الدوائر التجارية في ديوان المظالم تحكم بعدم اختصاصها للنظر في دعاوى «الأعمال التجارية بالتبعية» (دعوة لمراجعة الاجتهاد)

أ.د. محمد فاروق الباشا
قسم القانون - كلية العلوم الإدارية
جامعة الملك سعود

تمهيد:

يمارس الفقه القانوني في كثير من البلدان رقابة «غير رسمية» على عمل القضاء وقرارات المحاكم، من حيث الدراسة والتعقيب على الأحكام التي تتضمن اجتهاداً يبلور موقفاً أو منهجاً، أو ينطوي على تفسير معين لنصوص القوانين والأنظمة. ولقد أصبح هذا النهج تقليداً طبيعياً يعكس حيوية وعراقةً في العملين: الفقهي والقضائي. وقد جسد اختلاف المذاهب الفقهية وتعددها في بلادنا هذا المظهر العلمي الأصيل والمبدع في التماس الحلول والآراء والفتاوى بتفسيرات تسعى إلى ملازمة الحق والعدل، دون مفارقة النصوص.

وغالباً ما ينطوي التعقيب الفقهي على دراسة نقدية : تعرض وتحلل، تواجه وتعلل، ثم تدقق وتستخرج، وتقوم وتستنتج... ويقدم الفقه في عمله هذا خدمات جليلة تثري الفكر القانوني، وتعين العمل القضائي، وتفتح له مجالات وآفاقاً في الحالات الملتبسة أو التي يدق فيها التفريق بين الأمور.

ولا يجد القضاء حرجاً في هذا النقد، ولا غضاضة في تغيير الاجتهاد، أو في

الركون الى مؤلفات الفقهاء ودراساتهم؛ لأنها المورد الطبيعي لهم في شرح النصوص، وهي المنهل المدرسي الذي استقوا منه بنيانهم العلمي والمهني قبل أن يصيروا قضاة، ويمتهنوا العدالة.

إننا، وفي حدود اطلاعنا، لم نعثر على سوابق حديثة تتناول بالدراسة والتعقيب قرارات واجتهادات قضائية على غرار ما نحن بصدده في ميدان القضاء التجاري بالمملكة. ولعلنا في هذه الدراسة نبدأ الخطوة الأولى لشق طريق لا ينتهي. فالعلم قضية يكشفها التأمل والسؤال وتطورها المتابعة. ولسنا في هذا نزكّي ما سوف نقول، لأننا قد نخطيء، ويكون شفيعنا حسن نوايانا. وإن أصبنا كان المغنم لحساب الحق والعدالة. وحسبنا في الحالين أننا اجتهدنا.

مقدمة:

استقرت الدوائر التجارية في ديوان المظالم على الحكم بعدم الاختصاص، وردّ الدعاوى في الحالات التي تذهب فيها المحكمة الى وصف الواقعة موضوع النزاع بأنها من فئة الأعمال التجارية بالتبعية.

وكمثال واقعي حديث، وبناء على التكييف المذكور، قررت إحدى هذه الدوائر ردَّ الدعوى التي أقامها الشاحن (المنقول له) ضد الناقل، مطالباً هذا الأخير بقيمة النقص الحاصل في البضاعة المنقولة، والتي تمثل عماد النشاط التجاري للشاحن.

وقد ورد في القرار[1] ما مفاده أن النزاع ليس تجارياً «محضاً». واشتقت المحكمة سنداً لقرارها من الفقرة (أ) في المادة (٤٤٣) من نظام المحكمة التجارية التي حددت - أو وصفت - اختصاص تلك المحكمة بأنه: «كل ما يحدث بين التجار، ومن لهم بهم علاقة تجارية من مشاكل ومنازعات متولدة من أمور تجارية محضة».

وأظلت هيئة المحكمة قرارها بملاذ فقهي آوت إليه اقتباساً من مراجع عربية

(١) القرار رقم (٥٧/١٨/١/٣/د/تج/٤) لعام (١٤١٥)هـ في القضية رقم (١٤٨٠/١/ق) لعام (١٤١٤) هـ.

نقلت في الأصل عن فقه فرنسي. وانتهت في ذلك إلى القول بأن شحن البضاعة بالنسبة للطرف الناقل هو عمل تجاري محض، وأن هذا العمل لا يعتبر كذلك بالنسبة للمنقول له، وإنما هو عمل تجاري بالتبعية (وهذا هو الفقه المنقول). وفي ضوء هذا التكييف قررت عدم اختصاصها وردَّت الدعوى!، مع أنها دعوى مسؤولية الناقل.

إن هذه الدراسة لا تعترض على نظرية الأعمال التجارية بالتبعية من حيث الباعث عليها، والهدف منها، أو حتى الأخذ بها، ولكن في موطن ولادتها وفي البلدان التي اعتمدتها مخرجاً يحل مشكلات تجارية وقضائية معينة في إطار نصوص معينة. فهي في ذلك الإطار بناء فقهي مؤتلف من غير تنافر، يتكامل مع النصوص بتضافر، ويقدم العون للقضاء في منظومة منسجمة تتوافق فيها الأسباب مع النتائج، وتحقق العدالة في الختام.

أما الأخذ بها في قضائنا التجاري بالمملكة، بعد تجريدها من أهدافها، فهو ما نعترض عليه، لأنه قلب قواعد المنطق وأسفر عن مفارقات عجيبة، لم يسبق أن كانت موضع تأمل. فلقد أصبح الأخذ بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية عندنا مبعث إيذاء للأوساط التجارية، على عكس ما استهدفه واضعوها، وخلافاً لما حققته النظرية في المواطن التي أخذت بها!

وعند هذا التناقض لا بد من وقفة تأمل، ويتحتم تجريد أقلام المعارضة، للبحث والتقصي وتشخيص الخلل، والتماس الحلِّ الأصح، بمعيار النصوص وروح النظام وموازين العدالة.

وتقرباً من المشكلات التي تطرحها هذه الدراسة، نشير إلى بعض المفارقات التي تبعث حقاً على الاستغراب والتعجب، وخاصة: بمنظور الآثار التي تترتب على موقف قضائنا في الحكم بعدم الاختصاص.

فلقد كان الهدف من الأخذ بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية في الاجتهادين الفقهي والقضائي في فرنسا، وفي بلدان النظم المشابهة، متمثلاً في توسيع باب اختصاص القضاء التجاري أمام أنواع معينة من الدعاوى، وتيسير الأمور على أوساط التجار من حيث إخضاع كل ما يتصل بأعمالهم التجارية إلى قانون خاص وقضاء خاص يلتقي تحت مظلته جميع أطراف العلاقة أو النزاع على قدم المساواة في مؤسسة حقوقية وقضائية واحدة.

لكن المستغرب هو أن الأخذ بالنظرية ذاتها في القضاء التجاري السعودي قد أدى إلى عكس ما تقدم كلياً. وكأن الهدف منه قد صار متمثلاً في إغلاق باب الاختصاص والارتياح إلى التخلص من بعض الدعاوى التجارية، على حساب العدالة.

فالحكم بعدم الاختصاص، بمقولة إن الواقعة ـ على حد وصف المحكمة وتكييفها ـ من الأعمال التجارية بالتبعية، يؤدي مآلا إلى انعدام المرجعية القضائية، صاحبة الاختصاص الحقيقي. وتلك مشكلة كبرى.. وطبيعي أن يتبع ذلك تشتيت المرجعية القضائية لأطراف العلاقة.

ففي عقد النقل مثلاً: يكون من حق الناقل اللجوء إلى القضاء التجاري لمساءلة الشاحن (المنقول له) عن التزاماته العقدية. أما هذا الشاحن فعليه (نتيجة الحكم بعدم الاختصاص) التوجه نحو القضاء العادي، صاحب الولاية العامة، لمساءلة الناقل عن التزاماته في العقد ذاته! ويستفيد الأول من امتيازات كثيرة يقررها له النظام التجاري وقضاؤه، بينما يحرم الثاني من كل ذلك، مع أنهما طرفان في علاقة عقدية واحدة هي المرجع في الوفاق وفي الافتراق. وبهذا التفريق في المراكز القانونية يجني الواحد منهما مغنماً، ويتكلف الآخر مغرماً.. وغير ذلك من الآثار الكثيرة التي سنعرض لها في حينها ومواقعها. وأمام كل ذلك من الحجب عن واحد والعطاء لآخر، نكون أمام عدل قد مُنع، وظلم قد وضع نتيجة لجنوح غير

مقصود في التفسير. . وما زلنا حتى الآن لم نر أي انتباه إلى آثاره الخطرة. وهي لا تعالج إلا بالعدول عن الاجتهاد عندما توصف الدعوى بأنها دعوى مسؤولية الناقل.

