# مصادر الحكم القضائي في المنازعات التجارية
# دراسة في النظام السعودي


**د. فؤاد شهاب شياب**

أستاذ القانون التجاري المشارك

كلية الحقوق - جامعة طيبة

## مقدمة

الحمد لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، وبه نستعين، ونستغفره ونتوب إليه، ونستعيذه من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، والله نسأل الهداية وحسن العاقبة في الأمور كلها، وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله، عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وأما بعد؛

فتعني كلمة (مصدر) بصفة عامة المنبع الذي يستقي منه النظام أحكامه وقواعده. ومن المتعارف عليه أن هذه المصادر متنوعة، بحيث تشمل مصادر موضوعية (مادية) وتاريخية ورسمية وتفسيرية. ويُقصد بالمصادر الموضوعية الظروف الاجتماعية التي استمد منها النظام نشأته، ويراد بالمصادر التاريخية الظروف التاريخية التي ساهمت في تكوين النظام. كما تُعرَّف المصادر الرسمية بأنها تلك الصادرة عن هيئة تملك سلطة إصدار أنظمة ولوائح مُلزِمة في حين تعني المصادر التفسيرية أحكام القضاء وآراء الفقهاء التي يرجع إليها القاضي لاستخلاص القواعد من مصادرها الرسمية، ولكنه غير مُلزَم بالرجوع إليها؛ لأنها مصادر اختيارية يستأنس ويسترشد بها القاضي لمعرفة القاعدة النظامية واجبة التطبيق وكيفية إعمالها بشكل سليم. فالقاضي يستعين بالفقه النظامي وأحكام القضاء، خاصة عندما تكون قواعد الأنظمة وأحكامها غامضة وتحتاج الى توضيح أو تفسير، فيتعرف على شروط تطبيقها وآثارها[1].

(١) وبالرغم من أن أقوال الفقه تعد مصدراً استرشادياً، إلا أن لها من الناحية العملية دوراً كبيراً وأهميةً بالغة في تطوير القوانين وتعديلها ومعالجتها، سواء من الناحية الموضوعية =

ويُطلق الفقهاء على المصادر الموضوعية والتاريخية اسم المصادر الحقيقية لأنها تشكل العوامل الاجتماعية التي تكمن فيها الضرورات المولدة لقواعد النظام، ودراسة هذه المصادر يدخل ضمن نطاق علم الاجتماع القانوني أو فلسفة القانون[1]، وهي ما لا يتسع لها المجال في هذا البحث. أما المصادر الرسمية والتفسيرية فهي مستفادة من دراسة الأنظمة السعودية، وترتكز أساساً على تحكيم الشريعة الإسلامية، فهي مصادر شرعية ونظامية.

ولعل مسألة ترتيب مصادر القانون التجاري تبدو أمراً بديهياً يفترض أن يعنى به المنظم بشكل صارم؛ لأنه أمر ينسجم مع مبدأ وحدة القانون الذي يجب أن يخضع له جميع الأفراد في الدولة. وعلى الرغم من ذلك، يبدو أن الأمر يثير جدلاً فقهياً حتى في القوانين التي نصت صراحة على مصادر القانون التجاري[2]. والمسألة قد تبدو أكثر تعقيداً في النظام السعودي في ظل غياب

= التي تعنى بمضمون القاعدة القانونية أو من الناحية الشكلية والفنية، التي تعنى بصناعة وصياغة القاعدة القانونية. بل ونظراً للدور الكبير الذي لعبه الفقه في شرح وتفسير قواعد القانون والتعليق على أحكام القضاء ووضع النظريات الملائمة، فقد كان يعده القانون الروماني مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية بحيث كان من صلاحية الفقيه إنشاء هذه القاعدة بنفسه وتكون من صنعه كما لو كان مشرعاً. أما في الوقت الحاضر فلا تعطي أية دولة في العالم للفقيه هذه الميزة، وأصبح الفقه مجرد مصدر غير رسمي يستطيع القاضي أن يلتمسه عند شرح النصوص ومعانيها، دون أن يكون ملزماً بالأخذ بآراء الفقهاء. عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، عمان-الأردن، ط١١، ٢٠١١م، ص. ٩٣.

(١) أكرم ياملكي، القانون التجاري، دراسة مقارنة، ج١، الأعمال التجارية والتاجر والمتجر والعقود التجارية، دار الثقافة، عمّان-الأردن، ١٩٩٨م، ص. ٣١.

(٢) انظر مثلًا: عبد الله الخشروم، مصادر القاعدة القانونية في قانون التجارة الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد ١٥، عدد ٤.

نص صريح يحدد الترتيب النظامي لمصادر القانون التجاري، فنرى أن بعض الفقه يضع التشريع التجاري أولاً ثم أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة ثم العرف التجاري في مرتبة ثالثة[١]، في حين أن جانب آخر جعل أحكام الشريعة الإسلامية قبل الأنظمة التجارية ثم اتفاق المتعاقدين ثم العرف[٢]، ثم إن جانباً آخر بدا متردداً فوضع أحكام الشريعة الإسلامية في المرتبة الأولى عند ترتيبه للمصادر، في حين أنه بدأ بتأصيل المسألة باعتبار الأنظمة التجارية هي المصدر الرئيس، وبأن أحكام الشريعة الإسلامية في المرتبة الثانية إذا خلت الأنظمة التجارية من نص يحكم النزاع[٣]. وأيضاً، فإن بعض الفقه يقدم عرضاً تفصيلياً فيضع أحكام الاختصاص القضائي أولاً ثم نصوص أدلة الشريعة الإسلامية الصحيحة الصريحة قبل الأنظمة التجارية والمبادئ القضائية الصادرة من المحكمة العليا ثم اتفاق المتعاقدين قبل القواعد المكملة في الأنظمة التجارية، ثم العرف التجاري، فالسَّوابق القضائية، ثم اجتهادات الفقهاء وشراح الأنظمة، ويجعل في المرتبة الأخيرة مبادئ وقواعد الشريعة العامة ويقصد بها الشريعة الإسلامية[٤].

وبهذا يبدو أن كتب الفقه السعودي لا تتوافق على ترتيب مصادر النظام التجاري السعودي، وفي بعض الأحيان يبدو أن التأصيل يحتاج لدقة أكبر

(١) محمد الجبر، القانون التجاري السعودي، ط٤، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، ص. ٢٣-٢٨.

(٢) عارف العلي، مصادر الحكم التجاري، مجلة قضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ٢٠١٦م، عدد ٦، ص. ٧٥-١١٦.

(٣) عبد الهادي الغامدي، القانون التجاري السعودي، ص. ١٥ وما بعدها.

(٤) أحمد شبيب، مصادر القانون التجاري والأحكام القضائية في المملكة العربية السعودية، ١٤٣٩هـ، الملحق (١٨٣)، ج/ ١٥، ص. ٤٩٧-٥٨٨.

حتى تصح المسألة بكل تجلياتها. وأيضاً، فأيٌّ من هذه الدراسات السابقة لم تأخذ بعين الاعتبار قرار الهيئة القضائية رقم (٣) الصادر في ٧/ ١/ ١٣٤٧هـ، المقترن بالتصديق العالي بتاريخ ٢٤/ ٣/ ١٣٤٧هـ الذي حدد كتب المذهب الحنبلي باعتبارها مصدراً رسمياً للقضاء في المملكة العربية السعودية، وهو ما لا يسمح بتصنيف أحكام الفقه الإسلامي ضمن طائفة المصادر الاسترشادية أو في مرتبة متساوية مع آراء وأقوال الفقه.

وبالطبع فإن تأصيل المسألة بشكل دقيق يقتضي التنويه بأن ترتيب مصادر القانون التجاري لا يناقش سمو وسيادة وحاكمية الشريعة الإسلامية على الأنظمة التجارية، فالنصوص قطعية الثبوت والدلالة في كتاب الله سبحانه وسنة رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تحظى في المملكة العربية السعودية بمكانة دستورية ولا يجوز للأنظمة التجارية أن تخالفها، وهي بذلك تخضع لرقابة المحكمة العليا، ولكن مسألة ترتيب مصادر الحكم القضائي في المنازعات التجارية تُعنى بمسألة إجرائية تدور حول المرجع الأول الذي يجب أن يبحث فيه القاضي لإيجاد الحكم الذي يحكم النزاع. وأما من حيث حاكمية الشريعة الإسلامية فجميع المصادر يجب أن تتصف بصفة الشرعية والنظامية في آن معاً.

## تساؤلات الدراسة:

تثير مسألة مصادر النظام التجاري أو مصادر الحكم القضائي في النظام السعودي عدة تساؤلات، وهي كالآتي:

١. ما هي النصوص الدستورية في المعاملات المالية؟

٢. هل تتمتع المصادر الملازمة للكتاب والسنة، وهي الإجماع والقياس، بصفة الدستورية؟

٣. ما هي خصائص الأنظمة التي تشكل المصدر الأول للنظام التجاري؟

٤. ما هي مكانة العرف والمبادئ القضائية وأحكام الفقه الإسلامي من حيث تقدمها أو تأخرها على بعضها البعض؟

**فرضيات الدراسة:**

فرضيات الدراسة تتلخص في الآتي:

١. تنحصر المصادر ذات المكانة الدستورية في آيات القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة والإجماع.

٢. المصادر ذات الصفة الدستورية هي النصوص قطعية الثبوت والدلالة.

٣. لا يعد القياس مصدراً دستورياً للقاضي، بل ينسحب القياس إلى مكانة متأخرة في حال افتقار النزاع إلى نصوص نظامية أو فقهية أو مبادئ قضائية.

٤. الأنظمة التجارية، ومن ثم غيرها من أنظمة المعاملات المالية، تشكل المصدر الأول من مصادر النظام التجاري والمرجع الأول للقاضي في حكمه في النزاع المعروض عليه.

٥. يعد العرف التجاري مصدراً ثانياً بين مصادر النظام التجاري.

٦. القواعد العامة في المعاملات المالية، وهي المستقاة من كتب الفقه الإسلامي، تحتل المركز الثالث بين مصادر النظام التجاري.

٧. تحتل المبادئ القضائية، مركزاً تفضيلياً على غيرها من قواعد المعاملات المالية.

## أهمية الدراسة وهدفها:

يحتل البحث أهمية قانونية (نظامية) وعملية تطبيقية في آن معاً. فمن الناحية النظامية، يهدف البحث إلى إيجاد ترتيب واضح ومنطقي يعين الباحث في القانون التجاري، وكذلك القاضي في تتبع الحكم واجب التطبيق في واقعة معينة، ويرسم منهجاً واضحاً في استقاء الحكم بعيداً عن الاجتهاد. فالقاضي موكل بتطبيق النص دون إعمال اجتهاده أو تضييقه إلى أبعد حد لتحقيق وحدة الحكم القضائي والقانون واجب التطبيق، وهو ما يدعم استقرار المعاملات. ومن الناحية العملية، يشير البحث إلى ضرورة إعادة صياغة كتب المذهب الحنبلي المعتمدة للقضاء في المملكة، وترتيبها ترتيباً موضوعياً يسهل على الباحث والقاضي الرجوع إليها فيما يعرض عليه من مسائل، الأمر الذي يزيل الغموض عن جانب مهم في النظام السعودي والتجاري خاصة.

## منهج الدراسة وخطتها:

يتبع البحث المنهج الوصفي الاستقرائي بتوضيح ما وقف عليه الباحث من مبادئ وقواعد قانونية، وكذلك منهج تحليلي يناقش ما يطرحه من

فرضيات تمهيداً لاستنباط قاعدة نظامية واضحة ترتب مصادر القانون التجاري بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية. ويستعين الباحث أيضاً بأمثلة تطبيقية تدعم ما توصل له من فرضيات.

وأما خطة البحث فتتناول ثلاثة مباحث، بحسب رؤية الباحث لترتيب مصادر الحكم القضائي في المنازعات التجارية، وهي كالآتي:

**المبحث الأول: الأنظمة التجارية.**

**المبحث الثاني: العرف التجاري.**

**المبحث الثالث: القواعد العامة في المعاملات المالية.**

# المبحث الأول
# الأنظمة التجارية كمصدر أول للنظام التجاري

يُقصد بالمصادر الرسمية النصوص التي يلزم القاضي بالرجوع إليها لحل النزاع المعروض عليه وبالترتيب المقرر لها. فإذا كان النزاع تجارياً، فعلى القاضي الرجوع أولاً إلى نصوص الأنظمة التجارية التي تحكم النزاع، فإن لم يجد فعليه استقاء الحكم من العرف أو القواعد العامة في المعاملات المالية. وفي هذا المقام، يجب توضيح المكانة التي تتمتع بها أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها أحكاماً دستورية ونظامية تتمتع بصفة الحاكمية على الأنظمة السعودية كافة، سواء أكانت تجارية أو غير ذلك، وليست المصدر الأول للقانون التجاري باعتباره فرعاً مستقلاً من فروع النظام. وفي هذا الصدد، يجدر تناول هذا المبحث في مطلبين على النحو الآتي:

## المطلب الأول: المكانة الدستورية لأحكام الشريعة الإسلامية:

مصدر الأحكام في الشريعة الإسلامية هي بالدرجة الأولى كتاب الله سبحانه وسنة نبيه محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وهي موضع اتفاق بين جميع الفقهاء المسلمين. ويحتل هذان المصدران المرتبة الأولى في أعلى سلم الهرم التشريعي في المملكة العربية السعودية، وقد نص على ذلك المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم بقولها: «المملكة العربية السعودية، دولة عربية إسلامية، ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولغتها هي اللغة العربية، وعاصمتها مدينة الرياض»[1].

(١) النظام الأساسي للحكم السعودي، صادر بموجب الأمر الملكي رقم (أ/ ٩٠) بتاريخ ٢٧/ ٨/ ١٤١٢هـ، الموافق ١/ ٣/ ١٩٩٢م.

وإذا كان كتاب الله وسنة رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هما أول مصادر الأحكام الشرعية، فقد عدَّ جمهور الفقهاء الإجماع والقياس مصدرين ملازمين لهما، ولم يشذ عن هذا إلا نفر يسير من الفقهاء. ويمكن الاصطلاح على تسميتها بالمصادر الأصلية للأحكام الشرعية. وعلى ذلك، لا بد من بعض التفصيل لشرح المكانة الدستورية للنصوص الشرعية الأصلية والنصوص الملازمة لهما.

