهرس