

مبادئ القانون التجاري اليمني
الأعمال التجارية - التاجر - المتجر
العمليات المصرفية

الدكتور

حمود محمد شمسان

أستاذ القانون التجاري المساعد

بكلية الشريعة والقانون والتجارة والاقتصاد

جامعة صنعاء

الطبعة الخامسة
طبعة مزيّدة ومنقّحة

٢٠١٦م

محفوظة
جميع الحقوق

للمؤلف، لا يجوز اقتباس جزء من هذا الكتاب
أو إعادة طبعه بأية صورة بدون موافقة كتابية
مسبقة من المؤلف إلا في حالات الاقتباس
القصير بغرض النقد أو التحليل أو البحث مع
وجوب ذكر المصدر بمقتضى الأمانة العلمية.

رقم الإيداع بدار الكتب (١٢٦)

صنعا لسنة ٢٠١٦م

الأمين للنشر والتوزيع

صنعا - جولة الجامعة الجديدة - بداية شارع العدل

تلفون: (٢٠١٥٣٣) فاكس: (٥٣٦٦٦٠)

الطبعة الخامسة

طبعة مزيده ومنقحة

٢٠١٦م

مثل حکیم

((من كانت التقوى رأس ماله، أعياء الخلق إحصاء ربحه))

المقدمة :

النشاط التجاري، نشاط متطور يتأثر بالظروف الاقتصادية والأوضاع السياسية والاجتماعية التي تحيط به. لذلك فإن أي تطور أو تبدل في هذه النظم سرعان ما يعكس نفسه تطوراً وتبدلاً في أحكام النشاط التجاري. وبالتالي يصبح من مقتضيات الاشتغال بالعمل الأكاديمي، والحقل القانوني المتصل بالنشاط الاقتصادي على وجه الخصوص، متابعة كل التطورات التشريعية التي تجرى في الساحة اليمنية أياً كانت طبيعتها - حذفاً، أو تعديلاً، أو إضافة - وإخراجها مادة سهلة، كي يقف القارئ والمشتغل بالعمل القانوني والاقتصادي عن قرب أمام كل جديد يعكس اهتمامات الدولة وتوجهاتها الاقتصادية، خصوصاً في ظل السعي إلى فرض هيمنة قواعد العولمة بكافة أبعادها وتوجهاتها على الدول قاطبة. وهدفنا من التجديد والإضافة في هذا العمل أن تظل المؤلفات الأكاديمية مرآة صادقة للأوضاع التجارية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي مرت وتمر بها الجمهورية اليمنية.

فيعد صدوق الطبعة الأولى من هذا المؤلف، خضعت العديد من القوانين المنظمة للنشاط التجاري والاقتصادي للتعديل، منها ما يمكن وصفه بالإيجابي، وبعضها الآخر، ردة إلى الوراء مثل قانون الاستثمار رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م، مما يحتم التصدي لها في هذه المحاضرات بالنقد والتحليل، لبيان الجانب الإيجابي أو السلبي فيها. وذلك كي يظل هذا المؤلف، مرآة حقيقية للأحكام القانونية المنظمة للنشاط التجاري والاقتصادي. والحل نفسه بعد صدور الطبعة الثانية، حيث صدر القانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٩م بشأن تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري صدر القانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٣م بشأن الأسماء التجارية، والقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٢م بتعديل قانون السجل التجاري، وصدور القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٢م بشأن الاستثمار، وامتدت يد التعديل أيضاً إلى القانون المدني، فصدر برقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م.

ومن الجدير بالذكر، أنه وبعد صدور الطبعة الأخيرة عام ٢٠٠٧م، صدر القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦م بشأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والقانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية والقانون رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٧م بشأن التجارة الخارجية والقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م بشأن الاستثمار والقانون رقم (٢٣) لسنة ٢٠١٠م بشأن العلاقات التجارية والمؤشرات الجغرافية والقانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٠م بشأن التصاميم الصناعية والقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠١٤م بشأن المصادقة على انضمام الجمهورية اليمنية إلى منظمة التجارة العالمية.

كل ذلك يقتضي منا ضرورة تناولها في هذا المقرر، كي يرتبط الطالب والقارئ معاً بكل المستجدات القانونية على الساحة التجارية والاقتصادية وهذا أمر بدهي لكل المشتغلين بالعمل القانوني خاصة.

وعكفت الجهات المختصة خلال هذه الأيام الماضية على إعداد مشروعين جديدين أحدهما لتعديل قانون التجارة ، والآخر لتعديل قانون الشركات ، بالإضافة إلى دراسة تعديل بعض القوانين ذات الصلة بالنشاط التجاري ، نرجوا أن تخرج متجاوزة لأوجه القصور وملبية لمتطلبات المرحلة .

وانسجماً مع مبدأ التطوير والتجديد، حرصت في هذه الطبعة على غرار الطبقات السابقة على إجراء بعض التعديلات المتعلقة بأسلوب البحث أو نطاقه بالشكل الذي يبرز فكرة أو يزيل غموضاً، أو يشبه رأياً، رغبة في التيسير على القارئ الكريم.

وسعيًا إلى ربط الطالب بالحياة العملية وتمشيًا مع قواعد التطوير والتجديد، أضفنا إلى موضوعات الطبعة الأولى باباً رابعاً خاصاً بأحكام العمليات المصرفية الشائعة في السوق اليمنية - بالقدر الذي يتناسب والزمن المخصص لتدريس موضوعات القانون التجاري - وضحنا فيه بشكل يسير وحذر شديد - كونه حسب علمنا أول عمل قانوني يمني يتصدى لهذا الموضوع - أحكام القانون اليمني لتلك المعاملات، أجرينا عليها بعض التعديلات (حذفاً وإضافة) بالقدر الذي أملت الحاجة إلى معرفة مقتضيات من هذه المادة وزمن تدريسها، مع الإشارة إلى ما أستاذ دولياً عن النشاط المصرفي.

وتفاعلاً مع المستجدات القانونية، تناولنا في هذه الطبعة الجديدة، بحذر شديد ما يتصل بالأوراق التجارية الإلكترونية، والدفاتر التجارية والإلكترونية، كما نحاول دفع الطالب والباحث معاً إلى مجال خصب ومستجد عسى أن يلقي هذا الجانب اهتماماً خاصاً لديهما، ليكونا مادة سهلة تمكن المشتغلين بالعمل القضائي في الوقوف بثبات.

ومن هذا المنطلق أدعو القارئ الكريم والمشتغلين في هذا الجانب إلى إبداء ملاحظاتهم ليتم على ضوئها تصويب الخلل، وتنقيح المشكل، وتوضيح المجهول، لكل ما ورد في هذا العمل.

وإني لأرجو أن أكون بصدر الطبعة الجديدة قد خطوت بهذا المؤلف المتواضع خطوة متقدمة، وحقت الفائدة المنشودة لطلابنا الكرام، فشحراً لله تعالى على كريم عونه وحسين توفيقه منه تعالى نستمد المزيد من الرشد والسداد، إنه على كل شيء قدير .

مِثْرَانِيَّةُ التَّجَارَةِ

القانون التجاري وتطوره

التعريف بالقانون التجاري:

١- مما لا شك فيه أن كل ظاهرة اقتصادية، تتأثر بالبيئة التي نشأت فيها، والقانون التجاري إحدى تلك الظواهر الاقتصادية التي نشأت وتطورت في البيئة التجارية تحت ضغط الحاجات الاقتصادية، والضرورات العملية، مما اقتضى صياغة قواعد قانونية خاصة تحكم نشاط طائفة من الأشخاص هم التجار، وتحكم معاملات اقتصادية معينة هي الأعمال التجارية، وذلك حتى يمكن إيجاد تنظيم قانوني خاص هو القانون التجاري، بحيث يتلاءم مع طبيعة التجارة ومتطلباتها .

لذلك يُعرف القانون التجاري بأنه : أحد فروع القانون الخاص، الذي يتكون من مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم العلاقات القانونية الناشئة عن المعاملات التجارية، وتنظم الروابط الاقتصادية، التي تنشأ بين جماعة من الأفراد هم التجار .

ويثور التساؤل عن الضرورات الاقتصادية والحاجات العملية التي اقتضت وضع تنظيم قانوني خاص بحكم النشاط التجاري بعيداً عن القواعد العامة في القانون المدني؟

٢- يرجع الفقه ذلك إلى عاملين جوهريين يقتضيان وجود القانون التجاري:

أولهما - السرعة : فالنشاط التجاري قوامه السرعة، ذلك أن التاجر يقوم في اليوم الواحد بإبرام العديد من العقود والصفقات التجارية بصورة سريعة دون تمحيص أو ترو، بل إن التاجر قد يجري العديد من التصرفات القانونية بواسطة التلفون أو التلكس أو عبر شبكة الإنترنت، وهو ما أصبح يعرف بالتجارة الإلكترونية، أو التسويق الإلكتروني، الذي يتم بين شخصين لا يعرف أحدهما الآخر، بل قد يكونا من مكانين مختلفين أو بلدين بعيدين^(١)، والسرعة لا تقتضيها طبيعة المعاملات التجارية فحسب بل تحبذها الدورة الاقتصادية لرأس المال، وهذه السرعة في إنشاء العقود التجارية اقتضتها الطبيعة الخاصة

(١) وقد نظم هذا الموضوع في الجمهورية اليمنية القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية.

بالمعاملات التجارية، بعيداً عن الإغراق في الشكليات التي تتصف بها المعاملات المدنية^(١)، بل إن السرعة في تداول السلع والخدمات تعد من لوازم النشاط التجاري بل تستوجبها كذلك الدورة الاقتصادية لرأس المال، فالتاجر الذي يحتفظ بالسلع أملاً في ارتفاع أسعارها أو احتكارها اقتناصاً للفرص، فضلاً عن مخالفته لأحكام المعاملات في الإسلام، فإن ما دفعه من رأس ماله في شراء تلك السلع، يصبح معطلاً خلال مدة الحفظ، ناهيك عما قد تتعرض له السلع من كساد أو تلف، مما يعرض مثل هذا التاجر لمخاطر الخسارة أو الإفلاس. أما التاجر الذي فهم خصائص الدورة الاقتصادية لرأس المال فإنه يبادر سريعاً إلى إعادة بيع ما اشتراه من سلع أو خدمات، اقتصاداً في نفقات الحفظ أو الصيانة، ولذلك فإنه بهذا الأسلوب يعيد تشغيل رأس ماله لأكثر من دورة فيحقق ربحاً سريعاً ومجزياً، ويتجنب مخاطر الكساد أو التلف.

ثانيهما - الائتمان : انسجاماً مع طبيعة المعاملات التجارية القائمة على حرية المبادلات التجارية بين الأفراد، وانتقالها بسرعة من يد إلى أخرى في سهولة ويسر، كل ذلك ينبثق من ثقة التجار ببعضهم البعض في تنفيذهم للالتزامات التعاقدية في مواعييدها المحددة. وهذا لم يكن ليتحقق بعيداً عن مظلة الائتمان^(٢)، إذ لولا المظلة الائتمانية التي تخلق جواً من الثقة بين المتعاملين من التجار، لأدى ذلك إلى انتشار الكساد التجاري والركود الاقتصادي، ومن هذا المنطلق يعتبر الائتمان أحد مقومات النشاط التجاري، ذلك أن قيام العلاقات التجارية بين التجار، لا تتم غالباً بالنقد المباشر، بل يجري التعامل في الكثير من الأحيان بالأجل، حيث يمنح تاجر الجملة المدين التاجر أجلاً للوفاء، أو يقترض أحدهما أو كلاهما من المصارف لتغطية قيمة الصفقة، على أن يتم سداد القيمة أو مبلغ القرض بعد بيع البضاعة. وتتكرر العملية بين تاجر الجملة وتجار التجزئة، أو بين التجار والمصارف، تمشياً مع المتطلبات الاقتصادية لرأس المال.

وهذه الصورة من المعاملات الأجلة، اقتضت تدخل المشرع التجاري لإحاطتها بسياج من الضمانات القانونية فضلاً عن الضمانات الاعتبارية اللازمة لاستمرار ديناميكية

(١) فالشخص الذي لا يحترف التجارة إذا ما أراد أن يبرم عقداً ما فإنه قبل الشروع في إبرام العقد يلجأ إلى ذوي الشأن لفحص الشيء محل العقد والمساومة في شروط العقد وذلك حماية لحقوقهم ودرءاً للمنازعات في المستقبل.

(٢) فالائتمان السائد في البيئة التجارية، هو السبب في خلق جو الثقة بين المتعاملين من التجار، ولولا ذلك، لانتشر الكساد التجاري وشاع الركود الاقتصادي.

القانون التجاري وتطوره

الحركة الاقتصادية وازدهارها، وحماية الدائن التاجر من مماطلة مدينه التاجر، لذلك نجد أن إخلال المدين التاجر بالوفاء بديونه في ميعاد استحقاقها قد يعرضه للإفلاس، ويفترض القانون التضامن بين المدينين بالدين التجاري في حالة تعددهم، ويستطيع التاجر الدائن إثبات حقوقه قبل غيره بكل وسيلة من وسائل الإثبات بما يكفل له الحصول على حقه في الوقت المحدد، بل توجد العديد من الضمانات الواردة في القانون التجاري التي تهدف في الأخير إلى توفير الحماية والائتمان للوسط التجاري.

وهكذا نجد أن أساس العلاقات القانونية بين التجار هي الثقة، التي بدورها تخلق مجموعة من الروابط التجارية المتوازنة. وضماناً لفاعلية قاعدة الائتمان في النشاط التجاري، فإن التشريعات سعت إلى دعم الثقة عن طريق اشتراط بعض الضمانات لمصلحة الدائن التاجر، لزيادة فرص حصوله على ديونه، وتجعله في الوقت نفسه أكثر استعداداً لمنح الائتمان لمن يرغب من التجار^(١).

ثانياً : نشأة القانون التجاري وتطوره :

٣- يعود تاريخ القانون التجاري إلى تاريخ ظهور التجارة ذاتها، حيث تأثرت قواعد القانون التجاري بالحياة الاقتصادية للمجتمعات الإنسانية وظلت في تطور مستمر تبعاً لتطور الحالة الاقتصادية في المجتمع، ولم تقم سلطة عليا بصياغة قواعد القانون التجاري وفرضها على التجار، بل كانت وليدة البيئة التجارية ذاتها في صورة عادات وتقاليد وضعتها التجار لتحكم العلاقات القانونية بينهم، ثم استقرت بمضي الزمن في شكل قواعد عرفية، حتى غدت أحكامها مستقرة في ضمير ووجدان التجار، فالتزموا بها عند إنشاء معاملاتهم التجارية^(٢).

وتعد القواعد العرفية في الأصل المصدر الأساسي الذي استقت منه التشريعات قواعد القانون التجاري، ولمعرفة ذلك ومدى التطور الذي رافق النشاط التجاري، لابد من

(١) مثل الضمانات التي تمنح من قبل البنوك أو أحد التجار أو الضمان عن طريق الأوراق التجارية خصوصاً الكمبيالة والسند لأمر ولا يقتصر الأمر على ذلك فحسب بل إن شهر إفلاس المدين التاجر للماطل في دفع ديونه التجارية حالة الأداء من أكثر الضمانات فعالية في ترسيخ ودعم الائتمان في الوسط التجاري.

(٢) راجع في نشوء هذه القواعد ومدى تأثير الدول الأوروبية بالقواعد العرفية التي نشأت في حوض البحر المتوسط

Kenneth Smith & Denis J Keenan English law, Fourth edition, pitman, ١٩٧٢, P ٨ & ٩.

تقصي هذا الوضع في مآثر الأمم والحضارات السابقة، مروراً بالعصر الوسيط وإنهاءً بالعصر الحديث والمعاصر، وذلك على النحو الآتي :

١- العصر القديم :

٤- يرى المؤرخون^(١) أن المجتمعات المتمركزة حول البحر الأبيض المتوسط أسبق من غيرها في معرفة القانون التجاري، حيث نشطت التجارة البحرية على وجه الخصوص بين تلك المجتمعات ، الأمر الذي إقتضى ضرورة وضع قواعد عرفية تنظم الروابط التجارية بينهم.

٥- ويرى الفقه^(٢) أن البابليين الذين احترفوا النشاط التجاري كانوا السابقين في وضع العديد من النظم الحاكمة للنشاط التجاري، حيث صاغوها في قواعد قانونية، عرفت بقانون حمورابي-ملك بلاد الرافدين-حيث أشتمل على قواعد الشركة والوكالة بالعمولة والقرض بالفائدة والوديعة، ويعتبرها الفقهاء^(٣) أقدم المدونات القانونية في العالم، اهتماماً بالأوضاع الاقتصادية والقانونية المنظمة للأنشطة المختلفة للأفراد.

٦- وللفينيقيين^(٤) الذين استوطنوا سواحل لبنان نشاط تجاري كبير، حيث مكّنهم امتلاكهم لإسطول بحري كبير، من السيطرة على التجارة البحرية، ووضع القواعد المنظمة لها، حيث يرجع إليهم فضل السبق في تأصيل قاعدة الخسارات البحرية المشتركة التي مفادها رمي جزء من حمولة السفينة إلى البحر لإنقاذها من الغرق، بحيث يشارك أصحاب البضائع ومالك السفينة في تعويض من أُلقيت بضائعهم في عرض البحر، بحيث توزع الخسارة على جميع المستفيدين من خفض حمولة السفينة.

٧- وللاغريق نصيب في التجارة البحرية، حيث كانوا السابقين في تنظيم عقد قرض المخاطر الجسيمة بعيداً عن رقابة الكنيسة التي تحرم الربا، ومقتضاه يقرض رب المال

(١) راجع نور الدين حاطوم وآخرين، موجز تاريخ الحضارة، دمشق مطبعة الكمال، ج١، ١٩٦٥ ص ١٥٧ وما بعدها، قصة الحضارة ول ديورانت، ج٢ ترجمة، بدران، ص ١١ وما بعدها، وراجع سمث وكينان المصدر السابق، ص ٨.

(٢) راجع Robert R. Pennigton, Company Law, London, fifth edition Butterworths, ١٩٨٥, P. ٦، وراجع في الفقه العربي أكتف الخولي دروس في القانون التجاري، ج١ مكتبة وهبة، ١٩٦٨، رقم ٨.

(٣) أستاذنا الدكتور ثروت عبدالرحيم، القانون التجاري المصري، القاهرة، دار النهضة العربية ١٩٨٤ رقم ١٠.

(٤) راجع دكتور محمد بدران (الفينيقيون ونشاطهم الاقتصادي)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها حقوق عين شمس السنة السابعة عشر عدداً ١ يناير ١٩٧٥م ص ٤٥٣ وما بعدها.

مالك السفينة ما يحتاج إليه من مال مؤنة للرحلة فإذا هلكت السفينة يكون المقرض قد خسر ماله ورب السفينة قد خسر سفينته^(١)، أما إذا عادت السفينة سالمة اقتسما ما غلبته الرحلة من ربح بينهما حسبما اتفقا.

٨- أما الرومان فكانوا لا يرون في إمتهان النشاط التجاري مهنة شريفة، الأمر الذي صرفهم عن تأصيل قواعد القانون التجاري في تنظيم خاص، لذلك انصرفوا إلى تنظيم أحكام القانون المدني باعتباره الشريعة العامة الواجبة التطبيق على جميع المعاملات المدنية والتجارية يخضع لها الأفراد سواء كانوا من التجار أو من غيرهم، وهذا الطابع ظل سارياً حتى عهد الجمهورية الإيطالية في العصر الحاضر.

ونخلص من ذلك أن الحضارات القديمة التي تركزت في سواحل البحر الأبيض المتوسط كان لها إسهامها الواضح في تأصيل أحكام القانون التجاري وفقاً للنشاط الاقتصادي في تلك العصور السحيقة، وإن كانت غالبيتها نشأت في كنف التجارة البحرية، إلا أنها وجدت طريقها إلى التطبيق في مجال التجارة البرية.

٩- وقد كان لليمنيين القدماء دور ملحوظ في النشاط التجاري حيث يشير المؤرخون^(٢) إلى قانون التجارة، الذي أصدره الملك شهر هلل أي (شهر هلال) أحد ملوك دولة قنبان، الذي دونه في حجر يبلغ طوله المترين، وأقامه في وسط عاصمة مملكته (تمنع) ليطلع عليه التجار القادمون إلى دولته، ويقفوا على الأحكام القانونية الواردة فيه، وقد اشتمل القانون المذكور على أحكام البيع والشراء، والضرائب، والضمان، والعربون.

وقد اشتهرت مملكة سبأ ببعض الأنشطة الاقتصادية، خصوصاً ما يتصل بصناعة المعادن والذهب بوجه أخص^(٣). ولاشك أن السبئيين قد وضعوا من القواعد ما يكفل تنظيم التعامل بهذا المعدن. إضافة إلى ذلك كان للنشاط الزراعي والحيواني أهمية خاصة في حياة السبئيين حيث شيّدوا السدود الكفيلة بنمو ذلك النشاط حتى أنهم وضعوا تنظيماً قانونياً

(١) راجع ول ديورانت، قصة الحضارة، مصدر سابق جـ ٢ مجلد ٢ ص ٧٥، ود. علي حسن يونس، الشركات التجارية، القاهرة دار الفكر العربي، بدون ص ٢٩٥ وما بعدها.

(٢) راجع د. جواد علي - المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، جـ ٥، ص ٦٢٤ وما بعدها.

(٣) لمزيد من التفاصيل راجع د. سيد عبدالعزيز سالم، تاريخ العرب قبل الإسلام، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، ص ٩٠ وما بعدها.

خاصاً بنقل المواشي من المناطق المجاورة لهم إلى عاصمتهم مأرب، عبر طرق محددة وفرضوا رسوماً عند عبور هذه الطرق تجبى من كل شخص يتاجر بالمواشي، إضافة إلى الضرائب الواجب دفعها للدولة.

ونجد في آثار أهل سبأ تنظيمًا شاملاً لأحكام البيوع التجارية وضعه الملك (شمر يهرعش) بين فيه الحقوق والواجبات للبائع والمشتري، ومدة الخيار لفسخ البيع^(١) وحكم البضاعة أثناء التداول إبرام العقد خلال المرحلة التمهيديّة، والأوقات المسموح فيها ممارسة النشاط التجاري، حيث منع البيع والشراء ليلاً حتى لا تغفل السلطة عن رقابة التجار. وليس هذا فحسب بل إنهم وضعوا عقوداً خاصة تتصل ببيع العقارات، بينوا فيها أوصاف المبيع وحدوده وشروطه ومساحته، وكل ما يؤدي إلى نفي الجهالة عن محل العقد^(٢). والذي لا شك فيه أن كل هذه القواعد والأحكام تعبر عن الوعي القانوني الذي بلغته الممالك اليمنية القديمة، في تلك الحقبة السحيقة من الزمن.

ولم يكن اليمنيون القدماء بمعزل عن التجارة البحرية حيث كان لهم أسطول بحري تولى السيطرة على التجارة في البحر الأحمر والبحر العربي ودول شرق آسيا والقرن الإفريقي مما أغرى البرتغاليين إلى القضاء عليه وأبولة النشاط التجاري البحري إليهم في تلك المناطق من العالم^(٣).

وغني عن البيان أن هذه القواعد القانونية المتواضعة كفيلة بتنظيم الأوضاع الاقتصادية والتجارية للمجتمع اليمني في تلك المرحلة من الزمن.

٢- العصر الوسيط :

١٠- يرتبط تاريخ هذه الحقبة من الزمن بحدثين هامين، أحدهما سلبي والآخر إيجابي:

أولهما: إنهيار الإمبراطورية الرومانية أواخر القرن الخامس الميلادي، وما نتج عنه من نشوء دويلات صغيرة غير مستقرة سادتها الفوضى وانتشرت فيها أعمال القرصنة

(١) حيث حددها بسبعة أيام فإن انقضت نفذ البيع.

(٢) راجع د. جواد علي المصدر السابق ص ٦١٤ ، ٦١٥.

(٣) راجع في الحالة الاقتصادية لليمن د. محمود طه أبو العلا، جغرافية شبه جزيرة العرب، اليمن شماله وجنوبه، القاهرة، مؤسسة سجل العرب، ج ٤، ٣، ط ١، ١٩٧٢، ص ١٨، ١٢١، على وجه الخصوص.

مما ساعد على تفشي جرائم السطو في الطرق، الأمر الذي أدى إلى انكماش النشاط التجاري^(١).

وثانيهما : يتجلى في بزوغ فجر الإسلام الذي كان له فضل السبق في وضع تنظيم شامل لأحكام المعاملات التجارية والتي تأثرت بمفاهيمه المدن الغربية خصوصاً بعد قيام الحروب الصليبية، وأنعكاسها على زيادة الاتصال بمدن المشرق الإسلامي، التي ساهمت بشكل واضح في عودة الحركة التجارية بين الشرق والغرب وكانت المدن الإيطالية كجنوا وفينيسيا وفلورنسا من أنشط الموانئ التجارية، والأكثر اتصالاً بالمدن الإسلامية، وفي المقابل زاد نفوذ الكنيسة وتدخلها في شئون المجتمعات الأوروبية، مما أدى إلى تحقق قدر من الاستقرار المدني حيث كان له بالغ الأثر في تنشيط القطاع التجاري.

ولا ننسى التأثير المباشر للتجار المسلمين في ترسيخ قواعد المعاملات التجارية والمدنية على السواء في المجتمعات التي تواجدوا فيها^(٢).

ومع ذلك يرى الفقهاء أن الحروب الصليبية التي شهدتها القارة الأوروبية قد ساهمت في إضعاف الحكومات المركزية، الأمر الذي مكن حكام المقاطعات من فرض هيمنتهم وسلطانهم على جميع شئون المقاطعة، بما فيها التدخل في شئون التجارة.

ونظراً لما عاناه التجار في المدن الغربية خلال تلك الحقبة من الزمن من جور وتسلط حكام المقاطعات، الناتج عن ضعف السلطة المركزية، وعدم قيامها بدور الدولة الراعية لشئون مواطنيها هذا الوضع دفع التجار إلى التكتل والتجمع على شكل طوائف، كل طائفة تنتخب لها رئيساً عرف بالقنصل (consul) يتولى حل المنازعات التجارية بين أعضاء الطائفة الواحدة، وفقاً للقواعد العرفية التي توضعوا على اتباعها، كعادات تجارية. وتكريساً لأهمية هذه القواعد العرفية في استقرار النشاط التجاري، اتجهت كل طائفة إلى تدوين القواعد العرفية، التي كانت بحق نواة نشأة القانون التجاري الذي ما لبث أن انتشر في دول أوروبا، بفضل الأسواق الدولية الأسبوعية، والتي أسهمت إسهاماً واضحاً في

(١) د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، مؤسسة للثقافة الجامعية، ١٩٨١م رقم ٨.

(٢) مثال ذلك هجرة الكثير من اليمينيين إلى بعض دول شرق آسيا للتجارة أو الاستقرار فيها، مما كان له الفضل في نشر مبادئ الإسلام وانتشاره في تلك الدول، التي أصبحت دولاً فعالة في نطاق منظمة المؤتمر الإسلامي والمنظمات المنبثقة عنها.

تأصيل الكثير من العادات التجارية^(١)، ثم ما لبثت أن عادت المدن الأوروبية خاصة الإيطالية تستعيد نشاطها التجاري، فبنوا المستودعات الكبيرة لخرن البضائع قرب الموانئ، لتسهيل تصديرها إلى الدول الأخرى.

١١- الجدير بالذكر أن الغرب المسيحي قد تأثر بالشرق الإسلامي الذي انتهج نهجاً موضوعياً في تأصيل أحكام المعاملات التجارية الأمر الذي شجع التجار القادمين من المدن الإيطالية على اقتباس بعض تلك الأحكام للتخلص من تعقيدات القانون الروماني وشكليته^(٢).

٣- العصر الحديث :

١٢- تتميز ملامح هذا العصر بفترة من الاستقرار النسبي شهدتها المجتمعات الغربية عقب الحروب الصليبية، الأمر الذي مكنها من طي صفحة الماضي، وفتح صفحة جديدة نحو المستقبل مستفيدين في ذلك من كل المتغيرات المتاحة. حيث زاد اهتمامهم بالمجالات العلمية والاقتصادية، لذلك يتميز هذا العصر بحركتين إحداها اقتصادية والأخرى سياسية:

فالأولى : تتمثل في حركة الاكتشافات الجغرافية: التي كان من نتائجها اكتشاف الأمريكتين، ورأس الرجاء الصالح، مما ساعد على تدفق المعادن الثمينة إلى الأسواق الأوروبية الأمر الذي أدى إلى انخفاض أثمانها، وهذا بدوره أدى إلى ضعف ثقة الأفراد بالنقد، مما ساعد على تغيير المفاهيم الاقتصادية، ومن ثم البحث عن آليات اقتصادية جديدة تلائم النشاط التجاري الحديث، فظهرت البنوك الكبرى في إنجلترا وإيطاليا وهولندا، وما رافقها من خلق نظم اقتصادية تتصل بالنقد وتداولها، الأمر الذي ساعد على نمو النشاط التجاري وازدهاره، حيث كان لهذه العوامل كبير الأثر في سهولة انتقال البضائع بين الدول، بفضل الائتمان الذي قدمته البنوك التجارية.

(١) راجع في ذلك البحث القيم للدكتور ثروت أنيس الأسيوطي - الصراع الطبقي وقانون التجارة، دار النهضة العربية ١٩٦٥م، ص ٤٤ وما بعدها.

(٢) يقول الأستاذ سنيتلانا في كتابه تراث الإسلام ص ١٣١٠ (إن أوروبا إقتبست بالتأكيد بعض نظمها من قوانين العرب كالشركات وغيرها من مسائل القانون التجاري، وإن المستوى الراقي الذي بلغته تلك القوانين أثر تأثيراً حسناً في تقدم الفكر الأوروبي حتى في غير المسائل التجارية، وبهذا سجلت تلك القوانين فضلها الخالد) أشار إليه الدكتور علي الزيني، أصول القانوني التجاري ج ١، ١٩٤٥م، ص ٢٥.

وثانيهما: حركة التوسع الاستعمارية: حيث فتح الأتراك القسطنطينية في منتصف القرن الخامس عشر مما أدى إلى انكماش حركة التجارة في المدن الإيطالية وإنقالها إلى الموانئ المطلة على المحيط الأطلسي والبحر الأبيض المتوسط، مما فتح شهية هذه الدول الأوروبية للسيطرة على دول شرق وجنوب البحر الأبيض المتوسط وأفريقيا وآسيا، الأمر الذي زاد من حركة التجارة بين الدول الاستعمارية والدول المستعمرة الغنية بالمواد الخام. وقد مكنتها هذا الوضع الجديد مع بزوغ القرن السادس عشر من تأسيس الشركات الرأسمالية الكبرى كشركة الهند الشرقية وشركة الهند الغربية وشركة خليج هندسون، وذلك لخدمة أهدافها الاقتصادية والاستعمارية^(١) الأمر الذي أدى إلى زيادة التبادل التجاري بين دول أوروبا وغيرها من قارات ودول العالم^(٢).

١٣- ولما استقرت الحكومات المركزية لتلك الدول الأوروبية وزاد حجم التبادل التجاري بينها وبين مستعمراتها وبينها وبين العالم الجديد، ونظراً لتعدد العادات والأعراف التجارية فيها، بدأ التفكير في تحقيق الوحدة التشريعية في كل دولة على حدة، ثم بعد ذلك ظهرت الحاجة لإيجاد قواعد تحكم النشاط التجاري على مستوى العالم.

ففي فرنسا على عهد لويس الرابع عشر بدأت حركة التقنين الحديثة، حيث صدرت المجموعة القانونية الأولى عام ١٦٧٣م، والخاصة بالتجارة البرية وأعقبها قانون التجارة البحرية عام ١٦٨١م. ومع قيام الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩م ومبادئها بالحرية والمساواة صدر قانون سنة ١٧٩١م بإلغاء قانون الطوائف التجارية أو قانون الحرف، وأطلقت حرية تعاطي النشاط التجاري لكافة أفراد المجتمع الفرنسي، وهذه المتغيرات اقتضت بدورها ضرورة إحداث تعديلات قانونية ملائمة لها، فصدرت المجموعة التجارية الثانية سنة ١٨٠٧م، التي اعتنقت المذهب الموضوعي في تحديد الأعمال التجارية^(٣)، وكانت هذه التعديلات التشريعية - بالرغم من القصور التي رافقتها - الخطوة الأولى التي أبرزت خصائص استقلال القانون التجاري.

(١) راجع د. ثروت الأسيوطي ص ١٠٧ وما بعدها .

(٢) راجع ذلك في Arthur Birnie, An Economic History of Europe, London, published by Methuen, co ltd ١٩٦٦. PP. ٦١, etseq.

(٣) د. ثروت عبدالرحيم ، السابق ، رقم ١٨ .

وقد انتقلت هذه المفاهيم إلى بلجيكا وهولندا وإيطاليا وأسبانيا، والبرتغال، واليونان، والدولة العثمانية، ومصر وسوريا ولبنان وتونس والمغرب، وتعرف بالكتلة اللاتينية^(١).

أما بريطانيا، فلم تتجه في بداية عهدها إلى صياغة القوانين التجارية صياغة مستقلة بذاتها، بل عمدت إلى تجميع السوابق القضائية والأعراف التجارية التي تكون في مجموعها الشريعة العامة common law بحيث تطبق على الأعمال التجارية والمدنية على السواء^(٢)، ولم يبق الحال كذلك، بل أخذت الحكومة البريطانية في تدوين جملة القوانين المتصلة بالنشاط التجاري، وأهمها قانون شركات التضامن غير المحدودة Partnership unlimited في عام ١٨٩٠م، وقانون شركات التضامن المحدودة Limited partnership الذي وضع في سنة ١٩٠٧م، وقانون شركات المساهمة الذي عدل عام ١٩٨٥م وغيرها من القوانين المتصلة بالنشاط الاقتصادي.

وقد تأثرت بالقانون البريطاني الولايات المتحدة الأمريكية، والمستعمرات الإنجليزية والعراق والأردن وفلسطين خصوصاً ما يتصل بشركات الأشخاص، وتعرف بالكتلة الانجلوسكسونية، وقد تحولت الدول العربية إلى الكتلة اللاتينية مؤخراً.

وهكذا نجد أن من خصائص العصر الحديث في أول نشأته إضمحلال الطبيعة الدولية للقانون التجاري، وسيطرة النزعة الوطنية تعزيزاً لمبدأ السيادة، وسحب الحق في التشريع من يد طوائف التجار إلى سلطة الدولة صاحبة الحق في سن التشريعات دون غيرها^(٣).

ولم تستمر سيادة التشريعات الوطنية طويلاً، إذ ظهرت الحاجة في القرن التاسع عشر مع ظهور الصناعة وإزدياد التبادل التجاري بين الدول، وأقول مبدأ الحرية التعاقدية، إلى وضع قواعد قانونية واحدة تخضع لها عقود التجارة الدولية، وقد اتخذت جهود توحيد قواعد القانون التجاري حتى النصف الأول من القرن العشرين مسارات ثلاثة، ومع السعي الحثيث للدول الكبرى لتنظيم قواعد موحدة للنشاط التجاري الدولي

(١) راجع في ذلك آرثر بيرن السابق، ص ٥٥.

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع سميت وكيان السابق، ص ١ وما بعدها.

(٣) د. علي البارودي، القانون التجاري، المكتب العربي للطباعة، ١٩٨٨م رقم ١٠، د/ محمود بري، قانون

للمعاملات التجارية، دار الفكر العربي، بدون، ص ١٢.

القانون التجاري وتطوره

تحكم المنازعات المتصلة به، برز المسار الرابع المتصل بميلاد منظمة التجارة العالمية، كما نرى على النحو التالي :

المسار الأول :

١٤- ويتحصل في النقاء جهود جماعات دولية وهيئات غير حكومية باتجاه وضع قواعد موحدة توضع التجار على تطبيقها حتى أصبحت شروطاً مألوفة في عقود التجارة الدولية، مثل قواعد يورك وانفريس الخاصة بالخسارات البحرية المشتركة، والقواعد الموحدة للاعتمادات المستندية التي وضعتها غرفة التجارة الدولية^(١)، والقواعد الموحدة لأحكام البيوع البحرية (سيف وفوب)^(٢). ومع ذلك فإن أحكام تلك القواعد تجيز لأطراف العلاقة القانونية الاتفاق على خلافها، إذا لم تكن في صالحهم، أو كانت تتصادم مع قواعد القانون الوطني^(٣)، احتراماً لمبدأ السيادة للدول.

المسار الثاني :

١٥- ويتمثل في إبرام العديد من المعاهدات الدولية التي ساعدت على زيادة التبادل التجاري بين الدول المرتبطة بها، ومثل هذه المعاهدات، تكون واجبة التطبيق من الدول الموقعة عليها عند تنازع القوانين، وأهمها معاهدات جنيف للنقل الدولي للبضائع بطريق البحر ومعاهدة نقل الركاب بالسكك الحديدية، وسندات الشحن البحري وغيرها^(٤).

المسار الثالث :

١٦- يتحصل في إبرام معاهدات دولية مثلى، أخذت بعين الاعتبار التجانس والتعايش بين القواعد الدولية والقوانين الوطنية، حيث تلتزم الدول الموقعة على هذه المعاهدات، أو التي ترغب تطبيق أحكامها - كما هو الحال في اليمن - بتضمين قوانينها

(١) وعمدت الغرفة التجارية اليمنية مؤخراً إلى إخراج هذه القواعد في كتيب باللغة العربية بحيث تيسر للتجار الإلمام الكامل بقواعد الاعتمادات المستندية إلا أنها لم تستمر على نفس المنوال في متابعة التعديلات الجارية على تلك القواعد ونأمل أن لا تقتر همتها وتضعف عزيمتها نحو تعريب كل ما يتصل بالنشاط التجاري الدولي وإخراجها مادة سهلة تمكن أصحاب الشأن من الرجوع إليها في أعمالهم، الأمر الذي يجنبهم الكثير من الاشكاليات عند تفسير النصوص.

(٢) لمزيد من التفاصيل حول هذه الاصطلاحات الخاصة بالتجارة البحرية، راجع الأستاذ مختار السويفي، مصطلحات النقل البحري والتجارة الخارجية، مطابع مذكور بالقاهرة، ١٩٨٢م، ص ٢٠٨، ص ٢٢١.

(٣) د. مصطفى كمال طه، المصدر السابق، ص ١٧.

(٤) لمزيد من التفاصيل راجع د. محمود بري، مصدر سابق، ص ٢٩.

الوطنية القواعد المتفق عليها في المعاهدة، وأبرزها معاهدة جنيف لتوحيد أحكام الكمبيالة والسندات الأكنية عام ١٩٣٠م والشيكات عام ١٩٣١م.

المسار الرابع: الاتجاهات الحديثة وقواعد منظمة التجارة العالمية :

١٧- بعد أن وضعت الحرب العالمية الثانية أوزارها، أخذت الدول المنتصرة بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية تجني ثمار انتصارها سياسياً واقتصادياً، حيث بدأت بتأسيس وتشكيل هياكل الاقتصاد الرأسمالي لسنوات ما بعد الحرب على المستوى الدولي. فأتجهت إلى التفكير بإيجاد آليات اقتصادية تأمن لها السيطرة الاقتصادية على النطاق الدولي. فبادرت إلى تأسيس العديد من المنظمات الدولية التي تؤمن لها تحقيق تلك السيطرة مثل صندوق النقد الدولي ١٩٤٤م، الذي اضطلع بحل مشاكل العملة النقدية للدول، ووضع القواعد التي تحكم سلوك كل دولة بشأن أسعار الصرف، والسياسات الواجب إتباعها لتحسين ميزان المدفوعات، وسياسة تمويل العجز الخارجي، بشكل لا يضر بالدول الأخرى، ولا يتعارض مع اعتبارات الاستقرار الاقتصادي. وتبعه على الفور تأسيس البنك الدولي للإنشاء والتعمير من أجل تقديم القروض اللازمة للبناء، وتشجيع الدول المقترضة على تطبيق السياسات الاقتصادية الكفيلة بالاستخدام الأمثل للموارد. وحتى تكتمل سياسة الاحتواء الرأسمالي والسيطرة الاقتصادية، بادرت الدول الكبرى بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية إلى طرح مفهوم الحرية الاقتصادية على المستوى الدولي من خلال ميثاق هافانا لعام ١٩٤٨م، بهدف إنشاء منظمة دولية للتجارة، ونظراً لامتناع الكونجرس الأمريكي عن التصديق عليه بسبب الاستثناءات التي تبنتها بعض الدول النامية، عطل الميثاق المذكور، الأمر الذي دفع ثلاث وعشرين دولة إلى تبني الفصل الخاص بالسياسة التجارية، عرف بالاتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارية: General Agreement on Tariffs and Trade (G.A.T.T). ظلت محلاً للجدل بين مختلف الدول، عبر جولات عديدة من المحادثات متعددة الأطراف والمشارب، حتى نهاية الظروف الدولية لإنشاء منظمة التجارة العالمية. ويلاحظ أن قواعد الجات تهدف أساساً إلى مناهضة السياسات الحمائية والقيود الكمية التي تتبعها الدول النامية^(١)، إضافة إلى ذلك تكفل قواعد

(١) راجع لمزيد من التفاصيل د. مصطفى سلامة حسين، النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية (الهدف والمبادئ - وضع الدول - احترام القواعد) بحث منشور ضمن وثائق مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية المنعقد في دبي ٩-١١/٥/٢٠٠٤م، المجلد الأول، ص ٩٧ وما بعدها.

الجات تنظيم سياسات الإغراق أو إعانات التصدير، ودعم المزارعين التي تتبعها بعض الدول الصناعية^(١)، كي تضمن إيجاد قواعد قانونية مؤثرة تنظم حركة التجارة الدولية. غير أن التطور التجاري المتسارع وظهور دول صناعية جديدة مثل النمرور الأسوية وبعض دول أمريكا اللاتينية، قد أزجج الشركات الأمريكية، مما دفع بالحكومة الأمريكية إلى الضغط على الدول الصناعية وإعادتها إلى طاولة المفاوضات، فعقدت عدة جولات من المفاوضات الشاقة قادت في الأخير إلى التوقيع على ميلاد منظمة التجارة العالمية في ١٥/٤/١٩٩٤م في مدينة مراكش بالمغرب كمنظمة مؤسسية ترعى تطبيق الأحكام المتفق عليها في قواعد الجات. وقد سعت الدول المتقدمة من خلال قواعد هذه المنظمة إلى تنظيم حركة التجارة الدولية في تجارة السلع والبضائع، والمنتجات الزراعية، وتجارة الخدمات، وحقوق الملكية الفكرية، والمنسوجات القطنية، بحيث تضمن حرية انسياب السلع والخدمات بين الدول على المستوى العالمي.

وتجدر الإشارة إلى أن من أهم أهداف هذه المنظمة إضافة إلى ما سبق يتمثل في وضع الحد الأدنى من القواعد التي يجب على الدول الأعضاء وغير الأعضاء اعتناقها وإدراجها في تشريعاتها الوطنية، وصولاً إلى وضع أسس متينة للعلاقات التجارية الدولية.

الجدير بالذكر، أن على جميع الدول - والنامية منها على وجه الخصوص - أن تترك، أنه في ظل صندوق النقد الدولي، والبنك الدولي، ومنظمة التجارة العالمية، أصبح الاقتصاد الدولي في مجالات التجارة والنقد خاضعاً - ولأول مرة - لتنظيم دولي واحد بعيداً عن الأمم المتحدة والأجهزة التابعة لها^(٢).

وبما أن اليمن قد أصبح عضواً في المجتمع الدولي بانضمامه إلى منظمة التجارة العالمية، فإن عليه بذل المزيد من الجهود لرفع درجة كفاءة الأجهزة الإدارية ووضع أفضل الصيغ والسياسات للوحدات الاقتصادية خاصة بعد الانتهاء من تعديل التشريعات الوطنية ذات العلاقة بما يتفق وأهداف المنظمة المذكورة^(٣)، حيث كان قد قبل اليمن

(١) راجع في هذا دمنى طعيمة الجرف، المجلد ٤، ص ١٣٦٣ وما بعدها، منشورات المؤتمر المشار إليه آنفاً.

(٢) د. مصطفى سلامة، قواعد الجات، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ببيروت، طبعة أولى ١٩٨٨م، ص ٢٢.

(٣) وفي هذا الاتجاه فإن الحكومة اليمنية ماضية قدماً نحو تحقيقه، حيث ألغت في الفترة الماضية القيود الكمية للسلع المستوردة وأصبح أمر الاستيراد حراً ومباشراً، ولا يخضع لأية رقابة حكومية مسبقة، تماثياً مع سياسات منظمة التجارة العالمية.

كمراقب^(١)، في إبريل من عام ١٩٩٩م. وبعد هذا التاريخ بدأت الجهات المختصة تعد العدة لاتخاذ العديد من الإجراءات التشريعية والاقتصادية تمهيداً للعضوية الكاملة في المنظمة وقد قدمت اليمن مذكرة الانضمام في شهر يونيو عام ٢٠٠٠م، وكان ويتوقع قبول عضويتها الكاملة في عام ٢٠٠٩م، إلا أن المفاوضات الشاقة والعسيرة، متعددة الأطراف أو الأحادية قد أطالت من فترة مفاوضات الانضمام حتى تم التوقيع على بروتوكول الانضمام في ٢٤ ديسمبر ٢٠١٣ في بالي باندونوسيا وصدقت عليه الحكومة اليمنية بالقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠١٤م.

العصر الحديث والملامح التشريعية في اليمن :

١٨- ظلت اليمن بعيدة عن التطورات التشريعية التي لحقت بالمجتمعات الإنسانية قاطبة لأسباب عدة منها ما يتصل بالطبيعة الجغرافية، ومنها ما يتصل بالصراع السياسي بين مختلف الأقاليم اليمنية، وفوق ذلك التواجد العثماني الأول سنة ١٥٣٨م والثاني عام ١٨٤٩م اللذان جرا البلاد إلى حرب أهلكت الحرث والنسل، وكان لبريطانيا نصيب في ذلك الوضع حيث عمدت إلى احتلال عدن عام ١٨٣٩م، ثم بعد ذلك ساعدت الأسطول الإيطالي على ضرب مدينة الحديدة، وإخضاعها لسلطانهم، وزرع بذور الفتنة بين اليمن ودول الجوار.

وخلال تلك المرحلة الزمنية تراجع النشاط التجاري في عموم المناطق اليمنية باستثناء محافظة عدن لموقعها الجغرافي المتميز في ملتقى البحر الأحمر بالبحر العربي والمحيط الهندي، الأمر الذي جعل منها منطقة هامة لتجارة الترانزيت، فنشط فيها التعامل التجاري بشكل غير عادي، وظلت المعاملات التجارية في هذه المنطقة محكومة بقواعد التجارة الإنجليزية.

أما المناطق اليمنية الأخرى فقد كان الفقه الإسلامي حاكماً فيها لجميع المعاملات المدنية والتجارية على السواء. وامتداداً للتواجد العثماني ومروراً بحكم الإمام يحيى بقي اليمن في معزل عن التطورات الاقتصادية والاجتماعية السائدة في الدول الأخرى، حتى

(١) وهنا يجب على الحكومة إعداد وتأهيل الفريق الذي سيقود المفاوضات مع منظمة التجارة العالمية، للحصول على أفضل النتائج الممكنة. ولأجل ذلك أنشأت الحكومة اليمنية مكتباً فنياً مستقلاً يتولى إعداد وقيادة المفاوضات مع المنظمة. وتجدر الإشارة إلى أن اليمن قد قبلت عضواً مراقباً منذ شهر إبريل عام ١٩٩٩م.

أن معظم سكان اليمن لم يكن أمامهم سوى الزراعة - إن وجدت أراض صالحة للزراعة - حيث إن المقايضة كانت إلى عهد ليس ببعيد الوسيلة الرئيسية للتبادل السلعي.

كذلك المحافظات الجنوبية والشرقية، لم تكن أحسن حالاً من المحافظات الوسطى والشمالية إلا ما تميزت به منطقة عدن في بعض الأحكام القانونية التي أصدرتها سلطات الاحتلال البريطاني سميت مجموعة عدن عام ١٩٥٥م التي ظلت سائدة إلى ما بعد الاستقلال^(١).

وظل حال اليمن على ذلك النحو، حتى قامت ثورة ٢٦ سبتمبر ١٩٦٢م التي حملت رياح التغيرات الاقتصادية والاجتماعية للبلد، وكانت نقطة الانطلاق نحو ثورة تشريعية حديثة.

وكان للنشاط التجاري الأولوية في التنظيم التشريعي الحديث، حيث صدر أول قانون للشركات، هو القرار بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٣م الذي اقتصر على شركة المساهمة والتوصية بالأسهم فقط، ثم تلتها العديد من القوانين المكملة له، مثل القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٣م بشأن السجل التجاري، والقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٣م بشأن الوكالات التجارية، والقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٦٣م بشأن الغرف التجارية والصناعية.

ولمواجهة زيادة الانتعاش الاقتصادي وتدفق الأموال إلى اليمن، وانتشار المصارف التجارية، كان لابد من ملاحقة ذلك التطور بأحكام تشريعية، فصدر القانون التجاري رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٦م والقانون رقم ١٠٦ بشأن الشركات التجارية وتضمن شركات الأشخاص وشركات الأموال، والقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧٦م بشأن تنظيم وكالات وفروع الشركات والبيوت الأجنبية، والقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٧٦م بشأن العلامات التجارية.

وتجدر الإشارة إلى أن المحافظات الجنوبية والشرقية - خصوصاً بعد جلاء الاحتلال البريطاني - ظلت بعيدة عن التطورات التشريعية التجارية الحديثة نظراً لتولي الحكومة النشاط التجاري تمشياً مع النهج الاشتراكي للسلطة الحاكمة في هذه الفترة.

وبعد إعادة توحيد شطري اليمن، صدرت العديد من القوانين المنظمة للنشاط التجاري جاءت في أغلبها ترديداً لنصوص القوانين السابق ذكرها، فصدر قانون التجارة

(١) د. جعفر محمد مقبل الشلالي، الوجيز في القانون التجاري اليمني، دار جامعة عدن، ط ١، ٢٠٠٠م، ص ١٦.

بالقرار الجمهوري بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١ والقرار بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٩١ بشأن الشركات التجارية، والقرار بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩١ بشأن السجل التجاري، والقرار بالقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٩٢ بشأن تنظيم وكالات وفروع الشركات والبيوت الأجنبية.

ولمواكبة الحركة التجارية المتنامية في اليمن، صدر حديثاً قانون الشركات رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧م، الذي حمل إلينا فصلين جديدين يتصلان بأحكام التحول وقواعد الاندماج، إضافة إلى بعض التعديلات المتواضعة بشأن شركات الأموال. وعدلت الفقرتان ب، جـ من المادة (٢٤٥) بموجب القرار الجمهوري بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٩م، والغيت الفقرة (٢) من المادة (١٧) ثم عدل قانون الشركات التجارية بالقانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٤م تناول بعض التعديلات الهامة خاصة رفع سقف رأس المال لبعض الشركات، كما صدرت اللائحة التنفيذية له بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٠م. ولم يسلم قانون التجارة من التعديل، حيث أجريت عليه بعض التعديلات الطفيفة لبعض المواد الخاصة بالأوراق التجارية وأحكام الإفلاس، بموجب القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٨م وكنا نفضل أن تشمل التعديلات بعض المواد لتعارضها مع التوجهات الاقتصادية للدولة، أو لعدم انسجامها مع بعض القوانين الخادمة للاقتصاد، أو لإيجاد وحدة عضوية في الحكم بين أحكام هذا القانون وقانون الاستثمار رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٢م والتعديلات التي لحقت به بالقرار الجمهوري رقم ١٤ لسنة ١٩٩٥م، والقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٧م، ومؤخراً الغي قانون الاستثمار رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٢م، وحل محله القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠م.

كما صدر القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٧م بشأن إجراء بعض التعديلات في القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢م الخاص بالسجل التجاري. وعدل حديثاً بالقرار الجمهوري بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٩م، بتعديل المادة (٥) من القانون السابق.

وصدر القرار بالقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٢م في ٢٠٠٢/٢/٥م بتعديل المادة (٥) من قانون السجل التجاري رقم ٣١ لسنة ١٩٩٧م بجعل القيد كل خمس سنوات بدلاً من عشر سنوات.

كذلك صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٧م بشأن تنظيم وكالات وفروع الشركات والبيوت الأجنبية الذي تضمن بعض التعديلات الهامة. وقد عدل مؤخراً بالقرار

الجمهوري بالقانون رقم ١٦ لسنة ١٩٩٩م بموجبه تم إلغاء المادتين رقم ١٥، ١٩، ولم نفهم الدافع لتعديل المادة رقم ١٩، التي كانت تمنع الوزارة من اعتماد وكيل تجاري جديد إلا بعد المصالحة بين الشركة والوكيل السابق أو بموجب حكم قضائي بذلك. وهذا كان يشكل - في رأينا - ضمانة هامة لمصالح الوكيل الأول بالمحافظة على حقوقه قبل الموكل والوكيل الجديد، ويحقق استقرار المراكز المالية لكل الأطراف. وصدر قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري رقم (١٩) لسنة ١٩٩٩م، والآن نسمع عن مبادرة من وزارة الصناعة والتجارة لتعديل، إضافة إلى انتهائها من مشروع تعديل قانون التجارة الذي عدل بموجب القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤م الصادر بتاريخ ٢٩/٤/٢٠٠٤م اشتمل على بعض التعديلات. بالإضافة إلى تعديل بعض القوانين المرتبطة بالنشاط التجاري والاقتصادي، نأمل أن تخرج ملبية لاحتياجات المرحلة. واستكمالاً لتنظيم أحوال التجارة وحفظ حقوق التجار، صدر قانون الأسماء التجارية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٣م. نظراً لأهميته في حفظ الحقوق المعنوية والفكرية للتجار والشركات التجارية.

ثالثاً : استقلال القانون التجاري عن القانون المدني :

١٩- سبق القول إن القانون التجاري أحد فروع القانون الخاص، الذي يحكم النشاط التجاري، وينظم العلاقات القانونية لطائفة معينة من الأفراد هم التجار، وقد بينا أن النشاط التجاري يتميز بديناميكية خاصة تتسم بالسرعة في إبرام العقود، والذي يزيد من فاعلية هذه الآلية هو سيادة مناخ الائتمان وروح الثقة بين التجار بعكس المعاملات المدنية البطيئة التي غالباً ما تبرم بين شخصين كل منهما يريد الاطمئنان إلى التزاماته المستقبلية.

كما أن قواعد القانون التجاري لم تكن وليدة سلطة فوقية، أو هيئة حكومية، تسعى إلى إخضاع التجار لأحكامها جبراً بل هي وليدة البيئة التجارية وما أفرزته من عادات وأعراف تواضع التجار طواعية على اتباعها، إلى أن انتهى الأمر بتدوينها في قانون مكتوب^(١).

فكانت الحاجات العملية والضرورات الاقتصادية هما اللتان بررتا وجود القانون التجاري بكيانه وذاتيته المستقلتين عن القانون المدني، وفوق ذلك فإن تعدد أطراف العلاقة التجارية وتشابك مصالحهم تقتضي الاستناد إلى قانون خاص ودقيق، يتفاعل بحذر مع مبدأ حسن النية في المعاملات التجارية، أكثر من اعتماده على إرادة العاقد^(٢). ولاشك

(١) استاذنا الدكتور علي جمال الدين عوض، الوجيز في القانون التجاري، ج ١، ١٩٧٥، رقم ٤.

(٢) د. ثروت عبدالرحيم، السابق رقم ٢٠.

أن هذا الاستقلال ينسجم مع الطبيعة القانونية الخاصة للمعاملات التجارية، ويتجاوب مع التطور المستمر للأوضاع التجارية والاقتصادية.

غير أن استقلالية القانون التجاري عن القانون المدني، لا تعني انقطاع الصلة بينهما، ذلك أن القانون المدني هو الشريعة العامة لكافة المعاملات والالتزامات التي لم ينظمها القانون التجاري، إضافة إلى أنه أحد المصادر الأساسية لقواعد القانون التجاري.

وقد جرت محاولات فقهية لتوحيد القانون المدني والقانون التجاري، غير أن تقدم المخترعات الحديثة وانتشار الشركات التجارية الضخمة، وزيادة التبادل التجاري بين الدول، وذبوع التجارة البحرية، وانشغال الكثير من الأفراد في تداول السلع أو الوساطة لزيادة تداولها، كل ذلك أدى إلى رد حجج أنصار وحدة القانونين وترجيح فكرة ذاتية القانون التجاري واستقلاله عن القانون المدني (١). وقد اعتنق المشرع اليمني الاتجاه الأخير من حين بدء توجه الدولة نحو الحركة التشريعية في بداية السبعينات وما تلاها، حيث صدرت العديد من القوانين المنظمة للنشاط التجاري والاقتصادي.

وغنى عن البيان أنه بالرغم من توجه المشرع اليمني نحو تخصيص تشريعات لحكم النشاط التجاري والاقتصادي، إلا أن هذه الأنشطة لا تستكمل مشروعية تواجدها على الساحة الاقتصادية اليمنية إلا إذا راعت في نشأتها أحكام القوانين الأخرى، كالقانون الإداري الذي يوجب الحصول من الجهات الرسمية على رخصة لمباشرة النشاط التجاري، ولا تنتج آثارها على نحو صحيح، إلا إذا التزمت في ميلادها بأحكام القانون المدني.

رابعاً : مصادر القانون التجاري :

٢٠- يقصد بمصادر القانون التجاري، الأصول والقواعد التي يستمد منها الحكم الواجب التطبيق في المنازعات التجارية (٢).

وقد أشار القانون التجاري اليمني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٨م بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٨م، والقانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٤م إلى هذه المصادر في أربع مواد:

فالمادة الثالثة تقول (تسري أحكام هذا القانون على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر).

(١) لمزيد من التفاصيل راجع د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، ج ٤، ١٩٦٢، ص ٣ وما بعدها، د. علي جمال الدين ص ١٢ وما بعدها، د. ثروت عبد الرحيم ص ١٧ وما بعدها.

(٢) قارن د. علي جمال الدين ، الوجيز رقم ١.

وتنص المادة الرابعة بأنه (في تحديد القواعد التي تسري على التجار وعلى جميع الأعمال التجارية يعتد بالعقود المعتبرة قانوناً فهي شريعة المتعاقدين)^(١).

وتقضي المادة الخامسة بقولها (إذا لم يوجد عقد، أو وجد وسكت عن الحكم أو كان الحكم الوارد في العقد باطلاً، سرت النصوص التشريعية التي يتضمنها هذا القانون والقوانين الأخرى على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها).

وترى المادة السادسة أنه (إذا لم يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه حكم القاضي بموجب أحكام الشريعة الإسلامية، فإن لم يوجد حكم بموجب العرف، ويقدم العرف الخاص على العرف العام، وإن لم يوجد عرف طبقت مبادئ وقواعد العدالة).

ويلاحظ أن نهج المشرع اليمني في هذا الترتيب قد جانبه الصواب - في رأينا - حيث جاءت المادة (٤) الخاصة بتطبيق شروط العقد سابقة لقواعد القانون المدني، وهذا مسلك منتقد من قبل الفقه^(٢) حيث كان يجب أن تحل المادة (٥) محل المادة (٤)، فيكون اتفاق الأطراف تالياً في التطبيق للتشريع ومتسقاً مع أحكامه وإلا كان باطلاً. وقد ذهب البعض إلى عكس هذا الاتجاه^(٣). ويؤيد ما ذهبنا إليه، نص المادة (١٢ مدني) التي تقضي بتقديم نصوص القانون على اتفاقات الأطراف.

ويمكن من خلال النصوص المذكورة، وبناءً على ما ذهبنا إليه، ترتيب مصادر القانون التجاري على النحو التالي :

أولاً : التشريع : (أ- التشريع التجاري - ب- القوانين الأخرى المتصلة بالنشاط التجاري - ج- التشريع المدني).

ثانياً : الشروط الاتفاقية (العقد).

ثالثاً : الشريعة الإسلامية.

رابعاً : العرف (أ- العرف الخاص «المحلي» ب- العرف العام).

خامساً : مبادئ وقواعد العدالة (القضاء والفقه).

(١) ولا نسلم بسلامة هذا النص، إذ يجب أن لا تخالف الشروط الاتفاقية أحكام الشريعة الإسلامية، أو النصوص التجارية الأمرة. وإلا كانت عرضة للبطلان.

(٢) د. كمال أبو سريخ، القانون التجاري اليمني، ١٩٨٦، ص ٤٢.

(٣) د. محمد عبدالقادر الحاج، شرح القانون التجاري اليمني، ١٩٩٥، ص ٤١.

ونحاول عرضها بشكل موجز، على النحو التالي :

١- التشريع :

أ- التشريع التجاري :

٢١- يعتبر التشريع التجاري المصدر الأول الواجب الرجوع إليه لاستنباط الحكم واجب التطبيق على المنازعات التجارية. ولا يقتصر هذا الاصطلاح على قانون التجارة رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١م، وتعديلاته بل يشمل كافة القوانين المكمل له والحاكمة للنشاط التجاري، كالشركات التجارية وقانون التجارة البحرية وقانون الأسماء التجارية، وقانون تنظيم وكالات وفروع الشركات الأجنبية، وغيرها من القوانين المتصلة بالنشاط التجاري والاقتصادي.

ب- القوانين المتصلة بالنشاط التجاري :

٢٢- أوجب المشرع اليمني الرجوع إلى القوانين المكمل للنشاط التجاري لمعرفة الحكم الواجب التطبيق، إذا لم يرد حكم الواقعة محل النزاع في القانون التجاري.

الجدير بالذكر أن للقوانين التجارية أولوية في التطبيق على القانون المدني، بحيث لا يجب الرجوع إلى هذا الأخير، إلا عند خلو القانون التجاري والقوانين المتصلة به من القاعدة الواجبة التطبيق^(١). على المشكلة محل النزاع.

ج- التشريع المدني :

٢٣- يعتبر القانون المدني الشريعة العامة الحاكمة للعلاقات القانونية بين الأفراد في كل ما لم يرد به نص خاص في القوانين الأخرى، ومقتضى ذلك وجوب تطبيق نصوصه في كل المسائل القانونية التي لم يرد بشأنها نص خاص. فالعقود مثلاً أياً كانت طبيعتها، يجب الرجوع في أركانها وشروطها والمسئولية الناشئة عنها ، إلى أحكام القانون المدني، ولو كان محلها صفقة تجارية. ويشترط لنفاذها اتساقها مع قواعد التجارة^(٢).

٢- الشروط الاتفاقية (العقد) :

٢٤- إذا كان العقد ينشأ بإرادة أطرافه فإنه يتوجب عليهما الالتزام بآثاره القانونية، لذلك قيل إن (العقد شريعة المتعاقدين) وهذا من القواعد الأصولية في القانون المدني. وقد

(١) د. علي جمال الدين، الوجيز، رقم ١٣.

(٢) د. مصطفى كمال طه، السابق، رقم ١٢.

أجاز المشرع اليمني للقاضي اللجوء إلى تطبيق اتفاق المتعاقدين، إذا لم نجد حكم الواقعة في التشريع التجاري والقوانين المكملة له، أو في التشريع المدني، شريطة أن تكون اتفاقات المتعاقدين موافقة لقواعد الشريعة الإسلامية وأحكام القانون وإلا كانت باطلة (م ٢مدي). وهذا يعني أن احترام رغبة المتعاقدين في تطبيق شروطهما مقيد بموافقتها لأحكام القانون وقواعد الشريعة الإسلامية، ما لم تكن اتفاقاتهما تخضع للقواعد القانونية المكملة التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها.

٣- الشريعة الإسلامية :

٢٥- تعد الشريعة الإسلامية مصدر جميع القوانين في اليمن^(١)، لذلك إذا لم نجد حكم المسألة محل النزاع في القانون، أو جاء العقد خالياً من الحكم أو لم يوجد عقد يمكن تطبيق شروطه، وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لاستنباط الحكم منها (م ٦م تجاري يمني). مع العلم أنه لا يجوز لنص قانوني مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، وإلا كان عرضة للطعن وفقاً لأحكام الدستور.

٤- العرف :

٢٦- القواعد العرفية هي ما جرت عليه عادة الأفراد فترة طويلة من الزمن، وتواضعوا على اتباعها واحترامها، واستهجان الخروج عليها. والعرف التجاري، هو مجموعة القواعد التي تنشأ بين التجار، واعتيادهم على الأخذ بها في معاملاتهم، مع اعتقادهم بالزمائها ووجوب احترامها^(٢).

وبعد العرف والعادات التجارية المصدر الأول لقواعد القانون التجاري، ويلجأ القاضي إلى العرف التجاري، إذا لم يجد الحكم في نصوص القانون، أو اتفاق الأطراف أو في الشريعة الإسلامية. غير أن القاعدة العرفية يجب عدم العمل بها إذا ما خالفت القواعد الأصولية في الفقه الإسلامي، وهذا ما أكدته المشرع اليمني وهو ما نميل إليه، غير أن رأياً أحادياً ذهب إلى عكس ذلك^(٣).

(١) المادة (٣) من دستور الجمهورية اليمنية.

(٢) د. علي جمال الدين، الوجيز، رقم ١٤، د. مصطفى طه، السابق، رقم ١٣، د. ثروت عبدالرحيم، السابق رقم ٣٣.

(٣) د. السيد محمد اليمني، القانون التجاري اليمني، ١٩٨٠م، ص ٢١، وما ذهبنا إليه هو ما أكدته المادة (١٢) من القانون المدني بقولها : «الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيةها ما أقرها الشرع ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه مالم يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال فإذا اجتمع التحليل والتحريم غلب جانب التحريم...».

وإذا ما انتهى القاضي إلى تطبيق القواعد العرفية على النزاع المنظور أمامه، فإنه يقدم العرف الخاص، أو المحلي السائد في مكان ما أو المتبع في تجارة بعينها، على العرف العام السائد في جميع المعاملات التجارية، أو المعمول به في عموم الجمهورية (م ٦ تجاري)^(١).

ويلاحظ أن المشرع التجاري اليمني لم يشير إلى العرف الدولي، كأحد المصادر الواجب الرجوع إليها، إذا لم يسعفا العرف الوطني إلى الحكم الواجب تطبيقه. غير أن القانون المدني والقضاء اليمني لم يتقوفا محلياً، بل أخذاً بالقواعد والمعاهدات الدولية (م ٣٤)، وطبق القضاء اليمني القواعد العرفية الدولية في المنازعات التي عرضت عليه، خصوصاً في المسائل المتصلة بالاعتمادات المستندية والتجارة البحرية^(٢).

٥- مبادئ وقواعد العدالة :

٢٧- هي مجموعة المبادئ التي تنتهي إليها المحاكم في الدعاوى المنظورة أمامها، والاجتهادات الفقهية التي يخرجها شراح القانون، عند تفسيراتهم لنصوص القانون بصدد المسائل التجارية. ويهدف المشرع في هذا المصدر إلى تدارك القصور الموجود بصدد بعض المسائل المستجدة، وعدم امتناع المحاكم عن النظر في بعض الدعاوى بحجة سيكوت المصادر الأخرى عن الحكم الواجب تطبيقه، إضافة إلى إفساح المجال لاجتهاد القضاة في مالم يرد بشأنه نص مكتوب^(٣) وتتحصر تلك المبادئ بأمرين اثنين هما :

١- المبادئ القضائية :

٢٨- تشكل القواعد القضائية في نطاق المعاملات التجارية أهمية كبرى في علاج قصور التشريع التجاري. ذلك أن من خواص التجارة سرعة تطورها، مما يؤدي إلى خلق

(١) راجع د. محمد عبدالقادر الحاج، السابق، ص ٣٤ وما بعدها.

(٢) وقد جاء في حكم للدائرة التجارية بمحكمة النقض اليمنية (أن العرف الذي قضت بموجبه محاكم الاسكندرية برفع الدعاوى على أمناء السفن في الاسكندرية وهي الميناء الكبيرة يجعل من باب أولى أن تقبل في اليمن مثل هذا العرف لأنه لن يتيسر للشخص المتضرر هنا ملاحقة السفينة أو ربانها ولذا يلجأ لأمين السفينة خاصة وأنه لا يوجد قانون بحري يمنع المحكمة إلى الوصول إلى مثل هذا القرار) س ت ١٩٧٧/٢٠ المجلة القضائية ص ٤١، فقرة رقم ٣.

(٣) الجدير بالملاحظة أن المكتبة القانونية اليمنية تفتقد تماماً إلى المبادئ القانونية التي تقرها المحاكم اليمنية، ومحكمة النقض على وجه الخصوص ويرجع السبب في ذلك كما يظهر لي إلى عدم وجود مكتب فني على درجة من الكفاءة والدقة، وكذلك - وهو الأهم - إلى الصورة التي تخرج بها الأحكام الانتهائية، الأمر الذي يجعل رجل القانون في اليمن يلجأ إلى ما استقر عليه القضاء في الدول العربية وغيرها. نأمل استمرار جهود وزارة العدل في إصدار مجلة الأحكام القضائية الصادرة حديثاً بانتظام

أنماط جديدة من الروابط التجارية، الأمر الذي يصعب معه ملاحقة المشرع لتلك التطورات بنفس السرعة، مما يتحتم على القضاة باعتبارهم المشتغلين بالقانون والأكثر إلماماً بالمشكلات التي تتجمل أثناء نظر المنازعات، مما يتحتم عليهم ابتكار القواعد القانونية اللازمة لمواجهة الفجوة التشريعية^(١) طلباً لاستقرار الأوضاع القانونية، والاقتصادية، وحماية للمراكز القانونية لكافة أطراف العلاقات القانونية محل النزاع. أكدت ذلك الدائرة التجارية بمحكمة النقض اليمنية بقولها ((لا جدال في أن الشرح والقواعد التي ترسيها السوابق القضائية يجعل الأحكام في المسائل المتشابهة متجانسة وبذلك تستقر العدالة))^(٢).

بد الاجتهادات الفقهية :

٢٩- تعد الشروح الفقهية عملاً مكملًا للاجتهادات القضائية، حيث يعمل الفقيه على بيان محاسن النصوص ومواطن العيوب، وما يلحق بها من تعارض أو غموض، تأصيلاً للنظريات العامة وتسهيلاً لفهم الأصول. بحيث يقدم للمشتغلين بالقانون عملاً ميسراً لفهم المجلد وإيضاح المشكل. والقاضي يعمل على استنباط الحكم من الجزئيات والكمالات والأصول والفروع، وبالتالي فلا غنى لأحدهما عن الآخر، فشرح الفقيه يعتبر مصدراً تفسيرياً لنصوص القانون، واجتهاد القاضي يعد مصدراً استثنائياً للفقيه في أعماله وأبحاثه القانونية.

خامساً : نطاق القانون التجاري :

٣٠- تهتم التشريعات التي اعتنقت مبدأ استقلال القانون التجاري كما هو حال التشريع اليمني برسم الدائرة التي يطبق فيها القانون التجاري، وبيان حدوده الفاصلة والتميز عن القانون المدني. وقد تنازع هذا الأمر نظريتان، النظرية الموضوعية أو المادية، والنظرية الشخصية أو الذاتية، نوجزهما على النحو الآتي:-

١- النظرية الموضوعية أو المادية :

٣١- يتحدد نطاق القانون التجاري وفقاً لمفهوم النظرية الموضوعية بالنظر إلى طبيعة العمل ذاته بصرف النظر عن القائم به. فإذا كان العمل بطبيعته تجارياً أي قام به

(١) وتعد نظرية الشركة الفعلية للمثل الواضح للعمل القضائي الخلاق.

(٢) أس/ت/يمني/٧٧/٣٢، مجلة الأحكام التجارية، عدد ١، قاعدة رقم ٣٥، ص ١١٣.

الشخص بقصد المضاربة للحصول على الربح سرت عليه أحكام القانون التجاري، بصرف النظر عن صفة الشخص الذي قام بالعمل، سواء كان تاجراً أم غير تاجر.

فهذه النظرية تهتم بتحديد الأعمال التجارية منطلقاً من الخصائص الذاتية للعمل التجاري، بحيث يمكن القول أن القانون التجاري هو قانون العمل التجاري^(١). فالصفة التجارية، تثبت أولاً للعمل التجاري ذاته، ثم تنتقل إلى الشخص الذي احتترف بذلك العمل.

وتهتدي هذه النظرية إلى مفهومها القانوني، إما بالنظر إلى موضوع العمل ذاته كعمليات البنوك والصرافة والنقل البري والبحري والجوي، والتأمين، والتي يعتبرها القانون التجاري اليمني أعمالاً تجارية مطلقة، أو بالنظر إلى الغاية من العمل كالشراء بقصد البيع أو التأجير أو الاستئجار بقصد التأجير، أو بالنظر إلى شكل العمل كالأوراق التجارية، والوكالة بالعمولة، والسمسرة وهي من الأعمال التجارية المطلقة^(٢).

وقد وجهت لهذه النظرية بعض الانتقادات منها :

١- إن المفهوم القانوني للنظرية الموضوعية يركز على حصر وتحديد مجمل الأعمال التجارية سلفاً، أي قبل مباشرة أي منها، وذلك كي يمكن رسم نطاق القانون التجاري، حسب فلسفتها.

والذي لاشك فيه أن تحديد الأعمال التجارية وحصرها في وقت سابق على ميلادها ومعرفتنا بها قبل مباشرتها فعلاً، فضلاً عن صعوبة تحقيقه عملياً، لعدم القدرة على التنبيه بها، فإنه لا يستجيب للتطورات الاقتصادية المتلاحقة التي تقدم لنا أعمالاً تجارية جديدة من وقت إلى آخر، الأمر الذي يقتضي إبقاء هذه الأعمال التجارية المستجدة خارج نطاق القانون التجاري وأحكامه، وهذا أمر غير مقبول بل قد يؤدي في بعض الحالات إلى تقسيم تصرفات التاجر، جزء بحكمها القانون التجاري وأخرى ينظمها القانون المدني وهذا أمر منتقد.

٢- إن هذه النظرية كي ينجح مذهبها في حصر الأعمال التجارية مسبقاً، تستلزم البدء في وضع معيار منضبط لبيان الطبيعة القانونية لكل عمل حتى يمكن الحكم عليه باعتباره تجارياً أو مدنياً.

(١) د. علي البارودي ، السابق رقم ٦.

(٢) د. محمد عبد القادر الحاج، السابق رقم ١٣.

والواقع عملياً أن مثل هذا الفرض يصعب تحقيقه، حيث لا يمكن عملياً وضع معيار دقيق واضح ومنضبط تقاس عليه الأعمال التجارية المستجدة^(١). ليس ذلك فحسب، بل إن التمسك بهذا الفرض يؤدي إلى الجمود والإنغلاق، والحجر على الفكر الإنساني في الابتكار والاجتهاد لبيان الطبيعة القانونية للأعمال الحديثة.

٣- إن ظاهر المفهوم القانوني للنظرية الموضوعية يستبعد الأعمال التجارية التبعية من دائرة الخضوع للقانون التجاري، كونها تركز في مجملها على الأعمال التجارية الأصلية، دون غيرها من الأعمال المرتبطة بها أو المسهلة لها، وهذه الأعمال الأخيرة مدنية بطبيعتها، إلا أنها رغم ذلك تكتسب الصفة التجارية بنص القانون بالتبعية للعمل التجاري الأصلي^(م ١٣). ومن ثم فإن النظرية الموضوعية أحدثت تبايناً في القانون واجب التطبيق بين الأعمال التجارية الأصلية والتجارية التبعية، وهذا ما سعى المشرع التجاري اليمني إلى تجنبه بالنص على توحيد القواعد القانونية واجبة التطبيق على الأعمال التجارية، سواء كانت تجارية أصلية أم تبعية، فنصت المادة (١٧) (على أنه إذا كان العقد تجارياً لأحد المتعاقدين سرت أحكام قانون التجارة على التزامات المتعاقدين الآخر ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك).

٤- إن مناصرة المفهوم القانوني للنظرية الموضوعية دون غيرها يسير في اتجاه مغاير لإرادة المشرع اليمني، الذي لم يتبناها حصراً وقصراً وأهماله لما عداها، فهو لم يهمل الصفة الشخصية للقائم بالعمل، وبالتالي فإن النظرية الموضوعية لم تستطع فرض نفسها على المشرع اليمني، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لم تقدم لنا معياراً منضبطاً صالحاً للتطبيق في الحياة العملية، بعيداً عن غيرها من النظريات.

٢. النظرية الشخصية أو الذاتية :

٣٢- يتحدد نطاق القانون التجاري وفقاً لمفهوم النظرية الشخصية بالنظر إلى شخص القائم بالعمل، بصرف النظر عن الطبيعة القانونية للعمل ذاته أو قيمته أو موضوعه أو شكله أو غايته، فإذا كان الشخص الذي باشر العمل تاجراً سرت على العمل

(١) د. كمال أبو سريغ، مصدر سابق رقم ١.

الذي أجراه قواعد القانون التجاري، أما إذا كان غير تاجر فلا يخضع هذا العمل للقانون التجاري ولو كان العمل في ذاته تجارياً.

فالعبرة طبقاً لهذه النظرية هي بالنظر إلى الشخص القائم بالعمل ذاته دون الالتفات إلى طبيعة العمل. فيلاحظ أن المفهوم القانوني لهذه النظرية قد اتخذ من احترام النشاط التجاري للشخص القائم به معياراً للاهتمام إلى تحديد الطبيعة القانونية للعمل، حتى قيل إن القانون التجاري بالنسبة للنظرية الشخصية هو قانون التاجر دون غيرهم^(١)، ولم تسلم هذه النظرية من النقد حيث قيل:

١- إن المفهوم القانوني لهذه النظرية تأثر بالأسس التاريخية لنشأة القانون التجاري، بين أحضان الطوائف التجارية، حتى وصف بأنه قانون طائفي يحكم نشاط طائفة التاجر دون غيرهم^(٢)، ويعتبر هذا الموقف انحيازاً غير مرغوب فيه في النشاط الاقتصادي خصوصاً بعد زوال الظروف التي سمحت بنشأة هذه الطوائف.

٢- إن المفهوم القانوني لهذه النظرية يقتضي تحديد الحرف التجارية على سبيل الحصر كي يمكن إطلاق الوصف التجاري عليها وبالتالي تتسحب صفتها على كل من باشر واحدة منها، وهذا أمر عسير لأنه يستوجب الرجوع إلى أعراف متنوعة وإلى عادات غير مستقرة، بل متطورة مع تطور النشاط التجاري^(٣)، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن اعتماد هذه النظرية على فكرة حصر وتعداد الحرف التجارية لا يلائم البيئة التجارية ومستجداتها. ولا يلائم توجه المشرع اليميني الذي لم يتبن سياسة الحصر والقطع.

٣- إن المفهوم القانوني لهذه النظرية لا يستوعب الأعمال التجارية المستجدة، والتي تكتسب صفتها التجارية بطريق القياس، وهي الأعمال الجديدة التي لا

(١) د. علي البارودي، السابق رقم ٦.

(٢) وهناك العديد من القوانين التي تحتك المفهوم القانوني للنظرية الشخصية كالقانون الإيطالي ١٩٤٢م والسويسري ١٨٨١م والألماني ١٨٧٩م ولم يصمد هذا الاتجاه كثيراً، حيث دفعه منطق التطور والمنداة بالمساواة الاجتماعية خصوصاً بعد قيام الثورة الفرنسية عام ١٧٩٢م والتي ألغت قوانين الطوائف، وقضت على الفوارق الاجتماعية، وجعلت من التجارة نشاطاً حراً، يخضع كل من يتعاطاه لأحكام قانون التجارة.

(٣) د. مصطفى طه السابق رقم ٢٠، د. محمد الحاج، السابق رقم ١٢.

يستطيع المشرع أن يتنبأ بها في وقت سابق على ميلادها^(١)، ومن ثم يصعب ملاحظتها تشريعياً بين وقت وآخر، الأمر الذي يعني إسباغ الصفة التجارية على شخص احترف عملاً تجارياً نص عليه المشرع وحرمانها على آخر احترف عملاً تجارياً غير منصوص عليه، وهذا وضع مننقد.

٤- إن المفهوم القانوني لهذه النظرية يؤدي إلى استبعاد الأشخاص الذين يمارسون عملاً تجارياً عارضاً - دون احتراف - من دائرة القانون التجاري وبالتالي حرمانهم من الاستفادة من خصائص وأحكام القواعد التجارية^(٢)، ومثل هذا الاتجاه يخالف إرادة المشرع الذي يتجه إلى إخضاع جميع الأنشطة التجارية لأحكام قانونية موحدة (م ١٧، وم ٢٠ تجاري يمني).

٥- إن التمسك بهذه النظرية يخشى منه أن يحدث خلطاً في فهم فلسفتها بحيث يؤدي إلى إخضاع الجوانب الأخرى لحياة التاجر كالأحوال الشخصية والاجتماعية، لقواعد القانون التجاري، وهذا أمر غريب وغير مقبول.

٦- إن منطوق هذه النظرية لا ينسجم وروية المشرع التجاري اليمني الذي اعتد بالجانب الموضوعي للعمل التجاري حيث سلم باعتبار العديد من الأعمال أعمالاً تجارية مطلقة ولو صدرت من غير تاجر، وهذا عكس مفهوم النظرية الشخصية.

ومما سبق يتضح لنا أن هذه النظرية لم تقدم لنا معياراً سليماً لتحديد نطاق القانون التجاري، يكون له السيادة والريادة في ظل قانون التجارة اليمني.

تقدير النظريتين :

٣٣- اتضح من خلال ما سبق أن كل نظرية على حدة لم تسعفنا في تقديم معيار منضبط جامع مانع لتحديد مجال تطبيق القانون التجاري، نستطيع بواسطته استيعاب ما يأتي به المستقبل من أعمال لم ينص على تجاريتها مع أنها ذات طبيعة تجارية، وذلك لاعتمادها على أسس جامدة وغير مرنة، الأمر الذي يجعلنا في دائرة الشك إزاء المفهوم القانوني لكل نظرية.

(١) د. كمال أبو سريغ، السابق الذكر رقم ١٢.

(٢) كحرية الإثبات وتضامن المدينين بدين تجاري والتقدم والمهلة القضائية والإفلاس وغيرها.

لذلك ذهب الفقه^(١) إلى أن كل نظرية على حدة غير صالحة للتطبيق إلا إذا أخذت بشيء من المفهوم القانوني للنظرية الأخرى، وهذا هو منهج المشرع اليمني.

موقف المشرع اليمني من النظريتين :

٣٤- الملاحظ أن المشرع اليمني قد استفاد من التجارب التشريعية السابقة عليه، ومن شروح الفقهاء للنظريتين، والمآخذ التي لحقت كلاً منها. لذلك حاول إيجاد نوع من التعايش بين منطقتي النظريتين في منهجه العملي. وحتى نقف على حقيقة ذلك المسار يجدر بنا بيان موقف المشرع اليمني إزاء كل نظرية بشكل مستقل على النحو التالي :

١- موقف المشرع اليمني من النظرية الموضوعية :

٣٥- الواضح أن المشرع اليمني انفتح على الأنشطة الاقتصادية المختلفة الأمر الذي جعله ينظر إلى الأعمال التجارية بمنظور واسع، مما يظهر لأول وهلة ميوله نحو النظرية الموضوعية، وذلك للأسباب الآتية :

١- استهل القانون التجاري اليمني نظريته إلى التجارة بحكم عام أورده في المادة (٣) بقوله (تسري أحكام هذا القانون على التجار، وعلى جميع الأعمال التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر).

يفهم من هذا النص أنه وضع حكماً عاماً مقضاه تطبيق القانون التجاري على جمع المعاملات التجارية ولو قام بها غير تاجر، وهذا يعني أن المشرع اليمني قد اعتنق منطوق النظرية الموضوعية، حيث أعتد بطبيعة العمل، بالنظر إليه مجرداً عن الشخص الذي بأشهره، لاسيما أن قانون التجارة هو الواجب تطبيقه على كل عمل تتوافر فيه خصائص المعاملات التجارية ولو كان القائم به من غير التاجر، وليس هذا الاتجاه إلا تطبيقاً لمفهوم النظرية الموضوعية.

٢- تعريف المشرع اليمني للأعمال التجارية بنص موضوعي عام، حيث جاء في المادة (٨) بأن (الأعمال التجارية، هي الأعمال التي يقوم بها الشخص بقصد تحقيق الربح ولو كان غير تاجر). فهذا النص قد ركز على عنصر الربح الذي يحققه العمل التجاري ولو كان القائم به من غير التاجر، وهذا يؤكد بما لا يدع

(١) د. علي البارودي، السابق رقم ٦.

مجالاً للشك أن القانون التجاري اليميني هو قانون الأعمال التجارية، وفقاً لمفهوم النظرية الموضوعية، كما أن اعتناق المشرع اليميني لعنصر المضاربة في هذه المادة، يضع معياراً موضوعياً للعمل التجاري أيّاً كان الشخص القائم به^(١)، سواء كان من التجار أم من غيرهم وهذا الاتجاه هو ما ذهبنا إليه النظرية الموضوعية.

٣- إن تعداد المشرع اليميني للأعمال التجارية في المواد (٩-١٢) وإخضاعها لأحكام القانون التجاري بصرف النظر عن القائم بها أو نيته أي حتى ولو كان غير تاجر، ولو لم يقصد تحقيق الربح، إنما يؤكد المذهب الموضوعي الذي قامت عليه فلسفة النظرية الموضوعية بالنظر إلى العمل دون الشخص الذي يباشره.

٤- إن تعريف المشرع اليميني للتاجر في المادة (١٨) بأنه ((كل من اشتغل باسمه في معاملات تجارية، وهو حائز للأهلية الواجبة، واتخذ هذه المعاملات حرفة له يكون تاجراً...)) إنما يؤكد النزعة الموضوعية للقانون اليميني الذي جعل من الاشتغال بالعمل التجاري ضابطاً لاكتساب صفة التاجر. ويلاحظ بذلك نص المادة (١٩) حيث تقول ((كل من أعلن للجمهور عن طريق الصحف أو النشرات أو بأية طريقة أخرى عن محل أسسه للتجارة يعد تاجراً، وإن لم يتخذ التجارة حرفة مألوفة له))، فهذا النص جعل من مجرد الإعلان عن افتتاح المتجر قرينة على اكتساب صاحبه للصفة التجارية، ولو لم تتحقق بجانبه عناصر الاحتراف وهذا يمثل أعلى مراتب الالتزام بالمنهج الموضوعي في قانون التجارة اليميني.

