مصادر الحكم التجاري

إعـــداد

د. عارف بن صالح العلي

أستاذ النظام التجاري المشارك

بالمعهد العالي للقضاء

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أفضل الصلاة وأتم التسليم أما بعد:

يقصد بمصادر الحكم التجاري: المرجع الذي يُبحث فيه عن الرأي الشرعي أو النظامي على واقعة تجارية.

وهذه المصادر لا يُفيد منها القاضي في استمداد الحكم على الدعوى المعروضة عليه فحسب، بل يفيد منها كل معني بواقعة تجارية ويريد استمداد حكم لها، كالمتعاقدين، أو المحامين، أو الباحثين أو غيرهم، ومثال ذلك: رجوع الشركاء للنصوص الآمرة في نظام الشركات عند صياغة عقد الشركة أو عند تسجيلها، ورجوع التجار لقواعد العرف في تعاملاتهم.

وبالنسبة للمملكة فإنه عند التتبع والاستقراء للنصوص الشرعية والنظامية وأحكام القضاء نجد أن مصادر الحكم على الواقعة عموما وليس الواقعة التجارية فحسب ينحصر في الشريعة الإسلامية، والأنظمة التجارية، والعقد، والعرف، وسوابق القضاء، وآراء الشراح.

وتتفاوت الدول في الأخذ بهذه المصادر وترتيبها، فبينما تعد الشريعة الإسلامية المصدر الأول للتشريع والقضاء في المملكة؛ نجد أن أغلب الدول الإسلامية تعد الشريعة مصدرا ذو مرتبة أدنى، كما أن

هناك بعض الدول تجعل من سوابق القضاء مصدرا إلزاميا كالدول التي تأخذ بالاتجاه الإنجلوسكسوني، بينما نجد الدول ذات الاتجاه اللاتيني تعدها مصدرا استرشاديا.

وقد نص نظام المرافعات الشرعية[1] على بعض هذه المصادر، حيث نص في مادته الأولى على أنه "تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لما دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة"، لكن المصادر المذكورة في هذه المادة جاءت عامة لتشمل كافة الدعاوى الحقوقية، وأما الوقائع التجارية فتحتاج إلى نص نظامي خاص تذكر فيه مصادر استمداد الحكم التجاري بحيث يُذكر بالإضافة لما سبق العرف، والعقد، كما يُذكر ترتيب الاستمداد منها عند اجتماعها، وهو ما درجت عليه القوانين التجارية الأجنبية[2].

---

(١) نظام المرافعات رقم م / ١ في ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ.

(٢) ومن ذلك قانون المعاملات التجارية الإماراتي حيث نص في مادته الثانية على أنه" ١- يسري على التجار وعلى الأعمال التجارية ما اتفق عليه المتعاقدان ما لم يتعارض اتفاقهما مع نص تجاري آمر. ٢- فإذا لم يوجد اتفاق خاص سرت قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية، ويقدم العرف الخاص أو المحلي على العرف العام، فإذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق الأحكام الخاصة بالمسائل المدنية فيما لا يتعارض مع المبادئ العامة للنشاط التجاري. ٣- ولا يجوز تطبيق الاتفاقيات الخاصة أو قواعد العرف التجاري إذا تعارضت مع النظام العام أو الآداب"، وتقاربها كذلك المادة ٢ من قانون التجارة المصري.

وأما نظام المحكمة التجارية السعودي[1]، والذي يعد النظام التجاري الرئيسي فقد سكت عن هذه المصادر وترتيب الاستمداد منها عند اجتماعها، ويؤمل من المنظم النص على ذلك عند سن نظام تجاري سعودي جديد.

وهذه المصادر يجب أن تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية ولا تخالفها بوصفها المصدر الأساس لكافة الأنظمة في المملكة، يقرر ذلك المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم[2] والتي تنص على أنه "يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى، وسنة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة".

وكذلك المادة الثامنة والأربعون من ذات النظام والتي تنص على أنه "تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة".

إشكالية البحث:

تتلخص إشكالية البحث في أن مصادر استمداد الحكم التجاري في المملكة لم تفرد بدراسة مستقلة بحسب علمي تتناول ماهية هذه المصادر، وترتيب استمداد حكم الواقعة منها، وهي تحتاج إلى مزيد من البسط والتوضيح بحيث يُفيد منها كل ذي شأن، ليس القضاة التجاريون

---

(١) رقم ٣٢، عام ١٣٥٠هـ.

(٢) النظام الأساسي للحكم رقم: أ / ٩٠ وتاريخ ٢٧/ ٨/ ١٤١٢هـ.

فحسب بل والمحامون والتجار والباحثون وغيرهم.

أيضاً؛ فإن القضاء في المملكة يقوم على أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسي للأحكام، بخلاف بعض الدول الإسلامية التي تجعل من الشريعة مصدرا استرشاديا أو لا تجعل منها مصدرا بالكلية، وتَصدُّر الشريعة الإسلامية لمصادر استمداد الحكم التجاري يحتاج إلى تحرير مسألة تعارض نصوص الشريعة مع غيرها من المصادر، إذ إن الأدلة الشرعية تتفاوت بين أدلة قطعية وأدلة ظنية، وهذا التفاوت يطرح تساؤلا عند اجتماع العديد من المصادر معها من حيث تقديم الاستمداد من هذه الأدلة أو تأخيره.

كما أن قواعد النظام تتفاوت بين قواعد آمرة ومكملة وهذا أيضا يطرح تساؤلا عن أثر هذا التفاوت عند اجتماع العديد من المصادر مع هذه القواعد.

تقسيم البحث:

ينقسم هذا البحث إلى سبعة مطالب، فوضعت كل مصدر من مصادر الحكم التجاري في مطلب مستقل، وأما المطلب السابع فخصصته لبيان ترتيب هذه المصادر من حيث الاستمداد.

المطلب الأول
الشريعة الإسلامية

تعد الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع والقضاء في المملكة العربية السعودية، وقد سبق إيراد المواد المقررة لذلك من النظام الأساسي للحكم.

والأدلة الشرعية تنقسم إلى مصادر أصلية، ومصادر تبعية، فأما المصادر الأصلية فهي: الكتاب والسنة والإجماع والقياس الجلي.

فإذا عُرَضت واقعة تجارية سواء كانت منازعة قضائية أو غير قضائية كصياغة شرط في عقد فإنه ينظر أولا في كتاب الله فإن وجد حكمها فيه أُمضي، وإن لم يوجد نُظر في السنة، فإن وُجد فيها حكمها أُمضي وإن لم يوجد نُظر للإجماع، فإن وُجد فيه أمضي وإن لم يوجد اُجتهد في الوصول إلى حكم الواقعة بقياسها على ما ورد النص بحكمه.

وأما المصادر التبعية، أو المصادر المختلف فيها فهي: المصلحة المرسلة، والاستحسان، وسد الذرائع، والعرف، والاستصحاب، وشرع من قبلنا، وقول الصحابي[1].

لكن أدلة التشريع قد تكون قطعية الثبوت أو الدلالة وقد تكون ظنية الثبوت أو الدلالة[2]، فإذا كان الفيصل في الواقعة التجارية دليلا

(١) الموافقات للشاطبي ٤/ ١٤٣، شرح الكوكب المنير لابن النجار الفتوحي ٢/ ٥، علم أصول الفقه، عبدالوهاب خلاف ٢١، معالم أصول الفقه، محمد الجيزاني ٦٨.

(٢) الدليل الشرعي من حيث دلالته على القطع أو الظن ينقسم إلى أربعة أقسام:

قطعيا في ثبوته وفي دلالته على المعنى المراد سواء كان هذا الدليل من الكتاب أو السنة أو الإجماع الصريح أو القياس المعتبر؛ فإن هذا الدليل مقدم على غيره من المصادر بما في ذلك نصوص النظام التجاري الآمرة أو العقد، حتى لو اشتمل النص النظامي أو العقد على مصلحة لأن المصلحة هنا تكون ملغاة ، ومثاله أدلة تحريم الربا وبطلان شرطه بين المتعاقدين، فمهما بلغت المصلحة المتحققة للمتعاقدين من اشتراط الربا فإن هذه المصلحة لا يعتد بها أمام النصوص القطعية في تحريم الربا.