## الفرع الأول: النصوص الشرعية الأصلية:

نصت المادة الأولى من نظام القضاء بأن: «القضاة مستقلون، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية، وليس لأحد التدخل في القضاء»[1]، كما نصت المادة الأولى من نظام المرافعات الشرعية لعام ١٤٣٥هـ بأن: «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، وتتقيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام»[2]. وفيما يلي نتناول القرآن الكريم قبل السنة النبوية المشرفة.

(١) نظام القضاء السعودي، صادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٧٨)، بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ، الموافق ١/ ١٠/ ٢٠٠٧م.

(٢) نظام المرافعات الشرعية السعودي، صادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/ ١) بتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ، الموافق ٢٥/ ١١/ ٢٠١٣م.

## أولاً: القرآن الكريم:

تضمن القرآن الكريم العديد من الآيات في المعاملات المالية والاقتصادية في مواضيع متعددة، مثل: الإنفاق والكسب والزكاة والصدقات والخراج والفيء والعشور والعقود والتوثيق والإشهاد والضمانات والكفالات والرهونات والإجارة والوكالة، وتضمنت هذه الآيات الأحكام والضوابط التي تُعَدُّ بحق من نماذج الإعجاز المالي والاقتصادي[1]. ولم تفرق آيات القران الكريم بين المعاملات المالية والمعاملات التجارية، بل جاءت عامة في كافة المعاملات. وهذه الآيات القرآنية حاكمة على الأنظمة والقضاء في المملكة العربية السعودية.

ومن كلام الله سبحانه في مجال المعاملات المالية: قوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[2]، وقوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[3]، وقوله سبحانه: ﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ إِذَا كِلْتُمْ وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ ۚ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾[4]، وقوله سبحانه: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ۚ﴾[5]، وقوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم

(١) حسين شحاته، الإعجاز الاقتصادي في القرآن الكريم في ضوء آيات المعاملات، مجلة الجامعة الإسلامية، عدد ٣٩، ٢٠٠٦م، ص. ١٥٣.
(٢) الآية (٢٨)، سورة النساء.
(٣) الآية (١)، سورة المائدة.
(٤) الآية (٣٥)، سورة الإسراء.
(٥) الآية (٢٧٥)، سورة البقرة.

بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَاكْتُبُوهُۚ وَلۡيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبُۢ بِالْعَدْلِۖ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَن يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُۚ فَلْيَكْتُبْۚ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـٔٗاۚ فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِالْعَدْلِۚ وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٞ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا الْأُخْرَىٰۚ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ وَلَا تَسْـَٔمُوٓاْ أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَٰدَةِ وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓاْ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾[1]. ويمكن أن يستفاد من الآية الأخيرة شرعية إيجاد نظام مستقل خاص بالأنشطة التجارية مستقل عن غيره من الأنظمة في المعاملات المالية.

وتعد آيات القرآن الكريم مبادئ دستورية لا يجوز للأنظمة أن تخالفها، بل على الأنظمة أن تكرسها وتدعم تطبيقها العملي في كافة المجالات، وبما يصدره ولي الأمر من أنظمة ولوائح. وتمتاز آيات القرآن الكريم بأنها قطعية الثبوت، ولكنها قد تكون ظنية الدلالة. والذي يحتل منها مكانة دستورية تسمو على الأنظمة ما كان منها قطعي الدلالة، أما ظني الدلالة فلولي الأمر أن يختار ما يترجح دليله بما يحقق مصلحة الدين والناس، وإذا لم يحدد النظام دلالة معينة يكون الأخذ بها واجباً أو معتمداً للقضاء في المملكة، فيجوز للقاضي أن يأخذ بالدلالة المعتمدة في المذهب الحنبلي انسجاماً من قرار الهيئة القضائية، سالف الذكر، رقم (٣) الصادر في ٧/ ١/ ١٣٤٧هـ.

**ثانياً: السنة النبوية المطهرة:**

السنة النبوية هي «ما أُثر عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من قول أو فعل أو تقرير أو صفة خَلْقيَّة أو خُلُقيَّة أو سيرة»[2]، وتضم عدداً هائلًا من

(١) الآية (٢٨٢)، سورة البقرة

(٢) طاهر الدمشقي، توجيه النظر إلى أصول الأثر، ط١، المطبعة الجمالية، مصر، ص. ٣؛ عبد الرؤوف المناوي، اليواقيت والدرر في شرح نخبة ابن حجر، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، ١/ ٢٢٨.

الأحاديث وثروة علمية زاخرة وشاملة في مختلف أبواب المعاملات المالية في عقود المعاوضات كالبيع بأنواعه المختلفة (السلم والصرف والمقايضة والمزايدة وبيوع الأمانة وغيرها)، والإجارة بأنواعها، والوكالة والكفالة والرهن والجعالة والهبة والعارية والصلح. وقد نظمت شروط كل هذه العقود بدقة وعناية، من حيث أركانها وشروط صحتها وآثارها. كما نهت السنة عن بعض البيوع؛ إما لعدم مشروعية المعقود عليه، كبيع المضامين وبيع الملاقيح وبيع حبل الحبلة وبيع عسب الفحل، وإما لتعلقها بالربا، كبيع العِينَة وبيع المزابنة وبيع المحاقلة وبيع الكالئ بالكالئ، وإما لتعلقها بالغرر، كبيع الحصاة وبيع الملامسة وبيع المنابذة وبيع الجنين وهو في بطن أمه وبيع الثمار قبل نضجها وبيع المصراة وغيرها. وعلى وجه الخصوص -في إطار المعاملات التجارية- حثت السنة النبوية على الصدق والأمانة والسماحة في البيع والشراء والتجاوز عن المعسرين، ونهت عن البيع على بيع الغير والغش والتغرير والحلف والمماطلة والاستغلال والاحتكار. وفي إطار الشركات، أقرت السنة النبوية الشركة وحكمت بمشروعيتها، وبينت أحكام الشركات، سواء شركة الملك أو شركة العقد بأنواعها كالمفاوضة والعنان والمضاربة.

وكتب السنة التي يرجع إليها القاضي كثيرة أهمها كتب السنة الستة[1]. ومكانة السنة في التشريع أن القاضي قد يستند إلى حديث رسول الله

(١) انظر على وجه الخصوص: همام عبد الرحيم سعيد ومحمد همام عبد الرحيم، موسوعة أحاديث أحكام المعاملات المالية، موسوعة تصنيفية منهجية فقهية لأحاديث المعاملات من كتب السنة الستة، دار الكوثر، الرياض، ط١، محرم ١٤٣١هـ.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مباشرة في الحكم القضائي، فيكون الحديث هو السند الشرعي الذي يبنى عليه الحكم. وأيضاً، فمكانة السنة النبوية تنبع من كونها موجهة للمنظم، فتُبنى عليها نصوص الأنظمة وتُستمد منها. والسنة النبوية قد تكون قطعية الثبوت والدلالة، فترقى إلى المرتبة الدستورية بحيث لا يجوز للأنظمة مخالفتها. بالمقابل، قد تكون السنة المشرفة ظنية الثبوت أو ظنية الدلالة، وفي هذه الحالة، قد يستقر النظام على الأخذ بأحد الأقوال الفقهية، فيكون هو الحكم الواجب التطبيق ولو كان مرجوحاً، ذلك أنه يجوز لولي الأمر أن يقيد القاضي بمذهب معين لمصلحة يراها، انسجاماً مع قاعدة تصرف ولي الأمر منوط بالمصلحة وانسجاماً مع قاعدة تعارض المصلحة المرسلة مع الدليل الظني، ومثال ذلك، التسعير للمصلحة تخصيصاً للنص المانع من التسعير[1].

### الفرع الثاني: النصوص الشرعية الملازمة للكتاب والسنة:

الإجماع والقياس الجلي من المصادر الملازمة للنصوص الشرعية الأصلية، ومع ذلك قدمنا في فرضيات الدراسة أن الإجماع وحده هو الذي يتمتع بمكانة دستورية. فليس للقاضي الاعتماد على القياس أو اللجوء له قبل تلمُّس الحكم من الأنظمة التجارية. وفيما يلي نوضح ذلك من خلال دراسة الإجماع والقياس لتوضيح معانيهما وحجيتهما.

(١) عارف العلي، مصادر الحكم التجاري، مجلة قضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عدد ٦، ٢٠١٦م، ص ٨٤.

## أولاً: الإجماع:

الإجماع هو «اتفاق علماء العصر من أمة محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على أمر من أمور الدين»[1]. وقد ظهرت الحاجة للإجماع بعد وفاة الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ واتساع رقعة الدولة الإسلامية، وهي ظاهرة نشأ معها حوادث جديدة لا يوجد لها دليل قاطع أو حلول صريحة في القرآن والسنة، بل يوجد دليل ظني سواء أكان حديثاً أو قياساً، فإذا اجتهدوا واتفقوا على دلالة هذا الدليل الظني، عُدَّ اتفاقهم هذا هو مراد الشارع، فتنتقل دلالة الدليل من الظنية إلى القطعية[2].

فركن الإجماع هو اتفاق جميع المجتهدين من الأمة الإسلامية على حكم شرعي لواقعة معينة، ولكن هذا الإجماع لا يعد مصدراً للتشريع إلا إذا توافرت عدد من الشروط تتعلق بموضوع الإجماع وعصره وسنده وبالمجتهدين الذين يتكون منهم الإجماع وبشرط انقراض العصر. ومن حيث موضوع الإجماع، فيتعلق بحكم شرعي بشأن واقعة محددة، وأما غير ذلك كالإجماع على أمر لغوي أو تاريخي، فليس مصدراً من مصادر

(١) عبد الله بن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط١، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م، ص. ١٣٠-١٣١؛ محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، شركة المدينة المنورة للطباعة، تحقيق: حمزة حافظ، ٢/ ٢٩٤.

(٢) محمد الشلبي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ١٣٨٨هـ -١٩٦٩م، ص. ٢٤٧-٢٤٨.

الشريعة[1]. ومن حيث عصر الإجماع، فيجب أن يحدث بعد وفاة الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلا يُعتد بالإجماع في حياة الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ لأن الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في هذا الوقت هو المرجع التشريعي وحده[2]. وقد وقع الإجماع في عصر الصحابة في مسائل أكثر من أن تحصى[3]. ومن حيث سند الإجماع، وهو الدليل الذي يعتمد عليه المجتهدون في إجماعهم على الحكم الشرعي، فرأي الجمهور ضرورة استناد الإجماع إلى دليل، ولكن الخلاف حصل في نوع الدليل، فذهب غالبية الفقه إلى أنه لا يشترط أن يكون المستند دليلاً قطعياً، وهو القرآن والسنة، بل يجوز أن يكون دليلاً ظنياً، وهو خبر الواحد والقياس.

وبالنسبة لشروط المجتهدين، فيجب أن يتوافر فيهم عدد من الشروط تتعلق بعددهم وصفاتهم وعلمهم، فلا ينعقد الإجماع إلا بالاتفاق العام من جميع مجتهدي العالم الإسلامي في عهد الحادثة، ولا عبرة بغير المجتهدين[4].

(١) انظر، وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج١، دار الفكر، ط١، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، ص. ٥٣٧.

(٢) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦م، ط٧، ص. ٤٥.

(٣) محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، ١٩٥٨م، ص. ٢٠١.

(٤) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص. ٤٦. وجاء في إرشاد الفحول للشوكاني: «والإجماع المعتبر في فنون العلم هو إجماع أهل ذلك الفن، العارفين به، دون من عداهم، فالمعتبر في الإجماع في المسائل الفقهية قول جميع الفقهاء، ولو خالف أهل الإجماع واحد لا يعد الإجماع قد انعقد، ولا يقال هذا شاذ، لأنه إذا كان واحداً منهم مرتبطاً بأصولهم لا يعد شاذاً إذا خالفهم»: إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، دار الفضيلة، الرياض، ط١، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠-م، ١/ ٤١٦-٤١٧. محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة

فإذا لم يوجد في عصر وقوع الحادثة إلا مجتهد واحد، فلا ينعقد فيه شرعاً إجماع[١]، وهذا فرض بعيد الحصول، فلم يخل عصر من عدد من المجتهدين[٢].

ويشترط في المجتهد أن يكون عالماً بأمور ثلاثة، وهي العلم بالقرآن ومعانيه لغةً وشرعاً، والعلم بالسنة، سندها ومتنها[٣]، والعلم بمسائل الإجماع التي سبق الإجماع عليها، وذلك حتى لا يفتي بخلاف ما وقع الإجماع عليه سابقاً، لأن الإجماع حجة قطعية لا يجوز مخالفته. كما يفترض في المجتهد أن يكون عالماً بعلم أصول الفقه وملماً بعلوم اللغة، كالنحو والصرف والمعاني والبيان وفقه اللغة، ولا يشترط التبحر بل يكفي معرفة الضروري اللازم للفهم السديد.

فإذا اتفق جميع مجتهدي المسلمين، على اختلاف بلادهم وأجناسهم وطوائفهم، على حكم شرعي بشأن واقعة عرضت عليهم، كان هذا الحكم المتفق عليه قانوناً شرعياً واجباً اتباعه، وليس للمجتهدين في عصر تالٍ أن يحملوا هذه الواقعة موضع الاجتهاد، لأن الحكم الثابت فيها بهذا الإجماع حكم شرعي قطعي لا مجال لمخالفته ولا لنسخه[٤].

---

أصول الفقه على روضة الناظر، دار علم الفوائد، ط١، ١٤٢٦هـ، ص. ٢٣٥-٢٣٦: وقال ابن جرير الطبري وأبو بكر الرازي: لا عبرة بمخالفة الواحد والاثنين، فلا تقدح مخالفتهما في الإجماع.

(١) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص. ٤٥.

(٢) انظر: وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج١، دار الفكر، ط١، ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م، ص. ٤٩٢.

(٣) ومعرفة السند تكون بدراسة علم رجال الحديث، ومعرفة المتن تتحقق بالتعرف على معانيه اللغوية والشرعية.

(٤) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص. ٤٦.

**ثانياً: القياس:**

القياس هو إلحاق واقعة لم يرد بشأنها حكم شرعي بواقعة أخرى ورد بشأنها حكم شرعي لاشتراك الواقعتين في علة هذا الحكم[1]، وأركان القياس أربعة، وهي: الأصل (المقيس عليه)، والفرع (المقيس)، والحكم الشرعي للأصل، والعلة[2]:

١. الأصل (المقيس عليه)، هو الواقعة التي ورد بشأنها حكم شرعي.

٢. الفرع، (المقيس)، وهو الواقعة التي لم يرد بشأنها حكم شرعي ويراد تسوية حكمها بحكم الأصل.

