توحيد قانون المعاملات المدنية والتجارية

في ضوء الشريعة الإسلامية

للدكتور

محمد أحمد الزرقا

مدرس القانون التجاري

بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيد المرسلين ورحمة الله للخلق أجمعين ، سيدنا ومولانا محمد الرسول الأمين ، الذى وحد العقيدة وأحكم الشريعة وأخلص الدين ، وعلى آل البيت والصحابة والتابعين باحسان الى يوم الدين .

وبعد

فان تعدد النظم السائدة وازدواج القوانين الحاكمة للمعاملات الحالية ، أيا كان القصد فيها ، التجارة والاستثمار وتحقيق الربح أم لا ، مع الاعتماد فى ذات الوقت على مصادر أجنبية فى الغالب ، والاستناد الى نظريات وفلسفات خارجية منذ مايزيد على قرن من الزمان ، لايحقق الغاية ولايتفق مع الهدف من تقنين وتنظيم المعاملات ، وانما يعطل حركة التقدم ويفقد الثقة فى التقنين ، ذلك أن من ضمانات احترام القانون أن ينبع من العرف والبيئة وأن يلمس الشعور الانسانى وأن يجمع بين السلوك الظاهر والقصد الباطن ، وأن يساير حركة التغير السريع ، وأن يوجد القاعدة والحكم ، كلما أمكن .

ان المصلحة والمنطق يقتضيان ، اذا أخلصنا النية والتزمنا بأحكام الشريعة الاسلامية والمنهج الذى بنيت عليه ، وأردنا تحقيق الخير لأمتنا ، ضرورة

اعادة النظر فى قوانين المعاملات والاستثمار (١) ، وقد وصلت الى عدد يصعب حصره وفهمه والتوفيق بين قواعده ، على المتعاملين والقضاة والمتخصصين، والعمل على توحيد الأحكام الأساسية فى شكل نظام قانونى جديد يقوم على فلسفة خاصة وأصول ذاتية، مع مراعاة التوفيق بين المصالح الثابتة والمراكز المستقرة ، بما لايخالف مبادىء الشريعة الاسلامية، وعلى ضوئها ومن خلال المؤلفات الفقهية الغنية ، لضمان تحقيق المساواة والعدل بين أطراف المعاملة، دون تمييز ، وبأسلوب مرن متطور يجمع بين أفكار السابقين التى يمكن تطبيقها ، وأوضاع العصر الحاضر والعلاقات الدولية فى اطار التطورات الاقتصادية والتجارية السريعة .

وقد أسهمت بجهدى الضعيف فى هذا المجال ، ووضعت لبنة فى هذا البناء ، وقمت بدراسة موضوع توحيد قانون المعاملات التجارية والمدنية ، فى اطار منهج مقارن يبحث القانون فى وضعه الحالى ، ويقدم الشريعة الاسلامية فى أصلها الثابت ويحاول تقديم فكر قانونى ملائم .

وقد دفعنى الى بحث هذا الموضوع مايلاحظه الباحث من تعدد وتعارض القوانين الصادرة فى المعاملات

(١) وكمثال على ذلك فان الشركات التجارية وحدها يحكمها اكثر من خمسة قوانين القانون المدنى والقانون التجارى وقانونا الشركات وقانون الاستثمار وقانون قطاع الاعمال العام بالاضافة الى القوانين المعدلة والمكملة.

من تجارة وشركات واستثمار وغيرها ، ومايوجهه الناقد الى فصل القاوانين المدنية والتجارية من انتقادات ، كما أننى لا آتى بدعا من القول ولا ألج بابا لم يطرقة غيرى ، فقد سبقنى الى هذه الدعوة أساتذة فضلاء وعلماء أجلاء ، كما طبق فكرة التوحيد بعض الدول الأجنبية ، مع أنه كان الأجدر بنا أن نسارع الى هذا التوحيد و نعيد ماكان ، خاصة أنه يتفق مع شريعتنا الاسلامية .

أما الهدف من اجراء هذه الدراسة فهو التنبيه للاصلاح والالتزام بمنهج وأحكام الشريعة الاسلامية، ولعل من بيده الأمر يستجيب ، وعسى أن يوفق ويتحقق المأمول عن قريب وبهذا نتقدم خطوة واسعة نحو وحدة العالم العربى والاسلامى فى المجال الاقتصادى (٢) .

وقد تمثلت خطة هذا البحث فى تمهيد وفرعين أساسيين ، فعرضت أولا للمقصود بالتوحيد فى هذا الشأن ، ثم درست بالتفصيل توحيد قانون المعاملات على المستوى الوطنى بين أنصاره وخصومه وفى الفرع الثانى شرحت بايجاز جهود توحيد بعض أحكام التجارة على المستوى الدولى .

التمهيد : المقصود بتوحيد قانون المعاملات :

على اعتبار أن المعاملة المالية ذات طبيعة واحدة لاتختلف من حيث اجرائها وآثارها بالنسبة لطرفيها

(٢) كما يتفق مع الدعوة الى انشاء سوق عربية واسلامية مشتركة .

والغير ، بما يقتضى التنظيم والحماية وتقديم الضمانات الواجبة ، بصرف النظر عن صفة عاقديها أو الغاية منها ، كانت الدعوة الى توحيد القانونين التجارى والمدنى ، لكن هذا التوحيد التام غير مراد لأنه غير ممكن ، ذلك أن هناك معاملات خاصة لاتحدث الا فى بيئة تجارية بين التجار وتحتاج الى قوانين تنظيمية خاصة بها ، كأسواق المال والمتاجر والبنوك، كما أن التوحيد لايعنى الغاءها ٠

جاء فى كتب اللغة العربية أن معنى وجد الشىء جعله واحدا واتحدت الأشياء صارت شيئا واحدا (٣)، أما اندمج فى الشىء فيراد به دخل فيه وتستر به ، وأدمج الرجل كلامه أبهمه (٤) ٠

وأقصد بالتوحيد هنا اصدار قانون واحد يجمع القواعد والأحكام الأساسية للمعاملات المالية والنشاطات الاقتصادية ، كالالتزامات والأهلية والعقود والديون ، وذلك بتجميع القوانين المعمول بها حاليا وتصنيفها حسب موضوعها ثم عرضها على الشريعة الاسلامية واخضاعها لمبادئها ومنهجها ، مع مراعاة النظم الخاصة والمعاملات المستحدثة التى تقتضى اصدار قوانين تفصيلية وتنظيمية كالشركات والوكالات والبنوك والسفن وأسواق المال ، أو قوانين اجرائية كالتقاضى والتحكيم ٠

(٣) مختار الصحاح ص ٧١٢ ، المعجم الوجيز ص ٦٦٢ ٠
(٤) المصباح المنير ج١ ص ١٠١ ٠

وبهذا يكون لفظ التوحيد أصح فى الدلالة على المعنى المقصود من الادماج ، فليس المراد مجرد تجميع القوانين الحالية فى مجموعة واحدة ، مع بقاء أوجه الاختلاف والتعدد كما هى ، بل ان الهدف أبعد من دمج قانون فى قانون آخر ، والغاية أصدق فى تحقيق وحدة فى الحكم والقاعدة كمبدأ عام ، مع الاعتراف بنظم خاصة لبعض المعاملات على ألا تخرج عن الاطار العام للمجتمع والقواعد الأساسية المقررة لنظمه ٠

وفى هذا اتفق مع أنصار التوحيد من الفقه القانونى وان كنت لا أقف عند هذا الحد كما وقفوا ، بل اننى أرى هذه الوحدة القانونية بالعين الشرعية بصفة أساسية وأخضعها للمبادىء الدينية وأرى الاستعانة بالاجتهادات الفقهية والأحكام القضائية ، وبهذا يكون التوحيد قانونيا فى شكله شرعيا فى أصله ٠

هذا هو التوحيد الوطنى أو الداخلى أو على المستوى المحلى الخاص ٠ وهو موضوع البحث أساسا ، وهناك شكل آخر لتوحيد قانون المعاملات التجارية فقط على النطاق العالمى ، ويسمى التوحيد الدولى ويعنى به توحيد أحكام القانون التجارى أو البحرى أو الجوى فى صورة اتفاقيات دولية ٠

الفرع الأول
توحيد قانون المعاملات التجارية والمدنية على المستوى الوطنى

وقع خلاف شديد بين أنصار توحيد القانونين التجارى والمدنى وخصوم هذا التوحيد ، والذين يمكن تسميتهم أنصار الفصل أو الاستقلال بين القانونين . ونبدأ فى مبحث أول بالمذهب الأول وحججه ، وندرس فى مبحث ثان المذهب الثانى وأسانيده ثم نورد مناقشة كل من الفريقين للآخر فى هذه الأدلة .

المبحث الأول
مذهب التوحيد وحججه

ينادى أنصار توحيد القانون الخاص (١) ، أى القانونين التجارى والمدنى ، بالجمع بينهما وتوحيد أحكامهما ، والغاء التسمية بالتجارى والمدنى ، وعدم التفرقة بين العمل التجارى والعمل المدنى . وان كان بعض أنصار هذه المدرسة يرى الأخذ بفكرة القانون الاقتصادى ، الذى يحكم جميع أوجه النشاط الاقتصادى ،

(١) التعبير بالقانون الخاص هنا ليس دقيقا ، ذلك أنه فى الحقيقة لايشمل فقط القانونين التجارى والمدنى ، وان كانا أهم فرعية ، فهناك قانون المرافعات المدنية والتجارية وهو موحد فعلا ، والقانون الدولى الخاص وقانون العمل . ومن أنصار هذه المدرسة فى مصر د/ على الزينى ود/ عبد السلام ذهنى ود/ اكثم الخولي ود/ محمود سمير الشرقاوى وفي فرسا ليون كان ورينولت وربيير ، والعالم الايطالى الاستاذ فيفانتى .

ويتضمن مبادىء عامة تطبق على جميع المعاملات الاقتصادية فى صورة قانون موضوعى عام ، ثم تنظم تشريعات خاصة أحكام النظم الاقتصادية المستقلة كالشركات والبنوك والنقل (٢) .

وتتمثل أسانيد مدرسة التوحيد فى الحجة الشرعية والحجة التاريخية والحجة التشريعية وحجة الضرورة بعناصرها الثلاثة العقلية والعملية والعلمية .

الحجة الأولى وحدة المنهج الشرعى فى المعاملات(٣)

تتخذ الشريعة الاسلامية - بمعناها العام - منهجا متميزا ومتقدما فى تنظيم المعاملات المالية ، وفى وجوب الالتزام بهذا المنهج - دراسة وتطبيقا - أداء لواجب دينى ، مادام ذلك ممكنا عملا ، ومحققا لمصالح مشروعة ، وقد أثبت الواقع صدق هذا القول على مدى عدة قرون سابقة ، منذ العصر الاسلامى الأول وحتى عهد احلال القوانين الوضعية الأجنبية محل أحكام الشريعة الاسلامية فى أواخر القرن التاسع عشر الميلادى .

(٢) الأستاذ الدكتور محمود سمير الشرقاوى ، القانون التجارى ج١ رقما ٥ ، ١٩ الطبعة الثالثة ١٩٨٦ .

(٣) المعاملات هي ماكان المقصود منها فى الأصل قضاء مصالح العباد كالبيع والكفالة والحوالة ونحوها . فهى علاقات حاصلة بين الناس توجب حقوقا للعباد ، وتذكر فى مقابل حقوق الله تعالى من عقوبات وكفارات، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢ .

وقد تميز المنهج الشرعى بوحدة الحكم ، وعدم الفصل بين المعاملات ، كما هو الشأن فى القانون المصرى ، وتقسيمها الى معاملات تجارية ومعاملات مدنية ، وتمييز التاجر بأحكام خاصة ، واستقلال القانون المدنى عن القانون التجارى ٠

فرغم العناية الفائقة بأحكام عقود المعاملات ، وأصول استنباط الأحكام ، ومع الثروة الفقهية والمؤلفات الغنية فى العلاقات الاقتصاديةوالمشاركات واستثمار الأموال ، ومع مدونات الأحكام القضائية، فقد قام المنهج الشرعى على قاعدة ثابتة لاتتغير وهى وحدة الحكم تبعا لوحدة العمل، فالمعاملة الماليةتخضع لتنظيم واحد ، بصرف النظر عنصفةطرفيها ، والقصد من اجرائها ، توحيدا لوصف المعاملة فى شكلها الذى تتم به ، وموضوعها الذى تقوم عليه ، وتحقيقا للعدل فى تطبيق حكم واحد من حيث الحل والحرمة والصحة والبطلان وغير ذلك من شروط وآثار ، دون تفرقة بين ماكان بغرض التجارة أولا ، ودون تمييز بين التاجر وغيره ، فاذا كانت التجارة حرفة الشخص والربح قصده ، فهذه مسألة لاتؤثر فى أحكا م المعاملة أو فى القواعد المنظمة لها ٠ كما أنه لايتعارض مع المنهج الشرعى الموحد لنمعاملات اعتبار العرف التجارى وأن المعروف بين التجار كالمشروط بينهم ، ذلك أن المعروف كالمشروط ، أى كالمتفق عليه ، كما أن اصدار مؤلفات متخصصة فى التجارة والمكاسب لايعنى تمييز المعاملات النجارية بأحكام خاصة تختلف عن

المعاملات العادية ، فهى تدور حول الآداب الواجبة على الشخص فى ممارسة التجارة ، واذا كانت مطلوبة فى كل معاملة ومن كل شخص فمن التاجر بصفة خاصة حيث أنه ألصق بالتجارة وأقرب من غيره الى معرفة أحوال السوق ، ونظرا لأنه يؤدى دورا مهما فى توصيل السلع الى المستهلكين كان مطلوبا منه الالتزام بأخلاق التجارة وآدابها ، أما أحكام هذه التجارة فيما تتم به علىهيئةعقود وغيرها فتنطبق عليه قواعد المعاملات دون تفرقة ٠

ولبسط الكلام فى هذه الحجة الشرعية التى تعد من أقوى الأدلة التى يعتمد عليها أنصار مدرسة التوحيد أعرض لمسألتين أرى أنهما على جانب كبير من الأهمية، فى الأولى أوضح المواقف التى قد يستدل بها على خلاف ماسبق تقريره ، من خلال بعض آيات القرآن الكريم الخاصة بالتجارة ، وفى الثانية أبين الاتجاه الفقهى فى العقود ٠

المسألة الأولى : المواقف القرآنية فى التجارة ٠

الموقف الأول : فى قوله تعالى : « أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وماكانوا مهتدين » (البقرة آية ١٦) ٠

ارتبطت التجارة بالشراء على أنها معاملة تتضمن مبادلة مال بمال أصلا ، واقترنت بالربح على أنه مقصودها ومطلوب المتعاملين فيها ، وهى كما قال الرازى التصرف فى المال طلبا للربح ، وحتى على

فرض عدم حصوله يجب توفر قدر من الهداية وحسن التوقع وسلامة التقدير لدى أربابها ليسلم لهم رأس المال على الأقل ، وهذا من باب التقريب لواقع كان سائدا فى بيئة تجارية تحترف التجارة ، والتمثيل بما يحدث فيها من معاملة وربح ومعرفة بفنون هذه الحرفة للايمان وصدق العقيدة (٤) ، وليس فى هذا تخصيص للتجارة بحكم خاص ٠

الموقف الثانى : فى آية المداينة أو التوثيق ، بدأها الله سبحانه وتعالى بالأمر بكتابة الديون المؤجلة(٥)، أيا كان مقدارها ومصدرها ، ثم أخرج التجارة الحاضرة وتم استثناؤها من الأمر السابق واثم أوضرر مخالفته تقديرا لطبيعة وظروف هذه المعاملة الناجزة : «يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه» الى قوله : الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها ٠٠» (الآية ٢٨٢ من البقرة) ٠

فقد جاء فى كتب التفسير أن هذا الاستثناء متصل، وفيه وجهان أحدهما ، أنه راجع الى قوله : «تداينتم» فى صدر الآية ، لأن المعاملة بالدين قد تكون الى أجل قريب أو الى أجل بعيد ، فلما أمر الله تعالى بكتابة

(٤) تفسير الفخر الرازى ج١ ص ٢٠٤ ٠

(٥) أبو بكر الجصاص ، أحكام القرآن ج٢ ص ٢٠٥ وقد ناقش الخلاف حول الامر فى الآية هل هو للوجوب أو للندب ، وأيد رأى الجمهور القائل بأن الأمر للندب ٠

الدين المؤجل الى أجل معلوم عند المداينة استثنى ما اذا كان الأجل قريبا ، وهو المراد بالتجارة الحاضرة أما الوجه الثانى فهو أن هذا الاستثناء من قوله تعالى «ولاتسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا الى أجله» فبعد أن نهى عن السأم أى الملل من كتابه الدين أيا كان مقداره الى أجله المحدد استثنى ما اذا كانت التجارة غير مؤجلة ، وهى الحاضرة أى الناجزة ، أو أنها تتم فى الأشياء القليلة البسيطة يدا بيد ، وهى التى يديرها المتعاملون بينهم ، وهذا الوجه هو الأقرب الى ظاهر الآية ٠

وعلى القول بأن الاستثناء منقطع يكون التقدير : لكنه اذا كانت التجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها ، فهذا كلام مستأنف ، أما قوله تعالى : «أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم» ففيها قولان الأول ان كان تامة من الكون والحدوث أى الا أن تقع وتتم تجارة ٠٠ وقال الفراء كان ناقصة واسمها تجارة حاضرة وخبرها تديرونها بينكم والتقدير الا ان تكون تجارة حاضرة دائرة بينكم ، وقرأ عاصم تجارة بالنصب خبر كان وقرأها الباقون بالرفع، وعلى قراءة النصب اسم كان مضمر ، وفيه وجوه ثلاثة ، الأول ذهب الى أن التقدير : الا أن تكون التجارة تجارة حاضرة ٠٠ والثانى تقديره الا أن يكون الأمر والشأن تجارة وقال الزجاج بل التقدير الا أن تكون المداينة تجارة حاضرة ، قال أبو على الفارسى هذا الوجه غير جائز ، لأن المداينة لاتكون تجارة

حاضرة ، وقد أجاب الرازى عن هذا الاعتراض بأن المداينة اذا كانت الى أجل قريب كساعة وقد شرط الوفاء فيه صح تسميتها تجارة حاضرة . فان من باع شيئا بدرهم مثلا فى الذمة بشرط أن يؤدى المشترى الدرهم فى هذه الساعة كان ذلك مداينة وتجارة حاضرة .

فسواء كانت المعاملة بدين أو بعين فالتجارة تجارة حاضرة ولذلك قال ان قوله : « الا أن تكون تجارة » لايمكن حمله على ظاهره ، بل المراد من التجارة مايتجر فيه من الأبدال ، ومعنى ادارتها بينهم معاملتهم فيها يدا بيد - أما قوله : فليس عليكم جناح ألا تكتبوها» فمعناه لامضرة عليكم فى ترك الكتابة ، ولم يرد الاثم، لأنه لو أراد الاثم لكانت الكتابة واجبة عليهم ، ويأثم صاحب الحق بتركها ، وقد ثبت خلاف ذلك ، وفقا لرأى الجمهور (٦) .

ففى عدم التكليف بكتابة هذه التجارة مراعاة لظروف اجرائها ، وجريان العرف بسرعة ابرامها وتنفيذها دون كتابة ، ففى التكليف مشقة أو مضرة . وهى مرفوعة بحكم الشرع (٧) فتخصيص التجارة الحاضرة بالذكر باعتبار الغالب مراعاة لظروف التعامل والعرف السائد فاذا جرى عرف أو نص بالكتابة لزمت (٨) . ويمكن أن نفهم من الأمر الوارد

(٦) التفسير الكبير ج٢ ص ٣٨٨ . تفسير القرطبى ج٣ ص ٣٧٧ .
(٧) تفسير الفخر الرازى المجلد الرابع ج٧ ص ١٢٧ .
(٨) تفسير المنار ج٣ ص ١٢٦ .

فى صدر الآية ، سواء حمل على الندب ، كما هو رأى الجمهور ، أو على الوجوب كما هو رأى البعض ، انه عام يشمل جميع الديون المؤجلة الى أجل معلوم ، الناشئة عن المعاملات ، أيا كانت طبيعتها تجارية أو مدنية ، وأن المعاملة الموصوفة بالتجارة غير مستثناة بحكم ، فقد ورد أن الآية تشمل كل دين ثابت ، سواء أكان بدله عينا أو منفعة (٩) وهذا اتساقا مع المنهج الشرعى العام فى المعاملات فى عدم التفرقة بين التفرقة بين التجارى والمدنى منها ، وكل مافى الأمر أن الآية أمرت بالكتابة أولا اذا كان الدين مؤجلا ، فذلكم أقسط أى أعدل عند الله ، وهذا هو الجانب الدينى فى المسألة ، وأبلغ فى استقامة الأمور ، وهذا هو جانب المصلحة الدنيوية للمتعاملين ، وأقرب الى عدم الشك والتنازع بين أصحاب الشأن ، وهذا هو المحقق للمصلحة العامة واستقرار التعامل فى المجتمع (١٠) .

أما استثناء التجارة فلا يعنى افرادها بحكم خاص، وانما قيدت بوصفين الأول أن تكون حاضرة أى ناجزة أى أن موضوع التعامل وهى المسمى تجارة يسلم عند التعامل ، أما الدين الثابت فى الذمة فقد يكون مؤجلا الى أجل قريب، أو أن التجارة كما فسرت بأنها التصرف فى المال سواء كان حاضرا أو وفى الذمة لطلب الربح

(٩) أبو بكر الجصاص ، أحكام القرآن ج٢ ص ٢٠٧ .
(١٠) تفسير ج٢ ص ٢٨٧ .