وأما إذا كان الدليل الشرعي ظنيا بأن كان مختلفا في دلالته، وأخذ النص النظامي بأحد دلالاته وإن كانت مرجوحة تحقيقا لمصلحة تجلب منفعة أو تدفع ضررا؛ فإن هذا النص النظامي يرفع الخلاف ولو كان مخالفا لاجتهاد القاضي في المسألة، وعلى القاضي الحكم بمقتضاه لأن ولي الأمر له أن يقيد القاضي برأي أو مذهب معين تحقيقا لمصلحة يراها، والقاعدة الفقهية تقرر أن "تصرف الإمام على الرعية منوط

أ- قطعي الثبوت والدلالة، ويقصد بقطعي الثبوت: الدليل الذي يفيد الجزم والقطع بوروده كالكتاب والسنة المتواترة وعكسه الدليل الظني الثبوت كحديث الآحاد، ويقصد بقطعي الدلالة: ما دل على معنى متعين فهمه منه ولا يحتمل تأويلا ولا مجال لفهم معنى غيره منه، وعكسه ظني الدلالة وهو ما يحتمل أكثر من معنى.

ب- قطعي الثبوت ظني الدلالة.

ج- ظني الثبوت قطعي الدلالة، كأحاديث الآحاد ذات المفهوم القطعي، وهي حجة يجب العمل بها سواء كان الخبر الحديث صحيحا أو حسنا بخلاف الحديث الضعيف فليس بحجة.

د- ظني الثبوت والدلالة، وانظر: كشف الأسرار، علاء الدين للبخاري، ١/ ١٣٠، علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، ٣٥، ٤٢.

بالمصلحة"[1]، وهذه المسألة متفرعة عن مسألة تعارض المصلحة المرسلة مع الدليل الظني، حيث اُختلف في حجية المصلحة في هذه الحالة وفي تخصيصها للنص الظني إلى مانع ومجيز[2]، غير أن المجيزين يرون أن

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ١٢٣، المدخل الفقهي العام للزرقا: ١/ ١٢٩، ٢١٥، ٢١٧، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، عبدالوهاب خلاف، ١٠٢.

(٢) المصلحة عند الأصوليين هي: المنفعة التي يتحقق بها مقصود الشارع بحفظ الضرورات الخمس وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وتنقسم المصلحة إلى مصلحة معتبرة: وهي التي ورد دليل شرعي تفصيلي بشأنها، ومصلحة ملغاة: وهي التي ورد دليل شرعي تفصيلي يخالفها، ومصلحة مرسلة: وهي المصلحة التي لم يرد دليل شرعي خاص بشأنها، ولكنها تقوم على جلب المنافع ودفع المضار وحفظ مقصود شرعي من المقاصد الخمسة آنفة الذكر، وسميت مرسلة لأن الشارع لم يفردها بنص معين ولكنها تستند إلى أصل عام وقاعدة كلية، ومن أمثلتها في مجال الأمور التي تنظم مصالح المجتمع: سن الأنظمة في المسائل المستجدة، فهي وإن لم يرد فيها نص شرعي لكنها تقوم على جلب المنافع ودرء المضار، ومن الأمثلة أيضا: إنشاء الدواوين، وشق الطرق، وتخطيط المدن، ومن أمثلتها في مجال القضاء: تخصيص القضاء من حيث الموضوع، وتقسيمه إلى درجات، والأخذ بالتقادم، ونزع الملكية للمنفعة العامة، وعدم انتقال ملكية المبيع الذي اقتضت المصلحة تسجيله في الجهة الرسمية.

والاحتجاج بالمصلحة المرسلة له شروط لابد من تحققها حتى لا تكون بابا للتشهي والهوى، وهذه الشروط هي :

١- أن تكون مصلحة حقيقية لا وهمية.

٢- أن تكون عامة لا مصلحة شخصية.

٣- أن يختص بتقديرها العلماء العدول ذوي البصيرة النافذة بأحكام الشريعة ومصالح الدنيا.

٤- أن لا تعارض دليلا شرعيا؛ وتعارضها معه له حالتان:

الحالة الأولى: أن تتعارض مع دليل شرعي قطعي، فلا حجة للعمل بها، ومثال ذلك تعارض المصلحة مع العبادات والمقدرات الشرعية كالحدود ؛ فلا عبرة بها هنا لأن العبادات والمقدرات الشرعية غير معقولة المعنى في الغالب ولأن الأصل فيها التعبد والابتلاء، فليس للاجتهاد مدخل في معانيها.

تخصيص الدليل الظني ليس تغييرا للحكم المقرر فيه وإنما قصره على بعض ما يشمله لفظه على سبيل التفسير والبيان لمراد الشارع لا على سبيل التغيير[1]، ومثاله التسعير للمصلحة تخصيصا للنص المانع من التسعير[2].

الحالة الثانية: أن تتعارض مع دليل ظني، فهنا اُختلف في حجيتها وفي تخصيصها للنص الظني إلى مانع ومجيز، غير أن المجيزين يرون أن تخصيص الدليل الظني ليس تغييرا للحكم المقرر فيه وإنما قصره على بعض ما يشمله لفظه على سبيل التفسير والبيان لمراد الشارع لا على سبيل التغيير، وانظر في بسط ذلك: المدخل الفقهي، مصطفى الزرقا ١/ ١٣١، ٢١٥، ٢١٧، السياسة الشرعية، يوسف القرضاوي ١٥٧، علم أصول الفقه، عبدالوهاب خلاف ٨٦، وانظر أيضا: المستصفى للغزالي ١/ ٢٨٦، روضة الناظر، لابن قدامة ١٦٩.

(١) السياسة الشرعية، يوسف القرضاوي ١٥٧.

(٢) الحديث رواه أنس ﷺ ونصه:"قال الناس يا رسول الله غلا السعر فسعّر لنا، فقال ﷺ: إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم أو مال"، رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في التسعير، (٣٤٥٣)، والترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في التسعير (١٣١٤)، وقال: هذا حديث حسن صحيح، وصححه الألباني في غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام، ص ١٩٤.

المطلب الثاني
الأنظمة التجارية

تعد نصوص الأنظمة التجارية أحد المصادر الرئيسة لاستمداد الحكم التجاري، ويقصد بالنظام التجاري: الأنظمة التي تحكم الأعمال التجارية، وتحكم نشاط التجار في ممارسة تجارتهم.

والأنظمة التي يسنها ولي الأمر - ومنها الأنظمة التجارية - والتي تتفق مع أصول الشريعة وقواعدها وتكون محققة للمصلحة تعد من السياسة الشرعية[1]، فيلتزم القاضي - وكل ذي شأن- بالعمل بها، مع ملاحظة تعارض هذه الأنظمة مع الدليل الشرعي القطعي أو الظني كما سبق الإشارة إليه في المطلب السابق، ومع ملاحظة التفاوت في نصوص هذه الأنظمة بين نصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وبين نصوص مكملة يجوز اتفاق المتعاقدين على مخالفتها وإلا صارت ملزمة لهم.

فإذا لم يرد دليل شرعي قطعي يتعلق بالواقعة فيُصار إلى نصوص النظام الآمرة سواء كان النظام تجاريا أو غير تجاري، ثم العقد، ثم العرف، ثم النصوص المكملة من النظام التجاري، ثم الأحكام

(١) يعرف علم السياسة الشرعية بأنه: علم يُبحث فيه عن الأحكام والنظم التي تُدبر بها شؤون الدولة الإسلامية التي لم يرد فيها نص، أو التي من شأنها التغير والتبدل بما يحقق مصلحة الأمة، ويتفق مع أحكام الشريعة وأصولها العامة، المدخل إلى السياسة الشرعية، عبد العال عطوة، ٤٧.