٣. الحكم الشرعي للأصل وهو ما يراد أن يكون نفس حكم الفرع.

٤. العلة، وهي الوصف أو السبب الذي بني عليه حكم الأصل، ومتحققة في الفرع. ويشترط في العلة أن تكون ظاهرة ومنضبطة بنفسها لا خفية أو مضطربة، ويشترط في العلة أيضاً أن تكون واحدة، من جميع الوجوه، في المقيس والمقيس عليه.

ومثال القياس إلحاق حكم الموصى له الذي قتل الموصي بحكم الوارث الذي قتل مورثه، فالأصل، أن قتل الوارث لمورثه يحرمه الميراث لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا يرث القاتل))، والعلة هي استعجال الشيء قبل أوانه.

(١) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص. ٥٢.
(٢) عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص. ٥٨-٦٢.

ولما تحققت نفس العلة في الموصى له إذا أقدم على نفس الفعل، فإنه يعاقب كذلك بحرمانه من الميراث.

ولكن يثور التساؤل هنا عن حجية القياس في وجود النص النظامي؟ والصحيح أنه لا يجوز للقاضي اللجوء إلى القياس في وجود النص النظامي الذي يحكم المسألة المعروضة على القضاء، ذلك أن النص النظامي يمثل اجتهاداً من قبل المنظم، وهو أولى من اجتهاد القاضي بالتطبيق. وأيضاً إذا وجد عرف تجاري فيكون المعتبر هو العرف، ويكون القياس في مرتبة متأخرة بعد استنفاذ البحث في المبادئ القضائية ونصوص الفقه الإسلامي.

وبهذا نخلص إلى القول بأن مبادئ الشريعة الإسلامية، المستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع، تشكل مبادئ دستورية يجب احترامها كمبدأ إلزامية العقود الذي نصت عليها الآية الكريمة: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1]، ومبدأ العدل بين الناس الذي نصت عليه الآية الكريمة: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ﴾[2]. ومن أهم المبادئ العامة المستمدة من السنة الشريفة مبدأ عدم جواز الإضرار بالغير الذي نص عليه الحديث الشريف: ((لا ضرر ولا ضرار))[3]، ومبدأ

(١) الآية (١)، سورة المائدة.

(٢) الآية (٨٧)، سورة النساء.

(٣) رواه مالك مرسلًا ورواه الدارقطني وجماعة من وجوه متصلًا، وهو حديث حسن. النووي، بستان العارفين، دار البشائر الإسلامية، بيروت، تحقيق: محمد الحجار، ط٦، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م، ص. ٦٨.

حسن النية الوارد في الحديث الشريف: ((إنما الأعمال بالنيات))[1]، ومبدأ صحة الشروط في العقد استناداً إلى الحديث الشريف: ((المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً))[2].

وأما النصوص الشرعية التي ليست قطعية الثبوت أو ليست قطعية الدلالة، وهي التي يحصل الاختلاف بشأنها بين المذاهب، فيكون الحكم فيها للأنظمة السعودية، فهي تضع الأحكام التي تتلاءم مع المصلحة وتصدر عن ولي الأمر[3]. وبهذا تتضح المكانة التي تتمتع بها أحكام الشريعة الإسلامية في النظام التجاري السعودي. فأما النصوص قطعية الثبوت والدلالة فهي ذات مكانة دستورية بالنسبة لجميع الأنظمة السعودية، وتتمتع بصفة الحاكمية عليها بحيث يكون نص النظام المخالف لها مشوباً بعيب عدم الدستورية. وبهذا يجب التفريق بين أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها أصلاً دستورياً لجميع الأنظمة، وبين مصادر القانون التجاري باعتباره فرعاً مستقلاً من فروع النظام. فيكون المصدر الأول للنظام التجاري السعودي هي الأنظمة التجارية الشرعية انسجاماً مع اعتباره فرعاً مستقلاً. وهو ما سنتناوله في فيما يلي.

(١) متفق على صحته، مروي عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ، ورواه الإمام البخاري رَحِمَهُ اللَّهُ في صحيحة في سبعة مواضع. انظر: النووي، بستان العافين، مرجع سابق، ص. ٣٨، ٣٩، ٤٩.

(٢) رواه الترمذي، رقم (١٣٥٢)، باب ما ذكر عن الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الصلح بين الناس، وقال هذا حديث حسن صحيح وصححه الألباني. انظر: الجامع الكبير، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٦م، ٣/ ٢٨.

(٣) في هذا الصدد، انظر: أحمد العنقري، تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان، ورقة مقدمة للقاء العلمي الذي تنظمه الجمعية الفقهية السعودية، مساء يوم الثلاثاء ٢٨/ ١٢/ ١٤٣٣هـ. https//:alfiqhia.org.sa/files/s/46

## المطلب الثاني: شرعية الأنظمة التجارية:

تعد نصوص نظام المحكمة التجارية رقم (٣٢) لسنة ١٣٥٠هـ، وغيره من الأنظمة التجارية أو الأنظمة المعدلة أو المكملة لها، المصدر الرسمي الأول للنظام التجاري، حيث يتعين على القاضي الرجوع إليها لتحديد القاعدة المناسبة، وتطبيقها في النزاع المعروض عليه. كما تعد اللوائح التنفيذية والتنظيمية والقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية، كالقرارات واللوائح الخاصة بتحديد الأسعار وتنظيم السجل التجاري وغيرها من القرارات واللوائح التي تقوم بدور كبير في تنظيم النشاط التجاري، تعد من قواعد النظام التجاري، بوصفها قواعد نظامية فرعية ملزمة للأشخاص المخاطبين بها وواجبة التطبيق، والملاحظ تزايد أهمية اللوائح والقرارات بسبب اتساع نشاط الدولة وتدخلها في الكثير من مجالات النشاط التجاري[١].

ولكي يكون تطبيقها ممكناً في النزاع المعروض على القضاء، يشترط في الأنظمة، وما يتفرع عنها من لوائح تنفيذية أو تنظيمية، ألا تخالف النصوص الشرعية الأصلية المتمثلة في كتاب الله وسنة رسوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والإجماع. فالأنظمة التجارية ما هي إلا أنظمة شرعية تستند في حقيقتها إلى مصادر الفقه الإسلامي الثانوية، من استحسان ومصالح مرسلة وسد للذرائع واستصحاب وغيرها، أو هي تقنين للأعراف غير المخالفة للشريعة الإسلامية، فإذا إدعى أحد الأطراف في الدعوى عدم شرعية أحد نصوص

(١) عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج١، دار الثقافة، عمّان-الأردن، ط١، ٢٠٠٨م، ص. ٥٠.

الأنظمة أو الحكم القضائي فله أن يعترض على الحكم بالاستئناف، فإذا أيدت الحكم فله الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا.

وفي هذا الإطار نصت المادة (١١) من نظام القضاء على أن: «تتولى المحكمة العليا -بالإضافة إلى الاختصاصات المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية- مراقبة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام». ولها أيضاً: «مراجعة الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف،...، وذلك دون أن تتناول وقائع القضايا، متى كان محل الاعتراض على الحكم... مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها»[(١)]. وفي نفس المعنى، نصت المادة (١٩٣) من نظام المرافعات الشرعية بأن للمحكوم عليه الاعتراض بطلب النقض أمام المحكمة العليا على الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف، متى كان محل الاعتراض على الحكم... مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها»[(٢)].

ولكن كيف للقاضي أن يقرر تعارض النظام مع أحكام الشريعة الإسلامية؟ قد ينصرف الذهن إلى القول، بحسب قرار الهيئة القضائية رقم

(١) نظام القضاء السعودي، صادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٧٨) بتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ، الموافق ١/ ١٠/ ٢٠٠٧م.

(٢) نظام المرافعات الشرعية السعودي، صادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/ ١) بتاريخ ٢٢/ ١/ ١٤٣٥هـ، الموافق ٢٥/ ١١/ ٢٠١٣م.

(٣) في ٧/ ١/ ١٣٤٧هـ، بأن تقرير مدى تعارض نص النظام مع أحكام الشريعة الإسلامية، يكون بتقيد القاضي بالمنتهى أولاً ثم بالإقناع. وهذا الأمر قد يكون محل خلاف، ولتوضيح هذه المسألة فإننا نورد بعض الأمثلة:

- فرهن الدين[١] جائز في النظام السعودي بالرغم من عدم جوازه في المذهب الحنبلي[٢]. كما ظهرت تطبيقات معاصرة لرهن الدين لم ينكرها

(١) رهن الدين هو أحد أنواع الرهن الحيازي، ويعرف بأنه: «وضع المدين دينه الذي في ذمة مدينه كضمان لحق دائنه» (يوسف عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار الميسرة، عمّان-الأردن، ط١، ٢٠١١م، ص. ٣٢٣)، أو هو «رهن الالتزام أو الحق الشخصي، وهو حوالة لهذا الحق على سبيل الرهن بحيث لا ينشأ حقاً عينياً للدائن» (سمير تناغو، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٨م، ص. ٢٧٤). وقد نفى هذا التعريف أن يكون رهن الدين حقاً عينياً، بل قال إنه حوالة حق. ويعرف رهن الدين أيضاً بأنه: «عقد يلتزم به شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن المرتهن سند دين له، والمقابل يكون للدائن المرتهن حق حبس السند وتتبعه لحين استيفاء دينه والتقدم على سائر الدائنين العاديين»، وهذا يعني أن رهن الدين عقد يترتب عليه تسليم سند الدين للدائن المرتهن وتمكن هذا الأخير من حبس السند ضماناً لاستيفاء دينه.

(٢) وبالنسبة لمشروعية الرهن، فقد اختلف الفقه الإسلامي في ذلك، وقسموا رهن الدين إلى قسمين، رهن الدين ممن عليه الدين، ورهن الدين من غير من عليه الدين، فأما القسم الأول، فمثاله أن يكون لشخص دين في ذمة آخر، فيشتري منه شيئاً بثمن مؤجل، ويرهن الدين لدى مدينه لضمان ثمن المبيع. وقد قال بعض الحنفية والشافعية وأحمد في رواية عنه بعدم جوازه، لأن الرهن لا يلزم إلا بالقبض ولا يجوز أن يكون المرهون إلا عيناً ولا يمكن نقل حيازة الدين ولا يُملك لقوله سبحانه: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾. وأما القسم الثاني، فقال الحنفية في مذهب والشافعية في الأصح والحنابلة في المشهور في المذهب إلى عدم جوازه؛ لأنه غير مقدور على تسليمه، أي أن المدين بالعين المرهون قد لا يوفي بالدين أو بعضه وأيضاً فإنه لا يمكن نقل حيازته، فالمرهون لا يمكن أن يكون إلا عيناً. وقد جاء في منتهى الإرادات أن الرهن توثقة دين بعين، =

المنظم السعودي بل قننها أحياناً، كما في رهن الأوراق التجارية[1]، أو لم يمنعها كما في رهن ودائع الحساب الجاري.

- ومثال آخر، وإن لم يتعلق بالأنظمة التجارية مباشرة، فإنه يصلح لصحة الفرضية التي نؤيدها، يتعلق بالأمر السامي رقم (٢١٦٧٩) وتاريخ ٩/ ١١/ ١٣٨٧هـ بمنع إحياء الأرض الموات بعد هذا التاريخ[2]. ففي المذهب الحنبلي لا يجوز للإمام تقييد إحياء الموات[3] بالنظر إلى حديث الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن جابر: ((من أحيا أرضاً ميتة فهي له))[4]. ومع ذلك، فالنظام جاء موافقاً للمذهب الحنفي الذي يجيز للإمام ذلك رعاية للمصلحة العامة[5]، فهل يجوز الطعن بعدم دستورية النظام لمخالفته السنة أو لما جاء في كتب المذهب الحنبلي بعدم جواز تقييدها من قبل الإمام؟

---

= يمكن أخذه أو بعضه منها أو ثمنها. والمرهون عين معلومة جعلت وثيقة بحق يمكن استيفاؤه أو بعضه منها أو ثمنها: شرح منتهى الإرادات، ٣/ ٣٣٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م. كشاف القناع، ٣/ ٣٢١، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م. المبدع، ٤/ ١٠١، دار عالم الرياض، ١٤٢٣هـ -٢٠٠٣م.

(١) انظر: المادة (١٩) من نظام الأوراق التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ٣٧) بتاريخ ١١/ ١٠/ ١٣٨٣هـ.

(٢) انظر: التعميم رقم (٦٠/ ١٢/ ت) في ١/ ٥/ ١٤٠٢هـ، التصنيف (١/ ١٩٥-١٩٦).

(٣) كشاف القناع، ٤/ ١٨٦. المغني والشرح الكبير، ٦/ ١٥١، الإنصاف، ٦/ ٣٥٨. إحياء الموات لا يفتقر إلى إذن الإمام لعموم الأخبار، الكافي لابن قدامة، ٢/ ٢٤٣. ولا يفتقر إلى إذن الإمام للخبر ولأنه تملك مباح فلم يفتقر إلى إذن كالصيد.

(٤) رواه الإمام أحمد في المسند، ج٣، ص. ٣٠٤، والترمذي وأبو داود، ج٣، ص. ١٧٨.

(٥) انظر: محمد السبحي، إحياء الأرض الموات في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الثاني لكلية الحقوق، جامعة طنطا، القانون والاستثمار، ٢٠١٥م.

والإجابة على ذلك تكون بالنفي، فكما أنه يجوز للقاضي أن يحكم بموجب مذهب آخر مع تبرير ذلك، فإنه يجوز للمنظم السعودي أن يأخذ حين إصدار النظام بأقوال أحد المذاهب دون غيرها، وذلك بثبوت صلاحيته وملاءمته لظروف الحال والمكان والزمان. وبهذا فإن النظام الصادر عن ولي الأمر يكون في مرتبة أعلى مما جاء في كتب المذهب الحنبلي، لأنه يعبر عن موقف المنظم السعودي المختار من أقوال الفقهاء دون التقيد بمذهب معين.