٥- كذلك ما قضت به المادة (٢٠) بقولها ((لا يعد تاجراً من قام بمعاملة تجارية عارضة، دون أن يتخذ التجارة حرفة له، ومع ذلك تخضع المعاملة التجارية التي يقوم بها لأحكام قانون التجارة))، مقتضى هذا النص إخضاع المعاملات التجارية العارضة للقانون التجاري ولو كان القائم بها غير تاجر. وهذا يؤكد

المنهج الموضوعي لقانون التجارة اليمني الذي اسقط من حساباته فكرة الاحتراف التي تقوم عليها النظرية الشخصية.

ومجمل القول إن النصوص سألقة الذكر تجعل من القانون اليمني قانوناً للأعمال التجارية، بصرف النظر عن الشخص القائم بها، أي حتى ولو كان غير تاجر، وهذا هو منطوق النظرية الموضوعية.

نظرية التبعية الموضوعية :

٣٦- ولم تقف الحدود الموضوعية للتشريع اليمني عند النصوص الصريحة قطعاً، بل يفهم من نهجه الواسع وتبنيه للتعداد الوارد في المواد (٩-١٢)، أن ذلك التعداد إنما هو على سبيل المثال والبيان وليس الحصر والقطع، متلافياً بذلك انتقادات الحدود المغلقة التي صيغت بها النظرية الموضوعية. وتمشياً مع المفهوم العام للقانون التجاري اليمني، أشارت الفقرة (٧) من المادة (٩) إلى تجارية ((الأعمال التي يمكن اعتبارها مجانسة للأعمال المتقدمة (أي في الفقرات (١-٦) لتشابه صفاتها وغاياتها)).

وفهم من هذه الفقرة، أن كل عمل لم يرد به نص قانوني، أو كل عمل أستاذ في المستقبل، يكون تجارياً، إذا تحققت فيه خصائص الشراء بقصد البيع أو التأجير، أو الاستئجار بقصد التأجير، أو اشتراكاً في الغاية أي قصد تحقيق الربح.

وانسجاماً مع النهج العام للمشرع اليمني أخذ بنظرية التبعية الموضوعية، ويقصد بها انسحاب الصفة التجارية على العمل المدني إذا ما تم هذا الأخير بمناسبة القيام بعمل تجاري، بصرف النظر عن القائم به أو نيته، فنصت المادة (١٣) على أن ((الأعمال المرتبطة بالمعاملات التجارية المذكورة في المواد السابقة أي في المواد (٩-١٢) أو المسهلة لها تعتبر أيضاً أعمالاً تجارية))، وهذا صنيع حسن للمشرع اليمني، حيث يمتد هذا الحكم إلى كافة الأعمال المدنية الملازمة للأعمال التجارية أو المسهلة لها، وبالتالي تخضع مثل هذه الأعمال المدنية لأحكام القانون التجاري، ويعتبر من الأعمال التجارية التبعية الموضوعية ما أشارت إليه المادة (٢١٥) تجاري) من اعتبار الرهن الذي ينشأ ضمناً لدين تجاري من الأعمال التجارية التبعية الموضوعية.

وهذا الاتجاه له فائدة عملية تتمثل بتوحيد القانون الواجب التطبيق على كل العلاقات والتصرفات القانونية المتصلة بالنشاط التجاري أو المسهلة له.

٢- موقف المشرع اليمني من النظرية الشخصية :

٣٧- المؤكد أن التشريع التجاري اليمني، على الرغم من نهجه الموضوعي الواضح، لم يتكرر لمنطوق النظرية الشخصية، بل قام بتوظيف مفهومها القانوني في العديد من نصوصه كلما أقتضت الحاجة ذلك. وهذا الموقف ليس سوى تأكيد لنظرية المشرع اليمني الواسعة للنشاط التجاري، وذلك حتى يضمن تطبيق قواعد القانون التجاري على جميع الأنشطة الاقتصادية، سواء بالنظر إلى العمل ذاته أو إلى الشخص القائم به.

ونجد المفهوم الشخصي في قانون التجارة اليمني في العديد من النصوص على النحو الآتي :

١- فالمادة (٣ تجاري) أكدت النظرية الشخصية لقانون التجارة اليمني بقولها (تسري أحكام هذا القانون (على التاجر) وعلى جميع الأعمال التجارية...) الأمر الذي يعني أن تحديد نطاق القانون التجاري، قد يكون بالمعيار الموضوعي أو بالمعيار الشخصي أيهما يحقق المفهوم العام للمشرع اليمني^(١).

٢- ويبرز المفهوم الشخصي في القانون التجاري اليمني في نص المادة (١٤) بقولها ((الأصل في عقود التاجر والتزاماته أن تكون تجارية إلا إذا أثبت تعلق هذه العقود والالتزامات بمعاملات مدنية)). يقدم لنا هذا النص قاعدة عامة تقتضاه أن جميع أعمال التاجر - أي بالنظر إلى شخصه - تعتبر بحسب الأصل أعمالاً تجارية، ما لم يثبت التاجر نفسه مدنيته.

نظرية التبعية الشخصية :

٣٨- ولم يقف حال المشرع اليمني عند ذلك الحد، بل أخذ بنظرية التبعية الشخصية، أي اكتساب العمل المدني الذي يجريه التاجر، للصفة التجارية بالنظر إلى شخصه، أوضحت ذلك المادة (١٣) بقولها ((...وجميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارية تعتبر أيضاً أعمالاً تجارية)). فهذا النص يُسبغ الصفة التجارية على الأعمال المدنية التي قام بها التاجر لحاجات متصلة بنشاطه التجاري بالنظر إلى شخصه، دون اعتبار لطبيعة العمل ذاته. ويعتبر من الأعمال التجارية التبعية الشخصية ما ذكرته المادة (٢٣١ تجاري) من اعتبار كفالة التاجر لدين تجاري، من الأعمال التجارية التبعية.

(١) قارن د. كمال أبو سريخ، السابق، ص ١٩.

وهكذا نجد أن المشرع اليمني قد تبلى المذهب الموضوعي والمذهب الشخصي معاً في ثنايا القانون التجاري، تمشياً مع مفهومه الواسع لنطاق القانون التجاري، ومثل هذا السلوك يكرس مبدأ عدم التخصص لمناصرة نظرية على حساب الأخرى ويعتبر انحيازاً لمبدأ استقلال القانون التجاري عن القانون المدني، وترسيخاً لتوحيد القواعد القانونية الحاكمة للنشاط التجاري والاقتصادي.

منهج الدراسة وخطة البحث :

٣٩- بعد أن انتهينا من تعريف القانون التجاري، وجذوره التاريخية، ومصادره، ثم المعايير القانونية لتحديد نطاقه، وموقف المشرع اليمني من هذه المعايير، ننقل إلى موضوعات الدراسة حسب ما تقتضيه حاجة الطالب في الفرقة الدراسية الثالثة، من معارف هامة ومبسطة لبعض الموضوعات العملية في القانون التجاري.

وتهدف الدراسة بشكل خاص إلى استعراض موقف المشرع اليمني دون الإغراق في الخلافات الفقهية، إلا إذا اقتضت طبيعة المسألة ذلك.

وعليه قسمنا هذا الدراسة إلى أربعة أبواب على النحو التالي :

الباب الأول : نظرية الأعمال التجارية

الباب الثاني : التاجر

الباب الثالث : المتجر

الباب الرابع : العمليات المصرفية

الباب الأول

نظرية الأعمال التجارية

2. The first part of the document is a list of the names of the persons who have been appointed to the various offices of the Board of Directors of the Corporation. The names are as follows:

John D. Rockefeller

John D. Rockefeller
John D. Rockefeller
John D. Rockefeller

الباب الأول

نظرية الأعمال التجارية

٤٠- عرف المشرع التجاري اليمني الأعمال التجارية في المادة (٨) بقوله ((الأعمال التجارية، هي الأعمال التي يقوم بها الشخص بقصد تحقيق الربح ولو كان غير تاجر)).

ولم يقف المشرع اليمني عند عنصر المضاربة كشاهد حال على الأعمال التجارية الواردة في المادة (٩)، بل أورد تعداداً للأعمال التجارية في المواد (٩-١٢) فكل هذه الأعمال تجارية بحكم القانون، سواء كان القائم بها تاجراً أم غير تاجر، وسواء قصد منها تحقيق الربح أم لم يقصد ذلك. وتعرف الأعمال الواردة في المواد السابقة، بالأعمال التجارية الأصلية، أي التي قطع المشرع بتجارتها بنص القانون. ومن ثم فلا يجوز الاتفاق على اعتبارها مدنية^(١). غير أن هذا التعداد لم يرد على سبيل الحصر والقطع بل على سبيل المثال والبيان، وذلك حتى يمكن استيعاب ما يفرزه التطور الاقتصادي من أعمال تجارية جديدة أو خادمة للعمل التجاري وهي التي أوردها المشرع التجاري اليمني في المادة (٧/٩)، وتعرف بالأعمال التجارية بطريقة القياس والمادة (١٣)، وتعرف بنظرية الأعمال التجارية التبعية.

إضافة إلى ذلك فإن الأعمال التجارية ليست حكراً على التجار فقط بل قد يكون أحد طرفي العلاقة التجارية شخصاً مدنياً والآخر تجارياً، وهذه العلاقة تخضع لحكم المادة (١٧)، وتعرف بنظرية الأعمال المختلطة.

ويقتضى التسلسل المنطقي لدراسة موضوعات القانون التجاري أن نبين في بداية الأمر مناهج تطبيق القانون التجاري، أو ضوابط التفرقة بين القانون التجاري والقانون المدني والنتائج العملية لهذه التفرقة.

(١) د. كمال أبو سريع، السابق الذكر رقم ٢٨، ص ٤٩.

لذلك قسمنا هذا الباب إلى أربعة فصول، مقتفين في ذلك منهج المشرع اليمني في تناوله للأعمال التجارية المذكورة، في مواد متفرقة، بحيث خصصنا لعلاج كل منها فصلاً مستقلاً، وذلك على النحو التالي :

الفصل الأول : ضوابط التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني وتناجه العملية.

الفصل الثاني : الأعمال التجارية الأصلية.

الفصل الثالث : نظرية الأعمال التجارية التبعية.

الفصل الرابع : نظرية الأعمال المختلطة.

الفصل الأول

ضوابط التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني ونتائجه العملية

٤١- أشرنا فيما سبق، أن القانون التجاري نجد أسسه في العادات التجارية التي ظهرت بين الطوائف التجارية المختلفة، والمتغيرة بتغير البيئة الجغرافية من دولة إلى أخرى، الأمر الذي يصعب معه على المشرع الإحاطة بما يمكن أن يعد عملاً تجارياً في المستقبل. ولقد هجرت التشريعات هذا المسلك نظراً للجمود الذي تتصف به القواعد العرفية، فلجأت إلى أسلوب التعداد للأعمال التجارية المعروفة حينما وضعت المجموعات التجارية.

ولم يسلم هذا الاتجاه من النقد والتصويب، ذلك أن الدول حينما بدأت في وضع تشريعاتها التجارية، لم تكن تملك فلسفة قانونية محددة لوضع معايير دقيقة للأعمال التجارية. ومن ثم اختلف الفقهاء بشأن تعداد التشريعات لتلك الأعمال، هل وردت على سبيل الحصر والقطع أم على سبيل المثال والبيان. وللوقوف على حقيقة ذلك قيلت عدة نظريات لكل منها مفهوم قانوني مختلف تبعاً لاختلاف الظروف والأسس الاجتماعية والاقتصادية التي نشأت في ظلها كل نظرية.

الجدير بالذكر أن الوصول إلى معيار منضبط جامع مانع يميز العمل التجاري عن العمل المدني له أهمية كبرى في الحياة القانونية والاقتصادية، حيث يترتب على ذلك مجموعة من النتائج العملية الهامة، وهذا هو ما نتعرض له في المبحث الثاني.

لذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي :

المبحث الأول : ضوابط التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني .

المبحث الثاني : النتائج العملية للتفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني.

المبحث الأول

ضوابط التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني

٤٢- تشكل معايير التفرقة بين النشاط التجاري والنشاط المدني أهمية بالغة في الحياة الاقتصادية والقانونية، حتى غدت مادة خصبة للجدل القانوني بين الفقهاء.

ولقد اختلف شراح القانون في هذا الشأن، وكان مبعث اختلافهم يتركز على اتجاهات التشريعات التجارية التي سارت بعضها باتجاه حصر تعداد الأعمال التجارية، ولحت

أخرى نحو التمثيل والبيان، ومزجت ثالثة بين الاتجاهين معاً. لذلك برزت وجهات نظر الشراح متباينة بهذا الشأن، فمنهم من رأى أن التعداد جاء على سبيل الحصر، واستدلوا على مذهبهم بأن قواعد القانون التجاري هي استثناء من القواعد العامة في القانون المدني، وما دامت كذلك فغيرها لا يقاس عليها.

وهذا الاتجاه إذا كان يتفق مع نهج المشرع الفرنسي^(١) والمشرع المصري^(٢) في تاريخ وضع قواعدهما التجارية، فإنه لا يتفق والمسار الحديث لبعض التشريعات ومنها التشريع اليميني - ولا يتواءم مع خصائص التجارة التي تتفاعل مع ظروف العصر وتطوره.

لذلك استقر الرأي الراجح أن تعداد القانون التجاري للأعمال التجارية، إنما هو على سبيل المثال والبيان وليس على سبيل الحصر والمنع، وذلك حتى يمكن أن نقيس عليها كل عمل تجاري يظهر في المستقبل.

٤٣- ولم تضع التشريعات معياراً منضبطاً للأعمال التجارية يسهل قياس الأعمال التجارية المستجدة عليه، الأمر الذي أفسح المجال لاجتهاد الفقهاء، تبعاً لاختلافهم في فهم اتجاه كل مشروع فقيل في هذا الشأن العديد من النظريات أهمها أربع نظريات، تختلف ركائزها باختلاف فلسفة أنصارها.

ونحاول عرض المفهوم القانوني لكل نظرية على حدة في مطلب مستقل بالقدر الذي يحقق الهدف، ويفصح عن موقف المشرع اليميني تجاه كل منها وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

نظرية المضاربة

٤٤- يرى أنصار نظرية المضاربة في العصر الحديث (الأستاذان ليون كان ورينو) أن من خصائص النشاط التجاري واعتباراته الاقتصادية، ودوافعه الذاتية، اعتماده على فكرة المضاربة، أي توظيف المال في مشروع تجاري أو إنتاجي، بقصد الحصول على

(١) وضعت المجموعة التجارية الفرنسية الأولى عام ١٦٧٣ والثانية في ١٨٠٧ وهي نقلت إلى بعض التشريعات العربية.

(٢) وضعت المجموعة التجارية المصرية عام ١٨٨٣ وهي مقتبسة من المجموعة الفرنسية الثانية، ولا تزال تحكم النشاط التجاري المصري حتى الآن، خصوصاً في شركات الأشخاص، أما قانون التجارة فقد جرى تعديله عام ١٩٩٩م.

الربح، أي السعي لتحقيق الربح المالي، بل إن الربح النقدي والمنفعة المادية هما أساس العمل التجاري^(١)، فكل عمل ينطوي على الربح أو النفع المادي فهو تجاري، وكل عمل يخلو من هذا القصد يعتبر مدنياً ((ذلك أن العمل التجاري له طابع خاص، حيث يقوم به صاحبه تحت فكرة المضاربة، أي أنه يرمى بها إلى جر المنفعة المادية، وليس إلى إرضاء العاطفة الشخصية))^(٢)، ويتحقق هذا المعنى لدى ابن خلدون في مقدمته حيث قال ((إعلم أن التجارة محاولة الكسب بتنمية المال، بشراء السلع بالرخص وبيعها بالغلاء))^(٣)، وقال ((إعلم أن الكسب إنما يكون بالسعي في الاقتناء والقصد إلى التحصيل))^(٤).

ولاشك أن المفهوم القانوني لهذه النظرية، لا يخلو من الحقيقة، لأن الكثير من الأنشطة الاقتصادية تستهدف تحقيق الربح باعتباره الباعث الدافع على تعاطي التجارة. ومع ذلك كان محلاً للنقد على الوجه التالي :

١- إن الاعتماد على معيار المضاربة لبيان العمل التجاري تحديداً، أمر يجانبه الصواب، ذلك أن الكثير من الأنشطة الإنسانية تستهدف تحقيق الربح وبلوغ النفع المادي للقائمين عليها، في حين أن التشريعات تعدها أنشطة مدنية صرفاً، كأعمال المحاماة والهندسة والطب وغيرها من المهن الحرة وكذلك الاشتغال بالعمل الزراعي والسمكي، وبالتالي فإن الأخذ بمنطوق هذه النظرية يؤدي إلى اتساع نطاق القانون التجاري ليشمل أنشطة مدنية خالصة.

٢- إن معنى المضاربة لا يقدم لنا تفسيراً علمياً مقنعاً لتجارية بعض الأعمال، على الرغم من عدم توافر قصد الربح فيها مثل سحب الكمبيالات والشيكات أو تظهيرها أو ضمان أحد الموقعين عليها، فكل هذه أعمال تجارية صرفاً ولو لم تنطوي على تحقيق الربح^(٥) (م ٥/١٠ تجاري) لذلك فإن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى تضيق نطاق القانون التجاري لاستبعادها أعمالاً تجارية أصلية.

٣- إن نظرية المضاربة تبنت المفهوم الموضوعي للعمل التجاري وبالتالي لا تتسع لتستوعب في نطاقها الأعمال التجارية التبعية خصوصاً إذا خلت من الربح،

(١) محكمة طنطا الابتدائية في ٢٠/١٠/١٩٢٨، الموسوعة القضائية عبدالمعين لطفي جمعة، رقم ٢، ومحكمة صنعاء الابتدائية التجارية رقم ٨٤/٧ في ١١/٤/١٩٨٤م.

(٢) محكمة مصر التجارية في ٢٠/١١/١٩٤٠ المصدر السابق رقم ٧.

(٣) مقدمة ابن خلدون، دار القلم بيروت لبنان، طبعة أولى ١٩٧٨م، ص ٣٩٤.

(٤) المصدر السابق، ص ٣٨١. وهذا المعنى هو السائد لدى الفقهاء المسلمين راجع على سبيل المثال معنى المحتاج جـ ١، ص ٣٩٧.

(٥) د. محسن شفيق، السابق، رقم ٦٤.

وهذه مدنية بحسب الأصل، ومع ذلك فإن القانون التجاري قد رجح تجاريتها نظراً لارتباطها بالأعمال التجارية (م ١٣). ومن ثم فإن نظرية المضاربة لا تسعى إلى خلق قاعدة مشتركة بين الأعمال التجارية الأصلية والأعمال التجارية التبعية، تمشياً مع المنهج الفلسفي للمشرع اليمني وبالتالي فهذه النظرية لا تسير المشرع التجاري اليمني في تنبيه للحلول العلمية الموحدة للأعمال التجارية بجميع أنواعها.

وعلى ذلك فإن معيار المضاربة قد أقصى بعض الأعمال التجارية الصرفة، في حين أقحم بمفهومه بعض الأنشطة المدنية الخالصة، ومن ثم فلا يصلح معياراً وحيداً للتطبيق.

موقف المشرع اليمني من نظرية المضاربة :

٤٥- لفكرة المضاربة جانب من الصحة والحضور في التشريع التجاري اليمني خصوصاً ما يتصل منها بالأعمال التجارية الواردة في المادة (٩) الخاصة بالشراء لأجل البيع أو التأجير^(١)، والاستئجار بقصد التأجير ، حيث إن مثل هذه الأعمال غالباً ما تباشر بقصد تحقيق الربح. وكذلك ما جاء بالمادة (٨) التي عرفت العمل التجاري بأنه ((العمل الذي يقوم به الشخص بقصد تحقيق الربح ولو كان غير تاجر)).

إلا أن هذه النظرية لم تستوعب التعداد الذي أورده المشرع اليمني (في المواد: ١٠-١٢)، لبعض الأنشطة التجارية والتي اعتبرها تجارية ولو لم تحقق ربحاً للقائم بها، بل تظل كذلك حتى إذا أصابته خسارة من جراء تعاطي أحد الأفراد لهذه الأعمال، لذلك لاتصلح نظرية المضاربة ضابطاً وحيداً لتمييز العمل التجاري في القانون اليمني.

المطلب الثاني

نظرية التداول

٤٦- لجأ صاحب هذه الفكرة (الأستاذ تالير) إلى المفاهيم العصرية للنشاط التجاري واعتباراته الاقتصادية، فالتجارة في منطق هذه النظرية ما هي إلا تداول السلع وتبادل الصكوك والنقود، وتحريكها من يد إلى أخرى ويكون تجارياً وفقاً لمفهوم هذه النظرية، كل ما يؤدي إلى زيادة هذا التداول أو يساعد على تنشيطه^(٢)، وهي التي تعرف بأعمال

(١) يفهم من النص العام للمادة (٩) استبعاد المشرع اليمني لعملية شراء العقار بقصد تأجيرها من نطاق القانون التجاري ولأنه لا يسلم سلامة هذا التوجه مع المفهوم العام للمشرع اليمني، ولنا أن مثل هذا العمل يتحقق فيه معنى المضاربة كما سنوضحه فيما بعد.

(٢) د. محسن شفيق ، السابق رقم ٦٤.

الوساطة بين المنتج والمستهلك^(١)، كأعمال السمسرة والوكالة بالعمولة، ويلحق بذلك أيضاً كل عمل يسهل سرعة تداول البضائع والصكوك والنقود وتدفعها من المنتج إلى المستهلك^(٢) في سهولة ويسر، كالأوراق التجارية والاعتمادات المستندية وغيرها من أعمال البنوك التي تستهدف تيسير التبادل التجاري، وتوفير الثقة والاطمئنان لكل أطراف المعاملات التجارية. فحيثما تبدأ حركة السلع باتجاه السوق يبدأ العمل التجاري، وحيثما تقف وتسكن ينتهي العمل التجاري.

فالعمل الذي يكون من شأنه تحريك البضائع وتداول المواد الخام وإنشائها من سكينتها الأولى والزج بها في دائرة العجلة الإنتاجية يعد عملاً تجارياً، ويلحق بذلك كل عمل يكون من شأنه زيادة حركة تداول السلع والمنتجات أو تسهيل تداولها أو زيادة استهلاكها، بل وكل ما يتصل بها من أعمال الوساطة التي تساعد على زيادة دوران السلعة بين المنتج والمستهلك وعند وصول هذه المنتجات إلى يد المستهلك تفقد تلك الخاصية، مما يجعلها بعد هذه المرحلة، ذات طبيعة مدنية.

لذلك لا يكون تجارياً وفقاً لهذه النظرية، الأعمال الأولية المتصلة باستخراج المواد الخام اللازمة للإنتاج، كونها في حالة ركود، والنشاط الزراعي والعمليات الاستخراجية واستغلال المناجم لعدم ورود التداول عليها، قبل استغلالها تجارياً، ونقل الأشخاص كون التداول لايرد عليهم، وعمليات بيع العقارات لاتصافها بالثبات والاستقرار، وعلى الرغم من المفهوم المادي لهذه النظرية، فإنها مع ذلك أقصت عنصر الربح وهو غاية المضاربات التجارية.

٤٧- والمفهوم القانوني لهذه النظرية إذا كانت له تطبيقاته في ظل الفكر القانوني التقليدي الذي استبعد بعض الأنشطة الاقتصادية من نطاق القانون التجاري كالعمليات الاستخراجية والاستغلال السمكي والتعامل الوارد على العقار. غير أن هذا الاتجاه بات مهجوراً بفعل تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية، لذلك كانت هذه النظرية محللاً للنقد من عدة أوجه :

١- إن نظرية التداول عاجزة عن استيعاب بعض الأعمال التجارية بنص القانون، رغم أنها لاتتضمن معنى التداول، مثال ذلك التزام التاجر بالتعويض عن الفعل الضار الذي يقع بمناسبة مباشرته للنشاط التجاري، وهذا مدني بمفهوم النظرية،

(١) د. محمود سمير الشراوي ، السابق رقم ٣٧.

(٢) قارن د. علي جمال الدين، الوجيز، رقم ٢٩/د. محمد الحاج، السابق ، رقم ٣٦.

وهو تصور مننقد^(١). ومن ثم فإن هذه النظرية خلقت نوعاً من التفرقة غير المحمودة بين العمل التجاري الأصلي والعمل التجاري التبعية وهذا منهج مننقد.

٢- إن هذه النظرية استبعدت عمليات نقل الركاب لأن النقل لا يتضمن معنى التداول، غير أن مثل هذا الاتجاه لم يعد مألوفاً في التشريعات الحديثة، حيث قضت بتجارية عقود النقل المواد (١٤٥-١٩٨ تجاري يمني) و(١٩٨-٢١٤) المتصلة بالنقل الجوي، و(٢١٤-٢٨٧ بحري يمني) الخاصة بالنقل البحري ومن ثم فإن هذه النظرية أدت إلى تضيق نطاق القانون التجاري.

٣- كما أخذ على هذه النظرية توسعها في تطبيق فلسفتها على بعض الأعمال المدنية الصرفة بنظر القانون التجاري لانطوائها على معنى التداول أو الوساطة، كمنشآت الجمعيات التعاونية التي تشتري السلع وتبيعها لأعضائها، كما أن معنى التداول أو الوساطة يتحقق في ظل أنشطة أرباب المهن الحرة كالمحامين والأطباء والمهندسين^(٢) ومع ذلك فإن المستقر عليه أن هذه الأعمال تعتبر أعمالاً مدنية بنص القانون.

٤- إن منطوق هذه النظرية بات مهجوراً من قبل بعض التشريعات التي عدلت عن استبعاد الصناعات الاستخراجية من دائرة القانون التجاري، وأسبغت عليها الصفة التجارية^(٣). لذلك فإن فكرة التداول وإن كانت من عناصر العمل التجاري، إلا أنها لاتصلح وحدها معياراً لتمييز العمل التجاري عن العمل المدني.

٥- إن عقد الهبة والوصية يؤديان إلى انتقال الأموال إلى يد أخرى وهذا ينطوي على معنى التداول، ومع ذلك فإن هذه التصرفات من قبيل التصرفات المدنية الخالصة.

موقف المشرع اليمني من نظرية التداول :

٤٨- الواضح من اتجاه القانون اليمني عدم تمسكه الصريح بالمفهوم الحرفي لهذه النظرية، غير أن تطبيقاتها واضحة فيه، وما نظنه راجحاً أن واضع القانون التجاري

(١) راجع د. علي جمال الدين ، الوجيز رقم ٢٩ .

(٢) د. كمال أبو سريع ، السابق ، ص ٢٣٩ .

(٣) فالمادة (٦/٩ تجاري يمني) اعتبرت العمليات العقارية من الأنشطة التجارية، واعتبرت المادتان (٨-تجاري كويتي) و(٤-تجاري عراقي) العمليات الاستخراجية عملاً تجارياً، إلا أن المشرع العراقي اشترط حصولها على وجه الاحتراف والملاحظ عملاً أن هذه الأعمال لا تكون إلا كذلك من خلال مشروعات مستمرة ومنظمة.

اليميني لم بدر في خلدته منطوق هذه النظرية حتى تكون أحد معايير القانونية، ومع ذلك نجد أن المنطق التجاري يفرض نفسه بقوة على المشرع التجاري اليميني، الأمر الذي يجعله يتبنى عن غير قصد المفهوم القانوني لنظرية التداول وإن أهملت عنصر المضاربة. فالمادة (٩) قد أكدت على تجارية الشراء بقصد البيع لتحقيق الربح، وإذا كان الشراء من شأنه نقل السلع والبضائع من مكان إلى آخر ومن دولة إلى غيرها ومن يد إلى أخرى، فإن القانون اليميني لاشك قد أخذ بشيء من منطوق نظرية التداول، كما أن المتتبع للتعداد الوارد في المواد (١٠-١٢) يلحظ بين فقراتها معنى التداول المتصلة بأعمال الوساطة. والراجح أن منطوق هذه الفكرة لم تكن مقصودة بذاتها، إنما جاءت عرضاً في معرض سرد الأعمال التجارية المطلقة، مثالها أعمال السمسرة والوكالة بالعمولة وأعمال البنوك، وعقود النقل، والمخازن العامة ومكاتب الخدمات العامة، لذلك لم يكتب لهذه النظرية السيادة والتفرد في التشريع التجاري اليميني لتكون ضابطاً وحيداً لتمييز العمل التجاري عن العمل المدني.

المطلب الثالث

نظرية الحرفة

٤٩- رأى (العميد ربيير) أن معياري المضاربة والتداول، يعجزان عن تقديم معيار منضبط لتمييز العمل التجاري كعمل قانوني مستقل عن غيره من الاعتبارات الاقتصادية والمفاهيم التجارية والدوافع الذاتية، لذلك رأى صاحب هذه النظرية أن فكرة الحرفة التجارية وحدها تعتبر ضابطاً سليماً لتحديد العمل التجاري، بعيداً عن غيره من الاعتبارات، وتقول هذه النظرية إن الأعمال التي يقوم بها التاجر خلال مزاولته لحرفته التجارية أو بسببها أو المتصلة بها تعد أعمالاً تجارية، وكل عمل يقع بعيداً عن الحرفة الحرفة التجارية يعتبر عملاً مدنياً ولو قام به أحد التجار^(١).

والملاحظ أن المفهوم القانوني لهذه النظرية، يقوم على الوحدة الموضوعية للأعمال التجارية، بحيث لا تعرف التفرقة بين العمل التجاري الأصلي والعمل التجاري التبعية، ذلك أن العمل التجاري - كما ترى النظرية - لا يتم غالباً ولا يكتسب هذه الصفة إلا أثناء مزاوله الحرفة التجارية وبسببها^(٢).

(١) راجع في هذا د. ثروت عبدالرحيم، السابق رقم ٦٥، د. محمود سمير الشرقاوي، السابق، رقم ٣٩، د. محمد الحاج، السابق، رقم ٣٨.

(٢) د. سمير الشرقاوي، السابق، رقم ٣٩.

ويؤخذ على هذه النظرية أنها لم تقدم لنا ضابطاً مقنعاً لتحديد الحرف التجارية بشكل دقيق، بل إنها أحلت مفهوماً قانونياً محل آخر، أحلت فكرة الحرفة التجارية محل فكرة العمل التجاري، وهذا مذهب منقاد لما يأتي:

١- إن نظرية الحرفة تأثرت بالمفهوم القانوني للنظرية الشخصية، التي ترى أن كل عمل يقوم به التاجر يكون تجارياً، وذلك دون الاعتداد بالجانب الموضوعي أو الطبيعة القانونية للمعاملات التجارية. وقد ثبت خطأ هذا المذهب، حيث من المسلم به أن قانون التجارة اليمني يميل إلى تطبيق أحكامه بالنظر إلى موضوع العمل، أو بالنظر إلى من قام به أيهما يحقق هدفه (المادة ٨)، وهذا لا يستقيم ومفهوم هذه النظرية، حيث وسعت نطاق القانون التجاري لتشمل أعمالاً مدنية صرفه، يقوم بها التاجر لمصلحته الشخصية لمجرد أنه تاجر.

٢- إن فكرة الاحتراف كعمل قانوني معيار يتوافر بالعديد من الأنشطة المدنية، كالمحاماة والطب، والهندسة، وغيرها من المهن الحرة. فهذه الأنشطة تتخذ مظهر الاحتراف أثناء مزاولتها ولا تمارس إلا كذلك، ومع ذلك تظل ذات طبيعة مدنية^(١)، والتمسك بهذه النظرية يؤدي إلى اتساع نطاق القانون التجاري ليشمل أعمالاً مدنية أصلية.

٣- إن فكرة الاحتراف من جهة أخرى تضيق من دائرة تطبيق القانون التجاري، لأنها تستبعد بعض الأنشطة التجارية لعدم قيامها على قاعدة الاحتراف، في حين أن التشريعات تعتبرها عملاً تجارياً، كالشراء بقصد البيع لمرة واحدة وهي المعروفة بالأعمال التجارية العارضة، ولو كان القائم بالعمل غير تاجر (م ٨-١٩ تجاري يمني) وكذا تحرير الكمبيالات أو تظهيرها، وعمليات الصرف، والوكالة بالعمولة، والسمسرة، فكل هذه الأنشطة تعتبر أعمالاً تجارية ولو وقعت مرة واحدة، ولو كان القائم بها غير تاجر (م ١٠ تجاري يمني).

موقف المشرع اليمني من نظرية الحرفة :

٥٠- تعود أصول هذه النظرية إلى المذهب الشخصي الذي كان سائداً قبل الثورة الفرنسية الذي نجد له أثراً في منهج المشرع اليمني، حيث اعتد بتجارية بعض الأعمال التي يقوم بها الشخص بمناسبة مزاولته للحرفة التجارية، إلى حد أنه يرى أن الأصل في

(١) د. كمال أبو سريخ، السابق، ص ٢٤٦.

عقود التاجر والتزاماته أنها تجارية^(١) وهذا الحكم لا يستقيم إلا في ظل مبدأ الاحتراف، ولذلك قرر القانون اليمني أن التاجر لا يكتسب الصفة التجارية، إلا إذا كان يزاول العمل التجاري على سبيل الاحتراف، (م ١٨) وبشكل مستمر ومنتظم. ومع ذلك فإن هذه النظرية لم تستحوذ على اهتمام المشرع اليمني بحيث يكتب لها السيادة لتكون ضابطاً وحيداً للتمييز بين العمل المدني والعمل التجاري.

المطلب الرابع

نظرية المشروع (المقولة)

٥١- لم تلق هذه النظرية اهتماماً خاصاً في التشريع التجاري اليمني، كما هو شأنها في قانون التجارة المصري والسوري والسعودي، وخيراً فعل المشرع اليمني، ذلك أن بعض الأعمال الأصلية غالباً ما تتم في السوق اليمني بشكل منفرد من الناحية العملية دون أن تتخذ شكل المقولة، كما هو الشأن في أعمال الوساطة والسمسة والوكالة بالعمولة، وعقود التوريد، والأماكن المعدة لاستقبال الجمهور، فهذه الأعمال اعتبرها المشرع اليمني أعمالاً تجارية مطلقة، ولو حدثت لمرة واحدة. ونرى أن هذا التوجه يلائم طبيعة المجتمع اليمني. أما مفهوم المشروع الرأسمالي كوحدة اقتصادية، تزاول النشاط التجاري وتقدم خدماتها للجمهور بشكل مستمر ومنتظم، فإن القانون اليمني قد نظمها في أحكام المتجر، والشركة التجارية، وكل منها يباشر نشاطه الاقتصادي في إطار مؤسسي منظم يكون تجارياً بنص القانون، ولو لم يباشره على وجه المقولة.

ومع ذلك فإن لهذه النظرية أنصارها في المجتمعات الأخرى، باعتبار أن القانون التجاري في العصر الحديث هو قانون المشروعات التجارية. فيرى الأستاذ (اسكارا) أن العمل التجاري المجرد أو غير المنظم في إطار مؤسسي لا يسعفنا في تقديم معيار منضبط للنشاط التجاري، ولا بد لتحقيق هذا الأخير من اقتران العمل بالمشاهد الخارجية والبيئة الداخلية اللتان تفصحان عن طبيعته التجارية وتبرزان خصائصه الاقتصادية، كمشروع تجاري.

(١) وهذا مذهب منتقد، ذلك أن للتجار حياتهم الخاصة التي لا تتضمن معنى التجارة ولا تتصل بها، ومن هذا المنطلق استدرك المشرع اليمني هذا العموم، فقضى بأن على التاجر إثبات مدنية ما قام به من عمل إذا كان لا صلة له بحرفته التجارية (م ١٤). وهذا عبء إضافي ألقي على عاتق التاجر لمجرد اكتسابهم لهذه الصفة. ويظهر لنا أن المشرع اليمني قد جانب الصواب بهذا النص، الذي جعل من الصفة التجارية وبالأعلى على صاحبها، وهذا ما يستوجب إعادة النظر فيه، لتحقيق التوازن الموضوعي لقواعد القانون التجاري.

لذلك فإن مفهوم نظرية المشروع تقوم أساساً على فكرة احترام العمل التجاري بشكل دائم ومستمر، ومن خلال مشروع منظم له مظاهر خارجية وأخرى داخلية تنبئ عنه، كتجهيز مقر للمشروع، أو شراء الآلات والمعدات أو التعاقد مع عدد من الموظفين أو العمال^(١)، ومن ثم فإن العمل العارض لا يعتبر تجارياً في عرف هذه النظرية، حتى ولو كان في الأصل من الأعمال التجارية.

وقد تعرض منطوق هذه النظرية للنقد على الوجه الآتي:

١- ضيق نظرية المشروع من دائرة تطبيق القانون التجاري باستبعادها جميع الأعمال التجارية التي لا تتخذ شكل المشروعات التجارية مثل أعمال الباعة الجائلين والأعمال التجارية العارضة، وتحرير الأوراق التجارية أو تظهيرها، وهذه كلها من الأعمال التجارية بنص القانون، ولا تتم من خلال مشروع أو تجري على سبيل المقابلة.

٢- ومن ناحية أخرى وسعت مجال أعمال القانون التجاري، بإصباح الصفة التجارية على الأعمال الخيرية أو الجمعيات التعاونية لأنها تباشر أنشطتها التجارية على شكل مشروعات مستمرة ومنظمة، مع أن هذه الأعمال مدنية بنص القانون.

٣- إن فكرة المقابلة تستوعب في طياتها المهن الحرة مثل مهنة المحاماة والطب والهندسة ومكاتب المحاسبة وهذه تقوم على فكرة المقابلة. ومع ذلك فإن القانون اليميني يعتبرها أعمالاً مدنية خالصة.

٤- إن فلسفة هذه النظرية تأثر بالمفهوم القانوني للنظرية الموضوعية التي تركز على الطبيعة المادية للنشاط من ناحية، والشكل القانوني للمشروع من ناحية أخرى، وإغفال باقي المعطيات المتصلة بالنشاط التجاري، مما يوصف هذه النظرية بالقصور لعدم إحاطتها بخصائص النشاط التجاري.

ونرى أن هذه النظرية أضيق المعايير القانونية في التشريع التجاري اليميني إذا ما قامت أساساً على فكرة المقابلة، حيث لم نجد أسسها فيه إلا في نص الفقرة (١٥) من المادة (١٠) التي تنص على أنه ((تعد أعمالاً تجارية ... بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته .. مقاولات بناء العقارات وتعديلها وترميمها وهدمها متى تعهد المقاول بتقديم المواد الأولية أو بتوريد العمال)). ويحمد للمشرع اليميني هذا الموقف، ذلك أن معيار المقابلة إذا كان يلائم مجتمعاً ما - كمصر وسوريا وفرنسا والسعودية مثلاً - فلا يناسب

(١) لمزيد من التفاصيل راجع د. محمود الشرفاوي، السابق، رقم ٣٨، تزوت عبدالرحيم، السابق، رقم ٦٧.

المجتمع اليمني الذي ينزع نحو النشاط التجاري غير المنظم، فلو اعتمد المشرع التجاري اليمني فكرة المقابلة ضابطاً وحيداً لتمييز العمل التجاري، لأدى ذلك إلى تضيق نطاق تطبيقه، واستبعاد قطاع كبير من النشاط الاقتصادي من مجال القانون التجاري، ومثل هذا الاتجاه لا يحقق الاستقرار التشريعي والاقتصادي المنشود، ويلحق الضرر بالدولة ذاتها.

تقدير النظريات السائدة الذكر :

٥٢- نخلص مما تقدم أن أياً من النظريات السابقة لم تقدم لنا على حدة معياراً جامعاً لتمييز العمل التجاري، ومع ذلك فإن لكل نظرية جانباً من الصدق في الحياة العملية. فالمضاربة وتحقيق الربح أمر محقق الوقوع في النشاط التجاري وغالباً ما لا يتحقق ذلك إلا عن طريق تداول البضائع ونقلها من مكان إلى آخر وانتقالها من يد إلى أخرى، كما تساعد أعمال الوساطة على زيادة النفع المادي وزيادة مساحة المستفيدين منه، والعرف التجاري يقتضي لتحقيق ذلك مزاولة كل الأعمال على سبيل الاحتراف ومن خلال مشروع مستمر ومنظم.

وهذا يعني أن كل النظريات مجتمعة تتكاتف مع بعضها في الحياة العملية لتشكل معاً مرجعية يستأنس بها الفقه والقضاء في بيان خصائص العمل التجاري وتمييزه عن العمل المدني. وهذا هو ما سعى إليه المشرع التجاري اليمني حيث لم يبنِ مفهوماً قانونياً لأي من النظريات السابقة على حدة، بل اتخذ نهجاً مفتوحاً على تلك النظريات مجتمعة، الأمر الذي انعكس على نظريته الواسعة والمرنة إزاء العمل التجاري، حيث ترك للاجتهاد القضائي مكنة استنباط الضوابط التي تميز النشاط التجاري عن النشاط المدني، عن طريق استقراء الخصائص القانونية والاقتصادية التي اعتمدها المشرع اليمني في الأعمال التجارية المنصوص عليها حتى يمكن تطبيقها على الأنشطة المستجدة، والتي تشترك مع الأولى في صفاتها وغاياتها (م/٧/٩).

المبحث الثاني

النتائج العملية للتفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني

٥٣- تشكل القواعد العامة للقانون التجاري منظومة متكاملة لحكم المنازعات التجارية، سواء كانت أساسها نص القانون أو العرف أو العادة، وتهتم هذه القواعد بضمان ما يكفل حقوق التاجر قبل الغير، وكذلك ما ينشأ على عاتقه من التزامات مستحقة للغير، تدعيماً لمطلوبات النشاط التجاري من الثقة والائتمان.

وهذه القواعد تشكل في مجموعها النتائج العملية الهامة للتمييز بين العمل التجاري والعمل المدني، وفيها بيان لكل ما يتصل بشخص التاجر ونشاطه الاقتصادي سواء من حيث الاختصاص القضائي، وسلطة القاضي التقديرية على محل الدعوى، وما يتصل بالحكم القضائي وتنفيذه من إجراءات، أو قواعد الإثبات في المسائل التجارية، وقواعد التقادم التي تسري على الدعاوى التجارية، أو القواعد المتصلة بالالتزامات المتولدة عن احتراف النشاط التجاري كالتضامن والإفلاس والفوائد على القروض التجارية.

ونحاول عرض هذه القواعد في أربعة مطالب على النحو الآتي :

المطلب الأول : القواعد القضائية.

المطلب الثاني : قواعد الإثبات في المواد التجارية.

المطلب الثالث : قواعد تقادم الدعاوى التجارية.

المطلب الرابع : قواعد الالتزامات التجارية.

المطلب الأول القواعد القضائية

٥٤- من النتائج العملية الهامة للفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني، خضوع المنازعات التجارية لقواعد قضائية خاصة، منها ما يتصل باختصاص النوعي بنظر الدعوى، أو سلطة المحكمة في منح المدين بدين تجاري مهلة للوفاء بالدين، وشمولية الحكم الصادر في دعوى تجارية بالتنفيذ المعجل، وهذه المسائل نحاول عرضها على الوجه الآتي :

أولاً : الاختصاص القضائي :

٥٥- تأخذ كثير من الدول بنظام القضاء المزدوج، حيث تخصص جهات قضائية للفصل في المنازعات المدنية، وأخرى للفصل في الدعاوى التجارية، وقد شاع العمل بهذا النظام نظراً لما يؤدي إليه من ترسيخ للقواعد القانونية لدى القضاء، وفهم روح القانون، وخلق القواعد العرفية^(١)، والسوابق القضائية.

ومن هذا المنطلق اهتم المشرع التجاري اليمني بوضع قضاء تجاري يختص بالنظر في المنازعات التجارية دون غيرها، وأول عهد لليمن بهذا النظام كان بصدر القرار بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٦م بإنشاء المحاكم التجارية الابتدائية في كل من صنعاء وتعز والحديدة، أما بقية المدن فقد عقد للمحاكم الابتدائية الولاية العامة في نظر كافة المنازعات أيّاً كانت طبيعتها.

(١) د. علي البارودي ، السابق ، رقم ٦٨.

وبعد إعادة تحقيق الوحدة، وتجاوباً مع الواقع الاقتصادي الجديد فقد رأت الدولة ضرورة إنشاء محكمة تجارية في عدن وأخرى في المكلا للنظر في الدعاوى التجارية ، أما المحافظات التي لا توجد فيها محاكم تجارية، فالمحكمة الابتدائية في المنطقة تعتبر صاحبة الولاية في المسائل التجارية ويكون حكم المحكمة الابتدائية في الدعاوى التجارية نهائياً إذا لم تزد قيمة الدعوى عن (٣٠٠) ثلاثمائة ألف ريال (م ٢/٨٦ مرافعات^(١)). وتبعاً لذلك صدر القرار الجمهوري رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٦م بإنشاء شعب استئناف تجارية في عواصم المحافظات الخمس المشار إليها، تتولى نظر الطعون بالاستئناف للأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية التجارية، ولم تقف الدعاوى التجارية أسيرة تلك النصوص، بل رأت الدولة ضرورة مسايرة القانون للواقع الذي تحكمه، فصدر القرار الجمهوري رقم ٣٧٨ لسنة ١٩٩٩م حيث وضع نصاً لبعض الدعاوى التجارية الجائز نظرها من قبل المحاكم الابتدائية العادية إذا بلغت قيمتها مليوني ريال، شريطة ألا تتصل بالأوراق التجارية أو البنوك أو الإفلاس أو العلامات التجارية أو فروع الشركات الأجنبية أو الوكالات الأجنبية، فإن الاختصاص فيها ينعقد للمحاكم التجارية الابتدائية باعتبارها محاكم نوعية متخصصة . والقيد المشار إليه، كإجراء تنظيمي يمكن قبوله في الأماكن التي توجد فيها محاكم تجارية نوعية متخصصة في المسائل التجارية، لكنه في غيرها يصادم نص المادتين (٨٩، ٩٥) من قانون المرافعات الجديد باعتبارها قواعد إجرائية عامة تنظم ضوابط الاختصاص القضائي، ولما كان هذا الضابط لم يف بالغرض المنشود وتمشياً مع ما شهدته الساحة اليمنية من ازدياد الأنشطة التجارية واتساع نطاق استخدام الأوراق التجارية في المعاملات المدنية والتجارية على السواء، صدر القرار الجمهوري رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٣م، مؤكداً على أهمية القضاء التجاري المتخصص، وسعى في الوقت نفسه إلى فتح باب التيسير جزئياً أمام المتقاضين باللجوء إلى المحاكم ذات الولاية العامة (القضاء المدني) لنظر الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية وغيرها من المنازعات التجارية دون التقيد بنصاب قيمة الدعوى المحدد في القرار الملغي على أن يظل الاختصاص منعقداً للمحاكم التجارية في قضايا الإفلاس والبنوك والعلامات والأسماء التجارية والقضايا المتعلقة بالشركات الأجنبية، أو التي يكون أحد أطرافها عنصراً أجنبياً.

ولعل من المفيد القول، إن من بوادر الإصلاح القضائي - إضافة إلى ما سبق - وتجاوباً مع المتغيرات الاقتصادية المتجددة سعى الدولة عبر الجهات المختصة إلى تعزيز

(١) وكان المبلغ في القانون الملغي (٧٠٠٠٠ ريال).

دور القضاء التجاري وتطويره من خلال دعمه بالكفاءات المتخصصة وتوفير الإمكانيات المتاحة لتمكينه من القيام بدوره. وتأكيداً على ذلك التوجه أكد القرار الجمهوري رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٣م بإعادة تشكيل المحاكم الابتدائية التجارية بحيث يمكن إنشاء أكثر من محكمة متخصصة بالمنطقة الإدارية الواحدة تتكون من قاض فرد. وأن يكون القضاء من ذوي الخبرة في القضاء التجاري، على أن تكون الأولوية للمتخصصين من أساتذة القانون التجاري في الجامعات اليمنية، ومن المحامين ذوي الخبرة في الترافع أمام المحاكم التجارية، ومثل هذا التوجه لم ير النور نظراً لعدم قبوله من أطراف عدة داخل السلطة القضائية.

ثانياً : المهلة القضائية للمدين :

٥٦- تجيز القواعد العامة في القانون المدني للقاضي إذا ما ثبت لديه إعسار المدين أن يمنحه أجلاً أو أجلاً للوفاء بالتزاماته قبل دائنيه ، وأبعد من ذلك نص القانون المدني اليمني بأنه إذا ثبت بحكم قضائي إعسار المدين، وجب على الحاكم الحيولة بينه وبين الدائن إلى أن يثبت يسار المدين^(١).

أما في المسائل التجارية فإن قواعد القانون التجاري تنسم بالشدة والقسوة في معاملة المدين التاجر، ومن تطبيقات هذا المبدأ ما قضت به المادة (٥٠١ تجاري يمني) بأنه ((لا يجوز للمحاكم أن تمنح مهلاً للوفاء بقيمة الكمبيالة أو للقيام بأي إجراء آخر متعلق بها إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون))، والراجع سريان هذا الحكم على كافة الأوراق التجارية^(٢).

وقد اختلف الفقه بشأن امتداد ذلك الحكم إلى كافة المسائل التجارية في الدول التي خلت تشريعاتها من نص واضح في هذا الشأن، كما هو حال اليمن. إلا أن البعض^(٣) يرى مع ذلك أن مذهب القضاء الوطني يسير باتجاه ذلك المبدأ وتأصيله، فيندر أن تمنح المحاكم المدين التاجر مهلة زمنية للوفاء بديونه التجارية، نظراً لأهمية الوفاء في المواعيد المحددة بالنسبة لجميع التجار.

وفي هذا الاتجاه قضت المادة (٣٤٣ تجاري سوري) بقولها ((لا يحق للمحاكم في المواد التجارية أن تمنح مهلاً للوفاء إلا في ظروف استثنائية)). ويجدر بالمشرع اليمني أن يتبنى مثل هذا النص، تمشياً مع قواعد التجارة، وحسماً للمنازعات، والتفسيرات التي قد تسير في اتجاهات لا تلائم قواعد التجارة في السرعة والائتمان.

(١) راجع في هذا الشأن المواد (٣٥٩-٣٦٥ مدني يمني).

(٢) د. مصطفى طه، السابق، رقم ٨٩، د. السيد اليمني، السابق ص ١٢٤.

(٣) راجع في ذلك د. علي البارودي ، السابق رقم ٧١.

ثالثاً : النفاذ المعجل^(١)

٥٧- يقصد بالنفاذ المعجل تنفيذ الحكم الصادر من جهات قضائية أدنى بالرغم من قبوله الطعن أمام محكمة أعلى درجة، وهذه القاعدة وجدت طريقها إلى التشريعات التجارية^(٢) وطبقها القضاء، حيث قضت محكمة استئناف القاهرة بقولها ((متى تبين للمحكمة من الاطلاع على الأوراق، أن النزاع متعلق بمادة تجارية ... فإنه في هذه الحالة يكون الحكم بالنفاذ المعجل واجباً بقوة القانون بشرط الكفالة))^(٣).

أما الأحكام الصادرة في المسائل المدنية فلا تكون قابلة للتنفيذ إلا إذا صارت أحكاماً إنتهائية، ومبعث التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني في هذا الأمر، حرص التشريعات على تنفيذ الالتزامات التجارية في مواعيدها دون ماطلة، هذا من ناحية، وخشية تلف السلع محل الدعوى، أو تقويت مصلحة محققة للمحكوم له إذا ما انتظر حتى يصبح الحكم إنتهائياً من ناحية أخرى.

الجدير بالذكر أن قانون المرافعات اليمني الملغي رقم (٢٨ لسنة ١٩٩٢) لم ينظم قواعد النفاذ المعجل على نحو واضح وكاف، بل أشار إليها عرضاً في المادة (١٦٩) التي وردت في الفصل الأول من الباب الثامن الخاص بصدر الأحكام القضائية، وفي المادة (١٩٥) التي جاءت في الباب التاسع والخاص بأوامر الأداء. غير أن المادتين (٢١٠ و ٢٤٤) مرافعات) كانتا أكثر وضوحاً في هذا الشأن. حيث أجازت المادة (٢/٢١٠) شمول الحكم بالنفاذ المعجل، إذا كان صادراً في أحوال تستوجب الاستعجال، ويخشى من تأخيرها حصول الضرر، وكان مأموراً فيه بالنفاذ المؤقت. وزادت المادة (٢٤٤) بقولها ((الأحكام والأوامر الآتية تكون قابلة للتنفيذ بمجرد صدورها بالشروط التي تراها المحكمة:

١- الأحكام الواجبة التنفيذ المعجل بنص القانون.

٢- إذا كان يترتب على تأخير التنفيذ ضرر جسيم بمصلحة المحكوم له)).

ومما يستوجب ذكره في هذا الشأن أن قانون المرافعات الجديد، الصادر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢م قد أفرد للنفاذ المعجل فصلاً كاملاً تضمن عدداً من المواد التي تنظم هذه المسألة الهامة. وتمشياً مع طبيعة المعاملات التجارية عدلت المادة (٢٤٤) المشار

(١) للمزيد من التفاصيل حول موقف المشرع اليمني من النفاذ المعجل، راجع د.محمد أحمد مرغم، أحكام إجراءات التنفيذ الجبري، دار الحكمة اليمنية صنعاء، ص ٨١ وما بعدها. والفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون المرافعات الجديد.

(٢) على سبيل المثال (٢٨٩ مرافعات مصري)، وفي التشريع السوري راجع انطاكي والسباعي، السابق رقم ٨٩.

(٣) استئناف القاهرة في ١/٨/١٩٥٣م، موسوعة جمعة رقم ٧٣.

إليها أنفاً إلى مادتين (٣٣٥، ٣٣٦) حيث نصت المادة (٣٣٥) على أنه ((تكون الأحكام والأوامر التالية واجبة التنفيذ المعجل فور صدورهما وبقوة القانون:

١- الأحكام وأوامر الأداء الصادرة في المسائل التجارية بشرط الكفالة.

٢- ((.....)).

ونصت المادة (٣٣٦) بقولها ((يجوز للمحكمة أن تأمر بتنفيذ الأحكام الصادرة في المسائل الآتية معجلاً وبشرط الكفالة:

١-

٢-

٣-

٤- إذا كان يترتب على تأخير تنفيذ الحكم ضرر جسيم)).

وتنص المادة (٥٧٩ تجاري) على أن الأحكام الصادرة في دعاوى الإفلاس تكون واجبة النفاذ المعجل بدون كفالة ما لم ينص على خلاف ذلك.

ولاشك أن الأحكام المتصلة بالمعاملات التجارية من المسائل التي يترتب على عدم شمولها بالنفاذ المعجل إلحاق الضرر بالتاجر المحكوم له، الأمر الذي يفوت عليه مصلحة محققة، مما يستوجب رعاية مصلحته بالتأكيد على شمولية الأحكام الصادرة في المسائل التجارية بالنفاذ المعجل.

ومن هذا المنطلق ندعو القضاء التجاري اليمني إلى تفعيل النفاذ المعجل في المسائل التجارية نظراً لطبيعتها الخاصة، جرياً على المتبع في الدول الأخرى، شريطة الحصول على الضمانات الكفيلة بحفظ حقوق المنفذ ضده إذا صدر حكم محكمة الدرجة الثانية لصالحه، على النحو المبين في قانون المرافعات الجديد المواد (٣٣٥-٣٤٦).

رابعاً : التنفيذ على المال المرهون :

٥٨- يكون الرهن تجارياً بالنسبة لجميع الأطراف، إذا عقد ضماناً لدين تجاري بالنسبة للمدين (م ٢١٥ تجاري يمني) ومثل هذا الدين يخضع لإجراءات سهلة إذا ما أراد الدائن المرتهن التنفيذ على الشيء المرهون إذا لم يف المدين بالتزاماته في الميعاد، حيث يجوز للدائن المرتهن بعد مرور ثلاثة أيام من تنبيه المدين بالوفاء تنبيهاً رسمياً أو بكتاب مسجل بعلم الوصول، أن يحصل من المحكمة على أمر ببيع الشيء المرهون كله أو بعضه لاستيفاء قيمة الدين (م ٢٢٣ تجاري). وهذا أمر خاص بالرهن التجاري نظراً

لوروده غالباً على بضائع تكون عرضة لتقلبات الأسعار، أو تكون سلعاً قابلة للتلف^(١). وقررت المادة (٥٢ تجاري) لبائع المتجر أو للدائن المرتهن، بعد ثمانية أيام من التنبيه على المدين بالوفاء، الحق في التقدم إلى قاضي الأمور المستعجلة بطلب الأذن له ببيع مقومات المتجر كلها أو بعضها بطريق المزاد العلني لاستيفاء حقه من قيمتها.

أما التنفيذ على الشيء المرهون في المعاملات المدنية، فاشتراط المشرع اليمني لتمامه، موافقة المدين الراهن والمرتهن، وفي حالة رفضه يتوجه الدائن إلى المحكمة للحصول على أمر بالبيع شريطة مراعاة الإجراءات والقواعد المنصوص عليها بالمواد (١٠١٥-١٠٢١) وهذا الإجراء يشكل عقبة تعطل أو تعرقل تحقق النفاذ المعجل بصدد الديون المدنية، المرتبطة غالباً بالمهلة القضائية النظرة إلى ميسرة.

من كل ذلك يظهر لنا أن التنفيذ على الشيء المرهون بدين تجاري أيسر منه في المعاملات المدنية، نظراً لصعوبات الإجراءات اللازمة لتحقيقه بصدد هذا الأخير.

المطلب الثاني

قواعد الإثبات في المواد التجارية^(٢)

٥٩- للمعاملات التجارية طبيعتها الخاصة، حيث تتصف بالبعد عن الإغراق في شكلية العقود المدنية، لذلك نجد الكثير من التصرفات التجارية تهرم شفاهاً أو بالتلفون أو بالوسائل الإلكترونية الحديثة^(٣) أو بغيرهما من وسائل الاتصال الحديثة، رافق ذلك عملياً ضرورة إطلاق حرية الإثبات في المواد التجارية وعدم تقييده بوسيلة معينة، حيث يجوز إثبات ما حرر بالكتابة بغير الكتابة والعكس، وأبعد من ذلك جعلت الدفاتر التجارية حجة لأصحابها في مواجهة الغير، استثناءً من مبدأ عدم جواز استصناع الشخص دليلاً لنفسه وينطبق نفس الحكم على الدفاتر والسجلات الإلكترونية^(٤).

(١) د. مصطفى طه، السابق، رقم ٩١.

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع د. علي جمال الدين، الوجيز، ص ١٢٧-١٥١.

(٣) المواد (٣٨-٤٠-٤١ تجاري يمني)، والمادة (١٢١) من قانون الإثبات رقم ٢١ لسنة ٩٢ والمادة (٢) في القانون رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦ بشأن أنظمة الدفع الالكترونية. وقضت محكمة النقض المصرية بقولها (إثبات وجود الديون التجارية وانقضائها في علاقة المدين بالدائن الأصلي تطبيق من القيود التي وضعها الشارع لما عداها من الدين في المواد (٤٠١-٤٠٣) من القانون المدني، فيجوز الإثبات في المواد التجارية إلا ما استثنى بنص خاص بكافة طرق الإثبات القانونية حتى ولو انصرف الإثبات إلى ما يخالف ما هو ثابت بالكتابة) طعن رقم ٢٨٨ جلسة ١٩٨١/١/١ قضاء النقض التجاري، د. أحمد حسني، رقم ١٧.

(٤) راجع المواد (١٠، ١١) من القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية.

ويلاحظ أن المشرع اليمني لم يبين منهاجاً واضحاً للترقية بين وسائل الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، إلا أنه يستشف من خلال النصوص المتناثرة في قانون التجارة وقانون الإثبات أن للتاجر إثبات دعواه ولو كانت ثابتة بالكتابة بأي وسيلة من وسائل الإثبات. وقد أجازت المادة (١٠٦) إثبات المعدل بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٦٦م) للقاضي إهمال ما جاء في المحرر العرفي المكتوب غير الموقع من الخصم إذا تقدم بما ينفي الكتابة بأي دليل قانوني آخر كشهادة الشهود مثلاً.

وفي نص صريح يتعلق بالرهن التجاري، أجازت المادة (٢١٨) تجاري للمتعاقدين إثبات الرهن التجاري في مواجهة الغير بكافة طرق الإثبات. وفي هذا الشأن فقد أقرت المحكمة الاستئنافية التجارية بصنعاء صحت قيام الشراكة بين المدعي والمدعى عليه بناءً على شهادة الشهود^(١).

خلاصة القول، إن الإثبات في المسائل التجارية أيسر منه في الأمور المدنية، وهذه القاعدة لم تقرر إلا مراعاة للظروف الخاصة التي تتم في ظلها إبرام الصفقات والعقود التجارية.

بل إن خط التاجر المدعي يكون قريبة على صحة ما يدعيه في مواجهة المدعى عليه، خلافاً للقاعدة التي تقول ((لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه)).

المطلب الثالث

قواعد تقادم الدعاوى التجارية

٦٠- الطريق الطبيعي لانقضاء الحقوق والالتزامات الناشئة عنها، هو الوفاء باعتباره الأصل، إلا أن هذا ليس هو السبيل الوحيد لذلك، بل يمكن قانوناً انقضاء الحق دون وفاء، وذلك بمرور الزمن. والقانون المدني اليمني (م ٤٤٢) لم يجعل مضي المدة وسيلة قانونية لانقضاء الحق مباشرة، بل وسيلة تمنع من سماع الدعوى، وتقضي في الأخير إلى إسقاط حق المطالبة به^(٢).

ويجوز للمدين وفقاً للقانون التمسك بعدم جواز نظر الدعوى من قبل المحكمة لانقضاء المدة (م ٤٤٨ مدني). ومع ذلك ترك القانون المدني الحكم بشأن التقادم للقوانين

(١) (س-ث) يمني رقم ٩٤/٦٠، صادر في ١٩٩٧/٤/٧م.

(٢) راجع في هذا المعنى المستشار زكي العربي، طبيعة التقادم في الشريعة والقانون، مجلة القانون والاقتصاد تصدرها حقوق القاهرة، السنة ٣ عدد ١ يناير ١٩٦٣ ونجد فيها لهذا الرأي في نص المادة (٤٤٨) مدني يمني.

الفصل الأول: ضوابط التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني ونتائجه العملية

الخاصة، فنص في المادة (٤٤٢) على أنه ((في الأحوال التي ينص فيها القانون على عدم سماع الدعوى بمضي الزمن يرجع في تحديد المدة والشروط والقرائن والملابسات إلى النص الخاص بها)). وتوجد في قانون التجارة إشارات متفرقة إلى تقادم بعض الحقوق المتصلة بالمعاملات التجارية، مثال: تقادم حق المشتري في طلب الفسخ أو إنقاص الثمن، وحق البائع في طلب تكملة الثمن بمضي سنة من يوم التسليم الفعلي (م ٩١) وتقادم دعوى ضمان العيب بمرور سنة من يوم تسليم المبيع ما لم يقبل البائع الالتزام بالضمان لمدة أطول (م ٩٣). ويسقط الحق في رفع دعوى المسؤولية على الناقل الجوي بمرور سنتين من يوم بلوغ الطائرة جهة الوصول (م ٢١٢).

ولما لم ينص قانون التجارة باعتباره قانوناً خاصاً يحكم النشاط التجاري على تقادم الكثير من الدعاوى التجارية، فإنه لابد من العودة إلى القواعد العامة الحاكمة لهذا الموضوع فالمادة (٢٠٢ مدني) تقضي بعدم جواز التمسك ببطلان العقد بمضي ٢٥ سنة من وقت تمام العقد مع عدم المانع، إذا لم يطالب به المستفيد حين انكشاف العلة المبطلنة للعقد، وهذه فترة زمنية طويلة تلائم المعاملات المدنية دون التجارية، لذلك لابد من البحث عن حل أمثل في التشريعات اليمنية المختلفة.

٦١- وفي السياق المشار إليه فقد جاءت أحكام قانون الإثبات اليمني رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢م، أكثر تجاوباً مع الاعتبارات الاقتصادية والتجارية، حيث نصت المادة (٢٢) على أنه ((لا تسمع الدعوى من حاضر على غائب بعد مضي سنة من تأريخ الاستحقاق في الأحوال الآتية:

حقوق التجار والصناع عن أشياء، وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها مع عدم المطالبة.

حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم)).

يفهم من هذا النص سقوط حق التاجر قبل عملائه بمضي سنة من تاريخ الاستحقاق. وينثار التساؤل بهذا الصدد عن المدة التي تسقط فيها الحقوق التجارية بين التجار، أو يكون في مضي المدة مصلحة لأحدهم قبل شخص غير تاجر؟

أجابت على هذا التساؤل المادة (٢٣ إثبات) بقولها ((لا تسمع الدعوى من حاضر بسائر الحقوق التي لا تتعلق بعقار ولم يرد ذكرها في المواد الأربع السابقة بعد مضي خمس سنوات من تاريخ الاستحقاق مع عدم المطالبة)).

ومنطوق هذا النص من العموم بحيث يشمل جميع المعاملات التجارية، وبموجبه تسقط الدعوى المتصلة بالحقوق التجارية غير المبين مدة تقادمها بانقضاء خمس سنوات من تاريخ الاستحقاق مع عدم المطالبة.

٦٢- ولم يقف منهاج المشرع اليمني على المدد المشار إليها، بل اتجه إلى إنقاصها في بعض المعاملات التجارية، فنصت المادة (٤٤٨ تجاري) بانقضاء التزام الكفيل في الكمبيالة الضائعة بمرور ثلاث سنوات من تاريخ فقدانها إذا لم تحصل أثناءها مطالبة، ولم تحرك بشأنها دعوى قضائية.

كذلك تنقضي الدعوى الناشئة عن الكمبيالة تجاه قابليها بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق، ودعوى الحامل تجاه المظهرين أو الساحب بمرور سنة من تاريخ الاعتراض (البروتستو) أو من تاريخ الاستحقاق في حالة الإعفاء من شرط الاعتراض (م ٥١٩ تجاري) وتسري هذه القواعد على السند لأمر (م ٥٢٥ تجاري).

وتتقادم دعوى حامل الشيك على المسحوب عليه والساحب والمظهر وغيرهم بمضي ستة شهور من تاريخ انقضاء ميعاد تقديم الشيك للوفاء، وتتقادم دعوى رجوع الملتزمين بالوفاء بقيمة الشيك قبل بعضهم بمرور ستة شهور من يوم الوفاء أو المطالبة القضائية (م ٥٦٦ تجاري).

٦٣- وفي نطاق التجارة البحرية، تنقضي المادة (٦٤ بحري يمني) بانقضاء حقوق الامتياز على السفينة بمرور سنة، وبمضي ستة أشهر بالنسبة لتوريد وتجهيز السفينة، خلال رحلتها البحرية. وتنقضي بمرور سنة دعوى العمل البحري، ودعوى المطالبة بإيجار السفينة، ودعوى الموكل على الوكيل البحري أو المقاول، والدعوى الناشئة عن عقد النقل البحري أياً كان نوعه، ودعوى القطر والإرشاد البحري^(١)، وتنقضي بمرور سنتين دعوى التصادم البحري ومصاريف الإنقاذ والمساعدة البحرية، أو الخسارات البحرية المشتركة، والدعوى الناشئة عن التأمين^(٢).

يتضح من مجمل النصوص سالفة الذكر، أن الحقوق المتصلة بالمعاملات التجارية أياً كان منشأها، تنقضي بمدة قصيرة، بخلاف الحقوق المدنية التي تنقضي بمرور مدة طويلة جداً.

(١) المواد (١٠٩، ١١٠، ١٩٥، ١٦٤، ٢٨٢، ٢٩٠، ٣٠١ بحري يمني).

(٢) المواد (٣٤٩، ٣١٢، ٣٢٥، ٣٩٣/١ بحري يمني).

المطلب الرابع

القواعد الناشئة عن الالتزامات التجارية

٦٤- من النتائج العملية الهامة للتمييز بين العمل التجاري والعمل المدني، أن المشرع أحاط المسائل التجارية بمجموعة من القواعد الهادفة إلى حفظ الحقوق الناشئة عن العقود التجارية، ذلك أن الروابط القانونية التجارية، يتولد عنها مجموعة من الالتزامات الهامة التي اقتضتها الطبيعة الخاصة للمعاملات التجارية. والقواعد المذكورة نوجزها على الوجه الآتي :

أولاً : التضامن بين المدينين بدين تجاري :

٦٥- تزداد أهمية التفرقة بين العمل التجاري وبين العمل المدني وضوحاً، بشأن تحديد الملزم بالوفاء بالديون التجارية في حالة تعددهم. والسؤال الذي يطرح نفسه، هل يستطيع الدائن بدين تجاري مطالبة أحد المدينين بجميع الدين فقط أم عليه أن يتوجه بطلبات متعددة إلى كل مدين على حده ليحصل منه على نصيبه من الدين ؟ .

القاعدة العامة في المسائل التجارية أن التضامن بين المدينين بدين تجاري أمر مفترض مالم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك، ومن ثم يكون للدائن بحسب الأصل الحق في مطالبة أحد المدينين بدين تجاري بكامل الدين دون أن يحق له الدفع بالتجريد أو بالتقسيم^(١). ومن تطبيقات هذا المبدأ تضامن الشركاء المتضامنين في الشركات التجارية (م ١٤ شركات) وتضامن صاحب الكمبيالة وقابلها ومظهرها وضامناتها قبل حاملها (م ٤٩٨ تجاري) وتضامن الكفلاء بدين تجاري في مواجهة الدائن (م ٢٣٦ تجاري)^(٢).

هذا بخلاف الأمر في المعاملات المدنية، فإن التضامن لا يفترض، إنما يتقرر باتفاق أصحاب الشأن أو بنص القانون (م ٢٧٦ وم ٣٨٢ مدني).

ثانياً : الإفلاس :

٦٦- الإفلاس جزاء خاص يطبق على التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية حالة الأداء (م ٥٧٠ تجاري)، ويهدف إلى غل يد المدين وتعيين سنيك لإدارة التفليسة، يقوم بتصفية أموال المدين تصفية جماعية وقسمتها على المدينين قسمة غرماء. لذلك فلا

(١) يقصد بذلك أن المدين الذي توجه إليه الدائن أو صدر حكم قضائي بالزامه بالوفاء لا يستطيع أن يدفع بضرورة مطالبة باقي المدينين أولاً أو أن يدفع نصيبه من الدين فقط.

(٢) محكمة صنعاء الابتدائية للتجارية، رقم ٨٨/١٧، في ١٩٨٩/١/٩ م.

يجوز شهر إفلاس المدين التاجر إذا ما توقف عن دفع دين مدني كما لا يسري هذا النظام الخاص على طرفي العلاقة المدنية.

ثالثاً : الفوائد :

٦٧- تجري التشريعات المقارنة^(١) على رفع سعر الفائدة في القروض التجارية وتخفيضها في القروض المدنية، باعتبار الأولى قروضاً إنتاجية، والأخيرة من القروض الاستهلاكية.

ولم يلجأ المشرع المدني اليمني إلى اقتفاء ذلك الأثر، بل قضى في المادة (٣٥٦) بقوله ((كل اتفاق على فائدة ربوية باطل ولا يعمل به، وكل اتفاق تبين أنه يستتر فائدة ربوية غير صحيح ولا يعمل به كذلك...))^(٢).

أما المشرع التجاري، فقد تناول القانون الملغي رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٦م، القرض التجاري في المواد (٢٠٧-٢١٢) وأشارت المادة (٢١٠) بوجوب الفائدة في القروض التجارية ما لم يتفق على غير ذلك، غير أن القانون الساري حالياً لم يتناول هذا الموضوع صراحة انسجاماً مع الموقف الشرعي بشأن الفوائد.

ومع ذلك نلاحظ أن المشرع التجاري اليمني قد أشار في القانون النافذ حالياً وفي نصوص متفرقة إلى التسليم بالفائدة في بعض المواضع، فالمادة (٢٢٢) تلزم الدائن المرتهن بقبض فوائد الشيء المرهون، وتجزئ المادة (٢٢٥) للدائن المرتهن استيفاء دينه من أصل وفوائد ومصرفات من الثمن الناتج عن البيع، كما أجازت المادة (٣٥٣) استلام أرباح الودائع لدى المصارف طبقاً لما تحدده تعليمات البنك المركزي.

الجدير بالذكر أن الواقع العملي في البنوك التجارية والبنوك المتخصصة في اليمن، يجري على تقرير فوائد مرتفعة على الديون التجارية، وفوائد منخفضة على الديون المدنية^(٣).

(١) فالمادة ٢٢٧ مدني سوري فرضت فائدة ٤% على القروض المدنية و٥% على الديون التجارية، وهو حكم المادة ٢٢٦ مدني مصري.

(٢) كنا نتمنى أن يتخذ المشرع اليمني من هذا النص متهاجاً عاماً في كافة المعاملات، والواضح أن هذا الأمر ظل نصاً نظرياً في القواعد العامة دون أن يترجم عملياً على المنطق القانوني.

(٣) والأمل معقود على العلماء في العالم الإسلامي للسعي نحو إيجاد صيغة شرعية، تستوعب كافة الأعمال المصرفية بشقيها الائتمان والإيداع. وبالمناسبة عقد في صنعاء في الفترة من ١٦-١٨/١٢/١٩٩٦م مؤتمراً دولياً لمناقشة الأعمال المصرفية للبنوك الإسلامية، والاستفادة من خبراتها في التجربة اليمنية نرجو أن تكون من أهدافها تقديم الحلول الشرعية لبعض المعاملات المصرفية.

الفصل الثاني الأعمال التجارية الأصلية

تمهيد وتقسيم :

٦٨- عرّف المشرع اليمني الأعمال التجارية بأنها ((الأعمال التي يقوم بها الشخص بقصد تحقيق الربح ولو كان غير تاجر)) (م ٨ تجاري).

يفهم من هذا النص أن العمل الذي يحقق ربحاً للقائم به يعتبر تجارياً، ولو كان العمل ذات طبيعة مدنية. وبمفهوم المخالفة للنص المذكور أن كل عمل لا يحقق لصاحبه ربحاً يعتبر من الأعمال المدنية، ولو كان من الأعمال التجارية الأصلية، بل حتى ولو كان القائم به من التجار.

ولو سلمنا بهذا المعيار اليمني الذي توسع في مفهوم العمل التجاري، سواء بالنص على اعتبار أعمال بعينها تجارية، أو بجعله الأعمال المنصوص عليها معياراً يقاس عليها الأعمال المستجدة إذا كانت متجانسة مع الأولى في الصفة أو الغاية (م ٧/٩)، أو إذا كانت مرتبطة بالأعمال التجارية المنصوص عليها في المواد (١٠، ١١، ١٢) أو مسهلة لها كما وضحته المادة (١٣). وكل تلك الأعمال يعتبرها المشرع اليمني تجارية، سواء حققت لمن يزاولها ربحاً أم لحقت به الخسارة.

وعلى ضوء ما سبق، نرى أن ما يتفق ورؤية المشرع اليمني، هو القول بأن الأعمال الواردة بنص القانون أو ما لحق بها بطريق القياس أو الاجتهاد (م ٧/٩) تعتبر أعمالاً تجارية أصلية سواء حققت للقائم بها ربحاً أو ألحقت به خسارة، أما الأعمال المدنية التي اكتسبت صفتها التجارية نتيجة إرتباطها بعمل تجاري، أو كانت مسهلة له (م ١٣) فتعتبر أعمالاً تجارية بالتبعية -وسوف نخصص لها فصلاً مستقلاً في هذه الدراسة.

٦٩- والأعمال الأصلية على نحو ما انتهى إليه رأينا، هي الأعمال الواردة بنص القانون أو بطريق القياس أو الاجتهاد، نجدها في المواد (٩-١٢). غير أن الأعمال التجارية الواردة في هذه المواد ليست كلها ذات اعتبارات موضوعية وقانونية واحدة، ذلك أن بعض تلك الأعمال خصوصاً الواردة في المادة (٩) تنفرد عن غيرها بضرورة توافر شروط معينة للقول بتجارتيتها، ويطلق عليها الفقه الأعمال التجارية المنفردة، لأنها بالإضافة إلى ذلك تنفرد غالبية تلك الأعمال عن غيرها بخضوعها لتصرف قانوني مسبق

يتمثل في الشراء أو الاستئجار أو إبرام عقد من شأنه خلق آثار ممتدة في المستقبل كعقد التوريد، وذلك حتى يمكن القول بتجاريته.

وفي الوقت نفسه، حملت إلينا تلك المواد خصوصاً (١٠، ١١، ١٢) أعمالاً تجارية مطلقة، وهي تعتبر كذلك بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته، ولا تستلزم لتجاريته أي شرط كسابقته، باستثناء الفقرة (١٥) من المادة (١٠) المتصلة بأعمال المقاولات.

وعلى ذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين مستقلين على النحو التالي:

المبحث الأول: الأعمال التجارية المنفردة.

المبحث الثاني: الأعمال التجارية المطلقة.

المبحث الأول

الأعمال التجارية المنفردة

٧- الأعمال التجارية المنفردة، هي الأعمال التي لا تكتسب صفتها التجارية من خصائصها الذاتية المجردة أو من طبيعتها القانونية الصرفة أو من تعارف الناس عليها - كالأعمال التجارية المطلقة - بل من خلال تصرف قانوني يتفق ميلادها، هو الشراء أو الاستئجار أو أن آثار التصرف تمتد إلى المستقبل. ومقتضى - ما سبق - أن الأعمال التجارية المنفردة هي الأعمال التي يشترط لتجاريته شروطاً محددة لا ترتبط بالنوايا الباطنة أو بالتكييف الإرادي للقائم بها، سواء كان تاجراً أم غير تاجر، وسواء اتخذت صفة الدوام والاستمرار، أم كانت لمرة واحدة، وسواء كانت آثارها منجزة كالبيع، أم ممتدة، كعقود التوريد.

وتطبيقاً لذلك، نصت المادة (٩ تجاري) بقولها ((تعد بوجه خاص الأعمال الآتية أعمالاً تجارية:

١- شراء السلع وغيرها من المنقولات المادية وغير المادية بقصد بيعها بربح، سواء قصد بيعها بحالتها أو بعد تحويلها وتصنيعها.

٢- شراء السلع وغيرها من المنقولات المادية وغير المادية بقصد تأجيرها أو استئجارها لغرض تأجيرها من الباطن.

٣- البيع أو التأجير من الباطن للأشياء المشتراة أو المستأجرة على الوجه المبين فيما تقدم.

الفصل الثاني: الأعمال التجارية الأصلية

٤- استئجار الشخص أجنبياً بقصد إيجار عمله وإيجاره عمل الأجير الذي استأجره بهذا القصد.

٥- عقود التوريد.

٦- شراء الشخص أرضاً أو عقاراً بقصد الربح من بيعه بحالته أو بعد تجزئته وبيع الأرض أو العقار الذي اشتري بهذا القصد.

٧- الأعمال التي يمكن اعتبارها مجانسة للأعمال المتقدمة لتشابه صفاتها وغاياتها)).

ويتضح من هذا النص أنه يتضمن أنواعاً ثلاثة من الأعمال التجارية، نخصص لكل منها مطلباً مستقلاً على النحو الآتي:

المطلب الأول: الشراء بقصد البيع أو التأجير.

المطلب الثاني: الاستئجار بقصد التأجير.

المطلب الثالث: الارتباط بعقد من عقود التوريد.

المطلب الأول

الشراء بقصد البيع أو التأجير

٧١- تقوم التجارة في الأصل على المبادلات السلعية وانتقالها من يد إلى أخرى بيعاً وشراء وإيجاراً واستئجاراً.

والشراء أو الاستئجار هو العمل القانوني الأول لإكساب التصرف الوصف التجاري. لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة (٩) على أن ((شراء السلع وغيرها من المنقولات المادية وغير المادية بقصد بيعها بربح، سواء قصد بيعها بحالتها أو بعد تحويلها وتصنيعها)) تكون تجارية. كذلك ما نصت عليه الفقرة السادسة بقولها ((شراء الشخص أرضاً أو عقاراً بقصد الربح من بيعه بحالته الأصلية أو بعد تجزئته، وبيع الأرض أو العقار الذي اشتري بهذا القصد)) يكون تجارياً. وقد جاء هذا المعنى لدى الفقهاء المسلمين، حيث ذكر بعضهم أن معنى التجارة هي ((تقليب المال بالمعاوضة لغرض الربح))^(١)، ونفس المعنى نجده لدى ابن خلدون^(٢).

(١) مغني المحتاج، ج٤، ص ٣٩٧

(٢) مقدمة ابن خلدون، مصدر سابق، ص ٣٩٤، ٣٩٥.

ويستخلص من الفقرتين السابقتين، ضرورة توافر ثلاثة شروط لاعتبار الشراء بقصد البيع عملاً تجارياً، تتمثل في حصول الشراء، وإعادة بيع محل الشراء للغير، وأن يكون البيع بقصد تحقيق الربح، ونحاول عرضها على النحو الآتي :

الشرط الأول : الشراء :

٧٢- يقصد بالشراء بالمعنى الواسع، اتجاه إرادة الشخص إلى الحصول على سلعة محددة بعوض معلوم، ويعتبر هذا العوض من الأركان الجوهرية للعقد، سواء كان العوض نقداً أم غير نقدي. والشراء بهذا المفهوم هو العنصر الأول الذي يبدأ به النشاط الاقتصادي والمبادلات التجارية حتى يمكن اعتباره تجارياً، فالشراء إذاً هو الإجراء القانوني الأول الذي يحصل به معنى المبادلات التجارية، وهو الوصف التقليدي المقترن بالنشاط التجاري.

ويترتب على ذلك، أن من باع شيئاً لم يسبق له شراؤه، كما إذا حصل عليه بطريق الميراث أو الهبة أو الوصية أو المسابقات الثقافية أو الرياضية، كان تصرفه مدنياً^(١)، لخلوه من معنى الشراء القائم على العوض ولخروجه من دائرة المضاربة. ويعتبر عملاً تجارياً بيع التاجر لآخر مالا منقولاً مملوكاً للغير مما يدخل في موضوع تجارته، حيث يمتلك المشتري المبيع إذا كان حسن النية، ولو كان المبيع مسروقاً أو مفقوداً، وفي هذه الحالة يكون للمالك أن يسترده خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة، وللمشتري مطالبة المالك بتعجيل الثمن الذي دفعه. (م ٧٤ تجاري). ولكن يثار التساؤل إذا كان المبيع مما يهلك بالاستعمال أو لا يستطيع البائع الرد فما هو الحل ؟ الظاهر من مفهوم النص أنه ليس على البائع شيء إذا كان حسن النية.

ويخرج من نطاق مفهوم الحكم المشار إليه، كل المنقولات والسلع المادية والمعنوية التي حصل عليها الشخص بدون ثمن، كالهبة والوصية والإرث وما ينتجه الشخص بجهد المادي والبدني، أو الفكري، ولو قام ببيعه للغير، فهو مدني بطبيعته وذلك لعدم سبق الشراء، مثل النشاط الزراعي، والصناعات الاستخراجية، والإنتاج الذهني، وأعمال المهن الحرة كما يرى البعض. وننولى عرض هذه الأنشطة بالقدر الذي يوضح موقف المشرع اليمني من كل منها.

أ - النشاط الزراعي :

٧٣- استقر رأي الفقه والقضاء وغالبية التشريعات على اعتبار الإنتاج الزراعي عملاً مدنياً لأنه غير مسبوق الشراء ولاعتماده على الجهد البدني في المقام الأول وتطبيقاً

(١) د. محسن شفيق ، السابق ، رقم ٧٢.

الفصل الثاني: الأعمال التجارية الأصلية

لذلك نصت المادة (١٦ تجاري) على أن ((بيع المزارع الحاصلات الناتجة من الأرض المملوكة له أو التي يزرعها ولو بعد تحويل هذه الحاصلات بالوسائط التي يستعملها في صناعته الزراعية لا يعد عملاً تجارياً)). فنشاط المزارع، ولو كان مقترناً ببيع منتجاته في الأسواق المحددة لهذه المنتجات، يظل بحسب الأصل مدنياً.

ولا يغير من الطبيعة المدنية للنشاط الزراعي، استئجار المزارع للأرض (م ١٦) وشراؤه للبذور والأسمدة، والتعاقد مع العمال لفلاحة الأرض. ويظل عمل المزارع مدنياً حتى مع شرائه محصول غيره بقصد بيعه، ما لم يكن بكميات كبيرة يفوق ما ينتجه هو من الأرض، أو يصبح هذا النشاط حرفة له، حينئذ يعتبر عمله تجارياً^(١). كذلك لا يعتبر عملاً تجارياً قيام المزارع بتربية الماشية في مزرعته ثم بيعها أو بيع ما ينتج منها من سمن أو لبن أو بيض، نظراً لاعتبارها تابعة لنشاطه الرئيسي وهو الزراعة، تطبيقاً لقاعدة الفرع يتبع الأصل في الحكم.

ولكن لو اشترى الفلاح الأرض أو استأجرها بقصد تربية المواشي أو الدواجن وبيعها بعد تسمينها في مزرعته، كان عمله تجارياً^(٢)، وذلك لتوافر عنصر المضاربة المقترن بالشراء لأجل البيع، إضافة إلى توافر عنصر الاحتراف، والتداول، والشكل القانوني للمشروعات التجارية.

تحويل المنتجات الزراعية إلى سلع كاملة الصنع :

٧٤- يرى المشرع التجاري اليمني في المادة (١٦) أن بيع المزارع حاصلاته الزراعية يعتبر عملاً مدنياً حتى بعد تحويلها إلى هيئة أخرى بالوسائط والآلات التي يستعملها في مزرعته، كتحويل الحبوب إلى دقيق والبن إلى قهوة، واللبن إلى سمن أو جبن، والسمسم إلى زيت والعنب إلى زبيب، فهذه الأعمال تظل مدنية باعتبارها عمليات بسيطة ثانوية تابعة للنشاط الرئيسي، أخذاً بمبدأ الفرع يتبع الأصل، ولأنها من لوازم النشاط الزراعي للفلاحين والمزارعين، فإن في بيعها ما يساعد المزارع على استقامة حياته المعيشية.

