مدونة الكتب الحصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria http://koutoub-hasria.blogspot.com/

جامعة القاهرة
كلية الحقوق

الوسيط
في
شرح قانون التجارة المصري

دكتوره
سميحة القليوبي
أستاذ القانون التجاري والبحري
كلية الحقوق - جامعة القاهرة
والمحامية بالنقض

للمزيد من الحصريات زورونا على مدونة الكتب الحصرية
http://koutoub-hasria.blogspot.com/
https://www.facebook.com/koutoubhasria

الجزء الأول
نظرية الأعمال التجارية والتاجر
بيع ورهن المحل التجاري وتأجير استغلاله وحمايته

٢٠١٢

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة

الوسيط

في

شرح القانون التجارى المصرى

دكتورة

سميحة القليوبى

أستاذة القانون التجارى والبحرى
كلية الحقوق - جامعة القاهرة
والمحامية بالنقض

الجزء الأول

نظرية الأعمال التجارية والتاجر
بيع ورهن المحل التجارى وتأجير استغلاله وحمايته

٢٠١٢

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت - القاهرة

مقدمة عامة

تعريف القانون التجاري :

١- القانون التجاري هو القانون الذي يطبق على التصرفات التجارية وينظم حرفة التجارة . فالقانون التجارى هو القانون الذى ينظم العلاقات التى تنشأ نتيجة القيام بتصرفات معينة هى التصرفات التجارية ، هذه التصرفات غالبا ما تتم بين تجار أو بينهم وبين عملائهم. كما أن القانون التجارى ينظم نشاط طائفة معينة من الأشخاص هى طائفة التجار.

ولم يرد تعريف للقانون التجارى بالمجموعة التجارية الملغاة التى كانت تنظم أحكامه والصادرة بتاريخ ١٣ نوفمبر ١٨٨٣ ، فتفادى المشرع ذلك بقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩[١] حيث جاء بنص المادة الأولى

---

(١) حددت المادة الثالثة من مواد إصدار قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ النطاق الزمنى لتطبيق أحكامه حيث تنص على أنه :" ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به اعتبارا من أول أكتوبر ١٩٩٩ ، عدا الأحكام الخاصة بالشيك فيعمل بها اعتبار من أول أكتوبر ٢٠٠٠ " . ثم صدر القانون رقم ١٥٠ لسنة ٢٠٠١ فى ٢٠٠١/٦/٢٤ . الجريدة الرسمية العدد (٢ مكرر) (أ) فى ٢٠٠١/٦/٢٤ بتأجيل العمل بإحكام الشيك حتى أول أكتوبر ٢٠٠٣ مع تطبيق حكم المادة ٥٣٦ من القانون ذاته ، وتطبق على الشيكات الصادرة قبل هذا التاريخ الأحكام القانونية المعمول بها فى تاريخ إصدارها اذا كانت ثابتة التاريخ قبل أول أكتوبر عام ٢٠٠٤ . ثم صدر القانون رقم ١٥٨ لسنة ٢٠٠٣ فى ٢٠٠٣/٦/٢٤ بمد العمل بتأجيل أحكام الشيك حتى أول أكتوبر ٢٠٠٥ مع تطبيق حكم المادتين ٥٣٥، ٥٣٦ من القانون ذاته ، وخضوع الشيك خلال هذه الفترة للأحكام المعمول بها فى تاريخ إصدارها إذا كانت ثابتة التاريخ قبل أول أكتوبر ٢٠٠٦ (الجريدة الرسمية – العدد ٢٧ فى ٢٠٠٣/٧/٣ . ==

== وصدر بتاريخ ١٤ يوليو سنة ٢٠٠٤ القانون رقم ١٥٦ لسنة ٢٠٠٤ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وقانون ضريبة الدمغة الصادر بالقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٨٠ حيث نصت المادة الأولى على أن يستبدل بنص البند (٢) من المادة (٥٠٣) من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٩ ، النص الآتى : مادة ٥٠٣ بند (٢) : «وإذا قدم الشيك للوفاء قبل اليوم المبين فيه كتاريخ لإصداره وجب وفاؤه فى يوم تقديمه ، وذلك باستثناء الشيكات المسطرة المنصوص عليها بالمادة (٥١٥) من هذا القانون والشيكات الحكومية فلا تكون مستحقة الوفاء إلا فى التاريخ المبين فيها كتاريخ لإصدارها» . كما نصت المادة الثانية على إن «تستبدل عبارة "ستة أشهر" بعبارة "ثلاثة أشهر" الواردة بالبند (١) وعبارة "ثمانية أشهر" بعبارة "أربعة أشهر" الواردة بالبند (٢) من المادة (٥٠٤ من قانون التجارة المشار إليه .

وتستبدل كلمة سنة بكل من عبارتى "ستة أشهر" الواردة فى كل من البندين (١) و(٣) من المادة (٥٣١) من القانون ذاته» .

وطبقا للمادة الثالثة يستبدل بنص البند (١) من المادة (٥٣٧) من قانون التجارة المشار إليه النص الآتى : مادة (٥٣٧) بند (١) «إذا قضت المحكمة بالإدانة فى إحدى جرائم الشيك المنصوص عليها فى المادة (٥٣٤) من هذا القانون ، جاز لها أن تأمر بنشر الحكم على نفقة المحكوم عليه فى مجلة الأحكام التى يصدرها الاتحاد العام للغرف التجارية المصرية ويجب أن يتضمن هذا النشر اسم المحكوم عليه وموطنه ومهنته والعقوبة المحكوم بها» .

وطبقاً للمادة الرابعة من قانون ١٥٦ لسنة ٢٠٠٤ يستبدل بنص البند (٣) من المادة ٥٤٤ من قانون التجارة المشار إليه النص الآتى : مادة (٥٤٤) بند (٣) «ويمسك مكتب السجل التجارى دفترا لقيد البيانات المذكورة فى الفقرة السابقة ، ويجوز لكل شخص الإطلاع عليها مقابل الرسوم المقررة . ويقوم مكتب السجل التجارى بعمل نشرة تتضمن تلك البيانات ويقوم الاتحاد العام للغرف التجارية المصرية بنشر هذه البيانات فى مجلة الأحكام التى يصدرها» .

وأضافت المادة الخامسة من قانون ١٥٦ لسنة ٢٠٠٤ إلى المادة ٤٤٩ من قانون التجارة فقرة ثانية هى : «ويصدر القاضى أمره بالحجز التحفظى بغير كفالة ==

أنه «تسرى أحكام هذا القانون على الأعمال التجارية وعلى كل شخص طبيعى أو إعتبارى تثبت له صفة التاجر»[١] .

== متى قدم حامل الكمبيالة الطلب مصحوبا بأصل الكمبيالة وباحتجاج عدم الوفاء» . كما يضاف إلى المادة (٤٨٢) بند جديد برقم (٥) هو : «ومع ذلك يجوز للمسحوب عليه التأشير على الشيك بما يفيد مطابقة توقيع الساحب الوارد عليه لتوقيعه المودع لدى المسحوب عليه ولا يفيد هذا التأشير وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه وقت التأشير» .

كذلك يستبدل بنص المادة (٥٢) من قانون ضريبة الدمغة الصادر بالقانون ١١١ لسنة ١٩٨٠ النص الآتى : «تستحق ضريبة نوعية مقدارها ثلاثة جنيهات على كل من الكمبيالات والسندات لأمر أو لحاملها أيا كانت قيمتها . ويتحمل الضريبة على الكمبيالة ساحب الكمبيالة وعلى السند لأمر مصدر السند» .

ويعمل بأحكام قانون ١٥٦ لسنة ٢٠٠٤ سالف الذكر من تاريخ العمل بأحكام الشيك على النحو المبين بقانون ١٥٠ لسنة ٢٠٠١ سالف الذكر . (الجريدة الرسمية – ٢٨ مكرر (أ) فى ١٤ يوليو سنة ٢٠٠٤) .

وجدير بالذكر في هذا الخصوص أن المحكمة الدستورية العليا رفضت الدعاوى التي أقيمت في شأن عدم دستورية كل من المادة الثالثة من مواد إصدار قانون التجارة فيما تضمنته من إرجاء الأحكام الخاصة بالشيك (الدعوي رقم ٢١/١١٨ ق دستورية عليا جلسة ٢٠٠٦/١/١٨) ، والمادة الأولي والمادة الثالثة من قانون التجارة فيما تضمنته من إرجاء إلغاء المادة (٣٣٧) عقوبات وإرجاء العمل بالأحكام الخاصة بالشيك حتى أول أكتوبر ٢٠٠٠ (الدعوى رقم ٢١/٤٢ ق دستورية عليا جلسة ٢٠٠٧/١/٢٨) والفقرتين الثانية والثالثة من المادتين الأولي والثانية من مواد الإصدار والمادتين (٣٣٦، ٣٣٧) عقوبات (الدعوى رقم ٢٣/٢٤٦ق دستورية عليا جلسة ٢٠٠٦/٩/١٣) ، والفقرة الثانية من المادة الخامسة عقوبات (الدعوى رقم ٢٣/٢٤٧ ق جلسة ٢٠٠٦/١٢/٢٤) .

(١) وتتضمن التشريعات التجارية عادة تعريفا للقانون التجارى ومن ذلك تشريع التجارة الأردنى رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ حيث جاء بمادته الأولى فقرة ثانيا بأن "يتضمن هذا القانون من جهة القواعد المختصة بالأعمال التجارية التى يقوم بها أى شخص مهما ==

وتشمل كلمة تجارة من الناحية القانونية نطاقا أوسع منه من الناحية الاقتصادية اذ يقصد من هذه الناحية الأخيرة كل ما يتعلق بتداول وتوزيع الثروات ، أما من الناحية القانونية فتشمل التجارة علاوة على ذلك العمليات الصناعية التى يقوم بها الصناع وتتعلق بالإنتاج وعمليات التمويل التى تقوم بها البنوك ، فمن يحترف الصناعة فى المعنى القانونى الذى سنتناوله فى هذا الخصوص ليس إلا تاجرا ، بمعنى أن القانون التجارى يطبق على التصرفات التجارية والصناعية فى الوقت ذاته[١] .

على أن هذا لا يعنى أن القانون التجارى ينظم جميع أوجه النشاط الإقتصادى،حيث يبقى خارج الأعمال التجارية مجالات كثيرة منها نشاط أصحاب المهن الحرة وأصحاب الأعمال الزراعية كما سنرى[٢] .

== كانت صفته القانونية ويتضمن من جهة أخرى الأحكام التى تطبق على الأشخاص الذين اتخذوا التجارة مهنة.

(١) ريبير : شرح القانون التجارى – الجزء الأول – رقم ٢٥١ .

(٢) تعتبر العمليات الإستخراجية من قبيل الأعمال التجارية وفقا لبعض القوانين مثل التشريع الكويتى (م٨/٥ من قانون التجارى رقم ٨ لسنة ١٩٨٠) كما يعتبر القانون التجارى الأردنى عمليات المناجم والبترول من الأعمال التجارية (م٦ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦) ، وتعد المضاربات العقارية من الأعمال التجارية وفقا لمعظم التشريعات الحديثة مثل التشريع الفرنسى بعد تعديله ١٩٦٧ والتشريع الكويتى (م٦/٧ من قانون التجارة ، م٦/٤ من قانون التجارة ، والتشريع الأردنى رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ (م١/٦) .

ولما كانت العمليات الإستخراجية تمثل حاليا مضاربات وأهمية إقتصادية بالغة فقد تبنى قانون التجارة المصرى الصفة التجارية على احتراف العلميات الإستخراجية فتضمنت المادة الخامسة فقرة (ى) من هذا القانون ما يفيد إعتبار العمليات الإستخراجية لمواد الثروات الطبيعية كالمناجم والمحاجر ومنابع النفط والغاز وغيرها من الأعمال التجارية==

القانون التجارى أحد فروع القانون الخاص:

٢- القانون التجارى وفقا للتعريف السابق ليس إلا فرعا من فروع القانون الخاص شأنه فى ذلك شأن القانون المدنى ، إلى جوار الفروع الأخرى كقانون العمل وقانون الأسرة[١] وإذا كان القانون المدنى ينظم أساسا كافة العلاقات بين مختلف الأفراد دون تمييز بين نوع التصرف أو صفة القائم به أى الشريعة العامة Droit Commun ، فإن القانون التجارى ينظم فقط علاقات معينة هى العلاقات التجارية ونشاط طائفة التجار.

وقد أدى إلى ظهور هذا النوع من القواعد القانونية الظروف الاقتصادية والضرورات العملية التى استلزمت خضوع طائفة معينة من الأشخاص هم التجار ، ونوع معين من المعاملات هى المعاملات التجارية ، لتنظيم قانونى متميز عن ذلك النوع الذى يطبق على المعاملات المدنية حيث ثبت عجز القواعد المدنية عن تنظيم المعاملات التجارية التى قوامها السرعة من جهة والثقة والائتمان من جهة أخرى .

فالملاحظ أن المعاملات المدنية تتسم دائما بالإستقرار والثبات والتروى ، ذلك أن الأفراد لا يقدمون على إبرام أى عقد عادة إلا بعد تفكير وترو فى مدى الفائدة التى ستعود عليهم من وراء هذا التعاقد ، إذ غالبا ما يكون الشراء بقصد الإستهلاك أو الإحتفاظ بالشىء ، فإذا إعتزم فرد مثلا شراء عقار فإنه يلجأ عادة إلى إستشارة أهل الخبرة فى تقدير القيمة

==إذا كانت مزاولتها على وجه الإحتراف . كما أخذ قانون التجارة بما سبق أن نادينا به من ضرورة اعتبار تشييد العقارات أو شرائها أو استثمارها بقصد بيعها أو تأجيرها كاملة أو مجزأة من الأعمال التجارية إذا تمت على سبيل الاحتراف (المادة ٣/٥) .

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى : نظرية القانون ، الطبعة الخامسة – ١٩٦٦ – ص٩٨ .

الحقيقية لهذا العقار المزمع شراؤه، وقد يمضى وقت طويل حتى يتم التعاقد النهائى وعلة ذلك هى عدم تكرار وقوع مثل هذه التصرفات فى حياة الفرد العادى ، كما أن شراء عقار ما قد يستنفد جميع أموال المتعاقد التى قضى عمره فى جمعها ولذلك فمن الطبيعى أن تحكم هذه المعاملات قواعد قانونية تتفق وطبيعتها .

وعلى عكس ذلك البيئة التجارية التى تتطلب السرعة والثقة فى وقت واحد، فطبيعة العقود التى تجرى فى مجال التجارة تختلف كل الاختلاف عن تلك التى تجرى فى البيئة المدنية ، ذلك أن الصفقات التى يبرمها التاجر لا تكون لقصد الإستعمال الشخصى أو بقصد الإحتفاظ بها وإنما لإعادة بيعها أو تأجيرها وتحقيق ربح من فروق الأسعار ، كما وأن مثل هذه الصفقات تعقد كل يوم وعدة مرات بالنسبة لكل تاجر ، وهو يبرمها بأسلوب سريع دون إعادة التفكير . فالتاجر مثلا يجرى أغلب صفقاته شفاهه أو بطريق البرق أو الهاتف أو التلكس أو بطريق الإنترنت .

بل إنه كثيرا ما يبيع البضائع التى لم يقم بعد بشرائها أذا ما رأى فى ذلك مصلحة ، ونتيجة لذلك نشأت الحاجة إلى تقديم تسهيلات كبيرة لهذا النوع من المعاملات ولهذه الطائفة من الأشخاص ، سواء من حيث تبسيط الإجراءات القانونية لتسهيل التعامل التجارى وإبرام الصفقات التجارية أو من حيث التسهيلات المالية والائتمانية التى تمكن التاجر من الاستمرار فى تجارته .

وقد ظهرت عادات وتقاليد معينة التزمت بها طائفة التجار في معاملاتهم التجارية ،تختلف عن تلك القواعد التى تنظم المعاملات المدنية . واضطر المشرع إلى تقنين هذه العادات التجارية فى مجموعات خاصة بالتجارة والتجار ، وظلت هذه القواعد الجديدة تزداد شيئا فشيئا حتى أصبحت مستقلة.

علاقة القانون التجارى بالقانون المدنى:

٣- لما كان القانون المدنى هو الشريعة العامة لجميع الأفراد وجميع التصرفات فإن أحكام وقواعد القانون التجارى ليست إلا استثناء من أصل عام يجب الرجوع إلية فى كل حالة لا يحكمها اتفاق بين طرفين أو نص خاص أو قواعد للعرف التجارى والعادات التجارية . فقواعد القانون التجارى وإن كانت لها طابعها المميز إلا أنها ليست مستقلة استقلالاً تاماً عن قواعد القانون المدنى الذى يعتبر القانون الأساسى لجميع المعاملات ، ولذلك فالصلة بينهم وثيقة[١] ، وتظهر هذه الصلة الوثيقة بين القانونين المدنى والتجارى بوضوح فى عدة موضوعات فى معظم التشريعات . مثال ذلك التشريع التجارى المصرى الذى يعتمد اعتمادا كاملاً على قواعد القانون المدنى فيما يتعلق بالأحكام والنظريات العامة التى ينظمها القانون المدنى والخاصة بحق الملكية والحقوق العينية الأخرى ، وبنظرية الإلترامات بوجه عام . وفى القانون الفرنسى نجد المجموعة التجارية لا تتكلم عن الشراء والبيع الإ فى مادة واحدة هى المادة ١٠٩ تجارى ، وتلجأ بالنسبة لباقى الأحكام إلى القواعد العامة للقانون المدنى . كذلك ما يتعلق بعقد الوديعة والرهن والقرض ، والأحكام التى تطبق على هذه العقود هى غالبا المواد من ١٨٢٢- ١٨٧٣ مدنى فرنسى .

وأشار قانون التجارة المصرى إلى هذه العلاقة حيث جعل القانون المدنى أحد المصادر التى تسرى على المواد التجارية فى حالة غياب اتفاق المتعاقدين أو قاعدة قانونية فى قانون التجارة أو قواعد العرف التجارى والعادات التجارية حيث تنص المادة الثانية من القانون ١٧ لسنة ١٩٩٩

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى : المرجع السابق – خصائص القانون التجارى ص١٠٤ فقرة ٥٨.

فى فقراتها الأولى على أنه «تسرى على المواد التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين ، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق ، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية ، ثم قواعد العرف التجارى والعادات التجارية ، وإذا لم يوجد عرف تجارى أو عادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدنى» .

على إننا نجد من جانب آخر أن للقانون التجارى أثره على القانون المدنى ويتمثل ذلك فى عدة حالات ، منها إعتبار الشركات التى تأخذ الشكل التجارى شركات تجارية تخضع للقانون التجارى أياً كان موضوع نشاطها ، كما قد يقرر المشرع اكتساب الشركة لصفة التاجر بصرف النظر عن طبيعة نشاطها أى سواء كان موضوع نشاطها تجارياً أو مدنياً . ومن الأمثلة على هذه التشريعات فى فرنسا قانون أول أغسطس ١٨٠٩ الفرنسى الذى اعتبر شركات المساهمة دائما تجارية حتى ولو كان موضوعها مدنياً ، وكذلك قانون ٧ مارس ١٩٢٦ الذى أعتبر الشركات ذات المسئولية المحدودة دائما تجارية ، وقانون الشركات الفرنسى الصادر فى ٢٤ يوليو١٩٦٦ الذى قرر بصفة عامة إعتبار جميع شركات التضامن والتوصية البسيطة وذات المسئولية المحدودة وشركات الأسهم ، تجارية دائما وذلك بحسب الشكل ، سواء كان موضوع نشاطها تجاريا أو مدنيا . أيضا أخذ قانون الشركات الكويتى رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ بحكم عام هو إعتبار الشركة تجارية إذا ما إتخذت شكلا من أشكال الشركات التجارية وتخضع لأحكام قانون التجارة بصرف النظر عن طبيعة الأعمال التى تباشرها (المادة الأولى). ويأخذ تشريع التجارة السورى الصادر فى حزيران سنة ١٩٤٩ اتجاها يقترب من ذلك حيث ينص فى المواد ٨٩، ٣١٧، ٣٨٣ على اعتبار جميع الشركات المغفلة وذات المسئولية المحدودة وشركات التوصية

شركات تجارية تخضع لقانون التجارة والعرف السورى أيا كان موضوع نشاطها .

ووفقا للمجموعة التجارية المصرية الملغاة ، وكذلك التشريع اللبنانى[١] فإن الشركات المدنية التى تتخذ أحد أشكال الشركات التجارية لا تخضع للقانون التجارى ولا تعد تجارية حيث كانت العبرة فى ذلك بغرض الشركة[٢] .

وجاء قانون التجارة المصرى الصادر فى ١٧ مايو ١٩٩٩ بنص المادة العاشرة فقرة ثانية ، قرر فيه اعتبار كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالشركات تاجرا ، أيا كان الغرض الذى نشأت من أجله.

وقصد المشرع بذلك إخضاع هذه الشركات لأحكام القانون التجارى سواء كان غرضها مدنيا أو تجاريا . وخيراً فعل المشرع بذلك حيث من الأفضل إعتبار الشركات التى تتخذ أحد الأشكال التجارية ، تجارية بحسب شكلها دون الخوض فى موضوع نشاطها لتوحيد الأحكام التى تخضع لها

---

(١) د. أكثم الخولى : قانون التجارة اللبنانى المقارن، الجزء الشركات التجارية ١٩٦٨ ص٨ .

(٢) وبناء على ذلك حكمت محكمة الإستئناف المختلطة بمصر – في ظل المجموعة التجارية الملغاة – بأن شركات التعدين دائما مدنية . استئناف مختلط ١٩١١/٥/١٤ البلتان ١ السنة ٢٣ ص ٣٦٣ .
وفي ظل قانون التجارة الملغى إذا اتخذت الشركات المدنية فى مصر شكل المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم أو شركة ذات المسئولية المحدودة فإنها تخضع لأحكام قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ شأنها فى ذلك شأن الشركة التجارية هذا فضلا عن التزامها بالقيد فى السجل التجارى .

الشركات التجارية بصفة عامة . وكان قانون الشركات الأردنى رقم (١٢) لسنة ١٩٦٤ يخضع الشركات العادية العامة (شركة التضامن) والعادية المحدودة (التوصية البسيطة) وشركات المساهمة لأحكام هذا القانون وفقا للمادة (٨) منه دون تحديد لموضوع نشاط هذه الشركات . وبإلغاء هذا القانون بالمادة (٣٢٠) من قانون الشركات الأردنى (قانون مؤقت رقم (١) لسنة ١٩٨٩) عاد المشرع الأردنى إلى قاعدة سريان أحكام قانون الشركات الجديد على الشركات التى تمارس الأعمال التجارية فقط تطبيقا للمادة الثالثة منه وأكد ذلك بالمادة (٣) منه[١] .

المناداة بوحدة القانون الخاص :

٤- نظرا للصلة الوثيقة بين أحكام القانونين التجارى والمدنى ظهر اتجاه فى الفقه القانونى ينادى بإدماجهما معا فى قانون واحد يطبق على جميع الأفراد وفى جميع المعاملات دون تفرقة بين عمل مدنى أو تجارى أو بين تاجر وغير تاجر ، وذلك بغرض الوصول إلى ما يسمى بوحدة القانون الخاص[٢] L' unité du droit privé .

وقد دعم هذا الاتجاه رأيه بعدة حجج أهمها أن نشأة القانون التجارى كانت مرتبطة بنظام الطوائف حين نشأت طائفة التجار إلى جوار

---

(١) قانون الشركات الأردنى رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقوانين أرقام ٤، ٢٠٠٢/٤٠ و٢٠٠٣/١٧ و ٢٠٠٨/٣٥ .

(٢) وقد دافع عن هذه الفكرة العام الإيطاليVivante. انظر مقاله بالمجلة السنوية للقانون التجارى ١٨٩٣ ص١ .
أيضا فى هذا الخصوص ريبير وروبلو رقم ١١، ١٢٢، أيضا مقال فريدريك بعنوان L'unification du droit Civil et du droit commercial المجلة الفصيلة للقانون التجارى ١٩٦٢ – ص٢٠٣ ،أيضا مقال فريدريك بعنوان :
Contribution à la recherche d'une definition du droit commercial الفصيلة للقانون التجارى ١٩٤٩ – ص٥٧٧.

غيرها من الطوائف فى القرون الوسطى ، وكانت لكل طائفة عادات وتقاليد أوجبت قواعد خاصة تحكم نشاط كل طائفة . أما وقد إنقرض نظام الطوائف وأصبح لكل فرد حرية مزاولة مهنة التجارة فإنه من المنطقى أن تعود هذه الطائفة إلى حكم باقى الأفراد.

هذا إلى جوار حجتهم الأخرى من أن العمل التجارى الذى يطبق عليه القانون الخاص به وهو القانون التجارى لم يعد مقصوراً على فئة التجار بل إمتد إلى جميع الأفراد والتعامل بالأوراق التجارية من كمبيالات أو سندات إذنية أو شيكات لم يعد مقصوراً على فئة التجار بل إمتد بين الأفراد المدنيين على السواء .

ويطالب أنصار هذا الرأى بسريان مزايا قواعد القانون التجارى من سرعة وبساطة فى الإجراءات على قواعد القانون المدنى كلما إقتضى الأمر ذلك حتى يفيد من ذلك التاجر وغير التاجر ، كما وأنة إذا كانت إجراءات القانون المدنى بها بعض القيود والشكليات فى تصرفات معينة أو عقود خاصة نظرا لأهميتها فإنه يمكن فرض هذه القيود والإجراءات على بعض التصرفات التجارية الهامة حتى تستقر بشأنها المنازعات .

ويرى أنصار هذا الرأى أن القانون التجارى ينظر إلية باعتباره قانون الأعمال Droit des affaires فى عصرنا هذا حيث يتضمن فى الواقع النظرية العامة فى الأموال والالتزامات التى تطبق على جميع التصرفات التى تجرى بين الأفراد العاديين وبين من يساهمون فى الحياة الإقتصادية بصفة عامة.

وقد أخذت فعلا بعض البلاد بهذا الاتجاه كما هو الحال فى الولايات المتحدة وإنجلترا وإيطاليا حيث استطاعت معظم هذه البلاد إدخال

العناصروالصفقات التجارية للقانون المدنى ، والوصول إلى ما يطلق عليه تتجير القانون Commercialisation ومثال ذلك القانون المدنى الإيطالى Codice civle الصادر عام ١٩٤٢ الذى «رد القانون التجارى إلى حظيرة القانون المدنى، فألغى مجموعة القانون التجارى وأدمج موضوعاتها فى مجموعة القانون المدنى وذلك بعد أن أورد على قواعد القانون المدنى من التعديلات ما تقتضيه التجارة»[١] . ونتيجة لذلك لا يوجد فى هذا القانون قواعد خاصة بالبيع التجارى أو التضامن بين التجار إلى غير ذلك من الأحكام الخاصة بالتجارة والتجار . على أن هذا الإدماج لا يمنع المشروعات التجارية من معرفة نظم خاصة بها من حيث ظهورها وأنها وحدها هى التى يقع عليها عبء مسك الدفاتر التجارية ، علاوة على خضوعها لنظام شهر الإفلاس[٢] .

وقد حدث هذا من قبل فى سويسرا حيث أصبح القانون الفيدرالى للإلتزامات واحدا لكل العقود سواء مدنية أو تجارية[٣] ، ولم يمنع هذا أيضا من وضع تنظيم خاص للمحال التجارية عن طريق نظام الوكالة Fonder de procuration (المادة ٤٥ وما بعدها) وبالأمر الفيدرالى فى ٧ يونيو

---

(١) انظر فى هذا الخصوص : د. مصطفى طه : الوجيز فى القانون التجارى – ج١ – طبعة ١٩٧١ – ص٩.

(٢) د. عبد الحى حجازى .المدخل للقانون الكويتى – طبعة ١٩٧٠ – مطبوعات جامعة الكويت – ص٣٩٧ – والمراجع المشار إليها فى هذا الخصوص .

(٣) المواد من (٢١٨٨ – ٢٢٢١) انظر مقال بعنوان :

L'unification du droit des obligations Civiles

المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٨ رقم (١) . وتطبق الشريعة العامة فى إنجلترا على جميع العقود دون تفرقة بين المدنية منها والتجارية كما اندمج العرف المتعلق بالبضائع مع الشريعة العامة Commen Law . ووفقا للقانون الكندى أصبح القانون الذى يطلق علية Quebec قانونا مدنيا وتجاريا فى الوقت ذاته . راجع ريبير رقم ١١ .

سنة ١٩٣٧) . وقد حدد أيضا المشرع السويسرى أسباب التجارة ونظم المحاسبة التجارية ونظام الإفلاس للتجار الذى يختلف عن نظام تتبع المدنيين من غير التجار .

ضرورة إستقلال القانون التجارى:

٥ - إن فكرة المناداة بتوحيد القانون التجارى والقانون المدنى وإن كانت تبدو منطقية فى ظاهرها إلا أنها تخالف فى جوهرها حقيقة الأوضاع والضرورات العملية . فما من شك أن المعاملات التجارية لها ما يميزها عن المعاملات المدنية مما يستتبع وضع نظام خاص بها . فطبيعة المعاملات التجارية تقتضى السرعة وسهولة الإجراءات ، فالسرعة هى أساس التجارة[١] وليس من المفيد أن تنقل هذه التسهيلات إلى الحياة المدنية التى تتسم بطابع الاستقرار والتروى ، ذلك أن من شأن تعميم هذه السرعة فى الإجراءات زيادة المنازعات وعدم استقرار التعامل بين المدنيين وصعوبة الإثبات أمام القضاء خاصة وأن مسك الدفاتر أمر لا يلتزم به سوى التجار .

كما وأن المناداة بنقل بعض الإجراءات الرسمية والشكلية المدنية إلى العقود التجارية أمر يؤدى فى الواقع إلى عرقلة التجارة مهما بلغت أهمية عقودها أو ضخامتها . كما أن تشجيع المدنيين على التعامل بالأوراق التجارية من شأنه أن يدفع بهذه الطائفة من الأفراد قى مجالات لا شان لهم بها حيث تتمتع الأوراق بأحكام متميزة بها الكثير من التشدد على خلاف الأحكام المدنية .

---

(١) La rapidité est l'essence meme du commerce ولقد قيل بحق وفقا للمحكمة الإنجليزية (وهم تجار من الدرجة الأولى) Time is money

هذا علاوة على أن قواعد القانون التجارى وإن كانت تبدو فى ظاهرها بسيطة وسريعة إلا أن لها ما يضمن حسن تنفيذها من أحكام وقواعد تعتبر قاسية فى جوهرها مما لا يتناسب والحياة المدنية ، ذلك كما هو الحال فى القواعد الخاصة بافتراض التضامن بين المدنيين[١] ومنع المهلة القضائية[٢] كقاعدة عامة ووجود نظام شهر الإفلاس[٣] .

ويلاحظ أن البلاد التى أخذت بتوحيد كلا القانونين لم تسطع إدماجها إدماجا كليا حيث ظلت فيها بعض الأحكام والقواعد المستقلة التى تنفرد بها المعاملات التجارية وطائفة التجار كما هو الحال فى البلاد الأنجلو الأمريكية. ومن الأمثلة على ذلك إنجلترا ، حيث أصبحت حاليا النظم التجارية منفصلة عن مجموعة الشريعة العامة مثل قانون الإفلاس والشركات[٤] وكذلك الحال فى كل من القانون السويسرى والإيطالى الذى وضع كل منهما بعض النظم الخاصة بالتجار ، مثل نظام مسك الدفاتر التجارية والإفلاس كما سبق القول[٥] .

كما أن للقانون التجارى أصالته فى عدة موضوعات لا نجد لها سندا إلا بالمجموعة التجارية وحدها أو العرف التجارى ، مثل نظام الإفلاس وتصفية الأموال وعمليات البنوك خاصة ما يتعلق منها بالحساب الجارى

---

(١) م ٤٧ تجارى .
(٢) م ٥٩ تجارى .
(٣) م ٥٥٠ تجارى .
(٤) د. مصطفى طه : المرجع السابق- ص١٣، د. على البارودى : التجارة اللبنانى.
(٥) ولعل خير ما قيل فى هذا الشأن هو أنه «يتبين من دراسة هذه النظم التشريعية الثلاثة أنها لم تستطع تحقيق وحدة القانون كاملة وانها لا تقدم تنظيما قانونيا خاصا بالتجارة» . د. مصطفى طه : المرجع السابق والموضع السابق أيضا . د.على جمال الدين: الوجيز فى القانون التجارى - ج١٠ طبعة ١٩٧٥ - ص١٤.

وخطابات الضمان والنقل المصرفى ، التى نشأت نتيجة المقتضيات العملية وأكدها القضاء التجاري ، وأفردت لها التشريعات التجارية تنظيما خاصا[١].

والواقع أنه ما من شك فى أن لكل القانونين المدني والتجاري مجاله ، وأن فكرة إدماجها فى قانون واحد لا يتناسب مع طبيعة معاملات كل منهما ، بل أن فى إدماجها إنكار للواقع .

على أن استقلال القانون التجاري لا يعنى إنكار الصلة الوثيقة بينة وبين القانون المدنى ، إذ أنه كما سبق أن ذكرنا قد يعتمد القانون التجارى على بعض أحاكم القانون المدنى اعتمادا كليا ويكتفى بالإحالة عليها .

ويؤدى هذا إلى اعتبار القانون المدنى الأصل العام الذى يرجع إليه كمصدر من مصادر القانون التجارى[٢] على نحو ما سلف بيانه .

علاقة القانون التجارى بعلم الاقتصاد :

٦- يتصل القانون التجارى اتصالا وثيقا بعلم الإقتصاد ، فهذا الأخير يبحث إشباع الحاجات الإنسانية عن طريق موارد الثروة وعلم القانون ينظم وسائل الحصول على هذه الحاجات وتحقيقها . فالأشياء أو الأموال التى يهتم رجل الاقتصاد بعوامل إنتاجها وتداولها وتوزيعها واستهلاكها هى

---

(١) نظم قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. عمليات البنوك فى باب مستقل (الباب الثالث) .

قارن على الزينى- أصول القانون التجارى - الجزء الأول - سنة ١٩٤٥ ص١٦ وما بعدها . ونصت على إعتبار القانون المدنى أحد مصادر القانون الواجبة التطبيق المادة الثانية فى فقرتها الأولى .

(٢) انظر فى أثر الاقتصاد على القانون واثر القانون فى الاقتصاد - د. عبد الحى حجازى - المدخل من ص٥٢ إلى ص٥٨ . وانظر أيضا فى هذا الخصوص ، رسالة د. محمد صبحى خليل "التوجية الاقتصادي والعقود" ص٢١١ وما بعدها .

ذاتها التى يهتم رجل القانون ببيان نظامها من الناحية القانونية والقضائية والإتفاقية ، وهذه الأشياء التى يتناولها رجل القانون ورجل الاقتصاد كل من ناحيته هى تلك التى يرد استخدامها وتسخيرها لخدمة الإنسان فى جسده وروحه[١] .

والواقع أن هذه الصلة الوثيقة بين علم الإقتصاد والقانون التجارى أساسها ما يتركه كل منهما من أثر على الآخر ، فالنشاط الإقتصادى واتساعه أدى إلى خلق قواعد قانونية جديدة فى المجال التجارى والجوى والصناعى والمالى مثل عقود النقل والتأمين والتشريعات الصناعية وعمليات البنوك .

وقد أدت هذه الصلة الوثيقة بين علم الإقتصاد والقانون التجارى إلى اعتبار هذا الأخير فى الوقت الحاضر قانون الأعمال Droit des affaires التى تتسم بالسرعة والائتمان وليس فقط قانون التجارة بمعناها الضيق .

كما أدت هذه الصلة إلى جعل القانون التجارى يشمل كل منشأه اقتصادية تلبس الثوب التجارى أى تتخذ أحد الأشكال التجارية وتستعين بالأساليب التجارية سواء فى إدارتها أو استجماع رأس مالها والحصول على الائتمان ، وبذلك يصبح القانون التجارى " القانون الاقتصادي " .ولذلك يرى البعض فى القانون التجارى قانون النشاط الاقتصادي بجميع صوره ، ويعرف هذا النوع من القانون وفقا لهذا الرأى بأنه مجموع القواعد القانونية المتعلقة بنشاط الإنسان من إنتاج وتملك وتداول وإستهلاك للثروات[٢] .

---

(١) د. عبد الحى حجازى – المرجع السابق – ص٥٨ وهامش (١) من نفس الصفحة.

(١) انظر مقال الأستاذ Van Rya المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٥٣ . ==

علاقة القانون التجارى بالقانون الدولى :

٧- للقانون التجارى صلات وثيقة بالقانون الدولى الخاص أو العام ، فهو يقوم بتنظيم العلاقات التجارية الخارجية ، إذ يحكم المعاملات التى تنشأ بين أفراد الدولة مع رعايا الدول الأخرى فى المعاملات الناشئة عن التصدير والإستيراد والتبادل التجارى بين رعايا الدول المختلفة .

وللقانون التجارى أيضا صلة بالقانون الدولى العام تظهر فى حالة إبرام اتفاقية تجارية دولية .

وتعتبر هذه الصلات القوية بين القانون التجارى وكل من القانون الدولى الخاص والعام سببا فى الحاجة الماسة إلى توحيد أحكام هذا الفرع من القانون . فنظراً لزيادة العلاقات التجارية الدولية نتيجة سهوله وسائل النقل وانتشارها ، نشأت الحاجة إلى توحيد أهم قواعد القانون التجارى نظرا لاختلاف القواعد الداخلية لكل دولة ، وذلك للقضاء على مشكلة تنازع القوانين(١) .

ويتجه الفقه حاليا إلى دراسات مستفيضة لقانون التجارة الدولية واعتباره فرعا متميزا ومستقلا عن فروع القانون(٢) .

=-فى هذا الخصوص د. أكثم الخولى - المرجع السابق - ص٤٩ ، د. محسن شفيق - الموجز فى القانون التجارى - ج١ - طبعة ١٩٦٦ -ص٣٧ .

(١) وتوجد عدة هيئات تعمل على توحيد أحكام هذا الفرع من القانون مثل جمعية القانون الدولى Law International Association وغرفة التجارة الدولية Chambre du Commerce International ومعهد توحيد القانون الخاص بروما Institut de l'unification de droit privé واللجنة البحرية الدولية Comité Maritime International التى أنشأتها الجمعية العامة للأمم المتحدة لتوحيد القانون التجارى الدولى .

(٢) انظر مجموعة المحاضرات فى أهم فروع القانون التجارى الدولى أ.د. محسن شفيق - قسم الدكتوراة - كلية الحقوق - جامعة القاهرة (١٩٧٤-١٩٨٠).

ولقد لجأت الدول والتجار فعلا إلى عدة وسائل لتوحيد أهم أحكام القانون التجارى . ومن الأمثلة على ذلك ما يأتى :

١- فى مجال التوحيد الإتفاقى لا التشريعى لجأ التجار أنفسهم إلى وضع قواعد إتفاقية موحدة للعلاقات الدولية يؤخذ بها اذا رغب أطراف التعاقد . بمعنى أن توحيد الأحكام يتم بطريق إصدار نماذج عقود Contrats- types دولية يلزم المتعاقدين بها فى عقودهم الدولية . ومن ذلك عقود البيع الدولية والنماذج المعدة لعقود التصدير والاستيراد أو العقود التى تجريها الهيئات المهنية كالنقابات والغرف التجارية ، ذلك أن انتشار بعض نماذج العقود التى يكثر استعمالها فى المعاملات الدولية جعل للأطراف مصلحة فى الخضوع إلى أحكامها بدلا من الشروط المختلفة التى قد يتضمنها كل عقد وتؤدى إلى عدة خلافات حول تفسيرها وتطبيقها . ومن الأمثلة على ذلك ما إستقر علية العرف التجارى فى الاعتماد المستندى إذ أصبحت العقود المبرمة مع البنوك متشابهة فى معظم الدول مما أدى إلى إستقرار القضاء عليها وتدعيمها من الهيئات البنكية لمختلف الدول وإقرارها من الغرفة التجارية الدولية . حيث اعتمدت غرفة التجارة الدولية القواعد الموحدة في مجال الاعتماد المستندي في اجتماع فيينا عام ١٩٣٣ ، وأعيدت هذه القواعد عدة مرات كان آخرها رقم (٦٠٠) والذي بدأ تنفيذها اعتباراً من أول يناير ٢٠٠٧ ([1]) كذلك الأحكام التى وضعتها جمعية القانون الدولى فيما يتعلق بالخسارات البحرية والتى يطلق عليها قواعد يورك وانفرس[٢].

---

(١) ويطلق عليها U. C. P اختصاراً للعبارات uniform costoms practice publicotion NO (600) لسنة ٢٠٠٧ .

(٢) هذه الاتفاقية عقدت فى برن سنة ١٨٩٠ وادخلت عليها تعديلات حتى ١٩٥٣. وانظر فى هذا الخصوص : R, houin et M. pedamon, Droit commerical 1980, 7e ed p. 13 No. 11.

٢- فى مجال المعاهدات لجأت الدول إلى توحيد بعض أحكام القانون التجارى عن طريق المعاهدات الدولية التى تضع أحكاما قانونية موحدة تقبلها الدول الموقعة عليها وتلتزم بها فى العلاقات الدولية . بمعنى أن العلاقة الداخلية لهذه الدول الموقعة على الإتفاقية لا تخضع لأحكام هذه الأخيرة وإنما تخضع لأحكام القانون الداخلى . ومن الأمثلة على ذلك إتفاقية برن ١٩٥٣[١] فى حالات النقل بالسكك الحديدية ، إذ حددت هذه الاتفاقية شروط وآثار عقد النقل فى حالة ما إذا كان النقل يتعدى الحدود السياسية للبلاد المتعاقدة . فمثلا إذا كان هناك عقد لنقل بضاعة من فرنسا إلى ألمانيا عن طريق سويسرا (وهى بلاد موقعة على الاتفاقية) فان هذا العقد يخضع لقواعد الاتفاقية دون أحكام القانون الفرنسى الداخلية . أما عقد النقل داخل الحدود الإقليمية للدول الموقعة فإنه يخضع للقانون الداخلى للدولة التى أبرم فيها العقد .

وقد أمتد العمل بهذه الاتفاقية فى حالات النقل الجوى والبحرى والبرى ، بالإضافة إلى اتفاقية منظمة التجارة العالمية الواجبة التطبيق اعتبار من يناير ١٩٩٥ .

٣- كما لجأت الدول إلى عقد اتفاقيات دولية تؤدى إلى إنشاء قانون موحد لجميع الدول المتعاقدة على أن تتعهد هذه الدول بتعديل قانونها الداخلي ، ومن الأمثلة على هذه الاتفاقيات اتفاقية جنيف بخصوص توحيد أحكام الكمبيالة والسند لأمر سنة ١٩٣٠ وأحكام الشيك سنة ١٩٣١ واتفاقية التربس والتي

---

(١) ومن الأمثلة على هذه الاتفاقية بروكسل سنة ١٩٢٤ الخاصة بالنقل البحرى بسند شحن ، واتفاقية جنيف سنة ١٩٥٦ لنقل البضائع برا . واتفاقية فارسونيا ١٩٢٩ للنقل الجوى . واتفاقية لاهاى ١٩٦٤ والخاصة بتوحيد البيع الدولى للبضائع . واتفاقية هامبورج لعام ١٩٨٧ .

يطلق عليها اختصارا " اتفاقية التريبس T.R.I.P.S"[١] المنبثقة عن اتفاقية منظمة التجارة العالمية ، فى شأن حماية حقوق الملكية الفكرية[٢] .

٤- وقد يصل التدويل إلى أكثر من ذلك مثل ما حدث فى فرنسا بخصوص القانون الصادر فى مارس ١٩٥٧ والذى بمقتضاه أصبحت اتفاقية فارسوفيا للنقل الجوى مطبقة فى النقل الداخلى وليس فقط فى النقل الدولى[٣] .

علاقة القانون التجارى بفروع القانون الأخرى :

٨- للقانون التجارى علاقة بمعظم فروع القانون الأخرى ، فلا تقتصر الصلة بينه وبين فروع القانون على ما سبق ذكره، فهناك القانون الضريبى الذى يتصل بقرب من أحكام القانون التجارى حيث تخضع الأرباح التجارية والصناعية إلى ضريبة خاصة . وكذلك القانون الجزائى كما هو الحال بالنسبة للجرائم والمخالفات التى تمس التجارة مثل جرائم الإفلاس وتقليد وتزوير براءات الإختراع والعلامات التجارية والإعتداء على الإسم والعنوان التجارى وجرائم إصدار شيك بدون رصيد وجرائم الشركات والغش التجارى.

وكذلك هناك علاقة القانون التجارى بالقانون الإجتماعى وتشريعات العمل حيث يخضع عمال المتجر أو المصنع لكافة قوانين الضمان

---

(١) وهي إختصار للكلمات : Agreement on trade related Aspects of intellectual property rights .

(٢) فى هذا الخصوص : مؤلفنا الملكية الصناعية طبقا لأحكام القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ وإتفاقية التريبس فى شان حماية حقوق الملكية الفكرية – دار النهضة العربية – لسنة ٢٠٠٩ .

(٣) انظر فى هذا الخصوص هوان السابق ص١٤ . وفى بعض الاتفاقيات يصل التوحيد مرحلة أكثر من ذلك كما هو الحال بين الدول الاسكندنافية حيث تم توحد قوانين متماثلة فيما يتعلق بقوانين الصرف والنقل والقانون البحرى .

الاجتماعي وتحديد ساعات العمل والأجر وجميع المزايا التى تقررها هذه التشريعات . بل أن علاقته بالقانون العام لتبدو قوية أيضا خاصة إبان سيطرة مبدأ تدخل الدولة فى الحياة الإقتصادية وذلك بتنظيم الإنتاج والمبادلات بقوانين آمره . بل إن هناك بعض المجالات الحيوية التى تخضع للمبدأ ذاته حتى فى بعض الدول الرأسمالية مثل قوانين منع الاحتكار والمنافسة غير المشروعة(١).

تطور القانون التجارى :

٩- عرفت التجارة ، قواعد وأحكام وأعراف خاصة بها منذ العصور الأولى ، وكان القائمون بالتجارة يمثلون طائفة خاصة فى المجتمع لها عاداتها وتقاليدها . وما من شك فى أن التجارة كانت معروفة عند كثير من الشعوب القديمة خاصة تلك التى كانت تسكن سواحل البحر الأبيض المتوسط حيث مكنها موقعها الجغرافى من ممارسة التجارة فيما بينهم وبين ما جاورهم من شعوب .

ولن نتعرض فى هذا المقام إلى دراسة تفصيلية لنشأة القانون التجارى فى مختلف العصور والأزمان ، ذلك أن مثل هذه الدراسة تحتاج إلى تخصص دقيق من الناحية التاريخية ، ولذلك نقتصر على إيضاح تطور نشأة القواعد والأحكام التجارية بصفة عامة .

فى العصور القديمة :

١٠- تمتد نشأة القانون التجارى إلى زمن بعيد ، فقد نشأت الأعراف التجارية عند شعوب البحر الأبيض المتوسط وقدماء المصريين والآشوريين والكلدانيين خاصة فى مجالات التعامل بالنقد والإقراض والفائدة واستخدام بعض الصكوك التى تشبه إلى حد ما البوليصة و السند

---

(١) وفى مصر صدر القانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ بإصدار قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – الجريدة الرسمية – العدد ٦ مكرر فى ٢٠٠٥/٢/١٥.
كما صدر القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ بإصدار قانون حماية المستهلك – الجريدة الرسمية العدد ٢٠ مكرر فى ٢٠٠٦/٥/٢٠.

للأمر. ولعل أهم الدلائل على ذلك ظهور عدة قواعد قانونية تجارية فى مجموعة حامورابى Code d'Hammourabi فى عهد البابليين منذ ٢٠٠٠ سنة قبل الميلاد ، منها ما يتعلق بعقد الشركة وعقد القرض[١] . فلم تكن هذه القواعد سوى تقنين للأعراف التى كانت سائدة آنذاك .

وعرف الفينيقيون والإغريق التجارة خاصة البحرية منها إذ اهتموا بوضع القواعد الخاصة بمبدأ الخسارة المشتركة أو العوار المشترك L'avarie Commune والقرض البحرى المعروف حاليا بالقانون البحرى[٢] .

هذا ولا يفوتنا التنويه بدور العرب فى مجال التجارة ابتداء من القرن السابع الميلادى إذ ظهرت أنظمة جديدة فى مجال التجارة كشركات الأشخاص ونظام الإفلاس والكمبيالة (السفتجة) ويبدو هذا واضحا من المصطلحات الأوربية التى ترجع إلى أصل عربى مثل avaire وأصلها "عوار" وكلمة quirat وأصلها "قراط" وكلمة magasin وأصلها "مخزن".

فى عهد الرومان :

١١- لما اتسعت رقعة الإمبراطورية الرمانية وشملت معظم أوربا وشمال أفريقيا وبعض أجزاء آسيا ظهرت فيها حركة تقنينية واسعة لتنظيم المعاملات بين الأفراد وتحديد الحقوق والواجبات . غير أن هذه التنظيمات التقنينية الكبيرة لم تكن تحتوى على قواعد وأحكام تجارية رغم ظهور كثير من المعاملات التجارية مثل الشركات التى كانت تشبه شركات التوصية الحالية إلى حد ما . كذلك ظهرت أعمال تجارية أخرى كأعمال المصارف بسبب استخدام النقود المعدنية ، وإمساك الدفاتر التجارية .

---

(١) تتألف شريعة حامورابى الشهيرة من ٢٨٢ مادة تخصصت ٤٤ منها ببيان أحكام التجارة فعنيت بتنظيم اهم العقود التجارية كالقرض بعائد والشركة والوديعة والوكالة بالعمولة وقد كانت هذه الأحكام التى تواجدت فى تلك الشريعة مستقاة من العادات والأعراف التى كانت تتبع بين التجار آنذاك .

(٢) انظر مؤلفنا " القانون البحرى " طبعة ١٩٨٧ ص٤ والهامش رقم (١) وطبعة ٢٠١٢ .

ولعل السبب فى عدم اشتمال المجموعات المدنية الرومانية لمثل هذه القواعد التى تنظم التجارة وطائفة التجار هو أن الرومان كانوا يتركون القيام بهذه الأعمال للرقيق والأغراب إعتقاداً منهم أنها أعمال دنيا يترفع عنها الرومان الأصلاء[١] ونتيجة لذلك نشأت وازدهرت لدى الرومان معظم فروع القانون التجارى خلال هذه الفترة.

ولما كان قانون الشعوب هو الذى ينظم المعاملات بين الأجانب فيما بينهم وبين الرومان فقد إشتمل هذا القانون على كثير من القواعد والأحكام التجارية . وكان يتميز قانون الشعوب عن القانون المدنى بخلوه من الجزاءات والتعقيدات الشكلية مما جعله يتناسب مع التجارة وما تقتضيه من سرعة وائتمان ، على أنه لما إندمج قانون الشعوب فى القانون المدنى ، وأصبح الأخير هو الشريعة العامة التى تطبق على جميع التصرفات القانونية وعلى جميع الأحكام والقواعد الخاصة بالتجارة سواء البحرية أو البرية إلى جوار الأحكام المدنية ، أصبحت أحكام هذا القانون تطبق على جميع الرومان دون تفرقة بين تاجر وغير تاجر ذلك أن الرومان كانوا يؤمنون بفكرة قانون موحد يحكم جميع التصرفات .

ومن الأمثلة على القواعد التجارية التى يتضمنها القانون الرومانى القواعد الخاصة بالإفلاس[٢] ، والخسائر العمومية البحرية وقواعد عقد

---

(١) د. مصطفى طه : المرجع السابق – ص١٩، ٢٠ .

(٢) عرف نظام الإفلاس فى القانون الرومانى على أساس القاعدة التى بمقتضاها يجوز للدائنين أن يضعوا أيديهم على ممتلكات مدينيهم وتسليمها إلى قيم يقوم بإدارتها خلال فترة تصفيتها وتوزيع ما ينشأ عن ذلك وفاء لحقوقهم . وقد كان القانون الرومانى يمنح للدائن حق إستعباد مدينة أو قتله أو تشغيله ، ويعتبر إستبدال نظام الإفلاس باستعباد المدين أثرا من آثار إدماج قانون الشعوب فى صلب القانون المدنى الرومانى .

القرض ، وإن كانت تلك القواعد قد نقلها الرومان من قـوانين الفينقيـين القديمة . ولعل أبرز ما عرفه الرومان من أحكام خاصة بالتجارة البحريـة الدعوى التى يرفعها الغير مباشرة على مالك السفينة فى حالة قيام الإبن أو العبد بمباشرة التجارة نيابة عن الأب أو السيد ، وهذه الدعوى كانت أساس فكرة النيابة فى التصرفات القانونية التى لم يكن يأخذ بها القانون الرومانى.

فى العصور الوسطى:

أ - الفترة ما بين القرن الحادى عشر حتى القرن السادس عشر :

١٢-جاء القانون التجارى أكثر وضوحا واستقلالا خلال هذه الفترة من العصور الوسطى عن القانون المدنى ، وذلك نتيجة زيادة التجارة البرية والبحرية بسبب الحروب الصليبية فى القرن الحادى عشر . ويمكن القـول أن قواعد القانون التجارى والبحرى قد وصلت فى تطورها فى هذا العـصر إلى مرحلة يمكن اعتبارها أساسا للقانون التجارى الحالى . ففـى إيطاليـا وعلى وجه التحديد فى المدن الإيطالية (جنوه) و(فلورنسا) و(البندقية) نشأ القانون التجارى ، اذ كانت تلك المدن أسواقا عالمية لتبادل التجارة ، ومن ثم نشأت طائفة من الأشخاص بمناسبة ممارسة هذا النـوع مـن النـشاط وخضعت فى تنظيم أمورها إلى التقاليد والعادات التـى اسـتقرت بيـنهم . وقامت هذه الطائفة بانتخاب قناصل بين كبار التجار وذلـك وفقـا للعـرف والعادات والتقاليد التى استقرت بينهم .

وقد كان للكنيسة فى العصور الوسطى ، خلال نهاية هذه الفترة، أثـر فعال فى بعض قواعد القانون التجارى ، فرغم تحريمهـا لعقـود القـرض بفائدة ، كانت توافق استثناء على بعض القروض بفائدة إذا ما أتصف العقد ببعض المخاطر مثل عقود القرض لشركة التوصية أو عقود الصرف . وقد كانت هذه العقود مقصورة تقريبا على اليهود واللومبارديين وهـم سـكان

مدينة لومبارديا ومعظمهم من الإيطاليين الـذين إشـتهروا فـى القـرون الوسطى كمرابين وصيارفة .

ب- الفترة ما بين القرن السابع عشر حتى نهاية القرن الثامن عشر:

١٣- أصبح القانون التجارى خلال هذه الفترة قانونا مهنيا Droit professionnel خلق بواسطة التجار ولينطبق عليهم . كما تميز القانون التجارى بأنة قانون عرفى وفنـيcoutumier et technique وأصـبح أيضا قانونا دوليا يطبق خلال هذه الفترة على دول أوربا الغربية . وأخيـراً بعد أن ظهر شكل الدولة الحديث ووجدت سلطات حاكمه تحـول القـانون التجارى إلى قانون وطنـى ومكتـوب Droit national et écrit كمـا سنرى فى العصر الحديث .

فى العصر الحديث :

١٤- بدأ بعد ذلك انتشار التقاليد والعادات فى باقى بلاد أوروبا خاصة المدن الفرنسية (ليون) و(كان) و(باريس) و(مرسـيليا) ، ولمـا ظهـرت الحاجة إلى تقنين هذه العادات والتقاليد فى مجموعات قانونية لتنظيم أعمال هذه الطائفة أصدر الملك لويس الرابع عشر أمرا ملكيـا بتقنـين العـادات والتقاليد الخاصة بالتجارة فى مجموعة مـستقلة عـام ١٦٧٣ فـصدرت المجموعة التجارية فى مارس ١٦٧٣ وهى خاصـة بالـشركات والأوراق التجارية والإفلاس ، ويطلق عليها مجموعة سافارى Code Savary ثم صدرت فى أغسطس عام ١٧٠٧ مجموعة خاصة بالتجارة البحرية .

وتعتبر هذه الأوامر الملكية مرجعا وافيا للقانون التجارى والبحرى لكثرة ما تناولها من موضوعات . وكان القانون التجارى فى أول أمره قانونا شخصيا ، فكان يعد تاجرا كل من هو مقيد فى السجل التجارى . وبعد

إلغاء نظام الطوائف عقب الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ وإعلان مبدأ حرية التجارة ، تكونت لجنة سنة ١٨٠١ لوضع مشروع القانون التجارى على أساس هذه المبادىء الجديدة . فأخذ القانون التجارى طابعا موضوعيا حيث وضعت فكرة العمل التجارى كأساس لتطبيق أحكام القانون التجارى وأصبح التاجر هو من يتخذ الأعمال التجارية حرفة معتادة لـــه ولم يعد التاجر من هو المقيد بالسجل التجارى .

وصدرت المجموعة التجارية الفرنسية فى ١٥ سبتمبر سنة ١٨٠٧ وعمل بها اعتبارا من يناير سنة ١٨٠٨ . وقد خصص الكتاب الثانى من هذه المجموعة للأحكام الخاصة بالملاحة البحرية . وأثرت هذه المجموعة على تشريعات دول كثيرة منها التشريع المصرى الذى نقل المجموعة التجارية الملغاة نقلا يكاد يكون حرفيا من هذه المجموعة .

وأعدت فرنسا مشروع قانون تجارة جديد عام ١٩٩٣ مقدم من الجمعية العامة ، نظرا لفقد قانون نابليون لعام ١٨٠٧ لمعظم أصوله القانونية بالإضافة إلى أنة يحمل عبارات تعود إلى عام ١٦٧٣ . كما أصدر المشرع الفرنسى عام ٢٠٠٠ قانون التجارة الفرنسى برقم ٢٠٠٠ – ٩١٦ فى سبتمبر عام ٢٠٠٠ وتضمن تسعة كتب خصص الكتاب الأول للأعمال التجارية والتجار والمحل التجارى والكتاب الثانى للشركات التجارية والمجموعات ذات الغرض الاقتصادى والكتاب الثالث للبيوع التجارية وشروط القصر والكتاب الرابع للمنافسة والثمن والكتاب الخامس للأوراق المالية والضمانات والكتاب السادس لمشاكل المشروعات والكتاب السابع لتنظيم التجارة والكتاب الثامن للمهن المنظمة أما الكتاب التاسع والأخير فهو مخصص لتشريعات ما وراء البحار .

وفى مصر تم وضع المجموعة المختلطة ١٨٧٥ والمجموعة التجارية

الأهلية عام ١٨٨٣ على النمط الذى وضعت به المجموعة التجارية الفرنسية كما سبق القول . وظل العمل فى جمهورية مصر العربية بالمجموعة الأهلية[١] حتى ألغيت وصدر قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى ١٧ مايو من ذات العام وعمل به اعتبارا من أول أكتوبر من العام ذاته[٢] .

والواقع أن المجموعة التجارية الملغاة لم تكن صالحه لحكم النشاط التجارى فى ثوبة الجديد خاصة بعد التقدم الهائل فى مجالات القانون التجارى وتوسع أنواع نشاطه ونطاقه ، وضرورة مواكبة ما إستقر عليه الفقه والقضاء من مبادىء هامة . وإستجابة لهذه الضرورات ، ولما نادى به الفقه فى السنوات الماضية أعدت وزارة العدل عدة مشروعات للقانون التجارى منذ عام ١٩٤٠ ولم يكتب لأى منها النور إلى أن تقدمت الوزارة بمشروع القانون الأخير الذى انتهت من وضعه عام ١٩٩٧ وعرضه على مجلس الشعب والذى وافق عليه وصدر ونشر فى ١٧ مايو سنة ١٩٩٩ ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد رقم ١٩ مكرر . ونظم هذا التشريع الأعمال التجارية وطائفة التجار تنظيما دقيقا وشاملا، كما إستحدث أحكاما جديدة كما هو الشأن بالنسبة لأحكام عقد نقل التكنولوجيا وتقنين للأعراف المصرفية فى عمليات البنوك وتنظيم الأوراق التجارية والشيك طبقا لأحكام قانون جنيف الموحد .

موضوع القانون التجارى :

١٥- يقصد بموضوع القانون التجارى تحديد مجال تطبيقه . وفى هذا

---

(١) حاول المشرع المصرى تدارك النقض بالمجموعة التجارية ، بعد أن إسترد سلطته عقب إلغاء الإمتيازات الأجنبية فأصدر عدة قوانين تجارية كما سنرى .

(٢) فيما عدا أحكام الشيك كما سبق القول (ما سبق ص٣) .

الخصوص تعرف التقنينات المختلفة نظـرتين : أحـدهما تعتبـر القـانون التجارى قانونا مهنيا قبل كل شىء ، مخصص للقائمين بحرفـة التجـارة ويطبق على الأعمال التى تتصل بهذه الحرفة ، فالتاجر هو أساس القـانون التجارى وموضوعه وتسمى هذه النظرية بالنظرية الشخـصية أو الذاتيـة Conception subjective .

والنظرية الأخرى تسمى بالنظرية المادية أو العينية Conception obJective تعتبر القانون التجارى قانون الأعمـال التجاريـة . فالعمـل التجارى هو أساس هذا الفرع من القانون . وسوف نقوم بشرح كـل مـن هلتين النظرتين بإيجاز ثم نوضح موقـف القـانون التجـارى المـصرى منهما .

النظرية الشخصية :

١٦- وفقا لهذه النظرية يطبق القانون التجارى على فئه التجار فقط فيما يتعلق بمعاملاتهم التجارية دون غيرهم من الأفراد . فالقانون التجارى يعتبر خاصا بطائفة معينة من الأفراد هى الطائفة المشتغلة بالتجارة ، أمـا غير التجار فلا شأن لهم بأحكام هذا القانون وفقا لهذه النظرية حتى ولـو قاموا بمباشرة تصرفات تجارية . ذلك لان مناط تطبيـق أحكـام القـانون التجارى وفقا لهذه النظرية ، هو الشخص القائم بالعمل التجارى . وبنـاء على ذلك إذا إشترى غير التاجر بضاعة بقصد بيعها وتحقيق ربح ، فهـذا التصرف الذى يعتبر عصب الحياة التجارية ، لا يخضع وفقا لهذا المذهب لأحكام القانون التجارى نظرا لأن القائم به ليس تاجرا .

وفى ظل النظرية الشخصية يمكن تعريف التاجر بواسـطة نـشاطه الإقتصادى الذى يزاوله والذى يتمثل فى تداول الأموال والصناعة والبنـوك

والنقل، أو بواسطة القيد فى بسجل المهنة كقيد إسمه فى سجل التجار ، أو بواسطة شكل المشروع الذى إتخذه لمزاولة حرفته ووسائل مباشرة هذا العمل . فالقانون التجارى لا يطبق إلا على هذه الأشخاص والمشروعات والأعمال القانونية التى يباشرونها ، وبناء على ذلك يمكن تعريف العمل التجارى من خلال التاجر ووصفه بأنه العمل الذى يباشره التجار[١] .

وقد كانت النظرية الشخصية أساس القانون التجارى فى بداية نشأته ، إذ نشأ قانونا طائفيا يطبق على فئة معينة من الأشخاص هى فئة القائمين بالحرف التجارية. ففى إيطاليا نشأ هذا الفرع من القانون نتيجة وجود طائفة التجار التى إزداد نشاطها التجارى لموقعها الجغرافى الهام فى التبادل التجارى والتى وجدت الحاجة الماسة إلى تطبيق قواعد خاصة بهم نظرا لطبيعة أعمالهم التجارية والتى تختلف عن غيرها من الأعمال المدنية. وفى فرنسا نشأ أيضا هذا الفرع من القانون نشأة ذاتية مرتبطة بطائفة التجار ، أما وقد ألغى نظام الطوائف كأثر من آثار الثورة الفرنسية فقد أخذ المشرع الفرنسى فى المجموعة التجارية سواء فى المجموعة التجارية الملغاه أو القانون التجارى الصادر برقم ٢٠٠٠ - ٩١٦ فى ١٦ سبتمبر ٢٠٠٠ بمبدأ النظرية المادية إلى جوار النظرية الشخصية حيث تضمنت المادة ل ١١٠-١ من القانون الأخير جانباً من الأعمال لتكون تجارية بطبيعتها مثل إعتبار الشراء بقصد البيع والوارد على منقولات عملا تجاريا سواء بذاتها أو بعد تحويلها، وكل شراء لعقار بقصد بيعه ما لم يكن المشترى قاصدا بناء عقار واحد أو أكثر وبيعها جملة أو أماكن . كما أشار بالمادة ذاتها إلى جانب من الأعمال التى لا تعد تجارية إلا بطريق الإحتراف مثل

---

(١) انظر مقال Giverden بعنوان :

J. C .P Le Droit Commercial droit de commercans. ١٧٧٠- ١٧٤٠.

مشروعات تأجير المنقولات أو الوكالة والنقل البرى والبحرى والتوريد[١] .

كما إعتبر المشرع الفرنسى أن التاجر هو من يقوم بأعمال التجارة وتكون حرفته المعتادة[٢] .

وفى عصرنا الحديث نجد بعض الدول تأخذ بالنظرية الشخصية كمناط لتطبيق أحكام القانون التجارى ، وذلك مثل التشريع التجارى الألمانى الصادر سنة ١٨٩٧ الذى ينص فى المادة الأولى منه على أن يعتبر تاجرا كل من يمارس حرفة تجارية ، ثم أعقب ذلك بتعداد تسع حرف تجارية[٣] . وكذلك كل من التشريع السويسرى الصادر سنة ١٨٨١ والإيطالى الصادر سنة ١٨٤٢[٤] .

والصعوبة العملية التى تعترض النظرية الشخصية هى ضرورة تدخل المشرع لتحديد الحرف التجارية ، وهذا ليس بالأمر السهل فى الواقع، ذلك أن المشرع لن يستطيع أن يحصر الحرف حصرا يفى بإحتياجات الحياة المتطورة فى كل زمان .

النظرية المادية :

١٧- النظرية المادية تنظر إلى العمل التجارى ذاته لا إلى شخص

---

(١) هوان السابق رقم (١) .

(٢) المادة ل ١٢١-١ من قانون ٢٠٠٠- ٩١٦ الصادر فى ١٩ سبتمبر عام ٢٠٠٠.

(٣) د. أكثم الخولى: موجز القانون التجارى – القاهرة ١٩٧٠ –ص٦ وخاصة الهامش رقم٦ .

(٤) د. مصطفى طه – المرجع السابق – ص٤١ فقرة ١٩ .

والحرف التجارية التى تنص عليها المشرع الألمانى هى شراء المنقولات بقصد البيع ، تحويل الأشياء لحساب الغير ، التأمين ذو الأقساط ، البنوك والصرف ، النقل البرى والجوى ، الوكالة بالعمولة ، السمسرة ، النشر ، الطباعة .

القائم به . فالعمل التجارى هو أساس تطبيق أحكام القانون التجارى ، بمعنى أن هذه الأحكام تطبق على النشاط التجارى أيا كانت صفة القائم به أى سواء كان محترفا أو غير محترف . وهذه النظرية تبدأ بتعريف العمل التجارى متصفا بعناصره الداخلية المستقلة عن شخص القائم به . وعلى هذا الأساس ينظر للعمل من حيث موضوعه كتأسيس الشركات التجارية أو من حيث الغرض منه كالشراء بقصد البيع أو بقصد التأجير أومن حيث الشكل كالأوراق التجارية . ويعرف التاجر وفقا لهذه النظرية المادية أو العينية نظرا لأنها تعتد بطبيعة العمل ذاته ، أى أن أحكام القانون التجارى تطبق حتى لو قام الشخص بالعمل التجارى مرة واحدة أو عرضا أما إذا أحترف الشخص القيام بهذه الأعمال التجارية ، فإنه علاوة على اعتبار أعماله تجارية ، يكتسب صفه التاجر ويخضع لأحكام أخرى خاصة بالتجار مثل إلزامه بمسك الدفاتر التجارية وقيد إسمه بالسجل التجارى وإلزامه بشهر نظام زواجه المالى وخضوعه لنظام الإفلاس . ويلاحظ أنه ليس لهذه الأحكام الخاصة بالتجار أثر ما على طبيعة العمل ذاته الذى يخضع للقانون التجارى أيا كان القائم به وإنما هى أحكام خاصة بمن يحترف القيام بالأعمال التجارية بقصد تنظيم حرفة التجارة .

والصعوبة العملية التى تعترض النظرية المادية هى إيجاد وسيلة لحصر الأعمال التجارية والنص عليها ووضع ضابط يقاس عليه ، ذلك أن العمل التجارى متطور دائما وفى إزدياد وتغير مستمر مهما حاول المشرع توسيع مجال تطبيقه .

موقف المشرع المصرى من النظرتين الشخصية والمادية :

١٨- سبق أن أشرنا إلى أن المشرع الفرنسى كان حريصا على التخلص من نظام الطوائف الذى كان يسود فرنسا فى ذلك الحين ، فجاء

القانون التجارى الصادر سنة ١٨٠٧ كذلك التشريع التجارى الحالى رقم ٢٠٠٠ -٩١٦ الصادر فى ١٩ سبتمبر ٢٠٠٠ ، مؤسسا على النظرية المادية إذ كان يبدو أمام واضعى القانون التجارى الفرنسى أن مبادىء الثورة المتعلقة بمساواة الجميع أمام القانون، ومبدأ حرية التجارة والصناعة لا يتناسب مع الاحتفاظ بقانون طائفى يرتبط بطبقة معينة . فالقانون التجارى يجب أن يكون على وجه الخصوص قانون الأعمال التجارية ، وتعريف التاجر يتم عن طريق ما يباشره من أعمال[١] .

وقد تبنى قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ما كان عليه الحال فى ظل المجموعة التجارية الملغاة مؤسسا على النظرية المادية، ويبدو ذلك واضحا من نص المادة الرابعة التى جاءت بتعداد بعض الأعمال التجارية حيث هى، كشراء المنقولات لأجل البيع أو لأجل التأجير وإستئجار المنقولات بقصد تأجيرها وتأسيس الشركات التجارية[٢] .

ويترتب على ذلك أن المشرع المصرى يعتبر القانون التجارى قانون الأعمال التجارية مهما كانت صفة القائم بها أى سواء كان محترفا

---

(١) ويلاحظ أن المشرع الفرنسى لم يهمل النظرية الشخصية كليا كما سنرى . فقد ذكرت المادة ٦٣٢ تجارى فرنسى وما بعدها بعض الأعمال التى لا تعتبر تجارية إلا إذا بوشرت فى شكل مشروع .

(٢) تنص المادة الرابعة من قانون التجارة المصري على أنه يعد عملا تجاريا :

١- شراء المنقولات أيا كان نوعها بقصد بيعها أو تأجيرها بذاتها أو بعد تهيأتها فى صورة أخرى ، وكذلك بيع أو تأجير هذه المنقولات .

٢- استئجار المنقولات بقصد تأجيرها وكذلك بيع أو تأجير هذه المنقولات .

٣ - تأسيس الشركات التجارية .كذلك الشأن بالنسبة للأعمال البحرية والشحن والتفريغ والنقل البحرى والجوى وإستخدام الملاحين والصيادين (م٦) .

القيام بها أم غير محترف .

على أنه يلاحظ أن القانون المصرى شأنه فى ذلك شأن القانون الفرنسى[١] لم يأخذ بالنظرية المادية على إطلاقها اذ نص فى المادة العاشرة منه على أن يكون تاجرا كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملا تجاريا . كذلك كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالشركات أياً كان الغرض الذى تأسست الشركة من أجله. وقد رتب المشرع المصرى على هذه الصفة أهمية قانونية اذ خص التجار ببعض الأحكام مثل إلزامهم بمسك الدفاتر التجارية وقيدهم بالسجل التجارى وخضوعهم لنظام الإفلاس . هذا بالإضافة إلى تعداد المشرع لبعض الأعمال التجارية المؤسسة على المشروع ذاته دون طبيعة العمل وهى متعددة وهى الحالات التى نصت عليها المادة الخامسة واعتبرتها تجارية على أساس المشروع entreprise أو الإحتراف مثل مشروعات

---

(١) ويؤكد بعض الفقهاء الفرنسيين أنه من الخطأ الاعتقاد بأن القانون التجارى الفرنسى مستوحى فقط من النظرية المادية ، فهناك تطبيقات للنظرية الشخصية أهمها نظرية التبعية التى بفضلها أمكن اعتبار كل أعمال التاجر المتعلقة بتجارته ومشروعه التجارى أعمالا تجارية حتى ولو لم ترد ضمن تعريف القانون التجارى فى المادة ٦٣٢ وما بعدها من المجموعة الملغاه وحاليا المادة ل ١١٠ -١ من قانون ٢٠٠٠ - ٩١٦ فى ٩ سبتمبر ٢٠٠٠ . بل إن معظم الأعمال لا تكون تجارية إلا إذا باشرها تاجر . وهذا لا ينطبق فقط على الأعمال التجارية بطريق الإحتراف (مشروعات النقل والصناعة) بل أيضا على الأعمال التجارية الأخرى حيث لا تكون تجارية من الناحية العملية إلا إذا قام بها تاجر كعمليات الشراء بقصد البيع أو أعمال البنوك .

هو ان - الطبعة السابعة - ١٩٨٠ - رقم ٤٨ .

ريبير - المؤجر - طبعة ١٩٧٠ .

الصناعة والوكالة بالعمولة والنقل والتوريد ومقاولات البناء والملاهى والبيع بالمزاد والمكاتب التجارية ومقاولات السمسرة والإذاعة والتليفزيون ودور النشر والصحافة .... الخ .

وبذلك أخذ قانون التجارة رقم ١٧ لسنة١٩٩٩ بالنظرتين معا حيث نصت المادة الأولى على سريان أحكامه علي كل من الأعمال التجارية وعلى كل شخص طبيعى أو إعتبارى تثبت له صفه التاجر . كما جاءت المادة الرابعة بتعداد للأعمال التجارية الموضوعية بالإضافة إلى ما جاء بالمادة الخامسة من تعداد للأعمال التجارية بشرط مزاولتها على وجه الإحتراف كما سبق القول . كما ألزم القانون فى الفصلين الثالث والرابع من الباب الأول طائفة التجار بإلتزامات متميزة مثل مسك الدفاتر التجارية والقيد بالسجل التجارى .

وجاء قانون التجارة الأردنى رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ واضحا فى تبنى النظرية المادية بصفة أساسية مع تطبيق أحكام متميزة على التجار حيث جاء بالمادة الأولى فقرة ثانيا بأن " يتضمن هذا القانون من جهة القواعد المختصة بالأعمال التجارية التى يقوم بها أى شخص مهما كانت صفته القانونية ويتضمن من جهة أخرى الأحكام التى تطبق على الأشخاص الذين إتخذوا التجارة مهنة " .

وتعتبر النظرية التجارية بالتبعية خير دليل على أخذ المشرع المصرى بالنظرية الشخصية ، ذلك أنة وفقا لنص المادة الثامنة تعد الأعمال التى يقوم بها التاجر لشئون تتعلق بتجارته أعمالا تجارية كما أن كل عمل يقوم به التاجر يعد متعلقا بتجارته مالم يثبت غير ذلك . وتخضع بناء على ذلك هذه الأعمال للقانون التجارى . ويتضح من ذلك أن شخصية القائم بهذه الأعمال هى التى تحدد طبيعتة التجارية أو المدنية .

يبين مما سبق أن المشرع المصرى إتخذ أساسا لتطبيق أحكام القانون التجارى النظرية المادية إلى جوار النظرية الشخصية .

مصادر القانون التجارى :

١٩- كلمة مصدر تعنى المنبع بصفة عامة . وللقانون عدة مصادر أو منابع إستقى منها أساسه ، هى المصدر الموضوعى أو المادي أو المصدر التاريخى والمصدر الرسمى والمصدر التفسيرى .

ويقصد بالمصدر المادى أو الموضوعى للقانون ، الظروف الاجتماعية التى استمد منها نشأته على خلاف المصدر التاريخى الذى يمثل الظروف التاريخية التى تكون عبرها القانون . ويقصد بالمصدر الرسمى للقانون ، المصدر الذى تستمد منه القاعدة قوتها الملزمة على خلاف المصدر التفسيرى الذى لا يلزم القاضى بالرجوع إلية ، إنما يلجأ له من قبيل الاستئناس . وللقانون التجارى ، بصفة عامة كبقية فروع القانون عدة مصادر نقتصر منها على المصادر الرسمية والمصادر التفسيرية .

وقد نص قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على مصادر هذا الفرع من فروع القانون فى المادة الثانية منه والتى تنص على أنه :

١- تسرى على المواد التجارية أحكام الإتفاق بين المتعاقدين ، فإذا لم يوجد هذا الإتفاق ، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية ، ثم قواعد العرف التجارى والعادات التجارية ، فإذا لم يوجد عرف تجارى وجب تطبيق أحكام القانون المدنى .

كما تنص الفقرة الثانية من المادة ذاتها على أنه :

٢- لا يجوز تطبيق الإتفاقات بين المتعاقدين ، أو قواعد العرف التجارى أو العادات التجارية متى تعارضت مع النظام العام فى مصر .

وبناء على النص المشار إلية تكون مصادر القانون التجارى على الترتيب الذي سنراه :

أولا المصادر الرسمية

المصدر الأول : أحكام الإتفاق بين المتعاقدين :

٢٠- من الأمور المسلم بها وطبقا للقاعدة الأصولية يعد العقد شريعة المتعاقدين ، فكل ما يتفق علية بين أطراف العقد يلزم كل منهما ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا بموافقة تلك الأطراف ، والاتفاق يعلو جميع مصادر القانون التجارى الأخرى طالما لا يخالف أو يتعارض مع النظام العام فى مصر[١] . وقد أشارت إلى هذا المصدر ودرجته فى التقدم على المصادر الأخرى طالما لا يخالف النظام العام المادة الثانية سالفة الإشارة فى فقرتها الأولى والثانية .

المصدر الثانى : نصوص قانون التجارة والقوانين المكملة له :

١- نصوص قانون التجارة :

٢١- يقصد بهذا المصدر قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الصادر فى ١٧ مايو من العام ذاته والمنشور بالجريدة الرسمية ، العدد ١٩ مكرر بالتاريخ ذاته ، والذى بدأ تطبيقه اعتباراً من أول أكتوبر ١٩٩٩[٢] . كما

---

(١) وتنص على القاعدة الأصولية فى هذا الخصوص المادة (١/١٤٧) من القانون المدنى حيث تنص علي أن " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون " .

(٢) فيما عدا أحكام الشيك حيث أجل المشرع تطبيق أحكام الشيك أكثر من مرة بالقوانين أرقام ١٦٨ فى ٢٠٠٠/٧/٢٧ ، ورقم ١٥٠ لسنة ٢٠٠١ فى ٢٠٠١/٦/٢٤ والذى أجل أحكام الشيك إلى أول أكتوبر ٢٠٠٣ مع تطبيق حكم المادة ٥٣٦ من القانون ذاته ، ورقم ١٥٨ لسنة ٢٠٠٣ فى ٢٠٠٣/٦/٢٤ ==

يلحق بأحكام قانون التجارة كمصدر رسمى من مصادر القانون جميع القوانين التجارية التى صدرت قبل هذا التشريع طالما لم تلغ أو تتضمن حكما يتعارض مع أحكامه كذلك أي تشريع تجاري يصدر فيما بعد .

وقد تضمن قانون التجارة خمسة أبواب الأول خاص بأحكام التجارة بوجه عام والثانى خاص بالالتزامات والعقود التجارية ، وينظم الباب الثالث أحكام عمليات البنوك والباب الرابع خاص بالأوراق التجارية ، والباب الخامس والأخير ينظم أحكام الإفلاس والصلح الواقى منه .

وتضمن قانون التجارة عدة أحكام جديدة منها أحكام الشيك بصفة خاصة والذى نظمه القانون فى الفصل الثالث من الباب الرابع فى ٦٧ مادة بالإضافة إلى الأحكام المشتركة بينه وبين باقى الأوراق التجارية وما أشارت إلية المادة (٤٧٢) من الإحالة على أحكام الكمبيالة فيما لم يرد به نص خاص فى شأنه . كما نظم قانون التجارة عقد نقل التكنولوجيا لأول مرة وذلك فى الفصل الأول من الباب الثانى الخاص بالإلتزامات والعقود التجارية وذلك بالمواد من (٧٢ –٨٧). كما نظم بصفة شاملة أحكام البيع التجارى وبعض أنواع البيوع التجارية مثل البيع بالتقسيط والبيع بطريق

== والذى أجل تطبيق أحكام الشيك إلى أول أكتوبر ٢٠٠٥ مع إعمال حكم المادتين ٥٣٥، ٥٣٦ من القانون ذاته ، وأخيراً القانون ١٥٦ لسنة ٢٠٠٤ فى ٢٠٠٤/٧/١٤ والذى قرر فى مادته الأولى على أن يستبدل بنص البند (٢) من المادة (٥٠٣ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، أنه إذا قدم الشيك للوفاء قبل اليوم المبين فيه كتاريخ لإصداره وجب وفاؤه فى يوم تقديمه وذلك باستثناء الشيكات المسطرة المنصوص عليها فى المادة (٥١٥) من القانون ذاته والشيكات الحكومية فلا تكون مستحقة الوفاء إلا فى التاريخ المبين فيها كتاريخ لإصدارها . (الجريدة الرسمية العدد ٢٨ مكرر (أ) فى ٢٤ يوليو سنة ٢٠٠٤) .

التصفية أو المزايدة العلنية وعقد التوريد وذلك فى الفصل الثانى من الباب الثانى فى المواد من (٨٨ – ١١٨) ، كذلك الشأن للرهن التجاري والإيداع فى المستودعات العامة وذلك فى الفصلين الثالث والرابع من الباب الثانى بالمواد من (١١٩ – ١٤٧) .

هذا بالإضافة إلى الأحكام العامة للالتزامات والعقود التجارية الواردة بالباب الثانى فى المواد (٤٧-٧١) ، وقد تضمنت هذه النصوص الجديد من الأحكام مثل التقادم فى المواد التجارية والمهلة القضائية والعائد.

وتناول تشريع التجارة المشار إلية أيضا تنظيما شاملا لأحكام الوكالة التجارية بجميع أنواعها وذلك فى الفصل الخامس من الباب الثانى حيث نظم الأحكام العامة للوكالة التجارية فى الفرع الأول بالمواد من (١٤٨ – ١٦٥) ثم الوكالة بالعمولة فى الفرع الثانى بالمواد من (١٦٦ – ١٧٦) وأحكام وكالة العقود فى المواد من (١٧٧ – ١٩١) ، وفى الفصل السابع تناول المشرع أحكام السمسرة بالمواد من (١٩٢ – ٢٠٧) .

كما تناول المشرع تفصيلا أحكام النقل فى الفصل السابع حيث تناول فى الفرع الأول بالمواد من (٢١٧ – ٢٥٤) أحكام نقل الأشياء ، وفى الفرع الثاني من الفصل السابع أحكام نقل الأشخاص بالمواد من (٢٥٥ – ٢٧٢) وبالفرع الثالث نظم أحكام الوكالة بالعمولة للنقل بالمواد (٢٧٣ – ٢٨٣) . وأخيرا نظم المشرع بالفرع الرابع من الفصل السابع أحكام خاصة للنقل الجوى بالمواد من (٢٨٤ – ٢٩٩) .

وخصص قانون التجارة الباب الثالث لعمليات البنوك ، وهى تنظيم تشريعى لأول مرة بعد أن كان العمل يجرى طبقا للأعراف المصرفية المستقرة . ويشمل هذا الباب تنظيم وديعة النقود فى المواد من (٣٠٠ –

٣٠٩) ووديعة الصكوك فى المواد من (٣١٠ – ٣٢٣) ورهن الأوراق المالية فى المواد من (٣٢٤ – ٣٢٨) والنقل المصرفى فى المواد من (٣٢٩ – ٣٤٠) والإعتماد المستندى بالمواد من (٣٤١ – ٣٥٠) والخصم بالمواد من (٣٥١ – ٣٦٠) وخطابات الضمان فى المواد من (٣٥٥ – ٣٦٠) وأخيرا الحساب الجارى بالمواد من (٣٦١- -٣٧٧) .

أما الباب الرابع فقد خصصه تشريع التجارة للأوراق التجارية فتناول تنظيم الكمبيالة بالمواد من (٣٧٩ – ٤٦٧) والسند لأمر بالمواد من (٤٦٨ – ٤٧١) وأحكام الشيك بالمواد من (٤٧٢-٥٣٩) وأخيرا الأحكام المشتركة بالمواد من (٥٤٠ – ٥٤٩) .

وفى الباب الخامس والأخير نظم المشرع أحكام الإفلاس والصلح الواقع منه وذلك بالمواد من (٥٥٠ – ٧٧٢) .

٢- القوانين المكملة لقانون التجارة :

٢٢- صدرت عدة تشريعات تجارية بعد صدور المجموعة التجارية الملغاة والتى صدرت عام ١٨٨٣ كما سبق القول . وهذه التشريعات اعتبرت مكملة للمجموعة التجارية وتتمتع بالدرجة والأهمية ذاتها لهذه الأخيرة من حيث اعتبارها مصدرا للقاعدة القانونية فى فرع القانون التجارى . وتظل هذه الدرجة والأهمية لهذه التشريعات المكملة بعد إلغاء المجموعة التجارية وصدور قانون التجارة فى ١٧ مايو لسنة ١٩٩٩ ، طالما أنها لا تظل سارية النفاذ ولا تتعارض مع أحكام قانون التجارة سالف الذكر.

ومن أهم التشريعات المكملة بقانون التجارة قانون بيع ورهن المحال التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ وقانون الأسماء التجارية رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ ، وقانون الدفاتر التجارية رقم ٣٨٨ لسنة ٥٣ فى شأن الدفاتر التجارية وقانون السجل التجارى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ والمعدل

بقانون٩٨ لسنة ١٩٩٦ والقانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨١ فى شأن شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة والمعدل بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ والقانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٥، والقانون رقم ٢٠٠٩/٦٨ ([1]) والقانون رقم ١٩٨٨/١٤٦ فى شأن شركات تلقى الأموال لاستثمارها والقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ فى شأن قطاع الأعمال العام والقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ فى شأن سوق رأس المال والمعدل عدة مرات في السنوات ١٩٩٥ ، ١٩٩٦ ، ١٩٩٨ ، ٢٠٠٤ ([2]) و٢٠٠٨([3]) ورقم ٢٠٠٩/١٠ في شأن إنشاء الهيئة العامة للرقابة المالية. والقانون رقم ٨ لسنة ٩٧ فى شأن ضمانات وحوافز الإستثمار، والمعدل بالقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٢([4]) ، والقانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٥ ([5]) كذلك القانون رقم ١٩٩٥/٩٥ في شأن التأجير التمويلى المعدل بالقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠١([٦]). وغير ذلك من القوانين .

هذا بالإضافة إلى القوانين الصادرة بعد قانون التجارة ، مثل قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ ([7]) وقانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم ٢٠٠٣/٨٨ ([8]) والمعدل بالقانونين رقمي ٢٠٠٤/١٦٢ ([9]) و ٢٠٠٥/٩٣ ([10]) وقانون غسل الأموال رقم

---

(١) الجريدة الرسمية – العدد ١٤ مكرر (د) في ٢٠٠٩/٤/٨ .
(٢) الجريدة الرسمية – العدد ١٧ تابع (د) في ٢٠٠٤/٤/٢٢ وصدر قرار هيئة سوق المال رقم ٢٠٠٦/٥٠ في شأن تداول الأوراق المالية خلال شبكة المعلومات (الإنترنت) الوقائع المصرية العدد ١٠٦ تابع في ٢٠٠٦/٥/١٥ .
(٣) الجريدة الرسمية – العدد ٢٢ مكرر (أ) في ٢٠٠٨/٦/٩ .
(٤) الجريدة الرسمية – العدد ١٩ مكرر (أ) في ٢٠٠٢/٥/١٤ .
(٥) الجريدة الرسمية – العدد ٢٤ مكرر فى ٢٠٠٥/٦/٢١.
(٦) الجريدة الرسمية – العدد ١٩ تابع في ٢٠٠١/٥/١٠ .
(٧) الجريدة الرسمية – العدد ٢٢ مكرر في ٢٠٠٢/٦/٢ .
(٨) الجريدة الرسمية العدد ٢٤ مكرر في ٢٠٠٣/٦/١٥ .
(٩) الجريدة الرسمية – العدد ٥١ مكرر في ٢٠٠٤/١٢/٢٢ .
(١٠) الجريدة الرسمية – العدد ٢٤ مكرر في ٢٠٠٥/٦/٢١ .

٢٠٠٢/٨٠ المعدل بالقانونين رقمي ٢٠٠٣/٧٨ و ٢٠٠٨/١٨١[1]. وقانون حماية المنافسة والممارسات الاحتكارية رقم ٢٠٠٥/٣ والمعدل بالقانونين رقمي ٢٠٠٨/١٩٠ و ٢٠٠٨/١٩٣[2].

المصدر الثالث : قواعد العرف التجارى والعادات التجارية :

٢٣- يقصد بالعرف التجارى ما درج عليه التجار من قواعد فى تنظيم معاملاتهم التجارية بحيث تصبح لهذه القواعد قوة ملزمة فيما بينهم شأنه شأن النصوص القانونية . وإذا كان التشريع مكتوبا فإن العرف غير مدون . كما أن هذا الأخير هو قانون تلقائى لا إرادى على عكس التشريع الذى يعتبر مصدرا إراديا ومقصودا .

ويبدأ العرف تكوينه عندما يتفق اثنان على تنظيم تصرف ما على وجه معين ، ثم يتبع باقى الأشخاص نفس هذا التنظيم فيما يتعلق بهذا التصرف فترة من الزمن لدرجه أنهم يشعرون بأنه أصبح ملزما لهم دون النص عليه . فهو فى الواقع نوع من الإتفاق الضمنى على ضرورة إتباع قواعد معينة فى حالات معينة .حتى ولو ثبت عدم علم الأطراف به[3]. ذلك لأن العرف يستمد قوته الملزمة من إيمان الجميع به واعتباره حكماً عاماً كالتشريع تماماً . علي أن ذلك لا يعني أن العرف واجب التطبيق طالما اتجهت إرادة المتعاقدين إلي استبعاده .

والعرف قد يكون عاما متبعا فى الدولة بأسرها وقد يكون محليا ، ويقع على الخصوم عبء إثبات العرف . وقد جرى العمل على إستخراج شهادات من الغرف التجارية بوجوده أو من الخبراء فى التعاملات التجارية التى استقر العرف بشأنها .

وقضت محكمة النقض فى هذا الخصوص أنه إذا أقام الحكم قضاءه

---

(١) الجريدة الرسمية في ٢٠٠٢/٥/٢٢ العدد ٢٠ مكرر ، والعدد ٢٢مكرر في ٢٠٠٣/٦/٨ والعدد ٢٥ مكرر في ٢٠٠٨/٦/٢٢.

(٢) الجريدة الرسمية العدد ٢٥ مكرر (أ) ، (ب) في ٢٠٠٨/٦/٢٢ . وقانون حماية المستهلك رقم ٢٠٠٦/٦٧ والصادر في ٢٠٠٦/٥/١٩ .

(٣) نقض ١٩٨١/١/٢٦ مجموعة الأحكام ج ١ ص ٣٢١ وجلسة ٨٢/٦/١٤ س ٣٣ ص ٧٥٢ .

على وجود عرف بدون أن تتثبت المحكمة من قيام ذلك العرف أو تبين مصدره على الرغم من تمسك الطاعن بوجود عرف آخر فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا[١] .

والعرف التجارى يكون غير آمر كقاعدة عامة ، ونوافق فى هذا الخصوص ما يذهب إلى غالبية الفقه[٢] من أنه لا يكاد يكون هناك عرف تجارى آمر ، ذلك أنه ليس هناك ما يمنع الاتفاق على عكس القواعد العرفية، ومن الأمثلة على ذلك ما كان يجرى عليه العمل على جواز الاتفاق على خلاف القاعدة العرفية التى تقضى بافتراض التضامن فى الالتزام التجارى بين المدينين وهو ما قننه قانون التجارة فى المادة (٤٧) منه كما سبق القول .

وقضت محكمة النقض بأنة لا يجوز للمتعاقد الاستناد إلى العرف للتحلل من التزامات يفرضها علية التعاقد الذى تم بينه وبين الطرف الآخر فى العقد إذ لا يوجد ما يمنع من أن يتفق العاقدان على ما يخالف العرف التجارى ويكون اتفاقهما ملزما لهما[٣] .

وتعتبر قواعد العرف التجارى والعادات التجارية من أهم مصادر هذا الفرع من فروع القانون حيث نشأ هذا الفرع نشأة عرفية كما سبق القول ولم يدون إلا فى فترة متأخرة عن بقية فروع القانون .

وحرص قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على الإعتداد بالعرف والعادة التجارية كمصدر أساسى للقاعدة القانونية تأتى بعد التشريع وتسبق أحكام القانون المدنى طبقا لحكم المادة الثانية منه كما سبق القول . كما

---

(١) جلسة ٢١ إبريل ١٩٦٦ مجموعة الأحكام السنة ١٦ ص٨٩٥.

(٢) فى هذا الخصوص محمد صالح – المرجع السابق – رقم١٠ – قارن هوان – المرجع السابق رقم ١٩ ص ٢١.

(٣) جلسة ٦٩/٦/١٢ – المجموعة – السنة٢٠ ص٩٢٣ – كما حكم بأن العرف يتراجع أمام إتفاق الطرفين جلسة ١٩٤٧/١٢/٤ – المجموعة فى ٢٥ عاما ج ١ ص ٣٦٩ .

أشار قانون التجارة إلى الأخذ بأحكام العرف والعادة التجارية فى أكثر من موقع تأكيدا لأهميته فى مجال فرع القانون التجارى .

ومن الأمثلة التى أتى بها تشريع التجارة إعتدادا بالعرف ما تنص عليه المادة (١/٥٣) من أنه " ١- إذا كان محل الإلتزام التجارى تسليم شىء خلال موسم معين أو فصل من فصول السنة وجب الرجوع إلى العرف السائد فى مكان التسليم لتعيين الوقت الذى يجب أن يتم فيه . فإذا لم يوجد عرف وجب أن يتم التسليم فى وقت مناسب قبل نهاية الموسم أو الفصل " .

كما تنص الفقرة الثانية من المادة ذاتها على أنه " ٢- يعتبر العرف السائد فى مكان التسليم فيما يتعلق بكيفية قياس البضائع أو وزنها أو عدها أو كيلها متمما للعقد ما لم يتفق على غير ذلك " . كذلك ما أشارت إلية المواد (٨٩ ،٩٠ ، ٩١ ، ٩٣) والواردة فى شأن تحديد الثمن وميعاد التسليم فى عقود البيع التجارى، والمادة (١٥٠) فى شأن أجر الوكيل التجارى ، والمادة (١٧٦) فى شأن أجر الوكيل بالعمولة الضامن والمادة (٣٦٩) فى شأن مواعيد الإخطار بقفل الحساب الجارى من قبل عميل البنك إلى غير ذلك من أحكام أخرى يحيل فيها المشرع لأحكام العرف أو العادة التجارية .

ومن الأمثلة على العرف التجارى والتى قننها قانون التجارة قاعدة افتراض التضامن بين المدنيين بديون تجارية إذا تعددوا (المادة ٤٧) وذلك خلافا للقاعدة العامة المنصوص عليها فى القانون المدنى (المادة ٢٧٩) والتى تقضى بأن التضامن لا يفترض وإنما يكون بناء على إتفاق أو نص فى القانون . كذلك ما كان يقضى به نص المادة (٢٢٦) مدنى من سريان الفوائد التأخيرية من تاريخ المطالبة القضائية ما لم يحدد الإتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها ، حيث قنن قانون التجارة العرف ونص فى

المادة (٦٤) منه على أنه «يستحق العائد عن التأخير فى الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك . ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع العائد الذى يتقاضاه الدائن أكثر من مبلغ الدين الذى إحتسب عليه العائد إلا إذا نص القانون أو جرى العرف على غير ذلك». كما قنن تشريع التجارة ما إستقر عليه العرف فى شأن الإكتفاء بإنذار المدين بورقة عادية دون حاجة إلى إنذاره بورقة من أوراق المحضرين حيث نص فى المادة (٥٨) على أنة " يكون إعذار المدين أو إخطاره فى المواد التجارية بإنذار رسمى أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، ويجوز فى أحوال الاستعجال أن يكون الإعذار أو الإخطار ببرقية أو تلكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال السريعة " .

هذا بالإضافة إلى تقنين المشرع لما كان يقضى به العرف فى معظم الأحكام الخاصة بعمليات البنوك مثل أحكام خطابات الضمان والإعتماد المستندى والحساب الجارى إلى غير ذلك من الأحكام التى تضمنها الباب الثالث من قانون التجارة .

ويقصد بالعادة التجارية، إعتياد الأفراد على إدراج شروط معينة فى تعهداتهم التجارية بحيث تصبح هذه الشروط ملزمة فى مثل هذه التعهدات دون النص عليها صراحة . ولكن إذا إتضح أن أطراف التعاقد على غير علم بهذه الشروط ، أى العادة التجارية ، فإن هذه الأخيرة لا تنطبق[١] .

---

(١) ومن أمثلة على العادات التجارية ما يجرى علية العمل فى العد والوزن أو القياس مثل اعتبار العدد ١٢٠ فى حساب بعض أنواع الفواكة والخضروات . وما يجرى عليه التعامل فى عقود القطن بإعتبار الطن فى القطن المحلوج مائة رطل فى إسكندرية على خلاف ما جرت علية العادة فى الأرياف من أن التعامل على القطن المحلوج بإعتبار القنطار ٣١٥ رطلا . وكذلك الشأن فيما يجرى علية العمل من إعتبار قنطار البطاطس ٦٥ كيلو جرام فقط فى تجارة الجملة.

وعرفت محكمة النقض المصرية العادات التجارية بإعتبار ما اعتاد المتعاملون ودرجوا على إتباعها بحكم ما استقر من سنن وأوضاع فى التعامل ، فيكفى فى العادة التجارية أن تكون معبرة عن سنة مستقرة ولا يشترط أن تكون هذه السنة مخالفة لأحكام القانون . وتثبت العادة التجارية بكافة طرق الإثبات وخير دليل عليها ما كان مستمدا من طبيعة العمل ذاته[١] .

ويأخذ تطبيق أحكام العرف والعادة التجارية حكم تطبيق قواعد التشريع ، فتخضع كل منهما لرقابة محكمة النقض مع مراعاة أن على القاضى أن يحكم بما يقضى به العرف من تلقاء نفسه[٢] إذا كان له به علم على خلاف العادة التجارية التى عليه عند القضاء بها ، إتجاه نية الأطراف إلى تطبيقها .

وقضت محكمة النقض بأن على من يدعى قيام العرف أو العادة التجارية إثبات وجودها وإثبات أن المتعاقدين كليهما قصدا الالتزام بها واتباعها [٣] . والتحقق من وجود العرف التجارى من عدمه يخضع لسلطة قاضى الموضوع .

وقضت محكمة النقض بأن القواعد والعادات التجارية شأنها شأن العرف من مسائل الواقع التى يترك التثبت من قيامها وتفسيرها لمحكمة الموضوع إلا حيث يحيد القاضى عن تطبيق عادة تجارية

---

(١) جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧ – المجموعة – السنة ١٤ – ج٢ ص٩٤٦ .

(٢) جلسة ١٩٨١/١/٢٦ – المجموعة – السنة ٣٢ ج١ – ص٣٢١. وطعن رقم ٤٥٣ جلسة ١٩٨٢/٦/١٤ – المجموعة – السنة ٣٣ ح٢ ص٧٥٢ .

(٣) الطعن رقم ٧٨٦٧ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٦ ورقم ٨٢٢٢ – وجلسة ١٩٦٤/١٢/٣ السنة ١٥ ح٣ ص ١١٢٠ .

ثبت لديه قيامها[1].

ومن المسلم به أنة لا يجوز تطبيق أى من العرف أو العادة التجارية إذا تعارض مع النظام العام فى مصر ، تطبيقا لحكم الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون التجارة .

المصدر الرابع : القانون المدنى:

٢٤- يعتبر القانون المدنى المصدر الرابع من مصادر القانون التجارى بعد كل من أحكام الاتفاق بين المتعاقدين وأحكام القانون التجارى والقوانين المكملة له وأحكام العرف والعادات التجارية .

ويقصد بالقانون المدنى الأحكام الواردة بالمجموعة المدنية الصادرة بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والقوانين المكملة له . وأحكام القانون المدنى هى الشريعة العامة التى تنظم جميع العلاقات أيا كانت طبيعتها ، فإذا لم يرد اتفاق بين الطرفين أو نص فى القانون التجارى يحكم الواقعة أو عرف أو عادة تجارية تعين الرجوع إلى أحكام القانون المدنى . وتطبيقا لذلك فإن قواعد القانون المدنى المتعلقة بالالتزامات تحكم جميع العقود التجارية . وإذا فرض ووجد تعارض بين نص تجارى ولآخر مدنى وجب أن يغلب النص التجارى مهما كان تاريخ نفاذه ، وذلك تطبيقا للقاعدة التفسيرية التى تقضى بأن النص الخاص يغلب على النص العام بشرط أن يكون كلا النصين على درجة واحدة . فإذا كان أحدهما نصا آمرا والآخر مفسرا وجب الأخذ بالنص الآمر لأنه نص لا يجوز الإتفاق على مخالفته .

---

(١) طعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢ - المجموعة ص٣٥٧ وطعن رقم ٣٧٢ لسنة٤٢ ق جلسة ٧٦/٣/٢٩ ص ٧٨٨ .

وخلاصة ما سبق أن قانون التجارة قنن ما استقر عليه العرف والقضاء فى هذا الشأن فجعل أحكام الإتفاق بين المتعاقدين واعتبرها الأساس فى التطبيق فى المواد التجارية وعند غياب إتفاق الطرفين تسرى نصوص القانون التجارى أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية ثم قواعد وأحكام العرف التجارى والعادات التجارية ، وإذا لم يوجد عرف أو عادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدنى .

ثانياً : المصادر التفسيرية :

٢٥- يقصد بمصادر القانون التفسيرية المصادر التى يتمتع القاضى إزاءها بسلطة اختيارية إن شاء رجع إليها للبحث عن حل النزاع أمامه دون إلزام عليه بإتباعها . فالمصادر التفسيرية على خلاف المصادر الرسمية ، مصادر إختيارية يستأنس بها القاضى لإيجاد الحلول . ووفقا لإحكام القانون المصرى يعتبر القضاء (السوابق القضائية) والفقه من المصادر التفسيرية[١] وسوف نشير إليهما .

أ- القضـــاء :

٢٦- يقصد بالقضاء مجموعة الأحكام الصادرة من مختلف المحاكم فى المنازعات التى عرضت عليها . كما يقصد بها مدى الحجية التى يمكن أن تتمتع بها هذه الأحكام وهو ما يطلق عليه " السابقة القضائية "[٢] .

---

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقى – نظرية القانون – ص٢١٦ حتى ٢٢٧ .

(٢) يلاحظ أن المقصود " بالسابقة القضائية " يختلف فى الفقة الأوربى عنه فى الفقه الإنجليزى ، فهى تعتبر فى الفقه الأروبى ذات (قوة إقناعية) ليس أكثر قد تأخذ بها المحكمة إن شاءت ولكن ليس ثمة ما يلزم المحكمة أن تأخذ بها ، أما فى الفقه الإنجليزى فمعناها أنها ليست ذات حجية كبيرة فحسب بل يجب إتباعها فى ظروف معينة انظر د. عبد الحى حجازى ، المدخل . ص٤٨٢ هامش رقم٤ .

وهذه الأخيرة تمثل الأحكام التى تصدر فى المسائل القانونية الجديدة ذات الأهمية الخاصة والتى لم يرد لها حل فى القانون وتسمى décisions de principe . ودور القضاء بالنسبة لهذه السوابق دور خلاق يوسع بمقتضاها نطاق تطبيق القانون حيث تؤدى إلى حلول لموضوعات مماثلة لما صدرت بشأنها فى المستقبل .

وتؤدى أحكام المحاكم فى مصر خدمة جليلة للقانون التجارى وذلك لمساعدتها التطور الكبير الذى أصاب هذا الفرع من فروع القانون . ويلاحظ أن دور القضاء فى مصر كما هو الحال فى التشريعات الأوربية حيث يسود فيها التشريع ، يقتصر على تفسير القاعدة القانونية دون خلقها ذلك أن القضاء لا يعتبر مصدرا للقانون بالمقارنة إلى مصدر التشريع . فإختصاص القاضى المصرى هو تطبيق القانون فى الحالات المعروضة عليه دون أن تكون لأحكامه قيمة القاعدة الملزمة ، بمعنى أن القاضى غير مكلف على الأقل من الناحية النظرية بإحترام السابقة القضائية .

ولاشك أنه عن طريق أحكام المحاكم المصرية فى المواد التجارية أمكن الوصول إلى كثير من المبادىء الحديثة والتى تعتبر أساسية فى مجال تطبيق القانون التجارى . ولعل فى القواعد الخاصة بعمليات البنوك ونظرية الشركة الفعلية والتوسع فى تطبيق نظرية التبعية ، التى توصلت إليها المحاكم خير دليل على ذلك .

ويختلف موقف القضاء فى القانون الإنجليزى والبلاد الأنجلوأمريكية بصفة عامة حيث تسود قاعدة السابقة القضائية والتى بمقتضاها تلزم المحاكم فى أحكامها بما سبق أن صدر من جهات قضائية أخرى سواء كانت أعلى درجة منها أو مساوية لها . ويترتب على ذلك إعتبار القضاء وفقا لهذا النظام مصدرا ملزما للقانون ، فالقاضى يخلق القانون[1] Judge made law .

---

(١) ولذلك يطلق على القانون الإنجليزى فى جزئه الأساسى أنة تكون على مر السنين وفقا لما يعرض على المحاكم من منازعات . ولعل خير ما قيل فى هذا ==

ب – الفقـــه :

٢٧- يقصد بالفقه مجموعة آراء الفقهاء فى هذا الفرع من فـروع القانون بشأن تفسير مواده . فالفقهاء يقومون بإستنباط الأحكام القانونيـة من مصادرها بالطرق العلمية نتيجة تكريس جهودهم لدراسة هذا الفرع من فروع القانون .

والرأى السائد هو أن الفقه لا يعتبر مصدرا للقانون حيث تقتـصر وظيفته على مجرد شرح القانون شرحا علميا بدراسة النصوص القانونيـة وما يربطها من صلات ثم استنتاج مبادىء عامة فى تطبيقـات مماثلـة ، وذلك دون أن يكون مصدرا ملزما للقاضى . بمعنى أن آراء الفقهاء غيـر ملزمة للقاضى على خلاف النص التشريعى .

وقد ساعد الفقه كثيرا فى تطوير مواد القانون التجارى نتيجة نقـد الحلول القانونية والقضائية وإبراز مزاياها وعيوبها وما بها مـن تنـاقض

وأدى ذلك إلى سرعة مسايرة مواد القانون للتطور فـى الأعمـال التجارية . ومجهودات فقهاء القانون التجارى فى هـذا المجـال لا يمكـن إنكارها سواء فى مؤلفاتهم أو فى فتاواتهم أو فيما يكتبونه من نقد للأحكام أو فى محاضراتهم بالكليات القانونية .

خطة الدراســـة :

٢٨- بعد أن تناولنا فيما سبق مقدمة عن تعريف القـانون التجـارى

==الخصوص قول الفقية سالموند فى مؤلفـه On Jurisprudence فقـرة ٢٦ ص٤١ ، من أن السابقة القانونية تتكلم فى إنجلترا كلاما يتسم بـالقوة هـى ليست مجرد دليل على القانون، بل مصدرا للقانون وتلتزم المحاكم بإتباع القـانون الذى نشأ بهذه الطريقة. مشار إليه فى مؤلف د. عبد الحى حجازى ، المـدخل ص ٤٩١ هامش رقم (٢) . انظر فى القضاء كمصدر من مصادر القانون الإنجليزى د. منصور مصطفى منصور – المدخل القانون المدنى المقارن لطلاب الدراسات العليا فى القانون الخاص . الكويت ١٩٧٤،١٩٧٣ – ص ١٢٢ .

وعلاقته بفروع القانون ، وموضوعه وتطوره ومصادره ، سوف نقوم بتحديد موضوعات هذا الفرع من فروع القانون التى سوف نتناولها بالبحث بالجزء الأول من هذا المؤلف وهى :

- نظرية الأعمال التجارية .
- التاجر .
- المحل التجارى (بيع ورهن المحل التجاري وتأجير استغلاله وحمايته).

الجزء الأول

نظرية الأعمال التجارية والتاجر والمحل التجارى

(بيع ورهن المحل التجارى وتأجير استغلاله وحمايته)

مقدمـــة

٢٩ – سبق أن أشرنا إلى أن القانون التجارى نـشأ نـشأة ذاتيـة ، فكانت أحكامه لا تنطبق الإ على طائفة معينة من الأفراد هى طائفة التجـار دون غيرهم حتى ولو قام غير التجار بأعمـال تجاريـة . وظـل القـانون التجارى محتفظا بطابعة الشخصى حتى صدور المجموعة الفرنـسية سـنة ١٨٠٧ حيث حرص واضعوها على التخلص من نظام الطوائف الذى كـان يسود فرنسا فى ذلك الحين ، فأسسوا القـانون التجـارى علـى النظريـة المادية. وكان من أثر ذلك أن لجأ المشرع الفرنسى ومن ورائـه المـشرع المصرى إلى سرد الأعمال التجارية ، فجاءت المادة ٦٣٢ تجارى فرنـسى – (حاليا المادة ل١١٠ – ١ مـن قـانون ٢٠٠٠ – ٩١٦ فـى سـبتمبر ٢٠٠٠) . والمادة الرابعة من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وبهـا تعداد للأعمال التجارية بحسب القانون وإن كان هذا التعداد قد جاء بعدد أقل كثيرا من الأعمال التجارية المؤسسة على النظرية الشخصية .

وتقتضينا دراسة الجزء الأول المخصص لنظرية الأعمـال التجاريـة والتاجر والمحل التجارى أن نبحث أولاً فى مدى طبيعـة التعـداد الـواردة بالمادتين الرابعة والخامسة بالإضافة إلى المـادة الـسادسة مـن قـانون التجارة، وما إذا كان تعدادا على سبيل الحصر أم على سبيل المثال ، كذلك البحث فى أهمية التفرقة بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية ، وإذا مـا انتهينا من ذلك نقدم دراسة تفصيلية لنظرية الأعمـال التجاريـة ونظريـة التاجر والمحل التجارى وذلك كل فى باب مستقل .

الباب الأول

طبيعة تعداد الأعمال التجارية طبقا لقانون التجارة

الباب الأول

طبيعة تعداد الأعمال التجارية طبقا لقانون التجارة

تمهيد :

٣٠- كان التساؤل يثار فى ظل المجموعة التجارية الملغاة ، بين الفقه عن طبيعة التعداد للأعمال التجارية الوارد بنص المادة الثانية من المجموعة التجارية، وعما إذا كان المشرع قصد من وراء هذا السرد للأعمال التجارية أن يحصرها فيما ذكره من أعمال وبالتالى لا يجوز إضافة أعمال أخرى أو القياس عليها أم أنه قصد ذكرها على سبيل المثال .

وكان الفقه ومن ورائه القضاء مستقرا فى هذا الخصوص على إعتبار هذا التعداد للأعمال التجارية وارداً على سبيل المثال يمكن الإضافة إليه بالاجتهاد والقياس . وأساس ذلك أن الحياة التجارية متجددة بطبيعتها. ولعل الواقع خير مثال على ذلك إذ وجدت فى العصر الحديث أعمال تجارية لم تكن تخطر على ذهن واضعى القانون التجارى الفرنسى مثل مشروعات النقل الجوى إلى جوار النقل البرى والبحرى وعمليات النشر والفنادق والإعلانات . كذلك عمليات التأمين البرى والبحرى .

وتوسع القضاء فى مجال تطبيق القانون التجارى بقصد تعميم قواعده السهلة مع إخضاع المدينين إلى قواعده الصارمة فى الوقت ذاته لحثهم على الوفاء بالتزاماتهم . وتطبيقا لذلك أخضع المشرع الفرنسى عمليات إستغلال المناجم وشراء العقارات بقصد إعادة بيعها والوساطة فى شراء وبيع العقارات لأحكام القانون التجارى ، كما نجد شركات المساهمة وذات المسئولية المحدودة والتضامن والتوصية تخضع لأحكام القانون التجارى .

وجاء قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بنص خاص وقرر صراحة أن ما جاء به من سرد للأعمال التجارية إنما هو على سبيل المثال حيث تنص المادة (٧) على أنة " يكون عملا تجاريا كل عمل يمكن قياسه على الأعمال المذكورة فى المواد السابقة لتشابه فى الصفات والغايات " .

وإزاء هذا النص فإن الأمر يقتضى بالضرورة دراسة المعيار الذى يمكن فى ضوئه التمييز بين الأعمال التجارية والمدنية لإضافة الجديد من الأعمال المتضمنة خصائص الأعمال التجارية فى الصفات والغايات من هذه الأعمال . ثم بعد ذلك دراسة أهمية التفرقة من الناحية القانونية بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية وذلك كل فى فصل مستقل .

الفصل الأول

معيار التمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية

تمهيد :

٣١- ترتب على اعتبار الأعمال التجارية المنصوص عليها واردة على سبيل المثال سواء فى ظل المجموعة التجارية الملغاة أو طبقا لحكم المادة السابعة من قانون التجارة الحالى، أن ثار التساؤل عن معيار يصلح للتمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية . وقد قيل فى هذا الشأن بمعايير أربعة ، الأول معيار المضاربة والثانى معيار التداول ، ويستند كل منهما على أساس إقتصادى . إما المعيار الثالث وهو معيار المقاولة فيستند على أساس قانونى . وقد أضاف العميد ريبير معيارا قانونيا آخر هو معيار الحرفة التجارية .

وسوف نتناول بإيجاز شرح كل من هذه المعايير .

المعيار الأول : معيار المضاربة أو قصد الربح :

٣٢- لجأ الفقه والقضاء إلى الأخذ بفكرة المضاربة[١] للتمييز بين العمل المدنى والعمل التجارى استناداً إلى أن المضاربة هى من أهم خصائص التجارة، فإعتبروا كل تصرف هدفه تحقيق الربح والسعى إليه عملا تجاريا .

والواقع أن القضاء[٢] يستعمل غالبا هذا المعيار فى حكمه على طبيعة

---

(١) نادى بهذا المعيار ليون كان . القانون التجارى – ج١ رقم١٠٣ راجع ريبير رقم ٣٠٠ .

(٢) نقض فرنسى جلسة ٣٠ يوليو ١٩١٢ داوز ١٩١٤ -١-١٨٦ .

العمل محل النزاع ، فمثلا كان يرجع تقدير ما إذا كان استغلال الصحف عملا تجاريا أم مدنيا إلى القصد من إنشاء الصحيفة ، هل هو قصد علمى بحت أم قصد المضاربة على إنتاج المحررين وعمل العمال والآلات[١] ، وبالمثل يعتبر القضاء عملا تجاريا ، اعتياد الشخص المضاربة على الأسعار فى البورصة .

ورغم أن فكرة المضاربة تتضمن أكبر قدر من الأعمال التجارية إلا أن النقد الذى يمكن أن يوجه إليها هو أنها قد تدخل أعمالا مدنية كثيرة فى التجارة رغم أن الوضع استقر على اعتبارها أعمالا مدنية ، كالمهن الحرة مثل المهندسين والأطباء والمحامين الذين يسعون من وراء أعمالهم إلى الكسب . ومن جانب أخر يبدو معيار المضاربة ضيقا فى بعض الحالات كما هو الشأن بالنسبة للتاجر الذى يقصد عدم الربح فى سبيل منافسة غيره ، أو لجذب العملاء ، رغم أن أعمال التاجر فى هذا الخصوص تعتبر تجارية .

كما تبدو صعوبة هذا المعيار بالنسبة للمشروعات الاقتصادية العامة التى قد لا تهدف إلى الربح مثل إدارة الكهرباء والمياه ومع ذلك فهى تخضع لقواعد القانون التجارى[٢] وبصفة عامة لا يمكن الأخذ بهذا المعيار وحده لان نية تحقيق الربح أمر داخلى ونفسى لا يسهل معرفته وإن كان يمكن معرفتة بالنشاط المهنى لمن يباشر التصرف .

---

(١) وإعتبر قانون التجارة المصرى من الأعمال التجارية بطريق الاحتراف ، أعمال الدور والمكاتب التى تعمل فى مجال النشر والطباعة والإذاعة والتلفزيون والصحافة وغيرها مما ورد بنص المادة (٥/ح) من القانون ذاته .

(٢) تنص المادة (٥/ع) من قانون التجارة على تجارية احتراف توزيع المياه أو الغاز أو الكهرباء وغيرها من مصادر الطاقة .

المعيار الثانى : معيار التداول :

٣٣- اقترح الأستاذ "تالير"[١] معياراً آخر أسسه على موضوع العمل وهو تداول الثروات ، فنادى بإصباغ الصفة التجارية على الأعمال التى تقع علي السلع والبضائع والنقود والصكوك وغير ذلك من المنقولات فى فترة تداولها من بين يد المنتج الأول إلى يد المستهلك الأخير . ومعنى ذلك أن الصفة التجارية تصبغ على جميع أعمال تداول السلع والوساطة فيها طالما أنها فى حركة . أما الأعمال التى تتناولها السلع وهى فى حالة ركود مثل أعمال المنتج الأول أو المستهلك الأخير فهى أعمال مدنية .

وتطبيقا لمعيار التداول يعتبر الشراء بقصد البيع وما يتصل به من عمليات كالسمسرة أو الوكالة بالعمولة أو الإيداع بأحد المخازن ، من الأعمال التجارية نظرا لأنها تجعل الثروات فى حركة وتداول . كذلك الحال بالنسبة لعمليات البنوك التى تعد فى جوهرها تداولا للنقود .

ومن جانب آخر يخرج من الأعمال التجارية وفقا لهذا المعيار كل ما يتعلق بالعقارات لأن هذه الأخيرة ليست محلا للتداول من مكان إلى آخر وإنما يتم التصرف فيها وفقا لإجراءات معينة حتى ولو قصد من التصرف فيها تحقيق الربح والمضاربة، ذلك أنه لا إرتباط بين فكرة التداول وتحقيق الربح فى نظر أنصار هذه الفكرة[٢] . ويمكن توجيه النقد إلى هذا المعيار

---

(١) تالير – القانون التجارى – ١٩٣١رقم ٦ إلى ١٤- مشار إلية بمؤلف ريبير رقم ٣٠٠ .

(٢) بخصوص ارتباط فكرة التداول بالمضاربة انظر د. مصطفى طة – المرجع السابق ص٤٦ . وهو يرى أنة يمكن القول بأن العمل التجارى هو العمل الذى يتعلق بالوساطة فى تداول الثروات ويتم بقصد المضاربة وتحقيق الربح . على أن هذه الوساطة فى بعض الحالات لا تعد عملا تجاريا إلا أذا صدرت على وجه المقاولة .

بأنه لا يفسر لنا بعض الأعمال التى تعتبر فى جوهرها وساطة فى تداول الثروات دون أن تعتبر أعمالا تجارية ، كالأعمال التى تقوم بها الجمعيات التعاونية التى لا تهدف إلى الربح . كما أنة من جانب آخر لا يفسر اعتبار بعض الأعمال التجارية رغم عدم خضوعها لمعيار التداول مثل المضاربة على العقارات ومسئولية التاجر عن التعويض عن الفعل الضار تطبيقا لنظرية التبعية[١] .

المعيار الثالث : معيار المقاولة :

٣٤- يرمى هذا المعيار إلى اعتبار أحكام القانون التجارى تقوم على أساس المشروع وليس على أساس العمل التجارى . فنادى أنصار هذه الفكرة بوجوب اتخاذ المشروع واحتراف الشخص ، أى تكرار القيام بالعمل وفقا لخطط ومظاهر ملموسة وواضحة ذات أهمية معينة ، معيارا للتمييز بين العمل التجارى والعمل المدنى . وهناك اتجاه قوى حديث فى الفقه نحو هذا المعيار القانونى للتمييز بين التاجر والحرفى . فالأعمال التجارية هى التى يباشرها التاجر والمتعلقة بمشروعه التجارى[٢] .

ويعطى معيار المقاولة اطمئنانا أكثر من المعيار المتسوحى من فكرة المضاربة ، فهو يتميز بوجود مظاهر خارجية وواقعية تشير إلى قيام شخص بأعمال تجارية بصفة دائمة وليس بصفة عارضة[٣] ،كما تعد فكرة المحل التجارى تطبيقا لهذا المعيار .

---

(١) د. على جمال الدين – الوجيز – ص٢٩ .

(٢) نادى بهذا المعيار فيفان واسكارا – راجع فى هذا الخصوص ميشيل وايبوليتـــو – القانون التجارى – طبعة ١٩٧٩ رقم ٧٧ .

(٣) يؤيد فكرة المشروع كاساس لتمييز الأعمال التجارية د. حسنى عباس فى مؤلفه القانون التجارى – الكتاب الأول – طبعة ١٩٦٦ رقم ٩٣ ، ٩٤. د. سمير الشرقاوى : القانون التجارى – طبعة ١٩٨٢ – رقم ٣٨- ص٤٢ .

على أن معيار المقاولة وإن كان يجد سندا من القانون ، حيث تأخذ بعض التشريعات بفكرة المقاولة فى كثير من الحالات كما هو الحال فى مقاولات الصناعة والنقل والتوريد فى التشريعين المصرى والفرنسى ، إلا أن هذا لا ينفى أن المشرع يتخذ من العمل التجارى معيارا لتطبيق أحكام القانون التجارى ، كما هو الحال فى عمليات الشراء بقصد البيع أو التأجير وتأسيس الشركات التجارية .

ويمكن توجيه النقد إلى معيار المقاولة فى أنه أحيانا يبدو واسعا فضفاضا فى مجال تطبيقه خاصة تحديد درجة أهمية المشروع لتكتسب أعماله الصفة التجارية . كما أن من شأن هذا المعيار اعتبار أعمال بعض المشروعات تجارية رغم الاعتراف بمدنيتها كالمشروعات الفنية . وأيضا يبدو هذا المعيار ضيقا من جانب آخر حيث هناك بعض الأعمال التجارية التى لا يشترط فى مباشرتها أن تتخذ شكل المشروع مثل الشراء بقصد البيع .

المعيار الرابع : معيار الحرفة التجارية :

٣٥- ينادى العميد ريبير بمعيار قانونى مشابه لمعيار المشروع هو معيار الحرفة التجارية أو العمل الإحترافى professionnel .ومقتضى ذلك اعتبار العمل تجاريا إذا تم من خلال الحرفة التجارية للشخص ، وعلى العكس يعد العمل مدنيا إذا تعلق بحرفة الشخص المدنية . وتطبيقا لذلك إذا قام التاجر بعمل لا يتعلق بحرفته التجارية كان عملا مدنيا . وقد إستثنى العميد ريبير من القواعد السابقة الأعمال المنفردة المنصوص على تجاريتها إذا قام بها غير تاجر لاعتبارها تجارية سواء بحسب شكلها كالكمبيالة وشركات المساهمة والتوصية بنوعيها والتضامن والمسئولية المحدودة، أو بحسب طبيعتها كعمليات البنوك والسمسرة[1] وفقا لبعض

---

(١) أعتبر المشرع التجارى المصرى عمليات البنوك والسمسرة أعمالا تجارية على سبيل الاحتراف . طبقا للمادة الخامسة فقرة (ء) وفقرة (و) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

التشريعات أو بحسب سببها كالأعمال التى تتم بقصد المضاربة كالبيع التجارى .

ومؤدى فكرة العميد ريبير عدم الاعتراف كلية بنظرية التجارية بالتبعية حيث تعتبر هذه الأعمال تجارية بحسب الأصل تطبيقا لمعيار الحرفة التجارية . وقد سبق أن أشرنا إلى أن هذا المعيار ، وفق ما نرى ، لا يضيف جديدا لما إستقر عليه فقه القانون التجارى من تقسيم للأعمال التجارية ، ذلك أن معيار الحرفة التجارية ليس إلا الأساس الذى تقوم عليه نظرية الأعمال التجارية بالتبعية والأعمال المدنية بالتبعية قياسا على الأولى والتى ينكر وجودها كلية ، كما وأن الإستثناءات التى أضطر للإعتراف بها ليست الإ الأعمال التجارية المنفردة .

تقدير المعايير السابقة :

٣٦- يتضح مما سبق أنه من الصعوبة وضع معيار دقيق للتمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية . ولعل السبب فى ذلك يرجع إلى أن الأعمال التجارية التى ينص عليها عادة فى معظم التشريعات ليست مؤسسة على فكرة واحدة أو مبدأ معين ، فبعض هذه الأعمال يعد تجاريا بطبيعته بصرف النظر عن صفة القائم به أى لو قام به أحد التجار أو غير تاجر ولو مرة واحدة ، كالشراء لأجل البيع أو التأجير ، والبعض الآخر من هذه الأعمال لا يعتبر تجاريا الإ إذا باشره القائم به على سبيل الاحتراف مثل النقل والصناعة .

وإذا كانت المعايير السابقة عجزت كل منها عن وضع معيار دقيق لهذه التفرقة ، الإ أنه يمكن الاهتداء بها معا فى هذا الشأن . فمما لا شك فيه أن عمليات التجارة تمثل فى جانب كبير منها السعى وراء الربح والمضاربة كما تحتوى على فكرة الوساطة وتداول الثروات فى ذات الوقت وأن من يقوم بهذه الأعمال يقوم بها عادة فى شكل مشروع وعلى سبيل الاحتراف .

الفصل الثانى
أهمية التفرقة بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية

تمهيد :

٣٧- إذا كان العمل التجارى دون العمل المدنى هو الذى يخضع لأحكام القانون التجارى ، فإنه يبدو واضحا أن التشريعات تقصد بذلك وضع أحكام خاصة بهذا العمل تختلف عن تلك التى تحكم العمل المدنى . وتبدو أهمية التمييز بين العمل التجارى والعمل المدنى من الناحية العملية فى عدة أمور نذكر منها على سبيل المثال وسائل الإثبات والاختصاص القضائى والمهلة القضائية وأحكام الإفلاس والعائد فى حالة التأخير بالوفاء والإعذار والنفاذ المعجل وصفة التاجر . وسوف نشير إلى هذه الأحكام تباعا .

١- وسائل الإثبات :

مبدأ حرية الإثبات فى المواد التجارية :

٣٨- لما كانت التجارة قوامها السرعة من جانب والثقة والإئتمان من جانب آخر ، فإنه من الطبيعى أن يخضعها المشرع لوسائل إثبات أخف عبئا من تلك التى وضعها للأعمال المدنية . فهذه الأخيرة تخضع لقيود معينة فى الإثبات كضرورة اشتراط الكتابة فى إثبات التصرف القانونى الذى تزيد قيمته على الف جنية أو كان غير محدد القيمة المادة (٤٠٠) مدنى المعدلة بالمادة (٦٠) من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ والمعدلة بالمادة السابعة من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢[١] ، ثم بالقانون رقم ١٨ لسنة

---

(١) فى شأن تعديل بعض أحكام قوانين المرافعات المدنية والتجارية والإثبات فى المواد المدنية والتجارية والعقوبات والإجراءات الجنائية وحالات وإجراءات الطعن (=)

١٩٩٩[١] وأخيراً بالقانون رقم ٢٠٠٧/٧٦ [2] حيث تنص الفقرة الأولى من المادة (٦٠) المشار إليها على أنه فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على الف جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده وإنقضاؤه ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك .

ورددت ذات الحكم المادة (١/٦٩) من قانون التجارة حيث تنص على أنه : «١- يجوز إثبات الالتزامات التجارية أيا كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات ما لم ينص القانون على غير ذلك».

ويعتبر قضاء النقض مستقرا على جواز إثبات الأعمال التجارية بكافة طرق الإثبات[٣] . والقاعدة الأخرى فى الإثبات فى المواد التجارية هى جواز إثبات ما يخالف الدليل الكتابى أو ما يجاوزه بغير الكتابة . وهذه القاعدة نص عليها صراحة قانون التجارة فى الفقرة الثانية من ذات المادة (٦٩) حيث تنص على أنه «٢- فيما عدا الحالات التى يوجب فيها القانون الإثبات بالكتابة فى المواد التجارية يجوز فى هذه المواد إثبات عكس ما اشتمل عليه دليل كتابى أو إثبات ما يجاوز هذا الدليل بكافة الطرق» .

وفى فرنسا تؤكد تلك القاعدة المادة (٤١) تجارى فرنسى التى تقضى بعدم قبول الإثبات بالبينة فيما يخالف عقود الشركات أو ما لم يرد

(=) أمام محكمة النقض والرسوم القضائية ورسوم التوثيق فى المواد المدنية . نشر بالجريدة الرسمية – العدد ٢٢(مكرر) فى أول يونيو ١٩٩٢ .

(١) الجريدة الرسمية – العدد (١٩) مكرر ١٩٩٩ .

(٢) الجريدة الرسمية – العدد (٢٢) مكرر ٢٠٠٧.

(٣) جلسة ١٩٨٠/٥/١٢ – طعن رقم ٧١٧ لسنة ٤٧ق وجلسة ١٩٨٩/٦/١ – طعن رقم ٢٢٨ لسنة ٤٩ق .

بها ، ولو كانت القيمة أكثر من الحد المقرر قانوناً ، حيث يتقرر بمفهوم المخالفة أن الإثبات بغير الكتابة محظور فقط على الشركات التجارية دون باقى المواد التجارية التى يجوز إثباتها بالبينة . ويعتبر الفقه والقضاء مستقرين فى فرنسا على جواز إثبات ما يخالف الدليل الكتابى أو ما يجاوزه بالبينة فى المواد التجارية .

وكان الفقه فى مصر يعتمد فى هذه القاعدة على نص المادة (١/٦١) من قانون الإثبات بعد تعديلها والتى تنص على أنه «لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على ألف جنيه فيما يخالف أو يجاوز ما إشتمل عليه دليل كتابى» . وهذا النص لم يرد به صراحة جواز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها بغير الكتابة ، الأمر الذى أدى إلى خلاف فى الفقه ، حيث إشترط جانب منه لجواز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها فى المواد التجارية بكافة طرق الإثبات ألا تكون الواقعة المراد إثباتها معاصرة لوقت تحرير الدليل الكتابى . على أن الرأى الراجح فقهاً وقضاء يرى أن المادة (١/٦١) من قانون الإثبات نص عام ينطبق على كل من يدعى خلاف الثابت بشهادة الشهود سواء كان التصرف من طبيعة مدنية أو تجارية . وبذلك لا يقتصر تطبيق مبدأ حرية الإثبات فى المواد التجارية والذى قررته المادة (١/٦٠) السابق ذكر حكمها إذا زادت قيمه التصرف على ألف جنيه أو إذا كان غير محدد بل أيضاً على تطبيقات أخري هي جواز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها بشهادة الشهود وكافة طرق الإثبات . بمعنى أنه يجوز الإدعاء بأن المخالفة سابقة على إعداد الدليل الكتابى أو معاصرة له أو لاحقة عليه[١] .

---

(١) فى هذا الخصوص د. سليمان مرقص ، أصول الإثبات فى المواد المدنية الطبعة الثانية ١٩٥٢ رقم ٢٠٠ ، ود. عبد الودود يحيى دروس فى قانون الإثبات رقم ٣- د. جميل الشرقاوى ، الإثبات فى المواد التجارية طبعة ١٩٨٢ رقم ٤٢ .
ومن أحكام القضاء طعن رقم ٣٢٨ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨١/٦/١ .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن ، إثبات وجود الديون أو انقضاؤها طليق من القيود التى وضعها الشارع لما عداها من الديون فى المواد ٤٠١-٤٠٣ من القانون المدنى (التى تقابل المواد من ٦٠-٦٣) فإنه يجوز الإثبات فى المواد التجارية – إلا ما أستثنى بنص خاص بكافة طرق الإثبات القانونية حتى ولو انصرف الإثبات إلى ما يخالف ما هو ثابت بالكتابة . فإذا كانت المنازعة فى الدعوى تقوم على الوفاء بقيمة سند إذنى يمثل دينا تجاريا لتحريره من تاجر عن معامله تجارية وكان الحكم قد استخلص من القرائن التى ساقها أن قيمة السند قد تم الوفاء بها استخلاصا سائغا فإنه لا يكون قد خالف القانون[١] .

---

(١) جلسة ٣١ مايو ١٩٦٢ – المجموعة – سنة ١٣ ص٧٥٤ . وجلسة ١٩٧٠/٤/٢٣ المجموعة لسنة٢١ ص٦٩٣ وجلسة ٦٦/١٠/٢٧ المجموعة – السنة ١٧ ص ١٥٩٢– وأيضا استئناف القاهرة – الدائرة الثالثة تجارى جلسة ١٩٥٩/٣/٢٤ – قضية رقم ٤٢٣ لسنة ٨٤ق مجموعة القضاء فى المواد التجارية للأستاذ عبد المعين جمعة ص ٢٢ – وقضت محكمة النقض بأن حوالة الدين بين تاجرين يكتسب الصفة التجارية طالما تعلقت بتجارتهما وبالتالى جواز إثباتها بالبينة والقرائن . طعن رقم ٦٢١ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٦/٥/٣١ ص١٢٤٠ .

وحكم إستئناف القاهرة – الدائرة الأولى تجارى جلسة ١٩٥٢/٥/٢٧ قضية رقم ٩٨ لسنة ٦٨ق _ المجموعة المشار إليها ص٩١.

وقررت المحكمة في هذا الحكم أنة من المقرر قانونا إثبات التخالص من الدين الثابت بالكتابة جائز فى المسائل التجارية بكافة الطرق على عكس القاعدة المتبعة فى المسائل المدنية ، وذلك مراعاة للسرعة التى تقتضيها المعاملات التجارية .

وفى فرنسا: نقض جلستى ٤ يونيو و ١٦ يوليو ١٩٧٣ – المجلة القانونية ١٩٧٥ –٤٩ وأيضا بالمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٧٥–٢٨٦ مع تعليق جوفريه .

وطبقـــا لنص المادة (٦٥) من المجموعة التجارية الملغاة ، والتى لا تظل سارية ضمن أحكام شركات الأشخاص[١] . يجـــوز إثبـــات شـــركات المحاصة بكافة الطرق . وتجيز المادة (٤٩) تجارى فرنـــسى ذات الأمـــر بالنسبة لشركات المحاصة . كما تضع المادة (١٠٩) تجارى فرنسى مبـــدأ عاما بعد تعديلها بقانـــون ٥٢٥ الصادر فى ١٢ يوليو سنة ١٩٨٠[٢] حيث تنص على أنة يجوز إثبات التصرفات التجارية بكافة الطرق ، وبذلك يكون مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية مبدأ عاما فى القانون الفرنسى بتوافر شرطين هما تعلق النزاع بمادة تجارية وأن يكون هذا النزاع بين تجار .

ويعتبر قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ مطابقا لنظيره الفرنسى فى هذا الخصوص .

كذلك تخضع الأعمال المدنية ، دون التجارية ، لقاعدة عدم جواز الاحتجاج بتاريخ المحررات العرفية على غير المتعاقدين (المادة ٣٩٥) مدنى المعدلة بالمادة (١٥ من قانون الإثبات)[٣] .

---

(١) تظل أحكام شركات الأشخاص قائمة رغم إلغاء المجموعة التجارية طبقـــا لـــنص المادة الأولى من مواد إصدار قانون التجارة رقم ١٧ لـــسنة ١٩٩٩ (العـــدد ١٩ مكرر فى ١٧ مايو سنة ١٩٩٩) ، والتى تنص على أنه " يلغى قـــانون التجـــارة الصادر بالأمر العالى فى ١٣ من نوفمبر سنة ١٨٨٣ ، عدا الفصل الأول من الباب الثانى منه والخاص بشركات الأشخاص ، ويستعاض عنه بالقانون المرافق " .

(٢) وكان نص المادة (١٠٩) تجارى فرنسى قبل تعديلها بقانون ٥٢٥ لـــسنة ١٩٨٠ يقضى بأن المشتريات والمبيعات التجاريـــة تثبـــت بـــالعقود والفـــواتير المقبولـــة والخطابات والدفاتر وشهادة الشهود فى الأحوال الجائز فيها ذلك . وكـــان الفقـــه ينتقد هذا النص لأنه لم يذكر القرائن فى طرق الإثبات.

(٣) فى حجية تاريخ المحرر العرفى ، د. عبد الودود يحيى – دروس فى قانون الإثبات – القاهرة – دار النهضة العربية – ص٥٠ رقم (٣) .
طعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٠/٤/٣ المحاماة – العدد الأول ٢٠٠١ .

وتضمن قانون التجارة صراحة النص على جواز الاحتجاج على الغير بتاريخ المحررات العرفية على غير المتعاقدين ولو لم تكن ثابتة التاريخ بالمادة (٣/٦٩) منه حيث تنص على أن «تكون الأوراق العرفية فى المواد التجارية حجة على الغير فى تاريخها ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتا ما لم يشترط القانون ثبوت التاريخ . ويعتبر التاريخ صحيحا حتى يثبت العكس» .

ولعل ما أجازه المشرع للتاجر بالاحتجاج بدفاتره حجه لـــه على غيره من التجار وغير التجار فى ظل شروط محدده ، وكذلك جعل هذه الدفاتر حجة ضده، إنما يمثل خروجا عن القواعد العامة فى الإثبات كما سنرى تفصيلا عند دراسة حجية الدفاتر التجارية فى الإثبات .

وحقيقة الأمر أن إطلاق الحرية فى قواعد الإثبات بالنسبة للمعاملات التجارية أمر يتفق وطبيعة هذه الأعمال ، فليس من المتصور أن يحرر التاجر عقدا فى كل عملية تجارية مهما بلغت قيمتها ، أو أن يتوجه فى كل عقد إلى الجهات الرسمية لإثبات تاريخ العقود حتى تسرى على الغير[١] ، سيما وأن القانون يلزم التجار بمسك دفاتر تجارية لقيد جميع معـــاملاتهم التى يبـــاشرونها فيمكن الإستـــعانة بهذه القـــيود فى الإثبات .

الإستثناء من مبدأ حرية الإثبات فى المواد التجارية :

٣٩- إستثناء من مبدأ حرية الإثبات فى المواد التجارية قد يشترط المشرع الكتابة للإثبات فى بعض الحالات مثل عقد الشركة[٢] أو عقد شراء

---

(١) حكم النقض الفرنسى (دائرة تجارية) جلسة ٥ ديسمبر ١٩٦١ دالوز ١٩٦٢ رقم ٨٨ .

(٢) طعن رقم ٣١/١٢٩ ق جلسة ١٩٦٦/١/٢٧ حيث قررت المحكمة وجوب إثبات شركة التضامن بالكتابة (المادة ٤٦ من قانون التجارة المصرى) كما قررت المحكمة=

السفينة وبعض الأعمال البحرية[١] وبيع أو رهن أو تأجير استغلال المحل التجارى[٢] أو عقد نقل التكنولوجيا[٣] . هذا بالإضافة إلى أن طبيعة بعض المعاملات التجارية لا تكون الإ كتابة كما هو الحال فى الكمبيالة والشيك والسند لأمر وحسابات البنوك، حيث لا يتصور مباشرة هذا الأعمال التجارية دون أن تتم كتابة .

=عدم جواز إثبات شركة التضامن بين أحد طرفيها بغير الكتابة . فاشتراط التقنين المدنى المصرى القائم الكتابة لانعقاد عقد الشركة يقتضى بالضرورة لزومها للإثبات . ووفقا للقانون الكويتى يشترط أن يكون عقد شركة التضامن مكتوبا وأن تفرغ الكتابة فى محرر رسمى (المادة ٦ من قانون الشركات الكويتى).

وتنص المادة (٤١) تجارى فرنسى على أنة لا يقبل الإثبات بشهادة الشهود فيما يخالف عقود الشركات أو مالم يرد بها ولو كانت القيمة أقل من خمسة آلاف فرنك.

(١) نقض جلسة ١١ يناير سنة ١٩٦٦ لسنة ٣٠/١٧ قص ٢١ .واعتبرت المحكمة أنة رغم كون عقد النقل البحرى من العقود الرضائية فإن اشتراط الكتابة لإثباته استثناء من قاعدة الإثبات بالبينة فى المسائل التجارية كذلك مشارطة إيجار السفينة وجوب تحريرها بالكتابة (المادة ١٩٧ من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ والتى تنص على أنه «لا يثبت عقد النقل البحرى إلا بالكتابة) .

وفى فرنسا تتم معظم العقود بالملاحة البحرية كتابة بعد صدور مرسوم ٣١ ديسمبر ١٩٦٦ (المواد ٢، ٣٣، ٦٣) وقانون ٣ يناير ١٩٦٧ (المادة ١٠) .

(٢) تنص المادة ١/٣٧ من قانون التجارة على أنه " كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عينى عليه أو تأجير استغلاله يجب أن يكون مكتوبا والإ كان باطلا " وهذا النص يجعل من الكتابة ركنا فى هذه العقود مما يعنى ضرورة الكتابة. انظر أيضا المادة الأولى من قانون بيع ورهن المحال التجارية المصرى رقم ١١ سنة ١٩٤٠ والمادة ٣٩ من قانون يونيو ١٩٣٥ الخاص ببيع ورهن المحال التجارية الفرنسى .

فى هذا الخصوص مؤلفنا – الوسيط في شرح قانون التجارة المصرى – الجزء الثاني طبعة ٢٠٠٧ – دار النهضة العربية .

(٣) تنص المادة (١/٧٤) من قانون التجارة على أنه " يجب أن يكون عقد نقل التكنولوجيا مكتوبا وإلا كان باطلا " .

فى هذا الخصوص مؤلفنا –الوسيط في شرح قانون التجارة المصرى – المرجع السابق.

مبدأ حرية الإثبات فى المواد التجارية لا يتعلق بالنظام العام :

٤٠ – لما كانت قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام[١] كما هو واضح من عجز المادة (٦٠) من قانون الإثبات التى تقضى بانه "... ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " فإنه يجوز الاتفاق على أن يكون الإثبات فى المواد التجارية بالكتابة . وفى هـــذه الحالة لا يجوز للإطراف الإثبات بغير الكتابة[٢] . كما يجوز من جانب آخر الإتفاق على أن يكون الإثبات فى المواد المدنية بكافة طرق الإثبات .

ذلك إن إجازة الإثبات بشهادة الشهود فى المواد التجارية إنما تمثل رخصة مقررة خلاف الأصل الذى يشترط الإثبات بالكتابة فى التصرفات القانونية التى تجاوز قيمتها نصاب الشهادة أو فيما يخالف الثابت بالكتابة. كما أن ذلك متروك لسلطة القاضى .

ويعتبر قضاء النقض[٣] مستقرا على أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام وأنه يجوز الاتفاق على مخالفتها سواء صراحة أو ضمنا .

---

(١) راجع فى هذا الخصوص د. السنهورى – الوجيز فى شرح القانون المدنى ج١ – طبعة ١٩٦٦ ص٦٥٠و٧٠٣ وما بعدها .
وتقر المبدأ ذاته محكمة النقض :
الطعن رقم ٣٣٦١ لسنة ٦٨ق جلسة ١٩٩٩/١٢/٢١
وجلسة ١٩٨٩/٥/٢٢ لسنة٤٠ – ج٢ –ص٣٤٥ .
وجلسة ١٩٧٣/٦/١٢ لسنة ٢٤– ج٢ ص٨٩٣ المحاماة – العدد ٢٠٠١ ص٦٧.

(٢) د. عبد الودود يحيى – المرجع السابق – ص١٠١ رقم ٧١ استئناف مصر – جلسة ١٦ نوفمبر سنة ١٩٧٢ . كنشور بمجلة المحاماة ٨ ص ١٨٠ .

(٣) طعن رقم ٣١٧ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٢٤ وطعن رقم ١٠٠٥ لسنة ٥٤ جلسة ٤/٧ لسنة ٨١ وطعن رقم ١٨٦ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٤ ، وطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٤٧ق جلسة ٢٨ مايو ١٩٨٦ .
وطعن رقم ٤٨ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٨. وطعن ٠رقم ٣٢٨ لـسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨١/٦/١ .

وقضت محكمة استئناف القاهرة[١] بأنة إذا نص فى عقد تجارى على أن براءة الذمة لا تثبت إلا بتسليم السند أو بمخالصة كتابية فالإثبات لا يمكن حصوله بالبينة . كما قضت ذات المحكمة بأنة إذا جازت البينة بين تاجرين فإن هذا لا يمنع من اتفاقهما على أن يكون الدليل بينهما بالكتابة وبطريقة خاصة (كشف يوقع عليه من وكيل الأول ويقره المهندس) ، ولكن عند عدم احترام المقاول لهذا الاتفاق وقدم تأييدا لطلباته كشفا لم يقره المهندس ، أعتبر المقاول متنازلا عن شرط الإثبات بالطريقة المتفق عليها وجاز لخصمه إثبات الوفاء بكافة طرق الإثبات .

على أن مجرد كتابة العقد بين الطرفين لا يعنى انصراف إرادتهما إلى الإثبات بالكتابة وحدها ، حيث عند عدم الاتفاق الصريح أو الضمنى يحق لأى من الطرفين إثبات ما يخالف الكتابة بكافة الطرق طبقا للقاعدة العامة فى الإثبات فى المواد التجارية والمقررة بالمادة (١/٦٠) من قانون الإثبات و المادة (١/٦٩) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، ذلك لأن الإثبات بالبينة يعد استثناء من قواعد الإثبات وأن هذا الاستثناء إنما هو مقرر لمصلحة المتعاقدين نظرا لاعتماد الأعمال التجارية على السرعة والثقة ، فإذا تنازل هؤلاء عن ذلك برضائهم صراحة أو ضمنا تم الرجوع إلى الأصل العام . وكما سبق القول فقد إستقر القضاء على ذلك[٢] .

ومن نافلة القول أن قاضى الموضوع لـــه كامل الحرية فى تقدير الدليل فى حدود ما نص عليه القانون . وتراقب محكمة النقض سلطة القاضى التقديرية فى هذا الشأن عن طريق الرقابة على المصادر القانونية الذى بنى عليها تقديره .

---

(١) جلسة ١٩٠٤/٢/١٦ – المجوعة الرسمية لسنة ٦ ص١٣ .

(٢) جلسة ١٦ مايو و ١١ يناير ١٩٦٦ المجموعة المدنية ، السنة الثامنـــة ص٤٧٩ وص٧١.

٢- الإختصاص القضائى :

٤١- تأخذ الدولة عادة بأحد نظامين ،إما وحدة الاختصاص القضائى للمنازعات المدنية والتجارية ، وإما مبدأ التخصص . ومقتضى نظام التخصص ، أن تختص بعض المحاكم والقضاه فى نظر المنازعات المتعلقة بالمواد التجارية ، والبعض الآخر فى الفصل فى نظر المنازعات المتعلقة بالمواد المدنية ، على خلاف نظام وحدة الإختصاص الذى تنظر فيه المحاكم كلا من الأعمال التجارية والمدنية على السواء .

وفى مصر لم يأخذ التشريع التجارى (الأهلى) بنظام القضاء التجارى على خلاف التشريع التجارى المختلط الذى كان معمولا به فى مصر إبان عهد الإمتيازات الأجنبية . وأصر المشرع المصرى على هذا الموقف عند تعديل قانون المرافعات سنة ١٩٤٤ وسنة ١٩٦٨ . فالمحكمة مدنية وتجارية فى الوقت ذاته ، بمعنى أن المحاكم تختص بنظر جميع المنازعات دون تفرقه بين منازعات تجارية ومدنية ، وهى تطبق أحكام القانون التجارى إذا ما تعلق النزاع بمسائل تجارية ،وأحكام القانون المدنى إذا ما تعلق النزاع بمسائل مدنية[١] .

ولكن استثناء من ذلك الأصل العام أنشأت مصر محكمتين جزئيتين بالقاهرة والإسكندرية فى ١٠ يناير سنة ١٩٤٠ تختصان بنظر المنازعات التجارية والجزئية فقط سواء بين التجار أو غير التجار[٢] . ولهاتين

---

(١) د. فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى - ١٩٨٠ -رقم ٣١٨ ص ٢٥١.

(٢) راجع د. رمزى سيف - الوسيط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرى - الطبعة السادسة- بند ٢٠٦ ص٢٤٩،٢٥٠ . أيضا د. فتحى والى - المرجع السابق - والموضع السابق . ==

المحكمتين كيان مستقل من حيث الاختصاص فيجوز الدفع أمامها بعدم الاختصاص بنظر نزاع ما على أساس مدنية العمل ، فى حين أنه لا يجوز إبداء هذا الدفع أمام الدوائر التجارية بالمحاكم الإبتدائية ، ذلك لأن تخصيص دوائر معينة للفصل فى المنازعات التجارية داخل المحاكم الإبتدائية ، إنما هو بمثابة تنظيم للعمل فقط وليس متعلقا بالإختصاص ، ولذلك لا يجوز الدفع أمامها بعدم الإختصاص لنوعية النزاع(١).

وعلى القاضى فى المحكمتين الجزئيتين بالقاهرة والإسكندرية أن يقضى بعدم الإختصاص من تلقاء نفسه إذا ما عرض عليه نزاع من طبيعة مدنية لأنه اختصاص متعلق بالنظام العام . أما المحاكم الجزئية الأخرى فاختصاصها يشمل المنازعات المدنية والتجارية ، لذلك لا يجوز الدفع أمامها بعدم الإختصاص ، ذلك أن ولاية هذه المحاكم الجزئية ولاية عامه وليست استثنائية على خلاف المحكمتين الجزئيتين التجاريتين السابق الإشارة إليهما . على أنه يلاحظ أن هذا التخصص لا وجود له خارج مدينتى القاهرة والإسكندرية حيث تختص المحاكم الجزيئة بنظر جميع المنازعات مدنية كانت أو تجارية .

== نقض فى ١٩٦٨/١/٢٥ طعن رقم ٣١/٢٨٩ ق ص ١١٦ حيث حكمت المحكمة بأن للكفيل فى القرض المعتبر عملا تجاريا لطرفيه أن يرفع دعواه أمام المحكمة التجارية المتفق بين الدائن والمدين على اختصاصها .

(١) انظر حكم إستئناف القاهرة – الدائرة التاسعة التجارية ، جلسة ١٩٦٠/٢/٢٣ ، قضية رقم ٦٧،٩١ سنة ٧٤ق . موسوعة القضاء التجارى ، عبد المعين جمعه ص ٤٩حيث قررت المحكمة أنه إذا كان العمل قد جرى على تخصيص دوائر فى المحاكم الابتدائية بنظر الدعاوى التجارية ، فإن هذا لا يعدو أن يكون تنظيما إداريا داخليا لم يصدر به قانون وبالتالى لا يكسب الخصوم أى حق فى الدفع بعدم إختصاص هذه الدوائر بنظر القضايا التجارية لأن الدائرة التجارية لا تخرج عن كونها دائرة من دوائر محكمة مدنية .

وفى فرنسا تخضع الأعمال التجارية لقضاء خاص وإجراءات خاصة للتقاضى[١] .

وبالنسبة للإختصاص المحلى ، فإننا نجد القاعدة الأصلية التقليدية تقضى بأن المدعى يسعى وراء المدعى علية ، بمعنى أن المحكمة المختصة هى المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه طبقا المادة (٤٩) مرافعات[٢]. وإستثناء من ذلك تقضى المادة (٥٥) من القانون ذاته أنه فى المواد التجارية يكون الإختصاص لمحكمة المدعى علية أو للمحكمة التى تم الإتفاق ونفذ كلة أو بعضه فى دائرتها أو المحكمة التى يجب تنفيذ الإتفاق فى دائرتها .

وقضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأنه (لما كان من المقرر طبقاً لنص المادة ٢٤٥ من قانون التجارة البحرية الصادر برقم ١٩٩٠/٨ أن " ترفع الدعاوى الناشئة عن عقد نقل البضائع بالبحر أمام المحكمة المختصة وفقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية ويجوز أيضاً

---

(١) راجع فى هذا الخصوص ريبير رقم ١٢٤ إلى ١٢٨ .

(٢) د. عبد المنعم الشرقاوى ، د. عبد الباسط جميعى – شرح قانون المرافعات الجديد– القاهرة ١٩٧٦ ص ٢٩٦ . د. فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – طبعة ١٩٨٠ ص ٢٩٥ رقم ١٦٥ .

وقضت محكمة النقض برفض الدفع بعدم الاختصاص المحلي علي سند من أن للطاعن سجلاً تجارياً عن نشاطه بمدينة نصر رغم إقراره من أن الثلاجة محل هذا النشاط قد تم بيعها قبل رفع الدعوى وأن نشاطه انحسر في مدينة بورسعيد ، تأسيساً علي أن الثابت بصورة السجل التجاري للطاعن وجود منشأة فردية – ثلاجة لحوم– تقع في دائرة المحكمة وأن ما انتهي إليه الحكم المطعون فيه يدخل في سلطة محكمة الموضوع= =التقديرية في شأن تقدير مدي توافر الموطن التجاري للطاعن بدائرة المحكمة التي أقيمت فيها الدعوى .طعن رقم ٧٩/٧٦٧٥ ق جلسة ٢٠١٠/٣/٨ .

حسب اختيار المدعي أن ترفع الدعوى المذكورة إلي المحكمة التي يقع في دائرتها ميناء الشحن أو التفريغ أو الميناء الذي حجز فيه علي السفينة ، ويقع باطلاً كل اتفاق سابق علي قيام النزاع يقضي بسلب المدعي الحق من هذا الاختيار أو تقييده " إذ كان ذلك وكانت المادة (٥٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية قد نصت علي أنه " في المواد التجارية يكون الاختصاص لمحكمة المدعي عليه أو للمحكمة التي تم الاتفاق ونفذ كله أو بعضه في دائرتها أو للمحكمة التي يجب تنفيذ الاتفاق في دائرتها " . لما كان ذلك وكانت الدعوى رقم ١٩٩٧/١٠٣ تجاري بورسعيد الابتدائية متعلقة بعقد النقل البحري المبرم بين المطعون ضدها الثانية وبين المطعون ضده الثامن بشأن نقل صائدة الألغام الساحلية رقم (٣) من ميناء نيو اورليانز بالولايات المتحدة الأمريكية إلي ميناء بورسعيد علي ظهر السفينة .. فإنه يجوز رفع الدعوى أمام محكمة بورسعيد الابتدائية باعتبارها المحكمة التي كان يجب تنفيذ الاتفاق في دائرتها . فلا علي الحكم المطعون فيه إن أغفله أو لم يعن بتحقيق لأنه دفاع فاسد لا يستند علي أساس قانوني صحيح ومن ثم يكون النعي غير مقبول) ([1]) .

ومقتضى هذا النص أن للمدعى الخيار بين ثلاثة محاكم هى محكمة المدعى علية وفقا للقواعد العامة والمحكمة التى تم الإتفاق ونفذ كله أو بعضه فى دائرتها وأخيرا المحكمة التى يجب تنفيذ الاتفاق فى دائرتها[٢]. وسبب خروج المشرع على القاعدة العامة هو الرغبة فى تيسير المقاضاة فى المسائل التجارية .

---

(١) طعن رقم ٧٠/٦٥٥ ق جلسة ٢٠١٠/٢/٩ .

(٢) د. عبد المنعم الشرقاوى – المرجع السابق – ص٣١٨، ٣١٩ .

د. فتحى والى – المرجع السابق – ص ٣٠٦ رقم ١٧٣ .

وجدير بالذكر أنه بتاريخ ٢٠٠٨/٥/٢٢ صدر القانون رقم ٢٠٠٨/١٢٠ ([1]) بإصدار قانون بإنشاء المحاكم الاقتصادية وبدء العمل به اعتباراً من أول أكتوبر ٢٠٠٨ . وطبقاً للمادة السادسة من هذا القانون تختص الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية ، دون غيرها بنظر المنازعات والدعاوي التي لا تتجاوز قيمتها خمسة ملايين جنيه ، والتي تنشأ عن تطبيق القوانين المتعلقة بالشركات العاملة في مجال تلقي الأموال لاستثمارها وقانون سوق رأس المال وقانون ضمانات وحوافز الاستثمار وقانون التأجير التمويلي وقانون حماية الاقتصاد القومي من الآثار الناجمة عن الممارسات الضارة في التجارة الدولية ، وقانون التجارة في شأن نقل التكنولوجيا والوكالة التجارية وعمليات البنوك والإفلاس والصلح الواقي منه وقانون التمويل العقاري وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية وقانون تنظيم الاتصالات وقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات وقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية وقانون شركات المساهمة رقم ١٩٨١/١٥٩ وأخيراً قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد .

وتختص الدوائر الاستئنافية بالمحاكم الاقتصادية – دون غيرها– بالنظر ابتداء في كافة المنازعات والدعاوى المنصوص عليها في الفقرة السابقة من ذات المادة السادسة ، إذا جاوزت قيمتها خمسة ملايين جنيه أو كانت غير مقدرة القيمة .

واختصاص المحاكم الاقتصادية بالمنازعات المتعلقة بالقوانين المشار إليها هو اختصاص نوعي لهذه المحاكم دون غيرها وهو اختصاص

---

(١) الجريدة الرسمية العدد ٢١ تابع في ٢٠٠٨/٥/٢٢ صدر القانون رقم٢٠٠٨/١٢٠.

قضائي من النظام العام ، بمعني أن القاضي الطبيعي في المنازعات المتعلقة بالقوانين المشار إليها هو قاضي المحكمة الاقتصادية دون غيرها .

٣- المهلة القضائية :

٤٢- تقضى القواعد العامة بأنة يجوز للقاضى فى حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص فى القانون أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا أستدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم (المادة ٢/٤٣٦من القانون المدنى) .

وفى ظل المجموعة التجارية الملغاه ، وفى غياب نص يقرر مدى جواز منح المدين بدين تجارى مهله قضائية كان الفقه متفقا على أنه إذا كانت المهلة القضائية المنصوص عليها بالمادة (٢/٤٣٦) مدنى تجوز بالنسبة للدين المدنى أو التجارى لعمومية حكمه ، إلا أنه على القاضى أن يضن بهذه المهلة فى المسائل التجارية[١] . ذلك أن ميعاد الوفاء له أهمية خاصة بالنسبة للدائن التاجر ، إذ قد يكون فى تأجيل الوفاء إضاعة فرص ربح كبيرة عليه أو تأخير وفائه بديون تجارية قد تعرضه لشهر الإفلاس .

وجاء قانون التجارة بنص خاص فى المادة (٥٩) منه وقرر أنه «لا يجوز للمحكمة منح المدين بإلتزام تجارى مهلة للوفاء به أو تقسيطه الإ عند الضرورة وبشرط عدم الحاق ضرر جسيم بالتاجر».

ومقتضى هذا النص ، يعد الأصل والقاعدة عدم جواز منح المدين بدين تجارى مهلة قضائية للوفاء بالتزامه . وأن الإستثناء هو منحه مهلة أو تقسيط الدين بشرط توافر أمرين معا هما وجود ضرورة تقتضى وتبرر الأجل كما في حالات الركود الإقتصادى أو الأزمات مثل وقوع بعض

---

(١) د. على جمال الدين – الوجيز ص٢٤ هامش رقم ٦ .
د. على يونس – القانون التجارى – بند ١٧ ص٢٢ .

الأحداث التى تمنع المدين عن الوفاء بالتزامه لا ترجع إلية بالضرورة ، كما يشترط ألا يلحق هذا الأجل أو تقسيط الدين ضرر جسيم بالدائن التاجر ، إذ قد يكون هذا الأخير مدينا بأوراق تجارية أو إلتزامات أخرى لا تحتمل التأخير كأقساط التسيهلات الإئتمانية الممنوحة له من أحد المصارف مما قد يعرضه للإفلاس.

وجدير بالذكر أن المشرع فى المجموعة التجارية الملغاه كان يخص فقط الكمبيالة بعدم جواز منح المدين بها مهله قضائية طبقا للمادة (١٥٦) والتى كانت تنص على أنه «لا يجوز للقضاء أن يعطى مهلة لدفع قيمة الكمبيالة». ورغم عدم وجود نص مماثل بالنسبة للسند لأمر أو الشيك ، إلا أن الفقه[١] كان متفقا وكذلك القضاء[٢] على امتداد مجال تطبيق المادة (١٥٦) المشار إليه إلى السند لأمر والشيك إذا ما لحقت بهما الصفة التجارية للعلة ذاتها وهى تمكين الأوراق التجارية من أداء وظيفتها بدلا من النقود .

وتضمن قانون التجارة نصا خاصا بمنع المهلة القضائية لجميع الأوراق التجارية حيث تنص المادة (٥٤٧) ، والواردة بالأحكام المشتركة بالفصل الرابع من الباب الرابع ، على أنه «لا يجوز للمحاكم أن تمنح مهلة للوفاء بقيمة الورقة التجارية أو القيام بأى إجراء متعلق بها إلا فى الأحوال وفى الحدود التى ينص عليها القانون».

تأجيل الوفاء بقيمة الورقة التجارية قانونا :

٤٣- قد تحدث ظروف استثنائية كالحرب أو الأزمات الإقتصادية فيعجز معظم التجار عن الوفاء بديونهم نتيجة هذه الظروف . ولما كان التوقف

---

(١) د. محسن شفيق – الموجز – الجزء الأول – ص٦٤.

(٢) نقض فرنسى – الدائرة التجارية – جلسة١٣/٦/١٩٧٧ – ٤– ص١٤٣ رقم ١٦٦.

عن الدفع يعرضهم إلى التشهير بسمعتهم وشهر إفلاسهم فيضطر المشرع إلى إصدار قانون يؤجل به دفع قيمة الديون مراعاة للمدنيين بمنع الحامل من مباشرة إحتجاج عدم الدفع كما حدث فى فرنسا على أثر الأزمة الإقتصادية فى مايو ويونيو ١٩٦٨[١] وقد صدر فى مصر أثناء العدوان الثلاثى القانون رقم ٣٨٩ فى ١١ نوفمبر سنة ١٩٥٦ مؤجلا الإجراءات المترتبة على التأخير فى آداء الديون لمدة شهر وهى إيقاف إجراءات البروتستو . ثم صدر القانون رقم ٣٩٧ سنة ١٩٥٦ مقررا إستمرار العمل بالقانون السابق لمدة ثلاثة شهور أخرى على ألا يتمتع بهذا الأجل الإ المدينين الذين كان محل إقامتهم فى دائرة محافظتى بور سعيد والسويس حتى تاريخ بدء العدوان وهو ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٥٦أو المدينين المقيدين بالسجل التجارى فيها[٢] . وقد تم الإجراء ذاته من جانب المشرع عام ١٩٦٧ وعام ١٩٧٥[٣] .

٤- الإفـــلاس :

٤٤- تضع أغلب التشريعات التجارية نظاما خاصا للتنفيذ على المدين التاجر إذا ما تخلف عن دفع ديونه التجارية وهو ما يعرف بنظام

---

(١) مرسوم رقم ٦٨/٤٧٣ الصادر فى ٢٨ مايو سنة ١٩٦٨ . وقد حدد هذا المرسوم مهلة للفترة من ٢٠ حتى ٨ يوليو سنة ١٩٦٨ . أيضا المرسوم رقم ٧٤/٣٢٣ الصادر فى أبريل ١٩٧٤والذى أجل الوفاء بالديون إعتباراً من ١٨ فبراير ١٩٧٤ بسبب إضراب البنوك رقم ٧٤/٦٢٤ فى أول يوليو سنة ١٩٧٤ والذى وضع نهاية لهذه الآجال . كذلك القانون رقم ٧٤/١١١٥ الصادر فى ٢٧ ديسمبر ١٩٧٤ والخاص بالتوقف عن الدفع خلال فترة إنقطاع وتعطل الخدمات البريدية .

(٢) الوقائع المصرية عدد٩٩ مكرر (١) فى ديسمبر ١٩٥٦.

(٣) صدر قانون ٤٨/٤٩٧٥ فى هذا الشأن (الوقائع العد ٣٠ فـــى ٧٥/٧/٢٤ انظـــر تفصيلات هذه القوانين فى مؤلفنا – الأوراق التجارية – طبعـــة ١٩٩٢ رقـــم ٨٦ وطبعة ١٩٩٩، طبعة ٢٠٠٦ .

الإفلاس . وهو نظام يختلف عن القواعد العامة التى تطبق فى حالة تخلف المدين عن آداء ديونه العادية والتى يحكمها نظام الإعسار المدنى الذى يتفق وطبيعة المعاملات المدنية. ويتميز نظام الإفلاس بقسوة أحكامه وذلك لمنع المدين التاجر من غش دائنيه .

ويقصد بالإفلاس تصفية أموال المدين التاجر تصفية جماعية إذا ما تخلف عن دفع ديونه التجارية وذلك بغرض توزيع هذه المبالغ على جماعة الدائنين قسمة غرماء . وقد نظم المشرع المصرى أحكام الإفلاس وشروطه والصلح الواقى منه فى الباب الخامس بالمواد من ٥٥٠ إلى ٧٧٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

ويتضح من هذه الأحكام بصفة عامة أنة يشترط لخضوع الشخص لنظام الإفلاس أن يكون تاجرا[١] وأن يتوقف عن دفع دين تجارى على أثر اضطراب فى أعماله المالية (١/٥٥٠)[٢] .

فالإفلاس نظام خاص بطائفة معينة من الأشخاص هم التجار . ولا تقضى المحكمة بإفلاس شخص غير تاجر مهما كان متوقفا عن دفع ديونه وأيا كانت هذه الديون إلا فى الحدود المنصوص عليها قانونا[٣] . كما

---

(١) طعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/١/٤.

(٢) تنص المادة (١/٥٥٠) من قانون التجارة على أنه «يعد فى حالة إفلاس كل تاجر ملزم بموجب أحكام هذا القانون بمسك دفاتر تجارية إذا عجز عن دفع ديونه التجارية أثر إضطراب أعماله المالية». فى هذا الخصوص مؤلفنا – أحكام الإفلاس – طبعة ٢٠١٢ – دار النهضة العربية .

(٣) تنص المادة (١/٧٠٤) تجارى على أنه " ١- إذا طلب شهر إفلاس الشركة جاز للمحكمة أن تقضى ايضا بشهر إفلاس كل شخص قام تحت ستار هذه الشركة بأعمال تجارية لحسابه الخاص وتصرف فى أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة". ومقتضى هذه المادة أن «الإفلاس يلحق كل شخص قام تحت ستار الشركة بأعمال تجارية لحسابه الخاص حتى ولو لم يكن تاجراً أو كان شريكاً مساهماً. ==

يشترط المشرع أن يكون توقف التاجر عن دفع دين تجارى وحال[١] .

٥- أحكام العائد فى الالتزام التجارى والعمليات البنكية :

٤٥- وفقا للقواعد العامة القائمة فى القانون المدنى المصرى ، وقبل صدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، إذا تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه الذى هو مبلغ من النقود ، كان ملزماً أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير عائداً تأخيرياً محسوباً من يوم المطالبة القضائية . وهذا العائد يختلف مقداره فى الديون المدنية عنه فى الديون التجارية. وطبقاً للمادة (٢٢٦) مدنى يعتبر العائد ٤% للدين المدنى و٥% للدين التجارى . كما لا يجوز الإتفاق على عائد يزيد على ٧% ، (المادة ٢٢٧ مدنى) .

وكان الفقه ينتقد نسبة العائد المتواضع فى الديون التجارية حيث أن التأخير فى الوفاء يفوت على الدائن استثمار الأموال استثماراً فى مجالات تجارية ذات عائد مرتفع ، كما أنه ملزم بالوفاء بالتزامات أخرى يكون العائد فيها مرتفعاً عن النسب المشار إليها بالمادتين (٢٢٦، ٢٢٧) مدنى خاصة التزامات التاجر قبل البنوك حيث العائد المتراكم وبنسب عالية طبقاً للعرف المصرفى ، وباعتبار أن التجارة تحتاج إلى دوران الأموال

==فى هذا الخصوص د. هانى عبد الرازق – مسئولية مجلس إدارة شركة المساهمة عن إفلاس الشركة – رسالة دكتوراة جامعة القاهرة – ٢٠٠٦.أيضاً مؤلفنا أحكام الإفلاس سالف الإشارة .

(١) إذا كان الدين التجارى مؤجلا جاز للدائن أن يطلب شهر إفلاس مدينه فى حالات معينة هى عدم وجود موطن معروف له بمصر أو عندما يلجأ إلى الفرار أو إغلاق متجره أو يشرع فى تصفيته أو أجرى تصرفات ضاره بدائنيه بشرط أن يقدم الدائن ما يثبت أن المدين توقف عن دفع ديونه التجارية الحالية (راجع المادة ٢/٥٥٤تجارى).

واستغلالها مما يقتضى توحيد نسبة التعويض عن التأخير بمثيلتها عند الاقتراض من البنوك بالإضافة إلى الإعتداد بيوم الاستحقاق للمبالغ المتأخرة وليس من يوم المطالبة القضائية .

وقد راعى قانون التجارة الحالى ذلك، فنص على عدة أحكام تختلف اختلافاً جذرياً عن أحكام العائد فى الالتزام المدنى .

هذه الأحكام هـــى :

أولاً : الأحكام العامة للعوائد فى الالتزام التجارى :

أ - من حيث تاريخ استحقاق العائد :

العائد عن التأخير فى الوفاء بمستحقات التاجر فى مواجهة عملائه مدنيين أم تجار يحسب من يوم صرف هذه المستحقات وليس من يوم المطالبة القضائية مالم يتفق على خلاف ذلك . وبذلك خرج المشرع عن القاعدة العامة فى تاريخ احتساب العائد عن التأخير .

وفى ذلك تنص المادة (٢/٥٠) من قانون التجارة على أنه : «إذا اقتضت مهنة التاجر أداء مبالغ أو مصاريف لحساب عملائه جاز لـه مطالبتهم بعائد عنها من يوم صرفها مالم يتفق على غير ذلك» .

وكما هو واضح من عبارات هذا النص أنه يشترط لتطبيقه أن تتعلق المبالغ الواجبة الوفاء بأعمال التاجر التجارية أى مهنته كتاجر دون أية التزامات أخرى من أى طبيعة كانت .

ب - من حيث سعر العائد :

يجرى احتساب العائد عن التأخير فى الوفاء وفقاً للسعر الذى يتعامل به البنك المركزى ، مالم يتفق على مقابل أقل (م ٣/٥٠) من قانون التجارة .

وبذلك قرر قانون التجارة الحالى ما كان ينادى به الفقه فى شأن

قدر العائد عن التأخير فى الوفاء واحتسابه بذات النسب التى يتعامل بها البنك المركزى . وهو حكم عادل يتناسب واستثمار الأموال فى مجال التجارة وأثر التأخير فى الوفاء بهذا النوع من الالتزامات. وواضح من عبارات النص أنه حكم متعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على عائد يزيد على النسب التى يتعامل بها البنك المركزى ويجوز دائماً الاتفاق على عائد أقل.

وقضت محكمة النقض باحتساب العائد علي المبالغ المستحقة لأحد البنوك وفقاً للسعر الذي يتعامل به البنك المركزي ([1]) .

كما نص قانون التجارة الحالى على حكم آخر فى مواعيد الوفاء بالعائد فقرر أنه : «يؤدى العائد فى نهاية كل سنة إذا كان الدين مؤجلاً لأكثر من سنة وفى يوم الاستحقاق إذا كان لأجل سنة أو أقل مالم يتفق أو يجر العرف على غير ذلك» .

وبذلك وضع المشرع قاعدة مقررة لتنظيم الوفاء بالعائد ومدته سواء فى حالة الدين المؤجل لأكثر من سنة أو أقل .

ج – من حيث عدم جواز أن يكون مجموع العائد أكثر من اصل الدين كقاعدة عامة :

وأضاف المشرع التجارى فى المادة (٦٤) منه أنه بالإضافة إلى استحقاق العائد عن التأخير فى الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك ، أنه لا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع هذا العائد الذى يتقاضاه الدائن أكثر من مبلغ الدين الذى احتسب عليه العائد إلا إذا نص القانون أو جرى العرف على غير ذلك.

ويراعى فى هذا الخصوص ان عبارة أو جرى العرف على غير ذلك تعنى إمكانية وصول مجموع مبلغ العائد إلى أكثر من أصل الدين فى الحالات التى استقر فيها العرف على ذلك الحكم . والواقع أن المتصور فى هذا المجال هو العرف المصرفى وإن كنا لا نقر ذلك حيث قنن قانون

---

(١) طعن رقم ٧٦/١٤٥٣٠ ق جلسة ٢٠٠٧/١٢/٢٧ حكم غير منشور.

التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ أحكام العرف المصرفى التى وجدها تناسب الأعمال المصرفية كما وضع نظاماً شاملاً لنظام العوائد فى العمليات المصرفية بصفة خاصة والواردة فى المادتين (٣٦٦، ٣٧٢) بشأن الحساب الجارى بالإضافة إلى الأحكام العامة الواردة فى المواد (٥٠، ٦٤) الواردة بالباب الثانى الخاص بالالتزامات والعقود التجارية .

ولو شاء المشرع الأخذ بحكم جواز زيادة مبلغ مجموع العوائد على أصل الدين لنص صراحة على ذلك . على أنه على أية حال فإن على القاضى عند إعمال حكم المادة (٦٤) تجارى سالفة الذكر فى هذا الشأن أن يثبت وجود العرف المستقر فى زيادة مبلغ مجموع العوائد على اصل الدين، باعتبار العرف أحد مصادر القانون يكلف القاضى بتطبيقه شأن القاعدة القانونية .

ثانياً : الأحكام الخاصة بالعائد فى عمليات البنوك :

تتميز العمليات المصرفية فى شأن العائد الذى يسرى على الالتزامات الناشئة عنها ببعض الأحكام نص عليها قانون التجارة بالإضافة للأحكام العامة السابق ذكر حكمها فى المادتين (٥٠، ٦٤) تجارى والتى تسرى فى حالة عدم وجود حكم خاص .

هذه الأحكام هى :

١- عدم احتساب عائد على مدفوعات الحساب الجارى إلا عند الاتفاق صراحة على ذلك :

وضع قانون التجارة الحالى قاعدة عامة مقررة فى شان مدى احتساب عائد على قيد المدفوعات بالحساب الجارى المنصوص عليه بالمادة ٣٦٦ تجارى، هى عدم احتساب عائد على المدفوعات إلا إذا اتفق على ذلك صراحة بين طرفى الحساب الجارى . وإذا اتفق على العائد احتسب بالسعر الذى يتعامل به البنك المركزى وقت استحقاق هذا العائد ، ويمكن دائما الاتفاق على سعر أقل .

وفى هذا الخصوص تنص المادة (١/٣٦٦) تجارى على أنه «لا تنتج المدفوعات فى الحساب الجارى عائداً إلا إذا اتفق على غير ذلك ويحسب العائد وفقاً للسعر الذى يتعامل به البنك المركزى وقت استحقاقه مالم يتفق على مقابل أقل» .

ويراعى فى هذا الشأن أن حكم المادة (١/٣٣٦) تجارى سالفة الذكر إنما تقرر حكماً مخالفاً لما كان يجرى عليه العمل المصرفى قبل وضع قانون التجارة حيث كانت المدفوعات تنتج عائداً فور قيدها كأحد آثار القيد فى الحساب الجارى .

٢- عدم جواز احتساب عائد على متجمد العوائد إلا إذا تعلق الأمر بحساب جارى بين بنك وشخص آخر :

طبقاً لحكم المادة (١/٣٦٦) تجارى لا يجوز حساب عائد على متجمد العوائد إلا إذا كان الحساب جارياً بين بنك وشخص آخر .

