حرية التجارة
في التشريع الإسلامي والقانون التجاري

للدكتور
محمد أحمد الزرقا
مدرس القانون التجاري والبحري
بجامعة الأزهر

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدى ومولاى محمد الرسول الامين وعلى آل البيت الكرام الطاهرين وعلى الصحابة والتابعين باحسان الى يوم الدين وبعد : فان قوة الدول تقاس بقوة اقتصادها ، كما أن عزة الأمم تناط بحرية أفرادها ، واذا كان من مسلمات العقل والواقع أن حوائج الناس متجددة ، وأن روابطهم متشابكة ، فان تنظيم المعاملات وتنسيق العلاقات على أسس ثابتة من مبادىء الدين وقواعد الأخلاق ، يساعد ـ بلا شك ـ على اخلاص العمل واتقان الصنع ، كما أن تحرير الارادة من الظلم والخوف يدفع الى بذل غاية الجهد فى طاقة الفرد بصدق وحب ومن الوسائل الفاعلة فى هذا المجال تطوير وتوحيد النظم التشريعية الحاكمة للتجارة والاستثمار ، حتى يتوفر الجو الصحى الملائم للعمل الحر المنتج فى أمن واستقرار . ومع الاعتراف بأن لكل دولة موقفها الخاص فى أسلوب وتنظيم وتقنين تجارتها ، بقدر ماتتمتع به فى سياستها من حرية واستقلال ، وحسب النظام السياسى الذى تسلكه ، ووفق المنهج الاقتصادى الذى تنهجه ، وفوق ذلك وقبله درجة قربها من الالتزام بشرائع الدين الذى تؤمن به ، مع هذا فان ولى الأمر يجتهد لتحقيق الأهداف المرجوة ، وهى القوة والعزة والرخاء ، ولعل الله يوفقه والواقع يصدقه .

وقد نبعت فكرة البحث فى حرية التجارة من واقع المشاكل الاقتصادية التى تعانى منها كثير من الشعوب ، خاصة الاسلامية ، والتى تتسبب فيها عوامل كثيرة ، من أهمها فى نظرى انعدام أو اختلال التوازن المطلوب بين سلطة الحاكم فى الحكم والسياسة وحق الشعب فى

الملك والتجارة ، كما نشأت الفكرة قبل الاتجاه السائد الى تطبيق الحرية الاقتصادية من باب الحرية السياسية فى الدول التى كانت أشد تمسكا بتركيز كل شىء فى قبضة السلطة الحاكمة ، وانتقال التأثير الى بلادنا ، فبدأت الدعوة الى تحرير اقتصادنا ٠

وقد قسمت هذا البحث ، الذى يسير على منهج تحليلى استنتاجى مقارن ، الى تمهيد وأربعة فروع وخاتمة ، فبينت معنى الحرية والتجارة فى التمهيد ، ثم وضحت فى الفرع الأول المقصود بحرية التجارة ، وخصصت الفرع الثانى لشرح المعالم الأساسية لحرية التجارة ، وفى الفرع الثالث بينت الحدود المنظمة لممارسة هذه الحرية ، ولكى تحقق الحرية أغراضها أوردت فى فرع رابع أهم الضمانات الواجبة لها ، وقد ختمت البحث بذكر بعض النتائج والتوصيات ٠

وعندى أمل فى الله تعالى أن يوفق أولى الأمر فى العودة الى منابعنا الأصلية ، ومبادئنا الدينية ، وتغيير واقعنا الى الأحسن ، واصلاح تجارتنا واقتصادنا بخطى أوسع ، على ضوء خطة تقر الحرية مبدأ عمليا ، وتجعل الشريعة مصدرا أساسيا ٠ والله وحده أسال أن يوفقنى فى عملى ، وأن يحفظنى من زللى ، وأن يعفو عنى فيما نسيت وأخطأت ، وأن يجزينى خيرا فيما أحسنت وأتقنت ، اليه عز وجل أفوض أمرى ، فهو كافينى وحسبى وهو نعم المولى ونعم النصير ٠

التمهيد
التعريف بالحرية والتجارة

أولا : الحرية :

١ ـ الحر لغة هو الخالص من الشوائب ، أو الرق ، أو هو الكريم (١) ، والحرية هى الخلوص من الشوائب أو الرق أو اللؤم ، ويراد بها ، كذلك ، كون الشخص حرا مستقلا لايخضع لتبعية غيره ، وينبىء عن وجودها القدرة على اجراء الأعمال وانفاذ التصرفات بارادة ذاتية ، مع انصراف الآثار اليه ، من ثواب ومسئولية ، ويقول البعض(٢) : «ان الحرية معنى اجتماعى لايتصور وجوده الا فى مجتمع متكافل ٠

ويذكر البعض الآخر (٣) بحق أن كلمة الحرية تدل بسائر تصاريفها فى اللسان العربى على معان فاضلة ، ترجع الى الخلوص ، وقد وردت صفة للنفس ، دالة على استقلال الارادة وعدم الخضوع لطغيان الهوى ، واتباع حكم العقل ، ومعناها ـ أيضا ـ أن تعيش الأمة عيشة راضية آمنة ، تعبر عن ارادتها فى غير عنف ، وتمارس حقوقها دون خوف ، وتحفظ أمنها بغير خوف ، ويلزم لذلك أن يوضع لكل شخص حد لايتجاوزه ، وتقر له حقوق لايعوقه عن استيفائها قوة غالبة ، ولايمنعه من التمتع بها سلطة ظالمة ٠

والحرية صفة فطرية ، وهبة ربانية ، لايتوقف منحها

---

(١) المعجم الوجيز ص ١٤٤ ٠
(٢) الشيخ محمد أبو زهرة ، التكافل الاجتماعى فى الاسلام ص ١٩ ٠
(٣) الشيخ محمد الخضر حسين ، الحرية فى الاسلام ص ١٥ ٠

على قانون ، انه فقط يؤكدها وينظمها ، ولايتفضل بها سلطان ، أنه فقط يحميها ويضمنها . فهى تستمد شرعيتها من قوله سبحانه وتعالى : «ولقد كرمنا بنى آدم » (سورة الاسراء آية ٧٠) كما أثبتها الله عز وجل بنفى الاكراه «لا اكراه فى الدين» (سورة البقرة آية ٢٥٦) وأكدها جل شأنه برفع الالزام بشىء دون رضا واختيار ، فى قوله : «أنلزمكموها وأنتم لها كارهون» (سورة هود آية ٢٨) .

٢ ـ والحرية معنى كلى لايتجزأ ولاينقسم سواء بالنسبة للأشخاص ، أو من حيث الموضوع ، فى الزمان أو المكان ، فهى عامة يتساوى فيها الجميع ، وشاملة، لكل الصور والأشكال ، ودائمة ، لاتقبل المنع ، الا فى ظروف محددة نادرة ، ولا تحتمل التحديد والتقييد ، الا بشروط وضوابط وضمانات معينة ، فهى مع ذلك ليست مطلقة ، ولاتعنى الفوضى ، لأنها أساس التكليف والمسئولية ، وعماد الثواب والعقاب ، ودليل العقل والحكمة .

وتقوم الحرية المنتجة على ثلاثة أركان أساسية هى الفكر السليم والسلوك القويم والتوجيه الحكيم ، ذلك أنها وسط بين طرفين مذمومين، هما العدوان والحرمان وتختص هذه الحرية ، فى نظر البعض (٤) بأربع خصال:

١ ـ شرف نفس يطهر نواياها من قصد الاعتداء على حق الغير .

٢ ـ عزة وشهامة يشق بها عصا الطاعة للباطل والظلم والاضطهاد .

(٤) المرجع السابق .

٣ ـ معرفة الانسان ماله من حقوق مشروعة ، وما عليه من واجبات مطلوبة .

٤ ـ اذعان وتسليم يدخل الانسان تحت نظر القوانين القائمة على قواعد الشرع والعدل .

٤ ـ وقد تضمنت الدساتير الانسانية والقوانين الوضعية نصوصا تقر الحرية وتنظمها فى مجالات كثيرة ، سياسية واجتماعية واقتصادية ، وبأشكال مختلفة ، من حرية رأى وفكر ، وحرية عمل وملك ، ولكن التدخل من أولى الأمر بما يضيق من نطاق هذه الحرية، ويحد من ممارستها ، ويفرق فى حق التمتع بها ، دون أسس عادلة ، مما يعيبها ، كما أن الاعتراف بأنواع تسمى خطأ حريات شخصية ، تخالف مبادىء الدين ، أو تضر بحقوق الآخرين يقتضى وضع ضوابط ثابتة وضمانات محكمة لهذه الحرية .

ثانيا : التجارة :

٥ ـ كلمة تجارة مأخوذة لغة من باب تجر تجرا ، أومن اتجر ، أى مارس البيع والشراء ، يقال فلان تاجر ، ويجمع على تجر ، كصاحب وصحب ، وتجار بضم التاء وتشديد الجيم المفتوحة ، أو بكسر التاء والجيم المخففة (٥) .

وقد وردت تعريفات كثيرة للتجارة عند الشرعيين ، نختار بعضا منها ، فهى عند البعض عبارة عن التصرف فى رأس المال ، سواء كان حاضر أو فى الذمة ، لطلب

(٥) المصباح المنير للفيومى ج١ ص ٣٩ ، المعجم الوجيز ص ٧٢ .

الربح (٦) ، وهى : المعاوضة أو الكسب (٧) ، وقيل : هى تنمية أو تثمير المال (٨) ، أو التصرف بالبيع والشراء لتحصيل الربح (٩) ، ويقول البعض : هى تقليب الأموال وتصريفها لطلب النماء والزيادة بالأرباح (١٠) .

ويربط البعض (١١) بين التجارة والتاجر ، ويرى أن التجارة هى صناعة التاجر الذى يبيع ويشترى للربح ، فهى ليست فقط حرفته ، التى يبحث بواسطتها عن الرزق ، ويبتغى بممارستها تحقيق الكسب ، بل انها صنعته ، التى يؤديها ، ويطور فيها ، ويقدم خدمة اجتماعية ، تحقق غاية اقتصادية ، واذا كان الربح فيها مقصودا ومطلوبا ، الا أنه ليس فى ذاته هدفا ، يتوصل اليه بشتى السبل ، فان من أقسام المصالح الدنيوية المتوقعة من التجارة طلب الربح ، والتاجر يعمل على ظن سلامة رأس ماله ، وتحقيق ربح زائد عليه (١٢) .

وتطلق التجارة فى الشريعة الاسلامية على المال أو العمل أو المشروع التجارى نفسه ، يدل على الأول قوله سبحانه وتعالى : «واذا رأوا تجارة أو لهو انفضوا اليها» (الجمعة آية ١١) فقد ورد أنه أقبلت عير بتجارة

(٦) تفسير الرازى ج٢ ص ٣٨٨ ، تفسير الألوسى ج١ ص ١٦١ .
(٧) ابن العربى ، أحكام القرآن القسم الأول ص ٢٣٥ ، الكاسانى ، بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٥٧١ .
(٨) رسائل الجاحظ ص ١١٢ .
(٩) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٥١٧ .
(١٠) تفسير الخازن ج ١ ص ٢٥٩ .
(١١) الزمخشرى ، تفسير الكشاف مجلد ٣ ص ٧٠ ، تفسير أبى السعود بهامش تفسير الرازل ج ١ ص ١٥٥ .
(١٢) عز الدين بن عبد السلام ، قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ج ١ ص ٣ ، ٣٧ .

عند صلاة الجمعة فخرج الناس اليها الا أثنى عشر رجلا ، فنزلت الآية (١٣) ، كما فسر الرازى التجارة فى قوله تعالى : «الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم» (البقرة آية ٢٨٢) بهذا المعنى ، فقال المراد بالتجارة هنا ما يتجر فيه (١٤) .

واستعملت التجارة بمعنى العمل فى التعريفات السابقة ، على أنها تصرفات وعقود ، كما يقول الحنفية ان الحوالة من أعمال التجارة (١٥) ، وان التجارة هى البيع والشراء (١٦) . واما المعنى الثالث فيدل عليه بعض آيات التجارة ، التى تستعملها بما يشمل المال والعمل أو كما يعبر عنه حديثا بالمشروع التجارى أو المشروع الاقتصادى ، كما فى قوله عز وجل «فما ربحت تجارتهم» (البقرة آية ١٦) وآية : «وتجارة تخشون كسادها» (التوبة آية ٢٤) .

٧ — ومما ينبغى التنبيه اليه أن الشريعة الاسلامية ، التى لم تفرق بين العمل التجارى العمل المدنى ، والتاجر وغير التاجر ، فى الأحكام ، ولم تضع قواعد خاصة بمعاملات التجارة ، عنيت — كما سبق بتعريف التجارة فى حين أن القانون المصرى الذى يأخذ بالتفرقة بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية ، وينص على أحكام خاصة بالتاجر وبالنشاط التجارى ، لم يعرف التجارة حتى فى القانون التجارى ذاته ، الذى اشتمل فى مادته الأولى على

(١٣) صحيح البخارى ج٢ ص ٥ .
(١٤) تفسير الرازى ج٢ ص٣٨٨ ، تفسير الكشاف مجلد ١ ص٥٢٤ .
(١٥) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥٦٣ .
(١٦) المرجع السابق ج ٧ ص ٣٥٥٨ .

الاشارة الى بعض شروط التاجر ، فقال كل من اشتغل بالمعاملات التجارية واتخاذها حرفة معتادة له فهو تاجر، ثم أخذ فى مادته الثانية فى تعداد مايعتبر عملا تجاريا، وقد سلك فقهاء القانون التجارى نفس الطريق ، الذى يخلو من تعريف التجارة ، رغم أنه القانون المختص بأحكامها ، وان كان قد ورد عن بعضهم مايدل على بعض المعانى ، من وجهات نظر خاصة ، فالتجارة مثلا عند أصحاب نظرية المضاربة ، بمعناها القانونى لا الشرعى،كمعيار للتمييز بين العمل التجارى والعمل المدنى هى البحث عن الربح ، نتيجة انتقال الأموال(١٧)، وهى فى نظر القائلين بفكرة التداول تتمثل فى انتقال وتوزيع الثروات (١٨) ، كما أن البعض يذكر التجارة كلفظ مرادف للعمل التجارى (١٩) .

وقد دافع البعض عن هذا الموقف ، المتجاهل لوضع تعريف محدد للتجارة فى القانون ، بعدم الحاجة الى ذلك ، لاعتبارين ، أولهما الاكتفاء ببيان المقصود بها فى الجملة ، والآخر أن للتجارة روحا تعرف بها ومعنى ينصرف اليه الذهن ، كلما طرق سمعه أو لاح لنظره هذا اللفظ ، دون ، دون شرط أن يتخذ هذا المعنى صورة معينة فى جميع الأحوال (٢٠) .

