

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الأعمال الملحقة بالأعمال التجارية بالمقاولة

إعداد

د. عارف بن صالح العلي

أستاذ النظام التجاري المشارك - بالمعهد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

ملخص البحث:

١. يقصد بالأعمال التجارية بالمقولة: الأعمال التي تتم على وجه التكرار وتتخذ شكل المشروع المنظم، وهي سبعة أعمال وفقاً للمادة الثانية من نظام المحكمة التجارية هي: مقولة الصناعة، ومقولة التوريد، ومقولة الوكالة بالعمولة، ومقولة النقل البري والبحري، ومقولة المحلات والمكاتب التجارية، ومقولة محلات البيع بالمزاد، ومقولة إنشاء المباني.
٢. يقصد بالأعمال الملحقّة بالأعمال التجارية بالمقولة: الأعمال التجارية التي استجدت بعد صدور نظام المحكمة التجارية الصادر عام ١٣٥٠ هـ، وأهم هذه المقاولات: مقولة التأمين، ومقولة الإيداع في المخازن العامة، ومقولة النشر وغيرها.
٣. يترتب على إسباغ الصفة التجارية على الأعمال التجارية - ومنها أعمال المقولة الأصلية والملحقّة بها- أثر مهم وهو تطبيق القواعد الخاصة بالأعمال التجارية، كمعرفة جهة الاختصاص بنظر الدعوى، وسريان أحكام الإفلاس، ومنع المهلة القضائية، وغير ذلك.
٤. عندما حدثت بعض الدول قوانينها التجارية نصت فيها صراحة على الأعمال المستجدة وأما المنظم السعودي فقد سكت عنها رغم أهميتها، ويقع العبء في إلحاقها على القضاء التجاري بحيث يُلحق هذا القضاء بطريق القياس أي مقولة مستجدة تتفق مع المقاولات المنصوص عليها في الصفات والغايات.

المقدمة:

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

فقد صدر نظام المحكمة التجارية عام ١٣٥٠ هجرية، ونصَّ في المادة الثانية منه على الأعمال التجارية بطريق المقاوله وعددها سبعة أعمال هي: مقاوله الصناعة، ومقاوله التوريد، ومقاوله الوكالة بالعمولة، ومقاوله النقل البري والبحري، ومقاوله المحلات والمكاتب التجارية، ومقاوله محلات البيع بالمزاد، ومقاوله إنشاء المباني^(١).

والنظام حينما اقتصر على هذه المقاولات إنما كان مجارياً للمقاولات الموجودة وقت صدوره، غير أنه استجذت بعد ذلك العديد من المقاولات كمقاوله التأمين ومقاوله الإيداع في المخازن العامة ومقاوله النشر وأعمال الإنتاج والبت الإعلامي من تلفاز وإذاعة وصحافة وإصدار واستغلال برامج الحاسب الآلي وأعمال الفنادق وغيرها، وهذه المقاولات المستجدة ألحقها الشراح والقضاء الأجنبي بالمقاولات الأصلية المنصوص عليها بطريق القياس، وترتب على هذا الإلحاق سريان القواعد التجارية عليها كاختصاص القضاء التجاري بنظر الدعاوى الناشئة عنها، وتطبيق قواعد الإفلاس التجاري على القائم بها، وغير ذلك من القواعد التجارية، وتلا هذه المرحلة صدور بعض القوانين التجارية الأجنبية الحديثة والتي لم تترك الحكم بتجارية هذه المستجدات للاجتهاد، بل نصت صراحة على تجاريتها.

(١) وقد تم دراسة هذه المقاولات الأصلية من قبل الباحث في بحث مستقل عنوانه: «الأعمال التجارية بالمقاوله في النظام والقضاء السعودي».

وهذا البحث يتناول الإشكالات المتعلقة بهذه المقاولات من حيث موقف النظام السعودي من إلحاقها بالمقاولات الأصلية، وضوابط هذا الإلحاق، كما يتناول البحث دراسة لأبرز هذه المقاولات المستجدة.

وقد قسمت هذا البحث إلى تمهيد ومبحثين، فأما التمهيد فأعرف فيه بإيجاز الأعمال التجارية، وأبين أقسامها، والقواعد الخاصة بها، كما أعرف فيه المقولة التجارية وأبين شروطها، وأما المبحث الأول فأبين فيه أساس إلحاق الأعمال التجارية بالمقولة بالأعمال الأصلية، وأما المبحث الثاني فأتناول فيه أبرز الأعمال الملحقة بالأعمال التجارية بالمقولة، وهي مقولة التأمين، ومقولة الإيداع في المخازن العامة، ومقولة النشر.

التمهيد

بما أن القواعد والشروط المتعلقة بالأعمال التجارية الأصلية تسري على أعمال المقولة الملحقة بها، فإن هذا يستلزم التعريف بالأعمال التجارية الأصلية وبيان أقسامها، وبيان القواعد المترتبة عليها والتي تميّزها عن الأعمال المدنية، ثم نتبع ذلك بالتعريف بالمقولة التجارية وشروطها، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: التعريف بالأعمال التجارية وأقسامها:

يقصد بالأعمال التجارية: التصرفات المنصوص عليها نظاماً والتي تهدف إلى الربح غالباً، وتجري عليها القواعد التجارية. وتنقسم الأعمال التجارية إلى أعمال تجارية أصلية، وأعمال تجارية بالتبعية، وبيانها كالتالي:

أولاً: الأعمال التجارية الأصلية:

ويقصد بها الأعمال التي عددها المنظم وتعدُّ تجارية بذاتها دون أن تستمد صفتها التجارية من عمل آخر^(٢)، وتنقسم هذه الأعمال إلى قسمين:

أ- أعمال منفردة، وهي الأعمال التي تعدُّ تجارية ولو بوشرت لمرة واحدة ولو صدرت من غير تاجر^(٣)، وهي خمسة أعمال نص عليها نظام المحكمة التجارية في مادته الثانية وهي: الشراء لأجل البيع، والأوراق التجارية، والسمسرة، وأعمال الصرف والبنوك، وأعمال التجارة البحرية.

ب- أعمال تتم على وجه المقابلة، وهي الأعمال التي تتم على وجه التكرار وتتخذ شكل المشروع المنظم^(٤)، وهي سبعة أعمال وفقاً للمادة الثانية من نظام المحكمة التجارية هي: مقابلة الصناعة، ومقابلة التوريد، ومقابلة الوكالة بالعمولة، ومقابلة النقل البري والبحري، ومقابلة المحلات والمكاتب التجارية، ومقابلة محلات البيع بالميزاد، ومقابلة إنشاء المباني، ويلحق بالأعمال التجارية بالمقابلة مقاولات أخرى

(٢) القانون التجاري، علي جمال الدين عوض ٣٠، القانون التجاري، محمد حسني عباس ٨٨

(٣) المراجع السابقة

(٤) القانون التجاري، مصطفى طه ٧٤

مستجدة كمقاوله التأمين، ومقاوله الإيداع في المخازن العامة وغيرها - وهذه الأعمال الملحقة هي محل هذا البحث - .

ثانياً: الأعمال التجارية بالتبعية:

وهي الأعمال المدنية بطبيعتها لكنها تكتسب الصفة التجارية إذا قام بها تاجر لحاجات تجارته^(٥)، ومثالها: مقاول النقل الذي يشتري شاحنات لأجل استعمالها في نقل بضائع الغير، فشراؤه يعد في الأصل عملاً مدنياً لأنه اشتراها ليستهلكها لا ليتجر بها من خلال إعادة بيعها؛ لكن هذا الشراء انقلب إلى عمل تجاري تابع للعمل الأصلي للتاجر - النقل - وأخذ أحكامه نظراً لصدوره من تاجر لحاجات تجارته.

وهناك نوع آخر من الأعمال وهي الأعمال المختلطة ويقصد بها: الأعمال التي يكون العمل فيها تجارياً لطرف ومدنياً للطرف الآخر^(٦)، وهذه الأعمال لا تعد قسماً ثالثاً للأعمال التجارية، بل هي مندرجة تحت الأقسام المذكورة.

المطلب الثاني: القواعد الخاصة بالأعمال التجارية:

يترتب على إسباغ الصفة التجارية على الأعمال التجارية - ومنها أعمال المقاوله الأصلية والملحقة بها - أثر مهم وهو تطبيق القواعد الخاصة بالأعمال التجارية، وهذه القواعد يتحقق بها ميزتان مهمتان من مزايا النظام التجاري، وهما ميزة

(٥) القانون التجاري، مصطفى طه ٩٩

(٦) القانون التجاري، علي جمال الدين عوض ٣٠

السرعة التي تشكل مطلباً مهماً للتجار في تعاملاتهم، وميزة دعم الائتمان أي تقوية الثقة بين أطراف العمل التجاري عند المعايضة أو الإقراض بالآجل^(٧)، وتتلخص هذه القواعد فيما يلي:

١- اختصاص القضاء التجاري بنظر المنازعات الناشئة عن هذه الأعمال، وبالنسبة للمملكة فإن هذا القضاء مشتت حالياً بين الدوائر التجارية في ديوان المظالم - والتي تعد حالياً صاحبة الولاية العامة في القضاء التجاري - وبين اللجان القضائية ذات الاختصاص التجاري كلجنة الأوراق التجارية ولجنة المنازعات المصرفية وغيرها، وبموجب نظام القضاء الصادر عام ١٤٢٨هـ فسيتقل اختصاص الدوائر التجارية في الديوان واختصاص بعض اللجان التجارية إلى المحاكم التجارية التابعة للقضاء العام^(٨).

