وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

المشاركة بالمحل التجاري في شركات المضاربة

مذكّرة مقدمة لاستكمال متطلّبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص :الفقه المقارن وأصوله

إعداد الطالب (ة):

لبقع طه

إشراف الأستاذ (ة):

د باجو مصطفى

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د.باحمد رفيس	غرداية	رئيسا
د باجو مصطفى	غرداية	مشرفا ومقرر
بن قومار لخضر	غرداية	ممتحنا

لجنة مناقشة

بسم الله الرحمن الرحيم

الشكروالعرفان

رَبِّ أَوۡزِعۡنِيٓ أَنۡ أَشۡكُرَ نِعۡمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنۡعَمۡتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنۡ أَعۡمَلَ صَٰلِحٗا تَرۡضَىٰهُ وَأَصۡلِحۡ لِي فِي ذُرِّيَّتِيٓۖ إِنِّي تُبۡتُ إِلَيۡكَ وَإِنِّي مِنَ ٱلۡمُسۡلِمِينَ

أتقدّم بالشكر الجزيل إلى كلّ من علمني ولو حرفا، وإلى كل من ساهم في الأخذ بيدي إلى طرق الخير والاستقامة، وإلى كل من ساهم في إنجاز هذه الرسالة ولو بكلمة تشجيع أو دعاء بالتيسير، فالله أسأل أن يكرمهم ويرضى عنهم وأن يحسن ختامنا ويجمعنا في مقعد صدق عند مليك مقتدر، ولله الأمر من قبل ومن بعد.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا ومولانا محمد وعلى اله وصحبه أجمعين أما بعد،

فإنّ ضبط المعاملات الماليّة بميزان الشّرع واجبٌ شرعيٌّ يتطلّب البحث والتّنقيح فيها لمعرفة حكم الله فيها، وليست كلّ المعاملات المالية على درجةٍ واحدةٍ من الوضوح، بل منها ما فيه بعض لبسٍ يتطلّب الكشف عنه، ومن ذلك عقد المضاربة، إذ فيه الكثير من الشّروط والضّوابط التي بيّنها الفقهاء في مصنّفاتهم، وبعض تلك الشّروط متّفقٌ عليه، وبعضها مختلفٌ فيه، ومن تلك الشّروط كون رأس مال المضاربة من الدراهم والدنانير، ويتفرّع على هذه المسألة مسألة جواز أن يكون رأس المال في المضاربة محلًّا تجاريًّا.

وفي هذا البحث قد تطرّقت إلى هذه المسألة مرجعًا لها إلى أصلها في المذاهب الفقهيّة الأربعة، ناقلًا أقوالهم فيها، مع أدلّتها.

أسباب اختيار الموضوع :

والسّبب الذي رغّبني في الموضوع هو أهميّة موضوع المضاربة في العصر الحاضر لانتشاره بين النّاس وضرورة تقييده بالشّريعة الإسلاميّة.

أهمية الموضوع :

١ .عقد المضاربة تعتبر مآلًا للكثير من أصحاب الأعمال الذين لا يملكون رأس مالٍ يتيح لهم استثمار خبراتهم ومهاراتهم.

٢ . اختلاف أصحاب الأموال في نوع الأموال التي يحوزونها، مما يجعل بعضهم يقترح أنواعا من الأموال غير الدراهم والدنانير لعقد المضاربة.

الإشكالية :

هل يجوز أن يشارك المضارب بمحلٍّ تجاريٍّ في عقد المضاربة؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية، وضعنا هذه التساؤلات الفرعية:

١ .ما هي حقيقة عقد المضاربة؟ وما مدى مشروعيته في الشريعة الإسلامية؟ وما هي أركانه وشروطه؟

٢ .ما معنى المحل التجاري؟ وكيف يمكن المشاركة به في المضاربة؟

٣ .إلى ماذا تستند المشاركة بالمحل التجاري في المضاربة في الفقه الإسلامي؟

٤ .ما هو حكم المشاركة بالمحل التجاري في شركة المضاربة في المذاهب الفقهية الأربعة ومذهب الإباضية وما دليل ذلك؟

أهداف هذه الدراسة :

الهدف من هذه الدراسة معرفة مدى مشروعية المشاركة بالمحل التجاري في شركات المضاربة.

المنهج المتبع :

يعتمد هذا البحث المنهج الاستقرائي والمنهج الوصفي من خلال الاطلاع على الكتب الفقهية القديمة التي تناولت عقد شركات المضاربة ضمن أبواب المعاملات لدراسة المسائل الفقهية المتعلقة بالموضوع ضمن المذاهب السنية الأربعة (الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي).

خطة البحث:

يتكون هذا البحث من مقدمة ومبحث تمهيدي يتناول شركة المضاربة تعريفها ودليل مشروعيتها وشروطها في مطالب تحتها فروع مرتبة كالتالي:

المطلب الأوّل: تعريف المضاربة لغة واصطلاحا.

الفرع الأوّل: تعريف المضاربة لغة.

الفرع الثاني: تعريف المضاربة اصطلاحا.

المطلب الثاني: دليل مشروعية المضاربة وأركانها.

الفرع الأوّل: دليل مشروعية المضاربة.

الفرع الثاني: أركان المضاربة.

ويلي المبحث التمهيدي مبحثان يشتملان على مطالب وفروع مرتبة كالتالي:

المبحث الأول: المحل التجاري.

المطلب الأول: مفهوم وعناصر المحل التجاري:

الفرع الاول: تعريف المحل التجاري

الفرع الثاني: عناصر المحل التجاري

المطلب الثاني: طبيعة المحل التجاري وخصائصه

الفرع الأول: طبيعة المحل التجاري

الفرع الثاني: خصائص المحل التجاري

المطلب الثالث: أحكام التصرفات الواردة على المحل التجاري

الفرع الأول: إيجار المحل التجاري

الفرع الثاني: أحكام عقد الايجار.

الفرع الثالث: بيع المحل التجاري

الفرع الرابع: رهن المحل التجاري

المبحث الثاني: المشاركة بالمحل التجاري في شركات المضاربة.

المطلب الأول: تصوير المسألة وتأصيلها.

المطلب الثاني: أدلة الأقوال.

وفي الأخير خاتمة تطرقت فيها لأهم النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث.

الدراسات السابقة:

1. الأمين، حسن عبد الله، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، وهو البحث رقم (11) المقدم إلى المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، الطبعة الثانية، 1414هـ1993م، الناشر: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة-المملكة العربية السعودية.
2. الدكتورة فرحة زراوي صالح – المحل التجاري- الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية – طبعة 2006
3. الشرقاوي، صفية عبد العزيز، التكييف الشرعي لشركات المضاربة في الشريعة الإسلامية والآثار المترتبة عليها، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، (بدون تاريخ).
4. كاموي، عبد الملك عبد العلي، المضاربة ومدى تطبيقها في المصارف الإسلامية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: العدد الخامس والثلاثون، السنة التاسعة 1418هـ.
5. الدكتور عبد القادر البقيرات – محاضرات في القانون التجاري الجزائري – دار هومة – طبعة 2007.

المبحث التمهيدي: شركة المضاربة تعريفها ودليل مشروعيتها وشروطها.

المطلب الأوّل: تعريف المضاربة لغة واصطلاحا.

الفرع الأوّل: تعريف المضاربة لغة.

جاء في لسان العرب: «يقال: ضرب في الأرض إذا سار فيها مسافرا فهو ضارب. والضرب يقع على جميع الأعمال، إلا قليلا. ضرب في التجارة وفي الأرض وفي سبيل الله وضاربه في المال، من المضاربة: وهي القراض. والمضاربة: أن تعطي إنسانا من مالك ما يتجر فيه على أن يكون الربح بينكما، أو يكون له سهم معلوم من الربح. وكأنه مأخوذ من الضرب في الأرض لطلب الرزق. قال الله تعالى: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللهِ﴾ [المزمل: 20]؛ قال: وعلى قياس هذا المعنى، يقال للعامل: ضارب، لأنه هو الذي يضرب في الأرض. قال: وجائز أن يكون كل واحد من رب المال ومن العامل يسمى مضاربا، لأن كل واحد منهما يضارب صاحبه، وكذلك المقارض. وقال النضر: المضارب صاحب المال والذي يأخذ المال؛ كلاهما مضارب: هذا يضاربه وذاك يضاربه. ويقال: فلان يضرب المجد أي يكسبه ويطلبه؛ وقال الكميت: رحب الفناء، اضطراب المجد رغبته، ... والمجد أنفع مضروب لمضطرب وفي حديث الزهري: لا تصلح مضاربة من طعمته حرام.

قال: المضاربة أن تعطي مالا لغيرك يتجر فيه فيكون له سهم معلوم من الربح؛ وهي مفاعلة من الضرب في الأرض والسير فيها للتجارة.» [1]

وجاء في القاموس المحيط: «والقراض والمقارضة: المضاربة، كأنه عقد على الضرب في الأرض، والسعي فيها، وقطعها بالسير، وصورته: أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه، والربح بينهما على ما يشترطان، والوضيعة على المال، وهما يتقارضان الخير والشر»[2]

---

[1] لسان العرب، ابن منظور، ج1 ص544/545.

[2] «القاموس المحيط» (ص652)

وجاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: «كتاب القراض هو بكسر القاف لغة أهل الحجاز، مشتق من القرض: وهو القطع لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من الربح أو المقارضة وهي المساواة لتساويهما في الربح، أو لأن المال من المالك والعمل من العامل، ويسمى عند أهل العراق مضاربة لأن كلا منهما يضرب بسهم في الربح ولما فيه غالبا من السفر وهو يسمى ضربا، وقد جمع المصنف في كلامه بين اللغتين» [1]

وجاء في الذخيرة للإمام القرافي: «ويسمى مقارضا مع أن المفاعل لا يكون إلا من المفاعلة التي لا تكون إلا من اثنين نحو المخاصمة والمضاربة إما لأن كليهما يساوي صاحبه في الربح ويقطع له مما تحت يده أو لاشتراكهما في العقد على سبيل المجاز من باب التعبير بالمتعلق أو هي من الصيغ التي لا تقتضي الشركة نحو المسافر وعافاه الله وطارقت النعل إذا جعلته طاقا على طاق فأما لفظ المضاربة فإما أن كليهما يضرب في الربح بنصيب وإما من الضرب في الأرض الذي هو السفر» [2]

وجاء في الحاوي الكبير: «قال الماوردي: اعلم أن القراض والمضاربة اسمان لمسمى واحد، فالقراض لغة أهل الحجاز، والمضاربة لغة أهل العراق.

وفي تسميته قراضا تأويلان: أحدهما وهو تأويل البصريين أنه سمي بذلك لأن رب المال قد قطعه من ماله والقطع يسمى قراضا، ولذلك سمي سلف المال قرضا، ومنه سمي المقرض مقراضا لأنه يقطع.

والتأويل الثاني وهو تأويل البغداديين أنه سمي قراضا لأن لكل واحد منهما صنعا كصنع صاحبه في بذل المال من أحدهما ووجود العمل من الآخر، مأخوذ من قولهم قد تقارض الشاعران إذا تناشدا.

وأما المضاربة ففي تسميتها بذلك تأويلان: أحدهما أنها سميت بذلك لأن كل واحد منهما يضرب في الربح بسهم، والثاني أنها سميت بذلك لأن العامل يتصرف فيها برأيه واجتهاده مأخوذ من قولهم فلان

---

[1] «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» (5/ 219)

[2] «الذخيرة للقرافي» (6/ 23)

يصرف الأمور ظهر البطن، ومنه قوله تعالى: {وإذا ضربتم في الأرض) {النساء: 101) أي تفرقتم فيها بالسفر وهذا تأويل تفرد به بعض البصريين، ويشارك في الأول البغداديون وباقي البصريين.» [1]

الفرع الثاني: تعريف المضاربة اصطلاحا

عند الحنفيّة:

عرّفها المرغيناني بقوله: «المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا تصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة.» [2]

وجاء في تحفة الفقهاء: «وَأما تَفْسِير الْمُضَارَبَة فَهُوَ دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لأنه نماء ماله وللمضارب باعتبار عمله الذي هو سبب وجود الربح» [3]

وأمّا عند المالكية، فجاء في القوانين الفقهية: «وصفته أن يدفع رجل مالا لآخر ليتجر به ويكون الفضل بينهما حسبما يتفقان عليه من النصف أو الثلث أو الربع أو غير ذلك بعد إخراج رأس المال» [4]

وعرّفها ابن عرفة بقوله: «تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ الإجارة » [5]

---

[1] «الحاوي الكبير» (7/ 305)

[2] «بداية المبتدي» (ص178)

[3] «تحفة الفقهاء» (3/ 19)

[4] «القوانين الفقهية» (ص186)

[5] «شرح حدود ابن عرفة» (ص379)

وعند الشافعية:

«القراض والمضاربة أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك» [1]

عرف الحنابلة المضاربة:

«دفع مال وما في معناه معين معلوم قدره لمن يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه له أو لقنه» [2]

المطلب الثاني: دليل مشروعية المضاربة وأركانها.

