



المبررات القانونية للتضييق على إرادة المتعاقدين في إيجار العقار في البيئة التجارية - دراسة مقارنة -

الباحث حسين هادي حسين

أ.م.د محمد كاظم محمد العوادي

كلية القانون/ جامعة القادسية

تاريخ استلام البحث ٢٠٢١/١٠/٢ تاريخ قبول البحث ٢٠٢١/١١/٢٧ تاريخ نشر البحث ٢٠٢٢/٣/٣١

عقد الإيجار بصفة عامة من العقود الرضائية التي لا يستلزم انعقادها سوى تراضي طرفيه المبني على حرية إرادتهما ، وإن اتفاق هاتين الإرادتين هو من يعول عليه في انتهاء هذا الإيجار بالنظر الى المدة التي تلاقتا عليها في مرحلة الانعقاد ، ولكن يحدث أحياناً أن يقيد المشرع تلكما الإرادتين تحدوه في ذلك مبررات قانونية تسوّغ عمله بهذا الاتجاه ، ويجد ضرورتها في مراعاة مصلحة أو ابتغاء غاية ما. ونستعرض في هذه الدراسة المبررات التي يمكن أن تؤسس للتضييق على إرادة المتعاقدين في هذه الايجارات التي تقع على العقارات المستغلة في ممارسة نشاط تجاري ، التي تستند الى ركائز فلسفية وأخرى قانونية لما يميّز به هذا النوع من الإيجار عن سائر إيجار العقارات الأخرى، كونه يتصل بالبيئة التجارية سواء أكان اتصاله من ناحية النشاط الممارس في العقار المأجور أم من ناحية صفة المستأجر.

The lease contract is generally one of the consensual contracts that require only the mutual consent of both parties based on their free will, and the agreement of these two wills is the one who is relied upon at the end of this lease in view of the period over which they met at the stage of the contract, but it sometimes happens that the legislator restricts those two wills. He is guided by legal justifications that justify his work in this direction, which he finds necessary to take into account the interest or the pursuit of a goal. In this study, we review the justifications that can be established to restrict the will of the contracting parties in this type of rent on philosophical and legal bases, as this type of rent is distinguished from other rent of other real estate as it is related to the commercial environment, whether it is related to the activity practiced in the leased property or In terms of the character of the tenant.

الكلمات المفتاحية : إيجار العقار في البيئة التجارية — المبررات القانونية — الملكية التجارية -



المقدمة

لا يخفى على أحد أهمية الإرادة في العلاقات العقدية، بوصفها مصدراً من أهم مصادر الالتزامات الارادية ومنها العقد ، ألا أن هذا لا يمنع تقييدها أو التضييق عليها، إذا ما توافرت للمشرع مبررات جديرة بالاعتبار ، وتتوفر في " إيجار العقار في البيئة التجارية" وفي أحكام الإيجار بصفة عامة وفي بعض القواعد العامة مبررات قانونية لهذا التضييق، منها ما يُرد إلى أسس فلسفية وجدت انعكاسها على الواقع القانوني ، ومنها ما يعود إلى " فكرة الملكية التجارية و تتمتع القيود المفروضة للتضييق من دور الإرادة في "إيجار العقار في البيئة التجارية" بأهمية خاصة ولاسيماً المبررات التي تسوغ هذه القيود ، التي تعبّد الطريق أمام المشرّع للعمل على التضييق المذكور ، ويثير موضوع الدراسة اشكالية تتلخص في أن المشرّع العراقي لم يحط هذه المبررات بالرعاية الكافية في تشريع النصوص المتعلقة " بإيجار العقارات المذكورة" مما رسّخ انطباعاً شائعاً يفيد بضرورة عدم المساس بإرادة المتعاقدين تحت أي ظرف وفي أي حال.

وسيتبع الباحث منهجية الدراسة التحليلية المقارنة ، التي سيعمل من خلالها على تحليل و مقارنة النصوص القانونية التي وردت بها هذه المبررات في كل من القانون العراقي والفرنسي والجزائري المصري والمغربي .

وسيتّم تقسيم الدراسة على مطلبين اثنين وسيكون أولهما بعنوان " المبررات الحديثة الحاكمة على العقد" الذي سينقسم بدوره على فرعين وسيخصص أولهما " للمبررات الحديثة الحاكمة على العقد" الذي سيتم البحث من خلاله في "الاسس الفلسفية والفكرية " أما ثانيهما فسيخصص للبحث في "الأسس القانونية" ، أما المطلب الثاني فسيكون بعنوان " الملكية التجارية كمبرر للتضييق من دور الإرادة في إيجار العقار في البيئة التجارية"، حيث سيتم تقسيمه على فرعين أيضاً وسيتم البحث في أولهما في "مفهوم الملكية التجارية " اما الفرع الثاني فسيخصص للبحث في "التصرفات القانونية التي ترد على الحل التجاري.

المطلب الأول

المبررات الحديثة الحاكمة على العقد

تجد بعض التشريعات ضالتها لتضييق دور إرادة المتعاقدين في " إيجار العقار في البيئة التجارية " في " المبررات الفلسفية الفكرية " التي سنتناولها بالبحث في الفرع الأول من هذا المطلب، كما تجدها أيضاً في بعض " المبررات القانونية " التي سنتعرض لها بالبحث في الفرع الثاني منه .

الفرع الأول

المبررات الفلسفية والفكرية

تتأثر النظم القانونية بالأفكار الفلسفية السائدة في عصرها ، وقد كان هناك سجال بين المذاهب الفلسفية حول حركة فكرة الإرادة بين الحرية المطلقة والتقييد^(١)، وقد كان لتأثير هذه الأفكار انعكاسه على النظم القانونية المختلفة ، إذ تختلف نظرة كل من المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي الى الحق وطبيعته ومداه ، و تختلف نظرتهما لكل من القانون ووظيفته والعدالة ببعديها التوزيعي والتبادلي ، ناهيك عن نظرتهما الى ضرورة القانون برمتها^(٢)، ويظهر تأثير القانون من خلال جملة من المظاهر مثل اقتضاء المشرع تنظيم بعض العقود نتيجة لتزايد أهمية بعض العمليات التي تنتظم بمقتضى هذا التنظيم مثل عمليات التأمين والنقل التي اقتضت منه تنظيم عقدي التأمين والنقل ، و أدى اتساع نطاق العمل في الاقتصاديات الحديثة الى تنظيم عقد العمل ، ويظهر كل هذا جلياً عندما نجد - الى جانب القانون المدني وهو الشريعة العامة - قوانين متخصصة مثل التشريعات الاقتصادية والتجارية ، ناهيك عن التأثير العام الذي مس الأفكار القانونية العامة مثل تطور النظرة الى الحق - ولا سيما "حق الملكية"-^(٣)، فضلاً عن تأثير الأزمة التي نشأت بسبب اخفاق الاقتصاد الحر في التفرد في الريادة مما حتم على العديد من الدول أن تبسط يدها للتدخل في توجيه النشاط الاقتصادي بعد أن غلّت سابقاً بسبب تحكم الظواهر الاقتصادية بهذا النشاط، فحلّت فكرة التوجيه محل الليبرالية الاقتصادية^(٤)، وذلك بعد فشل تجربة الاقتصاد الحر وعدم قدرته على مواكبة التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي لا يمكن حتى للدول الرأسمالية أن تطبق مخرجاته دون تدخل الدولة^(٥) ، إذ أصبحت الاتجاهات الحديثة تميل نحو تقنين فاعلية الإرادة في



التعاملات التعاقدية بفعل سيادة الأفكار الاجتماعية^(٦)، ويناط بالدولة وفقاً لهذه الرؤية دوراً جديداً يمثل أسلوباً منطقياً بديلاً عن الانتقال المفاجئ لاقتصاد السوق الحر يتمثل في الشراكة مع القطاع الخاص^(٧)، وهذا يقتضي من القانون ألا يهمل مصالح الأفراد ولكن عليه أن يقدم مصالح الجماعة^(٨)، كما قد يُعزى تزايد سلطة القانون على حساب الإرادة الى تقدم القانون في سلم التدرج بين قواعد النظام القانوني ككل إذ يعتبر التشريع قانوناً موضوعياً يسمو على العقد الذي يعتبر مصدراً للحقوق الشخصية ، إذ أن العقد لا يكتسب وصفه حقيقةً مالم يخضع للنظام العام وهذا ما يقتضيه الواقع العملي والمنطقي بالنظر لمساس العقود بحقوق الغير ونظام تبادل الثروات ، وهذا ما سَوَّج وجود العقد الموضوعي ، والذي لا يعد بدعاً من قبل المتعاقدين انما هو ذات العقد بصورته القديمة، ولكنه يبدو هنا خاضعاً للنظام العام ، ما أدى الى تبني مفهوم الإرادة الموضوعية بدلاً من مفهوم "مبدأ سلطان الإرادة" في محاولة للإبقاء على الحرية التعاقدية مع اكسائها بصبغة النسبية عوضاً عن الصبغة القديمة المطلقة ، وهذا ما يجعل الإرادة تطأ برأسها وهي تلج الى عالم العقد من خلال بوابة التنظيم الموضوعي لقانون العقود، ومن خلال هذا التوجه الفقهي يمكن تعريف الإرادة الموضوعية على انها "امكانية الإرادة في الدخول في العملية التعاقدية وفي تحديد مضمون العقد ، وفقاً للحدود التي يرسمها القانون ، بالاستناد الى المصلحة العامة، والنظام العام والسياسة الاقتصادية العليا للدولة وباستخدام معيار العدالة"^(٩) ، ولدى تفكيك هذا التعريف يمكن القول إن المصلحة العامة يمكن أن تكون مبرراً يعبّد الطريق أمام مسيرة المشرّع نحو ترسيخ حاكمية القانون على العقد ، كما يمكن أن يكون النظام العام أداة فعالة بيده للوصول الى اهدافه في تحقيق هذه المصلحة ، وتعد فكرة النظام العام من اكثر الأفكار الفلسفية تعقيداً وغموضاً ، ولتعدد التعريفات التي وضعت لهذا المفهوم نكتفي بالتعريف الذي وضعه "بلانيول" الذي يعد من أهم تلك التعريفات حيث قال إن "الحكم يكون من النظام العام كلما كان مستوحى من اعتبار "منفعة عامة" تكون في خطر اذا كان الأفراد احراراً في منع تطبيق القانون"^(١٠) ، والجدير بالذكر ان تطور مفهوم "النظام العام" وتعدد صوره عزّز من فعاليته في توجيه العقد ، فلم يعد النظام العام في صورته التقليدية التي يهدف المشرّع من خلالها الى حماية وصيانة المجتمع و الأسرة والآداب العامة و النظام السياسي والذي شاع ابان شيوع وانتشار المذهب الفردي ، حيث كان يتمتع بدور



محدود يقتصر على حماية الدولة اذ كان هذا الوجه للنظام العام يعبر عن الوجه الآخر للحرية العقدية التي يحميها عن طريق ابطال الاتفاقات التي تخالفها ، فإلى جانب هذا النموذج والذي يعرف "بالنظام العام السياسي " او التقليدي ، وجد وجه آخر يمثل الجانب الإيجابي للنظام العام وهو ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي^(١١)، الذي يتميز عن النظام التقليدي بكونه يسعى الى ضمان النظام الاجتماعي ويتوسل الى ذلك تارة بالمنع واخرى بالفرض^(١٢) ، ولكي يمكننا استظهار آثار "النظام العام الاقتصادي" لابد لنا من أن نقف على أقسامه ، حيث يمكن أن يتوضح لنا من خلال هذه الوقفة ما يمكن أن تلعبه الدولة من دور تدخلي عن طريق التشريعات التي تستند في تدخلها إلى أي من أقسام "النظام العام" الآتي ذكرها:

أولاً: النظام العام الاقتصادي الحمائي.

