

التنظيم القانوني لحلول مشتري المصنع محل المستأجر

اعداد

أ.م. د. نصير صبار لفته الجبوري

والباحث جعفر عماد عبد علي

كلية القانون - جامعة القادسية

nassirsl@yahoo.com

ملخص

أذا قام المستأجر بإنشاء مصنع على عقار المؤجر، وهي حالة تفرض قيام المستأجر بعد ان أجر عقار معين بتشديد مصنع عليه، وتسري هذه العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر وفقاً لعقد الايجار المبرم بينهما، الا ان الاشكال يثور عندما يرغب المستأجر ببيع المصنع الذي انشئه على الرغم من وجود القيد المانع من ذلك الذي فرضه المؤجر في عقد الايجار، فإن تصرف المستأجر ببيع مصنعه يؤدي الى اضطراب العلاقة التعاقدية التي ابرمت بين المستأجر والمؤجر صاحب العقار، ذلك لان هذا التصرف يؤدي إلى احلال شخص محل المستأجر وهو مشتري المصنع، وهو يُعد أهم وابرز المظاهر الأكثر شيوعاً في التصرفات القانونية التي تتشعب فيها العلاقات القانونية بسبب تعدد اطرافها بعد ان كانت مقتصره على طرفين هما المستأجر صاحب المصنع والمؤجر مالك العقار الذي انشأ المستأجر مصنعاً فيه.

Abstract

((Legal Regulation of Buyer's Solutions to the Tenant's Place))

If the tenant constructs a factory on the lessor's property, a condition that requires the tenant to pay a particular property to build a factory on it. This relationship will take place between the lessor and the lessee according to the tenancy contract between them. However, the forms arise when the tenant wants to sell the plant that he has established. The presence of the restrictive restriction from that imposed by the lessor in the tenancy contract, the tenant's disposition of the sale of his factory leads to disturbance of the contractual relationship concluded between the lessee and the lessor of the real estate owner, because this act leads to the replacement of a person who is the tenant of the factory and is the most important and most prominent manifestations Common in the Legal actions in which the legal relations are complex because of multiple parties after it was limited to two parties are the tenant owner of the factory and the lessor of the owner of the property in which the tenant established a factory.

المقدمة

يُعد موضوع حلول مشتري المصنع محل المستأجر، من المواضيع التي تتعدد فيه الجوانب القانونية نتيجة تعدد اطراف العلاقة القانونية، والتي تثير الكثير من الاشكالات القانونية بسبب كثرة الالتزامات والحقوق المتشعبة والمتداخلة فيما بينهم، لذا يقتضي في هذه الدراسة ان نبين ما هو الاساس القانوني الذي يستند عليه المستأجر في التصرف الذي يجريه؟ وما مدى هذا التصرف؟ وهل يمكن حرمان المستأجر من بعض التصرفات المباحة له في الاصل؟ وما موقف القانون في حالة منع المستأجر من بيع المصنع الذي انشأه؟

ولأجل الاحاطة بهذا الموضوع من كل جوانبه والإجابة على ما طرح من الاسئلة، ينبغي ان نقسم هذا البحث على ثلاثة مباحث نبين في المبحث الاول الاساس القانوني لتصرف المستأجر في بيع المصنع. ونخصص المبحث الثاني للقيود المانع من تصرف المستأجر بحقوقه الناشئة عن عقد الايجار، اما المبحث الثالث نتطرق فيه للاستثناء المعطل للقيود المانع من حلول مشتري المصنع محل المستأجر.

المبحث الأول

الاساس القانوني لتصرف المستأجر في بيع المصنع

ينشأ عقد الايجار التزامات متبادلة على عاتق كل من المتعاقدين، ومن أهم الآثار التي تترتب على عقد الإيجار هو تمكين المستأجر من حق الانتفاع بالعين المؤجرة استعمالاً واستغلالاً طول مدة الايجار، وللمستأجر الحق في ان يتصرف في المأجور،^١ ولما كان للمستأجر الحق في الانتفاع وله حق التصرف فلا بد من معرفة ماهي الطبيعة القانونية لحق المستأجر مالك المصنع؟ وما مدى تصرف المستأجر في المأجور؟ لذا يقتضي ان نبين في هذا المبحث الطبيعة القانونية لحق المستأجر مالك المصنع في المطلب الأول، ثم نخصص المطلب الثاني لدراسة طبيعة تصرف المستأجر بحقوقه الناشئة عن عقد الإيجار.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لحق المستأجر مالك المصنع

تثير طبيعة المستأجر العديد من التساؤلات، هل هو حق شخصي بمعنى انه رابطة بين شخصين دائن و مدين، أم انه حقاً عينياً تكون له سلطة مباشرة على شيء معين،^٢ وقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة حق المستأجر، منهم من

١: د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص

٣٢٦.

٢: د. علي نجيدة، العقود المسماة عقد الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٤٠.

أعتبره حقاً شخصياً ومنهم من أعتبره حقاً عينياً ولكل منهم اسانيد في دعم الاتجاه الذي يتبناه،^١ وهذا ما سوف نبينه على النحو الاتي .

الفرع الاول

الاتجاه القائل بان للمستأجر حقاً عينياً

ظهر هذا الاتجاه في فرنسا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر والذي تزعمه الفقيه الافرسي (Troplong) ،^٢ إذ يرى هذا الاتجاه إن حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة هو حق عيني شأنها شأن المركز القانوني لصاحب حق الانتفاع وقد اسندوا رأيهم بحجج متعددة اختلفوا في فكرتهم ، فمنهم من استند في إثبات آرائه إلى ما يختص به حق المستأجر من مزايا الحق العيني، بينما استند البعض منهم إلى جوهر الحق وما يتمتع به المستأجر من سلطات على العين المؤجرة تقابل سلطات صاحب الحق العيني.^٣ وللقائلين بهذا الاتجاه حجج عديدة منها :

اولاً: حق المستأجر في تتبع العين المؤجرة

تقضي المادة (١٧٤٣) من القانون المدني الفرنسي على " إذا باع المؤجر العين المؤجرة فلا يستطيع المشتري إخراج المستأجر الذي يملك عقداً رسمياً أو عقداً ثابت التاريخ إلا إذا اشترط ذلك في العقد،^٤ مما يعني إن للمستأجر حق التتبع إذ يستطيع الاحتجاج على من انتقلت إليه ملكية المأجور أو من انتقل إليه حق عيني فيها، وهذا هو حق التتبع بعينه وهذه صفة من خصائص الحق العيني.^٥

ثانياً: حق المستأجر يخوله حق التقدم

أتجه جانب من الفقه المؤيدين لفكرة عينية حق المستأجر، بان للمستأجر حق التقدم على الدائنين الحاجزين في إجراءات نزع ملكية العقار ، فالإيجار يسري في حق الدائنين الحاجزين للعقار المؤجر والراسي عليه المزداد في حالة التنفيذ على العقار متى ما كان له تاريخ صحيح سابق على التنبيه بنزع

١: د. توفيق حسن فرج، عقد الإيجار دراسة لإحكام قوانين الإيجارات، الدار الجامعية، ١٩٨٤، ص ٣٤١.

٢: د. عصمت عبد المجيد بكر، اثر النزعة الاجتماعية في تطور عقد الإيجار، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون في جامعة بغداد، ١٩٧٢، ص ١٠.

٣: د. كمال قاسم ثروت، شرح إحكام عقد الإيجار، ج٢، ط٢، مطبعة اوفسيت الوسام، بغداد، ١٩٧٦، ص ٣٧٩.

٤: تقابل المادة (٧٨٦) من القانون المدني العراقي والمادة (٦٠٤) من القانون المدني المصري.

٥: د. اسعد دياب، القانون المدني العقود المسماة، البيع، الإيجار، الوكالة، ج١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ٥٠٤.

الملكية ، وبالتالي يتقدم المستأجر على الدائنين ولا يدخل معهم في قسمة الغرماء كدائن عادي، وبما إن مزينة التقدم تُعد سمة من سمات الحقوق العينية ، فقد استند إليها أنصار الحق العيني وعدوا حق المستأجر حقاً عينياً^١.

ثالثاً: للمستأجر القيام بدعوى مباشرة لدفع التعرض الصادر من الغير

وهذه من الحجج الأخرى التي يستند إليها أصحاب نظرية الحق العيني، هو إن للمستأجر الحق بدفع التعرض المادي الصادر من الغير بنفسه دون إن يلجأ إلى المؤجر ، بل انه يترك للمستأجر الحق في إن يقاضي المتعرض مباشرة وباسمه الشخصي ، كما للمستأجر إن يقيم دعوى استرداد الحيازة مادام قبل نزع يده كان يتصرف بالمأجور تصرفاً متواصلاً وسليماً^٢. فيكون للمستأجر رفع جميع دعاوي الحيازة على المعارض باسمه من دون وساطة من المؤجر، وهذه الدعاوى مقرررة بالأصل لحماية الحقوق العينية ، ويزعمون إن سبب إعطاء المشرع هذا الحق للمستأجر هو إيمانه بأن للمستأجر حق من الحقوق العينية لا الحقوق الشخصية^٣، وأشار الى ذلك القانون المدني العراقي، والذي نص في المادة(٧٥٥) على (إذا غصب المأجور ولم يتمكن المستأجر من رفع يد الغاصب ، جاز له إن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة ، فإذا قصر في رفع يد الغاصب، وكان ذلك ممكناً له، ولم ينذر المؤجر بوقوع الغصب فلا تسقط عنه الأجرة وله إن يرفع على الغاصب الدعوى بالتعويض)^٤.

رابعاً: فرض تسجيل عقد الايجار في المدد الطويلة

فرض لقانون الفرنسي تسجيل عقد الإيجار الذي تتجاوز مدته اثنتي عشر سنة^٥، وتسع سنوات في القانون المصري، ويعتبرون فرض التسجيل دليلاً على إن حق المستأجر حق عيني، ذلك لان الحقوق العينية هي وحدها التي ينبغي تسجيلها^٦.

١: د. علي هادي العبيدي، مصدر سابق، ص ٣٣٨ .

٢: شوقي غالب العتوم، انتقال الإجارة في حال بيع المحل التجاري، مجلة اتحاد الجامعات، العدد الثالث والعشرون، ص ١٠، كذلك: د. اسعد دياب، ص ٥٠٤ .

٣: د. إبراهيم عنتر فتحي الحياني، تصرف المستأجر بحقوقه الناشئة عن عقد الإيجار دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط١، الأردن، ٢٠١٢، ص ٣٢.

٤: يقابل ذلك المادة (١٧٢٥) من القانون المدني الفرنسي والمادة (٥٤٣) من القانون المدني السوري.

٥: د. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ٢١٠٤، ص ١٨٥ .

٦: د. منذر الفضل، د. صاحب الفتلاوي، شرح القانون المدني الأردني العقود المسماة، دار الثقافة، عمان، بلا سنة، ص ٢٩٠.

الفرع الثاني

الاتجاه القائل بان للمستأجر حقاً شخصياً

يرى أصحاب هذا الاتجاه إن حق المستأجر هو حق شخصي في عقود الإيجار وليس حقاً عيانياً، وللمستأجر حق الانتفاع بالمأجور بموجب عقد الإيجار، إلا إن هذا الانتفاع لا يولد سلطة مباشرة للمستأجر على المأجور^١. وتتركز حجج هذا الاتجاه في جانبين، الأول في تنفيذ حجج أنصار الحق العيني، والأخر في عرض الأدلة التي تثبت شخصية حق المستأجر.

الجانب الأول : تنفيذ حجج أنصار الحق العيني

(١) رفض الفقه الحجة القائلة بان للمستأجر حق التتبع كدليل على تمتعه بالحق العيني، ذلك لان حق المستأجر في مواجهة المالك الجديد لا تُعد تطبيقاً لفكرة التتبع ، وإنما تُعد استثناء من مبدأ نسبية أثر العقد ، فالأصل أثار العقد تنصرف إلى أطرافه والخلف العام، واستثناء من هذا المبدأ ، إذا انشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء وانتقل إلى الخلف الخاص، فان الالتزامات والحقوق تنتقل للخلف في وقت انتقال الشيء إذا كان من مستلزماته ، وهذه هي نظرية الاستخلاف^٢.

(٢) لا يتمتع المستأجر بميزة التقدم التي استند إليها أصحاب الحق العيني، ذلك لأن المستأجر يُعد دائماً بالتزام عمل مما يجعله في مركز قوي بحكم طبيعة الأشياء لا يمكن تشبيهه بالتزام محله مبلغ من النقود، لذا فالتزام بين الدائنين لا يكون إلا إذا كان المحل المباشر للالتزام المدين مبلغ من النقود^٣.

(٣) إما حجة قيام المستأجر بدفع التعرض المادي بنفسه دون وساطة المؤجر، يسهل الرد عليها لان المؤجر لا يلتزم قبل المستأجر إلا بدفع التعرض المبنى على ادعاء حق على العين المؤجرة، إما التعرض المادي فليس من شأن المؤجر إن يدفعه، لأنه حق للمستأجر إن يدفع التعرض المادي لا بصفته مستأجراً وإنما بصفته شخصاً تعدي الغير عليه وهو يدفع عنه هذا الاعتداء^٤.

(٤) إما الحجة المتعلقة بفرض تسجيل إيجار العقارات التي تزيد مدته عن المدة التي حددها القانون لا تجعل حق المستأجر حقاً عيانياً لان التشريع فرض التسجيل للسريان بوجه الغير لا لنشؤئه بخلاف الحق العيني الذي اوجب القانون تسجيله لنشؤئه وليس لمجرد السريان^٥.

١: د. كمال قاسم ثروت ، مصدر سابق ، ص ٣٨٩ .

٢: د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص ٢٨٩.

٣ : د. علي هادي العبيدي، مصدر سابق، ص ٣٤١.

٤: د. إبراهيم عنتر فتحي الحياني، مصدر سابق، ص ٣٣.

٥: د. اسعد دياب، مصدر سابق، ص ٥٠٦.

الجانب الثاني : الأدلة التي تثبت حق المستأجر حق شخصي

ان ابرز الأدلة القانونية التي استند إليها أنصار الحق الشخصي، هو إن غالبية القوانين قد حددت الحقوق العينية، الأصلية والتبعية على سبيل الحصر، ولم تشر إلى عقد الإيجار^١، كما إن تعريف الإيجار الذي تبنته غالبية التشريعات هو انه عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه إن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور، يدل هذا التعريف على إن للمستأجر حقاً شخصياً في ذمة المؤجر فهو لا يتصل بالمأجور مباشرة وإنما يتصل به عن طريق المؤجر^٢، وعلى هذا سار المشرع العراقي في القانون المدني، فقد عرف عقد الإيجار في نص المادة (٧٢٢) على انه (تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر إن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور) كما أورد المشرع العراقي الحقوق العينية على سبيل الحصر^٣.

وكذلك، ضرورة إخطار المؤجر بكل تعرض قانوني يتعرض له المستأجر باعتبار المؤجر الخصم الحقيقي في ذلك، إما بالنسبة للتعرض المادي الذي يتعرض له المستأجر، فلا علاقة بصفة الشخص الذي يدفع ذلك التعرض سواء كان مستأجراً أم لم يكن كذلك. وعلى الرغم مما تقدم به أصحاب الحق الشخصي من حجج تبدو أقوى من الحجج التي قدمها أصحاب الحق العيني، إلا إن ذلك لا يعنى نهاية المطاف، بسبب ظهور ظواهر قانونية أملت لها التطورات الاجتماعية والاقتصادية، مما جعل المشرع يتدخل في تنظيم العلاقات الإيجارية، اذ صدرت الكثير من قوانين الإيجار الخاصة والتي منحت المستأجر مركز أقوى مما كان عليه، من الثبات والاستقرار كظهور مبدأ الامتداد القانوني والذي لا يتفق إلا مع خصائص الحق العيني^٤، حيث لا يستطيع المؤجر المطالبة بإخلاء المأجور إلا لسبب من أسباب التخلية المنصوص عليها قانوناً ولا يمكن إضافة سبب آخر إليها يخول المؤجر إنهاء الإيجار ويعد باطلاً كل اتفاق يخالف ما ورد في القانون^٥، كما يرى الأستاذ السنهوري، إن للمستأجر حق شخصي إلا انه يشترك مع الحق العيني في بعض خصائصه من حيث سريانه في حق الغير، ولا يرجع ذلك إلى انه حق عيني بل إلى طبائع الأشياء ذاتها^٦.

١: د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ٣٨٩.

٢: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، دار احياء التراث العربي، ج٤، بيروت، بلا سنة، ص ٦٤٠.

٣: المادة (٦٨) (١) الحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحة وحقوق الارتفاق وحق والوقف وحق والإجارة الطويلة ٢- والحقوق العينية التبعية هي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز).

٤: د. منذر الفضل، د. صاحب الفتاوى، مصدر سابق، ص ٢٩١.