٢- تطبيق أحكام الإفلاس التجاري الصارمة على التاجر الذي يعجز عن الوفاء بديونه الناشئة عن أعماله التجارية.

٣- التشدد في إعطاء المهلة القضائية؛ فلا يُعطى المدين بدين ناشئ عن عمل تجاري مهلة للوفاء إلا في حدود ضيقة جداً يقدرها القاضي.

٤- التقادم القصير في الديون الناشئة عن عمل تجاري.

٥- افتراض التضامن بين المدينين بدين تجاري، فالدائن مخير في مطالبتهم مجتمعين أو الاقتصار على أحدهم.

(٧) القانون التجاري، مصطفى طه ١٢.

(٨) نظام القضاء رقم م/٧٨ وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، المواد ٩، ٢٢ من آلية العمل التنفيذية للنظام، القسم الثالث/٢.

- ٦- حرية الإثبات في الأعمال التجارية دون حاجة لإثباتها كتابة باستثناء حالات محدودة قررها النظام .
- ٧- وجوب الإنذار المسبق من قبل الدائن للمدين بدين تجاري بكافة الطرق، وذلك قبل الشروع في رفع الدعوى ضده^(٩) .

المطلب الثالث: تعريف المقاول التجارية وشروطها:

الفرع الأول: التعريف بالمقاول التجارية:

سكت نظام المحكمة التجارية عن تعريف المقاول التجارية وبيان ماهيتها، ومن ثم يُرجع في بيان المقصود بها إلى آراء الشراح وأحكام القضاء، وباستقراء ما كتب في ذلك يمكن أن نستخلص تعريفاً لها بأنها: «التصرف أو الفعل الذي يستهدف الربح، ويؤدى بشكل متكرر ومستمر، ويتخذ شكلاً منظماً تتوافر فيه عناصر مادية وقانونية، مما يرتب جريان القواعد التجارية عليه» .

ويُفهم من هذا التعريف أن المقاول في القانون التجاري لا بد أن يتوافر فيها التكرار، وأن تشتمل على تنظيم يتوافر فيه عناصر مادية وبشرية أبرزها: رأس المال، ومقر للقيام بالنشاط، وتشغيل الغير، والأدوات أو الآلات^(١٠) .

والمقاول مصطلح مترجم غير دقيقة للفظ الفرنسي *entreprise* الذي أُستمد

(٩) وتفصيل هذه القواعد يطول، وليس هذا مجال بحثها، وقد تناولها الباحث في بحث مستقل عنوانه «القواعد الخاصة بالأعمال التجارية»، وللإستزادة فيها ينظر أيضاً: دروس في القانون التجاري السعودي، أكثم الخولي ١٦، قانون المعاملات التجارية السعودي، محمود بريري ٣٣، القانون التجاري، مصطفى طه ١٠٨، القانون التجاري، علي يونس ٥٣ .

(١٠) دروس في القانون التجاري السعودي، أكثم الخولي ٣٥، القانون التجاري، علي جمال الدين عوض ٥١ .

منه نظام المحكمة التجارية، إذ الترجمة الصحيحة له هي مصطلح «المشروع»^(١١)، وهذا المصطلح أوضح في الدلالة على المقصود من مصطلح المقاولة، لكن سنسير في هذا البحث على مصطلح المقاولة بوصفه المصطلح الذي نص عليه نظام المحكمة التجارية السعودي، ولشيوخ استعماله بين المشتغلين بالنظام التجاري السعودي من شراح وقضاة وغيرهم^(١٢).

الفرع الثاني: شروط المقاولة التجارية:

للمقاولة التجارية شروط متى ما توافرت عدَّ العمل تجارياً، وهذه الشروط هي تكرار العمل، ووجود تنظيم متوافر العناصر، وأن يكون هناك مضاربة على عمل الغير في المقاولات التي تتطلب ذلك، وتفصيل هذه الشروط كالتالي:

الشرط الأول: تكرار العمل، ويعبر عنه بـ«الاحتراف»، فلا بد للحكم على عمل ما بأنه تجاري بطريق المقاولة أن يتكرر على نحو متصل ومعتاد، وأما من يقوم بالعمل مرة واحدة أو مرات ولكن بشكل عارض فإن معنى المقاولة هنا لا يتحقق، فالناقل البري الذي يقوم بعمليات النقل على سبيل التكرار يعد عمله تجارياً بخلاف من قام بعملية نقل لمرة واحدة فلا يعد كذلك^(١٣).

الشرط الثاني: أن يوجد تنظيم يحقق استمرارية المشروع، وهذا التنظيم لا بد أن يحتوي على عناصر أبرزها: وجود خطة مرسومة مكتوبة أو ضمنية تهدف إلى تحقيق الأرباح من خلال

(١١) والترجمة لمصطلح «المشروع» هي الترجمة التي ارتضاها قانون التجارة اللبناني الصادر عام ١٩٤٢م، والمستمد من القانون الفرنسي وذلك في المادة السادسة منه، وانظر: الوجيز في القانون التجاري، سمير عاليه ٣١، ٧٨، القانون التجاري، علي البارودي ٥٣.

(١٢) وأما القوانين التجارية الحديثة كالمصري والإماراتي والقطري فتجد أنها استبدلت مصطلح المقاولة بمصطلح «الاحتراف»، وأرى بأن هذا الاستبدال محل نظر لأن الاحتراف في اللغة يفيد أحد شروط المقاولة لا كلها، فهو يفيد تكرار التكسب فقط ولا يدل على بقية شروط المقاولة من وجود تنظيم ورأس مال وعمالة يضارب على عملهم.

(١٣) دروس في القانون التجاري السعودي، أكثم الخولي ٣٥، القانون التجاري، مصطفى طه ٧٥.

طرح السلعة أو الخدمة محل المقاوله في السوق، ووجود رأس المال، ووجود مقر لمزاولة النشاط، وتوافر الأدوات أو الآلات، وهذه العناصر قد يتحقق بعضها أو كلها^(١٤)، والقاضي له سلطة في تقدير ذلك وفقاً لنوع العمل الذي تعلق به الدعوى؛ فقد يرى أن بعض هذه العناصر كاف في إسباغ الصفة التجارية على العمل، وقد يرى أهمية توافرها جميعاً.

الشرط الثالث: تشغيل الغير والمضاربة على عملهم^(١٥)، وهذا الشرط خاص بالمقاولات التي تتضمن عملاً مادياً كمقاوله الصناعة ومقاوله النقل ومقاوله إنشاء المباني، وتتم المضاربة هنا من خلال استفادة التاجر من الفارق بين أجر العامل وبين الربح الذي يجنيه من بيع نتاج العمال أو ثمرة جهدهم، لأن هذه المضاربة هي التي تميز التاجر المحترف لهذه المقاولات عن الحرفيين وصغار الصنّاع كالحداد والنجار الذين يصنعون بأنفسهم ما يبيعونه، فهؤلاء لا يُعدون تجاراً ولا يعد عملهم تجارياً حتى لو استعانوا بعدد محدود من العمالة^(١٦).

وعلى هذا فإن المقاولات التي يجب أن يتوافر فيها هذا الشرط ينبغي أن تكون على قدر من الضخامة والوفرة في العمالة، ومعيار تقدير هذه الوفرة متروك للقاضي، وبعض القوانين تقدره بتوافر عشرة من العمالة فأكثر^(١٧).

(١٤) القانون التجاري، محمود سمير الشرفاوي ٤١، القانون التجاري، مصطفى طه ٧٥.
 (١٥) يقصد بالمضاربة في الاصطلاح القانوني: الاتجار أو العمل الذي يتم بقصد تحقيق الربح، وتعد المضاربة أحد المعايير التي تميز العمل التجاري عن العمل المدني، وهي تختلف بناء على هذا المفهوم عن شركة المضاربة في الفقه الإسلامي والتي يقصد بها الشركة التي يكون فيها رأس المال من طرف والعمل من طرف آخر.
 (١٦) دروس في القانون التجاري السعودي، أكثم الخولي ٢٥، القانون التجاري، علي البارودي ٥٤، القانون التجاري، علي جمال الدين عوض ٥١.
 (١٧) ومن ذلك: قانون غرف الصناعة التقليدية المغربي الصادر ١٩٦٣م، حيث سمي في الفصل الثاني منه الحرفي بـ«الصانع التقليدي»، ووضع له ضابطاً للتفريق بينه وبين الصانع المحترف وهو ألا يتجاوز عدد عماله عن عشرة، وأن لا يستخدم آلات تفوق قدرتها الحصانية عشرة أحصنة، وهو ضابط وجيه.

