بسم الله الرحمن الرحيم

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
الدراسات العليا
قسم الفقه المقارن

القواعد العامة للتاجر
من خلال الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

"رسالة دكتوراه"

مقدمة من : الطالب / محمود أحمد فتحي ناصف للحصول على درجة العالمية (الدكتوراه) في : الفقه المقارن بالقانون التجاري

إشراف

الأستاذ الدكتور / رمضان صافظ
الأستاذ المساعد بقسم الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

و الأستاذ الدكتور / أبو زيد رضوان
أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري ووكيل كلية الحقوق جامعة عين شمس

١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م

obeikandl.com

إهداء

يسعدني أن أصدر بحثي هذا ...

إلى

من أنار لي طريق الأمل، وفتح لي باب الرجاء - راجيًا من المولى عزّ وجلّ - أن ينفع به أمة محمد عليه الصلاة وأزكى السلام فقد تحقق لي أنه كان لي بمثابة الأب والوالد، ذلك هو:

فضيلة الدكتور:

رمضان صافو

لذا أرجو مخلصًا من الله سبحانه وتعالى شأنه أن ينفع به الإسلام والمسلمين ...

إنه سميع وقريب مجيب

obeikandl.com

تقديم

١ـ أهمية الموضوع فى الشريعة الاسلامية /

إذا تدبرت البشرية النظر فيما شرعه الله عزوجل ، تبين لها مدى حرص الشريعة الاسلامية على الاهتمام بالعقل، ومخاطبته، ولذلك قال المولى عزوجل :

" قد بيّنا لكم الآيات لعلكم تعقلون " (١)

وبالنظرة الثاقبة لشرع الله عزوجل ، سيجد الناظر ذلك النسيج المحكم الدقيق من العلاقات ، التى تنظيمها الشريعة الاسلامية ، فهى تنظم العلاقات بين الفرد وربّه ، وعلاقة الفرد بالفرد ، وكذلك أيضا بالجماعة ، وعلاقة كل مؤلاء بالدولة ، وعلاقة الدول بعضها ببعض. كل هذا فى نسق من القواعد الكلية ، التى توضح الحلال والحرام ، مما يحمل فى طياته من عناصر الدوام ، ما يدل على أن الشريعة الاسلامية هى العلاج ، الناجع لجميع امراض العصر ، فلن يوجد ما يجعل البشرية تعود الى رشدها ، الا بهذا الدين الذى جعل بعض فقهاء ـ الغرب ، يعلن فى المؤتمر الدولى للقانون المقارن، الذى انعقد فى مدينة لاهاى عام ١٩٣٢م ، تقديره واعجابه الكبير بالفقه الاسلامى ، وتتوالى الاعترافات من جانب فقهاء الغرب (٢) فى مؤتمرات دولية عديدة تعلن عن مدى أهمية الفقه الاسلامى ، ومدى امكانية تطبيقه وتطوره ، بما يتناسب مع الحوادث الناشئة فى كل مجتمع ، ولا يتوقف الأمر على هذا ، بل انه يدفع هذا المجتمع الى النهوض والرقىّ ، لأن المجتمع لا يحتاج كل يوم لاصدار تشريع ، قد

١ـ سورة الحديد آية رقم ١٧

٢ـ انظر مقالة عبدالرازق السنهورى ـ عن صلاح الشريعة الاسلامية للخلود فى ميدان التطبيق المدنى

ـ منشور فى مجلة القضاء العراقى منقول فى مجلة نقابة المحامين ـ بدمشق ـ السنة الأولى العدد ٦ و ٧

يتناسب مع الاحداث الى وقت معين ، ثم يعاد النظر فيه ، أما الشريعة الاسلامية ، فلا يجوز عليها ذلك ، فقد قال الله عز وجل :

"لا يأتيه الباطل من بين يديه ، ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد" (١)

وأعني بذلك الدستور القرآني الذي نزل على قلب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وحمل لواءه من بعده أصحابه رضوان الله عليهم ، فملأوا الأرض بروح هذا التشريع ، القرآني الذي قال الله في حقهم

" كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر" (٢)