- ومثال آخر يتعلق بنص المادة (٦٠/ ٢) من نظام الأوراق التجارية التي تنص في حالة رجوع الحامل قبل ميعاد الاستحقاق بأنه: «يجب أن يستنزل من قيمتها ما يساوي سعر الخصم الرسمي في تاريخ الرجوع بالمكان الذي يقع فيه موطن الحامل». ويؤيد بعض الفقه أن هذا الحكم باعتباره منطقياً؛ لأن الحامل يحصل على قيمة الكمبيالة قبل تاريخ الاستحقاق، ويفترض أن المبلغ المحدد في الكمبيالة قد أضيف إليه جزء يقابل الأجل الذي حدده الساحب كتاريخ استحقاق في الكمبيالة[١]. غير أن جانباً آخر من الفقه يرى أن سعر الخصم في حكم الربا، فلا يجوز خصمه لتعارضه مع قواعد الشريعة ونظام الحكم في المملكة[٢]. فلا يجوز حسم الأوراق التجارية، وهو

(١) عبد الرحمن قرمان، الأوراق التجارية وإجراءات الإفلاس، دار الإجادة، ط٢، الرياض، ١٤٤١هـ-٢٠٢٠م، ص. ١٦٦.

(٢) محمد المقبل، الامتناع عن الوفاء بالأوراق التجارية في الفقه والنظام، رسالة دكتوراه في السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء، ١٤٢٦-١٤٢٧هـ، ص. ٣٢٥. أيضاً قرار مجمع الفقه الإسلامي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، المؤتمر السابع، جدة، المملكة العربية السعودية، ٧-١٢، ذو القعدة ١٤١٢هـ، الموافق ٩-١٤ مايو ١٩٩٢م: «أنَّ حسم (خصم) الأوراق التجارية غير جائز شرعًا؛ لأنَّه يؤول إلى ربا النسيئة المحرم».=

مقتضى المذاهب الفقهية الأربعة[1]. ومن ثم، فلا وجاهة للرأي الأول الأمر الذي يقتضي إعادة النظر في شرعية المادة (٦٠/ ٢) سالفة الذكر.

فكما قدمنا فإنه يشترط في الأنظمة ألا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت والدلالة، وهي التي تشكل دستوراً للملكة العربية السعودية. ولكن ما اختلف فيه الفقهاء، وبشرط أن يكون خلافاً معتبراً، فلولي الأمر أن يختار منه ما يلائم الحياة الاقتصادية والاجتماعية وطبقاً للأعراف السائدة.

ولأن النصوص الشرعية لا تحتوي عادة على قواعد خاصة في المعاملات التجارية، فتعد الأنظمة التجارية بمثابة النص الخاص المقدم على العام. وكذلك، فإن مصادر الشريعة الإسلامية الأصلية قد تجيز أحد الشروط التعاقدية، ولكن النظام التجاري قد يفرض نصاً آمراً لا يسمح بمخالفته ضماناً للاستقرار المعاملات أو رعاية لحق ما، ومثال ذلك أن المذهب الحنبلي يجيز للبائع اشتراط البراءة من العيب الذي لا يعلمه، ولكن المنظم قد يمنع ذلك بالنسبة للشركات الكبرى التي تبيع السيارات الجديدة مثلاً. فللمنظم أن يعد الشرط لاغياً، أي كأن لم يكن، حتى لا تتعسف هذه الشركات في فرض ما تريد من شروط منافية لمقتضى العقد. فالأنظمة السعودية لا يمكن

---

= وهو ما أكده المجمع في القرار رقم ٩٢ (٤/ ١١) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في مؤتمره الحادي عشر بالمنامة في دولة البحرين من ٢٥-٣٠ رجب ١٤١٩هـ الموافق ١٤-١٩ نوفمبر ١٩٩٨م: «أنه لا يجوز بيع الدين المؤجل من غير المدين بنقد معجل من جنسه أو من غير جنسه لإفضائه إلى الربا».

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي (١١/ ١ - ٨٠).

لها أن تخالف قواعد الشريعة الأصلية الآمرة، أي التي لا يجوز مخالفتها، ولكنها تستطيع أن تخالف القواعد المكملة لإرادة المتعاقدين رعاية لحقوق الطرف الضعيف في العقد ومنعاً من التعسف.

## المبحث الثاني
## العرف التجاري كمصدر ثان للنظام التجاري

يُقصد بالعرف مجموعة القواعد التي درج التجار على اتباعها في تنظيم معاملاتهم التجارية مع شعورهم بإلزامها وضرورة تطبيق أحكامها[1]. وعلى القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري، أن يطبق العرف السائد إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف[2]، فإذا لم يوجد حل النزاع في الأنظمة السعودية، فيكون العرف هو المصدر الثاني، لأنه بمثابة قاعدة مكملة في المعاملات المالية. وفيما يلي ندرس أولاً مفهوم العرف قبل دراسة ترتيبه بين مصادر التشريع.

### المطلب الأول: مفهوم العرف التجاري:

دراسة العرف كمصدر ثان للقانون التجاري تقتضي أولاً بيان بعض الأحكام القانونية والفقهية الخاصة بالعرف قبل تناول حجيته.

---

(١) انظر: محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص. ٢٦؛ رحاب داخلي، القانون التجاري السعودي، مصر، الجيزة، مركز الدراسات العربية، ٢٠١٥م، ص. ٣٦.

(٢) كما ويعد العرف الخاص والعرف المحلي مرجحين على العرف العام، فالعرف العام هو ما كان سائداً في كل أرجاء الدولة أو على نطاق دولي. أما العرف المحلي فهو ما كان خاصاً ببلد معين، أي متبعاً في مدينة أو منطقة معينة، فإذا كان العرف خاصاً ببلد معين دون غيره فيسري حكمه على ذلك البلد. وأما العرف الخاص فهو ما تعارفت عليه طائفة معينة من التجار تعمل في إطار مهنة تجارية معينة أو نوع معين من التجارة، كتجارة الحبوب أو الحديد مثلاً.

### الفرع الأول: الأحكام النظامية والفقهية للعرف:

يخضع العرف كمصدر لحكم القاضي إلى عدد من الأحكام النظامية التي يجب مراعاتها. وفي هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أن العرف يشكل أحد مصادر الأحكام في الفقه الإسلامي، كما أن مبادئ الشريعة الإسلامية -في معرض تناولها لقواعد تفسير العقود- تدلل على أهمية العرف في تنظيم المعاملات التجارية، ومنها قاعدة «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»، وقاعدة «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»، وقاعدة «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»[١].

والعرف ينشأ تدريجياً، فيبدأ كشروط تدرج في اتفاقات التجار، سواء أتعلقت هذه الشروط بأمر مادي كطريقة حزم السلع أو نقلها، أم بأمر قانوني، كتحديد آجال خاصة لتنفيذ الالتزامات التجارية، ثم يستمر التجار في النص على هذه الشروط في اتفاقاتهم حتى تصبح عادات تقليدية، ثم تصير مفهومة ضمناً دون حاجة إلى النص عليها، وعندئذ يقال إنها أصبحت عرفاً[٢]. ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديمًا وثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام الشريعة أو النظام العام أو الآداب[٣].

ويثير تطبيق العرف وإثباته بعض الصعوبات، فالقاعدة العرفية تملك كل مميزات القاعدة النظامية؛ مما يجعل القاضي ملزماً بتطبيقها من تلقاء نفسه

(١) انظر أيضاً: المواد (٢٢٤ - ٢٢٦)، من القانون المدني الأردني.
(٢) محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، ج ١، القاهرة، ١٩٦٧م، ص. ٢٩.
(٣) انظر: عادل الشمري، العرف التجاري: الاستناد إليه وإثباته وفقاً لنظام المحاكم التجارية السعودي، مجلة قضاء، عدد ٢١، ٢٠٢٠م، ص. ٣٠-٣١.

حتى ولو لم يطلب الخصوم تطبيقها أو كانوا يجهلون وجودها[١]. ولكن من الصعب في كثير من الأحيان القول بوجود العرف أو بعدم وجوده، لأن معرفة القاضي بالعرف، وهو عبارة عن قواعد غير مدونة، لا يمكن أن يكون مثل علمه بالتشريع المدون ضمن نصوص محددة. فعلى خلاف القاعدة النظامية، التي يُفترض بالقاضي العلم بها، فعلم القاضي بالقاعدة العرفية غير مفترض، وبالتالي، إذا لم يستند إليها القاضي من تلقاء نفسه، وأراد أحد الأطراف أن يستند إليها في النزاع، فإن عبء إثباتها يقع على من يطلب تطبيقها، وله أن يسلك في سبيل ذلك كافة طرق الإثبات، ومنها تقديم شهادات مكتوبة من الغرف التجارية أو بطلب الاستعانة بذوي الخبرة أو بالحصول على أمر من القاضي، المعروض عليه النزاع، موجه إلى الجهة الحكومية لإلزامها بتقديم ما لديها من معلومات عن العرف تفيد الدعوى[٢]. وهو ما يؤكده نص المادة (١٦١) من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية لعام ١٤٤١هـ لقولها: «تستند المحكمة إلى العرف التجاري المستقر، ولها عند الطعن به أن تستعين بمن تراه لإثبات وجوده من عدمه»[٣].

ومن حيث رقابة المحكمة العليا على تطبيق العرف، فيذهب البعض إلى أنه لا يخضع لرقابتها، فمن جهة، لا يعد العرف نظاماً أو قانوناً حتى

(١) عزيز العكيلي، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج١، مرجع سابق، ص. ٥٣.
(٢) عادل الشمري، العرف التجاري: الاستناد إليه وإثباته وفقاً لنظام المحاكم التجارية السعودي، مجلة قضاء، مرجع سابق، ص. ٥٠ وما بعدها. لكن هذه الشهادات ليس لها قيمة مطلقة بل يستأنس بها القاضي فقط. عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص. ٥٣.
(٣) اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية، الصادرة بالقرار رقم (٨٣٤٤) وتاريخ ٢٦/ ١٠/ ١٤٤١هـ.

يكون خاضعاً لرقابتها، ومن جهة أخرى، إن تدخل المحكمة العليا في شأن العرف يؤدي حتماً إلى تثبيته وتوحيده، مع أنه من الخير أن يترك العرف ليتغير بتغير مقتضيات الزمان والمكان. كما أن مهمة المحكمة العليا هي الإشراف على حسن تطبيق أحكام النظام المكتوب وتوحيده، بينما يعد التحقق من وجود العرف وتفسيره مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع ولا شأن للمحكمة العليا بها[1]. وعلى العكس من ذلك، يذهب الرأي الراجح إلى عدم اعتبار القاعدة العرفية واقعة مادية، بل قاعدة نظامية، بحيث يتعين على المحكمة العليا -وهي المكلفة بالرقابة على صحة تطبيق وتفسير الأنظمة- التثبت من وجودها وصحة تطبيقها[2].

### الفرع الثاني: حجية العرف التجاري:

من المعلوم أن للقواعد العرفية مكانة خاصة في المسائل التجارية، ذلك أن الغالبية العظمى من قواعد القانون التجاري نشأت كعادات وأعراف متبعة بين التجار، واستمرت تحكم التعامل التجاري ردحاً طويلاً، حتى دُونت في نصوص تشريعية. وبتحول أغلب الأعراف إلى قواعد تشريعية ضاقت دائرة العرف. إلا أن العرف ما يزال يقوم بدور مهم في المسائل التجارية يفوق دوره في المسائل المدنية؛ وذلك يرجع إلى قلة النصوص في

(١) عبد الله الخشروم، القوة الإلزامية للعرف التجاري، مرجع سابق، ص. ١٨. أكثم الخولي، القانون التجاري، القاهرة، ط١، ١٩٦٤م، ص. ٧٠.

(٢) سليمان مرقس، موجز المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، ١٩٥٣م، ص. ٣٢٢. عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص. ٥٤. رغد الطائي، إشكالية تطبيق العرف التجاري، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية، جامعة الكوفة، عدد ١٢، ٢٠٠٩م، ص. ٢٠٠.

المسائل التجارية، وعجزها عن ملاحقة التجارة وحاجاتها[1]. وفي هذا الصدد، نصت المادة (٥٧) من نظام المحاكم التجارية السعودي على أنه: «فيما لم يرد فيه نص خاص، أو اتفاق بين الأطراف على غيره؛ يجوز الاستناد إلى العرف التجاري، أو العادة بين الأطراف. وعلى من يتمسك بالعرف أو العادة أن يثبت وجودهما». وبهذا جاء النص صريحاً بأن العرف التجاري يحتل المركز الثاني في مصادر النظام التجاري الرسمية بعد الأنظمة مباشرة.

ويمكن تقسيم العرف إلى ثلاثة أنواع، وهي العرف المحال إليه نصاً (Sucundum legem) والعرف المكمل (Praeter legem) والعرف المخالف للنص (Contra legem). فإذا أحال النص الشرعي أو النظامي إلى العرف مباشرة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٣١) من نظام المحكمة التجارية بقولها: «يتبع، فيما للدلال من الحقوق وفيما عليه من الواجبات وفيما يستحقه من الأجر، العرف المطرد والعادة». وأيضاً نصت المادة (١٢٦) من النظام البحري التجاري لعام ١٤٤٠هـ بأنه: «يلتزم صاحب العمل بأداء أجور البحارة في الزمان والمكان المحددين في العقد، أو اللذين يقضي بهما العرف البحري». ففي هذه الحالات فإن الاستناد إلى العرف يستمد قوته من الشرع أو النظام نفسه، ولا شك في حجية الاستناد إليه.

ويجدر التذكير بأن أحكام الشريعة الإسلامية قد تحيل إلى العرف، ويرى ولي الأمر أن يضبط المسألة بنص نظامي تجنباً للنزاع، فالأمر برأينا جائز ويدخل في باب السياسة الشرعية، ومثال ذلك: أن يتعارف الناس صيغة

(١) عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص. ٥١.

معينة في التراضي كالمعاطاة أو صيغة قولية، فتنشأ كثير من المنازعات، ثم يتدخل النظام ليشترط إبرام العقد بالكتابة تحت طائلة البطلان. وأما إذا لم يوجد نص خاص، فيلعب العرف دوراً مكملاً باعتباره قاعدة واجب الحكم بها ولو لم يعلم بها أطراف الدعوى، وهذا الأمر أصبح مسلماً به في الوقت الحاضر سنداً للمادة (٥٧) من نظام المحاكم التجارية السعودي لعام ١٤٤١هـ. وفي هذه الحالة لا يمكن أن ينشأ تعارض بين العرف والنص الشرعي أو النظامي، ذلك أن هذه النصوص تفتقر أصلاً إلى نص يحكم المسألة. وأما العرف المخالف لنصوص الشرع أو النظام فلا شك في عدم حجيته إذا خالف النصوص الآمرة، كتعارف الناس على التسامح في نسبة قليلة من الربا أو تعارف التجار على تسويق سلع مغشوشة. فالنصوص الآمرة، وهي التي لا يجيز النظام الاتفاق على مخالفتها، تمس المصلحة العامة واستقرار المعاملات في المجتمع أو حماية الطرف الضعيف. ومع ذلك، فمكانة العرف تثير الخلاف في عدد من المسائل ينبغي تدارسها.