الفرع الأوّل: دليل مشروعية المضاربة.

ثانيا: من السنّة:

عَنْ صُهَيْبٍ رضي الله عنه قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «ثَلَاثٌ فِيهِنَّ الْبَرَكَةُ: الْبَيْعُ إِلَى أَجَلٍ، وَالْمُقَارَضَةُ، وَاخْتِلَاطُ الْبُرِّ بِالشَّعِيرِ لِلْبَيْتِ لَا لِلْبَيْعِ» رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهْ

وروى الإمام مالك في الموطأ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانَ: «أَعْطَاهُ مَالًا قِرَاضًا يَعْمَلُ فِيهِ عَلَى أَنَّ الرِّبْحَ بَيْنَهُمَا» [3]

وروى الإمام مالكٌ في الموطأ: باب ما جاء في القراض، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ: خَرَجَ عَبْدُ اللَّهِ وَعُبَيْدُ اللَّهِ ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ فِي جَيْشٍ إِلَى الْعِرَاقِ فَلَمَّا قَفَلَا مَرَّا عَلَى أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ، وَهُوَ أَمِيرُ الْبَصْرَةِ، فَرَحَّبَ بِهِمَا وَسَهَّلَ، ثُمَّ قَالَ: لَوْ أَقْدِرُ لَكُمَا عَلَى أَمْرٍ أَنْفَعُكُمَا بِهِ لَفَعَلْتُ، ثُمَّ قَالَ: بَلَى هَاهُنَا مَالٌ مِنْ مَالِ اللَّهِ، أُرِيدُ أَنْ أَبْعَثَ بِهِ إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ، فَأُسْلِفُكُمَاهُ فَتَبْتَاعَانِ بِهِ مَتَاعًا مِنْ مَتَاعِ الْعِرَاقِ، ثُمَّ تَبِيعَانِهِ بِالْمَدِينَةِ، فَتُؤَدِّيَانِ رَأْسَ الْمَالِ إِلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ، وَيَكُونُ

---

[1] «منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه» (ص154)

[2] «منتهى الإرادات» (3/ 20 مع حاشية ابن قائد ت التركي)

[3] «موطأ مالك – رواية يحيى» (2/ 688 ت عبد الباقي):

الرِّبْحُ لَكُمَا، فَقَالَا: وَدِدْنَا ذَلِكَ، فَفَعَلَ، وَكَتَبَ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُمَا الْمَالَ، فَلَمَّا قَدِمَا بَاعَا فَأَرْبَحَا، فَلَمَّا دَفَعَا ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ قَالَ: «أَكُلُّ الْجَيْشِ أَسْلَفَهُ، مِثْلَ مَا أَسْلَفَكُمَا»؟ قَالَا: لَا، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: «ابْنَا أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ، فَأَسْلَفَكُمَا، أَدِّيَا الْمَالَ وَرِبْحَهُ»، فَأَمَّا عَبْدُ اللَّهِ فَسَكَتَ، وَأَمَّا عُبَيْدُ اللَّهِ فَقَالَ: مَا يَنْبَغِي لَكَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، هَذَا لَوْ نَقَصَ هَذَا الْمَالُ أَوْ هَلَكَ لَضَمِنَّاهُ؟ فَقَالَ عُمَرُ: أَدِّيَاهُ، فَسَكَتَ عَبْدُ اللَّهِ، وَرَاجَعَهُ عُبَيْدُ اللَّهِ، فَقَالَ رَجُلٌ مِنْ جُلَسَاءِ عُمَرَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ لَوْ جَعَلْتَهُ قِرَاضًا؟ فَقَالَ عُمَرُ: قَدْ جَعَلْتُهُ قِرَاضًا، فَأَخَذَ عُمَرُ رَأْسَ الْمَالِ وَنِصْفَ رِبْحِهِ، وَأَخَذَ عَبْدُ اللَّهِ وَعُبَيْدُ اللَّهِ ابْنَا عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ نِصْفَ رِبْحِ الْمَالِ "

ثالثا: من الإجماع:

جاء في الاجماع لابن المنذر «وأجمعوا على أن القراض بالدنانير والدراهم جائز»[1]

«بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» (6/ 79): «روي عن جماعة من الصحابة – رضي الله تعالى عنهم – أنهم دفعوا مال اليتيم، مضاربة منهم سيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله بن عمر وسيدتنا عائشة – رضي الله عنهم – ولم ينقل أنه أنكر عليهم من أقرانهم أحد، ومثله يكون إجماعا»[2]

الفرع الثاني: أركان المضاربة.

وقد اختلف الفقهاء فيما يعتبر ركنا في المضاربة، فذهب الحنفية إلى أن ركن المضاربة أمر وأحد وهو الصيغة المتمثلة في الإيجاب والقبول، وقال بعض الفقهاء: أركان المضاربة أربعة: العاقدان والصيغة ورأس المال، والعمل، وقيل: هي خمسة: العاقدان والصيغة، ورأس المال والعمل والربح. وقال بعض

[1] الإجماع لابن المنذر ت فؤاد ط المسلم» (ص102)

[2] «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» (6/ 79)

المالكية: إن الصيغة ليست من أركان المضاربة، ولا شرطا في صحتها، وإن المضاربة تصح دون تلفظ بالصيغة.[1]

أولا: الصيغة وشروطها:

ذهب الحنفيّة إلى أنّ الإيجاب والقبول بألفاظٌ تدلّ عليها ركنٌ في انعقاد المضاربة، وذلك كأن يقول ربّ المال: خذ هذا المال مضاربةٌ على أنّ الرّبح بيننا على كذا من النّسبة كالرّبع والنّصف والثّلث، ويقول المضارب: قبلت أو رضيت. [2]

وذهب الحنابلة، وهو القول المقابل للأصح عند الشافعية إلى أنه لا يشترط في القبول قول: قبلت ونحوه أو التلفظ به، بل القبول بالفعل، وتكون مباشرته قبولا للمضاربة كالوكالة.

ثانيا: العاقدين وشروطهما.

اشترط الفقهاء في كلّ من العامل وصاحب المال أن يكون أهلًا للتّوكيل بأن يكون عاقلًا رشيدًا، فلا يصحّ للمجنون ولا للصّبيّ ولا للمحجور عليه أن يضارب بماله، ويصحّ للمحجور عليه أن يكون عاملًا في المضاربة. [3]

قال القرافيّ: «لا يشترط فيهما إلا ما يشترط في الوكيل والموكل» [4]

أمّا البلوغ فلم يشترطه الأحناف، قال الكاساني: «(أما) الذي يرجع إلى العاقدين وهما رب المال والمضارب، فأهلية التوكيل والوكالة؛ لأن المضارب يتصرف بأمر رب المال» [1]

---

[1] «الموسوعة الفقهية الكويتية» (38/ 40)

[2] «يُنظر: «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» (6/ 80)، «الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني» (2/ 122)، «روضة الطالبين وعمدة المفتين» (5/ 124).

[3] «الذخيرة للقرافي» (6/ 25)،

[4] «الذخيرة للقرافي» (6/ 25).

مضاربة غير المسلم

– اختلف الفقهاء في مضاربة غير المسلم:

فذهب الحنفية والحنابلة إلى جواز مضاربة غير المسلم

قال الكاساني: «ولا يشترط إسلامهما فتصح المضاربة بين أهل الذمة وبين المسلم، والذمي والحربي المستأمن حتى لو دخل حربي دار الإسلام بأمان، فدفع ماله إلى مسلم مضاربة، أو دفع إليه مسلم ماله مضاربة فهو جائز»[2]

وقال ابن قدامة: وأما المجوسي فإن أحمد كره مشاركته ومعاملته قال: ما أحب مخالطته ومعاملته، لأنه يستحل ما لا يستحل غيره [3].

وذهب مالكٌ إلى كراهية المضاربة مع من يجهل الحلال والحرام، قال القرافي: «فرع – في الكتاب لا أحب مقارضة من يستحل الحرام أو لا يعرفه – وإن كان مسلما» [4]

ثالثا: رأس المال وشروطه.

يشترط لصحة المضاربة شروط يلزم تحققها في رأس المال، وهي: أن يكون نقدا من الدراهم والدنانير، وأن يكون معلوما، وأن يكون عينا لا دينا.

أولا: كون رأس المال من الدراهم والدنانير

---

[1] «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» (6/ 81)، ويُنظر في شرائط التوكيل: «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» (6/ 20).

[2] «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» (6/ 81).

(3) المغني 5 / 4.

[4] «الذخيرة للقرافي» (6/ 27).

قال الكاساني: «أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدنانير عند عامة العلماء فلا تجوز المضاربة بالعروض» [1]

وللفقهاء فيما يتخرج على هذا الشرط من محترزات وصور ومسائل. خلاف وتفصيل: رابعا: الربح وشروطه.

ويشترط في الرّبح **كونه معلومًا**: – اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة المضاربة أن يكون نصيب كل من العاقدين من الربح معلوما لأن المعقود عليه هو الربح، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد [2]

ثانيا: كون الربح جزءا شائعا:

قال الكاساني: «(ومنها) أن يكون المشروط لكل واحد منهما من المضارب ورب المال من الربح جزءا شائعا، نصفا أو ثلثا أو ربعا، فإن شرطا عددا مقدرا بأن شرطا أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر لا يجوز، والمضاربة فاسدة؛ لأن المضاربة نوع من الشركة، وهي الشركة في الربح، وهذا شرط يوجب قطع الشركة في الربح؛ لجواز أن لا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور، فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر، فلا تتحقق الشركة، فلا يكون التصرف مضاربة، وكذلك إن شرطا أن يكون لأحدهما النصف أو الثلث ومائة درهم» [3]

وقال الشافعية: للربح أربعة شروط:

الأول: أن يكون مخصوصا بالمتعاقدين، فلو شرط بعضه لثالث لم تصح المضاربة، إلا أن يشرط عليه العمل معه فيكون قراضا مع رجلين.

---

[1] «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» (6/ 82).

(2) «الموسوعة الفقهية الكويتية» (38/ 53):

[3] «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» (6/ 85)

الثاني: أن يكون مشتركا بينهما، ليأخذ المالك بملكه والعامل بعمله فلا يختص به أحدهما، فلو شرط اختصاص أحدهما بالربح لم تصح المضاربة.

الثالث: أن يكون معلوما، فلو قال: ضاربتك على أن لك في الربح شركا فسدت المضاربة.

الرابع: أن يكون العلم من حيث الجزئية لا من حيث التقدير، فلو قال: لك من الربح، أو لي منه، درهم أو مائة والباقي بيننا نصفان لم تصح المضاربة [1].

خامسا: العمل وشروطه:

ومن شرط العمل أن يكون العمل تجارة، وأن لا يضيق رب المال على العامل في عمله، وأن لا يخالف العامل مقتضى العقد. [2]

(1) روضة الطالبين 5 / 122 - 124، ومغني المحتاج 2 / 312 - 313.

[2] «الموسوعة الفقهية الكويتية» (38/ 55)

المبحث الأول: المحل التجاري.

المحل التجاري عبارة عن المكان الذي تمارس فيه التجارة بحيث يعرض فيه السلع والمعدات وهذا الذي كان يراد به قبل القرن التاسع عشر إلا أن بعد هذا العصر انقلب مفهوم المحل التجاري فأصبح عبارة عن منقول معنوي تدخل تحته مجموعة من الأموال المخصصة لغرض الاستغلال التجاري بحيث تتضمن العناصر المادية كالسلع والمهمات وأيضا العناصر المعنوية كالعنوان التجاري والاتصال بالعملاء وللمالك كامل الحرية استغلال محله التجاري بحيث يتصرف به من عدة طرق من بع وإيجار ورهن وغيرها

إن المشرع الجزائري قد أجاز التصرف في المحل التجاري كونه مالا منقولا معنويا عن طريق تقديمه كحصة في رأس مال الشركة وذلك بنص المادتين 422 من القانون المدني والمادة 117 من القانون التجاري.