فان كان حاضرا لم تشترط كتابته وان كان فى الذمة دخل فى الأمر الوارد فى صدر الآية ٠

والوصف الثانى أن تكون دائرة بين المتعاملين أى يتم تسليمها يدا بيد وينتهى العقد بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه بين الطرفين كما يتعامل الناس فى الأسواق أو السلع الاستهلاكية اليومية ٠

وقد ذهب بعض المعاصرين (١١) الى أن آية المداينة ميزت بين ماهو تجارى وماهو مدنى ، ورتبت على هذا التمييز فروقا من حيث الاثبات ، ثم أخذ يبنى على هذا التصور المخالف لحقيقة النص ، والخارج عن المنهج العام للشريعة فى المعاملات ، اتهاما الى الفقه الاسلامى والفقهاء المسلمين الذين تركوا هذه الثروة الهائلة التى أشار بها فقهاء القانون فى مصر والعالم، والتى كان لها الفضل على القوانين الوضعية المعمول بها ، فى مصادرها الأصلية ، بأنه لم يتطور التطور اللازم بهذه النظرية ، القائلة بالتمييز بين العمل التجارى والعمل المدنى ، الذى أحدثته القوانين الحديثة ، تحقيقا لسرعة الحركة التجارية ٠

وهذا الاتهام مرفوض ٠ وستقوم صفحات هذا البحث بمهمة الرد عليه ٠ وأعتقد أنه يتهم رجال الفقه

(١١) الدكتور عيسى عبده ، العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة ص ٢٥٩ هامش ٢ وينسب هذا القول الى المرحوم عبد القادر عودة فى كتابه التشريع الجنائي الاسلامي ج١ ص ٥٨ ٠

الاسلامى بالتخلف عن مسايرة التطور القانونى فى وضع نظريات تلائم العصر ، وهذه مهمة علينا أن نقوم بها بدل أن نتهم السابقين بالتقصير ٠

الموقف الثالث : ماجاء فى آية التراضى ، فقد قال الله عز وجل : يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم٠٠» (النساء آية ٢٩) فقد ورد النهى عن أكل المال بالباطل، أى بارتكاب محرم ، وهذا عام يشمل تحريم جميع المعاملات ، تجارية ، ومدنية ، اذا كانت تؤدى الى الحصول على مال الغير بدون وجه شرعى ، فعن السدى فى هذه الآية أن أكل المال بالباطل يراد به الربا والقمار والنجش والظلم ، فما لم تكن المعاملة قائمة على حرية التعاقد والرضا التام بشرط التعامل يحرم الانتفاع بالمال الحاصل منها ، وقد قرئت تجارة بالرفع ، بمعنى الا أن توجد أو تقع تجارة فيحل لكم أكلها ، وكان هنا تامة لاحاجة بها الى خبر ، وهذه قراءة أكثر الحجازيين وأهل البصرة ، وقرأ آخرون وهم عامة الكوفيين تجارة بالنصب ، بمعنى الا أن تكون الأموال التى تأكلونها بينكم تجارة عن تراض منكم ، فيحل لكم فى هذه الحالة أكلها (١٢) ٠

فقد دلت الآية على حل مال الغير اذا كان عن معاملة قامت على التراضى ، سواء وصفت هذه المعاملة

(١٢) تفسير الطبرى ج٢ ص ٢١٦ - ٢٢٨ الطبعة الثانية تحقيق وتخريج محمود محمد شاكر وأحمد محمد شاكر ٠

بأنها تجارية أو غير تجارية ، والنص فى الآية على التجارة وتخصيصها بالذكر لايعنى أن المال الحاصل بغير تجارة يظل محرما ، وداخلافى عموم النهى الوارد فى صدر الآية ، وهذا لايقول به عاقل ولايحكم به عالم · وانما خصت التجارة بالذكر باعتبار الغالب فان أغلب الأموال مصدرها التجارة ، فهى الوسيلة الشائعة فى الكسب ، خاصة فى المجتمع الاسلامى الأول ، كما أنها التى يكثر فيها وقوع الحيل والغش ، لذلك نبهت الآية الى الشأن فى التجارة أن تكون بالتراضى ، وأشارت من طرف خفى الى وجوب تخليص التجارة من أساليب التأثير على الارادة بوسائل غير شرعية (١٣) ·

الموقف الرابع : فى سورة النور جمعت الآية رقم ٣٧ بين التجارة والبيع · وذلك فى قوله تعالى : «رجال لاتلهيهم تجارة ولابيع ··» الآية · فقد روى عن سالم عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهم أنه كان فى السوق فأقيمت الصلاة فأغلقوا حوانيتهم ، أى متاجرهم ، ودخلوا المسجد للصلاة ، فقال ابن عمر : نزلت فيهم الآية ·

وقد خص التجارة بالذكر لأنها كانت حرفتهم الأساسية قال أكثر المفسرين أثبت الله تعالى كونهم تجارا وباعة ، أى بائعون ، وأنهم مع ذلك لايشغلهم عن الله شاغل من ضروب منافع التجارات ، وقال الحسن

(١٣) تفسير الرازى مجلده ج١٠ ص ٧٢ ·

رضى الله عنه : أما والله ان كانوا ليتجرون ولكن اذا جاءت فرائض الله لم يلههم عنها شىء ، وقد عطف البيع على التجارة مع أنها تشمله ، أما لأنه أراد بالتجارة الشراء ، أو لأنه كما قيل التجارة هى الجلب ، أى احضار البضائع الى الأسواق ، والتجار هم الجلاب ، كما روى الكلبى (١٤) ·

أما الفخر الرازى فيرى أن التجارة جنس يدخل تحته أنواع البيع والشراء ، الا أن الله تعالى خص البيع بالذكر لأنه فى الالهاء أدخل ، أى أقوى ، لأن الربح الحاصل فى البيع يقين وناجز ، والربح الحاصل فى الشراء شك ومستقبل ، أى مشكوك فى حصوله كما أنه معلق على وقوع البيع بعد الشراء ·، والبيع يقتضى تبديل المبيع بالنقد والشراء بالعكس ، والرغبة فى تحصيل النقد من جانب التاجر خاصة أو البائع عامة أقوى ، فهو يريد تصريف السلعة وقبض الثمن (١٥) ·

وقد يستدل من عطف البيع على التجارة ، والعطف يقتضى المغايرة ، على أن الشريعة الاسلامية أقرت البيع التجارى وهو الذى تشمله التجارة ، والبيع المدنى ، وهو المخصوص بالذكر ، وهذا على فرض صحته فليس له أثر عملى ، نظرا لعدم التفرقة فى

(١٤) تفسير ابن كثير ج٣ ص ٣٩٥ ، تفسير القرطبى ج١٢ مجلد ٦ ص ٢٧٩ ، تفسير الرازى ج٢٤ مجلد ١٢ ص ٥٠٤ ·

(١٥) تفسير مفاتيح الغيب للرازى مجلد ١٢ ج٢٤ ص ٤ - ٥ ·

الحكم ، والصحيح فى نظرى أن هذا من باب عطف الخاص على العام ، اشارة الى أن البيع من أظهر صورة التجارة . وأنه أصل المعاملات ، كما هو مقرر فقها وقونونا ، وتنبيها الى غرض معين هو أنه اذا كانت التجارة لاتلهى المؤمن عن واجباته الدينية ، فالبيع بوجه خاص ، وهو الذى يتأكد به الربح لايجب أن يشغل المؤمن عن دينه ، وهذه دعوة عامة للتاجر وغيره الا تشغله دنياه عن آخرته .

المسألة الثانية : المعاملات فى الفقه الاسلامى :

قلنا ان الشريعة الاسلامية خصت التجارة بالذكر تقديرا لدورها فى اقتصاد المجتمع ، وأهمية عنصر الربح واتخاذ الحيطة لمنع الكساد ، وقد ألفت كتب فى التجارة والاكتساب وخصصت أبواب ودراسات فى آدابها وعقودها ، لكن ذلك لم يكن بغرض وضع نظرية خاصة بالمعاملات التجارية وافرادها بأحكام متميزة عن المعاملات العادية بل على أنها باب من أبواب الكسب وسبيل من سبل الرزق وسبب من أسباب المعاش ومورد من موارد الدخل ، وقد كانت هى الحرفة الأساسية لبعض المجتمعات أو الفئات(١٦)، يقول الماوردى ان أصول المكاسب الزراعة والتجارة والصناعة ، والأشبه فى مذهب الشافعى أن أطيبها الزراعة ، وقيل التجارة أفضل لأن الرسول صلى الله

(١٦) تفسير جزء عم للامام محمد عبده ص ١٢١ .

عليه وسلم اتجر ولم يزرع (١٧) .

كما قال ابن خلدون ان التجارة من وجوه المعاش الطبيعية بعد الفلاحة والصناعة ، والتجارة وان كانت طبيعية فى الكسب فالأكثر من طرقها ومذاهبها انما هى تحيلات ، أى حيل أو محاولات واجتهادات ، فى الحصول على الربح ، بالفرق الحاصل بين القيمتين فى الشراء والبيع (١٨) .

ومن أمثلة الكتب المتعلقة بالتجارة : الاشارة الى محاسن التجارة لأبى الفضل جعفر بن على الدمشقى، ودليل التجار الى أخلاق الأخيار ليوسف بن اسماعيل النبهانى، والاكتساب فى الرزق المستطاب للأنصارى ، ومفتاح الكرامة للعاملى مجلد المتاجر ، وتحرير الوسيلة للامام الخمينى ، وكتاب الكسب والمعاش للامام الغزالى والتجارة فى ضوء القرآن والسنة للشيخ الراجحى . وغير ذلك كثير . ومع أن الامام الغزالى قد أفرد فى احيائه كتابا لآداب الكسب والمعاش وشرح فيه واجبات التاجر وأحكام العقود التى يرى أن المكاسب لاتخرج عنها وهى البيع والربا والسلم والاجارة والشركة والقراض ، كما فقهاء الشريعة بتأليف موسوعات فقهية فى المعاملات بأنواعها

(١٧) الكتانى ، التراتيب الادارية ، أو الحكومة النبوية ج٢ ص ٢٩ . سبل السلام للصنعانى المجلد الثانى ص ٧٨٨ رقم ٧٣٤ .

(١٨) مقدمة ابن خلدون ج٣ ص ٩١٢ الطبعة الثالثة وقد خصص فصولا في معنى التجارة واحترافها وخلق التجار ونقل السلع .

المختلفة ، فلم يوجد فى الفقه الاسلامى تفرقة بين التاجر وغيره أو بين العمل التجارى وغير التجارى، فمنهج الدراسة واحد ، فلم يدرسوا العقود على أنها تجارية أو مدنية ، كما لم يخصوا التاجر بأحكام خاصة كالافلاس أو التفليس الذى يطبق على جميع المدينين، حين لاتكفى أموالهم لسداد ديونهم (١٩) . ولذلك حين يعرض فضيلة الشيخ على الخفيف لتقسيم الشركات فى القانون الوضعى الى شركات مدنية وشركات تجارية حسب الغرض من انشاء الشركة وموضوع نشاطها ، وفقا لنظرية الأعمال التجارية فى القانون التجارى ، ينتقد أساس التقسيم ويصرح فى هذا الشأن بأن تحديد أعمال الشركات التجارية بأعمال خاصة لايعنى فى الواقع تحديدا واضح المعالم والحدود ، ومن ثم كانت الحدود الفاصلة بين هذين النوعين من الشركات حدودا غير دقيقة ، كثيرا ما اختلفت فيها المحاكم وتعارضت فيها الآراء عند التطبيق ثم يقرر موقف الفقه الاسلامى فيقول : «الفقه الاسلامى لايعرف هذه القسمة ولايفرق بين شركات مدنية وأخرى تجارية والاصطلاح الشرعى يقضى بأن أعمال الشركات أعمال تتناولها التجارة ، اذ التجارة فى عرف الشريعة عبارة عن البيع والشراء والمبادلة

(١٩) صحيح البخارى ج٢ ص ٥٨ . سبل السلام للصنعانى المجلد الثانى ص ٧٩٥ . جواهر الاكليل للأزهرى ج٢ ص ٨٧ ومشروعات تقنين الشريعة الاسلامية لمجمع البحوث الاسلامية .

لاستجلاب الربح فى أى عمل من الأعمال» (٢٠) .

وقد تبادر الى فهمى أن تعبير القران الكريم بلفظ التجارة وعدم استخدام كلمة تاجر يدل على العناية بالناحية الموضوعية فى المعاملة وهى التجارة فى ذاتها بصرف النظر عن الشخص القائم بها وهو التاجر ، حتى أنه عبر عنهم فى آية سورة النور بلفظ رجال وهذا لايمنع شمول الحكم للنساء ، لكنه صرح بالرجال باعتبار الغالب ، كما أن المدح يشمل التجار وغيرهم ، فانه لايمنعهم التعامل من أداء واجباتهم الدينية ، ولامانع فى نظرى ، طبقا لمفهوم آيات التجارة أن يمارس غير التاجر بعض المعاملات التجارية مادامت تخضع لحكم واحد ، فالشخص وان كان لايعد تاجرا شرعا وعرفا الا باحتراف التجارة فى عمل معين ، الا أن مايقوم به بقصد الربح يدخل فى باب التجارة ، وان كان لم يحترفه .

وعلى ذلك يهمنى أن أقرر أن اتباع المنهج الشرعى الموحد فى المعاملات وان كان يتفق مع مدرسة التوحيد فى القانون ، ويقوى جانبها ، لكن ليس على مجرد توحيد القانونين المدنى والتجارى بوضعهما الحالى، بل فى الاطار الشرعى ، فانه كذلك يحقق تميز الشخصية الاسلامية ويوجد ذاتية خاصة للنظام القانونى الشرعى .

(٢٠) الشركات فى الفقه الاسلامى ص ٩ - ٩١ طبعة ١٩٦٢ .

الحجة الثانية : التطور التاريخى يقتضى توحيد قواعد المعاملات :

من الحجج القوية المؤيدة لأنصار التوحيد التطور التاريخى للقانون التجارى عبر العصور المتتالية من القديم الى الحديث ٠

ففى دراستهم لهذا التطور قسم فقهاء القانون التجارى المصرى أطوار وعصور هذا القانون الى ثلاثة العصر القديم والعصر الوسيط والعصر الحديث وقد أطلقت على الأول عصر التكوين وعلى الثانى عصر التدوين وعلى الثالث عصر التقنين ، ففى الأول تكونت قواعد التجارة من عادات وأعراف التعامل، ثم دونت هذه القواعد العرفية فى العصر الثانى ، ثم قننت فى مجموعات خاصة فى العصر الثالث ٠ ولايتسع المقام هنا لشرح تفصيلى لتاريخ القانون التجارى ، لكنى أكتفى بالاشارة الى مايحقق الغرض من هذا البحث ، ومايقوى مذهب أنصار التوحيد ٠

ومن المعلوم أن الانسان الأول قد عرف التجارة وتعامل بها وأنه كان يطبق على معاملاته عادات وأعراف شكلت الجذور الأولى للقانون التجارى بعد أن اختص بممارسة التجارة طوائف خاصة من التجار، كل طائفة احترفت تجارة معنة ، ودونت الأعراف التى كانت سائدة فى العصور الوسطى ، ثم جمعت هذه المدونات فى قوانين تجارية بعد الثورة الفرنسية ، وتعد المجموعات التجارية الفرنسية فى هذا الشأن

أصلا ومصدرا تاريخيا استمدت منه قوانين عربية منها مصر ٠

ومع التسليم بوجود بعض نظم المعاملات التجارية منذ العصور القديمة كالودائع والقروض والخسائر البحرية المشتركة وغيرها ، فلم يكن لهذه العصور فضل يذكر على تكوين القانون التجارى بشكله الحالى، الا بالنسبة للقانون البحرى ، كما صرح البعض فى هذا الشأن بقوله : «يصعب القول بأن الحضارة الاغريقية قد عرفت قانونا تجاريا منفصلا عن القانون المدنى ، بالمعنى الصحيح ، وذلك لأن هذه الحضارة كانت تقوم على أساس المساواة بين المواطنين ، وتنفر من فكرة الطوائف والطبقات التى تستقل بقانون خاص بها» (٢١) ٠

كما أن حضارة الرومان لم تعرف قانونا يختص بتنظيم نشاط التجار أو الأعمال التجارية ، فلم يكن عند الرومان قانون تجارى باعتباره فرعا متميزا عن فروع القانون الأخرى ، الا ما كان يتعلق ببعض الأعمال الخاصة بالمصارف المالية (٢٢) ٠

---

(٢١) الأستاذ الدكتور أكثم الخولى ، الموجز فى القانون التجارى رقم ٩ ط ١٩٧٠ ٠

(٢٢) المرجع السابق رقم ١٠ ، د/ عبد السلام ذهنى ، القانون التجارى رقم ١٦ ٠

ويسحب البعض الآخر الحكم السابق على العصور القديمة بصفة عامة ، فيرى أن الرجوع الى آثار هذه العصور لايدل على أن قوانين الشعوب القديمة كانت تفصل بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية وأن الأخيرة كانت تختص بقانون متناسق جامع لأحكامها دون القانون المدنى العام . وكل مافى الأمر أن كثيرا من المعاملات صدرت له أحكام خاصة تعتبر جزءا من القانون العام السارى على كل الأشخاص على نحو مايحصل فى البلاد الانجلوسكسونة ، ويذهب الى أبعد من ذلك فيجزم بأن القانون الرومانى لم يعرف القانون التجارى متميزا أو منفصلا عن القانون المدنى وهو قانون المعاملات العام ، ومايقال عن القانون الرومانى يصح أن يقال فيما سبقه أو عاصره من القوانين (٢٣) .

وبعد أن تم تدوين العادات التجارية فى ظل الجمهوريات الايطالية المستقلة ونشأت طوائف التجار ظهر نظام القضاء التجارى ، ونظرية العمل التجارى وينسب للشريعة الاسلامية التأثير على القانون التجارى من خلال دور العرب فى التجارة وبعض النظم التجارية التى تعاملوا بها كالكمبيالات أو السفاتج ، والشركات ، والافلاس (٢٤) .

(٢٣) د/ علي الزينى ، أصول القانون التجارى ج١ رقم ٢٥ ص ٣١ .
(٢٤) المرجع السابق أرقام ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ . د/ الخولى رقم ١٣ .

وفى الطور الثالث للقانون التجارى أدى كل من الاقتصاد والسياسة دورا كبيرا فى نشأته وتقنينه ، فمنذ الثورة الفرنسية، والغاء نظام الطبقات والطوائف، واعلان مبادىء العدل والمساواة والحرية ، ومنها حرية التجارة ، أى حق كل مواطن فى مزاولة التجارة التى يريدها ، دون قيد الا دفع الضرائب ، كان المنطق يقضى بالغاء القانون التجارى المعمول به ، كقانون خاص بطبقة التجار ، وقد زالت بالقضاء على الطائفية ولم يعد لها كيان قانونى يسمح بافرادها دون غيرها بقانون خاص ، ولكن الثورة لم تفعل ذلك بل أبقت كذلك على المحاكم التجارية ، وحتى القانون التجارى الفرنسى الصادر عام ١٨٠٧ ، مع ضعفه وسوء صياغته ، وهو المصدر التاريخى للقانون التجارى المصرى ، لم يقم على المبادىء الجديدة للثورة ، بل اعتمد على القانون السابق ، باعتباره قانون التجار (٢٥) . ولذلك فقد كان من الواجب فى نظر البعض أن يتجه واضعوا هذا التقنين فى ذلك الوقت الى العمل على تحول القانون التجارى من قانون طائفى الى قانون النشاط التجارى (٢٦) .

وبالنظر الى التطور السريع فى السياسات الاقتصادية والقوانين المنظمة للأنشطة التجارية وتدخل

(٢٥) د/ الخولى رقم ٢٠ وهامش ١ ص ٢٠ .
Roglr Houin & René Rodiere; Droit Commercial Tome 1, 7 edition 1981 P. 8.
(٢٦) د/ الشرقاوى ج١ رقم ١٣ .

الدولة فى المشروعات الاستثمارية مما قد يؤدى الى تضييق دائرة تطبيق القانون التجارى ، والاختلاف حول تأثير هذه التطورات على هذا القانون بالايجاب أو بالسلب فقد أكد البعض على حقيقة ثابتة ، وهى ضرورة اعادة النظر فى فلسفة واطار القانون التجارى ، وأن يكون هناك اتفاق تنسيق فى أية دولة بين أسس قانونها التجارى وايدولوجيتها السياسية والاجتماعية (٢٧) .

ومع أن القانون التجارى نشأ وتطور باعتباره قانونا عرفيا أى معتمدا على العرف ، ودوليا ، أى فى علاقات تجارية بين الدول ، وشخصيا ، أى مهتما بشخص التاجر ، فى عصور التاريخ القديمة والوسطى ، الا أنه فى المراحل الأولى من العصر الحديث قد اتجه نحو الاقليمية ، فزال عنه الطابع الدولى ، وتم تقنين أحكامه من واقع الأعراف والعادات السائدة فى الاقليم الذى صدر فيه ، ثم فى القرن العشرين بدأ العودة مرة أخرى الى الصفة الدولية ، كما تغلبت النزعة الشخصية والاتجاه الى الطابع التقليدى كقانون خاص بالتجار ، كما تطور الهيكل القانونى للنشاط التجارى ، مما أثر فى النهاية على مبدأ حرية التجارة (٢٨) .

كل ذلك ان دل على شىء فانما يدل على أن التجارة

(٢٧) د/ على البارودى ، القانون التجارى رقم ١٣ .

(٢٨) انظر فى العرض المفصل والمنظم للدكتور الخولى ص ٢١ ومابعدها . وبحث لى في حرية التجارة منشور بالعدد السادس من هذه المجلة عام ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م .

خاصة والمعاملات المالية بصفة عامة متغيرة وخاضعة للتطور السريع ، وسائرة فى فلك الحاجات والغايات ، مما يستوجب توحيد الأحكام .

واذا كان من المقرر - كما سبق فى الحجة الأولى - أن الشريعة من الناحية النظرية تأخذ ، فى مصادرها الأولى وطبقا للمؤلفات الفقهية والأحكام القضائية ، بمنهج موحد للمعاملات ، لايميز بين تاجر وغيره ، ولايفرق بين معاملة تجارية وغير تجارية ، فهى بالاضافة الى ذلك قد طبقت فى جانبها العملى ، منذ العصر الاسلامى الأول حتى عهد ادخال القوانين الأجنبية واحلالها محل الشريعة الاسلامية .

ومع أن هذه القوانين قد تأثرت فى بعض نظمها بالشريعة الاسلامية من خلال حكمها لأقاليم الدولة الاسلامية ، التى امتدت من الصين شرقا الى الأندلس غربا ، ومنها على سبيل المثال المجموعات القانونية البحرية الثلاث ، وهى القانون البحرى الروديينى ، وقواعد أوليرون وقنصلية البحر ، حيث تماثل قواعدها قواعد الشريعة الاسلامية ، كما تم تدوينها فى الأقاليم التى كانت خاضعة للحكم الاسلامى ، وهى سوريا وجنوب ايطاليا واسبانيا ، كما يثبت ذلك البعض (٢٩) .

وقد ساعدت تجارة العرب فى حوض البحر الأبيض المتوسط ، واتصال تجار أوربا بهم ، وأثر الحروب

(٢٩) د/ مصطفى رجب ، القانون البحرى الاسلامى ص ١٩ .