ومقتضى هذا النص الآتـــــى :

أ – إن القاعدة العامة فى جميع عمليات البنوك أسوة بالأعمال التجارية بصفة عامة لا يجوز احتساب عائد على متجمد العوائد . وهذا الحكم يترتب طبقاً لقاعدة مفهوم المخالفة لنص المادة (١/٣٦٦) تجارى ، حيث يجوز احتساب عائد على مجموع العوائد إذا تعلق الأمر بحساب جارى بمفهومه الدقيق المشار إليه بالمادة (٣٦١) من ذات القانون .

ب – القاعدة الثانية هو أن حكم احتساب عائد على متجمد العائد فى الحساب الجارى لا يطبق إلا إذا كان هذا الحساب جارياً بين بنك وشخص أخر غير بنك . بمعنى أن الحسابات الجارية بين البنوك بعضها البعض أو بين التجار بعضهم البعض، لا تخضع لهذا الحكم الاستثنائى .

٣- عند قفل الحساب الجارى تسرى طبقاً لحكم المادة (٣٧٢) تجارى القواعد العامة فى شأن احتساب العائد على دين الرصيد من تاريخ قفل الحساب مالم يتفق على غير ذلك .

ومفهوم حكم المادة (٣٧٢) المشار إليه تطبيق حكم المادتين (٥٠، ٦٤) تجارى من حيث الحد الأقصى لسعر العائد الذى يجوز الاتفاق عليه أو من حيث طريقة احتسابه . على أنه يجوز دائماً الاتفاق على سعر أقل .

ويراعى فى هذا العائد طبقاً للقواعد العامة عدم إعمال حكم المادة (٢/٣٦٦) سالفة الذكر وبالتالى لا يجوز احتساب عائد على متجمد العوائد حيث يفقد الحساب الجارى خصائصه فور استخراج دين الرصيد .

على أن احتساب العائد يكون من تاريخ قفل الحساب مالم يتفق على غير ذلك .

ثالثاً : الأحكام المتعلقة بالعائد متعلقة بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها:

إن الأحكام السابق ذكرها فى شأن العائد تتعلق بالنظام العام ، وذلك سواء تعلق الأمر بالحد الأقصى لسعر العائد أو مدى زيادة قدر العائد على أصل الدين أو تقرير عائد على متجمد العوائد .

ويتضح ذلك من النصوص القانونية المعنية بتنظيم العائد على الديون التجارية بصفة عامة والديون المصرفية بصفة خاصة ، حيث تقرر المادتين (٢/٥٠ ، ١/٣٦٦) أن يحسب العائد بالسعر الذى يتعامل به البنك المركزى ، مالم يتفق على عائد أقل ، مما فحواه عدم جواز زيادة سعر العائد على السعر الذى يتعامل به البنك المركزى وذلك وفقاً لقاعدة مفهوم المخالفة .

ويترتب على ذلك أن الاتفاق على أسعار للعائد فى الالتزامات التجارية أياً كانت طبيعتها بما يزيد عن تلك التى يتعامل بها البنك المركزى

يعد اتفاقاً مخالفاً لقاعدة قانونية آمرة ، مما يقتضى تخفيض العائد إلى السعر الذى يتعامل به البنك المركزى .

كذلك الشأن فيما يتعلق بالاتفاق على أن تزيد العوائد على قدر أصل الدين ، فهى قاعدة آمرة تتضح من عبارات نص المادة (٦٤) تجارى والتى تنص على أنه : «... ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع العائد الذى يتقاضاه الدائن أكثر من مبلغ الدين الذى احتسب عليه العائد إلا إذا نص القانون أو جرى العرف على ذلك» .

ولم يضع القانون التجارى نصاً يجيز فيه زيادة قدر العائد على مبلغ الدين الذى احتسب عليه العائد ، كما أنه إذا فرض ووجد عرف يجيز ذلك فإن على القاضى تأسيس حكمه على هذا العرف مبيناً وجود هذا الأخير، وهو فى ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض .

هذا بالإضافة إلى أن قاعدة احتساب عائد على متجمد العوائد أمر محظور ومتعلق بالنظام العام طبقاً لحكم المادة (٢/٣٦٦) إلا فى شأن الحساب الجارى بين بنك وشخص آخر . مع مراعاة أنه حتى فى هذه الحالة ، لا يجوز أن يزيد قدر العائد على أصل مبلغ الدين المحتسب عليه العائد .

ويترتب على طبيعة أحكام العائد وتعلقها بالنظام العام وفقاً للتفصيل السابق أن حكم المواد المعنية باحتساب قدر العائد ونطاقه وطبيعته والواردة بقانون التجارة وهو قانون خاص بالأعمال التجارية والتجار يطبق ولو جاءت نصوص قانونية فى شأن العائد فى تشريعات أخرى مالم تكن هذه التشريعات الأخرى خاصة ولاحقة فى تاريخها على صدور قانون التجارة الحالى بالإضافة إلى تعلق نصوصها بالنظام العام .

حكم المادة (١/٤٠) من قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد :

نشير فى هذا الخصوص إلى أن المادة (١/٤٠) من القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد[١] تنص على أنه «لكل بنك سلطة تحديد معدلات العائد عن العمليات المصرفية التى يقوم بها حسب طبيعة هذه العمليات ، كما يكون له أن يحدد أسعار الخدمات المصرفية التى يتعامل بها ، وذلك دون التقيد بالحدود والأحكام المنصوص عليها فى أى قانون آخر» .

وهذه المادة من قانون البنك المركزى لا أثر لها على الأحكام السابق ذكرها فى شأن أحكام العائد على العمليات المصرفية وفقا لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث تتعلق هذه الأحكام بالنظام العام ولا يجوز مخالفتها. ويقتصر حكمها على العمليات المصرفية بين البنوك وعملائها فى شأن معدلات العائد فقط عن العمليات المصرفية، وأساس ذلك أن للمشرع الحق فى تقييد نفسه بأن يلغى نصاً آمراً بتشريع لاحق فى حدود نطاقه.

وقضت محكمة النقض بأن عدم تحديد سعر الفوائد التأخيرية على قرض الاعتماد المستندى الصادر من البنك المطعون ضده لازمة خضوعها للسعر الوارد فى المادة ٢٢٦ مدنى مالم يكن قد صدر فى الفترة المستحق عنها فوائد، قرار من مجلس إدارة البنك المركزى يحدد سعراً أعلى لها وفقاً للحق المقرر بالمادة (٧/د) من القانون ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ قبل تعديله بقانون ٩٧ لسنة ١٩٩٦[٢].

---

(١) الجريدة الرسمية – العدد ٢٤ مكرراً فى ١٥ يونيه ٢٠٠٣ .

(٢) طعن رقم ٦٦٣ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٦/٢٩.

وقضت محكمة النقض بأنه طبقاً لحكم المادة " ٧/د" من القانون ١٩٧٥/١٢٠ بشأن البنك المركزي والجهاز المصرفي – قبل تعديله – لمجلس إدارة البنك تحديد أسعار الخصم وأسعار الفائدة الدائنة خلافاً لمبدأ سلطان الإرادة وإذ حرر في العقد محل النزاع سعر عائد هو ١٤% سنوياً فإنه تسري في شأنه الفوائد الاتفاقية . وأنه إذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهي في قضائه إلي سريان الفوائد القانونية بواقع ٥% سنوياً فإنه يكون معيباً بما يوجب نقضه ([1]) .

٦- الإعـــــذار :

٤٦- يقصد بالإعذار وضع المدين موضع المتأخر فى تنفيذ إلتزامه . ووفقا للقانون المدنى يتم الإعذار بورقة من أوراق المحضرين[٢]، وهذه الأوراق تقتضى بعض الإجراءات وفقا لقانون المرافعات . أما فى المواد التجارية فقد جرى العرف بإمكان التغاضى عن هذا الطريق فى الإعذار وإمكان عمله بخطاب موصى عليه[٣] .

ولا يكون الإعذار لازماً متى اتفق المتعاقدان على الإعفاء منه، إذ يكون المدين عندئذ معذراً بمجرد حلول أجل الدين وذلك تطبيقاً لحكم المادتين ٢١٩، ٢٢٠ مدنى[٤].

---

(١) طعن رقم ٧١/٩٣ ق جلسة ٢٠٠٩/١/٢٢ .

(٢) المادة ٢١٩ مدنى مصرى .

(٣) ريبير رقم ٣٤٩ – ميشيل رقم ٦٥ حكم النقض الفرنسى – الدائرة المدنية جلسة ٢٧ مايو ١٩٥٧ . البلتان المدنى ١٩٧٥-١٤٧-١١١ ويرى د. مصطفى طه ، إمكان عمل إعذار بخطاب عادي . المرجع السابق .

(٤) طعن رقم ٧٦٥٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢١ – المستحدث من المبادىء الصادرة من الدوائر المدنية بمحكمة النقض من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٤ حتى آخر سبتمبر ٢٠٠٥ ص٥٥.

وتضمن قانون التجارة ما استقر عليه العرف فى شأن شكل الإعذار وطريقته الخاصة بعد إنتشار الوسائل الحديثة والتكنولوجيا المتطورة فى مجال الإخطارات وسرعة وسهوله نقل المعلومات، حيث تنص المادة (٥٨) من هذا القانون على أنة " يكون إعذار المدين أو إخطاره فى المواد التجارية بإنذار رسمى أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، ويجوز فى احوال الإستعجال أن يكون الإعذار أو الإخطار ببرقية أو تلكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الإتصال السريعة" .

وخيراً فعل المشرع باعتماد الوسائل الحديثة للإثبات فى حالات الإستعجال مواكبه منه للتطور السريع فى مجالات الإتصال .

٧- التضامـــن :

٤٧- يقصد بالتضامن فى هذا الخصوص ، تعدد المدينين الذى يجعل وفاء أحدهم بالدين مبرئا لذمة الباقيين . ويجيز التضامن للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين (المادة ١/٢٨١ مدنى). ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يدفع فى مواجهته بالتجريد أو التقسيم ، أى مطالبة باقى المدينين قبله أو دفع نصيبه فى الدين فقط[١]. كما ليس للمدين أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن ، وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا (المادة ٢/٢٨١ مدنى) .

والتضامن كقاعدة عامة لا يفترض وإنما يكون بناء على إتفاق أو

---

(١) طعن رقم ٥٠٠٨ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢ – المحاماه – العدد الأول ٢٠٠١- ص٢٦ .

نص فى القانون[١] وعلى خلاف ذلك يفترض التضامن بين المدينين بديون تجارية لتحقيق الإئتمان التجارى ما لم يتفقوا على عدم التضامن .

وتعتبر هذه القاعدة من الأمور المستقر عليها فقها وقضاء فى المسائل التجارية قبل صدور قانون التجارة فى ١٧ مايو سنة ١٩٩٩ ، رغم خلو المجموعة التجارية الملغاه من نص استنادا إلى قاعدة عرفية قديمة[٢] فى كل من مصر وفرنسا . وكان سند هذه القاعدة العرفية هو تفسير إرادة المتعاقدين ، فالمدينين المتعددين بدين واحد يعتبر أن لهم مصلحة واحدة فى هذا التعاقد ، ولذلك لا محل للتضامن إذا ما أتفق على عدم التضامن أو وجد نص يمنعه .

وأكد قانون التجارة هذا العرف بنص صريح حيث تقتضى المادة (١/٤٧) منه بأن " يكون المتلزمون معا بدين تجارى متضامنين فى هذا الدين ما لم ينص القانون أو الإتفاق على غير ذلك " . ونصت الفقرة الثانية من المادة ذاتها على أنه " ويسرى هذا الحكم فى حالة تعدد الكفلاء فى الدين التجارى " .

كما تقرر المادة (٢/٤٨) من القانون ذاته أنة لا يجوز فى الكفالة التجارية أن يطلب الكفيل ، ولو كان غير متضامن تجريد المدين ما لم يتفق على غير ذلك . وهذا يعد حكما جديدا من المشرع حيث كان يحق للكفيل فى دين تجارى مطالبه دائنه بتجريد مدنيه قبل الرجوع عليه .

---

(١) تنص على هذا الحكم المواد (٢٧٩مدنى مصرى و ١٢٠٢ مدنى فرنسى) ويقتصر مجال تطبيق هذا النص على المعاملات المدنية . انظر حكم استئناف القاهرة – الدائرة الثامنة التجارية ، جلسة ٥٨/٥/٢٥ – قضية رقم ٧٤/٣١١ق الموسوعة ص٣٩ .

(٢) وكانت تطبق هذه القاعدة العرفية فى مصر قبل صدور قانون التجارة رقم ١٩٩٩/١٧ كذلك الشأن فى فرنسا دون نص فى القانون التجارى . ونجد المشرع الكويتى آثر النص عليها (المادة ٩٧ من قانون التجارة رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠) وبذلك تستمد هذه القاعدة قوتها من التشريع ذاته .

٨- النفاذ المعجل :

٤٨- القاعدة فى المسائل المدنية أن الأحكام لا تكون قابلة للنفاذ جبرا ما دام الطعن فيها بالاستئناف جائزا ، أما فى المسائل التجارية فالأحكام دائما مشمولة بالنفاذ المعجل حتى ولو كانت قابلة للاستئناف بشرط تقديم كفالة ممن صدر الحكم لصالحه ما لم يتضمن الحكم خلاف ذلك . ويستطيع من قدم الكفالة استردادها إذا أصبح الحكم نهائياً لصالحه (المادة ٢٨٩ مرافعات) .

ويرتبط بالنفاذ المعجل الإجراءات السريعة فى التقاضى التى يميز بها المشرع المسائل التجارية ، مثال ذلك إجراءات الرهن التجارى التى تتميز بالبساطة والسرعة . وطبقا لقانون التجارة إذا لم يدفع المدين الدين المضمون بالرهن فى ميعاد استحقاقه كان للدائن المرتهن بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تكليف المدين بالوفاء أن يطلب بعريضة تقدم إلى القاضى المختص بالمحكمة المختصة التى يقع فى دائرتها موطنه الأمر ببيع الشىء المرهون كله أو بعضه (المادة ١/١٢٦) .

هذا ولا يجوز تنفيذ الأمر الصادر من القاضى ببيع الشىء المرهون إلا بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تبليغه إلى المدين والكفيل إن وجد مع بيان المكان الذى يجرى فيه البيع وتاريخه وساعته (المادة ٢/١٢٦)[1].

ونجد المشرع فى قانون التجارة الحالى ، قد منح المدين الراهن مدة أطول سواء من حيث إعذاره بالوفاء ليقوم بالسداد أو من حيث الأمر بالبيع من تاريخ إبلاغه بالوفاء حيث جعلها خمسة أيام فى كل منها على خلاف ما كان علية الحال فى ظل المادة (٧٨) من المجموعة التجارية الملغاه والتى كانت تمنح الدائن المرتهن الحق بعد انقضاء ثلاثة أيام من تاريخ التنبيه على المدين بالوفاء أن يطلب من رئيس المحكمة الكلية أو من

---

(١) وبالتالى لا يلزم الدائن فى الرهن التجارى الحصول على حكم بخلاف الحال فى الرهن المدنى.

يقوم مقامه ، الأمر ببيع الشيء المرهون كله أو بعضه .

والحكمة التى تغياها المشرع من عدم إشتراط إستصدار حكم قبل التنفيذ ، هو إحتمال تعرض محل الرهن التجارى إلى تقلبات الأسعار .

٩- صفة التاجر :

٤٩- يخص المشرع التجارى من يباشر الأعمال التجارية على سبيل الاحتراف بصفة معينة هى صفة التاجر . وتنص على هذا الحكم المادة (١/١٠) من قانون التجارة بقولها " يكون تاجرا : ١- كل من يزاول على وجه الاحتراف بإسمه ولحسابه عملا تجاريا ". فاكتساب صفة التاجر شرطه مزاولة التجارة على سبيل الاحتراف واستقر قضاء النقض على عدم افتراض احتراف الأعمال التجارية، ويقع عبء الإثبات على من يدعيه[١].

كما أضفى قانون التجارة صفة التاجر على الشركات التى تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى قوانين الشركات بصرف النظر عن طبيعة النشاط الذى تزاوله هذه الشركات ، وفى ذلك تنص المادة (٢/١٠) على أنه " ٢- كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالشركات أيا كان الغرض الذى أنشئت من أجله " . وبذلك اعتبر القانون التجارى الشركة تاجراً بمجرد إتخاذها أحد الأشكال المنصوص عليها فى قوانين الشركات وهى شركات التضامن والتوصية البسيطة وذات المسئولية المحددة والتوصية بالأسهم والمساهمة ، بصرف النظر عن طبيعة النشاط الذى تزاولـــه هذه الشركة كما إذا اتخذت شركة بين مجموعة من الأطباء لإقامة مستشفى للعلاج أو بين مجموعة من المحامين لمزاوله مهنه

---

(١) الطعن رقم ٣٣٧٤ لسنة ٦١ جلسة ١٩٩٩/٤/٢٦ وطعن رقم ٦٧٨٤ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/٤/١٠. والطعنان رقما ٦٤٠، ٦٤١ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٦/٢٩.

المحاماه ، إحدى أشكال الشركات التجارية المشار إليها بقانون الشركات ، وهذا الحكم يتجانس مع ما قرره قانون السجل التجارى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ والذى ألزم الشركات المتخذة أحد الأشكال المشار إليها بقوانين الشركات بالقيد بالسجل التجارى بصرف النظر عن طبيعة النشاط الذى تقوم به الشركات مدنيا كان أم تجاريا[١] .

وكانت المجموعة التجارية الملغاة تنص فى المادة الأولى منها على أن كل من اشتغل بالمعاملات التجارية وإتخذها حرفه معتادة له فهو تاجر ، وكان من المستقر عليه أن صفة التاجر لا تلحق سوى الشركات التجارية من حيث الغرض والتى تتخذ أحد الأشكال التجارية المنصوص عليها فى قوانين الشركات .

وبالبناء على ما تقدم ، فإن صفة التاجر لا تلحق الفرد القائم بالأعمال المدنية . وصفة التاجر يمكن إثباتها بكافة الطرق ولقاضى الموضوع سلطة فى إستنباط القرائن الدالة عليها .

ويترتب على صفة التاجر نتائج قانونية هامة حيث يخضع التاجر لإلتزامات معينة مثل إلتزامه بمسك الدفاتر التجارية ، والقيد بالسجل التجارى وإمكان شهر إفلاسه إلى غير ذلك من الأحكام الخاصة بالتجارة والتجار .

١٠- التقـــادم :

٥٠- القاعدة العامة فى مدة التقادم للالتزام طبقا لحكم المادة (٣٧٤) من القانون المدنى هى خمس عشر سنة فيما عدا الحالات التى يرد بشأنها نص خاص فى القانون . كما تتقادم الأحكام النهائية بخمسة عشر سنة أيضا وظل حكم هذه المادة يحكم تقادم الإلتزام التجارى كقاعدة عامة شأنه

---

(١) المادة (٢) من قانون السجل التجارى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ .

شأن الإلتزام المدنى ، فيما لم يرد به نص خاص ، إلى أن صدر قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى ١٧ مايو سنة ١٩٩٩ والواجب العمل بأحكامه إعتبارا من أول أكتوبر عام ١٩٩٩ فيما عدا أحكام الفصل الثالث من الباب الرابع منه والخاصة بالشيك والتى تأجل تنفيذ أحكامها حتى أول أكتوبر عام ٢٠٠٥ فيما عدا حكم المادتين ٥٣٥ ، ٥٣٦[١] . حيث جاء بالمادة (٦٨) منه ، ما نصه " تتقادم الدعاوى الناشئة عن إلتزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية بمضى سبع سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالإلتزام إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك وكذلك تسقط بمضى عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة فى تلك الدعاوى " .

ومقتضى حكم هذه المادة أن الدعاوى الناشئة عن الإلتزامات التجارية فى حدود نطاق المادة (٦٨) المشار إليها أصبحت تتقادم بميعاد قصير عن مثيلاتها من الدعاوى في القانون المدني . ويشترط طبقاً لحكم المادة (٦٨) المشار إليها لخضوع دعاوى الإلتزام التجارى لميعاد التقادم القصير وهو سبع سنوات وتقادم الأحكام النهائية عنه بعشر سنوات ،أن يكون الإلتزام ناشئا بين تجار ومتعلقا بمعاملاتهم التجارية فقط . وبعد مضى مدة تقادم الدعوى المشار اليها يصبح الإلتزام فى هذه الحالة إلتزاما طبيعيا[٢].

وترتيبا على ذلك لا يخضع للتقادم المشار اليه الدعاوى الناشئة عن إلتزامات التجار عن ديون مدنية كإلتزامه بمصاريف علاجه أو علاج اسرته أو ما يشتريه من احتياجات بمناسبة معيشته وحياته العادية ، ولو كان هذا

---

(١) في هذا الخصوص مؤلفنا الأوراق التجارية طبعة ٢٠٠٨ – دار النهضة العربية بند ١٣.

(٢) وطبقاً لحكم المادة (٥٨) من قانون التجارة الأردنى رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ يسقط بالتقادم فى المواد التجارية حق الإدعاء بمرور عشر سنوات إن لم يعين أجل أقصر كما يسقط بالتقادم حق الاستفادة من الأحكام المكتسبة قوة القضية المقضية بمرور عشر سنوات.

ولم يشترط المشرع للتمتع بهذا التقادم القصير أن تكون الالتزامات ناشئة بين تجار ومتعلقاً بأعمالهم التجارية فقط.

الإلتزام فى مواجهة التاجر الذى يقدم أى من هذه الخدمات كشرائه موبيليات من أحد تجار الموبيليا لإستخدامه لمنزله . كذلك الشأن لا يخضع لهذا التقادم القصير الدعاوى الناشئة عن التزامات التاجر التجارية فى مواجهة غير التجار كما هو الشأن إذا قام التاجر بشراء سيارة من غير تاجر لإعادة بيعها أو لاستخدامها لتسهيل أعمال تجارته .

والواقع أن ميعاد التقادم للدعاوى للإلتزام التجاري بين التجار طبقا لحكم المادة (٦٨) تجارى يعد مناسبا لطبيعة هذا النوع من الإلتزامات خاصة وأن التجارة قائمة على السرعة بصفة أساسية ، كما يتناسب هذا التقادم إلى حد كبير مع مدة إلتزام التاجر بحفظ دفاتره مدة خمس سنوات فقط من يوم غلقها .

وفى ذلك تنص المادة (٢٦) تجارى على أنه " ١- يجب على التاجر أو ورثته الاحتفاظ بالدفاتر التجارية والوثائق المؤيدة للقيود الواردة بها مدة خمس سنوات تبدأ من تاريخ التأشير على الدفتر بانتهائه أو قفله".

وطبقا للفقرة الثانية من المادة (٢٦) المشار إليها يلتزم التاجر أيضا أو ورثته بحفظ صور المراسلات والبرقيات وغيرها مدة خمس سنوات من تاريخ إرسالها أو تسلمها . ويجوز لهم الاحتفاظ خلال هذه المدة بالصور المصغرة (الميكروفيلم) بدلا من الأصل . وقرر المشرع مسايرة منه للتطور التكنولوجى أن تكون لتلك الصور حجية الأصل فى الإثبات إذا روعى فى إعدادها واسترجاعها وحفظها القواعد والضوابط التى يصدر بها قرار من وزير العدل .

وكنا نفضل رغم ذلك أن تتوحد مده التقادم للدعاوى الناشئة عن الإلتزام التجارى بين التجار المشار إليها، مع مدة احتفاظ الدفاتر التجارية وهى خمس سنوات حيث سيضطر التاجر إلى الاحتفاظ بدفاتره رغم مرور الخمس سنوات المشار إليها بالفقرة الثانية من المادة (٦٥) سالفة الذكر للحفاظ على وسائل إثباته للالتزامات المشار إليها .

١١- أحكام أخرى للتفرقة بين العمل المدنى والعمل التجارى :

٥١- إن ما سبق ذكره من الموضوعات التى يختلف فيها حكم القانون التجارى عنه فى القانون المدنى ، إنما هو على سبيل المثال لا الحصر ، فهناك موضوعات أخرى متعددة تبرز فيها أهمية التفرقة بين العمل المدنى والتجارى كما هو الحال بالنسبة للأهلية القانونية لمباشرة الأعمال التجارية وفقا لبعض القوانين حيث تختلف بعض أحكامها بالنسبة للأعمال المدنية عنها فى التجارية[١] .

كذلك الشأن بالنسبة لفسخ العقد لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه ، كما إذا كان المبيع ناقصا أو معيبا ، طالما لا يترتب على هذا النقص أو العيب عدم صلاحية المبيع للغرض الذى قصده المشترى من إبرام العقد ،إذ يكتفى المشرع كجزاء لذلك إنقاص الثمن بدلا من الحكم بالفسخ . وفى ذلك تنص المادة (١/١٠١) من قانون التجارة بقولها «١-إذا تبين بعد تسليم المبيع أن كميته أو صنفه أقل مما هو متفق علية أو أن به عيبا أو أنه غير مطابق للشروط أو العينة التى تم العقد بمقتضاها، فلا يقضى للمشترى بالفسخ إلا إذا نشأ عن النقص أو العيب أو عدم المطابقة ، عدم صلاحية المبيع للغرض الذى أعده له المشترى أو صعوبة تصريفه ، ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضى بوجوب الفسخ. ويكتفى عند طلب الفسخ بإنقاص الثمن دون إخلال بحق المشترى فى التعويض». ونظمت إجراءات إخطار البائع ومدة التقادم لدعوى الفسخ أو نقص الثمن لعدم سقوط حق المشترى فيها وجواز الإتفاق على ما يخالفها باقى فقرات

---

(١) تنظم الأهلية فى الأعمال التجارية سواء بالنسبة للمصرى أو الأجنبى المواد من ١١-١٥ قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

المادة (١٠١) تجارى المشار إليها[١] .

والواقع أن ما قننه تشريع التجارة فى هذا الخصوص كان يسير عليه القضاء المصرى فى ظل المجموعة التجارية الملغاة رغم عدم وجود نص مماثل لحكم المادة (١٠١) المشار إليها . إذ كان القضاء يكتفى فى العقود التجارية بمجرد إنقاص الثمن بدلا من الحكم بالفسخ فى حالة عدم تسليم البضائع بذات درجة الجودة المتفق عليها طالما لا يترتب على العيب أو النقص عدم صلاحية المبيع كلية لقصد المشترى ، وكان القضاء يستند إلى إرادة المتعاقدين . وكانت تؤسس دعوى إنقاص الثمن على سند دعوى التعويض طبقا لحكم المادتين (٤٥٠-٤٤٤/٢) من القانون المدنى[٢] .

كما تضمن قانون التجارة نصا خاصا فى شأن إبطال العقود التى يبرمها التاجر لشئون تجارته بسبب الاستغلال أو الغبن أو إنقاص الالتزامات التى تترتب عليه بمقتضاها (المادة ٥٢) حيث تقضى المادة المشار إليها بأنه: " لا يجوز بسبب الاستغلال أو الغبن أن يطلب التاجر إبطال العقود التي يبرمها لشئون تتعلق بأعماله التجارية أو إنقاص الالتزامات التي تترتب عليه بمقتضاها " .

---

(١) وفى شأن تسليم المبيع إلى المشترى بكمية تزيد على المتفق علية فتحكم طلب الفسخ بشأنه وإجراءاته المادة (١٠٢) تجارى .

(٢) فى تكييف دعوى إنقاص الثمن راجع د. عبد الرسول عبد الرضا – الإلتزام بضمان العيوب الخفية ، دراسة مقارنة مع الشريعة السلامية – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – ١٩٧٤ ص٢٤٩ إلى ٢٥٥ .

الباب الثانى
الأعـمال التجـارية

الباب الثانى
الأعمال التجارية

تمهيد وتقسيم :

٥٢- تتقسم الأعمال التجارية وفقا لتشريع التجارة المصرى إلى أعمال تجارية بطبيعتها ، وهى الأعمال التى يعتبرها المشرع تجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها ، بل حتى ولو باشرها الشخص مرة واحدة ، ولذلك يطلق عليها الأعمال التجارية المنفردة . وأعمال تجارية بطريق الاحتراف وهى أعمال لا تعتبر تجارية إلا إذا قام بها الشخص على سبيل الاحتراف ولذلك يطلق عليها الأعمال التجارية بطريق الاحتراف.

وحاول قانون التجارة رقم ١٧ لسنة١٩٩٩ اختيار العبارة الواضحة فى تقسيم الأعمال التجارية حيث يشمل الفصل الأول من الباب الأول المقصود بالأعمال التجارية فنصت المادة الرابعة على ما يعد عملا تجاريا بطبيعته أى الأعمال التجارية المنفردة والتى تخضع لأحكام القانون التجارى لمجرد مباشرتها بصرف النظر عن صفة القائم بها .

وتضمنت المادة السادسة ما يفيد تجارية كل عمل يتعلق بالملاحة التجارية بحرية كانت أو جوية وعلى وجه الخصوص بناء السفن أو الطائرات وإصلاحها وصيانتها وشراء أو بيع أو استئجار السفن أو الطائرات وشراء مواد تموين للسفن أو الطائرات والنقل البرى والنقل الجوى وعمليات الشحن والتفريغ واستخدام الملاحين أو الطيارين أو غيرهم من العاملين فى السفن أو الطائرات. وجاءت المادة الخامسة بسرد للأعمال التجارية إذا كانت مزاولها على وجه الاحتراف وأوضح المشرع جواز القياس على الأعمال المشار إليها لتشابه فى الغاية أو الصفات (م٧).

وإلى جوار هذين النوعين من الأعمال التجارية أخذ المشرع بنظرية

الأعمال التجارية بالتبعية صراحة حيث جاء نص المادة (٨) متضمناً اعتبار الأعمال التى يقوم بها التاجر لشئون تجارته أعمالا تجارية بالإضافة إلى تقرير مبدأ عام فى هذا الخصوص هو افتراض كل عمل يقوم به التاجر متعلقاً بتجارته ما لم يثبت غير ذلك .

وأخيرا قد تكون الأعمال التى يقوم بها الأفراد مختلطة ، ويقصد بها الأعمال التى تعتبر تجارية بالنسبة لأحد أطرافها ومدنية بالنسبة للطرف الآخر . وتعتبر هذه الأعمال المختلطة خليطا من الأعمال السابقة ولا تمثل نوعا رابعا منها . على أنة لما كانت هذه الأعمال تثير بعض الصعوبات من الناحية القانونية، فقد رأينا معالجتها فى فصل مستقل . وتضمن قانون التجارة نصا فى شأن الأعمال المختلطة هو نص المادة الثالثة والذى يقضى بأنه إذا كان العقد تجاريا بالنسبة إلى أحد طرفية فلا تسرى أحكام القانون التجارى إلا على التزامات هذا الطرف وحده . وتسرى على التزامات الطرف الآخر أحكام القانون المدنى ما لم ينص القانون على غير ذلك.

وسوف نتناول بالدراسة أنواع الأعمال التجارية سالفة الذكر فى فصول أربعة .

الفصل الأول

الأعمال التجارية بطبيعتها

تمهيد :

٥٣- يقصد بالأعمال التجارية بطبيعتها او المنفردة ، الأعمال التي يعتبرها المشرع تجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها ، فهي تجارية ولو باشرها الشخص مرة واحدة . هذه الأعمال التجارية المنفردة ورد ذكرها في المادة الرابعة من قانون التجارة كما سبق القول وهي شراء المنقولات أيا كان نوعها بقصد بيعها أو تأجيرها بذاتها أو بعد تهيئتها في صورة أخري ، وكذلك بيع أو تأجير هذه المنقولات . كذلك استئجار المنقولات بقصد تأجيرها وكذلك تأجير هذه المنقولات. وأخيرا تأسيس الشركات التجارية .

والملاحظ علي نص المادة الرابعة المشار إلي حكمها أنها قصدت الأعمال التجارية بطبيعتها علي هذه التصرفات فقط دون غيرها علي خلاف ما كانت تقضي به المادة الثانية من المجموعة التجارية الملغاة حيث كانت تعتبر السمسرة وعماليات البنوك من الأعمال التجارية بطبيعتها . ومن جهة أخري أدخلت المادة الرابعة تأسيس الشركات التجارية وهو أمر منطقي حيث كان يجمع الفقه علي اعتبار تأسيس الشركات التجارية من الأعمال التجارية .

حكم تجارية الأوراق التجارية :

لم يشأ المشرع ذكر الأوراق التجارية بنص المادة الرابعة ، علي خلاف المجموعة التجارية الملغاة التي كانت تشير إليها ضمن الأعمال التجارية بطبيعتها علي أن ذلك لا يرجع إلى عدم تجاريتها ،حيث تخضع في شأن تجاريتها للأحكام العامة المقررة للأعمال التجارية ، بل لاعتبارها خاضعة لأحكام الباب الرابع من قانون التجارة أيا كانت صفة من وقع عليها

أو سبب تحريرها . وفي ذلك تنص المادة (٣٧٨) علي ان " تسري أحكام هذا الباب علي الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات وغيرها من الأوراق التجارية الأخري ايا كانت صفة ذوي الشان فيها أو طبيعة الأعمال التي أنشئت من أجلها" .

ومقتضي ذلك أن الأوراق التجارية تخضع للأحكام المتميزة المنصوص عليها في الباب الرابع المشار إليه والتي يطلق عليها أحكام قانون الصرف أياً كانت صفة أطرافها تجاراً أو غير تجار وأياً كانت طبيعة التصرف أي سواء كان تحريرها بمناسبة عمل تجاري أو مدني .

أما في شأن مدي تجارية الأوراق التجارية في ذاتها وما إذا كانت تجارية بحسب شكلها أم وفقاً لطبيعة التصرف الذي حررت من أجله ، فإنه لا مناص بسبب عدم ذكرها ضمن الأعمال التجارية المنفردة من إخضاعها للأحكام العامة للعمل التجاري وإضفاء هذه الصفة إذا حررها تاجر لأعمال تجارية ، واعتبارها تجارية إذا حررها تاجر إلي أن يثبت العكس .

ومفهوم ذلك أنه إذا حرر تاجر كمبيالة أو سند لأمر أو شيك بمناسبة أعماله التجارية أعتبرت الكمبيالة تجارية تخضع لأحكام قانون التجارة بالإضافة إلي الأحكام المنصوص عليها بالباب الرابع مثل التقادم الخاص بها وحظر منح المهلة القضائية .

أما إذا حرر التاجر أي من هذه الأوراق بمناسبة عمل مدني ، فإنه يفترض تجارية الورقة التجارية إلي أن يثبت التاجر مدنية العمل الذي حررت من أجله هذه الورقة تطبيقاً لحكم المادة (٢/٨) ، ولا يجوز إشهار إفلاسه بمناسبة هذا العمل كقاعدة عامة.

وإذا حرر غير التاجر أي من الأوراق التجارية سالفة الذكر فإنها لا تعد تجارية سواء حررت بمناسبة عمل تجاري أو مدني حيث لا تعد هذه الأوراق تجارية بحسب شكلها وإن كانت تخضع لأحكام الباب الرابع وهي أحكام قانون الصرف .

حكم تجارية اعمال الملاحة التجارية البحرية :

في شأن مدى تجارية أعمال الملاحة التجارية البحرية ، والتى كانت تنص علي تجاريتها بطبيعتها المادة الثانية من المجموعة التجارية الملغاة، فقد خصص لها قانون التجارة المادة (٦) كما سبق القول مع إضافة الملاحة التجارية الجوية اليها حيث تنص علي أنه " يعد أيضا عملاً تجاريا كل عمل يتعلق بالملاحة التجارية بحرية كانت او جوية وعلي وجه الخصوص ما ياتي..."

وكما سبق القول فإن تعداد المشرع للأعمال التجارية بصفة عامة سواء تلك التي تعتمد في تجاريتها علي طبيعة التصرف كشراء المنقول بقصد البيع أو الملاحة التجارية البحرية والجوية أو علي صفة الاحتراف فيمن يزاولها إنما هو تعداد ورد علي سبيل المثال وليس الحصر وذلك تطبيقا للمادة (٧) تجاري والتي تنص علي أن «يكون عملاً تجاريا كل عمل يمكن قياسه علي الأعمال المذكورة في المواد السابقة لتشابه في الصفات والغايات». وسوف نشير إلى حكم المادة السادسة فى المبحث الرابع من هذا الفصل.

وسوف يقتصر بحثنا في هذه الدراسة علي الحالات المحددة بالمادة الرابعة سالفة الذكر كأعمال تجارية بطبيعتها. ونخصص للأعمال التجارية المنفردة ثلاث مباحث. ونشير فى المبحث الرابع إلى حكم تجارية إعمال الملاحة التجارية البحرية.

المبحث الأول : لدراسة شراء المنقول بقصد البيع أو التأجير .
المبحث الثاني : لدراسة تجارية إستئجار المنقولات بقصد تأجيرها وتأجير هذه المنقولات.
المبحث الثالث : تجارية تأسيس الشركات التجارية.
المبحث الرابع : إعمال الملاحة التجارية البحرية والجوية.

المبحث الأول
شراء المنقولات بقصد البيع أو التأجير وبيع أو تأجير هذه المنقولات

الموضوع الأول : شراء المنقولات بقصد بيعها أو تأجيرها

٥٤ – نصت الفقرة الأولي من المادة الرابعة من قانون التجارة علي أنه " يعد عملا تجاريا : أ – شراء المنقولات أيا كان نوعها بقصد بيعها أو تأجيرها بذاتها أو بعد تهيئتها في صورة أخري ..." .

والشراء بقصد البيع أو التأجير للمنقولات يمثل أكثر الأعمال التجارية وقوعا في الحياة العملية لأنه يعتبر عصب الحياة التجارية وأهم العمليات بين التجار التي يهدف منها هؤلاء الربح والمضاربة .

والذي يتضح من عبارات الفقرة الأولي من المادة الرابعة ،أنه يشترط لاعتبار عمليات الشراء للمنقولات بقصد البيع أو التأجير ، توافر عدة شروط هي أن يتم شراء أو استئجار ، وأن يقع هذا الشراء علي منقول وبنيه البيع أو التأجير.

ويشترط الفقه أن يقصد أيضا من قام بالشراء بقصد البيع أو التأجير تحقيق ربح ، فهو الهدف الأول من العمليات التجارية ،سواء تحقق فعلا هذا الربح من عدمه . وإذا كان نص المادة الرابعة سالف الذكر لم يشر صراحة إلي هذا الشرط، إلا أنه من الأمور المسلم بها فقها وقضاء مما لا يستدعي النص عليه صراحة .

وسوف نتناول دراسة هذه الشروط .

الشرط الأول : أن يتم شراء :

٥٥- -يشترط لاعتبار التصرف تجاريا أن يقع شراء للشئ المراد بيعه أو تأجيره . علي أنه لا يشترط أن يتم هذا الشراء قبل البيع ، فعملية البيع في ذاتها تعتبر عملا تجاريا كما سنري حتي ولو كانت سابقة علي عملية الشراء طالما تم فعلا شراء لها . بمعني أنه لا يشترط أن يسبق البيع شراء بل يكفي أن يقع شراء فعلا سواء كان سابقا أو لاحقا للبيع . إذ قد يحدث أحيانا في المعاملات التجارياة أن يبيع التاجر صفقة لم يقم بعد بشرائها فيقوم بعد الاتفاق علي البيع بعملية الشراء ، إذ قد يفضل التاجر عدم تكديس محله أو مخازنه ببضائع لا يعرف متي يبيعها فيتلقي طلبات البيع ويتفق عليها ثم يوجه طلبه بالشراء لما سبق أن إتفق علي بيعه .

الشراء يجب أن يتم بمقابل :

٥٦ - يشترط لاعتبار الشراء بقصد البيع أو التأجير عملا تجاريا أن يتم هذا الشراء بمقابل ، وذلك أيا كانت طبيعة هذا المقابل . والواقع أن هذا الشرط يعد بديهيا لأن كل شراء معناه دفع ما يقابل الشئ محل عقد الشراء ، ولذلك لم يشأ المشرع أن يذكر عبارة " مقابل " في صلب نص الفقرة الأولي من المادة الرابعة .

والمقابل قد يكون نقدا كما هو الوضع الغالب ، وقد يكون مقايضة أوكلاهما معا[١] .

---

(١) ورد بقانون التجارة شرط في عقود بيع البضائع التي يبرمها التجار فيما بينهم لشئون تتعلق بالتجارة ، لخضوعها لأحكام البيع التجاري المنصوص عليها في الفرع الأول من الفصل الثانى من الباب الأول (المواد ٨٨-١٠٣) هو أن يكون مقابل البيع نقدا أو عينا أو كان نقدا وعينا وكانت قيمة الجزء العينى أقل من الجزء النقدى .راجع المادة ٨٨ تجاري .

ويترتب علي اشتراط وقوع عملية شراء لاعتبار الشراء بقصد البيع أو التأجير عملاً تجاريا ، أن الأشياء التي لم يسبق شرائها أو نقلت إلي آخر بدون مقابل ، تخرج من عداد التصرفات التجارية ولا تخضع بالتالي لحكم القانون التجاري .

وتطبيقا لذلك يخرج عن دائرة الأعمال التجارية بيع الأشياء التي لم يسبقها عملية شراء كبيع المنقولات الموروثة أو التي انتقلت إلى شخص بطريق الهبة أو الوصية . كما تخرج من المعاملات التجارية أعمال المنتج الأول كالمزارع وأعمال المهن الحرة والإنتاج الذهني والفني . وكانت المجموعة التجارية الملغاة تعتبر العمليات الإستخراجية من الأعمال المدنية لعدم وقوع عملية شراء لها. وكان هذا هو الفكر ومعيار الأعمال التجارية . علي انه مع التطورات الاقتصادية وظهور أهمية العمليات الإستخراجية من الناحية الاقتصادية وقيام كبري الشركات بها واعتمادها علي الائتمان والتمويل من البنوك فقد عمدت التشريعات الحديثة ، ومنها تشريع التجار ة المصري الحالي إلى اعتبار العمليات الإستخراجية من العمليات التجارية إذا تمت مزاولتها علي سبيل الاحتراف ،وهو الوضع الغالب في مثل هذا النوع من النشاط ، كما سنري في دراستنا للأعمال التجارية بطريق الاحتراف.

ونشير إلى الأعمال المدنية التي لم يسبق لها شراء وهي عمليات الزراعة والمهن الحرة والإنتاج الذهني علي التفصيل التالي .

١- الزراعـــــة :

٥٧- تعتبر الزراعة وكل ما يتصل بها من أعمال عملا مدنيا أياً كان العائد من هذه المنتجات ، ويستوي في ذلك كون الزارع مالكاً لهذه

الأرض أم منتجاً لها . وترتيبا علي ذلك لا يعد بيع الزارع لمنتجات الأرض عملا تجاريا أيا كان العائد من هذه المنتجات . ويستوى فى ذلك ما إذا كان الزارع مالكا الأرض أم منتفعا بها بأي صور من صور الانتفاع .

وتنص علي مدنية أعمال بيع المنتجات الزراعية وكل ما يتعلق بها المادة (٩) من قانون التجارة بقولها " لا يعد عملا تجاريا بيع الزارع منتجات الأرض التي يزرعها سواء كان مالكا لها أو مجرد منتفع بها " .

ويعتبر القضاء مستقراً على اعتبار الأعمال الزراعية أعمالاً مدنية[١].

وكانت المجموعة التجارية الملغاة تنص في المادة الثالثة منها علي حكم مماثل. ويبدو من نص المادة التاسعة المشار إليها أن المقصود بالزارع، المزارع الفرد دون المشروعات التي تنشا في شكل شركة للإستصلاح الزراعي أو زراعة مساحات كبيرة من الأرض الزراعية ، حيث أن المشرع قرر اعتبار أي مشروع يتخذ شكل إحدى الشركات التجارية الواردة بقوانين الشركات تاجرا (م١٠). كما الزم هذه الشركات القيد بالسجل التجاري بصرف النظر عن طبيعة نشاط هذه الشركات. وبذلك نجد أن بحث مدنية العمل الزراعي الذي تقوم به إحدي المشروعات المتخذة شكل شركة تجارية دون جدوي حيث تكتسب مثل هذه الشركات صفة التاجر طبقا لحكم الفقرة الثانية من المادة العاشرة، بالإضافة إلي خضوعها لأحكام قانون التجارة تبعا لذلك . وتبقي أهمية بحث مدنية أعمال الزراعة قاصرة على الزارع الفرد .

وقد يرتبط بالعمل الزراعي عمليات شراء بقصد البيع مثل شراء

---

(١) الطعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/١/٤.

الأكياس والفوارغ لتعبئة المحصول تمهيدا لبيعه أو شراء المواشي للمعاونة الزراعية ثم إعادة بيعها . هذه الأعمال تعتبر أعمالا مدنية نظرا لأنها تساعد العمل الزراعي وتكمله. أما إذا كانت هذه الأعمال غير مرتبطة بالعمل الزراعي أو كانت من الأهمية بحيث تغلب علي النشاط الزراعي لشخص القائم بها فهي تعتبر تجارية، وذلك كمن يشتري محصولات غيره من المزارعين بكميات كبيرة بقصد بيعها وبقصد الربح والإفادة من فروق أسعار المحصولات ، أو من يقيم مشروعات لتربية الدواجن أو الماشية بقصد تسمينها وتربيتها وبيعها دون أن تكون مخصصة للزراعة أو تسهيل الأعمال الزراعية . وبصفة عامة تعتبر تربية الماشية تجارية إذا كانت خارج الاستغلال الزراعي أو تمت علي سبيل الاحتراف في شكل مشروع(١).

وقنن قانون التجارة ما إستقر عليه الفقه في هذا الخصوص واعتبر مشروعات تربية الدواجن والمواشي وغيرها بقصد بيعها من الأعمال التجارية علي وجه الاحتراف ، أي يشترط لاكتسابها الصفة التجارية أن تزاول في شكل مشروع علي سبيل الاحتراف . وفي ذلك تنص المادة الخامسة فقرة (ك) علي انه " تعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها علي وجه الاحتراف : ك- مشروعـــات تربية الدواجن والمواشي وغيرها بقصد بيعها ".

وبناء علي هذا النص لا تعتبر عمليات تربية الدواجن أو الماشية العرضية من عداد الأعمال التجارية المنفردة ولو قصد صاحبها تحقيق ربح

---

(١) فى هذا الخصوص تعليق هوان بالمجلة الفصلية سنة ١٩٦٦-١٠٠٠ وسنة ١٩٦٤ - ٥١٩ وقضت محكمة النقض الفرنسية فى حكمين باعتبار تربية الماشية والدواجن بقصد إعادة بيعها عملا تجاريا طالما أن تغذيتها تعتمد بصفة أساسية على مواد تشترى خصيصا لذلك .
جلسة ١٩٧٥/٥/٢٧ - المجلة الفصلة عام ١٩٧٥ - ٧٩١ مع تعليق جوفرية ، جلسة ٧٨/٥/٨ المجلة الفصلية عام ١٩٧٩ - ٨٧ .

حيث يشترط لإصباغ الصفة التجارية عليها أن تتم فى شكل مشروع قائم ومنظم وعلى سبيل الاحتراف .

الأعمال التجارية المرتبطة بالزراعة :

٥٨- ويلحق بالأعمال الزراعية أيضا ، بعض العلميات الصناعية الخفيفة المرتبطة بها . مثال ذلك عملية طحن الغلال أو عمل الجبن والزبد من الألبان التى تدرها الماشية أو استخراج الزيت من محصول الزيتون وغيرها . فهذه الأعمال تعتبر مدنية طالما لم تفقد تبعيتها أو أهميتها للزراعة بأن أصبحت عمليات تحويل قائمة بذاتها[١] . إذ فى هذه الحالة الأخيرة تعتبر أعمالا تجارية على أساس الصناعة التى تتمثل فى تحويل المواد الأولية إلى مواد مصنوعة أو نصف مصنوعة كما سنرى عند دراستنا للأعمال التجارية بطريق الاحتراف . ومن الأمثلة على ذلك المزارع الذى يملك آلة لطحن الغلال ويقوم باستغلالها لطحن الغلال المملوكة للغير بمقابل. وقضت محكمة النقض ، فى ظل المجموعة التجارية الملغاة ، أن عمليات بيع المحصول والثمار الناتجة عن الأرض الزراعية بمعرفة صاحب

---

(١) بمعنى أنه يشترط لكى يعتبر العمل مدنيا فى هذه الحالات ألا يفقد تبعيته للعمل الزراعى . وفى هذا الخصوص : باريس جلسة ١٩٦٨/١٢/٣١ – دالوز الأسبوعى ، وبالمجلة الفصلية ١٩٦٩ – ١٧١ مع تعليق هوان .

والواقع أن الأمر يتعلق بوقائع كل حالة على حدة . وقد حكم باعتبار راعى الأغنام الذى يتجر فى المواشى تاجرا : نقض فرنسى الدائرة التجارية جلسة ١٩٦٥/١٢/٦ – المجلة الفصلية ١٩٦٦ ،٦٤٧ مع تعليق هوان .

كما جاء بأن تاجر المواشى الذى شطب إسمه من السجل التجارى ولا يزال يزاول تجارته بسحب الكبيالات تاجرا : نقض فرنسى . جلسة ١٩٦٦/٥/٢٣ – المجلة الفصيلة ١٩٦٦-٩٩٩ أيضا جلسة ١٩٧٢/١١/١٤ . المجلة الفصلية ١٩٧٣ – ٣٠٧ رقم ١ مع تعليق جوفرية .

الأرض والمستغل لها لا تعتبر عملا تجاريا . ولا يغير من ذلك قيام مستغل الأرض بعمليات تغليف المحصول أو تحويره صناعيا بشرط أن يكون الغرض منها الحفظ من التلف وتحمل عمليات الشحن والنقل بحيث تظل ثانوية بالنسبة لعملية الزراعة[١] . هذا ويقاس على الأعمال الزراعية،استغلال الغابات والصيد بجميع أنواعه .

٢- المهن الحرة :

٥٩- يقصد بالمهن الحرة تلك المهن التى تعتمد على استغلال المواهب والقدرات الشخصية . وتعتبر مباشرة المهن الحرة عملا مدنيا مهما كان المقابل الذى يتقاضاه القائم بها . ومن الأمثلة على المهن الحرة أعمال المحاماة والطب والهندسة والمحاسبة . وتعتبر هذه الأعمال مدنية على أساس أنة لم يسبق لها شراء ، فهى نابعة من الفكر الإنسانى ذاته . كما أن ما يتقاضاه كل من هؤلاء هو من قبيل الأتعاب والمكافآت الشرفية وليس من قبيل الأرباح . ويحدد المهن الحرة العرف[٢] .

---

(١) طعن رقم ١٣٩٤ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٧/١/١٦ ، طعن رقم ٨١٤١ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/١٢/٥.

(٢) ونظراً لارتباط العملاء بشخص الطبيب أو المحاسب أو المحامى ، فلا تنتقل ، كقاعدة عامة ، هذه العملاء عند بيع المكتب أو العيادة حيث لا تعد هذه الأخيرة محلا تجاريا – راجع مؤلفنا – المحل التجارى – طبعة ٢٠٠٠ – دار النهضة العربية .
ويراعى أن رجال الأعمال لا يندرجوا فى طائفة المهن الحرة إلا إذا كان العمل الذى يقوم به رجل الأعمال يعتمد على خبرته وكفاءته الشخصية والعملية بالدرجة الأولى . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتجارية التعهد الذى قام به أحد الخبراء من ذوى الخبرة فى مجال معين ، قبل من يخلفه . وذلك على سند أن هناك بعض المهن لها اتجاه تجارى كما إذا كان العملاء مرتبطين بالمهمات أو المنتجات وبالتالى تنتقل للعملاء عند التنازل . الدائرة المدنية جلسة ١٩٥٤/٤/٢٩ – الجازيت ١٩٥٤ -١-٣٣٤ وجلسة ١٦ مايو ١٩٦١ – بلتان النقض ١٩٦١ -١- رقم ٢٥٧ وجلسة ٢٧ يناير دالوز سيرى ١٩٦٩ – ١٧٧ تعليق سافاتييه – راجع ريبير رقم ١٨٧ .

وبناء على ذلك لا يعتبر الطبيب أو المحامى أو المهندس أو المحاسب تاجرا إذا ما باشر هذه الأعمال على وجه الدوام . بل إن عمل كل منهم يظل مدينا ، ولو قام ببعض الأعمال التجارية المكملة لمهنته الأساسية كما هو الحال بالنسبة للطبيب الذى يبيع الأدوية لمرضاه فى الأماكن النائية التى لا يوجد بها صيدليات أو الطبيب الذى يؤسس عيادة ومستشفى لعلاج المرضى مع تقديم الطعام . أما إذا تعدى العمل الذى يقوم به الطبيب أو المحامى أو المهندس كونه ثانويا للمهنة الأساسية كان عمل كل منهم تجاريا .

من ذلك إقامة الطبيب مستشفى للإستجمام أو إنقاص الوزن بحيث يصبح إشرافه المهنى كطبيب ثانويا إلى حوار مضارباته على أسعار الطعام والإقامة والقائمين على خدمة النزلاء والأجهزة المخصصة للتخسيس والألعاب الرياضية المتنوعة[١] .

كذلك الشأن بالنسبة لصاحب المعهد الذى يهتم أساسا بإطعام الطلبة فى الأقسام الداخلية ، ومراعاة حياتهم المادية اليومية دون الحياة العلمية . وصاحب الصيدلية الذى يعتبر مزاولا لعمل تجارى رغم إشتراط حصوله على مؤهل أو إجازة علمية قبل البدء فى مباشرة أعماله[٢] وذلك على خلاف أصحاب المعامل التحليلية ومراكز الأشعة بكافة أنواعها[٣] .

---

(١) باريس جلسة ١٩٣٥/٧/٢٩ – دالوز اليومية ١٩٣٥ – ٥٧٦ أيضا نقض فرنسى – الدائرة الجزئية جلسة ١٩٥٦/٤/١٩ دالوز ١٩٥٦ – ٣٠٧ . ريبير رقم ١٨٨.

(٢) حيث يعتمد الصيدلى فى مزاولة عمله بالدرجة الأولى على شراء الأدوية والعقاقير الطبية من كبرى الشركات لإعادة بيعها أما التجهيزات الكيميائية التى يقوم بإعدادها للمرضى فأصبحت ضئيلة نسبيا حاليا .

(٣) وبخصوص إعتبار الصيدلى تاجرا : نقض فرنسى – الدائرة الجزائية جلسة ١٩٠٥/٣/٢٥– دالوز– ١٩٠٥ – ١ – ٣٩٩ . وحكم محكمة اكس جلية ٢ يناير ١٩٧٤. – راجع ريبير رقم ١٥٠ .

والأطباء البيطريون هم فى ذات حكم الأطباء البشريين من حيث مدنيه أعمالهم . وكذلك أطباء الأسنان على خلاف معامل ومراكز تصنيع الأسنان .

ويقاس على المهن الحرة القائمين بتعليم الرياضة البدنية[١] ، على خلاف أصحاب المؤسسات المتخصصة لتقديم البرامج الرياضية والاستعداد لدخول المسابقات بالكليات العسكرية والأنشطة الرياضية الدولية نظرا لاعتماد هذه المراكز والمؤسسات على الأجهزة والتدريبات على أيدى عدد كبير من المتخصصين فى هذا المجال وكذلك مراكز التجميل حيث بالإضافة إلى الاحتراف لهذه المراكز فهناك مضاربة على الأجهزة والعمالة المتخصصة بالدرجة الأولى. وتختلف صفه هؤلاء عن القائمين بالتدريب أو ذوى الخبرة فى مجالات الرياضة والتجميل والذين يعتبرون من أصحاب الملكات الذهنية كما سنرى .

٣- الإنتاج الذهنى :

٦٠- يعد الاستغلال العلمى والأدبى والفنى الذى يقدمه المؤلف أو الفنان عملا مدنيا . فهذه الأعمال التى لم يسبقها شراء تعتبر أعمالا مدنية. والواقع أن ما يحصل عليه هؤلاء من مبالغ إنما هو من قبيل الأجور أو المكافآت أو الأتعاب Honoraires وليس من قبيل الأرباح Bénéfices كما هو الحال بالنسبة للأطباء وأصحاب المهن الحرة عموما كما سبق القول.

وتطبيقا لذلك إذا باع المؤلف أو الموسيقى أو الرسام أو المخترع نتاج فكرة وعقله وعمله لا يعتبر عملا تجاريا مهما حصل على مبالغ مقابل ذلك .

وإذا صاحب العمل الذهنى بعض الأعمال التجارية لبيع الإنتاج

---

(١) راجع ريبير رقم ١٥٠ .

كشراء الورق لبيع المؤلفات أو شراء الأدوات للتصوير أو الرسم فإن هذه الأعمال تعتبر مدنيه بالتبعية لأنها ثانوية إلى جوار العمل الأكبر والأسمى وهو الإنتاج الذهنى .

وعلى هذا الأساس يعتبر صاحب الجريدة الذى يجمع مقالات المحررين ويضارب على إنتاجهم الذهنى ونشر الإعلانات بمقابل قائما بعمل تجارى على سبيل الاحتراف . كذلك الشأن بالنسبة لجميع دور النشر ومكاتب الطباعة إذا ما زاولوا هذه الأعمال على سبيل الاحتراف. وقد نصت على تجارية مثل هذه الأعمال المادة (٥/ح) من قانون التجارة كما سنرى .

وإذا فرض وقام صاحب الجريدة بالتحرير فيها فى الوقت ذاته فإن عمله يأخذ حكم الصحفى من جانب وصاحب الجريدة من جانب آخر ، بمعنى خضوعه للقانون المدنى فى استغلال ملكاته الذهنية وللقانون التجارى على أساس احتراف عمليات الطبع لجريدته ومضاربته على أعمال العمال والخامات ومقالات المحررين .

وتطبيقا للمبدأ ذاته حكم باعتبار أعمال صاحب المعهد لتعليم تفصيل الملابس أعمالا تجارية نظرا لما ثبت من أنه لا يقوم بالتدريس وليست لـــه أية دراية فنية بأعمال المعهد وأن دوره يقتصر على مجـــرد التعاقـــد مـــع الفنيين والمدرسين والمضاربة على أعمالهم وأجورهم. وفى هذا الخصوص لا تعتبر أعمال صاحب المعهد مدنية بالتبعية ذلك لأن العمل المدنى الأصلى وهو التدريس غير موجود بالنسبة له ، ولذلك تعتبر أعماله تجارية بداءة ، أما بالنسبة للمدرسين والفنيين بالمعهد فما من شك فى اعتبـــار أعمـــالهم مدنية أصلا لأنها إحدى تطبيقات استغلال الإنتاج الذهنى[١] .

---

(١) نقض فرنسي – الدائرة التجارية جلسة ١٩٥٢/٥/١٤ – دالوز ١٩٥٣ – ٣ .

وتعتبر أعمال صاحب المدرسة أو أحد أصحاب المعاهد العلمية من الأعمال المدنية حتى ولو كان يقوم ببعض الأعمال التجارية بالتبعية مثل بيع الكتب والأدوات التى تستعمل فى الدراسة أو تقديم الوجبات الغذائية بمقابل للطلاب أو تأجير سيارات لهم لتوصيلهم للمعهد أو المدرسة ذهابا وإيابا ذلك أن مثل هذه الأعمال التجارية تسهل العمل المدنى الأصلى .

ويلاحظ أنه إذا كانت الأعمال المتعلقة بالإنتاج الذهنى مدنية بالنسبة لصاحبها ، فإنها لا تعتبر كذلك لمن يتوسط في بيعها كما هو الحال بالنسبة لدور النشر والعرض ، ذلك أن هذه الأعمال نص المشرع على تجاريتها بطريق الاحتراف والمقاولة طبقا لنص المادة الخامسة فقرة (٢) كما سنرى.

الشرط الثانى : أن يقع الشراء على منقول :

٦١- يشترط لإعتبار عملية الشراء بقصد البيع أو التأجير تطبيقا لنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة تجارية ، أن يكون محل الشراء أو التأجير مالا منقولا . ولم يعرف المشرع المصرى المنقول وإنما عرف العقار فى المادة (٨٢) من القانون المدنى بقوله " كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ، فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شىء فهو منقول " .

ويتضح من نص المادة (٨٢) مدنى المشار إليه أن المنقول شىء غير مستقر بحيزه ثابت فيه ويمكن نقله دون أن تتغير معامله . والأموال المنقولة لا حصر لها ، وكانت المادة الثانية من المجموعة التجارية الملغاة تشير إلى بعض الأمثلة على هذه المنقولات مثل الغلال أو المأكولات أو البضائع . على أنه كان يلاحظ على هذه الأمثلة أن المنقول فى هذا الخصوص يقتصر على المنقول المادى ، ولكن الواقع وحكم القانون ، أن المنقول يقصد به المادى والمعنوى على السواء . وتطبيقا لذلك يعتبر شراء

المنقولات المعنوية مثل حقوق الملكية الأدبية والفنية والملكية الصناعية والمحال التجارية بقصد بيعها عملا تجاريا . وعهد المشرع فى قانون التجارة إلى إيضاح المقصود بالمنقول فأشار صراحة فى الفقرة الأولى من المادة الرابعة على عبارة " شراء المنقولات أيا كان نوعها ."

طبيعة المال المنقول :

٦٢- جدير بالذكر أنة لا أهمية لكون المنقول محل الشراء بقصد البيع أو التأجير قد بيعت أو أجرت بذاتها أم تم عمليات تحويل عليها أو تغيير قبل بيعها أو تأجيرها . كما إذا قام الشخص بشراء صفقة أقطان وقام بحلجها قبل بيعها أو من قام بشراء كميات من القمح ثم أدخل عليها بعض التغيرات كطحنها . كذلك الشأن عند شراء الأخشاب أو الجلود وقيام أصحابها بإضافة مواد لحفظها أو دبغ الجلود . أيضا كمن يشترى الأقمشة ويقوم بتفصيلها إلى ملابس وتأجيرها للمسارح .

وكذلك لا أهمية لحجم التغير الذى يضاف أو يطرأ على الأشياء المشتراة قبل بيعها أو تأجيرها ، فقد يكون تغييرا جذريا أو مجرد إضافة مواد لطلائها حفظا لها من عوامل التعرية أو إدخال صناعات خفيفة لتحسين الأشياء المشتراة قبل بيعها أو تأجيرها .

وقد أشار صراحة إلى ذلك المشرع فى عبارات الفقرة الأولى من المادة الرابعة حيث جاء ما نصه " شراء المنقولات أيا كان نوعها بقصد بيعها أو تأجيرها بذاتها أو بعد تهيئتها فى صورة أخرى ... ".

كما قد يكون المال منقولا بحسب المآل كمن يشترى منزلا لبيعه أنقاضا بعد هدمه ، ويعتبر التعامل عليه بالتالى خاضعا لأحكام القانون التجارى . وبناء على ما سبق لا تعد واقعة شراء العقار بقصد بيعه أو

تأجيره عملا تجاريا ولو قصد الشخص من ذلك تحقيق ربح ومضاربه على فروق الأسعار . وتضمن قانون التجارة نصا خاصا فى شأن اعتبار احتراف تشييد العقارات أو شراؤها أو استئجارها بقصد بيعها أو تأجيرها ، عملا تجاريا هو نص المادة الخامسة فقرة (م) كما سنرى عند دراستنا للأعمال التجارية على سبيل والاحتراف .

وكان المشرع المصرى فى ظل المجموعة التجارية الملغاة يسير على عدم اعتبار التعامل على العقار عملا تجاريا مسايرا فى ذلك الإتجاه التقليدى الذى كان عليه التشريع الفرنسى قبل تعديل عامى ١٩٦٧ و١٩٧٠ حيث كان يجعل المعاملات على العقار خارج نطاق التشريعات التجارية بحجة أنها معاملات أكثر اتصالا بالحياة المدنية والاستقرار وبعيدة عن التداول من مكان إلى آخر ، على أن هذه النظرية التقليدية للعقار قد تغيرت فى عصرنا هذا ، وبدأت هذه القاعدة تفقد قيمتها شيئا فشيئا ،ذلك أن احتراف المضاربة على العقار لا تفترق عن المضاربة على المنقول[١] .

وقد حاول القضاء فى فرنسا[٢] إضفاء صفه التجارية على بعض المعاملات على العقار فشبه مقاول الإنشاءات بصاحب مشروعات الصناعة.

كما اعتبر المضاربة على العقارات من أعمال السمسرة وأضفى عليها الصفة التجارية وأعتبر القائمين عليها سماسرة تجارا .

---

(١) انظر بحث د/ علي البارودي حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة – مجلة الحقوق – السنة العاشرة – العدد الثالث والرابع ص ٣١ . ووفقاً للقانون اللبناني يشترط إعتبار شراء العقار بقصد بيعه (دون تأجيره) عملاً تجارياً علي أن يتم في صورة مشروع منتظم ومستمر (المادة ٦/١٥ تجاري) . في هذا الخصوص د/ علي البارودي – القانون التجاري اللبناني ط ٥٠ ، ٤٩ .

(٢) نقض فرنسى جلسة ١٩٥٠/٦/٤ وجلسة ١٩٦٣/١٠/٢١ منشور بال J.C.P .

وطبقا لحكم المادة ل١١٠-١ من القانون التجارى الفرنسى الصادر برقم ٢٠٠٠-٩١٦ فى ١٩ سبتمبر ٢٠٠٠ يعتبر كل شراء لأموال عقارية بقصد البيع عملا تجاريا ، ما لم يكن المشترى قاصدا من الشراء بناء وحده أو أكثر وبيعها جملة أو مجزءة[١] .

كما كان الفقه يعتبر استئجار العقارات بقصد إعادة تأجيرها عملا تجاريا لأن الاستئجار ينصب على المنفعة وهو منقول ولا يعد واردا على عقار[٢] .

الشرط الثالث : قصد البيع او التأجير :

٦٣- يجب لإعتبار عملية الشراء تجارية أن يقصد المشترى البيع أو التأجير . وقد أشارت إلى ذلك صراحة المادة الرابعة فقرة (أ) من قانون التجارة بقولها " شراء المنقولات أيا كان نوعها بقصد بيعها أو تأجيرها " ويشترط قصد البيع أو التأجير وقت عملية الشراء ذاتها . ومعنى ذلك انه إذا قصد المشترى من الشراء استعمال الشى لنفسه أو استهلاكه بمعرفته، ثم حدث أن قام ببيعه لسبب أو لآخر فإن هذا الشراء لا يعتبر عملا تجاريا رغم ما يعقبه من عملية البيع ولو حقق من وراء ذلك ربحا كبيرا . وعلى العكس إذا كان الشخص يقصد من وراء الشراء إجراء البيع ، فإن الشراء

---

(١) وفى فرنسا حتى سنة ١٩٦٧ قبل صدور قانون التسوية لقضائية – كان نص المادة ١/٦٣٢ تجارى يفرق بين المنقول والعقار فشراء عقار بقصد بيعه أو تأجيره كان عملا مدنيا وبعد تعديل عام ١٩٧٠ بقانون ٩ يوليو ١٩٧٠ برقم ١-٦ -٧ ، استثنى المشرع الفرنسي من الصفة التجارية التصرفات الواردة على الأرض الفضاء التي يقصد المشتري تشييدها سواء ببناء واحد أو أكثر ثم بيعها جملة أو وحدات وإعتبارها من الأعمال المدنية . أما باقي التصرفات بيعاً وشراء على العقارات بقصد بيعها فيعد عملاً تجارياً .

(٢) د. على جمال الدين عوض ، الوجيز ص٣٧ ، سنة ١٩٦٤ .

يكون تجاريا ولو عدل عن بيعه أو هلك الشيء قبل عملية البيع . وقد يسبق البيع شراء كما فى الحالات التى يطلب فيها من التاجر أو الصانع بضائع معينه من قبل عملائه ثم يقوم بشرائها هو ، فهنا تعتبر عملية البيع تجارية رغم أنها سابقة على الشراء . ويقع عبء إثبات تجارية العمل على من يدعيه وله فى سبيل ذلك كافة طرق الإثبات . وتستعين المحاكم بعدة عوامل كالظروف المحيطة بالشراء والكمية المشتراة وحرفة القائم به . ذلك أن قصد أو نية الربح من الأمور الداخلية التى يصعب معرفتها .

وقد سبق أن أشرنا إلى أن قانون التجارة أوضح صراحة تجارية عملية بيع المنقول أو تأجيره فى نص المادة (١/٤) حيث جاءت فى هذا الخصوص بالعبارات الأتية : " .. وكذلك بيع أو تأجير هذه المنقولات " .

الشرط الرابع : قصد تحقيق الربح :

٦٤- يجب لاعتبار عملية الشراء بقصد البيع تجارية أن يقصد المشترى نية وقصد تحقيق الربح . وذلك سواء حقق الشخص ربحا أو لم يحقق ، إذ قد يرجع تحقيق الربح إلى تعمد الشخص منافسة غيره فى هذا المجال وإغراق الأسواق بسلعة للقضاء على منافسيه .كما قد يرجع عدم تحقيق الربح لسوء تقدير التاجر للوقت المناسب لبيع السلعة ، أو تحول ذوق المستهلك غير المتوقع عن هذه السلعة .

ونظرا لأهمية شرط نية تحقيق الربح فى المعاملات التجارية بصفة عامة فقد أضافه الفقه والقضاء فى التشريعات التى لم تنص عليه صراحة كالتشريع المصرى والفرنسى[١] . فالعمليات التجارية فى جوهرها مهما

---

(١) لم ينص قانون التجارة على شرط نية تحقيق الربح شأنه فى ذلك المجموعة التجارية الملغاة وكذلك التشريع الفرنسى .

تنوعت إنما يقصد من ورائها أساسا تحقيق الربح . وتطبيقا لذلك لا تعتبر الأعمال التى تقوم بها الجمعيات التعاونية والنقابات أعمالا تجارية حتى ولو حصلت على بعض المبالغ الإضافية للإنفاق على مستلزمات العمل التعاونى، وذلك طالما أنها تقوم بتأدية هذه الخدمات لأعضائها فقط ولا تقصد من ذلك الربح . ومن الأمثلة على ذلك الجمعيات التعاونية للقضاة وأعضاء هيئة التدريس وموظفى بعض المصالح الحكومية .

أما إذا توسعت أعمال هذه الجمعيات بحيث أصبحت تبيع للأعضاء وغير الأعضاء ولا تكتفى بسعر التكلفة ، فإنها تفقد الجانب التعاونى وتصبح أعمالها تجارية لتوافر جميع شروط العمل التجارى .

الموضوع الثانى : بيع أو تأجير المنقولات محل الشراء

٦٥ – طبقا لحكم المادة الثانية من المجموعة التجارية الملغاة كان المشرع يعتبر الشراء بقصد البيع أو التأجير عملا تجاريا دون أن يشير إلى مدى تجارية البيع الذى يعقب عملية الشراء . على أنة رغم ذلك فقد كان الفقه يجمع على اعتبار البيع اللاحق للشراء أو التأجير عملا تجاريا لأنه الغاية من الشراء ، إذ لا يثبت الصفة التجارية للشراء إلا إذا توافرت فيه نية البيع أو التأجير .

وجاء قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بنص واضح فى إظهار تجارية البيع أو التأجير حتى تشمل الصفة التجارية عملية الشراء بقصد البيع أو التأجير فى جميع مراحلها سواء تزامن الشراء مع البيع أو التأجير أو كان هذا الأخير لاحقا لعملية الشراء أو سبق البيع أو التأجير عملية الشراء كما سبق القول .

وفى ذلك جاءت عبارات الفقرة الأولى من المادة الرابعة بقولها " شراء المنقولات أيا كان نوعها بقصد بيعها أو تأجيرها .... ، وكذلك بيع أو تأجير هذه المنقولات " .

وبهذا النص الواضح أزال المشرع أى لبس فى مدى إعتبار عملية البيع أو التأجير فى ذاتها عملا تجاريا ، وليس فقط عملية الشراء بقصد البيع .

المبحث الثانى

استئجار المنقولات بقصد تأجيرها وتأجير هذة المنقولات

٦٦- لم تتضمن المجموعة التجارية الملغاة نصا يفيد اعتبار استئجار المنقول بقصد التأجير عملا تجاريا ، على أنة رغم ذلك كان الفقه مستقراً على قياس استئجار المنقول بقصد تأجيره على شراء المنقول بقصد بيعه أو تأجيره ، وذلك لتوافر الحكمة ذاتها من واقعة الشراء أو الاستئجار للمنقول حيث يهدف الشخص من أى من العمليتين تحقيق ربح وليس فقط واقعة الشراء بقصد البيع . وجاء نص المادة الرابعة واضحا وصريحا فى اعتبار عملية استئجار المنقول عملا تجارية أسوة بالشراء وكذلك تأجير المنقول السابق استئجاره حيث جاء نص الفقرة (ب) من المادة الرابعة ذاتها " ب- استئجار المنقولات بقصد تأجيرها وكذلك تأجير هذه المنقولات " .

وتطبيقا لذلك تعتبر تجارية الأعمال المتعلقة باستئجار الملابس أو السيارات أو الطائرات أو السفن بقصد تأجيرها ،حيث لا يشترط سبق الشراء. كذلك الشأن تعد عقود تأجير هذه المنقولات التي سبق استئجارها عملا تجاريا حيث لا يشترط سبق الشراء. ويستوى أن تسبق عملية استئجار

المنقول عملية التأجير أو تتزامن معها أو تسبق عملية الإيجار واقعة استئجار المنقول .

وقد يثار التساؤل عن مدى تجارية الأعمال المتعلقة بتأجير المنقول بقصد الربح دون أن يسبق عملية التأجير شراء أو استئجار ، مثال ذلك تأجير الشخص لأشياء قام بصناعتها كتأجير الآلات أو الموبيليات أو الملابس والتى يقوم المؤجر بإنتاجها . وفى فرنسا تعتبر مثل هذه العمليات تجارية إذا تمت على سبيل الاحتراف .

والواقع أنه طبقا لنص المادة الرابعة فقرة (٢) تندرج هذه الأعمال، أى تأجير المنقول دون سبق شرائه أو استئجاره ضمن الأعمال التجارية على أساس شراء المنقول بعد تهيئته بهيئة أخرى كما هو الحال بالنسبة لشراء الأقمشة لتفصيلها أو شراء المواد الأولية اللازمة لصناعة الأثاث كشراء الأخشاب وباقى الأدوات اللازمة لإتمام هذه الصناعة ، حيث يعد ذلك مندرجا تحت لواء الفقرة (أ) من المادة الرابعة والتى تعتبر شراء المنقولات أيا كانت طبيعتها بقصد البيع أو التأجير سواء بذاتها أو بعد تهيئتها بهيئة صورة أخرى من الأعمال التجارية . ويبقى خارج نطاق الأعمال التجارية فى هذا الخصوص تأجير الأشياء الموروثة أو الموصى بها وهى عادة تتم بصورة فردية أى لعملية واحدة معينة كمن يتلقى سيارة أو أكثر بالميراث ويقوم بتأجيرها للغير خلال مدة معينة لتحقيق دخل إضافى لإسرته . وفى مثل هذه الحالات إذا أقام الشخص مشروعا وإحترف هذا الأمر فإنه لاشك تتوافر بشأنه عدة أعمال تجارية مثل المضاربة على عمل العمال وأدوات التجارة والأجهرة الأخرى مما يجعل الإحتراف فى مثل هذه الحالات ممثلا لأعمال تجارية .

المبحث الثالث
تأسيس الشركات التجارية

٦٧- نص قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى المادة الرابعة منه فقرة (ج) على اعتبار تأسيس الشركات التجارية عملا تجاريا . وهذا النص يعد جديدا حيث لم تتضمن المجموعة التجارية الملغاة نصا مماثلا . وبناء على هذا النص يعد تأسيس شركة تجارية من الأعمال التجارية المنفردة ، أي بطبيعتها . بمعني انه إذا قام شخص مع آخرين بتأسيس شركة تجارية أو قامت بهذا التأسيس شركات متخصصة ، فإن عملية التأسيس في ذاتها تعد عملا تجاريا خاضعا لأحكام القانون التجاري . والواضح من النص المشار إليه أنه يشترط لتجارية هذا التأسيس أن يتعلق الأمر بتأسيس شركة تجارية وليس شركة مدنية. والشركات التجارية هي الشركات المنصوص عليها قانونا سواء تلك التي تنظمها المجموعة التجارية الملغاة ،حيث لم يلغ الفصل الأول من الباب الثاني من هذه المجموعة والخاصة بشركات الأشخاص طبقا لحكم المادة الأولي من مواد إصدار قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ ،وهي شركة التضامن والتوصية البسيطة والمحاصة مع مراعاة أن هذه الأخيرة لا تخضع لإجراءات التأسيس نظرا لعدم وجود شخصية اعتبارية لها أو كيان قانوني باسمها ، وكذلك الشركات التجارية التي ينظمها قانون ١٥٩ لسنه ١٩٨١ في شأن شركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة ، وأي شركات تجارية أخري واردة بقوانين أخري مثل شركات القطاع العام التي ينظمها قانون ٩٧ لسنة ١٩٨٣ وقانون قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ والشركات التي ينظمها قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ .

وتطبيقا للأحكام المشار إليها يخرج تأسيس الشركات المدنية عن

الأعمال التجارية المنفردة .وجدير بالذكر أن صفة التاجر تلحق جميع الشركات التى تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى قوانين الشركات والمتعلقة بها أيا كانت طبيعية نشاطها أو غرضها بمعنى إكتساب الشركة ذاتها كشخص معنوى صفة التاجر. وفى ذلك تنص المادة (٢/١٠)على أنه: " يكون تاجراً ١-.... ٢- كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالشركات أيا كان الغرض الذى أنشئت الشركة من أجله ".

ويقصد بتأسيس الشركة التجارية جميع العمليات والتصرفات القانونية المتعلقة بتأسيس الشركة منذ لحظة تقديم طلب التأسيس للجهات المعنية وانتهاء باتخاذ إجراءات الشهر والعلانية وقيد الشركة بالسجل التجاري حيث لا تكتسب الشركة الشخصية المعنوية ولا تبدأ أعمالها ، طبقا لبعض قوانين الشركات ، إلا بعد القيد بالسجل التجاري أو بعد مرور مدة من هذا القيد[١] .

وبذلك يعد عملا تجاريا ، إجراءات النشر بالصحف عن تأسيس الشركة ونشر الاكتتاب وعمليات الترويج عن الأسهم وإجراءات تقويم الحصص العينية وعمليات اكتتاب المساهمين وتحصيل قيمة الأسهم وإصدارها والنشر بالجريدة الرسمية أو صحيفة الشركات وإجراءات القيد بالسجل التجاري وغير ذلك من العمليات المتعلقة بتأسيس جميع الشركات التجارية طبقا للطبيعة القانونية لكل شركة .

---

(١) وذلك مثل الشركات التى ينظمها قانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المعدل بقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨، والقانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٥. قانون ٨ لسنة ١٩٩٧ فى شأن حوافز الاستثمار وقانو٢٠٣ لسنة ١٩٩١ فى شأن قطاع الأعمال العام وغيرها . على أنه بالنسبة لشركات التضامن والتوصية البسيطة، فإنها تتمتع بالشخصية المعنوية فور إبرام العقد طبقا للقاعدة التقليدية ، وهى الشركات التى يحكمها الفصل الأول من الباب الثانى من المجموعة التجارية التى ألغيت فى ١٧ مايو لسنة ١٩٩٩ (المادة الأولى من مواد الإصدار).

المبحث الرابع

أعمال الملاحة التجارية البحرية والجوية

٦٧- طبقاً لحكم المادة (٦) تجارى يعد عملاً تجارياً كل عمل يتعلق بالملاحة التجارية بحرية كانت أو جوية. وذكر النص ذاته بعض أعمال الملاحة البحرية أو الجوية على وجه الخصوص وهى بناء السفن أو الطائرات وإصلاحها وصيانتها وشراء أو بيع أو تأجير أو استئجار السفن أو الطائرات وشراء أدوات أو مواد تموين السفن أو الطائرات والنقل البحرى والنقل الجوى وعمليات الشحن والتفريغ واستخدام الملاحين أو الطيارين أو غيرهم من العاملين فى السفن أو الطائرات. وما سرده المشرع التجارى فى هذه المادة هو على سبيل المثال وليس الحصر، بمعنى أن كل عمل يتعلق بالملاحة التجارية البحرية والجوية يعتبر عملاً تجارياً ولو لم يرد ذكره بهذا النص مثل عقود القرض بضمان السفينة أو الطائرة.

وذكر نص المادة (٦) تجارى أعمال الملاحة البحرية والجوية يقتضى إخراج أعمال الملاحة النهرية من مجال تطبيق قانون التجارة، وتطبيقاً لذلك يخرج من نطاق حكم المادة (٦) الملاحة فى الأنهار الداخلية كذلك الملاحة داخل القنوات الداخلية طالما تتم هذه الأعمال بمراكب نهرية ليس لها الوصف القانونى للسفينة طبقاً لحكم المادة الأولى من قانون التجارة البحرية رقم ٨ لسنة ١٩٩٠. كذلك يخرج عن نطاق حكم المادة السادسة سالفة الإشارة الملاحة الجوية بغير أداة الطائرة وفقاً لمفهوم حكم المادة (٧/١) من قانون الطيران المدنى رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١.

ويشترط المشرع التجارى تعلق أعمال الملاحة سواء البحرية أو الجوية بالتجارة كما هو الشأن بالنسبة للنقل البحرى والجوى للبضائع أو

الأشخاص بأجر دون النزهة.

وتعد أعمال الملاحة التجارية البحرية والجوية من الأعمال التجارية المنفردة أى بطبيعتها وبذلك تخضع لأحكام قانون التجارة ولو وقعت مـــرة واحدة، وأن كان الواقع العملى هو تخصص شركات ومشروعات كبيرة فى هذه المجالات.

وجدير بالذكر أن موضوعات الملاحة التجارية البحريـــة والجويـــة محل دراسات مستفيضة الأمر الذى يقتضى الإحالة إليها والاكتفـــاء بهـــذا القدر من أحكامهما.

الفصل الثاني

الأعمال التجارية بطريق الاحتراف

تمهيـــــد :

٦٨- جاءت المادة الخامسة من قانون التجـارة بـسرد الأعمـال التجارية بطريق الاحتراف ، والملاحظ علي هذه المادة أنها شـملت عـدة أعمال منها ما كانت المجموعة التجارية تعتبره مـن الأعمـال التجاريـة بطبيعتها مثل أعمال السمسرة وعمليات البنوك ،ومنهـا مـا كـان الفقـه والقضاء يعتبرها تجارية دون أن يرد ذكرها صراحة بنص المادة الثانية من المجموعة التجارية الملغاة كما هو الشأن باعتبار توزيـع الميـاه والغـاز والكهرباء وغيرها من مصادر الطاقة. ومنها ما كان يعد عملا مدنيا مثـل عمليات استخراج المواد الأولية وصيد الأسماك ومشروعات تشييد العقارات بقصد بيعها .

والملاحظ علي المادة الخامسة من قانون التجارة أنها حوت عـدة أعمال تجارية علي سبيل الاحتراف تعد من الأعمال الحديثة التـي أفرزهـا التطور الإجتماعي والإقتصادي مثل أعمال التلفزيون والاتصالات والإعلان والاستغلال التجاري لبرامج الحاسب الألي وغير ذلك من الأعمال.

وبناء علي المادة الخامـسة تجـاري يـشترط لاعتبـار الأعمـال المنصوص عليها أو ما يماثلها تجارية أن تتم بطريق الاحتـراف ولـيس لمجرد القيام بأي منهـا مـرة واحـدة أو عـدة مـرات لا ترتفـع إلـي درجة الاحتراف . وسوف نشير الي هذه الأعمال تباعا كـل فـي مبحـث مستقل .

المبحث الأول

مقاولات توريد البضائع والخدمات

٦٩- يقصد بالتوريد أن يتعهد شخص بتسليم كميات معينة من السلع بصفة دورية خلال مدة قابلة للتعيين لشخص آخر نظير مبلغ معين. والالتزام بالتوريد يعد من الأعمال التجارية على وجه المقاولة وفقا لنص المادة الخامسة فقرة (أ) التي تنص علي أنه " تعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها علي وجه الاحتراف : أ – توريد البضائع والخدمات " .

وبناء علي ذلك يشترط لاعتبار عمليات التوريد تجارية ، أن يباشرها الشخص علي سبيل الاحتراف لأن خضوعها للقانون التجاري مستمد من صفة القائم بها وليس من طبيعة العمل . ومن الأمثلة علي عمليات التوريد احتراف توريد البضائع مثل الأغذية للمدارس أو المستشفات أو الجيش أو توريد الطاقة إلي المصانع أو الملابس الي المسرح أو الزهور للفنادق.

كذلك يعتبر توريد الخدمات من عمليات التوريد كالتعهد بتوريد الغاز أو الكهرباء واشتراك المجلات والصحف .

ويعتبر احتراف التوريد تجاريا سواء قدم المتعهد الأدوات علي سبيل البيع أو علي سبيل الإيجار كما هو الحال عند توريد الملابس للمسرح واستردادها مرة ثانية . كذلك يعتبر احتراف التوريد تجاريا سواء قام المتعهد بشراء الأدوات التي يقوم بتوريدها أم لم يقم بشرائها، كما إذا تعهد بتوريد محصولات زراعية أو ما تنتجه المواشي أو الدواجن من ألبان وجبن وبيض أو ما يقوم بتوريده من الزهور التي تنتج عن مشاتله التي يقوم بزراعتها.

ويتضح مما سبق أن مقاولات توريد البضائع والخدمات تعتبر عملا

تجاريا طالما احترفها الشخص بصرف النظر عن سبق شرائه للمواد التي يتعهد بتوريدها . وبذلك قضي قانون التجارة في هذا الخصوص علي الخلاف الذي كان قائماً بين الفقه في مدي إشتراط سبق شراء المنقولات قبل توريدها من عدمه ، واخذ بوجه النظر الراجحة من اعتبار التوريد للبضائع والخدمات من الأعمال التجارية إذا كانت مزاولتها على سبيل الاحتراف دون اشتراط سبق شرائها من عدمه .

المبحث الثاني

احتراف الصناعة

٧٠- يقصد بالصناعة تحويل المواد الأولية إلي نصف مصنوعة أو سلع كاملة الصنع بحيث تكون صالحة لإشباع حاجات الأفراد، مثل صناعة قصب السكر او الزيت من بذرة القطن أو صناعة طحن الغلال أو صناعة النسيج والأثاث ، والآلات بجميع أنواعها .

ويتوسع القضاء في مدلول الصناعة ويعتبرها تشمل عدة أعمال أخري إلي جانب تحويل المواد الأولية كالأعمال التي يترتب عليها تعديل الأشياء أو إضافة ترفع من قيمتها أو تزيد استخداماتها . ومن أمثلة ذلك صناعة دباغة للجلود وصناعة الصباغة وكي الملابس وتنظيفها بالأجهزة المتطورة كالتنظيف بالبخار، وكذلك الصناعات المتعلقة بالطباعة[١] والتي أفرد لها المشرع فقرة مستقلة كما سنري . وقد أشارت الي الصناعة المادة الخامسة فقرة (ب) بكلمة "الصناعة".

---

(١) د. أكثم الخولى – المرجع السابق – ص١١٠ فقرة ١٠١ – وهامش رقم ٢ لذات الصفحة.

وتعتبر مشروعات الصناعة تجارية سواء كان المشروع يقوم بشراء المواد الأولية المراد تحويلها أو يقدمها من عنده أو تقدم لـــه من الغير لتحويلها . فإذا كان صاحب المحلج يقوم بحلج القطن الخاص بمزارعه أو يقوم بصناعة المواد التي تنتجها ماشيته فإن هذا لا يغير من طبيعة الأعمال التجارية. كذلك إذا كان الغير يتقدم للمشروع بالمواد الأولية لتحويلها أو صنعها فإن ذلك يعتبر عملا تجاريا. بل إن المشرع قصد في هذه الفقرة (ب) من المادة الخامسة اعتبار مشروعات الصناعة تجارية في الحالات التي لا يقوم فيها صاحب المشروع بشراء المواد الأولية ، ذلك لأن شراء هذه المواد وتحويلها أو صنعها بقصد بيعها إنما هو عمل تجارى منفرد وفقا لنص الفقرة (أ) من المادة الرابعة[١] .

أصحـــاب الـــحرف :

٧١- يقصد بالحرفى l`artisan العامل المستقل الذى يمارس حرفه يدوية متخذا شكل مشروع صغير نوعا . وهذا التعريف للحرفى متغير دائما حسب الحياة العملية وحسب موقف التشريعات منه[٢]. وتضمن قانون التجارة نصا خاصا لتعريف الحرفى حيث جاء بالمادة (٢/١٦) أنه "يعد من

---

(١) وفى فرنسا كانت مشروعات الصناعة عقب صدور المجموعة التجارية لا تعتبر تجارية إلا إذا سبقها شراء المواد . بمعنى أنها لم تكن سوى حاله خاصة من الشراء بقصد البيع . وتوسع القضاء بعد ذلك فى مدى تجارية أعمال مشروعات الصناعة وجعلها تشمل كل حالات مشروعات الصناعة سواء سبقها شراء للمواد المصنعة أم لم يسبقها شراء كما هو الحال فى مشروعات تنظيف الملابس وتصوير المستندات . فى هذا الخصوص هوان .طبعه ١٩٨٠ رقم ٥٦ .

(٢) يقصر الفرنسيون لفظ artisans, Maitre artisans على طائفة الحرفيين الذين يصدر لهم شهادة دبلوم من غرفة الحرفيين ، وتراعى هذه الغرفة عند منحها هذه الشهادة عدة شروط واعتبارات لمن ستمنح له . ريبير رقم ٢٠٣ إلى ٢٠٩ .

أرباب الحرف الصغيرة كل من يزاول حرفه ذات نفقات زهيدة ، للحصول على مقدار من الدخل يؤمن معاشه اليومى " .

وهذا التعريف جاء فضفاضا وغير محدد بحيث يمكن إدخال عدد كبير تحت لوائه ، إذ أن تقدير معيار ما إذا كانت نفقات الحرفة زهيدة من عدمه ليصبح نتيجة لذلك من يقوم بها حرفيا من عدمه من الأمور التى تختلف من حرفه إلى أخرى . كما أن معيار " مقدار من الدخل يؤمن معاشه اليومى " يختلف من حرفه إلى أخرى . ويتوقف أيضا على تقدير قدر المعاش اليومى الكافى للعامل وأسرته وفقا للظروف الإقتصادية المتغيرة من وقت لآخر .

ومفهوم النص المشار إليه أنه يشترط لاعتبار القائم بالعمل من أرباب الحرف الصغيرة ضرورة أن تكون الحرفة ذات نفقات زهيدة .

وكما سبق القول يصعب حاليا تقدير ما يطلق عليه " ذات نفقات زهيدة " فى مجال الحرف التى إرتفعت نفقاتها كثيرا كما هو الشأن بالنسبة لشراء ثلاجة للتبريد وحفظ الأغذية أو تجهيز أو شراء ورشة بمعداتها تصلح لتقديم الخدمة فى صوره تسمح للعملاء بالإقبال على خدماتها . كما يشترط كذلك أن يكون هذا العمل الحرفى بقصد الحصول على دخل يحقق معاشه اليومى وهذا الشرط كما سبق القول من الصعب تقديره عملا ، فما يتصور أنة دخل يومى فى نظر البعض قد يكون دخلا كبيرا يفوق الدخل الشهرى أو السنوى فى بعض الأعمال .

وعلى أية حال فإن نص المادة (٢/١٦) أفضل من عدم وجودة حتى تقتصر الأعمال التجارية على وجه الاحتراف على المشروعات العملاقة والمتوسطة وترك الصناعات الصغيرة ، والتى على الدولة مساندتها دائما ،

لأحكام القانون المدنى تشجيعا لأصحاب هذه الحرف والصناعات الصغيرة وعدم إخضاعهم للأحكام المشددة للتجار والسابق الإشارة إليها فى هذا الباب .

والواقع أن الحرفى يختلف عن كل من العامل والتاجر، فهو ليس بعامل رغم أنة يباشر عمله بيديه لأنه لا يرتبط بعلاقة تبعية برب عمل ، علاوة على أنه يبيع ما قام بصنعه على خلاف العامل الذى لا يبيع ما يقوم بإنتاجه . كما يختلف الحرفى عن التاجر أو الصانع رغم استقلال كل منهما فى أنه يعمل بنفسه فى صنع الشىء أو إصلاحه . فعمله اليدوى هو مصدر دخله ورزقه الرئيسى ، فالحرفى لا يضارب على عمل الغير . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن الحرفى أقرب إلى العامل منه إلى التاجر وبالتالى يستفيد من القوانين الإجتماعية ولا يخضع عند بيعه المحل الذى يباشر فيه عمله إلى قانون ١٧ مارس ١٩٠٩ الخاص ببيع المحال التجارية[١] .

وأخذ قانون التجارة المصري موقفا واضحا من أعمال الحرفيين وقنن ما كان يراه الفقه ويجرى عليه القضاء من عدم اعتبار أعمال أصحاب الحرف من قبيل الأعمال التجارية وبالتالى عدم اكتسابهم صفة التاجر . وفى ذلك تنص المادة (١/١٦) على إنه " لا تسرى أحكام القانون التجارى على أرباب الحرف الصغيرة " . وبذلك حسم المشرع بهذا النص بكل وضوح المركز القانونى لأصحاب الحرف . وترتيبا على ذلك لا يكتسب الحرفى وفقا للمفهوم السابق ذكره صفة التاجر ولا يلتزم بالتزامات التجار كقاعدة عامة .

---

(١) جلسة ٦٣/١٠/٢٩ – المجلة الفصلية ١٩٦٤ ص ٢٨٥ مع تعليق جوفريه .

ومن المستقر عليه فقها[١] وقضاء[٢] أنه يشترط لاعتبار الصناعة عملا تجاريا ، أن تكون على قدر من الأهمية بحيث يمكن القول بوجود مضاربة على الآلات وعمل العمال . أما إذا إقتصرت أعمال الصناعة على الشخص نفسه أو بمعاونة عدد قليل من العمال أو أفراد أسرته فإن أعماله تخرج عن مجال القانون التجارى لأنه أقرب إلى طائفة الحرفيين منه إلى طائفة الصناع . ومثال هؤلاء الأشخاص النجار أو الحداد أو النقاش أو المنجد أو الترزى ، فهؤلاء الأشخاص يعتمدون أساسا فى تقديم أعمالهم على مهارتهم الشخصية أو فنهم أو ابتكاراتهم البسيطة أكثر من اعتمادهم على تحويل ما يقدم إليهم من مواد أولية . بل إن أعمالهم تظل مدنيه حتى ولو استعان أحدهم بآلة أو أكثر فى العمل أو بعض المعاونين له من الصبية من أسرته أو أقاربه فى حدود السن القانونى للعمل، ومن الأمثلة على ذلك أصحاب الصناعات الصغيرة .

وقضت محكمة النقض الفرنسية باعتبار عمل سائق التاكسى الذى يستغل سيارته الوحيدة التى يملكها من قبيل أعمال الحرفيين لأن رزقه يعتمد على مهنته كسائق دون المضاربة على عمل الغير[٣] . كما قضت محكمة باريس بأن من يقوم بالتوريد ، تحت الطلب ، للمحلات الكبرى ، لأعمال الإبرة والمفارش المشغولة يدويا ، حرفيا وليس تاجرا[٤] .

---

(١) هامل ولاجارد – شرح القانون التجاره – جزء١ طبعة ١٩٥٤ رقم ٣٢٢ .

(٢) الدائرة التجارية جلسة ٦٨/١٢/٤ – دالـوز ١٩٦٩ – ٢٠٠ والمجلـة الفـصلية ص٤٣٩ مع تعليق جوفرية .

(٣) نقض د / التجارية – جلسة ١٩٦٨/١٢/٤ – دالوز ١٩٦٩ – ٢٠٠ والمجلة الفصلية ١٩٦٩ ص ٤٣٩ مع تعليق جفرية .

(٤) باريس جلسة١٩٦٥/٥/٣١ – المجلة الفصلية ١٩٦٥ ص٤٢٠ مع تعليق جوفرية.

أما إذا لجأ الحرفى إلى شراء المواد الأولية التى يستخدمها فى عمله بكميات كبيرة كشراء الترزى للأقمشة وعرضها للبيع بحالتها أو بعد حياكتها ، فإن عمله يعد تجاريا على أساس أن الشراء بقصد البيع مع توافر نية المضاربة هو نشاطه الرئيسى وما حرفته إلا عاملا ثانويا .

وفى فرنسا ينظم الأحكام الخاصة بصفة الحرفى وتحديد الحرف القانون رقم ٦٠٣ – ٩٦ الصادر فى ٥ يوليو ١٩٩٦ – وقد حدد فى الباب الأول منه مجالات الأنشطة الحرفية ونذكر منها على سبيل المثال صيانة السيارات والآلات ، إنشاء وإصلاح وصيانة المبانى ، وإصلاح أو صناعة المنتجات الطازجة للجزارة والحلويات والمخابز والأسماك كذلك إعداد وتصنيع المثلجات الغذائية[١] .

المبحث الثالث

مشروعات النقل البرى والنقل فى المياه الداخلية

٧٢- تضمنت المادة الخامسة فيما تضمنت من أعمال تجارية على سبيل الإحتراف عمليات النقل البرى والنقل فى المياه الداخلية (فقرة ج) ، وعمليات النقل وفقا لذلك لا تعتبر تجارية إلا إذا باشرها الشخص على سبيل الاحتراف . وترتيبا على ذلك إذا قام صاحب إحدى السيارات بنقل بعض أصدقائه أو أقاربه ، فإن عمله يعد مدنيا حتى ولو تقاضى عن هذا النقل أجرا ، ذلك أن الاحتراف وصفه القائم بالعمل هى أساس تجارية أعمال النقل. ولعل السبب فى ذلك أن النقل لا يبدو من طبيعة تجارية إلا إذا تضمن مضاربة على عمل العمال والسيارات وانتظام سيرها بقصد تحقيق الربح .

---

(١) فى هذا الخصوص ريبير ١٩٧ .

وعرفت عقد النقل المادة (٢٠٨) من قانون التجارة بقولها " عقد النقل يلتزم بمقتضاه الناقل بأن يقوم بوسائله الخاصة بنقل شخص أو شيء إلى مكان معين مقابل أجره "[١] .

ومشروعات النقل تجارية أيا كانت وسيلة النقل ، وأيا كان المكان المراد النقل إليه ، وأيا كان الشيء المراد نقله ، وأيا كانت طبيعة الطريق الذى يتم النقل علية . فالنقل برا يعتبر تجاريا أيا كان نوع وسيلة النقل كاسيارات او السكك الحديدية أو حتى عربات تجرها الحيوانات[٢] .

كذلك النقل النهرى والذى أشارت إلية صراحة الفقرة (ج) من المادة الخامسة سالفة الذكر طالما يتم على سبيل الاحتراف . والنقل البحرى والجوى أيضا يعتبر عملا تجاريا طالما تعلق كل منها بالملاحة التجارية البحرية أو الجوية، وذلك تطبيقا لحكم المادة السادسة من قانون التجارة والتى تنص على اعتبار كل عمل يتعلق بالملاحة التجارية بحرية كانت أو جوية عملا تجاريا وبصفة خاصة النقل البحرى والنقل الجوى (فقرة د) . ولم تشترط المادة السادسة فى الملاحة التجارية البحرية أو الجوية شرط الاحتراف وأن كانت هذه الأعمال التجارية تتم غالبا على سبيل الاحتراف .

---

(١) وينظم النقل بكافه أنواعه الفصل السابع من الباب الثانى من قانون التجارة بالمواد من (٢٠٨ إلى ٢٩٩) .

(٢) هذا إذا كان استخدام مثل هذه العربات ينطوى على احتراف ومضاربة بمعناها الواسع فى مجال التجارة ، كما إذا كان الشخص صاحب عربات يقوم بتشغيلها فى عمليات النقل بصفة مستمرة . أما إذا كان الشخص هو الذى يستخدم عربات قليلة العدد بشخصه أو أفراد أسرته ، فهو وإن كان يحترف عمليات النقل إلا أنه يقترب من طائفة الحرفيين السابق الإشارة إليهم .

وأخيرا فإن مشروعات النقل تجارية سواء كان النقل يتعلق بنقل الأشخاص أو البضائع وسواء قام بها شركة أو هيئة عامة[١] أو مؤسسة فردية . وإذا كانت مقاولات النقل تجارية دائما من قبل وجانب الناقل فهى تختلف بالنسبة للطرف الآخر حسب طبيعة العمل بالنسبة له ، فإذا قام بها تاجر لأغراض تجارية اتخذت الصفة التجارية من جانبيها .

المبحث الرابع

احتراف الوكالة التجارية والسمسرة

أولا : احتراف الوكالة التجارية :

٧٣- أشارت المادة الخامسة تجارى فى فقرتها (د) إلى تجارية احتراف الوكالة التجارية . وبناء على ذلك تعد الوكالة التجارية بجميع أشكالها القانونية كوكالة التوزيع أو وكالة العقود أو التمثيل التجارى أو الوكالة بالعمولة من الأعمال التجارية بطريق الاحتراف . فالوكالة التجارية إحدى تطبيقات الأعمال التجارية بطريق الاحتراف والتى يشترط لخضوعها لإحكام القانون التجارى احتراف القائم بها .

---

(١) الطعن رقم ٦٦/٧٤٦٦ ق جلسة ٢٠٠٧/١/١٨ والطعن رقم ٧٢ لسنة ٣٤ق جلسة ٦٧/٦/٢٩ حيث قضت المحكمة أن هيئة البريد وهى تباشر عملية نقل الرسائل والطرود تعتبر أمنيا للنقل واعتبار عملها تجاريا تحكمه المواد من ٩٠ – ١٠٤ من قانون التجارة (الملغى) ولكون مسئوليتها تعاقديه تنشأ عن إخلالها بالتزاماتها فى تنفيذ عقد النقل .

أيضا جلسة ٥٦/٦/١٢ (الطعن رقم ٢٢/٣٩٤ ق).

وتنص م(٢٠) من قانون التجارة علي أنه " لا تثبت صفة التاجر للدولة وغيرها من أشخاص القانون العام . ومع ذلك تسري أحكام هذا القانون علي الأعمال التجارية التي تزاولها إلا ما استثني بنص خاص " .

والوكالة التجارية هى نوع من الوساطة فى إتمام الصفقات تقوم على فكرة النيابة فى التعاقد على خلاف السمسرة كما سنرى . فالتاجر غالبا ما يستعين بطائفة من الوكلاء لتصريف منتجاته وبضائعه والتوسط بينه وبين غيره من العملاء أو التجار أو أصحاب المصانع التى لها علاقة بطبيعة التجارة التى يباشرها . والوكيل التجارى لا يقتصر عمله عادة على تاجر معين ، بل يقوم بهذه المهمة لعدة تجار دون أن يرتبط مع أحدهم بعقد عمل معين . فعندما يتلقى الوكيل توكيلا من تاجر فى مباشرة تصرف معين فهو لا يرتبط معه بتبعية ما ، بل يباشر هذا العمل على وجه الاستقلال ، كما لا تمنعه هذه الوكالة من مباشرة وكالة أخرى من تاجر آخر ما لم يتفق على غير ذلك .

وتمثل الوكالة التجارية أهمية كبيرة فى الحياة التجارية ، فهى تؤدى خدمه للتجار وأصحاب المشروعات الكبيرة حيث يقوم الوكيل بالوساطة بين التاجر وعملائه خاصة فى المجال الدولى .

والوكيل التجارى يتصرف بإسم ولحساب موكله بصفة عامة علي خلاف الوكيل بالعمولة ، الذى يعد وكيلا تجاريا يتعاقد بإسمه الشخصى ولحساب موكله . وتنص على ذلك المادة (١/١٦٦) من قانون التجارة بقولها أن " ١- الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى بإسمه تصرفا قانونيا لحساب الموكل " . ويتضح من هذا التعريف أن الوكيل بالعمولة عندما يتعاقد مع الغير يعتبر أصيلا فى التعاقد ويلتزم بكافة الالتزامات التى تنشأ عن العقد المبرم بينهما ويتلقى كافة الحقوق التى تترتب على هذا التعاقد[١] . ولكن فى علاقته بالموكل يعتبر وكيلا عنه فى

---

(١) تفصيلا فى خصوص الوكالة بالعمولة بحثنا بعنوان " الوكالة بالعمولة في القانون الكويتى " دراسة مقارنة مجلة القانون والاقتصاد عام ١٩٧٦ . أيضا مؤلفنا العقود التجارية – طبعة ١٩٩٢ – دار النهضة العربية – وكذلك د/ ماجد خليفة " الوكالة التجارية – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة سنة ١٩٧٦ – ومؤلفنا شرح قانون التجارة المصرى – طبعة ٢٠٠٠ – و ٢٠٠٧ والوسيط في شرح قانون التجارة المصري الجزء الثاني طبعة ٢٠٠٧ دار النهضة العربية . أيضا د/ طارق الغنام رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة عام ٢٠١١ .

مباشرة التصرف ويلزم فى مواجهته بتنفيذ أوامر الوكالة وبأن ينقل إليه كافة آثار التعاقد .

ثانيا : السمسرة :

٧٤- طبقا لنص المادة (٥/د) تجارى يعتبر احتراف السمسرة من الأعمال التجارية أيا كانت طبيعة العمليات التى يمارسها السمسار . والسمسرة هى الوساطة فى التعاقد ، فهى تقريب بين الراغبين فى التعاقد حتى يتم هذا التعاقد فعلا مقابل عمولة .

وعرفت السمسرة المادة (١٩٢) تجارى بقولها " السمسرة عقد يتعهد بمقتضاه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين والتوسط فى إبرامه "[١] .

وينتهى عمل السمسار أو مهمته بمجرد تلاقى الإيجاب والقبول حتى يبدأ نشاطه للتوسط فى عمل آخر . ويترتب على ذلك أن السمسار لا شأن له بمتابعة تنفيذ العقد أو تسلم الثمن أو تسليم المبيع إلى غير ذلك من الآثار التى تترتب على التعاقد ، ذلك لأن السمسار ليس وكيلا بالعمولة عن أطراف التعاقد أو أحدهم كما أنة لا يسأل عن حسن تنفيذ العقد أو ضمانه بل إنه يستحق أجره إذا أدت وساطته إلى إبرام العقد ولو لم ينفذ كله أو بعضه[٢] . كما يترتب على انتهاء عمل السمسار أو مهمته بمجرد

---

(١) تفصيلا فى هذا الموضوع . بحثنا : السمسرة فى القانون الكويتى – دراسة مقارنة – مجلة القانون والاقتصاد – العدد الثالث عام ١٩٧٦ – ومؤلفنا الوسيط في شرح قانون التجارة المصرى – الجزء الثاني – طبعة ٢٠٠٧ – دار النهضة العربية.

(٢) الطعنان رقما ٣٩٧ ، ٤١٠ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢٣ وجلسة ١٩٧١/٧/٧ لسنة ٤٨ ق ج ٢ ص١٧٠ – مجلة المحاماة الجزء الثانى ٢٠٠٢ ص٧١ .

تلاقى إرادة الطرفين فى الصفقة الأصلية ، استحقاقه لأجره الكامل ما لم يتفق على غير ذلك[١] .

ويختلف السمسار عن الوكيل التجارى بصفة عامة حيث أن وساطته تعد عملا ماديا على خلاف الوكيل الذى يقوم بتصرف قانونى ، فهذا الأخير وساطته قائمة على فكرة النيابة فى التعاقد.

وطبقا لأحكام قانون التجارة تعتبر عمليات السمسرة عملا تجاريا بشرط مزاولتها على سبيل الاحتراف ، بمعنى أنة لا تخضع لأحكام القانون التجارى[٢] لو كان من توسط غير محترف السمسرة كما لو قام بعملية سمسرة مرة واحدة أو عرضا ، وذلك على خلاف ما كان عليه الأمر فى ظل المادة الثانية فقرة رابعا من المجموعة التجارية الملغاة والتى كانت تعتبر السمسرة من الأعمال التجارية بطبيعتها أسوه بعملية الشراء بقصد البيع .

وتعتبر السمسرة عملا تجاريا بصرف النظر عن طبيعة العقد الذى يتوسط فيه السمسار . بمعنى أنه لا أهمية لمدنيه أو تجاريه العقد الأصلى المراد التوسط فيه . وتطبيقا لذلك تعتبر أعمال التوسط المتعلقة بعقود الزواج أو التخديم تجارية شأنها شأن أعمال التوسط فى بيع وشراء الصكوك أو البضائع . وقد أوضحت ذلك صراحة الفقرة (د) من المادة الخامسة بقولها " .... أيا كانت طبيعة العمليات التى يمارسها السمسار " .

وتعتبر السمسرة تجارية بالنسبة للسمسار وحده ، أما فيما يتعلق

---

(١) طعن رقم ١٩ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٦٧/٦/٢٧ ، حيث قررت المحكمة أنة يكفى مجرد إبرام الصفقة وإتمام العقد الإبتدائى لاستحقاق السمسار كامل أجره ما لم يتفق على غير ذلك .

(٢) تنظم أحكام السمسرة المواد ١٩٢ – ٢٠٧ من قانون التجارة .

بأطراف العقد المتوسط فيه ، فإن الأمر يتوقف على طبيعة هذا التعاقد[١] .

ويتقاضى السمسار عمولة نظير توسطه فى إبرام التعاقد [٢] والتقريب بين أطرافه . وهذه العمولة تحسب عادة بنسبة معينة من قيمة الصفقة وهى تختلف عادة باختلاف العرف والعادات التجارية[٣] .

المبحث الخامس

التأمين – عمليات البنوك – إستيداع البضائع – مكاتب النشر – البث الفضائى

٧٥- أضاف قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ عدة أعمال اعتبرها تجارية على سبيل الاحتراف منها ما جاء بالمادة الخامسة بالفقرات من (هـ إلى ط) وهى احتراف التأمين على اختلاف أنواعه وعمليات البنوك والصرافة وإستيداع البضائع ووسائط النقل والمحاصيل وغيرها وأعمال الدور والمكاتب التى تعمل فى مجالات النشر ، والطباعة ، والتصوير والكتابة على الآلات الكاتبة وغيرها ، والترجمة والإذاعة والتلفزيون والصحافة ونقل الأخبار والبريد والاتصال والإعلان والاستغلال التجارى لبرامج الحاسب الآلى والبث الفضائى عبر الأقمار الصناعية . والواقع أن الأعمال المشار إليها أو غيرها مما يتشابة معها فى الغايات والصفات ، تمارس عادة على سبيل الإحتراف ، ومن المنطقى اعتبارها تجارية فى هذه الحالة وذلك للإفادة من أحكام قانون التجارة سواء فيما

---

(١) نقض جلسة ١٩٦٠/١٢/٨ وجلسة ١٩٧١/١١/٢٧ .

(٢) المادة ١٩٤ تجارى .

(٣) مؤلفنا شرح العقود التجارية – سالف الذكر – رقم ١٦٧ .

يتعلق بحماية الإئتمان التجارى أو تشجيعه لصالح الدائنين والمدينين فى هذه المجالات على السواء .

وسوف نشير بإيجاز إلى بعض هذه الحالات نظرا لأنها واضحة المعنى والعبارات لا تحتاج إلى تفصيل .

أ - التأميـــــن :

٧٦- إن مشروعات التأمين تعد تجارية على اختلاف أنواعه ، أى سواء كان تأمينا على الأشياء أيا كانت طبيعتها أى سواء تأمينا عقاريـــا أو على منقولات وسواء كانت هذه الأخيرة مادية أو معنوية كالتـــأمين علـــى المحال التجارية . كذلك الشأن التأمين على الأشخاص أيا كانت طبيعتـــه أى تأمينا على الحياة أو العجز وسواء كان التأمين بحريا متعلقا بالـــسفن أو بريا أو جويا . وتفادى المشرع بهذا النص بعموميته النقص الذى كان قائما فى ظل المجموعة التجارية الملغاة حيث كانت تشير المادة (١٢/٢) منهـــا على عمليات التأمين البحرى فقط وكان الفقه يعتبر أنواع التأمين الأخـــرى من الأعمال التجارية على سبيل القياس[١]. والواقع أن عمليـــات التـــأمين تنظمها قوانين معينة وتشترط أن يكون القائم بها شركات ذات شكل معين .

ب- عمليات البنوك :

٧٧- يقصد بعمليات البنوك تلك التى تزاولهـــا المـــصارف ســـواء عمليات إيداع أو ائتمان أو غيرها . فعقود ايداع النقود والصكوك وتـــأجير الخزائن وفتح حساب الودائع النقدية والنقل المصرفى والقـــروض وفـــتح الإعتمادات بأنواعها وخصم الأوراق التجارية وإصدار خطابـــات الـــضمان وفتح الحساب الجارى وغير ذلك من الأعمال المصرفية المتنوعة تعد مـــن

---

(١) مؤلفنا القانون التجارى سالف الذكر رقم ٧٦ .

الأعمال التجارية على سبيل الاحتراف . وعمليات البنوك هى الأعمال التى ينظمها قانون التجارة فىالباب الثالث منه بالمواد من (٣٠٠الى ٣٧٧) .

والواقع أن عمليات البنوك تمارس بواسطة مشروعات متخصصة وعلى سبيل الاحتراف دائما ولذلك عددها المشرع ضمن الأعمال التجارية على سبيل الاحتراف على خلاف ما كان عليه الأمر فى ظل المجموعة التجارية الملغاة .

وتعتبر عمليات البنوك تجارية من قبل البنك بصرف النظر عن طبيعة العمليات التى يتم التعامل عليها أو صفة من تتعامل معه ، أى سواء كانت هذه العمليات مدنية أو تجارية وسواء كان من يتعامل معها تاجراً أو غير تاجر ، كما تخضع عمليات البنوك لأحكام الباب الثالث من قانون التجارة . وقد أشارت إلى ذلك صراحة المادة (٣٠٠) من قانون التجارة بقولها " مع مراعاة ما تقرره المادة ٣٦١ من هذا القانون ، تسرى أحكام هذا الباب على العمليات التى تعقدها البنوك مع عملائها تجارا كانوا أو غير تجار وأيا كان طبيعة هذه العمليات " .

وتعتبر عمليات البنوك تجارية دائما من جانب البنك ، أما من جانب العميل ، فالأمر يتوقف وفق طبيعة نشاطه وصفته فهى تكون تجارية إذا كان تاجرا أو تعلق العمل بأعماله التجارية .

ج- أعمال الصرافة :

٧٨- أعمال الصرافة التى أشارت إليها ذات الفقرة (و) ،نوع من أنواع عمليات البنوك يقوم بها شركات صرافة متخصصة . والصرف هو مبادلة نقود وطنية بنقود أجنبية مقابل عمولة . والصرف قد يكون يدويا وهو الذى يتم بين المتعاقدين فورا وتسليم كل منهما العملة التى تم

استبدالها . وقد يكون الصرف مسحوبا يتم فيه إستلام المبالغ المراد استبدالها فى مكان آخر . ويتم هذا النوع الأخير من الصرف بخطاب من المستلم الى مراسله فى البلد الآخر يأمره فيه بتسليم شخص معين المبالغ المحدده فيه . وتعتبر أعمال الصرافة بكافة أنواعها من الأعمال التجارية على وجه الاحتراف . ويعد عقد الصرف تجاريا دائما من جانب شركة الصرافة على خلاف الطرف الراغب فى الصرف حيث يتوقف فى تجاريته على صفة القائم به ومدى تعلقه بأعماله التجارية أو المدنية .

د – استيداع البضائع ووسائط النقل والمحاصيل وغيرها :

٧٩- يقصد باستيداع[١] البضائع ووسائط النقل والمحاصيل وغيرها، عمليات الايداع بالمستودعات العامة التى يتعهد بمقتضاها مستغل أو مستثمر المستودع بتسلم بضاعة أو وسائل النقل من السيارات وغيرها كالمحاصيل لحفظها لحساب من تؤول إليه ملكيتها أو حيازتها بمقتضى الصكوك التى تمثلها (المادة ١/١٣٠ من قانون التجارة) .

ويشترط قانون التجارة لإنشاء أو استثمار مستودع عام له حق إصدار صكوك تمثل البضائع المودعة وتكون قابلة للتداول ، الحصول على ترخيص من الجهة الإدارية المتخصصة وفقا للشروط والأوضاع التى يصدر بها قرار منها (المادة ١٣٠ / ٢) .

وجدير بالذكر أنه لا يعتبر مستودعا عاماً خاضعا لأحكام الفصل الرابع من الباب الثانى من قانون التجارة منشأة الاستيداع التى لا يكون من حقها إصدار صكوك تمثل البضاعة تكون قابلة للتداول .

---

(١) ينظم احكام الاستيداع فى المستودعات العامة الفصل الرابع من الباب الثانى من قانون التجارة بالمواد من (١٣٠ الى ١٤٧) .

واستيداع البضائع بكافة أنواعها لا يعد عملا تجاريا إلا إذا باشره الشخص على سبيل الاحتراف طبقا لحكم المادة الخامسة فقرة (ز) من قانون التجارة وذلك سواء كان المستودع عاما طبقا للتعريف السابق الإشارة إليه بالمادة (١/١٣٠ تجارى) ام لا ، وذلك لعمومية نص الفقرة (ز) من المادة الخامسة .

هـ - دور النشر و الطباعة وغيرها :

٨٠- أشار قانون التجارة فى الفقرات (ح ، ط) من المادة الخامسة إلى مجموعة أعمال لا تعد تجارية الا على سبيل الاحتراف وهى أعمال الدور والمكاتب التى تعمل فى مجالات النشر ، والطباعة ، والكتابة على الآلة الكاتبة وغيرها مثل الوسائل الحديثة وطرق الكتابة المتطورة كالكتابة على الكمبيوتر أو بطريق الإنترنت أو المحررات الإلكترونية وغيره من الأجهزة المتطورة وما يستجد منها من وسائل أخرى .

كذلك تعد تجارية أعمال دور ومكاتب الترجمة التى تقدمها مؤسسات أو شركات كذلك دور ومكاتب نقل الأخبار بطريق الإذاعة والتلفزيون وما تقدمه هذه المؤسسات من برامج بكافة أنواعها . كذلك مكاتب الصحافة والبريد والاتصالات بكافة أنواعها سلكية أو لاسلكية ومؤسسات الإعلان .

ويضاف إلى ما سبق ، أعمال الاستغلال التجارى لبرامج الحاسب الآلى والبث الفضائى عبر الأقمار الصناعية طالما يتم مزاولة هذه الأعمال على سبيل الاحتراف . وهذا النوع من الاستغلال انتشر حديثا ويدر أرباحا طائلة نتيجة المضاربة على شراء هذه البرامج بكافة أنواعها سواء كانت علمية أو ترفيهية أو رياضية بقصد بيعها أو تأجيرها .

المبحث السادس

العمليات الإستخراجية ومشروعات تربية الدواجن وغيرها بقصد بيعها

تمهيـــــد :

٨١- أضافت المادة الخامسة إلى الأعمال التجارية بطريق الاحتراف العمليات الإستخراجية لمواد الثروات الطبيعية ومشروعات تربية الدواجن وغيرها بقصد بيعها وذلك بالفقرتين (ى ، ك) . ونشير بإيجاز إلى المقصود من هذه الأعمال .

أ - العمليات الإستخراجية :

٨٢- تتمثل العمليات الإستخراجية فى استخراج المعادن والبترول والمياه وما يوجد فى باطن الأرض أو فى أعماق الأنهار والبحار كصيد السمك واستخراج اللؤلؤ والأصداف بجميع أنواعها . وقبل صدور قانون التجارة كانت العمليات الإستخراجية تتبع الإعمال المدنية طبقا للفقه التقليدى ولو كان القصد منها تحقيق الربح عند بيع ما ينتج عن هذه العمليات الإستخراجية ، وذلك على أساس أن العمليات الإستخراجية لا يسبقها شراء .

وجاء قانون التجارة وساير في هذا الخصوص نظيره الفرنسي ومعظم التشريعات الحديثة واعتبر العمليات الإستخراجية لمواد الثروات الطبيعية كالمناجم والمحاجر ومنابع النفط والغاز وغيرها من الأعمال التجارية على سبيل الإحتراف . والواقع أن هذا الأعمال تتم عادة في شكل مشروعات متخصصة مما يضفي عليها الصفة التجارية على وجه الاحتراف.

ويرتبط بالعمليات الإستخراجية عادة بعض الصناعات المكملة لهذا النشاط مثل صناعة الأكياس لوضع المواد المستخرجة من باطن الأرض وتعبئتها تمهيدا لتسليمها للعملاء أو عمليات تعليب الأسماك تمهيدا لبيعها . وهذه الأعمال تعد تجارية علي سبيل الإحتراف وذلك على أساس الصناعة كما سبق القول .

وتعد تجارية أيضا على سبيل الإحتراف حالات حصول الأشخاص على امتياز من الدولة يخوله وحدة القيام ببعض العمليات الإستخراجية وبيع ما ينتج عنها من معادن أو بترول .

وفى فرنسا أصبحت عمليات الاستغلال المتعلقة بالمناجم من الأعمال التجارية بقانون ٩ستبمبر ١٩١٩(المادة الخامسة) .

وحكم في فرنسا[١] باعتبار الأعمال المتعلقة بزرع اللؤلؤ عن طريق القواقع الطبيعية، ostréiculture تجارية نظرا لما تحتاجه هذه العمليات من إنشاءات خاصة وعناية تعتمد علي عمال وأجهزة معينة وتدر أرباحا طائلة وسريعة وسهلة بالمقارنة إلي استخراج اللؤلؤ من قاع البحار والذي أيضا يعد تجاريا إذا ما تم علي سبيل الاحتراف.

ب- مشروعات تربية الدواجن والمواشي وغيرها بقصد بيعها :

٨٣- قرر المشرع التجاري تجارية مشروعات تربية الدواجن والمواشي وغيرها كتربية الأسماك بكافة أنواعها طالما كان ذلك بقصد بيعها. ومقتضى ذلك أنه يشترط لاعتبار تربية المواشي أو الدواجن أو غيرها تجارية في مثل هذه الحالات ، ليس فقط احتراف القيام بها بل

---

(١) محكمة رن جلسة ٨ مارس ١٩١٢ سيرى ١٩١٢-٢-٣١٩ – فى هذا الخصوص ريبير رقم ١٨٤ .

ضرورة قصد بيعها، وبذلك تخرج من الأعمال التجارية شراء وتربية الدواجن أو المواشي لمساعدة الزارع في أرضة دون قصد بيعها .

المبحث السابع

تشييد العقارات وما يتعلق بشرائها بقصد بيعها أو تأجيرها

أولا : تشييد العقارات :

٨٤- طبقا لحكم المادة الخامسة تعتبر تجارية أعمال تشييد العقارات أو ترميمها أو تعديلها أو هدمها أو طلائها وكذلك الاشتغال العامة (فقرة ل) طالما تزاول علي سبيل الاحتراف .

والأعمال المتعلقة بالمباني بصفة عامة كانت أيضا تجارية علي سبيل الاحتراف في ظل المجموعة التجارية الملغاة ، ولم يشر النص (الفقرة ل) سالف الذكر إلي اشتراط تعهد مقاول المباني بتوريد مواد البناء أو العمال، وكان القضاء يتوسع في مفهوم أعمال المباني ولا يكتفي فقط بالصفة التجارية علي حالة توريد المقاول لأدوات البناء بل أضفى هذه الصفة ولو إقتصر المقاول علي تقديم العمال لتشيد وإنشاء المباني ، ذلك انه يضارب علي عمل العمال تماما كما هو الحال في المضاربة علي مواد البناء التي يقدمها في تشيد العقارات. ولم يشأ المشرع في نص الفقرة (ل)المشار إليها أن يذكر أيه شروط لاعتبار أعمال تشييد العقار تجارية. وإزاء عمومية النص فإنه لا يشترط لاعتبار عملية التشييد تجارية أن يقوم المقاول بتوريد عمال وأدوات ، إذ يكفي أن يكون عمله في مجال تشيد العقارات في حد ذاته . ويلحق بأعمال تشيد العقارات ترميم هذه العقارات أو تعديلها أو هدمها أو طلائها وأعمال الأشغال العامة .

وتطبيقا لذلك تعتبر تجارية عمليات الترميم التي تباشرها المشروعات المتخصصة للعقارات التي تحتاج إلي ترميم كما هو الشان لعمليات ترميم العقارات الأثرية مثل المساجد وغيرها، كذلك عمليات تعديل العقارات بالتعلية أو الإضافة أو التغير في كيانها. أيضا تعد تجارية عمليات الهدم والإزالة سواء لكل العقار أو جانب منه ، أو عمليات طلاء هذه العقارات. كما تعد تجارية أعمال الأشغال العامة التي تقام لصالح الدولة مثل أعمال رصف الطرق والكباري والمدارس والجامعات وغيرها.

ونعتقد أن أعمال المباني والترميم في مثل الحالات السابقة لا يشترط لاعتبارها تجارية أن يكون التشييد والبناء بقصد البيع أو التأجير ، حيث أن مشروعات إنشاء المباني أو هدمها أو ترميمها أو تعليتها يعد في ذاته عملا تجاريا علي وجه الاحتراف ولو لم يكن المقاول يهدف بيع هذه المباني ، كما لو كانت عمليات التشييد لحساب الغير .

ثانيا : احتراف شراء العقارات أو استئجارها بقصد بيعها أو تأجيرها :

٨٥- جاء بنص الفقرة (م) من المادة الخامسة تجاري أنه يعد تجاريا علي سبيل الاحتراف " تشيد العقارات أو شراؤها أو استئجارها بقصد بيعها أو تأجيرها كاملة أو مجزأة علي شقق أو غرف أو وحدات إدارية أو تجارية سواء كانت مفروشة أو غير مفروشة" .

وبهذا النص استجاب المشرع لأراء الفقه[١] من ضرورة معاملة المضاربة علي العقار كالمضاربة علي المنقول، خاصة وقد انتشرت المضاربة علي العقار بجميع صوره منذ زمن طويل وقد استجابت تشريعات متعددة وعدلت تشريعاتها بما يجعل المضاربة علي العقار من الأعمال

---

(١) راجع مؤلفنا الأعمال التجارية طبعه ٩٨ رقم ٥٥ .

التجارية بطريق الاحتراف .

وبناء علي النص المشار إليه يعتبر بناء العقارات أو شراءها أو استئجارها بنيه بيعها عملا تجاريا طالما زاولها القائم بها علي سبيل الاحتراف . كذلك الشأن إذا قصد الشخص من بناء العقارات و شرائه أو استئجاره تأجير هذه العقارات أو جزء منه كبيع أو تأجير بعض الشقق أو الغرف وأيا كانت طبيعة استخدام هذه العقارات أو الوحدات التي تمثل جزءاً منها أي سواء كانت وحدات إدارية كعيادة أو مكاتب أو تجارية كتأجير أو بيع محلات لاستغلال النشاط التجاري أو وحدات سكنية ، وسواء كان التأجير أو البيع للوحدات مفروشا أو غير مفروش .

وبذلك لم يغفل المشرع أي صورة من صور المضاربة علي العقار، حيث جاء النص عاما واسعا يشمل مجرد تشييد العقار دون سبق شرائه كما إذا ورث شخص قطعة أرض وأسس مشروعا لتشييد العقارات وبيعها، ثم أقام علي قطعة الأرض مباني بقصد بيعها جملة أو بعد تجزئتها إلي شقق ووحدات إدارية أو تجارية أو سكنية أو كان يقصد من التشييد تأجيرها . كذلك إذا قام الشخص بشراء العقار أو استئجاره بذات الأغراض المشار إليها طالما كان يزاول ذلك علي سبيل الاحتراف .

وخيرا فعل المشرع بالنص صراحة علي تجارية الأعمال المشار إليها علي سبيل الاحتراف حيث تمثل المضاربة علي العقارات أهمية عن المنقول خاصة وقد انتشرت المضاربة في الصور المشار إليها علي العقارات .أما إجراء الأعمال المشار إليها مرة واحدة أو عرضا دون احتراف فلا تعد تجارية .

وجدير بالذكر أن تشييد العقار أو شرائه أو استئجاره بقصد بيعه أو

تأجيره كاملا أو مجزأ إلى شقق أو غرف أو وحدات يعد تجاريا ولو كان من يشتريه أو يستأجره قاصدا استخدامه سكنا لـــه . وإذا كان المشرع قد جاء فقط بعبارات "... أو وحدات إدارية أو تجارية .... " بنص الفقرة (م) من المادة الخامسة ، فإن ذلك جاء على سبيل السرد من الأمثلة ليس إلا . بمعنى أن البيع أو التأجير للعقار على سبيل الاحتراف يعد تجاريا سواء كان من يشتريه أو يستأجره كاملا أو مجزأ يستخدمه استخداما سكنيا أو غير سكنى ذلك أن تجاريه هذه الأعمال ينظر إليها من جانب القائم بها على سبيل الاحتراف وليس من قبل من يتلقى هذه العقارات بالشراء أو الاستئجار كاملة أو مجزأة .

المبحث الثامن

أعمال مكاتب السياحة والتصدير وأعمال الفنادق والمقاهى وغيرها وتوزيع المياه والكهرباء

تمهيـــد :

٨٦- تضمنت الفقرات الثلاث الأخيرة (ن، س، ع) من المادة الخامسة عدة أعمال أعتبرها المشرع تجارية إذا زاولها الشخص على سبيل الاحتراف . وسوف نشير إلى هذه الأعمال تباعا .

١- أعمال مكاتب السياحة والتصدير والإستيراد والإفراج الجمركى ومحال البيع بالمزاد العلنى :

أولا : أعمال مكاتب السياحة والتصدير والإستيراد والإفراج الجمركى :

٨٧- أن أعمال المكاتب في المجالات المشار إليها وغيرها مما تقوم به من أعمال مشابهة فى الأوصاف والغايات ، تمثل فى جوهرها أعمال

المكاتب التجارية التى كانت تنص عليها المادة (٣/٢) من المجموعة التجارية الملغاة ، حيث كان الفقه يجمع على أنه يندرج تحت إصطلاح "المكاتب التجارية " كل الأعمال التى يحترفها الشخص ويقوم فيها بتقديم خدمات للغير بمقابل .

على أن نص الفقرة (ن) من المادة الخامسة جاء أكثر وضوحا بذكر أمثله لأعمال هذه المكاتب وهى المكاتب المتخصصة فى مجال السياحة بكافة أنواعها من تأجير السيارات السياحية والفنادق والقرى السياحية إلى مجموعات السائحين أو غيرهم كذلك مكاتب الحجز لتذاكر السفر بكافه أنواعها لسائحين أو غيرهم ، وجميع خدمات السياحة بصفة عامة . كذلك مكاتب الاستيراد والتصدير والمكاتب المتخصصة فى الإفراج عن الرسائل بكافة أنواعها وأيا كان مكانها سواء بالمناطق الحرة أو المطارات أو الموانى وكذلك أعمال التخليص الجمركى على الرسائل أيا كانت طبيعتها . ويندرج أيضا تحت مفهوم النص المشار إلية مكاتب تقديم الخدمات للجمهور بمقابل سواء خدمات النقل أو التخديم للوظائف أو الوساطة فى إبرام العقود ومكاتب الإعلانات وإدارة أملاك الغير وتحصيل المبالغ التى يطلب منها تحصيلها لحساب الغير ومكاتب التوسط فى البيع إلى غير ذلك من الخدمات بمقابل .

وتعتبر أعمال المكاتب المشار إليها تجارية بشرط مزاولتها على سبيل الاحتراف وليس عرضا دون اعتبار لطبيعة الأعمال التى تتوسط فيها هذه المكاتب . ولذلك تعد أعمال هذه المكاتب تجارية ولو تخصصت فى التوسط فى إيجاد فرص عمل ووظائف للجمهور .

ثانيا : محال البيع بالمزاد العلنى :

٨٨- تنص ذات الفقرة (ن) من المادة الخامسة على تجارية أعمال محال البيع بالمزاد العلنى طالما يتم مزاولة هذه الأعمال على سبيل الاحتراف . وهذه الأعمال عبارة عن صالات متخصصة فى عرض وبيع المنقولات بالمزاد العلنى مقابل أجر نظير ذلك . وتعد أعمال هذه المحال تجارية سواء كانت هذه المنقولات محل البيع بالمزايدة ، مملوكة لصاحب الصالة أو مملوكة للغير كما هو الوضع الغالب ، وسواء كانت هذه المنقولات جديدة أم مستعملة . والواقع أن محال البيع بالمزايدة ليست إلا نوعا من أنواع أعمال المكاتب التجارية والذى يعتبر تجاريا على سبيل الاحتراف .

٢ - أعمال الفنادق والمطاعم والمقاهى والتمثيل والسينما والسيرك وغير ذلك من الملاهى العامة :

٨٩- أ- أشارت الفقرة (ى) من المادة الخامسة إلى تجارية احتراف أعمال الفنادق والمطاعم والتمثيل والسينما وغيرها مما جاء ذكره بذات النص ، ويقصد بهذه الأعمال ما تقوم به شركات إدارة الفنادق من أعمال لإدارتها من تقديم للخدمات للنزلاء أيا كانت طبيعة هذه الخدمات مثل تقديم الوجبات والقيام على راحتهم من تأجير الغرف ونظافتها ، وتأجير الأجهزة الرياضية للنزلاء وتقديم المشروبات والعروض المسرحية والفنية وغير ذلك مما تقدمه الفنادق من خدمات لعملائها بمقابل .

ويستوى فى اعتبار احتراف أعمال الفنادق أن تكون شركة الإدارة هى المالكة للعقار من عدمه حيث أن تشيد العقارات بقصد تأجيرها كلها أو مجزأة إلى شقق أو غرف أو وحدات إدارية أو تجارية مفروشة أو غير مفروشة يعد أيضا من الأعمال التجارية على سبيل الاحتراف .

ب- ويندرج تحت الطبيعة التجارية على سبيل الإحتراف أعمال المطاعم بكافة أنواعها سواء المطاعم العائمة أو غير العائمة والتى تقدم الواجبات بمقابل وأيا كان مكانها مثل المطاعم بالمطارات أو السكك الحديدية أو داخل الفنادق وغيرها .

ج- كذلك الشأن بالنسبة لاحتراف أعمال المقاهى والتى تقدم المشروبات بكافة أنواعها للجمهور بصفة عامة بمقابل . وكذلك احتراف ما يقدم من خدمات وأعمال من أصحاب دور الملاهى والسينما والمسرح والتمثيل ومحال الرقص والبالية والغناء والموسيقى وسباق الخيل ونوادى القمار المصرح لها وغير ذلك من أعمال التسلية للجمهور بمقابل .

وكما هو واضح فإن الصفة التجارية تلحق هذه الأعمال طالما تتم على وجه الاحتراف لأنها تكتسب صفتها التجارية من احتراف القائم بها وليس من طبيعتها ، شأنها فى ذلك شأن باقى الأعمال التى أشارت إليها المادة الخامسة بجميع فقراتها . ولا أثر على الصفة التجارية لهذه الأعمال أن تقوم بها الدولة أو إحدى شركاتها أو يقوم بها أحد أفراد القطاع العام أو قطاع الأعمال العام أو مشروعا خاصا . وبناء على ذلك تعد أعمال الفنادق أو الملاهى التى تملكها شركات الدولة أو مؤسساتها تجارية ، على خلاف تقديم بعض العروض المسرحية أو الأفلام بالمدارس أو الجامعات فى مناسبات معينة كالاحتفالات بأعياد الخريجين أو انتهاء العام الدراسى أو الأعياد الدينية بقصد الترفيه عن طلابها وللأعضاء العاملين بها . كذلك لا يعتبر تجاريا العروض التى تقوم بها فرق التمثيل بالمدارس فى المناسبات، ذلك لأن هذا العمل لا يتم على سبيل الاحتراف وإنما لتقديم بعض المسرحيات فى مناسبات معينة ، بل إنه يظل مدنيا ولو كان الدخول إلى هذه العروض بمقابل رمزى لتغطيه تكاليفها .

والواقع أن أعمال الفنادق ودور العرض المشار إليها بالفقرة (س) من المادة الخامسة ، تنطوى على مضاربة لتحقيق الربح ، فهم يضاربون على أعمال العاملين لديهم والممثلين والموسيقيين والأدوات والأجهزة المستخدمة . كما يضاربون على أعمال المؤلفات والمسرحيات والألحان التى يقومون بشرائها أو استئجارها وتأجيرها للجمهور . بل إن معظم ما يقدمه هؤلاء الأشخاص ينطوى على شراء أو استئجار فى المنقول المادى أو المعنوى وهو الفيلم أو المسرحية أو المؤلفات الموسيقية . ويلاحظ فى هذا الخصوص أن العقود التى يبرمها هؤلاء الأشخاص مع الممثل أو الفنان عموما ليست تجارية بالنسبة لهذا الأخير كما سبق القول ، ذلك أن الفنان إنما يتعاقد ليقدم إنتاجه الذهنى وملكاته الفنية أو الأدبية ، أما صاحب دور العرض فالتعاقد يعتبر تجاريا من جانبه[١] .

٣- توزيع المياه أو الغاز أو الكهرباء وغيرها من مصادر الطاقة :

٩٠- أشارت الفقرة الأخيرة (ع) من المادة الخامسة إلى اعتبار كل ما يتعلق بتوزيع المياه والغاز أو الكهرباء أو أى مصدر آخر من مصادر الطاقة من الأعمال التجارية على سبيل الاحتراف . والواقع أن هذا النص جاء أيضا عاما شاملا الأمر الذى يمكن معه أن يمتد إلى مجال استخدام الطاقة مما لم يذكره النص صراحة ، حيث يترتب على التكنولوجيا

---

(١) وقضت محكمة استئناف القاهرة – د . التجارية – قضية رقم ١٣٢ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٥١/١/٢٤ آنة " فيما يتعلق بما أثارته المستأنفة (ممثلة) من أن العلاقة بينها وبين الشركة تعتبر بطبيعتها عملا تجاريا ، فإن هذا الرأى لا يمكن الأخذ به ، إذ أنة يفترض أن الشركة السينمائية تقوم بعمل تجارى ، إلا أنه فيما يتعلق بالمستأنفة وهى ممثلة ، فإن المقطوع به أن التمثيل فن ولا يمكن اعتباره عملا تجاريا".

المتطورة ابتكارات متجددة فى مصادر الطاقة كالذرة أو غيرها . ولذلك يندرج تحت نص الفقرة (ع) المشار إليها مقاولات توزيع عناصر الطاقة أيا كانت طبيعتها بالإضافة إلى توزيع المياه وغيرها ممن تقدم هذه الخدمات والتوزيع للجمهور بمقابل .

هذا ولا أهمية لكون القائم بالأعمال المشار إليها من أشخاص القانون العام أو الخاص ، حيث تسرى أحكام القانون التجارى على الأعمال التجارية التى تزاولها الدولة إلا ما استثنى بنص خاص . وفى ذلك تنص المادة (٢٠) تجارى على أنه " لا تثبت صفة التاجر للدولة وغيرها من أشخاص القانون العام ، ومع ذلك تسرى أحكام هذا القانون على الأعمال التجارية التى تزاولها إلا ما استثنى بنص خاص " .

الفصل الثالث

الأعمال التجارية بالتبعية

تمهـيد :

٩١- سبق أن أوضحنا فى الفصلين السابقين الأعمال التجارية بطبيعتها وتلك التى تعد تجارية إذا كانت مزاولتها على سبيل الاحتراف .

وقد أضاف الفقه والقضاء منذ زمن بعيد أعمالا تجارية أخرى غير النوعين المشار إليهما ، هذه الأعمال هي أعمال مدنية بحسب الأصل ولكنها تفقد هذه الصفة وتكتسب صفة جديدة هى اعتبارها تجارية إذا ما باشرها التاجر بمناسبة أعماله التجارية . وتسمى هذه الأعمال بالأعمال التجارية بالتبعية نظرا لأنها تستمد أساس التجارية من تبعيتها لصفة القائم بها . بمعنى أنة إذا ما باشر هذه الأعمال شخص مدنى ظلت محتفظة بطابعها وطبيعتها المدنية ، وإذا باشرها تاجر بمناسبة أعماله التجارية فهى تكتسب الصفة التجارية تبعاً لهذه الحرفة .

فالتاجر يقوم إلى جوار أعماله التجارية بأعمال أخرى مدنية شأنه فى ذلك شأن باقى الأفراد ، فله حياته الخاصة فهو يتزوج ويطلق ويرث ويورث ويشترى لوازم أسرته ويسافر ويعالج . هذه الأعمال تعتبر مدنيه بطبيعتها وتخرج عن نطاق الأعمال التجارية فتخضع لأحكام القانون المدنى شأنها فى ذلك شأن الأعمال التى يباشرها أى فرد ، ولا أهمية لصفة القائم بها .

وإلى جوار هذه الأعمال المدنية يقوم التاجر ببعض الأعمال التى تعتبر مدنيه بحسب الأصل ، علي أنه يقوم بها بقصد تسهيل وتكمله أعماله

التجارية وزيادة أرباحه ، مثل قيامه بشراء سيارة لنقل البضائع أو لتسليم المشتريات للعملاء ، أو توصيل عمال المحل أو شراء الأثاث اللازم لاستقبال العملاء والخزائن والآلات الكاتبة وإجراء عقود التأمين على المحل أو البضائع ، وتعاقده على توريد المياه والكهرباء لمحله وعقوده مع شركات الإعلانات والقروض التى يعقدها لتسهيل أعماله التجارية . هذه الأعمال قد يقوم بها تاجر أو غير التاجر على السواء ، فإذا قام بها غير التاجر تظل مدنيه وتخضع لأحكام القانون المدنى ، أما إذا قام بها التاجر لشئونه التجارية فإنها تفقد صفتها المدنية وتكتسب الصفة التجارية تبعا لحرفة القائم بها وتخضع بالتالى لأحكام القانون التجارى .

ويتضح من ذلك أن نظرية التبعية هى إحدى تطبيقات النظرية الذاتية أو الشخصية حيث أن صفة القائم بالعمل هى أساس اجتذابه إلى المجال التجارى .

وتضمن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ نصوصا صريحة فى شأن الأعمال التجارية بالتبعية وهى التى استقر عليها الفقه والقضاء فى ظل المجموعة التجارية الملغاة والتى لم يأت بها نصوص صريحة فى شأن تلك النظرية . وسوف نشير فى هذا الفصل إلى الأساس القانونى لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية ونطاق تطبيقها ثم نشير إلى نظرية الأعمال المدنية بالتبعية قياسا على الأعمال التجارية بالتبعية .

أولا : الأساس القانونى للأعمال التجارية بالتبعية :

٩٢- تضمن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى المادة (٨) منه الأساس القانونى للأعمال التجارية بالتبعية ، حيث تنص على أن : "١- الأعمال التى يقوم بها التاجر لشئون تتعلق بتجارته تعد أعمالا

تجارية، ٢- كل عمل يقوم به التاجر يعد متعلقا بتجارته ما لم يثبت غير ذلك " .

وبناء على نص الفقرة الأولى من المادة (٨) المشار إليها تعتبر جميع أعمال التاجر التى لها علاقة بتجارته تجارية أيضا إلى جوار أعماله التجارية بحسب طبيعتها أو على سبيل الاحتراف . وتسهيلا من المشرع فى اعتبار الأعمال المتعلقة بتجارة التاجر تجارية وضع قرينة بالفقرة الثانية من المادة ذاتها (٨) هى افتراض كل عمل يقوم به التاجر متعلقا بتجارته ، على أنة يجوز للتاجر إثبات مدنيه هذا العمل .

والواضح من نص المادة (٨) المشار إليها أنه لا يشترط أن تتم الأعمال المشار إليها بين تجار وإنما يكفى أن يكون أحد طرفى العقد تاجرا حتى يعتبر العقد بالنسبة إلية من طبيعة تجارية دون الطرف الآخر . على أنه من جانب آخر يشترط لاكتساب العمل الصفة التجارية تعلق العمل بتجارة التاجر . وقضت محكمة النقض أن الأعمال التجارية بالتبعية مشروطة بحرفة القائم بها وتعلقها بأعماله التجارية[١] .

وكان الفقه والقضاء مستقرين على تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية على أعمال التاجر المتعلقة بتجارته مستندين فى ذلك علي نص الفقرتين السابعة والتاسعة من المادة الثانية من المجموعة التجارية الملغاة[٢] .

والواقع أن إضفاء الصفة التجارية على أعمال التاجر المتعلقة

---

(١) طعن رقم٢٤٣٩ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/١١/١٧ وطعن رقم١١١٣ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩١/٥/٩ .

(٢) مؤلفنا سالف الذكر رقم ٧٦ .

بتجارته تتفق والمنطق ، كما يؤدى إلى تفادى عيوب تعداد الأعمال التجارية وإغفال بعضها ، فلا يتصور أن تخضع بعض أعمال التاجر لأحكام القانون التجارى وهى الأعمال التجارية المنفردة وعلى سبيل الاحتراف وتظل أعمال أخرى مدنية رغم أنها تسهل حرفه التاجر وتتعلق بتجارته وتزيد من أرباحه .

وينتج مما سبق أن حرفه القائم بالعمل وهو كونه تاجرا هى أساس إخضاع أعماله المتعلقة بتجارته للقانون التجارى ، وبالتالى فإن العمل التجارى وحده الذى نص عليه القانون كعمل تجارى بطبيعته لا يستطيع أن يجذب إليه الأعمال المدنية المرتبطة به لتصبح تجارية تبعا له وهو ما يطلق علية نظرية التبعية الموضوعية طالما أن القائم بها غير تاجر . فإذا حدث وقام أحد الأفراد بعملية شراء بقصد البيع وهى إحدى صور الأعمال التجارية المنفردة ثم عقد تأمينا عليها ، فإن عقد التأمين لا يفقد صفته المدنية بالنسبة له ويظل محتفظا بها رغم أنة متعلق بعمل تجارى . ويأخذ بنظرية التبعية الموضوعية بعض التشريعات كالقانون التجارى الكويتى رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠[١] كما يؤيدها بعض الفقهاء[٢] .

ثانيا : تطبيقات نظرية الأعمال التجارية بالتبعية :

١- عقود التاجر وتعهداته :

٩٣- طبقا لنص المادة (١/٨) تعتبر الأعمال التى يقوم بها التاجر لشئون تتعلق بتجارته تجارية . وتطبيقا لذلك تعتبر أعمالا تجارية عقود

---

(١) المادة الثانية . فى هذا الخصوص : مؤلفنا القانون التجارى الكويتى ص١٧٥ .

(٢) د. على جمال الدين – الوجيز ص١٩٧ . قارن د/ على الزينـــى ج١٠ رقـــم٩٨ و د. على يونس – القانون التجارى – طبعة ١٩٦١ رقم١٢٤ .

التاجر بشراء سيارة لنقل البضائع إلى العملاء أو التزامه الناشىء عن عقده مع أحد المقاولين لإجراء إصلاحات بمحله التجارى أما تعهداته المتعلقة بأعماله المدنية فهى تظل مدنية . والعمل يكون مدنيا لأن موضوعه مدنيا كعلاقات التاجر بأسرته مثل عقود الزواج وإجراءات قسمه التركة أو الديون المدنية الناشئة عن سفره للعلاج . وقد يكون العمل مدنيا لتعلقه بحياة التاجر المدنية كعقد شراء السيارة لاستعماله الشخصى أو لأسرته . أو التزامه الناشىء عن إصلاح عقار يملكه . كما قد يكون العقد مدنيا لأن سببه ليس تجاريا كما هو الشأن بالنسبة للتصرفات التى تتم بدون مقابل كالهبة والوصية . على أنه من المستقر عليه فقها وقضاء اعتبار تعهدات التاجر الناشئة عن العقار تجارية إذا ما ترتب عليها التزامات شخصية لا علاقة لها بملكية العقار أو حيازته أو تقرير حق عينى عليه . ومثال ذلك التزام التاجر أو الشركة التجارية عن عقد استئجار عقار لمباشرة التجارة[١] . كما يعتبر الرأى الراجح[٢] أن نظرية الأعمال التجارية بالتبعية تمتد إلى عقود العمل أسوة بباقى عقود التاجر المتعلقة بتجارته أو صناعته . ولا يعتبر عقد الاستخدام تجاريا من جانب العامل شأنه فى ذلك شأن تعاقد الفنان مع وكيل الفنانين أو تعاقد المؤلف مع دور النشر .

---

(١) نقض فرنسى د . تجارية جلسة ١٩٥٦/٢/١٤ الـ G.C.P ١٩٥٦-٢-٩٣٧٥ . جلسة ١٩٦١/١٢/٥ دالوز ١٩٦١ -٨٨ .

(٢) د. على يونس – المرجع السابق – ص١٢٩ . وطبقا للمادة ٦٣٤ تجارى فرنسى تعتبر عقود العمل من الأعمال التجارية بالنسبة للتاجر . وقد حكم بأن سعر الفائدة القانونية المستحقة للعامل فى مواجهة رب العمل هو سعر الفائدة التجارى . نقض الدائرة الإجتماعية جلسة ١٩٦٢/١٢/٩ – الجازيت – ١٩٦٣-١-٣٥٠ . على أن هذا لا يمنع عدم اختصاص المحاكم التجارية بنص القانون عن منازعات العمل . ريبير رقم ٣١٣ .

وتضمن قانون التجارة نصا خاصا فى شأن تجارية عقود القرض التى يبرمها التاجر والمتعلقة بأعماله التجارية حيث تنص المادة (١/٥٠) على أنة " تعتبر تجارية القروض التى يعقدها التاجر لشئون تتعلق بأعماله التجارية " .

وقد قنن قانون التجارة ما كان الرأى مستقرا عليه فى شأن مدى تجارية عقود القرض التى يبرمها التاجر لشئون تجارته .

وفى شأن كفالة التاجر التزامات غيره فى الديون التجارية نص قانون التجارة على تجارية الكفالة بالنسبة للتاجر إذا كانت له مصلحة فى الدين المكفول أو كان الكفيل بنكا . وفى ذلك تنص المادة (١/٤٨) تجارى على أنة " لا تعتبر كفالة الدين التجارى عملا تجاريا إلا إذا نص القانون على ذلك أو كان الكفيل بنكا أو كان تاجرا وله مصلحة فى الدين المكفول" .

وكان الفقه والقضاء – فى ظل المجموعة التجارية الملغاة يعتبر عقد الكفالة تجاريا بالتبعية رغم عدم وجود نص مماثل للمادة (١/٤٨) المشار إليها وذلك خلافا للقواعد العامة (المادة ١/٧٧٩ مدنى)[١] ، وذلك فى حالات استثنائية هى إذا كان أطراف الكفالة تجارا وكانت هناك مصلحة تجارية للكفيل من وراء ذلك .

وطبقا لنص المادة (١/٤٨) يشترط لاعتبار كفالة التاجر تجارية أن تكون له مصلحة فى الدين المكفول ، كما إذ كفل أحد التجار تاجر المواد الأولية الذى يقوم بالتوريد إلية بقصد تفادى تعرضه للإفلاس لما قد يعود علية من أضرار فى حالة شهر إفلاسه لتوقفه عن الدفع .

---

(١) تنص المادة (١/٧٧٩) مدنى على أن كفالة الدين التجارى تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا.

وقضت محكمة النقض الفرنسية بتجارية كفالة مدير الشركة ذات المسئولية المحدودة بمناسبة ضمانه تعهدات هذه الشركة نظرا لوجود مصلحة خاصة تتعلق بأعمال الشركة التى يديرها[١] .

٢- المسئولية غير العقدية :

٩٤- طبقا لما هو مستقر عليه فقها وقضاء فإن نظرية الأعمال التجارية بالتبعية لا تقتصر فقط على العقود التى يبرمها التاجر والتى تتعلق بتجارته ، بل تمتد وتتعدى نطاق هذه المسئولية العقدية لتلحق التزامات التاجر الناشئة عن المسئولية غير العقدية . ومن أمثلة ذلك تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية على حالات الإثراء بلا سبب[٢] . والمسئولية الناشئة عن الفعل الضار ، كالتزام التاجر بالتعويض نتيجة ما يصدر منه من أفعال ضاره أو من تابعيه[٣] ، أو الحيوانات أو الآلات التى يستخدمها طالما أنها تتم بمناسبة نشاطه التجارى[٤] . كذلك التزام التاجر بتعويض تاجر آخر أو صاحب مصنع بسبب تقليده براءه اختراع أو علامة تجارية أو بسبب تعمده إثارة اللبس والخلط بين محله التجارى ومنشأة أخرى عن

---

(١) الدائرة التجارية جلسة ١٩٦٩/٧/٧ - دالوز سيرى ١٩٧٠ -١٤ أيضا نقض تجارى فى ١٩٧٧/١٠/١٧ دالوز ١٩٧٨-٩٠ مع تعليق ديروبية .

(٢) ريبير رقم ٣١٩ والأحكام المشار إليها .

(٣) استئناف القاهرة - د٩٠ تجارى جلسة ١٩٥٩/٥/٢٦ قضية رقم ١٧٥ لسنة ٧٦ق موسوعة المواد التجارية للأستاذ عبد المعين جمعه ص٩ ، حيث قضت المحكمة أن التعويض ما دام قد نتج عن ضرر سببته مؤسسة تجارية بخصوص أعمالها التجارية فيكتسب هذه الصفة.

(٤) وذهب القضاء الفرنسى إلى إفتراض تجارية المسئولية عن الفعل الضار وإعتبارها متعلقة بنشاط التاجر التجارى . - فى هذا الخصوص ريبير رقم ٣١٦ ، ٣١٧ والأحكام المشار إليها.

طريق تقليد الإسم أو العنوان التجارى، أو كل ما يتعلق بإعمال المنافسة غير المشروعة[١] . على أنة من جانب آخر اعتبر القضاء الفرنسى التزام التاجر بدفع الضرائب المستحقة عليه من الالتزامات ذات الطبيعة المدنية على عكس الالتزام بدفع أقساط الضمان الاجتماعى[٢] .

نظرية الأعمال المدنية بالتبعية قياسا على الأعمال التجارية بالتبعية :

٩٥- جدير بالذكر أنة قياسا على نظرية الأعمال التجارية بالتبعية ، فإن الأعمال التجارية تفقد صفتها التجارية وتصبح أعمالا مدنية إذا أجراها غير التاجر لأمور تتعلق بمهنته المدنية وتسهلها وتكملها . والأمثلة على ذلك كثيرة ، فصاحب المدرسة الذى يقوم ببيع الوجبات للتلاميذ أو يقوم باستئجار سيارة لتوصيلهم إلى المنازل، إنما يقوم بعمل مدنى بالتبعية نظرا لأن هذه الأعمال التجارية بحسب الأصل الهدف منها تسهيل العمل الأصلى وهو نشر العلم والتثقيف . كذلك شراء المؤلف أو الرسام أو الموسيقى للأدوات التى يستخدمها فى غرض تأليفه أو فنه أو الطبيب الذى يبيع الدواء لمرضاه فى الأماكن النائية فقط لعدم وجود الصيدليات ....الخ ، فهذه الأعمال مدنيه بالتبعية . وقد حكم بأن الموارد المالية اللازمة لمشروع التاجر الخيرى والإحسان من الأعمال المدنية بالتبعية[٣] .

---

(١) نقض فرنسى د. التجارية جلسة ٤/٧ سنة ١٩٦٧ – دالوز سيرى ١٩٦٨ – ٦١ .

(٢) وقد أنتقد الفقه هذا الإتجاه على أساس أن طبيعة الإلتزام بهذه الأقساط لا تختلف كثيرا عن الالتزام بدفع الضرائب .
ريبير رقم ٣١٣ – ٣٦٥ .

(٣) نقض فرنسى د. التجارية جلسة ١٣/٥/١٩٧٠ – دالوز سيرى ١٩٧٠ – ٦٤٤ وبالمجلة الفصلية ١٩٧١ – ٧٨ مع تعليق جوفرية .

الفصل الرابع

الأعمال المختلطة

تمهيد :

٩٦- يقصد بالأعمال المختلطة ، الأعمال التى تعتبر تجارية بالنسبة لأحد أطراف التعاقد ومدنية بالنسبة للطرف الآخر . فإذا قام تاجر التجزئة ببيع البضائع إلى جمهور المستهلكين فإن العمل يعتبر تجاريا بالنسبة للتاجر ومدنيا بالنسبة للمستهلك . كذلك التاجر الذى يشترى محصولات المزارعين أو الناشر الذى يشترى تأليف الأدباء أو الفنانين ، أو صاحب الملهى الذى يتعاقد مع الممثلين وغيرهم ، ففى جميع هذه العقود يعتبر العمل تجاريا من جانب التاجر أو الناشر أو صاحب الملهى ومدنيا من الجانب الأخر .

ولم تضع المجموعة التجارية الملغاة نصا خاصا يحكم الأعمال المختلطة ، وتفادى قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ذلك ، فجاء بنص مستقل هو نص المادة الثالثة منه وقرر أنة " إذا كان العقد تجاريا بالنسبة إلى أحد طرفية ، فلا تسرى أحكام القانون التجارى إلا على التزامات هذا الطرف وحده وتسرى على التزامات الطرف الآخر أحكام القانون المدنى ما لم ينص القانون على غير ذلك ".

ومقتضى ذلك أن أحكام القانون التجارى لا تلحق إلا الطرف الذى يعد العمل تجاريا بالنسبة له دون الطرف الآخر، ويستوى في ذلك أن يكون العمل تجاريا بصفة أصلية أم بطريق التبعية .

ويثير العمل المختلط بصفة عامة صعوبة فيما يتعلق بالمحكمة

المختصة بنظر النزاع والقانون الواجب التطبيق على هذا النزاع وهو ما سوف نشير إليه .

١- تحديد المحكمة المختصة :

٩٧- فى خصوص تحديد المحكمة المختصة فى النزاع المتعلق بالعمل المختلط ، إستقر الرأى[١] على أن ينظر إلى طبيعة العمل بالنسبة للمدعى والمدعى عليه . فإذا كان العمل بالنسبة للمدعى تجاريا وبالنسبة للمدعى علية مدنيا يجب رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية . أما إذا كان العمل مدنيا بالنسبة للمدعى وتجاريا للمدعى عليه جاز رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية أو المدنية .

وتطبيقا لذلك إذا رفع تاجر دعوى على أحد عملائه المستهلكين لمطالبته بقيمة ما تم توريده إلية وجب عليه رفع تلك الدعوى أمام المحكمة المدنية . أما إذا كانت الدعوى مرفوعة من المستهلك على التاجر بخصوص نزاع حول قيمة البضائع التى وردت إلية ، فإن المدعى المستهلك له الخيار بين رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية أو المدنية .

ويلاحظ أن الحكم الخاص بتمكين المدعى غير التاجر من رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية رغم تجارية النزاع بالنسبة للمدعى عليه التاجر، فيه خروج على القاعدة العامة فى تحديد الاختصاص تبعا لصفة المدعى عليه والتى بمقتضاها أن يرفع المدعى المدنى دعواه ضد التاجر أمام المحكمة التجارية . ولعل الحكمة من ذلك عدم إجبار المدنيين فى عرض نزاعهم على محاكم تجارية لم يألفوا التوجه إليها . ويعتبر القضاء

---

(١) هوان السابق رقم ٧٢ ص٨٤ . ريبير رقم ٣٣٨ و ٣٤٥ .

الفرنسى مستقرا على ذلك[١] . ورغم تعلق الاختصاص النوعى بالنظام العام إلا أن القضاء الفرنسى يحترم الاتفاق على خلاف هذه القواعد .

ففى فرنسا حيث يسود نظام الاختصاص المزدوج يجوز للمدعى غير التاجر رفع الدعوى أما المحكمة المدنية أو التجارية ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك[٢] ، فإذا اتفق الأطراف على رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية كان على غير التاجر أن يرفع دعواه أمام المحكمة التجارية .

وتجدر الإشارة إلي أن المحكمة المختصة في مصر حالياً بالنسبة للمنازعات الناشئة عن بعض القوانين المحددة هي المحكمة الاقتصادية طبقاً للقانون رقم ٢٠٠٨/١٢٠ والذي بدأ تطبيقه في أول أكتوبر ٢٠٠٨ ، وقد حددت المادة السادسة من هذا القانون القوانين الخاضعة لهذا الاختصاص . واختصاص المحاكم الاقتصادية هو اختصاص نوعي متعلق بالنظام العام .

٢- القانون الواجب التطبيق :

٩٨- فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العمل المختلط فإنه ينظر إلى طبيعة النزاع وليس المحكمة المختصة ، بمعنى أن القانون

---

(١) نقض فرنسى جلسة ١٩٦٨/٦/١١ المجلة الفصلية للقانون التجارى - ١٩٦٩ ص ٥٤٣. وكان النزاع يتعلق بمطالبه التاجر بمستحقاته قبل صاحب بستان نتيجة قيام الأول بإنشاء بيوت لنباتات ، وكانت محكمة باريس التجارية قد حكمت بعدم الإختصاص لتعلق النزاع بعقار ، إلا أن محكمة النقض قبلت الطعن وقررت أنة طالما أن النزاع بين تاجر وغير تاجر فإنه يجوز الإتفاق على مخالفه أحكام الإختصاص لصالح الإختصاص التجارى .

(٢) نقض فرنسى د . المدنية جلسة ٤٣/٦/٢٢ - دالوز ١٩٤٤ - ٨٣ ومحكمة بواتييه جلسة ١٩٨١/١/٨ - الجازيت - ١٩٨١ -١-٣٨٧ مع تعليق روزييه .

المدنى يطبق على الجانب المدنى من العملية حتى ولو كان النزاع معروضا أمام المحكمة التجارية، كما يطبق القانون التجارى على جانب التجارى منها[١] . وقد نص صراحة على ذلك قانون التجارة رقم١٧ لسنة ١٩٩٩ وقرر فى المادة الثالثة منه سريان أحكام القانون التجارى على التزامات الطرف الذى يعد العمل تجاريا بالنسبة لـــه وحده وسريان أحكام القانون المدنى على التزامات الطرف الآخر وذلك ما لم ينص القانون على غير ذلك.

وتطبيقا لذلك إذا أراد المدعى الذى يعتبر العمل تجاريا من جانبه أن يثبت دعواه فى مواجهة المدعى عليه غير التاجر الذى يعتبر العمل مـــدنيا بالنسبة له ، فإنه يجب على المدعى المذكور أن يتبع فى ذلك طرق الإثبات المدنية . وقد حكم تطبيقا لذلك أنة لا يجوز لورثه التاجر أن يثبتـــوا ضـــد شخص غير تاجر وقائع خاصة به بالبينة عن عقـــد لا يجـــوز إثباتـــه إلا بالكتابة[٢] . أما إذا أراد المدعى الذى يعتبر العمل مدنيا من جانبه ، إثبـــات

---

(١) ريبير رقم ٣٤٥ ، هوان رقم ٧١ رقم ٨٣ .

(٢) نقض جلسة ٨ ديسمبر ١٩٦٠ لسنة ١١ ص٦٣٥ رقم ١٠٣ .
حيث قررت المحكمة أنة متى كان التعاقد بين تاجرين ولأعمال تجارية اتبعت فى إثباته وسائل الإثبات التجارية ، وإن كان بين تاجر وغير تاجر أو بين تاجرين ، ولكن لأعمال لا تتصل بالتجارة أو مدنية بطبيعتها أتبعت فى إثباته وسائل الإثبات التجارية بالنسبة للتاجر ووسائل الإثبات المدنية لغير التاجر أو بالنسبة للتاجر الذى يعتبر العمل مدنيا من ناحيته . جلسة ١٣مايو ١٩٣٧ – المجموعة لسنة ٢، ص رقم ٥٦ ، أيضا جلسة ١١ نوفمبر ١٩٦٩ المجموعة السنة ٢٠ رقم ١٨٣ .
كما طبقت محكمة النقض المصرية مبدأ حرية الإثبات فى إثبات عقد قرض من جانب المقترض المدنى ، جلسة ١٦ يونيو ١٩٧٨ ص١١٨١ وبذات المعنى نقض فرنسى جلسة ١٩٨٠/١١/٤ دالوز ١٩٨٠ ص٢٦٠ .وأيضا نقض جلسة ٦٩/١١/١١ طعن رقم ٣٥/٣١١ق حيث قررت المحكمة وجوب إتباع قواعد الإثبات المدنية إذا كان التصرف بالنسبة للدائن تصرفا مدنيا ولو كان بالنسبة للمدين تصرفا تجاريا.
أيضا نقض فرنسى الدائرة التجارية جلسة ١٢ أكتوبر ١٩٨٢ دالوز سيرى ١٩٨٤ وجلسة ٢٥ أبريل ١٩٨٣ دالوز سيرى ١٩٨٤ ، ريبير رقم ٣٤٥ .==

صفقة فى مواجهة المدعى علية التاجر فإن له إتباع طرق الإثبات التجارية، إذ العبرة فى هذا الخصوص بطبيعة العمل بالنسبة لمن ستتخذ قواعد الإثبات فى مواجهته[١]. وقد حكم فى فرنسا أنة بالنسبة لشكل الإعذار ومقدار الفائدة القانونية والتضامن ، فإنة يجب الإعتداد بطبيعة العمل ومدى تجارته بالنسبة للمدين فى الإلتزام[٢] .

=وحكم فى فرنسا بضرورة إتباع وسائل الإثبات المدنية وتطلب الكتابة فيما يزيد على ٥٠ فرنك ضد غير التاجر وعدم قبول إثبات عكس الكتابة بشهادة الشهود نقض مدنى جلسة ٢٣ مايو سنة ١٩٧٧ الباتان المدنى ١ رقم ٢٤٦ رقم ١٩٣ وبالمجلة الفصلية ١٩٧٧ – ٧١١ مع تعليق ديروبيه ، راجع هوان رقم ٧٣ ص ٨٥ .

(١) استئناف القاهرة – الدائرة التجارية الأولى –جلسة ١٩٥٠/٤/٦ قضية رقم ١٢/٣٥ ق ، الموسوعة المشار إليها للأستاذ / عبد المعين جمعه ص٦٣ . كذلك حكم إستئناف القاهرة – الدائرة التاسعة التجارية جلسة ١٩٥٦/٤/١٠ قضية رقم ٤٠ سنة ٧٣ق المرجع السابق ص٧٥ حيث لم تجز المحكمة للمستأنف التاجر الإثبات بدفاتره التجارية ضد غير التاجر.

نقض فرنسى الدائرة الإجتماعية جلسة ١٩٩٢/٣/٥ – مشار إلية بمؤلف ريبير رقم ٣٤٥ .

(٢) نقض فرنسى دائرة تجارية جلسة ١٩٦١/١٢/٥ دالوز ١٩٦٢ –٨٨ .

ومع ذلك يلجأ القضاء الفرنسى أحيانا إلى مساواة التاجر بخصمه غير التاجر والسماح له بإثبات دعواه بكافه الطرق مستندا فى ذلك إلى وجود مانع أدبى يجعل التاجر يأخذ دليلا كتابيا على عملائة غير التجار ، راجع ريبير رقم ٣٤٥ .

ويسير قضاء النقض الفرنسى على ذلك . ويستند القضاء على قانون ١٢ يوليو سنة ١٩٨٠ والذى يعفى التاجر من الإثبات بالكتابة فى حالة وجود مانع أدبى (م ١٣٤٨ مدنى بعد تعديلها) نقض تجارى – جلسة ١٩٨٢/١٠/١٢ – بلتتان النقض ١٩٨٢ رقم ٣١٢ وبالمجلة الفصلية ١٩٨٤ – ٣٢٤ – مع تعليق هيمار.



الباب الثانى

التاجـــــر

تمهيد :

٩٩- تنص المادة العاشرة من قانون التجارة على أنة " يكون تاجرا :

١- كل من يزاول على وجه الاحتراف بإسمه ولحسابه عملا تجاريا . ٢- كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالشركات أيا كان الغرض الذى أنشئت من أجله " .

ويتضح من هذا النص أن صفة التاجر تلحق من يقوم بالأعمال التجارية بشرط أن تكون مزاولتها على وجة الاحتراف وأن تتم هذه الأعمال بإسمه ولحسابه . كما تلحق صفة التاجر كل شركة تتخذ أحد أشكال الشركات التجارية سواء كان غرضها تجاريا كشركات تجارة البضائع بالجملة أو مدنيا كشركات مزاوله المهن الحرة .

ولما كان تحديد صفة التاجر يتوقف على تحديد الأعمال التجارية التى يزاولها على وجه الاحتراف بمعنى أن احتراف هذه الأعمال هو الذى يكسبه صفة التاجر ، فإن المشرع أورد تفصيل هذه الأعمال فى الفصل الأول من الباب الأول من قانون التجارة والخاص بالأحكام العامة للتجارة بوجه عام . وقد سبق لنا دراسة هذه الأعمال بالباب الأول من هذا المؤلف.

أهمية تحديد صفة التاجر:

١٠٠ - أخذ قانون التجارة بالنظريتين الشخصية والموضوعية فى الوقت ذاته عند ذكره للأعمال التجارية . وقد عنى المشرع بالنظرية الشخصية ليس فقط فى اعتبار جانب من الأعمال تجارية على أساس

الاحتراف وتحديد صفة التاجر فى ضوئها ، وإنما فى بيان الأحكام الخاصة بهذه الحرفة والالتزامات الواجب إتباعها على من يقوم بها .

ومن الأمثلة على ذلك إلتزام التاجر بمسك الدفاتر التجارية والقيد بالسجل التجارى، ويخضع التجار لضريبة خاصة هى ضريبة الأرباح التجارية والصناعية[١] كما لا يشهر إفلاس سوى التاجر[٢] كقاعدة عامة[٣]. وبالإضافة إلى ذلك لا تطبق نظرية الأعمال التجارية التبعية إلا بالنسبة للتجار ، كما تتمتع طائفة التجار ببعض الحقوق دون غيرهم مثل الانتخاب والترشيح للغرف التجارية أو أعضاء بالمحاكم كما هو الحال فى التشريعات التى تأخذ بالقضاء التجارى كفرنسا .

تقسيم :

١٠١- سوف نتناول فى هذا الباب دراسة تحديد صفة التاجر ثم الإلتزامات التى تترتب على هذه الصفة وذلك كل فى فصل مستقل .

---

(١) قانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون الضرائب على الدخل .

(٢) المادة (٥٥٠) تجارى .

(٣) راجع المادة (٧٠٤) تجارى.

الفصل الأول

تحديد صفة التاجر

تمهيد وتقسيم :

١٠٢- وفقا للمادة العاشرة من قانون التجارة يعتبر تاجرا كل من يزاول الأعمال التجارية على وجه الاحتراف بإسمه ولحسابه وكل شركة تتخذ أحد الأشكال التجارية طبقا لقوانين الشركات أو المتعلقة بها .

ويتبين من ذلك أنه بالنسبة للتاجر الفرد ، لا يرتبط تعريفه بانتمائه إلى هيئة أو حرفه أو طائفة معينة ، وإنما يرتبط بطبيعة العمل الذى يزاوله، ذلك أن احتراف العمل التجارى هو أساس اكتساب هذه الصفة . بمعنى أنة يشترط احتراف الشخص للعمل التجارى . وقد سبق لنا دراسة الأعمال التجارية بالباب الأول .

ويشترط إلى جوار احتراف الشخص لمزاوله الأعمال التجارية أن يقوم بها بإسمه ولحسابه . وقد أوضح المشرع التجارى هذا الشرط وهو ما كان مستقرا عليه فقها وقضاء فى ظل المجموعة التجارية الملغاة رغم عدم وجود نص بهذه الأخيرة .

هذا ويجب أن يتمتع من يزاول الأعمال التجارية على وجه الإحتراف بالأهلية القانونية لمزاوله هذه الحرفة .

وسوف نتناول دراسة شروط اكتساب صفة التاجر وهى الاحتراف ومزاولـــه هذا الاحتراف بإسم التاجر ولحسابه وأخيرا الأهلية القانونية لمزاوله التجارة ، وذلك كل فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

الإحتراف

مفهوم الاحتراف :

١٠٣- يعتبر الشخص محترفا لمهنة معينة إذا ما باشر القيام بها بصفة مستمرة ومتكررة بحيث يمكن اعتبارها مهنته الرئيسية التى يرتزق منها . أما القيام بالعمل التجارى بصفة عارضة فلا يكسب صاحبة صفة التاجر ، وإن كان عمله يخضع لأحكام القانون التجارى إذا كان من الأعمال التجارية بطبيعتها .

وتعتبر فكرة الاحتراف غامضة إلى حد ما ، فليس كل تكرار للعمل التجارى يعد احترافا . ولذلك نادى البعض بفكرة المضاربة لتمييز المقصود بالاحتراف الذى يكسب صاحبة صفة التاجر . وعلى أساس فكرة المضاربة إعترف القضاء بصفة التاجر للشخص الذى يحترف عمليات المضاربة فى البورصة . ولكن فكرة المضاربة لم تكف كمعيار لتحديد الاحتراف كما لم تصلح من قبل كمعيار لتحديد العمل التجارى . ولجأ البعض الآخر إلى وضع معيار للحرفة أكثر موضوعية وهو فكرة المشروع entreprise أو فكرة المحل التجارى والعملاء . فوفقا لهذا الرأى إذا أقام شخص مشروعا تجاريا كإقامة مشروع صناعى أو مشروع لأعمال النقل أو مقاولات المبانى كانت حرفته تجارية وأعماله أيضا تجارية لتعلقها بنشاط المشروع . بمعنى أن المشروع التجارى هو الذى يضفى الصفة التجارية على الأعمال التى تدخل فى نشاطه كما يضفى صفة التاجر على من يباشر هذه الأعمال .

على أن هذا المعيار لا يكفى لتحديد فكرة الاحتراف ، ذلك أن الشخص يمكن أن يكتسب صفه التاجر وفقا لأحكام القانون الوضعى دون اشتراط ملكيته لمشروع أو محل تجارى ، وقد حكم بأن مباشرة الحرفة التجارية

بحسب الظاهر تكفى لتطبيق أحكام القانون التجارى[١] .كما قد يمتلك الشخص محلا ، أو مصنعا ولا يعد مع ذلك تاجرا ، كما هو الحال بالنسبة لأصحاب الحرف الذين يجب التفرقة بينهم وبين التجار كما سبق أن رأينا[٢]. هذا بالإضافة إلى أن فكرة المشروع رغم وجاهتها واتفاقها مع المنطق لا تكفى وحدها لتحديد الحرفة التجارية وفقا لنصوص قوانين التجارة الحالية سواء المصرية أو الفرنسية . فالأعمال التجارية التى حددتها هذه التشريعات، منها ما لا يشترط أن تتم فى شكل مشروع لتعتبر أعمالا تجارية أو لتكسب القائم بها صفة التاجر.وإنما يكفى مزاوله العمل على وجه الاحتراف حتى يعتبر القائم به تاجرا .

ويعرف الفقه الاحتراف بأنه توجيه النشاط على نحو رئيسى ومعتاد إلى القيام بالأعمال التجارية بقصد الحصول على الربح[٣] .

الاعتياد والاحتراف :

١٠٤ – إن إعتياد الشخص القيام بعمل معين Habituellement لا يرفعه إلى مرتبة المحترف فى جميع الأحوال ، بل يجب علاوة على هذا الاعتياد أن يتخذ من هذا العمل نشاطه الرئيسى الذى يعتمد عليه فى كسب رزقه، بمعنى أن يقوم به على سبيل الإحتراف professionnellement ، فإذا إعتاد المزارع مثلا شراء محصولات غيره من المزارعين فى بعض

---

(١) حكم محكمة رين الفرنسى فى ١٦ يناير ١٩٥٩ ، دالوز – ١٧٧ .

(٢) انظر ما سبق رقم ٧١ .

(٣) ريبير رقم ١٣٦ وما بعدها . فى هذا الخصوص أيضا د. أكثم الخولى رقم ١٥٨ ص ١٦٣ ، د. سمير الشرقاوى رقم ١٦٨ ص ١٧٥ . ويعرف د. محسن شفيق الإحتراف بأنه ممارسة الأعمال التجارية بصورة منتظمة ومستمرة واتخاذها مهنه للحصول على الربح . الموجز رقم ٩٤ .

