رسالة دكتوراه
١١٩
٢١٧٨ د
٥٨٢١ ع

جامعة القاهرة
كلية الحقوق

بيع المحل التجاري في التشريع المقارن

"المصري • العراقي • الألماني"

دراسة مقارنة

رسالة
مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه

إعداد
كامران حسين حميد الصالحي

٤٨١٦
٢٤٦١٠٧٤
د ٠ ح

اشراف:
الدكتورة سميحة القليوبي
أستاذة القانون التجاري والبحري في الكلية

كامران حسين

بسم الله الرحمن الرحيم

ومن الناس من يشترى لهو الحديث ليضل عن سبيل الله بغير علم
ويتخذ ها هزوًا اولئك لهم عذاب مهين ٠ واذا تتلى عليه
آياتنا ولى مستكبرا كأن لم يسمعها كان فى اذنيه وقرا فبشره
بعذابٍ اليم ٠

سورة لقمان آية ٦ ٧٥

صدق الله العظيم

٧٥٩/٢

إهـــــداء .....

الى زوجتى واولادى تقديـرا لما تحملوه من مشقـــــــــة

وعناء طيلة سنوات الدراســة .

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

من البديهى ان الابحاث الفقهيه تعتبر رائدة للمشرع فى تطوير القوانين واستكمال جوانب النقص فيها ، ولما كان البحث فى فكرة المحل التجارى من المسائل القانونيه العامة التى مازالت لم تبلغ مرحلة الاستقرار ، ونظرا لأهمية الدور الذى اخذ يلعبه فى التجارة والاقتصاد القومي حيث اصبحت المحلات التجارية مركزا لرؤوس الاموال الضخمه ، وأصبح كبار التجار يسيطرون على جوانب متعددة من اقتصاديات الدولة . اثرت أن أساهم فى البحث عن هذا المال التجارى أملا فى تسليط الأضواء على جوانب النقص فى التشريعات التى تناولته وبيان الاتجاهات الحديثه فى تحليل طبيعته القانونيه هادفا الى تحرير العمليات القانونيه التى ترد عليه من قبضة القانون المدنى باعتبارها عمليات تجارية المنشأ والمنبت .

ان تعريف المحل التجارى بانه وحدة قانونيه مستقلة معدة للاستغلال التجارى ويتكون من مجموعة من الاموال المعنوية والمادية هى فكرة معاصرة لم تتبلور الا فى نهاية القرن التاسع عشر فقبل هذا التاريخ لم يكن تعبير المحل التجارى يعنى غير مجموع الاموال المادية التى تكون موضوع نشاط التاجر ، وباعتباره اداة للاستغلال التجارى كان وثيق الاتصال بشخص التاجر ، حيث ان عنصر العمل الذى يعتبر جوهر نشاط التاجر هو الذى كان يسبغ القيمة عليه وبالتالى فانه لم يكن بالامكان تصور وجود متجر مجرد قائم بذاته ومستقل عن صاحبه بل ان قيمة المتجر كانت تتوقف على شخص هذا المالك .

غير ان هذه الفكرة القديمة لم يكتب لها البقاء ، وظهر تعبير المتجر بمفهومه الحديث بوصفه مالا له كيان ذاتى منفصل عن شخصية من يستغله ويجوز التعامل عليه كأى قيمة ماليه اخرى وذلك بفعل التجار انفسهم وكنتيجة للتطور الرأسمالى .