الصليبية ، فى تدوين العادات التجارية السائدة فى معاملاتهم ، كما نسب الى أحد الكتاب الأجانب قوله ان العادات التى أدخلها التجار الايطاليون فى كل مكان يتكون معظمها من عناصر مستمدة من عادات العرب أو الاتراك (٣٠) أى المسلمين ٠

وبالنسبة لمصر بصفة خاصة فقد كانت الشريعة الاسلامية هى الحاكمة لجميع مجالات الحياة ، بما فيها المعاملات المالية ، منذ الفتح الاسلامى لها وحتى استبدلها محمد على بالقوانين الفرنسية ، وكما يعترف فقهاء القانون التجارى أنفسهم فان الشريعة الاسلامية باعتبارها من الناحية التاريخية كانت مطبقة فى مصر لعدة قرون ، لاتعرف التفرقة بين التاجر وغير التاجر ، ولاتقر تقسيم المعاملات الى تجاريه ومدنية ، ولايختلف الحكم فيها حسب نوع العمل وحرفة الشخص القائم به ، فهى ذات المنهج الواحد تطبق على جميع الأشخاص ، دون تمييز ، وعلى كل المعاملات ، دون تفرقة (٣١) ٠

وخلاصة ماتقدم أن سند التوحيد ، طبقا لهذه الحجة ، هو شهادة التاريخ ، وأن الاعتبارات التى اقتضت استقلال القانون التجارى عن القانون المدنى لم يعد

(٣٠) د/ علي الزينى رقم ٢٨ وصاحب هذا القول هو ليربيور بيجو نيير فى مقدمته على شرح القانون التجارى الانجليزى ص ١٥ ٠
(٣١) د/ الزيني رقم ٣٣ ، د/ الشرقاوى رقم ١٤ ٠

لها مبرر فى العصر الحاضر (٣٢) ، فقد نشأ القانون التجارى من خلال نظام الطوائف الذى ساد فى القرون الوسطى ، أما وقد زال هذا النظام ، فى ظل التطور الاجتماعى الحديث ، وأصبحت التجارة حرفة حرة ، يحق لكل شخص ممارستها ، مادامت تتوفر فيه الشروط الواجبة (٣٣) ، كما أن حركة التطور التاريخى نفسه تقتضى العودة الى منهج الشريعة الاسلامية القائم على وحدة الحكم ، خاصة اذا كان لنظام التفرقة مساوىء وللتقنين التجارى الحالى عيوب ٠ كما سيأتى ٠ وتتميز أحكام الشريعة الاسلامية بالبساطة والخلو من التعقيدات والشكليات ، فالتراضى هو أساس التعاقد «الا أن تكون تجارة عن تراض منكم» (النساء آية ٢٩) ، مما جعل أحكامها ملائمة بنوع خاص للسرعة والثقة التى تختص بهما التجارة ، والتى كانت سببا فى استقلال القانون التجارى فى النظم القانونية الوضعية ، هذه الشريعة التى لم يتفوق عليها ، بل لم يصل اليها - على الأصح - أى قانون من القوانين الحديثة ، لتسهيل اجراء المعاملات التجارية وتيسير اثباتها ٠ ، والتى ينادى بها أنصار التوحيد ، لتستفيد بهذه الحلول المعاملات المدنية ٠

وقد تم احلال القوانين الأجنبية محل الشريعة بصورة تدريجية على مرحلتين ، فى المرحلة الأولى

(٣٢) د/ على يونس ، القانون التجارى رقم ٨ ٠
(٣٣) د/ علي جمال الدين ، القانون التجارى المصرى طبعة ١٩٨٨ رقم ٨ ٠

كانت القوانين التجارية الأجنبية تطبق فى مصر الى جانب الشريعة الاسلامية ، كل فى دائرة خاصة به ، فالقاضى المسلم لم يكن يطبق الشريعة الاسلامية على غير المسلمين والأجانب الا اذا قبلوا حكمها وتخاصموا اليه ، وقد كانت هذه القاعدة عامة فى المنازعات المدنية وغيرها ، ثم تطورت الأمور الى مرحلة أبعد من ذلك اتسعت فيها دائرة القوانين الأجنبية ، حتى أتى محمد على الكبير ، الذى عطل أحكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات التجارية والمدنية بصفة نهائية ، باصدار القانون التجارى المصرى بمجموعتيه التجارية والبحرية عام ١٨٨٣ (٣٤) ٠

كما يضاف الى ماسبق تطور آخر هو التطور العملى، فالتوحيد أصبح أمرا طبيعيا عمليا يقتضيه تطور الحياة ، هو تطور كما يقول البعض (٣٥) : «أزال الحواجز بين القانونين المدنى والتجارى ، فبعض الأساليب التى كانت وقفا على التجار لايعرفها غيرهم امتدت الى الحياة اليومية العادية كالتعامل بالصكوك التجارية وهى الشيكات والكمبيالات والسندات ، وفتح الحسابات المصرفية والاقتراض من البنوك وبذلك أصبح توحيد القانونين أمرا واقعا ، ولم يبق الا الاعتراف به قانونا ٠

(٣٤) د/ الزينى ص ٤٢ ـ ٤٧ ٠
(٣٥) د/ الخولى رقم ٤٢ ٠

الحجة الثالثة مساوىء نظام التفرقة وعيوب القانون التجارى الحالى ٠

لاتقوم التفرقة بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية على أساس منطقى واضح ، كما أنها لاتعتمد على معيار أو ضابط عملى محدد ، كما سنرى ، ولذلك لاتوجد حدود فاصلة بين القانون التجارى والقانون المدنى ٠ فمع أن لكل منهما نطاقا يطبق فيه ، الا أنه لما كانت المعاملات لاتجرى فى بيئة منعزلة ، فلابد للتاجر من تصريف بضاعته للمستهلكين بعد أن اشتراها من المنتجين ، وهو فى الغالب مجرد وسيط ، يؤدى خدمة نظير ربح يحققه ٠ لذلك تتشابك الروابط وتزول الفوارق ولايكون للتفرقة أى مبرر ، وفى التمسك بها مخالفة للواقع ٠

فمن مساوىء التفرقة ازدواج القانون المطبق على المعاملة الواحدة اذا اختلف وصفها بالنسبة لكل من طرفيها ، ومخالفة الأصول القانونية ذاتها أحيانا ، وصعوبة اسباغ تكييف محدد للمعاملة أحيانا أخرى ٠

فمثلا مايسمى بالأعمال التجارية المختلطة تثير مشاكل كثيرة فى حكم آثارها بين طرفيها ، وتقسيم العقود الى مدنية وتجارية موضع نقد شديد ، مما دفع فقهاء القانون التجارى أنفسهم الى انكار وجود عقود تجارية فى الحقيقة (٣٦) ، وقد أدى القول بالتفرقة الى الاضطراب فى الوصف ، فعقد الكفالة مثلا لايعد

(٣٦) د/ على جمال الدين ، الوجيز فى القانون التجارى طبعة ١٩٨٣ ص ٤٠

عملاً تجاريا ولو أجراه تاجر ، ولو تعلق بعمل تجارى، مع أن الكفالة فى الصكوك التجارية ، عمل تجارى . وهى التى تسمى الضمان الاحتياطى (٣٧) .

والشركة التى تنشأ للقيام بنشاط مدنى وتتخذ شكلا من الأشكال التجارية كالتضامن أو المساهمة ، تعد شركة تجارية باعتبار الشكل فى القانون الفرنسى ، وتعتبر شركة مدنية تجارية فى القانون المصرى ، فتطبق عليها أحكام القانون المدنى فى أحكامها الموضوعية الأساسية ، وأحكام القانون التجارى وقانون الشركات فى جانبها الشكلى ومايتصل به اتصالا وثيقا من الناحية الموضوعية (٣٨) .

كما أن من مساوىء نظام الفصل والتفرقة عدم اتباع منهج علمى يتفق مع الأصول التشريعية فى اصدار القوانين ، فالقانون التجارى المصرى الصادر فى ١٣ نوفمبر عام ١٨٨٣م بمجموعتية التجارية والبحرية لازالت المجموعة الأولى منه كما هى ، وألغيت المجموعة الثانية ، بعد اصدار المجموعة البحرية الجديدة ، بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠م ، حيث نصت المادة الأولى من اصداره على أنه «مع مراعاة القواعد والأحكام الواردة فى القوانين الخاصة، يعمل بأحكام قانون التجارة البحرية المرافق ، ويلغى قانون التجارة البحرية الصادر فى ١٣ نوفمبر عام ١٨٨٣ م .

(٣٧) د/ على جمال الدين المرجع السابق ص ٣٠٠ .
(٣٨) د/ على يونس ، الشركات التجارية طبعة ١٩٨٨ رقم ١٢ .

وقد انتقد فقهاء القانون التجارى ابقاء العمل بقانون التجارة الحالى ، بمجموعته الأولى ، والذى يرجع أصله الى التقنين التجارى الفرنسى ، القديم ، المستمد من عادات وأعراف القرون الوسطى ، ورغم تشكيل لجان مختصة لوضع مشروع جديد ، الا أن هذه المحاولات لم يحالفها التوفيق ، الا فى اصدار المجموعة البحرية ، وحتى مع التسليم بأهمية هذه المجموعة ، الا أنه كان يجب اصدار المجموعتين ، تأكيدا على ارتباطهما ، وان كان البعض يرى أن يكون هذا القانون جزءا من قانون أكبر وأعم هو القانون الاقتصادى (٣٩) ، ومن رأيى أن الأولى هو اصدار قانون المعاملات .

ويمكن القول ان القانون التجارى الحالى معيب من عدة وجوه شكلية وموضوعية ، فأسلوب صياغته ركيك وضعيف ، وطريقة تنظيمه يكتنفها الخلط والنقص . كما أنه محل نقد ، سواء من حيث موضوعه أو نطاق تطبيقه ، أو بالنسبة الى مصادر أحكامه ، أو حتى بالنظر الى علاقته بالقانون المدنى ، ثم فى معيار وأساس وصف العمل بالتجارية .

أولا : موضوعه ونطاق تطبيقه

نقل المشرع الوضعى المصرى تقنينه التجارى من التقنين التجارى الفرنسى متأثرا بالنزعة المختلطة ، التى تجمع بين المذهبين الموضوعى والشخصى ، أى

(٣٩) د/ الشرقاوى رقم ١٤ . د/ البارودى رقم ١٦ .

التى تجعل القانون التجارى يمتد الى الأعمال التجارية والتاجر ، (٤٠) ، وان كان البعض الآخر قد ذهب الى خلاف هذا الرأى ، قائلا بأن التقنين التجارى الفرنسى الصادر عام ١٨٠٧ ، الذى سار على هديه التقنين التجارى المصرى ، أخذ بالاتجاه الموضوعى أو المادى (٤١) ، بينما يبرز اتجاه ثالث ، يرى أن واضعى التقنين الفرنسى لم يحددوا بوضوح نطاق تطبيقه ، ينسب هذا الى الأستاذ ريبير (٤٢) . بل ان القانون الفرنسى كان متأثرا بالنزعة الشخصية أصلا ، بسبب نقله عن الأمر الملكى الصادر عام ١٦٧٣ م . ولذلك تأثر القانون المصرى أيضا بهذه الناحية الشخصية أكثر مما تأثر بالفكرة الموضوعية(٤٣) ، وقد يكون هذا الرأى أقرب الى القبول لانفاقه مع نص وروح القانون .

وحتى فى اطار المذهب الشخصى (٤٤) ، الذى يعتبر

(٤٠) د/ علي جمال الدين رقم ٢٢ .

(٤١) د/ البارودى رقم ٦ . ومع أن الدكتور الخولى أيد الاتجاه الموضوعي الا أنه يرى أن القانون الأخير فى مجموعة شخصى ، الموجز ج١ ص ٦٧ هامش ١ .

(٤٢) Ripert et Roblot : Traite elemantaire de Droit Commedcial T. 1, Paris 1968 No 2 .

(٤٣) د/ الشرقاوى ج١ رقما ١٨ و١٩ ، د/ البارودى رقم ٦ ويعرف القانون التجارى بأنه قانون العمل التجارى لاقانون التجار ، وهذا غير صحيح ، بالنسبة للقانون المصرى فللتجار فيه نصيب الأسد .

(٤٤) يأخذ بهذا الاتجاه القانون الايطالى والقانون السويسرى والقانون الألمانى .

التاجر هو مناط تطبيق القانون التجارى ، تثور صعوبات جمة حول تحديد الحرف التجارية(٤٥) وأعمال التجار فى حياتهم الاقتصادية ، والنظم الخاصة بهم والمقصورة عليهم .

ويلخص البعض المشكلات الناشئة عن الأخذ بأى من المذهبين على اطلاقه ، فى صعوبة وضع تعريف محدد وجامع للحرفة التجارية أو العمل التجارى، فكل منهما متطرف فى نظرته ، لايصلح للتطبيق ، الا اذا حدث خلط أو تجميع ، والأصح فى نظره أن القانون التجارى هو قانون المشروعات التجارية ، أو قانون الأعمال (٤٦) ، وهذا يعنى تأييد فكرة قانون المعاملات، وهو ماينادى به أنصار فكرة التوحيد .

ثانيا : مصادر أحكام المعاملات التجارية

وكما حدث خلاف فى نطاق تطبيق القانون التجارى، اختلف كذلك فى ترتيب المصادر الرسمية أو الأساسية التى يلزم الرجوع اليها فى حكم المنازعات الناشئة عن المعاملات التجارية، فالبعض يعتبرها ثلاثة هى نصوص القانون التجارى أولا ، ثم العرف التجارى والعادات التجارية ثانيا ، ثم القانون المدنى ثالثا (٤٧) . بينما يعدها البعض الآخر خمسة ، مع ترتيبها بطريقة

(٤٥) د/ علي يونس ، القانون التجارى رقما ٥ و٦ .

(٤٦) د/ البارودى ص ١٦ - ١٨ .

(٤٧) د/ الزينى ج١ رقم ٣٨ .

أخرى ، وهى كما يلى : النص التجارى الآمر والعرف التجارى الملزم والنص المدنى الآمر والعادات التجارية ثم النص التجارى المفسر فالنص المدنى المفسر (٤٨) .

وفى قول ثالث أن العرف التجارى يأتى فى المرتبة الثالثة بعد القواعد الآمرة للقانون التجارى ومكملاته، ثم الاتفاق الصريح ويأتى القانون المدنى ومكملاته فى ذيل القائمة (٤٩) .

وهناك اتجاه رابع يضع النصوص المدنية الآمرة بعد النصوص التجارية الآمرة ، ثم العرف التجارى فالعادات التجارية فى درجة تالية للاتفاقات الصريحة التى لاتتعارض مع النظام العام ، ثم تأتى النصوص التجارية المفسرة قبل النصوص المدنية المفسرة فى نهاية الترتيب (٥٠) ويحصر بعض شراح القانون التجارى الفرنسى المصادر فى ثلاثة هى القانون ويشمل المجموعتين التجارية والمدنية ، والعادات والقواعد العرفية المتبعة ، ثم القضاء والفقه (٥١) .

(٤٨) د/ البارودى رقم ٢٠ ، د/ مصطفي طه ، القانون التجارى ط ١٩٦٠ رقم ١٨ .

(٤٩) د/ على جمال الدين رقم ٢١ وهامش ١ ص ٢٠ .

(٥٠) د/ الخولى رقم ٥٥ ، د/ الشرقاوى رقم ٢٥ .

(٥١) Roger Hiuin et Rtné Roditre P. 7 - 2/4.

ثالثا : عدم تحديد العلاقة بين كل من القانونين التجارى والمدنى .

القانون الخاص هو القانون الذى يضم مجموعة القواعد القانونية التى تحكم نشاط الأفراد وتضبط علاقاتهم بعضهم ببعض ، ومن أبرز فروع هذا القانون فرعان أساسيان ، هما القانون المدنى والقانون التجارى (٥٢) ، وبالرغم من تصريح البعض (٥٣) بأن هذين القانونين يهدفان الى غاية واحدة هى تنظيم العلاقات التى تنشأ بين الأشخاص فى المجتمع ، فلكل منهما ذاتية خاصة وطابع متميز ، مع أنه لاتنافر بينهما بل يكمل كل منهما الآخر ، الا أنه يعتبر القانون التجارى استثناء من القانون المدنى ، الذى يتمتع بعمومية التطبيق والتنظيم ، فالصفة المدنية هى الأصل .

ولكن البعض الآخر (٥٤) لايوافق على هذا التصوير، الذى يعتبر القانون التجارى مجرد قانون استثنائى، يتضمن استثناءات على قواعد القانون المدنى ، بل ان هذا القانون الأول له كيان ذاتى وصفات خاصة

(٥٢) د/ على يونس رقم ٢ وليس صحيحا أن القانون الخاص هو فقط القانون المدنى والقانون التجارى .

(٥٣) د/ على يونس رقما ٢ و٣ . د/ على جمال الدين رقم ٢ والذى يغالي فيقول : «والقانون التجارى كفرع من فروع القانون الخاص ليس هو الفرع الأصيل ان صح التعبير فالأصيل هو القانون المدنى» رقم ١ .

(٥٤) د/ مصطفى طه رقم ١ . د/ ثروت عبد الرحيم رقم ٤ .

وخصائص ومقومات متميزة تضعه فى مكان مستقل الى جانب القانون المدنى .

ومن وجهة نظر تقليدية يركز البعض (٥٥) على العلاقة بين القانونين التجارى والمدنى ، فالقانون التجارى مجموعة قواعد استثنائية على أحكام القانون ، ولكن الذى فرض وجود هذه القواعد طبيعة نشأة القانون التجارى تاريخيا ، كقانون طوائف التجار ، وقانون الطبقة الرأسمالية ، وأن السبب الحقيقى لانفصال أو استقلال القانون التجارى عن القانون المدنى كان سببا تاريخيا ، فقد كان القانون المدنى يحكم جميع المعاملات حتى جاء القرن الحادى عشر الميلادى وتكونت طوائف التجار ، فكان القانون التجارى لحماية مصالح هذه الطبقة الرأسمالية ، وقد تم استبعاد بعض أوجه النشاط من نطاقه لتظل خاضعة لأحكام القانون المدنى ، وليتميز القانون التجارى عن القانون المدنى بقواعد خاصة ، وبذلك لايتفق هذا القول مع معظم الفقه التجارى ، الذى يبرر استقلال القانون التجارى بالطبيعة الخاصة للبيئة والمعاملات التجارية .

وعلى ذلك فلازال سبب استقلال القانون التجارى عن القانون المدنى محل خلاف فقهى ، فهو عند البعض طبيعة الحياة التجارية وخصائص المعاملات التجارية، بينما يرى البعض الآخر أنه مجرد سبب تاريخى ، ولذلك فان مما يقوى مذهب التوحيد انقسام أنصار

(٥٥) د/ الشرقاوى أرقام ٣ ، ٤ ، ٥ .

مذهب الانفصال الى فريقين أحدهما يرى أن القانون التجارى فرع مستقل ذو كيان خاص يتضمن أحكاما تلائم طبيعة النشاط التجارى بينما ينظر الفريق الثانى الى القانون التجارى على أنه قانون استثنائى تضمن أحكاما على خلاف الأصل وهو القانون المدنى ، مع أن كلا الفريقين يعتبر القانون المدنى هو القانون العام أو الشريعة العامة كما يقولون ، وبهذا يضعف جانبهم كما سنرى ، ويرجح بالتالى رأى أنصار التوحيد .

وفى ظل الوضع الحالى للقانون التجارى يصعب القول انه فرع مستقل من فروع القانون الخاص ، نظرا لما يشوبه من عيوب تشريعية ، أو انه قانون استثنائى ، ولكن الصحيح أنه قانون خاص يتضمن مجموعة قواعد خاصة (٥٦) .

رابعا : عدم وجود أساس محكم للأعمال التجارية:

لاتقوم التفرقة بين العمل التجارى والعمل المدنى على معيار منضبط كما لاتعتمد نظرية المعاملات التجارية على أساس محكم ، ولذلك لم يتفق فقهاء القانون التجارى على وصف محدد لتمييز النشاط التجارى موضوع تطبيق القانون التجارى .

ولما كان واضع التقنين التجارى المصرى قد جانبه

(٥٦) د/ ذهنى رقم ٣٠ الذى يرى أن اعتباره استثناء يفسد عليه خواصه ويرفع عنه صفة الاستقرار الواجبة لأى قانون .

التوفيق فى الصياغة الشكلية والمعالجة الموضوعية فقد اجتهد الشراح التجاريون فى البحث عن رابطة تجمع الأعمال التجارية الواردة فى المادة الثانية ٠

فقد صرح البعض بأن المقنن المصرى قد اكتفى بذكر هذه الأعمال التى تعتبر تجارية بحسب القانون ويكتسب محترفها صفة التاجر ، عدا ، لمجرد التقليد للقانون الفرنسى القديم فى المادتين ٦٣٢ ، ٦٣٣ ، ومع ذلك فقد كان مضطربا فى تقليده ، كما أنه أغفل ذكر الشركات التجارية ، مع أنه قد أفرد لها فصلا خاصا فى العقود التجارية ، وترك كذلك أهم هذه العقود وهى البيوع التجارية والقرض التجارى والتأمين البرى ومعاملات البنوك (٥٧) ٠

ومع طول المادة الثانية وكثرة فقراتها ، لم يعرف فيها العمل التجارى ولم يضع الأعمال الواردة فى رابطة تجمع بينها أو تحت قاعدة عامة يرجع اليها لمعرفة مايعتبر تجاريا وما لايعتبر مما يستجد من أعمال أو مما لم يرد فيه نص ٠

وهذا ما أثار سؤالا مفاده هل وردت هذه الأعمال التجارية على سبيل الحصر والتحديد أم لمجرد العد والتمثيل ؟

حدث خلاف شديد فى الاجابة على هذا السؤال ، فأصحاب مذهب الحصر ، الذى يرى أن القانون

(٥٧) د/ الزينى رقم ٤٩ ٠

التجارى قانون استثنائى ، أى جاء استثناء على القانون المدنى ، والاستثناء لايقاس عليه ولايتوسع فيه ، انقسموا الى فريقين ٠ فريق يجيز القياس ويأخذ به (٥٨) ، فيقيس التأمين البرى على التأمين البحرى ، ويعتبر بيع المنقول أو تأجيره عملا تجاريا قياسا على شرائه لهذا الغرض ٠

وأما الفريق الثانى من هذا المذهب فيرفض القياس (٥٩) ، ويرى أنه لايجوز التوسع فى الاستثناء أو القياس عليه ، وعلى القاضى الاجتهاد لادخال أى معاملة جديدة غير منصوص عليها فيما نص عليه ، وهذا فى الحقيقة نوع من القياس ، وهو ان لم يكن قياسا من صنع الفقه فهو قياس من فعل القضاء لحكم النزاع المعروض ٠

أما صحاب المذهب الثانى وهو مذهب العد ، فيرون أن الضرورات العملية ، بالاضافة الى أن التعداد نفسه جاء منقوصا ومعيبا ، تقتضى اعتباره واردا على سبيل التمثيل ، وقد أيد القضاء هذا المذهب ، وهو الراجح فقها (٦٠) ٠

(٥٨) من هذا الفريق ليون كان وريبو أشار اليه الزينى هامش ١ ص ٦٦ ٠

Roger Houin et Rene Rodieer, No 20.

(٥٩) من هذا الفريق تالير وبرسيرو أشار اليه الزيني هامش ١ ص ٦٧ ٠

(٦٠) الزينى رقم ٤٩ ٠ د/ ذهنى رقم ٣٠ ٠ د/ على يونس رقم ٥٣ ٠ د/ مصطفى رقم ٢٥ ٠

ورغم أن البعض (٦١) يرى أن نظرية الأعمال التجارية قد أثارت صعوبات وتعقيدات بالغة ، وأن هذه الأعمال لاتجمعها وحدة الفكر ، فقد أيد المذهب الأول . وقد كان البعض الآخر (٦٢) جامعا بين المذهبين ، فمن رأيه أن المذهب الأول أسلم منطقا وأقوى حجة ، ولكن الثانى أكثر استجابة للعمل ، ولذلك يرجحه .

وبسبب عدم وضع معيار قانونى جامع للأعمال التجارية وقع خلاف فقهى كبير حول الضابط المميز للعمل التجارى ، هل هو الربح أم الوساطة أم الحرفة أم ماذا ؟ فالقائل بفكرة المضاربة ، بالمعنى القانونى لا الشرعى ، يرى أن التجارة تسعى الى تحقيق الربح ، بالمضاربة على فروق الأسعار ، والذاهب الى مقياس المداولة أو الوساطة يغلب ماتقوم به التجارة والعمل التجارى من تحريك السلعة أو التدخل فى نقلها من يد الى أخرى . أما الآخذ بنظرية المشروع أو المقاولة أو الحرفة التجارية فيتجه الى اضفاء صفة ممارسة العمل التجارى بصورة منظمة ومنتظمة ومتطورة .

الا أن كل هذه المحاولات السابقة لم تسلم من النقد (٦٣) ، ولذلك حاول البعض الجمع بينها عن طريق

---

(٦١) د/ الشرقاوى رقم ٣٢ .

(٦٢) د/ على جمال الدين رقم ٢٦ وهامش ٢ ص ٣٧ .

(٦٣) فى تفصيل عرض هذا الموضوع د/ الزينى رقم ٥٢ . د/ مصطفى طه ص ٤١ و٤٢ . د/ الشرقاوى ص ٤٠ - ٤٣ ، وقد ركزت بعض الأحكام

تعريف العمل التجارى بأنه العمل الذى يتعلق بالوساطة فى تداول الثروات ، بهدف المضاربة وتحقيق ربح ، على أن يتم على وجه المقاولة بالنسبة للأعمال التى يتطلب فيها القانون ذلك ، ومع هذا فانه يرى أن تعريفه ليس جامعا (٦٤) .