٥: كاظم الشيخ جاسم، إحكام إيجار العقار، ط ١، مطبعة أهل البيت، كربلاء، ١٩٦٧، ص ٢٦٧.

٦: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإيجار والعارية، ج٦، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت. لبنان، ٢٠٠٠، ص ٦٦٠.

المطلب الثاني

طبيعة تصرف المستأجر بحقوقه الناشئة عن عقد الإيجار

بعد إن تقرر انه ليس للمستأجر إلا حق شخصي قبل المؤجر. لكن على الرغم من ذلك يستطيع التصرف في هذا الحق، فمن الناحية القانونية، يكون للمستأجر الحق بالبيع أو الهبة وغيرهما من التصرفات، كما له أيضا إن يرهنه رهناً حيازياً كما يستطيع تأجيره أو إعارته، وما هذه التصرفات إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي تعطي الحق بالتصرف في الحقوق الشخصية كما تجيز التصرف في الأعيان.^١

إما من الناحية العملية ، فان التصرفات الشائعة التي يجريها المستأجر للتصرف في حقه عادة ماتكون بطريقة التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن أو ما يطلق عليه بالإيجار الثانوي ، لذلك نجد الدراسات القانونية تهتم على الأغلب بهذين الموضوعين (الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار) سواء كان ذلك في قواعد القانون المدني او في ظل إحكام القوانين الخاصة بقانون إيجار العقار العراقي رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل^٢. ففي التصرفين سواء كان إيجار من الباطن أو تنازل عن الإيجار يكون التصرف صحيح إذا لم يمنعه شرط في العقد وفقاً للقوانين المدنية ، أو إذا كان قد حصل على موافقة من المؤجر أو المالك التحريرية وفقاً لقانون إيجار العقار^٣. وعليه سوف نبين ما المقصود بالإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار والفرق بينهما وذلك لمعرفة التكييف القانوني للتصرف الذي يجريه المستأجر في حالة بيع المصنع.

الفرع الاول

الإيجار من الباطن

هو إيجار صادر من المستأجر لحقه في الإيجار الذي أستمده من العقد الأصلي ، فالتأجير من الباطن هو عقد إيجار جديد طرفاه هما المستأجر في العقد الأصلي والمستأجر من الباطن ، إذ يقوم المستأجر الأصلي بدور المؤجر في الإيجار الجديد ويكون المستأجر من الباطن بمثابة المستأجر الأصلي، ويخضع الإيجار من الباطن في انعقاده وفي آثاره لجميع الأحكام الخاصة بالإيجار^٤، وقد قضت محكمة النقض المصرية بان " عقد الايجار من الباطن لا يذشى علاقة مباشرة

١: المصدر السابق، ص ٦٦١.

٢: د. منذر الفضل وصاحب الفتاوي ، مصدر سابق ، ص ٢٩٢.

٣: إبراهيم عنتر فتحي الحياني ، مصدر سابق ، ص ١٤٦ .

4 : David Arteil. 'exécution du contrat par un non – contractant'

L.G.D.J. 2006. N: 276.P: 227. ،

٥ : د. السيد عيد نايل ، عقد الإيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن وفقاً لأخر التعديلات التشريعية ، دار النهضة العربية ،

٢٠٠٠، ص ١٩٨.

بين المستأجر من الباطن والمؤجر الاصيلي الا بالنسبة للأجرة طبقاً للمادة ٥٩٦ مدني^١، وتبقى العلاقة بالنسبة لسائر الحقوق والالتزامات الاخرى الناشئة عن عقد الايجار غير مباشرة بينهما كأصل ولو كان مصرحاً في عقد الايجار الاصيلي بالتأجير من الباطن"^٢، وهذا ما جاء متفقاً مع قرار اخر صادر من ذات المحكمة، إذ يؤكد على نفي العلاقة التعاقدية بين المالك والمستأجر من الباطن وعدم امكانية الرجوع المباشر طبقاً لأحكام المسؤولية التعاقدية لكل منهما على الاخر، ولكن هذا هو الاصل في عقود الايجار، لان المشرع المصري قد اعطى استثناء على ذلك وهو نص المادة(٥٩٦) ليتمكن بموجبها المالك من الرجوع مباشرة وبدعوى ذات طبيعة عقدية على المستأجر من الباطن، لكن على الرغم من ذلك فان هذا الرجوع قاصر على المطالبة بالأجرة التي بذمة المستأجر من الباطن تجاه المستأجر الاصيلي، ودون ان تتعدى المطالبة الى غير ذلك.^٣

وعلى الرغم من إن المشرع العراقي لم يضع تعريفاً لمصطلح التعاقد من الباطن كمصطلح عام يشمل كل العقود التي تبرم من الباطن^٤، إلا انه نظم التعاقد من الباطن ووضع له نظاماً قانونياً خاصاً متمثلاً بعقد الإيجار من الباطن^(٥) وعقود اخرى^٦، وبالتالي يكون للمستأجر من خلال الإيجار من الباطن التأجير إلى شخص آخر بعقد إيجار جديد من دون

١: جاء في نص المادة ٥٩٦ من القانون المدني المصري (١- يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون

ثابتاً في ذمته للمستأجر الاصيلي وقت أن يندره المؤجر ٢- ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الاصيلي، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الانذار وفقاً للعرف او لاتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن).

٢: قرارها في الطعن رقم ١٥٤٧ لسنة ٥٦ ق. جلسة ١٢ / ٢٨ / ١٩٩٢، منشور على الموقع الالكتروني لشبكة قوانين الشرق، على الرابط الالكتروني الاتي: www.eastlaws.com.

٣: قضت محكمة النقض المصرية(ان عقد الايجار من الباطن لا ينشأ علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمالك، لانعدام الرابطة التعاقدية بينهما ولا صلة بين الطرفين، الا في حدود المادة ٥٩٦ من القانون المدني المصري، بخصوص الاجرة حتى ولو كان التأجير من الباطن مصرحاً به من المالك)، محكمة النقض المصرية المكتب الفني الدائرة المدنية قرار رقم ٣٥٨١ لسنة ٥٨ ق. جلسة ١٩٩٤/٢/٢٤، مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية المكتب الفني (الدائرة المدنية)، السنة الخامسة والاربعون، ج١ ص ٤٢٠. منشور على الموقع الالكتروني الخاص بموسوعة الاحكام العربية، على الرابط الالكتروني الاتي: www.mhamoon-ju.net.

٤: د. عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن، دار الكتب القانونية مطابع شتات، مصر، ٢٠١٣، ص ١٦.

٥: المادة (٧٥٥) من القانون المدني العراقي (للمستأجر إن يؤجر المأجور كله او بعضه بعد قبضه او قبله في العقار وفي المنقول...).

٦: عقد الوكالة من الباطن التي أضفى المشرع عليها صبغة الاعتبار الشخصي للوكيل، أي لا يسمح له إن يوكل غيره في العمل الموكل هو به إلا بعد الإذن له من قبل موكله وذلك بنص المادة (٩٣٩) من القانون المدني العراقي(ليس للوكيل إن يفوض غيره إلا إن يكون قد إذنه الموكل في ذلك او فوض الأمر لرأية...) فالأمر يختلف عنه إذا إذن الموكل للوكيل بتوكيل شخص آخر للقيام بالعمل الموكل به، ينظر في ذلك: د. علاء حسين علي، د. سعد ربيع عبد الجبار، محمد عبد الوهاب، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السادس، أيلول ٢٠١٢، ص ٧٢، وان جوهر الوكالة من الباطن يتمثل في التزام الوكيل بتنفيذ التصرف الذي انيط به، للتوسع في ذلك ينظر، د. جليل الساعدي، الوكالة من الباطن في القوانين العراقي والمصري والاشارة للفقهاء الاسلامي، مقالة منشورة في مجلة العلوم القانونية، المجلد ٢٤، الاصدار: ١، ٢٠٠٩، ص ٧٩.

التأثير على عقد الإيجار الأصلي الذي يبقى قائماً بين المؤجر والمستأجر، في حين العقد الثاني الجديد يربط المستأجر الأصلي بالمستأجر الثانوي.^١

الفرع الثاني

التنازل عن الإيجار

يقصد بالتنازل عن الإيجار هو نقل حقوق والتزامات المستأجر الناشئة عن عقد الإيجار إلى المتنازل له^٢، وبالتالي فإن هذا الاتفاق يتضمن حوالة دين بالنسبة إلى التزامات المستأجر وحوالة حق بالنسبة إلى حقوقه فيحيل المستأجر حقوقه قبل المؤجر، التي تتركز في حقه في الانتفاع بالعين المؤجرة إلى المتنازل له، وهو يحيل له في نفس الوقت الالتزامات المترتبة عليه لصالح المؤجر، وعلى الأخص الالتزام بدفع الأجرة، وهكذا يحل المتنازل له محل المستأجر في ما له من حقوق وما عليه من التزامات متولدة عن عقد الإيجار^٣.

ويمكن تصنيف التنازل عن الإيجار إلى تنازل اتفاقي وتنازل قانوني والذي يكون مصدره المباشر هو القانون، وهو ما يفرضه القانون على أطرافه، والقوانين المدنية حافلة بتطبيقات التنازل عن الإيجار، ومن تطبيقات التنازل القانوني هو ما نصت عليه الفقرة الثاوية من المادة (٧٦١) من القانون المدني العراقي^٤، على أنه (على أنه إذا كان المأجور عقاراً أنشئ فيه مصنع أو متجر، و أراد المستأجر ان يبيع الشيء المنشأ، جاز للمحكمة بالرغم من وجود القيد المانع ان تحكم بإبقاء الايجار إذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق) فالقانون يبيح للمستأجر إن يتنازل عن الإيجار لغيره، بالرغم من وجود الشرط المانع وعدم تنازل المؤجر عن الشرط المانع، متى ما قدم المستأجر ضماناً للمؤجر ولم يتضرر المؤجر نتيجةاً لحلول شخص آخر محل المستأجر^٥.

الفرع الثالث

تمييز الإيجار من الباطن عن التنازل عن الإيجار

لم يفرق شراح القانون الفرنسي القديم بين الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار كعملين قانونيين مختلفين، بل كانوا يعدون الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار عملين من طبيعة واحدة هي الإجارة من الباطن^٦،

١: د. اسعد دياب، مصدر سابق، ص ٥٠٧.

٢: د. السيد عيد نايل، عقد الايجار، مصدر سابق، ص ١٩٧.

٣: د. إبراهيم عنتر فتحي، مصدر سابق، ص ١٤٧، كذلك: زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، إيجار الأشياء - عقد الإيجار، الجزء التاسع، بلا سنة، ص ١٠.

٤: تقابل: المادة (٥٩٤) مدني مصري والمادة (١/٥٦١) سوري، والمادة (٥٨٤) لبناني.

٥: د. نبيل إبراهيم سعد، الإيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، بلا طبعة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٣٨.

٦: د. سليمان مرقس، شرح عقد الإيجار، دار النشر للجامعات المصرية، ط ٢، القاهرة، ١٩٥٤، ص ٤٣٤.

والفارق بينهما ينحصر في ورود التنازل عن الإيجار على العين المؤجرة كلها ، ويكون إيجار من الباطن متى ما ورد على جزء من العين المؤجرة^١ .

إما في القانون المدني الفرنسي لسنة (١٨٠٤) فالفرق الجوهرى يرجع إلى طبيعة العمل نفسه ، فالتنازل عن الإيجار يعد بيعاً أو هبة لحق المستأجر تبعاً لما إذا كان ذلك بمقابل أو بدون مقابل ، ففي التنازل عن الإيجار لا يوجد إلا عقد الإيجار الأصلي بين المؤجر والمستأجر ، وبذلك تتحول حقوق والتزامات المستأجر الناشئة عن عقد الإيجار إلى المتنازل إليه ، أما الإيجار من الباطن فيوجد عقدين الأصلي فيما بين المؤجر والمستأجر وعقد إيجار من الباطن ما بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن^٢ .

وأهم النتائج التي تترتب على هذا الفرق هي:

(١) التنازل عن الإيجار ، هو حوالة حق بالنسبة إلى المستأجر وحوالة دين بالنسبة إلى التزاماته وبالتالي ينبغي إتباع إجراءات حوالة الحق وحوالة الدين^٣ ، إلا إن التنازل يعد سارياً في حق المؤجر من وقت إخطاره بالتنازل حتى يفي بالتزاماته للمتنازل له دون المستأجر، ولا حاجة إلى قبوله أو إعلانه رسمياً كما في حوالة الحق، أما الإيجار من الباطن فيخضع لإحكام عقد الإيجار وبالتالي لا يستوجب إعلانه وإنما يكفي لسريانه في حق الغير إن يكون ثابت التاريخ^٤ .

(٢) أما من حيث شروط العقد، فالتنازل عن الإيجار تكون نفس الشروط بين المؤجر والمستأجر تسري على المتنازل إليه، أما الإيجار من الباطن، يمكن ان تختلف شروط العقد فيما بين المؤجر والمستأجر عن شروط العقد بين المستأجر والمستأجر من الباطن^٥ .

(٣) من حيث التصرف، في التنازل عن الإيجار كي يعتد بتصرف المستأجر بحقه ينبغي إن تتوفر أهلية التصرف، إما في الإيجار من الباطن فان المستأجر يقوم بعمل من أعمال الإدارة فتكفي فيه أهلية الإدارة^٦ .

(٤) من حيث حق الامتياز، لا امتياز للمستأجر على منقولات المتنازل اليه في العين المؤجرة، وله حق امتياز في الإيجار من الباطن على منقولات المستأجر من الباطن بالعين المؤجرة^٧ .

١ : د. محمد علي عمران، شرح أحكام عقد الإيجار في القانون الليبي، المكتبة الوطنية، بلا مكان، ١٩٨٠، ص ١٦٩ .

٢ : د. عبد الرزاق احمد السنهوري، ج٦، مصدر سابق، ص(٦٦٢-٦٦٣) .

٣ : د. اسعد دياب، مصدر سابق، ص ٥٠٨ .

٤ : د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح أحكام عقد الإيجار (دراسة في ضوء أحكام القانون المدني العراقي مع الإشارة إلى القوانين المدنية في الأردن ومصر وسوريا وليبيا ولبنان)، بغداد: شركة الزاهر، ٢٠٠٢، ص ١٦٢ .

٥ : د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق ، ص ٣٦٩، كذلك: د. منذر الفضل، د. صاحب الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ .

٦ : د. عبد الرزاق احمد السنهوري، ج٦، مصدر سابق ، ص ٦٦٤ .

٧ : د. سعدون العامري ،مذكرات في العقود المسماة البيع والإيجار، مطبعة المعارف ، ط ١ ، بغداد ، ١٩٦٦، ص ٣٢٠ ، كذلك، د. عبد

الفتاح عبد الباقي، أحكام القانون المدني المصري - عقد الإيجار - الإحكام العامة ، ج١، دار الكتاب العربي ، مصر، ١٩٥٢، ص ٤١٠ .

٥) من حيث التزام المستأجر، في التنازل عن الإيجار تكون العلاقة بين المستأجر والمتنازل اليه علاقة بائع بمشتري فلا يلتزم المستأجر إلا بتسليم العين المؤجرة بحالتها وقت الاتفاق على النزول، إما في الإيجار من الباطن فتكون العلاقة بين مؤجر بمستأجر فيلتزم المستأجر الأصلي باعتباره مؤجر بتسليم العين المؤجرة بحالة تصلح للانتفاع بها حسب الغرض المقصود من الإيجار^١.

الفرع الرابع

تكيف التصرف الذي يجريه المستأجر اتجاه مشتري المصنع

لقد تبين لنا إن أهم التصرفات التي يجريها المستأجر في حقه ترجع إلى نوعين أساسيين هما التأجير من الباطن والتنازل عن الإيجار، ويختلف أحدهما عن الآخر اختلافاً جوهرياً في الأحكام التي يخضعان لها، لذا ينبغي إن نتعرف على نوع التصرف الذي يجريه المستأجر، هل هو إيجار من الباطن أم تنازل عن الإيجار، وهي مسألة مهمة حيث كثير ما يخلط بين التصرفين ويطلق اسم أحدهما على الآخر^٢.

لكن قد يتفق المتعاقدان على طبيعة التصرف الذي يجريه بشكل واضح لا لبس فيه، إلا إن المشكلة تثور عندما يتم التعاقد بين الطرفين من دون إن يتم ذكر طبيعة التصرف، هل هو إيجار من الباطن أم تنازل عن الإيجار، وهنا لا بد من القاضي إن يلمس كافة الوسائل التي تمكنه من تكيف هذه العلاقة وذلك من خلال الرجوع إلى نية المتعاقدان المشتركة، أو إلى ظروف العقد أو الشروط التي ارتضاها المتعاقدان، لمعرفة طبيعة هذا التصرف^٣.