وأما المقاولات الأخرى التي لا تتضمن أعمالاً مادية كالتوريد والوكالة بالعمولة وغيرها فإنها تعد ضمن المقاولات لكنها لا تخضع لهذا الشرط لأن الغالب فيها هو أنها تصرفات قانونية لا أعمال مادية^{(١٨) (١٩)}.

ومن أمثلة المقاولات التي تحققت فيها هذه الشروط مجتمعة: مقولة النقل البري؛ إذ يُعد عمل المقاول فيها تجارياً إذا كان محترفاً للعمل بأن كان مزاولاً له على وجه التكرار، واشتمل مشروعه على سيارات للنقل، ومكتب يمارس من خلاله إدارة هذا النشاط، وسائقين يضارب على عملهم، ومثله عمل صاحب المصنع، إذ يعد تجارياً متى ما توافر في مصنعه العمال والآلات^(٢٠).

بقي أن ننبّه إلى أن القائم بالعمل على وجه المقولة يكتسب وصف التاجر المحترف وذلك لقيامه به على وجه مستمر ومنظم حتى وإن لم يصدر له سجل أو ترخيص رسمي بذلك^(٢١).

(١٨) دروس في القانون التجاري السعودي، أكثم الخولي ٣٥، القانون التجاري، محمود سمير الشرقاوي ٧٢. (١٩) يختلف محل العمل في العقود باختلاف العقد، فقد يكون محل العمل في العقد هو: العمل المادي، (وهو ما اشتمل على فعل وحركة)، كمقولة البناء وعقود التصنيع وعقود العمل، وقد يكون محل العمل في العقد تصرفاً قانونياً؛ وهو العمل الذي اتجهت إرادة الأطراف فيه لإحداث أثر قانوني معين غير مادي، كالبيع والوكالة، وانظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبدالرزاق السنهوري ١٤/٧، وهذا يقابل ما درج عليه الفقه الإسلامي من تفريق بين العقود الواردة على العمل كمقود الصنائع والعقد مع الأجير المشترك، والعقود الواردة على التصرفات كالوكالة والبيع والهبة وغيرها.

(٢٠) القانون التجاري، مصطفى طه ٧٥، القانون التجاري، علي البارودي ٥.

(٢١) وهذا ما استقر عليه القضاء التجاري في ديوان المظالم، ومن ذلك: الحكم المدقق رقم ٢٠٧/ت/٤ لعام ١٤٠٩هـ، وجاء فيه ما نصّه «وصف العمل بأنه تجاري لا يتوقف على صدور ترخيص من الجهة المختصة بمزاولة مهنة التجارة، وإنما العبرة في ذلك هي باحتراف التجارة وتوافر شروط اكتساب الصفة التجارية في حق من يزاولها، فمتى تحققت هذه الشروط أصبح العمل تجارياً وخضع من يزاوله للأحكام المنظمة للأعمال التجارية التي تختص الدوائر التجارية بديوان المظالم بتطبيقها.....»، وانظر: مجموعة المبادئ التجارية لديوان المظالم، جمع: إبراهيم بن عبدالله العجلان، ١٤٢٨هـ (غير منشورة).

المبحث الأول

أساس إلحاق أعمال المقاولّة المستجدة بالأعمال الأصليّة

المطلب الأول:

مدى جواز إلحاق الأعمال المستجدة بالأعمال الأصليّة:

عدد نظام المحكمة التجاريّة - وكذا قانون التجارة المصري والفرنسي القديمان - الأعمال التجاريّة المنفردة وأعمال المقاولّة في المادة الثانية منه، وقد نشأ خلاف بين الشراح حول هذا التعداد، فجمهورهم على أنه جاء على سبيل التمثيل، وقلة منهم قالوا بأنه جاء على سبيل الحصر، وتظهر ثمرة الخلاف في إلحاق الأعمال التجاريّة المستجدة والتي ظهرت بعد صدور نظام المحكمة التجاريّة بالأعمال التجاريّة المنصوص عليها في النظام، ومن ذلك: أعمال التأمين، والإيداع في المخازن بالعامّة، وأعمال النشر، والأعمال المتعلّقة بالعمل الإعلامي من تلفاز وإذاعة وصحافة، والأعمال المتعلّقة بالبث الفضائي، وإصدار واستغلال برامج الحاسب الآلي، وأعمال الفنادق، والوكالات التجاريّة بكافة أنواعها، والأعمال المتعلّقة بالأعمال الاستخراجية للثروات الطبيعيّة.

فأما القائلون بأن التعداد جاء على سبيل الحصر فحجّتهم: بأن القانون التجاري يعد قانوناً استثنائياً ومن ثم يجب حصره في الحدود التي وُضعت له وعدم التوسع في تفسيره أو القياس عليه، ويترتب على هذا الرأي منع إضافة

أي عمل تجاري مستجد على الأعمال الواردة بالنص. وأما القائلون بأنه جاء على سبيل التمثيل وأنه يمكن للقضاء أن يجتهد في إضافة أعمال جديدة قياساً على الأعمال المنصوص عليها فعملوا بأن القانون التجاري يحكم النشاط الاقتصادي، وهذا النشاط قائم على التجديد والتطور، ولهذا يعسر على المنظم حصر جميع الأعمال التجارية عن طريق التعداد وذلك لطوء أعمال تجارية جديدة كلما تطور الاقتصاد، ومن ثم فإن إغلاق الباب دون البت في نوازل الأعمال التجارية يؤدي إلى صعوبات عملية وإلى جمود ضار بالتجارة^(٢٢).

ويمكن أيضاً أن يُستدل لأصحاب هذا الرأي بأن المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية عدت الأعمال التجارية على وجه التبويض لا الحصر وذلك بإيرادها من التبعية، حيث نصت على أنه: «يعتبر من الأعمال التجارية كل ما هو آت :». وهذا الرأي هو الأجدر بالأخذ به في ظل قدم نظام المحكمة التجارية السعودي وعدم مواكبته للتطور الاقتصادي، وهو الرأي الذي أخذ به أيضاً القضاء في فرنسا ومصر قبل تحديث القوانين التجارية لهاتين الدولتين، حيث توسع قضاؤهما في تفسير النص الذي عدده هذه الأعمال، فأضاف بطريق القياس العديد من المقاولات الحديثة التي ظهرت استجابة للتطورات الاقتصادية المتلاحقة.

ثم لما قامت هذه الدول بتحديث قوانينها التجارية نجد أنها نصت فيها صراحة على هذه الأعمال المستجدة، بل نصت - رغم حداثةها - على أن «كل عمل يمكن قياسه على الأعمال التجارية المنصوص عليها يعد عملاً تجارياً

(٢٢) القانون التجاري، علي جمال الدين عوض، ٢٦، القانون التجاري، مصطفى طه، ٤٩.

إذا تشابه في الصفات والغايات «^(٢٣)»، ويفيد هذا النص رفع الحرج عن القضاة وذلك بمنحهم فسحة لمواكبة مستجدات الأعمال التجارية وعدم الاقتصار على التعداد المنصوص عليه، فمتى ما تعلّقت الدعوى بعمل تجاري لم يُنص عليه، فيُقتضى بتجاريته بطريق القياس عند اتحاد علته مع عمل تجاري منصوص عليه، فينظر القاضي في العلة التي تجمع بين الفرع (العمل المستجد) وبين الأصل المقيس عليه (الأعمال المنصوص على تجاريتها) فيوحد بينهما في الحكم (تجارية العمل)^(٢٤).

ومثال ذلك: التأمين التجاري البري (الفرع)، وهو عمل مستجد سكت عنه نظام المحكمة التجارية، وألحقه الشراح والقضاء الأجنبي بالأعمال التجارية الأصلية (الأصل) بطريق القياس لوجود علتي المضاربة والتوسط فيه.