الاجتهادية في الفقه الإسلامي[1].

ومثال النص التجاري الآمر الذي لا يجوز مخالفته ما قررته المادة (٧٦) من نظام الشركات ونصها:" يسأل أعضاء مجلس الإدارة - في الشركة المساهمة - بالتضامن عن تعويض الشركة أو المساهمين أو الغير عن الضرر الذي ينشأ عن إساءتهم تدبير شؤون الشركة أو مخالفتهم أحكام هذا النظام أو نصوص نظام الشركة، وكل شرط يقضي بغير ذلك يعتبر كأن لم يكن" .

ومثال النص المكمل ما قررته المادة (٢٥) من ذات النظام والتي تنص على أنه "تصدر القرارات – في شركة التضامن -بالأغلبية العددية لآراء الشُركاء ما لم ينص عقد الشركة على خلاف ذلك".

(١) في غير المملكة يعد القانون المدني بنصوصه الآمرة مصدرا ثانياً بعد النصوص الآمرة للقانون التجاري، وأما المملكة فلم يصدر لها نظام مدني مستمد من الشريعة الإسلامية حتى الآن، وانظر المطلب الثالث من هذا البحث.

المطلب الثالث

العقـد

يعد العقد أحد المصادر الملزمة التي يُستمد منها الحكم التجاري، والشريعة تقرر مصدريته والعمل بشروطه تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة العقدية الذي كان للشريعة الريادة فيه[١].

ويشترط في العقد وشروطه ألا تخالف دليلا شرعيا صريحا[٢]، أو نصا نظاميا آمرا، أو تخالف شروطه مقصود العقد[٣]؛ فإذا ما اشتمل العقد على أي من ذلك بطل العقد بالكلية أو بطل الشرط وصح العقد، ومثاله لو اشتمل العقد على شرط ربوي فلا عبرة به لمخالفته الشرع، وكذا لو اشتمل العقد بين الشركاء في الشركة على أن لا يخسر أحد الشركاء عُدَّ هذا الشرط باطلا أيضا لمخالفته للشرع وللنص التجاري الآمر الذي يبطل هذا الشرط[٤].

---

(١) يقصد بهذا المبدأ جعل الأصل في العقد حرية أطرافه في إنشائه، واشتراط ما يشاءون من الشروط، وتحديد آثاره، وتعديل نتائجه، ما لم يكن في الشريعة ما يمنع من عقد أو شرط معين، فعندئذٍ يمتنع هذا العقد أو الشرط بخصوصه على خلاف الأصل، وانظر: المدخل الفقهي، مصطفى الزرقا ١/ ٥٣٧، ٥٥٣.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ١٥٥-١٥٦.

(٣) الشرط المخالف لمقصود العقد: هو الشرط الذي يناقض أصل العقد، وثمرته المطلوبة منه، فيبطل به الشرط والعقد معا، مثل اشتراط البائع في عقد البيع عدم انتقال ملكية المبيع للمشتري، أو يُشترط في عقد الإجارة عدم انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/ ١٥٥-١٥٦، الإحكام للآمدي ١/ ١٧٦.

(٤) المغني ٥/ ١٤٧، المادة السابعة من نظام الشركات السعودي ونصها: "يتقاسم جميع الشركاء الأرباح والخسائر فإذا اتُفق على حرمان أحد الشركاء من الربح أو إعفائه من الخسارة كان هذا الشرط باطلاً".

لكن إذا كان العقد أو الشرط مختلفا فيه اختلافا سائغا[١]، وأخذ المتعاقدان بالرأي المجيز فليس للقاضي الذي يرى فساد العقد أو الشرط أن يقضي ببطلانه، مراعاة للخلاف السائغ، ودرءاً لمآلات الإبطال ومنها الضرر الواقع على المتعاقدين[٢]،وفي ذلك يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "ليس كل ما اعتقد فقيه معين أنه حرام كان حراما، إنما الحرام ما ثبت تحريمه بالكتاب أو السنة أو الإجماع أو قياس مرجح لذلك، وما تنازع فيه العلماء رُد إلى هذه الأصول، ومن الناس من يكون نشأ على مذهب إمام معين....فيريد أن يحمل المسلمين كلهم على ذلك، وهذا غلط"[٣]، ومن نظائر ذلك ما نص عليه المالكية من أنه "إن فات المبيع فاسدا بيد مشتريه فلا يُردُّ لبائعه، ومضى، أي صح البيع المختلَف في صحته وعدمها ولو كانت الصحة خارج المذهب ... وإن لم يكن الفاسد الذي فات مختلفا فيه بأن كان مجمعا على فساده ضمن المشتري قيمته"[٤].

---

(١) يفرق علماء الشريعة بين الخلاف غير السائغ والخلاف السائغ، فأما الخلاف غير السائغ فهو ما كان فيه مخالفة لدليل قطعي من كتاب أو سنة أو إجماع معتبر أو قياس جلي، فالخلاف في هذه الحالة يكون محل إنكار على المخالف، خلافا لمن قال لا إنكار في مسائل الخلاف، وأما الخلاف السائغ فهو ما كان محلا للاجتهاد والنظر في المسائل التي لم يرد فيها دليل، أو ورد فيها دليل محتمل، وانظر: الفتاوى الكبرى، لابن تيمية، ٦/ ٩٦، الموافقات للشاطبي ٥/ ١٣٩، القول الشاذ وأثره في الفتيا، أحمد سير المباركي ٢٤.

(٢) الموافقات للشاطبي، عند بسطه قاعدة (مراعاة الخلاف)، ٥/ ١٨٨.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية، ٢٩/ ٣١٥.

(٤) منح الجليل، محمد عليش، ٥/ ٦٦.

ومثال ذلك: عقد التأجير المنتهي بالتمليك[١] فمن الفقهاء من يرى فساد العقد لوروده على الإجارة والبيع في زمن واحد، لأن العقدين في هذه الحالة مختلفان في الحكم متنافيان فيه، ومنهم من يصححه تخريجا على أن حقيقته عقد بيع بالتقسيط مع رهن العين، واستدلالا بقواعد الشريعة التي تقرر حمل العقود المترددة بين الصحة والفساد على السلامة من المفسد[٢].

وأما القوانين التجارية الأجنبية فقد نصت على العقد كمصدر ملزم للمسائل التجارية، غير أن إعمال العقد في هذه القوانين مشروط بعدم مصادمته للنظام العام[٣]، أو لنص

(١) التأجير المنتهي بالتمليك هو "أن يتفق الطرفان على إجارة شيء مدة معينة بأجرة معلومة – قد تزيد على أجرة المثل – , على أن تنتهي بتمليك العين المؤجرة للمستأجر"، والمعقود عليه غالبا السيارات والمساكن، والهدف منه أنه وسيلة لضمان حق البائع (المؤجر صاحب السلعة) بحيث يضمن بقاء السلعة المعقود عليها في ملكه حتى لا يتمكن المستأجر (المشتري) من التصرف في تلك السلعة إلا بعد أداء كامل القيمة , بحيث يستطيع المؤجر استرداد السلعة إذا ما أخل المستأجر في الدفع، وله صور عديدة اختلف فيه الفقهاء المعاصرون بين مجيز ومانع، ولا يتسع المقام لبسطها، وللاستزادة ينظر:الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة، علي القره داغي , بحث منشور ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة , العدد الثاني عشر (١/ ٤٧٧) قرار هيئة كبار العلماء السعودية رقم ١٩٨/ في ٦/ ١١/ ١٤٢٠هـ بشأن التأجير المنتهي بالتمليك، وكذا قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة القرار رقم ١١٠/ (١٢/ ٤) عام ١٤٢١هـ.