ومن الأشياء التي اهتمت بها الشريعة الاسلامية المعاملات ، فنجد ما يزيد على الخمسمائة آية ، تنظم علاقة الأفراد بعضهم ببعض ، ولهذا وقع اختياري على هذا الموضوع الهام - الذي ينظم حياة تلك الطائفة من الناس ، وهم التجار ، ووجه الأهمية في ذلك العصر ، الذي يتراجع يوما بعد يوم عن النواحي الروحية ، وعن الاتصال بالله الى المادية البحتة ، فلا بد إذن ، من إظهار ما في هذه الشريعة من الأحكام ، التي تبعد الناس عن الغش ، وعن الغبن في المعاملات بعضهم مع البعض ، وان توجههم الوجهة السليمة الى فطرة الله ، التي فطر الناس عليها ، وان تبعد التاجر عن اخفاء السلع ، واستغلال الناس ، وأن يسير في الطريق الذي رسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال

" لا ضرر ولا ضرار ..... الخ " (٣)

١- سورة فصلت الآية رقم ٤٢

٢- سورة آل عمران آية رقم ١١٠

٣- سنن الدار القطني ج٢ ص ٧٢ وما بعدها

وقد نصت المادة ١٩ من مجلة الاحكام العدلية مقتبسة من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم

"لا ضرر ولا ضرار"

وغير ذلك مما ينهى عنه الاسلام ، كما كانوا مع كونهم تجارا لا تلهيهم عن اداء حقوق الله ، فقد قال قتادة : كان القوم يتبايعون ، ولكنهم اذا نابهم حق من حقوق الله لم تلهم تجارة ، ولا بيع عن ذكر الله حتى يؤدوه الى الله (١) .

وان هدف الدراسات الشرعية ومقارنتها بالتشريعات الوضعية هو اظهار ما تحتويه هذه الشريعة الغراء ، وذلك بترشيد هذا المجتمع ، ومن هدفها أيضا تحويله من القوانين المقتبسة ، الى أن تكون الشريعة الاسلامية هي المصدر الوحيد لنا فيما جميع تشريعاتنا ، وبذلك نستغني بها عن النقل والاستيراد لأشياء لا تتلاءم مع مجتمع دينه الرسمي الاسلام ، وان كان هذا الاتجاه لم يكن تقصده الكثير من الدراسات حول المعاملات في الدول الاسلامية .

لذا نجد أن الدستور المصري الصادر في سبتمبر سنة ١٩٧١ في المادة الثانية والذي تنص على أن :

" الاسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الاسلامية مصدر رئيس للتشريع "

فيعتبر هذا النص دافعا للمهتمين بالمزيد من الدراسات ، المقارنة ، الى العناية بالمعاملات بين الناس وخاصة البيع ، والشراء ، لأنه يحتل اهتمام ، وعناية الكثير من افراد المجتمع ، لأنه لا يوجد من لا يتعامل مع التجار ، أو من يستغني عن التعامل ، وهذا هو الدافع لي على هذه الدراسة ، ومن نا حية أخرى يمكن توضيح ماحوته الشريعة الاسلامية من كمال ورقي (٢)

١- البخاري - في صحيحه - الجزء الثالث - طبعة الشعب ص٧٢ و ٧٣

٢- وهذا واضح فيما روى عن المصطفى صلى الله عليه وسلم من مميزات ، بيع المسلم للمسلم ، فقد روى عن العداء بن خالد - قال كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم : هذا ما اشتراه محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من العداء بن خالد بيع المسلم - للمسلم ، لا داء ولا خبثة ، ولا غائلة - وقال قتادة الغائلة الزنا والسرقة ، والاباق " - البخاري - في صحيحه ج٣ ص٧٦

لا يرقى اليه أى تشريع من التشريعات الوضعية ، ولكنى نرد على الذين يزعمون عجز الشريعة الاسلامية عن ملاحقة العصر ، بل نقول :-

عليكم أن تجربوا ماتحتويه الشريعة الاسلامية من نصوص وقواعد عامة يمكن بها ملاحقة كافة العصور ، مع صلاحيتها للتطبيق على كافة المجتمعات ، مهما اختلفت طبائعها ، مع تميزها على كافة النظم البشرية ، وذلك بسبب أنها ليست من نتاج عقول قاصرة ، وأفهام عاجزة ، وأنها هى شرع الله الذى خلق العقول والأفهام ، وقد قال الله عز وجل فى كتابه العزيز