وقد تغلب البعض على صعوبة ايجاد رابطة عامة تجمع الأعمال التجارية بعدم الحاجة اليها ، وأنه يكفى الاعتماد على التجربة وروح التجارة ، فلها روح تعرف بها ومعنى ينصرف اليه الذهن كلما سمع الانسان كلمة تجارة أو تاجر أو عمل تجارى (٦٥) .

ولايحقق هذا القول الا ميزة الحاجة الى توحيد أحكام القانون ، أما التجربة وروح التجارة فلا تقدم فكرة واضحة ولاتمنع اختلافا فى الأقوال أو اضطرابا فى الأحكام ، فهذه ألفاظ لاتقدم معان محددة ومعايير

= على عنصر الربح فقالت «ان العمل الذى يكون القصد فيه الاتجار والربح هو عمل تجارى حتما سواء وقع الالتزام تاجر أو غير تاجر» محكمة اسكندرية الكلية فى ١٩٤٠/٢/٢٤ المحاماة السنة ٢٠ ص ١٢٠ رقم ٥٠٥ وأشارت موسوعة القضاء التجارية ص ٦ .

(٦٤) د/ مصطفى طه رقم ٣٠ ويعرفه الدكتور الشرقاوى بأنه العمل الذى يتعلق باستغلال مشروع تجارى . وهذا التعريف مع ايجازه ودقته لايصدق الا مستقبلا أما فى ظل القانون التجارى الحالى فلا تعد الأعمال المنفردة طبقا له أعمالا تجارية . والحاجة ماسة الى قانون يحقق هذه النظرة الواقعية .

(٦٥) د/ الزينى رقم ٥٣ ، د/ على جمال الدين رقم ٢٩ .

محكمة . ولذلك لم يستطع القانون أو شراحه الاتفاق على الأساس الذى يميز به العمل التجارى عن العمل المدنى ، وهذا يعنى كما يقول البعض أن هذا التوحيد أقرب الى المنطق (٦٦) .

والدليل على أن غياب المعيار المحدد والأساس الواضح للتفرقة بين العمل التجارى والعمل المدنى، وصعوبة تعريف العمل التجارى ، وما أحدثته هذه الصعوبة من مشاكل قانونية وعملية ، سواء ماتعلق منها بتقسيمات العمل التجارى أو بآثار ونتائج التفرقة ، وسنقوم فى هذا المقام ببيان المسألة الأولى مرجئين الحديث فى الثانية الى موضعها عند الرد على أنصار الفصل بحجة أن هذه الآثار قد نشأت من خصائص النشاط التجارى . فقد أدى مسلك التقنين التجارى فى ذكر الأعمال التجارية دون خطة منطقية ودون تنظيم ، كما هو الواجب فى وضع التقنينات ، الى تدخل الفقه التجارى بنظرياته وتقسيماته المتعددة من حيثيات مختلفة ، الى أعمال تجارية أصليةوأعمال تجارية تبعية وأعمالتجارية منفردة ومقاولاتوأعمال تجارية شخصية وأعمال تجارية شكلية وأعمال مختلطة ، ويرجع البعض ذلك الى التفرقة التقليدية بين الأعمال التجارية بطبيعتها والأعمال التجارية بالتبعية ، التى لاضرورة لها ، وقد قالت بها مدرسة الشرح على المتون بعقيدة وجوب الالتزام بالتعداد

(٦٦) د/ الخولي رقم ٤٢ .

القانونى للأعمال التجارية وأنه ورد على سبيل الحصر (٦٧) .

بل ان البعض (٦٨) ينفى وجود عمل تجارى بطبيعته، وبالتالى عمل مدنى بطبيعته . ويرى أن هذه التسمية غير موفقة ، فهى توهم أن هناك أعمالا تجارية ، وكذا مدنية ، فى جوهرها وكيانها ، بحيث لايمكن أن تكون غير ذلك ، أى التجارية لاتكون مدنية ، والمدنية لاتكون تجارية ، وبالتالى لايمكن أن تخضع الأولى للقانون المدنى ولا الثانية للقانون التجارى ، مع أن الواقع غير ذلك ، ومن الأمثلة الدالة على صدق هذه الملاحظة الشراء لأجل البيع والصرف والسمسرة .

واذا استعرضنا بعض أنواع الأعمال التجارية بايجاز فسنجد مدى النقد الذى يمكن توجيهه اليها ، من الناحية التقنينية واعتبارها أعمالا تجارية .

١ - الشراء بقصد البيع :

وهو من أهم وأبرز الأعمال التجارية ، وأكثرها ممارسة ودلالة على التجارة ، فان نية البيع بهدف الربح هو الذى يجعله عملا تجاريا بشروطه المتفق عليها وهى الشراء وروده على منقول بنية البيع . ولذلك لايعتبر التعامل والمضاربة على العقارات عملا تجاريا ، طبقا للقانون المصرى ، مع أنه لميذكر المنقول

(٦٧) د/ الشرقاوى رقم ٧٨ وهامش ٣ ص ٥٤ .

(٦٨) د/ على البارودى ، القانون التجارى رقم ٣ طبعة ١٩٦٣ .

صراحة فى الفقرة الأولى من المادة الثانية تجارى وانما ضرب مجرد أمثلة دالة على بضائع وأشياء منقولة .

ولذلك استجابت قوانين كثيرة غير القانون المصرى للضرورات العملية والمنطقية وأدخلت العقارات فى هذا النوع من الأعمال التجارية ، كالقانون التجارى الفرنسى والقانون التجارى العراقى والقانون التجارى الكويتى كما تقضى أحكام قانون الضريبة المصرى باعتبار عمليات المضاربة العقارية تجارية ، من حيث اخضاعها لضريبة الأرباح التجارية ، فاستبعاد العقارات من نطاق القانون التجارى المصرى لايستند الا الى اعتبارات تاريخية قديمة ، خاصة اذا لاحظنا أن المضاربة على العقارات فى العصر الحاضر تحقق مكاسب خيالية لاتحققها المنقولات ، وتتم عن طريق شركات كبيرة (٦٩) . ومن غرائب الأمور أن يكون العمل تجاريا فى نظر قانون آخر غير القانون التجارى ومع ذلك يظل مدنيا فى تطبيق القانون التجارى ، فلا تشمله أحكامه لأن العبرة بنظر القانون التجارى ، فالمضاربات العقارية مثلا تعد تجارية وفقا لقانون ضريبة الأرباح التجارية رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ والمعدل بالقانون ٤٦ لعام ١٩٥٠ لكن تظل هذه العمليات من المهن المدنية فى حكم القانون التجارى (٧٠) .

---

(٦٩) د/ ثروت عبد الرحيم رقم ٧٨ وهامش ٣ ص ٥٤ ، د/ الشرقاوى رقم ٤٤ وهامش ٢ ص ٤٨ .

(٧٠) د/ على جمال الدين رقم ٣١ .

وقد حكم بأن عملية تقسيم الأراضى وبيعها تخضع للضريبة على الأرباح التجارية ، دون شرط الاحتراف (٧١) . أما عقد بيع الأراضى الزراعية فانه عقد مدنى بطبيعته ولايكون تجاريا ولوكان البنك هو البائع لأن أعمال البنوك تجارية بطبيعتها (٧٢) كما أن سند الدين يكون مدنيا لا تجاريا اذا كان الالتزام الذى تولد عنه هذا السند عملا مدنيا بطبيعته كبيع عقار مع تقسيط باقى ثمنه (٧٣) .

وقد أقامت بعض الأحكام القضائية العمل التجارى على فكرة المضاربة والربح (٧٤) ، كما اعتبرها البعض من أخص خصائص التجارة والأعمال التجارية بصرف النظر عن ورود العقد على منقول أو عقار أو خدمة تؤدى (٧٥) وهذا يتفق مع موقف الشريعة الاسلامية فالتجارة فيها هى التصرف فى المال ، أيا كان وصفه ، عقارا أو منقولا ، حاضرا أو فى الذمة ، بقصد الربح .

---

(٧١) طعن رقم ٣٩٩ لسنة ٨٣ق جلسة ١٩٧٥/١/٢٢ المستحدث فى القضاء التجارى ص ٥٧ .

(٧٢) طعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٥/٢/١٨ المستحدث ص ٥٩ .

(٧٣) محكمة استئناف القاهرة الدائرة التجارية الأولى ١٩٥١/١٢/٧ رقم ٢٣٣ س ٦٧ ق موسوعة القضاء فى المواد التجارية ص ٨ .

(٧٤) مصر التجارية فى ١٩٤٠/١١/٢ المجموعة الرسمية س ٤٣ العدد الثامن ١٩٥٥/٤/١٢ رقم ١٦٣ س ٧٢ ق الموسوعة ص ٧ .

(٧٥) ذهني رقم ٥١ .

٢ - الأوراق أو الصكوك التجارية :

مما يدل على الخلط القانونى فى تعداد الأعمال التجارية ذكر الكمبيالات والسندات الاذنية بين هذه الأعمال ، وهى ليست كذلك فى واقع الأمر ، بل ان هذه الصكوك ، بالاضافة الى الشيكات ، مجرد أدوات ومحررات تستخدم فى البيئة التجارية أصلا ، لتحقيق وظائف تنفيذ عقد الصرف والوفاء النقدى والائتمان التجارى ، والذى يعتبر تجاريا ليس هو ذات الصك أو الورقة وانما مايتعلق بها من أعمال وما ينشأ عنها من التزامات صرفية .

وقد انتقد البعض بحق ذكر هذه الصكوك ضمن الأعمال التجارية بطبيعتها فهى ليست بذاتها نشاطا تجاريا ، بل بما تنشأ بسببه ، وارتباطها بالحرفة التجارية انما يتم من حيث هى وسائل لتسهيل العمل التجارى وتوفير الثقة لدى المتعاملين ، وتحقيق السرعة فى أداء الالتزامات النقدية ، انها لاتعد أعمالا تجارية شخصية ، أى لاتستمد تجاريتها من شخص التاجر ، وان كان القانون قد اعتبر الشيك والسند عملا تجاريا اذا وقعه تاجر ، ولذلك يطلق عليها هذا البعض الأعمال التجارية الشكلية ، أى التى تستمد تجاريتها من شكلها القانونى ، وان كان هذا ليس صحيحا باطلاق ، فالتجارية الشكلية معتبرة دائما فى الكمبيالة لكنها مقيدة بحالتين فقط فى كل من السند والشيك (٧٦) .

(٧٦) الشرقاوى رقم ٧١ .

ومن الصعب كما يقال تبرير التجارية المطلقة للكمبيالة ، والتفريق بينها وبين غيرها من الصكوك التجارية فى حكم التجارية بالاعتماد فقط على سبب نشأتها تاريخيا ، والرغبة فى الاحتفاظ بهذه الصفة من واقع وظيفتها التقليدية كأداة ابتدعها التجار وكانت مقصورة عليهم (٧٧) . ولكن هذا جمود وتخلف عن مجاراة التطور وتمسك بماض قد تغير وكان العدل يقتضى التسوية بين هذه الصكوك فى وصف التجارية دون تفرقة مادامت تؤدى وظائف واحدة ، وتخضع لأحكام متشابهة ، فى المواضع التى تتفق فيها طبيعة كل منها .

ومع أن تحرير السند الاذنى عمل تجارى اذا وقعه تاجر ، وفقا لنص المادة الثانية تجارى الا أن الرأى اختلف حول القرينة فى هذه الحالة فالبعض (٧٨) يعتبر توقيع التاجر قرينة قاطعة لاتقبل اثبات العكس على أن هذا التوقيع يتعلق بعمل مدنى لاصلة له بنشاط التاجر بينما يرى البعض الآخر (٧٩) انها بسيطة ، وهذا يخالف صراحة النص .

أما الشيك فمع أنه لم يذكر مع الكمبيالات والسندات

(٧٧) المرجع السابق رقم ٧٢ .
(٧٨) نقض ١٩٧٧/٥/٣٠ المستحدث فى القضاء التجارى ص ١٢٩ .
(٧٩) الزينى رقم ٨٦ . ذهنى رقم ٨٣ . نقض ٧ - ٤ ١٩٧٦ مجموعة المبادىء التى قررتها محكمة النقض ص ٣٠٢ . محكمة استئناف مصر فى ١٥ - ١١ - ١٩٢٧ موسوعة القضاء ص ٧٠٢ محكمة استئناف القاهرة ١٩٥٧/٦/١٠ الموسوعة ص ٧٣٢ وأحكام أخرى ص ٧٣٠ ، ٧٣١ .

فى المادة الثانية فقد اتفق على اعتباره من الأوراق التجارية ، لكن اختلف فى شأنه ، ففى رأى يقاس على السند الاذنى فى وصف التجارية على أن تعتبر القرينة بسيطة اذا وقعه تاجر ، وقد ضطربت الأحكام فى شأنه فأخذت محكمة النقض بالرأى الأول ، ورأت أن وصف التجارية يتحدد بوقت انشاء الشيك ، فيعد تجاريا اذا ترتب تحريره على عمل تجارى أو كان الساحب تاجرا، مالم يثبت أن سحبه لعمل غير تجارى (٨٠) .

ولكن هناك أحكام أخرى أطلقت الحكم (٨١) ، ولم تضع هذا القيد ، مما قد يفهم منه أن الشيك كالسند اذا وقعه تاجر مطلقا ، مع أن الأحكام فى الحالتين اعتبرت الشيك فى الأصل كالسند مدنيا (٨٢) ، الا فى الحالتين المنصوص عليهما .

وينسب الى شراح القانون المصرى أنهم كانوا مجمعين على اعتبار الشيك عملا تجاريا قياسا على السند الاذنى ، الا أن بعضهم قد عدل عن رأيه واختار قياسه على الكمبيالة لمجرد شكله مثلها ، أيا كان سببه، تجاريا أو مدنيا ، وأيا كان أولو الشأن فيه ، تجارا أم غير تجار (٨٣) ، كما يرى البعض أن التفرقة بين

(٨٠) نقض ٢٢ - ٣ - ١٩٦٦ مجموعة المبادىء ص ٢٩٢ . واحكام أخرى فى المستحدث صفحة ١٢٠ .

(٨٢) نقض ١٩٦٩/٦/١٧ مجموعة المبادىء ص ٣٠٢ .

(٨١) طعن ١٩٧٨/٢/٦ المستحدث ص ١٢٢ .

(٨٣) د. الزيني ص ١٢٦ وهامشا ١ ، ٢ .

الكمبيالة والسند الاذنى لاتجد سندا لها فى القانون، لذلك يجب اعتباره عملا تجاريا مطلقا كالكمبيالة ، مهما كان سبب تحريره وصفة الموقع عليه ، استنادا الى الشكل القانونى الذى يتخذه كل منهما ، ومايؤديه من وظائف متماثلة فى المعاملات (٨٤) .

٣ - أعمال التجارة البحرية :

وقد كان ذكرها ضمن الأعمال المنفردة محل نقد ، فانه لايتصور وقوعها عملا الا من خلال مشروع تجارى أو اقتصادى ، كما أنه كان يغنى عن النص عليها فى المادة الثانية تجارى وجود مجموعة مستقلة للتقنين التجارى البحرى ، لكن الأمر - كما قيل - هو مجرد تقليد واتباع لمنهج القانون الفرنسى ، الذى ينظم الملاحة البحرية فى التقنين التجارى (٨٥) .

٤ - الأعمال التجارية التبعية :

وهى التى تعد مدنية فى الأصل ، أى اذا وقعت منفصلة عن عمل تجارى أصلى ولكنها أخذت صفة التجارية تبعا للشخص القائم بها وهو التاجر ، وهى التبعية الشخصية ، أو نظرا لاتصالها بعمل تجارى بطبيعته الحاصل بها ، وهى التبعية الموضوعية وقد أقرت نظرية التبعية التجارية لاعتبارات عملية أكثر منها قانونية ، وأخذ بها القانون المصرى ، كما يرى

(٨٤) د. مصطفي طه ، الوجيز هامش ٢ ص ٩ .

(٨٥) د. الشرقاوى رقم ٥١ .

البعض (٨٦) ، جريا وراء الكتاب والمحاكم فى فرنسا، لاتقليدا للقانون الفرنسى نفسه ، حيث كانت المادة ٦٣٢ فى الفقرة السابعة منه مطلقة ، ونصت على تجارية جميع الأعمال التى تقع من التجار ، وحتى لايخرج القانون التجارى عن حدوده المعقولة لجأ الكتاب والمحاكم الى القول بنظرية التبعية ، وعنهم نص القانون التجارى المصرى فى الفقرة التاسعة من المادة الثانية على تجاريه جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسببين والسماسرة والصيارف، مالم تكن تلك العقود والتعهدات الحاصلة منهم مدنية بحسب نوعها أوبناء على نص فى العقد (٨٧) .

واذا كان من المقبول استثناء الأعمال المدنية بحسب أصلها ، والتى لا تدخل فى نشاط التاجر، والبعيدة عن معاملاته التجارية ، فمن المقرر أن المشرع الوضعى المصرى قد أخطأ فى اضافة مايتفق فى العقد على عدم اعتباره تجاريا الى الاستثناء المذكور ، ذلك أن من المتفق عليه أن وصف العمل بالتجارية أو المدنية مسألة لاتترك للمتعاقدين بل انها من مسائل القانون التى تخضع لتقدير وتكييف محكمة الموضوع تحت رقابة محكمة النقض (٨٨) .

(٨٦) د. الزينى رقم ٩٤ .
(٨٧) د/ على يونس رقم ١٢٦ .
(٨٨) د/ الشرقاوى ص ٥٧ هامش ٢ د/ محمد حسنى عباس ، القانون التجارى العربى ص ٥٨ هامش ١ كما أشار اليه د/ على يونس ص ١٥٠ هامش ٢ .

وبناء على ماسبق يرى البعض امكان الاستغناء عن نظرية الأعمال التجارية التبعية بنظرية المشروع التجارى أو الاقتصادى (٨٩) .

واذا كان قد تقرر أن قرينة التجارية بالتبعية مفترضة بالنسبة للتاجر ، بغرض توحيد النظام القانونى لأعمال الحرفة التجارية ونشاط التاجر فى البيئة الاقتصادية ، وتوفير الحماية للغير ، فانها قرينة بسيطة يجوز للتاجر نقضها ، لكنها قاطعة بالنسبة للسند الادنى على الرأى الراجح ، وفقا لنص الفقرة السابعة من المادة الثانية ، وقد عمم القضاء قرينة التجارية غير القاطعة على كافة أعمال التاجر ، وان كانت بعض الأحكام قد رأت أن اثبات العكس يجب أن ينتج من ألفاظ المحرر ، أو على الأقل من التقريب بين عبارات العقد والظروف المحيطة بالتعاقد (٩٠) .

وقد وضع البعض (٩١) قاعدة فى وصف العمل وهى أنه مدنى وفى الشخص أنه غير تاجر ، وعلى من يدعى العكس اثبات صحة مايدعيه ، لأن هذه الصفة لاتفترض لأنها ليست الأصل ، وعند الشك يغلب الأصل .

ولكن بعض الأحكام ينظر الى الشخص ويعدى

(٨٩) د/ الشرقاوى رقم ٥٨ .
(٩٠) د/ الخولى ص ١٤٧ وهامش ١ و٢ والأحكام المشار اليها .
(٩١) د/ على جمال الدين ص ٥ .

وصفه الى أعماله «فالمعاملات الحاصلة بين التجار يرجح الاحتمال فيها أنها تجارية ، مالم يثبت العكس والأعمال التى بين غير التجار يرجح الاحتمال فيها أنها مدنية الا اذا ثبت العكس (٩٢) ٠

٥ ـ الأعمال المختلطة :

وهذه فى الحقيقة ليست نوعا متميزا من الأعمال التجارية ، ذلك أن العمل اذا كان تجاريا بالنسبة لطرفيه كتاجر الجملة وتاجر التجزئة فهو عمل تجارى خالص ، الحقوق والالتزامات الناشئة عنه تجارية من جهة طرفيه ، أما اذا كان تجاريا بالنظر الىأحد طرفيه ومدنيا بالنسبة الى الطرف الآخر حسب وصف الشخص وتكييف العمل ٠ سواء أكان منفردا أم احترافيا وأصليا أم تبعيا فهو العمل المختلط وهو الذى يثير مشاكل كثيرة نظرا لوقوعه بين طرفين يكون أحدهما غالبا لاعلاقة له بالعرف التجارى والآخر تاجر ، وطبقا لنظام التفرقة واختلاف الآثار تبعا لوصف العمل تكون الصعوبة فى مسائل الاثبات والاختصاص وغيرهما وهذا سيكون موضع تفصيل فيما سيأتى ، بما يدل على ضرورة التوحيد لتلافى المشاكل الناشئة عن التفرقة ٠

(٩٢) محكمة الاسكندرية الكلية فى ١٩٤٠/٢/٢٤ موسوعة القضاء ص ٦ ٠

الحجة الرابعة : التوحيد ضرورة عقلية وعملية وعلمية ٠

فتوحيد قانون المعاملات ضرورة عصرية ، هذه الضرورة ذات عناصر ثلاثة عقلية وعملية وعلمية ٠ أما أنه ضرورة عقلية ، فالعقل والمنطق يقضى به حيث أن المعاملات المالية ذات طبيعة واحدة ٠ وهذا يعنى أن تخضع العمليات الواحدة لنظام قانونى واحد (٩٣)، فهى تتم بين شخصين أو طرفين ، وتنعقد بايجاب وقبول أى بالتراضى فى الأصل ، وترد على معقود عليه ، سواء أكانت تجارية تهدف الى تحقيق ربح ، أم مدنية لايتوفر لها هذا الغرض ، ومن المقرر شرعا أن العقود تصح بكل مايدل على مقصودها من قول أو فعل ، وتنعقد بالتراضى (٩٤) ٠

وعلى ذلك فالعقود فى الشريعة الاسلامية تعالج بأسلوب لايفرق بين ماكان بغرض التجارة أولا ، وهذا مايميل اليه فقهاء القانون التجارى، فرغم أنهم أفردوا دراسات خاصة بالعقود التجارية الا أنهم انتقدوا القانون التجارى ، أو بمعنى أصح انتقدوا أنفسهم ، فى عدم وجود نظرية متكاملة ، مستقلة لهذه العقود، وقد أغفل القانون التجارى أهم تلك العقود وهو عقد البيع ، الذى يعتمد فيه على القانون المدنى ، وحتى

(٩٣) د/ الخولى رقم ٤٢ ٠

(٩٤) ابن تيمية ، القواعد النورانية الفقهية ص ١٣٢ ٠

عقد الشركة تدرس قواعده العامة على أساس نصوص القانون المدنى فى هذا العقد "

وقد كان بعضهم (٩٥) أكثر صراحة حين أنكر وجود عقود مدنية وعقود تجارية بمعنى الكلمة ، بل أن جميع العقود واحدة ، أساسها رضاء الطرفين والنظرية العامة للالتزامات المدنية ، ولايوجد للعقد نظامان أحدهما مدنى والآخر تجارى ، فنظام العقد واحد يسرى على جميع المعاملات وجميع الأشخاص وان كان البعض (٩٦) قد استدرك على ماسبق ، وهو محق فى استدراكه هذا ، أن الرضائية والحرية فى المعاملات التجارية قد تعرضت لكثير من القيود والشكليات ، التى زادت - فى بعض الأحيان - عما كان سائدا فى المعاملات المدنية .