أما إذا كانت عملية تحويل المنتجات إلى صورة جديدة، هي العمل الرئيسي ومستقلة استقلالاً تاماً عن النشاط الزراعي، فإنها تعتبر عملاً تجارياً (م ١٤/١٠)، مع استبقاء النشاط الزراعي ذاته مدنياً.

(١) في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلط في ١١/٢/١٩٣١ م ، موسوعة جمعة رقم ١٢٣.

(٢) د. محمد شفيق ، السابق ، رقم ٧٢.

ويعتبر تجارياً كذلك نشاط المزارع متى أسس مصنعاً آلياً لتحويل منتجاته الزراعية إلى سلع جاهزة للبيع، ذلك أن الصناعة تعتبر عملاً رئيسياً والزراعة تابعة وتأخذ حكم الأصل، إضافة إلى أن النشاط الصناعي للمزارع في هذه الحالة يندرج ضمن نشاط الاستثمار الصناعي وهو من الأعمال التجارية المطلقة (م ١٤/١٠).

الإنتاج الزراعي وبيعه مباشرة للجمهور أو عن طريق التوريث :

٧٥- إذا جهز المزارع محلاً لبيع منتجاته الزراعية للجمهور بصورة مباشرة، فإن هذا العمل يعتبر تجارياً (م ١٦)، وذلك لتوافر أهم عناصر الوصف التجاري، وهو عنصر الاتصال بالعملاء، الذي بتوافره يتحقق عنصر الاحتراف التجاري.

ويعتبر تجارياً كذلك، تعاقد المزارع على توريد منتجاته للغير بشكل مستمر ومنظم، ذلك أن التوريد يقوم دائماً على عنصر المضاربة^(١)، وهو ما ينطوي على المجازفة والمخاطرة وهما من خصائص الأعمال التجارية.

بد النشاط الاستخراجي :

٧٦- يقصد بالعمليات الاستخراجية، كل ما يحصل عليه البشر من مواد خام من باطن الأرض أو من جوف الجبال أو قاع البحار. وهي من هبات الله للطبيعة، لهذا السبب كان الرأي التقليدي يرى أنها مدنية لعدم سبق خضوعها للشراء من جهة واعتمادها على الجهد البدني والعضلي من جهة أخرى.

ومع تطور المجتمعات وازدياد حاجتها إلى المواد الخام، واستخدام الميكنة الآلية في الصناعات الاستخراجية واحتياجها إلى رؤوس أموال كبيرة، أصبح القول بمدنية النشاط الاستخراجي أثراً من آثار الماضي، ذلك أن هذا النشاط يحتاج إلى عدة عناصر تتضافر مع بعضها البعض لاستثمار ما تجود به الطبيعة. وغالباً ما تقوم بهذه الأعمال شركات تجارية عملاقة، تعتمد على عنصر المشروع، القائم في الأساس على معنى المضاربة، التي تسهم في تداول الثروات والمنتجات من يد إلى أخرى ومن دولة إلى غيرها. هذا بالإضافة إلى ما يرتبط بالنشاط الاستخراجي من عمليات صناعية لاحقة، تعتبر الأساس في تطويع مخرجات الأرض لخدمة الإنسان، الأمر الذي يجعلنا نسلم باعتبار تلك الأنشطة تجارية خالصة، غير أن الأعمال الفردية المتصلة بتلك الأنشطة لا تكتسب الوصف التجاري، كعمل صيادي الأسماك، وقاطعي الأحجار. لغلبة الجهد البدني على فكرة العمل التجاري.

(١) د. علي جمال الدين، الوجيز، رقم ٦٣، د. محمد حسن الجبر، السابق، ص ٦٨، د. أكثم الخولي، السابق، ص ١١٥.

ومن هذا المنطلق اتجهت بعض التشريعات حديثاً إلى القول بتجارية العمليات الاستخراجية عموماً^(١) لقيامها على الاعتبارات التجارية والاقتصادية.

٧٧- غير أن القانون اليمني - رغم حداثته - لم يتطرق إلى هذه المسألة، تاركاً ذلك للاجتهاد الفقهي والقضائي. وهذا - في رأينا - موقف سلبي، إذ كان الأوفق أن ينص صراحة على تجارية النشاط الاستخراجي، مستفيداً من المخرجات التشريعية والفقهية الحديثة^(٢). ومع ذلك فإن في مفهوم الفقرة (٧) من المادة (٩) ما يجعلنا نرجح تجاريتها وذلك للشبه الكبير بين هذا النشاط والأنشطة الواردة في الفقرات الواردة في ثانيا المادة (٩). كما أن مفهوم المضاربة الوارد في المادة (٨) يتسع في رأينا ليشمل الأنشطة الاستخراجية، وبالتالي يمكن القول بخضوعها للقانون التجاري اليمني باعتبارها عملاً تجارياً، نظراً لتوافر كافة محددات العمل التجاري.

جـ الإنتاج الذهني :

٧٨- الإنتاج الذهني هو كل ما يكون ثمرة لفكر الإنسان وإبداعه العلمي، وخيالاته الوجدانية ومواهبه الشخصية، فهو نتاج قواه العقلية والذهنية وهو حصيلة التراكم المعرفي لسنوات حياته، والاتجاه مستقر على الطبيعة المدنية للحقوق الذهنية، ولو خضعت للبيع. فبيع المؤلف إنتاجه الفكري، والرسام لوحته الفنية، والملحن لحنه الغنائي، والمغني لإنتاجه الصوتي، والمخترع محل اختراعه، لا يعد عملاً تجارياً. وتظل تلك الحقوق مدنية ولو ارتبطت بعملية شراء، كشراء المؤلف والرسام للورق، أو تسويق كل شخص لإنتاجه الذهني، كطبع المؤلف كتابه على نفقته وبيعه (م ١٥)، والعلة في تخلف الوصف التجاري عنها يرجع إلى عدم شراء تلك المعارف الذهنية.

أما أعمال الوسطاء على هذه الحقوق، فهي تجارية بطبيعتها، كطباعة دور النشر للكتب وبيعها، وتسجيل المنتج للعمل الفني الملحن والمغنى على أشرطة كاسيت أو السيديات أو الأقراص للمغنية أو غيرها من الوسائل التقنية الحديثة وبيعها للجمهور، يعتبر عملاً تجارياً، لتوافر عنصر المضاربة والشراء لأجل البيع في أعمال الوسطاء والمشتريين للحقوق الذهنية من أصحابها الأصليين.

(١) المادة (٤) من قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠م، والمادة (٨/٥) من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠م، والقانون الفرنسي الصادر في ١٩١٩/٩/٩م، الذي أضفى الصفة التجارية على عمليات استغلال المناجم، والمادة (٢) تجارة تونس التي نصت على تجارية استخراج المواد الأولية.

(٢) من أنصار هذا الرأي د. محمد عبدالقادر الحاج، السابق رقم ٦٥، د. ثروت عبدالرحيم، السابق رقم ٩٥، د. محمد حسن الجبر، السابق رقم ٣٥، د. سمير عالية، أصول القانون التجاري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ١٩٩٦م، ص ٨٦.

د. المهن الحرة^(١):

٧٩- المهن الحرة، هي المهن التي تعتمد على المهارات الذاتية والمعارف الفنية والخبرات العملية والفهم العميق والدقيق لطبيعة التخصص والتراكم العلمي المكتسب، وقوامها ثقة الجمهور بأصحاب هذه المهن، مثل مهن الطب والهندسة والمحاماة ومكاتب التدقيق المحاسبي وغيرها. فهذه المهن من الأعمال المدنية بطبيعتها لعدم توافر عنصر الشراء، وهي كذلك ولو كان المهني يحصل على أتعاب نظير خدماته المقدمة للجمهور بشكل منفرد، دون الاعتماد على عنصري الاستثمار والمضاربة.

وتتوزع الإشكالات بشأن الأعمال المصاحبة للطب والهندسة، حيث اختلف الفقهاء بشأن طبيعة كل منها.

٨٠- فالطبيب الذي يزاول عمله الطبي في عيادته، لا يعتبر عمله تجارياً ولو أنطوى على بيع العلاج لمرضاه، ذلك أن بيعه للدواء يتبع عمله العلمي الرئيسي. ولكن لو كان الطبيب يبيع الأدوية لمرضاه ولغيرهم من الجمهور، فالراجح اعتبار هذا التصرف عملاً تجارياً^(٢)، وهو مستقل عن نشاطه المدني وهو الطب.

وتدق التفرقة بالنسبة للطبيب الذي جهز مستشفى للعلاج أو مصحة للإستشفاء وذلك لاستقبال المرضى وإيوائهم وإطعامهم، وتقديم كافة الخدمات الطبية لعلاجهم. فالبعض يرى^(٣)، أن هذا العمل لا يخرج عن طبيعته المدنية بالرغم من العناصر الأخرى؛ لأن عنصر الإيواء وملحقاته لا يفوق العمل الفني الطبي. في حين يرى البعض الآخر^(٤) أن عمل الطبيب في هذه الحالة يعتبر عملاً تجارياً لقيامه على معنى المضاربة بين ثمن ما يشتريه وما يبيعه للمرضى، وبين ما يدفعه للعمال والموظفين وما يحصل عليه من النزلاء، وبين الكلفة التشغيلية للأجهزة الطبية وما يحصل عليه ثمناً لخدماتها. وليس هذا فحسب، بل إن المستشفى أو المصحة يقومان على فكرة المشروع الذي يقدم خدماته للجمهور نظير أجر، ولاشك أن مثل هذا العمل يعتبر تجارياً. كما أن تعامل المستشفيات الخاصة مع الأطباء من الخارج لعلاج مرضاهم فيها مقابل أجر للمستشفى، يكون تجارياً.

(١) راجع لتحديد هذه المهن وتعدادها د. جاك يوسف الحكيم، الحقوق التجارية، مطبوعات جامعة دمشق، ٨٩/٨٨، ص ١١٦ وما بعدها.

(٢) د. علي جمال الدين، الوجيز، هامش ص ٣٤، د. محسن شفيق، السابق، رقم ٧٨.

(٣) د. محسن شفيق، السابق، رقم ٧٨.

(٤) د. علي جمال الدين، الوجيز، هامش ص ٣٥، د. ثروت عبدالرحيم، السابق، رقم ٩٦، د. مصطفى طه، السابق، رقم ٣٦، د. علي البارودي، السابق، رقم ٢٦، د. جاك يوسف، السابق، ص ١١٩، ويؤيد ذلك محكمة استئناف القاهرة في ١٩٥٣/٤/١م، موسوعة جمعة رقم ٢٠٩، د/سمير عالية، مصدر سابق، ص ٨٩.

هذا بالإضافة إلى أن تأسيس المستشفى لم يكن في الأصل بدوافع إنسانية بحتة، بل بهدف الحصول على الربح، الأمر الذي يغلب الصفة التجارية البحتة على الخدمة ذات الطبيعة المدنية وعلى هذا النحو ندعو المشرع التجاري اليمني إلى تبني هذا الرأي واخضاع المشروعات الطبية التي تتوفر فيها تلك المعايير لأحكام القانون التجاري. وينسحب نفس الحكم على التعليم الخاص الأساسي أو الجامعي، وكذا المعاهد المتخصصة في فرع معين من فروع العلوم المختلفة^(١).

٨١- وتعتبر مكاتب الهندسة ذات طبيعة مدنية، ما لم ترتبط بعمليات شراء للأدوات والمهمات وبيعها للغير، أو توريد العمال لأصحاب المباني والأعمال، فيصبح عملها تجارياً (م ١٥/١٠)، إذا ما صار الشراء هو الأصل والخبرة الفنية هي الفرع^(٢).

الشرط الثاني: البيع :

٨٢- يشترط لاعتبار العمل تجارياً، أن يتم الشراء بقصد البيع وهو ما يتحقق به معنى المضاربة، ويلزم توافر نية البيع وقت الشراء، ومقتضى ذلك، أن عدم اقتران الرغبة في إعادة البيع حين الشراء يجعله مدنياً، ولا يلحقه الوصف التجاري.

ويظل الشراء مدنياً حتى ولو بيع الشيء المشتري بعد ذلك فعلاً. ولذلك يكفي لتجارية الشراء توافر نية البيع وقت الشراء، ولو لم يتم إعادة البيع للشيء محل الشراء، كما لو قرر المشتري الاحتفاظ به لنفسه، أو هلك بعد تمام الشراء^(٣)، أو تعرض للكساد، فتعذر بيعه.

ويكتسب الشراء الوصف التجاري حتى ولو تم بيع ما جرى شراؤه، بعد تحويله إلى هيئة أخرى، كشراء القمح أو الدقيق لتحويله إلى خبز أو حلوى، والقطن إلى غزل، والغزل إلى نسيج، ثم بيعه بعد ذلك.

واستظهار توافر الرغبة في إعادة بيع ما سبق شراؤه من عدمها من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير القاضي، ويمكن الوقوف عليها من الظروف المحيطة بالشراء، كشراء الخضر والفاكهة بكميات كبيرة، فإن حجمها يظهر أن الشراء إنما هو بقصد البيع. وكذلك شراء التاجر للسلع التي يمارس نشاطه في تجارتها، كشراء تاجر السيارات سيارة معروضة للبيع، فإن هذا الوصف القائم في الشخص يكفي للحكم بتجارية الشراء الذي أجراه، ما لم يثبت من قام بهذا العمل مدنية الشراء (م ١٤).

(١) من أنصار هذا الرأي د.محمود بريري، مصدر سابق، ص ٦٦، وقارن د/سمير عالية، مصدر سابق، ص ٩١.

(٢) د. علي البارودي، السابق، رقم ٢٦.

(٣) د. مصطفى طه، السابق، رقم ٤٠.

الشرط الثالث : تحقيق الربح :

٨٣- البدهي أن الباعث الدافع على الإنخراط في النشاط التجاري، والذي ينطوي على عنصر المضاربة، هو الحصول على الربح. ولذلك أشترط حتى يكون الشراء بقصد البيع تجارياً، أن يكون بهدف تحقيق الربح. ويتوافر هذا الشرط حتى ولو كان هدف الشراء توزيع السلع مجاناً، وذلك بهدف كسب العملاء أو ثقة الجمهور في المحل الجديد أو المنتج الحديث^(١)، أو أعقب الشراء كساداً فهبطت الأسعار، فلاحقت المشتري الخسارة.

ويلزم توافر قصد تحقيق الربح وقت الشراء، ولا يشترط بعد ذلك تحقيقه فعلاً، فقد تباع السلع بخسارة، ومع ذلك يظل هذا التصرف تجارياً يخضع للقانون التجاري. أما إذا لم يتوافر هذا الشرط حين الشراء، فإن الشراء يكون مدنياً ولو حصل القائم به على الربح نتيجة لبيع الشيء محل الشراء، كمن يشتري سلعة بقصد الاستهلاك أو الإقتناء الشخصي، ثم قرر في وقت لاحق بيعها بربح، فيظل الشراء مدنياً، وذلك لعدم اقتران نيته في الحصول على الربح وقت الشراء.

ومجمل القول؛ إن الحكم بتجارية العمل من عدمه، يقوم على شروط ثلاثة الشراء والبيع والربح، وغياب واحد منها يخل بجوانب ميزان الحكم على طبيعة العمل، مالم يكن العمل مدنياً بنص القانون، مثل نشاط الجمعيات التعاونية. التي تقدم خدماتها لأعضائها فقط، فنشاطها مدنياً بالرغم من توافر العناصر الثلاثة، باعتبار الربح ليس هدفها الحقيقي.

حكم شراء العقار بقصد التأجير :

٨٤- لم يتطرق المشرع التجاري اليمني إلى حكم شراء العقار بقصد تأجيره، رغم أهميتها في الوقت الحاضر، الأمر الذي ولد خطأ في فهم هذا الموقف. حيث رأى البعض^(٢) أن شراء العقار بقصد التأجير، يعتبر عملاً مدنياً ولو انطوى على عنصر الاحتراف، وذلك لعدم توافر نية المضاربة في هذا العمل.

ويبدو لنا أن هذا الرأي الذي تأثر بمآثر الماضي التقليدي يقبل المناقشة^(٣)، ذلك أن المضاربات العقارية - خصوصاً المباني - أصبحت في الوقت الحاضر حقلاً من حقول الاستثمار الهادئ والمأمون الجانب، والمضمون الربح. هذا من الناحية المنطقية. أما من الناحية القانونية، فإن إخضاع المضاربات العقارية للقانون المدني، يؤدي إلى حرمان

(١) د. علي جمال الدين ، الوجيز ، رقم ٤١.

(٢) د. محمد عبد القادر الحاج، السابق، ص ٨٠، د.كمال أبو سريع، السابق، رقم ٤٩.

(٣) يظهر ميل هذا الرأي إلى ما كان عليه حال المجتمع الفرنسي والمصري في عهد الإقطاع الزراعي، الذي كان يرى في العقار مصدر فخره واعتزازه وقوته. أما بعد قيام الثورة الفرنسية، وتغيير الفلسفة الاقتصادية للمجتمع، فقد بات ذلك الرأي مهجوراً في الوقت الحاضر.

الفصل الثاني: الأعمال التجارية الأصلية

الغير من ضمانات القانون التجاري كإفلاس المضاربين على العقارات متى توافرت شروط الحكم به والتضامن المفترض في الالتزامات التجارية ، ولذلك فإن هذا الاتجاه نجده في القانون اليمني في الفقرة (٧) من المادة (٩) تجاري بقولها ((تعد بوجه خاص أعمالاً تجارية:.....

٧-الأعمال التي يمكن اعتبارها مجانسة للأعمال المتقدمة لتشابه صفاتها وغاياتها)). والذي يستشف من هذا النص أن المشرع اليمني لم يشاء ترك شراء العقار بقصد التأجير بعيداً عن أحكام القانون التجاري، طالما وقد توافرت فيه الصفات والغايات المجانسة لشراء المنقول بقصد التأجير.

ذلك أن شراء العقار بقصد التأجير متى توافر فيه عنصر الاحتراف أو قصد استثمار المال وتوظيفه، ينطوي على غاية الربح مثله مثل شراء المنقول، وليس هذا فحسب بل إن ربح العقارات أصبح ربحاً منتظماً ومستمراً، بخلاف أرباح المنقولات التي تخضع للتقلبات السوقية، بل ربما تلحقها الخسارة عند الكساد، أو التلف^(١). ويشهد لما ذهبنا إليه تكليف محكمة الاستئناف التجارية بصنعاء فيما انتهت إليه بقولها ((... إن الأعمال التجارية، هي تلك الأعمال التي يقوم بها الشخص بقصد تحقيق الربح ولو كان غير تاجر، وهذا ما ينطبق على حالة المدعى عليه - مالك العقار - حيث يستفاد ذلك من تشييد المدعى عليه المبنى بقصد تأجيره للأغراض التجارية، كما يستفاد أيضاً من القيمة الإيجارية للمبنى...))^(٢). وبالتالي فإن شراء العقار بقصد التأجير أو إعداده للتأجير يعتبر من الأعمال التجارية. ويدل على مصداقية هذا القول في حياتنا العملية ما تقوم به بعض الشركات المتخصصة في تأجير العقارات، حيث تشتري الأرض وتشيّد عليها المباني ثم تؤجرها للغير، فإذا كانت الشركة التجارية تكتسب الصفة التجارية وفقاً للمادة (٨) التجاري يمني) بموجب شكلها القانوني الذي أردته، فإن مباشرتها شراء العقار بقصد التأجير يعتبر عملاً تجارياً. ولو سلمنا جدلاً برأي من يخالفنا في هذا الاستنتاج، فإن قيام الشركة بشراء العقار بقصد التأجير، يكون تجارياً بالتبعية، ولو لم يكن مرتبطاً بنشاطها التجاري^(٣)، أخذاً بالقاعدة المستقرة الفرع يتبع الأصل في الحكم.

(١) وواقع الحال في اليمن يشهد لصحة هذا الاتجاه، خصوصاً بعد أن أضحت تأجير العقارات عملية مضمونة لحصول مالكيها على العملات الصعبة.

(٢) محكمة الاستئناف التجارية بصنعاء رقم ٩٣/٢٤، صادر في ١٠/١١/١٩٩٣م.

(٣) د. محمد لفرجي، التاجر وقانون التجارة بالمغرب، مكتبة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ١٩٩٩م، ص ١٨٠.

أما شراء العقار بقصد البيع فيكون عملاً تجارياً أصلياً طبقاً لنص القانون (م ٦/٩) ^(١).

شراء المنقولات المادية وغير المادية بقصد التأجير:

٨٥- ويكون تجارياً كذلك بحكم القانون، شراء المنقولات المادية وغير المادية بقصد تأجيرها للغير بربح (م ٢/٩). ويشترط لتجارية هذا التصرف ضرورة توافر شروط ثلاثة؛ شرط الشراء، وقصد إعادة التأجير للغير، وقصد تحقيق الربح، على نحو ما سبق شرحه. وتخلف أحد هذه الشروط، يمنع الوصف التجاري عن هذا العمل.

المطلب الثاني

الاستئجار بقصد التأجير

٨٦- تنوعت الأنشطة التجارية وتعددت مجالات الاستثمار والمضاربة وكسب الرزق، تبعاً لتطور المجتمعات. وبالتالي فإن الوفاء بمتطلبات المجتمع يفرض نفسه على الأفراد لبحث السبل الكفيلة بإشباعها، وتأمين الوفاء بها.

فتأجير منافع الأعيان المنقولة وغير المنقولة وتداول خدماتها، فرضت نفسها على الساحة الاقتصادية، حتى جذبت إليها اهتمام رجال المال، فأصبح مثل هذا النشاط يشكل أحد مجالات الاستثمار المرغوبة والمشجعة؛ نظراً لمردودها المادي المضمون ^(٢).

وتلك الأهمية فرضت نفسها على المشرعين، الذين أولوا اهتماماً خاصاً لوضع القواعد القانونية المنظمة لاستئجار المنفعة. غير أن الفترة التاريخية التي وضعت فيها تلك القواعد، والظروف الاجتماعية السائدة حينذاك، جعلت اهتمام المشرع ينصب على منافع الأعيان المنقولة فقط، الأمر الذي قطع بتجارتها (م ٩)، وبالتالي استبعاد المنافع العقارية من دائرة التعامل التجاري.

وعلى هذا المنهج سار المشرع اليمني، ملتزماً بالرؤية التقليدية الاجتماعية نحو العقارات، حيث لم يفصح عن رغبته في مخالفة وجهة النظر السابقة، والقول بتجارية استئجار منافع الأعيان العقارية بغرض إعادة تأجيرها، سوى ما جاء بإشارة عارضة تخضع للقياس وردت في عجز المادة (٩) في الفقرة (٧)، وهذا ما نحاول تناوله في فرع مستقل.

(١) المحكمة التجارية الثانية بصنعاء رقم ١٤/٤٥ هـ - صادر في ١٩٩٣/٣/٢ م.

(٢) وقد نظم الفقه الإسلامي أحكام تأجير منافع العقارات وغيرها من المنقولات، ورأى أن مثل هذا التصرف يعتبر بيعاً للمنفعة. راجع في هذا الشأن بدائع الصنائع للكاساني ج ٤، ص ١٧٤ و ١٧٥.

وعلى ذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين اثنين على النحو الآتي :

الفرع الأول : استئجار المنقولات المادية وغير المادية بقصد التأجير.

الفرع الثاني : استئجار العقار بقصد التأجير.

الفرع الأول

استئجار المنقولات المادية وغير المادية بقصد التأجير

٨٧- يقصد بالمنقولات المادية، كافة السلع والبضائع والآلات والمعدات المحسوسة، سواء الثابتة منها أو المتحركة. ويقصد بالمنقولات المعنوية كل ما هو ناتج عن فكر الإنسان وإبداعاته العلمية وخيالاته الوجدانية، كبراءات الاختراع والعلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية المبتكرة، وحقوق الملكية الأدبية والفنية.

ويشترط لتجارية تلك السلع والحقوق الشروط الآتية :

١- الإيجار :

٨٨- الراجح لدى الفقه - كما سبق بيانه - أن استثمار ما ينتجه الإنسان بنفسه يظل عملاً مدينياً لعدم سبق الشراء، ما لم تدخل عليه عوامل أخرى تغير من طبيعته الأصلية. والمنقولات المادية أو غير المادية تعتبر ذات طبيعة مدنية مادامت تحت سيطرة صاحبها، وبالتالي فإن دخول أعمال الوساطة على هذه المنقولات ينطوي على عنصر المضاربة، الأمر الذي يكسبها الوصف التجاري.

ويشترط لتحقيق الصفة التجارية في استئجار المنقولات المادية وغير المادية القيام بتصرف قانوني هو إبرام عقد الإيجار بين المؤجر والمستأجر. والإيجار هو اتفاق بين شخصين على الانتفاع بعين معينة بعوض معلوم لمدة معلومة أو مطلقة (م ٦٨٢ مدني). فالعوض في عقد الإجارة أمر لازم وهو الذي يتحقق به معنى المضاربة، وهو يمثل القيمة الإيجارية للعين الناتج عن إعادة تأجيرها للغير.

ويتحقق معنى الإيجار أياً كانت طبيعة القيمة الإيجارية، سواء كانت من النقود، أو منفعة عين أخرى، أو الانتفاع بإحدى المنقولات المعنوية (م ٦٨٩ مدني)، فالأصل توافر العوض في عقد الإيجار ليكون تجارياً.

ومقتضى ذلك، أن حصول الشخص على منافع الأعيان المنقولة مجاناً، لا يعتبر عملاً تجارياً، ولو قام بإعادة تأجيرها من الباطن، وذلك لخلوها من معنى المضاربة.

٢- إعادة التأجير من الباطن :

٨٩- يشترط اتفاقية استئجار المنقولات المادية وغير المادية إعادة تأجيرها من الباطن، إذ بهذا التصرف يتحقق معنى المضاربة، ويحصل النفع المادي للقائم به وحتى تلحق هذا الاستئجار الصفة التجارية، يجب أن تتوافر نية إعادة التأجير وقت إبرام العقد.

وفي هذه الحالة يكون استئجار هذه المنقولات عملاً تجارياً، ولو لم ينطو على كسب مادي للمستأجر من إعادة تأجيرها للغير، بل يكون هذا الاستئجار تجارياً، ولو قدم المستأجر منافع الأعيان المنقولة للغير مجاناً، مادامت نية إعادة التأجير قد توافرت حين إبرام عقد الإيجار. وبالتالي فإن استئجار الشخص منقولاً معيناً للاستخدام الشخصي، يعتبر عملاً مدنياً، ويكون كذلك حتى ولو قام المستأجر بتأجيرها للغير بصورة عارضة^(١)، والعكس صحيح، أي أن استئجار المنقول بقصد تأجيرها من الباطن يعتبر عملاً تجارياً، ولو لم يتمكن المستأجر من تأجيرها لأي سبب، خصوصاً متى توافر في المستأجر شرط الاحتراف بصدد منافع العين المستأجرة.

٣- قصد تحقيق الربح :

٩٠- إن هدف المستأجر من إعادة تأجير العين المستأجرة لصالح الغير (من الباطن)، هو الحصول على فارق الأجرة المدفوعة لمالك العين المنقولة، وبين ما يحصل عليه من الغير قيمة للمنفعة المقدمة له. وهذا هو الذي يحقق الربح المادي للمستأجر والذي فيه معنى المضاربة. وبالتالي يكون استئجار الأعيان المنقولة بقصد تأجيرها للغير عملاً تجارياً، مادامت تنطوي على قصد تحقيق الربح. أما إذا كان المستأجر لا يقصد تحقيق الربح وقت إبرام العقد، فإن هذا العقد يعتبر ذات طبيعة مدنية، كاستئجار جامعة خاصة عمارة لسكن طلابها بنفس القيمة الإيجارية، وذلك لاستبعاد معنى المضاربة عن مثل هذا العمل، إنما قد يكون هذا العمل عملاً تجارياً بالتبعية، إذا كان تكييف عملها الأصلي يحمل الصفة التجارية وهذا ما نميل إليه.

استئجار الشخص أجيراً بقصد إيجار عمله :

٩١- وتطبق القواعد السابقة على استئجار الشخص أجيراً بقصد إيجار عمله للغير، حتى يمكن اعتباره تجارياً (م ٩/٤)، فيلزم توافر شروط الإيجار وإعادة التأجير من الباطن وقصد الربح، وتختلف أحد الشروط الثلاثة، على نحو ما سلف بيانه لا يكسب هذا العمل الوصف التجاري.

(١) مثل استئجار الشخص سيارة للزمة، وأثناء سيره أوقفه أحد المارة لإيصاله إلى جهة عمله مقابل أجر فلا يعد هذا العمل غرضاً تجارياً بالنسبة لمستأجر السيارة، رغم انطوائه على كسب مادي.

الفرع الثاني

استئجار العقار بقصد تأجيره

٩٢- أصبحت العقارات وتداول منافعها بين الأشخاص أمراً حتمياً، مما جعلها في السنوات الأخيرة إحدى الأنشطة الاستثمارية الهامة والمفضلة لبعض الأفراد، بل حظيت باهتمام الدول وتشجيعها . وعلى الرغم من ذلك سكت المشرع التجاري اليمني عن بيان الطبيعة القانونية لعقود استئجار العقارات بقصد تأجيرها للغير بعكس ما سار عليه في المنقولات، الأمر الذي يولد الاعتقاد بطبيعتها المدنية، كما يرى البعض^(١).

ولنا أن هذا الاتجاه يقبل المناقشة، ذلك أن المشرع اليمني لم يقطع بمدنية استئجار العقار بقصد تأجيره للغير أو بتجاريته بل تركه للاجتهاد الفقهي والقضائي بحسب مقتضى الحال وتقربه وتحاكية ظروف الواقع، ولاشك أن تطور المجتمع والازدهار الاقتصادي المصاحب له، قد أقحما المنافع العقارية في خضم الأنشطة التجارية الأمر الذي يجعل التسليم بتجارية استئجار العقار بقصد تأجيره للغير أمراً مقبولاً. وليس هذا فحسب، بل إن المفهوم الواسع للمشرع التجاري اليمني، وبيانه لخصائص العمل التجاري، يفهم منها ضمناً أن تحققها في عمل مسكوت عن بيان صفته التجارية يخضع لقواعد العمل التجاري المنصوص عليه إذا تشابه العمل معه في الصفة أو الغاية^(٢).

حيث نصت المادة (٧/٩) بقولها ((تعد بوجه خاص الأعمال الآتية أعمالاً تجارية:.....

٧- الأعمال التي يمكن اعتبارها مجانسة للأعمال المتقدمة لتشابه صفاتها وغاياتها)) والفهم المتبادر من هذا النص، إمكانية القول بتجارية استئجار العقار بقصد تأجيره بالقياس على استئجار المقنول بقصد تأجيره.

والذي لا شك فيه، أن استئجار العقار بقصد تأجيره للغير، ينطوي على غاية الربح، كما هو الحال في استئجار المقنول بقصد تأجيره. وليس هذا فحسب، بل إن غالبية أعمال استئجار العقارات بقصد تأجيرها تقوم غالباً على صورة مشروعات تحترف تقديم خدماتها للغير بشكل مستمر ومنظم، الأمر الذي يجعل عنصر احتراف النشاط التجاري متوافراً فيها، بالإضافة إلى أنه يتوافر فيها معنى المضاربة بين القيمة الإيجارية المدفوعة لمالك

(١) د.محمد عبدالقادر الحاج، السابق رقم ٨١، د.كمال أبو سريغ، السابق، رقم ٥٠.

(٢) لتوضيح الفكرة راجع د/ هاني دويدار، الأعمال التجارية بالقياس، الإسكندرية، دار الجامعة، طبعة ٢٠٠٣ ص ٤٥ وما بعدها وص ٣٣٩ وما بعدها.

العين، وما يحصل عليه المستأجر من أجر نظير إعادة تأجير المنفعة للغير، - كالفنادق - ذلك أن هذا العمل كما يرى البعض^(١) إنما هو في الأساس شراء للمنفعة بقصد إعادة بيعها بربح، كما أن الخدمات التي يحصل عليها نزلاء الفنادق، غالباً ما تكون بقصد المضاربة، مما يجعل عمل المستأجر بقصد التأجير عملاً تجارياً.

وعلى ما سبق، فإن استبعاد العقار من نطاق القانون التجاري اليمني أضحي لا مبرر له في الوقت الحاضر^(٢). وكنا نفضل أن يتبنى المشرع اليمني موقفاً صريحاً من هذه المسألة لإزالة اللبس الحاصل بشأنها^(٣).

المطلب الثالث

عقود التوريد

٩٣- عقد التوريد من عقود المدة، التي يتعهد فيها الشخص المورد بتسليم كميات من السلع أو البضائع، أو أداء الخدمات، خلال فترة زمنية محددة، بشكل مستمر ومنتظم. كالتعهد بتوريد الملابس أو الكتب إلى المدارس، أو تعهد صاحب المزرعة بتوريد الخضر والفواكه إلى المستشفيات أو الفنادق، أو تعهد مكاتب الخدمات العامة بتوريد عمال النظافة أو خدم المنازل.

وإذا كان الملتزم بعقد التوريد يشتري السلع محل العقد، فلا خلاف بشأن تجارية هذا العمل، باعتباره شراء بقصد البيع. ولكن الخلاف يظهر بشأن التعهد بتوريد الأشياء غير مسبوقة الشراء، مثل تعهد المزارع بتوريد منتجاته الزراعية للغير، حيث يرى البعض^(٤) مدنية هذا العمل لعدم سبق الشراء، في حين يرى البعض الآخر^(٥) - وهو ما نرى ترجيحه - أن عقود التوريد تكون تجارية ولو كانت السلع محل العقد غير مسبوقة الشراء، وقيد رأي ثالث^(٦) تجارية عقود التوريد بضرورة القيام بها من خلال مشروع تجاري. فأين يقف المشرع التجاري اليمني من هذه الاتجاهات.

(١) د. محمد حسن الجبر، السابق، ص ٥٥، وهذا المعنى هو السائد في الفقه الإسلامي، راجع بدائع الصنائع للكاساني، ج ٤، ص ٢١٨.

(٢) من أنصار هذا الرأي، د. السيد اليماني، السابق، ص ٥٧.

(٣) وتأخذ بهذا المفهوم المادة (٦ من قانون التجارة اللبناني) والمادة (٢/٧ تجاري كويتي) والمادة (٢/٣ تجاري عراقي).

(٤) د. محسن شفيق، السابق، رقم ٩٨، وقارن مصطفى طه، السابق، رقم ٥٨.

(٥) د. علي جمال الدين، الوجيز، رقم ٦٣، د. ثروت عبدالرحيم، السابق، رقم ١٣٤، د. أكرم الخولي، السابق ج ١، رقم ١٠٣، د. محمد حسن الجبر، السابق، ص ٦٨.

(٦) د. جاك يوسف الحكيم، السابق، ج ١، رقم ٩٠، د. محمد الحاج، السابق، رقم ٨٧.

الفصل الثاني: الأعمال التجارية الأصلية

٩٤- اختلف الفقه بشأن موقف المشرع التجاري اليمني من تجارية عقود التوريد، حيث ذهب البعض^(١) إلى أن المشرع اليمني يشترط لتجارية تلك العقود سبق شراء المورد للسلع التي تعهد بتوريدها، اعتماداً على أن الفقرة الخاصة بالتوريد قد جاءت في المادة (٩) الخاصة بالشراء لأجل البيع، وبالتالي يشترط لتجارية عقود التوريد ضرورة سبق شراء السلع الموردة، ومن ثم يكون تعهد المزارع بتوريد منتجاته الزراعية عملاً مدنياً.

ومع ذلك نرى أن هذا الرأي يقبل المناقشة لأن الذي يظهر لنا أن عقد التوريد من العقود التجارية سواء كانت السلع محل العقد مسبقة الشراء أم من إنتاج المورد نفسه وذلك للأسباب الآتية :

١- إن الفقه^(٢) والقضاء^(٣) يفرق بين البيوع البسيطة ويشترط فيها سبق الشراء، والبيع الذي يتخذ شكل التوريد، فهذا الأخير يعتبر تجارياً ولو كانت السلع الواجب توريدها غير مسبقة الشراء. ذلك أن بيوع التوريد ذات طبيعة خاصة تتصف بالدورية والانتظام وبهما يتحقق معنى المضاربة والمجازفة وهما من خصائص العمل التجاري^(٤)، فلا غرو إذن من اختلاف حكمها عن البيوع المفردة التي يلزم لتجارتيتها سبق الشراء. ولذلك فإن بيع المزارع حاصلاته الزراعية جملة واحدة أو على فترات متباعدة يعتبر مدنياً، أما إذا اتخذ شكل التوريد فيعتبر تجارياً^(٥)، باعتباره مقالة توريد لا بوصفه بيعاً مفرداً^(٦).

٢- إن وضع النص الخاص بعقود التوريد في نطاق المادة (٥/٩)، لا يقطع بتبني المشرع التجاري اليمني الرأي القاضي بضرورة سبق شراء السلع المتعهد بتوريدها لتكون تجارية، فلو كانت هذه الحجة صحيحة؛ لما أفرد قانون التجارة

(١) د. محمد الحاج ، السابق ، رقم ٨٧.

(٢) د. أكثم الخولي، السابق، ج١، ص ١١٥، د. محمد حسن الجبر، السابق، رقم ٤٥، د. السيد اليماني، السابق، ص ٦٢، د. سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، السابق، رقم ١٢٣.

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨٩٥/٤/٢٤م البلتان، السنة ٧، ص ٢٢٧. أشار إليه د. أكثم الخولي، المصدر والمكان السابقين.

(٤) د. علي جمال الدين، الوجيز، رقم ٦٣.

(٥) وهذا الاتجاه تبنته محكمة الاستئناف المختلطة المصرية، حيث قضت بتجارية تعهد مزارعي قصب السكر بتوريد محاصيلهم إلى مصانع السكر. أشار إليه د. أكثم الخولي، المصدر السابق، هامش ص ١١٥، هامش رقم ١.

(٦) د. محمود بريزي، السابق، ص ٨٨.

اليمني لعقود التوريد فقرة مستقلة في نطاق المادة المذكورة، وكان الشراء بقصد البيع الوارد في الفقرة (١) من ذات المادة يستغرق كل أنواع البيوع، سواء البيوع البسيطة أو بيوع التوريد.

٣- إن عدم إدراج عقود التوريد الواردة في المادة (٥/٩) ضمن الأعمال التجارية المطلقة الواردة في المادة (١٠)، كالتعهد بتوريد الماء والكهرباء والغاز، لا يعني أن المشرع اليمني يجعل تجارية الأولى محكمة بسبق الشراء لأجل البيع وهي الوارد في المادة (٩). وعقود التوريد المنصوص عليها في المادة (١٠) تجارية ولو لم تكن مسبقة الشراء، بل إن طبيعة السلع أو المواد محل عقد التوريد هي التي اقتضت هذه التفرقة، وهذا عمل حسن للمشرع اليمني. ذلك أن التعهد بتوريد الماء والكهرباء والغاز (م ١٠/١٠) من الخدمات الهامة التي تؤديها الدولة بنفسها ولا تترك فيها على الأفراد، كي لا تخضع هذه الخدمات الهامة لأهوائهم المتقلبة والمضاربة بأسعارها. وهذه العقود تكون بحسب الأصل تجارية ولو لم تقصد الدولة تحقيق الربح، في حين أن عقود التوريد الواردة في المادة (٥/٩) يشترط لتجارتيتها قصد تحقيق الربح، في حين أن عقود التوريد الواردة في الأفراد إنما يسعون إلى تحقيق المنافع المادية من التزاماتهم بتوريد السلع أو الخدمات، بعكس عقود التوريد التي تكون الدولة طرفاً فيها. ولذلك فإن تعهد أحد المزارعين بتوريد منتجاته من الأعناب خلال موسم الخريف لدور الأيتام مجاناً، لا يعتبر عملاً تجارياً، لعدم توافر معنى المضاربة والحصول على الربح أما لو كان عقد التوريد المذكور يقابله عوض، فيعتبر تجارياً.

٤- إنه لا تعارض بين نص الفقرة (٥) من المادة (٩) الخاصة بعقود التوريد، ونص المادة (١٦) القاضية بمدنية بيع المزارع لمنتجاته الزراعية، ذلك أن مثل هذا البيع هو من البيوع البسيطة التي يتم منفرداً وينتهي بانتهاء نقل ملكية السلع المباعة، بعكس بيوع التوريد التي تستمر فترة زمنية معينة. ومادام بيع المزارع لحاصلاته الزراعية يتخذ شكل التوريد، فإنه يكون تجارياً^(١).

٥- إن القانون التجاري اليمني في المادة (٤/٩) يقضي بتجارية استئجار الشخص أجيراً بقصد تأجير عمله للغير، فإذا كان هذا العمل تجارياً ولو وقع مرة واحدة، فإنه يكون تجارياً من باب أولى إذا اتخذ شكل التوريد، كتعهد مكاتب الخدمات

(١) من أنصار هذا الرأي د. سميرة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، رقم ١٢٥، د. محمود بري، السابق، ص ٨٨.

الفصل الثاني: الأعمال التجارية الأصلية

العامّة بتوريد عمال النظافة أو عمال البناء، أو خدام المنازل. ذلك أن معنى المضاربة على عمل الغير متوافرة في كلا الحالتين، وبالتالي فإن التفرقة بينهما لا معنى لها. يشهد لذلك النص العام بتجارية عقود التوريد، دون التفرقة بين السلع والخدمات. لذلك يكون عقد التوريد عقداً تجارياً ولو كانت السلع محل العقد غير مسبقة الشراء.

٦- وإذا كان اتجاه المشرع التجاري اليمني قد اتسع لتجارية عقود توريد الخدمات، وهي غير مسبقة الشراء، فإن القول بتجارية توريد السلع وغيرها من المنتجات غير مسبقة الشراء، يكون من باب أولى^(١).

ونخلص مما سبق أن عقود التوريد أياً كان محلها، تعتبر في مفهوم قانون التجارة اليمني -حسب تقديرنا- عملاً تجارياً، سواء كانت السلع المتعهد بتوريدها مسبقة الشراء، أم ينتجها المورد مباشرة.

المبحث الثاني

الأعمال التجارية المطلقة

٩٥- بينا فيما سبق، أن الأعمال التجارية المطلقة في القانون التجاري اليمني، هي الأعمال المقطوع بتجارتها بنص القانون في المواد (١٠-١٢) سواء قام بها الشخص مرة واحدة أو مارسها على وجه الاحتراف بشكل مستمر ومنظم، وسواء باشرها شخص محترف لهذه الأعمال، أم غير محترف، وسواء حققت لصاحبها ربحاً أم مني بخسارة فهي تجارية بنص القانون دون أن يكون لصفة القائم بها أو نيته أثر في الحكم عليها.

والمشرع اليمني بهذا الاتجاه قد تخطى عن معيار قصد تحقيق الربح الذي تبناه في المادة (٩)، والشروط اللازم توافرها في الأعمال التجارية المنفردة. ويأتي هذا الموقف منسجماً مع المفهوم الواسع الذي اتخذه إزاء الأعمال التجارية، وكذلك ملائماً لموقفه في عدم تبنيه لمعيار محدد للتمييز بين العمل المدني والعمل التجاري.

٩٦- ويلاحظ من جانب آخر، أن المشرع التجاري اليمني في المواد المذكورة قد لجأ إلى التأكيد على تجارية بعض الأعمال في أكثر من موضع، كالنص الخاص بعقود التوريد في المادة (٥/٩) والمادة (١١/١٠)، ثم تكرار إفراده نصاً خاصاً للنقل البحري

(١) وقد قالت محكمة الزقازيق الكلية، بأن معنى المضاربة يتوافر في تعهد الشخص بتوريد العمال للعمل لدى الغير، وبالتالي يعتبر هذا التوريد عملاً تجارياً. في ١٩٢٩/٥/٢٣ م موسوعة جمعة، رقم ١٥٤.

(م ٤/١١) وآخر للنقل الجوي (م ٤/١٢) وكان قد سبق أن قطع بتجارية عقود النقل البري، والبحري والجوي في المادة (١١/١٠)، وكذلك النص على تجارية التأمين في المادة (٨/١٠)، وإعادة ذكره بشأن التجارة البحرية (٥/١١)، والتجارة الجوية (٥/١٢). وكذا النص في المادة (١/١٠) على تجارية أعمال البنوك، ثم التأكيد على تجارية هذه الأعمال في المادة (٣/١١) المتعلقة بالملاحة البحرية والمادة (٣/١٢) المتعلقة بالملاحة الجوية . ويعتبر مثل هذا التكرار عملاً منتقداً، يفضل تجنبه.

والأعمال التجارية المطلقة، أوردها القانون التجاري اليمني في ثلاث مواد على النحو التالي :

تنص المادة (١٠) بقولها ((تعد أعمالاً تجارية الأعمال المتعلقة بالأمور التالية، بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته:

- ١- معاملات البنوك.
- ٢- الحساب الجاري.
- ٣- الصرف والمبادلات التجارية.
- ٤- السمسرة والوكالة بالعمولة.
- ٥- الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات.
- ٦- تأسيس الشركات التجارية وبيع أو شراء أسهمها وسنداتها.
- ٧- المخازن العامة والرهون المترتبة على الأموال المودعة بها.
- ٨- التأمين بأنواعه المختلفة.
- ٩- المحلات المعدة للجمهور كالملاعب العامة ودور السينما والفنادق والمطاعم ومحلات البيع بالمزايدة.
- ١٠- توزيع الماء والكهرباء والغاز.
- ١١- النقل براً وبحراً وجواً.
- ١٢- وكالات الأعمال ومكاتب السياحة والتصدير والاستيراد.
- ١٣- الطبع والنشر والصحافة ونقل الأخبار أو الصور والإعلانات وبيع الكتب.
- ١٤- المصانع وإن كانت مقترنة باستثمار زراعي والتعهد بالإنشاء والمقاولات والتصنيع.

الفصل الثاني: الأعمال التجارية الأصلية

١٥- مقاولات بناء العقارات وتعديلها وترميمها وهدمها متى تعهد المقاول بتقديم المواد الأولية أو بتوريد العمال)).

وتنص المادة (١١) على أنه ((يعد عملاً تجارياً جميع الأعمال المتعلقة بالملاحة البحرية وبوجه خاص:

١- إنشاء السفن وبيعها وشرائها وإيجارها واستئجارها وإصلاحها.

٢- العقود المتعلقة بأجور ورواتب ربان السفينة وملاحيها وسائر المستخدمين فيها.

٣- الإقراض والاستقراض البحري.

٤- النقل والإرساليات البحرية وكل عملية تتعلق بها ك شراء أو بيع لوازمها من مهمات وأدوات وذخائر ووقود وحبال وأشرطة ومون.

٥- التأمين البحري بأنواعه المختلفة.

وتنص المادة (١٢) على أنه ((يعد عملاً تجارياً جميع الأعمال المتعلقة بالملاحة الجوية وبوجه خاص:

١- إنشاء الطائرات وبيعها وشرائها وإيجارها واستئجارها وإصلاحها.

٢- العقود المتعلقة بأجور ورواتب الملاحين وسائر المستخدمين فيها.

٣- الإقراض والاستقراض الجوي.

٤- النقل والإرساليات الجوية وكل عملية تتعلق بها ك شراء أو بيع أدوات ومواد تموين الطائرات.

٥- التأمين الجوي بأنواعه المختلفة.

١٠٢- ويلاحظ من نصوص المواد السابقة ميل القانون التجاري اليمني الواضح نحو تخصيص فقرات مستقلة لكل عمل تجاري على حده، مع أن الكثير من تلك الأعمال، يجمع بينها الوحدة الموضوعية في طبيعة العمل، كالنشاط المصرفي وأعمال الصرافة، والتأمين، وأعمال الوساطة.

وهذا التجانس والاتحاد، يجعلنا نفضل تقسيم هذا المبحث إلى مجموعات تجارية، يجمع بين فقراتها تماثل النشاط ووحدة الموضوع. نعالج كلاً منها في مطلب مستقل على الوجه الآتي:

مبادئ القانون التجاري اليمني «الاعمال التجارية - التجار - المصارف» العمليات المصرفية

المطلب الأول : المصارف وأعمال الصرافة.

المطلب الثاني : الأوراق التجارية.

المطلب الثالث : أعمال الوساطة.

المطلب الرابع : الأماكن المعدة لاستقبال الجمهور.

المطلب الخامس : محلات الخدمات العامة.

المطلب السادس : التأمين بأنواعه المختلفة.

المطلب السابع : الصناعة.

المطلب الثامن : عقود النقل.

المطلب التاسع : الطباعة والنشر والصحافة والخدمات الإعلامية.

المطلب العاشر : المقاولات.

المطلب الحادي عشر : أعمال الملاحة البحرية والجوية.

المطلب الأول

المصارف وأعمال الصرافة^(١)

٩٧- إن الاهتمام ببحث ودراسة الظواهر الاقتصادية وتطورها، مبعثها إشباع حاجة المجتمع. فلما زادت حاجة التجار إلى النقود، المتوفرة لدى أشخاص لا صلة لهم بالنشاط الاقتصادي والتجاري، بدأ التفكير يتجه نحو إيجاد صيغة قانونية، لترغيب هذه الفئة بإيداع نقودهم لدى بعض المضاربين من التجار، لإشباع حاجتهم أو غيرهم ممن يحتاجون إلى تلك النقود الرائدة. وبعد البحث والاستقصاء للتجارب الإنسانية المتعددة ولدت فكرة المصارف، لتيسير الوفاء بحاجات التجار من خلال ما عرف بالعقود المصرفية.

وقد نشأ العمل المصرفي أول الأمر، في كنف النشاط المصرفي الفردي، ثم ما لبث أن تطور مع تطور الأوضاع الاقتصادية وتنوع متطلباتها واتساع رقعتها ما أدى إلى ظهور الشركات المصرفية التي سعت إلى تجميع الأموال، وتشجيع الإدخار بفائدة

(١) راجع لمزيد من التفاصيل في أعمال البنوك، د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، القاهرة طبعة ١٩٨٩م، د. سميرة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، القاهرة، ١٩٨٨م، د. محمد صالح، شرح القانون التجاري المصري، ج٣، الأوراق التجارية وأعمال البنوك، القاهرة، ١٩٤١م.

وفي الفقه الإنجليزي Lord Chorley, Law of Banking, London, Sixth Edition, Sweet & Max- well.

الفصل الثاني: الاعمال التجارية الأصلية

متواضعة، ثم إعادة إقراضها لأصحاب المشروعات التجارية بفوائد مرتفعة. وهذا الربح الكبير هو الذي دفع رؤوس الأموال إلى التكتل وتكوين المصارف التجارية^(١).

واليمن - خاصة المحافظات الشمالية والوسطى - حديث عهد بالنشاط المصرفي، حيث كانت الظروف الاقتصادية لتلك المحافظات قبل ثورة ٢٦ سبتمبر شديدة التواضع، لذلك كان التاجر في ظل هذه الأوضاع يمارس نشاطه التجاري بماله الخاص، وهو أيضاً الذي يتولى حفظه ونقله من مكان إلى آخر.

وظل الأمر كذلك فترة غير قصيرة من الزمن، إلى قبيل الثورة عام ١٩٦٢م، حيث افتتح البنك الفرنسي (الاندوشين) فرعاً له في الحديدة عام ١٩٤٩م واستمر قراية السنين ثم أقفل بأمر الإمام. بعد ذلك افتتح البنك الأهلي السعودي عام ١٩٥٥م فروعاً له في صنعاء وتعز والحديدة، وهذا العمل يعتبر أول نشاط مصرفي حقيقي تشهده المحافظات الشمالية والوسطى من اليمن الطبيعية، وقد استمرت تلك الفروع تمارس عملها في تلك المحافظات حتى تاريخ تأسيس البنك اليمني للإنشاء والتعمير في ٢٨/١٠/١٩٦٢م^(٢).

ولعل من المفيد القول إن منطقة عدن - نظراً لموقعها الجغرافي، وسيطرة الإنجليز عليها - قد عرفت منذ وقت مبكر - قبل غيرها من دول المنطقة - النشاط المصرفي في صورة مكاتب للتحويل والصرافة، مثل (لوك توماس، وقهوجي دنشا). حيث عملت جنباً إلى جنب مع المصارف التجارية الحديثة التي وجدت في وقت لاحق عليها، وكان على رأسها البنك الأهلي الهندي الذي مد نشاطه إلى منطقة عدن، حيث افتتح فيها فرعاً له في ١٨٥٤/٢/٩، وآخر في مايو ١٨٩٥^(٣).

ومع ازدهار النشاط التجاري العالمي، زادت أهمية منطقة عدن، نتيجة ارتفاع نصيبها العالمي من تجارة الترانزيت، الأمر الذي دفع الكثير من البنوك الدولية الكبرى إلى افتتاح فروع لها في عدن^(٤)، لمواجهة متطلبات كافة الأنشطة التجارية المزدهرة. إلا أن هذه البنوك ومكاتب الصرافة وما صاحبها من نشاط تجاري رائد في الجزيرة العربية

(١) راجع في نشأة البنوك وتطورها A, Andreades, History of the Bank of England, ١٦٤٠ to ١٩٠٣, PP. ١٤, Etseq.

(٢) د. محمد أحمد مرغم، النظام القانوني للنشاط المصرفي في الجمهورية العربية اليمنية، رسالة دكتوراه قدمت إلى حقوق القاهرة، ١٩٨٥، ص ٦٩، ٦٧، ٦٦.

(٣) د. سعيد الشيباني في كتابه البنك اليمني للإنشاء والتعمير، أربعة وثلاثون عاماً من العطاء، ص ٦٢، ٦٦، ٤١.

(٤) د. سعيد الشيباني، المصدر السابق، ص ٦٦ وما بعدها.

برمتها قد أنطفاً وهجه وأفل نجمه وانذوت جذوته بسبب أعمال التأميم التي طبقتها السلطة الحاكمة في المحافظات الجنوبية والشرقية من الوطن بعد الثلاثين من نوفمبر المجيدة.

وبعد قيام ثورة ٢٦ سبتمبر عام ١٩٦٢م مباشرة، بدأت الحداثة تشق طريقها في المحافظات الوسطى والشمالية نحو تشكيل وتأسيس هياكل الاقتصاد اليمني برأس مال وطني، فأنشئ البنك اليمني للإنشاء والتعمير عام ١٩٦٢م (شركة مساهمة يمنية)، كمؤسسة ادخارية وتمويلية هامة^(١) ويرجع إليه الفضل في تأسيس اللجنة الأولى للنشاط المصرفي والتمويلي في تلك المحافظات، وإعداد الكوادر المصرفية^(٢) وإرساء قواعد المعاملات البنكية في الاقتصاد اليمني.

ومع بزوغ الأيام الأولى لعقد السبعينيات، اتجهت الحكومة في صنعاء بناء على توصية المؤسسات المالية الدولية، إلى إنشاء البنك المركزي اليمني بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٧١م، كمؤسسة مصرفية حكومية، تتولى طبع أوراق البنكنوت المتداولة، والرقابة على النشاط المصرفي في السوق اليمني. وتوالت بعد ذلك تأسيس البنوك المتخصصة برأس مال حكومي، مثل بنك التسليف الزراعي، وبنك التسليف للإسكان والبنك الصناعي^(٣). وبعد إعادة تحقيق الوحدة المباركة تم إعادة هيكلة البنك الأهلي اليمني، الذي أسس في عدن في ظل الحكم الإشتراكي - مصرف حكومي - من مصرف قصر نشاطه خلال السنوات الماضية على تمويل النشاط التجاري للدولة، إلى مصرف تجاري منافس في الساحة اليمنية، كما سنرى فيما بعد. وإلى جوار النشاط المصرفي العام، والمختلط أسست العديد من المصارف التجارية الخاصة والمصارف ذات الصبغة الإسلامية.

وبإيجاز شديد نلقي الضوء على النشاط المصرفي وأنواعه، وبيان حكم البعض منها التي اقتضى الحال في القانون التجاري اليمني، تاركين عرض بعض تلك العمليات إلى الباب الرابع من هذا الكتاب.

ونتولى في هذا المقام بيان الطبيعة القانونية لأهم الأعمال التي تباشرها المصارف التي تناولها القانون التجاري اليمني في إطار نظرية الأعمال التجارية المطلقة وذلك على النحو التالي:

(١) يشهد لذلك العديد من المشروعات الاقتصادية الناهضة، والمشروعات الفردية الكبيرة، والمتواجدة على خارطة الاقتصادية لليمن.

(٢) يلاحظ مؤخراً، خصوصاً بعد ظهور العديد من المصارف التجارية، هجرة الكوادر المؤهلة لموطنها الأصلي (البنك اليمني للإنشاء والتعمير) وضمها إلى المصارف الناشئة. وهذا أمر مثير للدهشة، يجب الالتفات إليه وعلاج أسبابه، لأنه يمثل خسارة كبيرة للبنك الأم.

(٣) هذا المصرف تعرض لأزمة نقدية أدت به إلى التصفية النهائية، دون أن تتدخل الدولة لدراسة وضعه المالي وإيجاد الحلول المناسبة ليستمر في أداء المهام التي أسس من أجلها.

أولاً: العمليات المصرفية :

٩٨- تناول قانون التجارة اليمني العمليات المصرفية في المواد (٣٥٣-٤٢١)، حيث بين فيها الأحكام العامة والمشاركة بين جميع العمليات المصرفية، ثم أفرد لكل نوع منها أحكاماً خاصة بها. وتعتبر المادة (١/١٠ تجاري) بمقتضى عموم النص جميع أعمال المصارف أعمالاً تجارية مطلقة، سواء وردت في قانون التجارة أم في قانون المصارف التجارية رقم (٣٨) لسنة ١٩٩٨م، أم في قانون المصارف الإسلامية رقم (٢١) لسنة ١٩٩٦م، أم في قانون البنك المركزي رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٠م حيث أشار إلى بعض الأعمال المصرفية في البند (ح) من المادة (٢)، بعنوان العمل المصرفي. وأعمال المصارف الرئيسية، وهي التي يقسمها فقهاء القانون التجاري إلى قسمين إثنين هما: الإيداع والائتمان، إضافة إلى الخدمات الأخرى التي تؤديها المصارف بحكم وظيفتها، نبينهما بإيجاز على النحو الآتي :

أ- الإيداع المصرفي :

٩٩- فرضت الظروف الاقتصادية نفسها على الأفراد، فدفعتهم إلى الاحتفاظ بأموالهم لدى البنوك، سواء في صورة ودیعة نقدية أم في شكل صكوك مالية، أم حفظ ممتلكاتهم لديها -أيأ كانت طبيعتها- في خزائن حديدية خاصة يعدها المصرف للتأجير. ولتوضيح ما سبق نقلني عليها الضوء باختصار على الوجه الآتي:

تعريف الوديعة المصرفية :

١٠٠- عرفت المادة (٣٥٨ تجاري) وديعة النقود بأنها ((عقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها طبقاً لغايته، مع التزامه برد مثلها من نفس نوع العملة، لدى الطلب، أو عند حلول الأجل المتفق عليه، وفقاً لما إذا كان الإيداع في حساب توفير أو في صورة وديعة ثابتة)). فالوديعة وفقاً لهذا النص، هي ما يعهد به الأفراد والأشخاص الاعتبارية من نقود إلى المصارف، مع التزامها برد مثلها للمودع أو لأمره عند الطلب، بالشروط المتفق عليها. ويلزم لتمام عقود الإيداع، توافر الأحكام العامة للعقود، من رضى صادر عن إرادتين حرتين غير مكرهتين، وبصيغة منجزة غير معلقة على شرط، وعاقدين آهلين طبقاً لأحكام قانون التجارة لإبرام العقد، ومحل للعقد يقبل أحكامه طبقاً للقانون المنظم للودائع النقدية. ونظراً لأهمية عقد وديعة النقود أوجب المادة (٣٥٩)

تجاري) إبرامها بالكتابة بقولها ((تتعقد ودیعة النقود كتابة بعد إطلاع العميل على شروط الإيداع والحصول منه على موافقة خطیة بذلك)).

وتجرى عادة البنوك على طبع نماذج مكتوبة لطلبات عقود الإيداع يقتصر حق العميل المودع على إملاء البيانات والتوقيع على القبول بما ورد فيه دون أن يكون له الحق في التعديل أو الحذف والإضافة ويشتمل النص المذكور على أنواع ثلاث من الودائع المصرفية، إضافة إلى ودائع الصكوك، يمكن بيانها كما يلي:

أ- الودیعة تحت الطلب:

١٠١- هي الودیعة التي تجیز للأفراد أو الهيئات أو الشركات، إيداع النقود لدى المصارف بالشروط المیتق عليها، على أن يكون من حقهم سحبها كلها أو جزء منها عند الطلب، أو نقل ملكيتها للغير بواسطة الأوراق التجارية أو الحوالات المصرفية، مثل ودائع التوفير، حيث نصت المادة (٣٦٤ تجاري) بأنه ((ترد ودیعة النقود بمجرد الطلب إذا كانت في حساب توفير...))، والعرف المصرفي الجاري العمل به لا يحول دون استرداد المودع لودیعته تحت الطلب عند رغبته بذلك. وليس صحيحاً ما يشاع بعدم تفضیل المصارف لهذا النوع من الودائع، بدلیل تنافسها على اجتذابها بشروط ميسرة.

ب- الودیعة إلى أجل:

١٠٢- هي ما يودعه الأفراد والأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة من نقود لدى المصارف إلى أجل محدد حسب الاتفاق، والأصل عدم جواز استرداد المودع مبلغ الودیعة أو التصرف فيها، قبل حلول الأجل. غير أن المصارف درجت على التخفيف من حدة هذا الشرط، تحت إلحاح الظروف الاقتصادية، فأصبحت تجیز للمودع سحب الودیعة أو التصرف فيها بنقل ملكيتها إلى الغير، كلها أو جزء منها، نظیر إسقاط كل أو جزء من العائد، الذي غلته الودیعة قبل استردادها. وإذا حل ميعاد استرداد الودیعة ولم یقم المودع بسحبها، تجدد أجل الودیعة تلقائياً لمدة أخرى بالشروط السابقة (م ٣٦٥ تجاري).

ج- الودیعة بشرط الإخطار:

١٠٣- هي كل ما يودعه الأفراد والأشخاص المعنوية من مبالغ نقدية إلى أجل يتفق عليه في العقد، يشترط فيه المصرف على المودع، ضرورة إخطاره قبل السحب بوقت كاف، برغبته باستردادها كلها أو جزء منها، كي يتمكن من تجهيزها إلى الوقت المحدد. وهذا الشرط غالباً ما يرتبط بالمبالغ الكبيرة، التي قد تعجز قدرة المصرف على الوفاء بالودیعة حال تقديم الطلب.

وكل هذه الودائع وغيرها من الودائع النقدية وبأي عملة تعد من الأعمال التجارية المطلقة للمصرف والمودع.

د. ودائع الصكوك :

١٠٤- لم يتناول قانون التجارة اليمني هذا النوع من الودائع، غير أن تطور الأوضاع الاستثمارية دفعت المصارف إلى التعاطي بصورة إيجابية مع ما استجد من خدمات مصرفية عديدة، منها قبول ما يملكه الأفراد والمؤسسات من صكوك والقيام بالخدمات المصرفية المتصلة بها، مثل تحصيل أرباحها، والبيع والشراء لها، وتحديد مواعيد اجتماعات الجمعيات العمومية للشركات التي أصدرتها، وإبلاغ المودعين بتاريخ الاكتتاب الجديد لزيادة رأسمال الشركات المصدرة لهذه الصكوك. وقد أشارت إلى ذلك المادة (٢/ح/٢) من قانون البنوك رقم (٣٨) لسنة ١٩٩٨م بشأن البنوك، تحت بند العمل المصرفي. والمصارف لا تقوم بالخدمات المشار إليها على سبيل المجاملة أو الإحسان بل بقصد المضاربة وتحصيل الفائدة المادية، مما قطع باعتبارها من الأعمال التجارية المطلقة (م ١/١٠ تجاري).

كما تتولى المصارف تحصيل قيمة الصكوك المالية لمصلحة عملائها، وتقبل الأوراق التجارية باعتماد قبول صرفها في الميعاد، والوفاء بها للمستفيد منها عند تقديمها للمصرف في ميعاد الاستحقاق، أو خصمها مقابل عمولة، أو تمنحها قوة ائتمانية بالتوقيع عليها بالضمان لصالح الدائن. ومثل هذا الإجراء يزيد من الثقة في هذه الأوراق ويسهل تداولها، وأعمال المصرف على هذا النحو تعتبر من الأعمال التجارية المطلقة.

هـ. إيجار الخزائن الحديدية :

١٠٥- بعيداً عن الودائع النقدية المباشرة تحت إدارة المصرف، لسبب عقدي أو غيره، اتجهت بعض المصارف إلى إعداد صالات خاصة وتجهيزها بالخزائن الحديدية بمواصفات فنية محددة، وتأجيرها بصفة شخصية لمن يرغب من الجمهور، لحفظ نقودهم أو مجوهراتهم أو وثائقهم الهامة في مكان آمن لدى المصرف، دون تدخل من موظفي المصرف في توجييه هذه المدخرات أو الإطلاع على محتواها. وقد نظم قانون التجارة اليمني عقد إيجار الخزائن الحديدية في المواد (٣٨١ إلى ٣٩٣)، وضح فيها التزامات المصرف الناشئة عن هذا العقد ومسئوليته في المحافظة على الخزائن الحديدية مقابل

التزام المستأجر بسداد الأجرة، وعدم تسليم مفتاح الخزينة المسلم له^(١). لأي شخص إلا بتوكيل خاص، وإعادته إلى المصرف عند انتهاء عقد الإجارة.

ويقضي القانون التجاري اليمني (م ١٠) باعتبار عمليات البنوك، من إيداع النقود، وإدارة الأوراق المالية أو التجارية وخصمها أو ضمانها، وكذلك تأجير الخزائن الحديدية، من الأعمال التجارية المطلقة بالنسبة للمصارف ولو لم تحقق ربحاً، وأياً كانت صفة المقترض^(٢). غير أن رأياً فقهياً^(٣) لا يسلم بهذا الاتجاه ويرى أن أعمال البنوك لا تكون تجارية إلا إذا حققت فوائد مالية نظير ما تقدمه لعملائها من خدمات، وهذا رأي غير متواتر وليس له من ينصره. ويناقض ما انتهت إليه غالبية التشريعات، وما استقرت عليه محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص، حيث قالت ((قرض المصارف، عمل تجاري للمصرف وللمقترض مهما كانت صفة المقترض أو الغرض الذي خصص له القرض))^(٤).

بد الائتمان المصرفي *

١٠٦- تقوم المصارف في الوقت الراهن بدور هام في تمويل المشروعات التجارية والصناعية - بالرغم من الرؤية الشرعية بشأنها - تحت مظلة الائتمان المصرفي، حيث عرفته المادة (٢/ز من قانون البنوك) بقولها الائتمان المصرفي هو ((التسهيلات والقروض والسلف النقدية بأشكالها وأحجامها المختلفة التي تقدمها المصارف والمؤسسات المالية))، وينظم قانون التجارة القرض المصرفي في المواد (٤١٥-٤٢١)، وبالإضافة إلى القروض الائتمانية المباشرة، تقدم البنوك خدمات ائتمانية عديدة أهمها الاعتمادات المستندية، وخطابات الضمان. وهذه القروض المباشرة وغير المباشرة، تتعدّد كتابة بين المصرف والعميل بالشروط المتفق عليها بينهما حيث نصت المادة (٤١٦ تجاري) على أنه ((١- تتعدّد السلفة كتابة ويقدم الراغب في السلفة طلباً إلى البنك مصحوباً بالمستندات المطلوبة...))، ويقصد (بالمستندات المطلوبة) على وجه الخصوص الضمان المناسب لقيمة القرض أو الائتمان، أو المستندات الممثلة للبيضة في الاعتماد المستندي، أو تقديم غطاء نقدي أو ضمان عقاري أو غيره في خطاب الضمان المصرفي. وتعميماً للفائدة يمكن عرض الائتمان المصرفي المباشر وغير المباشر بصورة موجزة على النحو التالي:

(١) يكون لكل خزينة مفتاحان مختلفان يسلم أحدهما للمستأجر ويحتفظ البنك بالمفتاح الآخر، وفيما عد المستأجر والبنك لا يجوز تسليم المفتاح لأي شخص آخر (م ٣٨٣/تجاري يمني).

(٢) نقض مصري طعن رقم ٤١١، جلسة ١٣/٤/١٩٨١م، نقض أحمد حسني، رقم ٤٧.

(٣) د. أكثم الخولي، السابق، رقم ٧٧.

(٤) نقض مصري طعن رقم (١٦٢٣) جلسة ٣١/٣/١٩٨٣م ملحق للنقض التجاري لأحمد حسن رقم ١٥٧.

١. الائتمان المباشر :

١٠٧- إن أهم وظيفة للمصارف تتجلى في تجميع المدخرات والودائع من المصادر المختلفة ثم إعادة ضخها إلى القطاعات التجارية والاقتصادية المتنوعة، عن طريق القروض النقدية والتسهيلات المالية الائتمانية المباشرة، وهذه القروض تأخذ أشكالاً شتى منها، القروض طويلة الأجل، أو متوسطة وقصيرة الأجل. وتتأش هذه القروض بموجب عقد مكتوب بين الطرفين، تتوافر فيه الأركان العامة للعقد، يكون للمقترض بموجب هذا العقد التصرف بمبلغ القرض حسب الاتفاق. وقد يكون القرض في صورة تسهيلات ائتمانية، يلتزم المصرف بناء عليه أن يضع تحت تصرف طالب التسهيل في حساب جاري مبلغاً معيناً من النقود، يستعمله دفعة واحدة أو على دفعات، وما يوفيه العميل خلال مدة سريان العقد يضاف إلى الرصيد الباقي في التسهيل، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك (م ٣٩٥ تجاري)، وهكذا يكون للعميل السحب من رصيد التسهيل طيلة مدة العقد طالما يستمر في تغذيته بدفعات متتالية.

٢. الائتمان غير المباشر :

١٠٨- لا تقتصر الخدمات التي تؤديها المصارف على القروض والتسهيلات النقدية المباشرة، بل تضطلع بدور هام يتمثل في توفير الثقة والاطمئنان - في عقود التجارة الخارجية، أو في عقود المقاولات أو التوريد - تقدمها المصارف في صورة عقود للعملاء الذين يتعاملون مع أحد المصارف بشكل مباشر، وللغير ممن يرتبط مع عملاء المصرف بعقد تجاري محلي أو خارجي يلزم لتمامه فتح اعتمادات مالية لصالح هذا الغير من قبل المصرف، وتقوم المصارف كذلك بإجراء عمليات خصم الأوراق التجارية أو قبولها زيادة في الضمان لها ويمكن الإشارة إلى كل عملية على حدة على الوجه الآتي:

أ. الاعتماد المستندي :

١٠٩- يتمتع الاعتماد المستندي في عقود التجارة الخارجية على المستوى الدولي بقدرته على تجاوز التباينات التجارية لأطراف عقد التجارة الدولي، وتكييف العلاقات القانونية للأطراف المتعاملة بالاعتماد المستندي، وفق قواعد وأعراف موضوعية تتميز بوحدة الاصطلاحات القانونية المستعملة وانسجام المعالجات الموحدة للمشاكل التي قد تعترض تنفيذ شروط الاعتماد المستندي بين طرفين من دولتين مختلفتين ومصرفين ينتمي كل واحد منهما لبيئة مصرفية مختلفة. لكل هذا قامت غرفة التجارة الدولية بالسهر الدائم على تقليل المخاطر المرافقة للتبادل التجاري الدولي، ومتابعة كافة التطورات، ووضع

الحلول والمقترحات، لإزالة كافة العوائق التي تعرقل تنفيذ الاعتمادات المستندية بالصورة المبتغاه. وتتضح مسيرة غرفة التجارة الدولية في هذا المسار منذو عام ١٩٣٣م، تاريخ بدأ وضع القواعد الأولية الموحدة للاعتمادات المستندية، عدلت هذه العادات والأصول مرات عدة كان آخرها الصادرة بالكتيب رقم ٧٤٥ نشرة رقم ٦٠٠ في تاريخ ٢٠٠٧/٧/١م حيث عدلت بموجبها المواد (٢-٣٧) شملت بعض الشروط والأحكام والقواعد المنظمة للاعتمادات المستندية^(١).

وفي هذا السياق تلجأ المصارف التجارية، بصورة مباشر، إلى تضمين هذه التعديلات، ضمن شروط فتح الاعتماد، بحيث تصبح الإطار العام الذي يقبل به سائر الأطراف^(٢)، وهذا المسلك هو السائد لدى القضاء^(٣).

وتبرم عقود التجارة الدولية بين طرفين ينتمي كل منهما إلى دولتين مختلفتين، بالشروط والمواصفات وطريقة الشحن المتفق عليها بينهما. وضماناً للوفاء بالشروط الاتفاقية من قبل البائع والوفاء بالثمن من قبل المشتري، تتولى المصارف عن طريق الاعتمادات المستندية ضمان حقوق كل طرف قبل الآخر حسب بنود العقد. فالتاجر اليمني المستورد يتفق مع المصدر في اليابان على كافة شروط الصفقة وتفاصيلها وطريقة شحنها وميناء الوصول. ولتمام هذا العقد يطلب المستورد من المصرف اليمني أن يفتح اعتماداً مستندياً بقيمة الصفقة لصالح المصدر، بموجبه يستطيع الأخير سحب كمبيالة على المصرف اليمني أو المصرف المعزز بقيمة الصفقة مرفقاً بها المستندات الدالة على البضاعة حسب شروط العقد، ووثيقتي الشحن والتأمين والشهادة الصحية وشهادة المنشأ، وغيرها من الوثائق والمستندات اللازمة لتمام الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي، بواسطة فرع المصرف اليمني في دولة المصدر أو عبر مراسله فيها.

والاعتماد المستندي كما عرفته المادة (٤٠٠) ((١- عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد مستندي بناءً على طلب أحد عملائه (طالب فتح الاعتماد) لصالح شخص آخر (المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل.

(١) لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن، راجع المعايير الجديدة لفحص الاعتماد المستندي، مجموعة المحاضرات للاستاذ جاك صابونجي طرابلس-ليبيا بتاريخ ٢٧/٩/٢٠١٣م. وطارق الباشا، ملاحظات على الاعتمادات المستندية للتعديلات الصادرة بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١م بنشرة رقم ٦٠٠، منشور بهذا العنوان على موقعه الالكتروني، د. حسام الدين عبدالغني الصغير، الجديد في القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية ٥٠٠، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، طبعة ٢٠٠٣م.

(٢) على أن هذه التعديلات تصبح جزءاً لا يتجزأ من القواعد واجبة الاتباع، حتى في ظل عدم إدراجها ضمن التشريع الوطني للدول، تسليماً بإرادة المتعاقدين.

(٣) أ س/ ت/ ٢٩، ١٩٧٩م يمني، حكم منشور في مجلة الأحكام التجارية، عدد ٦١ قاعدة رقم ٢٥٨ ص ٢٨٨.

٢- ويكون عقد الاعتماد المستندي مستقلاً عن العقد المفتوح الاعتماد بسببه، ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد)).

توجب هذه المادة التقدم إلى المصرف بفتح الاعتماد المستندي مشفوعاً بالمستندات الآتية مع مراعاة نوع الاعتماد وهي:

- ١- فاتورة البيع التجارية.
- ٢- بوليصة الشحن.
- ٣- بوليصة التأمين.
- ٤- شهادة منشأ البضاعة.
- ٥- شهادة التحليل والجودة للبضاعة المستوردة.
- ٦- شهادة الوزن الصافي والكلي.
- ٧- قائمة التعبئة (المنافست).

وفي الوقت نفسه يوضح النص المشار إليه، أن العلاقة القانونية بين المصرف في اليمن وعمله طالب فتح الاعتماد ويحكمها عقد فتح الاعتماد، هي علاقة مستقلة عن العلاقة القانونية التي نشأت عن خطاب الاعتماد المستندي بين المصرف في اليمن والمصدر في الخارج. ومقتضى هذا الاستقلال بحسب الأصل عدم قدرة العميل اليمني منفرداً إصدار توجيهاته إلى المصرف بعدم الوفاء بقيمة الاعتماد، ما لم يتفق على غير ذلك بين جميع الأطراف، وهذا أمر نادر الحدوث في الواقع العملي.

أنواع الاعتمادات المستندية:

تتخذ الاعتمادات المستندية صوراً متعددة تبعاً للشروط التي يتضمنها كل اعتماد، وقد أشار قانون التجارة اليمني إلى بعضها وهي:

١- الاعتماد المستندي غير القابل للنقض:

وهو الاعتماد الذي يصبح بموجبه البنك ملتزماً التزاماً مباشراً ونهائياً، بالوفاء بقيمة الاعتماد، إذا تقدم إليه المستفيد خلال المدة المحددة فيه، مستوفياً الشروط اللازمة للوفاء، ولا يجوز الغاؤه أو تعديل شروطه أو قيمته، إلا باتفاق جميع الأطراف (م ٤٠١ تجاري يمني).

٢- الاعتماد المستندي المعزز:

ويقصد به الاعتماد المستندي غير القابل للنقض الصادر من أحد البنوك العاملة

في اليمن والمعزز بقبول الوفاء به من قبل مصرف في بلد المستفيد، حسب الشروط المتفق عليها، يلتزم بمقتضاه البنك المعزز التزاماً قطعياً ومباشراً قبل المستفيد، بسداد قيمته فور طلبه، بعد تأكده من مطابقة المستندات لشروط الاعتماد (م ٤٠٢) تجاري يماني.

٣- الاعتماد المستندي القابل للتحويل:

هو الاعتماد المستندي المنشأ وفق القواعد والأصول المصرفية المتعارف عليها، يتعهد بموجبه البنك المصدر بحسب شروط الاعتماد، بالوفاء بقيمته خلال المدة المحددة فيه للمستفيد أو لمن يفوضه بإستلام القيمة كلياً أو جزئياً وفي الوقت نفسه، يجوز للمفوض بالاستلام تحويل قيمة الاعتماد لشخص آخر، بحسب ما تم الاتفاق عليه في شروط فتح الاعتماد (م ٤٠٣ تجاري يماني).

٤- الاعتماد المستندي القابل للتجزئة:

هو الاعتماد المستندي المنشأ وفق القواعد والأصول المصرفية المعتمدة، والمرتبط غالباً بالصفقات الكبيرة، حيث يتطلب تنفيذ العقد المفتوح بموجبه الاعتماد، فترات زمنية متعاقبة للوفاء به على دفعات متتالية، لأي سبب قد يتصل بالمشتري أو بالبائع. بموجب هذا الاعتماد، يتعهد المصرف المنشئ أو المعزز بالوفاء بقيمة كل جزء من الاعتماد فور تقديم المستندات المطابقة للشروط، ولكل شحنة على حدة (م ٤٠٣ تجاري يماني). ولما كان هذا الاعتماد لا يتم الوفاء به دفعة واحدة بل على دفعات مقابل كل شحنة سمي بالاعتماد المستندي القابل للتجزئة، حيث إن من قواعد إنشاءه، الاتفاق بين البائع والمشتري الوفاء بقيمته على دفعات متوالية نظير كل شحنة.

٥- الاعتماد المستندي القابل للنقض:

هو الاعتماد المستندي المنشأ طبقاً للقواعد والأصول المصرفية المعتمدة، إلا أنه يتضمن شرطاً يجيز للمشتري فاتح الاعتماد أو المصرف المنشئ حق الغائه أو تعديل شروطه دون موافقة مسبقة من المستفيد المصدر، ونظراً للمخاطر الكبيرة التي ينطوي عليها التعامل بهذا الاعتماد المستندي، فإن البيئة التجارية لم تعد تقبل العمل به، اللهم إلا بين الشركات الأم وشركاتها التابعة وأمثالهما.

وقد عرف السوق المصرفي مؤخراً بعض أنواع الاعتمادات المستندية التي ولدت في ثانيا عقود التجارة الدولية في الوقت الحاضر لم يتناولها المشرع اليمني منها^(١):

١- الاعتماد المستندي القابل للتجديد:

وهو الاعتماد المنشأ وفقاً للأحكام والقواعد المنظمة للاعتمادات المستندية متخذاً أحد الأنواع المشار إليها، إلا أنه يتضمن شرطاً مقتضاه، إمكانية تجديده تلقائياً بنفس الشروط والمدة الزمنية للوفاء، والقيمة، والأطراف. ويأتي العمل بهذا النوع، بدلاً من إنشاء اعتماد مستندي جديد.

٢- الاعتماد المستندي بند أحمر:

هو الاعتماد المستندي الذي تتوفر فيه كافة الشروط والأحكام اللازمة لإصداره كما سبق إيضاحه، إلا أنه يجيز للمصدر، الحصول على جزء من قيمته قبل شحن البضاعة، بل وقبل حصول المستفيد (المشتري) أو المصرف مصدر الاعتماد على المستندات الممثلة للبضاعة وهذا النوع من الاعتمادات المستندية ينطوي على بعض المخاطر لذلك يسمى بالاعتماد المستندي بند أحمر، وغالباً لا يتم إبرام مثل هذا، إلا بين العملاء، الذين يثق أحدهما بالآخر ثقة تامة.

بد خطاب الضمان:

١١٠- كشفت الحياة العملية في البيئة التجارية عن بعض أوجه القصور في تنفيذ الملزم لبعض بنود العقد لأي سبب كان، وكى لا تتضرر مصالح الطرف الآخر، استقر الرأي على الأخذ بنظام الكفالة المالية لحمل الملزم على تنفيذ التزامه حسب بنود العقد، يجوز بموجب هذا النظام عند مخالفة الأخير لبنود العقد مصادرة قيمة الكفالة بناءً على طلب (رب العمل) الطرف الآخر في العقد. تتولى المصارف التجارية إصدار هذه الكفالات فيما استقر العرف المصرفي على تسميته بخطاب الضمان تأمينا للوفاء بالالتزامات الناشئة عن عقود المقاولات، أو عقود التوريد، أو المناقصات.

وتناول قانون التجارة اليمني خطاب الضمان في المواد ((٤٠٨-٤١٤))، بينت المادة (٤٠٨) ماهية خطابات الضمان بقولها ((١- خطاب الضمان تعهد يصدر من بنك بناءً على طلب عميل له (طالب الضمان) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر

(١) لمزيد من التفاصيل، راجع د/ محمد مانع علي الميمنة، الاعتمادات المستندية في التجارة الدولية، بدون تاريخ، ص ١٣ وما بعدها، د. سعيد عبدالعزيز عثمان، الاعتمادات المستندية، الدار الجامعية الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٢٧ وما بعدها.

(المستفيد) إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب...)). فهذا النص يوضح المركز القانوني للمصرف باعتباره متعهداً بدفع قيمة الخطاب بالعملة المحددة فيه بناءً على طلب المستفيد خلال مدة صلاحية الضمان، ولا يملك المصرف مصدر خطاب الضمان الرجوع عن التزامه بالوفاء للمستفيد لأي سبب كان، ذكرت ذلك المادة (٤١٠) بقولها ((لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفع الناتجة عن علاقة البنك بطالب الضمان أو علاقة طالب الضمان بالمستفيد)). والمفهوم من هذا النص أن خطاب الضمان ينطوي على علاقتين قانونيتين الأولى: بين المصرف والعميل طالب خطاب الضمان، والثانية: بين المصرف والمستفيد، وكل علاقة مستقلة عن الأخرى، يصبح المصرف بناءً على ذلك ملتزماً بأحكام خطاب الضمان قبل المستفيد حتى في ظل معارضة العميل طالب الضمان^(١).

وتعتبر جميع أعمال المصارف السابقة أو ما يستجد منها عملاً تجارياً بمقتضى عموم النص للمادة (١/١٠) دون النظر إلى صفة العميل سواء كان تاجراً أم غير تاجر، يباشرها بصورة مستمرة أو منقطعة، أو قام بها بصورة عارضة لمرة واحدة.

ثانياً: الخدمات المصرفية:

إن تنوع الوظائف الاقتصادية التي تؤديها المصارف التجارية، بات مرهوناً بقوة الثقة التي تتمتع بها لدى الجمهور، فلم يعد نشاطها قاصراً على الإيداع والإئتمان فحسب، بل أصبحت تقدم الكثير من الخدمات المصرفية التي يحتاج إليها المجتمع وتقتضيها حاجات التجارة، نعرض لأهم هذه الخدمات وأكثرها شيوعاً في السوق المصرفية اليمنية، وذلك على النحو الآتي:

١- الحساب الجاري (م/٢/١): *

١١١- إن العلاقات التجارية التبادلية بين التجار، التي تتم بصورة مستمرة ومنظمة تجعل كلاً منهم دائناً ومديناً في وقت واحد، وغالباً ما يتم وفاء التجار لالتزاماتهم قبل بعضهم أو قبل المصارف على شكل دفعات متتالية تسحب من الحساب الجاري.

وقد عرفت المادة (٣٦٧ تجاري يمني) الحساب الجاري بأنه ((عقد يتعهد بمقتضاه صاحب الحساب أن يودع أموالاً له في هذا الحساب لدى البنك، وأن يجري عن طريق

(١) لمزيد في التفاصيل راجع د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩١م، ص ٢٤٤ وما بعدها.

الفصل الثاني: الأعمال التجارية الأصلية

البنك تسويات مع دائنيه ومدينه وغير ذلك من التصرفات النقدية أو بالمناقلة، ويتعهد البنك أن يفيد في الحساب ما يرد من مدفوعات وأن يجيز السحب من الودائع بموافقة العميل على أن تتم التسوية النهائية عند غلق الحساب واستخراج رصيده)). فهذا النص يوضح الطبيعة القانونية للحساب الجاري بأنه عقد، ومن ثم ينبغي أن يخضع إبرامه للأحكام العامة للعقد، باعتباره عقداً رضائياً^(١). مع ذلك درج العرف المصرفي على إعداد المصارف لنماذج مطبوعة تسلم للعملاء عند طلب فتح حساب جار يقتصر دور العميل فيها على إملاء الفراغات والتوقيع عليه، ليصبح بذلك قابلاً بكامل الشروط الواردة فيه دون تعديل (م ٣٦٨ تجاري يمني)^(٢). وكيف بعض الفقه التجاري^(٣) عقود الحسابات المصرفية على أنها من عقود الإذعان.

ولعل من المفيد القول إن الحساب الجاري، يتضمن عملياً إيداعات ومسحوبات متتالية لصاحب الحساب، بحيث يكون الدافع دائماً والقباض مديناً. وهكذا يجري نظام الحساب الجاري وفق قواعد مصرفية مستقرة، تجعل من أحد الطرفين دائماً عند الدفع ومديناً عند القبض، ولا يعرف الدائن أو المدين إلا عند إغلاق الحساب بأسبابه الاتفاقية أو القانونية.