وهناك من الدلائل التي تمكن القاضي من التعرف على نية المتعاقدان، كاشتراط دفع الثمن بكاملة مقابل الانتفاع بالمأجور للمدة الباقية من الإيجار، فالراجح إن نية المتعاقدان قد انصرفت إلى النزول عن الإيجار، لكن إذا كان الشرط هو دفع الثمن إقساط فالراجح هو إيجار من الباطن. كذلك إذا كان التصرف يرد على جزء من المأجور، يكون اقرب إلى الإيجار من الباطن، إما إذا كان التصرف بكل المأجور فيرجح انصراف نية الأطراف إلى التنازل عن الإيجار^٤. كذلك إذا احتوى العقد شروط تختلف عن العقد الأصلي فالراجح إن يكون هذا التصرف إيجار من الباطن، في حين أذ كان العقد يحتوي على نفس الشروط الواردة في العقد الأصلي فان ذلك دليلاً على إن التصرف نزولاً عن الإيجار^٥.

وإذا لم يتوصل القاضي لطبيعة التصرف بسبب انعدام الأدلة ينبغي افتراض إن التصرف يتضمن إيجاراً من الباطن، ذلك لان الإيجار من الباطن أكثر شيوعاً واقرب إلى أذهان الناس من التنازل عن الإيجار^٦، على الرغم من إن

١: د. علي نجيدة، مصدر سابق، ص (٣٤٧ - ٣٤٨).

٢: فهمي الدروي، د. طارق الطنطاوي، عقد الإيجار في القانون المدني، مركز الأبحاث والدراسات القانونية، ١٩٩٨، ص ٢٤٥.

٣: د. منذر الفضل وصاحب الفتاوي، مصدر سابق، ص ٢٩٤.

٤: د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٣٢٠ - ٣٢١.

٥: د. علي نجيدة، مصدر سابق، ص ٣٤٩.

٦: د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٤١١ - ٤١٢.

هناك من يعد التأجير من الباطن تصرفاً قانونياً ولا يجوز إثباته إلا بالبينة التحريرية وإذا عجز المدعي عن الإثبات جاز له إن يطلب توجيه اليمين الحاسمة، وفقاً للمادة (١١٨) من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

والراجع هو إن التأجير من الباطن واقعة مادية اذ تنص المادة (٧٦) من قانون الإثبات رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٩ على انه (يجوز الإثبات بالشهادة في الوقائع المادية) وهي تشمل الوقائع الطبيعية والاختيارية إذا كانت إعمالاً مادية، لأن هذه الوقائع لا يمكن إعداد دليل كتابي بشأنها^١. كما ان الغير في التصرف القانوني يجوز له إثبات هذا التصرف بكل طرق الإثبات، فهو بالنسبة إليه واقعة مادية وفي الإخلال بالتزام عقدي يجوز إثبات العمل المادي الذي كون واقعة الإخلال بجميع الطرق لأنه واقعة مادية^٢.

وبعد ان بينا الدلائل التي من خلالها يميز القاضي نوع التصرف الذي يجريه المستأجر، تنازلاً عن الايجار ام ايجار من الباطن، لابد لنا من معرفة التكييف القانوني لحلول مشتري المصنع محل المستأجر، هل هو ايجار من الباطن ام تنازلاً عن الايجار؟

جاء في المذكرة الايضاحية بصدد الاسباب الموجبة لتشريع نص المادة (١٢) من قانون ايجار العقار رقم(٨٧) لسنة ١٩٧٩، الملغاة بموجب قانون التعديل السادس المرقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠، والذي نص على(اذا كان المأجور عقاراً أنشئ فيه مصنع وباع المستأجر المصنع حل المشتري محل المستأجر في عقد الايجار طبقاً لأحكام هذا القانون) في ان الحلول يكون من حيث التمكين بالانتفاع وتحديد الاجرة واسباب التخلية وغير ذلك من الاحكام، فلا يكون للمؤجر الحق في اقامة دعوى منع المعارضة على المشتري، وطلب قلع المصنع لان القانون لم يعتبر ذلك تنازلاً عن الايجار ولا ايجاراً من الباطن^٣.

و نرى ان اعتبار حلول مشتري المصنع محل المستأجر لا تنازلاً عن الايجار ولا ايجاراً من الباطن يجانب الصواب، فان حلول مشتري المصنع محل المستأجر ما هو الا صورة من صور التنازل عن الايجار.

وما يسند قولنا هو ان اغلب الكتاب اعتبروا عملية حلول مشتري المصنع محل المستأجر صورة من صور التنازل عن الايجار^٤، وتثار تساؤلات حول حق المستأجر في التصرف بالمأجور، هو متى يستطيع المستأجر التأجير من الباطن او التنازل عن الإيجار؟ في الوقت الذي منع قانون إيجار العقار المستأجر من إن يؤجر من الباطن او إن يتنازل عن الإيجار إلى الغير ما لم تكن هنالك موافقة من قبل المؤجر على إن تكون هذه الموافقة تحريرية^٥. فقد اجاز القانون المدني للمستأجر، باعتباره صاحب حق شخصي، إن يتصرف في حقه بكل أنواع التصرفات، يجوز له التنازل عن

١: د. ادم وهيب الندوي، شرح قانون الإثبات، ط٢، دار القادسية، بغداد، ١٩٨٦ ص ١٩٢.

٢: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، ج٦، مصدر سابق، ص ٦٢٣.

٣: كاظم الشيخ جاسم، قواعد ايجار العقار، مطبعة الجاحظ، ط١، بغداد، ١٩٨٧، ص ١٤٠.

٤: اشار الى ذلك الكثير من الكتاب ومنهم د. محمد علي عمران، مصدر سابق، وايضاً ينظر: د. عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الايجار، منشأة المعارف، ٢٠٠٦، ص ٤٥١.

٥: المادة (١١) من قانون ايجار العقار رقم(٨٧) لسنة(١٩٧٩)(يحظر الإيجار من الباطن او التنازل عنه كلاً او جزءاً إلا إذا اتفق الطرفان تحريريًا على خلاف ذلك).

كل حقه او جزءاً منه إلى الغير او إن يؤجر من الباطن ، كما يجوز إن يكون هذا النزول بمقابل كما في البيع او من بدون مقابل كما في الهبة^١ ، وإلى هذا أشارت المادة (٧٧٥) مدني عراقي بقولها : (للمستأجر إن يؤجر المأجور كله بعد قبضه او قبله في العقار وفي المنقول وله كذلك إن يتنازل لغير المؤجر عن الإجارة كل هذا ما لم يقض الاتفاق او العرف بغيره) . فالأصل في القانون المدني جواز التصرف في المأجور ما لم يقض الاتفاق او العرف بعدم جواز ذلك ، والحكمة من ذلك هو إن الأصل في عقد الإيجار ليس من العقود التي تهتم بالاعتبار الشخصي للمستأجر ، فالمؤجر لا يفرق في استلام الأجرة من المستأجر الأصلي او من المستأجر من الباطن او المتنازل إليه، إلا إن هذه القاعدة ليست مطلقة لأنها قاعدة مكملة لإرادة المتعاقدين لا إمرة ، فيجوز الاتفاق على خلافها ، فيستطيع المؤجر حرمان المستأجر من الإيجار من الباطن او التنازل عن الإيجار إلا بعد الحصول على موافقته ، وهذا ما اصطلح على تسميته بالقيود المانع^٢ . وهذا ما سنبحثه في المبحث الثاني.

١: د. عصمت عبد المجيد بكر، أفكار وأراء في إيجار العقارات التجارية والصناعية (دراسة في ضوء القانون ذي الرقم (٢٥) لسنة

١٩٩٦) ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ،جامعة الموصل، العدد الثاني، لسنة ١٩٩٧، ص٣٠.

٢: منذر الفضل وصاحب الفتاوي، مصدر سابق، ص٢٩٦ - ٢٩٧.

المبحث الثاني

القيد المانع من تصرف المستأجر بحقوقه الناشئة عن عقد الإيجار

بعد إن تبيين إن للمستأجر حقاً شخصياً ويكون له بمقتضاه إن يتصرف بكل التصرفات القانونية ، ومن أهم هذه التصرفات وأكثرها شيوعاً هي التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن ، واستناداً لذلك جعل القانون المدني الأصل هو إمكانية المستأجر إن يؤجر من الباطن او إن يتنازل إلى الغير، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك، إذ يستطيع المؤجر ان يضع شرطاً في العقد يمنع المستأجر من التصرف بالتنازل عن الإيجار من خلال بيع المصنع لشخص اخر، وهذا ما يسمى بالقيد المانع. لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في الأول مفهوم القيد المانع من تصرف المستأجر في بيع المصنع ونخصص المطلب الثاني إلى جزاء مخالفة القيد المانع عند حلول مشتري المصنع محل المستأجر.

المطلب الأول

مفهوم القيد المانع من تصرف المستأجر في بيع المصنع

لتوضيح مفهوم القيد المانع من تصرف المستأجر في بيع المصنع سوف نتناول تعريف القيد المانع من التصرف أولاً ثم نطاق القيد المانع التصرف لحلول مشتري المصنع محل المستأجر ثانياً واخيراً صور القيد المانع في حالة بيع المصنع من قبل المستأجر، على النحو الآتي.

الفرع الأول

تعريف القيد المانع من التصرف

يعرف القيد المانع من التصرف بأنه (الشرط الذي يرد في عقد او وصية ، فيمنع المالك من التصرف في مال معين من أمواله كما لو اشترط الواهب في عقد الهبة على الموهوب له عدم التصرف في المال الموهوب طوال حياته او حتى يبلغ سنأ معيناً ، او كما لو اشترط الموصي على الموصى له في الوصية مثل هذا الشرط)^١ ، وعرفه آخر بأنه (ما يشترطه المالك على من انتقلت اليه ملكية هذا الشيء ان لا يتصرف فيه لمدة معينة ، او غير معينة)^٢. ويلاحظ إن الشرط المانع من التصرف يرد على التصرف القانوني ، وهذا التصرف القانوني إما ان يكون عقداً او وصية^٣. كما عرف بانة (اتفاق العاقدان على ان لا يكون للمستأجر ان يتنازل عن حقه في الاجارة الى غيره ولا ان يؤجر من

١: د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، ط١، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧، ص٩٤.

٢: د. عبد المنعم فرج الصدة ، حق الملكية ، ط٣ ، مطبعة الحلبي واولاده ، مصر، ١٩٦٧، ص ١٠٩ .

٣: د. عبد الرزاق السنهوري، ج٨، ص٢٠٧.

الباطن^١. وعرفه اخر انه (منع الرخصة التي اعطاها القانون للمستأجر في ان يؤجر من الباطن ، او ان يتنازل عن الايجار وذلك بان يشترط عليه في عقد الايجار الا يقوم بمثل هذا العمل^٢.

وقد اورد المشرع العراقي القيد المانع ضمن النصوص المتعلقة بحفظ المأجور والتزامات المستأجر ثم اشار بصورة غير مباشرة بالنصوص المتعلقة في ايجار المستأجر من الباطن وتنازله عن الايجار الى الغير^٣، الا ان القانون المدني لم يجيز شرط المنع من التصرف ، وعدم تحريم شرط المنع من التصرف ، يقضي بوجوب تطبيق القواعد العامة ، وهي تقضي طبقاً للمادة (١٣١) من القانون المدني العراقي بان (١ - يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلانمه أو يكون جارياً به عرف أو عادة ٢ - كما يجوز ان يقترن بشرط نفع ل أحد العاقدين أو للغير شرط إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للأداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً)، فإذا كان الشرط صحيحاً ينبغي احترامه ، وعلى هذا فإن شرط المنع من التصرف متى ما كان مؤقتاً وكانت للمشتري مصلحة جدية من وراء اشتراطه ، فهو شرط صحيح ينبغي العمل به^٤.

الفرع الثاني

نطاق القيد المانع من التصرف لحلول مشتري المصنع محل المستأجر

ان المبدأ العام الذي تقرر في القانون المدني هو ان للمستأجر حق التنازل عن الايجار والايجار من الباطن ، ما لم يكن هنالك شرط يمنع المستأجر من ذلك، سواء اتفقا المتعاقدين على الشرط المانع ابتداء في عقد الايجار او ان يرد في وقتاً لاحق، لكن قد يرد قيد مانع يمنع المستأجر من التأجير من الباطن ، فهل يجوز للمستأجر ان يتنازل عن الايجار؟ وقد يحدث العكس، اي ان يرد القيد على التنازل عن الايجار ، فهل يجوز للمستأجر التأجير من الباطن؟^٥ تنص الفقرة (٢) من المادة (٧٦١) من القانون المدني العراقي على ان (منع المستأجر من ان يؤجر للغير يقتضي منعه من التنازل عن الايجار وكذلك العكس ، على انه اذا كان المأجور عقاراً انشئ فيه مصنع او متجر ،

١: د. سليمان مرقس، شرح عقد الايجار، مصدر السابق ، ص ٤٣٩ .

٢: د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي، بغداد، ١٩٥٦ ، ص ٤٠٦ .

٣: ينظر نص المادة (٢/٧٦١) وكذلك المادة (١/٧٥٥) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه(إذا غصب المأجور ولم يتمكن المستأجر من رفع يد الغاصب، جاز له ان يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة).

٤: عبود عبد اللطيف، دراسة في الحقوق العينية الاصلية، الجزء الاول، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥ ، ص ٢٩٤.

٥: د. عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الايجار- الاحكام العامة في الايجار - خصائص ايجار الاماكن، منشأة المعارف، ٢٠٠٥ ،

ص ٤٤٧.

واراد المستأجر ان يبيع الشيء المنشأ، جاز للمحكمة بالرغم من وجود القيد الامانع ان تحكم بإبقاء الايجار إذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق) وهو يتفق بذلك مع المشرع المصري من حيث النطاق فإذا كان القيد وارد على الايجار من الباطن شمل القيد التنازل عن الايجار وكذلك العكس^١.

ويرى البعض ان السبب الذي دعا المشرع إلى ايراد هذا النص، هو ان المتعاقدين عادة لا يدركان الفرق بين الايجار من الباطن والتنازل عن الايجار ، فإذا وجد شرط يمنع من احد العاملين فالمفترض ان المتعاقدين قصدا ان يمنع الشرط من العاملين معاً، وان تطبيق هذا النص يكون في حالة ما إذا اقتصر الشرط على المنع من احد العاملين دون ان يتعرض للعمل الآخر، فليس هناك ما يمنع من ظهور نية صريحة في المنع من احد الشيين دون الآخر^٢، بينما جعل المشرع اللبناني ، منع المستأجر من الايجار من الباطن لا يفيد منعه من التنازل عن الايجار^٣.

بيد ان المشرع العراقي كان موقفاً في جعل الشرط المانع الوارد على الايجار من الباطن يسري على التنازل وكذلك العكس، كونه راعى في ذلك فهم الأشخاص للنصوص القانونية كونهم غالباً ما يخلطون بين التصرفين، فقد يقيد المؤجر المستأجر من التصرف تنازلاً عن الايجار في حين نيته تتصرف الى الايجار من الباطن كذلك .

ويثار تساؤل حول إمكانية المستأجر على الرغم من وجود الشرط المانع ان يستعين بشريك معه لأدارة المايجور او ان يعهد به الى نائب عنه لاستغلاله او ان يستضيف قريباً او صديقاً او ان يكون له الحق في اعارته ؟ ان القيد المانع يسلب المستأجر حقاً يخوله عقد الايجار، فينبغي ان يكون قاطعاً في دلالاته ولا يتوسع في تفسيره. واذا كان الاصل في تفسير الشرط المانع تفسيراً ضيقاً الا ان الفقه والقضاء متفقان على ان وجود الشرط لا يمنع المستأجر من ان يدخل معه شريك او ان يستضيف قريباً او صديقاً في داره او ان يعيره بشرط الا تكون الإعارة لمدة طويلة^٤.

الفرع الثالث

صور القيد المانع عند بيع المصنع من قبل المستأجر

يقع الشرط المانع من التأجير من الباطن او النزول عن الايجار في عدة صور ، وذلك بحسب الزاوية التي ينظر من خلالها لكل صورة وعلى النحو الآتي .

١: تنص المادة (٥٩٤) من القانون المدني المصري على (١- منع المستأجر من ان يؤجر من الباطن يقتضي منعه من التنازل عن الايجار وكذلك العكس ٢. ومع ذلك اذا كان الامر خاصاً بإيجار عقار أنشئ به مصنع او متجر واقتضت الضرورة ان يبيع المستأجر هذا المصنع او المتجر، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع ان تقضي بإبقاء الايجار إذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق).

٢: عصمت عبد المجيد بكر، شرح احكام عقد الايجار، مصدر سابق، ص ١٨٦.

٣: ينظر: المادة (٥٨٤) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

٤: سعدون العامري، مصدر سابق، ص (٣٢٢ - ٣٢٣).