٨ ـ وقد كان الهم متجها الى تعريف القانون التجارى، فعرفه بعضهم بأنه ذلك الفرع من فروع القانون الخاص الذى يحكم الأعمال التجارية ، ونشاط التجار فى ممارسة

(١٧) ريبير وروبلو رقم ٣٠ أشار اليه الأستاذ الدكتور محمود سمير الشرقاوى فى القانون التجارى ج١ ص ٤٠ هامش ١ .
(١٨) ، (١٩) الشرقاوى ، المرجع السابق ص ٤١ .
(٢٠) د/ على الزينى ، أصول القانون التجارى ج١ ص ٤ و٧٣ .

تجارتهم (٢١) ، وبنفس المعنى وبألفاظ متقاربة يقول البعض الآخر انه ذلك الفرع من فروع القانون الخاص الذى يحكم العلاقات القانونية ، التى تنشأ عن القيام بالأعمال التجارية ، وعن نشاط التجار فى ممارستهم حرفة التجارة (٢٢) ، فهو تبعا لذلك قانون الأعمال التجارية والتاجر .

وقد حاول البعض الفصل بين معنى كل من القانون التجارى التجارة ، مع أن الفرق يكاد يكون ظاهرا ، فقانون التجارة ، أو القانون التجارى شىء والتجارة نفسها شىء آخر ، فكلمة التجارة فى نظرة يختلف معناها فى التعبير القانونى عن المعنى الجارى لها ، نفيا للاعتقاد بأن القانون التجارى هو قانون التجارة ، ولذلك يذهب شراح القانون التجارى الى أن القانون التجارى ينطبق على التجارة بالمعنى الاقتصادى ،وعلى الصناعة أيضا ، فالصانع يعتبر تاجرا ، وهذا القانون ينظم الانتاج والتداول وتوزيع الثروات (٢٣) .

٩ ـ والصحيح من وجهة نظرى أن الذى يحدد معنى التجارة فى القانون هو المدلول الاصطلاحى ، دون اغفال لما جرى عليه العرف العام فى استعمال الكلمة، وأن الذى أثار اللبس فى تحديد المعنى هو تركيز الاهتمام بتعريف القانون التجارى ، لبيان نطاق تطبيقه ، ومحاولة وضعه فى اطار مختلف عن مفهوم

(٢١) الأستاذ الدكتور أكثم الخولى ، الموجز فى القانون التجارى ج١ ص٥.
(٢٢) الأستاذ الدكتور ثروت عبد الرحيم ، القانون التجارى المصرى ص٣ طبعة ١٩٨٤ .
(٢٣) د/ الشرقاوى ، المرجع السابق ص ٣ د/ الزينى ، المرجع السابق ص ٥ ، ٦ الأستاذ الدكتور على جمال الدين ، دروس فى القانون التجارى ص ٠٤.

التجارة ، مقارنا بمعناها فى الاقتصاد ، والأخذ بنظام الفصل بين المعاملة المدنية والمعاملة التجارية ٠

فمن المعلوم فى اللغة أن اضافة القانون الى التجارة، سواء قلنا القانون التجارى أو قانون التجارة ، يعنى أنه قانونها المختص بأحكامها ، بشقيها الموضوعى والشخصى ، وأن مجال بحث علم الاقتصاد مختلف ، فهو يعنى بمصادر الثروة وتنميتها ، وفق نظريات اقتصادية معينة ، وحين يختلف معنى التجارة عند القانونيين عن معناها عند الاقتصاديين فهذا أمر عادى، يتفق مع طبائع الأمور ، ومجال بحث كل من القانون والاقتصاد ٠

وأرى أن للتجارة مدلولين أحدهما ضيق محدود، والآخر واسع شامل ، فقد أشارت بعض التعريفات الشرعية للتجارة الى معنى اصطلح عليه الاقتصاديون وجرى عليه العرف الشائع ، وهذا مدلول ضيق خاص بالأعمال المتعلقة بتوزيع وتداول الأموال ، أما المدلول الآخر الذى تناولته تعريفات أخرى فى الشريعة الاسلامية ، وهو تقريبا المراد عند القانونيين ،فيشمل التجارة بمعنى أعم ، وهو التصرف فى المال ، انتاجا أو توزيعا ، بغرض الربح ، أو انتاج وتداول الثروة لتحقيق عائد مالى ، من ربح أو كسب ٠

واذا كان القانون التجارى يمتد لينطبق على الصناعة، بالاضافة الى التجارة ، فانه لايحكم الا الجانب التجارى للصناعة ، أما جوانبها الأخرى فتختص بحكمها قوانين خاصة ، لذلك يدرس القانون التجارى الصناعة ، سواء بمعناها المعروف الذى يتعلق بالمادة تحت باب المقاولات،

أو كخدمة بأجر كصناعة النقل ، فى قسم العقود التجارية ، كما تدخل الشركات الصناعية وشركات الاستثمار فى الشركات التجارية ، والاستصناع فى الشريعة الاسلامية ، وهو طلب صناعة شىء معين على وجه مخصوص (٢٤) ينظر اليه على أنه عقد بيع أو عقد مقاولة (٢٥) ، ومن أنواع الشركات عند فقهاء الحنفية ، والشركة تجارة ، شركة الصنائع أو الأعمال ٠

ويمكن تعريف التجارة بأنها لفظ يطلق على المعاملات والمشروعات المتعلقة باستثمار الأموال وأداء الأعمال بقصد تحقيق عائد مالى ، فى صورة ربح مال أو كسب عمل ٠ أو هى صنعة التاجر وحرفته فى الأصل ، وكما يوجز البعض بأنها كل عمل يقصد به الربح عادة (٢٦) ٠

والخلاصة أن التجارة صناعة التاجر ، كما أن الصناعة تجارة الصانع ، ولذلك فاننى أفضل القول الذاهب الى أن التفرقة بين الصناعة والتجارة وبين الصانع والتاجر تفرقة لاأساس لها فى القانون (٢٧)، مع ضرورة مراعاة أن كلا من اللفظين يحتفظ بمعناه المحدد فى اللغة والعرف العام ٠

الفرع الأول

معنى حرية التجارة وأسس شرعيتها

١٠ ـ نسبة الحرية الى التجارة واضافتها اليها

---

(٢٤) مرشد الحيران ص ١٠٤ ؛ د/ على الزينى ، المرجع السابق ج١ ص ٣٧٠ — ٣٧٢ ٠

(٢٥) د/ محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد المقاولة ص ٢٢ ٠

(٢٦) محمد يوسف موسى ، البيوع والمعاملات المالية المعاصرة ص ٤٨ ٠

(٢٧) الأستاذ الدكتور محسن شفيق ، الموجز فى القانون التجارى ج١ ص ٦٥ ٠

ليس على الحقيقة ، بل من باب المجاز لغة ، على مثال اضافة الربح اليها فى قوله تعالى : «أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين» (البقرة آية ١٦) والمراد فما ربحوا فى تجارتهم (٢٨) ، قيل ان الاضافة مبنية على التوسع فى المعنى ، نظرا لما بينهما من الملابسة والملازمة (٢٩) ، فالربح ينسب الى التجارة ويسند اليها على عادة العرب فى قولهم ربح بيعه ، والمقصود ربح فى بيعه (٣٠) ، ولأنه — كذلك — ينتج عنها ويحصل بسببها ، ونسبته الى التاجر من حيث أنه القائم بالتجارة ، والمتحمل لمخاطرها ، والربح ثمرة ماله أو عمله فيها أو ضمانه لها ، فكذا الحرية ليست صفة ثابتة للتجارة حقيقة ، الا اذا أطلقناها على المشروع التجارى ، الذى يختص بذمة مالية أو بشخصية قانونية مستقلة ، فهى فى الأصل تثبت لمن يمارس التجارة ، وهو الشخص الطبيعى .

وترتيبا على ماسبق ، فالمعنى المقصود بحرية التجارة فى اطار هذا البحث ، حق الشخص فى مزاولة النشاط التاجرى الذى يختاره ، بارادته الذاتية ، ورضاه التام ، لاتحكمه الا المبادىء الشرعية والقواعد القانونية والشروط الاتفاقية ، والأعراف المرعية ، الموافقة للعقيدة الدينية .

وقد عرف البعض حرية التجارة بأنها حرية المشروعات

(٢٨) لسان العرب مجلد ٢ ص ٤٤٢ المصباح المنير ج١ ص ١٠٨ .
(٢٩) تفسير الخازن ج١ ص ٣٠ ؛ تفسير أبى السعود بهامش تفسير الرازى ج١ ص ١٥٥ .
(٣٠) تفسير القرطبى ج١ ص ٣١١ .

فى ممارسة أنواع التجارة ، دون قيد عليها فى ذلك (٣١) ، ومع أن هذا التعريف صحيح فى دلالته ، الا أنه يؤخذ عليه نفى القيد ، فلا توجد حرية مطلقة بدون قيود أو حدود ، تنظم ممارستها ، كما أنه عرفها ، مع البعض الآخر (٣٢) من خلال نظر غير مقبول ، وهو أنها مرادفة لحرية المنافسة ، التى تعد فى الواقع من تطبيقاتها .

ومنعا لما يثيره اصطلاح حرية التجارة من معنى عام ، وهو التجارة الدولية ، وما تتمتع به من حرية بين الدول ، أو مايفرض عليها من حماية ، يهمنى الاشارة أولا الى أن هذا البحث مقصور على دراسة حرية التجارة فى اطار القانون الخاص ، ومعلوم أن التجارة فى حكم الشريعة الاسلامية لاتخضع لحدود الزمان والمكان ونظم السياسة المتباينة بين الدول الاسلامية ، فحرية التجارة حق مقرر لجميع المسلمين وغيرهم ، تحت مظلة الدين الاسلامى ، فى دار الاسلام .

١١ — هذا ، وتقوم حرية التجارة على عدة أسس شرعية وقانونية ، مع ملاحظة أن الأسس الشرعية واحدة لاتتعدد وثابتة لاتتغير ، أما الأسس القانونية فتختلف بحسب النظم السياسية والمذاهب الاقتصادية . والناظر فى الشريعة الاسلامية ، بمعناها العام ، يلاحظ أنها أقامت المعاملات التجارية والعلاقات العقدية على حرية حقيقية ، تتمشى مع المنهج العام لأحكام الشريعة ، وهو احترام الحرية وتأكيد الحقوق الشخصية ، من خلال

(٣١) د/ الشرقاوى ، المرجع السابق ص ٨٩ .
(٣٢) د/ الخولى ، المرجع السابق ص ٣٦٧ .

نصوص صريحة وواضحة فى القرآن الكريم والسنة النبوية ٠

كما يدل عليها الممارسة العملية من الرسول صلى الله عليه وعلى آله وسلم ومن الصحابة رضى الله عنهم أجمعين ، ومن المسلمين على مدى العصور السالفة كما تنطق بذلك الشواهد التاريخية والكتب الفقهية ٠

١٢ ـ ففى القرآن الكريم ذكرت التجارة صراحة وضمنا ، وقرنت بأحكام تدل على مبدأ الحرية ، فوردت كلمة تجارة بلفظها الصريح تسع مرات فى ثمانى آيات فى سبع سور ، وهى كما يلى : ـ

١ ـ فى سورة البقرة آيتان : الأولى فى قوله تعالى: «فما ربحت تجارتهم» (رقم ١٦) فقد أضيفت اليهم ملكا وتصرفا ، والثانية «الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم» (رقم ٢٨٢) ٠

٢ ـ فى سورة النساء ، فى آية «الا أن تكون تجارة عن تراض منكم» (رقم ٢٩) ٠

٣ ـ فى سورة التوبة فى آية : «وتجارة تخشون كسادها» (رقم ٢٤) ٠

٤ ـ فى سورة النور فى آية : «رجال لاتلهيهم تجارة ولابيع عن ذكر الله» (رقم ٣٧) ٠

٥ ـ فى سورة فاطر فى آية : «يرجون تجارة لن تبور» (رقم ٢٩) ٠

٦ ـ فى سورة الصف فى آية : «هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم» (رقم ١٠) ٠

٧ ـ فى سورة الجمعة فى آية : «واذا رأوا تجارة أو

لهو انفضوا اليها وتركوك قائما قل ما عند الله خير من اللهو ومن التجارة » (رقم ١١) ٠

ومما يدل على قيام التجارة على أساس الحرية فى بعض الآيات المذكورة كأمثلة أن قوله عز وجل : «فما فما ربحت تجارتهم ٠٠» أن التجارة أضيفت اليهم ،أى الوارد سياق الآيات بشأنهم ، وهم المنافقون ، ملكا وتصرفا (٣٣) وهذا يدل على الحرية فى العمل والاختيار فى التصرف ٠

ودلت آية: «الا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم» على الحرية ، فالمؤمنون المخاطبون باحكامها هم الذين يستقلون بادارة التجارة بينهم (٣٣م١) ، كما عبرت آية النساء عن حرية التجارة يلازمها العامل النفسى فيها ، وهو التراضى ، «الا أن تكون تجارة عن تراض منكم» فقد حرم الله تعالى الانتفاع بالمال الذى يأتى بوسائل غير شرعية ، أى بالباطل ، الا ما كان ناتجا عن تجارة مشروعة قائمة على حرية تامة ورضا متبادل ، فهذا وحده هو المبيح للمال ، ويحل الانتفاع به (٣٣م٢) ٠

وقد اتسع نطاق هذه الحرية ليشمل التجارة البحرية، بقوله تعالى : «أما السفينة فكانت لمساكين يعملون فى البحر» (الكهف آية ٧٩) وقوله عز وجل : «والفلك التى تجرى فى البحر بما ينفع الناس» (البقرة آية ١٦٤) فقد

(٣٣) الزمخشرى ، تفسير الكشاف مجلد ١ ص ٧٠ ٠
(٣٣م١) تفسير المنار ج٢ ص ١٢٦ ٠
(٣٣ م٢) ابن تيمية ، القواعد النورانية ص ٢٢٥ تقرير مجلس الفكر الباكستانى الغاء الفائدة من الاقتصاد ص ٢٤ ٠

دلت على اباحة التجارة فى البحر (٣٤) ، كما حثت الشريعة على ممارسة التجارة بحرية تامة ، فأجازت التجارة فى الحج ، فقد ورد أن آية : «ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم» (البقرة آية ١٩٨) نزلت لاباحة التاجرة فى الحج (٣٥) .

وقد روى أن الرسول صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال : «التاجر الصدوق المسلم مع الشهداء يوم القيامة» قيل اذا قصد بتجارته الخير ، فالمباح يصير بحسن النية عبادة يثاب عليها (٣٦) ، وقد مارس الرسول صلى الله عليه وعلى آله وسلم التجارة بنفسه قبل البعثة .

واشتهر كبار الصحابة بالتجارة ، منهم على سبيل المثال أبو بكر وعمر وعثمان وعبد الرحمن بن عوف . قال قتادة — رضى الله عنهم جميعا — فى قوله تعالى : «رجال لاتلهيهم تجارة ولابيع عن ذكر الله» (النور آية ٣٧) كان القوم يتجرون ، ولكنهم اذا نابهم — أى لزمهم — حق من حقوق الله تعالى لم تلههم تجارة ولابيع عن ذكر الله حتى يؤدوه الى الله (٣٧) ، فقد كانت حرية ملتزمة بحدود الله .