الجدير بالذكر أن المبالغ التي تدخل في الحساب الجاري تفقد صفتها الخاصة وكيانها الذاتي، فلا تكون بعد ذلك قابلة على حدة للوفاء ولا للمقاصة ولا للسقوط ولا للتقادم، ولا الفوائد التي كانت تسري عليها قبل قيدها في الحساب الجاري^(٤)، ولا تكون المبالغ المقيدة في الحساب قابلة للتجزئة قبل إقفال الحساب (م ٢/٣٦٩ تجاري يمني) وينقل إلى الحساب الجاري ضمانات التنفيذ الخاصة بكل مفرد من مفردات الحساب المدمجة فيه وبقدر هذا المفرد فقط (م ٣/٣٦٩ تجاري يمني)^(٥).

(١) استاذنا الدكتور. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، طبعة ١٩٨٩م، ص ٢٦٩.

(٢) ولما كان العميل لا يملك حق تعديل شروط عقد فتح الحساب الجاري، فإنه يقترب من عقود الإذعان لنفاذ إرادة طرف على الطرف الآخر. راجع في هذا المعنى د. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة... طبعة ١٩٨٤م ص ٢٠٤ وما بعدها، وقد أشار صراحة إلى أن عقود الحسابات المصرفية تعتبر من عقود الإذعان الدكتور. محمد المضري في بحثه عقود الإذعان المقدم إلى الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي التي عقدت في أكتوبر ٢٠١٣ فقرة رقم ٩/ب. ولما كان قبول الطرفين لهذا العقد طوعاً، فلا مجال للقول بوجود الإكراه.

(٣) والغرض هنا أن العميل كان له وديعة لدى المصرف فحولها إلى حساب جار.

(٤) أ وقد وضحت المادة (٣٦٩ تجاري يمني) آثار قيد مفردات الحساب الجاري بقولها ((١- يتجدد طلب كل قيد بإدخاله إلى الحساب ولا تسري على الطلب قواعد التقادم والفوائد. ٢- تكون المفردات المقيدة في الحساب غير قابلة للتجزئة.)).

ولا تنتج المدفوعات المودعة في الحساب الجاري أي فوائد إلا بالاتفاق الصريح،
مالم يتفق الطرفان على غير ذلك (م ٣٤٩ تجاري).

وتستهدف الخصائص المذكورة للحساب الجاري، توفير الحماية القانونية لهذا العقد المصرفي، كسباً لثقة الوسط التجاري وتشجيعهم على تسوية التزاماتهم عن طريق السحب من الحساب الجاري وفي حدود قيمة العقد، الأمر الذي يدفعهم إلى ضرورة العمل على تغذية الحساب بشكل مستمر ومنظم كي يظل هذا الحساب محتقضا بطبيعته كحساب جار. وهذا الحساب يحقق مزايا للتجار وللمصارف معا، حيث يقلل من استعمال النقود ونقلها من مكان إلى آخر، ويوفر جو الثقة والانتمان، فلا يلزم المدين بالدفع المباشر، بل يكفي أن يحرر شيكاً بمبلغ الدين، أو بقيمة البضاعة، يسحب من الحساب الجاري لصالح الدائن، ومن ناحية أخرى يقلل من مخاطر إفلاس أو إعسار الدائنين، حيث يستطيع الدائنون تسوية ديونهم عن طريق السحب من الحساب الجاري وفي حدود التسهيلات الممنوحة لهم عوضاً عن الدفع النقدي المباشر، أو بالسحب على المكشوف حسب تقدير إدارة المصرف للذمة المالية للعميل، ومدى التزامه بالسداد.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الحسابات الجارية تغذي الخزينة المالية للمصارف، من المدفوعات المتوالية للتجار، الأمر الذي يمكنها من استخدام هذه المدفوعات في نشاطها المصرفي المختلفة، مما يعود عليها بالفائدة، وهي الغاية الأصلية من نشاطها المصرفي.

وعقد فتح الحساب الجاري وما يتصل به من عمليات مصرفية يجريها البنك أو غيره من الأفراد، تعتبر بالنسبة لهم عملاً تجارياً مطلقاً (م ٢/١٠). أما إذا كان أحد طرفي الحساب الجاري مديناً، فبالرغم من اعتبار هذا التصرف عملاً تجارياً له إلا أنه لا يكسبه الصفة التجارية؛ ما لم تتوافر فيه الشروط التي تطلبها القانون.

٢- الوفاء والتحصيل للأوراق التجارية :

تجنباً لمخاطر الاستخدام المباشر للنقود، في سداد الالتزامات، التبادلية، ابتكر الفكر المصرفي نظام الأوراق التجارية، كأداة قانونية لسداد الديون، تقوم بها المصارف المختلفة، وفاءاً بالأوراق التجارية المسحوبة عليها، خصماً من الأرصدة الدائنة لديها، أو تحصيلها لحساب عملائها. وهذا يعكس الزيادة المطردة في إقبال الجمهور على استعمال الحسابات البنكية، لأسباب عديدة يراها بعض الفقه (١) أهمها:

أ- مجانية الوفاء بالمبالغ المالية المثبتة بالأوراق التجارية المسحوبة على المصارف، حيث جرى العرف المصرفي على قيام الأخيرة بهذا العمل لمصلحة المستفيد دون الحصول على فائدة مادية نظير ذلك .

(١) د. محمد لقروجي، الشيك وإشكالاته القانونية، المملكة المغربية الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ص ١٣ وما بعدها.

الفصل الثاني: الأعمال التجارية الأصلية

ب- يلجأ الكثير من الناس، إلى استعمال الأوراق التجارية، للوفاء بالتزاماتهم قبل الغير، وذلك لسهولة إثبات هذا الوفاء عند الاختلاف، بعكس الوفاء المباشر الذي قد يتم بين طرفي الالتزام دون توثيق أو إشهاد.

ج- الحماية القانونية التي تحظى به الأوراق التجارية، حفاظاً على مصداقيتها في السوق التجارية، لا سيما ضمان الساحب للوفاء بها في الموعد المحدد، الأمر الذي شجع الأفراد على قبول التعامل بها دون خوف أو تردد.

د- سهولة استخدام الأوراق التجارية في الوفاء بالحقوق لتسوية الديون، دون الحاجة إلى النقد المباشر، وحملها من مكان إلى آخر، تجنباً لمخاطر النقل.

هـ- إن استخدام الأوراق التجارية لسداد الالتزامات التبادلية بواسطة المصارف التجارية، يؤدي إلى توفير الكثير من الوقت اختصاراً للزمن الذي تستغرقه عملية تسوية الالتزامات بين المتعاقدين، وهذا هو السبب في قبولهم التعامل بالأوراق التجارية.

و- إن استخدام الأوراق التجارية لسداد التزامات التجار من قبل بعضهم البعض، يساعد المصارف على توفير السبيلة لديها ليمكنها من توظيفها في نشاطها المصرفي.

الجدير بالذكر أن قيام المصارف بتحصيل الأوراق التجارية، قد يتم بقيد المبالغ المدونة فيها في حساب المستفيد لديها، أو الوفاء بها له، فلا فرق في الحالتين، فكلاهما خدمات مجانية. بل إن المصارف قد تتولى تحصيل الأوراق التجارية المسحوبة على غيرها - خاصة الشيكات - وقيدتها في حساب عملائها، ويتم تسوية هذه العملية بين المصارف بواسطة غرفة المقاصة بالبنك المركزي اليمني. فكل هذه الأعمال المذكورة تعد من قبيل الخدمات المجانية التي تقدمها المصارف لعملائها.

٣- خصم الأوراق التجارية :

إن مناخ الائتمان الذي يسود البيئة التجارية خاصة في ظل عامل المنافسة واستقطاب الزبائن، قد دفع ببعض المستوردين إلى تصريف بضائعهم بطريق الأجل، مقابل حصول البائع على ورقة تجارية آجلة، مثل الكمبيالة والسند لأمر، يحرره المشتري لصالح البائع، على أن تستحق الوفاء في التاريخ المحدد فيه. وخلال هذه المدة قد يحتاج الدائن حائز الورقة التجارية الآجلة إلى النقود قبل حلول موعد الوفاء، فيلجأ إلى المصرف المسحوب عليه الكمبيالة وهو الوضع الغالب، طالباً منه الوفاء بقيمتها، فإذا قبل المصرف الوفاء بها، فإنه مقابل ذلك يقوم بخصم جزء من قيمة الورقة نظير تعجيل الوفاء للمستفيد. فتسمى هذه

العملية في العرف المصرفي، بخضم الأوراق التجارية. وتقوم بها المصارف، لمواجهة احتياجات التجار إلى السيولة المالية .

ثالثاً: الصرف والمبادلات التجارية (م/٣/١٠):

١١٢- الصرف هو مبادلة نقود محلية بنقود أجنبية سواء تم في مكان واحد أم في بلدين مختلفين. الأول يسمى الصرف البدوي، ومقتضاه مبادلة نقد أجنبي بنقد وطني في مكان واحد. والثاني ويسمى الصرف المسحوب، ومعناه تسليم النقود إلى مصرف أو صراف في بلد، على أن يتسلم ما يقابلها بنقد أجنبي في دولة أخرى. وهذه العملية تساعد على نقل النقود بين الدول بعيداً عن المخاطر، مقابل عمولة يحصل عليها المصرف أو الصراف. ومثل هذه الأعمال تعتبر أعمالاً تجارية مطلقة، سواء قامت بها البنوك، أم مارسها الأفراد (م/٣/١٠).

رابعاً: تأسيس الشركات التجارية وبيع أو شراء أسهمها وسنداتها (م/٦/١٠):

١١٣- الجاري عليه العمل خصوصاً في شركات الأموال أن يتم الاشتراك في الشركات الجاري تأسيسها عن طريق الاكتتاب المباشر لدى المصارف، أو يقوم المؤسسون بإيداع قيمة الحصص في رأسمالها لدى البنوك التجارية، وليس هذا فحسب، بل إنه لايجوز تسجيل الشركة لدى الجهات المختصة، إلا إذا أرفق المؤسسون بطلب التسجيل شهادة بإيداع المبلغ المتفق عليه من قيمة الأسهم أو قيمة الحصص في أحد المصارف التجارية. ولا يقتصر عمل البنوك على المساعدة في عمليات الاكتتاب، بل تتولى بيع أسهم الشركات وسنداتها، أو إدارتها لصالح عملائها، مقابل عمولة تحصل عليها المصارف، خصوصاً في الدول التي لا توجد بها بورصة للأوراق المالية.

ومباشرة البنوك لهذه العمليات، يعتبر عملاً تجارياً مطلقاً، أي كان شكل الشركة التي قام البنك نيابة عنها بتلك الأعمال، سواء كانت من شركات الأشخاص أم من شركات الأموال على الرأي الراجح^(١)، وهو كذلك عملاً تجارياً للمكتتب، غير أن هذا العمل لا يكسبه صفة التاجر، ما لم يكن تاجراً في الأصل.

الجدير بالذكر، أن جميع العمليات المصرفية السابق ذكرها تعتبر في القانون اليمني، من الأعمال التجارية المطلقة، لكل من المصارف والعملاء على السواء، دون الوقوف على دوافع كليهما من العمل أو العقد المصرفي .

(١) د.محمد الحاج، السابق، رقم ١٢٦.

المطلب الثاني

الأوراق التجارية

أولاً: الأوراق التجارية التقليدية:

١١٤- لم يضع التشريع التجاري اليمني تعريفاً محدداً للأوراق التجارية بالرغم من النص على اعتبارها عملاً تجارياً، غير أن الفقه^(١) يرى أنها محررات شكلية مكتوبة وفقاً لبيانات قانونية محددة، تتضمن التزاماً بدفع مبلغ معين من النقود، في تاريخ معين أو قابل للتعيين، وتقبل الانتقال إلى الغير بالمناولة أو بالتظهير، ويقبلها العرف التجاري كأداة قانونية لتسوية الديون، أو تحويلها إلى نقود بطريق الخصم.

ويمتاز هذا التعريف بإبراز الخصائص الأساسية للأوراق التجارية وهي:

- ١- اشتمالها على أمر بالوفاء غير معلق على شرط.
- ٢- قابليتها للتداول بالطرق التجارية.
- ٣- ورودها دائماً على مبلغ معين من النقود.
- ٤- سهولة تحويلها إلى نقود بطريق الخصم.
- ٥- قبول العرف التجاري لها كأداة قانونية لتسوية الديون.
- ٦- يضمن الساحب الوفاء بقيمتها في الموعد المحدد.
- ٧- يرتب القانون جزاءً جنائياً على الساحب إذا لم يكن مقابل الوفاء متوفراً يوم الاستحقاق.
- ٨- التضامن في المسؤولية بين الساحب والمظهرين للورقة.

هذه الخصائص أضفت على مجمل الأوراق التجارية قوة قانونية جعلت منها أداة ميسورة الاستخدام في البيئتين المدنية والتجارية، مما منحها قدراً كبيراً من الاهتمام في المجال التشريعي.

والأوراق التجارية التقليدية التي ذكرها المشرع اليمني هي:

(١) د. أمين محمد بدر، الأوراق التجارية في التشريع المصري، المطبعة المالية، ١٩٥٣م، رقم ٤، د. محمد حسن الجبر، السابق، رقم ٣٩. وقرن د. أكثم الخولي، الأوراق التجارية، مكتبة وهبة، ١٩٧٠، رقم ١٠، د. جالك يوسف الحكيم، الحقوق التجارية، ج ٢، المصدر السابق، رقم ٦، ود. عبدالرحمن شمس، أحكام المعاملات التجارية الأوراق التجارية والإفلاس، ١٩٩٧م.

١- الكمبيالة : (المواد ٤٢٢-٤٢٣) :

١١٥- وتعرف الكمبيالة بأنها : محرر مكتوب طبقاً لبيانات قانونية محددة، تتضمن أمراً من الساحب إلى المسحوب عليه بدفع مبلغ معين في تاريخ معين أو قابل للتعيين، لأمر شخص ثالث هو المستفيد. وهي من أدوات الائتمان التجاري التي شاع استخدامها في تسوية الديون الآجلة. وقد أحاطها المشرع اليمني بالعديد من الضمانات منها:

- ١- ضمان ساحب الكمبيالة بالوفاء بقيمتها في ميعاد الاستحقاق.
- ٢- ضمان قبولها من قبل المسحوب عليه.
- ٣- الوفاء بقيمتها في الموعد المحدد (م ٤٣١).
- ٤- كل مظهر وضع توقيعه على الكمبيالة يكون ضامناً بالوفاء مثله مثل الساحب، ما لم يشترط غير ذلك (م ٤٤٤).

وهذه الضمانات قد ساعدت على تقوية الائتمان في الكمبيالة مما جعلها أداة هامة للائتمان في الوسط التجاري، كي تعمل على تسهيل التبادل التجاري بين جميع طوائف التجار. لذلك اختصها المشرع اليمني بعناية خاصة، كنا نفضل توجيه الاهتمام نفسه للشيك باعتباره الأكثر شيوعاً في المعاملات التجارية والمدنية في السوق اليمني.

وصورتها :

كمبيالة	
صنعاء في ٢٠١٥/٦/٣٠ م	فلس ريال
٥٠٠,٠٠٠	
الأخ/.....،المقيم في.....	
إدفعوا لأمر الأخ/.....،المبلغ الموضح أعلاه	
وقدره : خمسمائة ألف ريال لاغير، في ٢٠١٥/١٢/٣١ م	
الساحب	

٢- السند لأمر : (المواد ٥٢٣-٥٢٦) :

١١٦- والسند لأمر: تعهد مكتوب وفقاً لبيانات حددها القانون، يتعهد بموجبه المحرر بدفع مبلغ معين من النقود، في تاريخ معين أو قابل للتعيين، لأمر شخص آخر، هو المستفيد.

وصورته :

سند لأمر	
صنعاء في ٢٠١٥/١٢/١م	فلس ريال
٥٠,٠٠٠:	
أتعهد أنا/.....، بأن أدفع للأخ/.....	
المبلغ المبين أعلاه وقدره: خمسون ألف ريال فقط في ٢٠١٥/١٢/٣١م	
المحرر	

وغالباً ما تستخدم هذه الورقة في البيوع الآجلة، أو بيوع التسيط باعتبارها من الأدوات الائتمانية، التي تساعد على توفير الثقة بين التاجر والمستهلك، أو بين تاجر الجملة وتاجر التجزئة. يخول حاملها رفع الموضوع إلى النيابة العامة لتحريك الدعوى الجزائية في مواجهة المحرر (المتعهد) إذا لم يتم الوفاء بقيمة السند في ميعاد الاستحقاق، ومن خلال هذا الإجراء جاءت أهمية هذه الورقة.

٣- الشيك : (المواد ٥٢٧-٥٦٩) *

١١٧- والشيك: محرر مكتوب طبقاً لبيانات حددها القانون، يتضمن أمراً من الساحب إلى المسحوب عليه (البنك) بأن يدفع عند الاطلاع مبلغاً معيناً لشخص ثالث (هو المستفيد) أو لأمره، أو لحامله. وصورته :

شيك	
بنك التضامن الإسلامي الدولي	
فرع صنعاء	
صنعاء في ٢٠١٥/١٢/١م	إدفعوا لأمر/.....، أو لحامله مبلغاً وقدره مليون ريال لاغير
الساحب (١,٠٠٠,٠٠٠).	

ويعتبر الشيك أداة وفاء قانونية، يجب على المسحوب عليه -ولا يكون إلا مصرفاً- الوفاء بقيمة بمجرد الإطلاع. ويفترض القانون تبعاً لذلك، توفر مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه، في تاريخ تحرير الشيك، بحيث تقوم جريمة إصدار شيك بدون رصيد في حالة عدم

وجود مقابل الوفاء في تاريخ التحرير. (م ٣٥١ تجاري) غير أن العرف جرى على عدم القول بتوافر أركان تلك الجريمة، إلا بتأكيد المصرف المسحوب عليه، بعدم وجود قيمة الشيك لديه يوم تقديمه إليه. وهذه الورقة، لقيت قسطاً كبيراً من الانتشار، في الوسط التجاري والمدني على السواء، لما لها من قوة إبراء قانونية في تسوية الديون، بمجرد تقديمها للمصرف المسحوب عليه. وما جرى عليه عرف البيئة التجارية والمصرفية، في جعل وظيفة الشيك في جزء منها أداة للوفاء بالديون المستقبلية، فأمر مخالف للقانون، ويناقض الوظيفة القانونية لهذه الورقة (م ٥٤٩) (١).

ويختلف الشيك عن الكمبيالة والسند لأمر، في أن المسحوب عليه في الشيك، يجب أن يكون دائماً مصرفاً (م ٥٣٠)، وكل شيك يسحب على غير مصرف لا يعتبر في نظر القانون شيكاً صحيحاً ويعاقب محرره بغرامة قدرها عشرة آلاف ريال (م ٨٠٩ تجاري يمني). في حين أن المسحوب عليه في الكمبيالة، أو السند لأمر، قد يكون أحد المصارف أو فرداً طبيعياً. كما أن الشيك باعتباره أداة وفاء، يجب الوفاء به لدى الاطلاع، ولو كان يحمل تاريخاً لاحقاً لتاريخ التقديم (م ٥٤٩)، وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن، والساحب في الشيك يكون مسئولاً شخصياً نحو الحامل والمظهرين دون غيرهم (م ٥٣١)، في حين أن الكمبيالة، والسند لأمر، يجب الوفاء بهما لدى الاطلاع، أو في التاريخ المبين فيهما حسب الأحوال. والشيك قد يحرر دون ذكر اسم المستفيد - الشيك لحامله، (م ٥٣٣ جـ) في حين أن ذكر اسم المستفيد في الكمبيالة أو السند لأمر، من البيانات الواجبة فيهما، وإلا كانتا باطلتين. إضافة إلى ذلك تتقادم حقوق حامل الشيك قبل المسحوب عليه والساحب والمظهرين وغيرهم من الملتزمين، بمرور ستة أشهر من تاريخ انقضاء ميعاد تقديم الشيك للوفاء (م ٥٦٦)، بينما تتقادم كل دعوى ناشئة عن الكمبيالة قبل المسحوب عليه القابل، بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق، وتتقادم دعوى حامل الكمبيالة تجاه المظهرين أو الساحب، بمرور سنة من تاريخ الاعتراض (البروتستو) الواجب تحريره في الميعاد القانوني أو بمضي سنة من تاريخ الاستحقاق، إذا اشتملت الكمبيالة على شرط الاعفاء من الاعتراض. وتتقادم دعوى المظهرين بعضهم تجاه بعض أو تجاه الساحب، بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذي دفع فيه المظهر قيمة الكمبيالة، أو من يوم إقامة الدعوى عليه (م ٥١٩). والكمبيالة تقبل الخصم لدى البنوك أو الأفراد قبل التاريخ المبين فيها نظير عمولة يحصل عليها البنك، بينما الشيك لا يجري عليه هذا الأمر، باعتباره يستحق الوفاء بمجرد الإطلاع.

(١) وأشارة المادة (٥٥٩) من قانون التجارة إلى الشيك المسطر تسطير عاماً بوضع خطين متوازيين دون كتابة أي بيانات بينهما، أما إذا كتب بينهما اسم البنك المسحوب عليه عرف هذا بالتسطير الخاص، ولا يجوز لمصرف أن يحصل على مثل هذه الشيكات إلا من عميل لديه أو مصرف آخر، ولا تدفع قيمته سوى لهما أو لأمرهما.

ويضفي القانون التجاري اليمني الوصف التجاري على جميع الأوراق التجارية الواردة في الفقرة (٥) من المادة (١٠) بلفظ عام. ومقتضى هذا العموم، أن جميع الأعمال المتصلة بالأوراق التجارية، كتحريرها أو ضمانها أو نظهيرها، يعتبر عملاً تجارياً مطلقاً، سواء كان إنشاؤها بمناسبة عمل تجاري أو مدني، سواء كان محررها من التجار أو من غيرهم^(١).

ثانياً: الأوراق التجارية الإلكترونية:

بما أن السمة الأساسية في طبيعة المجتمعات هي التغيير، فيكون طبيعياً مجازات القوانين الوطنية لتلك المتغيرات، التي تصبح في مرحلة زمنية ما، من ضروريات النشاط الإنساني لأي مجتمع.

من هذا المنطلق كان صدور القانون رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦، الخاص بأنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية، الذي جاء متضمناً جواز إنشاء وتداول وتحويل الأوراق التجارية إلكترونياً. عبرت عن ذلك المادة (٢٠) بقولها ((١- يكون السند الإلكتروني قابلاً للتحويل إذا انطبقت عليه شروط السند القابل للتداول وفقاً لأحكام القانون التجاري، باستثناء شرط الكتابة، شريطة أن يكون الساحب قد وافق على قابليته للتداول...)).

المعنى المتبادر من هذا النص، جواز إنشاء الأوراق التجارية إلكترونياً، بالشروط ذاتها التي تنشأ بها الأوراق التجارية التقليدية، عدا الكتابة. وعلى ذلك يكون الشيك أو الكمبيالة أو السند لأمر، أوراقاً تجارية إلكترونية، طالما أبرمت بالوسائل الإلكترونية، وتخضع لنفس القواعد والأحكام التي تخضع لها الأوراق التجارية التقليدية، وذلك في تداولها والحقوق الناشئة عنها والدفع المترتبة عليها، للمستفيد أو للحامل، حيث أشارت المادة (٢٣) بقولها ((يعتبر حامل السند الإلكتروني القابل للتحويل هو صاحب الحق فيه والمخول بجميع الحقوق والدفع التي يتمتع بها حامل السند العادي، وفقاً لأي قانون نافذ، إذا كان مستوفياً لجميع شروطه، ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك)).

الجدير بالذكر، أن الفقرة (٣) من المادة (٢٠) قد وضعت من القيود ما يجعل التعامل بالأوراق التجارية الإلكترونية مرهوناً بموافقة من البنك المركزي اليمني نظراً لدقة وحساسية التعامل الإلكتروني بهذه الأوراق والإشكالات العديدة التي يمكن أن تنتج من استخدامها، حيث قالت ((لا تسري أحكام المواد (٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٤، ٢٥) من هذا القانون على الشيكات الإلكترونية إلا بموافقة من البنك تحدد أسسها بمقتضى تعليمات يصدرها لهذه الغاية)).

(١) الجدير بالملاحظة، أن غير التاجر الذي حرر ورقة تجارية للوفاء بما في ذمته للغير، كتحريير المستأجر شيكاً بقيمة الإيجار للموَجَر، لا يكتسب به الصفة التجارية؛ وذلك لأن غير التاجر حين تحريره للورقة التجارية لم يقصد ممارسة العمل التجاري لذاته حتى يتحقق في حقه ركن الاحتراف.

ولم تصدر التعليمات - حسب علمنا - حتى هذه اللحظة. هذا يؤكد مقدار الخوف الذي أبداه المشرع اليمني إزاء استعمال هذه الأوراق والسندات الإلكترونية، خشية استغلالها استغلالاً سيئاً. خاصة في البيئة التجارية اليمنية.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن المصادر التي تيسر لنا الرجوع إليها لم نجد فيها ما يسعفنا إلى المعالجات القانونية والقضائية التي يمكن أن تطرأ جراء استخدام هذه الأوراق على نطاق واسع.

وينبغي أن لا نسرف بالتفاؤل، بالإفراط باستخدام الأوراق التجارية الإلكترونية، خاصة بالبيئة التجارية اليمنية، نظراً للقصور التشريعي والقضائي، في معالجة كافة الإشكالات التي تنشأ من جراء التعامل التجاري لهذه الأوراق، بالوسائل الإلكترونية. إذ أنه من المتعذر في الوقت الراهن، الإجابة عن كثير من التساؤلات المتصلة بالأوراق التجارية الإلكترونية، إلا بالفهم العميق لمواد القانون الناظم لها، واجتهاد القضاء والفقه إزاء المشاكل المثارة بشأنها.

ومع ذلك علينا أن نشجع خوض التجربة خاصة بين المؤسسات المصرفية والبيوت والشركات التجارية من ذوي الثقة في تعاملاتها التجارية والمالية، لتظهر الإشكالات وأوجه القصور في الحياة العملية كي يمكن للمشرع والقضاء والفقه السعي إلى معالجتها بالصورة المثلى.

المطلب الثالث

أعمال الوساطة

١١٨- كشف التطور الاقتصادي عن أعمال هامة ذات شأن في الوسط التجاري، تقوم في الأصل على الثقة الشخصية والحقق التجاري وقوة الإقناع للتقريب بين مصلحتين متناقضتين كعمل السمسار، أو النيابة في إبرام الصفقة لمصلحة الغير كعمل الوكيل بالعمولة. وقد نص القانون التجاري اليمني على تجارية أعمال السمسرة والوكالة بالعمولة (م ٤/١٠) باعتبارهما أبرز صور أعمال الوساطة في البيئة التجارية.

ويمكن بإيجاز تناول صورتين تباعاً على النحو الآتي:

١- السمسرة^(١):

١١٩- عقد السمسرة من العقود الرضائية التي يشترط أن يتوافر فيه الأركان العامة لإبرام العقد ١- طرفان. ٢- محل. ٣- صيغة.

(١) للمزيد من التفاصيل بشأن عقد السمسرة، راجع د. عبدالحى حجازي، العقود التجارية، مطبعة نهضة مصر ١٩٥٤م، ص ١٦٦ وما بعدها، د. محسن شفيق، الوسيط ج ٢، طبعة ١٩٥٥م، ص ١٠٠ وما بعدها.

الفصل الثاني: الأعمال التجارية الأصلية

وقد عرفت المادة (٣٢٦ تجاري) السمسرة بأنها ((عقد يتعهد بموجبه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين مقابل أجر)).

وعمل السمسار وفقاً لهذا التعريف، ينحصر في التوفيق بين البائع والمشتري أو المؤجر والمستأجر أو بين الناقل ومتعهد النقل، وتضييق مساحة الخلاف بينهما دون أن يلتزم قبل أحدهما بشيء، باعتباره ليس طرفاً في العقد. وعقد السمسرة من الأعمال التجارية المأجورة حسب ما نص عليه العقد، أو ما يحدده العرف، فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف، تولى القاضي تحديد أجره السمسار بحسب ما بذله من جهد وما صرفه من وقت (م ٣٢٧) واستحقاق السمسار للأجرة مشروط بنجاح وساطته في إبرام العقد (م ٣٢٨).

وعمل السمسار عمل مادي ينحصر في التقريب بين الطرفين وبالتالي يعد من الأعمال المادية وليس من قبيل التصرفات القانونية، حيث لا يتصرف ولا يلتزم بشيء بل يقرب وجهات النظر بين المتعاقدين فحسب.

وتعتبر السمسرة في القانون التجاري اليميني، عملاً تجارياً مطلقاً، سواء قام بها السمسار بشكل مستمر ومنتظم، أو لمرة واحدة، وسواء كانت متصلة بعمل مدني أم بعمل تجاري^(١). وتبعاً لذلك يعتبر السمسار تاجراً ويكتسب الصفة التجارية، ويلتزم بالواجبات المفروضة على التجار، وهذا الحكم ينسجم مع الفلسفة المادية التي تقوم عليها النظرية الموضوعية، التي تنظر إلى العمل مجرداً عن الشخص الذي قام به.

٢- الوكالة بالعمولة^(٢) *

١٢٠- عرفت المادة (٣٠٠ تجاري) الوكالة بالعمولة بأنها : (عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالعمولة بأن يقوم باسمه بتصرف قانوني لحساب الموكل في مقابل أجر ...).

وعقد الوكالة بالعمولة من العقود التجارية الرضائية التي يلزم لقيامها توافر الأركان العامة للعقد، إضافة إلى الأركان الشكلية، الكتابة والإشهار في سجلات وزارة الصناعة والتجارة، المخصصة لهذا الأمر.

(١) نقض مصري طعن رقم ٢٨٩ جلسة ١٢/٨/١٩٦٠م، نقض أحمد حسني رقم ٣٣٣.

(٢) والوكالة بالعمولة تختلف عن الوكالة التجارية BUSINESS AGENCY في أن الوكيل للتجاري الذي يتولى تصريف منتجات الغير، لا يتصرف بحسب الأصل باسمه الشخصي، بل باسم الموكل ولحسابه ويمارس نشاطه بناءً على تعليمات الموكل، للمزيد من التفاصيل راجع د. محمود سمير الشرفاوي القانون التجاري، ط ٢، القاهرة، دار النهضة العربية ١٩٨٤م، ص ٦٩ وما بعدها. ود. علي جمال الدين، القانون التجاري القاهرة طبعة ١٩٨٣م، ص ١٥٥.

فالوكيل بالعمولة وفقاً لهذا التعريف، يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي لحساب الموكل مقابل أجر، ويلتزم في مواجهة المتعاقد بجميع آثار العقد بصفة مباشرة وبالتالي فجوهر الوكالة بالعمولة علاقتان قانونيتان الأولى : بين الموكل والوكيل بالعمولة، والثانية: بين الوكيل بالعمولة والغير، وكل علاقة منهما مستقلة عن الأخرى استقلالاً تاماً، السبب في ذلك أن عمل الوكيل بالعمولة على هذا النحو، يعد من قبيل التصرفات القانونية التي ترتب آثارها القانونية في مواجهته، كون العقد يتم باسمه بعيداً عن تعليمات الموكل. وهذا بعكس عقد السمسرة، الذي يقيم علاقة مباشرة بين طرفي العقد دون أن يكون السمسار طرفاً فيه.

وقد أشار القانون التجاري اليمني أن الوكيل بالعمولة لا يكون مسئولاً في مواجهة المتعاقد معه عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه في مواجهة المتعاقد معه، إلا إذا اتفق على ذلك صراحة، أو قضى به العرف (م ٣١٩ تجاري) وهذا الحكم يناقض نص المادة (٣١٧ تجاري) التي تنص على أنه ((يلتزم الوكيل بالعمولة مباشرة تجاه الغير الذي تعاقد معه. وليس للغير الرجوع على الموكل، ولا للموكل الرجوع على الغير بدعوى مباشرة مالم ينص القانون على غير ذلك)). والحكم الوارد في هذه المادة هو المستقر والمعمول به في التشريعات المقارنة، باعتبار الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصي وتتصرف إليه آثار العقد، ويترتب على هذا الأمر، أن الوكيل بالعمولة وفقاً للمادة (٣١٧) هو المسئول في مواجهة الغير عن تنفيذ العقد، وبالتالي فإن منطوق المادة (٣١٩ تجاري يمني) يكون على غير أساس، مالم ينص صراحة على إعفاء الوكيل بالعمولة من أية مسئولية، ويكون الغير على علم بهذا الشرط. والغالب أن الوكيل بالعمولة يباشر نشاطه التجاري بعيداً عن رقابة الموكل الذي ينتمي غالباً لجنسية دولة أخرى وبالتالي فلا يكون الغير على علم بمضمون شروط عقد الوكالة بالعمولة.

ويقضي القانون التجاري اليمني (م ٤/١٠) باعتبار الوكالة بالعمولة عملاً تجارياً مطلقاً بالنسبة للوكيل بالعمولة، سواء مارس هذا العمل على سبيل الاحتراف ومن خلال مشروع يتصف بالانتظام والاستمرار، أم قام به لمرة واحدة بشكل عارض، ويكتسب الوكيل بالعمولة الصفة التجارية ويخضع للالتزامات التي يخضع لها التاجر.

والوكيل بالعمولة يختلف عن الوكيل التجاري، الذي يباشر عملاً معيناً لصالح شخص محدد في منطقة محددة تحت توجيهاته وإشرافه، حيث يجب اقتران توقيع الوكيل التجاري مع اسم الموكل الأصل بخلاف الوكالة بالعمولة، حيث يبرم التصرف باسم الوكيل (المواد ٢٨٨-٢٩٩).

المطلب الرابع

الأماكن المعدة لاستقبال الجمهور

١٢١- كان للتطور الاقتصادي وارتفاع القوة الشرائية للأفراد أثرهما على الأوضاع الاجتماعية، فمعهما تنوعت الحاجات الاجتماعية وتعددت قنوات اشباعها. فتنوعت المحلات المعدة للتسلية، بين رياضية، وأخرى للترفيه، وثالثة للاستجمام، ورابعة للمبيت، وخامسة للغذاء، وغيرها من الأماكن المعدة لخدمة الجمهور بأجر.

ولما كان الدافع إلى تأسيس مثل هذه الأماكن هو المضاربة وتحصيل الربح، لذلك استقر الرأي على تجاريتها، غير أن بعض التشريعات اشترطت لتحقيق الصفة التجارية لهذه المحلات ممارسة عملها على سبيل المقولة (١).

أما المشرع التجاري اليمني فنص في المادة (٩/١٠) على اعتبار ((المحلات المعدة للجمهور كالملاعب العامة ودور السينما والفنادق والمطاعم ومحلات البيع بالمزادة)) عملاً تجارياً مطلقاً سواء قام بها الشخص بشكل مستمر ومنتظم أو لمرة واحدة، سواء حقق القائم بها ربحاً أو مني بخسارة.

ويثار التساؤل في هذا الشأن هل تعتبر أماكن التسلية المذكورة ذات طبيعة تجارية ولو قدمت خدماتها للغير مجاناً ؟

الراجح لدى الفقه (٢) وهو ما يتفق مع المنطق أسباغ الصفة التجارية على الخدمات التي تقدمها هذه الأماكن للجمهور بأجر، وذلك لأن مثل هذه الأماكن معدة في الأصل بصورة هندسية لتقديم هذه الأنشطة بصورة مستمرة، وتكون تجارية كذلك الحفلات الخارجية التي تحييها هذه الأماكن ولو خصصت إيراداتها في بعض المناسبات لأعمال الخير، لأن العبرة بطبيعة العمل لاجبوجه الإنفاق (٣).

على أن الحفلات الجماهيرية التي تحييها الدولة أو الأندية الاجتماعية أو الفرق الفنية في المناسبات الوطنية بالمجان، فلا تعتبر عملاً تجارياً.

الجدير بالذكر أن الصفة التجارية لأماكن التسلية تنصرف إلى الشخص المنظم لهذه الأماكن وليس إلى اللاعب أو المغني أو الممثل أو العامل الذي يعمل بأجر، حيث يعتبر

(١) م ٣/٢ تجاري مصري، م ٢/ب من نظام التجارة السعودي.

(٢) د. علي جمال الدين، اللوجيز، رقم ٧٠، وقارن د. مصطفى طه، السابق، رقم ٦١.

(٣) د. علي البارودي، السابق، رقم ٥٥، د. السيد اليماني، السابق، ص ٨٦.

عمل هؤلاء مدنياً باعتباره إبداعاً ذهنياً، بعكس متعهد الحفلات الذي يضارب على ما يحصل عليه من الجمهور وما يدفعه للعاملين معه في الأنشطة المذكورة، فالعمل بالنسبة لمتعهد هذه الأنشطة عملاً تجارياً.

ويلاحظ أن عمل الفنان الذي يقدم مواهبه للجمهور مباشرة دون وسيط يظل عملاً مدنياً ولو كان باجر، بل يكون مدنياً كذلك ولو استعان بإخراج عمله الفني بعدد من العمال. حيث قالت المادة (١٥) تجاري يمني ((إن صنع الفنان عملاً فنياً بنفسه أو باستجاره عمالاً وبيعه إياه، لا يعد عملاً تجارياً ...)). غير إن متعهد حفلات الغناء يكون عمله تجارياً.

محلات البيع بالمزايدة :

١٢٢- محلات البيع بالمزاد العلني، هي المحلات أو الجراجات التي تعد خصيصاً لبيع المنقولات المستعملة أو الجديدة، بحيث يرسو البيع على صاحب العرض الأكبر.

ويعتبر إعداد هذه المحلات عملاً تجارياً مطلقاً بالنسبة للقائم عليها أو معدها، أيا كانت صفة الطرف الثاني سواء كان مشتري المنقولات تاجراً أو غير تاجر. أما البائع فإذا كان يشتري السلع المستعملة لإعادة بيعها في أماكن بيوع المزاد فعمله تجاري لأنه شراء بقصد البيع، أما الشخص الذي يبيع متاعه لعدم الحاجة إليه فلا يعتبر تصرفه عملاً تجارياً بالنسبة له.

المطلب الخامس

محلات الخدمات العامة

١٢٣- يقصد بمحلات الخدمات العامة، تلك الأماكن المعدة لخدمة النشاط التجاري، سواء تعلقت بتسهيل الإجراءات أو حفظ المنقولات.

وقد نصت المادة (١٠) على أنه ((تعتبر أعمالاً تجارية بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته :

٧- المخازن العامة والرهون المترتبة على الأموال المودعة بها.

١٢- وكالات الأعمال ومكاتب السياحة والتصدير والاستيراد)).

ونعرض لهما في فقرتين مستقلتين على النحو الآتي:

١- المخازن العامة :

١٢٤- رافق اتساع النشاط التجاري وزيادة السلع المستوردة، ضرورة القيام بإجراءات محددة كاختبار صلاحية استعمال السلع المستوردة، أو التخليص الجمركي، أو تجهيز رسائل النقل اللازمة لنقل البضائع. وهذه الإجراءات قد تستغرق أياماً، الأمر الذي استدعى ضرورة وجود مخازن عامة ذات مواصفات خاصة، تنشأ في الموانئ والمطارات أو بالقرب منها، وذلك لحفظ البضائع فيها، حتى الانتهاء من إجراءات ترسيمها وشحنها، أو التصرف فيها بالبيع للغير.

وعمليات إيداع البضائع في المخازن العامة تقتزن دائماً بمنح صاحب البضاعة إيصالاً باسمه أو لأمره، يتضمن وصفاً حقيقياً للبضاعة وكميتها، ويرفق بكل إيصال تخزين صك رهن يشتمل على البيانات الموضحة في إيصال التخزين (م ٢٦٠ تجاري).

ويستطيع مودع البضاعة نقل ملكيتها إلى الغير بتظهير الإيصال الممثل للبضاعة باسم المشتري، وله كذلك رهنها بتظهير صك الرهن إلى الغير.

والقانون التجاري اليمني، قد جاء بنص عام قضى باعتبار عمليات المخازن العامة وإنشائها، وتداول الصكوك التي تصدرها بالبيع أو الرهن عملاً تجارياً مطلقاً، بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته. وعلى ذلك يكون إنشاء المخزن العام عملاً تجارياً، يكسب صاحبها الصفة التجارية، كما أن التصرفات الواردة على الصكوك التي تصدرها مثل هذه المخازن تعتبر كذلك عملاً تجارياً لجميع الأطراف.

٢- وكالات الأعمال، ومكاتب السياحة والتصدير والاستيراد:

١٢٥- قضى القانون التجاري اليمني باعتبار الخدمات التي تقوم بها مكاتب وكالات الأعمال، وما تقدمه لرجال المال والأعمال من تسهيلات لنشاطهم أو إدارة مصالحهم عملاً تجارياً مطلقاً.

١٢٦- ويكون تجارياً كذلك الخدمات التي تؤديها مكاتب السياحة لزيائنها الوطنيين أو للسواح من تسهيلات الحجز على وسائل النقل أو الفنادق، أو نشاط الترويج السياحي، وذلك لتوافر معنى المضاربة في هذه الأعمال باعتبارها خدمات مأجورة.

١٢٧- أما تجارية مكاتب التصدير والاستيراد فلأن مضمون نشاطها هو الشراء لأجل البيع، فتكون تجارية لهذا المعنى. ويظهر لنا أن قصد المشرع التجاري اليمني من إيراد هذا النشاط ضمن فقرات المادة (١٠)، هو اعتبارها عملاً تجارياً مطلقاً، حتى ولو لم تحقق ربحاً من نشاطها التجاري، بل حتى لو كانت السلع محل التصدير من إنتاجها مباشرة.

المطلب السادس

التأمين بأنواعه المختلفة

١٢٨- دفعت المخاطر المحدقة بالنشاط التجاري، أصحاب رأس المال إلى الحد من آثار الكوارث التي تلحق بهم، وذلك بواسطة عقود التأمين لدى شركات متخصصة في هذا المجال، تلزم بتعويضهم إذا ما تحقق الخطر المؤمن منه.

ويقصر القانون التجاري اليمني ممارسة هذا النشاط على الشركات التجارية، وغالباً ما تقوم به شركات المساهمة. والشركات التجارية تكتسب الصفة التجارية بقوة القانون، ولو كانت تزاوّل عملاً مدنياً، وكل عمل يتصل بنشاطها يكون تجارياً كذلك.

وعلى ذلك فإن أعمال التأمين بطبيعتها تعتبر عملاً تجارياً مطلقاً، سواء قامت به شركة تجارية أو مؤسسة حكومية، حيث نصت الفقرة (٨) من المادة (١٠) بقولها ((تعد أعمالاً تجارية... بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته :

٨- التأمين بأنواعه المختلفة))

وهذا النص من العموم بحيث يكون تجارياً بموجبه كافة أنواع التأمين، سواء التأمين ضد المخاطر البرية والبحرية والجوية، أو التأمين ضد العجز أياً كان سببه، أو التأمين على الحياة، أو التأمين التعاوني أو التبادلي. والصفة التجارية لشركات التأمين تتوافر لأحد أمرين : أحدهما الشكل القانوني للشركة، الثاني ممارسة هذه الشركة لأحد الأعمال التجارية المطلقة. وبالنسبة للعملاء إذا كانوا تجاراً فعقود التأمين أياً كان نوعها تعتبر بالنسبة لهم من الأعمال التجارية التبعية، أما غير التجار فإبرام العقد في ذاته هو عمل تجاري يخضع لقواعد القانون التجاري إلا أنه لا يكسبهم الصفة التجارية ما لم تتوافر بحقهم الشروط التي تطلبها القانون.

١٢٩- والتأمين التعاوني - التبادلي - هو ذلك الذي يجمع طائفة معينة من الأشخاص يتعرضون لخطر واحد - كتجار الغاز مثلاً - يتفقون على إنشاء صندوق للتأمين بعيداً عن شركات التأمين، وذلك مقابل أقساط شهرية، لتعويضهم عن الكوارث التي يتعرضون لها. ونص القانون التجاري اليمني جاء بلفظ عام باعتبار مثل هذا النشاط تجارياً مطلقاً. وكنا نفضل استثناء هذا النوع من دائرة القانون التجاري، لتشجيع طوائف التجار على تأسيس هذا النوع من التأمين، للتخفيف من آثار الأخطار التي يتعرضون لها، وفي هذا القول الكثير من الفوائد لاستقرار الأوضاع الاقتصادية وثبات المراكز القانونية.

المطلب السابع الصناعة

١٣٠- نصت الفقرة (١٤) من المادة (١٠) بقولها ((تعد أعمالاً تجارية... بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته:.....

١٤- المصانع وإن كانت مقترنة باستثمار زراعي والتعهد بالإنشاء «المقاولات» والتصنيع)).

ويقصد بالصناعة كل عمليات تطويع المواد الأولية أو نصف المصنعة، وتحويلها إلى سلع كاملة الصنع. والنص المذكور من العموم بحيث يعتبر عملاً تجارياً مطلقاً عمليات إنشاء المصانع، أو عمليات الإنتاج الصناعي بعد ذلك. بل يكون النشاط الصناعي تجارياً ولو كانت المواد الأولية غير مسبوقة الشراء. وعبر عنها القانون التجاري اليمني بقوله ((المصانع وإن كانت مقترنة باستثمار زراعي))، وهذا يعني أن الصناعة تعتبر عملاً تجارياً في الأساس، أما الزراعة وهي نشاط مدني فعمل ثانوي فرعي، والفرع يأخذ حكم الأصل. فتكون الصناعة عملاً تجارياً مطلقاً ولو كانت المواد الأولية غير مسبوقة الشراء. وليس هذا فحسب، بل إن النشاط الصناعي غالباً ما يقوم على شكل مشروع مستمر ومنظم، ويعمل على زيادة تداول السلع بين الأفراد، تحقيقاً للربح. والصناعة بهذا المفهوم تتحقق فيها جميع معايير النشاط التجاري، ومن ثم فالنشاط الصناعي من الأنشطة التجارية المطلقة سواء كانت المواد الخام اللازمة للصناعة مسبوقة الشراء أم غير مسبوقة الشراء.

المطلب الثامن

عقود النقل البرية والبحرية والجوية^(١)

١٣١- نصت الفقرة (١١) من المادة (١٠) بقولها ((تعد أعمالاً تجارية... بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته:.....

١١- النقل براً وبحراً وجواً)).

ولما كان للنقل بأنواعه المختلفة أهمية قصوى في النشاط الاقتصادي، سواء في توزيع المنتجات وتداولها، أو في نقل الأشخاص من مكان إلى آخر، لذلك فقد نص

(١) راجع المواد (١٤١-١٨٩) تجاري يمني.

المشرع التجاري اليمني على اعتبار عقود النقل المختلفة عملاً تجارياً مطلقاً، سواء قامت بها شركات خاصة على وجه الاستمرار والانتظام، أم تولته مؤسسات عامة، أم قام به الأفراد، ولو لمرة واحدة، وسواء حقق الناقل من هذا النشاط ربحاً أم منى بخسارة.

المطلب التاسع

الطبع والنشر والصحافة والخدمات الإعلامية

١٣٢- تنص الفقرة (١٣) من المادة (١٠) بقولها ((تعد أعمالاً تجارية ... بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته :..... ١٣- الطبع والنشر والصحافة ونقل الأخبار أو الصور والإعلانات وبيع الكتب))

يلاحظ من خلال النص أن القانون التجاري قد جمع في هذه الفقرة بين الطبع والنشر وإصدار الصحف والمجلات وبيع الكتب، وهذه الأنشطة تتضمن معنى الشراء بقصد البيع، وهذا من شروط الأعمال التجارية المنفردة، وبين الخدمات الإعلامية والأخبارية، ومكاتب الدعاية والإعلان، التي تقدم خدماتها للغير بأجر. ونص على أن جميع الأنشطة المذكورة عملاً تجارياً مطلقاً، بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته.

ويظهر لنا أن هذا الجمع ليس له هدف، ويفتقر إلى الحكمة، ويولد اللبس في الحكم، حيث إن الشراء لأجل البيع له حكمه، والعمل التجاري المطلق له حكمه أيضاً،

الجدير بالذكر أن تلك الأعمال تعتبر في نظر المشرع التجاري اليمني تجارية، سواء قامت بها مؤسسات عامة أم خاصة، وسواء مارست هذه الأنشطة على وجه الاستمرار والانتظام أم لمرة واحدة.

ويثار التساؤل بشأن الصحف والمجلات العلمية المتخصصة، هل تعتبر عملاً تجارياً ولو كان إنتاجها يوزع مجاناً؟

الراجح وفقاً للتشريع التجاري اليمني اعتبار هذه الأنشطة عملاً تجارياً مطلقاً، سواء استهدفت تحقيق الكسب المادي أم تقديم خدماتها العلمية للجامعات ومراكز الأبحاث بالمجان أم بسعر التكلفة.

وكنا نفضل أن يفرق المشرع اليمني بين النشر التجاري، وبين النشر العلمي والثقافي الذي يسعى إلى مد جسور التواصل العلمي إلى الإنسانية جمعاء، واعتبار الأول نشاطاً تجارياً، دون النشاط الثاني لخلوه من معنى المضاربة.

المطلب العاشر

مقاولات بناء العقارات

١٣٣- تنص الفقرة (١٥) من المادة (١٠) بقولها ((تعد أعمالاً تجارية ... بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته :.....

١٥- مقاولات بناء العقارات وتعديلها وترميمها وهدمها، متى تعهد المقاول بتقديم المواد الأولية أو بتوريد العمال)).

وهذا النص من العموم بحيث يشمل جميع أعمال المقاولات المتصلة بالعقارات، سواء تمثلت في البناء أم بالترميم أم التعديل أم عمل الديكور أم أشغال الكهرباء، أم دهان الجدران، وغيرها مما له صلة بأعمال البناء والتشييد. وقد اعتبر القانون التجاري اليمني تلك الأعمال عملاً تجارياً مطلقاً متى جاءت على وجه المقاوله بشرط أن يتوافر فيها أحد أمرين:

١- أن يتعهد المقاول بتقديم المواد الأولية.

٢- أو يتعهد المقاول بتوريد العمال.

وبمفهوم المخالفة للنص المذكور، أن جميع الأنشطة المتعلقة ببناء العقارات وتجهيزها تعتبر عملاً مدنياً، متى كان المتعهد بانشائها لم يقدم المواد الأولية أو توريد العمال، كما إذا اقتصر عمله على تقديم جهده البدني أو معارفه الفنية والهندسية فقط.

المطلب الحادي عشر

الأعمال المتعلقة بالملاحة البحرية والملاحة الجوية

١٣٤- تناول التشريع التجاري اليمني أعمال الملاحة البحرية والملاحة الجوية في مادتين متتاليتين، وبنصوص متشابهة، فكانت إحداها تغني عن الأخرى. كما أن بعض الأنشطة الواردة فيهما قد سبق ورودها في المادة (١٠) وما إعادة النص عليها في المادتين اللاحقتين إلا تكرار كان من الأفضل تجنبه.

وقد اعتبر المشرع التجاري اليمني جميع الأعمال المتصلة بالملاحة البحرية أو الجوية أياً كان شكلها أو نوعها عملاً تجارياً، ولو لم يرد ذكرها في المادتين (١١، ١٢)، ذلك أن الأنشطة الواردة في هذين النصين، إنما وردت على سبيل المثال والبيان وليس على سبيل الحصر والقطع.

فالمادة (١١) تنص على أنه ((يعد عملاً تجارياً جميع الأعمال المتعلقة بالملاحة البحرية وبوجه خاص :

- ١- إنشاء السفن وبيعها وشراؤها وإيجارها واستئجارها وإصلاحها.
- ٢- العقود المتعلقة بأجور ورواتب رباب السفينة وملاحيها وسائري المستخدمين فيها.

٣- الإقراض والإستقراض البحري.

٤- النقل والإرساليات البحرية وكل عملية تتعلق بها كشراء أو بيع لوازمها من مهمات وأدوات وذخائر ووقود وأشرعة وموّن.

٥- التأمين البحري بأنواعه المختلفة.

وكذلك نصت المادة (١٢) ((يعد عملاً تجارياً جميع الأعمال المتعلقة بالملاحة الجوية وبوجه خاص :

- ١- إنشاء الطائرات وبيعها وشراؤها وإيجارها واستئجارها وإصلاحها.
- ٢- العقود المتعلقة بأجور ورواتب الملاحين وسائري المستخدمين.

٣- الإقراض والإستقراض الجوي.

٤- النقل والإرساليات الجوية وكل عملية تتعلق بها كشراء أو بيع أدوات ومواد تموين الطائرات.

٥- التأمين الجوي بأنواعه المختلفة.

يتضح من النصين المذكورين، أن جميع الأعمال المتعلقة بالنشاط الاستثماري البحري أو الجوي، من شراء أو بيع وصيانة، واستئجار وتأجير وتوظيف، وتأمين والتعويضات الناشئة عن عقود التأمين، وعقود القرض والإستقراض، وكل ما هو لازم للملاحة البحرية والملاحة الجوية، يعتبر عملاً تجارياً مطلقاً يقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته، وتكون هذه الأنشطة عملاً تجارياً سواء تمت من خلال مشروع منظم، أم بواسطة فرد، وسواء كانت مزاولتها على وجه الاستمرار أم لمرة واحدة.

١٣٥- والمفهوم الواسع للمشرع التجاري اليمني بشأن الأنشطة المذكورة قد أثار التساؤل بخصوص السفن واليخوت الخاصة أو العلمية وسفن الأبحاث، وكذلك الطائرات الخاصة، هل يعتبر نشاطها تجارياً لمطلق النص؟

الفصل الثاني: الأعمال التجارية الأصلية

الذي يظهر لنا أن المشرع اليمني لم يفرق بين النشاط البحري والجوي التجاري، الذي يعد من أعمال الاستثمار، الذي ينطوي على معنى المضاربة ويتخذ شكل المشروع، ويقوم على عنصر الاحتراف، والنشاط الملاحي الخاص أو العلمي، الذي لا يهدف إلى الربح فاعتبر جميع تلك الأنشطة وما يتصل بها من عقود وشراء المؤن وغيرها، عملاً تجارياً.

وكان من الأفضل التفرقة بين النشاطين واعتبار الأول تجارياً فقط وذلك لتوافر المضاربة في الأول دون الثاني.

1. The first part of the paper is devoted to the study of the properties of the function $f(x)$ defined by the equation

$$f(x) = \int_0^x \frac{1}{1+t^2} dt$$
for $x \in \mathbb{R}$. It is shown that $f(x)$ is an odd function, i.e., $f(-x) = -f(x)$, and that it is strictly increasing. Moreover, it is proved that $f(x)$ is bounded on any finite interval, and that its range is the open interval $(-\pi/2, \pi/2)$.

2. In the second part, we consider the function $g(x)$ defined by the equation

$$g(x) = \int_0^x \frac{t}{1+t^2} dt$$
for $x \in \mathbb{R}$. It is shown that $g(x)$ is an even function, i.e., $g(-x) = g(x)$, and that it is strictly increasing for $x > 0$ and strictly decreasing for $x < 0$. Moreover, it is proved that $g(x)$ is bounded on any finite interval, and that its range is the open interval $(-\pi/4, \pi/4)$.

3. In the third part, we consider the function $h(x)$ defined by the equation

$$h(x) = \int_0^x \frac{t^2}{1+t^2} dt$$
for $x \in \mathbb{R}$. It is shown that $h(x)$ is an odd function, i.e., $h(-x) = -h(x)$, and that it is strictly increasing. Moreover, it is proved that $h(x)$ is bounded on any finite interval, and that its range is the open interval $(-\pi/2, \pi/2)$.

4. In the fourth part, we consider the function $k(x)$ defined by the equation

$$k(x) = \int_0^x \frac{t^3}{1+t^2} dt$$
for $x \in \mathbb{R}$. It is shown that $k(x)$ is an even function, i.e., $k(-x) = k(x)$, and that it is strictly increasing for $x > 0$ and strictly decreasing for $x < 0$. Moreover, it is proved that $k(x)$ is bounded on any finite interval, and that its range is the open interval $(-\pi/4, \pi/4)$.

5. In the fifth part, we consider the function $l(x)$ defined by the equation

$$l(x) = \int_0^x \frac{t^4}{1+t^2} dt$$
for $x \in \mathbb{R}$. It is shown that $l(x)$ is an odd function, i.e., $l(-x) = -l(x)$, and that it is strictly increasing. Moreover, it is proved that $l(x)$ is bounded on any finite interval, and that its range is the open interval $(-\pi/2, \pi/2)$.

6. In the sixth part, we consider the function $m(x)$ defined by the equation

$$m(x) = \int_0^x \frac{t^5}{1+t^2} dt$$
for $x \in \mathbb{R}$. It is shown that $m(x)$ is an even function, i.e., $m(-x) = m(x)$, and that it is strictly increasing for $x > 0$ and strictly decreasing for $x < 0$. Moreover, it is proved that $m(x)$ is bounded on any finite interval, and that its range is the open interval $(-\pi/4, \pi/4)$.

7. In the seventh part, we consider the function $n(x)$ defined by the equation

$$n(x) = \int_0^x \frac{t^6}{1+t^2} dt$$
for $x \in \mathbb{R}$. It is shown that $n(x)$ is an odd function, i.e., $n(-x) = -n(x)$, and that it is strictly increasing. Moreover, it is proved that $n(x)$ is bounded on any finite interval, and that its range is the open interval $(-\pi/2, \pi/2)$.

8. In the eighth part, we consider the function $o(x)$ defined by the equation

$$o(x) = \int_0^x \frac{t^7}{1+t^2} dt$$
for $x \in \mathbb{R}$. It is shown that $o(x)$ is an even function, i.e., $o(-x) = o(x)$, and that it is strictly increasing for $x > 0$ and strictly decreasing for $x < 0$. Moreover, it is proved that $o(x)$ is bounded on any finite interval, and that its range is the open interval $(-\pi/4, \pi/4)$.

9. In the ninth part, we consider the function $p(x)$ defined by the equation

الفصل الثالث

نظرية الأعمال التجارية التبعية

١٣٦- بينا فيما سبق، أن المشرع التجاري اليمني تعامل مع نظريتي تحديد نطاق القانون التجاري ومجالات تطبيقهما، بروح منفتحة، فلم يضع نفسه أسيراً لمفهوم قانوني بعينه سواء للنظرية الموضوعية أم للنظرية الشخصية، بل أخذ بشيء من المفهوم القانوني لكل منهما، ولم تقف حدوده كذلك عند المعاملات التجارية المقطوع بتجارتها بنص القانون أو الأعمال الثابت تجاريتها بطريق القياس. بل تبنى كذلك نظرية الأعمال التجارية التبعية بشقيها الموضوعي والشخصي، منطلقاً في ذلك من أن الأعمال التجارية بطبيعتها لا تستطيع أن تحقق ذاتها في الساحة الاقتصادية بشكل مستقل عن الالتزامات المدنية، بل لابد لها كي تحقق ذاتها وتصل إلى غايتها من عقود والتزامات مدنية، وثيقة الصلة بالبيئة التجارية أو مسهلة لها. وهذه الأعمال المدنية جرى العمل على إخضاعها للقواعد التجارية باعتبارها عملاً تجارياً تبعياً، طبقاً للقاعدة الأصولية الفرع يتبع الأصل في الحكم.

وتدق التفرقة في هذا الشأن بين التبعية الموضوعية والتبعية الشخصية وهو ما نحاول إيضاحه في المبحث الأول، ولنظرية الأعمال التجارية التبعية مقتضيات عملية وأسس فنية تقوم عليها حيث تظهر أهمية نظرية الأعمال التجارية التبعية في التطبيقات العديدة لها وهذا ما نعرض له في المبحث الثاني، على النحو الآتي:

المبحث الأول: المفهوم القانوني لنظرية التبعية الموضوعية ونظرية التبعية الشخصية.

المبحث الثاني: مجال تطبيق نظرية الأعمال التجارية التبعية.

المبحث الأول

المفهوم القانوني لنظرية التبعية الموضوعية ونظرية التبعية الشخصية

١٣٧- إن العمل التجاري التبعية يكتسب هذه الصفة إما لأنه مرتبط بالمعاملات التجارية الأصلية أو مسهل لها، ويسمى بالتبعية الموضوعية، وإما لكونه صادر من التجار لخدمة أعمالهم التجارية، ويسمى بالتبعية الشخصية.

ولبيان المفهوم القانوني لكلا الاصطلاحين وبيان سندهما القانوني، نتناولهما على الوجه التالي :

أولاً : نظرية التبعية الموضوعية :

١٣٨- تتطلب البيئة التجارية الكثير من الأعمال المدنية، والتي لا تقل أهميتها عن الأعمال التجارية الأصلية، وذلك لكونها مرتبطة بها أو مسهلة لها، وتعرف بالتبعية الموضوعية أو المادية. وتحقق هذه النظرية مفهومها القانوني بالنظر إلى العمل التجاري ذاته مجرداً عن الشخص القائم به، فإذا كان العمل المدني مرتبطاً أو مسهلاً للعمل التجاري اكتسب الصفة التجارية التبعية ولو كان القائم به من غير التاجر. وقد أكدت هذا المعنى المادة (١٣ تجاري) بقولها ((الأعمال المرتبطة بالمعاملات التجارية المذكورة في المواد السابقة (٩-١٢) أو المسهلة لها ... تعتبر أيضاً أعمالاً تجارية)). ف شراء الموظف العام أو الفرد من غير التاجر لصققة من البضائع بقصد بيعها يعتبر عملاً تجارياً أصلياً في عرف النظرية الموضوعية، ويكون تجارياً بالتبعية الموضوعية جميع العقود والالتزامات المكتملة أو المرتبطة بتلك الصققة أو المسهلة لها، مثل عقد استئجار المخازن لحفظ البضائع. الجدير بالملاحظة أن العقد الأخير اكتسب هذه الصفة بالنظر إليه مجرداً عن الشخص القائم به، فالحديث هنا عن شخص قام بتصرف يكون لازماً للنشاط التجاري، فأكتسب التصرف المدني الصفة التجارية لإرتباطه بالعمل التجاري، فسمي العمل التجاري التبعية الموضوعية، كونه مرتبطاً بالبضاعة.

ثانياً : نظرية التبعية الشخصية :

١٣٩- يقوم التاجر أثناء مزاولتهم للعمل التجاري بالعديد من الأعمال المدنية المتصلة بنشاطهم التجاري أو الخادمة لها، ويطلق عليها الأعمال التجارية التبعية الشخصية. يظهر ذلك من نص المادة (١٣ تجاري) حيث نصت على أنه ((...وجميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارية تعتبر أيضاً أعمالاً تجارية)). وبالتالي يكون كل ما يبرمه التاجر من عقود والتزامات ذات طبيعة مدنية في الأصل، ولكن نشاطهم التجاري يحتاج إليها، ولها صلة بأنشطتهم الاقتصادية، تكون من الأعمال التجارية التبعية بالنظر إلى شخص التاجر وحرفته التجارية. ف شراء التاجر سيارة لتوزيع المنتجات أو التعاقد على إمداد المتجر بالتليفون أو غيرها من الخدمات المتصلة بحاجات التاجر تعتبر أعمالاً مدنية في الأصل ولكنها تكتسب الصفة التجارية بالتبعية الشخصية نظراً لصدورها من تاجر.

وتجدر الإشارة إلى أن الأعمال المدنية التي لا تتصل بالحرفة التجارية للتاجر تحتفظ بصفتها المدنية ولو قام بها تاجر^(١).

(١) مثل زواج التاجر وطلاقه، والنفقة الواجبة عليه لصالح أسرته، واستئجاره داراً للسكن، أو شرائه سيارة لخدمة أسرته وغيرها من الأعمال والتصرفات التي لا تتصل بنشاطه التجاري.

الفصل الثالث: نظرية الأعمال التجارية التبعية

وهكذا نجد أن المشرع التجاري اليميني قد انفتح على كلا المذهبين الموضوعي والشخصي، فلم يتكرر لأحدهما على حساب الآخر، بل أخذ بالمفهوم الإيجابي لكلا النظريتين مستفيداً من المخرجات الفقهية والقضائية اللذين تناولاها بالشرح والتحليل.

المبحث الثاني

مجال تطبيق نظرية الأعمال التجارية التبعية

١٤٠- عمد الفقه والقضاء إلى التوسع في تطبيق نظرية الأعمال التجارية التبعية، بحيث شملت جميع أعمال التاجر والتزاماته العقدية وغير العقدية، وزاد القانون التجاري اليميني إليهما الأعمال المدنية المتصلة بالأعمال التجارية العارضة.

ونعرض بإيجاز لهذه التطبيقات في نقطتين على النحو التالي :

أولاً : الالتزامات العقدية :

١٤١- يجري التاجر الكثير من العقود والالتزامات اللازمة لسير نشاطه التجاري مثل شراء الأثاث، وأعمال الديكور، وسيارات النقل، والأدوات المكتبية، واستئجار العقارات كالمحل التجاري أو المخازن لحفظ البضائع، والمنازل لإسكان العمال والموظفين^(١)، فكل هذه العقود والالتزامات الناشئة عنها تكون تجارية بالتبعية، ويكون تجارياً بالتبعية كذلك التزام التاجر بالوفاء باجرة المحل أو المخازن التابعة له^(٢).

ويكون تجارياً بالتبعية، تعاقد التاجر على تزويد المحل التجاري بخدمات التلفون والماء والكهرباء، وغيرها من الخدمات التي يتطلبها نشاطه التجاري.

ويكتسب الوصف التجاري بالتبعية، تعاقد التاجر مع العمال والموظفين وما ينشأ عن ذلك من التزامات، كالوفاء بالرواتب والمكافآت والمزايا التشجيعية^(٣) ويكون تجارياً

(١) أما شراء التاجر للعقارات للاستخدام الشخصي، فلا يكتسب الوصف التجاري، أما إذا كان الشراء لخدمة النشاط التجاري، فالراجح اعتباره تجارياً، وفقاً لمفهوم القانون التجاري اليميني، لأن مثل هذا الشراء مرتبط بالنشاط التجاري أو مسهل له (م ١٣).

(٢) وفي هذا الشأن قالت محكمة استئناف القاهرة (ليس صحيحاً أن دين أجرة المحل التجاري يعتبر مدنياً، بل هو في الواقع دين تجاري بالتبعية، إذ أنه يكتسب الصفة التجارية بسبب اتصاله بالعمل التجاري الذي يقوم به التاجر..) في ١٩/١١/١٩٥٥م، موسوعة المواد التجارية، الأوراق والأعمال التجارية، للأستاذ عبدالمعين لطفي جمعة، ١٩٨٦، رقم ٢٢٠.

(٣) ويشهد لذلك اختصاص المحاكم التجارية بالفصل في الدعاوى القضائية بين العمال وأصحاب الأعمال، انظر حكم المحكمة التجارية الابتدائية بتعز رقم ١٣/١١هـ صادر في ١٩/١٠/١٩٩٣م. وحكم محكمة الاستئناف التجارية بصنعاء في القضية رقم ١٦/٣٠٥هـ وتاريخ ١١/٧/١٩٩٥م، وهذا بعيد عن لجان التحكيم العمالية (م ١٣١ قانون عمل). ومحكمة استئناف القاهرة، في ٢٧/١٢/١٩٥٥م، موسوعة جمعة رقم ١٤٧٢.

بالتبعية، كذلك التزام التاجر بالتعويض عن إصابات العمل، التي تنشأ أثناء تأدية الموظف للأعمال الموكلة إليه، سواء كان المسئول عنها التاجر نفسه أم أحد عماله أم موظفيه، أم آلاته الميكانيكية.

ويكون عملاً تجارياً بالتبعية، بنظر الدوائر القضائية عقود الضمان أو الكفالة أو الرهن التي يكون التاجر طرفاً فيها، سواء كان الطرف الآخر من التجار أم من غيرهم، وذلك متى كان للتاجر مصلحة محققة من الكفالة أو عقود الضمان^(١) أما المادة (٢١٥) تجاري يمني الخاصة بالرهن التجاري فلم تنقيد بشرط المصلحة، بل اعتبرته تجارياً لطرفي العقد إذا كان الضمان على مال. وبمفهوم المخالفة لهذا النص لا يكون الرهن تجارياً للدائن المرتهن التاجر، إذا كان المدين الراهن من غير التجار أو في حالة ما إذا كان الرهن لضمان دين غير تجاري بالنسبة للمدين فصفا الدين بالنسبة لهذا الأخير هي مناط الحكم بالصفة التجارية للرهن، أما الكفالة التجارية فتكون تجارية في مفهوم المادة (٢٣٠) تجاري يمني إذا كان الكفيل يضمن ديناً تجارياً للمدين، أو الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمناً إحتياطياً أو تظهيراً لمصلحة الغير. والمفهوم الذي يتبادر إلى الذهن على نحو ما ورد في النص أن الكفالة المشار إليها تكون تجارية ولو كان الكفيل من غير التجار كون الصفة التجارية قد ربطها النص بالدين التجاري للمدين أو بضمان الأوراق التجارية وليس لشخص الكفيل أي اعتبار في هذا التوصيف.

١٤٢- تطبيقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية، فإن الأعمال المدنية التي يقوم بها غير التاجر والمرتبطة بعمل تجاري عارض أو قام به الشخص لمرة واحدة، تكون عملاً تجارياً تبعياً، كسواء الموظف سيارة بقصد البيع - وهذا من الأعمال التجارية العارضة - ثم استجاره جراحاً لحفظها إنتظاراً لارتفاع الأسعار، فإن عقد الإيجار بالنسبة للموظف العام يكون عملاً تجارياً بالتبعية الموضوعية، الأمر الذي يعنى اعتبار الأعمال المدنية المرتبطة بالأعمال التجارية العارضة ذات طبيعة تجارية. ومن شأن هذا الحكم أن يحقق الحماية القانونية التي يكفلها القانون التجاري لمصلحة الطرف الآخر في العقد، أي الطرف المدني.

ثانياً : الالتزامات غير التعاقدية :

١٤٣- لم تقف تطبيقات نظرية الأعمال التجارية التبعية على الالتزامات التعاقدية بل شملت الالتزامات غير التعاقدية (الالتزامات التقصيرية)، التي تنشأ عن ممارسة النشاط

(١) محكمة استئناف القاهرة في ١٤/٦/١٩٥٠م، موسوعة جمعة للأوراق والأعمال التجارية، رقم ٢١٨، وترى محكمة صنعاء التجارية الابتدائية، أن الضمان المقدم من التاجر يعتبر تجارياً، دون الإشارة إلى ما إذا كان له مصلحة من الضمان أم لا. رقم ٨٧/٤ في ١١/٤/١٩٨٨م.

الفصل الثالث: نظرية الأعمال التجارية التبعية

التجاري، كالاتزام بالتعويض عن الأفعال الضارة التي تلحق الغير، سواء صدر الفعل الضرر من التاجر نفسه كالإتزامه بالتعويض عن أعمال المنافسة غير المشروعة، أو تقلده علامة تجارية مملوكة للغير، أم من أحد التابعين له أم كان بفعل الآلات المملوكة له.

ويكون تجارياً بالتبعية وفقاً لهذا المبدأ، التزم التاجر برد المبالغ التي حصل عليها دون وجه حق، كما إذا باع شيئاً زيادة على التسعيرة الرسمية، فإن التزم التاجر بإعادة المبلغ الزائد يعتبر التزماً تجارياً تبعياً، كذلك قيام الغير - على سبيل الفضالة بعمل أو تصرف يتصل بنشاط التاجر، وقدم لإنجاز ذلك نفقات عاجلة عادة بالنفع لمصلحة التاجر، فإن التزم التاجر بالوفاء بهذه النفقات، يكون تجارياً بالتبعية.

الفصل الرابع

نظرية الأعمال المختلطة

١٤٤- العلاقات القانونية غالباً ما تنشأ بين شخصين أو أكثر، والطرفان قد يكونا من التجار، أو يكون أحدهما تاجراً والآخر مدنياً، مثل شراء المستهلك للسلع من تاجر التجزئة، وبيع المزارع منتجات أرضه لتاجر الجملة، وعقد النقل بين الراكب ومتعهد النقل، ففي هذه الأعمال القانونية أحد طرفيها يكون مدنياً والآخر تاجراً. ويطلق على هذه التصرفات، الأعمال المختلطة^(١).

وقد يكون العمل المختلط بين شخصين كلاهما من التجار، كشراء أحدهما ثلاجة أو غسالة لنأثيث منزله، فالعمل يعتبر مدنياً للأول، وتجارياً للثاني.

ولا تقف حدود الأعمال المختلطة على التصرفات العقدية، بل تشمل كذلك الفعل الضار والعمل النافع. فالتزام التاجر بالتعويض عن الضرر الذي يصيب الغير بخطأ أحد عماله أو موظفيه أثناء عملهم، يكون تجارياً بالنسبة للتاجر ومدنياً بالنسبة للمضرور. كذلك التزام التاجر برد المبلغ الزائد عن القيمة الرسمية للسلعة، يكون تجارياً للتاجر، ومدنياً للمشتري.

ولا يشترط للعمل المختلط أن يكون أحد طرفيه من التجار، بل قد يقع بين طرفين غير تاجرين، كشراء رجل المرور سيارة من شخص غير تاجر بقصد بيعها بربح، فيكون العمل تجارياً للأول ومدنياً للثاني.

ويثار التساؤل بهذا الشأن، عن القواعد القانونية واجبة التطبيق على تلك الأعمال المختلطة؟ والمحكمة المختصة بنظر الدعاوى المتصلة بها؟

ونحاول الإجابة عليهما في نقطتين على النحو التالي :

أولاً : القانون الواجب التطبيق على التصرفات المختلطة:

١٤٥- الأصل وفقاً للقواعد العامة، وجوب تطبيق القانون المدني على الطرف المدني والقانون التجاري على الطرف التجاري، وهذا معناه تجزئة العمل القانوني الواحد

(١) ولا تعد الأعمال المختلطة، طائفة مستقلة من الأنشطة التجارية، بل هي الأعمال التجارية السابق شرحها، إلا أن أحد طرفيها غير تاجر.

وإخضاع جانب منه للقانون التجاري والجانب الآخر للقانون المدني، وهذا أمر يثير الكثير من الصعوبات على صعيد التطبيق العملي^(١)، بل يمكن القول إن هذا الاتجاه يبتعد بنا عن توجه المشرع اليمني بالأخذ بالقضاء المتخصص.

وإنسجاماً مع ما نراه نجد أن المشرع التجاري اليمني أدرك الصعوبات التي قد تنشأ نتيجة اختلاف القواعد القانونية التي تحكم التصرف القانوني الواحد. لذلك عمد إلى توحيد النظام القانوني الذي يحكم العمل المختلط، فنصت المادة (١٧) بقولها ((إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين دون الآخر، سرت أحكام قانون التجارة على التزامات المتعاقد الآخر الناشئة من هذا العقد ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك))^(٢).

والمستفاد من هذا النص إخضاع طرفي العلاقات القانونية المختلطة بشقيها المدني والتجاري للقانون التجاري، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف هذا الحكم.

غير أن الصعوبة تثور بالنسبة للمحكمة المختصة نوعياً بنظر النزاع المختلط، وهو ما نعرض له في الفقرة التالية.

ثانياً : المحكمة المختصة بنظر الدعاوى المتصلة بالأعمال المختلطة:

١٤٦- لم يفصح قانون التجارة اليمني عن المحكمة المختصة نوعياً بنظر النزاع المختلط، وفي الوقت نفسه لم يبين قانون المرافعات الجهة القضائية المختصة نوعياً بالدعاوى المختلطة، إلا أنه أورد حكماً عاماً في المادة (٩٥) مقتضاه انعقاد الاختصاص المكاني في المواد التجارية لمحكمة موطن المدعي عليه، أو للمحكمة التي تم الاتفاق أو نفذ كله أو بعضه في دائرتها، أو للمحكمة التي ينص الاتفاق على التنفيذ في دائرتها.

ولا خلاف بشأن الاختصاص المحلي أو المكاني على النحو السابق. غير أن الصعوبة تثار بشأن تحديد الدائرة القضائية المختصة نوعياً بنظر الدعوى في حالة ما إذا كان النزاع بين طرفين أحدهما تاجراً والآخر غير تاجر.

(١) د محمد حسن الجبر، مصدر سابق، رقم (٥٧).

(٢) وموقف المشرع اليمني يختلف في هذا الشأن عن بعض التشريعات التي ترى خضوع الطرف المدني للقانون المدني والطرف التجاري للقانون التجاري، وذلك لأسباب عدة منها، أن القانون المدني هو الأصل العام والمألوف للأفراد، أما القانون التجاري فقواعد خاصة لا يفهمها إلا التجار، ومن ناحية أخرى فإن الطرف المدني هو الأضعف في العقد ويجب حمايته راجع في هذا د. محسن شفيق، الوسيط، ج ٢، رقم ١٢٤.

فإذا سلمنا بمنطوق المادة (٩٥ مرافعات) فهذا يعني اختلاف المحكمة الواجب عليها نظر النزاع المختلط من قضية إلى أخرى، وذلك تبعاً لاختلاف صفة المدعى عليه أو اختلاف مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، ومثل هذا الاتجاه يخلق الكثير من التباين والتناقض بين الأحكام القضائية الصادرة من محاكم ذات إختصاصات نوعية مختلفة في نزاعات ذات طبيعة قانونية واحدة.

ولاشك أن مثل هذا العمل يبتعد عن روح العصر ودقة التخصص، ويشكل اتجاهاً مغايراً لرؤية المشرع اليمني ونزوعه نحو التخصص القضائي تبعاً لنوع الدعوى^(١). لكل ذلك نرى أن المحكمة المختصة نوعياً في نظر الدعاوى المختلطة هي المحاكم التجارية^(٢)، ويفهم هذا الرأي ضمناً من منطوق المادة (١٧ تجاري) التي قضت بنفاذ القانون التجاري على التزامات الطرف المدني الناشئة عن العقد المختلط، وبما أن المحكمة التجارية هي الجهة الأكثر إماماً بتطبيق قواعد القانون التجاري فإن انعقاد الاختصاص النوعي لهذه المحكمة في الدعاوى المختلطة فضلاً عن سهولة الفصل فيها، فإنه يحقق مصالح هامة للمتقاضين جميعاً ويعمل على تأسيس سوابق قضائية يستأنس بها في المنازعات التجارية. وهذا الاتجاه هو ما انتهت إليه محكمة الاستئناف التجارية بصنعاء حيث قررت اختصاصها بنظر الدعاوى المختلطة، بالرغم من تمسك الطرف المدعى عليه بعدم الاختصاص كونه ليس تاجراً^(٣).

(١) راجع في أهمية التخصص القضائي وفوائده د. أحمد السيد الصاري، الوسيط في قانون المرافعات، ١٩٨٨م، ص ٤٠٥ وما بعدها، د. إبراهيم محمد الشرفي، الوجيز، في شرح قانون المرافعات اليمني، ١٩٩٧م، ص ١٣٨ وما بعدها.

(٢) من انصار هذا الاتجاه د. سميحة القليوبي القانون التجاري الكويتي، السابق، رقم ١٨٩، وراجع في هذا المعنى د. محمد الجبر، مصدر سابق، رقم ٥٧.

(٣) محكمة الاستئناف التجارية بصنعاء رقم ١٣/٦٩ في ١٠/نوفمبر/١٩٩٣م، حكم غير منشور.

своего рода «матрицей» для построения других, более сложных, систем.

Важнейшим свойством таких систем является то, что они обладают способностью к самоорганизации и адаптации. Это означает, что система может изменять свою структуру и поведение в ответ на изменения во внешней среде. Такая способность делает такие системы чрезвычайно полезными в различных областях, включая биологию, физику, химию, социологию и экономику.

Одним из наиболее известных примеров таких систем является живая клетка. Клетка представляет собой сложную систему, способную к самоорганизации и адаптации. Она может изменять свою форму и структуру в ответ на изменения во внешней среде. Кроме того, клетка обладает способностью к делению, что позволяет ей размножаться и передавать информацию своим потомкам. Другим примером такой системы является организм человека. Организм человека способен к самоорганизации и адаптации. Он может изменять свою структуру и поведение в ответ на изменения во внешней среде. Кроме того, организм обладает способностью к обучению и развитию, что позволяет ему адаптироваться к новым условиям жизни.

В заключение следует отметить, что системы, способные к самоорганизации и адаптации, являются чрезвычайно важными для понимания природы и общества.

Вопросы, связанные с самоорганизацией и адаптацией, являются предметом активного исследования в различных областях науки.

Вопросы, связанные с самоорганизацией и адаптацией, являются предметом активного исследования в различных областях науки.

Вопросы, связанные с самоорганизацией и адаптацией, являются предметом активного исследования в различных областях науки.

Вопросы, связанные с самоорганизацией и адаптацией, являются предметом активного исследования в различных областях науки.

Вопросы, связанные с самоорганизацией и адаптацией, являются предметом активного исследования в различных областях науки.

Вопросы, связанные с самоорганизацией и адаптацией, являются предметом активного исследования в различных областях науки.

Вопросы, связанные с самоорганизацией и адаптацией, являются предметом активного исследования в различных областях науки.

Вопросы, связанные с самоорганизацией и адаптацией, являются предметом активного исследования в различных областях науки.

Вопросы, связанные с самоорганизацией и адаптацией, являются предметом активного исследования в различных областях науки.

Вопросы, связанные с самоорганизацией и адаптацией, являются предметом активного исследования в различных областях науки.

الباب الثاني التاجر

الباب الثاني

التاجر

١٤٧- اهتم المشرع اليمني بالنشاط التجاري والاقتصادي، ويتجلى ذلك الاهتمام برؤيته الواسعة للعمل التجاري، وملاحقته للعلاقات القانونية الناشئة عن النشاط الاقتصادي، بالقواعد التجارية الحاكمة لها. سواء قام بها شخص يحترف النشاط التجاري - وفقاً للنظرية الشخصية - أم أجراها فرد غير تاجر بشكل عارض لمرة واحدة - وفقاً للنظرية الموضوعية.

وإذا كان القانون التجاري اليمني، يحكم المعاملات التجارية بين التجار، والعقود والالتزامات التجارية التي يكون أحد أطرافها من البيئة المدنية. فإن دقة الصياغة القانونية، تقتضي تحديد من هو التاجر وما هي الشروط الواجب توافرها فيه لاكتسابه هذا الوصف، وذلك حماية لمصالحه أولاً، ومصالح الأطراف المتعاملين معه ثانياً، واستقرار المراكز القانونية ثالثاً.

وإذا أمكن تحديد شخص التاجر بالنظر إلى حرفته، فهل يكفي هذا المعيار للقول باكتسابه صفة التاجر ؟ ومع ذلك فإن التساؤل يثور عن الشروط القانونية والموضوعية الواجب توافرها فيه لاكتسابه صفة التاجر، وما هي الالتزامات التي تقع على عاتق التاجر، تبعاً لاكتسابه الوصف التجاري.

ولبيان ذلك قسمنا هذا الباب إلى فصلين مستقلين على الوجه الآتي:-

الفصل الأول : شروط اكتساب التاجر للصفة التجارية.

الفصل الثاني : الالتزامات الواجبة على التاجر.

الفصل الأول

شروط اكتساب التاجر للصفة التجارية

١٤٨- عرفت المادة (١٨) التاجر بأنه ((كل من اشتغل باسمه في معاملات تجارية وهو حائز للأهلية الواجبة، واتخذ من هذه المعاملات حرفة له يكون تاجراً، وكذلك يعتبر تاجراً كل شركة تجارية وكل شركة تتخذ الشكل التجاري، ولو كانت تزاوّل أعمالاً غير تجارية)).

ويميل هذا التعريف إلى بيان خصائص العمل التجاري، الذي يضيف الوصف التجاري على كل من يمارسه، سواء اتخذ شكل المشروع التجاري الفردي أياً كانت الصورة التي يباشر نشاطه في ظلها، أو اتخذ شكل الشركة.

إضافة إلى ذلك نصت المادة (١١) من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠م بشأن السجل التجاري) على أنه ((يحظر مزاولة التجارة في محل تجاري إلا لمن يكون اسمه مقيداً في السجل التجاري الذي يقع المحل التجاري في دائرته، وتكتسب صفة التاجر من تاريخ القيد في السجل التجاري ما لم تثبت تلك الصفة بطريقة أخرى)).

وعلى ذلك فالتاجر هو كل شخص طبيعي أو معنوي، يشتغل بالعمل التجاري، باسمه ولحسابه الخاص، ويتخذ من الاشتغال بالعمل التجاري حرفة معتادة، وأن يكون أهلاً قانوناً لممارسة العمل التجاري الذي يقوم به، ومقيداً في السجل التجاري.

يتضح مما سبق، أن القانون التجاري اليميني والقوانين المكملة له تشترط لاكتساب الشخص صفة التاجر، الشروط الآتية :

- ١- الاشتغال بالعمل التجاري.
- ٢- احتراف العمل التجاري.
- ٣- ممارسة الشخص العمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص.
- ٤- تمتع الشخص بالأهلية اللازمة لاحتراف العمل التجاري.
- ٥- القيد في السجل التجاري.

ونحاول عرض كل منها بالقدر المناسب في مبحث مستقل على النحو الآتي:

المبحث الأول

الاشتغال بالعمل التجاري

١٤٩- جعل المشرع اليمني - وفقاً لمفهوم النظرية الموضوعية - من الاشتغال بالعمل التجاري محوراً لتطبيق أحكامه، ولذلك فاكتمال الشخص للصفة التجارية مرهون بمزاوته لأي من المعاملات التجارية الأصلية الواردة في المواد (٩-١٢)، وما يلحق بها من أعمال جديدة، تكتسب تجاريتها بطريق القياس، وذلك إذا كانت الأعمال الأخيرة مشابهة للأولى في صفاتها أو غاياتها. ومن ثم فلا عبرة بالصفة التجارية التي يطلقها الشخص على نفسه، أو يطلقها عليه الغير، دون ممارسة حقيقية للعمل التجاري.

١٥٣- ويلاحظ أن الأعمال التجارية - التبعية - وهي مدنية بطبيعتها - لا تكتسب القائم بها الوصف التجاري مباشرة، ذلك أن تجاريتها إنما تأتي من تبعيةها لعمل تجاري أصلي، ولذلك فلا بد لتوافر شرط الاشتغال المكسب للصفة التجارية من تعاطي الشخص عملاً تجارياً أصلياً، ومقصوداً لذاته، وأن يكون من الأعمال التجارية المشروعة.