المواسم لبيعها وتحقيق ربح من فروق الأسعار ، فإنه لا يعتبر محترفا للقيام بالأعمال التجارية ، ذلك لأنة لا يعتمد أساسا فى عمله على حرفة التجارة بل على مهنته الرئيسية كمزارع .

أما إذا وصل اعتياد الشخص فى مباشرته للعمل التجارى إلى درجة يمكن اعتباره فيها معتمدا اعتمادا أساسيا عليه ، فلا شك فى توافر الإحتراف حتى ولو كان للشخص مهنه أخرى . وتطبيقا لذلك إذا كان المزارع إلى جوار مهنته المدنية ، يقوم بالاتجار فى الأقمشة ولدية مصنع يضارب فيه على الآلات والعمال ، فلا شك فى أنه يعتبر تاجرا على أساس احترافه القيام بالأعمال التجارية .

واشتراط التكرار لا يعنى بالضرورة القيام بالعمل مئات المرات بل يكفى أن يكون التكرار كافيا لاعتبار الشخص معتمدا على هذا العمل فى رزقه الأساسى ولو قام به الشخص مرات قليلة نتيجة لطبيعة التجارة التى يقوم بها . وقد حكم بأنة متى كان الشخص يباشر شراء الأقطان فعلا فى كل موسم للاتجار بها فهو تاجر[١] .

على أن اشتراط التكرار فى جميع الحالات لاكتساب صفة التاجر لا يتفق والواقع فى جميع الحالات ، فقد تتوافر فى الشخص صفة التاجر دون تكرار العمل أو الاعتياد عليه كما الحال بالنسبة للمشروع الفردى الذى يبدأ فى مباشرة استغلاله الأعمال التجارية ، أو الشركة ذات الشكل التجارى التى تباشر أعمالها بمجرد تكوينها واكتسابها الشخصية المعنوية . فما من شك أن الشخص يكتسب صفة التاجر فى الحالة الأولى بمجرد البدء فى

---

(١) استئناف القاهرة – الدائرة التجارية جلسة ٣٥٤/٣٠ قضية ٣١٩ سنة ٧٠ق – موسوعة القضاء التجارى لعبد المعين جمعه ص ٨٠ .

الاستغلال ، كما تكتسب الشركة هذه الصفة بمجرد تكوينها وقيام الشخص المعنوى . ولذلك لا يشترط فى مثل هذه الحالات سبق تكرار القيام بالأعمال التجارية أو الاعتياد عليها وفقا للتفصيل السابق شرحه[١] .

تعدد الحرف والمحظور عليهم احتراف التجارة :

١٠٥ – قد يحدث أن يكون للشخص أكثر من حرفه ، كأن يباشر أحد الأفراد إحتراف التجارة إلي جوار مهنة أخري كالزراعة والتدريس أو الفن ، وفي هذة الحالات لا أثر لتعدد الحرف علي إكتساب صفة التاجر طالما توافرت شروطها[٢] .

واذا كانت هناك فئة من الأشخاص ممنوعة من مباشرة التجارة بواسطة قوانين مهنهم كما هو الحال بالنسبة للمحامين والأطباء والمهندسين والوزراء و أعضاء هيئة التدريس والمعيدين بالجامعات وموظفي الدولة[٣] ، ومع ذلك قاموا بمباشرة التجارة بصفة مستمرة

---

(١) ولهذا السبب يرى د. محمد حسنى عباس " أن شرط القيام بأعمال تجارية يأتى فى مرتبة ثانوية إلى جوار شرط إحتراف التجارة ، فالحرفة التجارية أو الغرض التجارى هو الشرط الجوهرى ، كما أن الحرفة تكفى بذاتها لتكوين صفة التاجر" القانون التجارى ص٢٠٠ .

(٢) نقض جلسة ١٥/٣/ ١٩٦٦ – السنة ١٧ ص ٥٧٧.
وقد حكمت محكمة إستئناف القاهرة أنه متي ثبت أن الشخص تاجر يزاول التجارة ويتخذها حرفته الاصلية فليس ثمه ما يمنع من أن يباشر الي جانبها عملا آخر أو أكثر كأن يباشر أشغالاً زراعية ويعمل موظفا بالحكومة في الوقت ذاته .
الدائرة التجارية الاولي . جلسة ١٩٧٣/٤/٢١ قضية رقم ١٩ سنة ٧٠ قضائية ، الموسوعة ص ٨٣.

(٣) المادة ١٤/٧٧ ه من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٨ المعدل بالقانون ١١٥ لسنة ١٩٨٣ ، التي تقضي بأنة " يحظر علي العامل بالذات أو بالواسطة .. أن يزاول أي أعمال تجارية وبوجه خاص أن يكون لـه مصلحة في أعمال أو مقاولات أو منقاصات تتصل بأعمال وظيفته .==

ومعتادة ، فما من شك في إكتسابهم صفة التاجر ، وخضوعهم لواجبات التجارة . والحكمة من اعتبار هؤلاء الموظفين تجارا هي حماية الغير الذي يعتمد علي الوضع الظاهر، وعدم إفادة الشخص من تقصيره بمخالفته قوانين مهنته ثم المطالبة بإعفائه من إلتزامات التجار وعدم خضوعهم لنظام شهر الإفلاس .

وفي مصر في ظل المجموعة التجارية الملغاة ورغم عدم وجود نص ، كان القضاء مستقرا علي ذلك . وقد حكم بأن الأشخاص المحظور عليهم مباشرة التجارة بمقتضي قوانين أو لوائح كالمحامين والأطباء والموظفين يكتسبون صفة التاجر متي مارسوا التجارة مخالفين بذلك الحظر ، ومن ثم فليس ما يمنع من شهر إفلاسهم[١] . ولا يحول ذلك دون مجازاة الموظف أو المهني الذي يمارس التجارة تأديبيا وفقا لقانون نظام

== ويلاحظ في هذا الخصوص أنة وفقا للرأي الراجح يعتبر المقصود بتحريم مباشرة التجارة وفقا لهذه القوانين ، تحريم إحتراف القيام بالأعمال التجارية وليس تحريم القيام بالعمل التجاري كلية ، بمعني أن هؤلاء الأشخاص يمكنهم الاكتتاب في أسهم شركات المساهمة او الإشترك في شركات التوصية باعتبارهم شركاء موصين.د. اكثم. الموجز رقم ١٦٦ ص ١٩١ .د. محسن شفيق ص ٨٥ ، د. مصطفي طه ص ١٠٧.

(١) استئناف القاهرة ، جلسة ١٩٦١/١٢/١١ استئناف رقم ٤٨٦ سنة ٧٨ ق. المجموعة الرسمية. المكتب الفني . العدد الأول – س٦٠ ص ٦٢٢ رقم ٨٠. كذلك نقض جلسة ١٩٦٢/٤/٢٨ طعن رقم ٣٦٢ سنة ٢٦ ق ص٥٢٨ قاعدة رقم ٨٠ . وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا (طعن رقم ٢٢١ لسنة ٤ق عام ١٩٧٨ حكم غير منشور) بأن حظر المشرع علي العاملين بموجب نظام العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ٧١ (القانون الملغي) ممارسة بعض الأعمال إطلاقا حيث ورد الحظر بشأنها شاملا كاملا لا سبيل فيه الي ترخيص ولا منفذ إلي استثناء مثل مزاولة الأعمال التجارية أو المضاربة في البورصات أو لعب القمار في الأندية والمحال العامة (م ١١/٥٣) مثل تلك المحظورات مما يمتنع علي الموظف إتيانه في جميع الحالات ، فلا يعفية من هذا الواجب أو يقيلة من مسؤولياته إذن الجهة الإدارية أو ترخيص الوزير المختص ذلك أن هذا الإذن أو الترخيص ينصب علي غير محل فلا يرفع المسئولية أو يعفي من العقاب.

العاملين المدنين بالدولة أو وفقاً للوائح المهنة .

وقد تضمن قانون التجارة السابق الإشارة إليه نصا صريحا في اعتبار من يزاول التجارة من الأشخاص المحظور عليهم الاتجار بمقتضي قوانين أو لوائح أو أنظمة خاصة تاجرا، كما تسري علية أحكام القانون التجاري (المادة ١٧) .وخيرا فعل المشرع بتقنين ما استقر علية الفقه والقضاء في هذا الخصوص .

هذا ولا يمنع تعدد الحرف واكتساب الموظف صفة التاجر من توقيع الجزاء المنصوص علية في قوانين المهنة كالفصل أو الإيقاف من الخدمة أو شطب الإسم من جدول القيد كالمحامي[١] .

وبناء علي ما سبق قد يكون الشخص تاجراً ومزارعاً، أو تاجراً وموظفا، أو تاجرا وطبيبا[٢] . وفي هذة الحالة يطبق القانون التجاري علي أعمال الشخص التجارية والقانون المدني علي أعماله المدنية . إلا أنه إذا

---

(١) نقض تجاري في ٢ فبراير سنة ١٩٧٠ منشور j.C.P ٢-١٦٣١٣

(٢) وفي هذة القضية أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة إكس التي قررت أن موثقي العقود يتلقون مبالغ طائلة من عملائهم ويقرضونها بفوائد ، ولأن تكرار قيامهم بهذا العمل ، والذي يعتبر عملا من أعمال البنوك ، يكسبهم صفة التاجر . ريبير رقم ٢٥٠ وقد عالج المشرع الكويتي هذه الحالة بنص صريح في المادة ٣/١٤ من قانون التجارة الذي يقضي بأن يعتبر كل من يزاول التجارة من الأشخاص المحظور عليهم الاتجار بموجب قوانين أو أنظمة خاصة ، تاجرا كما تسري علية أحكام قانون التجارة . راجع مؤلفنا القانون التجاري الكويتي السابق الإشارة إليه ص ١٤١ .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بالقاهرة أنة" يجوز أن يكون الشخص طبيب أسنان وتاجراً في الوقت ذاته وعلي ذلك إذا احترف طبيب أسنان عملية القرض وإستكتب المدينين أوراقا تجارية بالمبلغ محل القرض فإنه يعتبر تاجرا ويمكن شهر إفلاسه . استئناف مختلط ١٩٣٤/٤/٤ بلتان السنة ٢٣٦.

توقف عن دفع ديونه التجارية وشهر إفلاسه نتيجة لذلك ، فإن آثار الإفلاس تنصرف الي كامل ذمته المالية ، لأن المشرع المصري شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي لا يأخذ بمبدأ تعدد الذمم المالية الذي أخذت به بعض الدول والذي بمقتضاه يستطيع التاجر أن يحدد مسئوليته عن ديونه التجارية في حدود مبلغ معين(١) .

تقدير توافر شرط الاحتراف:

١٠٦- إن تقدير ما إذا كان الشخص محترفا للأعمال التجارية أم غير محترف ، واستخلاص القرائن الدالة علي ذلك ، مسألة موضوعية يختص بها قاضي الموضوع ، وله في ذلك مطلق التقدير ، ولا رقابة عليه في هذا من محكمة النقض . علي أنه إذ لم يكن لمحكمة النقض مراقبة صحة الوقائع التي استخلصها القاضي لتوافر شرط الاحتراف إلا أنها تراقب تكييف هذه الوقائع قانونا، أي تراقب الوصف القانوني الذي أعطاه القاضي للشخص علي ضوء ما تم استخلاصه من أدلة وقرائن(٢) .

والقرائن علي احتراف التجارة كثيرة ، منها مثلا فتح محل تجاري، يميزه إسم تجاري ويميز بضائعة علامة تجارية ، أو استثمار مبالغ ضخمة في التجارة أو الاستعانة بالائتمان أو القيد بالسجل التجاري واستعمال

---

(١) راجع بحثا بعنوان " المشروع الفردي محدود المسئولية " ضمن مجموعة الأبحاث المقدمة في مؤتمر شركات القطاع الخاص المنعقد خلال الفترة ٢٤ مارس ١٩٨٠ حتي ٢٧ منه تحت إشراف الهيئة العامة للاستثمار . وجدير بالذكر أن مشروع قانون الشركات الموحد أخذ بفكرة شركة الشخص الواحد.

(٢) نقض في ١٩٦٦/٣/١٥ طعن رقم ١٣٥ سنة٣١ ق . اذ قررت المحكمة سلطة قاضي الموضوع في استنباط القرائن . وان استدلال الحكم علي توافر صفة التاجر بقرائن يكمل بعضها بعضا . عدم جواز مناقشة كل قرينة علي حدة .

فواتير مطبوعة ... الخ . علي أنه يمكن استخلاص احتراف الشخص من أدلة أخري خاصة وأن المشرع شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي لا يفرق بين صغار التجار أو كبارهم[١] إذ لا يشترط لاكتساب صفة التاجر أن يملك محلا تجاريا كما هو الحال بالنسبة للبائعين المتجولين والسماسرة والوكلاء بالعمولة . وقد حكم بأن غلق المحل التجاري وقت الإعلان عليه لا يفيد بذاته انتهاء النشاط التجاري ، كما أن عدم وجود المحل التجاري لا يدل علي اعتزال التجارة[٢] .

ويعتبر القضاء الفرنسي مستقرا علي اعتبار المدين التاجر متمتعا بصفة التاجر حتي لحظة تسجيل اعتزال التجارة . كما يعتبر القضاء مستقرا علي أن توقف التاجر عن دفع ديونه يرجع إلي تاريخ سابق علي تسجيل اعتزال التجارة. وتعتبر هاتين القرينتين غير قابلتين لإثبات العكس[٣] .

وإذا كان المشرع لا يعتد في إكتساب صفة التاجر بحجم المشروع ،

---

(١) مع مراعاة ما سبق شرحه في شأن أصحاب الحرف . بند ٧١.

(٢) نقض في ١٩٦٦/١/١٤ ، طعن رقم ٣٥٨ السنة ٣ق .ص ٣٢ .

(٣) حكم محكمة باريس جلسة ١٩٦٧/٦/٢٩ . المجلة الفصلية ١٩٦٨ ص ١١٣٥ مع تعليق هيوم .

وقررت محكمة باريس في هذه القضية شهر إفلاس الشريك المتضامن لعدم وجود قيد بالسجل التجاري يفيد اعتزاله التجارة من الشركة المفلسة ، وهي قرينة لا تقبل إثبات العكس.

وأيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم وقررت أنه يجب عدم الخلط بين قرينة التجارية التي ترتبط بالقيد أو بفكرة السجل التجاري والتي تقبل إثبات العكس ، وبين القاعدة القائلة بأن فقد صفة التاجر لا يحتج بها في مواجهة الغير إلا منذ لحظة إعلان هذا القيد.

نقض تجاري جلسة ١٠ فبراير ١٩٧٠ دالوز ١٩٧٠-٤٤١ أيضاً بالمجلة الفصلية ١٩٧٠ ص ٦٧٢.

أو ضخامة رأس المال إلا أنة أعفي صغار التجار من مسك الدفاتر التجارية أو القيد بالسجل التجاري كما سنري .

المبحث الثاني
مباشرة الأعمال التجارية بإسم ولحساب التاجر

تمهيد :

١٠٧- لاكتساب صفة التاجر يشترط أن يقوم الشخص بمباشرة الأعمال التجارية بطريق الاحتراف بأسمه ولحسابه الخاص . وكان الفقه[١] والقضاء[٢] مستقرين في ظل المجموعة التجارية الملغاة علي اشتراط إحتراف التاجر لأعمال تجارية بإسمه ولحسابه[٣] ، ذلك أن التجارة مؤسسة علي الائتمان الذي هو عنصر شخصي بطبيعته يتحمله شخص القائم بالتصرف . وجاء نص قانون التجارة المصري بالمادة (١٠) منه واضحا في اشتراط مزاولة الشخص للأعمال التجارية علي وجه الاحتراف وبأسمه ولحسابه .

ويقصد بمباشرة التصرفات التجارية باسم ولحساب التاجر أن يكون الشخص مستقلا عن غيرة في مباشرة هذه التصرفات ، ويتحمل نتائجها ، فتعود عليه الأرباح ويتحمل الخسائر ، فالاستقلال l'indepandence هو شرط ضرورى للتكييف القانوني لحرفة التاجر .

---

(١) د. محمد سامي مدكور . أحكام القانون التجاري سنة ١٩٧٠ ص ٨٤ ويعتبر هذا الشرط مستقرا عليه في الفقه الفرنسي أيضاً . هو أن رقم ٨٦ ص ٩٧ .

(٢) حكم استئناف القاهرة . أول أغسطس ١٩٣١ . محاماة – ٦٢ – ٥٤٤ .

(٣) ينص تشريع التجارة الكويتي صراحة علي هذا الشرط في المادة ١٦/١٠

راجع مؤلفنا قانون التجارة الكويتي السابق الاشارة اليه ص ١٤٤ رقم ٢٠٥ .

وبناء علي ذلك إذا باشر شخص التجارة بإسم ولحساب الغير فإنه لا يعتبر تاجرا ، كما هو الحال بالنسبة لطائفة الأشخاص التي تساعد التجار والشركات التجارية في مباشرة أعمالهم التجارية وذلك علي التفصيل الذى سيأتى .

١- مدير الشركة[١] :

١٠٨- لا يعتبر مدير شركة المساهمة أو ذات المسئولية المحدودة أو المدير غير الشريك في شركات الأشخاص تاجرا ، لأنة يباشر الأعمال التجارية بإسم ولحساب الشركة . فالشركة فقط هي التي تكتسب صفة التاجر[٢] . وإذا كان الأمر يختلف بالنسبة للمدير الشريك في شركة التضامن فذلك يرجع إلى أنه شريك وليس مديرا . فالشريك المتضامن في شركات الأشخاص أو التوصيه يكتسب صفة التاجر لإنه يباشر الأعمال التجارية بإسمه ولحسابه وتعود علية أرباح وخسائر المشروع . فهو مسئول مسئولية غير محدودة في كل ذمته المالية علي خلاف الشريك المساهم أو الموصي الذي لا يتحمل خسائر المشروع إلا في حدود ما ساهم به فقط .

وإذا قام مدير إحدى الشركات بعمليات تجارية لحسابه الخاص تحت ستار الشركة وتصرف فى أموال الشركة كما لو كانت أموالـه الخاصة وحكم بشهر إفلاسها، فإنه[٣] يجوز شهر إفلاسه. وقضى فى فرنسا بأن الشخص

---

(١) Gerant de societé

(٢) وتنص علي اكتساب الشركة صفة التاجر المادة (٢/١٠) من قانون التجارة وذلك أيا كان الغرض الذي أنشئت من لجله الشركة كما سبق القول . راجع ريبير رقم ١٩٣ .

(٣) راجع المادة (٧٠٤) تجارى. فى هذا الخصوص د. هانى عبد الرازق – مسئولية مجلس إدارة شركة المساهمة عن إفلاس الشركة. رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة ٢٠٠٦.أيضاً مؤلفنا أحكام الإفلاس طبعة ٢٠١٢ سالف الذكر .

إذا قام بعمليات تجارية لحسابه الخاص تحت ستار شركة مساهمة يعتبر تاجراً[١].

٢- مستأجر إستغلال المحل التجاري[٢] :

١٠٩- يعتبر مستأجر استغلال المحل التجاري بعناصره المادية والمعنوية والذي يباشر إدارته تاجرا ، لأنة يدير المشروع مستقلا عن المؤجر ، كما أنه يتحمل خسائره وتعود علية أرباحه . أما علاقته بالمؤجر فهي علاقة يحكمها عقد إيجار المحل التجاري وليست علاقة تبعية ناشئة عن عقد عمل[٣] .

٣- مدير الفرع[٤] :

١١٠- إن مدير الفرع الذي يعهد إلية باستغلاله ، ليس بتاجر حتي ولو تمتع ببعض الاستقلال في إدارة هذا الفرع وكانت له سلطة التعاقد مع المستخدمين أو الحرية في مباشرة التصرفات التجارية ، ذلك لأنه في واقع الأمر لا يتحمل خسائر المشروع ولا تعود علية أرباحه ، سواء كانت تربطه بصاحب المشروع علاقة تبعية ناشئة عن عقد عمل أو عقد وكالة . فالتاجر في هذه الحالة هو مالك المشروع الذي تزاول التجارة بإسمه ولحسابه .

---

(١) نقض فرنسى – تجارى جلسة ٢٩ يونيو ١٩٠٩ – دالوز – ١ – ص٣٣٣. أيضاً جلسة ٩ يونيو ١٩٢٨. دالوز – الملخص – ص٣٢٧.

(٢) Location gerance

(٣) راجع بحثنا بعنوان ، تأجير استغلال المحل التجاري " منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، العدد ان الثالث والرابع من السنة ٤٦ لسنة ١٩٧٦ . ومؤلفنا " تأجير المتجر بالجدك ، طبعة ١٩٩١ دار النهضة العربية . كذلك مؤلفنا " المحل التجاري " طبعة ٢٠٠٠ . دار النهضة العربية. أيضاً الباب الثالث من هذا المؤلف .

(٤) gerant succursaliste .

٤- العمال والمستخدمون[١] :

١١١- لما كان عمال التاجر ومستخدموه يقومون بالعمل التجاري باسم ولحساب رب العمل وليس باسمهم فانهم ليسوا تجارا ، ولا يكسب أي منهم صفة التاجر ، إذ تربطهم برب العمل رابطة تبعية يخضعون فيها لتعليمات رب العمل وأوامره . كما أن آثار المشروع تعود علي رب العمل بل انهم ليسوا تجارا حتي ولو كان متفقا علي إشراكهم في الإدارة أو الأرباح ذلك لأنه تربطهم برب العمل علاقة تبعية .

٥- الممثل التجاري[٢]:

١١٢- الممثل التجاري هو الشخص المكلف من قبل التاجر بالقيام بالعمل من أعمال تجارته أو في محل آخر . والممثل التجاري عندما يقوم بالعمل المفوض فيه فإنه يقوم به بإسم التاجر الذي فوضه . ويجب علي الممثل التجاري أن يبرز عند التوقيع اسم التاجر كاملا أو عنوان الشركة إلي جوار إسمه ، كما عليه إضافة ما يفيد أنه يتعامل بالوكالة أو ما يعادلها . أما إذا لم يفعل ذلك كان مسئولا شخصيا عما قام به من أعمال . وفي ضوء طريقة تعامل الممثل التجاري والعلاقة بينة وبين المشروع الذي يقوم بتوزيع منتجاته يتحدد اكتساب صفة التاجر من عدمه . فإذا كانت علاقة تبعية ناشئة عن عقد عمل فلا يعتبر الممثل التجاري تاجرا لأنه يتصرف بإسم ولحساب المشروع وليس لحسابه الخاص[٣].

---

(١) Les employés .

(٢) le representant de commerce .

(٣) راجع مؤلفنا شرح العقود التجارية – طبعة ١٩٩٢ رقم ٩٣ .والوسيط في شرح قانون التجارة – الجزء الثاني طبعة ٢٠٠٧ – دار النهضة العربية .

وفي فرنسا يطلق علي هـؤلاء الممثلـين V.R.P[١] ، ويفتـرض القانون الفرنسي أن الممثل التجاري غير تاجر إذا توافرت شـروط معينـة وليستفيد من المزايا الخاصة بالعاملين والمستخدمين كـالتمتع بالإجـازات السنوية بمرتب والضمان الاجتماعي ... الخ ، بل إن له الحق في المطالبة بتعويض خاص إذا فسخ رب العمل وحدة العقد [٢].

علي أنه إذا فرض وقام الممثل التجاري بأعمال تجاريـة لحـسابه الخاص فليس هناك ما يمنع من إكتسابه صفة التاجر . ومثال ذلـك قيـام الممثل التجاري لإحدي شركات السيارات بإصـلاح وبيـع قطـع الغيـار للعملاء ، أو الممثل التجاري الذي يضمن ديـون عملائـه قبـل الـشركة بالتوقيع علي كمبيالات حيث يعتبر فى هذه الحالة من القائمين بعمـل مـن أعمال البنوك .

أما إذا كانت العلاقة بين الممثل التجارى والمشروع ناشئة عن عقد وكالة كما هو الحال بالنـسبة للوكيـل التجـارى agent commerical ويتمتع فيه الوكيل باستقلال فى تنظيم عمله فإنه لا يعتبر تابعا للمشروع . وكان الأمر يجرى فى فرنسا على عدم اعتباره تاجرا رغـم تمتعـه بهـذا الاستقلال.

والواقع أن اكتسابه صفه التاجر يتوقف على مدى الاستقلال الـذى يتمتع به الوكيل ، فإذا اقتصر عمله على مجرد تمثيل بعض المـشروعات قبل الغير فهو غير تاجر أما إذا باشر تصرفاته لحسابه الخـاص وباسـمه واحتراف هذا النشاط مستقلا استقلالا كاملا عن المشروعات التـى يمثلهـا

---

(١) وهى اختصار للعبارات Voyageurs , represntants et placiers .

(٢) ريبير رقم ٣٧٢ وهوان رقم ٩٠.

وبالتالى يعتبر تاجرا نظرا لاحترافه أعمال الوكالات التجارية طبقا لحكم المادة (٥/د) من قانون التجارة .

وبأخذ حكم الممثل التجارى ممثل شركة التأمين L'agent d'assurance .

٦- **الوكيل بالعمولة**[١]:

١١٣- وتطبيقا لما سبق أيضا يعتبر الوكيل بالعمولة تاجرا لأنه يتعاقد بإسمه الشخصى أمام الغير وإن كان لا يتعاقد لحسابه . وعرفت الوكالة بالعمولة المادة (١/١٦٦) من قانون التجارة بقولها " ١- الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى بإسمه تصرفا قانونيا لحساب الموكل" .

والوكيل بالعمولة بذلك يختلف عن الوكيل المأجور mandataire salarier الذى يتعاقد بإسم غيره أمام الغير وفى حدود الأوامر الصادرة له من الموكل[٢] وتربطه بموكله علاقة تبعية[٣] .

---

(١) Le commissionnaire

(٢) حكم محكمة ليون الفرنسية جلسة ١٩ فبراير ١٩٣٥ دالوز ١٩٣٥ - ٢١٩ رقم ١٩١ ص١١٦ .

(٣) هذا ويلاحظ أن أساس إعتبار الوكيل بالعمولة تاجرا ليس فقط قيامه بالتصرفات بإسمه الشخصى أمام الغير بل لأن المشرع التجارى أصبغ علية صفة التاجر عند احترافه القيام بأعمال تمثيله الغير على هذه الصورة (م الخامسة (د) من قانون التجارة) . راجع بحثنا حول موضوع : الوكالة بالعمولة فى القانون الكويتى السابق .

ومثال الوكلاء بالعمولة ، وكلاء الفنـــانين agents artistiques للمسارح والحفلات وكل من يقوم بالوساطة فى تعاقد الفنانين للمسارح وغيرها، أو الوكيل بالعمولة فى توزيع السيارات أو الثلاجات والأدوات الكهربائية .

وقد اعتبر القضاء الفرنسى الوكيل الخاص[١] الذى يقوم بالحـــضور أمام المحاكم التجارية نيابة عن المتقاضين تاجرا ، وذلك على أساس أنـــة وكيل أعمال Agent d`affaire ، على خلاف المحامين والمحلفـــين ذوى المهن الحرة ، والوكلاء المقبولين أمام المحاكم التجارية بصفة رسمية فهم غير تجار .

ويأخذ حكم الوكيل بالعمولة الوكلاء التجاريون والموزعون الـــذين يحترفون أعمال الوكالة التجارية والتوزيع كذلك السمـــسار le courtier الذي يحترف القيام بأعمال السمسرة حيث يباشر عمله مستقلا عمن يتوسط لصالحهم في التعاقد ،كما أنه لا يتعاقد بإسم الغير أو لحساب الغير في عقود السمسرة التي يجريها مع عملائه راغبي التعاقد .

ولا يعتبر الشخص المكلف من الجهات الحكومية تاجرا . لأنه يباشـــر العمل لحساب الإدارة وليس لحسابه الخاص ٠ كما أن هذه الأعمال تـــدخل فى نطاق وظيفته ولا تأخذ حكم الأعمال التجارية الأخري ولو كانت أعمـــالا تجارية بطبيعتها كما هو الحال بالنسبة لموظفي الخزانة العامة رغم قيامهم بأعمال مصرفية .

---

(١) انظر حكم محكمة باريس جلسة ١٨ أكتوبر ١٩٦٩ منشور بال G.C.P ١٩٧٠ - ١١ - ١٩٦٥ وبالمجلة الفصلية ١٩٧٠ ص٣٤٨ مع تعليق جوفرية .

ويعمم القضاء الفرنسي هذا الحكم علي كل من يساهم في تقديم خدمة عامة دون أن يكون له استقلال كاف في مباشرة هذا العمل . ومن الأمثلة علي ذلك من يبيع طوابع البريد ، ذلك لأنه مقيد بتعليمات الإدارة ويقدم في حقيقة الأمر خدمة عامة . علي أن هذا لا يمنع الشخص من اكتساب صفة التاجر إذا كان يقوم بأعمال تجارية أخري علي سبيل الاحتراف كبيع السجائر والخردوات الي جوار طوابع البريد[١] .

٧- **التجارة المستترة**[٢] :

١١٤- قد يحدث أن يباشر شخص التجارة بإسم شخص آخر أو مختفيا وراء شخص آخر . ويلجا عادة لذلك الأشخاص الذين تمنعهم مهنتهم المدنية كالأطباء والمحامين وغيرهم . ويثور التساؤل عمن يكتسب صفة التاجر في ظل هذه الحالات ، هل هو الشخص القائم بالنشاط التجاري أمام الغير ، أم هو الشخص المستتر أو الخفي الذي توظف أمواله حقيقة في التجارة .

---

(١) ريبير رقم ١٨٦ والأحكام المشار اليها . commerce clandestin

(٢) د. أكثم الخولي . مباديء القانون . ص ١٤٩ رقم ١١٠ د. مصطفي طه . ص ١٠٧ رقم ٩٩ ايضا انظر د. علي البارودي . التجارة اللبناني ص ١١٠.من هذا الرأي كذلك ريبير رقم ٢١٥ . قارن د. على يونس حيث يرى أن " صفة التاجر لا تثبت فى هذه الحالة إلا للشخص الساتر وهو الذى يتعامل بإسمه مع الغير ويظهر أمامه كما لو كان يعمل لحساب نفسه ، لأن دور الشخص المستور يقتصر على توظيف أمواله فى باب من أبواب الإستغلال وذلك لا يكفى لخلع صفة التاجر على أصحاب المال ما دام أن هذه الصفة تتقرر بالنظر لما يقوم به الشخص من نشاط مهنى قوامه إتيان الأعمال التجارية وإتخاذها حرفة له "القانون التجارى ص١٤٠". من هذا الرأى أيضا د. محسن شفيق ـ القانون التجارى طبعة ١٩٦٧ ص٨٥ – ود . على جمال الدين عوض . الوجيز ص٨٥ .

وفقا لرأي غالبية الفقه[١] والقضاء[٢] يعتبر الشخص المستتر أو الخفي تاجرا ويمكن شهر إفلاسه ، طالما أن أمواله هي التي توظف في التجارة ، وهو الذي يتحمل خسائر العمل ويجني أرباحه .

ولذلك يعد تاجر الشريك الوحيد فى شركة وهمية طالما يقوم بأعمال تجارية باسم الشركة وأنه المسيطر على المشروع حيث تندمج ذمته الشخصية مع ذمة الشركة ويسأل بالتالى كالتاجر الفرد عن التزامات الشركة ويجوز شهر إفلاسه. وقد قضى فى فرنسا بأن أموال الشركة الظاهرة هى فى الحقيقة أموال الشريك الوحيد[٣].

أما الشخص الظاهر الذي يمارس العمل التجاري أمام الغير فكان

---

(١) وقد حكم بأنه متى كان الشخص الذى يمارس الأعمال التجارية (صيانة وحفظ السيارات) التى يقصد منها الربح والمضاربة وأنة يتخذ هذه الأعمال حرفة له ومن إسم زوجته ستارا يختفى وراءه ليدفع عن نفسه مغبة عدم سداد ديونه إذا كان تاجرا يبعد عن نفسه الآثار القانونية التى تلحق بالتجار فى حالة التوقف عن دفع الديون ، وما دامت صفة التاجر لزمته ، فإن توقيعه على السندات الإذنية يعتبر عملا تجاريا . استئناف القاهرة – الدائرة الثامنة التجارية . جلسة ١٩٥٨/١٢/٢٢ قضية رقم ٣٣ لسنة ٧٥ ق . موسوعة عبد المعين السابقة ص٨٠.

(٢) محكمة روين الفرنسية جلسة ١٩٦٠/١/١٦ دالوز ١٧٧ – ١٩٦٠. ونقض فرنسي .الدائرة التجارية جلسة ١٩ يناير ١٩٨٢ -٢-٢١٠.
وحكم بأن الشخص الذى يغير اسمه وهو وكيل عمن أعاره اعتبرت وكالته مستترة. الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٧١ق – جلسة ٢٠٠٢/٤/١١ المستحدث من المبادىء التى قررتها الدوائر التجارية والضرائب بمحكمة النقض من أول أكتوبر ٣٠ سبتمبر ٢٠٠٢ ص٧ . أيضاً طعن رقم ٤٥٤ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٢/٢١ المجموعة ١ السنة ٢٥ ص٤٠٤.

(٣) نقض تجارى جلسة ١٠ أبريل ١٨٦٧ – دالوز – الملخص – ١٨٦٧ – ١ – ص٢٧٧.

يثير وضعة بعض الغموض ، فهو ليس بتاجر من الناحية القانونية لأنه لا يقوم بالعمل لحساب نفسه ولا يتمتع بالاستقلال الذي يتميز به التاجر . وكنا نري في ظل المجموعة التجارية الملغاة اعتبار هذا الشخص تاجرا وتجوز المطالبة بشهر إفلاسه طالما يتعاقد أمام الغير بإسمه الشخصي ولا عبرة في هذا الخصوص لكونه يعمل لحساب غيرة وذلك حماية للوضع الظاهر الذي تقوم علية التجارة والذي يعتبر دعامة من دعائم القانون التجاري . أما من ناحية مسؤوليته عما يقوم به من تصرفات في مواجهة المستتر فأمر لا شك فيه حيث يكون في مركز الوكيل الذي لم تحدد سلطاته أو حدود وكالته .

وجري القضاء إلي اعتباره تاجرا بحسب الظاهر حماية للغير الذي يتعاقد معه بحسن نية .

وأخذ قانون التجارة بما استقر عليه الفقه والقضاء في هذا الخصوص ونص في المادة (١٨) منه علي أن " تثبت صفة التاجر لكل من احترف التجارة بإسم مستعار أو مستترا وراء شخص آخر فضلا عن ثبوتها للشخص الظاهر ".

وتمشيا مع ذات الحكمة أقر القانون أيضا في المادة (١٩) منه مبدأ افتراض صفة التاجر فيمن ينتحلها بالإعلان عنها في الصحف أو في منشورات أو في الراديو أو التلفزيون أو بأيه وسيله أخري . كما قرر المشرع بذات المادة أنة يجوز نفي هذه القرينة بإثبات أن من انتحل الصفة المذكورة لم يزاول التجارة فعلا .

وجدير بالذكر أن قانون التجارة قرر صراحة في المادة (٢٠) منه عدم ثبوت صفة التاجر للدولة في حالة توافر شروط إكتسابها ، كما لا

تثبت هذه الصفة لغيرها من أشخاص القانون العام[١] . ومع ذلك قرر المشرع بذات المادة سريان أحكام القانون التجاري علي الأعمال التجارية التي تزاولها الدولة أو أي من أشخاص القانون العام إلا ما استثني بنص خاص.

أثر مشروعية النشاط علي شرط الإحتراف :

١١٥- إذا فرض وباشر شخص تجارة تحرمها القوانين كتجارة المخدرات أو إدارة نادي أو ملهي تباشر فيه أعمال غير مشروعة قانونا كلعب القمار دون ترخيص أو الدعارة ، فهل يكتسب الشخص صفة التاجر في هذه الحالة ؟

الواقع أن صفة التاجر محددة بواسطة القانون ، ويعطي المشرع صاحبها مركزا قانونيا معينا لا يتمتع بة من يباشر أعمالا تخالف القانون[٢].

ويري جانب من الفقه[٣] أن هذا الرأي يعد إجحافا بمصالح الغير حسني النيه وهم الذين يتعاملون مع الشخص باعتباره قائما بعمل مشروع، ولذلك فإنهم يرون أن يكتسب الشخص صفة التاجر حماية للغير حتى يمكن مطالبته بالديون وإخضاعه لنظام شهر الإفلاس .

ويلاحظ فى هذا الخصوص أن قيام الشخص بعمل غير مشروع وما يترتب على ذلك من عدم اكتسابه لصفة التاجر لا يمنع من تطبيق القوانين

---

(١) طعن رقم ٢٨ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٥/٤/٢٨ – المستحدث من المبادىء الصادرة من الدوائر التجارية بمحكمة النقض فى مواد التجارى والبحرى والضرائب من أول أكتوبر ٢٠٠٤ حتى آخر سبتمبر ٢٠٠٥ ص٢٤.

(٢) د .علي يونس . القانون التجاري رقم ١٥٠.

(٣) رودبير رقم ٤٩ ، حيث يري انه لا أثر لمشروعية العمل أو عدم مشروعيته علي اكتساب الشخص صفة التاجر ، كما لا اثر علي هذه الصفة من كون الشخص قام باستيفاء الشروط التي تمليها عليها المهنة أولاً.

الضريبية عليه ، فهو يخضع لضريبة الأرباح التجارية والصناعية ، ولا يعتبر هذا الإجراء اعترافا بالنشاط غير المشروع.

صفة التاجر محددة بواسطة القانون :

١١٦- يتضح مما سبق ان القانون (المادة العاشرة) هو الذي حدد صفة التاجر وشروطها القانونية . فإذا توافرت هذه الشروط اكتسب الشخص صفة التاجر وتمتع بالمركز القانوني الذي منحة إياه المشرع .

ويترتب علي ذلك أن صفة التاجر لا تنشأ في الحالات الاتية :

١- إذا خلع الشخص علي نفسة صفة التاجر أو قام بإعلان ذلك :

وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية[١] بعدم توافر صفة التاجر لمجرد قيام الشخص بإعلان انه تاجر أو اطلق علي نفسة هذة الصفة . علي انه يمكن في هذه الحالة ان تقوم قرينة بسيطة علي إعتباره تاجرا يمكن إثبات عكسها ويمكن ان تتحرك مسؤوليته في مواجهه الغير إذا ما ترتب علي ذلك ضرر. وقد أخذ بذلك قانون التجارة كما سبق القول (المادة ١٩) .

٢- القيد بالسجل التجاري :

إن مجرد القيد بالسجل الخاص بالتجار لا يكسب صاحبة صفة التاجر إذا لم تتوافر شروط هذه الصفة القانونية .علي انه كما هو الحال في الحالة السابقة، تقوم قرينة بسيطة بمجرد القيد بالسجل علي اعتبار الشخص تاجرا[٢] ، وبالمقابل لا يجوز للتاجر أن يتمسك بعدم قيده في السجل التجاري للتحلل من الالتزامات التي يفرضها علية القانون أو التي

---

(١) جلسة ٣١ يناير ١٩٦٦ ، البلتان المدني ص ١٧٤.

(٢) نقض فرنسي الدائرة التجارية جلسة ١٧ مارس ١٩٨١ -٤-١٤٣ ومنشور بالمجلة الفصلية ١٩٨٢ ص ٥١٧.

تنشأ عن معاملاته مع الغير (المادة ٢/٣٣ من قانون التجارة).

٣- القيد بكشوف الانتخابات بالغرف التجارية :

إن القيد بهذه الكشوف لا يكسب صاحبة صفة التاجر طالما لم تتوافر الشروط اللازمة لذلك قانونا.

٤- خضوع الشخص لضريبة الأرباح التجارية الصناعية :

لا يترتب علي تطبيق ضريبة الأرباح الصناعية والتجارية علي الشخص اكتسابه صفة التاجر ، ذلك أن تعريف التاجر وفقا للتشريع الضريبي يختلف عنه وفقا للقانون التجاري .

علي انه يلاحظ مما سبق إمكان اعتبار مثل هذه الحالات المشار إليها قرائن بسيطة علي اعتبار الشخص تاجرا يمكن إثبات عكسها . ولما كانت صفة التاجر تتعلق بقرائن وافية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات ، فان القاضي له مطلق الحرية في تقدير توافر هذه الصفة من عدمه . ويعتبر القضاء مستقرا علي ذلك. علي أنة لما كانت هذه الصفة محددة قانونا بشروط معينة فان محكمة النقض تراقب التكييف القانوني الذي تؤسسه المحكمة علي ما استخلصته من وقائع من منح أو عدم منح هذه الصفة.

المبحث الثالث

أهلية احتراف التجارة

تمهيد :

١١٧- يشترط لاعتبار الشخص تاجرا أن يكون متمتعا بالأهلية اللازمة لاحتراف التجارة . وقد وردت الأحكام الخاصة بالأهلية التجارية في المواد من ١١-١٤ من قانون التجارة وهي تتضمن علاوة علي القواعد

العامة في الأهلية المدنية بعض الأحكام الخاصة ، كما تتضمن الأحكام المتعلقة بأهلية الأجانب . هذا علاوة علي الأحكام الخاصة بأهلية المرأة المتزوجة.

وسوف نقوم في هذا المجال بشرح أحكام الأهلية التجارية بالنسبة للمصريين والأجانب والمرأة المتزوجة .

أولاً : كامل الأهلية :

١١٨- تنص المادة (١١) تجاري علي انه :" يكون أهلا لمزاولة التجارة مصريا كان أو أجنبيا : أ- من بلغت سنه إحدي وعشرين سنة كاملة ، ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره قاصرا في هذه السن " .

ومقتضي هذا النص أن الشخص كامل الأهلية وهو الذي بلغ ٢١ سنة يستطيع مزاولة التجارة في مصر سواء كان مصريا أو أجنبيا ولو كان قانون الدولة التي يحمل جنسيتها يعتبره قاصرا في هذه السن ، وبالتالي يكتسب صفة التاجر إذا احترف القيام بها. ويتفق هذا النص مع ما تقضي به الأحكام المدنية حيث تقضي المادة ٤٤ مدني علي أن " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر علية يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ".

ويستوي في هذا الحكم كل من المصري والأجنبي كما سبق القول ، فهذا الأخير يستطيع أيضا مزاولة التجارة في مصر ويكتسب صفة التاجر متي بلغ ٢١ سنة ميلادية . بل ان له هذا الحق ولو كان قانون أحواله الشخصية يعتبره ناقص الأهلية كأن يكون قانون الأجنبي قد حدد سن الرشد بأكثر من إحدي وعشرين سنة.

ويشترط علاوة علي بلوغ الشخص إحدي وعشرين سنة ألا يكون

قد إصابة عارض من عوارض الأهلية يعدمها كالجنون أو العته أو ينقصها كالسفه أو الغفلة .

ثانيا : ناقص الأهلية :

تمهيد :

١١٩- ناقص الأهلية هو كل من بلغ سن التميز ولم يبلغ بعد سن الرشد. كذلك يعتبر ناقص الأهلية كل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة.

وتنظم أحكام ناقص الأهلية المادتان (١٢،١٣) من قانون التجارة . وطبقا للنصوص المشار إليها يقتضي الأمر إيضاح أهلية الاتجار لمن بلغ ثمان عشر سنة ولم يبلغ سن الرشد مصريا كان أو أجنبيا ، كذلك الشان بالنسبة لمن لم يبلغ ثمان عشر سنة وذلك علي التفصيل في الحالات التالية :

الحالة الأولي : من بلغ ثمان عشر سنة :

١٢٠-تنص المادة (١/١١) علي أنه " يكون أهلا لمزاولة التجارة مصريا كان أم أجنبيا : أ- من بلغ سنة ٢١ سنة كاملة ، ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره قاصرا في هذه السن .

ب- من أكمل الثامنة عشر بالشروط المقررة في قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته وذلك بعد الحصول علي إذن من المحكمة المصرية المختصة "

ويتضح من هذا النص أن الأهلية لمزاولة التجارة لمن بلغ سنة ١٨ سنة تختلف بالنسبة للمصريين عنها لغير المصريين .

أولا : بالنسبة للمصريين :

١٢١- لما كان القانون المصري يعتبر كل من بلغ ١٨ سنة قاصرا ولا يجوز له مزاولة التجارة إلا إذا أذنته المحكمة بذلك طبقا للمادة (١/١١،ب) سالفة الذكر والمادة (٥٧) من قانون الولاية علي المال سنة

١٩٥٢[١] ، فإنه يتعين علي المصري الذي بلغ هذه السن ويريد الاتجار أن يتقدم بطلب إلي المحكمة المختصة لتأذن لـــه بمباشرة التجارة . وللقاضي مطلق الحرية في قبول هذا الطلب ومنحه الإذن أو عدم قبوله . كما يمـــنح القاضي الإذن للقاصر مقيدا ، سواء تعلق القيد بالمبلغ المسموح الاتجـــار فيه أو نوع التجارة .

وإذا ما صدر الإذن من القاضي بمزاولة التجارة فإنه يصبح كامـــل الأهلية بالنسبة لجميع التصرفات المتعلقة بهذه التجارة طالما في حدود مـــا أذن به شأنه في ذلك شأن كامل الأهلية. كما لـــه حق التقاضي فـــي هـــذه التصرفات (المادة ٦٤) من قانون الولاية علي المال).[٢] وتنص علي ذلـــك أيضا المادة (٣/١١) تجاري بقولها " تكون للقاصر المأذون لـــه بالاتجـــار الأهلية الكاملة للقيام بجميع التصرفات القانونية التي تقتضيها تجارته ".

كما أنه يترتب علي إحترافه القيام بالأعمال التجارية اكتساب صفة التاجر. ومتي ترتبت هذه الصفة فـــإن القاصـــر يـــصبح خاضـــعا لجميـــع الالتزامات والقيود التي ترتبت علي هذه الحرفة ، كما يجوز شهر إفلاســـه إذا ما توقف عن دفع ديونه التجارية . ولكن تعتبر مسئوليه القاصر عـــن ديونه التجارية في حدود الأموال المصرح له بالاتجار فيهـــا ، بمعنـــي أن مسئوليته لا تتعدي الأموال المخصصة للتجارة إذا ما كان التصريح بالاتجار محددا بمبالغ معينة . وهذا في الواقع نوع من تخـــصيص الذمـــة الماليـــة استثناء من مبدأ وحدة الذمة المالية الذي يأخذ به التشريع المصري.

---

(١) تنص هذه المادة علي أنه " لا يجوز للقاصر ســـواء كـــان مـــشمولا بالولايـــة أو الوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك إذنـــا مطلقا أو مقيدا ".

(٢) أما أعماله خارج حدود الإذن فإنها تكون قابلة للإبطال وفقا للقواعد العامة .

وعلي المأذون له بالاتجار أن يقدم حسابا سنويا عن تجارته وإتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة (٥٨) من قانون الولاية علي المال وإلا جاز للمحكمة سحب الإذن أو الحد منه سواء من تلقاء نفسها أو بناء علي طلب النيابة العمومية أو أحد ذوي الشأن تطبيقا للمادة (٥٩) من ذات قانون الولاية علي المال[١] .

ثانيا : بالنسبة الأجانب:

١٢٢- وفقا لنص المادة الحادية عشر (فقرة ١/ب) السابق الإشارة إليها ، إذا بلغ الأجنبي ثماني عشر سنه كاملة وأراد مزاولة التجارة في مصر فإنه يجوز له ذلك بالشروط المقررة في قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته وبعد الحصول علي إذن من المحكمة المصرية المختصة .

فإذا كان قانون الأجنبى يعتبر الأجنبى قاصرا فإنه يتعين الرجوع إلى شروط هذا القانون لمزاوله من بلغ ١٨ سنة الاتجار بالإضافة إلى إذن المحكمة المصرية المختصة .

وإذا كان قانون الأجنبي يمنع الشخص البالغ ١٨ سنة من ممارسة التجارة فإنه يمتنع علية ذلك في مصر .

أما الحالة التي يعتبر فيها القانون الأجنبي الشخص كامل الأهلية بمجرد بلوغه ثماني عشرة سنة أي يعتبره رشيدا فإنه لا يستطيع مع ذلك ممارسة التجارة في مصر إلا إذا حصل علي إذن المحكمة المختصة .

الحالة الثانية : من لم يبلغ ثماني عشرة سنة :

١٢٣- يعتبر قاصرا أيضا كل من لم يبلغ ثماني عشرة سنة .

---

(١) د. أكثم الخولي ، ص ١٩٤ خاصة هامش رقم (١) .

ووفقا للمادة الحادية عشرة من قانون التجارة ، لا يجوز لمن لم يبلغ سن الثامنة عشر سنة أن يزاول التجارة في مصر . وهذا الحكم ينطبق علي المصريين والأجانب علي السواء . بل إنه ينطبق حتي لو كان قانون الأجنبي يعتبره راشدا أو له حق مباشرة التجارة بقيود معينة .

وأشار إلي هذا الحكم صراحة قانون التجارة حيث نص في المادة (٢/١١) علي أنه " لا يجوز لمن يقل سنة عن ١٨ سنة أن يزاول التجارة في مصر ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره راشدا في هذه السن أو يجيز له الاتجار ".

وإذا فرض وزاول القاصر الذي لم يبلغ ١٨ سنة التجارة فإن تصرفاته تكون قابلة للإبطال لصالح القاصر تبعا لما إذا كان أقل من سبع سنوات أو أكثر. وتطبق في هذا الشأن القواعد العامة في آثار البطلان لنقص الأهلية ، فلا يلتزم القاصر إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب هذا التصرف وذلك تطبيقا لنص المادة (٢/١٤٢) مدني. كما يجوز ان تترتب مسئوليته قبل الغير إذا ما تسبب له ضرر نتيجة اتخاذ طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته (المادة ١١٩ مدني).

سلطة الولى فى استثمار أموال القاصر:

١٢٤- لا يجوز للولي أن يستثمر أموال القاصر في إنشاء تجارة جديدة خوفا من عدم النجاح فيها ، وذلك لأن التجارة ليست دائما محمودة العواقب ، كما أنها تتأثر بالعوامل والظروف الاقتصادية . كما لا يجوز ذلك للوصي أيضا ، إذ غالبا ما تأمر المحكمة باستثمار أموال القصر في شراء العقارات أو استثمارات مستقرة ومؤكدة الربح .

وقد إستقر العمل في ظل قانون المجالس الحسبية علي عدم جواز الإذن للولي أو الوصي بإنشاء تجارة جديدة بمال القاصر. ويعتبر ، هذا

الرأي الراجح فقها وقضاء ، إزاء عدم جواز الإذن للولي بإنشاء تجارة للقاصر لأن الاتجار لم يرد في عداد التصرفات التي يجوز للولي أو الوصي إجراؤها كما أنه يصعب علي القاضي تقدير مدي نجاح التجارة الجديدة[١] .

وإذا آلت للقاصر تجارة كأن يرث محلا تجاريا عن والديه أو أحد أقاربه فإنه لا يجوز الاستمرار فيها بواسطة الولي إلا بعد الحصول علي إذن من المحكمة[٢] . وقد نصت علي ذلك المادة (١١) من قانون الولاية علي المال بقولها" لا يجوز للولي أن يستمر في تجارة آلت للقاصر إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة، وفى حدود هذا الإذن". ويطبق القضاء حكم هذه المادة على الوصى قياسا على الولى .

وقد شاء المشرع ذلك حتى يفيد القاصر من تجارة ناجحة قد تدر عليه أرباحا، أما إذا كان القضاء يرى أن التجارة التى آلت للقاصر غير مستقرة أو غير ناجحة فإنه لا يعطى الإذن للولى أو الموصى بالإستمرار فيها .

وتضمن قانون التجارة هذه الأحكام بالمادة (١٢) حيث تنص الفقرة الأولي علي أنه "إذا كان للصغير أو المحجور عليه مال في تجارة جاز للمحكمة أن تأمر بإخراج ماله منها ، أو بإستمراره فيها وفقا لما تقضي بها مصلحته". كما تضمنت الفقرة الثانية من المادة ذاتها أنة " إذا أمرت المحكمة بالإستمرار في التجارة وجب أن تمنح النائب عن الصغير أو المحجور عليه إذنا مطلقا أو مقيدا للقيام بالتصرفات التي تقتضيها التجارة".

---

(١) د. محسن شفيق. الموجز، ص ٨٧ فقرة ٩٨، د. علي جمال الدين ص ١٠٢ انظر عكس ذلك د. اكثم الخولي ص٢٠.

(٢) استئناف القاهرة – الدائرة التجارية جلسة ١٩٥٣/٤/١ رقم ١٨٦ لسنة ٦٩ق. موسوعة القضاء السابق ص ٨٨.

كذلك قد يحدث أن يؤول للقاصر حصة في شركة تضامن كان مورثة يمتلكها أو حصة شريك متضامن في شركة توصية . وفي هذه الحالة يري القضاء[١] حرصا علي مصلحة القاصر وعلي الشركة ذاتها إستمرارها و إعتبار القاصر شريكا متضامنا بدلا من مورثة طالما كان منصوصا في عقد الشركة علي إستمرارها وعدم حلها لوفاة أحد الشركاء[٢] .

وطبقا للفقرة (٣) من ذات المادة (١٢) " إذا طرأت أسباب جدية يخشى معها سوء إدارة النائب المأذون له فى الاستمرار فى تجارة الصغير أو المحجور عليه جاز للمحكمة أن تسحب الإذن أو أن تقييده وذلك دون إخلال بالحقوق التى إكتسبها الغير حسن النية". وبذلك يحق للمحكمة حماية لحقوق التاجر أو المحجور عليه بسحب الإذن أو تقييده وفقا للظروف التى تطرأ . هذا ويجب قيد كل أمر يصدر من المحكمة سواء فى شأن الاستمرار فى تجارة الصغير أو المحجور علية أو بسحب الإذن أو تقييده أو تصفية التجارة، بالسجل التجارى ونشره فى صحيفة السجل (م١٢/٤) .

أثر الإذن فى الاستمرار فى تجارة القاصر :

١٢٥- تثور صعوبة فى جميع الحالات سالفة الذكر فى تحديد من

---

(١) نقض مدني جلسة ١٩ يناير سنة ١٩٦٧ ص ٢٨ ص ١٥٦.

(٢) ويري د. اكثم الخولي انه من الافضل في هذه الحالة ان ينص القانون علي ان وارث الشريك المتضامن – ينقلب شريكا موصيا اذا كان قاصرا لأن هذا الحل اكثر رعاية لمصلحة القاصر . وهذا ما يأخذ به القانون الالماني والقانون اللبناني وقانون الشركات الاردني – الموجز ص ١٩٩ .

كما يجيز قانون الشركات الكويتي صراحة فى المادة (٢٧) من قانون الشركات رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ للورثة اعتبارهم شركاء موصين مالم يوجد في عقد التأسيس أو نظام الشركة نص مخالف . راجع مؤلفنا القانون التجارى الكويتى ص ١٦٠ رقم ٢٣٢ .

يكتسب صفة التاجر ، فإذا أذنت المحكمة للولى أو الوصى بالإستمرار فى تجارة تلقاها القاصر عن طريق الإرث لا يكتسب صفة التاجر لصغر سنة ، كما لا يكتسب الولى أو الوصى هذه الصفة لأنه يقوم بمباشرة الأعمال التجارية لحساب غيره. وقد إستقر الفقه[١] والقضاء فى هذا الخصوص فى غياب نص فى ظل المجموعة التجارية الملغاة على أنه إذا توقفت تجارة القاصر عن دفع ديونها أو حكم بشهر إفلاس شركة التضامن التى تضم القاصر شريكا فإنه يجوز شهر إفلاس القاصر بحيث لا يتناول الإفلاس شخص القاصر ولا أمواله الأخرى الخارجة عن الإستثمار التجارى[٢] .

ويقصد بذلك أنه لا يطبق على القاصر آثار الإفلاس كالحبس أو التحفظ على شخصه أو توقيع عقوبة الإفلاس بالتقصير فى حالة الإفلاس نتيجة إهمال أو عقوبة الإفلاس بالتدليس فى حالة وقوع الإفلاس بسبب الغش والتدليس . ويعتبر إلتزام القاصر فى حالة إفلاسه فى حدود أمواله المستغلة فقط استثناء من قاعدة وحدة الذمة المالية للشخص المفلس ،حيث تقضى القواعد العامة بأن للإفلاس أثر عام يشمل الأموال المستغله فى

---

(١) د. على جمال الدين . ص١٠٤ – ويرى أستاذنا فى هذا الخصوص " ضرورة إحترام الشروط الواردة بعقد الشركة تطبيقا لصريح نص المادة (٢/٥٢٨) واعتبار الوارث القاصر شريكا متضامنا ويكتسب وصف التاجر بنص القانون ولو أنة لا تتوافر له الأهلية ، وتعتبر هذه الحالة خاصة يستغنى فيها عن تدخل الجهة المختصة بشئون القصر استقرارا للتعامل " .

(٢) حكم النقض المدنى السابق الإشارة إلية (فى ١٩ يناير ١٩٦٧) . وجدير بالذكر أن المشرع الكويتى أورد حكماً خاصا بالمادة(٣/١٩) من قانون التجارة (١٩٨٠) يقضى بأنه «ولا يكون القاصر ملزما إلا فى أمواله المستغلة فى هذه التجارة ، ويجوز شهر إفلاسه ولا يشمل الإفلاس الأموال غير المستغلة فى التجارة ولا يترتب عليه أى أثر بالنسبة إلى شخص القاصر».

التجارة كما يشمل غيرها من ممتلكات التاجر المفلس[١]

وقد قنن قانون التجارة هذه الأحكام المستقر عليها بالمادة (١٣) حيث تنص على أنة " إذا أمرت المحكمة بالاستمرار فى تجارة الصغير أو المحجور عليه ، فلا يلتزم إلا فى حدود أمواله المستثمرة فى هذه التجارة ويجوز شهر إفلاسه على ألا يشمل الإفلاس الأموال غير المستثمرة فى التجارة ، وفى هذه الحالة لا يترتب على الإفلاس أثر بالنسبة إلى شخص الصغير أو المحجور عليه".

السفيه وذو الغفلة :

١٢٦- إذا ما صدر قرار بالحجر على السفيه أو ذى الغفلة فإن كلا منهما يأخذ حكم ناقص الأهلية البالغ من العمر ثمانية عشر سنة . وبناء على ذلك يجوز لأى منهم الحصول على إذن من المحكمة بالاتجار ، فإذا صدر هذا الإذن كان السفيه أو ذو الغفلة كامل الأهلية فيما يتعلق بالتصرفات التجارية المأذون له بمباشرتها . كما أنه يكتسب صفة التاجر ويتحمل الآثار التى تترتب على هذه الصفة مثل التزامه بمسك الدفاتر التجارية والقيد بالسجل التجارى وجواز شهر إفلاسه .

ورغم أن نص المادة (٦٧) من قانون الولاية على المال والذى يجيز للسفيه أو ذى الغفلة الحصول على إذن بتسليم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ،لم يذكر حقه في الاتجار إلا أن الفقه يتوسع في هذا النص فيعتبر أنه مادام قد منح السفيه أو ذي الغفلة الإذن بإدارة أمواله فإن له المطالبة

---

(١) في هذا الخصوص مؤلفنا : أحكام الإفلاس – طبعة ٢٠١٢ سالف الذكر – دار النهضة العربية .

بالإذن بالاتجار[١].

ويلاحظ أن هذا الحكم لا يمتد إلي المحجور عليه لجنون أو عته وذلك لأنه لا يجوز لأي منهم تسلم أمواله لإدارتها كلها أو بعضها ، ولذلك لا يكون لأي منهم المطالبة بالإذن بالتجارة من باب أولي . وإذا قام أي منهم بمزاولة التجارة فإن أعمالة تعتبر باطلة بطلانا مطلقا ولا يكتسب صفة التاجر ويعتبر المجنون والمعتوه في حكم الصبي غير المميز أي الذي لم يبلغ من العمر سبع سنوات .

ثالثا : أهلية المرأة المتزوجة :

١٢٧- تنص المادة (١/١٤) من قانون التجارة على أنة " ينظم أهلية المرأة المتزوجة لمزاولة التجارة قانون الدولة التى تنتمى إليها بجنسيتها " ، ومقتضى هذا النص أنة بالنسبة للمرأة المتزوجة يرجع إلى قانون جنسيتها لتحديد مدى أهليتها لمزاوله التجارة .

وبناء على ذلك فإن المرأة المصرية وفقا لقانون أحوالها الشخصية، تعتبر كاملة الأهلية إذا ما بلغت إحدى وعشرين سنة ميلادية دون أن يلم بها عارض من عوارض الأهلية . كما وأن لها إذا ما بلغت ثمانى عشرة سنة أن تطلب إذن من المحكمة لمزاولة التجارة . بمعنى أنة بالنسبة للمرأة المصرية متزوجة كانت أو غير متزوجة فإن أحكام الأهلية السابق إيضاحها هى التى تطبق . وإذا ما باشرت المرأة الأعمال التجارية على سبيل الإحتراف اكتسبت صفة التاجر وخضعت لالتزامات التجار شأنها فى

---

(١) د. أكثم الخولى . مبادىء القانون التجارى ص١٦٠ د . مصطفى طه ص ١٩٤ و د. محسن شفيق فقرة ١٢٦ ، د. سمير الشرقاوى رقم ١٧٧ ص ١٥٨ . قارن د. على جمال الدين ص ٩٣ رقم ١١٧ وخاصة هامش رقم (٣) لذات الصفحة .

ذلك شأن الرجل .

وبخصوص المرأة غير المصرية التى تريد مزاولة التجارة بمصر فإن هناك بعض التشريعات الأجنبية ما زالت تحد من حرية المرأة المتزوجة فى ممارسة مهنة الاتجار وتشترط إذن زوجها أو المحكمة ، وذلك بقصد عدم التأثير على وظيفتها كأم وزوجة وخشية أن تؤدى بها التجارة إلى الإخلال بهذه الواجبات[١] وقد عالج قانون التجارة هذا الأمر بالمادة (١٤) حيث تنص الفقرة الثانية على أنه " يفترض فى الزوجة الأجنبية التى تحترف التجارة أنها تزاولها بإذن زوجها ، فإذ كان القانون الواجب التطبيق يجيز للزوج الاعتراض على احتراف زوجته التجارة أو سحب إذنه السابق وجب قيد الاعتراض أو سحب الإذن فى السجل التجارى ونشره فى صحيفة السجل ، ولا يكون للاعتراض وسحب الإذن أثر إلا من تاريخ إتمام هذا النشر". وحفاظا على حقوق الغير تنص الفقرة الثالثة من ذات المادة على أنه "لا يؤثر الإعتراض أو سحب الإذن فى الحقوق التى اكتسبها الغير حسن النية".

على أنه فى هذا الخصوص نجد المشرع المصرى يخفف من تعسف الزوج فى حالة اشتراط إذنه إذا رفض الإذن بالاتجار لزوجته وذلك بأن نص فى المادة (٨٩٤) من قانون المرافعات على أنة " إذا كان القانون

---

(١) القانون اللبنانى ، حيث تنص المادة (١/١١) من القانون التجارى على أن " المرأة المتزوجة مهما تكن أحكام القانون الشخصى الذى تخضع لـــه لا تملك الأهلية التجارية إلا إذا حصلت على رضا زوجها الصريح أو الضمنى " . وهذه حالة من حالات نقص الأهلية بالمعنى الدقيق يتعلق بالنظام العام ، وليس مجرد منع من مزاولـــه التجارة . بل إن إذن الزوج لزوجته بالإتجار لا يكفى لكى يسمح للزوجة بالدخول شريكة متضامنة فى إحدى الشركات التجارية (المادة ١٣) د . على البارودى . التجارة اللبنانى ص ١١٦.

الواجب التطبيق يقضى بأن تحصل المرأة المتزوجة على إذن زوجها لمباشرة حقوقها ورفض الزوج الإذن فللزوجة بعد إنذار الزوج بأربع وعشرين ساعة أن تطلب الإذن بذلك من رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن الزوج . وتفصل فى هذا الطلب على وجه السرعة بقرار غير قابل للطعن " .

وبناء على ذلك تستطيع الزوجة الأجنبية أن تطلب من المحكمة الابتدائية الإذن لها بالاتجار إذا ما رفض زوجها وكان متعسفا فى رفضه .

وإذا ما باشرت الزوجة الأجنبية المتزوجة التجارة اكتسبت صفة التاجر وخضعت لالتزامات التجار وفقاً للقانون التجاري .

ونظم أيضاً قانون التجارة أهلية المرأة المتزوجة التي تحترف التجارة فى شأن النظام المالى لها ، وذلك فى المادة (١٥) منه حيث نصت الفقرة الأولى على أنه يفترض فى الزوجة الأجنبية التاجرة أنها تزوجت وفقا لنظام إنفصال الأموال إلا إذا كانت المشارطة المالية بين الزوجين تنص على خلاف ذلك " .

وطبقا للفقرة الثانية من المادة ذاتها لا يحتج على الغير بالمشارطة المالية بين الزوجين إلا إذا إشهرت بقيدها فى السجل التجارى ونشر ملخصها فى صحيفة السجل .

ويجوز للغير فى حالة إهمال شهر المشارطة المالية بين الزوجين أن يثبت أن الزواج قد تم وفقا لنظام مالى أكثر ملاءمة لمصلحته من نظام انفصال الأموال (المادة ١٥/٣) .

ولا يحتج على الغير بالحكم الصادر خارج مصر القاضى بانفصال الأموال بين الزوجين إلا من تاريخ قيده فى السجل التجارى ونشر ملخصه

فى صحيفة هذا السجل (المادة ١٥/٤) .

ويتضح من هذه النصوص المشار إليها أن المشرع المصرى إتخذ أساسا مبدأ انفصال الأموال بالنسبة للزوجة الأجنبية التاجرة أسوة بالقاعدة طبقا لحكم القانون المصرى حيث افتراض هذا النظام . ومن جهة أخرى حرص المشرع على مصلحة الغير فقرر أنه إذا كانت المشارطة المالية بين الزوجين على خلاف نظام انفصال الأموال فإنه لا يعتد بها فى مواجهة الغير إلا بعد قيدها بالسجل التجارى ونشر ملخصها فى صحيفة السجل . وإذا كانت من مصلحة الغير إثبات نظام مالى للزوجة التاجر الأجنبية ، اكثر ملاءة له فإن المشرع يجيز له ذلك رغم إهمال الزوجة شهر المشارطة المالية . وبالإضافة إلى ذلك وتمشيا مع ذات المنطق فإن أية أحكام تصدر خارج مصر تتعلق بالمشارطة المالية وتقضى بانفصال الأموال بين الزوجين فإنه لا يحتج بها إلا من تاريخ قيدها بالسجل ونشر ملخصها بصحيفة السجل (م١٥/٤) .

الفصل الثانى

التزامات التاجر

تمهيـــد :

١٢٨- إذا ما توافرت فى الشخص الشروط السابق ذكرها لاكتساب صفة التاجر وهى القيام بالأعمال التجارية باسمه ولحسابه على سبيل الاحتراف ، وتوافر الأهلية اللازمة لاحتراف مزاولة هذه الأعمال ، فإنه يصبح متمتعا بمركز قانونى متميز عن باقى الأفراد ، ذلك أنة يعتبر فى حكم القانون تاجرا ، وهذه الصفة تجعل صاحبها ملتزما بعدة التزامات يجب عليه أن يقوم بها .

وقد نص قانون التجارة على التزام التاجر بمسك الدفاتر التجارية والقيد بالسجل التجارى . وكانت المجموعة التجارية الملغاة تضيف التزام التاجر بشهر نظام زواجه المالى[١] .

---

(١) كانت تنص على هذا الالتزام بالمواد من ٦ إلى ١٠ من المجموعة التجارية المصرية الملغاة . وتضيف بعض التشريعات كالتشريع الفرنسى التزامات أخرى هي أن يفتح كل تاجر خاضع للقيد بالسجل التجارى حسابا بأحد البنوك أو بأحد مكاتب البريد التى تقبل الدفع بالشيكات البريدية . ويكون الدفع بالشيكات أو التحويل المصرفى إجباريا على التاجر لكل دين تزيد قيمته عن مقدار معين . ويتعرض التاجر عند مخالفة ذلك إلى عقوبة الغرامة بواقع نسبة محددة . هذا ويلتزم التاجر فى فرنسا بذكر إسم وعنوان كل عميل على جميع الفواتير أو المستندات فى جميع حالات البيع بالجملة أو أى تعهد يصدر منه كالإتجار إذا كانت قيمة الفاتورة أو المستند تزيد على مبلغ معين . ويتعرض التاجر ، عند مخالفة ذلك ، لجزاء الغرامة.

راجع ميشيل . المرجع السابق ص ١٢٧ .

وعلاوة على هذه الالتزامات هناك التزامات يقضى بها العرف التجارى كالالتزام بعدم القيام بأعمال تعد منافسة غير مشروعة حماية للتجارة وسمعة التاجر والتى قننها قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى المادة (٦٦) . هذا ويخضع التاجر فى معظم التشريعات لضرائب خاصة هى الضرائب على الأرباح التجارية والصناعية ، كما أنه يتمتع بمزايا خاصة مقصورة على طائفة التجار مثل الترشيح والإنتخابات للغرف التجارية كما سبق القول .

وقصد المشرع من وراء هذه الالتزامات تنظيم أعمال التاجر وتسجيل معاملاته اليومية حتى يقف على حالته المالية أولا بأول . كما قصد المشرع أن تكون أعمال التاجر مشهرة بحيث يمكن للغير الإطلاع على الموقف المالى للتاجر وما يطرأ علية من تعديلات .

ويلاحظ أن هذه الالتزامات يخضع لها التاجر سواء كان فردا أو شركة تجارية ، كما يخضع لالتزامات التجار التاجر الوطنى والأجنبى على السواء .

تقسيم :

١٢٩- سوف نقتصر فى هذا المجال على دراسة إلتزام التاجر بمسك الدفاتر التجارية ، والقيد بالسجل التجارى وذلك كل فى مبحث مستقل.

المبحث الأول

الإلتزام بمسك الدفاتر التجارية[١]

أهمية الدفاتر التجارية :

١٣٠- يرجع إلزام المشرع التاجر بمسك دفاتر تجارية إلى ما تؤديه من فائدة جليلة سواء لشخص التاجر ذاته أو غيره من المتعاملين معه أو لمصلحة الضرائب .

فلا شك أن الدفاتر التجارية المنتظمة تعد بمثابة مرآه لحياة التاجر يستطيع من خلالها معرفة مدى نجاحه فى مباشرة هذه الأعمال وتحديد مركزه المالى . بالإضافة إلى أنها وسيلة للإثبات أمام القضاء كما سنرى . وإذا كان المشرع قد مكن التجار من إثبات التصرفات التجارية بكافة طرق الإثبات كالبينة والقرائن لما تستلزمه طبيعة هذا النشاط من سرعة وثقة ، فإنه من ناحية أخرى ألزم التاجر بأن يقوم بتدوين جيمع عملياته بانتظام فى دفاتره حتى يمكن الإفادة فى الإثبات من واقع هذه الدفاتر سواء لصالح التاجر ذاته أو للغير .

وإذا أفلس التاجر فإنه لا يعفى من عقوبة الإفلاس بالتقصير أو التدليس إلا إذا أثبت حسن نيته وأن إفلاسه كان نتيجة ظروف طارئة ولا يستطيع التاجر عادة إثبات حسن نيته إلا عن طريق دفاتره المنتظمة فيستعين بها فى إيضاح موقفة ومدى سوء حظه فى إرتباك أحواله . كما

---

(١) فى هذا الخصوص : د. رضا عبيد – الدفاتر التجارية وحجيتها فى الإثبات فى القانون المصرى – دار النهضة العربية ١٩٨٨ . د . زينب السيد سلامه _ الدفاتر التجارية ودورها فى الإثبات فى النظام السعودى والقانون المقارن طبعة ٩٢ ، مطبوعات جامعة الملك سعود .

تعتبر الدفاتر التجارية المنتظمة سندا له أهميته بالنسبة لوكيل الدائنين فى حالة إفلاس التاجر حتى يتمكن من أداء مهمته خير أداء .

وتفيد الدفاتر التجارية أيضا فى تقدير الضرائب المقررة على التاجر ، فتستطيع مصلحة الضرائب تقدير وعاء الضريبة بمعرفة أرباح التاجر وإيراداته التجارية بالإطلاع على دفاتره المنتظمة . أما إذا لم تتوافر هذه الدفاتر فإن مصلحة الضرائب تلجأ إلى طريقة التقدير الجزافى الذى يكون عادة مغالى فيه ومجحفا بالتاجر .

النصوص التشريعية :

١٣١- كانت المجموعة التجارية الملغاة تنص على الالتزام بمسك الدفاتر التجارية فى المواد ١١ إلى ١٨ منها وكانت هذه المواد تحدد الملتزم بمسك الدفاتر التجارية ، وأنواعها ، وكيفية إمساكها وفائدتها فى الإثبات . وقد رأى المشرع أن هذه النصوص لم تعد كافية لتنظيم الدفاتر التجارية نظرا لأهميتها للتجارة خاصة وأنها وضعت منذ سنة ١٨٨٣ وأصبحت لا تطابق ما لحق التجارة من تطور ، ولذلك أصدر المشرع القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ بشأن الدفاتر التجارية ، المعدل بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٤ ، ونص ذلك القانون فى مادته العاشرة على إلغاء المواد من ١١ إلى ١٤ من المجموعة التجارية وإعمال باقى المواد إلى جوار أحكامه .

كما ينظم الدفاتر التجارية نص المادتين ١٦، ١٧ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بالإضافة إلى نص المادتين ٥١٩ ، ٦٩١ من القانون المدنى .

وتضمن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ أحكاما للإلتزام بمسك

الدفاتر التجارية وأوردها بالفصل الثالث من الباب الأول بالمواد من (٢١ إلى ٢٩) . وهذه المواد تضمنت أحكاما جديده ومختلفة فى كثير منها عما جاء بقانون الدفاتر التجارية رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ . وتعد أحكام قانون التجارة هى الواجبة الإتباع تطبيقا لحكم المادة الأولى فقرة ثالثا من مواد إصداره والتى تنص على الغاء كل حكم يتعارض مع أحكامه ، بالإضافة إلى إنها أحكام لاحقه على قانون الدفاتر التجارية سالف الذكر .

تقسيم :

١٣٢- سوف نتناول فى هذا المبحث دارسة الملتزم بمسك الدفاتر التجارية وأنواعها وتنظيمها وأخبرا حجيتها فى الإثبات .

الفرع الأول

الملتزم بمسك الدفاتر التجارية

١٣٣- كانت المجموعة التجارية الملغاة قبل صدور قانون الدفاتر التجارية تلزم جميع التجار بمسك الدفاتر التجارية دون التقيد بقيمة رأس المال . على أن الفقه والقضاء كان مستقرا وقتئذ على إعفاء صغار التجار من هذا الالتزام كما هو الحال بالنسبة للباعة المتجولين . ثم جاء المشرع فى قانون الدفاتر التجارية الصادر سنة ١٩٥٣ والسابق الإشارة إلية ونص فى مادته الأولى على إلزام التجار أفرادا كانوا أم شركات الذين يزيد رأس مالهم على ٣٠٠ جنيه بمسك الدفاتر التجارية . ولكن رأى المشرع التوسع فى هذا الإعفاء وجعل الحد الأدنى ألف جنيه وذلك بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٤ .

والذى دفع المشرع إلى هذا التعديل هو ما لاحظه من تعارض بين أحكام القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ الخاص بالدفاتر التجارية وبين القانون رقم ١٤ سنة ١٩٣٩ الخاص بفرض الضرائب على الأرباح

التجارية والصناعية والمعدل بالقانون رقم ٢٥٣ سنة ١٩٥٣ وقتئذ ، ذلك أن هذا الأخير كان ينص فى المادة (٤٨) منه على إلزام الممولين الذى يتجاوز رأس مالهم ألف جنيه بتقديم إقرارات عن أرباحهم طبقا للسجلات والمستندات دون غيرهم . بمعنى أن المشرع فى قانون الدفاتر التجارية بعد تعديله أراد أن يضع حكما موحدا يتفق مع قانون الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية ، والذى كان ساريا وقتئذ، هذا الحكم هو الزام التاجر الذى يزيد رأس ماله عن ١٠٠٠ جنيه بمسك الدفاتر التجارية وخضوعه للضريبة بناء على ما يقدمه من إقرارت بواسطة هذه الدفاتر . وترتب على ذلك أن صغار التجار أصبحوا غير ملزمين قانونا بمسك الدفاتر التجارية وهم من يقل رأس مالهم عن ١٠٠٠ جنيه[١] .

ونص قانون ٥٨ لسنة ١٩٥٤ والذى عدل قانون الدفاتر التجارية ، على وجوب الرجوع فى تحديد رأس المال إلى مصلحة الضرائب . وقد عدل حد الإعفاء فى عام ١٩٧٨ والذى نص على إعفاء التاجر من الالتزام بمسك الدفاتر التجارية إذا لم يتجاوز رأسماله ألفى جنيه أو لم تتجاوز صافى أرباحه السنوية ألف جنيه . وبصدور قانون الضرائب رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون الضرائب على الدخل والذى ألغى القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ السابق الإشارة إلية أصبح التاجر سواء كان فردا أو شركة ملزما طبقا لنص المادة ٣٥ منه على تقديم الإقرار الضريبى المنصوص علية بالمادة ٣٤ من ذات القانون مستندا إلى الدفاتر والمستندات التى تحددها اللائحة التنفيذية وذلك إذا كان رأسمال المنشأة يزيد على عشرة آلاف جنيه وفقا للعقد أو السجل التجارى أو الصناعى أو إذا تجاوز صافى

---

(١) ينص القنون الخاص بالدفاتر التجارية (٥٨ سنة ١٩٥٤) بالرجوع إلى مصلحة الضرائب لتقدير رأس المال الخاص بالتاجر .

ربح المنشاة السنوى وفقا لآخر إقرار أو ربط نهائى خمسة آلاف جنيه أو إذا تجاوز إجمالى إيرادات النشاط الجارى للمنشأة خمسين ألف جنيه فى السنة .

ويكون التزام التاجر فى الحالتين الأخيرتين عن السنة التالية للسنة التى قدم عنها الإقرار أو تم خلالها الربط النهائى أو تجاوز فيها إجمالى إيرادات النشاط الجارى المبلغ المشار إلية بحسب الأحوال . ويجب طبقا للقانون أن يكون الإقرار المشار إليه والوثائق المرفقة به معتمدة وفقا لأحكام القانون رقم ١٣٣ لسنة ١٩٥١ بمزاوله مهنه المحاسبة والمراجعة ومذيلة بشهادة نتيجة الفحص وبأن هذا الفحص تم طبقا لأساليب وقواعد المحاسبة والمراجعة السليمة المتعارف عليها . ولا يعتد بالقرار الذى يقدم إلى المأمورية المختصة على خلاف هذه الأحكام.

وطبقاً للمادة (٧٨) من قانون الضريبة على الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥[١] ولائحته التنفيذية رقم ٩٩١ لسنة ٢٠٠٥[٢] يلتزم التاجر بمسك الدفاتر والسجلات التى تستلزمها طبيعة تجارته وذلك إذا تجاوز رقم أعماله السنوى مبلغ مائتى وخمسين الف جنيه، أو تجاوز صافى ربحه السنوى وفقاً لآخر ربط ضريبى نهائى مبلغ عشرين الف جنيه.

وطبقا لحكم المادة (٢١) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ لا يلزم بمسك الدفاتر التجارية سوى التاجر الذى يجاوز رأسماله المستثمر ٢٠ ألف جنيه.

حيث تنص المادة سالفة الذكر علي إنه " على كل تاجر يجاوز رأسماله المستثمر فى التجارة عشرين ألف جنيه أن يمسك الدفاتر التى

---

(١) الجريدة الرسمية – العدد ٢٣ (تابع) فى ٩ يونيه سنة ٢٠٠٥.

(٢) الوقائع المصرية – العدد ٢٩٥ (تابع) فى ٢٧ ديسمبر سنة ٢٠٠٥.

تستلزمها طبيعة تجارته ... " .

والواقع أن عبارة " رأسماله المستثمر " الواردة بالنص المشار إليه، تعنى أنه يجوز إثبات حقيقة قدر المال المستثمر فى تجارة التاجر وكونه يتعدى العشرين ألف جنيه بكافة طرق الإثبات ولو حرر التاجر بالسجل التجارى مبلغا لرأسماله يقل عن هذا القدر ليفلت من مسك الدفاتر التجارية أو من شهر إفلاسه طبقا لحكم المادة (٥٥٠) من قانون التجارة .

وتقدير قدر رأس المال المستثمر يدخل فى سلطة قاضى الموضوع لا معقب عليه من محكمة النقض . وفى هذا الخصوص قضت محكمة النقض[١] أنه «وحيث أن المادة (٢١) من قانون التجارة فرضت على كل تاجر يجاوز رأسماله المستثمر فى التجارة ٢٠ الف جنيه أن يمسكها (الدفاتر التجارية) ، إلا أن القانون ترك أمر استخلاص حقيقة مقدار رأس المال المستثمر فى التجارة لقاضى الموضوع دون أن يقيده فيما قد ينتهى إليه فى ذلك إلا أن يكون سائغاً يرتد إلى أصل ثابت فى الأوراق وكاف لحمل قضائه فى هذا الخصوص . لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد رأى فى مشاركة الطاعن لأخرى فى نشاط تجارى رأسمالها مائة الف جنيه (شطب السجل التجارى) ما يعينه على الاطمئنان بأن رأسمال الطاعن المستثمر فى التجارة يجاوز ٢٠ الف جنيه ومن ثم يعد من المخاطبين بأحكام وقواعد شهر الإفلاس وكان ما انتهى إليه الحكم فى هذا الخصوص سائغاً ويرتد إلى أصل ثابت بالأوراق ويكفى لحمل قضائه فإن النعى بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلاً فى

---

(١) الطعون أرقام ٩٦٩ لسنة ٧١ ق ، ٦٠ لسنة ٧٢ ق ، ٦٦ لسنة ٧٢ ق – جلسة ٢٠٠٣/٧/١ .
أيضاً الطعنان رقما ٧٢/٦٦٣ ق ، ٧٢/٥٩٧ق جلسة ٢٠٠٧/٤/١٠ حكم غير منشور.أيضاً أحكام أخري في شأن طبيعة المال المستثمر بمؤلفنا أحكام الإفلاس – طبعة ٢٠١٢ سالف الذكر .

تقدير محكمة الموضوع للأدلة تنحسّر عنها رقابة محكمة النقض ومن ثم يضحى غير مقبول» .

وطبقا لما سبق نخلص إلى أن التاجر طبقا للقوانين السارية يلزم بمسك دفاتر تجارية إذا تجاوز رأسماله المستثمر عشرين ألف جنيه. وبذلك يحدد نصاب الإلتزام بمسك الدفاتر التجارية ولا يلتفت لأى حكم آخر ورد فى قوانين أخرى.

الفرع الثاني

أنواع الدفاتر التجارية

تمهيد :

١٣٤- وفقا لنص المادة الأولى من قانون الدفاتر التجارية رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ والمعدلة بالقانون رقم ٥٨ سنة ١٩٥٤ ، يجب على كل تاجر أن يمسك الدفاتر التجارية التى تستلزمها تجارته وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركزه المالى بالدقة وبيان ماله وما علية من الديون المتعلقة بتجارته ويجب أن يمسك على الأقل دفترى اليومية الأصلى ودفتر الجرد . كما يلتزم التاجر بحفظ صورة طبق الأصل لجميع المراسلات والبرقيات التى يرسلها لأعمال تجارته وكذلك جميع ما يرد عليه بخصوصها (المادة ٤٥ من قانون ١٩٥٣) .

وتضمنت المادة (٢١) من قانون التجارة الواجبة التطبيق ما يفيد إلزام التاجر بمسك الدفاتر التى تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركزه المالى وماله من حقوق وما عليه من ديون . وعلى التاجر فى جميع الأحوال مسك دفترى اليومية والجرد .

وطبقا للمادة (١/٢) من المرسوم الفرنسى الصادر ٢٩ نوفمبر

١٩٨٣ بتنظيم الدفاتر التجارية يلزم التاجر بمسك ثلاثة دفاتر هى دفتر اليومية ودفتر الأستاذ العام ودفتر الجرد وبذلك أضاف هذا القانون دفتر الأستاذ العام . وطبقا لقانون ١١ فبراير ١٩٩٤ يستثنى من مسك الدفاتر الإلزامية التجار الأفراد الذين يزاولون ويستغلون مشروعات صغيرة بقصد التيسير عليهم(١) .

ويقصد بدفتر الأستاذ العام le grand livre الدفتر الرئيسى الذى تصب فيه كل الدفاتر الفرعية وتظهر فيه النتائج النهائية لتحركات وقيود عناصر المشروع التجارى وفقا لما تظهره هذه الدفاتر . فهو ليس دفترا جديدا أو نوعا جديدا من الدفاتر بل هو مجرد تجميع للقيود والبيانات الثابتة فى دفاتر أخرى يتم تنظيمها بطريقة خاصة وفقا للقواعد المحاسبية المقررة ويستخرج التاجر من دفتر الأستاذ العام ميزانيته السنوية .

وبناء على ذلك يلزم التاجر وفقا للتشريع المصرى بمسك الدفاتر التى تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها بحيث تؤدى إلى بيان مركز التاجر المالى بكل دقة ووضوح . وتقدير ما إذا كانت الدفاتر كافية وتتفق وطبيعة نشاط التاجر من الأمور التى تخضع لتقدير المحكمة فى حالة النزاع . والواقع أن تحديد المشرع لأنواع الدفاتر التجارية وفقا لهذا القانون إنما هو تحديد مرن يتفق وطبيعة كل تجارة . وكانت المجموعة التجارية الملغاة فى المواد من ١١ إلى ١٤ تستلزم ثلاثة دفاتر يجب على التجار إمساكها وهى دفتر اليومية والجرد وملف صور الرسائل . هذا وإذا كان قانون التجارة الحالي قد ترك للتاجر حرية مسك الدفاتر التجارية التى تتناسب وطبيعة تجارته إلا أنة مع ذلك إشترط حدا أدنى من هذه الدفاتر على كل تاجر أن

---

(١) ريبير رقم ٤٣٧ .

يقوم بمسكها هى دفترى اليومية والجرد ، علاوة على ضـرورة احتفاظـه بصورة من جميع المراسلات والبرقيات والمستندات التى تتـصل بأعمالـه التجارية طبقا لحكم المادة (٢٤) من قانون التجارة .

دفتر اليومية[١] :

١٣٥- تنص المادة الثانية من قانون الدفاتر التجارية على أن تقيد فى دفتر اليومية الأصلى جميع العمليات المالية التى يقوم بها التاجر وكذلك مسحوباته الشخصية ، ويتم هذا القيد يوما بيوم وبالتفصيل .

وأكدت الحكم ذاته المادة (١/٢٢) من قـانون التجـارة بقولهـا : " ١- تقيد فى دفتر اليومية جميع العمليات التجارية التى يجريهـا التـاجر وكذلك مسحوباته الشخصية ويتم القيـد يومـا بيـوم تفـصيلا بإسـتثناء المسحوبات الشخصية فيجوز أن تقيد إجمالا " .

ويتضح من ذلك أن دفتر اليومية هو الدفتر الذى يقيد بـه جميـع عمليات التاجر المالية يوما بيوم ، والتاجر ملزم بقيد مسحوباته الشخصية أيضا إلى جوار عملياته التجارية . ويجب أن يكون القيد واضحا وبالتفصيل بحيث يعطى لمن يطلع عليه صورة صادقة لحياة التـاجر اليوميـة سـواء المتعلقة بتجارته أو حياته الشخصية . ويلاحظ أنة بالنسبة لقيـد التـاجر لمسحوباته الشخصية يكفى طبقا لحكم المادة (١/٢٢) المشار إلـي نـصها مجرد ذكر المبالغ الإجمالية التى ينفقها دون تفصيل دقيق حتـى لا يتـأذى شعور التاجر أو تعلن أسراره الشخصية .

وقد ساير المشرع التجارى فى هذا الخصوص ما كان يجمع عليـه

---

(١) Le Livre Journal .

الفقه وما كان متبعا فى شأن قيد مسحوبات التاجر الشخصية[١] . والحكمة التى قصدها المشرع من إلزام التاجر بيان مسحوباته الشخصية هى معرفة ما إذا كان التاجر فى حالة الإفلاس قد أضر بدائنيه أم لم يضر بهم ، إذ قد يبذر فى الإنفاق على حياته الخاصة رغم إختلال أعماله التجارية ، وبالتالى يمكن اعتباره مفلسا بالتقصير وحرمانه من الصلح الواقى من الإفلاس .

والتاجر قد يكتفى بمسك دفتر يومية واحد لقيد جميع العمليات المالية يوما بيوم ، ويسمى الدفتر فى هذه الحالة بدفتر اليومية الأصلى . ويجب على التاجر أن يراعى فى هذا الدفتر استيفاء الشروط الموضوعية والشكلية التى نص عليها قانون الدفاتر التجارية بقصد تنظيمها ، كما قد يمسك دفاتر يومية مساعدة إلي جوار الدفتر الأصلي كما سنري .

الدفاتر اليومية المساعدة :

١٣٦- قد يستعمل التاجر دفاتر يومية مساعدة تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها مثل دفتر يومية مساعد للمشتريات وآخر للمبيعات وآخر لأوراق الدفع والقبض ... الخ ، وقد إفترض المشرع ذلك فنص فى المادة الثانية من قانون الدفاتر التجارية على أنة يجوز للتاجر أن يستعمل دفاتر

---

(١) د. مصطفى طه – المرجع السابق – ص١٣٦ رقم ١٣٤ خاصة هامش رقم (١) لذات الصفحة . وفى ظل التشريعات المعنية قبل صدور قانون التجارة كان الفقه يرى ذلك .– د. اكثم الخولى حيث كان يرى فى هذا الخصوص أن التاجر لا يعتبر مخالفا لحكم القانون إذا ما خصص لمعيشته مبلغا شهريا إجماليا يثبته فى الدفتر فى أول كل شهر . بل أن هذا ما جرى علية العمل فعلا . رقم ١٩٠ ص ٢١٤ – أيضا د. سمير الشرقاوى ص١٣١ كما أن قيد المسحوبات الشخصية إجمالا وكل شهر فقط أمر يسير علية المشرع الفرنسى ووفقا للقانون الفرنسى الجديد للدفاتر التجارية لا يلزم التاجر ببيان ما ينفقه على منزله . ريبير رقم ٤٣٥ .

يومية مساعدة لإثبات تفصيل الأنواع المختلفة من العمليات المالية ، ويكتفى فى هذه الحالة بتقييد إجمالى لهذه العمليات فى دفتر اليومية الأصلى فى فترات منظمة من واقع هذه الدفاتر .

وأشارت إلى ذات الحكم فى شأن الدفاتر اليومية المساعدة المادة (٢/٢٢) من قانون التجارة حيث تنص على أن " للتاجر أن يستعمل دفاتر يومية مساعدة لإثبات تفصيلات الأنواع المختلفة من العمليات التجارية . وفى هذه الحالة يكتفى بقيد إجمالى لهذه العمليات فى دفتر اليومية فى فترات منتظمة . فإذا لم يتبع هذا الإجراء أعتبر كل دفتر مساعد دفترا أصليا " .

ومقتضى ذلك أنة إلى جوار دفتر اليومية الأصلى يوجد دفاتر يومية مساعدة ، وفى هذه الحالة لا يلزم التاجر بنقل تفصيلات العمليات المدونة بالدفاتر المساعدة إلى دفتر اليومية وإنما فقط يقوم بترحيل مجموع هذه العمليات إلى دفتر اليومية فى فترات منتظمة . ولا يشترط المشرع فى حالة وجود دفاتر يومية مساعدة أن يستوفى التاجر الشروط الشكلية والموضوعية لهذه الدفاتر وإنما يكتفى فقط بإستيفائها ، بالنسبة لدفتر اليومية الأصلى . أما إذا قصد التاجر عدم ترحيل إجمالى قيود هذه الدفاتر المساعدة إلى دفتر اليومية الأصلى فى فترات معينة اعتبر كل دفتر مساعد كأنة دفتر يومية أصلى وبالتالى يجب أن تتبع فيه جميع الشروط التى يتطلبها القانون فى تنظيم الدفاتر التجارية[١] .

---

(١) وفى فرنسا كان القانون التجارى يشترط أن يتم القيد بدفتر اليومية يوماً بيوم وكان أيضا بعد صدور مرسوم ٢٢ ستمبر سنة ١٩٥٣ بتعديل بعض أحاكم الدفاتر التجارية من الممكن أن يكون دفتر اليومية مجرد دفتر يرحل إلية مجموع العمليات فى مواعيد منتظمة إلى جوار دفاتر أخرى بشرط الاحتفاظ بكافة المستندات بمراجعة حسابات التاجر يوما بيوم (المادة ٨ من قانون التجارة الفرنسى). وحاليا تنص المادة الأولى من قانون ٣٠ أبريل سنة ١٩٨٣ على إلتزام كل تاجر بمسك حسابات لمشروعه ويقيد بهذه الحسابات حركة نشاط المشرع بالترتيب الزمنى ، ويتم ==

دفتر الجرد[١] :

١٣٧- تنص المادة الثالثة من قانون الدفاتر التجارية على أن "تقيد فى دفتر الجرد تفاصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر فى آخر سنته المالية أو بيان إجمالى عنها إذا كانت تفاصيلها واردة بدفتر وقوائم مستقلة وهذه الحالة تعتبر تلك الدفاتر أو القوائم جزءا متمما للدفتر المذكور . كما تقيد بالدفتر صورة الميزانية العامة للتاجر فى كل سنة إذا لم تقيد فى دفتر آخر[٢] .

ويتضمن قانون التجارة نصا مماثلا فى المادة (٢٣) منه مع تعديل طفيف فى شأن قيد صوره من الميزانية السنوية وحساب الأرباح والخسائر بدفتر الجرد حتى ولو كانت مقيدة بدفتر آخر حيث تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٣) على أنه : " تقيد فى دفتر الجرد صوره من الميزانية السنوية وحساب الأرباح والخسائر " . حيث كما هو واضح لم تتضمن هذه الفقرة عبارة " إذا لم تقيد فى دفتر آخر " الواردة بنص المادة الثالثة من قانون

==مراقبة هذه الحسابات عن طريق دفتر الجرد مرة على الأقل كل عام لحصر قيمة العناصر السلبية والإيجابية لذمته المالية . وعلى التاجر أيضا إنشاء حسابات سنوية عند نقل نشاطه تتمثل فى الميزانية والحسابات الختامية والقوائم .

وبإضافة هذا النص إلى نص المادة الولى من قانون ١٩٨٣ الفرنسى والتى تلزم التاجر بمسك ثلاثة دفاتر تجارية كما سبق القول ، يتضح أن التاجر فى فرنسا يلتزم بالإضافة إلى مسك دفاتر اليومية والجرد والأستاذ العام ، بمسك مستندات محاسبية مكملة لها هى الميزانية والحساب الختامى والمرفقات (المادة ٤/٩ من قانون ١٩٨٣) .

(١) Le Livre d`inventaire .

(٢) وكان يقابل هذا النص المادة ٩ من قانون التجارة الفرنسى بعد تعديلها بمرسوم ٢٢ ستمبر سنة ١٩٥٣ ، أما حاليا فنص المادة ٢/٨ ، ٣ من قانون ٣٠ أبريل سنة ١٩٨٣ على إلتزام التاجر بعمل رقابة على أعماله مرة كل عام عن طريق عمل جرد للعناصر الإيجابية والسلبية لمشروعه بالإضافة لعمل حساب سنوى للمشروع وبذلك أبقى المشرع الفرنسى على مبدأ الجرد السنوى .

الدفاتر التجارية المشار إليها .

ويتضح من هذا النص أن كل تاجر يزيد رأس مال المستثمر على عشرين ألف جنيه عليه أن يمسك دفتر الجرد . وهذا الدفتر هو الذى تقيد فيه تفاصيل البضائع الموجودة لدية فى نهاية كل سنة مالية . وللتاجر كامل الحرية فى تحديد نهاية السنة المالية ، فمثلا تبدأ السنة المالية بالنسبة لشركات القطاع العام فى أول يوليو من كل عام وتنتهى فى أخر يونيو من العام التالى. وقد يدون التاجر تفاصيل البضائع الموجودة فى المحل فى دفاتر مستقلة وفى هذه الحالة تعتبر هذه الدفاتر جزءا من دفتر الجرد .

ويلاحظ أن دفتر الجرد لا يشمل سوى تفاصيل البضائع فقط دون غيرها من الحقوق التى للتاجر قبل الغير أو الديون التى عليه .

وبذلك يختلف دفتر الجرد عن الميزانية bilan فهذه الأخيرة توضح مركز التاجر السلبى والإيجابى فى نهاية كل سنة مالية وهى تشتمل على خانتين أحدهما مفردات الأصول وهى الأموال الثابتة والمنقولة وحقوق التاجر قبل الغير ، والأخرى مفردات الخصوم لبيان الديون التى فى ذمة التاجر للغير وهى ديون المشروع للغير علاوة على رأس المال بوصفه أول دين عليه . وقد اشترط المشرع أن يدون التاجر فى دفتر الجرد صورة من الميزانية للمشروع فى كل سنة توضح مركزه السلبى والإجمالى فى نهاية السنة المالية وذلك سواء كانت مقيدة بدفتر مستقل أم لا . وهذا الشرط استحدثه القانون الخاص بالدفاتر التجارية بالمادة الثالثة السابق الإشارة إليها إذ أن المادة (١١) من المجموعة التجارية قبل إلغائها لم تكن تلزم التاجر بعمل ميزانية وإنما كانت تلزمه بعمل جرد يتضمن ليس فقط أمواله الموجودة بل أيضا ماله من الحقوق وما علية من الديون .

تلك هى الدفاتر الإلزامية التى يجب على التاجر مسكها كحد إدنى لبيان مركزه المالى علاوة على الدفاتر الأخرى التى تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها . حيث أن المشرع كما سبق القول ألزم التاجر بمسك الدفاتر التى تتفق وطبيعة نشاطه . ومن أمثله هذه الدفاتر تلك التى تلزم البنوك بمسكها نظرا لطبيعة أعمالها الخاصة كدفتر الحسابات الجارية ودفتر حسابات العملة الأجنبية .... الخ ، كذلك الدفاتر التى تلزم مكاتب الاستيراد والتصدير ومكاتب الوكالة بالعمولة والسمسرة بمسكها طبقا للقوانين المنظمة لها.

الدفاتر الإختيارية[١] :

١٣٨- يمسك التاجر أحيانا دفاتر إختيارية ، بالإضافة إلى دفترى اليومية والجرد وما تستلزمه طبيعة تجارته من دفاتر خاصة بقصد تنظيم حساباته وإمعانا فى دقتها . ومن أمثلة هذه الدفاتر دفتر الأستاذ الذى يتطلب طريقة فنية خاصة للقيد به حيث ترحل إلية جميع العمليات المدونة فى الدفاتر الأخرى ، ودفتر الخزانة وهو الذى يوضح المبالغ التى تدخل الخزينة والتى تخرج منها . ودفتر الأوراق التجارية الذى يقيد به مواعيد إستحقاق الكمبيالات والسندات الإذنية سواء المسحوبة عليه أو لصالحه كما أن هناك دفتر المشتريات والمبيعات ..... الخ .

ملف صور المراسلات[٢] :

١٣٩- إشترط المشرع أيضا على كل تاجر أن يحتفظ بصورة طبق الأصل من جميع المراسلات والبرقيات التى يرسلها لأعمال تجارته وكذلك جميع ما يرد إلية من مراسلات وبرقيات وفواتير وغيرها من المستندات

---

(١) facultatifs .

(٢) Le Livers de copies de Lettres .

التى تتصل بأعمال تجارته . ويكون الحفظ بطريقة منظمة تسهل معها مراجعة القيود الحسابية وتكفل عند اللزوم التحقق من الأرباح والخسائر (المادة ٤٥ من القانون رقم ٥٣/٣٨٨) . ويرجع إشتراط المشرع ذلك إلى الفائدة الكبيرة من حفظ صور هذه المراسلات والبرقيات خاصة فى مجال الإثبات .

ونص قانون التجارة على هذا الالتزام فى نص مستقل هو نص المادة (٢٤) حيث تنص على أنه «على التاجر أن يحتفظ بصوره من المراسلات والبرقيات ، وغيرها من الوثائق التى يرسلها أو يتسلمها لشئون تتعلق بتجارته . ويكون الحفظ بطريقة منظمة تسهل معها المراجعة». ويلاحظ أن هذا النص لم يشرط على التاجر الاحتفاظ بصوره طبق الأصل من جميع المراسلات والتى كانت تشترطها المادة (٤٥) من قانون الدفاتر التجارية .

والواضح أن التزام التاجر بحفظ صور المراسلات والوثائق المتعلقة بتجاره التاجر طبقا لنص المادة (٢٤) من القانون التجارى يخضع له جميع التجار أيا كان قدر رأسمال المشروع ، ذلك أن الالتزام بحفظ المستندات وصور المراسلات والبرقيات التى تتصل بأعمال التجارة يخضع له جميع التجار دون الاعتداد بقيمة رأس المال ، فهو ليس دفتر تجارى بالمعنى الدقيق كدفتر اليومية أو الجرد وإنما هو ملف تحفظ به كافة المستندات والوثائق التى لها أهمية بالغة فى تحديد علاقة التاجر بمن يتعامل معهم ، بل إن صغار التجار قد يفيدون من هذا الملف فى حالة المنازعات أمام القضاء أكثر من غيرهم نظرا لعدم وجود دفاتر أخرى لديهم تمكنهم من إثبات حقوقهم فى مواجهة الغير .

ويعتبر هذا الالتزام بديلا لما كانت تنص علية المادة (١٥) من المجموعة التجارية والتى كانت توجب على التاجر أن يقيد بدفتر خاص

صور ما يرسله من الخطابات المتعلقة بالتجارة وأن يجمع ما يرد إلية منها فى كل شهر ويضعه فى ملف على حدة وكان يسمى هـذا الـدفتر بـدفتر الكوبيا وقد عدل المشرع عنه لما رأه من أن غالبية التجار يحتفظون بصور المراسلات ولكن فى دفاتر مختلفة ودون تجميعها فى دفتر مستقل .

الفرع الثالث

تنظيم الدفاتر التجارية

أولا: خلو الدفاتر من الكشط والحشر :

١٤٠- إشترط المشرع عدة إشتراطات خاصة يجب إتباعهـا عنـد مسك الدفاتر التجارية ، فنص فى المادة الخامسة من القـانون رقـم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ على أن تكون الدفاتر خالية من أى فراغ أو بياض أو كتابـة فى الحواشى أو كشط أو تحشير فيما يدون بها . ومعنى ذلـك أنـة علـى التاجر مراعاة الدقة التامة فى مسك الدفاتر التجارية وان تكون خالية مـن أى كشط أو تحشير أو فراغ[١] . ونصت على ذلك أيضا المادة (١/٢٥) من قانون التجارة بقولها " يجب أن تكون الدفاتر التجارية خالية من أى فـراغ أو شطب أو محو أو كتابة فى الهوامش أو بين السطور " .

وقصد المشرع من ذلك ضمان صحة البيانات الواردة فى هذه الدفاتر بقدر الإمكان حتى يستطيع القضاء الاستعانة بها فى الإثبات وتستطيع مصلحة الضرائب الاعتماد عليها فى ربط الضريبة .

---

(١) تقابل ذلك المادة (١٦) من القانون الفرنسى الصادر فى ٣٠ أبريـل سـنة ١٩٨٣ والمادة (٢) من المرسوم ١٩٨٣ المعدل له .

ثانيا : شروط خاصة لدفترى اليومية والجرد :

١٤١- علاوة على الشرط الذى يجب توافره فى جميع الدفاتر التى يمسكها التاجر والسابق ذكره ، إشترط المشرع فيما يتعلق بدفترى اليومية والجرد بشروط وضوابط معينة سنشير إليها .

١- يجب أن ترقم صفحات كل دفتر قبل استعمالها وأن يوقع علي كل صفحة مكتب السجل وأن يضع على كل صفحة خاتم مع بيان عدد صفحات الدفتر . والغرض من ذلك عدم إضافة صفحات للدفتر أو قطع بعضها بواسطة التاجر فهى نوع من مراقبة غش التاجر ومحاولته إخفاء أو إضافة بيانات معينة . وتنص على ذلك المادة الخامسة من قانون الدفاتر بأنة " يتعين قبل استعمال دفتر اليومية والجرد أن تنمر كل صفحة من صفحاتها وأن يوقع كل ورقة فيها الموثق الواقع فى دائرة اختصاصه المحل التجارى " .

كما نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٢٥) من قانون التجارة بقولها " يجب قبل استعمال دفترى اليومية والجرد أن ترقم صفحاتها وأن يوقع كل صفحة مكتب السجل التجارى وأن يضع على كل صفحة خاتم مكتب السجل مع بيان عدد صفحات الدفتر" . وطبقا لحكم المادة (٢/٢٥) الواجبة التطبيق أصبحت الجهة المختصة بالتوقيع على الدفاتر التجارية مكتب السجل التجارى .

٢- عند انتهاء العمل بالدفتر وجب التأشير بما يفيد ذلك من مكتب السجل التجارى ، كذلك عند انتهاء نشاط التاجر لأى سبب مثل اعتزاله التجارة أو وفاته. وقصد المشرع من هذا الإجراء التأكد من عدم إضافة صفحات جديدة فى نهاية الدفتر بعد الانتهاء منه . وفى ذلك تنص المادة

(٣/٢٥) تجارى على أنه «يجب تقديم دفترى اليومية والجرد فى نهاية السنة المالية للتاجر إلى مكتب السجل التجارى للتصديق على عدد الصفحات التى استعملت خلال السنة . وعند انتهاء صفحات الدفتر يجب على التاجر تقديمه إلى مكتب السجل للتأشير بما يفيد انتهاء صفحاته». وتضيف الفقرة الرابعة من المادة ذاتها أنه «على التاجر أو ورثته فى حالة وقف نشاط المتجر تقديم دفترى اليومية والجرد إلى مكتب السجل التجارى للتأشير عليهما بما يفيد قفلهما».

هذا ونرى أن حكم المادة (٦٠) من قانون الدفاتر لا يزال قائما مع تغيير الجهة المختصة لتصبح مكتب السجل التجارى بدلا من مكتب التوثيق وهى المادة التى كانت تنص على أن يعد فى كل مكتب توثيق وفروعه سجل يدون فيه الموثق ما قام به بالنسبة لكل دفتر من دفاتر التاجر من الإجراءات المنصوص عليها سابقا (المادة الخامسة) ويثبت فيه كذلك إقرار من صاحب الشأن بأن هذه الدفاتر هى أول دفاتر لـــه وأن دفاتره السابقة قد أقفلت ويحصل مكتب التوثيق رسوما معينة مقابل ذلك .

وحرصا من المشرع على أن تكون الدفاتر التجارية صورة صادقة للأنشطة التجارية ذات الطبيعة الخاصة قرر فى الفقرة الخامسة من ذات المادة (٢٥) أنة " يجوز بقرار من الوزير المختص وضع أحكام خاصة بتنظيم الدفاتر التجارية التى تستعملها البنوك أو الشركات التى يعينها القرار " .

هذا ويجب كتابة الدفاتر التجارية باللغة العربية ، بل وكافة أوراق التاجر التى يكون لمصلحة الضرائب الإطلاع عليها . وذلك تطبيقا للقانون ٦٢ لسنة ١٩٤٢ .

وإذا ما استوفيت الشروط السابق ذكرها فى الدفاتر التجارية أصبحت منتظمة وفقا لأحكام القانون وتترتب لها الآثار القانونية لذلك . ويلاحظ أنه

لا أثر على مدى انتظام الدفاتر التجارية إذا لم تكتب بخط التاجر ذلك أن ما إشترطه المشرع هو بيانات وإجراءات معينة وليس منها إشتراط كتابتها بخط التاجر . وقد أشار إلى ذلك صراحة قانون التجارة حيـــث تنص المادة (١/٢٧) منه على أن " القيود التى تدون فى الدفاتر التجارية من قبل مستخدمى التاجر المأذونين فى ذلك ، تعتبر فى حكم القيود التى يدونها التاجر بنفسه ويفترض فيها أنها دونت بعلمه إلا إذا أقام الدليل على خلاف ذلك " .

ثالثاً : مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية :

١٤٢- لم تكن المجموعة التجارية الملغاة تضع حدا زمنيا لاحتفاظ التاجر بدفاتره[١] ولكن جاء قانون الدفاتر التجارية ونص فى المادة السابعة منه على ضرورة احتفاظ التاجر وورثته بالدفاتر التجارية المنصوص عليها فى هذا القانون مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ إقفالها ، ويجب عليهم كذلك حفظ المراسلات والمستندات والصور المشار إليها فى المادة الرابعة مدة عشر سنوات.

على أن المشرع التجارى قرر مده أقل لاحتفاظ التاجر لدفاتره التجارية بجميع أنواعها حيث قرر الاكتفاء بمدة خمس سنوات من تاريخ التأشير بإنتهائها مراعيا فى ذلك التخفيف على التجار خاصة وأن التجارة تعتمد أساسا على السرعة فى المعاملات بالإضافة إلى التخفيف من تخصيص أماكن لحفظ الدفاتر.

وفي ذلك تنص المادة (١/٢٦) على أنه " ١- يجب على التاجر أو ورثته الاحتفاظ بالدفاتر التجارية والوثائق المؤيدة للقيود الواردة بها مده

---

(١) وقد نص القانون الفرنسى الصادر فى ١٩٨٣ فى المادة ٢/١٦ منه على أن مدة الاحتفاظ بالدفاتر وجميع المستندات هى عشر سنوات . انظر ريبير رقم ٤٣٨ ، ميشيل ١٤٤ رقم ٣٢١،١٤٨ .

خمس سنوات تبتدأ من تاريخ التأشير على الدفتر بانتهائه أو إقفاله " . ويلتزم التاجر بحفظ صور المراسلات والبرقيات وغيرها لذات المدة وهى خمس سنوات من تاريخ إرسالها أو تسليمها طبقا لحكم الفقرة الثانية من المادة (٢٦) المشار إليها .

وتمشيا من المشرع مع الوسائل التكنولوجيا الحديثة أجاز صراحة للتاجر الاحتفاظ مدة خمسة سنوات للصور المصغرة (ميكروفيلم) بدلا من الأصل . كما قرر أن يكون لتلك الصور حجية الأصل فى الإثبات إذا روعى فى إعدادها وحفظها واسترجاعها القواعد والضوابط التى يصـــدر بها قرار من وزير العدل (م ٢/٢٦) . ورغم مرونة حكم هذا النص ومسايرته التقدم التكنولوجى ، إلا أن تقدير ما إذا كان قد روعى فى الصور الميكروفيلمية عند إعدادها أو استرجاعها أو حفظها الضوابط التى يصدر بها قرار وزير العدل ، من الأمور التى تحتاج إلى خبرة فنية رفيعة المستوى نأمل أن تكون مكاتب الخبراء بكافة فروعها على دراية بها وإلا أصبح النص لغوا أو كان وبالا على من يتمسك به أو يحاج علية به خاصة وأن حجيته كاملة تطابق الأصل .

ويراعى فى هذا الخصوص عدم الخلط بين مدة الخمس سنوات اللازمة للاحتفاظ بالدفاتر التجارية والمقصود منها الاستعانة فى الإثبات بها، وبين مدة التقادم المسقط للالتزامات التجارية والتى سبق ذكر أحكامها تفصيلا فى الفصل الثانى من الباب الأول[١] .

وبناء على ذلك وجب على كل تاجر الاحتفاظ بدفاتره بعد انتهاء العمل بها أو بعد انتهاء نشاط التاجر والتأشير بذلك من مكتب السجل مدة خمس سنوات كاملة وذلك للفائدة العملية التى تؤديها هذه الدفاتر سواء

---

(١) راجع ما سبق رقم ٥٠ .

للإثبات أمام القضاء أو لمصلحة الضرائب . وإذا أهمل التاجر فى الاحتفاظ بدفاتره خلال هذه الفترة تعرض للجزاء المنصوص علية فى قانون التجارة (م٢٩) . وإذا انتهت مدة الخمس سنوات لا يلزم التاجر بحفظها وتقوم قرينة مؤداها أن التاجر تخلص من دفاتره أو أعدمها[١] ، إلا أنة إذا ظل محتفظا بهذه الدفاتر وأثبت خصمه ذلك، فإنه يلزم بإحضارها عند طلبها منه بواسطة المحكمة[٢] .

هذا وجدير بالذكر أن المشرع وضع بالمادة (٦٨) تجارى تقادماً خاصاً قصير الأجل بالنسبة للدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية وهو سبع سنوات من يوم حلول ميعاد الوفاء بالالتزام ما لم ينص القانون على خلاف ذلك . كما نص المشرع

---

(١) ريبير الموضع السابق .

(٢) حاول المشرع الفرنسى التوفيق بين مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية ومدة سقوط الحقوق بالتقادم ، حيث نص فى المادة (١٨٩ب) من قانون ١٨ أغسطس ١٩٤٨ المضاف للمجموعة التجارية تحت عنوان التقادم – على تقادم الحقوق الناشئة بين التجار والخاصة بمعاملاتهم بعشر سنوات فقط ما لم يقض نص آخر بمدة أقصر . وتطبيقا لذلك انظر حكم النقض الفرنسى جلسة ٢٠ يناير ١٩٦٩ الجازيت ١٩٦٩ – ١ –٢٠٣ . هذا ويلاحظ أن التقادم العشرى المشار إلية كان لا يسرى على كل الالتزامات التجارية ولكن فقط الالتزامات التى تتم بين التجار ولإعمالهم التجارية ، أما بقية الإلتزامات التجارية فتخضع للتقادم العادى وهى الالتزامات ذات الطبيعة التجارية التى تقع بين غير التجار أو بين تاجر وغير تاجر لإعمال غير تجارية ، على أنه بعد تعديل المادة ١٨٩ ، بالقانون الصادر فى ٣ يناير ١٩٧٧ أصبح التقادم العشرى مطبقا على الأعمال المختلطة أيضا (هوان رقم ٤٩ ص ٥٩ ورقم ٧٦ ص٨٦).

وكنا نرى أن طبيعة المعاملات التجارية تقتضى الأخذ بتقادم خاص للأعمال التجارية التى تتم بين التجار وهو ما أخذ بة تشريع التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المادة ٦٨) .

راجع ما سبق رقم ٥٠ .

على سقوط الأحكام النهائية الصادرة فى تلك الدعاوى بمضى عشر سنوات .

وهذا النص وإن كان يقرر مده سبع سنوات علي تقادم هذا النوع من الدعاوى إلا أنها أطول من مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية والوثائق المؤيدة لها، وكان الأفضل أن تكون مده تقادم الدعاوى لهذه الالتزامات متناسبة مع ما يؤيدها من مستندات ووثائق ، على أنة مما يخفف من ذلك احتفاظ التاجر عاده بدفاتره ومستنداته مده تقادم الدعاوى .

الجزاء على مخالفة الأحكام الخاصة بالدفاتر التجارية :

١- الجزاء الجنائى :

١٤٣- إذا خالف التاجر الأحكام المنصوص عليها فى قانون التجارة بأن لم يمسك دفاتر أصلا أو كانت دفاتره غير كافية ولا تتناسب وطبيعة تجارته ، أو لم يمسك دفترى اليومية والجرد أو أحدهما أو كانت دفاتره غير منتظمة لعدم استيفائها الشروط المنصوص عليها قانونا كوجود كتابة فى الحواشى أو بها كشط أو تحشير أو لم يوقع مكتب السجل التجارى على صفحات الدفتر ، كذلك إذا لم يحتفظ التاجر بدفاتره المدة القانونية وهى خمس سنوات أو أى مخالفة أخرى لأحكام القانون ،فإنه يتعرض لجزاء جنائى نصت عليه المادة (٢٩) من قانون التجارة هو الغرامة التى لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد عن ألف جنيه . وبهذا عظم المشرع من قدر الغرامة التى كان ينص عليها بالمادة (٨) من قانون الدفاتر التجارية ، وخيرا فعل المشرع برفع قيمة الغرامة حتى تكون رادعة إلى حد ما .

وقد أعطى القانون للموظفين الفنيين بوزارة التجارة ومصلحة الضرائب والإدارة العامة للشركات ورؤساء مكاتب السجل التجارى أو من يقوم مقامهم ومفتشى إدارة السجل التجارى صفة مأمورى الضبط القضائى لإثبات ما يقع مخالفا لقانون الدفاتر التجارية أو القرارات الصادرة تنفيذا له

(المادة ٩ من قانون الدفاتر التجارية) [١] ويسرى ذات الحكم بالنسبة لمخالفة أحكام قانون التجارة المشار إليه) .

وفى حالة إفلاس التاجر فإن عدم وجود الدفاتر له أثر فى إعتباره مفلسا بالتدليس أو بالتقصير كما إذا تعمد إخفاء دفاتره او لم يمسكها أصلا، أو كانت غير مستوفاه للشروط القانونية[٢] .

٢- الجزاء المدنى :

١٤٤- يتمثل الجزاء المدنى عند مخالفة التاجر لأحكام الدفاتر التجارية السابق ذكرها فى عدم الأخذ بالدفاتر غير المنتظمة كدليل فى الإثبات فى أغلب الحالات كما سنرى . وكانت تنص على هذا الجزاء المادة (١٥) من المجموعة التجارية الملغاة بقولها " الدفاتر التى يجب على من يشتغل بالتجارة إتخاذها لا تكون حجة أمام المحاكم ما لم تكن مستوفية للشروط القانونية " هذا بالإضافة إلى حرمان التاجر من الصلح الواقى من الإفلاس[٣] . وخضوعه للتقدير الجزافى للضريبة من جانب مصلحة الضرائب . ولم يشأ المشرع التجارى النص على ذلك فى الفصل الثالث من الباب الأول بإعتباره من القواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص واعتماد على ما جاء بالمادة (٧٠) من قانون التجارة والتى سنتناولها بالدراسة تفصيلا فى الفرع التالى من هذا المبحث . علما أن الفقرة (د) من ذات

---

(١) هذه المادة معدلة بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٤ (وقائع العدد ١٠ مكرر (أ) فى ٤ فبراير سنة ١٩٥٤) .

(٢) انظر المواد ٣٢٨ ، ٣٣١ من قانون العقوبات .

(٣) المادة ٧٢٥ من قانون التجارة ، حيث تقصر هذه المادة الصلح الواقي من الإفلاس علي التاجر الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ لا يصدر عن التاجر العادي .
في هذا الخصوص مؤلفنا – أحكام الإفلاس طبعة ٢٠١٢ سالف الإشارة .

المادة تقرر الجزاء المدنى لعدم إتباع أحكام القانون حيث تنص على أنة "إذا اختلفت البيانات الواردة بدفاتر الخصمين وكانت أحدهما مطابقة لأحكام القانون ودفاتر الآخر غير مطابقة ، فالعبرة بما ورد بالدفاتر المطابقة إلا إذا قدم الخصم الدليل على خلاف ما ورد بها . ويسرى هذا الحكم إذا قدم أحد الخصمين دفاتر مطابقة ولم يقد الآخر أية دفاتر " .

الفرع الرابع
حجية الدفاتر التجارية فى الإثبات

تمهيد :

١٤٥- سبق أن أوضحنا أن المواد التجارية تخضع فى إثباتها لكافه طرق الإثبات مثل البينة والقرائن واليمين والدفاتر التجارية . وأكدت هذا المبدأ المادة (٦٩) تجارى حيث تنص على أنة " ١- يجوز إثبات الالتزامات التجارية أيا كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات ما لم ينص القانون على غير ذلك . ٢- فيما عدا الحالات التى يوجب فيها القانون الإثبات بالكتابة فى المواد التجارية يجوز فى هذه المواد إثبات عكس ما إشتمل عليه دليل كتابى وإثبات ما يجاوز هذا الدليل بكافة الطرق " .

وبناء على ذلك يستطيع القاضى إذا ما عرض علية نزاع من طبيعة تجارية أن يطلب من التاجر تقديم دفاتره ليستخلص منها دليلا فى النزاع المعروض[١] كما يستطيع الخصم أن يطلب من القاضى إلزام التاجر بتقديم دفاتره . وللقاضى هذا الحق سواء كان النزاع أمام المحكمة التجارية أو المدنية وسواء كان الالتجاء إلى دفترى اليومية والجرد أو الدفاتر الأخرى

---

(١) يعتبر منح القاضى هذا الحق من الأمور التى تخالف مبدأ حياد القاضى فى المنازعات - د. فتحي والى في مبادىء قانون القضاء المدنى - طبعة ١٩٧٤ رقم ٢٨٩ .
ويلاحظ في هذا الخصوص أنة إذا وجد دليل كتابى كامل لدى التجار فإنة لايلزم بتقديم دفاتره ذلك أن الإلتجاء إلى الدفتر لا يكون إلا لمن ليس لدية دليلا كتابيا .

التى تستلزمها طبيعة تجارة التاجر[١] . والقاضى له مطلق الحرية فى إجابة الخصم إلى طلبه أو عدم الأخذ به .

ويجبر التاجر على تقديم الدفاتر طالما طلبتها المحكمة وللقاضى فى سبيل إلزامة بذلك أن يحكم عليه بغرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه عن تقديم دفاتره ، وذلك تطبيقا للقواعد العامة التى تقضى بها المادة ٢١٣ مدنى[٢]. وفى حالة رفض التاجر تقديم دفاتره دون مبرر ، يمكن للقاضى توجيه اليمين المتممة إلى الخصم[٣] وإعطاء هذا الأخير حقا فى كسب دعواه على هذا الأساس . وتضمن قانون التجارة حكما فى هذا الخصوص

---

(١) يرى اغلب الفقه أن الإطلاع على الدفاتر التجارية من جانب القاضى جائز فى جميع الدعاوى تجارية كانت أو مدنية .
راجع د. محسن شفيق . الوسيط فقرة ١٥٤ . د. مصطفى طه – المرجع السابق – ص ١٣٨ فقرة ١٤٨ وهو يجيز ذلك فى حالة الإطلاع الجزئى .
قارن د. أكثم الخولى حيث يرى أن الأصح هو الرجوع إلى الدفاتر للإثبات أن يكون النزاع مطروحا أمام المحكمة المدنية وهذا ما أخذت به بعض الأحكام .
مبادىء القانون . فقرة ١٥٤ ص ١٩٢ .

(٢) ويسير القضاء الفرنسى عند رفض التاجر تقديم دفاتره – على إصدار أمر له بذلك، ريبير رقم ٤٤١ .

(٣) تقضى بهذا المادة ٣٩ من قانون التجارة الكويتى – راجع مؤلفنا التجارى الكوتيى السابق الشارة إلية ص١٩٢.
ويرى الفقه فى مصر أن إمتناع التاجر عن تقديم دفاتره التجارية يجب ألا يفسر دائما ضده وبالتالى يخسر دعواه ، وذلك أن إمتناعه قد يرجع إلى محافظته على أسراره التجارية . ولذلك للمحكمة كامل الحرية فى مدى تقدير أسباب هذا الإمتناع. وقد تعتبره المحكمة إقراراً بالدين أو مجرد قرينة ضد التاجر الممتنع كما أن لها أن تتغاضى عن هذا الإمتناع .
انظر د. مصطفى طه – المرجع السابق – ص١٤٨ . وكذلك د. أكثم الخولى . مبادىء قانون التجارى ، ص١٩٩ .

هو إمكان المحكمة إعتبار إمتناع التاجر دون عذر مقبول عن تقديم دفاتره للإطلاع عليها قرينة على صحة الوقائع المطلوب إثباتها فى الدفاتر (٤/٢٨٣) .

تقسيـــم :

١٤٦- تقتضينا دراسة حجية الدفاتر التجارية فى الإثبات إيـضاح طرق الإطلاع على هذه الدفاتر واستخدامها فى الإثبات لمـصلحة التـاجر وضده وأخيرا تقدير مدى حجية الدفاتر غير المنتظمة .

المطلب الأول

طرق الإطلاع على الدفاتر التجارية

الطريقة الأولى : التقديم[١] **:**

١٤٧- يقصد بالتقديم وضع الدفاتر التجارية تحت تصرف القاضـى نفسه دون الخصوم للإطلاع عليها ، سواء بناء على طلب الخصوم أو مـن تلقاء ذات المحكمة . فالمحكمة عند نظر الدعوى لها أن تقرر إبراز الدفاتر للإطلاع على القيود المتعلقة بالموضوع المتنازع فيه وحده واستخلاص ما ترى استخلاصه منها . وقد أشارت إلى هذا الطريـق المـادة (١٨) مـن المجموعة التجارية الملغاة ، ويقصد بالدفاتر فى هذا الخـصوص الـدفاتر الإلزامية وحدها وهى دفتر الجرد واليومية وما تستلزمه طبيعـة وأهميـة تجارة التاجر من دفاتر أخري دون الدفاتر الاختيارية إلا إذا قدمها التـاجر مختارا حيث تعد أوراقا شخصية به .

وأقر ذلك قانون التجارة حيث قرر فى المادة (١/٢٨) منه أنه يجوز للمحكمة بناء على طلب الخصم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقـديم

---

(١) . La représentation

دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها ، وللمحكمة أن تطلع على الدفتر بنفسها أو بواسطة خبير تعينه لذلك .

وغالبا ما يستعين القاضى فى ذلك بأهل الخبرة دون أن يمكن الخصم من الإطلاع عليها خشية تسرب أسرار التاجر إلى خصمه . ويتم الإطلاع على الدفاتر بواسطة المحكمة أو الخبير المعين لذلك بحضور التاجر صاحب الدفاتر وتحت إشرافه .

وقد يلجأ القاضى إلى تعيين لجنه قضائية تتنقل إلى إقرب محكمة تجارية لمقر تجارة التاجر إذا كان هذا المقر يبعد كثيرا عن المحكمة بحيث يتعذر نقل الدفاتر إلى مقرها . وتقوم اللجنة بعمل محضر بما تحتويه هذه الدفاتر من قيود النزاع المعروض على القضاء .

وتتقيد المحكمة أو الخبير بالنظر إلى القيود المتعلقة بالموضوع المتنازع فيه وحده دون غيره من القيود ،إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك كما إذا إرتبطت هذه القيود بقيود سابقة . وكما سنرى لا تلتزم المحكمة بالأخذ بالبيانات التى تجدها بالدفاتر التجارية حتى ولو كانت منتظمة ، كما لا تلزم هذه البيانات التاجر الخصم ولو كان تقديم الدفاتر بناء على طلبه .

الطريقة الثانية : الإطلاع(١) :

١٤٨ – يقصد بالإطلاع وضع الدفاتر التجارية تحت تصرف خصم التاجر والإطلاع عليها لإثبات ما يدعية . ولما كان فى هذا الطريق ما قد يضر بسمعة التاجر لما فيه من إفشاء لأسراره ، تحرص التشريعات على عدم النص عليه أو قصره فى حدود إستثنائية . فوفقا للتشريع الكويتى يعتبر الطريق الوحيد للإطلاع على الدفاتر التجارية هو طريق التقديم بمعناه

---

(١) Le Communication

السابق ، أى تقديمها للقاضى ليأخذ منها ما يراه أو لأهل الخبرة المعين من جانب القاضى .

كذلك كان يحرص المشرع الفرنسى فى المادة (١٤) من قانون التجارة على عدم السماح بالحكم بالإطلاع على الدفاتر التجارية فيما عدا حالات أربعة إستثنائية هى[١] : حالة الشيوع الناشىء عن الزواج تطبيقا لنظام إختلاط الأموال Communauté وحالة التركات Succession وحالة قسمة الشركات partage de societe وأخيرا حالة الإفلاس والتسوية القضائية أو نظام تصفية الأموال حاليا Règlement Judiciare et liquidation des biens .

ويلاحظ أن السماح من جانب المشرع الفرنسى بالإطلاع فى هذه الحالات كان يرجع إلى أن خصوم التاجر لهم ذات الحقوق وذات المصلحة[٢].

على أنه بصدور قانون ٣٠ أبريل سنة ١٩٨٣ لم ينظم المشرع الفرنسى وسيلة تقديم الدفاتر التجارية فى الإثبات أمام القضاء إذ انه ألغى المواد من ١٥ – ١٧ من المجموعة التجارية الفرنسية كما سبق القول والتى كانت تلزم التجار بتقديم دفاترهم بما يسمح للخصوم من الإطلاع عليها وإستخلاص الأدلة المؤيدة لإدعاءاتهم من هذه الدفاتر . وبذلك ترك القانون الفرنسى (٣٠ أبريل ١٩٨٣) حالات تقديم الدفاتر والمستندات المحاسبية فى الإثبات أمام القضاء للقواعد العامة الواردة بقانون المرافعات الفرنسى والصادر ١٩٧٥ والتى تقضى بتقديم الدفاتر والمستندات المحاسبية للمحكمة سواء من تلقاء ذات التاجر أو بناء على أمر المحكمة

---

(١) ميشيل رقم ١٤٨ و ريبير رقم ٤٤٢ .

(٢) راجع رودبير ، دالوز ص١٢٢ فقرة ١٣٨ .

مع تحديد شروط تقديمها وضمانات المحافظة عليها (المواد ١١ ومن ١٣٢-١٤٣) مرافعات فرنسى[١] .

وكان من المتفق عليه فى الفقه[٢] والقضاء[٣] الفرنسى أن نص المادة (١٤) إنما هو نص وارد على سبيل الحصر وبالتالى لا يجوز الحكم بالإطلاع على الدفاتر التجارية فى غير الحالات الأربع المحددة بنص المادة (١٤) المشار إليه .

أما فى مصر فوفقا لنص المادة (١٦) من المجموعة التجارية الملغاة كان يجوز الحكم بالإطلاع فى جميع المنازعات التجارية أما فى المواد المدنية فيجوز الإطلاع فى بعض الحالات هى الأموال المشاعة والتركات والشركة وحالة الإفلاس .

وكان الفقه المصرى يجمع على انتقاد هذا النص ، وإن كان يسلم من جهة اخرى بضرورة العمل به رغم عيوبه .

حالات الإطلاع على الدفاتر التجارية :

١٤٩- لما كان الإطلاع على الدفاتر بواسطة خصم التاجر به إفشاء لأسرار التاجر قبل خصمه فقد حاول القضاء من جانبة فى ظل المجموعة التجارية الملغاه، تفادى عيوب النص المصرى[٤] ، فلم يكن يحكم بالإطلاع على الدفاتر التجارية إلا فى أضيق الحدود مراعيا فى ذلك الحكمة التى من

---

(١) ريبير رقم ٤٤٢ .

(٢) هامل شرح القانون التجارى ج٣ رقم٢٥١ وريبير رقم ٤٤٢ ص ٢٦٨. ميشيل رقم١٤٨.

(٣) نقض مدنى جلسة ١٩٦٧/١١/٣ دالوز ١٩٦٨ - ٨٠ .

(٤) د . سامى مدكور - أحكام القانون التجارى - جزء ١ ص ١٣٤ .

أجلهـــا وضع النص[١] ، أو قد يحكم برفض طلب الخصم بـــالإطلاع علـــى دفاتر التاجر لمجرد الإدعاء بأن فيها ما يثبت الحق الذى تنكره ظروف الدعوى[٢].

وجاء قانون التجارة مستجيبا لما كان يراه الفقه ويطبقه القـــضاء فنص فى المادة (٢/٢٨) على أنة لا يجوز للمحكمة أن تأمر التاجر بإطلاع خصمه على دفاتره إلا فى المنازعات المتعلقة بالتركـــات ومـــواد الأمـــوال المشاعة والشركات .

وسوف نشير إلى هذه الحالات تفصيلا :

١- **الأموال المشاعة** : يقصد بالأموال المشاعة الحالات التـــى يكـــون فيها المال مملوكا لأكثر من شخص دون أن يكون لكل منهم حصة مفـــرزة فيه ، وكان يرى أغلب الفقه[٣] فى هذا الخصوص أن المقـــصود بـــالأموال المشاعة ، فى ظل المجموعة التجارية الملغاة ، حالة الشيوع الناتج عن الزواج وفقا لنظام اختلاط الأموال بين الزوجين فإذا ما انتهت حالة الشيوع لسبب مـــا ، كان لكل من الأطراف أو ورثتهم طلب الإطلاع على الدفاتر التجارية[٤] .

---

(١) د. حسنى عباس ص ٢٨٠،٢٨١ خاصة الحكام المشار إليها بالقـــضاء المخـــتلط برفض الإطلاع أثناء نزاع تجارى فى غير الحالات الإستثنائية كذلك الأحكام المشار إليها بهامش ص ١٨١ أرقام ١،٢،٣ .

(٢) إستئناف مختلط جلسة ١٩٣٩/٤/٥ مجلة المحاماة لسنة ٢٠ص١٢٦١ رقـــم ٥٦٣ – موسوعة عبد المعين جمعة ص ٨٥ .

(٣) د . محسن شفيق – الـوجز ص ١٠٨ ، د . أكثم الخولى . الموجز ص ٢٣٠ .

(٤) حكم محكمة باريس جلسة ١٩٦٤/٤/٢٨ بجازيت ١٩٦٤ – ٢- ٢٠٤ . ورفـــض القضاء الفرنسى حق الإطلاع على الدفاتر للدائن وهـــو أحـــد العمـــال الـــسابقين للمشروع حتى ولو كانت لـــه مصلحة فى الفوائد التى يحققها المشروع : نقـــض فرنسى جلسة ١٩٦٤/١١/٣ دالوز ٦٨-٨٠.

وحجتهم فى ذلك كان نص المادة ١٤ تجارى فرنسى ، والذى يعتبر أصل المادة ١٥ تجارى مصرى من المجموعة التجارية الملغاة .

وكنا نرى أنه من الأفضل إعمال النص فى جميع حالات الشيوع ، وذلك ليس فقط بسبب عموم النص العربى[١] ، وإنما أيضا لتوافر ذات الحكمة التى من أجلها سمح المشرع بالإطلاع على الدفاتر التجارية فى حالة إختلاط أموال الزوجين ، وهى تمكين بقيه أطراف الشيوع أو ورثتهم، من الإطلاع على كل ما يتعلق بحقوقهم المرتبطة إرتباطا وثيقا بحقوق الشريك أو إفشاء لأسراره لأنه شريك فى الشيوع له ذات الحقوق التى يتمتع بها غيره من الملاك وأهمها الحق فى الإطلاع عن الدفاتر . هذا بالإضافة إلى أن قصر حالة الشيوع على نظام الأموال المختلطة بين الزوجين يجعل النص العربى قليل الإستعمال أن لم يكن منعدما ، نظرا لعدم إنتشار هذا النظام فى مصر ، حيث يخضع المصريون لنظام إستقلال الذمة المالية بين الزوجين تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية . ولا يبقى سوى الأجانب الذين يتزوجون وفقا لنظام إختلاط الأموال وهى فئة على ما نعتقد قليلة . وإزاء عمومية نص المادة (٢/٢٨) تجارى فإن النص يشمل جميع صور وحالات الأموال المشاعة .

٢- **مواد التركات** : ويقصد بمواد التركات الأموال التى تؤول إلى أكثر من شخص بطريق الوراثة ، إذ يجوز لكل وارث من ورثة التاجر طلب الإطلاع على الدفاتر التجارية لمورثة إذا ما كانت هذه الدفاتر تهم طرف وارث آخر لتحديد ما يرثه من أموال التاجر طالما كانت الدفاتر لازمه لهذا التحديد .

---

(١) مؤلفنا السابق رقم ١٢٥.أيضا.د.حسنى عباس.ص ٢٨١ - د . على الزينى أصول القانون التجارى – الجزء الأول – ص ١٨٠.

٣- **المنازعات المتعلقة بمواد الشركات** : يقصد بمنازعات الشركات كل ما يتعلق بخلافات الشركاء بسبب صفتهم كشركاء فى الشركة أيا كان شكل الشركة أو طبيعه نشاطها . من ذلك الخلاف على توزيع الأرباح أو توزيع موجودات الشركة على الشركاء بمناسبة تصفيتها أو حلها . فلكل شريك فى الشركة أن يطالب بقية الشركاء بحقة فى الإطلاع على دفاتر الشركة لتحديد حقوقه فى مواجهة الشركة والشركاء . ويعد حق الإطلاع فى مواد الشركات من الأمور المقرره قانوناً دون حاجة إلى نص خاص حيث تنظم القوانين المعنية هذا الحق (المادة ٥١٩ مدنى) .

٤- **تسليم الدفاتر فى حالة الإفلاس** : يقصد بحق الإطلاع على الدفاتر فى حالة الإفلاس أنه إذا ما أشهر إفلاس التاجر لتوقفه عن دفع ديونه التجارية ، فإنة يحق لوكيل الدائنين تسلم هذه الدفاتر ليتمكن من تأدية مهمته ، وقد نص قانون التجارة على أن تسلم هذه الدفاتر فى حالة الإفلاس أو الصلح الواقى منه للمحكمة أو لأمين التفليسة أو لمراقب الصلح (م ٣/٢٨) .

الإطلاع على الدفاتر التجارية بنص القانون أو الإتفاق :

١٥٠ – يجب عدم الخلط فى هذا الخصوص بين الإطلاع على الدفاتر التجارية وفقا للتفصيل السابق والذى يكون بمناسبة منازعات قضائية ، وبين حالات أخرى من الإطلاع مقررة بنص القانون أو الإتفاق ، فقد نصت بعض القوانين على الحق فى الإطلاع على الدفاتر كما هو الحال بالنسبة للشريك أثناء حياة الشركة والمنصوص علية فى المادة (٥١٩) مدنى[١] أو حق

---

(١) تنص المادة ٥١٩ مدنى على أن " الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وكل إتفاق على غير ذلك باطل ، انظر فى تفصيل هذا الموضوع د. حسنى عباس – المرجع السابق – ص٢٨٧.

موظفى مصلحة الضرائب فى الإطلاع على الدفاتر التجارية ومستندات ومحررات وذلك تطبيقا لأحكام الباب الرابع فى الكتاب السادس من قانون الضريبة على الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ (م ٩٤) [١].

كما يلاحظ أن الحق فى الإطلاع على الدفاتر التجارية يمكن أن يكون بناء على إتفاق بين الأطراف كما هو الحال بالنسبة لإشتراط البنوك هذا الحق على عملائهم خاصة بمناسبة عقد فتح إعتماد ، أو تقديم تسهيلات إئتمانية لهم ، أو حالة تحديد الأجر للعامل وفقا لنص المادة (٦٩١) مدنى[٢] .

المطلب الثانى

إستخدام الفاتر التجارية فى الإثبات

تمهيد :

١٥١- جرى العمل فى المنازعات التجارية على إستخدام دفاتر التجار كوسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء ، وكانت تقضى بذلك المادة (١٧) من المجموعة التجارية الملغاة بقولها " يجوز للقضاء قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك

---

(١) الجريدة الرسمية – العدد ٢٣ (تابع) فى ٢٠٠٥/٦/٩.

(٢) تنص المادة (٦٩١) مدنى على أنة " إذا نص العقد على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق علية أو بدلا منه حق فى جزء من أرباح رب العمل ، أو فى نسبة مئوية من جملة الإيراد أو مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل جرد بيانا بما يستحقه من ذلك .
ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم إلى العامل أو إلى أى شخص موثوق به يعينه ذو الشأن أو يعينه القاضى ، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان ، وأن يأذن له فى ذلك بالإطلاع على دفاتره .

الدفاتر مستوفيه للشروط المقررة قانونا". وأكدت ذلك أيضا المادة (١٧) من قانون الإثبات حيث نصت على أن دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار .

ونظم قانون التجارة إستخدام الدفاتر التجارية فى الإثبات أمام القضاء فى المادة (٧٠) منه حيث نصت الفقرة الأولى على أنه " يجوز قبول الدفاتر التجارية للإثبات فى الدعاوى المقامة من التجار أو المقامة عليهم متى كانت متعلقة بأعمالهم التجارية وذلك وفقا للقواعد الآتية ...." .

وحجية الدفاتر التجارية فى الإثبات تختلف تبعا لما إذا كان الإثبات لمصلحة التاجر أو ضده وهو ما سوف نوضحه .

الحالة الأولى : الدفاتر التجارية فى الإثبات لمصلحة التاجر

أولا : حجية الدفاتر التجارية فى الإثبات لمصلحة التاجر ضد التاجر :

١٥٢- طبقا لحكم المادة (٥/٧٠) من قانون التجارة ، تكون البيانات الواردة بالدفاتر المطابقة لأحكام القانون حجة لصاحب هذه الدفاتر على خصمه التاجر ، إلا إذا نقضها الخصم ببيانات وارده بدفاتره المطابقة لأحكام القانون أو أقام الدليل بأي طريق آخر علي عدم صحتها . وتضيف الفقرة (ج) من ذات المادة أنه إذا كانت دفاتر كل من الخصمين مطابقة لأحكام القانون و أسفرت المطابقة بينهما عن تناقض بياناتها ، وجب علي المحكمة أن تطلب دليلا آخر .

كما تقرر الفقرة (د) من المادة ذاتها أنه إذا إختلفت البيانات الواردة بدفاتر الخصمين وكانت دفاتر أحدهما مطابقة لأحكام القانون ودفاتر الآخر غير مطابقة، فالعبرة بما ورد بالدفاتر المطابقة إلا إذا أقام الخصم الدليل علي خلاف ما ورد بها . ويسري هذا الحكم إذا قدم أحد الخصمين دفاتر مطابقة ولم يقدم الآخر أية دفاتر.

والذي يتضح من نص المادة (٧٠) المشار الي حكمها أن الإثبات بالدفاتر التجارية المشار إليها يقصد بها الدفاتر الإلزامية ، وهي دفتري اليومية والجرد المشار إليهما بالمادة (٢١) تجاري دون الدفاتر الاختيارية، حيث يمكن أن تكون دليلا كاملا للإثبات يستطيع التاجر التمسك بها خلافا للقواعد القانونية العامة التي لا تجيز أن يصطنع الشخص دليلا لنفسه .

كما يتضح أنه يشترط لاعتبار الدفاتر التجارية دليلا كاملا في هذه الحالة وفقا لنص المادة (٧٠) المشار اليها أن يكون النزاع بين تاجرين ومتعلقا بعمل تجاري وأن تكون دفاتر التاجر الذي أراد التمسك بها منتظمة مطابقة للقانون . وسوف تشير إلي هذه الشروط .

الشرط الأول : أن يكون النزاع بين تاجرين :

١٥٣- وحكمة هذا الشرط واضحة، ذلك أن التاجر الذي يستند الي دفاتره ضد خصمه التاجر إنما يواجه خصما يتمتع بذات المزايا التي يتمتع بها نتيجة التزامه بمسك الدفاتر التجارية ، فكل من التاجرين يلتزم بمسك دفاتر ويلتزم أيضا بإتباع شروط معينة لانتظامها . ويمكن عن طريق مضاهاة كلا الدفترين معرفة الحقيقة .

ويترتب علي ذلك أن الخصم غير التاجر ، أو الخصم التاجر غير الملزم بمسك دفاتر تجارية (إذا كان رأسماله المستثمر لا يتجاوز ٢٠ ألف جنيه) ، لا يتمسك في مواجهته بما جاء بدفاتر التاجر وذلك لعدم احتفاظه بدفاتر تجارية يمكن مضاهاتها بدفاتر خصمه التاجر . علي أن ذلك لا يمنع القاضي في مثل هذه الحالات أن يستند إلي ما جاء بدفاتر التاجر بوصفها قرائن تكملها أدلة ومستندات أخري .

الشرط الثاني : أن يتعلق النزاع بعمل تجاري :

١٥٤- وهذا الشرط المشار إليه صراحة بنص المادة (٧٠) كما سبق القول، يعتبر فى الواقع من الأمور المسلم بها ذلك انه وفقا للقواعد العامة يؤخذ بمبدأ حرية الإثبات فى المواد التجارية دون المدنية .فطالما أن العمل محل النزاع تجارى أمكن إثباته بكافة طرق الإثبات ومنها الدفاتر التجارية .أما إذا كان مدنيا ، فإنه يخضع لقاعدة الإثبات بالكتابة فيما تزيد قيمته عن ١٠٠٠ جنيه حتى ولو كان خصمه تاجرا .فلا يستطيع التاجر الإفادة مما قيده بدفاتره ضد خصمه التاجر إلا إذا كان العمل تجاريا من جانبه ، ذلك أنه علاوة على صريح نص المادة (٧٠) من قانون التجارة سالف الذكر ، تعتبر قاعدة إفادة الشخص من دليل قدمه بنفسه من القواعد الإستثنائية ، والإستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه .وتطبيقا لذلك لا يجوز للتاجر التمسك بما ورد بدفاتره ضد خصمه إذا كان العمل مدنيا من جانب هذا الأخير ولو كان كل منهما تاجرا .

الشرط الثالث : أن تكون دفاتر التاجر الذى يريد التمسك بها مطابقة لحكم القانون

١٥٥ - يشترط للأخذ بدفاتر التاجر كدليل كامل فى الإثبات لصالح التاجر ضد خصمه التاجر أن تكون دفاتره مطابقة لأحكام القانون. وهذا الشرط وضحه نص المادة (٥/٧٠) سالف الذكر . ويقصد بمطابقة الدفاتر لحكم القانون هو انتظامها طبقاً لحكم المادة (٢٥) من قانون التجارة والسالف شرح حكمها تفصيلاً بالفرع الثالث من هذا المبحث .

ولا يجد القاضى صعوبة فى حالة تطابق الدفاتر التجارية لما ورد بها ، ولكن فى حالة دفاتر التاجر المطابقة للقانون ومع ذلك إستطاع خصم التاجر نقضها وإثبات عكسها ببيانات مقيدة بدفاتره المطابقة للقانون أيضا و قدم أدله أخرى على صحتها ، فإن دفاتر التاجر الذى يرغب فى الاحتجاج

بها لصالحه لا تكون حجه على خصمه التاجر ولو كانت منتظمة . وبمعنى آخر إذا كانت دفاتر كل من الخصوم التجار مطابقة للقانون ومع ذلك متناقضة أو قدمت أدله عكسها فلا حجية لدفاتر الخصم على خصمه التاجر.

وإذا كانت دفاتر كل من الخصمين مطابقة لحكم القانون وأسفرت المطابقة بينهما عن تناقض بياناتها كان لزاما على المحكمة أن تطلب دليلا آخر. وقد أشارت إلي ذلك صراحة المادة (٧٠/ج) تجارى .

ومفاد ذلك أن القانون يلزم القاضي في حاله تناقض دفاتر الخصوم في البيانات المقيدة بها أن يطلب أدلة أخري . ومعني ذلك أنه ليس للقاضي حرية الأخذ بأي من الدفترين في هذه الحالة بل عليه طلب دليل آخر .

وفى حالة وجود قيود متباينة بين دفاتر الخصوم ، وكانت دفاتر أحدهما منتظمة مطابقة للقانون دون دفاتر الخصم الآخر ، فالعبرة طبقاً لحكم المادة (٧٠/د) بما ورد بالدفاتر المطابقة ما لم يقدم الخصم الآخر الدليل على خلاف ما ورد من قيود بها .ومفهوم ذلك أنه يتعين على القاضى الأخذ بالدفاتر المنتظمة المطابقة للقانون إذا كانت دفاتر الخصم غير مطابقة للقانون وكان هناك إختلاف فى البيانات المقيدة بكل منهما. ويستثنى من ذلك إقامة الدليل على عدم صحة ما قيد من بيانات بالدفاتر المطابقة للقانون .

هذا ويطبق الحكم ذاته ، اى الأخذ بالقيود الواردة بالدفاتر المنظمة، فى حالة تقديم أحد للخصمين دفاتر مطابقة ولم يقدم الآخر أية دفاتر.ويعد هذا الحكم ، منطقيا لعدم تقديم الخصم لأية أدلة سواء بدفاتره أو غيرها تناقض ما جاء بالدفاتر المطابقة للقانون .

ثانيا: حجية الدفاتر التجارية فى الاثبات لمصلحة التاجر ضد غير التاجر :

١٥٦- لا يجوز للشخص تاجرا كان أو غير تاجر ، أن يصطنع دليلا لنفسه[١] . فالشخص لا يلزم غيرة بأدله صنعها بنفسه ولصالحه[٢]. وقد رأينا فى الحالة السابقة أن المشرع خرج على هذا الأصل إذا ما كان النزاع بين تاجر وتاجر وبتوافر شروط معينة. وقد رأينا ما يبرر الخروج على هذه القواعد العامة، ذلك أن كلا الخصمين على قدم المساواة ويحتفظ كل منها بدفاتر تجارية وملتزم كل منها بمطابقتها للقانون .

أما إذا كان خصم التاجر غير تاجر فإن الأمر يقتضى الرجوع إلى القواعد العامة وهى عدم أمكان الشخص الإفادة من دليل صنعة بنفسه .وقد أكدت هذا المبدأ المادة (١٧) من قانون الإثبات[٣] فى فقرتها الأولى بقولها: " دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ". على أن هذا المبدأ لم يمنع المشرع من النص على بعض الإستثناءات التى اقتضتها الضرورات العملية فى الحياة التجارية ،هذه الإستثناءات نص عليها المشرع فى ذات المادة (١٧) من قانون الإثبات بقوله "غير أن البيانات الثابتة فيها (الدفاتر التجارية) عما ورده التجار تصلح أساسا يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة الى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة ".

وبناء علي ذلك إذا ما أراد التاجر التمسك بدفاتره ضد خصمه غير التاجر، يجب أن تكملها أدلة أخري في حدود معينة بينتها المادة (١٧) من قانون الإثبات ضد غير التاجر إلا بتوافر الشروط الآتية :

---

(١) راجع د. عبد الودود يحي ، دروس في قانون الإثبات. طبعة ١٩٧١ ص٢٢.

(٢) الطعون أرقام ٧٩١، ٨٣٢، ٨٣٨ لسنة ٧٢ ق – جلسة ٢٠٠٥/٣/٢٢ المستحدث من المبادىء الصادرة من الدوائر المدنية بمحكمة النقض من أول أكتوبر ٢٠٠٤ حتى آخر سبتمبر ٢٠٠٥ ص٤٨.

(٣) القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٦٨ .

الشرط الأول : أن تكون القيود الواردة بالدفاتر التجارية تتعلق بتوريد مستلزمات منزلية من جهة التاجر إلي الطرف الآخر ، كإستهلاك الأطعمة والملابس والأدوات الدراسية الخ ، أما إذا تعلق الأمر بموضوعات أخري كتسديد قرض للتاجر أو غير ذلك فان هذا الإستثناء لا محل له .

الشرط الثاني : ألا يتجاوز المبلغ حدود الإثبات بالبينة وهو ألف جنيه[1] ، فإذا زادت قيمة النزاع عن ذلك يرجع للقواعد العامة في الإثبات إلا إذا وجد مانع مادي أو أدبي دون الحصول علي دليل كتابي كما هو الحال بالنسبة لعملاء التاجر القدامي أو ذوي المركز الإجتماعي المرموق .

الشرط الثالث : إشترط المشرع أن يكمل هذا الدليل (ما دون بالدفاتر التجارية) بواسطة توجيهه اليمين المتممة من جانب القاضي لأي من الطرفين . والواقع أنه يتبين من جوهر النص المشار إليه أنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في الإثبات بالقرائن ، إلا عند إلزام القاضي بتوجيهه اليمين المتممة لتكملة القرينة دون الإلتجاء الي شهادة الشهود مثلا .

الحالة الثانية : الدفاتر التجارية حجة في الإثبات ضد التاجر

١٥٧- تصلح الدفاتر التجارية حجة كاملة في الإثبات ضد التاجر الذي قام بتحريرها .وقد نصت علي ذلك المادة (١٧) من قانون الإثبات في فقرتها الثانية بقولها " وتكون دفاتر التجار حجة علي هؤلاء التجار ". وأساس ذلك هو أن ما ورد بالدفاتر التجارية ضد صاحبها إنما هو بمثابة إقرار ، بصرف النظر عن طبيعة العملية أو صفة القائم بها ، وسواء كانت الدفاتر غير منتظمة أم منتظمة ، علي أنه في هذه الحالة الأخيرة إذا ما أراد خصم التاجر التمسك بما ورد في الدفاتر التجارية فعليه عدم تجزئة ما

---

(١) راجع ما سبق رقم ٣٨ .

ورد بها من بيانات . بمعني أنه ليس لخصم التاجر أن يجزئ ما ورد بدفاتره التجارية فيتمسك بما يؤيد دعواه ويستبعد ما يدحضها إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة[١] . وقد أكدت ذلك المادة (٢/١٧) من قانون الإثبات بقولها: " ولكن إذا كانت هذة الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ويستبعد منها ما كان مناقضا لدعواه".

كما أكد ذلك قانون التجارة في المادة (١/٧٠/أ) حيث نصت علي أنه " تكون البيانات الواردة بالدفاتر حجة علي صاحبها ومع ذلك لا يجوز لمن يريد أن يستخلص من هذة الدفاتر المطابقة لأحكام القانون دليلا لنفسه أن يجزيء ما ورد بها من بيانات ".

ويطبق في شأن الإقرار ما تنص علية المادة (١٠٤) من قانون الإثبات[٢] من أن الإقرار حجة قاطعة علي المقر ولا يتجزاء على صاحبه إلا إذا إنصب علي وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخري .

المطلب الثالث

مدي حجية الدفاتر التجارية غير المنتظمة

١٥٨- تنص المادة (٢/١٧) من قانون الإثبات علي أن تكون دفاتر التجار حجة علي هؤلاء التجار . ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا

---

(١) نقض في ٢٢ مايو سنة ١٩٦٣ . وقد قررت المحكمة ان مناط تطبيق عدم تجزئة الإقرار وإعمالها في شأن ما يرد بدفاتر التاجر من قيود وبيانات هو أن تكون هذه الدفاتر منتظمة .

(٢) انظر في هذا الخصوص د. عبد الودود يحي . المرجع السابق ص ١٥٦ وما بعدها.

يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجـزي مـا ورد فيهـا ويستبعد منه ما كان منافيا لدعواه .

وأكدت هذا الحكم المادة (٧٠/أ) من قانون التجارة والتـي تـنص علي أنه " تكون البيانات الواردة بالدفاتر حجة علي صاحبها. ومع ذلـك لا يجوز لمن يريد أن يستخلص من هذه الدفاتر المطابقة لأحكام القانون دليلا لنفسه أن يجزئ ما ورد بها من بيانات ".

ومقتضي النصوص المشار إليها أن المشرع لم يهمل كلية حجيـة الدفاتر التجارية غير المطابقة لحكم القانون ، إذ أنه يجوز طبقا للنـصوص سالفة الذكر الاستعانة بالدفاتر التجارية غير المطابقة لحكم القانون مع عدم التقيد بقاعدة عدم جواز تجزئة ما ورد فيها من بيانات والتي يقتصر حكمها علي الدفاتر المطابقة للقانون .

وتطبيقا لذلك تكون دفاتر التاجر غير المستوفاة لشرائطها القانونيـة حجة علي هذا التاجر بما ورد فيها من قيود باعتبارها في حكـم الإقـرار. ونظرا لعدم إنتظام هذه الدفاتر يحق لخصم التاجر تجزئة ما ورد فيها مـن بيانات . بمعني أن خصم التاجر يستطيع الإستناد إلى دفاتر التاجر ولو كانت غير منتظمة طالما في ذلك مصلحة له بوصفها نوعا من الإقرار . والقـول بغير ذلك يؤدي إلي نتيجة غير منطقية هي أن الدفاتر المنتظمة تصلح دليلا ضد صاحبها عكس الدفاتر غير المنتظمة التي لا تصلح كدليل ضد التـاجر مما قد يترتب عليه تعمد التاجر الإهمال في تنظيم دفاتره . هذا بالإضـافة إلي أن ذلك يؤدي إلي إفادة التاجر من تقصيره .

كما أنه ليس هناك ما يمنع أن يستند إلي دفاتره غير المنتظمـة إذا ما أيدتها أدلة أخري . وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض بأن الدفاتر

التجارية وإن لم تستوف ما يتطلبه القانون التجاري فإن المحكمة مع ذلك تري الأخذ بها والتعويل علي ما ورد فيها بقدر ما تؤيده المستندات الأخري المقدمة في الدعوي كإذونات الصرف والفواتير والموقع عليها من الطرفين أو أحدهما مع مراعاة عدم وجود تحشير أو كشط في البيانات المسطرة بها[١] .

علي أنه في ضوء النصوص المشار إليها والتي تحكم إستخدام الدفاتر غير المنتظمة في الإثبات ضد التاجر أو لصالحة ، أن الدفاتر غير المطابقة لحكم القانون لا تتمتع بحجية كاملة في الإثبات .

كما لا يجوز لخصم التاجر ان يتمسك بجزء فقط مما ورد بالدفاتر التجارية مستبعدا الجزء الآخر إذا ما كانت الدفاتر منتظمة مطابقة لحكم القانون . بمعني أن من يدعي مديونية التاجر يستطيع أن يستند إلي دفاتر هذا التاجر علي ألا يجزىء هذا الإقرار فلا يأخذ ما يؤيد دعواه ويترك ما يدحضها[٢] طالما كانت مطابقة للقانون .

أما إذا كانت دفاتر التاجر غير منتظمة جاز للقاضي تجزئة الإقرار وعدم التقيد بقاعدة عدم تجزئته كما سبق القول ، ذلك ان عدم إنتظام الدفاتر التجارية قرينة علي عدم صحة ما ورد فيها كله أو بعضه ، وللقاضي مطلق الحرية في الأخذ أو عدم الأخذ بها .

ويجوز دائما للتاجر أن يثبت عكس ما جاء بدفاتره بكافة طرق

---

(١) نقض مدنى جلسة ١٩٣٥/٥/١٩ – مجلة المحاماة السنة ١٦ ص١٠ ، ونقض فرنسى جلسة ١٨ مارس ١٩٦٩ – دالوز سبرى ص ٥١٤ .

(٢) طعن ٥٤٢٦ لسنة ٦٥ق جلسة ٩٦/١٠/٢٨ . قررت المحكمة أن قاعدة عدم تجزئة الإقرار وإعمالها فى شأن ما يرد بدفاتر التاجر من قيود وبيانات ، هو أن تكون هذه الدفاتر منتظمة ومؤيدة بالمستندات الدالة على صحة القيود والبيانات الواردة فيها وأمانتها .

الإثبات ، ذلك أن ما ورد بدفاتره ليس إقرارا بالمعني الفني لأنه لـم يعـد ليكون أداة للإثبات بحسب أصله وإنما مجرد قرينة يجوز ضحدها أيا كانـت طبيعة النزاع (المادة ٤٠٤ مدنى والمادة ٩٩ من قانون الإثبات) .

المبحث الثانى

الالتزام بالقيد بالسجل التجارى

تعريـــف :

١٥٩- يقصد بنظام السجل التجارى تخصيص سجل يقيد بة أسماء التجار والصناع وكافة البينات المتعلقة بتجارتهم أو صناعتهم أفراداً كـانوا أو شركات . ويأخذ بنظام السجل التجارى معظم الدول لما يؤديه من خدمات جليلة للإقتصاد القومى . وسوف نتناول بالشرح وظائف السجل التجارى ثم أحكام السجل التجارى المصرى .

وتنص المادة الأولى من قانون السجل التجـارى رقـم ٣٤ لـسنة ١٩٧٦ على ان يعد فى كل محافظة أو مدينة يصدر بتحديدها قـرار مـن وزير التجارة سجل تجارى أو أكثر تقيد فيه أسماء التجار الخاضعين لأحكام القانون وأكدت ذلك المادة (٣٠) من قانون التجارة رقم ١٧ لـسنة ١٩٩٩ بقولها " يعد فى الجهة الإدارية المختصة سجل تقيد فيه أسماء التجار أفراد كانوا أم شركات " .

أولا : وظائف السجل التجارى :

١٦٠ – ١- الوظيفة الإستعلامية : لما كان السجل يتـضمن جميـع البيانات الخاصة بالتجار فيما يتصل بنشاطهم التجاري والصناعي كأهليـة التاجر ونوع تجارته ومحله التجارى والفروع والوكالات إن وجدت وحقوقه الصناعية التى يملكها ، فإنه يصبح من اليسير على كل من يتعامـل مـع

التاجر معرفة حقيقة مركزه المالى مما يترتب عليه تسهيل الإئتمان له من البنوك أو الغير ، كما يترتب عليه تسهيل رقابة الدولة له .

ويستطيع كل صاحب مصلحة طلب الإطلاع على هذه البيانات المقيدة بالسجل التجارى أو طلب مستخرج منها . وبذلك يؤدى السجل التجارى وظيفة إستعلامية هامة سواء فيما بين التجار أنفسهم أو فى علاقة التجار بالغير .

١٦١ - ٢- الوظيفة الإحصائية للسجل : يعتبر السجل التجارى أداة إحصائية هامة للدولة تستطيع بواسطته الوقوف على كل ما يخص التجارة والصناعة والقائمين بها من بيانات جوهرية ، ولذلك يحرص المشرع على أن يؤدى السجل هذه الوظيفة الإحصائية عن التجار والمشروعات التجارية والصناعية خير قيام . ولتحقيق ذلك يشترط المشرع صحة ما يقيد من بيانات بالسجل التجارى . وغالبا ما يعطى المشرع موظفى السجل سلطة التحقق من صحة البيانات التى يقدمها التجار وفحص المستندات الدالة عليها . كما يفرض غالبا عقوبة على التاجر الذى يدلى ببيانات تخالف الحقيقة . كما يحرص على أن تستمر هذه البيانات مطابقة للحقيقة فيشترط قيد كل تعديل أو تغيير طرأ على البيانات التى تم قيدها .

وتلجأ بعض التشريعات إلى الأخذ بمبدأ القيد الوحيد ، ومقتضاه أن القيد يتم بالإسم الشخصى للتاجر حتى لا يقيد التاجر فى حالة تعدد المتاجر التى يملكها ، برقم مختلف فى كل قيد ، إذ يكتفى بقيد موجز بإسم التاجر فى مكتب سجل يوجد به مصنع أو محل أو فرع أو وكالة يملكها وذلك حتى تكون البيانات الإحصائية دقيقة وغير مبالغ فيها .

١٦٢ - ٣- الوظيفة الإقتصادية للسجل : لما كان من شأن الوظيفة الإحصائية إعطاء صورة صادقة عن الوضع الإقتصادى فى الدولة يمكن

على أساسه توجيه النشاط التجـارى والـصناعى وفقـا لخطـة الدولـة الإقتصادية ، فإنه يجب على الفنيين والمختصين بوضع سياسـة التخطـيط الإقتصادية الإطلاع على السجلات التجارية لمعرفة أنواع التجارة القائمـة ومقارنتها بإحتياجات الدولة المستقبلة والعمل فى ضوء ذلك على تـشجيع الصناعات التى تحتاجها البلاد والإقلال مما ليست فى حاجة إليه .

وبذلك يمكن القول بأن السجل يؤدى وظيفة اقتصادية على أسـس إحصائية سليمة .

١٦٣ – ٤- الوظيفة القانونية للسجل : وأخيرا فإن السجل يقوم بدور رئيسى هام كنظام قانونى موضوعى حيث يؤدى وظيفة الإشهار فى المواد التجارية لتحقيق آثار قانونية هامة . وتتحقق هذه الوظيفة الإشـهارية إذا أخذ المشرع بمبدأ الحجية المطلقة لما يدون بالسجل ، فيفترض علم الكافة بكل ما تم قيده من البيانات عن تلك التى لا تقيد فلا حجية لها فى مواجهة الغير . كما يؤدى السجل هذه الوظيفة القانونية إذا رتـب المـشرع آثـاراً قانونية للغير كإكتساب صفة التاجر أو الشخصية المعنوية للشركة أو حماية الحقوق كالإسم التجارى .

موقف بعض التشريعات من وظائف السجل التجاري :

١٦٤– يتضح مما سبق أن السجل التجارى يؤدى عدة وظائف غاية فى الأهمية من الناحية العملية والقانونية حيث يقدم للدولة والأفراد خدمات لا يستهان بها من الناحية الإستعلامية والإحصائية والإقتـصادية وكـأداة للشهر القانونى فى المواد التجارية . وتأخذ بعض الدول بنظام يحقق معظم هذه المزايا كما هو الحال وفقا للتشريع الألمانى . على أن معظم الـدول لا تأخذ بنظام للسجل يكفى تحقيق جميع الوظائف السابق ذكرها ، بل تأخـذ بقـدر

متفاوت من الأنظمة يحقق بعض هذه الوظائف دون غيرها كما هو الحال وفقا للتشريعين الفرنسى والمصرى . وسوف نشير بإيجاز إلى هذه النظم الثلاثة .

السجل التجارى الألمانى :

١٦٥- تتعدى وظيفة السجل التجارى الألماني الوظيفة الإحصائية والإقتصادية ليصبح السجل أداة للشهر القانونى له حجية فيما يدون به من بيانات مما يرتب علية آثار قانونية بين الأفراد من الناحية الموضوعية ولذلك يعهد بالسجل فى هذه البلاد إلى جهة قضائية تتولى الإشراف والتأكد من صحة ما يدون به[١] .

ويتميز نظام السجل التجارى فى المانيا بأنه الأداة الوحيدة التى تتركز فيها كافة البيانات الخاصة بعلانية كل ما يتعلق بالتجارة . وبصفة عامة يمكن القول بأن دور السجل الألمانى فى إشهار المواد التجارية يماثل دور السجل العقارى فى إشهار الحقوق العينية العقارية .

ومن الأمثلة على هذه الوظيفة القانونية أن القيد فى ألمانيا يعطى صفة التاجر لصغار المقاولين الذين لا تتوافر فيهم جميع الشروط القانونية لاكتساب صفة التاجر وهم من غير القائمين بإحدى الحرف المنصوص عليها فى المادة الأولى من قانون التجارة الألمانى . وإذا ما قيد بيان من البيانات الواجب قيدها بالسجل أحتج به فى مواجهة الغير سواء علم به هذا الأخير أو لم يعلم على عكس البيان غير المقيد فلا يحتج به فى مواجهة الغير ولو كان يعلم به .

---

(١) انظر فى نظام السجل الألمانى د . أكثم الخولى مبادىء القانون ص٢٥٨ فقرة ٢٣٨ ، د . مصطفى طه الوجير ص١١١، د. محمد حسنى عباس ، المرجع السابق ص٥٩٨ فقرة ٢٢٩. انظر ايضا ريبير رقم ٢٢١ .

ويشترط وفقا لقانون السجل الألمانى قيد الأحكام المتعلقة بالأهلية وإلا كانت باطلة فى مواجهة الغير كما يترتب على القيد بالسجل الحماية القانونية للإسم التجارى وتنتقل هذه الحماية إلى المستوى الجديد للمحل التجارى .

السجل التجارى الفرنسى :

١٦٦- أنشىء نظام السجل التجارى فى فرنسا بالقانون الصادر فى ١٨ مارس ١٩١٩ ، ولا يترتب على القيد بالسجل بمقتضى هذا القانون إكتساب صفة التاجر . وكان الجزاء الذى يترتب على عدم القيد جزاء ضعيفا . وقبل إنشاء نظام السجل التجارى فى فرنسا كان القانون التجارى الصادر سنة ١٨٠٧ يتضمن بعض الأحكام الخاصة بعلانية بعض التصرفات مثل قيد الأحكام والأعمال المتعلقة بالأهلية وعقد الزواج ونظام انفصال الأموال والشركات التجارية والإفلاس . وحاول المشرع الفرنسى تفادى هذا الوضع بإصدار عدة تشريعات لشهر بعض التصرفات مثل بيع ورهن المحل التجارى والرهن بدون الحيازة وحقوق الملكية الصناعية إلى مثل ذلك من التصرفات[١] .

وقد واصل المشرع الفرنسى إصدار تشريعات تخص القيد بالسجل التجارى حتى بعد قانون السجل سنة ١٩١٩ وذلك بقصد ترتيب آثار قانونية على القيد به . ومن ذلك قانون أول يوليو سنة ١٩٢٣ المعدل بقانون ١٧ مارس سنة ١٩٢٤ والخاص بإلزام التاجر بوضع رقم القيد الخاص به على الأوراق والفواتير المتعلقة بتجارته . كما تطلب قانون ١٧ مارس سنة ١٩٣١ ضرورة قيد رفع الوصاية أو الولاية عن القاصر وقيد الطلاق إلى

---

(١) ريبير رقم ٢١٩ .

غير ذلك من الحالات حتى يحتج بها فى مواجهة الغير . كما أن إعداد قوائم الترشيح للغرف التجارية قاصر على المقيد بالسجل التجارى .

وكذلك مباشرة بعض الحرف مثل البائعين المتجولين وسماسرة التأمين ..... الخ[١] .

ثم صدر المرسوم الفرنسى فى ٩ أغسطس ١٩٥٣ لتنظيم أكثر لوسائل الشهر والعلانية وأدمجت أحكام هذا المرسوم بالمجموعة التجارية الفرنسية (الفصل الثانى من الباب الثالث للكتاب الأول المواد من ٤٧ – ٧٠) كما تم تكمله أحكام هذا المرسوم ببعض اللوائح الصادرة فى ٦ يناير ١٩٥٤ ، ١٢ نوفمبر ١٩٥٦ ، ١١ مارس ١٩٥٧ . ثم صدر تجديد شامل لأحكام السجل التجارى الفرنسى بالقرار رقم ٣٥٢ – ٥٨ فى ٢٧ ديسمبر ١٩٥٨ بالمرسوم ١٣٥٥-٥٨ فى ديسمبر ١٩٥٨ والذى الغى مواد مرسوم ١٩٥٨ بالمرسوم رقم ٢٣٧ – ٦٧ فى ٢٣ مارس ١٩٦٧ والمعدل والمكمل بواسطة المراسيم الصادرة فى ٢ يناير و ٢ فبراير ١٩٦٨ ، ٥ ، ٢٤ ديسمبر ١٩٦٩ و ٢٤ ديسمبر ١٩٧٥ . وبصدور مرسوم ٧٠٥ – ٧٨ الصادر فى ٣ يوليو ١٩٧٨ أصبح السجل التجارى سجلا للتجارة والشركات .

ومؤخرا صدر فى ٣٠ مايو ١٩٨٤ مرسوم برقم ٤٠٦ – ٨٤ والمعدل فى ٣ ديسمبر ١٩٨٧ الغى المرسوم الصادر فى ٢٣ مارس ١٩٦٧ ، وذلك بهدف إدخال أحكام جديدة لسجل التجار سواء من حيث الشكل أو زيادة الأثر القانونى للقيد بالسجل التجارى[٢] .

---

(١) ميشيل رقم ٢٨ وما بعدها .

(٢) ريبير رقم ٢٢٠.

ومن الآثار القانونية المترتبة على نظام السجل التجارى الفرنسى ما يأتى :

١- القيد بالسجل التجارى يرتب قرينة لصفة التاجر . وقد تبنى القانون الصادر عام ١٩٨٤ والسابق الإشارة إلية بالمادة (٦٤) منه المبدا الذى كان قد إستخدمه قانون ٩ أغسطس ١٩٥٣ . ومن جهة اخرى تقرر ذات المادة (٦٤) للغير حرية إثبات عكس هذه القرنية ، كما تضيف هذه المادة حكما هاما لصالح الشخص المقيد بالسجل التجارى ، هو إستبعاد إثبات الغير لعكس قرينة صفة التاجر طالما كان يعلم الغير أن من قيد إسمة لم يكن تاجرا .

٢- وتقرر المادة (٦٥) من قانون ١٩٨٤ المشار إلية أن الشخص الخاضع لإلتزام القيد بالسجل التجارى والذى لا يقوم بهذا القيد خلال المدة المقررة لا يكتسب صفة التاجر فى مواجهة الغير ، ولا يتمتع بالإمتيازات المقررة على هذا القيد .

٣- طبقا للمادة (٢/٦٥) من مرسوم السجل التجارى لعام ١٩٨٤ فإن التاجر المقيد بالسجل ويتنازل عن محله التجارى أو يقوم بتأجير إستغلاله بالجدك يظل مسئولا عن الإلتزامات التى يبرمها خلفه والمتعلقة بإستغلال المتجر طالما لم يقم بالتأشير بذلك فى السجل . وبناء على ذلك فإن القيد بالسجل يقرر لدائنى مشترى المتجر أو مستأجر إستغلاله الحق المطلق فى مواجهة التاجر المقيد[١] .

٤- طبقا للمادة (١٧) من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ فى شأن طلب التسوية والتصفية القضائية ، فإن التسوية يمكن طلبها خلال عام من تاريخ

---

(١) من أحكام النقض الفرنسى جلسة ٩ فبراير ١٩٧١ – البلتان ١٩٧١ -٤ رقم ٣٨ – راجع مؤلفنا تأجير إستغلال المحل التجارى – طبعة ١٩٩١ – دار النهضة العربية .

قيد المدين بالسجل التجارى إذا كان التوقف عن الدفع سابقا على هذا القيد، وبذلك يعد المدين تاجرا بقرنية لا يجوز له إثبات عكسها .

٥- إن الشركات التجارية طبقا لقانون الشركات الفرنسى الصادر فى ٢٤ يوليو ١٩٦٦ (المادة الخامسة) تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد القيد بالسجل التجارى . كذلك الشأن بالنسبة للمجموعات الإقتصادية طبقا للمادة ١٨٤٢ مدنى جديد المعدلة بقانون ٤ يناير ١٩٧٨ . وهذه قاعدة قانونية وليست مجرد قرنية على إكتساب صفة التاجر . وطبقا للمادة (٣٩١) من قانون الشركات الفرنسى ١٩٦٦ فإن حل الشركة لا يحتج به فى مواجهة الغير إلا بعد القيد بذلك بالسجل التجارى وذلك حتى لو كان سبب حل الشركة هو إنقضاء أجلها .

٦ – لا يستطيع الشخص الخاضع للقيد بالسجل التمسك فى مواجهة الغير أو السلطات الإدارية العامة بمناسبة مباشرة نشاطه بأن تصرفات أو أفعال كان يجب قيدها بالسجل التجارى ولم تقيد (م ٦٦ من قانون ١٩٨٤) . وهذه القاعدة تطبق ولو كانت هذه التصرفات والأفعال خاضعة لنظام شهر قانونى آخر[١] . وعلى أية حال تستبعد هذه القاعدة إذا أثبت صاحب المصلحة أن الإدارة العامة أو الغير كان يعلم بالأفعال والتصرفات .

كذلك الشأن بالنسبة لأية تعديلات فى عقود الشركات فلأن عدم التأشير بها فى السجل التجارى يترتب عليه عدم جواز التمسك بها فى مواجهة الغير (المادة ٢/٦٦)[٢] .

---

(١) تطبيقا لذلك حكم محكمة باريس جلسة ٢٧ إبريل ١٩٨٨، ١٦٧، راجع ريبير رقم ٢٣٦ .

(٢) وإستثناء من ذلك بعض الحالات مثل حالة صدور حكم قضائى بالتسوية أو تصفية أموال التاجر فإن أثرها يطبق فور الحكم دون تعليق ذلك على التأشير به فى السجل التجارى أى مستقلا عن واقعة القيد بالسجل . وتطبيقا لذلك : نقض تجارى ٢٢ يونيو ١٩٨١ دالوز سيرى ٨٢-٦ . وبالمجلة الفصلية ١٩٨٢ -٥٨٩ .==

ثانيا : أحكام السجل التجارى المصرى :

تمهيـــد :

١٦٧ – أخذت مصر بنظام السجل التجارى بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٣٤، إلا أن هذا القانون لم يؤد النتيجة المرجوة منه لضعف الجزاء على مخالفه أحكامه،حيث فرضت عقوبة المخالفة عند إهمال القيد بالسجل التجارى نظرا لخضوع مصر فى ذلك الحين لنظام الإمتيازات الأجنبية . كما أنة وفقا لهذا القانون لم يكن لمكتب السجل التجارى سلطة التحقق من صحة البيانات التى يدلى بها التجار والصناع مما أضعف من وظيفته الأساسية كأداة للستعلام عن التجار والنشاط التجارى . ولهذه الأسباب صدر قانون السجل التجارى رقم ٢١٩ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٢١٩ لسنة ١٩٦٠ .