ولم يكن ميلاد الفكرة القانونيه للمتجر الا نتيجة لمجهود تجريدى كبير لم تظهر الا بعد ان استقرت فى الاذهان أهمية العناصر المعنويه وزوال النظرة المادية التى كانت لاتتجاوز نطاق العناصر المادية الملموسة المتمثلة فى السلع والمهمات التى كانت توجد عادة فى المكان الذى يزاول فيه التاجر نشاطه وقد عزا البعض من المؤلفين عدم التطابق بين معنى المحل التجارى بمفهومه الحديث الى أن بعض العناصر المعنوية التى يتركب منها المتجر فى هذا العصر لم يكن لها وجود فى الماضى كالعلامات التجارية وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعيه وما اليها ، كما ان انتقال ملكية المتجر كان يقع عادة بطريق الميراث حيث كان المتجر ينتقل بكافة مقوماته من المورث الى الوارث دون أن تدعو الحاجة الى تحليل طبيعته او الكشف عن عناصره الأمر الذى أدى الى عدم بروز اهمية العناصر المعنوية فى تكوين المتجر . غير أن ازدياد النشاط التجارى واتساع الاسواق التجارية خلال القرن التاسع عشر لظهور الاختراعات الحديثه وقيام المشروعات الصناعية والتجارية الكبرى — قد زاد من أهمية المحل التجارى وجعل منه موضوعا للصفقات التجارية واصبح التاجر مالكا لمال جديد قد يكون موضوع عمل تجارته الوحيد ، حيث دخل هذا المال التجارى عنصر المضاربات التجارية واصبح ذا تأثير كبير على التجارة العامة والاقتصاد الوطنى وازدادت العمليات التى ترد عليه ، ولم يتوقف الأمر عند بيعه بل تعداه الى جواز رهنه للحصول على الائتمان التجارى دون التخلى عن حيازته ، كما اصبح بالامكان تأجيره وادارته من قبل الغير حيث ظهرت طبقة جديدة من التجار هم مستأجرو المحلات التجارية وذلك اضافة الى تقديمه كحصة فى تكوين رأس مال شركة . ولاشك أن هذا يفسر الثمن المرتفع الذى يدفعه المشترى لبائع المتجر والذى يتجاوز القيمة الفعليه للعناصر الماديه الموجودة فى المتجر المباع حيث أن مايدفعه المشترى هو المقابل لتملكه مالا تجاريا معنويا قائما بذاته .

ومع ازدياد أهمية المتجر بمعناه الاقتصادى والقانونى المعاصر وتعدد العقود الواردة عليه تبلورت الفكرة القانونيه له وبدأ المشرع يستجيب لتطور الحياة التجارية ويلاحق مراحل تطورها بوضع النظم الملائمه لما يطرحه تداول

المتجر من عقود ومعاملات . غير أنه لم يضع مع ذلك نظرية عامة يحدد فيها المقصود بالمتجر قانونا أو يبين عناصره في أغلب التشريعات .

وازاء هذا الصمت من جانب المشرع ذهب الفقه المقارن الى التصوير الاقتصادي لفكرة المتجر حيث ادخل فيه كل ما هو مخصص ولازم لاستغلال التجارة موضوع المتجر وأصبح من الثابت في هذا الفقه أن المتجر لايتكون في الاصل من عناصر معينه ثابتة يمكن تحديدها مقدما بل انه يتكون من مجموعة من الاموال يختلف محتواها باختلاف طبيعة المتجر وغرضه كما استقر الفقه والقضاء المقارن على أن العناصر المعنويه هي صاحبة الغلبة على العناصر المادية في تكوين المحل التجاري من الناحية القانونية وأن المتجر وحدة قانونية من الاموال قائمة بذاتها ومستقلة ، وعلى أساس هذا الاستقلال يجوز أن يكون موضوعا لمختلف العمليات القانونية التي يمكن أن ترد عليه .

وبالرغم من أن المتجر الفردي قد فقد بعض اهميته في ظل الدول الاشتراكيه التي يقوم نظامها على التخطيط الاقتصادي الشامل (كالمانيا الديمقراطيه ، وبولندا ، وبلغاريا ، ورومانيا ، وهنغاريا .. الخ) ولاسيما في بداية تطبيقها لهذا المذهب حيث حلت الدولة محل التاجر واستولت على المحلات التجارية الفردية عن طريق التأميم او انشائها مثل هذه المحلات . غير انها سرعان ما ادركت أهمية الدور الذي تلعبه هذه المتاجر باعتبارها وسيلة فعاله في تنشيط الاقتصاد الوطني وتوسيع المبادلات التجارية لذا فانها قررت السماح للافراد بامتلاك وادارة بعض المحلات التجارية . ومجمل القول ان المعاملات التي ترد على المحلات التجارية التابعه للمشروعات العامه — وان فقدت بعض اهميتها في مرحلة الاشتراكية — الا أن كيان المحل التجاري وتكيفه القانوني لايزالان في تلك المشروعات وكذلك الأمر بالنسبة للمحلات التجارية التي يملكها الافراد . كما ان المتجر الفردي لايزال محتفظا بأهميته الكبرى في الدول الناميه والدول التي في طريقها الى التحول الاشتراكي .