وعلى ذلك يتحقق ركن الاشتغال اللازم لاكتساب الصفة التجارية بتوافر عناصر

ثلاثة هي :

أولاً : الاشتغال بعمل تجاري أصلي :

١٥٠- يتوافر شرط الاشتغال المكسب لصفة التاجر، بمزاولة الشخص لأحد الأعمال التجارية المنصوص عليها في المواد (٩-١٢)، أو ممارسة أحد الأعمال التجارية المستجدة والمحكوم بتجارتها بطريق القياس. أما الاشتغال بأحد الأعمال التجارية التبعية، فلا يؤدي بذاته إلى إكساب القائم بها الصفة التجارية مباشرة، وذلك باعتبارها عملاً مدنياً بطبيعتها. ويكون إعلان الشخص بوسائل النشر المختلفة، عن افتتاح محل تجاري، طريقاً قانونياً لاكتساب الصفة التجارية (م ١٩ تجاري)، ولو لم يتحقق بجانبه ركن الإشتغال الفعلي. وهذا وضع استثنائي نص عليه المشرع التجاري اليمني، حماية للغير ممن تعامل مع صاحب هذا المشروع المستقبلي، من أي مخاطر، قد يتعرض لها جراء عدم اكتساب هذا الشخص للصفة التجارية.

أما الأشخاص المعنوية، كالشركات التجارية، فلا يشترط لاكتسابها الصفة التجارية، توافر ركن الإشتغال الفعلي في أحد الأعمال التجارية الواردة في القانون، بل يكفي لاكتسابها الوصف التجاري، أن تتخذ أحد الأشكال القانونية الستة المعترف بها في قانون

الفصل الأول: شروط اكتساب التاجر للصفة التجارية

الشركات في المادة (٩) ^(١)، ولو كانت تزاول عملاً مدنياً. فالمادة (١٨) تجاري) تقول ((... وكذلك يعتبر تاجراً كل شركة تجارية — أي أسست لمباشرة نشاط تجاري — وكل شركة تتخذ الشكل التجاري، ولو كانت تزاول أعمالاً غير تجارية)). وثبتت صفة التاجر كذلك، للشركات العامة التي تنشئها الدولة، والهيئات والمؤسسات العامة، التي تقوم بنشاط تجاري واقتصادي، وذلك بمجرد انشائها ولو لم يتوافر في حقها ركن الاشتغال (م ٢١ تجاري). وفي المقابل لا تعتبر دوائر الحكومة، ولا الجمعيات ولا النوادي من التجار، ولكن المعاملات التجارية التي تقوم بها تخضع لأحكام قانون التجارة (م ٢١).

ثانياً : أن يكون الاشتغال بالعمل التجاري مقصوداً لذاته :

١٥١- يشترط لتوافر ركن الاشتغال اللازم لاكتساب الشخص صفة التاجر، أن يكون الاشتغال بالعمل التجاري مقصوداً لذاته، أي أن تتجه نية الشخص، إلى مباشرة النشاط التجاري بصورة مستمرة ومنتظمة، باعتباره سبيلاً لاكتساب صفة التاجر، بغية ترتيب آثارها القانونية، أما العمل التجاري العارض وغير المقصود لذاته، فلا يكسب القائم به صفة التاجر، ولو كان العمل ذاته تجارياً (م ٢٠ تجاري). فالنشاط التجاري العارض الذي يقوم به شخص لمرة واحدة أو لبضع مرات، لا يكسب القائم به صفة التاجر، لإنقضاء القصد لديه بمباشرته على وجه الإحتراف بغية إكتساب صفة التاجر.

فتحرير المحامي شيكاً لحساب أحد التجار بقيمة السلع المشتراة، لا يكسبه الصفة التجارية، ذلك أن تحرير المحامي للشيك، ليس مقصوداً لذاته، لأنه لا يبتغي اكتساب الخصائص القانونية التي ينطوي عليها مثل هذا العمل، وهو في الوقت نفسه ليس محترفاً لمثل هذا التصرف القانوني، إنما يأتي تحريره للشيك وفاءً بما في ذمته من التزامات لمصلحة التاجر ^(٢)، وبالتالي فإن مثل هذا العمل لا يخلع على القائم به الصفة التجارية، ولو اعتاد سحب الشيكات للوفاء بالتزاماته قبل الغير. ولا يعتبر اعتياد المستأجر، الوفاء بأجرة المسكن عن طريق الشيكات عملاً مقصوداً لذاته، وبالتالي فلا يكتسب الصفة التجارية، وذلك لأنصرف نيته عن بلوغ الآثار القانونية البعيدة، التي يمكن أن تترتب على مثل هذا التصرف. كذلك اعتياد الشخص على سداد مشترياته بواسطة بطاقات الوفاء (الفيزا كارت)، لا يعد سبيلاً لاكتساب صفة التاجر، وإن كان الوفاء بهذه الوسيلة يحكمه قانون التجارة.

(١) والتي تتكون من طائفتين، الأولى شركات الأشخاص ، وتضم شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصة والثانية شركات الأموال، وتضم شركة المساهمة، وشركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة.

(٢) في هذا المعنى د. علي جمال الدين، الوجيز ، رقم ١٠٤.

ثالثاً : أن يكون محل الاشتغال عملاً مشروعاً :

١٥٢- يقصد بالمشروعية، الاعتراف بالآثار القانونية الناشئة عن التصرف المالي أو الآثار المترتبة عن العقد، وعلى هذا الأساس، اختلف الشراح بشأن تأثير عدم مشروعية النشاط التجاري على إكتساب القائم به للصفة التجارية، حيث ذهب البعض^(١)، إلى أن كل شخص، اشتغل بأحد الأعمال التجارية، يكتسب صفة التاجر، ولو كان محل الاشتغال عملاً غير مشروع، ذلك أن العبرة بحقيقة العمل، وطبيعته القانونية، والغاية منه، ولا عبرة في نظرهم بمشروعية محل النشاط، أي لا عبرة بكونه من السلع المشروعة أم غير المشروعة في نظر الشرع والقانون. لذلك فمن يمارس تجارة الخمر يعتبر تاجراً، ويكتسب صفة التاجر، حماية للغير حسن النية. وهذا الرأي إذا كان له ما يبرره في التشريعات الأخرى فلا محل لقبوله في البيئة اليمنية، لذلك فإن الرأي الراجح^(٢) يرى أن اكتساب صفة التاجر، وهي حق مقرر بقوة القانون، لا يمكن تحققها بنشاط محرم شرعاً وقانوناً، وليس في هذا مساس بحقوق الغير حسن النية، ذلك أن حقوق هذا الشخص مكفولة وفقاً لقانون العقوبات. كما أن هذا القول يتفق والتوجه العام الذي تقوم عليه قواعد التجارة الشريفة.

وفي هذا الاتجاه نصت المادة (٢٣) تجاري يمني) بقولها ((كل يمني بلغ الثامنة عشرة، ولم يقم به مانع شرعي أو قانوني يتعلق بشخصه أو بنوع المعاملة التجارية التي يباشرها يكون أهلاً للاشتغال بالتجارة)). وأكدت هذا المعنى المادة (٨) شركات) بقولها ((يجب أن يكون غرض الشركة التجارية عملاً مشروعاً، ولا يكون مخالفاً للقوانين النافذة)) أو ضاراً بالاقتصاد الوطني^(٣).

يفهم من النصين السابقين، أن الاشتغال بالأعمال التجارية المحرمة شرعاً أو قانوناً، أو المخالفة للنظام العام، لا يمكن أن تكون سبباً لاكتساب الصفة التجارية في الجمهورية اليمنية، سواء للأفراد أم للشركات.

(١) د. علي جمال الدين عوض، الوجيز، رقم ١٠٥.

(٢) د. أكثم الخولي، السابق ج ١، رقم ١٦٥، د. علي البارودي، السابق، رقم ٧٩، د. محمد حسن الجبر، السابق، رقم ٦٠، د. محمود بزي، السابق، ص ٢٢٨.

(٣) جاء قانون الشركات الجديد خالياً من هذه العبارة، ولا نرى سبباً وجيهاً لشطبها.

المبحث الثاني

احتراف العمل التجاري

١٥٣- اشترطت المادة (١٨ تجاري) لاكتساب الشخص صفة التاجر، مزاوله العمل التجاري على وجه الاحتراف .

ويقصد بالاحتراف مباشرة الشخص للعمل التجاري بشكل مستمر ومنظم بقصد المضاربة والتعيش والارتزاق، ودون الاعتداد بقدر رأس المال، أو حجم المشروع، أو صفة الشخص الذي يباشر العمل التجاري.

ويبرز هذا التعريف مجموعة من العناصر اللازمة لتحقيق معنى الاحتراف، والتي تركز في مجموعها على الطابع العملي الموضوعي للنشاط التجاري. ونحاول عرضها بشكل موجز على النحو الآتي:

أولاً : تسخير إرادة الشخص وقدراته للنشاط التجاري على وجه الاحتراف:

١٥٤- يتجلى معنى الاحتراف المكسب للوصف التجاري، بتكريس الشخص لوقته وجهده، بشكل مستمر ومنظم، في مزاوله العمل التجاري على وجه الاعتقاد. ولذلك فالشخص الذي يقوم بعمل عارض، أو يمارس نشاطاً تجارياً بين وقت وآخر، أو في المناسبات، لا يتوافر بشأنه ركن الاحتراف، وبالتالي فلا يكتسب صفة التاجر (م. ٢٠)^(١) وإن كان العمل الذي قام به تجارياً يخضع للقانون التجاري.

ثانياً : أن يكون احتراف النشاط التجاري بقصد المضاربة^(٢):

١٥٥- إن الاحتراف المكسب للصفة التجارية، لا يتحقق من الناحية المادية إلا بعمل تجاري يقوم على معنى المضاربة، والسعي المستمر بقصد كسب الربح، اللازم للحياة المعيشية للشخص، سواء كان مصدر الدخل نشاطاً واحداً أم أنشطة مختلفة، مادام إحداها نشاطاً تجارياً، يدر عليه دخلاً مادياً يمكن تسخيرته لنفقاته اليومية. وإذا كان قصد الشخص

(١) وقالت محكمة استئناف القاهرة ((الاحتراف في هذا الصدد معناه أن يتخذ الشخص الأعمال التجارية وسيلة للارتزاق بصفة ثابتة مستمرة ومنظمة، فإذا لم تتحقق هذه العناصر، كأن يقوم بين سنة وأخرى بعمل تجاري فلا يصح اعتباره تاجراً)) محكمة استئناف القاهرة في ١٩٥٤/٣/٢م، موسوعة جمعة رقم ١٨٨.

(٢) المستقر لدى غالبية الفقه اشتراط أن يكون احتراف الشخص للنشاط التجاري المكسب للصفة التجارية، مصدراً لنفقاته وحياته المعيشية اليومية والصواب - كما يظهر لنا - اكتساب مثل هذا الشخص للصفة التجارية بتوافر الأركان القانونية المطلوبة في كل شخص، ولو كانت نفقاته المعيشية من مصدر آخر غير العمل التجاري.

من العمل التجاري، هو الحصول على الربح اللازم لاستقامة حياته المعيشية أو غيرها من حاجياته، فلا يشترط بعد ذلك أن يتحقق الربح المادي فعلاً، فقد يمتن التاجر بالخسارة، ومع ذلك يظل في نظر القانون تاجراً. والشخص الذي لا يحترف العمل التجاري، بقصد الكسب المادي المشروع، وفقاً لقواعد المضاربة، لا يتوافر بجانبه معنى الاحتراف المكسب لصفة التاجر، كما لو كانت غاية الشخص تخصيص ريع هذا النشاط للأعمال الخيرية. والحال كذلك، لو كان الشخص يزاول بعض الأعمال على فترات متقطعة، طالما وتلك الأعمال لم تكن مصدراً مستمراً للكسب المادي، اللازم لحياته المعيشية المنتظمة. مثال ذلك الأفراد الذين يباشرون بعض الأعمال التجارية في المواسم أو المناسبات. وعلى ذلك فإن اعتياد المزارع، على سحب كمبيالات على مدينه، أو تحرير شيكات لمصلحة دائنيه، لا يمكن اعتباره تاجراً مهما طال أمد استخدامه لهذا الأسلوب، لأن تحرير المزارع لهذه الأوراق التجارية، لا يتحقق به معنى الاحتراف، ولا يكون مصدراً للكسب المادي أو طريقاً للتعيش والارتزاق.

ثالثاً: يتحقق الاحتراف بمزاولة العمل التجاري بصرف النظر عن مبلغ رأس المال أو حجم المشروع:

١٥٦- يتحقق معنى الاحتراف بمزاولة العمل التجاري على النحو السالف ذكره، دون النظر إلى مبلغ رأس المال المستغل فعلاً في النشاط التجاري كثيراً كان أم قليلاً، ودون الاعتداد بحجم المشروع الاقتصادي كبيراً أم صغيراً، وسواء كان النشاط التجاري يعتمد على عناصر المشروع الرأسمالي أم على الجهد الفردي البسيط. وعلى ذلك فكل من تتوافر في حقه معاني الاحتراف يعتبر تاجراً، سواء كان من الباعة الطوافين، أم من أصحاب العربات الصغيرة الذين يتخذون من أرصفة الشوارع مقراً لمزاولة نشاطهم، أم من أرباب الدكاكين الصغيرة، أم من أصحاب المحلات الكبيرة، أم من الشركات العملاقة، فكل واحد منهم يكتسب صفة التاجر باعتباره محترفاً للنشاط التجاري.

غير أن القانون اليمني بالرغم من ذلك، قد راعى أصحاب الأموال البسيطة والأنشطة التجارية المتواضعة، حيث فرق بين الأنشطة التجارية الكبيرة والتجارات الصغيرة التي تعتمد في معيشتها اليومية على الجهد البدني، أكثر من اعتمادها على رأس المال، فأعفاهم من الواجبات المقررة على كاهل التجار، نتيجة تحقق معاني الاحتراف في جانبهم. حيث قررت المادة (٢٢ تجاري) إعفاء أصحاب الحرف البسيطة، والتجارات الصغيرة، من التزامات التجار كالقيد في السجل التجاري، وإمسك الدفاتر التجارية، وذلك مراعاة لظروف هؤلاء التجار، وعدم إرهاقهم بنفقات لاتلائم حجم رؤوس أموالهم ولا تستلزمها طبيعة نشاطهم.

رابعاً: يتحقق الاحتراف بمزاولة الشخص للعمل التجاري ولو كان ممنوعاً من مباشرة التجارة:

١٥٧- ركز المشرع اليمني في بعض أحكامه، على المباشرة المادية للعمل التجاري، دون الالتفات إلى الخصائص أو الاعتبارات الأخرى، التي ترافق هذا العمل أو من يقوم به أو القوانين الخاصة التي يخضع لها بعض من يزاولون النشاط التجاري.

فيتحقق الاحتراف اللازم لاكتساب الصفة التجارية، بممارسة الأفراد للعمل التجاري على وجه الاعتقاد والانتظام، بقصد الحصول على الربح المادي، ولو كانت القوانين الخاصة، تحظر عليهم مزاولة الأعمال التجارية، كالموظفين العموميين، ورجال الأمن والجيش، فقد نصت المادة (١٩) بقولها ((... وإذا زاول التجارة أحد الأشخاص المحظور عليهم الاتجار بموجب قوانين أو أنظمة خاصة عد تاجراً وسرت عليه أحكام هذا القانون)). فمباشرة أحد هؤلاء للنشاط التجاري، يتحقق به شرط الاحتراف المكسب للصفة التجارية. ذلك أن مخالفة هؤلاء الأشخاص لنصوص القانون، يقتضي التصدي لهم عن الاسترسال في مخالفتهم ومن ثم فإن القول بوجوب إخضاعهم للقواعد القاسية والشديدة في القانون التجاري، عقوبة لهم، وحماية للمتعاملين معهم^(١)، يحقق الوظيفة الاجتماعية للقانون.

ولذلك فلا يستطيع الموظف العام، أو غيره من ممنوعين من ممارسة التجارة، التنصل من الصفة التجارية وآثارها، نتيجة احترافهم للنشاط التجاري، بالمخالفة لأحكام القانون، بزعم أن القانون الخاص الذي يخضعون له بحسب الأصل يمنعهم من مباشرة التجارة.

خامساً: يتحقق معنى الاحتراف بمجرد الإعلان عن مباشرة النشاط التجاري:

١٥٨- يلاحظ أن الاتصال المباشر بالجمهور والإحتكاك به بحسب الأصل، يعتبر من أهم عناصر المشروع التجاري، لذلك يقرر المشرع اليمني استثناءً من قاعدة مباشرة العمل التجاري الفعلي على وجه الاحتراف، أن إعلان الشخص عن تأسيسه محلاً تجارياً بواسطة الصحافة أو الإذاعة أو التلفزيون، يكفي لاكتسابه الصفة التجارية، ولو لم يحترف فعلاً النشاط التجاري ويباشره على وجه الاعتقاد، بل ولو لم يبدأ بعد مباشرة هذا النشاط. (م ١٩) وغاية القانون من هذا الحكم، ضبط حدود البيئة التجارية من اختراقها بالمشروعات الوهمية، وذلك حماية للوضع الظاهر، ولكل من يصيبه ضرر من جراء ذلك

(١) وقضت محكمة استئناف القاهرة بقولها ((الأشخاص المحظور عليهم مباشرة التجارة بمقتضى قوانين أو لوائح، كالمحامين والأطباء والموظفين - يكتسبون صفة التاجر متى مارسوا التجارة مخالفين ذلك الحظر، ومن ثم فليس هناك ما يمنع من إشهار إفلاسهم)) في ١٢/٣٠/١٩٥٤م، موسوعة جمعة رقم ٢٠٦.

الإعلان. ويلاحظ أن المشرع اليمني في هذا الحكم قد أغفل المعيار المادي الموضوعي الفعلي للنشاط التجاري، وأخذ بالمعيار الشكلي للمشروع، دون الالتفات إلى العناصر الأخرى للمحل التجاري. مبتغاه في ذلك تطهير البيئة التجارية من أي انحرافات عن قواعد التجارة الشريفة.

المبحث الثالث

ممارسة الشخص للعمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص

١٥٩- ينطوي النشاط التجاري على المجازفة والمخاطرة في كامل محتوى الذمة المالية للتاجر، وفي المقابل فكل مزايا وعائدات العمل التجاري، تصب في تلك الذمة. وعلى ذلك فصاحب المال وحده هو الذي يتعرض للتبعات المصاحبة لاحتراف التجارة من ربح أو خسارة.

وتأكيداً لهذا الاتجاه اشترط القانون التجاري اليمني لاكتساب صفة التاجر، ممارسة الشخص للعمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص. وعلى ذلك فلا يعد مديرو الشركات التجارية، أو المؤسسات العامة، من التجار، لأنهم يقومون بالعمل باسم الشركة ولحسابها، ولا يعتبر كذلك العاملون في المحلات التجارية تجاراً، مهما حصلوا على خبرات أو اكتسبوا معارف تجارية قد تفوق مهارات أصحاب النشاط التجاري وأرباب رأس المال^(١)، وذلك لأنهم أجراء، يعملون لحساب أرباب رأس المال، وتحت رقابتهم وإشرافهم، وبالتالي فلا يتحملون شيئاً من المخاطر التي قد تصيب النشاط التجاري. هذا إضافة إلى أن التجارة تقوم على الثقة والائتمان، وهما صفتان شخصيتان تلحقان صاحب رأس المال دون موظفيه، ومن ثم فإن آثار الصفة التجارية، تقتصر على رب العمل، ولا تمتد إلى العاملين أو الموظفين في محله التجاري، ذلك أن صفة التاجر تتعلق بالنظام العام فلا تقبل النقل أو الهبة، وهي من ناحية أخرى صفة شخصية، تلحق بشخص معين - متى توافرت فيه شروطها - ولا تقبل التنازل أو الانتقال إلى الغير. والأمر كذلك بشأن مديري أو موظفي الشركات التجارية، فالشركة تكتسب صفة التاجر بقوة القانون (مادة ١٨ تجاري)، دون أن تمتد هذه الصفة إلى مديريها، أو الشركاء فيها، ما لم يكن الأخيرون من الشركاء المتضامنين في شركات التضامن، أو التوصية البسيطة، أو التوصية بالأسهم، فإنهم يكتسبون صفة التاجر بحكم القانون كونهم شركاء متضامنون وليس لأنهم تجار، كما سترى.

والحاقاً بذلك يثار التساؤل، بشأن انتحال أحد الأشخاص، اسم شخص آخر، وممارسته للنشاط التجاري بهذا الاسم، أو مباشرة الشخص عملاً تجارياً باسمه، مع أنه

(١) د. محمد الحاج، السابق، رقم ٢١٧.

الفصل الأول: شروط اكتساب التاجر للصفة التجارية

في الأصل لمصلحة شخص مستتر، ويعرف بالنشاط التجاري المستتر كما سترى. فمن منهما يكتسب صفة التاجر هل هو الظاهر أم المستتر؟ هذا ما نحاول الإجابة عليه فيما يلي:

النشاط التجاري المستتر:

١٦٠- الأصل قيام التاجر باسمه ولحسابه الخاص، بنشاط اقتصادي علني تفصح عنه عناصر المشروع، طبقاً للأحكام المنظمة للمشروعات التجارية. غير أن الظروف تدفع أحياناً بشخص ما إلى مباشرة العمل التجاري مستعيراً أسم شخص آخر، دون الإفصاح عن شخصيته الحقيقية. فإذا كان بين الشخصين اتفاق، فمن منهما يكتسب صفة التاجر؟

أجاب قانون التجارة اليمني على ذلك في المادة (١٩) بأن كليهما يكتسب صفة التاجر، المستعير وهو الظاهر، وهو تاجر في الأساس لتوافر شروط اكتساب صفة التاجر بحقه، والمعير أيضاً يكتسب صفة التاجر، لأنه محترف للنشاط التجاري، وقد رخص للأول بمباشرة التجارة بأسمه على وجه العارية. أما إذا كان الشخص قد باشر التجارة بأسم غيره دون إذنه، فمن الذي يكتسب صفة التاجر، وما هي المسؤولية القانونية التي تقع على منتحل أسم الغير دون وجه حق؟

أفصحت المادة (٣٠) من قانون الأسماء التجارية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٣م عن الحكم الواجب على مثل هذا الشخص غير الملتزم بقواعد ونظم مباشرة الأعمال التجارية بقولها ((مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في القوانين الأخرى النافذة يعاقب كل من استعمل عمداً اسماً تجارياً على خلاف أحكام هذا القانون واللائحة بغرامة لا تقل عن (٥٠٠٠) خمسة آلاف ريال ولا تزيد عن (٥٠,٠٠٠) خمسين ألف ريال، وفي حالة تكرار المخالفة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن ستة أشهر)).

ولعل من المفيد القول، إن المبالغ الواردة في النص، أصبحت غير ذات جدوى لزهدها وقلتها، الأمر الذي يستوجب على القاضي المختص، الوقوف على الحكم الوارد في المادة (٦٣ تجاري) والتي تقول ((إذا استعمل العنوان التجاري غير صاحبه أو استعمله صاحبه على صورة تخالف القانون جاز لذوي الشأن أن يطلبوا منع استعماله ولهم أن يطلبوا شطبه إذا كان مقيداً في السجل التجاري، ويجوز لهم الرجوع بالتعويض إن كان له محل، وتسري هذه الأحكام في استعمال العلامات والبيانات التجارية على الوجه المبين في

القانون^(١) ومبلغ التعويض - كما يظهر لنا - تقدره المحكمة، بواسطة الخبراء، الذين تتدبهم لتقدير الأضرار التي لحقت بالتاجر المعتدى على حقوقه المعنوية جراء استخدام اسمه التجاري دون إذن منه.

والغالب حسب الظن الراجح أن مبالغ التعويض المرتكزة على نص المادة (٦٣) تجاري) تفوق بكثير المبلغ الزهيد المحدد في المادة (٢٠) من قانون الأسماء التجارية.

مباشرة التجارة باسم مستعار

١٦١- وفي أحيان أخرى، تمنع القوانين بعض الأفراد من احتراف النشاط التجاري، فيعمد أحد هؤلاء تحايلاً على النصوص الآمرة، إلى مباشرة التجارة مستتراً وراء شخص آخر، فيمارس هذا الأخير - وهو الذي يظهر أمام الغير - العمل التجاري باسمه الشخصي، ولكنه في الحقيقة لحساب الشخص المستتر. ويثار التساؤل في هذا الشأن، عن الشخص الذي يكتسب صفة التاجر، هل هو الشخص الظاهر أم الشخص المستتر؟.

الجدير بالإشارة، أن فقهاء القانون التجاري، قد اختلفوا بشأن التاجر الظاهر والتاجر المستتر ومن منهما يكتسب صفة التاجر، حيث ذهب رأي^(٢) غير متواتر، إلى أن الشخص الظاهر هو الذي يكتسب صفة التاجر، فتقديم الشخص الظاهر نفسه للغير، وإبرامه للتصرفات باسمه، يتحقق بهما معنى الاحتراف المكسب للوصف التجاري، وبهما يتحقق الاعتقاد لدى الغير باحتراف هذا الشخص العمل التجاري لحسابه الخاص.

غير أن هذا الرأي ليس له من يناصره، ذلك أن الاحتراف اللازم لاكتساب الصفة التجارية، يقوم على عدة عناصر أهمها اعتياد الشخص على توظيف أمواله في ممارسة النشاط التجاري باسمه ولحسابه الخاص، بحيث يتوفر لديه الاستعداد النفسي التام والصادق لتحمل نتائج المشروع التجاري من ربح أو خسارة، وهذا لم يتحقق بجانب

- (١) وضع قانون العلاقات التجارية والمؤشرات الجغرافية الجديد رقم ٢٣ لسنة ٢٠١٠م حكماً أكثر وضوحاً حيث قالت المادة (٤٧) ((مع عدم الإخلال بأية عقوبات أشد منصوص عليها في قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة مالية لا تزيد على مليون ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:
- أ. زور أو قلّد علامة تجارية مسلجة تتمتع بالحماية بموجب أحكام هذا القانون.
 - ب. استعمل بسوء نية علامة تجارية مزورة أو مقلدة.
 - ت. استعمل بسوء نية علامة تجارية مملوكة للغير.
 - ث. قدم أو عرض أو استعمل خدمات تحمل علامة تجارية مقلدة أو مزورة.
 - ج. باع أو عرض للبيع أو حاز بقصد البيع منتجات عليها علامة تجارة مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق مع علمه بذلك.
- وفي حال تكرار أي من المخالفات المنصوص عليها في هذه المادة تضاعف العقوبة مع إغلاق المنشأة مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر.
- د. علي جمال الدين عوض، الوجيز، رقم ١٠٧.
- (٢)

الشخص الظاهر، الذي يحصل على أجره المتفق عليه، بصرف النظر عن الحالة المالية التي يمر بها المشروع التجاري.

لذلك فالرأي مستقر لدى الفقه^(١) والقضاء^(٢) أن الشخص المستتر هو الذي يكتسب صفة التاجر، فهذا الشخص يحترف أصلاً ممارسة العمل التجاري، وهو المستفيد من أرباحه والذي يتحمل تبعاته، وهما أساس اكتساب الصفة التجارية.

الشخص الظاهر والشخص المستتر في قانون التجارة اليمني:

١٦٢- سبق القول، إن القانون التجاري اليمني، قد اتخذ منهجاً واسعاً إزاء العمل التجاري، أخذاً بالمفهوم الشخصي الظاهري، والموضوعي المادي. وهذا التوازن قد ظهر جلياً في موقفه من التاجر الظاهر والتاجر المستتر، حيث أثبت الصفة التجارية لكليهما معاً. فقد نصت المادة (١٩) بقولها ((... وتثبت صفة التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار، أو مستتر وراء شخص آخر فضلاً عن ثبوتها للشخص الظاهر....)). أما المستتر فلأنه التاجر الحقيقي، الذي يتحمل مخاطر النشاط التجاري، وأما الظاهر فلأنه ظهر أمام الغير بمظهر التاجر، ومارس العمل التجاري على وجه الاحتراف، والذي يتولى تصريف شئون المتجر. ومثل هذا الاتجاه يعمل على احترام الأوضاع الظاهرة، ويحقق حماية الغير، وهذان الأمران هما ما تسعى إلى تحقيقه قواعد القانون التجاري^(٣).

اكتساب الشركات للصفة التجارية:

١٦٣- نظراً للأهمية الاقتصادية للشركات التجارية، وحماية للمتعاملين معها، فقد ميزها المشرع اليمني بحكم خاص في المادة (١٨ تجاري) بقوله: ((...وكذلك يعتبر تاجراً كل شركة تجارية وكل شركة تتخذ الشكل التجاري، ولو كانت تزاوّل أعمالاً غير تجارية)). ومقتضى هذا النص، أن الشركة التجارية، إذا أسست للقيام بعمل تجاري، اكتسبت صفة التاجر، ولو لم يتوافر في حقها ركن الاستغلال أو الاحتراف، على النحو المقرر للتاجر الفرد. وليس هذا فحسب بل إن ارتداء الشركة لأحد الأشكال القانونية السنة الواردة في المادة (٩ شركات) يكفي لاكتسابها صفة التاجر، ولو كانت تزاوّل عملاً مدنياً.

(١) د.محسن شفيق، للوسيط ج ٢، رقم ١٢٩، د.أكرم الخولي، السابق، ج ١، رقم ١٦١، د.ثروت عبدالرحيم، السابق، رقم ٢٣٠، د.سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي رقم ٢١٥، د.انطاكي والسباعي، السابق، ص ١٦٠.

(٢) محكمة استئناف القاهرة في ١٩٥٨/١٢/٢٢ م، موسوعة جمعة، رقم ١٩١.

(٣) من أنصار هذا الرأي، د. علي البارودي، السابق، ص ٩٠، د.سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، رقم ٢١٦، د.محمد الحاج، السابق، رقم ٢٢١، د.محمود بري، السابق، ص ١٢٥.

المبحث الرابع

تمتع الشخص بالأهلية اللازمة لاحتراق التجارة

١٦٤- تتوقف صحة العقود والتصرفات القانونية، على كمال أهلية أطرافها، بها يكون الشخص صالحاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. والأهلية وفقاً للقواعد العامة، هي بلوغ الشخص الخامسة عشر سنة، متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته (م ٥٠ مدني)، فمن كان كذلك كان أهلاً لإجراء التصرفات القانونية^(١) والتحمل بالآثار المترتبة عليها.

غير أن القانون التجاري اليمني، اشترط أهلية خاصة لمباشرة النشاط التجاري وما يتصل به من تصرفات أو التزامات، حيث نصت المادة (٢٣) بقولها ((كل يمني بلغ الثامنة عشر ولم يرق به مانع شرعي أو قانوني يتعلق بشخصه أو بنوع المعاملة التجارية التي يباشرها يكون أهلاً للاشتغال بالتجارة)). وهذا حكم خاص باليمنيين من التجار، ومن ثم فما هي الأهلية اللازمة لممارسة الأجانب للنشاط التجاري في اليمن؟

لبيان ذلك قسم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين:

المطلب الأول: الأهلية التجارية لليمنيين.

المطلب الثاني: الأهلية التجارية للأجانب.

ونوضحهما فيما يلي:

المطلب الأول

الأهلية التجارية لليمنيين

١٦٥- حددت المادة (٢٣) تجاري) الأهلية الخاصة بالتجار الوطنيين، ببلوغ الشخص الثامنة عشر عاماً، فمن بلغها عاقلاً رشيداً في تصرفاته، ولم يرق به مانع شرعي أو قانوني يتعلق بشخصه أو بنوع النشاط التجاري الذي يمارسه، يكون أهلاً لاكتساب الصفة التجارية وهذا حكم عام ينطبق على جميع الأفراد اليمنيين، من النساء أو الرجال. ذلك أن

(١) وأهلية الصبي المميز هي عشر سنوات ، وبأخذ حكمه البالغ سن الرشد سفيهاً، ومن بلغ سن الرشد مجنوناً أو محتوفاً، يكون فاقداً للأهلية. راجع المواد (٤٩-٧٠ مدني يمني).

للنساء وفقاً للقانون اليمني ذمة مالية مستقلة عن أزواجهن أو أولياء أمورهن، ومن ثم تكتسب المرأة اليمنية الأهلية التجارية ببلوغها الثامنة عشر عاماً، سواء كانت متزوجة أم غير متزوجة. ولا يتوقف أمر اشتغالها بالتجارة من الناحية القانونية على إذن زوجها، كما هو حال بعض القوانين العربية والأجنبية، وهذا موقف متقدم انفرد به القانون اليمني عن بعض القوانين النافذة في الساحة العربية، والتي جعلت من حقوق المرأة مادة إعلامية تباهي بنفسها عن غيرها من الدول، مع ذلك فإن للعادات والتقاليد دوراً ملحوظاً في الحد من إخلال المرأة اليمنية في النشاط التجارية على النحو المعتاد.

وفي المقابل فإن كل يمني من الرجال أو النساء بلغ الثامنة عشر عاماً مجنوناً أو معنوهاً، يكون غير أهل لاكتساب صفة التاجر وكذلك كل يمني يمارس نشاطاً تجارياً محرماً شرعاً أو قانوناً، أو ضاراً بالاقتصاد الوطني، يكون غير أهل لاكتساب صفة التاجر، لأنه خالف قواعد الشرع وأحكام القانون، فضلاً عن أن محل الاشتغال غير معتبر شرعاً وقانوناً، وبالتالي فلا يكون سبباً لميلاد أثر قانوني على شخصيته التجارية.

ويثار التساؤل في هذا الشأن عن الشخص اليمني كامل الأهلية المدنية (١٥ سنة) ولكنه لم يبلغ بعد الأهلية التجارية (١٨ سنة)، فهل يجوز له ممارسة العمل التجاري، وهل يكتسب صفة التاجر؟.

المركز القانوني للقاصر في مباشرة التجارة:

١٦٦- إن الشخص إذا بلغ سن الرشد وكان مجنوناً فهو عديم الأهلية ولا إرادة له فلا يجوز له ممارسة أي نشاط ولا يكتسب صفة التاجر ولا يكون لتصرفه أي أثر قانوني. أما القاصر فحكمه قد وضحته المادة (٢٤ تجاري) حيث نصت على أنه ((إذا كان للقاصر مال في تجارة وليس له وصي جاز للمحكمة أن تأمر بتصفية ماله وسحبه من هذه التجارة أو بإستمراره فيها، وفقاً لما تقضي به مصلحة القاصر مع مراعاة أحكام قانونه الوطني عند الاقتضاء، فإذا أمرت المحكمة بالاستمرار في التجارة فلها أن تمنح النائب عن القاصر تفويضاً عاماً أو مقيداً للقيام بجميع الأعمال اللازمة لذلك، ويقيد التفويض في

أمواله المستغلة في هذه التجارة، ويجوز شهر إفلاسه ولا يشمل الإفلاس الأموال غير المستغلة في التجارة ولا يترتب عليه أي أثر بالنسبة إلى الشخص القاصر)).

١٦٧- ويفهم من هذا النص - حسب تقديرنا - الأحكام الآتية :

١- لا يجوز للقاصر الذي لم يبلغ بعد الثامنة عشر سنة، مباشرة الأعمال التجارية أو تأسيس نشاط تجاري مبتدئ، كونه لم يبلغ بعد^(١) المرحلة التي تجعله صاحب تقدير موضوعي لمخاطر النشاط التجاري.

٢- لا يجوز للمحكمة أن تأذن للقاصر أو لوليه بإنشاء تجارة مبتدئة^(٢)، لحساب القاصر، وذلك حماية لأمواله من مخاطر النشاط التجاري، وحفاظاً على حقوقه من الضياع، وقبل هذا وذاك ليس من اختصاص القاضي استثمار أموال القاصر.

٣- إذا ورث القاصر مالاً في تجارة قائمة، فإذا كان المال في شركة تجارية حل القاصر محل مورثه كشريك موص، مالم يتفق على غير ذلك (م ٤٣/٢ شركات)، وإذا كان المال في مشروع تجاري فردي ولم يكن له وصي، فللمحكمة السلطة التقديرية في تحري مصلحة القاصر، والإذن له في الاستمرار في النشاط التجاري، بواسطة نائب تعيينه المحكمة، ويشترط في هذه الحالة، قيد وثيقة تعيين النائب في السجل التجاري، ونشرها في صحيفة السجل، أو تقرر المحكمة تصفية النشاط التجاري إذا كان الاستمرار فيه يعود عليه بالضرر.

٤- القاصر الذي آل إليه مال في تجارة قائمة، وقدرت المحكمة مصلحته في استمرارها بواسطة النائب، فإنه يتعرض لشهر الإفلاس، إذا توقف النائب عن الوفاء بديون المشروع التجاري حالة الأداء. غير أن أثر حكم الإفلاس ينحصر

(١) ويؤيد هذا الاتجاه المادة (٦ تجارة تونس) حيث قالت ((لايجوز للقاصر الذي بلغ الثامنة عشر عاماً كاملة ذكراً أو أنثى أن يتعاطى التجارة أو يعتبر رشيداً في التصرفات التجارية...)) وذلك لأن الأهلية التجارية في هذا القانون هي ٢١ سنة كاملة، ومن قل سنه عن الحد المذكور يكون قاصراً ولايجوز له مباشرة النشاط التجاري والحكم نفسه في المادة (١٣٥) من قانون التجارة المغربي. والأستاذ سعيد ناشر في مذكراته في القانون التجاري لطلبة معهد القضاء العالي أشار إليه د. محمد الحاج مصدر سابق ص ١٨٧.

(٢) ونقضي المادة (٦١ مدني) بقولها ((الصبي المميز يختبر في رشده قبيل بلوغه بأن يأذن له وليه أو وصيه بإدارة شيء من ماله ويختلف باختلاف الأحوال، فولد التاجر بالبيع والشرء والمحترف بحرفته وولد المزارع بالمزارعة والصبي بتدبير شئون بيته، وذلك لمعرفة الغاية المقصودة من الاختبار)). ومقصود المشرع هنا هو معرفة حنق الصبي في العمل الموكل إليه واستيعابه له، وليس اعتباره كامل الأهلية بمجرد حسن أدائه للعمل. ويشهد لذلك عدم صحة تصرف الصبي المأذون له من وليه بعمل لاختباره فيه إذا كان في التصرف حنق على القاصر، فله أو لوليه رد التصرف إلى مالا غبن فيه أو إبطاله (م ٦٣ مدني).

الفصل الأول: شروط اكتساب التاجر للصفة التجارية

على مال القاصر المستغل في النشاط التجاري، ولا تمتد إلى أمواله الأخرى، ولا يكون لحكم الإفلاس أي أثر على شخصه.

١٦٨- الجدير بالذكر أن عدم امتداد آثار حكم شهر إفلاس القاصر إلى أمواله الأخرى هو استثناء من مبدأ وحدة الذمة المالية للأفراد المقرر في القانون اليمني، الذي يجعل ذمة المدين المفلس بجميع أموالها، سواء المستغلة في النشاط التجاري، أو غير المستغلة فيه محلاً للضمان العام للدائنين.

ويثار التساؤل تبعاً لذلك، إذا كان الإفلاس جزاءً يتعرض له التاجر ممن تتوافر فيهم صفة التاجر فقط، فهل يعني هذا أن القاصر قد اكتسب الصفة التجارية؟

١٦٩- اختلف شراح القانون في الإجابة على ذلك، حيث ذهب البعض^(١) إلى أن القاصر حتى ولو كان مأذوناً له بمزاولة النشاط التجاري، لا يكتسب صفة التاجر لصغر سنه، باعتبار الأهلية من النظام العام، ومن ثم فلا يجوز الخروج عليه. ولذلك فإن هذا القاصر لا يصبح تاجراً مكتسباً لصفة التاجر إلا أنه يسرى على نشاطه التجاري ما يسري على الأعمال التجارية، من حيث الاختصاص القضائي وطرق الإثبات والقيد في السجل التجاري، وشهر الإفلاس وغيرها من الأحكام المنظمة للنشاط التجاري والواجبات التجارية الأخرى. فالأهلية التجارية لدى هذا الاتجاه هي مناط اكتساب صفة التاجر ببلوغ الشخص السن القانونية وهذا ما نميل إليه. في حين ذهب البعض الآخر^(٢) إلى أن القاصر المأذون له من المحكمة بمباشرة النشاط التجاري يكتسب الصفة التجارية فيما أذن له فيه، ويكون عديم الأهلية فيما عدا ذلك. وهذا الرأي - في نظرنا - يعمل على تجزئة الذمة المالية للمفلس، وهذا أمر غير مستحب في التصرفات والأعمال القانونية القائمة على معايير موضوعية منضبطة.

إلاً أن اتجاهنا ثالثاً^(٣) يرى أن القاصر المأذون له بالاتجار يكتسب الصفة التجارية الكاملة، ومن ثم يلتزم بالواجبات المفروضة على التاجر، إلا أن آثارها السياسية، والإفلاس بالتقصير أو بالتدليس لا تسري عليه. وهذا الاتجاه يخالف ما استقر عليه الرأي لدى بعض الفقهاء من أن صفة التاجر تتصل بالنظام العام فلا يجوز تجاوزه أو الخروج عليه، وهذا يعني عدم التسليم بما انتهى إليه هذا الاتجاه، مما يتعين إهماله.

(١) د.جاءك يوسف الحكيم، السابق، جـ١، رقم ١٨٤، د.سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، السابق، رقم ٢٣١، د.علي الزيني، أصول القانون التجاري جـ١، رقم ١١٨.

(٢) د.محسن شفيق، الوسيط، جـ٢، رقم ١٣٧، د.مصطفى طه، السابق، رقم ١٤٥، د.علي البارودي، السابق، رقم ٨٢، د.أكثم الخولي، السابق، جـ١، رقم ١٧٠، د.علي جمال الدين عوض، الوجيز، رقم ١٢٤.

(٣) د. ثروت عبد الرحيم، السابق، رقم ٢٤٣، د.محمد الحاج، السابق، ص ١٨٨.

موقف القانون التجاري اليمني من أهلية القاصر:

١٧٠- نلاحظ أن الفرضين الثاني والثالث - حسب فهمنا - لا تلائم رؤية المشرع اليمني، ذلك أن نص المادة (٢٤ تجاري) فضرت سلطة المحكمة -في نظرنا- على تقدير مصلحة القاصر بالاستمرار في تجارة قائمة، وليس الإذن له بمباشرة تجارة جديدة. وهذا لا شك تملية اعتبارات اجتماعية، وهذه الاعتبارات، تقتضي حماية القاصر في أمواله المستغلة في النشاط التجاري والمحافظة على أمواله الأخرى، خلافاً لما تقتضي به القواعد العامة، باعتبار ذمة المدين التاجر كتلة واحدة لا تقبل التجزئة.

لذلك فإن القانون اليمني في تحديده لمسئولية القاصر عن ديون التجارة التي أذن له بالاستمرار فيها وفي حدودها فقط دون أمواله الأخرى، إنما هو استثناء من القاعدة العامة، وبالتالي فلا يجوز التوسع فيه، أو التخريج عليه ولذلك فإن القاصر الذي لم يبلغ بعد الثامنة عشر عاماً - كما نرى - لا يكتسب صفة التاجر، باعتبارها صفة قانونية قررها القانون لمن تتوافر فيه السن القانونية المحددة، وهذه قاعدة عامة تتصل بالنظام العام، فلا يجوز الخروج عليها^(١)، أو تجاوزها لشبهة مراعاة مصلحة قائمة أو محتملة، حتى ولو كانت المصلحة للمتعاقد مع النائب.

ومع ذلك يخضع النشاط التجاري الذي يمارسه النائب القانوني عن القاصر، لما تخضع له الأنشطة التجارية الأخرى، من مسك الدفاتر التجارية، والقيّد في السجل التجاري، وغيرها من الواجبات المفروضة على التاجر، كخضوع نشاطه التجاري لأحكام شهر الإفلاس، غير أن آثاره لا تمتد إلى أموال القاصر الأخرى ولا تمس شخصيته.

١٧١- وحكم المشرع التجاري اليمني - حسب ترجيحنا - يحمي القاصر في أمواله الأخرى غير المستغلة في المشروع التجاري، ويحصن شخص القاصر من مخاطر الإفلاس المتصلة بالحقوق السياسية، ولم يقرر هذا الأمر، إلا لأن القاصر لم تتحقق في جانبه الشروط الواجبة لاكتسابه الصفة التجارية على النحو المقرر قانوناً. وفي الوقت نفسه قرر إفلاس القاصر في أمواله المستغلة في النشاط التجاري دون غيرها، حماية له وحفظاً لحقوق الغير حسن النية الذي تعامل مع المشروع التجاري دون الالتفات إلى

(١) ويؤيد ذلك ما قالته محكمة استئناف مصر ((... متى كان الثابت من أوراق الدعوى أن المستأنف عليه قد استعمل الغش - للحصول على صفة التاجر - مدعياً خلاف الواقع أنه كامل الأهلية وأنه بالغ سن الرشد، بينما الثابت من دفتر المواليد أنه عند تقديم الطلب إلى مكتب السجل التجاري، لم يكن قد بلغ إحدى وعشرين سنة ميلادية، لذلك فهو مازال قاصراً... ولذلك فلا يكتسب صفة التاجر...)) في ١٦/١١/١٩٥٠م، موسوعة جمعة، رقم ٢٠٨.

شخصية الطرف الآخر. ولا يجب أن يغيب عن البال، أن الإقرار بذلك يحقق مصلحة الغير أيضاً، وهي محل اعتبار في نظر القانون.

أهلية المرأة اليمنية:

١٧٢- تجدر الإشارة إلى أن القانون التجاري اليمني لا يفرق في مسألة الأهلية بين الرجل والمرأة، فالأهلية لكليهما واحدة، بل إنه إضافة إلى ذلك يقر للمرأة اليمنية بالذمة المالية المستقلة عن الزوج، والقانون اليمني في هذا الحكم يتفق مع أحكام الفقه الإسلامي. وبموجب هذا التوجه فإن المرأة اليمنية تستطيع أن تمارس النشاط التجاري، وتكتسب الصفة التجارية دون أن يتوقف ذلك على إذن زوجها، والسبب في ذلك أن لها ذمة مالية كاملة ومستقلة^(١)، وعليه فلا يستطيع الزوج المعارضة بغية عدم اكتساب الزوجة للصفة التجارية إذا كانت تباشر نشاطاً تجارياً مشروعاً على وجه الاستمرار والانتظام.

الشريك المتضامن واكتساب الصفة التجارية :

١٧٣- يلاحظ أن المركز القانوني للشريك المتضامن في شركة التضامن أو شركتي التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم، يضي عليه الصفة التجارية بقوة القانون. حيث قضت المادة (١/٢٩ شركات) بقولها ((كل شريك في شركة التضامن يعتبر كأنه يتعاطى التجارة بنفسه تحت عنوان الشركة ويكتسب صفة التاجر القانونية)). وهذا النص ينسحب على جميع الشركاء المتضامين أيًا كان شكل الشركة التي ينتمون إليها. ولذلك فلا يشترط أن يتوافر في جانب الشريك المتضامن ركن الاشتغال أو الاحتراف بالعمل التجاري، أو ممارسة العمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص، بل يكتسب صفة التاجر تبعاً لمركزه القانوني كشريك متضامن ولو لم يزاوَل عملاً تجارياً مباشراً.

ولا يحد من اكتساب الشريك المتضامن للصفة التجارية سوى نقص الأهلية، فإذا لم تتوافر فيه الأهلية التجارية فلا يمكن قبوله شريكاً متضامناً في الشركة، وبالتالي فلا يكتسب صفة التاجر يشهد لهذا الاتجاه نص المادة (٢/٤٣ شركات) التي ترى حلول القصر من ورثة الشريك المتضامن المتوفى محله كشركاء توصية لا كمتضامين، ويعود السبب الرئيسي لذلك إلى نقص أهلية الورثة، أما الشركاء الآخرون من غير الفئة المشار إليها فلا يكتسبون صفة التاجر، حتى ولو كانوا من العاملين في إدارة الشركة، لأنهم يعملون بأسمها ولحسابها الخاص.

(١) يعكس بعض القوانين العربية التي تمنع المرأة المتزوجة من مباشرة التجارة مالم يأذن لها زوجها (م) تجاري مغربي).

شروط ممارسة الشركات لأعمال الوكالات التجارية :

١٧٤- نصت المادة (٤) من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٧م الخاص بتنظيم وكالات وفروع الشركات الأجنبية، بأنه ((لايجوز للشركات ممارسة أعمال الوكالات للشركات والبيوت الأجنبية إلا إذا توافرت فيها الشروط التالية:

١- أن تكون قد أسست أو تؤسس وفقاً لقوانين الجمهورية وأن يكون مركزها الرئيسي في أراضيها.

٢- أن يكون من ضمن أغراضها المحددة في النظام الأساسي ممارسة أعمال الوكالات

٣- أن يكون كل رأس مالها مملوكاً لأشخاص يمينيين^(١))).

الرجح أن النص، يشير حسب اعتقادنا إلى شروط الشركات اليمنية لمباشرة أعمال الوكالات للشركات الأجنبية. وهو ما ندعوا المشرع اليمني إلى توضيحه حيث أن مجمل النص يشير إلى المعايير التي بتوافرها تكون الشركة مكتسبة للجنسية اليمنية.

غير أن مجمل هذه المادة حسب فهمنا، تؤكد حرص الدولة على ضرورة دفع الأفراد اليمنيين، إلى دائرة العجلة الاقتصادية، وتشجيعها لهم على إنشاء المشروعات التجارية، لممارسة أعمال الوكالات التجارية، للشركات الأجنبية. وبهذا نجد أن القانون اليمني، منع الأجانب من الأفراد أو الشركات، من مباشرة أعمال الوكالات للشركات الأجنبية^(٢).

ويرجع السبب - في رأينا - إلى أن مثل هذه الأعمال، تقوم على الثقة والائتمان، ولا تتطلب في بعض الحالات رأس مال كبير، بل تحتاج إلى نشاط أكبر للتسويق، وبالتالي تجلت رغبة المشرع اليمني في حصر الوكالات التجارية على الوطنيين دون غيرهم. ومما تجدر الإشارة إليه، أن منطق العولمة وذبوع المنطق الرأسمالي المفرط وزيادة حدة المنافسة قد قلبت هذه المعادلة، وتآبى حصر أعمال الوكالات على الوطنيين فحسب، ليس ذلك فقط بل أصبحت الشركات المنتجة تفرض على وكلائها دفع كل القيمة أو جزء من القيمة على الأقل عند إبرام العقد والباقي عند انتهاء المدة المتفق عليها، على فرض تمام العقد على هذا النحو. وفي ظل هذا الوضع تلاشت كل المزايا التي كانت تمنح للوكلاء التجاريين من الشركات الأجنبية.

(١) وكانت المادة (٤) من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٩٢م الملغى تكفي بنسبة ٥١% من رأسمال الشركة يكون ملكاً لأشخاص يمينيين.

(٢) ويظهر لنا أن مسلك المشرع التجاري بشأن قصر أعمال الوكالات للشركات وبيوت الخبرة الأجنبية على الأفراد اليمنيين، يعود إلى أن مثل هذه الأنشطة التجارية تعتمد على الثقة والائتمان في المقام الأول وليس على رأس المال. لذلك رأى المشرع اليمني قصر مباشرتها على الوطنيين دون غيرهم. وإن كان هذا الفهم قد تغير في الوقت الراهن.

المطلب الثاني

أهلية الأجانب لمباشرة التجارة في اليمن

١٧٥- نظراً لما ينطوي عليه النشاط التجاري من مخاطر، قد تؤثر سلباً على القائمين به أو المساهمين فيه أو الدائنين له، أو يعود بالضرر على المصلحة العامة من أوجه عدة، فقد عنى المشرع التجاري اليمني ببيان أهلية غير الوطني لمباشرة النشاط التجاري، سواء كان شخصاً طبيعياً أم شخصاً معنوياً.

بيان ذلك نعرض له في فرعين اثنين على النحو الآتي:

الفرع الأول: أهلية الأشخاص الطبيعيين الأجانب لمباشرة التجارة في اليمن

الفرع الثاني: أهلية الأشخاص المعنوية الأجنبية لمباشرة التجارة في اليمن.

الفرع الأول

أهلية الأشخاص الطبيعيين الأجانب لمباشرة التجارة في اليمن

١٧٦- لم تعد أبواب النشاط التجاري ومجالاته المختلفة، مقصورة على الوطنين فحسب، بل أقتضت روح المنافسة على المستوى الدولي، أو عجز رأس المال الوطني عن القيام بأوجه الأنشطة التجارية المختلفة، أو إحتياج البيئة المحلية إلى ما يملكه الغير من معارف تقنية وأدوات تكنولوجية، كل ذلك اقتضى عدم حصر النشاط التجاري على اليمنيين فقط، بل والسماح لغيرهم من الجنسيات الأخرى في المساهمة في الأنشطة التجارية المختلفة، وإتاحة الفرص للوطنيين والأجانب للإستثمار في مشروعات تجارية وصناعية مشتركة. وليس ذلك فحسب بل إن الدول تتسابق لتقديم أفضل المزايا لجذب الإستثمارات الأجنبية للأفراد أو الشركات وتوطينها في البيئة المحلية، وهذا ما تحاول الدولة اليمنية القيام به، من خلال إنشائها للهيئة العامة للإستثمار وتطوير وتعديل القانون المنظم لهذا النشاط التجاري والإقتصادي.

والغاية نفسها نجدها في باقي النظم الحاكمة للنشاط التجاري، وغيرها من القوانين المنظمة للأنشطة التجارية والاقتصادية، هدفها تصحيح أي إختلالات وجدت فيها لتواكب توجهات الدولة اليمنية الحديثة. وإلى أن ترى المزيد من هذه المشروعات طريقها إلى النور، نبين أهلية العرب والأجانب لمباشرة التجارة في اليمن، وفقاً للقوانين النافذة، على النحو الآتي:

أولاً: أهلية المرأة الأجنبية لمباشرة التجارة في اليمن:

١٧٧- عنى المشرع التجاري اليمني عناية خاصة بأهلية المرأة الأجنبية، دون الرجل الأجنبي، ويرجع ذلك إلى أن الكثير من القوانين الأجنبية لا تجعل للمرأة أهلية

مستقلة عن الزوج، ما لم يتفق على غير ذلك، الأمر الذي جعل القانون يختصها بأحكام مستقلة في المادتين (٢٦ و ٢٧ تجاري)، فنصت المادة (٢٦ تجاري) على أنه ((ينظم أهلية النساء لممارسة التجارة قانون الدولة التي يتمتعن بجنسيتها...)).

ومقتضى هذا النص هي العودة إلى قانون جنسية المرأة الأجنبية للوقوف على ما إذا كانت كاملة الأهلية في قانونها الوطني، فإنها تكون كذلك في القانون اليمني، ولو كان عمرها أقل من الثامنة عشرة، وإذا كانت ناقصة الأهلية في قانون دولتها، كانت ناقصة الأهلية في ظل القانون اليمني ولو بلغت الثامنة عشر عاماً.

واتجاه القانون اليمني في هذا الشأن غير مستحب، ذلك أن الأفضل -حسب ما نرى- هو خضوع المرأة الأجنبية لقانون الموطن المختار الذي تباشر فيه نشاطها التجاري^(١). فإذا اتخذت المرأة الأجنبية من اليمن موطناً مختاراً لمباشرة نشاطها التجاري، فتكون أهلة لاحتراف التجارة وفقاً للقانون اليمني، إذا بلغت الثامنة عشر من عمرها، وإلا كانت ناقصة الأهلية إذا لم تبلغ بعد هذه السن المحددة، إذ لا معنى للفرقة بين المرأة الأجنبية، وبين المرأة اليمنية^(٢)، طالما والنشاط يمارس في اليمن الموطن المختار لها. وندعو المشرع اليمني إلى تبني هذا الرأي في التعديلات القانونية المستقبلية إن شاء الله.

افتراض ممارسة المرأة الأجنبية للتجارة في اليمن بإذن زوجها :

١٧٨- وضع القانون اليمني قاعدة عامة مقتضاها، افتراض مباشرة المرأة الأجنبية للنشاط التجاري في اليمن بإذن زوجها. (م ٢٦) ويرجع السبب في هذا الاجتهاد إلى تيسير السبل أمام النساء غير اليمنيات لمباشرة وتأسيس المشروعات التجارية، دون عناء البحث في قانونها الوطني عما إذا كان يقيد مباشرتها للنشاط التجاري بإذن زوجها أم بدونه، بل أفترض أنها مأذون لها بالإتجار وبالتالي يكون لها مباشرة التجارة في اليمن على النحو المشار إليه. وفي هذه الحالة يكون من حق الزوج، الاعتراض على احتراف زوجته

(١) من أنصار هذا الرأي د. محمد حسن الجبر، السابق، ص ٩٩.

(٢) وفي هذا الشأن تنص المادة (٣٣) مرافعات) بقولها (الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ويباشر فيه أعمال الحياة العادية ويستوفي ماله ويؤدي ما عليه، ويكون المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة أو مهنة أو وظيفة، موطناً له لإدارة هذه الأعمال). وهذا تعريف عام يمكن أن يشمل المرأة التي اتخذت من اليمن مقراً لنشاطها التجاري سواء كانت يمنية أو أجنبية .

وأضافة المادة (٥٣) مرافعات) بقولها ((يعتبر الأجنبي أهلاً للتقاضي أمام محاكم الجمهورية متى توافرت فيه شروط الأهلية طبقاً للقانون اليمني ولو لم يكن أهلاً بحسب قانون بلاده، وللمحكمة أن تفرض أي ضمانات تراها لقبول أي من طلبات الأجنبي في الحالات التي تقتنع بوجوب قيامه بتوفيرها)).

الفصل الأول: شروط اكتساب التاجر للصفة التجارية

للتجارة أو سحب إذنه السابق، إن كان قد أذن لها بالاتجار، متى كان القانون واجب التطبيق يجيز له ذلك (م ٢٦). ويشترط القانون اليمني، لصحة قرار الزوج في اليمن بالإعتراض أو سحب إذنه لها بالاتجار، قيده ونشره في صحيفة السجل التجاري.

وقرار الزوج بالإعتراض على النشاط التجاري لزوجته، أو سحب إذنه لها، بممارسة التجارة، لا تأثير له على الحقوق والالتزامات التي كسبها الغير في الوقت السابق على القرار (م ٢٦).

المرأة الأجنبية التاجرة في اليمن تمارس نشاطها التجاري طبقاً لنظام انفصال الأموال:

١٧٩- تجنباً للمشاكل القانونية الناشئة عن تعدد النظم المالية لقوانين الأحوال الشخصية الأجنبية، وتأكيداً لمبدأ استقلال الذمم المالية للأفراد. افترض القانون اليمني أن المرأة الأجنبية التي تباشر نشاطاً تجارياً في اليمن، أنها تزوجت طبقاً لنظام انفصال الأموال، ما لم يوجد اتفاق ينص على خلاف ذلك، وتم قيده ونشره في صحيفة السجل التجاري، ولا يسرى هذا الاتفاق في مواجهة الغير في اليمن إلا من تاريخ القيام بالإجراءات المذكورين (م ٢٧) ^(١). وفي حالة عدم شهر الاتفاق، فإنه يجوز للغير الذي اكتسب حقاً قبل المرأة الأجنبية، أن يثبت أن الزواج قد تم طبقاً لنظام مالي أكثر ملاءمة لمصلحته (م ٢٧).

أما المرأة الأجنبية التي لم تبلغ بعد سن الثامنة عشرة سنة، فهي من القصر الذين يخضعون لعموم النص الوارد في المادة (٢٤ تجاري) دون تفرقه بين البنت والولد، كما سنرى.

ثانياً: أهلية الرجل الأجنبي لمباشرة التجارة في اليمن:

الأصل أن النشاط التجاري مقرون بالأشخاص الذين بلغوا السن القانونية، غير أن هناك فروضاً يكون فيها الأجنبي التاجر قاصراً، وليان أهلية النشاط التجاري لغير اليمنيين في قانون التجارة اليمني، نلقي الضوء على أهلية القاصر، ثم كامل الأهلية على النحو الآتي:-

١- أهلية القاصر الأجنبي:

١٨٠- تقضى المادة (٢٤ تجاري) بوجوب مراعاة أحكام جنسية القاصر الأجنبي الذي آلت إليه تجارة قائمة في اليمن. وهذا الاتجاه يعني أن على المحكمة اليمنية قبل أن تأذن بتصفية تجارة القاصر الأجنبي الذي حصل عليها من وارثه أو تأذن له باستمراره

(١) وهذا المبدأ هو المقرر في الشريعة الإسلامية.

فيها، أن تعود إلى قانونه الوطني، للوقوف على أحكام قانون دولته، مما يفيد ضمناً ضرورة التقيد بأحكام قانون جنسية القاصر. وهذا أمر لا نسلم بوجاهته، لأنه فضلاً عن عناء الرجوع إلى قانون أجنبي، قد لا نفهم لغته، فإنه ينتقص من مبدأ سيادة القانون الوطني على جميع الأنشطة التجارية والأموال الموجودة في اليمن، كما أن مثل هذا التصور يناقض القواعد العامة في قانون المرافعات، ومبدأ إقليمية القانون، وبالتالي - فإننا نرى - أن يخضع القاصر الأجنبي الذي ورث نشاطاً تجارياً أو مشروعاً صناعياً في اليمن للقانون اليمني مثله مثل القاصر الوطني، سواء كان ذكراً أم أنثى، وندعو المشرع اليمني إلى تبني هذا الرأي في التعديلات القادمة.

٢- أهلية الرجل الأجنبي وشروط مباشرته لتجارة في اليمن :

١٨١- لم يتناول قانون التجارة اليمني، أهلية الرجل الأجنبي لمزاولة النشاط التجاري في اليمن، على غرار ما سار عليه بالنسبة للمرأة الأجنبية. مما يعني ضرورة العودة إلى القواعد العامة لبيان الأحكام الواجب تطبيقها على الأجنبي التاجر.

وفي هذا الشأن قررت المادة (٢٤ مديني) بأنه ((يرجع في الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم إلى قانون جنسيتهم...)) وهذا معناه أنه إذا كان الرجل الأجنبي بالغاً سن الأهلية التجارية في قانون دولته كان أهلاً لمباشرة التجارة في اليمن ولو كانت سنه أقل من الثامنة عشر عاماً. وإذا كان الأجنبي ناقص الأهلية في قانونه الوطني، كان ناقص الأهلية التجارية في اليمن، ولو كان بالغاً الثامنة عشرة. إلا إذا كان القانون الأجنبي فيه خفاء لا يسهل معرفته، فيكون كامل الأهلية في القانون اليمني إذا بلغ الثامنة عشر (م ٢٤).

ومثل هذا الحكم من شأنه التمييز بين الوطنيين والأجانب في اليمن، وهذا عمل منتقد^(١)، لذلك فإن الأولى - في رأينا - هو تطبيق القانون اليمني على كل أجنبي يحترف نشاطاً تجارياً في الجمهورية اليمنية، وليس هذا سوى تطبيق لمبدأ سيادة الدولة على جميع الأنشطة الاقتصادية فيها، ومراقبة طبيعة الأعمال التجارية داخل إقليمها الوطني، سواء قام بها يمني أم أجنبي، من الرجال أو النساء وهذا التوجه هو الذي أخذ به مشروع تعديل قانون التجارة اليمني.

(١) د. محمد حسن الجبر، المرجع السابق، ص ٩٩.

الشروط الواجب توافرها لاحتراف الأجانب للنشاط التجاري في اليمن:

١٨٢- تنص المادة (٢٨ تجاري) المعدلة بالقانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤ الصادر بتاريخ ٢٩/٩/٢٠٠٤م على أنه ((مع مراعاة ما هو منصوص عليه في قانون الإستثمار^(١)) فإنه من يوم نفاذ هذا القانون لايجوز لغير يمني الاشتغال بالتجارة في الجمهورية اليمنية، إلا إذا كان له شريك أو شركاء يمنيون ويشترط أن لا يقل رأس مال اليمني في المتجر عن (٥١%) من مجموع رأسمال المتجر، ويستثنى من الأحكام السابقة الأفراد غير اليمنيين الذين يزاولون حرفة بسيطة أو تجارة صغيرة المشار إليهم في المادة (٢٢) فيجوز لهؤلاء الاشتغال بالتجارة دون أن يكون لهم شريك يمني^(٢)، ونظراً لعدم فاعلية هذا القيد، وما يثيره من تناقض بين القوانين، خاصة قانون الإستثمار وأدبيات الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية فإن التعديل المشار إليه في هذه المادة، كانت الغاية منه أن يذهب إلى إزالة التعارض بين القوانين المنظمة للنشاط التجاري، وهو على هذا النحو يحاول فتح الباب أمام غير الوطنيين لمباشرة النشاط التجاري، ونأمل تصحيح أي إختلالات في هذا الشأن في التعديلات القادمة لإزالة أي عوائق تحول دون مباشرة غير الوطنيين للأنشطة التجارية خاصة التي تحتاج إلى رأس مال كبير أو في المشروعات الإستثمارية الصناعية في اليمن التي تسمح بنقل التكنولوجيا والمعارف الفنية التي يحتاج إليها الاقتصاد اليمني، لتأسيس بنية تحتية خادمة للاستثمار الصناعي.

ويستلزم نص المادة (٢٨) لصحة ممارسة الشخص الأجنبي من الرجال أو النساء للتجارة في اليمن بالإضافة إلى الأهلية اللازمة، توافر الشروط الآتية :

١- أن يباشر نشاطاً تجارياً في اليمن، من خلال مشروع مشترك، بينه وبين اليمنيين، لذلك لايصح للأجنبي، الأفراد بنشاط تجاري مستقل في اليمن ما لم تكن تجارة صغيرة أو حرفة بسيطة، تعتمد على الجهد البدني أكثر من اعتمادها على رأس المال، حسب نص المادة (٢٢).

٢- استلزم القانون أن تكون حصة اليمنيين في المشروع المشترك ٥١% من رأس المال و٤٩% للأجنبي، وبالتالي فلا يجوز أن تزيد نسبة ما يملكه الأجنبي أو الأجانب في حالة تعددهم عن النسبة المخصصة لهم.

(١) الغي قانون الإستثمار رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٢ وانتهت معه كل المزاي التي يمكن أن تدفع بالأجانب للاستثمار في اليمن.

(٢) الجدير بالملاحظة أن تقييد الأجانب في ممارسة النشاط التجاري في اليمن، بوجوب اتخاذ شكل المشروع المشترك مع الأشخاص الوطنيين، يتعارض والانفتاح الاقتصادي الذي تنشده الحكومة اليمنية في سياستها نحو جذب الاستثمارات الأجنبية إلى اليمن، بل ومع أدبيات الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية. راجع نص المادة.

(٣/ب) من قانون الإستثمار الملغي رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٢م.

٣- حصول الأجنبي على رخصة مزاولة التجارة، طبقاً لما تقرره القوانين، الخاصة في اليمن.

٤- أن يكون النشاط التجاري مشروعاً ولا يضر بالاقتصاد الوطني، وأن يكون من الأنشطة المسموح للأجانب الاشتراك فيها، أو بمباشرتها على انفراد.

٥- لا يجوز للأجنبي أن يكون وكيلاً لإحدى الشركات أو بيوت الخبرة الأجنبية كما تقضي بذلك المادة (١/٣) من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٧م بشأن تنظيم وكالات وفروع الشركات والبيوت الأجنبية، ويعود تشدد المشرع التجاري اليمني في هذا الشأن، إلى أن وكالة الشركات الأجنبية، لا تعد بحسب الأصل من الأعمال التجارية التي تستوعب رأس مال كبير كما كان يعتقد، بل إن البعض منها يقوم على الثقة والائتمان، أو يعطى الوكيل فترة سماح للسداد، أو يكون وكيلاً بالعمولة وما شابه، ولهذا السبب قصرها على اليمنيين فقط. وهذا ملحظ جميل، وإن كان هذا النص يقيد - في رأينا - من التوجه العام الذي ينبغي أن يتضمنه قانون الاستثمار لتشجيع الأجانب على توظيف رؤوس أموالهم في الجمهورية اليمنية.

٦- لا يجوز للأجنبي المساهمة في الشركات التجارية كشريك متضامن، حيث قصر القانون المساهمة بهذه الصفة على اليمنيين فقط (٢٨م شركات)، لأسباب نبينها في موضعها. ما لم يكن شريكاً في شركة تدقيق محاسبي، فيجوز للأجنبي الاشتراك فيها لأسباب خاصة بالخبرة المكتسبة لدى الأجانب وغيرها.

٧- ويشترط بالإضافة إلى ما سبق، أن يكون بالغاً السن القانونية لمباشرة النشاط التجاري في قانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها. وإن كنا نفضل الاحتكام إلى سن الأهلية التجارية المحددة في قانون التجارة اليمني، تجنباً لما يمكن أن ينشأ عن هذا الحكم من مشكلات، تصيب اليمنيين التجار وغيرهم، وهذا هو ما أخذ به تعديل قانون التجارة اليمني.

الفرع الثاني

أهلية الأشخاص المعنوية الأجنبية لمباشرة النشاط التجاري في اليمن

١٨٣- إن المنظومة القانونية الحاكمة للنشاط التجاري والاقتصادي في اليمن، لم تتوحد كلمتها بصدد مباشرة الشركات الأجنبية لنشاطها التجاري في الجمهورية، بل تعددت الروى والأحكام تبعاً لاختلاف القانون المنظور فيه شروط مباشرة الشركات

الفصل الأول: شروط اكتساب التاجر للصفة التجارية

الأجنبية للتجارة في اليمن. وكى يمكن بيان الصورة بشكل يوضح حكم المسألة محل البحث في بعض القوانين اليمنية، نرى تناولها على النحو التالي:

١- أهلية الأشخاص المعنوية الأجنبية لمباشرة الأعمال التجارية في قانون التجارة:

١٨٤- تنص المادة (٢٩) تجاري على أنه ((من يوم نفاذ هذا القانون لا يجوز لشركة أجنبية إنشاء فرع لها في اليمن، ولا يجوز أن تباشر أعمالاً تجارية في (الجمهورية اليمنية) إلا عن طريق وكيل يمني تاجر)).

وهذا النص يوضح بأنه لا يجوز للشركات الأجنبية أن تباشر نشاطاً مستقلاً في الجمهورية عن طريق افتتاح فروع لها تقدم خدماتها للجمهور بشكل مباشر أو تزاوّل نشاطاً تجارياً باسمها ولحسابها الخاص، بعيداً عن المشاركة الوطنية. غير إنه يجوز لها ذلك بواسطة الوكلاء أو الممثلين التجاريين اليمنيين فقط، مالم تحصل على ترخيص بذلك من وزير الصناعة والتجارة، وبالتنسيق مع الوزير المختص ومراعاة القوانين النافذة (م ٢٢ من القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٧م) بشأن تنظيم وكالات وفروع الشركات والبيوت الأجنبية. والاستمرار بالعمل بهذا القيد لم يعد له ما يبرره، ولا يسير مع توجه الدولة في محاولاتها لجذب رؤوس الأموال العربية والأجنبية لتوطينها في اليمن، ولا يلائم المستجدات الدولية، الأمر الذي يستوجب تعديل هذا النص. وكان يمكن القبول بهذا التوجه مرحلياً لو فرق بين النشاط التجاري خاصة ببيع التجزئه وغيره من الأنشطة الخدمية الأخرى.

٢- أهلية مباشرة الأشخاص المعنوية الأجنبية للنشاط التجاري في قانون تنظيم الوكالات وفروع الشركات الأجنبية:

١٨٥- استثنى المشرع اليمني من الأحكام السابقة الواردة في قانون التجارة، بعض الأنشطة الاقتصادية، تبعاً لمدى حاجة الاقتصاد اليمني إليها، فقضت المادة (٢١) من القانون رقم (٢٣) لسنة ٩٧م الخاص بتنظيم الوكالات وفروع الشركات الأجنبية بقولها ((يسمح للشركات والبيوت الأجنبية عن طريق فروعها في الجمهورية ممارسة الأعمال في المجالات التالية:

١- العمل المصرفي.

٢- الخدمات الفنية والاستشارية.

٣- المقاولات الخاصة وإنشاء الطرق والموانئ والمطارات والمرافق العامة، والتجمعات السكنية.

٤- النشاط السياحي والفندقي.

٥- الاستثمار في النشاط الصناعي.

٦- الاستثمار في النشاط الزراعي والثروة الحيوانية والسفكية.

٧- أي مجالات أخرى يوافق عليها مجلس الوزراء بناءً على عرض الوزير).

الجدير بالإشارة أن هذا النص يذهب إلى فتح الباب أمام الشركات الأجنبية لمزاولة النشاط التجاري والإقتصادي بصورة مباشرة بواسطة فروعها في الجمهورية، في المجالات المذكورة بعيداً عن المشاركة الوطنية.

٣- أهلية مباشرة الأشخاص العنوية الأجنبية للنشاط التجاري في قانون الاستثمار:

١٨٧- كان القانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٢ الملغي بصدور قانون الاستثمار رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠ م، ينظم الأنشطة الاستثمارية المؤسسة بموجب، وكان قانوناً يتسم بالمرونة والمزايا المشجعتين للمواطنين وغيرهم للاستثمار في اليمن. ثم جاءت فكرة تغييره على غير هدى أو بصيرة مما يتطلبه الاستثمار في اليمن، فصدر القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠ م ليحل محل القانون الملغي، وللأسف فإن القانون الجديد لا يزيد عن كونه منظماً لهيئة الاستثمار، أما الاستثمار ومزاياه فلا حظ لهما فيه، وهناك الآن محاولات لإصدار قانون جديد للاستثمار نأمل أن يخرج بالصورة المليئة للطموح والمحقة للأمال إن شاء الله.

المبحث الخامس

القيود في السجل التجاري

١٨٨- أضاف التعديل الذي جرى على قانون السجل التجاري رقم ٣١ لسنة ١٩٧٢ م، إلى شروط اكتساب صفة التاجر، الواردة في المادة (١٨ تجاري) شرطاً خامساً هو القيد في السجل التجاري. حيث نصت المادة (١/١١ من قانون السجل التجاري) على أنه ((١- يحظر مزاولة التجارة في محل تجاري إلا لمن يكون اسمه مقيداً في السجل التجاري الذي يقع المحل التجاري في دائرته وتكتسب صفة التاجر من تاريخ القيد في السجل التجاري، مالم تثبت تلك الصفة بطريقة أخرى)).

ويظهر من هذا النص حكمان اثنان:

الأول : منع المنشآت الخاصة، أو الشركات التجارية، أو الأفراد، من مزاولة التجارة في الجمهورية اليمنية، مالم تكن أسماؤهم قد قيدت في السجل التجاري، لدى وزارة الصناعة والتجارة أو في أحد فروعها.

الفصل الأول: شروط اكتساب التاجر للصفة التجارية

الثاني: أكدت المادة سالفه الذكر بلفظ عام، أن المشروعات التجارية أيًا كان شكلها أو نوعها لا تكتسب الصفة التجارية إلا من تاريخ قيد المشروعات التجارية في السجل التجاري. والتطبيق الحرفي للحكمين السابقين، يقتضيان بعدم إكتساب أصحاب تلك المشروعات للصفة التجارية، وبالتالي استبعاد المتاجر وغيرها من المنشآت التجارية، من نطاق القانون التجاري، وذلك لعدم الالتزام بأحكام المادة (١/١١) باستكمال إجراءات القيد والتسجيل وفقاً لأحكام القانون. ولا يخفى ما في هذا التخريج من أضرار تصيب المتعاملين مع أصحاب تلك المشروعات والدولة معاً، لذلك قضت المادة (١٦) سجل تجاري) بغرامة لا تزيد عن ١٠,٠٠٠ آلاف ريال، في مواجهة كل شخص أو منشأة تجارية زاولت عملها قبل القيد في السجل التجاري، وهذا يعني أن المشرع اليمني قد اعترف بالصفة التجارية لتلك المنشآت، بالرغم من مخالفتها للحظر الوارد في المادة (١/١١). والخير لكل الخير ما فعله المشرع اليمني بهذا الحكم^(١).

ومن جانب آخر يثار التساؤل - خصوصاً مع انتشار المناطق النائية واتساعها - هل يتوقف اكتساب الصفة التجارية، لمن يباشر النشاط التجاري في هذه المناطق، على استكمال إجراءات القيد والتسجيل لدى الجهات المختصة؟.

١٨٩- الذي لا شك فيه أنه لو كانت الإجابة على هذا التساؤل بالإيجاب، لكان معناه استبعاد الكثير من التجار الفعليين من نطاق القانون التجاري وقواعده القاسية، التي تشكل ضمانات هامة لمصلحة الغير. وتلافياً لمثل هذا الوضع، جاءت المادة (١/١١) سجل تجاري) بحكم موضوعي عام مقتضاه اكتساب التجار للصفة التجارية من تاريخ القيد في السجل التجاري، ما لم تكتسب تلك الصفة بطريقة أخرى. وهذا الحكم يوضح أن اكتساب التجار للصفة التجارية، لا يتوقف على تمام القيد في السجل التجاري، إذا كان اكتسابها يمكن أن يتحقق بطريق آخر. لذلك فإن كل شخص احترف العمل التجاري، بشكل مستمر ومنظم وباسمه ولحسابه الخاص، وهو أهل لذلك، فإنه يتوافر في شخصه الشرط الموضوعي المكسب لصفة التاجر، ومن ثم يخضع لقواعد القانون التجاري، وأحكامه^(٢). فالاعتبار هنا للممارسة الفعلية للنشاط التجاري دون الاعتداد

(١) (... إنه ليس في القانون ما يمنع من أن يباشر التاجر عمله بغير قيد في السجل التجاري، وعليه إذن تحمل ما يستتبعه القانون من مسائلة)) - أو يخضع للغرامة كما ذهب قانون السجل التجاري اليمني - محكمة استئناف القاهرة في ١٧/٦/١٩٥٧م موسوعة جمعة رقم ٢٥٣.

(٢) وتأييداً لهذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية بقولها ((متى كان الشخص يمارس الأعمال التجارية باسمه على وجه الاحتراف والاستقلال فإنه يصدق عليه وصف التاجر بمعناه القانوني)) طعن رقم ٣٦٢، جلسة ١٩٦٢/٤/٢٨م، قضاء النقض لأحمد حسني، رقم ٦١.

بالشروط الشكلية الأخرى، فكل شخص مارس العمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص، بحيث يتحمل مغارم المشروع ومغانمه يعتبر تاجراً ولو لم يقم بالإجراءات التي استوجبها قانون السجل التجاري، مع خضوعه للغرامة المتوجبة بمقتضى المادة (١٦) من قانون خضوعه السجل التجاري). وهذا الرأي يوافق -في نظرنا- الحكم الوارد في المادة (١١٩) تجاري) التي اكسبت الصفة التجارية للتاجر المستتر والتاجر الظاهر ولو لم يقيد أسميهما في السجل التجاري.

ولاشك أن المشرع اليمني، قد وفق إلى حد كبير بالتخفيف من حدة الخطورة المترتبة على الحكم سالف الذكر الوارد في المادة (١١/١)، وذلك حتى لا تقلت الأنشطة التجارية الفعلية أو من يباشرها من أحكام وضوابط القانون التجاري. ذلك أن الكثير من الأفراد - في القرى والمناطق النائية في طول البلاد وعرضها - يباشرون الأنشطة التجارية قبيل القيد في السجل التجاري، بل قد يظلون على حالهم هذا لسنوات عديدة، دون ملاحظتهم من قبل السلطات المختصة وإخضاعهم للقيد في السجل التجاري، إما لصعوبة الوصول إليهم، وإما لعدم تفعيل هذا الإجراء من قبل المعنيين به.

الفصل الثاني

الالتزامات الواجبة على التجار

١٩٠- يفرض القانون على كل شخص، اكتسب الصفة التجارية، رجلاً أو امرأة وطنياً أو أجنبياً، الكثير من الالتزامات التي يتطلبها احتراف النشاط التجاري، ويوجبها عليه القانون التجاري والقوانين المكملة للنشاط الاقتصادي أو تقتضيها طبيعة النشاط ذاته. وتهدف هذه الالتزامات إلى حماية التاجر وصيانة حقوقه، وفي الوقت ذاته حماية الغير من المتعاملين معه وحفظ حقوقهم، ذلك أن التجارة تقوم -غالباً- على المعاملات التبادلية الآجلة المبنية على الثقة المتبادلة، وهذه تحتاج أحياناً إلى وسائل مادية تؤكد لها وتحافظ على استمرارها، ولذلك فرضت على التاجر بعض الالتزامات، تدخلت الأعراف التجارية في تقوية الفعالة للعمل بها.

وأهم هذه الالتزامات تتمثل في مسك الدفاتر التجارية، والقيّد في السجل التجاري، والامتناع عن أعمال المنافسة غير المشروعة، التي تلحق الضرر بغيره من التجار. ناهيك عن بعض الالتزامات الإدارية الأخرى.

وعلى ذلك قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على الوجه الآتي :

المبحث الأول : مسك الدفاتر التجارية.

المبحث الثاني : القيد في السجل التجاري.

المبحث الثالث : الامتناع عن المنافسة غير المشروعة.

المبحث الأول

مسك الدفاتر التجارية

أهمية الدفاتر التجارية:

١٩١- تظهر أهمية الدفاتر التجارية في العناية الفائقة التي اختصها بها المشرع اليمني، حيث نظمها في المواد (٣٠-٤١)، بين فيها أحكام مسك الدفاتر التجارية من حيث أنواعها، وحفظها، وشكلها، وحجيتها في الإثبات، أما الجزاء المترتب على عدم إمساكها فلم يتناولها المشرع اليمني بصورة مباشرة، بل وردت في نصوص متناثرة، حيث تناول هذا الموضوع في الجزء الخاص بالعقوبات الجزائية في الكتاب الخامس من قانون التجارة. وتتبع تلك الأهمية من الوظائف الجلية التي تؤديها الدفاتر التجارية التي تتمثل في الآتي :

- ١- للدفاتر التجارية أهمية خاصة في حياة التاجر، باعتبارها المرجعية الميسورة للوقوف على مسار المشروع التجاري، وبيان مركزه المالي من حيث الضعف أو القوة.
 - ٢- المخطوطة الأمانة لتوثيق الحركة المالية للمشروع والمؤشر الصحيح لرصيد بضائع المخزون بنهاية العام.
 - ٣- تعمل الدفاتر التجارية المنتظمة على تمكين التاجر من الحصول على الصلح الواقى من الإفلاس بدلاً من تصفية نشاطه التجاري كلية.
 - ٤- تعتبر الدفاتر التجارية المنتظمة مرجعاً أميناً في تقدير الضرائب الحقيقية للتاجر بدلاً من التقدير الجزافي.
 - ٥- تشكل الدفاتر التجارية المنتظمة مرجعية هامة عند تصفية نشاط التاجر لأي سبب، حيث تبين حقوقه قبل الغير وحقوق الغير قبله، بل والأسباب التي أدت إلى تصفية النشاط تفادياً لبعض الأحكام التي يمكن أن تصيب هذا التاجر نتيجة تصفية نشاطه التجاري.
 - ٦- للدفاتر التجارية أهمية خاصة في الاثبات لمصلحة التاجر في مواجهة الغير أو العكس - كما سنرى.
- وعلى ذلك نتناول المسائل المتصلة بالدفاتر التجارية في خمسة مطالب بالقدر الذي يبين رأي المشرع التجاري اليمني إزاء كل منها وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : أنواع الدفاتر التجارية

المطلب الثاني : التزام التاجر بحفظ الدفاتر التجارية وغيرها من المستندات

المطلب الثالث : الشكل القانوني للدفاتر التجارية

المطلب الرابع : الجزاء المترتب على عدم مسك الدفاتر التجارية

المطلب الخامس : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات

المطلب الأول

أنواع الدفاتر التجارية

أولاً: الدفاتر التجارية التقليدية:

١٩٢- القاعدة العامة، أن على كل تاجر أن يمك الدفاتر التجارية التي تستلزمها طبيعة تجارته، وبحسب حجم نشاطه التجاري، بحيث تكون مرجعاً أميناً يبين بدقة المركز المالي للتاجر، ويحدد أرباحه وخسائره (م٣٠). ويعفى من هذه الدفاتر الأفراد الذين

الفصل الثاني: الالتزامات الواجبة على التجار

يزاولون حرفة بسيطة أو تجارة صغيرة، المنصوص عليهم في المادة (٢٢)، والتجار الذين لا يزيد رأس مالهم على خمسين ألف ريال (٣١م).

فالأصل إذا أن على التجار الذين يزيد رأس مالهم على خمسين ألف ريال، واجبات قانونية تقتضيها الطبيعة المهنية والتنظيمية والتوثيقية لأعمالهم، وهذه تختلف باختلاف نشاط كل واحد منهم. فإذا كان نشاط التاجر متسعاً وكبيراً، فإن عليه الالتزام بمسك الدفاتر التي تلائم حجم نشاطه التجاري، فقد تتعدد وتتووع الدفاتر التي يستلزمها نشاطه التجاري. ولكن التاجر لا يمكنه الإفلات كلية من أحكام النصوص الأمرة بمسك الدفاتر التجارية في حدودها الدنيا، ووفقاً عند حكم المادة (٣١ تجاري) حيث تقول ((يجب أن يمسك التاجر على الأقل الدفترين الآتين :

١- دفتر اليومية الأصلي.

٢- دفتر الجرد.

وبعفى من هذه الالتزامات، الأفراد الذين يزاولون حرفة بسيطة أو تجارة صغيرة، المنصوص عليهم في المادة (٢٢)، والتجار الذين لا يزيد رأس مالهم على خمسين ألف ريال)).