وقد سلك فقهاء الشريعة نفس الطريق ، فنظموا المعاملات من بيوع وشركات ووكالات وحوالات

(٣٤) صحيح البخارى ج٢ ص ٥ ، أحكام القرآن للجصاص ج١ ص ١٣١ .
(٣٥) سيد قطب . فى ظلال القرآن ج١ ص ٨٣ ، محمد بن الحسن ، الاكتساب فى الرزق المستطاب ص ٢٤ .
(٣٦) سنن ابن ماجة ج٢ ص ٢ .
(٣٧) صحيح البخارى ج٢ ص ٥ .

واجارات وغيرها من صور التعامل التجارى على مبدأ حرية التجارة ، وقد جعل أبو الأعلى المودودى الحرية الركن الأول من أركان الاقتصاد العادل (٣٨) .

١٣ — وتقوم حرية التجارة فى القانون على عدة أسس ، منها مبادىء ثابتة ، كمبدأ سلطان الارادة ، وأن العقد شريعة المتعاقدين ، ومنها نصوص تقر الحرية ، كالقانون الصادر عام ١٨٩٠ م فى مصر ، وهو قانون حماية المهن ، الذى أقر مبدأ حرية احتراف التجارة ، وقد تضمن هذا المبدأ شقين ، الأول أن لكل شخص حق مزاولة التجارة التى يختارها ، والثانى أن للتاجر حرية اتخاذ الوسائل التى يراها مناسبة لاستغلال مشروعه التجارى (٣٩) .

ولكن التطور الاجتماعى والتدخل القانونى بالنصوص الآمرة ، والنيل من هذه الحرية بتأميم المشروعات ، دون مصلحة مشروعة ، وتنظيم الحرف واجراءات انشاء الشركات ، بما يعرقل الاستثمار ، ويعوق التنمية ، مع غياب السياسة الواضحة ، يسىء الى الحرية ، ويقلل من مساهمة رأس المال الخاص ، مما اقتضى الدعوة الى ضرورة العودة الى مبدأ حرية التجارة ، لتوسيع مساحة المشاركة الشعبية ، فى ظل رقابة واشراف الجهاز الحكومى المختص .

وفى نهاية هذا الموضوع يمكن القول ان حرية التجارة تستمد وجودها من أساس انسانى ، فممارستها تعبير عن حرية الشخص فى الملك والفكر والعمل ،

(٣٨) الربا ص ٤ .
(٣٩) حسين النورى ، القانون التجارى ص ٢١٨ .

واقرارها احترام لحقه فى الحياة ، واشباع لحاجته، كما خلقه الله ، مع جماعة تتعاون وتتضامن ،وتتبادل وتتعارف ، استجابة لقوله عز وجل : «يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا» (الحجرات آية ١٣) ٠

الفرع الثانى

المعالم الأساسية لحرية التجارة

١٤ ـ يقصد بالمعالم ـ هنا ـ الملامح والمجالات الرئيسية ، وأهم التطبيقات العملية ، التى تظهر فيها، بصورة واضحة ، حريةالتجارة ، من خلال عرض مجمل، حيث لايتسع المقام للبحث المفصل ، فى موضوع يدخل فى جميع مسائل التجارة ، وسأحاول ـ بقدر الامكان العناية بابراز بعض النقاط التى أرى أنها على درجة من الأهمية الخاصة ٠

ويمكن تقسيم هذه المعالم الى أربعة أنواع ، هى حرية المعاملة ، انشاء واثباتا وحرية المشارطة اتفاقا وايفاء ، وحرية المنافسة صدقا واخلاص ، وحرية المشاركة بدءا وانهاء ٠

النوع الأول : حرية المعاملة :

١٥ ـ المعاملة مفاعلة ، وهى تعنى تبادل العمل ، وتقتضى وجود شخص مع غيره ، يقع العمل معه أوفى مواجهته ، ويراد بها ـ هنا ـ مايقوم به الشخص من معاملات تجارية ، فمشروع التجارة يتوقف انشاؤه ونجاحه على اجراء معاملات متنوعة ، تتطلب قدرا من الحرية والاختيار ، لدراسة المشروع وحساب احتمالات

الكسب والخسارة ، وتوقعات النجاح أو الفشل ، ولا يستطيع تحمل مخاطر المشروع الا صاحبه ٠

وتنهض هذه الحرية على جناحين ، أحدهما يتضمن المعاملة فى مراحل وجودها ، انشاء وبقاء وانهاء ، وثانيهما يختص بالمحافظة على الحقوق والالتزامات التى تنشأ عنها توثيقا واثباتا ٠

١٦ ـ ولذلك يحرص فقهاء الشريعة الاسلامية على تأكيدهذه الحريةفكلما درسوا العقود وأنواع المعاملات ذكروا الركن الأساسى فيها وهو الارادة والأهلية والرضا ، أو ما أسميه بلفظ أشمل الحرية ، وماسبق أن أشرت اليه فى آية التجارة فى سورة النساء وهو التراضى ، وفى هذا يقول ابن تيمية (٤٠) «ان الأصل فى العقود رضا المتعاقدين وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد ، لقوله تعالى : «الا أن تكون تجارة عن تراض منكم» فلم يشترط فى التجارة الا التراضى، وذلك يقتضى أن التراضى هو المبيح للتجارة» ٠

كما يقرر بعض أساتذة القانون التجارى ، فى ثنايا حديثه عن السعر فى البيع التاجرى ، أن القاعدة حرية التاجر فى البيع بأسعار مختلفة للشىء الواحد ،تطبيقا لحرية التعامل ، مع استثناء حالتين هما : التحديد الجبرى للسعر ، واعلان السعر للجمهور (٤١) ٠

١٧ ـ وقد سبق لفقهاء الشريعة الاسلامية الحديث عن السعر والتسعير وأقروا قاعدة أساسية ، وهى حرية البيع بسعر السوق أو ثمن المثل ٠

---

(٤٠) القواعد النورانية الفقهية ص ٢٢٥ ٠

(٤١) د/ على الخفيف ، شرح القانون التجارى المصرى ج١ ص١٨٧ ٠

وممن بحث موضوع التسعير ، وحقق التوازن بين الحرية والمصلحة ابن القيم (٤٢) ، فقد قسم التسعير الى ما هو ظلم محرم وما هو عدل جائز ، فاذا تضمن ظلم الناس واكراههم بغير حق على البيع بثمن لايرضونه، أو منعهم مما أباح الله لهم فهو محرم ، عملا بحديث أنس رضى الله عنه ، حيث قال : غلا السعر على عهد النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم ، فقالوا له : لو سعرت لنا ، فقال : ان الله هو القابض الباسط الرازق المسعر ... الحديث» (٤٣) فاذا كان الناس يبيعون على الوجه المعروف من غير ظلم منهم ، وقد ارتفع السعر، أما لقلة الشىء أو لكثرة الخلق وزيادة الطلب ، فالزام التجار أن يبيعوا بقيمة بعينها اكراه بغير حق .

أما اذا اقتضى العدل اكراه الناس على مايجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على المثل ، وامتنع أرباب السلع عن بيعها، مع حاجة الناس اليها ، الابزيادة على القيمة المعروفة، فهنا يجب عليهم بيعها بثمن المثل ، والتسعير هنا جائز ، بل واجب .

١٨ ـ ويمكن الجمع بين حرية التجارة والمصلحة العامة ، عن طريق وضع أسعار من خلال لجان مختصة

(٤٢) الطرق الحكمية ص ٢٢٣ ـ ٢٤٣ .

(٤٣) نصب الراية فى تخريج أحاديث الهداية ج٤ ص ٢٦٢ ـ ٢٦٣ وفيه أن الحديث أخرجه أبو داود فى البيوع ج٢ ص ١٣٤ والترمذى ص ١٦٠ الذى قال أنه حسن صحيح ، وابن ماجة فى التجارات ج١ ص ١٦٩ . وانظر أحكام السوق ليحيى بن عمر تحقيق الشيخ حسن عبد الوهاب ص ٤٠ ، والأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى الحنبلى تحقيق محمد حامد الفقى طبعة ثانية ١٣٨٦هـ ص ٣٠٣ ، وتحرير للوسيلة للامام الخمينى ج١ ص ٤٣٢ .

من التجار والخبراء والحكومة ، حتى يتم التسعير عن طريق التراضى، وتراعى مصلحة كل من البائع والمشترى، لأنه اذا تم التسعير بغير ذلك ، وبدون ضمان نسبة من الربح للتاجر ، أدى ذلك ، كما يقول ابن القيم ، الى فساد الأسعار ، وأختفاء الأقوات ، واتلاف أموال الناس ، ولايجوز عند أحد من العلماء كما يصرح ابن القيم(٤٤)، أن يقول الحاكم للتجار : لاتبيعوا الا بكذا وكذا ، ربحتم أو خسرتم ، من غير أن ينظر الى ما يشترون به .

ومع أن دائرة هذه الحرية تختلف ضيقا واتساعا ، حسب نوع المعاملة ، ودرجة تدخل الدولة فى تنظيمها بقواعد آمرة ، الا أنه يظل للحرية دور ما فى قبول التعامل بالطريقة المحددة ، ويبقى للاختيار مجاله فى المفاضلة بين البدائل الممكنة ، تبعا للرغبة والحاجة والطاقة المتاحة .

١٩ ـ ويمهنى فى هذا الشأن التعرض لموضوع أراه على جانب كبير من الأهمية ، يتعلق بنطاق حرية المعاملة، وهو مدى المشروعية فى حق اجراء معاملات وأبرام عقود وشروط غير منصوص عليها ولم يسبق الاشارة اليها .

وممن مهد لهذا الموضوع وناقشه الفقيه ابن تيمية(٤٥)، عند شرح قاعدة العقود والشروط فيما يحل منها وما يحرم ، وما يصح منها وما يفسد ، وبعد أن ذكر أن فى هذه المسألة اتجاهين ، أحدهما يرى أن الأصل فى العقود والشروط الحظر الا ما ورد الشرع

(٤٤) المرجع السابق .

(٤٥) المرجع السابق ص ٢٠٦ ـ ٢٢٣ .

باجازته ، والثانى يذهب الى أن الأصل هو الجواز والصحة ، ولايحرم من العقود والشروط ولايبطل الا مادل الشرع على تحريمه وابطاله ، انتصر للاتجاه الثانى ورجحه ، ومن أقوى أدلته على هذا الترجيح ، الى جانب الأدلة النقلية التى أوردها ، أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية ، والأصل فيها عدم التحريم، أى الاباحة الأصلية ، أو ما أسميه ، البراءة الفطرية، فيستصحب عدم التحريم فيها ، وقوله تعالى : «وقد فصل لكم ماحرم عليكم ...» (سورة الأنعام آية ١١٩) عام فى الأعيان والأعمال ، ثم يقرر النتيجة بعد ذلك، وهى أن العهود من عقود وشروط يجب الوفاء بها ، اذا لم تكن محرمة ، عملا بعموم قوله تعالى : «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» (المائدة آية ١) وهذا الوفاء واجب وان لم يثبت حل هذه العهود بشرع خاص .

ولاشك عندى فى صواب رأى ابن تيمية ، وفى تأييده للاتجاه الصحيح ، القائل بالجواز ، لقوة حججه ، وموافقته لمقتضى الواقع والمصلحة .

٢٠ — وقد بحث أحد أساتذة القانون التجارى هذه المسألة ، وأخذ برأى ابن تيمية فى مجال الشركات ، معللا ذلك بأنه يفتح المجال أمام تأسيس شركات لم يعرفها فقهاء الشريعة السابقين ، كشركة المساهمة والتوصية والشركة ذات المسئولية المحدودة ، واستشهد على ذلك بأن بعض فقهاء الشريعة المحدثين حاول التقريب بين الشركات فى الشريعة والشركات فى القانون ، ثم توصل الى تقرير نتيجة على جانب كبير من الأهمية ، وهى الاحتفاظ بالشركات التى نظمها القانون

الوضعى بأسمائها المعروفة بها ، وتخليصها مما قد يشوبها من أحكام لاتتفق مع الشريعة الاسلامية(٤٦) .

٢١ — ومع أننى أقف مع رأى ابن تيمية وأنادى بجواز ابرام عقود وايراد شروط لم يسبق بها تشريع خاص، مالم توجد نصوص صريحة تمنع ، ومالم يخالف العقد أو الشرط مبدأ شرعيا ثابتا ، وما لم يترتب عليه وقوع أو توقع ضرر أشد ، أو فوات مصلحة أولى بالرعاية ، حتى نفتح الباب لعقود وشروط ومعاملات لم يألفها السابقون تحقيقا للقول بمرونة الشريعة الاسلامية ، وتوافقها مع المصالح الدنيوية ، لكنى — مع هذا — لا أسلم بالنتيجة السابقة ، ولاأسير فى طريق الباحثين عن تلمس أدنى مشابهة لتحقيق هدف الداعين الى بقاء تجميد أحكام الشريعة الاسلامية ، والاكتفاء بقواعد ونظريات القوانين الوضعية ، وليس من المقبول عقلا تأييد رأى فى الشريعة لمجرد تجويز وضع سائد فى القانون ، وتقديم شهادة صلاحية لاستمرار وجوده واذا كان الراجح فى الشريعة جواز انشاء شركات جديدة عملا بحرية المعاملة ، فان القانون نفسه لايجيز ذلك ، بل يجب أن تأخذ الشركة التجارية شكلا من الأشكال المنصوص عليها قانونا ، فشكل الشركة يتعلق ، — كما يصرح البعض — بالنظام العام ، وقد بين القانون أشكال الشركات على سبيل الحصر ، فلا يجوز اقتباس شكل جديد غير أنواع الشركات التى يعرفها القانون

---

(٤٦) الأستاذ الدكتور ثروت عبد الرحيم فى بحثه الدقيق الأسس القانونية لعقد الشركة منشور فى مجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ص ٦ ج ١ س ١٩٨٩م العدد الثالث .