اولاً: القيد المانع من حيث مدى الشمولية : قد يرد القيد المانع عاماً مطلقاً وهذا هو الغالب في العمل ، فإذا ورد القيد المانع مطلقاً في العقد ينبغي على المستأجر ان يحترم هذا القيد ، وعلى الرغم من هذا فإن المحاكم قد ترددت في فسخ الايجار الذي يترتب على مخالفة هذا الشرط المطلق ، اذا كان المؤجر متعسفا في حقه في التمسك بالشرط المانع، إذا لم يكن له مصلحة مقبولة او باعث جدي^١، وبالتالي فان القيد المانع المطلق هو ذلك الشرط الذي لا يجوز بموجبه للمستأجر ان يتصرف بالعين محل عقد الايجار الى الغير باي شكل من الاشكال^٢، فإذا ورد القيد المانع في عقد الايجار على منع المستأجر من النزول عن الايجار من خلال بيع المصنع إلى الغير ليحل محله في العلاقة التعاقدية، عند ذلك لا يحق للمستأجر تجاوز القيد المانع والا تعرض للجزاءات المقررة عند مخالفة القيد، ذلك مالم تتوافر شروط بيع المصنع المقررة قانوناً والتي تبيح بيع المصنع على الرغم من وجود القيد المانع^٣.

وقد يتخذ القيد المانع صورة المنع المقيد ، وفيه يشترط الحصول على موافقة المؤجر او الحصول على رضائه عن شخص المستأجر، كما لو اشترط المؤجر تقديم الضمانات الكافية من قبل مشتري المصنع ليضمن وفاءه للالتزامات التي آلت اليه بعد ما كان بائع المصنع ملتزم بها اتجاه المؤجر ، ولقد ثار بين شراح القانون خلاف بشأن هذين الشرطين فقد ذهب رأي إلى انه لا يجوز للمستأجر بيع المصنع مطلقاً مع وجود هذين الشرطين إذا لم يوافق المؤجر او إذا لم يرض عن شخص المستأجر في حالة عدم تحقق شروط بيع المصنع^٤، في حين ذهب رأي آخر^٥، إلى انه لا يجوز للمستأجر بيع المصنع إذا اشترط موافقة المؤجر الا بعد موافقته ، إما اذا كان قد اشترط رضائه عن المستأجر فان للمحاكم مراجعته في ذلك، بل ان بعض المحاكم ذهبت لأبعد من هذا فقالت بانه لا يجوز التعويل في الاحالتين على عدم موافقة المؤجر او عدم رضائه بشخص المستأجر إذا ابدا انه متعسف في استعمال حقه^٦، فإذا تعذر على المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة بنفسه ، واضطر المستأجر إلى بيع المصنع الى شخص اخر ليحل محله في العلاقة القانونية ، فلا يحق للمستأجر التمسك بالقيد المانع إذا لم تكن له مصلحة في تنفيذه، والا كان متعسفاً في استعمال حقه، وينبغي على المستأجر قبل ان يتصرف بالعين طلب الموافقة من المؤجر اولاً ، فان امتنع المؤجر وتمسك بالقيد المانع ، كان للمستأجر ان يرفع الامر للقضاء ، فاذا ثبت ان المؤجر ليست له اية مصلحة في التمسك بالقيد المانع وانما تعنتاً منه، كان للقضاء ان يمنع المؤجر من التعسف في استعمال حقه^٧.

فيكون المانع المقيد باتفاق المؤجر والمستأجر بان يتوقف قيام المستأجر بالإيجار او التنازل عنه على موافقة المؤجر او الا يكون الا لشخص معين او الا يكون التصرف الا بموجب تصريح كتابي من المؤجر او أي قيد اخر^٨.

١: د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٤٤٣.

٢: زهدي يكن، مصدر سابق، ص ٧٣.

٣: ينظر في ذلك نص المادة (٢/٧٦١) من القانون المدني العراقي، وكذلك المادة (٢/٥٩٤) من القانون المدني المصري.

٤: د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٦، ف ٤٥٦، ص ٦٧٤.

٥: فهمي الدروي، د. طارق الطنطاوي، عقد الإيجار في القانون المدني، مركز الأبحاث والدراسات القانونية، ١٩٩٨، ص ٢٤٩.

٦: د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج ٦، ف ٤٥٦، ص ٦٧٤.

٧: فهمي الدروي، د. طارق الطنطاوي، مصدر سابق، ص ٢٥٠.

٨: د. عباس حسن الصراف ، مصدر سابق ، ص ٤٠٦.

ثانياً: القيد المانع من حيث الدلالة : ان القيد المانع من حيث الدلالة إما ان يكون صريحاً او ان يكون ضمناً ، فالقيد المانع الصريح هو الذي يكون قاطعاً في دلالته وذلك بان يضع المؤجر بنداً في عقد الايجار يشترط فيه على المستأجر عدم جواز التصرف بالعين المستأجرة إلى الغير سواء كان القيد وارد على الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار من خلال بيع المصنع، ففي هذه الحالة يكون الشرط المانع واضحاً في دلالته.^١

اما القيد المانع الضمني فهو ذلك الشرط الذي يفيد من ظروف التعاقد ما دامت تلك الظروف قاطعة في ذلك كما لو كانت شخصية المستأجر الذي أنشئ مصنع في عقار المؤجر محل اعتبار لدى المؤجر.^٢

المطلب الثاني

جزاء مخالفة القيد المانع عند حلول مشتري المصنع محل المستأجر

ان الآثار المتولدة نتيجة مخالفة القيد المانع من التصرف وفقاً للأحكام العامة ، المنصوص عليها في القوانين التي اجازت شرط المنع من التصرف، كالقانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، إذ ترتب على مخالفة القيد المانع من التصرف بطلان التصرف المخالف للشرط ، أي ان مخالفة شرط المنع من التصرف لا يترتب عليها بطلان التصرف الذي اشترط فيه عدم التصرف.^٣

إذا قام المستأجر ببيع المصنع الذي انشئه في عقار المؤجر إلى الغير على الرغم من وجود القيد المانع الذي اورده المؤجر في عقد الايجار، كان مخالفاً بما يوجب عليه العقد واستحق الجزاء المقرر لذلك ، وهذه الجزاءات هي التنفيذ العيني او الفسخ او المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى^٤، وهذا ما سنبينه على النحو الاتي.

الفرع الاول

التنفيذ العيني عند مخالفة المستأجر للقيد المانع من بيع المصنع

إذا قام المستأجر بمخالفة الشرط المانع من تصرف المستأجر في بيع المصنع للغير اعتبر المستأجر مخالفاً بالتزامه، ويكون للمؤجر وفقاً للقواعد العامة ان يطلب التنفيذ العيني أي ان يتم اخراج المتنازل له مشتري المصنع من العين المؤجرة^٥، كما له ان يلجأ إلى قاضي الامور المستعجلة إذا توافرت دواعي الاستعجال، وليس للقضاء ان يرفض

١: د. منذر الفضل، د. صاحب الفتلاوي، مصدر سابق، ص ٢٩٧.

٢: د. سعدون العامري ، مصدر سابق ، ص ٢٩٤.

٣: د. صلاح الدين ناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، الجزء الاول ، حق الملكية في ذاته، (بدون طبعة وتاريخ نشر) ١٩٦٠ ص ١٠٨.

٤: د. منذر الفضل، د. صاحب الفتلاوي، مصدر سابق، ص ٢٩٤.

٥: د. السيد عيد نايل، عقد الإيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن وفقاً لأخر التعديلات التشريعية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٢٠٤.

الحكم بالتنفيذ العيني بحجة عدم وجود ضرر، الا إذا كان التنفيذ العيني مرهقاً للمستأجر جاز للمحكمة ان تستعويض عنه بالزام المستأجر بدفع تعويض نقدي للمؤجر إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً، ومجرد قيام المستأجر بالتنازل عن الايجار من خلال بيع المصنع على الرغم من وجود شرط صحيح مانع من ذلك من قبل المؤجر يحتم على القاضي فسخ الايجار او ابطال بيع المصنع والتعويض للمؤجر متى ما لجأ المؤجر اليه، وذلك اعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وتحقيقاً لمبدأ سلطان الارادة باعتبار ان اخلال المستأجر بالالتزامات الواقعة على عاتقه مبرر كافي لفسخ عقد الايجار والا ما كان المؤجر قد اشترط منعه من التنازل عن الايجار عن طريق بيع المصنع.^١

الفرع الثاني

فسخ عقد الايجار عند مخالفة المستأجر للقيد المانع من بيع المصنع

يجوز للمؤجر بدل من ان يطلب التنفيذ العيني ان يطلب فسخ عقد الايجار الاصلي على اساس ان المستأجر قد اخل بالتزام مترتب في ذمته بمقتضى عقد الايجار، الا ان المحكمة لها سلطة تقديرية في اجابتها لطلب الفسخ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة، فيجوز للمحكمة رفض الحكم بالفسخ متى ما وجدت ان المخالفة يسيرة، ولكن اذا كان الاطراف متفقين على ان العقد يُعد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا خالف المستأجر للقيد المانع من النزول عن الايجار ببيع المصنع للغير دون حاجة الى حكم قضائي، فان عمل المحكمة يقتصر على التثبت من وقوع المخالفة من دون الحكم بالفسخ في هذه الحالة.^٢

الفرع الثالث

تعويض المؤجر من قبل بائع المصنع

يجوز للمؤجر فضلاً عن طلب التنفيذ العيني او الفسخ ان يطلب تعويض من المستأجر بائع المصنع عما اصابه من ضرر بسبب اخلاله بالتزامه ببيع المصنع للغير على الرغم من وجود القيد المانع المنصوص عليه في عقد الايجار، كما لو فسخ الايجار قبل انتهاء المدة المقررة في العقد بسبب مخالفة المستأجر للشرط المانع، كما له ان يطلب تعويضاً مع طلب التنفيذ العيني، كما لو ترتب على بيع المصنع ضرر مادي او ادبي لحق بالمؤجر، فللمؤجر ان يطلب من مشتري المصنع كمستأجر جديد اخلاء المأجور مع طلب التعويض عن هذا الضرر، والمسؤول عن التعويض هو المستأجر الاصلي بائع المصنع نفسه لا المستأجر الجديد مشتري المصنع، فإذا فرض ان المؤجر قد منع المستأجر من ان يبيع المصنع الى شخص يمارس نفس نشاط مستأجر اخر اشترط عدم المنافسة، وخالف المستأجر الاصلي الشرط المانع،

١: عبد فاروق الزنكلوني، فسخ عقد الايجار. في ضوء القانون المدني وفقاً لأراء الفقه وحدث احكام محكمة النقض حتى ٢٠٠٩، (بلا

مكان الطبع)، ٢٠١٠، ص ٨١.

٢: د. السيد عيد نايل، مصدر سابق، ص (٢٠٤ - ٢٠٥).

ورجع المستأجر الذي اشترط عدم المنافسة على المؤجر بالتعويض ، فان المؤجر يرجع بهذا التعويض على المستأجر الاصيلي لا على مشتري المصنع.^١

ولكي يترتب الجزاء المتقرر لمخالفة القيد المانع ينبغي ان يتمسك المؤجر بالقيد المانع، وليس من المحتم ان يفعل المؤجر ذلك، فمن حق المؤجر ان ينزل عن التمسك بالقيد المانع كونه مقرر لمصلحته، سواء ان كان هذا النزول صريحاً او ضمناً يستدل من ظروف الحال، كما لو علم المؤجر بأن المستأجر قد تنازل عن الايجار ببيعه للمصنع الذي انشئه للغير، ويترتب على نزول المؤجر عن الشرط المانع اعتبار هذا الشرط كأن لم يكن ، وبالتالي يحق للمستأجر ان يتصرف في حقه بعد انقضاء التصرف الذي ورد النزول بمناسبته، ما لم يثبت ان النزول كان مقصوراً على التصرف الاول وحده.^٢

١: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، عقد الايجار- ايجار الاشياء، بيروت لبنان، منشورات محمد الداية، بلا مكان، بلا سنة، ص ٥٠٢ -

٥٠٣.

٢: د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٤٢٢ - ٤٢٣.

المبحث الثالث

الاستثناء المعطل للقيود المانع من حلول مشتري المصنع محل المستأجر

نبين في هذا المبحث الرخصة التشريعية الممنوحة للمستأجر، وهي رخصة التنازل عن الايجار في حالة بيع المصنع والتي تسمى ببيع الجدك^١، فقد منح القانون هذه الرخصة للمستأجر في ان يبيع المصنع لشخص آخر يحل محله في عقد الايجار على الرغم من وجود شرط يمنع المستأجر من ان يتنازل إلى الغير، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٧٦١) القانون المدني العراقي على ما يأتي (على انه اذا كان المايجور عقار انشئ فيه مصنع او متجر، و اراد المستأجر ان يبيع الشيء المنشأ جاز للمحكمة بالرغم من وجود القيد المانع ان تحكم بإبقاء الايجار اذا قدم المشتري ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق)^٢، فيُعد التنازل عن الايجار في صورة بيع المصنع نافذاً في حق المؤجر على الرغم من وجود القيد المانع، ويرى البعض ان دور المحكمة في تطبيق هذه الحالة يقتصر على التحقق من توافر شروط المادة (٢/٧٦١) مدني عراقي وترتب اثرها عليها، فمتى ثبت للمحكمة توافر الشروط قضت بثبوت

١: يستعمل لفظ (الجدك) للتعبير عن المحل التجاري وفقا لنص المادة (٣٦٧) من القانون المدني المصري القديم، والمراد بالجدك - كما عرفه فقهاء الشريعة الاسلامية - الرفوف والاعيان المركبة في الحانوت او الاغلاق على وجه القرار والمملوك للمستأجر. وعرفته محكمة النقض المصرية بانه يشمل جميع عناصر المتجر او المصنع الذي ينشئه المستأجر بالعين المؤجرة من ثابت ومنقول، ومن مقومات مادية وغير مادية كالاسم التجاري والعملاء. وقد استبدل القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ بلفظ (الجدك) لفضي (مصنع او متجر) فيما اورد بنص الفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ من استثناء على الحظر المقرر على حق المستأجر في التنازل عن الايجار، وذلك حين ينشئ الاخير بالعين المؤجرة محلا تجاريا - متجر او مصنع - ويضطر الى بيعه، فأجاز المشرع للمحكمة - تحت شروط معينة - بالرغم من قيام الحظر ان تقضي بإبقاء الايجار، وهي حالة تخالف تلك التي ترد فيها الاجارة على عين اعددها مالكة بأدوات والآت او مفروشات لاستجارها في مشروع تجاري او صناعي معين، اذ يكفي لإخراج اجارتها من نطاق تطبيق احكام قوانين ايجار الاماكن ان تكون هذه الادوات او الآلات او المفروشات جدية، وتكون الاجارة قد استهدفتها بحيث يعد المبنى في ذاته عنصرا ثانويا بالنسبة لها. ينظر في تفصيل ذلك: الدكتور محمد المنجي، الرخص التشريعية المتبقية للمستأجر، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ١٧ هامش رقم (٢).

٢: يقابله في التقنيات المدنية العربية الاخرى: التقنين المدني السوري م(٢/٥٦١) مطابق، والتقنين المدني السوري م(٢/٥٩٣) مطابق، والتقنين المدني المصري م(٢/٥٩٤) اذ نص على(ومع ذلك اذا كان الامر خاصا بإيجار عقار انشئ به مصنع او متجر، واقتضت الضرورة ان يبيع المستأجر هذا المصنع او المتجر، جاز = للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع، ان تقضي بإبقاء الايجار، اذا قدم المشتري ضمانا كافيا، ولم يلحق المؤجر من ذلك ضررا).

(وتتفق احكام التقنين العراقي في مجموعها مع احكام التقنين المصري، فيما عدا ان التقنين العراقي لا يشترط ان يكون المستأجر مضطرا الى بيع المصنع او المتجر، ويشترط التقنين المصري ذلك)، للتوسع في ذلك ينظر، د. عبد الرزاق احمد السنهاوري، ج ٦، المصدر السابق، هامش ص ٦٧٧.

التنازل عن الايجار ونفاذه في حق المؤجر، ويكون الحكم في ذلك مقرراً وليس منثناً^١، وان التنازل في هذه الحالة لا يكون نافذاً بذاته بمجرد حصول بيع المصنع بل ينبغي من ان يصدر حكم المحكمة به حيث ورد النص بعبارة الاجازة للمحكمة، وليس بعبارة الوجوب او الالتزام، لان حكم المحكمة في هذا الموضوع يقوم مقام موافقة المؤجر في تعطيل القيد المانع المفروض على المستأجر.^٢

وسنبين الاستثناء المعطل للقيد المانع من حلول مشتري المصنع محل المستأجر، من خلال تناول شروط تحققه، لذا سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نتناول في الاول الشروط العامة لحلول مشتري المصنع محل المستأجر وفي المطلب الثاني الشروط الخاصة لحلول مشتري المصنع محل المستأجر ونخصص المطلب الثالث الى بيان العناصر اللازمة توافرها في المصنع لتحقيق الاستثناء المعطل للقيد المانع.