## المطلب الثاني: ترتيب العرف بين مصادر النظام التجاري:

يثير ترتيب العرف الخلاف في مسألتين، وهما: من جهة، تعارضه مع النصوص التجارية المفسرة أو المكملة، ومن جهة أخرى، تعارضه مع نصوص الأنظمة غير التجارية.

### الفرع الأول: العرف ونصوص الأنظمة التجارية المفسرة:

يجمع الفقه على عدم جواز مخالفة العرف لنصوص الأنظمة التجارية الآمرة، ولكن ينبري التساؤل عن قوة العرف التجاري في مواجهة نصوص الأنظمة التجارية المفسرة أو المكملة، وهي التي تسري على أطراف العلاقة ما لم يتفقوا على خلافها. والرأي الأول يذهب إلى أن العرف أولى بالتطبيق؛ لأن كلاً من العرف والنص المفسر يستند إلى أساس واحد، إذ يعد العرف في حكم الاتفاق الضمني الذي يستند إلى إرادة الجماعة، في حين يستمد النص المفسر قوته من افتراض انصراف نية المتعاقدين إلى الأخذ بحكمه، غير أن العرف أكثر صراحة وأقرب إلى التعبير الصحيح عن إرادة المتعاقدين[1].

ولكن الذي نراه أن النص المفسر أو المكمل أولى بالتطبيق من العرف، فالمنظم لم يضع القاعدة المكملة عبثاً، وإنما لاستقرار التعامل بها. وكذلك من المتفق عليه أن القاعدة المكملة تصبح آمرة ما لم يُتفق على خلافها، وهذا يعني أن مجرد عدم الاتفاق على خلافها يحيلها إلى قاعدة آمرة، ولا يمكن القول بأن الأطراف أرادوا ضمناً إعمال العرف. ولإثبات ذلك يمكن طرح المثال المتعلق بنسبة الدلَّال. فإذا نص النظام على أن نسبة الدلَّال تكون ربع العشر من قيمة الصفقة ما لم يتفق الأطراف على خلافها، وجرى العرف في منطقة معينة على أن النسبة تكون نصف العشر، وإذا ما تمسك أحد أطراف العلاقة بالنص النظامي المفسر وتمسك الدلَّال بالعرف، فما هي النسبة التي

(١) محسن شفيق، الموجز، مرجع سابق، ص. ٢٣. - عزيز العكيلي، الوسيط، مرجع سابق، ص. ٥٤.

سيحكم بها القاضي؟ الصحيح أنه يصار إلى العرف في حال عدم وجود نص في الأنظمة التجارية، ولكن إذا تدَّخل المنظم ليحدد نسبة معينة تكون هي السارية في حالة عدم الاتفاق على خلافها، فهذا يدل على رغبة المنظم في حسم الخلاف والمنازعات في هذه المسألة بنص نظامي وإقصاء العرف -في نفس الوقت- عن حكمها، الأمر الذي يؤدي إلى استقرار المعاملات وتوحيد الأحكام القضائية، خصوصاً وأن العرف قد يجري على نسب مختلفة من مدينة لأخرى. ويمكن أيضاً الاستشهاد بنص المادة (٣٨) من نظام الشركات لعام ١٤٤٣هـ، حيث نصت بشأن شركة التضامن على أنه: «إذا كان القرار متعلقاً بتعديل عقد تأسيس الشركة، فيجب أن يصدر بإجماع الشركاء، ما لم ينص في عقد التأسيس على غير ذلك»[1]. فقاعدة التعديل بالإجماع قاعدة مفسرة ويمكن الاتفاق على خلافها. وعلى العكس من ذلك، إذا لم يتفق على خلافها، وجرى العرف على أن التعديل يكون بأغلبية ثلاثة أرباع، فإنه لا يجوز إعمال العرف، ولا يمكن القول بأن العرف بمثابة اتفاق ضمني.

والحقيقة أن العرف قد يكون سابقاً على القاعدة النظامية المفسرة، وقد يكون لاحقاً لها. فإذا نشأ العرف في وقت سابق على القاعدة النظامية المفسرة، فهذا يدل على رغبة المنظم في إقصاء العرف وحكم المسألة بقاعدة نظامية ثابتة، بل وتعد القاعدة النظامية بمثابة النص اللاحق الذي ينسخ النص السابق، باعتبار أن القاعدتين من مصادر النظام التجاري الرسمية،

(١) نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٣٢) وتاريخ ١/ ١٢/ ١٤٤٣هـ، الموافق ٣٠/ ٦/ ٢٠٢٢م.

بل يمكن القول بأن القاعدة النظامية ولو كانت مفسرة، بتعارضها مع العرف تعبر عن رغبة المنظم في التضييق من دائرة العرف. وأما إذا نشأ العرف في وقت لاحق على النظام، فهو عرف مخالف للنظام. فليس أمام الأطراف الذين يريدون استبعاد قاعدة مفسرة إلا الاتفاق على خلافها[1].

### الفرع الثاني: العرف ونصوص أنظمة المعاملات المالية:

الأنظمة التي تعنى بالمعاملات المالية أو ما تسمى عموماً بالأنظمة الاقتصادية قد تحتوي نصوصاً آمرة، وقد تحتوي نصوصاً مفسرة ومكملة لإرادة المتعاقدين، ومن ثم يثور التساؤل عن مكانة العرف التجاري في مواجهة هذه النصوص. ويبدو أن المادة (٥٧) من نظام المحاكم التجارية لعام ١٤٤١هـ قادرة على تقديم مفاتيح الحل، حيث إنها ابتدأت بالقول: «فيما لم يرد فيه نص خاص، أو اتفاق بين الأطراف على غيره، يجوز الاستناد إلى العرف التجاري». ومصطلح «نص خاص» لا يقيد القاضي بالنصوص التجارية، بل يشمل كل نص خاص، سواء أكان وارداً في نظام تجاري أو غير تجاري.

وقد يذهب البعض إلى تبني تفسير موسع لمصطلح «نص خاص»، فيقول بأنه على الرغم من أن ظاهر النص لا يفرق بين نصوص الأنظمة التجارية وغير التجارية، إلا أن التفسير الصحيح لهذا النص هو أن يقتصر

(١) في نفس المعنى: أحمد البسام، مبادئ القانون التجاري، ج١، بغداد، ١٩٦١م، ص. ٣٠. العرف التجاري لا يمكن أن يتخطى نصوص القانون التجاري، سواء أكانت هذه النصوص آمرة أو مفسرة، لأن التنظيم الدستوري في أغلب الدول الحديثة لا يعترف بسلطة تفوق سلطة المشرع في خلق القواعد القانونية وإلغائها.

على حالة مخالفة العرف التجاري للنصوص التجارية الآمرة دون النصوص غير التجارية ولو كانت آمرة[1]. غير أن هذا التفسير الموسع يعوزه الدقة برأينا، ولا ينطبق -على وجه التحديد- في النظام السعودي، ذلك أن وجود نص خاص يحكم المسألة، ولو في نظام غير تجاري، وسواء أكان النص آمراً أو مفسراً، فإنه أولى بالتطبيق من العرف التجاري. فما دام أن المنظم قد أوجد نصاً خاصاً يحكم المسألة، ولو في نظام غير تجاري، فهذا يدل على رغبة المنظم في التضييق من دائرة العرف، وعلى الرغبة في إقصاء العرف عن حكم هذه المسألة.

وخلاصة القول في هذا المقام، هو علو النص النظامي على العرف التجاري، سواء أكان النص آمراً أو مفسراً، وسواء أكان النظام تجارياً أو وارداً في نظام غير تجاري طالما أنه ينصب على حكم المعاملات المالية بين الأفراد. فتعبير «نص خاص» الوارد في صلب المادة (٥٧)، لم يفرق بين نصوص الأنظمة التجارية وتلك المتعلقة بالحياة الاقتصادية، كما أنه لم يفرق بين النصوص الآمرة والنصوص المفسرة. كما أن نص المادة (٥٧) سالف الذكر يورد ترتيباً منطقياً لمصادر الحكم القضائي في المنازعات التجارية، فيكون الحكم بموجب النص ما لم يتفق الأطراف على غيره، ومن المعلوم أن اتفاق الأطراف على خلاف النص لا يكون إلا بالنسبة للنصوص المفسرة، بما يعني أن استبعاد النص المفسر لا يكون إلا بالاتفاق على غيره، فهو أولى بالتطبيق سواء أكان النظام تجارياً أو غير تجاري. فإذا لم يوجد نص

(١) عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص. ٥٢.

خاص يحكم المسألة ولم يوجد اتفاق بين الأطراف على حكم المسألة، فيجوز الاستناد إلى العرف.

ومع ذلك، قد يكون أولى بالبحث دراسة التعارض بين العرف ونصوص القواعد العامة في المعاملات المدنية؛ لمعرفة المكانة الحقيقية للعرف التجاري بين المصادر الرسمية للقانون التجاري.

## المبحث الثالث
## القواعد العامة في المعاملات المالية كمصدر ثالث للنظام التجاري

كما هو معلوم فإن المملكة العربية السعودية لا يوجد فيها نظام عام يحكم المعاملات المالية، ومن ثم إذا لم يوجد نص خاص في الأنظمة التجارية ينظم مسألة معينة، فمرجع القاضي يكون -في هذه الحالة- إلى أحكام الفقه الإسلامي. ويتزين الموضوع بدقة أكبر إذا عرفنا أن المذهب المعتمد للقضاء في المملكة العربية السعودية هو المذهب الحنبلي، فضلاً عن أن قرار الهيئة القضائية رقم (٣) في ٧/ ١/ ١٣٤٧هـ قد حدد ترتيباً للكتب التي يجب الاعتماد عليها للحكم في القضاء السعودي. وهنا يثور التساؤل حول أسبقية العرف على أحكام الفقه الإسلامي. وكذلك يمكن التساؤل حول مكانة المبادئ القضائية كمرجع للقاضي في حكمه لحل النزاعات. وهذا يقتضي أولاً التعريف بأحكام الفقه الإسلامي التي تشكل ثروة علمية زاخرة قبل التعرض لترتيبها بالنسبة لمصادر النظام التجاري.

### المطلب الأول: مكانة أحكام الفقه الإسلامي:

قدمنا أنه لا يوجد في النظام السعودي نظام عام يحكم المعاملات المالية على غرار القانون المدني في الدول العربية والتي تتبنى النظام اللاتيني. والقانون المدني، كما هو معلوم، يتضمن القواعد العامة في المعاملات المدنية التي تنطبق على جميع الأشخاص سواء أكانوا تجاراً أم لم يكونوا كذلك، وسواء أتعلق الأمر بمعاملة تجارية أو غير تجارية. والقواعد العامة في

المعاملات المالية مصدرها في النظام السعودي أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه الإسلامي، ويقصد بالفقه الإسلامي مجموعة من الأحكام الشرعية العلمية المستفادة من أدلتها التفصيلية المثبوتة من الكتاب والسنة والمبنية على كل منهما[1]. ولتوضيح مكانة أحكام الفقه الإسلامي بدقة أكبر يتعين أولاً تحديد الكتب المعتمدة للقضاء في المملكة العربية السعودية قبل بيان مكانة شرحي المنتهى والإقناع التي تحتل مكانة خاصة في القضاء السعودي.

## الفرع الأول: الكتب المعتمدة للقضاء في المملكة العربية السعودية:

إذا لم يوجد نص في الأنظمة التجارية لحكم النزاع المعروض على القاضي، فيتوجب عليه الرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي التي تضم الكثير من القواعد المكملة لإرادة المتعاقدين، وتحديداً ينبغي الرجوع إلى كتب المذهب الحنبلي التي حددها قرار الهيئة القضائية رقم (٣) الصادر في ٧/ ١/ ١٣٤٧هـ، المقترن بالتصديق العالي بتاريخ ٢٤/ ٣/ ١٣٤٧هـ. وينص هذا القرار، الذي حدد الكتب المعتمدة للقضاء في المملكة، على أنه:

«١. أن يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقاً على المفتى به في مذهب الإمام أحمد بن حنبل نظراً لسهولة مراجعة كتبه والتزام المؤلفين مذهبه بذكر الأدلة إثر مسائله.

٢. إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور، ووجد القضاة في تطبيقها على مسألة من مسائله مشقة

(١) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مرجع سابق، ص. ١٢.

ومخالفة لمصلحة العموم يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب بما تقتضيه المصلحة ويقرر السير فيها على ذلك المذهب مراعاة لما ذكر.

٣. يكون اعتماد المحاكم في سيرها على مذهب الإمام أحمد على الكتب الآتية:

أ- شرح المنتهى.

ب- شرح الإقناع، فما اتفق عليه أو انفرد أحدهما فهو المتبع، وما اختلف فيه فالعمل على ما في المنتهى، وإذا لم يوجد بالمحكمة الشرحان المذكوران يكون الحكم بما في شرحي الزاد أو الدليل إلى أن يحصل بها الشرحان، وإذا لم يجد القاضي نص القضية في الشروح المذكورة طلب نصها في كتب المذهب المذكور التي هي أبسط منها وقضى بالراجح».