وأما المملكة فإنه في ظل عدم صدور نظام تجاري سعودي جديد لها يواكب مستجدات أعمال المقابلة، فإن العبء يقع على القضاء التجاري السعودي الذي يؤمل أن يسير على ما سار عليه القضاء الفرنسي والمصري قبل تحديث قوانينهما من التوسع في تفسير النص المقرر لأعمال المقابلة، بحيث يُلحق هذا

(٢٣) المادة ٧ من قانون التجارة المصري الصادر عام ١٩٩٩م، وانظر أيضاً: المادة ٨ من قانون التجارة القطري.
(٢٤) يُعرف الأصوليون القياس بأنه: (تسوية فرع بأصل، في حكم، لعلّة جامعة بينهما)، وأركانها أربعة هي: الفرع، وهو المقيس؛ وهو الحادثة التي لم يأت لها حكم، والأصل المقيس عليه؛ وهو الحادثة التي جاء الشارع بحكمها إما بالنص أو بالإجماع، وحكم الأصل؛ وهو ما اقتضاه الدليل كالوجوب أو التحريم، والعلّة؛ وهي المعنى أو الوصف الجامع بين الفرع والأصل والذي ثبت بسببه حكم الأصل، ومثال ذلك: تحريم النبيذ قياساً على الخمر لعلّة الإسكار، فالنبيذ فرع مقيس، والخمر أصل مقيس عليه، وحكم الأصل هو التحريم، وهذا الحكم انتقل من الأصل إلى الفرع لاشتراكهما في العلة التي هي الإسكار، وهي التي من أجلها شرع الحكم في الأصل، وانظر: شرح مختصر الروضة للطوفي، ٢/٢١٩، معالم أصول الفقه، محمد الجيزاني ١٨٠.

القضاء بطريق القياس أي مقابلة مستجدة تتفق مع المقاولات المنصوص عليها في الصفات والغايات.

وأما نظام المرافعات الجديد فلم يضيف في المادة ٣٥ / أ - ب أعمالاً تجارية جديدة، وهذا مما يُحمد للمنظم لأن تعداد الأعمال التجارية يكون ضمن قانون التجارة الرئيسي وهو بالنسبة للمملكة نظام المحكمة التجارية، ولا يدخل تعدادها ضمن قوانين المرافعات.

المطلب الثاني:

ضابط إلحاق الأعمال المستجدة بالأعمال الأصلية (علة الأصل):

قلنا في المطلب السابق بأن الأجدد بالقضاء إلحاق ما يستجد من أعمال تجارية بالأعمال الأصلية بطريق القياس، وقد سكت القانون الفرنسي والمصري القديمان عن تعريف العمل التجاري بحيث يكون هذا التعريف مرشداً للعلة أو الضابط الذي يمكن بواسطته إلحاق العمل المستجد بالأعمال التجارية^(٢٥)، وهنا يرد السؤال عن علة الأصل أو كما يسميه الشراح بـ «ضابط الأعمال التجارية» والذي يتوافر في جميع الأعمال التجارية الأصلية المنصوص عليها، حيث اختلفوا في ماهية هذا الضابط إلى آراء أهمها ما يلي:

الرأي الأول: ضابط المضاربة، وهي السعي لأجل تحقيق الربح، ويرى الآخرون بهذا الضابط تجارية كل عمل يتحقق فيه هذا الضابط وكل عمل يخلو

(٢٥) القانون التجاري، علي يونس ١٢٦، الموجز في القانون التجاري، محسن شفيق ٤٩.

منه يعد مدنياً.

الرأي الثاني: ضابط التداول، حيث أخذ أصحاب هذا الضابط بتجارية كل عمل يتعلق بتقليب الثروات أو السلع أو يُسهّل تداولها من وقت خروجها من يد المنتج حتى وصولها إلى يد المستهلك، أما الأعمال التي ترد على السلع وهي في مرحلة الركود والثبات فلا تتقرر لها الصفة التجارية، بل المدنية.

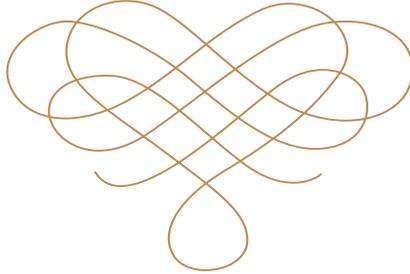
الرأي الثالث: ضابط الوساطة، ويرى أصحاب هذا الضابط أنه يعد تجارياً كل عمل يتعلق بالوساطة بين منتج ومستهلك، فيشمل نقل السلعة والسمسرة عليها وبيعها، وضابط الوساطة يقترب من ضابط التداول إلا أن الوساطة أوسع دلالة من التداول ومن ذلك أعمال السمسرة التي لا يترتب عليها تحريك للسلعة.

الرأي الرابع: ضابط المقاوله، فالعمل يعد تجارياً وفقاً لأصحاب هذا الضابط متى ما توافرت فيه عناصر المقاوله، ولو لم يكن وارداً ضمن تعداد الأعمال التجارية المنصوص عليها، وأما العمل الذي لا تتوافر فيه عناصر المقاوله فيعد عملاً مدنياً^(٢٦).

ولا يتسع هذا البحث لمناقشة هذه الضوابط، لكن الشراح متفقون على عدم سلامتها جميعاً من النقد، وأن كل محاولة لوضع ضابط سليم باءت بالفشل، وذلك لأن القانون التجاري ليس مبنياً على قواعد موضوعة ابتداءً، بل هو نتاج للتطور التاريخي في البيئة التجارية، ولذا لا يمكن إيجاد ضابط أو

(٢٦) القانون التجاري، علي يونس ١٢٧، الموجز في القانون التجاري، محسن شفيق ٥٠.

علة يمكن بواسطتها إلحاق ما يجد من أعمال بهذا الضابط .
ورغم ما سبق فإن للقاضي أن يجتهد في الأخذ بهذه الضوابط جميعها أو بعضها في تحديد طبيعة العمل الذي لم يُنص عليه نظاماً، بأن يعتمد عليها في إصدار حكمه بتجارية عمل ما أو عدم تجارته^(٢٧)، وهو المنهج الذي سار عليه الفقه والقضاء في بعض الدول وذلك قبل تحديث قوانين تلك الدول كما سبق بيان ذلك، وهو المنهج الذي يؤمل من القضاء السعودي الأخذ به في ظل عدم مواكبة نظام المحكمة التجارية للأعمال المستجدة.



(٢٧) القانون التجاري، علي يونس ١٣٦، القانون التجاري، مصطفى طه ٥٠.

المبحث الثاني

أبرز الأعمال الملحقه بالأعمال التجارية بالمقاولة

سبق أن عددنا بعضاً من المقاولات المستجدة، وسنركز الحديث هنا عن أبرز هذه المقاولات وهي مقاولة التأمين، ومقاولة الإيداع في المخازن العامة، ومقاولة النشر.

المطلب الأول:

مقاولة التأمين:

الفرع الأول: تعريف التأمين، وبيان حالاته، وطبيعته:

يُعرّف التأمين بأنه عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي أشرط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن^(٢٨).

ولبيان طبيعة التأمين نبيّن أولاً حالاته، فالتأمين له حالتان فقد يكون تجارياً وقد يكون تعاونياً (تبادلياً)، وبيان هاتين الحالتين كالتالي:

الحالة الأولى: التأمين التجاري: وصورته أن يتعهد شخص يسمى المؤمن (كشركة التأمين) بأن يؤدي للمؤمن له مبلغاً من المال في حال وقوع حادث له أو تحقق الخطر المؤمن منه وذلك نظير قسط يؤديه المؤمن له للمؤمن، ويحقق المؤمن

(٢٨) م٧٤٧ من القانون المدني المصري.

الربح من الفرق بين التعويضات التي يدفعها وبين الأقساط التي يدفعها المؤمن لهم، وعلى هذا فإن التأمين التجاري يعد عقد معاوضة مالية يستهدف الربح من التأمين نفسه^(٢٩).

وقد اقتصر نظام المحكمة التجارية على تقرير تجارية التأمين التجاري البحري^(٣٠)، وسكت عن التأمين التجاري البري والجوي بسبب ضعف انتشار العمل بهما وقت سن القانون الفرنسي الذي استمد منه نظام المحكمة التجارية^(٣١)، والمتقرر عند الشراح أن التأمين التجاري بكافة أنواعه يعد عملاً تجارياً لوجود المضاربة من خلال استهداف المؤمن للربح، ولأنه يقوم بدور الوسيط بين المؤمن لهم؛ فيتوسط في إدارة أموالهم وتعويض المتضرر منهم، وكل من المضاربة والوساطة تعد أحد الضوابط التي تميز العمل التجاري عن العمل المدني^(٣٢).

ولا يعد التأمين التجاري عملاً تجارياً إلا إذا بُوشر على وجه المقابلة، وأما لو قام شخص بتحمل المخاطر التي تقع على عاتق شخص آخر فلا يعد عمله تجارياً، إذ تعد هذه الصورة نوعاً من القمار القائم على نقل الخطر من عاتق المؤمن له إلى عاتق المؤمن^(٣٣).

(٢٩) القانون التجاري، مصطفى طه ٨٧، تأسيس وإدارة شركات التأمين التعاوني والتكافلي، سمير الشاعر ٧٦.
(٣٠) حيث نص في مادته الثانية الفقرة (هـ) على تجارية جميع المقاولات المتعلقة بالتجارة البحرية، كما أفرد ذات النظام فصلاً كاملاً للتأمين البحري هو الفصل الحادي عشر منه، ونظام المحكمة التجارية يسمى التأمين بمصطلح قديم هو «السكورتاه»، وهو مصطلح تركي «sigorts»، وللعلامة محمد نجيب المطيعي رسالة سماها «أحكام السكورتاه» نشرت عام ١٩٠٦ م.

