مجلة الحقوق

فصلية علمية محكمة - تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

تطبيق القاضي للمصادر الرّسمية للحكم في الخصومة التّجاريّة حَسبَ أولويّتها: دراسة نقدية في نصوص قانون التّجارة الكويتي وقانون التّجارة في الضفّة الغربيّة.

الأستاذ الدكتور/ خالد إبراهيم التلاحمة

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029 - 6069

العدد ٣ - السنة ٤٧

ربيع الأول ١٤٤٥ هـ - سبتمبر ٢٠٢٣م

تطبيق القاضي للمصادر الرّسمية للحكم في الخصومة التّجاريّة حَسبْ أولويّتها: دراسة نقدية في نصوص قانون التّجارة الكويتي وقانون التّجارة في الضفّة الغربيّة

الأستاذ الدكتور/ خالد إبراهيم التلاحمة*

ملخص:

جرت محاولات فقهية، في الدول التي تتبنى النظام اللاتيني، لترتيب المصادر الرسمية للحكم في الخصومة التجارية حسب أولويّتها في التطبيق، إلا أن تلك المحاولات، رغم أهميتها، لم تصل إلى درجة تبنّي إحداها بشكل كامل من قبل الفقهاء، فظلَّ ترتيبُها محل خلافٍ بينهم، وهذه المصادر هي: نصوص القانون التجاري والقوانين المكملة له، والعرف التجاري، ونصوص القانون المدني. ويعود جانب من الاختلاف الفقهي إلى وجود عيوب وخلل في صياغة النصوص القانونية المنظمة لتلك المصادر، وهو ما انعكس على أحكام القضاء التي اختلفت باختلاف فهم القضاة لها ولأولوية تطبيقها.

لذلك يهدف البحث إلى التعرّف على اتجاهات الفقه بخاصة في ظل التباين التشريعي والقضائي في ترتيب هذه المصادر، بقصد مناقشتها وتحليلها وفحصها بأسلوب نقدي للوصول إلى توجهٍ يقوم على أسسٍ وحججٍ سائغة، ولقد جاء رأينا موافقًا لرأي الفقه في بعض المسائل، ومخالفًا له في مسائل أخرى مستدلاً على سلامته ووجاهته بمزيد من التحليل والاستدلال القانوني والمنطقي، وليس ذلك إلّا بما فرضه النقاش والتحليل بمعزلٍ عن الرأي المسْبق والهوى المتّبع.

ويطرح البحث تساؤلاً رئيسًا يخضعه للنقاش والتثبت والاستدلال هو: هل يتلاءم ترتيب المصادر الرسمية للحكم في الخصومة التجارية بصيغتها الواردة في قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠م، وقانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ المطبّق في فلسطين "الضفة الغربية" مع مقتضيات التجارة القائمة على السرعة والائتمان؟ من هذه الإشكالية القانونية ينطلق البحث بمقاربة تحليلية تقييميّة للنصوص ذات الصلة في القانونين محلِّ الدراسة للوصول إلى تصوّر واضح للمعايير والشروط التي يقدّم فيها القاضي مصدرًا على آخر عند اعتماده عليها في إصدار حكمه القضائي، دون إغفال لمكانة كل مصدر، ولا سيّما النص التشريعي الآمر والمكمّل سواءً أكان تجاريًا أم مدنيًا في مواجهة العرف التجاري.

الكلمات الدالة: المصادر الرسمية للحكم، الخصومة التجارية، النص التجاري، العرف التجاري، النص المدني.

* أستاذ – كلية الحقوق والإدارة العامة – جامعة بير زيت – دولة فلسطين.

* قاضي المحكمة الدستورية العليا – دولة فلسطين.

مقدّمة

لكل قاعدة قانونية مصدر تستقي منه مادتها ومضمونها، ويتمثّل هذا المصدر بمجموعة العوامل التي تدخل في تكوين القاعدة القانونية وتحديد مضمونها، سواء أكانت عوامل اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية أو دينية أو أخلاقية أو غيرها(١)، وتسمى هذه العوامل بالمصادر الماديّة. ولها دورٌ هامٌ في تزويد المشرّع بمادته الأساسية، لذا يتم اعتبارها المصدرَ الحقيقيّ أو الموضوعيّ للقاعدة القانونية.

والعوامل الطبيعية قد يكون لها دور كمصدر مادّيّ في تكوين القاعدة القانونية. كما أن القاعدة القانونية بحاجة إلى وسيلة تخرج بها إلى التطبيق القانوني لتصبح واجبة وتقترن بالقوة الملزمة، ويطلق على هذه الوسيلة اسم المصادر الرسمية أو الشكلية للقاعدة القانونية. وقد يُعنى بكلمة "مصدر" تلك الوسيلة التي تساعد القاضي في تفسير القاعدة القانونية لغايات تطبيقها ولتصبح مصدراً استرشادياً، وهذا ما يسمى بالمصدر الاسترشادي أو التفسيري. ويختلف ترتيب مصادر الحكم الرسمية للقانون التجاري من دولة لأخرى، فالدول التي تتبنى النظام اللاتيني تجعل التشريع في المقام الأول كمصدر رسمي، وهذا الاتجاه تأخذ به غالبية الدول في الوقت الحاضر ومنها الكويت وفلسطين. أما الدول التي تأخذ بالنظام الأنجلوسكسوني فتجعل السوابق القضائية في المقام الأول مصدرًا رسميًا(٢).

وفيما يخص الكويت سيكون محلَّ الدراسة قانون تجارتها رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠م(٣)، الذي احتل العرف فيه مكانة خاصة بين مصادر القواعد التجارية الرسمية،

---

(١) انظر: أحمد زيادات وإبراهيم العموش، الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية، إعادة الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، ١٩٩٦، ص ٨. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري: الأعمال التجارية، التجارة، المتجر، العقود التجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨، ص٤٩. خالد إبراهيم التلاحمة، الوجيز في القانون التجاري، الطبعة الثانية، دار وائل، عمان، ٢٠٠٦، ص١٦. كذلك انظر: عبد الله الخشروم، مصادر القاعدة القانونية في قانون التجارة الأردني، مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الخامس عشر، العدد الرابع، الكرك، ٢٠٠٠، ص١٢.

(٢) انظر: الخشروم، مرجع سابق، ص١٢. وللمزيد عن مكانة السوابق القضائية النظامين اللاتيني والأنجلوسكسوني راجع:
Fon, Vincy and Parisi, Francesco, Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis. International Review of Law and Economics,, December 2006, Pages 519-535.
Kronman, Anthony Townsend, 'Precedent and Tradition', The Yale Law Journal, Vol. 99 (1990), pp.1029-1068.

فقد بيّنت المادتان (٢، ٩٦) منهُ مصادرَ القواعد التجارية الرسمية، التي من بينها تطبيق أحكام القانون المدني مع اختلاف، غير مضبوط، في الترتيب بين نص المادة الثانية منه التي جعلت نصوص القانون المدني[٤] في المرتبة الثالثة بعد نصوص القانون التجاري والقوانين المكمّلة له، والعرف التجاري، وبين نص المادة ٩٦ التي جعلت نصوص القانون المدني في المرتبة الثانية بعد القانون التجاري والقوانين المكملة له فيما يتعلق بالمسائل المتصلة بالالتزامات والعقود التجارية.

أما بالنسبة لفلسطين فسيكون التركيز بشكلٍ أساسٍ منصبًّا على قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ المطبّق في الضفة الغربية[٥]، والقوانين المكمّلة له، دون التعرّض لقانون التجارة العثماني لسنة ١٢٦٦هـ وذيله الصادر في ٩ شوال ١٢٧٦ه، المطبق في قطاع غزّة، لأنه لا يقع في حدود نطاق هذا البحث. علماً أنه تم، في عام ٢٠٠٤م، إعداد مشروع قانون موحّد للتجارة من قِبَل المشرع الفلسطيني ليطبق في كلٍ من الضفة الغربية وقطاع غزة، لكنه حتى إعداد هذا البحث لم يأخذ صبغته الرسمية أو القانونية[٦].

وقد بيّنت المواد (٢، ٣، ٤) من قانون التجارة المطبق في الضفة الغربية

---

(٣) نُشر قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م، في الجريدة الرسمية الكويتية، العدد ١٣٣٨، الكويت، تاريخ ١٩/١/١٩٨١م.

(٤) يلاحظ من المادة الأولى من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠م، وتعديله بموجب القانون المعدل رقم (١٥) لسنة ١٩٩٦ أن ترتيب مصادر القانون المدني الرسمية هي التشريع في المقام الأول، وفي حال انعدام النص التشريعي تطبق أحكام الفقه الإسلامي في المرتبة الثانية، ثم العرف في المرتبة الثالثة.

(٥) منشور في الجريدة الرسمية، العدد ١٩١٠، الأردن، تاريخ ٣٠/٣/١٩٦٦.

(٦) مقارنة بدول العالم الأخرى، يعد الوضع القانوني في فلسطين من الأوضاع المعقدة والنادرة في آن واحد؛ ويعود ذلك إلى تعدد الجهات التي حكمت فلسطين عبر التاريخ، والذي أدّى بدوره إلى تنوع الأنظمة القانونية التي سادت فيها دون أن يكون لفلسطين حرية اختيارها. كما أدى إلى ظهور أنظمة قانونية مركبة ومختلفة في كل من الضفة الغربية وغزّة، وبالتالي إلى وجود قوانين سارية كثيرة لكثرة الدول التي حكمت في فلسطين. أما بخصوص النصوص القانونية الواردة في التشريعات السارية بعد عام ١٩٩٤ حتى الآن، فهي لا تزال مفتقرة إلى سياسة تشريعية موحدة، وتحتاج لمراجعة شاملة بغرض إصلاح ومعالجة الخلل الذي واكب جميع التشريعات التي حكمت الأعمال التجارية والتجّار في فلسطين. انظر: النظام القضائي الفلسطيني عرض توضيحي: "مراحل التطور التاريخي للنظام القانوني الفلسطيني" معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، مسترجع من موقع:
http://lawcenter.birzeit.edu/lawcenter/ar/homepage/2013-08-31-07-08-03
تاريخ الدخول: ١٥/٣/٢٠١٩.

المصادر الرسمية والاسترشادية للحكم في الخصومة التجارية، فالمادتان (٢، ٤) تضمّنت المصادر الرسمية، في حين تضمنت المادة (٣) من ذات القانون المصادر الاسترشادية، وعلى ذلك يمكن تقسيم المصادر إلى:

أولاً، مصادر رسمية؛ وتشمل ١. قانون التجارة والتشريعات المكملة له ٢. مجلة الأحكام العدلية التي تُعد بمثابة القانون المدني وما زالت سارية في فلسطين، علمًا بأنه صدر حديثاً في قطاع غزة قانون ينظم المعاملات المدنية وتطبقه المحاكم هناك، وهو القانون المدني رقم (٤) لسنة ٢٠١٢[٧]. وقد بيّن في المادة (١٣٠١) منه أن قواعد مجلة الأحكام العدلية تبقى سارية فيما لم يرد بشأنه نص في أحكامه ٣. العرف التجاري.

وثانيًا، مصادر استرشادية؛ وتشمل: ١. السوابق القضائية[٨] ٢. اجتهاد

---

(٧) غير مطبّق في الضفة الغربية بسبب الإشكالات المترتبة على حالة انقسام غزة عن الضفة الغربية.

(٨) انظر: في ذلك عددًا من الأبحاث المتخصصة حول تشكيل وتطور السوابق القضائية في دول نظام القانون المدني، وهل تُعد مصدرًا رسميًا أم استرشاديًا للقاضي في الخصومات التجارية، وأوجه الفرق في إلزاميتها بين الأنظمة الثلاثة وهي: نظام القانون العام، ونظام القانون المدني، والنظام القضائي الإسلامي:

Fon, Vincy and Parisi, Francesco, Judicial Precedents in Civil Law Systems, supra, Pages 519-535. Watford, Paul and Chen, Richard and Basile, Marco, Crafting Precedent,(The Law of Judicial Precedent), Harvard Law Review, Vol. 131, No. 2, 2017, P543-580. Mikail, Sa'id Adekunle and Arifin, Mahamad, Application of Doctrine of Judicial Precedent in Shariah Courts (March 5, 2014). Malaysian Court Practice Bulletin, Issue 2 of 2013. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2405000. Funken, Katja, the Best of Both Worlds - THe Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System (July 2003). Available at: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.476461

ويلاحظ أن قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (٢) لسنة ٢٠٠١ قد اعتد، ولو في حدود ضيقة، بالسوابق القضائية، فقد ألزم المحاكم الأخرى بحكم محكمة النقض في حالة صدور قرار النقض عن كامل هيئة المحكمة، وتعلق بمخالفة سابقة قضائية مستقرة للنقض، فالمادة (٢٣٩) منه تضمنت نصًا مفاده أنه: "إذا تبين لإحدى دوائر محكمة النقض أنها ستخالف سابقة قضائية مستقرة للنقض، تنعقد بكامل هيئتها لإصدار حكمها، ويكون هذا الحكم واجب الاتباع لدى المحاكم الأخرى في جميع الأحوال". (قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (٢) لسنة ٢٠٠١، المنشور في الوقائع الفلسطينية، عدد ٣٨، بتاريخ: ٥/٩/٢٠٠١).

وعلى هذا، تَصدر عن أحكاماً تتضمن مبادئ قانونية يطلق عليها اسم "الأحكام المبادئ"، وهكذا تنشأ اجتهادات يمكن للمحاكم الأخرى، لا سيما محاكم الدرجة الأولى بطبقتيها الصلح =

الفقهاء[٩] ٣. مقتضيات الإنصاف[١٠]. ويقصد بالمصادر الاسترشادية (التفسيرية) سندًا لأحكام المادة الثالثة من قانون التجارة لسنة ١٩٦٦م، تلك المصادر التي يسترشد بها القاضي لاستخلاص الحكم المناسب للنزاع المعروض عليه عند عدم وجود نص يمكن تطبيقه في مصادر الحكم الرسمية. والملاحظ أن هذه المصادر قد جاءت جميعها على درجة واحدة من القوة بحيث لا يتقدم أحدها على الآخر[١١].

ويتّضح بالرجوع لأحكام هذه المواد أنها اتّسمت بالغموض وعدم إحكام الصياغة، مما يضع القاضي الذي يريد أن يحكم في نزاع تجاري معروض عليه في حيرة يصعب معها البتّ فيه لغموضها، من حيث تدرجها وأولويّتها في التطبيق، وهو ما يضطر القاضي إلى الاجتهاد في ترتيب أولوية رجوعه إلى هذه المصادر، مما أثر بقوة في الحلول القضائية الصادرة بالأحكام، ويمكن توضيح أهمّ أوجه الغموض وتَهلهُل الصياغة فيها والتساؤلات التي يمكن أن تنشأ عنها بما يأتي[١٢]:

١ – ورد في المادة (٢) أنه في حالة انتفاء النص التجاري تطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني، شريطة أن تكون الأخيرة متّفقة مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري. فما هي هذه المبادئ المختصة بالقانون التجاري؟ وهل تعني

= والبداية ومحاكم الدرجة الثانية "الاستئناف" الرجوع إليها إذا لم تجد في نصوص التشريع قاعدة تستطيع أن تقضي بموجبها، مع مراعاة ما ورد في نص المادة (٢٣٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية.(انظر: اجتهاد محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ١١٠ لسنة ٢٠٠٦، والصادر في ١٨ /٢٠٠٧/٦.)