وبالنظر إلى قرار الهيئة القضائية، فشرح الإقناع هو مصدر احتياطي، في حال عدم وجود نص في شرح المنتهى. وأما المصادر الأخرى، وهي شرح الزاد أو الدليل، أي شرح زاد المستقنع المسمى الروض المربع، وشرح دليل الطالب المسمى منار السبيل، فكما يشير القرار فالرجوع إليها يكون مرحلياً، أي في حال عدم توافر الكتب المذكورة في المحكمة، وهذا ما جاء بنص القرار لقوله: «وإذا لم يوجد بالمحكمة الشرحان المذكوران يكون الحكم بما في شرحي الزاد أو الدليل إلى أن يحصل بها الشرحان». ومن الواضح أن هذا النص لم يعد ذا أهمية؛ لأنه صدر في فترة ربما لا تتوافر هذه الكتب في كل المحاكم. ولكن نص القرار يستتبع بالقول: «وإذا لم يجد القاضي نص القضية في الشروح المذكورة طلب نصها في كتب المذهب المذكور التي

هي أبسط منها وقضى بالراجح». وهذه العبارة تعيد إلى شرحي الزاد أو الدليل الأهمية المذكورة باعتبارهما من كتب المذهب الحنبلي المطلوب الحكم به كقاعدة عامة. بل إن ذكر هذين الشرحين في نص القرار كبديل لمنتهى الإرادات وشرح الإقناع يعطي لهذين المصدرين أفضلية على باقي كتب المذهب الحنبلي. وبهذا حسب القرار يكون رجوع القاضي أولاً إلى شرح منتهى الإرادات[١] ثم إلى الإقناع[٢] ثم شرحي الزاد[٣] أو الدليل[٤]. فإذا لم يجد القاضي حكماً للنزاع المعروض عليه في هذه الكتب الأربعة وفقاً للترتيب السابق، فيبحث في كتب المذهب الحنبلي الأخرى التي تمتاز بسهولة أسلوبها وتقسيماتها. وقبل إصدار هذا النظام وبعده، فقد جرى العمل بالرجوع إلى كتابين مشهورين، وهما:، المغني لموفق الدين عبد الله بن قدامة (ت: ٦٢٠هـ) والشرح الكبير للشيخ عبد الرحمن بن قدامة (ت: ٦٨٢هـ). وتجدر الإشارة إلى أن وزارة العدل السعودية قامت بإصدار نسخة خاصة من شرح الإقناع المسمى كشاف القناع، وجاء في التقديم لهذه النسخة من معالي وزير العدل أنه: «من المراجع الرئيسة لقضاة هذه البلاد في أحكامهم وأقضيتهم حسبما تضمنه قرار الهيئة القضائية الصادر في السابع من شهر محرم من عام سبعة وأربعين وثلاثمائة وألف للهجرة».

(١) شرح منتهى الإرادات، المتن للشيخ الفتوحي (ت: ٩٧٢هـ)، والشرح للشيخ منصور البهوتي (ت: ١٠٥١هـ).

(٢) شرح الإقناع، المسمى كشاف القناع، المتن للشيخ موسى الحجاوي (ت: ٩٤٨هـ) والشرح للبهوتي.

(٣) شرح زاد المستقنع المسمى الروض المربع، المتن للحجاوي والشرح للبهوتي.

(٤) شرح دليل الطالب المسمى منار السبيل، المتن للشيخ مرعي بن يوسف المقدسي الحنبلي (ت: ١٠٣٢هـ)، والشرح للشيخ إبراهيم محمد الضويان (ت: ١٣٥٣هـ).

وفي كل الأحوال، فالقاعدة العامة هي رجوع المحاكم إلى المفتى به في المذهب الحنبلي، أي الرأي الراجح في المذهب، والذي يمكن أن يستفاد بألفاظ صريحة جرى استخدامها في كتب الحنابلة تدل على ذلك، مثل أن يقال: الصحيح من المذهب، أو المشهور من المذهب، أو أن يقال: نص عليه الإمام (أي الإمام أحمد بن حنبل). فإذا لم يوجد لفظ صريح يدل على الرأي الراجح، فإن هذا الرأي يفهم من تعليل الفقيه للحكم أو الرأي، أو من سياق شرحه أو من كلامه[1]. ويترك لقاضي الموضوع الاجتهاد في الوصول إلى الرأي الراجح في المذهب الحنبلي. وكما تقدم فشرحا المنتهى والإقناع هما الكتابان الرسميان اللذان عليهما القضاء في المملكة العربية السعودية، ويجدر تناولهما بشيء من التفصيل حتى تتضح الصورة حول مصادر النظام التجاري السعودي.

### الفرع الثاني: شرحا المنتهى والإقناع:

في القوانين العربية يجب على القاضي الرجوع إلى القانون المدني إذا لم يجد حلاً للنزاع في القوانين التجارية. وأما في النظام السعودي فيجب على القاضي الرجوع إلى شرحي المنتهى أو الإقناع؛ حيث تضمنا كل ما يمكن أن يتضمنه القانون المدني من أحكام في إطار المعاملات المالية.

أما المنتهى أو منتهى الإرادات فهو الاسم المختصر له حيث إن الاسم الأصلي هو «منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات»، ألفه الفقيه ابن

(١) أيمن سليم، نظام المعاملات المدنية السعودي، دار النهضة العربية، مصر، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، ص. ٣٧.

النجار الفتوحي على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، وهو من الكتب المختصرة والمعتمدة في المذهب الحنبلي في القضاء والفتوى والدراسة والتدريس. جمع فيه المؤلف بين كتاب المقنع لابن قدامة والتنقيح المشبع لعلاء الدين المرداوي، مع ضم بعض الفوائد والزيادات عليه، وكان نهج المؤلف هو استخلاص القول الراجح والصحيح والمعمول به في المذهب الحنبلي.

أما الكتاب فهو في سبعة أجزاء وتضم (٣٦) كتاباً، غير مرقمة، تتناول موضوعات في العبادات، والمعاملات المالية، والأحوال الشخصية، والقضاء والإثبات، وما يتعلق بالنظام الجزائي كالجنايات والديات والحدود. والذي يهمنا بالنسبة لمصادر النظام التجاري هي الأبواب المتعلقة بالمعاملات المالية. ويلاحظ أنها جاءت مرتبة بترتيب لم يعد مقبولاً في الوقت الحاضر لفهم المعاملات المالية ومختلف العقود من حيث أركانها وشروطها وآثارها. وأهم كتابين وأطولهما هما كتاب البيع وكتاب الشركة، وكل منهما جاء متبوعاً بأبواب قد تنسجم وقد لا تنسجم مع الموضوع الأصلي للكتاب. فمثلاً كتاب البيع جاء متبوعاً باثني عشر باباً وهي: باب الشروط في البيع، وباب الخيار في البيع، وباب الربا والصرف، وباب بيع الأصول والثمار، وباب السلم، وباب القرض، وباب الرهن، وباب الضمان، وباب الحوالة، وباب الصلح وأحكام الجوار. وجاء كتاب الحجر تالياً لكتاب البيع ومتبوعاً بباب الوكالة. ويلاحظ أن الإقناع لم يعد الحجر باباً تابعاً لكتاب البيع وأتبعه بباب الوكالة. وبعد هذا التفصيل لكتب الفقه الإسلامي، فيجدر تناول مكانتها كمصدر للتشريع في النظام التجاري السعودي والأخص مرتبتها بالنسبة للعرف.

## المطلب الثاني: ترتيب كتب المذهب الحنبلي بين مصادر القانون التجاري:

يتقدم كتب المذهب الحنبلي العرف، وهو ما سنؤكده في الفرع الأول انسجاماً مع ما قدمناه سابقاً باعتباره مصدراً ثانياً للنظام التجاري السعودي. بل ويتعين على القاضي الرجوع إلى المبادئ القضائية قبل البحث في كتب المذهب الحنبلي، باعتبارها نابعة من أحكام الشريعة الإسلامية وقولاً مختاراً من بين غيرها من الأقوال المثبوتة أو المتفق عليها في كتب الفقه الإسلامي. وفيما يلي نتعرض أولاً لترتيب كتب المذهب الحنبلي بالنسبة للعرف قبل دراسة ترتيب كتب المذهب الحنبلي بالنسبة للمبادئ القضائية.

### الفرع الأول: كتب المذهب الحنبلي والعرف:

إذا لم يجد القاضي حكماً للنزاع في نصوص الأنظمة فإنه يرجع إلى القواعد العامة في المعاملات المالية، وهي التي نصت عليها كتب المذهب الحنبلي الواردة في قرار الهيئة القضائية سالف الذكر، وهنا يثور السؤال عن التعارض المحتمل بين كتب المذهب الحنبلي وبين العرف التجاري؟ وللإجابة على هذا السؤال تجدر الإشارة إلى أن القواعد العامة في المعاملات المالية في القوانين العربية مصدرها ما يسمى بالقانون المدني، وقد ثار نفس السؤال في هذه القوانين، وهو ما يعرف بمسألة تعارض العرف التجاري مع قواعد القانون المدني. وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن النظام السعودي قد جعل شرح المنتهى وغيره من كتب المذهب الحنبلي بمثابة قانون مدني أو نظام عام في المعاملات المالية.

وبهذا، قبل تناول مسألة تعارض العرف التجاري مع كتب المذهب الحنبلي، يجدر أن نشير إلى مسألة تعارض العرف التجاري مع قواعد القانون المدني. وفي هذا الصدد، ذهب جانب من الفقه إلى أن الغلبة تكون للنص المدني الآمر؛ لأنه يتعلق بالنظام العام، ولأن النصوص الآمرة تعبر عن المثل العليا التي يريد المشرع أن تحكم جميع الروابط بين الأفراد، ولأن هذه المثل تتعلق أيضاً بكيان الدولة ومصالحها الأساسية، وتهدف إلى إقامة النظام في المجتمع، وبالتالي لا يمكن استبعادها لمجرد جريان العرف التجاري بغيرها. وخلافاً لذلك، يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن العرف التجاري أولى بالتطبيق؛ على اعتبار أن القانون التجاري يتكون من القاعدة القانونية والقاعدة العرفية، مما يرتب تطبيق أحكام القانون التجاري، سواء كان الحكم مستنداً إلى نص قانوني أو قاعدة عرفية، وبوصفه قانوناً خاصاً أولى بالتطبيق من القانون المدني بوصفه قانوناً عاماً. فتغليب العرف التجاري على نصوص القانون المدني هو نتيجة طبيعية لتحديد نطاق كل من القانون المدني والقانون التجاري، خصوصاً بعد أن أصبح لهذا الأخير كيان مستقل عن القانون المدني. كما أن تغليب العرف التجاري يتماشى مع صالح التجارة، إذ يفسح المجال أمام العرف التجاري كي ينشأ ويستقر، دون أن يعترض سبيله قاعدة مدنية آمرة وضعت في الأصل لتحكم المعاملات المدنية. فمثلاً تلزم المادة (٢/ ٢) من قانون التجارة الأردني القاضي بأن يراعي في تطبيق أحكام القانون المدني المبادئ المختصة بالقانون التجاري، إذ يستفاد من هذا النص أن أحكام القانون المدني لا تطبق إذا كانت متعارضة مع المبادئ المختصة

بالقانون التجاري، والمقصود بهذه المبادئ المختصة بالقانون التجاري قواعد العرف التي تعارف التجار على إتباعها في تنظيم معاملاتهم التجارية[1].

وأما حكم المسألة في النظام السعودي، فيحتاج إلى تفصيل أكثر دقة، وبداية نؤكد بأنه إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت والدلالة، وكانت تمثل أحكاماً آمرة لا يجوز مخالفتها، فإنها أسمى مكاناً من العرف كما أنها أسمى مكاناً من الأنظمة، ذلك أن العرف يجب أن يتمتع بصفة الشرعية كما هو الحال بالنسبة للأنظمة.

ولكن إذا كان العرف التجاري قد جرى على مسألة ليست قطعية الثبوت أو ليست قطعية الدلالة، وإنما جرى فيها الخلاف في المذاهب الفقهية، فالعرف أولى بالتطبيق من المذهب الحنبلي، ويؤيد ذلك ما جاء في نص البند الثاني من قرار الهيئة القضائية بقولها: «إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور، ووجد القضاة في تطبيقها على مسألة من مسائله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم يجري النظر والبحث فيها من باقي المذاهب بما تقتضيه المصلحة ويقرر السير فيها على ذلك المذهب مراعاة لما ذكره». وهذا يعني أن للقاضي السعودي أن يحكم بخلاف المذهب، ويتخير مذهباً آخر من مذاهب الفقهاء مع تبرير حكمه بالمشقة المترتبة على تطبيق المذهب الحنبلي أو بمخالفته لمصلحة العموم،

(١) عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص ٥٢ وما بعدها. انظر أيضاً: علي البارودي، العرف التجاري، مكانته ودور القضاء والفقه في احترامه وتطويره، محاضرة منشورة في مجلة نقابة المحاميين الأردنيين، العدد١، ١٩٨٧م، ص. ٧.

ولعل خير تبرير يمكن أن يقدمه القاضي لتسبيب حكمه على خلاف المذهب الحنبلي هو جريان العرف التجاري بخلافه.

ويمكن أن ندلل على رأينا بمثال يتعلق ببيع الأنموذج أو بيع العيِّنة، فالمذهب الحنبلي لا يجيزه مع أن المعمول به حالياً في المملكة العربية السعودية جواز ذلك. فهل يمكن الطعن بصحة العقد والمطالبة ببطلانه استناداً إلى ما جاء في المنتهى؟ من المعلوم أن بيع العينة هو أن يشاهد المشتري جزءاً من المبيع للدلالة على المبيع[١]، أو هو مثال بعض المبيع الدال على باقيه[٢]، أو هو -كما يقول البهوتي-: «صفة ما يدل على الشيء، كأن يريه صاعاً مثلاً من صبره وببيعه الصبرة على أنها من جنسه»[٣]، وصورته أن يقول المشتري للبائع أرني عينة القمح الذي عندك أو الشعير أو الذرة، فيأتي له ببعض منها فيشتري على رؤيته ويسميه الفقهاء بالنموذج[٤]. وعلى خلاف جمهور الفقهاء ذهب الحنابلة والظاهرية إلى عدم صحة بيع العينة أو بيع الأنموذج[٥]، وهو ما يظهر بجلاء أيضاً في أقوال الحنابلة[٦]. ومع ذلك، يبدو أن القول بعدم صحة

(١) لسان العرب، ج١٣، ص. ٣٠٥.
(٢) مغني المحتاج للشربيني، ١٩/ ٢. كشاف القناع، ٣/ ١٦٣.
(٣) كشاف القناع، ٣/ ١٦٣.
(٤) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، ج٢، ص. ١٩٤.
(٥) حول هذا الخلاف، انظر: محمد عقلة العلي، بيع العينة أو الأنموذج في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، ١٩٨٥م، مجلد ٢، عدد ٣، ص. ٣١ وما بعدها.
(٦) جاء في شرح منتهى الإرادات أنه لا يصح بيع الأنموذج بأن يريه صاعاً ويبيعه الصبرة على أنها من مثله» (شرح منتهى الإرادات، ٣/ ١٣٧)، وجاء في الإنصاف: «ولا =

بيع الأنموذج أضحى قولاً مهجوراً في المذهب الحنبلي، فورد في شرح زاد المستقنع لابن عثيمين حول مسألة بيع الأنموذج: «في هذا خلاف بين العلماء، فمنهم من يرى أنه لا يصح (وهذا هو المذهب)، والصحيح أن البيع صحيح؛ لأن العلم مدرك بهذا، وما زال الناس يتعاملون به»[1]. فالبيع بالأنموذج أو بالعينة تدعو له حاجة الناس وتتطلبه حاجات التجارة، فالعينة تغني عن رؤية بقية المبيع متى كان مثلياً، فهي المبيع مصغراً. والناظر في المعاملات التجارية يلحظ أن البيع بالعينة أصبح من الظواهر المنتشرة كثيراً في الوقت الحاضر، حيث يلجأ التجار إلى عرض سلعهم بصورة عينات، وعلى شكل مقادير يسيرة وصالحة في نفس الوقت لإعطاء فكرة أمينة وتكوين دلالة صادقة في نفس المشتري عن السلعة المعروضة مهما بلغت مقاديرها وكثرت كمياتها. بل أضحى هذا الأسلوب من أهم أساليب الترويج للعروض التجارية، في عصر ثورة المعرفة وكثرة الاختراعات الصناعية والمنتجات الكهربائية والإلكترونية والصناعية والزراعية والغذائية والدوائية، التي

---

= يصح بيع الأنموذج بأن يريه صاعاً ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه على الصحيح من المذهب» (الإنصاف، ٤/ ٢٩٥)، وجاء في كشاف القناع للبهوتي: «ولا يصح بيع الأنموذج وهو ما يدل على صفة الشيء كأن يريه صاعاً مثلاً من صبرة ويبيعه الصبرة على أنها من جنسه» (الإقناع، ٢/ ١٦٦)، «فلا يصح لعدم رؤية المبيع وقت العقد» (كشاف القناع، ٣/ ١٦٣). وجاء في الروض المربع: «فالمذهب عدم صحة بيع الأنموذج» (الروض المربع، ٦/ ٤٤). وفي هذا الخصوص ذكرت المادة (٣٠٨) من مجلة الأحكام الشرعية على أنه: «لا يصح بيع الأنموذج بأن يريه شيئاً ويبيعه الصبرة على أنها مثله، سواء ظهر أنها مثله أم لا».