(٣١) الموجز في القانون التجاري، محسن شفيق ٧١.

(٣٢) دروس في القانون التجاري السعودي، أكثم الخولي ٤٢، القانون التجاري، مصطفى طه ٨٨.

(٣٣) القانون التجاري، مصطفى طه ٨٩.

ويعدّ التأمين التجاري عملاً تجارياً بالنسبة للمؤمن فقط، ولا فرق في ذلك بين أن يكون التأمين على البضائع، أو على المحال، أو على الحياة، أو غير ذلك. أما المؤمن له فلا يعدّ العمل تجارياً بالنسبة له إلا إذا كان تاجراً وتعلّق عقد التأمين بتجارته كأن يؤمّن على البضائع أو على محلّه التجاري^{(٣٤) (٣٥)}.

الحالة الثانية: التأمين التعاوني أو التبادلي: وله صورتان: بسيطة، ومتطورة، فأما الصورة البسيطة فتتمثل في قيام جماعة يتفق أفرادها على تعويض الأضرار التي قد تنزل بأحدهم نتيجة خطر معين وذلك من مجموع مبالغ الاشتراك التي يتعهد كل فرد منهم بدفعها، فإن فاض شيء بعد التعويضات أُعيد هذا الفائض إليهم بنسبة ما دفعه كل منهم، أو جعل الزائد رصيلاً لهم في المستقبل، ومثال هذه الصورة تكوين جمعية تعاونية بين الفلاحين للتأمين على محاصيلهم ومواشيهم، أو قيام بعض الأسر بوضع صندوق تعاوني لتغطية الالتزامات أو المخاطر التي تلحق أياً من أفراد الأسرة.

والتأمين التعاوني في هذه الصورة يهدف إلى التكاليف والتعاون من خلال تفتيت المخاطر التي يتعرض لها المشتركون عن طريق الأقساط التي يدفعونها، ولذا لا تعدّ

(٣٤) الوسيط في شرح القانون المدني، عبدالرزاق السنهوري ١١٦٦/٧ الحاشية، مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، فايز نعيم رضوان ١٤٠.

(٣٥) صدر نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني بالمرسوم رقم م/٣٢ عام ١٤٢٤هـ، وهذا النظام في حقيقته قائم على التأمين التجاري لا التعاوني، وهو ما تفيدّه المادة ١/٧٠ من اللائحة التنفيذية للنظام، حيث نصّت على إعادة ٩٠٪ من فائض أموال التأمين إلى مساهمي الشركة وليس إلى المؤمن لهم، وهذا يخالف فكرة التأمين التعاوني التي تقوم على إعادة الفائض إلى المؤمن لهم، ويكون دور الشركة ومساهميها مجرد إدارة أموال التأمين مقابل نسبة مئوية.

هذه الصورة عملاً تجارياً لانتفاء فكرة المضاربة وتحقيق الربح^(٣٦).

وأما الصورة المطورة للتأمين التعاوني فتتم من خلال شركات التأمين التعاوني الحديثة، وهي شركات محترفة ضخمة الأصول، وتعتمد على ذات الفكرة التي يقوم عليها التأمين التعاوني في صورته البسيطة، فتضع الأقساط في حساب خاص لصالح المؤمن لهم وتدفع التعويضات من هذا الحساب إذا وقع ضرر على أي منهم، وإذا كان هناك فائض فيعاد للمؤمن لهم وليس للشركة أو لحملة أسهمها، أو يُستثمر هذا الفائض - وهو الغالب - لصالح المؤمن لهم في أوجه الاستثمار المختلفة، وعلى هذا فإن شركات التأمين التعاوني هدفها الرئيس ليس الربح بل توزيع الخسائر بين المؤمن لهم، وليس لإدارة الشركة سوى تقاضي أجر معلوم وهو عبارة عن نسبة مئوية من مجموع مبالغ التأمين مقابل إدارتها لعمليات التأمين، وهذا بخلاف شركات التأمين التجاري التي تمتلك الفائض من عمليات التأمين لصالح إدارتها ومساهميها^(٣٧).

ورغم أن شركات التأمين التعاوني لا تخرج في مضمونها عن الفكرة الرئيسية للتأمين التعاوني إلا أنني أرى أن عمل هذه الشركات يعد عملاً تجارياً لا مدنياً وذلك قياساً على الأعمال التجارية المنصوص عليها بجامع المضاربة والوساطة في كلٍّ، فهذه الشركات تتاجر في الفائض التأميني لصالح المؤمن لهم، كما أن إدارتها لعمليات التأمين يجعلها بمثابة الوسيط بين المؤمن لهم، والوساطة تعد أحد الضوابط التي تميز

(٣٦) القانون التجاري، علي البارودي ٧٠، القانون التجاري، مصطفى طه ٨٨، دروس في القانون التجاري السعودي، أكتف الخولي ٤٣.

(٣٧) الالتزام بالتبرع وتوزيع الربح وتحمل الخسارة، عجيل النشمي، ص ٢ وما بعدها، الرقابة الشرعية على شركات التأمين التعاوني، يوسف الشبيلي ص ٤.

العمل التجاري عن العمل المدني^(٢٨).

ويؤكد هذا الرأي أيضاً ما درجت عليه القوانين الحديثة، حيث جعلت التأمين بكافة أنواعه عملاً تجارياً بالنسبة للمؤمن ولم تفرّق بين أن يكون تأميناً تجارياً أو تعاونياً متى ما تمت ممارسته على وجه الاحتراف^(٢٩).

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي بالدعاوى الناشئة عن التأمين:

نظراً لأن الاختصاص القضائي يعد أحد أبرز القواعد الخاصة بالأعمال التجارية، فستتطرق بإيجاز للجهة المختصة بالفصل في دعاوى التأمين، حيث أسند نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني الصادر عام ١٤٢٤هـ والتعديل الصادر عليه عام ١٤٣٤هـ الاختصاص القضائي بدعاوى التأمين إلى لجان ابتدائية واستئنافية مختصة

(٢٨) قد يقال في معرض الاستدلال على تجارية أعمال شركات التأمين التعاوني بأن مزاولة أعمال التأمين في المملكة قاصر على شركات التأمين المساهمة وذلك وفق ما قرره نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني، وبناءً على ذلك يعد عمل شركات التأمين التعاوني تجارياً بناءً على أن نظام الشركات قرّر في المادة الثانية منه سريان أحكامه على جميع أنواع الشركات المنصوص عليها في النظام بغض النظر عن نشاطها، كما أن المادة ٤٤٣/هـ من نظام المحكمة التجارية قررت بعمومها اختصاص القضاء التجاري بنظر دعاوى الشركات دون تفرقة بين الشركة ذات الغرض التجاري أو المدني؛ إلا أن هذا الاستدلال في غير محله، إذ يرد عليه أن نظام الشركات والمادة ٤٤٣/هـ من نظام المحكمة التجارية يفيدان فقط تجارية العقد المبرم بين الشركاء فقط، مما يرتب سريان أحكام نظام الشركات وسريان القواعد التجارية المتعلقة بالأعمال التجارية بما فيها قواعد الاختصاص على النزاع بين الشركاء، وأما العقود التي تبرمها الشركات مع الغير فإن المعتبر في تحديد طبيعة هذه العقود هو النظر إلى نشاط الشركة، فإن كان نشاطها عملاً مدنياً كالزراعة فتطبق القواعد المدنية على عقود هذه الشركة، بما في ذلك اختصاص المحاكم العامة بنظر المنازعات الناشئة عن هذه العقود، وإن كان نشاط الشركة عملاً تجارياً كالشركات التي تتاجر في شراء المنقولات وإعادة بيعها فإن عملها يعد تجارياً، وتطبق القواعد التجارية على عقودها مع الغير بشرط أن يكون العمل تجارياً أو تجارياً بالتبعية بالنسبة لهذا الغير. والخلاصة: أن نظام الشركات ليس هو المحدد للطبيعة التجارية أو المدنية للعقود التي تبرمها الشركة مع الغير، بل الذي يحددها هو النظام التجاري الرئيسي وهو نظام المحكمة التجارية في مادته الثانية التي سردت الأعمال التجارية، وبما أن نظام المحكمة التجارية سكت عن تجارية أعمال التأمين التعاوني فإن الاستدلال على تجارية هذا العمل يكون بأدلة أخرى كالقياس، وانظر: المادة الأولى/١٣ من اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التأمين التعاوني، المادة الثانية من نظام الشركات رقم م/٦ الصادر عام ١٣٨٥هـ.

(٢٩) ومن ذلك: قانون التجارة المصري م/٥هـ، والقطري م/٧.