(٩) انظر للمزيد من التفصيل: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون، مطبوعات كلية القانون الكويتية العالمية، ٢٠١٨، ص١٨٤-١٨٧. قاسم عبد الحميد الوتيدي، النظرية العامة للقانون التجاري، ط١. مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين، ٢٠٠٠، ص ٤٨. الخشروم، مرجع سابق، ص٢٠.
Linarelli, John, Analytical Jurisprudence and the Concept of Commercial Law, Penn State Law Review, Vol: 114, 2009, page: 119 - 215.

(١٠) انظر: عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨، ص ٣٤. محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري الأردني، الطبعة الأولى، دار عمار، ١٩٨٥، ص٢٥. أبو الليل، مرجع سابق، ص١٨٨-١٩١. الخشروم، مرجع سابق، ٢١.

(١١) انظر: بسام حمد الطراونة وباسم محمد ملحم، مبادئ القانون التجاري، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص٣٠.

(١٢) زيادات والعموش، مرجع سابق، ص٨. ولمزيد من التفصيل في هذا الخصوص انظر بحث أحمد زيادات، "ترتيب مصادر الحكم الرسمية في قانون التجارة الأردني،" دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٢٦، ١٩٩٩.

الإحالة إلى القانون المدني أنّ القاضي يرجع إليه أولاً فإن لم يجد نصًّا يطبّقه يعود للعرف التجاري؟ وهل يرجع القاضي مباشرة إلى النصوص القانونية الخاصة، أم القواعد العامة (القواعد الكلية في القانون المدني/ مجلة الأحكام العدلية)؟.

٢ – أشارت المادة (٣) للعرف التجاري بشكل عام كمصدر استرشادي (تفسيري)، بينما ورد في (١/٤) أن العرف يُعد مصدرًا رسميًا بالنسبة للمسائل التي ينطبق عليها وصف آثار العمل التجاري، فكيف يمكن التوفيق بين النصّين؟ وهل وضْعُ العرف التجاري في آخر المصادر الاسترشادية في المادة (٣) جاء من قبيل التزيّد، أم ليستأنس القاضي به ويعاونه في ضبط وتفسير لفظ أو مصطلح معيّن ورد في النص التشريعي بصياغة مرنة؟ ولماذا خصَّت المادة (١/٤) آثار العمل التجاري بحكم خاص؟ بمعنى آخر ما الحكمة التي توخّاها المشرّع من قصر تطبيق العرف التجاري كمصدر رسمي على المسائل المتعلقة بآثار العمل التجاري دون تلك المتعلقة بأركان وشروط صحّة العقود التجارية؟

٣ – تنصّ المادة (١/٤) على أنّ القاضي ملزم بتطبيق العرف "إلا إذا... كان العرف متعارضًا مع النصوص القانونية الإلزامية" فما المقصود بالنصوص القانونية الإلزامية، هل هي النصوص التجارية الآمرة فقط، أَمْ أنّ تعبير النصوص الإلزامية يشمل النصوص الآمرة والمكمّلة؟، وهل تشمل النصوص الإلزامية نصوص القانون التجاري فقط، أم تشمل كذلك نصوص القانون المدني؟

وعلى إثر ذلك سيقوم الباحث بالإجابة عن هذه التساؤلات من خلال تناول المصادر الرسمية للحكم في الخصومة التجارية في كل من القانون التجاري الكويتي، والقانون التجاري المطبّق في الضفة الغربية، بالاعتماد على المنهجين النقدي والتحليلي، لفحصها ومناقشة مضمونها، وبحث انعكاسات صياغتها وتنظيمها على اتجاهات الفقه وأحكام القضاء، وكذلك على المنهج المقارن من خلال مقارنة نصوص قانون التجارة الكويتي وقانون التجارة المطبّق في الضفّة الغربيّة مع بعضها بعضًا، لبيان الانسجام التشريعي وأوجه الغموض والتناقض فيها وسُبل معالجته، ومن ثم الحكم بالنتيجة على أيهما كان أكثر توفيقًا في ترتيب المصادر الرّسمية للحكم في الخصومة التجارية.

ولتحقيق الغاية المرجوة من هذا البحث، فقد قسّم لمطلبين، يخصص الأول لمناقشة أولوية تطبيق القاضي لنصوص التشريع التجاري على نصوص التشريع المدني، ويتناول الثاني أولوية تطبيق القاضي للعرف التجاري على نصوص التشريعات التجارية والمدنية.

المطلب الأول
أولويّة تطبيق القاضي لنصوص التشريع التجاري على نصوص التشريع المدني

يُعد التشريعان التجاري والمدني من المصادر الرسمية المكتوبة للقانون التجاري[١٣]. وليس خافيًا وحدة النظام القانوني الذي يحكم ترتيب هذه المصادر وأولويتها في التطبيق من قبل القاضي في الكويت، فقد نظّمها قانون التجارة رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠، والذي ألغى في المادة الأولى من قانون إصداره قانون التجارة الكويتي الأول رقم (٢) لسنة ١٩٦١.

أما في فلسطين فهناك تقسيمان قانونيان يحكمان مختلف الأوجه الحياتية للمجتمع الفلسطيني حاليًا، وهذان التقسيمان يتوزعان في الضفة الغربية وغزة، ويعكسان حالة الانقسام السياسي والسّلطوي وعدم التواصل الإداري في الأراضي الفلسطينية[١٤].

فبالنسبة لقطاع غزة لا يزال يطبق فيها قانون التجارة العثماني[١٥]، أما بالنسبة للضفة الغربية فما زالت أحكام قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ هي

---

(١٣) يقصد بالمصادر الرسمية، الوسائل أو الأشكال التي تظهر بها القواعد القانونية للناس مصونة مُحكمة، بحيث يفترض العلم بها، وتصبح ملزمة للمخاطبين بها، ويلتزم القاضي بتطبيقها على ما يعرض عليه من منازعات وفقاً للتسلسل الذي يحدده المشرع، أو هي تلك المصادر التي ورد فيها نص، وتكون المرجع للقاضي عند عدم وجود نص في القانون التجاري، وعلى القاضي أن يطبق أحكامها على ما يعرض عليه من منازعات تجارية. انظر: زيادات والعموش، مرجع سابق، ص٨. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري الأردني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٣، ص ١٧.

(١٤) سيطر الاحتلال الإسرائيلي على النظام القانوني الفلسطيني المتنوع الناتج عن تعدد الجهات التي حكمت فلسطين عبر التاريخ، وذلك من خلال فرض القانون العسكري (الأوامر العسكرية) في منطقتي الضفة الغربية وقطاع غزة في عام ١٩٦٧م. وأخيراً وبموجب إعلان المبادئ لترتيبات المرحلة الانتقالية في عام ١٩٩٣م (الذي يعرف باتفاق أوسلو١) أنشئت السلطة الفلسطينية، وتم وضع الأسس للاتفاقيات الفلسطينية-الإسرائيلية اللاحقة المنظّمة لسلطات وصلاحيات السلطة الجديدة، ومنذ عام ١٩٩٤م يجري سن تشريعات موحدة لكل من محافظات الضفة الغربية وغزة. انظر: النظام القضائي الفلسطيني عرض توضيحي، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، مرجع سابق.

(١٥) قانون التجارة العثماني الصادر عام ١٢٦٦ ه المنقول بدوره عن قانون التجارة الفرنسي لعام ١٨٠٧م.

السارية[١٦]. لكن مهما كانت حالة التشريعات التجارية الكويتية أو الفلسطينية، فما زال التشريع التجاري هو الأصل التشريعي العام والمصدر الرسمي للحكم الذي يتعين على القاضي الرجوع إليه أولاً لإيجاد القاعدة القانونية التي يطبقها على النزاع المعروض لكونه داخلاً ضمن نطاق اختصاصه، فقد بينت المادة (١) من قانون التجارة الكويتي موضوع القانون التجاري بقولها: " تسري أحكام هذا القانون على التجّار، وعلى جميع الأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر"، كما بينته المادة (١/٢) من قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ المطبق في الضفة الغربية بقولها: "يتضمن هذا القانون من جهة القواعد المختصة بالأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص مهما كانت صفته القانونية، ويتضمن من جهة أخرى الأحكام التي تطبق على الأشخاص الذين اتخذوا التجارة مهنة".

إلا أنّ قانون التجارة لا يشمل كافة الأحكام المتعلقة بالأعمال التجارية والتجّار لعدم قدرته على احتوائها بالتفصيل، مما اقتضى وجود قوانين مكمّلة له تنظّم مجالات مختلفة من الحياة التجارية، ومن هذه القوانين في الكويت:

١ – قانون الشركات رقم (١) لسنة ٢٠١٦م[١٧].

٢ – قانون رقم (٣٦) لسنه ١٩٦٤م بشأن تنظيم الوكالات التجارية[١٨].

٣ – قانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٩م بشأن تنظيم تراخيص المحلات التجارية[١٩].

٤ – قانون رقم (٢٠) لسنه ٢٠٠٠م بشأن السماح لغير الكويتيين بتملك الأسهم في شركات المساهمة الكويتية[٢٠].

وفي فلسطين ثمة تشريعات تجارية مكمّلة لقانون التجارة منها[٢١]:

(١٦) قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لعام ١٩٦٦، المنقول عن قانون التجارة السوري الذي يقترب من أحكام قانوني التجارة اللبناني والمصري- المأخوذين عن القانون الفرنسي.

(١٧) منشور في الجريدة الرسمية الكويت اليوم ملحق العدد ١٢٧٣ السنة ٦٢.

(١٨) منشور في الجريدة الرسمية الكويت اليوم العدد ٩٨٦ السنة العاشرة.

(١٩) منشور في الجريدة الرسمية الكويت اليوم العدد ٧٣٥ السنة الخامسة عشرة، وعدل بالقانون رقم ١٢ لسنه ١٩٩٤ المنشورة بجريدة الكويت اليوم العدد ١٥٧، السنة ٤٠.

(٢٠) مننشور في الجريدة الرسمية الكويت اليوم العدد ٤٦٤ السنة ٤٦.

(٢١) يطبّق في فلسطين عدد من التشريعات التجارية الموروثة عن حقب الحكم التاريخية التي مرت بها، ابتداءً من الحكم العثماني ثم الانتداب البريطاني، ومروراً بالحكم الأردني في الضفة والإدارة المصرية في غزة والأوامر العسكرية الإسرائيلية، وصولاً إلى التشريعات الصادرة بعد مجيء السلطة الفلسطينية.

١ – القرار بقانون رقم (٩) لسنة ٢٠١٠ بشأن المصارف[٢٢].
٢ – قرار بقانون رقم (٤٢) لسنة ٢٠٢١ بشأن الشركات[٢٣].
٣ – قانون الوكلاء التجاريين رقم (٢) لسنة ٢٠٠٠م[٢٤].
٤ – قانون العلامات التجارية رقم (٣٣) لسنة ١٩٥٢م[٢٥].

كما تعد اللوائح والقرارات التي تصدر من السلطة التنفيذية مصدرًا من مصادر القاعدة القانونية، وذلك بناءً على تفويض من المشرّع، كاللوائح الخاصة بتنظيم الوكالات التجارية، وتسجيل العلامات التجارية وغيرها من القرارات واللوائح التي تنظم التعاملات التجارية[٢٦].

وفيما يتعلق بأولوية تطبيق القاضي للمصادر الرسمية للحكم في الخصومة التجارية، فإنه لا يوجد خلاف –على النحو الجاري تفصيله وبيانه في البحث– في اعتبار أن قواعد القانون التجاري والقوانين المكمّلة له الآمرة تأتي إجمالاً في المرتبة الأولى في التطبيق، فقد نصّت المادة (٢) من قانون التجارة الكويتي على أنّه: "مع مراعاة ما نص عليه في المادة ٩٦ تسري على المسائل التجارية قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية. ويقدّم العرف الخاص أو العرف المحلّي على العرف العام، فإذا لم يوجد عرف تجاري طبقت أحكام القانون المدني"، ونصت المادة (٩٦) المذكورة في المادة (٢) السابقة من قانون التجارة الكويتي على أنه: "فيما عدا ما نص عليه هذا الكتاب تسري على الالتزامات والعقود التجارية الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني". ونصت المادة الأولى من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ على أنه: ١– تسري النصوص

(٢٢) ألغى هذا القرار بقانون هو قانون المصارف رقم(٢) لسنة ٢٠٠٢، وبقيت الأنظمة والتعليمات والقرارات والإرشادات الصادرة عن سلطة النقد نافذة بالقدر الذي لا يتعارض مع أحكام هذا القانون.
(٢٣) المنشور في عدد ممتاز (٢٥)، من الوقائع الفلسطينية، بتاريخ ٢٠٢١/١٢/٣٠.
(٢٤) قانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم أعمال الوكلاء التجاريين، المنشور في العدد٣٢ من الوقائع الفلسطينية، بتاريخ٢٠٠٠/٢/٢٩.
(٢٥) نشر هذا القانون على الصفحة (٢٤٣) من العدد رقم١١١٠ من الجريدة الرسمية الأردنية، بتاريخ١٩٥٢/٦/١.
(٢٦) انظر مثلاً: نظام المرابحة العثماني لسنة ١٣٠٤هـ، الملغى في غزة والساري في الضفة الغربية، حيث يُعد من النظام العام في الضفة وقواعده آمرة لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها.

التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. ٢- فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها، فإن لم يوجد حُكم بمقتضى العرف[٢٧].

وبالمقابل تَنص المادة الثانية من قانون التّجارة المطبّق في الضفّة الغربيّة لسنة ١٩٦٦ على أنّه: "إذا انتفى النص في هذا القانون فتُطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني، على أنّ تطبيق هذه الأحكام لا يكون إلا على نسبة اتفاقها مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري". وتنص المادة (٣) منه على أنّه: "إذا لم يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه فللقاضي أن يسترشد بالسوابق القضائية واجتهاد الفقهاء وبمقتضيات الإنصاف والعرف التجاري". وتنص المادة (٤) على أنه: "١-على القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري، أن يطبّق العرف السائد إلا إذا ظهر أنّ المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف أو كان العرف متعارضاً مع النصوص القانونية الإلزامية. ٢- ويعد العرف الخاص والعرف المحلي مرجحين على العرف العام".

ويَظهر من أحكام قانونَيّ التجارة الكويتي ومقابله المطبّق في الضفّة الغربيّة أنهما يَضعان النصّ التشريعي التجاري في المرتبة الأولى للتطبيق على المنازعات التجارية، ويمكننا هنا أنْ نتساءل حول نصوص هذين القانونين عمّا إذا كان تقديمُ نصوص القانون التجاري على نصوص القانون المدني والعرف التجاري يشمل النصوص المكمّلة أيضًا، أم يقتصر على الآمرة فقط. إذا كان هنالك اختلاف حول هذه المسألة، فما هو الترتيب الذي تحتلّه نصوص القانون التجاري المكمّلة (المفسرة)، بالنظر إلى طبيعة المنازعات التجارية وخصوصية القواعد التي تحكمها؟

للإجابة عن هذه التساؤلات، فإنه لابُدَّ من الإقرار بدايةً أن القانون المدني يُعدّ مصْدرًا احتياطيًا يلجأ إليه القاضي في حالة عدم وجود نصّ تجاري يطبّق[٢٨]، ونظرًا لأهمية القانون المدني باعتباره المصدر الأول في القانون الخاص، والقانون التجاري هو أحد فروع القانون الخاص؛ لذلك فهو يُعد تشريعًا عامًا، بينما يُعدّ القانون التجاري تشريعًا خاصًا، ومعروف أنّ الخاص يقيّد العام، كما عبّرت عن ذلك المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الكويتي بقولها إن: "القانون المدني هو الشريعة العامة في تنظيم المعاملات بين الأفراد، وما القانون التجاري إلا قانون خاص ينزل من القانون المدني

(٢٧) تم استبدال هذه الفقرة بموجب المادة الأولى من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ المعدل لبعض أحكام القانون المدني رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠.