يتأسس "النظام العام الحمائي" على ركائز تقوم عليها "القواعد القانونية" التي تهدف الى "حماية الطرف الضعيف" في العلاقات التعاقدية ذات الصلة بالنشاط الاقتصادي الذي يمارسه الأشخاص في المجتمع ، لتحقيق ما يتوخاه المشرع من خلال تدخله بواسطة "النظام العام الحمائي" ، والمتمثلة بحماية فئة بعينها في أطر العلاقات التعاقدية بسبب ما يظهر من عدم توازن في هذه العلاقات اذا ما أهملت اعتبارات قواعد "النظام العام الحمائي" ، فقد يضطر "الطرف الضعيف" أحياناً الى أن يقبل بشروط غير منصفة ، وبشكل عام فان "النظام العام الحمائي" يهدف الى "حماية الطرف الضعيف" عن طريق ادراج قواعد قانونية ترمي إلى حماية رضا المتعاقدين ، أو تجنبهم الرضوخ لشروط تعتبر تعسفية ، وتساوي هذه الحماية أحياناً بين المتعاقدين ولا تفرّق بين دائنهم ومدينهم ، كما نجدها أحياناً تؤمن حمايتها لطرف محدد بعينه والذي قد يكون دائناً وقد يكون مديناً كما في الحماية التي يوفرها القانون للعامل في عقد العمل، وقد بدأ تدخل المشرّع في البداية في غمر "الطرف الضعيف" بهذه الحماية من خلال عقود الإذعان ثم تمددت باتجاه عقود أخرى وتحت ضغط ظروف مختلفة ، فبسبب الأزمة الاقتصادية وشحة الأسكان التي تصاعدت وتيرتها بالنسبة "للإيجارات العقارات" بصفه عامة و "إيجار العقار في البيئة التجارية" بصفة خاصة وجب حماية المستأجرين^(١٣).



ثانياً: النظام العام التوجيهي .

يهدف هذا الفرع من النظام العام الى توجيه اقتصاد الدولة نحو وجهة معينة لغرض تحقيق أهداف اقتصادية محددة من خلال مشاركته للأفراد معاملاتهم وتعاقداًهم وذلك من خلال تدخله في هذه العلاقات ليشدّها وينقيها مما يتنافى وهذا التوجه ، ويتم هذا عن طريق توجيه المعاملات والزام الأفراد بالمشاركة فيها وان لم يكونوا راغبين في ذلك ، لتعزيز الاقتصاد الوطني عن طريق الأهداف التي يحققها من خلال تلك النشاطات والمعاملات ، وهذا يعبر عن الأهمية التي يوليها " النظام العام التوجيهي " للاقتصاد الوطني ، ولكي ينهض "النظام العام التوجيهي" بمهامه في تنظيم الاقتصاد كان لابد له من أن يتحلى بمميزات تيسر له سبيله إلى ذلك ، ولعل أهم هذه الميزات هي:

١. النظام العام التوجيهي نظاماً إيجابياً .

يتميز "النظام العام التوجيهي " عن النظام العام الحمائي بطابعه الإيجابي ، حيث ينحى بهذا الاتجاه منحىً آمراً يفرضه على المتعاقدين بعض الالتزامات التي لا يلتزمون بها لو لم يسلك "النظام العام" مسلكه هذا ، فضلاً عن المنحى الناهي الذي يسلكه وهو يمنع على المتعاقدين الإتيان ببعض التصرفات.

١. النظام العام التوجيهي نظاماً ديناميكياً .

تبرز أهمية هذه الميزة في "النظام التوجيهي" بحكم ارتباطه بتطور الظروف الاقتصادية مما يحتم عليه الاستجابة المستمرة والمطّردة لهذه المتغيرات ، ومن ثم الإتيان بما يتناغم ومستجدات الواقع الاقتصادي، وفي ظل كل ما سبق ذكره فإن "النظام العام الاقتصادي" يؤدي أغراضه وفقاً لإطار معياري يتعلق بكل من "المصلحة العامة" و"المصلحة الخاصة" ، اذ أن القانون يرمى كل من المصلحتين من خلال الدور الإيجابي المنوط به والذي يؤديه بواسطة "قواعده الأمرة " التي ينتظم بواسطتها سلوك الفرد الساعي الى ضمان مصلحته الخاصة ، مع عدم إهدار "المصلحة العامة" للمجتمع التي يجب ان تفصح عن تكتل لمصالح مجموع الأفراد والتي ينبغي أن لا تتعارض الى الحد الذي ينتج الفوضى غير المحمودة، أما عن الصور والأنماط التي يتدخل من خلالها "النظام العام الاقتصادي" فإن هناك صوراً وأنماطاً متعددة تتوخى السلطة العامة بواسطتها أن تتم المبادلات الاقتصادية طبقاً لما تراه من دون أن تضع العقوبات في طريق تلك المبادلات ، وقد تتمثل هذه الأنماط في فرض إيجابي لمضمون تعاقدي من خلال أنواع معينة من هذه التعاققات مثل



"العقود الممنوعة" ، و"العقود المنظمة" ، و "العقود المراقبة" ، و"العقود المفروضة" 'وستوضح هذه المبررات بشكل أكبر من خلال الوقوف على مراعاة المشرع لكل ما سبق ، وسيتم هذا من خلال الفرع الآتي لدى البحث في ما اعتمده من "مبررات قانونية" حاکمة في تضيق دور الإرادة في تحديد "أحكام أيجار العقار في البيئة التجارية".

الفرع الثاني

المبررات القانونية

تتمثل المبررات القانونية لتضيق دور إرادة المتعاقدين في "إيجار العقار في البيئة التجارية" في أن القوة الملزمة للعقد التي يسوقها البعض كمبرر لإطلاق حرية الإرادة ، لم تعد نتيجة حصرية لإرادة أولئك المتعاقدين بل أن هناك فاعلاً آخر يساهم في انتاجها يتمثل في العدالة التي يسعى القانون الى تحقيقها من خلال المساهمات المختلفة "لقواعده ألامرة"^(١٤) وتمثل هذه القواعد جناحاً آخر تخلق به "القوة الملزمة" في سماء العلاقات التعاقدية يلجأ اليها المشرع فيما لو حدثت حالة من عدم التوازن في الالتزامات المتبادلة بسبب التباين في المراكز الاقتصادية للمتعاقدين^(١٥) ، ولما كان القانون هو احد المساهمين في انتاج المفهوم الحديث "للقوة الملزمة" للعقد فمن الضروري أن يُسهم في تحقيق العدالة العقدية التي ينشدها و تهدف الى تحقيق المنفعة المقصودة من العقد بما يؤمن الملائمة بين ما يحصل عليه الطرفان من العملية التبادلية المستهدفة من وراء التعاقد^(١٦) ، وبالرغم من صحة الفرضية القائلة باستقلالية "العدالة" كمفهوم ، إلا أن استقلالها هذا لا يعني انعزالها تماماً ، فهي تقدم من خلال تفاعلها مع الأفكار الانسانية الأخرى صوراً فاعلة للقوانين ، حتى أصبح من نافلة القول أن يقال "إن القانون ينبغي أن ينشد العدالة"^(١٧) ، فبالرغم من أن فكرة "العدالة" هي فكرة فلسفية في الأصل إلا أن "العدالة العقدية" ترتقي في أحضان علم القانون الاجتماعي ، ففي الحين الذي تكون فيه "العدالة" كفضيلة ، مبدأً فلسفياً كأحد المبادئ التي تضبط سلوك الأفراد ، يتوجب على من يريد البحث في الجانب التعاقدي من العدالة أن يسبر أغوار الواقع ليضع أفكاره في مواجهة بعض المشكلات الاجتماعية، فحين تستند العدالة الى العقد إنما هي تستند الى الواقع العملي للمعاملات اليومية للناس ، وأن معنى العدالة



يتغيّر ضمن واقع التعاملات من فرد الى آخر ، وهذا لا يعني اطلاقاً إن القيم بصورة عامة و"العدالة" بصورة خاصة تتسم بالنسبية وانما هو راجع الى تباين العناصر التي ينطوي عليها جوهر التعاملات التعاقدية مما يعكس تبايناً واضحاً في ما يترتب من نتائج على تطبيق العدالة^(١٨)، ولما هو معروف من دور للعدالة في تكوين وتطوير القاعدة القانونية والمساهمة معها في إنتاج المفهوم الحديث "للقوة الملزمة للعقد"، فأن هذا يستلزم أن لا يقتصر دور "العدالة" عند تطبيق القاعدة القانونية بل يجب ان يبرز أيضاً في عملية انشاء هذه القواعد^(١٩) ، ولا أدلّ على دور العدالة مما جاءت به "الفقرة الثانية" من "المادة الأولى" من "القانون المدني العراقي" بنصّها على أنّه " اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين ، فإذا لم يوجد بمقتضى قواعد العدالة "، ونجد في الواقع الكثير من مساهمات القانون في إنتاج المفهوم الحديث "للقوة الملزمة للعقد" – التي ذكرنا أن القانون هو أحد مقوماتها – فقد كان للمشرع دوره الايجابي في سعيه لتحقيق "العدالة العقدية" من خلال تقييد الارادة واختراق نطاق "القوة الملزمة للعقد"، وكان لتدخله هذا أكثر من صورة فكان منها ما تدخل به بشكل مباشر عن طريق فرض القيود، سواء ما تعلق منها بتقييد إرادة المتعاقدين في دخولهم في العلاقة العقدية من حيث المبدأ – حيث يحدث هذا عندما يفرض المشرع على المتعاقدين دخولهم في علاقات تعاقدية لم يكونوا ليدخلوا فيها لولا هذا الالزام القانوني – أم فيما يتعلق بفرض بعض الالتزامات التعاقدية ، وينتج عن هذا التدخل ما يطلق عليه "بالعقود الالزامية" ، وتعود هذه التسمية إلى المحدودية التي تساهم فيها إرادة المتعاقدين عند ابرامهم لها ، ويرى جانب من الفقه في هذا الالزام القانوني من الخطورة ما يهدد حرية التجارة فيما يرى البعض الآخر فيه من الضرورة ما يمنع حالات الاستغلال التي تحدث فيما لو لم تكن هذه الصيغة موجودة^(٢٠) ، وبالطبع هذا لا يعني أهدار الارادة التعاقدية بصورة كلية سيّما وأن هناك من يرى بأن المشرع في تدخله هذا يتماهى مع ذات الأساس الذي يستند الى وجوب مراعاة التوازن في العقد الذي يعد واحداً من معايير العدالة التي يعدها اليوم الفقه والقانون من أعمدة لزوم العقد^(٢١) – و استبعاد ما قد يحدث من غبن و استغلال ينافيان فكرة "العدالة" التي نوهنا آنفا على أنها ينبغي أن تكون من غايات القانون