المطلب الأول: مفهوم وعناصر المحل التجاري:

الفرع الأول: تعريف المحل التجاري

«المحل التجاري عبارة عن مجموعة من الأموال، المعنوية والمادية التي تألفت معا بقصد الاستغلال التجاري وجذب العملاء للمحل التجاري والاحتفاظ بهم، أي أنه مجموع الأموال المادية والمعنوية المخصصة لمزاولة نشاط تجاري معين». [1]

[1] محاضرات في القانون التجاري ص29

« يتكون المحل التجاري قانوناً من محل التاجر ومن الحقوق المتصلة به وهي تشمل مبدئيا كما نصت الفقرة الثانية من المادة 43 من قانون التجارة وقد عرفت الفقرة الأولى من المادة 43 المحل التجاري على أنه: " مجموعة عناصر مادية ومعنوية تهدف إلى ممارسة مهنة تجارية.

يبرز هذا التعريف الخصائص التالية:

1- المحل التجاري عبارة عن مجموعة قائمة بذاتها لا مجرد عناصر إفرادية، وبالتالي يستمد المحل التجاري صفته من هذه المجموعة من العناصر المادية ومعنوية.

2 - المادة نصت على العناصر المادية والمعنوية ولم يبرز التعريف أهمية العناصر المعنوية التي تفوق العناصر المادية أهمية وقيمة لأن المحل التجاري هو مجموعة من المنقولات المعنوية، فهو قد يوجد بوجود العناصر المعنوية ولو لم تكن هنالك عناصر مادية كالبضائع والتجهيزات والعدد الصناعية، بينما كان مشروع تعديل قانون التجارة يعرف المحل التجاري على أنه مجموعة عناصر معنوية قد تضم أيضاً عناصر مادية...الخ.

3 – يوضح التعريف على أن الهدف من اجتماع العناصر المادية والمعنوية هو ممارسة مهنة تجارية، وهنا لابد من الإشارة إلى أن تكون المهنة من عداد الأعمال التجارية بحكم ماهيتها وأن يكون العمل مشروعاً وغير مخالف للنظام العام. وبناء عليه، فإن المحل لا يعد متجراً إذا كان اجتماع هذه العناصر قد تم من أجل عمل من الأعمال التي هي، بطبيعتها المدنية، كالمهن الحرة، فالصيدلية وعيادة الطبيب ومكتب المحامي ليست محلات تجارية، وبالتالي لا تطبق عليها أحكام المحل؛ بحيث تتوفر فيها عناصر مماثلة لعناصر المحل التجاري، كوجود تجهيزات، وزبائن، وبضائع....الخ.

4 – لم تنص المادة على أن الغاية من المحل التجاري اتصال التاجر بزبائنه، كما كان واردا في مشروع تعديل قانون التجارة، وجاء في الفقرة الثانية من نفس المادة أن حق الاتصال بالزبائن هو أحد عناصر المحل التجاري. وإن كان حق الاتصال بالزبائن هو أحد العناصر المعنوية التي يتكون منها المحل

التجاري كمجموعة من المنقولات غير المادية، إلا أن ذلك لا ينفي عن أن الاتصال بالزبائن هو الهدف الذي يسعى إليه التاجر من خلال جمع عناصر المحل التجاري.»[1]

الفرع الثاني: عناصر المحل التجاري:

أولا: العناصر المادية.

1: المعدات.[2]

يقصد بالمعدات الوسائل والأدوات المنقولة التي تستخدم في تسهيل نشاط المحل التجاري وإعداده للغرض المقصود من استغلاله، مثل الآلات التي تستخدم في الإنتاج، والسيارات التي تسهل أعماله وقد تصبح هذه المعدات عقاراً بالتخصيص رغم كونها منقولة بطبيعتها، إذا كانت مخصصة لخدمة المحل التجاري ومملوكة للتاجر مالك العقار الذي يباشر فيه نشاطه التجاري، وتعتبر المعدات من العناصر الهامة للمحل التجاري وفقاً لطبيعة نشاطه كما هو الحال بالنسبة للمصانع وشركات النقل، حيث تمثل رأس المال الثابت به على أنها لا تعتبر في هذه الحالة العنصر الوحيد الذي يقوم عليه المحل أو المصنع بمعناه القانوني؛ لأن المعدات وحدها لا تجذب العملاء للمحل التجاري. ومن جانب آخر قد لا تمثل المعدات أي أهمية في أنواع أخرى من الأنشطة التجارية كمحال السمسرة وبعض الوكالات التجارية. ونقول بصفة عامة في هذا الخصوص أن الضابط في معرفة ما إذا كان الشيء من البضائع أو المعدات يكون بالرجوع إلى الغرض الذي خصص له هذا الشيء بصرف النظر عن طبيعته.

وتظهر أهمية التفرقة بين المعدات والبضائع في كون النعدات دون البضائع هي التي تكون محلا للرهن.

2: البضائع. [1]

---

[1] القانون التجاري 1، الدكتور محمد سامر عاشور ص87

[2] الوجيز في القانون التجاري د. نجيم أهتوت

لدى البضائع مكانة خاصة بالنسبة للعناصر المكونة للمحل التجاري، فهي الأشياء التي يجري عليها التعامل وهي المواد الكاملة الصنع والنصف مصنعة والمواد الأولية، بحيث تعد من العناصر المتحولة باستمرار ، إذ نجد أن للبضائع أو السلع أهمية كبيرة سواء في تجارة الجملة أو في تجارة التجزئة، فبدونها لا يمكن القيام بعمليات تجارية فهي موضوع أغلب التجارات وتعد بالنسبة لبعض المحلات القيمة الأساسية وتفقد قيمتها في المحلات الأخرى التي تقتصر على تقديم الخدمات، كالفنادق ومؤسسات النقل ومكاتب السمسرة وهي لا تكون محلا إلا للرهن التجاري، ويترتب على ذلك أن تكون مشمولة في البيع الوارد على المحل التجاري، وينصب عليها امتياز البائع حتى ولو كان العقار الذي يجري فيه استغلال المحل التجاري مملوكا للبائع.

ثانيا: العناصر المعنوية.

1: الاتصال بالعملاء أو الزبائن. [2]

الاتصال بالعملاء هو مجموع الأشخاص الذين يتعاملون مع المحل التجاري من أجل الحصول على الحاجات والخدمات سواء كان ذلك بصفة اعتيادية أو بصفة عارضة، ولكل تاجر اتصالاته ومعاملاته مع عملائه وزبائنه الذين اعتادوا التردد على محله، ويحرص التاجر على استمرار علاقته بعملائه ويعمل على تنميتها وإضافة عملاء جدد بكل الوسائل المشروعة حتى يحقق الإقبال على محله التجاري.

إلا أن ذلك لا يعني أن للتاجر حق على عملائه، إذ ليس هناك ما يلزم العملاء بالاستمرار في التعامل مع محل تجاري معين إذ يجوز لهم تركه والتعامل مع محل آخر، كما لا يوجد ما يمنع من تعامل العملاء مع محل آخر في نفس الوقت، وكل ما للتاجر من حق على العملاء هو الحماية التي قررها القانون له إذا ما استهدف هذا الحق وتم الاعتداء على حق التاجر في الاتصال بعملائه بوسائل غير

---

[1] تقديم المحل التجاري كحصة في شركة المساهمة ص14-15، مذكرة ماجيستير، عاشوري وهيبة.

[2] القانون التجاري ج1 د. عصام حنفي محمود ص295و296.

مشروعة كأن يعمد الغير إلى اجتذاب عملاء التاجر عن طريق التشهير به والإساءة لسمعته، وتتمثل هذه الحماية في حق التاجر في رفع دعوى المنافسة غير المشروعة.

الاتصال بالعملاء عنصر شخصى وثيق الصلة بصاحب المحل ويقوم على الثقة التي يضعها عملاؤه فيه لصفات شخصية تتصل به نظرا لسمعته الطيبة وطريقة تعامله مع الزبائن وتحقيق رغبتهم. ويعتبر عنصر الاتصال بالعملاء هو العنصر الأساسي في المحل التجارى وبدونه لا يكون هناك محلا تجارياً، والعناصر الأخرى ما هي إلا عناصر أخرى ثانوية تساعد على تحقيق الغرض الأساسي الذي يهدف إليه صاحب المحل وهو دوام الاتصال بالعملاء وزيادتهم.

2: السمعة التجارية أو المركز التجاري. [1]

السمعة التجارية هو عنصر عيني يرتبط بالمحل ذاته وما يتمتع به من صفات وخصائص تجذب العملاء مثل مكانة وطريقة عرض البضاعة ووسائل الراحة التي يقدمها للعملاء وحسن تنسيقه ونظافته والديكور الخاص بالمحل من الداخل والخارج. وعنصر السمعة التجارية من العناصر التي تعطى للمحل التجاري قيمة مالية، وتمكن صاحب المحل من حمايته عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة.

ويعتبر عنصر السمعة التجارية مكملاً لعنصر الاتصال بالعملاء فهما واجهان لعملة واحدة هي اجتذاب العملاء والمحافظة عليهم وبالتالي يعتبر عنصران متكاملان بل يمكن أن نعتبرهما عنصراً واحداً، والذي يؤكد ذلك أن السمعة التجارية هي التي تجعل العملاء يتعاملون مع المحل رغم أنهم لا يعرفون صاحبه، بل قد يتغير مالك المحل دون أن يؤثر ذلك على صلت بالمحل وتعاملهم معه. وقد أكدت عنصر السمعة التجارية المادة 34/1 من قانون التجارة رقم 17 لسنة ١٩٩٩ حيث نصت على أن " المتجر مجموعة من الأموال المنقولة تخصص لمزاولة تجارة معينة ويجب أن تتضمن عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية.

3

[1] القانون التجاري ج1 د. عصام حنفي محمود ص296و297

: الحق في الإيجار [1]

وذلك بأن يستأجر التاجر العقار الذي يباشر فيه تجارته، فإن كان مالكا له، فالمحل حينها يفتقر لهذا العنصر. وكذا الشأن إذا كان التاجر بائعا متجولا. ويعد الحق في الإيجار عنصرا هاما من عناصر المحل التجاري، وقد يكون أهم عناصره على الإطلاق، كما لوكان المحل واقعا في منطقة اشتهرت بصناعة معنية. كما أن جانبا كبيرا من الزبائن يتوقف على موقع المتجر في تجارة التجزئة . ونظرا لأهمية هذا العنصر فقد نص المشرع على وجوب أن يتضمن العقد المثبت للتنازل عن المحل التجاري، الإيجار وتاريخه ومدته، اسم وعنوان المؤجر والمحيل، حيث جاء في المادة 79 تجاري ما يلي:

عند إنقضاء الإيجار وتاريخه ومدته واسم وعنوان المؤجر والمحيل ". ويقصد بالحق في الإيجار "حق صاحب المتجر أو المصنع في الإستمرار في العقد كمستأجر والإنتفاع بالمكان المؤجر" " . وقد نظم المشرع الإيجارات التجارية في الباب الثاني من الكتاب الثاني من القانون التجاري بمجموعة من الأحكام تعتبر في مجملها خروجا عن القواعد العامة والمتعلقة بعقد الإيجار 3. وتطبق هذه الأحكام على ايجار العمارات أو المحلات التي يستغل فيها محل تجاري، ولا سيما ايجار المحلات أو العمارات الملحقة بإستغلال محل تجاري، عندما يكون إستعمالها ضروريا لإستغلال المحل التجاري، وملكيتها تابعة لمالك المحل أو العمارة التي توجد بها المؤسسة الرئيسية (المادة 169-1- تجاري).