وأما أن التوحيد ضرورة عملية ، فيتضح ذلك من جهتين ، ففى الأولى تظهر أهمية

(٩٥) د/ علي العريف ، شرح القانون التجارى المصرى ج١ ص ١٨٤.
د/ حسني المصرى ، القانون التجارى طبعة أولى ١٩٨٧ - ١٩٨٨ رقم ١ والمراجع المشار اليها فى هوامش صفحتى ٣ و٤ للأساتذة : د/ اكثم الخولى ، الوسيط ص ٣ ، د/ محسن شفيق ، الموجز ص ٣ .
Ripert, Traite elementaire de Ddoit commercial Lacour, Précit de Droit Commtdcial Ripert, Durant el Aoblot P. 101.
حيث يقررون ذلك بقولهم : لاتوجد عقود تجارية .
"iln'y a pas de contrats commereiaux".
د/ على البارودى ، القانون التجارى الطبعة الثانية ١٩٦٣ رقم ١ .
د/ مصطفى طه ، الوجيز في القانون التجارى رقم ٣٧٦ .
(٩٦) د. على جمال الدين ، العقود التجارية رقم ٤ .

التوحيد عملا ، وفى الثانية تثبت المحاولات والتجارب وجوده فعلا .

ومما يستند اليه أنصار التوحيد ضرورة الاستفادة من مزايا القواعد المقررة للمعاملات التجارية ، فى مجال المعاملات المدنية ، فاذا تم التوحيد طبقت الأحكام المراعى فيها جانب السرعة وتبسيط الاجراءات وتوفير الثقة والائتمان على جميع المعاملات ، دون تفرقة ، ولامبرر لقصر هذه المزايا على النشاط التجارى (٩٧) .

كما أن التوحيد متحقق فعلا حتى فى ظل نظام الفصل والتقسيم الحالى ، وذلك لوجود بعض الأحكام المشتركة ، وتوحيد القضاء ، وتوحيد قواعد واجراءات التقاضى فقانون المرافعات المدنية والتجارية قانون واحد . والأحكام العامة للالتزامات والعقود تطبق على جميع المعاملات بصفة أصلية ، مالم توجد نصوص خاصة ، كما يعتبر القانون المدنى قانونا عاما ومصدرا أساسيا من مصادر أحكام القانون التجارى .

وعلى الجانب الآخر تطبق بعض الأحكام التجارية على بعض المعاملات المدنية فجميع الشركات مثلا ، تجارية ومدنية ، تلتزم بالقيد فى السجل التجارى ، والشركات المدنية ذات الشكل التجارى تخضع للقانون التجارى وقانون الشركات رقم ١٥٩ لعام ١٩٨١ (٩٨) ،

(٩٧) د. الخولى رقم ٤٢ .
(٩٨) د. على يونس ، الشركات التجارية ط ١٩٩١ رقم ١٣٦ وهامش

وتطبيق قانون الصرف على الالتزامات المدنية ، اذا دونت فى كمبيالة ، على اعتبار أن جميع الأعمال المحررة فيها أعمال تجارية وان الكمبيالة ورقةتجارية مطلقا ، ولو تعلقت بأعمال ذات طبيعة مدنية ٠

وقد رد البعض (٩٩) تطبيق نصوص قانون الشركات الحالى على الشركات بصفة عامة الى سببين : -

السبب الأول : أن هذا القانون ذو صيغة عامة ، فما دام المشرع الوضعى لم يشر الى التفرقة ولم يقسم الشركات - موضوع القانون - الى تجاريه ومدنية فانه يسرى عليها دون تمييز ٠

السبب الثانى : أن أحكام القانون رقم ١٥٩ لعام ١٩٨١تستهدف تحقيق غايات تتعلق بالمصلحة العامة، لحماية الادخار الشعبى ، وحسن توجيه الاقتصاد القومى ، وهى اعتبارات موضع تقدير لشركات المساهمة خاصة ، سواء أكانت تجارية أم مدنية ٠

كما أكد البعض الآخر فى عبارة صريحة وقوية الدلالة بأن : «أحكام المعاملات وان كانت فى الغالب

١٣ ص ١٦٠ ٠ د٠ مصطفى طه ، القانون التجارى ط ١٩٩٠ ص ١٠٨ ٠ فالشركة التى تتخذ شكلا من أشكال الشركات التجارية ولكنها تنشأ للقيام بنشاط مدنى تلتزم بالأحكام التجارية فى الجانبين الشكلى والموضوعى وثيق الصلة بالشكل ، مع التزامها بالقواعد الموضوعة المدنية كالاثبات والاختصاص القضائى ٠

(٩٩) د٠ على يونس ، الشركات التجارية رقم ١٣٨ ٠

واحدة ، فى أساسها ومغزاها ، بالنسبة لما هو مدنى، وبالنسبة لما هو تجارى من معاملات الناس جميعا ، الا أنها تختلف فى تطبيقها على المسائل التجارية عنها فى المسائل المدنية ، اما بسبب نص فى القانون يوجد الخلاف ، أو بسبب مايجرى به العمل بين التجار» (١٠٠) ٠

ومن جهة أخرى أثبتت التجارب العملية صدق الرغبة والعمل على التوحيد ٠ فقد حققته بعض الدول الأجنبية فعلا ، كانجلترا وايطاليا وسويسرا ، فالقانون الانجليزى لايعرف التفرقة بين المعاملات ٠ وقد أدمج قانونها التجارى العرفى فى شريعتها العامة منذ أوائل القرن التاسع عشر ، مع بعض النظم التجارية الخاصة ٠ وايطاليا انشأت تقنينا موحدا للقانون الخاص التجارى والمدنى عام ١٩٤٢ ، وسويسرا لاتعرف الا قانونا واحدا للالتزامات من سنة ١٩١١ والمعدل عام ١٩٣٦ (١٠١) ٠

كما أن هناك اتجاة قوى من الدولة لتوحيد قوانين الضرائب واصدار قانون الضريبة الموحدة (١٠٢) ٠

(١٠٠) د٠ الزينى ص ٢٤٢ ٠

(١٠١) د٠ الخولي رقم ٤٢ ، د٠ البارودى القانون التجارى ط ١٩٨٦ رقم ٢ ٠ د٠ على يونس ، القانون التجارى ص ٤٢ ٠ د٠ مصطفى طه ، القانون التجارى ط ١٩٩٠ ص ١٥ ٠

(١٠٢) فقد أكد رئيس مصلحة الضرائب المصرية أن قانون الضريبة الموحدة الذى يجرى اعداده حاليا سيؤدى الى حل المشكلات ونقاط الخلاف بين الممولين والمصلحة مع زيادة حصيلة الدولة من الضرائب المستحقة ٠

وأخيرا فان التوحيد ضرورة علمية ، فلاشك أن فى توحيد قانون المعاملات سيترتب عليه اعادة النظر فى مناهج كليات الحقوق والشريعة والقانون على ضوء القانون الجديد · بما يمنع الازدواج الحاصل الآن وسوء توزيع المقررات بما يحقق المصلحة العلمية ، وبما يضمن تدريس النظم الخاصة كالبنوك والعقود والأسواق ، بعد تدريس النظرية العامة للمعاملات، بصورة أفضل فى ظل التغيرات الاقتصادية والتطورات العالمية السريعة ، مع تحقيق ميزة الربط بالأحكام الشرعية ، وهذا مايصنع عالما قويا وقاضيا عادلا · كما يثرى الحركة العلمية ـ ويضع مصر فى مركز الصدارة والريادة للعالم الاسلامى (١٠٢) ·

ويلاحظ أن الاتجاه الى تطوير الكليات والمعاهد العلمية المختصة بالدراسات الشرعية والقانونية يقتضى توحيد قوانين المعاملات ، فهذا يساعد على تركيز العمل وافراغ الجهد فى تقديم بحوث ومؤلفات مقارنة فى مجال التعامل المالى بين

الأخبار فى ٢٣ جمادى الآخرة ١٤١٣ هـ ـ ١٨ ديسمبر ١٩٩٢ ص ١ وهكذا يصدق الاتجاه الى توحيد القوانين ادراكا لأهمية هذا التوحيد وحلا للمشاكل الناجمة عن التعدد والاختلاف ·

(١٠٣) وهنا انتهز الفرصة وأزيد أننا لنحقق هذه الأهداف علينا أن نقضى على الفصل العلمي فى المناهج بين دراسة الشريعة ودراسة القانون كما نقضي على الفصل بين القانون الخاص بالمعاملات حتى يؤدى التطوير مهمته ويحقق غايته ·

الشريعة والقانون ، بدلا من توزيع الجهد وتشتيت العمل دون وجود خطة منظمة ومتناسقة · وهذا لن يتحقق فى نظرى الا بعد تحديد الهدف وتوحيد الدراسات والمناهج فى هذه المراكز التى تصنع العالم وتخرج الباحث فى أهم تخصص وهو المعاملات المالية والاقتصادية والقواعد القانونية المنظمة لها ، ولابد أن يسير التوحيد فى خطين متوازيين لامتعارضين وهما التوحيد القانونى والتوحيد العلمى ، وكل منهما يخدم الجانبين العملى والاجتماعى ·

المبحث الثانى

مذهب التقسيم والفصل وأدلته مع المناقشة

يذهب عدد غير قليل - بما يكاد يصل الى الاجماع - من فقهاء القانون التجارى فى مصر وفرنسا (١) الى أن استقلال القانون التجارى وفصله عن القانون المدنى أمر لايقبل النقاش ولايحتمل التغيير فهو فرع متميز من فروع القانون الخاص ، له كيان مستقل وذاتية خاصة ، لامجال لانكاره ، ويعتمدون فى هذا على عدة أدلة ، تتلخص فى أربعة هى : -

١ - أن القانون التجارى قد استقل واستقر عبر العصور التاريخية .

٢ - أن البيئة التجارية لها خصائص تنفرد بها عن غيرها .

٣ - أن التفرقة بين العمل التجارى والعمل المدنى لها أهمية ونتائج عملية .

---

(١) من أنصار هذا المذهب فى مصر الأساتذة : د. محسن شفيق، د/ على يونس، د/ على جمال الدين ، د/ ثروت عبد الرحيم ، د/ على البارودى ، د/ مصطفى طه . ويقف البعض فى موقف وسط ، فلا ينكر على القانون التجارى كل وجود ، وفى نفس الوقت يعترف بضرورة وجوده كقانون منظم للحرفة بجانب التقنين الموحد للقانون الخاص ، ويأخذ على بعض الكتاب أنهم يبالغون فى مدى الخلاف بين القانونين المدنى والتجارى بلا مبرر . د/ الخولي، الوجز ص ٤٨ وهامش ١ منسوبا الى هامل فى مقاله عن القانون الخاص الفرنسي في منتصف القرن العشرين «القانون المدنى والقانون التجارى سنة ١٩٥٠ ج٢ ص ٢٧٠ .

٤ - أن الوحدة بصورتها الحقيقية لاتقوم على أسانيد قوية .

وقد رأيت أن من الأوفق عرض كل دليل من هذه الأدلة واتباعه بالمناقشة لبيان مدى قوته أو ضعفه ، حتى يتضح فى النهاية أى المذهبين أقدر على الوقوف فى وجه النقد ، وفى تحقيق الغاية من التقنين .

الدليل الأول : استقلال القانون التجارى منذ القرون الوسطى .

يستند أنصار مذهب التقسيم والفصل فى أن القانون التجارى له كيان خاص وذاتية متميزة الى شاهد التاريخ والأطوار التى مرت بها أحكام هذا القانون من المهد الى الشباب ، ومع تسليمهم بأن السمة العامة للقانون التجارى فى العصور القديمة هى أنه لم يكن له كيان مستقل تحت اسم يعرف به ، فيما عدا القانون القانون البحرى الذى تحدد بكيانه وخصوصيته منذ أمد بعيد ، وانما كان مجرد قواعد متناثرة تحكم النشاط التجارى تحت اسم القانون المدنى أو القوانين الأخرى ، فان البعض يعترض على القول بأن العصور القديمة لم تعرف القانون التجارى ، وأنه ابن القرون الوسطى، ويصفه بأنه قول غير سليم ، فغياب التسمية لايعنى غياب المسمى ، وقد تحددت الهياكل الأساسية للأنظمة التجارية نصا وعرفا قبل القرون الوسطى، وأن الذى أضافته هذه المرحلة الثانية حلقة من حلقات التطور الطبيعى الذى مر به .

أما العصور الوسطى فقد كانت عهد فتوته وشبابه الأول، كما يقول الرأى السابق، فقد كان قانون التجار أنفسهم ، وتحددت صورته ككيان مستقل متميز عن القانون المدنى وأن ازدهار القانون التجارى فى العصور الحديثة وظهور أول تقنين تجارى فرنسى عام ١٦٧٣م ثم التقنين البحرى سنة ١٦٨١م واعتماد كثير من التقنينات التجارية التالية عليهما (٢) .

ويمكن القول ان التاريخ وتطور القواعد القانونية المنظمة للنشاط التجارى عبر العصور المتتالية يمكن أن يتخذه أنصار كل من المذهبين ، التوحيد والتقسيم، سندا لما يراه ، بحسب وجهة نظره وتحليله لأطوار القانون التجارى ، للوصول الى تقرير صحة مذهبه، المهم فى هذا الشأن الا نفسر شواهد التاريخ فوق ماتحتمل ، كالادعاء بأن القانون التجارى بهياكله الأساسية وأنظمته التجارية قد تحدد من العصور القديمة ، فلايسلم كل من المذهبين بأن القانون التجارى بمعناه المصطلح عليه قد وجد منذ القدم . وانما الذى يمكن قوله ان الطور الأول الذى يمثل العصور القديمة كان طور تكوين لقواعد تجارية عرفية ، كالجنين فى بطن أمه ، أما العصور الوسطى فمثلت عصر تدوين لما استقر عليه العرف التجارى ولايجوز كذلك تعميم الحكم على هذه العصور ، فلا ينكر أصحاب مذهب الفصل دور الشريعة الاسلامية وأثرها

(٢) د/ البارودى ، القانون التجارى ط ١٩٨٦ ص ٢٠ - ٢٢ .

فى المعاملات التجارية فى العصر الوسيط ، وفضل العرب فى تأكيد الطابع الرضائى لتكوين القانون التجارى وما تتطلبه المعاملات التجارية من سرعة ويسر على أساس التراضى المقرر شرعا ، لكن هذا على أساس ومنهج شرعى عام التطبيق على جميع المعاملات دون تفرقة .

وقد صاغ البعض الآخر هذا الدليل بأسلوب السؤال والجواب عن سبب وجود القانون التجارى الى جانب القانون المدنى ، وكلاهما يحكم العلاقات المالية للأفراد ، أو ماهى الظروف والأسباب التى استدعت ظهور قانون خاص بالنشاط التجارى ؟

ويجيب على هذا التساؤل بأن الحاجة العملية هى التى أوجدت هذا القانون ، فهو لم ينشأ نشأة منطقية ، نتيجة تفكير مقصود من أحد ، ولم يفرضه سلطان المشرع الوضعى ، بل انه نشأ من العادات والتقاليد التى تعارف عليها التجار ، على أنها تناسب ظروفهم وتسد حاجاتهم ، ثم دونت هذه العادات بالتدريج حتى شملها قانون كامل مكتوب ، وهذه الحاجة العملية هى الدليل على نفع هذا القانون وضرورته وعدم كفاية القانون المدنى لسد هذه الحاجة .

ولاينكر أحد على القانون التجارى دوره وأساس

(٣) د/ على جمال الدين ، القانون التجارى المصرى ط ١٩٨٨ رقم ٤ والمراجع المشار اليها فى هامش ١ ص ٧ .

نشأته . ولايطالب أنصار مذهب التوحيد أو غيرهم بالغاء القانون التجارى ومحوه من الوجود ، انما يريدون توحيد القواعد المشتركة والأساسية دون اغفال الأعراف السائدة المستقرة بين التجار ، الا أنه ليس صحيحا حتى فى نظرا لقول السابق أن القانون التجارى قانون كامل ، فلا زال القانون المدنى هو الأساس ، ولذلك فقد صرح بأن القانون المدنى هو الأصل والقانون التجارى استثناء من هذا الأصل(٤) ومايوجه الى القانون التجارى من انتقادات صحيحة وسهام نافذة ينال من وصفه بأنه قانون كامل . كما أنه لايوجد قانون وضعى يمكن وصفه بالكمال .

ومع أن بعض أنصار الفصل يعتبر القانون التجارى فرعا مستقلا من فروع القانون الخاص له ذاتيته الخاصة وطبيعته المميزة وأن الضرورات الاقتصادية والعملية قد أدت الى نشأة وتطور القانون التجارى، كقانون يضم قواعد خاصة تلائم النشاط التجارى ، فانه لايتفق مع القول السابق بأن قواعد القانون التجارى وردت استثناء على القانون المدنى ، فهما قانونان متجاوران ومتكاملان ، وان كان ذلك لايعنى انقطاع الصلة بنيهما ، فان الثانى لازال هو التشريع

(٤) المرجع السابق رقم ٢ ، وفى هامش ١ ص ١٢ ينسب الى بعض الشراح تأثرهم بأصل نشأة القانون التجارى وأنه كان يخدم طائفة التجار، وينادى بالغائه ، ويرد بأن نشأته وان حصلت فى ظروف معينة فان وظائفه ذات فوائد لاعلاقة لها بذلك . من هؤلاء الشراح د. ثروت الأسيوطى ، الصراع الطبقي وقانون التجار سنة ١٩٦٥ .

الوضعى العام ، مع ملاحظة أنه يتسم بالثبات والاستقرار ، على عكس القانون التجارى الذى يتميز بطابع الحركة والتغير والتطور المستمر ، فأحكامه تسير فى تطورها مع مقتضيات التجارة وضروراتها العملية (٥) .

وهذا صحيح فى جملته لكنه ليس كافيا فى الابقاء على مبدأ الفصل ، وليس مقنعا فى تحديد العلاقة بين القانونين ، ولايعنى أن أحكام القانون المدنى فى مجال المعاملات المالية تتأثر بلاشك بالتغير والتطور الحادث فى المعاملات والأنظمة التجارية ، كما أنه من مقتضى هذا التطور الواقعى أن يحدث تطور مناسب ومعاصر فى الجانب التقنينى ، ولازال القانون التجارى المصرى جامدا فى مكانه منذ أكثر من مائة عام ، الا فى قوانين متناثرة ومتلاحقة ومتعارضة لايجمعها قانون واحد أو فكر ثابت أو خط واضح .

الدليل الثانى : الخصائص المميزة للبيئة التجارية:

يعتمد أنصار استقلال القانون التجارى عن القانون

(٥) د/ ثروت عبد الرحيم ، القانون التجارى المصرى ط ١٩٨٢ أرقام ١ - ٤ ، وقد أشار فى هامش ١ ص ٨ الى أستاذنا الدكتور محسن شفيق فى وضع أساس محدد للعلاقة بين القانونين المدنى والتجارى ووصفه لهما بأنهما قانونان متجاوران يكمل كل منهما الآخر ويؤثر فيه ويتأثر به . الطول رقم ٥ ص ١٦ وهذا من أقوى الأدلة على اعتبار كل من القانونين وجها لعملة واحدة . كما يقال ، وهي قانون المعاملات . مما يعد اشارة الي رجحان مذهب التوحيد بالمعنى السابق .

المدنى على دليل أساسى تدور حوله الأدلة الأخرى، السابق منها واللاحق ، هو ماتتميز به بيئة التجارة من خصائص تنفرد بها ، وتوجب بقاء هذا القانون بكيانه وذاتيته ، وقد نشأت هذه الخصائص من طبيعة التجارة ، وأن تنميتها وتطويرها يقتضى وجود قواعد وأحكام خاصة ٠

فالنشاط التجارى يختص بالسرعة والائتمان وبوجود أنظمة خاصة ٠

١ ـ الأنظمة الخاصة : فالتجارة تتميز بأنظمة لاوجود لها الا فى البيئة التجارية ، ولم يتعارف عليها أصلا الا التجار ، كالبورصات والبنوك والصكوك والأوراق التجارية ، مما اقتضى خضوعها لقواعد خاصة غير القواعد المدنية المألوفة (٦) ٠ وهذه من حجج تبرير فصل القانون التجارى عن القانون المدنى ذكرها الأستاذان ليون كان ورينو ، مع أن ليون كان ممن يؤيدون فكرة التوحيد (٦) ٠

وقد ناقش أنصار مذهب التوحيد الحجة السابقة وأسقطوها ، وكما صرح البعض (٨) بأن السكوت عليها دون رد قد يؤدى الى اعطائها من القيمة ماليس لها فهى وان كانت تحدث ابهارا واعجابا لأول وهلة،

(٦) د/ الزينى ص ١٦ ٠
(٧) السابق ص ١٥ وهامش ٤ ٠
(٨) د/ الزينى رقم ١٨ ٠

فالواقع يؤيدها ، طبقا لما جرى العمل عليه ، الا أن التأمل فيها يجعلها غير مقنعة وغير كافية وغير صحيحة فى حقيقتها ٠ فوجود نظم خاصة بالتجارة كالبورصات والبنوك لايستدعى قواعد خاصة بالعمليات التى تتم فيها غير القواعد العامة ، فحتى الآن لم تصدر قوانين خاصة بهذه الأنظمة ولاتوجد لها قواعد خاصة فى القانون التجارى ، الا فى أحكام قليلة ، ولذلك فليس من الضرورى عقلا فصل القانونين والتمييز بين المعاملات لمجرد أن بعضها يحتاج فى بعض الظروف الى حكم خاص أو استثنائى ، أو تنظيم لانشائه وادارته ٠

فالعمليات التى تجرى فى البورصة ليست الا صورا من البيوع العادية ، وليس فى القانون التجارى فى فصل البورصات (المواد من ٦٦ الى ٧٥) الا نصا واحدا خاصا بصورة واحدة من هذه البيوع ، أدخل بالقانون الصادر فى ٨ نوفمبر عام ١٩٠٩ ، وهى البيع الذى يتم بمجرد دفع فروق دون تسليم البضاعة أو دفع الثمن ، أما بعض الأحكام التفصيلية الواردة فى قوانين ولوائح البورصة فتعتبر تطبيقا للقواعد العامة للبيع فى القانون المدنى (٩) ٠

وكذلك بالنسبة للبنوك ، فالقانون التجارى المصرى لم ينظم أعمالها ولم يتضمن أحكامها وانما أشار فقط

(٩) السابق ٠ د/ على العريف ، المرجع السابق ، أعمال البورصات الأرقام من ٣٣٩ الى ٣٤٧ ٠ د٠ ذهنى ص ٨ ٠

الى تجارية معاملاتها . أما التقنين المدنى فقد عرض لبعض الأحكام الخاصة بها كالودائع والرهن والكفالة والحساب الجارى ، وحتى القوانين المنظمة للبنوك أوردت فقط نصوصا هيكلية تنظيمية للجهاز المصرفى، وقد التمس البعض العذر لهذا المسلك ، ووصفه بالحكمة . لأن الاغراق فى التفصيلات يعطل تطور التجارة (١٠) ولكن هذا يعد من جهة أخرى دليلا على قوة المذهب القائل بالتوحيد ، وأن القول بوجود نظم خاصة ليس صحيحا فى حقيقته .

٢ ـ مقتضيات السرعة :

فالمعاملات التجارية تتم بصورة متكررة ، خاصة بالنسبة للتجار ، الذين يحترفونها ، فهى وظيفتهم وعماد حياتهم ومصدر أرزاقهم ، وهذا يقتضى وضع أحكام تساعد على سرعة اجراء المعاملات ، وسهولة ابرامها واثباتها ، وذلك على خلاف المعاملات المدنية التى تتسم بالبطء ،ولاتتم الابعد تفكير وروية ، وبشكل متقطع ، مما يتناسب مع القواعد المدنية البطيئة والمعقدة ، ولاضرر منها لأحد ، ولاضرورة لتطبيق

(١٠) د/ على جمال الدين عطايت البنوك ط ١٩٨١ رقم ٨ وهامش١ ص ١١ د. سميحة القليوبي ، القانون التجارى ط ١٩٨٦ رقم ٢ . ومن ملاحظة البعض أن القواعد العامة لاتطابق ماجرى عليه العرف فى أعمال البنوك ، ويرى أنه ليس شرطا الالتزام بقواعد القانون المدنى فى جميع الصور : د. ثروت عبد الرحيم القسم الثانى رقم ٩ . ولكن بأى قانون نلتزم.