والا كان العمل باطلا (٤٦م) ٠

وليس معنى الاجتهاد فى الدراسات المقارنة بين الشركات فى الشريعة والشركات فى القانون ومحاولات ايجاد أوجه شبه بينهما ، كما أعتقد فى نفسى ، وأظن فى غيرى ، البحث عن مبررات للرضا ببقاء الحال على ماهو عليه والغاء دور الشريعة فى التطبيق العملى ٠ حاشا لله ٠

وليس معنى الرأى الذى أصرح به الغاء العمل بالشركات القائمة المستقرة ، وهدم بنيانها ، ان المسميات التى أطلقها فقهاء الشريعة على الشركات ليست تعبدية ، فالمهم هو مصادر أحكامها وقواعدها ، واذا كنا نقول بحرية انشاء شركات ، فيجب أن نعطى الفرصة لاستخراج مايقبل التطبيق ، وألا نغفل الضرورات العملية ، والتطورات الاقتصادية ، وأن تصدر تقنينات تسمح بانشاء شركات تستمد جذورها وأصولها من الشركات الشرعية ، حتى نربط الفعل بالقول والواقع بالدراسة والتطبيق بالنظرية ، والمنافسة فى السوق هى المعيار والحكم ، وأعتقد أن هذا لايختلف فيه أحد ٠

حرية الاثبات :

٢٢ ـ معنى الاثبات فى المعاملات أقامة الدليل على صحة الدعوى لبيان الحق واظهاره أو لدفع المطالبة بالتزام واسقاطه ، ولاتوجد فى الشريعة الاسلامية تفرقة بين المعاملات فى أدلة اثباتها ، كما لاتوجد قواعد خاصة بالتجارة تميزها عن غيرها من المعاملات فى طرق توثيقها ، فكل مايكشف الحق ـ سواء كان مدنيا

(٤٦م) الأستاذ الدكتور على يونس ، الشركات التجارية ص ١٨ ٠

أو تجاريا ـ من براهين يجوز تقديمه للقاضى ، الذى يجب عليه قبوله ، مادام مستكملا لعناصر صحته ، ومحتملا لانتاج أثره ، وأما تقدير قوته وتأثيره فى الحكم فمتروك لضمير القاضى وقناعته ٠

٢٣ ـ وطبقا لنص المادة ٦٠ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ فانه «فى غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرين جنيها أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود فى أثبات وجوده أو انقضائه ، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » فالمعاملات التجارية مستثناة ـ كقاعدة عامة ـ من شرط الكتابة ، والرأى مستقر ـ كما يصرح البعض (٤٧) ـ على أن هذه المعاملات معفاة من كافة قيود الاثبات فى المعاملات المدنية ، مما يعنى أن مبدأ حرية الاثبات هو السائد فى معاملات التجارة ٠ ويقال فى تبرير هذا المبدأ ضرورة تحقيق السرعة فى ابرام العقود واجراء التصرفات ، وما تتميز به التجارة من خاصية السرعة ، التى يتعارض معها اعداد الدليل الكتابى مقدما ، كما أن التجار بحكم خبرتهم يحتاطون فى معاملاتهم ، وليسوا بحاجة الى حماية القانون ، وقيد تعاملهم فى دفاترهم يساعد فى الاثبات ، تبعا لدرجة حجية هذه الدفاتر ٠

٢٤ ـ ومع قوة المبررات السابقة فانها غير كافية ، للخروج على قواعد الاثبات العامة فى القانون ، فهى خاصة بطائفة التجار مع أن حرية الاثبات تشمل

(٤٧) د٠ أكثم الخولى ، المرجع السابق ص ٧٠ ، د٠ على جمال الدين ، العقود التجارية طبعة ثانية ص ١٤ ٠

الأعمال التجارية ، سواء وقعت بين تجار أو غير تجار، كما أن طابع السرعة لايعطله اشتراط الكتابة ، ودليل ذلك أن المادة السابقة أشارت فى نهايتها الى أن وجود نص أو اتفاق يستلزم الكتابة فى المعاملات التجارية يجب العمل به ، كما فى عقد بيع السفينة وعقد الشركة .

٢٥ — والأصل أن حرية الاثبات التجارى حق مقرر لمصلحة ذوى الشأن ، وعلى القاضى أن يوفرها للخصم عند الطلب ، ولكن القضاء المصرى استقر على خلاف ذلك ، فقد اعتبر هذه الحرية رخصة للقاضى ، من حقه أن يمنحها للخصم أو يمنعها عنه ، ولايلتزم بقبول دليل آخر غير الكتابة ، اذا رأى هو ذلك ، وتطبيقا لهذا قضى بأن للمحكمة فى المسائل التجارية أن تقبل أو ترفض الاثبات بالبينة حسبما يتبين لها من ظروف الدعوى المعروضة وملابساتها (٤٨) ، وقد صرح البعض برفضه هذا الموقف من القضاء ، وأنه لايرى له سندا من القانون، فضلا عن أنه معيب منطقيا وعمليا (٤٩) .

والحق أن الرأى السابق يتفق مع العقل والواقع ، ويتمشى مع الحكمة من تقرير حرية الاثبات ، فلايسوغ للقضاء الحد من هذه الحرية، باعطاء مفتاحها للقاضى، خاصة اذا علمنا أن هناك استثناءات على هذا المبدأ ، مما يدخله هو نفسه فى باب الاستثناء .

٢٦ — ويحكم الاثبات فى الشريعة الاسلامية قاعدة أساسية ، هى أن البينة على المدعى واليمين على من

(٤٨) د/ على جمال الدين ، المرجع السابق ص١٥ وقد أشار فى هامش١ ص ١٦ الى أحكام قضائية فى هذا الشأن .
(٤٩) د/ أكثم الخولى ، المرجع السابق ص ٧١ .

أنكر ، وللبينة مدلول أوسع من شهادة الشهود ، فتشمل كل ما بين الحق المدعى به ، وقد تضمنت أطول آية فى القرآن الكريم ، وتسمى آية المدينة ، وأسميها آية التوثيق والاثبات ، فهى تنظم توثيق المعاملات ، الآجلة والعاجلة ، بالكتابة والشهادة ، لحفظ الحقوق، وتحقيق العدل ، ومنع الشك بين المتعاملين ، ورفع التنازع فى التعامل ، بما يوفر الثقة الواجبة ، كما أنها تذكر أهم أدلة الاثبات ، والمطلوب منها ، حسب طبيعة المعاملة .

وقد ثار خلاف حول الأمر الوارد فى الآية بالكتابة والشهادة ، هل هو للوجوب أو للندب ، فالجمهور يرى أنه للندب ، والبعض يأخذ بالوجوب على ظاهرة ، ومع أن المقام لايتسع لمناقشة الأدلة الا أنى سأكتفى هنا بتقرير حقيقة هى أن الله تعالى أمر بتوثيق المعاملات المؤجلة ، سواء كانت مدنية أو تجارية ، حرصا على استقرار المعاملات وأمر كذلك بالاشهاد على المعاملات غير المقترنة بأجل ، وترك الحرية للمتعاملين ، ورفع الاثم ونفى الجناح فى عدم كتابة التجارة الحاضرة ، وهى التى تنفذ فى الحال ، أو تشتمل على أجل قريب، ويديرها المتعاملون بينهم أى تتم يدا بيد ، حتى لاتلحقهم مشقة فى كتابة مايتم على وجه السرعة ولايؤجل فيه التزام ، وليس هناك مايمنع من الاحتياط بالكتابة ، اذا جرى العرف أو نص القانون أو تم الاتفاق على طريقة معينة فى توثيق المعاملة التجارية .

وأميل الى ترجيح الرأى القائل بالوجوب ، فقد جاء فى تفسير المنار أن نفى الجناح فى الأمر بكتابة التجارة الحاضرة أشارة الى أن الكتابة أولى ، وأن كتابة

الديون المؤجلة واجبة ، كما قال ابن حزم بالوجوب الا عند عدم الامكان (٥٠) .

وليس معنى القول بالوجوب أن اثبات المعاملة لايقبل الا بالكتابة أو الشهادة ، فليس هناك تلازم كما أرى بين التوثيق والاثبات ، صحيح أن الأول يسهل للثانى ، لكن يجوز مع هذا الوجوب الدينى تقديم أى دليل يقنع القاضى ، ويكون صحيحا فى الدعوى وتظل حرية الاثبات قائمة .

النوع الثانى : حرية المشارطة :

٢٧ ـ يراد بالمشارطة أن يتضمن العقد أو اتفاق لاحق شرطا يحقق مصلحة مشروعة ، ويتفق مع مقتضى العقد . والاعتراف بحرية هذا الاشتراط يتمشى مع ماتتطلبه التجارة من توفير جو من حرية التعاقد والثقة المتبادلة والدافع الى العقد ، والرغبة فى استثمار الأموال فيما يعود بالخير وحفظ الحق .

وتعد هذه الحرية من أهم صور حرية المعاملة ، فقد يتوقف على قبول أو رفض الشروط التى يعرضها أحد المتعاقدين اتمام العقد أو فشل مشروع التعاقد ، وتمر حرية المشارطة بمرحلتين ، الأولى هى مرحلة عرض الشرط والاتفاق عليه ، أو النص عليه وفرضه ، وقبوله أو رفضه ، وتعتبر الحرية كاملة فى الحالة الأولى ، لكنها منقوصة فى الحالة الثانية ، والمرحلة الثانية هى الوفاء بالشروط ونفاذه .

(٥٠) تفسير الرازى ج ٢ ص ٣٨٢ ، تفسير القرطبى ج٣ ص ٣٧٧ ، تفسير المنار ج٣ ص ١٢٦ ، أحكام القرآن للجصاص ج١ ص ٥٢١ ، المحلى لابن حزم ج٨ ص ٣٤٤ .

وقد أمر الله تعالى بالوفاء بالشروط باعتبارها من العقود ، فى قوله : «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» .

ويثور هنا الخلاف السابق فى العقود والشروط ، هل الأصل فيها الاباحة أو الحظر ؟ .

ويلاحظ أن الحكمة من تأييد أن الأصل هو الاباحة فى العقود تتحقق فى الشروط ، مما يقتضى تأييد هذا الرأى فيها ، واجازة كل شرط لم يرد نص بمنعه ، اذا لم يخالف قاعدة شرعية اتفق عليها ، ولم يترتب على اشتراطه حدوث ضرر عام ، أو الحاق ضرر خاص ، بالطرف الآخر ، اذا كان الشرط قد فرض عليه ، ولم يكن له حرية فى رفضه .

٢٨ ـ ويأخذ الشرط فى التجارة عدة صور ، فقد يغير الشرط من وصف العقد ـ مدة سريانه ـ من لازم الى جائز ، كشرط الخيار فى البيع (٥٠م١) ، وقد يضيف التزاما جديدا ويغير من وضع أحد طرفيه ، كشرط تحمل الشريك المضارب فى الخسارة (٥٠م٢) ، كما أنه قد يعفى من التزام ، كشرط اعفاء البائع من ضمان العيب الخفى ، وقد يكون فى الشرط كذلك توفير ضمان لأحد المتعاقدين ، كشرط أن يكون المبيع مرهونا على ثمنه .

وفى تفسير معقول ومقبول للنهى عن شرطين الوارد فى حديث الرسول صلى الله عليه وعلى آله وسلم : «لايحل بيع وسلف ولاشرطان فى بيع» (٥١) أن المنهى

(٥٠ م١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٣ ص ٩١ .
(٥٠ م٢) فتح العلى المالك ج ٢ ص ٢١٩ .
(٥١) ابن القيم ، زاد المعاد ج٤ ص ٢٦٢ وفيه أن الحديث حسن صحيح .

عنه شرطان ، أى اجتماع شرطين أو أكثر فى عقد واحد، شرط يقتضيه العقد ويتفق مع مقصوده كاشتراط حقوق البيع، وشرط خارج أى ليس من مقتضيات العقد، سواء للاجبار على عقد آخر ، كالايجار فى عقد البيع ، أوللمنع من حق كالمنافسة ، باشتراط ألا يبيع المشترى الا للبائع (٥٢) .

٢٩ ـ ويلاحظ المتأمل فى القانون التجارى المصرى أنه لايوجد ضابط محكم يميز الشرط الصحيح عن الشرط الباطل ، وأثر هذا الشرط على العقد ، ونطاق حرية الاشتراط ، فنجده مثلا فى الشركات التجارية يعتبر شرط الأسد باطلا ، لأنه شرط يخالف مقتضى الشركة ، التى تقوم على المشاركة الفعلية عند التعاقد ، بتقديم حصة من مال أو القيام بعمل ، وعلى الاشتراك الحقيقى فى نتيجة المشروع من ربح أو خسارة ، ويختلف الموقف من أثر هذا الشرط الباطل على العقد ، فيترتب على وجوده أحيانا بطلان العقد ، كما هو الراجح فى شرط الأسد (٥٣)، وفى أحوال أخرى لايؤثر على صحة العقد، كشرط اعفاء الشريك المتضامن من المسئولية التضامنية فيعتبر الشرط كأن لم يكن (٥٤) .

وفى البيع بالتقسيط يجيز القانون من الشروط ما يضمن حق البائع فى الثمن ، كشرط الاحتفاظ بملكية المبيع ، رغم أنه شرط يخالف مقتضى البيع ، وسيتم

(٥٢) الدهلوى ، حجة الله البالغة ج٢ ص ١٠٩ .
(٥٣) د/ ثروت عبد الرحيم ، القانون التجارى المصرى ص ٢٧٨ . د/ محمود الشرقاوى ، المرجع السابق ج١ ص ١٩٧٠ .
(٥٤) د/ ثروت عبد الرحيم ، المرجع السابق ص ٣٣٧ .

باذن الله تعالى تفصيل هذا الموضوع فى بحث مستقل .

ورغم ذلك يمكن تقرير حرية المشارطة فى التجارة قانونا ، كأصل لاخلاف عليه ، وان اختلف نطاقها ضيقا واتساعا ، وان لم يحالفه التوفيق حين يقع التناقض أحيانا فى بعض المواضع ، مما يستلزم وضع نظرية متكاملة لهذه الحرية فى اطار فلسفة واضحة تحكمها معايير محكمة .

النوع الثالث : حرية المنافسة :

٣٠ ـ يقال نافس فى الشىء اذا بالغ فيه ورغب ، ونافس فلان فلانا فى كذا ، أى سابقه وباراه فيه ، دون اضرار ، وتنافس القوم فى كذا ، تسابقوا فيه وتباروا دون أن يلحق بعضهم الضرر ببعض ، والمنافسة أن تشتد الرغبة فى الشىء ، وهى مشتقة من النفس ، ويراد بها ميل النفس الى الأمر وحرصها على الوصول اليه، وبذل الجهد لتحصيله قبل حصول الغير عليه ، والمنافسة والتنافس بمعنى واحد ، وهى نزعة فطرية تدعوا الى التفوق لبلوغ الغاية (٥٥) .

وقد ورد الحث على التنافس فى القرآن الكريم ، فى قوله تعالى : «وفى ذلك فليتنافس المتنافسون» (سورة المطففين آية ٢٦) أى فليرغب الراغبون بالمسارعة فى الخيرات والانتهاء عن السيئات (٥٦) ، ولايتعارض مع ذلك ما جاء فى حديث النهى عن التنافس فى السنة ، فقد جاء فى سياق النهى عن مساوىء اجتماعية ، تثير

(٥٥) المعجم الوجيز ص ٦٢٧ ، ابن السيد البطليوس ، الاقتضاب فى شرح أدب الكتاب لابن قتيبة ص ٥٤ .
(٥٦) تفسير النسفى ج٤ ص ٢٥٥ .

الخلافات وتفسد العلاقات ، وفسر النهى فى قوله صلى عليه وعلى آله وسلم : «ولاتنافسوا» بأنه نهى عن الرغبة فى حطام الدنيا وأسبابها وحظوظها (٥٧) ، بسلوك وسائل غير مشروعة ، وطرق غير شريفة ، فى سبيل ذلك فهذه منافسة مذمومة ، وهى المسماة فى القانون ، فى مجال التجارة ، المنافسة غير المشروعة أو غير الشريفة ، أما الأولى فهى المحمودة ، ويطلق عليها المنافسة المشروعة أو الشريفة . واذا كانت التجارة تقوم على المخاطرة (٥٨) وروح المغامرة ، فانها تتطلب قدرا كبيرا من حرية المنافسة ، حتى تتوفر الفرص المتكافئة (٥٩) ، لاجادة العمل ، واتقان المنتج .