الذي أصبح من مقومات "القوة الملزمة للعقد" - وعوداً على بدء وبالإضافة الى تدخل المشرع في الإلزام التعاقدي - آنف الذكر- فأنه قد يتدخل أيضاً لتحديد مضمون العقد، وهذان الطريقتان يمثلان الصورة المباشرة لتدخل المشرع ، أما الطريقة غير المباشرة فهي تلك التي يخول بها المشرع القاضي سلطة تعديل العقد ، ومن الجدير بالذكر أن تدخل المشرع عن طريق القواعد القانونية ليس على صورة واحدة من حيث أثر هذه القواعد وقوة الزامها، فهناك منها ما يجب اتباعه و الالتزام به بصفة مطلقة ، ويشمل هذا الإلزام الأعمال التي تصدر عن الفرد ومنها اتفاقاته التي يبرمها مع غيره فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تسوّغ هذه الاتفاقات المعبرة عن إرادة أطرافها مخالفة هذه القاعدة التي يعبر عنها "بالقاعدة الآمرة" لأن عملهم هذا سيكون تحت طائلة الجزاء واتفاقهم تحت طائلة البطلان^(٢٢) ، وفيما يتعلق بالإلزام القانوني في صورته الأولى - التي نوهنا عنه في أعلاه - فان المشرع على سبيل المثال يلزم المؤجر في " قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة (٧٩)" المعدل بأن يرتبط بعلاقة إيجارية لم يكن طرفاً فيها، كما في حال الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار وهذا يتمثل في ما جاءت به "الفقرة الثانية" من المادة (١١) منه بنصها على أنه " إذا كان ايجار العقار من الباطن أو التنازل عنه قد تم قبل العمل بهذا القانون ، سواء أكان بموافقة المالك التحريرية أو بدونها ، حل المالك محل المستأجر الأصلي في العقد الذي أبرمه مع المستأجر من الباطن أو المتنازل إليه "، وقد ترسّخ هذا المعنى بما جاءت به بعض النصوص الواردة في بعض التشريعات المقارنة المتعلقة "بإيجار العقار في البيئة التجارية" التي كرست حلول المؤجر محل المستأجر الذي قام بتأجير العقار من الباطن أو التنازل عن إيجاره ، وهذا ما جاء في مضمون المادة (١٤٥-١٦) من القانون التجاري الفرنسي التي عدّ بمقتضاها جميع الاتفاقات التي تحرم المستأجر لعقار يقوم باستغلاله في ممارسة نشاط تجاري من الإيجار من الباطن او التنازل عن الإيجار ، باطلة ، مهما كان شكلها^(٢٣)، وكذلك ما جاءت به المادة (١٦) من قانون ايجار بمضمون يفيد بجواز حلول الموظف المنقول محل سلفه في المسكن الذي كان قد استأجره ، مما يلزم المالك المؤجر لهذا العقار بهذه العلاقة الإيجارية بالرغم من عدم رضاه أحياناً ، وذلك بنصها على إنه " يجوز لمن نقل من العاملين في الدولة أو لدى الأشخاص المعنوية العامة أو نُسب للعمل في مدينة أخرى أن يشغل السّكن الذي كان يشغله سلفه بشروط عقد الإيجار السابق نفسها ،



طبقاً لأحكام هذا القانون على أن يتحمل الأجرة من تاريخ إخلاء المأجور فعلاً"، ولهذا التوجه مصاديق في معظم التشريعات المقارنة^(٢٤)، كما تعد الشكلية من أهم القيود القانونية التي يفرضها المشرع على الإرادة، ففي كثير من الأحيان يلزم المشرع بالتباع شكلية معينة في إبرام العقود إلى جانب رضا المتعاقدين الذي يقع مجرداً من أي تأثير، إذا ما غابت الشكلية التي تطلبها العقد بحكم القانون لاعتبارات تتعلق "بالمصلحة العامة"^(٢٥)، ولا يرى الباحث فائدة تذكر من الإسهاب في هذه الجزئية أكثر من ذكر بعض من مصاديق تدخل المشرع بتقييد الإرادة من خلال فرض الشكلية، ولعل أهم مصاديق هذا التقييد هو ما فرضه المشرع العراقي من مستلزمات شكلية في عقد بيع العقار فقد نصت المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي على أن "بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة وأستوفى الشكل الذي نص عليه القانون"^(٢٦)، فضلاً عن التصرفات التي ترد على "المحل التجاري" التي اشترط القانون الشكلية لانعقادها كما سنرى في الفرع الآتي.

لقد تعلقت الأمثلة والتطبيقات التي سقناها آنفاً بتقييد المشرع للإرادة فيما يخص أصل التعاقد، ومن المفيد أن نتطرق لما قد يفرضه المشرع من قيود تتعلق بمضمون التعاقد بعد أن يكون الفرد حراً في أصل التعاقد، وقد يشمل هذا التدخل مجموع مضمون العقد كما في تنظيم عقد العمل مثلاً، أو قد يكون بجزء منه، وقد يتوسّع المشرع في ذلك فيفرض التزامات إضافية لم تكن في العقد أصلاً، والتي تعد من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة التي تكمل مستلزمات العقد وفقاً لإرادة المتعاقدين كما نصّت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي والفقرة الثانية من المادة (١٤٨) من "القانون المدني المصري" ومن الأمثلة على هذه الالتزامات هو الالتزام بسلامة المسافر الذي يفرضه المشرع بالرغم من عدم وجوده في العقد^(٢٧)، أمّا فيما يتعلق بتدخل المشرع بصورته غير المباشرة، فأن القانون يمنح القاضي أحياناً من السلطة ما يحوّله التدخل في مضمون العقد عن طريق السماح له بتعديل أجل الدين حيث يمنح المدين مهلة قضائية للوفاء في أحوال يرى فيها مقتضى لذلك، وأخيراً نعرض من التطبيقات ما هو أوثق صلةً بموضوع البحث ولا نجد أدلّ على ذلك مما جاءت به الفقرة ثانياً المادة (٧٦١) من "القانون المدني العراقي" التي أجاز المشرع فيها للقاضي أن يبقي الإيجار الناتج



عن الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار استثناءً من الشرط المانع وذلك بنصها على أن "منع المستأجر من أن يؤجر للغير يقضي منعه من التنازل عن الإيجار وكذلك العكس، على أنه إذا كان المأجور عقاراً أنشئ فيه مصنع أو متجر ، وأراد المستأجر أن يبيع المال المنشأ ، جاز للمحكمة بالرغم من وجود القيد المانع أن تحكم بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرراً محققاً". (٢٨)

المطلب الثاني

الملكية التجارية كمبرر للتضييق من دور الإرادة في إيجار العقار في البيئة التجارية

تتمثل "الملكية التجارية" "بالحل التجاري" الذي يكونه المستأجر التاجر في العقار الذي يستأجره لغرض ممارسته لنشاطه التجاري ، وينبغي أن يكون "الحل التجاري" وبما يتضمنه من عناصر مادية ومعنوية مبرراً ينبغي على المشرع مراعاته عند تعاطيه مع المساحة التي يرميها لإرادة المتعاقدين في إيجار العقار في البيئة التجارية"، وسنتناول هذا المبرر في هذا المطلب بتقسيمه على فرعين ، فنتناول في أولهما "مفهوم الملكية التجارية" ، أما في الثاني فسنعرض بالبحث الى "التصرفات القانونية التي ترد على الحل التجاري".

الفرع الأول

مفهوم الملكية التجارية

يقصد "بالملكية التجارية" "كل ما له قيمة مالية ، ويستعين به التاجر في مزاولته نشاطه الاقتصادي ، ويعبر هذا المصطلح عن "المؤسسة التجارية" (٢٩) ، أو "الحل التجاري" (٣٠) أو "المتجر" (٣١)، أو "الأصل التجاري" (٣٢) ، وتعد "الملكية التجارية" من المفاهيم الحديثة والأفكار القانونية المبتدعة من قبل "المشرع الفرنسي" عام (١٩٠٩) الذي عدّها مجموعة من الأموال التي تصلح لأن تكون محلاً لمجموعة من التصرفات القانونية (٣٣)، ولم يكن القانون يعترف بهذا النوع من الملكية ، فهو لم يكن يُدعى أي اهتمام بغير النشاط الشخصي للتاجر ثم ظهر مفهوم "المؤسسة التجارية" عندما احتاج التاجر الى الأموال إذ كانت "ملكيتة التجارية" التي كوّنّها ضماناً للتزود بالائتمان (٣٤) ، إذ كانت التجارة قبل ذلك تعتمد على الجهد والنشاط المبذولين