أ: يحق للمستأجر التنازل عن حقه في الإيجار لمكتسب المحل التجاري، وهذا ما نصت عليه المادة 172/3 تجاري حيث جاء فيها ما يلي: وفي حالة التنازل عن المتجر فإنه يجوز للمحول إليه أن يتمسك بالحقوق المكتسبة من قبل المتنازل لإتمام مدة الإستغلال الشخصي عند الاقتضاء والمنصوص عليه في الفقرة السابقة " في حين أن القواعد العامة تقضي بعدم جواز التنازل للغير عن الإيجار إلا بموافقة المؤجر، حيث جاء في المادة 505 مدني ما يلي:

[1] المحل التجاري كحصة في الشركة وشتاتي حكيم ص9و10و11

"المستأجر لا يجوز له أن يتنازل عن هذا الإيجار أو يؤجر إيجارا فرعيا كل ما استأجره أو بعضه بدون موافقة صريحة من المؤجر، كل ذلك ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك". وعليه فالقاعدة في القانون التجاري تختلف لأنه لايمكن التنازل عن المحل التجاري بدون الحق في الإيجار، لكن تفسير هذه القاعدة يتسم بالصرامة، بحيث لا يجوز للمستأجر التنازل عن الإيجار، بدون موافقة المؤجر، لشخص لا يواصل مزاولة التجارة نفسها كما أن الإيجار يمنح للمؤجر الحق في التأكد من ملاءة المتنازل له أو الحق في اشتراط تضامن المتنازل مع المتنازل له في الوفاء بالأجرة ' . وإذا تضمن عقد ايجار المصنع أو المتجر شرطا يمنع المستأجر من التنازل عن الإيجار، فإن المشرع –وعلى خلاف القا المصري– نص صراحة على بطلان ذلك الشرط، حيث جاء في المادة 200 تجاري مايلي:

"التعاقدات تلغى مهما كان شكلها إذا كانت ترمي إلى منع المستأجر من التنازل عن إيجاره لمشتري محله التجاري أو مؤسسته، وكذلك الإتفاقات التي تجعل مشتري المتجر خاضعا لقبول المالك ". أما في مصر فلم يعالج المشرع مسألة تنازل المستأجر عن الإيجار ضمن قانون 1940 الخاص ببيع ورهن المحال التجارية، وعليه وجب الرجوع إلى القواعد العامة حيث تقضي المادة 593 مدني مصري بأن للمستأجر حق التنازل عن الإيجار عن كل ما استأجره أو بعضه ما لم يقض الإتفاق بغير ذلك. وقد عالج المشرع المصري الحالة التي يتعذر فيها على التاجر التصرف في محله التجاري بدون التنازل عن الحق في الإيجار، حيث جاء في المادة 594/2 مدني مصري: "إذا كان الأمر خاصا بايجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر، واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المتجر أو المصنع، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضي بإبقاء الإيجار، إذا قدم المشتري ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر ضرر من ذلك". فيشترط لتطبيق حكم هذه المادة، أن يوجد سبب يضطر صاحب المتجر لبيعه، وأن لا يلحق المؤجر ضرر نتيجة الترخيص بالتنازل عن الحق في الإيجار، إضافة إلى تقديم مشتري المتجر ضمانا كافيا لمصلحة المؤجر. وأخيرا يشترط القضاء أن يمارس مشتري المحل ذات النشاط الذي كان يمارسه المستأجر الأصلي.

ب: عندما تنتهي مدة الإيجار، يحق للمستاجر التمسك بتجديد الإيجار، وإلا فإنه يحصل من المؤجر على تعويض يسمى: تعويض الاستحقاق (أنظر المادتين 172، 176 تجاري)، والحق في تجديد الإيجار ليس مطلق بل مقيد بمجموعة من الشروط.

وعند رفض التجديد، يلتزم المؤجر – فيما عدا الإستثناءات المنصوص عليها في المادة 177 تجاري وما يليها – بأن يسدد "للمستاجر المخلي التعويض المسمى تعويض الاستحقاق الذي يجب أن يكون مساويا للضرر المسبب نتيجة عدم التجديد و يتضمن على وجه الخصوص ... القيمة التجارية للمحل التجاري التي تحدد وفقا لعرف المهنة، مع ما قد يضاف إليه من مصاريف عادية للنقل وإعادة التركيب وكذلك مصاريف وحقوق التحويل الواجب تسديدها لمحل تجاري من نفس القيمة، إلا إذا أثبت المالك أن الضرر هو دون ذلك *ويقول بخصوص تعويض الإستحقاق في حالة عدم تجديد الإيجار، بأن حماية المستأجرين التجار إذا كانت في أصلها ضرورية، فإنها في الوقت الحالي تجاوزت حدود المعقول ؟.

ج: وعندما يكون التاجر بصدد مزاولة تجارته في عقار مملوك له، وقام بالتنازل عن محله التجاري مع احتفاظه بالعقار لنفسه، فلا يعتبر هذا بيعا للمحل التجاري، متى كان مكان الاستغلال هو العنصر الجوهري في اجتذاب العملاء، فحتى يكون كذلك لابد على التاجر صاحب المحل أن يبيع العقار للمشتري أو يؤجره له.

4: الاسم والعنوان التجاريان.[1]

أ- الاسم التجاري:

هو الاسم الذي يستخدمه التاجر، سواء كان شخصا طبيعيا أو شركة، ويتم استخدام هذا الاسم في السجل التجاري في معاملاته التجارية لتمييز محله التجاري عن غيره من المحال المشابهة، سواء كان اسما حقيقيا أو مستعارا (وللشركة–كشخص معنوي – اسم تجاري) يختلف باختلاف نوع الشركة، فيطلق عليه لفظ عنوان الشركة" بخصوص شركات الأشخاص ويتألف من اسم شريك متضامن أو أكثر، وهو مال يجوز التعامل فيه.

إذا كان التاجر يأخذ شكل الشركة التجارية يكون الاسم التجاري المستخدم هو عنوان الشركة.

---

[1] مبادئ القانون التجاري د. هاني محمد دويدار ص 277.

ويبقى الاسم التجاري متميزا عن الاسم المدني، إذ يبقى هذا الأخير جزءا من شخصية صاحبه ولذلك لا يجوز التصرف فيه، على عكس الاسم التجاري الذي يصبح عنصرا في المحل التجاري، وبالتالي يجوز التنازل عنه، وإذا حصل ذلك فلا يجوز للمشتري في حالة البيع أن يستعمل هذا الاسم في غير الأغراض المتعلقة بالنشاط التجاري. ومع ذلك فقد يتفق على استبعاد الاسم التجاري من العناصر التي ينصب عليها البيع، لكن حينها يمنع على البائع استعمال هذا الاسم في تجارة مماثلة، لما يترتب على ذلك من احتفاظه بعملائه، الشيء الذي يعد من أعمال المنافسة غير المشروعة.

ويجب على كل تاجر أن يتخذ اسما تجاريا لمحله التجاري لاعتبارات تتعلق بالنظام العام ولتنظيم المنافسة بين التجار.

ب- العنوان التجاري:

العنوان التجاري أو الشعار هو الذي يميز المحال التجارية عن بعضها البعض، ويحدث أحيانا الخلط بينه وبين الاسم التجاري.

وهي العبارات التي يتخذها التاجر لتمييز محله التجاري عن المحال المماثلة فإن وجدت مثل هذه التسمية فإنها تدخل ضمن عناصر المحل التجاري، وتخضع التسمية المبتكرة لنفس الأحكام المتعلقة بالاسم التجاري من حيث التصرف والحماية.

5: السمة التجارية. [1]

يقصد بالسمة التجارية التسمية المبتكرة التي يتخذها التاجر لتمييز محله التجاري عن المحال المماثلة مثل تسمية "الصالون الأخضر" أو "الفرسان" أو "آرت شيك" أو غير ذلك من الاسماء المبتكرة التي تجذب العملاء، ويكتسب التاجر ملكية السمة التجاري بأسبقية الاستعمال، وتحمى حقه دعوى

[1] القانون التجاري ج1 د. عصام حنفي محمود ص302

المنافسة غير المشروعة، ويشترط في السمة التجارية حتى تتمتع بالحماية القانونية بدعوى المنافسة غير المشروعة أن تكون مميزة ولم يسبق استعمالها في تجارة مماثلة في ذات المكان.

6: الرخص والإجازات [1]

الرخص والإجازات هي التصاريح التي تمنحها الجهات الإدارية المختصة لاستغلال محل تجاري أو إنشاء مصنع، كرخصة افتتاح مقهى أو كازينو أو سينما أو إجازة بيع المشروبات الكحولية، ولا تعتبر الرخص والإجازات من العناصر المعنوية للمحل التجارى إلا إذا منحت نتيجة توافر شروط موضوعية في المحل التجارى، أما إذا كان منح هذه الرخص والإجازات متعلقاً بشخص التاجر فإنها لا تعتبر من ضمن عناصر المحل التجاري لأنه لا يجوز النزول عنها في هذه الحالة لإرتباطها بشخص التاجر وليس المحل التجاري

7: حقوق الملكية الفنية والأدبية [2]

يقصد بها حقوق المؤلفين على مصنفاتهم المبتكرة في العلوم والآداب والفنون فمن يضع مؤلفاً علمياً أو أدبياً أو يؤلف قطعة موسيقية أو أغنية يتمتع بحق ملكية على إنتاجه الأدبي أو الفني، وصاحب هذا الحق بالإضافة إلى حقه في أن ينسب إليه هذا العمل وهو ما يسمى بالجانب المعنوى له أيضاً حق الاستغلال المالي لهذا الإنتاج إما بنفسه أو أن يعهد به إلى الغير كدور النشر أو مشروعات الإنتاج السينمائي أو التليفزيون وغيرها.

وعلى ذلك فإن دور النشر ومشروعات الإنتاج السينمائي والتليفزيون تعتبر من المحال التجاري التي تتضمن عناصرها المعنوية عنصر حقوق الملكية الأدبية والفنية بل يعتبر هذا العنصر بالنسبة لهذه الدور أهم عناصر المتجر المعنوية.

---

[1] القانون التجاري ج1 د. عصام حنفي محمود ص320

[2] القانون التجاري ج1 د. عصام حنفي محمود ص320

جاء في القانون الجزائري المادة 78: تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري.

ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملائه وشهرته، كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاريوالحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية والتجارية آل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك.[1]

[1] القانون الجزائري ص18 المادة 78.

المطلب الثاني: طبيعة المحل التجاري وخصائصه

الفرع الأول: طبيعة المحل التجاري

اختلف الفقه في التكليف القانوني للمحل التجاري وعلة هذا الخلاف هو ما يتميز به من أحكام، لذلك إنقسم الفقهاء في تكييف الطبيعة القانونية للمحل التجاري إلى ثلاث مذاهب:

أولا: نظرية الذمة المالية المستقلة أو المجموع القانوني:

ومحتواها هو أن المحل التجاري ذمة مالية مستقلة عن ذمة التاجر لها حقوقها وعليه التزاماتها المتعلقة بالمتجر والمستقلة عن بقية حقوق والإلتزامات التاجر ومقتضى هذه النظرية أن الدائن بدين شخصي للمدين ولا علاقة له بالمحل التجاري (كدين الطبيب) لا يستطيع التنفيذ به على المحل ومن ثم ينفرد دائنوا المحل التجاري بالتنفيذ عليه دون مزاحمة الدائنين الآخرين للتاجر، فيصبح بذلك المتجر وحدة قانونية مستقلة عن شخص التاجر، ولا محل للأخذ بهذه النظرية في القوانين الجزائري والمصري والفرنسي، أما في ألمانيا فالفقه يكاد يكون مستقرا على أن المحل التجاري في حقيقته مجموع قانوني وبالتالي له ذمة مالية مستقلة[1].

ثانيا: نظرية المجموع الواقعي: يرون بأن المحل التجاري ليس وحدة قانونية مستقلة بديونه وحقوقه وإنّما هو وحدة عناصر فعلية أو واقعية أي أن عدة عناصر اجتمعت معا بقصد مباشرة استغلال تجاري دون أن يترتب على ذلك ذمة مالية مستقلة عن ذمة مالكه أو وجود قانوني مستقل وبالتالي لا يترتب على التنازل عن المحل التجاري التنازل عن الحقوق والالتزامات الشخصية المتعلقة بالمحل التجاري ونشاطه التجاري إلا إذا اتفق على ذلك صراحة ويذكر أنصار هذا الرأي أن يترتب

---

(1) د زهير عباس كريم – مبادئ القانون التجاري – مكتبة دار الثقافة والنشر عمان – طبعة 1995 ص 122

على هذه الوحدة لعناصر المتجر هو وجود مال منقول ذو طبيعة خاصة مستقلة عن طبيعة عناصره المكونة له.

بيد أنه يؤخذ على هذه النظرية أن إصلاح المجموع الواقعي ليس له مدلول قانوني فالمجموع اما أن يكون قانونيا واما 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.

ثالثا: نظرية الملكية المعنوية:

وهي تقوم أساسا على ضرورة التفرقة بين المحل التجاري باعتبار وحدة مستقلة، وبين عناصره المختلفة الداخلية في تكوينه وأنحق التاجر على محله ليس إلا حق ملكية معنوية يرد على أشياء غير مادية مثله في ذلك مثل حقوق الملكية الصناعية والفنية ويختلف بالتالي عن حقه على كل عنصر من من عناصر المحل التجاري، ومقتضى هذه النظرية أن يكون للتاجر حق الانفراد في محله التجاري والاحتجاج به على الكافة، وتحميه دعوى المنافسة غير المشروعة وتسمى هذه الملكية المعنوية بالملكية التجارية ويرجح الفقه هذه النظرية لنجاحها في إيجاد تفسير منطقي لطبيعة المحل التجاري [1]

الفرع الثاني: خصائص المحل التجاري

يتميز المحل التجاري بالخصائص الآتية: [2]

أولا: أنه مال منقول.