المطلب الاول

الشروط العامة لحلول مشتري المصنع محل المستأجر

اوضحنا سلفاً ان المشرع العراقي اجاز للمستأجر في ان يبيع المصنع الذي انشئه في المأجور في نص المادة (٢/٧٦١) من القانون المدني العراقي وبالتالي يحل محل المستأجر الأصلي مستأجراً جديداً دون الاعتداء برغبة المالك في خيار من يندفع بملكه، وذلك لاعتبارات رجح فيها المشرع الصالح العام على المصلحة الخاصة فواج التجارة واستمرارها يغلب على خيار المالك في الموافقة على من يندفع بملكه^٣، ويشترط لتحقيق الرخصة التشريعية للمستأجر في ان يبيع المصنع الى شخص معين ليحل محله في العلاقة الايجارية توفر شروط معينة والتي سنبينها في الافرع الآتية :

الفرع الاول

ان يرد البيع على مصنع انشأه المستأجر في العين المؤجرة

ان ما تنص عليه المادة (٢/٥٩٤) من القانون المدني المصري على انه : (اذا كان المأجور عقاراً أنشئ فيه مصنع او متجر، واراد المستأجر ان يبيع الشيء المنشأ، جاز للمحكمة بالرغم من وجود القيد المانع ان تحكم بإبقاء الايجار إذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق) يتبين من هذه الفقرة ان الشرط الاول من

١: الحكم المقرر الكاشف: هو الحكم المؤكد لحالة او مركز قانوني موجود من قبل، من دون ان يتضمن الزام احد الخصمين بأداء معين، فهو يزيل الشك او التجهيل الذي يدور حول الحق او المركز القانوني، اما الحكم المنشئ: هو الحكم الذي يقرر انشاء مركز قانوني جديد او تعديله او انهاء مركز قانوني قائم، ويصدر الحكم يتم انشاء الرابطة الجديدة التي تتمتع بالحماية القانونية، ينظر في ذلك: د. ادم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سنة، ص ٣٤٩ وما بعدها .

٢: د، سليمان مرقس، شرح قانون ايجار الاماكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر، دار الكتب القانونية، ١٩٩٨، ص ١٨٣.

٣: د، سعيد سعد عبد السلام، الوسيط في قانون ايجار الاماكن المصري طبقاً لأحدث التعديلات الدستورية، ط١، بلا مكان، ٢٠٠٧،

شروط استعمال الرخصة للمستأجر في ان يبيع المصنع المنشأ في العين المؤجرة ، هو ان يتم انشاء مصنع في العين المؤجرة^١ ، والمقصود بأنشاء المصنع، هو الحالة التي يوجد فيها عقد ايجار نص فيه على الشرط المانع من التنازل عن الايجار ، ثم أنشئ في العقار المؤجر بهذا الشرط مصنع، سواء كان الانشاء متفق عليه ابتداء او لم يكن هناك اتفاق بأنشاء مصنع، ولكن دون مخالفة صريحة لنصوص العقد ، فأنشاء المصنع وعدم الحاق المؤجر ضرراً مبرراً لتحرير المستأجر من الشرط المانع ، ولإبقاء الايجار لصالح مشتري المصنع ، بشرط تقديم المشتري ضماناً كافياً للمالك وعدم حصول ضرر محقق، الفرض هنا ان العقار المؤجر لم يكن فيه مصنع ولم يكن القصد من الاجارة انشاء مصنع في العقار، ولم يحظر المؤجر من انشاء مصنع في العين المؤجرة ، ولكن العقد يتضمن فقط المنع من التنازل عن الاجارة ، وما يؤكد ذلك الفرض ، انه لو كان العقار المؤجر منشأ به مصنع من الاصل أي في وقت ابرام الاجارة ، او كانت الاجارة قد ابرمت بقصد انشاء مصنع فيه ، فان حق الاجارة يندمج في المصنع المنشأ فيه ، ويكون مع سائر عناصر المصنع المادية والمعنوية - مالا منقولاً معنوياً مستقلاً في جوهره وذاته عن كل عنصر من العناصر المكونة له ، ويتم هذا الاندماج نتيجة لرضاء المالك ، طالما ان المصنع كان منشأ في العقار المؤجر وقت ابرام الاجارة او كانت الاجارة قد ابرمت بقصد انشاء المستأجر مصنعاً فيه، وينبغي ان تتوفر في المصنع المقومات المادية والمعنوية بمعنى ان يكون مستغلاً في نشاط تجاري قوامه الاشتغال بأعمال واغراض تجارية^٢.

١: ليس من الضروري أن يكون مالك المصنع هو الذي انشأ المصنع بنفسه على العقار، وإن كان هذا هو الغالب، فيجوز أن يكون مالك العقار هو الذي أقام مصنع ثم باعه لشخص، وأجر له العقار ايجاراً مقترناً بالشرط المانع، أو يكون شخص أقام المصنع على عقار استأجره من مالكة، وباع المصنع لشخص آخر، انتقل اليه = ايجار العقار بموافقة المالك، ومنع في الوقت ذاته من التنازل الى الغير. للتوسع في ذلك ينظر: د عصام أنور سليم، مصدر سابق، ص ٤٥٣.

٢: هذا ما ذهب اليه محكمة النقض المصرية في ان ما نصت عليه المادة (٢/٥٩٤) من القانون المدني المصري انما هو استثناء من الاصل المقرر وهو التزام المستأجر باحترام الحظر من التنازل عن الايجار ، كان الدافع الى تقريره حرص المشرع على استبقاء الرواج التجاري ، بشرط ان تثبت الصفة التجارية للنشاط الذي كان يزاوله المتنازل وقت اتمامه بيع المصنع ، أي يجب لاعتبار المحل تجاري في معنى المادة ٦٩٤ مدني سالفه الذكر ان تثبت الصفة التجارية للمصنع فاذا كان المصنع مستغلاً في نشاط قوامه الاعتماد - وبصفة رئيسية - على استغلال المواهب الشخصية والخبرات العملية والمهارات الفنية لصاحبة ، دون ان يستخدم عمالاً يضارب على عملهم ، او آلات يضارب على انتاجها ، فانه لا يعتبر عملاً تجارياً ، اذ تقوم صلته بعملائه في هذه الحالة على ثقتهم بشخصه وخبرته بخلاف المحل التجاري الذي يتردد عليه العملاء لثقتهم فيه كمنشأة مستقلة عن شخص مالكة ، واذا كان من المقرر عدم جواز التوسع في تفسير الاستثناء او القياس عليه ، فان الاستثناء المقرر = =بالفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ مدني يظل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مقصوراً على الاماكن التي تمارس فيها الاعمال ذات الصفة التجارية والتي ينطبق عليها وصف المصنع او المتجر دون سواها ، لما كان ما تقدم ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، واقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على ما اورده بأسبابه من = = ان عبارة المحل التجاري تشمل كل مكان يباشر فيه المستأجر حرفة او مهنة تدر عليه ربحاً كمكاتب السمسة ومكتب المحامي وعيادات الاطباء ... فانه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون، وقد حجه هذا الخطأ عن بحث ما اذا كان المستأجر الاصيلي كان

كما يثير تساؤل حول مدى امكانية تحقق الاستثناء المعطل للقيود المانع في حالة انشاء المصنع من قبل المؤجر؟

ان القاعدة الثابتة في تحقق شرط انشاء المصنع، هو ان يكون هناك مصنع مملوك لشخص ومقام على عقار شخص آخر وهو المؤجر، ليكون مالك المصنع مستأجراً للعقار وممنوع عليه بيع المصنع لشخص آخر أي التنازل عن الايجار، لكن ليس من الضروري ان يكون مالك المصنع هو الذي انشأه بنفسه على العقار، وان كان هذا هو الفرض الغالب، فقد يكون مالك العقار هو الذي انشأ المصنع ثم قام ببيعه لشخص آخر وأجر له العقار مقترناً بالشرط المانع^١.

الفرع الثاني

وجود ضرورة ملجئة لبيع المصنع

ان شرط الضرورة هو ما نص عليه القانون المدني المصري في المادة (٢/٥٩٤) اذ نص على (ومع ذلك اذا كان الامر خاصاً بإيجار عقار أنشئ به مصنع او متجر ، واقتضت الضرورة ان يبيع المستأجر هذا المصنع او المتجر....)، بخلاف القانون المدني العراقي الذي أعطى الحرية للمستأجر في ان يبيع المصنع بأي وقت مادام لم يسبب ذلك ضرر محقق بالمؤجر، في حين اشترط المشرع المصري الضرورة، إذ ينبغي ان تقتضي الضرورة بيع المصنع سواء كان البيع اجبارياً بسبب التنفيذ على المصنع ام كان اختيارياً، انما يلزم في هذه الحالة الاخيرة ان تكون الظروف هي التي جاءت المستأجر الأصلي إلى بيع المصنع^٢، والا اصابه ضرر محقق وتعرض لشهر افلاسه، والضرورة هذه هي وصف لحالة واقعية ليس لازماً فيها ان تكون ناشئة عن ظروف قهرية لا سبيل من تلافيتها ولكن قد تكون بسبب خطأ المستأجر نفسه او قد تكون بسبب فعل الغير، كما ينبغي ان يتضمن عقد بيع المصنع الضرورة التي جاءت صاحب المصنع الى بيعه والا فان حكم المادة (٢/٥٩٤) من القانون المدني المصري لا ينطبق على نزوله عن الايجار إلى الغير، وفي هذه الحالة لا يندرج ضمن مفهوم نص المادة (٢/٥٩٤) بل يعد مجرد ايجار من الباطن او نزول عن ايجار عادي يجيز للمؤجر ان يطلب اخلاء العين المؤجرة لمخالفته للقيود المانع، ويتعين في الضرورة الملجئة لبيع المصنع ان تضع حداً لنشاط المستأجر الأصلي البائع بحيث يكون بيع المصنع هو آخر عمل يقوم به، أما اذا عاد بائع المصنع إلى ممارسة ذات النشاط وفي تاريخ معاصر للبيع، فإن تصرف المستأجر ببيع المصنع في هذه الحالة لا تتوفر فيه الضرورة الملجئة لبيع المصنع، وكذلك الحال إذا كان بائع المصنع يقصد من هذا البيع التفرغ لإدارة اعمال اخرى، لان التفرغ لإعمال اخرى لا يُعد ضرورة ملجئة لبيع المصنع، إذ لا يقوم به ظرفاً قاهراً لا يد للمستأجر الأصلي فيه مما

يستغل عين النزاع في استقبال العملاء الذين يقصدونه كخبير مثنى، كقول الطاعن والذي اعتنقه الحكم المستأنف، او كصالة مزادات كما يقول المطعون ضدهم، مما يعيبه، فضلا عن الخطأ في تطبيق القانون.

(الطعن رقم ١٠٣١ لسنة ٤٨ق - جلسة ١٠/١١/١٩٨٣)، اشارة اليه: خلف محمد، ايجار وبيع المحل التجاري والتنازل عن المحال التجارية والصناعية والمهنية، ط٦، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠١، ص١٧٦.

١: د. محمد علي عمران، مصدر سابق، ص١٧٤.

٢: د، عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص٤٢٤.

يجعله مضطراً الى بيع المصنع، وكذلك لا يُعد ضرورة اضطرار المستأجر الى قصر نشاطه على ادارة مصنع اخر يملكه.^١

ومن امثلة الضرورة التي تجيز بيع المصنع : كما لو عجز صاحب المصنع عن العمل او ان يتقاعد فيضطر الى بيع المصنع، او ان يموت المستأجر مالك المصنع وتعجز الورثة عن ادارة المصنع فيضطرون الورثة الى بيع المصنع ، وقد يحول مانع آخر دون ان يستمر المستأجر في عمله ، كان يكسد عمله فيضطر الى بيع المصنع ، كما يُعد افلاس مالك المصنع ضرورة تبيح لأمين التفليسة عند بيع المصنع للوفاء بالديون ان يتنازل عن الايجار للمشتري^٢، فقد يكون بيع المصنع سببه استحكام الخلاف بينه وبين شركائه او قيام منافسين اقوياء له^٣، ولا يشترط في الضرورة ان ترقى الى مستوى القوة القاهرة فالضرورة التي تقضي بيع المصنع وتبرر ابقاء الاجارة لمصلحة مشتري المصنع هي تلك التي تضع حداً لنوع النشاط الذي كان يزاوله المستأجر في العين المؤجرة فلا يشترط ان ترقى لمستوى القوة القاهرة التي لا سبيل الى دفعها او تلافي نتائجها، ولقاضي الموضوع تقدير الضرورة طبقاً لما يستخلصه من ظروف البيع مسترشداً في ذلك بالأسباب الباعثة اليه ، ولكن ينبغي ان يكون استخلاصه مستنداً الى دليل قائم في الدعوى يؤدي منطقاً وعقلاً الى ما انتهى اليه.^٤

بينما نجد موقف التقنين المدني العراقي يختلف عن التقنين المصري في اشتراط الضرورة لبيع المصنع، فالمشرع العراقي لا يشترط ان يكون المستأجر مضطراً الى بيع المصنع، ويكفي ان يكون المستأجر ملزم بالوفاء بالتزامات يرغب في بيع المصنع الذي انشئه في العين المؤجرة ، بشرط ان يقدم المشتري ضماناً كافياً يضمن بموجبه المستأجر الاول، وبشرط الا يلحق المؤجر من هذا التنازل ضرراً .

ونرى توجه المشرع العراقي في عدم اشتراط الضرورة واكتفائه بالاشروط الاخرى اكثر دقة من التشريعات الأخرى التي عالجت هذه الحالة ° ، وذلك لاعتبارات تتصل بالإبقاء على الرواج المالي والتجاري وتشجيعاً لأنشاء المصانع في البلاد، وبالتالي تتقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة بالإضافة الى اطلاق الحرية امام سلطان الارادة للمستأجر في بيع المصنع.

١: جمال الدين طه جمعة و احمد شاكر، المرجع العلمي في الامتداد القانوني لعقد الايجار- في ظل قوانين الايجار والقانون المدني وتشريعات الاحوال الشخصية وقانون التجارة والقوانين المنظمة لفئات المهنيين والحرفيين ، دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ، ١٩٩٦، ص٤٢٢ .

٢: د، عبد الرزاق احمد السنهوري، ج٦، مصدر سابق، ص٦٧٩.

٣: د، عصمت عبد المجيد بكر، شرح احكام عقد الايجار، مصدر سابق، ص ١٧٠.

٤: عبد الحميد عمران، مصدر سابق، ، ص٤٥٥.

٥: المادة (٢/٥٩٤) مصري والمادة (٢/٥٦١) سوري والمادة (٥٨٤) لبناني والمادة (٢/٥٩٣) من القانون الليبي.

الفرع الثالث

أن يقدم مشتري المصنع الى المؤجر ضماناً كافياً

ينبغي ان يقدم مشتري المصنع للمؤجر ضماناً كافياً لوفائه بالالتزامات التي تقع على عاتقه عندما يحل محل المستأجر الاصلي، وسواء اكان هذا الضمان تاميناً عينياً او شخصياً^١، وقد يكون مشتري المصنع موسراً، فلا تدعو الحاجة إلى ضمان اضافي، وعلى أي حال، وجوب تقديم هذا الضمان او عدم وجوب تقديمه، وكذلك كفاية الضمان او عدم كفايته، امر يعود لقاضي الموضوع، فالقاضي له السلطة التقديرية في ذلك وفق ما يتيسر له من ادلة الاثبات، مع ملاحظة وجوب التزام المشتري باعتباره مستأجراً، بان يضع في العين المؤجرة منقولات تكفي لضمان اجرة سنتين، او مدة الايجار، ان كانت اقل من ذلك، ولا يحسب من هذه المنقولات، ما يكون في المصنع من بضائع معدة للبيع، لا يستطيع المؤجر حبسها فيه^٢، ويحسن ان يتم تقديم الضمان للمؤجر من قبل مشتري المصنع وقت بيع المصنع، او على الاقل عند قيام نزاع قضائي للمطالبة بفسخ الايجار لمخالفة القيد المانع، اذ يفيد تقديم مشتري المصنع للضمان الكافي في ان تتأكد المحكمة من تعسف المؤجر في تمسكه بالشرط المانع، على الرغم من توافر شرط بيع المصنع مشتملاً على حق اجارة العقار المقام به^٣، وقد قضت محكمة النقض المصرية بان (النص في الفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ مدني يدل على ان المشرع استثنى من اثر الشرط المانع من التأجير من الباطن او النزول عن الايجار على الرغم من وجود شرط صريح في عقد الايجار يحرم التأجير من الباطن، او التنازل عنه للغير، متى توافرت شروط النص من انشاء مصنع بالعين المؤجرة وعدم الحاق ضرر بالمؤجر وحالة البيع الاضطراري، بحيث لا يغنى توافر احدهما عن وجوب ثبوت سائرهما، ومن ضمن هذه الشروط ان يقدم المشتري تاميناً كافياً للمؤجر للوفاء بالتزاماته، كمستأجر سيخلف المستأجر الاصلي في الانتفاع بالعين المؤجرة، ويستوي ان تكون هذه التأمينات شخصية او عينية، ويتعين في هذا الضمان، ان يكون اضافياً، لا يدخل حسابه البضائع الموجودة بالمصنع أي المصنوعات التي ينتجها المصنع، لأنها معدة للبيع، ولا يستطيع المؤجر حبسها او استعمال حق امتياز المؤجر عليها، وتقدير كفاية الضمان او عدم كفايته، امر متروك لقاضي الموضوع دون معقب عليه، طالما كان استخلاصه سائغاً^٤.