ولما كان موضوع بحثنا يدور حول بيع المتجر فقد اثرنا ان نخصص القسم الاول منه لتعريفه وبيان عناصره وطبيعته القانونيه وخصائصه نظرا لما لذلك من اهمية قبل الشروع بالكلام عن البيع حيث لابد من وضع صورة واضحة امام القارئ عن طبيعة هذا المال والقاء الضوء على كل مايحيط به ليكون على الملم تام قبل دراسته للعمليات التي ترد عليه . وعليه نقسم دراستنا على النحو التالي :

القسم الاول :

ونتناول فيه التطور التاريخي لفكرة المحل التجاري ابتداء من ظهوره في الاقتصاد حتى دخوله ميدان التشريع مع بيان الظروف والعوامل التي لعبت دورها في تبلور المفهوم المعاصر له ، كما نتطرق الى بيان عناصره وطبيعته القانونيه مستعرضين النظريات الفقهيه التي ظهرت في هذا المجال وموقف التشريع المقارن منها ، ونختم هذا القسم بدراسة خصائص المحل التجاري وما يميزه عن النظم المشابهه له .

القسم الثاني :

ونتناول فيه بيع المحل التجاري ونبدا الكلام بعرض اركان عقد البيع بصورة عامة باعتبارها نفس اركان بيع المحل والاثار القانونية المترتبة عليه من نقل ملكيته والتزامات المشتري والبائع ، وضمانات هذا الاخير من امتياز وفسخ مع بيان مايشوب التشريع المقارن من نواقص والحلول المقترحة .

وقبل الانتهاء من هذه المقدمه اسجل هنا جزيل شكري وتقديري للاستاذ الدكتور سيحة القليوبي لما ابدته من ارشادات قيمه كان لها ابلغ الاثر في كتابة هذا البحث واخراجه الى حيز الوجود .

كما اشكر الاخ الدكتور نور الدين الصالحى لمساعدته لى بالبحث عن المصادر والمراجع الا لمانيه بالرغم من ضيق وقته ومشاغله الكثيره.

وختاما أتقدم بخالص شكرى وتقديرى للسادة الافاضل اعضاء لجنة الحكم لتشرفهم بالموافقة على مناقشة وتقييم هذه الرسالة.

وأسأل الله التوفيق فى كل ما نأتى من اجل رفع كلمة الحق.

والله الموفق.

القسم الاول

الطبيعة القانونية للمحل التجاري

تمهيد وتقسيم :

ان اصطلاح المحل التجارى لايعنى كما قد يتبادر الى الذهن المكان الذى يباشر فيه الاستغلال التجارى بل يقصد به فكرة معنوية تنطوى تحتها مجموعة الاموال المخصصة لمزاولة المهنة التجارية ، وهذه الاموال لاتكون الامنقولة معنوية كانت او مادية وتكون وحدة قائمة بذاتها لها كيانها المستقل عن هذه العناصر . غير ان هذا المفهوم للمتجر ليس بالغ القدم وانما نشأ وتطور منذ بداية القرن التاسع عشر ولم يستقر تشريعيا الا فى غضون القرن العشرين ، فقبل هذا التاريخ لم يكن تعبير المحل التجارى يشير الا الى البضائع الموجودة ، ثم اتسع هذا المعنى ليشمل المنقولات المادية الأخرى كالآلات والمهمات ، ثم ليشمل المنقولات المعنوية بعد ان تبين أن لها قيمتها فى تقويم عناصر المحل التجارى .

ويعزو المؤلفون السبب فى اقتصار الفكرة القديمة للمتجر على الاموال المادية فقط الى أن اكتشاف العناصر المعنوية فيه يستوجب النظر اليه كفكرة مجردة وذلك خلافا للعناصر المادية التى يكون دورها ملموسا فى النشاط التجارى . كما أن الكثير من العناصر المعنوية المعروفة فى الوقت الحاضر لم يكن لها وجود فى الماضى كالعلامات التجارية وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية وغيرها ، ويضاف الى ذلك أن انتقال المتجر كان يقع بطريق الميراث بكافة مقوماته الأمر الذى أدى الى نفى الحاجة الى تحليل طبيعته والكشف عن عناصره .