القواعد التجارية على المعاملة المدنية (١١) ، ولذلك قررت قواعد تحقق السرعة وتلائمها ، كما سيتضح من شرح بعض نتائج التفرقة .

٣ ـ موجبات الائتمان : ـ

فالتجار يتعاملون على أساس الثقة المتبادلة والائتمان الممنوح سواء بين التجار وبعضهم أو من الجمهور لهم ، ولتوفير هذه الثقة وحمايتها يجب وضع ضمانات خاصة ، كالتضامن والافلاس ، وتقرير التزامات معينة كالقيد فى السجل التجارى وامساك الدفاتر التجارية (١٢) .

ويلاحظ أن السرعة اذا كانت من خصائص التجارة فهذه لاخلاف عليها ، لأنها تناسب عمل التاجر وتتفق مع وظيفته وهى التجارة . أما بطء الاجراءات والمعاملات المدنية فلا تبرر التسليم ببقائها ، ولاشك أنها تلحق ضررا يتضح مداه فى المنازعات الناشئة والأحكام التى تصدر متأخرة فالعدالة البطيئة ظلم محقق وضرر مؤكد . وما المانع من تعدية الأحكام التجارية المقررة لتوفير الثقة والوقت الى الأحكام المدنية ، مع احتفاظ النشاط التجارى بطابعه المميز ، كحرفة للتاجر ، لها تقاليد خاصة تعارف عليها الوسط

(١١ ، ١٢) د/ الزينى ص ١٦ . د/ علي جمال الدين رقم ٥ ، ٦ ، ٧ ويرى أن حاجة التاجر الي السرعة والثقة هى التى أدت الى وجود القانون التجارى .

التجارى ، دون أن يمنع هذا من استفادة الوسط المدنى بها فى حدود عدم الخلط بينهما ٠

الدليل الثالث : أهمية التفرقة وآثارها :

لتقسيم العمل الى تجارى ومدنى أهمية كبيرة فى نظر أصحاب مذهب الفصل ، وله آثار عملية مقررة بحكم القانون التجارى والقانون المدنى وقانون الاثبات ، وقد نشأت هذه الآثار من خلال خصائص التجارة والحاجة الى تحقيق السرعة وتوفير الائتمان، وهذا يقتضى ضرورة الابقاء على التفرقة ٠ والاحتفاظ بدائرة خاصة لكل من المعاملات التجارية والمعاملات المدنية ٠

وقد أفاض فقهاء القانون التجارى ، خاصة أنصار التفرقة والفصل ، فى شرح الأحكام التى تهدف الى تحقيق السرعة والائتمان ، والآثار والنتائج المترتبة على تقسيم العمل الى تجارى ومدنى ، ونظرا لأن المقام لايتسع ولايناسب لدراسة هذا الموضوع بالتفصيل ، فاننا سنكتفى بالاشارة الموجزة الى بعض أمثلة نراها على جانب كبير من الأهمية فى نطاق بحثنا ، وهى الاختصاص والاثبات والتضامن والافلاس ٠

١ ـ الاختصاص : بمعنى تطبيق قانون خاص بالمعاملة التجارية ، وهو القانون التجارى وهذا يمكن تسميته الاختصاص القانونى ، وأن يفصل فى المنازعات الناشئة عنها قضاء مختص هو القضاء التجارى ٠

وهذا هو المسمى الاختصاص القضائى ٠

ويلاحظ أن القانون التجارى ليس قانونا مكتملا ومستقلا تماما بالنشاط التجارى ، فهو لازال عالة على القانون المدنى ، كما أن المعاملات المختلطة توجب الاستعانة بالقانونين ٠

أما عن الاختصاص القضائى فلم يأخذ التقنين المصرى الأهلى بنظام تخصيص القضاء فليس فى مصر فصل بين القضائين التجارى والمدنى ، وكانت الطبيعة الخاصة للمعاملات التجارية تقتضى وجود قضاء تجارى خاص ، اللهم الا فى القضاء الجزئى ، بالقرار الوزارى عام ١٩٤٠ بانشاء محكمتين جزئيتين فى القاهرة والاسكندرية ، لنظر القضايا التجارية الجزئية ، وهناك تخصيص ادارى داخلى ، فقد جرى العمل على تكوين دوائر تجارية فى المحاكم الابتدائية والاستئناف (١٣) ٠

وهذا موضع نقد شديد فالقانون المصرى لم يأخذ بنظام الفصل فى جانبيه التقنينى والقضائى ، كما أخذ فى تقنينه المختلط ، ولم يعدل عن موقفه حتى بعد الغاء الامتيازات الأجنبية وتدفق المنازعات التجارية التى كانت تختص بها المحاكم التجارية المختلطة ، ولابمناسبة اصدرار قانون المرافعات فى عام ١٩٤٩ ثم فى سنة

---

(١٣) د٠ الخولى رقم ٦٣ ٠ د٠ ثروت عبد الرحيم رقم ٥٦ وفى هامش ٣ ص ٤٢ يلاحظ أن تقسيم العمل بين الدوائر التجارية والدوائر المدنية فى هذه المحاكم مجرد تنظيم داخلى لايتخذ به اختصاص نوعي لهذه الدوائر نقض فى ٢ ـ ١١ ـ ١٩٦١ س ١٢ ص ٦٣٣ ٠

١٩٦٨ . ولم يتبع الدول التى يقوم نظامها القضائى على وجود نوعين من المحاكم ، محاكم مدنية ، ومحاكم تجارية ، كفرنسا وبلجيكا (١٤) .

وحتى فى ظل الفصل بين القضائين يمكن أن يوجه النقد ، كما وجه الى فصل القانونين ، فكما قيل انه لاحاجة الى تكوين قضاء خاص بالمعاملات التجارية حتى فى اطار تقسيم المعاملات وتخصيص قانون لكل منها ، لما يسببه ذلك من مشاكل جديدة يخلقها التنازع بين القضائين على الاختصاص النوعى وصعوبات تحديد طبيعة النزاع وما اذا كان مدنيا أو تجاريا ، لتعيين المحكمة المختصة بالفصل فيه (١٥) . ولذلك يؤيد توحيد القضائين التجارى والمدنى

كما يناقش البعض ادعاء أنصار الفصل بأن الدعوى التجارية لها عادات وتقاليد تجارية ، فمن اللازم أن يفصل فيها من لديه المام بها ، أنه اذا صح ذلك فانه لايخلو من أضرار ، وأن العادات تختلف باختلاف الأعمال والصنائع ، والقضاة فى المحاكم التجارية لايختارون من الاخصائيين ، أى من أهل الحرفة التجارية ، كما يمكن الاستعانة بالخبراء الفنيين ، لمساعدة القضاة التجاريين ، واذا كان من اللازم انشاء قضاء تجارى خاص مكون من بعض القضاة الفنيين ، فان الحاجة ليست ماسة الى وضع قانون

(١٤) د. الجولى رقم ٦٣ . د. ثروت عبد الرحيم رقم ٥٦ .
(١٥) د. الزينى رقم ١٩ . د. ثروت . السابق .

خاص موقوف على هذا النظام (١٦) .

وهذا التوحيد للقضاء وعدم الفصل بين المحاكم المختصة بالمعاملات المدنية والتجارية يتفق مع القضاء الاسلامى ، حيث لم تعرف الشريعة الاسلامية نظام المحاكم التجارية والمحاكم المدنية على أساس وحدة أحكام المعاملات . وان كان هذا لايعنى القول بعدم تخصيص القضاء ، حسب أهمية النشاط والمنازعات التى يثيرها فهذه مسألة خاضعة للمصلحة والعرف .

٢ - الاثبات :

مما يبرر به أنصار مذهب الفصل تقرير قواعد خاصة بالعمل التجارى ، تتميز عن العمل المدنى ، أن سرعة المعاملات اقتضت تخفيف الشكليات التى يتطلبها القانون المدنى لبعض التصرفات التى تزيد قيمتها على عشرين جنيها مصريا . كما أن صعوبة اعداد الدليل الكتابى الذى يشترطه القانون المدنى ، حين تكون المعاملة تجارية وتتم على وجه السرعة ، اقتضى تقرير مبدأ حرية الاثبات ، أى جواز اثبات هذه المعاملة بكافة الطرق القانونية ، مهما كانت قيمة

(١٦) د. ذهنى ص ٧ . وقد قضى بأن التشريع المصرى الوضعى لايعترف للقضاء التجارى باستقلال خاص له مميزاته فى اجراءات التقاضى ، ومن ثم فلا محل للاتفقات الى الدفع بعدم اختصاص المحكمة التجارية بالفصل فى الدعوى تأسيسا على أن الدين الأصلى المضمون هو دين مدنى محكمة استئناف القاهرة ، الدائرة الثانية التجارية فى ١٠ - ٥ - ١٩٥٥ .

التصرف ، كما أن ماثبت بالكتابة يجوز اثبات عكسه بالشهادة على خلاف القاعدة العامة فى التصرفات المدنيـة ٠

وقررت قواعد خاصة كذلك فى الاثبات التجارى ، على خلاف الأصل فى الاثبات المدنى حيث جعل لدفاتر التاجر أهمية وحجية فى الاثبات للتاجر وعليه (١٧) ٠ الا أن هذا لايصلح أثرا من آثار التفرقة أو حتى سببا لوجود القانون التجارى ، باعتباره محققا لطابـع السرعة فى المعاملات التجارية ٠

فهذه الأحكام الخاصة واردة فى قانون الاثبات ، وهى فى نفس الوقت لاتعنى اقرار مبدأ حرية الاثبات فى المعاملات التجارية ، فقد اعتراها من الاستثناءات مايضعف المبدأ ، ومانكاد نصل فيه الى القاعدة المدنية وهى تقييد الاثبات فهناك معاملات تجارية لايمكـن اثباتها أوحتى وجودها قانونا الا بالكتابة، كعقد الشركة وعقد بيع ورهن المحل التجارى وعقد بيع السفينة ، وهناك أعمال والتزامات لاتتم ولاتنشأ الا فى محررات مكتوبة كالصكوك التجارية من كمبيـالات وشيكات وسندات ومعاملات البنوك (١٨) ٠

وقد أورد البعض (١٩) أهم الاستثناءات على قاعدة

(١٧) د٠ ثروت رقم ٤٩ ٠ د٠ علي جمال الدين رقم ٦ ٠

(١٨) د٠ ثروت ٠ المرجع السابق ٠

(١٩) د٠ على جمال الدين ، العقود التجارية رقـم ١٩ والأحكام المشار اليها فى هوامش الصفحات من ١٨ الى ٢٢ ٠

حرية الاثبات ، وهى اتفاق أصحاب الشأن على التقيد بدليل كتابى ، أو وجود نصوص قانونية فى القانـون التجارى ، فتسقط حرية الاثبات ويتعين اتباع الاتفاق، مع العودة الى القاعدة العامة فى الاثبات ، أو يشترط تنفيذ حكم القانون واعداد الدليل المكتوب ، أيا كانـت قيمة التصرف (٢٠) ٠

ويظهر ضعف حجة أنصار الفصل اعتمادا علـى حرية الاثبات وأنها محققة لهدف السرعة ، فى العمل المختلط ، فاذا كانت هذه القاعدة تتمشى مع خاصية السرعة فى التجارة بين التجار ، فان تطبيقهـا فى العمل المختلط لايحقق الهدف المنشود بل انها تكون ضد مصلحة التاجر والذى يفيد منها هو الطرف الذى يعد العمل بالنسبة له مدنيا ، فله أن يثبت ضد التاجر أو من يكون العمل بالنسبة له تجاريا ، بكافة الأدلة، بينما يلتزم الطرف الآخر باتباع قواعد الاثبات المدنية ٠

ولذلك - كما قيل - (٢١) فقد حاول القضاء التخفيف من قسوة هذا التطبيق على التاجر بأن سمح له أن يثبت بكافة الطرق عند دفع الادعاء الأصلى المرفوع عليه ، وكذلك له الاثبات الحر على أساس المانع الأدبى

(٢٠) د٠ على جمال الدين ، السابق رقم ١٩ ٠ د٠ عبد الودود يحيي، قانون الاثبات ط ١٩٧٠ ص ١٠٠ ٠ وللمستشار مصطفى هرجة ، قانـون الاثبات ج١ ط ١٩٨٦ وأحكام النقض المشـار اليهـا ص ٧٠ - ٧١ وص ٢١٩ - ٢٢٥ ٠ ولى بحث حرية التجارة العدد السادس بالمجلة ٠

(٢١) د٠ على جمال الدين ، السابق رقم ١٩ ص ٢١ ٠

فى علاقته بعملائه ، وفقا للعرف التجارى ٠

وحتى فى اعتبار دفاتر التاجر حجة فى الاثبات له أو عليه ليس معناه الخروج على القواعد العامة فى الاثبات فجواز الاثبات منها لمصلحة التاجر محدد بشروط بين التجار ، وبالنسبة لغير التاجر كذلك ليس فى الدليل المستمد من الدفتر حجية مطلقة ، وانما الاثبات محاط بقيود تدخله فى دائرة الاثبات المدنى، وجواز الاثبات منها ضد التاجر لايخالف كذلك قاعدة اثبات مستقرة ، والأمر فى النهاية متروك لتقدير القاضى ولو كان الدفتر منتظما فهو ليس حقا مقررا لخصمه (٢٣) وفوق ذلك ـ كما يقول البعض ان القانون التجارى يقيد التاجر بحفظ دفاتره التجارية وتدوين معاملاته فيها بنظام معين ، كما أنها ليست مخصصة فقط للأعمال التجارية (٢٣) ٠

وينقص من قيمة هذا الدليل لأنصار مذهب التقسيم ان قواعد الاثبات ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنا (٢٤) ، كما قضى بأنه فى المواد غير التجارية يجوز الاثبات بالبينة كقاعدة عامة مالم يوجد نص بغير ذلك فى قانون

(٢٢) الطعن رقم ١٩٥ جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٢ المستحدث ص ٥٥ ٠

(٢٣) د٠ الزينى ص ٢٢ ٠ د٠ ذهنى ص ٧ ٠ كما انها ليست معدة أصلا للاثبات ولذلك تدرج ضمن المحررات العرفية غير المعدة للاثبات ٠

(٢٤) الطعن رقم ٦١٠ سنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨ س ٣٤ ع ١ ص ٨٠٦ ق ن ٢١ ٠

التجارة أو القانون البحرى ، ولذلك تستقل محكمة الموضوع باستخلاص قيام شركة الواقع أو عدم قيامها من ظروف الدعوى وقرائن الحال دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض طالما قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة (٢٥) ٠

كما يلاحظ أن هذه الاستثناءات قد عقدت من الاثبات فى المسائل التجارية بما يتنافى مع خاصية السرعة ٠

٣ ـ التضامن :

من الآثار الهامة المترتبة على التفرقة بين العمل التجارى والعمل المدنى والتى يستند اليها أنصار خصوم التوجيه ، كهدف لتحقيق الائتمان ولضمان الوفاء بالالتزامات التجارية ٠ ولحماية التجارة وازدهارها ، التضامن بين المدينين بديون تجارية ٠ فاذا كانت المادة ٢٧٩ مدنى تنص على أن : «التضامن بين الدائنين أو بين المدنيين لايفترض ، وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون» ٠

وأن هذه القاعدة وردت عامة ، لاتفرق بين الالتزامات المدنية والالتزامات التجارية ، فقد أطلق البعض الحكم فى الديون التجارية ، بأن العرف التجارى قد استقر على وجود التضامن بين الملتزمين

(٢٥) الطعن رقم ٧١٧ سنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٢ س ٣١ ص ١٣٣٦ المستحدث ص ٢٣ ٠

المتعددين بالديون التجارية ، دون حاجة الى نص فى العقد أو فى القانون (٢٦) ٠

وقد قيل بأن افتراض التضامن فى المسائل التجارية ليس له سند من النصوص بل هو قاعدة عرفية قديمة، لم يستطع القضاء الا احترامها (٢٧) ٠ بناء على قرينة وجود مصلحة مشتركة بين المدينين دفعتهم الى التزامهم معا بدين تجارى (٢٨) ٠ ولذا قضى بأن التضامن يفترضه القانون والعرف التجاريان وللدائن اقتضاء دينه من المدينين مجتمعين ومنفردين وفقا لما نصت عليه المادة ١/٢٨٥ مدنى (٢٩) ٠

ويلاحظ أن هذا التضامن المفترض وان كان مقررا بعرف تجارى ؟ لابنص قانونى وفقا للرأى الراجح ، كما يصرح البعض (٣٠) ، الا أنه يلاحظ جواز نفى التضامن بشرط فى العقد اذا لم يوجد نص قانونى بالتضامن ، فتنتفى القرينة ، ويستبعد التضامن بالاتفاق أو بالقانون (٣١) ٠

(٢٦) د٠ على يونس ، القانون التجارى رقم ٥١ ٠

(٢٧) د٠ الخولى رقم ٦٥ ٠

(٢٨) د٠ حسني المصرى ، القانون التجارى طبعة أولى رقم ٢٠ ٠

(٢٩) محكمة استئناف القاهرة ، الدائرة الثامنة التجارية ١٩٥٨/٢/٢٥ موسوعة القضاء ص٣٩ ٠ وللدكتور عبدالودود يحيى٠ أحكام الالتزام ص١٤١ وما بعدها ٠

(٣٠) د٠ ثروت عبد الرحيم رقم ٥٣ ٠

(٣١) د٠ حسني المصرى رقم ٢٠ ٠

كما يلاحظ أن التضامن التجارى المفترض ليس عاما بالنسبة للديون التجارية ، فاذا لم يوجد نص قانونى يؤكد التضامن ، كما فى تضامن الشركاء المتضامنين (المادتان ٢٢ ، ٢٣ تجارى) وتضامن الموقعين على الكمبيالة (المادة ١٣٧ تجارى) فقد يكون العمل تجاريا وينتفى التضامن بشرط صريح بالاعفاء منه فى الكمبيالة (٣٢) مثلا ويسمى شرط عدم الضمان ويفيد من هذا الشرط جميع الموقعين على الكمبيالة اذا اشترطه الساحب (٣٣) ٠

وقد أثير الشك حول قاعدة افتراض التضامن فى المعاملات التجارية ، على أساس وجود خلاف بشأنها فى مصر ، فينسب للسنهورى فى الوسيط ج٣ ص٢٦٩ و٢٧٠ أنه يرى أن التضامن لايفترض فى التجارى كما لايفترض فى المدنى ، وعارض البعض هذا القول بأن هناك شبه اجماع بين فقهاء القانون التجارى والقانون المدنى فى فرنسا وفى مصر على أن العرف التجارى مستقر على افتراض التضامن ، وأن السنهورى قد تراجع عن رأيه ببيانه سهولة افتراض التضامن بين التجار (٣٤) ٠

ورغم ذلك فاذا كان مقبولا تعارف التجار على

(٣٢) د٠ البارودى القانون التجارى ط ١٩٦٣ ص ٥٦٣ ٠

(٣٣) مصطفى طه رقم ١٦٧ ٠

(٣٤) د٠ البارودى السابق هامش ١ ص ٣٣ ٠ وفيه يناقش الدكتور على جمال الدين لاثبات عدم صحة رأيه ٠ العقود التجارية ص ٢٤ ٠

التضامن فان تعميم هذا العرف على كل معاملة تجارية لايكون طرفاها أو أحدهما تاجرا يثير مشاكل عملية ويتنافى مع حرص السنهورى على ذكر التجار، لا الأعمال التجارية ، ولذلك فان من الصحيح فى نظرى أن التضامن لايفترض فى المعاملات بصفة عامة مالم يوجد نص أوشرط أو عرف مستقر ومعلوم.

ومن المفارقات الغريبة أن التضامن فى المعاملات التجارية اذا كان مقررا بالعرف التجارى ، ومؤكدا بحكم القانون ، فان شرط عدم التضامن لم يأخذ حكما واحدا ، فاذا كان جائزا فى الأوراق التجارية فانه باطل فى الشركات التجارية ، فقد قضى بأن التضامن من مستلزمات شركة التضامن ، فالشرط الذى يحدد مسئولية الشركاء يعتبر باطلا ولايحتج به على الغير، دون أن يستتبع ذلك بطلان الشركة ذاتها (٣٥) .

ويدل على أن التضامن ليس مطلقا فى المسائل التجارية على خلاف الحال فى المسائل المدنية وأن ذلك محل اجماع ، مما يبرر التفرقة ، ما أورده البعض من خلاف حولها ، وأن الرأى قديما كان يقيم التضامن على افتراض شركة بين المدينين فى الحالات التى تسمح بذلك ، وفيما عداها فلا تضامن ، أما الرأى الحديث فينقسم الى اتجاهين الأول يقيمه على العرف

(٣٥) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩٣١/٥/٢٦ موسوعة القضاء ص ٦٠٠ .

القديم والثانى يرجعه الى نية المتعاقدين ، وأنه قد حدث خلاف فى مصر فيما اذا كان التضامن يفترض فى المسائل التجارية ، فذهب رأى الى أن القاعدة المقررة قديما فى التقنين المدنى السابق لاتزال باقية وهى أن التضامن لايفترض دون تمييز بين المعاملات التجارية والمعاملات المدنية ، وأنه لايقوم الا فى الأحوال المنصوص عليها قانونا ، أما غالبية شراح القانون التجارى فيقولان بافتراض التضامن فى المسائل التجارية .

والصحيح كما يرى البعض (٣٦) أن التضامن لايفترض فيما عدا المنصوص عليه فى القانون التجارى، كما هو الشأن فى القانون المدنى ، أو المتفق عليه صراحة واذا جرى العرف التجارى على التضامن فعلى المحكمة أن تقضى بموجب العرف اذا اطمأنت الى ذلك وهذه مسألة تقديرية .

ومع أن القانون التجارى قد قرر التضامن بين الشركاء المتضامنين وبينهم وبين الشركة وانه لذلك تضامن قانونى ، وهو متعلق بالنظام العام ، فلا يجوز اتفاقهم فى عقد الشركة على اعفائهم، جميعا أوبعضهم منه ، لكنه لما كان مشروطا لمصلحة دائنى الشركة ،

(٣٦) د. على جمال الدين ، العقود التجارية رقم ٢١ والمراجع المشار اليها فى الهوامش ١ و٢ ص ٢٥ وفى هامش ١ ، ٢ ، ٣ ص ٢٦ أشار الى أصحاب الآراء فى التضامن التجارى وكذلك الأحكام القضاء التى وصفها بالاضطراب وبأن هناك احكاما فى المعنيين .

فليس هناك مايمنعهم من التنازل عنه (٣٧) .

وحتى أحكام التضامن التجارى ليست واحدة فهى فى الشركات تخضع للقواعد العامة فى القانون المدنى ، أما فى الأوراق التجارية فتطبق أحكام التضامن الصرفى التى تختلف فى بعض المواضع عن التضامن العادى .

وكان مقتضى التضامن بالنسبة للشريك المتضامن حق دائن الشركة فى مطالبة الشريك أو الشركة الا أن القضاء قيد من هذا الحق بقيود لاتجعله تضامنا مدنيا ، وكما قيل أن هذا التضامن قائم بين الشركاء عند تخلف الشركة عن الدفع ، أما بين الشركاء والشركة فلا تطبق قواعد التضامن على اطلاقها (٣٨) .