ثم صدر قانون السجل التجارى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ الذى ألغى فى المادة ٢٤ منة القانون رقم ٢١٦ سنة ١٩٥٣[١] . كما صدرت اللائحة التنفيذية بالقرار الوزارى رقم ٩٤٦ لسنة ١٩٧٦ وعدل هذا القانون بالقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٩٦ . وبمقتضى المادة الأولى من قانون السجل التجارى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ يعد فى كل محافظة أو مدينة يصدر بتحديدها قرار من وزير التجارة سجل تجارى أو أكثر ، تقيد فيه أسماء التجار الخاضعين لأحكام هذا القانون[٢] .

=-راجع تفصيلا فى شأن قوانين أخرى لها أثرها القانونى على واقعة القيد بالسجل التجارى ، ريبير ٢٣٧ .

(١) نشر بالجريدة الرسمية العدد ١٩ فى ٦ مايو ١٩٧٦ .

(٢) أكدت ذلك المادة (١/٣٠) من القانون .

وفى ١٧ مايو ١٩٩٩ صدر قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩[١] وخصص الفصل الرابع من الباب الأول منه لأحكام السجل التجارى بالمواد من ٣٠ إلى ٣٣ ولم يلغ هذا القانون ، قانون السجل رقم ٣٤ لسنة ٧٦ سالف الذكر ولكن الغى كل حكم يتعارض مع أحكامه بالمادة الأولى من مواد إصداره . كما نص قانون التجارة فى المادة (٣٠) منه على أن : " ١- يعد فى الجهة الإدارية المختصة سجل تقيد فيه أسماء التجار أفرادا كانوا أو شركات .

٢- وتسرى فيما يتعلق بتعيين الخاضعين لواجب القيد فى السجل التجارى ومواعيد القيد والبيانات اللازم قيدها وشطب القيد والجزاءات المقررة على مخالفة هذه الأحكام ،القوانين والقرارات الخاصة بذلك " .

ومفهوم هذا النص هو إستمرار سريان أحكام قانون السجل التجارى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ ولائحته لتنفيذية بإعتباره القانون المنظم لإجراءات القيد بالسجل وغيرها وذلك فى حدود عدم التعارض مع أحكام قانون التجارة .

وسوف نشير إلى أحكام السجل التجارى تباعا .

تقسيم :

١٦٨- سوف نتناول فيما يلى دراسة أحكام السجل التجارى من حيث الملتزم بالقيد وإجراءات القيد بالسجل وبياناته ونشره وميعاده وتعديله وسلطة مكتب السجل فى التحقق من صحة بيانات القيد والجزاء على مخالفة أحكامه وأخيرا تقييم دور السجل وفقا للقانون .

---

(١) نشر بالجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر فى ١٧ مايو ١٩٩٩.

أولا : الملتزم بالقيد بالسجل التجارى :

١٦٩- يخضع للقيد بالسجل التجارى بناء على المادة الثانية من قانون ٣٤ لسنة ١٩٧٦ الأشخاص الآتى بيانهم :

١- الأفراد الذين يرغبون فى مزاوله التجارة فى محل تجارى :

ومعنى ذلك أن المشرع قصر الإلتزام بالقيد بالسجل التجارى بالنسبة للأفراد على من يزاول التجارة بمحل تجارى دون الباعة المتجولين. ونص قانون السجل أيضا فى المادة (١٧) منه على حظر مزاوله التجارة فى محل تجارى إلا لمن يكون إسمه مقيدا فى السجل الذى يقع فى دائرته المحل التجارى . وتكتسب صفة التاجر من تاريخ هذا القيد ما لم تثبت تلك الصفة بطريقة أخرى . وبذلك جعل المشرع من القيد بالسجل التجاري شرطاً لمزاولة التجارة في محل تجاري . ويتعرض المخالف للجزاءات المنصوص عليها بالمادة (١٩) بالإضافة إلى الحكم بإغلاق المحل التجارى. كما جعل المشرع من القيد بالسجل التجارى قرنية على اكتساب صفة التاجر من تاريخ هذا القيد .

٢- شركات الأشخاص وشركات المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة مهما كان غرضها :

ومقتضى ذلك خضوع هذه الشركات للقيد بالسجل التجارى سواء كان موضوع نشاطها مدنيا أو تجاريا على خلاف القانون الملغى رقم ٢١٩ – ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٦٨ – ١٩٥٥ الذى كان يقصر هذا القيد على شركة المساهمة والتوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة أيا كان نشاطها دون شركتى التضامن والتوصية البسيطة . وقد أكسب المشرع هذه الشركات صفة التاجر لمجرد اتخاذها أحد الأشكال التجارية الواردة بقوانين الشركات وذلك طبقا لحكم الفقرة الثانية من المادة (١٠) من قانون التجارة

والتى تنص على أنه " يكون تاجرا : " ٢- كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالشركات أيا كان الغرض الذى أنشئت الشركة من أجله ".

وقد رتب المشرع بالنسبة للشركات الخاضعة لقانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ إكتسابها للشخصية المعنوية بعد مضى خمسة عشرة يوما من تاريخ قيدها بالسجل التجارى مالم تقرر الجهة الإدارية المختصة اكتسابها الشخصية الاعتبارية قبل انقضاء هذه المدة، ولا تكتسب الشركات والمنشآت التى تزوال نشاطها فى شبه جزيرة سيناء الشخصية الاعتبارية إلا بقرار من رئيس الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة[١] . كما تخضع للقيد بالسجل التجارى الشركات التى ينظمها قانون شركات قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ والذى نص فى مادته الأولى من مواد إصداره على عدم خضوعها لأحكام قانون هيئات القطاع العام التى لا تزال خاضعة لأحكام هذا الأخير .

وتعتبر شركات القطاع العام وشركات قطاع الأعمال العام من أشخاص القانون الخاص ، فهى من الأشخاص الإعتبارية الخاصة التى تستهدف الربح .

وقضت محكمة النقض بأن شركات قطاع الأعمال العام ذات شخصية إعتبارية مستقلة يمثلها عضو مجلس الإدارة المنتدب وينوب عنها قانونا[٢].

---

(١) م ٣/١٧ من قانون ١٥٩ لسنة ٨١ المعدل بقانون ٣ لسنة ١٩٩٨ – الجريدة الرسمية – العدد ١ (مكرر) فى ١٩٩٨/١/١٨ . والمعدل بالقانون ٩٤ لسنة ٢٠٠٥ (الجريدة الرسمية العدد ٢٤ مكرر فى ٢٠٠٥/٦/٢١. في خصوص أثر القيد بالسجل التجاري للشركة من اكتسابها الشخصية المعنوية أنظر الطعن رقم ٦٩/٧٠٥ ق جلسة ٢٠١٠/٦/٢٨ .

(٢) طعن رقم ٧٣ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٧ – المحاماه – العدد الأول ٢٠٠١ – ص٥٠ .

ويقصد بشركات قطاع الأعمال وفقا للقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ المشار إلية، كل من الشركات القابضة والشركات التابعة لها والخاضعة لأحكامه . وتتخذ هذه الشركات بنوعيها شكل شركة المساهمة ، ويسرى عليها ما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون وبما لا يتعارض مع أحكامه نصوص قانون شركات المساهمة والتوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة الصادر برقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

وللقيد بالسجل التجارى أهمية خاصة بالنسبة لشركات قطاع الأعمال العام حيث علق المشرع إكتساب الشركة للشخصية القانونية على إتمام هذا القيد . وقد نصت على ذلك صراحة المادة الأولى فى فقرتها الأولى بالنسبة للشركات القابضة من القانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بأنه «وتثبت لها الشخصية الإعتبارية من تاريخ قيدها فى السجل التجارى». كذلك الشأن بالنسبة للشركات التابعة للشركات القابضة (المادة ٣/١٦ من قانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١) .

٣- الأشخاص الإعتبارية العامة التى تباشر بنفسها نشاطا تجاريا :

أخضع المشرع الأشخاص الإعتبارية العامة للقيد بالسجل التجارى طالما تقوم بأعمال تجارية شأنها فى ذلك شأن الأشخاص الإعتبارية الخاصة. ومن الأمثلة على ذلك هيئات السكك الحديدية والنقل البحرى وهيئة البريد ومترو الأنفاق حيث تقوم هذه الهيئات العامة بأعمال تجارية وإن كانت لا تكتسب صفة التاجر طبقا لحكم المادة (٢٠) تجارى[١] .

أما الأشخاص الإعتبارية العامة التى تتبع فى إدارتها أساليب

---

(١) تنص المادة (٢٠) تجارى على أنة " لا تثبت صفة التاجر للدولة وغيرها من أشخاص القانون العام . مع ذلك تسرى أحكام هذا القانون على الأعمال التجارية التى تزاولها إلا ما أستثنى بنص خاص " .

القانون العام وتتمتع فى ممارستها لسلطتها من خلاله بحق من حقوق السلطة العامة بالقدر اللازم لتحقيق أغراضها ، فهى لا تقوم بأعمال تجارية ولا تخضع للقيد بالسجل التجارى[١] .

٤- الجمعيات التعاونية التى تباشر بنفسها نشاطا تجاريا :

تخضع الجمعيات التعاونية التى تباشر بنفسها نشاطاً تجارياً للقيد بالسجل التجارى . والواقع أن عدم وجود هذا النوع من الجمعيات التعاونية بمصر يجعلنا نتساءل عن الحكمة من ذكرها ضمن الأشخاص الملزمة بالقيد بالسجل التجارى .

وربما قصد المشرع الإحتياط إذا ما وجد مستقبلا نظام الجمعيات التعاونية التى تباشر نشاطا تجاريا والموجود فى بعض النظم الأخرى[٢] .

٥ - الأشخاص الطبيعيون والإعتباريون الذين يزاولون أنواع الوكالات التجارية بأنواعها المختلفة عن المنشآت الأجنبية :

يلزم كل وكيل تجارى يزاول أعمال الوكالة عن المنشأت الأجنبية ، بالقيد بالسجل التجارى بالإضافة إلى قيد الوكالة بسجل الوكالات التجارية تطبيقا للمادة الثانية من القانون ١٢٠ لسنة ١٩٨٢ بإصدار قانون تنظيم أعمال الوكالة التجارية وبعض أعمال الوساطة التجارية ، والتى تحظر مزاولة أعمال الوكالة أو الوساطة التجارية إلا لمن يكون إسمه مقيدا فى سجل الوكلاء والوسطاء التجاريين المعد لذلك فى الوزارة المختصة .

---

(١) الطعنان رقما ٩٠٦ ، ٩٠٩ لسنة ٦٣ ق ، جلسة ٢٠٠١/٥/٢٢ ، وكان الحكم يتعلق بالتكيف القانونى لجهاز مشروعات أراضى القوات المسلحة – المحاماه – العدد الثانى ٢٠٠٢ ص٢٣ .

(٢) وينتقد زميلنا د . سمير الشرقاوى هذا الحكم . مؤلفة السابق طبعة ١٩٨٢ رقم ١٣٢ .

وتقضى الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون السجل التجارى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ بأنة يتعدد القيد بالنسبة للمحل أو الفرع أو الوكالة أو المركز العام للشركة حسب موقع كل منها .

شرط الجنسية المصرية والترخيص بمزاوله التجارة للقيد بالسجل التجارى :

١٧٠- تشترط المادة الثالثة من قانون السجل التجارى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ فيمن يقيد فى السجل التجارى أن يكون متمتعا بالجنسية المصرية وحاصلا على ترخيص بمزاولة التجارة من الغرفة التجارية المختصة. وبهذا النص إستحدث المشرع المصرى حكما جديدا هو إشتراط الجنسية المصرية فيمن يرغب فى مزاوله التجارة بمحل تجارى والقيد بالسجل التجارى وذلك بقصد تنظيم التجارة داخل البلاد وقصرها على المواطنين المصريين وتنظيم وتحديد حالات جواز إشتغال الأجانب بالتجارة.

كما إستحدث المشرع إشتراط الحصول على ترخيص من الغرفة التجارية المختصة لمزاولة التجارة ، الأمر الذى يترتب عليه تحقيق نوع من الرقابة السابقة على من يرغب فى مزاولة تجارة معينة .

إستثناءات من شرط الجنسية المصرية للقيد بالسجل التجارى :

١٧١ – نظم المشرع فى المادة الرابعة من قانون السجل رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ الحالات الإستثنائية التى يحق فيها للأجنبى مزاولة التجارة، ويتعين على الأجنبى فى هذه الحالات القيد بالسجل التجارى . هذه الحالات هى :

١- موافقة الهيئة العامة للإستثمار فى حالة المشروعات التى تنشأ وفقا لأحكام القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ فى شأن قانون حوافز الإستثمار .

٢- إذا كان الأجنبى شريكا فى شركة من شركات الأشخاص ، يشترط أن يكون أحد الشركاء المتضامنين على الأقل مصريا وأن يكون

للشريك المصرى المتضامن حق الإدارة والتوقيع وأن تكون حصة الشركاء المصريين ٥١% على الأقل من رأسمال الشركة .

على أن هذا لا يمنع أن يكون للشريك الأجنبى المتضامن حق التوقيع أيضا وإدارة الشركة مع الشريك المصرى .

٣- إذا كان الأجنبى يقوم بنشاط التصدير فقط حيث أجاز القانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٩٦[١] بتعديل المادة الرابعة من مواد قانون السجل التجارى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ ، للأجنبى بأن يزاول بمفرده تجارة التصدير. هذا و يجوز للأجنبى ذلك سواء بطريق مشروع فردى أو شركة يملك رأسمالها جميعه أجانب ، حيث تنص المادة الرابعة بعد تعديلها على أنه "إستثناء من أحكام المادة السابقة ، ومع مراعاة حكم المادة ٣٣ ودون إخلال بأحكام القانون المنظم للقيام بأعمال الوكالة التجارية ، يتعين على الأجانب القيد فى السجل التجارى فى الحالات الأتية : الأجانب المزاولون لنشاط التصدير وفى حدود النشاط سواء أكانوا أفراداً أو شركاء فى شركات أشخاص أو أموال أيا كانت أنصبتهم فى رأس المال» .

وهذا التعديل يصادف محله لتشجيع التصدير خاصة الشركات الأجنبية المتخصصة فى هذا المجال بجميع مراحله من رعاية بيئيه وتغليف للمنتجات محل التصدير وحفظها أثناء نقلها بما يتناسب وطبيعتها . ولاشك أن عائد التصدير هو المميز القوى للدول حاليا فى ظل الإتجاهات الدولية الحديثة وإتفاقية منظمة التجارة العالمية .

٤- كل شركة أيا كان شكلها القانونى يوجد مركزها الرئيسى ، أو مركز إدارتها فى الخارج ، إذا زاولت فى مصر أعمالا تجارية أو مالية أو

---

(١) نشر بالجريدة الرسمية العدد ٢٥ مكرر (ب) لسنة ١٩٩٦ فى ١٩٩٦/٦/٣٠ .

صناعية أو قامت بعملية مقاولة بشرط موافقة هيئة الإستثمار .

هذا وتسمح المادة (٢٣) من هذا القانون للأجانب وفروع ومكاتب المنشأت والشركات ، المنصوص عليها بالمادة الرابعة السابق ذكرها ، المقيدة أسماؤهم فى السجل التجارى وقت العمل بأحكام هذا القانون (٣٤ – ١٩٧٦) الإستمرار فى مزاوله التجارة طالما كانت مقيدة عن ذات نوع التجارة .

ثانيا: إجراءات القيد بالسجل التجارى وبياناته ونشره وتعديله وتجديده وشطبه:

١-تقديم الطلب وبياناتة والقيد علي واجهة المحل :

١٧٢- سبق أن ذكرنا أنه وفقا لقانون السجل رقم ٣٤ لسنه ١٩٧٦ يعد في كل محافظة أو مدينة يصدر بتحديدها قرار من وزير التجارة سجل تجاري أو أكثر تقيد به أسماء التجار الخاضعين لهذا القانون ، وترقم جميع صفحاته ويخصص داخل هذا السجل صفحة لكل تاجر، كما سبق أن ذكرنا أن المادة (١/٣٠) من قانون التجارة أكدت ذلك .

ويقدم طلب القيد من التاجر أو المديرين أو الممثلين القانونيين للشخص الإعتباري أو مدير الفرع حسب الأحوال ، إلي مكتب السجل التجاري الذي يقع في دائرته المركز الرئيسي أو الفرع . ويجب أن تكتب بيانات الطلب باللغة العربية وبخط واضح تطبيقا للمادة التاسعة من اللائحة التنفيذية رقم ١٩٧٦/٩٤٦ بشأن السجل التجاري . ويقدم الطلب خلال شهر من تاريخ الترخيص بمزاولة التجارة في محل تجاري (المادة الأولى من الملحق رقم "١" من اللائحة التنفيذية).

وعلي كل شخص قيد بالسجل التجاري ان يكتب علي واجهة محله وفي جميع المراسلات والمطبوعات والأوراق المتعلقة بتجارته إسمه التجاري مشفوعا ببيانات مكتب السجل المقيد به ورقم القيد (المادة ٥) .

وأكدت ذلك المادة (٣١) من قانون التجارة بقولها" علي كل من قيد بالسجل التجاري أن يبين علي واجهة محله وفي جميع المراسلات والمطبوعات المتعلقة بتجارته إسمه التجاري ومكتب السجل التجاري المقيد به ورقم القيد".

٢- بيانات القيد :

١٧٣- يقيد بالسجل التجاري كافة البيانات التي تتعلق بالتاجر وتجارته مثل إسم التاجر ولقبة وتاريخ ميلاده وجنسيته والإسم الذي يباشر به تجارته ونوع التجارة ورأس المال الذي يستثمره ومقر المحل الرئيسي والوكالات والفروع التابعة له سواء كانت داخل مصر أو بالخارج الي غير ذلك من البيانات التي توضح مركز التاجر بكل دقة والمنصوص عليها بالمادة الأولي من اللائحة التنفيذية[١] .

وإذا كان طلب القيد شركة فيجب قيد كافة البيانات التي تتعلق بالشركة والشركاء مثل اسم الشركة التجاري ونوعها وعنوانها ومقدار رأسمالها والمبالغ المدفوعة منه والمبالغ التي يتعهد الشركاء بآدائها وتاريخ ذلك مع بيان حصة الشركاء الأجانب وحصة الشركاء الموصين وقيمة الحصص العينية ومركز الشركة الرئيسي والغرض من إنشائها وأسماء الشركاء المتضامنين في شركات التضامن والتوصية والمشروعات الخاضعة لقانون الإستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ إلي غير ذلك من البيانات التي تتطلبها اللائحة التنفيذية لقانون السجل التجاري . وكذلك الحال بالنسبة للجمعيات التعاونية التي تباشر نشاطا تجاريا والمنشات التي بها

---

(١) كان قانون السجل التجاري الملغي رقم ٢١٩ سنة ١٩٥٣ ينص في المادة الثالثة منه علي ضرورة قيد النظام المالي لزواج التاجر ولكن قانون السجل رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ جاء خلوا من هذا البيان وكذلك الشأن بالنسبة لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

عنصر أجنبي وشركات الأشخاص التي يشترك فيها عنصر أجنبي .

وهناك بيانات يتم قيدها بواسطة مكتب السجل ذاته وهي البيانات المتعلقة ببيع أو رهن المحل التجاري من واقع السجلات المخصصة لذلك والتي يحتفظ بها مكتب السجل (المادة٢) . كذلك علي مكتب السجل قيد الأحكام الصادرة ضد التاجر فردا كان أو شركة والتي يخطره بها قلم كتاب المحكمة التي تصدر منها هذه الأحكام خلال شهر من صدورها . وحددت المادة السابعة من السجل التجاري رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ هذه الأحكام ، ونذكر منها أحكام الإفلاس أو إلغائه وقفل التفليسة وإعادة الاعتبار والأحكام والقرارات الصادرة بتوقيع الحجر علي التاجر أو برفع الحجر أو إعطاء القاصر الإذن بالإتجار في محل تجاري أو إلغائه وأحكام فصل الشركاء أو عزل المديرين وحل وتصفية الشركات أو بطلانها وتعيين المصفين وعزلهم.

٣- نشر القيد وتعديل البيانات :

١٧٤- تصدر وزارة التجارة صحيفة خاصة تسمي جريدة الأسماء التجارية تصدر في الأسبوع الأول من كل شهر تشهر فيها البيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية (راجع المادتين ١٤ ،١٥ من اللائحة التنفيذية لقانون السجل) .

ويجب قيد البيانات السابق ذكرها خلال المدة المنصوص عليها باللائحة التنفيذية لهذا القانون (المادة ٨) وهي شهر من تاريخ الترخيص بمزاولة التجارة . ولا يترتب علي عدم تقديم الطلب خلال المدة المحددة قانونا بطلان القيد أو رفضه وإنما يتعرض المخالف للجزاء المنصوص علية بالمادة (١٩) من قانون السجل ٣٤ لسنة١٩٧٦.

ولما كان المقصود من نظام السجل والقيد به إعطاء بيانات دقيقة

وحقيقية عن مركز التاجر فرداً كان أو شركة ، فقد ألزم هذا القانون التاجر أو مدير الفرع أو الوكالة طبقا للأوضاع المقررة التأشير في السجل بأي تغيير أو تعديل يطرأ علي البيانات القيد . وقد حدد المشرع مهلة لهذا القيد هي شهر من تاريخ العقد أو الحكم أو الواقعة التي تستلزم التغيير او التعدبل (المادة ٦).

٤- تجديد القيد وشطبه :

١٧٥- يجب علي التاجر تجديد القيد بالسجل التجاري كل خمس سنوات من تاريخ القيد أو من تاريخ آخر تجديد خلال الشهر السابق لانتهاء المدة. ويقبل الطلب إذا قدم خلال التسعين يوما التالية لإنتهاء المدة علي أن يؤدي الرسم في هذه الحالة مضاعفا (المادة ٩) . ويراعي عند تقديم طلب التجديد إتباع الأحكام المنصوص عليها في الباب الثالث من الملحق رقم (١) للائحة التنفيذية لقانون السجل التجاري .

ويمحي القيد في حالة عدم تقديم طلب التجديد بعد مضي تسعين يوما من تاريخ إنذاره بكتاب موصي عليه بعلم الوصول .

ويلزم التاجر أو من يؤول إليه المحل التجاري أو الممثلون القانونيون للشخص الإعتباري حسب الأحوال أن يطلبوا طبقا للأوضاع المقررة محو القيد من السجل التجاري في حالات إعتزال التاجر تجارته أو مغادرته البلاد نهائيا أو وفاته وإنتهاء تصفية الشخص الإعتباري او بوقف نشاطه (المادة ١٠) .

ويقدم طلب محو القيد خلال شهر من تاريخ الواقعة التي تستوجبه. ويراعي أن يتضمن الطلب البيانات المنصوص عليها بالباب الرابع من الملحق رقم (١) من اللائحة التنفيذية المشار إليها . وإذا لم يقدم صاحب

الشأن طلب المحو كان علي مكتب السجل التجاري أن يمحو القيد من تلقاء نفسه بعد التحقق من السبب الموجب له (المادة ١١) .

وعلي مكتب السجل في هذه الحالة أن يبلغ ذلك الي صاحب الشأن خلال العشرة أيام التالية بكتاب موصي عليه بعلم الوصول وأن يخطر الجهات الإدارية المختصة لإتخاذ الإجراءات المترتبة عليه.

ثالثا : الحصول علي مستخرج من صفحة القيد بالسجل التجاري :

١٧٦- يجوز لكل شخص ان يطلب من مكتب السجل التجاري مستخرجاً من صفحة القيد الخاصة بأحد التجار أو الشركات . كما يجوز الحصول علي شهادة ببعض البيانات أو شهادة سلبية في حالة عدم القيد (المادة١٢) .

ويمتنع علي مكتب السجل أن يضمن الشهادة المستخرجة أحكام شهر الإفلاس متي حكم بإلغائها أو برد الإعتبار ، وأحكام وقرارات الحجر إذا قضي برفع الحجر (المادة ١٢) . وأكدت ذلك المادة (٣٢) من قانون التجارة بقولها" ١- لكل شخص ان يحصل من مكتب السجل التجاري علي صورة من صفحة القيد ، وفي حالة عدم القيد يعطي المكتب شهادة سلبية ، ٢- لا يجوز أن تشتمل الصورة المستخرجة من صفحة القيد علي أ- أحكام شهر الإفلاس إذا حكم برد الإعتبار . ب- أحكام الحجر إذا حكم برفعه ".

رابعا : سلطة مكتب السجل التجاري في التحقق من صحة البيانات :

١٧٧- أعطي قانون السجل رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ موظفي السجل الحق في التحقق من صحة البيانات التي يتقدم بها طالب القيد ، حيث قرر بالمادة (٢/٨) للمكتب الحق في تكليف الطالب تقديم ما يراه من مستندات تؤيد صحة بيانات الطلب ، ولأمناء مكتب السجل ومن يقوم بأعمالهم صفة رجال الضبط القضائي في تنفيذ أحكام هذا القانون (المادة ٢٠) .

ويحق لمكتب السجل بناء علي ذلك رفض طلب القيد علي أن يكون هذا الرفض مسببا ، وأن يبلغ الي صاحب الشأن بكتاب موصي عليه مصحوب بعلم الوصول خلال شهرين من تاريخ تقديمه (المادة ٢/٨). ويبدأ سريان المواعيد المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة الثامنة من تاريخ هذا الإرسال (المادة ٢١ من اللائحة التنفيذية) .

ولأصحاب الشان الطعن في هذا القرار أمام محكمة القضاء الإداري في المواعيد المقررة للطعن في القرارات الإدارية .

خامسا : الجزاء علي مخالفة أحكام قانون السجل :

١٧٨ – وفقا للمادة (١٨) من قانون السجل التجاري يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد عن سنتين وبالغرامة التي لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد عن خمسمائة جنيه أو بإحدي هاتين العقوبتين كل من يقدم بسوء قصد بيانات غير صحيحة تتعلق بطلبات القيد أو التأشير في السجل أو التجديد أو المحو . وتأمر المحكمة بتصحيح هذه البيانات وفقا للأوضاع وفى المواعيد التى تحددها ويقوم مكتب السجل التجارى المختص بالإجراءات اللازمة للتصحيح .

كذلك كل من ذكر علي واجهة محله وعلي إحدي المراسلات أو المطبوعات أو الأوراق المتعلقة بتجارته إسما تجاريا أو رقم قيد ليس له أو ذكر ما يفيد القيد مع عدم حصوله . كذلك الشأن بالنسبة لكل من يقوم بتنفيذ أحكام القانون إذا أفشى سراً اتصل بحكم عمله .

ويلاحظ أن هذا الجزاء جاء مشددا عما كان علية وفقا للمادة (٢٠) من قانون السجل الملغي رقم ٢١٩ لسنة ١٩٥٣.

أما مخالفة باقي أحكام قانون السجل رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ ، أو

القرارات المنفقذة له فيعاقب مرتكبها بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تتجاوز مائة جنيه وتضاعف الغرامة في حالة العود . وفي حالة مخالفة المادة (١٧) التى تحظر مزاولة التجارة فى محل تجارى إلا لمن يكون أسمه مقيداً فى السجل التجارى الذى يقع فى دائرته المحل التجارى ، تأمر المحكمة فضلا عن الحكم بالغرامة بإغلاق المحل (المادة ١٩) .

تقدير نظام السجل التجاري وفقا لقانون ٣٤ لسنة ١٩٧٦ وقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ :

١٧٩- لا شك أن قانون السجل التجاري رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ يتميز عن سابقة في كثير من النقاط خاصة تلك التي تتعلق بشروط القيد بالسجل التجاري وتنظيم القيد بالنسبة للأجنبي الذي يرغب في مزاولة نشاط تجاري في مصر وحظر مزاولة التجارة في محل تجاري إلا لمن يكون إسمه مقيدا بالسجل . وإعتبار هذا القيد دليلا علي ثبوت صفة التاجر من تاريخ هذا القيد ما لم تثبت تلك الصفة بطريقة أخري ، وإخضاع جميع الشركات المنصوص عليها تحت رقم (٢) من المادة الثانية للقيد بالسجل التجاري أيا كان موضوع نشاطها .

كما أن من شأن تشديد العقوبة علي إعطاء بيانات غير صحيحة بسوء نية، إحترام أحكام هذا القانون الأمر الذي يترتب علية تأدية السجل لوظيفته الإحصائية والاقتصادية خير قيام.

علي أنه رغم ذلك لا يمكننا القول بأن القوانين المشار إليها ، حققت الوظائف المرجوة من السجل التجاري خاصة الوظيفة القانونية . فلم يجعل المشرع القيد بالسجل شرطا لاكتساب صفة التاجر وإنما مجرد قرينة علي اكتسابها . وبالنسبة للشركة فإن القيد بالسجل التجاري ليس شرطا كقاعدة عامة لاكتسابها الشخصية المعنوية ولا شرطا لمباشرة نشاطها

الإقتصادي حيث لا تزال شركة التضامن والتوصية البسيطة خاضعة لـنص المادة (٥٠٦) من القانون المدني والتي تقرر للشركة الشخصية المعنوية بمجرد انعقاد العقد أي بمجرد تكوين عقد الشركة . وإن كان المشرع تفادي ذلك بالنسبة لباقي أنـواع الشركات (فيما عدا شركة المحاصة) حيث نص المشرع بالنسبة لشركة المساهمة و التوصية بالأسـهم وذات المـسؤولية المحددة الخاضعة لأحكام القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ علي عـدم اكتـسابها الشخصية المعنوية إلا بعد القيد بالسجل التجاري ومضي خمسة عشر يوماً مالم تقرر الجهة الإدارية المختصة اكتسابها الشخصية المعنوية قبل انقضاء هذه المدة[١] .

كذلك الشأن بالنسبة للشركات القابضة أو الشركات التابعة لها عدم اكتسابها الشخصية الإعتبارية إلا من تاريخ قيدها فـي الـسجل التجـاري (المادة الأولي والمادة ١٦ من قانون ٢٠٣ لسنة ١٩٩١) .هذا بالإضـافة إلي عدم اكتساب الشركات التي تؤسس وفقا لقانون حوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧الشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها بالسجل التجاري[٢] .

والملاحظ أن قانون السجل التجاري رقم ٣٤ لـسنة ١٩٧٦ كمثـل

---

(١) المادة (٣/١٧) من قانون ١٩٨١/١٥٩ المعدل بقانون ١٩٩٨/٣ والقانون رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٥ – الجريدة الرسمية العدد ٢٤ مكرر فى ٢٠٠٥/٦/٢١– حيث تـنص علي أنه " وتشهر الشركة وتكتسب الشخصية الإعتبارية بعد مضي خمسة عـشر يوماً من تاريخ قيدها بالسجل التجاري مالم تقرر الجهة الإدارية المختصة اكتسابها الشخصية الاعتبارية قبل انقضاء هذه المدة..." .

(٢) في هذا الخصوص راجع مؤلفنا الشركات التجارية – النظريـة العامـة وشـركات الأشخاص الجزء الأول الطبعة الثالثة ١٩٩٢ ، دار النهضة العربية رقم ٤٠.وطبعة ٢٠١١ للناشر ذاته .

سابقة رقم ٢١٩ لسنة١٩٥٣ الملغي لا يترتب علي عدم القيد به عدم جواز الاحتجاج بالبيانات غير المقيدة علي الغير . كما لا يترتب علي القيد الاحتجاج بما دون علي الغير . فقانون السجل رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ ليس أداة للشهر القانوني بل مجرد نظام إستعلامي إحصائي عهد به إلي جهة إدارية هي وزارة التموين والتجارة الداخلية . وقد طالبنا مرارا[١] أنه يجدر بالمشرع ألا يقصر وظيفة السجل علي الجانب الإستعلامي والإحصائي لاستقرار التعامل علي أساس العلانية والشهر لكل ما يتعلق بالمواد التجارية . وينادي الفقه بالإجماع[٢] أن يخلق المشرع من السجل أداة وحيدة للإشهار في المواد التجارية .

وقد حاول قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ خلق وظيفة قانونية للسجل التجاري إلي حد كبير وإن لم تصل إلي الأثر القانوني القاطع للقيد بالسجل التجاري ، حيث تنص المادة (١/٣٣) من القانون علي أن تكون للبيانات المقيدة في السجل التجاري حجة علي الغير من تاريخ قيدها في السجل ما لم ينص القانون علي غير ذلك . ومقتضي ذلك وضع قرينة قانونية علي حجية البيان المقيد وتاريخ هذه الحجية . علي أن هذه القرينة ليست قاطعة ، بمعني أنه يجوز للغير دائما إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات كما تقضي الفقرة الثانية من ذات المادة بأنه " لا يجوز الاحتجاج علي الغير بأي بيان واجب القيد في السجل التجاري ولم يتم قيده إلا إذا ثبت علم الغير بمضمون البيان " . وهذه القرينة كما هو واضح من عباراتها يجوز إثبات عكسها ، بمعني إمكان إثبات علم الغير بالبيان غير

---

(١) راجع مؤلفنا القانون التجاري طبعة ١٩٩٨ السابق الإشارة إليه رقم ١٤٧

(٢) د. سامي مدكور ص ١٢٠ ، د. علي يونس ص ٢٤٤. د. سمير الشرقاوي رقم ١٤٠ ص ١٣٤.

المقيد . وفي خصوص التمسك بعدم القيد بالسجل التجاري ببيان من التاجر قرر المشرع في المادة (٣/٣٣) انه " لا يجوز للتاجر فردا كان أو شركة أن يتمسك بعدم قيده في السجل التجاري للتحلل من الالتزامات التي يفرضـــها عليه القانون أو التي يفرضها القانون بناء علي هذه الصفة» .

الباب الثالث

المحل التجارى

بيع ورهن المحل التجارى

وتأجير استغلاله وحمايته

الباب الثالث
بيع ورهن المحل التجارى
وتأجير استغلاله وحمايته

مقدمـــــــة :

١٨٠- المحل التجارى ، بوصفه مالاً ، محل للملكية ، ولصاحب حق الملكية كافة التصرفات التى تنشأ عن هذا الحق ، فله أن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات كالبيع والهبة والوصية والـرهن إلـى غيـر ذلـك مـن التصرفات . ولما كان لصاحب الملكية حق الاستغلال ، فإن لمالـك المحـل التجارى حق استغلاله . والغالب أن يتم استغلال المتجر بواسطة مالكـه ، ولكن قد يفضل هذا الأخير التنازل عن حق الاستغلال إلى شخص آخر ، ويتم ذلك فى حالة تأجير استغلال المحل التجارى حيث يصبح لمستأجره حـق اسـتغلاله ومباشرة الأعمال التجارية لحسابه دون المالك الذى يحتفظ بالملكية فقط .

وقد نظم المشرع المصرى بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ بعـض التصرفات التى ترد على المحل التجارى وهى البيع والرهن[١] . وقد اقتصر هذا القانون على تنظيم بعض أحكام عقد البيع والرهن وهى الحالات التـى تتضمن خروجاً على القواعد العامة والتى تتلخص فـى تقريـر ضـمانات خاصة لبائع المحل التجارى فجعل له امتيازاً على الشىء المبيع والحق فى طلب الفسخ وممارسة هذه الحقوق حتى فى حالة إفلاس المشترى ، كمـا قرر جواز رهن المحل التجارى دون نقل الحيازة ونظم طرق إشـهار هـذا الرهن بقصد التوفيق بين مصلحة كل من المدين الـراهن فـى الاحتفـاظ

---

(١) مؤلفنا القانون التجارى : الأعمال التجارية والتاجر – الملكية الصناعية والتجارية، طبعة ١٩٨١ .دار النهضة العربية

بالمحل التجارى ومزاولة الاستغلال ، وبين مصلحة الدائن المرتهن فى نفاذ الرهن فى مواجهة الغير للتمتع بحق الأفضلية والتتبع كدائن مرتهن . وترك المشرع باقى الأحكام التى لم يتناولها بالتنظيم إلى القواعد العامة حيث جاء بالمادة (٢٢) من قانون ١١ لسنة ١٩٤٠ أنه «تطبق الأحكام السابقة مع عدم الإخلال بالقواعد القانونية العامة التى لم تلغ صراحة بموجب هذا القانون» .

كما جاء قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ببعض الأحكام الخاصة بالمحل التجارى فى الفصل الخامس من الباب الأول بالمواد من ٣٤ إلى ٤٣ دون أن يضع نظرية عامة أو أحكاماً موضوعية للتصرفات التى ترد على المحل التجارى وهذه النصوص فى مجموعها تؤكد أحكام قانون ١١ لسنة ١٩٤٠ مع بعض الإضافات المنظمة لإجراءات التصرف على المتجر وشهر هذه التصرفات .

ولم ينظم المشرع المصرى عقد تأجير استغلال المحل التجارى الذى يترتب عليه تنازل المالك عن حق استغلال متجره إلى شخص آخر يقوم باستثماره لحسابه الخاص مقابل جعل متفق عليه على خلاف بيع ورهن المحل والذى نظمت بعض أحكامها نصوص قانون ١١ لسنة ١٩٤٠ ، وإن كان أشار إلى هذا العقد لأول مرة ضمن معالجته لأحكام المتجر فى المواد ٣٤ إلى ٤٣ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ دون أن يضع أحكاماً خاصة بهذا العقد .

ويمثل المحل التجارى أهمية اقتصادية كبيرة فى الوسط التجارى ويتمتع عادة بتنظيم قانونى خاص نظراً لطبيعته المنقولة المعنوية وارتفاع قيمته ، الأمر الذى يجعله محلاً لتصرفات تجارية متعددة لعل أهمها بيعة ورهنه وتأجير استغلاله . وقد خصصنا هذا الباب لدراسة هذه التصرفات على المحل التجارى فى ضوء التشريعات القائمة .

تقسيم :

١٨١ - سوف نتناول فى هذه الدراسة المقصود بالمحل التجارى . ثم بيعه ورهنه وتأجير استغلاله وأخيراً حماية المحل التجارى كل فى فصل مستقل.

الفصل الأول

التكييف القانونى للمحل التجارى

تعريف المحل التجارى - عناصره - المركز القانونى للديون والحقوق المتعلقة به - طبيعته القانونية

المبحث الأول

تعريف المحل التجارى

١٨٢- اصطلاح المحل التجارى لا يعنى كما قد يتبادر إلى الذهن المكان الذى يمارس فيه التاجر أعماله التجارية أو البضائع الموجودة بداخل المحل أو الأثاث الكائن فيه ، بل يقصد به فكرة معنوية تنطوى تحتها مجموعة الأموال المخصصة لغرض الاستغلال ، وهذه الأموال لا تكون إلا منقولة ، معنوية كانت أو مادية ، وهى مستقلة استقلالاً تاماً عن مفردات هذه الأموال . ومن ثم يمكن تعريف المحل التجارى بأنه مال منقول معنوى يتضمن مجموعة أموال منقولة ومخصص لاستغلال تجارة أو صناعة معينة[١] وقد يسمى بالمتجر أو المصنع تبعاً لنوع النشاط الذى يزاوله الشخص .

---

(١) ويعرفه د. على يونس بأنه مجموعة من الأموال المنقولة مادية ومعنوية تألفت معاً ورتبت بقصد استغلال تجارى والحصول على العملاء .

المحل التجارى – بطبعة ١٩٧٤ ص٣ .

ويعرفه الفقيه ميشيل بأنه :

Un ensemble d'éléments corporals, (matériel, outiliage, marchandise) et d'elements, incorporels, (droit au bail , industriel) qu'il reunit en vue de la recherche d'une des éléments qui le composent.

القانون التجارى – الجزء الأول – الطبعة الثانية ١٩٧٦ وطبعة ١٩٧٩ رقم ١٤٩ – كذلك تعريف ريبير والذى يبرز فيه أهمية العناصر المعنوية – المرجع السابق رقم ٥٢٢ . أيضاً مؤلفنا القانون التجارى الكويتى طبعة ١٩٧٤ ص٢١٣ وما بعدها .

ولم يعرف قانون ١١ لسنة ١٩٤٠ المحل التجارى ، تاركاً ذلك للفقه . وتفادى ذلك قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث عرف المتجر بالمادة (٣٤) بقوله « ١- المتجر مجموعة من الأموال المنقولة تخصص لمزاولة تجارة معينة ويجب أن يتضمن عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية ، ٢- ويجوز أن يتضمن المتجر عناصر معنوية أخرى كالاسم التجارى والسمة التجارية والعلامات التجارية وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والحق فى الإيجار وحقوق الملكية الأدبية والفنية وحق المعرفة وترخيص الاستغلال والصناعة ، ٣- ويجوز أن يتضمن المتجر البضائع والأثاث والآلات والأجهزة والمعدات وغيرها من المهمات اللازمة لإستغلال المحل التجارى» .

والمحل التجارى وإن كان يشمل عناصر مادية كالسلع والمهمات ، وعناصر معنوية كالعنوان والاسم التجارى والحق فى الإيجار والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية وحقوق الملكية الصناعية والأدبية، إلا أن له قيمة اقتصادية منفصلة تختلف عن القيمة الذاتية لكل من هذه العناصر على حدة. فالمحل التجارى يمثل هذه العناصر مجتمعة منظوراً إليها كوحدة معنوية مستقلة بقواعدها وأحكامها الخاصة . ويترتب على ذلك أنه إذا انفصلت جميع هذه العناصر كل على حدة فلا وجود لفكرة المحل التجارى سواء من الناحية القانونية أو الفعلية ، فإتحاد هذه العناصر المختلفة معاً هو الصفة المميزة والرئيسية لفكرة المحل التجارى .

وجدير بالذكر أن فكرة اعتبار المحل التجارى مالاً معنوياً مستقلاً عن العناصر التى يتكون منها ، فكرة حديثة لم تستقر تشريعياً إلا فى غضون القرن العشرين ، وذلك عندما ازدادت أهمية العناصر المعنوية كالعنوان والاسم التجارى وبراءات الاختراع والتصميمات والنماذج الصناعية والحقوق الأدبية. إذ قبل ظهور أهمية هذه العناصر المعنوية

كانت النظرة إلى المحل التجارى نظرة مادية تقتصر على المقومات المادية التى يتألف منها المحل التجارى وأهمها البضائع والآلات والمهمات . وليس معنى ذلك أن فكرة المتجر المعنوية لم تبرز إلا بظهور التشريعات المنظمة للمحل التجارى ، إذ كانت معروفة لدى أصحاب المحال التجارية قبل ذلك حينما اضطروا إلى الاقتراض بضمان المحل التجارى مع عدم التخلى عن حيازته إلى الدائن المرتهن حتى لا تتوقف تجارتهم الأمر الذى يخضعه لقواعد شبيهة برهن العقار رغم أنه مال منقول . كما عرفت فكرة المحل التجارى أيضاً عند قيام أصحاب المحال التجارية ببيع المحل حيث ظهر بوضوح أثر عنصر الاتصال بالعملاء عند تقدير الثمن .

وكان الفقه والقانون المدني القديم يستخدم كلمة الجدك للتعبير عن المحل التجاري بعناصره المعنوية والمادية ، وقد استبدل القانون المدني الحالي بلفظ " الجدك " بلفظي مصنع أو متجر فيما أورده بنص المادة (٢/٩٤) من القانون المدني والخاصة باستثناء المحل التجاري من الحظر المقرر علي حق المستأجر في التنازل عن الإيجار وذلك حين ينشئ الأخير بالعين المؤجرة محلاً تجارياً ، ويضطر إلي بيعه ، فأجاز المشرع للقاضي في ظل شروط معينة أن يقضي بإبقاء الإيجار بالرغم من قيام ذلك الحظر .

كما استخدم القضاء إصطلاح الجدك في بعض أحكامه للدلالة علي المحل التجاري بمفهومه كمنقول معنوي ، حيث جاء في حكم لمحكمة النقض ما مفاده أن بيع المتجر طبقاً لحكم المادة (٢/٥٩٤) مدني مؤداه حلول مشتري الجدك محل المشتري الأصلي فيما له من حقوق وما عليه من التزامات ناشئة عن عقد الإيجار ([1]) .

---

(١) طعن رقم ٧٣/٢٥٣٩ ق جلسة ٢٠٠٥/١٢/٢٥ .و طعن رقم ٧١/٢١١٧ ق جلسة ٢٠٠٣/٢/٢٦ ، و طعن رقم ٧٥/١٠٦٧٤ ق جلسة ٢٠٠٦/٢/١ مجلة المحاماة طبعة ٢٠٠٧ ص ٤٤٣ .

المبحث الثانى
عناصر المحل التجارى

١٨٣- المحل التجارى وفقاً للتعريف السابق يشمل مجموعة الأموال المنقولة اللازمة للاستغلال التجارى هى المكونة لعناصره .

وهذه العناصر قد تكون مادية مثل البضائع والمهمات ، وقد تكون معنوية مثل الاتصال بالعملاء والاسم التجارى والحق فى الإجارة والتسمية المبتكرة وكذلك براءة الاختراع والرخص والإجازات ويمكن دائماً إضافة عناصر أخرى حسب طبيعة تجارة التاجر ، فليست هذه العناصر سوى أمثلة لما يتضمنه المتجر غالباً . وذكر المشرع المصرى أهم هذه العناصر فى المواد الخاصة بإمتياز بائع المحل التجارى أو راهنة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ ، وكذلك فى لائحته التنفيذية الصادرة بالقرار الوزارى رقم ١١٣ لسنة ١٩٤٣ . كما أشار إلى هذه العناصر قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بالمادة (٣٤) سالفة الذكر . وقد تجتمع هذه العناصر كلها فى المحل التجارى وقد يجتمع بعضها فقط وذلك تبعاً لنوع وطبيعة نشاط صاحب المتجر . فمثلاً تعتبر العناصر المادية أساسية وجوهرية فى تجارة معينة كتجارة الأقمشة ، وعلى العكس تقل أهميتها فى غيرها كمكاتب الأعمال التجارية والوكالة بالعمولة .

وسوف نتناول بالشرح كل من العناصر المادية والمعنوية .

أولاً : العناصر المادية

تمهيد :

١٨٤- تتمثل العناصر المادية للمحل التجارى فى البضائع والمهمات ويستفاد ذلك من نص المادة الأولى من القانون رقم (١١) لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع ورهن المحال التجارية . إذ أوجب المشرع أن يحدد فى عقد البيع ثمن مقومات المحل التجارى غير المادية والمهمات والبضائع كل منها على حدة . وأشارت إلى العناصر المادية أيضاً المادة (٣/٣٤) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ مع تفصيل المقصود بالمهمات على سبيل المثال ، حيث تنص على أنه « ٣- يجوز أن يتضمن المتجر البضائع

والأثاث والآلات والأجهزة والمعدات وغيرها من المهمات اللازمة لاستغلال المحل التجارى» .

وسوف نقوم بشرح المقصود من كل من هذين العنصرين :

أ- البضائـــع :

١٨٥- يقصد بالبضائع مجموع السلع الموجودة بالمحـل التجـارى والمعدة للبيع[١] فعلا، مثل الأقمشة فى محل تجارة الأقمشة ، والأحذية فى محل تجارة الأحذية ، وكذلك السلع الموجودة بالمخازن التابعة للتاجر . كما تعتبر من قبيل البضائع المواد الأولية التى سوف تستخدم فى صـناعة مـا يقوم المتجر ببيعة والتعامل فيه .

والبضائع بهذا التعريف تمثل عنصرا من عناصر المحل التجـارى تتفاوت أهميته بحسب نوع نشاط صاحب المحل التجارى . فقد تزداد أهمية هذا العنصر كما هو الحال فى تجارة الغلال والأقمشة ومحال بيع الأثـاث ، وقد لا تكون لـه أهمية تذكر أو تكاد تنعدم كما هو الحال بالنـسبة لـدور السينما ومكاتب السمسرة . وقد أشارت إلى ذلك صراحة المـادة (٣/٣٤) بعبارة « ويجوز أن يتضمن المتجر البضائع » .

ب- المهمات :

١٨٦- يقصد بالمهمات المنقولات التى تستخدم فى تـسهيل نـشاط المحل التجارى وإعداده للغرض المقصود من استغلاله ، مثل الآلات التـى تستخدم فى الإنتاج والآلات الحاسبة والأثـاث المعـد لاسـتقبال العمـلاء والسيارات التى تسهل أعمال المحل . وقد أشارت الفقرة الثالثة من المـادة (٣٤) من قانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ إلى عدة أمثلة للمهمات كما سبق القول. وقد تصبح هذه المهمات عقاراً بالتخصيص ، رغم كونها منقولة بطبيعتها ، إذا كانت مخصصة لخدمة المحل التجارى ومملوكة للتاجر مالك العقار الذى يباشر فيه نشاطه التجارى ، مثل المطارق والمكـابر والآلات والماكينـات التى تستعمل فى الإنتاج . بيد أن هذا الاعتبار لا يحول دون كونها عنصراً من عناصر المحل التجارى يمكن رهنها وبيعها معه وهو ما يستفاد صراحة

---

(١) أو السلع المعدة للتأجير إذا كان نشاط المحل يتضمن تأجير المنقولات .

من نص المادة التاسعة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ والتى تقضى بأن رهن المحل التجارى يجوز أن يشمل ما يأتى «العنوان والاسم التجارى والمهمات والآلات التى تستعمل فى استغلال المحل ولو صارت عقاراً بالتخصيص»(١).

وتعتبر المهمات من العناصر الهامة للمتجر وفقاً لطبيعة نشاطه ، كما هو الحال بالنسبة للمصانع وشركات النقل ، حيث تمثل رأس المال الثابت به. على أنها لا تعتبر فى هذه الحالة العنصر الوحيد الذى يقوم عليه المتجر أو المصنع بمعناه القانونى ، لأن المهمات وحدها لا تجذب العملاء للمصنع. ومن جانب آخر قد لا تمثل المهمات أية أهمية فى أنواع أخرى من الأنشطة التجارية كمحال السمسرة وبعض الوكالات التجارية .

يتضح مما سبق أن البضائع هى كل ما يجرى عليه التعامل فى المتجر ، فى حين أن المهمات هى الأدوات التى يستخدمها التاجر فى نشاطه التجارى . وإذا كان يبدو أن مجال كل منهما لا يختلط بالآخر إلا أنه قد تدق التفرقة بينهما فى بعض الأحيان ، فمثلاً مواد الإنتاج الأساسية مثل البترول أو الزيت أو المواد الكيماوية التى توجد بالمصانع تعتبر عادة من قبيل المهمات إذا كانت تستخدم فى تشغيل المصنع وإدارة آلاته ، ولكن تعتبر من جانب آخر من قبيل البضائع إذا كانت هذه المواد الأولية تدخل فى

---

(١) ويعتبر الفقه الفرنسى مستقراً – على خلاف الحال فى مصر – على خروج المهمات من عناصر المتجر إذا صارت عقاراً بالتخصيص . راجع ميشيل رقم ١٥٣ .

ويعتبر القضاء الفرنسى مستقراً على ذلك : نقض جلسة ١٩٢٧/٧/٢١ دالوز ١-١٧ انظر أيضاً مؤلفنا « الملكية الصناعية والتجارية » طبعة ١٩٩٦ – دار النهضة العربية ، ص٢٧٩ وما بعدها . وطبعة ٢٠٠٩ .

قارن فى هذا الخصوص : أستاذنا د. على جمال الدين عوض – الوجيز فى القانون التجارى ص٥٧ رقم ١٩٣ خاصة هامش (١).

صناعة السلع المعدة للبيع أو للتعامل فيها.

كذلك السيارات قد تعد من المهمات إذا كانت مخصصة لتسهيل أعمال المحل ، وقد تعد من قبيل البضائع إذا كان المحل مخصصاً لبيع السيارات . كذلك الشأن بالنسبة للعينات والمنتجات التى تكون على سبيل العرض فقط دون البيع ، فهى تعد من قبيل المهمات طالما أنها غير مخصصة للبيع . ويمكن القول بصفة عامة فى هذا الخصوص أن الضابط فى معرفة ما إذا كان الشئ من البضائع أو المهمات يكون بالرجوع إلى الغرض الذى خصص له هذا الشئ بصرف النظر عن طبيعته . (١)

وأهمية تحديد ما إذا كان الشئ يعد من المهمات أو البضائع تظهر فى عدة نواح خاصة فى حالة الرهن حيث أنه وفقاً لأحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع ورهن المحال التجارية ، لا يجوز أن يقع الرهن على البضائع وإنما من الجائز أن يقع على المهمات (المادة ٩ من قانون ١١ لسنة ١٩٤٠) .

العقار ليس من عناصر المتجر:

١٨٧- كان الرأى مستقراً على أن العقار لا يعد عنصراً من عناصر

---

(١) واختلف الرأى فى حالة ما إذا كانت الأشياء الموجودة فى المحل التجارى معدة للتأجير للاستعمال لا للبيع كما هو الحال بالنسبة لتأجير الآلات والملابس للمسارح والسيارات لسائحين .. الخ ، فقد رأى البعض أن هذه الأشياء تعد من قبيل المهمات فى حين ذهب الرأى الراجح إلى أنها تعتبر من قبيل البضائع على اعتبار أنها أشياء بقصد تأجيرها للاستعمال والذى يعد بحسب نصوص القانون التجارى (المادة ٤) من الأعمال التجارية بطبيعتها شأنه فى ذلك شأن الشراء بقصد البيع . ونرى مع الرأى الراجح اعتبارها من قبيل البضائع .
فى هذا الخصوص راجع د. على يونس ، المرجع السابق ص٣٩ وما بعدها .

المحل التجارى رغم عدم وجود نص صريح بأحكام قانون ١١ لسنة ١٩٤٠ ، باعتبار أن العقار بحكم طبيعته والنظام القانونى لتداوله ، يخرج عن ميدان العلاقات التجارية ومن ثم لا يمكن اعتباره تابعاً للمحل التجارى بسبب لزومه لاستغلاله . ويترتب على ذلك أنه إذا كان مالك المتجر يملك العقار الكائن به المحل التجارى وتصرف فيهما معاً بالبيع فلا يدخل العقار ضمن عناصر المحل التجارى وتعتبر العملية فى حقيقتها مركبة من عقدين إذ يخضع كل من العقار والمحل التجارى للأحكام الخاصة بكل منهما على أساس أن بيع العقار يعتبر بيعاً مستقلاً تسرى عليه أحكام ملكية العقار عموماً ، أما بيع المتجر فيخضع لإجراءات نقل ملكية المحل التجارى باعتباره منقولاً معنوياً . (١)

وجاء المشرع بنص صريح مقرراً ذات المبدأ ، فى المادة (٣٦) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث تنص على أنه «إذا كان التاجر مالكاً للعقار الذى يزاول فيه التجارة ، فلا يكون هذا العقار عنصراً فى متجره» .

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه «لا يعتبر العقار بطبيعته أى البناء الذى يستغل فيه المتجر عنصراً فيه ولو كان مملوكاً للمالك نفسه وهو بهذا الوصف يصح أن يكون محلاً لملكية مستقلة»(٢) .

أما المهمات التى تخصص لخدمة العقار المملوك لصاحب المتجر أو المصنع فهى تظل ضمن عناصر المحل التجارى رغم خضوعها لحكم العقار من الناحية القانونية بوصفها عقاراً بالتخصيص . ومن الأمثلة على ذلك صاحب الفندق فيما يتعلق بالموبيليات والأثاث الملحق به ، وصاحب دار السينما بالنسبة للمنقولات المثبتة فى العقار والمخصصة لخدمته ، وصاحب

---

(١) ريبير رقم ٥٤١ ورقم ٥٤٢ .

(٢) جلسة ١٩٧٥/١١/١٦ ، طعن رقم ٤٩٥ لسنة ٤٦ق ، ص١٤٢٢ .

المصنع بالنسبة للآلات الموجود به . وقد سبق أن ذكرنا أن القانون المصرى يعتبر هذه المهمات ضمن عناصر المتجر ويجوز أن يشملها الرهن تبعاً لرهن المحل التجارى . ويجب فى هذه الحالة مراعاة ما تقضى به المادة (٢/٣٨) من أنه إذا اشتمل المتجر على عناصر خاضعة لنظام خاص للشهر أو التسجيل فلا يقوم شهر التصرف فى المتجر فى صحيفة السجل التجارى مقام الشهر أو التسجيل الخاص إلا إذا نص القانون على غير ذلك» .

وفى فرنسا يعتبر الفقه وكذلك والقضاء مستقراً على خروج العقارات بالتخصيص من عناصر المحل التجارى ، وبالتالى لا يرد عليها الرهن عند رهن المتجر أو المصنع بواسطة مالك العقار[١]. والواقع أنه لا تثور صعوبة بالنسبة للعقارات بالتخصيص (المهمات) عند بيع المتجر إذا ما باع صاحبة العقار الكائن به المتجر فى ذات الوقت . ذلك أن مشترى المتجر يتلقى العقار وملحقاته (المهمات) علاوة على المتجر . أما إذا رغب صاحب العقار بيع المتجر والاحتفاظ بالعقار كمالك ، ومنح المشترى عقد إيجار فإنه يثور التساؤل عن تحديد موقف المهمات التى أصبحت عقاراً بالتخصيص ، وفى هذه الحالة تعتبر المهمات عنصراً من عناصر المتجر تنتقل وفقاً للقانون المصرى ، على عكس القانون الفرنسى الذى لا يعتبر العقار بالتخصيص عنصراً من عناصر المتجر[٢] .

---

(١) ريبير رقم ٥٤١ وميشيل رقم ١٥٣ .

(٢) على أنه يجوز لمالك العقار – وفقاً للقانون الفرنسى – أن يقرر انهاء أو زوال تخصيص المهمات بعقاره ، وبالتالى يرد عليها البيع والرهن ضمن عقد بيع المتجر أو المصنع . فمالك العقار له كامل الحرية فى إنهاء حالة التخصيص التى جعلت من المهمات المنقولة ذات طبيعة عقارية فتعود تبعاً لذلك لطبيعتها المنقولة ريبير رقم ٥٤٢ .

ثانياً : العناصر المعنوية

تمهيد :

١٨٨- يقصد بالعناصر المعنوية الأموال المستغلة فى النشاط التجارى للمحل . وكما هو الحال بالنسبة للعناصر المادية ، فإن العناصر المعنوية تتفاوت أهميتها بحسب نوع وطبيعة النشاط التجارى ، إلا أنه يمكن القول بصفة عامة أن تلك العناصر لازمة لوجود المحل التجارى خاصة عنصر الاتصال بالعملاء ، ولا يقوم المتجر من الناحية القانونية بدونها على خلاف العناصر المادية . وقد أشارت إلى ضرورة العناصر المعنوية للمحل التجارى المادة (١/٣٤) بقولها «المتجر مجموعة من الأموال المنقولة تخصص لمزاولة تجارة معينة ويجب أن يتضمن عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية » . ومقتضى ذلك أن المشرع وضع حداً أدنى للعناصر المعنوية الواجب وجودها لاعتبار المال محلاً تجارياً هى عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية .

وفى هذا الخصوص حكم[1] بأن فكرة المحل التجارى تقوم على أساس العناصر المعنوية كالاسم والسمعة التجارية وثقة الجمهور ، فالبضائع والمهمات لا تكفى وحدها لتكوين المحل التجارى ، ومجرد بيع أو رهن مجموع العناصر المادية أو إحداها دون أى عنصر معنوى لا يجعل التصرف منصباً على محل تجارى ، كما أن رهن البضائع أو السلع وحدها يخضع للأحكام العامة للرهن التجارى .

كما حكم [2] بأنه من المقرر فى قضاء محكمة النقض « أن المتجر

---

(١) حكم محكمة القاهرة الابتدائية ، جلسة ١٩٦١/١/٣١ ، قضية رقم ٢٩٩ لسنة ١٩٥٩ المجموعة الرسمية ١٩٦٣ – ٧٥٦ .

(٢) طعن رقم ٧٥/١٧٨٠ ق جلسة ٢٠٠٥/١٢/٢٥ – أيضاً طعن رقم ٥٥/١٤٨٠ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٥ ونقض جلسة ١٩٩٤/٧/١٤ مجموعة المكتب الفنى س ٤٤٥ ص ١٢٠٨ مجلة المحاماة ٢٠٠٧ ص ٤٤٣ .

يشمل جميع عناصره من ثابت ومنقول ومن مقومات مادية ومعنوية كالعملاء والسمعة التجارية والحق فى الإجارة وأن هذه المقومات المعنوية هى عماد فكرته وأهم عناصره ولا يلزم توفرها جميعاً لتكوينه بل يكتفى ببعضها ويتوقف تحديد العناصر التى لا غنى لوجود المحل التجارى على نوع التجارة التى يزاولها المحل والتى توائم طبيعته»[١] .

وتتمثل العناصر المعنوية طبقاً لحكم المادة (٣٤) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية وهى العناصر الضرورية الواجب توفرها لاعتبار المال متجراً بمفهومه القانونى السابق الإشارة إليه ، بالإضافة إلى عدة عناصر أخرى على سبيل المثال وهى الاسم ا لتجارى والسمة التجارية والعلامات التجارية وبراءات الاختراع والتصميمات والنماذج الصناعية والحق فى الإيجار وحقوق الملكية الأدبية والفنية وحق المعرفة وترخيص الاستغلال والصناعة .

وسوف نشير إلى هذه العناصر تباعاً .

أولاً : حق الاتصال بالعملاء

أهمية عنصر الاتصال بالعملاء :

١٨٩- لكل تاجر اتصالاته ومعاملاته مع عملائه وزبائنه الذين اعتادوا التردد على محله التجارى . ويحرص التاجر كل الحرص على أن

---

(١) ولقد قيل بحق فى هذا الخصوص ، أن عنصر الاتصال هى نظرة مستقبل وأمل فى الاحتفاظ بالعملاء الحاليين واكتساب آخرين : رودبيير رقم ١٧٩ ص١٧٢ . وقد عبر عنها بالفرنسية :

Ia clientéle est une vue d'avenir , un espoir de conserver les clients actuel et d'un acquérir d'autre .

تستمر علاقاته مع عملائه ويعمل دائما على تنميتها بكل الوسائل المشروعة حتى يحقق الإقبال المنشود على متجره . بيد أن اعتياد عملاء معينين على التعامل مع المتجر لا يعنى أن التاجر يملك حقا عليهم ، إذ ليس هناك ما يلزم العملاء بالاستمرار فى التعامل معه ، فقد ينصرف العملاء عنه لأى سبب ما حتى ولو لم يقع خطأ من التاجر ، ذلك أن عنصر الاتصال بالعملاء لا يرتب التزاما على العملاء بالتعامل مع متجر معين بالذات . وكل ما للتاجر لحماية هذا العنصر هو حق الاطمئنان إلى استمرار جميع علاقاته واتصالاته بزبائنه وحمايتها من المساس بها أو بتجددها فى المستقبل .[١]

وأساس ذلك من الناحية القانونية ، عدم تمتع التاجر صاحب المتجر بحق مطلق يمكنه وحده من مباشرة هذا النوع من الاستغلال التجارى أو الصناعى . فحق التاجر على متجره الذى يملكه لا يخوله حق استئثار أو احتكار فى مباشرة هذا النوع من النشاط التجارى . ولذلك على التاجر أن يتحمل منافسة غيره المشروعة إذا ما باشر الغير ذات النشاط التجارى ولو ترتب على ذلك تحول بعض عملائه عنه . على أن هذا لا يمنع أن حق ملكية المحل التجارى تحميه دعوى المنافسة غير المشروعة عند الاعتداء عليه بقصد تحويل العملاء عنه ، وهذه الدعوى مخصصة لحماية ملكية المتجر ([2]) .

وعنصر الاتصال بالعملاء يعتبر أهم عناصر المحل التجارى بصفة عامة ، بل إنه فى الواقع هو المتجر ذاته وما العناصر الأخرى إلا عوامل ثانوية تساعد على تحقيق الغرض الأساسى الذى يهدف إليه صاحب المتجر ألا وهو دوام الاتصال بزبائنه وإقبالهم على متجره . ويترتب على ذلك أن

---

(١) طعن رقم ١٢٠٢ لسنة ٥٠ ق فى ١٩٨١/٢/٢٨ حكم غير منشور .

(٢) أنظر ما سيأتي بالفصل الخامس من هذا المؤلف في شأن حماية المحل التجاري .

فكرة المحل التجارى مرتبطة أساساً بوجود هذا العنصر ، وكلما توافر عنصر الاتصال بالعملاء توافرت فكرة المحل التجارى باعتباره وحدة مستقلة عن عناصره . ولقاضى الموضوع مطلق التقدير فى مدى اعتبار العقد وارداً على محل تجارى أم لا .

وأكد ضرورة وجود عنصر الاتصال بالعملاء لاعتبارنا بصدد محل تجارى ، المشرع التجارى حيث جاء بالمادة (١/٣٤) ما نصه « المتجر هو مجموعة من الأموال المنقولة تخصص لمزاولة تجارة معينة ويجب أن يتضمن عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية» . فبهذا النص أكد المشرع المصرى أخذه بما يراه الفقه والقضاء سواء فى مصر أو فرنسا من ضرورة وجود عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية لتوافر فكرة المحل التجارى كما سنرى .

موقف القضاء من عنصر الاتصال بالعملاء :

١٩٠- يعتبر القضاء مستقراً على ضرورة توافر عنصر الاتصال بالعملاء لوجود فكرة المحل التجارى حتى قبل سريان ونفاذ قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، حيث قضت محكمة النقض فى هذا الخصوص بأنه «وإن كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المتجر فى معنى المادة ٥٩٤ من القانون المدنى يشمل جميع عناصره من ثابت ومنقول ومن مقومات مادية ومعنوية وأن المقومات المعنوية هى عماد فكرته وأهم عناصره ، ولا يلزم توفرها جميعاً لتكوينه بل يكتفى بوجود بعضها ، ويتوقف تحديد العناصر التى لا غنى عنها لوجود المحل التجارى على نوع التجارة التى يزاولها المحل ، إلا أن العنصر المعنوى الرئيسى والذى لا غنى عن توافره لوجود المحل التجارى والذى لا يختلف باختلاف نوع التجارة هو عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية باعتباره المحور الذى تدور حوله العناصر

الأخرى . فيترتب على غيبته انتفاء فكرة المتجر ذاتها ، فلا يتصور متجر بلا عملاء سواء كانوا دائمين أو عابرين ، ويعد بيعاً له الاقتصار على بيع هذا العنصر وحده دون غيره من سائر العناصر المادية أو المعنوية»[١] .

وقضت ذات المحكمة بأنه « ولئن كان المتجر فى معنى المادة ٥٩٤ من القانون المدنى يشمل جميع عناصره من ثابت ومنقول ومن مقومات مادية ومعنوية ، إلا أنه لا يلزم توافرها جميعاً لتكوينه . ولئن جاز اعتبار البضاعة بكل مفرداتها ضمن عناصر المحل التجارى التى يشملها البيع حتى ولو لم ينص على ذلك فى العقد ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع الطرفين من الاتفاق على احتفاظ البائع بالبضائع وعدم دخولها ضمن الأشياء التى ينصب عليها البيع دون أن يخل ذلك باعتباره بيعاً للمتجر ، وإذا كان الثابت من عقد البيع موضوع النزاع أنه وقع على صيدلية بدون أدوية ، وكان من الجائز على ما سلف الاتفاق على عدم إدراج البضائع والسلع ضمن عقد بيع المتجر ، فانه لا محل لتعييب الحكم إذا أغفل دفاع المؤجر بفقدان المتجر لأحد عناصره ولم يرد عليه بمخالفة القانون والقصور فى التسبيب » .[٢]

وقضت محكمة النقض الفرنسية بوجود فكرة المحل التجارى طالما كان عنصر الاتصال حقيقياً Réelle ومؤكداً Certain كما هو الشأن فى حالة غلق المتجر غلقاً مؤقتاً حيث لا تزال العملاء مرتبطة بالمتجر[٣]

---

(١) جلسة ١٩٧٧/٥/١٨ طعن رقم ١٢٩ لسنة ٤٩ق – السنة ٢٨ ص١٢١٢٩ .
جلسة ١٩٧٢/٥/١٠ طعن رقم ٣٥١ لسنة ٣٤ق – السنة ٢٢ ص٨٣٥ .
جلسة ١٩٨١/٣/٣٠ طعن رقم ٢٨٤ لسنة ٤٦ق – حكم غير منشور .
جلسة ١٩٨١/١٢/٩ طعن رقم ٩٨٤ لسنة ٤٦ق – حكم غير منشور .

(٢) جلسة ١٩٧٦/٦/٢٣ طعن رقم ٧٥٨ لسنة ٤٢ق – السنة ٢٧ ص١٤٠٥ .

(٣) نقض د/ التجارية جلسة ٢٦ يناير ١٩٩٣ – المجلة الفصلية ١٩٩٤ – ٤٠ رقم ٥٢٩ .

كذلك الشأن عند افتتاح المتجر[١] .

الترخيص باستغلال مكان يتبع الدومين العام :

١٩١- يثار التساؤل فى شأن مدى اعتبار الأماكن التابعة للـدومين العام وتقوم بالبيع أو تقديم خدمات من قبيل المحال التجارية من عدمـه . والمستقر عليه فى هذا الخصوص هو عدم تكييف هذه الأماكن باعتبارهـا محالاً تجارية لافتقارها لأهم عناصر المحل التجارى وهو عنصر الاتـصال بالعملاء وذلك لعدم ملكية هذا المكان للعملاء المترددين عليه .

وقضت محكمة القضاء الإدارى بفرنسا فى هذا الخصوص بتـاريخ ٢٨ إبريل ١٩٦٥[٢] بأن التصريح لأحد الأفراد لشغل مطعم لمدة مؤقتة فى مكان يتبع الدومين العام يعتبر فاقداً لوجود فكرة المحل التجـارى بمعناهـا المعروف . ويعتبر القضاء أن البوفيه أو البار القائم داخل محطة أو مسرح أو مطار ليس محلاً تجارياً بمعناه المفهوم والسبب هو أن العملاء ليـست مملوكة إلى هذا المحل وإنما ملكاً للمحطة أو المسرح أو المطار .[٣]

كما قررت محكمة النقض الفرنسية أن المشروع القائم على امتياز (صاحب امتياز أو متعهد) لمرفق عام ليس محلاً تجارياً .[٤]

---

(١) نقض تجارى جلسة ١٩٨٤/٢/١ المجلة الفصلية ١٩٨٤ – ٦٥٥ . ريبيـر رقـم ٥٢٩ والأحكام المشار إليها .

(٢) دالوز ١٩٦٥ – ٧٦٦ . كما اضافت المحكمة أن تطبيق المادة ٣/١٦٨٤ يفترض وجـود محل تجارى – وهذا الحكم منشور أيضاً بالـ J.C.P ١٩٦٥ –١١ – ٧٤٣٦ .

(٣) هامل وجوفريه جـ٢ طبعة ١٩٦٦ ص١٠٢ .

(٤) نقض مدنى جلسة ١٩٤١/٧/٢٤ دالوز ١٩٤٣ – ٩٦ .
وفى حكم آخر أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم الاستئناف الذى أنكر وصـف المحـل التجارى لبوفيه مقام بأحد الأماكن المعدة للسباق ورفضت تجديد عقد الإيجار لـه أحـد عناصر المتجر – على أساس أن العملاء خاصة بمحل السباق : جلسة ١٩٦٩/٤/٢٤ – دالوز ١٩٧٠ – ٣٨٧ . ==

وفى هذا الخصوص يعتبر القضاء الفرنسى مستقراً على أن عقد الإيجار على صالة عرض أو مصنع ليس إيجاراً لمحل تجارى إلا إذا كان مرتبطاً مع عنصر العملاء وإلا اعتبر مجرد عقد إيجار[١]. كذلك الحال بالنسبة لعقد بيع المتجر .[٢]

ورفضت محكمة النقض الفرنسية السماح لمدير المتجر بتجديد عقد الإيجار باعتباره أحد عناصر المحل التجارى نظراً لأنه لا يملك العملاء[٣] .

ونفت محكمة النقض المصرية على العقد الحاصل بين مصلحة السكك الحديدية وأحد الأشخاص عن مقاصف بعض محطاتها صفة عقد إيجار وارد على محال تجارية ولو سمى عقد إيجار ، وبالتالى عدم إفادة هذا العقد بأحكام الأوامر العسكرية الخاصة بمستأجرى المحال التجارية[٤]. وقضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأن تصريح الإدارة للأفراد بالانتفاع بمال عام هو تصريح صفته الغالبة التسامح Tolérance والوقتية Précarite والزوال لمجرد قيام المصلحة العامة، فإن جاز القول بأنه عقد إيجار فإنه بضوابط القانون الإدارى وما تمليه عليه المصلحة العامة[٥].

كما قضت محكمة النقض بأنه " .... لما كان الثابت من قرار رئيس

== ويلاحظ على حكم النقض المشار إليه أنه يتميز بعدم وضع قاعدة جامدة فى هذا الخصوص حيث يجب تقدير كل حالة على حدة ، ذلك أنه يتصور فى حالات أخرى، غير المطارات أو المحطات ، وجود عملاء للمحل المقام داخل منطقة ما .

(١) نقض جلسة ٢٩ مايو لسنة ١٩٥٣ . دالوز ١٩٥٣ ، ٥٩٩ .

(٢) نقض جلسة ١٠ يوليو ١٩٥٢، دالوز ١٩٥٣، ٥٩٨ وأبرزت محكمة النقض الفرنسية فى هذا الحكم العناصر تواجب أن يشملها العقد على المحل التجارى عادة.

(٣) جاسة ٢٣ مايو ١٩٥٣منشور بالبلتان المدنى ١٩٦٠ – ١١١ رقم ١٩٢ ص١٧٧.

(٤) جلسة ١٩٤٩/١٢/٨ . قارن د/ مصطفى طه جـ١ ص٧٧٤ .

(٥) محكمة الإسكندرية الوطنية (مستعجل) جلسة ١٩٤٤/١٠/١٦ – المحاماة – ٢٦ – ٢٧٨ فى هذا الخصوص د/ السنهورى الوسيط جـ٦ رقم ١٠٦ ورقم ٥٧٠ .

الجمهورية رقم ١٩٦٤/٢٩٠٩ بإنشاء الشركة العامة للتعمير السياحي والتي تعدل اسمها في سنة ١٩٦٨ إلي الشركة الطاعنة أن الدولة أناطت بها إقامة منطقة المعمورة ومرافقها وإدارتها واستغلالها بما لازمه أن تتولي الشركة المطعون ضدها تخطيط المنطقة واستصدار قرار المحافظة باعتماد تقسيمها وبتحديد الشوارع والميادين والحدائق والمتنزهات العامة والأسواق ومنها سوق المعمورة التجاري الذي يقع به المحلات عين النزاع، وكان القصد من إقامته تقديم الخدمات لرواد شاطئ المعمورة والمصطافين بتوفير احتياجاتهم ولوازمهم بما يسبغ عليه صفة المال العام وتكون العلاقة بين الشركة المطعون ضدها والطاعنين علي المحلات التجارية علاقة إدارية يحكمها ترخيص ويكون مقابل الإنتفاع رسم وليس أجرة إذ أن هذه الأسواق تعتبر مرافق عامة تديرها الشركة المطعون ضدها نائبة عن الدولة وتستعين في دارتها بوسائل القانون العام ولا ينال من ذلك كونها من أشخاص القانون الخاص ولا يخضع علاقتها عموماً إلي أحكام القانون الإداري ، إذ أنها تدير مرفقاً عاماً نيابة عن الدولة ، ومن ثم تخرج تلك العلاقة عن تطبيق قانون إيجار الأماكن وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد وافق صحيح القانون ، فإن ما يثره الطاعنون بأسباب الطعن تكون علي غير أساس .... " (١) .

والحقيقة أن تكييف العلاقة بين المصالح الحكومية وبين أصحاب الترخيص فى استغلال مكان ما ، بوصفها عقد إيجار محل تجارى ، يكمن فى مدى توافر عنصر الاتصال بالنسبة للمرخص له ، فالترخيص بالانتفاع بأرصفة محطات السكك الحديدية أو مقاصف الكليات الجامعية ... الخ ، ليس من قبيل عقود إيجار المحال التجارية على أساس أن العملاء خاصة بهذه الأماكن دون المحل ذاته .

---

(١) طعن رقم ٦٧/٢٤١٠ ق جلسة ٢٠١١/٣/٩ .

وقضت محكمة القاهرة الابتدائية فى حكم بتاريخ ٢٠ مايو لسنة ١٩٧٥ بانتفاء الصفة الإدارية عن العقد الخاص بكازينو ميريلاند بمصر الجديدة استناداً إلى ما هو مستقر فقهاً وقضاء من أن شركات القطاع العام وحدات اقتصادية تقوم على تنفيذ مشروعات اقتصادية ونشاطها فى ذلك لا يعتبر من قبيل ممارسة السلطة العامة ولا تعتبر جهة إدارية وتخضع بمفردها للقانون الخاص[١]. ومقتضى ذلك اعتبار العقد بين شركة قطاع عام ومستأجر أحد الكازينوهات وارداً على محل تجارى . وأساس هذا التكييف فى الواقع هو تملك المحل لعنصر العملاء لحسن موقعه أو مناظره أو شهرته فى تقديم أطعمة أو وجبات معينة أو عرضه لبرنامج يومى يتضمن تقديم بعض الفرق الموسيقية والراقصة المعروفة .

عنصر الاتصال بالعملاء وعلاقته بباقى عناصر المتجر :

١٩٢- رغم أهمية عنصر الاتصال بالعملاء وكونه مرتبطاً بالسمعة التجارية فإنه لا يمكن القول انه العنصر الوحيد بالمتجر[٢]. ذلك أن هذا العنصر يرتبط فى واقع الأمر بأحد العناصر الأخرى للمتجر ، وتحديد هذا العنصر الآخر أمر يتوقف على طبيعة كل تجارة على حدة ، فمثلاً فى تجارة

---

(١) الدائرة ٢٤ مدنى كلى قضية ٣٢٣٥ لسنة ١٩٧٤ مشار إليها بمؤلف د. سليمان مرقص السابق ص٥٩ هامش رقم (٤) .

(٢) قارن الأستاذ ريبير حيث يرى أن المتجر ليس إلا الحق فى العملاء فإذا لم توجد العملاء فلا وجود للمتجر .

قارن حكم النقض الفرنسى الدائرة التجارية جلسة ٢٣ يناير ١٩٧٩ منشور بالـ Journal Agrees ١٩٨٠ – ١٢٨ .

راجع فى مدى اعتبار عنصر العملاء الجوهرى للمتجر : د/ محسن شفيق جـ١ – رقم ٥٧٨ د/ على يونس رقم ٢٥ – ٢٧ ، مصطفى طه جـ١ رقم ٧٧٧ .

التجزئة يعتبر الحق فى الإجارة الذى يمثل أهمية موقع المتجر كما سنرى ، العنصر المتصل اتصالاً قوياً بعنصر الاتصال بالعملاء . وفى حالة بيع عنصر الاتصال بالعملاء دون الحق فى الإجارة فإن العنصر المرتبط بالعملاء يكون الاسم التجارى أو التسمية المبتكرة او العلامة التجارية التى تجعل البيع وارداً على محل تجارى[١] .

وقد تعرض ، الاتجاه التقليدى فى اعتبار عنصر العملاء الأساسى الذى بدونه لا وجود للمتجر ، للنقد الشديد وخاصة فى المؤتمر الستين للموثقين الفرنسيين بمدينة استرازبورج عام ١٩٦٢ ، واصبح الاتجاه فى الفقه حالياً نحو اعتبار عنصر العملاء صفة Une qualité من صفات المحل التجارى وليس العنصر الضرورى Nécessaire الذى يدور معه المتجر وجوداً وعدماً . فالاتصال بالعملاء هو هدف يسعى إليه بالمعاونة ببعض العناصر الأخرى المهمة كالحق فى الإجارة والمهمات والتسمية المبتكرة ، فالمحل التجارى يوجد متى اكتملت عناصره ولو لم يبدأ نشاطه بعد ولو لم يبدأ العملاء الاتصال به . كما يظل المتجر بمعناه القانونى حتى ولو اختفى العملاء إلى أن تنتهى عملية التصفية . على أن هذا الاتجاه الحديث لم يتبناه القضاء بعد إذ يشترط القضاء أن يكون عنصر الاتصال

---

(١) وتطبيقاً لذلك حكم باعتبار عقد البيع وارداً على متجر لمجرد التنازل عن الحق فى الإيجار لمحل يعتمد على العملاء فى حى معين كما فى حالة بيع جراج .
نقض جلسة ٩ نوفمبر ١٩٣٦ الجازيت : ١٩٣٦- ٢- ٩١٣ .
كذلك الحال بالنسبة لبيع دور سينما : محكمة رن جلسة ٢٨ مارس ١٩٤٣ – دالوز ١٩٦٠- ٤٠٨ . وحكم من جانب آخر باعتبار البضائع تمثل العنصر الأساسي فى بيع المتجر إلى جوار العملاء إذا كانت بقية العناصر فقدت بسبب توقيع الحجز عليها من جانب أحد الدائنين . نقض تجارى فرنسى جلسة ٢ أكتوبر منشور بالـ J.C.P ١٩٤٩ – ٢ – ٤٩٢٨ ، ونقض تجارى جلسة ١١ مايو الملخص ١١٠ .

بالعملاء حقيقياً ومؤكداً . وقضت محكمة النقض الفرنسية أن احتمال وجود العملاء لا يكفى لاعتبار المتجر موجوداً[١] على أنه يمكن وجود عملاء بصفة مؤكدة وحقيقية لحظة افتتاح المتجر[٢].

ثانياً : السمعة التجارية :

١٩٣- يعتمد عنصر الاتصال بالعملاء بصفة أساسية على مجهود التاجر وصفاته الشخصية التى تشجع العملاء على التعامل معه مثل أمانته ومهاراته ودقة مواعيده وحسن مظهره ، وبهذا المعنى يختلف عنصر العملاء La Clientéle عن السمعة التجارية Achalandage التى تعتمد أساساً على عوامل ذات طابع عينى متعلق بالمحل وتكون لها شأن فى اجتذاب العملاء ، كطريقة عرض البضائع والمظهر الخارجى للمتجر والديكور الخاص بواجهة المحل والموقع الممتاز . وقد قيل بمعايير أخرى للتفرقة بين الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية . والواقع أن كل عنصر منها يكمل الآخر لتحقيق هدف واحد هو المحافظة على استمرار إقبال العملاء على المتجر[٣] والعمل على زيادة شهرته التى تدخل ضمن مقومات المتجر، وبالتالى يعد عنصراً لصيقاً بالاتصال بالعملاء ولا وجود للمتجر بدونهما معاً وأكد هذا المفهوم قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بالمادة

---

(١) الدائرة التجارية جلسة ١٣ مارس ١٩٦٢ بلتان النقض ١٩٦٢ - ٢- ١٨٥ ، والدائرة المدنية جلسة ١٨ مايو ١٩٧٨ مجلة الإيجارات ١٩٧٨ - ٣٧٩ .

(٢) جلسة ١٤ مايو ١٩٤٣ (حكمان) دالوز سيرى المخلص ١١٨ . فى هذا الخصوص ريبير رقم ٥٢٩ ، ٥٢٦ .

(٣) مقال الأستاذ روتندى بعنوان La nature Juridique de L`achalandage منشور بال Annales ١٩٥٠ ص٣٠ إلى ١٣٢

أيضاً رنيه روبيير ، القانون التجارى ، دالوز الطبعة السابعة ١٩٧٠ رقم ١٧٩ .

(١/٣٤) حيث قرر أن «المتجر مجموعة من الأموال المنقولة تخصص لمزاولة تجارة معينة ويجب أن تتضمن عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية».

وعنصر السمعة التجارية حق مالى يمكن التصرف فيه وينظم القانون حمايته عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة [١] .

ثالثاً : الحق فى الإجارة[٢] :

١٩٤- يقصد بالحق فى الإجارة ، حق صاحب المتجر أو المصنع فى الاستمرار فى العقد كمستأجر والانتفاع بالمكان المؤجر[٣]. وفى الغالب يمارس التاجر أو الصانع نشاطه فى مكان معين ، إلا أن عنصر المكان ليس شرطاً لمزاولة التجارة كما هو الحال بالنسبة للتجار المتجولين .

---

(١) حكم المحكمة الكلية لدولة الكويت ، جلسة ٦٨/١٠/٣٠ (مستعجل) قضية رقم ٦٨/٥٢٢ منشور بمجلة القضاء والقانون السنة الأولى- العدد الثانى ص٨٤.
وقضت المحكمة أنه من المقرر أن التاجر يملك حقاً على عنصر الاتصال بعملاء محله التجارى ، وهذا الحق يعنى منع التجار الآخرين من الاتجاه إلى وسائل غير مشروعة للتأثير على هؤلاء العملاء واجتذابهم . والحماية المقررة لعنصر الاتصال بالعملاء تجعل العمل الذى يقوم به التاجر المنافس فى سبيل الحصول على عملاء الغير من قبيل العمل غير المشروع الذى يرتب مسئولية المعتدى عن التعويض .

(٢) فى هذا الخصوص انظر بحث زميلنا الأستاذ الدكتور/ نعمان محمد خليل جمعة بعنوان « الحق فى الإجارة كأحد العناصر المكونة للمحل فى التصرفات الواقعة على الجدك ، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٠ » .

(٣) ويثور التساؤل عما إذا كان يمكن وجود محل تجارى بالمعنى القانونى السابق الإشارة إليه دون وجود مبنى معين أو موقع لتجارة يزاول التاجر تجارته كما هو الحال بالنسبة للباعة المتجولين وأصحاب الحقائب والسيارات المتنقلة فى الأسواق.
والواقع انه يمكن وجود المتجر قانوناً متى توفر عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية.وبناء على ذلك قد يوجد المحل التجارى دون ضرورة توافر عنصر الحق فى الإجارة فلا تلازم بين الاثنين ، وإن كان الوضع الغالب أن يباشر الشخص تجارته فى مكان معين . وقد حكم فى فرنسا بوجود فكرة المحل للبائع المتجول : نقض تجارى جلسة أول فبراير ١٩٦٦ – الجازيت ١٩٦٦ – ٢- ٣ .

وبناء على ذلك لا محل للبحث عن الحق فى الإجارة إذا كان التاجر هو صاحب العقار الذى يزاول فيه نشاطه التجارى حيث يوجد المتجر بمعناه القانونى دون وجود عنصر الحق فى الإجارة[١]. أو كان بائعاً متجولاً[٢]. إذ لابد أن يكون التاجر مستأجراً للمكان الذى يزاول فيه تجارته أو صناعته حتى يتوافر عنصر الحق فى الإجارة ، وقد سبق أن رأينا أن ملكية العقار لا تدخل ضمن عناصر المحل التجارى . وأشار قانون التجارة صراحة فى المادة (٣/٣٤) إلى أن عنصر الحق فى الإيجار من العناصر التى يجوز وجودها على خلاف عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية التى لا وجود للمتجر بدونها .

ويمثل الحق فى الإجارة أهمية كبيرة إذا كان المحل التجارى يقع فى منطقة معينة اشتهرت بصناعة معينة ، أو لقرب الموقع من الأسواق والمحال المماثلة حيث يسهل على العملاء إجراء المقارنة والإقبال على الشراء[٣]. كما تظهر أهمية هذا العنصر فى بعض أنواع النشاط التجارى الذى يعتمد فى ازدهاره على وجوده فى موقع معين كالمقاهى والمطاعم والجراجات ، فالحلول محل البائع فى استغلال المتجر هو الذى يؤكد الاستمرار فى الاتصال بالعملاء . ونتيجة لذلك من الطبيعى أن التصرف فى المتجر يشمل أيضاً التنازل عن الحق فى الإجارة La cession de bail

---

(١) نقض تجارى جلسة ١٩٩٣/٤/٢٧ ، المجلة الفصلية ، ١٩٩٣ – ٤٨٨ .

(٢) نقض مدنى جلسة ١٩٦٨/٦/١١ – دالوز سيرى ط ١٩٦٩ –١ .

(٣) ويرى جانب من الفقه أن الحق فى الإجارة يعتبر من أهم عناصر المتجر أو المصنع وأن هذا العنصر قد يعتبر المتجر ذاته إذا كان إقبال العملاء يرتكز أساساً على الموقع . د. على البارودى ، المرجع السابق رقم ٢١٣ ص٤١٢ .

إلى المشترى أو مستأجر استغلال المتجر ([1]). كما أن رهن المتجر يشمل رهن الحق فى الإجارة تطبيقاً للمادة التاسعة من قانون بيع ورهن المحال التجارية رقم ١١ سنة ١٩٤٠ والتى تنص على أن «رهن المحل التجارى يجوز أن يشمل العنوان والاسم التجارى والحق فى الإجارة والاتصال بالعملاء ... » . كما يجوز التنفيذ على هذا الحق ضمن عناصر المتجر عند عدم وفاء المدين التاجر مالك المتجر بما عليه من ديون وبالتالى يباع الحق فى الإجارة ضمن بقية عناصر المتجر . كما تقضى المادة (١٨) من ذات القانون على بطلان أى شرط فى عقد الإيجار يترتب عليه إخلال بحق المستأجر فى الرهن طبقاً لهذا القانون .

وطبقاً لحكم المادة (١/٣٥) من المرسوم بقانون ١٩٥٣/٩/٣٠ الذى كان ينظم المحل التجارى فى فرنسا يبطل شرط حرمان المستأجر من التنازل عن الإجارة مع المتجر .

وفى خصوص التنفيذ على حق الإجارة الذى كان محلاً للرهن ضمن عناصر المحل التجارى قضت محكمة الكويت المستعجلة فى القضية رقم ١٩٨٤/١٥٠ بأحقية البنك (الدائن المرتهن) فى بيع المحال التجارية المرهونة بكافة مقوماتها المادية وغير المادية بما فيها حق الإجارة .

وتتلخص وقائع القضية فى أن بنك الكويت الوطنى كان يداين إحدى الشركات التجارية بضمان رهن على عدد من المتاجر المملوكة للشركة المدينة . ونص فى عقد الرهن على أن رهن هذه المتاجر يشكل كافة

---

(١) وقضت محكمة النقض أن الجدك ماهيته جواز إبقاء الإيجار في حالة بيع المتجر أو المصنع بشروط معينة طبقاً لحكم المادة (٢/٥٩٤) مدني طعن رقم ٧٣/٢٥٣٩ ق وطعن رقم ٧٥/١٧٨٠ جلسة ٢٠٠٥/١٢/٢٥.مجلة المحاماة ٢٠٠٧ .

عناصرها المادية والمعنوية والتى تشمل بوجه خاص البضائع والمهمات والعملاء وحق الإجارة . وإزاء تخلف الشركة المدينة عن الوفاء اتخذ البنك الإجراءات القانونية لبيع المحال التجارية مع التنبيه بذلك فى مواجهة مالكى العقارات الكائن بها المتاجر وهى وزارة الأوقاف . وأقام البنك دعوى مستعجلة للحصول على الإذن ببيع المحلات التجارية المرهونة . وقدمت وزارة الأوقاف مذكرة تطلب رفض دعوى البنك بحجة أن عقود إيجار العقار الكائن به المحال التجارية تتضمن عدم التصريح بالتنازل عن الإيجار من الباطن إلا بموافقتها . ورفضت المحكمة هذا الدفاع وقضت بحق البنك فى اتخاذ إجراءات البيع . ورغم صيرورة هذا الحكم نهائياً فوجئ البنك أثناء التنفيذ على حق الإجارة بدعوى مستعجلة أقامتها وزارة الأوقاف بوقف إجراءات التنفيذ على حق إجارة المحلات الكائنة بالعقارات المملوكة للوزارة . وقضت محكمة الأمور المستعجلة برفض الاشكال فى التنفيذ موضوعاً . ولم ترض وزارة الأوقاف هذا القضاء وقامت باستئناف الحكم المستعجل وقررت فى أسباب استئنافها أنها أقامت دعوى بإخلاء المستأجر أمام محكمة الإيجارات لعدم الوفاء بالأجرة وحصلت على حكم بإخلاء عين النزاع . وإزاء ذلك أقام البنك دعوى بالاعتراض على حكم الإخلاء المذكور على أساس اعتراض الخارج عن الخصومة على الحكم الصادر فيها لمساس هذا الحكم بحقوقه وتجاهل وزارة الأوقاف اختصامه رغم علمها بقيامه بإجراءات التنفيذ ببيع المحال التجارية المملوكة للشركة المدينة . وقضت المحكمة الكلية (دائرة إيجارات كلى الحكومة) بوقف تنفيذ الحكم المعترض عليه وإلغائه فيما قضى به من إخلاء العين موضوع النزاع[١] .

والواقع أنه من الناحية العملية لا يتصور أن التصرف فقط فى

---

(١) القضية رقم ١٥٠ لسنة ١٩٨٤حكم غير منشور .

البضائع والمهمات يعتبر تصرفاً وارداً على محل تجارى بمعناه السابق إيضاحه . وتظهر هذه الحالة عندما يكون البائع صاحب المحل التجارى مالكاً للعقار الكائن به المتجر أو المصنع ويريد الاحتفاظ بالعقار لنفسه فيشترط على مشترى المتجر عدم مزاولة التجارة بالعقار ويمتنع تبعاً لذلك عن إعطائه عقد إيجار لإقامة التجارة ، ففى مثل هذه الحالات لا يعتبر البيع وارداً على محل تجارى طالما أن طبيعة هذه التجارة تعتمد على موقع المتجر كما سبق القول . فالحلول محل البائع فى ذات المكان هو الذى يؤكد اتصال العملاء كما أوضحنا قبل ذلك ، بمعنى أنه فى مثل هذه الحالات لا وجود لأهم عناصر المتجر وهو الاتصال بالعملاء الذى يرتبط بالحق بالإيجار ارتباطاً وثيقاً فى مثل هذه الحالات .

كما وأن بيع التاجر متجره الكائن بعقار يملكه لا يشمل الحق فى الإجارة ويحرر المالك عقد إيجار العين الكائن بها المتجر للمشترى . وهذا العقد مستقل عن عقد بيع المتجر بباقى مقوماته ، ولا شك أن عقد إيجار العقار يخضع فى هذا الخصوص لأحكام قانون إيجار الأماكن . وقضت محكمة النقض أنه لما كان « المقصود بالحق فى الإجارة كأحد مقومات المحل التجارى هو حق صاحب المتجر المستأجر فى الانتفاع بالمكان المؤجر الذى يزاول فيه تجارته وفى التنازل عن عقد الإيجار للغير فإن بيع المحل التجارى يتم مجرداً من هذا العنصر إذا كان التاجر يمارس تجارته فى عقار مملوك له . وإذا كان الثابت أن المطعون عليه الثانى كان يملك العقار الواقع به المحل التجارى الذى باعه للمطعون عليه الأول فان هذا البيع لا يتضمن الحق فى الإجارة أصلاً . لا يقدح فى ذلك ما ورد بعقد بيع المتجر من أن البيع ضمن المقومات المادية والمعنوية لأنه يقع على غير محل ويكون ما ورد بالعقد المشار إليه من تحرير عقد إيجار العين المبيعة تأكيداً لاستقلال البيع بمقوماته من الإجارة بشرطها . ولا ينفى أن المكان

المؤجر يخضع لأحكام قانون إيجار الأماكن وهى أحكام آمرة لا يجوز للمتعاقدين مخالفتها . وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقرر أن عقد الإيجار مستقل عن عقد البيع فإنه لا يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون[١] .

على أنه قد يكون التصرف وارداً على محل تجارى دون الحق فى الإجارة إذا لم يكن هذا الحق يمثل أهمية أساسية فى المتجر كما هو الشأن عند بيع مصنع بآلاته وعملائه وبراءة الاختراع المؤسسة عليها صناعة المنتجات . إذ قد يفضل مشترى المصنع نقل الصناعة فى مكان آخر متسع ومجهز بأحدث الآلات أو إقامة المصنع بمكان قريب من المواد الأولية .

رابعاً : حقوق الملكية الصناعية :

١٩٥- حقوق الملكية الصناعية Les Droits de la proprieté industrielle هى حق الشخص على شاراته المميزة **Signes distinctifs** وهى الأسماء التجارية والعلامات التجارية والصناعية، وحقه فى احتكار استغلال ابتكاراته الجديدة **Création nouvelles** وهى الاختراعات والتصميمات والنماذج الصناعية . وينظم أحكام الملكية الصناعية بكافة صورها – فيما عدا الأسماء التجارية – قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الصادر فى ٢يونيو٢٠٠٢ برقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢[٢].

وحقوق الشخص على شاراته المميزة تعطى صاحبها التاجر الحق فى تمييز منشآته ومنجاته عما يشتبه بها من منشآت أو منتجات أخرى منافسة ، وهذه الشارات هى الأسماء التجارية والتسمية المبتكرة والعلامات التجارية والصناعية . وأما حقوق التاجر التى ترد على ابتكارات جديدة فهى تمكن صاحبها من احتكار استغلالها قبل الكافة . وتلك الحقوق ترد أما

---

(١) جلسة ١٩٧٦/٥/٢٦ طعن رقم ٤٧٦ لسنة ٤٢ق ، السنة ٢٧ ص١١٩٩ .

(٢) الجريدة الرسمية العدد (٢٢) مكرراً فى ٢ يونيو ٢٠٠٢ .
فى هذا الخصوص مؤلفنا الملكية الصناعية – طبعة ٢٠٠٩ – دار النهضة العربية.

على ابتكار فى الموضـــوع Création de fond ويقـــصد بهـــا بـــراءة الاختراع أو على ابتكار فى الشكل Création de forme ويقـــصد بهـــا التصميمات والنماذج الصناعية .

وهذه الحقوق قد توجد كلها أو بعضها ضمن عناصـــر المتجـــر أو المصنع . وقد تمثل جانباً رئيسياً فى أوجه النشاط التجارى والصناعى به ، كما إذا كان المصنع قائماً على براءة اختراع أو تصميم أو نموذج صناعى معين ، وقد لا تمثل هذا القدر من الأهمية لأنواع أخرى من النشاط التجارى كما هو الحال فى تجارة الأقمشة والغلال .

وقد أشارت إلى هذه العناصر المعنوية المادة (٢/٣٤) من قـــانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

وسوف نشير بإيجاز[١] إلى المقصود بكل من هذه الحقوق المعنوية التى تعد عنصراً من عناصر المتجر كما سبق القول .

أ- حقوق الملكية الصناعية التى ترد على شارات مميزة

١- الاسم التجارى :

١٩٦- يعتبر الاسم التجارى أحد عناصر المتجر ، وهو من العناصر المعنوية لهذا الأخير [٢]. ويقصد بالاسم التجارى الاسم الذى يتخذه التاجر لمتجره لتمييزه عن المحال التجارية المماثلة . ويـــنظم الاســـم التجـــارى القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بالأسماء التجارية ، والـــذى عـــدلت

---

(١) تعد حقوق الملكية الصناعية موضوعاً لدراسات مستقلة . راجع مؤلفنا « الملكيـــة الصناعية » طبعة ٢٠٠٩ طبقاً لأحكام قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ واتفاقية التربس ، دار النهضة العربية. وأضاف هذا القانون حقوقاً صناعية أخرى هى نماذج المنفعة والتـــصميمات التخطيطيـــة للـــدوائر المتكاملـــة والمعلومات غير المفصح عنها والأصناف النباتية.

(٢) ويعتبر القضاء مستقراً علي أن الاسم التجاري أحد عناصر المتجر المعنوية.طعن رقم ٧٥/١٧٨٠ ق جلـــسة ٢٠٠٥/١٢/٢٥ و طعـــن رقـــم ٥٥/١٤٨٠ ق جلـــسة ١٩٩٠/٣/٢٥ مجلة المحاماة ٢٠٠٧ .

بعض مواده (المادتان ٤، ٥) بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٥٤[١]. كما صدرت اللائحة الخاصة بشهر الأسماء التجارية بقرار وزير التجارة رقم ٢٧٩ لسنة ١٩٥١ . وتعتبر الوظيفة الأولى والأساسية للاسم التجارى هى تمييز المنشأة التجارية عن غيرها من المنشآت المماثلة حتى يسهل التعرف عليها من عملائها الذين يفضلونها وعدم الخلط بينهما وبين غيرها.

ولتحقيق هذه الوظيفة الأساسية يضع التاجر الاسم التجارى على لافتة محله بكتابة واضحة وظاهرة ، كما يكتبه على فروع هذا المحل . كما يضع التاجر هذا الاسم على فواتير المحل وخطاباته وإعلاناته . ويستخدم الاسم التجارى أيضاً للتوقيع بواسطة صاحب المتجر على المستندات والتعهدات الصادرة منه بخصوص المتجر ، وذلك حتى يعلم الغير أن هذه التعهدات تخص المحل التجارى ولا تخص شئون التاجر الخاصة أو محل تجارة آخر يملكه التاجر ذاته باسم تجارى مختلف أو يكون شريكاً فيه .

ويتميز الاسم التجارى بأنه ضرورى لكل منشأة تجارية[٢]، وأن يكون الاسم الشخصى للتاجر أى الاسم المدنى له ، عنصراً من عناصر الاسم التجارى الأساسية[٣].

---

(١) وهذا القانون مأخوذ عن القانون الفرنسى واتفاقية باريس الخاصة بحماية حقوق الملكية الصناعية المنعقدة فى ٢٠ مارس ١٨٨٣ والمعدلة عدة مرات .
فى هذا الخصوص مؤلفنا الملكية الصناعية. طبعة ٢٠٠٥ – دار النهضة العربية.

(٢) لم يكن قبل صدور أحكام قانون ٥٥ لسنة ١٩٥١ إلزام على التاجر الفرد باتخاذ اسم تجارى لتمييز متجره . فكان الأصل أن التاجر له حق فى اتخاذ اسم تجارى دون أن يكون ملزماً بذلك .

(٣) ويراعى أن تسجيل أحد التجار اسماً تجارياً لتتميزه متجره فى أحد مكاتب السجل التجارى وفقاً للمادة الثالثة من قانون الأسماء التجارية وشهره فى جريدة الأسماء التجارية . يترتب عليه حق نسبى من حيث نوع التجارة ومن حيث المكان، لأنه مقيد بدائرة مكتب السجل التجارى ، إلا أنه حق دائم إذا قام صاحبه بتجديد تسجيله وفقاً لأحكام قانون السجل التجارى رقم ٣٤ لسنة ٧٦ (المادة ٩) . ==

وإذا اتخذت المنشآت شكل شركة تضامن أو توصية بسيطة ، فإن عنوانها التجارى يظهر فيه اسم واحد أو أكثر من الشركاء المتضامنين فقط[١]. وتنفرد شركة التوصية بالأسهم بضرورة إضافة عبارة « شركة توصية بالأسهم » إلى عنوانها . ويعد هذا العنوان التجارى اسماً تجارياً للشركة . وإذا اتخذت المنشأة شكل شركة مساهمة فانه يجب أن يكون اسمها التجارى مستنداً من الغرض الأساسى من تكوينها (المادة ٨ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١) . أما إذا اتخذت الشركة شكل «شركة ذات مسئولية محدودة » فإن اسمها التجارى يجوز أن يستمد من اسم شريك أو أكثر من الشركاء أو يستمد من الغرض من تكوينها (المادة

==على أن اتخاذ التاجر اسماً مستمداً من اسمه الشخصى لا يحرم غيره من التجار ممن يحملون ذات الاسم واللقب أن يقوم بتسجيل اسمه هذا باعتباره اسما تجارياً لتمييز متجره هو ولو كان ذلك عن ذات التجارة أى عن تجارة مماثلة أو فى ذات الحى أى فى ذات دائرة مكتب التسجيل ، وذلك لأن الاسم المدنى للشخص حق شخصى له لا يجوز حرمانه من استعماله . وقد تحدث فى مثل هذه الحالات منافسة غير مشروعة ، وقد راعى المشرع ذلك ، فقرر فى المادة الثالثة من قانون الأسماء التجارية تفادياً لمثل هذه الحالات التى قد يحدث فيها خلط أو لبس لجمهور العملاء ، أنه إذا قيد الاسم التجارى واشهر وفقاً لأحكام اللائحة التى تصدر لهذا الغرض لا يجوز استعمال هذا الاسم فى نوع التجارة التى يزاولها صاحبه فى دائرة مكتب السجل الذى حصل فيه القيد ، وإذا كان اسم التاجر الآخر ولقبه يشبهان الاسم التجارى المقيد فى السجل وجب عليه أن يضيف إلى اسمه بياناً يميزه عن الاسم السابق . ويسرى هذا الحكم على الفروع الحديثة للمحل التجارى .

(١) المواد ٢١ ، ٢٤ ، ٢٦ من المجموعة التجارية حيث لم يلغ الفصل الأول من الباب الثانى من هذه المجموعة وهى الأحكام الخاصة بشركات الأشخاص « المادة الأولى من مواد إصدار قانون التجارة » .

٣/٤ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١) [١].

والاسم التجارى باعتباره الاسم المميز للمنشأة التجارية يعتبر عنصراً من العناصر المعنوية للمحل التجارى وله قيمة مالية ويجوز التصرف فيه ، فهو من الأموال المعنوية التى ترد على أشياء غير مادية وبالتالى قابل للتصرف فيه[٢].

على أنه يجب ملاحظة أن الاسم التجارى يرتبط عند التصرف فيه بالمحل التجارى ، فلا يجوز التصرف فيه مستقلاً عن التصرف فى المحل التجارى والمخصص له (المادة ٨ من قانون الأسماء التجارية رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١) . وقصد المشرع من ذلك حماية الجمهور من الاعتقاد أن الاسم الذى انتقل مستقلاً عن متجره إلى الغير يمثل ذات المنشأة الأولى أو أحد فروعها . على أنه يجوز التصرف فى المحل التجارى وحده دون الاسم، إذ يستطيع البائع أو مؤجر استغلال المحل التجارى اشتراط احتفاظه بملكية الاسم التجارى .

ويجوز لمن تنقل إليه ملكية متجر أن يستخدم اسم سلفه التجارى

---

(١) راجع مؤلفنا الشركات التجارية وفقاً لقانون الشركات رقم ١٥٩ السنة ١٩٨١ ، ولائحته التنفيذية . طبعة ١٩٩٣ وطبعة ٢٠١١– دار النهضة العربية .

(٢) ولما كان التاجر يتخذ من إسمه الشخصى ولقبه اسماً تجارياً فإنه يجب عدم الخلط بين حقه على اسمه المدنى ، وهو الاسم الشخصى له والذى يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية كحقه فى الحياة وحقه فى حرية القول والعقيدة والتنقل ... الخ، وهو غير قابل للتعامل فيه وفقاً لقاعدة عدم جواز تصرف الشخص فى لقبه الشخصى : La regle de L`inalienabiluité du non patronymique وبين حق التاجر على الاسم التجارى الذى يعتبر من الحقوق المالية التى ترد على أشياء معنوية وله قيمة مالية ويمكن التصرف فيها .

إذا أذن المتنازل أو من آلت إليه حقوقه فى ذلك ، على أن يضيف إلى هـذا الاسم بياناً على انتقال الملكية (المادة ٣/٨ من قانون الأسماء التجارية) .

هذا ويجب أن يبرز مشترى المتجر اسمه الشخصى تطبيقاً للمـادة الأولى من قانون الأسماء التجارية سالف الذكر ، حيث يجب أن يكون هـذا الاسم أحد عناصر الاسم التجارى للمشرع .

وفى عقد تأجير استغلال المتجر يلزم مستأجر الاستغلال بالمحافظة على الاسم التجارى وعدم إزالته من واجهة المحل . على أنه يمتنع علـى مستأجر الاستغلال التوقيع بهذا الاسم على عقـوده التجاريـة أو أوراقـه التجارية وإنما يوقع باسمه الشخصى باعتباره مـستغل المحـل التجـارى باسمه ولحسابه .

٢- التسمية المبتكرة :

١٩٧- يقصد بالتسمية المبتكرة ، العبارات الجذابة التى يتخذها التاجر لتمييز محله التجارى عن المحال المماثلة ، مثل تسمية «الصالون الاخضر»[١] ، وهى قد تتخذ من اسم شخص أو تسمية جذابة Une denomination de fantaisie . والتسمية المبتكرة بهذا التعريف تختلف عن الاسم التجارى كما سبق القول ، فالتاجر غير ملزم باتخاذ تسمية مبتكره لمحله فى حـين أنه ملزم باتخاذ اسم تجارى بنص القانون . كما وأن التسمية المبتكـرة لا تتخذ من الاسم الشخصى للتاجر ، إلا أنه من جهة أخرى يتحد كل منهما فى الغرض من استخدامه ، فالاسم التجارى والتـسمية المبتكـرة يـستخدمان لتحقيق هدف واحد ، ألا وهو العمل على تمييز المحل التجارى عن غيـره منعاً للخلط أو اللبس مع المحال الأخرى المشابهة .

---

(١) أيضاً مثل : Au bon marche أو Au Chic

ويشترط فى التسمية التجارية ، حتى تتمتع بالحماية القانونية، أن تكون جديدة لم يسبق استعمالها من تاجر آخر فى تجـارة منافـسة ، وأن تكون مبتكرة Nouvel مثل تسمية « النجوم المضيئة » لتمييز أحد محلات بيع الأدوات الكهربائية . أما إذا تمثلت فى مجرد ألفاظ شـائعة الاسـتعمال وجرى العرف عن استعمالها فى بعض أنواع التجارة ، فهى لا تعتبر تسمية مبتكرة ولا تصلح بالتالى عنواناً تجارياً ينفرد بها صاحبها فى الاستعمال ، ومثال ذلك لفظ (جراج) أو (مخزن) أو (قهوة) أو (كازينو) ، كما يشترط ألا تكون التسمية مخالفة للنظام العام وحسن الآداب.

وإذا وجدت التسمية المبتكرة فهى تعتبر عنصرا من عناصر المحل التجارى المعنوية ، وهى من الحقوق المالية التى ترد عليهـا التـصرفات القانونية وتعتبر التسمية المبتكرة من العناصر الهامة لجذب العملاء ، حيث أن شهرة المحل تعتمد بصفة خاصة على التسمية المبتكرة المعروفة لـدى العملاء . وهذا العنصر قد يوجد وقد لا يوجد ، وإذا وجد فهو يتمتـع بالحمايـة القانونية عند الاعتداء عليه وتحميه دعوى المنافسة غير المشروعة .

٣- العلامات التجارية :

١٩٨- يقصد بالعلامة التجارية[١] أو الصناعية كل شـارة أو دلالـة يضعها التاجر على المنتجات التى يقوم ببيعهـا أو صـنعها لتمييـز هـذه المنتجات عن غيرها من السلع المماثلة .

والعلامة التجارية أو الصناعية قد تشير إلى بلد الإنتاج أو مـصدر صناعة السلع أو مصدر بيعها أو أنواعها أو مرتبتها أو ضمانها أو طريقة تحضيرها أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات .

---

(١) مؤلفنا « الملكية الصناعية وفقا لإحكام قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ سنة ٢٠٠٢ ، طبعة ٢٠٠٣ وطبعة ٢٠٠٥ وطبعة ٢٠٠٧ دار النهضة العربية .

وتفيد العلامة التجارية أو الصناعية جمهور المستهلكين فى سهولة التعرف على رغباتهم فى السلع والمنتجات التى يفضلونها ، وكما تخدم المنتج أو الموزع الذى يقوم بإنتاج أو بيع هذه السلع التى تحمل العلامة ، حيث يتمكن من إبراز خصائص منتجاته وما تتصف به من جودة لتمييزها عن غيرها عن مثيلاتها ، فالعلامة التجارية تمثل فى الواقع نوعا معينا من الجودة لجذب العملاء إلى هذه المنتجات أو السلع وتفضيلها على غيرها . ويشعر المستهلكون بنوع من الاطمئنان والثقة للسلع التى تحمل علامة تميزها عن غيرها من مثيلاتها التى لا تحمل أية شارة أو علامة تميزها . كما تمكن العلامة التجارية أو الصناعية صاحبها من مراقبة بيع السلع التى تحملها بالشروط والأسعار المحددة لها ، والتأكد من أنها وضعت على البضائع المخصصة لها حتى لا تختلط بمثيلاتها . وبذلك تعتبر العلامة التجارية أو الصناعية وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة بين المنتجين والتجار شأنها شأن بقية حقوق الملكية الصناعية .

والعلامة قد تكون صناعية Marque de fabrique وهى التى يضعها الصانع لتمييز المنتجات التى يقوم بصنعها عن مثيلاتها من المنتجات الأخرى ، وقد تكون تجارية Marque de Commerce وهى التى يستخدمها التجار فى تمييز المنتجات التى يقومون ببيعها بعد شرائها سواء من تاجر الجملة أو المنتج مباشرة ، بصرف النظر عن مصدر الإنتاج. ولا أهمية للتفرقة بين العلامة الصناعية أو التجارية من حيث الحماية القانونية التى كفلها المشرع فى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الصادر برقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ . وقد استعمل المشرع عبارة «العلامة التجارية» للدلالة على كلا النوعين دون تمييز أو تفرقة .

والعلامة قد تتخذ شكل أو صورة أو الأسماء والإمضاءات التى لها

شـــكل مميـــز Les noms sous une form distinctive أو شـــكل حـــروف[١] أو أرقـــام[٢] أو كلمـــات[٣] أو رمـــوز أو صـــور[٤] أو نقـــوش ورسومات[٥] ، كما قد تكون العلامة من شكل خاص لتغليـــف المنتجـــات أو العلب أو الزجاجات أو بشكل أو لون السلعة[٦].

ويشترط فى العلامة أن تكون مميـــزة أى تتمتـــع بذاتيـــة خاصـــة Speciale et originale تميزها عن العلامات الأخرى المستخدمة لـــسلع مماثلة ، وأن تكون جديدة Nouvelle أى جديدة فى التطبيق على الـــسلع المماثلة وأخيراً أن تكون العلامة مشروعة .

واتخاذ العلامة يعد أمراً اختيارياً ، بحسب المبدأ العام ، حيث قد يـــشترط اتخاذ علامة إجبارية على منتجات معينة كما هو الحال فى صناعة الصابون[٧].

وتعتبر العلامة التجارية مالاً معنوياً مرتبطاً بملكية المحل التجـــارى أو المشروع الاستغلالى الذى تميز بضائعة ومنتجاتـــه ، وكـــان لا يجـــوز التصرف فيها مستقلة عن المحل التجارى الذى تدخل فى تكوينـــه العلامـــة التجارية وفقاً لقانون ١٥٧ لسنة ١٩٣٩ قبل إلغائه حيث كانت تنص علـــى ذلك المادة (١٨) من قانون العلامات التجارية بقولها « لا يجوز نقل ملكية العلامة أو رهنها أو الحجز عليها إلا مع المحـــل التجـــارى أو المـــشروع الاستغلالى الذى تستخدم العلامة فى تمييز منتجاته » وكان يعتبر هذا الحكم

---

(١) مثل علامة T.W.A .
(٢) مثل علامة ٥٥٥ أو ٣٣٣ .
(٣) مثل عبارة Mariage Rs Emblement .
(٤) Vignettes .
(٥) Empreints .
(٦) Forme et couleur .
(٧) الزم المشرع المصرى بالمرسوم بقانون ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥١ وضـــع علامـــة تجارية مميزة لصناعة الصابون لتنظيم المنافسة بين المنتجين .

من النظام العام لا يجوز مخالفته وكل تصرف فى العلامة مستقلة عن المتجر يعد تصرفاً باطلاً بطلاناً مطلقاً . وكان القصد والحكمة من حظر بيع العلامة التجارية أو رهنها أو الحجز عليها مستقلة عن المحل التجارى ، التى تميز منتجاته وبضائعه ، هو القضاء على اللبس أو الخلط الذى يقع فيه جمهور المستهلكين فى تحديد مصدر إنتاج هذه البضائع أو مصدر توزيعها ، إذ يظل العملاء معتقدين ان البضائع التى تحمل ذات العلامة لا تزال تابعة للمشروع الاستغلالى الذى تصرف فيه[١] .

وعدل عن ذلك قانون حماية حقوق الملكية الصادر فى ٢ يونيو سنة ٢٠٠٢ برقم ٨٢[٢] وأجاز بيع العلامة التجارية أو رهنها أو الحجز عليها مستقلة عن المحل التجارى . وفى ذلك تنص المادة (٨٧) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية سالف الذكر على أنه «يجوز نقل ملكية العلامة أو تقرير أى حق عينى عليها أو الحجز عليها استقلالا عن المحل التجارى أو مشروع الاستغلال وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون» .

ووفقاً للمادة (٨٨) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية سالف الذكر يشمل انتقال ملكية المحل التجارى أو مشروع الاستغلال العلامات

---

(١) وقد أفصحت عن ذلك المذكرة الإيضاحية لقانون العلامات الملغى حيث ذكرت أنه «منعاً لتضليل الجمهور بالنسبة لمصدر البضاعة كما هو الحال فى سويسرا وبلجيكا رأينا ألا نجيز نقل ملكية العلامة إلا مع المحل التجارى أو مشروع الاستغلال باعتبارها من توابعه» . وهناك اتجاه فى الفقه يخالف ذلك ويرى بيع العلامة مستقلة عن المتجر ». فى هذا الخصوص Martin Achard رسالة دكتوراه بجنيف عام ١٩٤٦ بعنوان . La cesstion libre de marque

(٢) الجريدة الرسمية العدد (٢٢) مكررا فى ٢ يونيه ٢٠٠٢ .

المسجلة باسم صاحب الملكية التى يمكن اعتبارها ذات ارتباط وثيق بالمحل أو المشروع ما لم يتفق على غير ذلك . ومقتضى ذلك أن التصرف فى المحل التجارى بالبيع أو الرهن أو تأجير استغلاله يتضمن فى ذات الوقت التصرف فى العلامات التجارية التى تميز منتجاته . ويطبق هذا الحكم سواء نص صراحة فى عقد بيع أو رهن أو تأجير استغلال المحل التجارى ، على أن التصرف يشمل العلامات التجارية أم سكت الأطراف عن ذلك . فلا تخرج العلامة التجارية التى تميز منتجات المحل من عناصره إلا إذا نص صراحة فى العقد على أنه لا يشمل العلامات التجارية .

ويجوز لصاحب المحل التجارى أن يتفق صراحة فى عقد بيع المحل أو رهنه أو تأجير استغلاله أن يحتفظ بملكية العلامة التى تميز منتجات المحل الذى تم بيعه أو تأجير استغلاله . وفى هذه الحالة للبائع الحق فى الاستمرار فى استغلال العلامة واستعمالها عن طريق إنتاج أو بيع ذات المنتجات وتمييزها بهذه العلامات (المادة ٢/٨٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية)[١] . ولا ضرر فى هذه الحالة من احتفاظ بائع المحل التجارى أو راهنه أو مؤجر استغلاله بعلاماته التجارية إذ لن يؤدى هذا إلى خلط أو لبس فى مصدر الإنتاج لأنه سيظل وحده صاحب الحق فى استعمال هذه العلامات دون غيره[٢] .

هذا ويجوز تقرير حق انتفاع العلامة التجارية حيث نظم المشرع

---

(١) وهى تنص على أنه « وإذا لم يشمل نقل ملكية المحل التجارى أو مشروع الاستغلال العلامة التجارية كان لمالك العلامة استخدامها على ذات نوعية المنتجات أو الفئة أو الفئات المسجلة عنها ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

(٢) وقد يكون غرض بائع المتجر أو راهنه أو مؤجر استغلاله من احتفاظه بالعلامة التجارية هو حبسها عن التداول .

أحكام عد الترخيص باستعمال العلامة أول مرة فى المواد من (٩٥ إلـــى ٩٩) من قانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ سالف الذكر[١].

وفى ظل قانون العلامات الملغى أجاز المشرع لمالك العلامة الحـــق فى تقرير حق انتفاع كلى أو جزئى للغير باستعمال العلامة منفـــصلة عـــن المحل التجارى الذى تميز منتجاته أو بضائعة ، وذلك استجابة للاعتبـــارات العملية واحتياجات التجارة والتصنيع خاصة بالنسبة للعلامات التجارية الأجنبيـــة ذات الشهرة العالمية ، حيث كانت تنص المادة (٢٠) مـــن قـــانون ٥٧ لـــسنة ١٩٣٩ فى شأن العلامات التجارية بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٩ لسنة ٥٩ بأنـــه « لا يكون نقل ملكية العلامة أو تقرير حق الانتفاع عليها أو رهنها حجة علـــى الغير إلا بعد التأشير بذلك فى السجل بالكيفية التى تقررها اللائحة التنفيذية» .

ونصت المادة (٢/٣٤) من قانون التجارة على جواز اعتبار العلامة التجارية ضمن عناصر المحل التجارى المعنوية .

ب- حقوق الملكية الصناعية التى ترد على ابتكارات جديدة

١- براءة الاختراع[٢] :

١٩٩- يقصد ببراءة الاختراع الشهادة التى تمنحها الدولة لـــصاحب الاختراع والتى تمنحه الحق فى احتكار استغلاله بـــشروط معينـــة ولمـــدة محددة . وتندمج البراءة فى الحق ذاته ويصبح وجوده مرتبطا بوجودهـــا . فصاحب البراءة هو صاحب الحق فى الاختراع ، ويشير المشرع فى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ إلى البراءة للتعبير عن

---

(١) مؤلفنا الملكية الصناعية طبعة ٢٠٠٥ ص٤٤٩ وما بعدها.

(٢) انظر بحثنا فى « النظام القانونى للاختراعات فـــى ج . م . ع » منـــشور بمجلـــة القانون والاقتصاد التى تصدرها أساتذة كلية الحقوق – جامعة القـــاهرة – العـــدد الأول من السنة التاسعة والثلاثين .
أيضاً مؤلفنا «الملكية الصناعية» طبعة ٢٠٠٥ وطبعة ٢٠٠٩ سالف الإشارة .

حق المخترع[1].

ويقصد بالاختراع كل ابتكار جديد قابل للاستغلال الصناعى سواء تعلق بمنتجات صناعية جديدة أم بطريق معروفة ، هذا ولا تعطى البراءة عن الاختراعات التى ينشأ عن استغلالها إخلال بالآداب أو النظام العام ، بمعنى أنه يشترط أن يكون الابتكار مشروعا . والأمثلة على الاختراعات متعددة مثل اختراع محرك سيارة أو موتور ثلاجة أو طريقة لتقليل استهلاك الطاقة .

ويترتب على صدور براءة الاختراع من الجهة الإدارية المختصة أن يصبح لمالكها الحق فى احتكار استغلالها مدة معينة[2]، كما يصبح له الحق فى التصرف فيها بكافة أنواع التصرفات .

ويقصد باستغلال الاختراع الإفادة منه مالياً بالطرق والوسائل التى يراها صاحب البراءة صالحة لذلك . كاستعمال الشئ موضوع الابتكار أو صنعه أو طرحه للبيع أو منح ترخيص باستغلاله للغير أو أى طريق آخر من طرق الاستغلال الممكنة والمشروعة .

وتنتقل ملكية البراءة كغيرها من الأموال المعنوية بكافة أسباب نقل الملكية ، فهى تنتقل بالميراث والعقد . كما يجوز التصرف فى البراءة بالبيع أو الهبة أو منح ترخيص باستغلالها . هذا ويجوز التنازل عن البراءة مستقلة عن المتجر الذى كانت أحد عناصره .

---

(١) د. محسن شفيق ، المطول فى القانون التجارى رقم ٤٢٧ ص٥٧٨ .

(٢) المدة القانونية فى التشريع المصرى هى عشرون سنة تبدأ من تاريخ تقديم طلب الحصول على البراءة المادة (٩) .
فى شأن موقف منظمة التجارة العالمية من براءة الأغذية والعقاقير الطبية والمركبات الصيدلية واجازة قانون حماية الملكية الفكرية منح براءة بشأنها ، مؤلفنا « الملكية الصناعية طبعة ٢٠٠٥ وطبعة ٢٠٠٧ سالف الذكر .

وأشارت المادة (٢/٣٤) من قانون التجارة على جواز اعتبار براءة الاختراع ضمن عناصر المحل التجارى المعنوية .

وكنا نرى قبل صدور قانون التجارة فى ١٧ مايو لسنة ١٩٩٩ انه يمكن بالقياس على حقوق الملكية الصناعية إضافة السر الصناعى Les secrets de fabrication والمعرفة الفنية Le savoir faire (Know- How) وترخيص الاستغلال كعناصر فى المحال التجارى . وقد نص على ذلك صراحة قانون التجارة فى المادة (٢/٣٤) حيث تنص على أنه «يجوز أن يتضمن المتجر عناصر معنوية أخرى كالاسم التجارى ..... وترخيص الاستغلال والصناعة» .

٢- التصميمات والنماذج الصناعية :

٢٠٠- يقصد بالتصميم والنموذج الصناعى كل ترتيب للخطوط وكل شكل مجسم ، بألوان أو بغير ألوان ، إذا اتخذ مظهرا مميزا يتسم بالجدة وكان قابلا للاستخدام الصناعى (م ١١٩ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية) .

ويشترط فى التصميم أو النموذج الصناعى أن يكون جديداً أى يتمتع بطابع خاص يميزه عن غيره من التصميمات والنماذج الصناعية المشابهة . كما يشترط أن يستخدم التصميم أو النموذج الصناعى فى المجال الصناعى ، أى يخصص لتمييز منتجات صناعية . والأمثلة على التصميمات والنماذج الصناعية متعددة ، كما هو الشأن فى ابتكار شكل المنتجات أو المظهر الخارجى لها فقط ، مثل اختراع نموذج خارجى لسيارة أو ثلاجة . ويعتبر أيضاً من قبيل التصميم والنموذج الصناعى صب التماثيل أو صنع قالب معين لتشكيل المواد الأولية أو السبائك الذهبية أو المجوهرات أو صنع قوالب الأختام .

ويحق لمالك التصميم أو النموذج الصناعى التصرف فيه بالبيع أو تقرير حق انتفاع عليه كما يجوز رهنه (م١٢٨) . وإذا كان التصميم أو النموذج ضمن عناصر المحل التجارى وبيع هذا الأخير فإن التصرف يشمل أيضاً التصميم أو النموذج ما لم يتفق على خلاف ذلك . وقد نصت على إمكانية اعتبار التصميم أو النموذج عنصراً من عناصر المحل التجارى المعنوية المادة (٢/٣٤) حيث تنص على أنه «يجوز أن يتضمن المتجر عناصر معنوية أخرى كالاسم التجارى ... والرسوم والنماذج الصناعية » .

خامساً : حقوق الملكية الأدبية والفنية[1] :

٢٠١- يقصد بحقوق الملكية الأدبية والفنية حقوق المؤلفين على مصنفاتهم المبتكرة فى العلوم والآداب والفنون . هذه الحقوق ، تعتبر عملاً تجارياً بالنسبة لمن يتوسط فى بيعها كما هو الحال بالنسبة لدور النشر بأنواعها المختلفة كنشر كتب أو اسطوانات .

وتعتبر حقوق الملكية الفنية والأدبية عنصراً من عناصر المتجر المعنوية ، تنتقل معه عند التصرف فيه ما لم يتفق على غير ذلك .

وأشارت إلى جواز اعتبار هذه الحقوق من عناصر المحل التجارى المعنوية المادة (٢/٣٤) من قانون التجارة بقولها « يجوز أن يتضمن المتجر عناصر معنوية اخرى كالاسم ... وحقوق الملكية الأدبية والفنية ...» .

---

(١) ينظم حماية حقوق الملكية الأدبية والفنية الكتاب الثالث من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الصادر برقم ٨٢ سنة ٢٠٠٢ فى ٢ يونيو سنة ٢٠٠٢ المواد من ١٣٨ إلى ١٨٨ ، الجريدة الرسمية العدد (٢٢) مكرراً فى ٢ يونيه ٢٠٠٢

سادساً : ترخيص الاستغلال والصناعة وحق المعرفة

أ- ترخيص الاستغلال والصناعة

٢٠٢- أشارت المادة (٢/٣٤) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ لترخيص الاستغلال وترخيص الصناعة كأحد صور العناصر المعنوية التى قد يتضمنها المحل التجارى.

ويقصد بالترخيص للاستغلال والصناعة حق صاحب البراءة أو التصميم أو النموذج الصناعى او العلامة التجارية ، فى منح الغير حق استغلال براءة الاختراع المملوكة له أو التى له عليها حق يجيز له ذلك بمقتضى عقد ترخيص اختيارى لاستغلال البراءة وتصنيع المنتجات بواسطة الابتكار محل براءة الاختراع. وكذلك الشأن بالنسبة للعلامة التجارية أو التصميم والنموذج.

وقد يكون عقد الترخيص للغير مع شرط القصر وقد يكون بسيطا يجوز فيه لصاحب البراءة أو العلامة التجارية أو التصميم أو النموذج الصناعى أن يمنح لغير المرخص له حق ترخيص آخر بالاستغلال .

كما أن الترخيص قد يكون مقيداً إما من حيث المدة أو بمنطقة محددة أو طريقة معينة فى الصناعة أو مجرد البيع فقط[١]. كما قد يكون عاما شاملاً . وتطبيقاً لذلك قد يكون صاحب المحل التجارى حاصلا على ترخيص باستغلال براءة اختراع أو علامة تجارية ، ففى هذه الحالة يعد الترخيص بالاستغلال أحد عناصر المحل التجارى المعنوية .

ب- حق المعرفة :

٢٠٣- يقصد بالمعرفة فى هذا المجال المعرفة الفنية المتمثلة فى

---

(١) راجع مؤلفنا «الملكية الصناعية» طبعة ٢٠٠٩ سالف الذكر .

وسيلة أو طريقة صناعية ذات طبيعة سرية . كما تتضمن المعرفة الفنيـــة مجموعة معلومات وتجارب فنية تكون حيازتها متمثلة لتوفير جوهرى فى الوقت أو الطريقة . وأحيانا تمثل المعرفة الفنية تكملة ضرورية لاســتغلال براءة ترخيص صناعى .

وقد أشارت المادة (٢/٣٤) تجارى المشار إليها إلـــى أن المعرفـــة تمثل أحد صور العناصر المعنوية للمحل التجارى .

سابعاً : الرخص والإجازات :

٢٠٤- يقصد بالرخص والإجازات[١] التصاريح التى تمنحها السلطات الإدارية المختصة لإمكان مزاولة نشاط تجارة معين كرخصة افتتاح مقهـــى أو سينما أو رخصة لبيع المشروبات الروحية .

ولا تعتبر الرخص والإجازات من عناصر المتجر المكونة لمقوماته إلا إذا اشترط لمنحها ضرورة توافر شروط موضوعية غير متعلقة بشخص من منحت لـــه . وفى هذه الحالة يكون للرخص قيمة مالية وتعتبر عنصراً من عناصر المحل التجارى يجوز التنازل عنها بمعنى أن يشملها مـــا يـــرد على المحل التجارى من تصرفات .[٢]

---

(١) قد تعطى الرخص لصفات شخصية يجب توافرها فيمن يحصل عليها كما إذا اشترط القانون شهادة أو مؤهلا علميا حتى يمكن مزاولة هذا النوع من التجارة كالرخص التـــى تعطـــى للصيدلى لمباشرة مهنته فلا يجوز التنازل عنها للمشترى فى حالة بيع الصيدلية.

(٢) ووفقاً للقانون الفرنسى تنتقل الرخص اللازمة لاستغلال المتجر حتى ولـــو ســـكت الأطراف عن ذلك طالما أنها ليست مرتبطة بشخص البـــائع « هامـــل » المرجـــع السابق رقم ١٠٢١ ص١٠٧ .

وحكم فى فرنسا بانتقال رخص استمرار الاتجار فى المشروبات المقرر بقـــانون ٩ نوفمبر ١٩١٥ باعتبارها من عناصر المتجر ولا علاقة لهـــا بـــشخص صـــاحبه أو مستغلة تطبيقاً لذلك : محكمة ليموج ، جلـــسة ١٩٩٣/٥/٢٤ – المجلـــة الفـــصلية ١٩٩٤ – ٣٨ . ريبير رقم ٥٤٥ .

وقضت محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة[١] أن الترخيص الخاص ببيع الخمور لمحال بيع مشروبات روحية أو مخمرة – طبقاً للقانون رقم ٢٧١ لسنة ١٩٥٦ بشأن المحال العامة – هو ترخيص شخصى يلغى إذا توفى المرخص له أو تغير وأن الجهة الإدارية تترخص فى منحه للمشترى الجديد بسلطتها التقديرية بمراعاة الأسس والضوابط التى نص عليها القانون .

المبحث الثالث

المركز القانونى للحقوق والديون بالمحل التجارى

المبدأ : عدم اعتبار الحقوق والديون عنصراً من عناصر المتجر إلا باتفاق خاص :

٢٠٥- أن انتقال حقوق التاجر وديونه المتعلقة بالاستغلال التجارى إلى المشترى تتوقف على ما إذا كانت هذه الحقوق عنصراً من عناصر المتجر من عدمه . وقد اختلفت الآراء والتشريعات حول اعتبار هذه الحقوق والديون من عناصر المتجر ، والرأى الراجح فى الفقه المصرى[٢] هو خروج هذه الحقوق والالتزامات كقاعدة عامة من العناصر المعنوية للمتجر ، إذ أن المتجر وإن كان يشمل مجموعة من العناصر ، إلا أنه ليس ذمة مالية مستقلة عن ذمة مالكة . ومن ثم تشغل هذه الحقوق والالتزامات

---

(١) جلسة ١٩٧٠/٦/٩ – طعن رقم ٥٣٢ لسنة ٢٣ق – منشور بمجموعة المبادئ القانونية لمحكمة القضاء الإدارى السنة ٢٤ للدوائر العادية من أكتوبر ١٩٦٩ إلى سبتمبر ١٩٧٠ قاعدة رقم ١٣١ ص٢٤٧ .

(٢) ريبير رقم ٤٥٤

د. على يونس ص٢٧ رقم ١٨ ، د. مصطفى طه ، الوجيز رقم ٦٠٢ ، د. على البارودى ، التجارى اللبنانى طبعة ١٩٧١ رقن ٣١٤٣ .

باريس جلسة ١٩٩١/٦/٩ – المجلة الفصلية ١٩٩١ – ٥٦٦ ، وجلسة ١٩٩٤/٦/٣٠ – المجلة الفصلية ١٩٩٤ – ٦٩٦ .

ذمة التاجر البائع ولا تنتقل إلا باتفاق خاص بين الطرفين ، ويشترط اتباع الإجراءات الخاصة بحوالة الدين المدنى . فالحقوق التى للتاجر من عملائه لا تنتقل إلى المشترى بمجرد عقد بيع المتجر وكذلك التزاماته فإنه يظل مسئولاً عنها ويجوز اقتضاؤها من أمواله الخاصة .

وأخذ بهذا الرأى قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث تنص المادة (٣٩) على أنه «لا يحل من آلت إليه ملكية المتجر محل المتصرف فى الحقوق والتعهدات الناشئة عن العقود المتصلة بالمتجر إلا إذا اتفق على غير ذلك» .

ويتفق ذلك مع ما يأخذ به كل من التشريع الفرنسى[١] والسويسرى، حيث لا تعتبر الحقوق والديون الناشئة عن الاستغلال التجارى عنصراً من عناصر المحل التجارى إلا إذا اتفق على خلاف ذلك فى العقد . وعلى عكس ذلك التشريعين الألمانى والإيطالى[٢]، حيث يعتبر كل منهما الحقوق والديون المتعلقة بنشاط التاجر جزءاً من المحل التجارى وتنتقل معه ويجوز للمتعاقدين الاتفاق على غير ذلك .

على أنه إذا كانت القاعدة هى عدم اعتبار هذه الحقوق ضمن عناصر المتجر ، فإن المشرع قد يضع نصاً آمراً يقضى باعتبارها ضمن عناصر المتجر تنتقل معه عند التصرف فيه وتلزم كلا الطرفين . ومن الأمثلة على ذلك انتقال عقود استخدام عمال المتجر وعقود التأمين المرتبطة به ، كما قد يتفق على انتقال الحقوق كما سبق القول ، وسوف نشير إلى هذه الحالات

---

(١) روبيير رقم ٦١٤ وريبير رقم ٥٤٥ وهامل رقم ١٠٢٠ .

(٢) ويأخذ بذلك التشريع اللبنانى (المادة ٦ من المرسوم ١١ تموز ١٩٦٩) ، د/ على البارودى – السابق ص٤٣٤ .

انتقال عقود استخدام عمال المتجر :

٢٠٦- فى ظل أحكام القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ الخاص بقانون العمل الموحد ونقابات العمال كانت المادة (٨٥) تقضى بأن تنتقل عقود استخدام عمال المتجر فى حالة بيعه فى مواجهة الخلف الخاص ومسئوليته بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن تنفيذ جميع الالتزامات . ذلك أن مشترى المتجر يعد خلفاً خاصاً للبائع ، فالخلف الخاص هو كل من يتلقى من سلفه ملكية شئ معين بالذات أو حقاً عينيا على هذا الشئ[١]. ودون هذا النص الآمر لم يكن من الممكن انتقال هذه العقود ذلك أن عقود الاستخدام مؤسسة على الاعتبار الشخصى فى غالب الأحوال[٢]، ولا تعد هذه العقود من مستلزمات المنشأة[٣] .

ولم يكن نص المادة (٨٥) المشار إليها يتضمن انتقال عقود الاستخدام فى حالة تأجير الاستغلال بالجدك ، وبناء على ذلك فإن مستأجر الاستغلال لم يكن ملزما باحترام عقود العمل التى أبرمها مؤجر الاستغلال مع مستخدميه ما لم يتفق على خلاف ذلك . وقد نادينا فى هذا

---

(١) السنهورى جـ١ رقم ٣٥٠ .

(٢) د. محمود جمال الدين زكى ، عقد العمل الكويتى ، طبعة ١٩٧٢ رقم ١٧٨ ص٢٧٣ .

(٣) ووفقا للقانون الفرنسى المادة (٨/٢٣) من الكتاب الأول لقانون العمل الصادر فى ١٩ يوليو ١٩٢٨ التى أصبحت المادة ٧/٧٤ منذ قانون ٦٨٠/٧٣ الصادر فى ١٤ يوليو ١٩٧٣ والمادة (١٢/١٢٢) من التقنين الجديد تنتقل عقود الاستخدام إلى مستأجر الاستغلال نظرا لعموم النص ، وليس على التصرفات الناقلة للملكية أو الناقلة لحق عينى فقط ، حيث يقضى النص المشار إليه بأنه « إذا حصل تغيير فى المركز القانونى لرب العمل ، وعلى الأخص بمقتضى الميراث أو البيع أو اندماج المنشأة فى غيرها فإن جميع عقود العمل السارية وقتذاك تبقى مستمرة بين صاحب العمل الجديد وعمال المنشأة . فى هذا الخصوص مؤلفنا« التأجير بالجدك » طبعة ١٩٩١ رقم ١٠٤ .

الخصوص[١] بالنص صراحة على استمرار عقود الاستخدام فى حالة تأجير استغلال المتجر أسوة بحالة نقل ملكيته أو نقل حق عينى ، وذلك حماية للعمال وهى ذات الحماية التى قصدها تشريع العمل من نص المادة (٨٥) المشار إليها خاصة وهى تتعلق بالنظام العام .[٢]

وجاء القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون العمل مستجيبا لهذا النداء وتضمن نص المادة التاسعة فقرة أولى من الفصل الثانى للباب الأول عبارة (أو الإيجار) حيث نصت على أنه « لا يمنع من الوفاء بجميع الالتزامات المنصوص عليها فى هذا القانون حل المنشأة أو تصفيتها أو إغلاقها أو إفلاسها أو إدماجها فى غيرها أو انتقالها بالإرث أو الوصية أو الهبة أو البيع ولو كان بالمزاد العلنى أو النزول أو الإيجار أو غير ذلك من التصرفات » .

ثم صدر قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ [٣] والذى الغى قانون ١٣٧ لسنة ١٩٨١ [٤] ، وأكد هذا الحكم بالمادة (٩) حيث تنص على أنه «ولا يترتب على إدماج المنشأة مع غيرها أو انتقالها بالإرث أو الوصية أو الهبة أو البيع – ولو كان بالمزاد العلنى – أو النزول أو الإيجار أو غير ذلك من التصرفات ، إنهاء عقود استخدام عمال المنشأة ويكون الخلف مسئولا بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن هذه العقود» .

---

(١) راجع بحثنا بعنوان « تأجير استغلال المحل التجارى » مجلة القانون والاقتصاد ، العددان الثالث والرابع من السنة السادسة والأربعون ١٩٧٦ ص٧١ .

(٢) تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المصرى تعليقا على المادة ٩٦٦ منه (جـ٣ ص٥٤٨) إلى أنه ترتب على التقدم الاقتصادى الذى تم فى العصر الحديث ، وانتشار الصناعة وتركيزها أن أصبحت صلة العامل بالمصنع أو المنشأة اقوى منها برب العمل المتعاقد معه وكاد العقد أن يفقد صفته الشخصية فى الواقع ، وصار من الواجب بناء على ذلك ، أن تغيير شخصية المالك لا يؤثر على مركز العامل .

(٣) الجريدة الرسمية بالعدد ١٤ مكررا – ٧ إبريل ٢٠٠٣ .

(٤) المادة السابعة من مواد إصدار قانون العمل .

انتقال عقود التأمين والالتزامات المتعلقة بالضرائب :

٢٠٧- تنتقل الالتزامات المتعلقة بالتأمين على المتجر ضد السرقة أو الحريق إلى ذمة المشترى الجديد تطبيقاً للمادة ١٤٦ مدنى ، أما فى حالة عقود التأمين التى يبرمها مؤجر استغلال المحل التجارى والمتعلقة به فلا تنتقل إلى مستأجره لأنه ليس خلفا خاصا تطبيقا للمادة (١٤٦) مدنى والتى تطبق فقط فى حالة بيع المتجر حتى ولو كان المستأجر يعلم بهذه التأمينات وقت عقد الإجارة ما لم يتفق على خلاف ذلك[١].

كذلك حالة التزام البائع بالتضامن مع مشترى المتجر عن الضرائب المستحقة حتى تاريخ البيع (المادة ٣/٨٠ من قانون الضريبة على الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥) [٢].

انتقال الحقوق والالتزامات عند الاتفاق :

٢٠٨- قد يتفق فى عقد بيع المتجر على انتقال بعض العقود التى أبرمها بائع المتجر مع من يقوم بالتوريد كملتزم توريد المياه والغاز والكهرباء أو عقود التاجر مع المؤلفين كما فى حالة بيع دور النشر . وفى هذه الحالة يتم الاتفاق بين البائع للمتجر والمشترى على أنه يمكن لكل هؤلاء المطالبة بفسخ هذه العقود إذا لم يرغبوا فى الاستمرار مع مشترى المتجر ويجب إخطار أصحاب الشأن بهذه التنازلات .

وقد أشارت إلى ذلك صراحة المادة (٣٩) من قانون التجارة حيث

---

(١) ورغم ذلك الاتفاق يظل المؤجر مسئولا شخصيا فى مواجهة الغير عن الالتزامات التى عقدها إذا لم يقم المستأجر بالوفاء بها .

(٢) تنص المادة (٣/٨٠) من قانون الضريبة على الدخل رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ على أنه : «ويكون المتنازل والمتنازل إليه مسئولين بالتضامن عما يستحق من ضرائب على أرباح المنشأة المتنازل عنها حتى تاريخ التنازل، وكذلك عما يستحق من ضرائب على الأرباح الرأسمالية التى تتحقق نتيجة هذا التنازل».
الجريدة الرسمية – العدد ٢٣ (تابع) فى ٩ يونيه سنة ٢٠٠٥.

جاء بعجز هذه المادة عبارة « ... إلا إذا اتفق على غير ذلك » .

ولما كان التنازل عن الديون لا يتم وفقا للقانون إلا برضاء الدائن ، فإن بائع المتجر يظل مسئولا عما ينتج عن هذه العقود مع المشترى فى مواجهة الدائنين ما لم يوافقوا على هذا التنازل ولكن يظل البائع وحده مسئولا عن الديون السابقة على عقد بيع المتجر .

وطبقا للمادة (٤٠) من قانون التجارة تبقى ذمة المتصرف مشغولة بالديون المتصلة بالمتجر والتى يكون تاريخ إنشائها سابقا على شهر التصرف إلا إذا أبرأه الدائنون منها .

مدى اعتبار الدفاتر التجارية عنصرا من عناصر المحل التجارى :

٢٠٩- لا تعتبر الدفاتر التجارية ضمن عناصر المتجر ، وبالتالى لا يشملها التنازل مع بقية العناصر الأخرى . والسبب فى ذلك أن هذه الدفاتر ملك لبائع المتجر ، وهو ملزم بالاحتفاظ بها مدة معينة حددها القانون هى خمس سنوات (المادة (١/٢٦) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩)، والتاجر مطالب بها قانونا عند المنازعات التى تتعلق بأعماله التجارية حتى بعد التصرف فى المحل التجارى ، إذا ما تعلقت المنازعات بأعمال سابقة على هذا التصرف طالما كانت فى خلال المدة القانونية الملزم باحتفاظ الدفاتر خلالها[١] .

على أنه لما كانت هذه الدفاتر تحتوى على أمور تتعلق بتجارة التاجر ومدى نجاحها ، فإنه يجب على بائع المتجر أن يضعها تحت تصرف المشترى إذا ما لزمه الأمر على ألا يكون ذلك بصفة دائمة .

ويجب فى هذا الخصوص وضع نص خاص ينظم التزام مؤجر المتجر بتسليم الدفاتر التجارية للمشترى للاطلاع عليها مع التزام هذا

---

(١) ويلزم التاجر وفقا للتشريع الفرنسى (المادة ٢/١٦ من المجموعة التجارية) بالاحتفاظ بالدفاتر التجارية عشر سنوات .

الأخير بإعادتها خلال مدة معينة لأنها تعد فى الواقع دليلا أمام صاحبها أمام القضاء أو مصلحة الضرائب .

ويجوز لبائع المحل التجارى تسليم الدفاتر المحاسبية المتعلقة بالمتجر[١] Les livres de comptabilité du fonds وكذلك الفواتير Les Factures التى تتعلق بصفقات لم يتم تسليمها أو يتم تسليمها على دفعات متتالية بعد العقد .

مدى اعتبار اتفاقات التاجر المتعلقة بتنظيم المنافسة مع المتجر عنصرا من عناصره :

٢١٠- يثار التساؤل حول انتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن الاتفاقات التى أبرمها بائع المحل التجارى تنظيما للمنافسة مع الغير ، فيما يتعلق باستغلال المتجر إلى المشترى باعتبارها عنصرا من عناصر المحل التجارى . والواقع أن مثل هذه الحقوق والالتزامات تعتبر مكملة للمتجر إذا كسبها صاحبه ليدرء خطر المنافسة عن متجره ، ومن ثم تنتقل مع المتجر إلى المشترى . وأساس ذلك المادة (١٤٦) مدنى والتى تقضى بأنه « إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشئ إذا كان من مستلزماته وكان الخلف يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه» . هذا فضلا على أن هذه الحقوق والالتزامات تتعلق بأهم عنصر من عناصر المحل التجارى ألا وهو عنصر الاتصال بالعملاء .

ويعتبر القضاء الفرنسى[٢] مستقرا على انتقال الحقوق والالتزامات

---

(١) كما قرر هذا الالتزام بالنسبة لجميع الأوراق والمستندات المحاسبية ، المادة (٦/٩) من قانون ٣٠ إبريل ١٩٨٣ والمكمل بالمرسوم الصادر فى ١٩٨٣/١١/٢٩ والذى استبدل المواد من ٧- ١٧ من المجموعة التجارية الفرنسية ، ريبير رقم ٤٣٩ .

(١) محكمة روين ، جلسة ١٩٢٧/١٢/٢٧ - دالوز - ١٩٢٧- ١٧١ .

الناشئة عن الاتفاقات التى أبرمها صاحب المتجر تنظيما للمنافسة ، فمثل هذه القيود يلتزم بها ليس فقط مالك المحل التجارى وقت التعاقد عليها وإنما أيضا لمن يكتسب ملكية هذا المحل بعد ذلك . ويتفق هذا الرأى مع نص المادة ١١٢٢ من القانون المدنى الفرنسى حيث المتعاقد (صاحب المتجر) تعاقد لنفسه ولمن يليه فى الحق A ses ayant cause . ويشترط لصحة هذا الشرط أن تكون قيود عدم المنافسة محددة من حيث الزمان[١] .

ولم يرد بقانون التجارة نص مباشر فى شأن اعتبار اتفاقات التاجر المتعلقة بتنظيم المنافسة عنصرا من عناصره ، وإن كانت المادة (٣٤) جاءت بأمثلة يجوز الإضافة إليها . وكما سبق القول نرى أنها عنصرا من عناصر المتجر تنتقل معه حتى ولو لم يشر إليها صراحة فى عقد بيع المتجر او تأجير استغلاله باعتبارها من مستلزمات استغلال المتجر .

وقد نص قانون التجارة فى المادة (١/٤٢) على عدم جواز بائع المتجر أو مؤجر استغلاله منافسة المشترى أو مستأجر الاستغلال حيث تنص المادة المشار إليها على أنه « ١- لا يجوز لمن تصرف فى المتجر بنقل ملكيته إلى الغير أو بتأجير استغلاله أن يزاول نشاطا مماثلا لنشاط المتجر بكيفية يترتب عليها ضرر لمن آلت إليه الملكية أو الاستغلال إلا إذا اتفق على خلاف ذلك » . وأضافت الفقرة الثانية من ذات المادة أنه « ٢- يسرى هذا الحظر لمدة عشر سنوات من تاريخ شهر التصرف ما لم يتفق على مدة اقل » .

وما أشارت إليه المادة (٤٢) فى شأن التزام بائع المتجر أو مؤجر استغلاله بعدم منافسة المشترى أو مستأجر الاستغلال أمر يرتبط باستغلال المتجر أكثر ما يرتبط بشخص الملتزم . بمعنى أن بيع المتجر لمشترى جديد أو تأجير استغلاله مع عدم انتقال هذا الالتزام إلى المشترى الجديد أو

---

(١) محكمة روين ، جلسة ١٩٦٣/٣/٢٩ - دالوز - ١٩٦٤ - ١٦ .

مستأجر الاستغلال باعتباره أحد عناصر المتجر ، يؤدى إلى عدم الإفادة من استغلال المتجر فى هدوء ويمثل اعتداء على حقوق المشترى أو مستأجر الاستغلال وإخلالا بضمان الانتفاع.

أما فى شأن جواز الاتفاق على حق البائع أو مؤجر الاستغلال فى منافسة المشترى أو مستأجره طبقا لما جاء بنص المادة (٤٢) من قانون التجارة سالف الذكر، فأمر لا نوافق عليه حيث يترتب على ذلك إفراغ العقد من مضمونه لأن محل عقد البيع أو تأجير الاستغلال وهو عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية سوف يعود إلى البائع أو مؤجر الاستغلال بفتح تجارة مماثلة مما يجعل التزام البائع أو المؤجر معلقا على إرادته ويصير لغوا . كما نرى أن مدة العشر سنوات كقاعدة مقررة طبقا لما جاء بذات نص المادة (٤٢) تجارى المشار إليها ، مدة طويلة إلى حد كبير وقد لا تتناسب البتة فى بعض أنواع التجارة كمحال البقالة والحلوى وتقديم الخدمات حيث ترتبط مثل هذه التجارة بعملاء لصيقين للاماكن الموجودة بها، وتنتشر باستمرار اعتمادا على احتياجات العملاء المستمرة والمتزايدة بما يسمح بفتح محال تجارية متعددة ، وبالتالى فإن من شأن حرمان البائع أو مؤجر الاستغلال طوال مدة عشر سنوات يكون مجحفا لهما خاصة عند عدم الاتفاق على مدة اقل . ومن المسلم به أنه فى عقود تأجير استغلال المحل التجارى ينتهى التزام المؤجر بعدم المنافسة فور انتهاء مدة العقد نظرا للطبيعة المؤقتة لهذه العقود .

المبحث الرابع
الطبيعة القانونية للمحل التجارى

تمهيـــد :

٢١١- اختلف الفقه فى التكييف القانونى للمحل التجـــارى ، وعلـــة هذا الخلاف هو ما يتميز به من أحكام ، فهو أولا كمجموعة من الأمـــوال تحكمه قواعد خاصة به باعتباره مالا منقولا معنويا ، تختلف اختلافا بينـــا عن تلك التى تخضع لها العناصر المكونة له . وهو ثانيـــا يـــشتمل علـــى عناصر مادية ومعنوية لا تفقد طبيعتها لكونها ضـــمن مجموعـــة أمـــوال التاجر، فيجوز التصرف فى بعض هذه العناصر كل على حدة دون أن يعتبر هذا تصرفا فى المحل التجارى. وإذا حدث وتم التصرف فى المحل التجارى بأكمله يجب اتباع الإجراءات القانونية الخاصة بانتقال كـــل عنـــصر مـــن العناصر الداخلة فى المحل التجارى وفقا لطبيعته حتى يحتج بهذا التصرف فى مواجهة الغير.

لذلك انقسم الفقهاء فى تكييف الطبيعة القانونية للمحل التجارى إلى ثلاث مذاهب سوف نشير إليها .

أولا : نظرية الذمة المالية المستقلة (المجموع القانونى) :

théorie de L`universalité Juridique

٢١٢- إن فحوى نظرية الذمة المالية المستقلة للمتجر تكمـــن فـــى اعتبار المحل التجارى ذمة مالية مستقلة عن ذمة التاجر ، لهـــا حقوقهـــا وعليها التزاماتها المتعلقة بالمتجر والمستقلة عن بقية حقوق والتزامـــات التاجر . ومقتضى الأخذ بهذه النظرية أن الدائن بدين شخصى للمدين ، ولا علاقة له بالمحل التجارى (كدين الطبيب) لا يستطيع التنفيذ به على المحل ، ومن ثم ينفرد دائنو المحل بالتنفيذ عليه دون مزاحمة الـــدائنين الآخـــرين للتاجر ، فيصبح بذلك المتجر وحدة قانونية مستقلة عن شخص التاجر .

ولا محل للأخذ بهذه النظرية فى القانون المصرى (وكذلك الفرنسى) الذى يقوم أساسا على مبدأ وحدة الذمة المالية ، بمعنى أن الشخص لا يكون له سوى ذمة مالية واحدة، ولذلك لا يستقل دائنو المحل بالحجز عليه، بل يزاحمهم فى هذا المجال غيرهم من دائنى التاجر وتصبح جميع أموال التاجر المدين (بما فيها محله التجارى) ضامنة للوفاء بجميع ديونه سواء كانت متصلة بنشاطه التجارى أو المنفصلة عنه[١] .

وإذا كان التشريع المصرى (وكذلك الفرنسى) يسمح بنقل الحقوق والديون المتعلقة بالمتجر إلى المشترى عند الاتفاق ، إلا أن ذلك لا يغير من الأساس القانونى لهذا النظام ، وهو مبدأ وحدة الذمة المالية للشخص ، والذى على أساسه لا يعتبر المتجر وحدة مستقلة بديونه وحقوقه منفصلة عن ذمة صاحبه . فهذه الحقوق والديون عندما تنتقل إلى المشترى تشغل ذمته المالية دون أن تدخل ضمن عناصر المتجر . فالديون التجارية وفقا لهذه النظم هى ديون التاجر وليست ديون المتجر . فدائن هذه الديون يستطيع التنفيذ على أموال التاجر الخاصة أسوة بتلك المتعلقة بالمتجر شأنه فى ذلك شأن الدائن بدين مدنى [٢] .

---

(١) تنص المادة (٢٣٤) مدنى مصرى ، على أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون فى الضمان إلا من كان له حق التقدم طبقا للقانون .

(٢) ميشيل رقم ١٥٩ ، ريبير رقم ٥٢٨ . على أنه يمكن بعد صدور قانون ١١ لسنة ١٩٨٥ فى شأن المشروع الفردى محدود المسئولية بفرنسا ، اعتبار هذا التشريع بمثابة الأخذ بنظرية المجموع القانونى للمحل التجارى . راجع رسالة دكتوراه (بعد وضع مشروع هذا القانون) بعنوان La notion Juridique de fonds de Commerc , Rennes , 1982 .
فى هذا الخصوص أيضاً د. ناريمان قدرى . الخصائص المشتركة بين الشركة ذات المسئولية المحدودة وشركة الشخص الواحد ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة القاهرة . عام ١٩٩١.

أما فى ألمانيا[١] فالفقه يكاد يكون مستقرا على أن المحل التجارى فى حقيقته مجموع قانونى وبالتالى له ذمة مالية مستقلة . ولكن الخلاف فى الفقه يبدو واضحا فى تكييف هذه الذمة المالية المستقلة . فالبعض يرى أن المحل التجارى شخص معنوى طالما أن له ذمة مالية مستقلة حتى تستقر فيه . ويرى البعض الآخر أن الاعتراف للمحل التجارى بذمة مالية مستقلة لا يعنى بالضرورة وجود شخصية اعتبارية مستقلة عن شخص مستغله وإنما هى ذمة مالية مخصصة لهذا المتجر داخل الذمة العامة لمستغله أو مالكه .

ثانيا : نظرية المجموع الواقعى :

La theorie de L`universalité de fait

٢١٣- يرى أنصار هذه النظرية أن المحل التجارى ليس وحدة قانونية مستقلة بديونه وحقوقه ، وإنما هو عدة عناصر فعلية أو واقعية ، أى أن عدة عناصر اجتمعت معا بقصد مباشرة استغلال تجارى دون أن يترتب على ذلك ذمة مالية مستقلة عن ذمة مالكه أو وجود كيان قانونى مستقل . وبالتالى لا يترتب على التنازل عن المحل التجارى التنازل عن الحقوق والالتزامات الشخصية المتعلقة بالمتجر ونشاطه التجارى إلا إذا اتفق على ذلك صراحة .ويذكر أنصار هذا الرأى أن الذى يترتب على هذه الوحدة الفعلية لعناصر المتجر هو وجود مال منقول ذو طبيعة خاصة مستقلة عن طبيعة عناصره المكونة له .

بيد أنه يؤخذ على هذه النظرية أن اصطلاح المجموع الواقعى ليس له مدلول قانونى ، فالمجموع إما أن يكون قانونا وأما لا يوجد ، كما أنها لا تفسر لنا على أساس من القانون ، إذا كان للشخص ذمة مالية مستقلة عن المتجر ، أو ذمة مالية واحدة شاملة المتجر .

---

(١) د. أكثم الخولى ، الموجز ، ص٣٦٥ رقم ٣٤١ .

ورغم ذلك تأخذ كثير من أحكام المحاكم الفرنسية بفكرة المجموع بالنسبة لعناصر المحل التجارى[١]. على أن هذه الأحكام لم تصل إلى إعفاء التاجر شخصيا من التزاماته عن ديون المتجر واعتبار هذا الأخير مستقلا بديونه وحقوقه عن ذمة التاجر[٢].

ثالثا : نظرية الملكية المعنوية :

La theorie de proprité incorporelle

٢١٤- تقوم هذه النظرية أساسا على ضرورة التفرقة بين المحل التجارى باعتباره وحدة مستقلة ، وبين عناصره المختلفة الداخلة فى تكوينه ، وأن حق التاجر على محله ليس إلا حق ملكية معنوية يرد على محال تجارية ، وقد أوضحت محكمة النقض المصرية هذه الصفة البارزة فى المحل التجارى[٣].

ويضاف إلى ما سبق من خصائص ، ضرورة أن يكون نشاط المتجر أو المصنع مشروعا . وبناء على ذلك لا يتصف بوصف المحل التجارى بيوت الدعارة أو بيوت لعب القمار بدون تصريح مثل بيع المسكرات دون ترخيص أو الاتجار فى مواد ممنوعة قانونا .

---

(١) نقض تجارى ، جلسة ١٩٩٢/١١/١٢ – المجلة الفصلية ١٩٩٣ – ٢٨٥ ، وجلسة ٢٦ أكتوبر ١٩٩٣ – المجلة الفصلية ١٩٩٣

(٢) ريبير رقم ٥٢٨ .

(٣) طعن رقم ٩٣٩ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٢ لسنة ٢١ ص٣٣٢ ، وطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٢/١٧ السنة ٣٠ ص٥٤٨ . أيضا طعن رقم ٤٨٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/١١/١٦ ، وطعن رقم ١٠٢١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٨ ، وطعن رقم ٦٨٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٤/٦/٧ ، ونقض مدنى جلسة ١٩٨٤/١٢/١٧ ، الجازيت ١٩٨٥ –٢– ٦٣٨ ، وانظر فى هذا الخصوص مؤلفنا « التأجير بالجدك » طبعة ١٩٩١ ، رقم ٣٥ وما بعدها .

الفصل الثانى

بيع المحل التجارى

تمهيـــد :

٢١٥- من الدوافع التى اقتضت تنظيم المشرع لعقد بيع المتجر قبل غيره من التصرفات الأخرى التى ترد عليه ، حماية الدائنين ، ذلك أنه مـــا من شك أن المحل التجارى يعد من أهم أملاك التاجر المدين ، وبالتالى من أهم ضمانات الدائنين ، وقد يتصرف التاجر فى متجره خفية أو بمقابـــل لا يتناسب وقيمته مما يترتب عليه ضرر لهؤلاء الدائنين . ولذلك تتميز أحكام عقد بيع المتجر بصفة عامة بحماية دائنى التاجر عن طريق ضرورة اتخاذ إجراءات معينة من الشهر والعلانية . هذا بالإضافة إلى ما قصده المـــشرع من حماية بائع المتجر ذاته قبل المشترى ، تشجيعاً للائتمان التجارى ، عن طريق تقدير ضمانات كافية لاستيفاء الثمن عند تأجيله وبصفة خاصة عنـــد إفلاس المشترى على خلاف القواعد العامة .

وسوف نركز دراستنا فى هذا الفصل على هذه النقاط فى عقد بيع المتجر .

المبحث الأول

انعقاد البيع ومحله وتجاريته

أولاً : انعقاد البيع :

أ- فى ظل قانون ١١ لسنة ١٩٤٠

٢١٦- وفقاً لأحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ فى شـــأن بيـــع ورهن المحال التجارية ، كان عقد بيع المحل التجارى يتم بمجـــرد توافـــق

إرادتى كل من المشترى والبائع دون حاجة إلى إتباع إجراء شكلى أو رسمى . حيث كان من العقود الرضائية التى تتم بتوافق الإيجاب والقبول حتى صدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ السابق الإشارة إليه . وكانت المادة الأولى من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ تنص على أن «يثبت عقد بيع المحل التجارى بعقد رسمى أو بعقد عرفى مقرون بالتصديق على توقيعات أو أختام المتعاقدين » ، ولم يكن معنى ذلك أن عقد بيع المحل لا ينعقد إلا بالكتابة ، لأن هذا النص كما هو واضح لا يتحدث إلا عن الإثبات . كما لم يكن معناه أن الكتابة أصبحت لازمة لإثباته كما قد يفهم من ظاهر النص ، لأن ما كان المقصود فى الواقع بالكتابة، كما يتضح من سياق هذا النص وما تلاه من نصوص القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠، أن الكتابة لا تلزم لانعقاد العقد أو لإثباته وإنما هى لازمة فقط لنشأة امتياز البائع . وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا المعنى فى كثير من أحكامها[1].

---

(١) نقض ١٠/٤/١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض السنة الخامسة ص٧٧٤ ، نقض ٢٦/٤/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧٠ ص٥٦٣ ، أيضاً طعن رقم ٣٩١/٤٥ق جلسة ٩ يناير ١٩٨٠ ، حكم غير منشور ، أيضاً طعن رقم ٦٢٩ سنة ٤٣ق جلسة ١٨/٥/١٩٧٧ ص١٢٣٩ .

وهذا هو الرأى الراجح فقهاً .

انظر د. محسن شفيق ، الوسيط ، جـ٢ طبعة ١٩٥٧ رقم ٤٠ ، د/ مصطفى طه ، الوجيز ص٥٢١ رقم ٦١٥ .

قارن د. على جمال الدين ، الوجيز ص١٧٩ .

ووفقاً للقانون الفرنسى لا يشترط أن يتم عقد بيع المتجر كتابة ولكن من الناحية العملية يتم كتابة حيث يجب كتابة بيانات معينة (المادة ١٢ من قانون ٢٩ يونيو ١٩٣٥) حتى يحتفظ البائع بامتيازه لاستيفاء الثمن . كما أن العقد يجب أن يقيد فى قائمة الإعلانات التجارية لحماية المشترى مما يوجب عملاً كتابة العقد . ويأخذ القضاء الفرنسى باعتبار عقد بيع المتجر عقداً رضائياً – محكمة روين فى ==

ب- فى ظل قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ : عقد بيع المتجر عقد شكلى :

٢١٦ مكرر - نص قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بالمادة (١/٣٧) على أن « كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عينى عليه أو تأجير استغلاله يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً » . وبناء على هذا النص لم يعد عقد بيع المتجر عقداً رضائياً كما كان عليه الحال فى ظل قانون ١١ لسنة ١٩٤٠ وإنما اصبح عقداً شكلياً تكون الكتابة أحد أركانه . ويطبق ذات الحكم على رهن المحل التجارى أو تأجير استغلاله ، وبذلك لم تعد الكتابة للإثبات لمثل هذه العقود بل ركن انعقاد يترتب على تخلفها أو إغفالها البطلان . وهذا الحكم على خلاف نص المادة الأولى من قانون ١١ لسنة ١٩٤٠ سالفة الذكر فى شأن بيع المحل التجارى والمادة (١١) من ذات القانون فى شأن رهن المحل التجارى والتى تنص على أن «الرهن يثبت بعقد رسمى أو عقد عرفى مقرون بالتصديق على توقيعات أو أختام المتعاقدين ...» . وكان يؤكد رضائية عقدى بيع ورهن المحل التجارى أغلب الفقه[1].

وطبقاً لما جاء بنص المادة (١/٤٣) من قانون التجارة من أنه «مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها فى هذا الفصل تسرى فى شأن بيع المتجر

== ١٩٤٧/٦/٢٣ دالوز ١٩٤٨ - ١١٧ ، مع تعليق ريبير . ومحكمة رن جلسة ٢٦ مارس ١٩٧٦ دالوز سيرى ١٩٧٦ الملخص ٨٧ . ريبير رقم ٥٩٠ .
ووفقاً للقانون التجارى الكويتى (رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ المادة ١٣٧) يعد عقد بيع المتجر عقداً رسمياً وشكلياً وتخلفها يبطل العقد بطلاناً مطلقاً - طعن بالتميز رقم ٩٦ لسنة ١٩٨٣ جلسة ١٩٨٤/١/٢٥ مجلة القضاء والقانون - لسنة ١٢ - العدد الأول ص٩٦ .

(١) راجع مؤلفنا « شرح العقود التجارية » طبعة ١٩٩٢ - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية رقم ١٩٥ ، والمراجع المشار إليها .

ورهنه وتأجير استغلاله القوانين والقرارات الخاصة بذلك » . وبناء على نص المادة الأولى من مواد إصدار قانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ والتى تقضى بإلغاء كل حكم يتعارض مع أحكامه ، فإن حكم المادة (١/٣٧) هو الواجب التطبيق دون غيره ، ويعد عقد بيع المتجر عقداً شكليا ، يشترط لصحته الكتابة وإلا كان باطلا .

وعقد بيع المتجر وإن كان يجب أن يكون مكتوبا فإنه لا يشترط فيه أن يكون مثبتا بعقد رسمى أو مصدقا على التوقيعات به أو أختام المتعاقدين ذلك لأن هذا الشرط للاحتفاظ بحقوق البائع وضماناته كما سنرى فيما بعد . بمعنى أن الرسمية ليست ركن انعقاد وإنما يشترط الكتابة فقط سواء كانت عرفية أو مفرغة فى عقد رسمى أو عقد عرفى مصدق على توقيعات المتعاقدين فيه لكى يكون عقد البيع صحيحا .

محل عقد البيع :

٢١٧- محل العقد هو المحل التجارى والثمن ، ويخضع هذا الشئ المبيع كما سبق القول للقواعد العامة ، فيشترط أن يكون مما يجوز التعامل فيه وأن يكون معينا أو قابلاً للتعيين وأن يكون موجودا أو قابلا للوجود .

وبالنسبة لعقد بيع المحل التجارى يشترط علاوة على ذلك أن يكون المبيع مما ينطبق عليه وصف المحل التجارى وفقا للتفصيل السابق . وبيان ذلك أن المحل التجارى هو فى حد ذاته عبارة عن مجموعة من العناصر المادية والمعنوية المكونة له قد يكون بأكمله محلا للعقد كما يجوز أن يكون هذا البيع مقصوراً على بعض تلك العناصر . ولكن فى هذه الحالة الأخيرة ، حالة بيع بعض العناصر ، يجب لاعتبار العقد بيعا للمحل التجارى أن يكون المبيع مكونا للعناصر الرئيسية للمحل التجارى مثل عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية وعنصر براءة الاختراع فى حالة ما إذا

كان استغلال المتجر يتعلق فقط بإنتاج آلة بمقتضى هذا الاختراع ، ومثل التنازل عن الحق فى الإجارة إذا كان موقع المتجر هو أساس شهرته وكثرة عملائه كما فى تجارة دور السينما أو الملاهى . أما إذا احتفظ التاجر بهذه العناصر الرئيسية وقصر البيع على بعض العناصر غير الجوهرية كالبضائع أو بعض المهمات فإن هذا البيع لا يعتبر بيعا للمحل التجارى ولا ينطبق عليه أحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ .

وتكييف ما إذا كان المبيع مكونا للعناصر الجوهرية للمحل التجارى أو العناصر غير الجوهرية مسألة قانونية خاضعة لرقابة محكمة النقض ، إذ تنطبق قواعد بيع المحل التجارى فى الحالة الأولى والقواعد العامة فقط فى الحالة الثانية . ومن ذلك يتبين مدى أهمية تكييف المبيع واعتباره أو عدم اعتباره محلا تجاريا عنصرا جوهريا لإمكان تطبيق قواعد بيع المحل التجارى من عدمه . وفى هذا الشأن حكمت محكمة النقض المصرية بأن بيع ورشة ميكانيكية بكافة محتوياتها من عدد وأثاث وأدوات مع التنازل للمشترى عن إجارة المكان والحق فى استغلاله مما يمكنه من الاحتفاظ بسمعتها التجارية والاستفادة من العملاء الذين تعودوا التردد عليها يعتبر بيعا للمحل التجارى ولا يغير من ذلك أن يكون الطرفان قد اتفقا على استثناء الاسم التجارى مما يرد عليه البيع[١].

---

(١) نقض مدنى ٦ مارس سنة ١٩٥٢ السنة ١٥ ص٣١٧ .

انظر أيضا حكم محكمة القاهرة الابتدائية سنة ١٩٦٣ القضية رقم ٢٣٩ لسنة ١٩٥٩ المجموعة الرسمية ص٧٥٦ ، حيث قررت المحكمة أن بيع أو رهن مجموع العناصر المادية أو إحداهما دون أى عنصر معنوى لا يجعل التصرف منصبا على محل تجارى ولا تطبق عليه أحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ أيضا طعن رقم ١ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٤/٦/١١ .

راجع بحثنا السابق الإشارة إليه ص٣٢ وما بعدها . ==

كما قضت محكمة النقض أنه « يتحتم حتى يقوم بيع المتجر أن يتضمن حق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية دون باقى المقومات المعنوية مما مؤداه أنه يجب أن يمارس المشترى ذات النشاط الذى كان يمارسه البائع حتى يتحقق القصد من اشتراط تضمن البيع لحق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية . وإذا خلا عقد البيع من بيان العناصر التى يتضمنها تولت المحكمة تحديدها مراعية فى ذلك ما يلزم الانتفاع بالمحل ، شريطة أن تشمل تلك العناصر حق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية[١].

التمييز بين عقدى بيع المتجر وحالة إخفاء التنازل عن عقد الإيجار أو الإيجار من الباطن :

٢١٨- قد يقصد أطراف عقد بيع المتجر تأجير المكان من الباطن Sous Location أو التنازل عن إيجار العقار أو إخفائه فى صورة عقد بيع متجر للإفلات من شرط التحريم المنصوص عليه فى عقد إيجار الأماكن. وفى هذه الحالة يكون لمؤجر المكان طلب فسخ عقد الإيجار . ولقاضى الموضوع سلطة تقدير نية الطرفين من ظروف ووقائع الموضوع.

== ويعتبر الفقه الفرنسى متفقا على أن عقد البيع يجب أن يقع على العناصر التى من شأنها تحفظ وتجذب العملاء حتى يعتبر بيعا للمحل التجارى بمعناه القانونى ، انظر ميشيل رقم ٢٠٤ ريبير ٥٨٥ . كما يعتبر القضاء الفرنسى مستقرا على أنه ليس لطرفى التعاقد تحديد أن العقد وارد على بيع أو رهن محل تجارى لمجرد وقوعه على بعض العناصر دون العنصر الرئيسى .

محكمة باريس فى ١٩ مارس ١٩٢٣ – سيرى ١٩٢٥ –٢– ٩٣ .

(١) طعن رقم ٤٥/٣٩١ قجلسة ٩ يناير سنة ١٩٨٠ – (إيجارات) حكم غير منشور –أيضا طعن رقم ٣/٦٢٩ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٨ ، ص١٢٢٩ .

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية[١]، وكان موضوع الحكم المطعون فيه أن استنبط من إضافة الطاعنة الأولى – المستأجرة الأصلية – نشاط السفريات قبيل التصرف فى المحل بأيام قليلة ، دون أن يكون فى المكنة ممارسته فعلا وواقعا ، ومن مصادفة ذلك للتوقيت الذى اتخذ منه باقى الطاعنين هذا النشاط سمة تجارية لهم طبقا لما هو ثابت بطلب القيد بالسجل المقدم منهم ، ومن اختلاف النشاط المذكور عن اوجه النشاط الأصلية من حيث المقومات المادية والمعنوية ، قرينة على انتفاء عنصر الاتصال بالعملاء بالنسبة له ، ورتب على ذلك التصرف فى حقيقته مجرد تنازل عن الإيجار وليس بيعا للمتجر ، وكان سبق قيام الطاعنة الأولى بإضافة نشاط الاتجار فى الحلوى والسجائر خلافا لما قرره الحكم من إبقائها على نشاط المحل على إضافتها نشاط السفريات ، فإن ما خلص إليه الحكم يكون سائغا يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ، وهو فى ذلك قد اعتد بواقع الحال عند البيع وليس فى وقت لاحق» .

وفى حكم آخر لمحكمة النقض المصرية[٢] أيدت هذا الاتجاه لما تبين لها من إخفاء التنازل عن الإيجار فى صورة عقد بيع بالجدك حيث جاء بحيثيات حكمها بعد أن تأكد لها عدم توافر شرط الضرورة أحد الشروط

---

(١) جلسة ١٩٧٧/٥/١٨ طعن رقم ٦٣٩ لسنة ٤٣ق السنة ٢٨ ص١٢٣٩ ، وطعن رقم ١٩٧٢ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٦ ، حيث قررت المحكمة أن بيع المتجر شرطه أن يكون الشراء بقصد ممارسة ذات النشاط الذى كان يزاوله البائع. أيضا طعن رقم ٢/٩٨ق جلسة ١٩٥٢/٣/٦ ، طعن رقم ٩٢ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/١/١٢ المجموعة الذهبية – الإصدار المدنى – الجزء الثالث ١٩٨٢ ص٧٥٣ ، ٧٥٤ .

(٢) جلسة ٦/٦/ ١٩٨١ طعن رقم ٨٥٩ لسنة ٤٧ق ، مجموعة أحمد حسنى المدونة الذهبية ، الطبعة الأولى ، جزء ٢ لعام ١٩٨٤ ص١٨١٤ .