(٢٨) انظر: سامي، مرجع سابق، ص ١٨. الخشروم، مرجع سابق، ص١٧.

منزلة الفرع من الأصل، ويقتصر على معالجة بعض الأحكام التي تستلزمها طبيعة المعاملات التجارية، وما تقتضيه من السرعة والثقة والائتمان..."[٢٩].

وعليه يُعدّ القانون المدني أصلاً، بينما تُعد التشريعات التجارية فرعًا أو استثناءً من هذا الأصل. ممّا يقتضي تطبيق قواعد القانون المدني كلّما غابت النصوص الاستثنائية، وذلك تطبيقاً لمبدأ الرجوع إلى الأصل[٣٠].

وعلى إثر ذلك فإن الأصل العام هو أنه في حالة انعدام النصّ التجاري في قانون التجارة أو في القوانين المكمّلة له، يتحتّم على القاضي أن يلجأ إلى أحكام القانون المدني. أما إذا وُجدَ نصٌّ في التشريعات التجارية فعندها تكون الأولى بالتطبيق، لأنّ القانون التجاري يمثل النصوص الخاصة بالتجارة، والقانون المدني يأتي في المرتبة الثانية كونه يتضمّن المبادئ الأساسية العامة التي يَستمدّ منها القانون التجاري أصولَه العامة ويعتبرها متمّمة له فيما لم يرد فيه حُكْمٌ خاصّ[٣١] .

وقد لاحظنا أيضًا اختلاف نصوص قانون التجارة الكويتي عن نصوص قانون التجارة المطبّق في الضفّة الغربيّة في ترتيب مكانة القانون المدني بين المصادر الرسمية للحكم في الخصومة التجارية، عندما صرّح أنه قدّم في المادة الثانية منه، نصوصَه والعرفَ التجاريّ على نصوص القانون المدني بقوله: "مع مراعاة ما نص عليه في المادة ٩٦ تسري على المسائل التجارية قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية. .... فإذا لم يوجد عرف تجاري طبقت أحكام القانون المدني". وهذا النصّ وإنْ كان واضحًا من حيث جعله القانون المدني في المرتبة الثالثة بعد التشريع التجاري

(٢٩) انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الكويتي الجديد، مطبوعات لجان تطوير التشريعات، ص٢٥٤.

(٣٠) انظر: العكيلي، شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص ٥١.

(٣١) انظر: اجتهاد محكمة التمييز الأردنية؛ تمييز حقوق رقم ١٠٧٩/١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٩٥، ص ٢٥٣٢، الذي جاء فيه بأنه:" ليس في القانون المدني ولا في قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ ما يمنع المميز ضدها من اللجوء إلى دعوى عدم نفاذ التصرف، وعليه فإن لجوء المميز ضدها (البنك العربي) لحماية حقها إلى القضاء للحكم بعدم نفاذ تصرفات المدين المعسر التي قصد بها تهريب أمواله لحرمان البنك من التنفيذ عليها، لا يخالف أحكام القانون ولا يرد القول بأنه لا يجوز تطبيق قواعد القانون المدني على هذه الواقعة كونها لا تدخل تحت قواعد القانون المدني وإنما تدخل تحت قواعد القانون التجاري". كما ينظر المواد التي تحيل لأحكام القانون المدني: (١٥، ٥٩، ٨٠، ١١٢، ١١٧) من قانون التجارة. وانظر: الخشروم، مرجع سابق، ص١٧.

والعرف، إلّا أنَّ تساؤلات عديدة تبرز هنا مِنْ مثْل: هل تقديم نصوص القانون التجاري على نصوص القانون المدني يشمل النصوص التجارية المكمّلة "المفسّرة"؟، وهل تُقدّم أحكام النصوص التجارية المكمّلة على أحكام النصوص المدنية الآمرة؟، وهل يُقدّم العرف التجاري على النصوص التجارية المكمّلة؟، وهل تقديم العرف التجاري على نصوص القانون المدني يشمل النصوص الآمرة والمكملة معًا؟ أم يقتصر على المكمّلة فقط؟، وهل يُستشفّ من صياغة نص المادة (٩٦) التي خلت، على خلاف المادة (٢) من ذكر العرف التجاري، أنّ نصوص القانون المدني تكون مقدّمة في التطبيق على العرف التجاري، إذ جاء فيها أنّه: "فيما عدا ما نص عليه هذا الكتاب تسري على الالتزامات والعقود التجارية الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني"؟.

أما قانون التجارة المطبّق في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٦، فقد وضع، في المادة الثانية منه، القانونَ المدنيَّ في المرتبة الثانية بعد القانون التجاري بقوله إنّه "إذا انتفى النص في هذا القانون فتُطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني، على أن تطبيق هذه الأحكام لا يكون إلا على نسبة اتفاقها مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري". ولكنّ الرجوع للقانون المدني كمصدر ثانٍ مشروط باتفاق أحكام القانون المدني مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري، فما هي هذه المبادئ المختصة بالقانون التجاري التي تُعد شرطًا لتطبيق أحكام القانون المدني؟ وهل تعني الإحالة إلى القانون المدني تقديمه على العرف التجاري في الوقت الذي تمّ فيه تقنين الأعراف التجارية وصدرت على شكل نصوص قانونية مكتوبة (قانون التجارة)؟ بمعنى آخر: ما شروط تطبيق القانون المدني كمصدر رسمي للحكم في المواد التجارية؟.

في الواقع إن الإجابة عن التساؤلات السابقة تحتاج لعرض مختلف اتجاهات الفقه حولها ومناقشتها، لكشف الغموض والالتباس في أولويّات ترتيب موقع أحكام القانون المدني كمصدر رسمي من مصادر القانون التجاري(٣٢).

أولاً: اتجاهات الفقه

تعددت اتجاهات الفقه(٣٣)، في ترتيب موقع القانون المدني بنصوصه الآمرة والمكمّلة بين مصادر القانون التجاري الرسمية، ويعود بعضها للغموض الوارد في

(٣٢) لمزيد من التفصيل راجع: زيادات، ترتيب مصادر الحكم الرسمية في قانون التجارة الأردني، مرجع سابق، ص٦٠٧ وما بعدها.

(٣٣) المرجع السابق، ص٦٠٦ و٦٠٧.

صياغة النصوص التشريعية المنظمة لهذه المصادر، ولا سيما في نصوص المواد (٢-٤) من قانون التجارة لسنة ١٩٦٦ المطبّق في الضفة الغربية، التي جاءت غير واضحة، وتباينت وجهات نظر الفقه حولها في مسألة ضبط مفهوم بعض المصطلحات المستخدمة، وتقديم مصدر على آخر، وفيما إذا كان على القاضي أن يرجع لنصوص القانون المدني، ولا سيما الآمرة، قبل العرف التجاري في الخصومة التجارية.

نلاحظ، في الوقت ذاته، أنّ تباين وجهات نظر الفقه في فهم وترتيب المصادر الرسمية للحكم في الخصومة التجارية الواردة في المادة الثانية من قانون التجارة الكويتي كان قليلاً إذ إنّ صياغة النص جاءت أكثر إحكامًا، على نحو أدى لتضييق الخلاف بينها في ترتيب المصادر، فهي متفقة مع الترتيب العام الوارد في النص والذي نُرجحهُ ونميل إليه، إلّا أن الإشكالية محل الخلاف هي بخصوص مسألة تقديم نصّ مكمّل "مفسّر" على عُرف تجاري، سواء أكان النص المكمّل تجاريًا أم مدنيًا، وكذلك في مسألة تقديم نص تجاري مكمّل على نص مدني آمر أو العكس، ولهذا سنعرض فيما يأتي للاتجاهات المتعلقة بتقديم نصوص القانون التجاري على نصوص القانون المدني:

أ – الاتجاه الفقهي المؤيّد لتقديم نصوص القانون التّجاري الآمرة والمكمّلة على نصوص القانون المدني(٣٤).

ذهب هذا الاتجاه إلى تقديم نصوص القانون التجاري الآمرة والمكمّلة على نصوص القانون المدني الآمرة والمكمّلة مستندًا إلى أنّ الخاص يقيد العام، وأن الإحالة في القانونين الكويتي ومقابله المطبّق في الضفة الغربية إلى نصوص القانون المدني باعتبارها أحد مصادر الحكم الرسمية له، ما يبرّره. ذلك أن القانون التجاري بقواعده الآمرة والمكمّلة هو قانون خاص انفصل عن القانون المدني لمبررات البيئة التجارية، فإذا ما عرض نزاع تجاري أمام القاضي يجب عليه أولاً أنْ يطبّق النصوص التجارية الآمرة إنْ وُجدتْ، فإذا لم تكن موجودة يتم تطبيق النصوص التجارية المكمّلة ما لم يتّفق المتعاقدان على خلاف القاعدة التجارية المكمّلة كونها تبيح مثل هذا الاتفاق.

(٣٤) انظر: حسني المصري، القانون التجاري الكويتي، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت١٩٥٥-١٩٩٦، ص٦٣،٦٤. أميرة صدقي، دروس في القانون التجاري، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨، ص١٤. محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري الأردني، الطبعة الأولى، دار عمّار، عمان، ١٩٨٥، ص ٢٤،٢٥. الخشروم، مرجع سابق، ص٨.

وهنا لا يكون أمام القاضي إلّا أنْ يطبّق اتفاق المتعاقدين(٣٥). وفي حال عدم وجود اتفاق يرجع القاضي إلى قواعد القانون المدني، هذا مع ملاحظة أنّ هذا الترتيب مقتصر على أولوية التطبيق عند تعلق الأمر بنصوص القانونين التجاري والمدني دون العرف التجاري الذي يُعدّ محلّ خلاف فقهي سنتناوله في المطلب الثاني، فيما إذا كان الرجوع للقانون المدني أولاً أم للعرف التجاري.

ب – الاتجاه الفقهي المؤيّد لتقديم نصوص القانون المدني الآمرة على نصوص القانون التّجاري المكمّلة(٣٦).

يحتج هذا الاتجاه بتقديم نصوص القانون المدنيّ الآمرة على نصوص القانون التجاريّ المكمّلة بالنظر إلى قوّتها الملزمة وعدم جواز الاتفاق على ما يخالفها، على نحو لا يترك مجالاً للتقدير سواء بالنسبة للمخاطب بالحكم القانوني أو بالنسبة للقاضي عندما يريد إنزال حكم القانون على الوقائع المعروضة أمامه(٣٧)، وبالتالي في حال وجود نص مدني آمر فإنّ الأولويّة في التطبيق تكون له حتى إنْ تعارض مع نصّ تجاريّ مكمّل مناسب في التطبيق على وقائع الخصومة التجاريّة المعروضة أمام القاضي.

وبقراءة متأنّية للنصوص التشريعية ذات الصلة في القانونين الكويتي ومقابله المطبّق في الضفّة الغربيّة، وللتطبيقات القضائية، فإنّنا نُرجّح الاتجاه الأول الخاص بتقديم نصوص القانون التجاري الآمرة والمكمّلة على نصوص القانون المدني الآمرة والمكمّلة، وفقًا لجملة من الشواهد والأسانيد القانونية نسوقها على النحو الآتي:

١ – جاءت صياغة المادة (٩٦) من قانون التّجارة الكويتي، والمادة (٢) من قانون التجارة المطبّق في الضفة الغربية واضحة بنصّهما على تطبيق أحكام القانون المدني في حال عدم وجود النص التجاري دون تفرقة بين نصّ آمرٍ أو نصّ مكمّل، كما أنّ الإحالة المباشرة في نصّ المادة (٩٦) بتطبيق أحكام القانون المدني على الالتزامات والعقود التجارية في حال عدم وجود نص تجاري، تؤكد تقديم النصّ التشريعي التجاري آمرًا أمْ مكمّلاً على النصّ التشريعي المدني، فيُفْهم من عموم

(٣٥) زيادات، مرجع سابق، ص٦٠٦. الخشروم، مرجع سابق، ص٨.

(٣٦) انظر: سميحة القليوبي، القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨، ص٣٢. زكي شعراوي، الوجيز في القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص١٩.

(٣٧) انظر في الصياغة القانونية من حيث الأسلوب: عبد القادر الشيخلي، فن الصياغة القانونية تشريعاً وفقهاً وقضاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص ٢٢.

العبارات المستخدمة في صياغة الجمل والاصطلاحات القانونية في النصّين أنها تسمح بتقديم النصّ التجاري آمراً أمْ مكملاً على النصّ المدني الآمر في الخصومة التجارية. ويؤيّد ما ذهبنا إليه صيغة نصّ المادة (١٢٢) من قانون التجارة المطبّق في الضفة الغربية بقولها: "إن العمليات المصرفية غير المذكورة في هذا الباب تخضع لأحكام القانون المدني المختصة بالعقود المختلفة الناجمة عن العمليات المذكورة أو العقود التي تتصف بها هذه العمليات".

ويلاحظ من هذه المادة أيضًا توجه المشرع نحو تطبيق القانون المدني كمصدر ثانٍ من مصادر الحكم الرسمية في حال وجود انتفاء النصّ التجاريّ الآمر والمكمّل، وهذا ما تؤكده محكمة النقض الفلسطينية في حكم لها بقولها إنه:" إذا كانت المبالغ المدّعى بها ناشئة عن علاقة تعاقدّية بين المصرف وبين المطعون ضدّه، وليست مرتبطة بعقد الاعتماد المالي، فتعتبر دَينًا متنازعًا عليه وتخضع لأحكام القانون المدني ولا يجوز قيدها في حساب الاعتماد المالي، ولا يجوز اعتبار قيود البنك بشأنها بيّنة قاطعة لإثباتها"[٣٨].

٢ – وردت نصوص كثيرة متفرقة في القانون التجاري تشير إلى أولويّة تطبيق النصّ التجاريّ المكمّل على النص المدنيّ الآمر، ومنها على سبيل المثال في القانون الكويتي، المادة (١/١٠٢) من قانون التجارة الكويتي التي نصّت على أنه: "للدائن الحق في اقتضاء فائدة في القرض التجاري ما لم يتفق على غير ذلك. وإذا لم يعيّن سعر الفائدة في العقد، كانت الفائدة المستحقّة هي الفائدة القانونية" (٧٪). ويتضح لنا عند النظر في هذا النصّ أنّ صياغته مكمّلة "مفسرة"، حيث يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على مخالفة حكمها، وبالرغم من أنها مكمّلة إلّا أنها تتقدّم في التطبيق على نصّ آمر تتعارض معه في القانون المدني هو نص المادة (١/٣٠٥) الذي يقضى بأنّه: "يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به". كما يتقدّم على النصّ المدنيّ الآمر الذي يقضي ببطلان تقاضي الفوائد مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام نصٌّ تجاري مكمّل ورد في المادة (٢/١٠٢) الخاصة بسريان الفوائد في

(٣٨) حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٤، منشور في المقتفي منظومة القضاء والتشريع في فلسطين على الرابط الآتي:
http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ShowDoc.aspx?ID=36393
تاريخ الدخول ١٥/٣/٢٠١٩.