١: يقصد بالتأمينات الشخصية: هي تولي الدائن حقاً شخصياً، تقضي الى ضم ذمة الى ذمة عند المطالبة بالدين، ويكون للدائن فيها ان يباشر حق الضمان العام بالنسبة الى الذمتين، فاذا ما اعسرت احدهن، كان له في يسار الاخرى ما يضمن له الوفاء بدينه. اما التأمينات العينية: فهي ترد على مال معين مملوك للمدين او للغير، فتنتقله بحق عيني تبقي لمصلحة الدائن، بحيث يكون له بالإضافة الى حقه في الضمان العام على جميع اموال مدينه سلطة تنصب على ذاك المال المعين، تمكنه من تتبعه في اية يد يكون لينفذ عليه جزاً او بيعاً، ويستوفي دينه من ثمنه، بالأولوية على غيره من الدائنين. انظر: محمد وحيد الدين سوار، مصدر سابق، ص ١٢ - ١٣.

وأيضاً: د، علي هادي العبيدي، مصدر سابق، ص(٢٥٠ . ٢٥١).

٢: د، عصام انور سليم، مصدر سابق، ص ٤٥٧.

٣: د. رمضان ابو السعود، شرح احكام القانون المدني العقود المسماة - البيع، المقايضة، الاجار، التأمين - منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠١٠، ص ٤٢٩.

٤: عصام انور، مصدر سابق، ص ٤٥٧.

الفرع الرابع

الا يلحق المؤجر من بيع المستأجر للمصنع ضرر محقق

المقصود بالضرر هو الضرر المدقق او الحاصل فعلاً مثل عدم وفاء مشتري المصنع للأجرة المستحقة او بالالتزامات الايجارية ، او تغيير مشتري المصنع لنوع النشاط الذي كان يمارسه المستأجر الاصلي، او ان يقوم مشتري المصنع بمنافسة المالك المؤجر، اما اذا كان الضرر محتملاً كما لو كان المؤجر يخشى ان ينافس مشتري المصنع مستقبلاً، او كان لدى المؤجر مشروعات مستقبلية يخشى عليها من نشاط المستأجر الجديد فانه لا يكون هناك ضرر محقق للمؤجر في هذه الحالات الاحتمالية وبالتالي ينفذ بيع المصنع ويحل المشتري محل البائع ، وعلى ذلك يكفي لتوافر شرط عدم الحاق بيع المصنع ضرراً بالمؤجر ان يحصل المؤجر على الاجرة التي كان يتقاضاها وان لا يناله ضرر من المنافسة ان وجدت، او غير ذلك من الاسباب التي ينتج عنها الضرر المحقق.^١

فاذا كان المشرع قد رعى مصلحة المستأجر في تمكينه من بيع المصنع على الرغم من وجود القيد المانع نظراً لتوافر ضرورة دفعته إلى بيع المصنع، الا انه لم يهدر مصلحة المؤجر، لذلك قرر المشرع في السماح بإجازة تصرف المستأجر في بيع المصنع بشرط عدم تحقق ضرر للمؤجر يترتب على هذا التصرف من جانب المستأجر، وبالتالي إذا اثبت المؤجر انه تعرض للضرر بسبب بيع المستأجر للمصنع ، وكان هذا الضرر محققاً بان يكون قد اصابه فعلاً وليس ضرراً احتمالياً، انتفى الشرط وبالتالي لا تتحقق الرخصة التشريعية المقررة في الفقرة الثانية من نص المادة(٢/٧٦١) مدني عراقي، وعلى المؤجر ان يثبت الضرر متى ما ادعى ان ضرراً قد لحق به من جراء بيع المصنع، فان عليه عبء اثبات ما يدعيه، ويستطيع اثبات ذلك بكافة وسائل الاثبات بما فيه البيينة والقرائن، ولمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في تقدير تحقق الضرر من عدمه.^٢

المطلب الثاني

الشروط الخاصة لحلول مشتري المصنع محل المستأجر

بينما فيما سبق الشروط العامة التي ينبغي ان تتوفر في عملية حلول مشتري المصنع محل المستأجر، والآن ينبغي علينا ان نعرض الشروط الخاصة لعملية حلول مشتري المصنع محل المستأجر والتي فرضتها طبيعة هذا العقد، وهي الشروط التي تدور حول قابلية حلول مشتري المصنع محل المستأجر، والتي تتلخص في ثلاثة شروط، الاول: الا يكون العقد من العقود ذات الاعتبار الشخصي، والثاني: الا يكون العقد قد تم تنفيذه، والشرط الثالث: الا يكون عقد بيع المصنع قابل للفسخ او الابطال والتي سنبينها في الشكل الاتي:—

١: جمال الدين طه جمعة و احمد شاكر، مصدر سابق، ص٤٣٧.

٢: د، احمد شرف الدين، عقد الايجار في القانون المدني وقوانين ايجار الاماكن المبنية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠٠٦، ص (١٩٠ . ١٩١).

الفرع الاول

الا يكون العقد من العقود ذات الاعتبار الشخصي

لقد كان الالتزام ينظر اليه نظرة شخصية محضة ترى ان الجوهر فيه تلك الرابطة التي تربط بين شخصين، بحيث لا يتصور ان ينشأ الالتزام دون ان يوجد وقت نشوئه دائن ومدين معينان، ولا يتصور ان يتغير احد طرفي الرابطة من دون ان تتغير الرابطة ذاتها، وبمقتضى هذه الرابطة توجد للدائن سلطة على مدينه شبه المطلقة قد تصل إلى الاعتداء على جسم المدين او حتى اعدامه^١، بيد أنه اصبح في الوقت الحاضر، ينظر إلى الالتزام نظرة موضوعية أو مادية لا يعنىها في الالتزام اشخاصه بقدر ما يعنىها موضوعه، وبذلك استقل الالتزام عن شخص الدائن وعن شخص المدين، بحيث تكون العبرة فيها بقيمته المالية، ويترتب على الاخذ بالمذهب المادي نتائج عملية، لان النظر الى الجانب المالي للالتزام و غرض الطرف قليلاً عن اطرافه من شأنه ان يزيد في سرعة التعامل، وهذا ما يقتضيه الاقتصاد المتطور في الوقت الحاضر، كما اصبح من السهل تغيير اطراف الالتزام من مدين إلى آخر او من دائن إلى آخر، وذلك بتطبيق حوالة الحق وحوالة الدين^٢.

وإذا كان في الوقت الحاضر ينظر إلى الصفة المالية للالتزام وما ترتب عليها من السماح بانتقاله، الا انه لا يمكن اغفال النظر تماماً على ان الالتزام مازال يعبر عن رابطة بين شخصين: الدائن والمدين، ولذلك في الوقت الذي تصبح فيه شخصية المتعاقد محل اعتبار في نظر المتعاقدين، او في نظر احدهما فان العقد في هذه الحالة يكون غير قابل للتنازل عنه، فالاعتبار الشخصي في التعاقد يُعد من موانع التنازل، وبالتالي إذا كان المستأجر الاصلي يعتبر محل اعتبار بالنسبة للمؤجر، فلا يمكن له ان يتنازل عن العقد لمستأجر آخر يحل محله في العلاقة التعاقدية التي تربط المؤجر بالمستأجر الأصلي^٣.

وما يؤكد ان العقد لم يصبح فقط مجرد قيمة مادية او اقتصادية يمكن التصرف فيه كأبي مال، وانه ما يزال يمثل رابطة قانونية بين شخصين، انه بالنسبة للعقود التي يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار، فان مجرد الغلط في ذات المتعاقد او في صفة جوهرية من صفاته يؤدي إلى ابطال العقد طالما كانت تلك الذات او هذه الصفة السبب الرئيسي في

١: د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - دراسة في القانون الاردني والمصري والفرنسي ومجلة الاحكام العدلية والفقہ الاسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص ١٦ وما بعدها.

٢: د. محمد علي عمران، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية، مكتب الرسالة الدولية للطباعة، بلا مكان ، ٢٠٠٦، ص٦.

٣: المذهبان الشخصي والمادي يفسران معاً ناحيتي الالتزام، ذلك ان للالتزام ناحيتين، ناحية شخصية يفسرها المذهب الشخصي، وناحية مادية يفسرها المذهب المادي، والتقنين المدني العراقي اذا كان قد اخذ من المذهب المادي نتائج عملية هامة ، لم يهجر في الوقت ذاته المذهب الشخصي، بل استبقاه في كثير من اثاره، ينظر في ذلك، د عبد المجيد الحكيم، واخرون، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ،

التعاقد، كما انه في مثل هذه العقود لا يمكن ، من باب اولى، تغيير شخص المتعاقد الذي هو محل اعتبار، وذلك عن طريق التنازل عن هذا العقد، او حتى عن طريق التعاقد من الباطن.^١

ويتم التعاقد بالاعتبار الشخصي متى ما كان الاعتراف بشخصية المتعاقد باعثاً دافعاً لرضا المتعاقد الآخر، وذهب رأي آخر إلى ان الاعتبار الشخصي في التعاقد يتحقق متى ما كانت شخصية المتعاقد عنصراً جوهرياً في التعاقد فسكون ازاء اعتبار شخصي وعقد ذي طابع شخصي، ويمكن القول بصفة عامة ان العقود ذات الاعتبار الشخصي هي العقود التي يكون لشخص المتعاقد او لصفة من صفاته الدور الحاسم في إبرامها، ففي العقود ذات الصبغة الفنية فإن شخص المتعاقد بصفة عامة محل اعتبار، فعند التعاقد مع مهندس معماري مشهور، فان لشخص هذا المهندس الدور الحاسم في التعاقد، كما ان الاعتبار الشخصي قد يتعلق بصفة من صفات المتعاقد ، كالثقة في نزاهة المقاول ومهارته مثلا في عقد المقاول، او الثقة في القدرة المالية كما في عقد الايجار.^٢

والاعتبار الشخصي في التعاقد قد يشمل كل من المتعاقدين ، بان كل متعاقد يعد ان لشخص المتعاقد الاخر او لصفة من صفاته الدور الحاسم في اتمام التعاقد فيكون محل اعتبار بالنسبة له، فكل منهما محل اعتبار في نظر المتعاقد الاخر، الا ان الغالب من الامر ان يكون الاعتبار الشخصي في التعاقد في جانب احد المتعاقدين ، في هذه الحالة فإن التنازل عن العقد يكون ممتنعاً من جانب واحد، أي من جانب المتعاقد الذي هو محل اعتبار في هذا التعاقد.^٣

ويتضح مما تقدم، ان عملية حلول مشتري المصنع محل المستأجر تقتضي الا يكون المستأجر الاصيل ذات اعتبار شخصي بالنسبة للمؤجر، فاذا كان الاصل في جواز انتقال الحق او الالتزام سواء كان بسيطاً او موصوفاً بشرط او اجل، والمقصود بالانتقال هو احلال شخص جديد محل احد طرفي الالتزام من دون ان تتغير طبيعة الالتزام القانونية، فقد يندقل الحق من الدائن إلى شخص آخر جديد فيحل الدائن الجديد محل الدائن القديم مع بقاء طبيعة الالتزام ونطاقه وصفاته، وقد ينتقل الالتزام من المدين إلى شخص آخر جديد يحل محل المدين القديم بنفس الالتزام.^٤

١: اشارت المادة(٢/١١٨) من القانون المدني العراقي الى حكم الغلط في شخص المتعاقد او في صفة جوهرية فيه والتي نصت على(لا عبرة بالظن البين خطأه، فلا ينفذ العقد ٢- اذا وقع الغلط في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته وكانت تلك الذات او هذه الصفة السبب الوحيد او السبب الرئيسي في التعاقد)وقد اختلف الفقهاء في تفسير هذه المادة، فذهب رأي الى ان الاعتبار الشخصي يتحقق في التعاقد اذا كان شخصه او صفة جوهرية فيه هي الباعث الدافع الى التعاقد، وتكون شخصية المتعاقد او صفة من صفاته بوجه عام محل اعتبار في العقد اذا كان العقد من عقود التبرع ومن ثم فان الغلط في شخص المتعاقد او في صفة من صفاته يكون في عيباً من عيوب الارادة كهبة المال للفقير، وانتقد البعض النص القانوني الانف ذكره بالقول الى انه مفترق الى الدقة لأنه يربط الغلط في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته بركن السبب في التعاقد أي انه يقحم فكرة السبب مع الاعتبار الشخصي دون مبرر، ينظر في ذلك: د. جليل حسن الساعدي، الاعتبار الشخصي واثره في تنفيذ العقد، مجلة العلوم القانونية، بغداد، العدد الأول والثاني، ١٩٩٨، ص١٥٣ .

٢: د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، الاعتبار الشخصي في الشركة المساهمة دراسة في قانون الشركات العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الثاني، المجلد ٢٥، لسنة ٢٠١٠، ص٣١٠ وما بعدها.

٣: د. نبيل إبراهيم سعد. التنازل عن العقد، - نطاق التنازل عن العقد - احكام التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص١١٥.

(٤) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، ج٢، احكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٢، ص ٢٠٦.

الا ان الامر المتقدم لا يصدق إذا كان العقد من طائفة العقود ذات الطابع الشخصي، فينبغي على المتعاقد المعتد بشخصه عدم نقل اثار العقد إلى غيره، لان ذلك يلزم المدين بتنفيذ الالتزام بنفسه، فطبقاً للقواعد العامة في الالتزام هناك ثمة حق للدائن في رفض التنفيذ من غير المدين، اذ تنص المادة(٢٤٩) من القانون المدني العراقي على ما يلي (في الالتزام بعمل، اذا نص الاتفاق او استوجبت طبيعة الدين ان ينفذ المدين الالتزام بنفسه، جاز للدائن ان يرفض الوفاء من غير المدين) فمصلحة الدائن لا تتحقق كاملة إذا كلف المدين شخصاً اخر في تنفيذ التزامه، لان شخصية المدين او احدى صفاته كانت محل اعتبار في التعاقد، وبالتالي اذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار في عقد الايجار، لا يجوز للمستأجر ان يتنازل للغير إلا بعد حصوله على موافقة المؤجر.^٢

وإذا كان المشرع قد نص على منع التنازل عن العقد بنص او باتفاق المتعاقدين الذي يكون ناتجاً عن الاعتماد بالاعتبار الشخصي فقد حرص على اضافة حالة ما تفرضه طبيعة الالتزام الى حالات هذا المنع والتي ترجع دائماً الى الاعتماد بالاعتبار الشخصي وحده، ذلك ان الحالات التي تمنع فيها طبيعة الالتزام التنازل عن الايجار مرجعها دائماً إلى الاعتماد بالاعتبار الشخصي دون سواه.^٣

يتضح مما تقدم ان امكانية حلول مشتري المصنع محل المستأجر لا تكفي لتحقيقها توفر الشروط العامة بل ينبغي ان تكون شخصية المستأجر الاصلي محل اعتبار شخصي يعتد به في العلاقة التعاقدية والا تعرض المؤجر لضرر نتيجة حلول شخص اخر محل المستأجر الاصلي، وبالتالي يتعرض المستأجر الاصلي إذا قام بالتنازل للمشتري للاجزاء المقررة في القواعد العامة نتيجة هذا التنازل كما بينا سابقاً.

الفرع الثاني

ألا يكون العقد قد تم تنفيذه

ان هذا الشرط يقتضيه منطق التنازل ذاته، حيث ان مشتري المصنع سيحل محل البائع فيما له من حقوق وما عليه من التزامات أتجاه المؤجر، فكيف لنا ان نتصور عملية حلول مشتري المصنع محل المستأجر إذا ما تم تنفيذ العقد المتنازل عنه، إذ يُعد عقد الايجار من العقود الزمنية، فالزمن يتدخل فيه باعتباره عنصراً جوهرياً، وبه يقاس كم الاداء، حيث على ضوئه يتحدد التزام كل من المؤجر والمستأجر، فينبغي على المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة على طول المدة المحددة في عقد الايجار، وعلى المستأجر الوفاء بالأجرة طول هذه المدة، والمقصود هنا ان

١: د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني، ج٢، احكام الالتزام، ط٣، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٢٦.