(٢) الإجراءات القضائية في المشكلات المالية، د: حمد الخضيري، مجلة العدل، العدد ٥٠، ٢٠٩.

(٣) يعرف النظام العام قانونا: بأنه "مجموع المصالح الأساسية للجماعة التي لا يجوز اتفاق الأفراد على مخالفتها"، أي مجموع الأسس التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها، ومن أمثلتها القواعد المتعلقة بالعقوبات، والحريات العامة، والأسس الاقتصادية للجماعة،

قانــوني آمر[1].

المطلب الرابع

العـرف

يقصد بالعرف قانونا: (القواعد التي تواتر الناس على العمل بها واحترامها واعتقاد لزومها)[2].

وقد نشأ القانون التجاري نشأة عرفية واستمر على ذلك فترة من الزمن، ولا يزال للعرف أهميته في ميدان المعاملات التجارية بسبب عجز النصوص القانونية عن ملاحقة حاجات التجارة المتجددة، ومن ذلك القواعد العرفية المتعلقة بأعمال البنوك، كالقواعد المتعلقة بالحسابات الجارية، والاعتمادات المستندية، وخطابات الضمان، وكذا الأعراف المتعلقة بالبيوع البحرية[3].

فكل هذه القواعد لا يجوز اتفاق الأفراد فيما بينهم على ما يخالفها، ولم يرد مصطلح "النظام العام" لدى فقهاء الشريعة، ولكنه معروف لديهم تحت ألفاظ أخرى تؤدي إليه، مثل: الخير العام، والنفع العام، والصالح العام، أو المصلحة العامة، وعلى هذا فإن الفقه الإسلامي يتسع لفكرة النظام العام شريطة أن تكون مصدريته الشريعة وما وافقها، وانظر: المدخل إلى القانون: حسن كيرة ٤٧، النظام العام للدولة المسلمة، عبد الله بن سهل العتيبي ٢٨.

(١) المادة الثانية من قانون المعاملات التجارية الإماراتي وقد سبق إيرادها في المقدمة، ويقاربها المادة الثانية من قانون التجارة المصري.

(٢) المدخل إلى القانون، حسن كيرة، ٢٧٢بتصرف.

(٣) القانون التجاري، مصطفى طه ٣١.

ومن التطبيقات القانونية للعرف التجاري:

تحديد مدة تسليم المبيع إذا لم تُعين هذه المدة في عقد البيع التجاري، وتحديد المدة التي يكون البائع ضامنا خلالها للعيوب الخفية في المبيع، وتحديد عمولة السمسار بنسبة مئوية معينة من قيمة الصفقة التي توسط فيها[١].

والعرف التجاري أنواع، فقد يكون محليا أي خاصا بمدينة معينة، وقد يكون مرعيا في الدولة كلها، وقد يكون دوليا كالعرف المتبع في البيوع الدولية، وقد يكون خاصا بتجارة معينة، وقد يكون عاما في سائر المعاملات التجارية والمدنية[٢].

ووفقا للقوانين التجارية الأجنبية يعد العرف مصدرا رسميا ملزما من مصادر النظام التجاري، فيلتزم القاضي بتطبيقه إلا إذا تعارض مع نص قانوني آمر، أو مع العقد، فيقدمان عليه، وكذا إذا تعارض مع النظام العام فلا يُعتد به أيضا، وأما إذا لم يتعارض العرف مع ما ذكر فإنه واجب التطبيق حتى لو ثبت عدم علم الأطراف به[٣].

وتقديم النص الآمر على العرف عند تعارضهما لا يُفرق فيه بين أن يكون التعارض مع نصوص القانون التجاري الآمرة أو نصوص القانون المدني الآمرة، خلافا لبعض الشراح الذي يرى تقديم العرف

---

(١) الوجيز في القانون التجاري، سمير عاليه، ٣٦.

(٢) لموجز في القانون التجاري، محسن شفيق، ٢٠.

(٣) المادة الثانية من قانون التجارة المصري، والمادة الثانية من قانون التجارة القطري، القانون التجاري، محمود سمير الشرقاوي ٣٣، الوجيز في القانون التجاري، سمير عاليه ٣٦.

التجاري على نصوص القانون المدني الآمرة[١].

ويفترض علم القاضي بالعرف لأنه يُنزَّل منزلة القانون من حيث قوة الإلزام به، ومن ثمَّ لا يُلزم الخصم المتمسك به بإثباته، غير أن القاضي قد يصعب عليه في بعض الحالات التثبت من العرف فيمكن حينها أن يطلب من الخصم المتمسك به إثباته، وللقاضي أيضا الاستنارة بآراء الخبراء أو بشهادات تقدم من الجهات المختصة كالغرف التجارية وغيرها[٢].

وأما الشريعة فتقر الأخذ بالعرف متى ما تحققت شروطه ومنها ألا يخالف دليلا شرعيا صريحا أو نصا نظاميا آمرا أو عقدا[٣]، ومن القواعد

---

(١) ولا يرد هذا الخلاف في النظام السعودي إذ لم يصدر للملكة نظام مدني حتى الآن، ويُنظر في بسط خلاف الشراح في تعارض العرف التجاري مع النصوص المدنية الآمرة: المدخل إلى القانون، حسن كيرة ٢٥٢، الموجز في القانون التجاري، محسن شفيق ٢٣.

(٢) ومن التطبيقات القضائية على ذلك قرار هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم رقم ١/ت/ ٤ لعام ١٤١٢هـ، وجاء فيه "تلاحظ الهيئة (أن العرف الذي ذكره المدعى عليه) والذي استندت إليه الدائرة -الابتدائية- غير كاف وغير منتج في الدعوى وذلك أنه كان يتعين على الدائرة إن هي رأت الاستناد إلى عرف معين أن تأخذ رأي أهل الخبرة فيه، وهم في هذه الدعوى تجار الحديد في المنطقة، لما هو معلوم أن العرف يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة"، مجموعة المبادئ التجارية لديوان المظالم، جمع: إبراهيم العجلان، غير منشورة، وانظر: القانون التجاري، مصطفى طه ٣٣، الوجيز في القانون التجاري، سمير عاليه ٣٨.

(٣) العرف المعتبر في الشريعة هو ما توافر فيه شروط ستة هي:١- ألا يخالف دليلا شرعيا صريحا ٢- ألا يعارضه شرط عقدي صريح ٣- أن يكون مطردا وغالبا ٤- أن يكون عاما ٥-أن يكون موجودا عند قيام التصرف ٦-أن يكون ملزما، ولمزيد من البسط لهذه الشروط ينظر: المدخل الفقهي، مصطفى الزرقا ٢/ ٨٩٧، العرف وأثره في الشريعة والقانون: أحمد سير مباركي ٨٩.

الفقهية المقررة في اعتبار العرف قاعدة "المعروف عرفا كالمشروط شرطا"، وقاعدة "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"[(١)(٢)].

فإذا خالف العرف شيئا مما ذكر فلا يعتد به، ومثال مخالفته الدليل الشرعي الصريح: لو جرى عرف التجار على التعامل ببعض العقود الربوية، فيعد العرف فاسدا في هذه الحالة، ومثال مخالفته النص النظامي الآمر: العرف الذي يُحوِّل الشيك إلى ورقة ائتمان مؤجلة الوفاء وذلك بتأخير تاريخ تحريره، فلا يعتد بهذا العرف لمخالفته صريح المادة ١٠٢ من نظام الأوراق التجارية والتي تنص على جعل الشيك أداة وفاء بمجرد الاطلاع لا أداة ائتمان[(٣)].

ومثال مخالفة العرف للعقد اشتراط مشتري العقار في عقد السمسرة تخفيض نسبة السمسرة عن النسبة المتعارف عليها وهي ٢,٥ %، فهنا يقدم الشرط العقدي على العرف.