٣١ — وفى هذا الشأن يذكر بعض أساتذة القانون التجارى (٦٠) حرية المنافسة على أنها من سمات النظام الرأسمالى ، الذى يقوم على مبدأ حرية التجارة ، وهى تعنى حرية المشروعات فى ممارسة أنواع التجارة ، دون قيد عليها فى ذلك . ذلك أنها تسعى الى تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح ، مما يدفعها الى التسابق للوصول الى هذا الغرض ، ولا يتدخل القانون لتنظيم هذه المنافسة الا اذا شكلت الوسائل التى يسلكها لاجتذاب المتعاملين خطرا يهدد مبدأ حرية التجارة ، بأن كانت غير مشروعة ، وأدت الى الصراع بين التجار ،

(٥٧) الصنعانى ، سبل السلام ج٤ ص ٢٨٩ .
(٥٨) ابن القيم ، زاد المعاد ج٤ ص ٢٦٥ .
(٥٩) عبد السميع المصرى ، آداب التجارة فى الاسلام ، بحث منشور فى مجلة الوعى الاسلامى ع ١٥٠ ص ٣٩ .
(٦٠) د/ أكثم الخولى ، الموجز ج١ ص ٣٧٨ ، د/ الشرقاوى ، مرجع سابق ص ٨٩ .

وألحقت بهم الأضرار ولذلك لايتصور وجود هذه المنافسة بصورتها فى الاقتصاد الحر بين المشروعات العامة فى دول الاقتصاد الموجه أو المخطط ، أو فى دول الاقتصاد الاشتراكى .

٣٢ — ويذهب رأى آخر (٦١) الى أن المنافسة بين المشروعات فى الدول التى تتبع نظام الاقتصاد الموجه لاتفقد أهميتها — كذلك — وان كانت ممارستها تحصل بأسباب أخرى .

ومع أننى أرجح الأخذ بالاقتصاد الحر ، القائم على التخطيط ، الا أنى فى موضوع المنافسة أميل الى ترجيح الرأى الثانى لعدة أسباب منها : —

أولا : أن معنى المنافسة المسابقة والمسارعة وليس المزاحمة والمصارعة .

ثانيا : أن المنافسة تؤدى الى أزدهار المشروعات ، وتحفز الى ابداع المنتجات وهذا ماتحتاجه المشروعات العامة كذلك .

ثالثا : أن الحاجة الى المنافسة يتفق فيها الاقتصاد الحر والاقتصاد الموجه ، وليس صحيحا أن الأول طليق من كل قيد وأن الثانى حبيس فى قالب من حديد ، خاصة فى هذا العصر الذى يشهد تحولات سريعة ، تزيل كثيرا من الحواجز .

رابعا : أن حرية المنافسة ليست هى التعبير المرادف لحرية التجارة ، بل هى احدى صورها وتطبيقاتها .

(٦١) د/ على يونس ، المحل التجارى ص ١٣٠ — ١٣١ .

خامسا : ليس المهم تصنيف النظام الاقتصادى والحكم عليه من خلال نظرة تقليدية تبعية ، بل الواجب تحرير النظر ، وتحكيم الواقع ، وتأكيد النظام المستقل ٠

النوع الرابع : حرية المشاركة :

٣٣ ـ وتعنى حق الاشتراك فى مشروع تجارى ، عن طريق انشاء شركة جديدة بتقديم حصة من مال أو عمل أو ضمان ، أو الانضمام الى شركة قائمة ، كشريك ذو حصة خاصة به ، أو بالحلول بحصة شريك سابق ٠ واذا كانت هذه الحرية تعطى الحق فى الارتباط مع شريك آخر أو أكثر لتكوين شركة ، فان ذلك يعنى أيضا الاعتراف بحق انهاء هذه المشاركة ، وحل العلاقة ، طبقا لضوابط قانونية واتفاقية تقوم على المصلحة وعدم التعسف ٠

وتعتبر هذه الحرية امتدادا لحرية المعاملة ، وصورة عملية من صورها ، ولاشك أن روح الجماعة فى الشركات تتفق مع الاتجاه الى تكوين وحدات اقتصادية قوية ، وتأسيس مشروعات تجارية اغائية ، ولذلك يلاحظ أن كلمة تجارة فى القرآن الكريم اقترنت بصيغة الجمع ، خطابا أو اخبارا ، كما أن تنظيم فقهاء الشريعة لعقود الشركات ، بأنواعها المختلفة ، تم على أساس أنها شركات تجارة تبغى الربح أو الخسارة ، وتقوم على حرية التعاقد ، ومبدأ التراضى ٠

٣٤ ـ ويعد الرضا فى القانون من الأركان الموضوعية العامة لعقد الشركة ، وفى هذا يتفق القانون مع الشريعة ، ولكنه يختلف عنها فى النص على بعض الاجراءات التى يعتبرها أركانا شكلية ، كالكتابة والقيد فى السجل التجارى ، فمع أن المادة ٥٠٥ مدنى تقول

ان الشركة عقد ، أى تقوم على صحة الرضا وسلامة الارادة ، الا أن ذلك لايكفى لوجودها ، فالمادة ٥٠٧ مدنى تشترط أن يكون هذا العقد مكتوبا ، والا كان باطلا ، واذا كانت الشركة تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها ، لكن لايحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر ، كما تقضى المادة ٥٠٦ مدنى ، وطبقا لما يوجبه القانون التجارى وقانون الشركات ، وهذه الشكلية المفروضة وان كانت تهدف الى تحقيق ضمانات للشركاء وللغير ، الا أنها تعد خروجا على الأصل فى التجارة والعقود التجارية ، وهو الرضا كما تعتبر مخالفة لمبدأ حرية الاثبات فى الأعمال التجارية (٦٢) ٠

٣٥ ـ وقد كانت الشركة فى نشأتها الأولى ، فى ظل القانون ، من نظم الاقتصاد الحر ، وكانت شركات المساهمة من ثمار النظام الرأسمالى ، لذلك نجحت فى أداء الوظائف المنوطة بها من تجميع المدخرات الصغيرة ، وتمويل المشروعات التى تحتاج الى أموال كبيرة ، ومن نظام ادارة يتسم بالمرونة والكفاءة فى توجيه هذه المشروعات (٦٣) ، ولكن حرية تأسيس الشركات ، التى تقررت فى فرنسا ، بقانون عام ١٨٦٧م ، تراجعت وضاق نطاقها ، بمجموعة قيود جعلت شركات الأموال خاصة أشبه باتحاد أو نظام قانونى جماعى ، ولم يبق للحرية الا دور محدود جدا (٦٤) ٠

(٦٢) دكتور على جمال الدين ، العقود التجارية ص ٤ ، ١٩ ٠
(٦٣) دكتور أكثم الخولى ، المرجع السابق ص ٣٨٦ ٠
(٦٤) المرجع السابق ص ٣٩٣ ـ ٣٩٨ دكتور الشرقاوى ، المرجع السابق ص ٢٨٠ ٠

واذا كانت حرية المشاركة تعنى حق الاشتراك ، أى الدخول فى عضوية شركة ، فانها تعطى ـ كذلك ـ من جهة ثانية حق عدم الاشتراك ، أى أنهاء صفة الشريك، سواء ترتب على ذلك انقضاء الشركة نفسها ، وحلها وتصفيتها ، أو مع بقائها ، بالنسبة لباقى الشركاء ، اذا أمكن ذلك ، وهو مايطلق عليه البعض (٦٥) حرية الانسحاب من الشركة ، ويرى أن حرية الانضمام الى الشركة ،أى الدخول فيها ، والانسحاب منها ، أى الخروج من عضويتها ، تعد مقبولة ، بل مرغوبة فى ذاتها ، معوجوب تنظيمها مراعاة لحقوق باقى الشركاء ونظرا لتمخض عقد الشركة عن شخص معنوى ، واذا كانت حرية الانضمام تتفق مع مصلحة الشركة ومصلحة المنضم ، فان حرية الانسحاب تستقيم مع مبدأ حرية التجارة مع التسليم بأن هذه الحرية فى الحالين ليست مطلقة ، بل منظمة بالقانون أوبالعقد ، كما أنها تختلف ضيقا واتساعا · حسب شكل الشركة وهدفها (٦٦) ·

ومما لاشك فيه أن نطاق هذه الحرية أكثر اتساعا فى الشريعة الاسلامية ، نظرا لقيام المشاركة على العقد، فى صورته المعهودة ، ولانتفاء الجانب الشكلى ·

الفرع الثالث

الحدود المنظمة لحرية التجارة

٣٦ ـ ليس معنى الدعوة الى وجوب توفير جو ملائم

(٦٥) دكتور حسنى المصرى ، مدى حرية الانضمام الى الشركة والانسحاب منها ص ١٢ طبعة ١٩٨٥ دار الفكر العربى .

(٦٦) انظر تفصيل الموضوع فى المرجع السابق .

لممارسة حرية التجارة ، فى معالمها السابقة ، وبأشكالها المختلفة ، حرصا على مصلحة الأفراد والمجتمع ، القول بالحق المطلق بغير حدود ، فيمارس الشخص ما يشاء من أنواع التجارة ، بدافع المال وبهدف الربح ، مهما كانت الوسائل المؤدية والطرق الموصلة ، والسبل الممكنة، دون مراعاة للقيم السائدة ، ودون التزام بالمبادىء الثابتة ، فمن المسلم به أنه ليس فى الحرية ، بمعناها الحقيقى،صراع أوفوضى ، وانما الدين يأمر ،والشرع يحكم ، كما أنه ليس فى التجارة ، بمعناها المعروف المشروع ، استغلال أو احتكار ، وانما العرف يراعى، والعهد يلزم ·

٣٧ ـ والحكمة من وضع حدود لحرية التجارة ضمان قيام التجارة بوظيفتها الاجتماعية ، وتحقيق غايتها الاقتصادية ، وايجاد قدر من التوازن بين المصالح المتعارضة ، ولذلك لايجوز النظر الى هذه الحدود على أنها عقبات أمام الحرية ، أو أنها عوائق تعطل انشاء وسير المشروعات · ويطلق البعض (٦٧) على القوانين التى تتضمن اجراءات وشروطا منظمة لشئون التجارة قيودا ، وليس المهم اختلاف الألفاظ مادام المعنى المقصود واحدا أو متقاربا (٦٨) ·

وسأعرض أولا بايجاز لبعض القيود القانونية الواردة على حرية التجارة ثم أبين من وجهة نظر خاصة الحدود التى يتم من خلالها تنظيم ممارسة هذه الحرية ·

(٦٧) حسين النورى ، القانون التجارى ص ٢١٨ .

(٦٨) وان كنت أستحسن استخدام لفظ الحدود ، نظرا لما تثيره كلمة قيود من معان غير مستحبة . وقد عبر القرآن الكريم عن الأحكام المنظمة للمواريث مثلا بالحدود ، فقال تعالى : «تلك حدود الله» . (من الآية ١٣ من النساء).

٣٨ ـ وقد ذكر البعض (٦٩) القيود الواردة على حرية الاشتغال بالتجارة تحت عدة أنواع هى : ـ

١ ـ قيود ترجع الى الرغبة فى حماية الدولة فى أموالها وزيادة مواردها ، كاحتكار ـ أى استئثار ـ الدولة ببعض الأنشطة ، كالنقل بالبريد والسكة الحديد والطيران ، وسك النقود ، والرسوم الجمركية .

٢ ـ قيود الهدف منها حماية الصناعة والتجارة الوطنية من المنافسة الأجنبية ، أو توفير عمل للوطنيين ، أو تسهيل استثمار أموالهم ، كتقرير نسبة للاكتتاب فى رأس مال شركة المساهمة ، وقصر الاكتتاب على المصريين فى شركات توظيف الأموال ، والقيود المقررة على الاستيراد .

٣ ـ قيود الغرض منها حماية الصحة العامة والآداب ، كمنع الاتجار فى المواد المخدرة .

٤ ـ قيود تهدف الى الرغبة فى تنظيم العمل تنظيما اداريا ، كاشتراط الحصول على رخصة واتباع اجراءات معينة فى فتح وتشغيل المحال التجارية ، وشرط الحصول على درجة علمية أو النجاح فى امتحان خاص ، للاتجار فى المواد الكيماوية كالصيدلة .

٥ ـ قيود يقصد منها عدم الجمع بين صفتين مختلفتين ، كعدم جواز الجمع بين صفة تاجر وصفة موظف فى الحكومة أو القطاع العام ، أو بين المحاماة والتجارة .

٦ ـ قيود يراد بها حماية الجمهور الذى يتعامل مع

(٦٩) د/ على الزينى ، أصول القانون التجارى ج١ مجلد١ ص١٧٨ ـ ١٨١ .

التجار ، كالقيد فى السجل التجارى ، ومسك وحفظ الدفاتر التجارية .

٣٩ ـ وقد عرض البعض (٧٠) لهذه القيود من وجهة نظر أخرى ، وهى : ـ

١ ـ قيود تتعلق بالدفاع الوطنى ، للمحافظة على أمن وسلامة الدولة ، من ذلك القانون رقم ١١٢ لعام ١٩٥٣ ، الذى يقضى بعقاب من يصدر بضائع أو منتجات أو غير ذلك من المواد الى بلد معاد ، أو استيراد شىء من ذلك ، بالأشغال الشاقة المؤقتة ، وبغرامة تعادل خمسة أمثال الأشياء المصدرة أو المستوردة ، مع المصادرة .

٢ ـ قيود تهدف الى حماية الصحة العامة ، كقانون منع التدخين والاعلان عن السجائر .

٣ ـ قيود يقصد بها منع الغش والتغرير بالجمهور ، من ذلك قانون رقم ٤٨ لعام ١٩٤١ بقمع الغش والتدليس .

٤ ـ قيود يراد منها رعاية الآداب العامة . كتحريم الاتجار فى الكتب والصور المخلة بالآداب والذوق العام .

٥ ـ حظر مزاولة تجارة أخرى ، من ذلك القانون رقم ١٦١ لسنة ١٩٥٧ ، الذى يشترط للعمل بالسمسرة فى بورصة الأوراق المالية ألا يشتغل السمسار بأعمال تجارية أخرى غير السمسرة فى البورصة .

٦ ـ اشتراط تقديم ضمانات معينة لمزاولة بعض أنواع التجارب ، كالقانون رقم ١٠٠ لعام ١٩٥٧ الذى

(٧٠) حسين النورى ، القانون التجارى ص ٢٢٠ ـ ٢٢٢ .