بالفصل في منازعات ومخالفات التأمين، وتتبع هذه اللجان مؤسسة النقد^(٤٠). وتشكل هذه اللجان من ثلاثة أعضاء من ذوي الاختصاص، ووفقاً للمادتين العشرين والثانية والعشرين من هذا النظام، فإن لهذه اللجان اختصاصين: **الاختصاص الأول:** وهو اختصاص تجاري يتمثل في الفصل في المنازعات التي تقع بسبب عقود التأمين، سواء كانت بين شركات التأمين، أو بين شركات التأمين وإعادة التأمين^(٤١)، أو بين شركات التأمين وعملائها، أو بين شركات التأمين وبين المتسبب في إحداث الضرر، فتحل شركة التأمين محل المؤمن له في مطالبته بالتعويض.

والأجدر في نظري هو انتقال هذا الاختصاص إلى المحاكم التجارية المتفرعة عن القضاء العام نظراً لما أسلفناه من أن أعمال شركات التأمين بنوعيه التجاري والتعاوني تعد في حقيقتها أعمالاً تجارية بطريق المفاولة مما يوجب تطبيق القواعد التجارية على أعمالها بما في ذلك اختصاص القضاء التجاري بنظر الدعاوى الناشئة عنها.

الاختصاص الثاني: وهو اختصاص إداري، ويتمثل في الفصل في مخالفات

(٤٠) صدر نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني بموجب المرسوم الملكي رقم م/٣٢ عام ١٤٢٤هـ، ثم صدر تعديل على المادتين ٢٠ و٢٢ من النظام بالمرسوم الملكي رقم م/٣٠ وتاريخ ٢٧/٥/١٤٣٤هـ، إذ كانت هاتان المادتان قبل تعديلهما تجيزان التظلم من قرارات هذه اللجان أمام ديوان المظالم، ف جاء التعديل متضمناً إنشاء لجان استئنافية يتم التظلم أمامها وألغي اختصاص الديوان بذلك.

(٤١) إعادة التأمين: (هو قيام شركة التأمين (المؤمن المباشر) بالتأمين لدى شركة أخرى تسمى شركة (إعادة التأمين) عن ما يلحقها من تعويضات تلزم بسدادها، مع بقاء المؤمن المباشر مدينا لوحده في مواجهة المؤمن لهم)، والهدف من إعادة التأمين هو توزيع مبالغ التعويض الناشئة عن الحوادث على أكثر من شركة وذلك تفتيتاً للمخاطر التي قد تلحق الشركة المباشرة للتأمين عند حدوث خسائر كبيرة قد تؤدي إلى اهتزاز وضعها المالي لو لم تقم بإعادة التأمين، وانظر: الوسيط في شرح القانون المدني، عبدالرزاق السنهوري ١١٢١/٧، بحث: الضوابط الشرعية لعمليات إعادة التأمين في شركات التأمين الإسلامية، أحمد الخلايلة، المبحث الأول.

شركات التأمين للأنظمة واللوائح والتعليمات، وكذا الفصل في مخالقات مزاوولي المهن الحرة المتعلقة بنشاط التأمين كالوسطاء والاستشاريين في مجال التأمين^(٤٢)، وكان الأولى أن يؤول هذا الاختصاص إلى ديوان المظالم بوصفه الجهة صاحبة الولاية العامة في الدعاوى الإدارية^(٤٣).

المطلب الثاني:

مقاولمة الإيداع في المخازن العامة:

يقصد بالمخازن العامة: المخازن المرخصة التي يودع التجار أو الأفراد بضائعهم فيها لقاء أجر، وقد صدر نظام الإيداع في المخازن العامة عام ١٤٢٧هـ^(٤٤) متضمناً قصر

(٤٢) م ٢٠، ٢٢ من نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني بعد تعديلها.
 (٤٣) الذي يعيننا في هذا البحث هو تحديد طبيعة أعمال التأمين من حيث تجاريتها أو مدنيها، وليس بيان الأحكام الشرعية والقانونية للتأمين، لكن هذا لا يمنع من بيان الحكم الشرعي للتأمين بإيجاز، حيث اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم التأمين التجاري إلى أقوال أشهرها ما يلي:
 - القول الأول: أنه عقد محرّم لما فيه من غرر، وبهذا صدرت قرارات عدد من المجمع والهيئات الشرعية، ومن ذلك قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم ٥١ وتاريخ ٤/٤/١٣٩٧هـ، وقرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الأولى في شعبان ١٣٩٨، والمجمع الفقهي الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، في القرار رقم ٩ (٢/٩) سنة ١٤٠٦هـ / ١٩٨٥هـ.
 - القول الثاني: إن التأمين التجاري عقد جائز، وقال به مصطفى الزرقا وعلي الخفيف وعبد الوهاب خلاف. وأما التأمين التعاوني فقد اتفقت المجمع الفقهية على جوازه لأنه عقد تبرع يقصد به التعاون ولا يستهدف تجارة ولا ربحاً، ولا يضر جهل المساهمين فيه بما يعود إليهم من النفع لأنهم متبرعون؛ فلا مخاطرة ولا غرر ولا مقامرة فيه. وللاستزادة في حكم التأمين وبسط أدلة كل قول ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الثاني ١٤٠٧هـ، الجزء الثاني ص ٥٤٥ وما بعدها، وانظر أيضاً: بحث التأمين، من إعداد اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، منشور في مجلة البحوث الإسلامية، العددان ١٩ و ٢٠، كتاب: نظام التأمين حقيقته، والرأي الشرعي فيه، مصطفى الزرقا، كتاب: التأمين في الشريعة والقانون د. غريب الجمال، كتاب: الإسلام والتأمين، د. محمد شوقي الفنجري، رسالة موجزة بعنوان: التأمين بين الحلال والحرام، عبد الله بن منيع.
 (٤٤) صدر هذا النظام بالمرسوم رقم (م/٢٩) وتاريخ ١٠/٥/١٤٢٧هـ، وعرفت المادة الثانية منه الإيداع في المخازن العمومية بأنه: العقد الذي يلتزم بموجبه الخازن

هذه المقابلة على من توافرت فيه شروطها^(٤٥).

ويستفيد المودع في هذه المخازن حفظ بضاعته من التلف أو الضياع، كما يوفر تكلفة تحمل أعباء حفظ بضائعه في مخازن يقيمها لصالحه، وأما الخازن فيستفيد أجرته، وله في سبيل استيفائها ضمانات عدة قررها النظام.

وقد ألزم النظام الخازن أن يصدر إيصالاً بتخزين البضاعة يتضمن بياناتها، كما أجاز له النظام رهن البضاعة المحفوظة وتقديمه قروضاً مكفولة بهذا الرهن، كما أجاز النظام أيضاً تداول البضاعة من خلال تداول وثائقها وذلك بتظهيرها للغير دون حاجة لنقلها من المخزن^(٤٦).

ولم يتطرق نظام المحكمة التجارية - نظراً لقدمه - لهذه المقابلة؛ وقد يقال بإمكانية إدراجها تحت مقابلة «المحلات والمكاتب التجارية» وهي أحد المقاولات الأصلية التي نص عليها نظام المحكمة التجارية^(٤٧)، وهو إدراج وجيه، لكنه غير حاسم، إذ يبقى محلاً للاجتهاد وتفاوت الآراء، ولذا فالنص صراحة على تجارية هذه المقابلة عند سن نظام تجاري جديد أو عند تعديل النظام الحالي يعد أمراً قاطعاً للنزاع حول طبيعتها.

(٤٥) م ٢٢-٢٣ من النظام المذكور.

(٤٦) م ٥، ٤ من النظام، والمادة ١٨ من اللائحة التنفيذية للنظام، وقد نصت المادة ٧ من اللائحة التنفيذية على أنه: «لا يجوز أن يتضمن عقد القرض أي نفع للخازن مقابل القرض بما في ذلك الفوائد والرسوم، ويعتبر كل شرط في عقد القرض جراً نفعاً باطلاً».

(٤٧) الفقرة (ب) من المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية، وهي المحال والمكاتب التي تحترف تقديم خدمات للجمهور مقابل أجر معين أو نظير نسبة من قيمة الصفقات التي تتوسط بشأنها، وبناء على هذا المفهوم فإن هذه المقابلة تعد من أوسع الأعمال التجارية تطبيقاً، إذ يدخل تحتها على سبيل المثال لا الحصر: مكاتب التخليص الجمركي، ومكاتب تحصيل الديون، ومكاتب تخليص المعاملات (التعقيب)، ومكاتب الاستقدام، ومكاتب الإعلان، ومكاتب البريد، وغيرها. الموجز في القانون التجاري، محسن شفيق ٦٨.

وأما الفقه والقضاء الأجنبي فقد عدّ هذه المقاولّة تجارية بالنسبة للخازن نظراً لتوافر المضاربة والتداول فيها، فالخازن يستهدف الربح، كما أنه يساعد في تداول الأموال وتيسير عمليات الائتمان.