الذى يجيز لمالك المتجر بيعه جدكا رغم الشرط المانع وفقا لمادة (٢/٥٩٤) أنه « ... فمن ثم لا يعتبر هذا التصرف فى حقيقته بيع جدك بل هو فى الواقع نزولا عن الإيجار يؤكد ذلك ما أقرت به المدعى عليها الثالثة بالمحضر ٣٤٢٠ لسنة ١٩٧٦ إدارى / قصر النيل – وهو ما تأخذ به المحكمة بحسبانه قرينة تطمئن إليها – أنها منذ استلامها عين النزاع من المستأجر الأصلى استعملتها مسكنا خاصا لها ودلالة هذا بغير شك أنها لم تكن هادفة شراء المحل التجارى المقول به وإنما هى رغبت العين المؤجرة فحسب وسترت والمستأجر الأصلى تنازله لها عنها بتحرير عقد أطلقا عليه وصف عقد بيع بالجدك وهو فى الواقع ليس ذلك » .

كما حكم بأنه لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد الإيجار وإخلاء «الصيدلية» محل النزاع على ما خلص به من ثبوت تأجير الطاعن لها من الباطن إلى الغير مقابل اجره متفق عليها ودون أن يكون شريكا له فى استغلالها أو معهودا إليه بإدارتها ولذلك أخذا بما جاء فى الشهادة الصادرة من دفتر إثبات التاريخ المقدم من المطعون ضده عن عقد الإيجار المؤرخ ١٩٧٨/٧/٤ والمتضمنة قيام الطاعن بتأجير الصيدلية محل النزاع إلى الدكتور ... مدة أربع سنوات ابتداء من ١٩٧٨/٨/١ بأجرة شهرية قدرها ٨٢ جنية يخصم منها إيجار المبنى والباقى لحساب الطاعن ببنك الإسكندرية فرع أسيوط والتى أثبتت بياناتها بالتحقيقات المحضر رقم ١٨٥٣ لسنة ٧٨ إدارى أسيوط ، وكان ما خلص إليه الحكم سائغا وله مأخذ الصحيح من الأوراق ، ويتفق مع صحيح القانون ، فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس[١] .

---

(١) جلسة ١٩٨١/٢/٢١ طعن رقم ١٦٥ لسنة ٥٠ق ، مجموعة عبد المنعم حسنى ، الجزء الأول لسنة ١٩٨٤ ص٤٣٣ .

ومن جانب آخر قضت ذات المحكمة باعتبار البيع واردا على جدك وليس تنازلا عن الإيجار من الباطن لما تبين لها توافر شروط المادة (٢/٥٩٤) وكان بائع المتجر موظفا ورث محلا تجاريا ومحظور عليه احتراف التجارة[١] .

كما حكم بأن اشراك المستأجر لآخر معه فى النشاط الذى يباشره فى العين المؤجرة لا يعد تأجيرا من الباطن أو نزولا عن الإيجار ، بقاء عقد الإيجار لصالح المستأجر وحده .[٢]

عدم اشتراط موافقة مؤجر المكان عند بيع المتجر :

٢١٩- ونضيف فى هذا الخصوص إلى أنه لا يشترط حصول موافقة مؤجر العقار عند اعتزام مالك المتجر أو المصنع بيعه للغير تطبيقا للمادة (٢/٥٩٤) مدنى ، ذلك أن ما يسير عليه القضاء هو عدم اشتراط موافقة مؤجر العقار عند بيع المتجر أو المصنع . وقضت محكمة النقض أن نص المادة (٢/٥٩٤) يدل على أن القانون أباح للمستأجر أن يتنازل عن الإيجار لغيره بالرغم من وجود الشرط المانع وبالرغم من عدم تنازل المؤجر عن هذا الشرط صراحة أو ضمنا ، إذا كان العقار المؤجر أنشئ به مصنع أو متجر متى توافرت الشروط المبينة فيه وليس من بينها الحصول على إذن خاص من المؤجر وقت التنازل . هذا إلى أن بيع المحل التجارى عقد رضائى يتم بجرد اتفاق طرفيه وتنتقل فيه الملكية بمجرد تلاقى الإدارة، فلا يتطلب المشرع اتخاذ أى إجراء معين قبل انعقاده ، وكل ما خوله القانون للمؤجر عند رفضه الموافقة على التنازل قبل أو بعد إتمامه أن يلجأ إلى

---

(١) طعن رقم ١٠٤٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٧/١١/١٥ .

(٢) نقض جلسة ١٦ يونيو ١٩٧٩ ، طعن رقم ٥٥٢ لسنة ٤٢ق السنة ٣٠ ص٦٣٦ .

القضاء الذى يصبح له حق مراقبة توافر الضرورة الملجئة التى تجيز هـذا البيع لا يغير من هذه القاعدة أن يتعهد البائع والمشترى فى عقد البيع على الحصول على موافقة المؤجر على التنازل لأنه ليس اشـتراطا للمـصلحة يكسبه حقا يحق التسمك بإعماله[١] .

شروط تطبيق المادة (٢/٥٩٤) مدنى وعلاقاتها بالمادة (٢٠) من قانون إيجار الأماكن رقم ١٣٦ سنة ١٩٨١

٢٢٠- إن تطلب توافر الشروط المنصوص عليها بالمادة (٢/٥٩٤) مدنى عند بيع المتجر بدأت تفقد أهميتها العملية بعد صدور المـادة (٢٠) من قانون إيجار الأماكن والتى تنص فى فقرتها الأولى على أنـه « يحـق للمالك عند قيام المستأجر فى الحالات التى يجوز فيهـا بيـع المتجـر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع بالوحدة الـسكنية أو المـؤجر لغيـر

---

(١) جلسة ١٠/١١/ ١٩٧٦ طعن رقم ٤٢/٢١٢ السابق الإشارة إليه . أيـضا جلـسة ١٣/٦/١٩٨٤ ، طعن رقم ١٥٨٤ لسنة ٤٨ق . طعن رقم ٩٤ لسنة ٥١ ق جلسة ١٨/١/١٩٨٨ ورقم ٢١٣٤ لسنة ٥٠ق جلسة ٢١/٢/١٩٨٨ .

ويؤكد زميلنا د. نعمان جمعة هذا الرأى قائلاً « أن العبارة الواردة بالنص لم يقصد بهـا تدخل المحكمة للقيام بدور إنشائى لازم لانتقال الإجارة إلى مشترى الجدك . وإنما مفهوم العبارة أنه عند النزاع تتحقق من شروط النص ثم تقضى بالإبقاء على الإيجار . وقبـل تدخل المحكمة يتلقى مشترى الجدك جميع عناصره بما فيها الإجارة استنادا إلـى عقـد شراء الجدك مع صاحبه وتطبيقاً لنصوص القانون . هكذا يستقر مشترى الجـدك فـى العين ويصبح هو المستأجر الجديد وخاصة فى حالة عدم منازعة المؤجر . ففى الحالـة الأخيرة لا يعرض الأمر بتاتا على المحكمة ومع كل لا يشك أحد فـى اسـتقرار المحـل التجارى (بما فى ذلك الحق فى الإجارة) فى ذمة مشتريه ، فمصدر حقه هو عقد شـراء الجدك وحده ، وحكم المحكمة لا يتعدى دور المقرر الكاشف للحق » . البحـث الـسابق ص٥٧ .

أغراض السكنى الحصول على ٥٠% من ثمن البيع أو مقابل التنازل بحسب الأحوال وبعد خصم قيمة المنقولات التى بالعين » .

إذ يبين بوضوح أن النص المشار إليه أعطى للمالك حق الحصول على ٥٠% من ثمن المتجر أو المصنع ، فى الحالات التى يجوز فيها للمستأجر ، بعد خصم قيمة المنقولات التى بالعين أو الحق فى الشراء إذا أبدى رغبته فى ذلك وبالشروط المنصوص عليها بالفقرتين الثانية والثالثة من المادة (٢٠) المشار إليها .

وقضت محكمة النقض فى هذا الخصوص بحق المالك فى الحالات التى يجوز فيها للمستأجر بيع الجدك أو التنازل عن الإيجار أى يتقاضى نسبة ٥٠% من ثمن البيع أو مقابل التنازل مخصوماً منه قيمة ما بها من منقولات (م ٢٠ من قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١) والتزام المستأجر قبل الاتفاق بإعلان المؤجر بالثمن المعروض وأن أثر ذلك بطلان البيع أو التنازل وإخلاء المتنازل إليه ولا أثر لذلك على عقد الإيجار الأصلى[١].

ضرورة تحديد الثمن الذى يخص كل عنصر فى حالة تأجيل الثمن :

٢٢١- الثمن هو المقابل الذى اتفق عليه كل من البائع والمشترى وقد يكون دفع الثمن دفعة واحدة ، كما قد يكون على أقساط دورية وعادة يكتب ثمن البيع ككل علاوة على ثمن كل عنصر على حدة . على أن المشرع اشترط فى حالة تأجيل الثمن ، أن يحدد البائع الثمن الذى يخص

---

(١) الطعن رقم ٢٥١٠ لسنة ٧٣ ق – جلسة ٢٠٠٤/١١/٢٨ – ونقض جلسة ١٩٩٧/٢/٢٠ – مجموعة المكتب الفنى – السنة ١٤٤٨ ص٣٠٤.
المستحدث ومجموعة المبادىء الصادرة من الدوائر الإيجارات محكمة النقض من أول أكتوبر ٢٠٠٤ حتى آخر سبتمبر ٢٠٠٥.

كل عنصر من عناصر المحل التجارى على حدة للاحتفاظ بحقه فى الامتياز عند دفع الثمن أو الجزء المتبقى منه . ووفقاً للمادة الأولى من قانون بيع ورهن المحال التجارية يجب أن يحدد فى عقد البيع على وجه الدقة الثمن الذى يخص البضائع والمهمات المادية والعناصر المعنوية كل على حدة . كما قررت ذات المادة أن يخصم أولاً مما يدفع من الثمن ، قيمة البضائع ثم ثمن العناصر غير المادية . وهذا الحكم يخالف فى الواقع ما هو مقرر فى القواعد العامة من أن امتياز البائع بالثمن لا يتجزأ لأن الدين جميعه مضمون بالشئ المبيع محل الامتياز ولا يتحرر أى جزء من الشئ المضمون إلا بسداد الدين جميعه . وتعتبر هذه القاعدة آمرة ولا يجوز الاتفاق على خلافها بصريح نص المادة المشار إليها[١] .

ثانياً : تجارية عقد البيع [٢] :

٢٢٢- فى أغلب الأحوال يكون عقد بيع المحل التجارى عقداً تجاريا بالنسبة للمتعاقدين البائع والمشترى ، بسبب صفة القائم به وذلك ما لم يكن صادرا من غير تاجر ، كما إذا كان البائع تلقاه عن طريق الهبة أو الوصية

---

(١) تنص المادة الأولى من قانون بيع المحال التجارية على أنه يجب أن يحدد فى عقد البيع ثمن مقومات المحل التجارى غير المادية والمهمات والبضائع كل منها على حدة ويخصم مما يدفع من الثمن أولاً قيمة البضائع ثم ثمن المقومات غير المادية ولو اتفق على خلاف ذلك . ويأخذ المشرع الفرنسى بحكم مماثل ، انظر : ميشيل رقم ٣٠٦ – ريبير رقم ٥٨٦ .

(٢) وفقا للرأى السائد يعتبر عقد بيع المحل التجارى فى فرنسا عملا تجاريا بسبب موضوعه ، تختص بالفصل فى المنازعات المتعلقة به المحكمة التجارية وتطبق بشأنه قواعد الإثبات التجارية ، راجع ميشيل رقم ٢٠٨ ص٦٠٠ ، ريبير رقم ٥٨٢ .

أو الميراث ولم يباشر استغلاله فيعتبر عقداً مدنيا نسبة إلى صفة بائعة المدنية .

وسنوضح فيما يلى الصفة التجارية لكل من المتعاقدين .

فمن جهة مشترى المتجر الذى يريد إعادة بيعه أو تأجيره يعتبر شراء المحل التجارى عملا تجاريا بطبيعته تطبيقا لحكم الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، وذلك سواء كان المشترى تاجراً أو غير تاجر . كذلك الشأن إذا قام الشخص باستئجار محل تجارى بقصد تأجيره .

وإذا كان شراء التاجر للمتجر بقصد استغلاله فيعد عملا تجاريا بالتبعية لحرفة التاجر وإذا اشترى غير تاجر محلا تجاريا ليبدأ الاستغلال فقد انقسم الفقه فى شأنه ، فذهب رأى مرجوح إلى القول بعدم اعتبار الشراء عملا تجاريا بالتبعية لأن المشترى لم يكتسب بعد صفة التاجر وقت الشراء ولا يمكن إعمال نظرية التبعية إلا لمصلحة التاجر ، إلا أن الرأى الراجح[١]هو الذى استقر عليه القضاء[٢]حيث يعتبر هذا الشراء تجاريا ، لأنه ولئن لم تتوافر للمشترى صفة التاجر وقت الشراء إلا أن نية الاحتراف قد ظهرت بشكل واضح الأمر الذى يكفى لاعتبار الشراء تجاريا بالتبعية للحرفة التى سيباشرها .

---

(١) د. على جمال الدين ، الوجيز ص١٧٨ رقم ٢١٨ .

(٢) نقض مدنى فرنسى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٤ – دالوز – ١٩٢٦– ١٠ – ١٣٨٠ .
أما إذا تلقى الورثة محلا تجاريا واستمروا جميعا أو بعضهم فى ممارسة التجارة فأنهم يكتسبوا صفة التاجر . وإذا اقتصر دورهم على مجرد القيام بأعمال إدارية للرقابة فقط فلا يكتسبوا صفة التاجر .

أما من جهة بائع المحل التجارى فيعتبر البيع عملا تجاريا بالتبعية إذا كان البائع تاجرا وقت البيع لأنه آخر عمل فى حياته التجارية . أما إذا لم يكن بائع المتجر تاجرا كما إذا كان قد آل إليه عن طريق الميراث أو الوصية ولم يرد استغلاله فلا يعتبر عقد البيع فى هذه الحالة تجاريا .

وهناك جانب من الفقه[١] تؤيده بعض الأحكام[٢] يرى أن عقد بيع المتجر يجب أن يعد تجاريا دائما بسبب موضوعه .

المبحث الثانى

آثار عقد بيع المحل التجارى

تمهيد :

٢٢٣- يرتب عقد بيع المتجر كقاعدة عامة ، التزامات فى ذمة كل من البائع والمشترى . فليزم البائع بنقل ملكية الشئ المبيع إلى المشترى وتسليمه إليه ، كما يلزم بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلزم المشترى من جانب آخر بدفع ومصاريف عقد البيع وبتسليم المبيع .

وعلاوة على ما سبق من آثار ، يترتب على عقد بيع المحل ، أن يكون للبائع ضمانات معينة لاستيفاء حقه على الثمن عند تأجيل الوفاء به وهى حقه فى الامتياز بثمن المتجر والحق فى الفسخ عند عدم الوفاء بهذا بالثمن .

وسوف نتناول بالبحث التزامات البائع والمشترى ثم الضمانات الخاصة بالبائع .

---

(١) ريبير رقم ٣٢٩ ورقم ٥٨٢ .

(٢) باريس فى ١٩٦٢/١١/٢٧ – دالوز – ١٩٦١ – ٤٩ .

أولاً : التزامات البائع :

تنحصر التزامات البائع فى الإلتزام بنقل الملكية وتسليم المتجر والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق . وسوف نبحث كل إلتزام على حدة.

الالتزام بنقل الملكية :

٢٢٤- جاء قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بحكم جديد فى شأن نقل ملكية المحل التجارى حيث قرر بالمادة (١/٣٨) أنه « لا تنتقل ملكية المتجر فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا من تاريخ قيد التصرف فى السجل الخاص بذلك ونشر ملخصه بصحيفة السجل التجارى».

وبهذا النص ساوى المشرع فى قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بين عقد بيع العقار وعقد بيع المحل التجارى من حيث تعليق اثر نقل الملكية سواء فيما بين البائع والمشترى أو بالنسبة إلى الغير على قيد التصرف بالبيع فى السجل الخاص بذلك بالإضافة إلى شهر ملخصه بالسجل التجارى .

ويقصد بالسجل الخاص بذلك السجل الذى أشارت إليه المادة (٢/٣٧) من ذات قانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وهو الذى يصدر بتنظيمه قرار من الوزير المختص ، ويحفظ هذا السجل بمكتب السجل التجارى . أما شهر ملخص العقد بالقيد بالسجل التجارى فهو إجراء من إجراءات الشهر الواجب اتباعها طبقا لقانون السجل رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ بالإضافة إلى ما قرره قانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ بالمادة (٣/٣٧) منه والتى اشترطت أن يتم هذا القيد ببيانات محددة عند التصرف بالبيع وهى أسماء المتعاقدين وعناونيهم وجنسياتهم وتاريخ العقد ونشاط المتجر محل التصرف بالبيع وعنوانه وعناصره المتفق أن يشملها عقد البيع والثمن وما تم دفعه عند العقد وكيفية سداد باقى الثمن .

كما اشترط المشرع فى المادة المشار إليها أن يقيد بالسجل الاتفاقات بشأن العقد والتعهدات المتصلة بالمتجر وما إذا كانت ستنتقل إلى المشترى من عدمه . وأخيراً الاتفاقات بين البائع والمشترى على احتفاظ البائع بحق الامتياز أو الفسخ فى حالة عدم سداد الثمن بأكمله .

وبالبناء على ما تقدم ووفقاً لحكم قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، لا تنتقل ملكية المحل التجارى بوصفه منقولا معنويا ، بمجرد إمضاء العقد أى توافق إرادتى لبائع والمشترى .

وبالنسبة لمفردات المحل التجارى ، أى عناصره المختلفة فهى تخضع فى انتقال ملكيتها إلى القواعد والإجراءات الخاصة بكل منها . ذلك أن هذه العناصر لا تفقد ذاتيتها بانضمامها إلى المحل التجارى كوحدة واحدة ، بل تحتفظ كل منها بصفاتها المنفصلة تماما عن المتجر . وقد تكون هذه العناصر مالا معنويا أو مالا ماديا كما سبق القول ، فتخضع كل منها للقيود المنصوص عليها فى القوانين الخاصة بنقل ملكيتها .

وبناء على ذلك إذ اشتمل عقد بيع المحل التجارى على علامة تجارية ، فلا تنتقل ملكيتها فى مواجهة الغير إلا بعد القيام بالإجراءات المنصوص عليها فى المادة (٨٩) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ التى تقضى بأنه لا يكون نقل ملكية العلامة أو تقرير حق الامتناع عليها أو رهنها حجه على الغير إلا بعد التأشير بذلك فى السجل ونشره بالكيفية التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون » .

وإذا اشتمل عقد البيع على براءة اختراع فلا تنتقل ملكيتها ولا يكون رهنها أو تقرير حق انتفاع عنها حجة على الغير ، إلا من تاريخ التأشير بانتقال الملكية أو الرهن فى سجل البراءات (م٢١/٢ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية) .

كذلك الحال إذا اشتمل بيع المتجر على تصميم أو نموذج صناعى ، فلا تنتقل ملكية التصميم أو النموذج ولا يكون حجة علـــى الغيـــر إلا بعـــد التأشير به فى السجل ونشره بالكيفية التى يقررها القانون .

وقد تضمن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ نصاً خاصاً مؤكدا ما سبق من أحكام فنص فى المادة (٢/٤٣) على أنه « كما تسرى فى شأن الأسماء التجارية والسمات التجارية والعلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية وبراءات الاختراع وغير ذلك من عناصر الملكيـــة الـــصناعية أو الملكية الأدبية القوانين والقرارات الخاصة بذلك» .

وإذا كان لبائع المحل التجارى الحق فى التنازل عن عقـــد الإيجـــار كان ضمن عناصر البيع ، إلا أنه لا يعتبر حجة على مؤجر العقار إلا باتباع إجراءات حوالة الحق بالطرق المدنية وذلك أما بقبول المـــؤجر كتابـــة أو إعلانه وفقا للمادة (٣٥٠) مدنى . ولا يغنى عن اتبـــاع قواعـــد الحوالـــة المدنية القيام بإجراءات إشهار بيع المحل التجارى وفقا لنـــصوص قـــانون ١١ لسنة ١٩٤٠ وقانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ المادة (٣٧) . كما أنه إذا شمل عقد بيع المحل التجارى حوالة ديون المتجر إلى المشترى الجديد فلا تكون الحوالة نافذة ولا يحتج بها فى مواجهة الدائن إلا إذا أقرها وذلك وفقا للمادة ٣١٦ مدنى مصرى . هذا مع مراعاة اتباع أحكام الشهر المنصوص عليهـــا بالمـــادة (٣٧/٢/هـ) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ سالف الإشارة .

المحل التجارى لا يخضع لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية :

٢٢٥- لما كان المحل التجارى من الأموال المنقولة المعنويـــة فـــلا تسرى فى شأنه قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية والتى تطبق علـــى المنقولات المادية . ويترتب على ذلك أنه إذا قام البائع ببيع المحل التجارى

مرة ثانية إلى مشترى آخر وقام بتسليمه المحل التجارى فلا يكون لهذا الأخير الاحتجاج على المشترى الأول وفقا لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية حتى ولو كان حسن النية ، وذلك لأن ملكية المحل التجارى تنتقل إلى المشترى الأول فور اتخاذ إجراءات نقل الملكية بكتابة عقد البيع صحيحا وشهره طبقا لأحكام القانون ولو لم يتم التسليم ، ذلك لان محل البيع فى هذا الخصوص هو المحل التجارى بوصفه مالا منقولا معنويا مستقلا عن عناصره المكونة له ، كما لا يستطيع التمسك بحيازته وحسن النية بالنسبة للبضائع والمهمات باعتبارها منقولات مادية ذلك لأن البيع كان يشملها ضمن عناصر المحل التجارى ولم يرد عليها باعتبارها أموالا مادية مستقلة .

الالتزام بتسليم المحل التجارى :

٢٢٦- يلتزم بائع المحل التجارى بتسليمه إلى المشترى الجديد وهذا الالتزام يخضع أصلا للقواعد العامة فى القانون التجارى والمدنى . إلا أن طبيعة المتجر وكونه مالا منقولاً معنويا يشتمل على عدة عناصر متباينة تقتضينا إيضاح المقصود بالتسليم .

ولكى يعتبر البائع قد قام بتنفيذ التزامه بالتسليم كاملا يجب عليه أن يضع هذا المال المعنوى تحت تصرف الطرف الآخر ، فلا يقتصر على تسليم المكان القائم به المحل ومفاتيحه . وإنما يتعين عليه تسليم عناصره كل بما يتفق وطبيعته. ويكون تسليم عنصر الاتصال بالعملاء بأن يطلع البائع، المشترى على كافة البيانات والمستندات التى تمكنه من التعرف على عملائه وسهولة الاتصال بهم، كما عليه أن يظهر للمشترى المراسلات مع زبائنه وطلباتهم ويبين له ما تعودوه من خدمة خاصة يتميز بها هذا

محل أو تسهيلات الدفع التى اشتهر بها المحل المذكور[١].

وعلى البائع أن يسلم المشترى أيضا البضائع والمهمات التى شملها عقد البيع سواء الموجودة بالمحل أو بالمخازن أو مستندات البضائع التى اتفق على شرائها ولم يتم تسلمها بعد ، كما يجب عليه أن يسهل اتصال المشترى بمالك العقار وإيضاح شرط عقد إيجاره وتسليمه إياه.

وإذا تضمن بيع المحل التجارى براءة الاختراع التى يتوقف عليها إنتاج السلعة موضوع الاستغلال التجارى يجب على البائع أن يترك أسرار هذا الاختراع تحت تصرف المشترى حتى يعتبر التسليم كاملا علاوة على تسليمه الصك المثبت للبراءة .

مدى التزام بائع المتجر بتزكية المشترى شخصياً لدى عملائه :

٢٢٧- لاشك أنه فى حالة النص فى العقد على الالتزام بتزكية المشترى لدى عملائه ، فإنه يجب إعمال هذا الالتزام . أما فى حالة عدم النص على هذا الالتزام فقد ثار الخلاف فى هذا الشأن حول ما إذا كان

---

(١) ولكن يلاحظ أن بائع المتجر ليس ملزما بتسليمه الدفاتر التجارية نظرا لأن قانون التجارة المصرى يلزم التاجر باحتفاظه بدفاتره بعد ترك التجارة مدة خمس سنوات (المادة ٧٠ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩) ولكن هذا لا يمنع البائع من اطلاع المشترى عليها للوقوف على حالة المتجر عند الشراء . أما الدفاتر المحاسبية فنرى أنه ملزم بتسليمها إياه مع احتفاظه بحق استردادها نظرا لفائدتها العملية فى إيضاح المركز المالى للمتجر قبل البيع ، ويلزم التشريع الفرنسى (المادة ١٥ من قانون ١٩٣٥) البائع بتسليم الدفاتر التجارية للمشترى عن الفترة السابقة على البيع بثلاث سنوات فقط ، وهذا النص من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافه .
تطبيقا لذلك ، نقض تجارى جلسة ١٩٧٧/١١/١٥ – دالوز ٩٧٨ – ميشيل رقم ٢٠٧ – ١ ، راجع ما سبق رقم ٢٩ .
كذلك الشأن بالنسبة للمستندات المحاسبية (المادة ٦/٩ من قانون ١٩٨٣) راجع ما سبق رقم ٣٠ .

الالتزام المذكور يدخل ضمن التزام البائع بالتسليم أم لا . ونرى أن البائع لا يلتزم فى هذه الحالة بالتزكية الشخصية .

ويلاحظ أن الالتزام بالتزكية لا يصل إلى حد تعريف كل عميل بالمشترى شخصيا ، وإنما جرت العادة فى هذا الشأن بان يقوم كل من البائع والمشترى بطبع منشورات توزع على العملاء بما يفيد انتقال ملكية المحل إلى المشترى الجديد بتزكية البائع له وإظهار مزاياه واستمراره فى تقديم خدماته التى اعتادوا عليها .

الالتزام بعدم التعرض :

٢٢٨- يرتب عقد البيع طبقا للقواعد العامة التزاما فى ذمة البائع بعدم التعرض للمشترى حتى يتمكن من الانتفاع بالمحل انتفاعا كاملا . والتعرض من جانب البائع إما أن يكون تعرضا قانونيا وإما يكون شخصيا أى صادرا من ذات البائع أو غير شخصى أى صادرا من الغير .

والتعرض القانونى يضمنه البائع سواء كان تعرضا شخصيا أى صادرا منه شخصيا مثل قيامه ببيع ذات المحل المبيع مرة أخرى إلى تاجر آخر ، أو تعرضا صادرا من الغير مثل ادعاء هذا الغير بحق عينى على المتجر . أما التعرض المادى فيضمنه البائع إذا كان تعرضا شخصيا صادرا منه ولا يضمنه إذا كان صادرا من الغير . ومثال التعرض المادى الاعتداء المباشر على المحل التجارى فلا يسال البائع عن اعتداء الغير على اسم المتجر أو العلامة التجارية أو إذا سحبت السلطات العامة الترخيص بالاستمرار فى التجارة .

والتعرض فى عقد بيع المحل التجارى يتمثل فى امتناع البائع عن فتح محل مماثل لنشاط المحل المبيع فى ذات المنطقة طالما سيرتب على

ذلك منافسة المشترى بتحويل العملاء عن المحل للبيع ، ونقصان قيمته التى كانت الأساس فى تقدير الثمن ، فيلحق به ضررا أكيدا ويحرمه من تحقيق الغاية المنشودة من شراء المحل التجارى ، ألا وهى الاستمرار فى تردد العملاء .

والحكمة من التزام بائع المحل التجارى بعدم التعرض هى عدم الإضرار بالمشترى وفقده لعملائه إذا ما أنشأ البائع محلا تجاريا جديدا يباشر فيه ذات النشاط التجارى فى ذات منطقة المتجر أو المصنع المباع[١]. ومن ثم يجوز للبائع أن ينشئ محلا جديدا يزاول فيه عين النشاط إذا كان فى منطقة بعيدة عن نطاق نشاط المحل الأول . كما يجوز له من جهة أخرى أن ينشئ محل تجارة فى ذات المنطقة يزاول فيه نشاطا مختلفا عن النشاط الأول ، إذ أن ذلك لا يؤدى إلى منافسة المشترى . فالبائع مثلا لمحل تجارة أجهزة كهربائية فى حى معين يجوز له إنشاء تجارة مماثلة فى حى آخر بعيدا عن الأول كما يجوز له أن ينشئ تجارة ملابس جاهزة فى ذات الحى الأول .

وتضمن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ نصا قنن فيه ما استقر عليه الفقه والقضاء فى شأن مدى التزام البائع بعدم منافسة المشترى وحدود هذا الالتزام إذ تنص المادة (١/٤٢) على أنه « لا يجوز

---

(١) قررت محكمة النقض الفرنسية بدوائرها المجتمعة إدانة بائع المحل التجارى لأنه ينافس المشترى فى ذات العقار الذى تنازل فيه عن جزء من حق الانتفاع للمحل : ١٩٧٠/٥/٢٩ ال J.C.P ١٩٧٠ - ٤ - ١٨٩ .

ويعتبر القضاء الفرنسى مستقرا على أنه رغم خلو العقد من شرط «عدم التعرض» فأن بائع المحل التجارى تحت التزامه بالضمان يمتنع عليه منافسة المشترى سواء شخصيا أو بالتأجير لمنافسيه، نقض تجارى ٣٠ إبريل ١٩٦٥ الـ J.C.P. ١٩٦٧ - ١١ - ١٤٩٥٠ .

لمن تصرف فى المتجر بنقل ملكيته إلى الغير أو بتأجير استغلاله أن يزاول نشاطا مماثلا لنشاط المتجر بكيفية يترتب عليها ضرر لمن آلت إليه الملكية أو الاستغلال إلا إذا اتفق على خلاف ذلك » .

فهذا النص وضع مبدأ التزام البائع بعدم منافسة المشترى ، ولكن هذا محدد بضرر يعود على المشترى من جراء هذه المنافسة كما إذا أقام ذات النشاط بذات المنطقة وفى وقت معاصر لعقد البيع . على أننا نرى عدم جواز الاتفاق على منافسة البائع للمشترى على خلاف ما جاء بعجز ذات النص ، حيث يؤدى ذلك إلى ورود البيع على غير ذى موضوع لأن البائع إذا أقام تجارة مماثلة برضاء المشترى إنما يسترد عملاء المتجر المبيع الأمر الذى يفرغ عقد البيع من مضمونه .

وفى خصوص مدة الحظر ، وضع قانون التجارة بذات المادة فى فقرتها الثانية مدة عشر سنوات تحسب من تاريخ شهر التصرف ما لم يتفق على خلاف ذلك . ونرى أيضا أن هذه المدة طويلة خاصة فى عقود بيع المحال التجارية ذات النشاط المعتاد كالبقالة والملابس والأطعمة والأدوات الكهربائية ، وإن كانت محتملة فى عقود البيع المحال ذات النشاط المتميز كما فى بيع مصنع لإنتاج إطارات السيارات أو تصنيع أثاث من طابع خاص .

شرط عدم التعرض :

٢٢٩- الغالب الا يعتمد أطراف العقد على الالتزام المنصوص عليه قانونا بعدم فتح البائع لتجارة مماثلة ، ويشترط المشترى أن يتضمن عقد بيع المحال التجارى شرطا يحظر على البائع فتح محل مماثل للمحل المبيع

Clause de non rétablissement dans un commerce similaire.[١]

وقد اقر القضاء هذا الشرط طالما أنه يقتصر على حرمان البائع من مزاولة نوع التجارة خلال مدة معينة أو فى منطقة معينة . ومن ثم لا يجوز أن يكون شرط منع التعرض عاما ومطلقا شاملا لكل أنواع التجارة وفى كل مكان وزمان ، إذ أن ذلك يتضمن خروجا على مبدأ حرية التجارة وحرية العمل وهما من النظام العام . وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه بحكمها الصادر فى ١٩٦٣/٦/٧ بقولها « أن ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشترى فى انتفاعه بمتجره وبالامتناع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتفاع مما يتفرع عنه أن الالتزام بعدم المنافسة فى شتى صوره ومنها حظر التعامل مع العملاء لا يكون باطلا إلا إذا تضمن تحريم الاتجار كلية عن البائع لأنه يكون فى هذه الحالة مخالفا لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وهما من النظام العام[٢].

أما إذا كان الشرط محددا من حيث نوع النشاط ومن حيث الزمان أو المكان وكان التحديد معقولا ، وهو ما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، فإنه يكون صحيحا .

ويبين من هذا أن شرط عدم التعرض يكون باطلا إذا ورد بعقد البيع مطلقا فلا بد أن يكون هذا الشرط محددا بمدة معينة لان العملاء تتغير مع

---

(١) ويسمى أيضا Clause de non concurrence ويلجأ المشترى لهذا الشرط غالبا ، وعدم الاكتفاء بما يرتبه عقد البيع من التزام بعدم التعرض لغموض هذا الأخير فيما يتعلق بتحديد مداه .

(٢) طعن رقم ٣٧٨ لسنة ٣٦ (سنة ٣) ص٧٦٤ .

الوقت[١]، وقد وضع قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ نصا مقررا بالمادة (٢/٤٢) ، يفيد التزام البائع بعدم التعرض مدة عشر سنوات تحسب من تاريخ شهر التصرف عند عدم الاتفاق على مدة أقل ، وقد سبق أن ذكرنا أن هذه المدة تعد طويلة نوعا ما على التفصيل السابق إيضاحه . كما يجب أن يكون هذا الشرط محددا من حيث المكان فلا يجوز إطلاق شرط حرمان من القيام بذات التجارة فى المدينة بأسرها أو فى عدة مناطق .

وأخيرا فإنه يشترط فى الالتزام بعدم التعرض من جانب البائع أن يرد الشرط على تحريم نوع معين من التجارة هى التجارة المماثلة . وتقدير ما إذا كانت التجارة مماثلة يترتب عليها منافسة للمشترى أو غير مماثلة مسألة تقديرية متروكة لقاضى الموضوع ، على أن يراعى فى ذلك عدة عوامل منها المنافسة بين كل من المحل التجارى المبيع والمحل الجديد ومدى تعلق العملاء بشخص البائع وصلتهم به حتى ولو لم تكن المنتجات متماثلة تماثلا تاما ، فقد يكفى أن تضم تجارة البائع الجديد أنواعا متعددة من المنتجات تدخل ضمنها السلع التى يتجر بها مشترى المحل التجارى[٢].

---

(١) ويلاحظ أنه قد يحق للبائع إنشاء تجاة مماثلة حتى قبل انقضاء المدة المنصوص عليها فى الالتزام بعدم التعرض وذلك إذا مازالت أسباب هذا الالتزام كما إذا أغلق المحل نهائيا أو اعتزل صاحبة التجارة كلية او بسبب وفاته وعدم استمرار الورثة فى التجارة وذلك تطبيقا لقاعدة زوال الأثر عند زوال العلة .

(٢) وقد يعتبر تعرضا من بائع المحل التجارى تعاقده كشريك متضامن فى شركة تمارس ذات النشاط التجارى الذى يزاوله مشترى المتجر ذلك لأنه يعتبر مسئولا عن تعهدات الشركة . إذ قد يكون لشخص البائع اثر كبير فى تأسيس هذه الشركة أو إدارتها أو يتضمن عنوانها التجارى اسمه مما يكون له شأن فى جذب العملاء وبالتالى يؤثر على علاقة مشترى المحل التجارى بعملائه القدامى . أيضاً يعتبر عملا منافسا من البائع اشتغاله مأجوراً طرف محل منافس عند اشتراطه عدم منافسة المشترى ، نقض تجارى جلسة ١٩٨٥/٤/٢٢ – دالوز – سيرى ١٩٨٥ –١ – ٤٧٩ . ريبير رقم ٤٨٧ . وحكم بأن شرط عدم التعرض الوارد بعقد ==

مدى انتقال الالتزام بعدم المنافسة إلى خلفاء المشترى :

٢٣٠- المستفيد أساسا من شرط عدم المنافسة هو مشترى المتجر. على أن العقد قد يتضمن شرطا تنتقل بمقتضاه هذه القيود إلى المشترى الجديد إذا ما كان المتجر محلا لبيع من جانب المشترى . وفى هذه الحالة يستفيد من آل إليه المتجر بالبيع من كافة شروط عدم المنافسة قبل البائع الأول . وفى حالة عدم وجود مثل هذا الشرط يعتبر الرأى مستقرا على أن التزام البائع بعدم منافسة مشترى المحل التجارى بالقيام بتجارة مماثلة ينتقل إلى كل من يخلف المشترى فى ملكيته للمحل التجارى سواء أكان هذا الخلف هم ورثته الذين آلت إليهم ملكية المحل بعد وفاته ، أو مشترى المحل فى حالة التصرف فيه بالبيع لمشترى آخر . وسبق أن أوضحنا أن الالتزامات المتعلقة بعدم المنافسة تنتقل مع المحل التجارى عند بيعه باعتبارها وثيقة الصلة بعنصر الاتصال بالعملاء ومرتبطة به . ويؤسس الفقه الفرنسى حق من آل إليه المتجر على أساس دعوى استعمال حقوق المدين .

وقد استقر القضاء الفرنسى على أن شروط عدم المنافسة تنتقل فى حالة التنازل عن المحل التجارى ، على أساس أن مثل هذه الشروط لها صفة عينية أى أنها ليست التزامات شخصية[1] وذلك وفقاً لنص المادة (١٩٢٢) من القانون المدنى الفرنسى حيث يعتبر أن المتعاقد تعاقد عن نفسه وعمن يخلفه فى الحق .

== بيع المحل التجارى لتجارة التجزئة يمنع المشترى من المساس بتجارة الجملة لذات نوع البضائع (المجلة الفصلية ١٩٦٥ – ٨٢١ مع تعليق جوفريه) . كذلك بالنسبة لبائع مخبز عندما أراد العمل بسوبر ماركت (نقض جلسة ١٩٧٢/١١/٣) الـ J.C.p. ١٩٧٢ – ٤- ٢٨٣ ميشيل رقم ٧٢ – ٢ .

(١) انظر فى هذا الخصوص حكم محكمة روين سنة ١٩٢٥ فى ٢٨ نوفمبر – دالوز – ١٩٢٧-٢-١٧٢ ، انظر أيضا حكم ذات المحكمة سنة ١٩٦٣ فى ٢٩ مارس – دالوز – ١٩٦٤ –١– ٧٦ .

مدى امتداد التزام البائع بعدم المنافسة إلى إفراد أسرته أو ورثته عند وفاته :

٢٣١- ثار التساؤل عما إذا كان التزام البائع بعدم منافسة المشترى بإنشاء تجارة مماثلة التزاما شخصيا يلزم به وحده أم يمتد إلى غيره من الأشخاص سواء أثناء حياته ، فيلتزم به أفراد أسرته والخاضعين له ، أو بعد وفاته فيلتزم به ورثته .

نرى فى هذا الخصوص أنه وإن كان التزام البائع بعدم منافسة مشترى المحل التجارى بإنشاء تجارة مماثلة هو التزام شخصى يقع على عاتق بائع المحل التجارى وحده ، إلا أنه يمكن القول بتوافر المنافسة والتعرض فى كل حالة يتبين منها القاضى وجود تعرض من أحد الأشخاص التابعين للبائع أو الواقعين تحت تأثيره بقصد تحويل العملاء عن المشترى والعمل على جذبهم للتجارة الجديدة . كما يعتبر تعرضا يؤثر على تجارة مشترى المحل التجارى وعملائه قيام ورثة البائع بعد وفاته بإنشاء تجارة مماثلة تحمل ذات الاسم التجارى لمورثهم . والقول بغير ذلك يؤدى فى الواقع إلى التهرب من الإلزام بعدم المنافسة بطريق غير مباشر ، فيكفى أن يلجأ بائع المحل التجارى ، الذى يقع عليه التزام عدم التعرض ، للتهرب من التزامه إلى فتح محل تجارى مماثل باسم زوجته أو أحد أفراد أسرته الخاضعين له أو ممن يحمل لقبه رغم تحقق المنافسة للمشترى فى هذا الخصوص .

وقد حكمت محكمة تولوز الفرنسية فى يناير ١٩٦٦ بأن زوجة المدير الذى تعهد لرب العمل بعدم منافسته بإقامة تجارة مماثلة فى دائرة نشاطه ، لا تلتزم بهذا التعهد لأنه خاص بالمدير فقط [١]، وقد انتقد الفقه

---

(١) محكمة تولوز فى ٢٦ يناير ١٩٦٩ منشور بالـ J . C . P -٢- ١٤٨٣٠ ، مع تعليق رودبيه . ويميل القضاء الفرنسى إلى اعتبار هذه التعهدات شخصية لا تلزم==

هذا القضاء لأنه يمكن وفقا لهذا المبدأ التهرب من إلتزام عدم المنافسة بعمل تجارى مماثل باسم شقيق الملتزم أو أحد أفراد أسرته [١]. وعلى العكس حكم أيضا بفرنسا ، بأن مدى هذا الالتزام يقع على البائع وورثته[٢]. والواقع أن للقاضى مطلق الحرية فى تقدير ما إذا كان فتح المتجر بواسطة أحد أقارب البائع او ورثته يقصد به حرمان المشترى من عملائه أم لا .

شرط جواز التعرض :

٢٣٢- قد يحدث أن يضمن بائع المحل التجارى عقد البيع شرطا يتيح له التعرض للمشترى . ونرى فى هذه الحالة أن مثل هذا الشرط المطلق يكون باطلا ، إذ من شأنه أن يجعل عقد البيع لغوا حيث يترتب على فتح محل بذات النشاط سحب استرداد عملاء المتجر المبيع الأمر الذى يفرغ عقد البيع من مضمونه ويجعله غير وارد على محل على أن ذلك لا يمنع أنه يجوز للبائع أن يشترط فى عقد البيع أن له حق مزاولة نشاط تجارى مماثل فى مكان آخر ، إلا أنه يبقى ملزما بعدم إغراء عملاء المحل القديم واتباع وسائل لمنعهم من التعامل مع المشترى .

جزاء الإخلال بشرط الالتزام بعدم التعرض :

٢٣٣- إذا أخل البائع بالتزامه بعدم التعرض ، أو خالف الشرط المتفق عليه فى عقد البيع فإن ذلك يوجب مسئولية عقدية دون حاجة إلى إثبات المشترى للضرر الذى أصابه . وقضت محكمة النقض فى قضية

== أفراد أسرة بائع المتجر أو مؤجره ، نقض تجارى فى ١٢ فبراير ١٩٦٧ – البلتان ١٩٦٧ –٣– ٨١ .

(١) راجع ريبير رقم ٥٧٨ .

(٢) محكمة ليون جلسة ١٩٦٩/١١/٦ – دالوز سيرى ١٩٧١ ومحكمة باريس جلسة ٣٣/٦/١٥ – دالوز – ١٩٣٣ – ٤٥٠ .

تتعلق بشخص باع لآخر محلا تجاريا مع تعهده بعدم الاتجار فى ذات البضائع ، وخالف هذا الشرط فأقام عليه المشترى دعوى طالبا التعويض ، فأحالت المحكمة الدعوى للتحقيق لإثبات أن ضررا أصابه ، ثم قضت فى الموضوع برفض الدعوى . فطعن المشترى فى هذا الحكم التمهيدى بإحالة الدعوى للتحقيق ، وقضت محكمة النقض بأن البائع أخل بواجب الضمان الذى يلزمه بوصفه بائعا كما أخل بالشرط المتفق عليه فى عقد البيع وأن هذا الإخلال ما هو إلا تعرض للمشترى فى بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته التى كانت الأساس الذى بنى عليه الطرفان الثمن عند التعاقد ، ونقص قيمة المبيع على هذه الصورة هو بداية الضرر الذى أصاب المشترى من تعرض البائع وهو ضرر مفترض بحكم واجب الضمان الملتزم به البائع بمجرد الإخلال بهذا الشرط إذ يمثل ثمن الجزء من المبيع الذى حصل التعرض فيه من جانب البائع[١].

ويجوز للمشترى طبقا للقواعد العامة ، أن يطالب قضائيا البائع بالتعويض العينى ، كأن يطلب الحكم بإغلاق المحل الذى افتتحه البائع . ويكون للقاضى فى سبيل ذلك أن يفرض على البائع غرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه عن تنفيذ الحكم حتى يلزم بغلق المحل[٢] . وللقاضى أن يكتفى بالحكم النقدى[٣]عن الضرر الذى أصاب المشترى من جراء ذلك ،

---

(١) طعن رقم ٢٧٢ لسنة ٢٢ق جلسة ٨ مارس ١٩٥٢ ص٢٩١ .

(٢) ريبير رقم ٢٧٨ .

(٣) محكمة باريس فى ١٩٧٢/٧/٤ – دالوز سيرى ١٩٧٤ – ٢٠٥ . تطبيقا لذلك نقض جلسة ٢٤ يناير ١٩٧٩ – دالوز سيرى ١٩٧٩ – ٦١٩ ونقض تجارى جلسة ٢٤ يناير ١٩٧٩ – دالوز سيرى ١٩٧٩ – ٦١٩ ونقض تجارى جلسة ١٣ مارس ١٩٧٩ – دالوز سيرى ١٩٨٠ – ١ جلسة ١٠ مايو و ١٠ أكتوبر ١٩٨٣.
وقد حكم بوجود عيب خفى لما تبين ، أن البائع قد أنشأ عدة مؤسسات تجارية ثانوية واحتفظ بها دون بيعها مع المحل التجارى وبالتالى يحتفظ بعملائها الذين هم فى ذات الوقت عملاء المتجر الرئيسى محل البيع (ليون جلسة ==

ويقدر التعويض حسب الرأى الراجح بالقيمة الإجمالية للعمليات التى قام بها البائع فى مكان محله الجديد . وأخيرا يكون للمشترى أن يطلب فسخ البيع الصادر له من البائع .

الالتزام بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية :

٢٣٤- يلزم البائع بضمان استحقاق المبيع ، ومعنى ضمان الاستحقاق أن يدفع البائع عن مشترى المحل التجارى كل تعرض يأتى من جانب الغير يكون مستندا إلى سبب يرجع إليه ، فالبائع يضمن للمشترى ملكيته للمتجر ويلتزم بالرد على كل دعوى ترفع من الغير باستحقاق المحل المبيع كليا أو جزئيا ، فإذا ظهر أن المتجر مملوك كله او جزء منه للغير ، أو أن براءة الاختراع مثلا مملوكة للغير وحكم لهذا الغير باستحقاق البراءة، كان البائع ملتزما بأن يعوض المشترى عن هذا الاستحقاق .

وعلاوة على ما تقدم يلزم البائع بضمان العيوب الخفية فى المتجر، ويعتبر العيب خفيا إذا ما كان مؤثرا فى استغلال المتجر أو بعلاقة المحل بعملائه ، كما إذا اكتشف المشترى أن الرخص الممنوحة للمحل قد سحبت قبل عقد البيع أو قيدت بقيود تؤثر فى استغلال المحل ونشاطه تأثيرا بالغا . ومثال ذلك إذا صدر حكم أو قرار إدارى بغلق المصنع محل البيع ونقله إلى مكان ناء بعيدا عن العمران لعدم الضوضاء أو لانبثاق غازات منه تؤثر على صحة السكان . أو كما إذا كانت براءة الاختراع الداخلة ضمن عناصر البيع قد انقضت مدتها . ويخضع تقدير ما إذا كان العيب خفيا ومؤثرا فى استغلال المتجر أو غير مؤثر لسلطات قاضى الموضوع .

==١٠/١٠/١٩٦٨ – المجلة الفصلية ١٩٦٩ – ٤٤٣) . أيضا نقض مدنى جلسة ١٩٧٤/١٢/٣ الـ J.C.P ١٩٧٥ – ١١ – ١٨١٧٦ – ميشيل رقم ٢٠٧ – ٢ .

ثانيا : التزامات المشترى :

يرتب عقد البيع فى ذمة المشترى التزامين هما التزامه بتسلم المتجر والتزامه بالوفاء بالثمن المتفق عليه .

١- الالتزام باستلام المبيع :

٢٣٥- يجب على المشترى أن يقوم باستلام المحل المبيع فى الوقت المتفق عليه فى العقد . فان لم يوجد مثل هذا الاتفاق وجب اتباع أحكام العرف التجارى فى هذا الشأن ، وأن لم يوجد عرف تعين على المشترى أن يتسلم المتجر بمجرد انعقاد العقد مع مراعاة المدة المحددة لذلك[١] .

٢- الالتزام بدفع الثمن :

٢٣٦- يلتزم المشترى بالوفاء بالثمن والمصاريف الإضافية وفقا للاتفاق كالرسوم القانونية وأجرة السمسرة . والاتفاق هو الذى يحدد طريقة الوفاء بالثمن من حيث تجزئته (تقسيطه) أو دفعه جملة واحدة . والغالب أن يقسط المشترى الثمن كله أو جزءاً منه نظرا لضخامته . وفى هذه الحالة قد يحرر المشترى لمصلحة البائع سندات لأمر تسمى بسندات المتجر بعدد الأقساط المستحقة[٢].

وفى حالة تأجيل دفع الثمن وجب خصم ما يدفع منه وفقا لترتيب معين نص عليه المشرع فى المادة الأولى من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ المصرى ويبطل كل إتفاق مخالف لهذا الترتيب ، فهى قاعدة آمرة

---

(١) تنص المادة (١/٩٣) تجارى على أنه «١- إذا لم يحدد ميعاد التسليم، وجب أن يتم التسليم بمجرد إبرام العقد مالم تستلزم طبيعة المبيع أو يقضى العرف بتحديد ميعاد آخر».

(٢) ميشيل رقم ٢٠٩ .

متعلقة بالنظام العام ، فيخصم أولاً مما يدفع ثمن البضائع ، ثم ثمن المهمات ثم ثمن المقومات غير المادية والعناصر المعنوية . والتزام هذا الترتيب ليس شرطا لصحة عقد البيع ، وإنما هو شرط لإحتفاظ البائع بامتيازه .

والحكمة التى يبغاها المشرع من هذا التدرج فى الخصم من قيمة المبيع هى مراعاة مصلحة كل من المشترى والبائع على السواء ، فأما مصلحة المشترى فتتمثل فى أنه إذا احتفظ البائع لنفسه بحق الامتياز وفقا للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ ، كان حقه مقرراً على عناصر المحل التجارى بأكملها ، فأراد المشرع بتحديد كيفية السداد أن ينهى امتياز البائع على البضائع ثم المهمات أولاً لأنها العناصر التى يعتمد عليها أساسا المشترى فى التعامل مع الغير وخاصة دائنيه . وأما ما تبقى للبائع من ثمن مؤجل فيعتبر بالنسبة لهذه الأشياء دائنا عاديا .

وهذا التدرج فى مصلحة البائع أيضاً ، ذلك لأن البضائع والمهمات من المنقولات المادية واستمرار امتياز عليهما غير مجد فى حالة حيازة الغير حسن النية لها ، فأراد المشرع أن يضمن بقية دينه بالعناصر المعنوية.

والتزام المشترى بدفع الثمن يقتضيا أن ندرس ضمانات البائع فى حالة عدم الوفاء بالثمن كله أو جزء منه وهذه الضمانات تتمثل فى امتياز البائع ، وحق طلب الفسخ .

المبحث الثالث

ضمانات البائع

تمهيـــد :

٢٣٧- لبائع المحل التجارى ، طبقا للقواعد العامـــة ، فـــى ســـبيل الحصول على الثمن ذات الضمانات المقررة لبائع المنقول ، فله حق حبس المبيع إذا كان لا يزال تحت يده عند استحقاق الثمن . كما ان له حق طلب فسخ العقد واسترداد المبيع إذا كان قد سلمه للمشترى ، وأخيرا فإن له حق امتياز يستطيع بمقتضاه أن يستوفى دينه من ثمن المبيع بالأولويـــة علـــى باقى الدائنين إذا نفذوا على المبيع قبل أن يؤدى المشترى الثمن . بيـــد أن القانون التجارى وفقا للقواعد العامة حرم البائع من بعض هذه الـــضمانات فى حالة إفلاس المشترى ، إذ اسقط عنه حق الامتياز وحق طلب الفسخ . وجعل منه دائنا عاديا يتقاسم مع بقية الدائنين بالتساوى .

وهذا الوضع قد يجعل بائع المحل يشترط فى ســـبيل الـــدفاع عـــن مصلحته ، تعجيل الثمن أو تقديم رهون لضمات الوفاء به ، الأمـــر الـــذى يؤدى إلى إرهاق المشترى وعدم تيسير التعامل التجارى . ومن ثـــم عمـــد المشرع بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ إلى تقرير حق امتياز بائع المحـــل التجارى وحقه فى طلب الفسخ رغم إفلاس المشترى ، بشرط أن يقوم بقيد امتيازه وحقه فى رفع دعوى الفسخ فى السجل التجـــارى حتـــى يعلـــم دائنـــو المشترى عند التعامل معه حقيقة الضمان على المحل التجارى عند التنفيذ عليه.

وتضمن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ما يؤكد هـــذا الحـــق للبائع حيث نص فى المادة (٤١) علـــى أنـــه « اســـتثناء مـــن الأحكـــام المنصوص عليها فى باب الإفلاس يجوز لبائع المتجر الذى لـــم يـــستوف

الثمن بكاملة الاحتجاج على جماعة الدائنين فى تفليسة المشترى بحقه فى الفسخ واسترداد المتجر أو بحقه فى الامتياز إذا كان قد احتفظ بهذا الحق أو ذلك فى عقد البيع وذكر صراحة فى الملخص الذى شهر ولا يقع الفسخ أو الامتياز إلا على العناصر التى شملها » . كما نص على ضرورة قيد الامتياز وشهره بالمادة (٣/٣٧/و) حيث تنص على شهر التصرفات التى ترد على المتجر بالقيد بالسجل التجارى ، وأن يتضمن هذا القيد بيانات معينة منها الاتفاقيات المتعلقة باحتفاظ البائع فى الفسخ أو بحق الامتياز([1]).

ومما هو جدير بالذكر أن هذا الامتياز لا ينطبق إلا فى حالة بيع المحل التجارى بمعناه السابق إيضاحه . أما إذا اقتصر البيع على بعض عناصر المحل التجارى التى لا تكفى بذاتها لوجود المتجر فلا تنطبق هذه الامتيازات إنما تنطبق بشأنها القواعد العامة .

وسوف نتناول الأحكام الخاصة بامتياز البائع ودعوى الفسخ .

١- امتياز البائع

٢٣٨- يخضع امتياز بائع المحل التجارى لأحكام خاصة تجعله متميزا عن حق امتياز البائع وفقا للقواعد العامة . كما يترتب على هذا الامتياز الحق فى التقدم والأفضلية وسوف نتناول هذين الموضوعين بالدراسة .

أولا : الأحكام الخاصة بامتياز بائع المحل التجارى

أ - امتياز البائع يتجزأ :

٢٣٩- تقضى القواعد العامة بأن امتياز البائع لا يتجزأ . بمعنى أن

---

(١) في هذا الخصوص مؤلفنا أحكام الإفلاس طبعة ٢٠١٢ سالف الذكر بند (١٣٦) .

كل جزء من المبيع ضامن الثمن كله ، وكل جزء من الثمن مضمون بالمبيع كله ، بيد أن المشرع التجارى خرج على هذه القاعدة العامة فيما يتعلق ببيع المحل التجارى ، فنص فى المادة الأولى من قانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠[١] على تجزئة امتياز البائع إلى أقسام ثلاثة ، هى امتياز يقع على البضائع ، والثانى يقع على المهمات ، والثالث يقع على العناصر المعنوية. ولذلك أوجب المشرع أن يحدد فى العقد ثمن كل قسم . ولا يضمن كل عنصر إلا الثمن المحدد له فلا يتجاوزه إلى ثمن عنصر آخر . وينتهى الامتياز الذى يقع على كل قسم على انفراد[٢].

ب- وجوب اتباع ترتيب معين لتحرير عناصر المتجر :

٢٤٠- قضى المشرع بوجوب دفع ثمن البضائع أولا فإذا سدد كله استنزل المدفوع من ثمن المهمات حتى إذا ما استوفى هذا الثمن ، استنزل المدفوع بعد ثمن المقومات المعنوية . وبالتالى ينقضى امتياز البضائع أولا ثم المهمات وأخيرا امتياز العناصر المعنوية (المقومات غير المادية) .

والحكمة من هذا الترتيب المحدد هى الرغبة فى تطهير البضائع من امتياز البائع بأسرع ما يمكن لأنها مصدر ائتمان المشترى وأهم ما يعتمد عليه دائنوه . كما يعتمد عليها المشترى أساسا فى التعامل مع الغير . وأما ما تبقى للبائع من ثمن مؤجل فيعتبر بالنسبة لهذه الأشياء دائنا عاديا .

وقصد المشترى أيضا من هذا التحديد فى ترتيب العناصر التى

---

(١) وهى تقابل المادة الأولى فقرة ثانيا من قانون ١٧ مارس ١٩٠٩ الفرنسى .

(٢) وتعتبر هذه القاعدة آمرة بصريح النص فى المادة الأولى من قانون بيع ورهن المحال التجارية ، وكذلك القانون الفرنسى (المادة الأولى فقرة أولا من قانون المحال التجارية الفرنسى الصادر فى ١٧ مارس ١٩٠٩) .

تحرر بصفة أولية مصلحة البائع ، ذلك أن البضائع والمهمات من المنقولات المادية واستمرار امتيازه عليها غير مجد فى حالة حيازة الغير حسن النية لها فأراد المشرع أن يضمن بقية دينه بالعناصر المعنوية.

ج- بقاء امتياز البائع رغم إفلاس المشترى :

٢٤١- تقضى القواعد العامة فى القانون التجارى بحرمان بائع المنقول ، فى حالة إفلاس المشترى ، من طلب فسخ عقد البيع واسترداد المبيع إذا كان قد سلمه للمشترى إلا فى أحوال خاصة مبينه فى القانون . ولكن فى حالة بيع المحل التجارى قصد المشرع استثناء من هذه القواعد العامة ، إعطاء بائع المتجر الحق فى رفع دعوى الفسخ واسترداد المبيع رغم إفلاس المشترى والدخول نتيجة لذلك فى التفليسة باعتباره دائنا ممتازا لا يخضع لقسمة الغرماء . وقد نص قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على ذلك صراحة بالمادة (٤١) والتى تنص على أنه « استثناء من الأحكام المنصوص عليها فى باب الإفلاس يجوز لبائع المتجر الذى لم يستوفى الثمن بكامله الاحتجاج على جماعة الدائنين فى تفليسة المشترى بحقه فى الفسخ واسترداد المتجر أو بحقه فى الامتياز إذا كان قد احتفظ بهذا الحق أو ذلك فى عقد البيع وذكر صراحة فى الملخص الذى شهر ولا يقع الفسخ أو الامتياز إلا على العناصر التى شملها» . وسوف نشير إلى شروط تقرير امتياز البائع .

الشروط اللازمة لتقرير امتياز البائع :

٢٤٢- لكى يتقرر لبائع المحل التجارى امتياز على المبيع يجب توافر الشروط الأتية :

١- أن يكون عقد البيع مكتوبا ليكون صحيحا ، وأن تكون الكتابة إما بعقد رسمى أو بعقد عرفى متضمنا التصديق على توقيعات أو أختام

المتعاقدين . وقد نصت على ذلك المادة الأولى من القانون رقم١١ لسنة ١٩٤٠ . وقد سبق أن أوضحنا أنه طبقا لحكم المادة (١/٣٧) تجارى يجب أن يكون عقد بيع المحل التجارى مكتوبا وإلا كان باطلا وذلك اعتبارا من أول أكتوبر ١٩٩٩ تاريخ نفاذ أحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

٢- يجب أن ينص عقد البيع على تجزئة الثمن إلى ثلاثة أجزاء ، جزء يحدد للبضائع ، وجزء يحدد للمهمات وجزء يحدد للعناصر المعنوية ، فيبدأ بسداد ثمن البضائع ثم المهمات ، فإذا سدد كله استنزل المدفوع من ثمن العناصر المعنوية . والحكمة من ذلك ، كما سبق أن أوضحنا هى الرغبة فى تطهير البضائع من امتياز البائع بأسرع ما يمكن لأنها مصدر ائتمان المشترى وأهم ما يعتمد عليه دائنوه .

٣- يجب أن يشهر عقد بيع المحل التجارى بقيده فى سجل خاص معد بمكتب السجل التجارى الكائن بدائرته المحل التجارى . وإذا شمل البيع فرعا للمحل التجارى بمصر وجب اتخاذ إجراءات القيد فى مكتب السجل التجارى بالمحافظة التى يوجد فى دائرتها هذا الفرع . وإذا كان ما بيع هو الفرع وحده أجرى القيد فى كل من مكتبى السجل التجارى بالمحافظة التى يوجد فى دائرتها المحل الرئيسى والفرع (المادة ٣) . ويجب أن يتم القيد فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ البيع وإلا كان القيد باطلا (المادة ٢)، بمعنى أنه لا يترتب عليه بقاء امتياز البائع ، وذلك حتى يعلم الغير بأن المشترى لم يدفع ثمن المتجر . ويوجب القانون على البائع أن يقدم لدى طلب القيد صورة من عقد البيع مصدقا عليها إذا كان رسميا أو اصل العقد إذا كان عرفيا . كما يجب على البائع ان يتقدم بالبيانات الواردة بالمادة ١٩ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ كاسم المشترى ، وبيان المحل التجارى والفروع التابعة له إذا وجدت ، وثمن المبيع للأدوات والبضائع ومقومات

المحل التجارى ... الخ .

وسبق لنا أن أشرنا إلى أنه طبقا للمادة (١/٣٧) من قانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ يجب أن يتضمن شهر عقد بيع المتجر بالسجل التجارى بياناً بالثمن الذى تم به البيع وقدر المؤجل منه بالإضافة إلى احتفاظ البائع بحق الامتياز أو الفسخ فى حالة تأجيل الثمن أو جزء منه .

ويتجدد القيد كل خمس سنوات إذا أراد البائع الاحتفاظ بامتيازه إلى ما بعد السنوات الخمس المحددة لبقاء الامتياز فإذا تم التجديد احتفظ الامتياز بمرتبته .

الامتياز لا يتقرر على العناصر المادية إلا فى حالة الاتفاق صراحة على ذلك :

٢٤٣- الأصل أن للمتعاقدين حرية تحديد العناصر التى تكون محلا للامتياز . فقد يتفقا على أن تكون كل العناصر المعنوية والمادية محلا للامتياز أو بعضهما فقط . أما إذا أغفل المتعاقدان تحديد محل الامتياز باتفاق صريح ، فقد نصت المادة الرابعة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ على أن الامتياز فى هذه الحالة لا يقع إلا على عنوان المحل التجارى وأسمه والحق فى الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية . ويتضح من هذا أن المشرع قصد استبعاد العناصر المادية من امتياز البائع فى حالة سكوت الطرفين عن النص على محل هذا الحق ، باعتبار تلك العناصر هى أساس نشاط استغلال المتجر ، والضمان لدائنى المشترى . وهذا لا يمنع ، كما سبق أن ذكرنا ، أطراف العقد من حقهما فى النص على شمول الامتياز لتلك العناصر المادية . وقد خرج المشرع بذلك عن القواعد العامة التى تقضى بأن يشمل الامتياز محل العقد كله فى حالة عدم تحديد الطرفين لما يقع عليه الامتياز .

حقوق البائع التى يتضمنها الامتياز :

٢٤٤- الامتياز المقرر لبائع المحل التجارى يضمن الثمن وعائده وكذا المصروفات الخاصة بالعقد وإجراءات قيده إلا إذا اتفق على خلاف ذلك . ويضمن الامتياز العائد لمدة سنتين فقط سواء أكانت هاتان السنتان تاليتين للقيد مباشرة أم عن أى سنتين يتفق عليهما وذلك طالما لم يسقط حق البائع بالتقادم .

ثانيا : الآثار التى تترتب على امتياز البائع :

حق التقدم :

٢٤٥- امتياز البائع يخول له ، وفقا للقواعد العامة فى القانون المدنى ، الحق فى استيفاء دينه بالأفضلية على غيره من الدائنين الممتازين التالين له فى المرتبة ، بمعنى أنه يستوفى حقه بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين وأصحاب القيود التى تجرى على ذات المبيع طالما أنها تالية له فى تاريخ القيد. بيد أن المشرع فى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠، حرصا منه على تشجيع التعامل التجارى ، خرج على هذا الأصل العام وقرر لبائع المحل التجارى أفضلية فى استيفاء دينه على غيره من الدائنين الممتازين – كالدائن المرتهن للمتجر – حتى ولو كان امتياز البائع تاليا له فى القيد ، طالما قيده خلال الخمسة عشر يوما التالية لتاريخ البيع حتى ولو كان هذا الدائن قد قام بقيد حقه فى تاريخ سابق على امتياز البائع[١] . وقد روعى فى تقرير هذا الاستثناء منع المشترى من الإضرار بمصلحة البائع الذى لم يستوف كامل حقه بتقرير رهون على المتجر عقب شرائه مباشرة .

---

(١) فإذا بيع مثلا محل تجارى فى ١٠ يناير سنة ٢٠١٢ ، وقام مشتريه بإجراء رهن عليه ، قيده صاحبه فى ذات التاريخ بينما تراخى البائع فى قيد امتيازه حتى ٢٠ يناير من ذات العام . فإنه رغم ذلك كان للبائع أسبقية استيفاء حقه على الدائن المرتهن .

حق التتبع :

٢٤٦- يخول الامتياز أيضا بائع المحل التجارى ، إذا تصرف المشترى فى المتجر إلى الغير قبل سداد المستحق من الثمن ، الحق فى تتبع المتجر تحت يد من آل إليه . ولا يستطيع حائز المحل الجديد أن يحتج فى مواجهة البائع بقاعدة «الحيازة فى المنقول سند الملكية» لأن هذه القاعدة خاصة بالمنقولات المادية ومن ثم لا يخضع لتلك القاعدة . أما إذا كان امتياز البائع مقررا على العناصر المادية كالبضائع والمهمات ، وتصرف المشترى فى بعض تلك العناصر وتسلمها المتصرف إليه ، كان له حق التمسك فى مواجهة البائع بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية إذا كان حسن النية ، وفى هذه الحالة يكون للبائع حق الرجوع على المشترى .

٣ - دعوى الفسخ

خصائص دعوى الفسخ :

٢٤٧- لبائع المحل التجارى ، إذا لم يقم مشتريه بدفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه فى العقد ، طبقا للقواعد العامة أن يطلب فسخ البيع واسترداد المتجر ، حتى ولو كان المشترى قد تصرف فيه إلى آخر حسن النية .

وقد جاء المشرع بأحكام خاصة بدعوى فسخ بيع المحل التجارى فى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ ، وذلك استثناء من القواعد العامة فنص فى المادة الخامسة على أن « لا تقبل تلقاء الغير دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن إلا إذا كان قد احتفظ بها صراحة فى القيد ولا ترفع الدعوى إلا عن أجزاء المحل التى كانت محلا للبيع دون غيرها واستثناء من حكم المادة

٣٤٥ من القانون التجارى لا يمنع الإفلاس من رفع دعوى الفسخ »[١].

ويتضح من هذا النص الأحكام التالية :

أولاً : أن بائع المحل التجارى ، خلافا للقواعد العامة ، لكى يحتفظ بحقه فى طلب الفسخ بسبب عدم دفع المشترى المستحق ، أن ينص صراحة فى عقد البيع على احتفاظه بهذا الحق ، وأن يذكر صاحبه عند قيامه بقيد امتيازه فى مواجهة الغير . وأكدت ذلك الحكم المادة (٤١) تجارى كما سبق القول ، كما نصت على ضرورة ذكر احتفاظ بائع المحل التجارى بحقه فى رفع دعوى الفسخ بالسجل بالإضافة إلى قيده بالسجل الخاص ببيع المحال التجارية المادة (٣/٣٧/و) من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث تنص على أنه من بين البيانات الواجب شهرها بالسجل التجارى «الاتفاقات المتعلقة باحتفاظ البائع بحق الفسخ أو بحق الامتياز» .

ثانياً : إذا استوفى البائع الإجراءات السابق الإشارة إليها يحق له طلب الفسخ واسترداد المتجر ولو أفلس المشترى وذلك استثناء من القواعد العامة التى تمنع ذلك ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة (٤١) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ كما سبق القول .

ثالثاً : إذا استند البائع فى طلب الفسخ إلى سبب آخر خلاف الامتناع عن دفع الثمن المستحق أو العائد أو المصاريف خضع طلب الفسخ للقواعد العامة فى عقد البيع المدنى كما إذا امتنع المشترى عن الاستلام أو عن تنفيذ الالتزامات الأخرى كعدم تعاونه مع البائع فى القيام بإجراءات نقل رخصة المتجر . والفسخ فى هذه الحالة يكون متعذرا فى حالة إفلاس

---

(١) هذا النص الذى أشار إلى حكم المادة (٣٤٥) تجارى صدر فى ظل المجموعة التجارية الملغاة .

الفصل الثالث

رهن المحل التجارى

تمهيد :

٢٤٩- نظم المشرع المصرى الرهن التجارى بقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى الفصل الثالث من الباب الثانى بالمواد من ١١٩ إلى ١٢٩ . وقد عالج المشرع فى المواد المشار إليها أحكام الرهن الحيازى الذى يقع على المنقولات فقط سواء المادية منها أو المعنوية قاصداً بذلك ترك الرهن التأمينى والحيازى العقارى إلى القواعد العامة المنصوص عليها فى المجموعة المدنية ، كما أن المواد المشار إليها تسرى فقط على كل رهن يتقرر على منقول ضماناً لدين يعتبر تجارياً بالنسبة إلى المدين دون الأنواع الخاصة الأخرى من الرهن الحيازى التى تخضع للنظم القانونية الخاصة بها . والواقع أن المشرع لجا إلى تنظيم أحكام الرهن التجارى على المنقولات نظراً لأنه المنتشر عملاً فى الحياة التجارية .

ويترتب على الرهن الحيازى نقل حيازة الأشياء المرهونة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص ثالث حتى يسرى الرهن فى مواجهة الغير[١]. ويؤدى نقل الحيازة هذا غالباً إلى الأضرار بالتاجر خاصة إذا كانت هذه الأشياء ذات قيمة كالسفن أو الطائرات أو المحل التجارى باعتبارها عناصر إنتاج حيث يخشى أن تتوقف أعماله التجارية إذا

---

(١) تنص المادة (١/١٢٠) تجارى على أنه « ١- يشترط لنفاذ الرهن فى حق الغير أن تنتقل حيازة الشئ للمرتهن أو إلى عدل يعنيه المتعاقدان وأن يبقى الشئ المرهون فى حيازة من تسلمه حتى انقضاء الرهن » .

ما قرر رهنها[١] . لذلك ظهر نوع جديد من الرهن استجابة للضرورات التجارية لا تنتقل فيه حيازة الشئ المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن . وقد اخذ المشرع الفرنسى بهذا النوع من الرهن فى عدة مجالات تتناسب مع طبيعة الأشياء المرهونة كما هو الحال فى رهن السفن البحرية والطائرات والمحل التجارى والمراكب النهرية والآلات المستخدمة فى المجال الصناعى ورهن الأفلام السينمائية ورهن السيارات لصالح البائع ضماناً لدفع الثمن من قبل المشترى .

أما المشرع المصرى فقد أخذ بهذا النوع من الرهن الذى لا تنتقل فيه حيازة الشئ المرهون فى مجال أقل بكثير عنه فى التشريع الفرنسى إذ لم ينص عليه إلا بمناسبة رهن السفن والطائرات التجارية ورهن المحل التجارى .

المحل التجارى منقول معنوى يتم رهنه دون نقل الحيازة :

٢٥٠- اصطلاح المحل التجارى لا يعنى المكان الذى يمارس فيه التاجر أعماله التجارية ، أو البضائع الموجودة بداخل المحل أو الأثاث الكائن به ، بل هو فكرة معنوية تنطوى تحتها مجموعة أموال لا تكون إلا منقولة ، معنوية كانت أم مادية ، إلا أن مجموعة الأموال هذه مستقلة استقلالاً تاماً عن مفرداتها . كما سبق أن أوضحنا أن المحل التجارى مال منقول معنوى ، يتضمن مجموعة أموال منقولة مخصص لمباشرة حرفة تجارية معينة ، وقد يسمى بالمتجر أو المصنع تبعا لنوع النشاط الذى يزاوله الشخص وإن كان يشمل عناصر مادية كالسلع والمهمات وعناصر معنوية كالعنوان والاسم التجارى والحق فى الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية وحقوق الملكية الصناعية إلا أن له قيمة اقتصادية

---

(١) رينيه روديير . القانون التجارى ، دالوز ، الطبعة السابعة ١٩٧٥ ص٢٧٧ إلى ٢٣٨ .

منفصلة تختلف عن القيمة الذاتية لكل من هذه العناصر على حدة ، إذ هو يمثل هذه العناصر مجتمعة منظوراً إليها كوحدة مستقلة لها قواعدها وأحكامها الخاصة .

وقد عرف المشرع المحل التجارى بالمادة (١/٣٤) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بأنه « مجموعة من الأموال المنقولة تخصص لمزاولة تجارة معينة ويجب أن تتضمن عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية » . ونحيل فى شأن التعريف بالمحل التجارى وعناصره تفصيلاً إلى ما سبق شرحه من دراسة فى هذا المؤلف[١].

رهن المحل التجارى دون نقل حيازته :

٢٥١- تقضى القواعد العامة فى رهن المنقول ضرورة انتقال الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل لسريانه فى حق الغير وأن يبقى الشئ المرهون فى حيازة من تسلمه منهما وذلك وفقاً لنص المادة (١/١٢٠) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ كما سبق القول.

ولما كان المحل التجارى من الأموال المنقولة ، كما سبق أن أوضحنا ، فكان المفروض أن تنتقل حيازته عند رهنه . غير أن المشرع خرج على هذا الأصل العام بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ وأجاز استثناء رهن المحل التجارى دون أن تنتقل حيازته إلى الدائن المرتهن . والحكمة التى قصدها المشرع هى تيسير الائتمان التجارى ، ذلك لأن فى انتقال الحيازة ما يحرم المدين الراهن من استغلال عنصر من عناصر الإنتاج الهامة بالنسبة له . فالمتجر هو أساس نشاط التاجر ، فلا يتصور أن يكون رهنه سبباً لحرمان التاجر من مزاولة نشاطه .

---

(١) ما سبق رقم ١٨٢ وما بعدها.

هذا ويخضع رهن المحل التجارى إلى أحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ رغم صدور القانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ وقضت محكمة النقض أن إصدار المشرع القانون ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها وتضمينه قواعد فيها خروج عن الأحكام الواردة فى باب الرهن التجارى فى القانون التجارى والقواعد المنظمة للأوامر على عرائض واختصاص قاضى الأمور المستعجلة فى قانون المرافعات. لازمة استمرارها نافذة حتى بعد صدور القانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ وقانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ . لا ينال من ذلك النص فى عجز المادة الأولى من مواد إصدار كل منهما على إلغاء كل حكم يتعارض مع أحكامه[١].

والمشرع حينما قرر عدم انتقال حيازة المتجر المرهون إلى الدائن المرتهن راعى فى ذات الوقت مصلحة الدائن المرتهن أيضاً ، إذ قرر حمايته من إهمال وعبث المدين الذى يؤدى إلى إضعاف ضمانه وذلك بالنص فى المادة (١٣) من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ على مسئولية المدين فى حفظ الأشياء المرهونة بحالة جيدة دون أن يكون له الحق فى الرجوع على الدائن بشئ مقابل ذلك[٢].

وفرض المشرع عقوبة جنائية على المدين إذا ما بدد المهمات المرهونة فنص فى المادة ١٨ مكرر من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ على أن «كل من بدد أو أتلف عمداً إضراراً بالغير ، مهمات أو آلات أو

---

(١) الطعن رقم ٤٢١ لسنة ٧١ق – جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٨ المستحدث من المبادىء التى قررتها الدوائر التجارية والضرائب بمحكمة النقض من أول أكتوبر سنة ٢٠٠١ حتى ٣٠ سبتمبر ٢٠٠٢ .

(٢) وذلك على خلاف الحال فى رهن المنقول مع نقل الحيازة حيث يلزم المشرع الدائن الحائز بالمحافظة على الرهن وصيانته على نفقة المدين الراهن (المادة ١٢٥ تجارى) .

أثاث المحل التجارى المرهونة منه طبقاً لهذا القانون يعاقب بالعقوبة المقررة فى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات» .

خطة الدراسة :

٢٥٢- تقتضينا دراسة رهن المحل التجارى بحث الشروط الواجب توافرها فى رهن المحل التجارى وفيما يقع عليه الرهن وأخيراً بحث آثار هذا الرهن .

المبحث الأول

الشروط الواجب توافرها فى رهن المحل التجارى

تمهيد :

٢٥٣- سبق أن أوضحنا أن حيازة المتجر لا تنتقل إلى الدائن المرتهن خلافا للقواعد العامة لرهن المنقول . ولما كانت الحيازة هى فى الواقع الدليل على علم الغير برهن المنقول عموما ، فإن عدم انتقاله قد يؤدى إلى اعتقاد الغير بعدم الرهن خاصة وأنه لا يترتب على الرهن منع المدين من التصرف فى الشئ المرهون . لذلك اشترط المشرع فى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ وقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ شروطا خاصة وإجراءات معينة منها إحاطة الرهن بوسائل العلانية والشهر حتى يستطيع الغير الذى يتعامل مع المدين أن يكون على بينة بما أجراه الراهن من قيود على المحل التجارى . وسوف نتناول دراسة هذه الشروط والإجراءات .

أولا : كتابة عقد الرهن ركن انعقاد :

٢٥٤- تنص المادة ١ من قانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ على أنه «الرهن يثبت بعقد رسمى أو بعقد عرفى مقرون بالتصديق على توقيعات أو أختام المتعاقدين . ويجب أن يشتمل العقد على تصريح من المدين عن قيام

امتياز البائع على الشئ المرهون أو خلوه منه وعن وجود أى حق عينى عليه بوصفة عقارا بالتخصيص ويجب كذلك أن يشتمل على اسم الشركة التى أمن عليه ضد خطر الحريق » ، ويلاحظ من هذا النص أن المشرع يتطلب كتابة عقد الرهن. وكما سبق أن أوضحنا بمناسبة عقد بيع المحل التجارى كانت الكتابة مطلوبة هنا لإثبات الرهن وتمسك الدائن المرتهن بحقه فى مواجهة الغير ، على أنه طبقا لحكم المادة (١/٣٧) من قانون التجارة أصبحت الكتابة ركن انعقاد فى عقد رهن المحل التجارى ، بمعنى أن تخلف الكتابة يجعل عقد الرهن باطلا ، وفى ذلك تنص المادة (١/٣٧) على أن «كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عينى عليه أو تأجير استغلاله يجب أن يكون مكتوبا وإلا كان باطلا»[١].

---

(١) د. محسن شفيق مؤلفه «القانون التجارى» الجزء الأول فقرة ٦٧ والمطول فقرة ٧٢، انظر أيضا ذات المعنى د. على البارودى – القانون التجارى طبعة ١٩٦٣الطبعة الثانية ص١٤٢ فقرة ٩٤ حيث يذكر أن الكتابة التى تتطلبها المادة ١١ «ليست شرطا للإثبات كما يبدو من ظاهر النص، وإنما هى شرط فى الانعقاد، فعقد رهن المحل التجارى عقد شكلى . ولا شك أن اشتراط الكتابة أمر تقضيه ضرورة شهر عقد الرهن إلا أن النص لا يكتفى بالكتابة العرفية العادية وإنما يتطلب إما كتابة رسمية وإما التصديق على التوقيعات وهو إجراء كفيل بأن يشعر التاجر بخطورة ما هو مقدم عليه» . وأيضا مؤلفه «القانون التجارى» طبعة ١٩٧٥ ص٣٠٠ رقم ٢٦٠، انظر فى هذا الرأى د. على يونس ، المحل التجارى ص٢٨٨ وما بعدها .
والواقع أن اعتبار الكتابة شرطا لانعقاد العقد لم يكن يستفاد من صياغة النص ، ولو قصد المشرع ذلك لنص صراحة عليه ولأصبح عقد رهن المحل التجارى من العقود الشكلية .
وكان الدكتور/ أكثم أمين الخولى مؤلفه السابق فقرة ٣٢ يرى فى هذا الشأن « ... نحن نعتقد أن الكتابة هنا ليست إلا شرطا لازما لجواز قيد الرهن أى شرطا لسريانه على الغير ، ولا نرى لماذا يجب أن يختلف دور الكتابة هنا عن دورها فى حالة بيع المتجر وهو مجرد الاحتفاظ بالامتياز ، أما أن تكون الكتابة ركنا فى العقد الذى يصبح شكليا فهو مالا يمكن القول به دون نص صريح » .
انظر أيضا د. مصطفى طه ، رقم ٦٢٣ ، د. على جمال الدين نفس المعنى ص٥٦، ومؤلفه الموجز ص١٩٤ رقم ٢٤١ .

والكتابة يجب أن تكون بعقد عرفى مقرون بالتصديق على توقيعات أو أختام المتعاقدين أو بعقد رسمى طبقا لحكم المادة الأولى من قانون ١١ لسنة ١٩٤٠ .

ثانيا : شهر عقد الرهن :

٢٥٥- يجب شهر عقد الرهن ، ويتم ذلك بقيده فى سجل يخصص لهذا الغرض بمكتب السجل التجارى بالمحافظة التى يوجد فى دائرتها المحل التجارى . وإذا شمل الرهن فرعا للمحل التجارى أو أثاثا أو آلات توجد فى دائرة محافظة أخرى وجب القيد أيضا فى مكتب السجل التجارى بالمحافظة التى توجد بدائرتها هذه الأشياء فإذا كان الشىء المرهون هو الفرع أو الأثاث أو الآلات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أجرى القيد فى مكتب السجل التجارى بالمحافظة التى يوجد بدائرتها الشئ المرهون وأيضا بمكتب السجل التجارى بالمحافظة التى يوجد بدائرتها المحل التجارى .

وأكدت ضرورة شهر عقد الرهن سواء بقيده فى سجل خاص أو بقيد مخلص عقده بالسجل التجارى المادة (٣٧) تجارى فى فقرتيها الثانية والثالثة حيث طبقا للفقرة الثانية يقيد التصرف فى المتجر فى سجل خاص يصدر بتنظيمه قرار من الوزير المختص ويحفظ بمكتب السجل التجارى . كما تتطلب الفقرة الثالثة من ذات المادة (٣٧) شهر التصرف بالرهن بالقيد بالسجل التجارى وأن يشتمل هذا الشهر على أسماء وعناوين وجنسية أطراف عقد الرهن وتاريخ العقد ونشاط المتجر وعنوانه وعناصر المتجر التى شملها الرهن وقيمة الدين .

ثالثا : أن يتم الشهر خلال خمسة عشر يوما :

٢٥٦- أوجب المشرع كذلك أن يتم شهر الرهن خلال الخمسة عشر يوما التالية لتاريخ إبرام العقد وإلا كان باطلا . بمعنى أنه إذا لم يتم الرهن

لقيده فى السجل المعد لذلك بمكتب السجل التجارى خلال هذه المدة يعتبر عقد الرهن باطلا . على أنه وفقا للمستقر عليه فقها فإن عقد الرهن إذا استوفى شروطه وتم كتابته طبقا لحكم المادة (٢/٣٧) تجارى سالفة الذكر كان عقدا صحيحا منتجا لآثاره بين عاقديه وبذلك يكون تخلف قيد الرهن بالسجل المعد لذلك بمكتب السجل التجارى ، وشهر هذا العقد ملخصه بالسجل التجارى طبقا لحكم المادة (٣/٣٧) ،هو عدم سريان الرهن فى مواجهة الغير دون عقد الرهن ذاته المستوفى لشروطه القانونية[١].

فالقيد بالسجل التجارى كنقل الحيازة فى رهن المنقول العادى هو شرط لسريان الرهن فى حق الغير . إذ بمقتضى هذا القيد يستطيع الغير رغم استمرار المدين الراهن فى حيازة محله التجارى واستثماره له ، أن يعلم بحق الدائن المرتهن .

ويثار التساؤل عن مدى بقاء حكم اشتراط قيد الرهن خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إبرام العقد فى ضوء المادة (١/٣٧) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والتى لم تشترط هذه المدة لإجراء القيد ، خاصة وأن المادة (١/٤٣) قررت سريان القوانين والقرارات الخاصة فى شأن بيع ورهن وتأجير استغلال المتجر مع مراعاة الأحكام التى نص عليها. والواقع أن مدة الخمسة عشر يوما لا تمثل إجراء جوهريا فى شأن صحة عقد الرهن وإنما مجرد سريان هذا الرهن فى مواجهة الغير الأمر الذى يترتب عليه عند عدم إجرائه او إجرائه بعد مدة الخمسة عشر يوما ، إما عدم سريان الرهن فى مواجهة الغير أو تأخير سريانه فى حق هذا الأخير الأمر الذى لا يضر مطلقا بمصالح المتعاملين مع المتجر والذى

---

(١) قارن د. محسن شفيق ، انظر د. على البارودى « القانون التجارى » طبعة ٧٥ ص٣٠١ ، المرجع السابق فقرة ٦٧ .

تتحدد حقوقهم على المحل التجارى بإجراء القيد من عدمه .

وقد أوجب المشرع علاوة على قيد الرهن بالسجل الخاص وفى السجل التجارى ، أن يشهر أيضا فى صحيفة تسمى «جريدة بيع المحال التجارية أو رهنها» . وتصدر هذه الجريدة فى الأسبوع الثانى من كل شهر وتشهر فيها عقود الرهن التى يتم قيدها وفقا لأحكام القانون فى بحر شهرين من قيدها ، كما يشهر فيها تجديد القيد والبيانات المضافة أو المعدلة ومحو القيد وذلك فى خلال شهرين من التجديد أو الإضافة أو المحو.

رابعا : اتخاذ إجراءات الشهر لعناصر المتجر بما يتفق وطبيعتها :

٢٥٧- إذا كان الرهن واقعا على عقار بالتخصيص وجب على الدائن أن يتبع علاوة على ما تقدم من إجراءات الأحكام الخاصة بالرهن العقارى . وإذا اشتمل رهن المتجر على عناصر تستدعى إجراءات معينة لرهنها وجب استيفاء هذه الإجراءات حتى يسرى رهنها فى مواجهة الغير مثل اشتمال الرهن على علامة تجارية[١] أو براءة اختراع. وأكدت هذه الأحكام المادة (٢/٤٣) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث تنص على أنه «كما تسرى فى شأن الأسماء التجارية والسمات التجارية والعلامات التجارية والرسوم الصناعية أو الملكية الأدبية القوانين والقرارات الخاصة بذلك».

ويتم القيد بنسخ البيانات الواردة بالمحافظة بالسجل الخاص[٢] ويرد

---

(١) وطبقا لحكم المادة (٨٩) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية لا يكون نقل ملكية العلامة التجارية أو تقرير حق الانتفاع عليها أو رهنها حجة على الغير إلا بعد التأشير بذلك فى السجل ونشره بالكيفية التى تحددها اللائحة التنفيذية .

(٢) فى حالة بيع المحل التجارى أو رهنه يجب إجراء الإشهار اللازم فى السجل المخصوص علاوة على التأشير بحصول البيع أو الرهن فى السجل التجارى . فلا يغنى اتخاذ الإجراء اللازم فى أحد السجلين عن اتخاذ الإجراء المطلوب فى السجل الآخر .

مكتب السجل التجارى إحدى نسختى الحافظة للطالب مؤشرا بما يفيد إجراء القيد مع ذكر تاريخه ورقمه .

ويحتفظ مكتب السجل التجارى بصورة من كل عقد يودع لديه طبقا لأحكام المادتين (١٩ ، ٢٠) من قانون ١١ لسنة ١٩٤٠ .

ويلاحظ أنه إذا حدث أى تغيير أو تعديل فى البيانات المنصوص عليها فى المادة (١٩) ، فعلى الدائن المرتهن أن يطلب إثباته طبقا للأوضاع التى تقررها اللائحة التى وضعت لتنفيذ هذا القانون (المادة ٢٠).

وقد تعرضت المادتان (٢٧، ٢٨) من ذات القانون لحالة محو قيد الرهن من السجل ويكون ذلك إما بتراضى أصحاب الشأن فى القيد أو بمقتضى حكم حائز لقوة الشئ المقضى به . كما لا يجوز الشطب الجزئى أو الكلى إلا بصدور حكم أو إيداع الطالب عقدا رسميا يثبت رضاء الدائن ويتم الشطب بالتأشير به فى هامش القيد .

والقيد على النحو السابق شرحه لا يحفظ مرتبة الرهن إلا لمدة خمس سنوات فقط من تاريخه . ويعتبر لاغيا إذا لم يجدد خلال هذه المدة (المادة ٢٣) .

خامسا : أن يكون الدائن المرتهن أحد البنوك المرخص لها :

٢٥٨- أضاف المشرع شرطا موضوعيا جوهريا لا يكون الرهن صحيحا بدونه هو ضرورة أن يكون الدائن المرتهن أحد البنوك أو بيوت التسليف التى يرخص لها بذلك الوزير المختص بالشروط التى يحددها بقرار يصدره (المادة ١٠) . فهذا النص يخول للوزير المختص أن يحدد شخص الدائن المرتهن والشروط التى يمكن الرهن بمقتضاها[١].

---

(١) فى هذا الشأن صدرت قرارات وزير التجارة سنة ١٩٤٣ رقم ٢٢١ ، ٣٨٦ ، سنة ١٩٤٥ رقم ٢١٣ ، سنة ١٩٤٨ رقم ٢١٣ ، سنة ١٩٥٦ رقم ٢١٧ ، ٣٨٧، (=)

وبصدور قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ يجوز رهن المحال التجارية لدى البنوك الأجنبية ضماناً للتمويل والتسهيلات الائتمانية التى يجرى استخدامها فى جمهورية مصر العربية (المادة ٢/١٠٤) من القانون[١]. كما صدر القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٥ بتعديل المادة (٢/١٠٤) بإضافة مؤسسات التمويل الدولية[٢].

والمقصود من هذا الشرط هو مراعاة مصلحة المدين الراهن حتى لا تكون حاجته إلى النقود سببا فى استغلال الغير له فلا يقع فى أيدى المنتهزين من المرابين الذين قد يفرضون عليه شروطا مجحفة مستغلين فى ذلك حاجته للمال[٣]. والحكم الوارد بالمادة (١٠) سالفة الذكر هو حكم آمر متعلق بالنظام العام ، لا يجوز مخالفته وإلا كان الرهن باطلا بطلانا مطلقا . وحكمة هذا البطلان هو رعاية مصلحة التجارة بصفة عامة ، ومن ثم لا يجوز لصاحب المحل التجارى المدين رهن محله لغير المؤسسات التى يقوم الوزير بتحديدها .

(=) كذلك قرار وزير الاقتصاد سنة ١٩٥٩ رقم ٧٢٩ الخاص بالترخيص لبنك الجمهورية بارتهان المحال التجارية والصناعية .

(١) الجريدة الرسمية العدد ٢٤ مكررا فى ١٥ يونيو سنة ٢٠٠٣ .

(٢) الجريدة الرسمية العدد ٢٤ مكرر فى ٢٠٠٥/٦/٢١.

(٣) والبنوك التى تم اختيارها وقتئذ هى البنك الأهلى ، بنك مصر، بنك الجمهورية (سابقا) ، وقد روعى فى هذه البنوك أنها مؤسسات كبيرة لا تسعى إلى استغلال حاجة التجار إلى المال.
وبالإضافة إلى بنوك القطاع العام يجوز لبنوك الاستثمار الحصول على تصريح من وزير الاقتصاد لارتهان المحال التجارية .
وعلى سبيل المثال فقد صدر فى هذا الشأن قرار وزير التموين والتجارة الداخلية رقم ٣٨٠ لسنة ١٩٨٢ بالترخيص لبنك الأهرام (التمويل المصرى السعودى حاليا) (شركة مساهمة مصرية) بالقيام بعمليات ارتهان المحال التجارية والصناعية طبقا لأحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها . الوقائع المصرين ، العدد ١٢٧ أول يونيه ١٩٨٢ .

المبحث الثانى
محـــل الرهـــن

تمهيـــد :

نظم القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ ما يجوز أن يقع عليه الرهن إذا ما أراد المدين أن يرهن محله التجارى ، فحرم رهن البضائع كقاعدة عامة، كذلك المهمات عند عدم الاتفاق على محل الرهن . وسوف نشير إلى ذلك تفصيلا .

أولا : حظر رهن البضائع :

٢٥٩- أولاً : نصت المادة التاسعة فى فقرتها الأولى على أن رهـــن المحل التجارى يجوز أن يشمل العنوان والاسم التجارى والحق فى الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والأثاث التجارى والمهمـــات والآلات التى تستعمل فى استغلال المحل ولو صارت عقارا بالتخصيص والعلامـــات التجارية والرخص والإجازات وعلى العمـــوم حقـــوق الملكيـــة الـــصناعية والأدبية والفنية المرتبطة به .

والمشرع بهذا التعداد الوارد على سبيل الحصر لما يجوز أن يشمله عقد الرهن قد استبعد السلع أو البضائع . فلا يجوز أن يتفق الطرفان على أن يشمل الرهن المحل التجارى البـــضائع . وقـــصد المـــشرع مـــن ذلـــك المحافظة على ائتمان الدائنين العاديين للتجار الذين يعتمدون أساسا علـــى البضائع لضمان ديونهم لأنها الأموال الظاهرة بالمحل . كما قصد المـــشرع أيضا أن تكون هذه الأموال حرة من كل قيد حتى لا يتعطل نشاط التـــاجر . فالبضائع معدة للبيع بطبيعتها ولا يمكن للمدين الراهن أن يحتفظ بها بعيدا عن التداول وإلا توقف نشاطه . وعلاوة على ذلك فإن البـــضائع منقـــولات مادية سهلة الانفصال عن المتجر المرهون وإذا ما خرجـــت مـــن المحـــل

التجارى أصبحت كبقية المنقولات المادية التى تخضع لقاعدة «الحيازة فى المنقول سند الملكية» . فلا يمكن من الناحية العملية أو القانونية أن يتمكن الدائن المرتهن من تتبع البضائع إذا خرجت من حيازة المدين إلى حيازة المشترى الجديد حسن النية .

ولا تعد السلع أو البضائع المخصصة للعرض دون البيع من قبيل البضائع فى هذا الخصوص . إذ يحدث أن يعرض التاجر فى متجره بعض العينات من أنواع متعددة من السلع أو البضائع التى يقوم باستيرادها والإتجار فيها « كالسيارات أو الآلات الكهربائية أو الأجهزة الطبية » وهذه البضائع غير المخصصة للبيع يجوز رهنها كأحد عناصر المحل التجارى ، وتأخذ حكم المهمات من حيث طبيعتها القانونية .

وهذه العناصر التى أجازت الفقرة الأولى من المادة التاسعة رهنها وذكرتها على سبيل الحصر يجوز أن يشملها الرهن كلها كما يجوز أن يتفق الطرفان على رهن بعضها فقط . ولا يقيد فى ذلك إلا أن تكون العناصر الواقع عليها الرهن كافية لاعتبار الرهن واردا على المتجر بالمعنى السابق إيضاحه وإلا كان الرهن خاضعا للقواعد العامة فى رهن المنقول كما فى حالة رهن المهمات فقط ، دون خضوعها لأحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ . وإذا حدث ورهن التاجر محله التجارى متضمنا المهمات الموجودة فعلاً بالمتجر ، ثم قام بعد ذلك بإجراء رهن على مهمات جديدة ، ففى هذه الحالة تختلف الطبيعة القانونية بكل رهن عن الآخر ، ذلك أن الرهن الأول يرد على محل تجارى كمنقول معنوى يتضمن مهمات كأحد عناصره ، ولا تنتقل حيازة هذه الأخيرة إلى الدائن المرتهن ، أما الرهن الثانى فهو وارد على منقول مادى تنتقل فيه الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يعينانه .

وإذا بيع المحل التجارى بطريق التنفيذ الجبرى فإن الدائن المرتهن

للمحل التجارى لـــه الأفضلية فى عناصر المحل التجـــارى دون المهمـــات الجديدة محل عقد الرهن الثانى والتى يكون للدائن فيه الأولوية .

ثانياً : الرهن لا يقع إلا على العناصر المعنوية عند عدم الاتفاق

٢٦٠- تنص الفقرة الثانية من المادة التاسعة على أنه «إذا لم يبين على وجه التحديد ما يتناوله رهن المحل التجارى لم يقع إلا على العنـــوان والاسم التجارى والحق فى الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية» . ويتضح من هذا النص أن المشرع وضع قاعدة مفسرة لنية المتعاقدين فـــى حالة عدم اتفاقهم الصريح على تحديد ما يقع عليه الـــرهن فـــى العقـــد . وبمقتضى هذه القاعدة لا يقع الرهن إلا على العناصـــر المعنويـــة للمحـــل التجارى وهى العنوان والاسم التجارى والحـــق فـــى الإجـــارة والاتـــصال بالعملاء والسمعة التجارية . وأراد المشرع بذلك ألا يقـــع الـــرهن علـــى العناصر المادية حتى يزيد من الائتمان التجارى للتجار باعتبارهـــا تمثـــل الضمان العام للدائنين وحتى لا يحرمه من مباشرة نشاطه التجارى .

المبحث الثالث

آثـــار الرهـــــن

تمهيـــــد :

يترتب على عقد رهن المحل التجارى عدة آثار بعضها يتعلق بالدائن المرتهن والبعض الآخر بالمدين الراهن ، وسوف نتناول بإيجاز هذه الآثار تباعا .

أثر الرهن بالنسبة للدائن المرتهن

٢٦١- يرتب عقد الرهن للدائن المرتهن فى مواجهة الراهن حقوقا على الشئ المرهون تهدف كلها إلى غاية واحدة هى توفير الضمان للدائن المرتهن . وسوف نشير إلى هذه الحقوق.

أولاً : حق الدائن المرتهن فى التنفيذ على الشئ المرهون (المحل التجارى) بالأولوية على غيره من الدائنين[١] .

٢٦٢- إذا لم يستوف الدائن المرتهن حقه عند حلول أجل استحقاقه. فله أن ينفذ على المحل المرهون وان يستوفى كل المبالغ التى تضمنها الرهن بالأولوية على غيره من الدائنين سواء كانوا دائنين عاديين بحق التقدم أو الأولوية على التفصيل الذى سنراه .

أ- بالنسبة للدائنين العاديين :

٢٦٣- إن حق الدائن المرتهن مفضل على جميع الدائنين العاديين أيا كان مصدر دينهم أو تاريخ تحمل الدين به ، ولكن لما كان حق التقدم المذكور للدائن يضر بهؤلاء الدائنين العاديين الذين كانت ديونهم بسبب استغلال المحل التجارى وسابقه على الرهن ، فقد نظم المشرع فى المادة (٢٥) من قانون ١١ لسنة ١٩٤٠ حكما خاصا قرر فيه أن الدائنين السابقين على قيد الرهن متى كان الغرض من ديونهم استغلال المحل التجارى أن يطلبوا سداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها إذا أصابهم ضرر بسبب القيد[٢].

---

(١) وجدير بالذكر أن قانون البنك المركزى والجهاز المصرفى والنقد رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٢ ، جاء بحكم ميسر لتنفيذ البنك على المحال التجارية المرهونة له حيث قرر بالمادة (١/١٠٤) منه أنه : «يعد عقد الرهن التجارى للمحال التجارية التى تقدم ضماناً للتمويل والتسهيلات الائتمانية المقدمة من أحد البنوك بعد توثيقه سنداً تنفيذياً فى تطبيق أحكام المادة (٢٨٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية» .
وقصد المشرع من ذلك تسهيل إجراءات التنفيذ على المحال التجارية المرهونة لصالح البنوك الدائنة (الجريدة الرسمية – العدد ٢٤ مكرر فى ١٥ يونيو ٢٠٠٣).

(٢) ونرى أنه بهذا النص (المادة ٢٥ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠) بدأ المشرع يتجه إلى اعتبار المحل التجارى ذمة تخصيص .
انظر فى هذا الخصوص بحثنا بعنوان « تأجير استغلال المحل التجارى » طبعة ١٩٨٦ رقم ١١٣ .
أيضاً ميشيل رقم ٢٣٦ ص٦٤٦ ومقال هوان بخصوص المسئولية عن ديون المتجر – المجلة الفصلية للقانون التجارى ص٤٣ . أيضا د. على البارودى القانون التجارى طبعة ١٩٧٥ ص٣٠٦ هامش رقم ١ .

ب- بالنسبة للدائنين المرتهنين :

٢٦٤- أن المادة (١٦) من ذات القانون نظمت الأسبقية بين الدائنين المرتهنين للمحل التجارى إذا ما تعددوا ، إذ تنص على أن «الدائنون المرتهنون المقيدون فى يوم واحد لهم مرتبة واحدة . وتكون الأولوية فى المرتبة بين الدائن المرتهن الحيازى وبين الدائن المرتهن رهنا عقاريا بحسب تاريخ القيد ومع ذلك تكون مرتبة الرهن العقارى مقدمة على الرهن الحيازى إذا قيدا فى يوم واحد » .

ومعنى ذلك أنه إذا كان التاجر الراهن للمحل التجارى يملك العقار الكائن به المحل التجارى وكان قد قام برهنه تأمينيا فإنه يقوم التزاحم بين مرتهن العقار بالتخصيص لأنها قد تدخل أيضاً فى رهن المتجر (المادة التاسعة) . وتكون المفاضلة فى هذه الحالة بين مرتهن المتجر ومرتهن العقار على أساس الأسبقية فى القيد . ويشترط لتحقيق هذا التزاحم بينهما أن يقوم مرتهن المحل التجارى باتباع الإجراءات الخاصة بالرهن العقارى علاوة على القيد بالسجل والشهر وفقا للقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ (المادة ١١) والسابق ذكر أحكامها .[١]

ج - بالنسبة لدين مؤجر العقار :

٢٦٥- قد ينشأ التزاحم بين الدائنين للمحل التجارى وصاحب العقار الكائن به المحل فيما يتعلق بدين الأجرة وتكون الأفضلية بينهما وفقا للمادة (١٧) من القانون رقم (١١) لسنة ١٩٤٠ والتى تنص على أنه ليس لمؤجر العقار الذى يوجد به الأثاث والآلات المرهونة التى تستعمل فى

---

(١) تنص المادة ١١ على أنه « إذا كان الرهن واقعا على عقار بالتخصيص وجب على الدائن أن يتبع علاوة على ذلك الأحكام الخاصة برهن العقار » .

استغلال المحل التجارى أن يباشر لأكثر من قيمة إيجار سنتين . ومعنى ذلك أن مؤجر العقار وان كان امتيازه مفضلا على الدائن المرتهن للمحل التجارى إلا أن امتيازه مقيد بأجرة سنتين فقط[١] ، وذلك حتى لا يستأثر وحده دون الدائنين المرتهنين بقيمة المنقولات الواردة عليها الرهن . على أنه يلاحظ أن هذا التضييق فى حق الامتياز لا يؤثر من الناحية العملية على حقوق المؤجر لأنه لا يقع إلا على الأثاث والمهمات والآلات باعتبارها منقولا . أما البضائع فامتياز المؤجر يبقى عليها كاملا إذ لا يجوز رهنها وفقا لنص المادة التاسعة فقرة أولى من القانون رقم ١١ سنة ١٩٤٠ كما سبق القول .

حالة فسخ عقد إيجار المتجر من جانب المؤجر :

٢٦٦- ألزم المشرع مؤجر العقار الكائن به المتجر ، والذى أخطر بوجود الرهن بإخطار الدائن المرتهن فى محله المختار إذا رغب فى فسخ عقد إجارة المكان الذى يستغل فيه المحل التجارى . ولا يجوز أن يصدر حكم الفسخ قبل شهر من الإخطار ، كما لا يصبح الفسخ بالتراضى أو بحكم القانون نهائيا إلا بعد شهر من تاريخ إخطار الدائن المقيد (المادة ٢٦) . وقصد المشرع بذلك مراعاة مصلحة الدائن المرتهن الذى قد يرغب فى دفع قيمة الإيجار لمنع الفسخ أو يقرر ما إذا كان فى الفسخ ضرر عليه يؤدى إلى إضعاف ائتمانه فيطالب بسقوط الأجل واستيفاء الدين .

---

(١) واستثنت ذات المادة ١٧ فى فقرتها الثانية المؤجر الذى يكون لعقد إجارته تاريخ ثابت قبل إصدار هذا القانون سنة ١٩٤٠ فيجوز أن يستعمل امتيازه بدون مراعاة القيود المتقدم ذكرها .

حالة نقل المتجر :

٢٦٧- إذا قرر المدين نقل متجره من مكان إلى آخر أو نقل الأثاث أو الآلات التى تستعمل فى استغلاله ، فعليه إخطار الدائن المرتهن بخطاب موصى عليه فى ميعاد شهر على الأقل قبل النقل . فإذا قرر الدائن عدم موافقته بخطاب موصى عليه خلال الـ١٥ يوما التالية أو لم يخطر أصلا ، ونشأ عن النقل إنقاص لقيمة المتجر يؤدى إلى إضعاف لائتمانه ، سقط الأجل واستحق الدين فورا (المادة ٢٤) .

امتياز الدائن المرتهن لا يتجزأ :

٢٦٨- إذا قام المدين الراهن بالوفاء بجزء من الدين المرهون ظل الرهن قائما حتى ينتهى استيفاء المدين لكل دينه . فإمتياز الدائن المرتهن لا يتجزأ ، فيطبق مبدأ وحدة الدين بخلاف امتياز البائع الذى يتجزأ . بناء على ذلك تضمن عناصر المحل التجارى قيمة الرهن كله أو جزء منه كما أن أى جزء من قيمة الدين مضمون بجميع عناصر المحل التجارى .

المبالغ التى يضمنها الرهن :

٢٦٩- أن الرهن يضمن أصل الدين المضمون والعائد لمدة سنتين (المادة ٢٣ من القانون رقم ١١ سنة ١٩٤٠) .

ثانيا : حق الدائن المرتهن فى التنفيذ على الشئ المرهون فى يد من انتقل إليه :

٢٧٠- ينشأ أيضا عن رهن المحل التجارى حق الدائن المرتهن فى تتبع الشئ المرهون فى يد من انتقل إليه لاستيفاء دينه . فإذا تصرف المدين الراهن فى المحل التجارى الواقع عليه الرهن ثم تخلف عن الوفاء بالدين عند حلول أجله ، كان للدائن المرتهن مباشرة إجراءات التنفيذ فى

مواجهة حائز المتجر حتى ولو كانت حيازته للمتجر بحسن نية . ذلك لأن قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية لا تنطبق على المتجر باعتباره منقولا معنويا . كما لا يجوز للحائز أن يتمسك بحيازته بحسن نية حتى بالنسبة للمنقولات المادية التى يكون الرهن قد شملها باتفاق الطرفين مثل المهمات والأثاث لأن الرهن الواقع على هذه العناصر يعتبر جزءاً من المحل التجارى فيخضع لحق التتبع المقرر للدائن المرتهن . أما إذا كان المدين قد تصرف فى العناصر المادية على حدة ، فيستطيع حائزها بحسن نية أن يتمسك بأحقيته لها فى مواجهة الدائن المرتهن لأن الأمر لا يتعلق فى هذه الحالة بمحل تجارى وإنما بمنقولات مادية لا تخضع لقواعد الشهر أو القيد.

أثر الرهن بالنسبة للمدين الراهن

٢٧١- سبق أن أشرنا إلى أن رهن المحل التجارى لا يترتب عليه نقل الحيازة إلى الدائن المرتهن على عكس الحال فى رهن المنقول المادى الذى تنتقل فيه الحيازة إلى الدائن المرتهن ويمتنع على المدين مؤقتا مباشرة حق الاستعمال والاستغلال . وينشأ فى ذمة المدين الراهن نتيجة لعدم انتقال حيازة المتجر إلى الدائن المرتهن عدة التزامات تدور جميعا حول حماية حق الدائن من إهمال المدين وعدم حفظه للإضرار به . فالمدين ملزم بالمحافظة على الشئ المرهون بحالة جيدة دون أن يكون له حق فى الرجوع على الدائن المرتهن مقابل ذلك (المادة ١٣ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠) ، كما يتعرض للجزاء الجنائى المنصوص عليه فى المادة (١٨ مكرر) إذا ما بدد الأشياء المرهونة كما سبق القول .

التنفيذ على المحل التجارى المرهون :

٢٧٢- نظم المشرع فى القانون السالف الذكر الإجراءات الواجب

اتباعها فى حالة التنفيذ الجبرى على المحل التجارى لاستيفاء المستحق للدائنين أيا كان سبب الدين .

فإذا أراد بائع المتجر أو الدائن التنفيذ على المحل التجارى لعدم الوفاء بالدين المستحق عند حلول أجله أو لسقوط أجله لأى سبب من أسباب سقوط الأجل ، فعليه أن يتبع الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ١٤ والتى تتلخص فى الأتى :

١- التنبيه على المدين والحائز للمحل التجارى بالوفاء تنبيهاً رسمياً . حيث افترض أن المدين قد تصرف فى المتجر إلى الغير وهو الحائز وبالتالى يجب توجيه التنبيه إلى كل من المدين والحائز . أما فى حالة عدم التصرف فى المتجر للغير فإن التنبيه يحصل للمدين وحده بطبيعة الحال .

والحكمة من ذلك أن الدائن المرتهن سوف يتخذ إجراءات التنفيذ على المحل التجارى الذى آلت ملكيته للحائز . لذلك يجب إخطاره حتى يتمكن من منع هذا التنفيذ إذا أراد ذلك كما إذا قبل دفع الدين للدائن المرتهن .

٢- بعد ثمانية أيام من تاريخ التنبيه على المدين والحائز ، على الدائن المرتهن أن يقدم عريضة إلى قاضى الأمور المستعجلة فى المحكمة التى يوجد بدائرتها المحل ، يطلب الإذن بأن يباع بالمزاد العلنى مقومات المحل التجارى كلها أو بعضها التى يتناولها امتياز الدائن .

ويكون البيع فى المكان والساعة وبالطريقة التى يعينها القاضى ويذاع البيع قبل حصوله بعشرة أيام على الأقل بطريق النشر واللصق .

والمقصود بهذه المدة القصيرة هى تمكين الحائز والمدين من دفع

الدين فى حالة عدم قبولهما استمرار إجراءات التنفيذ على المحل التجارى . ويلاحظ أن طلب الدائن المرتهن يقتصر على بيع العناصر التى يشملها الرهن فقط دون غيرها من العناصر التى يتكون منها المحل التجارى ، إذ يكفى بشأن العناصر الأخيرة إجراءات التنفيذ العادية دون المادة ١٤ سالفة الذكر.

٣- تعلن صورة هذه الإعلانات قبل البيع بخمسة أيام على الأقل لمالك العقار وللدائنين المرتهنين المقيدين فى محالهم المختارة المبينة فى قيودهم . وإذا كان العقار بالتخصيص مثقلا برهن عقارى أو اختصاص فلا يجوز بيعه إلا مع العقار الذى يرد عليه القيد المذكور وباتباع إجراءات نزع الملكية .

ويقصد المشرع من إعلان مالك العقار وأصحاب الرهون المقيدة تمكينهم من التدخل من أجل المحافظة على حقوقهم لأن بيع محتويات المتجر وخروجها من حيازة المستأجر يضعف امتياز المؤجر مما يترتب عليه انفصالها عنه فيكون للدائنين استيفاء حقوقهم من ثمن هذه العناصر .

إجراءات التنفيذ من قبل البنك على المحل المرهون رهناً تجارياً :

٢٧٢ مكرر- إذا أراد البنك التنفيذ على المحل التجارى المرهون لعدم الوفاء بمستحقاته، عليه اتباع الإجراءات الميسرة التى خصه بها قانون البنك المركزى والجهاز المصرى والنقد رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ حيث طبقاً للمادة (١/١٠٤) منه يعد عقد الرهن التجارى للمحال التجارية التى تقدم ضمانا للتمويل والتسهيلات الائتمانية المقدمة من أحد البنوك بعد توثيقه سنداً تنفيذياً فى تطبيق أحكام المادة (٢٨٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وبذلك أصبغ المشرع على عقد الرهن التجارى للمحال التجارية الموثق صفة السند التنفيذى.

الفصل الرابع

تأجير استغلال المحل التجارى[١]

تمهيـــــد :

٢٧٣- المحل التجارى ، بوصفه مالا ، محل للملكية ، ولصاحب الملكية كافة التصرفات التى تنشأ عن هذا الحق ، فله أن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات كالبيع والهبة والوصية والرهن إلى غير ذلك من التصرفات .

ولما كان لصاحب حق الملكية حق الاستغلال ، فإن لمالك المحل التجارى حق استغلاله . والغالب أن يتم استغلال المتجر بواسطة مالكه ، ولكن قد يفضل هذا الأخير التنازل عن حق الاستغلال إلى شخص آخر ، ويتم ذلك فى حالة تأجير المحل التجارى حيث يصبح لمستأجره حق استغلاله ومباشرة الأعمال التجارية لحسابه دون المالك الذى يحتفظ بالملكية فقط .

ونظم المشرع بالقانون رقم (١١) لسنة ١٩٤٠ بعض التصرفات التى ترد على المحل التجارى وهى البيع والرهن كما سبق القول . وقد اقتصر هذا القانون على تنظيم بعض أحكام عقد البيع والرهن وهى الحالات

---

(١) ويطلق عليه أحيانا « التأجير بالجدك ».

ويطلق عليه فى فرنسا الإدارة الحرة للمتجر :

Location – gerance ou location libre de fonds de commerce .

راجع بحثنا بعنوان تاجير استغلال المحل التجارى – مجلة القانون والاقتصاد – العددان الثالث والرابع – السنة ٤٦ لسنة ١٩٧٦ . ومؤلفنا تأجير المتجر بالجدك ، طبعة ١٩٩١ – دار النهضة العربية .

التى تتضمن خروجا على القواعد العامة والتى تتلخص فى تقرير ضمانات خاصة لبائع المحل التجارى ، فجعل له امتيازا على الشئ المبيع والحق فى طلب الفسخ وممارسة هذه الحقوق حتى فى حالة إفلاس المشترى وفقا للتفصيل السابق شرحه . كما قرر جواز رهن المحل التجارى دون نقل حيازته ونظم طرق إشهار هذا الرهن بغرض التوفيق بين مصلحة كل من المدين الراهن فى الاحتفاظ بالمحل التجارى ومراولة الاستغلال وبين مصلحة الدائن المرتهن فى نفاذ الرهن فى مواجهة الغير للتمتع بحق الأفضلية والتتبع كدائن مرتهن كما سبق أن رأينا .

ولم ينظم المشرع عقد تأجير استغلال المحل التجارى الذى يترتب عليه تنازل المالك عن حق استغلال متجره إلى شخص آخر يقوم باستثماره لحسابه الخاص مقابل جعل متفق عليه . على أن المشرع أشار لأول مرة فى قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩[١] إلى اصطلاح «تأجير استغلال المتجر» بمناسبة تنظيمه لبعض أحكام المتجر بصفة عامة وذلك بالمواد من (٣٤-٤٣) بالفصل الخامس من الباب الأول .

ورغم أن المشرع لم يضع تنظيما متكاملا لعقد تأجير استغلال المتجر بالمواد المشار إليها ، إلا أنه نظم شهر هذا العقد ورتب جانبا من الآثار القانونية على هذا الشهر مما يمثل حماية للمتعاملين على المتجر سواء أطراف عقد تأجير الاستغلال أو الغير .

ونظرا لانتشار عقد تأجير استغلال المحل التجارى بصفة عامة ، وتوقع ازدياد هذا الانتشار فى الآونة الحاضرة نتيجة اتجاه البلاد إلى سياسة اقتصادية تقوم على الانفتاح الاقتصادى مما قد يشجع بعض أصحاب

---

(١) نشر بالجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر فى ١٧ مايو سنة ١٩٩٩ .

رؤوس الأموال إلى توجيه استثماراتهم إلى شراء أو إنشاء محال تجارية وتجهيزها ثم تأجير استغلالها للغير ، والمضاربة بذلك على هذا النوع من الاستغلال مما يؤدى إلى آثار قد تكون سيئة على اقتصاد البلاد ، فقد رأينا معالجة هذا الموضوع من الناحية القانونية فى دراسة خاصة .

ومن جانب آخر يعد تأجير استغلال المحل التجارى وسيلة ملائمة ونموذجا مقبولا كأحد طرق خصخصة القطاع العام بديلا عن البيع لكامل المشروع حيث تظل الدولة فى ظل تأجير الاستغلال المالك للعقار وعناصر المحل المادية والمعنوية طوال فترة العقد وبعده ، وهذه الملكية ترتفع قيمتها مع الزمن مما يحقق ارتفاعا فى قيمة المشروع لصالح الدولة دائما.

وجدير بالذكر ، أن المشرع الفرنسى لم ينظم عقد تأجير استغلال المتجر إلا فى عام ١٩٥٣ بالمرسومين الصادرين فى ٢٣ ، ٣٠ سبتمبر من سنة ١٩٥٣ ، ثم أعاد تنظيمه كلية بالقانون رقم ٢٧٧ ، ٥٦ الصادر فى ٢٠ مارس ١٩٥٦ بشأن عقد تأجير استغلال المتجر [١]، وقد قمنا فى

---

(١) ألغى هذا القانون المرسومين الصادرين فى ٢٢ ، ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ (المادة ١٧ منه) ويطبق قانون ١٩٥٦ المشار إليه ليس فقط على عقد تأجير استغلال المحال التجارية بل أيضا على تأجير استغلال المنشآت الحرفية Les etablissement artisanaux . ويتميز قانون ١٩٥٦ بتعلق أحكامه بالنظام العام حيث نص فى عجز المادة الأولى : nonobstant toute clause contraire .
ونتيجة لذلك يجوز لأطراف العقد طلب إبطاله لمخالفته لنصوص القانون (نقض تجارى جلسة ٧٤ فبراير ١٩٧٥ – بلتان النقض ١٩٧٥ – ٤ – ٣٤) ، كما يجوز للغير طلب هذا البطلان . على أنه لا يجوز لأطراف العقد التمسك ببطلانه لمخالفة أحكام القانون فى مواجهة الغير . نقض تجارى جلسة ١٢ يناير ١٩٨١ دالوز سيرى ١٩٨١ – ٢٢٣ – مع تعليق دريدا – ٥٥٨ ورقم ٥٦٤ .

انظر فى شرح مرسومى ٢٢ ، ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ .

R.Houin. “Location gerance de fonds de commerce et communauté d’exploitation”

بالمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٥٤ ص٢١ إلى ص٥٩ . ==

طبعات سابقة لهذا المؤلف بالتعرض لهـذا التنظـيم القـانونى بالتحليـل والدراسة فى ضوء التشريعات المصرية القائمة وكـذلك موقـف القـضاء الفرنسى منه ورأينا فى هذا الخصوص ، هادفين بذلك الوصول إلى افـضل النتائج والحلول عند معالجتنا لعقد تأجير استغلال المتجر تشريعيا فى مصر وفعلا أخذ المشرع معظم الأحكام التى توصلنا إليها من دراستنا الـسابقة ، بمناسبة إصداره قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بالنسبة لشهر هـذا العقد وآثار هذا الشهر والتزام المؤجر بعدم منافسة مستأجر الاستغلال .

تقسـيم :

٢٧٤- ونشير فى مقدمة هذه الدراسة إلى مسائل أولية تساعد فـى إيضاح جوهرها ، فنبين مختلف صور استغلال المتجر وهى حالة استغلاله لحساب مالكه وحالة استغلاله بواسطة مدير حر ، ثم نبين نشأة عقد تأجير استغلال المتجر ونوضح فى نهاية هذه المقدمة خطة البحث لدراسة لعقـد تأجير استغلال المتجر .

==وفى شرح قانون ٣٠ مارس ١٩٥٦ : ذات المؤلف وذات المجلة ١٩٥٦ ص١٩١٧ إلى ص٢١٠ تحت عنوان :

"Le nouveau regime de la lacation gérance de fonds de commerce''

أيضا فى شرح نصوص مرسومى ٢٢ ، ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ .

A. choen " Location de fonds de commerce d'aprés les decrets 22 et 30 septembre 1953 ''

وتقرر محكمة النقض الفرنسية حاليا أن التـصرفات التـى تتعلـق بتـأجير العقـارات والمخالفة للأحكام العامة الواردة بالقانون المدنى (مثل المـواد ١٧٢٢ ، ١٧٢٣ مـدنى فرنسى) لا يمتد إلى عقد تأجير استغلال المتجر : الدائرة التجاريـة جلـسة ١٦ يونيـة ١٩٨٠ – بلتان النقض ١٩٨٠ رقم ٢٩٤ .

وعكس ذلك الدائرة المدنية جلسة ١٦ أغسطس ١٩٨٢ دالوز ١٩٨٣ – ١ – ٢١٣ .

صور استغلال المتجر :

أولا : استغلال المتجر لحساب مالكه (الجمع بين ملكية المتجر واستغلاله) :

٢٧٥- يقوم صاحب المتجر غالبا بمباشرة التجارة بإسمه ولحسابه، فيجمع بين حق الملكية وحق الاستغلال فى ذات الوقت . ويعد مالك المتجر فى هذه الحالة قائما بأعمال تجارية على سبيل الاحتراف مما يكسبه صفة التاجر ويلزمه بالتزامات التجار ويخضع لنظام شهر الإفلاس إذا ما توقف عن دفع ديونه التجارية .

والتاجر صاحب المتجر عندما يقوم بمزاولة التجارة بإسمه ولحسابه قد يباشرها شخصيا ، وقد يستعين بمدير مأجور Un gerant salarié يعهد إليه بإدارة المتجر بمقتضى عقد عمل Un contrat de travail ويعمل هذا الأخير باسم صاحب المتجر ويعد فى مركز المستخدم التابع فى علاقته بصاحب المتجر ، ويحكم العلاقة بينهما قانون العمل فهى إدارة مأجورة Gerance salariée. ولما كانت نتائج المشروع تعود على التاجر صاحب المتجر الذى يتحمل الخسائر وتضاف الأرباح إلى ذمته ، دون المدير المأجور، فإن هذا الأخير لا يكتسب صفة التاجر ولا يلزم بالتزامات التجار ولا يخضع لنظام شهر الإفلاس[1] ، على خلاف رب العمل الذى يظل تاجرا ولا أثر لهذا العقد على مركزه القانونى فى مواجهة الغير .

وهناك حالات يلجأ فيها التاجر صاحب المتجر – عند استغلاله متجره – إلى شخص لإدراته بمقتضى عقد وكالة Un contrat de mandat ، وليس عقد عمل ، ويطلق على هذه الإدارة Gerance mandat أو Mandat d'exploiter . ويلجأ التاجر إلى هذه الوسيلة عندما يرغب فى

---

(١) محكمة نانسى جلسة ٢٠ ديسمبر ١٨٩٢ دالوز الدورية ٩٤ – ٢– ٢٤٨ .

فتح فروع لتجارته فيعهد بإدارتها إلى مدير مستقل يطلق عليه مدير الفرع Gerant succursaliste أو المدير غير المأجور Gerant non salarié .

ويتمتع مدير الفرع بحرية تصرف فى إدارته للمتجر عن المدير المأجور فى الحالة السابقة ، حيث أن من سلطته التعاقد مع مستخدمين وشراء بعض المواد اللازمة للمتجر بإسمه والتعاقد لحساب المتجر بأجل[١]، وإن كان ليس له تأجير استغلال المتجر أو تصفية البضائع كلية أو الاقتراض لعقود لا تخص الاستغلال العادى للمتجر ، ويلزم صاحب المتجر فى مواجهة الغير بكافة التصرفات والتى تبدو وكأنها أبرمت من مالك المتجر . وتتحدد مكافأة هذا المدير غالبا حسب رقم المبيعات أو نسبة معينة من أرباح المشروع .

ولما كان هذا المدير ، رغم مظاهر استقلاله يعمل لحساب مالك المتجر ، ويلزم بتقديم حساب عن نتائج إدارته ، كما يتمتع المالك برقابة لاحقه على أعماله Un pouvoire de controle à posteriori ، فهو لا يكتسب صفة التاجر ولا يلزم بالتزامات التجار شأنه فى ذلك شأن المدير المأجور.

ويلاحظ أنه فى صور إدارة المتجر المشار إليها ، يعمل المدير باسم ولحساب مالك المتجر وتجتمع الملكية والاستغلال فى يد واحدة .

ثانيا : إستغلال المتجر بواسطة مدير حر (انفصال الملكية عن الاستغلال) :

٢٧٦- يلجأ مالك المتجر[٢] فى بعض الأحيان إلى تأجير استغلال

---

(١) محكمة نانسى الفرنسية جلسة ٢٥ فبراير دالوز الدورية ٩٠ .

(٢) كما يحق ذلك لصاحب حق الانتفاع على المتجر والوصى وأمين التفليسة وكل مدير قانونى أو قضائى لأموال الغير مع مراعاة قواعد النيابة وإذن القاضى فى هذا الخصوص . ويملك صاحب حق الاستغلال (مستأجر استغلال المتجر) إعادة تأجير الاستغلال إذا كان مصرحا له من مالك المتجر كما سنرى . ==

متجره كلية إلى مدير يستقل بإدراته بإسم ولحساب هذا الأخير ، مقابل عائد متفق عليه . ويتم تأجير الاستغلال بعقد يطلق عليه «الإدارة الحرة للمتجر أو تأجير استغلال المتجر» .

Gerance libre ou location gerance de fonds de commerce[1].

==ووفقا للتشريع الفرنسى يملك الزوج أو الزوجة حق استغلال المتجر بعد وفاة الطرف الآخر ، فينتقل حق الانتفاع – دون الملكية بالكامل – إليه ، كما يحق للأب أو الأم الاستمرار فى استغلال متجر آلت ملكيته إلى ابنهما القاصر الذى لم يبلغ ١٦ سنة ففى هذه الحالات تنفصل الملكية عن الاستغلال ويكتسب صفة التاجر الشخص القائم بالاستغلال دون مالك الرقبة .

ويستوى أن يكون المؤجر شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا .

نقض تجارى فرنسى جلسة ٢٥ ديسمبر ١٩٦٥ السنة ١٩٦٧ – ١١- ١٥٠ – ٩٣ مع تعليق Delpech .

(١) وينتقد جانب من الفقه اصطلاح "Gerance libre " كلية ويرون استبداله باصطلاح "Bail du fonds de commerce " نظرا للبس الذى ينشأ نتيجة كلمة Gerance والتى يجب قصرها على أنواع الإدارة المأجورة ، وقيل فى هذا الخصوص .

"En effet, le mot gerant designe avant tout la personne placée par le proprietaire, à la tete de son fonds, mais doive l'exploiter sous ses orders " .

ici, Au contraire le terme de gerant n'a pas de tous le meme sens . II s'attache a une personne qui gere effectivement le fonds de commerce, mais pour son compts, comme le ferait le proprietaire Iui- meme".

راجع رسالة دكتوراه بجامعة باريس ١٩٤٩ بعنوان

Zarka : Fonds de commerce mis en gerance-libre .

فى ذات المعنى رسالة دكتوراه بجامعة إكس بعنوان

Responsabilité du propietaire du fonds de commerce envers les creanciers et leurs locataires. ==

وقد فضلنا اصطلاح «تأجير استغلال المتجر» للدلالة على نوع هذا التصرف من التصرفات التى ترد على المحل التجارى دون اصطلاح «تأجير الجدك» والذى ورد بالمادة ٣٦٧ ، من القانون المدنى القديم والمادة ٤٥٠ مدنى مختلط ، وذلك تمشيا من التقنين المدنى الجديد والذى استبعد اصطلاح « الجدك » رغم استمرار استعماله إلى حد ما فى أحكام المحاكم(١)

== حيث يفضل اصطلاح Location على Gerance-libre التى يجب قصرها على عقود الإدارة المأجورة ص٣٥ . وأيضا Roubinault رسالة دكتوراه جامعة باريس ١٩٥١ تحت عنوان: La Location gerance de fonds de commerce . طبعة دالوز ١٩٥٣ ، حيث يرى أن اصطلاح Location gerance يوضح طبيعة العقد كما يبين مهمة المستأجر المستغل Location-gerant ص١٣ رقم ١ ، ص١٧ رقم ٢ . ومقال Ripert بدالوز الدورية ١٩٤٠، ١، ٥، وهو يفضل اصطلاح Licence d`exploitation لعقد الإدارة الحرة بوصفه تنازلا عن الاستغلال أسوة بالتنازل عن استغلال براءة الاختراع .

(١) وورد فى مؤلف السنهورى (الوسيط : جزء ٦ – المجلد الأول رقم ٤٥٧ ص٦٧٧ هامش ١ أن لفظ « الجدك » – وهو من أصل فارسى – بأنه الرفوف المركبة فى الحانون أو الإغلاق على وجه القرار (ابن عابدين ٣ ص٤٠٣) .

وقد ورد فى ص٧٠٦ من كتاب مرشد الحيران أن الكدك « بالكاف » يطلق على الأعيان المملوكة للمستأجر المتصلة والحانوت على وجه القرار كالبناء أو على وجه القرار كالآلات الصناعية المركبة به .

كما أشار الأستاذ السنهورى إلى حكم محكمة الاستئناف المختلطة « الصادر فى ٧ فبراير ١٩٠١م ١٣ ص١٤١ قضاء محاكم فى مسائل الأوقاف لعزيز خانكى ص١٥٥» ، الذى قضى بأن الكدك يطلق على ما يعينه مستأجر ارض الوقف من ماله لذاته بإذن المتولى ، سواء جعل بناءه حانوتا للتجارة أو الصناعة ، ويكون الكدك على الأرض الموقوفة فمن أدعى بأن له كدكا على أرض انطوى تحت دعواه إقرار منه بأن الأرض وقف . على أن هذا التعريف لم يلق قبولا لدى محكمة النقض حيث قضت بأن « المتجر أو المصنع الذى عبر عنه الشارع «بالجدك»==

وبين رجال القانون . ويترتب على عقد تأجير استغلال المتجر أن يقوم المدير المسئول باستغلال المتجر تحت مسئوليته الشخصية متحملا نتائج المشروع من ربح أو خسارة مقابل أجر معين لمالك المتجر .

ويمكن تعريف[1] هذا العقد بأنه العقد الذى يترتب عليه قيام

== المعد للتجارة أو الصناعة فى المادة ٣٦٧ مدنى قديم وبعبارة Etablissement du commerce ou d`industrie فى المادة (٤٥٠) مدنى مختلط على المنطبقة على رافعة الدعوى ، يشمل جميع عناصر المتجر من ثابت ومنقول ومن مقومات مادية وغير مادية ، ولا يهم أن يكون قائما فى هذا الخصوص بتفسير فقهاء الشريعة الإسلامية لمعنى الجدك متى كان قد وضح من عبارة النصين السالفى ذكرهما أن الشارع قصد به معنى آخر ... »

جلسة ٦ مارس ١٩٥٢ طعن رقم لسنة ٢٠ق ص٦٢٨ .

وانتهى الأستاذ السنهورى إلى أن المراد بالجدك المنصوص عليه فى م٣٦٧/٤٥٠ مدنى قديم هو المعدات التى يضعها المستأجر فى المحل المؤجر لمباشرة تجارة أو صناعة سواء كان بناء أو آلات صناعية أو رفوف ودواليب أو غير ذلك مما تقتضيه المهنة التى يباشرها وبعبارة أخرى يكون المراد بالجدك المحل التجارى أو الصناعى الذى يؤسسه المستأجر فى عين هو مستأجر لها وليس مالكاً. ص٦٧٨ .

(١) انظر فى تعريف عقد الإدارة الحرة : COHEN طبعة ١٩٤٨ جزء ٢ رقم ٩٩٠ ص٥٥٨ .

مؤلفه بعنوان: traité théorique et pratique des fonds de commerce

وعرفه جانب من الفقه الفرنسى بأنه :

Gérér un fonds de commerce c'est l'exploiter a la place de son proprietaire Sans que pour cela la propriété de fonds géré soit l'objet d'un transfert " .

أيضا : Geranger رسالة دكتوراه جامعة باريس ١٩٢٩ بعنوان : " Gerance location de fonds de commerce " ص١ .

وقد انتقد هذا التعريف لأنه يخلط بين عقد الإدارة الحرة وعقد الإدارة المأجورة لأن الملكية فى الحالتين تظل لمالك .

فى هذا الخصوص ZARKA رسالة جامعة اكس السابق الإشارة ص٢٧ .

المستأجر باستغلال متجر أو مصنع يملكه آخر باسمه ولحسابه مقابل أجرة متفق عليها . ويعرفه القانون الفرنسى (قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦) بأنه :

"Le contrat par lequel le propriétaire ou l'exploitant d`un fonds de commerce (ou d`un etablissement artisanal) en concede totalement ou partiellement la location a un gérant qui l`exploite a ses risques et perits .

وفى هذه الصورة من صور إدارة المتجر يختلف الوضع كلية عن صور الإدارة السابق ذكرها فى الحالة الأولى سواء بالنسبة لمالك المتجر أو القائم بالإدارة . ففى عقد الإدارة تنفصل الملكية عن الاستغلال حيث يتولى المدير المستأجر استغلال المتجر لحسابه الخاص ، ونتيجة لذلك يعد تاجرا قائما بأعمال تجارية على سبيل الاحتراف ويتحدد مركزه القانونى على ضوء ذلك ، فيلزم بالتزامات التجار ويخضع لنظام شهر الإفلاس[١]. أما مالك المتجر فلا شأن له بإدارته وتظل له الملكية فقط دون حق الاستغلال ، وليس له الرقابة على إدارة المتجر .

وقضت محكمة النقض الفرنسية بعدم التعارض بين قانون تأجير استغلال المتجر (قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦) والذى يجعل مستأجر الاستغلال تاجرا لقيامه بأعمال تجارية لحسابه ، وقانون العمل (قانون ٢١ مارس ١٩٤١ المادة ٧٨١/١/ج) الذى يقضى بامتداد حكم قانون العمل لبعض

---

(١) فى اكتساب مستأجر الاستغلال صفه التاجر راجع : A. Cohen رسالة باريس السابق الإشارة إليها ص٢٠ Brun السابق رقم ٩٩٥ ص٥٦١ .

أيضا Escarra مؤلفة بعنوان Manuel de droit commercial طبعة ١٩٤٧ رقم ٢٩٥ ص١٨٥ .

أيضا ريبير الجزء الأول رقم ٥٦٦ .

الطوائف من العاملين[١].

كما قضت ذات المحكمة بعدم وجود هذا التعارض أيضا بين قانون تأجير استغلال المتجر وقانون التأمينات الاجتماعية الذى يخضع المدير الحر لنظام التأمينات الاجتماعية[٢].

ويرى الفقه الفرنسى أنه رغم المزايا فى تطبيق هذه التشريعات على المدير الحر إلا أنه لاشك أن الجمع بين صفة التاجر للعامل المأجور يترتب عليه مشاكل قانونية كثيرة عند التطبيق العملى[٣].

وفى حالة تحديد أجر المتجر على أساس رقم المبيعات أو نسبة الأرباح فإن المؤجر وان كان يتمتع برقابة على حسابات المتجر لتحديد الأجر المستحق له ولكنه لا يملك إبداء النصح والإرشاد أو التدخل فى الإدارة على ضوء هذا الاطلاع . وليس معنى ذلك حرمان المالك المؤجر من كل رقابة على سير استغلال المتجر فهو يتمتع بحق الرقابة أو النظر Le droit de regard ou de controle ، لأن له مصلحة أكيدة فى حسن سير استغلال المشروع كما سنرى ، فقيمة المتجر الذى يملكة تهمه بالدرجة الأولى والمحافظة عليها هدف أساسى من تأجير الاستغلال . ورقابة المالك المؤجر فى هذا الخصوص لا تتم بقصد التدخل فى الإدارة أو استغلال المشروع[٤]. والرقابة على سير نشاط المشروع لا تتعارض مع

---

(١) جلسة ١٣ يناير ١٩٧٢ بلتان النقض ١٩٧٢- ٥- ٢٨ ، أيضا محكمة باريس الدائرة المدنية جلسة ١٦ فبراير ١٩٨٢ الـ - ١٩٨٢ - ١٩٩٩٠٠ .

(٢) الدائرة الاجتماعية جلسة ١٨ ديسمبر ١٩٧٥ دالوز سيرى ١٩٧٦ - ٣٩٩ وجلسة ٢٤ - ٢- ١٩٧٧ دالو وسيرى ١٩٧٨ - ٧٥ .

(٣) ريبير رقم ٥٦٧ .

(٤) محكمة Charleville الفرنسية جلسة ١١ مايو ١٩٣٢ - الجازيت (١٩٣٤ - ٢٩٦٠٢) .

الإدارة الحرة كما هو الحال بالنسبة لشركة التوصية ، فنحن نعترف للشريك الموصى بحق النظر على أعمال الشركة ، وإنما المحظور على المالك هو التدخل فى الإدارة واستغلال المشروع وإلا انقلب مسئولا بالكامل عن تصرفات المدير المستأجر(١).

والواقع أن الذى يحدد طبيعة الإدارة الحرة عن الإدارة المأجورة شروط العقد التى اتفق عليها طرفيه لتنظيم من يتحمل مخاطر المشروع كلية(٢).

ولما كان مالك المتجر لا يباشر الأعمال التجارية طوال فترة عقد تأجير الاستغلال فهو لا يعد تاجرا ولا يلزم بالتزامات التجار ولا يخضع لنظام شهر الإفلاس ما لم يكن متمتعا بصفة التاجر بمناسبة احترافه أعمالا تجارية .

وهذه الصورة من صور إدارة المتجر هى محل دراستنا فى هذا الفصل.

نشأة عقد تأجير استغلال المتجر :

٢٧٧- أن عقد الإدارة الحرة للمتجر أى تأجير استغلاله من العقود

---

(١) zarka الرسالة السابق الإشارة إليها ص٣٣ .

(٢) راجع : G. Cendrier, le fonds de commerce
Traité General théorique et pratique avec formulaire, 6E. ED. par. Robert-martin et Rene Maus, Paris 1931, P. 447 .
وقيل فى معيار التمييز بين عقد الإدارة الحرة والإدارة المأجورة . محكمة النسين الفرنسية جلسة ٢٢ نوفمبر ١٩٣٥ دالوز – ١١ – ١٩٣٠ – ٧٩ .
فى هذا الخصوص Zarka السابق ث٢٨ وما بعدها Brun السابق ص٢٧ ورسالة Robinault المشار إليها آنفا ص١٧ رقم ٢ .
وقد يصعب أحيانا تكييف العقد عندما يتضمن شرط المشاركة فى الأرباح .
Participation aux bénéfices
ويمكن القول أنه فى حالة الإدارة المأجورة Gerance salariée فإن حقيقة العقد هو أن صاحب المتجر (التاجر) هو الذى يشرك مديره المأجور فى الأرباح كجزء من أجرة ، أما فى حالة الإدارة الحرة فان الذى يلزم بدفع الأرباح هو المدير المستغل (التاجر) وتعد هذه الأرباح الأجرة مقابل تأجير المتجر .

الحديثة التى ظهرت عندما استقر فى الأذهان فكرة انفصال ملكية المتجر كمنقول معنوى عن استغلاله . وقد انتشر بصفة خاصة فى حالة تلقى القاصر ملكية المتجر أو المصنع فيلجأ الولى إلى تأجير استغلاله فترة محددة حتى يبلغ القاصر السن القانونى لمزاولة التجارة ، كما تأذن المحاكم غالبا للوصى بتأجير متجر القاصر ، كوسيلة أمكن بها تفادى القضاء على تجارات ناجحة ومربحة لأصحابها ناقصى أو عديمى الأهلية . وغالبا ما يلجأ أمين التفليسة المشرف على إدارة التفليسة ، إلى نظام تأجير استغلال المتجر لصالح جماعة الدائنين إذا ما قدر أن فى ذلك مصلحة لهم .

وكانت المجموعة التجارية المصرية الملغاة تنص فى المادة (٢٦٢) على أنه « يجوز لوكلاء الدائنين الاستمرار على تشغيل محل التجارة بذواتهم أو بواسطة شخص آخر يقبله مأمور التفليسة ويكون التشغيل تحت ملاحظته » وإذا فضل السنديك أن يعهد للغير استغلال المحل التجارى عليه الحصول على إذن مأمور التفليسة . وتضمن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ نصا يؤدى ذات المعنى والغرض حيث تنص المادة (١/٦٣٥) على أنه « يجوز لقاضى التفليسة أن يأمر ، من تلقاء ذاته أو بناء على طلب أمين التفليسة ، بعدم وضع الأختام أو برفعها عن الأشياء الآتية : أ- .. ب - .. ج - .. د - .. هـ - .. الأشياء اللازمة لتشغيل المتجر إذا تقرر الاستمرار فى تشغيله » . كما تضيف الفقرة الثانية بأنه « وتجرد الأشياء المذكورة فى الفقرة السابقة بحضور قاضى التفليسة أو من يندبه لذلك ، وتسلم لأمين التفليسة بقائمة يوقعها » .

ويؤدى تأجير الاستغلال فى حالة إفلاس المالك بميزات لهذا الأخير فى ذات الوقت كما إذا انتهت التفليسة بالصلح أو الاتحاد ، ففى الحالة الأولى يتسلم المفلس إدارة متجره كأنه يستغله طوال فترة تأجيره حيث

يحتفظ المتجر بعملائه ، وفى حالة الاتحاد وحصول بيع المتجر يترتب على الاحتفاظ بالعملاء نتيجة تشغيل المتجر ارتفاع فى سعره يفيد منه كل من المدين المفلس والدائنين على السواء[١].

هذا بالإضافة إلى أن نظام تأجير استغلال المتجر يعد مخرجا لطائفة الأشخاص الممنوعين من احتراف التجارة بسبب مهنهم كالأطباء والمحامين ممن يرغبون فى الاحتفاظ بملكية محالهم التجارية دون مزاولة التجارة . أو من يتلقى متجرا بطريق الإرث ، ولا يرغب فى مزاولة النشاط التجارى. بل إنه نظام يفيد أصحاب المحال التجارية ذاتهم عندما لا يرغبون فى مزاولة التجارة لأسباب عارضة كالمرض أو السفر أو الاعتزال ، فعقد الإدارة الحرة لا يزيل عنهم ملكية المتجر ويحقق لهم عائدا فى ذات الوقت[٢]. كما يعد تأجير الاستغلال مخرجا مناسبا بمناسبة خصخصة القطاع العام حيث تحتفظ الدولة بعناصر المتجر بالإضافة إلى احتفاظها بالعقار والأرض إذا كانت ملكا لها مما يمكنها فيما بعد إذا رأت ذلك مناسبا لبيع المشروع بأسعار مناسبة ومحققة لإرباح تتناسب وأهمية المشروع .

ومن جانب آخر يفيد نظام الإدارة الحرة للمتجر ، المدير المستأجر للاستغلال ، الذى غالبا ما يكون من صغار التجار غير الرأسماليين ، حيث يتيح له التمتع بمزايا الاستغلال فى مباشرة التجارة والإفلات من مركز التابع والمدير المأجور . ويستطيع بذلك الاحتفاظ بأرباح المشروع لحسابه الشخصى تمهيدا لإنشاء محل تجارى مملوك ملكية خالصة له بعد فترة معينة وقد يكون فى نظام تأجير الاستغلال وسيلة فعالة لأصحاب

---

(١) ريبير رقم ٥٥٧ راجع أيضا د/ على يونس ، المحل التجارى طبعة ١٩٧٤ رقم ٨٥ ص١١٨ .أيضاً مؤلفنا أحكام الإفلاس – طبعة ٢٠١٢ سالف الذكر .

(٢) Robinault . رسالة جامعة باريس السابق الإشارة إليها رقم ٥ ص٢١ .

المشروعات الصغيرة فى بداية نشاطهم .

وقد يترتب على انتشار نظام الإدارة الحرة للمتجر وما يترتب عليه من فوائد عملية لكل من مالك المتجر ومستأجر الاستغلال ، ظهور شركات متخصصة فى تأجير الإدارة يطلق عليها Societés de gerance خاصة فى الحالات التى يرى فيها أمين التفليسة الاستمرار فى تجارة المفلس لصالح جماعة الدائنين(١).

ويلاحظ أنه قبل صدور قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ بفرنسا فى شأن التسوية والتصفية القضائية ، وضعت ضوابط فى شأن تأجير استغلال المشروعات تحت التصفية أو التسوية القضائية ، حيث يسمح بها فى حالتين فقط ، الأولى أثناء فترة المراقبة إذ يقدم الوكيل الجمهورى Procureur Republique بعد أخذ رأى لجنة المشروعات إلى القاضى طلب تأجير استغلال المشروع حتى ينتهى المشروع قانونا (المادة ٤٢/١) . ومدة العقد فى هذه الحالة لا تزيد على سنتين . والحالة الثانية بواسطة المحكمة عندما تضع خطة أو برنامجا للتنازل عن المشروع حيث تأمر المحكمة بإبرام عقد إدارة حرة لصالح الشخص الذى أبدى لحيازة دائمة للمشروع بشروط تؤمن استمرار تشغيل تسوية ديون الدائنين (المادة ٩٤). ويجب أن يتضمن عقد الإدارة الحرة تاريخا للتنازل نهائيا لصالح المدير الحر وهذه المدة محدودة بقرار المحكمة ولا تزيد على سنتين تحسب من الحكم بوقف الخطة أو البرنامج (المادة ٩٧) .

وجدير بالذكر أن إبرام عقد إدارة حرة فى الحالتين المشار إليهما جائز حتى ولو تضمن عقد إيجار المكان شرطا يمنع مثل هذا العقد أو أى

---

(١) هامل ولاجارد وجوفريه ، القانون التجارى ، طبعة ١٩٦٦ ص١٩١ .

شرط آخر يخالف ذلك (الشروط التى تنص عليها المادتين ٤ ، ٥ والمادة ٨ من قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦) .

على أن نظام تأجير استغلال المتجر لا يخلو من المضار شأنه فى ذلك شأن كل نظام جديد ، إذ ترتب على انتشاره فى فرنسا ظهور طبقة تخصصت فى المضاربة عليه كالمضاربة على العقارات تماما .

كما يؤدى سوء إدارة المتجر من جانب مستأجر الاستغلال إلى الإساءة إلى المالك إن لم يكن ضياع المتجر كلية . هذا بالإضافة إلى ما قد يؤديه نظام الإدارة الحرة من لبس وخلط فى نفوس جمهور المتعاملين مع المتجر خاصة للدائنين سواء فى الاعتقاد بأن مستأجر الاستغلال هو المالك الحقيقى للمتجر مما يؤدى إلى ارتفاع ائتمانه على غير الحقيقة حيث ينحصر ائتمان الدائنين على مجرد البضائع لأن ملكية بقية عناصر المتجر مملوكة للمالك المؤجر ، أو فى الاعتقاد بأن هذا المدير الحر مجرد تابع للمالك فيعتمدون على ائتمان هذا الأخير . على أن هذه العيوب يمكن تفاديها بواسطة نظام محكم للشهر والعلانية الذى تعتمد عليه التصرفات القانونية بصفة عامة والتصرفات التجارية بصفة خاصة وبواسطة التدخل التشريعى للحد من المضاربات ذات النتائج السيئة على اقتصاد البلاد[1] وهو ما حاول تفاديه قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ كما سنرى .

---

(١) من الأسباب أيضا التى دفعت المشرع الفرنسى إلى تنظيم هذا العقد ما حاوله بعض التجار المحكوم عليهم بالإفلاس من الظهور من جديد بمزاولة الأعمال التجارية تحت ستار المدير الحر ، كذلك التجاء أصحاب المبانى إلى تأجير المكان فى صورة تأجير متجر للإفلات من أحكام قانون ١٩٢٦ الخاص بتأجير الأماكن وبالتالى عدم إمكان المستأجر طلب تجديد عقد الإجارة كما سنرى بعد ذلك .==

خطـــة الدراســـة :

٢٧٨- نقسم دراستنا لعقد تأجير استغلال المتجر إلى أربعة مباحـــث نتناول فيها طبيعة هذا العقد وخصائصه وآثاره وانقضائه .

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لعقد تأجير استغلال المتجر

عقد تأجير المتجر ليس عقد إيجار عقار – عقد تأجير المتجر ليس عقد شركة – عقد تأجير المتجر هو إجارة لمنقول معنوى يخضع للقواعد العامة فى عقد الإيجار – الصفة التجارية للمتجر .

تمهيد وتقسيم :

٢٧٩– أوضحنا فيما سبق أن مالك المتجر يلجأ فـــى عقـــد الإدارة الحرة إلى التنازل عن الاستغلال بعقد يطلق عليه «تأجير استغلال المتجر» أو عقد «الإدارة الحرة» . وأيا كانت التسمية التى يطلقها الفقه والقـــضاء على مثل هذا العقد فهو فى جوهره عقد إجارة منقول . فـــالمتجر نتيجـــة انفصال الملكية عن الاستغلال أصبح محلا للإجارة ، ولمـــا كـــان المتجـــر

==فى مزايا وعيوب نظام الإدارة الحرة وضرورة تنظيمية تـــشريعا R . Houin مقاله السابق بالمجلة الفصلية للقانون التجارى طبعة ١٩٥٤ ص٢١ إلى ٥١ .

أيضا مقال Camiers بعنوان :

Sur les aspects economiques de l'operation Rev . economique 1955. 757. M. Weisman L. R. Deled, Achat, vente, Nantissement et Gerance d'un fonds de commerce, Encyclopédie Delma pour la vais des affaire (6e. ed.) 1972. No. 2. Derrida, Encyclopédie Dalloz.. Droit commercial III. (usel 126) ze ed. Mis a jour 1977, No. 3P. 1.

La location gerance une technique de transmission des entreprises Droit et partrimoine. Mars, 1994, 20.

منقولا معنويا فإن العقد بين المالك والمدير المستأجر هو عقد إجارة أشياء معنوية Louage de choses Incorporelles ، يلزم فيه المستأجر باستغلال المتجر محل الإجارة مقابل أجرة يتفق على قدرها وطريقة الوفاء بها ، كما يلزم المؤجر بتسليم المستأجر المحل التجارى بكافة عناصره المتفق عليها حتى يتمكن هذا الأخير من استغلاله استغلالا كاملا وفق طبيعة النشاط المخصص له ، كما يلزم مؤجر المتجر بضمان استغلال المستأجر للنشاط التجارى .

ولتأكيد هذه الطبيعة القانونية يقتضى الأمر بادئ ذى بدء أن نبين أن عقد تأجير استغلال المتجر ليس من عقود تأجير العقار ولا من عقود الشركة وإنما عقد وارد على منقول معنوى يخضع لحكم القواعد القانونية المتعلقة بعقد الإيجار بصفة عامة . هذا بالإضافة إلى أن نشاط المتجر بمعناه القانونى من طبيعة تجارية .

١- عقد تأجير المتجر ليس إيجاراً لعقار :

٢٨٠- رغم أن العلاقة بين مالك المتجر ومستأجر الاستغلال تشبه إلى حد ما العلاقة بين مؤجر العقار ومستأجر العين المؤجرة ، إلا أنها ليست فى جوهرها إيجار عقار ، فكما سبق القول يعد المتجر منقولا معنويا وعقد تأجيره هو عقد وارد على منقول معنوى يختلف اختلافاً أساسياً عن عقد تأجير العقار . ولذلك من أولى المسائل التى يجب إيضاحها والتأكيد عليها فى هذا الخصوص طبيعة الشئ محل عقد الإيجار والتأكد من أنه محل تجارى بمعناه القانونى السابق إيضاحه . فإذا كان محل عقد الإيجار هو المكان الذى تباشر فيه التجارة أو أحد عناصر المتجر المادية كالمهمات

فإن العقد يختلف تكييفه كلية ويصبح إ ما تأجير عقار[١] ويخضع بالتـــالى لأحكام قانون إيجار الأماكن أو تأجير منقول مادى ، يخضع لأحكام قـــانون

---

(١) نقض تجارى فرنسى جلسة ٢٦ مارس ١٩٥٢ – بلتان النقض ١٩٥٢ – ٢– ١١٣ .

وفى هذا الخصوص وجبت التفرقة فى حالة تحديد أموال التركة بين مـــا إذا كـــان المتوفى يملك العقار الذى به المحل التجارى أم يملك الاثنين معاً ، ذلك انـــه فـــى الحالة الأولى لا يتلقى ورثة المتوفى سوى ملكية العقار فقط دون المتجر الذى يظل بعناصره ملكاً للتاجر ولا يدخل ضمن أموال التركة .

فى هذا الخصوص محكمة Pau جلـــسة ١٩٥٤/٩/٣٠ منـــشور بالـــ J.C.P ١٩٥٥ ومنشور أيضا بدالوز . الملخص ١٩٥٥ رقم ١٩ .

راجع أيضا تعليقاً على هذا الحكم بواسطة Chhen بعنوان :

La proprité de fonds de commerce exploité dans un immeuble specializé .

منشور بالـــ J. C. p ١٩٥٥ – ١ – ١٢٢ .

وفى فرنسا صدر قانون ١٩ ديسمبر لسنة ١٩٦١ بتعديل المادة ٨٣١ مدنى بقصد توسيع نطاق تطبيقها إلى الاستغلال التجارى ليحق لوارث المتجر الاســـتمرار فـــى استغلاله – دون بقية الورثة – طالما كان يشارك المتوفى فعلاً فى هذا الخصوص، وكان شريكاً لمورثة فى ملكية المتجر . ويطلق علـــى حـــق الـــوارث فـــى هـــذا الخصوص : L`attribution préférentielle.

ويجوز لأكثر من وريث التقدم بحق الأفضلية فى استغلال المتجر وللمحكمة ســـلطة التقدير فى أحقية كل متقدم بهذا الحق .

نقض مدنى فرنسى جلسة ٣ يناير ١٩٦٧ ومنشور بالـــ J. C. p ١٩٦٧ – ٢ – ١٤٩٨٢ . هذا وتقدر الأموال التجارية فى يوم تقسيمها بـــين الورثـــة (المـــادة ٢/٨٢٢ مدنى) .

راجع فى هذا الخصوص . حق الوارث الشريك فى الاستغلال التجارى فـــى طلـــب أفضلية فى استمرار استغلال المتجر بعد وفاة المورث .

Bour, les bénéficiares de l’attribution préférentielle 1968 .

أيضا مقال Raymonet بعنوان :

L’attribution préférentielle de Biens non ruraux.

منشور بالمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦٦ رقم ٤٢٧ .

هذا ولا يكتسب صفة التاجر الورثة غير القائمين باستغلال المتجر .

إيجار المنقول المادى ، وفى هذا الخصوص يعتبر الفقه[١] متفقاً على استبعاد تطبيق أحكام التشريعات الخاصة بإيجار الأماكن إذا كان عقد الإيجار هو المتجر (منقول معنوى) .

هذا ولا أهمية لأن يرد تأجير الاستغلال على كل المتجر أو على جزء منه كما إذا قام مالك مصنع بتأجير إحدى الورش Atelier أو صاحب متجر بتأجير أحد أقسامه Un rayon .

ولمزيد من الإيضاح حول طبيعة عقد تأجير استغلال المتجر سوف نشير إلى جانب من التطبيقات القضائية فى هذا الخصوص .

التطبيقات القضائية :

أ - حالات تأجير متجر

٢٨١- قضت محكمة مصر الابتدائية[٢] بأنه إذا أجرت مدبغة جلود

---

(١) السنهورى ، الوسيط ، جـ٦ ص٨٦٥ هامش رقم (١) ، د/ سليمان مرقص ، شرح قانون إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجرين ، الطبعة الثامنة ١٩٨٢ رقم ١٠ ص٦٩ ، د/ محمود جمال الدين زكى . عقد الإيجار فى القانون المدنى الكويتى ص٢٨ .

(٢) الدائرة الثانية جلسة ١٩٦١/٩/٣٠ قضية رقم ١١٤٠ لسنة ١٩٦١ . أيضا محكمة مصر الوطنية جلسة ٢٠ أكتوبر ١٩٤٥ – المحاماة ٢٧/٦٤٤/ تطبيقا لذات المبدأ حيث قررت أن المقصود بلفظ الأمكنة Locaux بنص المادة (١٤) من الأمر رقم ٥٩٨ هو الأماكن المبنية دون غيرها ، فالمنازعة التى تقوم بين مستأجر وابور طحين وبين المؤجر له حول قانونية الإيجار المتعاقد عليه إلى نص المادة ٣ من الأمر المذكور لا تنطبق عليها نصوص هذا الأمر ولو ثبت أن الوابور يتبعه بعض مخازن أو مكاتب من البناء إذ أنها لم تكن مقصودة حال التعاقد وتقويم الأجرة بل المقصود هو ما اشتمل عليه البناء من أدوات الوابور وآلاته والتى لا يعتبر العقد بدونها منصبا على وابور طحين الذى هو الغرض الأول من الإجارة . ==

بها عدد وآلات ميكانيكية وكان المؤجر مسئولا عن إدارتها بالكهرباء وعن العوائد ورسوم الرخصة ، فإن الغرض الأول من الإجارة هنا ليس هو المكان المبنى فى حد ذاته ، بل المنشأة بما لها من سمعة تجارية وما اشتملت عليها من أدوات وماكينات التى بدونها لا يكون للمكان أية قيمة فى نظر المستأجر ومن ثم لا يسرى قانون إيجار الأماكن على النزاع المطروح.

وقضت محكمة النقض المصرية ، بأنه متى استخلصت محكمة الموضوع فى حدود سلطاتها من إرادة المتعاقدين ومن ظروف التعاقد وملابساته أن الغرض الأساسى من إجارة المحلج ليس هو المبنى فى ذاته وإنما ما يشمل عليه من أدوات وآلات ، وأن المبنى ليس إلا عنصرا ثانويا بالنسبة لهذه الأدوات والآلات فإن هذه الإجارة لا يسرى عليها قانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧[١].

==وإبان التشريعات الاستثنائية التى صدرت خلال الحرب العالمية الأولى وما بعدها حكم بأنه وأن كان القانون رقم ٤ لسنة ١٩٢١ القاضى بتعديل أجور الأمكنة المؤجرة للسكنى كما يطبق على الأماكن المؤجرة لاستعمال آخر غير السكن إلا أنه لا يجوز مع ذلك تطبيقه على الإجارة لوابور لحلج القطن إذ الغرض الأصلى من الإجارة فى هذه الحالة هو آلة الحلج ذاتها لا المكان الموضوعة فيه . محكمة طنطا الجزئية ١٨ مارس ١٩٢٢ المجموعة الرسمية – ٢٢ – ١٧١ – ١١٦ .

(١) جلسة ١٨ مايو ١٩٦٧ السنة ١٨ ص١٠٥٤ .

وفى ذات المعنى ولذات المحكمة جلسة ٢٨– ١٢ – ١٩٧١ السنة ٢٢ ص١١١٥. حيث قررت المحكمة أنه« لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه أنه ثبت من الإيجار أن المستأنف (الطاعن) قد أستأجر من الحارس دار سينما مصر بالسويس المعروفة بسينما حنفى الشتوى بقصد استعمالها لغير ذلك ، ومن ثم حرص الطرفين على النص فى العقد على اسم السينما وعلى حرمان المستأجر من استعمال المبانى فىغير الغرض المتفق عليه مما يقطع بأن الغرض الأول من الإجارة لم يكن المبنى فى حد ذاته==

وقضت أيضاً المحكمة ذاتها بأن ما أورده المشرع بلفظ المصنع أو المتجر بالمادة (٢/٥٩٤) مدني .

" استثناء من الحظر المقرر علي حق المستأجر في التنـــازل عـــن

==بل استغلال اسم السينما التجارى الذى حرص الطرفان على إبرازه فى العقد وما يحققه المستأجر من ربح وراء الاستغلال وإذا كان ذلك فإن أجرة السينما لا تخضع للتخفيض المنصوص عليه فى القانون ١٢١ لسنة ١٩٤٧ والقوانين الملحقة» .
نقض تجارى جلسة ١٩٧٢/٤/٦ السنة ٢٣ ص٦٥٦ .
ويعتبر القضاء الفرنسى مستقراً على ذلك : ١١ فبراير ١٩٦٣ دالـــوز – ٣٨٨ – أيضا محكمة باريس جلسة ١١ فبراير ١٩٦٩م . الملخص ٩١ .
نقض تجارى الدائرة التجارية جلسة ٢١ إبريل عام ١٩٩٢ المجلة الفصلية ١٩٩٢ – ٨٥٨ مع تعليق Derruppe ، وجلسة ١٦ يوليـــو ١٩٨٠ – بلتـــان الـــنقض ١٩٨٠ الجزء الرابع – رقم ٢٩٤ ، نقض مـــدنى جلـــسة ١٩٨٢/٨/٢٦ دالـــوز ١٩٨٣ – ١ – ٢١٣ .
أيضا نقض تجارى جلسة ٢١ إبريل ١٩٩٢ المجلة الفصلية ١٩٩٢ – ٥٨٥ مـــع تعليق Derruppe ونقض مدنى جلسة ١٩٨٢/٨/٢٦– دالوز ٨٣ –١٠٠– ٢٣.
راجع أحكام الأخرى واردة بـــ Encyclopedie Dolloz رقم ٧٥ ص٧ إلى رقم ٨٠ ص٨ للأستاذ Derrida .
وقد حكم فى لبنان بأن العقد الذى يترتب عليه منح المالك السينما إلى شخص آخر لإستغلال تلك الدار هو من قبيل تأجير متجر لا يسرى عليه قانون إيجار الأمـــاكن، قرار ١٩٤ جلسة ١٩٥٠/٢/٢٦، مجلة المحامى ص٥٢٩ – ٥٣٢ اجتهاد ١٩٥٠.
كما قضى الحكم المنفرد مدنى بيروت بأن العقد الذى يعهد فيه للمدعى عليه بإدارة الفرن مع كل موجوداته إدارة حرة تحت مسئوليته وإشرافه لمدة محددة لقاء بـــدل معين يؤدى إلى المدعى يعتبر عقد إيجار الاستثمار ، مثـــل هـــذا العقـــد المتعلـــق بالاستغلال الحر Libre-gerance للمؤسسة التجارية هى فى حكم المال المنقول (عملا بالمواد ٤٠ ، ٤١ تجارى لبنانى المـــشابه للمـــواد ٤٢ ، ٤٣ ســـورى) لا يخضع لأحكام قوانين الإيجار .
قرار رقم ١٣٣٨ فى ١٣– ١١– ١٩٥٨ – النشرة القضائية اللبنانيـــة – اجتهـــاد ١٩٥٨ ص٨٧١ – ٨٧٢ . فى هذا الخصوص د/ سليمان مـــرقص ٢٣ – طبعـــة ١٩٧٧ ص٥٤ ، راجع مقال Acohen بعنوان :
La propréité de fonds de commerce exploité dans les immeubles spécialises J.C.p. 1955 . I . 1922 .

الإيجار وذلك حين ينشئ الأخير بالعين المؤجرة محلاً تجارياً – مصنعاً أو متجراً ويضطر إلي بيعه فأجاز المشرع للمحكمة – تحت شروط معينة – بالرغم من قيام ذلك الحظر أن تقضي بإبقاء الإيجار وهي حالة تخالف تلك التي ترد فيها الإجارة علي عين زودها مالكها بأدوات وآلات أو مفروشات لاستثمارها في مشروع تجاري أو صناعي معين ، إذ يكفي لإخراج إجارتها من نطاق تطبيق أحكام قوانين إيجار الأماكن أن تكون هذه الأدوات أو الآلات أو المفروشات جدية وتكون الإجارة قد استهدفتها بحيث يعتبر المبني في ذاته عنصراً ثانوياً بالنسبة لها أو بمعني آخر أن يثبت أن الإجارة شملت بالإضافة إلي منفعة المكان في ذاته مفروشات أو منقولات ذات قيمة تبرر تغليب منفعة تلك المفروشات أو المنقولات علي منفعة العين مؤجرة خالية ([1]) " .

وفى حكم آخر لذات المحكمة بخصوص إجارة مخبز بأدواته حيث قررت أن الغرض الأساسى من إجارة المخبز لم يكن المبنى فى حد ذاته وإنما ما اشتمل عليه من عناصر معنوية باعتباره مخبزاً عموميا له سمعته التجارية وعملاؤه وموقعه التجارى . [٢]

وقضت محكمة استئناف القاهرة[٣] بتأييد حكم المحكمة الابتدائية

---

(١) طعن رقم ٧٥/١٧٨٠ ق جلسة ٢٠٠٥/١٢/٢٥ نقض جلسة ١٩٩٤/٧/١٤ مجموعة المكتب الفني س ٤٥ ع ٢ ص ١٢٠٨ ، وطعن رقم ٥٥/١٤٨٠ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥– مجلة المحاماة طبعة ٢٠٠٧ ص ٤٤٣ .

(٢) جلسة ١٩٧٩/٢/١٢ – طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٤٨ق أيضا جلسة ١٩٧٢/٤/٦ السنة ٢٣ ص٦٥٧ .

(٣) استئناف القاهرة جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٤ استئناف ١٤٠٦ لسنة ٤٨ق(الحكم الابتدائى الؤيد : محكمة القاهرة الابتدائية – الدائرة ٢٢ جلسة ١٧ مايو ١٩٦٧ قضية رقم ٣٣٥ لسنة ١٩٦٧ مدنى كلى القاهرة) .
فى هذا الخصوص د/سليمان مرقص ، المرجع السابق طبعة ١٩٨٢ رقم ١٠ ص٧٤ هامش رقم (٦١) .
أيضا حكم استئناف القاهرة (الدائرة ٢٨ إيجارات) جلسة ١٩٧٤/١٢/٢٢ استئناف رقم ٦٤٧ لسنة ٩١ق حيث أوضح الحكم أن صدور قرار لجنة تقدير القيمة ==

الخاص بالدعوى المرفوعة من صاحب الفندق المذكور وجاء بحيثيات الحكم أنه لما كان الثابت من استعراض أحكام العقد المبرم بين المتداعين فى ٢٣ سبتمبر ١٩٥٨ أن عباراته الواضحة مبنى ومعنى أظهرت أن طرفيه حرصا على تسميته بعقد التزام وصدر بأنه لما كان المدعى كملتزم يرغب فى أن يحصل من هيلتون على ترخيص لمباشرة نشاطه ببيع زهور وحلوى وسيجار وسجاير ، وكان الفندق يرغب فى إعطاء الملتزم هذا الترخيص للغرض المتقدم طبقا للشروط والأوضاع المبنية بالعقد والتى وافق عليها الملتزم ثم توالت الشروط تفرض على المدعى قيودا ، منها أن هذا الأخير ليس له أن يغير من نشاطه هذا وألا يقوم بمجرد الإصلاح أو الزخرفة إلا بإذن سابق من هيلتون وبمعرفة مزخرفين حددهم العقد ، وحول البند الثالث لهليتون حق الدخول بمكان الترخيص فى أى وقت لإجراء أيه تعديلات معمارية أو تحسينات للفندق أو أى جزء منه دون أن يكون للملتزم حق الاعتراض أو المطالبة بالتعويض ، وكل ماله أن يعفى من الإتاوة عن المدة التى يطلب إليها فيها ترك المنطقة – منطقة الترخيص – وفرض الفندق على الملتزم أن يؤمن على عماله لدى شركات التأمين التى يقبلها هيلتون وبالمبالغ التى يرتضيها ومنع الملتزم من وضع أى

== الايجارية بتقدير أجرة مبنى معين فى حدود اختصاصها ليس حجة على أن الإجارة التى ترد فيما بعد على هذا المبنى وما أنشئ فيه من متجر أو مصنع تكون خاضعة لأحكام الأجرة القانونية التى تنص عليها قوانين إيجار الأماكن ، بل يجوز إثبات أن محل الإجارة ليس المبنى وحينئذ لا يكون ثمة محل لإعمال الأجرة التى حددتها اللجنة ويعمل بالأجرة التى اتفق عليها الطرفان .

وفى ذات المعنى محكمة بنها الابتدائية – الدائرة السادسة إيجارات – جلسة ٢٤ مارس ١٩٨٠ – قضية رقم ١٩٣٢ لسنة ١٩٧٩ مدنى كلى بنها (قضية شركة جركو ضد شركة الشريف للبلاستيك) .

فى هذا الخصوص : د. سليمان مرقص المرجع السابق رقم ١٠ ص٧١ هامش ٥٧ طبعة ١٩٨٢ ص٧١ .

علامة أو لافتة إلا بعد موافقة كتابية من الفندق ، كما منع من استعمال أى اسم سوى الاسم الجديد بالعقد ، كما فرض على الملتزم الكيفية التى يباشر بها نشاطه والأسعار التى عليه أن يلتزمها وجعل العقد والملتزم وعماله خاضعين للوائح الفندق الذى له حق فى اعتماد أو رفض التحاق عمال الملتزم ومستخدميه بالعمل لديه أو استمرارهم فيه ، وهذه القيود جعلتها تنأى بالعقد عن أن يكون عقد إيجار مجرد مكان إذ جعلت المدعى خاضعا لإشراف الفندق ومراقبته ، هذا ليس شأن مستأجر المكان ، كما يبين منها بوضوح أن الفندق يرمى أساساً من هذا التعاقد لأن يؤدى خدمة لنزلائه (الفندق) ورواده بالسعر المناسب وبالكيفية التى تتفق ومكانته بين فنادق الدرجة الأولى ، وفى الوقت ذاته تهيأت للمدعى فرصة للانتفاع ليس مكاناً مجردا بل بمقوماته من اسم تجارى ووصفه لفندق هليتون ومجهزا بمعدات التكييف والإضاءة ، وبهذا فقد حق عليه أن يؤدى مقابل هذا كله المبلغ المتفق عليه ليشمل هذه العناصر مندمجة اندماجا كاملا يستحيل معه تجزئته أو تقسيمه بين المحل وبين مقوماته الأخرى ، ومؤدى هذا أن العقد سند دعوى المدعى ليس عقد إيجار إنما هو عقد ذو طبيعة خاصة نظمها عاقداه دون أن يكون لأزمة المساكن أثر فى حرية التعاقد .. الأمر الذى ينبنى عليه ألا تخضع علاقتها للقوانين الاستثنائية بدءا بذلك الرقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ وما تلاه من تشريعات لتحديد الأجرة ، ومن ثم فإن هذه المحكمة المنوط بها نظر الدعوى المدنية الكلية بأنواعها المختلفة بما فيها أنزعة الإيجارات تقضى برفض الدعوى وتبعا لهذا القضاء وإعمالا للمادتين ٣٥٦ و١/٣٥٧ مرافعات يتعين إلزم المدعى المصاريف شاملة أتعاب المحاماة .

فهذا العقد هو إيجار استغلال لمتجر (تأجير بالجدك) حيث يؤجر الفندق منقولا معنويا شاملا العملاء ، وهم ليسوا فقط نزلاء الفندق بل عملاء الاسم التجارى « هليتون » الذى يمثل درجة عالية فى الثقة والجودة ولا يغير من طبيعة العقد وجود إشراف من المؤجر ذلك أن له

مصلحة أكيدة فى الاطمئنان على سمعته التجارية واسمه التجارى الذى يمثل العنصر الرئيسى فى عقد تأجير الاستغلال .

ب- حالات تأجير عقار :

٢٨٢- وتطبيقا لذات المبدأ رفضت محكمة استئناف القاهرة[١] اعتبار العقد واردا على محل اتجارى لما تبين من وقائع الدعوى أن محل عقد الإيجار هو المكان الذى تباشر فيه التجارة وقررت فى حكمها أنه «من المقرر قانونا أن الجدك هو المجموعة القانونية لمقومات المتجر أو المصنع ، وهذه المقومات منها ما هو مادى ومنها ما هو معنوى ، والأخير هو العنوان والاسم التجارى والحق فى الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية ، ويشترط لاعتبار العين المؤجرة جدكا أن يكون عنصر المكان ثانويا بالنسبة لباقى العناصر وأن المقصود بالإيجار هو تلك العناصر الأخرى وأن المكان ما هو إلا شئ تابع لتلك العناصر ولما كان البادئ من العقدين المؤرخين ٢٧ أغسطس ١٩٤٦ سند المستأنف فى دعواه أحدهما بإيجار شهرى قدره ١٤ جنيها لاستعماله مخزنا للنقل والآخر بإيجار قدره ١٦ جنيها لاستعماله مكتبا للنقل بالسيارات ، وقد ذكر فى العقدين أن . المحل بالجدك ، والعقد الثانى مذيل ببيان المنقولات المعتبرة جدكا بالمحل المؤجر وهى عبارة عن باب زجاجى كبير وباب زجاجى للمكتب ومكتب خشب زان وكرسى وقواعد خشبية . أما العناصر المعنوية وهى الاسم والسمعة والعنوان والعملاء فلم يتناولها العقدان ، ومن ثم يكون الإيجار الوارد على المحلين موضوع النزاع لا يعتبر إيجار جدك كما وصفه المؤجر» ، وأضافت المحكمة « أن العبرة ليست بتسمية العقد إيجار جدك بل بحقيقته وتوافر مقومات هذا الإيجار ، فإذا انتفت هذه المقومات انتفى تطبيق أحكامه» .

---

(١) جلسة ٢٧ ديسمبر ١٩٧٠ استئناف رقم ٧٨٣ السنة ٨٦ق .

ج- حالات تأجير متجر وعقار فى عقد واحد :

٢٨٣- إذا فرض وابرم عقد واحد يشمل فى ذات الوقت تأجير المكان وتأجير المتجر فإن الراجح عدم خضوع هذا العقد لقانون إيجار الأماكن طالما أن الإيجار وارد على المتجر أو المصنع الذى لا يعتبر المكان إلا عنصرا ثانويا تبعيا مندمجا فيه وطالما أن العاقدين لم يقررا للمكان أجرة خاصة ، ذلك أن الجزء الأكبر من الأجرة وهو الذى يقابل الانتفاع بما عدا المكان من مقومات المتجر أو المصنع لا يخضع لتحديد قانونى ، ولأن المكان لا يصبح إزاء دوره الثانوى فى محل الإجارة ، وأن يكون له قيمة كيان خاص من حيث أجرته(١).

وتطبيقا لذلك قضت محكمة الاستئناف العليا بدولة الكويت (دائرة التمييز) أن مؤدى نص المادة الأولى بفقرتها الأولى والثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧١ فى شأن إيجار العقارات والأماكن ؛ ومذكرته التفسيرية أن العبرة فى سريان أو عدم سريان أحكام القانون على عقد إيجار مكان ما بما اشتمل عليه من أموال مادية ومعنوية ، هى بتحرى قصد العاقدين للوقوف على ما إذا كانت تلك المحتويات تفوقه فى أهميتها وتطغى عليه أم أنها بالنسبة له تعتبر عنصرا ثانويا وإذا كان ما أورده الحكم المطعون فيه هى تقريرات موضوعية سائغة لها اصل ثابت بالأوراق تستظهر حقيقة العلاقة وقصد المتعاقدين من عقد الإيجار وأنها لم تكن قاصرة على المكان المؤجر وإنما تنصب على مستغل صناعى أو تجارى مرخص به بما تحويه من أموال ماثلة فى عدد وآلات وماكينات وترخيص لا يمكن استغلال المكان أو الانتفاع به بدونه ، وكان ما أورده كاف بذاته لحمل قضاء الحكم المطعون فيه وفقا للضوابط التى نهج عليها القانون وأوضحتها المذكرة التفسيرية ، فإن النعى على الحكم فيما انتهى عليه من تطبيقه على علاقة التأجير – قانون التجارة دون قانون الإيجار رقم ٢٥ لسنة ١٩٧١ – لا يكون سديدا (٢).

---

(١) د/ سليمان مرقص ، المرجع السابق طبعة ١٩٧٧ ص٥٥ .

(٢) جلسة ١٩٧٤/٤/١٤ حكم منشور بمجلة القضاء والقانون التى تصدرها وزارة العدل بدولة الكويت – السنة الخامسة – العدد الأول ص١١٢ – برئاسة المستشار عبد الحميد قطب فراج .=

وقضت ذات المحكمة أن العقد الذى قصد منه مجرد المضاربة لتحقيق ربح أو الذى وقع على عين ما تحتويه من أموال تفوق فى أهميتها العين المؤجرة أو الذى يشتمل على شروط جوهرية غير مألوفة فى الإيجار العادى لا يخضع للمرسوم بقانون ٣٥ لسنة ١٩٧٨ فى شأن إيجار العقارات[١] .