" ما فرطنا فى الكتاب من شىء " (١)

٢- أهمية الموضوع فى القانون التجارى /

من الملاحظ أن القانون التجارى ، قد استقل عن القانون المدنى مع اختلاف آراء بعض الفقهاء فى ذلك ، ولم يستقر رأى فقهاء القانون التجارى على تحديد موضوعه فى مجال التطبيق ، فتوجد نظريتان إحداهما النظرية الشخصية ، والأخرى النظرية المادية ، وقد اعتبرت النظرية الأولى أن أساس موضوع القانون التجارى هو التاجر ، بحيث أنها تعتبر هذا القانون خاصا بطائفة المشتغلين بالتجارة ، أما ما عدا ذلك فلا شأن لهم بأحكام هذا القانون ، حتى لو قاموا بتصرفات تجارية ، وبناء عليه يكون مناط تطبيق أحكام القانون التجارى ، هو شخصية القائم بالعمل التجارى ، والناظر فى هذه النظرية الشخصية (٢) ، لا يجد صعوبة فى تحديد مجال

١- هو سورة الانعام آية رقم ٣٨ - ، وقد قال تعالى "ولا ينبئك مثل خبير" سورة فاطر آية رقم ١٤ - وقد قال تعالى "ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون " - سورة المائدة آية رقم ٥٠

٢- فالنظرية الشخصية ، أو الذاتية - تجعل من شخص التاجر أساسا للقانون التجارى - ، على يونس وأستاذى ابوزيد رضوان القانون التجارى ص ٦٣ ،
- فريد مشرقى - أصول القانون التجارى المصرى جـ١ ص٣ ومابعدها ،
- محمد حسنى عباس - القانون التجارى العربى ص ٦٢ وما بعدها - ،
- محسن شفيق - الموجزفى القانون التجارى - دار النهضة العربية جـ١ طبعة ١٩٦٧ - ص ٨٠ ومابعدها

تطبيقها طالما تمكن المشرع من أن يحدد الحرفة التجارية ، على أفراد المجتمع الذين لا يحترفون الحرف التجارية ، وبذا يكون تحديد أحكام ذاك القانون تحديدا ذاتيا ، أو شخصيا ، بحيث ينظر اليه نظرة القانون المهنى الذى يحكم محترفى التجارة فى ممارستهم ، وان كان أمر تحديد الحرفة التجارية يشوبه القصور ، ولذا يكون كل من احترف حرفة يعتبرها القانون التجارى تجارية يصبح تاجرا ، ويصبح هذا النشاط المهنى للقانون التجارى .

ويتضح تطبيق المذهب الشخصى فى النظام الألمانى والايطالى ، والسويسرى (١) ، وفى النظام الفرنسى قبل الثورة ، وكانت هذه النزعة هى السيطرة الى أن صدر التشريع الفرنسى سنة ١٨٠٧ ، واعتمد فى ذلك على تنظيم التجارة البرية ، الذى صدر سنة ١٦٧٣ ، وقد صدر هذا التشريع على وجه من السرعة ، وقضى على نظام الطوائف .

ومن مميزات هذه النظرية - أن التشريعات فى العصر الحديث ، بدأت تتجه للأخذ بهذه النظرية من حيث ايجاد المنظمات - الحرفية ، و أكثر من ذلك نجد أن المشرع لا يتمكن من وضع تشريع لكل الفرعيات .

فيترك هذا الأمر الى المنظمات الحرفية ، ويعتبر هذا فى رأيى تحولا واضحا الى الاتجاه الشخصى ، ونجد هذا الأمر جليا فى المجتمعات المتقدمة ، وماتقوم به هذه المنظمات فى اعلان ارادة أصحاب هذه الحرفة للمجتمع ، وحضه على الأخذ بهذه الارادة .

ومتى حاول المشرع الأخذ بالمذهب الشخصى كأساس للقانون ،

١- ثروت عبدالرحيم - القانون التجارى المصرى - الطبعة الأولى - ص ٣١

- محمد حسنى عباس - القانون التجارى العربى - ص ٦٢ ومابعدها ،

- اكثم أمين الخولى - الموجز فى القانون التجارى - الجزء الأول - مطبعة المدنى - سنة ١٩٧٠ - ص ٦ وما بعدها .