إن المشكلة الكلية التي تتعرض لها هذه الدراسة التحليلية هي الحوار المباشر مع مثل هذا الاجتهاد القضائي الذي لا نعتقد بصوابه، بل نخالفه على خط مستقيم ونعترض على استمرار التمسك به. وإننا لنستوقف زملاءنا من ذوي الاختصاص من أجل التأمل في أطروحاتنا ومراجعة الذات، والعمل على تحقيق التصحيح.

وثمة مشكلة أخرى كبيرة تثيرها رؤيتنا في هذا الموضوع وهي تستحق الحوار. فالقرارات القضائية بهذا المنهج من عدم الاختصاص، باتت تنطوي على تعطيل للنصوص النظامية من جهة، وخروج على بواعث نظرية الأعمال التجارية وأهدافها بالتبعية. فهي، كما أسلفنا، كانت علاجاً في الأوساط التي أخذت بها، ولم تؤد إلى إخضاع طرفي العلاقة الواحدة إلى نظم متفاوتة ومؤسسات قضائية مختلفة، كما هو حالنا نتيجة لأخذنا المغلوط بها.

وأما أهدافنا من هذه الدراسة، فهي إظهار جوانب الخطأ في الاجتهاد الراهن، لبلورة الدعوة إلى التصحيح، كما رأينا. ومن خلال إثباتنا لاختصاص القضاء التجاري في هذه الدعاوى والحكم بها، نكون في صدد تكوين بناء قانوني معلل للانصراف عن النهج الحالي وهجره إلى بديله. ويترتب على ذلك نظرة جديدة تبلور تغييراً في الاجتهاد القضائي والفقهي لدينا.

وأما منهجنا في الدراسة فسيكون تحليلاً من جهة، وتأصيلاً استنتاجياً ملتزماً بأصول وقواعد التفسير القانوني، من جهة ثانية.

لكننا في كل ذلك ندرك وعورة الطريق وتعقد المهمة لأننا نعارض المألوف. ومن الصعوبة بمكان انتزاع الذات العقلية من مواقف تعاملت وتآلفت معها زمناً طويلاً دون اعتراض. ومع ذلك فإن لنا في حيدة القاضي ونبل رسالة العدالة التي يجسدها ما يؤكد استقباله للرؤى الجديدة والتفاعل معها. فما من قاض في المملكة إلا ويضع نصب عينيه رسالة الخليفة عمر (رضي الله عنه) إلى القاضي عبدالله بن

قيس أبي موسى الأشعري «. . .فافهم إذا أدلي إليك. . . ولا يمنعنَّك قضاء قضيته اليوم، راجعت فيه عقلك، وهديت فيه لرشدك، أن ترجع فيه إلى الحق، فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل. . .».

ويقيننا أن قضاءنا يتمثل هذه القيم السامية لأن العدل أمر من الله، مثلما أن الحق شرعه.

ونود أن نشير في أواخر هذا التمهيد الذي طرح الموضوع ومشكلاته وأهدافه إلى أن طبيعة هذه الدراسة كجهد ذاتي تأصيلي، تأبى كثرة المراجع بداهة.

وأما خطة الدراسة، فإنها تتبلور في موضوعاتها الفرعية المبيَّنة فيما يلي:

أولاً ـ عرض لوقائع مشتقة من إحدى الدعاوى الحديثة.

ثانياً ـ إثبات للنصوص النظامية ذات الصلة بالموضوع.

ثالثاً ـ المدخل الأول لإثبات اختصاص المحكمة في دعوى مسؤولية الناقل.

رابعاً ـ المدخل الثاني لإثبات اختصاص المحكمة في الدعوى المعروضة ونظائرها عموماً.

خامساً ـ المدخل الثالث لإثبات تجارية المنازعة واختصاص القضاء التجاري بها.

سادساً ـ الخلاصة والنتيجة.

أولا ـ في خلاصة الوقائع :

أبرم المدعي (الشاحن، أو المنقول له) عقد نقل مع المدعى عليه (الناقل) ليشحن هذا الأخير ما اشتراه الأول من سلعة ينتجها أحد المصانع في بلد مجاور، وكان هذا المصنع يتقاضى تباعاً قيمة ما يسلمه إلى الناقل من قبل أحد البنوك السعودية بموجب اعتماد مصرفي متكرر مفتوح لصالح المصنع. وكان هذا البنك يسدد الدفعات بالاستناد إلى بوالص الشحن التي يرسلها له المصنع مبيِّنا فيها مقدار الكميات المسلمة إلى الناقل. وبموجب عقد النقل كان على الناقل القيام بنقل

الشحنات إلى زبائن الشاحن (المنقول له) في مختلف مناطق المملكة أو إلى مستودعاته وفقاً لترتيب وبرنامج متفق عليهما وإجراءات تنظيمية تتعلق ببوالص الشحن والتسليم والتسلم..

تبين في النهاية أن المصنع المصدر قد سلَّم إلى الناقل نحواً من خمسة وعشرين ألف طن، وأنه قبض قيمتها تباعاً من الاعتماد المفتوح لدى البنك. لكن مجموع الكميات الثابتة في البوالص المسلمة من الناقل إلى الشاحن بتواقيع زبائنه وأمين مستودعاته كانت دون ما تسلمه من المصنع بكثير، وبفارق يقارب خُمْسَ الكمية، مما تقدر قيمته بملايين الريالات.

تقدم الشاحن بدعوى ضد الناقل وسجلت لدى إحدى الدوائر التجارية في ديوان المظالم، وطالب فيها ببيان مصير هذا النقص. وردَّ أجور شحنه، ودفع قيمته التصديرية، وما فات من كسب وما ترتب من ضرر نتيجة لعدم تسليم بعض الزبائن مخصصاتهم المتعاقد على توريدها إليهم.

نظرت الدائرة التجارية في الدعوى، وباشرت اختصاصها الموضوعي في جلستين متتاليتين، واستجوبت الطرفين، ثم رفعت الجلسة لإصدار الحكم، وقد صدر هذا الحكم متضمناً ما يلي:

«حيث إن الاختصاص يعتبر من المسائل الأولية التي ينبغي على الدائرة نظرها لمعرفة مدى ولايتها في الحكم في القضية، من عدمه، ولو لم يدفع به أحد الخصوم على اعتبار أن ذلك خاضع للنظام العام الذي حدد بموجبه ولي الأمر الجهات التي لها ولاية البت في القضايا.»

«وحيث إن الدوائر التجارية بالديوان قد تحدد اختصاصها بنظر القضايا بموجب المادة (٤٤٣) من نظام المحكمة التجارية التي حددت صلاحيتها في الأمور التجارية المحضة، حيث جاء في تلك المادة (القضايا التي يحال أمر النظر فيها إلى المحكمة التجارية ويجري الفصل فيها عن طريق اختصاصها: كل ما

يحدث بين التجار ومن لهم بهم علاقة تجارية من مشاكل ومنازعات متولدة من أمور تجارية محضة. . .)».

«وحيث إن قيام المدعى عليه بشحن الأسمدة موضوع الدعوى، وإن كان عملاً تجارياً محضاً بالنسبة له، إلا أنه لا يعتبر كذلك بالنسبة للمدعية، وإنما عمل تجاري بالتبعية، مما يجعل ولاية الدوائر التجارية بالديوان تنحسر عن نظر هذه القضية».

«لذلك حكمت الدائرة: بعدم اختصاص ديوان المظالم بنظر هذه القضية».

ثانياً ـ النصوص النظامية ذات الصلة بالموضوع (نظام المحكمة التجارية):

المادة (١) ـ التاجر هو من اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها مهنة له.

المادة (٢) ـ يعتبر من الأعمال التجارية كل ما هو آت:

أ ـ كل شراء بضاعة أو غلال أو مأكولات وغيرها لأجل بيعها بحالها أو بعد صناعة وعمل فيها.

ب ـ كل مقاولة أو تعهد بتوريد أشياء أو عمل يتعلق بالتجارة بالعمولة أو النقل براً أو بحراً. . .

ج ـ .....

د ـ جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار،

المادة (٤٤٣) ـ القضايا التي يحال أمر النظر فيها إلى المحكمة التجارية ويجري بالفعل بتُّها عن طريقها وضمن اختصاصها هي:

أ ـ كل ما يحدث بين التجار ومن لهم بهم علاقة تجارية. . . من مشاكل ومنازعات متولدة من أمور تجارية محضة سواء أكانت برية أم بحرية.