حال تأخير سداد القرض، إذ جاء في نصّها: " فإذا تضمن العقد اتفاقاً على سعر الفائدة، وتأخر المدين في الوفاء، احتسبت الفائدة التأخيرية على أساس السعر المتفق عليه". إضافة إلى تقديم هذا النصّ على المادة (٣٠٦) من القانون المدني التي أجازت للمقرض طلب التعويض من المقترض في حال التأخير في السّداد وليس طلب فوائد تأخيرية[٣٩]، على نحو ما ورد في نص المادة (٢/١٠٢) تجاري.

٣ – إن معظم نصوص الكتاب الثاني من قانون التجارة هي نصوص مكمّلة، وهو ما جعل المشرّع الكويتي يحرص على تقديم تلك النصوص التجارية المكمّلة على نصوص القانون المدني الآمرة والمكمّلة[٤٠]، بموجب المادة ٩٦ من القانون التجاري التي نصّت بأنه: "فيما عدا ما نص عليه هذا الكتاب تسري على الالتزامات والعقود التجارية الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني".

ومن الأمثلة على ترجيح النصّ التجاري المكمّل على النص المدني الآمر في القوانين المطبّقة في فلسطين استحقاق الفائدة، فمن المعروف أن غالبية التشريعات المدنية تضمنت أحكامًا مغايرة للتشريعات التجارية في شأن جواز تقاضي فوائد على الديون المدنية والتجارية، إذ منعت بعض التشريعات المدنية بنصّ آمرٍ، ومنها القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ والقانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠، كما أسلفنا، جوازَ تقاضي فوائد على الديون المدنية[٤١]، وتبعًا لذلك فإنه إذا

---

(٣٩) نصّت المادة (٣٠٦) من القانون المدني الكويتي على أنه: "إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، ولم يقم المدين بالوفاء به بعد إعذاره، مع قدرته على الوفاء، وأثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة".

(٤٠) انظر: المصري، القانون التجاري الكويتي، مرجع سابق، ص٦٤.

(٤١) نصّت المادة (٦٤٠) من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا اشترط في عقد القرض منفعة زائدة على مقتضى العقد سوى توثيق حق المقرض لغا الشرط وصح العقد" في حين نصّت المادة (٣٠٥) من القانون المدني الكويتي على أنه: "١. يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به ٢. ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أياً كان نوعها اشترطها الدائن إذا ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلاً". والملاحظ بالرجوع لقرارات محكمة التمييز الأردنية أنها حكمت بالفائدة في قضايا مدنية عدة مبررةً ذلك على أساس أن الفائدة تعد بمثابة تعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن بسبب تأخر المدين في سداد دينه في الأجل المحدد، فقد قضت في أحد قراراتها بأنه: "تحتسب الفائدة القانونية باعتبارها تعويضًا عن =

تخلّف المدين بالتزام مدني عن الوفاء بالدَّين المستحقّ عليه، فإنه يُصْبح ملتزمًا فقط بدفع أصل الدَّين دون أن يلتزم بدفع أية فوائد تأخيرية.

أما في التشريعات المطبّقة في فلسطين فإنّ النصوص المتعلقة بالفائدة جاءت موزّعةً بشكل أساسي بين نظام المرابحة العثماني لسنة ١٣٠٤هجرية[٤٢] وقانون الربا الفاحش رقم (٢٠) لسنة ١٩٣٤[٤٣]، وقانون التجارة رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦، وقانون سلطة النقد الفلسطينية رقم (٢) لسنة ١٩٩٧، وهذه القوانين تجيز تقاضي فوائد على الديون ضمن بعض الضّوابط والشروط، فقد حدد نظام المرابحة العثماني في المادة الأولى منه الفائدة بنسبة لا تزيد عن٩٪[٤٤]، لكل الديون سواء أكانت مدنية أَمْ تجارية.

أما مجلة الأحكام العدلية التي تمثّل قواعد القانون المدني المطبقة في فلسطين فلم تعرف الفائدة، وهذا يتّفق مع موقف الشريعة الإسلامية التي تنظر إلى الفوائد – قلّت أو كثرت– على أنها ربا محرم[٤٥]، وبالنظر إلى أنّ قواعد المجلة مبنيّة على الفقه

= ضرر وفقًا لأحكام المادة (٣/١٦٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية من تاريخ إقامة الدعوى وفقًا لما استقر عليه اجتهاد محكمة التمييز بقرار الهيئة العامة رقم (٢٠٠٩/٢٤١٨) تاريخ ٢٠١٠/٦/١٤). تمييز حقوق رقم ٢٠١١/٣١٢٥(هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٨/٦/٨ منشورات مركز عدالة. وكذلك انظر تمييز حقوق رقم ٢٠٠٧/٢٩٠٧ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٨/٦/٨ منشورات مركز عدالة.

(٤٢) منشور في مجموعة عارف رمضان (الحكم العثماني) ص ٢٦٥، وهو مُلْغىً في قطاع غزة بموجب أمر بشأن قانون الفائدة العثماني الصادر في ٩ من رجب ١٣٠٤ هجرية (٩/٤/١٨٨٧) (منطقة قطاع غزة وشمالي سيناء) (رقم ٦٦٤) لسنة ١٩٨٠، المنشور في العدد ٤٣ من المناشير والأوامر والإعلانات (الاحتلال الإسرائيلي - قطاع غزة، بتاريخ ١/١٠/١٩٨١، ص ٤٠٨٥. وقد حل مكانه أمر بشأن الحكم بدفع الفائدة وفروق الارتباط (منطقة قطاع غزة) (رقم ٦٢٤) لسنة ١٩٧٩، المنشور في العدد ٤٢ من المناشير والأوامر والإعلانات (الاحتلال الإسرائيلي - قطاع غزة) بتاريخ ١٩٨٠/١٢/٣٠، ص ٣٩٧١.

(٤٣) منشور في العدد ٤٥٩ من الوقائع الفلسطينية (الانتداب البريطاني) بتاريخ ١٩٣٤/٨/١٧، ص ٢٦٢.

(٤٤) نصت المادة (١) على أنه: "اعتباراً من تاريخ نشر هذا النظام تعين تسعة في المائة فائدة سنوية حداً أعظم لكل أنواع المداينات العادية والتجارية". وانظر كذلك الأوامر العسكرية للاحتلال الإسرائيلي التي أعطت مراقب البنوك في فترة الإدارة المدنية صلاحية تحديد مقدار الفائدة بعملة الشيكل. وحددت سعراً أعلى لنسبة الفائدة بمقدار ١٠٪ شهرياً، ومنحت المحكمة صلاحية تقرريها بنسب أقل من ذلك بالنسبة للدعاوى التي موضوعها مبلغ نقدي لعملة الشيكل.

(٤٥) انظر موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن التأخير في المرجع الآتي: حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، رسالة ماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، ٢٠١١، ص ٤٧.

الحنفي، فإنّ هذا يفيد بتحريم تقاضي الفوائد على الديون بنصّ آمِرٍ، ولكن ذلك لا ينطبق على فوائد الديون التجارية طبقًا لأحكام قانون التجارة لسنة ١٩٦٦ المطبّق في الضفة الغربية الذي أجاز تقاضيها من حيث المبدأ في عدد من نصوصه(٤٦)، التي تُقدّم في التطبيق، وإنْ كانت مكمّلةً، على نصوص القانون المدني، ومنها على سبيل المثال ما نصّت عليه المادة ١١٠ بقولها: "إنّ الدفعات تنتج حتماً لمصلحة المسلم على المتسلم فائدة تحسب على (المعدل) القانوني إذا لم تكن معينة بمقتضى العقد أو العرف"، وكذلك المادة (٣/١١٥) التي نصّت على أنه: "..وتجب الفائدة عند الاقتضاء ابتداء من اليوم الذي يلي كل إيداع إنّ لم يكن يوم عطلة ولغاية النهار الذي يسبق إعادة كل مبلغ ما لم يكن هناك اتفاق مخالف"(٤٧).

هذا الاتجاه أكدته محكمة التمييز الكويتية بقولها إنّ: " الرجوع إلى القانون العام في حالة وجود قانون خاص غير جائز إلّا فيما فات تنظيمه في القانون الخاص"(٤٨)، وأكدته أيضًا محكمة التمييز الأردنية بقولها(٤٩): "لا تطبق مجلة الأحكام العدلية لأنه لا يُصار الرجوع إلى المجلة بوصفها القانون المدني إلا في حال عدم وجود نص في القوانين التجارية، نظراً لما بين المعاملات المدنية والتجارية من فارق، ولأن القانون التجاري البري يعتبر قانونًا خاصًا بالنسبة للمعاملات التجارية، ويجب إعمال أحكامه في حالة تعارضها مع أحكام المجلة".

(٤٦) انظر لمزيد من التفصيل: أحمد سليمان زايد وآخرون، موقف قانون التجارة الأرني من الفوائد في الأعمال المختلطة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الثامن، ٢٠١٣، ص٥٢ وما بعدها.

(٤٧) انظر كذلك: نصوص المواد (٢/١٢١، ٤/١٢٨، ٢٣٥) من قانون التجارة لسنة ١٩٦٦.

(٤٨) اجتهاد محكمة التمييز الأردنية (محكمة الاستئناف العليا) طعن تجاري رقم ٨٣/٦٢، مجلة القضاء والقانون، العدد ٣، السنة ٨، ١٩٨٤، ص ٨٣.

(٤٩) اجتهاد محكمة التمييز الأردنية حقوق رقم ٦٥/٢٤٤، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، لسنة ١٩٦٥، ص ١٦١٨. وكذلك قرار آخر لمحكمة التمييز الأردنية رقم٨٦/٢٠٠٥، الصادر بتاريخ ١٢/٥/٢٠٠٥ والذي جاء فيه ما نصّه: "إذا لم يوفِ أحد العاقدين بما وجب عليه للآخر جاز للعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه.....، وحيث إن الشركة المدّعية لم توجّه إنذاراً للجهة المدّعى عليها بأن البضاعة جاهزة وعليهم استلامها خلال مدّة معينة، وإنما قامت ببيع البضاعة أولاً ثم وجّهت للمدّعى عليهم إنذاراً عدلياً يطلبون فيه بالتعويض عن الخسائر مما تغدو مطالبتها على هذا النحو مخالفة للقانون، وذلك لأن القانون رسم طريقاً خاصاً لإعذار الشخص الذي تخلّف عن تنفيذ العقد والإجراءات التي عليه اتّباعها، وبذلك يكون ادّعاء الشركة المدّعى بأنها أعلمت الجهة المدعى عليها باستلام البضاعة مخالفاً للقانون، كما أنّ إثبات العرف يقع على مدّعيه".

ثانيًا: شروط تطبيق نصوص القانون المدني كمصدر رسمي

بناءً على الأدلّة المقدّمة بخصوص أولويّة ترتيب تطبيق نصوص القانون المدني الآمرة على نصوص القانون التجاري المكمّلة، فإننا نخلص إلى أنه يشترط لتطبيق أحكام القانون المدني كمصدر رسمي ما يأتي:

١ – عدم وجود نصّ آمر أو مكمّل في قانون التجارة والقوانين المكمّلة له ينظّم، بوضوح، المسألةَ محلّ النزاع، فلا يجوز الرجوع للقواعد المدنيّة –حتى الآمرة منها– إذا لم تتّفق مع النصوص التجارية ولو كانت مكمّلة (مفسرة).

٢ – أن يكون تطبيق أحكام القانون المدني منسجمًا مع مقتضيات التجارة في زماننا وما تستلزمه من بساطة في الإجراءات وسرعة في إبرام المعاملات، لا سيما عند الرجوع إلى تطبيق بعض الأحكام مثل أحكام عقد الكفالة المنصوص عليها في القانون المدني لحكم أركان وشروط خطابات الضمان المصرفية، وقواعد المسؤولية التقصيريّة في دعوى المنافسة غير المشروعة، والقواعد العامة في عقد البيع بخصوص البيوع التجارية وبيع المتجر وغيرها.

المطلب الثاني
أولويّة تطبيق العرف التّجاري على النّصوص التشريعيّة

العرف التجاري هو أحد مصادر القانون التجاري المهمّة في مجال حكم التعاملات التجاريّة، ويُقصد به: مجموعة القواعد التي درج التُّجّار على اتباعها فترة طويلة من الزمن في تنظيم معاملاتهم التجارية، معتقدين بإلزاميتها وضرورة احترامها كالنصّ التشريعي تماماً[٥٠]. ومن المعلوم أنّ للعرف في المسائل التجارية أهميةً خاصة، لكون الغالبية العظمى من قواعد القانون التجاري نشأت كأعراف متّبعة بين التُّجّار ثُمّ دُوِّنتْ هذه القواعدُ في نصوص تشريعية، ويحتلّ العرف التجاري مكانة هامّة جدًا في الحياة التجارية، فهو أقدر على تحقيق متطلّبات الحياة التجارية السريعة من التشريع[٥١] الذي يحتاج إلى إجراءات لتعديله أو إصداره[٥٢]. ومن الأمثلة على ذلك، الحسابات الجارية والاعتمادات المستندية،

(٥٠) هنالك العديد من القواعد الكلية التي أظهرت أهمية العرف وتضمنتّها مجلة الأحكام العدلية، خاصة ما نصّت علية المواد (٤٣–٤٥) منها، والتي مؤدّاها ما نصّه أن: "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص" و"المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" و" المعروف بين التجار كالمشروط بينهم".

(٥١) انظر: محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، النظرية العامة، الأشخاص، إثبات الحقوق، الطبعة الأولى، تونس، ٢٠٠٤، ص٩٢.

(٥٢) انظر في ذلك: قرار المحكمة العليا في غزّة بصفتها محكمة نقض رقم ٢٠٠٥/١٣٦ والصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٣/٣. وكذلك الخشروم، مرجع سابق، ص٢١.

وخطابات الضّمان المصرفيّة، التي ما زالت محكومة بقواعد عرفيّة، فضلاً عن أنه إذا كان العرف التجاري موحدًا ثابتًا غير منافٍ للأخلاق الحميدة والنّظام العام كانت له القوة نفسها التي للتشريع التجاري ويصبح جزءًا لا يتجزّأ منه(٥٣). والتساؤل الذي يحتاج إلى إجابة هو: ما الحكم عند تعارضهما في الحكم على مسألة ما إذا كانت قوّتهما واحدة؟ وهل يختلف الأمر في حالة كان التعارض مع نصّ تشريعيّ مدني؟.

نصّت المادة (٢) من قانون التجارة الكويتي على أنه: "مع مراعاة ما نصّ عليه في المادة ٩٦ تسري على المسائل التجارية قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية، ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام، فإذا لم يوجد عرف تجاري طبقت أحكام القانون المدني".