---

(١) ومن تطبيقات الاحتجاج بالعرف في القضاء التجاري السعودي؛ قرار هيئة التدقيق التجاري في ديوان المظالم رقم ٤٤/ت/ ٤/ لعام ١٤١٥هـ وفيه: أن المتداعيين اختلفا في عقد التوريد الموقع بينهما على أجور الشحن وهل تكون على المورد أو المستورد؟ فحكمت الدائرة بأن: العرف التجاري يقضي بأن أجور الشحن تقع على المدعى عليه (المستورد)، وللمدعى عليه يمين المدعية على نفس الاتفاق معه على أن أجور الشحن من مسؤوليتها، مجموعة المبادئ التجارية لديوان المظالم، جمع: إبراهيم العجلان، غير منشورة.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٩، المواد (٤٣) و (٤٤) من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) ونصها "الشيك مستحق الوفاء بمجرد الاطلاع عليه، وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن، وإذا قُدم الشيك للوفاء قبل اليوم المعين فيه كتاريخ لإصداره، وجب وفاؤه في تقديمه".

المطلب الخامس

سوابق القضاء

يقصد بالسابقة القضائية: الحكم القضائي المستقر على اتباعه والحكم به، والصادر بشأن واقعة لم يرد لها مستند صريح من الشرع أو النظام أو العقد أو العرف[١].

وقد اختلف الشراح في جواز إنشاء القضاء لقواعد قانونية جديدة إلى رأيين، فجمهورهم على أن القضاء لا ينشئ قاعدة قانونية جديدة لأن ذلك من اختصاص السلطة التنظيمية، بل يَقتصر في سبيل تطبيق القاعدة القانونية على إصدار حكم يفسر به القاعدة الغامضة، فيكون هذا الحكم سابقة يَستأنس بها القاضي اللاحق.

وهناك رأي آخر يرى أن الواقع العملي يشهد بتجاوز القضاء حدود تفسير النظام إلى إنشاء قواعد قانونية جديدة تكمل نقص النظام أو تزيل التعارض بين قواعده[٢].

وتحتل سوابق القضاء التجاري منزلة كبيرة في النظام التجاري لما لها من أثر ظاهر في تكوين قواعده من خلال ملاحقة التطور المستمر في

---

(١) ومصطلح "السابقة القضائية" و "المبدأ القضائي" قد يطلقان على معنى مترادف واحد، وقد يفرق بينهما فيطلق المبدأ على القرار الصادر من المحكمة العليا بناءً على سابقة قضائية، فيكون المبدأ في هذه الحالة ملزما لا يجوز العدول عنه، بخلاف السابقة التي لم يصدر بها قرار من المحكمة العليا فتبقى استرشادية غير ملزمة.

(٢) القانون التجاري، علي البارودي ٣٤، المبادئ العامة للتشريع، محمد إسماعيل علم الدين وآخرون، ٩٦.

المعاملات التجارية، وسد النقص في النصوص التجارية.

وتتفاوت الدول في اعتبار سوابق القضاء مصدرا إلزاميا من مصادر القانون، فالاتجاه الإنجلوسكسوني كما في بريطانيا وأمريكا يُلزم القاضي احترامها والعمل بها، بخلاف المنهج اللاتيني كما في فرنسا ومصر الذي يجعل منها مصدرا تفسيريا للقانون فلا تكون ملزمة للقاضي بل هو بالخيار بين الاسترشاد بها أو العدول عنها، ويبرر لهذا الاتجاه بأن أحكام القضاء مخصوصة بالخصومات التي صدرت فيها فلا تتعداها إلى غيرها من الخصومات المتماثلة، بخلاف القاعدة القانونية التي تتسم بالعموم دون أن توجه إلى شخص معين أو واقعة معينة[1].

وأما القضاء السعودي فالأصل أنه يجعل من سوابق القضاء مصدرا استرشاديا لا إلزاميا[2]، إلا أن الواقع العملي لدى القضاء

---

(١) القانون التجاري، مصطفى طه٣٦، المدخل إلى القانون، حسن كيرة ٢١٥، ٢١٧.

(٢) ومن ذلك صدور مدونة الأحكام القضائية عن وزارة العدل، حيث جاء في تصديرها أن من أهدافها "إثراء العمل القضائي وإعانة العاملين فيه على تلمس الأحكام الموافقة للقواعد الشرعية، ومساعدة المختصين والمهتمين للاستئناس بأحكام القضاء بإيصال الوقائع القضائية إليهم"، ومن تطبيقات القضاء التجاري في ديوان المظالم التي استرشد فيها بأحكام القضاء الحكم رقم ٨٧/ ت/ ٣ لعام ١٤١٨هـ، وجاء فيه "على القضاء النظر في موضوع الأحقية – في تملك علامة تجارية - وفقاً للمستقر من القواعد العامة والسوابق القضائية في هذا المجال وإذ خالف الحكم محل التدقيق فإن من المتعين نقضه"، وكذا حكم هيئة التدقيق التجاري رقم ٧٣/ ت/ ٤ لعام ١٤١٣هـ وجاء فيه "استقرت أحكام القضاء على أنه ليس للعميل توقيع الحجز على مبلغ خطاب الضمان تحت يد البنك أو المعارضة في سحبه باعتباره وسيلة من وسائل الائتمان التي تقدمها البنوك "، وكذا حكم الدائرة التجارية الابتدائية في ديوان المظالم المؤيد بالحكم رقم ١٢١/ ٣ لعام ١٤٢٥هـ، وجاء فيه "أما بالنسبة لطلبها- المدعي- إلزام المدعية بدفع قيمة أتعاب القضية والبالغة

التجاري في ديوان المظالم جار على التضييق من نطاق حرية القاضي بمخالفة السوابق.

والقاضي حين يحترم السابقة القضائية فهو إنما يفعل ذلك لدواعٍ أدبية وعملية، فأما الأدبية فتتمثل في أن هذه السوابق دُققت من المحكمة الأعلى وهي محكمة ذات خبرة قضائية ثرية، ومخالفة هذه المحكمة من قبل القاضي الابتدائي فيها شيء من الإخلال بالالتزام الأدبي تجاهها، وأما الدواعي العملية فتتمثل في أن الحكم المخالف الذي سيصدره القاضي الابتدائي سيدقق من قبل المحكمة الأعلى، وهذه المحكمة كثيرا ما تطبق السابقة التي استقرت عليها وليس الحكم المخالف الذي توصل له القاضي الابتدائي[1]، إلا أن هذه الدواعي لا ترتقي إلى تقييد حرية القاضي، فمتى ما رأى وجاهة حكمه المخالف للمحكمة الأعلى منه، وكانت تسبيبات حكمه على قدر من الجزالة وقوة الاستدلال فله حينئذ أن يتشبث بحكمه.

وأبرز سوابق القضاء التجاري السعودي المنشورة: "مجموعة الأحكام التجارية" الصادرة من ديوان المظالم لعام ١٤٢٨، ١٤٣٠هـ ،

(١٠٠,٠٠٠) مائة ألف ريال فحيث أن المرافعة في المملكة مجانية ومفتوحة أمام الجميع وبما أن قضاء الديوان قد استقر على عدم التعويض عن تكاليف المرافعة (حكم هيئة التدقيق رقم ٢٥٣/ت/ ١ لعام ١٤٢٠هـ) فإن الدائرة تخلص إلى رفض تعويض المدعى عليها عن هذا الخطاب"، مجموعة المبادئ التجارية لديوان المظالم، جمع: إبراهيم العجلان، غير منشورة.

(١) المدخل لدراسة العلوم القانونية عبدالقادر الفار ٩٧، القانون التجاري، مصطفى طه ٣٦.

وقد صدر قبل هذه المجموعة مذكرة غير منشورة جمعت كثيرا من أحكام الدوائر التجارية في الديوان من حين تفعيل عملها عام ١٤٠٨هـ وحتى عام ١٤٢٥هـ[١].