ويلاحظ فى هذا الخصوص أنه إذا أبرمت إجارة على حدة عن المكان القائم فيه المتجر أو المصنع وابرمت فى الوقت ذاته إجارة أخرى عن المتجر أو المصنع (تأجير الجدك) ، مع ذات المستأجر فإن ذلك لا يمنع قانون إيجار الأماكن ولا يفقد المستأجر حقه بالتالى الاستمرار فى العين المؤجرة وفقا للتشريعات الاستثنائية الخاصة بإيجار الأماكن[٢].

ويعتبر القضاء الفرنسى مستقرا على اعتبار عقد تأجير استغلال المتجر عقد إجارة أشياء معنوية[٣]، واختلاف هذا العقد عن عقد إجارة الأماكن Location des Locaux .

د- حالات تأجير عقار مجهز قبل تشغيل المتجر :

٢٨٤- تجدر الإشارة فى هذا الخصوص إلى أنه غالبا ما يلجأ

=فى هذا الرأى R. Houin فى مقالة السابق الإشارة إليه بالمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٥٤ ص٢٦ . ولم يكن القضاء الفرنسى قبل مرسوم ٢٣ سبتمبر ١٩٥٣ والخاص بتنظيم استغلال المتجر ، قد قرر تغليب عقد الإدارة الحرة فى هذه الحالة .

نقض تجارى فرنسى جلسة ٢٤ يناير ١٩٥١ بلتان النقض المدنى رقم ٤١ .

نقض تجارى فرنسى ٢٠ مايو ١٩٥٢ بلتان النقض المدنى رقم .

(١) طعن رقم ٣٥/١٩٨٢ الدائرة التجارية ، مجلة القضاء والقانون ، السنة الحادية عشر ، أكتوبر سنة ١٩٨٥ ص٦٨ .

(٢) استئناف مختلط جلسة ٢ مايو ١٩٤٤ ، ٥٦ ص١٢٩ .

(٣) نقض تجارى جلسة ٩ مارس ١٩٥٣ دالوز ١٩٥٤- ٣٢٣ السابق رقم ٢٤ ص٤.

أطراف العقد إلى إخفاء عقد تأجير العقار فى صورة عقد إدارة حرة لمتجر تهربا من تطبيق تشريعات إيجار الأماكن الاستثنائية خاصة التشريعات المتعلقة بتخفيض الأجرة [١]، والحق فى طلب تجديد إيجار المكان القائم به، المتجر[٢]، حيث ينفرد به مالك المتجر (مستأجر المكان) دون المدير الحر (مستأجر الاستغلال أو المستأجر بالجدك) . كذلك تبدو أهمية التمييز بين عقود إيجار الأماكن عن عقد الإدارة الحرة (الإيجار بالجدك) بالنسبة لشرط التأجير من الباطن دون تأجير استغلال المتجر فى صورة إدارة حرة[٣]. وعلى القاضى فى مثل هذه الحالات أن يرد العقد إلى تكييفه الصحيح دون الاعتداد بالوصف أو التسمية التى يطلقها عليه أطراف التعاقد[٤].

وفى هذا الخصوص تعمد المشرع الفرنسى ، بمناسبة إصدار قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ الخاص بتنظيم عقد الإدارة الحرة (استغلال المتجر) استعمال اصطلاح Loueur بالنسبة للمؤجر مالك المتجر بدلا من Bailleur لتمييزه عن المؤجر مالك العقار ، واستعمال Locataire Gerant بدلا من Preneur بالنسبة لمستأجر استغلال المتجر ، كما تصف المادة الأولى من

---

(١) حكم محكمة ليل المدنية بفرنسا ، جلسة ١٩٤٩/١٢/١٤ ، منشور بالـ J. C. P ١٩٥٠ – ٢ – ٣٢٧ مع تعليق : Jean Hemard . كذلك حكم محكمة السين الفرنسية (الدائرة مدنى) جلسة ٩ مارس ١٩٦٠ – دالوز ١٩٦٠ – ٢٢٦ .

(٢) ويطلق عليه الفقه الفرنسى Propriété commerciale .

(٣) د/ مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، جـ١ طبعة ١٩٥٦ رقم ٨٤٦ ص٨٢١. وأحكام النقض الفرنسية (الدائرة التجارية) : جلسة ١٩٥٨/٦/٢ وجلسة ١٩٥٩/٧/٢ منشور بالـ J.C.P ١٩٦٠ – ١١ – ١١ – ١١٥٠ مع تعليق A.Cohen ونقض مدنى جلسة ٧ فبراير ١٩٦٢ الجازيت ١٩٦٢ – ١ – ٢١٥ .

(٤) نقض تجارى فرنسى ، جلسة ٩ مارس ١٩٥٣ – دالوز ١٩٥٢ – ٣٢٤ .
فى هذا الخصوص : M. Weismann S.R. Debled السابق الإشارة إليه رقم (١) .

القانون المشار إليه هذا العقد بأنه Location Gerant لإزالة أى لبس بين المركز القانونى لكل من مؤجر ومستأجر العقار ومؤجر المتجر .

ونشير بهذه المناسبة إلى أننا نفضل فى هذا المجال استعمال اصطلاح مؤجر المتجر للدلالة على مالك المتجر أو كل من له حق تأجير استغلاله على اصطلاح مؤجر الجدك ، واصطلاح مستأجر الاستغلال أو مستأجر الإدارة الحرة للدلالة على المستأجر فى عقد تأجير استغلال المتجر على اصطلاح مستأجر الجدك . وقد استجاب لذلك تشريع التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث استخدم عبارة «تأجير استغلال المتجر» فى المواد التى أشار إلى حكمة بها .

والملاحظ فى الآونة الحاضرة أن مالك العقار يلجأ إلى تجهيز عقاره تجهيزا يخرجه عن دائرة تأجير العقار خاليا ، ويعمد إلى وضع الأثاث والأرفف وتركيب تليفون .. إلى غير ذلك من المنقولات المادية ، بل قد يقوم بتوفير بعض العناصر المعنوية مثل استخراج الرخص الإدارية ويكتفى عند هذا الحد ثم يقوم بتأجيره قبل التشغيل . والتكييف السليم الذى نراه لمثل هذه العقود أنها إجارة لعقار مفروش[١] يخضع لأحكام قانون إجارة الأماكن المفروشة وليس من قبل عقود تأجير استغلال المتجر . وهذا ما

---

(١) ويرى زميلنا د/ نعمان جمعة أن مثل هذا الإيجار سيكون إيجارا لعقار مفروش ، ويستطرد قائلا أنه « بدوره لا يخضع للمادة ٢/٥٩٤ مدنى ، لأن المحل هنا سيكون شركة بين المؤجر والمستأجر . فقد قدم المؤجر بعض عناصر المحل ، فإن باع المستأجر المحل كان بائعا لملك الغير فيما يتعلق بالعناصر التى قدمها ، ويضاف إلى ذلك أنه حتى بفرض إمكان المستأجر بيع العناصر التى تخصه بفرض أنها كافية وحدها لوجود المحل التجارى ، فإن انتقال الإجارة إلى مشترى المحل سيكون محدودا بالمدة المتفق عليها للإيجار . فإيجار العقار مفروشا لا يتمتع بميزة امتداد العقد خارج المدة المتفق عليها » . وأشار إلى المادة ٣١ من قانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، البحث السابق الإشارة إليه ص٤٠ .

أخذ به قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، حيث اشترط كحد أدنى لوجود المتجر عنصرى الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية ، كما هو واضح من المادتين (١/٣٤ ، ٣٥) .

وقضت محكمة نيس بفرنسا[١] أنه فى حالة تسليم المؤجر مع العقار، كافة المنقولات اللازمة لاستغلال كازينو ، يعتبر الإيجار واردا على عقار ومنقول مادى فقط ، على أساس أن الاستغلال لم يبدأ بعد (وكان موضوع القضية يتعلق بتحديد تاريخ إنشاء المتجر بقصد تمييز إجارة الأماكن عن إجارة المتجر (الكازينو) .

ومع ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية فى حكمين بتاريخ ٢٧ فبراير سنة ١٩٧٣[٢] – مؤكدة ما جرى عليه القضاء الفرنسى – باعتبار عقد التأجير الوارد على متجر قبل استغلاله هو عقد إدارة حرة لتوافر كافة العناصر المادية والمعنوية بما فيها عنصر الاتصال بالعملاء الذى يعد وجوده مؤكدا ، كذلك جرى القضاء الفرنسى على اعتبار عقد الإجارة الوارد على محطات البنزين وخدمة السيارات من قبيل عقود الإدارة الحرة[٣].

---

(١) نيس الابتدائية جلسة ٢٤ نوفمبر ١٩٦٥ – المجلة الفصلية ١٩٦٥ ص٤٤٤ رقم ١٠ . مع تعليق جوفريه

من هذا الرأى أيضا A. Cohen تعليقه الوارد J. C. P . ١٩٥٤ – ١١ – ٨١١٨ .

(٢) جلسة ١٧ فبراير ١٩٧٣ منشور بالـ J. C. P . ١٩٧٢ – ١١ – ١٧٤٠٣ – دالوز ١٩٧٤ – ٢٨٣ .

فى هذا الخصوص راجع ميشيل ، القانون التجارى السابق الإشارة إليه – الجزء الأول – الطبعة الثانية ١٩٧٥ رقم ٣٢٢ ص٦٤٠

(٣) محكمة ديجون الفرنسية جلسة ٢٢ مايو ١٩٦٩ – ومحكمة باريس جلسة ٢٥ مايو ١٩٧٠ بالجازيت ١٩٧٠ – ٢ – ٢٠٢ ، وبالـ J. C. P ١٩٧٠– ١١ – ١٦٦٢٩ . =

على أن هذا القضاء تعرض للنقد باعتباره المتجر موجودا بما فيه عنصر الاتصال بالعملاء قبل البدء فى الاستقلال كلية لأنه لم يفتح بعد لتلقى العملاء[١].

وقضت محكمة النقض فى هذا الخصوص بأن تأجير المكان مفروشا كما يسرى على الأماكن المعدة للسكنى يسرى على غيرها من الأماكن أيا كان الغرض من تأجيرها فما يصدق على الشقة المعدة للسكنى يصدق على المحل التجارى . ويكفى لاعتبار المحل مؤجرا مفروشا أن يزوده بمنقولات من عنده تفى بالغرض المؤجر من أجله ولا يشترط أن يشمل الإيجار العنصر المعنوى للمحل التجارى كالسمعة التجارية ذلك أن تأجير المحل مفروشا يختلف عن تأجير الجدك فالأول لا يشمل سوى العنصر المادى المتمثل فى المكان وما ورد به من منقولات أما الثانى فإنه يشمل بالإضافة إلى ذلك العنصر المعنوى للمحل التجارى[٢].

كما قضت المحكمة ذاتها بأن الجدك في مفهوم المادة (٢/٥٩٤) مدني يختلف عن حالة ورود الإيجار علي عين زودها المالك بأدوات وآلات ومفروشات وخروج الأخيرة عن نطاق قوانين إيجار الأماكن ([3]) .

والواقع أن تكييف العقد فى الحالات التى يقوم فيها المؤجر مالك العقار بتجهيزه ببعض العناصر يتوقف على ظروف كل حالة على حدة ،

=قارن حكم محكمة Reims جلسة ٣ يوليو ١٩٦٩ الذى قرر اعتبار عقد تأجير محطات البنزين مجرد عقد إيجار أماكن .

انظر تعليقا لجوفريه بالمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٧١ رقم ١١ والمجلة لعام ١٩٧٣ – ٢١٢ رقم ٨ مع تعليق ذات الفقيه على حكم محكمة Millon جلسة ٢٨ يونيه ١٩٧٢ .

(١) قارن جوفريه أثناء تعليقه على حكمى النقض المشار إليهما بالمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٧٣ ص٥٠٤ رقم ١٠ .

(٢) طعن رقم ١٦٥٩ لسنة ٥٠ق ص٤ جلسة ١٩٨٩/٦/٧ .

(٣) طعن رقم ٧٥/١٧٨٠ ق جلسة ٢٠٠٥/١٢/٢٥ وطعن رقم ٥٥/١٤٨٠ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥– مجلة المحاماة طبعة ٢٠٠٧ ص ٤٤٣ .

ولقاضى الموضوع مطلق التقدير فيما يمثل فى جوهره تأجير المتجر بمعناه القانونى السابق لإيضاحه شاملا عناصره المادية والمعنوية ، أم مجرد إيجار لعقار ومنقول مادى[١]. إذ قد يحدث أن لا يبدأ المتجر نشاطه بعد ومع ذلك يعد متجراً بمعناه القانونى ، كما هو الشأن فى حالة اشتراك عدة أشخاص فى إنشاء متجر وإتمام كافة التجهيزات لتشغيله والإعلان عنه وعن طبيعة نشاطه وخدماته التى يقدمها للعملاء واختيار علامته التجارية، ثم تأجير استغلاله (أى تأجيره جدكا) فهذا العقد يرد فى جوهره على منقول معنوى هو المتجر وليس على عقار ومنقول مادى رغم عدم تشغيله فعلا .

ويثار التساؤل عن وجود متجر بمعناه القانونى السابق ذكره فى حالة توقف نشاط التاجر قبل تأجيره أو قبل بيعه ، والأمثلة كثيرة ومتعددة فى هذا المجال ، كما إذا أغلق المحل التجارى بسبب وفاة التاجر ومضى فترة زمنية بين الوفاة وقيام الورثة بتأجير المحل أو بيعه ، كذلك الحال عند اعتزال التاجر لتجارته ، وغلقه المتجر فترة من الزمن ، وقد يكون غلق المتجر غلقا إداريا لمخالفة التاجر للتشريعات الصحية أو الإدارية أو بسبب وضع الأختام عليه أو وضع التاجر تحت التحفظ أو الحراسة وغلق المتجر فترة من الزمن .

---

(١) وينبه زميلنا د/ نعمان جمعة فى هذا الخصوص إلى أن الخلط الذى تقع فيه بعض المحاكم «استئناف القاهرة – دائرة ١٥٥ إيجارات جلسة ١٩٧٠/١٢/٢٧ استئناف رقم ١٢٥٦ لسنة ٨٧ق » حيث تستخدم معيار هذه الحالة وهو ثانوية قيمة العقار بالنسبة لما به من منقول ، فى تحديد ماهية المحل التجارى ، والحقيقة أن مثل هذا النظر مرفوض لأن معيار المحل التجارى هو توافر عناصره المادية والمعنوية وعلى رأسها السمعة التجارية والصلة بالعملاء ، فبغض النظر عن قيمة المنقولات الموضوعة بالعقار والتى تكون ضئيلة القيمة بالنسبة العقار بل وقد تكون كذلك فى حد ذاتها» .

والواقع أنه فى مثل هذه الحالات لا أثر لغلق المتجر طالما كانت الفترة الزمنية معقولة بحيث لا يتصور معه انصراف العملاء انصرافا كاملا. وتقدير طول أو قصر المدة التى ظل المتجر خلالها مغلقا وفقده لعنصرى العملاء والسمعة التجارية من عدمه أمر متروك لكامل تقدير قاضى الموضوع .

وقضت محكمة النقض أن توقف النشاط التجارى لغلق المتجر بقرار من المدعى العام الاشتراكى باعتبار ذلك أمرا اضطراريا خارج عن إرادة المطعون ضده الأول لا يغير من وصفه متجرا فى مفهوم المادة ٢/٥٩٤ مدنى طالما تضمن من العناصر ما يشكل فى مجموعها متجرا أو مصنعا[١].

٢- عقد تأجير استغلال المتجر ليس عقد شركة :

٢٨٥- نادى جانب من الفقه الفرنسى[٢] فى ظل مرسومى ٢٢ ، ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ الذى كان يضع مسئولية مشددة على عاتق مؤجر المتجر، إلى اعتبار عقد تأجير استغلال المتجر مجرد تنظيم لاستغلال مال معين تحت مسئولية الطرفين (المؤجر والمستأجر) وليس من قبيل عقود إجارة الأشياء. فالإدارة الحرة ، فى رأى هذا الفقه تقترب من عقد الشركة عن عقد الإجارة خاصة شركة التوصية البسيطة ، وأن حق المؤجر فى الإشراف والإدارة غير منصوص عليه بمرسوم ١٩٥٣ (الذى كان ينظم عقد تأجير استغلال المتجر) إلا أن هذا لا يمنع اتفاق الطرفين عليه .

على أن هذا التحليل غير صحيح ، ذلك أن عدم اشتراك المؤجر فى

---

(١) طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٣ .

(٢) P.Esmein فى مقالة بعنوان La Location gerance de fonds de commerce منشور بالجازيت ٩ أكتوبر ١٩٥٣ أيضا Derrida رقم ٢١ ص٤ .

خسائر المشروع لا يجعل منه عقد شركة حتى فى الحالات التى يقوم فيها المؤجر بالوفاء بديون المستأجر إذا حق الرجوع عليه ويحل محل الدائن الموفى له[١]. هذا بالإضافة إلى عدم توافر أهم أركان عقد الشركة وهو نية المشاركة L`affectio Societatis الذى يشترط توافره عند إبرام العقد وطوال فترته أى نكون بصدد إرادة للاتحاد معا من جانب الشركاء Une volonté d'union de la part des associés بقصد تحقيق تجانس للمصالح المشتركة وتحمل المخاطر معا[٢].

وجاء قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ الفرنسى ، الذى ألغى تشريع ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ السابق الإشارة إليه للقضاء على المضاربات التى انتشرت على تأجير استغلال المحال التجارية ، واتخاذ نظاما للعلانية قضى به على

---

(١) فى هذا الخصوص د/ على يونس السابق رقم ٢٣٤ ص٣٢٤ ، أيضا R. Houin مقاله السابق بالمجلة الفصلية ١٩٥٤ ص٢٨

(٢) راجع مؤلفنا « الشركات التجارية » وفقا لقانون الشركات ١٥٩ لسنة ١٩٨١ طبعة ١٩٩٢ رقم ٢٥ وطبعة ٢٠١١ دار النهضة العربية .

ويعبر الفقه الفرنسى أيضا عن ذلك بضرورة توفر نية التعامل على قدم المساواة بين الشركاء وتتبع العمل الجماعى فيما بينهم :

Les associes doivent l'intention de se traiter comme des egaux et de poursuivre ensemble l'oeuvre commune.

راجع فى هذا الخصوص : ريبير رقم٧٢٠ طبعة ١٩٨٤ ، وتطبيقا لذلك : محكمة السين الفرنسية (التجارية) جلسة ٢٤ يناير ١٩٦٣ منشور الـ Journ agrees ١٩٨٣ ، ١٠٦ ، مع تعليق Bricard .

أيضا محكمة السين المدنية جلسة ١٤ مارس ١٩٧٣ منشور الـ Journ de agrees ١٩٧٣ رقم ٦٦٩ .

ونقض فرنسى (تجارى) جلسة ٢٢ مايو ١٩٧٠ ، المجلة الاجتماعية ١٩٧١ – ٦٦ مع تعليق Boulin .

عيوب تشريع ١٩٥٣ ، كما اتخذ نظاما أكثر مرونة بالنسبة لمسئولية مالك المتجر تجاه الغير عن ديون المستأجر المتعلقة بتجارته مما ترتب عليه إحياء عقد الإدارة الحرة . وإزاء هذه التعديلات عادت طبيعة العقد فى نظر الفقه إلى كونه إجارة أشياء مع مراعاة العقد كمنقول معنوى دون عقد الشركة[١].

٣- عقد تأجير استغلال المتجر هو إجارة منقول معنوى يخضع للقواعد العامة فى عقد الإيجار :

٢٨٦- يتضح مما سبق أن الطبيعة القانونية لعقد تأجير استغلال المتجر أنه عقد إجارة وارد على منقولات معنوية . ولا يمنع عدم وجود تشريع يحكم إجارة المنقولات المعنوية فى القانون المصرى من جواز إبرام عقد تأجير استغلال المتجر[٢]، والالتجاء إلى القواعد العامة لعقد الإيجار المنصوص عليها فى القانون المدنى[٣]، وذلك فى الحالات التى تعتبر هذه

---

(١) R. Houin مقالة بالمجلة الفصلية ١٩٥٦ ص١٩٧ .

(٢) ويثير الأستاذ / السنهورى فى هذا الخصوص إلى أنه « يجوز إيجار المتاجر والمصانع (Fonds de commerce) ، باعتبارها مجموعة من الأموال(Universalité) وتعتبر فى هذه الحالة منقولا (وريبير – جـ١٠ – رقم ٤١٩ – الإيجار للمؤلف السنهورى رقم ١٢٩ ص١٧٢) . ويسمى الإيجار هنا بعقد الإدارة التأجيرية Contrat de gerance Location تمييزا له عن عقد الإدارة . Contrat de gerance الذى يكون فيه صاحب المتجر مديرا مأجورا» .
الوسيط جزء ٦ ص١٣٥ هامش رقم ٢ .

(٣) وفى هذا الخصوص يرى د/ على يونس « أن تأجير المحل التجارى عقد إيجار عادى تسرى عليه الأحكام الخاصة بعقد الإيجار فى القانون المدنى » ويضيف أنه «حقيقة أن المحل التجارى يعتبر مالا معنويا على أن ذلك لا تأثير منه لأن أحكام الإيجار فى القواعد العامة تسرى على الأموال المعنوية والمادية على حد سواء المحل التجارى رقم ٢٣٤ ص٣٢٣ ، ٣٢٤ .
فى هذا المعنى أيضا / ميشيل السابق رقم ٢٣٠ ص٦٣٩ – والزرقا : رسالة جامعة إكس السابق الإشارة إليها ص٢٨ .
ويستند د. مصطفى طه إلى م٥٥٨ مدنى مصرى فى تطبيق أحكام القواعد العامة فى الإيجار حيث لا تميز هذه المادة بين الأشياء المادية والأشياء المعنوية .

القواعد صالحة للتطبيق وغير متعارضة مع طبيعة المتجر كمنقول معنوى . وقد أشار المشرع المصرى صراحة إلى تطبيق أحكام الإيجار على حصة الشريك المتمثلة فى انتفاع بحق شخصى على مال معين (المادة ٥١١ – ٢ مدنى)[١] كما هو الحال عند تقديم استغلال المتجر كحصة فى شركة واحتفاظ الشريك بملكية المتجر[٢].

وأشار قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ إلى سريان القوانين والقرارات الخاصة على عقد بيع المتجر أو رهنه أو تأجير استغلاله بالإضافة لأحكامه الواردة بالمواد من (٣٤ إلى ٤٣) . ومقتضى ذلك سريان أحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ وأحكام القانون المدنى فى شأن تأجير المنقول طالما لا يوجد تشريع خاص باعتبار أحكام القانون المدنى هى الشريعة العامة لجميع المعاملات فيما لم يرد بشأنه نص خاص .[٣]

على أنه نظرا للطبيعة الخاصة بعقد تأجير استغلال المتجر وما يترتب عليه من آثار هامة بالنسبة للغير ، نظرا للدور الاقتصادى المتميز الذى ينشأ عنه فإنه يجب وضع نظام قانونى مستقل لهذا العقد . وقد حاول قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ تنظيم شهر هذا العقد وترتيب آثار

---

(١) تنص المادة ٢/٥١١ مدنى على أنه « أما إذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال ، فان أحكام الإيجار هى التى تسرى على ذلك» .

(٢) ويختلف الانتفاع بحق شخصى على المتجر « تأجير الاستغلال أو الإدارة الحرة » عن حالة الانتفاع بحق عينى عليه . صحيح أن لكل من المنتفع والمستأجر الانتفاع بشئ لا يملكه ولمدة معينة ، إلا أن الحقين مختلفين فى الجوهر – فحق المنتفع حق عينى أما المستأجر فحقه شخصى ، وحق الانتفاع قد يكون بعوض أو بغير عوض ، أما حق المستأجر فهو دائما بعوض . هذا بالإضافة إلى أن حق المنتفع قد يكون مصدره أى سبب من أسباب الحقوق العينية فيما عدا الميراث أما حق المستأجر فمصدره دائما العقد .
السنهورى – جـ٦ – رقم ١٢ ص٢١ .

(٣) فى شأن مصادر القاعدة القانونية للأعمال التجارية مؤلفنا الوسيط في شرح قانون تجارة المصري الجزء الأول طبعة ٢٠١٠ دار النهضة العربية .

قانونية على هذا الشهر حماية للمتعاملين على المحل التجارى كما وضع المشرع بعض الأحكام العامة للمتجر التى تنطبق عليه كما سنرى . ونشير فى هذا الخصوص إلى أن مستأجر المتجر له حق متميز عن المستأجر العادى ، فالأول له حق استغلال الشئ محل العقد وليس فقط مجرد الاستعمال ، كما لا يلزم المؤجر فى عقد الإيجار بديون يبرمها المستأجر ولو كانت متعلقة بالعين المؤجرة على خلاف مؤجر المتجر الذى يتحمل ديون المستأجر المتعلقة بالاستغلال التجارى للمتجر إذا لم يتخذ وسائل العلانية والشهر الكافية لإيضاح مركزه القانونى كما سنرى .

ولقد قيل بحق ، فى هذا الخصوص ، أن تأجير الاستغلال للمحل التجارى ليس مجرد إيجار عادى ، لأنه يعطى المستأجر حرية كبيرة للتصرف بالمقارنة للإيجار . كما يتميز بخصائص إيجابية شخصية ملحوظة لدرجة كبيرة . وقد عبر عن ذلك Robinault [١] بقوله :

" Ce contrat donne au locataire gerant Une grande liberté d'action et relève à l'oppose du bail a loyer, Un caractere actif et un caractere personnel tres accentué ".

وفى فرنسا كان الفقه[٢] وكذلك القضاء[٣] يعتمدان فى جواز تأجير الملكية المعنوية قبل التنظيم التشريعى لعقد استغلال المتجر ، على المادة ١٧١٣ مدنى فرنسى التى تضع قاعدة عامة هى جواز تأجير كل أنواع المال المنقول أو العقار « On peut louer toute sortes de biens meubles ou immeubles » .

---

(١) Brun رسالة جامعة باريس السابق الإشارة إليها ص٣٥ .

(٢) A Cohen مؤلفه السابق رقم ٩٩٠ ص٥٥٨ . أيضا Brun رسالة جامعة باريس السابق الإشارة إليها ص٢٩ ، أيضا Robinault السابق . رقم ٢٦ ص٦٧ . هامل ص١٩٠ .

(٣) نقض جلسة ٩ مارس ١٩٥٣ – دالوز ١٩٥٢ – ٣٢٤ .

وقضت محكمة النقض الفرنسية فى هذا الخصوص بعدم جواز دائن «مستأجر الاستغلال» ، الحجز على المتجر لأنه ملك للمؤجر[١].

كما قضت بأنه لا محل لزجوع دائن المستأجر على المؤجر بدعوى الإثراء بلا سبب بمناسبة إصلاحات قام بها للمحل التجارى لأن هذا الإثراء حاصل بسبب هو عقد إجارة المتجر[٢]. وأكدت محكمة باريس[٣] إمكانية تأجير استغلال المتجر بوصفه إجارة أشياء بقولها :

" Considerant que le dit contrat, sous sa dénomination de " gerance libre " Consitue en realité une location, un louage de choses " .

كما طبقت أحكام الإيجار محكمة Saint Etienne[٤] الفرنسية وعبرت عن ذلك بقولها :

" Qu'un fonds de commerce compose des éléments enumerés par loi de 1909 dans son ensemble un objet mobile qui incontestablement fait L'objet d'un contrat de location de gerance " .

على أنه إزاء ظهور المضاربات على تأجير المحل التجارى فى

---

(١) ومع ذلك قيل بعدم إمكان تأجير المنقول المعنوى لعدم صراحة النص عليه ، وعدم إمكان تأجير احتكار الاستغلال بل فقط التنازل عن الترخيص كما فى حالة التنازل عن استغلال براءة الاختراع .
ريبير فى تعليقه بدالوز ١٩٤٠ – ١ – ٨ .
(٢) جلسة ١٩٣٨/١٢/٦ – دالوز ١٩٤٠ ص٥ مع تعليق ريبير .
(٣) جلسة ٢٢ فبراير ١٩٣٩ – دالوز ١٩٤٠ ص٧ .
فى هذا الخصوص د. على العريف . شرح القانون التجارى المصرى ، طبعة ثانية عام ١٩٥٨ ص٣٣٠ رقم ١٥٣ ص٣٣١ .
(٤) سانت اتين التجارية جلسة ٢٤ /١١/ ١٩٣٢ ، الجازيت ١٩٣٣ – ٢ – ١٣٣ تحت ملحوظة (٥) .

فرنسا[١] وما ترتب على ذلك من ارتفاع هائل فى قيمتها وخلق طبقة متخصصة للمضاربات فى هذا المجال ، وإزاء انتشار هذه العقود وما ترتب عليها من آثار قانونية هامة خاصة فى مواجهة دائنى مالك المتجر ومستأجر الاستغلال ، تدخل المشرع الفرنسى لتنظيم هذا العقد . وكان أول تنظيم تشريعى هو مرسوم ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٥٣ ثم أعقبه مرسوم ٣٠ سبتمبر من ذات العام . وسرعان ما أعيد هذا التشريع فى مارس ١٩٥٦ لسد الثغرات التى كشف عنها التطبيق العملى لتشريع عام ١٩٥٣ كما سبق القول[٢].

ولما كانت هذه التشريعات لا تعالج جميع الآثار التى تنشا عن عقد تأجير الاستغلال فإن كلاً من الفقه والقضاء يلجا إلى القواعد العامة فى عقد الإيجار إذا كانت صالحة فى حالة تأجير المتجر .

٤- الصفة التجارية

الاتجاه الأول : ضرورة الطبيعة التجارية لنشاط المتجر

٢٨٧- يشترط ، وفق ما نرى ، لاعتبار عقد تأجير الاستغلال واردا

---

(١) ومما يذكر فى هذا الخصوص أن أحد الأطباء الفرنسيين تبين أنه يملك ٤٠ متجرا (مخابز) فى وسط فرنسا كلهم تحت نظام الإدارة الحرة .
راجع Derrida السابق رقم ٤ ص٢ .

(٢) كان تشريع ١٩٥٣ الفرنسى قاصرا فى تنظيم عقد استغلال المتجر ، كما أتى بأحكام مشددة خاصة بالنسبة لمسئولية مالك المتجر تجاه الغير عن ديون المستأجر المتعلقة بالمتجر كما سنرى .
وقد ذهب قضاء النقض الفرنسى إلى درجة حرمان مالك المتجر – الذى يقوم بسداد ديون المستأجر – من الرجوع على هذا الأخير فى حالة إفلاسه : نقض تجارى جلسة ١٩٦٣/١٠/٢٩ – الجازيت – ١ – ١٣٥ .
وترتب على هذا الوضع إحجام التجار عن تأجير المتجر ، بل ادى ذلك إلى القضاء تقريبا على عقد تأجير الاستغلال . كما أدت هذه المسئولية المشددة لمالك المتجر إلى عدم تأجير القاصر لمتجره رغم أن أهم أهداف ظهور هذا التشريع كانت إيجاد مخرج للقصر فى استغلال محالهم التجارية طوال فترة نقص أهليتهم .
وفى نقد مرسومى ٢٢ ، ٣٠ سبتمبر عام ١٩٥٣ مقال الأستاذ R. Houin بالمجلة الفصلية ١٩٥٤ ص٢١ إلى ٥١ .

على متجر وفقا للمعنى السابق ذكره أن يكون نشاط محل العقد من طبيعة تجارية . وبمعنى آخر أن يكون المحل مخصصا لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى ، أى أن تثبت الصفة التجارية لموضوعات نشاطه . وعلى ذلك لا يعد محلا تجاريا مكاتب المهندسين والمحامين والمحاسبين وعيادات الأطباء ومعارض الفنانين والرسامين رغم وجود عملاء لهؤلاء وتوافر عناصر متشابهة لعناصر المتجر كالحق فى الإجارة والمهمات والأجهزة العلمية والطبية ..الخ[١].

وقد نقضت محكمة النقض الفرنسية[٢] حكم محكمة Nimes الذى اعتبر تأجير الاستغلال السينمائى الذى قامت به إحدى الجمعيات الشعبية للتعليم ليس من قبيل تأجير محل تجارى نظراً لأن المؤجر وهو الجمعية لا يقصد الربح، حيث اعتبرت محكمة النقض أن النشاط الاستغلالى من جانب المستأجر هو نشاط تجارى وبالتالى يخضع لقانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ الخاص بتأجير المحل التجارى[٣].

وفى حكم لمحكمة النقض المصرية[٤] قضى بأن عيادة الطبيب لا تعد متجرا أو مصنعا ، وكان موضوع القضية متعلقا بمدى تطبيق المادة (٢/٥٩٤) من القانون المدنى ، والتى تجيز للقاضى فى حالة بيع المتجر أو المصنع أن يبقى على الإجارة رغم الشرط المانع إذا توافرت شروط معينة فى حالة بيع الطبيب لعيادته .

وجاء بحيثيات الحكم أن نص المادة ٢/٥٩٤ مدنى إنما هو استثناء

---

(١) د. على يونس رقم ٣٨ ص٥٩ ، ٦٠ – د. محسن شفيق جـ١ رقم ٥٨٠ . مصطفى طه رقم ٧٨٥ ص٧٧٣. د/ عبد الناصر العطار «شرح أحكام الإيجار» الطبعة الثانية رقم١٧٨.

(٢) جلسة ١٩٦٥/١٢/٤ منشور بالـ J.C.P. ١٩٦٧ – ١١ – ١٥٠٩٣ .

(٣) جلسة ١٩٦٣/٤/٢ والتعليق على هذا الحكم بالمجلة الفصلية للقانون التجارى على هذا الحكم لعام ١٩٦٧ ص٧٥٣ رقم ١٧ .

(٤) جلسة ١٩٧٩/٥/١٢ طعن رقم ٩٣٩ لسنة ٤٥ق. السنة ٣١ ص٥٤٨ .

من الأصل المقرر . وهو التزام المستأجر باحترام الحظر من التنازل عن الإيجار وأن هذا الاستثناء يكون مقصورا على الأماكن التى تمارس فيها الأعمال ذات الصفة التجارية والتى ينطبق عليها وصف المصنع أو المتجر دون سواهما من الأماكن التى تمارس فيها المهنة كعيادات الأطباء ، إذ من المقرر عدم جواز التوسع فى تفسير الاستثناء أو القياس عليه .

وفى حكم آخر لذات المحكمة[1] قررت فيه أن نص المادة ٢/٥٩٤ مدنى « إنما هو استثناء من الأصل المقرر وهو التزام المستأجر باحترام الحظر من التنازل عن الإيجار ، وكان الدافع إلى تقرير حرص المشرع على استيفاء الرواج التجارى متمثلا فى عدم توقف الاستثمار الصناعى أو التجارى فى حالة اضطرار صاحبه على التوقف عنه وذلك بتشجيع الاستمرار فى هذا الضرب من الاستثمار عينا بغض النظر عن شخص مالكه تغليبا للصالح العام على المصلحة الخاصة للمؤجر ، والجامع بين صورتى الاستثمار هاتين هو توافر الصفة التجارية فيهما أخذا مما أوردته المادة ٢ من قانون التجارة بيانا للأعمال التجارية بحكم القانون ، ومنها شراء البضائع لاجل بيعها والأعمال المتعلقة بالمصنوعات ، مما يستهدفه كل منهما – كشأن الأعمال التجارية كافة – من الحصول على ربح يتمثل فى الصورة الأولى فى الفرق بين سعر المادة المعدة للتصنيع مضافا إليها اجر العامل فى تصنيعها وبين ثمن بيعها مصنوعة » .

واستطردت المحكمة قائلة « أن المهنة أو الحرفة التى تقوم أساسا على النشاط الذهنى واستثمار الملكات الفكرية والمعلومات المكتسبة

---

(١) جلسة ١٩٧٩/٣/١٧ طعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٦ق . السنة ٣٠ ص٥٤٨ .
أيضا جلسة ١٩٨١/١١/١٦ طعن رقم ٤٨٢ لسنة ٤٧ق ، وجلسة ١٩٨١/٤/١٨ طعن رقم ٢١ السنة ٤٧ق ، أحكام غير منشورة .

لصاحبها ، والتى لا تدر ربحا ، وإنما يحصل من جهده المبذول فيها على أجر يدخل فى تقديره ظروفه الشخصية وظروف عمله ، والظروف العامة التى تحيط بممارسته لأعمال المهنة أو الحرفة ، لا تعتبر من قبيل الأعمال التجارية فى مفهوم قانون التجارة حتى لو اقتضت هذه الممارسة شراء بعض البضائع لبيعها للعملاء أو تصنيع المواد بتقديمها إليهم استكمالا لمطالب المهنة أو الحرفة وخدمة العملاء فيما يعتبر امتدادا طبيعيا لأيهما ، ما دام ذلك داخلا فى إطار التبعية كما وكيفا ، إذ تظل تلك الأعمال لو نظر إليها بذاتها مستقلة لاعتبرت أعمالا تجارية – فرعا من المهنة أو الحرفة تلحق بها وتأخذ حكمها فيخضعان معا لنظام قانونى واحد هو الذى يحكم العمل الأصلى الرئيسى ، مما يترتب عليه انطباق الوصف الذى يخضع له المكان الذى تجرى فيه ممارسات المهنة أو الحرفة على المكان الذى تمارس فيه الأعمال الفرعية التابعة لها » .

ورتبت المحكمة على ذلك أنه «لما كان ما تقدم فإن الاستثناء المقرر فى الفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ مدنى يكون وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، مقصورا على الأماكن التى تمارس فيها الأعمال ذات الصفة التجارية والتى ينطبق عليها وصف المصنع أو المتجر دون سواهما، إذ أن المقرر عدم جواز التوسع فى تفسير الاستثناء أو القياس عليه»[1].

---

(١) كذلك لا ينطبق حكم المادة ٢/٥٩٤ مدنى على محال الحياكة (نقض جلسة ١٩٨١/٢/٢٨ رقم ٢٦٠ لسنة ٤٦ق وجلسة ١٩٨٠/٤/١٢ طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٤٩ق) ولا المحل المستغل فى تصفيف الشعر طالما أن الحرفة تخلو من عنصر المضاربة على عمل العمال أو الآلات (نقض ١٩٨٠/٤/٣٠ طعن رقم ١٣٧٦ لسنة ٤٩ق).
وأكدت محكمة النقض ذات المبدأ فى حكم لها جلسة ١٩٨٤/٦/٧ – الطعن رقم ٤٨/٦٨٤ق . وطعن رقم ٢٠١٦ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٨/٦/١١ وجلسة ١٩٨٨/١/٢٨ طعن رقم ١٣٠٩ وطعن رقم ١١٢٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٣ .

وفى حكم[١] لمحكمة النقض قررت المحكمة أنه يجب لاعتبار المحل تجاريا فى معنى المادة ٢/٥٩٤ ، أن يكون مستغلا فى نشاط تجارى قوامه الاشتغال بأعمال وأغراض تجارية ، فإذا كان غير ذلك بأن انتفت عن نشاطه الصبغة التجارية فإنه يخرج عن مجال أعمال هذه المادة . ورتبت المحكمة بناء على ذلك أن عقد البيع المنصب على محل مؤجر أصلا بغرض استغلاله فى نشاط « لحام الأكسجين » وأنه كان مستغلا فعلا فى هذه الحرفة وقت البيع ولا يحمل اسما ولا عنوانا تجاريا وأن التصرف الصادر عنه لا يشمل سوى المنقولات الموجودة فيه والمبينة به وكذا حق الإيجار مما مفاده أن المحل مخصص لاستغلاله فى النشاط الحرفى وبالتالى لا يعد متجرا ولا ينصرف إليه حكم البيع المنصوص عليه بالفقرة الثانية من المادة ٢/٢٩٤ مدنى ، وأن هذا التصرف من المستأجر الأصلى مجرد تنازل عن حق إيجار المكان تم بغير إذن من المالك .

الاتجاه الثانى : التوسع فى مفهوم المتجر ليشمل عيادات الأطباء ومكاتب المحامين:

٢٨٨ – يرى أستاذنا الدكتور سليمان مرقص[٢] أن عبارة المحل التجارى يجب تفهم بمعناها الواسع بحيث تشمل « كل مكان يباشر فيه المستأجر حرفة أو مهنة تدر عليه ربحا إذا كانت مزاولة هذه الحرفة أو المهنة فى المكان المؤجر من شأنها أن تجعل له مزية خاصة من حيث استغلاله ، كمكاتب السمسرة ومكاتب المحامين وعيادات الأطباء ، فلا

---

(١) طعن رقم ٥١/٣٩ جلسة ١٩٨٩/٢/٢ .
أيضا طعن رقم ١٩٤٥ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٣ . وفى حكم آخر لذات المحكمة قررت المحكمة أنه إذا كان المحل مستغلا فى نشاط حرفى قوامه الاعتماد بصفة رئيسية على استغلال المواهب الشخصية فإنه لا يعتبر محلا تجاريا ، إلا أنه إذا استخدم صاحب الحرفة عمالا أو آلات بحيث يضارب على عمل هؤلاء العمال أو على إنتاج تلك الآلات ، فإن عمله فى هذه الحالة يعتبر تجاريا ، ويعتبر أنه أنشأ متجرا بالمكان المؤجر . طعن رقم ٩٩٨ لسنة ٥٨ق – جلسة ١٩٨٩/٣/١ .

(٢) المرجع السابق ، طبعة ١٩٨٣ رقم ١٩٧ ص٢٠٥ وما بعدها .

تقتصر على المكان الذى تباشر فيه التجارة أو الصناعة بمعناها الضيق ، ويشترط على كل حال أن تتوافر فيه مقومات المحل التجارى المادية والمعنوية من بضائع أو أدوات واسم تجارى وشهرة وعملاء .. الخ » .

وساير جانب من القضاء هذا الاتجاه حيث قضت محكمة استئناف القاهرة[١] بأنه « وحيث أنه إذا كان نص المادة ٥٩٤ مدنى قد أشار إلى حالة بيع المصنع أو المتجر إلا أنه من المقرر فى هذا الصدد أن عبارة المحل التجارى تشتمل على كل مكان يباشر فيه المستأجر حرفة أو مهنة تدر عليه ربحا إذا كانت مزاولة هذه الحرفة أو المهنة فى المكان المؤجر من شأنها أن تجعل له مزية خاصة من حيث استغلاله كمكاتب المحامين وعيادات الأطباء»[٢] .

كما قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية بأنه «ويجب أن تفهم عبارة المحل التجارى بمعناها الواسع بحيث تشمل كل مكان يباشر فيه المستأجر حرفة أو مهنة تدر عليه ربحا إذا كانت مزاولة هذه الحرفة أو المهنة فى المكان المؤجر من شأنها أن تخول له قيمة خاصة من حيث استغلاله مكاتب المحامين وعيادات الأطباء ويجب أن تتوافر فى البيع مقومات المحل التجارى المادية والمعنوية من بضائع وأدوات واسم تجارى ومهنى وعملاء. وحيث أنه بإنزال تلك الشروط على واقعات الدعوى فإنه يبين للمحكمة أنه

---

(١) الدائرة ١٥ إيجارات فى ٢٤ يونيه ١٩٧٦ ، قضية رقم ٢٣٩٥ لسنة ٨٦ق . وفى ذات الاتجاه استئناف القاهرة (الدائرة ١٣) جلسة ١٩٧٣/٣/١٨ قضية رقم ٣٢٢٣ لسنة ٨٦ق .
وقضت أيضا ذات المحكمة بأنه «وحيث أنه فى بيان المقصود بعبارة متجر أو مصنع » الواردة فى هذا النص فإن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنها تشمل كل مكان يباشر فيه المستأجر حرفة أو مهنة تدر عليه ربحا إذا كانت مزاولة هذه الحرفة أو المهنة فى المكان المؤجر من شأنها أن تجعل له مزية خاصة من حيث استغلاله فهى تشمل عيادات الأطباء ومكاتب المحامين والمحاسبين وغيرهم من أصحاب المهن الحرة» .

(٢) الدائرة (١٥) إيجارات جلسة ١٩٧٧/١١/٢٦ قضية رقم ٨١٥ لسنة ٨٤ق .

قد توافرت فى حق المستأجرين المدعى عليهما الأولين الضرورة التى ألجأتهما إلى بيع العيادة التى كانا يمارسان فيها مهنة الطب ..»[١] .

الرد على حجج وأسانيد الاتجاه الثانى :

٢٨٩- باستعراض رأى أستاذنا الدكتور مرقص والأحكام القضائية التى سايرته فى هذا للاتجاه معنى ولفظا نجد أن هذه الاتجاهات إنما قصدت أولا وأخيرا امتداد حكم المادة (٢/٥٩٤) مدنى على التصرفات التى ترد على مكاتب المحامين وعيادات الأطباء وغيرها من المكاتب والمحال المخصصة للمهن والحرف المدنية ، الأمر الذى ترتب عليه خلط ولبس فى مفهوم المتجر والمصنع . وسوف نوضح بإيجاز رأينا فى مدى جواز تطبيق هذه المادة على الأنشطة ذات الطبيعة المدنية .

١- المقصود بالمتجر فى فقه القانون التجارى :

٢٩٠- أن المقصود بالمتجر أو المصنع وفق ما استقر عليه فقه القانون التجارى والأحكام القضائية فى هذا الخصوص والتى تجمع دون استثناء ، هو فكرة معنوية تنطوى تحتها مجموعة الأموال المنقولة المخصصة لغرض الاستغلال التجارى أو الصناعى ، أى أنه منقول معنوى يتضمن مجموعة أموال منقولة مخصصة لاستغلال نشاط من طبيعة تجارية أو صناعية ، فإذا لم يكن النشاط المخصص له المكتب أو المحل متمتعا بطبيعة تجارية أو صناعية ، خرج من نطاق تطبيق القوانين التجارية المتميزة والتى وضعت نظاما خاصا يحكم هذا المنقول المعنوى.

وبمعنى آخر فإنه إذا وجدت عناصر مادية ومعنوية غير مخصصة لنشاط من طبيعة تجارية أوصناعية فإنها تعد أموالا مدنية تخضع لأحكام القانون المدنى.

---

(١) دائرة (٨) مساكن جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠ قضية رقم ٢١٤٢ لسنة ١٩٧٤ ، أيضا محكمة القاهرة الابتدائية – جنوب القاهرة مدنى كلى جلسة ١٩٧٤/٣/٣٠ قضية رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٧٤ .

ولا تشابه البتة بينها وبين المال المعنوى التجارى أو الصناعى سواء فى طبيعته أو حكمه أو نظامه القانونى . وقد أوضحت ذلك جليا المادة (١/٣٤) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث نصت على أن المتجر هو مجموعة من الأموال المنقولة تخصص لمزاولة تجارة معنية، ويجب أن يتضمن عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية . فعبارة «تخصص لتجارة معينة» كذلك عبارة «السمعة التجارية» تقطع بأن طبيعة النشاط هى بالضرورة تجارية ووجود سمعة تجارية لا تلحق إلا التاجر فى نشاطه التجارى .

ولا يتصور فى هذا الخصوص وصف مكاتب المحاماة أو العيادات الطبية بأنها متاجر أو مصانع بناء على تفسير واسع لهذا الاصطلاح الأخير، فلا يتصور أن يتضمن مكتب المحامى أو عيادة الطبيب اسما تجاريا له قيمة مالية ويباع ويشترى على غرار الأسماء التجارية التى ينظمها قانون ٥٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بالأسماء التجارية ، ولا يكون للمكتب أو العيادة الطبية علامة تجارية أو صناعية لتميزه عن المكاتب أو العيادات المماثلة المشابهة كما لا يتصور أن يباع عملاء المحامى أو الطبيب لمن يخلفه عند بيع المكتب أو العيادة . فعملاء هذه الطائفة من أصحاب المهن الحرة لا يقصد بهم العملاء والزبائن التى تعد عنصرا من عناصر المتجر أو المصنع وفقا للتفصيل السباق الإشارة إليه بمناسبة شرح العناصر المعنوية للمتجر ، وإنما عملاء المحامى أو الطبيب هم اما متقاضون وطالبو استشارات وفتاوى قانونية أو مرضى يقصدون فقط شخص المحامى أو شخص الطبيب دون غير ذلك من عناصر أخرى ثانوية قد تتوافر لمظاهر المهنة ليس إلا، كوجود منقولات ومهمات لتأدية النشاط القانونى أو الطبى.

وكما سبق القول يرتبط المتقاضون أو المرضى بشخص القائم

بالمهنة الحرة أيا كان موقع مكتب المحاماة أو عيادة الطبيب . كما أن ما يتقاضاه أى منهما إنما يعد من قبيل المكافآت الشرفية وليس ربحا نتيجة مضاربات على مواد أو عدد أو آلات أو عمل عمال ، الأمر الذى يميز الأنشطة التجارية بالدرجة الأولى حيث يعد الربح هو أساسها وغايتها .

وجملة القول فإننا نؤكد تماما اختلاف كل من المتجر أو المصنع ومكاتب المحاماة أو عيادة الطبيب وما شابههما من المهن الحرة والحرف المدنية . وبناء على ذلك لا يعد التصرف فى العيادة أو مكتب المحامى تصرفا على مال مستقل يمثل مجموعة مستقلة من كل عنصر على حدة فلا تنازل فى مثل هذه الحالات عن عملاء .

وفى هذا الخصوص يؤكد زميلنا د. نعمان جمعة[1] أن «مقر المحامى أو الطبيب أو المحاسب ليس مالا مستقلا عن مكوناته . فيستطيع أى منهم أن يبيع ما لديه من أثاث أو كتب أو يتنازل عن إجارة المكان إن كان ذلك جائزا بالنسبة له. ولكنه لا يستطيع أن يبيع وحدة أو مجموع يضم كل هذه العناصر ، لأن القانون لا ينظم ولا يعترف بمثل هذا المجموع ، وبالتالى فان أى تصرف لن يكون فى مجموع الإجارة أحد عناصره وإنما سيكون تصرفا فى عناصر كل منها مستقل عن الآخر . فان وقع التصرف على حق الإيجار وكان ثمة شرط مانع من التصرف ، لما أمكن الإفلات من فسخ العقد من العين. ذلك أن المادة (٢/٥٤٩) لا ترخص فى انتقال الإجارة إلا كأحد العناصر المكونة لواحدة أو لمجموع يضم مجموعة من العناصر» .

---

(١) البحث السابق الإشارة إليه ص٢٨ ، ٢٩ .

٢- مدى جواز تطبيق حكم المادة (٢/٥٩٤) مدنى على التصرف فى مكاتب المحاماة وعيادات الأطباء وما فى حكمها من الأنشطة المدنية :

٢٩١- أن الغرض الأساسى من الاتجاه الفقهى والقضائى السابق الإشارة إليه من اعتبار مكاتب المحامين وعيادات الأطباء وما فى حكمها من قبيل المتاجر والمصانع إنما قصد به اعتبار الحق فى الإجارة عنصرا من عناصر هذه المكاتب يندمج فيه وينفصل بالتالى عن العلاقة الايجارية القائمة بين مالك المكان ومستأجره للوصول إلى نتيجة معينة هى انتقال الحق فى الإجارة إلى مشترى مكتب المحامى أو عيادة الطبيب رغم وجود الشرط المانع تطبيقا للمادة (٢/٥٩٤) مدنى .

ونرى أن التوسع فى نطاق تطبيق المادة (٢/٥٩٤) المشار إليها من حيث نوع النشاط ليشمل المكاتب المخصصة لنشاط من طبيعة مدنية يجافى قصد المشرع والذى أكده واستقر عليه الفقه والقضاء التجارى .

ويتضح ذلك جليا من أحكام القضاء وعلى رأسها قضاء النقض[١] الذى أكد رغبة المشرع فى هذا الخصوص وهى الإبقاء على الرواج المالى والتجارى فى البلاد وأن هذا يعد مصلحة عامة تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق فى عقد الإيجار سلفا على إسقاط حق المستأجر فى التمسك به فيقع مثل هذا الاتفاق باطلا ولا يمنع المستأجر من بيع الجدك مع الحق فى الإجارة ولا يمنع المحكمة من استعمال سلطاتها فى إبقاء الإجارة لمشترى الجدك .

والسؤال الذى يفرض نفسه فى هذه الحالة هو أين الرواج المالى

---

(١) جلسة ٦ مارس ١٩٥٢ – ٣ ٦٢٨ – ١٠٨ .

أيضا جلسة ١٩٨١/٤/١٨ ، طعن رقم ٦٤٤ لسنة ٥٠ق ، حكم غير منشور وجلسة ١٩٨٤/٦/٧ طعن رقم ٩٨٤ حكم غير منشور.

والتجارى الذى قصد المشرع الحفاظ عليه فى حالة بيع مكتب للمحامى أو عيادة الطبيب ؟ والأمر الذى نراه فى هذا الخصوص هو أن نص المادة (٢/٥٩٤) مدنى نص يخص الحالات التى قصدها المشرع فقط وهى المتاجر والمصانع لطبيعة نشاطها المميز المتعلق بالرواج المالى والتجارى . وبالتالى لا يمتد حكمه إلى المكاتب التى تزاول نشاطا مدنيا .

ومن هذا الرأى زميلنا الدكتور نعمان جمعة[١] حيث يقرر أنه «يميل إلى ترجيح وجهة نظر محكمة النقض فى قصر نطاق المادة (٢/٥٩٤) مدنى على حالة المستأجر الذى يقيم فى العين المؤجرة محلا تجاريا أى يمارس فيه نشاطا تجاريا بالمعنى المعروف فى القانون التجارى » .

وجدير بالذكر فى هذا المجال أن المشرع رغب فى ظل سريان حكم الفقرة الثانية من المادة (٢٩) من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى معاملة مكاتب ومحال أصحاب المهن والحرف المدنية معاملة المتاجر أو المصانع من حيث انتقال الحق فى الإجارة عند التصرف فى هذه المكاتب والمحال فلجأ إلى النص صراحة على ذلك فى قوانين إيجار الأماكن دون النصوص الواردة بالمجوعة المدنية التى تقرر مبادئ عامة أو أحكاماً خاصة فى مجالات محددة ، حيث نص المشرع فى المادة (٢/٢٩) من قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والتى تقضى بأنه « فإذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى فلا ينتهى العقد بوفاة المستأجر أو تركه العين ويستمر لصالح ورثته وشركائه فى استعمال العين بحسب الأحوال » . على أن هذا النص حكم بعدم

---

(١) البحث السابق الإشارة إليه ص٢٩ .

دستوريته[١] وهذا النص وإن كان يساوى فى الحكم بين النشاط التجارى والمهنى والحرفى ويقرر انتقال الإجارة فى حالة وفاة المستأجر أو تركه العين فهو لا يعنى مطلقا تغييرا فى طبيعة وخصائص كل نشاط من هذه الأنشطة حيث تظل لها طبيعتها الأصلية ونظامها القانونى .

ولعله من الواضح أيضا فى هذا الخصوص أن المساواة بين الأنشطة التجارية والمدنية فى هذا النص لا يعنى التوسع فى معنى المتجر أو المصنع فهذا ليس مجاله قوانين إيجار الأماكن ، وإنما كان هذا النص وأمثاله[٢] الواردة بقانون إيجار الأماكن ، بقصد اتحاد الحكم بصرف النظر عن طبيعة النشاط .

كما كان القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بشأن تنظيم المنشأت الطبية يقرر فى مادته الخامسة أن لصاحب المنشآت الطبية ولورثته من بعده التنازل عنها لطبيب مرخص له بمزاولة المهنة على أن يلتزم مؤجر العقار فى جميع الأحوال بتحرير عقد إيجار له . وكان مقتضى هذا النص منح مستأجر المنشآت الطبية حق التنازل عنها فى أى وقت يشاء وينتج هذا التنازل أثره فى حق المؤجر ولو اعترض عليه . وكانت الحكمة التى قصدها المشرع من هذا النص ، استثناء من القاعدة المقررة بالمادة ٣١ من قانون ١٩٧٧/٤٩ فى شأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والتى تحظر التنازل بغير إذن صريح من المالك للمستأجر الأصلى ، هى استهدافه الإبقاء على المنشآت الطبية حتى لا يتأثر نشاطها بوفاة شاغلها أو تنازله عنها لكى يستمر فى أداء الخدمات الطبية بالإضافة إلى استثناء هذه المنشآت من حكم المادة (٢٠) من قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ .

---

(١) قضية رقم ٤٤ لسنة ١٧ق دستورية ، جلسة ١٩٩٦/٧/٦ ، الجريدة الرسمية – العدد (١٠) فى ١٩٩٦/٢/٢٦ .

(٢) راجع المادة ٤٠ من قانون إيجار الأماكن رقم (١٩٧٧/٤٩) والمادة (٢٠) من قانون ١٩٨١/١٣٦ من قانون إيجار الأماكن .

وقد حكم [1]بعدم دستورية المادة الخامسة من قانون ٥١ لسنة ٨١ فى شأن تنظيم المنشأت الطبية فيما انطوت عليه من الاستثناء الخاص بتنازل الطبيب من قانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ من الخضوع لحكم المادة ٢٠ من القانون ١٩٨١/١٣٦ .

وحكم [2]في هذا الخصوص بأن مستأجر المنشأة الطبية من حقه ولورثته من بعده في التنازل عنها لطبيب مرخص له بمزاولة المهنة طبقاً لحكم المادة الخامسة من القانون رقم ١٩٨١/٥١ بشرط عدم الإخلال بحكم المادة ٢٠ ق لسنة ١٩٨١/١٣٦ .

وقضت محكمة النقض فى هذا الخصوص فى ظل سريان حكم المادة الخامسة من قانون ٥١ لسنة ١٩٨١ أنه ولئن كانت قواعد الامتداد القانونى لعقد إيجار المكان المستعمل كمنشأة طبية التى تضمنتها المادة ٢/٢٩ من القانون رقم ٧٧/٤٩ والمادة الخامسة من القانون ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية هى قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام إلا أنه لا يجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطها من واقع كان يجب طرحه على محكمة الموضوع هو التحقق من أن العين المؤجرة كانت تستغل فعلا وقت استمرار مستأجرها كمنشأة طبية وان التمسك بامتداد العقد هو ممن يجوز استمرار عقد الإيجار لصالحهم وفقا للقانون[٣].

وكان قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ يتضمن فى الفقرة الثانية من المادة (٥٥) منه نصا يجيز للمحامى أو لورثته التنازل عن حق

---

(١) قضية رقم ١١ لسنة ١٦ق ، دستورية جلسة ١٩٩٥/٧/٣ . الجريدة الرسمية العدد ٢٩ في ١٩٩٥/٧/٣ .

ويراعى حق الطبيب فى تأجير جزء فقط من عيادته إلى الطبيب آخر مع دفع الزيادة المقررة فى هذا الشأن طبقا لأحكام قانون إيجار الأماكن .أنظر الطعن رقم ٦٦/٧٠٠٦ ق جلسة ٢٠٠٦/٥/٢٤ سالف الذكر .

(٢) الطعن رقم ٦١/٢٩٠٨ق جلسة ٢٠٠٥/١٢/٧ وطعن رقم ٦٦/٧٠٠٦ ق جلسة ٢٠٠٦/٥/٢٤ – مجلة المحاماة العددان الخامس والسادس ٢٠٠٧ ص ٤٤٠ .

(٣) طعن رقم ١٢٦٨ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٩/٥/١٨ .

إيجار مكتب المحاماة لمزاولة مهنة حرة أو حرفة غير مقلقة للراحة أو مضرة بالصحة وذلك استثناء من المادة (٢٠) من القانون رقم ١٣٦/١٩٨٦ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، التى تعطى الحق للمالك ، فى الحالات التى يجوز فيها التنازل عن حق الانتفاع بالوحدة المؤجرة ، الحصول على خمسين فى المائة من مقابل التنازل بعد خصم قيمة المنقولات التى بالعين . وقد حكم بعدم دستورية هذه المادة بالحكم الصادر فى ١٩٩٤/١٢/٣[١].

وخلاصة القول أن مثل هذه النصوص الخاصة الواردة ببعض القوانين فى ظل سريانها ينحصر أثرها فى مجال تطبيقها دون أثر على مدى طبيعة نشاط هذه الطوائف وما إذا كان مدنيا أو تجاريا .

الاعتداد بالصفة التجارية لنشاط المتجر وقت إبرام العقد

٢٩٢- إن العبرة فى ثبوت الصفة التجارية لنشاط المحل موضوع عقد تأجير استغلال المتجر هى وقت إبرام هذا العقد ، فإذا كان نشاط المحل من قبيل الأعمال المدنية ثم قام مالكه بتأجير استغلاله للغير ، فإنه لا يعد تأجيرا لاستغلال متجر أو مصنع ، ويخرج عن نطاق بحثنا هذا حتى لو قام مستأجر الاستغلال بتغيير نشاط المتجر ومزاولة أنشطة من طبيعة تجارية وصناعية .

وفى هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية[٢]أن « ما أورده الحكم المطعون فيه ينطوى على خطأ فى تطبيق القانون ، ذلك أنه عول فى اعتبار العين المؤجرة – وهى محل حلاقة – من قبيل المتجر الذى يباح التنازل عن إيجاره على أن مشتريه استغله فى تاريخ لاحق على البيع فى

---

(١) القضية رقم ٣٠ لسنة ١٥ق ، دستورية جلسة ١٩٩٤/١٢/٣ .

(٢) جلسة ١٩٧٧/٢/٢٦ طعن رقم ٤٦٧ لسنة ٤٣ق السنة ٢٨ ص٦٩٣ .

ممارسة عمل تجارى ، مع أن العبرة فى التصرف على طبيعة المحل المبيع إنما يكون وقت البيع لا بعده » .

ضرورة أن يكون نشاط المتجر مشروعا :

٢٩٣- ويضاف إلى ما سبق من شروط ضرورة أن يكون نشاط المتجر أو المصنع مشروعا . وبناء على ذلك لا توصف بوصف المحل التجارى بيوت الدعارة أو نوادى القمار بدون تصريح أو بيع الخمور دون ترخيص أو الاتجار فى مواد ممنوعة قانونا[١]. ذلك أن من شأن مزاولة مثل هذه الأنشطة مخالفة النظام العام وحسن الأداب والقوانين السارية ، مما لا يضفى على المحل الوصف القانونى لاعتباره محلا تجاريا .

يطبع

---

(١) محكمة باريس جلسة ١٩٣٨/١١/٣ - دالوز ١٩٣٩ - ٥٨ - فى هذا الخصوص ريبير رقم ٥٣٣ .

المبحث الثانى

خصائص عقد تأجير استغلال المتجر وشهره

الفرع الأول

خصائص عقد تأجير استغلال المتجر

عقد شكلى – تجاريته وإثباته – عقد تأجير الاستغلال من العقود ذات الاعتبارالشخصى – محل العقد – أهلية طرفيه – شروط شخص المؤجر والمستأجر

أولا : عقد تأجير استغلال المتجر عقد شكلى :

٢٩٤– تضمن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ما يفيد اعتبار عقد تأجير استغلال المتجر عقدا شكليا تكون الكتابة فيه أحد أركانه وإلا كان باطلا . حيث تنص المادة ١/٣٧ من القانون المشار إليه على أن « كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عينى عليه أو تأجير استغلاله يجب أن يكون مكتوبا وإلا كان باطلا » .

ومقتضى حكم المادة (١/٣٧) أن جميع التصرفات التى ترد على المحل التجارى وهى نقل الملكية أو أى حق عينى عليه أو تأجير استغلاله أصبحت عقودا شكلية يجب أن تتم كتابة وأن الكتابة ركن انعقاد يترتب على إغفالها بطلان عقود هذه التصرفات . بمعنى أن الكتابة ليست فقط لإثبات هذه التصرفات وإنما ركن انعقاد يترتب على إغفالها البطلان .

وبذلك ألغى قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حكم المادة الأولى

من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ فى شأن بيع ورهن المحل التجارى والتى كانت تنص على أن « يثبت عقد بيع المحل التجارى بعقد رسمى أو بعقد عرفى مقرون بالتصديق على توقيعات أو أختام المتعاقدين » . حيث كان يكتفى باعتبار الكتابة للإثبات دون انعقاد عقد البيع الذى كان عقدا رضائيا وفقا لما كان يراه أغلب فقه القانون التجارى[١].

كذلك الشأن بالنسبة لعقد رهن المحل التجارى حيث كانت تنص المادة (١١) من ذات القانون على أن «الرهن يثبت بعقد رسمى أو بعقد عرفى مقرون بالتصديق على توقيعات أو أختام المتعاقدين ..» . وكان يؤكد رضائية عقدى البيع والرهن أغلب الفقه كما سبق القول .

وقانون التجارة هو الواجب التطبيق حيث نص فى مادته الأولى من مواد إصداره على إلغاء كل حكم يتعارض مع أحكامه . بالإضافة إلى ما نص عليه بالمادة (١/٤٣) من أنه مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها فى هذا الفصل تسرى فى شأن بيع المتجر ورهنه وتأجير استغلاله القوانين والقرارات الخاصة بذلك» .

وترتيبا على ما سبق يعد تأجير استغلال المحل التجارى عقدا شكليا، يشترط لانعقاده الكتابة وإلا كان باطلا .

وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسى لم يشترط كتابة عقد تأجير استغلال المتجر ، لا فى ظل قانون ١٩٥٣ أو القانون الحالى ١٩٥٦ الخاص بتنظيم هذا العقد ، بل ولم يشترط الكتابة بطريق غير مباشر حيث لا يترتب البطلان لعدم القيد . حتى الشهر المنصوص عليه قانونا يتم دون

---

(١) راجع مؤلفنا « شرح العقود التجارية » ، طبعة ١٩٩٢ – دار النهضة العربية – الطبعة الثانية رقم ١٩٥ والمراجع وأحكام القضاء المشار إليها به .

أن يكون العقد مكتوبا ، وبناء عليه يعد العقد صحيحا رغم أنه يتم شفاهه[١].

على أنه كان من المؤكد أن هناك مصلحة لطرفى العقد فى كتابته ، بل والتصديق على التوقيعات فيه وإثبات تاريخه . سواء من ناحية الإثبات فيما بينهما أو للاحتجاج بالتصرف فى مواجهة الغير . فمالك المتجر يكون فى مركز اقوى بإظهار عقده المشهر بالطرق القانونية الثابت التاريخ فى مواجهة دائنى المستأجر لإظهار حقيقة مركزه القانونى . كما يستطيع المستأجر بواسطة عقده الثابت التاريخ والمقيد والمشهر بالطرق القانونية الاحتجاج به فى مواجهة مشترى المتجر كما سنرى[٢]. وخيرا ما اتبعه قانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ من اعتبار الكتابة ركن انعقاد فى هذا الشأن .

وقد نادينا تدخل المشرع لاشتراط كتابة عقد تأجير استغلال المتجر وشهره والإعلان عنه بطرق الإعلان الدائمة (القيد والتعديل بسجل خاص وكذلك القديد بالسجل التجارى وعلى الأوراق المتعلقة بالتجارة) وبالطرق غير الدائمة كالإعلان بالصحف ، وذلك لسهولة إثبات العقد فى مواجهة كل ذى مصلحة وذلك أسوة بما اشترطه فى مواد قانون بيع ورهن المحال التجارية رقم (١١) لسنة ١٩٤٠ (١ ، ٢ ، ٣) والتى تتطلب كتابة وشهر عقد الرهن والبيع .

ثانيا : تجارية عقد تأجير استغلال المتجر وإثباته :

أ- تجارية العقد :

٢٩٥- يطبق بشأن تجارية عقد تأجير استغلال المتجر الأحكام

---

(١) راجع دريدا السابق رقم ١٧٣ ص١٤ .

(٢) محكمة رن الفرنسية جلسة ٢١ يناير ١٩٤٧ منشور بالـ J. C. P ١٩٤٧ - ٤ - ١٠١ طبعة - انظر رسالة Brun ص٣٨ .

العامة فى نظرية الأعمال التجارية ، فبالنسبة لمستأجر الاستغلال يعد العقد تجاريا دائما من جانبه سواء بناء على نظرية الأعمال التجارية بطريق الاحتراف لأنه استئجار بقصد احتراف التجارة بالإضافة إلى تجارية العقد بالنسبة إليه لأن استغلال المتجر باسمه ولحسابه يكسبه صفة التاجر[١]. ويعتبر القضاء مستقرا على تجارية هذا التصرف من جانب المستأجر[٢].

ويترتب على تجارية عقد تأجير الاستغلال إلى المستأجر التزامه بسعر العائد عن التأخير فى الوفاء بالأجرة بالأسعار التى يتعامل بها البنك المركزى طبقا لحكم المادة (٣/٥٠) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ . وإذا تعدد المستأجرون كان التزامهم قبل المؤجر بالتضامن[٣]، كما يشترط أن يكون مستأجر الاستغلال متمتعا بأهلية احتراف التجارة .

ومن جانب مؤجر المتجر فإن العقد له أيضا الصفة التجارية فى غالب الحالات . فكثيرا ما يكون المؤجر متمتعا بصفة التاجر لحظة قيامه بتأجير المحل التجارى فيكون العقد تجاريا وفقا لنظرية التبعية . كما يعد العقد تجاريا بصفة أصلية إذا قام المؤجر بشراء المتجر بقصد تأجير استغلاله أو قام باستئجاره بقصد تأجيره أو مزاولة التجارة فيه تطبيقا للمادة الرابعة من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ . على أن عقد تأجير استغلال المتجر لا يكسب المؤجر صفة التاجر إن لم يكن تاجرا فهو عمل تجارى منفرد[٤] .

---

(١) فى هذا الخصوص A. Cohen مؤلفه السابق رقم ٩٩٤ ص٥٦٠ .

(٢) محكمة كولمار الفرنسية جلسة ١٦ يناير ١٩٣٧ – الجازيت ١٩٣٧ – ١ – ٦٩٣ – ومحكمة تور الفرنسية (التجارية) جلسة ٢٨ نوفمبر ١٠٥٢ – المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٥٣ – ٣٨٨ رقم ١٨ مع تعليق جوفريه .

(٣) المادة (١/٤٧) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(٤) Brun رسالة جامعة باريس السابق الإشارة إليها ص٢٣ .

ولكن إذا كان المؤجر قد تلقى المتجر بطريق الإرث أو الهبة أو الوصية فإن عقد تأجير استغلاله يعد عملا مدنيا من جانبه .

ويعتبر جانب من الفقه عقد تأجير استغلال المتجر عملا تجاريا أصليا بالنظر إلى محل العقد استنادا إلى المادة الثانية من المجموعة التجارية الملغاة (المادة الرابعة حاليا من قانون التجارة) المقابلة للمادة (٦٣٢) تجارى فرنسى حيث جاءت بذكر الأعمال التجارية على سبيل المثال وليس الحصر وبالتالى يمكن إضافة أعمال تجارية جديدة[١].

ويؤيد هذا الفقه جانب من أحكام القضاء[٢].

وفى فرنسا كان القضاء ، فى ظل تشريع ٢٢ سبتمبر ١٩٥٣ الذى كان يلزم مالك المتجر التزامات التجار عند تأجيره إياه ، ويرتب صفة التاجر للمؤجر وبالتالى يعتبر عقد تأجير الاستغلال تجاريا دائما من جانب المالك[٣]. وانتقد الفقه الفرنسى هذا الاتجاه لأنه يخلط بين اكتساب صفة التاجر وبين الخضوع لالتزامات التجار . أما بعد صدور قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦لم يعد هناك شك فى عدم اكتساب المؤجر صفة التاجر رغم التزامه بالقيد بالسجل التجارى . وقد نص صراحة مرسوم ١٧ سبتمبر ١٩٥٨ بعدم قرينة اكتساب صفة التاجر التى تترتب على القيد بالسجل التجارى فى

---

(١) فى هذا الخصوص Robinault رسالة باريس السابق الإشارة إليها رقم ٨٧ . أيضا من هذا الرأى د. على يونس المحل التجارى رقم ٢٣٥ ص٣٢٤ ، ٣٦٥ .

(٢) نقض فرنسى جلسة ١٩ نوفمبر ١٩٢٤ – دالوز الدورية – ١٩٢٦ – ١٣٨٠ ، كذلك حكم محكمة كولمار التجارية المشار إليها آنفا .

(٣) محكمة اكس التجارية الفرنسية ، جلسة ١٩٥٤/١٢/١٣ وحكم محكمة روين جلسة ١٨مارس ١٩٥٧ الجازيت١٩٥٧، ٢ ملخص رقم ١٠ مع تعليق الجازيت ١٩٥٥، ١ ، ٢٦٠ على الحكم الأول .

هذه الحالة[١].

وطبقا لقانون السجل التجارى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ هناك قرينة على اكتساب الشخص صفة التاجر من تاريخ القيد بالسجل التجارى (المادة ١٧) إلا أنها قرينة بسيطة يجوز لمؤجر الاستغلال إثبات عكسها كما هو الشأن إذا كان المؤجر غير تاجر .

ب- إثبات العقد :

٢٩٦- لا يخضع إثبات تأجير استغلال المتجر للقواعد العامة فى الإثبات للمواد التجارية فلا جوز بكافة الطرق ولو كان تجاريا بالنسبة لطرفيه[٢]. ذلك أن هذا العقد أصبح عقدا شكليا تعد الكتابة ركن انعقاد له ، الأمر الذى يتطلب أن يثبت بالكتابة حتى ولو كان هذا العقد ذا طبيعة مختلطة كما إذا كان المؤجر غير تاجر . والكتابة شرط للإثبات سواء فيما بين أطراف عقد تأجير الاستغلال أو الغير . هذا بالإضافة إلى أحكام شهر هذا العقد بقيده فى السجل التجارى كما سنرى .

ثالثا : عقد تأجير استغلال المتجر من العقود المؤسسة على الاعتبار الشخصى :

٢٩٧- يعتبر عقد الإدارة الحرة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصى Intuitus Personae بالنسبة لمستأجر الاستغلال ، على خلاف عقد تأجير المنقول العادى حيث شخصية المستأجر لا تعد كقاعدة عامة ذات اعتبار[٣].

---

(١) انظر تعليق هوان بالمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦٧ ص٦٣٥ رقم ١٦ بخصوص عدم اكتساب المؤجر صفة التاجر لمجرد تأجيره متجره .

(٢) راجع المادة (٣٧) من قانون التجارة .

(٣) الأصل أن شخص المستأجر ليس محل اعتبار فى العقد إلا إذا ثبت العكس ، السنهورى جـ٦ – رقم ٩٨ ص٦١٩ . أيضا A. Cohen مؤلفه السابق رقم ٢٩٣ ص٥٦٠ .

وأساس ذلك أن عقد تأجير الاستغلال يرتب علاقات مستمرة بين المالك ومستأجر الاستغلال (المدير الحر) ، تعتمد على شخص المستأجر والثقة فيه وخبرته فى المجال التجارى والصناعى[١]. ويترتب على عقد الإدارة الحرة أن يتحمل المؤجر عدم محافظة المستأجر على عناصر المتجر وأهمها العملاء وسمعة المتجر التجارية .

ويترتب على اعتبار العقد من العقود القائمة على الاعتبار الشخصى عدم إمكان مستأجر الاستغلال التنازل للغير عن حقه فى الاستغلال كما سنرى فيما بعد[٢]ما لم يتفق على خلاف ذلك .

ويعد الخلط فى شخص المستأجر ذا اثر على صحة العقد على خلاف القاعدة العامة فى عقد الإيجار[٣]. كما ينقضى العقد بأسباب الانقضاء التى تترتب على زوال الاعتبار الشخصى كوفاة مستأجر الاستغلال أو إفلاسه أو صدور قرار بالحجر عليه نتيجة نقص أو انعدام أهليته[٤].

أما من جانب المؤجر فلا أهمية لشخصه بالنسبة للمستأجر كقاعدة عامة[٥].

---

(١) Robinaulte رسالة باريس السابق الإشارة إليها رقم ٣١ ص٧٨ .

(٢) حكم محكمة مارسيليا التجارية – جلسة ٩١٩٤/٦/٢٢م بالـ J.C.P ١٩٥٠ – ٢ – ٥٢٩٥ مع تعليق A. Cohen وحكم محكمة اكس جلسة ٢٧ إبريل ١٩٥٠ بالـ J.C.P.١٩٥٠ – ٥٨٤٣٢ . أيضا Derrida السابق رقم ٤٠ ص٥ .
وإذا كان العقد محدد المدة فلا يستطيع المستأجر المطالبة بحق التجديد دون موافقة مؤجر الاستغلال: نقض مدنى ١٣ يناير ١٩٨٨ بجلسة الإيجارات ١٩٨٨ – ٢٣٣. ريبير رقم ٥٦٧ . كما على المستأجر مراعاة طريقة استغلال المتجر . ويمكن التزامه بدفع تأمين .

(٣) السنهورى ، المرجع السابق والموضع السابق .

(٤) هامل ص١٩٧ رقم ٥ .

(٥) د. على يونس، المحل التجارى، رقم ٢٣٦ ص٣٢٦، أيضا A. Cohen السابق رقم٩٩٣.

رابعا : محل عقد تأجير استغلال المتجر :

٢٩٨- محل العقد هو المتجر والأجرة ، ويخضع محل عقد الإيجار فى هذا الخصوص إلى القواعد العامة ، فيشترط أن يكون مما يجوز التعامل فيه وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين وأن يكون موجودا أو قابلا للوجـــود . ويضاف إلى هذه الشروط شرط آخر تستلزمه طبيعة عقد الإيجـــار هـــو أن يكون الشئ محل الإيجار غير قابل للاستهلاك حتى يمكن رده بذاته حيـــث يلزم المستأجر برد ذات الشئ المؤجر فى نهاية عقد الإيجار .

على أنه يجوز أن تؤجر أشياء قابلة للاستهلاك ، لا علـــى ســـبيل الاستقلال ، بل على سبيل التبعية ، بمعنى أن تكون تابعة للـــشئ المـــؤجر فتدخل معه فى عقد الإيجار . وهذا ينطبق على محل عقد استئجار المتجـــر أو المصنع حيث يؤجره مالكه بما فيه من آلات لازمة لإدارته واستغلاله أو ما به من بضائع ومواد خام على أن يعوضه المستأجر ما يبلى منها أو يرد مثلها[١].

وبالنسبة لعقد تأجير استغلال المتجر يشترط ، علاوة على ذلـــك أن يكون محل العقد مما ينطبق عليه وصف المحل التجارى وفقـــا للتفـــصيل السابق شرحه فى الفصل الأول من الباب الثالث من هذه الدراسة . وبنـــاء على ذلك يجب لكى يعد التأجير وارداً على متجر أن يكون محل العقد متجرا بمعناه القانونى المشار إليه وإلا كان التصرف واردا على عناصر متفرقـــة

---

(١) انظر فى ضرورة أن يرد العقد على متجر بمعناه القـــانونى رســـالة Robinault جامعة باريس السابق الإشارة إليها ص١٢٦ .

أيضا A.Cohen مقالة السابق بالمجلة الفصلية ١٩٥٤ ص٣٧ وكـــذلك مؤلفـــه السابق ص٩٩٢ ، ص٥٩١ .

وتطبيقات لذات المبدأ نقض جلسة ١٩٧٥/١١/١٩ طعن رقـــم ٤٩٥ لـــسنة ٤٦ق السنة ٢٦ ص١٤٢٢ .

مستقلة عن المحل التجارى .

وإذا ورد عقد تأجير الاستغلال على بعض العناصر دون غيرها وجب أن تشكل العناصر محل العقد متجرا بمعناه الكامل وفقا للتفصيل السابق .

خامسا : أهلية طرفى عقد تأجير استغلال المتجر :

٢٩٩- تتوقف الأهلية اللازمة لطرفى عقد تأجير استغلال المتجر على تكييف هذا العقد بوصفة من عقود الإدارة أو من عقود التصرف . ولبحث ذلك يقتضى الأمر عرض طبيعة عقد الإيجار وأهلية طرفيه وفقا للقواعد العامة ثم مدى انطباقها على عقد تأجير استغلال المتجر وذلك بالنسبة لكل من المؤجر والمستأجر .

أ - بالنسبة لمؤجر المتجر :

١- أهلية المؤجر وفقا للقواعد العامة :

٣٠٠- يعد عقد الإيجار من عقود الإدارة وفقا للقواعد العامة ، ويترتب على ذلك أن من يملك إدارة الشئ يملك أن يؤجره ، ذلك أن الإيجار هو الوسيلة المعتادة للإدارة[١]. فمالك الشئ أو من يملك الانتفاع به أو من له حق إدارته يجوز له أن يكون مؤجرا[٢]. ويكفى أن يتمتع بأهلية الإدارة

---

(١) السنهورى جـ٦ رقم ٢٩ ص٣٨ ، ٣٩ .

(٢) ويلاحظ فى هذا الخصوص أن مستأجر استغلال المتجر (المدير الحر) لا يملك تأجير إستغلال المتجر مرة ثانية إلا بموافقة المالك المؤجر حيث يعد تأجير الاستغلال من العقود المؤسسة على الاعتبار الشخصى كما سبق القول .
ويعد العقد صحيحا إذا صدر من المالك أو صاحب حق الاستغلال : نقض مدنى جلسة ٢٥ نوفمبر ١٩٨٦ دالوز سيرى ١٩٨٦ – ٢٨٨ ريبير رقم ٥٦٠ .

دون أهلية التصرف[١] ، فالبالغ الرشيد الذى لم يحجر عليه لـه أهلية التصرف وأهلية الإدارة من باب أولى . وعلى العكس لا يكون لعديم التميز (الصغير دون السابعة أو المجنون والمعتوه) أهلية التصرف أو الإدارة . أما الصبى المميز فهو ناقص الأهلية وتعد تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر كالإيجار قابلة للإبطال لمصلحته (المادة ١١١ مدنى) ويستثنى من ذلك الحالة التى يأذن فيها الولى أو القاضى للقاصر فى تسلم أمواله لإدارتها تطبيقا للمواد ٥٤ ، ٥٥ من قانون الولاية على المال[٢]. ويأخذ حكم القاصر كل من السفيه وذو الغفلة بعد الحجر عليهما .

وإذا بلغ القاصر ، الثامنة عشر ، وأذنت له المحكمة فى التجارة كان له أن يباشر جميع الأعمال التجارية التى تدخل فى الإذن وتشمل عادة التصرف فى المال الذى يتجر فيه وإدارته ، وبناء على ذلك له تأجير هذا المال .

وللولى إيجار أموال القاصر ، حيث له سلطة التصرف ولا يقيده فى

---

(١) السنهورى ، رقم ٧٥ ص٩٧ . د. محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق رقم ١٥ ص٣٩ .

وفى هذا الخصوص تنص المادة ٥٤ من قانون الولاية على المال أن « للولى أن يأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشر فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق ، وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر، مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات .

كما تنص المادة (٥٥) من ذات القانون على أنه « يجوز للمحكمة ، بعد سماع أقواله كلها أو بعضها أن تمنحه الإذن بالإدارة ، وإذا رفضت المحكمة الإذن ، فلا يجوز تجديد طلبه قبل سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض » .

(٢) وفى هذه الحالة ليس للقاصر تأجير عقاراته (المبانى والأراضى الزراعية) لمدة تزيد على سنة إلا بإذن خاص من الولى أو المحكمة (المادة ٥٦ من قانون الولاية على المال) .

ذلك سوى ألا يتعدى الإيجار مدة تجاوز بلوغ القاصر سن الرشد بأكثر من سنة[١]. كما يملك الوصى أو القيم إيجار أموال القاصر – عقارات ومنقولات – بغير إذن المحكمة لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات[٢].

٢- أهلية المؤجر فى عقد تأجير استغلال المتجر :

٣٠١- لما كان عقد تأجير استغلال المتجر من قبيل عقود إيجار أشياء كما سبق القول ، بالإضافة إلى أن إبرام هذا العقد بذاته لا يكسب المؤجر صفة التاجر حيث يترتب عليه انفراد المدير الحر مستأجر الاستغلال القيام بالأعمال التجارية لحسابه الشخصى ، فإن الأمر كان يقتضى اعتبار هذا العقد من عقود الإدارة ، وبالتالى تطبيق الأحكام العامة المشار إليها . على أن خصائص عقد تأجير استغلال المتجر وما يترتب عليه من آثار متميزة عن عقود الإدارة العادية بالنسبة للمؤجر كما سنرى تفصيلا فى المبحث الثالث من هذا الفصل ، تجعل هذا العقد ذا طبيعة خاصة . ونشير فى هذا الخصوص إلى أن استغلال المتجر من جانب المدير الحر يترتب عليه أثر ملحوظ على قيمة المتجر كرأسمال كما سبق أن ذكرنا ، وبالتالى على أموال المؤجر مما يقتضى عدم تشبيه هذا العقد بعقد تأجير العقار أو المنقول[٣]. فالمؤجر يتحمل سوء استغلال المستأجر الذى قد يودى بالمتجر كليه ، هذا بالإضافة إلى أن من أهم الآثار التى تترتب على عقد تأجير استغلال المتجر المسئولية عن ديون المتجر سواء السابقة على عقد تأجير الاستغلال أو اللاحقة له ، وقد يؤدى تنظيم هذه المسئولية ووضع ضوابط

---

(١) المادة (١٠) من قانون الولاية على المال .

(٢) المادة (٥٥٩) مدنى ، (٣٩) من قانون الولاية على المال ، والمادة (٧٨) منه حيث تقضى بأن يسرى على القيم ما يسرى على الوصى من أحكام .

(٣) رودبير رقم٥٥٦ من٣٣٢، قارنBrun رسالة جامعة باريس السابق الإشارة إليها ص٣٢.

لها ، حماية للغير الذى يعتمد على الوضع الظاهر ، إلى مسئولية المؤجر فى بعض الحالات ، كما إذا لم يتخذ هذا الأخير الوسائل الكافية من الشهر والعلانية لمنع اللبس فى نفوس المتعاملين مع المتجر والاعتقاد بأنه لا يزال يستغله لحسابه الشخصى مما يخرج هذا العقد عن مجرد أعمال الإدارة(١).

نخلص من ذلك أن مؤجر المتجر يجب أن يكون متمتعا بأهلية التصرف وليس فقط أهلية الإدارة(٢) وإلا كان العقد قابلا للإبطال لصالحه(٣). ويجب على الوصى أو القيم الحصول على إذن من المحكمة إذا ما رغب تأجير استغلال المتجر المملوك للقاصر أو المحجور عليه .

أما القاصر البالغ من العمر ثمانى عشر سنة وأذنت له المحكمة فى مباشرة التجارة ، يكون له حق تأجير استغلال متجره حيث له التصرف فى المال الذى يتجر فيه بالإضافة إلى إدارته . وفى حالة إفلاس التاجر يكون للمحكمة الإذن لأمين التفليسة بتأجير متجر المفلس إذا رأت فى ذلك مصلحة لجماعة الدائنين (4) .

وفى فرنسا كان عقد استغلال المتجر حتى ١٩٥٣ من عقود الإدارة شأنه فى ذلك شأن عقد تأجير العقار(٥). وكان للوصى سلطة إبرام هذا العقد دون إذن مجلس العائلة ، لكن بعد مرسوم ٢٢ سبتمبر ١٩٥٣ بشأن الإدارة الحرة للمتجر، الذى الزم المؤجر صراحة بديون المستأجر بالتضامن

---

(١) وغنى عن البيان أنه فى الحالات التى يعد فيها تأجير المتجر عملا تجاريا من جانب المؤجر فإنه لا شك فى اشتراط أهلية إبرام التصرفات التجارية المنفردة .

(٢) Robinaulte رسالة جامعة باريس السابق الإشارة إليها رقم ٣٤ ص٨٩ .

(٣) قارن كوهين ، مؤلفه السابق ، رقم ٩٩٨ ص٥٦٣ حيث يرى الاكتفاء بأهلية الإدارة إذا كان المؤجر قد تلقى المتجر بطريق الإرث أو الهبة والوصية .

(٤) م (٦٨٧) تجاري في هذا الخصوص مؤلفنا أحكام الإفلاس طبعة ٢٠٠٨ – دار النهضة العربية ص ٢٨١ .

(٥) هامل ص١٩٥ (ب) .

معه لمدة ستة أشهر بعد إبرام العقد ثم مسئوليته فى حدود أموال المتجر عن باقى الديون[١]، كذلك قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ ، الذى حدد مسئولية المؤجر بضمان المستأجر فى مواجهة الغير مدة الستة أشهر التالية لشهر عقد تأجير الاستغلال ، اصبح لا يتفق وتكييف عقد تأجير استغلال المتجر مع فكرة أعمال الإدارة[٢].

ب- بالنسبة لمستأجر استغلال المتجر :

١- أهلية المستأجر وفقا للقواعد العامة :

٣٠٢- الاستئجار وفقا للقواعد العامة قد يكون من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف ، فهو من أعمال الإدارة إذا تعلق بإدارة شئون المستأجر كاستئجار دار للسكنى . ولما كان إيجار العقار من أعمال الإدارة كما سبق القول فإن استئجارها كذلك من باب أولى . ومن يستأجر مكانا لمباشرة مهنته كالمحامى أو الطبيب أو لمزاولة حرفته كالتاجر أو الصانع نما يقوم بأعمال تعد من قبيل الإدارة لتعلقها بمهنته أو تجارته أو صناعته[٣].

---

(١) كما ألزم هذا القانون (١٩٥٣ المادة ٢) المؤجر بكافة التزامات التجار وهى القيد بالسجل التجارى ومسك الدفاتر التجارية والخضوع بالتالى لما يترتب على هذه الآثار كشهر الإفلاس . وقد رتب الفقه على ذلك عدم إمكان القاصر أو المحروم من مزاولة الأعمال التجارية ، اتخاذ صفة مؤجر المتجر .

انظر مقال R. Houin بالمجلة الفصلية السابق الإشارة إليه ١٩٥٤ . ص٤٢ .

(٢) ولذلك اصبح يشترط لصحة هذا العقد من جانب الوصى حصول هذا الأخير على موافقة مجلس العائلة .

قارن A.Cogen مؤلفه السابق رقم ٩٩٨ ص٥٦٣ بعنوان

" Le nouveau statut de la gerance libre (loi de 20 mars 1956)"

منشور بالـ J.C.P. ١٩٥٦ - ١ - ١٣٠١ .

(٣) السنهورى المرجع السابق رقم ٨٧ ص١١٣. (=)

أما فى الحالات التى يقصد بها من الاستئجار استغلال المال فإنه يعد من أعمال التصرف لا أعمال الإدارة . فمن يستغل ماله فى استئجار أرض زراعية إنما يتصرف فى هذا المال بقصد المضاربة ، كمن يشترى سلعة بقصد الاتجار فيها . ومعيار التفرقة بين الاستئجار كعمل من أعمال الإدارة والاستئجار كعمل من أعمال التصرف يرجع إلى ظروف الاستئجار وإلى القصد منه ، فإن قصد المستأجر إدارة الشئون المألوفة أو كان عملا تابعا تقتضيه ضرورات الإدارة فهو من أعمال الإدارة ، ويكتفى بأهلية الإدارة فى المستأجر دون أهلية التصرف[1]. أما إذا كان الاستئجار عملا اصليا وقصد به استغلال المال بقصد المضاربة فهو من أعمال التصرف وبالتالى يشترط أهلية التصرف فى المستأجر .

وبناء على ذلك للبالغ الرشيد أن يستأجر سواء بقصد إدارة شئونه العادية ، أو للاستغلال والمضاربة ، ولا فرق فى ذلك بين عقار أو منقول . وعلى العكس ، لا يملك عديم التمييز التعاقد للاستئجار ولو لأعمال الإدارة فقط . أما القاصر البالغ من العمر ثمانى عشر سنة وأذن له بإدارة أمواله فله أن يستأجر فى الحدود التى يكون فيها الاستئجار من أعمال الإدارة . كذلك الأمر بالنسبة للسفيه وذو الغفلة ، وذلك على خلاف القاصر المأذون

(=) انظر اعتبار الاستئجار دائما من أعمال الإدارة ، محمد كامل مرسى ، الإيجار طبعة ١٩٥٣ رقم ٣٢ ، د. سليمان مرقص ، عقد الإيجار الطبعة الثانية ١٩٥٤ .

وفى اعتبار الاستئجار دائما من أعمال التصرف ولا يكون من أعمال الإدارة إلا إذا اقتضته إدارة المال : ١. عبد الفتاح عبد الباقى ، الإيجار طبعة ١٩٥٢ رقم ٣١ .

وفى اعتبار الاستئجار من أعمال التصرف إذا اقتضى دفع الأجرة الاقتطاع من رأس المال وإلا فهو من أعمال الإدارة : د. على البارودى منكرة على الآلة الكاتبة ١٩٦٠ ص٢٨ ، مشار إليها فى مؤلف د. السنهورى السابق ص١١٣ هامش رقم (١) .

(١) د. السنهورى . المرجع السابق ص١١٤ .

له فى مزاولة التجارة حيث له مباشرة كافة الأعمال التجارية التى تدخل فى الإذن ومنها الاستئجار سواء كان من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف.

ومن سلطة ولى القاصر استئجار المال للقاصر سواء بقصد الإدارة أو الاستغلال على خلاف الوصى والقيم الذى له فقط استئجار مال الصغير أو المحجور عليه متى كانت من أعمال الإدارة .

٢- أهلية المستأجر فى عقد تأجير استغلال المتجر :

٣٠٣- لما كان استئجار استغلال المحل التجارى من التصرفات التجارية التى تتم بقصد المضاربة Spéculation كمن يشترى متجرا بقصد استغلاله ، وتكسب القائم بالاستغلال (المدير الحر) صفة التاجر لمباشرته الأعمال التجارية باسمه ولحسابه الخاص ، فإن استئجار المتجر من أعمال التصرف التى تقتضى أهلية مباشرة التجارة تطبيقا للقواعد العامة[١].

سادسا : الشروط المتعلقة بشخص المؤجر والمستأجر :

٣٠٤- يثار التساؤل عما إذا كان يجب توافر شروط فى شخص كل

---

(١) راجع مؤلفنا « قانون التجارة الكويتى » ١٩٧٤ مطبوعات جامعة الكويت رقم ٢٢٢ ص١٥٥ وما بعدها .

انظر فى هذا الخصوص A.cohen مؤلفه السابق رقم ٩٩٨ ص٥٦٣ أيضا Robinault رسالة باريس المشار إليها رقم ٢٤ ص٨٩ ورقم ٤٢ ص١٠٢ ، هامل جـ١ رقم ٣٤٦ ، جـ٢ ص١٦٥ .

ويلاحظ فى هذا الخصوص أن أهلية المدير الحر « مستأجر الاستغلال » تختلف عن أهلية المدير المأجور Gerant salarié أو المدير الوكيل Gerant mandataire الذى يكتفى بتوافر أهلية العمل أو أهلية الوكالة دون أهلية مباشرة التصرفات القانونية . كذلك يستطيع التاجر المفلس أن يكون مديرا مأجورا ذلك أن الإفلاس لا يمنعه من التعاقد .

من المؤجر والمستأجر إلى جوار تمتعه بأهلية التصرف عند إبـرام عقـد تأجير المتجر. وأساس هذا التساؤل ما يفرضه المشرع الفرنسى من شروط خاصة فى شخص المؤجر بمناسبة تنظيمه عقد تأجير استغلال المتجر سواء لأول مرة بالمرسومين الصادرين فى ٢٢ ، ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٥٣ أو بقانون ١٩٥٦ الذى أعاد تنظيم هذا العقد بقصد القضاء على المضاربات التى انتـشرت على تأجير المحال التجارية وما أعقب ذلك من أضرار على اقتصاد البلاد .

وتتلخص الشروط التى يتطلبها المشرع الفرنسى بالقانون الـصادر فى ٢٠ مارس ١٩٥٦ (المادة ٤) فيما يلى :

أ- ضرورة أن يكون المؤجر تاجرا مدة سبع سنوات على الأقل أو عمل مدة مساوية فى وظيفة مدير أو مدير فنى أو تجارى :

وقصد المشرع من هذا الشرط قصر تأجير المحال التجاريـة علـى طائفة معينة ممن لهم خبرة فى هذا المجال دون غيرهم ممـن يقـصدون مجرد المضاربات . ولا يشترط القانون أن تكون مدة السبع سنوات متتالية أو سابقة على تأجير الاستغلال مباشرة ، كما لا يشترط أن تكـون صـفة المؤجر تاجرا فقط أو حرفيا فقط (حيث يجوز لأصحاب الحرف تـأجير محـالهم أسوة بالتجار وفقا لهذا القانون) بالنسبة لنوع نشاط المتجر ، وإنما يكفى وجـود علاقة بين نشاطه السابق ونوع نشاط المتجر محل عقد الإجارة. كمـا لا يفـرق القانون المشار إليه بين مدير الشركة ومدير الفرع أو بين المدير الحر (مستأجر الاستغلال) أو المدير المأجور أو المدير الوكيل. ويـستوى بالنـسبة لـشركات المساهمة أن يكون الشخص عمل مديرا أو فى وظيفة الرئيس المدير العام[١].

---

(١) نقض تجارى فرنسى جلسة ٢٢ مايو ١٩٧٠ – دالـوز سـيرى ١٩٧٠ – ٥٣٠ ، انظر فى تفصيل هذه الشروط مقال هوان بالمجلة الفصلية ١٩٥٤ الـسابق ذكـره ص٣٣ ومقالة بذات المجلة ١٩٥٦ ص٢٠٠ .

ولم يكن النص المقابل للمادة الرابعة الوارد بمرسوم ٢٠ سبتمبر ١٩٥٣ موضحا لذلك ، كما كان يثير الشك حول اشتراط قيام المؤجر باستغلاله المتجر مدة السبع سنوات شخصيا[١] أم يكفى استغلاله بواسطة مدير مأجور أو مدير موكل[٢] .

ب- أن يكون مؤجر المتجر قد قام باستغلاله شخصيا خلال مدة لا تقل عن سنتين (أضيف هذا الشرط بقانون ٣٠ مارس سنة ١٩٥٦) .

وقصد المشرع أيضا من هذا الشرط الإقلال من حالات تأجير المتجر ممن يقوم بشرائه بقصد تأجيره للمضاربة[٣]. ويشبه قانون ١٩٥٦ الاستغلال بواسطة مدير مأجور الاستغلال الشخصى[٤].

---

(١) من هذا الرأى ريبير رقم ٥٦١ .

(٢) هوان مقاله السابق ص٣١ .

(٣) ويخضع لشرطى المدة المشار عليهما بالبند (ب) كل من يتلقى متجرا أثناء تأجير استغلاله بقصد الاستغلال :

نقض تجارى فرنسى جلسة ١٩٧٤/٦/٢٥ دالوز ص٢١٦ .

راجع ميشيل ، طبعة ١٩٧٥ رقم ٢٣٣ ص٦٤١ . وطبعة ١٩٧٩ رقم ٢٣٣ – ١ – ص٨١٦ .

وفى قضاء متشدد ، حكم بعدم توافر هذا الشرط بالنسبة لأرملة كانت تعمل مع زوجها التاجر فى عمله مدة سبع سنوات حيث لم يعتبرها تقوم بالتجارة شخصيا .

نقض تجارى جلسة ١٩٦٣/١١/١٣ بالـ J.C.P. ١٩٦٤ – ٢ – ١ – ١٣٨٠ ، كما قضت ذات المحكمة بأن الشركة التى لا تعد تجارية لا تستطيع تأجير محلا تجاريا بطريق عقد الإدارة الحرة : نقض تجارى جلسة ١٩ يناير ١٩٨٨ المجلة الاجتماعية ١٩٨٨ – ٥٦٥ مع تعليق Castre وبالمجلة الفصلية ١٩٨٨ – تعليق Defrruppe . ربيير رقم ٥١٦ .

(٤) المادة (٤) من قانون ١٩٥٦ . وتطبيقا لذلك نقض تجارى جلسة ٢٢ مايو ١٩٧٠ – دالوز سيرى ١٩٧٠ – ٥٣٠ ربيير ٥٦١ . (=)

ج- ألا يكون المؤجر محروما من مباشرة التجارة بنص قانونى ، وهى حالات المنع المنصوص عليها بقانون ٣٠ أغسطس ١٩٤٧ كالمحكوم عليهم بعقوبات فى جرائم مخلة بالشرف كالسرقة والنصب والإفلاس(١).

ويطلق الفقه الفرنسى على هذه الشروط الثلاثة Triple qualification professionnelle ، ورغم أن قانون ١٩٥٦ المشار إليه يسرى على جميع عقود تأجير المحال التجارية القائمة (المادة ١٥) ، نتيجة لقاعدة الأثر الفورى للقانون ، سواء التى عقدت قبل مرسوم ١٩٥٣ أو بعده ، إلا أنه استثناها صراحة من شرطى المدة المشار إليها (أ ، ب) والتى يطلق عليها شروط صلاحية إبرام عقد إيجار المتجر ، حتى نهاية مدتها حيث تظل خاضعة لقانون إبرام العقد . أما حالة تجديد العقد ضمنا أو صراحة فإنه يخضع لكافة أحكام قانون ١٩٥٦ .

سلطة القضاء فى تقدير توافر الشروط المتعلقة بشخص المؤجر والمستأجر :

٣٠٥- أعطى المشرع الفرنسى للقضاء سلطة كبيرة للتخفيف من الشرطين الأول والثانى كما منحه سلطة تقريرية للاستغناء عن هذه

(=) ولا تشترط محكمة النقض ذات المدة عند نقل ملكية المتجر إلى مشترى جديد : نقض تجارى جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٤ ، وبالمجلة الفصلية ١٩٩٥ - ١٠٧ .
وعلى العكس يشترط القانون والقضاء مدة السنتين فى مستأجر الاستغلال الذى يتنازل للغير عن تأجير استغلال المتجر : نقض تجارى جلسة ١٨ أكتوبر ١٩٩٥ - دالوز سيرى ١٩٩٥ - ٢٣١ وبالمجلة الفصلية ١٩٩٥ - ١٠٧ .

(١) انظر تفصيل حالات المنع من التجارة وفقا لقانون ٣٠ أغسطس ١٩٤٧ :
M . Weismann & R. Debled
السابق الإشارة إليه رقم ٣ ص٣ .

الشروط كلية إذا اقتضت الظروف ذلك[١] ، ويرى الفقه[٢] والقضاء[٣] أن سلطة القاضى فى هذا الشأن تشمل شرطى المدة المشار إليها بالمادة الرابعة من قانون ١٩٥٦ ..

---

(١) وجاء نص المادة الرابعة من قانون ١٩٥٦ واضحا فى هذا الشأن ليزيل اللبس حول سلطة القاضى فى إلغاء شرطى المدة كلية نتيجة غموض نص مرسوم ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٥٣ .

انظر تفصيل ذلك مقال جوفريه بالمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٥٦ ص٢٣٨ وقد حكم بتخفيض مدة مزاولة التجارة سبع سنوات بسبب مرض صاحب فندق واضطراره الإقامة بالريف مسقط رأسه : قرار رئيس محكمة Fontaineblue فى ٣١ مارس ١٩٥٤ دالوز ١٩٥٤ – ٤١٤ وأيضا الجازيت ١٩٥٤ – ١ – ٢٨٨ مع تعليق جوفريه على هذا الحكم المشار إليه ص٥٩٥ رقم ١٤ .

كما جاء حكم بالإعفاء كلية من شرط مزاولة التجارة مدة سبع سنوات : محكمة Valence جلسة ٢٥ مايو ١٩٥٤ دالوز ١٩٥٤ – ٤٣٢ وبالـ J.C.P ١٩٥٤ – ٢– ١٨٨٩ . ونتيجة لسلطة القضاء المطلقة فى هذا الشأن وصف هذا العقد بأنه عقد خاضع للرقابة القضائية : Contrat dirgé au controle judiciare

انظر فى تأييد هذا الاتجاه القضائى جوفريه – مقاله بذات المجلة ١٩٥٤ ص٥٩٥ رقم ١٤ أيضا ريبير رقم ٥٦٣ .

أيضا حكم محكمة فرساى جلسة ١٨ يناير ١٩٨٨ دالوز سيرى ١٩٨٨ – ١– ٧٧ أيضا محكمة Montauban جلسة ٩ سبتمبر ١٩٨٥ – المجلة الفصلية ١٩٨٦ – ٣٩٤ . ويرى الفقه أن هذه المرونة فى تطبيق القانون لها فائدة عملية كبيرة ، ريبير رقم ٥٦٣.

(٢) هامل ص١٩٩ رقم ١١٠٨ – ميشيل ١٩٧٥ ص٦٤٢ ريبير رقم ٥٦٣ .

(٣) حيث حكم بأن سلطة القضاء فى الإغفال أو تخفيض المدة المنصوص عليها بالمادة الرابعة تشمل أحد الشرطين فقط .

نقض مدنى جلسة ٩ أبريل ١٩٧٠ بالـ J. C. p. ١٩٦٥ – ٢– ١٤١٩٩ .

ومحكمة باريس جلسة ١٨ مارس ١٩٦١ – دالوز ١٩٦١ – ٣٩٩ .

الاستثناءات على قاعدة ضرورة توافر شروط فى شخص المؤجر :

٣٠٦- نص المشرع الفرنسى على عدة استثناءات من نص المادة الرابعة سالفة الذكر تشمل الأشخاص المعنوية العامة والمنشآت شبه العامة والمنشآت الائتمانية التى تمنح قروضا طويلة أو قصيرة الأجل للمنشآت التجارية والصناعية ، وكذلك استثنى المحرومين من مزاولة التجارة بسبب وظائفهم والمحجور عليهم لجنون أو عته ومن فى حكمهم والورثة والموصى لهم (وبذلك أوضح هذا الاستثناء القصر ورثة التاجر)[١].

وفى ظل مرسوم ٢٢ سبتمبر ١٩٥٣ كان يفيد الورثة من توافر شرط مزاولة التجارة خلال سبع سنوات فى شخص مورثهم قبل وفاته وبالتالى يمكنهم تأجير محالهم التجارية بإذن القاضى المختص .

وفى قضية عرضت على محكمة Colmar تتخلص وقائعها فى أن أحد أصحاب المحال التجارية الذى قام باستغلاله شخصيا ، وبعد وفاته طلبت الابنة الإذن من المحكمة بتأجير المتجر وحصلت عليه . ولكن تعرض هذا الحكم للنقد نظرا لأن الابنة هى مالكة المتجر قبل وفاة والدها نتيجة بيعة إياها أثناء حياته وبالتالى لا تعتبر وارثه بالمعنى الذى تقصده المادة السادسة من تشريع ١٩٥٣ ولا تفيد من توافر شرط مزاولة التجارة سبع سنوات الذى اكتسبه والدها .[٢]

---

(١) المادة ٦ من قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ .

(٢) على أنه يمكن تأسيس حكم النقض الفرنسى المشار إليه فى قبوله منح الأبنة تأجير استغلال المتجر رغم كونها متنازل إليها بحق الملكية ، بأن ملكيتها لم تكن لكامل حق ملكية المتجر وإنما مجرد ملكية حق الرقبة دون الاستغلال الذى ظل يمارسه والدها طوال حياته . وبناء عليه فإن الشروط يجب توافرها فى القائم بالاستغلال،(=)

ويستثنى أيضا من هذه الشروط من هم تحت الحراسة القضائية[١]. وبعض المشروعات مثل مشروعات السينما والمسارح وصالات الموسيقى والمؤجرين الذى يقصدون من تأجير محالهم التجارية تأمين تصريف بضائعهم التى يقومون بإنتاجها أو توزيعها بناء على شرط القصر[٢].

(=) ولما توفى الأب أصبحت الابنة وارثة لحق الاستغلال وبالتالى تفيد من الاستثناء الخاص بالورثة ولا شرط قيامها بالاستغلال .

ويعلق جوفريه على ذلك بأن مثل هذه الصعوبة ستظل قائمة فى ظل تشريع ١٩٥٦ والذى ينص صراحة فى الاستثناء على عبارة الورثة والموصى لهم .

جلسة ٧ أكتوبر ١٩٥٥ ، دالوز ١٩٥٦ – ٨٩ .

(١) حيث يستطيع أمين التفليسة تأجير المتجر بعد موافقة المحكمة المختصة ، راجع :

R. Houin, Encyclopedie Dalloz, Rep. Dr. Com. Ve Faillite reglement judicaire No., 1705 et S.

وبالنسبة لأصحاب المحال التجارية تحت نظام التسوية القضائية أو تصفية الأموال ينظم تأجير استغلال محالهم التجارية ، القوانين الخاصة بها والتى تشترط موافقة المحكمة على تأجير المتجر .

نقض تجارى جلسة ٦ مايو ١٩٧٠ – بلتان النقض ١٩٧٠ – ١ رقم ١٤٩ .

(٢) الدائرة التجارية جلسة ١٢ يناير ١٩٨١ دالوز سيرى ١٩٨١ – ٢٢٣ مع تعليق دريدا . ويمكن الإذن بتأجير المتجر فى هذه الحالات ولو تضمن عقد إيجار المكان (العقار) شرطا يمنع تأجير استغلال المتجر (عقد الإدارة الحرة) . ريبير رقم ٥٩٥.

قارن محكمة باريس جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٦٦ الـ J.C.P ١٩٦٧ – ٢ – ١٤٩٥١ .

وترفض المحكمة الإذن بتأجير استغلال المتجر إذا تبين لها عدم كفاية الضمانات التى يقدمها المدير الحر (مستأجر استغلال المتجر).

ووفقا للمادة ٢٨ من قانون ١٣ لسنة ١٩٦٧ المشار إليه تستطيع المحكمة فسخ عقد الإدارة الحرة إذا ما تبين لها أن المدين أضعف التأمينات التى يقدمها . وتنص المادة (٢٧) من ذات القانون صراحة على إعفاء أمين التفليسة – أسوة بالوكيل القضائى المكلف بإدارة المتجر من الشروط التى تسلزمها المواد ٤، ٥، ٨، من قانون ٢٠مارس ١٩٥٦ . فى هذا الخصوص : ربيير رقم ٥٦٥ وجوفريه بالمجلة الفصلية ١٩٦٧ ص١٠٤٩ رقم ١١ .

الجزاء على عدم توافر الشروط الخاصة بشخص المؤجر والمستأجر وفقا للتشريع الفرنسى:

٣٠٧- رتب المشرع الفرنسى البطلان لعقد تأجير استغلال المتجر لعدم توافر الشروط سالفة الذكر .

ويجوز لأطراف العقد التمسك بهذا البطلان فى مواجهة كل منها للآخر[١]. كما يجوز للغير ذلك ، ولكن لا يجوز تمسك أطراف العقد ببطلانه فى مواجهة الغير . وقضت بعض المحاكم الفرنسية بعدم جواز احتجاج أطراف عقد تأجير استغلال المتجر ببطلانه فى مواجهة الغير[٢].

وأضاف المشرع الفرنسى جزاء آخر غاية فى الأهمية بالنسبة لمؤجر المتجر هو حرمانه من حق تجديد عقد إيجار المكان القائم عليه المتجر وهو ما يطلق عليه الملكية التجارية[٣] Proprieté commerciale (المادة ١١ من قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦) .

---

(١) (المادة ٦٠/٢) أ . ب . من قانون ٣٠ مارس ١٩٥٦ .

(٢) محكمة اكس جلسة ٢٨ سبتمبر ١٩٦٢ – دالوز ١٩٦٣ المخلص – ٨٠ . نقض تجارى ١٢ يناير ١٩٨١ – دالوز سيرى ١٩٨١ – ٢٢٣ ، ٢٩ مارس ١٩٨٩ – بلتان جولى ١٩٨٩ .

(٣) فى تفصيل ذلك مقال R. Houin سابق ص٣٦ ، ميشيل ٦٤٣ ، هامل ص٢٠٠ رقم ١١٠٩ . ريبير وروبلو رقم ٥٦٤ ص٣٧٣ .
وتطبيقا لذلك الأحكام التالية :
- محكمة نسين جلسة ٢٢ يناير ١٩٥٥ الـ J. C. P ١٩٥٥ – ١١ – ٨٦٠٦ مع تعليق A.Cohen .
- نقض تجارى جلسة١٣ نوفمبر ١٩٦٣ الـ J. C. P. ١٩٦٤ – ٢ – ١٣٨٠١، جلسة ١٣ مايو ١٩٦٥ – الجازيت ١٩٦٥ – ٢ – ٣٥١ .
وحكم محكمة مونبلييه جلسة ٢ مايو ١٩٧٣ المجلة الفصلية ١٩٧٤ – ٢٣٨ .
أيضا : نقض تجارى ١٩٩٢/٦/٣٠ – الـ J. C. P ١٩٩٢ – ١١١٨ – ريبير ٥٦٤ .

تقدير النظام الفرنسى الخاص بشروط شخص المؤجر والمستأجر :

٣٠٨- نظراً لعدم وجود التنظيم التشريعى لعقد إيجار استغلال المتجر فى التشريع المصرى فإنه لا يشترط فى شخص المؤجر أى من هذه الشروط ، ويكون العقد صحيحا ومنتجا لكافة آثاره أيا كانت صفة مؤجر المتجر وحرفته .

والواقع أن الشروط التى أتى بها تشريع ٢٠ مارس ١٩٥٦ الفرنسى والسابق الإشارة إليها . وان كانت تحقق الغاية التى قصدها المشرع وهى منع المضاربات على إيجار استغلال المتجر كلية ، إلا أنها شروط مغالى فيها لدرجة يخشى معها القضاء كلية على مثل هذا العقد فى مصر . وقد رأينا أن المشرع الفرنسى إضطر إلى الاعتماد على سلطة قاضى الموضوع فى التخفيف منها بل وإلغائها كلية إذا ما رأى فى ذلك مصلحة . كما أن الاستثناءات التى نص عليها المشرع الفرنسى فى المادة السادسة من القانون المشار إليه تفوق فى نظرنا القاعدة ذاتها مما جعلها عديمة الفائدة من الناحية العملية .

على أنه لما كانت مثل هذه الشروط فى مجموعها تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة تتعلق بالنظام العام وهى منع المضاربات فى هذا المحال ، ولما كان احتمال قيام المضاربات على عقد تأجير استغلال المتجر فى مصر وما يترتب عليها من أضرار على اقتصاد البلاد ، احتمال وارد بل ربما قائم ولم يظهر لنا لقصور من الأجهزة المختصة بالإحصاء ، فإنه يحسن عند تنظيمنا لهذا العقد تشريعيا وضع ضوابط تحقيق هذه الغاية .

وفى هذا الخصوص نرى الاكتفاء بوضع شرط عام يجب توفره فى شخص المؤجر هو قيامه باستغلال متجره (سواء كان القائم بالاستغلال هو

مالك المتجر أو صاحب حق انتفاع عليه أو مستأجرا لاستغلاله وله حق إعادة تأجير هذا الاستغلال) خلال مدة كافية تدل دلالة واضحة على انتفاء قصد المضاربة ، ولتكن فترة سنتين كقاعدة عامة مع جواز التغاضى عنها إذا ما قدم المؤجر ما يثبت استحالتها وتعذر توافر هذا الشرط كما هو الحال بالنسبة لمن يتلقى متجرا بطريق الإرث (أو الهبة أو الوصية) ويحظر عليه مباشرة التجارة سواء لأسباب تتعلق بالأهلية أو بقيود مهنية .

ويخضع تقدير استحالة أو تعذر قيام مؤجر استغلال المتجر خلال هذه المدة للسلطة التقديرية لقاضى الموضوع . كما يفضل اشتراط علاقة بين حرفة المؤجر وبين النشاط التجارى أو الصناعى للمتجر محل الاستغلال ، مع إخضاع هذا الشرط أيضا لتقدير قاضى الموضوع .

ويؤدى شرط المدة المشار إليه فى منع المضاربات من أصحاب رؤوس الأموال الذين يقصدون مجرد استثمار مجرد أموالهم فى شراء محال تجارية أو استئجارها بقصد تأجيرها ، دون جهد أو خبرة ، قصر هذا المجال من الاستثمار على ذوى الخبرة فى المجال التجارى والصناعى مما يعود على البلاد بالنفع الأكيد . هذا ولا نرى اشتراطات معينة فى شخص المستأجرين سوى الأهلية وفقا للتفصيل السابق إيضاحه .

الفرع الثانى

شهر عقد تأجير استغلال المتجر

تمهيد :

٣٠٩- يقوم نظام الشهر والعلانية بدور رئيسى وهام بالنسبة للتصرفات القانونية . وتحرص التشريعات ، خاصة التجارية ، على تنظيمه وترتيب الآثار القانونية عليه حماية للمتعاملين واعتمادا على الوضع

الظاهر تسهيلا للتعامل التجارى . وكان التشريع المصرى خلوا من تنظيم تشريعى لشهر عقد تأجير استغلال المتجر والآثار القانونية التى تترتب على هذا الشهر ، إلى أن صدر قانون التجارة فى ١٧ مايو سنة ١٩٩٩ والواجب النفاذ اعتبارا من أول اكتوابر سنة ١٩٩٩ ، ونظم شهر عقد تأجير استغلال المتجر بمناسبة معالجته لأحكام المتجر بصفة عامة فى المواد من ٣٤ إلى ٤٣ بالفصل الخامس من الباب الأول . وقد سبق لنا أن طرحنا تصورا لشهر هذا العقد بمناسبة دراستنا لهذا الموضوع عام ١٩٧٦، وقد أخذ قانون التجارة بكل ما جاء بهذه الدراسة من اقتراحات [١] .

وسوف نشير فى هذا الفرع إلى نظام الشهر وفقا للقانون المصرى مع إشارة لما يأخذ به التشريع الفرنسى فى هذا المجال .

أولا : الشهر وفقا للقانون المصرى :

٣١٠- تضمن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ لأول مرة نظاما لشهر عقد تأجير استغلال المتجر فنص فى المادة (٢/٣٧) على أنه «٢- يقيد التصرف فى المتجر وعقد تأجير استغلاله فى سجل خاص يصدر بتنفيذه قرار من الوزير المختص ويحفظ بمكتب السجل التجارى» . وتضيف الفقرة الثالثة من ذات المادة أنه « ٣- يشهر تصرف المتجر وتأجيل استغلاله بالقيد فى السجل التجارى، ويجب أن يشمل هذا الشهر على البيانات الآتية:

أ - أسماء المتعاقدين وعناوينهم وجنسياتهم .

ب- تاريخ العقد ونوعه .

ج- نشاط المتجر وعنوانه والعناصر التى اتفق على أن يشملها العقد .

---

(١) فى هذا الخصوص : بحثنا « تأجير استغلال المتجر » مجلة الاقتصاد والقانون عام ١٩٧٦ ، ومؤلفنا « تأجير استغلال المحل التجارى » طبعة ١٩٩١ رقم ٦٤ .

د – الثمن وما دفع منه عند البيع أو قيمة الأجرة المتفق عليها وكيفية سداد باقى الثمن أو أجرة الاستغلال .

هـ- الاتفاقات بشأن القيود والتعهدات المتصلة بالمتجر .

و – الاتفاقات المتعلقة باحتفاظ البائع بحق الفسخ أو بحق الامتياز.

وبناء على النص المشار إليه يشترط المشرع شهر عقد تأجير استغلال المتجر بنظامين فى ذات الوقت الأول بقيده فى سجل خاص والثانى بشهره بالسجل التجارى . وسنشير إلى هاتين الوسيلتين .

أولا : القيد بسجل خاص :

٣١١- يلتزم كل من المؤجر والمستأجر بناء على نص المادة (٢/٣٧) من قانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ بقيد عقد تأجير استغلال المحل التجارى بسجل خاص يحفظ بمكتب السجل التجارى . وقرر المشرع أن يصدر قرار من الوزير المختص ، وهو وزير التجارة ، بتنفيذ ذلك . وهذا السجل يماثل السجل الخاص بكل من بيع أو رهن المحل التجارى والقائم حاليا طبقا لقانون ١١ لسنة ١٩٤٠ ولائحته التنفيذية فى شأن بيع ورهن المحال التجارية . ونرى أن يطلق عليه « سجل عقود تأجير استغلال المحل التجارى » . وسبق أن اقترحنا أن يخصص سجل خاص لقيد عقود تأجير استغلال المتجر[1] وهو ما أخذ به قانون التجارة الصادر فى ١٧ مايو ١٩٩٩ المشار إليه .

ونرى أن ما يجب أن يقيد بالسجل الخاص كل ما يتعلق بعقد تأجير استغلال المتجر وهى البيانات الخاصة باسم كل من المؤجر والمستأجر ومقر هذا المتجر ونوع التجارة محل الاستغلال ومدة العقد ، وما إذا كان

---

(١) المرجع السابق .

قابلا للتجديد التلقائى من عدمه لإعادة القيد والعلانية فى حالة التجديد غير التلقائى . كما يجب ان يقيد ضمن بيانات عقد تأجير استغلال المتجر مدى حق المستأجر فى إضافة عناصر جديدة أو فروع مختلفة من النشاط الاستغلالى . كذلك يقيد مدى حق المستأجر فى تأجير هذا الاستغلال للغير من عدمه ويجب أن يقدم مع بيانات القيد صورة من عقد تأجير استغلال المتجر معتمدة من أطرافه .

والبيانات المشار إليها تعادل البيانات التى يتطلب قيدها قانون بيع ورهن المحال التجارية حيث يجب طبقا للمادة (٣) منه شهر عقد بيع المحل التجارى بقيده بالسجل الخاص المودع بمكتب السجل التجارى بالمحافظة التى يوجد بدائرتها هذا الفرع ، وإذا كان ما بيع هو الفرع وحده أجرى القيد فى كل من مكتبى السجل التجارى بالمحافظة التى يوجد بدائرتها للمحل الرئيسى والفرع . ويستوجب القانون أيضا على البائع تقديم صورة من عقد البيع مصدقا عليه إذا كان رسميا أو اصل العقد إذا كان عرفيا .

ثانيا : الشهر بالقيد بالسجل التجارى :

٣١٢- طبقا لحكم المادة (٣/٣٧) من قانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ السابق ذكر نصها ، يجب شهر عقد تأجير استغلال المتجر بالقيد بالسجل التجارى . واشترط المشرع بالمادة المشار إليها أن يشتمل القيد على أسماء أطراف العقد وعناوينهم وجنسياتهم وتاريخ إبرام العقد . كما يجب أن يشتمل القيد على بيان نشاط المتجر وعنوانه والعناصر التى اتفق أن يشملها عقد تأجير استغلال المتجر بالإضافة إلى بيان قيمة الأجرة المتفق عليها وكيفية سدادها.

وهذه البيانات تؤدى فى الواقع الغرض المقصود من الشهر وهو

بيان طبيعة ونوع العقد المشهر وأطرافه ومدته ونشاط المتجر محل العقد وعناصره تفصيلا . وهى بيانات تهم المتعاملين على المتجر ومؤجره ومستأجر استغلاله .

ونرى أن البيانات المشار إليها ليست إلا الحد الأدنى وانه يجب شهر كل بيان يوضح المركز القانونى لأطراف عقد استغلال المتجر . والواقع أن الالتزام بالقيد بالسجل التجارى لعقد تأجير استغلال المتجر أمر يخضع فى ذات الوقت لقانون السجل التجارى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ سواء بالنسبة إلى المؤجر أو المستأجر وذلك على التفضيل الذى سنراه .

أ- بالنسبة لمؤجر الاستغلال :

٣١٣- يلزم بالقيد بالسجل التجارى كل تاجر له محل تجارى بمصر (المادة الثانية من قانون السجل التجارى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦)[١]. وبناء

---

(١) هذا بالإضافة إلى التزام التاجر بالقيد بالسجل الصناعى وفقا للقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٧ (الذى نشر بالجريدة الرسمية العدد ١٧ مكرر فى ١٩٧٧/٤/٣٠) والذى الزم وزارة الصناعة والثروة المعدنية بإعداد سجل صناعى نوعى لقيد المنشآت الصناعية والحرفية سواء التابعة للقطاع العام أو القطاع التعاونى أو القطاع الخاص أو القطاع المشترك والتى لا يقل رأسمالها عن خمسة آلاف جنية أو لا يقل عدد العاملين فيها عن عشرة عمال ويصدر بتحديدها قرار من وزير الصناعة والثروة المعدنية (القرار رقم ١٥٣ لسنة ١٩٧٨) .

ووفقا للمادة (٨) من اللائحة التنفيذية لقانون السجل الصناعى يكون طلب القيد شاملا البيانات الرئيسية باسم المنشأة وسمتها التجارية وعنوانها وعنوان مركز إدارتها واسم صاحب المنشأة أو مديرها المسئول عن إدارتها وكيانها القانونى ورأس مالها والعمالة والأجور والإعلانات والمنتجات والخدمات والرسوم التى تقدمها المنشأة والخامات اللازمة لها والقوى المحركة وعدد أيام العمل السنوية وعدد دوريات كل يوم عمل . (=)

على ذلك يلزم مالك المحل التجارى الذى يقوم باستغلاله لحسابه الشخصى بالقيد بالسجل التجارى حيث يعد تاجرا يزاول الأعمال التجارية على سبيل الاحتراف . وإذا ما رغب فى التنازل عن استغلال متجره إلى الغير سواء بتقرير حق انتفاع عليه أو بتأجير استغلاله ، التزم بالتأشير بما يفيد تغير صفته كمالك مؤجر غير قائم باحتراف الأعمال التجارية وتوقف نشاطه التجارى لحسابه الشخصى طوال فترة عقد الإدارة الحرة . ذلك أن قانون السجل المشار إليه يلزم التاجر (أو مدير الفرع أو الوكالة) أن يطلب التأشير فى السجل بأى تغير أو تعديل يطرأ على البيانات الواجب قيدها وفقا لقانون السجل . كذلك الأمر عند توقف التجارة أو زوالها لأى سبب كان (المادة ٦ ، ١٠ م ، قانون السجل رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦) .

وقد حدد المشرع مهلة لهذا القيد هى شهر تبدأ من تاريخ الواقعة التى تستلزم التغير أو التعديل أو انتهاء التجارة أو زاولها .

وإذا لم يكن مالك المتجر تاجرا ، كمن يتلقى المتجر بطريق الإرث أو الوصية أو الهبة ، ورغب فى تأجير استغلاله ، فإنه رغم عدم التزامه بالقيد بالسجل التجارى بوصفه تاجرا ، فإنه ملزم كوارث (أو موصى إليه أو موهوب له) بالتأشير بما يفيد وقف النشاط التجارى لمن تلقى عنه المتجر وانتقال ملكيته إليه (المادة ١٠) . كما يلزم ، فى هذا القيد ، بتحديد مركزه القانونى ، بعد تأجير استغلال المتجر ، بوصفه مالكا غير مستغل ، وقيد كافة البيانات التى تثبت عقد تأجير استغلال المتجر ، وشخص المستأجر حتى تتحدد مسئوليته فى مواجهة الغير على ضوء ذلك.

(=) ووفقا للمادة (١٠) من ذات القانون يجب القيد بالتعديل للبيانات التى تحدث تأثيرا جوهريا فى الطاقة الإنتاجية للمنشأة أو تغيير من الوضع القانونى لها كتغير اسم المنشأة أو صاحبها أو مديرها المسئول وزيادة رأسمالها بغرض زيادة الإنتاج وعلى العموم أية تغيرات أخرى تؤثر على الإنتاج . (راجع المادة (٣) من القانون رقم ١٠ من اللائحة) .

ب- بالنسبة لمستأجر الاستغلال :

٣١٤- وبالنسبة لمستأجر استغلال المتجر (المدير الحر) فإنه يلزم بالقيد بالسجل التجارى على أساس اكتسابه صفة التاجر نتيجة مزاولته الأعمال التجارية لحسابه الشخصى وعلى سبيل الاحتراف ، وعليه أن يتقدم بطلب القيد خلال شهر من تاريخ عقد استئجار المحل التجارى (المادة ١/٢ من قانون السجل التجارى) .

ويجب أن يتضمن القيد ، كافة البيانات التى توضح مركزه القانونى بالنسبة لمالك المتجر واستمرار احتفاظ هذا الأخير بملكية المتجر دون الحق فى الاستغلال . وفى نهاية عقد تأجير الاستغلال وجب عليه التأشير بما يفيد محو القيد بالنسبة إليه ، وعودة استغلال المتجر إلى المالك أو المؤجر . وفى حالة وفاة مستأجر الاستغلال وانتهاء العقد نتيجة لذلك (حيث أنه من العقود المؤسسة على الاعتبار الشخصى كما سبق القول) فعلى الورثة أن يطلبوا التأشير بما يفيد محو القيد . ويجب تقديم طلب محو القيد لمكتب السجل التجارى المختص خلال شهر من تاريخ الواقعة التى تستوجب محو القيد .

وإذا تضمن عقد إيجار المتجر علامة تجارية أو براءة اختراع أو تصميم أو نموذج صناعى كان على المدير المستأجر اتخاذ إجراءات القيد والتأشير بالسجلات المنصوص عليها بقانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ وذلك حتى تسرى التصرف بالتنازل عن الاستغلال فى مواجهة الغير[١].

---

(١) تنص المادة (٢١) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ المشار إليه بضرورة التأشير بالتصرف فى سجل البراءات للاحتجاج بالتصرف فى مواجهة الغير . (=)

وحرص قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على تأكيد احترام القوانين المعنية بعناصر المتجر باتباع ما تتطلبه هذه القوانين من إجراءات قانونية لسريان التصرفات عليها فى مواجهة الغير فنص فى المادة (٢/٤٣) على أنه « كما تسرى فى شأن الأسماء التجارية والسمات التجارية والعلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية وبراءات الاختراع وغير ذلك من عناصر الملكية الصناعية أو الملكية الأدبية القوانين والقرارات الخاصة بذلك» .

الشهر فى جريدة الأسماء التجارية :

٣١٥- وفقا للمادة (١٨) من قانون السجل التجارى رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ على وزارة التجارة أن تصدر صحيفة خاصة تسمى جريدة الأسماء التجارية تنشر فيها البيانات التى تحددها اللائحة التنفيذية[١]. ووفقا لهذه اللائحة تصدر مصلحة التسجيل التجارى فى الأسبوع الأول من كل شهر الصحفية المشار إليها وتشتمل على الأخص على الأبواب الخاصة بالتجار الأفراد وشركات الأشخاص وشركات الأموال والجمعيات التعاونية والأشخاص الاعتبارية العامة التى تباشر نشاطا تجاريا والمشروعات

(=) كما تقضى (المادة ٨٩) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية سالف الذكر بأنه لا يكون نقل ملكية العلامة أو تقرير حق الانتفاع أو رهنها حجة على الغير إلا بعد التأشير بذلك فى السجل ونشره بالكيفية التى تحددها اللائحة التنفيذية للقانون .
فى هذا الخصوص « مؤلفنا القانون التجارى » طبعة ١٩٧٦ ص٢١٤ رقم ٢٨٥ .
مؤلفنا « الملكية الصناعية » طبعة ٢٠٠٩ سالف الذكر .

(١) صدرت اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ فى شأن السجل التجارى بقرار وزير التجارة رقم ٩٤٦ ونشر بالوقائع المصرية العدد ١٧٩ فى ١٩٧٦/٨/٣ .

المنشأة تنفيذا لقوانين الاستثمار والمنشآت الأجنبية التى يوجد مركزها العام بالخارج وشركات الأشخاص إذا كان الأجنبى شريكا فيها وأخيرا الباب الخاص بالبيانات الإحصائية (المادة ١٣ من اللائحة المشار إليها) .

ووفقا للائحة التنفيذية المشار إليها (المادة ١٤) تشهر بالجريدة المذكورة البيانات التى يتم قيدها بالسجل وهى مكتب السجل الذى تم فيه القيد وتاريخ القيد ورقمه والاسم التجارى للتاجر أو الشركة أو اسم الجمعية التعاونية وقيمة راس المال ومع بيان حصة الشركاء الأجانب الموصين ، وموقع المحل الرئيسى للتاجر أو المركز الرئيسى للشخص الاعتبارى وموقع الفرع أو المكتب على حسب الأحوال ، كذلك نوع النشاط ورقمه .

وإذا تعلق الأمر بتعديل القيد أو تجديده ، أو التأشير به أو محوه فيشتمل الشهر بجريدة الأسماء التجارية على البيانات الخاصة بمكتب السجل التجارى الذى حصل فيه التعديل أو التجديد أو التأشير أو المحو ، والاسم التجارى للتاجر أو الشركة أو اسم الجمعية التعاونية السابق ورقم القيد الأصلى بالسجل وعدد الجريدة التى أشهر فيها هذا القيد ورقم الصحفية . كما يشهر بالجريدة مضمون البيان المطلوب شهره من حيث موضوع التعديل وتاريخ حصوله وتاريخ انقضاء السنوات الخمس وتاريخ التجديد المطلوب شهره وسبب المحو وتاريخ حصوله ومنطوق الحكم أو الأمر أو القرار وتاريخه والمحكمة الصادر منها وتاريخ التأشير به فى السجل .

وبناء على ذلك يشهر بجريدة الأسماء التجارية أهم البيانات التى تتعلق بمالك المتجر ومستأجر استغلاله كرقم القيد والاسم التجارى كذلك ما يطرأ على أى من هذه البيانات من تعديل أو إضافة أو محو .

الجزاء على مخالفة أحكام السجل التجارى :

أ- الجزاء الجنائى :

٢١٦- وضع المشرع المصرى جزاءً جنائيا لمخالفة أحكام قانون السجل التجارى هو الغرامة التى لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز مائة جنيه . وفى حالة العود تضاعف الغرامة فى حديها الأدنى والأقصى . كما تقضى المادة (١٨) من ذات القانون بأنه « مع عدم الإخلال بتطبيق عقوبة اشد ينص عليها قانون آخر يعاقب بالحبس لمدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنية أو إحدى هاتين العقوبتين كل من قدم عمدا بيانات غير صحيحة سواء كانت من البيانات الخاصة بالقيد أو بتأشير فى السجل أو بالتجديد أو المحو. وتأمر المحكمة بتصحيح هذه البيانات وفقا للأوضاع وفى المواعيد التى تحددها ويقوم مكتب السجل التجارى المختص بالإجراءات اللازمة للتصحيح . ويعاقب بالعقوبة ذاتها كل من ذكر على المكاتبات والمطبوعات المتعلقة بأعماله التجارية ما يفيد القيد بالسجل مع عدم حصوله ، أو ذكر عليها رقم قيد ليس له وكذلك كل من يثبت على واجهة محله اسما تجاريا أو رقم قيد ليس له كما يعاقب بذات العقوبة كل من يقوم بتنفيذ أحكام قانون السجل إذا أفشى سرا اتصل به بحكم عمله».

ويتضح من ذلك أن المشرع وضع عقابا اشد فى حالة تعمد التضليل عن حالة الامتناع عن التعديل البيانات . كما أن تصحيح المحكمة للبيان الكاذب مقصود به عدم الاستمرار فى البيان الخاطئ حتى ولو كان طالب القيد غير متعمد أو صدر حكم بالبراءة لصالحه بل أن فى هذا التصحيح نوع من الرقابة القضائية اللاحقة على صحة قيود السجل التجارى[1].

---

(١) د. مصطفى طه ، الوجيز طبعة ١٩٧١ جـ١ ص١٢٩ . هامش رقم (١) .

ب- الجزاء المدنى :

٣١٧- يثور التساؤل عن الجزاء المدنى الذى يترتب على عدم اتخاذ كل من مؤجر المتجر أو مستأجر الاستغلال إجراءات القيد بالسجل التجارى أو عدم تعديل البيانات المقيدة على النحو السابق .

الواقع أن قانون السجل التجارى المصرى لم يأخذ بمبدأ الحجية لما يقيد بالسجل من بيانات ، كما لم يرتب هذا القانون أثرا قانونيا على واقعة القيد فالسجل ليس إلا وسيلة استعلامية وإحصائية[١]. ومقتضى ذلك انه لا يترتب على القيد استطاعة التاجر الاحتجاج فى مواجهة الغير بالبيانات المدونة بصفة مطلقة ، كما لا يترتب على عدم القيد عدم أحقية التاجر الاحتجاج على الغير بالبيانات التى لم تقيد بالسجل . ولا يترتب أيضا على القيد بالسجل اكتساب صفة التاجر إذا لم تتوافر فى الشخص الشروط القانونية لذلك وكل ما يترتب على القيد بالسجل هو قرينة اكتساب هذه الصفة تطبيقا للمادة (١٧) من قانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ . كما أن عدم القيد بالسجل لا ينفى عن الشخص صفة التاجر إذا توافرت شروط هذه الصفة[٢].

على أن ذلك لا يمنع أن تقوم قرينة بسيطة على أن البيانات المدونة

---

(١) مؤلفنا السابق الإشارة إليه ص٢٠٦ وما بعدها .

(٢) وقد حكمت محكمة استئناف القاهرة بأن القيد فى السجل التجارى ليس دليلا فى ذاته على ملكية المحل التجارى ، كما ليس هناك ما يمنع من أن يباشر القاصر عمله بغير قيد فى السجل التجارى غاية الأمر أن يتحمل المخالف المساءلة وفقا لقانون السجل .

استئناف القاهرة – الدائرة التجارية التاسعة . جلسة ١٩٥٧/٦/١٧ رقم ٨٦ ص٥٤ مجموعة عبد المعين لطفى جمعة ص١٠٥ .

بالسجل التجارى هى التى تحدد مركز من قام بها ويمكن بالتالى أن تتحرك مسئوليته فى مواجهة الغير إذا ترتب على ذلك ضرر[١].

وتطبيقا لذلك إذا لم يقم مؤجر المتجر بتغيير صفته بالسجل التجارى وما يفيد وقف مزاولته الأعمال التجارية المتعلقة بمتجره خلال فترة تأجيره، وينشأ عن ذلك اعتقاد الغير ، حسن النية ، باستمرار استغلاله للمتجر لحسابه الشخصى ، انعقدت مسئوليته عن الديون التى تنشأ نتيجة استغلال المتجر حتى بعد تأجير استغلاله للغير[٢].وكذلك الأمر إذا كان القيد بالسجل غامضا مما أوقع الغير فى اللبس والاعتقاد بان المدير الحر مجرد تابع أو مدير مأجور يعمل لحساب المؤجر ، فإهمال مؤجر المتجر أو مستأجر الاستغلال ، بقيد ما يفيد حقيقة صفة كل منهما وطبيعة مركز المدير الحر كمستأجر للاستغلال مستقل ، يرتب مسئولية كل منهما عما

---

(١) وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بأنه بالرغم من عدم توافر صفقة التاجر لمجرد قيام الشخص بالإعلان أنه تاجر وأطلق على ذاته هذه الصفة ، إلا أنه يمكن – فى هذه الحالة – قيام قرينة بسيطة على اعتباره تاجرا يمكن إثبات عكسها .
نقض فرنسى (مدنى دائرة ٣١) جلسة ٣١ يناير ١٩٦٦ – دالوز ١٩٦٦ – البلتان المدنى – ٤ – ١٧٤ .

(٢) وجرى قضاء محكمة النقض الفرنسية – قبل صدور التشريعات لعقد تأجير استغلال المتجر – على حماية دائنى المؤجر عند تأجير الاستغلال بتقرير مسئولية المؤجر الذى لم يتخذ وسائل العلانية الكافية لإعلام الغير بحقيقة مركز المستأجر : نقض مدنى جلسة ٢٦ يناير و٧ نوفمبر ١٩٤٤ ، دالوز ١٩٥٤ ، مع تعليق ريبير. أيضا مقال R. Houin بالمجلة الفصلية ١٩٥٤ ص٣٨ . مقال بذات المجلة ١٩٤٨ ص٢٧٢ . وبخصوص شرح وسائل العلانية التى يقضى بها العرف واحترام القضاء الفرنسى مبدأ تقرير مسئولية المؤجر عند القيام بها .
راجع : Zarka رسالة الدكتوراه لجامعة اكس ١٩٤٢ السابق الإشارة إليها ص١٨٨ وما بعدها .

ينشأ عن ذلك من أضرار للغير . على أنه يجوز لمؤجر المتجر إثبات علم الغير بحقيقة مركز المدير الحر بكافة طرق الإثبات كما إذا أعلن عن تأجير استغلال المتجر فى الصحف أو الإذاعة أو غيرها من وسائل الإعلان المتبعة عرفا بين التجار ، أو قام بإرسال خطابات إلى القائمين بالتوريد للمتجر وعملائه بما يفيد تغير إدارة استغلال المتجر . كذلك الأمر إذا قام مستأجر استغلال المحل التجارى بالإعلان عن توليه استغلال المتجر وتحمله الإدارة بالصحف أو غير ذلك من وسائل الإعلان . وللقاضى مطلق الحرية فى تقدير مدى ما ينشأ من خلط أو لبس فى نفوس المتعاملين مع المحل التجارى نتيجة عدم القيد بالسجل التجارى ، كذلك له مطلق الحرية فى تقدير أثر ما يتخذه كل من المؤجر ومستأجر استغلال المتجر من وسائل الإعلان فى إزالة هذا اللبس أو الخلط سواء عند إبرام العقد أو عن انتهائه.

تقدير نظام الشهر لعقد تأجير استغلال المتجر :

٣١٨- أحسن المشرع بالنص صراحة بالمادة (٢/٣٧) تجارى على إلتزام كل من المؤجر والمستأجر بقيد عقد تأجير استغلال المتجر بسجل خاص يحفظ بمكتب السجل التجارى ، على غرار قيد تصرفات بيع ورهن المحال التجارية طبقا لقانون ١١ لسنة ١٩٤٠ . ويحدد القرار الوزارى الذى يصدر تنفيذا لذلك كافة البيانات المتعلقة بهذا العقد والسابق الإشارة إليها . كما يحدد القرار ميعادا لإجراء هذا القيد حتى يعد قرينة على الاحتجاج به فى مواجهة الغير لتسهيل إثبات علم الغير بهذا التصرف حماية لمصالح المتعاملين مع المحل التجارى .

كما أن التزام طرفى عقد تأجير استغلال المتجر بالقيد بالسجل التجارى ، إنما يمثل الالتزام المنصوص عليه وفقا لقانون السجل رقم ٣٤

لسنة ١٩٧٦ . بالإضافة إلى أن البيانات التى اشترطت المادة (٣٧) تجارى شهرها على وجه التحديد تفيد فى الإثبات وعلم الغير بما يتعلق بعقد استغلال المتجر مثل أسماء أطراف العقد ومدته وعنوانه والأجرة المستحقة وكيفية الوفاء بها . كذلك الشأن بالنسبة للمعاملات والعقود التى أبرمها كل من الطرفين فى شأن الاستغلال التجارى للمحل ومن المسئول عنها حتى تكون هذه البيانات حجة على أصحابها .

ونرى بالإضافة إلى ما اتخذه تشريع التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والسجل التجارى ، من ضرورة ترتيب أثر قانونى على القيد أو عدمه تقرير مسئولية المؤجر مسئولية مطلقة وتضامنية مع مستأجر الاستغلال عن الديون المتعلقة باستغلال المتجر ، عند إهمال القيد أسوة بتقرير امتياز بائع المحل التجارى وحقه فى رفع دعوى الفسخ لعدم الوفاء بالثمن وذلك حماية للغير وأسوة بحق الدائن المرتهن . ومن الأفضل وضع ميعاد يلتزم خلاله كل من مؤجر المتجر ومستأجره القيام بالقيد خلاله[١].

كما نرى إيمانا بالدور الذى تقوم به الصحافة كوسيلة إعلامية للتصرفات القانونية التى تتعلق بالتجارة والتجار وجب إلزام مؤجر المتجر

---

(١) وفقا لقانون بيع ورهن المحال التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ لا يكون لإمتياز بائع المحل التجارى أولوية على القيود الأخرى التى تجرى على ذات المحل إلا إذا تم قيد هذا الامتياز بالدفتر الخاص بمكتب السجل التجارى فى خلال الخمسة عشر يوما التالية للبيع (المادة ٢ من القانون المشار إليه) . كذلك الأمر لإحتفاظ بائع المحل التجارى بحقه فى رفع دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن فى مواجهة الغير وجب عليه التأشير صراحة بهذا الحق عند القيد بالسجل الخاص بذلك فى مكتب السجل التجارى (المادة ٥ من ذات القانون) .

راجع مؤلفنا « القانون التجارى » طبعة ١٩٨١ – الباب الخاص بالملكية التجارية رقم ٢٩٨ وما بعدها .

ومستأجره باتخاذ الإجراءات اللازمة لنشر ما بفيد تأجير استغلال المتجر فى الصحف خاصة المخصصة منها للإعلانات القانونية كما يجب ترتيب ذات الأثر القانونى السابق ذكره فى حالة تخلف القيام بهذا النشر .

ثانيا : الشهر وفقا للتشريع الفرنسى :

٣١٩- لم ينظم عقد تأجير استغلال المتجر تشريعيا فى فرنسا إلا بمرسوم ٢٢ سبتمبر ١٩٥٣ الذى حل محله قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ كما سبق القول . واهتم هذا القانون اهتماما خاصا بشهر عقد الإدارة الحرة كما رتب آثارا حماية للغير .

ونشير فى هذا الخصوص إلى أنه قبل صدور التشريعات سالفة الذكر كان العمل يجرى على إعلان وشهر عقد الإدارة الحرة عن طريق الصحف المخصصة للإعلانات القانونية بواسطة كل من المؤجر ومستأجر الاستغلال ، كما هو الحال بالنسبة لإعلان بيع ورهن المتجر قبل صدور قانون ١٧ مارس ١٩٠٩ الخاص ببيع ورهن المحال التجارية ، بالإضافة إلى قيد مستأجر المحل التجارى بوصفه تاجرا . وكان القضاء الفرنسى يحترم هذا العرف كما يعترف بتوافر العلانية بأى إجراء يعلم الغير بوجود إدارة حرة للمتجر وتغير مستغله الأول وإلا ترتبت مسئولية المؤجر ، فإذا اعتقد الغير بحق أنه يتعامل مع تابع أو وكيل لمالك المتجر فإنه يجوز له الرجوع على المؤجر .[١]

---

(١) نقض جلسة ١٩٣٨/١٢/٦ وجلسة ٢٢ نوفمبر ١٩٣٩ – دالوز الدورية ١٩٤٠ – ١ – ٥ مع تعليق ريبير .
أيضا نقض جلسة ٢٦ يونيه و ٧ نوفمبر ١٩٤٤ – دالوز ١٩٤٥ – ١٤١ مع تعليق ريبير .
أيضا محكمة باريس جلسة ١٩٥٣/١٢/١٥ الـ J.C.P. ١٩٥٤ – ١١ – ٨١٥٨ مع تعليق سافاتييه .

وفى ظل تشريع ٢٢ سبتمبر ١٩٥٣ ، اكتفى المشرع ، بخصوص شهر عقد الإدارة الحرة ، بالقيد بالسجل التجارى كوسيلة لإعلان الغير بهذا العقد مع إلزام المستأجر بذكر حقيقة مركزه القانونى كمستأجر للاستغلال على جميع أوراقه وفواتيره[١]. وبصدور قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ الذى ألغى مرسوم ١٩٥٣ المشار إليه حاول المشرع الفرنسى وضع نظام للشهر والعلانية اكثر فاعلية ، كما رتب عليه آثاراً قانونية هامة ، ويتلخص هذا النظام فى الأحكام التى سنتناولها .

القيد بالسجل التجارى :

٣٢٠- اشترط المشرع الفرنسى على مستأجر الاستغلال القيد بالسجل التجارى خلال مدة شهرين ، تحسب من يوم إبرام عقد تأجير

---

(١) نقض جلسة ١٩٣٨/١٢/٦ وجلسة ٢٢ نوفمبر ١٩٣٩ – دالوز الدورية ١٩٤٠ – ١ – ٥ مع تعليق ريبير .

أيضا نقض جلسة ٢٦ يونيه و ٧ نوفمبر ١٩٤٤– دالوز ١٩٤٥– ١٤١ مع تعليق ريبير.

أيضا محكمة باريس جلسة ١٩٥٣/١٢/١٥ الـ J.C.P. ١٩٥٤ – ١١ – ٨١٥٨ مع تعليق سافانييه .

انظر تعليق جوفريه على هذا الحكم الأخير بالمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٥٤ . وإذا كان مؤجر المتجر مقيدا بالسجل التجارى – قبل تأجيره المتجر – وجب عليه إزالة القيد وإلا كان مسئولا عن ديون مستأجر الاستغلال . وهذا ما يظهر ضمنا من المادة (٥) من قانون ٩ أبريل سنة ١٩٤٩ ، والمادة (٢/٦٢) من قانون التجارة الفرنسى المعدلة بقانون ١٩ أغسطس ١٩٥٣ الخاص بالسجل التجارى .

فى هذا الخصوص مقال A. Cohen بعنوان :

"La publicité des mutation de fonds de commerce d'apres les lois du 11 mars et 9 avr. 1949 " .

بالمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٤٩ ص٢٧٢ رقم ٢٥ .

الاستغلال فيجب على المدير الحر القيد بالسجل التجارى بوصفه تاجرا ، وعليه ذكر اسم مالك المتجر[١]. وكان يشترط المشرع الفرنسى على مؤجر المتجر القيد بالسجل التجارى بما يفيد تغيير صفته واحتفاظه بملكية المتجر دون حق الاستغلال ، وإذا لم يكن تاجرا عليه قيد ما يفيد تأجير المتجر[٢]. ولكن ألغى هذا الإلتزام بقانون ١٤ مارس ١٩٨٦[٣].

ويضاف إلى القيد المشار إليه ، ما يشترطه قانون السجل التجارى من نشر البيانات المقيدة فى البلتان الرسمى للإعلانات التجارية[٤]. B.O.D.A.C ويقع هذا الالتزام على عاتق كل من المؤجر والمدير الحر[٥].

ولا يترتب على إهمال هذا القيد بطلان العقد ذلك أن هذه وسيلة من وسائل الشهر مقصود بها مصلحة الغير[٦].

---

(١) المادة (١٥/٩) من قانون ٢٣ مارس الخاص بالسجل التجارى .

(٢) المادة (٣/٢) من قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ الخاص بتنظيم عقد الإدارة والمواد ٩ ، ٢٨ من قانون ٢٣ مارس الخاص بالسجل التجارى .

(٣) ريبير رقم ٥٦٥ .

(4) Bulletin officiel des annonces commerciales .

(٥) المادة (١٩) من قانون ٢٣ مارس ١٩٦٧ السابق الإشارة إليه – والمادة الخامسة من البلتان الرسمى للإعلانات التجارية والمادة (٨ب) فقرة سابعة مرسوم ٣٠ مايو ١٩٨٤ . ريبير رقم ٥٦٥ .

(٦) Trib. Gr. Inst. Seine 25 fevr. 1966.

مع تعليق جوفريه على هذا الحكم بالمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦٧ ص١٢٩٩ راجع Derrida السابق رقم ١٨١ ص١٤ .

هذا بالإضافة إلى تعرض المخالف للجزاء المنصوص عليه لقانون السجل وهو الغرامة. وفى حالة العود تصبح العقوبة الغرامة والحبس من عشرة أيام إلى (=)

٢- الإعلان بطريق الصحف :

٣٢١- اشترط المشرع الفرنسى إعلان عقد تأجير الاستغلال بالنشر بالصحف ، ويتم ذلك بنشر ملخص العقد فى جريدة مخصصة للإعلانات القانونية. ويجب الإعلان بذات الإجراء عند انتهاء العقد (المادة ٢ من قانون ١٤ مارس ١٩٨٦) . ويجب أن يتم هذا النشر خلال (١٥) خمسة عشر يوما من تاريخ إبرام العقد[١]. ولم يوضح المشرع الفرنسى مضمون هذا الإعلان . على أنه يجب نشر كل ما يهم الغير من معلومات وبصفة خاصة مدة العقد وتجديده ضمنا إلى غير ذلك من البيانات الهامة[٢] . ويرى جانب من الفقه الفرنسى ضرورة تجديد الإعلان بواسطة الصحف على هذا النحو فى كل حالة يتم فيها تجديد عقد تأجير استغلال المتجر ولو كان التجديد ضمنيا[٣].

(=) ستة أشهر أو إحدى هاتين العقوبتين مع حرمانه من التجارة . وللمحكمة أيضا أن تحرم المخالف – لمدة أقصاها خمس سنوات من حق الانتخاب أو الترشيح للمحاكم التجارية أو الغرف التجارية.

راجع رودبير . دالوز الطبعة السادسة رقم ١١٧ ص١٠٩ ورقم ١١٨ ص١١٠ ، هذا بالإضافة للجزاء المشدد المنصوص عليه بقانون ١١ يوليو سنة ١٩٧٢ لمن يعمل فى تجارة مستترة وخفية دون قيده بالسجل التجارى وهو الغرامة والحبس من عشرة أيام إلى شهر وفى حالة العود خلال ثلاث سنوات تزاد الغرامة والحبس من شهرين إلى سنتين (مرسوم ٢٥يناير سنة ١٩٧٣) ميشيل جـ١ طبعة ١٩٧٥ رقم ١٣٩ ص٣١٥ . وطبعة ١٩٧٩ رقم ١٣٩ . ص٤١٩ .

(١) (المادة ٢/٢ من قانون ١٩٥٦) والمادة (٢) من المرسوم الصادر فى ١٤ مارس ١٩٨٦ . هامل جـ١ رقم ٤٥١ وجـ٢ ص٢٠٢ . ريبير وربلو رقم ٥٦٥ .

(٢) راجع مقال A. Cohen بعنوان :

" Le nouveau statut de la gerance libre du 20 mars 1956 "

(٣) هامل رقم ١١١٢ ص٢٠١ ، ٢٠٢ وهو يرى فى هذا الخصوص أن التجديد الضمنى هو إيجار جديد ويجب إزالة كل لبس فى نفوس الغير حول القائم (=)

٣- التزام المستأجر بإظهار صفته على أوراقه المتعلقة بتجارته والتأشير عند انقضاء العقد :

٣٢٢- كان المشرع الفرنسى يشترط ضرورة ذكر اسم وصفه مستأجر استغلال المتجر (المدير الحر) ورقم القيد بالسجل التجارى ، على جميع أوراق خطابات المدير الحر الموقعة منه والصادرة باسمه ، وإلا تعرض المخالف لجزاء الغرامة [١] . إلا ان قانون ١٤ مارس ١٩٨٦ ألغى هذا الالتزام والذى كانت تنص عليه المادة (٣/٢) من قانون ١٩٥٦ مع إبقاء ما تنص عليه المادة (٧٢) من قانون ٣٠مايو ١٩٨٤ فى شأن القيد بالسجل التجارى بتحديد صفته على أوراقه المتعلقة بتجارته ، بالإضافة إلى القيد بالسجل التجارى بإيضاح تاريخ بداية العقد وانتهائه واسم المستأجر ولقبه ومحل إقامته (المادة ٨/ب/٧) . وعند انقضاء عقد الإدارة الحرة وجب اتباع إجراءات الشهر والعلانية السابق ذكرها .

(=) بالاستغلال وإنهاء عقد الإدارة الحرة المعلن أيضا . ميشيل السابق رقم ٢٣٤ هامش رقم (١) . راجع تطبيقا لذلك الأحكام الآتية :

محكمة اكس الفرنسية جلسة ٦ يونية ١٩٥١ ، ومحكمة نيس التجارية جلسة أكتوبر ١٩٦٠ بالـ J.C.P. ١٩٦١ - ١١ - ١٢٣١٦.

مع تعليق بالنقد على هذا بواسطة A. Cohen .

انظر تعليق جوفريه المؤيد للحكم بالمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦١ ص٥٧.

وعكس ذلك حكم بأنه فى حالة التجديد الضمنى لا حاجة إلى إعلان جديد .

نقض جلسة ٧ يوليو ١٩٦٦ - ٥٥٥ - والـ J.C.P. ١٩٦٦ - ١١ - ١٤٨٤٢

مع تعليق جوفريه على هذا الحكم بالمجلة الفصلية ١٩٦٦ ص٩٠٨ .

كما حكم بأن الإعلان واجب فى حالة التجديد الضمنى إذا كان التجديد بناء على نص قانونى فقط وليس بناء على مجرد شرط فى العقد (ذلك أن العقد يشهر ويعلم الغير بالتجديد الضمنى عند الاطلاع عليه) .

محكمة باريس جلسة ٢٨ يونيه ١٩٦٦ - الجازيت ١٩٦٦ - ٢ - ٢١٧ .

(١) R. Houin المجلة الفصلية ١٩٥٦ السابق إليه ٢٠٥ ، ريبير رقم ٥٦٥ .

مسئولية المؤجر عن ديون المتجر خلال الستة أشهر التالية لعقد الإدارة الحرة تبدأ من تاريخ النشر والإعلان :

٣٢٣- يرتب المشرع الفرنسى بنص خاص مسئولية مؤجر المتجر عن ديون مستأجر الاستغلال المتعلقة بالاستغلال التجارى خلال الستة أشهر التالية لإبرام عقد الإدارة الحرة ، على أن هذه المدة تبدأ من يوم نشر وإعلان هذا العقد (المادة ٨ من قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦)[١]، ويترتب على ذلك أن الإعلان المتأخر ، أى الذى يتم بعد خمسة عشر يوما من تاريخ إبرام العقد لا يترتب عليه بطلان العقد ، بل تأجيل سريان مدة الستة أشهر التى يظل خلالها المؤجر مسئولا عن ديون المتجر اللاحقة لإبرام العقد .

ويلاحظ أنه يشترط لمسئولية المؤجر على هذا النحو أن تتعلق الديون باستغلال المتجر كما سنرى .

---

(١) نقض تجارى جلسة ٦ يونيه ١٩٧٢ – قضيتان – دالوز ١٩٧٢ . أيضا نقض تجارى ٢٥ يونيه ١٩٧٤ – دالوز ١٩٧٤ ص٢١٧ . ونقض تجارى جلسة ٧ يناير ١٩٩٢ – المجلة الفصلية ١٩٩٢ – ٣٥٥ مع تعليق Derruppe .
وتلجأ محكمة النقض إلى التضييق من المسئولية التضامنية للمؤجر وجعلها بالنسبة للعقود الضرورية فقط لاستغلال المتجر . جلسة ١٥ يونيه ١٩٩٣ – المجلة الفصلية ١٩٩٤ . بل أن المؤجر يسأل عن ديون المتجر بالتضامن حتى عن العقود التى يستمر تنفيذها إلى ما بعد الستة أشهر طالما أبرم العقد خلال الستة أشهر : نقض تجارى جلسة ٢٢ يناير ١٩٩١ – المجلة الفصلية ١٩٩١ – ١٨١ .
بل أن مسئولية المؤجر النظامية تسرى ولو كان الدائن مع المستأجر يعلم بعقد تأجير الاستغلال : نقض تجارى جلسة ٧ فبراير ١٩٩٢ منشور الـ J.C.P. ١٩٩٢ – ١١١ .
أما بعد اتخاذ إجراءات العلانية فالغير يعلم بأن الديون مضمونة بواسطة المستأجر فقط نقض تجارى جلسة ٢٦ يونيه ١٩٧٣ الجازيت ١٩٧٣– ٢ الملخص – ٢١١.

سقوط آجال ديون المؤجر المتعلقة بالمتجر السابقة على عقد تأجير الاستغلال :

٣٢٤- نص المشرع الرنسى فى المادة السابعة من قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ على حق دائنى المؤجر ، الذى قام بتأجير استغلال متجره ، فى المطالبة بديونهم قبل حلول أجلها إذا كان فى عقد تأجير الإدارة الحرة ما يضعف ائتمانهم . وحدد المشرع مدة ثلاثة أشهر لاستعمالهم هذا الحق تبدأ من إعلان عقد الإدارة الحرة فى جريدة الإعلانات القانونية[١].

ويترتب على عدم اتخاذ المؤجر الإعلان فى الصحيفة المخصصة للإعلانات القضائية على النحو السابق أو تأخير هذا الإعلان، تأخير بدء فترة الثلاثة أشهر التى يحق لدائنيه استعمال حقهم فى المطالبة بديونهم .

ولنا عودة فى تقدير الآثار التى يرتبها المشرع الفرنسى على إعلان عقد الإدارة الحرة بالنسبة لدائنى المؤجر والمستأجر عند قيامنا بشرح آثار عقد تأجير الاستغلال .

سقوط آجال ديون المستأجر عند نهاية العقد :

٣٢٤ مكرر- تنص المادة (١) من قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ على السقوط الفورى للديون المستحقة على مستأجر الاستغلال عند انتهاء مدته. وهذا السقوط مقرر بقوة القانون دون حاجة إلى التجاء الدائنين إلى المحكمة . على أن يراعى عدم سقوط آجال ديون المستأجر إذا كان عقد استغلال المتجر مؤسساً على نظام التأجير التمويلى والذى يكون بمقتضاه للتاجر[٢] حق شراء المحل التجارى عند نهاية العقد .

---

(١) ريبير رقم ٥٦٥ مكرر .

(٢) ريبير رقم ٥٧٢ .

المبحث الثالث

آثار عقد تأجير استغلال المتجر

التزامات مؤجر المتجر - التزامات مستأجر الاستغلال - أثر العقد على ديون المؤجر والمستأجر المتعلقة بالاستغلال التجارى - سريان العقد فى مواجهة مشترى المتجر

الفرع الأول

التزامات مؤجر المتجر

تمهيـــــد :

٣٢٥- سبق أن أوضحنا أن مؤجر المتجر لا يكتسب صفة التـــاجر لمجرد انعقاد عقد تأجير استغلال المتجر[١]، ورغم ذلك يلزم بالقيد بالسجل

---

(١) تطبيقا لذلك حكم محكمة بوردو جلسة ١٠ مـــايو ١٩٦٦ دالـــوز ســـيرى ١٩٦٦ ص٤٢٢ ، وحكم محكمة باريس جلسة ٢٣ فبراير ١٩٦٧ - دالوز سيرى ١٩٦٧ دالوز سيرى ١٩٦٧ - ٤٣٢ الذى قرر فقد المؤجر صفة التاجر نتيجـــة تـــأجيره المتجر . كما قرر مرسوم ٢٧ ديسمبر ١٩٥٨ الفرنسى صراحة بعدم تطبيق قرينة اكتساب صفة التاجر التى تترتب على القيد بالسجل ، وقد سبق أن ذكرنا بمناســـبة بحث موضوع شهر تأجير المتجر ، ضرورة النص صراحة على هذا الحكم ســـواء بقانون السجل التجارى أو فى تشريع خاص ينظم عقد استغلال المتجـــر . والفقـــه الفرنسى كان يرى أن المؤجر لم يكن ليكتسب هذه الصفة حتى فى ظـــل مرســـوم ١٩٥٣ الخاص بقيد تأجير الإدارة الحرة والذى كان يلزم المؤجر بكافة التزامـــات التجار (المادة ٢) .

راجع رأى R. Houin والأسانيد التى تبرر هذا الحكم بمقاله بالمجلة الفصلية عام ١٩٥٤ السابق ذكره ص٤٠ ، ٤١ وتعليقة بذات المجلة ١٩٥٦ ص٤١٦ رقـــم ٩ عام ١٩٥٧ ص٥٣٤ رقم ٦ وعام ١٩٦٧ ص٧٣٥ رقم ١٦ . (=)

التجارى سواء بتغيير صفته إذا كان تاجراً وهو الوضع الغالب لإيضاح مركزه كمؤجر مالك دون الاستغلال أو بتعديل البيانات السابق تدوينها بالسجل التجارى عمن تلقى عنه المتجر وإيضاح علاقته بمستأجر الاستغلال.

وقد سبق أن تناولنا دراسة هذا الالتزام بمناسبة معالجتنا لموضوع شهر عقد تأجير الاستغلال .

ويلزم مؤجر المتجر فى مواجهة مستأجر الاستغلال بكافة الالتزامات التى تنشأ نتيجة العقد ، فهو ملزم بتسليم محل الإيجار بكافة عناصره المتفق عليها وقت العقد . كما يلزم بعدم منافسة المستأجر وأخيراً يلزم بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفيفة.

وسوف نتناول المقصود بكل التزام من هذه الالتزامات على كل حدة.

الالتزام الأول : تسليم المتجر :

٣٢٦- يخضع الالتزام بتسليم المتجر محل العقد للقواعد العامة فى القانون المدنى والتجارى كقاعدة عامة على أن طبيعة المتجر الخاصة وكونه مالاً منقولاً معنوياً متضمناً عدة عناصر متباينة ، تقتضينا إيضاح المقصود بالتسليم وما يتميز به العقد فى هذا الخصوص ، فلكى يعتبر المؤجر قد قام بتنفيذ التزامه كاملاً ، يجب عليه أن يضع هذا المال المعنوى تحت تصرف الطرف الآخر ، فلا يقتصر على تسليم المكان القائم عليه المحل التجارى ومفاتيحه وإنما عليه تسليم عناصره كل بما يتفق وطبيعته .

أولاً : تسليم عنصر الاتصال بالعملاء :

٣٢٧- يكون تسليم عنصر الاتصال بالعملاء بأن يطلع المؤجر

(=) فى هذا الرأى أيضا Zarka جامعة لكس السابق الإشارة إليها ص٤٧ . قارن جوفريه مقاله بالمجلة الفصلية ١٩٥٣ ص٨٧٥ رقم ٢ .فى هذا الخصوص ريبير رقم ٥٦٦ .

مستأجر الاستغلال على كافة البيانات والمستندات التى تمكنه من التعرف على عملائه وسهوله الاتصال بهم ، فعليه أن يظهر للمستأجر المراسلات مع زبائنه وطلباتهم ويبين له ما تعودوه من خدمة يتميز بها هذا المحل أو تسهيلات الدفع التى اشتهر بها المحل المذكور ، وطريقة الدفع للموردين وساعات فتح وغلق المحل وقائمة بأسماء العملاء والموردين . ولا مانع من اطلاع المستأجر على الدفاتر التجارية Livres de commerce دون تسليمه إياها أسوة بحالة بيع المتجر(١). ويجب فى هذا الخصوص وضع نص خاص ينظم التزام المؤجر بتسليم الدفاتر التجارية مع التزام هذا الأخير بإعادتها فى نهاية عقد الاستغلال أو فى أية لحظة يطلبها المؤجر لتقديمها كدليل للقضاء أو لمصلحة الضرائب ، ذلك أن المؤجر ملزم قانوناً بالاحتفاظ بدفاتره التجارية مدة خمس سنوات تبدأ من يوم التأشير على الدفتر بانتهائه أو غلقه تطبيقاً للمادة (١/٢٦) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

وفى هذا الخصوص يمكن للمؤجر تسليم المستأجر الدفاتر المحاسبية المتعلقة بالمتجر Les livres de comptabilité de fonds وكذلك الفواتير Les Factures التى تتعلق بصفقات لم يتم تسليمها للمتجر أو يتم تسليمها على دفعات متتالية بعد العقد .

ولا يصل الالتزام إلى حد تزكية المستأجر شخصياً لدى العملاء ما

---

(١) مؤلفنا القانون التجارى طبعة ١٩٧٦ رقم ٥٠٠ ص٣٩٦ والتجارى الكويتى رقم ٤٢٠ ص٢٨٧ ، وطبعة ١٩٨١ رقم ٢٩٠ ص٢٤٦ .

ويرى Robinault أن المؤجر ملزم بتسليم الدفاتر التجارية إلى المدير الحر طوال مدة الإجارة على خلاف الحال عند بيع المحل التجارى ، وإذا انتهت الدفاتر واستعمل المستأجر غيرها كان للمؤجر حق طلب الدفاتر الأصلية .

رسالة جامعة باريس الإشارة إليها رقم ٧٤ ص١٦٨ .

لم يتفق على ذلك صراحة بالعقد[١]. ويقصد بتزكية المستأجر ما يجرى عليه العرف مثل قيام كل من المؤجر والمستأجر الجديد بطبع نشرات للدعاية توزع على العملاء بما يفيد تأجير استغلال المحل إلى المستأجر الجديد مع تزكية المؤجر لشخصه وإظهار مزاياه .[٢]

ثانياً : تسليم باقى عناصر المتجر :

٣٢٨- إذا تضمن عقد تأجير استغلال المحل التجارى براءة الاختراع التى يتوقف عليها إنتاج السلعة موضوع الاستغلال ، يجب على المؤجر أن يترك أسرار هذا الاختراع تحت تصرف المستأجر حتى يعتبر التسليم كاملاً ومتفقاً مع طبيعة المتجر ، ولكنه ليس ملزماً بتسليمه صك البراءة المثبت لها حيث يظل هو المالك دائماً .

وعلى مؤجر المتجر أن يسلم المشترى أيضاً المهمات التى شملها عقد الإيجار وإثبات الحالة التى عليها وصلاحيتها للاستعمال . كذلك البضائع التى اتفق على شرائها سواء الموجودة بالمتجر أو المخازن أو البضائع التى اتفق على شرائها أو لم يتم تسليمها بعد[٣]. ويجرى العرف على أن تباع البضائع كلية للمستأجر بواسطة المؤجر ذلك أنها ليست مؤجرة له بل متنازل عنها مقابل تعهد برد كمية مماثلة لها فى نهاية العقد أو مقابل مبلغ متفق عليه[٤].

---

(١) قارن Robinault السابق رقم ٧٤ ص١٦٨ ، ١٦٩ .

(٢) التجارى الكويتى رقم ٥٤ ص٢٨٨ .

(٣) فى التزام المؤجر والمستأجر بالنسبة لتسليم البضائع : Jean Guyenot مؤلفه بعنوان Le fonds de commerce ١٩٦٩ رقم ١٥١ ص٧٩ .

(٤) حكم محكمة Dijon جلسة ٢٩ نوفمبر ١٩٥٥ – دالوز ١٩٥٦ – ٥١ مع تعليق جوفريه فى هذا الخصوص ريبير رقم ٥٦٧ وكوهين رقم ٩٩١ ص٥٥٩ .

وليس للمؤجر تسليم المستأجر عقد إيجاره المكان القائم عليه المتجر حيث لا ينتقل هذا الحق بتأجير استغلال المتجر إلى المستأجر على خلاف حالة بيع المتجر .

وتسليم المتجر إلى المستأجر يتم فى الميعاد المتفق عليه ، وفى حالة عدم تحديد هذا الميعاد يجب أن يتم التسليم يوم توقيع العقد[١].

الالتزام الثانى : التزام المؤجر بصيانة المتجر :

٣٢٩- يلزم المؤجر بصيانة المتجر L`entretien de fonds بحالة تسمح باستخدامه فى الاستغلال المخصص له خاصة صيانة المهمات والمكان المقام عليه المتجر. وغالباً ما يتضمن العقد وضع الالتزام بالصيانة العادية أو ما يجرى العرف فى حالات التأجير على عاتق المستأجر نظراً لأن المؤجر يضع المتجر كلية تحت تصرف المستأجر ولا يحق له مراقبته[٢].

وليس للمؤجر إلزام المستأجر بتغير شروط الاستغلال طالما لم يتفق على هذه الشروط فى عقد الاستغلال الأصلى للمؤجر . وقضت محكمة النقض الفرنسية فى هذا الخصوص بمسئولية إحدى شركات البترول المؤجرة لاستغلال إحدى محطات البنزين لما تبين أن سبب فسخ العقد من جانب المستأجر هو اشتراط الشركة المؤجرة على مستأجر الاستغلال ، قيامه بالاستغلال ليلاً ونهاراً وهو ما لم يرد فى عقد الاستغلال الأصلى للمؤجر[٣].

---

(١) كوهين : مؤلفه السابق رقم ١٠٠٦ ص٥٦٧٨ .

(٢) Brun رسالة جامعة باريس السابق الإشارة إليها ص٤١ . أيضاً حكم النقض الفرنسى (الدائرة التجارية) جلسة ١٩ يونيه ١٩٥٨ – البتان المدنى – رقم ٢٦٢.

(٣) جلسة ١١ أكتوبر ١٩٧٨ منشور بالـ J.C.P. ١٩٧٨ – ٤ – ٣٤٣ .

الالتزام الثالث : عدم منافسة المستأجر :

أولاً : التزام عدم المنافسة وفقا للقواعد العامة :

٣٣٠- يلزم مؤجر المتجر بعدم منافسة المستأجر ، وهو التزام ينشأ تلقائياً عن عقد تأجير الاستغلال[١]. فإقامة المؤجر تجارة مماثلة وسحب العملاء بعد إبرام عقد تأجير الاستغلال يعد تعرضا يلحق ضرراً كبيراً بالمستأجر ويحرمه من تحقيق الغاية المنشودة من تأجير المتجر ألا وهى استمرار تردد العملاء . ويشبه الفقه[٢]والقضاء التزام المؤجر فى هذا الخصوص بالتزام بائع المتجر بعدم منافسة المشترى ، وقد قررت محكمة كولمار الفرنسية بأنه[٣]:

" Attendu que la location d'un fonds de commerce a pour la durée du bail, les memes effets que la vente, attendu que, meme en l'absence d'une clause exprèsse portant interdiction au vendeur ou bailleur d'un fonds de commerce de ne rien fait qui trouble la Juissance passible de la chose louée ou vendu en détournent ou en diminuent l'utilité et les avantages , attendu que le bailleur d'un fonds de commerce doit donc s'abstenir de tout acte que tende soit directement soit indirectement, et encore plus une fraude concertée à la garantie de son locatair, et ne peut en vertu de cette garantie qui est d'essence meme du créer, tenir ou autoriser, soit dans la

---

(١) ويبدو رقم ٥٦٧ أيضاً Robinault رسالة جامعة باريس السابقة رقم ٨٣ ص١٩٥ .

(٢) J. Guyenot انسابق رقم ١٥٤ ص١٨١ .

(٣) كولمار جلسة ١١ مايو سنة ١٩٢٦ الجازيت ١٩٢٦ – ٢ – ٣٥٣ وبالـ J.C.P. Annexes, fonds de commerce, fase, XXIV, p. 4 .

أيضاً حكم محكمة ديجون جلسة ٥ مايو ١٩٧٥ سيرى ١٩٧٥ – ٢ – ١٤٣ وقد قرر هذا الحكم التزام المؤجر بعدم المنافسة دون الاشتراط عليه صراحة .

meme maison, soit dans des maisons contigues ou voisisnes et sourtout lui appartenent Un commerce similaire " .

ويختلف عقد تأجير استغلال المتجر فى هذا الخصوص ، عن حالة استغلال مالك المتجر بواسطة مدير مأجور ، ففى الحالة الأخيرة يحق دائماً لمالك المتجر إقامة تجارة مماثلة وقريبة من المتجر الأول . وحتى فى حالة الاتفاق على أجر المدير المأجور على أساس نسبة من الأرباح أو رقم المبيعات (حيث يؤثر فتح مالك المتجر لتجارة مماثلة على مبيعات المتجر الأول) فإن مالك المتجر لا يمتنع عليه إقامة تجارة مماثلة وان كان عليه تعويض المدير المأجور عن أثر هذه التجارة الجديدة على أجر هذا الأخير ، ويقع عبء إثبات خسائر المدير المأجور على هذا الأخير[1].

على أن الالتزام بعدم المنافسة لا يمنع مؤجر الاستغلال من إنشاء متجر مماثل يزاول فيه ذات النشاط إذا كان فى منطقة بعيدة عن منطقة ذات المحل الأول . كما يجوز له من جهة أخرى أن ينشئ محلاً تجارياً فى ذات المنطقة يزاول فيه نشاطاً مختلفاً عن نشاط الأول ، فذلك لا يؤدى إلى منافسة المستأجر ، فالمؤجر مثلاً لمحل تجارة أقمشة فى حى معين يجوز له إنشاء محل أقمشة فى حى آخر بعيداً عن الحى الأول كما يجوز أن ينشئ محل بقالة فى ذات الحى الأول .

ثانياً : شرط عدم منافسة مستأجر الاستغلال :

٣٣١- الغالب أن يتضمن عقد تأجير استغلال المتجر شرطاً يحظر على المؤجر فتح متجر مماثل للمتجر الأول ويطلق عليه :

---

(١) دالوز encyclopedie تحت عبارة Gerance de fonds de commerce ص٢٥٠ رقم ٤٩ .

Clause de non retablissement dans un commerce similaire .