يلاحظ أنّ هذا النص وضع العرف التجاري في مكانٍ مميّز محدّد، فلم يغفل دوره في تنظيم العلاقات التجارية وفي تأكيد أن كثيرًا من قواعد قانون التجارة عبارة عن أعراف سابقة، وهذه المكانة تتمثّل في وضعه في المرتبة الثانية ومباشرة بعد النصّ التشريعي التجاري – سواء ورد النص التشريعي في قانون التجارة بعينه أو ورد في القوانين المكمّلة له – وقبل النصّ التشريعي المدني، كما يظهر من آخر النصّ المقتبس سابقًا أنّ المشرع الكويتي أراد أن يحسم مسألة تقديم نصوص القانون المدني الآمرة على العرف التجاري، حيث استخدم المشرّع عبارة سليمة من حيث الصياغة التشريعية بقوله: "فإذا لم يوجد عرف تجاري طبّقت أحكام القانون المدني"، وهذا ينسجم مع طبيعة قواعد العرف التجاري الملزمة، لذا لا غرابة في تقديمه في الترتيب على نصوص القانون المدني حتى وإن كانت آمرة، بالنظر إلى أنّ قواعده لها نفس قوّة النصوص أو التشريعات التجارية(٥٤)، وتُشكّل إلى جانب أحكام القانون التجاري والقوانين المكمّلة له مجموعة من القواعد التي تحكم المعاملات التجارية القائمة على السرعة والائتمان.

لقد كان مسوَّغًا تقديمُ العرف التجاريّ في التطبيق على نصوص القانون المدني الآمرة باعتبار أنه جزء من كيان قانون التجارة(٥٥)، والخاص (نصوص قانون التجارة

(٥٣) انظر: عادل بن عبد القادر قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية، الطبعة الأولى، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدّة، ٢٠٠٨، ص٦٩.

(٥٤) انظر: عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، الطبعة الرابعة، مكتبة القاهرة، ١٩٦٥، ص١٩٦.

(٥٥) المصري، القانون التجاري الكويتي، مرجع سابق، ص٦٤.

وقواعد العرف) يقيّد العام (قواعد القانون المدني). ويعزّز تقديم العرف التجاري على القانون المدني في أولويّة التطبيق ما تضمّنته المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الكويتي(٥٦)، بقولها:" ... وفيما عدا هذه الأحكام التي أمْلتها طبيعةُ التجارة (أي الأحكام التشريعية والعرفية التجارية) فإنّ النظرية العامة للالتزامات المدنية هي المرجع الأساسي الذي يستمّد منه القانون التجاري أصوله العامة، ويعتبرها متمّمة له فيما لم يَرِدْ فيه حكْمٌ خاص".

ومع أنّه لا خلاف أيضًا في الفقه(٥٧) حول تقديم النصّ التجاري الآمِر في التطبيق عند التعارض مع العرف التجاري، إلّا أنّنا نتساءل هنا هل يُفهم من نصّ المادة الثانية من قانون التجارة الكويتي تقديم النصّ التجاريّ المكمّل" المفسر" أيضًا على العرف التجاري؟.

في الواقع ذهب بعض الفقه(٥٨)، ممن تعرض لشرح هذا النصّ إلى تقديم العرف التجاري على النصّ التجاري المكمّل، وقد سار في ذات الاتجاه آخرون من شراح القانون التجاري(٥٩)، بالنظر إلى أنّ النصّ التجاري المكمّل يجوز الاتفاق على خلافه كونه لا يتعلّق بالنظام العام والآداب.

ولعلّه من الصّعب أنْ نتّفق مع ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه في تقديم العرف التجاري على النصّ التجاري المكمّل في نطاق نصّ المادة الثانية من قانون التجارة الكويتي، وذلك للأسباب الآتية:

١ – إنّ المادة الثانية من قانون التجارة الكويتي تتحدّث عن الدور الأصلي للعرف في حال عدم وجود النصّ التشريعي التجاري، حيث يقوم العرف بدور أصليّ مستقل عن التشريع، وتطبيقه لا يكون بناء على إحالة من نصّ تشريعي، وإنما لكونه مصدرًا رسميًا واجب التطبيق أصلاً في جميع الحالات التي لا ينظّمها التشريعُ التجاري بنصوص آمِرة أو مكمّلة، إذ إنّ وجود النص التشريعي التجاري يخفي

(٥٦) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الكويتي الجديد، مطبوعات لجان تطوير التشريعات، ص٢٥٤.

(٥٧) المصري، القانون التجاري الكويتي، مرجع سابق، ص٦٤. الخشروم، مرجع سابق، ص١٥. محمد بهجت عبد الله قايد، القانون التجاري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠/١٩٩١، ص٢٢. عزيزي العكيلي، شرح قانون التجارة الكويتي، الجزء الأول، الكويت، ١٩٨٨، ص٥٣.

(٥٨) المصري، القانون التجاري الكويتي، مرجع سابق، ص٦٥.

(٥٩) الخشروم، مرجع سابق، ص١٥.

القاعدة العرفية التجارية[٦٠]، فقد قضت محكمة التمييز الكويتية بخصوص مكانة العرف من مصادر القانون بأنه: " لا ينشأ إلّا في غياب النص القانوني، ولا يمكن أن يعارض النصوص القانونية النافذة"[٦١]. كما قضت محكمة التمييز الكويتية في حكم آخر لها بأنه: " لا يجوز التحدي بالعرف إلّا إذا خلا التشريع من نصّ يمكن تطبيقه على المسألة المطروحة، ولا يكفي عدم وجود تشريع خاص بتنظيم المسألة محل النزاع للقول بوجود قصور في التشريع القائم..."[٦٢] .

يلاحظ من المطالعة الدقيقة لهذه المادة أنها لا تتحدث عن الدور التبعي للعرف، فقد يحدث في نصوص أخرى داخل قانون التّجارة أو القوانين المكمّلة له أن يُحيل النصُّ إلى العرف، ليعطيه أولويّة في التطبيق بدلاً منه، وهذا بالنسبة لبعض النصوص المكمّلة التي وردت فيها إشارة للعرف، مثل نص الماده (١٣٢) من قانون التجارة الكويتي بقولها:".... وفي غير هذه الحالة يكتفى بإنقاص الثمن أو بتكملته تبعاً لنقص أو زيادة الكمية أو الصنف. **وهذا كله ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف**"، فهذا النص يجيز مخالفته باتفاق الأفراد، كما يجوز للعرف أيضًا أن يخالفه، والعرف في هذه الحالة يكون له دورٌ مكمّلٌ يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفته، إضافة إلى أنه لا يلغي القاعدة التشريعية، وإنما يوجد بجانبها بحيث يجوز للأفراد استبعاد حكمه والاتفاق على تطبيق النص التشريعي[٦٣].

٢ – إنّ نصّ المادة الثانية من قانون التجارة الكويتي جاء عامًا مطلقًا ولم يفرّق بين النصّ التجاري الآمِر والنصّ التجاري المكمّل في ترتيب أولويّة تطبيقهما وتقديمهما على العرف التجاري، وذلك بقولها: "... تسري على المسائل التجارية قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية..." . فالعبارة وردت واضحة الدلالة تدل على ما فيها بصيغتها ذاتها، ولا يتوقف فهمها على أمر خارجي خارج نطاق كلماتها، حتى يتم التفرقة فيها بين النصّ الآمِر والنصّ المكمّل، وإن كان هنالك من تفسير فلا بُد من تفسير النصّ على ضوء العلة التي دعت إلى وضعه وهي ترتيب أولوية تطبيق

(٦٠) أبو الليل، مرجع سابق، ص١٦٢- ١٦٤.

(٦١) تمييز حقوق رقم ١٠/٤/١٩٨٩، مجلة القضاء والقانون، قاعدة رقم ٨٨، ٩/١٩٩٥، ص٢٩٩، مشار له في المرجع السابق، ص١٦٤ هامش ١.

(٦٢) تمييز حقوق رقم ٩٣/١٦٨ تجاري، مجلة القضاء والقانون، الجزء الثاني، السنة الثانية والعشرون، يوليو ١٩٩٩م، ص٣١.

(٦٣) انظر بخصوص العرف المخالف للتشريع: أبو الليل، مرجع سابق، ص١٦٦.

المصادر الرسمية للحكم في الخصومة التجارية من قِبَلِ القضاء، وقد حلّ نصُّ المادة الثانية ذلك بترتيب المصادر ترتيبًا منطقيًا ينسجم مع طبيعة المعاملات التجارية وما تقتضيه من سرعة وائتمان.

٣ – إنّ كثيرًا من نصوص القانون التجاري نصوصٌ مكمّلة، ولا يَسوْغُ تفضيل العرف عليها في ترتيب أولويّة التطبيق وقد كانت أعرافًا قبل تقنينها، كما أن الاحتجاج بتقديم العرف التجاريّ على النصّ التجاريّ المكمّل لتعلق العرف التجاري بالنّظام العام والآداب ومساسه بالمصلحة العامة، فيه تناقض واضح مع القول بتقديم النصّ التّجاري المكمّل على النصّ المدنيّ الآمِر، إذ إن الأخير يتعلّق، أيضًا وأساسًا بالنظام العام والآداب، كما أنّه لا يجوز الاتفاق على مخالفته، خلافًا للنصّ التّجاري المكمّل، ومع ذلك ذهب غالبية الفقه كما أَسلفنا إلى تقديم النصّ التّجاري المكمّل على النصّ المدني الآمِر.

٤ – يجوز للأطراف استبعاد تطبيق العرف التّجاري غير المتعلّق بالنظام العام والآداب(٦٤)، وهو ما أكّدتْه محكمةُ التمييز الكويتية بقولها:" ومن المقرّر أنه لا وجه للاستناد إلى العرف إذا اتّفق الطرفان في العقد الذي يربطهما على خلافه"(٦٥). ويفهم من هذا الحكم تقديم الاتفاق الخاص بين الطرفين على العرف التجاري الذي يُعدّ اتفاقًا عامًا، وهذا منطقي بالنظر إلى أنه ليس جميع الأعراف متعلّقة بالنظام العام والآداب، فبعضها مكمّلة "مفسّرة"(٦٦)، ويقوّي حجّتنا في ذلك أيضًا نصّ المادة (١/٤) من قانون التجارة المطبّق في فلسطين إذ جاء فيه: "١– على القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري، أن يطبق العرف السائد إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف..."، وبالتالي لا غرابة في تقديم النصّ التشريعيّ التجاريّ آمراً أم مكمّلاً عليها، فإذا ترتّب على العمل بالعرف تعطيلٌ لنصّ تجاريّ لم يكن عندئذ للعرف اعتبار، أما إذا لم يترتّب على هذا العرف التجاريّ تعطيلٌ فهو عُرْفٌ معتبر في أولوية التطبيق(٦٧).

---

(٦٤) المصري، القانون التجاري الكويتي، مرجع سابق، ص٦٦.

(٦٥) تمييز حقوق رقم ٩٩/ ١٩٨٤ تجاري، مجلة القضاء والقضاء، العدد الثاني، السنة ١٣، مارس ١٩٩٠، ص٢٨.

(٦٦) انظر: محمد جمال مطلق ذنيبات، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢، ص٩٨.

(٦٧) انظر: درّة الجليدي بوشماوي، عقود المالية الإسلامية والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس ٢٠١٧، ص٣١٧.

كما يستشفّ تقديمُ النصّ التشريعيّ التجاريّ آمراً أم مكمّلاً على العرف التجاري من حُكْم آخرَ لمحكمة التمييز الكويتية التي قضت فيه بأنه:" إذا لم يحدّد القانون أجرَ السمسار فإنّ الأصل أن يعيّن أجره بالاتفاق بينه وبين العميل الذي يفوّضه في السعي لإبرام الصفقة، وإذا لم يبين الأجر في الاتفاق وقام النزاع بين العميل والسمسار في شأنه وجب على القاضي تعيينه على مقتضى العُرف، فإذا لم يوجد عُرف قدّره القاضي مراعيًا ما بذله السمسار من جُهد وما صرفه من وقت"(٦٨).

وبالإضافة إلى ما تَقدّم يبرزُ تساؤلٌ آخَرُ هو هل يفهم من عدم ذكر المادة (٩٦) من قانون التجارة الكويتي للعرف التجاري، على خلاف المادة (٢) سالفة الذكر، أنّ نصوص القانون المدني تكون لها الأولويّة والتَقدم على العرف التجاري في التّطبيق؟ فبالعودة إلى المادة (٩٦) يلاحظ نَصُّها الذي يقول: "فيما عدا ما نصّ عليه هذا الكتاب تسري على الالتزامات والعقود التجارية الأحكامُ المنصوصُ عليها في القانون المدني". وفي سبيل الإجابة عن هذا التساؤل يَحسُنُ توضيح جُملةً من الأمور(٦٩):

١ – إنّ النصّ الأساسي لترتيب مصادر الحكم التجارية هو نص المادة الثانية وليس نصّ المادة (٩٦)، وبالتالي فإنّ عدم ذكر العرف التجاري ليس دليلاً على تقديم نصوص القانون المدني الآمِرة عليه.

٢ – إنّ كثيرًا من نصوص الكتاب الثاني المتعلّق بالالتزامات والعقود التجارية تحيل إلى العرف التجاري، ومنها على سبيل المثال نصوص المواد(١٠٠،١٠٧، ١٣٠، ١٥٠، ١٧٣،...)(٧٠). فضلاً عن أن غالبية قواعد هذا الكتاب تَجِدُ أصْلَها في العرف التجاري، وبالتالي لها أسبقية في الترتيب وأَولويّة في التّطبيق على نصوص القانون المدني الآمِرة، ومنها قاعدة تضامن المدينين بِدَين تجاريّ المنصوص عليه في المادة (٩٧)، وقاعدة عدم جواز منح مهلة للوفاء بِدَين تجاريّ أو تقسيطه إلّا

(٦٨) تمييز حقوق رقم ١٩٨٦/٤٨ تجاري، مجلة القضاء والقانون، العدد الثاني، السنة الرابعة عشرة، ديسمبر، ١٩٩٣م، ص١٤٦.

(٦٩) المصري، القانون التجاري الكويتي، مرجع سابق، ص٦٥.

(٧٠) مثلاً انظر: المادة (١٠٠) من قانون التجارة الكويتي التي نصّت على أنه:" إذا قام التاجر لحساب الغير بأعمال أو خدمات تتعلق بنشاطه التجاري اعتبر أنه قام بها مقابل عوض، ما لم يثبت عكس ذلك. ويعين العوض طبقاً للعرف. فإذا لم يوجد عرف قدر القاضي العوض". وكذلك نص المادة (١٠٧) التي نصّت على أنه: "لا تجوز المطالبة بوفاء الالتزامات التجارية إلا في ساعات العمل التي يجري عليها العرف". ويتّضح منهما بشكل جليّ مكانة العرف وتقديمه حتى على النص المدني الآمر.

في الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون، أو اقتضت ذلك ضرورة قصوى طبقاً للمادة (١٠٩)، وقاعدة تراكم فوائد الحساب الجاري المنصوص عليها في المادة (٢٩٧)، وقاعدة جواز إعذار المدين ببرقية أو بكتاب مسجّل مصحوب بعلم الوصول المنصوص عليها في المادة (١٠٨)، وهذه قواعد تجارية تُقدَّم على قواعد القانون المدني ولو كانت آمرة.

٣ – إنّ تقديم العرف التّجاري على نصوص القانون المدني الآمِرة له ما يبرّره، بالنظر إلى أن قواعد العرف التجاري تدعم السّرعة والائتمان، وتساير التطوّرات المتواصلة في البيئة التجارية، وقد لعبت دوراً هاماً في كثير من المعاملات التجارية كعقود النقل ووكالات التوزيع، ولا سيما في الكويت، وذلك لصمت المشرّع عن معالجة بعض العمليات التجارية سلفاً كعمليات المصارف[٧١] .