---

(1)د نادية فوضيل، المرجع السابق نفسه، ص 96

(2) د- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق نفسه ص 100

لما كان المحل التجاري يتكون من عناصر كلها منقولة مادية كانت أو معنوية كما هو الحال بالنسبة للبضائع أو الأثاث أو حق الاتصال بالعملاء وغيرها فهو منقول ولا يخضع بالتالي للقواعد القانونية التي تحكم العقار.

ثانيا: أنه مال معنوي.

المحل التجاري وإن كان يتكون من عدة عناصر بعضها مادي وبعضها معنوي إلا أنه هو ذاته مال معنوي يمثل مجموعة هذه العناصر مستقلا عنها ومكونا وحدة لها خصائصها التي تختلف عن خصائص كل عنصر من عناصره وبإعتباره مالا منقولا فانه لا يخضع للأحكام القانونية الخاصة بالمنقول المادي.

ثالثا: أنه ذو صفة تجارية.

يجب لكي يعتبر المحل تجاريا أن يكون إستقلاله ونشاطه لأغراض تجارية فاذا كان إستغلال المحل لغير هذه الأغراض (كأغراض مدنية) فانه لا يعتبر محلا تجاريا.

المطلب الثالث: أحكام التصرفات الواردة على المحل التجاري

من أهم التصرفات الواردة على المحل التجاري الحق في: إيجار بيع ورهن المحل التجاري.

الفرع الأول: إيجار المحل التجاري

أدرج المشرع الجزائري حق الايجار في المادة 78 من ق ت ج ضمن العناصر المعنوية. ويقصد به حق التاجر في البقاء بالعقار الذي يباشر فيه التجارة، والتنازل عن هذا الحق للغير في حالة تصرفه في المحل التجاري

الفرع الثاني: أحكام عقد الايجار[1]

عقد الايجار هو عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة لمدة معينة يتفق عليها الأطراف بكل حرية مقابل أجر معلوم. ومن مميزاته أنه من عقود الالتزام وهذا يجب أن يكون هناك رضا.و هو عقد معاوضة يكون عقدا محدود المدة دون أن يترتب عليه بعد فترة معينة من الزمن حق البقاء أي الرجوع إلى القواعد العامة للالتزامات أي عند انتهاء المدة الزمنية المتفق عليها يخرج المستأجر دون توجيه التنبيه بالإخلاء ودون دفع تعويض الاستحقاق مما يسمح بتنشيط الحركة الاقتصادية وزيادة في الثقة بين مالك العقار وو المستأجر الذي يرغب في مزاولة نشاطه التجاري وقد نصت الفقرة 02 مادة 187 مكرر من ق ت ج " يلزم المستأجر بمغادرة الأمكنة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون حاجة إلى توجيه التنبيه بالإخلاء ودون الحق في الحصول على تعويض الاستحقاق المنصوص عليه في هذا القانون ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك "

[1] الدكتور عبد القادر البقيرات – محاضرات في القانون التجاري الجزائري – دار هومة – طبعة 2007 ص 55

إلا أن ما ورد في المادة 187 مكرر من ق ت ج ليس من النظام العام أي أنه يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالف النص بمعنى أنه يجوز الاتفاق على أن يتم إخلاء الأماكن المستأجرة بعد توجيه التنبيه بالاخلاء أو لا يغادر الاماكن المستأجرة إلا بعد الحصول على التعويض الاستحقاقي وهذا راجع لارادة المتعاقدين عند ابرام العقد.

أما إذا لم تذكر مثال هذه الشروط ففي هذه الحالة يطبق ما ورد في نص المادة 187 مكرر. كما حافظ المشرع على الحقوق المكتسبة للمستأجر في ظل التشريع السابق للتعديل وهذا ما أوردته المادة 187/ف02 من ق ت ج [1].

الفرع الثالث: بيع المحل التجاري [2]

يخضع بيع المحل التجاري لأحكام المواد 79 إلى 117 من ق ت ج إضافة إلى القواعد القانونية العامة في العقود بوجه عام وفي عقد البيع بوجه خاص. حيث عرف المشرع الجزائري عقد البيع في القانون المدني بنص المادة 351 " البيع عقد يلتزم بمقتضاة البائع أن ينقل للمشتري ملكية أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي"

أولا: إنعقاد بيع المحل التجاري:

عقد بيع المحل التجاري هو عقد شكلي لذا فأنه يتطلب لانعقاده نوعين من الأركان.

1: الأركان الموضوعية والأركان الشكلية:

أ- الأركان الموضوعية: لابد لانعقاد بيع المحل التجاري من توافر الأركان الموضوعية اللازمة لانعقاد أي عقد وهي الرضا والمحل والسبب.

---

(1) الدكتور عبد القادر البقيرات، المرجع السابق نفسه ص 58

[2] الدكتور عبد القادر البقيرات – نفس المرجع

وبالنسبة للرضا يجب أن يكون موجودا ويجب أن يكون صحيحا بأن يكون صادرا من ذي أهلية وخاليا من عيوب الإرادة. وتطبق بشأن ذلك القواعد العامة.

ولكن بالنظر لأهمية عناصر المحل التجاري وتعددها فقد وجد القضاء ان من السهل ان يقع المشتري فيغلط بشأنها أو أن يكون ضحية تغرير. لذلك توسع القضاء في حالات إبطال عقد البيع بسبب الغلط أو التغرير. فاعتبر من حالات التغرير ان يكتم بائع المحل التجاري على المشتري وجود حكم صادر بإغلاق المحل التجاري بسبب إدارته بدون ترخيص أو تقديم معلومات مبالغ فيها إلى المشتري عن الأرباح التي يحققها المحل.

أما المحل فيعقد بيع المحل التجاري فيتمثل في المحل التجاري. ولكن لا يشترط لاعتبار البيع واردا على محل تجاري أن يشمل البيع جميع عناصر المحل التجاري. إذ يكفي ان يرد على العناصر المعنوية الرئيسية التي لا يوجد المحل التجاري بدونها وهي عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجاري. أما إذا ورد البيع على العناصر المادية فقط مثل البضائع دون أن يشمل أي عنصر معنوي فلا يعتبر هذا البيع واردا على محل تجاري.

ب- الأركان الشكلية:

إذا كان عقد البيع عملا تجاريا فانه يجوز اثباته بجميع طرق الاثبات بما في ذلك البينة والقرائن وحرية الاثبات في العقود التجارية نصت عليها المادة 30 من ق ت ج وهذه قاعدة عامة على العقود التجارية إلا أن المشرع أورد نصا خاصا بالتصرفات التي ترد على بيع المحل التجاري بنص المادة 79 التي تنص على إثبات العقد رسميا وإلا كان التصرف باطلا وأكثر من ذلك نصت المادة 83 من ق ت ج على ضرورة إشهار بيع المحل التجاري وذلك خلال 15 يوما من تاريخ البيع. وحرصا من المشرع على سلامة الإشهار أوجب تجديد الإعلان في اليوم الثامن إلى الخامس عشر من تاريخ أول نشر، ويتم الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال 15 يوما من أول نشر[1]

(1) الدكتور عبد القادر البقيرات، المرجع السابق نفسه ص 60

ثانيا: آثار بيع المحل التجاري:

بيع المحل التجاري من العقود الملزمة للجانبين فهو يرتب التزامات على عاتق طرفيه البائع من جهة والمشتري من جهة أخرى. ونبين فيما يأتي الاحكام الخاصة بالتزامات كل وأحد من الطرفين.

1: التزامات البائع: [1]

أ–نقل الملكية: لا تنتقل ملكية المحل التجاري لا بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير الا من تاريخ قيد التصرف في السجل التجاري. لأنه من العقود الشكلية. كذلك لا بد من اتخاذ الإجراءات الأخرى التي يتطلبها القانون لنقل ملكية بعض العناصر كالعلامة التجارية.

ويترتب على ذلك انه إذا تصرف صاحب المحل التجاري فيه لشخصين على التوالي فأن الاولوية تكون للأسبق في تاريخ قيد التصرف في السجل التجاري حتى لو كان المشتري الآخر قد تسلم المحل وحازه فعلا لان قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لا تطبق على المحل التجاري انه منقول معنوي وهذه القاعدة تطبق على المنقولات المادية فقط.

ب– تسليم المحل التجاري: تقضي القواعد العامة بأن تسليم المبيع يكون بما يتفق مع خصوصية وطبيعة المبيع. ولان المحل التجاري ليس مبيعا عاديا إنّما هو يتكون من مجموعة من العناصر لذا فأن التسليم يجب أن ينصب على كل عنصر من هذه العناصر. فمثلا عليه تسليم البضائع ويقدم له المعلومات التي تسهل الاتصال بالعملاء ويقدم له اسرار براءة الاختراع وهكذا.

ج–التزام البائع بالضمان: تقضي القواعد العامة بالتزام البائع بضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق. وتسري هذه القواعد على بائع المحل التجاري. فهو يضمن العيوب الخفية التي

[1] الدكتور عبد القادر البقيرات – نفس المرجع

تظهر في المحل فتنقصمن قيمته أو يفوت به غرض من أغراضه. فيضمن البائع للمشتري إذا ظهر أن رخصة المحل قد سحبت أو ان البضائع بها عيب ينقص من قيمتها.

كما يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في انتفاعه بالمبيع سواء كان التعرض صادرا منه أو من الغير. فهو يضمن التعرض القانوني الذي يصدر من الغير بأن يدعي أن له حقا قانونيا على المحل كأن يدعي الغير انه مالك المحل. ويضمن التعرض القانوني والمادي الصادر منه. كما لو انه قام بفتح محل مماثل للذي قم ببيعه في نفس المكان. فهذا يعد تعرضا ماديا لأنه يعيق انتفاع المشتري بالمحل التجاري. والغالب ان المشتري يحذر من ذلك فيعمد الى تضمين العقد شرطا يمنع بمقتضاه البائع من فتح محل مماثل وهذا الشرط يعد صحيحا لأنه يتفق مع مضمون العقد.

2 التزامات المشتري:

يلتزم المشتري باستلام المحل ودفع مصاريف نشر عقد البيع ويلتزم بدفع الثمن.

وقد خص المشرع التزام المشتري بدفع الثمن بقواعد خاصة لأنه يكون في الغالب مؤجلا بسبب ارتفاع قيمة المحل التجاري فبين ان العقد يجب أن يشتمل على ثمن العناصر المادية والعناصر غير المادية كل على حدة. ويبين في العقد مقدار مادفع من الثمن عند ابرام العقد وكيفية اداء الباقي.

فاذا كان المشتري سيدفع الثمن على اجزاء فيجب ان يراعى في ان يخصم مما دفع من الثمن الترتيب الاتي:

أ-ثمن البضائع.

ب-ثمن المهمات بيع.

ج-ثمن المقومات غير المادية.

وهذا الحكم قاعدة امرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

والسبب في هذا الترتيب هو ان البائع يكون له حق امتياز بمعنى ان الثمن إذا لم يتم دفعه فانه يتقدم على غيره من الدائنين في استيفاء الثمن من قيمة المبيع. فاذا تم دفع جزء من الثمن فيخصم منه ثمن البضائع أي ان ثمن البضائع يعتبر قد دفع وبالتالي تتحرر من امتياز البائع وهكذا يتوجه الى الخصم حتى تتحرر جميع عناصر المحل التجاري من امتياز البائع. فلا تبقى كلها مقيدة بحق الامتياز.

فاذا لم يجزأ الثمن بهذه الطريقة يحرم البائع من امتيازه ويصبح دائنا عاديا بالثمن يقتسم دينه معهم ولا يتقدم عليهم.(1)

ضمانات البائع في استيفاء الثمن إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن للبائع فان للبائع ضمانات معينة هي ضمانات بائع المنقول المقررة في القواعد العامة لأنه يعد بائعا لمنقول. وهذه الضمانات هي حق الحبس وحق الامتياز وحق الفسخ.