ب ـ .....

ج ـ .....

د ـ القضايا الناشئة عن اختلاف في التعهدات والمقاولات سواء كانت بين أرباب السفائن، أو بين هؤلاء والتجار...

المواد المتعلقة بمسؤولية الناقل:

المادة (٢٤) ـ تلزم ... المكارى ضمانة إيصال البضائع المسلمة إليه... فكل ضرر ينشأ من تأخيره يضمنه، ما لم يكن المانع قاهراً يعجز عن دفعه.

المادة (٢٥) ـ يضمن الوكيل والأمين ما ضاع أو تلف من الأشياء المرسلة...

المادة (٢٦) ـ يضمن المكارى كل ما يتلف من الأشياء المرسلة معه إذا كان بتعد منه...

ثالثاً ـ المدخل الأول لإثبات اختصاص المحكمة في دعوى «مسئولية الناقل»:

نشتق هذا المدخل من قاعدة أساسية في تحديد الاختصاص باعتبارها مثبتة في النصوص ومستقرة بالفقه إجماعاً. وتتمثل هذه القاعدة في أن محكمة موطن المدين هي المحكمة المختصة لمقاضاته، ولكن مع الأخذ بالاعتبار صفة المدعى عليه والسبب الموضوعي المولِّدَ للنزاع. ويعني ذلك أن نقطة الانطلاق هي وجوب مراعاة المركز القانوني للمدعى عليه.

فإذا كان المدعى عليه تاجراً والسبب المولد للدعوى هو إخلاله بالتزاماته التجارية التعاقدية الناجمة عن ممارسة حرفته ـ كما في قضية الحال ـ كانت المحكمة التجارية هي المرجع لمقاضاته. وهذا مبدأ مستقر في قواعد الاختصاص القضائي.

ولعل مصدرة القرار لم تلاحظ بداية أن موضوع الدعوى لم يكن منصباً على عملية النقل في ذاتها كأداء مادي يقوم به الناقل بتحريك المنقول من مكان إلى آخر متفق عليه. إن جوهر الدعوى ينصرف إلى التزام قانوني عقدي واجب التنفيذ تحت طائلة المساءلة بالضمان المنصوص عنها في المادتين (٢٤) و (٢٦) من نظام المحكمة التجارية. فهو ملتزم بتسليم المنقول كاملاً، وضمانه عند التسليم الناقص

لا يطالب به إلا أمام محكمته المختصة. فهي المرجع الوحيد لإجباره على الوفاء بالتزاماته التجارية باعتباره تاجراً محترفاً يمارس النقل التجاري، فضلاً عن أن موضوع الدعوى ينحصر في «مسؤولية الناقل».

نخلص مما تقدم الى التكييف التالي:

لقد ورد في قرار المحكمة أن «قيام المدعى عليه بشحن الأسمدة هو عمل تجاري محض بالنسبة له...» وما دام الأمر كذلك فإن التزاماته هي التزامات تجارية فإذا أخل بها وسلم المنقول ناقصاً بإهمال أو خطأ أو تعدٍّ فإن المادة (٢٦) من نظام المحكمة التجارية تقرر مسؤوليته بالضمان. وعليه في هذه الحالة التحرر من تبعات مسئوليته بتسليم الكمية الناقصة عيناً، إذا أمكن، أو بالتعويض عنها، إذا تعذر الوفاء العيني. وإن هو لم يقم بذلك رضاء فإن محكمته المختصة تجبره على ذلك قضاء، وذلك بموجب القواعد العامة في وفاء الالتزام.

ولا يختلف اثنان في أن مرجعية المطالبة القضائية ممن وقع عليه الضرر تكمن في اللجوء الى محكمة المدين، وليس إلى محكمة الدائن. وأصل هذا المبدأ مقرر في المادة الخامسة من تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية من حيث الاختصاص المكاني. ثم يلي ذلك تحديد المحكمة المختصة نوعياً بناء على صفة المدين (وهو تاجر هنا)، وصفة الدين أيضاً (وهو تجاري هنا) ومتولد عن عدم تنفيذ التزامات الناقل (التاجر المحترف).

وفي ضوء التكييف السابق، فإن السؤال المطروح على المحكمة مصدرة القرار هو: ما المحكمة المختصة للنظر في تبعات ومسئوليات الناقل المحترف والتاجر عن عدم وفائه بالتزاماته، أخذاً بالاعتبار أن العقد بالنسبة له هو عقد تجاري، حسب ما قررته الدائرة التجارية مصدرة القرار؟

ليس أمام الدائرة المذكورة إلا جواب واحد لا ثاني له، وهو: أنها هي ذاتها المختصة لاستقبال دعوى المدين التاجر ما دام دينه ناشئاً عن عقد تجاري بالنسبة له، حسب ما قررته المحكمة بنفسها.

وعلى الرغم من أن ما سبق بيانه كاف لحسم الموضوع، إلا أننا وزيادة في توثيق هذا المدخل بنص نظامي، نشير إلى نص الفقرة (د) من المادة (٤٤٣) من نظام المحكمة التجارية. فلقد قررت هذه الفقرة اختصاص المحكمة التجارية للنظر في الخلافات الناشئة بين الناقل البحري وبين التجار الذين يتعامل معهم. ولماذا لا تقيس المحكمة في هذه الحالة النقل البري على النقل البحري فيما يتعلق بالتكييف، وخاصة أن هذين النوعين من النقل ورد ذكرهما بالتجاور في الكلمات ضمن الفقرة (ب) من المادة الثانية من النظام موضوع البحث؟ يضاف إلى ذلك أن النص قد أطلق الوصف في اعتبار هذين النوعين من النقل من زمرة الأعمال التجارية، دون أي تخصيص، كما فعلت المحكمة في قرارها.

إن هذا المدخل الأول كاف بذاته لحسم الموضوع بثبوت الاختصاص لنظر الدعوى أمام المحكمة التجارية، باعتبار أن الموضوع محدد بمسؤولية الناقل التجاري عن التزاماته في عقد تجاري الوصف كما قررته المحكمة.

إلا أننا وتوسعاً في الدراسة بإعطائها أبعادها الشاملة، نعرض المدخل التالي تأكيداً للاختصاص بطريق آخر، وبالنسبة لكل القضايا المماثلة.

رابعاً ـ المدخل الثاني لإثبات اختصاص المحكمة التجارية في قضية الحال ونظائرها عموماً:

محور هذا المدخل هو أنه: لا مكان لفكرة «الأعمال التجارية بالتبعية» بالطريقة التي تتبناها المحكمة، وعندما تواجه بالنصوص النظامية المتعلقة بتحديد الأعمال التجارية، في النظام السعودي.

لقد استندت المحكمة في قرارها إلى فكرة «الأعمال التجارية بالتبعية» معتبرة أن موضوع الدعوى بالنسبة للمدعي لا يعتبر تجارياً، وإنما هو عمل تجاري بالتبعية. وبناء على ذلك قررت عدم اختصاصها..

وخلافاً لقواعد الأصول، فإننا نقرر الحكم بداية ثم ننتقل إلى التسبيب. فالذي نراه هو أنه: لا موجب ولا مكان لهذا الاستيراد الفقهي المنقوص، وخاصة عندما

نواجهه بفهم أصيل لنصوصنا النظامية الواضحة والشاملة. وآية البيان في ذلك هي ما يلي:

إن التبني المبتور لتلك الفكرة عندنا، قد جرَّدها من نبل غايتها المتمثلة بتحقيق العدالة وتلبية خصوصيات العمل التجاري. وبهذا الاجتزاء نجد أنها قد مُسخت لدينا وتحولت إلى فكرة «شريرة» مؤذية لا عدل فيها، وباتت تنطوي على هدف يعاكس الغاية الأصيلة منها.

وعلى الرغم من حسن غايتها، فقد لقيت ـ وما زالت تلقى ـ فكرة «الأعمال التجارية بالتبعية» معارضة شديدة حتى في الأوساط التي ولدت فيها. وهي ابنة فقه خلافي يعارض بعضه بعضاً وتتكافأ فيه الحجة، والحجة المضادة. ومع أنها تسعى في مواطنها لتوسيع دائرة اختصاص القضاء التجاري إلا أنها لم تسلم من المعارضة في معظم الأوساط الفقهية الحديثة.