ويلاحظ من مجمل ما تقدّم عن دور العرف ومكانته وترتيبه بين مصادر الحكم التجارية الرسمية أنّ العرف في قانون التّجارة الكويتي يأتي، من حيث الأهمية، بَعْدَ نصوص قانون التجارة وقوانينه المكمّلة له الآمِرة والمفسّرة، وقبلَ نصوص القانون المدني الآمِرة والمكمّلة "المفسّرة". وبالرغم من أنّ عبارات نصّ المادتين (٢، ٩٦) قد تؤدّي إلى تحليلات فقهية متباينة، إلّا أننا نرى أنّ مَنْ يدقّق في بناء جُملها التشريعية وصياغتها، ويحيط بفلسفة السياسة التشريعية من وراء الترتيب الوارد فيها يصل إلى نتيجة مفادها أنّ هذا الترتيب ينسجم مع طبيعة ما تحتاجه التعاملات التجارية من قواعد حاكمةٍ تناسب ما تقوم عليه من سرعة وائتمان، ويعطي للعرف مكانته التي يستحقّها بين مصادر الحكم التجارية الأخرى.

أمّا بالنسبة لقانون التجارة المطبّق في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٦م، فإنّ الأمر مختلف تمامًا إذ إنّه، كما سبق أن ذكرنا في مقدمة البحث، هناك إشكاليات كبيرة في صياغة النّصوص المتعلّقة بالمصادر الرّسمية للحكم في الخصومة التجارية، وأيضًا في تحديد ترتيب العرف ومكانته بينها، وأبرز هذه الإشكاليات وجودُ بعض العبارات الغامضة التي تحتمل أكثر من تفسير، وكذلك وجود تعارض بين نصوص موادّ ذات التشريع في ترتيب العرف التجاري، وليس بين المصادر الرسمية فحسب، بل بين المصادر الاسترشادية أيضاً؛ لذلك فإنّ بحث تقديم العرف التجاري على نصوص القانون المدني الآمِرة والمكمّلة، يقتضي عرض النّصوص ذات الصّلة في قانون

(٧١) انظر: خليل فيكتور تادرس، شرح القانون التجاري الكويتي/ دراسة مقارنة بالقانون المصري والفرنسي وبعض الدول العربية، مطبوعات كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، ٢٠١٦، ص٢٠.

التجارة لسنة ١٩٦٦م لبحث المعالجة التشريعية لترتيب العرف في هذه النصوص، ومن ثم تقويمها لمعرفة أولويّة ترتيب المصادر الرسمية في حكم التعاملات التجارية.

لقد نصّت المادة (٢) على أنّه: "إذا انتفى النص في هذا القانون فتُطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني؛ على أن تطبيق هذه الأحكام لا يكون إلا على نسبة اتفاقها مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري". ونصّت المادة (٣) منه على أنّه: "إذا لم يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه فللقاضي أن يسترشد بالسوابق القضائية واجتهاد الفقهاء وبمقتضيات الإنصاف والعرف التجاري. ونصّت المادة (٤) على أنّه: "١-على القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري، أن يطبق العرف السائد إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف أو كان العرف متعارضاً مع النصوص القانونية الإلزامية ٢- ويعد العرف الخاص والعرف المحلي مرجحين على العرف العام".

يلاحظ من صياغة نص المادة (٢) أنها أتت ملتبسة وغامضة في تحديد أيّ الترتيب أوْلى في تطبيق المصادر الرسمية للحكم في الخصومة التجارية، ولا سيما لجهة تحديد المقصود بالمبادئ المختصّة بالقانون التجاري التي وردت في آخر المادة، لأنه بناءً على تحديدها سيتمّ تحديد من الأولى في التطبيق، نصوص القانون المدني أم العرفُ التجاريّ؟ فإذا حُدِّدتْ على أساس أنها قواعدُ السرعة والائتمان، فهذا يعني أنّ نصوص القانون المدني تتقدّم في الحكم بها على العرف التجاري، أمّا إذا حُدِّدتْ على أساس أنّها العرف التجاري، فهذا يعني تقديم العرف التجاري على نصوص القانون المدني عند الحكم.

ولقد أثارت صياغة هذه العبارة اختلافات بين الفقه وشرّاح القانون، فظاهر صياغة النصّ حسم تَصدُّر نصوص القانون التجاري كأوّل مصدر رسميّ يجب على القاضي الرجوع إليه، ولكنه لم يحسم أنّ نصوص القانون المدني هي المصدر الثاني بالنظر إلى وجود ضابط يجب التأكد منه، وهو ما ورد بصيغة أنّ تطبيق هذه الأحكام (أي أحكام القانون المدني) لا يكون إلا على "نسبة اتفاقها مع المبادئ المختصّة بالقانون التجاري"، فضابط التطبيق هو نسبة اتّفاقها مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري.

لذلك، ولحسم الأمر، ذهب بعض الفقه إلى القول بأنّ المقصود بالمبادئ المختصّة بالقانون التجاري هو العرف التجاري، وذلك لنصرة التصوّر القائل بأنّ للعرف أولويّة في التطبيق على القانون المدني(٧٢)، في حين ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى القول بأنّ

(٧٢) انظر: علي البارودي، محاضرة بعنوان، العرف التجاري، مكانته ودور القضاء في احترامه وتطويره، ألقيت في نقابة المحامين الأردنيين، منشورة في مجلة النقابة، العدد الأول، السنة الخامسة والثلاثون، ١٩٨٧، ص١٣. الخشروم، مرجع سابق، ص٢٩.

المقصود بهذه المبادئ مقتضيات التجارة التي تقوم على قواعد دعم السّرعة وقواعد دعم الائتمان[٧٣]، وقد استند هذا الاتجاه إلى نصوص قانون التجارة في المواد (٥١، ٥٣، ٥٥، ٥٦، ٥٧) التي تضمّنت عددًا من القواعد الكلّيّة بهدف دعم مبدأي السّرعة والائتمان، منها: ١. قاعدة حرّيّة الإثبات في المسائل التجارية ٢. قاعدة تضامن المدينين بدَينٍ تجاري ٣. قاعدة عدم جواز منح مهلة وفاء في الديون التجارية ٤. قاعدة انتفاء صفة التبّرع في العمل التجاري. وأضاف أنه لو كان قصدُ المشرّع العرفَ التجاريَّ، كما أشار أصحابُ هذا الاتجاه، لنصَّ المشرّعُ على ذلك صراحةً وسمّى الأمورَ بأسمائها.

وإننا إذ نميل إلى ترجيح الرّأي الأوّل الذي ذهب إلى أنّ المقصود بالمبادئ المختصة بالقانون التجاري هو العرف التجاري، فلأسباب نراها وجيهةً، وأهمُّها ما يأتي:

١ – إن من أسباب انفصال القانون التجاريّ عن القانون المدنيّ هو ضرورة وجود قانون ينظّم الأحكام التي تستلزمها طبيعة التعاملات التجارية وما تقتضيه من سرعة وائتمان، وبالتالي إذا كانت قواعد التجارة ذاتها بُنِيَتْ على قاعدتي السّرعة والائتمان، فما الداعي لكي ينصَّ عليها المشرّعُ في المادة (٢) مرةً أخرى باستخدام عبارة "المبادئ المختصّة بالقانون التجاري" لا سيّما وأنّه جعل ترتيب القانون المدني تاليًا له بقوله: "إذا انتفى النصّ في هذا القانون فتُطبّق على المواد التجاريّة أحكام القانون المدني..."؟ وبالتالي من الصّعب أنْ يُفْهَم قصدُ المشرّع إلّا أنّه كان، في الحقيقة، يتحدث عن مصدر آخر غير نصوص القانون المدني ونصوص القانون التجاري، وهذا المصدر هو العرف التّجاري نظرًا إلى أنّ قواعد القانون التجاري ذاتها هي عبارة عن أعراف سابقة، وأنّ الأعراف التجاريّة الأخرى تُشكل جزءاً من الكيان القانوني لقانون التجارة، وبالتالي الرجوع للعرف التجاري أولاً له ما يبرّره، لا سيّما وأنّ قواعده تتوافر فيها ميزتا السرعة والائتمان.

٢ – يُستفاد من القواعد الكلّيّة المنصوص عليها في مجلّة الأحكام العدلية المطبّقة في فلسطين أنّ رجوع القاضي إلى القانون المدني في حالة عدم وجود نصّ في قانون التّجارة والقوانين المكمّلة له سيقوده ثانية إلى العودة لتطبيق العرف التّجاري كمصدر ثانٍ باعتباره نصًا مفترضًا في قانون التجارة طبقاً لقواعد المجلّة الكلّيّة التي مؤداها "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص" و"المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا" و"المعروف بين التجّار كالمشروط بينهم"[٧٤] .

(٧٣) زيادات، "ترتيب مصادر الحكم الرسمية في قانون التجارة الأردني،" مرجع سابق، ص٦٠٧.
(٧٤) انظر المواد (٤٣-٤٥) من المجلة.

٣ – إن استناد أصحاب الاتّجاه الثاني، لتدعيم توجههم بأنّ المبادئ المختصّة هي قواعد السّرعة والائتمان، إلى نصوص قانون التّجارة في المواد (٥١، ٥٣، ٥٥، ٥٦، ٥٧) التي تضمّنت عددًا من القواعد الكلّيّة بهدف دعم مبدأي السّرعة والائتمان، لا يشكّل سنداً كافيًا لتحليلهم ودعم توجّههم؛ ذلك أنّ هذه القواعد انبثقت عن العرف التّجاري ذاته وخاصة قاعدة تضامن المدينين بِدَين تجاري، وقاعدة عدم جواز منح مهلة وفاء في الديون التجارية، وقاعدة انتفاء صفة التّبرع في العمل التجاري، فهي كلّها قواعدُ عرفية تُقَّدمُ في أولويّة التطبيق على نصوص القانون المدنيّ الآمرة.

٤ – ويُعزّز رأْيَنا أيضًا، ما تضمّنتْهُ المذكرة الإيضاحية لقانون التّجارة الكويتي التي استخدمت مصطلحًا آخرَ غيرَ "المبادئ المختصّة بالقانون التجاري" وهو مصطلح "**الأحكام التي أمْلَتها طبيعةُ التجارة**" مبيّنة أنها "**الأحكام التشريعية والعرفيّة التّجاريّة**" في سياق توضيحها مضمونَ قانون التجارة بالقول أنّه(٧٥): "يقتصر على معالجة بعض الأحكام التي تستلزمها طبيعةُ المعاملات التجارية، وما تقتضيه من السّرعة والثقة والائتمان والخضوع لأعراف دَرَجَ عليها التعاملُ التّجاري واستقرّتْ في الحياة التّجارية من قديم الزمان، وفيما عدا هذه الأحكام التي أَمْلتها طبيعةُ التجارة (أي الأحكام التشريعية والعرفيّة التّجاريّة) فإنّ النظريّة العامّة للالتزامات المدنية هي المرجع الأساسي الذي يستمد منه القانون التجاريّ أصوله العامة ويعتبرها مُتمّمةً له فيما لم يرد فيه حُكْمٌ خاص".

فإذا عدنا إلى المادة (٢) من قانون التّجارة، موضع الخلاف، نقول: إنّ ما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون التّجارة الكويتي يُعينُ على ترجيح المعنى الذي ذهبنا إليه، وهو أنّ الأحكام التشريعية والعرفيّة التّجاريّة تُشكلان، مع بعضهما بعضًا، المبادئ المختصّة بالقانون التّجاريّ، كما يُعدُّ الاتّفاق معها شرطًا لتطبيق أحكام القانون المدني. ونتجاوز هنا عمّا يقوله أصحابُ الرأي الآخر من الفقه، من أنّ عدم ذكر العرف التجاري في المادة (٢)، مع ذكره في المادتين (٣،٤) يُرجِّحُ أنّ قصد المشرّع بالمبادئ المختصّة بالقانون التجاري هو قواعدُ السّرعة والائتمان وليس العرف التّجاريّ؛ لأنّنا حتّى لو افترضنا ذلك لم يكن هذا الاحتمال مقبولاً في تسويغ استبعاد

(٧٥) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الكويتي الجديد، مطبوعات لجان تطوير التشريعات، ص٢٥٤.

العرف التجاري من نَصّ المادة (٢)، لا سيما وأنّ لدينا ملاحظات شكلية وموضوعية على مضمونهما وصياغتهما التشريعية!

فقد عدَّ المشرّع في المادة (٣) العرف التّجاري مصْدرًا استرشاديًا، في حين عدّه في المادة (١/٤) مصدرًا رسميًّا بالنسبة للمسائل التي ينطبق عليها وصفُ آثار العمل التجاري. وذلك خلافًا لقانون التجارة السّوري الذي لم يذكر في المادة (٣) منه العرف التّجاريّ من بين المصادر الاسترشادية، علمًا بأن قانون التجارة المطبق في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٦م قد اقتبس مُعْظَم أحكامه من قانون التجارة السّوري رقم (١٤٩) لسنة ١٩٤٩م وتعديلاته(٧٦)، مع ملاحظة إجراء تعديل طفيف على بعض المواد القانونية، ومنها نصّ المادة (٣) من قانون التجارة المطبّق في الضفة الغربية، التي استعملت عبارة "العرف التّجاري" بدلاً من عبارة "الاستقامة التّجارية" الواردة في المادة (٣) من قانون التّجارة السّوري.

وقد أثارت هذه الصّياغة خلافًا فقهيًا؛ فبعض الفقه يعتبر العرفَ مصدرًا استرشاديًا فقط، بينما ذهب البعض الآخر إلى اعتبار العرف مصدرًا رسميًا(٧٧). وعليه يبرز التساؤل: هل استعمال قانون التجارة المطبّق في الضفة الغربية عبارة "العرف التّجاري" في المادة (٣) منه، بدلاً من عبارة "الاستقامة التّجاريّة" الواردة في المادة (٣) من قانون التجارة السّوري يُعدُّ من قبيل الخطأ المادّيّ أو التزيّد الذي وقع فيه المشرّع؟ أم أن هناك حكمة تشريعية من هذا الاستبدال تتمثّل في تطبيق العرف كمصدر استرشادي في الحالات التي يوجد فيها نصّ تشريعيّ، ولكنّه يحتاج عند تطبيق القضاة له إلى معاونة العرف التّجاري لضبط مضمونه وتفسيره على الوجه الصحيح!

نحن نرى أنّ عبارة "العرف التّجاري" لم تكن من قبيل التزيّد أو الخطأ المادّيّ، وأنّ الاستبدال له ما يبرّره، لا سيّما أن دور العرف لا ينحصر في حالة انعدام النصّ التشريعي، بل للعروف دورٌ مهمٌ في حالة وجود النصّ التشريعيّ الذي يحتاج إلى معاونته لضبط تطبيقه بغرض بيان حكم يقرره، أو تحديد المقصود بلفظ أو مصطلح يستخدمه، أو لتفسير إرادة المتعاقدين، فللقاضي في مثل هذه الحالات أنْ يسترشد بالعرف بصفته معاونًا للتشريع وليس بديلاً عنه(٧٨). ومن تطبيقات ذلك من نصوص

(٧٦) أُلغِيَ هذ القانون وحلَّ محلّه قانون التجارة السّوري رقم (٣٣) لسنة ٢٠٠٧، علمًا بأن نصّ المادة (٣) منه لم يجرِ عليها أي تعديل.

(٧٧) انظر في هذا الاختلاف: زيادات، "ترتيب مصادر الحكم الرسمية في قانون التجارة الأردني" مرجع سابق، ص٦٠٧. العكيلي، شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص٢٠.