من قبل التاجر بصفة فردية، حيث كان ينجز أعماله بشكل فردي بدون أن يعضد ذلك بعوامل أخرى، لذلك لم تطرح حينها فكرة العناصر غير المادية التي يشتمل عليها "المحل التجاري" الى جانب ما يشتمل عليه من عناصر مادية، على الرغم من أهمية كليهما وبالرغم من معرفة النظام القانوني الفرنسي "للملكية التجارية" إلا إنه لم يفرد لها نظاماً قانونياً متكاملًا واكتفى بذكر بعض التصرفات القانونية التي ترد عليها مثل البيع والرهن، إلا أن هذا لم يمنع سائر التشريعات التي استوحت الفكرة منه من أن تخص "الملكية التجارية" بتنظيم خاص وتعريف مستقل، وقد ظهر مفهوم "المؤسسة التجارية" لأول مرة في التشريعات الفرنسية في القانون الضريبي عام (١٨٧٨) حيث تناول بيع العناصر التي تخدم الاستثمار في المؤسسة بيعاً اجمالياً، وبعد صدور عدة قوانين^(٣٥) استجمع "القانون التجاري الفرنسي" جميع الأحكام المتعلقة بالمؤسسة في الباب السادس بعنوان "في المؤسسة التجارية" فتناول أحكام البيع والرهن كما كان "المشرع المغربي" سبقاً الى ذلك حيث كان أول التشريعات العربية التي كرست فكرة "الملكية التجارية" في عام (١٩١٤) ومن ثم تبعه "المشرع المصري" عام (١٩٤٠) واخيراً المشرع الجزائري عام (١٩٧٥)^(٣٦)، وقد سبق الأخير الى ذلك المشرع العراقي في عام (١٩٧٠)، ولم تتصد جميع التشريعات ومنها المقارنة الى وضع تعريف "للمحل التجاري"، إذ أن منها ما ترك هذا الأمر للفقهاء، وقد كان المشرع العراقي ممن تصدى لهذه المهمة فوضع "للمحل التجاري" تعريفاً تشريعياً في المادة (٦٦) من قانون التجارة العراقي الملغي بنصها على أن "المتجر هو مجموعة من الأموال المنقولة تخصص لمزاولة تجارة معينة... الخ"، أما "قانون التجارة العراقي" النافذ فقد اقتصر على الإشارة إلى "المحل التجاري" بشكل بسيط وموجز في مناسبة التصرف "بالاسم التجاري" إذ نصت المادة (٢٤) في البند ثانياً منها على أنه "لا يجوز التصرف بالاسم التجاري مستقلاً عن المحل التجاري، إلا أنه لمن تنتقل إليه ملكية "المحل التجاري" أن يستعمل أسم سلفه إذا أذن له المتنازل أو من آلت إليه حقوقه في ذلك على أن يضاف الى الاسم بيان يدل على انتقال الملكية في "السجل التجاري". ويلاحظ أن المشرع العراقي قد تراجع كثيراً في تنظيم الأحكام الخاصة "بالمحل التجاري" فبعد أن خصه في قانون التجارة الملغي بعشرة مواد، لم يكن له من نصيب في القانون النافذ إلا مادة واحدة، ويرى جانب من الفقهاء أن هذا التراجع يعد موقفاً غريباً ومؤسفاً^(٣٧)، ويشاطر الباحث



هذا الجانب رأيه في أن مسلك "المشرّع العراقي" هذا فيه ما يدعو الى الاستغراب ، فعلى الرغم من عدم إهمال "المشرّع العراقي" "للمحل التجاري" بصورة كلية الاّ أنّه أهمل تنظيم أحكامه بصورة مفصلة ، وكما يرى الباحث أيضاً أن لهذا الإهمال تداعياته السلبية على المحافظة على الملكية التجارية" للتاجر والمتمثلة في "المحل التجاري" ، وبالتالي على مزاولة التاجر نشاطه التجاري بأمان واستقرار ، ناهيك عن أثره المباشر في "إيجار العقار في البيئة التجارية" ، وان هذا الإهمال قد يكون هو السبب وراء عدم التفات الباحثين لأهمية هذه الملكية في تبرير تشريع قوانين خاصة تنظم أحكام هذا الإيجار بما يضيّق من دور الإرادة فيه لصالح القواعد الآمرة ، وموازنة هذا النوع من الملكية "بالملكية العقارية" ، أمّا فيما يخص التشريعات المقارنة فقد أولت "المحل التجاري" اهتماماً كبيراً فنظّمته تنظيمًا مفصلاً ، فقد عرّف "المشرّع المصري" "المحل التجاري" بنص "الفقرة الأولى" من المادة (٣٤) من "القانون التجاري المصري" رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩) على أن "المتجر مجموعة من الأموال المنقولة التي تخصص لمزاولة تجارة معينة ويجب أن تتضمن عنصر الاتصال بالعملاء، والسمعة التجارية" ، أمّا "المشرّع الجزائري" فلم يأت بتعريف محدد له ويبدو أنّه قد أثر الفقه على نفسه في مهمة تعريف "المحل التجاري" ، في حين عرّفه "المشرّع المغربي" بنص المادة (٧٩) من "المدونة التجارية المغربية" بنصها على ان "الأصل التجاري مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية " .

كما كان للفقه كلمته في تعريف "المحل التجاري" من خلال عدة تعريفات كان منها أن "المحل التجاري" هو "نوع من الأموال المعنوية التي تتكون من مجموعة من الأشياء التي تخصص لأغراض الاستغلال التجاري والصناعي" ^(٣٨) ، وكذلك هو "أداة يسعى التاجر من وراء استغلالها ممارسة تجارته ويعد المتجر وحدة مستقلة عمّا يتضمنه من مفردات وعناصر، كونه مالا معنويًا" ، ويلاحظ شيوع استخدام تعبير "المحل التجاري" كمترادف "للمتجر" ، الاّ انه يجب الانتباه الى ضرورة عدم الخلط بين "المحل التجاري" باعتباره مكاناً يمارس فيه التاجر أعمال تجارته وبين "المحل التجاري" كونه نوعاً من الأموال المعنوية التي تمثل "الملكية التجارية" للتاجر، ويتكون "المحل التجاري" من مجموعة من العناصر المعنوية اضافة الى ما يتضمنه من عناصر مادية ، وهذا ما يبرز لنا أهم السمات التي يتّسم بها "المحل التجاري" والمتمثلة بكونه مالا منقولاً أولاً ، وذا صفة تجارية



ثانياً^(٣٩) ، فأما العناصر المادية فتشمل البضائع المتمثلة بالأشياء المنقولة المهيأة للبيع سواء كانت مواداً أولية أُعِدَّت للتصنيع أم مواداً تم تصنيعها بالفعل ، بالإضافة الى الأثاث التجاري الذي يشمل الأثاث المستخدم في المكان المخصص لممارسة التاجر لنشاطه التجاري مثل الرفوف والديكورات والأثاث المكتبي ، كما وتشمل العناصر المادية ايضاً العِدَد الصناعية التي تضم آلات الصنع والسيارات وعِدَد التصنيع وما الى ذلك ، وأما العناصر المعنوية التي تمثل العناصر الأساسية في "المحل التجاري" فتشمل مجموعة من العناصر وفي ما يأتي أهمها^(٤٠):

١. الزبائن أو العملاء.

٢. السمعة التجارية.

٣. حقوق الملكية الصناعية.

٤. الرخص والإجازات.

٥. الحق في الإيجار.

ويضاهي "الحق في الإيجار" بعده عنصراً من عناصر "المحل التجاري" عنصر العملاء في الأهمية، فيعدُّ هذين العنصرين من أهم العناصر المعنوية "للمحل التجاري" ، ويعد الحق في الإيجار المحرك الذي يحرك النظم القانونية الخاصة التي تناولت إيجار العقار في البيئة التجارية ، إذ كانت مسوّغاً للمشروع لتقييد الشريعة العامة حمايةً للمستأجر من تعسف المؤجرين في ممارسة حقوقهم ، ويُعد هذا العنصر بمثابة الموطن لعنصر الزبائن ، إذ يعد موقع العقار المستأجر من قبل التاجر سبباً رئيسياً لجلب العملاء وتكوين السمعة التجارية ، ولضرورة استمرار النشاط التجاري كان من الضروري أيضاً أن يبقى المستأجر التاجر مستغلاً للعقار الذي كوّن فيه "محلته التجارية" ، وبدون عنصر "الحق في الإيجار" يتفكك نسيج "المحل التجاري". مما جعله سبباً من أهم أسباب صدور الكثير من التشريعات الخاصة "بإيجار العقار في البيئة التجارية" ، ولم يعرف التشريع وكذلك الفقه العراقي مفهوم "الحق في الإيجار" كما لم تضع التشريعات المقارنة تعريفاً واضحاً ودقيقاً له ، وذلك لأنه من المفاهيم الدقيقة ، بالإضافة إلى كونه يجمع بين كونه ظاهرة قانونية واقتصادية في ذات الوقت ناهيك عن ارتباطه بعناصر مختلفة ومتعددة ، حيث تشابكت فيه علاقات ليست على صفة واحدة ، كل ذلك صعبٌ من مهمة المشرع في وضع تعريف جامع



مانع له ، مما دفع الفقه وكالعادة لأن يتولى مهمة تعريفه ، وقد وردت الكثير من التعريفات الفقهية للحق في الايجار ومنها أن "الحق في الايجار" هو الذي يخول المستأجر الحق في طلب تجديد عقد الايجار عند انتهاء مدته، والحق في التعويض عند رفض التجديد " وايضاً "هو الحق الذي يخول المستأجر صاحب الأصل التجاري في تجديد الايجار عند انتهاء مدة العقد" كما عرّفه آخرون بأنه "الحق المخول للمستأجر التاجر تجاه المالك في تجديد الايجار بصفة غير متناهية، ولعل أقرب التعريفات هو أن "الحق في الايجار كعنصر من عناصر الأصل التجاري هو الحق المخول قانوناً للمستأجر التاجر الذي تتوافر فيه الشروط المطلوبة في القانون في المطالبة بتجديد ايجاره التجاري عند نهايته" ، أمّا على مستوى التشريع فقد تناول "المشرع الفرنسي" حق التجديد" - المستند الى الحق في الايجار - في القانون التجاري الفرنسي في المادة (١٤٥) بفقراتها من (٨ - ١٣) وقد أولى "القضاء الفرنسي" هذا الحق أهمية كبيرة حيث اعتبره "مجلس الدولة الفرنسي" اصلاً من الأصول الثابتة ، أمّا "المشرع الجزائري" فقد تناول هذا الحق في المواد من (١٦٩ - ٢٠٢) من القانون التجاري ، كضمان للمستأجر يضمن له حقه في "الملكية التجارية" عاذاً هذا الامر من النظام العام ، وتناول هذا الحق ايضاً بمقتضى المادة (١٨٧) منه مخفّفاً من آثاره وجاعلاً إياه مما يخضع لاتفاق الطرفين ، ولم يعرف "المشرع المصري" الحق في الايجار ، وبالرغم من معرفة الفقه والقضاء المصريين لهذا الحق إلا ان الامتداد القانوني الذي تبناه المشرع المصري لم يؤسس على حماية هذا الحق باعتباره عنصراً من عناصر "الحل التجاري" حيث كانت له أسبابه التي بنى عليها حكم الامتداد مستنداً على أسس قانونية واجتماعية أخرى ، وقد أقرّ "المشرع المغربي" هذا الحق حيث أشار له القانون (١٩٥٥) في الفصل (٥) وكذلك في النص على "حق التجديد" المادة (٦) من القانون رقم (٤٩) لسنة (٢٠١٦) الخاص بالكراء التجاري .