يشترط فيمن يمارس عمليات البيع بالتقسيط اثبات أن رأس ماله لايقل عن خمسة آلاف جنيه ٠

٧ ـ تحريم مزاولة التجارة عقوبة ، كالمحكوم بافلاسه ٠ حتى يرد اليه اعتباره ٠

٨ ـ قيود تهدف الى توفير المواد الاستهلاكية الأساسية ، وحماية الناس من مغالاة التجار فى الأسعار ٠ كقوانين تحديد كميات المواد التموينية ، والتسعير الجبرى للسلع ٠

٩ ـ قيود تنظم مجالات التجارة ، كقصر بعض أوجه النشاط التجارى على الدولة والقطاع العام ٠

٤٠ ـ ومن جهة أخرى يمكن تقسيم الحدود المنظمة لحرية التجارة الى عدة تقسيمات فهى أولا من حيث مصدرها تنقسم الى حدود نصية وحدود شرطية وحدود عرفية ، وثانيا من جهة غايتها تتنوع الى حدود تهدف الى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع ، وحدود الغرض منها رعاية المصلحة الخاصة لشخص التاجر ، كما أن هذه الحدود تنقسم ثالثا بالنسبة لأثرها الى حدود منظمة لشئون التجارة ، وحدود متضمنة وضع ضوابط للرقابة والاشراف من الجهات المختصة على النشاط التجارى والاستثمارى ٠

ولايتسع المقام فى هذا البحث المحدود لتفصيل تلك المسائل بالقدر المطلوب لذلك سأكتفى بعرض الملامح الأساسية ، حتى يأذن الله فى بحوث مستقبلة لبسط الحديث فيها ٠

النوع الأول : الحدود النصية

٤١ ـ تنقسم النصوص التى تضع حدودا لحرية التجارة فى الشريعة الاسلامية من حيث مصدرها الى نوعين ، الأول ماصرحت به نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، مما يتعلق بالمعاملات والتجارة ، ويقتضى الوجوب ، ويضع أحكاما الزامية ، أو يفيد الندب ، ويتضمن توجيهات ارشادية ، فهذا يجب الالتزام بأحكامه ، فى ضوء القواعد العامة الأصولية والنوع الثانى من هذه النصوص ماجاء فى كتب الفقهاء من قواعد وأحكام جرى عليها العرف فى العصور السالفة ، مما أملته ظروف الزمان والمكان وأوجبته الأحوال والأحداث ، فهذا النوع كما أرى لايؤخذ على اطلاقه ، وانما يخضع لما يناسب الواقع من تطور فى المعاملات وصلاحية للتطبيق ، ويجوز بناء على ذلك استحداث قواعد جديدة لمعاملات حديثة ٠

ويراد بالنصوص فى القانون الوضعى القواعد العامة الواردة فى القانون المدنى ، وأحكام الدستور المصرى فى الحريات العامة ونصوص القانون التجارى ، والقوانين الخاصة بالاستثمار والشركات والمعاملات التجارية ٠

وتتفق كل من النصوص الشرعية والقانونية ، مع مراعاة الفروق الجوهرية بينهما سواء من حيث المصدر أو نطاق الالتزام ، فى تضمنها لنوعين من الحدود ، الأول يسمى حدود شخصية ، وهى تلك التى تتعلق بشخص التاجر ، كالأهلية ، والنوع الثانى وهو المختص بالنشاط التجارى فى جانبه الموضوعى من شروط وقيود واجراءات

ويطلق عليه الحدود الموضوعية ٠

أولا : من الحدود الشخصية أهلية التجارة :

٤٢ ـ تتطلب حرية ممارسة التجارة القدرة على انشاء المشروعات وادارتها وتحمل الالتزام وهذا يستوجب أدراك الحقائق وضرورة الواقع ، وتوفير قدر كبير من الاحاطة بمتغيرات السوق ومتطلبات العمل ٠ يدل على توفر الصلاحية لذلك أهلية الشخص للتجارة ٠

والأهلية فى الأصل صفة شخصية ، توجد لدى الشخص الطبيعى ، لأنها تتعلق بمسألة الذمة والارادة والعقل ، ولكن القانون يسبغ هذه الأهلية على الشخص الاعتبارى كذلك ومنه الشركة ، وهى أهلية افتراضية أو حكمية ، لتحقيق نتائج معينة ، ولتوفير جو من الاستقلال والائتمان ، ولضمان أداء الوظائف المنوطة بها ٠ ولذلك تذكر المادة ٥٢ مدنى مصرى الشركات من الأشخاص الاعتبارية ، التى تتمتع بجميع الحقوق ، وفقا للمادة ٥٣ مدنى مصرى ، الا ما كان منها خاصا بالشخص الطبيعى ، فله ذمة مالية مستقلة ، وله أهلية فى الحدود التى يعينها سند انشائه ، أو التى يقررها القانون ٠

واذا كان معنى الأهلية صلاحية الشخص وقدرته على ممارسة التجارة ، بتوفر صفات ذاتية تجعله مدركا لتصرفاته ، وأهلا للوفاء بالتزاماته ، من واقع النضج البدنى والعقلى ، أى البلوغ والرشد ، فانه لايمكن تطبيق هذه المقاييس الحسية والمعنوية على الشخص الاعتبارى ، الذى يقر له القانون بالأهلية طالما يقوم بالأعمال التى تدخل فى الغرض من انشائه ، ولكن

الصحيح أن هذا لايعد من باب الأهلية الا مجازا ، فالشركة مثلا حين تقوم بأعمال خارجة عن غرضها تفقد مبرر وجودها ، طبقا للتصريح الصادر بالموافقة عليها ، وللعقد المنشىء لها ٠

وتعد الأهلية حدا مانعا من حرية التجارة طالما لم تتوفر للشخص ، لكنها بعد وجودها تعتبر حدا دافعا ومشجعا على القيام بأعمال تجارية مثمرة ٠

٤٣ ـ ويلزم لتحقيق هذه الأهلية قبل بلوغ الشخص راشدا الحصول على قدر كاف من التعليم والتدريب على شئون التجارة ٠ ثم التصريح له بمزاولة تجارة معينة من الجهات المختصة ٠

وقد حرصت الشريعة الاسلامية على أن تقوم التجارة على أساس علمى ، فحثت على طلب العلم ، ودعت الى تعلم القواعد الأساسية اللازمة لممارسة نشاط تجارى معين ٠

وهذا يحقق وظيفتين ، الأولى أنه مانع من مخالفة الأحكام الشرعية ، والثانية أنه دافع لاتقان العمل وضبط المعاملة ، وفقا للظروف الاقتصادية ٠ يدل على ذلك آية التوثيق ، أو المداينة ، فى أواخر سورة البقرة ، فالأمر بالكتابة على الوجه المفصل فى الآية دعوة للتعلم ، كما روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يمر فى الأسواق ويضرب بعض التجار بالدرة ، ممن لايميز بين الحلال والحرام فى البيوع ، ويقول «لايبيع فى سوقنا الا من يفقه» (٧١) ، وروى عن على بن أبى طالب

(٧١) الغزالى ، احياء علوم الدين ج٢ ص ٦٦ ٠

كرم الله وجهه أنه قال : «يامعشر التاجر الفقه فى المتجر، ثلاث مرات (٧٢) ، كما ذكر أبو حامد الغزالى أن من آداب التاجر تعلم أصول التجارة التى يمارسها ، ويعتبره واجبا عليه ، ويسمى علم الكسب أو علم التجارة (٧٣) ٠

وفى بيان فرضية تعلم ما يلزم للتجارة روى عن محمد ابن الحسن الشيبانى فى قوله صلى الله عليه وسلم : «طلب العلم فريضة على كل مسلم» قال : المراد علم الحال ، فان مايحتاج اليه المرء فى الحال لأداء مالزمه، ففرض عليه عينا علمه ، كالطهارة لأداء الصلاة ، فان أراد التجارة يفترض عليه تعلم ماتحرز به عن الربا والعقود الفاسدة (٧٤) ، ولذلك يجب الحصول على قدر كاف من العلم والخبرة بالتدريب العملى فى مجال التجارة ،بوجه عام ، مع مراعاة الاجادة فى فرع العمل المطلوب ٠

وتربط الشريعة الاسلامية بين التعليم والتدريب التجارى ، لكى تتحقق الأهلية اذا مارس الشخص التجارة ، وقد أشار الى ذلك آية «وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم» (النساء آية ٦) كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد دربه عمه أبو طالب على التجارة حين كان يصحبه وهو صغير الى أسواق الشام ٠ قبل أن يستقل بالتجارة للسيدة خديجة رضى الله عنها ٠

---

(٧٢) العاملى ، وسائل الشيعة ج١٢ ص ٢٨٢ .
(٧٣) احياء علوم الدين ج٢ ص ٦٦ ٠
(٧٤) الاكتساب فى الرزق المستطاب ص ٤٢ .

وقد تكفلت الدول فى العصر الحاضر بتوفير فرص التعليم والتدريب فى مجال التجارة من خلال مدارس ومعاهد وكليات ومراكز تدريب تعنى بشئون وعلوم المشروعات والاستثمار ٠

٤٥ ــ وقد عرض القانون التجارى المصرى لأهلية الرجل والمرأة للتجارة ، فنصت المادة الرابعة منه على أنه : «يسوغ لمن بلغت سنه احدى وعشرين سنة كامله أن يشتغل بالتجارة ، وأما من بلغ سنه ثمانى عشرة سنة كاملة ، وكان قانون أحواله الشخصية يقضى بأنه قاصر ،فلا يجوز له أن يتجر الا بحسب الشروط المقررة فيه ، وأما اذا كان القانون المذكور يقضى برشده فلا يتجر الا باذن من المحكمة الابتدائية» كما قضت المادة الخامسة بأن أهلية النساء للتجارة تكون على حسب قانون أحوالهن الشخصية» ٠

وقد تضمنت المادة ٥٧ من القانون رقم ١١٩ لعام ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال تطبيقا لذلك بأنه لايجوز للقاصر ، سواء أكان مشمولا بالولاية أو بالوصاية ، أن يتجر الا اذا بلغ ثمانى عشرة سنة من عمره ، وأذنته المحكمة فى ذلك اذنا مقيدا أومطلقا ٠

٤٦ ــ والحكمة من هذه الرخصة القانونية تدريب القاصر وحمايته فى المرحلة السابقة على بلوغه سن الرشد ، وتسليم أمواله اليه ، ولكن يلاحظ أن الغاية من هذه الرخصة لاتتحقق الا فى سن متأخرة ، عما هو مقرر شرعا ، كما أن الشخص يعد كامل الأهلية ، ويكتسب وصف التاجر قانونا ، طالما كان يعمل فى حدود الاذن الممنوح له من المحكمة المختصة ، أما فى الشريعة الاسلامية فالتدريب على التجارة يتم فى مرحلة سابقة

على البلوغ وفى مرحلة لاحقة له ، وحتى يتم التحقق من الرشد ، أو بالتعبير الشرعى حتى يؤنس رشده ، أى يوجد ويعلم (٧٥) ، ويخضع الشخص فى الفترة السابقة على هذا الرشد ، وأثناء التدريب والاختبار للرقابة والاشراف .

وقد ذكر المفسرون أن معنى الابتلاء فى آية : «وابتلوا اليتامى» الاختبار الذى قد يكون قبل البلوغ أو بعده الى الرشد ، ويحصل بتأمل أخلاق الصبى وأحواله ، فان كان ممن يحسن التصرف بالبيع والشراء فى الأسواق أعطاه وليه شيئا من المال ونظر فى تصرفه ، فان نماه وأحسن حفظه . كان صالحا لتسلم جميع أمواله بعد بلوغه واينا س رشده .

وفى الآية كما يقول الحنفية دليل على جواز الاذن للصبى بالتجارة ، لأنه عن طريق الاختبار يعلم حاله فى معرفة وجوه التجارة ، ولايكون ذلك الا بالاذن له فيها ، وذلك ممكن دون حاجة الى دفع ماله اليه ، لأن الاذن هو الأمر بالبيع والشراء ، وبعد البلوغ يختبر أيضا لمعرفة الرشد ، بالاذن له كذلك فى التجارة ، ولايرفع الحجر الا بعد العلم برشده .

وقد ورد فى حقيقة الرشد أقوال منها أنه الصلاح فى العقل وحفظ المال ، كما يروى عن ابن عباس والسدى ، أو اصلاح الدنيا ومعرفة وجوه أخذ المال واعطائه وحفظه ، كما نقل عن مالك ، أو اصلاح الدين والدنيا وطاعة الله وضبط المال ، كما روى عن الشافعى ، ولم يحدد سنا للرشد الا أبو حنيفة — رضى الله عنهم جميعا — الذى

(٧٥) السجستانى ، تفسير غريب القرآن ص ٨ .

قال بخمس وعشرين سنة ، فلا حجر بعدها على العاقل (٧٦) .

وقد نصت المادة الرابعة من القانون التجارى السعودى على أن كل من كان رشيدا أو بلغ سن الرشد فله الحق أن يتعاطى التجارة بأنواعها .

ولافرق فى الشريعة بين الرجل والمرأة فى الأهلية ، كما لايتوقف أهلية ممارسة الزوجة للتجارة على اذن الزوج ، وبهذا أخذ القانون المصرى وان كانت الشريعة تشترط على الزوجة طاعة زوجها ورضاه فى عملها .

ولايتمتع الشخص بأهلية كاملة للتجارة الا بعد بلوغه راشدا ، ولكن طبقا للقانون فان أهلية التجارة اما أن تكون باذن المحكمة المختصة اذا بلغ الشخص ثمانى عشرة سنة ولم يصل الى سن الرشد ، وفى حدود الاذن الممنوح يكون للشخص أهلية تجارية كاملة ، وكذا للزوجة اذا كان قانونها الشخصى يشترط حصولها على أذن من زوجها ، وامتنع رغم اخطاره ، واما أن تكون بحكم القانون ، وتتحقق ببلوغ الشخص احدى وعشرين سنة دون وجود عارض من عوارض الأهلية .

٤٧ — وقد تتحقق أهلية الشخص ومع ذلك يمنعه قانون خاص من ممارسة التجارة من باب العقوبة أو بسبب يتعلق بوضعه الوظيفى أو مكانته الاجتماعية فاذا قام بنشاط تجارى على سبيل الاحتراف — رغم

(٧٦) ومن المراجع فى هذا الموضوع : أحكام القرآن لابن العربى ج١ ص ٣١٩ — ٣٢٠ ، وأحكام القرآن للجصاص ج٢ ص ٣٥٦ . تفسير الخازن ج١ ص ٤٠١ ، تفسير القرطبى ج٥ ص ٣٤ — ٣٨ ، بدائع الصنائع للكاسانى ج١٠ ص ٤٥١٩ ، الهداية للمرغينانى ج٣ ص ٨٤ ، الروض المربع للبهونى ص٢٨٨ ، جواهر الاكليل ج٢ ص٩٧ ، مشروعات تقنين الشريعة الاسلامية على المذاهب الأربعة .