كما أصدرت وزارة التجارة "مجموعة المبادئ النظامية في مواد الأوراق التجارية" من عام ١٤٠٣هـ حتى عام ١٤٠٧هـ، ولم تصدر الوزارة مبادئ الأعوام التالية حتى الآن.

كما أصدرت مؤسسة النقد عام ١٤٢٧هـ مجموعة المبادئ للجنة المنازعات المصرفية من حين بدء عملها عام ١٤٠٨هـ، وحتى نهاية عام ١٤٢٦هـ.

ويؤمل من الجهات القضائية ممثلة في وزارة العدل وديوان المظالم وكذا اللجان القضائية المستقلة الحرص على بذل مزيد من العناية في نشر السوابق القضائية نظرا لمسيس الحاجة إليها لكل ذي شأن من قضاة أو محامين أو غيرهم، فبالنسبة للقضاة فهي تفيدهم في الاسترشاد بها، وأما المحامون فتفيدهم في معرفة المستقر عليه قضاء مما يعين على استشراف الحكم قبل صدوره.

(١) جمعها القاضي في الديوان: إبراهيم العجلان.

المطلب السادس

آراء الشراح

يقصد بآراء الشراح اجتهاداتهم المستنبطة من تفسيرهم لنصوص النظام وأحكام القضاء والمبثوثة في مؤلفاتهم وأبحاثهم.

وآراء الشراح أو "الفقه القانوني"[(١)] تتفق مع أحكام القضاء في عدم الاعتداد بها كمصدر ملزم، بل تعد مصدرا تفسيريا يسترشد بها القاضي في حكمه[(٢)]، وهو ما درج عليه القضاء التجاري في ديوان المظالم في العديد من الأحكام[(٣)].

---

(١) الفقه في اللغة هو الفهم، ولكل فن فقهه وفقهاؤه، وكثيرا ما يشتبه مصطلح "الفقه" إذا أطلق مجردا مع الفقه الإسلامي، ومنعا لهذا اللبس الأجدر أن يقال آراء الشراح، أو الفقه القانوني.

(٢) المدخل إلى القانون، حسن كيرة ٢١١.

(٣) من التطبيقات القضائية لاسترشاد القضاء التجاري السعودي بآراء الشراح حكم دائرة التدقيق التجاري في ديوان المظالم رقم ٨٤/ ت/ ٣ لعام ١٤١٨هـ، حيث حكمت الدائرة الابتدائية بعدم اختصاص الديوان بنظر منازعات مكاتب التخليص الجمركي، وردت هيئة التدقيق هذا الحكم معللة بأن "السبب الذي أقيم عليه الحكم محل التدقيق غير صحيح ذلك أن الفقرة (ب) من المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية نصت على أنه: "يعتبر من الأعمال التجارية كل ما يتعلق بالمحلات والمكاتب التجارية"، وقد قرر شراح النظام أن مكاتب التخليص الجمركي تعد من قبيل المكاتب التجارية"، وانتهت إلى نقض الحكم.

ومن الأحكام أيضاً: حكم دائرة التدقيق التجاري في ديوان المظالم رقم ٨٦/ ت/ ٤ لعام ١٤٠٩هـ حيث قضت الدائرة الابتدائية بأن العلاقة بين مدير المؤسسة التجارية وبين التاجر هي علاقة تجارية، فنقضت محكمة التدقيق الحكم ذلك وجاء في الأسباب أن "العلاقة بين التاجر وبين العاملين لديه علاقة عمل وليست علاقة تجارية وهذا هو المتقرر

وشراح النظام لهم دور كبير في تفسير نصوصه، وتجلية الغامض منها، ونقدها، ونقد أحكام القضاء أيضا عند وجود عيب أو نقص، وإيجاد الحلول والبدائل لهذا العيب أو النقص، وخاصة ما يتعلق بالمسائل المستجدة التي لم يرد بشأنها نص، ولذا لا يستغني القضاء عن الشراح، وفي المقابل لا يستغني الشراح عن القضاء في معرفة المشكلات العملية وحلولها القضائية، كما يفيد المنظم منهما معا عند سن نظام جديد أو تعديله[1].

ومن أشهر شروح النظام التجاري السعودي مؤلف الدكتور: أكثم الخولي، بعنوان "دروس في القانون التجاري السعودي"، ونشره معهد الإدارة العامة عام ١٣٩٣هـ، ثم تلاه مجموعة من المؤلفات ككتاب:"قانون المعاملات التجارية السعودي"، للدكتور محمود مختار بريري، وكتاب "القانون التجاري السعودي" للدكتور محمد الجبر[2].

لدى شراح النظام التجاري السعودي وغيرهم"، مجموعة المبادئ التجارية لديوان المظالم، جمع: إبراهيم العجلان، غير منشورة.

(١) المدخل إلى القانون، حسن كيرة، ٢١٢، القانون التجاري، علي البارودي ٣٥.

(٢) وكذلك المؤلفات في فروع القانون التجاري، وأبرزها ما يلي:

- الأوراق التجارية في النظام السعودي، د. زينب السيد سلامة، منشورات جامعة الملك سعود.
- الأوراق التجارية في النظام السعودي , عبدالله العمران، منشورات معهد الإدارة العامة.
- العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، د: محمد الجبر.
- الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية الواقية طبقا للأنظمة القانونية في المملكة العربية السعودية، د.عبدالرحمن قرمان.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن شراح النظام لا غنى لهم عن الاستعانة بعلم أصول الفقه الإسلامي في فهم نصوص النظام وتفسيرها واستنباط الأحكام منها، فهذا العلم لا يقتصر على أنه وسيلة لفهم نصوص الشريعة فقط، بل هو وسيلة أيضا لفهم أي نص عربي سواء كان قانونا أو عقدا أو حكما قضائيا أو غير ذلك، ومن أبرز القواعد الأصولية المعينة على ذلك القواعد المتعلقة بدلالات الألفاظ، ومن ذلك قواعد العام والخاص، والمطلق والمقيد، والمجمل والمبين، والنص والظاهر والمؤول، بالإضافة لقواعد النسخ، والتعارض والترجيح، إذ تُراعَى هذه القواعد حتى وإن كان النص القانوني معرَّبا عن أصل فرنسي، لأن الناس لا يكلفون إلا بما يفهمون[1].

- العقود التجارية وعمليات البنوك، د. عبدالرحمن قرمان.
بالإضافة للرسائل العلمية في المعهد العالي للقضاء، وأقسام القانون في المملكة.

(١) علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، ١٤١.

المطلب السابع

ترتيب مصادر الحكم التجاري

من خلال ما سبق نخلص إلى أن مصادر الحكم التجاري تنقسم إلى مصادر ملزمة ومصادر استرشادية، فأما المصادر الملزمة فهي الشريعة الإسلامية، والأنظمة التجارية، والعقد، والعرف، وأما الاسترشادية فهي: سوابق القضاء، وآراء الشراح .

والحكم على الواقعة التجارية قد يُستمد من مصدر واحد، وقد يستمد من مجموعة مصادر تتفق جميعا في الحكم على هذه الواقعة، لكن الإشكال عندما تتعارض هذه المصادر في حكمها على الواقعة، ومن هنا يجب معرفة ترتيبها بحيث لا يُستدل بأي منها مع وجود مصدر سابق أقوى، وأول هذه المصادر هو الدليل القطعي من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس الجلي، فإذا لم يرد دليل شرعي قطعي يتعلق بالواقعة فيُصار إلى المصادر الأخرى مادامت غير مخالفة للشرع أو كانت متفقة مع وجه من وجوه الدليل الظني، فيُصار إلى النصوص الآمرة في النظام سواء كان تجاريا أو غير تجاري، فإذا خلا النظام فيصار إلى العقد، ثم إلى العرف، ثم إلى النصوص المكملة في النظام سواء كان تجاريا أو غير تجاري، فإذا لم يوجد فيصار إلى الأحكام الاجتهادية في الفقه الإسلامي والقواعد العامة للشريعة ومقاصدها.