الفرع الثاني

التصرفات القانونية الواردة على المحل التجاري

بالنظر لما لمسناه من أهمية كبيرة "للملكية التجارية" متمثلةً في "المحل التجاري" فقد أولت أغلب التشريعات اهتمامها لوضع أحكاماً لما يرد على "المحل التجاري" من تصرفات قانونية ، و من المهم أن نعرف بأن "المحل التجاري" الجدير بالحماية ، الذي يصلح لأن يكون محلاً لهذه التصرفات القانونية هو ذلك المحل الذي نشأ وتكوّن فعلياً ، وقد تعددت الآراء والنظريات في تحديد معيار محدد لنشأة المحل التجاري^(٤١)، و تأكيداً على الأهمية القانونية "للمحل التجاري" باعتباره "ملكاً تجاريّاً" . جدرة باهتمام القانون تنظيماً وحمايةً و تقف في الجانب المقابل "للملكية العقارية" - سيبيّن الباحث أن هذا المال يخضع لما تخضع له العقارات من تصرفات قانونية مما يعزز وضعه في مقام يكاد أن يقابل الملكية العقارية في العلاقة الإيجابية في البيئة التجارية ، مما يجعل منه مبرراً كافياً للتضييق من إرادة المؤجر في استعادة عقاره بعد انتهاء المدة المحددة في عقد الإيجار ، ولذلك تم تخصيص هذا الفرع لتسليط الضوء على أهم التصرفات التي ترد على هذا "المال المنقول المعنوي" ، ولتقف في مناسبة ذلك على ما ذهب اليه التشريعات المقارنة في هذا الشأن.

أولاً: بيع المحل التجاري

بعد أن أشاح "المشرع العراقي" بوجهه عن تنظيم "المحل التجاري" كوحدة واحدة في قانون التجارة النافذ، وبعد أن عرفنا بأن "المحل التجاري" هو عبارة عن "مال منقول معنوي" مستقل عن عناصره^(٤٢) ، مما يجعل اللجوء الى النصوص التي تناولت التصرفات الواردة على هذه العناصر بصفة منفردة أمراً غير ذي فائدة ، لذلك لابد لنا أن نبحث عن تنظيم قانوني يتولى حكم هذا المال ، ولم يبق ما يلي مبتغانا هذا إلا المادة (٧٦١) من "القانون المدني العراقي" والتي اشارت بفرقتها "الثانية" سابقة الذكر الى بيع المتجر والمصنع، وبالرغم من ان هذه المادة قد اشارت الى إمكان التصرف "بالمحل التجاري" بيعاً مما يعزز ضرورة الاهتمام بها بوصفها نوعاً خاصاً من انواع الملكية ، إلا انها لم تتضمن أية احكام تبين خصوصية أو طبيعة هذا المال الذي يضم مجموعة من



العناصر المادية والمعنوية، وقد كان ذلك على خلاف "التشريعات المقارنة"، فقد نظم "المشرع الفرنسي" بيع "المحل التجاري" بمقتضى "الفصل الاول" من العنوان الرابع من "القانون التجاري الفرنسي المعدل، المخصص "للمؤسسة التجارية" du fonds de commerce وتناول في القسم الأول من هذا الفصل سند البيع و في القسم الثاني تناول امتياز البائع وتسجيل البيع^(٤٣)، بالإضافة الى الأحكام المشتركة بين بيع "المحل التجاري" ورهنه^(٤٤)، وكذلك ما يتعلق من أحكام بتسجيل وإلغاء تسجيل رهن وبيع "المحل التجاري"^(٤٥)، كما جاء "المشرع الجزائري" بالأحكام الخاصة بالتصرفات التي ترد على "المحل التجاري" في الفصل الثاني من "القانون التجاري" حيث تناول بيع "المحل التجاري" في المادة (٧٩) وما يليها منه، وكان قد عدّ عقد البيع هذا من "الأعمال التجارية" بحسب الشكل لكونه من التصرفات الواردة على "المحل التجاري" وذلك بنص المادة (٣) بفقرتها "الرابعة" على أنه "يعد عملاً تجارياً بحسب الشكل العمليات المتعلقة بالمحلات التجارية"^(٤٦) ولا تختلف متطلبات عقد بيع "المحل التجاري" عن سائر البيوع من حيث الأركان العامة من "الرضا" و"المحل" و"السبب"^(٤٧)، ويترب على عقد بيع "المحل التجاري" اذا ما تم بالرسمية المطلوبة واجراءات الشهر المنصوص عليها في المادة (٨٣) من "القانون التجاري الجزائري"^(٤٨) انتقال ملكية "المحل التجاري"^(٤٩)، "المشرع المصري" فقد نظم أحكام بيع ورهن المحل التجاري بموجب قانون رقم (١١) لسنة (١٩٤٠)^(٥٠)، ومن ثم "القانون التجاري" الذي نظم الكثير من الأحكام المتعلقة "بالمحل التجاري"، في المواد من (٣٤) - (٤٣) والتي أقرت بسيريان القوانين والقرارات الخاصة ببيع ورهن المحل التجاري، ومن الأحكام التي جاء بها "القانون التجاري" أن عقد بيع "المحل التجاري" هو عقد شكلي بحسب ما نصت عليه الفقرة "أولاً" من المادة (٣٧)^(٥١).

يستخلص من هذه الآثار المترتبة على بيع "المحل التجاري" والمتمثلة بانتقال ملكية "المحل التجاري" بعناصره الى المشتري انتقال عنصر "الحق في الإيجار" الى مشتري "المحل التجاري" وهذا ما يدل على ما "لحق الإيجار" من أهمية في الحفاظ على "المحل التجاري" باعتباره عنصراً لا ينفك عن عناصره المعنوية الأخرى، والتي تقضي الالتزامات المفروضة على البائع أن يسلمها للمشتري^(٥٢).



أما "المشرع المغربي" فقد نظم أحكام بيع "المحل التجاري" في مدونة التجارة مراعيًا الطبيعة الخاصة "للمحل التجاري" فقننت لذلك في المادة (٨١) منها^(٥٣)، وبوجب هذا التنظيم فإن "المحل التجاري" يصلح لأن يكون محلاً للبيع باعتباره مالاً منقولاً معنوياً مستقلاً عما يشتمل عليه من عناصر مادية ومعنوية^(٥٤)، وبالرغم من كون بيع "المحل التجاري" يستلزم إيداع نسخة من العقد الرسمي أو العرفي لدى كتابة ضبط المحكمة خلال (١٥) يوم بحسب المادة (٨٣) و(٨٤) من المدونة التجارية ألا ان القضاء المغربي قضى بأن ملكية "المحل التجاري" تنتقل بمجرد انعقاد العقد وان الاجراءات المذكورة إنما هي لحماية مصلحة المتعاقدين والأغيار ولا يتعلق بنقل الملكية ذلك لأن "المحل التجاري" مالاً منقولاً^(٥٥)، وحرص "القضاء المغربي" على حماية المؤجر من غش المستأجر إذ أن بيع "المحل التجاري" يجب أن ينطوي على "حسن النية" ولذلك فقد قضى "المجلس الأعلى" تأييد حكم "محكمة الاستئناف" في إبطال بيع المستأجر "المحل التجاري" إذا ما كان في مواجهة دعوى افراغ العقار^(٥٦).

٢. رهن المحل التجاري.

لا تلي القواعد العامة في رهن المنقول تيسير الائتمان التجاري الذي يسعى التاجر للحصول عليه إذ تقضي هذه القواعد بضرورة انتقال حيازة المرهون الى المرتهن أو الى شخص آخر ، وكما أسلفنا فإن التجار يحصلون على القروض بضمان محالهم التجارية وأن "المحل التجاري" أصبح عنصراً مهماً من عناصر ممارسة التاجر لنشاطه التجاري ، لذلك كان من الضروري أن يخرج المشرع عن القواعد العامة وذلك لإبقاء "المحل التجاري" المرهون في حيازة الراهن بالرغم من طبيعته المنقولة ، وقد نظم "المشرع الفرنسي" أحكام هذ الرهن في الفصل الثاني من العنوان الرابع من " القانون التجاري الفرنسي " حين تناول العناصر التي تدخل ضمن الرهن سواء في حال الاتفاق على ذلك صراحة أم في حال عدم الاتفاق كما وتناول أيضاً سند الرهن وعملية تسجيله إذ جعل الرهن من العقود الشكلية ، وحدد مرتبة الدائنين^(٥٧) ، هذا فضلاً عن الأحكام المشتركة بين الرهن والبيع والأحكام الخاصة بتسجيل والغاء تسجيل الرهن والبيع المذكورة آنفاً ، أما "المشرع الجزائري" فقد جاء بأحكام رهن "المحل التجاري" بموجب المواد من (١١٨ - ١٢٠) من "القانون التجاري الجزائري" وبيّن في المواد المذكورة مفهوم وطبيعة هذا الرهن والعناصر التي يرد



عليها^(٥٨) ، وفي مقابل ذلك فإن المشرع ألزم الراهن لمحله التجاري المحافظة على عناصره ومنها "الحق في الإجارة" وذلك بالقيام بالتزاماته كمستأجر حتى لا يتسبب في فسخ "عقد الإيجار" ومن ثم يفقد "الحق في الإيجار" كعنصر من عناصر "المحل التجاري" ، ويقع هذا الرهن على "المحل التجاري" بعناصره المادية والمعنوية باستثناء البضائع ، كما نظم "المشرع المصري" رهن "المحل التجاري" بموجب القانون رقم (١١) لسنة (١٩٤٠) حيث استثنى في هذه الأحكام "المحل التجاري" من نقل الحيازة من الراهن عند الرهن ، ولم يشذ "المشرع المغربي" عن ذلك إذ دفعته ذات الدوافع لتنظيم أحكام رهن "المحل التجاري" وكان ذلك بموجب المواد من (١٠٦) الى (١٥١) من "المدونة التجارية المغربية" وقد جاءت المادة (١٠٧) بجواز رهن كافة عناصر "المحل التجاري" باستثناء البضائع إذ نصت على أنه "لا يجوز أن يشمل رهن الأصل التجاري سوى العناصر المحددة في المادة (٨٠) باستثناء البضائع"^(٥٩).

٣. أيجار المحل التجاري (٦٠).