وأما القوانين التجارية الحديثة كالقانون المصري والقطري فنصت صراحة على تجاريتها بالنسبة للخازن وتجارية أعمال الرهن المتصلة بها متى ما تم ذلك على وجه المقاولّة، ويكفي في ذلك أن يتوافر مخزن واحد لدى الخازن بشرط أن يكون على قدر من التنظيم^(٤٨).

وأما المودع فلا يعدّ التخزين عملاً تجارياً بالنسبة له إلا إذا كان تاجراً وتعلق الإيداع بشؤون تجارته وهو الوضع الغالب في عمليات التخزين^(٤٩).

المطلب الثالث:

مقاولّة النشر:

يعدّ الناشر وسيطاً بين المؤلف وبين المتلقي، إذ يقوم بناءً على عقد مبرم بينه وبين المؤلف بتسويق الكتاب في منافذ البيع، وقد يكون الناشر جامعاً بين الطباعة والنشر إلا أن هذا الجمع قليل في الوقت الحاضر.

ولا يقتصر النشر على الكتب، بل يشمل المجلات أو الأفلام أو المحتوى الإلكتروني أو غير ذلك.

(٤٨) قانون التجارة المصري الجديد م ٥/ز، قانون التجاري القطري م ٥/٥، الوجيز في القانون التجاري، سمير عاليه ٩١.

(٤٩) القانون التجاري، محمد حسني عباس ١٧٥، الوسيط في شرح القانون التجاري، عزيز العكيلي ٩٩/١.

ووفقاً للفقهاء والقضاء الأجنبي - وقبل صدور القوانين التجارية الأجنبية الحديثة - فإن النشر يلحق بأعمال المقابلة متى ما توافرت فيه شروطها، فيعد حينئذ عملاً تجارياً بالنسبة للناشر فقط، وأما المؤلف فيعد عقد النشر مدنياً بالنسبة له بوصفه بائعاً لنتاج ذهنه وقد استقر الشراح والقضاء على مدنية الأعمال الذهنية^(٥٠).

ووجه إلحاق عمل الناشر بأعمال المقابلة هو القياس على الأعمال التجارية المنصوص عليها بجوامع المضاربة والوساطة في كلِّ، فالناشر يقوم بشراء حق النشر من المؤلف بقصد تحقيق الربح من خلال إعادة بيعه على الجمهور، ويضاف إلى ذلك أن الناشر وسيط بين المؤلف وبين الجمهور والوساطة تعد أحد المعايير المهمة التي يتميز بها العمل التجاري عن العمل المدني.

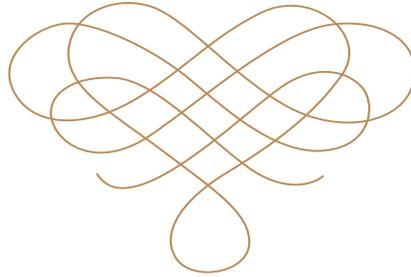
وأما اشتراط المقابلة فيها فلائنه يصعب على الناشر القيام بها على وجه الانفراد، بل لا بد من توافر عناصر المشروع في عمله كالتكرار ووجود رأس المال والمقر الذي يمارس فيه النشاط وغير ذلك^(٥١).

وعندما صدرت القوانين التجارية الأجنبية الحديثة نجد أنها نصت صراحة على

(٥٠) وذلك لأنها لم تسبق بشراء، ولاتصالها بشخصية صاحبها، واحتراماً لقيمتها الأدبية، كما نصَّ على مدنيته بعض القوانين التجارية الحديثة، ومن ذلك القانون الإماراتي والقطري، وهو ما استقر عليه القضاء التجاري السعودي أيضاً، ومن ذلك الحكم المدقق الصادر من الدوائر التجارية في ديوان المظالم رقم ٧٤/ث/لعام ١٤١٢ ونصه: « المنازعة المطروحة ليست ذات صفة أو طابع تجاري لا من قريب ولا من بعيد فهي منازعة على نتاج ذهني والإنتاج الذهني ليس له صفة تجارية»، وانظر: مجموعة المبادئ التجارية لديوان المظالم، جمع: إبراهيم بن عبدالله العجلان، ١٤٢٨هـ (غير منشورة)، المادة ١١ من قانون التجارة القطري، المادة ٨ من قانون المعاملات التجارية الإماراتي، القانون التجاري، علي يونس ٧٢، مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. فايز نعيم رضوان ١٠٤.

(٥١) دروس في القانون التجاري السعودي، أكرم الخولي ٤١، مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، د. فايز نعيم رضوان ١٧٥.

تجارية هذه المقاوله^(٥٢)، وأما نظام المحكمه التجارية السعودي فقد سكت - نظرا لقدمه - عن تجاريتها، ولذا يقال فيها ما قيل في المقاولات السابقة من حيث أهمية النص على تجاريتها صراحة عند تعديل نظام المحكمه التجارية أو عند سن نظام تجاري جديد، وألا يترك ذلك للاجتهاد والقضاء درءا لتفاوت الاجتهاد في إلحاقها بالأعمال التجارية.



(٥٢) المادة ٥/ح من قانون التجارة المصري لعام ١٩٩٩ ونصها: «تعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف: ... أعمال الدور والمكاتب التي تعمل في مجالات النشر...»، ومثلها المادة ١٤/٥ من قانون التجارة القطري.

الختام:

في ختام هذا البحث أبين أبرز نتائجه وهي كالتالي:

- يقصد بالأعمال التجارية بالمقاولة، الأعمال التي تتم على وجه التكرار وتتخذ شكل المشروع المنظم، وهي سبعة أعمال وفقاً للمادة الثانية من نظام المحكمة التجارية هي: مقاولة الصناعة، ومقاولة التوريد، ومقاولة الوكالة بالعمولة، ومقاولة النقل البري والبحري، ومقاولة المحلات والمكاتب التجارية، ومقاولة محلات البيع بالمزاد، ومقاولة إنشاء المباني، ويُلحق بالأعمال التجارية بالمقاولة مقاولات أخرى مستجدة كمقاولة التأمين، ومقاولة الإيداع في المخازن العامة وغيرها.
- يترتب على إسباغ الصفة التجارية على الأعمال التجارية - ومنها أعمال المقاولة الأصلية والملحقة بها - أثر مهم وهو تطبيق القواعد الخاصة بالأعمال التجارية.
- للمقاولة التجارية شروط متى ما توافرت عُدَّ العمل تجارياً بطريق المقاولة، وهذه الشروط هي تكرار العمل، ووجود تنظيم متوافر العناصر، وأن يكون هناك مضاربة على عمل الغير في المقاولات التي تتطلب ذلك.
- عدد نظام المحكمة التجارية في المادة الثانية منه - وكذا قانون التجارة المصري والفرنسي القديمان - الأعمال التجارية المنفردة وأعمال المقاولة، وقد نشأ خلاف بين الشراح حول هذا التعداد، فجمهورهم على أنه جاء على سبيل التمثيل، وقلة منهم قالوا بأنه جاء على سبيل الحصر، والرأي الراجح هو أن هذا التعداد جاء على سبيل التمثيل، ومن ثم يجوز إلحاق الأعمال المستجدة بالأعمال المنصوص

عليها، ويؤيّد هذا الرأي قدم نظام المحكمة التجارية السعودي وعدم مواكبته للتطور الاقتصادي، وهو الرأي الذي أخذ به أيضا القضاء في فرنسا ومصر قبل تحديث القوانين التجارية لهذه الدول، حيث توسع هذان القضاءان في تفسير النص الذي عدد هذه الأعمال، فأضافا بطريق القياس العديد من المقاولات الحديثة التي ظهرت استجابة للتطورات الاقتصادية المتلاحقة.

• عندما حدثت بعض الدول قوانينها التجارية نصت فيها صراحة على الأعمال المستجدة وأضافت لها مقاولات عديدة أخرى كالمقاولات المتعلقة بالعمل الإعلامي من تلفاز وإذاعة وصحافة، والأعمال المتعلقة بالبث الفضائي، وإصدار واستغلال برامج الحاسب الآلي، وأعمال الفنادق، والوكالات التجارية بكافة أنواعها، والأعمال المتعلقة بالأعمال الاستخراجية للثروات الطبيعية، بل ونصت هذه القوانين - رغم حداثةها- على أن «كل عمل يمكن قياسه على الأعمال التجارية المنصوص عليها يعد عملاً تجارياً إذا تشابه في الصفات والغايات»، ويفيد هذا النص رفع الحرج عن القضاة وذلك بمنحهم فسحة لمواكبة مستجدات الأعمال التجارية وعدم الاقتصار على التعداد المنصوص عليه، فمتى ما تعلّقت الدعوى بعمل تجاري لم يُنص عليه فيقضى بتجاريته بطريق القياس عند اتحاد علته مع عمل تجاري منصوص عليه.