ويقر القضاء هذا الشرط طالما أنه يقتصر على حرمان المؤجر من مزاولة ذات نوع التجارة خلال مدة معينة Restriction dans le temps أو فى منطقة معينة Restriction dans l`espace . ومن ثم لا يجوز أن يكون شرط منع التعرض عاماً ومطلقاً شاملاً بكل أنواع التجارة وفى كل مكان وزمان ، إذ أن ذلك يتطلب خروجاً على مبدأ حرية التجارة Principe de la liberté de commerce وحرية العمل وهما من النظام العام[١] . وتقدير ما إذا كانت التجارة مماثلة يترتب عليها منافسة المستأجر أو غير مماثلة متروكة لقاضى الموضوع ، وعلى القاضى أن يراعى فى ذلك عدة عوامل منها المسافة بين كل من المتجر المؤجر والمتجر الجديد ومدى تعلق العملاء بشخص المؤجر وصلتهم به وحتى ولو لم تكن المنتجات متماثلة تمام التماثل ، فقد يكفى أن تضم تجارة المؤجر الجديدة أنواعاً متعددة من المنتجات التى تدخل ضمنها السلع التى يتجر بها مستأجر المتجر[٢].

---

(١) وأيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه بحكمها الصادر فى ١٩٦٣/٦/٧ . وكان الأمر يتعلق ببيع المتجر (ويقاس عليه عقد تأجير استغلال المتجر لاتحاد الحكمة من الشرط وهى احتفاظ المستغل بالعملاء) فقررت : « أن ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشترى فى انتفاعه بمتجر وبالامتناع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتفاع كما تفرع عنه أن الالتزام بعدم المنافسة فى شتى صورة ومنها حظر التعامل مع العملاء لا يكون باطلاً إلا إذا تضمن تحريم الإتجار كلية على البائع لأنه يكون فى هذه الحالة مخالفاً لمبدأ حرية التجارة وحرية العمن وهما من النظام العام » .

طعن رقم ٣٨٧ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٣/٦/٧ السنة ١٣ عدد ٢ ص٧٦٤ .

ويؤيد الفقه الفرنسى هذا الاتجاه : ميشيل رقم ٢٠٧ ص٥٩٨ ريبير وروبلو رقم ٤٧ .

(٢) ويعتبر تعرضاً من جانب المؤجر ، تعاقده كشريك متضامن فى شركة تمارس ذات النشاط التجارى الذى يزاوله مستأجر الاستغلال ، حيث يعتبر مسئولاً عن (=)

وإذا اتفق على التزام المؤجر بعدم إنشاء تجارة مماثلة دون تحديد للمدة التى يلتزم خلالها المؤجر فإنه يجب احترام هذا الشرط طوال فترة العقد[١] .

وتضمن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ نصاً قنن فيه ما استقر عليه القضاء والفقه فى خصوص مدى التزام مؤجر المحل التجارى فى عدم منافسة المستأجر ، حيث نص فى المادة (١/٤٢) على أنه « لا يجوز لمن تصرف فى المتجر بنقل ملكيته إلى الغير أو بتأجير استغلاله أن يزاول نشاطاً مماثلاً لنشاط المتجر بكيفية يترتب عليها ضرر لمن آلت إليه الملكية أو الاستغلال إلا إذا اتفق على خلاف ذلك » . وهذا النص أوضح أن التزام مؤجر المحل التجارى غير محظور عليه بصفة مطلقة فتح تجارة مماثلة حيث لا يمتنع عليه هذا إلا إذا ترتب على ذلك ضرر لمن ألت إليه الملكية فى حالة البيع أو الاستغلال فى حالة عقد تأجير المتجر . على أن ما أورده المشرع فى ذات المادة من جواز الاتفاق على خلاف ذلك فأمر لا نقرة حيث يترتب عليه إضاعة الفائدة من إبرام العقد .

كما أن ما نص عليه قانون التجارة فى المادة (٢/٤٢) من أن مدة هذا الحظر هى عشر سنوات من تاريخ العقد تمثل مدة طويلة إلى حد كبير من وجهة نظرنا ، خاصة فى أنواع التجارة المنتشرة وذات الاستخدام اليومى والمستمر كمحلات السوبر ماركت وبيع الأدوات المنزلية والملابس الجاهزة والأقمشة والتى تتعد داخل المنطقة الواحدة بطبيعتها .

(=) تعهدات الشركة ، كما أن لشخصه أثر فى جذب العملاء مما يؤثر على علاقة مستأجر الاستغلال بعملائه القدامى .

(١) حكم محكمة ليموج الفرنسية جلسة ٢٠ يناير ١٩٨٣ منشور الـ Ann Dr. com ص٩٥ انظر التعليق على هذا الاتجاه Derrida السابق رقم ٢٠١ ص١٦ .

ثالثاً : مدى امتداد التزام المؤجر بعدم المنافسة إلى خلفاء مستأجر الاستغلال :

٣٣٢- المستفيد أساساً من شرط عدم المنافسة هو مستأجر استغلال المتجر ، على أن العقد قد يتضمن شرطاً تنتقل بمقتضاه هذه القيود إلى المستأجر الجديد إذا كان مصرحاً للمستأجر بجواز تأجير استغلال المتجر من الباطن . وفى هذه الحالة يستفيد من آل إليه استغلال المتجر من كافة شروط عدم منافسة قبل المستأجر الأول . وفى حالة عدم وجود هذا الشرط نرى أن التزام المؤجر بعدم المنافسة ينتقل إلى كل من يخلف المستأجر فى استغلاله للمتجر قياساً على حالة البيع ، ذلك أن الالتزامات المتعلقة بعدم المنافسة تنتقل مع المتجر عند تأجير استغلاله أسوة بحالة بيعه باعتبارها وثيقة الصلة بعنصر الاتصال بالعملاء ومرتبطة به[١].

رابعاً : مدى امتداد التزام المؤجر بعدم المنافسة إلى إفراد أسرته أو ورثته عند وفاته :

٣٣٣- يثار التساؤل عما إذا كان التزام المؤجر بعدم منافسة مستأجر الاستغلال التزاماً شخصياً يلتزم به وحده أم يمتد إلى غيره من الأشخاص سواء أثناء حياته فيلتزم به أفراد أسرته والخاضعين له ، أو بعد وفاته فيلتزم به ورثته . ونرى فى هذا الشأن أنه وإن كان التزام المؤجر بعدم منافسة مستأجر الاستغلال بإنشاء تجارة مماثلة هو التزام شخصى يقع على عاتق مؤجر المحل التجارى وحده ، إلا أنه يمكن القول بتوافر

---

(١) مؤلفنا : التجارة الكويتى رقم ٤٢٠ وما بعدها .

وقد استقر القضاء الفرنسى على أن شروط عدم المنافسة تنتقل مع المتجر على أساس أن مثل هذه الشروط لها صبغة عينية إذ أنها ليست التزامات شخصية ، وذلك وفقاً لنص المادة ١٩٢٢ مدنى فرنسى حيث يعتبر أن المتعاقد تعاقد عن نفسه وعمن يخلفه فى الحق à ses ayant cause . وحكم لذات المحكمة جلسة جلسة ٢٩ مارس ١٩٦٣ ، دالوز ١٩٦٤ - ١ - ٧٦ .

المنافسة والتعرض فى كل حالة يبين منها للقاضى وجود تعرض من أحد الأشخاص التابعين للمؤجر أو الواقعين تحت تأثيره بقصد تحويل العملاء عن مستأجر الاستغلال والعمل على جذبهم لتجارته الجديدة . كما يعتبر تعرضاً يؤثر على تجارة مستأجر استغلال المتجر وعملائه قيام ورثة المؤجر بعد وفاته بإنشاء تجارة مماثلة تحمل ذات الاسم التجارى لمورثهم[١]قاصدين بذلك منافسة مستأجر الاستغلال ، وعلى أية حال فإن تقدير ذلك يخضع لقاضى الموضوع .

والقول بغير ذلك يؤدى فى الواقع إلى التهرب من الالتزام بعدم المنافسة بطريقة غير مباشرة ، فيكفى أن يلجأ مؤجر المتجر الذى يقع عليه التزام بعدم التعرض للتهرب من التزامه إلى فتح محل تجارى مماثل باسم زوجته أو أحد أفراد أسرته الخاضعين له رغم تحقق المنافسة للمستأجر فى هذا الخصوص .

ويميل القضاء الفرنسى إلى اعتبار هذه التعهدات شخصية لا تلزم أفراد أسرة بائع المتجر أو مؤجر استغلاله[٢].

---

(١) تطبيقاً لذلك حكم محكمة ليون جلسة ٩ أكتوبر ١٩٣٥ – سيرى ١٩٣٦ – ٢ – ٣٩ .
وحكم محكمة باريس جلسة ١٨ نوفمبر ١٩٣٦ دالوز الأسبوعية ١٩٣٧ – ٥٨ .

(٢) نقض فرنسى (تجارى) جلسة ٢١ فبراير ١٩٦٧ ، البتان ١٩٦٧ ، ٣ رقم ٨١
وحكم النقض الفرنسى (تجارى) جلسة ١٩ مارس ١٩٦٨ بالجازيت ١٩٦٨ – ٢ – ٥ .
قارن حكم النقض الفرنسى جلسة ١٨ أبريل ١٩٦٦ ، البتان ١٩٦٦ – ٣ رقم ٢١، فى هذا الخصوص ريبير رقم ٥٦٧ .
وقد قضت محكمة تولوز بفرنسا (جلسة ٢٦ يناير ١٩٦٦ بالـ J.C.P. ١٩٦٦ – ١١ – ٤١٨٣) بان زوجة المدير الذى تعهد لرب العمل بعدم منافسته بإقامه تجارة مماثلة فى دائرة نشاطه لا تلزم بهذا التعهد لأنه خاص بالمدير فقط .
وقد انتقد الفقه هذا القضاء . انظر المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦٦ رقم ٤ ص٩٣٠ .

خامساً : انتقال الالتزام بعدم المنافسة إلى مشترى المتجر :

٣٣٤- فى حالة بيع المتجر أو التنازل عنه من جانب المؤجر – خلال فترة سريان عقد تأجير الاستغلال – فإن الالتزام بعدم المنافسة ينتقل إلى المشترى أو متلقى المتجر فى مواجهة مستأجر الاستغلال . فهذه الحقوق الشخصية يكون الغرض منها درء ضرر عن الشئ ، ذلك أن الحق الذى يراد به وقاية الشئ وحفظه من الضرر يعد مكملاً لهذا الشئ ، فهو يؤدى ذات وظيفة التأمينات . ولما كان مستأجر الاستغلال قد كسب هذه الحقوق ليدرأ خطر المنافسة عن المتجر ، فمن ثم يلزم كل من آل إليه المتجر من خلفاء مؤجر الاستغلال .

ويستفاد ذلك من حكم المادة (١٤٦) مدنى التى تقضى بأنه إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مسلتزماته وكان الخلف يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه[١].

سادساً : شرط جواز تعرض المؤجر لمستأجر الاستغلال :

٣٣٥- إذا اتفق فى عقد تأجير المتجر بالجدك على حق المؤجر

---

(١) السنهورى جـ١ نظرية الالتزام الطبعة الثانية ١٩٦٤ رقم ٦٥١ ص٦٠٨ ورقم ٣٥٢ ص٦٠٩ راجع قانون التجارة الكويتى السابق رقم ٣٩٢ .

ويعتبر القضاء الفرنسى مستقراً على انتقال الحقوق والالتزامات لمن يكتسب ملكية المحل التجارى بعد ذلك ، فهو شرط له صفة عينية .

وهذه القيود يلتزم بها ليس فقط مالك المحل وقت التعاقد عليها وإنما أيضاً لمن يكتسب ملكية المحل التجارى بعد ذلك فهو شرط له صفة عينية Reel وليس التزاماً شخصياً كما سبق القول .

بمنافسة مستأجر الاستغلال فهذا الشرط يعد باطلاً ، إذ من شأنه أن يجعل عقد الإيجار لغواً . وهذا يستفاد من نص ٤٤٦ مدنى التى تقضى بأنه « إذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ من فعله ويقع باطلاً كل اتفاق بغير ذلك » ، ولكن للمؤجر اشتراط حقه فى مزاولة نشاط تجارى مماثل فى مكان آخر ، ويبقى مع ذلك ملتزماً بعدم إغراء عملاء المحل القديم واتباع وسائل لمنعهم من التعامل مع مستأجر الاستغلال .

وجاء قانون التجارة رقم١٧ لسنة ١٩٩٩ بنص خاص يلزم فيه مؤجر الاستغلال بعدم منافسة المستأجر ما لم يتفق على خلاف ذلك هو نص المادة (١/٤٢) حيث تقضى بأنه « لا يجوز لمن تصرف فى المتجر بنقل ملكيته إلى الغير أو بتأجير استغلاله أن يزاول نشاطاً مماثلاً لنشاط المتجر بكيفية يترتب ضرر لمن آلت إله الملكية أو الاستغلال إلا إذا اتفق على خلاف ذلك » .

ونرى أن العبارة الأخيرة « إلا إذا اتفق على خلاف ذلك » باطلة قانوناً حيث لا يجوز أن يزاول المؤجر ذات النشاط بذات المنطقة أى دون أدنى قيود ، حيث يعتبر تنفيذ العقد معلقاً على إرادة المؤجر فهو يسترد ما باعه وقتما يشاء لأن محل العقد هو فى جوهره بيع للعملاء وهم الذين يستردهم ثانياً المؤجر بإقامته نشاطاً مماثلاً دون قيد أو شرط طوال مدة العقد الأمر الذى يفرغ العقد من مضمونه .

وإذا أخل مؤجر المتجر بالتزامه بعدم المنافسة ، كان لمستأجر الاستغلال تطبيقاً للقواعد العامة ، المطالبة قضائياً بالتعويض العينى كطلب

إغلاق المتجر الجديد[١]، وللقاضى فى سبيل ذلك فرض غرامة تهديدية على المؤجر عن كل يوم يتأخر فيه تنفيذ الحكم حتى يلزم بغلق المتجر . كما للقاضى الحكم بنقص المقابل الذى يتعهد المستأجر الوفاء به أو التعويض ، كما يكون للمستأجر طلب فسخ العقد .

الالتزام الرابع : ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية :

٣٣٦- يضمن المؤجر لمستأجر المتجر بالجدك الاستغلال الهادئ طوال فترة عقد الإيجار . فهو يلزم بضمان التعرض والاستحقاق ، كما يضمن خلو المتجر من العيوب الخفية التى قد تؤثر على الاستغلال .

ويقصد بضمان التعرض والاستحقاق فى هذا الخصوص أن يدفع المؤجر عن مستأجر المتجر كل تعرض يأتى من جانب الغير يكون مستنداً لسبب يرجع إليه . فالمؤجر يضمن للمستأجر ملكية المتجر أو حقه فى تأجير استغلاله . ويلزم بالرد على دعوى ترفع من الغير لاستحقاق المحل التجارى كليا أو جزئيا . وإذا ثبت للغير حق على كل المتجر أو على أهم عناصره كبراءة الاختراع التى يقوم عليها الاستغلال الرئيسى ، كان للمستأجر طلب الفسخ . أما إذا كان الاستحقاق وارداً على جزء من المتجر وليست له الأهمية فى استغلاله كان له نقص المقابل المتفق عليه وإلا كان له الحق فى التعويض[٢].

ولكن لا يضمن المؤجر التعرض المادى الصادر من الغير ، ومثال

---

(١) ميشيل رقم ٢٠٧ ص٥٩٩ – ٥٦٠ ، وتطبيقاً لذلك حكم محكمة اكس جلسة ٦ أغسطس ١٨٦٣ ، سيرى ١٨٦٣ – ٢ – ٣ – ٢ وحكم محكمة بوردو جلسة ٧ نوفمبر ١٩٧٣ وكولمار جلسة ١١ مايو مشار إليهم بمؤلف ميشيل ، الموضع السابق .

(٢) حكم محكمة السين التجارية الفرنسية – جلسة ٢٩ إبريل ١٩٤٢ – الجازيت ١٩٤٣ – ٢ – ٦٩، وكان موضوع القضية يتعلق بفسخ عقد إيجار المكان (العقار) بناء على طلب مالك العقار بسبب يرجع إلى مؤجر المتجر .

التعرض المادى الاعتداء المباشر على المتجر مثل الاعتداء على اسم المتجر أو العلامة التجارية من الغير أو سحب السلطات العامة الترخيص بمزاولة التجارة[١]. على أن المؤجر يلتزم بمساعدة المستأجر أمام القضاء عند الاعتداء على العلامة التجارية أو الأسم التجارى وغير ذلك من الحقوق المعنوية إذا طلب ذلك المستأجر. كما لا يضمن صدور قرارات جديدة لا تتوافر مع نشاط المتجر القائم .

الفرع الثانى

التزامات مستأجر استغلال المتجر

تمهيد وتقسيم :

٣٣٧- يكتسب مستأجر استغلال المتجر (المدير الحر) صفة التاجر بناء على عقد تأجير الاستغلال ، ذلك أنه يزاول الأعمال التجارية باسمه ولحسابه الشخصى ، فهو يجنى الأرباح التى تنشأ عن هذا الاستغلال ، كما يتحمل الخسائر فى حالة الفشل . ونتيجة لذلك يخضع مستأجر الاستغلال لجميع الالتزامات القانونية والضريبية التى تنشأ عن هذه الصفة . فهو ملزم بالقيد بالسجل التجارى وفقاً لقانون السجل رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ ويذكر رقم القيد وصفته كمستأجر للاستغلال على جميع المستندات التجارية وخطاباته وفواتيره وأوامر طلباته المتعلقة باستغلاله التجارى . كما يلزم

---

(١) وقد حكم بأن المؤجر لا يضمن غلق جهة الإدارة للمتجر نتيجة أفعال منسوبة إلى التاجر ، ولو كان طلب الغلق تم بناء على رغبة المؤجر . نقض فرنسى مدنى ، الدائرة الثالثة ، جلسة ١٢ مارس ١٩٧٤ منشور بالـ J. C. P. ١٩٧٤ – ١١ – ١٧٧٦٧ وايضا بدالوز ١٩٧٤ مشار أليه بمؤلف ميشيل طبعة ١٩٧٥ ، ص٤٦ ، هامش رقم (٦) .

بدفع الضرائب على أرباحه التجارية والصناعية. وقد سبق وأن تناولنا دراسة التزامه بذلك فى الفرع الثانى من المبحث الثانى الخاص بشهر عقد تأجير استغلال المتجر .

كما يلتزم طبقاً للمادة (٣/٣٧) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بقيد الحد الأدنى من البيانات المحددة وهى أسماء أطراف العقد ومدته وعنوان المحل التجارى وتاريخ انتهاء العقد ومقابل الاستغلال وكيفية الوفاء به ، وذلك وفقاً للتفصيل السابق شرحه بمناسبة شهر عقد تأجير استغلال المتجر . هذا بالإضافة إلى قيد العقد بالسجل الخاص بتأجير استغلال المتجر طبقاً لحكم المادة (٢/٣٧) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

ولعل أهم الالتزامات الأخرى التى تقع على عاتق مستأجر الاستغلال فى مواجهة مالك المتجر هى التزامه باستغلال المتجر ومزاولة النشاط التجارى المتفق عليه ، ودفع الأجرة المحددة بعقد الإيجار واحترامه لشروط العقد التى تحدد – من الناحية العملية – طبيعة التزام المستأجر ومداه ، كما يلزم المستأجر بتسليم المتجر عند نهاية عقد الإيجار .

وسوف نقتصر فى هذا الفرع على دراسة التزام المستأجر بالاستغلال ودفع الأجرة واحترامه لشروط العقد مرجئين التزامه بتسليم المتجر عند دراستنا لانقضاء عقد تأجير الاستغلال .

الالتزام الأول : الالتزام بالاستغلال :

٣٣٨- يلتزم المدير الحر فى مواجهة المؤجر باستغلال محل عقد الإيجار وذلك بتشغيل المتجر ومزاولة ذات النشاط التجارى القائم عند إبرام العقد . والاستغلال فى هذا العقد يرد على منقول معنوى هو المتجر أو

المصنع ، وقيمة هذا الأخير لا تبقى إلا بالاستغلال ، فاستغلال المتجر ليس فقط حقاً للمستأجر ، بل أيضاً واجباً عليه ، ذلك أن عدم الاستغلال من شأنه القضاء على العملاء وبالتالى نقص قيمة المتجر والإضرار بالمالك[١]. ويشترط غالباً المؤجر فى سبيل التأكد من تنفيذ المستأجر التزامه بالاستغلال ، حقه فى بعض الرقابة ، ولكن لا يجب اعتبار الحق فى الرقابة هذا نوعاً من التبعية والإشراف كما سبق القول ، فالرقابة هنا ليست على الاستغلال بل على نتائجه .

والمستأجر ملزم بهذا الاستغلال فى الحدود التى تحفظ للمتجر عملائه وسمعته التجارية والنشاط المخصص له وفقاً للعادات والعرف التجارى . والمستأجر فى سبيل ذلك لا يملك تغيير النشاط التجارى أو الصناعى الذى كان يزاول بواسطة المالك المؤجر . لأن من شأن هذا تغيير العملاء ، الأمر الذى يحرص المؤجر على عدم المساس به نظراً لتخصصه فى هذا النوع من النشاط التجارى . بل أن المستأجر لا يملك تغيير نشاط المتجر ولو لم يترتب على ذلك ضرر للمؤجر[٢]. كما لا يملك نقل موقع

---

(١) فى هذا الخصوص Zarka رسالة جامعة اكس السابق الإشارة إليها ص٦٠ .
أيضاً Robinault رسالة باريس السابقة رقم ٩٢ ص٢١٤ .

(٢) نقض مدنى فرنسى ، جلسة ٢٧ إبريل ١٩٤٨ الـ J. C. P. ١٩٤٩ – ١١ – ٤٥٩٤ مع تعليق Becque كما قضت محكمة النقض المصرية – أن بيع المتجر وفقاً للمادة ٥٩٤ مدنى مؤداه أنه يجب أن يمارس المشترى ذات النشاط الذى كان يمارسه البائع : طعن رقم ٣٩١ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨٠/١/٩ و ١٩٧٢/٥/١٠ – السنة ٣٣ ص٨٣٥. موسوعة عبد المعين لطفى جمعة طبعة ١٩٨٦ رقم ٣٥٨.
أيضاً الطعنان رقما ٩١٣ ، ١١٤٤ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٨/٥/٥ وطعن رقم ١٤١٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢٢ حيث قضت المحكمة أن العناصر التى لا غنى عنها لوجود المتجر تتوقف على نوع التجارة وأنه يستلزم توافر العنصر المعنوى الخاص بالاتصال بالعملاء وأن مناط ذلك وجوب ممارسة المشترى ذات النشاط الذى كان يزاوله بائع المتجر . طعن رقم ١١٢٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٣ .

المتجر إلا إذا كان النقل بناء على عدم صلاحية المكان كسوء حالته[١]. وهناك من يتشدد فى التزام المستأجر فى هذا الخصوص ويرى أنه لا يملك حتى تغيير ساعات العمل[٢]، على أننا نرى أن فى ذلك مغالاة فى التزام المستأجر قبل المؤجر ، حيث أن ساعات العمل يملك تقديرها المستأجر من وجهة نظره ووفق عملائه التى قد تتغير . وليس فى ذلك اثر على طبيعة نشاط المتجر أو سمعته .

وعلى المدير الحر مراعاة عناية التاجر المعتاد فى هذا النشاط الاستغلالى .

وللمدير الحر فى سبيل تحقيق التزامه بالاستغلال ، أن يستغل كافة العناصر التى يتضمنها المتجر فى عقد الإدارة الحرة . فمستأجر الاستغلال له حق بيع البضائع الموجودة بالمتجر أو بالمخازن التى شملها عقد الإيجار، بل ونري أنه يلزم ببذل الجهد لبيع هذه البضائع ما لم يكن هناك سبب جوهري يمنعه من ذلك كما إذا تبين وجود عيوب بها لم يكتشفها إلا بعد التسليم ، وعليه إخطار المؤجر بذلك في وقت مناسب وعليه إعادة شراء كميات أخرى لاستمرار نشاط المتجر محل العقد. وعادة يشمل عقد تأجير الاستغلال كشفاً وقوائم محددة لأنواع وكميات البضائع الموجودة بالمتجر وقت العقد وإيضاح قيمتها لتحديد التزامات المستأجر عند نهاية عقد تأجير الاستغلال .

ويكون للمستأجر استغلال فروع التجارة والصناعة التى كان يقوم

---

(١) Robinault الرسالة السابقة رقم ٩٣ ص٢١٥ .

(٢) Derrida الرسالة السابق الإشارة إليها ص٢١٧ .

المؤجر باستغلالها فى منشآته[١].

الالتزام الثانى : الالتزام بالمحافظة على المتجر :

٣٣٩- على مستأجر الاستغلال المحافظة على المتجر وعناصره التى تسلمها من المؤجر وفقاً لطبيعة كل عنصر حتى يستطيع مباشرة استغلاله للمتجر خير استغلال . وقد حكم بأحقية مستأجر الاستغلال فى الرجوع مباشرة ضد مالك العلامة التجارية ، الذى منح المؤجر (مالك المتجر) حق احتكار استغلالها وعلم بعقد تأجير الاستغلال الذى شمل كافة عناصر المتجر ومن بينها العلامة التجارية دون اعتراض منه[٢].

الالتزام الثالث : الالتزام باستغلال النشاط الأصلى :

٣٤٠- لا يملك المدير الحر فى سبيل استغلال المتجر إنشاء فروع جديدة للتجارة أو الصناعة خلاف النشاط الأصلى ما لم يتفق على غير ذلك[٣]. إذ قد يترتب على إضافة تجارة جديدة أن تصبح التجارة الأصلية – موضوع عقد التأجير بالجدك – تابعة أو ثانوية[٤]. وفى حالة الاتفاق على

---

(١) A. Cohen مؤلفه السابق رقم ١٠١٠ ص٥٦٨ .

(٢) نقض تجارى فرنسى ، جلسة ٤ يوليو ١٩٧٣ – دالوز ١٩٧٣ – ٢٠١ . فى هذا الخصوص Derrida J. C. P. السابق رقم ٢٤١ ص١٨ .

(٣) حكم محكمة مرسليا جلسة ٢٢ يونيه ١٩٤٩ الـ J. C. P, ١٩٥٠ – ١١ – ٥٢٩٥ مع تعليق كوهين .
أيضاً بالمجلة الفصلية للقانون التجارى مع تعليق على هذا الحكم بواسطة جوفريه، المجلة ١٩٥٠ ص٢٠٨ رقم ٩ .

(٤) هذا بالإضافة إلى أن تغير نشاط المتجر قد يكون سبباً فى فسخ عقد إجارة العقار الكائن به المتجر حيث لا يعد التصرف وارداً على منقول معنوى هو المتجر والمحظور فى خصوص بيع المتجر – حتى يظل البيع وارداً على محل تجارى تغيير نشاطه كلية=

إنشاء فروع جديدة ، ينظم العقد بينه وبين المؤجر مدى حق هـذا الأخيـر فيما يدخله من فروع جديده . ويعد المستأجر مالكاً لعمـلاء هـذا النـشاط الجديد .

وأيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الاسـتئناف القاضـى بأحقية مستأجر استغلال متجر لبيع الخمور فى التعـويض مقابـل أنـواع النشاط التجارى التى أضافها المستأجر إلى النشاط الأصلى واعتبـار هـذا الأخير مالكاً لها ولعملائها وأن تركها للمؤجر يقابلـه تعـويض[1]. وكـان موضوع القضية يتلخص فى أن مالك أحد المحال لبيع الخمور قام بتأجيره لزوجين ، ونص فى عقد تأجير الاستغلال على أن إضافة أى نـشاط مـن المستأجرين يرتبط بالنشاط الأصلى يظل على ملك المـؤجر مـع اسـتثناء الأنشطة المتميزة والتى ليس لها علاقة بالنشاط الأصـلى للمتجـر كبيـع الصحف والمجلات والجلود ولوازم التدخين والحلوى ، فإنها تكـون ملكـاً للمستأجرين يحق لهم الحصول عليها عند نهاية العقد دون حقهم فى البقاء بالمكان القائم عليه المتجر أو تحديد غيرهم للبقاء فيه . واعتبرت محكمـة الاستئناف أن فروع النشاط التجارى المضافة بواسطة المستأجرين وغيـر المرتبطة بالنشاط الأصلى ملكاً خالصاً لهم وكذلك عمـلاء هـذه الأنـشطة

=دون مجرد إضافة نشاط آخر إلى النشاط الأصلى . وقضت محكمة النقض بأن « إضافة مشترى المتجر لنشاط آخر إلى النشاط الذى كان يزاولـه بائع الجدك لا ينال من تـوافر شروط بيع الجدك المنصوص عليها فى المادة (١/٥٩٤) من القانون المدنى » . طعـن رقم ١٢٠٢ سنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٢/٢٨ حكم غير منشور . وجلسة ١٩٧٧/٥/١٨ السنة ٢٨ ص١٢٣٩ وجلسة ١٩٧٩/١٢/١٢ طعن رقم ٩٨٥ لسنة ٤٥ق ، موسـوعة عبد المعين لطفى جمعة طبعة ١٩٨٦ رقم ٣٦١ .

(١) نقض مدنى ، الدائرة الثالثة ، جلسة ٢٣ مايو ١٩٦٨ منـشور بالـ J. C. P. ١٩٦٩ – ١١ – ١٥٧٨٤ مع تعليق Bacarra .

المضافة ، مما يستلزم تعويضهم من مالك المتجر عند تركهم إياهـا لعـدم إمكانهم الاستمرار فى المكان القائم عليه المتجر بعد انتهاء عقـد تـأجير الاستغلال بناء على الاتفاق الوارد بالعقد .

ويستطيع المدير الحر استغلال المتجر شخصياً أو عن طريق مـدير مأجور ما لم يتفق على غير ذلك . ويختلف المدير الحر فى هذا الخصوص عن المدير المأجور الذى لا يملك التنازل عن الإدارة لغيـره بـأجره ، لأن عقود الاستخدام من العقود المؤسسة على الاعتبار الشخصى .

ولا يحق للمدير الحر مطالبة المؤجر بأيه تكاليف أنفقها فى سـبيل استغلاله للمتجر مثل أجور عماله ومستخدميه وأثمان البضائع التـى يـتم توريدها للمتجر أو أقساط التـأمين . كمـا لا يـستطيع مطالبـة المـؤجر بالتعويضات عن الخسائر التى تحملها نتيجة استغلاله المتجر . ومن جانب آخر لا يلزم المدير الحر (مستأجر الجدك) برد ما تسلمه من أرباح مقابـل هذا الاستغلال ، ذلك أنه يقوم بالاستغلال باسمه ولحسابه الشخصى علـى خلاف المدير المأجور أو المدير الوكيل الذى يلتزم برد ما يؤول إليه مـن مبالغ نتيجة الاستغلال وإلا كان مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة[1].

الالتزام الرابع : التزام مستأجر الاستغلال بتنفيذ عقودالمؤجر عند الاتفاق على ذلك :

٣٤١- لا يسأل المستأجر عن تنفيذ العقود التى أبرمهـا المـؤجر بمناسبة استغلال المتجر إلا إذا تعهد بذلك صـراحة فـى عقـد اسـتئجار المتجر[2]، وذلك تطبيقاً لقاعدة نسبية اثر العقد . وأشارت إلى ذلك صراحة

---

(١) نقض جنائى فرنسى ، جلسة ٢٦ نـوفمبر ١٩٣٦ الجازيـت ١٩٣٦ – ٢ – ٨٩٦ وجلسة ١٥٦ الـ J. C. P. ١٩٥٦ – ٤ – ١٣٣ الجزء الخامس .

(٢) نقض فرنسى جلسة ١٧ فبراير ١٩٣١ ، الجازيت ١٩٣١ – ٦٦٣ .

المادة (٤٠)[١] من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ . وقد حكم بعدم مسئولية المستأجر عن ضمان المهمات التى قام ببيعها مؤجر المتجر ولو قام هو بتسليم المشترى إياها خلال عقد الإدارة الحرة لعدم وجود أية علاقة قانونية بينهما[٢].

وأساس عدم التزام مستأجر الاستغلال بتنفيذ عقود المؤجر أو الوفاء بالتزام متعلق باستغلال المتجر أنها ليست ضمن عناصر المحل التجارى كما سبق القول . ولما كان يجوز الاتفاق على انتقال هذه الالتزامات مع المتجر ، فإن مستأجر الاستغلال يضحى ملتزماً بالوفاء بها للدائنين وملتزماً بتنفيذ كل ما وافق على نقله إليه مع المتجر .

وغنى عن البيان أن المستأجر لا يملك التصرف فى المتجر بالبيع أو الهبة كما لا يملك تقرير رهن عليه أو على أى عنصر من عناصره المعنوية أو المادية[٣].

الالتزام الخامس : الالتزام بدفع الأجرة المتفق عليها :

٣٤٢- يقوم مستأجر الاستغلال بدفع الأجرة مقابل استغلال استئجار المتجر . والتزام المستأجر بدفع الأجرة من الالتزامات التى تميز عقد الإدارة الحرة (التأجير بالجدك) عن غيره من العقود ، بمعنى أن دفع المستأجر مقابل استئجار الاستغلال يعد من مميزات وخصائص هذا العقد

---

(١) تنص المادة (٤٠) من قانون التجارة على أنه «تبقى ذمة المتصرف مشغولة بالديون المتصلة بالمتجر والتى يكون تاريخ إنشائها سابقاً على شهر التصرف إلا إذا أبرأه الدائنون منها» .

(٢) نقض فرنسى جلسة ٢٢ نوفمبر ١٩٦٧ ، دالوز ١٩٦٨ الملخص ٤٦ .

(٣) Derrida السابق خاصة الأحكام المشار إليها تطبيقاً لذلك رقم ٢٢٢ ص١٧ .

يجب توافرها[١].

وتحديد الأجرة أو مقابل الاستغلال يتم عادة بواسطة طرفى العقد ، ولهما كامل الحرية فى ذلك[٢].

وأجرة الاستغلال Redevance تحدد غالباً بمبلغ معين Somme fixe يدفع بصفة دورية (كل شهر أو كل ثلاثة أشهر أو كل عام مثلاً) . وقد يكون المقابل متغيراً غير ثابت مثل حالة تحديده على أساس نسبة من العائد وأرباح المستأجر . كما قد يكون تحديد الأجرة بمبلغ محدد بالإضافة إلى نسبة من الأرباح . ويحدث أحياناً أن يتفق على أن يكون المقابل عيناً مثل كمية من البضائع كما فى تجارة المواد الغذائية والبقالة أو المخابز فتأخذ الأجرة فى صورة التعهد بتوريد كمية من هذه المواد بصفة دورية للمؤجر .

وأيا كانت طريقة تحديد الأجرة فليس للقاضى كقاعدة عامة تعديله بناء على طلب أحد طرفيه بحجة المغالاة فيه أو عدم كفايته[٣]. وقد واجه المشرع الفرنسى حالة تضمن العقد شرط المقياس المتغير للأجرة Clause d'echelle mobile أى تغيرها بالزيادة أو النقصان حسب التقلبات الاقتصادية ، بأن قرر قاعدة آمره لا يجوز الاتفاق على خلافها هى حق أى من الطرفين طلب إعادة التقدير فى كل حالة يصبح فيها المقابل نتيجة هذا

---

(١) نقض فرنسى (تجارى) جلسة ١١ مايو ١٩٧١ البان المدنى ٤٠ رقم ٢١٩ ونقض مدنى جلسة ٢٨ مارس ١٩٧٣ الجازيت ٣٠ ، ٧ أغسطس ١٩٧٣ .

(٢) نقض فرنسى (تجارى) جلسة ١١ مايو ١٩٧١ البلتان المدنى ٤٠ رقم ٢١٩ ونقض مدنى جلسة ٢٨ مارس ١٩٧٣ الجازيت ٣٠ ، ٧ أغسطس ١٩٧٣ .

(٣) على خلاف تحديد الأجرة وفقاً لبعض التشريعات .

الشرط ، أزيد أو أقل من ربع القيمة الايجارية المحددة[١]. كما يحدد المشرع الفرنسى طريقة إعادة التقدير[٢].

وفى حالة تحديد الأجرة على أساس أرباح المتجر محل عقد الإجارة يحق للمؤجر الاطلاع على حسابات المستأجر لتحديد الأجرة أو التحقق منها[٣]. ولا يعد هذا نوعاً من تقديم الحساب كما فى حالة المدير الوكيل ، ذلك أن المؤجر لا يملك إبداء النصائح أو توجيه النقد لطريقة إدارة الاستغلال أو تعليقاً على حساباته ومستنداته . ويمكن القول أنها رقابة على نتائج أعمال المستأجر .

ليس لمؤجر الاستغلال امتياز الأجرة :

٣٤٤- لا يتمتع مؤجر المتجر بمناسبة دينه المتمثل فى الأجرة أو أى حق آخر بناء على عقد تأجير الاستغلال ، بالامتياز المنصوص عليه . بالمادة ١١٤٣[٤] من المجموعة المدنية (المادة ٢١٠٢ مدنى فرنسى) الخاص بمؤجر المبانى وما فى حكمها من الأماكن أو الأراضى الزراعية[٥]،

---

(١) المادة (١٢) من قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ الخاص بتنظيم الإدارة الحرة ، وكان منصوصاً على هذا الحكم بقانون ١ يولية ١٩٣٩ (مشار إليه بمؤلف كوهين السابق والموضع السابق)

(٢) المادة (١٣) من قانون ١٠ مارس ١٩٥٦ .

(٣) حكم محكمة السين المدنية ، جلسة ٧ ديسمبر ١٨٩٨ ، الجازيت ٩٩ - ٢٤٦٢ و راجع Derrida السابق رقم ٢٧٧ ص١٧ .

(٤) تنص المادة (١١٤٣) مدنى على أن « أجرة المبانى والأراضى الزراعية لسنتين أو لمدة الإجارة أن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، يكون لها جميعاً امتياز على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة ومملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى » .

(٥) السنهورى جـ٦ رقم ٣٥٧ ص٤٩٨ .

ولذلك غالباً ما يشترط المؤجر على المستأجر الاستغلال تقديم كفالة تضمن له حسن استغلاله لكافة عناصر المتجر ودفع الأجرة المتفق عليها[١]. وهذه الكفالة يحتج بها فى مواجهة جماعة الدائنين فى حالة إفلاس المؤجر أو المستأجر لأنها مملوكة لمن قدمها ، وهو المستأجر[٢]. بل ونري ضرورة التأشير بهذه الكفالة في عقد تأجير الإستغلال في السجلات الخاصة بشهر هذا العقد حتى يحتج بها في مواجهة جماعة الدائنين ، ولما كانت هذه الكفالة تتمتع بصفات الرهن الوارد على مبلغ نقدى فإنه يحق للمؤجر ، فى حالة إفلاس المستأجر ، أن يقتص منها ما يستحق له[٣] إذا ما توافرت شروط المقاصة .

الالتزام السادس : التزام مستأجر استغلال المتجر باحترام شروط العقد :

٣٤٥- يلزم مستأجر استغلال المتجر باحترام الشروط المنصوص عليها بعقد تأجير الاستغلال وفقاً للقواعد العامة . ومن الشروط التى يجرى العمل على إدراجها بالعقد شرط عدم تأجير استغلال المتجر من الباطن للغير وشرط عدم إقامة المستأجر لتجارة مماثلة .

وقد يرد شرط ، ليس بعقد إيجار المتجر ، ولكن بعقد إيجاره المكان الكائن به المتجر بين كل من مالك المتجر ومالك العقار ، يمنع فيه مالك العقار مستأجره من التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن ، كما قد يشترط عليه عدم تأجير استغلال المتجر (أى تأجيره بالجدك) إلى الغير .

---

(١) Robinault رسالة باريس السابقة رقم ٧٦ – ص١٧٤ ، قارن Cendriier رسالة دكتوراه بجامعة باريس ١٩٢٩ بعنوان Gerance et location de fonds de commerce رقم ٦٣٠ .

(٢) نقض مدنى جلسة ١٨ يونيو ١٩٣٦ – سيرى ١٩٣٦ – ١ – ٣٣٩ .

(٣) حكم النقض ٢ الفرنسى السابق .

ويثار التساؤل فى مثل هذه الحالات عما إذا كان لمثل هذه الشروط أثر على عقد تأجير الاستغلال من عدمه . وقد رأينا أن نوضح المقصود بهذه الشروط وآثارها على عقد تأجير الاستغلال .

أولاً : شرط منع مستأجر استغلال المتجر من تأجير استغلاله للغير :

٣٤٦- يقصد بشرط منع مستأجر استغلال المتجر أو المصنع من تأجير استغلاله من الباطن Contrat de sous- gerance ، عدم إمكان المستأجر من التنازل عن هذا الاستغلال لآخر . فلا يسرى فى مواجهة المؤجر (مالك المتجر) تنازل المستأجر بالجدك عن الاستغلال للغير . والمؤجر الأول لـــه فى هذه الحالة حق طلب فسخ عقد تأجير الاستغلال الأصلى والتعويض إن كان له مقتضى .

على أن شرط حرمان مستأجر الاستغلال من تأجير استغلاله من الباطن لا يمنعه من تعيين مدير مأجور يقوم بإدارة المتجر أو وكيل عنه يعمل باسمه ولحسابه ، ذلك أن المدير المأجور يقوم بالاستغلال تحت إشراف ورقابة المستأجر ولحساب هذا الأخير .

ويثار التساؤل فى حالة عدم وجود هذا الشرط بعقد تأجير استغلال المتجر ، عن مدى حق مستأجر الاستغلال من تأجير استغلاله من الباطن. وأساس هذا التساؤل هو أن حق تأجير استغلال المتجر ليس حقاً مقصوراً على مالكه بل هو حق لكل من يملك حق استغلاله سواء كان صاحب حق انتفاع عينى أو صاحب حق انتفاع شخصى كمستأجر الاستغلال . على أنه لما كان عقد تأجير الاستغلال من العقود المؤسسة على الاعتبار الشخصى بالنسبة للمستأجر كما سبق القول (ذلك أن الغرض الأساسى من الإجارة بالنسبة إلى المؤجر هو المحافظة على المتجر كرأس مال ومن المنطقى أن يسلمه إلى شخص يتمتع بخبرة وأمانة) ، فإنه لا يجوز تأجير الاستغلال من

الباطن ، أى تأجيره بالجدك مرة ثانية ، إلا إذا اتفق صراحة أو أجازة المؤجر .

ويعتبر الفقه[١] والقضاء[٢] فى فرنسا مستقرين على اعتبار عقد الإدارة الحرة (التأجير بالجدك) من العقود القائمة على الاعتبار الشخصى وعدم جواز تأجير استغلال المتجر من الباطن إلا بموافقة من المؤجر .

وقضت محكمة اكس الفرنسية[٣] فى هذا الخصوص بعدم تطبيق حكم المادة (١٧١٧) مدنى فرنسى التى تعطى فى عقد إيجار العقار للمستأجر حق التنازل عن الإجارة أو التأجير من الباطن ، رغم أن الفقه يتوسع فى تطبيق حكمها على إيجار المنقول ، باعتبار عقد الإدارة الحرة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصى وأن المؤجر يبحث عن المحافظة على قيمة متجره والعملاء المرتبطة به، بالإضافة إلى المسئولية التضامنية بين كل من المؤجر والمستأجر عن ديون المتجر خلال فترة معينة (ستة اشهر) مما يجعل من عقد تأجير الاستغلال متمتعا بطبيعة خاصة ولا يخضع لحكم المادة (١٧١٧) مدنى فرنسى[٤].

ثانياً : شرط عدم إقامة المستأجر تجارة مماثلة :

٣٤٧- يشترط غالباً مؤجر المتجر على المستأجر بالجدك عدم إنشائه تجارة مماثلة .

---

(١) كوهين : مؤلفه السابق رقم ١٠٩٨ ص٥٧٦ ، ريبير وروبلو رقم ٥٦٧ ، هامل رقم ١١٠٥ ص١٩٧ ورقم ١١١٥ ص٢٠٤ . أيضاً Burn رسالة باريس سالفة الذكر ص٤٤ ، J. Huyennod مؤلفه السابق رقم ١٥١ ص٨٠ .

(٢) حكم محكمة مارسليا جلسة ٢٩ يونيه ١٩٤٩ الـ J.C.P. ١٩٥٠- ٢ ٥٢٩٥ مع تعليق كوهين .

(٣) مؤلفنا التجارى الكويتى رقم ٤٢٥ .

(٤) جلسة ٢٧ إبريل ١٩٥٠- ٢- ١٢٤ دالوز ١٩٥٠- ٥٨٦ مع تعليق ريبير .

Clause de non retablissement dans un commerce similaire .

ويشترط ذلك مؤجر الاستغلال لمنع منافسته . ويخضع هذا الشرط من حيث مدى صحته إلى الأحكام الخاصة بشرط عدم المنافسة الذى يلزم به مؤجر المتجر أو بائعه وفقاً للتفصيل السابق ذكرة بمناسبة التزام مؤجر الاستغلال . ومقتضى ذلك أنه يشترط لصحة هذا الشرط أن يكون مقيداً سواء من حيث الزمان أو المكان أو نوع التجارة . وعند انتهاء العقد يسترد المستأجر حريته فى إقامة تجارة مماثلة ما لم يتفق على خلاف ذلك. وفى هذه الحالة الأخيرة يعد التزامه بعدم المنافسة التزاماً شخصياً لا يلتزم به أحد فى الحدود السابق إيضاحها بمناسبة التزام مؤجر المتجر بعدم منافسة المستأجر .

ونرى أن المستأجر ملزم بعدم منافسة المؤجر طوال مدة عقد تأجير الاستغلال حتى دون اتفاق على ذلك بعقد تأجير الاستغلال[١] ، فيمتنع عليه استئجار أو تملك متجر منافس عن طريق إدارة مأجورة بواسطة الغير إذ من شأن ذلك جذب عملاء المؤجر لاتحاد نشاط الاستغلال . ولكن لا يلزم مستأجر الاستغلال بعدم تملك تجارة غير منافسة إلا إذا ترتب على ذلك إهماله المتجر محل الإجارة إذ يسأل وفقاً للقواعد العامة ، عن إهماله القيام بالتزامه بالاستغلال .

---

(١) نقض تجارى فرنسى وجلسة ٨ إبريل ١٩٥٧- البلتـــان المـــدنى ١٩٥٧- ١١١- ١٠٧ ، وحكمها التجارى جلسة ١٠ يونيه ١٩٥٨ - البلتـــان المـــدنى ١٩٥٨- ١١١- ١٣٦ . أيضاً تعلق Picard بعنوان :

" Clause intérdisant la sous- location souscrite par un gerant libre de fonds de commerce ".

منشور بالـــ J.C.P. ١٩٥٨- ١- ١٤٢٠ .

ثالثاً : شرط عدم تأجير المكان من الباطن الوارد بعقد إيجار العقار ، وأثره على حق مالك المتجر من تأجير استغلاله :

الحالة الأولى : استقلال عقد تأجير الاستغلال عن عقد تأجير العقار :

٣٤٨- قد يشترط مالك العقار الكائن به المحل التجارى على مالك المتجر عدم تأجيره المكان من الباطن Clause interrdite la sous location ، فهل يترتب على هذا الشرط حرمان مالك المتجر من إبرام عقد إدارة حرة ؟ وأساس هذا التساؤل أن تأجير استغلال المتجر نتيجته الطبيعية استقرار مستأجر الاستغلال فى مكان المتجر .

والواقع أن اشتراط مالك العقار الكائن به المحل التجارى ، عدم تأجيره من الباطن يتعلق بالمكان المقام فيه المتجر وليس هذا الأخير كمنقول معنوى . فموضوع عقد إيجار المكان يختلف اختلافاً جوهرياً عن موضوع عقد تأجير الاستغلال كما سبق القول . ونتيجة لذلك ينحصر نطاق هذا الشرط فى تحريم تأجير المكان من الباطن دون تأجير استغلال المتجر أى دون تأجيره بالجدك ، وإن كان سيترتب عليه حتماً استقرار المستأجر بالمكان ، ذلك أن موضوع عقد الإدارة الحرة الأساسى هو المتجر والذى يغلب على عنصر المكان، وقد أكدت ذلك محكمة النقض الفرنسية[1] دون غموض بقولها :

---

(١) مدنى جلسة ٨ فبراير ١٩٤٩ – دالوز ١٩٤٩- ٣٣٣ سيرى ١٩٤٩/١/١٩٧٠ مع تعليق Marin ، أيضاً منشور بالـ J.C.P. ١٩٤٩- ١١- ١٩٤٧ مع تعليق كوهين راجع التعليق المفصل على هذا الحكم بواسطة Guy Chesne فى مجموعة الأحكام المنشور بالـ J.C.P. السابق الإشارة إليها ص١٥٦ رقم ٣٩ . أيضاً مؤلف كوهين السابق رقم ١٠٢٢ ص٥٧٤ والزرقا الرسالة السابق الإشارة إليها ص٤٣ .

(=)

" Qu'en principe la mise en gerance libre du fonds ne constitue pas une sous location interdite, mais la location d'un meuble incorporel ''.

الحالة الثانية : ارتباط عقد تأجير العقار بشخص مؤجر المتجر :

٣٤٩- إذا كان شرط عدم جواز مستأجر العقار (مالك المتجر) من تأجيره من الباطن أو التنازل عن الإيجار لا يؤثر على حقه فى تأجير استغلال متجره كقاعدة عامة لاختلاف محل كل منهما ، إلا أن هذا مقيد بالحالات التى يعد فيها عقد تأجير العقار من العقود غير القائمة على الاعتبار الشخصى وفقاً للقواعد العامة فى عقد الإيجار . أما إذا اتضح من ظروف التعاقد على تأجير العقار أن لصفة مستأجرة اعتبار فى العقد ، فإن النتيجة المنطقية لمثل ذلك هى عدم إمكان التاجر مستأجر العقار تأجير استغلال متجره . ومن الأمثلة على ذلك حالة اتفاق مالك العقار على تحديد الأجرة بنسبة من الأرباح الصافية للاستغلال . إذ فى هذه الحالة يعد عقد تأجير العقار ذا اعتبار شخصى بالنسبة للمستأجر خلافاً للقواعد العامة فى إيجار العقار . وأن الإجارة الحرة أى التأجير بالجدك تضع مستغلاً آخر غير مالك المتجر مما يتعارض مع أساس الاعتبار الشخصى [١] .

(=) أيضاً الأحكام التالية لتأكيد هذا الاتجاه : نقض تجارى جلسة ٣٠ إبريل ١٩٥٤- البلتان المدنى ١٩٥٤- ١١١- ١١٢ وجلسة ٧ فبراير ١٩٦٣- الجازيت ١٩٦٣- ٣١٣ قارن نقض مدنى جلسة ٨ أكتوبر ١٩٨٦- مجلة الإيجارات ١٩٨٦- ٤٤٦ ريبير رقم ٥٦٨ .

وبخصوص عقد تأجير استغلال مخفياً لتنازل من الباطن عن إيجار المكان حكم محكمة باريس ١٨ مارس ١٩٧٠- المجلة الفصلية ١٩٧١- ٢٩٢ .

(١) فى هذا الخصوص Burn رسالة باريس سالفة الذكر ص٥٤ .

الحالة الثالثة : إخفاء التنازل عن المكان فى صورة عقد تأجير استغلال للمتجر :

٣٥٠- قد يقصد أطراف عقد تأجير استغلال المتجر تأجير المكان من الباطن Sous-location أو التنازل عن إيجار العقار وإخفائه فى صورة عقد إدارة حرة أى تأجير استغلاله ، للإفلات من شرط التحريم المنصوص عليه فى قوانين إيجار الأماكن . وفى هذه الحالة يكون لمؤجر المكان طلب فسخ عقد الإيجار . ولقاضى الموضوع سلطة تقدير نية وقصد الطرفين من ظروف ووقائع الموضوع . وهذا ما قضت به محكمة استئناف باريس[١]، وكان موضوع القضية أن من أدعى أنه مستأجر استغلال المتجر، قد نقل متجره الخاص به كلية فى المكان الجديد الذى عقد عنه عقد إدارة حرة ، وكان يستعمل خلال مباشرة الاستغلال اسمه الشخصى ومحتفظاً بعملائه الأصليين ، وكان يمتنع دائماً عن ذكر صفته كمستأجر للاستغلال على أوراقه وخطاباته المتعلقة بأعماله التجارية . وقد اكتشفت المحكمة أن العقد لم يكن لفترة مؤقتة كما هو العرف فى عقود استغلال المتجر حيث أن صفة تأقيت العقد من خصائص عقد الإدارة الحرة ، ولكن لكل فترة تأجير المكان فقررت المحكمة أن حقيقة العقد كانت إيجاره مكان من الباطن وليس عقد إدارة حرة .

وقضت محكمة النقض المصرية[٢] – وكان موضوع القضية يتعلق

---

(١) جلسة ١٨ مارس ١٩٧٠ – الدائرة السادسة عشر – المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٧١ ص١٩١ رقم ٦ و ص١٩٢ .

(٢) جلسة ١٩٧٧/٥/١٨ طعن رقم ٦٢٩ لسنة ٤٣ق لسنة ٢٨ ص١٢٣٩ . طعن رقم ١٩٧٢ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٦ ، حيث قررت المحكمة أن بيع المتجر شرطه أن يكون الشراء بقصد ممارسة ذات النشاط الذى كان يزاوله البائع .
أيضاً طعن رقم ٢/٩٨ق ص٥٢/٣/٦ ، طعن رقم ٩٢ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/١/١٢ المجموعة الذهبية – الإصدار المدنى – الجزء الثالث ١٩٨٢ ص٧٥٣ ، ٧٥٤ .

ببيع للمتجر – بأنه «إذا كان البين من الحكم المطعون فيه انه استنبط من إضافة الطاعنة الأولى – المستأجرة الأصلية – نشاط السفريات قبيل التصرف فى المحل بأيام قليلة ، ودون أن يكون فى المكان ممارسته فعلاً وواقعاً . ومن مصادفة ذلك للتوقيت الذى اتخذ منه باقى الطاعنين هذا النشاط سمعة تجارية لهم طبقاً لما هو ثابت بطلب القيد بالسجل المقدم منهم، ومن اختلاف النشاط المذكور عن أوجه النشاط الأصلية من حيث المقومات المادية والمعنوية ، قرينة على انتفاء عنصر الاتصال بالعملاء بالنسبة له ، ورتب على ذلك التصرف فى حقيقته مجرد تنازل عن إيجار وليس بيعاً للمتجر ، وكان سبق قيام الطاعنة الأولى بإضافة نشاط الاتجار فى الحلوى والسجائر خلافاً لما قرره الحكم من إبقائها على نشاط المحل دون تغيير لا تأثير له على وجه الاستدلال المتعلق بتحديد الأثر المترتب على إضافتها نشاط السفريات ، فإن ما خلص إليه الحكم يكون سائغاً يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ، وهو فى ذلك قد اعتد بواقع الحال عند البيع وليس فى وقت لاحق» .

وفى حكم لمحكمة النقض المصرية[1] أيدت أيضاً هذا الاتجاه لما تبين لها إخفاء التنازل عن الإيجار فى صورة عقد بيع بالجدك حيث جاء بحيثيات حكمها بعد أن تأكد عدم توافر شرط الضرورة – أحد الشروط التى تجيز لمالك المتجر بيعه جدكاً رغم الشرط المانع وفقاً للمادة (٢/٥٩٤) – أنه «... فمن ثم لا يعتبر هذا التصرف فى حقيقته بيع جدك بل هو فى الواقع نزولاً عن الإيجار يؤكد ذلك ما أقرت به المدعى عليها الثالثة بالمحضر ٢٤٣٠ لسنة ١٩٧٦ قصر النيل – وهو ما تأخذ به هذه المحكمة بحسبانه قرينة تطمئن إليها – أنها منذ استلامها عين النزاع من المستأجر

---

(١) جلسة ١٩٨١/٦/٦ طعن رقم ٨٥٩ لسنة ٤٧ق مجموعة أحمد حسنى المدونة الذهبية الطبعة الأولى جزء ٢ لعام ١٩٨٤ ص١٨١٤ .

الأصلى استعملتها مسكناً خاصاً لها ودلالة هذا بغير شك أنها لم تكن هادفة شراء المحل التجارى المقول به إنما هى رغبت العين المؤجرة فحسب وسترت والمستأجر الأصلى تنازله لها عنها بتحرير عقد إطلاقا عليه وصف عقد بيع بالجدك وهو فى الواقع ليس ذلك» .

كما حكم بأنه لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد الإيجار وإخلاء «الصيدلية» محل النزاع على ما خلص به من ثبوت تأجير الطاعن لها من الباطن إلى الغير مقابل أجرة متفق عليها ودون أن يكون شريكاً لـــه فى استغلالها أو معهوداً إليه بإدارتها ولذلك أخذ بما جاء فى الشهادة الصادرة من دفتر إثبات التاريخ المقدم من المطعون ضده عن عقد إيجار المؤرخ ١٩٧٨/٧/٤ والمتضمنة قيام الطاعن بتأجير الصيدلية محل النزاع إلى الدكتور ... مدة أربع سنوات ابتداء من ١٩٧٨/٨/١ بأجرة شهرية قدرها ٨٥ جنيه يخصم منها إيجار المبنى والباقى لحساب الطاعن ببنك الإسكندرية فرع أسيوط والتى أثبتت بياناتها بالتحقيقات المحضر رقم ١٨٣٥ لسنة ٧٨ إدارى أسيوط ، وكان ما خلص إليه الحكم سائغاً وله مأخذه الصحيح من الأوراق ، ويتفق مع صحيح القانون ، فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس»[١] .

ومن جانب آخر قضت ذات المحكمة باعتبار البيع وارداً على جدك وليس تنازلاً عن الإيجار من الباطن لما تبين لها توافر شروط المادة (٢/٥٩٣) ، وكان بائع المتجر موظفاً ورث محلاً تجارياً ومحظوراً عليه احتراف التجارة[٢].

---

(١) جلسة ١٩٨١/٢/١٢ طعن رقم ١٦٥ لسنة ٥٠ق مجموعة عبد المـــنعم حـــسنى ، الجزء الأول لسنة ١٩٨٤ ص٤٣٣ .

(٢) طعن رقم ١٠٤٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٧/١١/١٥ .

كما حكم بأن إشتراك المستأجر لآخر معه فى النشاط الذى يباشره فى العين المؤجرة لا يعد تأجيراً من الباطن أو نزولاً عن الإيجار ، بقاء عقد الإيجار لصالح المستأجر وحده[١].

رابعاً : شرط عدم تأجير استغلال المتجر الوارد بعقد إيجار العقار وأثره على حق مالك المتجر فى تأجير استغلاله :

٣٥١- قد يتضمن عقد إجارة المكان شرط مزاولة المستأجر للأعمال التجارية وشغله المكان بنفسه دون أن ينص صراحة على حرمان المستأجر من تأجير المكان من الباطن . أو أن ينص صراحة فى صلب عقد تأجير المكان على حرمان المستأجر من تأجير استغلال متجره أى من تأجيره بالجدك .

ومؤدى مثل هذه الشروط أنه يمتنع على مستأجر المكان (مالك المتجر) تأجير متجره فى صورة إدارة حرة (تأجيره بالجدك) ، ذلك أن من شأن هذا العقد انتهاك للشرط المتفق عليه بطريقة تسمح بفسخه من جانب مالك العقار[٢] .

---

(١) نقض جلسة ١٦ يونيه ١٩٧٩ طعن رقم ٥٥٢ لسنة ٤٢ق – السنة ٣٠ ص٦٣٦.

(٢) ويرى جانب من الفقه الفرنسى صحة مثل هذا الشرط أو اشتراط موافقة مؤجر العقارعند تأجير مالك المتجر لمتجره فى صورة عقد إدارة حرة (ريبير رقم ٥٦٩). كما يسير جانب من أحكام النقض الفرنسية على جواز صحة هذا الشرط وترتيب فسخ عقد الإدارة الحرة بناء على مخالفة هذا الشرط : نقض تجارى فرنسى جلسة ١٩ ديسمبر ١٩٥٠ الـ J.C.P. –١٩٥١ – ١١ – ٤٩ – ٦ ودالوز ٤١٩٥١ – ١٥٥ ، وجلسة ١٩٨٦/١١/٢٦ ، المجلة السابقة ١٩٨٧ طبعة رقم ٣ – ١٦٩ . ووفقاً للقانون الفرنسى تقضى المادة ٢٧ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ الخاص بالتسوية القضائية وتصفية الأموال بجواز تأجير استغلال المتجر رغم تحريم تأجيره من الباطن .

والواقع أن مثل هذه الشروط تعتبر شروطاً تعسفية فى حق مالك المتجر مستأجر العقار ، ذلك أن من شأنها – دون وجه حق – حرمانه من استغلال متجره بالكيفية التى يراها مناسبة لـــه وفقاً لظروفه التى قد تتغير من وقت لآخر خاصة وأننا سبق أن أشرنا إلى أن طبيعة عقد تأجير المكان هى أنه لا يعد من العقود القائمة على الاعتبار الشخصى كقاعدة عامة ، لذلك يعد فى نظرنا تعسفاً من جانب مؤجر العقار ، حرمان مستاجره من حقه فى اختيار الطريقة المناسبة لاستغلال متجره طالما تبين أن عقد إيجار العقار لا يتعلق بشخص المستأجر.

ولذلك فإننا نرى أنه ، فيما عدا الحالات التى يتضح منها جلياً ارتباط عقد تأجير العقار بشخص التاجر المستأجر كما سبق القول ، فإنه يجوز لمستأجر العقار ، رغم الشرط المانع ، تأجير استغلال متجره للغير أى تأجير متجره بالجدك .

الأساس القانونى لرأينا :

٣٥٢- أن أساس رأينا فى إجازة قيام مالك المتجر بتأجيره استغلاله أى تأجيره بالجدك رغم الشرط المانع بعقد إجارة المكان هو القياس على نص المادة (٢/٥٩٤) مدنى والتى تقضى بأنه «ومع ذلك إذا كان الأمر خاصاً بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر ، واقضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر جاز للمحكمة بالرغم من الشرط المانع أن تقضى بإبقاء الإيجار إذا قدم المشترى ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق».

فإذا كان بقاء العلاقة الإيجارية بين مالك العقار ومشترى المتجر أو المصنع رغم الشرط المانع جائزاً للقاضى فى حالة بيع المتجر أو المصنع

تطبيقاً للمادة (٢/٥٩٤) مدنى السابق الإشارة إليها ، فانه من باب أولى جائز تطبيقه على حالة تأجير استغلال المتجر من جانب مالكه مستأجر العقار، وغنى عن البيان انه يشترط توافر الشروط المنصوص عليها بالنص المشار إليه[١]. ولا يعد تطبيق نص المادة (٢/٥٩٤) على حالة تأجير استغلال المتجر بطريق القياس على حالة بيعه قياساً غير جائز للصفة الاستثنائية التى يتسم بها نص المادة (٢/٥٩٤) مدنى المشار إليه ، وبالتالى عدم إمكان القياس عليه أو التوسع فى تفسيره ، ذلك أننا بصدد قياس على حكم أقل ، إذ كيف يكون لمالك المتجر حق التصرف فيه نهائياً وإخراجه من ذمته ولا يكون له حق منح انتفاع عليه أو حق تأجيره . فمكنه التصرف فى المال تعطى صاحبها بالضرورة مكنه الإدارة والتأجير .

ولإيضاح رأينا فى هذا الخصوص يجدر بنا أن نشير إلى موقف القضاء والفقه من نطاق تطبيق المادة المشار إليها على حالة تأجير استغلال المتجر أى تأجيره بالجدك .

أولاً موقف القضاء :

أ- الاتجاه الأول : التوسع فى نطاق تطبيق المادة (٢/٥٩٤) لتشمل تأجير استغلال المتجر:

٣٥٣- قضت محكمة مصر الابتدائية فى حكم شهير[٢] تتخلص وقائعه أن حائكاً استأجر محلاً ليزاول فيه حرفته وقام بتجهيزه من أدوات وآلات الحياكة وبعد وفاته قام ورثته بتاجير استغلاله أى تأجيره بالجدك

---

(١) فى خصوص شروط تطبيق المادة (٢/٥٩٤) مدنى ، راجع السنهورى السابق رقم٤٥٧ ص٦٧٩ وما بعدها ، نعمان جمعة ، السابق ص٣٥ وما بعدها .

(٢) الدائرة ١٢ جلسة ١٩٥٣/٤/٥ قضية رقم ٤٤٥ لسنة ١٩٥٣ ، راجع الإشارة إلى هذا الحكم بمؤلف أستاذنا د.سليمان مرقص السابق ، ١٩٨٣ رقم ٢٠٣ ص٢٢٩ وما بعدها .

لأحد العمال الذين كانوا يعملون فى تبعية المتوفى . رفع مؤجر العقار (مالك العين) دعوى مطالباً إخلاء العين استناداً إلى قيام الورثة بتأجير المكان من الباطن دون موافقته ، فدفع الورثة بأن محل عقد الإجارة ليس المكان من الباطن بل هو إجارة وإرادة على المشروع بكامله وطلبوا تطبيق المادة (٢/٥٩٤) الخاصة بذلك . وأخذت المحكمة بوجهة النظر هذه ورفضت دعوى مؤجر العقار فى طلب فسخ عقد إجارة المكان .

كما قضت محكمة النقض المصرية أنه «إذا كان البين من الاتفاق أن المطعون عليها الأولى ، المستأجرة الأصلية ، ناطت بآخر تشغيل وإدارة المقهى بشروط معينة والتزام هذا الأخير بتسليمه فور طلبها ، بما مفاده انه عقد إدارة واستغلال أو مشاركة من نوع خاص ، فانه لا يعد إخلالاً بالشرط المانع من التنازل عن الإيجار أن يتم ذلك بموجب عقد لم يدع بصورتيه[١].

ففى هذا الطعن أجازت المحكمة تأجير استغلال المحل التجارى أى تأجيره بالجدك دون أثر لذلك الاستغلال على عقد تأجير المكان رغم وجود الشرط المانع بهذا العقد الأخير . وبذلك طبقت محكمة النقض حكم المادة (٢/٥٩٤) على حالة عقد استغلال المتجر – أى التأجير بالجدك – دون إشارة صريحة إلى القياس على المادة (٢/٥٩٤) والخاصة ببيع الجدك.

وقد انتقد جانب من الفقه[٢]هذا الاتجاه القضائى ، وأشار د. سليمان مرقص فى هذا الخصوص إلى «أن المادة (٢/٥٩٤) إنما نصت على حالة بيع المصنع أو المتجر المنشأ فى العين المؤجرة فقط ولم تنص على حالة تأجير هذا المصنع أو المتجر إلى الغير» . كما جاء بتعليقه على حكم

---

(١) جلسة ١٩٧٧/٦/١ طعن رقم ٧٤٠ لسنة ٤٣ ق ١ س٢٨ ص١٣٤٦ .

(٢) د.سليمان مرقص ، المرجع السابق والموضع السابق .

محكمة مصر الابتدائية سالف الذكر أنه «محل النظر من الناحية القانونية لان نص المادة (٢/٥٩٤) فقرة ثانية نص استثنائى يجب تطبيقه وتفسيره بدقه ، ولانه وضع حكماً خاصاً لحالة بيع الجدك فقط خرج له على القاعدة العامة الواردة فى المادة ٥٩٤ فقرة أولى ، فلا يجوز التوسع فى تطبيقه ومد حكمه إلى حالة تأجير الجدك ، ولان المشرع قصد قصر هذا الحكم الاستثنائى على حالة البيع الاضطرارى للجدك باعتبار أن المستأجر الأصلى فى هذه الحالة مضطراً إلى قطع صلته بالمؤسسة التى أنشأها فى العين المؤجرة فينبغى تسهيل البيع لـــه لتشجيع المشترى عن طريق السماح للأخير بالانتفاع بباقى مدة الإيجار الذى كان معقوداً لصالح المستأجر الأصلى ، وهذه الحكمة منعدمة فى حالة المستأجر الذى يظل محتفظاً بالجدك الذى أنشأه ويكتفى بتأجيره للغير . فليس لمثل هذا المستأجر مخالفة شرط الحظر الوارد فى عقده ، وإذا كانت ظروفه تحول دون استمراره فى استغلال الجدك بنفسه ، فليس أمامه إلا الاتفاق مع المؤجر على الترخيص له بالتأجير من الباطن أو إدخال شريك معه فى المتجر أو المصنع يعهد بإدارته أو بيع الجدك والحصول من المحكمة على ترخيص فى فى استمرار الإيجار لصالح المشترى»

ب- الاتجاه الثانى : قصر تطبيق المادة (٢/٥٩٤) على حالة بيع المتجر :

٣٥٤- أخذت كثير من المحاكم[١]على مختلف درجاتها وعلى رأسها

---

(١) استئنـــاف القاهـــرة جلسة ١٩٧٦/١٢/٩ ، استئناف رقم ٩٣/١١٩٧ وجلسة ١٩٧٨/١١/٣٠ – استئناف رقم ١٨٦٦ – ٩٥ ، وهذا الحكم جاء تأييداً لحكم لمحكمـــة القاهرة الابتدائية فى ١٩٧٨/٢/١٦ ، قضية رقم ٧٦١/١٢١١ مدنى كلى شمال القاهرة مشار إلى هذه الأحكام بمؤلف د. سليمان مرقص ، سابق ص٢٣٠ ، ٢٣١ هامش رقـم ٢٣٦ ، ١٣٧ .

محكمة النقض بوجهة نظر أستاذنا الدكتور سليمان مرقص وقصرت نطاق تطبيق نص (٢/٥٩٤) على حالة بيع المتجر دون غيره من التصرفات التى ترد على المتجر . ففى حكم لمحكمة النقض[١] قررت المحكمة أن مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة (٢/٥٩٤) من القانون المدنى ، أن الحكم الوارد بها استثناء من الأصل العام ، وأن مجال أعماله مقصور على الحالة التى تقوم فيها لدى المستأجر ضرورة تفرض عليه بيع المصنع أو المتجر الذى أنشأه فى العقار المؤجر إليه مع قيام الشرط المانع من التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار ، وذلك بهدف تسهيل البيع الاضطرارى للمحل الأمر المنفى فى حالة احتفاظ المستأجر بالمحل واستغلاله له بطريق تأجيره إلى الغير ، وإذا كان الاستثناء لا يجوز التوسع فيه فإنه لا وجه لأعمال حكم المادة (٢/٥٩٤) آنف الذكر على حالة تأجير المحل من الباطن[٢]. والواضح من عبارات نص حكم النقض المشار إليه أن الحكم لم يشر إلى أن التأجير الاضطرارى فى موضوع الدعوى يتعلق بتأجير وارد على منقول معنوى وإنما أشار أنه لا وجه لإعمال نص المادة (٢/٥٩٤)

---

(١) جلسة ٢٢ نوفمبر ١٩٨٢ – طعن رقم ١٠٠١ س٥٦ وجلسة ١٩٨٧/٤/١٣ طعن رقم ١٢٧٧ لسنة ٥٠ق ، وجلسة ٧ أبريل ١٩٧٩ – المحاماة – العددان التاسع والعاشر – السنة الحادية والستون – عدد نوفمبر ١٩٨١ ص٥٦ .

(٢) وكان محامى المستأجر نعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون إذ اعتنق أسباب الحكم الابتدائى فيما ذهبت إليه من إجازة الجدك التى صدرت من المستأجر الأصلى – مورث المطعون عليهم من الثانية حتى الأخير – إلى الطاعن لا ينطبق عليها حكم الفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ مدنى التى أجازت للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع من التأجير من الباطن أن تقضى بإبقاء الإيجار فى حالة اضطرار المستأجر لبيع المصنع أو المتجر المنشأ بالعين المؤجرة ، ذلك أن تأجير المحل اضطرارا يماثل بيعه مما يقضى الإبقاء على الإيجار فى الحالتين .

مدنى فى حالة التأجير من الباطن ، والفرق بين تأجير المتجر جدكاً بعناصره المعنوية هو محل القياس الذى نراه وليس تأجير العقار من الباطن أو التنازل عن عقد الإيجار . ومفهوم حكم النقض المشار إليه أنه ساوى فى الحكم بين التنازل عن عقد إيجار العقار أو التأجير من الباطن وبين تأجير استغلال المنشأة أى المحل التجارى كمنقول معنوى ، الأمر الذى لا يتفق وحكم القانون ويخالف طبيعة محل العقد فى كل منهم .

ج- تقديرنا لكل من الاتجاهين :

٣٥٥- نرى مع زميلنا د. نعمان جمعة[١] فى هذا الخصوص «أن الأمر لا يتعلق بمستأجر يتنازل عن إجارته وبالتالى فإنه يخالف حظر التنازل ، الوارد بالشرط الوارد بقانون إيجار الأماكن ، وإنما يتعلق الأمر بتصرف مالك المحل التجارى فى محله الذى يتضمن الإجارة ضمن عناصره. فمن يغفل الموضوع الذى يرد عليه التصرف وطبيعة هذا الموضوع ، فإنه ينظر للموضوع من زاوية خاطئة وبالتالى ينتهى إلى نتيجة غير صحيحة» .

---

(١) البحث السابق الإشارة إليه ص٣١ .

ويسير قضاء النقض الفرنسى على حق مستأجر العقار محلاً تجارياً فى تأجيره جدكاً أى تأجير استغلاله رغم الشرط المانع الوارد بعقد الإيجار على أساس أن تأجير الاستغلال ليس تأجيراً من الباطن أو تنازلاً عن الإيجار ، وإنما هو تأجير لمنقول : نقض تجارى جلسة تجارى جلسة ٨ فبراير منشور بالـ .J.C.P- ١٩٤٩ – ٢ – ٤٦٤٧ – ايضاً جلسة ١٩٥٣/٣/٩ دالوز – ٩٥٣ – ٣٢٤ – نقض مدنى جلسة ٨ أكتوبر ١٩٨٦ – مجلة الإيجار ١٩٨٦ – ٤٤٦ – ريبير ٥٦٩ ، هذا وترى بعض الأحكام أن تأجير الاستغلال يعادل التأجير من الباطن : باريس جلسة ١٩٧٠/٣/١٨ – المجلة الفصلية ١٩٧٠ – أي أيضاً باريس ١٤ مارس ١٩٩١ – المجلة الفصلية ١٩٩١ رقم ٣٨٠ مع تعليق Derrppe – ريبير ٥٦٩.

ونتيجة لذلك يلزم لتحديد مجال النص المشار إليه من حيث التصرفات المتاحة لمالك المحل التجارى تقدير صياغة النص وارتباطه بنصوص قانون المحل التجارى رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ وما جاء بقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بالمواد من (٣٤-٤٣) منه . هذا بالإضافة إلى أن قيام مؤجر العقار بتأجيره لإقامة متجر أو مصنع إنما يمثل رضاء ضمنياً بذوبان الحق فى الإجارة فى هذا المتجر أو المصنع . كما أن الحكمة التى من أجلها تقرر الاستثناء الوارد بنص المادة (٢/٥٩٤) مدنى ، ألا وهى الحفاظ على الرواج المالى والتجارى فى البلاد متوفرة بشأن عقد تأجير استغلال المتجر .

وغنى عن البيان أن تقرير حق التاجر المستأجر فى تأجير استغلال متجره رغم الشرط المانع ، مشروط بأن يرد التصرف على متجر أو مصنع بمعناه القانونى ، وقد سبق لنا شرح ذلك بإفاضة فى بداية الباب الثانى من هذا المؤلف ونحيل فى هذا الخصوص إلى هذه الدراسة .

وسوف نشير إلى باقى المبررات كل على حدة .

١- من حيث صياغة النص :

٣٥٦- إن نص المادة (٢/٥٩٤) يعطى المستأجر حق بيع المتجر أو المصنع ، والبيع هو التصرف فى الشئ تصرفاً يخرجه عن ذمته كلية . ومن الأمور المسلم بها أن من يملك الأكثر يملك الأقل ، فمن يملك بيع المتجر يملك بالضرورة تأجير استغلاله . ولا يجوز الاحتجاج على ذلك لان النص استثنائى ولا يجوز التوسع فى تفسيره . فمع التسليم جدلاً بذلك ، ومهما كانت استثنائية النص ، فإن التفسير السليم والتطبيق القويم يقتضى التسليم بكل النتائج المنطقية . فإن منح النص حقاً فإنه يغطى ويشمل كل

الحقوق التابعة له والملحقة به والمشتقة منه والتى تقل عنه أهمية . فمكنه التصرف فى ملك تعطى لصاحبها بالضرورة مكنه الإدارة والتأجير[١].

٢- من حيث ارتباط نص المادة (٢/٥٩٤) بنصوص قانون بيع ورهن المحال التجارية رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ :

٣٥٧- أ - بإضافة ما ورد بنصوص القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ المشار إليه وما جاء بنصوص قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المواد من ٣٤-٤٣) ، نجد أن الأصل للمتعاقدين حرية تحديد العناصر التى تكون محلاً لامتياز البائع ، فقد يتفقا على أن تكون العناصر المعنوية والمادية محلاً للامتياز أو بعضها فقط ، أما إذا أغفل المتعاقدان تحديد محل الامتياز باتفاق صريح ، فقد نصت المادة الرابعة من القانون المشار إليه على أن الامتياز فى هذه الحالة لا يقع إلا على عنوان المحل التجارى وإسمه والحق فى الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية[٢].

ومقتضى وقوع امتياز بائع المحل التجارى على عنصر الحق فى الإجارة هو إمكانية بيع هذا العنصر بالمزاد العلنى ضمن مجموعة العناصر التى تكون المتجر وبالتالى فإن شرط حظر تأجيره من الباطن أو تأجير استغلاله أو بقاء المستأجر شخصياً فى مزاولة النشاط التجارى دون غيرها يصطدم وهذا النص (المادة ٤ من قانون ١١ لسنة ١٩٤٠) ويكون هذا الشرط متعيناً إهداره .

ب- نص المشرع فى المادة التاسعة من قانون بيع ورهن المحال التجارية السابق الإشارة إليه من بين ما يرد عليه الرهن عنصر الحق فى

---

(١) د. نعمان جمعة ، السابق ص٣١ ، ٣٢ .

(٢) مؤلفنا «القانون التجارى» طبعة ١٩٨١ ص٣٧٤ .

الإجارة . ونصت المادة (١٨) من ذات القانون على أن يعتبر باطلاً كل شرط فى عقد الإيجار يترتب عليه الإخلال بحق المستأجر فى الرهن طبقاً لهذا القانون . وبالتالى فإن حق المستأجر فى التصرف فى الحق فى الإجارة ضمن عناصر المتجر أمر يتعلق بالنظام العام ولا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض[١].

٢- رضاء مؤجر العقار الضمنى بذوبان الحق فى الإجارة فى المتجر أو المصنع :

٣٥٨- لاشك فى أن هناك رضاء ضمنيا من المؤجر مالك العقار بذوبان الحق فى الإجارة فى المتجر أو المصنع ، ذلك انه بقيام المحل التجارى يفقد حق الإجارة ذاتيته ويصبح جزءاً من المتجر كمنقول معنوى ويجوز بالتالى التصرف فيه ضمن التصرف فى المتجر الذى صار هو جزءاً منه مندمجاً فيه . وإذا حدث واشترط المؤجر عدم تأجير استغلال المتجر على مستأجر العقار . أو شرط مزاولته شخصياً حرفة التجارة لمنعه من التنازل عن المتجر أو المصنع ، فإنه يكون اشتراط ممن لا يملك ويتعين إهدار الشرط .

هذا بالإضافة إلى أن من شأن هذا الشرط المانع تحريم تصرف الشخص فى ملكه الذى يقع على المحل التجارى بأوجه التصرف التى يراها مناسبة ، فمالك المتجر له الحرية فى اختيار الطريق المناسب لاستغلال

---

(١) وقضت محكمة النقض بأن مقومات المتجر ومن بينها الحق فى الإجارة فى معنى المادة (٩٥٤) مدنى ليست من الحقوق المتصلة بشخص المستأجر بل من العناصر المادية التى يجوز التصرف فيها والحجز عليها ويحق من ثم لدائن المستأجر أن يستعمل هذا الحق نيابة عن مدينه طبقاً للمادة (٢٣٥) مدنى ، جلسة ١٩٧٩/٢/٢١ السنة ٣٠ ص٥٨٢ أيضاً جلسة ١٩٧٢/١٠/٥ السنة ٢٣ ص٨٣٥.

ملكه طالما لم يرد نص قانونى يحرمه من صورة تأجير استغلاله أى تأجيره بالجدك . وأى شرط يرد مقيدا لحرية التاجر فى طريقة استغلاله لكامل ملكيته للمحل التجارى يعد شرطا باطلاً مخالفا للنظام العام .

وأننا لنسوق فى هذا الخصوص العبارات التى وردت على لسان أستاذنا د. سليمان مرقص حيث يرى أنه «من لحظة تخصيص العقار لإقامة مشروع تجارى أو صناعى معين برضاء المؤجر ، فإن إجارته تنصهر مع باقى العناصر المكونة لذلك المشروع وينتهى كيانها الذاتى بالنسبة – على الأقل – للتعامل فى ذلك المشروع باعتباره مجموعة من الأموال تكون مالا منقولا معنويا مستقلا ، وتصبح جزءاً من شئ جديد هو المنقول المعنوى ، أى المحل التجارى أو الصناعى ، ويعتبر المؤجر مشاركا فى هذا الاندماج وقابلا لـــه منذ اللحظة الأولى التى يؤجر فيها عقاره لاستعماله فى إقامة مشروع معين أو فى استغلال مشروع قائم»(١).

كما يرى زميلنا د. نعمان جمعة أنه «ليس لمؤجر العقار أن يتضرر من هذا الوضع فهو يستند إلى إرادته الضمنية ، لأن المالك الذى يؤجر عقاره إلى مستأجر بقصد استعمال العين لمحل تجارى يعلم أو عليه أن يعلم أن الإجارة التى سيحصل عليها المستأجر سوف تدخل مالا جديداً وستخضع لأحكامه . والقول بغير ذلك معناه التهديد الخطير لوجود المحل التجارى الذى تتجمع وتستقر كل عناصره فى العين المؤجرة . فسحب هذه العين من يد المستأجر يعنى إنهاء المحل التجارى وبعثره عناصره ، وهى نتيجة بالغة الخطورة ، وخاصة إذا علمنا أن التاجر عادة يضع فى المحل كل ماله وجهده»(٢).

---

(١) المرجع السابق ، طبعة ١٩٨٣ جـــ٢ ، ص١٩٠ .

(٢) المرجع السابق ص٣٤ .

٤- توافر الحكمة التى تقرر الاستثناء الوارد بالمادة (٢/٥٩٤) من أجلها على حالة تأجير استغلال المتجر :

٣٥٩- إذا آمنا أن الحكمة التى قصدها المشرع من تقدير الاستثناء الوارد بالمادة (٢/٥٩٤) وفق ما استقر عليه قضاء النقض المصرى[١] الحفاظ والإبقاء على الرواج المالى والتجارى فى البلاد ، فإن هذه الحكمة متوافرة أيضاً فى حالة تأجير استغلاله وفى تسهيل هذا النوع من التصرف رغم الشرط المانع ، فيه إبقاء على هذا الرواج الذى قصده المشرع عندما يضطر صاحبه إلى ذلك .

فحالة الضرورة التى تبرر بيع المتجر والتى اشترطتها المادة (٢/٥٩٤) ضمن شروط أخرى لا مجال هنا لشرحها حيث أفاضت المؤلفات المدنية فى ذلك[٢] ، هى ذاتها المتصور وجودها عند قيام مالك المتجر بتأجير استغلال متجره أو مصنعه ، كما هو الحال عند المرض أو الشيخوخة[٣]، أو سفر التاجر مالك المتجر خارج البلاد لفترة معينة حيث يفضل دائماً الاحتفاظ بملكية مشروعة خلال فترة سفره ليتسلمه بعملائه ونشاطه ورواجه السابق بعد عودته بدلاً من غلقه وفقده لهذه العملاء أو بيعه كلية .

كذلك حالة وفاة التاجر ووجود ورثة لا عائل لهم أو كونهم من الممنوعين من احتراف التجارة . فيعد تأجير استغلال المتجر مع احتفاظهم بملكيته مخرجاً لهم بدلاً من بيعه نهائياً بأرخص الأسعار .

---

(١) جلسة ٦ مارس ١٩٥٢ طعن رقم ١٠٨ س٢ ص٦٢٨ فى هذا الخصوص د. سليمان مرقص رقم ١٩٤ مكرر ص١٨٤ .

(٢) د. نعمان جمعة – بحثه السابق ص٣٥ وما بعدها .

(٣) د. نعمان جمعة – ص٤٧ .

وفى هذا الخصوص أيضاً قد يتعذر بيع المحل التجارى لارتفاع ثمنه وندرة من يمكنه دفع هذا الثمن فى الوقت الذى لا يستطيع معه مالك المتجر أو المصنع إدارته واستغلاله شخصياً كما فى حالة الوارث الذى آل إليه المحل التجارى وكان ممنوعاً من مزاوله التجارة وفقاً لقوانين المهنة ولا سبيل أمامه سوى تأجير استغلال المتجر أو المصنع . أو كما فى حالة الوارث القاصر أو عديم الأهلية فى الحالة التى يرى فيها الولى أو المحكمة أن من مصلحة القاصر أو عديم الأهلية الاستمرار فى استغلال المتجر بواسطة آخر إلى أن يتم بلوغ القاصر سن الرشد أو زوال حالة نقص الأهلية أو انعدامها ثم يتسلم المتجر لإدارته واستغلاله شخصياً .

وغنى عن البيان أن لقاضى الموضوع كامل السلطة فى تقدير توافر الضرورة التى تبرر تأجير استئجار المتجر .

وفى هذا الخصوص قضت محكمة النقض بأن المشرع لم يضع «فى المادة (٢/٥٩٤) من القانون المدنى ضابطاً يستهدى به فى تحديد الضرورة الملجئة لبيع المتجر أو المصنع والتى يترتب على توافرها الإبقاء على الإيجار للمشترى رغم الشرط المانع بل ترك أمر تقديرها لمحكمة الموضوع تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها دون تعقب من محكمة النقض متى أقامت قضائها على أسباب سائغة مستمدة من أصل ثابت بالأوراق ومؤدية عقلاً إلى النتيجة التى انتهت إليها»[١].

وتطبيقاً لهذه المبادئ قضى بأن ثمة ضرورة ألجأت المدعى الأول لبيع المحل التجارى موضوع النزاع وتتمثل فى انه رجل طاعن فى السن وعجز عن إدارة المحل، فاضطر لبيعه بعد أن فشل فى تشغيله بمعرفة عمال

---

(١) جلسة ١٩٧٦/١١/١٠ ، طعن رقم ٢١٢ لسنة ٤٢ق السنة ٢٧ ص١٥٦٣ .
وطعن رقم ٧٤/١٦٢١ ق جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٤ – مجلة المحاماة – العددان الخامس والسادس ٢٠٠٧ ص ٤٤٢ .

تابعين له[١].

كما حكم بأنه " إذا كان الثابت بالأوراق أن الطاعنين قد تمسكوا بدفاعهم أمام محكمة الاستئناف بتوافر الضرورة الملجئة التي دفعت ورثة المستأجر الأصلي عدا الطاعن الأول إلي بيع الدكان محل النزاع والتي تمثلت في عدم قدرتهم علي مزاولة النشاط التجاري لأن منهم المرضي وربات البيوت والموظفين وأن الثابت في التمهيد الوارد بعقد البيع بالجدك المؤرخ ١٩٨٠/٣/٢ أن الدافع وراء البيع هو الأسباب الصحية والعائلية التي تحول بينهم وبين مزاولة النشاط التجاري ، وقدموا تأييداً لدفاعهم العقد المشار إليه . وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بفسخ عقد الإيجار المؤرخ ١٩٥١/٤/١ وإخلاء العين محل النزاع بالتأسيس علي قرائن متساندة من بينها خلو الأوراق مما تستخلص منه المحكمة الضرورة الملحة للبيع بالجدك دون أن يعرض لدفاع الطاعنين سالف البيان ولدلالة المستند المقدم منهم تأييداً له رغم أنه دفاع جوهري قد يتغير معه إن صح وجه الرأي في الدعوى فإنه يكون مشوباً بالقصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع " [٢] .

ولاشك أن عودة التاجر صاحب المتجر – والذى قام ببيعه – إلى ذات النشاط فى وقت معاصر لبيع المتجر من شأنه إثبات عدم الضرورة إلى هذا البيع . وحكم بأن الضرورة الملجئة لبيع المتجر – لا يشترط أن تكون نتيجة قوة قاهرة فلا عبرة بما إذا كانت الظروف المؤيدة لها خارجة عن إرادة المستأجر أو بسبب منه – مع وجوب ألا يعود البائع إلى ممارسة ذات

---

(١) محكمة الإسكندرية الابتدائية – الدائرة (٨) مساكن – جلسة ١٩٧٥/٢/١٣ رقم ٣٨٦ ص١٩٧٢ .

كما حكم بأنه «... لما كان يبين من الحكم المطعون منه أنه استدل على توافر الضرورة من اعتزال المطعون ضده العمل لكبر سنه وهو استخلاص سائغ لا يغير منه أن يكون البائع طرفاً فى عقد لشركة تضامن التى أنشئت فى ذات المحل بعد بيعه جدكاً طالما أن الثابت من العقد المذكور أن إدارة هذه الشركة للمطعون ضده الثانى فقط وهو ما يؤكد عدم قدره المطعون ضده الأول على إدارة المحل وتشغيله لكبر سنه ...»
طعن رقم ١٩٠٥ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨ .

(٢) طعن رقم ٧٤/١٦٢١ق جلسة ٢٠٠٥/١٢/١٤ مجلة المحاماة العددان الخامس والسادس ٢٠٠٧ ص ٤٤٢ .

النشاط فى تاريخ معاصر[١].

وقضت محكمة النقض بعدم توافر الضرورة لدى المطعون عليها الثانية لان مجرد استدعاء الزوج للتجنيد لا يحول دون الزوجة العاملة والاستقرار فى عملها وأن الأوراق خالية مما يشير إلى صحة الاستدعاء أصلاً ، وكان الحكم المطعون فيه لم يورد ضمن أسبابه ما يفيد قيام الدليل على حصول ذلك الاستدعاء ، فإنه بقصوره عن بيان المصدر الذى استقى منه هذه الواقعة والدليل على صحتها ومدى تأثيرها باعتبارها ضرورة ملجئة يكون مشوباً بالقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال[٢].

وحكم أن النعى بأن إعسار المستأجرة كان هو الدافع لها على بيع متجرها بالجدك وهو دفاع يخالطه واقع مما يترتب عليه عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض[٣].

عدم اشتراط موافقة مؤجر المكان :

٣٦٠- ونضيف فى هذا الخصوص أنه لا يشترط حصول موافقة مؤجر العقار عند اعتزام مالك المتجر أو المصنع تأجير استغلاله للغير تطبيقاً للمادة (٢/٥٩٤) مدنى ، ذلك أن ما يسير عليه القضاء هو عدم اشتراط موافقة مؤجر العقار عند بيع المتجر أو المصنع . وقضت محكمة النقض أن نص المادة (٢/٥٩٤) «يدل على أن القانون أباح للمستأجر أن يتنازل عن الإيجار لغيره بالرغم من وجود الشرط المانع وبالرغم من عدم

---

(١) طعن رقم ٢٠٢٣ لسنة ٥٠ف جلسة ورق م ١١٠٩ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٨/١/١٨ .

(٢) جلسة ١٩٧٧/٢/٢٧ طعن رقم ٧٤٦ لسنة ٤٣ق السنة ٢٨ ص١٧٠٦ ، أيضاً جلسة ١٩٧٨/١٢/١٠ طعن رقم ٢١٢ لسنة ٤٢ق السنة ٢٧ ص١٥٦٣ ، وجلسة ١٩٧٨/١٢/٦ طعن رقم ٦٥٦ لسنة ٤٥ق السنة ٢٩ ص١٨٥٨ .
أيضاً جلسة ١٩٨٤/٥/٢٣ طعن رقم ١٢٤٢ لسنة ٤٨ق ، أيضاً طعن رقم ١٣٩١ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٧/٤/١٥ ، وطعن رقم ١٠٩١ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٣١ .

(٣) طعن رقم ١٧٣٤ لسنة ٥٠ جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦ .

تنازل المؤجر عن هذا الشرط صراحة أو ضمنا ، إذا كان العقار أنشئ به مصنع أو متجر متى توافرت الشروط المبينة فيه وليس ومن بينها الحصول على إذن خاص من المؤجر وقت التنازل ، هذا إلى أن بيع المحل التجارى عقد رضائى يتم بمجرد اتفاق طرفيه وتنتقل فيه الملكية بمجرد تلاقى الإدارة فلا يتطلب المشرع اتخاذ أى إجراء معين قبل انعقاده ، وكل ما خوله القانون للمؤجر عند رفضه الموافقة على التنازل قبل أو بعد إتمامه أن يلجأ إلى القضاء الذى يصبح لـــه حق مراقبة توافر الضرورة الملجئة التى تجيز هذا البيع لا يغير من هذه القاعدة أن يتعهد البائع والمشترى فى عقد البيع على الحصول على موافقة المؤجر على التنازل لأنه ليس اشتراطا للمصلحة يكسبه حقا يحل التمسك بإعماله»[١].

هذا ويقع عبء إثبات توافر شروط بيع الجدك علي عاتق المستأجر باعتباره المتمسك بحصوله [٢] .

---

(١) جلســـة ١٩٧٦/١١/١٠ طعـــن رقم ٢٥/٢١٢ق السابق الإشارة إليه ، أيـضاً جلسة ١٩٨٤/٦/١٣ طعن رقم ١٥٨٤ لسنة ٤٨ق ، وطعن رقم ٩٤ لـسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/١/١٨ ورقم ٢١٣٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢١ .
ويؤكد زميلنا د. نعمان جمعه هذا الرأى قائلاً «أن العبارة الواردة بالنص لم يقصد بها تدخل المحكمة للقيام بدور إنشائى لازم لانتقال الإجارة إلى مـشترى الجـدك ، وإنما مفهوم العبارة له أنه عند النزاع تتحقق من شروط النص ثم تقضى بالإبقـاء على الإيجار . وقبل تدخل المحكمة يتلقى مشترى الجدك جميع عناصره بما فيهـا الإجارة استناداً إلى عقد شراء الجدك مع صاحبه وتطبيقاً لنصوص القانون . هكذا يستقر مشترى الجدك فى العين ويصبح هو المستأجر الجديد وخاصة فـى حالـة منازعة المؤجر . ففى الحالة الأخيرة لا يعرض الأمر بتاتاً على المحكمة ومع كل لا يشك أحد فى استقرار المحل التجارى (بما فى ذلك الحق فى الإجـارة) فـى ذمـة مشتريه . فمصدر حقه هو عقد شراء الجدك وحده ، وحكم المحكمة لا يتعدى دور المقرر الكاشف للحق» . البحث السابق ص٥٧ .

(٢) طعن رقم ٦٦/١٧٢١ ق جلسة ٢٠٠٦/٦/١٥ مجلة المحاماة العـددان الخـامس والسابع ٢٠٠٧ ص ٤٤٥ أيضاً طعن رقم ٦٦/١٧٢١ ق جلـسة ٢٠٠٦/٦/١٥ مجلة المحاماة العددان الخامس والسادس ٢٠٠٧ ص ٤٤٤.

شروط تطبيق المادة (٢/٥٩٤) مدنى وعلاقتها بالمادة (٢٠) من القانون رقم ١٣٦ سنة ١٩٨١ :

٣٦١- إن تطلب توافر الشروط المنصوص عليها بالمادة (٢/٥٩٤) مدنى عند بيع المتجر بدأت تفقد أهميتها العملية بعد صدور المادة (٢٠) من قانون إيجار الأماكن[١] والتى تنص فى فقرتها الأولى على أنه «يحق للمالك عند قيام المستأجر فى الحالات التى يجوز فيها بيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع بالوحدة السكنية أو المؤجر لغير أغراض السكنى الحصول على ٥٠% من ثمن البيع أو مقابل التنازل بحسب الأحوال وبعد خصم قيمة المنقولات التى بالعين» .

إذ يبين بوضوح أن النص المشار إليه أعطى للمالك حق الحصول على ٥٠% من ثمن بيع المتجر أو المصنع ، فى الحالات التى يجوز فيها للمستأجر البيع ، بعد خصم قيمة المنقولات التى بالعين أو الحق فى الشراء إذا أبدى رغبته فى ذلك وبالشروط المنصوص عليها بالفقرتين الثانية والثالثة من المادة (٢٠) المشار إليها ،

وفي الواقع يعد حكم المادة (٢٠) من قانون ١٩٨١/١٣٦ في شأن أحقية المالك في تقاضي نصف ثمن المبيع أو مقابل التنازل في الحالات التي يجوز فيها للمستأجر بيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع تعديلاً لحكم المادة (٢/٥٩٤) مدني ويعتبر قضاء النقض مستقراً علي ذلك [٢] .

ولا يجوز تطبيق حكم المادة (٢٠) على حالة تأجير استغلال المتجر. حيث لا وجود لنص خاص يحكم حق مؤجر العقار فى هذه الحالة ،

---

(١) رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ .

(٢) طعن رقم ٦٦/٧١٢١ ق جلسة ٢٠٠٦/٦/١٥ مجلة المحاماة العددان الخامس والسادس ٢٠٠٧ ص ٤٤٥.

ولا يتصور أن يكون لهذا الأخير حق الحلول محل المستأجر نظراً لأن عقد تأجير استغلال المتجر من العقود القائمة على الاعتبار الشخصى كما سبق القول .

اقتراحنا فى خصوص شروط تطبيق المادة (٢/٥٩٤) مدنى على تأجير استغلال المتجر :

٣٦٢- إننا نرى فى هذا الخصوص ، عند تنظيم تشريع خاص لعقد استغلال المتجر ، عدم الأخذ بالشروط التى يتطلبها قانون (٢/٥٩٤) مدنى والتى لا تتناسب البتة مع اندماج عنصر الإجارة مع باقى عناصر المتجر أو المصنع وتكوين منقول معنوى مستقل تماماً عن كل عنصر على حدة .

مما سبق نرى أن نطاق المادة (٢/٥٩٤) مدنى يشمل من حيث نوع التصرفات الخاضعة له كافة إمكانات الملكية ، بمعنى أن يكون لصاحب المتجر حق بيعه ورهنه وتأجير استغلاله للغير ، فالقياس من باب أولى حيث يطبق على حالات تدخل حتماً وضرورة وتتحقق منها حكمة النص جلياً كما سبق القول بل أن تطبيقها على حالة تأجير استغلال المتجر يعد أكثر وضوحاً من الحالة التى واجهها النص وهى بيع المتجر أو المصنع .

ويترتب على ذلك أن عقد الإدارة الحرة للمتجر أى تأجير استغلاله جائز بموافقة أو بدون موافقة مالك العقار ، ولا تقوم علاقة قانونية مباشرة بين مؤجر العقار ومستأجر استغلال المتجر . وان كان يمكن وجود علاقات غير مباشرة . ووفقاً للقانون الفرنسى يحرم مستأجر استغلال المتجر من طلب تجديد إيجار المكان المنصوص عليه وفقاً للقانون ٢٠ يونيه ١٩٢٩ (المادة٤) على انه إذا كان عقد تأجير استغلال المتجر باطلاً فإن ذلك لـــه أثره على عقد إيجار المكان إذ يحرم مستأجر المكان (مالك المتجر) من المطالبة بحق تجديد عقد إجارة المكان (المادة ٢/١١ من قانون ١٩٥٦ الخاص بعقد الإدارة الحرة وهى متعلقة بالنظام العام) [١].

---

(١) انظر تفصيل ذلك M Weismsnn & R. Debled السابق رقـم ٥ ص٨ . وقـد نقضت محكمة النقض الفرنسية حكم استئناف محكمـة Basse Terre الـذى قـضى=

وإذا كان مالك المتجر هو فى ذات الوقت مالك العقار كما فى حالة تأجير مالك العقار – المعد فندقاً أو صالة سينما أو مسرح – فإن العقد يتضمن فى حقيقته عقدين ، أحدهما تأجير مكان والأخر تأجير متجر كمنقول معنوى . ولما كان المستأجر ليس مالكاً للمتجر فإنه لا يستطيع طلب تجديد عقد إجارة المكان وفقاً للقانون ١٩٢٦ الفرنسى السابق الإشارة إلية ، ولكن للمستأجر الحق فى التعويض عن القيمة الزائدة للمتجر والعقار نتيجة للتحسينات التى قام بها بموافقة المؤجر Le plus - value apportée au fonds تطبيقاً للمادة ٣٧ من مرسوم ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٥٣ . ولكن ليس للمستأجر تعويض الخروج indemnité d`eviction لأنه ليس مالكاً للمتجر (المادة٤٧ من مرسوم ١٩٥٣) ويتصور هذا فى حالة الإتفاق فى عقد الإدارة الحرة بوصفة العقد الرئيسى على مدة أقل من عقد إجارة المكان[١].

على أن حرمان المستأجر من تجديد إجارة المكان مشروط بوجود متجر بعناه القانونى كما سبق القول . فإذا اتضح عدم وجود عملاء فإن العقد يعد إيجار مكان فقط . وقد حكم بأنه طالما ثبت أن المستأجر قد قام بتغير موضوع استغلال المتجر كلية بطريقة أدت إلى تغيير عملاء المتجر فلا وجود لعقد إدارة حرة وإنما مجرد مكان يتمتع صاحبه بحق تجديد الإجارة[٢] .

=بفسخ عقد إيجار المكان بناء على طلب مؤجر العقار لأن مستأجر استغلال المتجر لم يباشر التجارة سنتين كما تطلب قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ . واستندت محكمة النقض إلى أن ذلك لا يخل بالتزامات مستأجر المكان .
نقض مدنى «الدائرة الثانية » جلسة ١٨ أكتوبر ١٩٦٨ – الجازيت ٢٥ مارس ١٩٦٩، مشار إليه مع التعليق بالمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦٩ ص٤٤٥ رقم ١١ .
ويعد عدم الإعلان والشهر عن عقد الإدارة الحرة سبباً فى حرمان المالك للمتجر من طلب تجديد المكان . نقض تجارى جلسة ٥ مارس ١٩٦٩ .J.C.P فبراير ١٩٧٠ ص١٣١ .
(١) نقض تجارى جلسة ٣٠ يناير ١٩٧٤ دالوز ص١٣٠ .
(٢) نقض مدنى جلسة ٥ فبراير ١٩٥١ ، البلتان المدنى – ١١ – رقم السابق الإشارة إليه ص١٥٩ ، ١٨٠ .

الفرع الثالث

اثر العقد على ديون المؤجر والمستأجر المتعلقة بالاستغلال التجارى

المبدأ : عدم اعتبار الحقوق والديون عنصرا من عناصر المتجر إلا بإتفاق خاص :

٣٦٣- أن انتقال حقوق المؤجر وديونه المتعلقة بالاستغلال التجارى إلى المستأجر تتوقف على ما إذا كانت هذه الحقوق والديون عنصرا من عناصر المتجر من عدمه . وقد اختلفت الآراء والتشريعات حول اعتبار هذه الحقوق والديون من عناصر المتجر . وكما سبق القول فإن الرأى الراجح فى الفقه المصرى[١]هو خروج هذه الحقوق والتزامات كقاعدة عامة من العناصر المعنوية للمتجر ، إذ أن المتجر ، وإن كان يمثل مجموعة من العناصر ، إلا أنه ليس ذمة مالية مستقلة عن ذمة مالكه . ومن ثم تشغل هذه الحقوق والالتزامات ذمة التاجر المؤجر ولا تنتقل إلا باتفاق خاص بين الطرفين . ويشترط اتباع الإجراءات الخاصة بحوالة الدين المدنى. فالحقوق التى للتاجر المؤجر من عملائه لا تنتقل إلى مستأجر الاستغلال بمجرد عقد تأجير المتجر وكذلك التزاماته فإنه يظل مسئولا عنها ويجوز اقتضاؤها من أمواله الخاصة .

وسبق أن ذكرنا أن قانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ نص صراحة على أن ديون المؤجر المتعلقة باستغلاله التجارى تظل ذمته منشغلة بها ما لم

---

(١) د. على يونس ص٢٧ رقم ١٨ ، د. مصطفى طه ، الوجيز ، ص٥٢٤ رقم ٦٠٢ ، د. على البارودى ، القانون التجارى اللبنانى ، طبعة ١٩٧١ ص٤٣٤ رقم ٣١٤ . رودبير ص١٧٥ ص١١٤ ، ريبير وربلو رقم ٥٤٥ ص٣٥٩ ، هامل رقم ١٠٢٠ ص١١٢ .

يتفق على خلاف ذلك حيث تنص المادة (٤٠) تجارى على أنه «تبقى ذمة المتصرف مشغولة بالديون المتصلة بالمتجر والتى يكون تاريخ إنشائها سابقا على شهر التصرف إلا إذا أبرأه الدائنون منها» .

ويتفق ذلك مع ما يأخذ به كل من التشريع الفرنسى والسويسرى[١] حيث لا تعتبر الحقوق والديون الناشئة عن الاستغلال التجارى عنصرا من عناصر المحل التجارى إلا إذا اتفق على خلاف ذلك فى العقد ، وعلى عكس ذلك التشريع الألمانى والإيطالى[٢]، الذى يعتبر كل منهما الحقوق والديون المتعلقة بنشاط التاجر جزءا من المحل التجارى وتنتقل معه ويجوز للمتعاقدين الاتفاق على غير ذلك .

انتقال عقود استخدام عمال المتجر :

٣٦٤- فى ظل أحكام القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ الخاص بقانون العمل الموحد ونقابات العمال لم يكن هناك محل لتطبيق حكم المادة (٨٥) من هذا القانون والخاصة بانتقال عقود استخدام عمال المنشأة فى مواجهة الخلف الخاص ومسئوليته بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن تنفيذ جميع الالتزامات ، ذلك أن مستأجر استغلال المتجر ليس بخلف خاص لمالكه المؤجر .

فالخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه ملكية شئ معين بالذات أو

---

(١) د. على يونس ، الموضوع السابق .

(٢) ويأخذ بذلك التشريع اللبنانى (المادة ٦ رسوم ١١ تموز ١٩٦٩) ، د. على البارودى ، المرجع السابق ص٤٣٤ خاصة هامش رقم (١) ، د. على يونس ، الموضوع السابق .

حقا عينيا على هذا الشئ[١]. هذا بالإضافة إلى أن عقود الاستخدام مؤسسة على الاعتبار الشخصى فى غالب الأحوال[٢]. ولا تعد هذه العقود من مستلزمات المنشأة[٣].

وبناء على ذلك فإن مستأجر الاستغلال لم يكن ملزماً باحترام عقود العمل التى إبرمها المؤجر مع مستخدميه ما لم يتفق على خلاف ذلك . وقد

---

(١) د. السنهورى جـ١ رقم ٣٥٠ ص٦٥٠ .

(٢) د. محمود جمال الدين زكى ، عقد العمل الكويتى ، طبعة ١٩٧٢ رقم ١٠٧ ص٤١٩ .

(٣) محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق رقم ١٨٧ ص٢٧٣ .

وفقاً للقانون الفرنسى ، المادة (٨/٢٣) من الكتاب الأول لقانون العمل الفرنسى الصادر فى ١٩ يوليو ١٩٢٨ التى أصبحت ٧/٢٤ منذ قانون ٧٣ – ٦٨٠ الصادر فى ١٣ يوليو ١٩٧٣ والمادة ١٢٢ – ١٢ من التقنين الجديد ، تنتقل عقود الاستخدام إلى مستأجر الاستغلال نظراً لعموم النص وليس قصره على التصرفات الناقلة للملكية أو الناقلة لحق عينى ، حيث يقضى النص المشار إليه بأنه «إذا حصل تغيير فى المركز القانونى لرب العمل ، وعلى الأخص بمقتضى الميراث أو البيع أو اندماج المنشأة فى غيرها ..» فإن جميع عقود العمل السارية وقتذاك تبقى مستمرة بين صاحب العمل الجديد وعمال المنشأة ، والنص الفرنسى هو :

S'il survient une modification dans la situation jurdique de l'employeur, notament par succession, vente, fusion, tranformation du fonds mise en société, tout les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistes entre le nouvel entrepreneur et le personnel de l'entrepise .

ويقضى القضاء الفرنسى بذلك لعموم النص : نقض مدنى فى جلسة ١٦ مارس ١٩٣٢ – الجازيت ١٩٣٢ – ٢ – ٣٩ . فى هذا الخصوص : كوهين مؤلفه السابق رقم ١٠٢٨ ص٥٧٧ ، ميشيل رقم ١٥٢ – ٤٠٧ خاصة هامش رقم ٣. ورقم ٢٣٥ ص٦٥٤.

نادينا فى هذا الخصوص[١] النص صراحة على استمرار عقود الاستخدام فى حالة تأجير استغلال المتجر أسوة بحالة نقل ملكيته أو نقل حق عينى عليه، وذلك حماية للعمال وهى ذات الحماية التى قصدها تشريع العمل من نص المادة (٨٥) السابق إليها خاصة وهى تتعلق بالنظام العام[٢].

وجاء القانون رقم (١٣٧) لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون العمل مستجيبا لهذا النداء وتضمن نص المادة التاسعة فقرة أولى من الفصل الثانى من الباب الأول عبارة «أو الإيجار» حيث نصت على أنه لا يمنع من الوفاء بجميع الالتزامات المنصوص عليها فى هذا القانون حل المنشأة أو تصفيتها أو إغلاقها أو إفلاسها أو إدماجها فى غيرها أو انتقالها بالإرث أو الوصية أو الهبة أو البيع ولو كان بالمزاد العلنى أو النزول أو الإيجار أو غير ذلك من التصرفات .

ورددت المادة (٢/٩) من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ الأحكام ذاتها .

وبناء على هذا النص الجديد يلزم مستأجر استغلال المتجر بالإبقاء على عقود استخدام العاملين بالمنشأة محل عقد الإيجار وطوال فترة عقود

---

(١) انظر بحثنا السابق نشره بمجلة القانون والاقتصاد – العددان الثالث والرابع من السنة السادسة والأربعون ١٩٧٦م ص١٧ .

(٢) تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى تعليقاً على المادة ٩٦٩ منه (جـ٣ ص٥٤٨) إلى أنه ترتب على التقدم الاقتصادى الذى تم فى العصر الحديث ، وانتشار الصناعة وتركيزها أن أصبحت صلة العامل بالمصنع أو المنشأة اقوى منها برب العمل المتعاقد معه وكاد العقد أن يفقد صفته الشخصية فى الواقع ، وصار من الواجب بناء على ذلك أن تغيير شخصية المالك لا يؤثر على مركز العامل .

استخدامهم . كما يعد مسئولاً بالتضامن مع أصحاب الأعمال السابقين عن تنفيذ جميع الالتزامات المذكورة وذلك تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة التاسعة المشار إليها .

عدم انتقال عقود التأمين إلا باتفاق خاص :

٣٦٥- وفقاً للمبدأ العام السابق الإشارة إليه وهو عدم انتقال حقوق أو ديون التاجر المتعلقة بتجارته عند التصرف فى المتجر بتأجير استغلاله فإن عقود التأمين التى يبرمها المؤجر والمتعلقة بالمتجر لا تنتقل إلى مستأجر الاستغلال، فالحقوق والالتزامات الناتجة عنها والتى أبرمها المؤجر لا تنتقل إلى مستأجر الاستغلال لأنه ليس خلفاً خاصاً تطبيقاً لنص المادة (١٤٦) مدنى الذى يطبق فى حالة بيع المتجر ، حتى ولو كان المستأجر يعلم بهذه التأمينات وقت الإجارة ما لم يتفق على خلاف ذلك[١].

أحكام مسئولية المؤجر والمستأجر عن الديون المتعلقة بالاستغلال التجارى للمتجر :

٣٦٦- فى ضوء ما سبق سوف نقوم بتحديد مسئولية كل من مؤجر المتجر ومستأجره عن الديون المتعلقة بالاستغلال التجارى للمتجر . وجدير بالذكر أن المشرع الفرنسى وضع تنظيماً متميزاً للمسئولية عن الديون المتعلقة باستغلال المتجر بالقانون الصادر فى ٢٠ مارس ١٩٥٦ الخاص بعقد الإدارة الحرة . وقد رأينا مناقشة أحكامه وتقديرها فى نهاية هذه الدراسة للإفادة منه ، عند معالجتنا الشاملة تشريعياً لهذا الموضوع .

---

(١) ورغم هذا الاتفاق يظل مؤجر المتجر مسئولاً فى مواجهة الغير عن الالتزامات التى عقدها إذا لم يقم المستأجر بالوفاء بها . راجع Zarka رسالة جامعة اكس المشار إليها آنفاً ص٧٨ .

١- مسئولية المؤجر عن الديون السابقة على عقد تأجير الاستغلال :

٣٦٧- يسأل مالك المتجر (مؤجره) كقاعدة عامة عن كافة الديون المتعلقة باستغلال متجره مسئولية شخصية حتى تاريخ إبرام عقد تأجير الاستغلال . وإذا قام المؤجر بإجراءات القيد بالسجل التجارى لإيضاح حقيقة مركزه القانونى كمؤجر غير مستغل للمتجر ، واتخذ وسائل الشهر والعلانية التى تطلبها القانون تقوم قرينة على صحة البيانات المدونة ولا يسأل عن الديون التى يبرمها مستأجر الاستغلال بعد إبرام عقد الإجارة ما لم يثبت الغير خلاف ذلك .

وتضمن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ لأول مرة نصا قرر فيه مسئولية المؤجر عن الديون المتعلقة بالاستغلال التجارى السابقة على شهر التصرف ، وذلك بالمادة (٤٠) السابق ذكر حكمها . وقد استجاب المشرع بذلك لآرائنا فى هذا الخصوص[١].

٢- مسئولية المؤجر عن الديون اللاحقة على عقد تأجير الاستغلال :

٣٦٨- يلتزم طرفا عقد تأجير الاستغلال بقيد هذا العقد بسجل خاص مخصص لقيد هذه العقود بالإضافة إلى القيد بالسجل التجارى وذلك طبقا لحكم المادة (٣/٢/٣٧) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ . ويجب أن يتضمن القيد بيانات محددة من بينها قيد الاتفاقات بشأن العقود والتعهدات المتعلقة بالمتجر (المادة ٣/٣٧ من قانون التجارة) .

فإذا لم يقم المؤجر بإجراءات القيد والنشر بما يفيد وقف مزاولته الأعمال التجارية خلال تأجيره للمتجر ، ونشأ عن ذلك اعتقاد الغير حسن

---

(١) انظر بحثنا بعنوان «تأجير استغلال المحل التجارى» مجلة القانون والاقتصاد – العددان الثالث والرابع السنة ٤٦ لسنة ١٩٧٦

النية ، باستمرار استغلاله المتجر لحسابه الشخصى ، انعقدت مسئوليته عن الديون التى تنشأ نتيجة استغلال المتجر بعد عقد الإيجار بالجدك[١]. كذلك الأمر إذا كان القيد بالسجل متأخرا أو غامضا مما أوقع الغير فى اللبس والاعتقاد بأن المدير الحر أى مستأجر الجدك مجرد تابع . وأساس ذلك أن المؤجر نتيجة خطئه خلق وضعا من الظاهر مخالفا للحقيقة يوقع الغير فى الخلط واللبس . وبالتالى وجب عليه أن يتحمل التعويض الذى يتمثل فى التزامه بديون مستأجر الاستغلال المتعلقة بالمتجر مقابل اعتقاد الغير بالوضع الظاهر[٢] .

ولما كانت مسئولية المؤجر فى هذا الخصوص مؤسسة على الإهمال فهى مسئولية تقصيرية وبالتالى وجب لتقريرها شروط المسئولية ، وعلى المحكمة أن توضح فى حكمها خطأ المؤجر المتمثل فى عدم اتخاذ الإجراءات التى من شأنها إعلام الغير وإخطاره بطريقة كافية بحقيقة مركزه

---

(١) جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية – قبل تشريع ١٩٥٣ – على حماية دائنى المؤجر بتقرير مسئوليته إذا لم يقم بإيضاح مركزه كمؤجر غير مستغل بوسائل العلانية الكافية .

نقض مدنى جلسة ٢٦ يناير و٧ نوفمبر ١٩٤٤ ، دالوز ١٩٤٥ مع تعليق ريبير .

أيضاً مقال R. Houin بالمجلة الفصلية ١٩٥٤ ص٢٩ ومقال A. Cohen بذات المجلة ١٩٤٨ ص١٧٢ .

(٢) حكم محكمة Amins جلسة ٨ مايو ١٩٣٤ سيرى ١٩٣٤ – ٢ – ٧١ محكمة باريس جلسة ١١ أكتوبر ١٩٥٤ . دالوز ١٩٥٥ ، الملخص ٤٦ .

فى تحديد طبيعة الخطأ الذى ارتكبه المؤجر لترتيب مسئوليته راجع رسالة Zarka ص٢٠١ وما بعدها .

وفى نقد نظرية الوضع الظاهر لإقرار مسئولية المؤجر Burn رسالة باريس السابق الإشارة إليها ص٥٨ .

القانونى كمؤجر غير مستغل . كما على المحكمة ألا تجيب طلب دائنى المستأجر إلا فى حدود الضرر الذى أصابهم . وعليها رفض طلب هؤلاء فى كل حالة يتضح فيها أن تعاقدهم مع المستأجر قد تم بناء على علمهم بصفته ومركزه القانونى كمستغل للمتجر(١).

ويجوز للمؤجر دائما إثبات علم الغير أو سؤ نيته وتواطئه مع المستأجر بكافة طرق الإثبات(٢).

وغنى عن البيان أن مالك المتجر له حق الرجوع على المدير الحر بكل ما يدفعه من مبالغ لدائنى هذا الأخير .

٢- مسئولية المستأجر عن ديون استغلال المتجر اللاحقة لإبرام العقد :

٣٦٩- يسأل مستأجر المتجر عن كافة الديون التى يقوم بإبرامها مع الغير منذ إبرام عقد الإدارة الحرة ، وليس لدائنى المؤجر ، أيا كانت أسباب ديونهم المتعلقة بالاستغلال التجارى للمتجر محل عقد التأجير ، الرجوع على مستأجر الاستغلال . كما ليس لدائنى هذا الأخير الرجوع على المؤجر بحجة انه مالك للمتجر . ذلك انه لا وجود لذمة تخصيص فى القانون المصرى كما سبق القول(٣).

---

(١) حكم محكمة Saint-Etienne التجارية جلسة ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ – الجازيت ١٩٢٣ – ٢ – ١٣٣ تحت ملحوظة (ب) .

(٢) محكمة باريس ، جلسة ٨ يوليو ١٩٣٠ ، دالوز الأسبوعية ١٩٣٠- ٥٣٠ ومحكمة Bordeaux جلسة ١٧ إبريل ١٩٥٠ دالوز ١٩٥٠ المخلص ٧٠ .
فى هذا الخصوص Derrida فى Encyclopedie Dalloz السابق الإشارة إليها رقم ٦ ص٢ .

(٣) كذلك الحال وفقا للقانون الفرنسى – راجع مقال Chauveau فى دالوز الأسبوعية ١٩٣٩ ص ٣٧ تحت عنوان : (=)

فهذه الديون تنشغل بها ذمة المستأجر وحده ويعد المؤجر من الغير بالنسبة لها[١] ويشاركهم فيها الدائنون الشخصيون ولو لم تتعلق ديونهم باستغلال المتجر .

ومسئولية المستأجر عن ديون استغلال المتجر منذ إبرام عقد إيجار الجدك ، على هذا النحو تتقرر سواء قام باتخاذ إجراءات القيد بالسجل التجارى وإيضاح مركزه كتاجر مستقل بالاستغلال ، أم لم يقم بهذه الإجراءات ، فهو يتعاقد باسمه ولحسابه الشخصى . أما إذا قام بإبرام التصرفات بوصفة تابعا أو وكيلا عن المؤجر ، ولم يكن هذا الأخير قام باتخاذ إجراءات الشهر والعلانية طبقا لحكم المادة (٣٧/٣/٨) من قانون

(=) "Le fonds de commerce patrimoine d'affection" propos sur contrat de gerance libre .

(١) وقررت ذلك محكمة Roubaix التجارية الفرنسية بفرنسا (جلسة ١٢ أكتوبر ١٩٣٢ – الجازيت ١٩٤٢ – ٢ – ٩٥٧) بقولها :

" Le proprietaire d'un fonds de commerce donné en location est un tiers rapport a ceux qui traitent avec le contractant en son nom personnel et non comme mandataire du bailleur " .

وبخصوص مسئولية المستأجر وحده عن هذه الديون : حكم النقض الفرنسى جلسة ٦ ديسمبر ١٩٣٨ دالوز ١٩٤٠ – ١ – ٥ مع تعليق ريبير سيرى ١٩٣٩ – ١ – ٩ مع تعليق H.Rousseau .

وإذا كان المشروع متوقفا عن الدفع خلال فترة تأجير الاستغلال فإن المستأجر هو الذى يخضع لنظام التصحيح القضائى على عكس المؤجر الذى لا علاقة له بذلك أثناء سريان العقد : نقض تجارى جلسة ١٩٨٢/٦/٢٩ – المجلة الفصلية ١٩٨٣ – ٦٣ مع تعليق Derrupé . كما حكم بأن اتخاذ الإجراءات الجماعية من الدائنين خلال فترة العقد لا تؤدى وحدها إلى نهاية عقد تأجير الاستغلال وإعادة المحل التجارى إلى المؤجر . نقض تجارى جلسة ٧ فبراير ١٩٨٩ دالوز سيرى ١٩٨٩ – ١ ٠ ٦٧ ريبير رقم ٥٦٧ .

التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، فإن مسئولية المؤجر والمستأجر تنعقد عن هذه الديون وفقا للتفصيل السابق إيضاحه فى البند السابق .

موقف التشريع الفرنسى من الديون المتعلقة بعقد تأجير استغلال المتجر :

أولا : قبل التنظيم التشريعى لعقد تأجير استغلال المتجر :

٣٧٠- سبق أن أشرنا إلى أن المشرع الفرنسى نظم عقد تأجير استغلال المتجر لأول مرة فى ٢٢ سبتمبر ١٩٥٣ الذى الغى بقانون ٢٠مارس ١٩٥٦ .

وجرى قضاء النقض الفرنسى ، قبل التنظيم التشريعى ، على مسئولية المؤجر عن كافة ديون استغلال المتجر قبل تأجيره وبعده حتى اتخاذ إجراءات العلانية والشهر وفقا لقانون السجل التجارى آنذاك . كما كان يشترط هذا القضاء عند رجوع دائن المستأجر على المؤجر ، بسبب عدم اتخاذ إجراءات الشهر والعلانية ، ضرورة إعلان عدم ملاءة مستأجر الاستغلال[١].

وقبل استقرار قضاء النقض الفرنسى على هذا النحو ، كان القضاء مترددا ، فبعض الأحكام قررت استطاعة دائن المدير الحر الحجز على المتجر تطبيقاً للمادة (١٨) من قانون ١٩٠٩ الخاص ببيع ورهن المحال التجارية والتى تسمح للدائنين بديون تتعلق بالمتجر ، بتتبع المتجر محل الضمان ، أن يطلبوا فى ذات الحكم التزام المدين بالدفع والحجز على

---

(١) نقض مدنى جلسة ٢٦ يونيو و ٧ نوفمبر – دالوز ١٩٤٥ – ٤١ مع تعليق ريبير . وبخصوص نظام المسئولية عن ديون المتجر قبل التنظيم التشريعى ١٩٥٣ مقال R.Houin بالمجلة الفصلية ١٩٥٤ ص٢٢ والمجلة ١٩٥٦ ص٢٠٦ .

المتجر . وكانت هذه وسيلة إجرائية تحولت إلى شبه مبدأ فى القضاء[١].

وقيل تعليقا على هذا القضاء انه جاء بناء على فكرة مستوردة من قانون أجنبى يعتبر المتجر وحده مستقلة قياسا على السفينة التى تخصص للوفاء بديون الرحلة ، وان المحل يكمن فى فكرة الـ Crédit réel مؤسسة على المتجر ، وهى نظرية مفيدة عمليا وتمنع الإشكالات حول العلانية وتوفر على الموردين جهد البحث دون جدوى[٢]. وقد انتقد الفقه[٣] هذا الاتجاه لأنه لا وجود لديون المتجر . فهو ليس مجموعة مستقلة لها ذمة مالية مستقلة كما سبق القول .

كما يرى جانب من الفقه أن اعتبار المادة (١٨) امتيازا للموردين أمر لا يمكن الأخذ به لأنه لا امتياز إلا بنص، ولم يستعمل المشرع الفرنسى عبارة Gage أو دعوى عينية Action réele أو امتياز Privilége فالمادة (١٨) تشير إلى المدير والمالك للمتجر فهم شخص واحد[٤].

وقد رفضت بناء على ذلك محكمة النقض الفرنسية دعوى دائن المستأجر ضد مالك المتجر المؤجر إذا كانت الدعوى مؤسسة فقط على أن دين المدير يتعلق باستغلال المتجر[٥]. كما ظهر اتجاه قضائى يعلن مسئولية

---

(١) حكم باريس جلسة ٧ نوفمبر ١٩٢٠ – الجازيت – ١ – ١٠٥ ومحكمة السين المدنية جلسة ١٣ يناير ١٩٣٤ – الجازيت ١٩٣٤ – ٢ – ١٧٣ ومحكمة باريس ٢٩ ديسمبر ١٩٣٤ – دالوز الدورية ٣٧٢ – مع تعليق Mantier .

(٢) مقال P.Chauveau السابق الإشارة إليه – دالوز الأسبوعية ١٩٢٩ ص٢١ .

(٣) ريبير السابق رقم ٥٧٠ .

(٤) Burn رسالة جامعة باريس سالفة الذكر ص٧١ .

(٥) نقض جلسة ٦ ديسمبر ١٩٣٨ و ٢٢ فبراير ١٩٣٩ ، وجلسة ٢٨ فبراير ١٩٣٩، دالوز الدورية ١٩٤٠ – ١ – ٥٠١ ، مع تعليق ريبير . (=)

المؤجر عن ديون المستأجر بناء على عدم شرعية عقد الإدارة الحر لأنه غير منصوص عليه قانونا . ولكن هذا الاتجاه يتجاهل مبدأ حرية التعاقد وقد رفضه القضاء بعد ذلك[١].

ثانيا : بعد التنظيم التشريعى لعقد تأجير الاستغلال :

٣٧١- وفقا لقانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ بتنظيم الإدارة الحرة نجد المسئولية عن ديون استغلال المتجر على النحو التالى :

أ - الديون السابقة على عقد الإدارة الحرة وحق الدائنين العاديين فى إسقاط آجال ديونهم فى التشريع الفرنسى :

٣٧٢- يسأل المؤجر وحده عن ديونه المتعلقة باستغلال المتجر قبل تأجير إستغلاله ، ووفقا للقواعد العامة تظل هذه الديون غير واجبة الأداء من جانب المؤجر إلا بحلول أجلها ولو كان هذا الأجل بعد تأجير المتجر . على أن المشرع الفرنسى قدر أن قيام المؤجر بتأجير المتجر قد يترتب عليه إضعاف لتأمينات دائنيه فقرر إمكان مطالبة هؤلاء بسقوط الأجل والوفاء فورا [٢] (المادة ٧) . ووضع المشرع الفرنسى مهلة لذلك هى ثلاثة

(=) أيضا المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٠٣٩ ص٧٨ ، ص٧٧١ مع تعليق R. Raynaud ، وأيضا مجموعة سيرى ١٩٣٩ - ١ - ٩ .

بخصوص الآراء التى تستند إلى نص المادة (١٨) فى تقرير مسئولية المؤجر عن ديون مستأجره ونقد هذه الآراء Zarka ، الرسالة سالفة الذكر ص٨٥ وأيضا مقال R. Houin منشور بالـ Journal des notaries et des avocats ; Doctrine pratique nationale .

ص٧٧٤ تحت رقم ٣٨٩٣٤ .

(١) باريس جلسة ٢٦ يناير ١٩٣٣ - الجازيت - ٢ - ١٣١ .

(٢) كان مرسوم ٢٢ سبتمبر ١٩٥٢ يقرر لدائنى المتجر هذا الحق .

اشهر من يوم الإعلان بالجريدة القانونية . وللقاضى سلطة تقدير مدى أثر تأجير استغلال المتجر على ضمانات الدائنين[١].

ويعد حق دائن المؤجر فى المطالبة بإسقاط أجل دينه والوفاء فورا بمناسبة تأجير استغلال المتجر على هذا النحو خروجا على القواعد العامة التى تقضى بسقوط الأجل لضعف التأمينات الخاصة (الرهن والامتياز) التى تضمن الوفاء بالدين[٢].

تقديرنا لحق الدائنين العاديين فى إسقاط آجال ديونهم بمناسبة تأجير استغلال المتجر:

٢٧٣- نرى فى هذا الخصوص أنه لا بأس من الأخذ بهذا الحكم عند تنظيم تشريعنا لعقد تأجير استغلال المتجر (التأجير بالجدك) حماية لدائنى المؤجر . وأساس ذلك أن أصحاب الديون المتعلقة بالمتجر كدين

---

(١) وغنى عن البيان أن دائنى مالك المتجر ليس لهم هذا الحق فى حالة تسليم إدارة المتجر إلى مدير مأجور أو وكيل ما لم يتفقوا على ضرورة استغلال المالك للمتجر شخصيا وسقوط أجل الدين فى حالة مخالفة ذلك .

راجع فى حق الدائنين العاديين بناء على المادة السابعة R. Weismann & Debled السابق رقم ١١ ص١٠ ، و J. Guyenot مؤلفة السابق رقم ١٥٦ ص٨٢ ميشيل رقم ٢٣٦ ص١٤٦ .

(٢) المادة (٢/٢٧٣) مدنى مصرى التى تقضى بسقوط الأجل «إذا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن مع تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لا حق أو بمقتضى القانون هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإدارة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا» .

ومقتضى ذلك عدم كفاية إضعاف الضمان العام للدائنين الذى يتناول كل أموال المدين كأن يتصرف فى بعض أمواله .

راجع تفصيلا فى هذا الخصوص . د. السنهورى جـ٣ ص١١٠ .

الثمن لبائع المتجر ، وقد قبلوا منح مدينهم أجلا لأنه يقوم شخصيا باستغلال المتجر ، وأن من شأن تأجير استغلاله للغير احتمال نقص قيمة المتجر أو فقده كلية كما سبق القول مما يزيل الثقة ويزيل أسباب منحهم الأجل للمالك . ويؤدى إقرار هذا الحق لدائنى المؤجر إلى تشجيع تأجيل ثمن المحل التجارى فى حالة بيعه وزيادة ائتمان أصحاب المحال التجارية .

ولا يعد هذا الحكم غريبا على المشرع المصرى ، فقد أخذ به فى حالة رهن المحل التجارى ، إذ تنص المادة (٢٥) من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع ورهن المحال التجارية بأنه «للدائنين السابقين على قيد الرهن ، متى كان الغرض من ديونهم استغلال المحل التجارى أن يطلبوا سداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها إذا أصابهم ضرر بسبب ذلك القيد» فمقتضى هذا النص جواز سقوط أجل الدين العادى خلافا للقواعد العامة كما سبق القول .

وللمحكمة سلطة تقديرية فى إجابة الطلب من عدمه ، كما عليها التأكد من توافر شروط المادة (٢٥) المشار إليها وهى كون الدين سابقا على قيد الرهن ومتعلقا باستغلال المتجر[١]، وأن يصيب الدائن العادى ضرر

---

(١) وجاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون بيع ورهن المحال التجارية فى هذا الخصوص : وهذا مبدأ جديد فإنه طبقا للقواعد العامة لا يترتب على ضعف التأمينات حلول أجل الدين إذا كانت محلا لوفائه . أما المشرع فقد أجاز استحقاق الدين قبل حلول أجله فى حالة حصول ضرر للدائنين بسبب ترتيب رهن المحل التجارى لما يترتب عليه من إضعاف للضمان العام .
فى شرح حكم المادة (٢٥) المشار إليها راجع د. على يونس ص٣١٧ خاصة هامش رقم (١) . ونرى مع ما يراه جانب من الفقه ، فى هذا الشأن ، أن نص المادة (٢٥) إنما يحمل أول ملامح الاعتداد بصفة المحل التجارى كذمة تخصيص ناقصة . فالإعتراف بحق خاص للدائن العادى بمناسبة رهن المحل التجارى (=)

من جراء رهن المحل التجارى كما إذا لم يكن لمدينه أموالا أخرى أو عدم كفايتها وكان دين الرهن يستغرق كل أو معظم قيمة المتجر[١].

ب - الديون اللاحقة على عقد الإدارة الحرة وحتى اتخاذ إجراءات الشهر والعلانية فى التشريع الفرنسى :

٣٧٤- يسأل مستأجر الاستغلال عن الديون التى يقوم بإبرامها بعد عقد الإدارة الحرة ، وقرر المشرع الفرنسى وبنص خاص مسئولية المؤجر بالإضافة إلى المستأجر وبالتضامن عن كافة الديون المتعلقة باستغلال المتجر فى حالة عدم إتخاذ إجراءات الشهر والعلانية المنصوص عليها بقانون (٢٠) مارس ١٩٥٦ والمادة (٨) . فالغير الذى يتعامل مع مستأجر الاستغلال ليس ملزما بمعرفة حقيقة مركز المدير الحر وما إذا كان مستأجرا للاستغلال أو مجرد تابع[٢]. بمعنى أن المشرع الفرنسى وضع قرينة قاطعة بأن الغير اعتقد تعامله مع تابع.

ولم تأخذ محكمة النقض الفرنسية بما قضت به محكمة الاستئناف من عدم تطبيق المادة (٨) من قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ والخاصة بإلزام

(=) يعد نوعا من التخصيص ، أو هو على الأقل خطوة ابتدائية فى الاتجاه بالمحل التجارى نحو اعتباره ذمة تخصيص .

د/ على البارودى ، القانون التجارى ، طبعة ١٩٧٥ ص٣٠٦ هامش رقم (١) .

راجع فى ذات المعنى : ميشيل رقم ٢٣٦ ص٦٤٦ . و R. Houin بمقالة السابق بالمجلة الفصلية ١٩٥٤ ص٤٣ ويعتبر عن ذلك بقوله :

" Il a donc vue premiere specialisation du passif commercial lie au fonds de commerce " .

(١) د. على يونس رقم ٢٢٩ ص٣١٦ ، ٣١٧ .

(٢) باريس جلسة ١٥ ديسمبر ١٩٥٢ الـ J.C.P. ١٩٥٤ - ٢ - ١٥٨ مع تعليق : Savatier .

مؤجر الاستغلال بالتضامن عن ديون المستأجر ، لما تبين لها أن الجمعية المؤجرة لدار السينما والتى تقوم على نشر الثقافة الجماهيرية والتعليم المدرسى ، كانت تعرض الأفلام فى دار السينما المؤجرة للجمهور بمقابل ، قبل عقد تأجير استغلالها وبالتالى تعد فى حكم مؤجر استغلال المتجر وفقا لقانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ المشار إليه وتلزم باتخاذ إجراءات الشهر والعلانية المنصوص عليها به[١].

ج - الديون اللاحقة على شهر عقد تأجير استغلال المتجر فى التشريع الفرنسى:

مسئولية مؤجر المتجر بالتضامن مع المستأجر خلال ستة أشهر :

٣٧٥ – يسأل المستأجر عن الديون المتعلقة باستغلال المتجر بعد اتخاذ إجراءات الشهر والعلانية . وجاء المشرع الفرنسى ، فى هذا الخصوص، بنص خاص قرر فيه مسئولية المؤجر بالتضامن مع المستأجر عن هذه الديون فترة الستة أشهر التالية إجراءات العلانية [٢]، قاصدا حماية الغير ، ويشترط القضاء دائما تعلق هذه الديون باستغلال المتجر[٣].

وتعتبر فترة الستة اشهر التالية لإجراءات العلانية فى نظر من الفقه الفرنسى ضرورة حتى يعلم الغير بالعقد[٤].

---

(١) جلسة ٩ ديسمبر ١٩٦٥ الـ J.C.P. ١٩٦٧ – ٢ – ٣ – ١٥٠٩ .

(٢) ميشيل رقم ٢٣٦ ص٦٤٦ ، وطبعة ١٩٧٩ رقم ٢٣٦ ص٨١٩ .

(٣) نقض تجارى جلسة ٦ يونيه ١٩٧٢ – دالوز – ١٩٧٢ – ٥٨٠ بخصوص تعلق الدين باستغلال المتجر ، نقض فرنسى جلسة ١٩٧٤/٦/٢٥ – الـ J.c.p. ١٩٧٥ – ٢ – ١٧٩٨٧ . وأيضا بالمجلة الفصلية ١٩٧٥ – ٢٧٣ رقم ٢٠ .

(٤) ريبير وروبلو رقم ٥٧١ .

وتنص أيضا على هذه المسئولية التضامنية للمؤجر والمستأجر خلال الستة اشهر (المادة ٢/٤٢ من قانون ٢٣ مارس ١٩٦٧) الخاص بالسجل التجارى وذلك (=)

وطبقت محكمة النقض الفرنسية نص المادة (٨) المشار إليها والتى تقرر استثناء على قاعدة نسبية أثر العقد ، حيث قضت بمسئولية المؤجر للمحل التجارى عن ديون المستأجر المتعلقة باستغلال المتجر(١).

تقديرنا للمسئولية التضامنية للمؤجر والمستأجر خلال فترة الستة أشهر فى القانون الفرنسى :

٣٧٦ – نرى أن مدة الستة أشهر التى يأخذ بها المشرع الفرنسى هى مدة طويلة وأن من شأن حكم المادة الثامنة سالفة الذكر وضع دائنى مستأجر المتجر فى مركز متميز عن غيرهم من الدائنين العاديين دون سبب قانونى يبرر ذلك ، حيث يفترض العلم للكافة ، خاصة من لهم مصالح متعلقة بالمتجر ، بالتصرف الوارد على المتجر ، بمجرد اتخاذ إجراءات الشهر والعلانية التى توضح توضيحا كافيا حقيقة المراكز القانونية لكل من المؤجر والمستأجر مما لا يدعو إلى حماية دائنى المستأجر المتعلقة بالاستغلال التجارى دون غيرهم .

كما أن مسئولية المؤجر على هذا النحو تخالف القصد من العقد ، ذلك أن المالك يقصد من تأجير استغلال متجره البعد عن المخاطر كلية

(=) كجزاء لعدم القيد بالسجل . وجدير بالذكر أن مرسوم ٢٣ سبتمبر ١٩٥٣ الملغى كان يلزم المؤجر بديون المستأجر ، حتى بعد الإعلان إلى نهاية عقد الإدارة الحرة، فى حدود قيمة المتجر المعلنة بواسطة المحكمة التجارية ، واستبدل ذلك بنظام المسئولية التضامنية خلال الستة اشهر لما لوحظ من أن حكم مرسوم ١٩٥٣ يعد معوقا لعقد الإدارة الحرة ، انظر هذه المسئولية مقال R. Houin بالمجلة الفصلية ١٩٥٤ ص٤٥ .

(١) جلسة ٨ يناير ١٩٨٠ الـ J.C.P. ٢ – ١٩٣٥٨ وبالمجلة الفصلية ١٩٨٠ – ٣١٨ – مع تعليق Derruppe .

وترك الاستغلال وما يترتب عليه من مسئوليات ونتائج فى مقابل ترك ريع الأرباح إلى المدير الحر . هذا بالإضافة إلى أن من شأن تقرير مسئولية المؤجر خلال الستة أشهر هذه ، عدم الإقبال على عقود تأجير المتجر رغم ما يترتب عليها من فوائد عملية كما سبق القول . فلن يقبل أصحاب المحال التجارية تأجير محالهم مع مسئوليتهم التضامنية عن ديون لم يبرموها وليس لهم الإشراف على جوانب إدارة الاستغلال .

وهناك جانب من الفقه الفرنسى يحذر بشدة من قسوة حكم المادة (٨) وكونه مجحفا بالمالك المؤجر[١]. ولتفادى ذلك يقترح فى هذا الخصوص أن يتفق فى عقد الإدارة الحرة على تأجيل مزاولة المستأجر للأعمال التجارية خلال ستة أشهر من يوم الإعلان والشهر على هذا العقد حتى يتفادى المؤجر مسئوليته عن ديون هذه الفترة ، فمثلا إذا أبرم عقد إدارة حرة فى أول يناير ٢٠١٠ فإن المالك يشهر العقد بوسائل الشهر القانونية مع إيضاح أن المستأجر لن يزاول الاستغلال الفعلى بالمتجر إلا فى يوليو ٢٠١٠ . ولا يتعارض هذا مع حكم النص (المادة ٨) ذلك أن المشرع قصد منح الغير مهلة ستة اشهر للعلم بما يطرأ على المتجر من تغيير فى المراكز القانونية بإدارته ، وهذا يتحقق فى الفرض السابق .

ضرورة نشأة الدين خلال الستة اشهر لتقرير المسئولية التضامنية لمؤجر المتجر ومستأجره :

٣٧٧- يكفى وفقا لما استقر عليه الفقه فى فرنسا ، لكى تنشأ مسئولية المؤجر التضامنية مع المستأجر ، أن ينشأ الدين خلال الستة

---

(١) M. Weismenn السابق رقم ١ ص١١ .

وهو يرى أن هذه المسئولية مشددة على المؤجر وبالتالى يجب تفسيرها تفسيرا ضيقا وبالتالى لا تطبق فى حالة تجديد العقد والإعلان عن هذا التجديد ص١٢ .

اشهر التالية لإجراءات الشهر والعلانية حتى ولو كانت المطالبة به بعد هذا التاريخ أو كانت الأقساط الواجب دفعها تستحق بعد الستة اشهر[١].

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه بأحكام لها بجلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٧٥ وجلسة ١٩٨٦/١١/٢٥[٢]. وكانت وقائع القضية الأولى تتلخص فى مطالبة إحدى مؤسسات الإعلان السينمائى ، مالكة المتجر ، بتكاليف الإعلان الذى طلبته مستأجرة الاستغلال خلال الستة أشهر التالية للإعلان رغم أن الدين مستحق لمدة ثلاث سنوات ، وذلك على أساس تاريخ نشأة الدين ، وليس تاريخ الاستحقاق[٣].

والواقع أن هذا الاتجاه صحيح ، حيث أن مالك المتجر على علم بمسئوليته التضامنية عن ديون استغلال المتجر التى تبرم خلال مدة الستة اشهر التالية ، ويمكنه على هذا الأساس إشتراطه مراقبة مستأجر المتجر

---

(١) هامل رقم ١١١٨ ص٢٠٦ .

أيضا تعليق جوفريه على حكم محكمة Chaumout .

جلسة ٦ نوفمبر ١٩٧٠ السابق ذكره بالمجلة الفصلية ١٩٧١ ص٥٥ ، كذلك مقال Francois Givord المنشور فى :

Juris-classeur fonds de commercé. Fascicule XX, IV.

(٢) المجلة الفصلية ١٩٨٧ – ٤٩٧ مع تعليق Derrruppé ريبير رقم ٥٧١ .

(٣) منشور بالـ J.C.P. ٢ – ١٩٧٦ رقم ١٨٣٠٠ .

أيضا حكم باريس جلسة ١٨ مارس ١٩٨١ – دالوز سيرى ١٩٨١ – ٥٣٣ .

انظر نقد جوفريه لهذا الاتجاه القضائى وإدعائه انه تفسير حرفى للمادة (٨) من قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ ولا يتفق وروح النص ، حيث يرى ضرورة التمسك بنشأة واستحقاق الدين خلال فترة الستة اشهر – بالمجلة الفصلية ١٩٧١ السابقة ص٥٥.

أخذت باتجاه الفقه هذا بعض أحكام النقض الفرنسية : الدائرة التجارية جلسة ١٩٧٤/٦/٢٥ J.C.P. ١٩٧٥ – ٢ – ١٧٩٨٧ والمجلة الفصلية ١٩٧٥ مع تعليق جوفريه.

وموافقته على ما يبرمه من ديون تخص هذا الاستغلال خلال هذه الفترة . هذا ويحق دائما للمالك الرجوع بما يدفعه للغير على المستأجر كما سبق القول .

هذا ويتصور مسئولية مالك المتجر (مؤجر الاستغلال) عن ديون المستأجر المتعلقة بنشاط المتجر بعد مدة الستة اشهر المنصوص عليها بالمادة (٨) المشار إليها إذا ما ثبت أن المؤجر خلق بفعله لبسا وخلطا فى نفوس المتعاملين والعملاء واعتباره المالك القائم بالاستغلال دون المستأجر وقضت بذلك محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها[١].

نطاق تطبيق المادة (٨) من قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ من حيث الزمان فى التشريع الفرنسى :

٢٧٨- لا ينطبق قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ ، من حيث مسئولية المؤجر عن ديون المستأجر بالتضامن خلال الستة اشهر التالية لإجراءات الشهر والعلانية (المادة٨) ، على العقد المبرم فى ظل مرسوم سبتمبر ١٩٥٣ أو قبل هذا التاريخ . فمسئولية المؤجر تخضع للقانون المطبق وقت إبرام العقد ، بمعنى أن المؤجر قبل تشريع ١٩٥٣ يظل مسئولا بناء على المادة (١٣٨٢) مدنى فرنسى إذا لم يكن المالك قد اتخذ وسائل الشهر والعلانية أو لم تكن العلانية كافية لإيضاح حقيقة المستأجر وفقا لما يجرى عليه قضاء النقض الفرنسى كما سبق القول .

كما فى ظل تشريع ١٩٥٣ تظل مسئولية المؤجر عن ديون المستأجر فى حدود قيمة المتجر إلى نهاية عقد تأجير الاستغلال حتى ولو كانت القيود بالسجل التجارى قد اتخذت وكانت وسائل العلانية كافية

---

(١) الدائرة التجارية – جلسة ٢٢ ديسمبر ١٩٨٠ – البلتان المدنى ١٩٨٠ – ٤ – ٤٣٩ وبالمجلة الفصلية ١٩٨١ – ٢٩٧ .

لتوضيح مركز المستأجر ، بمعنى أن المادة (٨) من قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ لا تنطبق إلا على العقود التى أبرمت بعد نفاذه[١].

اشتراط تعلق الديون باستغلال المتجر لانعقاد مسئولية المؤجر :

٣٧٩- أن التنظيم السابق للمسئولية عن الديون ، سواء وفقا للتشريع المصرى أو الفرنسى ، يتعلق بديون استغلال المتجر دون غيرها . واشتراط تعلق الدين باستغلال المتجر فى هذا العقد أمر ضرورى سواء بالنسبة لديون المؤجر أو المستأجر ، فلا تدخل الديون الشخصية[٢] لمستأجر الاستغلال ،كذلك الديون غير التعاقدية ، كالالتزامات الناشئة عن فعله الخاطئ ولو كانت بمناسبة استغلال المتجر[٣]. ويقع على الدائن عبء

---

(١) R. Houin مقال السابق ١٩٥٦ ص٢١٠ .

(٢) محكمة السين التجارية ، جلسة ١٧ مايو ١٩٦٥ ، بالمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦٥ ص٢٩٤ .

وقد انتقد جوفريه حكم محكمة Chaumont التجارية (جلسة ٦ نوفمبر سنة ١٩٧٠ بالمجلة الفصلية ١٩٧١ رقم ٢٠ ص٥٤ – ٥٥) لأن المحكمة اعتبرت الدين الذى عقد بضمان مناضد مشتراه من فندق وملهى وكازينو دينا غير متعلق بالاستغلال التجارى للفندق وإنما مجرد عمل استثمارى رغم أن نص المادة (٨) من قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ تقضى بتطبيقه على :

" Dettes contractés a l'occasion de l'exploitation du fonds''

وأن هذا اصطلاح عام ليشمل كافة الديون التعاقدية .

(٣) جوفريه مقاله السابق والموضوع السابق ، هامل رقم ١١١٨ ص٣٠٦ ، Robinault رسالة باريس السابقة رقم ١٦٦ .

قارن R. Houin حيث يرى أن مسئولية المؤجر تشمل أيضا الديون غير التعاقدية مثل ديون الضمان الاجتماعى والديون الناشئة عن المسئولية التقصيرية طالما هى مرتبط بالاستغلال التجارى .

مقالة بالمجلة الفصلية ١٩٥٤ رقم ٥ ص٤٥ .

إثبات تعلق الدين باستغلال المتجر[١].

وقد حكم باستبعاد ديون المستأجر المتعلقة بأقساط المعاشات حيث تمثل دينا شخصيا فى المعاش المشترك بها وكذلك أقساط الضمان الاجتماعى باعتبارها ديون متعلقة بعقود ويجب أن تأخذ حكم الأجر[٢].

وبالإضافة لاشتراط تعلق الدين بالنشاط التجارى ، يجب أن يكون هذا الدين لمواجهة ضرورة لهذا الاستغلال وفى نطاق هذا الاستغلال أيضا . وحكم تطبيقا لذلك بأن الكفالة التى يلزم بتقديمها مستأجر المتجر تمثل دينا شخصيا عليه ولا تتعلق باستغلال المتجر ، وبالتالى لا يلزم بها المؤجر إذا لم يقم المستأجر بسدادها إلى من اقترضها منه[٣].

الاستثناءات من مسئولية المؤجر عن ديون استغلال المتجر خلال الستة اشهر التالية إجراءات الشهر والعلانية وفقا للقانون الفرنسى :

٣٨٠- اضطر المشرع الفرنسى إلى استثناء طائفة معينة من المسئولية التضامنية عن ديون المستأجر المتعلقة باستغلال المتجر طوال الستة اشهر التالية لإجراءات الشهر والعلانية . فنص فى المادة التاسعة من قانون ٢٠ مارس سنة ١٩٥٦ على استثناء حالات تأجير المتجر بواسطة الوكيل القضائى بشرط قيامه بإجراءات الشهر والعلانية التى

---

(١) المادة (٨) من قانون ٢٠ مارس سنة ١٩٥٦ .

(٢) نقض تجارى ، جلسة ٦ يونيه ١٩٧٢ ، دالوز ٥٨٠ ، مع تعليق جوفريه على هذا الحكم ، بالمجلة الفصلية ١٩٧٣ ص٧٣ رقم ٣٢ .

(٣) حكم النقض الفرنسى السابق (جلسة ٦ يونيه ١٩٧٢) وأيضا حكم النقض الفرنسى جلسة ٨ فبراير ١٩٧٢ ، دالوز ١٩٧٢ – الملخص ١٤٣١٠ لسنة ١٩٨١ .

يتطلبها المشرع فى مثل هذه الحالات[١].

ويعد استثناء هذه الطائفة أمرا ضروريا لإفادة من يقومون بالعمل لحسابهم من مميزات نظام تأجير استغلال المتجر ، ففى ظل تشريع ٢٢سبتمبر ١٩٥٣ كان هذا العقد يفوق سلطات الوكيل القضائى كما أنه خطير فى نتائجه حيث كان يتحمل هذا العبء فى حالة الإفلاس ليس فقط المفلس عندما يتسلم مصالحه بل يتحملها جماعة الدائنين المتمثلة فى وكيل الدائنين[٢].

وبالنسبة للقصر لابد لمسئوليتهم التضامنية من موافقة مجلس العائلة أو القاضى المختص[٣].

د- ديون المستأجر عند انتهاء عقد تأجير الاستغلال :

٣٨١- سبق أن أشرنا إلى أن الديون التى يعقدها المستأجر أثناء فترة استغلاله المتجر ومباشرته الأعمال التجارية لحسابه الخاص يلتزم بها فى مواجهة الدائنين . ويظل مستأجر الاستغلال مسئولا عن الوفاء بها حتى بعد انقضاء عقد الإدارة الحرة لأى سبب من أسباب الانقضاء . كما يظل مسئولا عنها حتى إعلانه انقضاء عقد تأجير الاستغلال . وقد حكم فى هذا الخصوص ، أنه إذا قام أحد الموردين بتسليم بضائع لمستأجر الاستغلال ولم يستوف ثمنها ، لا حق له فى الرجوع على المؤجر حتى ولو أعلن عن انقضاء

---

(١) المادة (٩) من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ ، والمادة ٠٢٧) الخاصة بتصفية الأمـــوال والتسوية القضائية .

(٢) مقال R. Houin السابق ١٩٥٦ ص٥٨ ، ٥٠ .

(٣) ميشيل رقم ٢٣٦ ص٦٤٦ .

وكان ينص على هذا الحكم مرسوم ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٥٣ (المادة ١٠) .

العقد وعدم مسئولية المستأجر ، ذلك أن العبرة بمن شغلت ذمته هذه العقود[١] .

ويضع المشرع الفرنسى ، حكما متميزا فى هذا الخصوص ، بالنسبة لديون المستأجر المتعلقة باستغلال المتجر عند نهاية عقد الإجارة هى سقوط أجل ديونه بقوة القانون ودون حاجة إلى طلب خاص من القضاء (المادة ١٠ من قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦) ما لم يتفق على استمرار الأجل بين الدائن والمستأجر[٢].

ويعد هذا الحكم الاستثنائى مقبولا فى هذه الحالة ويحسن الأخذ به فى تشريعنا المرتقب لتنظيم عقد تأجير استغلال المتجر على أساس أن انتهاء حق المستأجر فى استغلال المتجر يضعف الضمان العام لدائنيه .

هذا ويسأل مالك المتجر بالتضامن مع المستأجر بصفة دائمة طوال فترة عقد تأجير الاستغلال عن الضرائب المتعلقة باستغلال المتجر[٣].

---

(٤) راجع ريبير رقم ٥٧١ والأحكام المشار إليها فى هذا الخصوص.

(١) ريبير وروبلو رقم ٥٧١ .

ومن المحتمل أن لمن قام بالتوريد للمتجر دعوى ضد المؤجر على أساس الإثراء بلا سبب نتيجة الإضافات التى تمت للمتجر خاصة التصليحات والتحسينات للآلات والمهمات الموجودة بالمتجر . وتنجح هذه الدعاوى فى الحالات التى يثبت فيها إفادة المؤجر بها وإثرائه عند إعادة المتجر إليه فى نهاية العقد وذلك طبقا للقواعد العامة فى الإثراء بلا سبب ، على أنه غالبا ما يتفق فى عقد تأجير المتجر على تنظيم هذه الإضافات (وهى حصول المؤجر عليها دون تفويض ، مما يجعل لهذا الإثراء سبب وهو العقد) .

نقض فرنسى جلسة ٢٢ ، ٢٨ فبراير ١٩٣٩ ، دالوز ١٩٤٠ – ٤ – ٥ ، مع تعليق ريبير أيضا تعليق R. Houin بالمجلة الفصلية ١٩٥٤ ص٢٣ ، كوهين رقم ١٠٣٠ ص٢٧٨ ، ٢٧٩ .

(٢) هامل ص٢٠٧ .

راجع المواد ١٦ ، ٢٨ ، ٣٠ من قانون الضرائب رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ .

الفرع الرابع

أثر العقد على مشترى المتجر

تمهيـــد :

٣٨٢- أن عقد تأجير استغلال المتجر لا اثر له على حق الملكية . فمالك المتجر لـــه حق بيعه ورهنه أو إجراء تصرف آخر ناقل للملكية كالمقايضة أو الهبة أو تقديمه كحصة فى شركة على سبيل التمليك ، كما يكون للمالك نقل الملكية بالوصية . وقد لا يكون التصرف بالبيع بل بنقل حق عينى على المتجر كحق الانتفاع . ويعد عقد الانتفاع أكثر الأسباب شيوعا لنقل الملكية ولذلك يتجه الذهن إليه عادة عند الكلام فى انتقال ملكية المتجر .ويستوى أن يكون البيع اختياريا كما هو الغالب أو أن يكون إجباريا كما فى حالة التنفيذ الجبرى على المتجر .

ويثور التساؤل فى هذا الخصوص عن مدى إمكان الاحتجاج بعقد تأجير استغلال المتجر فى مواجهة من تلقى ملكية المتجر . والإجابة على هذا التساؤل تقتضى التفرقة بين فرضين .

أولا : وجود اتفاق يحدد مدى سريان عقد إيجار المتجر فى حالة انتقال الملكية .

ثانيا : عدم وجود اتفاق .

الفرض الأول : وجود اتفاق يحدد سريان عقد تأجير استغلال المتجر :

٣٨٣- يتفق غالبا بين الأطراف على مصير عقد تأجير استغلال المتجر فى مواجهة المشترى الجديد . وهذا الاتفاق يكون بين كل من مؤجر المتجر ومستأجره أو بين مؤجر المتجر والمشترى الجديد .

وفى الحالة الأولى يتضمن عقد تأجير استغلال المتجر (أو فى اتفاق لاحق) إما انتهاء عقد تأجير الاستغلال بمجرد نقل ملكية المتجر إلى آخر ، ويعمل بهذا الاتفاق . وللمشترى الجديد التمسك به رغم أنه لم يكن طرفا فيه استنادا إلى أنه يستفيد من الشرط الذى اشترطه البائع لمصلحته فى عقد الإيجار بمقتضى قواعد الاشتراط لمصلحة الغير[١].

وإما يتفق على عدم انتهاء عقد تأجير استغلال المتجر رغم بيعه . وفى هذه الحالة على المؤجر ، عند بيع المتجر ، أن يشترط على المشترى

---

(١) د. السنهورى جـ٢ ص٨١٢ رقم ٥٢١ ، خاصة المراجع المشار إليها بهامش رقم (٢) . ويلزم المشترى بالتنبيه على المستأجر بالإخلاء فى المواعيد التى حددتها المادة (٥٦٣) مدنى ، فإذا كان الإيجار معين المدة وجب التنبيه على المستأجر بالإخلاء فى ميعاد شهر واحد بحيث لا تزيد مدة التنبيه بالإخلاء على نصف المدة الحقيقية فى عقد الإيجار ، وفى الإيجار غير المحدد المدة ، وكانت الأجرة تدفع شهريا فالتنبيه يجب أن يتم فى ميعاد نصف شهر .

راجع تطبيقا لذلك الأحكام المشار إليها بمؤلف د. السنهورى السابق ص٨١٣ هامش رقم (١) . ولا وجود لنص صريح فى التشريع الفرنسى يوجب على المشترى التنبيه بالإخلاء عند البيع (المادة ٧٤٨ مدنى) . ولا تذكر المادة ١٧٥٠ مدنى فرنسى – وهى المتعلقة بإيجار تاريخه غير ثابت وسابق على البيع – ضرورة التنبيه بالإخلاء على المستأجر فى ميعاد معين لإجرائه .

المرجع السابق ص٨٤٧ ، ٨٤٨ .

وإذا نبه المشترى على المستأجر بالإخلاء قبل نهاية عقد الإيجار فإن المؤجر ملزم بأن يدفع للمستأجر تعويضا ما لم يتفق على غير ذلك .

راجع فى مدى صحة هذا الاتفاق ، المرجع السابق ص٨١٣ .

ولا يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو من المشترى نيابة عن المؤجر ، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض (المادة ٢/٦٠٥ مدنى مصرى) . كما سنرى فيما بعد .

احترام الإجارة . فإذا لم يتفق على ذلك كان للمشترى إلزام المستأجر بانتهاء الإجارة بالرغم من وجود الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على ضرورة سريان الإيجار على مشترى المتجر فى حالة البيع إلا إذا كان ثابت التاريخ وسابقا عقد البيع[١]، ذلك أن المشترى لم يكن طرفا فى هذا الاتفاق. وليس أمام مستأجر المتجر سوى الرجوع على المؤجر بالتعويض .

هذا ويراعى أنه طبقا لحكم المادة (٣٧) من قانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ يلتزم كل من مؤجر استغلال المحل التجارى ومستأجره القيد بسجل خاص يحفظ بمكتب السجل التجارى (المادة ٢/٣٧) . بالإضافة إلى القيد بالسجل التجارى (المادة ٣/٣٧) . وهذا يعد طريقا من طرق إثبات التاريخ وبالتالى يسرى عقد استغلال المحل التجارى فى مواجهة المشترى للمتجر من تاريخ إجراءات شهر عقد تأجير استغلال المتجر وبالتالى لا يحق للمشترى إلزام المستأجر بتسليمه المحل وذلك سواء كان يعلم بالقيد أم لا .

وفى الحالة الثانية ، حالة الاتفاق بين المؤجر والمشترى ، فإن الاتفاق قد يتضمن إما احترام المشترى لعقد الإيجار ، ويعمل بهذا الاتفاق وللمستأجر الإفادة منه وفقا لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير ، وإما يتضمن اشتراط المشترى على البائع إخراج المستأجر ، حتى ولو كان معه عقد ثابت التاريخ وسابق على عقد بيع أو اتخذ إجراءات الشهر والعلانية

---

(١) ويختلف هذا الحكم عن تأجير الماكن حيث تقضى المادة (٣٠) من قانون الإسكان (قانون تأجير وبيع الأماكن) رقم ١٩٧٧/٤٩ الصادر فى ٣٠ أغسطس ١٩٧٧ بأنه «استثناء من أحكام المادة (٦٠٤) من القانون المدنى تسرى عقود الإيجار القائمة على المالك الجديد ولو لم يكن لسند الإيجار تاريخ ثابت بوجه رسمى سابق على تاريخ انتقال الملكية» .

وهذه المادة تقابل المادة (٢٢) من قانون إيجار الأماكن الملغى دون تعديل .

بالسجل التجارى . ولا يسرى هذا الاتفاق على المستأجر لأنه ليس طرفا فى عقد البيع وله البقاء حتى نهاية عقد الإجارة ، وليس أمام مشترى المتجر سوى الرجوع على المؤجر بالتعويض .

الفرض الثانى : عدم وجود اتفاق يحدد سريان عقد تأجير استغلال المتجر :

٣٨٤- فى هذا الفرض يتعين الرجوع إلى القواعد العامة التى تحكم أثر العقد إلى الخلف الخاص ومدى انطباقها على عقد تأجير المتجر . وفى هذا الخصوص تقضى المادة ١٤٦ مدنى بأنه «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه» .

ومقتضى هذا النص أنه إذا باع المالك العين المؤجرة إلى خلف خاص واعتبرنا أن الالتزامات والحقوق التى تنشأ عن عقد الإيجار من مستلزمات العين المؤجرة ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل مع العين المؤجرة إلى من انتقلت إليه ملكية هذه العين ، فيصبح عقد الإيجار نافذا فى مواجهته ، ثم يترتب على ذلك حلوله محل المؤجر فى مواجهة المستأجر .على أنه لما كان اعتبار الالتزامات والحقوق التى تنشأ عن عقد إيجار من مستلزمات العين محلا للنظر[١]، إذ يقوم شك فيما إذا كانت حقوق

---

(١) وفى هذا الخصوص يشير الأستاذ د. السنهورى إلى أنه «.. أما إذا كان ما رتبه السلف التزاما شخصيا كالتزام المؤجر ، بأن يكون قد أجر العين قبل بيعها ، فلا تنتقل التزاماته إلى المشترى إلا بنص فى القانون أو باتفاق خاص بين السلف والخلف» . الوسيط ١ رقم ٣٥٣ ص٦١١ – جـ٦ ص٨١٦ .

راجع تطبيقا لذلك حكم محكمة الاستئناف العليا بدولة الكويت – دائرة التمييز جلسة ١٩٧٤/٤/٢٤ قضية رقم ١٩٧٣/٢٦ (تجارى) برئاسة السيد المستشار (=)

المؤجر والتزاماته تلتصق بالعين المؤجرة إلى درجة تعتبر فيها من مستلزماتها .فالحقوق ليست مما يحفظ العين ويقويها أو يمنع الضرر عنها. والالتزامات ليست فى الواقع مما يقيد استعمال العين أو يغل يد المالك عن استعمال حق المالك(١).

(=) قطب عبد الحميد فراج . حكم منشور بمجلة القضاء والقانون التى تصدرها وزارة العدل بالكويت ، السنة الخامسة العدد الول ١٩٧٤ ص١١٢ .

وأوضح الحكم المشار إليه أن مفاد المادة ١٤٢ تجارى كويتى المقابلة للمادة (١٤٦) مدنى مصر) أنه يتعين لسريان الالتزامات المتصلة بالشئ التى يرتبها السلف على الخلف الخاص توافر شرطين : الأول ، أن تكون الالتزامات من مستلزمات الشئ والثانى أن يكون الخلف على علم بها وقت انتقال الشئ إليه . لما كان ذلك ، وكانت الالتزامات المترتبة على الشئ لا تعتبر من مستلزماته وتنتقل إلى الخلف الخاص ، إذا توافر ركن العلم فى حقه – إلا إذا كانت محددة لذلك الشئ منقله له كأن تحد من حرية الانتفاع به أو تغير حق مالكه فى استعماله ، أما ما يرتبه السلف من التزامات المؤجر بأن يكون قد أجر العين قبل بيعها ، فإن هذا الالتزام لا ينقل إلى المشترى – إلا إذا وجد نص قانونى خاص أو تم الاتفاق عليه بين السلف وخلفه – ولما كان ذلك فإن تأجير الكراج موضوع النزاع من المطعون ضده الثانى إلى الطاعن قبل التنازل عن الكراج وبيعه للمطعون ضده الأول مما لا ينتقل الالتزام به إلى الخلف الخاص . ويختلف هذا الشرط عن شرط انتقال الالتزام إلى الخلف الخاص لا تكون جدوى من مناقشة علم ذلك الخلف وعدم علمه بالتأجير وقت انتقال الشئ إليه ويكون التحدى به – العلم – لا عناء فيه .

وجدير بالذكر أن نص المادة (١/١٣) من القانون الكويتى رقم (١٩٧١/٢٥) الخاص بإيجار العقارات المقابل لنص المادة (٦٠٤) مدنى مصرى المشار إليه بالمتن يقتصر نطاق تطبيقه على العقارات لوروده ، ضمن نصوص هذا القانون .

راجع د. محمود جمال الدين زكى، عقد الإيجار فى القانون المدنى الكويتى ١٩٧٢، رقم ٦٦ ص١٥٤ ورقم ٢٠ ، ٢١ .

(١) السنهورى جـ١ رقم ٣٥٢ .

وإزاء هذا الشأن اضطر المشرع إلى التدخل بنص خاص (المادة ٦٠٤مدنى) صرح فيه بانصراف أثر الإيجار من حقوق والتزامات إلى من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة (اى الخلف الخاص) . ويقضى النص المشار إليه فى فقرته الأولى بأنه «إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذا فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية» .

وتنص الفقرة الثانية من المادة ذاتها على أنه «ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا الأخير غير نافذ فى حقه».

وبناء على ذلك يزول كل أثر للشك فى توافر شروط «وجود عقد أنشأ التزامات وحقوقا تعتبر من مستلزمات العين» بالنسبة لعقد الإيجار . وثبوت تاريخ عقد الإيجار وكونه سابقا على التصرف الذى نقل الملكية المشار إليه بالمادة (٦٠٤) سالفة الذكر يغنى عن علم الخلف (المشترى) لعقد الإيجار حتى ينصرف أثر هذا العقد إليه[١] .

ويستوى أن تكون العين المؤجرة عقاراً أو منقولاً ، فالنصوص السابق ذكرها (المادة ١٤٦ و٦٠٤) عامة لم تخص العقار دون المنقول[٢]

---

(١) د. السنهورى ج٦ ورقم ٥٤٠ ص٨٣٣ .
وهو يشير فى هذا الخصوص إلى أنه «إذا كان علم الخلف الخاص بعقد الإيجار محل إعتبار ، فلا يكون ذلك للعلم فى حد ذاته ، بل لأن هذا العلم يجعل لعقد الإيجار تاريخاً ثابتاً من وقت العلم به فيكون إذا تابعا لثبوت التاريخ أو هو أداة من أدواته بخلاف العلم فى العقود الأخرى غير الإيجار فهو الأصل وثبوت التاريخ تابع له» .

(٢) المرجع السابق رقم ٥٣٧ ، ٨١٨ .
د. عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق رقم ٢١٦ ص٤٩٠، ٤٩١ .
هذا ويراعى الاستثناء الوارد بالمادة (٣٠) من قانون الإسكان رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ الصادر فى أغسطس ١٩٧٧ كما سبق القول .

وبناء على ما سبق ، يسرى عقد إيجار استغلال المتجر ، فى مواجهة المشترى إذا كان تاريخه ثابتاً وسابقاً على عقد البيع تطبيقاً للنصوص السابق الإشارة إليها ، طالما لم يوجد اتفاق مخالف ، ويستوى فى هذا الخصوص حالة من يتلقى المتجر بالطريق الودى أو بطريق البيع الجبرى .

أثر فسخ بيع المتجر على مستأجر الاستغلال :

٣٨٥- إذا قام مشترى المتجر بتأجير استغلاله إلى آخر ثم حدث أن فسخ عقد البيع واعتباره كأن لم يكن فهل يجوز لمستأجر الاستغلال الاحتجاج بعقده فى مواجهة البائع ؟

نرى فى هذا الخصوص ، تأسيساً على ما سبق من أسانيد ، أن هذا العقد يسرى فى مواجهة البائع إذا كان تاريخه ثابتا وسابقا على فسخ البيع ما لم يتفق على خلاف ذلك وفقا لما سبق شرحه[١] . مع مراعاة أن قيد عقد تأجير الاستغلال فى السجل الخاص بذلك طبقاً لحكم المادة (٣٧) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ يعد إثباتاً للتاريخ.

ووفقاً للقانون الفرنسى يقتصر نطاق تطبيق المادة (١٧٤٣) مدنى فرنسى المقابلة للمادة (٦٠٤) مدنى مصرى على تأجير العقار دون المنقول، وذلك بحكم أصلها التاريخى وبحكم وضعها (المادة ١٧٤٣) فى التقنين المدنى الفرنسى لأنها وردت ضمن النصوص المتعلقة بإيجار المنازل والأراضى الزراعية[٢] . ويعتبر الفقه الفرنسى أن المادة المشار

---

(١) قارن د. على يونس رقم ٢٤٣ ، ٢٣٧ .

(٢) هامل رقم ١١٢١ ص٢٠٨ ، ٢٠٩ .

ويرى جانب من الفقه المصرى قصر نطاق تطبيق المادة (٦٠٤) مدنى مصرى على تأجير العقار دون المنقول وقياس هذه المادة على (١٧٤٣) مدنى فرنسى .ويستند=

إليها تضع قاعدة استثنائية تخالف مبدأ الأثر النسبى للعقد وبالتالى لا تمتد إلى عقد إيجار المنقول[١] . وإزاء غياب نص قانونى خاص تردد القضاء الفرنسى فى امتداد حكم المادة (١٧٤٣) المشار إليها إلى عقد تأجير استغلال المتجر (التأجير بالجدك – الإدارة الحرة) فى مواجهة المشترى[٢].فأخذ جانب من قضاء النقض بسريان هذا العقد فى مواجهة مشترى المتجر[٣] ، وإزاء هذا التردد يرى الفقه أن للمشترى إخراج المدير الحر ولا يكون أمام

=أنصار هذا الرأى – بالإضافة إلى أن النص المشار إليه هو أصل النص المصرى – إلى أن ورود لفظ الإخلاء والخروج وهما تعبيران يصدقان على إيجار العقار لا إيجار المنقول . د. سليمان مرقص ، الإيجار – الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ رقم ٢٧٧.
ومقتضى هذا الرأى عدم نفاذ تأجير المنقول فى حق المشترى إلا طبقا للقاعد العامة فى انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص وهو اشتراط علم المالك الجديد بوجوده وقت البيع.
على أن قياس المادة (٦٠٤) مدنى مصرى على (١٧٤٣) الفرنسى قياس مع الفارق ، فنصوص القانون المدنى عامة لم تخصص كما سبق القول ، ولفظ الإخلاء يصدق على إيجار العقار والمنقول على السواء .
راجع السنهورى ج٦ رقم ٥٣٧ ص٨٢٨ ، ٨١٩ خاصة هامش رقم (٣) .

(١) ليون كان رينو ج٨ رقم ١٤٥، أسكارا فى مؤلفه القانون التجارى ج١ رقم ٥١٣ ، ص٥٧٢ ، ميشيل ص٤٦٧ ، ريبير وربلو رقم ٥٦٨ .

(٢) نقض تجارى ، جلسة ٥ يوليو ١٩٤٩ الـ J.C.P ١٩٥٠ – ٢٠ – ٥٤٦٣ ، وحكم محكمة Roun جلسة ٢٣ سبتمبر ١٩٢٧ ، دالوز ٢٨ – ١٨١٠ .
وينتقد جانب كبير من الفقه الفرنسى هذا الاتجاه : هامل رقم ١١٢١ ص٢٠٩ ، وريبير رقم ٥٦٨ . ويرى أنه من الصعب قبول هذا الحل دون نص قانونى خاص. ولذلك يوجب أن ينص عقد بيع المتجر على وجود عقد الإدارة الحرة وقبوله من جانب المشترى أو النص فى عقد الإدارة الحرة على انتهائه بمجرد بيع المتجر .
قارن Burn رسالة باريس المشار إليها آنفا ص٥٠ ، أيضاً A.Clhen مؤلفه السابق رقم ١٠٢٣ ص٥٥٧ ، وهو يؤكد تطبيق نص المادة (١٧٤٣) مدنى على تأجير المنقول المعنوى طالما أن عقد الإدارة الحرة له تاريخ ثابت وسابق على البيع وهو ذات الحكم المشار إليه بالمادة ١٣٢٨ مدنى مصرى .

(٣) ميشيل رقم ٢٣٦ ص٦٤٧ ، وطبعة ١٩٧٩ رقم ٢٣٦ – ٢ – ص٨٢١ .

هذا الأخير إلا المطالبة بالتعويض .

حالة وجود عقد تأجير الاستغلال غير ثابت وسابق على عقد البيع :

٣٨٦- إذا كان تاريخ عقد تأجير استغلال المحل التجارى غير ثابت وسابق على عقد البيع فإنه لا ينفذ فى حق المشترى إلا إذا تمسك به . وذلك تطبيقا للفقرة الثانية من المادة (٦٠٤) التى تقضى بأنه «ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ، ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه» . فإذا تمسك متلقى المتجر بالإيجار يبقى على ما كان عليه إلى نهاية مدته . ويكون للمشترى ذات حقوق المؤجر وعليه التزاماته حيث يحل محل هذا الأخير . أما إذا لم يرغب فى نفاذ الإيجار فى حقه عليه اتباع الإجراءات التى تقضى بها المادة (٥٦٣) مدنى فى مواجهة المستأجر والتى تتلخص فى التنبيه على المستأجر خلال ميعاد محدد هو شهر واحد إذا كان العقد محدد المدة وإلا كان خلال خمسة عشر يوماً ، وإذا كان التنبيه بالإخلاء قبل انقضاء مدة عقد تأجير المتجر فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضاً ما لم يتفق على خلاف ذلك . ولا يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو من انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض (المادة ٥٠٦ مدنى) [١] .

---

(١) ويعتبر الفقه الفرنسى متفقا على حق المدير الحر فى التعويض ، هامل ص٢٠٩ ، ميشيل رقم ٢٣٦ – ٢ ص٦٤٧ ، طبعة ١٩٧٠ ص٥٢١ .

ويلاحظ أن عدم إجبار المستأجر على الإخلاء إلا بعد تقاضى التعويض من المؤجر يعد تطبيقا للقواعد العامة فى الحبس التى جاءت بها (المادة ١/٢٤٦) مدنى مصرى ، والتى تنص على أن «كل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ، ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا» . ولما كان هذا الحق=

المبحث الثالث

انقضاء عقد تأجير استغلال المتجر

تمهيـــد :

٣٨٧- ينتهى عقد تأجير استغلال المتجر بأسباب انقضاء عقد الإيجار العادية ، بالإضافة إلى الأسباب الخاصة بشخص المستأجر حيث يعد عقد إيجار استغلال المتجر من العقود المؤسسة على الاعتبار الشخصى بالنسبة لمستأجر الاستغلال ، كما سبق القول . وسوف تتناول فى هذا الخصوص دراسة انقضاء العقد بسبب حلول الأجل المتفق عليه وهلاك المتجر ثم انقضاء العقد بسبب الفسخ أو البطلان وللأسباب الخاصة بشخص المستأجر بمناسبة انقضاء العقد .