كما أن للمالك أن يتصرف في ملكه فإن له أن يستغله ، وكما يملك مالك "المحل التجاري" استعماله يجوز له استغلاله بواسطة الغير فقد يلجأ مالك "المحل التجاري" لسبب أو لآخر الى أن يستغل "محله التجاري" عن طريق تأجيره الى من يتولى ادارته بصورة مستقلة باسمه ولحسابه مقابل أجره يتم الاتفاق عليها ، ويطلق على هذا النوع من الاستغلال "الإدارة الحرة للمتجر" أو "تأجير استغلال المتجر"^(٦١) ، و"التسيير الحر" أو "تأجير الإدارة DE LA LOCATION GERANCE" وفقا لما جاء به "المشرع الفرنسي" في الباب الثالث الذي جاء بأحكام تنظم "إيجار المحل التجاري" بموجب الفصل الرابع من العنوان الرابع منه والمخصص للأحكام المتعلقة "بالمؤسسة التجارية"^(٦٢). "كما فعل" المشرع الجزائري " ذات الشيء في المواد من (٢٠٣ - ٢١٤) من "القانون التجاري الجزائري" ، ولم يعرف "المشرع الجزائري" "التسيير الحر" أيضاً وأكتفى بما نصّ عليه من أحكام في المواد آتية الذكر^(٦٣) ، ولا سيما المادة (٢٠٣) بنصها على أن "يخضع للأحكام التالية ، وذلك بالرغم من كل شرط مخالف ، كل عقد أو اتفاق يتنازل بواسطة المالك أو المستغل لمحل تجاري عن كل أو جزء من التأجير لمسيّر بقصد



استغلاله على عهده... الخ"، وكالعادة فإن المشرع ترك أمر التعريفات للفقهاء، وبالرغم من اختلاف الفقهاء في تعريف هذا العقد إلا أنها حملت معنى واحداً، وعليه فقد عُرف "عقد إيجار التسيير الحر" بأنه "عقد يستأجر بمقتضاه شخص محل تجاري من مالكه لأجل استثماره وعلى عهده متحملاً مسؤولية هذا الاستثمار وحده دون أن يلتزم مالك المحل بنتائج هذا الاستثمار"^(٦٤)، ويعد هذا العقد من "الأعمال التجارية" بالنسبة للعاقدين وذلك بحسب ما نصت عليه الفقرة (٤) من المادة (٣) من "القانون التجاري الجزائري" آنفه الذكر، والتي تعد كل عمل ينصب على "المحل التجاري" "عملاً تجارياً"، ويرتب عقد التسيير آثاراً كما سواه من العقود ولعل أهم تلك الآثار ما يتعلق بالعقار المأجور والمستأجر التاجر الذي يزاول فيه نشاطه التجاري، ويتضح هنا أن لا علاقة مباشرة بين مؤجر العقار والمستأجر بالتسيير، وبناءً عليه لا يحق للأخير مطالبة المؤجر بتجديد الإيجار إذا لم يُتَّفَق على خلاف ذلك، وإذا لم يوافق المؤجر، ألا أن هناك من يرى أنه لمن العدل والمنطق أن يكون للمستأجر بالتسيير ذلك الحق تجاه مؤجر العقار بموجب دعوى غير مباشرة في حدود حقوق "المحل التجاري"^(٦٥)، ولم تُثَرِ الأحكام التي جاء بها "المشرع المصري" بالقانون رقم (١١) لسنة (١٩٤٠) إلى "عقد إيجار استغلال المحل التجاري"^(٦٦)، ولذلك تكفل القانون التجاري بهذه المهمة حيث جاء بأحكام تخص "تأجير استغلال المحل التجاري"، فقد حددت المادة (٣٥)^(٦٧) محل العقد الذي يتمثل في جميع العناصر المادية والمعنوية التي تكون ضرورة لاستغلال "المحل التجاري"، ومن دون شك فإن الحق في الإيجار واحد منها، ونخص بالذكر المادة (٣٧) التي أوجبت الشككية في العقود التي ترد على "المحل التجاري" ومنها "عقد إيجار استغلال المحل التجاري"، باشتراطها الكتابة لصحة هذه العقود إذ أشارت إلى أن هذا العقد يجب أن يكون مكتوباً، كما تضمنت البيانات التي يجب أن تتضمن هذه العقود فضلاً عن وجوب قيد هذه التصرفات وشهرها^(٦٨)، أما المادة (٤٣) فقد أحالت مسألة تطبيق الأحكام الخاصة بالتصرفات الواردة على "المحل التجاري" إلى حكم القوانين والقرارات الصادرة بهذا الشأن^(٦٩)، كما نظم "المشرع المغربي" "إيجار المحل التجاري" في الباب الخامس باسم "التسيير الحر" بموجب المواد من (١٥٢ - ١٥٨) من "مدونة التجارة المغربية"، معتبراً إياها من "النظام العام" حيث نصت المادة (١٥٢) على أنه "يخضع للأحكام التالية بالرغم من كل شرط مخالف



كل عقد يوافق بمقتضاه مالك الأصل التجاري أو مستغله على إكرائه كلاً أو بعضاً لمسير يشغله تحت مسؤوليته.

يستخلص مما سبق ذكره أن "الحل التجاري" وإن اختلفت مسمياته التي استخدمتها "التشريعات المقارنة" و "الفقه المقارن" هو عبارة عن مال قابل لأن يخضع الى العديد من التصرفات القانونية شأنه في ذلك شأن الأموال بصفة عامة ، وأينا كيف كان محلاً لعقود مثل البيع والرهن والايجار .

الخاتمة

بعد الفراغ من البحث في التأسيس الفلسفي والقانوني لما يمكن أن يبرر عمل المشرع في تضيق إرادة المتعاقدين في إيجار العقار في البيئة التجارية، توصل الباحث الى ترجمة تلك المبررات الى نتائج ومقترحات يمكن أن تسهم في حل الإشكالية التي تم طرحها في مقدمة البحث.

أولاً: النتائج.

١. توصل الباحث الى أن المبررات القانونية التي تم التطرق اليها آنفاً تمكّن المشرع إذا ما توفرت من التدخل في حياة العقد ابتداءً وانتهاءً سواء في ما يتعلق بأطراف العقد أو مضمونه ، ويمكن أن يكون هذا التدخل بصورة مباشرة من قبل المشرع أو غير مباشرة عن طريق تخويله القضاء سلطة هذا التدخل.

٢. توصل الباحث الى أن الإرادة لم تعد تتمتع بالسلطان المطلق في حياة العقد وإن هناك اعتبارات فلسفية وأخرى قانونية يمكن أن تكون حاکمة على العقد تمثل جانباً مهماً من المبررات المنوّه عنها في الفقرة السابقة وهي الإرادة الموضوعية ، والنظام العام بشقه الاقتصادي، وبفرعيه (الحمائي) الذي يجد فيه المشرع مبرراً لحماية الطرف الضعيف، أو (التوجيهي) الذي يتذرّع به لتمكين يد الدولة من التدخل في العلاقات العقدية، وإن العدالة التعاقدية تنافس اليوم القوة التعاقدية التي كانت سائدة، و العقد وإن لم يزل شريعة للمتعاقدين إلا أن للقانون يداً في منح القوة لهذه الشريعة الى جانب القوة الملزمة التي يستمدّها من الإرادة عن طريق قواعده الآمرة .

٣. توصل الباحث من خلال مقارنة القانون العراقي بالقوانين المقارنة الأخرى إلى أن "الحل التجاري" يعبر عن ملكية تعود الى التاجر مستأجر العقار، والمتمثلة "بالملكية التجارية" ، والتي يجدر حمايتها بما تضمنه من عناصر معنوية ولا سيما عنصر الحق في الايجار .



٤. توصل الباحث الى أن "المشرّع العراقي" لم يكن موفقاً في تنظيم أحكام "المحل التجاري" ، فلم يعالج "قانون التجارة العراقي" هذا الموضوع معالجة واقعية ، فبالرغم من عدم إهمال "المشرّع العراقي" المحل التجاري" كل الإهمال _ إذ كانت له اشارة بسيطة في "الفقرة الثانية" من المادة(٢٤) من قانون التجارة النافذ - فنراه أهل الأحكام المهمة المتعلقة "بالمحل التجاري" والتي كان المشرّع قد التفت اليها في "قانون التجارة الملغي" بالرغم من أن هذه الالتفاتة لم تكن وافية ، حيث لم تراعى الكثير من الأحكام المتعلقة "بالمحل التجاري" ولعل أهمها ما يرد عليه من تصرفات قانونية تفصح لنا عن أهمية ملكية هذا النوع من الأموال، سيما وان "المشرّع العراقي" أشار إلى بعض هذه التصرفات مثل انتقال ملكية" المحل التجاري" أو رهنه في المادة(١) من "الامر رقم (٨٠) لسنة (٢٠٠٤) المعدّل" لقانون العلامات والبيانات التجارية رقم (٢١) لسنة (١٩٧٥) المعدّل"، وكذلك المادة (١٨) من "القانون المذكور.

ثانياً. المقترحات .

١. يقترح الباحث على "المشرّع العراقي" المؤقر أن ينظّم "ايجار العقار في البيئة التجارية" تنظيمًا خاصاً وأن يصار الى تشريع قانون مستقل خاص " بإيجار العقار في البيئة التجارية" ، أو ان يضمّن ذلك في تعديل "لقانون ايجار العقار" ، والتضييق في هذه النصوص من اطلاق حرية الإرادة في استرجاع العقار المأجور بعد انتهاء المدة المحددة في عقد الايجار بتحويل المستأجر طلب تجديد الايجار ، بما يراعي مصلحة المستأجر ، المتمثلة في ضمان استمرار ممارسة نشاطه التجاري الى جانب مصلحة المؤجر المتمثلة في استعادة عقاره .
٢. يقترح الباحث على المشرّع المؤقر إعادة النظر بالنصوص الخاصة "بالمحل التجاري" ، وتضمينها جميع الأحكام المتعلقة بنشوء "المحل التجاري" وانقضاؤه والتصرفات الواردة عليه ، وكذلك تجميعها في تشريع واحد، والأفضل أن يكون هذا التشريع هو " قانون التجارة العراقي وكما يأتي .

المحل التجاري

المادة(١):

اولاً: "المحل التجاري" مال منقول معنوي مستقل عن العناصر المكونة له ، ويتكون من مجموعة من العناصر المادية والمعنوية الناتجة عن ممارسة النشاط التجاري او المخصصة لممارسته ، ولابد أن يشتمل "المحل التجاري" على عنصر العملاء، بالإضافة الى "العنوان التجاري" و "الاسم التجاري" و "العلامات التجارية"





و"الملكية الصناعية" و"حقوق الملكية الأدبية والفنية" و"براءات الاختراع" و"الرسوم والنماذج الصناعية" و"الحق في الإيجار" والمعدات والآلات والبضائع وغيرها مما يكون لازماً لاستغلال "المحل التجاري".

ثانياً: لا يعد العقار الذي يزاول فيه المالك التجارة عنصراً في "المحل التجاري".

المادة ():

أولاً: ترد على "المحل التجاري" التصرفات القانونية التي ترد على الأموال المنقولة مثل البيع والإيجار و الرهن، وتخضع لما يخضع له التصرف الوارد على الأموال المنقولة مالم يرد نص خاص بخلاف ذلك.

ثانياً: تقيد التصرفات القانونية التي ترد على "المحل التجاري" في سجل خاص ويكون تاريخ القيد هو تاريخ نفاذ التصرف.

ثالثاً: يحل من انتقلت اليه ملكية "المحل التجاري" محل البائع في جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على "المحل التجاري" بموجب العقود المتعلقة "بالمحل التجاري".

رابعاً: يحل مستأجر ومشتري "المحل التجاري" محل مستأجر العقار الذي كان يزاول فيه مالك "المحل التجاري" نشاطه التجاري في جميع الحقوق والالتزامات مع مراعاة الأحكام الواردة في "قانون إيجار العقار في البيئة التجارية" في هذا الخصوص.