ويقودنا هذا الفقه غير المستقر إلى استنتاج أول، وهو أن المستند الفقهي المقتبس الذي اعتمدته الدائرة التجارية المعنية لتسبيب قرارها، هو من الضعف والخلاف بمكان واضح. وليس من حقنا كرجال قضاء وفقه أن نركن إلى هذه الاستعارة المنقوصة، دون إمعان النظر فيما لها وما عليها، بل دون النظرة الواسعة في نصوصنا التي تتصف بشمولية واسعة تغنينا عن التوسل فيما عداها.

وعندما يعتمد قضاؤنا مثل هذا الفقه، بعد تجريده من نبل غايته، فإن من حقنا أن نسأل؛ ولكن مع الإلحاح في طلب الإجابة:

ما المعايير المقنعة لاعتبار واقعة الحال،أو لتصنيفها (ونظائرها عامة) على أنها «عمل تجاري بالتبعية»؟

إن الإجابة مطلوبة من كل ملتزم بهذا المسار، ولكن بالدليل المعقول، دون المنقول. فإذا كان الدليل منقولاً، فعندها نقول: يجب عدم فصل الروح عن الجسد والفكرة عن الغاية الأصلية، وأن يكون الاستيراد كاملاً، أو لا يكون.

وفضلاً عن ذلك، فإن من حقنا أيضاً أن نتمسك بالوجه الآخر من الفقه في الموضوع ذاته، وأن نعتصم بالنقد الذي هدم الفكرة من أساسها، أو كاد. وعند هذا الاعتصام نقول: لماذا تجري المحكمة ترجيحاً لوجه فقهي على وجه فقهي آخر بالنقطة ذاتها، ودون تعليل لهذا الميل؟

لقد اقتبس اجتهادنا القضائي فكرة الأعمال التجارية بالتبعية متخطياً نصوصنا، وتمسَّك وارتقى بها الى مرتبة النص ـ بل أعلى ـ، واعتمدها في ممارساته دون سند أكيد: وهو في هذا لم يعط أي اعتبار أو تقدير للنقد الذي رفضها. وإن القراءة المدققة تفسح المجال للقول بأن الانتقادات التي وجهت لفكرة «التجارية بالتبعية» أقوى لدينا من حجج المدافعين عنها، في إطار النصوص النافذة عندنا وهذا هو السبب الذي طرح تساؤلنا: لماذا يأخذ قضاؤنا برأي أنصارها، ولا يلتفت إلى آراء خصومها، وما سبب ترجيح أحد وجهي العملة الواحدة؟

لعل الأمر يحتاج إلى بعض الجهد في التتبع والتقصي بهدف معايرة موازين الموضوع عن طريق الربط بين المادة الثانية، والمادة (٤٤٣)، دون إهمال المادة الأولى من نظام المحكمة التجارية. فثمة وشائج تربط بينها، وهي ـ في تقديرنا ومن الزاوية المطروحة للبحث ـ لم تأخذ نصيبها من الدراسة المتعمقة لسبرها وإبراز خصائصها الإيجابية الشاملة.

وفي هذا السياق نحتاج أولاً إلى تقديم أوجه الاعتراض على فكرة الأعمال التجارية بالتبعية[1]. وقد تبلورت هذه الاعتراضات في محورين:

المحور الأول : ينطلق بصراحة من مقولة إنه «لا لزوم لها».

المحور الثاني : ينطلق من مقولة إنها «مجردة من أي سند نظامي».

(١) د.محمود مختار أحمد بريري: قانون المعاملات التجارية السعودي - ج١- مطبوعات معهد الإدارة العامة (١٤٠٢) - ص(٦٤) وما بعدها.

أ ـ فمن حيث عدم لزومها:

تُمثِّل فكرة «الأعمال التجارية بالتبعية» محاولة فقهية وجدت أصلاً في أوساط تعتقد بأن التعداد الذي تضمنه التقنين للأعمال التجارية قد ورد على سبيل الحصر.

وقد دفع هذا التصور كلاً من القضاء الأجنبي والفقه إلى ابتداعها لمعالجة قصور التعداد الحصري. ولقد أجمع الفقه على أن ذلك التعداد خاطيء في الأصل، لأن النشاط التجاري متجدد ومتوالد بصيغ إبداعية لا تسمح بالتحديد الدقيق أو المسبق.

وبناء على ذلك، وطالما أن التعداد في نصوص نظام المحكمة التجارية قد جاء تمثيلاً وليس حصراً، فلا لزوم إذن للقول بفكرة «التجارية بالتبعية»، لوجود ما يغني عنها، وهو النص المفتوح، أو غير الحصري. وهذا الأمر محسوم بصراحة نص المادة الثانية التي جاءت صيغتها: «يعتبر من الأعمال التجارية كل ما هو آت...». ولو أن المنظم أراد إغلاق النص لقال: «الأعمال التجارية هي التالية...».

واشتقاقاً من سياق نص المادة الثانية بكل فقراتها، يكفي ليكون العمل تجارياً أصلياً وبحكم الماهية، أن تكون العملية قد تمت في نطاق ممارسة النشاط التجاري أو بتعاطي الأعمال التجارية. وبتعبير آخر: في نطاق ممارسة المهنة التجارية. ومن قرائن الامتهان ومعاييره في عصرنا، التسجيل التجاري لدى الجهات التي يفرض النظام التسجيل الرسمي لديها؛ وهو ما يتعين على المحكمة أن تعطيه اعتبارها.

ب ـ من حيث إنها مجردة من أي سند نصي في النظام:

لا يوجد في نظامنا أي نص أو مصطلح يسمح باعتماد مقولة الأعمال التجارية بالتبعية. وكل الدلائل في النصوص تذهب إلى عدم وجود مكان لها في قضائنا. وإن اعتمادها والارتقاء بها من قبل القضاء الى مرتبة النظام العام لتحديد الاختصاص من عدمه، يعتبر تشريعاً لا تملكه المحكمة، ولا تحتمله كلمة «محضة» الواردة في

المادة (٤٤٣/أ)، كما سنرى. وليس يخفى على أحد أن الأخذ بها عندنا وعلى النحو المعكوس لها، ينطوي على مضرة بمصالح العباد، وعلى تعارض مع النصوص الصريحة في المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية. يضاف إلى ذلك اختلال موازين العدالة عندما ننظر الى الآثار التي تترتب على اعتمادها من أجل إغلاق باب الاختصاص، وهو ما سنعرضه لاحقاً.

إننا نرى أن القضية محلولة تلقائياً بدلالة الفقرة (د) من المادة الثانية آنفة الذكر، ذات الصيغة المطلقة التي تقطع الطريق على اقتباس ميزان يفتقر إلى الحد الأدنى من الضبط والمعايرة. فتلك الفقرة، لم تضع أي قيد أو شرط يحدُّ من الشمولية والتعميم. وإذا أضفنا إلى ذلك عدم حصر التعداد للأعمال التجارية، تأكد لنا أن المنظم السعودي لم يشأ الأخذ بفكرة الأعمال التجارية بالتبعية أصلاً.

ومادامت هذه الفكرة، لا لزوم لها، ولا سند لها من النص، ولا تحقق العدالة بين ذوي الشأن، فلا يجوز لقضائنا اعتمادها، وإنما عليه أن يهرب منها وألا يربأ بكلمة «محضة» التي وردت في المادة (٤٤٣/أ).

كيف نفسر ونحدد كلمة «محضة» الواردة في المادة (٤٤٣/أ) من نظام المحكمة التجارية؟

إن الخلاص إلى نتيجة محددة يتحقق بالتوجه نحو الفقرة (أ) من المادة المذكورة لإجراء التحليل وربط مكوّنات الموضوع. فلقد استخدم المنظم في صيغة هذه الفقرة عبارة: «منازعات متولدة من أمور تجارية محضة، سواء أكانت برية أم بحرية...».

والتساؤل الواجب هنا: **ما الأعمال التجارية؟، وما الأعمال التجارية المحضة؟** إنه تساؤل مزدوج ومشتق من تفكيك العبارة، بهدف تفسيرها...

نحن لا نعتقد بوجود تفريق، وكل ما في الأمر أن كلمة «محضة» ليست إلا زيادة صياغية. **والدليل على ذلك هو أنه بوجود الكلمة المذكورة أو بحذفها، لا**

يستطيع أحد تعداد الأعمال التجارية كلها. ولو كان المنظم يعرف الإجابة عن التساؤل المطروح، لقام بتعدادها حصراً في المادة الثانية، ولما لجأ الى التعداد التمثيلي.