فإذا كان القانون اليمني بحسب الأصل، لم يبين الحد الأقصى لعدد الدفاتر الواجب على التاجر إمساكها، تاركاً ذلك لتقديره حسب حجم وطبيعة نشاطه التجاري، فإن عليه، إمساك الدفاتر التي تظهر مركزه المالي الصحيح، كما يقضي به الغرض المحاسبي السائد^(١). غير أن الحد الأدنى من الدفاتر التجارية الواجبة على التجار الذين يزيد رأس مالهم على خمسين ألف ريال تتمثل في دفترَي اليومية الأصلي والجرد، وهما ما نتناولهما بإيجاز في هذا المقرر على النحو الآتي:

أولاً : دفتر اليومية الأصلي:

١٩٣- الثابت في علم المحاسبة، أن دفتر اليومية الأصلي، من أهم الدفاتر التجارية وأكثرها واقعية، باعتباره الصورة الحقيقية لحركة نشاط التاجر اليومية، فهو السجل المركزي اليومي الذي تقيد فيه جميع العمليات التجارية والمالية للتاجر. وقد نصت المادة (٣٢ تجاري) على أنه تقيد في دفتر اليومية الأصلي نوعين من العمليات:

١- جميع العمليات التجارية التي يقوم بها التاجر كمشترياته ومبيعاته ونفقات

التشغيل، وما ينصل بها من معاملات مالية، كالقروض والتسهيلات

(١) د. ثروت عبد الرحيم، السابق، رقم ٢٥٥.

والاعتمادات المالية، وغيرها من العمليات المالية المتصلة بنشاط التاجر وحرفته التجارية، أي هو السجل العام الذي تسجل فيه حركة نشاط التاجر.

٢- المصروفات الشخصية التي ينفقها التاجر على نفسه وعلى أسرته. وغالباً ما يجري ذكر هذه المصروفات بشكل مجمل أول كل شهر^(١). ومن شأن هذا البند الوقوف على ما إذا كان التاجر مبدراً في نفقاته إضراراً بدائنيته، الأمر الذي يمكن معه القول إن تصرف هذا التاجر هو السبب في إفلاسه، وبالتالي بحرم من الصلح الواقعي من الإفلاس، بل قد يخضع للجزاء الوارد في المادة (٨١٣) تجاري التي تقضي بأنه يعد مفلساً بالتقصير ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات كل تاجر شهر إفلاسه بحكم نهائي وثبت أنه ارتكب أحد الأعمال الآتية:

((١- أنفق مبالغ باهضة على مصروفاته الشخصية أو مصروفات منزله.....

٢- لم يمسك دفاتر تجارية تكفي للوقوف على حقيقة مركزه المالي.

٣- أنفق مبالغ جسيمة في أعمال المقامرة أو المضاربة في غير ما تستلزمه أعمال التجارة.)).

فهذا النص بين الجزاء الجنائي الواجب تطبيقه على كل تاجر يمسك الدفاتر التجارية التي ينبغي أن توضح حقيقة حركة نشاطه التجاري، ولكنها ليست على النحو الذي اشترطه القانون، أو توجد لديه دفاتر ولكنها لا تكفي للوقوف على حقيقة مركزه المالي بصورة صحيحة، بحيث لا تبين المركز المالي على نحو دقيق، أو توافرت بصدد التاجر إحدى الحالات المذكورة في المادة (٨١٣) تجاري). وغاية المشرع من هذا الجزاء استقامة المعاملات المالية للتاجر التي يمكن الوقوف عليها من خلال الدفاتر الإلزامية، دفتر اليومية الأصلي المنتظم، ودفتر الجرد الحقيقي.

ثانياً: دفاتر الجرد :

١٩٤- دفتر الجرد من الدفاتر التجارية الإلزامية الواجبة على كل تاجر بلغ رأسماله ٥٠,٠٠٠ ألف ريال (م ٣١)، وهو من الدفاتر الهامة والمفيدة في تتبع حركة أصول التاجر وتحديد بضاعة آخر المدة وبيان الرصيد المخزني لنشاطه التجاري.

(١) د. أكثم الخولي، السابق، رقم ١٩١.

الفصل الثاني: الالتزامات الواجبة على التجار

فقد نصت المادة (٣٣) تجاري) على أنه ((تقيد في دفتر الجرد تفاصيل البضاعة الموجودة عند التاجر في آخر سنته المالية أو بيان إجمالي عنها، إذا كانت تفاصيلها واردة في دفتر أو قوائم مستقلة، وفي هذه الحالة تعتبر هذه الدفاتر والقوائم جزءاً متمماً للدفتر المذكور. كما تقيد بدفتر الجرد صورة من الميزانية العامة للتاجر في كل سنة إذا لم تقيد في دفتر آخر)). فدفتر الجرد إذن، هو الدفتر الذي يظهر المخزون من البضائع والسلع المملوكة للتاجر في نهاية السنة المالية، دون غيرها من الأموال التي يملكها. ويجب أن يضم دفتر الجرد صورة من الميزانية العامة للتاجر، تشتمل على الأصول المملوكة له الدائرة في النشاط التجاري، وكذا والخصوم الواجبة عليه. وبهذا الإجراء تظهر بدقة حقيقة المركز المالي للتاجر، من حيث الأرباح أو الخسائر. وهكذا تشكل دفاتر الجرد صورة حقيقية عن إجمالي بضائع آخر المدة التي لا تزال في ذمة التاجر في نهاية السنة المالية لنشاطه التجاري.

وفي أحيان أخرى يكفي أن يبين في دفتر الجرد قيد إجمالي لحجم الرصيد المخزني من بضائع آخر المدة، إذا كانت تفاصيلها قد أجريت في دفاتر أو قوائم مستقلة، ومن ثم تعتبر هذه الدفاتر والقوائم جزءاً من دفتر الجرد، وتكون لهذه القوائم أو الدفاتر المستقلة، نفس الحجية التي أقرها المشرع لدفاتر الجرد.

الجدير بالذكر، أن التجار الذين يقل رأس مالهم على خمسين ألف ريال، والأفراد الذين يزاولون حرفة بسيطة أو تجارة صغيرة، أعفاهم المشرع التجاري من إمساك الدفاتر التجارية على النحو الذي رسمه القانون، ومع ذلك لاضير من إمساك هذه الفئات للدفاتر التجارية طوعاً لتنظيم أنشطتهم التجارية وتحديد مراكزهم المالية بواسطتها.

المطلب الثاني

الالتزام بالتاجر بحفظ الدفاتر التجارية والمستندات وصور المراسلات

١٩٥- نظراً لأهمية الدفاتر التجارية في حياة التاجر، أوجب القانون التجاري اليمني في المادة (٣٦) على التاجر أو ورثته، الاحتفاظ بدفتر اليومية الأصلي ودفتر الجرد مدة عشر سنوات^(١)، ويبدأ سريان هذه المدة من تاريخ إقفالها على النحو المبين في القانون.

وكذلك أوجبت المادة المذكورة، على التاجر حفظ المراسلات والمستندات المتعلقة بشئون تجارته، الواردة إليه من الغير، مدة خمس سنوات، يبدأ سريانها من تاريخ وصول المكاتبات والمستندات المرسلة إليه من الغير.

(١) وتنص المادة (١٩) تجاري سوري، والمادة (١٩) تجاري لبناني، والمادة (٧) من قانون الدفاتر التجارية رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣م، إلى ضرورة حفظ جميع الدفاتر التجارية وغيرها من المستندات مدة عشر سنوات.

كذلك أوجبت المادة (٣٥ تجاري) على التاجر الاحتفاظ بصورة طبق الأصل، لجميع المراسلات والبرقيات التي يرسلها للغير لأعمال تتعلق بشئون تجارته مدة خمس سنوات تبدأ من تاريخ إرسالها. وتجري عادة التاجر على الاحتفاظ بجميع ما يرد إليهم من مراسلات ومكاتبات وفواتير وغيرها من المستندات المتصلة بأعمالهم التجارية أو مراسلاتهم الصادرة منهم للغير، لحاجتهم الخاصة في تنظيم شئون تجارتهم. ويعتبر إهمال التاجر في حفظها أو إعدامها قبل مضي المدة المذكورة، قرينة قد توفر القناعة لدى المحكمة بسوء نية مثل هذا التاجر وربما تتصرف في مواجهته على هذا الأساس.

ويلاحظ أن المشرع اليمني قد فرق بشأن مدة الحفظ بين الدفاتر التجارية الإلزامية وبين المراسلات والمستندات، حيث أوجب حفظ الدفاتر مدة عشر سنوات، بينما صور المراسلات أو الخطابات الواردة إليه والصادرة منه، فاستلزم حفظها مدة خمس سنوات (م ٣٥).

ونحن لا نفهم الحكمة من هذه التفرقة بين الدفاتر التجارية والمراسلات الصادرة منه أو الواردة إليه، مع أنهما ذات طبيعة قانونية واحدة، والغاية منهما واحدة أيضاً، وكان الأوفق في رأينا توحيد المدة اللازمة للاحتفاظ بهما على نحو ما جرى عليه العمل في الكثير من القوانين^(١).

أما حفظ الدفاتر والسجلات الإلكترونية، فقد ذهبت المادة (٢/٩) من القانون المنظم لها، إلى أنه يجب على البنوك والمؤسسات المصرفية الأخرى الاحتفاظ بالسجلات الإلكترونية الخاصة بأعمالها المالية والمصرفية مدة لا تقل عن عشر سنوات، بصورة مصغرة ميكروفيلم أو اسطوانة مغنطة أو بغير ذلك من أجهزة التقنية الحديثة...)).

فهذه المادة حددت أن مدة الاحتفاظ بالسجلات الإلكترونية لا تقل عن عشر سنوات، أسوة بالدفاتر التقليدية. وإذا كان هذا النص قد أشار إلى واجبات المصارف والمؤسسات المالية، فإن هذا الحكم ينسحب -في رأينا- أيضاً على السجلات الإلكترونية المثبتة للقيود المحاسبية والمراسلات التجارية للشركات والمؤسسات وكافة المنشآت الفردية التجارية الخاصة، لعموم الحكم الذي تضمنته تعريفات المعاني الخاصة بالقانون الواردة في المادة (٢) حيث عرفت السجل الإلكتروني، بأنه ((القيد أو العقد الإلكتروني أو رسالة البيانات التي تم انشاؤها أو إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسائل الكترونية)). كذلك ما قضت به المادة (١/٤) من سريان هذا القانون على:

(١) المادة (١٩ تجاري سوري)، والمادة (١٩ تجاري لبناني) حيث لوجبت حفظ الدفاتر وغيرها من المستندات مدة عشر سنوات. وراجع في بعض القوانين الأجنبية، أنطاكي والسباعي، السابق، ص ١٧٨.

((١-

٢- رسائل البيانات والمعلومات الالكترونية وتبادلها والسجلات الإلكترونية)). كل هذا يقوى القناعة بسريان مدة الحفظ المحددة بعشر سنوات على الدفاتر الالكترونية أيا كان الطرف الذي أنشأها.

١٩٦- الجدير بالذكر، أن مضي المدة اللازمة للاحتفاظ بالدفاتر الإلزامية والمراسلات وصور المستندات، ليست مدة مسقطة للأدلة التي أنطوت عليها، بل مانعة من تطبيق الجزاء على التاجر، الذي أتلّفها بعد انتهاء تلك المدة، بإعتبارها المدة الواجب خلالها إلزام صاحب الدفاتر أو المراسلات على تقديمها، لأمكان الرجوع إليها، للوقوف على الحقوق والالتزامات المقيّدة فيها. ويعتبر إتلاف الدفاتر والمراسلات وغيرها من المستندات المتصلة بنشاط التاجر قبل إنقضاء المدة المحددة قانوناً، قرينة على صحة دعوى الخصم قبل التاجر، وذلك بعد حلفه اليمين المتممة (م ٤٠)، إضافة إلى إمكانية تعرضه لعقوبة الحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات (م ٨١١ تجاري) إذا ثبت إتلافها بعد صدور حكم نهائي بإفلاسه.

ولعل من المفيد القول إن المشرع التجاري اليمني إذا كان قد أوجب الاحتفاظ بالدفاتر التجارية التقليدية والسجلات الالكترونية وغيرها من المراسلات والمستندات المدة المحددة قانوناً، فليس معنى ذلك فقدانها لحجيتها القانونية في الإثبات بانتهاء تلك المدة، بل يؤدي انقضاء المدة إلى سقوط الجزاء الجنائي الذي أوجبه القانون على التاجر الذي أتلّف أو ادعى إتلاف دفاتره التجارية أو مراسلاته وصور المراسلات الواردة إليه بعد انقضاء مدة الحفظ المدة المحددة قانوناً. أما اعتبارها سنداً لإثبات الحقوق فلا يزول بمضي الزمن المحدد بالمادتين (٣٥، ٣٦)، حيث يخضع هذا الحكم للقواعد المتصلة بالإثبات حسب طبيعة الحق المراد إثباته، ورهنا بقناعة القاضي.

المطلب الثالث

الشكل القانوني للدفاتر التجارية

١٩٧- نظراً لما تقتضيه الأهمية المادية والقانونية لدفترتي اليومية الأصلي والجرد، وتأميناً لصحة البيانات الواردة فيهما وأمانتها، ومنعاً من تغيير القيود المحاسبية أو تعديلها أو الغش فيها أو العبث في البنود الواردة بها، أورد قانون التجارة اليمني تنظيمًا خاصاً لدفترتي اليومية الأصلي ودفتر الجرد في المادة (٣٤) تتلخص فيما يلي:

١- ترقيم كل صفحة من صفحاتهما، قبل الشروع في استعمالهما، حتى لايسهل إحلال صفحة مكان أخرى.

٢- ختم كل صفحة فيهما، من قبل القاضي المختص بالتوثيق في المحكمة المختصة^(١). ومن شأن هذا الإجراء إعطائهما أهمية خاصة في الإثبات وقدرأ كبيراً من الثقة في محتوياتهما.

٣- عدم ترك أي فراغ بين القيود أو بين السطور وذلك حتى لايسهل إضافة أي أرقام أو بيانات، قد تغير وجه الحق فيها.

٤- عدم الكتابة في حواشي صفحات الدفترين.

٥- عدم الكشط أو التثشير عند الخطأ في أحد القيود المحاسبية، وفي هذه الحالة يجب تصحيح القيد بقيد آخر وذلك ضماناً لسلامة البيانات الواردة في الدفترين، وترتيب وتسلسل القيود.

٦- تقديم الدفاتر إلى الموظف المختص خلال شهرين من إنقضاء كل سنة مالية للتاجر، وذلك للتأشير عليهما بما يفيد إقفالهما، وإنهاء العمل بهما.

١٩٨- وإذا انتهت صفحات الدفترين قبيل انتهاء السنة المالية للتاجر، وجب القيام بالإجراء اللازم لقفلهما، وذلك بتقديمهما إلى القاضي المختص بالمحكمة المختصة، للتأشير فيهما بما يفيد إقفالهما، واستبدالهما بدفترين آخرين، مع ضرورة مراعاة الأحكام الواردة في البنود السابقة. وهذا الإجراء القانوني يجب القيام به عند تصفية نشاط التاجر أو وفاته.

أما الدفاتر والسجلات الالكترونية، فكما سبقت الإشارة أن شكلها القانوني يعتمد كلياً على أمانة صاحبها، لذلك أكدت المادة (١١) من القانون المنظم لها، على ضرورة قابلية المعلومات الالكترونية للاحتفاظ بها وجزئها، للرجوع إليها بأي وقت، والاحتفاظ بها، على الصورة التي تم بها إنشاؤها أو إرسالها أو تسليمها، بمعنى بقاء السجلات كما هي نظيفة دون حذف أو تعديل أو الغاء أو إضافة. وذلك كي تكون سجلات أمينة تعكس الحقيقة، وهذا هو المعبر عنه لدى الفقه بالثبات المادي للقيود المحاسبية للسجلات الإلكترونية.

١٩٩- وتوافر جميع تلك الإجراءات، تجعل من دفتر اليومية الأصلي ودفتر الجرد، والدفاتر والسجلات الالكترونية، دليلاً هاماً في الإثبات، يمكن الرجوع إليها عند اللزوم،

(١) وتشير المادة (٩) من تعديلات قانون التوثيق رقم (٣٤) لسنة ١٩٩٧م، إلى أن التأشير على الدفاتر التجارية من اختصاص قاضي التوثيق في المحكمة الابتدائية المختصة، ونحن نفضل أن يكون الاختصاص منعقداً للمحاكم التجارية دون غيرها.

الفصل الثاني: الالتزامات الواجبة على التجار

عن طريق تقديمهما إلى المحكمة للإطلاع عليهما بمعرفة القاضي، أو يندب عنه خبيراً لمراجعة القيود الواردة فيهما، وفي حضور صاحبها وتحت إشرافه. والحال نفسه ينسحب على الدفاتر والسجلات الالكترونية، حيث بينت ذلك المادة (٢) في تعريفها لشهادة التوثيق بقولها ((هي الشهادة الصادرة عن الجهة المختصة لإثبات نسبة توقيع الكتروني إلى شخص معين استناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة)). وهذه الشهادة تقوم مقام الدليل المادي على صدور السند الالكتروني أو التوقيع من التاجر المدعى عليه.

٢٠٠- وتجدر الإشارة إلى أن ما يجري عليه العمل في اليمن - كما يفصح التجار - يميل إلى عدم الاكتراث بإمسك الدفاتر التجارية التقليدية على النحو المقرر قانوناً، وإذا وجدت فلا ترقى إلى مصاف الدفاتر التجارية المنتظمة قانوناً. ويرجع السبب في ذلك إلى التهاون في القيام بالإجراءات الشكلية التي أوجبها القانون، وغالباً ما يقوم التجار الأفراد - وهم قلة - بعمليات محاسبية بسيطة تتمثل في قيد إجمالي مبيعاتهم اليومية، ونفقاتهم الشخصية، وقيد مدفوعاتهم لغيرهم من التجار، وذلك في دفاتر عادية لا تستوفي الشكل القانوني المطلوب. وفوق هذا وذاك، فإن التطور المتسارع لتقنية المعلومات وحوسبة الأنشطة التجارية، قد زاد من هجر الدفاتر التقليدية والاستعاضة عنها بالنظم المحاسبية الآلية. وتجاوباً مع هذه المستجدات صدر القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والعمليات المصرفية الالكترونية.

وهذا باستثناء بعض الشركات والمؤسسات الخاصة، وأصحاب التجارات الكبيرة، التي تفرض عليهم طبيعة أعمالهم وتنظيمها، إمساك الدفاتر اللازمة لحركة نشاطهم التجاري، ولكنها لا تكون مرقمة أو مخنومة من قبل الموظف المختص التزاماً بالشكل القانوني كما يتطلبه القانون المنظم لذلك. بل إنهم في الوقت نفسه قد استوعبوا السجلات الالكترونية إلى جانب الدفاتر التقليدية لسهولة استخدام الأولى عن الثانية.

المطلب الرابع

الجزاء المترتب على عدم مسك الدفاتر التجارية أو عدم انتظامها

٢٠١- لم يضع قانون التجارة اليمني نصاً مباشراً خاصاً بالجزاء الذي يتعرض له التاجر فرداً كان أو شركة، لعدم إمساك الدفاتر التجارية، غير أنه توجد نصوص ذكرت أنه يعد مفسلاً بالتقصير ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات، كل تاجر لم يمسك دفاتر تجارية تكفي للوقوف على حقيقة مركزه المالي (٨١٣م) كما يمكن استخلاص الجزاء الواجب تطبيقه من نص المادة (٧٦٥) تجاري..

ويمكن عرض ما ورد في تلك النصوص على النحو التالي :

١- أوجبت المادة (٧٦٥) على التاجر الذي اضطربت أحواله التجارية، فتعرض لشهر الإفلاس أن يرفق بطلبه للحصول على الصلح الوافي من الإفلاس، الدفاتر التجارية الرئيسية، أي دفتر اليومية الأصلي، ودفتر الجرد، ويعني عدم وجود الدفاتر التجارية، حرمانه من الصلح الوافي من الإفلاس، فالدفاتر المنتظمة على هذا النحو شرط للحصول على الصلح الوافي من الإفلاس، وهذا طوق نجاة يستفيد منه التاجر المفلس الذي لديه دفاتر تجارية منتظمة.

٢- اعتبار التاجر مفلساً بالتقصير، إذا صدر بحقه حكم نهائي بالإفلاس، وثبت أنه لم يكن ممسكاً بالدفاتر المقررة قانوناً، تكفي للوقوف على حقيقة مركزه المالي، فيعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات (م٨١٣). أما إذا أخفى التاجر دفاتره التجارية، أو ألقاها قبل المدة المحددة أو غيرها أو أحدث فيها خدوشاً تلبئ عن سوء نيته، فإنه يتعرض لعقوبة الإفلاس بالتدليس، بموجب حكم قضائي نهائي بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات.

٣- حرمان التاجر الذي لا يمسك الدفاتر التجارية المنتظمة، من قرائن الإثبات الميسورة المدونة فيها، ضد خصمه التاجر، أو الخصم من خارج البيئة التجارية (م٣٨)، وبالتالي عليه سلوك سبيل القواعد العامة في الإثبات بالرغم من صعوبتها.

٤- يتعرض التاجر الذي لا يمسك الدفاتر التجارية المنتظمة، إلى التقدير الجزافي لضرائب الأرباح التجارية والصناعية^(١). بعكس الحالة التي يوجد فيها مع التاجر الدفاتر الكفيلة ببيان المركز المالي له، فتجرى محاسبته على ضوءها، وصولاً إلى الضريبة الحقيقية بما يتفق وحجم نشاطه التجاري.

٥- إن الجزاءات السابقة تسري على التاجر، سواء كان فرداً طبيعياً أم شركة تجارية (م٨١٢، ٨١٤ تجاري)، حيث يعاقب مديرو الشركة المفلسة بموجب حكم نهائي، أو من يتولى تصفيتها، بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات، إذا أخفوا دفاتر الشركة أو ألقوها أو غيروها بعد ثبوت وقوفها عن دفع ديونها التجارية حالة الأداء (م٨١٢)، ويعاقب المذكورون بالحبس مدة لا تزيد على

(١) د.سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، السابق، رقم ٢٧٥، د.محمد الحاج، السابق، رقم ٢٧٢.

ثلاث سنوات، إذا أشهر افلاس الشركة بحكم نهائي، وثبت أنهم لم يمسكوا دفاتر تجارية تكفي للوقوف على المركز المالي للشركة (م ١٤/١). وكل من ورد بشأن الدفاتر التقليدية ينسحب على الدفاتر والسجلات الإلكترونية لاثبات العلة في النوعين، أخذاً بمنطوق المادة (١٠) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المصرفية والمالية الإلكترونية التي جعلت للسجلات والدفاتر الإلكترونية نفس الآثار والمنافع القانونية للسجلات والدفاتر والوثائق الخطية.

المطلب الخامس

حجية الدفاتر التجارية في الإثبات

٢٠٢- تقوم التجارة في الأصل على مبدأ حرية الإثبات بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن، وتأسيساً لهذا المبدأ، أقر القانون قبول دفاتر التاجر المنتظمة دليلاً ضد خصومه من التجار أو من غيرهم، استثناءً من قاعدة عدم اصطناع الشخص دليلاً لنفسه. وفي الوقت نفسه، تعتبر الدفاتر التجارية، دليلاً ضد التاجر نفسه، استثناءً من قاعدة عدم جواز إجبار الشخص على تقديم الدليل ضد نفسه.

وعلى ضوء ذلك تشير نصوص قانون التجارة اليمني إلى مسارات ثلاثة لحجية الدفاتر التجارية في الإثبات، نوجزها على النحو الآتي :

أولاً : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر ضد تاجر آخر.

ثانياً : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر ضد شخص غير تاجر.

ثالثاً : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة غير التاجر ضد التاجر.

أولاً : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر ضد خصمه التاجر :

٢٠٣- تنص المادة (٣٨ تجاري) بقولها ((تكون الدفاتر التجارية الإلزامية حجة لصاحبها التاجر ضد خصمه التاجر، إذا كان النزاع متعلقاً بعمل تجاري وكانت الدفاتر منتظمة حسب القواعد السالف ذكرها، وتسقط هذه الحجة بالدليل العكسي، ويجوز أن يؤخذ هذا الدليل من دفاتر الخصم التجارية المنتظمة)).

يفهم من هذا النص، أن التاجر يستطيع الاحتجاج بالقيود المحاسبية والبيانات المالية الواردة في دفاتره الإلزامية، وهي دفتر اليومية الأصلي ودفتر الجرد قبل خصمه التاجر، إذا توافرت ثلاثة شروط:

الشرط الأول : يشترط أن تكون الواقعة المراد إثباتها، تتصل بعمل تجاري أصلي أو تبعي أو أكتسب صفته التجارية بطريق القياس، ذلك أن المعاملات المدنية يندر إدراجها في الدفاتر التجارية، وإذا أدرجها أحد التجار فقد لا يعمل ذلك غيره من أفراد طائفته^(١).

الشرط الثاني : أن يكون النزاع بين تاجرين، يكون لكل منهما وسائله القانونية لدحض دعوى الآخر، وهذا الأمر يمكن المحكمة من مقارنة البيانات والقيود في دفاتر كلا التاجرين، للوقوف على وجه الحق في النزاع محل الدعوى، وحسمه بينهما على ضوء ما تتوصل إليه من قناعة بالأدلة المقدمة من كليهما.

الشرط الثالث: يشترط لتمام حجية دفاتر التاجر ضد خصمه التاجر، أن تكون الدفاتر المحتج بقيودها وبياناتها منتظمة على النحو الذي اشترطه القانون، ومقتضى هذا الحكم، عدم قبول الدفاتر غير المنتظمة، كدليل لصالح صاحبها ضد خصمه التاجر، وذلك لعدم الاطمئنان إلى صدق بياناتها في هذه الحالة، بل قد تصبح هذه الدفاتر غير المنتظمة حجة على صاحبها، إذا استند إليها الطرف الآخر في الدعوى (م ٣٩ تجاري)، وفي مثل هذا الوضع يجوز تحليف المدعى عليه اليمين المتممة لتأييد صحة ما يدعيه، شريطة تسليمه مقدماً بكل ما جاء بدفاتر خصمه التاجر (م ٤٠ تجاري).

الجدير بالذكر أنه إذا رأت المحكمة في الدفاتر المنتظمة للمدعى عليه التاجر ما يولد قناعتها بعدم صحة ما يدعيه الخصم أو تقدم إليها بدليل آخر فيه ما يدحض دعوى المدعي التاجر واطمأنت إلى صدقها، كان من حقها أن تأخذ به لنفي موضوع دعوى المدعي، حيث قالت المادة (٣٨) ((... وتسقط هذه الحجية - أي حجية صاحب الدفاتر المدعى - بالدليل العكسي، ويجوز أن يؤخذ هذا الدليل من دفاتر الخصم التجارية المنتظمة)).

ثانياً : حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لصحة التاجر ضد شخص غير تاجر:

٢٠٤- الأصل أن دفاتر التاجر، لا تكون لها حجية في الإثبات في مواجهة شخص غير تاجر، طبقاً للقاعدة العامة القائلة، لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه^(٢)، غير أن القانون التجاري اليمني، أجاز استثناء من القاعدة المذكورة، للتجار الإحتجاج بدفاترهم ضد خصومهم من غير التجار الذين لا يملكون نفس الأدوات القانونية في الإثبات، وللمحكمة في حالة عرض الدفاتر عليها الاستئناس بها لبيان وجه الحق في الدعوى.

(١) من أنصار هذا الرأي، د. أكتف الخولي، السابق، ج ١، رقم ٢٠١، د. سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، السابق، رقم ٢٩٠، د. محسن شفيق، السابق، رقم ١٨٥.

(٢) استئناف يمني أس/ت/٢٣/١٩٨٠م، مجلة الأحكام التجارية، عدد ١، قاعدة رقم ٢٩، ص ٣٥٣، ونقض مصري طعن، رقم ٢٣، جلسة ١٩٣٥/٦/٢٠م، الموسوعة العلمية لأحكام القضاء، للدكتور عبدود يحي، ج ٢، ص ٢٥.

الفصل الثاني: الالتزامات الواجبة على التجار.

وفي ذلك تنص المادة (٤١ تجاري) بقولها ((دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، على أن البيانات عما أورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضي أن يوجه اليمين الممتمة إلى أي من الطرفين وذلك حتى فيما لا يجوز إثباته بالبينة...)).

ومن هذا النص يتضح أن دفاتر التجار، تعتبر دليلاً غير قضائي يجيز للمحكمة الاستئناس بما جاء فيها إذا اطمأنت إليها، وذلك لإثبات حقوق التجار قبل خصومهم من غير التجار، وفي هذه الحالة يجب توجيه اليمين الممتمة إلى أي طرف في الدعوى لتأييد ما يدعيه^(١)، وذلك حتى في الدعاوى التي لا يجوز إثباتها بالبينة.

ثالثاً: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لصالح غير التاجر ضد التاجر:

٢٠٥- الأصل وفقاً لقواعد القضاء، عدم إجبار الشخص على تقديم الدليل ضد نفسه^(٢)، ولما كانت التجارة تقوم على الثقة والائتمان، فقد استقر الرأي، على اعتبار دفاتر التجار أساساً يجيز للقاضي من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب الخصم إجبار التاجر على تقديم دفاتره التجارية للإطلاع على القيود المتصلة بموضوع النزاع (م ٣٧)، باعتبارها من المحررات العرفية التي تكون حجة على صاحبها^(٣). وفي ذلك قضت المادة (١٠٤) من قانون الإثبات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م على أنه ((يعتبر المحرر العرفي الموقع من الخصم حجة عليه وعلى وارثه أو خلفه، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم...)). فالدفاتر التجارية المنتظمة، تعد بمثابة محررات عرفية، يجوز إلزام صاحبها بتقديمها إلى المحكمة للوقوف على حقيقة الدعوى، وللقاضي أن يتخذ من الوسائل ما يراها ضرورية لإجبار المدعى عليه التاجر، على تقديم دفاتره إلى المحكمة، للإطلاع عليها بحضوره، أو ينتدب القاضي خبيراً للوقوف عليها لبيان وجه الحق في الدعوى.

ونصت المادتان (٤١ تجاري، ١٢١ إثبات) على أنه ((...تكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه)).

(١) ومقتضى هذا الحكم استكمال دليل ثبوت الحق الموجود أساسه في دفاتر التاجر بتوجيه اليمين الممتمة إلى أي طرف في الدعوى، ولا يجوز للمحكمة تكملة الدليل بطلب للبينة أو القرائن، د. ثروت عبدالرحيم، السابق، رقم ٢٨٠، ود. محسن شفيق، السابق، رقم ١٨٤. وهذا الرأي عكس ما استقر عليه القضاء في مصر راجع نقض مصري طعن رقم ٩٦، جلسة ١٩٣٦/٤/٢٣م، نقض تجاري لأحمد حسن رقم ١٧ وما يليها.

(٢) نقض مصري طعن رقم ٩٠، جلسة ١٩٤٠/٤/١١م، موسوعة عبدالودود يحيى، ج٢، ص ٢٦.

(٣) ويقول صاحب تنقيح الحامدية (وعليه مما يوجد في دفاتر التجار في زماننا إذا مات أحدهم وقد حرر بخطه ما عليه في دفتره، الذي يقرب من اليقين أنه لا يكتب فيه على سبيل التجربة والهزل يعمل به، والعرف جار بينهم على ذلك، فلو لم يعمل به لزم ضياع أموال الناس إذ غالب بياعتهم بلا شهود... تنقيح الحامدية، ج٢، ص ٢١، أشار إليه د. أكثم الخولي، السابق، ج١، هامش ص ٢٢٨.

ويفهم من منطوق المادتين السابقتين، اعتبار دفاتر التجار منتظمة أو غير منتظمة، بمثابة الإقرار الكتابي المعمول عليه في الإثبات، فالتاجر لا يقيد في دفاتره أرقاماً أو بيانات على سبيل اللهو واللعب، ولذلك فهي حجة عليه، ولكن إذا كانت الدفاتر منتظمة، فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه، أن يجزئ ما ورد فيها من قيود أو بيانات، ويستبعد منها ما يكون مناقضاً لدعواه.

فإذا ثبت في الدفاتر التجارية المنتظمة، شراء غير التاجر أثاثاً لمنزله بالنقسيط مع وجوب دفع مقدم البيع فوراً، فلا يجوز للمشتري أن يطالب البائع التاجر بالوفاء بالتزامه بتسليم الأثاث استناداً إلى ثبوت واقعة البيع في الدفاتر، واستبعاد ما يفيد عدم وفائه للمبلغ الواجب دفعه مقدماً، ذلك أن الإقرار لا يجزأ في الواقعة الواحدة (م ٩٥ إثبات).

على أنه يفهم من ظاهر النص المذكور، أنه إذا كانت الدفاتر التجارية غير منتظمة، جاز لمن يريد الاستناد إليها، تجزئة ما جاء فيها من بيانات، ذلك أن عدم انتظام دفاتر التاجر تعتبر قرينة على عدم استقامة البيانات الواردة فيها^(١)، وتكون دليلاً على سوء نيت صاحبها، وسبب النية يعاقب بنقيض قصده. ويعتبر امتناع التاجر عن تقديم دفاتره التجارية إلى المحكمة قرينة غير قضائية على صحة دعوى الطرف الثاني.

وقد حكم بأنه يعتبر امتناع التاجر عن تقديم دفاتره التجارية إلى المحكمة بالرغم من طلبها، بمثابة الاعتراف الصريح بصحة طلبات الخصم المراد إثباتها بواسطة الدفاتر المذكورة^(٢). وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة تحليف الخصم اليمين المتممة على صحة دعواه للحكم له بما يدعيه (م ٤٠).

٢٠٦- الجدير بالذكر، أن الدفاتر التجارية منتظمة أو غير منتظمة، ليست لها حجية مطلقة في الإثبات، تجبر المحاكم على الوقوف عند البيانات الواردة فيها، بل إن للقاضي طرحها جانباً وإلزام الخصوم بتقديم أدلة أخرى، إذا اطمأن إلى نزاهتها، وفي ذلك قالت محكمة النقض المصرية ((المحكمة الموضوع، بمالها من سلطة التقدير، أن تطرح طلب تقديم الدفاتر التجارية أو الإحالة على التحقيق متى كانت قد كونت عقيدتها في الدعوى من الأدلة التي اطمأنت إليها))^(٣).

ونرى -حسب تقديرنا الشخصي- خضوع الدفاتر والسجلات الالكترونية لنفس الحكم، طالما وسجلات كلا التاجرين تم توثيقها وفقاً للقواعد المعتمدة قانوناً (راجع المادة ٣٤ من القانون المنظم للسجلات والدفاتر الالكترونية).

(١) راجع د. سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، السابق رقم ٢٩٨، د. محمد الحاج، السابق، رقم ٢٨٧.

(٢) محكمة المنصورة الجزئية في ٣٠/٤/١٩٢٣م، موسوعة جمعة، رقم ٢١٠.

(٣) نقض مصري، طعن رقم ٢٤٩ جلسة ٢٥/١٢/١٩٥٢م، موسوعة جمعة رقم ٢٤٠.

ثانياً: الدفاتر التجارية الإلكترونية:

إن إظهار الوثائق الصادرة عن التاجر، وكذا مراسلته لغيره بالتوقيع المادي، يفيد تسليمه بما جاء فيها والتزامه بمضامينها وتنفيذه للأثار المترتبة عليها، ومن ثم يصعب عليه الإفلات من نسبتها إليه، والتوصل من أثارها، والمحركات المكتوبة بهذا الأسلوب، تكون دليلاً مادياً للإثبات بيد الخصم. هذه الشكلية القانونية لأدلة الإثبات المستندة الورقية، تراجعت أهميتها مع استخدام عقود التجارة الإلكترونية، فأصبح طبيعياً أن يكون لهذه التعاملات الإلكترونية دلالات واضحة ومحددة عن شخصية التاجر الذي أصدرها، وينبغي أن يكون لها نفس القوة والحجية في ميدان الإثبات مثلها مثل الوسائل التقليدية.

ولذلك صدر القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦ بشأن أنظمة الدفع والعمليات المصرفية الإلكترونية، متتالوا العديد من العمليات الإلكترونية^(١) ومنها الدفاتر التجارية الإلكترونية.

فنصت المادة (١٠) من هذا القانون على أنه ((يكون للسجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني ورسالة البيانات والمعلومات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني نفس الآثار القانونية للوثائق والتوقيعات الخطية من حيث إلزامها لأطرافها أو حجيئتها في الإثبات)).

فهذه المادة قد ساوت في الحكم والآثار بين السجلات الورقية والسجلات الإلكترونية، وجعلت من الدفاتر الإلكترونية وسيلة قانونية للإثبات وقوة الحجية المقررة لها، مثلها مثل

(١) ١- نظام الدفع الإلكتروني (م ٢).

٢- العمليات المصرفية الإلكترونية (م ٢).

٣- العقد الإلكتروني (م ٢)، إبرام العقد (م ١٥).

٤- التوقيع الإلكتروني (م ٢)، توثيق العقد (م ٣٢، ٣٣، ٣٤، ٣٥، ٢٥).

٥- السند الإلكتروني (الشيك مادة (٢٠+٢)).

٦- السجل الإلكتروني (م ٢) شروطه (م ١١).

٧- المعاملات التجارية (م ٤).

٨- التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني (م ١٥).

٩- الشيك الإلكتروني (السند م ٢٠).

١٠- الشيك الإلكتروني لحامله.

١١- تحويل الأموال إلكترونياً (م ٢٦).

١٢- بطاقة الوفاء والائتمان الإلكترونية.

١٣- الدفاتر الإلكترونية وحجيئتها في الإثبات (م ٩).

كل واحد من هذه الموضوعات يحتاج إلى بحث أحكامه في القانون اليمني بصورة مستقلة. لبيان مواطن الضعف فيها وإبراز عناصر القوة بها، وإبداء الرأي تجاه كل منها، مستفيدين من المخرجات الفقهيّة والقضائية ذات الصلة بالموضوعات محل البحث، نأمل أن يقبل الباحثون على تناول تلك الموضوعات في دراستهم المستقبلية في القريب العاجل إن شاء الله.

الدفاتر التقليدية ويشترط لحجية الدفاتر الالكترونية من الناحية القانونية، كما وضحته (م ١١) أن تتوافر فيها الشروط الآتية:

١- أن تكون البيانات والمعلومات الواردة في السجل الالكتروني، قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن الرجوع إليها في أي وقت.

٢- إمكانية الاحتفاظ بالسجل الالكتروني بالشكل الذي تم به انشاؤه، أو إرساله أو تسليمه بأي طريقة يسهل به إثبات دقة البيانات والمعلومات التي وردت بالسجل عند الإنشاء أو الإرسال أو التسليم.

٣- دلالة البيانات والمعلومات الواردة في السجل على من يشنؤه أو يتسلمه وتاريخ ووقت إرساله وتسليمه.

وتنظيف المادة (١٣) إذا أوجب أي قانون نافذ توقيعاً على المستند، فإن التوقيع الالكتروني يفي بمتطلبات ذلك القانون.

ولعل في المفيد القول إن للدفاتر الالكترونية طبيعة خاصة نظراً لأسلوب الكتابة الالكترونية التي تعد بها هذه الدفاتر، لذلك فإنها مثل الدفاتر التقليدية، يلزم أن تتوافر فيها شروط انتظامها، كما حددتها المادة (١١) المشار إليها أعلاه، ويرى الفقه التجاري أن الدفاتر التجارية الالكترونية لابد لضمان انتظامها أن تتوافر فيها إضافة إلى ذلك الآتي^(١):

١- التسلسل الزمني للقيود المحاسبية في السجل الالكتروني، بحيث تقيد فيه جميع العمليات المحاسبية، في تاريخ تحققها، مثبتاً فيه قيود البيانات لكل عملية حسابية بصورة مرتبة ومنظمة بتسلسل زمني لتاريخ المستند.

٢- الثبات المادي للقيود المحاسبية الالكترونية: وهذا الشرط يعد من الشروط الواجب مراعاتها لانتظام الدفاتر الالكترونية مثلها مثل الدفاتر التقليدية، حيث أوجب قانون التجارة (م ٣٤) والعرف المحاسبي تدوين كافة البيانات لكل عملية دون أن يجري عليها التاجر أي خدش أو حذف أو تعديل أو إضافات تتصل بهذا القيد بعد تسجيل العملية وتوثيقها إلكترونياً، وذلك لضمان صحة هذه القيود.

ولذلك جاءت الفقرة (ب) من المادة (١١) من القانون رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦م الخاص بأنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية لتؤكد على تلك القاعدة بقولها

(١) لمزيد من التفاصيل راجع، د. جمال محمود عبدالعزيز الدفاتر التجارية التقليدية والالكترونية وحجيتها في الإثبات، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة ٢٠٠٦م ص ١٠٣، وما بعدها.

الفصل الثاني: الالتزامات الواجبة على التجار

(الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم به انشاؤه أو إرساله أو تسليمه) أي بقاء القيد الإلكتروني نظيفاً دون تعديل أو حذف أو إضافة أو تصحيح، وإلا فقد صفت انتظامه، مما يفقده قوته القانونية والقضائية في حجية الإثبات.

وأضافت الفقرة (د/١ من المادة ٣٣) من القانون الخاص بالمعاملات الإلكترونية بأنه يعتبر التوقيع الإلكتروني موثقاً متى ارتبط بالسجل الذي يتصل به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توقيعه، ويعتبر السجل الإلكتروني موثقاً، إذا جرى التوقيع عليه خلال مدة سريان شهادة التوثيق المعتمدة. وتكون شهادة التوثيق معتمدة كما حددتها المادة (٣٥) من قانون أنظمة الدفع والمعاملات المالية والمصرفية الإلكترونية في الأحوال الآتية:

- ١- إذا صدرت الشهادة عن جهة مرخصة أو معتمدة.
- ٢- إذا صدرت الشهادة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى معترف بها في الجمهورية اليمنية.
- ٣- إذا صدرت الشهادة عن جهة وافق أطراف المعاملة الإلكترونية على القبول بها واعتمادها.

هذه الجهات الواردة حصراً هي المخولة بإصدار شهادات التوثيق للتوقيع الإلكتروني، أما كان الشكل الذي اعتمدته التاجر في إبرام معاملاته الإلكترونية،

المبحث الثاني

القيد في السجل التجاري^(١)

٢٠٧- يعتبر السجل التجاري مؤشراً هاماً لبيان حركة النمو الاقتصادي، إذ أنه يوضح جملة المشروعات الإنتاجية العاملة، وعدد المشروعات الجديدة، والمشروعات تحت التأسيس أو المطلوب الترخيص لها، وكذلك رأس المال الموظف في كل مشروع، مما يعني وضع جميع المشروعات التجارية تحت الرقابة المسبقة^(٢).

(١) صدر في وقت سابق القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٩٧ م، بشأن تعديل القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ م الخاص بالسجل التجاري، ثم تلاه في وقت لاحق القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٤) لسنة ٩٩ م بتعديل بعض مواد قانون السجل التجاري، وتجرى يد التعديل لهذا القانون دون دراسة متأنية لأحكامه، مما يجعله عرضة للتعديل بصورة متكررة.

(٢) وقد تناولنا النظام القانوني للسجل التجاري في دراسة فقهية قضائية بينا فيه مواطن الخلل آمليين أخذها في الاعتبار من قبل الجهات المختصة.

وينظم السجل التجاري في الجمهورية اليمنية القرار الجمهوري بالقانون رقم ٣٣ لسنة ٩٢م، والقرار الجمهوري بالقانون رقم (٣١) لسنة ٩٧م بتعديل بعض المواد في القانون السابق. والقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٩٩م الصادر مؤخراً بتعديل بعض مواد قانون السجل التجاري.

ولبيان أهمية السجل التجاري ووظائفه والجزاء المترتب على مخالفة أحكامه، قسمنا هذا المبحث إلى خمسة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول: التعريف بالسجل التجاري وأهدافه.

المطلب الثاني: إجراءات القيد في السجل التجاري وتجديده.

المطلب الثالث: شطب القيد ومحوه من السجل التجاري.

المطلب الرابع: التقطع من قرارات إدارة السجل التجاري بعدم القيد أو التجديد أو التغيير أو الشطب.

المطلب الخامس: الجزاء المترتب على مخالفة أحكام قانون السجل التجاري

المطلب الأول

التعريف بالسجل التجاري وأهدافه

٢٠٨- السجل التجاري عبارة عن دفتر خاص يعد بشكل دقيق ومنظم لدى إدارة السجل التجاري في وزارة التموين والتجارة^(١) أو فروعها في المحافظات، تقيد فيه بصفحة خاصة أسماء التجار الخاضعين لأحكام قانون التجارة، والأسماء التجارية للشركات، وعناوين المتاجر، وعناوين فروعها إن وجدت، ورأس مال كل منشأة، وغيرها من البيانات الهامة. كما ثبت في السجل المذكور كافة التصرفات القانونية التي تلحق المتاجر أو الشركات التجارية من بيع أو رهن أو تصفية، أو استبدال إدارتها أو تعديل نظامها، أو تغيير شكلها القانوني.

وهذه البيانات يجب الإدلاء بها من كل تاجر رجلاً أو امرأة، وطنياً أو أجنبياً، ويلزم التاجر الأجنبي بيان سن الأهلية في قانونه الوطني. وتتجلى أهمية السجل التجاري في الحياة الاقتصادية بتحقيق العديد من الأهداف، نبينها على الوجه التالي.

أوضحت المادة (٢) من قانون السجل التجاري رقم ٣١ لسنة ١٩٩٧م أهداف السجل التجاري بقولها ((يهدف قانون السجل التجاري لتحقيق ما يلي:

(١) وكان الأفضل لو أنيطت هذه الوظيفة بجهات القضاء، حيث كانت ستحقق ضمانات هامة من هذا السجل.

الفصل الثاني الالتزامات الواجبة على التجار

- ١- إعلان وإشهار الصفة القانونية للشخصية التجارية وتحديد الذمة المالية.
- ٢- تنظيم الآثار القانونية الكاملة للبيانات والمعلومات التي تدون في السجل التجاري، واعتبار كل ما يدون فيه حجة على الكافة تضمن انحصار الحق في ملكية المدرجات فيه لمن سجلها أولاً.
- ٣- تلقي البيانات والمعلومات التجارية والصناعية التي يتقدم بها التجار لتثبيتها في السجل بغية الاستفادة منها إحصائياً عند وضع الخطط الاقتصادية للدولة.
- ٤- تمكين كل من يرغب في الحصول على البيانات والمعلومات التي يطلب استخراجها من السجل باعتباره السجل وسيلة إشهار استعلامية للخدمة في الشؤون الاقتصادية للدولة)).

وهذا يعني أن للسجل التجاري وظائف عملية هامة، فله وظيفة إحصائية هي حصر عدد المشروعات الاقتصادية وأنواعها، ووظيفة قانونية، تتمثل في إعلام الغير بالمركز المالي لكل مشروع، وتحديد وحفظ الحقوق المادية والمعنوية للمشروعات التجارية، وإثبات الملك لمن سجلها أولاً، ووظيفة تخطيطية، ذلك أن تسجيل جميع المشروعات الانتاجية في السجل التجاري، يبين بدقة الطبيعة الانتاجية لكل مشروع، وما هي المشروعات الاقتصادية المفضلة لرجال المال، وبيان المشروعات الاستثمارية التي يحتاج إليها البلد والتي لايزال في حاجة إليها، وتلك التي لا يحتاجها الاقتصاد الوطني، الأمر الذي يمكن الدولة بواسطة الأجهزة المختصة من إعادة النظر في منح التراخيص لبعض المشروعات التي لا تقدم للسوق منتجاً جدياً، أو تلك التي لا تتوافق وخطط الدولة التنموية.

كما أن سلامة تأسيس الشركات التجارية واستمرارها، مرهون بقيدتها في السجل التجاري، بل إن حق الشركة في الاسم التجاري والعلامات التجارية وغيرها من الحقوق المعنوية، يتوقف على قيدتها في السجل المذكور.

المطلب الثاني

إجراءات القيد في السجل التجاري وتجديده

٢٠٩- نظراً لأهمية السجل التجاري في حياتنا الاقتصادية، أوجبت المادة (٣) من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٩٧م على التاجر الفرد، وعلى مدراء الشركات والمؤسسات، والمسؤولين عن إدارة فروع الشركات أو الوكالات التجارية التابعة للشركات أو المنشآت الأجنبية التي يقع مركزها الرئيسي خارج الجمهورية اليمنية، أوجبت على المذكورين

سرعة التوجه إلى الجهة المختصة، لطلب القيد في السجل التجاري، خلال ستين يوماً من تاريخ مزاولة النشاط التجاري، أو افتتاح المحل أو الفرع^(١). وفي حالة افتتاح فروع للمنشآت التجارية في مدن أخرى، يتم البلاغ عنها إلى إدارة السجل التجاري الذي يقع الفرع في نطاق اختصاصها، ويسجل هذا الفرع في صحيفة التاجر الصادرة من إدارة السجل التجاري بالمركز الرئيسي (م/٥/٣).

وتوجب المادة (٤) من القانون المذكور، إخطار مكتب السجل التجاري المختص عن كل تغيير أو تعديل أو إلغاء يطرأ على البيانات المقيدة في السجل، وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ حدوث ذلك التغيير.

تجديد القيد في السجل التجاري :

٢١٠- لم تستقر وجهة نظر المشرع اليمني بشأن قانون السجل التجاري، حيث لا تزال إجراءات التعديل والتحديث جارية بهدف تصحيح القصور التي تتكشف خلال مراحل التطبيق فصدر مؤخراً القرار بالقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٢م بتعديل المادة (٥) من قانون السجل التجاري رقم ٣١ لسنة ١٩٩٧م، قضى هذا التعديل بالآتي:

أ - يجدد القيد في السجل التجاري كل خمس سنوات، برسم واحد لا تتجاوز كحد أعلى ثلاثين ألف ريال على البنوك والشركات الأجنبية، وعشرين ألف ريال كحد أعلى على الشركات اليمنية الكبيرة، وخمسة آلاف ريال كحد أعلى على بقية الشرائح، وفقاً للرسوم المستحقة لكل شريحة المحددة بالجدول (أ ، ب، ج) المرفقة بهذا القانون.

ب- يجب على التاجر أن يتقدم بطلب تجديد قيده بالسجل التجاري، قبل انتهاء فترة القيد أو التجديد السابقة وفقاً للشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون. ويقبل الطلب إذا قدم خلال السنة التالية لانتهاء فترة القيد أو التجديد السابقة مع استيفاء غرامة بواقع ٢٥% من رسوم التجديد.

وتضع المادة (٥) من التعديل الوارد بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٤) لسنة ٩٩م خيارات عدة بوجوب تجديد القيد سنوياً، ويجوز للتاجر أن يجدد قيده لأكثر من سنة بحيث

(١) وكان القانون الملغى يوجب القيد والتسجيل خلال شهر واحد، وقد تمسك قانون الشركات الجديد رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م في المادة (٢٠) بهذه المدة بشأن شركات الأشخاص، مع أنه كان الأولى أن يتوحد الحكم في كلا القانونين خصوصاً أنهما صدرا تبعاً، وبالعاجل مسألة واحدة.

الفصل الثاني: الالتزامات الواجبة على التجار

لا تتجاوز كل فترة تجديد عن عشر سنوات^(١). وأوجب الفقرة (ب) من المادة المذكورة، لاستكمال إجراءات تجديد القيد، أن على التاجر أن يقدم بطلب تجديد قيده في السجل التجاري قبل انتهاء فترة القيد أو التجديد السابقة وفقاً للشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية لقانون السجل التجاري. وقد جاء هذا التعديل متلافياً للانتقادات الواردة على المادة (٥) من القانون (٣١) لسنة ٩٧م التي كانت توجب تجديد القيد كل عشر سنوات. ولما كان هذا التعديل غير عملي، ألغى وتركت المدة الواجب التجديد خلالها لإرادة التاجر، ثم كشف ما به من خطأ، فالغى وقرر ما هو وارد في التعديل الصادر بالقانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٢م كما سلف. أي تجديد القيد كل خمس سنوات.

وفهم من نص هاتين الفقرتين أنه يجب على كل تاجر فرداً كان أو شركة أو فرعاً لشركة أجنبية، تجديد قيده في السجل التجاري كل خمس سنوات، وإذا لم يبادر التاجر إلى تجديد القيد رغم انتهاء المدة السابقة فإنه لا يفقد صفة التاجر، بل يتعرض لعقوبة الغرامة. وحددت الغرامة في الفقرة (ب) من المادة (٥) بواقع ٢٥% من رسوم التجديد إذا قدم طلب التجديد خلال السنة الأولى التالية لانتهاء فترة القيد أو التجديد، أو بواقع ٥٠% من قيمة رسوم التجديد، إذا قدم الطلب خلال السنة الثانية لانتهاء فترة القيد أو التجديد.

ويثار التساؤل في هذا الصدد عن السبب في عدم فقدان التاجر للصفة التجارية بالرغم من عدم قيامه بتجديد القيد في السجل التجاري، مع أن في هذا الرأي ما يشجع التجار على مخالفة أحكام القانون؟.

وللإجابة على هذا التساؤل، نود الإشارة إلى حكم المادة (١/١١) من القانون رقم (٣١) لسنة ٩٧م بشأن تعديل قانون السجل التجاري رقم ٣٣ لسنة ٩٢م التي أشارت إلى أن اكتساب صفة التاجر تتحقق من تاريخ القيد في السجل التجاري، ما لم تثبت للشخص بطريقة أخرى. والمفهوم من العبارة الأخيرة أنه بالرغم من عدم تجديد التاجر للقيد في السجل التجاري، فإن الصفة التجارية لا تزول عنه لبقاء عنصر الاحتراف بجانبه، وهذا وحده يكفي للحكم عليه باحتفاظه بصفة التاجر، ومخالفته لأحكام القانون بعدم التجديد في الموعد المحدد، يعرضه لعقوبة الغرامة.

(١) وكانت المادة (٥) قبل تعديلها تقضي بوجوب تجديد القيد كل عشر سنوات. وهذا يعني أن مدة القيد في السجل التجاري تسري لمدة عشر سنوات، تجدد لمدة أخرى قبل انتهاء العشر السنوات السابقة. وهذه المدة خصوصاً في نطاق النشاط التجاري طويلة جداً، ذلك أن نشاط التاجر قد يتعرض خلال هذه المدة للانقضاء لأي سبب كان، وهذا يعني تحصيل الرسوم عن ممارسة نشاط تجاري لا وجود له. وفي هذه الحالة يخضع تحصيل تلك لقاعدة الإثراء بلا سبب، مما يستوجب إعادته لمستحقه.

المطلب الثالث

شطب القيد من السجل التجاري ومحوه

٢١١- ذكرنا فيما سبق أن السجل التجاري يعتبر مرآة صادقة، يعكس حجم المشروعات التجارية العاملة فعلاً في الساحة، وتمكين الأجهزة المعنية من الوقوف على سير أحوالها الاقتصادية. وتفعيلاً لمصادقية تلك الوظائف، أوجب المشرع اليمني شطب قيد بعض المشروعات لأسباب اقتصادية أو لأسباب تتصل بحياة أصحابها، وهي الأسباب الواردة في المادة (٨) من القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٩٧م بتعديل قانون السجل التجاري رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٢م، والتي توجب على أصحاب الشأن التقدم بطلبات الشطب إلى الجهة المختصة، وإلا كان لها حق اتخاذ قرار الشطب في حالة عدم طلبهم لذلك.

ولا تقف سلطات الإدارة في شطب القيد ومحوه من السجل التجاري على الأسباب الواردة في المادة (٥) وحسب، بل تقرر لها ذلك في حالة انقضاء المدة القانونية الواجب فيها تجديد القيد، دون تقدم التاجر بطلب التجديد. ونحاول بيان الحالتين في نقطتين اثنتين على النحو التالي:

أولاً : شطب القيد بواسطة الجهات الإدارية المختصة:

٢١٢- إمعاناً في زيادة رقابة الدولة على سير المشروعات التجارية وتفعيل دورها على الساحة. أكدت الفقرة (جـ) من المادة (٥) المعدلة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم ١٤ لسنة ٩٩م، على حق الإدارة المختصة شطب قيد المنشآت التجارية من سجلاتها الرسمية لعدم تجديدها في الموعد المحدد قانوناً، حيث قالت ((تقوم الإدارة المختصة بالشطب في حالة عدم التقدم بطلب تجديد القيد خلال المدة المحددة قانوناً، بعد إشعاره كتابياً، وبعد مضي ستة أشهر من تاريخ الإشعار)).

ويفهم من هذا النص أنه إذا لم يقم المسؤولون عن المنشآت التجارية والاقتصادية والمحلات الفردية، بتجديد القيد قبل انتهاء الشهر الأخير من مدة الخمس سنوات، وفي الوقت نفسه لم يقدم الطلب بذلك خلال الستة أشهر لانتهاء القيد أو التجديد، فإنه يكون لإدارة السجل التجاري حق شطب القيد ومحوه دون الحاجة إلى استصدار قرار من المحكمة. وهذا يعني أن عدم مبادرة أصحاب الشأن إلى تجديد القيد خلال المدة المحددة قانوناً، يجيز لإدارة السجل التجاري شطب القيد ومحوه من تلقاء نفسها، دون الحصول على إذن قضائي بذلك، ودون إبلاغ صاحب الشأن بقرارها، كما ذهبت إلى ذلك بعض التشريعات. وجاء التعديل الأخير بقيد قانوني وإجرائي، مقتضاهما أن على وزارة الصناعة والتجارة إبلاغ التاجر بالتجديد كتابياً، فإذا لم يقم بهذا الأمر خلال مدة ستة أشهر من تاريخ البلاغ جاز لها شطب القيد مباشرة دون الحاجة إلى إجراء آخر.

ثانياً : شطب القيد بطلب من التاجر أو ورثته أو المصفي :

٢١٣- أوجب القانون قيد التجار في سجلات خاصة أفراداً كانوا أو شركات، لغاية قدرها المشرع، وقرر كذلك إلغاء هذا القيد وشطبه من السجل التجاري عند زوال الأسباب الموجبة له، أو اضطراب المركز المالي للتاجر أو وفاته. وقد بينت المادة (٨) من القانون رقم ٣١ لسنة ٩٧م هذه الحالات بقولها ((على التاجر أو ورثته أو أولياء هؤلاء وأوصيائهم أو المصفين بحسب الأحوال أن يطلبوا كتابياً شطب القيد في السجل التجاري عند حدوث أي من الأحوال التالية:

أ- خلال ثلاثين يوماً من ترك التاجر تجارته نهائياً سواء باعتزال التجارة أو الهجرة أو نقل ملكية المحل إلى شخص آخر ولاي سبب كان.

ب- خلال ستة أشهر من وفاة التاجر.

ج- خلال ستين يوماً من تصفية الشركة سواء كانت التصفية بالاتفاق أو بناءً على عقد الشركة أو بحكم قضائي أو بقرار من جهة الاختصاص ويرفق بطلب شطب القيد صورة طلب القيد الأصلي وصور طلبات التعديل إن حدث، والمستندات والبيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية)).

يتضح من النص المذكور، أن شطب قيد المشروعات التجارية والصناعية، من سجلات وزارة الصناعة والتجارة في هذه الحالة مرهون بتحقيق أحد الأمور التالية:

١- ترك التاجر للنشاط التجاري.

٢- نقل ملكية المتجر إلى آخر.

٣- وفاة التاجر، وفي الوقت نفسه لم يقم الورثة بالاستمرار في ممارسة النشاط التجاري، مع وجوب تعديل القيد بما يتفق والوضع القانوني الجديد.

٤- تصفية المشروع التجاري سواء كانت التصفية ودية أم بحكم القضاء.

٥- صدور حكم بشهر إفلاس التاجر نظراً لاضطراب مركزه المالي.

٦- صدور قرار من جهة الإدارة بتصفية نشاط التاجر، أو سحب الامتياز الممنوح له لأي سبب كان.

٧- صدور قانون تخصص بموجبه بعض الأنشطة على الشركات العامة أو المؤسسات الحكومية، مما يعني ضرورة شطب قيد المشروعات التجارية التي تمارس النشاط التجاري الذي أصبح محظوراً.

ويشترط لقبول طلب شطب القيد في الحالات السابقة، أن يرفق به صورة من طلب القيد الأصلي وصورة من طلبات التعديلات إن حدثت، وغيرها من المستندات والبيانات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

٢١٤- والأصل أن تقدم طلبات شطب القيد في الحالات المذكورة من قبل التاجر نفسه أو ورثته أو من الوصي عليهم، أو من مدير التصفية أو سنيديك التفليسة، أو من قبل جهات الإدارة في بعض الحالات، وإذا لم تقدم طلبات شطب القيد من الأشخاص المذكورين، جاز لمكتب السجل عرض الحالة على المحكمة المختصة للحصول على قرار بمحو القيد، وإبلاغ صاحب الشأن والجهات ذات العلاقة بقرار المحكمة خلال أسبوعين من تاريخ صدور القرار (م ٩ من قانون السجل التجاري) - وكنا نفضل - إلزام الجهة المختصة أيضاً، بطلب الأذن من المحكمة لشطب القيد في حالة عدم تجديده، قياساً على الحالات المشار إليها في المادة (٨).

المطلب الرابع

التظلم من قرارات إدارة السجل التجاري

بعدم القيد أو التجديد أو التغيير أو الشطب

٢١٥- إذا رفض المختصون في إدارة السجل التجاري قيد أحد التجار أو عدم تجديد القيد له أو لم يستجب لطلباته بالتغيير أو الشطب من السجل، جاز له وفقاً لأحكام القانون التظلم من قرار إدارة السجل لدى وزير الصناعة والتجارة، ويكون قرار الوزير في التظلم نهائياً غير قابل للطعن (م ١٤ من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩١م بشأن السجل التجاري)، سواء كان قرار الوزير مؤيداً لتوجهات إدارة السجل أو مخالفاً لها، ومقررراً لحق التاجر في طلباته. والأمر مفهوم في حالة إلغاء قرار إدارة السجل التجاري، باعتباره يندرج ضمن اختصاصات الوزير الإدارية في إلغاء قرارات الإدارات التابعة له.

٢١٦- ولكن الأمر الذي استعصى على الفهم الحكمة من جعل قرار الوزير نهائياً وغير قابل للطعن في حالة تأييده لقرار إدارة السجل التجاري بعدم الاستجابة لطلبات التاجر. إذ كان الأفضل - كما نرى - إتاحة الفرصة للتاجر بالطعن في قرار الوزير المختص برفض طلباته بالقيد أو التجديد أو التغيير أو الشطب لدى المحكمة المختصة، وذلك قياساً على نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٢ من قانون الشركات رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧م التي نصت على أنه ((إذا رفض الوزير - أي وزير الصناعة والتجارة - تظلم صاحب العلاقة - من قرار رفض تسجيل الشركة - يحق له أن يطعن بقرار الوزير لدى الجهات القضائية المختصة)). وإذا صدر حكم المحكمة لصالح الطاعن، فإن على إدارة

الفصل الثاني: الالتزامات الواجبة على التجار

السجل التجاري استكمال إجراءات القيد والتسجيل (م ٢٢/٤ شركات) مما يفهم منه ضمناً أن فصل المحكمة في الطعن بقرار الوزير، يكون نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي به مما يستوجب على جهات الإدارة تنفيذه. وهنا يثار التساؤل عن الحكم الواجب تطبيقه في حالة رفض الوزير لقيد شركة تجارية أو لأمر يتصل بها، فما هو النص الواجب تطبيقه، هل هو قانون السجل التجاري كقانون خاص، أم قانون الشركات ؟.

الراجع وفقاً للقاعدة القانونية، القاضية بتقديم القانون الخاص على العام فإن قانون السجل التجاري هو الواجب الاتباع.

الجدير بالملاحظة أنه كان يتوجب على المشرع التجاري اليمني توحيد الأحكام المنظمة للقيد في السجل التجاري وفق معيار واحد، سواء كان القائم بالعمل التجاري فرداً أم شركة، اتباعاً للطبيعة القانونية للنشاط التجاري، باعتباره مناط الحكم.

المطلب الخامس

الجزاء المترتب على مخالفة أحكام قانون السجل التجاري

٢١٧- إن المنهج الموضوعي للمشرع التجاري اليمني جعله يتجه نحو القواعد الموضوعية المنظمة للنشاط التجاري والاقتصادي، لذلك فإن القاعدة التي جاء بها تعديل قانون السجل التجاري رقم ٣١ لسنة ٩٧م، أن مزاولة النشاط التجاري من هون بالقيد في السجل التجاري، ومع ذلك إذا انتهك الحكم المذكور تعرض المخالف للعقوبة، وكذلك الحكم إذا لم يبادر التاجر الذين سبق قيدهم في السجل التجاري إلى تجديد القيد خلال المدة المحددة. ولم يقف الجزاء على مخالفة أحكام السجل التجاري عند الغرامة المالية، بل تعدتها إلى العقوبة البدنية، وذلك بالحبس لكل شخص قدم بيانات وهمية أو ذكر بيانات في صحيفة السجل على أنها له مع أنها مملوكة للغير.

ولبيان ذلك نتناول هذا المطلب في نقاط ثلاث على الوجه التالي :

أولاً: الجزاء المترتب على عدم القيد في السجل التجاري أو التعديلات التي تلحق بالتاجر:

٢١٨- نصت الفقرة الأولى من المادة (١١) من التعديل الوارد بقانون السجل التجاري رقم ٣١ لسنة ٩٧م على أنه ((١- يحظر مزاولة التجارة في محل تجاري إلا لمن يكون اسمه مقيداً في السجل التجاري الذي يقع المحل التجاري في دائرته...)).

ورتببت المادة (١٦) من القانون سالف الذكر عقوبة الغرامة لمخالفة الحكم السابق حيث قالت ((كل من خالف أحكام المادة (٤) والفقرتين (١)، (٢) من المادة (١١) من هذا

القانون يعاقب بغرامة لا تزيد عن (١٠٠٠٠) ريال مع مراعاة النشاط التجاري وبحكم من المحكمة بناءً على طلب إدارة السجل المختصة بإجراء القيد خلال خمس عشر يوماً، وإذا لم يتم المحكوم عليه بإجراء القيد أثناء هذا الميعاد يتم إغلاق المحل)).

ويستفاد من نص المادة (١٦) أن التاجر الذين يباشرون الأنشطة التجارية قبيل قيد أنفسهم في السجل التجاري خلافاً لحكم المادة (١/١١) يتعرضون لعقوبة الغرامة بمبلغ لا يزيد عن ١٠٠٠٠ ريال، بناءً على حكم يصدر من الجهة القضائية المختصة بطلب من إدارة السجل التجاري، وإذا لم يبادر التاجر المحكوم عليه بالغرامة بإجراء القيد والتسجيل خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم بالغرامة، فإنه يكون من حق إدارة السجل إغلاق المتجر.

وبفهم من العرض السابق أن فرض عقوبة الغرامة أو إغلاق المحل يتوقف على صدور حكم قضائي من المحكمة المختصة في مواجهة كل من يخالف حكم الفقرة الأولى من المادة (١١) ويحمد للمشرع اليمني هذا الموقف الذي لم يترك ذلك لإرادة الجهة الإدارية بل قضت المادة (١٩) بأن توقيع العقوبات المذكورة يكون بأمر المحكمة بناءً على طلب مكتب السجل التجاري. وكنا نفضل اختصاراً للوقت والنفقات أن الغرامة يترك تطبيقها للجهات الإدارية، وإغلاق المحل بأمر المحكمة نظراً لما ينطوي عليه هذا الإجراء من شدة وقسوة على التاجر المخالف، كما أن إدارة السجل هي المدعية في هذا الإجراء وبالتالي فليس من المعقول تخويلها سلطة الإقفال بإرادتها هي.

٢١٩- ومن جهة أخرى تطبق عقوبة الغرامة بما لا يزيد عن ١٠٠٠٠ في مواجهة كل من شطب فقرات أو أحدث إضافات أو أدخل تعديلات في بياناته المقيدة في السجل التجاري دون إخطار مكتب السجل التجاري خلال ستين يوماً من تاريخ حصول التغيير (م ٤، ١٦ سجل تجاري).

٢٢٠- ويعاقب بالغرامة ذاتها كل شخص زاول نشاطاً تجارياً دون اتخاذه محلاً ثابتاً في الجمهورية اليمنية (م ٢/١١، ١٦ سجل تجاري)، ونرى عدم جدوى هذا النص، ذلك أن واقع الحال يؤكد صحة ما نقول، حيث يباشر الكثير من الأفراد النشاط التجاري في الأسواق الأسبوعية في طول اليمن وعرضها، ينتقلون من سوق إلى آخر خلال أيام الأسبوع، دون أن يكون لهم محلات ثابتة في أي من الأسواق المتعارف عليها لدى المجتمع اليمني. كما أن الكثير من الأفراد يباشرون مختلف الأنشطة التجارية في أرصفة شوارع وميادين المدن اليمنية قاطبة، ومع ذلك فهم من التجار بحكم القانون.

الفصل الثاني: الالتزامات الواجبة على التجار

٢٢١- كذلك يخضع للعقوبة المالية المقدرة بمبلغ لا يزيد عن (١٠٠٠) ألف ريال وفي حالة العودة تضاعف بحيث لا تزيد عن (٥٠٠٠) ريال، كل تاجر لم يقم باخطار إدارة السجل التجاري عن الوضع القانوني لمركزه المالي والتجاري، وذلك خلال شهرين من تاريخ ترك النشاط التجاري، أو تصفية المشروع أو خلال ستة أشهر من تاريخ وفاة التاجر (م٨، م١٨ سجل تجاري).

ثانياً: الجزاء المترتب على عدم تجديد القيد في السجل التجاري :

٢٢٢- تجديد القيد يعني أن المنشأة التجارية قد باشرت نشاطها بشكل قانوني، وذلك بعد قيدها في السجل التجاري وفقاً للأوضاع القانونية السائدة، ولكنها لم تبادر إلى تجديد القيد بعد انتهاء المدة المحددة قانوناً. ويعتبر استمرار المنشأة دون تجديدها للقيد مخالفة للقواعد القانونية الأمرة المنظمة للنشاط التجاري، لذلك يخضع صاحب المنشأة لعقوبة الغرامة.

وفي ذلك نصت المادة (٥) من قانون السجل التجاري المعدلة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م على أنه ((أ- يجدد القيد في السجل التجاري كل خمس سنوات برسم واحد ... ، ب- يجب على التاجر أن يتقدم بطلب تجديد قيده في السجل التجاري قبل انتهاء فترة القيد أو التجديد السابقة وفقاً للشروط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، ويقبل الطلب إذا قدم خلال السنة الأولى التالية لانتهاء فترة القيد أو التجديد السابقة مع استيفاء غرامة بواقع (٢٥%) من رسوم التجديد. كما يقبل الطلب إذا قدم خلال السنة الثانية مع استيفاء غرامة بواقع (٥٠%) من رسوم التجديد.

ج- تقوم الإدارة المختصة بالشطب في حالة عدم التقدم بطلب تجديد القيد خلال المدة المحددة قانوناً لذلك)).

يفهم من النص المذكور أنه يجب على أصحاب المنشآت الصناعية والشركات التجارية والمشروعات الفردية، سرعة المبادرة إلى تجديد القيد في صحيفة السجل التجاري كل خمس سنوات، ويقضى النص أن طلب التجديد يلزم تقديمه قبل انتهاء فترة القيد أو التجديد الأخير. على أن التأخير في طلب التجديد يجعل مقدم الطلب عرضة للغرامة بواقع ٢٥% من رسوم التجديد إذا قدم الطلب خلال السنة الأولى من انتهاء القيد أو التجديد، وبواقع ٥٠% إذا قدم الطلب خلال السنة الثانية^(١).

(١) وكانت المادة (١٧) من القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢م - ألغيت في التعديل الصادر بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٣١) لسنة ١٩٩٧م - تحدد الغرامة بواقع ١٠٠ ريال من كل شهر ينقضي دون التقدم بطلب التجديد.

ثالثاً : الجزء المترتب على صورية البيانات المقدمة للسجل التجاري :

٢٢٣- لم تقف حدود العقوبات الناشئة على مخالفة أحكام قانون السجل التجاري على الغرامات المالية، بل تعدتها إلى عقوبة الحبس، حيث قضت المادة (١٧) من القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٩٧م بقولها ((مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن شهرين أو بغرامة لا تزيد عن عشرين ألف ريال - حسبما تراه المحكمة - ضد كل من :

أ- قدم بيانات غير صحيحة متعلقة بطلب القيد والتأشير في السجل التجاري أو التجديد أو المحو، ويقوم مكتب السجل التجاري المختص بالإجراءات اللازمة بالتصحيح بعد تنفيذ العقوبة.

ب- ذكر على واجهة محله أو إحدى المراسلات أو المطبوعات أو الأوراق المتعلقة بتجارته اسماً تجارياً أو رقم قيد ليس له أو ذكر ما يفيد القيد مع عدم حصوله)).

ويأتي تشديد المشرع اليمني للعقوبات في الحالات السابقة ملائماً لطبيعة المخالفة المرتكبة، التي تصل أحياناً إلى جريمة التزوير أو انتحال شخصية الغير، ومن ثم يخضع مرتكب هذا الفعل للجزاء المنصوص عليه في قانون العقوبات (م١٧).

المبحث الثالث

التزام التاجر بعدم المنافسة غير المشروعة^(١)

٢٢٤- يعتبر مبدأ عدم المنافسة غير المشروعة من الالتزامات المهنية للتجار، ذلك أن التجارة تقوم في الأصل على حرية التجار في البيع والشراء، وتصوير منتجاتهم أو عرضها بطريقة تغري الجمهور على شراء السلع والمنتجات وتتص المادة (٣) من قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري رقم (١٩) لسنة ١٩٩٩م بأنه ((يتم التعامل بالسلع والبضائع المختلفة في إطار حرية التجارة والمنافسة وفقاً للأحكام الواردة في هذا القانون وبما لا يؤدي إلى الإضرار بمصالح المستهلكين أو خلق إحتكارات تجارية)).

(١) راجع في هذا الشأن، د. محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية ١٩٧٠، ص ٤٨٣ وما بعدها، د. علي جمال الدين، الوجيز، السابق ص ١١٥، وما بعدها، د. مصطفى طه، السابق، ص ٥٥١، د. أنطاكي والسباعي، السابق، ص ١١٦ وما بعدها.

الفصل الثاني: الالتزامات الواجبة على التجار

وإذا كان التاجر حراً في اختيار الطريقة المثلى لجذب العملاء، فإن حريته في هذا الشأن تنتهي عند حدود مصالح الآخرين، فيجب على التاجر عدم الإلتجاء إلى وسائل تدليسية تضر بالعملاء أو بغيره من التجار. ويكفي لقيام دعوى المنافسة غير المشروعة أن يكون الضرر الذي يمكن أن يصيب الغير. إحتمالياً^(١).

٢٢٥- ولقد أوجب القانون على التجار الالتزام بقواعد الصدق في تعاملهم ومنع الغش في تصريف بضائعهم، ولذلك نصت المادة (٦٤ تجاري) على أنه ((لا يجوز للتاجر أن يلجأ إلى طريق التدليس والغش في تصريف بضاعته وليس له أن ينشر بيانات كاذبة من شأنها أن تضر بمصلحة تاجر آخر يزاحمه وإلا كان مسئولاً عن التعويض)). فهذه المادة توجب على التاجر عدم اللجوء إلى وسائل من شأنها إيهام المستهلك بجودة السلع المشتراة مع أنها سلع مقلدة، ومقتضى هذا السلوك غش الجمهور والإضرار بالتاجر صاحب المنتج الأصلي وهذا السلوك فضلاً عن كونه جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات بالحبس مدة لا تزيد عن سنة أو بالغرامة (٣١٢ عقوبات) ويكون كذلك محلاً للمسئولية الموجبة للتعويض عن الأضرار التي تصيب أي تاجر من جراء الوسائل غير المشروعة التي ارتكبها إضراراً بغيره من التجار.

٢٢٦- كما أوجب القانون على التجار عدم الإضرار بغيرهم من أبناء الطائفة التجارية، عن طريق نشر البيانات الكاذبة عنهم أو السعي للحصول على المعارف الفنية السرية للمنتج الخاص بهم، وذلك حتى لا تنهار مراكزهم المالية ويتعرضون بالتالي لفقدان الثقة في البيئة التجارية. كما توجب أخلاقيات المهنة عدم اللجوء إلى إغراء العاملين في مشروع ما، للعمل في مشروع إنتاجي منافس.

وفي ذلك نصت المادة (٦٥ تجاري) على أنه ((لا يجوز للتاجر أن يعرض عمال تاجر آخر أو مستخدميه ليعاونوه على إنتزاع عملاء هذا التاجر أو ليخرجوا من خدمة هذا التاجر ويدخلوا في خدمته ويطلعوه على أسرار مزاحمه وتعتبر هذه الأعمال مزاحمة غير مشروعة تستوجب التعويض)). أو يستخدم من الوسائل ما يحدث اللبس بين منشأتين تجاريتين متى كان من شأنه اجتذاب عملاء إحدى المنشأتين لحساب الأخرى^(٢). كذلك أكدت المادة (٨/ب/١) من قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري رقم (١٩) لسنة ٩٩ بأن عرض التاجر سلعة أو خدمة بسعر أقل من تكلفتها تصرفاً مخالفاً

(١) محكمة استئناف القاهرة في ٢٩/٢/١٩٦٠م، موسوعة جمعة رقم ٦٠٨.

(٢) نقض مصري طعن رقم ٢٢٧٤ جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢م، ملحق نقض أحمد حسني، رقم ١٢٠.

لأحكام هذا القانون يعاقب المخالف بغرامة لا تقل عن (١٠,٠٠٠) ريال ولا تتجاوز (١٠٠,٠٠٠) ريال، وفي حالة العود يكون الحبس وجوباً بحسب ما يقرره القضاء. (م ٢٢) من القانون المشار إليه وتجال المخالفات إلى النيابة العامة بقرار من وزير الصناعة والتجارة (م ٢٤).

وعلى ذلك فكل تاجر يخالف قواعد المنافسة، أو يخرج على أدبيات المهنة، أو يسعى إلى تعطيل مشروع منافس، يكون عرضة للعقوبات الجزائية فضلاً عن تعرضه للمسئولية التقصيرية عن خطئه الموجب للتعويض^(١). وفي ذلك قالت المادة (١٧ مدني) بأنه ((من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر، أما من استعمل حقه استعمالاً يتنافى مع الشرع والعرف، فإنه يكون مسئولاً عما يترتب على استعماله غير المشروع من ضرر، ويكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

١- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

٢- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بالقياس إلى ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

٣- إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة)).

فكل عمل يتنافى مع عرف البيئة التجارية ينطوي على المساس بالمصالح المالية أو التجارية لأحد التجار يعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة الموجب للتعويض، فضلاً عن العقوبات الجزائية على نحو ما سلف وجملة القول إن على التاجر أن يلتزم في تعامله التجاري بقواعد المعاملات الحسنة كما يقضي بذلك الشرع والقانون والعرف السائد، بعيداً عن غش عملائه طلباً لمزيد من الربح، وكذا عدم الإضرار بغيره من التجار أملاً في إخلاء الساحة لمنتجاته فقط، وضرب سور من الاحتكار غير المرغوب (م ١٨) من قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري.

(١) وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصري بقولها ((تعد المنافسة التجارية غير المشروعة فعلاً تقصيرياً يستوجب مسؤولية فاعله عن تعويض الضرر المترتب عليه...)) جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥م، موسوعة جمعة التجارية، رقم ٦٠٧.

الباب الثالث المتجر

1871

1871

1871

1871

1871

الباب الثالث

المتجر *

٢٢٧- يعتبر المتجر أو المحل التجاري - بالمعنى الواسع - الأداة الرئيسية المباشرة لتفعيل الآلية الرأسمالية للنشاط الاقتصادي الحر. ذلك أن سيطرة الأفراد على مختلف المشروعات الإنتاجية، بما تمثله من محلات تجارية ومنشآت صناعية، حققت لأصحابها أصولاً رأسمالية ضخمة، عكست نفسها على زيادة أهمية المتجر من الناحية الاقتصادية والقانونية، الأمر الذي أثار اهتمام المشرعين في الكثير من الدول، إزاء توصيف المتجر، وتحديد أهميته وبيان عناصره، مما جعل منه مادة خصبة للبحث القانوني والجدل الفقهي.

الجدير بالذكر أن الأهمية الاقتصادية والقانونية للمتجر، لم تظهر إلا مع بزوغ شمس القرن العشرين، حينما برزت إلى السطح القانوني العناصر المعنوية التي ينطوي عليها المتجر وصيرورتها محلاً للتصرفات القانونية، كالبيع والرهن والإيجار وغيرها^(١).

وفكرة المتجر بجانبها المعنوي على وجه الخصوص، لاتزال فكرة جديدة على الوسط التجاري اليمني، ولم تكتسب بعد الأهمية الاقتصادية التي تثبت لها في الدول الأخرى. ويرجع السبب على الأرجح إلى عدة عوامل، أهمها عدم استقرار التاجر في متجر محدد لسنوات طويلة، ويعود هذا الأمر غالباً إلى عدم استمرار العلاقة الإيجارية بين المؤجر والمستأجر، حيث تنتهي هذه العلاقة غالباً إلى إلزام التاجر بإخلاء العين المؤجرة وتأجيرها من الغير، دون الأخذ في الحسبان الحقوق المعنوية التي اكتسبها التاجر على المتجر. ومثل هذا الوضع يستلزم تدخل الجهات المختصة وتفعيل سلطاتها لحماية

* Commercial Shop .

(١) راجع في ذلك د. محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧٠م، ص ٤٠١ وما بعدها، د. أكثم الخولي، الوسيط في القانون التجاري، ج ٣، مطبعة نهضة مصر، ط ١، ١٩٦٤م، ص ٣٦٧ وما بعدها، د. جاك يوسف الحكيم، الحقوق التجارية، مصدر سابق، ص ٢٣٣ وما بعدها، د. علي جمال الدين، الوجيز، ص ١٥٣ وما بعدها، ود. علي يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، ص ٤ وما بعدها، المستشار السيد خلف محمد، إيجار وبيع المحل التجاري، دار الكتب القانونية.

حقوق صاحب المتجر من جميع جوانبها، مع عدم الإضرار بصاحب العقار، وهضم حقوقه كما سترى فيما بعد.

ويقتضي بيان عناصر المتجر، والتصرفات القانونية التي ترد عليه، تقسيم هذا الباب إلى فصلين مستقلين على النحو الآتي :

الفصل الأول : العناصر التي يتكون منها المتجر.

الفصل الثاني : التصرفات القانونية التي ترد على المتجر.

الفصل الأول

العناصر التي يتكون منها المتجر

٢٢٨- جرت غالبية الفقه^(١) وأحكام القضاء^(٢) ونصوص القانون^(٣) عند تحديدها لماهية المتجر إلى عدم الالتفات كلياً إلى المكان الذي يباشر فيه التاجر نشاطه التجاري، أو نوع وكمية البضائع الموجودة فيه، بل إن تحديد الطبيعة القانونية للمتجر، تركز في الأساس على مجموعة العناصر المعنوية المتصلة بالمتجر وما يرتبط بها من أموال مادية خصص المتجر لمباشرة نشاطه فيها.

وتبعاً لذلك اختلفت تعريفات الفقهاء للمتجر تبعاً لأهمية العناصر المكونة له، حيث أبرزت بعضها عنصر الاتصال بالعملاء، ورأت ثانية أن المتجر ليس سوى مجموعة من الأموال المعنوية والمادية خصصت لمزاولة النشاط التجاري وبتضافرهما معاً ولدت فكرة المتجر^(٤). إذ، فالمتجر ليس إلا كتلة من الأموال المنقولة مادية أو معنوية خصصت لممارسة النشاط التجاري^(٥).

ولم يعرف القانون التجاري اليمني المتجر، بل أورد بعض العناصر التي يتكون منها المتجر والتصرفات القانونية التي يخضع لها، وذلك في الفصل الأول من الباب الثالث، في المواد (٤٢-٥٤) من قانون التجارة. حيث عرفته المادة (٤٢) بقولها ((المتجر هو محل التاجر والحقوق المتصلة بالمحل ويشتمل المتجر على مجموعة من العناصر المادية وغير المادية تختلف بحسب الأحوال، وهي بوجه خاص البضائع والأثاث التجاري والآلات الصناعية وعنصر الاتصال بالعملاء والاسم والعنوان التجاري وحق تأجير

(١) د. هشام فرعون، القانون التجاري البري، منشورات جامعة حلب، ٨٨-١٩٨٩م، ص ١٥٣ وما بعدها، د. سميرة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، السابق، ص ٢٣٣، وما بعدها، د. ثروت عبد الرحيم، السابق، ص ١٨٤ وما بعدها، د. أكثم أمين الخولي، الأموال التجارية، مصدر سابق، ص ٣٦٧ وما بعدها، د. علي يونس، السابق، ص ١١.

(٢) محكمة استئناف القاهرة، في ١٩٥٨/١/٢٨م، موسوعة جمعة رقم ٢٧٢، نقض مصري طعن رقم ١ جلسة ١٩٨٤/١/١١م موسوعة قضاء النقض للتجارية، فتيحة قرّة، ص ١٨، نقض مصري طعن رقم ١١٦٢، جلسة ١٩٨٦/٢/٢٤م، نقض أحمد حسني، رقم ١٦٠.

(٣) المادة (٤٢) تجاري يمني) والمادة (٤٢) تجاري سوري) والمادة (٣٨) تجارة أردني).

(٤) لمزيد من التفاصيل راجع د. محمد حسني عباس، المصدر السابق، ص ٤١٣، وما بعدها، د. ثروت عبد الرحيم، السابق، رقم ٣١١، د. سميرة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، مصدر سابق، ص ٢٣٣ وما بعدها.

(٥) استئناف القاهرة في ١٩٥٥/٢/١٥م، موسوعة جمعة رقم ٢٦٧.

المحل والعلامات والاسماء والبيانات التجارية وبراءات الاختراع والترخيص والرسوم والنماذج الصناعية)).

وتبرز هذه المادة الأهمية الاقتصادية للمتجر من جانبين :

الجانب المادي ويتمثل في :

- ١- البضائع.
- ٢- الأثاث اللازم للمتجر أو المنشأة الصناعية.
- ٣- الآلات والمكن اللازمة للصناعة .

الجانب المعنوي ويشتمل على :

- ١- الاتصال بالعملاء.
- ٢- الاسم والعنوان التجاري.
- ٣- حق تأجير المتجر.
- ٤- العلامات والأسماء التجارية.
- ٥- براءات الاختراع.
- ٦- رخصة إنشاء المتجر أو الفروع التابعة له.
- ٧- الرسوم والنماذج والصناعية.