وأما ترتيب استمداد الحكم على واقعة تجارية في القوانين الأجنبية

فيبدأ بنصوص القانون التجاري الآمرة، ثم النصوص الآمرة من القانون المدني، ثم العقد، ثم العرف، ثم النصوص المكملة من القانون التجاري، ثم النصوص المكملة من القانون المدني بوصفه الأصل العام للقانون التجاري والذي يكمل أي نقص فيه[1]، وأما المملكة فلم يصدر لها قانون مدني مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ،ولذا فالشريعة العامة عند عدم وجود حكم على الواقعة من أي من المصادر السابقة هي الشريعة الإسلامية بقواعدها العامة ومقاصدها وأحكام الفقه الاجتهادية.

(١) الموجز في القانون التجاري، محسن شفيق ٢٢، القانون التجاري، علي جمال الدين عوض ١٩.

الخاتمة

أبرز نتائج هذا البحث كالتالي:

- يقصد بمصادر الحكم التجاري: المرجع الذي يُبحث فيه عن الحكم على واقعة تجارية، وهذه المصادر لا يُفيد منها القاضي في استمداد الحكم على الدعوى المعروضة عليه فحسب، بل يفيد منها كل معني بواقعة تجارية ويريد استمداد حكم لها.
- مصادر الحكم التجاري هي الشريعة الإسلامية، والأنظمة التجارية، والعقد، والعرف، وسوابق القضاء، وآراء الشراح.
- يجب أن تتفق المصادر مع أحكام الشريعة الإسلامية ولا تخالفها بوصفها المصدر الأساس لكافة الأنظمة في المملكة.
- تعد الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع والقضاء في المملكة العربية السعودية، والأدلة الشرعية تنقسم إلى مصادر أصلية، ومصادر تبعية، فأما المصادر الأصلية فهي: الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وأما المصادر التبعية، أو المصادر المختلف فيها فهي: المصلحة المرسلة، والاستحسان، وسد الذرائع، والعرف، والاستصحاب، وشرع من قبلنا،

وقول الصحابي.

- الأدلة الشرعية قد تكون قطعية الثبوت أو الدلالة وقد تكون ظنية الثبوت أو الدلالة، فإذا كان الفيصل في الواقعة التجارية دليلا قطعيا في ثبوته وفي دلالته على المعنى المراد سواء كان هذا الدليل من الكتاب أو السنة أو الإجماع الصريح أو القياس المعتبر؛ فإن هذا الدليل مقدم على غيره من المصادر بما في ذلك نصوص النظام التجاري الآمرة أو العقد.
- إذا كان الدليل الشرعي ظنيا بأن كان مختلفا في دلالته، وأخذ النص النظامي بأحد دلالاته وإن كانت مرجوحة تحقيقا لمصلحة تجلب منفعة أو تدفع ضررا؛ فإن هذا النص النظامي يرفع الخلاف ولو كان مخالفا لاجتهاد القاضي في المسألة، وعلى القاضي الحكم بمقتضاه لأن ولي الأمر له أن يقيد القاضي برأي أو مذهب معين تحقيقا لمصلحة يراها.
- الأنظمة التي يسنها ولي الأمر - ومنها الأنظمة التجارية - والتي تتفق مع أصول الشريعة وقواعدها وتكون محققة للمصلحة تعد من السياسة الشرعية، فيلتزم القاضي - وكل ذي شأن- بالعمل بها، مع ملاحظة التفاوت في نصوص هذه الأنظمة بين نصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وبين نصوص مكملة يجوز اتفاق المتعاقدين على مخالفتها وإلا صارت ملزمة لهم.

- يعد "نظام المحكمة التجارية" الصادر عام ١٣٥٠هـ من أبرز الأنظمة التجارية السعودية، ورغم قدم هذا النظام إلا أن بعض أبوابه لا يزال معمولا بها حتى الآن، ويحيط بهذا النظام العديد من الملاحظات التي تحتم إلغاءه برمته وسن نظام تجاري سعودي جديد، وقد صدر بعده العديد من الأنظمة التجارية، وهي تقارب الثلاثة عشر نظاما تجاريا.
- يعد العقد أحد المصادر الرئيسية التي يُستمد منها الحكم التجاري، والشريعة تقرر مصدريته والعمل بشروطه تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة العقدية الذي كان للشريعة الريادة فيه.
- يشترط للاعتداد بمصدرية العقد وشروطه ألا يخالف دليلا شرعيا صريحا، أو نصا نظاميا آمرا، أو تخالف شروطه مقصود العقد ؛ فإذا ما اشتمل العقد على أي من ذلك بطل العقد بالكلية أو بطل الشرط وصح العقد.
- إذا خالف العقد أو شرطٌ فيه دليلا شرعيا مختلفا فيه اختلافا سائغا، وأخذ المتعاقدان بالرأي المجيز فليس للقاضي الذي يرى فساد العقد أو الشرط أن يقضي ببطلانه، مراعاة للخلاف السائغ، ودرءاً لمآلات الإبطال ومنها الضرر الواقع على المتعاقدين.
- تقر الشريعة الأخذ بالعرف متى ما تحققت شروطه ومنها ألا يخالف دليلا شرعيا صريحا أو نصا نظاميا آمرا أو عقدا، فإذا

خالف العرف شيئا مما ذكر فلا يعتد به.

- وفقا للقوانين التجارية الأجنبية يعد العرف مصدرا رسميا ملزما من مصادر النظام التجاري فيلتزم القاضي بتطبيقه إلا إذا تعارض مع نص قانوني آمر، أو مع العقد، فيقدمان عليه، وكذا إذا تعارض مع النظام العام فلا يُعتد به أيضا، وأما إذا لم يتعارض العرف مع ما ذكر فإنه واجب التطبيق حتى لو ثبت عدم علم الأطراف به.
- يقصد بالسابقة القضائية: الحكم القضائي المستقر على اتباعه والحكم به، والصادر بشأن واقعة لم يرد لها مستند صريح من الشرع أو النظام أو العقد أو العرف.
- تحتل سوابق القضاء التجاري منزلة كبيرة في النظام التجاري لما لها من أثر ظاهر في تكوين قواعده من خلال ملاحقة التطور المستمر في المعاملات التجارية، وسد النقص في النصوص التجارية.
- الأصل في القضاء السعودي أنه يجعل من سوابق القضاء مصدرا استرشاديا لا إلزاميا، إلا أن الواقع العملي لدى القضاء التجاري في ديوان المظالم جار على التضييق من نطاق حرية القاضي بمخالفة السوابق.
- آراء الشراح أو "الفقه القانوني" تتفق مع أحكام القضاء في عدم الاعتداد بها كمصدر ملزم، بل تعد مصدرا تفسيريا

يسترشد بها القاضي في حكمه من غير إلزام، وهو ما درج عليه القضاء التجاري في ديوان المظالم في العديد من الأحكام.

- تنقسم مصادر الحكم التجاري إلى مصادر ملزمة ومصادر استرشادية، فأما المصادر الملزمة فهي الشريعة الإسلامية، والأنظمة التجارية، والعقد، والعرف، وأما الاسترشادية فهي: سوابق القضاء، وآراء الشراح.
- أول المصادر من حيث الاستمداد هو الدليل القطعي من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس الجلي، فإذا لم يرد دليل شرعي قطعي يتعلق بالواقعة فيُصار إلى المصادر الأخرى مادامت غير مخالفة للشرع أو كانت متفقة مع وجه من وجوه الدليل الظني، فيُصار إلى النصوص الآمرة في النظام سواء كان تجاريا أو غير تجاري، فإذا خلا النظام فيصار إلى العقد، ثم إلى العرف، ثم إلى النصوص المكملة في النظام سواء كان تجاريا أو غير تجاري، فإذا لم يوجد فيصار إلى الأحكام الاجتهادية في الفقه الإسلامي والقواعد العامة للشريعة ومقاصدها، وهذا الترتيب هو الذي جرى عليه العمل في المملكة.