• في ظل عدم صدور نظام تجاري سعودي جديد يواكب مستجدات أعمال المقابلة، فإن العبء يقع على القضاء التجاري السعودي الذي يؤمل منه أن يسير على ما سار عليه القضاء الفرنسي والمصري قبل صدور قوانينهما التجارية الحديثة من التوسع في تفسير النص المقرر لأعمال المقابلة، بحيث يُلحق هذا القضاء بطريق القياس أي مقابلة مستجدة تتفق مع المقاولات المنصوص عليها في الصفات والغايات.

- إلحاق أيّ من الأعمال المستجدة بالأعمال المنصوص عليها يستوجب على القاضي الأخذ بالقياس فينظر في العلة التي تجمع بين الفرع (العمل المستجد) وبين الأصل المقيس عليه وهو: كافة الأعمال التجارية المنصوص عليها، وليس واحداً منها، فيوحد بينهما في الحكم لوجود علة القياس التي تجمع بين الفرع والأصل، فيجعل من علة القياس التي توافرت في كافة هذه الأعمال ضابطاً مرشداً للفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني.
- اختلف الشراح في علة القياس أو الضابط الذي على أساسه يمكن إلحاق الأعمال المستجدة بالأعمال التجارية المنصوص عليها، ف قيل بأن الضابط هو المضاربة والسعي للربح، وقيل بأنه التداول، وقيل بأنه الوساطة، وقيل بأنه المقاوله، وقد فشل الشراح في الوصول إلى ضابط منضبط، غير أن القاضي يجتهد عند إلحاق عمل مستجد بعمل تجاري منصوص عليه وذلك بمراعاته لهذه الضوابط جميعها أو بعضها.
- اقتصر نظام المحكمة التجارية على تقرير تجارية التأمين التجاري البحري، وسكت عن التأمين التجاري البري والجوي بسبب ضعف انتشار العمل بهما وقت سن القانون الفرنسي الذي أستمد منه نظام المحكمة التجارية، والمتقرر عند الشراح أن التأمين التجاري بكافة أنواعه يعد عملاً تجارياً قياساً على التأمين البحري، ولأن المؤمن يقوم بدور الوسيط بين المؤمن لهم؛ فيتوسط في إدارة أموالهم وتعويض المتضرر منهم، والوساطة تعد أحد المعايير التي تميّز العمل التجاري عن العمل المدني.
- لا يعد التأمين التجاري عملاً تجارياً إلا إذا بوشر على وجه المقاوله، وأما لو قام شخص بتحمل المخاطر التي تقع على عاتق شخص آخر فلا يعد عمله تجارياً، إذ تعد هذه الصورة نوعاً من القمار القائم على نقل الخطر من عاتق المؤمن له إلى عاتق المؤمن.

- يعد التأمين التجاري عملاً تجارياً بالنسبة للمؤمن فقط، أما المؤمن له فلا يعد العمل تجارياً بالنسبة له إلا إذا كان تاجراً وتعلق عقد التأمين بتجارته كأن يؤمن على البضائع أو على محله التجاري.
- رغم أن شركات التأمين التعاوني لا تخرج في مضمونها عن الفكرة الرئيسية للتأمين التعاوني إلا أنني أرى أن عمل هذه الشركات يعد عملاً تجارياً لا مدنياً وذلك قياساً على الأعمال التجارية المنصوص عليها، بجامع المضاربة والوساطة في كلٍّ، فهذه الشركات تتاجر في الفائض التأميني لصالح المؤمن لهم، كما أن إدارتها لعمليات التأمين يجعلها بمثابة الوسيط بين المؤمن لهم، والوساطة تعد أحد الضوابط التي تميز العمل التجاري عن العمل المدني.
- ويؤكد هذا الرأي ما درجت عليه القوانين الحديثة، حيث جعلت التأمين بكافة أنواعه عملاً تجارياً بالنسبة للمؤمن ولم تفرّق بين أن يكون تأميناً تجارياً أو تعاونياً متى ما تمت ممارسته على وجه الاحتراف.
- أسند نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني الاختصاص القضائي بدعاوى التأمين إلى لجان ابتدائية واستئنافية مختصة بالفصل في منازعات ومخالفات التأمين، وتتبع هذه اللجان مؤسسة النقد، ولهذه اللجان اختصاصان هما:
أ- الاختصاص التجاري: ويتمثل في الفصل في المنازعات التي تقع بسبب عقود التأمين، سواء كانت بين شركات التأمين، أو بين شركات التأمين وإعادة التأمين، أو بين شركات التأمين وعملائها، أو بين شركات التأمين وبين المتسبب في إحداث الضرر، فتحل شركة التأمين محل المؤمن له في مطالبته بالتعويض، والأجدر في نظري هو انتقال هذا الاختصاص إلى المحاكم التجارية المنفرّعة عن القضاء العام لأن أعمال شركات التأمين بنوعيه التجاري

والتعاوني تعد في حقيقتها أعمالاً تجارية بطريق المقابلة مما يوجب تطبيق القواعد التجارية على أعمالها بما في ذلك اختصاص القضاء التجاري بنظر الدعاوى الناشئة عنها.

ب- الاختصاص الإداري: ويتمثل في الفصل في مخالفات شركات التأمين للأنظمة واللوائح والتعليمات، وكذا الفصل في مخالفات مزاولي المهن الحرة المتعلقة بنشاط التأمين كالوسطاء والاستشاريين في مجال التأمين، والأجدر أن يؤول هذا الاختصاص إلى ديوان المظالم بوصفه الجهة صاحبة الولاية العامة في الدعاوى الإدارية.

• لم يتطرق نظام المحكمة التجارية - نظراً لقدمه - لمقابلة الإيداع في المخازن العامة؛ إلا أن هذه المقابلة تعد تجارية بالنسبة للمخازن نظراً لتوافر المضاربة والتداول فيها، فالمخازن يستهدف الربح، كما أنه يساعد في تداول الأموال وتيسير عمليات الائتمان. وقد يقال بإمكانية إدراج هذه المقابلة تحت مقابلة «المحلات والمكاتب التجارية»، وهي أحد المقاولات الأصلية التي نص عليها نظام المحكمة التجارية، وهو إدراج وجيه، لكنه غير حاسم، إذ يبقى محلاً للاجتهاد وتفاوت الآراء، ولذا فالنص صراحة على تجارية هذه المقابلة عند سن نظام تجاري جديد أو عند تعديل النظام الحالي يعد أمراً قاطعاً للنزاع حول طبيعة هذه المقابلة.

• نصّت القوانين التجارية الأجنبية الحديثة كالقانون المصري والقطري صراحة على تجارية مقابلة الإيداع في المخازن بالنسبة للمخازن وتجارية أعمال الرهن المتصلة بها متى ما تم ذلك على وجه المقابلة، ويكفي في ذلك أن يتوافر مخزن واحد لدى المخازن بشرط أن يكون على قدر من التنظيم.

وأما المودع فلا يعد التخزين عملاً تجارياً بالنسبة له إلا إذا كان تاجراً وتعلق الإيداع بشؤون تجارته وهو الوضع الغالب في عمليات التخزين.

- وفقاً للفقهاء والقضاء الأجنبي وقبل صدور القوانين التجارية الأجنبية الحديثة فإن النشر يُلحق بأعمال المقابلة متى ما توافرت فيه شروطها، فيعد حينئذ عملاً تجارياً بالنسبة للناشر فقط، وأما المؤلف فيعد عقد النشر عملاً ذهنياً بالنسبة له، والأعمال الذهنية تعد أعمالاً مدنية لا تجارية.
- نصت القوانين التجارية الأجنبية الحديثة صراحة على تجارية مقابلة النشر، وأما نظام المحكمة التجارية السعودي فقد سكت - نظراً لقدمه - عن تجارية هذه المقابلة، ولذا يقال فيها ما قيل في المقاولات السابقة من حيث أهمية النص على تجاريتها صراحة عند تعديل نظام المحكمة التجارية أو عند سن نظام تجاري جديد، وألا يترك ذلك للاجتهاد والقضاء درء التفاتوا الاجتهاد في هذا الإلحاق.

التوصيات:

- ١- سكت نظام المحكمة التجارية - نظراً لقدمه - عن تجارية العديد من المقاولات المستجدة مما أدى إلى تفاوت اجتهاد الشراح والقضاء في إلحاقها بالأعمال التجارية، ويؤمل من المنظم النص على تجاريتها صراحة عند تعديل نظام المحكمة التجارية أو عند سن نظام تجاري جديد، خاصة أنه يبني على تجارية هذه الأعمال تطبيق القواعد الخاصة بالأعمال التجارية عليها وأهمها قواعد الاختصاص القضائي.
- ٢- تميّزت بعض القوانين التجارية الأجنبية الحديثة في سرد الأعمال التجارية المستجدة ومن ذلك قانون التجارة المصري والقطري، ويؤمل من المنظم الاستفادة من هذه القوانين عند تعديل المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية أو عند سن نظام تجاري جديد.