خامساً: استثناءً من القواعد العامة لا تنتقل حيازة "المحل التجاري" المرهون الى المرتهن.

سادساً: لا يجوز لمن تصرف "بالمحل التجاري" بيعاً أو إيجاراً ان يزاول تجارة مماثلة لذات النشاط في المكان وبالكيفية التي يتضرر معها مشتري أو مستأجر "المحل التجاري"، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك.



المصادر والمراجع:

- (١) د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، بلا طبعة، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان ٢٠٠٩، ص ١١٩ - ١٢٠.
- (٢) د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، بلا طبعة ن مطبعة العاني ن العراق - بغداد، ١٩٧٥، ص ١١٦ - ١١٨.
- (٣) ينظر د. فوزي حسين سلمان الجبوري، حق الملكية ازاء اتجاهات الدولة في التأميم والتخصيصية - دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٩، ص ٢٠. وينظر كذلك د. أحمد طه البشير، د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ط ٣، العاتك، مصر، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٣٥.
- (٤) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية - دراسة مقارنة - بلا طبعة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٢، ص ٥٢. وفي العراق وبالرغم من التغيير في نظرة الدولة للاقتصاد الموجه والانتقال السريع والمفاجئ نحو الاقتصاد الليبرالي تحت ضغوط العولمة ورغبة عدد من الدول واغراءات الدعم مقابل تنفيذ وصفة صندوق النقد الدولي، متجاهلين خصوصية البلد الاقتصادية والاجتماعية، الا ان ما يعاب على هذه المرحلة هو عدم وجود خطط تنموية حقيقية، بالرغم من تأكيد الدستور العراقي في المادة (١٤) منه ينظر د. عبد علي كاظم المعموري، م. خضير عباس احمد النداوي، السياسات الاقتصادية في العراق بعد الاحتلال الأميركي، بحث منشور في مجلة الإدارة والاقتصاد، العدد ٤، ٢٠١١، ص ٢٥-٢٦.
- (٥) جون كينيث غالبرت، اليمين ليس هو الحل، بحث منشور في مجلة المنار ن باريس، ١٩٨٩، ص ٣٣، نقلاً عن مليحة جبار عبد، جدلية الدور الاقتصادي للدولة واشكالية التنمية في العراق، اطروحة دكتوراه، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة القادسية، ٢٠١٩ نص ١٢٤.
- (٦) د. سهام عبد الرزاق مجلي السعيد، دور الإرادة في تحوّل العقد، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، العدد ٢، السنة الثالثة، ٢٠٠١، ص ٨٨.
- (٧) مظهر محمد صالح، الاقتصاد الريعي المركزي ومآزق انفلات السوق - رؤية في المشهد الاقتصادي العراقي الراهن، بغداد، ٢٠١٣، ص ١٢٣.
- (٨) د. منذر الفضل النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج ١ ن مصادر الالتزام، ط ١، ١٩٩١، ص ٤٢.
- (٩) د. أكرم محمود حسين ومحمد صديق عبد الله ن موضوعية الأرادة التعاقدية - دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ٩، العدد ٣١، السنة الثانية عشر، ٢٠٠٧، ص ٦٨ - ٧٠.
- (١٠) جاك غستان، تكوين العقد، ط ١، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠، ص ١٠٧.
- (١١) د. بوعريوة منصف، الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي ن بحث منشور في مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ٢٠١٨، ص ٥٢.





- (١٢) د.فاضل خديجة ، عيممة العقد ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق / جامعة الجزائر ، ٢٠١٦ ، ص ٢٠-٢٣.
- (١٣) د. ابراهيم عنتر فتحي ن النظام العام الاقتصادي من المقترضات الاجتماعية للعقد، بحث منشور في مجلة الدراسات المستدامة ن المجلد ٢ ، العدد ٢ ، السنة الثانية ، ص ١٥٩.
- (١٤) د. منصور حاتم محسن، العدالة العقدية، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد ٢٥ ن العدد ٦، ٢٠١٧، ص ٢٥٨١.
- (١٥) د. ايمن ابراهيم العشماوي، نظرية السبب والعدالة العقدية ن بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الانسانية، مجلد ٢٦، العدد ٣، ٢٠١٨، ص ٤.
- (١٦) د. منصور حاتم محسن، متطلبات العدالة التعاقدية، بحث منشور في مجلة بابل للعلوم الانسانية، المجلد ٢٦ ن العدد ٣، ٢٠١٨، ص ١.
- (١٧) د. حسون عبيد هجيج، فلسفة العدالة القانونية، بحث منشور في مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد ١، السنة ١١، ٢٠١٩، ص ٢٩٩ز
- (١٨) د. محمد محسوب، ازمة العدالة العقدية في القانون الروماني . دراسة تحليلية مقارنة مع الفكر القانوني الحديث، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١١ - ١٢.
- (١٩) د. اسماعيل نامق حسين العدالة وأثرها في القاعدة القانونية - القانون المدني امودجاً . دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، دار الكتب القانونية ن القاهرة، مصر، ٢٠١١، ص ١٥٤.
- (٢٠) د. اكرم محمود حسين، مصدر سابق، ٧٢ - ٧٤.
- (٢١) د. عبد الأمير جفات كروان، اختلال التوازن المالي في تكوين عقد المعاوضة وأثره في القوة الملزمة للعقد، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، المجلد ٢٦، العدد ٥ ن ٢٠١٨، ص ١.
- (٢٢) د. احمد سعيد الزقرد، اصول القانون، بلا طبعة، كلية الحقوق م جامعة المنصورة، ٢٠٠٠-٢٠٠١، ص ٢٥.
- (٢٣) Article L145-16.

Modifié par LOI n°2014-626 du 18 juin 2014 – art. 6

Sont également réputées non écrites, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent chapitre à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise.

والخاص بالكراء التجاري في التشريع المغربي

(٢٤) . نصت المادة ٧ من قانون ايجار الأماكن المصري رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على انه (للعامل المنقول الى بلد بدلاً من عامل آخر في ذات جهة العمل حق الأولوية على غيره في استئجار المسكن الذي كان يشغله هذا العامل اذا قام بإعلان المؤجر في مدى أسبوعين على الأكثر من تاريخ الأخلاء برغبته في ذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم



الوصول على ان يعزز ذلك عن طريق الجهة التي يعمل بها المتبادلان ويحظر على المالك التعاقد قبل إنتهاء هذه المدة .(

(٢٥) د. محمد علي عبدة، دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، ط٢، مكتبة زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١١، ص٥٩. ٦٠.

(٢٦) د. عدنان هاشم جواد، اثر عقد البيع الخارجي على نقل ملكية العقار- دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء، المجلد ٣ ، العدد ١٢، ٢٠١٥، ص١٢٩-١٣٠.

(٢٧) يقابلها المادة (٣٢٤) مكرر من القانون المدني الجزائري، كما أكد المشرع المغربي هذا المعنى بمقتضى المادة (٤) من قانون رقم (٣٩ - ٠٨) المتعلق بمدونة الحقوق العينية ، وفي غير شأن العقارات اعتبر المشرع العراقي ان عقد بيع المركبات من العقود الشكلية بموجب قانون ادارة المرور رقم (٨٦) لسنة (٢٠٠٤).

(٢٨) ولم يكن "القانون التجاري" بمنأى عن هذه التدخلات خاصة عندما وضع المشرع الآليات المناسبة لإدارة الشركات المساهمة، فبالنظر لصعوبة الحصول على توافق جميع ارادات المساهمين فأن هذه الشركات تُدار اليوم بأسلوب ديمقراطي، ولذلك يحتاج المساهمون الى التحالفات لغرض تحقيق أهدافهم من خلال التصويت، مما يجعل الأقلية في هذه التحالفات تخضع لآراء الأغلبية التي قد تتخذ قرارات تؤدي إلى أن تجد الأقلية نفسها في علاقات لم تكن ترغب في إبرامها أو نتائج لا ترغب بها . ينظر د.علاء سلمان ،حماية اقلية المساهمين في الشركات المساهمة المغفلة من مخاطر عمليات الاستحواذ ، بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم القانونية ، المجلد ١٦ ، العدد ٢ ، ٢٠١٩، ص ٤٩٨ ..

(٢٩) د. الياس ابو عيّد ، المؤسسة التجارية ، ج ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص١٥. كما تعرف المؤسسة التجارية بأنها ملكية غير مادية تتركز على الحق في الزبائن المرتبطين بالمؤسسة بعناصر تخدم الاستثمار ، بعض هذه العناصر طبيعتها مادية كالآلات والسلع وبعضها ،الآخر غير مادي مثل: الاسم التجاري والشعار والحق في الايجار والإجازات والصلاحيات ، وتعتبر المؤسسة التجارية غير موجود في قانون التجارة ،فهو حديث نسبيا وقد انشئ لبيان فكرة ان الاستقرار ومجمل الوسائل المستخدمة من قبل التاجر اهم من العمل الشخصي للإنسان ، فكل تاجر يملك مالا ويشكل هذا المال ملكية يمكن التنازل عنها ونقلها ، وان الاعتراف بهذه الملكية كان له الاهمية الكبرى في الاقتصاد التجاري .للمزيد ينظر ، لويس فوجال ، المطول في القانون التجاري ،

ج ١ ، مجلد ١ ، ط١ ، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٧، ص٣٩٥
(١٥) د. هاني دويدار، القانون التجاري - التنظيم القانوني للتجارة - الملكية التجارية والصناعية - الشركات التجارية ، ط١، منشورات الحلبي ، بيروت، لبنان، ٢٠١٨، ص٢٠١-٢٠٥.

(٣١) د. نديم الحمصي، الملكية التجارية والصناعية - دراسة مقارنة، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠١٠، ص١٢٣.