وثمة سؤال آخر يطرح نفسه علينا، ويساهم في الإجابة عما سبق. والسؤال هو: ما الأعمال غير التجارية بالنسبة للتاجر ونشاطاته وممارساته؟

إن الإجابة هنا ممكنة، وهي التي تقربنا من تفسير المقصود بعبارة: «منازعات متولدة من أمور تجارية محضة...» التي جاءت في المادة (٤٤٣/أ)، وتبين لنا انعدام وظيفة كلمة «محضة». وهذا هو الهدف الذي نسعى إليه.

ونرى الإجابة بسيطة جداً في المواجهة بين نصَّين:

- **النص الأول**: وهو الفقرة (د) من المادة (٢) التي تصنف «مِنَ» الأعمال التجارية: «جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار»، وهو نص مطلق مفتوح.
- **النص الثاني**: وهو مجتزأ من الفقرة (أ) في المادة (٤٤٣) التي تقول: «منازعات متولدة من أمور تجارية محضة...»، وهو نص موصوف.

ونتساءل: ما المسار التوفيقي بين النصين، وما ميزان التفريق بين ما يعتبر من الأعمال «تجارياً محضاً»، وما «لا يعتبر تجارياً محضاً»؟

ليس هناك من جواب...! فالعمل إذا كان تجارياً، فهو «محض تجاري» بداهة، وبالتالي فإن كلمة «محضة» زائدة قطعاً، لأنه لا يوجد «عمل تجاري» و «عمل تجاري محض».

ولكن، وبالمقابل: هناك **عمل تجاري، وعمل غير تجاري**، أي «مدني» باصطلاح الفقه القانوني، أو من أعمال «العروض» باصطلاح الفقه الشرعي.

أ ـ **فعلى صعيد الفقه الشرعي**: إن فكرة التفرقة بين التجارة وغيرها من النشاطات، نجدها واضحة عند معالجة الفقه لزكاة «العروض». فقد ورد في كتاب (الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لمؤلفه علاء

الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي) أن «العروض» لا تصير للتجارة إلا أن يملكها بفعله وبنيّة التجارة فيها. فإن ملكها بإرث أو ملكها بفعله بغير نية التجارة، ثم نوى التجارة فيها، لم تصر للتجارة...»[1].

يستخلص من ذلك ـ وباب القياس مفتوح ـ أن المعيار في تجارية المال أو المعاملات، إنما هو عنصر القصد والنية... وفي هذا ما يصلح معياراً للبناء عليه من منطلق فكرة: الغرض ـ الباعث ـ الغاية...

ب ـ **وعلى صعيد الفقه الوضعي**: إن ما لا يدخل في الأعمال التجارية للتاجر، أو ما لا تقبله كلمة «كل» وكلمة «جميع» في الفقرتين (ب ـ د) على التوالي من المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية، وهو تلك الفئة من ممارسات التاجر في أعمال خارج تجارته، كإنسان له حوائجه ومعاملاته الذاتية العامة والخاصة مثل (شراء سيارة لاستعماله الشخصي، أو لولده ـ شراء ونقل أثاث لمنزله في الريف أو المدينة ـ شراء حلي لزوجته ـ زواجه ـ إرثه ـ وصيته ـ وقفه ... الخ». هذا هو المقصود، بل هذا هو التفسير لما لا يعتبر تجارياً، ولا تجارياً محضاً، لأنه مدني محض. وهنا بيت القصيد في إعلان عدم اختصاص المحكمة، أي في الأمور المدنية التي ذكرناها وأمثالها. وهكذا وبمفهوم المخالفة (كواحد من طرق التفسير القانوني) نكون قد ميزنا بين التجاري وغير التجاري. وبذلك يتحدد استطراداً «التجاري المحض»، لمن يشاء تجاوزاً.

نستنتج مما تقدم، أنه ليس هناك منزلة (ثالثة) بين المنزلتين، أو مرتبة وسيطة بين المرتبتين في النقطة المبحوثة. فالعمل، بالنسبة للتاجر، إما أن يكون تجارياً، أو لا يكون. ومتى كان تجارياً، يصبح تجارياً محضاً وأصلياً لا تبعياً. وبغير هذا الحسم يصبح الأمر أشبه بحالة مزج بين الأبيض والأسود لاستخراج لون ثالث (رمادي) هو الذي يسمونه «أعمال تجارية بالتبعية»! ومثل هذا «التهجين» قد لا يجد له مكاناً مستقراً في ساحة القانون والنظام.

(١) مذكور في المرجع السابق - ص (١٢).

تلك هي نقطة الضوء التي تحتاج إلى نظرة جديدة ومتحررة بهدف مراجعة الاجتهاد الراهن لهجره. وعبر هذا الفهم الموضوعي التحليلي لنصوصنا نقتبس الخلاص للخروج من دوامة الشك في قضية «الاختصاص المرفوض» الذي طالما رسم إشارات التعجب في أذهان رجال القانون إثر كل حكم يصدر معلناً بغير تبرير حقيقي وأصيل عدم الاختصاص.

إن المادة الثانية، والمادة (٤٤٣/أ) من نظام المحكمة التجارية مترابطتان وواسعتان إلى درجة تلغي مقولة «الأعمال التجارية بالتبعية» كسند للدفع بعدم الاختصاص. وحين تذهب المحكمة إلى ذلك تكون قد فارقت التفسير الصحيح واستبدلت بالعدالة ضدها، لأنها تأخذ بما يؤذي مصالح الناس وتؤثر، من حيث لا تقصد، طرفاً على آخر. بل إنها في خاتمة المطاف تستبدل بالنصوص الصريحة المحلية «بعض فقه»، لا يحق لها تجزئته أصلاً بالطريقة التي مارستها.

ويبقى من واجبنا، قبل إقفال هذا المدخل الذي نحن فيه، أن نشد الانتباه إلى الآثار الخطرة وغير المعقولة التي تترتب على التمييز بين صفة الناقل وصفة المنقول له. وبتعبير أعم، إن فكرة الأعمال التجارية بالتبعية التي قادت المحكمة إلى إضفاء طبيعة قانونية ثنائية على عقد النقل، فجعلت أعمال الناقل تجارية، وأعمال المنقول له (في العقد ذاته) غير تجارية، قد أدت إلى حالة من عدم العدل بمنظور الآثار التي تترتب على هذا التمييز. واللافت للنظر هو أن هذه الآثار الضارة لا تحدث في القضاء الغربي ونظائره، لأن الهدف من طرح فكرة «الأعمال التجارية بالتبعية» هو إخضاع الطرفين لنظام قانوني واحد في العقد الواحد، وتلبية خصوصيات العمل التجاري.

والذي يحدث عندنا حين يأخذ قضاؤنا بهذه الفكرة، ليغلق باب اختصاصه، هو أنه يبعث بطرفي العقد الواحد إلى نظامين قانونيين مختلفين كلياً، ناهيك بالثنائية في المرجع القضائي، «وشتان بين مشرّق ومغرّب»!

وإثباتا لهذا الوضع الغريب، لا بد من إشارة وجيزة إلى بعض من هذه الآثار غير العادلة.

فتوصيف، أو تكييف نشاط الناقل بأنه تجاري، وتجريد حقوق المنقول له من هذه الصفة، يجعل أحد طرفي العقد متمتعاً بمزايا وامتيازات العقد التجاري ونظامه وآثاره ويزيد من مكاسبه العقدية على حساب الطرف الآخر. ومثل هذا الخلل بمباديء المساواة يخالف الشرع، لأن الأصل هو وحده النظام القانوني لهذه المقاولة التعاقدية الواحدة. والمعروف أيضاً، هو أن القانون التجاري يتضمن قواعد صارمة يجري إعمالها عند عدم تنفيذ العقود التجارية. ولكن التوصيف الذي اعتمدته المحكمة بالنسبة للمنقول له، يحرمه من مواجهة الناقل بهذه القواعد. كما أن نظرة الميسرة نادرة الوقوع في الالتزامات التجارية بالنسبة للمدين، وهي لا تعطى إلا في شروط قاسية جداً، بينما هي أسهل تحقيقاً في الديون المدنية. وثمة أسباب جوهرية لذلك. ويضاف الى ما سبق من آثار متفاوتة نتيجة لهذا التمييز ما يتصل بقواعد إفلاس المدين بدين تجاري واختلافها عن نظائرها بالنسبة للمدين بدين مدني. ولا ننسى الإشارة أيضا إلى اختلاف قواعد الإثبات عند اختلاف الصفات... وغير ذلك مما لا داعي للاسترسال بذكره[1]. ولعل تلك الآثار كافية بذاتها للتأمل في مدى الاضطراب الذي يصيب العدالة من جراء الدفع بعدم الاختصاص.