التجارى ، فلا ينسحب هذا على العمل التجارى ، الذى يقع عرضا من غير التجار ، ولا يطبق عليهم أحكام القانون التجارى حتى ولو كان هذا العمل شائعا فى البيئة التجارية ، فاذا قام غير التاجر بعمل التاجر ، ولو مرة واحدة ، أو لعدة مرات ، لم تصل الى حد الاحتراف ، فلا يعد تاجرا .

ويؤخذ على هذه النظرية ، أنها توجب حصر الحرف التجارية ، التى تضفى على أصحابها صفة التجار (١) ، وهذه تعتبر صعوبة من الصعوبات بسبب تطور الحياة التجارية بصفة مضطردة ، ويضاف الى هذا أن توضيح كثير من الأعمال ، التى يقوم بها التاجر (٢) ، لا تتصف بالصفة التجارية ، ولا تمت الى تجارته بصلة لذلك نجد القانون التجارى ، لا يخضعها ، لأحكامه ، وبالنظر لغير التجار ، فقد يقومون بأعمال لها ، الطبيعة التجارية .

ومع ذلك لا يكتسبون صفة التاجر ، وبناء على هذا لا يمكن جعل هذه الأعمال ، التى يقوم بها من لا يتصفون بصفة التجار ، مدنية ، وينطبق عليها القانون المدنى بالنسبة لهم ، ومثال ذلك الشيك ، فقد يصدره شخص بصدد عملية مدنية ، وقد يصدره تاجر بصدد عملية تجارية ، وذلك بخلاف الكمبيالة ، فلا عبرة بمصدرها ، فهى تجارية بصفة مستديمة ، وذلك وفقا لنص المادة ٢ من التقنين التجارى .

أما النظرية المادية ، أو الموضوعية ، فهى تنحو نحو القانون التجارى ، الذى يحكم العمل التجارى بدون اعتبار لمن يقوم به سواء ، أكان محترفا ، أم غير محترف ، وبذلك نستطيع تحديد ،

١- فريد مشرقى (المرجع السابق) ص ٦ فقرة ٢

٢- وهى الاعمال التى تتعلق بمعيشته و ممتلكاته العقارية ، ونفقته فى مصالحه الشخصية .

دائرة هذا القانون تحديدا موضوعيا ، حيث نجعل منه قانون العمل التجارى ، وليس قانون التجار ، وبذلك نجد أن هناك من الأعمال ماله صفات وخواص ذاتية أصيلة ، أى أعمال تجارية بطبيعتها ، تمثل لب القانون التجارى ، حيث تنطبق أحكامه على كل من باشرها ، ولو مرة واحدة ، ودون أن يتخذ من مباشرته لها شكل الاحتراف ، أما اذا باشر شخص هذه الأعمال على شكل الاحتراف ، فقد اكتسب صفة التاجر ، وهذه الصفة تستتبع أحكاما خاصة ، مثل امساك الدفاتر التجارية ، مع الخضوع لأحكام الافلاس .

ومن خلال العرض السابق ، يتضح الفارق الجلى بين منطق النظريتين ، وكل منهما يبدأ حيث ينتهى الآخر ، وقد تعرضت الى ما يؤخذ على المذهب الشخصى من حيث حصره للحرف التجارية ، وتحريمه على الشخص ، الذى يمارس العمل التجارى ، دون أن يصل الى درجة الاحتراف ، أن يتمتع بمزايا أحكام القانون التجارى ، ومثالها الواضح بالصلح الواقى من الافلاس ، أما المثالب التى تؤخذ على النظرية المادية ، فهى أن تعيين الأعمال ، التى تعتبر تجارية ، أمر عسير ، لا ينجو من القصور .

وبذلك نجد أن التشريعات ، التى تحت منحى المذهب الموضوعى قد دفعها ذلك الى الأخذ بالمذهب الشخصى الى حد كبير ، ويتضح هذا من بداية القانون التجارى المصرى .

موقف المشرع المصرى من النظريتين /

نجد أن كلا من المشرعين المصرى ، والفرنسى لم يأخذ بالنظرية الموضوعية على اطلاقها ، وبرغم أن المشرع المصرى ، قد بدأ بتحديد صفة التاجر فى المادة الأولى من التقنين التجارى ، فقد عاد الى الاتجاه الموضوعى .