التوصيات:

١- يجدر بالمنظم السعودي النص على مصادر النظام التجاري وبيان ترتيبها عند التعارض، أسوة بما نصت عليه القوانين التجارية الأجنبية, لما يحققه ذلك من فوائد للقاضي والمتقاضي.

٢- يؤمل من الجهات القضائية ممثلة في وزارة العدل وديوان المظالم وكذا اللجان القضائية المستقلة الحرص على بذل مزيد من العناية في نشر السوابق القضائية نظرا لمسيس الحاجة إليها لكل ذي شأن من قضاة أو محامين أو غيرهم، فبالنسبة للقضاة فهي تفيدهم في الاسترشاد بها، وأما المحامون فتفيدهم في معرفة المستقر عليه قضاء مما يعين على استشراف الحكم قبل صدوره.

٣- نظرا لتفاوت مصادر استمداد الحكم التجاري بين مصادر شرعية وقانونية، فإن هذا يؤكد أهمية اجتماع التأهيل الشرعي والقانوني معا في القاضي التجاري السعودي وكذا المحامي التجاري ونحوهم، فالشرعي الصرف سيصعب عليه التعامل مع الأنظمة التجارية وكذا القواعد والنظريات التجارية والمدنية نظرا لعدم سبق دراسته لهما، وكذا القانوني الصرف فسيصعب عليه أيضا التعامل مع الدعاوى ذات البعد الشرعي نظرا لعدم تخصصه في دراسة الفقه الإسلامي وأصوله

وقواعده ومقاصده، ولذا قد تتضمن الدعوى إشكالا شرعيا يفوت عليه، ومن ثم لا غنى عن الإلمام بالعلمين معا من خلال اشتراط ذلك على من يرشح للقضاء التجاري، أو من يعطى رخصة للمحاماة بحيث تؤهله للترافع أمام القضاء التجاري[1].

(١) في ظل تخصيص المحاكم فإنه يجدر تبعا لذلك تطوير رخصة المحاماة بحيث تعطى وفقا لتأهيل المحامي، فتكون هناك رخصة للترافع أمام القضاء التجاري، وأخرى للترافع أمام القضاء الجزائي، وهكذا، وتمكين الجمع بين أكثر من رخصة للمحامي الواحد متى ما كان مؤهلا.

قائمة المصادر والمراجع

- الإحكام في أصول الأحكام، علاء بن محمد الآمدي، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
- الأشباه والنظائر عن مذهب أبي حنيفة النعمان، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـ.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر الزرعي، الشهير بابن قيم الجوزية، الناشر، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣م.
- تفسير القرآن العظيم، عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير، الناشر، مؤسسة قرطبة، مصر، الطبعة الأولى ٢٠٠٠م.
- روضة الناضر وجنة المناظر، عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق د.عبدالعزيز بن عبدالرحمن السعيد، منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ.
- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، الناشر: دار الكتاب العربي ـ بيروت.
- سنن الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، الناشر: دار إحياء التراث العربي ، بيروت، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون.
- السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، يوسف

القرضاوي، الناشر: مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٢٦هـ.

- شرح الكوكب المنير، محمد بن أحمد الفتوحي الشهير بابن النجار، تحقيق محمد الزحيلي ونزيه حماد، الناشر، مكتبة العبيكان، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ.
- علم أصول الفقه، عبدالوهاب خلاف، الناشر: الدار الكويتية للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الثامنة، ١٣٨٨هـ.
- غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام، محمد ناصر الدين الألباني، الناشر : المكتب الإسلامي – بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥هـ.
- الفتاوى الكبرى، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.
- قانون التجارة القطري رقم ٢٧ لعام ٢٠٠٦م.
- قانون التجارة المصري، رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩م)، منشورات مؤسسة الأهرام، مصر.
- القانون التجاري (الأعمال التجارية والتجار والمحل التجاري والملكية الصناعية)، مصطفى كمال طه، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٦م.
- القانون التجاري، علي البارودي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٣م.

- القانون التجاري، علي جمال الدين عوض، الناشر: دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨٧م.
- القانون التجاري، محمود سمير الشرقاوي، الناشر، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى ١٩٧٣م.
- قانون المعاملات التجارية السعودي، محمود مختار بريري، منشورات معهد الإدارة العامة، الرياض، ١٤٠٢هـ.
- قانون المعاملات التجارية رقم ١٨، لسنة ١٩٩٣م، الإمارات العربية المتحدة.
- القول الشاذ وأثره في الفتيا، أحمد سير المباركي، الناشر: دار العزة للنشر والتوزيع، الرياض،١٤٣٢ هـ.
- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، عبد العزيز بن أحمد البخاري، تحقيق: عبدالله محمود عمر، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ.
- المبادئ العامة للتشريع في المملكة العربية السعودية، محمد إسماعيل علم الدين، عبدالناصر العطار، محمد عمر مدني، ١٣٩٥هـ، بدون ذكر لدار النشر.
- مجلة الأحكام العدلية، الناشر: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
- مجلة العدل الصادرة عن وزارة العدل السعودية، العدد ٥٠.

- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الصادرة عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة, العدد الثاني عشر.
- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية، جمع: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، منشورات وزارة الشؤون الإسلامية، السعودية، ١٤١٦هـ.
- مجموعة المبادئ التجارية لديوان المظالم، جمع: إبراهيم بن عبدالله العجلان، ١٤٢٨هـ (غير منشورة).
- مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر الرازي، الناشر، مكتبة لبنان، ١٩٥٩م.
- المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، الناشر: دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م.
- المدخل إلى السياسة الشرعية، عبدالعال أحمد عطوة، منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤٢٥هـ.
- المدخل إلى القانون، حسن كيره، الناشر: منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ.
- المدخل لدراسة العلوم القانونية، عبدالقادر الفار، الناشر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٩م.
- المستصفى، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المطبعة الأميرية، مصر، الطبعة الأولى (مصورة)، الناشر: دار صادر، ١٣٢٢هـ.

- مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، عبد الوهاب خلاف، الناشر، دار العلم، الكويت، ١٣٩٢هـ.
- معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، محمد بن حسين الجيزاني، الناشر: دار ابن الجوزي، الطبعة العاشرة ١٤٣٣هـ.
- المغني، عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، الناشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
- المنازعات المصرفية، إجراءات التقاضي أمام لجنة تسوية المنازعات المصرفية والمبادئ التي قررتها، منشورات مؤسسة النقد العربي السعودي، ١٤٢٧هـ.
- منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، محمد عليش، الناشر دار الفكر ، بيروت، ١٤٠٩هـ .
- الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الشهير بالشاطبي، تحقيق: مشهور آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
- الموجز في القانون التجاري، محسن شفيق، الناشر: دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٧م.
- النظام الأساسي للحكم رقم أ/ ٩٠، تاريخ ٢٧/ ٨/ ١٤١٢هـ.
- نظام الأوراق التجارية، رقم م/ ٤٥ عام ١٣٨٣هـ.
- نظام الشركات رقم م/ ٦ عام ١٣٨٥هـ .

- النظام العام للدولة المسلمة، عبدالله بن سهل العتيبي، الناشر: دار كنوز أشبيليا، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ.
- نظام المحكمة التجارية رقم ٣٢ ، عام ١٣٥٠هـ، مطابع الحكومة الأمنية بالرياض، ١٤٠٣هـ.
- نظام المرافعات الجديد الصادر بالمرسوم رقم م/ ١ في ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ.
- الوجيز في القانون التجاري، سمير عاليه، الناشر: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٨٧م.