(٧٨) انظر بخصوص العرف المعاون للتشريع أبو الليل، مرجع سابق، ص١٦٥.

قانون التجارة المطبّق في الضفّة الغربيّة المادة (٥٥) منه التي أحالت للعرف لتحديد مقدار الأجر في الأعمال التجارية المأجورة، وذلك بقولها: "كل التزام تجاري يقصد به القيام بعمل أو بخدمة/ لا يعد معقوداً على وجه مجاني / وإذا لم يعين الفريقان أجرة أو عمولة أو سمسرة فيستحق الدائن الأجر المعروف في المهنة". وكذلك إحالة نصّ المادة (١/٩٢) إلى العرف لتحديد مسؤولية الوكيل بالعمولة عن التزامات الغير وعمولة الضمان، وذلك بنصها على أنه: "فيما خلا الحالة المذكورة في المادة السابقة لا يكون الوكيل بالعمولة مسؤولاً عن عدم الوفاء أو عن عدم تنفيذ سائر الالتزامات المترتبة على الذين تعاقد معهم إلا إذا كفلهم أو كان العرف التجاري في المحل الذي يقيم فيه يقضي بذلك"(٧٩).

ومن التطبيقات، ذات الصّلة، في قانون التجارة الكويتي إحالة المادة (٢/١٢٦) إلى العرف لتحديد القدر المتسامح فيه من نقص البضاعة، وذلك بقولها: "ويحدد العرف القدر المتسامح فيه من نقص في البضاعة بسبب النقل أو غيره أو عند الاتفاق على تسليم كمية محددة على وجه التقريب". وكذلك المادة (١٣٤) التي أحالت إلى العرف لتحديد ما يُخْصمُ من الثّمن في حالة سداده من المشتري قبل حلول الأجل، وذلك بقولها: "للمشتري أن يفي بالثمن قبل حلول الأجل، ما لم يتفق على غير ذلك. ويحدد الاتفاق أو العرف ما يخصم من الثمن مقابل الوفاء قبل حلول الأجل"(٨٠).

يُستنتج ممّا سبق أنّ عبارة "العرف التّجاري" في المادة (٣) من قانون التّجارة المطبّق في الضفّة الغربيّة جاءت بصيغة العرف المعاون للتشريع إذ يلجأ إليه القاضي لتحديد وضبط وتفسير المقصود بلفظ أو عبارة وردت بصياغة مرنة في نصّ تشريعيّ معيّن، وأنّ الغاية المتوخّاة منها غير تلك الغاية المتعلّقة بتطبيق العرف كمصدر رسميّ بالنسبة للمسائل التي ينطبق عليها وصْفُ آثار العمل التّجاريّ في المادة (١/٤) منه، ولهذا لا نرى وجود تعارض بين نصّ المادّتين (٣، ١/٤) على النحو الذي أشار إليه بعضُ الفقه(٨١).

---

(٧٩) انظر للمزيد من التطبيقات نصوص المواد (٨٦، ٨١، ٩٣، ١٠٠، ١١٠، ١١٣) من قانون التجارة المطبق في الضفة الغربية، وكذلك نصوص مجلة الأحكام العدلية المطبّقة في فلسطين المواد (١٦٨، ٢٣٠، ٥٥٩، ٥٧٤، ٥٧٦).

(٨٠) انظر للمزيد من التطبيقات نصوص المواد الآتية من القانون المدني الكويتي: (١/١٩٣، ٤٥٥، ٤٩٠).

(٨١) انظر: زيادات، ترتيب مصادر الحكم الرسمية في قانون التجارة الأردني، مرجع سابق، ص٦١٤.

ويبقى أنْ نجيب على التساؤل الآتي: لماذا خَصَّت المادة (١/٤) آثار العمل التّجاريّ بحكمٍ خاصّ؟ بمعنى آخر: ما الحكمة التي توخّاها المشرّع من قصر تطبيق العرف التّجاريّ كمصدر رسميّ على المسائل المتعلّقة بآثار العمل التجاري دون تلك المتعلّقة بأركان العقود التجاريّة وشروط صحّتها؟

في الواقع لا يوجد تفسير محدّد للحكمة التي توخّاها المشرّع في اعتبار العرف مصدرًا رسميًا بالنسبة للمسائل التي ينطبق عليها وصْفُ آثار العمل التجاري سوى أنّ النّصوص التشريعيّة في القانونين التّجاريّ والمدنيّ قد تخلو، بسبب التغيّرات الكبيرة والمتسارعة محليًا وعالميًا في عالم التجارة والاقتصاد، من أحكامٍ تنظّم مختلف جوانب الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقود والتصرّفات التّجاريّة وتنفيذ الالتزامات، ممّا يقتضي تبعًا لانعدام النصّ التشريعيّ التأكيد على تطبيق القواعد العرفيّة كمصدر رسميّ لا يستطيع القاضي تجاوزها عند إصدار حكمه القضائي.

أما بالنسبة لاعتبار العرف مصدرًا استرشاديًا بالنسبة للمسائل الأخرى، أي المسائل التي لا يَصْدُقُ عليها وصفُ آثار العمل التجاري، كتلك المتعلّقة بأركان وشروط صّحة العقود والتصرّفات التجارية، فإنّ هذه المسائل محكومة في الغالب بالنّصوص التشريعية الواردة في قانون التّجارة والقانون المدنيّ، ونادراً ما يتمّ اللّجوء للقواعد العرفيّة بشأنها. فالعرف يُعَدّ بالنسبة لها مصدرًا استرشاديًا شريطة عدم وجود نصّ قانوني يمكن تطبيقه على هذه المسائل وعدم مخالفته للنّظام العام.

ويستفاد من نصّ المادة (١/٤) من قانون التجارة، وممّا جرت عليه أحكام محكمة التمييز الأردنية، أنّ شروط تطبيق العرف التّجاريّ كمصدر رسميّ ثانٍ للقانون التجاري تتمثّل في الآتي[٨٢]:

١ – أن يكون النّزاع متعلّقًا بآثار العمل التّجاري.

٢ – أنْ يكون العُرف سائدًا[٨٣]، وقد بيّنت محكمةُ التمييز الأردنية ذلك بقولها أنّه: "إذا ادعت المدعية بأنها قد أودعت المبلغ المدعى به وديعة لدى البنك لأجل دون أن تبين مداه، فإنه يترتب على محكمة الموضوع تطبيقًا لأحكام المادة الثالثة من

(٨٢) المرجع السابق، ص ٦٠٨.

(٨٣) نصّت المادة (٤١) من مجلّة الأحكام العدلية على أنه: "إنما تعتبر العادة إذا اطّردت أو غَلَبَت".

قانون التجارة أن تطبق العرف التجاري السائد في تحديد مدة الأجل في مثل هذا العقد إن كان ثمة عرف..." (٨٤).

٣ – أنْ يكون العُرفُ مؤكدًا، وبذلك يجب على من يتمسك بالعرف أنْ يقوم بإثباته، حيث ذهبت محكمةُ التّمييز الأردنية إلى أنّ إثبات العرف يقع على مدّعيه، فقد جاء في قرارها ما نصّه: "يستفاد من المادة (٤) من قانون التجارة رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ أنّ إثبات العرف يقع على مدّعيه..." (٨٥).

٤ – أنْ لا يكون المتعاقدون قد اتّفقوا على مخالفة أحكام العرف.

٥ – أنْ لا يكون العرفُ متعارضًا مع النّصوص القانونية الإلزامية التجاريّة والمدنيّة واجبة التّطبيق في حالة انتفاء النصّ التّجاريّ(٨٦) ولكنّ الملاحظ أنّ تعبير النّصوص القانونية الإلزامية الوارد في المادّة (١/٤) من قانون التجارة وإنْ كان يعني بمفهوم المخالفة أنّ هناك نصوصًا غير إلزامية، إلّا أنّ هذا الوصف للقاعدة القانونية بكلمة (الإلزامية) غير مألوف في الفقه والقضاء، ذلك أنّ القواعد القانونية بجميع صِيَغها وأشكالها مُلزِمةٌ سواء أكانت آمرةً أم مكمّلةً. مع مراعاة أنه يمكن للأفراد الاتّفاق على مخالفة القواعد المكمّلة، في حين لا يستطيعون الاتّفاق على مخالفة القواعد الآمرة.

ونحن نرى، في معرض تقييمنا لتضمين هذه الشّروط في نصّ المادة (١/٤) من قانون التجارة وتأثّر أحكام محكمة التّمييز الأردنية بها، أنّه لا حاجة للنصّ عليها، فالشرطان الثاني والثالث بديهيّان في العرف ولا يقوم إلا بهما، فكيف يأتي بهما النص كشرطين لتطبيق العرف كمصدر رسمي وهو لا يتكون إلّا بهما، وما يزيد الأمر غرابة محتوى الشرط الثالث الذي تأثّرت به محكمة التّمييز الأردنيّة، فإذا كان العرف قانونًا،

(٨٤) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ١٩٧٧/٩٢ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٤/ ١٩٧٧/٧، منشور على الصفحة ١٤٥٧ من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ ١٩٧٧/١/١.

(٨٥) قرار محكمة التّمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٥/٨٦ (هيئة خماسية) تاريخ ١٢/ ٢٠٠٥/٥ منشورات مركز عدالة.

(٨٦) محكمة التمييز الأردنية أكدّت على أنّ تطبيق العرف وفقاً للمادة (٤) من قانون التجارة يخضع لشروط، وذلك حين نصّت على: "أن المادة الرابعة من قانون التجارة رقم ١٢/ ١٩٦٦ وإن أوجبت على القاضي تطبيق العرف السائد ضمن الشروط الواردة فيها، إلا أن عبء إثبات العرف يقع على مدعيه، إضافة إلى أن مثل هذا الدفع من حقوق الخصوم ولا يجوز للمميز إثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز". وذلك في قرار محكمة التّمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ١٩٩٥/٨٠٣ (هيئة خماسية) تاريخ ١٩٩٥/٦/٢٢ المنشور على الصفحة ١٤٤٢ من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ ١٩٩٦/١/١.

فمِنْ واجب القاضي العلمُ به، فكيف يُطلب من المدّعي إثباته؟. وفي ذات التوجّه الشّرط الخامس فهو من القواعد العامّة التي لا حاجة للنصّ عليها، إذْ لا يُمْكن للعرف أصلاً أنْ يخالف نصًّا تشريعيًا تجاريًا آمِراً.

وللعرف التجاري كما هو معلوم عدّة أنواع، فهو إمّا أنْ يكون عامًّا تعارفَ عليه التّجّار في جميع أنحاء البلاد، وإمّا أن يكون محليًّا تعارف عليه التّجّارُ في جهة معيّنة من البلاد كمدينة أو منطقة، ومثاله العرف المعمول به في ميناء الوصول طبقاً للمادة (١٥٠) من قانون التجارة الكويتي، وقد يكون خاصًّا تعارفت عليه طائفةٌ من التّجّار تتعامل في نوع معيّن من التجارة، كتجارة الحبوب والخضراوات. وفي حالة التعارض بين هذه الأنواع، يرجّح العرف الخاصّ والعرف المحلّي على العرف العام(٨٧).

كما أنّ العرفَ يختلف عن العادة وخاصّة لجهة الالتزام بها، فالعرف قاعدةٌ قانونيةٌ ملزمةٌ كالقاعدة التشريعية متى توافرت فيه الشّروط المطلوبة، أمّا العادة فهي نمطٌ أو سلوكٌ دَرَجَ التجّارُ على اتّباعه باطّراد وانتظام(٨٨)، وتستند في تطبيقها على إرادة الطرفين، وتستمدّ قوّتها من اتّفاقهما على الأخذ بحكمها(٨٩). ويلعب القاضي دوراً إيجابيًا في تطبيق العرف(٩٠)، ويعطيه قيمة خاصّة ذاتية مستقلّة عن إرداة المتعاقدين، باعتباره قاعدة معيارية أو موضوعية لا يتوقف تطبيقها على إرادتهما، ولذلك على من يدّعي وجود العادة التجارية أنْ يُثبتَ وجودها وانصراف إرادة المتعاقدين إلى الالتزام بها وتطبيقها، وبالمقابل يجوز للمدّعى عليه إثبات جهله

(٨٧) انظر: المادة (٢) من قانون التجارة الكويتي: " ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام". والمادة (٢/٤) من قانون التجارة: "يعد العرف الخاص والمحلي مرجحين على العرف العام".

(٨٨) فكتور، شرح قانون التجارة الكويتي، مرجع سابق، ص٢٢.

(٨٩) انظر: الوتيدي، النظريّة العامة للقانون التجاري، مرجع سابق، ص٤٧.
Mak, Vanessa, According to Custom...? The Role of 'Trade Usage' in the Proposed Common European Sales Law (CESL), European Review of Contract Law, Volume 10, Issue 1, 2014, Pages 64-84.

(٩٠) قضت محكمة التّمييز الكويتية في حكم لها بأنه:" لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم واقع الدعوى وتقدير القرائن القانونية القضائية وبحث الدلائل والمستندات المقدمة فيها واستخلاص ما ترى أنه متفق مع واقع الدّعوى ما دام استخلاصها سائغًا، والأخذ بأقوال الشهود أو طرحها منوط بتصديق المحكمة إياهم ولا سلطان لأحد عليها في تكوين عقيدتها فيما يُدلون به أمامها ما دامت لم تخرج عما تحتمله أقوالهم، كما أن لها تقدير قيام العرف ولا يجوز مجادلتها في ذلك أمام محكمة التمييز"، تمييز حقوق رقم ٨٩/٢٣١ تجاري، مجلة القضاء والقانون، السنة الثامنة عشرة، مايو ١٩٩٦م، ص١١٢.

بوجودها كي يستبعد تطبيقها، وهو ما لا يجوز في العرف باعتباره يشغل نطاقًا عامًّا وليس محدودًا كالعادة التجارية(٩١).

وهذا يؤكد ملاحظاتنا بخصوص الخلل التشريعيّ في صياغة نص المادة (٤/١) من قانون التجارة المطبّق في الضفّة الغربيّة، وكذلك نقدنا لأحكام محكمة التمييز الأردنية التي تأثّرت بهذا النّصّ، فإثبات العادة الاتفاقية من الطرف الذي يدّعي وجودها مطلوب، بخلاف العرف لأنه قانون، ومن واجب القاضي العلم بالقانون، وإنْ كان يجوز له الاستعانة – فقط – بالطّرفين للتعرّف عليه، وخصوصًا إنْ كان محلّيًّا أو طائفيًّا.

وغنيٌّ عن الذّكر أنّه يضاف إلى المصادر السّابقة المعاهدات والاتفاقيّات الدّوليّة الثّنائية أو متعدّدة الأطراف ذات الطابع التّجاريّ التي تُصادق عليها الدّولة، وتصبح جزءًا من قانونها الداخلي، وتأخذ هذه المعاهدات والاتّفاقيات شكلين مختلفين: اتفاقيّات دوليّة خاصّة بالعلاقات التّجارية الخارجية للدول الموقّعة على الاتفاقية(٩٢) واتّفاقيات دوليّة تضع قوانينَ موحَّدةً وواجبة التّطبيق بين الدّول المتعاهدة، فتكون بذلك العلاقات التجاريّة الداخليّة والخارجيّة خاضعةً لنفس القواعد القانونية(٩٣).