وقد ورد فى مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان فى المعاملات الشرعية على المذهب الحنفى (٣٩) أحكام خاصة بالدين المشترك والدين المضمون والمكفول فى المواد من ١٦٨ الى ١٩٤ ، دون تقسيم للدين الى تجارى وغير تجارى ، وانما فقط الى مشترك وغير مشترك ، وهذا يعنى أن التضامن والتكافل يخضع لأحكام واحدة دون تفرقة ، كما أن هذا التضامن بين المدنيين أو الملتزمين لايكون مقررا

(٣٧) د. على يونس ، الشركات التجارية رقم ١٨٠ والمراجع والأحكام الواردة في هوامش ص ٣٠٠ .

(٣٨) د. مصطفى طه ، القانون التجارى ط ١٩٩٠ رقم ٢٢٧ .

(٣٩) لمؤلفه المغفور له محمد قدرى باشا طبعة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.

الا بالاتفاق أو بالنص أو بالعرف السائد ، أيا كانت طبيعة المعاملة . وهذا الموقف ناشىء من منهج ثابت لايفرق بين ماكان تجاريا أو غير تجارى ولذلك كانت دراسة العقود شاملة للنوعين ، فى المواد من ٢٦٢ الى ١٠٤٥ ، وهو نفس ماسارت عليه مشروعات تقنين الشريعة الاسلامية على المذاهب الأربعة .

٤ - الافلاس ..

من النظم الخاصة بالتجار ، والمقوية لخاصية الائتمان فى التجارة ، نظام الافلاس التجارى ، والذى استقل وحده بالباب الثالث من القانون التجارى المصرى ، وحاز نصيب الأسد ، فاستغرق المواد من ١٩٥ الى ٤١٩ .

ومع أن المادة ١٩٥ قد نصت على أن «كل تاجر توقف عن دفع ديونه يعتبر فى حالة افلاس ، ويلزم اشهار افلاسه بحكم يصدر بذلك» مما يفيد باطلاق كلمة ديون ، دون تقييد بتجارية ، فان الفقه التجارى والقضاء يشترط أن تكون الديون تجارية (٤٠) ، وكما عبر البعض (٤١) بأن الافلاس نظام تجارى لاينطبق

(٤٠) محكمة استئناف القاهرة ، الدائرتان الثامنة والتاسعة التجارية فى الأحكام المنشورة ص ٣٠٨ الى ٣١٤ من موسوعة القضاء في المواد التجارية لعبد المعين جمعة . ومحكمة النقض الأحكام المنشورة فى المستحدث في القضاء التجارى لمعوض عبد التواب ص ٦٢ الى ٧٠ . والمراجع الآتى ذكرها .

(٤١) د. علي جمال الدين ، الافلاس ط ١٩٨٣ رقم ٦ .

الا على التاجر متى توقف عن دفع ديونه التجارية ٠ أما غير التاجر فلا سبيل الى شهر افلاسه ، متى امتنع عن الدفع ،وقد نظم القانون المدنى الاعسار للأشخاص غير التجار ، ثم أثار ملاحظة حول ما اذا كان هـذا الحل موفقا ، وما اذا كان من المناسب توسيع دائرة الافلاس لتشمل غير التجار ، ولكنه رجح وجوب قصر الافلاس على التجار ، لأن البيئة المدنية ، كما يرى ، ليست فى حاجة اليه ، بل هى تنوء بأحكام واجراءات الافلاس وهى كثيرة ومكلفة ٠

ويلاحظ مايأتى : -

أولا : أن نظام التصفية الجماعية لأمـوال المدين التاجر والمعروف بالافلاس التجارى مع أنه يرد تاريخيا الى القانون الرومانى، الذى انتقل منه الى الجمهوريات الايطالية ثم الى القانون التجارى الفرنسى عام ١٨٠٧، ١٨٣٨ (٤٢) ثم القانون التجارى المصرى الصادر سنة ١٨٨٣ ، الا أنه يلاحظ أن القانون الرومانى لم يكن يفرق بين المدين التاجر والمدين غير التاجـر ، أو مايسمى المدنى ، كما أن فى فرنسا تم اصدار قانون

(٤٢) انتقل نظام الافلاس من ايطاليا الى فرنسا بموجب الأمـر الملكى المنظم للتجارة البرية عام ١٦٧٣ حتي أصدر قانون يوليـو ١٩٦٧ والأمر الصادر فى سبتمبر من نفس العام وعدة لوائح تنفيذية واستهدف هذا القانون حماية المصالح الاقتصادية بالفصل بين مصير المشروع التجارى وبين مصير المدين المتوقف عن دفع ديونه وزاد من سلطات القضاء فى الاشراف على اجراءات الافلاس د٠ ثروت ص ١٢٦٥ ٠

فى ١٣ يوليو ١٩٦٧ يتعلق بالتسوية القضائية وتصفية الأموال والافلاس الشخصى ، وأخضع هذا التشريع لأحكامه جميع الأشخاص المعنوية الخاصة دون تفرقة بين الشركات التجارية والشركات المدنية ، أو بين الشركات والجمعيات ٠ وفى ألمانيا تنطبق قواعـد الافلاس على التجار وغير التجار ، وفى انجلتـرا - كذلك - يخضع لنظام الافلاس جميع المدنيين سواء أكانوا تجارا أم غير تجار ، أما نظام الافـلاس فى القانون التجارى المصرى فقد أخذ من نظام الافلاس الفرنسى كما ورد فى القانون الصادر عام ١٨٣٨، مع بعض التعديلات البسيطة ، ولم تطرأ على النصوص المصرية أية تعديلات الا فى سنتى ١٩٤٤ ، ١٩٤٥ (٤٣) ٠

ثانيا : أن الافلاس نظام قديم لازال يحمل فى بعض ثناياه طابع الانتقام من المدين المفلس ولازال يحمل طابع الجريمة حتى ولو كان المفلس حسن النية سيء الحظ ، وقد تضاءلت أهمية نظام الافلاس وضاق نطاق تطبيقه العملى فى مصر بعد الثورة ٠ وصدور مايسمى بالقوانين الاشتراكية (٤٤) ٠

(٤٣) د٠ الشرقاوى ، القانون التجارى ج٢ ط ١٩٨١ رقم ١٢٤ ٠ د٠ البارودى ، الوجيز ط ١٩٦٦ ٠ ص ٢٣٦ وهامش ٢٢١ ٠ وقد صرح بأن المشرع المصرى الوضعى قد اقتبس الاعسار المدنى من نظام الافلاس التجارى بقدر محدود ٠

(٤٤) المرجع السابق رقم ١٨٣ ٠ وقد قضى بأن مجرد التأخيـر فى سداد الدين لايصلح دليلا فى جميع الأحوال علي أن المدين فى حالة توقف عن الدفع تبرر اشهار افلاسه ٠ محكمة استئناف القاهرة ٠ الدائرة التجارية والضرائب فى ١١ - ١٠ - ١٩٥١ موسوعة القضاء المعبد المعين رقم ٦٧٠

ثالثا : أنه نظام شخصى لايشمل غير التاجر ، ولايطبق فى المعاملات التجارية والديون الناشئة عنها اذا كان المدين فيها غير تاجر ، ولذلك فنطاق تطبيقه محدود بالتجار ، مع أن القانون التجارى يطبق على التاجر والعمل التجارى ٠

رابعا : أنه نظام يتسم بالقسوة (٤٤) والتفرقة فى الأحكام : فمجرد التوقف عن دفع الدين ولو رجع ذلك الى ظروف خارجية ، يبرر الحكم بالافلاس ، كما أنه مع تقريره جزاء على الاخلال بالائتمان التجارى ، وللعمل على تقويته ، وتحقيق التسوية بين الدائنين فى الحصول على ديونهم يشترط التوقف عن دفع دين تجارى ، وبالتالى فلا يحقق ضمانا الا للدائنين بديون تجارية ، أما الدائن بدين مدنى فلا يحق له طلب الافلاس عن توقف التاجر عن الوفاء بدينه ، الا اذا أثبت توقف المدين عن دفع دين تجارى (٤٦) ٠ مع أن النص القانونى رقم ١٩٥ تجارى عام ، ولايجوز تخصيصه بلا مخصص ، ولايصلح الا ستدلال بأن الديون المدنية لاعلاقة لها بالحياة التجارية التى أرسى من أجلها نظام الافلاس (٤٧) ، فهى تؤثر فيها وتتأثر بها ، و لاتنفصل عنها ، كما أنه قد أقر للدائن المدنى بحق طلب افلاس التاجر المتوقف عن دفع دين

(٤٥) د٠ ثروت عبد الرحيم ج١ رقم ٥٥ ٠
(٤٦) د٠ الخولي ص ٧٣ ٠ د٠ على جمال الدين ، الافلاس ص ٤٧ ٠
(٤٧) د٠ حسنى المصرى ، القانون التجارى ط ١٩٠ ٠

نجارى له أو لغيره ، وهذه التفرقة فى المعاملة تتنافى مع القاعدة الجوهرية التى أسس عليها نظام الافلاس وهى رعاية المساواة بين جميع دائنى المفلس الذين تتكون منهم جماعة الدائنين (٤٨) ، وهى قاعدة يجب توفيرها أولا وآخرا ٠

كما تظهر التفرقة بين الشركات ، فاذا كان الافلاس يطبق على الشركات التجارية فانه لايجوز شهر افلاس الشركات المدنية بحسب عقدها ، أى فى شكلها بأن لم تأخذ شكلا تجاريا ، ولو باشرت نشاطا تجاريا (٤٩) ٠

ونخلص الى أن هذا النظام أقيم على أساس التفرقة بين التاجر وغير التاجر وليس على أساس تقسيم العمل الى تجارى ومدنى ، ومن العدل وضع قواعد موحدة فى تطبيق هذا النظام ، كما هو الشأن فى الشريعة الاسلامية ، حيث يدرس الافلاس أو التفليس أو الحجر على المدين كنظام شامل غير خاص بالتاجر ولايتسم بالقوة ولايقترن بالجريمة المفترضة ، وانما يوفر الضمان الكافى للدائنين والائتمان المطلوب للتجارة مع عمومية تطبيقه ٠

كما أن الآثار الناشئة عن القول بخصوصية النشاط التجارى مقررة كلها أو معظمها من القانون نفسه ،

(٤٨) د٠ على يونس ، القانون التجارى رقم ٥٢ ٠
(٤٩) د٠ على جمال الدين ، السابق ص ٢٢ ٠

واذا كان صحيحا أن الشريعة الاسلامية والقانون يلتقيان فى اعتبار أن التاجر هو من يحترف التجارة وأن غير التاجر اذا مارس عملا من أعمالها لايكون تاجرا وان اعتبر ماقام به تجارة ، وهى التى تهدف الى الربح ، فان الخلاف بينهما لايزال فى تعدد القوانين وتقسيمها الى تجارى ومدنى ووحدة الأحكام والنظم فى الشريعة الاسلامية وهذا مانحاول بحثه لتحقيق الغاية من دراسة المعاملات المالية وضرورة تطوير وتجديد وتوحيد أحكامها ٠

الدليل الرابع : ضعف أسانيد التوحيد :

يستدل أنصار الفصل على قوة مذهبهم وملاءمته - بالاضافة الى الأدلة السابقة - بأن التوحيد غير ممكن عملا بشكل تام ، كما أن حجج أنصار التوحيد لاتقوى على مواجهة النقد ، ولاتقنع فى القول بالادماج فى نظر المعارضين ٠ فالتطور التاريخى قد وصل بالقانون التجارى الى استعادة صبغته الشخصية مما يعيده الى نشأته الأولى التى اقتضت وجوده واستقلاله ، كما أن سريان الأنظمة الخاصة بالقانون التجارى على المعاملات المدنية ليس مرغوبا فيه ، فهى تكون أقل نجاحا فى هذه المعاملات ، لأنها لاتتفق وروح التجارة ، واذا كان غير التجار يستخدمون كثيرا من أساليب التجار ، كالأوراق التجارية والمعاملات المصرفية فلا مانع من تأثر كل من القانونين المدنى والتجارى بقدر ماتقتضيه الحاجة ، ذلك أن الفصل

بين القانونين ليس تاما ، ويجب الاقتصار على هذه الحدود التى تستجيب للواقع ، دون الوصول الى الادماج الكلى (٥٠) ٠

فاتساع دائرة القانون التجارى مع تطور الظروف الاقتصادية ليس حجة مقنعة تبرر الوحدة بقدر مايزيد أهميته العملية ويؤكد كيانه الذاتى (٥١) ٠

ومع أن بعض أنصار الفصل (٥٢) يصف حجج أنصار التوحيد بأنها تبدو على قدر كبير من الوجاهة ، وهى تبين الى أى حد تضيق بالفعل مناطق الخلاف بين القانونين فى المعاملات المالية ، الا أنه مع ذلك يرى أن ذلك لايمنع من أن هذه المناطق مازالت جديرة بأن تبرر أن يكون للقانون التجارى كيانه المستقل وذاتيته الخاصة ، وأيا كانت أهمية التوحيد فى المنطق القانونى ، فهو - فى نظره - ليس غاية فى حد ذاته ، فالغاية هى صلاحية القاعدة القانونية للعلاقة التى تحكمها ، وتطبيق قاعدة موحدة على علاقات مختلفة لايستقيم أيا كانت ضآلة الاختلاف وأيا كانت المبررات المنطقية لأنصار التوحيد ، ثم ينفى عن الأحكام الخاصة بالتجار بأنها مزايا ، بل هى أحكام تناسب نشاطهم ٠

---

(٥٠) على يونس رقم ١٢ ٠

(٥١) د٠ الشرقاوى رقم ٥ وهامش ١ ص ٨ أشار الى د٠ محمد حسنى عباس ، القانون التجارى رقم ١٥ ٠ وان كان من أشد أنصار الفصل من يصرح بأنه مع نشأته الطائفية لم يعد طائفيا ٠ البارودى رقم ٣ ٠

(٥٢) د٠ البارودى ، القانون التجارى رقم ٣ ٠

وبالرغم من أننا نتفق مع القول السابق فى بعض مايراه الا أننا لانقره على النتيجة التى وصل اليها ، فاذا كانت مناطق الخلاف بين القانونين تضيق ، فلا مبرر لبقاء الفصل مع هذه الدائرة الضيقة ، بل ان هذا أدعى الى التوحيد ، كما أن تطبيق قاعدة موحدة لايكون الا بالنسبة للعلاقة ذات الطبيعة الواحدة ، والتوحيد ليس غاية فى نظر أنصاره ، بل هو وسيلة لوضع قواعد صالحة وملائمة ، ولم يقل أحد بأن أحكام التجار هى مجرد مزايا لهم ، فهى لهم وعليهم ، ولامانع من تعميم الأحكام الأساسية والمناسبة مع الاحتفاظ بالقواعد الخاصة القائمة على العرف والمحققة للمصلحة

وبالاضافة الى ماسبق يؤكد أنصار الفصل صحة رأيهم (٥٣) بأن محاولات التوحيد التى تمت كانت توحيدا شكليا لاموضوعيا ، ففى التقنين السويسرى احتوى الجزء الثانى منه على فصول خاصة بالتجار ، كالسجل التجارى والدفاتر التجارية والشركات التجارية ، والقانون الايطالى تضمن فصولا عن المنشأة التجارية والملكية الصناعية ، وفى انجلترا توجد أنظمة مكتوبة خاصة بالتجار ، كالبيع التجارى والتأمين البحرى

(٥٣) د٠ على يونس رقم ١٢ ٠ د٠ الخولى رقم ٤٣ الذى يرى أن الاجماع يكاد يتفق بين فقهاء القانون التجارى في فرنسا وفى مصر على نبذ نظرية التوحيد بعد أن ردوا حججها ، د٠ على جمال الدين ص ١٤ ٠ مصطفي طه رقما ٣و٤ ٠ وان كان دفاع بعض السقهاء بشدة عن مذهب التوحيد ينفي الاجماع ، ومنهم د٠ ذهنى ود٠ الزينى ود٠ الشرقاوى ود٠ الخولى :

والافلاس ، فكل مافعلته هذه القوانين فى الحقيقة كان مجرد وضع القانونين فى مجلد واحد ، مع الابقاء على أحكامهما قائمة ومستقلة ،وليس هذا هوالتوحيد فى نظرهم ، كما أن هذه المحاولات تبين ، على العكس، أن النشاط التجارى لازال يتطلب قانونا خاصا به ، هو القانون التجارى فى كيانه المستقل ، بل الأكثر من ذلك ان مثل هذه التجارب من شأنها أن تؤدى الى عرقلة المحاولات المبذولة لتوحيد قواعد القانون التجارى على النطاق الدولى ، ففرصة نجاحه أكبر عندما لاتثقلها قواعد القانون المدنى ذات الارتباط الاقليمى القوى ٠

وقد رد البعض (٥٤) هذه الاعتراضات ، فهى لاتكفى مع الأدلة السابقة لأنصار الاستقلال لتبرير فصل القانونين فصلا تاما ، لأن معظم القواعد العامة التى تطبق على جميع المعاملات الاقتصادية واحدة ، حتى فى ظل الفصل كما أن الوحدة التشريعية قد تحققت موضوعيا - لاشكليا فقط - فى بعض الدول فالقانون الايطالى والقانون الانجليزى تطبق فيهما أحكام واحدة على جميع المعاملات ، دون أن يغير ذلك من خضوع بعض النظم التجارية الخاصة لتنظيم قانونى مستقل فالعبرة بوحدة النظام القانونى للمعاملات الاقتصادية، بحيث يكون هذا النظام الذى يحكم العقود والاجراءات واحدا بغض النظر عن طبيعة المعاملة،

(٥٤) د٠ الشرقاوى ج١ ص ٨ ٠ د٠ الخولى ص ٤٧ وهوامشها ٠

والأخذ بفكرة القانون الاقتصادى هو الحل الامثل فى نظر البعض (٥٥) . ويواصل البعض (٥٦) دفاعه عن التوحيد ورده للاعتراضات التى يثيرها أنصار التقسيم بان نظرية التوحيد مازالت محتفظة بوجاهتها لأن التوحيد لايعنى تعميم تطبيق قواعد القانون التجارى على كافة الروابط المالية ، وقد حققت الدول التى أخذت بالتوحيد قدرا كبيرا من التوفيق بين مقتضيات كل من النشاط التجارى والمدنى ، ووضعت قواعد لايضيق بها الأول ولاتتضمن خطورة أو اسرافا بالنسبة للثانى ، كما أنه لاخطورة من التوحيد الداخلى على التوحيد الدولى للقانون التجارى ، فالتوحيد يكون مقصورا على تنظيم المعاملات المالية ، دون القيم والتقاليد الاجتماعية المتصلة بأسس المجتمع وخصائصه ونظم الأسرة والمبادىء الدينية ، واذا صح أن الوحدة الدولية هدف بعيد المنال ان لم يكن مستحيلا فان توحيد قواعد المعاملات فى كل دولة لايعطل السعى الى وحدة القانون التجارى ، الا أن هذا لايعنى انكار وجود القانون التجارى عند هذا الرأى ، بل انه يعترف بضرورة وجوده كقانون منظم للحرفة التجارية يقوم بجانب التقنين الموحد .

وفى نهاية هذا الفرع نقرر ضرورة توحيد الأحكام الأساسية مع بقاء النظم الخاصة بالتجارة دون أن

(٥٥) د. محمود سمير الشرقاوى السابق .

(٥٦) د. الخولى ص ٤٨ . د. ذهني رقم ٨ .

يعنى ذلك الفصل ، طبقا لوحدة المنهج والحكم كما هو الموقف فى الشريعة الاسلامية وهذا أقوى رد على أنصار الفصل والتقسيم .

الفرع الثانى

توحيد القانون التجارى على المستوى الدولى

من المقرر تاريخيا وقانونيا أنه لايوجد تلازم بين ظهور المعاملات التجارية ووجود القانون التجارى ، وأن التجارة قد عرفت لدى كثير من الشعوب القديمة ، بينما القانون التجارى لم يبرز للوجود كقانون مستقل الا فى العصور الوسطى ، كما أن بعض الشعوب قد تعاملت بالتجارة دون أن تعرف القانون التجارى ، بل كان يحكم جميع معاملاتها قانون واحد (١) وهذا ماكان سائدا فعلا عند المسلمين ،قبلفصل القوانين ، ووضع قوانين مدنية وقوانين تجارية منذ أواخر القرن الميلادى الماضى ، حيث كانت الشريعة الاسلامية هى المطبقة على جميع المعاملات وجميع الأشخاص ، وفى سائر الدول الاسلامية .

ويتميز القانون التجارى ، مع ذلك ، بأنه قانون ذو طبيعة دولية ، أى أنه نشأ نشأة دولية ، من خلال

(١) د/ الشرقاوى ، القانون التجارى ج١ ص ١٥ . د/ البارودى ، القانون التجارى ط ١٩٨٦ ص ٢٠ . د. على جمال الدين ، القانون التجارى ط ١٩٨٨ رقم ١٠ .

النظم التى سادت المعاملات التجارية بين الدول ، وظل محتفظا بهذه الصفة الى القرن الثامن عشر الميلادى، ثم اتجهت الدول الى تقنين أحكام هذا القانون العرفى، ليتخذ صفة أخرى هى المحلية ، ولكن تطور المعاملات وتشابك العلاقات وتقدم الصناعات اقتضى وضع اتفاقيات تجارية دولية ، فاستعاد القانون التجارى طابعه الدولى ، الى جانب احتفاظه بالصبغة المحلية، فى اطار التشريعات الداخلية ، كما اتجهت الرغبة نحو توحيد أحكام القانون التجارى فى المعاملات الدولية ، تقديرا للظروف الحادثة ، وبديلا لصعوبة توحيد قانون المعاملات على المستويات الوطنية (٢).

وتتعدد طرق وأساليب توحيد القانون التجارى على المستوى الدولى ، سواء من حيث النطاق الاقليمى أو الالتزام الدولى ، فقد تحققه عدة دول فى منطقة واحدة ، تربطها علاقة الجوار ، وتجمعها وحدة المصالح والأهداف ، كدول السوق الأوربية المشتركة، التى أبرمت اتفاقية السوق المشتركة عام ١٩٥٨ (٣)، ثم خطت خطوات واسعة نحو تحقيق الوحدة الكاملة فى المستقبل القريب ، عن طريق مايسمى معاهدة ماستريخت .

وهناك أمل يراود أبناء الاسلام فى السعى نحو

(٣) د/ الشرقاوى رقم ٦ .

التقارب ، وانشاء سوق اسلامية أو عربية مشتركة. والتى لن تتحقق فى رأيى الابعد توحيد قوانين المعاملات، أو على الأقل التدرج لبلوغ هذا الهدف باصدار مايسمى التشريع النموذجى القائم على المبادىء الشرعية .

هذه صورة من صور التوحيد الدولى على أساس المصالح التجارية المشتركة ، وهو توحيد كلى ، يشمل قواعد القانون ، ونظرا لصعوبته العملية فى ظل الظروف الحالية فهناك توحيد آخر جزئى يتم فى معاملات معينة ونظم خاصة ، باتفاقيات تبرمها عدة دول لاتجمعها روابط قوية، كالصورة السابقة ، وانما ضرورات التعامل ومقتضيات السياسة .