وسنعرض فى هذا القسم التطور الذى مرت بها فكرة المحل التجارى فى التشريع المقارن الى حين استقراره بمفهومه الحديث فى القرن الحالى بفعل التجار انفسهم وكنتيجة للتطور الرأسمالى حيث اصبح التاجر مالكا لمال جديد قد يكون موضوع عمل تجارته الوحيد ، كما سنبين عناصر المحل التجارى وطبيعته القانونيه فى الفقه المقارن حيث لم يضع كل من المشرع المصرى والالمانى - خلافا للمشرع العراقى - نظرية عامه للمحل التجارى يحدد فيها المقصود به قانونا او يبين عناصره او طبيعته القانونيه ، وعليه نقسم دراستنا

عن هذه المواضيع على النحو الاتى :

الباب الاول : التطور التاريخى لفكرة المحل التجارى وعناصره .

الباب الثانى : طبيعة المحل التجارى وخصائصه .

الباب الأول

التطور التاريخي لفكرة المحل التجاري وعناصره

ان مفهوم المحل التجاري قد مر بمرحلة معاناة طويلة استغرقت حقبة من الزمن قبل أن يتبلور في اطاره الحالي باعتباره مجموعة أو وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن عناصرها المادية والمعنوية وصالحة لأن يكون محلا للتصرفات القانونية المختلفة ، فقبل هذا التبلور الذي تم في أواخر القرن التاسع عشر في الفقه المقارن لم تكن فكرة المحل التجاري معروفة رغم أن التجارة لم تكن مجهولة عند الكثير من الشعوب القديمة ابتداء من الفينيقيين والاغريق وانتهاء بالكلدانيين والمصريين (١) ، فقد عرفت هذه المجتمعات التاجر الذي كان يعرض سلعته في الغالب في محل معين مستخدما بعض الآلات والسيارات التي يحتاجها في ممارسة نشاطه ، غير أن محل التاجر لم يكن ينظر اليه الا باعتباره عناصر متفرقة لا يجمعها اي رابط (٢)

غير ان الصراع الذي شهدته اوربا في القرن الثامن عشر بين انصار تقييد التجارة وانصار حرية التجارة والتي حسمتها الثورة الفرنسية باطلاق حرية التجارة والغاء نظام الطوائف ، قد هيأ البيئة لانتعاش فكرة كان من نتائجه توجه الافكار الفقهية الى اكتشاف المحل التجاري واعتباره كتلة من العناصر المادية المترابطة فيما بينها (٣) ، غير انها لم تتوصل الى ان هذه الكتلة من الاموال تضم الى جانب العناصر المادية عناصر معنوية هي في الواقع الاساس القانوني لوجود المحل الا بعد حقبة من الزمن ، وقد ساهمت عدة عوامل في سريان المفهوم المادي للمحل ، منها الطريقة التي كانت شائعة حينئذ لانتقال

---

(١) د . علي الزيني — اصول القانون التجاري — القاهرة طبعة ١٩٣٥ ص ٢٩ .

(٢) د . علي حسن يونس — المحل التجاري — دار الفكر العربي — القاهرة ١٩٧٤ ص ٤ .

(٣) د . محسن شفيق — تاريخ فكرة المحل التجاري — بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد — العددان الأول والثاني من ص ١٣١ — ١٦٧ — القسم الاول السنة العاشرة ١٩٤٠ .

ملكيته بطريق الميراث وهو الأمر الذى كان يحول دون الاهتمام بتحليل طبيعة المحل وتسليط الأضواء على عناصره المعنويه ، كما ان بعض عناصر المحل المعنوية المعروفه حاليا لم يكن لها وجود فى الماضى كالعلامات التجاريه وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية (١) .