الخاتمة:

إنّ تلاؤم المصادر الرّسمية للحكم في الخصومة التّجارية مع متطلّبات التّعاملات التّجارية القائمة على السّرعة والائتمان، من جهة، ومع طبيعة المنازعات التّجارية التي تحكمها، من جهة أخرى، سينتهي بعمليّة استيعاب هذه المصادر لكلّ التطوّرات المتواترة في صيغ وأشكال التعاملات التجارية الجديدة، ممّا ينتج عنه تكاملٌ وتضافُرٌ وتعايشٌ بين هذه المصادر، فلا يلغي أحدُها الآخرَ بالمعنى الصريح للإلغاء ولا يشوِّش عليه، وإنّما يتمّ التفضيل بينها على أساس أيّها يتضمّن قواعد أكثر ملاءمة للانطباق على الخصومة التّجارية.

إنّ القوانين التّجاريّة لا تحتاج إلى وضع مصادر جديدة تضاف للمصادر الرّسمية للحكم في الخصومة التّجاريّة، فهذه المصادر موجودة، وقد نُصَّ عليها صراحةً منذ إعداد

(٩١) المصري، القانون التجاري الكويتي، مرجع سابق، ص٦٧.

(٩٢) ومن الأمثلة على هذه المعاهدات بالنسبة للكويت، الاتّفاقية الاقتصادية لدول مجلس التعاون الخليجي لسنة ٢٠٠٢، وبالنسبة لفلسطين اتّفاقية باريس الاقتصادية في عام ١٩٩٤ الموقّعة بين الجانبين الإسرائيلي والفلسطيني.

(٩٣) انظر في هذا الخصوص: سلمان بو ذياب، مبادئ القانون التجاري، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،٢٠٠٣، ص٥٥.

هذه القوانين، ولا تحتاج إلّا إلى فهم التصوّر والفلسفة التي على أساسها تمّ تقديمُ مصدرٍ على آخرَ في الترتيب، ولا سيّما في قانوني التّجارة محلّ الدّارسة، الكويتي ومقابله المطبّق في الضفّة الغربيّة، ولا تحتاج إلى إبراز أوجه الخلل التشريعيّ في الترتيب التي من شأنها أنْ توقع القاضي في إشكالية أيّهما يعود إليه أوّلاً.

ولا غرابة في اختلاف ترتيب هذه المصادر وأولويّة تطبيقها بين القانون الكويتي والقانون المطبّق في الضفّة الغربيّة، باعتبار أنّ القانون الكويتي أحدثُ، والسياسة التشريعية في الكويت أكثر استقرارًا وانسجامًا مع الواقع الذي تعالج قضاياه ومشاكله وتدير شؤونه، على خلاف الوضع في فلسطين التي تفتقر إلى الاستقلال في سياستها التشريعية، كما يعود نظامها القانوني إلى حقب تاريخية مختلفة تتفاوت فيها سياسةُ المشرّع في كلّ حقبة، ولا تَنسجم تمامًا مع الواقع الذي تَحْكمه. فمجلّة الأحكام العدليّة العثمانية التي تمثّل قواعد القانون المدنيّ ما زالت مطبّقة في الضفّة الغربيّة وهي تعكس سياسة المشرّع العثماني في تلك الفترة، وقانونُ التجارة المطبّق في الضفّة الغربيّة هو قانون أردنيّ ويَعكس سياسة المشرّع الأردنيّ، والأوامرُ العسكريّة الخاصّة بالتّجارة تَعكس سياسية الاحتلال الإسرائيليّ، وعليه لم تأتِ النّصوصُ القانونية، بما فيها النّصوص التّجاريّة، ملائمةً لواقع المجتمع الفلسطيني، بل اختلفت وتفاوتت كثيرٌ من المفاهيم والسياسات والتوازنات والمنطلقات باختلاف الجهات التي حكمتْ فلسطين.

وقد بدا واضحًا فيما عرضنا إليه سابقًا مدى الاختلاف الحاصل على صعيد الفقه في أولويّة ترتيب هذه المصادر، ولقد أثبت الواقعُ اضطرارَ القاضي، بسبب الخلل التشريعيّ، وخصوصًا في قانون التّجارة المطبّق في الضفّة الغربيّة، إلى الاجتهاد في ترتيب أولويّة رجوعه لهذه المصادر، ممّا أثّرَ بقوّة في الحلول القضائية ذات الصّلة.

وإزاء هذا المشهد القانوني الجدليّ المتشابك الذي أخضعناه للبحث والمساءلة فيما سبق، والمتمثّل في غموض النّصّ التشريعيّ والاختلاف الفقهي والتباين القضائي، لا بُدَّ من إعادة ترتيب واضح ومباشر للمصادر الرّسمية للحكم، ومن تحديدٍ دقيقٍ لقوّة النّص واجبِ الإعمال سواء أكان آمِرًا أم مُكمّلاً، وذلك على النحو الآتي:

١ – حذف نصّ المادة (٩٦) من قانون التّجارة الكويتي والاكتفاء بنصّ المادة (٢) كونها هي المختصّة بتنظيم وترتيب المصادر الرّسمية للحكم في الخصومة التّجارية، ولقد مِلنا، على سند من القانون، إلى أنّ عدم ذكر العرف التّجاريّ في نصّ المادة (٩٦) ليس دليلاً على تقديم نصوص القانون المدني الآمِرة عليه، ولهذا رجّحناه على ما سواه.

٢ – حذف المادة (٤) من قانون التّجارة المطبّق في الضفّة الغربيّة، منعًا للالتباس في ترتيب المصادر الرسمية في المواد (٢، ٣، ٤)، والاستعاضة عنها بإدخال تعديل جوهريّ في نصّ المادة (٢) منه، يتضمّن كافّة المصادر الرّسمية للحكم في الخصومة التجارية. وفي حال كان الأخذ بهذا الاقتراح متعذّرًا، بالنظر إلى أنه يتطلّب تغييرًا تشريعيًا كاملاً بإصدار تشريع جديد، أو تعديلاً لجميع أرقام موادّ التشريع، فإنّنا نقترح القيام بإدخال تعديل جزئي على المادة (٤/١) من خلال حذف الشروط البديهيّة في العرف كونها قواعد عامة لا حاجة للنّصّ إليها، ولأنّ وجودها مشوِّش موجبٌ للَّبْسِ وسوءِ الفهم، إلى جانب تعديل كلمة "الإلزامية" الخاصّة بوصف القاعدة القانونية إلى كلمة " الآمِرة" على اعتبار أنّ العرف لا يمكنه مخالفتها، في حين أنّه يمكن للعرف أنّ يخالف القواعد التشريعية المكمِّلة على النّحو الذي أوضحناه في البحث.

٣ – عدم الاعتداد بالرأي الفقهي القائل بحذف عبارة "العرف التّجاريّ" من آخر المادة (٣) من قانون التّجارة المطبّق في الضفّة الغربيّة باعتبار أنّ هذه المادّة – على ما يرى أصحابُ هذا الرأي – مخصّصةٌ لتعداد مصادر الحكم التّجاريّة الاسترشادية "التفسيرية"، وأنّ العرف ليس مصدرًا استرشاديًا ولكنّه مصدرٌ رسميّ، وقد كانت حجّتنا في ذلك أنّ العرف أحيانًا يكون استرشاديًا في القانونين المدني والتجاري، ويقوم بدور المعاون للقضاء في تفسير وضبط تطبيقِ مسائلَ نَصَّ عليها التشريع.

٤ – ترتيب المصادر الرّسمية للحكم في الخصومة التجارية، وفقًا لأولويّتها، على النّحو الآتي:

- نصوص القانون التّجاريّ الآمِرة.
- نصوص القانون التّجاريّ المكمِّلة " المفسّرة".
- العرف التّجاريّ.
- نصوص القانون المدنيّ الآمِرة.
- نصوص القانون المدنيّ المكمِّلة " المفسّرة".

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

١ – إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون، مطبوعات كلية القانون الكويتية العالمية، ٢٠١٨.

٢ – أحمد سليمان زايد وآخرون، موقف قانون التجارة الأردني من الفوائد في الأعمال المختلطة، مجلّة دفاتر السياسة والقانون، العدد الثامن،٢٠١٣.

٣ – أميرة صدقي، دروس في القانون التجاري، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨.

٤ – أحمد زيادات وإبراهيم العموش، الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية، إعادة الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، ١٩٩٦.

٥ – أحمد زيادات، ترتيب مصادر الحكم الرسمية في قانون التجارة الأردني، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٢٦، ١٩٩٩.

٦ – بسام حمد الطراونة وباسم محمد ملحم، مبادئ القانون التجاري، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.

٧ – حسني المصري، القانون التجاري الكويتي، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت،١٩٥٥–١٩٩٦.

٨ – حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخّر المدين في تنفيذ التزامه– دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون، كلية نابلس، ٢٠١١.

٩ – خليل فيكتور تادرس، شرح القانون التجاري الكويتي/ دراسة مقارنة بالقانون المصري والفرنسي وبعض الدول العربية، مطبوعات كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت، ٢٠١٦.

١٠ – خالد إبراهيم التلاحمة، الوجيز في القانون التجاري، الطبعة الثانية، دار وائل، عمان، ٢٠٠٦.

١١ – درّة الجليدي بوشماوي، عقود المالية الإسلامية والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس ٢٠١٧.

١٢ – زكي شعراوي، الوجيز في القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة.

١٣ – سلمان بو ذياب، مبادئ القانون التجاري، الطّبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،٢٠٠٣.

١٤ – سميحة القليوبي، الوجيز في القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨.

١٥ – علي البارودي، محاضرة بعنوان، العرف التجاري، مكانته ودور القضاء في احترامه وتطويره، ألقيت في نقابة المحامين الأردنيين، منشورة في مجلة النقابة، العدد الأول، السنة الخامسة والثلاثون، ١٩٨٧.

١٦- عادل بن عبد القادر قوته، أثر العرف وتطبيقاته المعاصرة في فقه المعاملات المالية، الطبعة الأولى، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدّة، ٢٠٠٧م.

١٧- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، الطبعة الرابعة، مكتبة القاهرة، ١٩٦٥.

١٨- عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري: الأعمال التجارية، التجارة، المتجر، العقود التجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.

١٩- عزيز العكيلي، شرح قانون التجارة الكويتي، الجزء الأول، الكويت، ١٩٨٨.

٢٠- عبد الله الخشروم، مصادر القاعدة القانونية في قانون التجارة الأردني، مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الخامس عشر، العدد الرابع، الكرك، ٢٠٠٠.

٢١- عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨.

٢٢- عبد القادر الشيخلي، فن الصياغة القانونية تشريعاً وفقهاً وقضاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.

٢٣- فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري الأردني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٣.

٢٤- قاسم عبد الحميد الوتيدي، النظرية العامة للقانون التجاري، ط١. مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين، ٢٠٠٠.

٢٥- محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري الأردني، الطبعة الأولى، دار عمّار، ١٩٨٥.

٢٦- محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، النظرية العامة، الأشخاص، إثبات الحقوق، الطبعة الأولى، تونس، ٢٠٠٤.

٢٧- محمد بهجت عبد الله قايد، القانون التجاري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠/١٩٩١.

٢٨- محمد جمال مطلق ذنيبات، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢.

٢٩- معهد الحقوق/ جامعة بيرزيت، النظام القضائي الفلسطيني عرض توضيحي: "مراحل التطور التاريخي للنظام القانوني الفلسطيني، مسترجع من موقع الرابط الآتي:

http://lawcenter.birzeit.edu/lawcenter/ar/homepage/2013-08-31-07-08-03

تاريخ الدخول: ١٥/٣/٢٠١٩م.

ثانيًا: قائمة المراجع باللغة الإنجليزية

1 - Fon, Vincy and Parisi, Francesco, Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis. International Review of Law and Economics, Vol 26, Issue 4, December 2006, Pages 519-535.

2 - Funken, Katja, the Best of Both Worlds -THe Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System (July 2003). Available at: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.476461

3 - Kronman, Anthony Townsend, 'Precedent and Tradition', *The Yale Law Journal*, Vol. 99 (1990), pp.1029-1068.

4 - Linarelli, John, Analytical Jurisprudence and the Concept of Commercial Law, Penn State Law Review, Vol: 114, 2009, *page*: 119 - 215.

5 - Mak, Vanessa, According to Custom...? The Role of 'Trade Usage' in the Proposed Common European Sales Law (CESL), European Review of Contract Law, Vol 10, Issue 1, 2014, Pages 64-84.

6 - Mikail, Sa'id Adekunle and Arifin, Mahamad, Application of Doctrine of Judicial Precedent in Shariah Courts (March 5, 2014). Malaysian Court Practice Bulletin, Issue 2 of 2013. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2405000

7 - Watford, Paul and Chen, Richard and Basile, Marco, Crafting Precedent,(The Law of Judicial Precedent), Harvard Law Review, Vol. 131, No. 2, 2017, P543-580.

The Hierarchical Order of Official Legal Rules for Judging Commercial Disputes: Critical Study of Kuwaiti Commercial Law and Commercial Law in the West Bank

Prof. Khalid Ibrahim Talahma

Abstract:

An attempts have been made by the jurisprudents in the countries that adopt the Latin system to arrange the Official Legal Rules of government in the commercial litigation according to their hierarchical in the application, but these attempts, despite their importance did not reach the degree of adoption of one of them completely by the jurisprudence, and these sources are: provisions of the commercial law and its complementary laws, commercial custom and the provisions of the Civil Law, and a part of the jurisprudential difference is due to the existence of defects and flaws in the drafting of the legal texts regulating these sources, which is reflected in the rulings of the Judiciary which differed according to the judge's understanding of them and the Hierarchical of their application.

The research aims to identify the trends of jurisprudence in the order of these sources, with a view to discussing them and analyzing them in a professional manner to reach after examining and confirming the approval of one of them or adopting another approach based on the bases and arguments. Our opinion was in agreement with the opinion of jurisprudence on some issues, and contrary to it in other issues, based on more analysis and legal and logical reasoning.

The question is whether the official sources of governance as set forth in the Kuwaiti Trade Law No. 68 of 1980 and the Trade Law No. 12 of 1966 applicable in Palestine "West Bank" are compatible with the requirements of trade based on speed and credit. ? From this legal issue, the research begins with an analytical and evaluative approach to the relevant texts in the two laws under study in order to arrive at a clear picture of the criteria and conditions in which the judge presents one source to the other when adopting them in issuing his judicial judgment without ignoring the status of each source, Or civil in the face of commercial custom.

Keywords: Hierarchical Order, Official Legal Rules, commercial litigation, provisions of the commercial law, commercial custom, provisions of the Civil Law.

للاستشهاد:

التلاحمة، خالد. (2023). تطبيق القاضي للمصادر الرسمية للحكم في الخصومة التجارية حسب أولويتها: دراسة نقدية في نصوص قانون التجارة الكويتي وقانون التجارة في الضفة الغربية. *مجلة الحقوق. 47*(3)، 363–403.

To cite:

Talahma, Khalid. (2023). The Hierarchical Order of Official Legal Rules for Judging Commercial Disputes: Critical Study of Kuwaiti Commercial Law and Commercial Law in the West Bank. *Journal of Law, 47*(3), 363-403.

JOURNAL OF LAW

A Refereed Academic Quarterly, Published by the Academic Publication Council - University of Kuwait

The Hierarchical Order of Official Legal Rules for Judging Commercial Disputes: Critical Study of Kuwaiti Commercial Law and Commercial Law in the West Bank.

Prof. Khalid Ibrahim Talahma

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029 - 6069

No. 3, Vol. 47

Rabi I 1445 - September 2023