(١) محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، ط١، ١٤٢٥هـ، ج/ ٨، ص. ١٥١.

تنتج بمواصفات محددة ومنضبطة، وتُسوَّق على نطاق واسع ودولي باعتماد الوكلاء التجاريين في كثير من البلدان.

وخلاصة القول، طالما أن الحكم الوارد في كتب المذهب الحنبلي أو في كتب الفقه الإسلامي ليس قطعي الثبوت أو ليس قطعي الدلالة، وقد جرى العرف في المسألة بخلاف ما ورد في كتب الفقه الإسلامي من حلول، فيعمل بالعرف طالما أنه عرف شرعي، أي غير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت والدلالة.

### الفرع الثاني: كتب المذهب الحنبلي والمبادئ القضائية:

يجدر التنويه أولاً بأنه لا يجب الخلط بين السوابق القضائية والمبادئ القضائية. ويقصد بالسوابق القضائية الأحكام القضائية التي صدرت عن المحاكم سابقاً في نزاع مشابه لذلك المعروض على المحكمة. وإذا كان النظام الأنجلوسكسوني يجعل من القضاء مصدراً رسمياً يأتي مباشرة بعد التشريع[1]، فإنها في المملكة العربية السعودية من المصادر الاسترشادية

(١) عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل الى علم القانون، دار الثقافة، عمان-الأردن، ط١١، ٢٠١١م، ص. ٩٢. وبموجب هذا النظام، على القاضي أن يرجع إلى الأقضية السابقة ليحكم بموجبها إذا لم يجد نصاً قانونياً يحكم النزاع محل الدعوى. ووفقاً لهذا النظام فإن محاكم الدرجة الأولى غير ملزمة بالأحكام الصادرة عنها سابقاً، ولكنها ملزمة بتطبيق الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف. أما محاكم الاستئناف فإنها ملزمة باتباع أحكامها وتلك الصادرة من المحاكم الأعلى منها. وجدير بالذكر أيضاً أن المحاكم لا تفتش بنفسها عن الأحكام التي عليها أن تلتزم بها في قضية معينة، بل إن ذلك من مهام المحامي الذي يترافع في القضية، فهو الذي يقوم بالتفتيش عن السابقة القضائية التي تكون في مصلحة موكله وهو الذي يقدمها الى المحكمة لكي تصدر حكمها في قضية طبقاً لتلك السابقة.

التي يمكن للقاضي الرجوع إليها في حال غياب النص النظامي أو العرف التجاري. فللقاضي الاستئناس والاسترشاد بالسابقة القضائية، ولكنه غير ملزم بتطبيقها في القضية المعروضة عليه، حتى وإن كانت مماثلة لتلك التي ينظرها، وصادرة عن محكمة أعلى في الدولة كمحكمة الاستئناف أو المحكمة العليا. ولكن يثور السؤال بالنسبة للمبادئ القضائية ومدى إلزاميتها للقاضي المعروض عليه النزاع؟ وعليه سنتناول أولاً المقصود بالمبادئ القضائية قبل تحديد ترتيبها بين مصادر النظام التجاري السعودي.

**أولاً: المقصود بالمبادئ القضائية وأهميتها:**

يقصد بالمبدأ القضائي -بمفهومه الخاص-: «القاعدة القضائية العامة الموضوعية والإجرائية التي تقررها المحكمة العليا وتُراعى عند النظر في القضايا وإصدار الأحكام والقرارات»[(١)]. وأما المبدأ القضائي بمفهومه العام فيشمل كل ما يمكن أن يستقى من الأحكام والقرارات من قواعد كلية يمكن تعميمها على وقائع أخرى، دون أن تكون هذه القواعد صادرة عن الجهة المخول إليها إصدار هذه المبادئ نظاماً[(٢)]. وهذا يعني أن المبادئ القضائية التي أصدرتها وزارة العدل السعودية، وخصوصاً إصدار الأعوام (١٣٩١-١٤٣٧هـ)، لا يقتصر على المبادئ الصادرة من المحكمة العليا، باعتبارها الجهة المخولة نظاماً بإصدار المبادئ القضائية في الوقت الحاضر،

(١) ك. ع. ع: (٢/ أ)، ٢٩/ ٨/ ١٤٣٤م، المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا، الأصول والقواعد، ص. ٣٣.

(٢) منصور الحيدري، مقدمة مركز البحوث على المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص. ١٦.

ولكنه يشمل أيضاً القواعد الكلية المستقاة من أحكام وقرارات الهيئة القضائية العليا (هـ.ق.ع)[1]، والهيئة العامة لمجلس القضاء الأعلى (م.ق.ع)، والهيئة الدائمة لمجلس القضاء الأعلى (م.ق.د).

وتنبع أهمية المبادئ القضائية في كونها تمثل الاجتهاد القضائي المستقر في التعامل مع حالات غياب النص التنظيمي أو غموضه -في شقيه الموضوعي والإجرائي-، مستندة في ذلك إلى أحكام الشريعة وأدلتها التفصيلية. وتزيد هذه الأهمية في ظل عدم اكتمال البنية التنظيمية والذي أدى إلى اتساع دائرة الاجتهاد القضائي من خلال المبادئ القضائية في المنازعات المعروضة على القضاء[2]. بل وتجدر الإشارة إلى أن المبادئ القضائية المستقرة، أو ما اصطلح على تسميته بـ «ما جرى عليه العمل»، تمثل الوجه المضيء للعدالة في المملكة العربية السعودية بكل معانيها الأخلاقية والإنسانية وتكفل حماية الحقوق والحريات المشروعة وتتوافق مع صحيح النظريات وقواعد العدالة المجتمعية والدولية بما لا يخالف الشريعة الإسلامية ويؤكد تميز قضاءها وسبقه إلى مثل هذه القيم[3]. كما حوت هذه المبادئ المستقرة على نصوص

(١) وحل محلها «مجلس القضاء الأعلى» الذي تم تشكيله بموجب المرسوم الملكي رقم (م/ ٦٤) وتاريخ ١٤/ ٧/ ١٣٩٥هـ، ليتولى الإشراف على المحاكم وفقاً لنظام القضاء. ويشار إلى أن نظام القضاء رقم (م/ ٧٨) وتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ قد تضمن إنشاء المحكمة العليا لتتولى الاختصاص القضائي لمجلس القضاء الأعلى سابقاً، وتعديل مسمى مجلس القضاء الأعلى ليصبح المجلس الأعلى للقضاء.

(٢) وليد الصَّمْعَاني، معالي وزير العدل، تقديم على المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص. ٦.

(٣) منصور الحيدري، مقدمة مركز البحوث على المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص. ١٤.

الشريعة الإسلامية بين جنباتها مادة فقهية غنية بالأحكام والقواعد، متميزة بمرونتها بالتطبيق والنقل إليها بالطرق الأصولية المعتمدة[١].

وقد جاءت النظم معززة لاستقرار هذه المبادئ، وذلك بتشديد إجراءات العدول عنها، مما يعطي دلالة ضمنية على جواز الاحتجاج بها في حال انطباق الواقعة المعروضة على القضاء مع القاعدة التي قررها المبدأ القضائي المستقر[٢]. ولهذا عملت وزارة العدل على استخلاصها ونشرها للكافة؛ تحقيقاً للشفافية، ولما تتضمنه هذه المبادئ من ثراء فقهي، مع استنادها إلى الأدلة الشرعية. ومع ذلك لا يفوتنا التذكير بتميز هذه المبادئ بقابليتها للتطوير والتغيير المستمر والسلس بحسب مستجدات الواقع[٣].

وفي الوقت الحاضر ينحصر الاختصاص بإصدار مبادئ قضائية في المحكمة العليا بهيئتها العامة، حيث نصت المادة (١٣/ ١) من نظام القضاء على أن: «يكون للمحكمة العليا هيئة عامة برئاسة رئيس المحكمة وعضوية جميع قضاتها»، ويكون من بين اختصاصاتها، بحسب المادة (١٣/ ٢/ أ): «تقرير مبادئ عامة في المسائل المتعلقة بالقضاء». ونصت المادة (٧١/ ٣) من نظام القضاء على أن يكون من اختصاصات وزارة العدل

(١) منصور الحيدري، مقدمة مركز البحوث على المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص. ١٣-١٤.

(٢) وليد الصَّمْعَاني، معالي وزير العدل، تقديم على المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص. ٦.

(٣) وليد الصَّمْعَاني، معالي وزير العدل، تقديم على المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص. ٦.

نشر الأحكام المختارة، كما صدر الأمر السامي الكريم رقم (٣٣٩٦٥) في ١٦/ ٧/ ١٤٣٦هـ، الموجه أصله لمعالي وزير العدل بأن تقوم المحكمة العليا بحصر المبادئ القضائية التي أقرتها، والمقرة سابقاً وتصنيفها ثم إحالتها إلى وزارة العدل لتتولى نشرها من خلال مركز البحوث لديها.

وبالفعل، صدرت مجموعة المبادئ والقرارات، واشتمل الإصدار على مبادئ مستمدة من أحكام وقرارات صدرت على مدة سبعة وأربعين عاماً (١٣٩١-١٤٣٧هـ)، مع تميزها بالشمول ودقة الترتيب والسهولة والعزو والتوثيق[1]. وقد تم ترتيب الأبواب على الموضوعات وفق كتاب المقنع، مع إضافات أخرى اقتضتها الحاجة مما اشتملت عليه الأنظمة، لتكون وحدة موضوعية يمكن الرجوع إليها بيسر لأغراض البحث. ورتبت القرارات في الباب الواحد ترتيباً زمنياً من الأقدم إلى الأحدث، وفي حال وجود مبدأين متشابهين، فقد جرى دمجهما في مبدأ واحد مع ذكر رقم القرارين وتاريخهما ومصدرهما. بالمقابل، قد يستخرج أكبر من مبدأ من قرار واحد. وأيضاً، راعت اللجنة عدم تكرار المبدأ نفسه في أكثر من باب إلا إذا كان المبدأ يشمل أكثر من موضوع فيجري تكراره مع مراعاة تسلسله الزمني حرصاً على جمع المبادئ التي تخص كل باب في موضوع واحد.

(١) منصور الحيدري، مقدمة مركز البحوث على المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص. ١٣-١٤.

**ثانياً: ترتيب المبادئ القضائية بين مصادر النظام التجاري:**

كما تقدم معنا تبين حجية المبادئ القضائية في المنازعات المعروضة على القاضي، ولكن يثور التساؤل عن ترتيبها بالنسبة للعرف وكتب المذهب الحنبلي؟

وفيما يتعلق بكتب المذهب الحنبلي، فقد جاء في مقدمة مركز البحوث -تحديداً- في القواعد الصياغية أنه: «إذا نقلت الهيئة القضائية العليا أو مجلس القضاء الأعلى أو المحكمة العليا نصاً من كتاب فقهي أو تعميم أو نحو ذلك، وأيدته، فإنه يعد رأياً لها يستند إليه في استخلاص المبادئ». وهذا يعني أن القول المختار من كتب الفقه الإسلامي أولى من غيرها من الأقوال الأخرى.

وفيما يتعلق بترتيب المبادئ القضائية بالنسبة للعرف، فقد أكد مركز البحوث أن من أهم خصائص المبادئ القضائية هو: «سهولة مراجعة كثير من أحكامها القضائية وتغييرها حسب الزمان والمكان والأحوال والعادات وفق ضوابط معينة تضبط مسارها في إطار مقاصد الشريعة الإسلامية وكلياتها»[1]. وهذا يعني بالرغم من التشدد في إجراءات العدول عنها، فإنها تخضع لعامل الزمان والمكان، ومن ثم يمكن تعديلها وتغييرها بحسب تبدل العرف وحاجات الناس في التجارة. ولأن العرف يعد بمثابة نص خاص في المعاملات التجارية، فليس هناك ما يمنع قاضي الدرجة الأولى من عدم

(١) منصور الحيدري، مقدمة مركز البحوث على المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص. ١٣-١٤.