– حق الحبس: معناه ان من حق البائع ان يحتبس المبيع ولا يسلمه الى المشتري حتى يدفع الثمن. وهذا الضمان لا يستفيد منه بائع المحل التجاري لأنه يشترط لإعماله أن يكون المبيع ما يزال في يد البائع ولم يسلمه الى المشتري وحل موعد الوفاء بالثمن. وهذا لا يحدث في عقد بيع المحل التجاري لان الثمن يكون في الغالب مؤجلا أي ان يتم تسليم المحل التجاري قبل ان يحل موعد دفع الثمن.
–حق الامتياز: أي أن البائع يكون له حق التقدم على باقي دائني المشتري في استيفاء الثمن من قيمة المبيع.
وقد قرر المشرع لبائع المحل التجاري حق امتياز وخصه بقواعد معينة تتفق مع خصوصية عقد بيع المحل التجاري. وهذه القواعد الخاصة هيما يأتي:

أ–حق امتياز بائع المنقول في القواعد العامة غير قابل للتجزئة أي انكل جزء من الثمن مضمون بالمبيع كله وكل جزء من المبيع ضامن لثمن كله. اما امتياز بائع المحل التجاري فقابل للتجزئة. إذ

(1) الدكتور عبد القادر البقيرات، المرجع السابق نفسه ص 62

يخصم مما دفع من الثمن ثمن البضائع اولا فيتم تخليصها من الامتياز ثم يخصم منه ثمن المهمات فتتحرر بدورها من الامتياز وهكذا.

ب- حق امتياز بائع المنقول وفقا للقواعد العامة يسقط بإفلاس المشتري فيصبح البائع دائنا عاديا ليس له حق التقدم على باقي الدائنين. بينما امتياز بائعا لمحل التجاري فلا يتأثر بإفلاس المشتري ويبقى قائما.

ويشترط لاستفادة البائع من حق الامتياز الشروط الآتية:

أ-ان يرد العقد على محل تجاري.

ب- أن يكون عقد البيع مستوفيا للشكلية القانونية بأن يكون مكتوبا وموثقا من الكاتب العدل ومقيدا بالسجل التجاري.

ج-ان يحتفظ البائع في عقد البيع بحقه في الامتياز وبأن يذكر ذلك صراحة في العقد الذي يتم شهره في الصحف حتى يعلم الغير بهذا الحق فيكون على بينة من امره عند التعامل مع المشتري.

د-يجب ان يذكر الثمن في عقد البيع مقسما على ثلاثة أقسام، ثمن البضائع وثمن المهمات وثمن العناصر غير المادية.

- الحق في الفسخ: وفقا للقواعد العامة يكون للبائع الحق في فسخ البيع إذا لم يوف المشتري بالثمن أو بما تبقى منه. فاذا تم الفسخ يعاد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فيرد المشتري المبيع للبائع، ويرد البائع لمشتري مادفعه من ثمن، ولكن لا يحق للبائع ان يطالب بفسخ العقد واسترداد المبيع إذا افلس المشتري. وإنّما يكون كغيره من الدائنين يتقاسم معهم اموال المشتري ومن ضمنها المبيع، فلا يأخذه وينفرد به دونهم.

ولكن المشرع نص على حكم خاص في بيع المحل التجاري فضل فيه مصلحة بائع المحل التجاري على مصلحة باقي الدائنين، فاعطى لبائع المحل التجاري الحق في طلب الفسخ حتى إذا افلس

المشتري.

ولكن يشترط حتى يستطيع البائع ان يطالب بالفسخ ويسترد المبيع ما يأتي:

أ-أن يكون عقد البيع مكتوبا وموثقا من الكاتب العدل ومقيدا في السجل التجاري.

ب- أن يحتفظ البائع بحقه فيفسخ عقد البيع بأن يكون قد ذكر ذلك صراحة في ملخص العقد الذي ينشر في الصحف. وذلك لإعلام الغير بوجود حق الفسخ للبائع فيكون على بينة من امره عند التعامل مع مشتري المحل التجاري.

ج- يجب أن يكون طلب الفسخ بسبب عدم استيفاء البائع الثمن. أما إذا كان الفسخ لسبب آخر غير عدم الوفاء بالثمن كالإخلال بالالتزامات الأخرى فيخضع الفسخ للقواعد العامة. [1]

الفرع الرابع: رهن المحل التجاري

العبرة من الرهن الحصول على الائتمان بضمان المال المرهون سواء كان ذلك رهنا رسميا أم رهنا حيازيا. الرهن الرسمي عقد بمقتضاه يكسب به الدائن حقا عينيا على العقار لوفاء دينه. المادة 882 من القانون المدني الجزائري.

و رأى المشرع الجزائري جواز رهن المحل التجاري دون أن يستوجب ذلك حيازة إلى الدائن المرتهن، حتى لا يحرم التاجر الراهن الذي حصل على الإئتمان بضمان محله التجاري من استغلاله، وهذا خروجا عن القاعدة العامة في رهن المنقول.

الفرع الخامس: إنشاء عقد رهن المحل التجاري

1: شروط إنشاء الرهن: لانشاء عقد رهن المحل التجاري يشترط توفر شروط موضوعية وأخرى شكلية

1الدكتور زهير عباس كريم، المرجع السابق نفسه ص 147.

أ-الشروط الموضوعية: عقد رهن المحل التجاري كأي عقد آخر لابد من توافر أركان العقد طبقا للقواعد العامة وهي: ملكية المدين وأهلية التصرف فيه.[1]

ب-الشروط الشكلية: تتمثل الشروط الشكلية في الرسمية أي تحرير العقد في محرر رسمي أمام الموثق وأيضا لابد من من اجراء التسجيل في السجل التجاري وهذا ما أشارت إليه المادة 120 من ق ت ج وذلك خلال 30 يوما من تاريخ العقد. ويحدد القيد مرتبة امتياز الدائنين المرتهنين فيما بينهم على حسب ترتيب تاريخ قيودهم وتكون للدائنين المقيدين في يوم وأحد مرتبة واحدة متساوية وهذا ما أقرته المادة 122 من ق ت ج.

2: محل رهن المحل التجاري: المادة 119 من ق ت ج تبين العناصر التي يجوز أن يشملها الرهن وهي: عنوان المحل، الاسم التجاري، الحق في الايجار، الزبائن، الاتصال بالعملاء، براءات الاختراع، الرخص والعلامات الصناعية أو التجارية، الرسم والنماذج الصناعية وبوجه عام حقوق الملكية الصناعية والأدبية أو التقنية المرتبطة بها.

وإذا اشتمل رهن المحل التجاري أحد عناصر الملكية الصناعية، فلا يكون رهنها حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات شهر الرهن الخاصة بهذه الحقوق. وذلك ما أوجبته المادة 143 من ق ت ج و نلاحظ أنه يجوز أن يرد الرهن على العناصر المعنوية والأدوات والمعدات الخاصة بتجهيز المحل التجاري، ولكن لا يجوز أن يرد على البضائع إذ تستبعد كمحل للرهن التجاري لأنها غير مذكورة في المادة 119. والحكمة من ذلك هو عدم تجميد البضائع. الأمر الذي يتنافى مع حسن استغلال المحل التجاري خلال فترة الرهن لأن البضائع قابلة للتداول.

ثانيا: آثار الـرهن

يترتب على رهن المحل التجاري آثار بالنسبة للمدين الراهن وبالنسبة للدائن المرتهن وبالنسبة للغير 1: بالنسبة للمدين الراهن طبقا للمادة 119 فقرة 2 من ق ت ج لا يترتب على رهن المحل التجاري

[1] مبادئ القانون التجاري د. هاني محمد دويدار ص 289.

أن تنقل حيازته إلى الدائن المرتهن، بل يظل المحل التجاري في حيازة المدين الراهن حتى يتمكن من الاستمرار في استغلاله.

في مقابل، وضع المشرع ضمانات لحماية الدائن المرتهن وذلك بالزام المدين الراهن بالمحافظة على الأموال المرهونة وتفرض عليه عقوبات جنائية في حالة إقدامه على إتلافها أو اختلاسها أو إفسادها بأي طريقة تؤدي إلى نقص أو تعطيل حقوق الدائن المرتهن المادة 167من ق ت ج.

في حالة فسخ عقد الايجار للمحل التجاري بالتراضي لا يصبح الفسخ نهائيا إلا بعد مرور شهر من تاريخ تبليغ ذلك إلى الدائنين المرتهنين المقيدين في المحل التجاري لكل منهم خلال هذه المدة يجوز لكل دائن مقيد أن يطلب بيع المحل التجاري بالمزاد العلني حسب المادة 124 من ق ت ج.

ملاحظة: ان المرتهن لا يمنع المدين الراهن من نقل المحل التجاري إلى مكان آخر بشرط موافقة الدائنين المرتهنين، وإلا أصبحت الديون المقيدة مستحقة الأداء بحكم القانون، هذا ما نصت عليه المادة 123 من ق ت ج.

2: بالنسبة للدائن المرتهن

– رهن المحل التجاري يرتب على الدائن حق عيني عليه، يخوله الأولوية في استيفاء حقه بما قرره له القانون من امتياز على المال المرهون بالأولوية على غيره من دائن التاجر الراهن بحسب مرتبة قيده.
–حق في تتبع المحل التجاري في أي يد يكون الآن المحل التجاري مال منقول لا تنطبق عليه قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.(1)

وفي الأخير يمكن القول أن المحل التجاري هو أداة عمل التاجر وأنه يستمد قيمته من عناصر متعددة تقسم الى عناصر مادية وأخرى غير مادية، كما أن الطبيعة القانونية للمحل التجاري أجبرت المشرع

(1) الدكتور عبد القادر البقيرات، المرجع السابق نفسه ص 65

على وضع أحكام خاصة لكل عنصر كإيجار أو رهن أو بيع المحل التجاري فهذه الترفات كلها تخضع لأحكام وقواعد قانونية خاصة.

المحل التجاري هو مجموع اموال مادية أو معنوية تخصص لمزاولة اعمال تجارية يتكون من مجموعة من العناصر المنقولة بعضها مادي وبعضها معنوي وكلها تهدف الى جذب الزبائن الى تجارة معينة وبالتالي يتحقق هدف المشروع التجاري.

المحل التجاري وإن كان يتكون من مجموعة من العناصر الا انه يختلف عن العناصر الداخلة في تكوينه فهو وحدة قائمة بذاتها، وهذه فكرة معنوية.

فهو يتكون من مجموعة من الاموال ولكنه ليس هذه الاموال. وفي هذه الناحية يشبه الذمة المالية. فالذمة المالية أيضا فكرة معنوية غير محسوسة وهي تضم اموال متعددة ولكنها بحد ذاتها ليست هذه الاموال.
والاموال أو العناصر التي يتكون منها المحل التجاري لا تذوب في ذات المحل (وهو مال منقول معنوي متميز عنها)، بل يبقى كل عنصر من هذه العناصر محتفظا بذاتيته وخصائصه كمال منقول مادي أو معنوي. ويترتب على ذلك إمكانية التصرف في كل عنصر من هذه العناصر على حدة مثلما يمكن التصرف فيها مجتمعة من خلال التصرف بالمحل التجاري باعتباره مالا منقولا معنويا. والتصرف في بعض العناصر غير الرئيسية لا يعني زوال المحل التجاري وإنّما يستمر معتمدا على العناصر الأخرى. ولكن التصرف في جميع عناصر المحل التجاري كل على حدة أو التصرف في جميع عناصره الرئيسية اللازمة لوجوده وخاصة عنصر الاتصال بالعملاء يؤدي الى زواله.

كما يترتب على استقلالية كل عنصر من العناصر التي يتكون منها المحل التجاري عن المحل التجاري ذاته خضوع كل عنصر من العناصر الى القواعد القانونية الخاصة به فمثلا الاسم التجاري يخضع للقواعد الخاصة بالاسم التجاري والعلامة التجارية تخضع للقواعد الخاصة بالعلامات التجارية وكما ان العناصر المعنوية تخضع لقواعد قد تختلف عن تلك التي تخضع لها العناصر المادية.

المبحث الثاني: المشاركة بالمحل التجاري في شركات المضاربة.

المطلب الأول: تصوير المسألة وتأصيلها.

تصوير المسألة

يحتمل أحد احتمالين في تصوير المسألة:

أوّلًا: أن يشارك شخصٌ بمحلٍّ تجاريٍّ فارغٍ في عقد مضاربةٍ، على أنّ له نسبةً من الرّبح آخر السّنّة باعتباره شريكًا.

ثانيًا: أن يكون شخص عنده محل تجاري وكل ما في المحل من بضاعة هو ملكه، فيأتي بشخصين مثلا فيسلمهم المحل بما فيه من بضاعة بحيث يكونون شركاء مضاربين، وهو صاحب رأس المال والمحل التجاري.

تأصيل المسألة

إذا قُصد بالمسألة التّصوير الأوّل، فهي تندرج تحت المضاربة بالمنفعة.