نخلص من كل ما سبق كنتيجة لهذا المدخل الثاني إلى أنه أمام عدم لزوم فكرة «الأعمال التجارية بالتبعية». وأمام عدم وجود نص يسمح باستخدامها للدفع بعدم الاختصاص، وأمام نص المادة الثانية في ضوء ما شرحناه عنها، فإن أي بناء على تلك الفكرة يفتقر إلى مقوماته، ويؤدي إلى تعطيل نصوص صريحة. وكأننا في

(١) انظر بتفصيل أوسع د. محمد حسن الجبر: العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية - منشورات عمادة شؤون المكتبات - جامعة الملك سعود - (١٤٠٤) - (١٩٨٤) - ص(٨) وما بعدها.

هذا المسلك، إذا مضينا به، لا نستهدف سوى القول بعدم الاختصاص كغاية في ذاتها، حتى ولو كانت الوسيلة عاجزة، بل غير نظامية.

ولقد أثبتنا في معرض شرحنا، أن كلمة «محضة» التي بنت عليها المحكمة موقفها، إنما هي كلمة زائدة ولا عمل لها بوجود الصفة التي سبقتها والمتمثلة بكلمة «تجارية» **التي أعطت الكفاية لمعنى النص**. بل إن كلمة «محضة» هي في الواقع الدلالي تحصيل حاصل، بعدما أدت كلمة «تجارية» الغرض المطلوب في الأداء الصياغي. ويعزز ذلك تفسيرنا وتحليلنا لعبارة «الأمور التجارية المحضة» من حيث كون هذه الأمور هي كل ما خرج عن النشاطات المدنية الخاصة غير التجارية للتاجر، مما ضربنا عنه أمثلة عديدة.

وفي ضوء ما احتواه هذا المدخل، مستقلاً، أو ضميماً إلى المدخل الأول لا نجد مناصاً من القول بأن القضاء التجاري هو المختص في منازعات عقود النقل من نظائر الدعوى التي عرضنا وقائعها، وهو المختص أيضاً في كل ما ينظر إليه على أنه أعمال تجارية بالتبعية.

خامساً ـ المدخل الثالث لإثبات تجارية المنازعة واختصاص القضاء التجاري بها:

يقوم هذا المدخل على البحث في «معيارية» (العمل التجاري المحض) في هذه الصيغة المركبة من: اسم متبع بصفتين، قلنا عن ثانيتهما إنها زائدة.

ونلج هذا المدخل عبر السؤال التالي: هل يوجد «عمل تجاري» موضوع المادة (٢)، و«عمل تجاري محض» موضوع المادة (٤٤٣/أ) ؟

وجوابنا المباشر هو: كلا. فمتى وجد «العمل التجاري» كان عملاً تجارياً محضاً. والتاجر بمفهوم المادة الأولى، وبمفهوم المخالفة لها، يمارس نوعين من النشاط أو الأعمال، ونعني بذلك: أعمالاً تجارية، وأعمالاً غير تجارية، ولا توجد مرتبة ثالثة بينهما، كما أوضحنا في المدخل السابق.

وكما هو معلوم، لم يضع المنظم تعريفاً للعمل التجاري عموماً، كما أنه لم يقدم له أية معايير وصفية، ولم يكن قصده في المادة الثانية أن يضيِّق من ساحة

هذه الأعمال، بدليل استخدامه عبارات واسعة مرنة مثل: (كل مقاولة ـ جميع العقود). وفي هذا السياق من السعة جاء صدر المادة الثانية بالقول: «يعتبر من الأعمال التجارية كل ما هو آت...»، ولم يقل «المحضة».

فوفق المادة الأولى: «التاجر هو من اشتغل بالمعاملات التجارية، واتخذها مهنة له». وفي هذا النص لا نجد المعيار المطلوب. فالاشتغال بالأعمال التجارية يولِّد تاجراً، ويظل السؤال الأساس: ما المعيار الذي بموجبه نقول عن العمل إنه تجاري؟

ولو رجعنا إلى وقائع القضية التي كانت باعثاً على هذه الدراسة لإعادة فحصها والبحث عن قرائن واقعية تدل على تجارية مركز المنقول له في عقد النقل، نلاحظ ما يلي: إن البضاعة المشحونة مستوردة بآلاف الأطنان لإعادة بيعها، وبعضها مباع سلفاً. وبمعيار المادة الأولى فالمنقول له يمارس ويمتهن التجارة والأعمال التجارية. يضاف الى ذلك توافر عنصر القصد أو النيّة للاتجار بهذه المادة. ناهيك بأن ذلك النشاط مسجل في سجله التجاري. فبموجب مذهب الإمام أحمد وبموجب النصوص لا يمكن وصف العمل إلا بكونه تجارياً. ومركز هذا الشاحن (المنقول له) لا يمكن تجريده من هذه الصفة، إذا نظرنا إلى معيار الغاية من نقل هذه المادة أو شحنها.

ولا بد من التوسع في التعقيب عند هذه النقطة.

فلقد قال بعض الفقه الغربي (وتبعه العديد من الفقه العربي) في إطار تشريعات بلاده، إن المركز القانوني للمنقول له، لا يتسم بالصفة التجارية المحضة! ووجدنا الاجتهاد القضائي في المملكة يتبنى هذه الفكرة (دون الهدف منها) ودون اعتبار لاختلاف نصوصنا الوضعية في هذا المجال. ونحن لم نعثر، لا في ذاك، ولا في هذا على التكييف القانوني المقنع والمبرر لذلك التمييز. ويكفي أن نتساءل من أجل ذلك بما يلي:

- ما السبب لتجريد مركز المنقول له من الصفة التجارية في عقد النقل، أو ما التعليل والحجة والمعيار لإخراجه (عندما يبرم عقد نقل) من دائرة المادتين الأولى والثانية؟

- من أين استمدت المحكمة السند النظامي لقرارها؟

- هل يمكن لكلمة «محضة» في المادة (٤٤٣/أ)، والزائدة أصلاً ـ كما أثبتنا ـ أن تنسف صيغ الإطلاق والعمومية في المادة الثانية؟

- هل يجوز لنا أن نستخدمها سلاحاً نحشوه بما ننسبه إليها دون أي معيار أو سند، لنجابه بعض الدعاوى، فنردها ونريح القضاء التجاري منها؟!

- لماذا نعتبر كلمة «محضة» في المادة (٤٤٣/أ) تلغي الصفة التجارية لمركز أحد طرفي عقد النقل من دون الآخر، مع أن نص الفقرة (ب) من المادة (٢) جاء مطلقاً باعتبار هذا العقد من العقود التجارية؟

هذه الأسئلة، وغيرها لدينا، لا يجوز أن تظل بلا إجابات، حتى لا يكون الحكم «بعدم الاختصاص» مجرد كلام مرسل وعار عن أسبابه. وإذ نلح في طلب الإجابات فإننا نريدها من منهل محلي يواجه نصوصنا، وليست مستعارة من فقه غربي منسجم مع نصوصه حلّ بها مشكلاته، بينما أقمنا بها لدينا مشكلات.

ومن جانبنا فإننا حين نستبعد شروحات الأنصار لمقولة الأعمال التجارية بالتبعية ـ في ضوء نصوصنا ـ فإننا نحتج على تلك المقولة بشروحات المعارضين لها ـ ومن حقنا هذا ـ، وذلك لأسبابنا التالية:

أ ـ ما سبق لنا ذكره عن تجارة «العروض» في مذهب الإمام أحمد بن حنبل، وهو ما يجب تطويره والبناء عليه لإرساء معاييره وتوسيعها. ونضيف إلى ذلك الإشارة التي وردت في الموضوع ذاته في كتاب «زاد المستقنع في اختصار المقنع». ويعتبر هذا المرجع واحداً من المصادر التي يعتمد عليها القضاة رسمياً، حسبما

جاء في الفقرة (٤) من خطاب سماحة رئيس القضاة رقم (١٢٥٣/ ٣) تاريخ ٢/ ٣/ ١٣٨١[١].

ب ـ إن استعارة هذا الفقه المتنافر مع نصوصنا، يؤدي إلى تعطيلها وترجيحه عليها. ولقد أدى ذلك إلى هدم بناء قانوني متكامل لمجموعة من النصوص تنطوي على نهج المنظم التوسيعي الذي أعطى لتلك النصوص حياتها. ومكمن العلة في كل ذلك هو التفسير غير الصائب لكلمة واحدة أعطيت حجماً افتعالياً غير حقيقي، وهي كلمة «محضة».