الجدير بالذكر أن جميع العناصر السالف ذكرها والتي تتركب منها فكرة المتجر، لا تنوب فيه، ولا تتفاعل مع بعضها تفاعلاً يترتب عليه فقدان معالمها أو خصائصها، إنما يظل كل عنصر منها محتفظاً بذاتيته وطبيعته وخاضعاً للقواعد القانونية الخاصة به^(١)، كما سوف نرى.

ولبيان أهمية تلك العناصر بالنسبة للمتجر قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين مستقلين على النحو الآتي :

المبحث الأول : العناصر المادية للمتجر

المبحث الثاني : العناصر المعنوية للمتجر

(١) محكمة استئناف القاهرة، في ١٩٥٨/١/٢٨م، موسوعة جمعة ، رقم ٢٧٢.

المبحث الأول

العناصر المادية للمتجر

حددت المادة (٤٢ تجاري) المكونات المادية للمتجر بالعناصر التالية :

١- البضائع :

٢٢٩- يقصد بالبضائع، جميع السلع والمواد المنقولة المعدة للبيع، سواء كانت كاملة الصنع أو نصف المصنعة أو المواد الأولية^(١)، إذا كان المتجر مخصصاً لبيعها. وتختلف أهمية البضائع كعنصر في قيمة المتجر تبعاً لنوع النشاط التجاري، فمتاجر الذهب تختلف عن محلات الملابس الجاهزة أو مواد البقالة، كما أن هذه السلع تشكل عنصراً هاماً من عناصر المتجر، خلافاً لمحلات الخدمات العامة أو المكاتب العقارية التي لا تعتبر السلع والبضائع من مكوناتها الأساسية.

٢- الآلات والمعدات الصناعية :

٢٣٠- الآلات هي جميع المنقولات الميكانيكية اللازمة للإنتاج الصناعي والعدد الضرورية اللازمة لصيانته وتشغيل الآلات الصناعية، وكل ما يرتبط بها من أدوات أو مستلزمات تسهل عمليات الاستغلال التجاري. ويلحق بالآلات جميع وسائل النقل من سيارات أو رافعات أو غيرها. وتعتبر جميع الوسائل المذكورة من العناصر المادية للمشروع التجاري أو الصناعي.

ولا يخفى أن حجم وتطور أدوات الإنتاج وتنوعها، وكذا الوسائل المساعدة لها، تشكل أصلاً رأسمالياً لها أهميتها في تحديد قيمة المشروع أو العوائد المالية التي يحققها.

٣- الأثاث :

٢٣١- الأثاث هو جميع المنقولات المادية التي تساعد التجار أو موظفيهم على أداء عملهم لصالح المشروع، مثل المكاتب والمقاعد والآلات الكاتبة وآلات التصوير، وأجهزة الكمبيوتر والطابعات، والهاتف والفاكس، والخزائن الحديدية، وغيرها من المعدات والمهمات اللازمة لتشغيل المتجر، فكل تلك الوسائل تعتبر من مشتريات المتجر المادية.

(١) د. مصطفى طه ، السابق ، رقم ٥٣٨.

المبحث الثاني

العناصر المعنوية للمتجر

٢٣٢- يقصد بالعناصر المعنوية، مجموعة الحقوق غير المادية ذات القيمة المالية المرتبطة بالمتجر، وذلك باعتبارها عماد فكرته وأهم عناصره، وقد حددتها المادة (٤٢) بالحقوق الآتية :

١- الاتصال بالعملاء :

٢٣٣- العملاء هم مجموع الأشخاص الذين وثقوا في المتجر فاعتادوا على التعامل معه، لأسباب تتصل بشخص التاجر أو جودة سلعه أو طريقة تعامله أو موقع المحل. ويعتبر اتجاه الجمهور واعتيادهم على التعامل مع المتجر والإقبال على بضائعه أو منتجاته أو خدماته العنصر الرئيسي والهام في تحديد ماهية المحلات التجارية وبيان طبيعتها القانونية، حيث يترتب على عدم توافر عنصر الزبائن انتفاء فكرة المتجر^(١)، وبالتالي فإن بيع المتجر أثناء تأسيسه لا يخضع لأحكام قانون التجارة المنظمة للمحلات التجارية، لأنه لم يكتسب بعد الخصائص القانونية للمحلات التجارية^(٢). كما أن جهد صاحب المتجر خلال هذه المرحلة لم يترجم بعد إلى سلوك اعتيادي للأفراد على التعامل مع المتجر، ومن ثم لم يصبح جهد التاجر في مراحله الأولى بهذا يمكن التعامل معه على أساس مادي وتعويضه على هذا الأساس^(٣)، ومع تسليمنا بأهمية عنصر العملاء في تكوين المتجر، إلا أن هذا العنصر، ليس إلا نتاجاً لتشابك وتآزر مجموعة من العناصر المادية والمعنوية معاً، ومن ثم فإن عنصر العملاء منفرداً لا يرقى إلى حد اعتباره هو المتجر نفسه^(٤)، وإن كان من أهم عناصره من الناحية التجارية.

٢- الاسم والعنوان التجاري :

٢٣٤- لم يفرق التشريع التجاري اليمني تفرقة دقيقة بين الاسم والعنوان التجاري، بل أفرد فصلاً خاصاً للعنوان التجاري في المواد (٥٥-٦٢) دون أن يفعل الشيء نفسه

(١) نقض مصري، طعن رقم ٢٨٤، جلسة ١٩٨١/٣/٣٠م، نقض أحمد حسني، رقم ٥٤١.

(٢) وقد حكم بأنه ((لا تقوم فكرة المحل التجاري بمذلولها القانوني إلا على أساس العناصر المعنوية كالاسم والسمعة للتجارية وثقة الجمهور وما إليها، أما البضائع والمهمات فلا تكفي وحدها لتكوين المحل التجاري فإذا وقع البيع أو الرهن على مجموع العناصر المادية أو أحدها دون أن يشمل أي عنصر معنوي فلا يعتبر بيعاً ولا يتبع بشأنه الأحكام الخاصة ببيع المحال التجارية...)) محكمة القاهرة الابتدائية في ١٩٦١/١/٣١م، موسوعة جمعة رقم ٢٧٤.

(٣) د. علي البارودي، القانون التجاري، ١٩٦٩م، رقم ٣٠٩.

(٤) د. ثروت عبدالرحيم، السابق، رقم ٣١١، ص ١٨٧.

الفصل الأول: العناصر التي يتكون منها المتجر

للاسم التجاري. ومثل هذا المنهج ولذا خلطاً بين المفهوم القانوني للعنوان التجاري والمفهوم القانوني للاسم التجاري. ونحاول بإيجاز بيان ماهيتهما في قانون التجارة اليمني في نقطتين مستقلتين على النحو الآتي :

الاسم التجاري :

٢٣٥- يرى الفقه^(١) أن الاسم التجاري من الحقوق المالية الملازمة لتكوين المتجر. ويقصد بالاسم التجاري، الاسم الذي يتخذه التاجر، على واجهة المتجر أو المنشأة لتمييزه عن غيره من المتاجر، وهي عبارة عن تسمية مبتكرة، أو شارة مميزة، وهذه التسمية تسبغ على المتجر صفة ذاتية مميزة له، وتشكل عنصراً من عناصر جذب العملاء، مثل البيت السعيد، معرض الرجل الأنيق، مركز الموضة.

ويختلف الاسم التجاري للشركة التجارية، تبعاً لاختلاف الشكل القانوني لكل منها، فشركات التضامن أو التوصية البسيطة، تتسمى باسم الشركاء المتضامنين أو القابهم، أو باسم أحدهم أو لقبه، مع إضافة عبارة (شريكة أو شركاه). أما شركة المساهمة فالأصل تسميتها باسم مشتق من غرضها، وتتسمى شركة التوصية بالأسهم باسم الشركاء المتضامنين أو القابهم أو باسم أحدهم أو لقبه، مع بيان الشكل القانوني للشركة، ويجوز أن يضاف إلى اسمها تسمية مبتكرة أو مشتقة من غرضها. وللشركة ذات المسؤولية المحدودة أن تتسمى باسم أحد الشركاء أو تتخذ لها اسماً مشتقاً من غرضها، مع إضافة (شركة محدودة المسؤولية).

ويكتسب كل من التاجر الفرد إذا اتخذ له تسمية مميزة والشركة، ملكية الاسم التجاري بأفضلية سبق في الاستعمال والقيّد والتسجيل لدى الجهات المختصة. ومن تاريخ هذا الإجراء، يصبح الاسم التجاري حقاً معنوياً يحميه القانون، (م ٢٥) من قانون الأسماء التجارية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٣ م.

العنوان التجاري :

٢٣٦- أما العنوان التجاري، فعرفته المادة (٥٥ تجاري) بقولها ((بتألف العنوان التجاري من اسم التاجر ولقبه، ويجب أن يختلف في وضوح عن العناوين المقيدة قبلاً...)).

(١) د. محسن شفيق، الوسيط، ج ٢، رقم ٢٠٣٧، د. علي جمال الدين، الوجيز، رقم ٣٧٩، د. علي يونس، السابق، ص ٢٠.

من هذا التعريف يتضح أن العنوان التجاري في قانون التجارة اليميني ينصرف إلى شخص التاجر أو لقبه، بحيث يجب على التاجر الفرد أن يجري معاملاته التجارية بعنوانه التجاري - أي باسمه الشخصي أو باسم الشهرة الذي اتخذته لنفسه - وعلى التاجر أن يكتب العنوان التجاري على واجهة متجره (م ٥٧ تجاري)، مثل الرويشان للسيارات، الخرباش للملابس الجاهزة، الميميني للأدوية.

وبما أن العنوان التجاري ينطوي على الاسم الشخصي للتاجر، فقد منعت المادة (٥٨) تجاري) التصرف بالعنوان التجاري تصرفاً مستقلاً عن المتجر، وفي الوقت ذاته لا يعد التصرف في المتجر بالبيع أو الرهن شاملاً للعنوان التجاري، ما لم يتفق على ذلك صراحة أو ضمناً.

وإذا انتقلت ملكية المتجر إلى مشتر جديد شامل للعنوان التجاري، وجب على المشتري الجديد أن يضيف إلى هذا العنوان ما يفيد انتقال الملكية إليه (م ٥٩). وإذا وافق المالك الأول على استعمال المشتري الجديد للعنوان التجاري دون إضافة ما يفيد انتقال ملكية العنوان إلى الأخير، كان البائع مسؤولاً عن التزامات المشتري التي أبرمت تحت هذا العنوان إذا عجز الأخير عن الوفاء بهذه الالتزامات (م ٥٩).

٢٣٧- الجدير بالذكر أن انتقال ملكية المتجر إلى تاجر آخر شاملاً للعنوان التجاري، يجعل المشتري ملتزماً بالوفاء بالالتزامات التي أبرمها البائع تحت هذا العنوان، ولا يسري في مواجهة الغير أي اتفاق مخالف، ما لم يكن هذا الاتفاق قد قيد في السجل التجاري، أو كان ذو الشأن على علم بانتقال العنوان مع المتجر إلى المشتري الجديد (م ٦٠).

٣- حق تأجير المتجر :

٢٣٨- من الحقوق المعنوية المتصلة بالمتجر حق التأجير، وهذا الاصطلاح - على الأقل في القانون اليميني - يثير الكثير من اللبس. فإذا كان يقصد بحق التأجير استمرار التاجر في متجره المدة المحددة في العقد المبرم بينه وبين مالك العقار، فهذا لا خلاف عليه، والقانون والعرف يقران هذا الحكم.

ولكن الخلاف يظهر فيما لو كان المقصود بحق التأجير - وهو الذي يتبادر من النص - مكنة المستأجر في التنازل لغيره عن المتجر وعن الحقوق المعنوية التابعة له، وذلك دون موافقة مالك العقار. فالمادة (٥٩) من القانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ بشأ، تنظم

الفصل الأول: العناصر التي يتكون منها المتجر

العلاقة بين المؤجر والمستأجر، لم تجز للمستأجر التنازل عن عقد الإجارة للغير إلا بموافقة المؤجر ما لم يكن العقد لمصنع أو متجر فيجوز للمدة الباقية من العقد.

ومن ناحية أخرى فإن الذي جرى عليه العمل في اليمن - خصوصاً مع ارتفاع القيم الإيجارية - رفض بعض مالكي العقارات تجديد العقد للمستأجر الأول نفسه إلا بشروط جديدة وهذا أمر لا خلاف عليه، إلا أنه في بعض الأحوال، ينتهي الأمر إلى مطالبة التاجر صاحب المتجر بالإخلاء، فما بالك لو قام التاجر المستأجر - ولو توافرت في جانبه الضرورة الملحة - لبيع المتجر - بالتنازل عن الإجارة لغيره في ظل معارضة المؤجر، فإن النهاية صلاحاً أو قضاءً غالباً ما تكون لصالح المؤجر^(١).

٢٣٩- ومما تجدر الإشارة إليه، أن المادة (٦١) من القانون سالف الذكر، أجارة في عقود المصانع والمتاجر وما في حكمها، امتداد عقد الإجارة بنفس الشروط، حتى انتهاء مدة الإجارة الأصلية، وهذا فعل حسن من المشرع اليمني. وللتوفيق بين مصالح المؤجر مالك العقار والمستأجر صاحب المتجر، يتوجب - في رأينا - على الأجهزة المختصة احتراماً لأحكام المادتين (٤٢ تجاري و ٧٤٠ مدني) والمادة (٦١) من قانون تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، العمل على تكريس القواعد القانونية والضوابط الشرعية وصولاً إلى حماية مستأجري المحلات التجارية فيما اكتسبوه من حقوق معنوية على متاجرهم، دون عسف بالمؤجرين أو الإضرار بمصالحهم وفق قواعد التراضي ودون عسف بحق المؤجر أو المستأجر، حيث إن النشاط التجاري يحتاج في الغالب إلى جهد ووقت ومال حتى يصبح محلاً تجارياً في حكم القانون، وأحياناً يقتضي الحال قضاء بضع سنين للوصول إلى ذلك المفهوم.

وعلى ذلك، فإذا كان المؤجر - في الأصل - قد أعد العقار للإيجار، فإن ظاهر الحال يشهد أن منفعة العين قد أعدت للبيع، سواء لزيد أم لعمر، وبالتالي فإن المستأجر

(١) يشهد لذلك العديد من الأحكام القضائية المذيلة بالصيغة التقنية بإخلاء العقار، حيث جاء في حكم حديث لمحكمة استئناف أمانة العاصمة بعد استعراضها لواقعة النزاع بين المؤجر والمستأجر قولها ((واستناداً إلى ما سبق حكماً بالآتي:

١- على المدعى عليه المستأجر إخلاء العين المؤجرة مشمولاً بالنفاذ المعجل، كونه قد أبلغ بالإخلاء من قبل المدعي (...)) استئناف أمانة العاصمة، الشعبة المدنية رقم ٢٠٩١ وتاريخ ١١/٩/١٩٩٧م ولم يشر هذا الحكم إلى الحقوق المعنوية التي كسبها المدعى عليه التاجر على المحل التجاري طيلة ثماني عشرة سنة. كما أغفل الحكم القاعدة التي استقرت في الكثير من الدول والتي عرفت بالامتداد القانوني لعقد الإيجار ونفس المعنى نجد في حكم حديث لمحكمة شرق الأمانة بتاريخ ١٠/٩/٢٠٠٠م. الأمر الذي يوضح عدم الاكتراث بالحقوق المعنوية للمتجر، والحقوق المكتسبة للتاجر، ومثل هذا يشكل انتهاكاً واضحاً لأحكام القانون، وانحرافاً غير محمود عن القواعد الأصولية المستقرة.

الأول أولى من غيره في الاستمرار في العين بشروط وأجرة جديديتين، بحسب الاتفاق أو ما يقضي به العرف السائد (م ٧٤٦ مدني). ولذلك فإن إصرار المؤجر - دون سبب وجيه - على إخلاء المستأجر للعين المؤجرة لتأجيرها من الغير، ينطوي على قصد الإضرار بالمستأجر الأول، الأمر الذي يستوجب تعويضه تعويضاً عادلاً وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، ومثل هذا التعويض - في رأينا - يحل محل القيمة المادية للحقوق المعنوية لصاحب المتجر.

ويثار التساؤل تبعاً لذلك في حالة ما إذا باع المستأجر المحل التجاري قبل انتهاء مدة عقد الإجارة، فهل يظل العقد في مدته الباقية نافذاً في مواجهة المشتري الجديد، ولو في ظل معارضة مالك العقار (١)؟.

أجابت على هذا التساؤل المادة (٧٤٠ مدني) وأيضاً المادة (٦١) من قانون تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، بقولها ((... وإذا كان الأمر خاصاً بإيجار مبنى لإنشاء مصنع أو متجر ونحوهما واقتضت الضرورة بأن يبيع المستأجر المصنع أو المتجر استمرت الإجارة بنفس شروط العقد حتى تكتمل مدة الإيجار، وعلى أن لا يلحق المؤجر ضرر وعلى المشتري الالتزام بما ينص عليه عقد الإجارة)).

والحكم المستفاد من النص المذكور، أنه يجوز لمستأجر المحل التجاري أو المشروع الصناعي، عند الضرورة، بيع محله التجاري للغير، وهذا البيع يشمل منفعة العين المؤجرة للمدة الباقية من عقد الإجارة بشروطها السابقة، وذلك إلى حين انتهاء المدة المبينة في العقد، وليس للمؤجر - وفقاً للحكم السالف - إلا الأجرة المحددة في العقد السابق إبرامه مع التاجر البائع، ما لم يلحق المؤجر ضرر من جراء ذلك (٢). إلا أن

(١) وفقاً للرأي الذي يرى أن عقد إيجار العقارات إنما هو في الأصل بيع للمنافع، ووفقاً لهذا التكييف يمكن للمستأجر - باعتباره مالكا للمنفعة - بيع منفعة العين للمدة المتبقية من العقد. راجع في هذا المعنى بدائع الصنائع للكاساني ج ٤، ص ٢١٨، وأخذت بهذا المعنى محكمة جنوب صنعاء في حيثيات حكمها حيث قالت ((... إن محل العقد ليس بيع عين المطعم وإنما المقصود بالبيع هو حق الانتفاع المملوك للمدعى عليه الأول (المستأجر) بموجب عقد الإيجار من المالك للعين (...)) ومع ذلك ذهبت إلى عدم جواز تنازل المستأجر عن العين المؤجرة للغير إلا بأذن المالك. محكمة جنوب صنعاء الابتدائية قضية رقم ٧٣، بتاريخ ١٥/٣/١٩٨٩م وراجع في الآراء التي قبلت في تكييف حق المستأجر التاجر على العين المؤجر د/ فاضل حبشي، الامتداد القانوني لعقود الإيجار، طبعة ١٩٦٢م، ص ٢٥٦ وما بعدها..

(٢) وغالبية التشريعات العربية تأخذ بهذا الاتجاه، راجع د. هشام فرعون، السابق ص ١٥٧، وهذا هو منطوق المادة (٥٦٠ مدني سوري)، وانظر كذلك د. سميرة القليوبي، القانون التجاري الكويتي ص ٢٥٢ وما بعدها وهو منطوق المادة (٥٩٣ مدني مصري)، والمادة (٦٦٨ من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والمادة ١٨٩ تجاري تونسي، والمادة (١/٧٧٥ مدني عراقي).

الفصل الأول: العناصر التي يتكون منها المتجر

المعمول به في الواقع يجري على عكس ذلك. ولنا مع هذا الوضع رؤية مستفيضة في بحث خاص.

إن إضافة المادة (٦١) لعبارة (على أن لا يخلق المؤجر ضرراً) من تصرف المستأجر، عبارة مطاطة قد تفتح الباب واسعاً أمام المؤجرين للمطالبة بإخلاء العين بذريعة الضرر وهذا أمر لم يكن المشرع اليمني -حسب اعتقادنا- موفق فيه.

وبناءً على الحكم المذكور في المادتين المشار إليهما -حسب ما نضل ترجيحه- فلا يجوز للمؤجرين الاعتراض على انتقال منفعة العقارات المؤجرة للقطاع التجاري والصناعي في حالة بيعها لآخر، واستمرار المشتري في العين المؤجرة المدة المتبقية من عقد الإجارة السابق إبرامه مع التاجر البائع، ما لم يصب المؤجر ضرر يلزم رفعه، برفع مقدار الأجرة أو تعديل الشروط أو إنهاء العقد إذا وجدت مبررات سائغة لذلك، أو وجد شرط في العقد يمنع المستأجر من التنازل عن العين المؤجرة للغير^(١).

٢٤٠- الجدير بالذكر أن المؤجر إذا كان يرغب في الاحتفاظ لنفسه أو لأحد أولاده بالعقار، فإن على المستأجر احترام هذه الرغبة وإخلاء العين المؤجرة عند انتهاء مدة الإجارة هذا ما كانت تقضى به الفقرة رقم (٧) من المادة رقم (٧٥٥) وقد ألغيت بموجب التعديل الأخير في المادة رقم (٧٤٩ مدني). ولكن يتعين في هذه الحالة مراعاة التاجر بقدر معقول عن حقوقه المعنوية التي اكتسبها على المتجر خلال المدة الماضية، خصوصاً إذا قرر المؤجر أو أحد أقربائه ممارسة النشاط ذاته الذي كان يمارسه المستأجر، والذي يجب أخذه في الحسبان^(٢). ذلك أن تكوين المتجر بجميع عناصره في الفترة الماضية قد أخذ الكثير من الوقت والجهد والمال، مما يستوجب تعويض المستأجر التاجر عن العناصر المذكورة^(٣). هذا من جهة، ومن جهة ثانية، يمكن القول باعتبار ذلك عوضاً عن الخسارة المحققة التي تلحق التاجر الذي أخلى متجره، والمتمثلة في المدة التي سيقضيها مثل هذا التاجر للبحث عن مكان آخر ليبدأ فيه نشاطاً تجارياً جديداً، مع ما يحتاجه المتجر الجديد من وقت وجهد وأموال، إلى أن يغل فائدة مادية لصاحبه.

- (١) وجاء في المادة ٦٢٦ من مرشد الحيران بأن ((الإجارة المعقودة من المستأجر المالك لمنفعة العين المنتفع بها بلا إذن مالك رقبته تنتهي بانتهاء مدة الإجارة المعقودة بينه وبين المالك)). ويستفاد من هذا النص جواز تنازل المستأجر التاجر عن متجره لصالح تاجر آخر عن المدة الباقية من عقد الإجارة ولو بغير إذن المؤجر.
- (٢) د/ فاضل حبشي، المصدر السابق، ص ٢٦٨..
- (٣) ولا يجوز أن نجعل من الحقوق المعنوية التي اكتسبها التاجر على متاجرهم سبباً مسلطاً على رقاب ملاك العقارات، إنما يجب على الجهات المختصة الموازنة بين حقوق ومصالح أطراف العقد بالقدر الذي يزيل شبح استغلال أحدهما للآخر.

ونجرباً على تسليم القضاء بالشروط الاتفاقية ووقفاً عند حرفية النصوص، أصدرت المحكمة الابتدائية التجارية بصنعاء حكماً بالزام المستأجر بإخلاء العقار حسب رغبة المؤجر الذي قرر استغلال العين بواسطة أحد أولاده، دون أن تلتفت المحكمة إلى الحقوق المعنوية التي اكتسبها المستأجر للعين طيلة تسع سنوات^(١). وهذا ما ذهبت إليه محكمة غرب الأمانة، وكذلك محكمة شرق الأمانة، في الحكمين المشار إليهما في الهامش.

وللخروج من هذا الجدل الذي يفسح المجال للاجتهادات المتعددة والمتناقضة، فإن الأولى العمل على تنظيم علاقة المؤجر بالتاجر المستأجر في قالب قانوني منضبط، وفي ظل غياب هذه القواعد حالياً، فإن النص عليها في الاتفاقات العقدية يصبح أمراً ملحاً حتماً للنزاع في المستقبل^(٢). وفي الآونة الأخيرة صدر القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦ بتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، إلا أنه - حسب رأينا - لم يهتم بعنصر الزمن في عقود الإيجار للنشاط التجاري ولم يراع طبيعتها.

٢٤١- وتنق المسألة نحو ما أقره العرف التجاري من حقوق للتاجر على المتجر، عرف في الوسط التجاري اليمني ((بحق المفتاح أو خلو الرجل))، حيث استقر العرف السائد في اليمن على اختصاص التاجر بهذا الحق، مع الأخذ في الاعتبار ضرورة إرضاء مالك العقار في الوقت نفسه، وذلك حتى يتقبل الوضع القانوني الجديد^(٣).

إلا أن الوضع يكون أكثر تعقيداً في حالة رفض المؤجر استمرار العلاقة الإيجارية مع المشتري الجديد للمتجر حتى انتهاء عقد الإجارة السابق إبرامه مع بائع المتجر. ولنا أن على المؤجر في هذه الحالة الالتزام بحكم المادة (٧٤٠ مدني) والمادة (٦١) من قانون تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر التي قضت بأنه ((...وإذا كان الأمر خاصاً بإيجار مبنى لإنشاء مصنع أو متجر ونحوهما واقتضت الضرورة بأن يبيع المستأجر المصنع أو المتجر استمرت الإجارة بنفس شروط العقد حتى تكتمل مدة الإيجار على أن لا يلحق ضرر بالمؤجر، وعلى المشتري الالتزام بما ينص عليه عقد الإيجار)).

(١) المحكمة الابتدائية التجارية الثانية بصنعاء رقم ١٢/٦١ هـ صادر في ١٩٩٣/٦/٢٧م وأيضاً الحكم رقم ١٢/٢٠ هـ صادر في ١٩٩٣/١٠/١٩م وانتهت فيه إلى ما انتهت في الحكم السابق.

(٢) الجدير بالذكر أن ملاك العقارات يرفضون كل شرط يحفظ للمستأجر للتاجر حقه في التمسك بالعين المؤجرة، الأمر الذي يجعل المستأجرين يذعنون لشروط المؤجرين، مما يقرب عقود إيجار العقارات المعدة للنشطة التجارية من عقود الاذعان.

(٣) ولا يخالفاً أدنى شك في أن اختصاص صاحب المتجر بحق المفتاح، إنما هو بمثابة العوض عن الحقوق المعنوية التي كسبها التاجر على المتجر من تاريخ بداية ممارسته للنشاط التجاري إلى تاريخ البيع. وهذا يعني أن للتاجر حقاً على المتجر يستوجب حمايته عند المساس به.

لعل من الجدير بالإشارة، أن تقييد حق التاجر المستأجر بالتنازل عن المتاجر، بعدم وقوع ضرر على المؤجر، ربما يعطل النص لأن معيار الضرر غير منضبط ومن ثم فإن الواقع العملي يتجه إلى الإقرار والتسليم بحق المؤجر، دون رعاية مصلحة المستأجر. وعلى ذلك فإن بيع المتجر في حالة الضرورة، يوجب على المؤجر الرضوخ لحكم المادتين المذكورتين، وقبول استمرار العقد المدة الباقية مع المشتري الجديد.

وبمفهوم المخالفة للنص سالف الذكر، فإنه في حالة عدم توافر الضرورة، فإن بيع التاجر للمحل التجاري لا يكون صحيحاً إلا بموافقة المؤجر. ومن ثم يثور الخلاف بين المؤجر والمستأجر الجديد، وغالباً ما ينتهي الرأي إلى وجوب التفاهم مع مالك العقار أو الإخلاء. وبما أن هذا الحكم هو المستقر لدى جهات القضاء احتراماً لشروط العقد، فإن علاجنا لهذه المسألة يتمثل في مسارين اثنين:

المسار الأول: ٢٤٢- يتجتم على السلطات القضائية - خصوصاً فيما يتصل بالمحلات التجارية - عدم الوقوف عند حرفية الشروط الاتفاقية المجعفة بحق أحد الطرفين، ذلك أن عقود إيجار المحلات المعدة للنشاط التجاري يكون فيها الزمن عنصراً جوهرياً، مما يقتضي ضرورة مراعاة هذا الأمر، مع ذلك غالباً ما تتم وفقاً لشروط المؤجر باعتباره الطرف الأقوى، وما على المستأجر سوى القبول بتلك الشروط كما هي أو رفضها وإعادة البحث من جديد عن محل آخر بشروط أفضل إن وجد. وشروط المؤجر على ذلك النحو يُقرب عقد إيجار المحلات التجارية من عقود الإذعان، مما يتوجب على القاضي تفسير العقود المتصلة بالمنشآت المذكورة وفقاً لما تقتضيه قواعد حسن النية، ومبادئ العدالة، والموازنة بين مصالح طرفي العقد، مع الأخذ في الاعتبار المصالح المستقبلية المحققة لصاحب المتجر^(١). ذلك أن التاجر يكون قد أمضى في المحل التجاري فترة من الزمن تمكن خلالها من اكتساب ثقة العملاء، ومن ثم فإن مصلحة التاجر هي بالاستمرار في نشاطه التجاري في المتجر ذاته، مما يستوجب مراعاة هذه المصلحة عند إصرار المؤجر على إنهاء العلاقة الإيجارية مع المستأجر، وعدم تجديد العقد لفترات أخرى بشروط جديدة، خصوصاً إذا كان العقار اعد في الأصل للإيجار.

المسار الثاني: ٢٤٣- يتصل بضرورة مواكبة المشرع اليمني للتطورات الاقتصادية والتجارية، وذلك من خلال إعادة النظر في التشريعات المنظمة للعلاقات التعاقدية بين

(١) وفي هذا الصدد قضت المحكمة التجارية الثانية بصنعاء بتخلية التاجر العين المؤجرة نظراً لرفض مالك العقار تجديد العقد، مع إلزام المؤجر بتقديم ضمانات بعدم تأجير العين لمستأجر آخر. رقم ٨٨/١٣ - صادر في ١٩٨٨/٢/٢٨ م.

المؤجرين ومستأجري المحلات التجارية على وجه الخصوص، بما يحقق الوحدة الموضوعية بين نصوص القانون التجاري وقواعد القانون المدني، مما يؤدي إلى استقرار الأوضاع الاقتصادية وثبات المراكز القانونية. وبناء على ذلك صدر القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦م لتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر إلا أنه -في رأينا- جاء متأثراً برعاية مصالح المؤجر، دون اعتداد بعنصر الزمن في عقود المحلات التجارية والصناعية وأنشطة الخدمات المصنفة بالصفة التجارية.

٤. العلامات التجارية :

٢٤٤- عرفت المادة (٣) من القانون رقم (٢٣) لسنة ٢٠١٠ بشأن العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية العلامة التجارية بقولها ((هي كل ما يأخذ شكلاً مميزاً قابلاً للإدراك بالنظر من أسماء أو سمات أو حروف أو أرقام أو إمضاءات أو رسوم أو رموز أو أختام أو صور أو نقوش بارزة أو تكوين مميز من لون أو مجموعة ألوان أو أي مجموعة من هذه العناصر إذا كانت تستعمل أو يراد استعمالها في تمييز سلع أو خدمات منشأة تجارية أو صناعية أو زراعية أو حرفية أو خدمية)). والعلامة التجارية وفقاً للمادة المذكورة، إما أن تكون رسماً أو شكلاً مميزاً أو مجسماً أو رمزاً معبراً أو حرفاً أو رقماً، أو غير ذلك من العلامات الفارقة التي يمكن إدراكها بالنظر من قبل الرجل العادي من أوسط الناس، والتي تتخذ علامة تميز المنتجات والسلع الصناعية عن غيرها من السلع المماثلة أو التي تتشابه معها. وتهدف العلامة التجارية أو الصناعية إلى تمييز المنتجات لجذب جمهور المستهلكين وبالتالي سهولة انتقاء الزبائن لسلعهم المفضلة. وهذه الأهمية جعلتها محلاً للحماية القانونية. ولذلك فلا تعتبر أسماء الأشخاص أو الألفاظ العادية التي اعتاد الناس استعمالها علامات مميزة، تقتضي منع الغير من استعمالها.

ونظراً لأهمية العلامات التجارية في عالم الصناعة والتجارة فإنها صارت من الأموال المعنوية الخاضعة للملك.

وتؤول ملكية العلامات التجارية إلى من استخدمها أولاً وقام بإجراءات التسجيل طبقاً للقانون، بما يكفل حفظ حقوقه عليها (م٧ من القانون سالف الذكر). ومن تاريخ التسجيل، تصبح العلامة التجارية حقاً معنوياً يحميه القانون مدة عشر سنوات، ما لم يجر تجديده لمدة أخرى وهكذا (م٢٢) ^(١).

(١) والمستقر لدى محكمة النقض المصرية أن ((ملكية العلامة التجارية لا تستند إلى مجرد التسجيل فهذا بذاته لا ينشئ حقاً في ملكية العلامة التجارية، إذ أن هذا الحق هو وليد استعمال العلامة ولا يقوم التسجيل إلا قرينة على هذا الحق)) نقض مصري طعن رقم ٤١٣ جلسة ٩/٤/١٩٦٤م، نقض أحمد حسني رقم ٥٠٧.

الفصل الأول: العناصر التي يتكون منها المنتج

وبما أن العلامات التجارية من الحقوق المعنوية للتاجر، فله حرية التصرف بها، سواء بشكل مستقل أم تبعاً للمنتج^(١).

٥- براءات الاختراع :

٢٤٥- عرفت براءة الاختراع في المادة (٢) من القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١١م بشأن براءات الاختراع بأنها ((فكرة يتوصل إليها المخترع وينتج عنها حل مشكلة معينة في مجال التقنية)) ويشترط أن يكون الاختراع جديداً (م/٥) ومنطوياً على خطوة ابتكارية (م/٥ج-).

وبراءات الاختراع تمنح في الأصل لكل شخص قدم للبشرية ابتكاراً جديداً يقبل الاستغلال الاقتصادي (م/٤). وعلى ذلك فلا تمنح البراءة لمن يمتلك فكرة مجردة أو اكتشاف ظاهرة طبيعية لا يمكن الاستفادة منها في الواقع العملي^(٢).

ويقرر للمخترع كافة الحقوق على اختراعه، كما يكون له حق إستغلاله تجارياً، وله كل جديد في نشاطه الإنتاجي إذا كان يرقى إلى مرتبة الجدة والابتكار، وذلك لمدة عشرين سنة (م/١٣) تبدأ من تاريخ تقديم الطلب بقيد البراءة، ويجوز خلالها لصاحبها التصرف بالاختراع أو الترخيص باستغلالها كلياً أو جزئياً. وبانتهاء المدة المذكورة تنتهي الحماية القانونية للبراءة، وتكون من ثم غير قابلة للتجديد، ويجوز استخدامها من الغير بعد ذلك. وهذا الاتجاه هو المستقر لدى محكمة النقض المصرية^(٣).

٦- الترخيص :

٢٤٦- الترخيص، هو الرخصة أو الأذن الممنوح للتاجر من الجهات الرسمية المختصة بمنح التصاريح لمزاولة النشاط التجاري في الجمهورية، وفقاً للشروط الواجب توافرها في الأنشطة الاقتصادية المختلفة. ويعتبر حق الترخيص بإقامة المشروعات التجارية، من العناصر المعنوية اللصيقة بالمنتج والتي تنتقل إلى مشتري المنتج بشكل تلقائي تبعاً لعقد البيع أو الرهن.

٧- الرسوم والنماذج الصناعية :

٢٤٧- الرسوم والنماذج الصناعية، التي تكون محلاً للحماية القانونية، هي تلك الرسوم والنماذج الصناعية التي تستخدم في تجميل أو تحسين شكل المنتجات الصناعية

(١) نقض مصري طعن رقم ١٠١، جلسة ١٩٥٥/٦/٢٣م، السابق، رقم ٥٢١.

(٢) د. محسن شفيق، الوسيط، ج٢، السابق، رقم ٢٣٩.

(٣) نقض مصري طعن رقم ٧٠٨، جلسة ١٩٨٣/٢/٢١م، قضاء النقض لأحمد حسني، رقم ٤٦٦.

والتجارية، أو تعطيتها مظهراً مميزاً عن المنتجات المناظرة لها، سواء كان محلها الشكل الخارجي للمنتج أو التصميم الهندسي الذي سيخرج به المنتج النهائي المعد للاستخدام، أو ترتيب معين للخطوط أو للألوان.

عرفت المادة (٣) من القانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٠ بشأن التصميم الصناعية الرسوم والنماذج الصناعية بقولها: ((التصميم الصناعي هو المظهر الخارجي الزخرفي والجمالي لسلعة ما ويمكن أن يشتمل على خطوط أو ألوان أو شكل مجسم بألوان أو بغير ألوان يمكن استخدامه في الانتاج الصناعي بطريقة آلية أو يدوية بما في ذلك تصميمات النسيج بشرط أن يعطى هذا التركيب أو الشكل مظهراً خاصاً على المنتج الصناعي)).

ومثل هذه الرسوم والنماذج الصناعية تعتبر من العناصر المعنوية للمشروع التجاري أو الصناعي، ومن ثم تكون محلاً لحماية القانون مدة عشر سنوات (م٢٠) من القانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٠م بشأن التصميم الصناعية، وذلك إذا بادر صاحبها بتسجيلها وفقاً لشروط القانون ((م٤،٥)).

وتعتبر الرسوم والنماذج الصناعية من المقومات الهامة للمشروع التجاري، ولذلك فلا يترتب على التصرف بالمتجر نقل ملكية هذه المنقولات المعنوية إلى مشتري المحل التجاري، بل يشترط القانون اليمني لنقل ملكية تلك المنقولات ذكرها كتابة بشكل مستقل عن مكونات المتجر، مع وجوب تسليم رخص استعمالها (م٢٠، ٢٥ من القانون سالف الذكر)، وذلك باعتبارها تشكل كياناً خاصاً ومستقلاً عن المتجر^(١).

٨- شهرة المتجر :

٢٤٨- الشهرة رابطة غير عقدية بين المتجر وجمهور العملاء، تقوم في الأساس على توافر عدة عوامل منها على سبيل المثال، جودة منتجات المتجر وتميزها، وموقعه، ومظهره الخارجي، وأسلوب عرضه للسلع، وطريقة تقديم الخدمات لحساب الغير، كل تلك العوامل مجتمعة تنمي ثقة الجمهور في المتجر وتزيد من شهرته، الأمر الذي ينعكس على زيادة فوائده المادية. وفي ذلك قالت محكمة النقض المصرية ((شهرة المحل التجاري هي مجموعة العناصر التي تعمل مجتمعة على تحقيق أرباح للمنشأة تفوق الأرباح العادية للمنشآت المماثلة وهي بهذه المثابة تشكل جزءاً من أصول المنشأة ...))^(٢). وقالت كذلك

(١) محكمة استئناف القاهرة في ٩/٥/١٩٥١م، موسوعة جمعة رقم ٥٨٨.

(٢) نقض مصري طعن رقم ٣٢ جلسة ١٩٧٥/١/٢٩م، نقض أحمد حسني رقم ٥٤٢.

((شهرة المحل التجاري تتكون من جملة عناصر تعمل مجتمعة على اجتذاب العملاء وتدخل ضمن مقوماته...))^(١).

وعلى ذلك فإن شهرة المتجر من الأصول المعنوية الهامة التي يجري تقييمها بشكل مستقل عند بيع المتجر، والتي قد تزيد قيمتها عن قيم الأصول المادية للمنشأة.

٩- الحقوق الشخصية والديون المتصلة بالمتجر :

٢٤٩- الثابت أن الحقوق والالتزامات الناشئة عن النشاط التجاري، من الحقوق الشخصية للصيقة بالتاجر، ومن ثم تخرج عن مقومات فكرة المتجر. من أمثال ذلك الديون والحقوق التي نشأت خلال الفترة السابقة على انتقال المتجر إلى مشتر جديد. ويرجع الفقه^(٢) سبب ذلك، إلى أن المتجر لا يعتبر ذمة مالية مستقلة استقلالاً تاماً عن مالكه، ولذلك فلا تنتقل الحقوق والالتزامات المتصلة بالمتجر من البائع إلى المشتري، إلا باتفاق صريح طبقاً لقواعد حوالة الحقوق والديون^(٣).

٢٥٠- غير أنه توجد استثناءات وردت على المبدأ السالف، وذلك في بعض القوانين الخاصة، مقتضاها استمرار الآثار القانونية للتصرفات والعقود التي أبرمها بائع المحل التجاري في مواجهة المشتري. منها ما قضت به المادة (٣١) من قانون العمل رقم ٥ لسنة ١٩٩٥م) باستمرار عقود العمل مع المشتري الجديد، وما جاء بالمادة (١٠٩٢ مدني) باستمرار عقود التأمين التي أجراها البائع لصالح المشتري، مع التزام الأخير بدفع أقساط التأمين في المستقبل.

أما الديون المستحقة للدولة، كالضرائب والرسوم فالراجح اعتبار البائع والمشتري مسؤولين بوجه التضامن عن تلك الحقوق والالتزامات قبل الدولة^(٤)، وذلك حتى تستطيع الدولة استيفاء حقوقها من أحدهما في حالة تصفية نشاط الآخر.

(١) نقض مصري طعن رقم ٣١٥ جلسة ١٩٦٣/٥/٢٩م، المصدر السابق نفس المكان.

(٢) د. مصطفى طه، السابق، رقم ٥٤٩، راجع في عكس هذا الرأي عرض الدكتور علي البارودي، القانون التجاري، ١٩٦٩م، رقم ٣٠٦.

(٣) راجع أحكام المادة (٤٠٢ مدني يمني).

(٤) المادة (٥٧) بشأن العقارات والمادة رقم (٨٢) من القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠١٠م بشأن ضرائب الدخل.

الفصل الثاني

التصرفات القانونية التي ترد على المتجر

٢٥١- بينا فيما سبق أن التطور الاقتصادي قد أبرز أهمية المتجر بما يمثله من قيم مالية مادية ومعنوية، أصبحت في الوقت الحاضر محلاً للتصرفات القانونية مستقلة عن المتجر أو تبعاً له. ليس ذلك فحسب بل إن الطبيعة القانونية للمتجر واعتباره الضمان العام للدائنين دفعتنا المشرع التجاري اليمني - على غرار التشريعات الأخرى - إلى تنظيم أحكام بيع المتجر ورهنه على نحو يحفظ حقوق البائع والمشتري والدائنين. لذلك أبرز المشرع اليمني القواعد المنظمة لحق الامتياز المقرر للبائع على المحل التجاري، وحقه في رفع دعوى الفسخ لعدم وفاء المشتري بالثمن، وكذا بيان الشكل القانوني الذي يجب أن يتم فيه بيع المتجر أو رهنه، وما عدا ذلك يخضع للقواعد العامة في القانون المدني في كل ما لم يرد به نص خاص.

ولبيان تلك الأحكام قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين اثنين هما :

المبحث الأول: بيع المتجر

المبحث الثاني: رهن المتجر

المبحث الأول

بيع المتجر^(١)

٢٥٢- يخضع بيع المتجر كغيره من العقود لأحكام القواعد العامة التي تقتضي ضرورة توافر الأركان العامة لانعقاد العقد، وذلك باعتباره من العقود الرضائية، وفوق ذلك اشترط المشرع التجاري شروطاً محددة لنفاذ بيع المحلات التجارية وترتيب الآثار القانونية لبيعها.

وضمنناً لحق البائع في استيفاء ثمن المتجر أو الباقي منه، قرر له المشرع التجاري حق فسخ البيع. ورعاية من المشرع التجاري للثقة والائتمان السائدين في القطاع

(١) يعتبر بيع التاجر للمتجر عملاً تجارياً أصلياً كون هذا التصرف قد صدر من تاجر. أما إذا كان البائع غير تاجر كما إذا تلقى المتجر بطريق الإرث أو الهبة فيعتبر عملاً مدنياً. أما شراء المتجر فيختلف الحكم، فإذا كان الشراء بقصد البيع فيعتبر عملاً تجارياً بنص القانون، أما شراء التاجر للمتجر بقصد استثمار المال وتنميته فيعتبر عملاً تجارياً أيضاً. أما إذا كان مشتري المتجر من غير التاجر ومع ذلك يهدف من الشراء البدء في نشاط تجاري، فالرأي الراجح اعتبار هذا الشراء تجارياً كذلك، لأنه من المقدمات الضرورية لاحتراق النشاط التجاري.

التجاري، وحفظاً لحقوق الغير والدائنين وحماية لهم من التصرفات السرية المتصلة بالمحلات التجارية، استوجب القانون ضرورة قيام البائع بإعلان الدائنين بالرغبة في بيع المتجر أو بفسخ العقد بعد بيعه.

وبناءً على ما سبق، يلزم في هذا الصدد بيان أركان بيع المتجر، وشروط صحته، والآثار المترتبة عليه والضمانات الناشئة عن عقد بيع المتجر. وهذا ما نحاول بيانه في مطالب أربعة على النحو الآتي :

المطلب الأول : أركان بيع المتجر

المطلب الثاني : شروط صحة بيع المتجر

المطلب الثالث : آثار بيع المتجر

المطلب الرابع : الضمانات الناشئة عن عقد بيع المتجر

المطلب الأول

أركان بيع المتجر

٢٥٣- القواعد العامة في العقود التبادلية الملزمة للجانبين، توجب على طرفي العقد ضرورة إدراك حقيقة العقد وآثاره، وفوق ذلك يلزم في بيع المتجر، أن تتوافر فيه الأركان العامة للعقود، لأن المشرع التجاري لم يضع قواعد خاصة لبيع المتجر، لذلك يجب تطبيق الأحكام الواردة في المادة (١٤٨ مدني) والمتمثلة في الرضاء، والعاقدين، والمعقود عليه (محل العقد)، ثم سبب إنشاء العقد، كما ترى التشريعات المقارنة^(١). وليبيان ذلك في نطاق بيع المتجر نعرض لها بشيء من الإيجاز على الوجه التالي:

١- الرضاء :

٢٥٤- يشترط لإبرام عقد بيع المتجر باعتباره عملاً إرادياً، أن تلتقي إرادتا البائع والمشتري بايجاب وقبول صريحين، ويلزم أن تكون الإرادتان متطابقتين تتجهان إلى كافة التفاصيل الرئيسية والجوهرية في عقد بيع المتجر.

والرضاء المعتبر شرعاً وقانوناً، هو الرضاء الصادر عن إرادة حرة سليمة خالية من الغش أو التدليس أو الإكراه، وإلا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، بحسب مقتضى

(١) المادة (١٣٦، ١٣٧) مدني مصري، والمادة (١٣٧، ١٣٨) مدني سوري، والمادة (١٦٥، ١٦٦) مدني أردني، والمادة (٦٢ ، ٦٥) من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

الحال^(١). وينبغي على ما سبق، أن المشتري إذا ما وقع ضحية لوسائل تدليسية من فعل البائع أو الغير ممن له صلة به صوّرت له الواقع على غير حقيقته، كما إذا وقع في غلط جوهري يتصل بالعملاء أو شهرة المحل، أو حق تأجير المتجر أو الشارات المميزة للمنتجات الصناعية التي تخصص المتجر في بيعها أو إنتاجها، كان خطأ موجباً لإبطال العقد لمصلحة المشتري، أما إذا كان التدليس ينحصر في المبالغة بأوصاف قد لا تتوافر بالمتجر بهدف ترغيب المشتري فإن العرف التجاري يجيز ذلك ما لم ترتبط بوسائل احتيالية تخفي حقيقة المبيع عن المشتري وتدفعه إلى السير في إبرام العقد فإن ذلك يجيز للمشتري التمسك بالبطلان^(٢).

٢- العاقدان :

٢٥٥- العاقدان، هما طرفا العقد - البائع والمشتري - ويلزم أن تتوافر فيهما الأهلية الكاملة وفقاً للقانون التجاري، ولما كان بيع المتجر من الأعمال التجارية^(٣)، حيث يجب أن يبلغ كل منهما الثامنة عشرة متمتعاً بقواه العقلية، غير محجور عليه لعته أو سفه. والعاقد الذي يقل عمره عن السن المذكورة يعتبر ناقص الأهلية وبالتالي يحول له القانون حق طلب بطلان العقد.

٣- المحل :

٢٥٦- محل العقد هو (المتجر) ويلزم في المحل ما يأتي :

أ- أن يكون موجوداً عند إبرام العقد، ومن ثم فلا يصح بيع المحلات التجارية قبل وجودها، وذلك لاستحالة تقييم أثمان عناصرها المعنوية قبل نشأتها، وليس هذا فحسب، بل لا يجوز كذلك بيع المتجر أثناء تأسيسه نظراً لعدم اكتسابه لفكرة المتجر في هذه المرحلة.

ب- أن يكون المحل معلوماً للعاقدین علماً نافياً للجهالة، وهذا يقتضي أن يكون الطرفان على معرفة تامة بكافة العناصر المادية والمعنوية التي تقوم عليهما

(١) لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن، راجع د. عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، طبعة ١٩٨٥م، ص ١٧٠ وما بعدها، د. محمد حسين الشامي، نظرية الالتزام في القانون اليمني، مصادر الالتزام، ص ٦٩ وما بعدها.

(٢) د/ محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، ج ٢، الطبعة ١٩٥٥م، رقم ٤٠، ص ٤٣، د. علي يونس، المحل التجاري، دار الفكر، بدون تاريخ، رقم ١٢٢، ص ١٦٤.

(٣) د/ سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، ١٩٧٤م، رقم ٤١٢، ص ٢٨٣.

فكرة المتجر، وتقديرها تقديرًا حقيقياً بواسطة خبراء أو عدول على ذراية كافية باثمان جميع عناصر المتجر.

ج- أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد شرعاً وقانوناً، مقتضى ذلك أن يكون نشاط المتجر من الأنشطة المباح الاتجار فيها، فلا تكون من الأنشطة المحرمة شرعاً وقانوناً، أو مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

د- أن يكون المحل (المتجر) مقدوراً على تسليمه من قبل البائع، فإذا لم يستطع الأخير تسليمه، كما لو كان المتجر واقعاً تحت الحجز التنفيذي أو التحفظي أو مرهوناً، فلا ينعقد العقد، ما لم تزل الأسباب التي تحول دون تمام البيع.

٤. السبب :

٢٥٧- تضيف التشريعات المقارنة، إلى أركان العقد السابقة، ركناً رابعاً، عرف بالسبب. والسبب هو الباعث الدافع الذي حمل المتعاقدين على إبرام العقد. ويشترط في السبب أن يكون مشروعاً وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً. فالسبب الذي دفع المشتري إلى شراء المتجر هو الحصول على الربح وهو مشروع دائماً، أما السبب الذي حمل البائع على البيع فيجب ألا يكون التخلص من المتجر قبل صدور قرار الإزالة، أو سحب الترخيص بمزاولة النشاط التجاري. ذلك أن سبب بيع المتجر في مثل هذه الحالات يتمثل في النجاة من الخسائر المحققة أو المحتملة، وبيع المتجر على هذا النحو يجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، مما يستوجب إعادة المتعاقدين إلى حالهما قبل التعاقد.

المطلب الثاني

شروط صحة بيع المتجر

٢٥٨- اشترطت المادة (٤٤ تجاري) شروطاً محددة لصحة بيع المتجر نبيها بإيجاز

على النحو الآتي :

١. كتابة العقد في محرر رسمي:

٢٥٩- يشترط القانون التجاري اليمني لصحة بيع المتجر وملحقاته، إفراغ عقد البيع في محرر رسمي وذلك بأن يتم توقيعه أمام الموظف المختص، حيث نصت المادة (٤٤) على أنه ((لا يتم بيع المتجر إلا بمحرر رسمي...)) ومقتضى النص المذكور، عدم صحة

الفصل الثاني: التصرفات القانونية التي ترد على المتجر

البيع إذا تم في محرر عرقي ولو كان مصدقاً عليه. ويأتي تشدد المشرع اليمني في هذا الشأن تحرزاً من المشاكل التي تنجم عن البيوع العرفية وليس هذا فحسب بل إن الامتياز المقرر للبائع على المتجر يتوقف على العقد الرسمي، هذا بالإضافة إلى أن الرسمية تعمل على حماية حقوق الدائنين على المتجر المبيع. ولذلك يترتب على عدم تحرير بيع المتجر في الشكل المطلوب، عدم صحة العقد.

٢- بيان أثمان عناصر المتجر كل منها على حدة :

٢٦٠- يتكون المتجر أو المشروع التجاري - كما أشرنا - من عدد من العناصر المادية والمعنوية. وقد جاء العصر الحديث بمفهوم واسع للعناصر المعنوية علي وجه الخصوص، حيث بين أهميتها التي تفوق في بعض المشروعات القيمة الفعلية للعناصر المادية من بضائع ومهمات وغيرها.

لذلك وحرصاً من المشرع التجاري اليمني على التقييم الحقيقي الفعلي لجميع محتويات المتجر وما تتصل به من عناصر، وتجنباً للأضرار التي يمكن أن تلحق أجد العاقدين، شددت المادة (٤٤) على وجوب تحديد ثمن كل عنصر من عناصر المتجر على حدة، ذلك أن البيع الإجمالي للمتجر، من شأنه جعل الغبن أمراً غير مستبعد. ومع ذلك إذا جرى بيع المتجر جملة، وثار النزاع بين الطرفين بشأن ذلك، تولت المحكمة حل النزاع طبقاً لما تراه في تفسير إرادتهما معاً. ويلاحظ في هذا الصدد أن البيع الإجمالي للمتجر، لا يشمل العنوان التجاري، ما لم ينص على ذلك صراحة أو ضمناً (م٥٨).

٢٦١- الجدير بالذكر، أن اشتراط المشرع التجاري اليمني تحديد ثمن كل عنصر في المتجر على حدة لا يتصل بالنظام العام، وإنما يأتي حماية لمصالح طرفي العقد. لذلك إذا وافق الطرفان على التقدير الإجمالي لعناصر المتجر - فالبيع صحيح كما نرى. ويلاحظ في هذا الشأن أن كثيراً من البيوع المتصلة بالمتاجر في اليمن، خصوصاً ما يتصل بالعناصر المعنوية تتم بشكل مجمل، ويرجع السبب في الغالب إلى حداثة نشأة القطاع التجاري في اليمن، وجرمان العرف على ذلك النحو يجعلنا نسلم بصحة ما تراضى عليه العاقدان.

٣- اشتمال البيع على العناصر المعنوية الرئيسية للمتجر :

٢٦٢- تقوم فكرة المتجر - كما بينا - على مجموعة من العناصر المعنوية الهامة، لذلك يشترط لصحة بيع المتجر اشتمال العقد على تلك العناصر الهامة، منها مثلاً عنصر

العملاء والاسم والعلوان التجاري وغيرها، ولذلك فلا يعد بيعاً للمتجر الاقتصار على بيع العناصر المادية دون غيرها، ذلك أن بيع المتجر منجرأ من عناصره المعنوية يفقده الوصف القانوني للمتجر، ومن ثم فلا يعد بيعاً للمحل التجاري^(١).

٤- شهر عقد بيع المتجر :

٢٦٣- يشترط كي يرتب بيع المتجر آثاره القانونية في مواجهة الغير قيده في السجل التجاري، وفقاً للإجراءات المحددة قانوناً، غير أنه لا يؤدي تخلف الإجراء المذكور إلى بطلان العقد بين طرفيه، ولكنه يمنع العاقدين من الاحتجاج بمثل هذا البيع في مواجهة الغير أو كل من له حق قبل المتجر (م ٤٥)، فيعتبر التصرف بالمتجر بالنسبة للغير كأن لم يكن.

٥- استكمال الإجراءات القانونية لانتقال ملكية بعض العناصر المعنوية:

٢٦٤- عقد البيع من عقود المعاوضات الملزمة للجانبين، للمشتري بدفع الثمن (م ٥٥١ مدني) وللبيع بنقل الملكية وضمان العيوب الخفية وضمان عدم التعرض الصادر منه أو من الغير^(٢). والتزام البائع بنقل ملكية المبيع يختلف باختلاف الطبيعة القانونية للحق المبيع.

فالملكية في المنقولات المادية تتحقق بالحيازة وسيطرة المشتري عليها، أما انتقال الملكية في بعض المنقولات المعنوية التي اشتمل عليها المتجر محل البيع، فيلزم لتتمام نقل ملكيتها والاحتجاج بها سواء في مواجهة طرفي العقد، أو في مواجهة الغير، ضرورة قيد التصرف الوارد عليها في السجل المعد لذلك، واشهار وثيقة البيع بالوسائل المناسبة بمقتضى القوانين واللوائح السارية^(٣). وبمفهوم المخالفة للنص المذكور يترتب على عدم تسجيل وشهر بيع الحقوق المعنوية المتصلة بالمتجر محل البيع، عدم نفاذ التصرف في مواجهة الكافة^(٤).

(١) نقض مصري طعن رقم ٢٨٤ جلسة ٢٠/٣/١٩٨١م، المستحدث في النقض التجاري، لمعوض عبدالنواب، ص ٤٧٢.

(٢) المواد (٥٢٧، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨ مدني).

(٣) مادة (١٥) في القانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٣م بشأن الأسماء التجارية والمادة (١٠٠) من القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٤م بشأن الحق الفكري الملغى.

(٤) في هذا الشأن تنص المادة (٥٣٥ مدني) على أنه ((إذا كان نقل ملكية المبيع إلى المشتري يتوقف على تنظيم كتسجيل العقد، فإن البائع يكون ملزماً بالقيام بما يقتضيه ذلك حتى يتم نقل الملكية إلى المشتري)).

المطلب الثالث

أشار بيع المتجر

٢٦٥- بيع المتجر من العقود الملزمة للجانبين، ولذلك يترتب على تمام بيع المحلات التجارية على النحو الذي تطلبه القانون مجموعة من الالتزامات بجانب كل من البائع والمشتري نوجزها على الوجه التالي :

أولاً : التزامات البائع :

٢٦٦- يلتزم التاجر البائع وفقاً للقواعد العامة بكل ما من شأنه نقل ملكية المتجر بجميع عناصره إلى المشتري، وضمان حيازته له حيازة هادئة. ويلتزم البائع كذلك بعدم منافسة المشتري في نشاط المتجر محل البيع، ولذلك فلا يجوز له افتتاح متجر جديد لممارسة ذات النشاط بالقرب من المتجر الأول. وتبعاً لذلك يلتزم البائع بعدم إفشاء أسرار تتصل بالمتجر المبيع، أو نقل بعض المعارف الفنية التي تدخل في تكوينه إلى المشروعات المماثلة، وأي إخلال بذلك المبدأ يعرض البائع للمسئولية الموجبة للتعويض.

وبما أن بيع المتجر يخضع لأحكام القانون المدني، فيلتزم البائع بموجب ذلك بعدم التعرض للمشتري وضمان التعرض الصادر من الغير، وضمان الاستحقاق المقرر للغير على المتجر أو على أحد عناصره الهامة، وفوق ذلك بضمن البائع العيوب الخفية في المتجر المبيع أو في ملحقاته^(١).

ثانياً : التزامات المشتري :

٢٦٧- إضافة إلى التزام المشتري باستلام المتجر في الموعد المحدد في العقد، يلتزم بالوفاء بالثمن المتفق عليه في المكان والموعود الموضحين في وثيقة البيع، كما يلتزم المشتري بدفع مصاريف عقد البيع وغيرها من الرسوم المقررة لتمام ذلك. وفي حالة تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن بحسب الاتفاق، فإنه يخول للبائع الحق في طلب فسخ البيع واسترداد المتجر (م ٤٦ تجاري)، وعلاوة على ذلك يتحمل المشتري كافة النتائج القانونية المترتبة على عدم قيامه بالإجراءات الواجبة عليه.

وإذا كان بيع المتجر بجميع عناصره بثمن مؤجل أو على شكل أقساط، فإنه عند اختلاف البائع والمشتري بشأن دفع الباقي، يقتضي القول بأن ما سبق للمشتري دفعه

(١) راجع المولد (٥٣٥ إلى ٥٥٨) مدني يمني.

يخصص لاثمان العناصر المادية، وهذه قاعدة تتصل بالنظام العام، لذلك فإن ما دفع من الثمن أو ما دفع على شكل أقساط متتالية، يخصم منها أولاً قيمة البضائع، ثم قيمة الأثاث والمعدات والمهمات، وما تبقى بعد ذلك يكون ثمناً للعناصر المعنوية. ومثل هذا الترتيب واجب الاتباع ولو اتفق الطرفان على غير ذلك (م ٤٤ تجاري). والمشرع بهذا الحكم إنما يهدف إلى تحقيق مصلحة البائع والمشتري والغير من دائنيهما.

وتتحقق مصلحة البائع في اتباع التدرج الوارد في المادة (٤٤)، بغية حماية حقوقه خصوصاً في حالة انتقال البضائع والمهمات إلى حيازة الغير حسن النية، وبالتالي يصبح امتياز البائع عليها معطلاً تطبيقاً للقاعدة القانونية الحيازة في المنقول سند الملكية^(١). ومن ناحية أخرى، تتحقق مصلحة البائع في القاعدة المذكورة متى تخلص من شبح انتهاء صلاحية البضائع للاستعمال، الأمر الذي يعرض حقوقه للخطر.

وتتحقق مصلحة المشتري في تطبيق التدرج المذكور، في إنهاء امتياز البائع على العناصر المادية للمتجر، وهي العناصر الهامة التي يعول عليها الغير في التعامل مع المشتري^(٢)، وبالتالي يستقر المركز المالي للمشتري ويقوى ائتمانه قبل الغير.

أما مصلحة الغير من دائني البائع والمشتري في تطبيق الحكم السالف، فتتمثل في التحديد الدقيق للعناصر المالية الخاصة بكل منهما، واستقرارها في الذمة المالية لكليهما، مما ييسر لدائنيهما إمكانية الحجز عليها واستيفاء حقوقهم منها.

المطلب الرابع

الضمانات الناشئة عن عقد بيع المتجر

٢٦٨- تحسباً من المشرع لما يأتي به المستقبل من مفاجآت وأخطار تعرض مصالح بائع المتجر للخطر، قرر له القانون من الضمانات ما يكفل له الحصول على حقوقه قبل المشتري، وبما أن شراح القانون قد استقر رأيهم على اعتبار المتجر منقولاً معنوياً، فللبائع في سبيل تحصيل ثمن المتجر ذات الضمانات التي يقررها القانون المدني لبائع المنقول، فله حق حبس المتجر المبيع - إذا كان لا يزال تحت يده - حتى يستوفي الثمن. كما قررت له المادة (٤٥ تجاري) امتيازاً على المتجر لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد، يستطيع بموجبه استيفاء حقوقه قبل المشتري بالأولوية على دائني الأخير، كما رتب القانون للبائع حق فسخ عقد بيع المتجر إذا لم يف المشتري بالثمن في الموعد المحدد.

(١) د. علي جمال الدين، الوجيز، مصدر سابق، رقم ٢٢٦، د. ثروت عبدالرحيم، مصدر سابق رقم ٣٥٤.

(٢) د. سميرة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، مصدر سابق رقم ٤٣٥.

الفصل الثاني: التصرفات القانونية التي تزد على المتجر

غير أن استعمال البائع للضمانات المذكورة مرهون بضرورة توافر إجراءات شكلية وأخرى موضوعية تكفل حفظ حقوقه قبل المشتري.

ولإيضاح الأحكام الخاصة بالضمانات التي قررها القانون التجاري لبائع المتجر وشروط التمسك بها وأثر إفلاس المشتري على الضمانات المقررة للبائع، قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو الآتي :

الفرع الأول : امتياز البائع على المتجر

الفرع الثاني : دعوى الفسخ المقررة لبائع المتجر

الفرع الثالث : أثر إفلاس مشتري المتجر على ضمانات البائع

الفرع الأول

امتياز البائع على المتجر

٢٦٩- يقصد بحق الامتياز، أولوية يقدرها القانون لصالح شخص على حق معين من أموال المدين أو على جميع أمواله، بموجبه يمكنه الحصول على حقوقه بالأولوية على غيره من الدائنين، ويستطيع من قرر له الامتياز التنفيذ على العين المقرر عليها الامتياز، كما يكون له الحق في تتبع العين المقرر عليها الامتياز في أي يد، ما لم تكن العين منقولة مادياً أو معنوياً وحازها الغير بحسن نية.

ولإيضاح ذلك قسمنا هذا الفرع إلى نقطتين : الأولى حق الامتياز، الثانية: حق التتبع:

أولاً : حق الامتياز :

٢٧٠- قرر قانون التجارة اليمني في المادة (٤٥) امتيازاً للبائع على المتجر المبيع، بمقتضاه يمكنه استيفاء دينه من ثمن المتجر بالأولوية على غيره من دائني المشتري، إذا ما بيع المتجر قبل الوفاء بكامل الثمن. إلا أن المشرع التجاري قيد حق بائع المتجر في استخدام الامتياز المقرر له بتوافر شروط ثلاثة:

١- أن يكون عقد بيع المتجر ثابتاً بمحرر رسمي، ولذلك يفقد بائع المتجر امتيازاه على المبيع إذا تم البيع بعقد عرفي.

٢- أن يشهر عقد بيع المتجر بقيده في السجل التجاري المعد لذلك في مكتب وزارة التموين والتجارة في المحافظة التي يقع بدائرتها المتجر المبيع. ويكفل هذا

الإجراء حفظ امتياز البائع لمدة خمس سنوات تبدأ من تاريخ الشهر والتسجيل ويجب تجديد هذا القيد قبيل انتهاء المدة السابقة وذلك لتجديد الامتياز لمدة أخرى وإلا اعتبر القيد ملغياً بقوة القانون (م ٤٥).

ولم يحدد قانون التجارة المدة الزمنية التي يجب خلالها على بائع المتجر القيام بالقيد المذكور، وفي الوقت نفسه فلا يجوز ترك زمن هذا القيد دون تحديد. غير أن قانون السجل التجاري رقم ٣١ لسنة ١٩٧٧م وفي المادة (٤) أوجب على التجار إخطار مكتب السجل التجاري بكل ما يطرأ على نشاطهم من إضافة أو إلغاء أو تغيير خلال ستين يوماً. ومن هذا العموم نرى أن على بائع المتجر القيام بإشهار قيد بيع المتجر خلال ستين يوماً من تاريخ البيع، وإلا كان القيد باطلاً^(١).

٣- تجزئة ثمن العقار المبيع وفقاً لأحكام القانون : أوجب قانون التجارة بنص أمر في المادة (٤٤) بتقسيم ثمن المتجر المبيع إلى أجزاء ثلاثة، بحيث يشمل العقد على تفريد لثمن البضائع، وثن المهمات الموجودة في المتجر، وثن الأصول المعنوية الداخلة في تكوينه. وغاية المشرع من هذا التقسيم هو تجزئة امتياز بائع المتجر إلى ثلاثة أجزاء، أحدهما يقرر على البضائع، وثانيهما على مهمات المتجر وأدواته، وثالثهما على المقومات المعنوية. وتبعاً لذلك فلا يضمن كل عنصر إلا الثمن المحدد له فلا يمتد إلى ثمن غيره من العناصر^(٢). لذلك قررت المادة (٤٤) بأنه ((...إذا لم يتم معجلاً دفع ثمن المتجر بجميع عناصره المذكورة، فإن ما يدفع منه يخصم منه أولاً ثمن البضائع ثم ثمن المهمات ثم ثمن العناصر غير المادية ولو اتفق على خلاف ذلك)).

وبالتالي فإن مدفوعات المشتري المتتالية ينقضي بها امتياز البائع بالتدريج بدءاً بامتياز البضائع ثم امتياز المهمات وأخيراً امتياز العناصر المعنوية، وكل عنصر زال عنه امتياز البائع فلا يجوز له التنفيذ عليه إلا باعتباره دائناً عادياً يزاحمه عليه غيره من دائني المشتري.

(١) وترى بعض القوانين أن المدة الواجب فيها على البائع شهر بيع المتجر هي ١٥ يوماً من تاريخ العقد وإلا كان القيد باطلاً (م ٢ من قانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠م الخاص ببيع ورهن المحل التجاري في مصر).

(٢) د. علي جمال الدين، الوجيز، ج ١، رقم ٢٣٢، د. سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، مصدر سابق، رقم ٤٣٩.

الفصل الثاني: التصرفات القانونية التي ترد على المتجر

وتقسيم محتويات المتجر المبيع على النحو السالف، واجب بنص القانون، ويترتب على عدم اتباعه فقدان البائع لذلك الامتياز^(١)، إلا أن بعض الشراح يرون مع ذلك صحة امتياز البائع، ويقتصر الامتياز على المقومات المادية دون المعنوية، وهذا ما نرى ترجيحه والعمل به.

الجدير بالذكر، أن تجزئة امتياز بائع المتجر يعتبر خروجاً على القواعد العامة في القانون المدني التي تقرر أن كل المبيع ضامن لجميع الثمن، وكل جزء من الثمن مضمون بالمبيع كله.

وحكمة المشرع التجاري في تلك التجزئة هي سرعة تخلص البضائع من امتياز البائع باعتبارها منقولات يتم تداولها في سرعة فائقة، الأمر الذي يمكن المشتري من الوفاء بالتزاماته التجارية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن البضائع والمهمات عناصر ظاهرة يعتمد عليها دائنو المشتري مما يزيد ائتمانه التجاري^(٢).

٤- أن يكون ثمن المتجر المبيع معجلاً : يشترط كذلك لتقرير حق الامتياز لبائع المتجر، أن يكون الثمن معجلاً يجب الوفاء به فوراً، أما إذا كان الثمن مؤجلاً ومرتباً بزمان محدد أو يشترط الوفاء به عند الميسرة^(٣)، فيجب على البائع احترام هذا الأجل وتعطل حقه في الامتياز على المتجر المبيع نظراً لوجود الأجل في العقد^(٤). وينسحب هذا الحكم كذلك على بائع المتجر بأقساط مؤجلة. ويقرر القانون المدني في هذه الحالة سقوط الأجل في باقي ثمن الأقساط إذا لم يف المشتري بالقسط في ميعاده المحدد مع قدرته على ذلك (م ٥١٦ مدني)، ويكون طبيعياً في هذه الحالة أخذاً بمفهوم المخالفة للمادة المذكورة عودة حق الامتياز المقرر للبائع على المتجر المبيع ليتمكن من استيفاء باقي الأقساط، وإلا كان القول بسقوط الأجل عن الباقي من الأقساط لغوا والمشرع منزه عن اللغو.

(١) د.أكرم الخولي، الأموال التجارية، مصدر سابق، هامش ص ٤٢٠، ود.محمد صالح، ج ٢، رقم ٣١٧، أشار إليه د.أكرم الخولي المصدر والمكان السابقين.

(٢) د.علي جمال الدين، الوجيز، ج ١، مصدر سابق، رقم ٢٣٠.

(٣) وإذا كان الأجل غير محدد في المعاملات التجارية التي يجريها البعض، فإن العرف هو الذي يتولى تحديدها. حيث نصت المادة (٥١٢ مدني) بقولها ((بصرف الأجل في عروض التجارة إلى الحد المتعارف عليه إذا كان الثمن مؤجلاً ولم يسم الأجل)).

(٤) راجع أثر الأجل في العقود، د.عبدالناصر العطار، نظرية الأجل في الالتزام، مطبعة السعادة بمصر، ١٩٧٨م، ص ٢٤٠ وما بعدها.

ثانياً : حق التتبع :

٢٧١- من الحقوق الهامة التي يربتها حق الامتياز لبائع المتجر، حق تتبع المتجر في يد الغير، في حالة التصرف فيه من قبل المشتري قبل سداد كامل الثمن، والتفويض عليه لاستيفاء حقه من ثمنه. وفي هذه الحالة لا يستطيع الحائز الجديد للمتجر ولو كان حسن النية التمسك بحيازته طبقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، كون هذه القاعدة خاصة بالمنقولات المادية، والمتجر - كما استقر رأي الشراح - من المنقولات المعنوية التي لا تخضع للقاعدة المذكورة.

ولما كان القانون قد أوجب تجزئة امتياز البائع على عناصر المتجر إلى ثلاثة أجزاء، فإن حيازة المشتري الجديد حسن النية للبضائع أو المهمات مستقلة عن العناصر المعنوية يخوله الاحتجاج في مواجهة البائع بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية احتكاماً إلى قواعد القانون.

الفرع الثاني

دعوى الفسخ المقررة لبائع المتجر

٢٧٢- من الضمانات التي قررها القانون التجاري لبائع المتجر إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن في الميعاد المتفق عليه، أن يطلب فسخ البيع واسترداد المتجر، حتى لو كان المشتري قد تصرف بالمتجر إلى شخص آخر حسن النية، فإن هذا الأخير لا يملك التمسك في مواجهة بائع المتجر بالقاعدة العامة الحيازة في المنقول سند الملكية .

وحماية للغير من المفاجآت التي قد يتعرض لها من المالك الأول للمتجر، نصت المادة (٤٦ تجاري) بأنه ((على البائع الذي ينوي أن يرفع دعوى لفسخ بيع المتجر أن يعلن الدائنين الذين لهم قيود على المتجر في محالهم المختارة المبينة في قيودهم. وإذا اشترط البائع عند البيع أنه يصبح مفسوخاً بحكم القانون إذا لم يدفع الثمن في الأجل المسمى أو إذا تراضى البائع والمشتري على فسخ البيع وجب على البائع إخطار الدائنين المقيدين في محالهم المختارة بالفسخ أو بحصول الاتفاق عليه)).

فهذا النص قد وضع حكماً مقتضاه التزام بائع المتجر إذا ما قرر رفع دعوى فسخ بيع المتجر بإعلان الدائنين الذين لهم قيود على المتجر المبيع، ويكون هذا الالتزام واجب الاتباع حتى في حالة فسخ بيع المتجر بالتراضي بين البائع والمشتري.

وتجدر الإشارة إلى أن حق بائع المتجر في رفع دعوى فسخ بيع المتجر مرهون باتباع الإجراءات التي قررتها المادة (٤٥) وهي شهر عقد بيع المتجر في السجل التجاري، وتجديده. وهذا الإجراء يمثل ضماناً هامة لصالح الغير الذي آل إليه المتجر.

الفرع الثالث

أثر إفلاس مشتري المتجر على ضمانات البائع

٢٧٣- تقوم فلسفة القانون التجاري في الأصل على تشجيع الائتمان وتقوية الثقة المتبادلة بين أفراد البيئة التجارية، وذلك للمحافظة على انسياب السلع والبضائع وتدفعها من يد إلى أخرى ومن مكان إلى آخر ببالغ السرعة ودون إبطاء. يأتي ذلك متسقاً وطبيعياً للمعاملات التجارية التي تجري في الغالب بالأجل، الأمر الذي استوجب وضع قواعد قانونية أمرة لحماية الائتمان التجاري، منها ما قرره المادة (٤٤ تجاري). لبائع المتجر من حق الامتياز على المتجر المبيع بجميع عناصره المادية والمعنوية، لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد، الأمر الذي يمكن البائع من التنفيذ على المبيع وتتبعه بل وفسخ العقد إذا أخل المشتري بالتزاماته. كذلك ما قرره المادة (٩٦ الخاصة بالبيوع التجارية) بجواز حبس البائع للمنفولات المباعة في حالة إضعاف المشتري للتأمينات المقررة للبائع أو عدم تقديمها أو صدور حكم بإفلاسه.

غير أن المشرع التجاري اليمني أورد حكماً في المادة (٦٣٥ تجاري) مناقضاً في منطوقه لمضمون المادتين (٤٤، ٩٦)، حيث نصت المادة (٦٣٥) على أنه ((إذا أفلس المشتري قبل دفع الثمن وبعد دخول البضائع مخازنه أو مخازن وكيله المأمور ببيعها، لم يجز للبائع أن يطلب فسخ البيع أو استرداد البضائع، كما يسقط حقه في الامتياز. وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع والاحتفاظ بامتيازها عليها لا يحتج به على جماعة الدائنين)).

ويثار التساؤل في ظل هذا النص عن الحل الأنسب لمصير امتياز بائع المتجر وما يتفق والنهج المنطقي للمشرع اليمني؟

٢٧٤- الملاحظ أن العمل بمفهوم المادة (٦٣٥) يؤدي إلى تعطيل الحقوق التي وردت في المادتين (٤٤، ٩٦) ويمنع الاستفادة من شرط شهر بيع المتجر وفقده في السجل التجاري، لكي يفترض علم الغير من دائني المشتري بحقوق امتياز البائع، وبالتالي فلا ضرر يصيبهم من امتياز البائع عملاً بأحكام المادة (٤٤). بل إن العمل بتقرير حق الامتياز لبائع المتجر هو الذي يتفق وفلسفة المشرع التجاري نحو تشجيع التصرفات الآجلة في بيع المتاجر خصوصاً والبيوع التجارية عموماً.

المبحث الثاني

رهن المتجر

٢٧٥- ذكرنا أن المتجر منقول معنوي وبالتالي يخضع للتصرفات القانونية ومنها الرهن. والأصل وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني حيازة الدائن المرتهن للمال المرهون^(١). وأضاف المادة (٢١٦ تجاري يمني) بأن ((الرهن لا يكون نافذاً في حق الغير إلا إذا انتقلت حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه التعاقدان...)). غير أن رهن المتجر وفقاً لأحكام قانون التجارة خرج على تلك القواعد العامة لمقتضيات خاصة بالمعاملات التجارية وتوفير الائتمان اللازم لها، وأجاز استثناء رهن المتجر مع احتفاظ المدين الراهن بالمتجر. جاء ذلك في المادة (٥١) بقولها ((الراهن مسئول عن حفظ المتجر المرهون في حالة جيدة)). ويأتي هذا الحكم لتمكين صاحب المتجر من الحصول على القروض التي يحتاج إليها بضمان المتجر مع استمراره في إدارة نشاطه التجاري حتى يتمكن بواسطته من الوفاء بقيمة القرض^(٢)، ويسأل المدين الراهن وفقاً لنص المادة (٥١) عن تصرفاته التي تضر بالدائن المرتهن قد نظم المشرع التجاري اليمني رهن المتجر في المواد (٤٨-٥١) إضافة إلى الأحكام المشتركة بين بيع المتجر ورهنه في المواد (٥٢-٥٤). ويثار التساؤل في هذا الصدد عن كيفية انشاء رهن المتجر وما هي العناصر التي يقع عليها الرهن وما هي آثاره وكيف ينتهي رهن المتجر. وهذا ما نحاول عرضه بايجاز في أربعة مطالب على النحو الآتي :

المطلب الأول : الشروط اللازمة لانشاء عقد رهن المتجر.

المطلب الثاني : العناصر التي يقع عليها رهن المتجر.

المطلب الثالث : آثار رهن المتجر.

المطلب الرابع : انتهاء رهن المتجر.

(١) حيث اشارة المادة (٩٩٥ مدني) بقولها ((يتم القبض بالتسليم ويكون في المنقول بنقله إلى يد المرتهن وفي غيره بالتخلية بينه وبين المرتهن وتمكين المرتهن منه)).

(٢) وواقع الحال الذي كان سائداً في السوق المصرفية اليمنية يشهد لذلك، غير أن المختصين في المصارف اليمنية يذهبون إلى محاصرة هذا النظام وحصر نطاقه بل والقضاء عليه كلية نظراً للعديد من المشاكل التي أثارها رهن المحلات التجارية ضماناً للقروض المقدمة لهم.

المطلب الأول

الشروط اللازمة لإنشاء عقد رهن المتجر

٢٧٦- يخضع عقد رهن المتجر كغيره من العقود للقواعد العامة في القانون المدني، فيما يتصل بضرورة توافر الشروط الموضوعية العامة، من رضا صحيح لطرفي العقد ومحل ممكن ومحقق الوجود وقابل لحكم العقد شرعاً وقانوناً، ومعلوم للعاقدين علماً نافعاً للجهالة، وسبب مشروع، وأهلية تامة. كما سبق عرضه في بيع المتجر^(١).

ولما كان عقد رهن المتجر يقتضي بقاء المتجر في يد المدين الراهن، فكان لإزاماً على المشرع اليمني إحاطته بالكثير من الشروط الشكلية اللازمة لصحة الرهن، القصد منها علانية شهر رهن المتجر لإعلام الغير بما جرى على المتجر من تصرف.

وتتمثل هذه الشروط الشكلية بما يأتي:

١- كتابة العقد في محرر رسمي :

٢٧٧- اشترط القانون لصحة انعقاد رهن المتجر ضرورة تحرير العقد بوثيقة رسمية يجري التوقيع عليها أمام الموظف المختص، حيث نصت المادة (٤٩ تجاري) بأنه ((لا يتم الرهن إلا بمحرر رسمي...)). وبمفهوم المخالفة للنص المذكور عدم صحة الرهن إذا حرر في وثيقة عرفية. ويأتي هذا القيد ليشكل إحدى الضمانات المقررة لدائني المدين الراهن.

٢- الإعلان عن الحقوق العينية المقررة على الشيء المرهون :

٢٧٨- أوضحت المادة (٤٩) بنص أمر وجوب إفصاح المدين الراهن عما إذا كان عقد الرهن قد قرر امتيازاً للبائع على المتجر المرهون، أم لم يقرر له هذا الحق، وكذلك بيان أي حقوق عينية على الشيء المرهون. والحكمة الظاهرة من هذا القيد تتمثل في إعلام الدائنين بالحقوق العينية الواردة على المتجر والتي قررها المشرع التجاري لصالح البائع مثل الحق في الامتياز ودعوى الفسخ.

٣- بيان اسم شركة التأمين المؤمن لديها على المتجر المرهون :

٢٧٩- ذكرت المادة (٤٩) ضرورة اشتغال عقد الرهن على اسم شركة التأمين التي أمنت المتجر ضد الحريق، وهذا يأتي لرعاية حقوق الدائن على المحل المرهون أو على مبالغ التأمين المقررة لصالح المتجر المؤمن عليه.

(١) راجع بند رقم ٢٤٢ وما بعدهما.

٤. شهر عقد رهن المتجر :

٢٨٠- اشترط المشرع التجاري اليمني لصحة الرهن وجوب شهر رهن المتجر، وذلك بقيده في السجل المخصص لذلك في مكاتب وزارة التموين والتجارة. وتظهر فائدة هذا الإجراء في حفظ الامتياز المقرر على المتجر لمدة خمس سنوات تبدأ من تاريخ القيد (م ٥٠). ويعتبر القيد المذكور ملغياً إذا لم يجدد خلال مدة الخمس السنوات. ويجوز شطب القيد باتفاق الراهن والمرتهن رضاء أو بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به (م ٥٠). وتجدر الإشارة إلى أن المشرع اليمني لم يحدد المدة الواجب خلالها شهر رهن المتجر، الأمر الذي يفسح المجال للاجتهاد القضائي، لتقدير تلك المدة.

المطلب الثاني

العناصر التي يقع عليها رهن المتجر

٢٨١- الأصل وفقاً لمقتضيات العمل أن يأتي عقد رهن المتجر مشتملاً على تحديد جميع العناصر التي تقع محلاً للرهن. ويثار التساؤل في هذا الصدد عن العناصر التي يشملها عقد الرهن في حالة خلو الاتفاق من ذلك التحديد ؟.

أجابت على ذلك المادة (٤٨) بقولها ((يجوز رهن المتجر فإذا لم يعين على وجه الدقة ما يتأوله الرهن، لم يقع إلا على العنوان التجاري والحق في الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية)).

ويأتي هذا النص لردم شقة الخلاف بين طرفي الرهن في حالة عدم تحديد عناصر الرهن، حيث وضع قاعدة أمره مفادها انصراف نية المتعاقدين إلى رهن مقومات المتجر المعنوية وهي العنوان التجاري والحق في الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية. واستبعد النص المذكور العناصر المادية للمتجر وحقوق الملكية الصناعية والأدبية وذلك توفيراً للمزيد من الائتمان لصالح دائني المتجر المرهون^(١)، إضافة إلى أن العناصر المادية تمثل الضمان العام للدائنين العاديين^(٢). ذلك أن العناصر المعنوية للمتجر هي الأساس والمعول عليها في عالم التجارة.

وفي المقابل لطرفي العقد الاتفاق على تحديد العناصر سواء المادية أو المعنوية التي يقع عليها الرهن أو البعض منها، باستثناء العنوان التجاري والعلامات التجارية حيث منعت المادة (٥٨ تجاري) التصرف برهن العنوان التجاري رهنًا مستقلاً عن المتجر، كما

(١) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، رقم ٤٦١.

(٢) د. علي يونس، المحل التجاري، مصدر سابق، ص ٢٩٧، د. ثروت عبدالرحيم، مصدر سابق، رقم ٣٦٤.

الفصل الثاني: التصرفات القانونية التي ترد على المتجر

أخذت بنفس الحكم المادة (١٠٠ من قانون الحق الفكري) ومنعت جواز التصرف بالعلامة التجارية بشكل مستقل عن المشروع التجاري الذي تميز منتجاته أو خدماته.

المطلب الثالث

آثار رهن المتجر

٢٨٢- يولد عقد الرهن آثاراً بالنسبة للمدين الراهن والدائن والمرتهن، وقد سعى المشرع التجاري اليمني إلى إقامة نوع من التوازن بين مصالح طرفي العقد - خصوصاً لعدم انتقال المتجر إلى حيازة الدائن المرتهن - فابقى للأول حق العليانة ليستمر في نشاطه التجاري، وقرر للدائن حق التنفيذ على المتجر المرهون إذا تعثر المدين الراهن عن الوفاء بالقرض.

ونتناول فيما يأتي آثار الرهن بالنسبة للمدين الراهن، وبالنسبة للدائن المرتهن في نقطتين متتاليتين :

أولاً : آثار رهن المتجر بالنسبة للمدين الراهن :

٢٨٣- قرر المشرع التجاري - خلافاً للقواعد العامة - احتفاظ المدين الراهن بالمتجر المرهون وذلك حتى يتمكن من مواصلة نشاطه التجاري وسداد ديونه وتحرير المتجر من الحقوق المقررة للدائن على المتجر المرهون.

ونظراً لعدم انتقال المتجر إلى حيازة الدائن المرتهن، فقد أوجبت المادة (٥١ تجاري) على المدين الراهن المحافظة على المتجر المرهون واتخاذ جميع الإجراءات القانونية اللازمة للمحافظة على المتجر بجميع عناصره المادية والمعنوية، مثل الوفاء بالايجار وتجديد القيد والتسجيل للمتجر ولجميع الحقوق المعنوية المتصلة به.

ولم يبين المشرع التجاري اليمني الجزاء الواجب تطبيقه على المدين الراهن إذا لم يتم بواجبه بالمحافظة على المتجر، وذلك يوجب تطبيق القواعد العامة في القانون المدني الواردة في المادة (٢٦٨)، التي مقتضاها سقوط أجل دين المدين الراهن في حالة اضعاف التأمينات المقررة للدائن المرتهن على المتجر المرهون^(١)، وبالتالي يكون له اتخاذ الإجراءات القانونية الكفيلة بالمحافظة على حقوقه بما في ذلك حق الأولوية في استيفاء الدين وحق تتبع المتجر في يد الغير^(٢).