وجودهذا المانع ـ فان عمله يظل عملا تجاريا ، ويكتسب صفة التاجر ، ولكنه يتعرض لتوقيع جزاءات تأديبية معينة ٠

وقد أجاز ابن خلدون منع بعض الأشخاص من التجارة حرصا على المصلحة العامة وعملا على تفرغهم لوظيفتهم، ونفيا لمواطن الشبه عنهم ، من ذلك منع الحاكم وأعضاء حكومته ٠ ويقاس عليهم كبار موظفى الدولة ، بدليل مافعله عمر بن الخطاب مع أبى بكر الصديق رضى الله عنهما ، حين ولى الخلافة فقابله عمر فى الطريق متجها الى السوق كعادته قبل الخلافة ، فاستشار الصحابة رضى الله عنهم ، واتفقوا على أن يفرضوا له قدر مايكفيه وأهله من بيت مال المسلمين (٧٧) ، حتى يترك التجارة ويتفرغ لمصالح المسلمين ٠ وأرى أن هذا المنع يجب تنظيمه ، بحيث لايشمل جميع الموظفين والعاملين بالحكومة والقطاع العام ، خاصة أن كثيرا منهم لايكفية دخله من وظيفته ، مما يضطره الى التحايل بشتى الطرق لممارسة نشاط تجارى يساعده على معيشته ، لذلك يجب أن يكون المنع مقصورا على فئات معينة يكون عملها بالتجارة ماسا بدرجة واضحة بمكانتها الوظيفية ، أو مؤثرا على أدائها ، مع ضرورة توفير حد الكفاية اللائقة والمعيشة المناسبة من بيت مال المسلمين ٠

ثانيا : الحدود النصية الموضوعية :

٤٨ ـ وهى الحدود التى أوردتها نصوص شرعية أو

(٧٧) د/ مصطفى الشكعة ، الأسس الاسلامية فى فكر ابن خلدون ونظرياته طبعة أولى ١٩٨٦ ص ٨ وفى مقدمة ابن خلدون ص ١٧٦ — ١٧٨ ٠

قانونية تختص بالجانب الموضوعى فى التجارة ، وتمثل وسائل تنظيمية لممارستها ، وقد تكون فى ظاهرها قيودا على حرية العمل بها ، لكنها فى الحقيقة تضع أحكاما وشروطا واجراءات لضمان أداء الوظائف الاقتصادية والاجتماعية ٠ ما لم تكن فى الجانب القانونى معطلة للعمل ومؤثرة على الحرية فى صورتها الممكنة ٠

ويلاحظ أن الشريعة الاسلامية فى هذا المجال تقوم على قاعدتين أساسيتين ، هما العدل والمصلحة ، فالحدود النصية تهدف الى دفع المفاسد وتعويض الأضرار عنها ، والى جلب المصالح وتحقيق التوازن بينها ، وأغلب النصوص فى هذا عامة ومحدودة ٠ وقد تحرم النصوص الشرعية الواردة فى هذا الشأن بعض المعاملات ٠ وتقرر عليها عقوبات ، دينية ودنيوية ، أو دينية فقط ، كالتجارة فى الخمر والميسر والتعامل بالربا ، وقد تنهى عن التجارة فى أوقات معينة ، حتى لايتعارض ممارستها مع أداء العبادة فى وقتها ، كالبيع وقت الجمعة ، كما أن النصوص قد تحظر بعض المعاملات التى يلجأ اليها التجار بحثا عن مجرد الربح ، دون مراعاة للمصلحة العامة ، كتخزين السلع فى وقت الحاجة ، ليرتفع ثمنها ، والامتناع عن بيعها ، للسيطرة على الأسواق ، وهو مايسمى الاحتكار ، يقال حكر السلعة واحتكرها ، اذا جمعها لينفرد بالتصرف فيها (٧٨) ، واحتكر الطعام اذا حبسه بقصد الغلاء (٧٩) ،

(٧٨) المعجم الوجيز ص ١٦٤ ٠
(٧٩) المصباح المنير ج١ ص ٧٥ ٠

وقيل الاحتكار هو شراء الشيء وحبسه ليقل في السوق ويزيد ثمنه ، وكل ما أضر بالناس حبسه فهو احتكار ، روى عن معمر بن عبد الله رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال : «لايحتكر الا خاطىء» (٨٠) وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : «لاحكرة فى سوقنا» (٨١) .

ونهى النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن المزايدة فى الثمن ورفع السعر عن المعتاد لمجرد الرغبة فى الخديعة والتغرير بالغير ، دون وجود قصد حقيقى الى التعامل ، فقد روى ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم أنه نهى عن النجش (٨٢) .

وحد الحرية الذى يجب الالتزام به وعدم تعديه هو عدم الجاء الغير الى المعاملة ، بسبب الحاجة ، أو بأسلوب الاضطرار (٨٣) ، فقد نهى النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع المضطر الى العقد ، فيستغل المشترى حاجة البائع ، ويأخذ المبيع بثمن أقل من المعتاد (٨٤) ، ويقاس عليه شراء المضطر . وهو الجاء المشترى ، خاصة اذا كان من المستهلكين ، بدافع الحاجة ، وكذا صور المعاملات الأخرى المتضمنة للالجاء والاستغلال .

(٨٠) سبل السلام ج٣ ص ٨٢٥ .
(٨١) الموطأ ص ٥٤٤ .
(٨٢) صحيح البخارى ج٢ ص١٧ نيل الأوطار ج٥ ص١٦٦ الموطأ ص ٥٧٠ .
(٨٣) أحمد الشرباصى ، التجارة فى القرآن الكريم ، مجلة الأزهر س٣٤ صفر ١٣٨٢ يوليو ١٩٦٢ ص ٢١٣ .
(٨٤) المناوى ، مختصر شرح الجامع الصغير ج٣ ص ٣٤٠ .

وفى تفسير الباطل المنهى عنه فى قوله تعالى : «ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ...» (النساء آية ٢٩) ورد أنه ما لايحل شرعا ولايفيد مقصودا لأن الشرع نهى عنه ، كالربا والغرر (٨٥) ، وقيل (٨٦) ان الباطل اسم جامع لكل ما لايحل شرعا . كالربا والغصب والسرقة .

٤٩ ـ وقد تهدف النصوص الشرعية الى توفير منافسة متكافئة بين التجار ، فتضع قيودا على حرية التجارة ، فى طرق الحصول على البضاعة وفى تصريفها ، من ذلك : نهى النبى صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن تلقى البيوع وعن البيع على البيع وعن السوم على السوم وعن بيع الحاضر للبادى وعن النجس ، فعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى أن يبيع حاضر لباد ولاتناجشوا ولايبيع الرجل على بيع أخيه» وعن ابن عمر رضى الله عنهما قال : « لايبيع بعضكم على بيع بعض ولاتلقوا السلع حتى يهبط بها الى السوق ، وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم : «لاتلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد» قال ابن عباس أى لايكون له سمسارا (٨٧) ، والسمسار هو القائم بالأمر الحافظ له ثم غلب استعماله فيمن يدخل ويتوسط بين البائع والمشترى ـ بمعناهما

(٨٥) ابن العربى ، أحكام القرآن الكريم ، القسم الأول ص ٩٧ ، صحيح مسلم ج١٠ ص ١٥٦ .
(٨٦) المجموع شرح المهذب ج ٩ ص ١٥٣ .
(٨٧) صحيح البخارى ج٢ ص ١٦ ـ ١٩ ، صحيح مسلم ج١٠ ص١٥٦ .

العام ـ للتقريب بينهما ، وليس المراد النهى عن السمسرة ، اذا كانت تؤدى خدمة مشروعة ، بأسلوب مشروع ، بل يتعلق النهى بما يخرج عن ذلك الى التأثير على الاسواق والتغرير بالناس ٠

وقد أفاض القانون التجارى والقوانين الخاصة والمكملة واللوائح التنفيذية فى الحدود الموضوعية المنظمة لممارسة التجارة واقامة المشروعات الاقتصادية، فى وضع الشروط والاجراءات ، بما يكاد يلغى دور الارادة ، أو ينفى وجود الحرية ، الا فى مجرد قبول الاذعان لما تحدده القوانين ، وتنفيذ ما تتطلبه وما تفرضه من قواعد آمرة ، والا كانت الجزاءات المدنية والجنائية على مخالفتها ٠ وتطبق القواعد العامة فى المسئولية المدنية على المنافسة غير المشروعة ، أو غير الشريفة ، فى التجارة ، من ضرورة توفر أركان الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، ويحق للمضرور المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة هذه المنافسة ٠

النوع الثانى : الحدود الشرطية :

٥١ ـ وهى الحدود التى تتضمنها شروط اتفاقية ، سواء نص عليها العقد أو تم وضعها فى اتفاق لاحق ، وتنظم أسلوب التنافس التجارى ، أو تحدد شروطا بين أطراف المعاملة التجارية ، وهذا الشرط الذى يحد من حرية التجارة قد يكون مشتركا ، وهو الذى يسرى على جميع أطراف المعاملة ، سواء كان يقر حقوقا أويفرض التزامات ، وقد يكون تبادليا ، وفى هذه الحالة يضع كل طرف شرطا خاصا به ، يحقق مصلحة ملائمة له ،

وقد يكون الشرط لأحد الأطراف أو لطائفة معينة دون الباقين ٠

ويختلف تقدير الشرط ومدى صحته وأثره على المعاملة حسب المصلحة التى يقرها ، ونوع المعاملة التى يقترن بها ، وهل هى من المعاملات ذات المصالح المتعارضة كالبيع أو ذات المصلحة المشتركة كالشركة ٠

ومن أمثلة الشروط التى تضع حدودا على حرية التجارة شرط تحديد أو منع المنافسة ، وشرط تقييد أو منع انتقال الحصة فى الشركة ٠ وما يسمى بشرط الفائدة الثابتة فى الشركات ، وسنقوم بعرض تفصيلى للشرط الأول ، تاركين ، الشرطين الآخرين لبحوث خاصة قادمة باذن الله تعالى ٠

شرط تحديد أو منع المنافسة فى التجارة : ـ

٥٢ ـ ينظم القانون العلاقة بين التجار لكى يوفر لهم جوا من المنافسة القائمة على وسائل شريفة ، ولكن ـ مع ذلك ـ يتم الاتفاق فى الغالب على هذه المنافسة بموجب شروط محددة ، وقد عالج البعض(٨٨) بالتفصيل فى هذا المجال شرط عدم انشاء تجارة مماثلة فى عقد بيع المحل التجارى عند الحديث عن ضمان البائع عدم التعرض للمشترى فى حيازته وادارته لمتجره ، فطبقا للمادة ٤٣٩ مدنى مصرى يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، وتطبيقا لحكم هذه المادة يعد من قبيل التعرض ، وبالتالى لا يجوز للبائع ، انشاء تجارة مماثلة بالقرب من المحل

(٨٨) د/ على يونس ، المحل التجارى ص ٢٢٧ ـ ٢٣١ ٠

التجارى المبيع ، وهذا التزام قانونى يوجبه العقد ، دون شرط النص عليه فى عقد البيع ، ولكن يجب فى نفس الوقت أثبات الضرر عند مخالفته ، ولذلك يدرج كشرط صريح فى عقد البيع ، يلتزم بموجبه البائع بعدم انشاء تجارة مماثلة ، فاذا أنشأ البائع باسمه أو باسم غيره هذه التجارة فانه يكون قد أخل بالتزامه ، سواء حدث ضرر للمشترى أو لم يحدث ، وله مطالبة البائع بفسخ عقد البيع أو المحل الذى يمارس فيه هذه التجارة المنافسة ، وله مع ذلك طلب التعويض لما سببه مخالفة الشرط من نقص قيمة المحل التجارى .

٥٣ ـ ونظرا لأن هذا الشرط يعد قيدا على حرية التجارة ، لذلك لايجوز أن يرد مطلقا وعاما ، بل يجب أن يكون مقيدا من حيث الزمان والمكان ، وأن يكون خاصا بالتجارة المماثلة ، والا كان الشرط باطلا بطلانا مطلقا ، وعلى المحاكم مراقبة هذه الشروط التى تتضمن مغالاة وارهاقا للبائع ، ولها أن تقضى ببطلانها ، أو تعدل منها ، بما يوفر حماية كافية للمشترى ، وفى نفس الوقت يضمن قدرا من الحرية للبائع (٨٩) .

٥٤ ـ وهناك صورة أخرى لهذا الشرط ، وفيها يمنع صاحب العمل العامل ، بموجب شرط فى عقد العمل ، من ممارسة تجارة مماثلة لحسابه الخاص أو مع الغير (٩٠) ، وقدنصت على ذلك المادة ٦٨٦ مدنى مصرى ، فقالت : «اذا كان العمل الموكول (٩٠م) الى العامل يسمح له

(٨٩) د/ على يونس ، المرجع السابق وانظر الأحكام المذكورة فى هامش ١ ، ٢ صفحتى ٢٢٨ ، ٢٢٩ منه .

(٩٠) د/ محمود الشرقاوى ، المرجع السابق ص ٩٧ .

(٩٠م) والصحيح لغة المطلوب من أن المكلف به العامل .

بمعرفة عملاء رب العمل أو الاطلاع على سر أعماله ، كان للطرفين أن يتفقا على أنه لايجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس رب العمل ، ولا أن يشترك فى أى مشروع يقوم بمنافسته» .

ولكن الفقرة الثانية من هذه المادة اشترطت لصحة هذا الاتفاق ما يأتى : ـ

١ ـ أن يكون العامل بالغا رشده وقت ابرام العقد .

٢ ـ أن يكون المنع محصورا من حيث الزمان والمكان ونوع العمل ، أى محدود المدة ومكان العمل ونوع التجارة . بما يضمن القدر اللازم لحماية المصالح المشروعة لرب العمل .

وفى مقابل توفير هذه الحماية القانونية لرب العمل ، وهو فى موضوعنا التاجر ، أسبغ القانون حماية أخرى للطرف الثانى ، الضعيف غالبا فى العقد وهو العامل فقد جعل الشرط محدودا ، كما سبق ، ولم يجز التمسك به اذا لم يوجد الضمان الكافى ، فى حالة سريانه ، فهو شرط يسرى فى ظل عقد العمل ، فاذا فسخ رب العمل العقد أو رفض تجديده ، دون أن يحدث من العامل ما يبرر ذلك ، واذا وقع من الأول مايبرر للثانى فسخ العقد ، فان الشرط يسقط ، ويسترد العامل حقه فى ممارسة التجارة الممنوع منها ، وفقا للفقرة الثالثة من المادة السابقة .