وبغية الوصول إلى أطروحاتنا في هذا المدخل الثالث، فإننا نحتاج إلى استطراد آخر في التحليل من المنطلقات التالية:

يتضح من الجملة الأولى في صدر المادة الثانية، أن الصياغة تعمدت تحاشي التعداد الحصري، كما أسلفنا قوله من قبل. وبناء على ذلك، لا يعتبر النص قاصراً على ما احتوته الفقرات الخمس (أ ـ ب ـ ج ـ د ـ هـ). والدليل على ذلك سبق لنا قوله باستخدام المنظم كلمة (مِنَ) الأعمال التجارية. ويعني هذا أن ما ورد تعداده هو «بعضٌ» أو «نماذج وأمثلة من الأعمال التجارية». وأن هناك أعمالاً أخرى غيرها. ويجمع الفقه على أن سبب عدم الحصر راجع الى كون الأعمال التجارية دائمة التوالد والإبداع والتشعب بصيغ متجددة. وهذا ما يوجب تقدير كل حالة بظروفها ومكوّناتها وملابساتها. .الخ.

ويجسَّد قياس الحالات مخرجاً مثالياً عند اتحاد العلة. فالملاحظ مثلاً أن النص في الفقرة (ب) من المادة (٢) قد ذكر النقل «براً أو بحراً»، ولم يذكر النقل

(١) كتاب زاد المستقنع في اختصار المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل للشيخ موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامه المقدسي ثم الدمشقي، اختصره الشيخ شرف الدين أبو النجا - الطبعة الثامنة - دار القلم - بيروت (تاريخ بلا) ص(٢٥) حيث يقول تحت عنوان: باب زكاة العروض: «إذا ملكها بفعله بنية التجارة... فإن ملكها بإرث أو بفعله بغير نية التجارة، ثم نواها لم تصر له».

الجوي. وبصرف النظر عن السبب التاريخي لهذا النقص، فإن الفقه والقضاء لم يقفا جامدين أمام هذا النقص في النص، بل واجها واقع التطور، واعتبرا النقل الجوي من الأعمال التجارية، عن طريق القياس[1].

وفي هذا الإطار أيضاً يجب علينا أن نبرز انسجام الفقرتين (ب ـ د) من المادة الثانية في صيغتهما مع بداية المادة ذاتها، وذلك من حيث استخدام عبارات مطلقة ذات طبيعة تعميمية شاملة، ودون إضافة كلمة «محضة» في هذا النص، مثلما حدث في المادة (٤٤٣/أ) نتيجة لعيب صياغي.

ومع ذلك يتحتم أن تستوقفنا هذه المادة لنتناول بتحليل آخر العبارة التي وردت فيها بصيغة «من أمور تجارية محضة». ومن أجل تفسير هذه العبارة نقوم بتفكيكها من جديد:

نلاحظ أن كلمة «أمور» قد اتبعت بصفتين:

أ ـ أمور تجارية.

ب ـ أمور تجارية محضة.

ـ فالعبارة في تكوينها الأول (أ) تتجسد فيما يمارسه التجار من نشاطات داخلة أو متصلة بأعمالهم وفي ممارساتهم لمهنتهم.

ـ أما الثانية (ب) والتي أضيفت إليها كلمة «محضة»، فإننا نورد بشأنها عدداً من الاعتبارات. وهذه الاعتبارات مدعاة الى التأمل الدقيق، لكون تلك الكلمة هي الوحيدة التي توكأت عليها المحكمة لتهش بها على نوع معين من الدعاوى وتعلن

(١) د. رزق الله انطاكي: الحقوق التجارية البرية - مطبوعات جامعة دمشق (١٩٦٢)، ص (١١٣)، حيث يقول عن هذا السبب التاريخي: «لم يأت القانون القديم على ذكر النقل الجوي. إذ أن هذا النوع من النقل لم يكن معروفاً حين وضع القانون التجاري. ولكن الاجتهاد اعتبر مشروع النقل الجوي تجارياً، قياسا على النقل البري».

عدم اختصاصها بنظرها، دون التطلع الى العديد من النصوص الأخرى التي تثبت بل تقرر الاختصاص. والاعتبارات هي:

١- إن تلك الكلمة لم ترد في صدر المادة (٢) التي اكتفت بالقول «من الأعمال التجارية».

٢- إن كل ما أوردته المادة (٢) هو بالتأكيد والحتم أعمال تجارية «محضة»، على الرغم من عدم وجود كلمة «محضة». وهي جميعها مع ذلك من اختصاص المحكمة التجارية.

٣- إن مقاولة النقل موضوع الفقرة (ب) من المادة (٢) هي في سياق هذا التصنيف، أي من الأعمال التجارية المحضة، بقوة النص. وهي تنصرف في خطابها إلى طرفي العقد إن كانا تاجرين بحسب المادة الأولى من النظام موضوع البحث، لأن العقد ليس عقد «الناقل»، وإنما عقد «النقل». ولا يجوز تخصيص النص بواحد من طرفي العقد (الناقل) وتجريد الآخر منه، لعدم وجود دليل على التخصيص.

٤- إن أعمال التاجر، إما أن تكون تجارية، ومحضة، أو لا تكون. ومتى وصفت بكونها تجارية، فإنها لا تحتاج إلى وصفها بالمحضة التي عابت النص.

٥- إن كلمة «محضة»، إذا أريد لنا إعمالها، فهي تنصرف في وظيفتها فقط الى الممارسات الذاتية للتاجر، مما لا يدخل في تجارته، ولم يتعامل به أصلاً للتجارة، كشرائه منزلاً للسكن، وحلياً ومجوهرات لزوجته... مما سبق لنا بيان أمثلة عنه..

هذه الاعتبارات الخمسة يجب أن تؤخذ بالحسبان، قبل أن تقرر المحكمة عدم اختصاصها. وهي إن لم تفعل ذلك يتحتم عليها أن تنتهي إلى قرار يفارق النصوص ويجانب الصواب.

إن الخط الفاصل بين التجاري، وغير التجاري من أعمال التاجر ونشاطاته يجب أن يكون مرناً ومعيارياً. ولقد بذل الفقه جهوداً فكرية مستمرة محاولاً استنباط

معيار واحد حاسم يكون الفيصل في هذا المجال. لكن التخريجات لم تحظ بتوافق مجمع عليه يحل هذه المعضلة ويرسم خطاً فاصلاً، معززاً بأدلته، بين النوعين من النشاط[1]. وقد تبلورت هذه المحاولات في نظريتين:

أ ـ **النظرية الشخصية**: وخلاصتها هي أن المعيار في تحديد الأعمال التجارية هو الاحتراف. فحيث توجد الحرفة التجارية وتمارس، يبدأ عمل القانون التجاري ونظام المحكمة التجارية، ويحدد بالتبعية الاختصاص القضائي في منازعات الحرفة التجارية.

ب ـ **النظرية الموضوعية**: ومفادها أن العمل التجاري له خصائصه الذاتية ومعاييره من مضاربة، وقصد الربح، وتداول الثروات... الخ. وبناء على ذلك، فحيث توافرت المعايير المذكورة أو المعتمدة، يليه بالتبعية ثبوت اختصاص المحكمة التجارية لأن النشاط والمنازعة يتصفان بالصفة التجارية حتماً.

وفي رأي الشراح عموماً، فإن النظام السعودي فيه من النظريتين، وإن كان أكثر ميلاً أو تأثراً بالنظرية الموضوعية. ومن الشواهد على ذلك أن المادة الأولى من نظام المحكمة التجارية تعرّف التاجر من خلال اشتغاله بالمعاملات التجارية واحترافها كمهنة. ويزداد الدليل وضوحاً في كون المادة الثانية قد عددت «بعض» الأعمال التجارية وليس كلها. وهذا التبعيض إنما هو ذكر للجزء، عندما تعذرت الإحاطة بالكل.

ومما لا شك فيه، أن تحديد الطبيعة القانونية للنزاع (تجاري ـ غير تجاري) يفرض علينا العودة إلى تحديد الغرض من العمل الذي جرى التعامل من أجله. وهذا الغرض متفاوت بالنسبة لطرفي عقد النقل. فالناقل يريد أجرة المنقول. والمنقول له يريد تحريك المنقول من مكانه لأغراض تجارته وبيعه. ومع اختلاف

(١) د. انطاكي: المرجع السابق (ص ٨٦) حيث يقول: غير أن المشرع... عجز كسائر المشرعين، عن إعطاء تعريف شامل للأعمال التجارية، لكثرة هذه الأعمال وتشعبها...».