الأخذ بالمبدأ القضائي استناداً إلى العرف التجاري، وكذلك ليس هناك ما يمنع من أن تصدر المحكمة العلياً مبدأً قضائياً خاصاً بالمعاملات التجارية وتحصر تطبيقه في المنازعات التجارية. وهذا يعني أيضاً أن المبادئ القضائية تشكل جزءاً من القواعد العامة في المعاملات المالية، وهي مفضلة على غيرها من القواعد العامة الواردة في كتب الفقه الإسلامي أو في كتب الفقه الحنبلي خصوصاً. وبالتأكيد يكون المبدأ القضائي الأحدث واجب التطبيق، فهو ناسخ للمبدأ القضائي الأقدم إذا تعارض معه. وفي هذا الصدد نصت المادة (١٤) من نظام القضاء بأنه: «إذا رأت إحدى دوائر المحكمة العليا -في شأن قضية تنظرها- العدول عن مبدأ سبق أن أخذت به أو أخذت به دائرة أخرى في المحكمة نفسها في قضايا سابقة، أو رأت إحدى دوائر محكمة الاستئناف العدول عن مبدأ سبق أن أخذت به إحدى دوائر المحكمة العليا في قضايا سابقة، فيرفع الأمر إلى رئيس المحكمة العليا لإحالته إلى الهيئة العامة للمحكمة العليا للفصل فيه». وبالطبع فالعرف التجاري المستقر يشكل تبريراً مقنعاً للعدول عن مبدأ قضائي سابق، وبهذا يتجلى العرف التجاري، ليس فقط كأداة لتطوير المبادئ القضائية، وإنما باعتباره مصدراً أولى بالرعاية من المبدأ القضائي.

## الخاتمة

عرضنا من خلال هذا البحث ترتيباً منطقياً واضحاً لمصادر القانون التجاري، وعلى نحو مدعم بالحجة والبرهان. وقد خلصت الدراسة إلى عدد من النتائج التي يجدر بيانها قبل التعرض لتوصيات الدراسة.

### النتائج:

١. تتمتع أحكام الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت والدلالة، بمكانة دستورية، وتنحصر في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المشرفة والإجماع، وهي بذلك تسمو على جميع الأنظمة واللوائح والأعراف وحاكمة عليها. وهذه النصوص -بصفتها الدستورية- تلعب دوراً مهماً في توجيه الأنظمة التي تعد أحد أدوات الشريعة الإسلامية لتصبح واقعاً ملموساً في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والتجارية.

٢. القياس، وإن كان من أصول الفقه، ويستطيع المنظم أن يلجأ إليه عند افتقاره للنص الشرعي، فلا يجوز للقاضي أن يلجأ إليه قبل النظر في الأنظمة باعتبارها المصدر الأول للنظام التجاري.

٣. ضرورة تمتع الأنظمة بصفة الشرعية، أي عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية، يأتي انسجاماً مع مبدأ دستورية الأنظمة. وأما أحكام الشريعة الإسلامية غير قطعية الثبوت أو غير قطعية الدلالة، فتتبوأ الأنظمة التجارية بخصوصها مرتبة تفضيلية باعتبارها المصدر الأول من مصادر النظام التجاري.

٤. تعد الأنظمة الصادرة عن ولي الأمر المصدر الأول للنظام التجاري، سواء أتعلقت بنصوص آمرة أو مفسرة. وبالطبع فالنص التجاري يتقدم على غيره من نصوص الأنظمة الصادرة في مجالات المعاملات المالية. ولكن هذه الأخيرة، سواء أكانت آمرة أو مفسرة، تتمتع بمكانة أعلى من العرف التجاري، وذلك باعتبارها نصوصاً خاصة تعبر عن رغبة المنظم بالتضيق من دائرة العرف.

٥. باعتباره نصاً خاصاً بالمعاملات التجارية، يشكل العرف التجاري المصدر الثاني للنظام التجاري، وهو يتقدم في ذلك على القواعد العامة في المعاملات المالية الواردة في كتب الفقه الإسلامي وتحديداً كتب المذهب الحنبلي المعتمدة للقضاء.

٦. تعد المبادئ القضائية المستقرة على النصوص الشرعية قواعد مختارة من كتب الفقه الإسلامي، وتتقدم على غيرها من الأقوال الواردة في كتب الفقه الإسلامي عموماً، وفي كتب المذهب الحنبلي خصوصاً. فهذه المبادئ القضائية تمثل المعمول به قضاء ولا يجوز الحكم بخلافها إلا باتباع إجراءات خاصة فرضتها المادة (١٤) من نظام القضاء السعودي لعام ١٤٢٨هـ.

٧. إذا لم يجد القاضي حكماً للنزاع في المصادر سالفة الذكر، فإن له أن يرجع إلى كتب المذهب الحنبلي المعتمدة للقضاء في المملكة العربية السعودية، وبالترتيب الذي فرضه قرار الهيئة القضائية المقترن بالتصديق العالي بتاريخ ٢٤/ ٣/ ١٣٤٧هـ. فيكون رجوع القاضي أولاً إلى شرح منتهى الإرادات، ثم إلى الإقناع، ثم شرحي الزاد أو الدليل. فإذا لم يجد القاضي حكماً للنزاع

المعروض عليه في هذه الكتب الأربعة وفقاً للترتيب السابق، فيبحث في كتب المذهب الحنبلي الأخرى.

٨. في حال غياب النص الصريح أو العرف التجاري، فعلى القاضي أن يجتهد رأيه ولا يلو، مسترشداً بالسوابق القضائية والفقه الإسلامي المعاصر والفقه النظامي وأحكام الإنصاف والعدالة. والإنصاف والعدالة أفكار غير محددة تعبر عن شعور كامن في النفس يكشف عنها العقل السليم ويوحي بها الضمير المستنير بهدف إيتاء كل ذي حق حقه[١]. ويحيل إليها المنظم عادة حتى يقطع الطريق على القاضي، فلا يسمح له بالامتناع عن إصدار حكم بحجة عدم وجود نص يحكم النزاع المعروض عليه. ولكن مقتضيات الإنصاف لا تعني أن للقاضي أن يحكم وفق هواه الذاتي، وإنما عليه أن يصدر اجتهاده بناءً على اعتبارات موضوعية ومادية عامة.

## التوصيات:

١. لا يوجد نص واضح يحدد مصادر النظام التجاري بالترتيب؛ مما لا يسهل مهمة القاضي السعودي في تلمس حل المنازعات التجارية بصورة واضحة وصارمة. وهذا ما دعا إلى إنشاء هذا البحث، ولعله يلفت النظر إلى ضرورة تحديدها بنص صريح من المنظم.

٢. تشكل كتب الفقه الإسلامي، وخصوصاً كتب المذهب الحنبلي، مصدراً حقيقياً للمنازعات التجارية؛ وذلك باعتبارها مصدراً للقواعد

(١) حسن الفكهاني، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، ج١، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ١٩٧٨م، ص. ١٤٢.

العامة في المعاملات المالية. وهذا يؤكده الإصدار الجديد لكشاف القناع من قبل وزارة العدل ليكون معيناً للقضاة في أقضيتهم، وأيضاً اعتماد المبادئ والقرارات الصادرة عن المحكمة العليا والمجلس الأعلى للقضاء على التبويب الوارد في كتاب المقنع. غير أن ترتيب هذه الكتب، وإن كانت تلائم عصوراً سابقة، إلا أنها تحتاج إلى تبويب مختلف ومتطور يتلاءم مع اتساع دائرة القواعد القانونية وتصنيفاتها الحديثة. ولعل إصدار نظام عام في المعاملات المالية من قبل المنظم السعودي سيكون بلا شك أمراً محموداً؛ لأنه سيفتح الباب أمام بحوث علمية ودراسات متعمقة تهتم بتبيان خصوصية النظام السعودي وموقفه الواضح من قواعد المعاملات المالية، خصوصاً إذا ما رافقه مذكرات إيضاحية في ضوء كتب المذهب الحنبلي المعتمدة للقضاء ومدى تقيد نظام المعاملات المدنية بها، في حال صدوره.

# المصادر والمراجع

## أولاً: المصادر:


١. **إبراهيم ابن مفلح**، المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م.

٢. **إبراهيم الضويان**، منار السبيل في شرح الدليل، المكتب الإسلامي، ط٥، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.

٣. **أحمد القاري**، مجلة الأحكام الشرعية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط١، ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م.

٤. **علي المرداوي**، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مطبعة السنة المحمدية، ط١، ١٣٧٥هـ-١٩٥٦م.

٥. **طاهر الدمشقي**، توجيه النظر إلى أصول الأثر، ط١، المطبعة الجمالية، مصر.

٦. **محمد الترمذي**، الجامع الكبير، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٦م.

٧. **محمد الشربيني**، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

٨. **عبد الرؤوف المناوي**، اليواقيت والدرر في شرح نخبة ابن حجر، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.

٩. **عبد الله بن قدامة**، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط١، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.

١٠. **محمد الغزالي**، المستصفى من علم الأصول، شركة المدينة المنورة للطباعة، تحقيق: حمزة حافظ، المكتبة الوقفية، ٢٠٠٨م.

١١. **منصور البهوتي**، شرح منتهى الإرادات، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

١٢. **منصور البهوتي**، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

١٣. **منصور البهوتي**، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، مدار الوطن للنشر، ط٢، الرياض، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.

١٤. **موسى الحجاوي**، الإقناع لطالب الانتفاع، طبعة خاصة بدارة الملك عبد العزيز، ط٣، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.

١٥. **عبد الله بن قدامة وعبد الرحمن بن قدامة**، المغني والشرح الكبير، دار الكتاب العربي، ط٢، بيروت، ١٤٠٣هـ-١٩٨٩م.

١٦. **عبد الله بن قدامة**، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

١٧. **يحيى النووي**، بستان العارفين، دار البشائر الإسلامية، بيروت، تحقيق محمد الحجار، ط٦، ١٤٢٧هـ -٢٠٠٦م.

## ثانياً: الكتب العامة والمتخصصة:

١٨. **أكثم الخولي**، القانون التجاري، القاهرة، ط١، ١٩٦٤م.

١٩. **أكرم ياملكي**، القانون التجاري، دراسة مقارنة، ج١، الأعمال التجارية والتاجر والمتجر والعقود التجارية، دار الثقافة، عمان-الأردن، ١٩٩٨م.

٢٠. **أحمد البسام**، مبادئ القانون التجاري، ج١، بغداد، ١٩٦١م.

٢١. **أيمن سليم**، نظام المعاملات المدنية السعودي، دار النهضة العربية، مصر، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

٢٢. **حسن الفكهاني**، الوسيط في شرح القانون المدني الأردني، ج١، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ١٩٧٨م.

٢٣. **رحاب داخلي**، القانون التجاري السعودي، مركز الدراسات العربية، مصر، الجيزة، ٢٠١٥م.
٢٤. **سليمان مرقس**، موجز المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، ١٩٥٣م.
٢٥. **سمير تناغو**، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٨م.
٢٦. **عباس الصراف وجورج حزبون**، المدخل الى علم القانون، دار الثقافة، عمان-الأردن، ط١١، ٢٠١١م.
٢٧. **عبد الرحمن قرمان**، الأوراق التجارية وإجراءات الإفلاس، دار الإجادة، الرياض، ط٢، ١٤٤١هـ-٢٠٢٠م.
٢٨. **عبد الرحمن الجزيري**، الفقه على المذاهب الأربعة، ج٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٤٢٤هـ -٢٠٠٣م.
٢٩. **عبد الهادي الغامدي**، القانون التجاري السعودي، ط٦، ١٤٤٤هـ-٢٠٢٢م.
٣٠. **عبد الوهاب خلاف**، علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، مطبعة المدني، القاهرة، ١٩٩٦م، ط٧، ١٤٠٦هـ-١٩٩٦م.
٣١. **عزيز العكيلي**، الوسيط في شرح القانون التجاري، ج١، دار الثقافة، عَمان-الأردن، ط١، ٢٠٠٨م.
٣٢. **محسن شفيق**، الموجز في القانون التجاري، ج ١، القاهرة، ١٩٦٧م.
٣٣. **محمد أبو زهرة**، أصول الفقه، دار الفكر العربي، ١٩٥٨م.
٣٤. **محمد الأمين الشنقيطي**، مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر، دار علم الفوائد، ط١، ١٤٢٦هـ.
٣٥. **محمد الشلبي**، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، ١٣٨٨هـ-١٩٦٩م.
٣٦. **محمد الشوكاني**، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، ج/ ١، دار الفضيلة، الرياض، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م .

٣٧. **محمد العثيمين**، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج/٨، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، ط١، ١٤٢٥ هـ.

٣٨. **محمد المقبل**، الامتناع عن الوفاء بالأوراق التجارية في الفقه والنظام، رسالة دكتوراه في السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء، ١٤٢٦-١٤٢٧هـ.

٣٩. **محمد حسن الجبر**، القانون التجاري السعودي، ط٤، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.

٤٠. **همام عبد الرحيم سعيد ومحمد همام عبد الرحيم**، موسوعة أحاديث أحكام المعاملات المالية، موسوعة تصنيفية منهجية فقهية لأحاديث المعاملات من كتب السنة الستة، دار الكوثر، الرياض، ط١، ١٤٣١هـ.

٤١. **وهبة الزحيلي**، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دار الفكر، ط١، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

٤٢. **يوسف عبيدات**، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار الميسرة، عمان-الأردن، ط١، ٢٠١١م.

## ثالثاً: الأبحاث المنشورة في المجلات و المؤتمرات العلمية:

٤٣. **أحمد العنقري**، تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان، ورقة مقدمة للقاء العلمي الذي تنظمه الجمعية الفقهية السعودية مساء يوم الثلاثاء، ٢٨/ ١٢/ ١٤٣٣هـ،

٤٤. **أحمد شبيب**، مصادر القانون التجاري والأحكام القضائية في المملكة العربية السعودية، ١٤٣٩هـ.

٤٥. **حسين شحاته**، الإعجاز الاقتصادي في القرآن الكريم في ضوء آيات المعاملات، مجلة الجامعة الإسلامية، عدد ٣٩، ٢٠٠٦م.

٤٦. **رغد الطائي**، إشكالية تطبيق العرف التجاري، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية، جامعة الكوفة، عدد ١٢، ٢٠٠٩م.

٤٧. **عادل الشمري**، العرف التجاري: الاستناد إليه وإثباته وفقاً لنظام المحاكم التجارية السعودي، مجلة قضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عدد ٢١، ٢٠٢٠م.

٤٨. **عارف العلي**، مصادر الحكم التجاري، مجلة قضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، عدد ٦، ٢٠١٦م.

٤٩. **عبد الله الخشروم**، مصادر القاعدة القانونية في قانون التجارة الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد ١٥، عدد ٤.

٥٠. **علي البارودي**، العرف التجاري، مكانته ودور القضاء والفقه في احترامه وتطويره، محاضرة منشورة في مجلة نقابة المحاميين الأردنيين، عدد١، ١٩٨٧م.

٥١. **محمد السبحي**، إحياء الأرض الموات في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الثاني لكلية الحقوق، جامعة طنطا، القانون والاستثمار، ٢٠١٥م.

٥٢. **محمد العلي**، بيع العينة أو الأنموذج في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، ١٩٨٥م، مجلد ٢، عدد ٣.