قال الإمام النّوويّ من الشّافعيّة: «لا يجوز جعل رأس المال سكنى دار، لأنّه إذا لم يجعل العرض رأس مال، فالمنفعة أولى» [1]

والظّاهر من كلام الفقهاء –كما سيأتي النّقل عنهم– اعتبار كون رأس المال عينًا يمكن التّصرّف فيه بالبيع من قبل العامل في عقد المضاربة، والأكثر منهم على اشتراط كونها من الدّراهم والدّنانير، وإنّما

[1] روضة الطالبين وعمدة المفتين» (5/ 119)

اختلفوا في العروض، وهي مع ذلك عينٌ يمكن التّصرّف فيها، وأمّا المنفعة فليس كذلك، فالظّاهر ممّا اشترطوه عدم جوازها. والله أعلم.

وإن قُصد بالمسألة التّصوير الثّاني، فهي تدخل تحت المضاربة بالعروض، وهذا تفصيلها:

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة إلى أنه لا تصح المضاربة بالعروض كالطعام والثياب ونحوهما إذا أضيفت المضاربة إلى العروض نفسها، أما إذا أضيفت المضاربة إلى ثمن العروض، كأن يقول ربّ المال للعامل: بع هذه العروض وضارب بثمنها ففيه خلاف.

قال محمّد بن الحسن الشيباني: قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا ينبغي ان تكون المضاربة بالعروض ولا تكون المضاربة الا بالدراهم والدنانير فان اخذ عروضا مضاربة وجهل ذلك حتى عمل في ذلك فربح او وضع فذلك كله لصاحب العرض وعليه الوضيعة وللعامل اجر مثله فيما عمل صاحب العرض ربح او وضع الى يوم يتفاصلان في المضاربة فيأخذ صاحب المال ماله [1]

قال الكاسانيّ من الحنفية عند تعداد شروط المضاربة: «(وأما) الذي يرجع إلى رأس المال فأنواع.

(منها) أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدنانير عند عامة العلماء فلا تجوز المضاربة بالعروض، وعند مالك – رحمه الله –: هذا ليس بشرط وتجوز المضاربة بالعروض والصحيح قول العامة ... وقد قالوا: إنه لو دفع إليه عروضا، فقال له: بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها جاز؛ لأنه لم يضف المضاربة إلى العروض وإنما أضافها إلى الثمن، والثمن تصح به المضاربة، فإن باعها بمكيل أو موزون جاز البيع عند أبي حنيفة بناء على أصله في الوكيل بالبيع مطلقا، أنه يبيع بالأثمان وغيرها، إلا أن المضاربة فاسدة؛ لأنها صارت مضافة إلى ما لا تصح المضاربة به، وهو الحنطة والشعير»[2]

---

[1] «الحجة على أهل المدينة» (3/ 20)

[2] «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» (6/ 82).

وقال المالكية: «(وعرض) لا يجوز أن يكون رأس مال قراض وظاهره ولو في بلاد لا يوجد فيها التعامل بالنقد المسكوك كبلاد السودان؛ لأن القراض رخصة يقتصر فيها على ما ورد ومحل المنع (إن تولى) العامل (بيعه) سواء كان العرض نفسه قراضا أو ثمنه فإن تولى غيره بيعه وجعل ثمنه قراضا جاز» [1]

وقال الشافعية: «القراض معاملة تشتمل على اغرار إذ العمل غير مضبوط والربح غير موثوق به وإنما جوزت للحاجة فتختص بما تسهل التجارة عليه وتروج بكل حال» [2]

وقال ابن قدامة نقلًا لمذهب الحنابلة: «فأما العروض، فلا تجوز الشركة فيها، في ظاهر المذهب.

نص عليه أحمد، في رواية أبي طالب وحرب. وحكاه عنه ابن المنذر» [3] وحكى روايةً في المذهب بالجواز، قال: «وعن أحمد رواية أخرى، أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض، وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال. قال أحمد: إذا اشتركا في العروض، يقسم الربح على ما اشترطا. وقال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضاربة بالمتاع؟ فقال: جائز. فظاهر هذا صحة الشركة بها» [4]

الحاصل أن في صحة المضاربة بالعروض للفقهاء ثلاثة آراء.

الرأي الأول: للجمهور أي الحنفية والحنابلة في المذهب والمالكية، فعندهم لا تصح المضاربة بالعروض، لكن إذا أضيفت المضاربة إلى أثمانها بأن بيعت بأمر رب المال صحت المضاربة، واشترط المالكية في هذه الحالة أن لا يكون المضارب هو البائع، بل يفوض البيع لشخص ثالث.

الرأي الثاني: للشافعية وهو رواية للحنابلة فعندهم لا تجوز المضاربة بالعروض مطلقا، سواء أضيفت إلى العروض أو إلى أثمانها.

---

[1] «الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي» (3/ 519)

[2] «فتح العزيز بشرح الوجيز = الشرح الكبير للرافعي» (12/ 5)

[3] «المغني لابن قدامة – ط مكتبة القاهرة» (5/ 13)

[4] «المغني لابن قدامة – ط مكتبة القاهرة» (5/ 13)

الرأي الثالث: للحنابلة في رواية ثالثة، اختارها أبوبكر وأبو الخطاب من فقهائهم، وهو رأي ابن أبي ليلى والأوزاعي، وطاووس، وحماد بن أبي سليمان، فعندهم تجوز المضاربة بالعروض على أن تجعل قيمتها وقت العقد رأس المال، فما زاد على ذلك يعتبر ربحا

أما في حالة انخفاض قيمة العروض يوم التصفية، فانه يتم جبر رأس المال بمقدار هذا الانخفاض من الأرباح المتحققة لأن الربح وقاية لرأس المال، أو يتحمل رب المال هذه الخسارة عند عدم تحقق أرباح لأن المضارب لا يتحمل من الخسارة شيئا سوى جهده وعمله.

أما إذا ضيفت المضاربة إلى ثمن العروض، كأن يقول ربّ المال للعامل: بع هذه العروض وضارب بثمنها ففيه خلاف وتفصيل يأتي بيانه.

المطلب الثاني: الأقوال في المسألة

القول الأول: لا يجوز أن يكون رأس المال من العروض.

علّل الفقهاء المانعون من المضاربة بالعروض هذه المعاملة بكونها تفضي إلى الغرر بسبب الجهالة الواقعة في الرّبح، إذ قد تقوّم العروض بأعلى من قيمتها التي بيعت بها عند الشّروع في المضاربة، فيفضي إلى نقصان حصّة العامل في المضاربة من قيمة الرّبح أو انعدام ربحه إن كان مقدار الرّبح يساوي التّغيّر الحاصل في سعر العروض، كأن تباع العروض بألفٍ، ويكون الرّبح مئةً، فتشترى عروضٌ أخرى لإرجاعها إلى المضارب بماله بألفٍ ومئةٍ، فيفضي إلى عدم ربح المضارب بالعمل.

قال الكاساني: لأنّ المضاربة بالعروض تؤدي إلى جهالة الربح وقت القسمة، لأنّ قيمة العروض تعرف بالحزر والظن، وتختلف باختلاف المقومين، والجهالة تفضي إلى المنازعة، والمنازعة تفضي إلى الفساد. [1]

جاء في المهذب في فقه الإمام الشافعي: ولا يصح إلا على الأثمان وهي الدراهم والدنانير فأما ما سواهما من العروض والعقار والسبائك والفلوس فلا يصح القراض عليها لأن المقصود بالقراض رد رأس المال والاشتراك في الربح ومتى عقد على غير الأثمان لم يحصل المقصود لأنه ربما زادت قيمته فيحتاج أن يصرف العامل جميع ما اكتسبه في رد مثله إن كان له مثل» [2]

جاء في مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: قال الجوهري (و) لا على (عروض) مثلية كانت أو متقومة ولو فلوسا؛ لأن القراض عقد غرر إذ العمل فيه غير مضبوط، والربح غير موثوق به، وإنما جوز للحاجة فاختص بما يروج غالبا، ويسهل التجارة به، وهو الأثمان. [3]

---

[1] «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع» (6/ 82).

[2] «المهذب في فقه الإمام الشافعي – الشيرازي» (2/ 226)

[3] «مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج» (3/ 398):

جاء في «المغني» لابن قدامة:

إما أن يريد بالعروض ثمنها، أو قيمتها بعد بيعها، فإن أراد المضاربة بثمنها فقد انتقل الثمن إلى البائع، فهو غير مملوك وقت العقد، وإن أراد المضاربة بقيمتها بعد بيعها فهذا فيه ثلاثة محاذير: كونه مجهولا ومعدوما وقت العقد، والمضاربة فيه معلقة على شرط، وهو بيع الأعيان، فيكون العقد معلقا، وتعليق العقد لا يجوز. [1]

وفي الجامع لمسائل المدونة:

«القراض بالطعام والعروض] ومن المدونة، قال ابن القاسم: ولا خير في القراض بطعام أو عرض، كان مما يكال أو يوزن أو لا، للغرر بتغير الأسواق عند المفاصلة، ويفسخ ذلك، وإن بيع ما لم يعمل بالثمن، فإن عمل فله أجر مثله في بيعه وقراض مثله في الثمن، ولا ينظر إلى ما شرط له من الربح» [2]

جاء في المعونة على مذهب عالم المدينة: القراض لا يجوز بشيء من العروض والحيوان وما على الذهب والفضة خلافًا لابن أبي ليلى، لأن القراض عقد خارج عن الأصول لأن الغرر يدخله من وجوه كثيرة منها: أنه إجارة مجهولة وأن العامل لا يدري هل يكون في المال ربح أو خسران إلا أنه جوز للضرورة، فوجب أن يجوز منه قدر ما جوزه الشرع فقط، ولأن رأس المال لا بد من معرفته فلا يخلو أن يكون هو نفسي العرض أو قيمته: فإن كان نفس العرض فالغرر يعظم والمقصود من الربح لا يحصل لأن العامل يأخذ السلعة وقيمتها ألف فيردها وهي تساوي خمسة آلاف وفي ذلك تلف أجرته وإلحاق الضرر به وقد يأخذها تساوي ألفًا فيردها تساوي مائة وفي ذلك تلف رأس المال، وإن جعلا رأس المال قيمة السلعة بطل لأمرين: أحدهما أن رب السلعة شرط على العامل العمل بها إلى أن يبيعها، وهذه زيادة منه عليه، وذلك غير جائز، والآخر أنه لا يخلو الاعتبار أن يكون بقيمتها وقت العقد أو وقت المعاملة، وأي ذلك كان ففيه ما يؤدي إلى إتلاف المال وذهاب عمل العامل وكل ذلك

---

[1] «المغني» لابن قدامة (7/ 116 ت التركي):

[2] «الجامع لمسائل المدونة» (15/ 595)

إضرار وغرر، فإن نزل فسخ ما لم يعمل، فإن لم يفسخ حتى عمل فللعامل أجرة المثل في بيع العرض. [1]

القول الثاني: تجوز المضاربة بالعروض

إذا جعلت قيمته وقت العقد رأس المال، وهو رواية ثانية عن الإمام أحمد، وهو قول طاووس والحسن، وحماد بن أبي سليمان، ومذهب الأوزاعي [2]

روى ابن أبي شيبة في المصنف حدثنا معتمر، عن معمر، عن حماد في رجل دفع إلى رجل مالًا مضاربة، فقوم المتاع ألف درهم، ثم باعه بتسعمائة، قال: رأس المال تسعمائة. وإسناده صحيح. [3]

وروى ابن أبي شيبة في المصنف أيضًا عن معاذ بن معاذ، عن أشعث، عن الحسن. أنه قال في رجل دفع إلى رجل متاعا مضاربة، وقوماه بينهما، قال: رأس المال ما قوم به المتاع، وليس قيمتها بشيء. وإسناده صحيح. وأشعث هو أشعث بن عبد الملك الحراني ثقة. [4]

وروى ابن أبي شيبة في المصنف قال: حدثنا معتمر بن سليمان، عن كثير بن نباتة، عن الحكم بن أبان، عن طاووس، أنه كان لا يرى بأسًا أن يقوم الرجل على الرجل المتاع، فيدفعه إليه مضاربة تلك القيمة. [5]

جاء في المغني: "قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضاربة بالمتاع، قال: جائز... [1]".

---

[1] «المعونة على مذهب عالم المدينة» (ص1121)

(2) الإنصاف (5/ 410)، فتح القدير (6/ 168)، بداية المجتهد (2/ 178)، الحاوي الكبير (7/ 307).