ماهية الغرضين لديهما. إلا أنهما يتحدان في كون كليهما يمارسان التجارة مآلا، وهما في مركز قانوني موحد في عقد النقل. وتبقى المرجعية في هذا الأمر الى المادة الثانية في ضوء الاعتبارات الخمسة التي سبق ذكرها.

ولا يفوتنا أنه بموجب تلك المادة في فقرتيها (ب ـ د) هناك من الأعمال ما يلزم لتجاريته توافر المقاولة. وهذه المقاولات وردت من غير تحديد في: مقاولة التوريد ـ مقاولة الوكالة بالعمولة ـ مقاولة النقل البري أو البحري (والجوي أيضاً). وليس هناك أي دليل أو إشارة إلى وجود ما يسمح باستثناء مقاولة النقل بالنسبة لأحد طرفيها تحديداً.

ولقد ربط المنظم بين لفظ «المقاولة» وعبارة «النقل براً أو بحرا». وهو لم يقل مقاولة «الناقل» كما ذكرنا في موقع سابق، بل قال «النقل». ويعني ذلك انصراف العبارة إلى طرفي العلاقة، وليس إلى واحد منهما. وهذا هو الاستخدام المجازي أو الاصطلاحي في الصياغة.

ومثَلُنا في هذا الاصطلاح، اصطلاح آخر نظير يقاس عليه في التعبير، وهو «عقد العمل». فالمنظم لم يقل «عقد العامل». بل قال «عقد العمل». وعلى الرغم من أن العامل هو الطرف الوحيد الذي يقدم العمل، فإن التسمية لم تنصرف إليه. كما أن آثار العقد والنظام الخاص به والقضاء العمالي... كل ذلك منصرف إلى طرفي العلاقة دون تشتيت للطرفين في القضاء وفي النظام. وليس يخفى على أحد أن كل ما يتصل بالعقد وطرفيه في الوفاق وفي المنازعة تظلله مؤسسة قانونية واحدة وقضاء واحد بحكم وحدة الرابطة العقدية. وهذا قياس يجب أن يلفت انتباهنا.

نستنتج مما تقدم في هذا المدخل الثالث، أن الأعمال العرضية أو الحاجاتية غير الاحترافية، هي الوحيدة التي لا تكون تجارية بالنسبة للتاجر. أما الأعمال الممتهنة والتي يقصد بها التجارة فتكون تجارية محضة دوماً. وزيادة في التمثيل على ما هو غير تجاري نذكر: الالتزامات الناشئة عن عمل الفضولي، وعن الإثراء بلا سبب، وعن الفعل الضار... مضاف ذلك الى ما سلف تعداده في مواقع سابقة.

وبناء على ما قدمناه فإن عقد النقل يستجمع كل المعايير التي ساقها الفقه بكل مذاهبه لتصنيف مضموناته بالنسبة لطرفيه في زمرة الأعمال التجارية. وبهذه المعايير أيضاً يستقر اختصاص المحكمة ويمتنع عليه الدفع بعدم الاختصاص.

وسواء نظرنا إلى هذا المدخل مستقلاً، أم ضميماً الى سابقيه فإننا نعتقد بكفاية ما قدمناه في هذه الدراسة للمناداة بمراجعة الاجتهاد بل الرجوع عنه في كل القضايا المماثلة لقضية الحال.

الخلاصة والنتائج:

يلاحظ أن دفع المحكمة بعدم الاختصاص فيما سمته أعمالاً تجارية بالتبعية يستند الى كلمة «محضة» التي جاءت «نعتاً» ثانياً في عبارة «أمور تجارية محضة» موضوع المادة (٤٤٣/أ) من نظام المحكمة التجارية.

وفي المدخل الأول الذي نعتبره خاصاً بحالة نموذجية محددة، لم يكن دفع المحكمة صائباً، لأنها لم تنظر الى موضوع الدعوى. ولو أنها فعلت ذلك لأدركت أن القضية المعروضة عليها لا تحتاج إلى تكييف مركز المدعي أصلاً ـ كما فعلت ـ، وإنما كان عليها أن تنظر في صفة المدعى عليه، وفي موضوع الدعوى. فالمدعى عليه: ناقل محترف وتاجر بمقتضى النظام وبمنطوق قرارها. وأما الدعوى فهي دعوى المسؤولية عن عدم تنفيذ الناقل لالتزاماته في عقد تجاري الوصف نظاماً. وباعتباره لم يوصل الكميات التي تسلمها كاملة، فإنه ضامن بمقتضى النصوص الخاصة والقواعد العامة.

وغني عن الشرح أن **مساءلة المدين لا تكون أمام قاضي الدائن**. ولذلك تعتمد القواعد العامة في أصول المحاكمات **مبدأ توجه الدائن الى قاضي المدين من حيث المكان** ومن حيث النوع. فإذا كانت مسؤولية المدين ناجمة عن ممارسته لنشاطه التجاري، كانت المحكمة التجارية هي المختصة. وهذا مبدأ لا تثريب عليه ومستقر في النظام العام لقواعد الاختصاص القضائي.

ويلاحظ في هذا المدخل الأول، أن التكييف الذي أعطته المحكمة لمركز الناقل، (بوصفها له على أنه تاجر مرتبط بعقد تجاري) هو الذي اشتققنا منه إثباتنا لاختصاصها وعدم صواب قرارها الذي لم تحسن تحصينه.

أما في المدخلين: الثاني والثالث، فقد كان جهدنا موجهاً نحو التعميم والشمولية لإثبات الاختصاص في كل الحالات التي يقال عنها إنها أعمال تجارية بالتبعية.

ففي المدخل الثاني كان التحليل متجهاً الى دراسة نقطة محددة وإبرازها، وهي أن نصوصنا لا تفسح المجال للأخذ بفكرة الأعمال التجارية بالتبعية، لأن التصنيف فيها ثنائي وليس ثلاثياً: (عمل تجاري ـ عمل غير تجاري). ويترتب على ذلك أن الحكم بعدم الاختصاص استناداً إلى تلك الفكرة ومفاعلتها مع كلمة «محضة» الواردة في المادة (٤٤٣/أ) هو قضاء مخالف للنصوص الصريحة. ولقد كرسنا جزءاً من هذا المدخل لإثبات أن كلمة «محضة» التي تبنى عليها المحكمة قراراتها، هي كلمة زائدة وعيب صياغي في نظام سبقه التطور بنحو من خمسة وستين عاماً.

كما أننا عرضنا لبعض الآثار الخطرة التي تترتب على الحكم بعدم الاختصاص، وهي آثار تجافي العدالة والمنطق وعلم القضاء الى درجة تزلزل العلم القانوني في تلك النقطة، ولا يمكن لأي منظم أن يجنح إليها.

وأما المدخل الثالث، فقد كرسناه للتحليل من زاوية أخرى كان مركزها: البحث عن معيارية، أو ضوابط، لما يسمى «العمل التجاري المحض»، بما يميزه عن «العمل التجاري». وقد أثبتنا تعذر ذلك وانعدام هذه الثنائية من الأعمال. وانتهت بنا التساؤلات الى أن الثنائية الوحيدة الموجودة في ساحة نشاط التاجر تتجسد وتنحصر في «عمل تجاري» و«عمل غير تجاري» أي مدني، وبهذا المنظور، فحسب، يتحدد الاختصاص القضائي من عدمه. وبمقتضى هذا التقسيم الموضوعي، فإن القضاء التجاري لا يستطيع الحكم بعدم الاختصاص إلا في القضايا المدنية التي ضربنا أمثلة كثيرة عنها.

وأخيراً، فإننا نتمنى لهذا الجهد أن يصيب هدفه بمراجعة الاجتهاد القضائي وتغيير المسار في ضوء نظرة موضوعية الى نصوص نظامنا. وفي الوقت ذاته، فإن من حقنا على كل ذي شأن من رجال الاختصاص أن يقول كلمته فيما تضمنته هذه الدراسة، لتحديد موقف منها: بتصويبها أو بإثرائها أو بإسقاطها. وحسبنا في عملنا أننا أثرنا قضية من زاوية محددة، وهي على درجة كبيرة من الأهمية، ولا نعتقد بأنها كانت موضع دراسة سابقة في أدبياتنا القانونية المحلية المتعلقة بالقضاء التجاري.

الهوامش والمراجع:

ملاحظة: نعتقد أن كل باحث علمي يدرك السبب في قلة الإشارات المرجعية. فكما يلاحظ، إن دراستنا تخالف الاجتهاد القائم وتدعو إلى تغييره من خلال أطروحات جديدة مستقلة وبجهد ذاتي يعيد تأصيل الموضوع، في منحى لا سوابق له.