وقد تجاوز القانون الى مرحلة متقدمة فى الحماية ، فأبطل العقد والشرط ، ونصت المادة ٦٨٧ مدنى على أنه «اذا اتفق على شرط جزائى فى حالة الاخلال بالامتناع

عن المنافسة ، وكان فى الشرط مبالغة تجعله وسيلة لاجبار العامل على البقاء فى صناعة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلا ، وينسحب بطلانه أيضا الى شرط عدم المنافسة فى جملته» ٠

وهناك تطبيق آخر مشابه لهذه الحالة فى عقد الشركة، وان كانت العلاقة بين أطراف العقد تختلف تبعا لطبيعته ، هى علاقة الشريك بالعمل بالشركة ، فهو ملتزم قانونا بألا يقوم بنفس العمل لحسابه ، أو بالاشتراك مع الغير ، لأنه لايجوز له منافسة الشركة فى النشاط الذى يقدمه حصة فيها ٠

٥٥ ـ ومما يجدر ملاحظته أن الشرط يضع حدا لحرية التجارة من خلال تقرير واجب أو التزام على طرف لمصلحة وحساب طرف آخر، واذا كانت حرية المنافسة مشروعة ، وهى ، من مقتضيات التجارة والمصلحة العامة ، فان الشروط المنظمة لها يجب أن تكون صريحة ومحددة ، وألا تحمل ضغطا واكراها غير مباشر للمنع من حق ممارسة التجارة ، ولذلك أرى أن التزام بائع المحل التجارى بعدم التعرض قانونا للمشترى لايفترض عدم جواز انشاء تجارة مماثلة ، فهناك أولا فرق بين المحل التجارى كأداة للتجارة ، وكمجموعة عناصر تخصص لممارسة مشروع تجارى معين ، وبين التجارة كنشاط يمارسه التاجر بصفة عامة ، ومعلوم أنه ليس بلازم أن يكون فى محل تجارى ، ولهذا فالصحيح هو عدم انشاء محل تجارى لمنافسة المحل السابق بيعه، كما أن الحكمة من ضمان عدم التعرض هى تمكين

المشترى من الانتفاع بمحله ، دون التأثير الضار به، بوسائل غير مشروعة ، بما ينقص من زبائنه ، ويؤثر على سمعته ، واذا كان البائع سيمارس تجارة مقاربة فى محل تجارى باسم وعلامات مختلفة ، وبعمال وموظفين آخرين ، فلا شك أن المنافسة تكون مشروعة، مادامت فى الاطار المتعارف عليه ٠

والشرط المانع من التجارة شرط لايقتضيه العقد ولايلائمه ، ولكن فيه منفعة للمشترى ، فاذا جرى عرف التعامل به فانه يكون صحيحا وملزما (٩١) ، بشرط أن يكون محدود الزمان والمكان ونوع التجارة ، وقد وضع الشافعية قاعدة حاكمة فى هذا الشأن ، فقالوا: لو شرط التزام ما ليس بلازم أصلا بطل العقد (٩٢) ٠

النوع الثالث : الحدود العرفية :

٥٦ ـ العرف ما اعتاده الناس أو جماعة منهم فى سلوكهم وتصفاتهم، وماتعارفوه وجرى عليه تعاملهم واستقر فى ضمائرهم الشعور بالزامه وانكار الخروج عليه ومخالفته ، جاء فى القرآن الكريم «خذ العفو وأمر بالعرف» (الأعراف آية ١٩٩) ٠ ويأتى العرف فى المرتبة الثالثة ، كمصدر للأحكام الشرعية ، بعد النص الشرعى والاتفاق العقدى والشرطى (٩٣) ٠

وقد اعتبر القانون المدنى المصرى ، فى مادته الأولى، العرف فى الدرجة الثانية بعد نصوص القانون ، ويتردد

(٩١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٧٣ ٠
(٩٢) المجموع شرح المهذب ج٩ ص ٤٠٤ — ٤٠٥ ٠
(٩٣) مشروع تقنين الشريعة على المذهب الشافعى ٠

وضع العرف التجارى ، فى مصادر القانون التجارى بين المرتبتين الثانية والثالثة ، فيضعه البعض (٩٤) فى المرتبة التالية لنصوص قانون التجارة والقوانين المكملة ، ويعرفه بأنه القواعد التى تعارف الناس التعامل عليها فى المعاملات التجارية ، بحيث يجرى عليها سلوكهم، وتعتبر فى نظر الجماعة قاعدة ملزمة دون حاجة للاتفاق على الالتزام بها ، ويقسمه من حيث مجاله الى ما يتعلق بالأشياء المادية ، كجريان العرف التجارى على التسامح فى نسبة من التلف ، يعفى الناقل من المسئولية عنها ، فى نقل الأشياء التى تقتضى طبيعتها التعرض لهذا التلف ، وما يتصل بالمسائل القانونية ، كسريان العرف على تضامن المدينين فى الالتزامات التجارية . ويصنف البعض الآخر (٩٥) العرف التجارى فى الدرجة الثالثة ، باعتباره من المصادر الرسمية الملزمة ، بعد النصوص القانونية الآمرة، تجارية ومدنية ، والاتفاقات الخاصة الصريحة .

٥٧ — ويلعب العرف التجارى ، سواء أكان عاما أم خاصا ، دورا كبيرا فى تحديد وتنظيم حرية التجارة، فقد يحدد حرية التعامل فى أنواع معينة من المعاملات التجارية ، طبقا لمقتضيات الحاجة والمصلحة ، كما قد يكون مرجعا فى صيغة التعاقد وفى أسلوب التعامل وفى شروط العقد ، فالمعروف عرفا كالمشروط شرطا ، والمتعارف بين التجار كالمشروط بينهم ، وعدم الاتفاق

(٩٤) د/ ثروت عبد الرحيم ، المرجع السابق ص ٢٣ — ٢٤ .
(٩٥) د/ محمود الشرقاوى ، المرجع السابق ص ٢٦ — ٢٩ .

على خلاف العرف يدل على الرضا به ضمنا (٩٦) .

ولذلك شرع الاستصناع ، وهو عقد على شىء غير موجود ، لحاجة الناس ، وهو عقد جائز فيما يتعامل الناس فيه ، ولايجوز فيما لاتعامل فيه (٩٧) .

كما تنعقد عقود التجارة ، ومنها البيع والاجارة والشركة ، بما يدل على الرضا عرفا (٩٨) ومن تطبيقات القاعدة الفقهية العادة محكمة فى عقد البيع المعاطاة والقبض ، ويراد بلفظ المعاطاة اجراء المعاملة بالفعل، دون لفظ من المتعاقدين أو أحدهما ، أى أن الايجاب والقبول يتم بصورة تسليم وتسلم فينفذ العقد بمايدل على الرضا فعلا ، وكل ماجرت العادة فيه بالمعاطاة وعده الناس فى عرفهم بيعا فهو بيع ، ومالا فلا (٩٩) ويقاس على البيع عقود المعاملات الأخرى .

ويشمل القبض كذلك فى البيع كل ما يقضى العرف بأنه من ملحقات وتوابع المبيع ، فيأخذ حكمه ، ما لم يتفق على غير ذلك (١٠٠) .

ومن الشروط الجائزة مع أنها تخالف فى ظاهرها مقتضى العقد الا أنها أجيزت لجريان العرف على التعامل بها ، لأنها تحقق مصلحة مشروعة ، شراء

(٩٦) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٥٦١ حاشية ابن عابدين ج٤ ص ٣٥ ، بلغة السالك لأقرب المسالك ج٢ ص ٤٩٠ .
(٩٧) الهداية للمرغينانى ج٣ ص ٧٨ ، مرشد الحيران ص ١٠٥ .
(٩٨) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٣ ص ٣٤٠٨ .
(٩٩) المجموع للنووى ج٩ ص ٢٧١ — ٢٧٢ .
(١٠٠) مغنى المحتاج للشربينى الخطيب ج٢ ص ٦٩ — ٧٠ والمادة ٩٢ من مشروع التقنين على المذهب الشافعى والمادة ٤٦٩ من مرشد الحيران .

بضاعة على أن يوصلها البائع الى منزل المشترى أو متجره قياسا على شراء قماش بشرط أن يخيطه البائع قيمصا مثلا اذا كان معروفا عنه ذلك (١٠١) .

وقد نصت المادة ٣٢١ من مرشد الحيران على أنه يعتبر الشرط الذى جرت به عادة البلد وتقرر فى المعاملات بين التجار وأرباب الصنائع .

وقد يتدخل العرف كذلك ـ فى التجارة ـ فى بعض الحقوق ، كما اذا جرى العرف على أن خدمات معينة كالنقل لاتؤدى الا بأجرة ، فاذا قام بها شخص اختص لها ، كسيارة أجرة ، استحق أجر المثل ، دون شرط الاتفاق السابق عليها (١٠٢) .

وفى الشركة ينص فقهاء الشريعة على أنها تنعقد على عادة التجار ، ويمارس الشريك من الأعمال ماجرى به عرفهم ، وأن النفقات اللازمة لادارة شئون الشركة تكون من أموالها ، لأن الظاهر التراضى على ذلك (١٠٣) .

الالتزام بالحدود السابقة : ـ

٥٨ ـ الأصل أن يتم الالتزام بالحدود والقيود السابقة فى التجارة من الشخص المخاطب بها بنفسه ، بدافع من عقيدته الدينية ، وطبيعته الخلقية ، وروابطه القانونية ، وعلاقاته الاجتماعية ، ورغبته أن تكون سمعته طيبة ،

(١٠١) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٠٧٩ .
(١٠٢) الشيخ محمود شلتوت ، الفتاوى ص ٢٥٦ . المادة ٥١١ من مشروع التقنين الحنبلى والمادة ٢٦٥ من مشروع التقنين الحنفى .
(١٠٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥٦١ .

حتى يشتهر اسمه فى السوق ، ويتحقق القصد من دخوله ميدان التجارة .

ولكن ضرورات ومشكلات التعامل تتطلب وجود عدة أجهزة تتعاون فى ضمان تنفيذ الالتزام بتلك الحدود ، وتنظيم شئون التجارة وفقا لهذه القيود ، عن طريق الاشراف والرقابة من الجهات المختصة ، يتمثل ذلك فى الجهاز القضائى ، الذى يتولى حسم المنازعات وفصل الخصومات ، والجهاز الحكومى ، الذى يختص بتنفيذ أحكام القضاء ، ويشرف على القوانين والقرارات الصادرة ، والجهاز الشعبى ، سواء فى صورته الرسمية ، من خلال نواب الشعب ، الذى يضع القوانين الحاكمة ، أو فى هيئة العرفية ، من خلال الرأى العام ، ومواجهته لسوء استخدام حرية التجارة ، واحتكار السلع وغش البضائع ، ورفع الأسعار ، حتى يمكن أن تؤدى هذه الحرية وظيفتها فى تحقق التوازن بين المصلحتين العامة والخاصة ، فى اطار التضامن الاجتماعى .

الفرع الرابع
الضمانات الحقيقية لحرية التجارة

٥٩ ـ من أهم الضمانات الواجبة فى نظرى لكى تنتج الحرية ثمرتها فى حفظ الحقوق وتوازن المصالح وتوافق العلاقات ، ولكى تحقق التجارة الحرة غايتها فى نشر الرخاء الاقتصادى والود الاجتماعى يجب أن يعمل أولوا الأمر من حكام وعلماء ، كل فيما يخصه ، قولا وفعلا ، على تقرير وتنفيذ عدة أمور يمكن تلخيصها فى:

(أ) توفير قدر كبير من الاستقرار السياسى ، القائم على حرية الرأى ، والأمن الاجتماعى · المؤسس على حرية الملك ، والعدل الاقتصادى ، النابع من حرية العمل ·

(ب) تطوير وتوحيد قوانين التجارة والاستثمار ، وتيسير أحكام انشاء وادارة المشروعات ، وتحرير النظام القانونى من أسر التبعية الأجنبية ، وتقنين قواعد جديدة مستمدة من الشريعة الاسلامية ·

(ج) حسن الظن بأرباب الأموال وأصحاب الأعمال، واعطاء الفرصة الكافية لكل فكر جديد ورأى رشيد ، وحماية حق ممارسة التجارة فى حرية تامة من كل عدوان أو تدخل ظالم فيها ، ومنح الثقة لكل قطاع منتج ·

٦٠ ـ ومن الضمانات المالية ، التى أراها على جانب كبير من الأهمية ، وكبديل شرعى لبعض صور المعاملات التى تحيطها شبه المخالفة للشريعة الاسلامية ، انشاء صندوق للتكافل التجارى فى كل فرع من فروع التجارة، فى الغرف التجارية المختصة ، يساهم فيها التجار ، وقطاعات رجال المال والأعمال ، ويمكن أن تقبل حصة من الزكاة لمواجهة الظروف الطارئة والحوادث المفاجئة ، وتقديم القروض الحسنة للمشروعات المحتاجة، وسداد ديون التجار المتوقفين عن الدفع ، بغير تقصير منهم ، لتجنب الحكم بافلاسهم ، على مثال ما يسمى بالتأمين التعاونى ·

الخاتمة

وتتضمن أهم نتائج وتوصيات البحث ، وهى : ـ

١ ـ أن حرية التجارة تطبيق عملى للحرية الشخصية، وتكريم حقيقى للارادة الانسانية ·

٢ ـ أن هذه الحرية ترتبط بغيرها من الحريات الأخرى تتأثر بها وتؤثر فيها ، ايجابا أو سلبا ·

٣ ـ أن اقرار وضمان الحرية التامة فى ممارسة التجارة يدل على رقى المجتمع وتقدمه ·

٤ ـ أن حرية التجارة تعنى حق انشاء وادارة المشروعات الاستثمارية فى جو من التنافس المشروع ·

٥ ـ أن الربط بين الواجب والواقع وبين القول والفعل واجب دينى واجتماعى ، وهذا يقتضى استخراج مايصلح من أحكام فى شئون التجارة والشركات من الفقه الاسلامى والسماح قانونا بحرية ممارسة أنواع من المعاملات تجمع بين الأسس الشرعية والضرورات العملية والتغيرات الاقتصادية ·

٦ ـ أن الحدود المنظمة لحرية ممارسة التجارة تجمع بين قاعدتى جلب المصلحة ودفع الضرر ·

٧ ـ أن الشريعة الاسلامية شجعت على ممارسة التجارة بعد تعليم وتدريب عليها فى سن مبكرة وحتى يتم البلوغ والرشد ·

٨ ـ أن الشروط الاتفاقية محل اعتبار فى تنظيم حرية التجارة ، ما دامت لاتخالف نصا شرعيا أوقاعدة

عامة ولاتخالف مقتضى العقد وطبيعة المعاملة .

٩ ـ أن الأخذ بالمعيار المحدد فى تقرير نطاق حرية التجارة يحقق عنصر الالتزام لهذه الحرية ، حيث أنه يربط الشعور الدينى بالمعاملات .

١٠ ـ أن تدخل ولى الأمر فى النشاط التجارى والاستثمارى يجب أن يكون محدودا بمقتضيات السياسة الشرعية ، وأن يكون محكوما بموجبات اصلاح الراعى والرعية (١٠٤) .

والله يهدى من يشاء الى صراط مستقيم

(١٠٤) وعلى ذلك يرى البعض — بحق — أن دور الدولة يجب أن يكون مقصورا على تهيئة المناخ العام للاستثمار ، وتوفير كافة الخدمات الضرورية التى تساعد عليه ، دكتور رجب ندا ص٣ فى مجلة النور الاسلامية الصادرة فى ٩ من جمادى الآخرة ١٤١١هـ . وهذه قضية تحتاج الى بحث خاص ، ولايدل ايراد هذا الرأى الموافقة على كل ماجاء به ، خاصة موضوع قصر الملكية .