٢: ولهذا ورد نص المادة (٨١٠) من القانون المدني العراقي المتعلق بالمزارعة، فلا يجوز للمزارع، وفقاً لهذه النص، ان يؤجر الارض الى غيره او يتنازل عن الايجار لاحد إلا برضاء صاحب الارض، ينظر في ذلك: د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي، بغداد، ١٩٥٦، ص٤٠٥.

٣: كما نجد ذلك في عدة عقود ومنها عقد المقاوله على الرغم من انه لا يقوم على الاعتبار الشخصي الا اذا اتفق المتعاقدان او اقتضت طبيعة الالتزام، كأن يكون العمل محل عقد المقاوله عملاً فنياً لجأ فيه رب العمل الى مقاول بالذات، لذلك يتحتم على المقاول ان يقوم بالعمل شخصياً، لأنه يستخلص من الظروف ان رب العمل قد اعتمد على كفاءة المقاول الشخصية، ينظر في ذلك: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط ج٧، المجلد الثاني، عقود الغرر والتأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠، ص٢٠٩.

عقد الايجار الاصلي بين المؤجر والمستأجر(بائع المصنع) لا يزال نافذ ولم ينتهي، أي لا زالت هناك مدة لتنفيذ عقد الايجار، اما إذا كانت مدة عقد الايجار قد نفذت بين المؤجر والمستأجر(مالك المصنع) فإن تصرف الاخير بهذه الحالة غير صحيح كونه لا يملك حق المنفعة بعد انتهاء عقد الايجار، ويمكن للمؤجر مقاضاته على اساس المسؤولية التقصيرية.^١

وعلى ذلك فإن التنازل عن العقد لا يتصور الا بالنسبة للعقود المتراخية في التنفيذ والتي يكون فيها الزمن عنصراً جوهرياً ، وليس معنى ذلك، ان التنازل عن العقد يقتصر فحسب على العقود الزمنية، مستمرة او دورية، وإنما يمتد ليشمل أيضاً العقود الفورية التي يتراخى فيها التنفيذ، فحلول المتنازل اليه محل المتنازل لدى الغير في حق او التزام يفترض ان يكون هذا الغير مازال ملتزماً بالتزامه اتجاه المتنازل، او ان المتنازل نفسه مازال ملتزماً اتجاه الغير فيما عليه من التزام، والنتيجة الطبيعية المترتبة على ذلك هو ان ينشأ عن التنازل عملية قانونية للأطراف، فتنشأ ثلاث علاقات قانونية : وهي علاقة مشتري المصنع والمستأجر الاصلي وعلاقة مشتري المصنع والمؤجر وعلاقة المستأجر الاصلي ومؤجر العقار.^٢

الفرع الثالث

الا يكون عقد بيع المصنع قابلاً للفسخ او الابطال

كما تجدر الاشارة إلى ان عقد بيع المصنع ينبغي الا يكون قابلاً للفسخ أو الابطال، سواء شاب عقد بيع المصنع عيب يؤدي إلى فسخه او ابطاله، فإن هذا العيب يظل عالماً بالعقد حتى بعد انتقاله بالتنازل إلى مشتري المصنع، ويترتب على ذلك انه إذا قضي بالفسخ أو البطلان انحل العقد، ومفاد ذلك ان بائع المصنع عندما تصرف في البيع ما كان له حق في ذلك، وبالتالي لا ينفذ التصرف الصادر ببيع المصنع في حق المؤجر الذي يكون له طلب الإخلاء لانتفاء الشروط اللازمة لبيع المصنع.^٣

المطلب الثالث

العناصر اللازم توافرها في المصنع لتحقيق الاستثناء المعطل للقيد المانع

لقد تبين لنا ان الاستثناء الذي اورده المشرع العراقي في نص المادة (٢/٧٦١) من القانون المدني الخاص في بيع المصنع، كان الهدف منه حماية الصناعة وتشجيع إنشاء المصانع في البلاد، الا ان الاشكال يرد حول المعيار المستخدم في تحديد ما ينبغي توافره في المصنع لكي يندرج ضمن الاعمال التجارية لتحقق الغاية من وضع الاستثناء المعطل للقيد المانع، أي متى يُعد ما انشئه المستأجر في عقار المؤجر مصنعاً يمكن ادراجه ضمن الاستثناء الذي اورده المشرع للمستأجر صاحب المصنع، ليتمتع المستأجر من خلاله بميزة التنازل للغير على الرغم من وجود القيد المانع ؟

١: د. أمجد محمد منصور، مصدر سابق، ص ٤٤.

٢: د. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد، مصدر سابق، ص ١١٧.

٣: انور طلبه، المستحدث في ايجار الاماكن، دار المطبوعات الجامعية، بلا سنة، ص ١٠٨.

ان القانون المدني جاء بنص مطلق لم يضع معياراً محدداً لمعرفة المقصود من المصنع الذي اشار اليه في المادة(٢/٧٦١) بقولها (اذا كان المأجور عقاراً أنشئ فيه مصنع) كذلك قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ رغم ما اشار اليه في نص المادة(١٢) الملغاة عن امكانية حلول مشتري المصنع محل المستأجر، متى ما قام المستأجر بأنشاء مصنع في عقار المؤجر، الا انه لم يحدد شروط معينه يتوقف عليها تحقق الاستثناء بالنسبة للمصنع، هل يعتد بحجم المصنع؟ ام ما يتضمنه المصنع من عناصر مادية ومعنوية؟

ان تحقق الاستثناء لا يتوقف فقط على الشروط العامة والخاصة سالفة الذكر وانما يبغى ان تثبت الصفة التجارية للمصنع، أي ان يكون المصنع مخصصاً لمزاولة نشاط تجاري، أو ان تثبت الصفة التجارية لموضوعات نشاطه، ولاعتبار المصنع تجارياً في مفهوم المادة (٢/٧٦١) مدني عراقي، ان يكون مستغلاً في نشاط تجاري قوامه الاشتغال في اعمال وأغراض تجارية، فإذا كان غير ذلك بأن انتفت عنه الصفة التجارية لا ينطبق عليه نص المادة (٢/٧٦١) وبالتالي لا يتحقق الاستثناء المعطل للقيد المانع من حلول شخص محل المستأجر^١، وبذلك تشجيع الاستمرار في هذا الضرب من الاستثمار بعينه، بغض النظر عن شخص مالكة، تغليباً للصالح العام على المصلحة الخاصة للمؤجر، ومن ثم الاستثناء كان مقصوداً على الاماكن التي تمارس فيها الاعمال ذات الصفة التجارية، والتي ينطبق عليها وصف المصنع، من دون الاماكن التي تمارس فيها المهن كعيادات الأطباء^٢.

ولكي يعتبر المصنع عملاً تجارياً يمكن ان يندرج ضمن مدلول المادة (٢/٧٦١) لا بد ان يتوفر فيه مقومات المصنع من عناصر مادية ومعنوية ويبقى تقدير توفر هذه العناصر من عدمها لقاضي الموضوع، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين نبيين في الاول عناصر المصنع، ونخصص الفرع الثاني لسلطة محكمة الموضوع في تقدير توافر عناصر المصنع.

الفرع الاول

عناصر المصنع

لاستيضاح المقصود من العناصر المعنوية والمادية للمصنع يقتضي تبين كل عنصر على جانب، وذلك على النحو الاتي:

اولاً: العناصر المعنوية للمصنع

لا بد من ان يتضمن المصنع على العناصر المعنوية المكونة للمصنع وفي مقدمة هذه العناصر عنصري الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية، اياً كانت طبيعة النشاط الذي يزاول في المصنع، فلا يقوم المصنع من دون هذين العنصرين، ولا بد من ان يشمل المصنع على العناصر الاخرى كالاسم التجاري والسمعة التجارية والعلامات التجارية وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية وحقوق الملكية الادبية والفنية وحق المعرفة وترخيص الاستغلال والصناعة، ويمكن ان يتضمن المصنع عناصر اخرى غير العناصر المذكورة، كما لا يشترط ان يتضمن المصنع على كافة هذه

١: سعيد عبد السلام، امتيازات المؤجر. المالك. في قوانين إيجار الأماكن، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، ٢٠٠٠، ص ١٣

١٤.

٢: عصام انور سليم ، مصدر سابق، ص ٤٥٥.

العناصر، اذ يمكن ان يقتصر على بعضها^١، ولما كان عنصري الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية اساس العناصر المعنوية، ويعتبران الحد الادنى للعناصر التي ينبغي ان يتضمنها المصنع، اذ لا يقوم المصنع بدونهما باعتبارهما المحور الذي تدور حوله العناصر الاخرى، فيترتب على غيابهما انتفاء فكرة المصنع ذاتها^٢، لذا سنقتصر على ايضاحها دون العناصر الاخرى.

ونعرض لهذين العنصرين بالتفصيل فيما يلي :

العنصر الاول: الاتصال بالعملاء :

يقصد بمصطلح الاتصال بالعملاء هو مجموعة العملاء الدائمين الذين يترددون على المصنع في تعاملهم مع صاحب المصنع وذلك بسبب الصفات الشخصية التي يتمتع بها صاحب المصنع من امانة وإخلاص في معاملته وفي ما ينتجه لإرضاء رغباتهم، ويُعد هذا العنصر من اهم وابرز العناصر في المصنع بصفة عامة، اذ تعد العناصر الأخرى عناصر ثانوية او عناصر مساعدة لتحقيق الهدف الاساسي وهو جذب العملاء إلى المصنع وتوثيق الروابط مع صاحب المصنع وهو الهدف الاساسي لصاحب المصنع، ولا يتصور مصنع بلا عملاء سواء كانوا عابرين او دائمين.^٣

لذلك نجد ان صاحب المصنع يحرص اشد الحرص على حسن تواصله بالعملاء وتلبية طلباتهم مهما تعددت وتنوعت، وذلك بأكمل وجه واحسن صورة قاصداً من ذلك ضمان بقاء تردد العملاء على مصنعه، وهو في ذلك يلجأ الى كل وسيلة مشروعة تمكنه من استقطاب واجتذاب اكبر عدد ممكن من العملاء العارضين، والاحتفاظ بهم عن طريق تحسين الانتاج وتخفيض الاسعار وتوفير افضل الشروط والمستلزمات لهم، فكل تاجر الحق في ممارسة كل الوسائل وأي وسيلة من شأنها استقطاب العملاء واجتذابهم نحو مصنعه مادام هذا السلوك لا يتنافى مع مبدأ المنافسة المشروعة.^٤

ولا يعني ذلك ان صاحب المصنع حقاً على عملائه، اذ لهم الحرية المطلقة في التعامل معه او الاعراض عنه والاتجاه إلى غيره من التجار، أو أن يؤول التعامل معهم من بائع المصنع إلى مشتري المصنع بعد بيع المصنع ليحل محله في التعامل مع العملاء وادارة المصنع، وعذصر الاتصال بالعملاء كعنصر من عناصر المصنع يعد حق مالي يمكن التصرف فيه، كما ان القانون قد نظم حمايته من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة.^٥

١: محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني - عقد الايجار، المجلد الثاني عشر، الطبعة السادسة عشر، شركة ناس للطباعة، ص ٢٠٦.

٢: جمال الدين طه جمعة و احمد شاكر، مصدر سابق، ص ٤١٣.

٣: محمد عزمي البكري، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

٤: عبد القادر حسين العطير، شرح القانون التجاري، ج ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بلا سنة، ص ٢٣٣.

٥: د. سميحة القليوبي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، ١، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٨ ص ٣٨٧.

العنصر الثاني: السمعة التجارية :

المقصود بالسمعة التجارية هو قدرة المصنع على جذب اكبر عدد من العملاء بسبب صفات عيضية تتعلق بالمصنع ذاته وليس بشخص صاحب المصنع، كموقعه المتميز ومظهره الخارجي والديكور الخاص بواجهة المصنع، او ترجع إلى جودة المنتجات أو سلوب المعاملة وحسن استقبال صاحب المصنع ومعاوضيه، وما يؤكد أهمية عنصر السمعة التجارية للمصنع ان العملاء يعتادون على مصانع لشراء سلعهم منها من دون ان تكون لهم معرفة بصاحب المصنع، وقد يتغير صاحب المصنع من دون ان يؤثر على صلتهم بالمصنع واعتيادهم الشراء منه^١.

ويتبين من ذلك ان الفرق بين السمعة التجارية والاتصال بالعملاء، هو ان الاتصال في العملاء كائن في صفة في شخص صاحب المصنع يتجمع حولها بعض العملاء ويلتصقون بسببها في صاحب المصنع فيعتادون على التعامل معه ويصبحون من عملائه الدائمين، بينما السمعة التجارية صفة توجد في المصنع فتجعله قادراً على اجتذاب العملاء العابرين، وهذين العنصرين احدهما يكمل الاخر، وهما يضمن مجموع عملاء المندشة الدائمين والعابرين على حد سواء، وهما عماد فكرة الاعتداد بالمصنع كأحد الاعمال التجارية، والاساس الذي بدونه لا وجود للمصنع^٢.

ثانياً: العناصر المادية للمصنع: بالإضافة إلى العناصر المعنوية التي يتألف منها المصنع توجد عناصر مادية ذات طبيعة مادية وهي لا تقل أهمية عن العناصر المعنوية، وهي تشمل المعدات والآلات وكذلك البضائع، ونعرضها في ما يلي :

(١) البضائع :

هي الاشياء التي يجري عليها التعامل من سلع ومنتجات تجارية تكون معدة للبيع ، وإعداد الاشياء للبيع هو ما يميز البضائع ويستوي بعد ذلك ان تمثل البضائع سلعاً نصف مصنعة أو مواد أولية، ففي الاستغلال الصناعي تعتبر السلع بعد تمام صنعها من البضائع، وكذلك الخامات والمواد الأولية التي توجد في المصنع وتدخل في صناعة السلع^٣.

وتُعد البضائع وحدة خاصة بذاتها وليست كأجزاء متنوعة ووحدة هذه البضائع تجعل من البضائع عنصراً مادياً من عناصر المصنع، كما ان عنصر البضائع يُعد اقل استقراراً ، إذ يُعد عنصراً متغيراً يزيد وينقص تبعاً لأنواع نشاط المصنع ومن حيناً لآخر، وتختلف أهمية هذا العنصر بحسب نوع نشاط المصنع فإذا كان المصنع مُعد لصناعة السيارات فإن هذا العنصر يصبح من العناصر الجوهرية للمصنع، في حين تكون أهميته ضئيلة في المصانع التي تزاول عملاً

١: محمد عزمي البكري، مصدر سابق، ص ٢٤١ .

٢: لقد تعرض الاتجاه الفقهي الذي يعتبر عنصر العملاء والسمعة الاساس الذي بدونه لا وجد للمصنع، تعرض للنقد الشديد في المؤتمر الستين من للمؤتقين الفرنسيين بمدينة ستراسبورغ عام ١٩٦٢ وظهر اتجاه جديد يعتبر عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة صفة من صفات المصنع التجاري وليس العنصر الضروري الذي يدور معه المصنع وجوداً وعدمياً على ان هذا الاتجاه لم يتبناه القضاء بعد، ينظر في ذلك: د. سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط٤، دار النهضة، القاهرة، بلا سنة، ص٣٣٦

٣: هاني دويدار، القانون التجاري، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٢٧٨.

آخر، وهذا ما يفسر عند بيع المصنع من ان قيمة السلع تخضع لتقدير مستقل حسب كميتها ومقدارها ونوعها^١، كما يجوز للطرفين ان يتفقا على احتفاظ البائع بالبضائع وعد ادخالها ضمن الاشياء التي تنصب على عقد بيع المصنع.^٢

(٢) المعدات والآلات : يقصد بالمعدات المنقولات المادية التي يستخدمها صاحب المصنع لتسهيل نشاط المصنع وإعداده للغرض المقصود من استغلاله، مثل الآلات التي تستخدم في المصنع، وما يعد لاستقبال العملاء.^٣

والمعدات والآلات التي تُستخدم في المصنع كثيرة ومتنوعة، وهي تشمل الاثاث والآلات والاجهزة والمعدات وغيرها من المهمات اللازمة لاستغلال المصنع، ويضاف إلى هذه الامثلة، السيارات التي تستخدم في نقل بضائع المصنع والآلات التي تستعمل في إنتاج السلع التي يتعامل فيها المصنع وكذلك أدوات الوزن والقياس والاثاث المعد لاستقبال العملاء والتجهيزات الكهربائية كالكاميرات والحاسبات التي يستعين بها مستغل المصنع لإجراء عملياته الحسابية بالسرعة المطلوبة.^٤

وتتشابه المعدات والآلات مع البضائع من حيث الطبيعة إلا انها تختلف من حيث تخصيص المنقولات، ولذا فإن ما قد يُعد بضاعة في مصنع يُعد معدات والآلات في مصنع آخر، فالسيارات تُعد من البضائع إذا كانت في مصنع مُعد لبيع السيارات ولكنها تصبح من المعدات إذا كانت مخصصة لنقل ما يلزم للمصنع، أما الادوات والآلات الثابتة في العقار مثل الآلات التي تستعمل في الانتاج فوضعها يختلف باختلاف ما إذا كان المصنع مالكا للعقار إذ تصبح الادوات والآلات عقاراً بالتخصيص، وعلى العكس من ذلك إذ تُعد الآلات والمعدات المثبتة في عقار المؤجر المستخدمة في المصنع الذي انشأه المستأجر من المنقولات متى ما كان التاجر صاحب المصنع مالكا للآلات والمعدات دون العقار.^٥

الفرع الثاني

سلطة محكمة الموضوع في تقدير توافر عناصر المصنع

المصنع في معنى المادة (٢/٧٦١) من القانون المدني يشمل جميع عناصره من ثابت ومذقول، ومن مقومات مادية ومعنوية كالعملاء والسمعة التجارية، وهذه المقومات المعنوية هي عماد فكرته وأهم عناصره، ولا يلزم توافرها جميعاً عند تكوينه، بل يكفي بوجود بعضها، ويتوقف تحديد العناصر التي لا غنى عنها لوجود المصنع على نوع العمل الذي يزاوله.^٦

١: د. محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، ١٩٧١، ص ٤٧٩ وما بعدها.