- (٣٢) د. أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأصل التجاري . دراسة مقارنة في قانون التجارة المغربي والقانون المقارن والفقه والقضاء، ج ١، ط ١، دار نشر المعرفة، الرباط، المغرب، ٢٠٠٧، ص ١٠.
- (٣٣) د. مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري - دراسة مقارنة، ط ١، منشورات الحلبي، ٢٠٠٦، ص ١٨١. لقد عرفت القوانين المدنية الملكية التجارية باسم "الجدك" وقد جاءت هذه المفردة في المادة (٧٠٦) من مرشد الحيران بالكاف "الكذك" وتعني الرفوف في الحانوت أو الأغلاق على وجه القرار وهي كلمة فارسية الأصل وتطلق على الأعيان المملوكة للمستأجر والمتصلة بالحنوت على وجه القرار. ينظر في ذلك د. فتحية قدة وعبد الحميد الشواربي، بيع الجدك، منشأة المعارف، بلا طبعة، بلا مكان طبع، ص ٧ - ١٢.
- (٣٤) ينظر، لويس فوجال، مصدر سابق، ٢٠٠٧، ص ٤١٧.
- (٣٥) ينظر في ذلك لويس فوجال وآخرون، المصدر نفسه، ص ٣٩٦.
- (٣٦) حمادوش أنيسة، المركز القانوني للاتصال بالعملاء كعنصر جوهري في القاعد التجارية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة مولودي معمري، ٢٠١٢، ص ٢.
- (٣٧) د. أكرم ياملكي، القانون التجاري، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٠، ص ١٩٢.
- (٣٨) د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٢٨٨.
- (٣٩) د. عزيز العكيلي، الوسيط في شرح التشريعات التجارية، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٨، ص ٧٨.
- (٤٠) نديم الحمصي، مصدر سابق، ص ٧٧.
- (٤١) د. احمد شكري السباعي، مصدر سابق، ص ٢٩٣ - ٣١٣.
- (٤٢) شروانة علي، الإيجار التجاري في ضوء التشريع والقضاء الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق / جامعة منتوري قسطنطينة، ٢٠١١، ص ٥١.
- (٤٣) تنظر الفقرات من (١ - ٣٢) من المادة (١٤١) من القانون التجاري الفرنسي.
- (٤٤) تنظر الفقرات من (١ - ٩) من القانون التجاري الفرنسي.
- (٤٥) تنظر الفقرات من (١٦ - ٢٠) من نفس المادة.
- (٤٦) د. احمد محمد محرز، القانون التجاري الجزائري، بلا طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، ١٩٨٠، ص ٢١٥.
- (٤٧) د. علي حسين يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٤، ص ١٥٧.
- (٤٨) نصت المادة (٨٣) من القانون التجاري الجزائري على ان (كل تنازل عن محل تجاري على الوجه المحدد في المادة ٧٩ اعلاه، يجب اعلانه خلال خمسة عشر يوم من تاريخه بسعي المشتري تحت شكل ملخص او اعلام في النشر بالجريدة الرسمية للأعلانات القانونية وفضلاً عن ذلك في جريدة مختصة بالأعلانات القانونية في الدائرة او الولاية التي



يستغل فيها المحل التجاري بالنسبة للمحلات التجارية المتنقلة فان مكان الاستغلال هو المكان الذي يكون البائع مسجلاً فيه بالسجل التجاري).

(٤٩) د. نادية فضيل، مصدر سابق ، ص ٢٢٣.

(٥٠) السيد محمد خلف، أيجار وبيع المحل التجاري والتنازل عن المحال التجارية والصناعية والمهنية، ط٦، دار محمود، ص١٢٠٠.

(٥١) نصت المادة ٣٧ من القانون التجاري المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على انه (كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر او انشاء حق عيني عليه، او تأجير استغلاله يجب ان يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً).

(٥٢) احمد طه قاسم، دور واثر العناصر المعنوية في المحل التجاري - دراسة مقارنة بين القانون المصري والعراقي - رسالة ماجستير، كلية الحقوق / جامعة بنها ، ٢٠١٩، ص ١١١.

(٥٣) نصت المادة ٨١ من المدونة التجارية المغربية على ان (يتمتع الأصل التجاري او تفويته وكذا تقديمه حصة في شركة او تخصيصه بالقسمة او بالمزاد بعقد رسمي او عرقي، ويودع ثمن البيع لدى جهة مؤهلة قانوناً للأحتفاظ بالودائع ... الخ).

(٥٤) د. نجم أهتوت ، الوجيز في القانون التجاري المغربي ، ط١، مكتبة الأنوار ، بلا مكان طبع ، ٢٠٢٠، ص٨٣.

(٥٥) قرار المجلس الاعلى العدد ٤٢ ، الغرفة التجارية ، القسم الثاني ١/٢ في ٢٠٠٥/١/٢ ، محمد لفروجي ، الكراء التجاري من خلال قضاء المجلس الاعلى لسنوات ٢٠٠٠.٢٠٠٥، مصدر سابق، ص٢٠٠.

(٥٦) قرار المجلس الاعلى ، الغرفة التجارية ، القسم الثاني ، الرقم ٣٩ في ٢٠٠٥/١/١٢ ، محمد لفروجي ، الكراء التجاري من خلال قضاء المجلس الاعلى للسنوات ٢٠٠٠.٢٠٠٥ ، مصدر سابق ، ص٣٠.

(٥٧) تنظر الفقرات من(٥٠.١) من المادة (١٤٢) من القانون التجاري الفرنسي .

(٥٨) نصت المادة (١١٨) من القانون التجاري الجزائري على انه (يجوز الرهن الحيازي للمحلات التجارية ، دون حاجة لغير الشروط والأجراءات المقررة بموجب الأحكام التالية . لا يخول رهن المحل التجاري للدائن المرتهن الحق في التنازل له عنه مقابل ماله من ديون وتسديدا لها) ، كما نصت المادة (١١٩) على انه(لا يجوز ان يشمل الرهن الحيازي للمحل التجاري من الاجزاء التابعة له الا عنوان المحل والأسم التجاري والحق في الاجارة والزبائن والشهرة التجارية والأثاث التجاري والمعدات والآلات التي تستعمل في استغلال المحل وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع او التجارة والرسوم والنماذج الصناعية وعلى وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والادبية والتقنية المرتبطة به . وان الشهادة الإضافية الصادرة بعد الرهن والشاملة للبراءة المنطبقة عليها ، تتبع مصير هذه البراءة وتكون جزءا مثلها من الرهن المنشأ، واذا لم يعلن صراحة وعلى وجه الدقة في العقد ما يتناوله الرهن فإنه لا يكون شاملا الا العنوان والاسم التجاري والحق في الاجارة والزبائن والشهرة التجارية ، واذا احتوى الرهن الحيازي على المحل التجاري وفروعه ، فيجب تعيين هذه الأخيرة ببيان مركزها على وجه الدقة)



(٥٩) نصت المادة ٨٠ من مدونة التجارة المغربية على انه (يشمل الاصل التجاري وجوباً على زبناء وسمعة تجارية ، ويشمل ايضاً على كل الاموال الاخرى الضرورية لاستغلال الاصل كالاسم التجاري والشعار والحق في الكراء والاثاث التجاري والبضائع والمعدات والادوات وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع والتجارة والخدمة والرسم والنماذج الصناعية وبصفة عامة كل حقوق الملكية الصناعية او الادبية او الفنية الملحقه بالأصل) .

(٦٠) لم يعرف القانون الفرنسي احكاماً متعلقة بتأجير المحل التجاري إلا بعد قرار "LANIEL" الصادر بتاريخ ٢٢ ايلول عام ١٩٥٣ ، فلم ينظم المشرع الفرنسي هذا العقد قبل ذلك إلا بنصين تناولوا عقد تأجير المحل التجاري ، وهما قرار ١٠ كانون الثاني لسنة ١٩٤٩ المتعلق بإقرار الإيجارات الشفوية للمحال التجارية وقرار ٩ نيسان ١٩٤٩ المنظم للسجل التجاري ، اما قبل هذا الإعلان فقد كان يتوجب الرجوع دائماً الى العرف واحكام القضاء لحل النزاعات المتعلقة بتأجير المحل التجاري . ولم ينشأ عقد تأجير المحل التجاري إلا من خلال اعمال تطبيقية ، فقد وضع اول مشروع لقانون منظم لأحكام تأجير المحل التجاري على مكتب الجمعية الوطنية بتاريخ ٢٠ اذار ١٩٤٧ ، ثم أعاد المشرع الفرنسي تنظيم احكام عقد ايجار المحل التجاري بالقانون ٢٧٧ - ٥٦ الصادر في ٢٠ اذار ١٩٥٦ .

اما عن المشرع الجزائري فقد نظم احكام هذا العقد في المواد من ٢٠٣ الى ٢١٤ من الامر ٧٥ - ٥٩ في ٢٦ ايلول ١٩٧٥ ، كما نظمته المشرع المغربي بالمواد من ١٢٥ الى ١٥٨ من القانون رقم ٩٥ - ١٥ ، اما المشرع المصري فقد نظمّه لأول مرة عام ١٩٩٩ بقانون التجارة رقم ١٧ وذلك بالمواد من ٣٤ - ٤٣ وفي سياق تنظيم احكام المحل التجاري بصورة عامة . ينظر د. زهير جيلالي عبد القادر قيس ، تأجير المحل التجاري - دراسة مقارنة ، ط ١ ، الراية ، ٢٠١١ ، ص ٣٥ - ٣٧ .

(٦١) د. سميحة القليوبي ، تأجير استغلال المحل ، بلاطبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ٩ .

(٦٢) تنظر الفقرات من (١ - ١٣) من المادة (١٤٤) من القانون التجاري الفرنسي .

(٦٣) بلول سليمان ، عقد ايجار التسيير الحر ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة مولودي بعمر ، ٢٠١٧ ، ص ١٢ .

(٦٤) د. احمد محمد محرز ، القانون التجاري الجزائري ن ج ٤ ، العقود التجارية ن دار النهضة العربية ن لبنان - بيروت ، ١٩٨٠ ، ص ١٦١ .

(٦٥) للمزيد ينظر د. زهيرة جيلالي عبد القادر قيسي ، مصدر سابق ، ص ٥٣ - ٥٨ . وكذلك ينظر د. فرحة زواوي صالح ، الكامل في القانون التجاري ، المحل التجاري ، والحقوق الفكرية ، والحقوق الواردة عليه ، بلا طبعة ، ابن خلدون للنشر ، الجزائر ، ٢٠٠١ ، ص ١١ .

(٦٦) د. سميحة القليوبي ، تأجير استغلال المحل التجاري ، مصدر سابق ، ص ٥ .

(٦٧) نصت المادة ٣٥ من القانون التجاري المصري على انه (اذا لم يبين المتعاقدان العناصر التي يتألف منها المتجر محل العقد اشتمل المتجر - فضلاً عن الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية - على كل عنصر معنوي او مادي يكون لازماً لاستغلال المتجر على الوجه الذي قصده المتعاقدان) .



(٦٨) نصت المادة ٣٧ من قانون التجارة العربي على ان (كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر او انشاء حق عيني عليه او تأجير استغلاله يجب ان يكون مكتوباً والا كان باطلاً ، يقيد التصرف في المتجر وعقد تأجير استغلاله بالعقد في السجل التجاري ويجب ان يشمل البيانات الآتية الخ) .

(٦٩) نصت المادة (٤٣) من قانون التجارة المصري على انه (مع مراعاة الاحكام المنصوص عليها في هذا الفصل تسري في شأن بيع المتجر ورهنه وتأجير استغلاله القوانين والقرارات الخاصة بذلك ، كما تسري في شأن الاسماء التجارية والرسوم والنماذج الصناعية او الملكية الادبية القوانين والقرارات الخاصة بذلك) .