ومن المعلوم أنه لايلتزم بأحكام هذه الاتفاقيات الا الدول الموقعة عليها ، وهذا وان كان يقضى على مشكلة تنازع القوانين فى المسائل التى تكون موضوعا للاتفاقية ، بالنسبة للدول الموقعة فقط ، الا أنه يؤدى الى صعوبة أخرى ، وهى تعدد النظم القانونية وازدواجها فى هذه الدول ، فالنظام الدولى الثابت بالاتفاقية يحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبى ، أما النظام الداخلى المقرر بالقانون الوطنى فيختص بالمعاملات الداخلية ، وهذا قد يؤدى ، عند الاختلاف، الى صعوبات عملية وقانونية كثيرة فى وضع الحدود

الفاصلة بين نطاق تطبيق كل منها وفى التفرقة فى المعاملة (٤) ٠

وللتغلب على مشكلة ازدواج النظم الحاكمة يمكن اتخاذ أسلوب آخر للتوحيد ، بابرام اتفاقيات دولية تتضمن تشريعا موحدا ، وتلتزم الدول الموقعة عليها بادراجها فى قوانينها الداخلية ، وهذا أيضا أمر عسير ، اذ يفترض ـ كما يقال ـ تنازل المشرع الوطنى عن سلطته التشريعية (٥) ، خضوعا للارادة الدولية٠

ولكن الحقيقة أن توحيد أحكام المعاملات على المستوى الدولى بالاتفاقيات الخاصة بموضوعات معينة ، ليست توحيدا بمعنى الكلمة ، وانما هى خطوات نحو هذا التوحيد ، وأنه فى النهاية هدف بعيد المنال ، وأنه ليس كما يقول البعض ان التوحيد الدولى أيسر من التوحيد الداخلى للقانونين التجارى والمدنى (٦) ، فحتى وان كانت المعاملات التجارية واحدة بالنسبة لكل الدول ، الا أن اجتماع عدة دول، فضلا عن دول العالم أجمع ، على قانون تجارى واحد من باب المستحيلات مالم تكن هذه الدول مرتبطة أولا بروابط ومصالح تفرض عليها تحقيق هذه الوحدة

(٤) السابق وأشار فى هامش ٢ ص ٩ الى الأستاذ الدكتور محسن شفيق فى الموجز فى القانون التجارى سنة ١٩٦٦ ـ ١٩٦٧ رقم ٢٦ ٠ البارودى رقم ٤ ٠

(٥) د/ الشرقاوى ص ١٠ ٠

(٦) د/ البارودى رقم ٤ ٠

بدافع شرعى وبرغبة حكومية قوية ، وبموافقة شعبية حرة ٠ ومعلوم أن الاتفاقية اذا لم تتعارض مع القانون الداخلى ، الذى لايجب فى نفس الوقت ألا يخالف مبادىء الشريعة الاسلامية ، وتمت الموافقة الشعبية عليها ، فان ذلك لايعد تنازلا عن سلطة التشريع ، خاصة فى ظل الاتجاه الى الاهتمام بدراسة قانون التجارة الدولية أو العلاقات التجارية الدولية كفرع مستقل من فروع القانون (٧) ٠

ومن الاتفاقيات التجارية الدولية التى عقدت فى اطار توحيد أحكام بعض المعاملات على المستوى الدولى ٠ اتفاقية برن عام ١٨٩٠ ، والمعدلة فى ١٩٥٣، بشأن النقل بالسكك الحديدية ، واتفاقية لاهاى للنقل الدولى للمنقولات المادية ، واتفاقية جنيف للأوراق والصكوك والتجارية ٠

ومن الملاحظ أن فقهاء القانون التجارى المصرى (٨) قد أيدوا توحيد قواعد قانون الصرف بين الدول ، كما تم فى اتفاقية جنيف ، ولكنهم انتقدوا ـ فى نفس الوقت ـ موقف المشرع الوضعى المصرى فى عدم الانضمام الى هذه الاتفاقية والتوقيع عليها ، وادراج

(٧) د/ الشرقاوى ص ١٠ وأشار في هامش ٢ منها الى أحدث المؤلفات فى هذا الفرع وهو كتاب للمؤلفين Brodin. Loussouarn بعنوان Droit du commerce international, Paris 1969.

(٨) د٠ البارودى ، القانون التجارى ط ١٩٦٣ ص ٤٤٣ ٠ د٠ الشرقاوى ج٢ ط ١٩٨١ رقم ٢٢١ المراجع التالية ٠

أحكامها فى القانون التجارى ، رغم تخلف نصوص هذا القانون ، بما يتعلق منها بقانون الصرف ، فهى كما عبر البعض (٩)، تتضمن «أحكاما عتيقة لاتتفق ومقتضيات الحياة التجارية العصرية» ٠

فقد أقر مؤتمر جنيف المنعقد فى ١٣ مايو ١٩٣٠ ثلاث اتفاقيات بشأن الكمبيالات والسندات الاذنية، فى القواعد الموحدة والحلول المقترحة عند تنازع القوانين وضريبة التمغة ٠ تم عقد مؤتمر آخر فى جنيف عام ١٩٣١ لتوحيد قانون الشيك ، وضعت فيه ثلاث اتفاقيات أخرى مماثلة للاتفاقيات السابقة ٠

وقد أدخلت أحكام هذه الاتفاقيات فى قوانين الدول الموقعة عليها ومنها السويد والنرويج وبلجيكا والدنمارك وفرنسا وهولندا وايطاليا واليابان وألمانيا، وبعض الدول العربية كالعراق وسوريا والكويت تضمنت قوانينها التجارية قواعد مماثلة لقواعد هذه الاتفاقيات ٠

وقد يخفف من عدم توقيع مصر على هذه الاتفاقيات عدم اشتراكها فى مؤتمر جنيف عامى ١٩٣٠و١٩٣١، وأن واضعى مشروع القانون التجارى المنتظر قد استمدوا أحكام الأوراق التجارية من قواعد قانون جنيف الموحد ، أو كما قيل انتظارا لاصدار القانون

(٩) د٠ مصطفى طه ، الوجيز رقم ٢٠ ٠

التجارى العربى (١٠) ٠

أما انجلترا التى رفضت التوقيع على اتفاقيات القانون الموحد فقد كانت لها حجة منطقية تتفق مع منهجها ونظامها فالقانون الانجليزى الذى يمثل النظام الانجلوسكسونى ، والذى يعتمد فى معظمه على العرف ، ولايفرق بين التاجر وغير التاجر والعمل التجارى وغير التجارى ، ولكنه يتضمن أحكاما واحدة تسرى عليها جميعا ، والقانون التجارى الانجليزى جزء من شريعتها العامة ، وقانون الأوراق التجارية الصادر عام ١٨٨٢ والمعدل بقانون ١٢ يوليو ١٩٣٢ قنن فقط عرف التجار ، ولذلك فان الخلاف كبير بين النظام الانجلوسكسونى والنظام الأوربى بدرجة لاتسمح بالانضمام والتوحيد (١١) ٠

ومع أهمية هذا التوحيد ومايحققه من مزايا تتمثل القضاء على تنازع القوانين ، واستقرار التعامل

(١٠) د٠ ثروت عبد الرحيم القانون التجارى المصرى ج٢ رقم ١٧ ٠ د٠ على جمال الدين الوجيز فى القانون التجارى ط ١٩٨٢ رقم ٢٧٢ وقد عدلت المجموعة التجارية الفرنسية سنة ١٩٣٥ لتتمشى فى هذا الشأن مع قانون جنيف الموحد ، بينما لايزال القانون المصرى ، المنقول عن المجموعة الفرنسية الصادرة سنة ١٨٠٧ ، كما هو منذ وضعه عام ١٨٨٣ ٠

(١١) د٠ الشرقاوى رقم ٢٢١ ، د٠ البارودى هامش ١ ص ٤٤٢ ، د٠ على يونس ، القانون التجارى ص ٤٢ ومع ذلك فقد أصدرت انجلترا بعض القوانين الخاصة بالمسائل التجارية ولكن هذا لايخل بوحدة القانون كأصل عام ٠

بالأوراق التجارية على أسس عالمية معروفة ، بما يساعد على تحقيق أهداف ووظائف هذه الصكوك ، كأدوات وفاء وائتمان ، فان الواقع يشهد بأن هذا التوحيد الذى تحققه أمثال هذه الاتفاقيات ليس عاما ولاتاما ، فهو يختص بموضوعات معينة ومتفرقة ، كما أنه قد تعذر الاتفاق على قواعد موحدة لأهم المسائل حتى فى الموضوع الواحد ، كالأهلية ومقابل الوفاء (١٢) فى الأوراق التجارية ، وقد يرجع هذا الى أن الأهلية تتصل بالالتزامات وينظمها القانون المدنى بصفة أصلية ، كما أن مقابل الوفاء يتصل بالعلاقات المالية والشخصية بين الساحب والمسحوب عليه ، وتتعدد مصادره لذا صعب الاتفاق على أحكامه .

وقد أيد البعض (١٣) تدويل - أى التوحيد على المستوى الدولى - لقواعد القانون التجارى ، بفروعه الثلاثة ، البرى والبحرى والجوى ، تحقيقا لقيمة التوحيد من الناحية النظرية ، ونظرا لما لهذا التوحيد - فى نفس الوقت - من فائدة عملية ، خاصة فى مجال التجارة الدولية ، اذ يوفر هذا التوحيد أمانا ، يطمئن به التجار الى قاعدة واحدة يعرفونها ويتعاملون بها ، فتستقيم شئون التجارة وراء الحدود وعبر البحار والمحيطات ، فى يسر وسرعة . ولذلك يقترح لهذا التوحيد الطرق الآتية : -

(١٢) د. البارودى ص ٤٤١ فى الهامش ٢ و ٣ .

(١٣) د/ على البارودى ، القانون التجارى طبعة ١٩٨٦ رقم ٤ .

الطريق الأول : حيث يلتقى أصحاب المصلحة أنفسهم فى شكل لجان دولية ، لوضع قواعد موحدة ، تتضمنها عقود تعاملهم . ويتواتر اتباع هذه العادات الاتفاقية ، حتى تأخذ صورة العرف التجارى الدولى ، الذى يتصف بخاصية الالزام . ومن أمثلة ذلك قواعد البيع البحرى سيف أو كاف ، التى وضعت فى مؤتمرى فارسوفى فى عام ١٩٢٨ وأكسفورد سنة ١٩٣٢ ، ومعاهدة فارسوفى فى عام ١٩٢٠ فى النقل الجوى .

الطريق الثانى : أن تجتمع الدول فى مؤتمرات دولية مفتوحة لابرام معاهدة يسمح بالانضمام اليها مستقبلا ، كما حدث فى معاهدة جنيف سنة ١٩٥٦ فى الطرق البرية وغيرها من المعاهدات .

الطريق الثالث : أن تتفق عدة دول على تشريع موحد يكون نموذجا تقتبسه سائر الدول ليحل محل تشريعاتها الداخلية ، ومن أشهر هذا الطريق قانون جنيف الموحد فى الأوراق والصكوك التجارية عامى ١٩٣٠ و ١٩٣١ .

ومن رأى البعض (١٤) ، أن أبرز مظاهر التوحيد التام للقانون التجارى الدولى قانون جنيف الموحد لأحكام الكمبيالة والشيك والسند الاذنى ، والذى حقق الى حد كبير وحدة قانون الصرف فى العالم .

ونظرا للحاجة والأهمية البالغة لتوحيد القانون التجارى على المستوى الدولى انشأت الأمم المتحدة ،

(١٤) د/ أكثم الخولى ، الموجز ج١ رقم ٢٦ .

بقرار منها ، فى دورة انعقادها الحادية والعشرين عامى ١٩٦٧/٦٦ ، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى ، بغرض توحيد القانون التجارى بأسلوب تدريجى (١٥) .

ومع أن البعض (١٦) يؤكد على أهمية هذا التوحيد ومزاياه ، ليس فقط فى القضاء على تنازع القوانين، وانما أيضا لأن بهذا التوحيد تزداد قوة هذه الأوراق رسوخا واستقرارا على أسس عالمية معروفة ، وفى ذلك تحقيق لوظائف الصكوك التجارية كأدوات وفاء وأدوات ائتمان ، فانه فى نفس الوقت يرى أن التوحيد الذى وصلت اليه اتفاقيات جنيف لم يكن كاملا ، حيث تعذر الاتفاق على قواعد موحدة لمسائل مهمة كالأهلية ومقابل الوفاء (١٧) .

واذا كنا نقف فى صف المؤيدين لمحاولات توحيد قواعد القانون التجارى على المستوى الدولى، باعتبارها خطوة فى طريق توحيد أحكام المعاملات ، الا أن لنا ملاحظة تتلخص فى ضرورة الاستفادة بقواعد الشريعة الاسلامية عند توحيد الأحكام ، باعتبارها مصدرا تشريعيا أساسيا ، كما أنه من غير المفهوم عدم توقيع مصر على اتفاقية جنيف للأوراق التجارية ، مع أنها تسير فى نظمها القانونية فى فلك الدول الموقعة عليها،

(١٥) البارودى رقم ٥ .
(١٦) البارودى ، القانون التجارى طبعة ١٩٦٣ هامش ٢ ص٤٤١.
(١٧) المرجع السابق هامش ٣ .

ولذلك كان الموقف المصرى محل نقد شديد ، وأما موقف انجلترا فى عدم الانضمام فقد كان متفقا مع نظامها القانونى ، المماثل لمنهج الشريعة الاسلامية ، فى عدم التفرقة بين التاجر وغير التاجر ، وتقسيم العمل الى تجارى ومدنى ، وان كان العرف السائد بين التجار فى البيئة التجارية محل اعتبار .

توحيد قانون التجارة أو الملاحة البحرية :

يدرس القانون البحرى على أنه قانون مستقل ، فالعلاقات البحرية تتميز بطابع خاص مما يوجب الاستعانة بقواعد خاصة ، تختلف عن القواعد المنظمة للعلاقات المدنية ، أو حتى العلاقات التجارية البرية، يرجع ذلك كما يرى البعض لأسباب منها ، الأخطار الجسيمة التى تتعرض لها الرحلة البحرية ، وطول هذه المرحلة ، والصفة الدولية للملاحة البحرية ، وما اقتضته ضرورات الملاحة البحرية من وضع قواعد خاصة للقانون البحرى لذا يعد فرعا من فروع القانون الخاص ، لما يتمتع به من ذاتية خاصة ومتميزة (١٨) .

ومع أن المقام لايسمح والمجال لايتسع لمناقشة هذا الموضوع الا أنه يمكن القول فى كلمة موجزة انه حتى ولو كانت الأسباب التى تذكر لتبرير استقلال القانون البحرى فانها لاتكفى لتقرير النتيجة السابقة .

(١٨) د/ على جمال الدين ، القانون البحرى طبعة ١٩٨٦ رقم ١ .
د/ سميحة القليوبى ، القانون البحرى طبعة ١٩٨٢ رقم ٢ .

ومن المسلم به أن المعاملات من بيع ورهن وايجار ونقل وشركة وغيرها ذات طبيعة قانونية واحدة ، أما مايحيط اجراءها من ظروف فلا يبرر القول باستقلال وانفصال كل قانون حسب وسيلة تنفيذه ، الا اذا قصرنا القانون المختص بوسيلة النقل كالسفينة أو الطائرة ٠

لذلك فان اللجوء الى التوحيد على المستوى الدولى يجعل من غير المقبول القول باستقلال القانون البحرى على المستوى الوطنى ، ويقاس عليه القانون الجوى فكما عبر البعض (١٩) بقوله القانون التجارى بفروعه الثلاثة البرى والبحرى والجوى ، وان كانت فى الحقيقة لاتمثل فروعا مستقلة ، وانما أجنحة لجسم واحد هو قانون المعاملات أو قانون التجارة ٠

ويتفق الرأى فى ضرورة توحيد القوانين البحرية، ولكن تختلف الاتجاهات لتحقيق هذا الهدف ، فهناك انجاه لتوحيد القواعد الموضوعية ، وهناك اتجاه آخر لتوحيد قاعدة الاسناد ، بغرض توحيد القانون القانون المختص بالواقعة أى تحديده كقانون واحد لايتعدد (٢٠) ٠

أما عن التوحيد الموضوعى فمعناه توحيد القواعد

(١٩) د/ على البارودى ، القانون التجارى ط ١٩٨٦ رقم ٤ ٠

(٢٠) في تفصيل هذا الموضوع د/ علي جمال الدين ، القانون البحرى أرقام ١ ، ٢ ، ٣ ٠

القانونية عن طريق العادات الاتفاقية ، كما تم فى قواعد يورك وانفرس فى الخسارات البحرية المشركة عام ١٩٢٤ ، وقواعد فارسوفيا الخاصة بالبيع سيف عام ١٩٢٨ ، وهذا مايسمى العقد النموذجى ، أو عن طريق وضع نموذج لقانون تقوم الدول باصدار قانون مماثل له ، وهو مايطلق عليه التشريع النموذجى كما فى حقوق الامتياز والرهون البحرية ، ثم هناك اتفاق الدول على قاعدة واحدة فى العلاقات ذات العنصر الأجنبى ، ويتم الاتفاق على الالتزام بهذه القاعدة وفقا لمعاهدات دولية ٠

وأما التوحيد الاسنادى فيراد به توحيد قواعد الاسناد التى يتم بها تحديد القانون الواجب التطبيق على كل علاقة ذات عنصر أجنبى ولكن عيب هذا التوحيد أنه يثير عدة مشاكل قانونية (٢١) ٠

واذا كان لنا من تعليق على ماسبق فيمكن ايجازه فى أنه اذا كان القانون البحرى يتميز بطابعه الدولى غالبا ، فان الاتجاه الى توحيده على المستوى الدولى (٢٢) ، وان كان يتفق مع طبيعة العلاقة ذات العنصر الأجنبى ، الا أنه قد يترتب عليه التفرقة فى

(٢١) المرجع السابق ٠

(٢٢) وقد قرر البعض أن طرق التوحيد الدولى لاتصلح فى بعض الأحوال فى القضاء على تنازع القوانين ، كما أن محاولات توحيد التشريعات التجارية رغبة تقف فى سبيلها اعتبارات عملية تجعل من العسير تحقيقها ٠ د٠ على يونس ، القانون التجارى أرقام ٣٢ - ٣٨ ٠

حكم المعاملة اذا اتحد طرفاها ، ولعل التشريع النموذجى أقرب طرق التوحيد الى العدل ، مع ملاحظة أن الشريعة الاسلامية التى أثرت فى المعاملات التجارية البحرية ، وأخذت منها القوانين البحرية منذ العصور الوسطى ، لاتخص الملاحة البحرية والتجارة فى البحار بقواعد خاصة ، ولايوجد فيها مايسمى القانون البحرى فموضوعات النشاط التجارى عن طريق البحر مبثوثة فى كتب الفقه الاسلامى ، ولايعيب هذا الفقه عدم وجود دراسة متخصصة لهذا النشاط فى قانون بحرى خاص ، فهذا المنهج يتسق مع النظام المميز للشريعة الاسلامية فى توحيد الأحكام ، وعدم تقسيم المعاملات الى تجارية ومدنية وعدم التفرقة بين أنظمة التاجر وغير التاجر، فأحكام المعاملات ، حتى التجارية برية وبحريةوجوية، واحدة ، مع ملاحظة أنه لامانع من استخدام هذه المصطلحات ، بشرط ألا يترتب على ذلك التكلف وتحميل الشريعة الاسلامية مالايتفق مع منهجها وأحكامها ، ومايخالف أصولها وقواعدها .

وفى هذا السياق أنقل العبارة التى وردت لتقرر حقيقة واضحة (٢٣) عن شريعة الاسلام «فى العصور الوسطى كان القانون البحرى موحدا فى حوض البحر الأبيض المتوسط ، فنظرا لأهمية تجارة المسلمين كان

(٢٣) دكتور مصطفي رجب ، القانون البحرى الاسلامى ط ١٩٩٠ ص ٣٠٦ - ٣٠٧ .

التجار الأوربيون يقبلون فى معاملاتهم مع العرب تطبيق القانون البحرى الاسلامى ، وأن تركيا أصدرت عام ١٨٦٤ أول مجموعة قانونية تتضمن قواعد القانون البحرى ، وقبل هذا التاريخ كان يطبق فى تركيا وسائر الدول الاسلامية والتى كانت تشكل الامبراطورية العثمانية قواعد الشريعة الاسلامية، التى تضمنتها كتب الفقه الاسلامى» ومع دلالة هذه العبارة على وحدة تطبيق الشريعة الاسلامية على المعاملات ، لكننا لانوافق على مصطلح القانون القانون البحرى الاسلامى فليس فى هذه الشريعة تقسيم لقانون المعاملات وان وجدت فيها أحكام تتحدث عن النقل البحرى والسفن والتصادم والاشتراك فى الخسائر البحرية .

وعن توحيد القانون الجوى ، فقد أدت المعاهدات الدولية دورا مهما فى توحيد بعض أحكام هذا القانون على المستوى الدولى ، فقد نصت المادة الثالثة من قانون الطيران المدنى المصرى رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١ على أنه «تسرى أحكام الاتفاقيات الدولية للطيران المدنى التى انضمت اليها مصر ، أو التى تنضم اليها مستقبلا ، كما تسرى أحكام هذا القانون ، بما لايتعارض مع أحكام هذه الاتفاقيات » ومن أمثلتها : اتفاقيةباريس لتنظيم الملاحة الجوية فى ١٣/١٠/١٩١٩، واتفاقية بان أمريكا للطيران التجارى عام ١٩٢٨، واتفاقية وارسو لتوحيد بعض قواعد النقل الجوى الدولى سنة ١٩٢٩ وتعديلاتها فى لاهاى عام ١٩٥٥ .

كما أقرت المنظمة الدولية للطيران المدنى فى يونيو ١٩٤٨ مشروع اتفاقية فى الرهن الرسمى وحقوق الامتياز والتأمنيات العينية الأخرى على الطائرة ، وأصدرت وثيقة باسم الاتفاقية الخاصة بالاعتراف الدولى بالحقوق الواردة على الطائرة ، وقد انضمت اليها مصر عام ١٩٦٩ (٢٤) ومع تأييد ابرام هذه الاتفاقيات والانضمام اليها الا أنه يعاب عليها أنها تخلق ازدواجا فى القواعد المطبقة فى كل دولة ، اذ يظل القانون الداخلى قائما ليطبق على المنازعات الوطنية ، وتضاف اليه أحكام المعاهدة ، عندما يتدخل فى العلاقة القانونية عنصر أجنبى (٢٥) ، كما تقصر هذه الاتفاقيات عن التوحيد التجارى الدولى بشكل تام ، وبالاضافة الى ذلك يظل نطاقها محصورا فى الدول المنضمة ، ولايجب أن ينظر الى هذا التوحيد الدولى على أنه بديل كاف عن التوحيد الوطنى لقانون المعاملات ، وأن هذا الأخير عقبة فى سبيل الأول ، وانما الواجب أن يسير كل منهما فى طريقه ليحقق هدفه المقصود منه ، وكما يجدر بنا أن نتجة الى العالمية ونساير التطور ونمشى مع الركب لايجوز أن نتخلى عن هويتنا وننسى شخصيتنا ونخلع رداءنا ونترك شريعتنا ، فهى سر تقدمنا ومصدر عزتنا ٠

وفى نهاية البحث لايجب أن يتبادر الى ذهن القارىء أن

(٢٤) د٠ سميحة القليوبى ، القانون الجوى رقم ٤ ٠

(٢٥) د٠ البارودى ، القانون التجارى ط ١٩٨٦ رقم ٤ ٠

هذه دعوة لالغاء القوانين الحالية ، خاصة القانون التجارى ، أو لادماجه بحاله مع القانون المدنى فى مجموعة واحدة ان البحث يدور حول توحيد الأحكام الأساسية المشتركة للمعاملات دون تفرقة أو تمييز ، مع الاحتفاظ بالأحكام التفصيلية الخاصة التى تقتضيها بعض نظم التجارة ، على ضوء مبادىء وأصول الشريعة الاسلامية ، ومع الاستفادة بالثروة الضخمة للفقه الاسلامى الى جانب الجهود الكبيرة للفقه القانونى ٠

وختاما آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آل بيته أجمعين ٠ وماتوفيقى الا بالله عليه توكلت واليه أنيب ٠