حيث أن التاجر هو من يحترف القيام بالأعمال التجارية . ولكن ، الناظر الى القانون التجارى المصرى ، يجد به طائفتين من الأحكام .

أحدهما تميل الى الناحية الشخصية
والثانية الى الناحية الموضوعية.
أى أن المشرع المصرى ، يأخذ بنظام مزدوج ، أى بالنظريتين معا، وتغلب عليه النظرية المادية ،حيث أن المشرع المصرى أخذ بالأحكام ، التى جاءت لتتحدث عن التجار مع قلتها ، فهى لا تسرى إلا على من أكتسب صفة التاجر، وهو الشخص الذى اشترط فيه القيام بالاعمال التجارية والاحتراف.

٣- خطة البحث /

سيرنا فى دراستنا هذه على وفق الترتيب الآتى -

فصل تمهيدى / حكمة مشروعية التجارة وتعريف التاجر واحترافه

(وفيه أربعة مباحث)

المبحث الأول / حكمة مشروعية التجارة

المبحث الثانى/ تعريف التاجر مع بيان أركان البيع عند فقهاء المسلمين

المبحث الثالث/ تعريف التاجر فى القانون

المبحث الرابع/ الاحتراف بين الشريعة والقانون

الباب الأول /
الأهلية والالتزام لسير الحرفة التجارية

(وفيه فصلان)

الفصل الأول / الأهلية والالتزام لسير الحرفة التجارية

(وفيه ثلاثة مباحث)

المبحث الأول/ الأهلية التجارية

المبحث الثانى / وسائل الاثبات والدفاتر التجارية فى الشريعة

المبحث الثالث/ الالتزام بمسك الدفاتر التجارية وأنواعها

الفصل الثانى / الالتزام الخارجى للحرفة

(وفيه ثلاثة مباحث)

المبحث الأول/ لمحة تاريخية عن السجل التجارى والدواوين
المبحث الثانى / موقف الشريعة من الشكلية والسجل التجارى
المبحث الثالث / السجل التجارى

الباب الثانى /
ضوابط المعاملات للتاجر فى الشريعة والقانون
(وفيه فصلان)

الفصل الأول/ الضوابط التى ليست محل اهتمام القانون
(وفيه ثلاثة مباحث)
المبحث الأول/ الضوابط الاخلاقية - الصدق
المبحث الثانى/ السماحة بين الشريعة والقانون
المبحث الثالث/ تعريف الربا وانواعه والتعامل مع البنوك
الفصل الثانى / المعاملات فى الشريعة والقانون بين الحل والحرمة
(وفيه ثلاثة مباحث)
المبحث الأول / بيوع نهت عنها الشريعة
(لذاتها أو لضرر فيها أو لحصول الغش فيها)
المبحث الثانى / حرمة الاحتكار وموقف الشريعة والقانون منه
المبحث الثالث/ موقف الشريعة والقانون من التسعير
الباب الثالث / زوال الصفة التجارية واختلالها (وفيه فصلان)
الفصل الأول / فى زوالها بالافلاس فى الشريعة والقانون
(وفيه ثلاثة مباحث)
المبحث الأول الافلاس فى الشريعة وأحكامه
المبحث الثانى / آراء الفقهاء فى الحجر على المدين
المبحث الثالث / الافلاس فى القانون والفلسفة
الفصل الثانى / انتهاء العمل التجارى (وفيه ثلاثة مباحث)
المبحث الأول / انتهاء التجارة فى الشريعة بفقد الأهلية
المبحث الثانى / ضياع أموال المفلس وموته

obeikandi.com

المبحث الثالث / بيع المحل التجارى وفقد الصفة

الخاتمة /

(وخصصتها للنتائج التى أثبتها فى البحث)

ونختتم هذا بتوجيه الشكر لكل من ساعدنى ، أو أسدى الى عونا فى إعداد هذه الرسالة متوجهين الى الله العلى القدير ، أن يجعل عملى هذا خالصا لوجهه الكريم ، وأن يسدد خطانا ، وأن يهدينا سواء السبيل ، وأن ينفع بهذا أمة محمد عليه الصلاة وأزكى السلام ، وأن يلهمنا الصواب وأن يمدنا بمدد من عنده نستعين به فى السير على الطريق الذى بدأناه فى خدمة الشريعة الاسلامية أنه سميع مجيب