وفى القرن التاسع عشر بدأت تغزو اوروبا الثورة الصناعية ، واخذت القوى الانتاجيه تتنامى فى اطار علاقات انتاجيه راسماليه (٢) وقد واكب ذلك ازدهار فى الحركة التجارية واتساع نطاقها وبالتالى بروز اهمية المحل التجارى لاسيما بعد أن توسع نطاق التصرفات القانونية الوارده عليه اذ لم تعد تلك التصرفات قاصرة على عملية بيعه وانما تجاوزتها الى الايجار والرهن وتقديمه كحصة فى الشركة (٣) ، كما ان ازدياد أهمية المحل الاقتصادية وازدياد العقود الوارده عليه أدت الى زيادة حدة الجدل الفقهى التى كانت تدور حول طبيعته ولاسيما ان هذا المصطلح يقع ضمن علم الاقتصاد وبالتالى كان يتعذر نقله ببساطة الى ميدان القانون (٤) .

ومع تبلور الفكرة القانونية للمحل التجارى لدى أغلبية رجال الفقه المقارن — باعتباره مجموعة من الاموال المنقوله القائمة بذاتها والمخصصة لممارسة التجارة والمنضمه لعناصر مادية ومعنوية — بدأت حركة التشريع فى الدول المختلفة تتابع هذا التبلور وتحاول وضع اطار قانونى يتلائم مع طبيعته .

---

(١) د . على حسن يونس — المصدر السابق ص ٥ .

(٢) Geiger Josef; Dis Entwcklung der rechtlichen Erfassung des Handels- geschafts im 19 Jahrhundert, Dissertation, Munchen 1963 P. 7

(٣) د . محمد حسنى عباس — الملكية الصناعيه والمحل التجارى — القاهرة ١٩٧١ ص ٤٠٤ .

(٤) Lacher, Jarg Der Verkauf Von Handelsgeswhaft und Fonds de commerce, Vergleichende Darstellung — des deutschen und Franzosi schen Rechts, Dissertatiox Koln, 1968 P.2 .

ان الفضل فى اكتشاف الفكرة الحديثة للمحل التجارى لايرجع فقط الى رجال الفقه والقانون بل لابد من الاشادة بالدور الذى لعبه التجار فى التمهيد لتبلورها حيث نادوا بامكان انتقال ملكيته بالبيع بجميع عناصره المادية والمعنوية (١) والاقتراض بضمان المتجر دون التخلى عن حيازته الى الدائن المرتهن حتى لايتوقفوا عن الاستغلال التجارى ، وهو ما استوجب اخضاع رهن المتجر لقواعد خاصة أقرب شبها بقواعد رهن العقار (٢) بالرغم من كونه مالا منقولا ذا طبيعة مختلفة عن طبيعة كل عنصر من عناصره .

وهكذا يتبين أن دور المشرع فى ملاحقة التبلور الذى استقر حول طبيعة المتجر ووضعه فى اطار قانونى كان استجابة منه لتنظيم المسائل التى اقتضاها مسار النشاط التجارى .

ولابد أن نشير فى هذا الصدد الى دور اول مشرع أحاط المحل التجارى باطار تنظيمى فى تشريعاته المختلفه ، وهو المشرع الفرنسى الذى اورد أول اشارة عابرة اليه فى القانون المعدل للقانون الفرنسى والمتعلق بالافلاس فى ٢٨ مارس ١٨٣٨ وذلك فى المادتين ٤٦٩ ، ٤٧٠ ودون أى تطرق الى احكامه أما اول قانون أشار فيه المشرع الى العناصر المعنوية فى المحل التجارى أخذا بالفكرة الحديثة له فقد كان القانون الجنائى الصادر فى ٢٨ فبراير سنة ١٨٧٢ الذى قضى بفرض ضريبة على بيع المحل التجارى ونص على أنها تتناول الثمن المقرر لسمعة المحل والتنازل عن الحق فى الايجار والمنقولات المعدة للاستغلال التجارى ، ثم جاء القانون الصادر فى أول مارس ١٨٩٨ وتناول احد العقود المهمة وهو عقد

---

(١) د . اكثم الخولى — قانون التجارة اللبنانى المقارن — الجزء الأول بيروت سنة ١٩٦٧ ص ٤٦٠ .

(٢) د . سميحة القليوبى — القانون التجارى طبعة ١٩٧٦ — ١٩٧٧ القاهرة ص ٣٥٦ .