٢: قضت محكمة النقض المصرية بان: لئن جاز اعتبار البضاعة بكل مفرداتها ضمن عناصر المصنع التي يشملها البيع حتى ولو لم ينص على ذلك في العقد، إلا انه ليس ثمة ما يمنع الطرفين من الاتفاق على احتفاظ البائع بالبضائع وعدم دخولها ضمن الاشياء التي ينصب عليها البيع دون ان يخل باعتباره بيعاً للمصنع، اشار الى ذلك: محمد عزمي بكر، مصدر سابق، ص ٢٤٣.

٣: د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص ٣٨١ وما بعدها.

٤: عمورة عمار، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، بلا سنة، ص ١٣٤.

٥: د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، ص ٣٨٢ وما بعدها.

٦: محمد علي فينو، أضواء على احكام قانون الايجار الجديد رقم ٦ لعام ٢٠٠١، ط١، مطبعة التعاونية، دمشق، ص ٢٨١.

وقد عد قانون التجارة المصنع أحد الاعمال التجارية في نص المادة (٥) الفقرة الرابعة بذكرها (الصناعة وعمليات استخراج المواد الأولية)، ويقصد بالصناعة هو تحويل المواد الأولية إلى سلع نصف مصنعة لقضاء حاجة الفرد المستهلك كتحويل الحديد الخام إلى صلب او تحويل الرمل إلى اسمنت او تحويل القطن الى نسيج، اذ ينبغي ان تمارس بقدر من الأهمية بحيث تتجلى في صورة مشروع يخضع لنوع من التنظيم المهني، فإذا كان المستأجر يزاول عمل بمفرده اعتماداً على جهده الذاتي وجهد بعض الأفراد كان يكون عمله الصياغة او الخياطة او الحدادة او صناعة الاحذية وغيرها، فلا يُعد عمله تجاري وانما عملاً مدنياً، وبالتالي يخرج عن مدلول المادة (٢/٧٦١) التي تبيح للمستأجر بيع المصنع^١، وبالتالي لا بد من ان تتوفر في المصنع عناصره المادية والمعنوية، ولمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في تحديد العناصر التي تراها ضرورية لوجود المصنع في كل حالة على حدة، فقد تشترط المحكمة في حالة معينة عنصر الاتصال بالعملاء، وهم مجموعة العملاء الدائمين الذين يعتادون شراء حاجياتهم من صاحب المصنع او الاستعانة بخدماته، والذين يلتصقون به بسبب صفات شخصية، وقد تشترط المحكمة في حالة اخرى عنصر السمعة التجارية وهي القدرة على اجتذاب العملاء العابرين بسبب ميزة خاصة، مثل حسن الموقع او دقة التنظيم او جمال العرض او فخامة المظهر، وللمحكمة ان تثبت الصفة التجارية للمصنع من خلال نظرية الاعمال التجارية، وتتحقق هذه الصفة بتوافر ثلاثة شروط هي ١- استخدام عمال واستعمال آلات ٢- المضاربة على العمال أو انتاج الآلات ٣- تردد العملاء على المصنع لثقتهم فيه كمنشأة، وليس لثقتهم في شخص وخبرة صاحبه، فمتى ما تحققت الصفة التجارية قضت المحكمة بتحقيق الاستثناء المعطل للقيد المانع من حلول مشتري المصنع محل المستأجر.^٢

كما ان المحكمة تقدر تحقق الصفة التجارية للمصنع وقت اتمام بيع المصنع، والعبرة في ذلك هي بحقيقة الواقع، وليس بما أثبت بعقد بيع المصنع أو ما افصح عنه في عقد الإيجار غرضاً للاستعمال، بمعنى أن العين إذا أجرت لإقامة مصنع فيها وعدل المستأجر عن ذلك لتستعملها في غرض مختلف فليس له أن يبيع وفق الاستثناء المقرر في القانون المدني في نص المادة (٢/٧٦١) متذرعاً بما أثبت في عقد الإيجار غرضاً للاستعمال، كما أنه إذا انشأ مصنعاً بالعين خلافاً لغرض الاستعمال المتفق عليه، فإن ذلك لا يحول دون بيع المصنع متى ما توفرت شروط الاستثناء المعطل للقيد المانع.^٣

١: د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ٦٦٦٥.

٢: د. محمد المنجي، مصدر سابق، ص ٣٦ وما بعدها.

٣: محمد عزمي البكري، مصدر سابق، ص ٣٠٢.

خلاصة القول:

لا غرو ان القانون المدني العراقي نص على امكانية المستأجر في بيع المصنع الذي انشئه للغير على الرغم من وجود القيد المانع، الا انه قد اغفل حق المؤجر في شرائه، بذلك تثار اشكالية لم تعالج من قبل التشريع العراقي هي في حالة ما اذا كانت هناك رغبة للمؤجر في شراء المصنع وفي ذات الوقت يبغى المستأجر بيع المصنع الى احد اقربائه، فيكون هناك تعارض بين الحقين، لذا ندعو المشرع العراقي الى الالتفاتة لمثل هكذا اشكالات قانونية عادة ما تحدث من دون ان نجد لها تنظيم قانوني، بخلاف المشرع المصري الذي عمل على تنظيم ذلك وفق قانون ايجار الاماكن رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، والذي عد حق المؤجر بشراء المصنع هو حق شفعة، والبيع الى احد الاقارب يعد مانع من موانع الشفعة. مع ضرورة مواكبة التشريعات المقارنة المتعلقة بتنظيم العلاقة الايجارية في حالة وجود القيد المانع بين المؤجر والمستأجر الذي يمارس احد الانشطة الخدمية او المهنية مثل المستشفى او مكتب المحاماة والصيدلية، في حالة رغبة المستأجر ببيع منشأته او منقولاته في العقار المأجور الى الغير وذلك بتعطيل القيد المانع، وتحويل العلاقة الايجارية من المستأجر الاصلي الى المشتري ليكون هو المستأجر الجديد مع الاخذ بنظر الاعتبار مصالح الجميع.

وفي ظل هذا التنظيم القانوني لحلول مشتري المصنع محل المستأجر، حسبنا ان نفتح من خلال البحث الباب واسعاً امام أقلام الباحثين في البحث عن الاثار المترتبة على حلول مشتري المصنع محل المستأجر.

واخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين

قائمة المصادر

أولاً: باللغة العربية:

١. د. إبراهيم عنتر فتحي الحياني، تصرف المستأجر بحقوقه الناشئة عن عقد الإيجار دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط١، الأردن، ٢٠١٢.
٢. د، احمد شرف الدين، عقد الايجار في القانون المدني وقوانين ايجار الاماكن المبنية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠٠٦.
٣. د. اسعد دياب، القانون المدني العقود المسماة، البيع، الإيجار، الوكالة، ج١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٧.
٤. د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سنة.
٥. د. ادم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، ط٢، دار القادسية، بغداد، ١٩٨٦.
٦. د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - دراسة في القانون الاردني والمصري والفرنسي ومجلة الاحكام العدلية والفقہ الاسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦.
٧. انور طلبه، المستحدث في ايجار الاماكن، دار المطبوعات الجامعية، بلا سنة.
٨. د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.
٩. د. توفيق حسن فرج ، عقد الإيجار دراسة لإحكام قوانين الإيجارات . الدار الجامعية ، ١٩٨٤.
١٠. د. جليل حسن الساعدي، الاعتبار الشخصي واثره في تنفيذ العقد، مجلة العلوم القانونية، بغداد، العدد الأول والثاني، ١٩٩٨.

١١. د. جليل حسن الساعدي، الوكالة من الباطن في القوانين العراقي والمصري والاشارة للفقهاء الاسلامي، مقالة منشورة في مجلة العلوم القانونية ، المجلد ٢٤، الاصدار: ١، ٢٠٠٩.
١٢. جمال الدين طه جمعة و احمد شاكر، المرجع العلمي في الامتداد القانوني لعقد الايجار- في ظل قوانين الايجار والقانون المدني وتشريعات الاحوال الشخصية وقانون التجارة والقوانين المنظمة لفئات المهنيين والحرفيين ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ، ١٩٩٦.
١٣. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، ج٢، احكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٢.
١٤. خلف محمد ، ايجار وبيع المحل التجاري والتنازل عن المحال التجارية والصناعية والمهنية، ط٦، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠١.
١٥. د. رمضان ابو السعود، شرح احكام القانون المدني العقود المسماة - البيع، المقايضة، الايجار، التأمين - منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠١٠.
١٦. زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ايجار الأشياء - عقد الإيجار، الجزء التاسع، بلا سنة.
١٧. د. سعدون العامري، مذكرات في العقود المسماة البيع والإيجار، مطبعة المعارف، ط١، بغداد، ١٩٦٦.
١٨. سعيد سعد عبد السلام، امتيازات المؤجر- المالك - في قوانين إيجار الأماكن، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، ٢٠٠٠.
١٩. د. سعيد سعد عبد السلام، الوسيط في قانون ايجار الاماكن المصري طبقاً لأحدث التعديلات الدستورية، ط١، بلا مكان، ٢٠٠٧.
٢٠. د. سليمان مرقس، شرح عقد الإيجار، دار النشر للجامعات المصرية، ط٢، القاهرة، ١٩٥٤.
٢١. د. سليمان مرقس، شرح قانون ايجار الاماكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر، دار الكتب القانونية، ١٩٩٨.
٢٢. د. سميحة القليوبي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، ط١، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٨.
٢٣. د. سميحة القليوبي، المحل التجاري، ط٤، دار النهضة، القاهرة، بلا سنة.
٢٤. د. السيد عيد نايل ، عقد الإيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن وفقاً لأخر التعديلات التشريعية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠.
٢٥. شوقي غالب العتوم، انتقال الإجارة في حال بيع المحل التجاري، مجلة اتحاد الجامعات ، العدد الثالث والعشرون.
٢٦. د. صلاح الدين ناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، الجزء الاول ، حق الملكية في ذاته، بلا مكان، ١٩٦٠.
٢٧. د. عامر عاشور عبد الله البياتي، التعاقد من الباطن ، دار الكتب القانونية مطابع شتات ، مصر ، ٢٠١٣.
٢٨. د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي، بغداد، ١٩٥٦.
٢٩. د. عباس العبودي، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني البيع والايجار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ٢١٠٤.
٣٠. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، دار احياء التراث العربي، ج٤، بيروت، بلا سنة.
٣١. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، عقد الايجار- ايجار الاشياء، بيروت لبنان، منشورات محمد الداية، بلا مكان، بلا سنة.
٣٢. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الايجار والعارية، ج٦، ط٣، منشورات الحلبي الحقوق، بيروت، ٢٠٠٠.
٣٣. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط ج٧، المجلد الثاني، عقود الغرر والتامين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠٠٠.

٣٤. د. عبد الفتاح عبد الباقي، إحكام القانون المدني المصري - عقد الإيجار - الإحكام العامة، ج١، دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٥٢.
٣٥. عبد القادر حسين العطير، شرح القانون التجاري، ج١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، بلا سنة.
٣٦. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني، ج٢، أحكام الالتزام، ط٣، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.
٣٧. د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط٣، مطبعة الحلبي واولاده، مصر، ١٩٦٧.
٣٨. د. عبد فاروق الزنكلوني، فسخ عقد الإيجار - في ضوء القانون المدني وفقا لآراء الفقه وحدث احكام محكمة النقض حتى ٢٠٠٩، بلا مكان، ٢٠١٠.
٣٩. عبود عبد اللطيف، دراسة في الحقوق العينية الاصلية، الجزء الاول، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥.
٤٠. د. عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الإيجار - الاحكام العامة في الإيجار - خصائص ايجار الاماكن، منشأة المعارف، ٢٠٠٥.
٤١. د. عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الإيجار، منشأة المعارف، ٢٠٠٦.
٤٢. د. عصمت عبد المجيد بكر، اثر النزعة الاجتماعية في تطور عقد الإيجار، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون في جامعة بغداد، ١٩٧٢.
٤٣. د. عصمت عبد المجيد بكر، أفكار وأراء في إيجار العقارات التجارية والصناعية (دراسة في ضوء القانون ذي الرقم (٢٥) لسنة ١٩٩٦)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العدد الثاني، لسنة ١٩٩٧.
٤٤. د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح إحكام عقد الإيجار (دراسة في ضوء إحكام القانون المدني العراقي مع الإشارة إلى القوانين المدنية في الأردن ومصر وسوريا وليبيا ولبنان)، بغداد، ٢٠٠٢.
٤٥. د. علاء حسين علي، د. سعد ربيع عبد الجبار، محمد عبد الوهاب، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السادس، أيلول ٢٠١٢.
٤٦. د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، الاعتبار الشخصي في الشركة المساهمة - دراسة في قانون الشركات العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الثاني، المجلد ٢٥، لسنة ٢٠١٠.
٤٧. د. علي نجيدة، العقود المسماة عقد الإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
٤٨. د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.
٤٩. عمورة عمار، العقود والمحل التجاري في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر بلا سنة.
٥٠. فهمي الدروي، د. طارق الطنطاوي، عقد الإيجار في القانون المدني، مركز الأبحاث والدراسات القانونية، ١٩٩٨.
٥١. كاظم الشيخ جاسم، إحكام إيجار العقار، ط١، مطبعة أهل البيت، كربلاء، ١٩٦٧.
٥٢. كاظم الشيخ جاسم، قواعد ايجار العقار، مطبعة الجاحظ، ط١، بغداد، ١٩٨٧.
٥٣. د. كمال قاسم ثروت، شرح إحكام عقد الإيجار، ج٢، ط٢، مطبعة اوفسيت الوسام، بغداد، ١٩٧٦.
٥٤. د. محمد المنجي، الرخص التشريعية المتبقية للمستأجر، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨.
٥٥. د. محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، ١٩٧١.
٥٦. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني - عقد الإيجار، المجلد الثاني عشر، الطبعة السادسة عشر، شركة ناس للطباعة، بلا سنة.
٥٧. د. محمد علي عمران، شرح إحكام عقد الإيجار في القانون الليبي، المكتبة الوطنية، بلا مكان، ١٩٨٠.
٥٨. د. محمد علي عمران، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية، مكتب الرسالة الدولية للطباعة، بلا مكان، ٢٠٠٦.

٥٩. محمد علي فينو، أضاء على احكام قانون الايجار الجديد رقم ٦ لعام ٢٠٠١، ط١، مطبعة التعاونية، دمشق، بلا سنة.
٦٠. د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، ط١، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧.
٦١. د. منذر الفضل، د. صاحب الفتاوي، شرح القانون المدني الأردني العقود المسماة، دار الثقافة، عمان، بلا سنة.
٦٢. د. نبيل إبراهيم سعد. التنازل عن العقد، - نطاق التنازل عن العقد - احكام التنازل عن العقد، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤.
٦٣. د. نبيل إبراهيم سعد، الإيجار في القانون المدني وقوانين إيجار الأماكن، بلا طبعة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٧.
٦٤. هاني دويدار، القانون التجاري، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

ثانياً :- القوانين:

١. القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ / مترجم بالعربية، دالوز، الطبعة (١٠٨)، اصدار ٢٠٠٩.
٢. قانون الموجبات والعقود لبناني رقم ٥١ لسنة ١٩٣٢.
٣. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٤. القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩.
٥. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٦. القانون المدني الليبي رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦.
٧. قانون ايجار العقار العراقي رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩.
٨. قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
٩. قانون ايجار الاماكن المصري رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١.

ثالثاً: باللغة الفرنسية:

.David Arteil 'exécution du contrat par un non - contractant" ,L.G.D.J. 2006