أولا : انقضاء عقد تأجير الاستغلال

إنقضاء العقد لحلول الأجل

٣٨٨- ينتهى عقد إيجار استغلال المتجر بانتهاء المدة المتفق عليها ، فشروط العقد يجب احترامها من طرفيه ومن بينهما المدة المحددة لعقد الإيجار ، فلا يكون لأحد طرفيه إنهائه بإرادته المنفردة قبل انقضاء المدة وإلا كان مسئولا فى مواجهة الطرف الآخر[١].

=فى الحبس ينفذ ، ليس فقط فى حق المؤجر بل فى حق الخلف الخاص له (المشترى) تطبيقا للمادة (٥٠٦) المشار إليها ، فإنه فى هذه الجزئية يعد نص المادة (٥٠٦) استثناءا من القواعد العامة فى الحبس تقضى بألا يحتج به على الخلف الخاص إذا كان حق هذا الخلف قد ثبت على العين قبل ثبوت الحق فى الحبس .
فى هذا الخصوص د. السنهورى ج٢ رقم ٦٧٤ ، ج٦ ص٨٥٤ .

(١) نقض فرنسى مدنى (جلسة ٣ مايو ١٩٧٢) البلتان المدنى ١٠ ، رقم ١٢٣ .

وغالبا ما تكون هذه المدة المتفق عليها فى هـذا العقـد قـصيرة نوعا (سـنة مـثلا) أو أكثـر ، علـى أن ذلـك لا يمنـع أن تكـون مـد العقد طويلة[١]. والعقد ينتهى فى حالـة حلـول الأجـل دون حاجـة إلـى تنبيه بالإخلال وفقـا للقواعـد العامـة (المـادة ٥٩٨ مـدنى) . ويلـزم المستأجر بترك المتجر عند حلول الأجل والتأشير بـذلك بالقيـد بالـسجل الخاص والسجل التجارى طبقا لحكم المادة (٣٧) مـن قـانون ١٧ لـسنة ١٩٩٩ .

التجديد الضمنى لعقد تأجير الاستغلال :

٣٨٩- قد يتفق فى عقد تأجير الاستغلال على أن يجدد العقد ضمنيا عاما بعد عام Tacite reconduction d`année en année علـى أن يخطر الطرف الذى لا يرغب فى التجديد المتعاقد الآخر خلال فترة معقولـة (شهر أو شهرين أو ثلاثة) .

ويثار التساؤل عن مدى إمكان تجديد العقد بعد انتهاء المدة ضمنيا ببقاء المستأجر مستمرا فى استغلال المتجـر دون اعتـراض المـؤجر ، والواقع انه فى هذه الحالة يعتبر العقد مجددا ضمنيا[٢]، وفقا للمادة (٥٩٩)

---

(١) M.Weismann & R. Debied المرجع السابق رقم ٦ ص٨ .

(٢) M. Weismann & R. Dwbled المرجع السابق رقم ٩ ص٨ .

قارن حكم محكمة مارسليا جلسة ٢٢ أكتوبر ١٩١٩ ، مجموعة مرسيليا ١٩٢٠ – ٩٤٠ ، مشار إليه بمؤلف كوهين السابق هامش (٣) ص٥٨٢ .

ويرى كوهين تأييداً للحكم السابق أن عدم اعتبار العقد مجددا ضمنيا فى هـذه الحالـة يرجع إلى أن تطبيق المادة (١٧٣٨) والمادة (١٧٥٩) المقابلة للمادة (٥٩٩) مدنى مصرى يقتصر على إيجار العقار دون المنقول . من هذا الرأى أيضا Brun رسالة جامعة باريس المشار إليها ص١٠٦ .

مدنى والتى تقضى بأنه «إذا انتهى عقد الإيجار وبقى المستأجر منتفعا بالعين المؤجرة ودون اعتراض منه ، اعتبر الإيجار قد تجدد بشروطه الأولى لمدة غير معينة» . وبناء على ذلك يستمر العقد بين كل من المؤجر والمستأجر بذات الشروط السابق التعاقد عليها .

ويعد العقد ، المجدد ضمنيا ، معقودا لمدة غير محددة[١] وبالتالى يجب لإنهائه أن ينبه أحد الطرفين على الآخر بالإخلاء فى المواعيد المقررة فى المادة (٥٦٣) مدنى وهو شهرين إذا كانت الفترة المعينة لدفع الأجرة أربعة اشهر أو أكثر ، فإذا كانت الفترة اقل من ذلك وجب التنبيه قبل نصفها الأخير[٢].

هذا وإذا انتهى التجديد الضمنى بالتنبيه بالإخلاء فى الميعاد المحدد قانونا بالمادة (٥٦٣) مدنى ، فانه يجوز استمرار المستأجر فى المتجر بنية تجديد الإيجار ضمنيا مرة أخرى طالما لم يمانع المؤجر . والتجديد الضمنى الثانى يكون فى هذه الحالة تجديدا للتجديد الضمنى الأول للإيجار الأصلى . بمعنى أنه إذا اتفق فى التجديد الضمنى الأول على بعض الشروط المخالفة للعقد الأصلى فإن التجديد الضمنى الثانى يتم بشرط التجديد الضمنى الأول وليس العقد الأصلى[٣].

---

(١) نقض فرنسى (الدائة التجارية ٩ جلسة ١١ يوليو ١٩٦٧ ، البلتان المدنى ٣ رقم ٢٨٩ ، وعبرت المحكمة عن ذلك بقولها .

"Le contrat de gerance libre conclu pour une année et renouvelable d'année en année par tacite reconduction.sans limitation du nombre des renouvellement, devien a l'expiration de la premier année contrat a durée indeterminée . "

(٢) راجع المادة (٥٦٣) مدنى .

ويرى الفقه الفرنسى – انه فى هذه الحالة – يمكن لأى من الطرفين إنهاء العقد بالتنبيه خلال المدة المعقولة ، هامل ص٢١٠ .

(٣) السنهورى ، جـ٦ ص٨١٠ رقم ٥٢٧ .

التجديد الضمنى والالتزام بإجراءات الشهر والعلانية :

٣٩٠- هذا ويعتبر التجديد الضمنى إيجارا جديدا وليس امتدادا للإيجار الأصلى ، ورغم ذلك تنتقل إلى الإيجار الجديد التأمينات العينية التى كان المستأجر قدمها فى الإيجار القديم مع مراعاة قواعد الشهر العقارى . أما الكفالة شخصية كانت أو عينية ، فلا تنتقل إلى الإيجار الجديد إلا إذا رضى الكفيل بذلك (المادة ٢/٥٩) .

ولما كان التجديد الضمنى للعقد بمثابة إيجار جديد فإنه وجب اتخاذ طرق الشهر والعلانية التى يتحدد على ضوئها مسئولية مؤجر استغلال المتجر كما سبق القول . ما لم يكن مؤشرا بالتجديد ضمن البيانات الواجب قيدها بالسجل التجارى حيث يعلم الغير مقدما قابلية العقد للتجديد تلقائيا .

وتجديد القيد والعلانية عند تجديد عقد الإدارة الحرة ضمنيا (واستمرار مسئولية المؤجر التضامنية عن المستأجر خلال الستة أشهر من تاريخ القيد) محل خلاف فى الفقه الفرنسى . فيرى جانب من الفقه[١] تؤيده بعض الأحكام[٢] عدم ضرورة تجديد القيد بحجة أن صفة المدير الحر

---

(١) ريبير وروبلو رقم ٥٧١ .

(٢) نقض (تجارى) جلسة ٧ يوليو ١٩٦٦ الـ J.C.P. ١٩٦٦ - ٢ - ١٤٨٤٢ مع تعليق Nectoux . وهذا الحكم رفض الطعن المقدم ضد حكم محكمة اكس (جلسة ٩ يناير ١٩٦٤ المنشور الـ J.C.P. ١٩٤٦ - ٢٠ - ١٣٧٨ مع تعليق سافينيه) ، أيضا محكمة باريس جلسة ٢٩ إبريل ١٩٧٦ - دالوز ١٩٧٧ - دالوز ص٩٢ . ولكن هناك جانب آخر من الأحكام اشترط ضرورة القيد عند التجديد الضمنى للعقد : محكمة اكس جلسة ٦ يونيه ١٩٦١ الـ J.C.P. ١٩٦١ - ٢ - ١٣٢١٦ مع تعليق كوهين وحكم باريس جلسة ٢٢ أكتوبر ١٩٦٢، دالوز ١٩٦٣. ونرى أن إعادة القيد عند تجديد العقد ترتبط بما تم من بيانات بالسجل التجارى والجريدة المخصصة للإعلانات كما سبق القول ، فإذا أعلن أن العقد قابل للتجديد=

ومركزه القانونى كمستأجر مستغل عرف قبل ذلك للغير .

مدة العقد عند عدم تحديد مدته :

٣٩١- إذا عقد إيجار استغلال المتجر دون اتفاق على مدة أو اتفق على مدة غير محددة ، أو تعذر إثبات المدة المدعاة ، اعتبر الإيجار منعقدا للفترة المعينة لدفع الأجرة تطبيقاً للمادة (٥٦٣) مدنى السابق الإشارة إليها. بمعنى أنه إذا اتفق على أن تدفع الأجرة كل سنة كانت مدة الإيجار سنة قابل للامتداد ، وإن اتفق على دفع الأجرة كل شهر كانت المدة شهراً قابلة للامتداد وهكذا[1]. على أنه غالباً ما يتضمن عقد الإدارة الحرة (التأجير بالجدك) ، غير المحدد المدة ، شرطا يحدد مدة الإخطار الواجب مراعاتها من جانب الطرفين لإنهاء العقد .

=تلقائياً ، ويستمر فترة أخرى عند نهاية العقد فلا حاجة إلى إعادة القيد وبالتالى لا مسئولية للمؤجر (خلال ستة أشهر وفقاً للتشريع الفرنسى) والقول بغير ذلك يجعل المؤجر مسئولاً دائماً كل ستة اشهر تتلو تجديد العقد مما يضع عبئاً كبيراً على عاتق المؤجر ويقلل بالتالى من عقود تأجير المتجر ، على أنه يمكن تفادى هذه المسئولية المشددة بالنص فى العقد المعلن عنه على مدة طويلة نسبيا كخمس سنوات مثلاً لعقد الإيجارة مع حق الطرفين فى إنهاء العقد .

وقضت محكمة نيس التجارية بمسئولية المؤجر مع المستأجر عن ديون استغلال المتجر التالية لإنهاء العقد رغم تجديده ضمنياً ، على أساس أن البيان الذى اشهر عنه فى الإعلانات وفقاً للقانون هو أن العقد لمدة سنة واحدة دون إشارة للتجديد (نيس جلسة ٢٥ أكتوبر ١٩٦٠) بالمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦١ ص٥٧ رقم ١٠ .

(١) السنهورى ، المرجع السابق رقم ١١٩ ص١٥٣ ، أيضاً د. محمود جمال الدين زكى ، عقد الإيجار السابق رقم ٦٨ ، ص١٥٨ ، ٥١٩ .

انقضاء العقد لهلاك المتجر :

٣٩٢- ينقضى عقد تأجير استغلال المتجر ، بقوة القانون ، بهلاك المتجر كلية ، سواء كان الهلاك مادياً Destruction materielle كما إذا هلك المتجر بسبب حريق أو حرب أو صاعقة(١)، أو كان الهلاك قانونيا Destruction Juridique كصدور قرار إدارى بغلق المتجر أو الاستيلاء عليه أو نزع ملكيته للمنفعة العامة(٢). أو أيه حالة يترتب عليها حرمان الانتفاع من الشئ محل الإيجار بسبب قوة قاهرة(٣).

ويلحق بالهلاك القانونى فى حالة زوال عملاء المتجر بسبب لا يرجع إلى المؤجر أو منافسته كما فى حالة منع الإتجار فى نوع التجارة التى يقوم المستأجر باستغلالها بصدور قرار إدارى أو قضائى(٤). أو ترك العملاء المقام به المتجر لسبب لا يرجع إلى المؤجر(٥)

وانقضاء عقد استئجار استغلال المتجر فى حالة الهلاك الكلى ، من

---

(١) وقد حكم باعتبار المطعم والمقهى هلك هلاكا كليا حتى ولو بقيت بعض الملحقات ، نقض فرنسى جلسة ٨ ديسمبر ١٩٤٨ ، دالوز ص١٤٦ .
فى هذا الخصوص د/ عبد الفتاح عبد الباقى ، الإيجار السابق الإشارة إليه رقم ٣١٣ص٤٨٢ خاصة هامش رقم (٣) .

(٢) السنهورى المرجع السابق رقم ٢٣١ ص٢٨٤ .

(٣) نقض مدنى فرنسى جلسة ١٤ يناير ١٩٤١ ، دالوز الأسبوعية ١٩٤١ ، ٦٦ ، ومحكمة Poitier جلسة ١٢ يوليو ١٩١٥ ، سيرى ١٩١٦ - ٢ - ١ مع تعليق Wahl .

(٤) ١٩٦٠ - ١١ - ١١٧٧٤ مع نقض فرنسى (جنائى) ٢ يناير ١٩٦٠ الت R. Legeais تعليق .

(٥) وقضت محكمة روين بانتهاء العقد لفقد المتجر للعملاء ، جلسة ١٧ يوليو ١٩٤١. سيرى ١٩٤١ - ٢ - ٣٥ .
قارن حكم محكمة جرينوبل ، جلسة ١٢ يوليو ١٩١٦ ، سيرى ١٩١٦ - ٨٩٢ ، فى هذا الخصوص ، هامل ص٢١٠ .

تلقاء نفسه ، يعد تطبيقا للقواعد العامة فى إنهاء الإيجار (المادة ٥٩٦/١) . ولا يكون للمستأجر المطالبة بالتعويض إذا كان الهلاك يرجع إلى سبب لابد للمؤجر فيه (٥٦٩/٣) .

وإذا كان هلاك المتجر جزئيا أو أصبح فى حالة لا تصلح معها للانتفاع الذى أعد من أجله أو نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ولم يكن للمستأجر يد فى ذلك ، كما إذا دمر جزء من المتجر بسبب حرب أو صاعقة، أو صدور قرار إدارى يمنع الاتجار فى بعض أنواع النشاط الاستغلالى التى يشملها المتجر ، فإنه يجوز للمستأجر إذا لم يقم المؤجر فى ميعاد مناسب بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه (كما إذا أقام ثانية ما دمر من آلات أو مهمات) أن يطلب تبعا للظروف أما إنقاص الأجرة أو فسخ عقد الإيجار ذاته (المادة ٥٦٩/٢) [١].

انقضاء العقد بسبب الفسخ أو البطلان :

٣٩٣- ينتهى عقد تأجير استغلال المتجر أيضا إذا ما فسخ ، سواء كان الفسخ باتفاق الطرفين أو بطريق القضاء لأى سبب من أسباب الفسخ . وينتهى العقد إذا لم يقم أحد طرفى التعاقد بتنفيذ التزامه . ولعل ابرز حالات

---

(١) ويحق للمستأجر أن يقوم بنفسه بتنفيذ التزام المؤجر وفقا للمادة ٥٦٨ مدنى ، على أنه يجب ألا يكون الإصلاح باهظ التكاليف (المادة ٥٧٧ مدنى) ، وإلا كان للمستأجر طلب الفسخ .

السنهورى ص٢٩٢ ،قارن د/ عبد الفتاح عبد الباقى (ص١٨٣ رقم ١١٩ هامش رقم (١) حيث يرى أن إلزام المؤجر وفقا للمادة ٥٦٨ بإعادة الشئ المؤجر إلى اصله لا يكون فى حالة الهلاك الجزئى بل فقط فى حالتى نقص الانتفاع نقصا كبيرا أو التى يصبح فيها الشئ غير صالح للانتفاع . أما حالة الهلاك الجزئى فيكون الجزاء نقص الأجر أو الفسخ فقط .

الانقضاء بسبب عدم تنفيذ التزامات أحد طرفيه هى عدم دفع الأجرة من جانب المستأجر . وغالبا ما ينص فى العقد على انقضائه فى هذه الحالة بقوة القانون ، كذلك حالة عدم الاستغلال الكافى من جانب المستأجر بطريقة تؤدى إلى اختفاء العملاء(١).

كذلك ينقضى العقد إذا حكم ببطلانه قضاء بناء على طلب أحد طرفيه .

ويثور التساؤل عن مدى اثر فسخ عقد إيجار المكان القائم عليه المحل التجارى على عقد الإدارة الحرة ، الواقع أن مالك المتجر لا يملك نقل حقوق إلى مستأجره لا يملكها أصلا ، وبالتالى ينقضى عقد تأجير استغلال المتجر بانقضاء عقد إيجار المكان دون حق المدير الحر فى الرجوع على مالك العقار . ولكن له التعويض من مالك المتجر الذى يلزم بضمان الاستغلال مدة العقد(٢).

انقضاء العقد لأسباب تتعلق بشخص المستأجر (وفاة المستأجر أو إفلاسه أو نقص أهليته أو انعدامها) :

٣٩٤- ينتهى عقد تأجير استغلال المتجر بوفاة المستأجر ، وأساس

---

(١) وقد حكم بعدم الفسخ بسبب غلق مستأجر الاستغلال لمحل الجزارة ثلاث أيام فى الأسبوع وتشغيله باقى الأيام فقط فى إحدى المقاطعات التى لا يزيد عدد سكانها على ١٦٠ شخص .
نقض فرنسى (تجارى) جلسة ٨ فبراير ١٩٦٦ ، البلتان المدنى ١١ رقم ٨٢ ، وقد حكم بفسخ العقد وانتهائه بسبب استدعاء المدير الحر للخدمة العسكرية : حكم محكمة caen (مدنى) جلسة ١٧ أبريل ١٩٤٠ – الجازيت ١٩٤٠ – ١ – ٤٤٤ .
انظر نقد هذا الحكم بواسطة Derrida بالـ Encyclopedie Dalloz السابق رقم ٣٢٧ ص٣ .

(٢) M Weismann & R. Debled ص٢٣ .

ذلك ارتباط هذا العقد بشخص المستأجر ، فهو من العقود المؤسسة على الاعتبار الشخصى كما سبق القول ، وذلك على خلاف القواعد العامة فى عقد الإيجار[١] التى تقضى بأنه «لا ينتهى الإيجار بموت المؤجر ولا موت المستأجر» المادة (١/٦٠١) مدنى مصرى وهى تقابل المادة (١٧٤٢) مدنى فرنسى . ومقتضى ذلك انه لا حق لورثة المستأجر الاستمرار فى استغلال المتجر .

ويشابه موقف مستأجر الاستغلال فى هذا الخصوص موقف المدير المأجور أو المدير الوكيل للمتجر حيث ينتهى بوفاة أى منهما .

وينتهى أيضا عقد تأجير استغلال المتجر بفقد المستأجر للأهلية أو نقصها أو بصدور حكم بشهر إفلاسه[٢] على خلاف القواعد العامة فى عقد الإيجار[٣] . ذلك انه فى هذه الحالات لا يستطيع مزاولة التجارة باسمه ولحسابه الشخصى وفقا للتفصيل السابق إيضاحه بمناسبة الأهلية الواجب توافرها فى شخص المستأجر أو وفقاً لأحكام الإفلاس[٤] .

على انه من جانب آخر ، لا اثر لوفاة أو إفلاس المؤجر أو ما يطرأ

---

(١) كوهين مؤلفه السابق رقم ١٠٤١ ص٥٨٣ ورسالة باريس رقم ٣١ ، ١١٧ ، ١١٨ .

(٢) راجع Zarka رسالة اكس ص٦٢ .

(٣) تنص المادة (٦٠٣) مدنى على أنه « لا يترتب على إعسار المستأجر أن تحل اجرة لم تستحق» راجع بخصوص اعتبار شخص المستأجر بحسب الأصل محل اعتبار فى عقد الإيجار إلا إذا ثبت العكس ، السنهورى جـ٦ رقم ٩٨ ص١١٩ .

(٤) راجع مؤلفنا الموجز فى أحكام الإفلاس . دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٣ .

على أهليته على عقد تأجير استغلال المتجر[١]، ذلك أن الاعتبارات الشخصية فى العقد بالنسبة للمؤجر تقل كثيرا عنها بالنسبة للمستأجر . ويعد هذا الحكم مطابقا لحالة وفاة مالك المتجر بالنسبة لعقد المدير المأجور[٢].

ثانيا – التزامات مستأجر الاستغلال عند انقضاء العقد :

٣٩٥ – يلزم مستأجر المتجر (المستأجر بالجدك) عند نهاية العقد بتسليم المتجر بجميع عناصره المادية والمعنوية التى تسلمها عند انعقاد العقد ، إلى المؤجر[٣]، ذلك أن طبيعة هذا العقد ليس نقل ملكية المتجر أو إنشاء حق عينى عليه كما سبق القول .

١- تسليم العناصر الجديدة التى لا تقبل الانفصال عن المتجر :

٣٩٦ – يثار التساؤل عن مدى التزام المستأجر بتسليم المؤجر ما أضافه من عناصر جديدة أثناء فترة استغلاله المتجر . والواقع أن عليه تسليمها إلى المؤجر إذا كانت لا تقبل الانفصال عن المتجر وإلا كان له

---

(١) هامل ص٢١٠ .

وأساس ذلك فى الواقع انه لا ضرر على المؤجر المفلس وجماعة الدائنين من استمرار عقد التأجير نظرا لقيام المستأجر بدفع العائد المتفق عليه . وعدم وجود سبب لفسخ العقد (ليون كان ورينو جـ٨ – الطبعة الخامسة عشر – ٨٨٨) .

قارن كوهين (مؤلفه رقم ١٠٤٢ ص٥٨٣) حيث يرى انه لجماعة الدائنين تقدير مصلحتهم فى استمرار أو عدم استمرار تأجير استغلال المتجر .

أيضا Brun رسالته باريس ص١٠٧ ، ١٠٨ .

(٢) بل هناك من يرى ذلك فى حالة وفاة الوكيل رغم أن الوكالة تنقضى بوفاة أى من الموكل أو الوكيل استنادا على أن الوكالة فى هذا الخصوص تنصرف ، وفقا لنية الطرفين ، إلى المصالح المشتركة بينهما ، راجع تحت اصطلاح Gerance de fonds de commerce ص٣٥٣ رقم ٩٦ .

(٣) كوهين مؤلفه السابق رقم ١٠٢٠ ص٥٧٢ .

استردادها ما لم يتفق على خلاف ذلك . وقد حكم[١] بأن المدير الحر لا يعد مالكا للعناصر الجديدة غير القابلة للانفصال عن المتجر مثل اللافتات المميزة L`enseigne التى يضعها التاجر على واجهة المحل مثل لافتة إعلانية مضيئة بألوان معينة أو نحوها بقصد تمييز متجره عن غيره من المتاجر المشابهة[٢]. وأساس ذلك فى الواقع ارتباط هذه العناصر الوثيقة بجذب العملاء وقد قيل بحق فى هذا الخصوص .

" Le gerant étant tenu de restituer le fonds de commerce à L'expiration du contrat, Et tenu par la meme de rendre tout les éléments auxqules est attché a la clientéle qui constitue l'élément fondamental de ce fonds . II ne peut donce pas conserver la propriété des éléments nouveaux crées par lui, lorsque ces derniers servent de supporter à la clientèle. Tele est l'enseigne, élément capital de ralliement de la clientéle, qui s'incor poré au fonds au point de ne pouvoir en etre detachée sans porter atteinte a la valeur de ce fonds .... I'ensigne est liée au fonds et ne peut etre utilisée que par l'exploitant de ce fonds ".

ويأخذ حكم اللافتات المميزة أى عنصر يرتبط بالمتجر ارتباطا وثيقا لا يقبل التجزئة وله أثره المباشر على عملاء المتجر .

---

(١) محكمة ليون ٢٩ يناير ١٩٥١ دالوز ١٩٥١ – ١ – ١ ، أيضا نقض فرنسى (تجارى) جلسة ١٩ ديسمبر ١٩٥٠ – ٢٧٥ مع تعليق ريبير ، وتعليق جوفريه بالمجلة الفصلية ١٩٥٠ ص٤٠٠ ونقض تجارى جلسة ١ يناير ١٩٦٠ دالوز ١٩٦٠ ص٨٣ .

أيضا حكم محكمة Forte de france جلسة ١٢ مارس ١٩٨١ – المجلة الفصلية ١٩٨٢ – ٩٠ مع تعليق Derruppé .

(٢) J. Guynot فى تعليقه على حكم محكمة ليون المشار إليه (بالهامش السابق) مجموعة الأحكام الفرنسية طبعة ١٩٧٦ السابق الإشارة إليها رقم ٤١ ص١٦٤ .

أما العناصر القابلة للانفصال كبراءة الاختراع أو حقوق الملكية الأدبية والفنية فله حق الاحتفاظ بها .

٢- تسليم المهمات :

٣٩٧ – وبالنسبة لالتزام المستأجر بتسليم المهمات أو الآلات فإنه يجب أن تكون عند التسليم ، فى حالة صالحة للاستعمال حيث يفترض انه تسلمها بحالة جيدة ، وبالتالى يلزم بتسليمها على ذات الحال . ولا أهمية لارتفاع قيمة هذه المنقولات على التزام المستأجر فى مواجهة المؤجر ، طالما أن هذه الزيادة لا ترجع إلى فعل المدير الحر[١]. على خلاف الحال إذا نقصت قيمتها ما لم يثبت أن هذا النقص لا يرجع إلى خطئه ، وأن هذا النقص ، نتيجة قيمة الإستغلال الطبيعى لهذه المهمات .

وغالبا ما تكون الكفالة التى يتطلبها المؤجر من المستأجر فى بداية العقد بقصد التأكد من سلامة المهمات عند نهاية العقد[٢].

٣ – تسليم البضائع والدفاتر المحاسبية :

أ - تسليم البضائع :

٣٩٨ – وفى خصوص البضائع ، أحد عناصر المتجر المادية ، فإنه غالبا ما يتفق فى العقد على أن يسلم المستأجر ، عند نهاية العقد ، كمية مماثلة التى تسلمها عند بدء مزاولته للتجارة ، ولكن إذا لم يوجد اتفاق

---

(١) نقض فرنسى جلسة أول أكتوبر ١٨٥٩ دالوز – ١ – ٢٥٣ وسيرى ١٨٦٠ – ١ – ٦٧ ، مشار إليه بمؤلف كوهين السابق ص٥٧٣ ، هامش رقم (٢) .

(٢) راجع تعليق R. Houin على حكم محكمة Bourges التجارية جلسة ١٨ يوليو ١٩٥٠ بالمجلة الفصلية ص٤٧٨ .

أيضا حكم محكمة Rouen جلسة ١٩ يونيه ١٩٨٥ دالوز ١٩٥٠ – ٧٠٠ .

وهامش ص٢١٢ هامش رقم (٣) .

ينظم استرداد البضائع الموجودة عند نهاية العقد فهل يملك المستأجر إلزام المؤجر بشراء ما تبقى بالمتجر من بضائع عند نهاية العقد ؟ .

يتجه القضاء الفرنسى ويؤيده الفقه إلى إلزام المؤجر بشراء كمية البضائع الموجودة بالمتجر عند نهاية العقد طالما لا تفوق كميتها بدرجة ملحوظة الكمية التى اشتراها المستأجر عند بداية العقد . ويؤسس الفقه ذلك قياسا على العرف القائم بالتزام المستأجر بشراء كمية البضائع الموجودة بالمتجر عند إبرام العقد(١).

---

(١) حكم محكمة Dijon التجارية جلسة ٣٠ نوفمبر ١٩٥٥ دالوز ١٩٥٦ – ٥١ ، وبالجازيت ١٦ مارس ١٩٥٦ .

وتعليق جوفريه بالتأييد لهذا القضاء بالمجلة الفصلية ١٩٥٦ ص٢٤١ رقم ١٢ .

وقررت المحكمة فى حكمها أن المستأجر قام بشراء كمية كبيرة من البضائع (قيمتها ٥٦٩٨٣٢ فرنك) عند بداية العقد وقام بتصريف الجزء الأكبر منها خلال العقد فلا بأس من إلزام المؤجر بإعادة ما تبقى (٢٨٨,٠١٠ فرنك) .

أيضا حكم محكمة Montpellier جلسة ٢٧ نوفمبر ١٩٥٢ ، الجازيت ١٩٥٢ – ٢ تحت عنوان المحل التجارى رقم ٢١ .

وفى ذات الحكم بالنسبة للقانون الفرنسى (المادة ٢٣ من الكتاب الأول لقانون العمل) .

وقد حكم تطبيقا لذلك بإلزام المؤجر بعقود الاستخدام التى أبرمها المستأجر ، نقض فرنسى جلسة ٢٠ فبراير ١٩٤٧ بالـ J.C.P. ١٩٤٧ – ١١ – ٣٦٤٤ . راجع هامل ص٢١٢ هامش رقم (٥) .

وإذا قام المؤجر بفصل المستخدمين الذين عينهم مستأجر الاستغلال التزم المؤجر بتعويضهم : نقض جلسة ١٩ يناير ١٩٧٧ – دالوز ١٩٧٧ ص١٠٠ وجلسة ٧ أبريل ١٩٧٧ – دالوز ١٩٧٧ ص٢٥٤ .

ب- تسليم الدفاتر المحاسبية :

٣٩٩ – وإذا كان مالك المتجر قد سلم المستأجر الدفاتر المحاسبية فله حق طلب ردها فى نهاية العقد . أما إذا كان هذا الأخير قد أنشأها وحده فهو ليس ملزما بتسليمها لمالك المتجر وإنما عليه اطلاعه عليها . والواقع انه من الأفضل الاتفاق على هذه المسائل حيث تعد الدفاتر المحاسبية فى مجموعها وسيلة لمعرفة حالة العملاء الخاصة بالمتجر ومدى نجاح النشاط الاستغلالى.

التزام مؤجر المتجر بعقود الاستخدام التى أبرمها المستأجر :

٤٠٠- يلزم المؤجر بعقود الاستخدام التى أبرمها المستأجر خلال فترة استغلاله المتجر رغم أنها عقود مؤسسة على الاعتبار الشخصى وذلك تطبيقا لمادة (٩) من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ والتى أضافت عبارة «أو الإيجار» على خلاف ما كان عليه الحال فى ظل المادة (٨٥) من قانون العمل الموحد الملغى رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ .

عدم انتقال ديون وحقوق مستأجر الاستغلال :

٤٠١ – سبق أن أشرنا إلى أنه بالنسبة لديون المستأجر المتعلقة باستغلال المتجر فإنه يظل مسئولا عنها شخصيا دون المؤجر . وقد سبق أن أشرنا إلى أنه يفضل النص صراحة على سقوط آجال هذه الديون ما لم يتفق على غير ذلك ، باعتبار أن إنهاء حق المستأجر فى استغلال المتجر يضعف من الضمان العام للدائنين أسوة بحالة رهن المحل التجارى (المادة ٢٥ من القانون ١٩٤٠/١١ الخاص ببيع ورهن المحال التجارية) . كما سبق أن أشرنا إلى أن المشرع الفرنسى يأخذ بذلك صراحة فى قانون ٢٠ مارس سنة ١٩٥٦ (المادة ١٠) .

هذا ولا حق للمستأجر فى تعويض من المؤجر بسبب زيادة عملاء

المتجر بمناسبة استغلاله وإدارته فترة العقد[١]. كما لا يلزم بالتعويض فى حالة نقص قيمة المتجر طالما كان ذلك لظروف اقتصادية أو قوة قاهرة أو قلة الإقبال على نوع نشاط المتجر. أما إذا كان نقص قيمة المتجر أو فقد أحد عناصره يرجع إلى خطأ المستأجر فإنه يلزم بالتعويض فى مواجهة المؤجر ، كما إذا تضمن المتجر براءة اختراع وأدى عدم استغلالها إلى سقوطها .

حق مستأجر الاستغلال فى إقامة تجارة مماثلة :

٤٠٢ – يسترد المستأجر حريته فى إقامة تجارة مماثلة[٢] بعد

---

(١) ووفقا للقانون الفرنسى (قانون ٢٠ يونيه ١٩٢٦) الخاص بحق مستأجر العقار الكائن به المتجر فى طلب تجديد عقد الإيجارة يمنح مستأجر الاستغلال – فى حالة كون مالك المتجر هو مالك العقار – تعويضا عن القيمة الزائدة – Indemnité de plus value سواء كانت هذه الزيادة بالمتجر أو بالعقار القائم به . على انه يشترط ان تكون هذه الزيادة فى القيمة نتيجة تحسينات مادية Amelioration materielles قام بها المستأجر . وأكد مرسوم ٣٠ سبتمبر ١٩٥٣ (المادة٣٧) هذا الحق فى التعويض لمستأجر المكان والمتجر (طالما ليس مالكا للمتجر) مع ضرورة موافقة مالك العقار على التحسينات المادية التى قام بها . نتيجة لذلك ليسئ للمستأجر أيه تعويضات عن زيادة العلاء أو انتشار التجارة التى قام بها خلال عقد تأجير الاستغلال .

فى هذا الخصوص : مقال جوفريه بالمجلة الفصلية ١٩٥٦ ص٢٤٧ رقم ٢٨ . وقد حكم رغم ذلك بأحقية المستأجر فى التعويض حتى عن التحسينات المعنوية طالما هى بالمتجر حيث فسرت المحكمة أن اشتراط التحسينات المادية قاصر على العقار : حكم محكمة Chelet المدنية جلسة ٢٠ نوفمبر ١٩٥٥ ، دالوز ١٩٥٦ – ٦٧٠. وفى نقد هذا الحكم راجع جوفريه مقاله السابق والموضع السابق أيضا هامل رقم ١١٢٢ ص٢٠٩ .

(٢) محكمة Pontoise التجارية جلسة ٤ ديسمبر ١٩٢٣ ، الجازيت ١٩٢٤ – ١ – ٣٤١ .

انقضاء عقد التأجير بالجدك . ولكنه مع ذلك يكون ملزما بعدم ارتكاب أى عمل يعد منافسة غير مشروعة بالنسبة للمؤجر ، كما إذا أشاع الخلط فى نفوس العملاء بين متجر مؤجره السابق[١]. على أنه يجوز دائما الاتفاق على التزام المستأجر بعدم المنافسة بعد انتهاء العقد على أن يخضع الشرط للقواعد العامة فى هذا الخصوص وهو كونه محددا من حيث المكان والزمان وإلا كان باطلاً[٢]. ويعد التزامه بعدم المنافسة فى هذه الحالة التزاما شخصيا لا يلتزم به أحد غيره ، وفى هذا الخصوص قضت محكمة النقض الفرنسية بالسماح للمطلقة التى كانت مستأجرة استغلال متجر مع زوجها ، يفتح تجارة مماثلة رغم تعهد الزوج بعدم المنافسة[٣] . وقبل ذلك

---

(١) باريس جلسة ١٥ يونية ١٩٢٣ ، دالوز الأسبوعية ١٩٣٢ – ٤٥٠ .

ويراعى فى هذا الخصوص قدر الضرر للمؤجر . وقد قدرت محكمة باريس انه بالرغم من تلاصق المتجرين فإن عملاء المطعم الممتاز لن يتحولوا إلى المدير الحر القديم الذى أصبح بارمان «لمنشأة أكثر شعبية ، باريس جلسة ١٢ يوليو ١٩٥٤ص٥٩ – أيضا هامل ص٢١٣ هامش رقم ٠٢) .

(٢) هامل ص٢١٣ .

(٣) نقض (تجارى) جلسة ١٩ مارس ١٩٦٨ ، الجازيت ١٩٦٨ – ٢ – ٥ .
ويتلخص موضوع القضية فى أن أحد مستأجرى المتجر (بقالة مخبز) تعهد بعدم إقامة تجارة مماثلة سواء بطريق مباشر أو غير مباشر لمدة خمس سنوات فى حدود خمسة كيلو متر من المتجر الذى كان محلا للإجارة ، وكانت زوجته تشاركه العمل بالمتجر . وفى خلال هذه المدة طلق الزوج (المدير الحر) زوجته التى أقامت تجارة مماثلة فى عقار يقرب من المتجر الأول فأيدت محكمة النقض حكم الاستئناف القاضى باستمرارها فى التجارة بحجة أنه بالرغم من أن التعهد يرتبط بذمة الزوجين المختلطة (وهو النظام المالى الذى ارتضته الزوجة عند زواجها) إلا أن تعهد الزوج كان شخصيا وأن مساهمة الزوجة فى العمل أثناء عقد الإدارة الحرة لا يدل على ارتباطها بما تعهد به الزوج .انظر فى التزام المستأجر بعدم المنافسة.

Rep. Dalloz., Ve fonds de commerce .

بواسطة جوفريه رقم ٣١١ .

قضت محكمة النقض الفرنسية[١] بأحقية ابنة مدير المتجر الحر بفتح تجارة مماثلة لأن التزام والدها هو التزام شخصى . كذلك بالنسبة لصهر مدير المتجر الحر[٢].

على أنه يمكن أن يمتد الالتزام بعدم إقامة تجارة مماثلة لأحد أقرباء المدير الحر لأى شخص آخر إذا كان القصد من ذلك إخفاء إقامة المدير الحر لتجارة منافسة وحرمان المؤجر من عملائه[٣].

التزام المستأجر بالتأشير بالسجل التجارى بانقضاء العقد :

٤٠٣- يلزم مستأجر الاستغلال (المستأجر جدكا) بالتأشير بالسجل الخاص وبالسجل التجارى بما يفيد انقضاء عقد استغلاله للمتجر ، بالإضافة إلا إعلان ذلك بوسائل الإعلان التى اتخذها عند انعقاد العقد حتى يعلم الغير بحقيقة مركزه بالنسبة للمتجر ، وغنى عن البيان أنه على المؤجر اتخاذ إجراءات القيد والعلانية سواء قام هو باستغلال متجره شخصيا أو قام بإعادة استغلاله للغير[٤]. وقد نص المشرع صراحة على هذا الالتزام بالمادة (٢/٣٧ ، ٣) من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

تقديرعقد تأجير استغلال المتجر فى ظل قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩:

٤٠٤- يحتاج عقد تأجير استغلال المتجر ، بوصفه أحد التصرفات المنتشرة التى ترد على المحل التجارى إلى تدخل تشريعى لتنظيمه تنظيما شاملا وان كان قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى شأن معالجة أحكام

---

(١) جلسة ٧ ديسمبر ١٩٦٦ ، دالوز ٩٦٧ ، الملخص ص٦٤ .

(٢) نقض فرنسى جلسة ٢١ فبراير ١٩٦٧ – ١١١ – ٧٧ .

(٣) نقض فرنسى جلسة ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٦ – البلتان المدنى ١٩٦٦ – ١١ – ١٨٨ ومشار إليه بالمجلة الفصلية ١٩٦٨ ، ص١٠٢٢ رقم ١٠ .

(٤) راجع J.Guynot مؤلفه المحل التجارى رقم ١٥٥ ص٨١ .

المتجر فى المواد من (٣٤-٤٣) قد تنظم بعض أهم إحكامه وان لم يصل إلى العقد تنظيما كاملا .

ومن أولى المسائل التى سبق أن اقترحناها والواجب إيضاحها الاصطلاح الذى يوضح طبيعة هذا التصرف بوصفه تأجيراً لمنقول معنوى لرفع اللبس وبينه وبين عقد تأجير المكان الكائن به المحل التجارى وعقد تأجير المنقول المادى ، كذلك لتميزه عن وسائل إدارة المحل التجارى الأخرى كعقود الإدارة المأجورة أو الإدارة بالوكالة الأمر الذى كان محل خلاف كبير فى فرنسا قبل التنظيم التشريعى . وقد سبق أن اقترحنا فى هذا الخصوص تبنى اصطلاح «تأجير استغلال المتجر» حيث يوضح جليا انفصال الملكية عن الاستغلال خلال فترة ما ، وهو الأمر الجديد فى هذا الخصوص، كما يوضح حقيقة مركز المستأجر العادى للعقار أو المنتقول المادى ، أو عن مركز المدير المأجور أو المدير الوكيل . وقد أخذ قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بما سبق أن اقترحناه كاصطلاح لهذا العقد ، حيث أشار لأول مرة إلى هذا الاصطلاح بمناسبة معالجته بعض الأحكام العامة للتصرفات على المحل التجارى وذلك بالمواد من (٣٤-٤٣) .

ولما كانت التجارة تعتمد أساسا على الشهر والعلانية ، فقد سبق أن اقترحنا وجوب وجود نظام محكم لها فيما يتعلق بعقد تأجير الاستغلال حتى نضع المتعاملين فى هذا الشأن على بينة من حقيقة المراكز القانونية الجديدة لكل من مالك المتجر والمستأجر المستغل ، ولتحقيق أهم أهداف التعامل التجارى بصفة عامة وهى الائتمان والسرعة ، وهو ما أخذ به قانون التجارة المشار إليه صراحة وفقا للتفصيل السابق .

وبذلك يترتب اثر قانونى فعال على تخلف إجراءات الشهر والعلانية هو اعتبار مؤجر المتجر مستمرا فى استغلاله متجره شخصيا وما المستأجر

إلا أحد اتباعه وتحديد مسئولية المالك على هذا الأساس . بمعنى أنه قرينة قانونية قاطعة على مركز المؤجر كمستغل فى العلاقة بينه وبين الغير ما لم يكن هذا الأخير سيئ النية عالما بالمراكز القانونية لكل من مؤجر ، ومستأجر الاستغلال .

ونرى أن تأجير استغلال المحل التجارى يترتب عليه فى الواقع المساس بقيمته كرأس مال ، الأمر الذى يؤثر على ائتمان المؤجر ويجب أن يكون للدائنين حق الخيار بين استمرار آجال ديونهم المتعلقة بالاستغلال التجارى لهذا المتجر ، أو المطالبة بها فورا مع إخضاع ذلك لتقدير القاضى. كذلك الأمر بالنسبة لدائنى مستأجر استغلال المحل التجارى عند انتهاء حقه فى استغلال المتجر .

الفصل الخامس

حماية المحل التجارى

تمهيد :

٤٠٥- يترتب على مبدأ حرية التجارة وحرية المنافسة بين التجار أن يكون لكل تاجر الحق فى اتباع الوسائل الناجحة لاجتذاب عملائه وتشجيعهم على الاستمرار فى التعامل مع متجره حتى ولو أدى ذلك إلى الإضرار بغيره من التجار، إلا أن هذه الحرية مقيدة بأن تكون وسائل المنافسة مشروعة(١). فإذا كانت الوسائل التى يتبعها المنافس فى سبيل الحصول على عملاء الغير غير مشروعة وتتنافى مع النزاهة والعرف التجارى، كان لمن أصابه ضرر الحق فى الرجوع على المتسبب فيه بالتعويض عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة(٢).

وتنظم التشريعات التجارية عادة أحكام المنافسة غير المشروعة والدعوى الناشئة عنها، كما هو الشان فى كل من التشريع التجارى الكويتى والذى نظم أحكامها فى المواد من (٥٥ – ٦٠) من قانون التجارة رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠، وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة والذى ينظم أحكام المنافسة غير المشروعة فى المواد من (٦٤ – ٧٠) من قانون المعاملات التجارية رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣. ووفقاً للقانون المصرى كانت دعوى المنافسة غير المشروعة ترفع ممن أصابه ضرر نتيجة الاعتداء على

---

(١) ولقد قيل بحق أن المنافسة هى قانون التجارة la concurance est la loi du commerce.

(٢) ويطلق عليها أحكام المزاحمة غير المشروعة.

فى هذا الخصوص مؤلفنا القانون التجارى الكويتى – مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٤، ص٣٢١ وما بعدها.

حقوقه التجارية طبقاً لحكم المادة (١٦٣) من القانون المدنى تطبيقاً للقواعد العامة فى القانون المدنى على أساس أن كل من أصابه ضرر نتيجة خطأ الغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

وبصدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، أوضح المشرع بالمادة (٦٦) بفقرتيها أفعال المنافسة غير المشروعة والأساس القانونى لمسئولية لمرتكب أفعال المنافسة غير المشروعة بتعويض المضرور حيث جاء نص المادة (١/٦٦) بأنه «يعد منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية فى المعاملات التجارية، ويدخل فى ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات الغير أو اسمه التجارى أو على براءات الاختراع أو على أسراره الصناعية التى يمتلك حق استثمارها، وتحريض العاملين فى متجره على إذاعة أسراره أو ترك العمل عنده وكذلك كل فعل أو اعتداء يكون من شأنه إحداث اللبس فى المتجر أو فى منتجاته أو إضعاف الثقة فى مالكه أو فى القائمين على إدارته أو فى منتجاته».

وأضاف المشرع المصرى فى الفقرة الثانية من المادة ذاتها أن «كل منافسة غير مشروعة تلزم فاعلها بتعويض الضرر الناجم عنها. وللمحكمة أن تقضى فضلاً عن التعويض – بإزالة الضرر وبنشر الحكم على نفقة المحكوم عليه فى إحدى الصحف اليومية».

وبالإضافة إلى حكم المادة (٦٦) تجارى سالفة الذكر والتى تضع الأسس العامة لمفهوم المنافسة غير المشروعة وأساس دعوى المنافسة وسلطة القاضى فى هذه الدعوى فى اتخاذ ما يراه لحماية المحل التجارى من الاعتداء على عناصره، فقد خصص المشرع التجارى أيضاً حماية لأهم عناصر هذا المحل التجارى كل على حدة عند الاعتداء عليها باعتبارها ممثله لأهم عناصر هذا المحل وذلك من خلال قانون حماية حقوق الملكية

الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ حيث عنى المشرع بوجه خاص بحماية حقوق الملكية الصناعية من براءات اختراع أو نماذج منفعة وتصميمات ونماذج صناعية وعلامات تجارية. هذا بالإضافة إلى حماية الاسم التجارى طبقاً لقانون ٥٥ لسنة ١٩٥٧.

٤٠٦- تقسيم : وسوف نتناول فى هذا الفصل حماية المحل التجارى كوحدة متكاملة بعناصره وذلك عند الاعتداء عليه بإحدى صور المنافسة غير المشروعة، وذلك بشرح بعض حالات هذه الصور ثم نتناول الضرر الذى ينتج عن هذه الحالات وأخيراً أطراف الخصومة فى دعوى المنافسة غير المشروعة. على أن الأمر يقتضى توضيح مفهوم المنافسة الممنوعة لتحديد نطاق المنافسة غير المشروعة وذلك كل فى مبحث مستقل.

المبحث الأول

المنافسة الممنوعة

تمهيد :

٤٠٧- تجدر الإشارة إلى أن هناك حالات تمتنع فيها المنافسة كلية بطريق مشروع أو غير مشروع. وقد نظم المشرع وسائل حماية تلك الحالات بدعوى ترفع لمنع المنافسة كلية وليس دعوى المنافسة غير المشروعة. وحالات المنافسة الممنوعة إما أن يكون أساسها نص المشرع أو اتفاق الطرفين. وسوف نشير إلى كل منهما.

أولاً : المنافسة الممنوعة بنص القانون :

٤٠٨- يشترط المشرع فى بعض المهن كالصيدلة على من يعمل بها الحصول على مؤهلات علمية معينة، فإذا قام الشخص بمباشرة أعمال

الصيدلة دون الحصول على الدرجة العلمية المطلوبة لذلك، فإنه يكون قد خالف نصوص القانون واعتبر عمله من قبيل المنافسة الممنوعة بنص القانون وليس المنافسة غير المشروعة. أما إذا حصل الشخص على الدرجات العلمية المطلوبة وقام فعلاً بالاتجار فى مواد الأدوية ولجأ إلى طرق غير مشروعة فى سبيل اجتذاب عملاء الغير فإنه يخضع فى هذه الحالة لأحكام المنافسة غير المشروعة شأنه فى ذلك شأن بقية التجار.

وقد تتدخل الدولة بقوانين من نوع آخر تمنع بها المنافسة، قاصدة من ذلك حماية المستهلكين كما هو الحال بالنسبة للنصوص التى تشترط وزناً معيناً ومواصفة معينة للسلعة، وكذلك كالتى تشترط وضع مواد معينة بنسبة معينة فى السلع والمنتجات والأقمشة. وأحياناً يقصد المشرع من قوانين منع المنافسة حماية لمصلحة خاصة أو عامة كما هو الحال فى حماية المخترع واحتكار لاستغلاله لبراء اختراعه.

وهناك قيود يضعها القانون ليس بقصد منع المنافسة، وإنما على العكس لتشجيعها كما هو الحال فى القوانين التى تعاقب من يمتنع عن البيع، أو من يحدد من المصانع حداً أدنى أو السلعة للتجار الذين يقومون بإعادة بيعها. وأحياناً يتدخل المشرع لتحديد سعر معين أو طريقة توزيع المواد الغذائية فى ظروف الحرب والأزمات الاقتصادية.

وقد تكون المنافسة الممنوعة بناء على احتكار قانونى كما هو الوضع فى أغلبية ملتزمى المرافق العامة.

ثانياً : المنافسة الممنوعة باتفاق الطرفين :

٤٠٩- إن الوضع الغالب أن تكون المنافسة الممنوعة باتفاق الطرفين، وفى هذه الحالة يترتب على مخالفة الاتفاق المسئولية العقدية.

ومن صور المنافسة الممنوعة باتفاق الطرفين ما يأتى :

أ - التزام مؤجر العقار بعدم منافسة المستأجر[١] :

٤١٠- تقضى القواعد العامة بأن يلزم مؤجر العقار لنشاط محل تجارى أو صناعى، بتأمين تمتع المستأجر بالعين المؤجرة، ويحق للمؤجر فى الوقت ذاته أن يؤجر للغير فى ذات العقار الكائن به المحل التجارى للمستأجر الأول – مكاناً لشخص آخر يمارس ذات نشاط المستأجر الأول. ولكن إذا اشترط المستأجر الأول على المؤجر مالك العقار من تأجير جزء من العقار ذاته. للغير لممارسة نشاط مماثل فإنه يمتنع فى هذه الحالة على المؤجر القيام بذلك احتراماً للاتفاق.

ب- التزام بائع المحل التجارى أو مؤجر استغلاله بعدم منافسة المشترى أو مستأجر الاستغلال :

٤١١- يعتبر التزام بائع المحل التجارى أو مؤجر استغلاله بعدم إنشاء تجارة مماثلة (الالتزام بعدم التعرض) من الالتزامات التى تنتج عن عقد بيع المتجر. ولذلك ينشأ هذا الالتزام على عاتق البائع أو مؤجر استغلال المحل التجارى دون حاجة إلى النص عليه فى عقد البيع وإن كان الغالب أن ينص فى هذه العقود صراحة على التزام بائع المحل التجارى أو مؤجر استغلاله بعدم منافسة المشترى أو المستأجر. وهذا الالتزام بعدم إنشاء تجارة مماثلة يعتبر التزاماً تعاقدياً فلا يكون الإخلال به من قبيل أعمال المنافسة غير المشروعة التى تستند أساساً إلى المسئولية التقصيرية ولكن من أعمال المنافسة الممنوعة التى تستند إلى أحكام المسئولية

---

(١) انظر ما سبق رقم ٢٢٨ و ٣٣٠. ويطلق عليها dause de non- concurrence dans le baib lui- meme.

العقدية.

ونظراً لأهمية الالتزام بعدم المنافسة فى التصرفات التى ترد على المحل التجارى فقد نص قانون التجارة المصرى على أنه «لا يجوز لمن تصرف فى المتجر بنقل ملكيته إلى الغير أو بتأجير استغلاله أن يزاول نشاطاً مماثلاً لنشاط المتجر بكيفية يترتب عليها ضرر لمن آلت إليه الملكية أو الاستغلال إلا إذا اتفق على خلاف ذلك». وقد سبق لنا شرح أحكام هذا الالتزام والقيود التى ترد عليه بمناسبة دراسة المحل التجارى وتأجير استغلاله ونحيل إليها فى هذا الخصوص منعاً من التكرار(١).

وتطبيقاً لأحكام الالتزام بعدم المنافسة الذى يمثل مسئولية عقدية، فإنه لا يمتنع على بائع المحل التجارى أو مؤجر استغلاله والذى يملك عقاراً فى الجهة التى يقع بها المحل التجارى – محل التصرف – أن يؤجره إلى تاجر آخر ليباشر فيه تجارة مماثلة ما لم يتفق علي خلاف ذلك ، لأن البائع أو المؤجر لا يضمن للمشترى أو المستأجر استمرار العملاء وبقائهم فى التعامل مع المتصرف إليه، وإنما يضمن فقط عدم استغلال علاقاته واتصالاته السابقة بالعملاء فى اجتذابهم لتجارته الجديدة والكف عن المحل التجارى موضوع التصرف. ولكن إذا قصد البائع أو مؤجر الاستغلال من تأجيره للعقار الإساءة إلى المشترى أو علمه بسوء نية مستأجر العقار فإنه يكون قد أخل بالالتزام الذى يفرضه عليه عقد البيع أو تأجير الاستغلال.

كذلك الشأن لا يمتنع على بائع المتجر أو مؤجر استغلاله أن يعمل لدى متجر آخر أو شركة تمارس تجارة مماثلة لتلك التى يقوم بها المتجر موضوع التصرف بشرط ألا يؤدى هذا الفعل إلى ظهوره أمام الجمهور

---

(١) ما سبق رقم ٢٢٨، ٣٣٠.

واجتذاب العملاء. فلا يمتنع عليه مثلاً أن يشرف على حسابات هذا المحل أو يشرف على المخازن أو أى فرع من فروع هذا المحل أو هذه الشركة بعيداً عن المتجر المباع كأن يكون الفرع فى بلد آخر. وإذا فرض وكان شريكان فى محلين تجاريين أحدهما لتجارة الأقمشة والآخر لتجارة المواد الغذائية. ثم انفصلا عن الشركة واستقل كل منهما بمحل تجارى، فلا يستطيع احدهما مباشرة نشاط الآخر بعد هذا الاستقلال.

وكما سبق القول قد يضمن عقد البيع أو تأجير الاستغلال شرطاً صريحاً يمنع البائع أو المؤجر من إقامة تجارة مماثلة، وكما سبق أن أوضحنا تعتبر مثل هذه الشروط صحيحة طالما هى محددة من حيث المكان والزمان ولا تمثل قيداً على حرية العمل.

وفى هذا الخصوص يترك للمحكمة تقدير ما إذا كان الفعل يعتبر أو لا يعتبر تعرضاً للمشترى أو مستأجر الاستغلال. وفى تقديرها تراعى دائماً عدة اعتبارات منها نوع التجارة التى يمارسها كل من بائع المتجر أو مؤجر استغلاله والمشترى أو المستأجر والمسافة بين المتجرين ومدى تعلق العملاء بشخصه وفقاً لطبيعة التجارة. كما على المحكمة مراعاة الزمن بين إجراء عقد البيع أو الإيجار وبين إنشاء المتجر الجديد. وعلى العموم فإن المقياس الذى يجب أن تهتدى به المحكمة هو، إنه إذا كان من شأن فتح المحل الجديد حرمان المتصرف إليه من بعض مقومات المتجر الذى اشتراه، وفى مقدمتها العملاء والسمة التجارية، اعتبر الفعل تعرضاً ويتعين مساءلته، أما إذا كان إنشاء المحل الجديد لا يؤثر فى تجارة المتصرف إليه ولا يسبب له ضرراً فلا مسئولية على المتصرف.

ج- الاتفاقات بين المنتجين والتجار :

٤١٢- إن من صور المنافسة الممنوعة اتفاق الطرفين على أن

يشترى التاجر السلع التى ينتجها المصنع دون غيره من المصانع التى تنتج السلعة ذاتها[١]، أو ألا يبيع المصنع لغير التاجر حتى يتفادى هذا الأخير منافسة غيره من التجار كما هو الحال فى تعهد الشركة المنتجة بعدم البيع لغير صاحب التوكيل بالتوزيع داخل إقليم معين[٢]. ومثل هذه الاتفاقات صحيحة بشرط أن تكون محددة المدة أو بمكان معين حتى لا تؤدى إلى احتكار فعلى[٣].

وفى حالة مخالفة الاتفاق، للمتضرر أن يطالب بالتعويض على أساس المنافسة الممنوعة بمقتضى الاتفاق، وللقاضى فى سبيل ذلك الحكم بالإجراءات الوقائية فيقضى بالكف عن الاستمرار فى أعمال المنافسة، كما له أن يأمر بغرامة تهديدية. وللمتضرر أيضاً حق الالتجاء للقضاء المستعجل لاتخاذ إجراء وقتى غايته وقف أعمال المنافسة الممنوعة ومنع تداول البضائع بالسوق.

وفى هذا الخصوص قضت محكمة الكويت الكلية[٤] – بصفة

---

(١) clause réservant au vendeur d'exclusivité de fourniures.
ويشترط القضاء الفرنسى فى مثل هذه الاتفاقات أن تكون محددة المدة : باريس ١٥ مارس ١٩٣٤ – الجازيت ١٩٣٤– ٢– ٢٣. وقد صدر فى فرنسا قانون ١٤ أكتوبر ١٩٤٣ محدداً مدة أقصاها عشر سنوات لصلاحية أى شرط من شروط قصر التوزيع clause d'exclusivité وذلك فى مجال عقود الشراء أو التنازل أو التأجير للمنقولات (م أولى) وإذا ما تضمن العقد مدة أكثر من ذلك حكم القضاء بتخفيضها إلى مدة العشر سنوات المحددة قانوناً – ريبير رقم ٤٨١.

(٢) clause réservant à un achreur l'exclusivité des vents (concessionnaires exclusifs).

(٣) ويعتبر القضاء الفرنسى مستقراً على اعتبار هذه الشروط باطلة إذا كان من شانها الإضرار بحقوق الغير.
ريبير رقم ٤٨٢ والأحكام المشار إليها فى هذا الخصوص.

(٤) حكم المحكمة الكلية بدولة الكويت – جلسة ١٩٦٨/١٠/٣٠ قضية رقم ٥٢٢ لسنة ١٩٦٨ مستعجل – منشور بمجلة القضاء والقانون – السنة الأولى – العدد الثانى – ص ٨٤.

مستعجلة – بوقف طرح البضائع المشتراه من المدعى عليها من شركة (سانيو) بالأسواق المحلية بدولة الكويت والخليج العربى. وكان موضوع القضية يتلخص فى أن إحدى الشركات المنتجة للأدوات الكهربائية فى منطقة الكويت والخليج العربى بأكمله – والتزمت بمقتضى هذا الاتفاق بعدم القيام ببيع أى من منتجاتها بطريق مباشر أو غير مباشر إلى أى مصدر آخر فى نفس المنطقة التى تشملها حدود الوكالة. وحدث أن استوردت إحدى الشركات بدولة الكويت، شحنة من منتجات شركة سانيو من الراديوهات بناء على تعهدها للشركة الأخيرة بإعادة نقلها من ميناء الكويت إلى أفغانستان حيث يتم بيعها هناك، والتزمت الشركة المستوردة بعدم طرح هذه البضائع فى السوق المحلى بدولة الكويت. وخشى الوكيل العام – صاحب احتكار التوزيع بمنطقة الكويت والخليج العربى – أن يقوم المستورد باستلام الشحنة وإدخالها الكويت وبيعها فى السوق المحلى بدلاً من إعادة نقلها رأساً إلى أفغانستان فرفع دعواه أمام قاضى الأمور المستعجلة مطالباً بتعيين حارس قضائى على شحنة الراديوهات تكون مهمته ضمان إعادة شحن هذه البضاعة من ميناء الكويت إلى أفغانستان.

د- الاتفاق بين المصانع على تنظيم إنتاج السلع :

٤١٣- من صور المنافسة الممنوعة باتفاق الأطراف حالة الاتفاق بين المصانع على تنظيم إنتاج السلع من حيث كمياتها وتحديد أسعارها لتحديد النشاط الذى يقوم به كل مصنع وعدم تجاوزه بقصد تنظيم المنافسة بين المنتجين. ومثل هذه الاتفاقات تكون صحيحة فى حدود الغرض الذى تنظمه. أما إذا قصد من ورائها أو ترتب عليها خلق احتكارات حقيقية أو ارتفاع كبير فى أسعار بيع هذه السلع، فهذه الاتفاقات تكون باطلة لمخالفتها النظام العام لما ينتج عنها من إهدار لمصالح المستهلكين جميعاً فى سبيل

مصلحة أصحاب هذه المصانع، علاوة على أن هذه الاتفاقات يعاقب عليها جنائياً باعتبار أن مثل هذه الاتفاقات ترمى إلى رفع أو خفض أسعار السلع عن غير طريق العرض والطلب بقصد تحقيق الكسب[١]، كذلك الشأن بالنسبة للاتفاقات التى ترمى إلى البيع دائماً بالسعر المحدد من قبل الدولة استناداً إلى هذا السعر إنما يمثل الحد الأقصى الذى يجوز البيع بأقل منه حسب ظروف العرض والطلب[٢].

---

(١) تنص المادة ٣٤٥ عقوبات على أن «الأشخاص الذين تسببوا فى علو أو انحطاط أسعار غلال أو بضائع أو بونات أو سندات مالية معدة للتداول عن القيمة المقررة لها فى المعاملات التجارية بنشرهم عمداً بين الناس أخبار إعلانات مزورة أو مفتراه أو بإعطائهم ثمناً أزيد مما طلبه أو بتواطئهم مع مشاهير التجار الحائزين لصنف واحد من بضاعة أو غلال على عدم بيعه أصلاً أو على منع بيعه بثمن أقل من الثمن المتفق عليه فيما بينهم أو بأى طريقة احتيالية أخرى يعاقبون بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط».
وغلظت العقوبة المادة (٣٤٦) عقوبات بمضاعفة الحد الأقصى لعقوبة الحبس إذا حصلت تلك الحيلة فيما يتعلق بسعر الحاجات الضرورية.
وتقضى المادة ٤٠٩ عقوبات فرنسى والمعدلة بقانون ٣ ديسمبر ١٩٢٦ باعتبار الاتفاقات التى ترمى إلى رفع أو خفض أسعار السلع عن غير طريق العرض والطلب بقصد تحقيق الكسب، مخالفة قانونية. ويعتبر القضاء الفرنسى المخالفات القانونية – علاوة على ذلك – الاتفاقات التى ترمى إلى البيع بالسعر المحدد من قبل الدولة، وذلك استناداً إلى أن السعر المحدد إنما يمثل الحد الأقصى الذى يجوز البيع بأقل منه حسب ظروف العرض والطلب : نقض جنائى جلسة ١٣ مارس ١٩٥٣ – الـ J.C.P – ١٩٥٢ – ٢ – ٧١٠٩.

(٢) نقض فرنسى – الدائرة الجنائية جلسة ١٣ مارس ١٩٥٢ الـ J.C.P. – ١٩٥٢ – ٢ – ٧١٠٩. علماً بأن المشرع الفرنسى يدين مثل هذه الاتفاقات بالمادة ٤٠٩ عقوبات المعدلة بقانون ٣ ديسمبر ١٩٢٦ راجع ريبير رقم ٤٨٦.

هـ- التزام العامل بعدم منافسة "رب العمل" :

٤١٤- قد يتضمن عقد العمل بين رب العمل[١] التزاماً على الأول بعدم منافسة رب العمل بإفشاء تجارة مماثلة أو العمل عند متجر منافس بعد انتهاء العمل بينهما وهو ما يطلق عليه عدم المنافسة. ولما كان مثل هذا الشرط يمثل قيداً على حرية العامل، قد يؤدى إلى التزامه بالاستمرار فى خدمة رب العمل مدى الحياة، فقد خفف القضاء الفرنسى، رغم عدم وجود نص، حدة هذا الشرط واشترط للاعتراف به أن يكون القيد على العامل محدداً من حيث الزمان[٢] والمكان[٣] أو نوع التجارة[٤].

وقد نظمت بعض التشريعات هذه العلاقة بين العامل ورب العمل مثل

---

(١) ذهب قضاء النقض الفرنسى إلى اعتبار هذا الالتزام موجوداً حتى ولو لم يتضمن عقد العمل مثل هذا الشرط – نقض تجارى جلسة ١٩٦٥/٢/٨ – الجازيت ١٩٦٥ – ٢ – ١٦. راجع ريبير رقم ٤٧٦.
هذا ويلاحظ أن التزام العامل بعدم منافسة رب العمل يوجد أثناء عقد العمل من باب أولى، إذ يمتنع على العامل اتلقيام بذات النشاط الذى يزاوله رب العمل فى غير أوقات العمل لأن من ذلك الإقلال من عدد العملاء الذين يترددوا على المحل الأصلى. كما وأن من شأن ذلك إضعاف قوة العامل والتأثير على إنتاجه الملتزم به قبل رب العمل. ففى مثل هذه الحالات يتحقق انتهاك لمبدأ الوفاء الذى يترتب على عقد العمل.

(٢) نقض – لدائرة الاجتماعية ٤ يناير – ١٩٦٢ – لـ J.C.P ١٩٦٢- ٢- ١٢٥٢٢.

(٣) نقض – الدائرة الاجتماعية ٣ يناير – ١٩٦٤ – الـ J.C.P ١٩٦٤- ٢- ١٣٥٥١.

(٤) ويتشدد القضاء الفرنسى فى هذا الخصوص ولا يعتد بالشرط الذى يمنع العامل فى مجال تخصصه خشية أن يؤدى ذلك إلى منعه من العمل الذى تخصص فيه : نقض – الدائرة الاجتماعية جلسة ١٨ أكتوبر ١٩٥٢ – الـ J.C.P ١٩٥٣ – ٢ – ٧٥١٩. راجع ريبير رقم ٤٧٧.

التشريع السويسرى وكذلك المصرى. فالأول اشترط أن يكون التزام العامل بعدم منافسة رب العمل، بعد انتهاء العقد، محدداً من حيث نوع الأعمال[١]، كما نظمت هذه العلاقة المادة (٦٨٦) من القانون المدنى المصرى على النحو التالى :

إذا كان العمل الموكل إلى العامل يسمح له بمعرفة عملاء رب العمل أو بالإطلاع على سر أعماله كان للطرفين أن يتفقا على ألا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس رب العمل ولا أن يشترك فى أى مشروع يقوم بمنافسته. غير أنه يشترط لصحة هذا الاتفاق أن يتوافر غيه أن يكون : ١- العامل بالغاً سن الرشد وقت إبرالم العقد. وأن يكون ٢- القيد محدداً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضرورى لحماية مصالح رب العمل المشروعة.

ولا يجوز أن يتمسك رب العمل بهذا الاتفاق إذا فسخ العقد أو رفض تجديده، دون أن يقع من العامل ما يبرر ذلك، كما لا يجوز أن يتمسك بالاتفاق إذا وقع منه هو ما يبرر فسخ العامل للعقد. فإذا حدث وخالف العامل ذلك كان لرب العمل المطالبة بالتعويض النقدى أو العينى لوقف أعمال المنافسة.

وتجدر الإشارة فى هذا المجال أن المهن الحرة لا تخضع فى تنظيمها لدعوى المنافسة غير المشروعة حيث تقتصر هذه الأخيرة على المنافسة بين التجار والمنتجين، أما المهن الحرة فهى تخضع فى تنظيمها إلى قوانينها الخاصة مثل قانون مهنة المحاماة أو الهندسة أو المحاسبة أو الطب.

---

(١) المادة (٣٥٧) من تقنين الالتزامات السويسرى – د. جمال الدين زكى – قانون العمل الكويتى طبعة ١٩٧٢، ص١٦١.

المبحث الثانى

المنافسة غير المشروعة

تمهيـــد :

٤١٥- المنافسة غير المشروعة لا تكون إلا بين شخصين يمارسان نشاطاً متماثلاً أو على الأقل متشابهاً، وتقدير ذلك متروك للقـــضاء فيكـــون الفعل مكوناً للمنافسة إذا كان صادراً من صاحب مصنع جلود ضد مـــصنع آخر لإنتاج الجلود وصناعة الأحذية، ولكن لا يكـــون هـــذا الفعـــل مكونـــاً للمنافسة إذا كان صادراً من صاحب محل بقالة ضد صاحب محل أقمشة ولو كان هذا الفعل قد ترتب عليه إضرار بهذا المحل الأخير. لأن هـــذا يعتبـــر ضرراً عادياً خارجاً عن نطاق المنافسة التى تعنينا فى هذا المجال وإن كان يوجب المسئولية طبقاً للقواعد العامة.

وفى ذلك يرى جانب من الفقه[١] أن هناك فرقاً بين الحالتين فيمـــا يتعلق بنوع التعويض الذى يحكم به، فهو فوق التعويض النقدى جـــزاءات أخرى مثل إغلاق المحل المنافس.

على أن وجود المنافسة فى حد ذاته لا يكفى أن تترتب المسئولية، بل يجب أن يتحد الخطأ مع المنافسة بمعنى أن تكون هناك منافـــسة غيـــر مشروعة وأن تركز هذه المنافسة على خطأ من قام بها.

٤١٦- تقسيم : وسوف نتناول التعريف بالمنافسة غير المشروعة ثم ارتكابها بايضاح صور الخطأ والتى تمثل حالات وصور المنافسة غيـــر

---

(١) د. محمسن شفيق. الوسيط فى القانون التجارى – الجـــزء الأول بنـــد ٣٠١ ومـــا بعدها.

المشروعة ثم الضرر وأطراف دعوى المنافسة غير المشروعة.

تعريف المنافسة غير المشروعة :

٤١٧- المنافسة غير المشروعة بصفة عامة هى استخدام الشخص لطرق ووسائل منافية للقانون والعادات والشرف. فإذا قام شخص بعمل معين ولم يكن مخالفاً للقانون أو العرف وأدى هذا العمل إلى منافسة غيره من التجار وأضر بهم فإنه لا يعد عملاً غير مشروع أى لا يعتبر فاعله مرتكباً للخطأ.

والواقع أنه يصعب وضع معيار لتحديد معنى الخطأ فى هذا المجال، إذ تختلف وجهات النظر وفقاً للأسس والمبادىء التى يؤمن بها المجتمع القائم فيه الفعل المكون للخطأ، كما أن الحد الفاصل بين ما هو مشروع أو غير مشروع هو فى غاية الدقة ويصعب تحديده. والذى ينبغى عادة هو الاحتكام إلى العرف والعادات المهنية لنوع التجارة والتى قد تختلف من مكان إلى آخر أو من زمان إلى آخر. ويرتكز القضاء عادة فى هذا الخصوص حول الظروف العامة للحالة المعروضة دون الارتكاز على واقعة محددة بالذات، ومن المسلم به أن القاضى هو الذى يحدد ما إذا كانت الأفعال الصادرة من المنافس تسبب ضرراً أم لا.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه يعد تجاوزاً لحدود المنافسة المشروعة ارتكاب أعمال مخالفة للقانون والعادات أو استخدام وسائل مخالفة لمبادىء الشرف والأمانة فى المعاملات إذا قصد به إحداث لبس بين منشأتين تجاريتين أو إيجاد اضطراب بأحدها متى كان من شانه اجتذاب عملاء إحدى المنشأتين للأخرى أو صرف عملاء المنشأة عنها[1]. ومن

---

(١) جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ – المجموعة – السنة العاشرة رقم ٧٧ ص٥٠٥.

الطرق التقليدية المتبعة عادة فى مجال المنافسة غير المشروعة، التجاء مندوبى إحدى الشركات إلى إعلان توقف نشاط التاجر المنافس وإنه يجب من الآن فصاعداً الاتجاه إلى الشركة التابعين لها لإصلاح أجهزة المنافس.

وقد حكم بأن إرسال التاجر لعميله ببضاعة تختلف عن التى طلبها العميل والتى تتميز بعلامة تجارية معينة بدون توضيح سبب لذلك يعتبر من قبيل أعمال المنافسة غير المشروعة إذا كان التاجر قد قام بتسليم منتجاته هو وكان منافساً لصاحب المنتجات المطلوبة أصلاً، واعتبرت المحكمة أن هذا التصرف هو تحايل من جانب التاجر[١].

ولا يشترط لاعتبار الفعل المكون للمنافسة غير المشروعة أن يكون مرتكبه متعمداً أو سيء النية. إذ يكفى اعتبار ركن الخطأ متوافراً إذا ما ارتكبه الشخص ولو كان حسن النية. فليس من الضرورى أن يكون المعتدى سيء النية، بل يكفى أن يكون منحرفاً عن السلوك المألوف للشخص العادى حتى يعتبر خطأ موجباً للمسئولية.

تعريف المشرع المصرى للمنافسة غير المشروعة :

٤١٨- كان التشريع المصرى قبل صدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ خالياً من نصوص خاصة لحماية المحل التجارى، ورغم ذلك كان الفقه[٢] والقضاء مستقراً على حمايته من المنافسة غير المشروعة استناداً إلى القواعد العامة القانونية. وأسس القضاء دعوى خاصة لحماية المتجر هى دعوى المنافسة غير المشروعة باعتبارها دعوى مسئولية غير تعاقدية عن الأفعال الصادرة من الغير وفقاً لنص المادة (١٦٣) مدنى

---

(١) باريس جلسة ١٩٦٢/٦/٧ – المجلة السنوية ١٩٦٣.

(٢) مؤلفنا : القانون التجارى، طبعة ١٩٨٣، دار النهضة العربية. بند ٢٢٢ وما بعده.

والتى تقضى بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض[١].

وبصدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ خصص المشرع المادة (٦٦) للتعريف بالمنافسة غير المشروعة وذكر أهم الأمثلة لصور الاعتداء على حقوق التاجر التجارية والصناعية مثل الاعتداء على براءة الاختراع والعلامة التجارية وأسرار التاجر الصناعية، كما أوضحت هذه المادة السند القانونى لمسئولية مرتكب فعل يمثل منافسة غير مشروعة والتزامه بالتعويض لمن أصابه ضرر نتيجة هذه المنافسة، كما قررت هذه المادة سلطة القاضى فى اتخاذ ما يراه من إجراءات تكميلية بالإضافة إلى التعويض.

كما نظم المشرع المصرى حماية عناصر المحل التجارى المتعلقة بحقوق الملكية الصناعية بالقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ فى شأن حماية حقوق الملكية الفكرية كما سنرى.

وفى هذا الخصوص نصت المادة (١/٦٦) تجارى على أنه «١- يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية فى المعاملات التجارية، ويدخل فى ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات الغير وعلى اسمه التجارى أو على براءات الاختراع أو على أسراره الصناعية التى يملك حق استثمارها، وتحريض العاملين فى متجره على إذاعة أسراره أو ترك العمل عنده وكذلك كل فعل أو إدعاء يكون من شأنه إحداث اللبس فى المتجر أو فى منتجاته أو إضعاف الثقة فى مالكه أو فى القائمين على إدارته او فى منتجاته».

---

(١) وفى فرنسا حيث لا وجود لنص خاص لحماية المحل التجارى من المنافسة غير المشروعة تؤسس هذه الدعوى على المادة ١٣٨٢ مدنى والتى تقضى بأن كل من تسبب بخطئه بضرر للغير التزام بالتعويض. راجع ريبير ٣٨٣.

وهذا التعريف جاء فضفاضاً فى شـــأن مفهـــوم المنافـــسة غيـــر المشروعة فى المعاملات التجارية وجاءت الصور التى عددها النص علـــى سبيل المثال والتى تمثل اعتداء على المحـــل التجـــارى تخـــالف العـــادات والشرف التجارى صوراً تمثل فى الواقع أهم عناصر المتجر والنص يعـــد واضحاً فى بيان طبيعة ومفهوم المنافسة غير المشروعة.

كما جاء نص الفقرة الثانية من المادة ذاتها مبيناً الأساس القانونى لدعوى المنافسة غير المشروعة وسلطة القاضى فى إزالة الـــضرر عـــن المتجر وعناصره المعتدى عليها، حيث تنص المادة (٢/٦٦) على أنه «٢- كل منافسة غير مشروعة تلزم فاعلها بتعـــويض الـــضرر النـــاجم عنهـــا. وللمحكمة أن تقضى – فضلاً عن التعويض – بإزالة الضرر وبنشر ملخص الحكم على نفقة المحكوم عليه فى إحدى الصحف اليومية».

ويمتاز نص المادة (٦٦) بفقرتيه عن حكم المـــادة (١٦٣) مـــدنى سالفة الذكر أنه أجاز للمحكمة أن تقضى بالإضافة إلى التعـــويض بإزالـــة الضرر أى منع الاستمرار فى الاعتداء على البراءة بالإضافة إلى نـــشر الحكـــم بأحد الصحف اليومية على نفقة المعتدى تشهيراً بهذا الأخير وردعاً له.

وتمتاز دعوى المنافسة غير المشروعة بأنها دعوى مدنية، بخلاف دعوى الحماية الخاصة عند الاعتداء على أحد عناصر المتجر، والتى تعتبر ذات صبغة جنائية، فى أنها تحمى جميع المراكز القانونية ســـواء ارتفعـــت إلى مستوى الحق الكامل لجميع عناصره أم لا، فأساس دعـــوى المنافـــسة غير المشروعة فى الواقع هو عدم الإخلال بواجب عام يلتزم به الكافة هو اتباع أساليب وطرق شريفة ومشروعة للمنافسة بين التجار.

ولذلك تعتبر دعوى المنافسة غير المشروعة أوســـع نطاقـــاً مـــن

الحماية القانونية الخاصة المقررة لحماية عناصر المحل التجارى مثل الاعتداء على براءة اختراع أو علامة تجارية مملوكة للتاجر مالك المحل التجارى حيث لا يجوز الالتجاء إلى الحماية الجنائية لهذه العناصر إلا إذا كانت أفعال الاعتداء واقعة على حق مكتمل لجميع عناصره القانونية. ويمكن لصاحب الحق على عنصر من عناصر المحل التجارى مثل براءة الاختراع أو العلامة التجارية، أن يلجأ إلى دعوى المنافسة غير المشروعة مفضلاً إياها عن الحماية الخاصة المقررة لحقه، ذات الطابع الجنائى. كما يكون للتاجر المعتدى على عناصر محله التجارى رفع الدعوتين فى الوقت ذاته إذا ما كان الفعل الضار مكوناً لجريمة التقليد أو الاعتداء على الحق بوجه عام ومكوناً لمنافسة غير مشروعة فى الوقت ذاته مع استقلال كل منهما عن الأخرى.

وسوف نتناول فيما يلى أهم صور المنافسة غير المشروعة ثم نوضح باقى عناصر دعوى المنافسة غير المشروعة وسلطة القاضى فى اتخاذ إجراءات لحماية حقوق المعتدى عليه.

الموضوع الأول : صور المنافسة غير المشروعة

تمهيد :

٤١٩- إن أعمال المنافسة غير المشروعة متنوعة ومتعددة ولا حصر لها وقد لجأ المشرع المصرى إلى ذكر بعض هذه الصور على سبيل المثال فى المادة (١/٦٦) تجارى كما هو الحال عند الاعتداء على علامات التاجر أو على اسمه التجارى أو على يراءات الاختراع أو على أسرار التاجر الصناعية التى يمتلك حق استثمارها، كما أشارت المادة ذاتها إلى

صور تحريض العاملين فى متجر التاجر على إذاعة أسراره أو ترك العمل عنده. وأضافت المادة ذاتها بعد أن عددت بعض صور المنافسة غير المشروعة أنه يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل أو اعتداء يكون من شأنه إحداث اللبس فى المتجر أو منتجاته أو إضعاف الثقة فى مالكه أو فى القائمين على إدارته أو فى منتجاته. وبذلك وضع المشرع معياراً شاملاً جامعاً لما يعد منافسة غير مشروعة دون تحديد لصورة معينة، كل فعل من شأنه إحداث لبس وخلط فى نفوس جمهور المتعاملين مع المتجر أو منتجاته أو عناصره أو إضعاف الثقة فى مالك هذا المتجر. ولا شك أن تقدير الفعل غير المشروع وتأثيره على المتجر وعملائه وسمعة مالكه أمر تقدره محكمة الموضوع مستندة فى ذلك إلى أساس يؤكد تقديرها من واقع موضوع النزاع.

وسوف نشير إلى أهم صور أفعال المنافسة غير المشروعة.

الصورة الأولى : الإساءة إلى سمعة التاجر :

٤٢٠- ١- الاعتداء على سمعة التاجر المنافس ونشر بيانات كاذبة عنه :

قد تتمثل أعمال المنافسة غير المشروعة فى الاعتداء على شرف وسمعة التاجر المنافس كإذاعة معلومات غير صحيحة أو إشاعة كاذبة عن إفلاسه أو ارتباكه المالى أو عزمه على تصفية متجره أو بيعه أو نقله، أو تشويه الحقائق عن البضائع أو السلع والمنتجات موضوع نشاط المحل التجارى حتى ينصرف عنه العملاء وذلك بإعطاء بيانات كاذبة عن هذه المنتجات ومواد تركيبها وصنعها، أو محاولة تقليدها حتى يصعب على الغير تمييزها عن إنتاج المنافس. كما تعتبر أيضاً أعمال منافسة غير مشروعة اتخاذ طرق ووسائل للدعاية معادية للتاجر المنافس أو إزالة إعلاناته.

ومن الأمثلة على أعمال المنافسة غير المشروعة التى تسىء إلى سمعة التاجر الإجراءات القضائية الكيدية مثل دعاوى الإفلاس الكيدية.

وفى هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بأن «حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق العامة التى تثبت للكافة، إلا أنه لا يسوغ أن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتداء مضارة الغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض سواء – فى هذا الخصوص – أن يقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه»[1].

ب- الاعتداء على الاسم التجارى والسمة التجارية :

٤٢١- الاسم التجارى هو ذلك الاسم الذى يتخذه التاجر لمحله التجارى لتمييزه عن غيره من المحال التجارية المماثلة. وينظم الاسم التجارى القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ فى شان الأسماء التجارية والذى عدلت بعض مواده (المادتان ٤، ٥) بالقانون ٦٧ لسنة ١٩٥٤. وتعتبر وظيفة الاسم التجارى الأساسية تمييز المنشأة التجارية عن غيرها من المنشأت المماثلة ليسهل التعرف عليها من عملائها الذين يفضلونها وعدم الخلط بينها وبين غيرها.

ويقصد بالسمة التجارية، التسمية المبتكرة التى يتخذها التاجر لمحله لتمييزه عن غيره مثل عبارة "الصالون الأخضر" أو "الأزياء الحديثة" أو

---

(١) نقض مدنى جلسة ١٩٥٦/٩/١٥ – السنة العاشرة رقم ٧٨ ص٥٧٤.

ووفقاً للمجموعة الفرنسية للمنافسة غير المشروعة التى أصدرتها اللجنة العامة لتنظيم التجارة فى فرنسا قبل حلها سنة ١٩٤٤، على تحريم القيام بمثل هذه الأعمال. راجع ريبير ٤٦٧.

"الأضواء الذهبية". ومن صور المنافسة غير المشروعة المنتشرة فـــى المجـــال التجارى والصناعى اتخاذ المحل المنافس اسماً تجارياً مشابهاً لاسم محل آخـــر، وفى مثل هذه الحالة لمن أصابه الضرر الرجوع بالتعويض على المتسبب فيه.

ومقتضى ذلك أن الاعتداء على الاسم التجارى للتاجر يخول صاحبه رفع دعوى المنافسة غير المشروعة لحمايته. وللمحكمة فى هذا الخصوص أن تقضى بما تراه لمنع الضرر، كما لها أن تأمر بإضافة أى بيان أو تعديل للاسم التجارى حتى يتميز عن غيره إذا كان الـــضرر فـــى التـــشابه بـــين الاسمين وذلك منعاً لأي لبس أو خلط بين الجمهور.

وما ينطبق على الاسم التجارى ينطبق كذلك على التسمية المبتكرة التى تعتبر عنصراً هاماً من عناصر المتجر إذا ما تضمنها، وغالباً ما يعتد التاجر فى شهرته وجذب عملائه على التسمية المبتكرة التى يختارها لمتجره.

وفى هذا الخصوص قضت محكمة النقض الفرنسية بقبول دعـــوى إحدى الشركات الإنجليزية التى تملك مطعماً بمدينة باريس تحت التـــسمية Maxim's والتى طلبت فيها منع إحدى الشركات الفرنسية التى تملك أحد الكباريهات بمدينة نيس من استعمال التسمية Maxim's de Nice علـــى أساس أن فى استعمال هذه التسمية منافسة غير مـــشروعة مـــن شـــانها الإضرار بسمعة المطعم الأصلى بباريس. وجـــاء فـــى حيثيـــات الحكـــم أن استعمال هذه التسمية – التى لها سمعة عالمية – من قبل شركة نيس مـــن شأنه الإقلال من سمعة المطعم الأصلى وبالتالى الإقلال من حـــدة الجاذبيـــة التى يتمتع بها بمدينة باريس تحت ذات التسمية. وأكدت المحكمة ذلك رغم اختلاف نوع العمل قليلاً بين الشركتين بل ورغم بُعد المكانين لكل منهما[١].

---

(١) مشار إلى هذا الحكم بمؤلف ميشيل رقم ١٨٣ تحت عنوان cas concret.

ج- الاعتداء على العلامة التجارية :

٤٢٢- يعتبر الاعتداء على العلامة التجارية التى يتخذ منها المتجر شارة لتمييز منتجاته أو بضائعه، بتقليدها أو تزويرها من قبيل أعمال المنافسة غير المشروعة التى توجب مسئولية فاعلها على أساس المنافسة غير المشروعة، ويحق لمن أصابه الضرر المطالبة بالتعويض وإيقاف أعمال المنافسة غير المشروعة.

د- وضع أو إذاعة بيانات تجارية مغايرة للحقيقة :

٤٢٣- تعد من أعمال المنافسة غير المشروعة وضع بيانات تجارية مغايرة للحقيقة بقصد منافسة الخصم وإيهام الجمهور بتوافر شروط معينة فى البضائع المتنافس عليها(١).

وقد يعمد التاجر – فى سبيل جذب عملاء غيره – إلى إذاعة أمور مغايرة للحقيقة خاصة بمنشأ بضاعته أو أوصافها أو تتعلق بأهمية تجارته بقصد إيهام الغير بمميزات غير حقيقية. كما قد يعلن خلافاً للواقع أنه حائز لمرتبة أو شهادة أو مكافأة، أو يلجأ إلى أية طريقة أخرى تنطوى على التغيير بقصد انتزاع عملاء تاجر آخر يزاحمه.

---

(١) نقض جنائى جلسة ٤٣/٦/٧ – المحاماه ٢٦ – ١٨٦.

وفى حكم آخر قررت محكمة النقض أنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد أدان الطاعن تطبيقاً للقانون ٥٧ لسنة ٣٩ لإعلانه فى الصحف عن صنف معين من الصابون قال أنه مصنوع من زيت بذرة الزيتون الخالص فى حين أنه مصنوع من زيت بذرة الزيتون المضاف إليه بعض الزيوت الأخرى فإنه لا يكون مخطئاً.

جلسة ٢٢ فبراير ١٩٥٤ – المحاماه – ٣٥ – ١٢٥.

هـ- تقليد طرق الإعلان :

٤٢٤- ويعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة كل عمل من شانه جذب عملاء التاجر المنافس وحرمانه إياهم أو جزء منهم، إذا كان يتضمن مخالفة للعرف والشرف التجارى كعمليات تقليد طريقة الطبع أو طرق الإعلان أو البيع أو التقليد الناشىء عن معرفة أسرار التاجر. فمثل هذه الأعمال تمس أهم عناصر المتجر وهو الاتصال بالعملاء الذى يحرص التاجر كل الحرص على استمراره قبل متجره.

ويترتب على هذه الأعمال مسئولية من قام بها فى مواجهة المعتدى عليه. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه : «لما كان الحكم المطعون فيه قد أثبت فى أسبابه الأخرى أن الطبعة التى أجراها الطاعن مقلدة عن الطبعة التى أخرجها المطعون ضده تقليداً تاماً وهو أمر لا يقره القانون فإن من شأن نشر الطاعن لطبعته وطرحها للبيع فى السوق منافسة كتاب المطعون ضده وهى منافسة لا شك فى عدم شرعيتها ولا ينفى قيام هذه المنافسة غير المشروعة أن يكون المطعون ضده قد اعتزل مهنة الطباعة والنشر وصفى أعماله فيها مادام كتابه مازال مطروحاً للبيع فى السوق[1].

وفى فرنسا قضت محكمة النقض بوجود منافسة غير مشروعة لأن أحد الذين كانوا يعملون عند أحد أساتذة الرياضة البدنية - الذى كان يمارس فنا رياضياً معيناً لزيادة طول جسم الإنسان وفقاً لطريقة موضحة بكتاب معين وجهاز معين من اختراعه - لجأ إلى تقليد طريقة الإعلان عن هذا الفن الرياضى بمناسبة ممارسته لذات النشاط. وقررت المحكمة أن تقليد طريقة الإعلان هى من الوسائل التقليدية للوصول إلى خلط ومنافسة

---

(١) جلسة ١٩٦٤/٧/٧ السنة ١٥ ص٩٣٧.

غير مشروعة[١].

كما قضت المحكمة ذاتها بأنه ولئن كان المبدأ العام هو حرية العمل بالنسبة للعامل الذى انتهى عقد عمله إلا أنه يمتنع على العامل الإفادة من قائمة الزبائن لرب العمل وأسرار التجارة التى حصل عليها والتى يعرفها وإلا اعتبر عمله من قبيل المنافسة غير المشروعة[٢].

أما طرق الإعلان – دون بيانات كافية أو تقليد للغير – فلا تعد عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة ولو كان مبالغاً فيها[٣].

الصورة الثانية : تحريض العمال :

٤٢٥- قد تكون أعمال المنافسة غير المشروعة فى صورة تحريض العمال الذين يعتمد عليهم المشروع المنافس. ومثال ذلك تحريضهم بترك العمل أو تشجيعهم على الإضراب وبث الفوضى فى المحل المنافس[٤]، أو إغراء عمال المتجر المنافس بالعمل لديه حتى يجذب العملاء. ذلك أنه كثيراً ما يرتبط إقبال العملاء على متجر معين بالمهارة والخبرة الشخصية لبعض القائمين بخدمة هذا المحل، خاصة إذا كانت طبيعة نشاط المتجر تستدعى الاتصال الشخصى الدائم بالعملاء مثل المحال الخاصة ببيع مستحضرات التجميل التى تلجأ لتشجيع بيع منتجاتها عن طريق التعاقد مع أشهر الاخصائيين فى فحص البشرة.

وقد أوضحت محكمة النقض المصرية هذه الصورة من أعمال

---

(١) نقض فرنسى جلسة ١٩٦٥/٧/١٩ الـ J.C.P. – ١٩٦٥ – ١٩ – ٧٥٣.

(٢) نقض فرنسى جلسة ٢٤/ / ١٩٦٦ الـ J.C.P. – ١٩٦٦ – ٤ – ٩٨.

(٣) محكمة روين جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٢ – المجلة الفصلية – ١٩٦٧ – ٢٢١.

(٤) محكمة باريس فى ١٠ مارس ١٩٥٨ الجازيت ١٩٥٨ – ١ – ٤٠١.

المنافسة غير المشروعة فى حكم جاء به : «... ولما كان ذلك، وكانت الوقائع الثابتة من الأوراق التى حصلها الحكم المطعون فيه من خروج تسعة عمال من محل المطعون عليه خلال شهر واحد ثم إلحاقهم بمحل الطاعنين المنافس له كل منهم فور خروجه – ثم إعلان الطاعنين بالصحف أكثر من مرة عن التحاق أربعة منهم بمحلهم، موجهين الأنظار إلى أسمائهم وسبق اشتغالهم بمحل المطعون عليه لما كانت هذه الوقائع تتم عن إغراء الطاعنين لعمال محل المطعون عليه على الخروج منه وإلحاقهم بمحلهم، كما تنم عن اعتداء على الاسم التجارى لمحل المطعون عليه بإقحامه فى الاعلانات المتعلقة بمحلهم وتضمينها ما يفيد سبق اشتغال عمالهم الأفعال مجتمعة تعتبر تجاوزاً لحدود المنافسة المشروعة لما يترتب عليها من اضطراب فى أعمال محل المطعون عليه بسبب انفضاض بعض عميلاته عنه إلى محل الطاعنين، ولما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد طبق القانون تطبيقاً سليماً وبنى قضاءه على أسباب كافية لحمله»[١].

وقد يعمد المنافس إلى إغراء العاملين بالمتجر الآخر بالمال والشهرة للوقوف على أسرار أعمال منافسة فى صناعة معينة أو تركيب معين للمواد التى تباع أو تدخل ضمن نشاط المتجر، أو الوقوف على أسرار المتجر لتهديدهم بعدم التعامل معه أو إغرائهم بالمال للتوريد له فقط، أو معرفة طريقة البيع للعملاء والتسهيلات التى يقدمها إلى زبائنه وعملائه أو تهديد العملاء أنفسهم بعدم التردد على المتجر المنافس[٢].

---

(١) نقض مدنى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٩ السنة العاشرة رقم ٧٧ ص٥٠٥.

(٢) محكمة باريس فى ٢ مايو ١٩٦٧ الـ J.C.P. ١٩٦٨ – ٢ – ١٥٤١.

الصورة الثالثة : أعمال المنافسة غير المشروعة التى تتخذ صورة تخفيض أسعار البيع :

٤٢٦- تثور الصعوبة إذا ما تمثلت أعمال المنافسة فى تخفيض أسعار البيع لجذب عملاء الغير، والمعروف أن البيع للجمهور بأسعار أقل عن المشروعات المنافسة يعتبر مشروعاً طالما أن الفرق فى السعر يمكن اعتباره فى حدود المنافسة المشروعة. ومن أمثلة ذلك البيع عن طريق التصفية بأسعار تقل عن التكلفة فى بعض المواسم والأعياد أو فى نهاية السنة المالية للمتجر. أما إذا استمرت أسعار التصفية طوال السنة مع تدعيم ذلك بحملات إعلانية موضح بها الأسعار التى يبيع بها وأسعار منافسيه فهنا يتضح جليا أن المقصود بذلك هو تحطيم تجارة غيره بطريقة غير مشروعة(١).

---

(١) ومع ذلك قررت محكمة باريس فى حكم لها أن البيع بثمن منخفض جداً أو البيع بالخسارة لا يعتبر منافسة غير مشروعة فى القضية المعروضة لما ثبت أن القصد من البيع بسعر منخفض ليس لإغراق السواق بقصد احتكار العملاء وإبعاد أى منافس ثم العودة إلى رفع الثمن عما سبق، وإنما تخفيض الأسعار كان بصفة دائمة يفضل تقليل التكاليف والتنازل عن قدر كبير من الربح والاعتماد على بيع أعداد كبيرة لكبار المحلات فقانون ٢ يوليو ١٩٦٣ الخاص بالبيع بالخسارة لا يطبق فى هذه الحالة حتى ولو ترتب على البيع بسعر منخفض الإضرار بصغار التجار، ميشيل : القانون التجارى طبعة سنة ١٩٧٠ ص٦٩٣. محكمة باريس جلسة ٢٤ - ١١ ٩٦٩ الـ J.C.P ١٩٧٠ - ٢ - ١٦٥١٢.

انظر فيما يتعلق بتعليمات تخفيض الثمن بالقرارات الوزارية الصادرة ١٩٧٠ والخاصة بصور المنافسة غير المشروعة المجلة الفصلية، ١٩٧٠ ص٦٩٣، ٦٩٤.

ويعد من أعمال المنافسة غير المشروعة - وفقاً لمجموعة المنافسة غير المشروعة التى أصدرتها اللجنة العامة لتنظيم التجارة قبل حلها فى فرنسا - البيع بأقل من سعر التكلفة (المادة ٩)، الإعلان عن تخفيض على قائمة تشير إلى=

ويعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة البيع بأقل من السعر المتفق عليه كحد أدنى بين التجار عموماً. ومن أمثلة ذلك اتفاق التجار بالغرف التجارية على سعر معين كحد أدنى لبضاعة معينة أو الشروط التى يحددها منتج السلعة بألا يقل الحد الأدنى للبيع عن مبلغ معين. ذلك لأنه من الواضح أن مخالفة ذلك مقصود به جذب العملاء وحرمان المنافس من عملائه بطريق غير مشروع.

وعلى العكس لا يعتبر فعلاً مكوناً لمنافسة غير مشروعة البيع بأقل من السعر الجبرى متنازلاً عن جزء من أرباحه لجذب العملاء عموماً ذلك أن السعر الجبرى إنما يمثل الحد الأقصى الذى لا يجوز تجاوزه.

وجملة القول أن صور الخطأ متعددة وتخضع فى تقديرها لقاضى الموضوع. والتعدى كعمل مادى يصدر من الشخص يعتبر من مسائل الواقع، إلا أن وصفه القانونى بأن يعد مكوناً لركن الخطأ لأنه انحراف عن المألوف وعن سلوك الشخص العادى يعتبر من مسائل القانون، لأن قيام ركن الخطأ فى المسئولية عن أعمال المنافسة غير المشروعة يخضع لرقابة محكمة النقض.

الضرر:

٤٢٧- الضرر الموجب للتعويض هو الضرر المحقق الوقوع أى

=تصفيه كاذبة (م ١٠)، رفع سعر السلع قبل إجراء التخفيض عليها (المادة ١١١) تقديم هدايا عينية أو طوابع للعملاء (المادة ١١٤). ويلاحظ أنه ليس لهذه المجموعة قيمة قانونية، وإنما تتمتع باحترام من أعضاء اللجنة كتنظيم إدارى. وبعض هذه الأعمال نص على تحريمه قانونا. ويرى الفقه الفرنسى أن مثل هذه الأعمال تعد منافسة غير مشروعة إذا كانت تخفى وراءها اعتداء على العملاء. راجع ريبير. فقرة ٤٦٨.

الضرر الذى وقع فعلاً أو سيقع حتماً وهو ما يسمى بالضرر المستقبل[١]. أما الضرر الاحتمالى أى الضرر غير المحقق فهو ضرر قد يقع وقد لا يقع فلا يكون التعويض عنه واجباً إلا إذا وقع فعلاً.

وبهذا المعنى حكمت محكمة النقض المصرية قائلة أنه «حيث أن الطاعنين ينعون على الحكم المطعون فيه بالسبب الرابع قصور التسبيب وفساد الاستدلال إذ لم يتحر تحقق الضرر الذى قضى تعويضه فبنى قضاه على مجرد ضرر احتمالى وكان يتعين عليه بحث نشاط منشأة المطعون عليه قبل خروج العمال منها وبعد خروجهم وذلك للتحقق من حصول الضرر ومقداره.

وحيث أن هذا النص مردود بما أورده الحكم المطعون فيه من أن من بين من أغروا من العمال على ترك خدمة المطعون عليه من توافرت فيه الكفاية الفنية وخبرة سنوات طويلة قضاها فى خدمته وأدت إلى رواج حركة حملة وذيوع شهرته فى المحيط التجارى. ومما لا شك فيه أن حرمان المستأنف – المطعون عليه – من تلك العناصر الطيبة من شأنه أن يحد من حركته التجارية ويقلل من شهرته أمداً طويلاً إلى أن تبقى له استعادة مركزه الأول... ويبين من ذلك أن الحكم المطعون فيه قد استخلص من الاعتبارات التى أشار إليها تحقق حصول الضرر الفعلى وهو استخلاص سائغ، وعلى ذلك يكون غير صحيح ما قال به الطاعنون من أن الحكم أقام قضاءه على مجرد الضرر الاحتمالى»[٢].

أطراف الخصومة فى دعوى المزاحمة غير المشروعة :

٤٢٨- للمتضرر من أعمال المنافسة غير المشروعة أن يقيم

---

(١) استئناف باريس فى ١٩٤٩/١١/١٤ البلتان المدنى ١١١ – ٩٥٩ – ١٠٨٩.
ونقض تجارى فى ١٩٤٩/١١/١٦ – البلتان المدنى ١١١- ٣٥٩- ١٠٩٨.
(٢) نقض مدنى جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ السابق الإشارة إليه.

دعوى ضد منافسة مرتكب العمل المنافس، وكل من اشترك معه. فإذا صدرت أعمال المنافسة غير المشروعة من أحد الشركاء فى شركة تضامن كان للمضرور رفع الدعوى عليهم جميعاً ومساءلتهم بالتضامن فيما بينهم.

ويمكن أن ترفع الدعوى على الشخص المعنوى، ويتحمل الشخص المعنوى المسئولية المدنية التى تقع ويؤديها من ماله. ومساءلة الشخص المعنوى مسئولية غير مباشرة وذلك عن الأعمال التى يرتكبها ممثلوه على أساس مسئولية المتبوع عن أفعال تابعة، والمسئولية فى هذه الحال تكون بالتضامن بين الشخص المعنوى وممثليه. على أن هناك حالات يمكن فيها مساءلة الشخص المعنوى ذاته مباشرة ونسبة الخطأ إليه كما إذا قوضيت شركة بسبب منافسة تجارية غير شريفة لتقليد علامة تجارية بناء على قرار صادر من إحدى هيئاتها كمجلس إدارة الشركة أو جمعيتها العمومية.

وترفع الدعوى عن كل من اشترك فى تنفيذ هذه الأعمال إذا كان سيء النية كمن قام بلصق الإعلانات المعادية للتاجر المضرور أو صاحب المطبعة التى قامت بطبعها إذا كان واضحاً من الإعلانات أنها تتضمن تشهيراً صريحاً ومعادياً لأحد التجار.

وقد تشمل دعوى المنافسة غير المشروعة العمال الذين تركوا المتجر المضرور إلى المتجر المنافس قاصدين بذلك جذب عملاء الأول أو إذاعة أسراره وإفشائها إلى المتجر الجديد.

ولا يجوز أن ترفع دعوى المنافسة غير المشروعة من غير المضرور أو نائبه. ويكون لكل متضرر دعوى شخصية بإسمه دون أن يمس ذلك حقوق الآخرين ممن أصابهم الضرر. فإذا أدت أعمال المنافسة غير المشروعة إلى الإضرار بفئة معينة من التجار كان لكل من أصابه الضرر أن يرفع الدعوى منفرداً للمطالبة بوقف النشاط المعادى له

والتعويض عنه إن أصابه ضرر شخصى.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون وأخطأ فى تأويله، إذ خلط بين شروط رفع الدعوى المؤسسة على تقليد العلامة التجارية وبين شروط الدعوى المؤسسة على المنافسة غير المشروعة وتطلب لقبول الأخيرة أن يرفع من مالك العلامة التجارية وعلى من قام بتقليدها من أن هذا شرط لقبول الدعوى المؤسسة على تقليد العلامة التجارية على عكس الدعوى المؤسسة على المنافسة غير المشروعة فإنها تكون مقبولة من كل من ناله ضرر بسببها وعلى كل من شارك فى إحداث هذا الضرر متى توافرت شروطها وهى الخطأ والضرر وقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر(١).

وقد يقع الضرر على جماعة لا على فرد أو أفراد متعددين، فإذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية كشركة أو جمعية أو نقابة، وجب التمييز بين المصلحة الفردية (L'intérét individuel) لأى فرد من الأفراد التى تتكون منها هذه الجماعة والمصلحة الجماعية للشخص المعنوى ذاته (L'intérét personnel) والمصلحة الجماعية العامة (L'intérét colléctifl) التى يقوم عليها هذا الشخص المعنوى باعتباره منتمياً إلى حرفة معينة. ومثال ذلك نقابة المحامين أو المهندسين أو الغرف التجارية، فالنقابات أو الغرف التجارية كشخص معنوى يعهد إليه القانون بالدفاع عن المصالح العامة لمهنة معينة لها أن ترجع بالتعويض على أى شخص اعتدى على هذه المصالح العامة ولو لم يكن لها من ذلك مصلحة شخصية على أساس أن كل عمل غير مشروع يصدر من أحد المحترفين

---

(١) نقض مدنى ١٩٥٦/٦/١٠ سنة ١٧ رقم ١٠١ ص٧٢٣.

يؤدى إلى ضرر أدبى لمجموع المهنة.

الحكم بالتعويض :

٤٢٩- يحكم فى دعوى المسئولية بالتعويض النقدى لكل من أصابه الضرر، وتحكم المحكمة بالتعويض عن الضرر الفعلى فقط الذى لحق المتضرر حتى إذا استمرت أعمال المنافسة غير المشروعة حيث يعتبر هذا ضرراً احتمالياً. وفى هذا الحال أى استمرار الفعل الضار بعد صدور الحكم بالتعويض على المتسبب فيه فإن ذلك يعتبر خطأ جديداً ينشأ عنه ضرر مستقل يجوز التعويض عنه بدعوى مستقلة.

وطبقاً للقواعد العامة فى المسئولية المدنية يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف ويقدر التعويض بالنقد. على أنه يجوز للقاضى أيضاً تبعاً لظروف الحال وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض (م ٢/١٧١ مدنى مصرى) [١].

والقاضى – طبقاً للقواعد العامة – وإن كان ليس ملزماً بالحكم بالتنفيذ العينى إلا أنه يتعين عليه أن يقضى به إذا كان ممكناً، وطالب به الدائن. ومثال ذلك أن يطلب الدائن من القاضى الحكم له بوقف أعمال التعدى ومنع استمرار أعمال المنافسة غير المشروعة كأن يأمر بإزالة الأسم المشابه لأسم المحل التجارى، أو إضافة اسم آخر يميزه عن المتجر المنافس حتى يزيل اللبس بين الاسمين، كما قد يحكم القاضى بإزالة

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى حدود هذا الفصل ما يأتى «والأصل فى التعويض أن يكون مبلغاً من المال ومع ذلك يجوز أن يختلف صوره» مجموعة الأعمال التحضيرية ص٣٩٧.

الإعلانات المعادية والتى تسىء إلى سمعة المحل[١].

جواز الحكم بإزالة الضرر بالمصادرة والنشر والإتلاف من المحكمة المدنية بالإضافة إلى التعويض وفقاً لقانون التجارة وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية[٢]:

٤٣٠- قرر المشرع التجارى حماية قانونية بنص خاص عند الاعتداء على أى من عناصر المحل التجارى، حيث أجاز لصاحب الحق المعتدى عليه رفع دعوى المنافسة غير المشروعة وطلب التعويض عما أصابه من أضرار بالإضافة إلى جواز الحكم بنشر فى إحدى الصحف اليومية على نفقة المعتدى المحكوم عليه.

وفى ذلك تنص المادة (٢/٦٦) تجارى على أنه «كل منافسة غير مشروعة تلزم فاعلها بتعويض الضرر الناجم عنها. وللمحكمة أن تقضى – فضلاً عن التعويض – بإزالة الضرر وبنشر الحكم على نفقة المحكوم عليه فى إحدى الصحف اليومية».

وكانت المادة (١٦٣) مدنى التى تقضى بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض هى أساس دعوى التعويض قبل صدور قانون التجارة المشار إليه.

وتتميز دعوى المنافسة غير المشروعة أنها تحمى حقوق صاحب المحل التجارى عند الاعتداء على حقه فى أى من عناصر متجره سواء

---

(١) وفى فرنسا يمكن للتاجر أو الحرفى الالتجاء إلى إجراء وقتى بصفة مستعجلة لإيقاف أعمال التعدى التى تعد منافسة غير مشروعة وذلك حتى الفصل فى الموضوع. ويمكن للقاضى استعمال قوة التهديد لوقف هذه الأعمال (المادة ٢ من قانون ٢ يوليو سنة ١٩٦٣) راجع جورج ريبير. رقم ٤٦٩ ص٢٨٣.

(٢) انظر تفصيلاً فى هذا الموضوع مؤلفنا الملكية الصناعية طبعة ٢٠٠٥ ص٥٨٥ وما بعدها.

كان هذا العنصر مستوفيا شروط تسجيله أمام الجهات الإدارية المعنية من عدمه. مثال ذلك حالة الاعتداء على العلامة التجارية المستخدمة من صاحب المتجر ولم تكن هذه العلامة مسجلة فإنه يحق للمضرور مساءلة مرتكب الاعتداء والمطالبة بالتعويض على أساس أفعال المنافسة غير المشروعة. بل وتظهر أهمية دعوى المنافسة غير المشروعة حتى فى حالة العلامة التجارية المسجلة إذا لم تتوافر شروط الدعوى الجنائية، إذ أن الجزاء الجنائى المقرر لجرائم الاعتداء على العلامة التجارية يتطلب القصد الجنائى الخاص لدى المقلد أو المستعمل أو البائع أى سوء نية فى ارتكاب مثل هذه الأفعال. فإذا حكم بالبراءة على أساس انتفاء القصد الجنائى فإن حكم البراءة لا يمنع من الحكم بالتعويض لصاحب العلامة على أساس الفعل الضار الذى يمثل منافسة غير مشروعة سواء كان خطأ المعتدى عمدياً أم غير عمدى، ذلك أن أساس الالتزام بالتعويض فى هذه الحالة الأفعال الضارة سواء توافرت أركان جريمة التقليد بكافة صورها أم لا.

وطبقاً لحكم المادة (٢/٦٦) تجارى سالفة الذكر يجوز للمحكمة – بالإضافة للحكم بالتعويض – أن تأمر بإزالة الضرر بل وبنشر الحكم على نفقة المحكوم عليه فى إحدى الصحف اليومية.

وأضاف المشرع فى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بالمادة (١١٧) منه حماية أخرى – سواء فى الدعوى المدنية أم الجنائية – فى حالات المنافسة غير المشروعة المتعلقة بالإعتداء على العلامة التجارية، حيث قرر للقاضى جواز الأمر بإتلاف المنتجات أو البضائع أو عناوين المحال التجارية أو الأغلفة أو الفواتير أو وسائل الإعلان أو غير ذلك مما يحمل تلك العلامة التجارية أو يحمل أى بيان بالمخالفة للقانون. بل وأضاف المشرع للقاضى جواز الحكم بإتلاف الآلات

والأدوات التى استعملت بصفة خاصة فى ارتكاب الفعل المؤثم. بل وأجاز المشرع أنه يحق للقاضى اتخاذ كل أو بعض هذه الصلاحيات حتى فى حالة البراءة.

وفى ذلك تنص المادة (١/١١٧) على أنه «يجوز للمحكمة فى أية دعوى مدنية أو جنائية أن تحكم ببيع الأشياء المحجوزة أو التى تحجز فيما بعد واستنزال ثمنها من التعويضات أو الغرامات أو الأمر بالتصرف فيها بأية طريقة أخرى تراها مناسبة».

وتضيف الفقرة الثانية من المادة ذاتها أنه «وتأمر المحكمة بإتلاف العلامات المخالفة، ويجوز لها – عند الاقتضاء – الأمر بإتلاف المنتجات أو البضائع أو عناوين المحال أو الأغلفة أو الفواتير أو المكاتبات أو وسائل الإعلام أو غير ذلك مما يحمل تلك العلامة أو يحمل بيانات أو مؤشرات جغرافية بالمخالفة لأحكام هذا الكتاب، وكذلك إتلاف الآلات والأدوات التى استعملت بصفة خاصة فى ارتكاب الجريمة».

وتقرر الفقرة الثالثة من المادة (١١٧) أنه «ويجوز للمحكمة أيضاً أن تأمر بنشر الحكم فى جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه». وأضافت الفقرة الرابعة من المادة ذاتها أنه «وللمحكمة أن تأمر بكل أو بعض مما سبق حتى فى حالة الحكم بالبراءة».

الحق فى اتخاذ الإجراءات التحفظية لكل ذى شأن عند الاعتداء على العلامة التجارية :

٤٣١- إمعاناً من المشرع فى حماية عناصر المحل التجارى فقد نص على حكم خاص عند الاعتداء على العلامة التجارية أياً كانت صورة هذا الاعتداء طالما يمثل فعلاً من أفعال المنافسة غير المشروعة وذلك

حماية للمحل التجارى وعناصره خاصة العلامات التجارية التى تمثل أهمية كبيرة مالية ومعنوية. هذا الحكم أشار إليه بالمادة (١١٥) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٢ حيث أجاز المشرع لكل ذى شأن اتخاذ الإجراءات التحفظية لإثبات الاعتداء على حقه فى العلامة التجارية بتقليدها أو تزويرها أو اغتصابها قبل رفع الدعوى. وهذا الحق فى اتخاذ الإجراءات التحفظية يمكن اتخاذه من مالك العلامة التجارية أو غيره وسواء رغب فى رفع دعوى المنافسة غير المشروعة أم يرغب فى رفع الدعوى الجنائية.

وفى ذلك تنص المادة (١/١١٥) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية على أنه «لرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع بناءً على طلب كل ذى شأن، وبمقتضى أمر يصدر على عريضة، أن يأمر بإجراء أو أكثر من الإجراءات التحفظية المناسبة وعلى وجه الخصوص : ١- إثبات واقعة الاعتداء على الحق محل الحماية. ٢- إجراء حصر ووصف تفصيلى للآلات والأدوات التى تستخدم أو تكون قد استخدمت فى ارتكاب الجريمة والمنتجات أو البضائع أو عناوين المحال أو الأغلفة أو الفواتير أو المكاتبات أو وسائل الإعلام أو غير ذلك مما تكون قد وضعت عليه العلامة أو البيان أو المؤشر الجغرافى موضوع الجريمة، وكذلك البضائع المستوردة من الخارج أثر ورودها. ٣- توقيع الحجز على الأشياء المذكورة فى البند (٢). ولرئيس المحكمة فى جميع الأحوال أن يأمر بندب خبير أو أكثر لمعاونه المحضر المكلف بالتنفيذ وأن يفرض على الطالب إيداع كفالة.

ويجب أن يرفع الطالب أصل النزاع إلى المحكمة المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الأمر وإلا زال كل أثر له»

ومفاد ما سبق أن طلب اتخاذ إجراء من الإجراءات التحفظية، يحق لكل ذى شأن وليس مقصوراً على صاحب العلامة التجارية مثل صاحب الترخيص باستعمال العلامة أو التاجر الذى تميز منتجاته وبضائعه علامة تجارية، كما يتضح من نص المادة (١١٥) أن صاحب المصلحة له اتخاذ أى إجراء تحفظى يراه مناسباً لحماية حقوقه على العلامة التجارية سواء كان هذا الإجراء ضمن الإجراءات المنصوص عليها بالمادة (١١٥) أو غيره حيث سرد النص الإجراءات التحفظية على سبيل المثال.

وأجاز المشرع فى المادة (١١٦) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية لمن صدر ضده أمر القاضى بإجراء تحفظى بأى من الإجراءات سالفة الذكر، التظلم من هذا الأمر وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الأمر أو إعلانه حسب الأحوال. ويكون لرئيس المحكمة تأييد الأمر بالإجراء التحفظى أو إلغاؤه كلياً أو جزئياً.

كما يتضح من الأحكام السابقة أن اتخاذ الإجراءات التحفظية حق لكل صاحب مصلحة ليس فقط بصفة أساسية لإثبات الاعتداء على العلامة التجارية وضبط محل الاعتداء، بل أيضاً تؤدى إلى منع استمرار التقليد أو الاغتصاب أو الاعتداء بأى صورة أخرى على العلامة التجارية بالإضافة إلى حماية المستهلكين من تداول سلع تحمل علامات مغتصبة.

الملاحـــق

ملحق رقم (١)

نموذج عقد رسمى ببيع محل تجارى

مع الاحتفاظ بحق الامتياز وحق الفسخ

انه فى يوم ..... الموافق .....

بمكتب توثيق .....

أمامنا نحن ..... موثق العقود الرسمية بالمكتب المذكور

حضر كل من :

١- السيد ..... ومهنته ..... وجنسيته .....

ومقيم ..... ويحمل بطاقة عائلية / شخصية رقم .....

قسم ..... (طرف أول – بائع)

٢- السيد ..... ومهنته ..... وجنسيته .....

ومقيم ..... ويحمل بطاقة عائلية / شخصية رقم .....

قسم ..... (طرف ثان – مشترى)

واقر المتعاقدان بأهليتهما القانونية للتصرف وطلبا تحرير عقد بيع المحل التجارى الآتى بنوده.

تمهيد

يملك الطرف الأول المحل التجارى الكائن ..... قسم .....

ونشاط المتجر ..... ومقيد بالسجل التجارى تحت رقم .....

وقد رغب الطرف الثانى فى شراء المحل التجارى المشار إليه بكامل عناصره المادية والمعنوية شاملا البضائع والمعدات والآلات والأجهزة بكامل أنواعها والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجارى والسمة التجارية والعلامات التجارية وبراءات الاختراع والتصميمات والنماذج الصناعية والحق فى الإجارة وحقوق الملكية الأدبية والفنية وحق

المعرفة وترخيص الاستغلال والصناعة .

وحيث وجدت هذه الرغبة قبولا لدى الطرف الأول فقد اتفق الطرفان على بيع المحل التجارى المملوك للطرف الأول طبقا للبنود التالية :

البنـد الأول

يعتبر التمهيد السابق جزءا لا يتجزأ من هذا العقد .

البند الثانى

محل العقد

١-يبيع الطرف الأول إلى الطرف الثانى القابل لذلك ، المحل التجارى المملوك للطرف الأول الكائن ..... والمخصص لتجارة..... تحت الاسم التجارى ..... والمقيد بالسجل التجارى تحت رقم ..... سجل القاهرة / الجيزة .

٢- يشمل عقد البيع جميع عناصر المحل التجارى المادية والمعنوية شاملا البضائع والآلات والعدد والأجهزة وحق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجارى والسمة التجارية والعلامات التجارية والتصميمات والنماذج الصناعية والحق فى الإجارة وحقوق الملكية الأدبية والفنية وحق المعرفة وترخيص الاستغلال والصناعة ويحرر قائمة بهذه العناصر بكشف مستقل يوقع من الطرفين .

٣- يتعهد الطرف الأول البائع – باطلاع الطرف الثانى المشترى – على الدفاتر التجارية والمحاسبية والمتعلقة بنشاط المحل التجارى محل عقد البيع الماثل .

٤- يقر الطرف الثانى المشترى بتسلمه المحل التجارى وعناصره

المبينة بهذا البند وبالحالة التى عليها عند التعاقد وانه عاين المتجر معاينة كاملة نافية للجهالة .

البند الثالث

الثمـــــن

١- تم هذا البيع مقابل ثمن إجمالى شامل قـدرة ..... عن المحل التجارى بكامل عناصره المادية والمعنوية .

٢- تحدد من هذا الثمن لكل عنصر على حدة المبالغ الآتية :

أ - الثمن المحدد للبضائع ..... جنية .

ب- الثمن المحدد للآلات والمعدات ..... جنية .

ج - الثمن المحدد لعناصر المحل التجارى غير المادية ..... جنيه .

٣- دفع الطرف الثانى المشترى من ثمن المحل التجارى مبلغ ..... والباقى وقدره ..... يدفع على أقساط نصف سنوية لمـدة ثلاثـة سنوات قيمة كل قسط ..... جنية

البند الرابع

حق الامتياز والفسخ

١- من المتفق عليه بين الطرفين حق الطرف الأول البـائع فـى الاحتفاظ بحق امتياز البائع ضمانا للوفاء بباقى الثمن المؤجـل والموضـح بالبند السابق . كما يحق للطرف الأول فسخ هذا العقد لعدم الوفـاء ببـاقى الثمن المشار إليه .

٢- يقع على الطرف الأول البائع ، التأشير بحق الامتيـاز وحـق الفسخ بالسجل الخاص بذلك ونشر ملخصه فى صحيفة الـسجل التجـارى بالإضافة إلى القيد بذلك بالسجل التجارى ، على المحل التجارى وعناصـره الموضحة بهذا العقد .

البند الخامس

الديون والالتزامات الناشئة عن استغلال المحل

١- يقر الطرف الأول – البائع – انه يظل ملتزما بالديون الناشئة عن عقود استغلال المحل التجارى المبرمة قبل إبرام هذا العقد . وانه المسئول عن هذه الديون فى مواجهة الغير . كما يقر بأنه يلتزم بالوفاء بها إذا قام المشترى بدفعها نيابة عنه .

٢- يقر الطرف الأول – البائع – بالتزامه بمستحقات مصلحة الضرائب وأية التزامات أخرى عن نشاطه فى المحل التجارى حتى تاريخ إبرام هذا العقد .

البند السادس

انتقال عقود الاستخدام والتأمين

١- من المتفق عليه بين الطرفين انتقال عقود استخدام العاملين بالمحل التجارى وقت إبرام عقد البيع الماثل إلى الطرف الثانى المشترى .

٢- يلتزم الطرف الثانى – المشترى – بأقساط التأمينات الاجتماعية وتطبيق أحكام قانون العمل وكافة القوانين السارية فى شأن عمال المحل اعتبارا من تاريخ العقد .

٣- يلتزم الطرف الثانى ، المشترى ، بدفع أقساط التأمين على المحل وعناصره اعتبارا من تاريخ العقد .

البند السابع

عدم منافسة المشترى

١- يمتنع على الطرف الأول ، البائع ، إقامة تجارة مماثلة لنشاط المحل التجارى موضوع هذا العقد ، وذلك سواء بطريقة مباشرة أو غير

مباشرة أو الاشتراك فى شركة تضامن تزاول ذات النشاط وذلك مدة خمس سنوات من تاريخ شهر هذا العقد ، بذات المنطقة الكائن بها المحل التجارى موضوع هذا العقد .

٢- من المتفق عليه أن إخلال الطرف الأول بهذا الالتزام يجعل هذا العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى اعذار أو حكم قضائى مع حق الطرف الثانى فى التعويض بمبلغ ..... غير خاضع لتقدير المحكمة .

البند الثامن
إجراءات التسجيل والمصروفات

اتفق الطرفان على أن يقوم الطرف الثانى – المشترى – بإجراءات التأشير بهذا البيع بكل من السجل الخاص لقيد عقود بيع المحال التجارية ونشر ملخصة فى صحيفة السجل التجارى بالإضافة إلى قيدة بالسجل التجارى وذلك على نفقته .

البند التاسع

أى نزاع ينشأ عن تفسير أو تنفيذ هذا العقد تختص به محكمة .....

البند العاشر
نسخ العقد

تحرر هذا العقد من ثلاث نسخ بيد كل طرف نسخه للعمل بها والثالثة لاتخاذ إجراءات القيد .

توقيع	**توقيع**
طرف أول بائع	**طرف ثانى مشترى**

ملحق رقم (٢)
نموذج عقد تأجير استغلال متجر
(التأجير بالجدك)

أنه فى يوم حرر هذا العقد بين الموقعين أدناه :

١ – السيد ..... (طرف أول مؤجـر استغلال)

٢ – السيد ..... (طرف ثان مستأجر استغلال)

اقر المتعاقدان بأهليتهما للتعاقد واتفقا على بنود العقد التالية :

تمهيـد :

١ – يملك الطرف الأول – مؤجر الاستغلال – المحل التجارى الكائن ..... قـسم ..... ونـشاط المحـل التجـارى هـو .....

٢ – وقد رغب الطرف الثانى استئجار استغلال هذا المحـل بكامـل عناصره المادية والمعنوية شاملة البضائع والمعـدات والآلات والأجهـزة بكامل أنواعها والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والحق فـى الإجـارة والاسم التجارى ، وغيرها مما سيرد ذكره تفصيلا ببنود هذا العقد ، وحيث وجدت هذه الرغبة قبولا لدى الطرف الأول مالك المحل التجارى ، فقد اتفق الطرفان على البنود التالية .

البند الأول

يعتبر التمهيد جزء لا يتجزأ من هذا العقد .

البند الثانى : محل العقد

يؤجر الطرف الأول بموجب هذا العقد – فى صورة تأجير اسـتغلال – إلى الطرف الثانى الذى قبل ذلـك ، المحـل التجـارى المملـوك لـه

والمخصص لتجارة ..... والكائن ..... بمدنية ..... سجل تجارى رقم والمتضمن كامل عناصره المادية والمعنوية وبصفة خاصة العناصر الآتية :

العنوان والاسم والتجارى ..... والذى يستغل تحته ، وحق الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية المتصلة بالمحل والحق فى الإجارة والعلامات التجارية والرخص والإجازات وكذلك حقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية المرتبطة به دون استثناء والبضائع والأثاث والمهمات والآلات والأجهزة وغير ذلك من العناصر التى سيرد تفصيلها بكشف يرفق بهذا العقد .

ويقر الطرف الثانى – مستأجر الاستغلال – انه تسلم المتجر من الطرف الأول بجميع محتوياته وعناصره المعنوية والمادية الموضحة بعالية وبالحالة التى هو عليها عند التعاقد وأنه عاين المتجر معاينة كاملة نافية للجهالة .

البند الثالث : مدة العقد

مدة عقد تأجير استغلال المتجر هى سنة تبدأ من تاريخ التوقيع على هذا العقد ، قابلة للتجديد تلقائيا لثلاث مدد متماثلة فقط ما لم يخطر أحد الطرفين الآخر برغبته فى عدم التجديد لمدة أخرى بخطاب موصى بعلم الوصول قبل انتهاء مدة العقد أو أى مدة مجددة بشهر على الأقل .

البند الرابع : الأجرة

اتفق الطرفان على أن تكون إجارة استغلال المتجر مقابل مبلغ شهرى قدره ويدفع بواسطة المستأجر فى نهاية كل شهر بمقر المؤجر ويبدأ دفع الأجرة اعتبارا من أول شهر .....

البند الخامس : شروط العقد

اتفق بين الطرفين على شروط التعاقد الآتية والتى يلتزم مستأجر الاستغلال بتنفيذها :

١- يقوم الطرف الثانى – المستأجر – باستغلال المحل التجارى طوال مدة هذا العقد تحت اسمه ومسئوليته الشخصية وتعود عليه كافة نتائج إدارته واستغلاله من ربح أو خسارة دون أدنى مسئولية على الطرف المؤجر مالك المحل التجارى .

ويلزم المستأجر بوضع رقم قيدة بالسجل التجارى على رأس كافة مطوعاته وأوراقه كذلك إبراز صفته كمستأجر استغلال للمحل . وليس للمستأجر سوى حقه فى الإدارة والاستغلال ، دون ذلك من الحقوق الأخرى، فليس له التصرف فى المتجر محل العقد بأى نوع من التصرفات ، كذلك الشأن بالنسبة لأى عنصر من عناصر المحل التجارى سواء بالبيع أو الرهن أو إعادة تأجير الاستغلال لكل أو لجزء من المحل وغير ذلك من التصرفات .

٢- على مستأجر الاستغلال القيام بإدارة واستغلال المحل التجارى بالطريقة المناسبة وفقا لطبيعة نشاط استغلاله وهى ..... والمحافظة على عملاء المتجر وسمعته ،كما يلزم بتكريس نشاطه إلى استغلال هذا المحل دون القيام بأى عمل آخر يؤثر على نشاط أو سمعة

المحل أو استمرار تشغيله .

كما يلزم بالمحافظة على عناصر المتجر واتخاذ الإجراءات القانونية طبقا لطبيعة كل عنصر وبصفة خاصة القيام بالإجراءات اللازمة للتأشير بالسجلات الخاصة بالعلامات التجارية والتصميمات والنماذج الصناعية وبراءات الاختراع للمحافظة على استمرار قيدها وما يرد عليها من تصرفات .

ويستطيع المستأجر فى سبيل تحقيق هذا الاستغلال الاستعانة بمن يشاء تحت كامل مسئوليته .

٣- يلزم مستأجر الاستغلال بعدم ممارسة تجارة أخرى بذات المحل غير التجارة موضوع نشاط هذا العقد وهى ..... كما يلزم بعدم إضافة نوع آخر من أنواع التجارة إلا بموافقة كتابية ومسبقة من المؤجر .

٤- يلتزم مستأجر الاستغلال بالاحتفاظ بالعمالة القائمة ودفع أجورهم ومرتباتهم والتأمينات وفقا للقوانين السارية .

٥- يلزم مستأجر الاستغلال بتنفيذ شروط عقد إيجار المكان ودفع الأجرة فى المواعيد المحددة وكافة الالتزامات الإضافية والتبعية للأجرة .

٦- يلزم المستأجر بتنفيذ أحكام القانون وتعليمات وأوامر البلدية فى خصوص التراخيص الإدارية ، وتطبيق أحكام قوانين التأمينات ، وهو المسئول عن أية مخالفات أو حوادث تقع للغير أو للعاملين خلال فترة العقد.

٧- يلزم المستأجر بالمحافظة – على نفقته الخاصة – على المحل التجارى وجميع عناصره فى حالة جيدة وصيانته بصفة دورية بما يتناسب وطبيعة كل عنصر . كما يلزم أيضا بتغير واستبدال ما يهلك منها .

٨- لمستأجر الاستغلال الحق فى إجراء التحسينات – على نفقته الخاصة – على المعدات والآلات والأثاث وذلك بموافقة مسبقة من المؤجر. وفى نهاية العقد فإن هذه التحسينات – الثابتة أو غير الثابتة – تظل على ملك المؤجر دون التزامه بأى تعويض أو مقابل لها .

٩- يلتزم مستأجر الاستغلال بإتمام جميع التعهدات والاتفاقات الخاصة بتوريد المياه والغاز والكهرباء إلى المحل التجارى . وكذلك الالتزامات الناشئة عن عقود التأمين وأقساط التأمينات فى مواعيدها خلال فترة التعاقد .

١٠- يلزم مستأجر الاستغلال بإخطار مصلحة الضرائب بمزاولة نشاطه ومسك دفاتر منتظمة ودفع الضرائب والرسوم والاشتراكات وجميع الأعباء المالية والضريبية المتعلقة باستغلال المتجر ونشاطه طوال فترة العقد .

١١- يلزم المستأجر باستغلال المحل التجارى بنفسه أو بوكيل عنه تحت إشرافه ومسئوليته ولا يجوز له التنازل عن الاستغلال للغير كليا أو جزئيا . كما يمتنع عليه تقديم حقه فى استغلال المحل التجارى حصة فى شركة .

البند السادس : التأمين

يقدم المستأجر مبلغ وقدره ..... للمؤجر على سبيل التأمين لضمان تنفيذ شروط العقد وضمان قيام المستأجر بالاستغلال والمحافظة على جميع العناصر المعنوية والمادية .

وفى نهاية مدة العقد فإن هذا المبلغ – دون احتساب عائد – يرد إلى المستأجر بعد التحقق من سلامة المتجر وعناصره مع حق المؤجر فى خصم المستحق له نتيجة الإخلال ببنود العقد وشروطه .

البند السابع : الالتزام بعدم المنافسة

١- يلتزم المستأجر طوال فترة هذا العقد ، بعدم إقامة تجارة مماثلة أو الدخول كشريك متضامن فى شركة تزاول نشاطا مماثلا .

٢- وعند انتهاء العقد يمتنع على المستأجر أن ينشئ أو يدير أو يشارك بأى طريقة فى محل تجارى يزاول ذات النشاط فى حدود منطقة ..... وخلال مدة لا تقل عن سنتين وإلا التزم بالتعويض مع حق المؤجر دائما فى وقف هذه المخالفات .

٣- يلتزم المؤجر بعدم إقامه تجارة مماثلة طوال فترة عقد تأجير الاستغلال بذات منطقة نشاط المحل المؤجر .

البند الثامن : فسخ العقد

من المتفق عليه أن هذا العقد يعد مفسوخا من تلقاء نفسه وفورا ودون حاجة إلى إعذار أو أى إجراء قانونى أو حكم قضائى فى الحالات الآتية :

١- إذا صدر حكم بإفلاس مستأجر الاستغلال أو صدور قرار بالحجر عليه لسفه أو جنون .

٢- إذا تخلف المستأجر عن الوفاء بالأجرة المستحقة عن أى شهر أو عدم تنفيذه لشروط وبنود هذا العقد .

٣- فى حالة وفاة المستأجر .

ومن المتفق عليه أنه عند إنهاء الإجارة لأى سبب من الأسباب وخاصة فى حالات الفسخ يلتزم المستأجر بترك المكان فى الميعاد المحدد وبكامل عناصره التى تسلمها وبالحالة التى كانت عليها عند إبرام العقد .

البند التاسع : مصاريف العقد

اتفق الطرفان على أن يقوم الطرف الثانى باتخاذ إجراءات قيد هـذا العقد بكل من السجل الخاص المخصص لقيد عقود تأجير الاستغلال ونـشر ملخصه فى صحيفة السجل التجارى بالإضافة إلى قيدة بالـسجل التجـارى وذلك على نفقته .

البند العاشر : الاختصاص القضائى

أى نزاع ينشأ بخصوص تنفيذ هذا العقد يكون الفـصل فيـه مـن اختصاص محكمة ..... .

البند الحادى عشر : نسخ العقد

تحرر هذا العقد من ثلاث نسخ بيد كل طرف نسخة للعمل بموجبها والنسخة الثالثة لإيداعها مكتب السجل التجارى .

توقيع طرف أول **توقيع طرف ثان**

تم بحمد الله

الفهـــرس

الموضـــوع	بند	صفحة
تعريف القانون التجاري	١	٣
القانون التجاري أحد فروع القانون الخاص	٢	٧
علاقة القانون التجاري بالقانون المدني	٣	٩
المناداة بوحدة القانون الخاص	٤	١٢
ضرورة استقلال القانون التجاري	٥	١٥
علاقة القانون التجاري بعلم الاقتصاد	٦	١٧
علاقة القانون التجاري بالقانون الدولي	٧	١٩
علاقة القانون التجاري بفروع القانون الأخرى	٨	٢٢
تطور القانون التجاري	٩	٢٣
- فى العصور القديمة	١٠	٢٣
- فى عهد الرومان	١١	٢٤
- فى العصور الوسطى		
أ- الفترة ما بين القرن إلحادي عشر حتـــى القـــرن الـــسادس عشر	١٢	٢٦
ب - الفترة ما بين القرن السابع عشر حتـــى نهايـــة القـــرن الثامن عشر	١٣	٢٧
- فى العصر الحديث	١٤	٣٠
موضوع القانون التجاري	١٥	٢٩
النظرية الشخصية	١٦	٣٠
النظرية المادية	١٧	٣٣
موقف المشرع المصري من النظريتين الشخصية والمادية	١٨	٣٤
مصادر القانون التجاري	١٩	٣٧

أولاً : المصادر الرسمية

المصدر الأول : أحكام الاتفاق بين المتعاقدين ٢٠ ٣٨

المصدر الثاني: نصوص قانون التجارة والقوانين المكملة له

١- نصوص قانون التجارة ٢١ ٣٨

٢- القوانين المكملة لقانون التجارة ٢٢ ٤١

المصدر الثالث : قواعد العرف التجاري والعادات التجارية .. ٢٣ ٤٢

المصدر الرابع : القانون المدني ٢٤ ٤٨

ثانياً : المصادر التفسيرية ٢٥ ٤٩

أ - القضـــاء ٢٦ ٤٩

ب - الفقـــه ٢٧ ٥١

خطة الدراسة ٢٨ ٥١

الجزء الأول
نظرية الأعمال التجارية والتاجر
والمحل التجاري (بيعه ورهنه وتأجير استغلاله وحمايته

مقدمـــة ٢٩ ٥٥

الباب الأول
طبيعة تعداد الأعمال التجارية
طبقا لقانون التجارة

تمهيـــد ٣٠ ٥٩

الفصل الأول
معيار التمييز بين الأعمال التجارية
والأعمال المدنية

تمهيـــد ٣١ ٦١

المعيار الأول : معيار المضاربة أو قصد الربح ٣٢ ٦١

المعيار الثاني : معيار التداول ٣٣ ٦٣

المعيار الثالث : معيار المقاولة ٣٤ ٦٤

المعيار الرابع : معيار الحرفة التجارية ٣٥ ٦٥
تقدير المعايير السابقة ٣٦ ٦٦

الفصل الثاني
أهمية التفرقة بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية

تمهيـــــد ٣٧ ٦٩
١- وسائل الإثبات
مبدأ حرية الإثبات فى المواد التجارية ٣٨ ٦٩
الاستثناء من مبدأ حرية الإثبات فى المواد التجارية ٣٩ ٧٤
مبدأ حرية الإثبات فى المواد التجارية لا يتعلق بالنظام العام..... ٤٠ ٧٦
٢- الاختصاص القضائي ٤١ ٧٨
٣- المهلة القضائية ٤٢ ٨١
تأجيل الوفاء بقيمة الورقة التجارية قانونا ٤٣ ٨٣
٤- الإفلاس ٤٤ ٨٤
٥- أحكام العائد فى الالتزام التجاري والعمليات البنكية..... ٤٥ ٨٥
٦- الأعذار ٤٦ ٩٣
٧- التضامن ٤٧ ٩٤
٨- النفاذ المعجل ٤٨ ٩٦
٩- صفة التاجر ٤٩ ٩٧
١٠- التقادم ٥٠ ٩٩
أحكام أخرى للتفرقة بين العمل المدني والعمل التجارى..... ٥١ ١٠١

الباب الثاني
الأعمال التجارية

تمهيـــــد ٥٢ ١٠٥

الفصل الأول
الأعمال التجارية بطبيعتها

تمهيـــــد ٥٣ ١٠٧

المبحث الأول : شراء المنقولات بقصد البيع أو التأجير وبيع أو تأجير هذه المنقولات .....

الموضوع الأول :شراء المنقولات بقصد بيعها أو تأجيرها... ٥٤ ١١٠

الشرط الأول : أن يتم شراء ٥٥ ١١٠

الشراء يجب أن يتم بمقابل ٥٦ ١١١

١- الزراعـــة ٥٧ ١١٢

الأعمال التجاري المرتبطة بالزراعة ٥٨ ١١٥

٢- المهن الحرة ٥٩ ١١٦

٣- الإنتاج الذهنى ٦٠ ١١٨

الشرط الثانى : أن يقع الشراء على منقول ٦١ ١٢٠

طبيعة المال المنقول ٦٢ ١٢١

الشرط الثالث : قصد البيع أو التأجير ٦٣ ١٢٣

الشرط الرابع : قصد تحقيق الربح ٦٤ ١٢٤

الموضوع الثانى : بيع أو تأجير المنقولات محل الشراء.... ٦٥ ١٢٥

المبحث الثانى : استئجار المنقولات بقصد تأجيرها وتأجير هذه المنقولات ٦٦ ١٢٦

المبحث الثالث : تأسيس الشركات التجارية ٦٧ ١٢٨

المبحث الرابع : أعمال الملاحة البحرية والجوية ١٣٠

الفصل الثانى
الأعمال التجارية بطريق الاحتراف

تمهيـــد ٦٨ ١٣٣

المبحث الأول : احتراف توريد البضائع ٦٩ ١٣٤

المبحث الثانى : احتراف الصناعة ٧٠ ١٣٥

أصحاب الحرف ٧١ ١٣٦

المبحث الثالث : احتراف النقل البرى والنقل فى المياه الداخلية ٧٢ ١٤٠

المبحث الرابع : احتراف الوكالة التجارية والسمسرة

أولاً : مقاولات الوكالة التجارية ٧٣ ١٤٢

ثانياً : السمسرة	٧٤	١٤٤
المبحث الخامس : التأمين – عمليات البنوك – استيداع البضائع – مكاتب النشر – البث الفضائى	٧٥	١٤٦
أ – التأمين	٧٦	١٤٧
ب – عمليات البنوك	٧٧	١٤٧
ج – أعمال الصرافة	٧٨	١٤٨
د – استيداع البضائع "وسائط النقل والمحاصيل وغيرها" ...	٧٩	١٤٩
هـ– دور النشر والطباعة وغيرها	٨٠	١٥٠
المبحث السادس : العمليات الاستخراجية ومشروعات تربية الدواجن وغيرها بقصد بيعها		١٤٩
تمهيد	٨١	١٥١
أ – العمليات الاستخراجية	٨٢	١٥١
ب – مشروعات تربية الدواجن وغيرها	٨٣	١٥٢
المبحث السابع : احتراف تشييد العقارات وما يتعلق بشرائها بقصد بيعها أو تأجيرها		
أولاً : احتراف تشييد العقارات	٨٤	١٥٣
ثانياً : احتراف شراء العقارات أو استئجارها بقصد بيعها أو تأجيرها	٨٥	١٥٤
المبحث الثامن : مقاولات مكاتب السياحة والتصدير وأعمال الفنادق والمقاهى وغيرها وتوزيع المياه والكهرباء		
تمهيد	٨٦	١٥٦
١– أعمال مكاتب السياحة وغيرها		
أولاً : أعمال مكاتب السياحة والتصدير والاستيراد والإفراج الجمركى	٨٧	١٥٦

ثانياً : مجال البيع بالمزاد العلنى ٨٨ ١٥٨
٢- أعمال الفنادق والمطاعم وغيرها ٨٩ ١٥٨
٣- احتراف توزيع المياه وغيرها ٩٠ ١٦٠

الفصل الثالث

الأعمال التجارية بالتبعية

تمهيـــد : ٩١ ١٦٣
أولاً : الأساس القانونى لنظرية التبعية ٩٢ ١٦٤
ثانياً : تطبيقات نظرية التبعية
١- عقود التاجر وتعهداته ٩٣ ١٦٦
٢- المسئولية غير العقدية ٩٤ ١٦٩
نظرية الأعمال المدنية بالتبعية ٩٥ ١٧٠

الفصل الرابع

الأعمال المختلطة

تمهيـد ٩٦ ١٧١
١- تحديد المحكمة المختصة ٩٧ ١٧٢
٢- القانون الواجب التطبيق ٩٨ ١٧٣

الباب الثانى

التاجـــر

تمهيـــد ٩٩ ١٧٧
أهمية تحديد صفة التاجر ١٠٠ ١٧٧
تقسيم ١٠١ ١٧٨

الفصل الأول

تحديد صفة التاجر

تمهيد وتقسيم ١٠٢ ١٧٩
المبحث الأول : الاحتراف

مفهوم الاحتراف	١٠٣	١٨٠
الاعتياد والاحتراف	١٠٤	١٨١
تعدد الحرف والمحظور عليهم احتراف التجارة	١٠٥	١٨٣
تقدير توافر شرط الاحتراف	١٠٦	١٨٦
المبحث الثانى: مباشرة الأعمال التجارية باسم ولحساب التاجر		
تمهيـــد	١٠٧	١٨٨
١- مدير الشركة	١٠٨	١٨٩
٢- مستأجر استغلال المحل التجارى	١٠٩	١٩٠
٣- مدير الفرع	١١٠	١٩١
٤- عمال التاجر ومستخدموه	١١١	١٩١
٥- الممثل التجارى	١١٢	١٩١
٦- الوكيل بالعمولة	١١٣	١٩٣
٧- التجارة المستترة	١١٤	١٩٥
أثر مشروعية النشاط على شرط الاحتراف	١١٥	١٩٨
صفة التاجر محددة بواسطة القانون	١١٦	١٩٩
المبحث الثالث : أهلية احتراف التجارة		
تمهيـــد	١١٧	٢٠٠
أولاً : كامل الأهلية	١١٨	٢٠١
ثانياً : ناقص الأهلية	١١٩	٢٠٢
الحالة الأولى : من بلغ ثمان عشر سنة	١٢٠	٢٠٢
أولاً : بالنسبة للمصريين	١٢١	٢٠٢
ثانياً : بالنسبة للأجانب	١٢٢	٢٠٤
الحالة الثانية : من لم يبلغ ثمانى عشر سنة	١٢٣	٢٠٥
سلطة الولى فى استثمار أموال القاصر	١٢٤	٢٠٥
أثر الإذن فى الاستمرار فى تجارة القاصر	١٢٥	٢٠٨

السفيه وذو الغفلة ١٢٦ ٢٠٩
ثالثاً : أهلية المرأة المتزوجة ١٢٧ ٢١٠

الفصل الثانى

التزامات التاجر

تمهيـــد ١٢٨ ٢١٥
تقسيـــم ١٢٩ ٢١٦
المبحث الأول : الالتزام بمسك الدفاتر التجارية
أهمية الدفاتر التجارية ١٣٠ ٢١٧
النصوص التشريعية ١٣١ ٢١٨
تقسيم : ١٣٢ ٢١٩
الفرع الأول : الملتزم بمسك الدفاتر التجارية ١٣٣ ٢١٩
الفرع الثانى : أنواع الدفاتر التجارية
تمهيـــد ١٣٤ ٢٢٣
دفتر اليومية ١٣٥ ٢٢٥
الدفاتر اليومية المساعدة ١٣٦ ٢٢٦
دفتر الجرد ١٣٧ ٢٢٨
الدفاتر الاختيارية ١٣٨ ٢٣٠
ملف صور المراسلات ١٣٩ ٢٣٠
الفرع الثالث : تنظيم الدفاتر التجارية
أولاً : خلو الدفاتر من الكشط والحشر ١٤٠ ٢٣٢
ثانياً : شروط خاصة لدفترى اليومية والجرد ١٤١ ٢٣٣
ثالثاً : مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية ١٤٢ ٢٣٥
الجزاء على مخالفة الأحكام الخاصة بالدفاتر التجارية .....
١- الجزاء الجنائى ١٤٣ ٢٣٨
٢- الجزاء المدنى ١٤٤ ٢٣٩

الفرع الرابع : حجية الدفاتر التجارية فى الإثبات

تمهيـد ١٤٥ ٢٤٠

تقسيم ١٤٦ ٢٤٢

المطلب الأول : طرق الإطلاع على الدفاتر التجارية

الطريقة الأولى : التقديم ١٤٧ ٢٤٢

الطريقة الثانية : الإطلاع ١٤٨ ٢٤٤

حالات الإطلاع على الدفاتر التجارية ١٤٩ ٢٤٦

الإطلاع على الدفاتر التجارية بنص القانون أو الإتفاق ١٥٠ ٢٤٨

المطلب الثانى : استخدام الدفاتر التجارية فى الإثبات

تمهيد ١٥١ ٢٥٠

الحالة الأولى : الدفاتر التجارية فى الإثبات لمصلحة التاجر

أولاً : حجية الدفاتر التجارية فى الإثبات لمصلحة التاجر ضـد التاجر ١٥٢ ٢٥٠

الشرط الأول : أن يكون النزاع بين تاجرين ١٥٣ ٢٥١

الشرط الثانى : أن يتعلق النزاع بعمل تجارى ١٥٤ ٢٥٢

الشرط الثالث : أن تكون دفاتر التاجر الذى يريد التمسك بهـا مطابقة لحكم القانون ١٥٥ ٢٥٢

ثانياً : حجية الدفاتر التجارية فى الإثبات لمصلحة التاجر ضـد غير التاجر ١٥٦ ٢٥٤

الحالة الثانية : الدفاتر التجارية حجة فى الإثبات ضد التاجر. ١٥٧ ٢٥٦

المطلب الثالث : مدى حجية الدفاتر التجارية غير المنتظمة.. ١٥٨ ٢٥٧

المبحث الثانى : الالتزام بالقيد بالسجل التجارى

تعريف ١٥٩ ٢٥٩

أولاً : وظائف السجل التجارى

١- الوظيفة الاستعلامية للسجل ١٦٠ ٢٦٠

٢- الوظيفة الإحصائية للسجل	١٦١	٢٦٠
٣- الوظيفة الاقتصادية للسجل	١٦٢	٢٦٠
٤- الوظيفة القانونية للسجل	١٦٣	٢٦٠
٥- موقف بعض التشريعات من وظائف السجل	١٦٤	٢٦٢
السجل التجارى الألمانى	١٦٥	٢٦٢
السجل التجارى الفرنسى	١٦٦	٢٦٣
ثانياً : أحكام السجل التجارى المصرى		
تمهيـــد :	١٦٧	٢٦٧
تقسيم	١٦٨	٢٦٩
أولاً : الملتزم بالقيد بالسجل التجارى	١٦٩	٢٦٩
شرط الجنسية المصرية والترخيص بمزاولـــة التجـــارة للقيـــد بالسجل التجارى	١٧٠	٢٧٣
استثناءات من شرط الجنسية المصرية للقيد بالسجل التجارى	١٧١	٢٧٤
ثانياً : إجراءات القيد بالسجل التجارى وبياناته ونشره وتعديله وتجديده وشطبه		
١- تقديم الطلب	١٧٢	٢٧٥
٢- بيانات القيد	١٧٣	٢٧٦
٣- نشر القيد وتعديل البيانات	١٧٤	٢٧٨
٤- تجديد القيد وشكله	١٧٥	٢٧٨
ثالثاً : الحصول على مستخرج من صفحة القيد بالسجل التجارى..	١٧٦	٢٧٩
رابعاً : سلطة مكتب السجل فى التحقق من صحة البيانات...	١٧٧	٢٨٠
خامساً : الجزاء على مخالفة أحكام قانون السجل	١٧٨	٢٨٠
تقدير نظام السجل التجارى	١٧٩	٢٨١

الباب الثالث
المحل التجارى
بيع المحل التجارى – رهنه – تأجير استغلاله – حمايته

مقدمـــــة ١٨٠ ٢٨٧

تقسيم ١٨١ ٢٨٨

الفصل الأول
التكييف القانونى للمحل التجارى

المبحث الأول : تعريف المحل التجارى ١٨٢ ٢٨٩

المبحث الثانى : عناصر المحل التجارى ١٨٣ ٢٩١

أولاً : العناصر المادية ١٨٤ ٢٩٢

أ – البضائع ١٨٥ ٢٩٢

ب – المهمات ١٨٦ ٢٩٣

العقار ليس من عناصر المتجر ١٨٧ ٢٩٥

ثانياً : العناصر المعنوية

تمهيد ١٨٨ ٢٩٨

أولاً : حق الاتصال بالعملاء

أهمية عنصر الاتصال بالعملاء ١٨٩ ٢٩٩

موقف القضاء من عنصر الاتصال بالعملاء ١٩٠ ٣٠١

الترخيص باستغلال مكان يتبع الدومين العام ١٩١ ٣٠٣

عنصر الاتصال بالعملاء وعلاقته بباقى عناصر المتجر.... ١٩٢ ٣٠٥

ثانياً : السمعة التجارية ١٩٣ ٣٠٧

ثالثاً : الحق فى الإجارة ١٩٤ ٣٠٨

رابعاً : حقوق الملكية الصناعية ١٩٥ ٣١٣

أ- حقوق الملكية الصناعية التى ترد على شارات مميزة

١- الأسم التجارى ١٩٦ ٣١٥

٢- التسمية المبتكرة ١٩٧ ٣١٩

٣- العلامات التجارية	١٩٨	٣٢٠
ب – حقوق الملكية الصناعية التى ترد على ابتكارات جديدة		
١- براءة الاختراع	١٩٩	٣٢٥
٢- التصميمات والنماذج الصناعية	٢٠٠	٣٢٧
خامساً : حقوق الملكية الأدبية والفنية	٢٠١	٣٢٨
سادساً : ترخيص الاستغلال والصناعة وحق المعرفة		
أ – ترخيص الاستغلال والصناعة	٢٠٢	٣٢٨
ب – حق المعرفة	٢٠٣	٣٢٩
سابعاً : الرخص والإجازات	٢٠٤	٣٢٩
المبحث الثالث : المركز القانونى للحقوق والديون بالمحل التجارى		
المبدأ:عدم اعتبار الديون والحقوق عنصرا من عناصر المتجر	٢٠٥	٣٣٠
انتقال عقود استخدام عمال المتجر	٢٠٦	٣٣٢
انتقال عقود التأمين والالتزامات المتعلقة بالضرائب	٢٠٧	٣٣٤
انتقال الحقوق والالتزامات عند الإتفاق	٢٠٨	٣٣٤
مدى اعتبار الدفاتر التجارية عنصراً من عناصر المحل التجارى..	٢٠٩	٣٣٦
مدى اعتبار اتفاقات التاجر المتعلقة بتنظيم المنافسة مع المتجر عنصراً من عناصره	٢١٠	٣٣٦
المبحث الرابع : الطبيعة القانونية للمحل التجارى	٢١١	٣٣٩
أولاً : نظرية الذمة المالية المستقلة (المجموع القانونى)...	٢١٢	٣٣٩
ثانياً : نظرية المجموع الواقعى	٢١٣	٣٤١
ثالثاً : نظرية الملكية المعنوية	٢١٤	٣٤٢

الفصل الثانى

بيع المحل التجارى

تمهيد	٢١٥	٣٤٥
المبحث الأول : انعقاد البيع ومحله وتجاريته		

أولاً : انعقاد البيع	٢١٦	٣٤٥
أ – فى ظل قانون ١١ لسنة ١٩٤٠	٢١٦	٣٤٥
ب – فى ظل قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩	٢١٦م	٣٤٧
محل عقد البيع	٢١٧	٣٤٨
التمييز بين عقد بيع المتجر وحاله إخفاء التنازل عن عقد الإيجار أو الإيجار من الباطن	٢١٨	٣٥٠
عدم اشتراط موافقة مؤجر المكان عند بيع المتجر	٢١٩	٣٥٣
شروط تطبيق المادة (٢/٥٩٤) مدنى وعلاقتها بالمادة (٢٠) من قانون إيجار الأماكن	٢٢٠	٣٥٤
ضرورة تحديد الثمن الذى يخص كل عنصر فى حالة تأجيل الثمن	٢٢١	٣٥٥
ثانياً : تجارية عقد البيع	٢٢٢	٣٥٦
المبحث الثانى : آثار عقد بيع المحل التجارى		
تمهيد	٢٢٣	٣٥٨
أولاً : التزامات البائع		
الالتزام بنقل الملكية	٢٢٤	٣٥٩
المحل التجارى لا يخضع لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية..	٢٢٥	٣٦١
الالتزام بتسليم المحل التجارى	٢٢٦	٣٦٢
مدى التزام بائع المتجر بتزكية المشترى شخصياً لدى عملائه	٢٢٧	٣٦٣
الالتزام بعدم التعرض	٢٢٨	٣٦٤
شرط عدم التعرض	٢٢٩	٣٦٦
مدى انتقال الالتزام بعدم المنافسة إلى خلفاء المشترى	٢٣٠	٣٦٩
مدى امتداد التزام البائع بعدم المنافسة إلى أفراد أسرته أو ورثته عند وفاته	٢٣١	٣٧٠
شرط جواز التعرض	٢٣٢	٣٧١
جزاء الإخلال بشرط الالتزام بعدم التعرض	٢٣٣	٣٧١

الالتزام بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية	٢٣٤	٣٧٣
ثانياً : التزامات المشترى		
١- الالتزام باستلام المبيع	٢٣٥	٣٧٤
٢- الالتزام بدفع الثمن	٢٣٦	٣٧٤
المبحث الثالث : ضمانات البائع		
تمهيـــد	٢٣٧	٣٧٦
امتياز البائع	٢٣٨	٣٧٧
أولاً : الأحكام الخاصة بامتياز بائع المحل التجارى		
أ – امتياز البائع يتجزأ	٢٣٩	٣٧٧
ب – وجوب اتباع ترتيب معين لتحرير عناصر المتجر	٢٤٠	٣٧٨
ج – بقاء امتياز البائع رغم إفلاس المشترى	٢٤١	٣٧٩
الشروط اللازمة لتقرير امتياز البائع	٢٤٢	٣٧٩
الامتياز لا يتقرر على العناصر المادية إلا فى حالـــة الاتفـــاق على ذلك صراحة	٢٤٣	٣٨١
حقوق البائع التى يضمنها الامتياز	٢٤٤	٣٨٢
ثانياً : الآثار التى تترتب على امتياز البائع		
حق التقدم	٢٤٥	٣٨٢
حق التتبع	٢٤٦	٣٨٣
٢- دعوى الفسخ		
خصائص دعوى الفسخ	٢٤٧	٣٨٣
ضرورة إخطار الغير بدعوى الفسخ	٢٤٨	٣٨٣

الفصل الثالث

رهن المحل التجارى

تمهيـــد	٢٤٩	٣٨٥
المحل التجارى يتم رهنه دون نقل الحيازة	٢٥٠	٣٨٦

هن المحل التجارى دون نقل حيازته	٢٥١	٣٨٧
خطة الدراسة	٢٥٢	٣٨٩
المبحث الأول : الشروط الواجب توافرها لرهن المحل التجارى.		
تمهيـــد	٢٥٣	٣٨٩
أولاً : كتابة الرهن ركن انعقاد	٢٥٤	٣٨٩
ثانياً : شهر عقد الرهن	٢٥٥	٣٩١
ثالثاً : أن يتم شهر عقد الرهن خلال خمسة عشر يوماً	٢٥٦	٣٩١
رابعاً : اتخاذ إجراءات الشهر لعناصر المتجر بما يتفق وطبيعتها..	٢٥٧	٣٩٣
خامساً : أن يكون الدائن المرتهن أحد البنوك المرخص لها ...	٢٥٨	٣٩٤
المبحث الثانى : محل الرهن		
أولاً : حظر رهن البضائع	٢٥٩	٣٩٦
ثانياً : الرهن لا يقع على المهمات عند عدم الانفاق	٢٦٠	٣٩٨
المبحث الثالث : آثار الرهن		
١- أثر الرهن بالنسبة للدائن المرتهن	٢٦١	٣٩٨
أولاً : حق الدائن المرتهن فى التنفيذ على الـــشىء المرهـــون بالأولية على غيره من الدائنين	٣٦٢	٣٩٩
أ – بالنسبة للدائنين العاديين	٢٦٣	٣٩٩
ب- بالنسبة للدائنين المرتهنين	٢٦٤	٤٠٠
ج – بالنسبة لدين مؤجر العقار	٢٦٥	٤٠٠
حالة فسخ عقد إيجار المتجر من جانب المؤجر حالة نقل المتجر..	٢٦٦	٤٠١
حالة نقل المتجر	٢٦٧	٤٠٢
امتياز الدائن المرتهن لا يتجزأ	٢٦٨	٤٠٢
المبالغ التى يضمنها الرهن	٢٦٩	٤٠٢
ثانياً : حق الدائن المرتهن فى التنفيذ على الـــشىء المرهـــون فى يد من انتقل إليه	٢٧٠	٤٠٢

أثر الرهن بالنسبة للمدين الراهن ٢٧١ ٤٠٣
التنفيذ على المحل المرهون ٢٧٢ ٤٠٣
إجراءات التنفيذ من قبل البنك على المحل التجارى المرهـــون رهناً تجارياً ٢٧٢م ٤٠٥

الفصل الرابع
تأجير استغلال المحل التجارى

تمهيـــد ٢٧٣ ٤٠٧
تقسيـــم ٢٧٤ ٤١٠
صور استغلال المتجر
أولاً : استغلال المتجر لحساب مالكه (الجمع بين ملكية المتجر واستغلاله) ٢٧٥ ٤١١
ثانياً : استغلال المتجر بواسطة مدير حر (انفصال الملكية عن الاستغلال) ٢٧٦ ٤١٢
نشأة عقد تأجير استغلال المتجر ٢٧٧ ٤١٨
خطة الدراسة ٢٧٨ ٤٢٣
المبحث الأول : الطبيعة القانونية لعقد تأجير استغلال المتجر
تمهيـــد وتقسيم ٢٧٩ ٤٢٣
١- عقد تأجير المتجر ليس ايجاراً لعقار ٢٨٠ ٤٢٤
تطبيقات قضائية
أ – حالات تجير متجر ٢٨١ ٤٢٦
ب – حالات تأجير عقار ٢٨٢ ٤٣٢
ج – حالات تأجير متجر وعقار فى عقد واحد ٢٨٣ ٤٣٣
د – حالات تأجير عقار مجهز قبل تشغيل المتجر ٢٨٤ ٤٣٤
٢- عقد تأجير استغلال المتجر ليس عقد شركة ٢٨٥ ٤٤٠

٣- عقد تأجير استغلال المتجر هو إجارة منقول معنوى يخضع للقواعد العامة فى عقد الإيجار ٢٨٦ ٤٤٢

٤- الصفة التجارية

الاتجاه الأول : ضرورة الطبيعة التجارية لنشاط المتجر ٢٨٧ ٤٤٦

الاتجاه الثانى : التوسع فى مفهوم المتجر ليشمل عيادات الأطباء ومكاتب المحامين ٢٨٨ ٤٥٠

الرد على حجج وأسانيد الاتجاه الثانى ٢٨٩ ٤٥٢

١- المقصود بالمتجر فى فقه القانون التجارى ٢٩٠ ٤٥٢

٢- مدى جواز تطبيق حكم المادة ٢/٥٩٤ مدنى على التصرف فى مكاتب المحاماة وعيادات الأطباء وما فى حكمهما من الأنشطة المدنية ٢٩١ ٤٥٥

الاعتداد بالصفة التجارية لنشاط المتجر وقت إبرام العقد ... ٢٩٢ ٤٥٩

ضرورة أن يكون نشاط المتجر مشروعاً ٢٩٣ ٤٦٠

المبحث الثانى : خصائص عقد تأجير استغلال المتجر وشهره

الفرع الأول : خصائص عقد تأجير استغلال المتجر

أولاً : عقد تأجير استغلال المتجر عقد شكلى ٢٩٤ ٤٦١

ثانياً : تجارية عقد تأجير استغلال المتجر وإثباته

أ - تجارية العقد ٢٩٥ ٤٦٣

ب - إثبات العقد ٢٩٦ ٤٦٦

ثالثاً : عقد تأجير استغلال المتجر من العقود المؤسسة على الاعتبار الشخصى ٢٩٧ ٤٦٦

رابعاً : محل عقد تأجير استغلال المتجر ٢٩٨ ٤٦٨

خامساً : أهلية طرفى عقد تأجير استغلال المتجر ٢٩٩ ٤٦٩

أ - بالنسبة لمؤجر المتجر

١- أهلية المؤجر وفقاً للقواعد العامة	٣٠٠	٤٦٩
٢- أهلية المؤجر فى عقد تأجير استغلال المتجر	٣٠١	٤٧١
ب – بالنسبة لمستأجر استغلال المتجر		
١- أهلية المستأجر وفقاً للقواعد العامة	٣٠٢	٤٧٣
٢- أهلية المستأجر فى عقد تأجير استغلال المتجر	٣٠٣	٤٧٥
سادساً : الشروط المتعلقة بشخص المؤجر والمستأجر	٣٠٤	٤٧٥
سلطة القضاء فى تقدير توافر الشروط المتعلقة بشخص المؤجر والمستأجر	٣٠٥	٤٧٨
الاستثناءات على قاعدة ضرورة توافر شروط فى شخص المؤجر .	٣٠٦	٤٨٠
الجزاء على عدم توافر الشروط الخاصة بشخص المؤجر والمستأجر وفقاً للتشريع الفرنسى	٣٠٧	٤٨٢
تقدير النظام الفرنسى الخاص بشروط شخص المؤجر والمستأجر .	٣٠٨	٤٨٣
الفرع الثانى : شهر عقد تأجير استغلال المتجر		
تمهيد	٣٠٩	٤٨٤
أولاً : الشهر وفقاً للقانون المصرى	٣١٠	٤٨٥
أولاً : القيد بسجل خاص	٣١١	٤٨٦
ثانياً : الشهر بالقيد بالسجل التجارى	٣١٢	٤٨٧
أ – بالنسبة لمؤجر الاستغلال	٣١٣	٤٨٨
ب – بالنسبة لمستأجر الاستغلال	٣١٤	٤٩٠
الشهر فى جريدة الأسماء التجارية	٣١٥	٤٩١
الجزاء على مخالفة أحكام السجل التجارى		
أ – الجزاء الجنائى	٣١٦	٤٩٣
ب – الجزاء المدنى	٣١٧	٤٩٤
تقدير نظام الشهر لعقد تأجير استغلال المتجر	٣١٨	٤٩٦
ثانياً : الشهر وفقاً للتشريع الفرنسى	٣١٩	٤٩٨

القيد بالسجل التجارى	٣٢٠	٤٩٩
الإعلان بطريق الصحف.....	٣٢١	٥٠١
التزام المستأجر بإظهار صفته على أوراقه المتعلقة بتجارته....	٣٢٢	٥٠٢
مسئولية المؤجر عن ديون المتجر تبدأ من تاريخ النشر والإعلان	٣٢٣	٥٠٣
سقوط آجال ديون المؤجر السابقة على عقد تأجير الاستغلال.	٣٢٤	٥٠٤
سقوط آجال ديون المستأجر عند نهاية العقد	٣٢٤م	٥٠٤
المبحث الثالث : آثار عقد تأجير استغلال المتجر		
الفرع الأول : التزامات مؤجر المتجر		
تمهيد	٣٢٥	٥٠٥
الالتزام الأول : تسليم المتجر	٣٢٦	٥٠٦
أولاً : تسليم عنصر الاتصال بالعملاء	٣٢٧	٥٠٦
ثانياً : تسليم باقى عناصر المتجر	٣٢٨	٥٠٨
الالتزام الثانى : التزام المؤجر بصيانة المتجر	٣٢٩	٥٠٩
الالتزام الثالث : عدم منافسة المستأجر		
أولاً : التزام عدم المنافسة وفقاً للقواعد العامة	٣٣٠	٥١٠
ثانياً : شرط عدم منافسة مستأجر الاستغلال	٣٣١	٥١١
ثالثاً : مدى امتداد التزام المؤجر بعدم المنافسة إلى خلفاء مستأجر الاستغلال	٣٣٢	٥١٤
رابعاً : مدى امتداد التزام المؤجر بعدم المنافسة إلى أفراد أسرته أو ورثته عند وفاته	٣٣٣	٥١٤
خامساً : انتقال الالتزام بعدم المنافسة إلى مشترى المتجر...	٣٣٤	٥١٦
سادساً : شرط جواز تعرض المؤجر لمستأجر الاستغلال ...	٣٣٥	٥١٧
الالتزام الرابع : ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية	٣٣٦	٥١٨
الفرع الثانى : التزامات مستأجر استغلال المتجر		
تمهيد وتقسيم	٣٣٧	٥١٩

الالتزام الأول : الالتزام بالاستغلال	٣٣٨	٥٢٠
الالتزام الثانى : الالتزام بالمحافظة على المتجر	٣٣٩	٥٢٣
الالتزام الثالث : الالتزام باستغلال النشاط الأصلى	٣٤٠	٥٢٣
الالتزام الرابع : تنفيذ عقود المؤجر عند الاتفاق على ذلك...	٣٤١	٥٢٥
الالتزام الخامس : دفع الأجرة المتفق عليها	٣٤٢	٥٢٦
ليس لمؤجر الاستغلال امتياز الأجرة	٣٤٤	٥٢٨
الالتزام السادس : التزام مستأجر الاستغلال باحترام شروط العقد..	٣٤٥	٥٢٩
أولاً : شرط المنع من تأجير الاستغلال	٣٤٦	٥٣٠
ثانياً : شرط عدم إقامة المستأجر تجارة مماثلة	٣٤٧	٥٣١
ثالثاً : شرط عدم تأجير المكان من الباطن الوارد بعقد إيجار العقار		
الحالة الأولى : استقلال عقد تأجير الاستغلال عن عقد تأجير العقار	٣٤٨	٥٣٣
الحالة الثانية : ارتباط عقد تأجير العقار بشخص مؤجر المتجر...	٣٤٩	٥٣٤
الحالة الثالثة : إخفاء التنازل عن المكان فى صورة عقد تأجير استغلال المتجر	٣٥٠	٥٣٥
رابعاً : شرط عدم تأجير استغلال المتجر الوارد وأثره على حق مالك المتجر فى تأجير استغلاله	٣٥١	٥٣٨
الأساس القانونى لرأينا	٣٥٢	٥٣٩
أولاً : موقف القضاء		
أ – الاتجاه الأول : التوسع فى تطبيق المادة(٢/٩٤) ليشمل تأجير استغلال المتجر	٣٥٣	٥٤٠
ب – الاتجاه الثانى : قصر تطبيق المادة ٢/٥٩٤ على حالة بيع المتجر	٣٥٤	٥٤٢
ج – تقديرنا لكل من الاتجاهين	٣٥٥	٥٤٤
١ – من حيث صياغة النص	٣٥٦	٥٤٥

٢- من حيث ارتباط المادة ٢/٥٩٤ بقانون بيع ورهن المحال التجارية	٣٥٧	٥٤٦
٣- رضاء مؤجر العقار الضمنى بذوبان الحق فى الإجارة فى المتجر	٣٥٨	٥٤٧
توافر الحكمة الواردة بنص المادة (٢/٥٩٤)	٣٥٩	٥٤٩
عدم اشتراط موافقة مؤجر المكان	٣٦٠	٥٥٢
شروط تطبيق المادة (٢/٥٩٤) وعلاقتها بالمادة (٢٠) من قانون إيجار الأماكن	٣٦١	٥٥٤
اقتراحنا فى خصوص تطبيق المادة (٢/٥٩٤) على تأجير استغلال المتجر	٣٦٢	٥٥٥
الفرع الثالث : أثر العقد على ديون المؤجر والمستأجر المتعلقة بالاستغلال التجارى		
المبدأ : عدم اعتبار الحقوق والديون عنصراً من عناصر المتجر إلا باتفاق خاص	٣٦٣	٥٥٧
انتقال عقود استخدام عمال المتجر	٣٦٤	٥٥٨
عدم انتقال عقود التأمين إلا باتفاق خاص	٣٦٥	٥٦١
أحكام مسئولية المؤجر والمستأجر عن الديون المتعلقة بالاستغلال التجارى للمتجر	٣٦٦	٥٦١
١- مسئولية المؤجر عن الديون السابقة على عقد تأجير الاستغلال	٣٦٧	٥٦٢
٢- مسئولية المؤجر عن الديون اللاحقة على عقد تأجير الاستغلال	٣٦٨	٥٦٢
مسئولية المستأجر عن ديون استغلال المتجر اللاحقة لإبرام العقد.	٣٦٩	٥٦٤
موقف التشريع الفرنسى		
أولاً : قبل التنظيم التشريعى لعقد تأجير استغلال المتجر ...	٣٧٠	٥٦٦

ثانياً : بعد التنظيم التشريعى لعقد تأجير الاستغلال	٣٧١	٥٦٨
أ – الديون السابقة على الإدارة الحرة وحق الدائنين العاديين فى إسقاط آجال ديونهم فى التشريع الفرنسى	٣٧٢	٥٦٨
تقديرنا لحق الدائنين فى اسقاط آجال ديونهم بمناسبة تأجير استغلال المتجر	٣٧٣	٥٦٩
ب – الديون اللاحقة على عقد الإدارة فى التشريع الفرنسى .	٣٧٤	٥٧١
ج – الديون اللاحقة على شهر عقد تأجير استغلال المتجر فى التشريع الفرنسى	٣٧٥	٥٧٢
تقديرنا للمسئولية التضامنية للمؤجر والمستأجر	٣٧٦	٥٧٣
ضرورة نشأة الدين خلال الستة أشهر بتقرير المسئولية التضامنية للمؤجر والمستأجر	٣٧٧	٥٧٤
نطاق تطبيق المادة (٨) من قانون ٢٠ مارس ١٩٥٦ الفرنسى من حيث الزمان	٣٧٨	٥٧٦
اشتراط تعلق الديون باستغلال المتجر لانعقاد مسئولية المؤجر	٣٧٩	٥٧٧
الاستثناءات من مسئولية المؤجر عن ديون المستأجر فى التشريع الضريبى	٣٨٠	٥٧٨
ديون المستأجر عند انتهاء عقد تأجير الاستغلال	٣٨١	٥٧٩
الفرع الرابع : اثر العقد على مشترى المتجر		
تمهيد	٣٨٢	٥٨١
الفرض الأول : وجود اتفاق يحدد سريان عقد تأجير استغلال المتجر	٣٨٣	٥٨٢
الفرض الثانى : عدم وجود اتفاق يحدد سريان عقد تأجير استغلال المتجر	٣٨٤	٥٨٤

أثر فسخ بيع المتجر على مستأجر الاستغلال	٣٨٥	٥٨٧
حالة وجود عقد تأجير الاستغلال غير ثابت وسابق على عقد البيع	٣٨٦	٥٨٩
المبحث الثالث : انقضاء عقد تأجير استغلال المتجر		
تمهيد	٣٨٧	٥٩٠
أولاً : انقضاء عقد تأجير الاستغلال		
انقضاء العقد لحلول الأجل	٣٨٨	٥٩٠
التجديد الضمنى لعقد تأجير الاستغلال	٣٨٩	٥٩١
التجديد الضمنى والالتزام بإجراءات الشهر والعلانية	٣٩٠	٥٩٣
مدة العقد عند عدم تحديد مدته	٣٩١	٥٩٤
انقضاء العقد لهلاك المتجر	٣٩٢	٥٩٥
انقضاء العقد بسبب الفسخ أو البطلان	٣٩٣	٥٩٦
انقضاء العقد لأسباب تتعلق بشخص المستأجر	٣٩٤	٥٩٧
ثانياً :التزامات مستأجر الاستغلال عند انقضاء العقد	٣٩٥	٥٩٩
١- تسليم العناصر الجديدة التى لا تقبل الانفصال عن العقد..	٣٩٦	٥٩٩
٢- تسليم المهمات	٣٩٧	٦٠١
٣- تسليم البضائع والدفاتر المحاسبية		
أ – تسليم البضائع	٣٩٨	٦٠١
ب – تسليم الدفاتر المحاسبية	٣٩٩	٦٠٣
التزام مؤجر المتجر بعقود الاستخدام التى أبرمها المستأجر .	٤٠٠	٦٠٣
عدم انتقال ديون وحقوق مستأجر الاستغلال	٤٠١	٦٠٣
حق مستأجر الاستغلال فى إقامة تجارة مماثلة	٤٠٢	٦٠٤
التزام المستأجر بالتأشير بالسجل التجارى بانقضاء العقد...	٤٠٣	٦٠٦
عقد تأجير استغلال المتجر فى ظل قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩	٤٠٤	٦٠٦

الفصل الخامس

حماية المحل التجارى

تمهيد	٤٠٥	٦٠٩
تقسيم	٤٠٦	٦١١
المبحث الأول : المنافسة الممنوعة		
تمهيد	٤٠٧	٦١١
أولاً : المنافسة الممنوعة بنص القانون	٤٠٨	٦١١
ثانياً : المنافسة الممنوعة باتفاق الطرفين	٤٠٩	٦١٢
أ – إلتزام مؤجر العقار بعدم منافسة المستأجر	٤١٠	٦١٣
ب– التزام بائع المحل التجارى أو مؤجر استغلاله بعدم منافسة المشترى أو مستأجر الاستغلال	٤١١	٦١٣
ج– الاتفاقات بين المنتجين والتجار	٤١٢	٦١٥
د– الاتفاق بين المصانع على تنظيم إنتاج السلع	٤١٣	٦١٧
هـ– التزام العامل بعدم منافسة رب العمل	٤١٤	٦١٩
المبحث الثانى : المنافسة غير المشروعة		٦٢١
تمهيد	٤١٥	٦٢١
تقسيم	٤١٦	٦٢١
تعريف المنافسة غير المشروعة	٤١٧	٦٢٢
تعريف المشرع المصرى للمنافسة غير المشروعة	٤١٨	٦٢٣
الموضوع الأول : **صور المنافسة غير المشروعة**		
تمهيد	٤١٩	٦٢٧
الصورة الأولى : الإساءة إلى سمعة التاجر		
أ – الاعتداء على سمعة التاجر المنافس	٤٢٠	٦٢٧
ب– الاعتداء على الاسم التجارى والسمة التجارية	٤٢١	٦٢٨
ج– الاعتداء على العلامة التجارية	٤٢٢	٦٣٠
د – وضع أو إذاعة بيانات تجارية مغايرة للحقيقة	٤٢٣	٦٣٠

هـ- تقليد طرق الإعلان	٤٢٤	٦٣١
الصورة الثانية : تحريض العمال	٤٢٥	٦٣٢
الصورة الثالثة : أعمال المنافسة غير المشروعة التى تتخذ صورة تخفيض أسعار البيع	٤٢٦	٦٣٤
الضرر	٤٢٧	٦٣٥
أطراف الخصومة فى دعوى المنافسة غير المشروعة	٤٢٨	٦٣٦
الحكم بالتعويض	٤٢٩	٦٣٩
جواز الحكم بإزالة الضرر بالمصادرة والنشر والاتلاف من المحكمة المدنية بالإضافة إلى التعويض وفقاً لقانون التجارة وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية	٤٣٠	٦٤٠
الحق فى اتخاذ الإجراءات التحفظية لكل ذى شأن	٤٣١	٦٤٢
الملاحـــــق		٦٤٥
ملحق رقم (١) نموذج عقد رسمى لبيع محل تجارى مع الاحتفاظ بحق الامتياز والفسخ		٦٥٠
ملحق رقم (٢) نموذج عقد رسمى لتأجير استغلال محل تجارى		٦٥٧
الفهرس		٦٥٧