[3] «مصنف ابن أبي شيبة» (12/ 109 ت الشثري)

[4] «مصنف ابن أبي شيبة» (12/ 109 ت الشثري)

[5] «مصنف ابن أبي شيبة» (12/ 110 ت الشثري)

وقال في الإنصاف: "وعنه تصح بالعروض، وهي أظهر، واختاره أبو بكر وأبو الخطاب، وابن عبدوس في تذكرته، وصاحب الفائق وجزم به في المنور، وقدمه في المحرر والنظم، قلت: وهو الصواب... فعلى الرواية الثانية يجعل رأس المال قيمتها وقت العقد" (2)

رأي الإباضية:

قال في النّيل وشرحه:

« (ومحلها) أي محل المضاربة (النقدان) الذهب والفضة المسككان (وفي غير مسكك منهما وإن بوزن خلاف وكذا في عروض ... والأكثر على المنع فيها) أي منع الأكثر أن يعطي العروض بالمضاربة ولو بالقيمة، والقول بالجواز قول ابن عباد بالقيمة» [3]

أدلة من قال بالجواز: [4]

الدليل الأول:

---

(1) المغني (5/ 11).

(2) الإنصاف (5/ 410)

[3] شرح كتاب النيل وشفاء العليل للطفيش ج10 ص313

[4] «المعاملات المالية أصالة ومعاصرة» (14/ 367)

لا يوجد نصّ يمنع أن تكون العروض رأس مالٍ في المضاربة، والعروض مال كالدراهم والدنانير.

الدليل الثاني

الذي يقول بجواز المضاربة بالعروض يشترط أن تقوم العروض وقت العقد، والقيمة يكون متفق عليها في بداية العقد، فتصبح تلك القيمة هي رأس المال، وإذا لم يتفقوا على القيمة لا يتم العقد.

الدليل الثالث:

الغرض من المضاربة إذا نظرنا في العروض وجدناه متحقق، وذلك لأن العامل له الحرية في التصرف في رأس المال، فهو حاصل في العروض كما هو حاصل في الدراهم والدنانير.

الدليل الرابع:

شراء العروض هو مقصد كل من الضارب والعامل في زيادة الربح، لذلك فما جاز التعامل به جاز الابتداء به.

الخاتمة

أهم النتائج المتوصل إليها:

1. المشاركة بالمحل التجاري إن قُصد بها المشاركة بمنفعته مقابل عمل المضارب، فتندرج ضمن المضاربة بالمنفعة، وبحسب ما اطّلعت عليه من كلامٍ للفقهاء في شروط المضاربة فهي غير مشروعةٍ بناءً على ما شرطوه في رأس المال من كونه عينًا.
2. وإن قُصد بها تسليم المحلّ التّجاريّ بما فيه إلى المضارب بالعمل ليتصرّف فيه، فهي تندرج ضمن العروض، وهي ما سوى الدّراهم والدّنانير من الأموال.
3. لا تصحّ المضاربة على العروض عند جمهور العلماء من المذاهب الفقهية الأربعة.
4. ذهب قلّةٌ من الفقهاء -كما هي روايةٌ عن الإمام أحمد- إلى جواز المضاربة على العروض.

قائمة المصادروالمراجع:

أولا/ القرآن الكريم:

المصحف المعلم، وضع تصميم طبعه: محمد عبد الرحمن محمد، وأقر صحته مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر، طبع سنة 1391هـ1971م، الناشر: دار المصحف، شركة مكتبة ومطبعة عبدالرحمن محمد، القاهرة.

ثانيا/ كتب الفقه:

أ- الفقه الحنفي:

1) ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، الطبعة الثانية، 1386هـ1966م، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
2) الزيلعي، فخرالدين، الطبعة الثانية، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، مطابع الفاروق الحديثة بالقاهرة.
3) الكاساني، علاء الدين، ت. 587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.
4) السرخسي، شمس الدين، المبسوط، الطبعة الثالثة، سنة 1398هـ1978م، دار المعرفة، بيروت-لبنان.
5) السمرقندي، علاء الدين، ت. 539هـ، تحفة الفقهاء، الطبعة الثانية 1414هـ1993 م، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان.

6) المرغيناني، برهان الدين أبوالحسن على، ت. 593هـ، الهداية شرح بداية المبتدي، طبعة شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، محمود نصار الحلبي وشركاه – خلفاء.

الفقه المالكي:

1) موطأ مالك – رواية يحيى، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان.
2) الحطاب، أبوعبدالله محمد بن عبدالرحمن الطرابلسي، ت. 954هـ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل: أبوعبدالله العبدري الشهير بالمواق، ت. 897هـ، ملتزم الطبع والنشر: مكتبة النجاح، سوق الترك، طرابلس–ليبيا.
3) الدردير، أحمد، الشرح الكبير، طبع بدار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه.
4) الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، طبع بدار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه.
5) الرهوني، محمد بن أحمد بن يوسف، ت. 1230هـ، حاشية الرهوني على الزرقاني، طبع سنة 1398هـ1978م، بيروت–لبنان.
6) مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، برواية سحنون، ضبطه وصححه أ. أحمد عبدالسلام، الطبعة الأولى، 1415هـ1994م، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان.
7) القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي– بيروت، ط1.
8) ابن جزي، القوانين الفقهية.
9) محمد بن القاسم الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، ط1.

الفقه الشافعي:

1) الخطيب، محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، طبع سنة 1377هـ1958م، ملتزم الطبع والنشر شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.

2) الرملي، شمس الدين الشهير بالشافعي الصغير، ت. 1004هـ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، طبعة سنة 1386هـ1967م، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، محمد محمود الحلبي وشركاه – خلفاء.
3) الشافعي، أبوعبدالله محمد بن إدريس، الأم، الطبعة الثانية، 1393هـ، دار المعرفة، بيروت–لبنان.
4) الشيرازي، أبوإسحاق، إبراهيم بن على بن يوسف، ت. 476هـ1083م، المهذب، دار النشر: دار الفكر بيروت–لبنان.
5) الماوردي، من أصول الاقتصاد الإسلامي المضاربة –مقارنة بين المذاهب الفقهية– (دراسة تطبيقية) تحقيق ودراسة وتعليق عبدالوهاب السيد السباعي حواس، دار الأنصار، القاهرة–مصر.
6) الماوردي، الحاوي الكبيرة، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1.
7) المطيعي، محمد نجيب، تكملة المجموع شرح المهذب، مكتبة الإرشاد جدة، المملكة العربية السعودية (بدون طبعة).
8) النووي، أبوزكريا يحي بن شرف، ت. 676هـ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الثالثة، سنة 1405هـ، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت–لبنان.
9) أبو زكريا محيي الدين النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار الفكر، ط1.

الفقه الحنبلي:

1) ابن النجار، تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحي الحنبلي، منتهى الإرادات في جمع المقنع وزيادات، طبع على نفقة صاحب السمو أحمد بن على آل عبدالله الثاني حاكم قطر، مكتبة دار العروبة – شارع الجمهورية بالقاهرة.
2) ابن مفلح، أبوعبدالله بن محمد، الفروع، وقف على طبعه وراقب تصحيحه محمد رشيد رضا، الطبعة الأولى 1341هـ، مطبعة المنار بمصر.

3) أبوالقاسم جعفر بن الحسن، ت. 676هـ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، المجلد الأول، تعليق: عبد الحسين محمد علي، مطبعة الآداب، 1389هـ1969م، النجف الأشرف.
4) البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، مصححة على نسخة خطية محفوظة بدار الكتب الأزهرية.
5) البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال، طبع سنة 1402هـ1982، الناشر: مكتبة النصر الحديثة، لصاحبها عبد الله ومحمد الصالح الراشد بالرياض السعودية، دار الفكر، بيروت–لبنان.
6) الشوكاني، محمد علي، ت. 1250هـ، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق محمود إبراهيم زايد، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان.
7) المرتضى، أحمد بن يحي، ت. 840هـ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، وبهامشه جواهر الأخبار والآثار: محمد بن يحي بهري الصعدي، الطبعة الأولى مكتبة الخانجي 1368هـ1949م، الناشر: دار الكتاب الإسلامي بالقاهرة.

10) المرداوي، أبوالحسن علاء الدين، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، صححه وحققه محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت–لبنان

الفقه العام:

الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت.

الفقه الإباضي

شرح النيل وشف، محمد بن يوسف بن عيسى اطفيش، مكتبة الإرشاد، جدة.

ثالثاً/ الفتاوى:

أبو غدة، عبد الستار، والخوجة، عزالدين، فتاوى الهيئة الشرعية للبركة، الفتوى رقم (7/2) الطبعة الأولى 1418هـ1997م مجموعة دلة البركة، قطاع الأموال، شركة البركة للاستثمار والتنمية.

رابعًا/ كتب اللغة:

ابن منظور، لسان العرب، دار صادر – بيروت، ط3.

الفيروزآبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط8.

رابعاً/ البحوث والدوريات والرسائل العلمية:

1) الأمين، حسن عبدالله، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، وهو البحث رقم (11) المقدم إلى المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، الطبعة الثانية، 1414هـ1993م، الناشر: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، جدة–المملكة العربية السعودية.
2) حماد، نزيه كمال، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، البحث رقم (53) الناشر: المقدم إلى المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية، الطبعة الأولى، 1419هـ1998م، الناشر: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.
3) الشرقاوي، صفية عبدالعزيز، التكييف الشرعي لشركات المضاربة في الشريعة الإسلامية والآثار المترتبة عليها، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، (بدون تاريخ).
4) عبدالرحيم، إبراهيم محمد، تنمية الموارد المالية في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، إشراف د. محمد بلتاجي، سنة 1407هـ1986م.
5) كاموي، عبدالملك عبدالعلي، المضاربة ومدى تطبيقها في المصارف الإسلامية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: العدد الخامس والثلاثون، السنة التاسعة 1418هـ.

6) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، 1408هـ1988م، منظمة المؤتمر الإسلامي .

خامسا: النصوص القانونية

1-القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المتعلق بالقانون التجاري

2-الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الكتب

1-الدكتورة فرحة زراوي صالح – المحل التجاري- الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية – طبعة 2006

2- الدكتور عبد القادر البقيرات – محاضرات في القانون التجاري الجزائري – دار هومة – طبعة 2007

3- الدكتورة نادية فضيل – القانون التجاري الجزائري- ديوان المطبوعات الجامعية - طبعة 1994

4-الدكتور زهير عباس كريم – مبادئ القانون التجاري – مكتبة دار الثقافة والنشر عمان – طبعة 1995

الفهرس

المحتويات

الشكر والعرفان..... ج
مقدمة:..... أ
أسباب اختيار الموضوع:..... أ
أهمية الموضوع:..... أ
الإشكالية:..... ب
أهداف هذه الدراسة:..... ب
المنهج المتبع ..... ب
خطة البحث: ..... ت
الدراسات السابقة:..... ث
المبحث التمهيدي: شركة المضاربة تعريفها ودليل مشروعيتها وشروطها. 12
المطلب الأوّل: تعريف المضاربة لغة واصطلاحا. 12
الفرع الأوّل: تعريف المضاربة لغة..... 12
الفرع الثاني: تعريف المضاربة اصطلاحا 14

المطلب الثاني: دليل مشروعية المضاربة وأركانها..... 15
الفرع الأوّل: دليل مشروعية المضاربة..... 15
الفرع الثاني: أركان المضاربة..... 16
المبحث الأول: المحل التجاري. 21
المطلب الأول: مفهوم وعناصر المحل التجاري: 21
الفرع الأول: تعريف المحل التجاري 21
الفرع الثاني: عناصر المحل التجاري: 23
المطلب الثاني: طبيعة المحل التجاري وخصائصه 32
الفرع الأول: طبيعة المحل التجاري 32
الفرع الثاني: خصائص المحل التجاري 33
المطلب الثالث: أحكام التصرفات الواردة على المحل التجاري 35
الفرع الأول: إيجار المحل التجاري..... 35
الفرع الثاني: أحكام عقد الايجار بعد تعديل 2005..... 35
الفرع الثالث: بيع المحل التجاري 36
الفرع الرابع: رهن المحل التجاري..... 42
الفرع الخامس: إنشاء عقد رهن المحل التجاري 42
المبحث الثاني: المشاركة بالمحل التجاري في شركات المضاربة. 46

المطلب الأول: تأصيل المسألة وتصويرها. 46
الفرع الأول: تأصيل المسألة. 46
الفرع الثاني: تصوير المسألة 46
المطلب الثاني: أدلة الأقوال 50
الفرع الأول: أدلة الأقوال.....**Erreur ! Signet non défini**
الخاتمة: 55
قائمة المصادر والمراجع: 56
الفهرس 62