(١) ويكون للدائن كذلك رفع دعوى وقف نفاذ تصرفات المدين المضرة بالدائن المرتهن (م ٣٦٧ مدني)، وغيرها من النصوص الحاكمة لحقوق الدائنين قبل المدين.

(٢) لمزيد من التفاصيل راجع د. علي يونس، مصدر سابق، ص ٣٠٦ وما بعدها.

ثانياً : آثار رهن المتجر بالنسبة للدائن المرتهن :

٢٨٤- احتاط المشرع التجاري للأخطار التي يمكن أن تعرض مصالح الدائن المرتهن للخطر فقرر له بعض الضمانات الكفيلة بالمحافظة على حقوقه.

أولى هذه الضمانات تتمثل في وجوب شهر رهن المتجر وتحديد مرتبة الدائن بأسبقية القيد، وبالتالي يكون نذيراً لكل المتعاملين على المتجر بأنه متقل بحقوق الدائن المرتهن.

ومن الضمانات المقررة للدائن المرتهن حق التنفيذ على المتجر المرهون في حالة عدم وفاء المدين بقيمة الدين، حيث أجاز القانون للدائن المرتهن بعد ثمانية أيام من تاريخ التنبيه على المدين بالوفاء تنبهاً رسمياً أن يتقدم إلى قاضي الأمور المستعجلة بطلب الإذن ببيع المتجر المرهون بالمزاد العلني أو بيع بعض عناصره إذا كانت تكفي للوفاء بالدين، وذلك مع وجوب الالتزام بطريقة البيع وبالتاريخ المحدد من قبل القاضي، والإعلان عن البيع قبل حصوله بعشرة أيام على الأقل (م٥٢).

ويكون للدائن بالإضافة إلى ما سبق حق الأولوية على غيره من الدائنين في استيفاء دينه، وإذا تعدد الدائنون المرتهنون للمتجر تكون الأولوية لأسبقهم قيداً لتاريخ الرهن، ويكون جميع الدائنين المرتهنيين في مرتبة واحدة إذا قيدت رهونهم في تاريخ واحد^(١). وتتقرر هذه الأولوية للدائن المرتهن على مبالغ التأمين المقررة للمتجر المرهون (م٥٣). كذلك يكون للدائن المرتهن حق تتبع المتجر المرهون في أي يد.

٢٨٥- وفي حالة تزامن الدائن المرتهن مع صاحب العقار الكائن به المتجر المرهون فيما يتصل بإيجار المتجر، فأيهما يقدم على الآخر، وكيف نقيم التوازن بين حقوقهما معا ؟.

في هذا الشأن نصت المادة (٥٤ تجاري) على أنه ((ليس لمؤجر المكان الذي يوجد به الأثاث والآلات المرهونة التي تستعمل في استغلال المتجر أن يباشر امتيازاً لأكثر من سنتين)). يستفاد من هذا النص أن مؤجر العقار الذي يقع فيه المتجر المرهون مقدم في تحصيل الأجرة على الدائن المرتهن عن سنتين أو عن مدة الإجارة إذا قلت عن السنتين. ولعل الحكمة التي ابتغى المشرع تحقيقها من تحديد حقوق المؤجر بالأولوية على أجرة سنتين فقط مهما زادت مدة الإيجار، الخوف من استنثاره وحدة بجميع قيمة المتجر. أما

(١) د. شروت عبد الرحيم، مصدر سابق، رقم ٣٧٠.

الفصل الثاني: التصرفات القانونية التي ترد على المتجر

في حالة عدم مزاحمة المؤجر من قبل الدائن المرتهن فإن امتيازاه لا يفقد بمدة معينة، بل يرد امتيازاه على جميع ما يستحقه من أجرة^(١).

٢٨٦- وتجدر الإشارة إلى أن الوفاء الجزئي للدائن المرتهن لا يطهر المتجر المرهون من بعض عناصره بقدر ما تم الوفاء به، بل يظل المتجر محل الرهن بجميع عناصره ضامناً للباقي من قيمة الدين. وهذا يعني أن امتياز الدائن المرتهن غير قابل للإنقسام، فكل جزء من المتجر المرهون ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بجميع عناصر المتجر المرهون، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك^(٢).

المطلب الرابع

انتهاء رهن المتجر

٢٨٧- عقد رهن المتجر يخضع للقواعد العامة فيما يتصل بطرق انتهاء الرهن، ولذلك فالرهن المقرر على المتجر ينقضى بالوفاء - وهو الطريق الطبيعي لانقضاء الحقوق - أو بالابراء أو المقاصة، أو فسخ عقد الرهن، أو بغيرها من أسباب انقضاء الالتزامات بوجه عام.

وإذا تعذر الوفاء في ميعاد الاستحقاق، جاز للدائن المرتهن التقدم بعريضة إلى قاضي الأمور المستعجلة لطلب التنفيذ على المتجر المرهون على النحو الذي سبق بيانه^(٣).

فإذا تم اتخاذ إجراءات التنفيذ على النحو المقرر قانوناً، كان للدائن المرتهن استيفاء دينه بالأولوية على غيره من الدائنين المرتهنين ما لم يكن أحدهم له فضل سبق بقيد رهنه بالسجل المعد لهذا الغرض على نحو ما سلف بيانه.

(١) د. علي يونس، مصدر سابق، ص ٣١٢.

(٢) د. علي يونس، مصدر سابق، ص ٣١٥.

(٣) راجع البند رقم ٢٧٦.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILLINOIS 60607

U.S.A. AND CANADA

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILLINOIS 60607

U.S.A. AND CANADA

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILLINOIS 60607

U.S.A. AND CANADA

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILLINOIS 60607

U.S.A. AND CANADA

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILLINOIS 60607

U.S.A. AND CANADA

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILLINOIS 60607

U.S.A. AND CANADA

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILLINOIS 60607

U.S.A. AND CANADA

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILLINOIS 60607

U.S.A. AND CANADA

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILLINOIS 60607

U.S.A. AND CANADA

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILLINOIS 60607

U.S.A. AND CANADA

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILLINOIS 60607

U.S.A. AND CANADA

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILLINOIS 60607

الباب الرابع العمليات المصرفية

[illegible]

الباب الرابع

العمليات المصرفية

٢٨٨- سبق القول إلى أن حاجات المجتمعات المتجددة تدفعهم إلى بحث السبل الكفيلة بإشباعها، وفي هذا الصدد حينما عجزت القدرة المالية للتاجر الفرد عن مواكبة متطلبات الأفراد المضطربة من السلع والمنتجات بسبب محدودية رأس ماله، وجد في المقابل أفراد يملكون المال ولا خبرة لهم في شئون التجارة، أو كيفية توظيف مدخراتهم، أو فائض أموالهم. ولما كانت العديد من الإشكالات القانونية والموضوعية تحول دون تحقيق هدف كل فئة، كان لابد من البحث عن آلية قانونية بواسطتها يتم إشباع حاجات كل فئة من الفئتين السالف ذكرهما، فظهر النشاط المصرفي الفردي في أول الأمر، ولما عجز عن تلبية متطلبات الأفراد، دفعه منطق التطور حيث توارى بظهور المصارف التجارية كمؤسسات ادخارية وتمويلية هامة، أصبحت لها أهميتها البالغة في الحياة التجارية والاقتصادية للمجتمعات.

وقد كانت وظيفة المصارف في أول نشأتها في القرون الوسطى قاصرة على تجارة النقود والقيام بعمليات الصرف كما عرف عن مصرف أمستردام ومصرف إنجلترا^(١). ثم ظهرت فوائد المصارف كمحافظ مالية، يودع فيها التجار نقودهم خوفاً من الضياع أو السرقة، مقابل شهادات عن تلك الودائع، بواسطتها يكون للمودع سحبها في أي وقت، ومع تراكم الودائع لدى المصارف بدأ التفكير يتجه نحو استغلالها اقتصادياً وتجارياً فظهرت الوظيفة الائتمانية للمصارف، فأخذت المصارف تمنح القروض المتنوعة لكل من يريد.

ومع تطور الأوضاع الاقتصادية للمجتمعات وتنوع حاجاتها، تعددت وظائف المصارف التجارية وتنوعت خدماتها لتلبي حاجات الأفراد المختلفة. ومع شيوع المدنية وازدياد ضغوط الحاجات الاجتماعية ظهرت المصارف المتخصصة لتقديم ائتمالها في مجالات محددة، بحسب نشأتها مثل المصارف العقارية، والزراعية، والصناعية، وغيرها من المصارف التي تقدم خدماتها في مجالات التنمية المختلفة^(٢).

(١) راجع في دور البنوك في أوروبا، Charles-W-Cole Economic History of Europe, third edition, ١٩٦٨, PP. ٢٧٤, etseq.

وفي إنجلترا على وجه الخصوص راجع، A, Andre Qdees, History of the Bank of England, PP. ١٤, etseq.

(٢) د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٦، ص ٤٥٥.

٢٨٩- وإذا كانت اليمن الطبيعية قد مرت خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر بظروف سياسية دقيقة، تمثلت في مقاومة الاحتلال العثماني في المحافظات الشمالية والوسطى، واحتلال المملكة المتحدة للمحافظات الجنوبية والشرقية الأمر الذي صرفها عن التحديث البنوي للاقتصاد اليمني ورفده بالمؤسسات المالية الوطنية. ليتفرغ القائمون على الشؤون السياسية لأعمال المقاومة على حساب الشؤون الاقتصادية. وقد ظل هذا القصور قائماً حتى بعد رحيل الأتراك عن المحافظات التي كانوا يسيطرون عليها، وانتقال شئون الحكم إلى اليمنيين بقيادة الإمام يحيى حميد الدين. والحال نفسه بالنسبة للمحافظات الجنوبية والشرقية، التي رزحت تحت الاستعمار الإنجليزي، حيث لم نر فيها مشاركة بارزة لرأس المال الوطني. ومع ذلك ونظراً للموقع المتميز لمدينة عدن وصيرورتها ميناء هاماً، أسهم إسهاماً كبيراً في تسهيل الحركة التجارية، بين لندن ومستعمراتها في حوض البحر الأبيض المتوسط وجنوب شرق آسيا، الأمر الذي استلزم لزيادة حركة التجارة العابرة، وخدمة تجارة الترانزيت، ودعم إستقرار التواجد البريطاني في تلك المنطقة تأسيس فروع للمصارف الأجنبية في منطقة عدن، كفرع البنك الأهلي الهندي الذي افتتح فرعاً له في ١٨٥٤/٢/٩م، وفرعاً آخر في مايو ١٨٩٥^(١). ثم توالى بعد ذلك افتتاح العديد من فروع المصارف الأجنبية لتتقاسم مع سابقاتها مردود النشاط التجاري المزدهر في مدينة عدن، في ظل غياب المؤسسات المالية الوطنية. واستمر تفرد الأجانب وسيطرتهم على النشاط المصرفي في منطقة عدن، إلى أن توجت مرحلة النضال الوطني بجلاء الاستعمار البريطاني عن الأراضي اليمنية المحتلة في ٣٠ نوفمبر ١٩٦٧م، ثم أعقب ذلك تولى حكومة وطنية شطرية في المحافظات الجنوبية والشرقية.

٢٩٠- الجدير بالذكر أن منطقة عدن عرفت أثناء الاستعمار البريطاني الكثير من الأنشطة المصرفية الأجنبية في وقت مبكر، إلا أنه لم يكن من أهدافها بناء اقتصاد وطني قوي يواكب مقتضيات العصر وتطوره، بقدر ما كانت تهدف إلى الربحية السريعة من أنشطتها المصرفية التي غلب عليها القروض قصيرة الأجل والتحويلات المصرفية وبعض الخدمات المصرفية التي تحتاج إليها البيئة التجارية خلال تلك الفترة. وبعد رحيل الاستعمار في ١٩٦٧/١٠/٣٠م كان الأمل يتجه نحو توسيع وتطوير ذلك النشاط، غير أن عدم الاستقرار السياسي والصراع الحزبي قد حالاً دون ذلك. وزاد الأمر سوءاً بصور قانون التأميم رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٩م الذي كان من أهدافه تأميم جميع المصارف التجارية في منطقة عدن وغيرها من المحافظات الشرقية والجنوبية، وأسس على انقاضها البنك الأهلي اليمني في ١٩٦٩/١٠/٢٧م، الذي تخصص في تمويل النشاط التجاري للدولة وفقاً للمذهب الاشتراكي. ومصرف هذا حاله لم يكتب له النمو والازدهار في أصوله المادية أو

(١) د. سعيد الشيباني، البنك اليمني للإنشاء والتعمير، أربعة وثلاثون عاماً من العطاء، ص ٦٢، ٦١، ٤١.

الرسمالية، ولم يكن له أي نصيب في تطوير الخدمات المصرفية في الساحة الاقتصادية نظراً لتكريس سيطرة الدولة على النشاط التجاري بعيداً عن المشاركة الوطنية لأبناء اليمن، حيث ظل يباشر تغطية النشاط التجاري للدولة فحسب.

وبعد إعادة توحيد شطري اليمن في ٢٢/٥/١٩٩٠م، كان من ثمارها تحرير البنك الأهلي اليمني من الجمود الذي عانى منه فترة من الزمن، وإعادة هيكلته، وتطعيم كواثره الإدارية بكواثر جديدة، قادت من نجاح إلى آخر، الأمر الذي جعل منه رافداً مصرفياً هاماً على الساحة اليمنية. وهذا ما دفعه إلى تعزيز تواجده في مختلف المحافظات على امتداد الساحة اليمنية، معلناً عن نفسه في ظل رؤية جديدة، وهداف اقتصادية وتنموية متعددة لخدمة الاقتصاد الوطني^(١).

٢٩١- أما المحافظات الوسطى والشمالية، بالرغم من رحيل الأتراك عنها، فإنها ظلت بعيدة عن النشاط المصرفي الحديث، نظراً للطبيعة الخاصة للسلطة السياسية خلال تلك الحقبة من الزمن. غير أن أبناء هذه المحافظات وجدوا في محافظة عدن متفصلاً اقتصادياً، أتاح لهم معرفة الكثير من النظم الحاكمة للنشاط التجاري أو الخادمة له، كالنشاط المصرفي، مما جعل معظم الواردات من السلع والبضائع للمحافظات المذكورة تتم عبر ميناء عدن.

ولم تستمر المحافظات الشمالية والوسطى في حالة خصام مع النظم الاقتصادية المعاصرة، حيث فرضت الظروف على السلطة السياسية الجديدة بعد ثورة ١٩٤٨م، ومجيء الإمام أحمد، التعامل مع الواقع والقبول بحذر شديد بمثل تلك النظم، فرخص للمصرف الفرنسي (بنك الأندوشين) بافتتاح فرع له في محافظة الحديدة عام ١٩٤٩م، وبعد مرور سنتين من مباشرته لنشاطه إقفل بأمر من الإمام أحمد^(٢). بعد ذلك سمح للبنك الأهلي السعودي عام ١٩٥٥م، بافتتاح فروع له في كل من صنعاء وتعز والحديدة، حيث استمرت تقدم خدماتها المصرفية للمواطن اليمني، إلى تاريخ قيام الثورة اليمنية في ٢٦ سبتمبر ١٩٦٢م ومعها بدأت مرحلة جديدة في انفتاح المجتمع اليمني على النظم المعاصرة، والشروع في تأسيس البنى التحتية للاقتصاد اليمني، حيث كان ميلاد البنك اليمني للإنشاء والتعمير (شركة يمنية مساهمة) أول مشروع اقتصادي منظم يرى النور بعد الثورة مباشرة، في ٢٨/١٠/١٩٦٢م.

(١) وتجدر الإشارة إلى أن رأس مال المصرف الأهلي اليمني مملوك للدولة ١٠٠%، وعلى هذا الأساس، تدور الأحاديث حول توجه الحكومة إلى خصصته تشبهاً مع التوجه الاقتصادي الجديد.

(٢) د. محمد أحمد مرغم، مصدر سابق، ص ٦٦ وما بعدها.

وسعيًا من الحكومة في صنعاء نحو بناء هياكل الاقتصاد اليمني، استجابة لتوصيات المؤسسات المالية الدولية، قررت إنشاء البنك المركزي اليمني بالقانون رقم (٤) لسنة ١٩٧١م، ليقوم بطبع أوراق البنكنوت المتداولة في البلد، ومباشرة أعمال الرقابة والإشراف على النشاط المصرفي للمصارف العاملة في البلاد. وتوج ذلك بصدر قانون البنوك رقم ٨ لسنة ١٩٧٢م، ليكون أول قانون خاص ينظم النشاط المصرفي في اليمن.

وتمشيًا مع رياح التغيير، واستقرار الأوضاع في المحافظات الشمالية والوسطى، بادرت الحكومة في صنعاء إلى إنشاء المصارف المتخصصة مثال بنك التسليف للإسكان، وبنك التسليف التعاوني الزراعي^(١)، ثم أسس البنك الصناعي اليمني للمساهمة في التنمية الصناعية^(٢)، ولم يقتصر التحديث المصرفي على ذلك النحو فحسب، بل منحت السلطات المختصة تراخيص للعديد من فروع المصارف العربية والأجنبية، مثال، بنك الاعتماد والتجارة، والبنك العربي المحدود، والبنك البريطاني للشرق الأوسط، وبنك الاندوسويس الفرنسي، ويونايتد بنك.

وفي عام ١٩٧٩م أسس بنك اليمن والكويت، وعام ١٩٨٠م، تبعه بنك اليمن الدولي برأسمال وطني، وبعد إعادة توحيد شطري اليمن في ٢٢/٥/١٩٩٠م، صدر قانون البنوك رقم ٣٦ لسنة ١٩٩١م، لتنظيم النشاط المصرفي والرقابة على المصارف في الجمهورية اليمنية. وسعيًا نحو الكمال وإزالة العوائق التي تحول دون التدفق الرأسمالي إلى النشاط المصرفي، ومواكبة قانون الاستثمار وتعديلاته، صدر القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٨م بشأن البنوك حيث كانت أبرز التعديلات التي جاءت في هذا القانون، رفع رأس مال المصارف العاملة في اليمن أو فروع المصارف الأجنبية إلى مليار ريال يمني (١/١١). ثم قرر البنك المركزي رفع الحد الأدنى لرأسمال البنوك إلى ستة مليارات ريال. ولم يقف الحال عند ذلك الحد، بل أسست الكثير من المصارف مثل البنك الوطني اليمني برأسمال

(١) وقد استهدفت الدولة من خلال بنك التسليف الزراعي إحداث نهضة تنمية وزراعية شاملة، مع الأخذ في الاعتبار دعم المجتمع الريفي بشقيه الذكوري والأنثوي، عن طريق إمدادهم بالقروض الإنتاجية اللازمة، غير أن هذه الغاية واجهتها العديد من العقبات مما اقتضى إعادة النظر في هيكله البنك وتغيير قيادته الإدارية، غير أن هذا الإجراء لم يسعفه في الخروج من الأزمة التي مر بها، مما حدث بالدولة أواخر عام ٢٠٠٤م إلى إسناد إدارته إلى قيادته جديدة استطاعه خلال أشهر بث روح الحياة فيه وإعادة الثقة المجتمعية إليه كقطاع مصرفي متخصص الأمر الذي مكّنه من السير نحو استعادة تكوين أصوله الرأسمالية أملًا في غد أفضل، بل إنه مد جسور التواصل بنحو البيئة للتجارية ورجالاتها، مما مكّنه من مشاركة البنوك التجارية فيما حسبته مجالها التقليدي، وفي ظل منافسة حادة، استطاع تعويض السنوات العجاف باقتسام السوق المصرفية بمشاركة المصارف التجارية الأخرى، وهذا هو الشاهد على نجاح الإدارة الموكلة إليها قيادة هذا المصرف خلال هذه المرحلة.

(٢) وقد جرى تصفية هذا المصرف نتيجة الخسائر المتتالية التي لحقت به.

محلي^(١)، وتجاوباً مع المعطيات الاقتصادية المتجددة، واستجابة لنبض الشارع اليمني المتمشية مع أحكام الشريعة الإسلامية أصدرت الدولة قانون البنوك الإسلامية رقم (٢١) لسنة ١٩٩٦م حيث أتاح هذا القانون للعديد من المؤسسات المصرفية التفاعل معه فأسس بنك التضامن الإسلامي وبنك سبأ الإسلامي وبنك الاستثمار والتمويل الإسلامي وخلال المرحلة الأخيرة أسس مصرف اليمن البحرين الشامل، ولا تزال الأجواء واعدة لتأسيس بعض فروع المصارف الخليجية خاصة، حيث وافق البنك المركزي اليمني على الترخيص لفرع بنك قطر الوطني في صنعاء، يتبعه بعد ذلك فرع عدن^(٢) والأمل معقود على استقرار الأوضاع الاقتصادية في اليمن لإمكانية افتتاح فروع للبنوك والمصارف الدولية والإقليمية، إن شاء الله.

التعريف بالعمل المصرفي:

٢٩٢- يقصد بالعمليات المصرفية، أو ((عمليات البنوك)) كما جاء في الباب العاشر من قانون التجارة اليمني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١م، والمنصوص عليها في المواد (٣٥٣-٤٢١)، الأعمال التي تقوم بها المصارف عادة، من إيداع النقود، والحسابات الجارية، وإيجار الخزائن الحديدية، والتسهيلات الائتمانية، والاعتمادات المستندية وخطابات الضمان، وقروض المصارف. وبصورة أكثر تفصيلاً، حصرت الفقرة (ح) من المادة (٢) من قانون البنوك رقم ٣٨ لسنة ٩٨م العمل المصرفي بالأعمال الآتية:

١- قبول الودائع النقدية القابلة للدفع عند الطلب أو حسب ترتيبات أخرى والقابلة للسحب بالشيك أو الحوالة أو أمر الصرف ومنح القروض والتسهيلات الائتمانية.

٢- وتعد أيضاً من الأمور المصرفية المعاملات الآتية :

أ- بيع وخصم الكمبيالات والحوالات والكوبونات والسندات للأغراض التجارية.

ب- إجراءات المعاملات المصرفية الاعتيادية مع المراسلين والحصول على التسهيلات المصرفية المألوفة.

(١) واجهت هذا المصرف صعوبات مالية، أدت إلى وضع البنك المركزي اليمني يده عليه في ٢٠٠٥/١٢/٢٧م، تمهيداً لتصفيته. ولا زال أمره معروضاً على المحكمة المختصة حتى تاريخ نشر هذه الطبعة ثم بعد ذلك تمت تصفيته، وهذا أدى إلى النيل من السمعة المصرفية لليمن في السوق الدولية وكان الأفضل أن يباشر البنك المركزي سلطاته في وضع يده على الصرف ريثما يتم علاج المشاكل التي واجهته والزام الإدارة بإرجاع كل السلف التي اقترضوها بضمن أسهم مشاركتهم في المصرف أو بدون ضمانات بالمخالفة لأحكام القانون.

(٢) أشارت إلى ذلك صحيفة الثورة يوم الأحد ٢٧/٨/٢٠٠٦م ص ١٢ عدد (١٥٢٦٤) في حديث لمحافظ البنك المركزي.

ج- شراء وبيع العملات الأجنبية والسبائك والنقود الذهبية والفضية والأسهم والسندات.

د- إصدار وخضيم الكمبيالات وخطابات الضمان.

هـ- فتح الاعتمادات المستندية وتحصيل مستندات الشحن.

و- تحصيل الشيكات والسندات والحوالات والكمبيالات.

ز- القيام بأعمال الوكيل أو الأمين بصفة مزايل أو وكيل للمؤسسات المصرفية والمالية.

ح- شراء وبيع سندات الدولة والحوالات الحكومية.

ط- التأجير المالي: ويتضمن إيجار معدات أو آلات أو أدوات إنتاج أو سيارات

نقل أو عقارات مخصصة لغايات محددة لمدة معينة مقابل أجر محدد مع

وعد بالبيع عند نهاية المدة وبالشروط التي يتفق عليها الممول والمستأجر

لتحويل الإيجار إلى بيع أو التنازل عن ملكية الشيء المؤجر إلى المستأجر.

٢٩٣- الجدير بالذكر أن تنظيم المشرع التجاري اليمني لتلك العمليات المصرفية في

المواد المشار إليها، ليست - في رأينا - على سبيل الحصر والقطع بل على سبيل المثال

والبيان، وبالتالي فكل عمل غير منصوص عليه شاع استخدامه في العرف المصرفي يعد

من الأعمال التجارية الأصلية. وفي هذا الصدد يمكن علاج كل ما تظهره الدراسة من

قصور تشريعي بشأن عقد ما من العقود المصرفية أو عمل ما من العمليات التي تباشرها

المصارف، بالاستعانة بالأحكام العامة في القانون المدني اليمني، وقانون البنوك،

وبالأعراف والعادات المستقرة في العمل المصرفي التي تحظى بالقبول من كافة أطراف

العلاقة، أو بالرجوع إلى القواعد والأعراف الدولية، كما هو الشأن بالنسبة للاعتمادات

المستندية، على وجه الخصوص.

وتجدر الإشارة إلى أن نجاح الدراسات القانونية وتعميق مفاهيمها لدى القارئ، إنما

تأتي من كونها مرآة صادقة للواقع العملي، وهذا يقتضي منا تعميماً للفائدة عرض

العمليات المصرفية التي لها حضور في السوق المصرفي اليمني، في فصل مستقل،

والإشارة إلى بعضها إجمالاً نظراً لندرة التعامل فيها في المجتمع اليمني. ووفقاً لهذه

الرؤية قسمنا هذا الباب إلى فصول أربعة على النحو التالي :

الفصل الأول - عمليات الإيداع

الفصل الثاني - الحساب الجاري

الفصل الثالث - الاعتماد المستندي

الفصل الرابع - خطاب الضمان

الفصل الأول

عمليات الإيداع

٢٩٤- لسنا بحاجة إلى التذكير بأن المصارف التجارية بأنواعها المختلفة، مؤسسات مالية منظمة، تمتلك من القدرات الاقتصادية والإمكانات المالية، والأدوات الفنية، وما يمكنها من تطويع الكثير من الآليات لكسب ثقة الأفراد، وهذا ما هو قائم بالفعل. حيث حازت المصارف على ثقة الأفراد، فتولت بالنيابة عنهم إدارة أموالهم واستثمارها طلباً للربح (٣٥٣ تجاري)، أو توفيراً للأمن والاطمئنان لأصحاب المال بحفظ أموالهم في خزائن حديدية تحت تصرفهم المباشر (٣٨١ تجاري).

ومثل هذا التنوع مكن المصارف التجارية من فتح العديد من القنوات الاستثمارية والادخارية للأفراد بحسب هدف كل منهم، وذلك بواسطة عقد الوديعة. ويجب التذكير أن أغلب عمليات المصارف يلزم لاستكمال إجراءاتها وفقاً للقانون، إبرام عقد بين المصرف والعميل يعرف بالعقد المصرفي، يخضع في إنشائه للقواعد العامة في القانون المدني^(١).

ولبيان ذلك قسمنا هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة :

المبحث الأول - تعريف الوديعة المصرفية وأنواعها

المبحث الثاني - آثار عقد الإيداع المصرفي

المبحث الثالث - إثبات عقد الإيداع المصرفي

المبحث الأول

تعريف الوديعة المصرفية وأنواعها

٢٩٥- من الوظائف الاقتصادية للمصارف، قبولها ودائع الأفراد، بحيث تتجمع في خزائنها مبالغ مالية كبيرة، تقوم بإعادة إقراضها لمن يرغب من التجار أو المصارف، وقد عرفت المادة (٣٥٨ تجاري) الوديعة بأنها ((عقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها طبقاً لغايته، مع التزامه برد مثلها للمودع من نفس نوع العملة لدى الطلب، أو عند حلول الأجل...)).

(١) راجع في تفصيل هذا الموضوع، د. محمد الشامي، النظرية العامة للالتزامات، ص ٦٥ وما بعدها.

فالوديعة وفقاً لهذا التعريف عقد رضائي يشترط فيه توافر الأركان العامة للعقد يضع بموجبه العميل مبلغاً من المال لدى المصرف، يلتزم الأخير بردها إلى المودع عند الطلب أو في الموعد المتفق عليه (م ٣٥٨ تجاري). وقد اكتفت المادة المشار إليها بذكر وديعة النقود، دون الإشارة إلى ودائع الصكوك والأوراق المالية رغم أهميتها في الحياة المصرفية، خصوصاً في ظل عدم وجود سوق للأوراق المالية في اليمن، مما يضطر البعض إلى إيداعها لدى المصارف. ولإيضاح ما سبق، نبين أنواع الودائع المصرفية على النحو التالي^(١):

الوديعة تحت الطلب :

٢٩٦- هي تلك المبالغ المالية المودعة لدى المصرف، والتي يجوز للمودع استردادها في أي وقت عند طلبها، أو التصرف فيها عند الحاجة، بواسطة الشيكات والحوالات المصرفية. ومثلها الواضح في قانون التجارة اليمني حسابات التوفير (م ٣٦٤). وليس صحيحاً أن المصارف التجارية لا تحبذ هذا النوع من الودائع، بدليل أن كثيراً منها تشجع الأفراد على افتتاح حسابات توفير بشروط ميسرة.

الوديعة الآجلة :

٢٩٧- هي الوديعة الثابتة والمحددة بزمان يتفق عليه الطرفان، لهذا السبب لا يستطيع المودع استردادها أو التصرف فيها قبل انقضاء الأجل المحدد في العقد. غير أن العرف المصرفي قد استقر على التخفيف من حدة هذا الشرط، تيسيراً على المودعين. ومن هذا المنطلق قبلت المصارف إلغاء عقد الوديعة أو فسخه من قبل المودع، في أي وقت يراه، مقابل مصادرة المصارف لأي عائد مالي حققته الوديعة في الفترة السابقة على استردادها.

الوديعة بشروط الإخطار :

٢٩٨- هي الوديعة التي يقتضي سحبها ضرورة إشعار المصرف مسبقاً برغبة المودع باستردادها، كي لا يفاجأ المصرف بهذا الطلب. ويأتي حرص المصارف على مثل هذا الشرط بصدد الودائع الكبيرة وذلك حتى تتمكن من تدبير المبلغ المطلوب.

ودائع الصكوك :

٢٩٩- لا تقتصر الخدمات التي تقدمها المصارف للجمهور على قبول فائض أموالهم،

(١) لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع، راجع أستاذنا الدكتور علي جمال الدين عوض، المطول في عمليات البنوك من الوجهة القانونية، طبعة ١٩٨٩م، ص ٣٥ وما بعدها.

بل إنها تقوم بالوكالة عنهم في تلقي صكوكهم المالية المصدرة من الشركات التجارية محافظة عليها من الضياع أو القيام بكل شأن يتصل بها من تحصيل الأرباح الناشئة عنها، وإبلاغ أصحابها بمواعيد اجتماع الجمعيات العمومية للشركات التي أصدرتها، وإشعارهم بمواعيد الاكتتاب الجديدة عند زيادة رأس المال، وتنفيذ توجيهاتهم ببيعها أو شراء غيرها لصالحهم^(١). وهذا العقد ليس من عقود التبرع بل من عقود المعاوضة التي يتلقى عنها المصرف أتعاباً حسب الاتفاق^(٢). وعلى الرغم من عدم إيراد المشرع التجاري اليمني لهذا العقد، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من مباشرة المصارف العاملة في اليمن لهذه الودائع كونها من صميم الخدمات المصرفية التي تؤديها لمن يرغب من العملاء. وقد أشارت المادة (٦/١٠ تجاري) إلى الخدمات التي تقدمها المصارف التجارية بصدد تأسيس الشركات التجارية وبيع أو شراء أسهمها وسنداتها.

تجميد الوديعة:

٣٠٠- إذا حدد للوديعة أجل، ولم يتم سحبها أو التصرف فيها عند حلول الأجل أو قبله، تجددت تلقائياً لمدة أخرى بنفس الشروط وهكذا يستمر وضعها القانوني سنة فسنة. وإذا مضى على الوديعة، خمس عشرة سنة دون أي حركة بالسحب أو الإيداع، اعتبرت عندها وديعة غير مطالب بها، وفي هذه الحالة يوجب قانون البنوك على المصرف التحري عن أصحابها خلال مدة أقصاها سنتان من تاريخ انقضاء مدة الخمس عشرة سنة، فإذا لم يعرف أصحابها، فإن على المصرف عكس فيدها إلى حساب وزارة المالية كإيرادات لصالح الدولة (م ٢/١/٧٩) من قانون البنوك رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٨ م.

المبحث الثاني

آثار عقد الإيداع المصرفي

٣٠١- لا جدال في أن غاية طرفي العقد المصرفي، تتمثل في الوصول إلى أقصى مدى في تحقيق مصلحتيهما، فالعميل يبتغي الحصول على القرض على وجه السرعة وإدماجه في دورته المالية للحصول على أقصى ربحية ممكنة، والمودع يبتغي الحصول على فائدة أعلى والمصرف يستهدف توظيف أمواله وودائعه في النشاط الاقتصادي والتجاري بحذر شديد بغية تحقيق أعلى معدل من الأرباح والعمولات حسبما يقره العرف أو التعليمات المركزية السارية. ومع انتهاء إبرام العقد يدور الحديث حول الالتزامات المترتبة على عاتق طرفي العقد، العميل والمصرف.

(١) د. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف بالاسكندرية، رقم ١٩١.

(٢) د. سمحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، ١٩٨٨ م، رقم ٤٠.

أولاً - التزامات المصرف :

٣٠٢- تتعدد التزامات المصرف وتتنوع بحسب العقد الذي ارتبط به نجمها على النحو الآتي:

١- يلتزم المصرف أيًا كان العقد الذي ارتبط به مع العميل بما يمليه عليه العرف المصرفي في أداء الوظيفة الائتمانية المرجوة منه، في صدق ونزاهة تامتين.

ففي عقد الوديعة - مثلاً - يلتزم المصرف وفقاً لقرار إنشائه وللعرف المصرفي - بعد إبرام عقد الإيداع - بقبول الوديعة المقدمة من العميل، سواء قدم ذلك المبلغ دفعة واحدة أم على دفعات طالما وحساب الوديعة يستمر مفتوحاً.

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن ، هل يجوز للمصرف رفض قبول الودائع المعروضة عليه من الجمهور ؟ .

سبق القول بأن العلاقة بين المصارف والعملاء علاقة رضائية، لذلك فلا يجوز إجبار أحدهما على قبول عرض الآخر.

٢- يلتزم المصرف برد الوديعة في الموعد المحدد أو حسب الطلب - وفقاً لشروط العقد.

والسائد عملياً بشأن الوديعة المصرفية اختلافها عن الوديعة العادية المحكومة بقواعد القانون المدني. ذلك أن الوديعة المصرفية تدخل في ذمة البنك ويصبح مديناً بها وبالتالي فلا يلتزم بردها بعينها، بل ينصرف التزامه إلى رد ما يقابلها - نقداً أو بطريق الحوالة المصرفية - في الموعد المحدد.

والسؤال الذي يثور في بعض الحالات، هو هل يجوز للمصرف الامتناع عن رد الوديعة عند طلبها من العميل الدائن ؟

الأصل وفقاً للعرف المصرفي هو رد الوديعة للعميل الدائن عند طلبها ما لم تكن مرتبطة بأجل أو بشرط الأخطار السابق. إلا أنه في بعض الظروف الاستثنائية قد تتدخل الحكومات أو البنك المركزي أو مجالس إدارات المصارف وتفرض قيوداً على استرداد الودائع - خصوصاً الودائع الجارية - أو تقضي باستردادها على دفعات وفي أوقات متفاوتة، وفي هذه الحالات فإن امتناع المصرف عن تلبية رغبة المودعين تستند إلى التعليمات الأمرة فلا مسؤولية عليه بشكل مباشر، إذا تضرر المودع من هذا القرار، بل يتحمل

المسئولية مصدر القرار، وفقاً لقواعد مسئولية المتبوع عن أعمال التابع (م ٣١٣ مدني).

٣- يلتزم المصرف - التزاماً تاماً - بإدارة الوديعة إدارة حسنة بما يكفل تحقيق الأهداف الاقتصادية والتنموية للدولة، وبما يحقق غاية المودع.

٤- يلتزم المصرف تبعاً لالتزامه برد الوديعة بالوفاء بالعمولات المنفق عليها في العقد.

٥- في عقود إدارة أملاك الغير - مثل ودائع الصكوك المالية - يلتزم المصرف برعاية مصلحة العميل ويبذل في تحقيقها والمحافظة عليها العناية المطلوبة من المصارف الأخرى إزاء ذلك النشاط، وإلا تحمل مسؤولية الخطأ أو التقصير في إدارته لأموال عميله.

٦- يلتزم المصرف بوجه عام، بسرية حسابات العملاء وعدم إفشائها، ما لم يصدر حكم قضائي بذلك، أما في غير هذه الحالة فإن المصرف يقع تحت طائلة المسؤولية. وتنص المادة (٧) من القانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣م بشأن مكافحة غسيل الأموال، بعدم جواز الاحتجاج عند التحقيق أو المحاكمة بمبدأ سرية الحسابات طبقاً لأي قانون آخر.

وعلى وجه الإجمال يلتزم المصرف تجاه جمهوره بكل ما تمليه قواعد المعاملات التجارية، والابتعاد عن كل ما يتنافى والنشاط التجاري والاقتصادي.

ثانياً - التزامات العميل :

٣٠٣- يقع على العميل التزامات قاسية وعديدة تختلف من عقد إلى آخر. ففي عقود الإيداع يلتزم العميل بتنفيذ شروط العقد حرفياً، مثل الالتزام باسترداد الوديعة في المواعيد المحددة وإلا كان من الجائز للمصرف حرمانه من الفائدة إذا استردها قبل الأجل المتفق عليه. ومع ذلك يجوز استمرار عقد الوديعة لمدة أخرى بنفس الشروط أو بشروط جديدة. غير أن ما جرى عليه العرف أن امتداد العقود المصرفية تتم غالباً بشكل ضمني دون حاجة إلى إفصاح الطرفين عن هذا الامتداد، فتستمر لمدة أخرى وهكذا، ما لم تمض عليها المدة القانونية لاعتبارها وديعة مجمدة.

أما إذا كان العميل في العقد المصرفي مقترضاً، فإن التزاماته تكون على درجة كبيرة من الحساسية، حيث تنص بنود العقد على وجوب الوفاء بالمبالغ المقدمة له في المواعيد المحددة، وإلا تعرض لتطبيق بنود العقد من حيث الشرط الجزائي أو الفوائد المركبة، أو التنفيذ على الضمان، أو الرجوع على الكفيل إن وجد.

المبحث الثالث

إثبات عقد الإيداع المصرفي

٣٠٤- من البدهي أن أعمال المصارف تعد من الأعمال التجارية المطلقة بنص القانون، مما يعني جواز إثبات المعاملات المصرفية بكافة طرق الإثبات. وتنص المادة (٣٥٩ تجاري) على أنه ((تتعقد ودیعة النقود كتابة بعد إطلاع العميل على شروط الإيداع والحصول منه على موافقة خطية)) وقد جرى العمل داخل المصارف، على إعداد نموذج خاص بكل عملية من العمليات المصرفية، يقدمها المصرف لعملائه بحسب الطلب، يتضمن بيانات مفصلة، عن حجم المبلغ المودع، ونوعه، وماهية الصكوك المودعة، ونوع الوديعة، والفائدة المالية، وغيرها من البيانات التي تتقن المصارف في صياغة بنودها، لا يملك العميل المودع، أو العميل المرتبط بأي عقد من العقود المصرفية تعديلها أو التغيير فيها، إلا في القليل النادر. الأمر الذي جعل بعض الفقه يصورون العقود المصرفية بالنظر إليها من هذا الاتجاه بأنها من عقود الإذعان^(١).

٣٠٥- الجدير بالذكر أن النموذج المحرر من المصرف لإبرام مختلف العمليات المصرفية له قيمة قانونية في الإثبات في مواجهة المصرف، وقيمة لا غنى عنها في إثبات وجود الحق له أو عليه. ولما كان السائد عرفاً وقانوناً وقضاءً، أن العقد تجاري بالنسبة للمصرف مما يقتضي معه القول بسريان القواعد العامة في الإثبات، إضافة إلى أنه يجوز الإثبات في مواجهة المصرف بكافة طرق الإثبات، بما فيها القرائن المعدة بخط يده. ويفهم من المادة (٣٦٠ تجاري) ما يؤيد هذه القاعدة المستقرة في العمل القانوني، حيث قالت ((إذا كان البنك يصدر دفتر إيداع وجب قيد الإيداع والسحب في الدفاتر. وتكون للقيود التي يجريها موظف البنك المخصص في الظاهر لخدمة العملاء، حجية في العلاقة بين البنك والمودع، ويبطل كل اتفاق على غير ذلك))^(٢). وهذا الإثبات بالقيود الواردة في الدفاتر التجارية يتمشى مع ما جرى عليه العرف التجاري. ومن غير المفهوم إبطال المادة (٣٦٠) للاتفاقات المبرمة بين طرفي العقد، بل إن التمسك بهذا التوجه يسير باتجاه مغاير لقواعد الإثبات في العلاقات التجارية.

غير أنه يجب الوقوف عند الثابت في القواعد العامة، بجواز الإثبات في مواجهة المصرف بكافة طرق الإثبات. أما الإثبات في مواجهة العميل، فيختلف بحسب ما إذا كان العقد بالنسبة إليه تجارياً أو مدنياً، وغالباً ما يكون الإثبات في هذا العقد مستنداً إلى وسائل مادية معتبرة كالإيصالات المحررة من المصرف، أو دفتر الشيكات وغيرها.

(١) د. سمیحة القلیوبی، مصدر سابق، رقم ١٤، عكس ذلك د. علي البارودي، مصدر سابق، رقم ١٨٧.

(٢) وكانت المادة (٢/٣٥٢ تجاري) من قانون التجارة الملغى رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٦م تنص صراحة على أن جميع العمليات الخاصة بالوديعة لا تثبت إلا بالكتابة.

الفصل الثاني

الحساب الجاري

٣٠٦- إن السرعة التي تتم فيها المعاملات التجارية والظروف التي تجري في ظلها إبرام هذه العقود، تقتضي المبادرة إلى الوفاء بحسب الأصل، خلال زمن إبرام العقد، ولا يسعف المشتري القيام بذلك إلا بالوفاء بطريق الأوراق التجارية، وغالباً ما يكون السحب من الحساب الجاري الذي يغذى بالمدفوعات المتتالية من العميل، لمواجهة مسحوباته المتكررة، ومن هذا الجانب تأتي أهمية هذا الموضوع. وقد تناول المشرع التجاري اليمني عقد الحساب الجاري الذي يكون طرفه مصرفاً في المواد ٣٦٧-٣٨٠، بين فيها المقصود بالحساب الجاري، وإجراءات فتح الحساب، وأثار قيد المفردات فيه وحقوق صاحب الحساب وواجباته، وحقوق المصرف وواجباته نحو سرية الحساب، ومسئوليته عن القيود غير الصحيحة في حساب العميل، أو التنفيذ غير الصحيح لطلبات العميل بالسحب من المدفوعات في الحساب، وكيفية قطع الحساب، والموافقة الصريحة أو الضمنية للعميل على كشف المصرف، وإقفال الحساب، وأثار الإقفال.

٣٠٧- وتجدر الإشارة إلى أن الحساب الجاري قد يكون بين شخصين طبيعيين كالحساب الجاري بين تاجر الجملة وتاجر التجزئة، أو بين شخص طبيعي ومصرف أو بين شخص معنوي كشركة تجارية ومصرف وهو ما نتناوله في هذا الفصل. وقد أفرد المشرع التجاري اليمني للحساب الجاري بين الأشخاص باباً مستقلاً في المواد (٣٤٣-٣٥٢)، غير أن وجه الغرابة تقتضي التساؤل عن سبب ورود هذا العقد ضمن الباب المخصص للعمل المصرفي.

وبالرغم من ذلك فإن المشرع التجاري اليمني لم يحط بكل دقائق الحساب الجاري تاركاً ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء، ولإبراز ذلك يتعين الاستعانة بنصوص الحساب الجاري بين الأشخاص وبشروح فقهاء القانون، واجتهاد القضاء، على الوجه الذي يبرز أهمية الحساب الجاري في الحياة المصرفية. على أن يتم عرض ذلك دون إسهاب أو تطويل، بالقدر اليسير الذي يوضح للقارئ أهمية الحساب الجاري ومميزاته، وأثاره.

ولبيان ذلك قسمنا هذا الفصل إلى خمسة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول - تعريف الحساب الجاري وأهميته وأركان قيامه .

المبحث الثاني - خصائص الحساب الجاري

المبحث الثالث - شروط المدفوعات في الحساب الجاري.

المبحث الرابع - آثار الحساب الجاري.

المبحث الخامس - إقفال الحساب الجاري.

المبحث الأول

تعريف الحساب الجاري وأهميته وأركانه

٣٠٨- عرفت المادة (٣٦٧ تجاري) الحساب الجاري بأنه ((عقد يتعهد بمقتضاه صاحب الحساب أن يودع أموالاً له في هذا الحساب لدى البنك، وأن يجري عن طريق البنك تسويات مع دائنيه ومدينيه وغير ذلك من التصرفات النقدية أو بالمناقلة. ويتعهد البنك أن يقيد في الحساب ما يرد من مدفوعات وأن يجيز السحب من الودائع بموافقة العميل، على أن تتم التسوية النهائية عند غلق الحساب واستخراج رصيده))

وفي تعريف أوضح وأشمل عرفت المادة (٣٤٣) الحساب الجاري بقولها ((براد بعقد الحساب الجاري الاتفاق الحاصل بين شخصين على أن يسلم كل منهما للآخر على دفعات مختلفة، من نقود وأموال وسندات تجارية، ويسجل في حساب واحد لمصلحة الدافع وديناً على القابض دون أن يكون لأي منهما حق مطالبة الآخر بما سلمه له في كل دفعة على حدة، بحيث يصبح الرصيد النهائي وحده عند إقفال الحساب هو الدين المستحق الواجب الأداء لأحد الطرفين بحسب الأحوال)).

ويتضح من تعريف الحساب الجاري، سواء كان بين شخصين طبيعيين، أم بين عميل ومصرف، وجود علاقة قانونية مستمرة بين الطرفين، تسفر عن قيام عمليات متعددة، يتبادل فيها الطرفان مركز الدائن والمدين من عملية إلى أخرى، مع تأجيل تسوية هذه العلاقة إلى حين إقفال الحساب لأي سبب، نظراً لصعوبة تصفية كل عملية على حدة.

وتعريف الحساب الجاري بأنه عقد، يقتضي كي ينشأ صحيحاً أن تتوفر فيه أركان العقد وفقاً للقواعد العامة، فيلزم توافر رضا العاقدین المعتبر، والمحل الجائز، والسبب المشروع، كما جاء في القواعد العامة في القانون المدني.

إضافة إلى ذلك يشترط المشرع التجاري اليمني لصحة عقد الحساب الجاري الذي طرفه مصرفاً، أن يكون مكتوباً^(١)، حيث نصت المادة (٣٦٨ تجاري) على أنه ((يفتح الحساب الجاري على النموذج المعد لذلك بعد إطلاع العميل على الشروط الواردة فيه والحصول منه على موافقة خطية بهذه الشروط، وإذا كان العميل شخصاً اعتبارياً وجب تقديم المستندات الدالة عن صلاحية العضو المعبر عن إرادته...)).

ومنى تأكد مدير المصرف من صحة البيانات والمستندات المقدمة له، أصدر قراره بفتح الحساب الجاري، ويعتبر منعقداً من تاريخ صدور هذا القرار (م/٣٦٨/٢ تجاري).

(١) عكس هذا التوجه، د. محي الدين إسماعيل علم الدين، مصدر سابق، ج-١، رقم ٢٩٤.

أهمية الحساب الجاري في البيئة التجارية :

٣٠٩- تجب الإشارة إلى أن الخصائص العامة للحساب الجاري، تبرز أهميته في البيئة التجارية والمصرفية. حيث تحقق قواعد الحساب الجاري الحماية القانونية لهذا العقد، وبالتالي يشجع المصارف على تقديم ائتمائها للعملاء بواسطة الحساب الجاري كسباً لنفحة التجار وتشجيعهم على تسوية التزاماتهم عن طريق السحب من الحساب الجاري، الأمر الذي يوجب عليهم تغذية الحساب بشكل مستمر ومنظم. واستخدام الحساب الجاري على ذلك النحو يحقق مزايا للمصارف باستمرار تدفق المدفوعات إليها، ويجنب التجار مخاطر نقل النقود وبالتالي الاقتصاد في استخدامها لأكثر من غرض، وتسهيل تسوية ديونهم عن طريق إجراء مقاصة واحدة عند إقفال الحساب.

المبحث الثاني

خصائص الحساب الجاري

٣١٠- عُرف الحساب الجاري بأنه عقد، بموجبه يلتزم المصرف بقيد المدفوعات في الجانب الدائن للدافع وفي الجانب المدين لمن قبض، وهذا حاصل أيضاً في الحساب البسيط. غير أن الحساب الجاري نظراً لما يتسم به من حركة ديناميكية بين معاملات متصلة بين طرفي الحساب، فإن هذا بدوره يؤدي إلى انسياب حركة المدفوعات والمقبوضات المتبادلة والمتشابكة بين المصرف والعميل، مما يؤدي بطريقة آلية إلى تبادل مراكز الدائن والمدين بين الطرفين من وقت إلى آخر^(١).

ومن هذا المنطلق وجه شراح القانون التجاري عناية خاصة لاستتباط خصائص الحساب الجاري نجمها فيما يأتي :

١- اتصال المعاملات بين طرفي الحساب :

٣١١- يتميز الحساب الجاري بحركة ديناميكية مستمرة بين المدفوعات والمقبوضات المتتابعة لطرفي الحساب، تنشأ عن عمليات متصلة بين الطرفين، بحيث تؤدي إلى تبادل مركزي الدائن والمدين من وقت إلى آخر^(٢). فإذا انتفتت عن المعاملات صفة الاتصال، أو كان الحساب خاصاً بعملية واحدة أو بعمليات متفرقة ومتباعدة، فلا يعتبر حساباً جارياً، بل حساباً عادياً^(٣). وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن

(١) د. علي البارودي، مصدر سابق، رقم ٢٢١.

(٢) د. محسن شفيق، مصدر سابق، ج ٣، رقم ٤٥، د. محمود سمير الشرقاوي، مصدر سابق، رقم ٥١٧، ص ٥١٢.

(٣) د. محمود سمير الشرقاوي، مصدر سابق، رقم ٥١٧، ص ٥١٢.

((الحساب الجاري - كما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو الحساب الذي يتضمن وجود معاملات متصلة بين طرفيه، يعتبر فيها كل منهما مديناً أحياناً ودائناً أحياناً أخرى))^(١).

٢- تبادل المدفوعات :

٣١٢- المدفوعات هي المبالغ المالية التي تقيد في الحساب الجاري لمصلحة الدافع ودائناً على القابض، وهذا يعرف بتبادل المدفوعات. ويقصد بتبادل المدفوعات لدى فقهاء القانون تغيير مراكز الدائن والمدين من وقت إلى آخر نتيجة تبادل المدفوعات بين المصرف والعميل، فمن يكون دائناً في وقت ما يكون مديناً في وقت آخر. أما إذا كان أحد طرفي الحساب دافعاً دائماً والآخر قابضاً دائماً فلا يعد من قبيل الحساب الجاري، لغياب تبادل المدفوعات^(٢). ويأخذ هذا الحكم الحساب المجمع الذي يظل فيه البنك في مركز المدين دائماً^(٣). وقد اعتبر المشرع التجاري اليميني الحساب الجاري مجمداً وبالتالي يكون واجب الإقفال من قبل المصرف، إذا لم يتحرك الحساب خلال مدة سنة كاملة من تاريخ آخر قيد في الحساب الجاري المصرفي (٣٧٩/د تجاري)، أو ستة أشهر من تاريخ آخر قيد في الحساب الجاري بين الأشخاص (٣٥١/د تجاري). ومع ذلك فإن المشرع التجاري اليميني لا يرى مانعاً من أن يبقى الحساب الجاري مكشوفاً لبعض الوقت للطرفين أو لطرف واحد، إلا أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يستقر الحساب الجاري على رصيد دائن لمصلحة أحد طرفي الحساب. أوضحت ذلك المادة (٣٤٥ تجاري) بقولها ((يجوز أن يكون الحساب الجاري مكشوفاً لجهة الطرفين، أو مكشوفاً لجهة طرف واحد، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يلتزم أحد الطرفين بتقديم المال للطرف الآخر، إلا إذا كان عند الأول مقابل وفاء كاف، ولا يجوز بحال أن يستقر الحساب على رصيد إيجابي لمصلحة الطرف الآخر)).

٣- تشابك المدفوعات :

٣١٣- لا يكفي لاعتبار الحساب جارياً قيام معاملات متصلة أو مدفوعات متبادلة بين المصرف والعميل، بل يجب أن تكون المدفوعات متداخلة ومتشابكة، بحيث تكون مدفوعات كل من الطرفين مقرونة بمدفوعات من الطرف الآخر^(٤)، ليحتل كل طرف صفة الدائن أو المدين من وقت إلى آخر. ويكون هذا الفرض قائماً ولو كان تشابك

(١) نقض مصري، طعن رقم ٣٦٢، جلسة ١٩٦٩/٦/١٩م، نقض تجاري لأحمد حسني، رقم ٣١٧.

(٢) د. محسن شفيق، الوسيط، مصدر سابق، ج٣، رقم ٤٦.

(٣) د. محمود سمير الشرقاوي، مصدر سابق، رقم ٥١٧، ص ٥١٢.

(٤) نقض مصري، جلسة ١٩٦٩/٦/١٩م، أشار إليه د. الشرقاوي، هامش ص ٥١٢.

الفصل الثاني: الحساب الجاري

المدفوعات يحتمل تحقيقه في المستقبل^(١). وهذا التشابك بين المدفوعات من قبل طرفي الحساب، هو الذي يعبر عن معنى جريان الحساب بينهما^(٢).

٤- توفير الضمان المتبادل لطرفي الحساب الجاري :

٣١٤- إن استمرار تدفق المدفوعات إلى الحساب الجاري، يقابله باستمرار استحقاق العميل لتسوية قيم العمليات التجارية وغيرها من الحساب، وهذا يجعل كلاً من العميل والمصرف مطمئن إلى أن كل طرف يدخل في الحساب كل نتائج العمليات الجارية بينهما، الأمر الذي يجعل من قيدها في الحساب الجاري إحدى الضمانات الموضوعية التي يعتمد عليها كل طرف، أملاً في أن تنتهي التسوية النهائية للحساب برصيد دائن لصالحه.

٥- الحساب الجاري حساب عام :

٣١٥- من الخصائص المميزة للحساب الجاري أن نشأته بحسب الأصل تستند إلى قاعدة (عمومية الحساب الجاري)، ومقتضاها أن الحساب الجاري يستوعب جميع المعاملات التي تقوم بين الطرفين، ويتم تسويتها عن طريق الدفع من الحساب الجاري، دون حاجة إلى اتفاق وعقد جديدين^(٣). ولكن المشرع التجاري اليميني خرج على هذا الأصل، حيث قرر أن تحديد نطاق الحساب الجاري من حيث كونه عاماً أو خاصاً بعملية معينة، يتوقف على إرادة طرفي الحساب. أكدت ذلك المادة (٣٤٤ تجاري) بقولها ((يتوقف مدى الحساب الجاري على إرادة العاقدين، فلهما أن يجعلاه شاملاً لجميع معاملتهما أو خاصاً بنوع معين منها)).

ويثار التساؤل بشأن تحديد نطاق الحساب الجاري، إذا ما جاء عقد الحساب خالياً من النص على اعتباره عاماً أو خاصاً بنوع معين من العمليات ؟

لم يضع المشرع التجاري اليميني حلاً للفرض السابق، والراجح لدينا اعتباره عاماً إتباعاً للأصل. ولكن تستثني من مبدأ عمومية الحساب الجاري ما تواتر شراح القانون على تخصيصه، مثل المدفوعات العائلية، أو التعويض الناشئ عن المسؤولية التقصيرية، أو المدفوعات النقدية الواجبة للغير، فهذه المدفوعات تستثني من قاعدة عمومية الحساب الجاري.

(١) د. محسن شفيق، الوسيط، مصدر سابق، ج-٣، رقم ٤٨.

(٢) د. علي البارودي، مصدر سابق، رقم ٢٢٧، ص ٣١٥.

(٣) د. علي البارودي، مصدر سابق، رقم ٢٨٨.

المبحث الثالث

شروط المدفوعات في الحساب الجاري

٣١٦- المدفوعات هي مجموعة الحقوق المالية التي تقيد في الحساب الجاري، في الجانب الدائن للدافع، وفي الجانب المدين للقابض. وغالباً ما تتكون المدفوعات - خصوصاً بين المصارف وعملائها - من مبالغ نقدية، أو أوراق تجارية يتم قيدها في الحساب الجاري لصالح العملاء.

ولكي يتم قيد تلك المدفوعات في الحساب الجاري، يشترط أن تتوافر فيها الشروط الآتية :

١- أن تكون المدفوعات محققة الوجود :

٣١٧- يشترط في المدفوعات كي يتم قيدها في الحساب الجاري أن تكون محققة الوجود، أي موجودة فعلاً تحت تصرف الدافع، لذلك لا يجوز أن تكون المدفوعات ديوناً في ذمة الغير، أو أوراقاً تجارية أو سندات مالية غير مقدور على تحصيل قيمتها (م ٣٤٧ تجاري) ولا يجوز كذلك أن تكون المدفوعات معلقة على شرط واقف، أو بوقف قيد المدفوعات في الحساب الجاري حتى يرد بشأنها أمر في المستقبل (م ٣٤٩ تجاري). أما إذا كانت معلقة على شرط فاسخ فلا يمنع هذا الشرط من قبول تسجيلها في الحساب الجاري، لأن الحق موجود وإن كان وجوده مهدداً بالزوال^(١). والسبب في اشتراط وجود المدفوعات ليتم قيدها في الحساب الجاري، أن المدفوعات غير الموجودة أو المعلقة على شرط واقف لا يمكن إدماجها في أرقام الحساب الجاري الذي يمثل صورة محاسبية حقيقية للمعاملات التجارية بين طرفي الحساب.

٢- أن تكون المدفوعات محددة المقدار :

٣١٨- يتكون الحساب الجاري من العديد من المدفوعات المتتالية، والتي تعبر في مجملها عن أرقام معلومة ومحددة المقدار، ولذلك يشترط في المدفوعات لقيدها في الحساب الجاري أن تكون محددة المقدار، وذلك كي لا يثور النزاع بشأن تحديد مقدارها ومن ثم يصعب إجراء التسوية الصحيحة في الحساب الجاري بين المدفوعات والمقبوضات. غير أن البعض^(٢) لا يرى مانعاً من قبول المدفوعات غير المقدرة وقيدها في حساب خاص - حساب الأمانات - حتى يزول عنها صفة عدم التحديد فتتحول بعد

(١) د. محمود بريزي، مصدر سابق، رقم ٢٨٢، د. أكرم يامالكي، مصدر سابق، رقم ٤٠١.

(٢) د. محمود بريزي، مصدر سابق، رقم ٢٨٣.

ذلك إلى مفرد من مفردات الحساب الجاري، غير أن هذا أمر يندر حدوثه بين المصرف وعملائه.

٣- أن تكون المدفوعات متماثلة :

٣١٩- قلنا فيما سبق إن من خصائص المدفوعات في الحساب الجاري فقدانها لذاتيتها المستقلة وصفاتها الذاتية كي يمكن إدماجها وانصهارها مع غيرها من المدفوعات ضمن مفردات الحساب الجاري. وحتى يتحقق ذلك يشترط أن تكون جميع المدفوعات في الحساب الجاري متماثلة أي من نوع واحد، كالنقود في الحساب الجاري بين المصرف وعملائه، ومن ثم فلا يصلح أن يدفع أحد طرفي الحساب نقوداً والآخر سلعاً، وذلك لعدم إمكانية اندماجها معاً ضمن مفردات الحساب الجاري، وبالتالي يجعل تسويتها في الحساب مستحيلاً.

٤- أن تكون المدفوعات خالية من النزاع :

٣٢٠- يشترط لقيد المدفوعات في الحساب الجاري، أن تكون خالية من النزاع، ولذلك فلا تصلح المبالغ المالية المتنازع عليها مدفوعات تخضع للتسوية في الحساب الجاري (م ٣٤٧ تجاري).

٥- أن تكون المدفوعات مسلمة للمصرف القابض على سبيل التملك :

٣٢١- الأصل في الحساب الجاري، أن يتم قيد المدفوعات في الجانب الدائن للدافع وفي الجانب المدين لمن قبض، فكان الأخير قد قدم مقابلاً لما تلقاه، مما مقتضاه أن الدافع إنما يسلم المدفوعات بنية نقل ملكيتها إلى القابض^(١)، أما إذا كان القابض قد تسلم المدفوعات على سبيل الوكالة أو الوديعة فلا يمكن اعتبارها مدفوعات تقبل القيد في الحساب الجاري^(٢).

وتظهر أهمية هذا الشرط، عندما تكون المدفوعات أوراقاً تجارية أو سندات مالية، فلا يمكن قيدها في الحساب إلا إذا ظهرت لصالح القابض تظهيراً ناقلاً للملكية. أكدت ذلك المادة (٣٤٧ تجاري) بقولها ((الدفع بواسطة سند تجاري لا يتحقق إلا بقبض قيمة السند ... - وأضافت - أنه إذا لم تسدد قيمة السند في موعد استحقاقه، كان للطرف الذي تسلمه، مع الاحتفاظ به على سبيل التأمين ومع استعمال الحقوق المنوطة به، أن يقيد قيمته على حساب الطرف الذي سلمه...)).

(١) د. مصطفى طه، مصدر سابق، رقم ٥٣٩، ص ٤٧٧.

(٢) د. علي البارودي، مصدر سابق، رقم ٢٢٥، ص ٣١١.

المبحث الرابع آثار الحساب الجاري

٣٢٢- ذكر قانون التجارة اليمني في نصوص متفرقة ما أستخدم الفقه والقضاء على تسميته بآثار الحساب الجاري، نورها مجلة كما أشار إليها المشرع اليمني، على أن تقتصر دراستنا على أهم ما استقر عليه العرف المصرفي من آثار، وذلك على النحو التالي:

فقد نصت المادة (٣٦٩ تجاري) على أن ((آثار قيد المفردات هي :

١- يتجدد كل طلب بإدخاله إلى الحساب الجاري، ولا تسري على هذا الطلب قواعد التقادم والفوائد التي كانت تسري عليه قبل قيده في الحساب.

٢- تكون المفردات المقيدة في الحساب بمجموعها غير قابلة للتجزئة قبل غلق الحساب واستخراج الرصيد.

٣- لا تجوز المقاصة بين مفرد في الحساب الجاري ومفرد آخر في الحساب ذاته.

٤- تنتقل إلى الرصيد ضمانات التنفيذ التابعة لمفرد من المفردات وبقدر هذا المفرد المضمون.

٥- لا يؤدي قيد المفرد في الحساب إلى استبعاد ممارسة الدعاوى والدفع الخاصة به، وإذا قضى ببطان أحد المفردات أو بإبطاله أو فسخه، وجب تنزيل هذا المفرد من الحساب)).

ونصت المادة (٣٤٩) على أن ((الديون المترتبة لأحد الطرفين إذا أدخلت في الحساب الجاري فقدت صفاتها الخاصة وكيانها الذاتي، فلا تكون بعد ذلك قابلة على حدة للوفاء ولا للمقاصة ولا للسقوط ولا للتقاضي ولا لطريقة من طرق التنفيذ، وتزول التأمينات الشخصية والعينية المتصلة بالديون التي أدخلت في الحساب الجاري، ما لم يكن هناك اتفاق مخالف...)).

ونصت المادة (٣٧٤) على أنه ((١- لا تنتج المدفوعات في الحساب فوائد ولا يجوز احتساب فائدة على الفوائد إلا إذا اتفق على ذلك صراحة. ٢- تظل قائمة حقوق البنك في تحصيل العمولة وتعويض المصروفات المرتبطة بتنفيذ العمليات ما لم يتفق على غير ذلك)).

وبناءً على ما سبق يمكن عرض آثار الحساب الجاري على النحو الآتي :

أولاً : الأثر التجديدي للحساب الجاري :

٣٢٣- أكد قانون التجارة اليمني، ما استقر عليه رأي الفقه^(١) من أن دخول المدفوع أو الدين في الحساب الجاري يؤدي إلى تجديده (م ١/٣٦٩) بمعنى أن مبلغ الدين أو المدفوع بمجرد دخوله في الحساب الجاري يفقد صفاته الخاصة وكيانه الذاتي (م ٣٤٩ تجاري)، ويكون هذا المدفوع مجرداً ومستقلاً عما يكون قد سبقه من حقوق، وذلك نتيجة انقضائه باندماجه بين مفردات الحساب الجاري، ومقتضى هذا التجديد كما يعبر الشراح انقضاء الدين الأصلي أو العلاقة الأصلية وزوال الروابط القانونية التي كانت سبباً لوجوده، وقيام دين جديد أو علاقة قانونية جديدة، وهذا ما يعبر عنه بالأثر التجديدي للحساب الجاري.

ويترتب على تجديد الدين أو المدفوع في الحساب الجاري نتائج عديدة أشارت إليها المادة (٣٤٩ تجاري) بقولها ((الديون المترتبة لأحد الطرفين إذا أدخلت في الحساب الجاري فقدت صفاتها الخاصة، وكيانها الذاتي، فلا تكون بعد ذلك قابلة على حدة للوفاء ولا للمقاصة، ولا للسقوط، ولا للتقاضي، ولا لطريقة من طرق التنفيذ، وتزول التأمينات الشخصية والعينية المتصلة بالديون التي أدخلت في الحساب الجاري ما لم يكن هناك اتفاق مخالف)).

وعلى ضوء ذلك يمكن عرض نتائج الأثر التجديدي للحساب الجاري على النحو التالي :

أ- تحول الدين أو المدفوع في الحساب الجاري إلى مجرد مفرد يذوب بين مفردات الحساب ويذمج مع غيره من مفرداته، بحيث يمتنع على الدافع أن يطالب بما دفع بصفة مستقلة، إنما له أن يطالب بكشف الحساب لمعرفة الرصيد النهائي دائناً أو مديناً عند إقفال الحساب (م ٣٤٣ تجاري).

ب- فقدان المدفوع في الحساب الجاري لكيانه الذاتي وصفاته الخاصة للتين كان يتمتع بهما قبل دخوله في الحساب الجاري، وتحوله إلى قيود مجردة في الحساب الجاري، عبرت عن ذلك المادة (٣٤٩ تجاري يمني) بقولها ((الديون المترتبة لأحد الطرفين إذا أدخلت في الحساب الجاري فقدت صفاتها الخاصة وكيانها الذاتي، فلا تكون بعد ذلك قابلة على حدة للوفاء ولا للمقاصة ... ما لم

(١) راجع د. علي جمال الدين عوض، المعلوم، ص ٣٤١ وما بعدها، د. علي البارودي، مصدر سابق، رقم ٢٣١.

يتفق على غير ذلك)). والسبب أن القابض يتلقى المدفوع مجرداً عن صفاته الأصلية^(١)، وبالرغم من ذلك أكد قانون التجارة اليمني عدم سقوط ما لطرفي الحساب من دعاوى أو دفعات خاصة بأحدهما في مواجهة الآخر، بشأن المعاملات والعقود التي ترتبت عليها هذه الدفعات ما لم يشترط غير ذلك (م ٣٤٨، ٥/٣٦٩ تجاري). ولا يتحصن الدين المدفوع في الحساب الجاري ضد أسباب البطلان التي كانت تشوبه قبل قيده في الحساب الجاري، فإذا قضى ببطلان أحد المفردات أو فسخه وجب تنزيل هذا المفرد من الحساب بقيد عكسي (م ٥/٣٦٩).

ج- زوال التأمينات الشخصية والعينية المتصلة بالدين: يترتب على إدخال الدين أو المدفوع في الحساب الجاري زوال التأمينات الشخصية والعينية المتصلة بهذه الديون وذلك لأن هذه الديون تنقضى بتجديدها في الحساب فمن يدفع ديناً في الحساب الجاري يفقد الضمانات المقررة لهذا الدين^(٢)، ولكن يجوز لطرفي الحساب الاتفاق على احتفاظ الدين المدفوع في الحساب الجاري بالتأمينات المذكورة وانتقالها إلى الرصيد النهائي عند إقفاله (م ٣٤٩ تجاري)^(٣).

د- النقد المدفوع الذي يدخل في الحساب الجاري، يصبح محصناً ضد قواعد التقادم، فلا تسري عليه قواعد التقادم التي كانت تسري عليه قبل قيده في الحساب الجاري (م ١/٣٦٩)، بل يصبح الرصيد النهائي بأكمله خاضعاً لقواعد التقادم وفقاً للقواعد العامة (م ٢/٣٨٠ تجاري).

هـ- المبلغ المدفوع في الحساب الجاري، لا تقرر عليه فوائد لصالح الدافع إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك صراحة، عبرت عن ذلك المادة (١/٣٧٤ تجاري) بقولها ((لا تنتج المدفوعات في الحساب الجاري فوائد ولا يجوز احتساب فائدة على الفوائد، إلا إذا اتفق على ذلك صراحة)). وبالرغم من ذلك فلا تسقط حقوق المصرف من العمولات والتعويضات عن المصروفات المرتبطة بتنفيذه للعمليات لصالح العميل (م ٢/٣٧٤ تجاري).

(١) د. سميحة القليوبي، مصدر سابق، رقم ١٢٨.

(٢) د. علي جمال الدين، المطول، رقم ٢٠٠.

(٣) يقصد بالتأمينات الشخصية، ضمان أحد الأشخاص بتنفيذ المدين التاجر لالتزامه، بحيث يكون أمام الدائن مدينان اثنان، المدين الأصلي والمدين الاحتياطي وهو الضامن، أو الكفيل، أما التأمينات العينية، فهي عبارة عن تخصيص المدين لمال معين من أمواله لضمان الدائن فيكون الأخير حق عيني على هذا المال المقدم رهناً للدائن، يمكنه التنفيذ عليه بالأولوية على غيره من الدائنين.

ثانياً : عدم تحصين الدين المقيّد في الحساب الجاري ضد البطلان :

٣٢٤- من الآثار المباشرة للحساب الجاري، عدم تحصين الدين المقيّد في الحساب الجاري ضد أسباب البطلان التي كانت تشوبه قبل قيده في الحساب، بل إن آثار القيد تتوقف على صحة الدين. فإذا كان الدين الذي قيد في الحساب باطلاً وجب تنزيله من الحساب بقيد عكسي. ذكرت ذلك المادة (٥/٣٦٩ تجاري) بقولها ((لا يؤدي قيد المفرد في الحساب إلى استبعاد ممارسة الدعاوى والدفع الخاصة، وإذا قضى ببطلان أحد المفردات أو فسخه، وجب تنزيل هذا المفرد من الحساب)).

ثالثاً : انتقال ضمانات الدين المقيّد في الحساب الجاري إلى الرصيد :

٣٢٥- يترتب على قيد الدين في الحساب الجاري، أن ضمانات التنفيذ المقررة له قبل القيد، تنتقل بذاتها وبقوة القانون إلى الرصيد. جاء ذلك في المادة (٤/٣٦٩ تجاري) حيث قالت ((تنتقل إلى الرصيد ضمانات التنفيذ التابعة لمفرد من المفردات وبقدر هذا المفرد المضمون)).

رابعاً : عدم جواز المقاصة بين مفردات الحساب الجاري :

٣٢٦- سبق القول إن كل دين أو مدفوع يدخل الحساب الجاري ينقضي بذاته ويذوب بين مفردات الحساب، وهذه النتيجة توجب القول بعدم جواز إجراء المقاصة بين مفرد في الحساب الجاري ومفرد آخر في الحساب ذاته (م ٣/٣٦٩ تجاري). غير أنه إذا وجدت عدة علاقات أو حسابات بين البنك والعميل، فإنه في هذه الحالة يجوز إجراء المقاصة بين أرصدة هذه الحسابات، ما لم يتفق الطرفان على عدم جواز ذلك (م ٣٧٥ تجاري). وهذه عكس الحالة الأولى التي لا يوجد فيها سوى رصيد واحد بين المصرف والعميل.

خامساً : عدم سريان الفوائد على المدفوعات في الحساب الجاري :

٣٢٧- من آثار الحساب الجاري، أن المدفوعات التي تدخل الحساب تنتقل إلى ملكية المصرف، ومن ثم لا تسري الفوائد على هذه المدفوعات إلا إذا وجد اتفاق بين الطرفين بجواز هذه الفوائد، نصت على ذلك المادة (١/٣٧٤ تجاري) بقولها ((لا تنتج المدفوعات في الحساب الجاري فوائد، ولا يجوز احتساب فائدة على الفوائد إلا إذا اتفق على ذلك صراحة)).

سادساً : عدم تجزئة الحساب الجاري^(١) :

٣٢٨- ذكرنا فيما سبق أن الدين الذي يقيد في الحساب الجاري يتحول إلى مفرد يذوب بين مفردات الحساب، بحيث ينشأ من مجموع هذه المفردات وحدة واحدة غير قابلة

(١) للتفصيل راجع د. علي جمال الدين، المطول، ص ٣٦٧ وما بعدها.

للتجزئة أو انفصال بعضها عن بعض، وذلك لعدم إمكانية اعتبار أحد طرفي الحساب دائناً أو مديناً إلا عند إقفاله. أكدت ذلك المادة (٢/٣٦٩ تجاري) بقولها ((تكون المفردات في الحساب الجاري بمجموعها غير قابلة للتجزئة قبل غلق الحساب واستخراج الرصيد)) وأضافت المادة (٣٥٠ تجاري) بقولها ((الحساب الجاري غير قابل للتجزئة فلا يعد أحد الطرفين دائناً أو مديناً للطرف الآخر قبل إقفال الحساب، وإقفال الحساب هو وحده الذي يحدد العلاقات القانونية بين الطرفين وهو الذي تنشأ عنه حتماً المقاصة الإجمالية لجميع بنود الحساب من تسليف واستلاف وهو الذي يعين الدائن والمدين...)).

ويترتب على عدم تجزئة الحساب الجاري عدة آثار نجمالها على النحو التالي:

٣٣٩- آثار عدم تجزئة الحساب الجاري :

- أ- لا يجوز لأحد طرفي الحساب المطالبة بما دفع للآخر، في كل دفعة على حدة دخلت في الحساب الجاري، لأنها تدوب بين مفردات الحساب، (م ٣٤٣ تجاري)، وبالتالي فلا يمكن خلال هذه المرحلة تحديد الدائن من المدين إلا عند إقفال الحساب.
- ب- يترتب على عدم تجزئة الحساب الجاري، امتناع المقاصة بين بند دائن وبند مدين في الحساب، لأن المقاصة - كما يرى الشراح^(١) بمثابة الوفاء، وقيد المدفوعات في الحساب الجاري ليس وفاء.
- ج- يترتب على عدم تجزئة الحساب الجاري، القول بأن ما يدفعه أحد طرفي الحساب للآخر، لا يعتبر وفاء بدين محدد في الحساب، لأنه لا يعرف الدائن من المدين إلا عند إقفال الحساب (م ٣٥٠ تجاري).

المبحث الخامس

إقفال الحساب الجاري

٣٣٠- نصت المادة (٣٧٩ تجاري) بأن الحساب الجاري يقفل لأحد الأسباب الآتية :

- ١- انتهاء المدة المحددة في اتفاق الطرفين، على أنه يجوز لهما الاتفاق على إغلاقه قبل انتهاء المدة المحددة في العقد الذي بموجبه فتح الحساب الجاري.
- ٢- يقفل الحساب الجاري غير محدد المدة، بناءً على طلب أحد طرفي الحساب العميل أو المصرف، وبشروط لتمام ذلك إخطار الطرف الآخر خلال

(١) د. مصطفى طه، مصدر سابق، رقم ٥٥٢.

الفصل الثاني: الحساب الجاري

المواعيد المتفق عليها في عقد فتح الحساب الجاري، فإذا لم يحدد العقد المدة التي يجب الإخطار خلالها، وجب إخطار الطرف الآخر قبل أسبوعين من تاريخ الإقفال (م/٣٧٩ ب).

٣- وبما أن الحساب الجاري يقوم على الاعتبارات الشخصية، فإنه ينتهي بما يمس هذه الاعتبارات، مثل موت العميل، أو تصفية المشروع الذي فتح الحساب الجاري لأجله، أو فقدانه للأهلية، أو المساس بأهليته مما يجعله ناقص الأهلية، أو انتهاء الشركة وتصفيتها إذا كانت طرفاً في حساب جار. وينتهي الحساب الجاري كذلك بتصفية المصرف، إذا تقرر تصفية نشاطه.

٤- ويقفل الحساب الجاري، إذا جمد الحساب لأي سبب، أو ظل مجمداً بين المصرف والعميل لمدة سنة كاملة من تاريخ آخر قيد تم في الحساب (م/٣٧٩ د). ويعتبر في حكم التجميد المؤدى إلى إقفال الحساب عدم توالى المدفوعات والمقبوضات، بمعنى أن يظل أحد طرفي الحساب دافعاً فقط أو قابضاً فقط، كما سبقت الإشارة إليه. ويكفي لإقفال الحساب الجاري بين الأشخاص أن يكون مجمداً لمدة ستة أشهر (م/٣٥١ د).

آثار إقفال الحساب الجاري :

٣٣١- يترتب على إقفال الحساب الجاري عدة آثار ذكرتها المادة (٣٨٠ تجاري) بقولها ((١- يترتب على غلق الحساب الجاري اعتبار دين الرصيد حالاً، وتوقف الفوائد من تاريخ غلق الحساب، ما لم يتبين غير ذلك من الاتفاق أو الظروف. ٢- يتقدم دين الرصيد وفوائده طبقاً للقواعد العامة)).

ويمكن إيجاز تلك الآثار على الوجه التالي :

أ- يترتب على إقفال الحساب الجاري تحديد الرصيد النهائي، ويعتبر الرصيد في هذه الحالة محدد المقدار ومستحق الأداء ذلك أن المشرع التجاري اليمني رتب على إقفال الحساب حلول الدين، الأمر الذي يعني اعتباره مستحق الأداء بالإقفال، ما لم يتضمن عقد فتح الحساب أو يتبين من الظروف تأجيل الوفاء إلى مرحلة لاحقة.

ب- ويترتب على إقفال الحساب الجاري، وقف الفوائد الناشئة عن الحساب إذا كان اتفاق الطرفين يجيز هذه الفوائد ما لم يتفق الطرفان في عقد فتح

الحساب أو تتبين من الظروف عكس ذلك، فيستمر الرصيد النهائي منتجاً لهذه الفوائد في حالة الاتفاق عليها صراحة في عقد فتح الحساب (م ٣٧٤/اتجاري).

جـ - ويترتب على إقفال الحساب الجاري، خضوع الرصيد النهائي والفوائد الناتجة عنه - عند الاتفاق عليها صراحة - لقواعد التقادم العادية طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني (م ٢/٣٨٠ تجاري).

الفصل الثالث

الاعتماد المستندي

٣٣٢- لم يعد النشاط التجاري محصوراً في إطار المعاملات الداخلية للدول فحسب، ذلك أنه يندر في الوقت الحاضر أن نجد دولة بعينها تنتج كل ما تحتاجه من سلع أو خدمات، ومن ثم ليست بحاجة إلى منتجات غيرها من الدول. غير أن ما هو مسلم به على أرض الواقع، أن عوامل الوفرة الاقتصادية والميزة الكلية أو النسبية للإنتاج، قد يتوافقان في دولة وينعدمان لدى أخرى، الأمر الذي فرض منطق تداول السلع والخدمات بين الدول المنتجة والدول المستهلكة^(١)، وهذا ما يعرف بالتجارة الدولية. وفي إطار العلاقات التجارية الدولية، نجد أن طرفي الصفقة التجارية من دولتين مختلفتين، وغالباً لا يعرف أحدهما الآخر، إلا من خلال الرسائل أو وسائل الاتصالات الأخرى. ولضمان نجاح هذه العلاقة التجارية، لابد من توفير الثقة والاطمئنان لطرفي العقد، وضمان تنفيذ رغباتهما، وهذا ما تكفل به عقد الاعتماد المستندي، الذي يمقتضاه يحل المصرف محل المشتري. ونقول المادة ١٢٨ (تجاري) ((١- يكون الوفاء بالثمن عن طريق فتح اعتماد مستندي واجب في الحالتين :

- ١- إذا كان المبيع معداً للتصدير إلى خارج الجمهورية.
- ٢- إذا اتفق الطرفان في بيوع الاستيراد على أن يكون الوفاء بالثمن عن طريق فتح اعتماد مستندي)).

ويزيد من الثقة في الاعتماد المستندي، الطابع الدولي لأحكامه، حيث سعت غرفة التجارة الدولية؛ مجارة لتطور العمليات المصرفية؛ وسدا لحاجات التجارة الدولية؛ إلى وضع القواعد الموحدة للاعتماد المستندي مستلهمة في ذلك الأعراف التي أفرزتها البيئة التجارية.

وقد كانت سنة ١٩٣٣م بداية العمل بهذه القواعد، ثم عدلت في الأعوام ١٩٥١م، ١٩٦٢م، ١٩٧٤م، ١٩٨٣م، ١٩٩٣م^(٢). نشرة رقم ٥٠٠، ١٩٩٤م ثم جرت تعديلات

(١) ويرى الاقتصاديون أنه ليس من مصلحة أي دولة إنتاج سلعة معينة بتكلفة عالية بدلاً من استيرادها بكلفة أقل كلياً أو نسبياً. ولذلك فإن من مصلحة الدولة أن تخصص في إنتاج سلعة تتوافر لها فيها الميزة القسبية، وذلك حتى تتعاضد نسبة مشاركتها ومنفعتيها في التجارة الدولية. راجع أ. محمد الأطرش، تحديات الاتجاه نحو العولمة الاقتصادية بحث منشور في مجلة المستقبل العربي، العدد (٢٦٠) أكتوبر ٢٠٠٠م، ص ١٠.

(٢) د. محمود مختار بري، مصدر سابق، رقم ٣٣٠، ص ٤١٥، د. علي جمال الدين، الاعتمادات المستندية، مصدر سابق، ص ٣٨.

أخيره طالت المصطلحات التجارية الدولية في العام ٢٠٠٠م، وآخرها التعديلات الصادرة في ٢٠٠٧/٧/١م نشرة رقم ٦٠٠، حيث عدلت بموجبها المواد (٢-٣٧م) وبدأ تنفيذ هذه التعديلات الأخيرة من يناير ٢٠٠٨م وقد دأب المعنيون في المصارف التجارية العاملة في اليمن، والغرفة التجارية والصناعية اليمنية^(١)، إلى تطبيق تلك القواعد ومتابعة كل تعديل يطرأ عليها، لمواكبة المتطلبات التجارية بين الجمهورية اليمنية والعالم الخارجي، ودعواهم إلى مواصلة هذا الجهد لمتابعة كل جديد. وتؤيد محكمة النقض اليمنية هذا التوجه، حيث قالت في حكم لها ((طالما نص العقد - عقد الاعتماد المستندي - على تضمين الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية، فواجب البنك الالتزام بتلك الأعراف والأصول))^(٢).

وتحقيقاً للغاية من هذه المذكرات، وكى نعطي الطالب فكرة عن الاعتماد المستندي، نتولى بإيجاز تناول أحكامه في مباحث أربعة على النحو الآتي :

المبحث الأول - تعريف الاعتماد المستندي وأركان نشأته.

المبحث الثاني - أنواع الاعتمادات المستندية.

المبحث الثالث - العلاقات القانونية الناشئة عن الاعتماد المستندي.

المبحث الرابع - انتهاء الاعتماد المستندي.

المبحث الأول

تعريف الاعتماد المستندي وأهميته

٣٣٣- عرفت المادة (٤٠٠ تجاري) الاعتماد المستندي بأنه ((١- عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه (طالب فتح الاعتماد) لصالح شخص آخر (المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل)).

(١) عملت الغرفة التجارية والصناعية اليمنية، على إخراج القواعد الموحدة للاعتماد المستندي والتعديلات الواردة عليها عام ١٩٨٤م، ولتشد على أهمية هذه الخطوة واستمرارها في متابعة جميع التعديلات، لتكون مادة سهلة وميسرة للباحث والتاجر وكل ذي شأن. لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن، راجع المعايير الجديدة لفحص الاعتماد المستندي، مجموعة المحاضرات للاستاذ جاك ضابونجي طرابلس ليبيا بتاريخ ٢٧/٩/٢٠١٣م. وطارق الباشا، ملاحظات على الاعتمادات المستندية التعديلات الصادرة بتاريخ ١/٧/٢٠٠٧م بنشرة رقم ٦٠٠، منشور بهذا العنوان على موقعه الإلكتروني، د. حسام الدين عبدالغني الصغير، الجديد في القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية ٥٠٠، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، طبعة ٢٠٠٣م.

(٢) أس/ت/٢٩/١٩٧٩م، حكم منشور في مجلة الأحكام التجارية، عدد ١، قاعدة رقم ٢٥٨، ص ٢٨٨.

الفصل الثالث: الاعتماد المستندي

يتضح من هذا النص أن الاعتماد المستندي هو خطاب يصدره المصرف بناءً على طلب عميله، لصالح شخص ثالث هو المستفيد، بمقتضاه يلتزم المصرف التزاماً باتاً ومباشراً باعتباره مديناً شخصياً بقيمة الخطاب، بأن يدفع للمستفيد مبلغ الخطاب إذا تقدم إليه بالمستندات الممثلة للبضاعة خلال المدة المبينة فيه. وهذا الاعتماد المستندي يختلف عن عقد فتح الاعتماد المبرم بين المصرف والعميل، وعقد البيع المبرم بين البائع والمشتري عبرت عن ذلك المادة (٢/٤٠٠ تجاري) بقولها ((يكون عقد الاعتماد المستندي مستقلاً عن العقد المفتوح بسببه ويبقى البنك أجنبياً عن هذا العقد)).

والمرجع التجاري اليميني في المادة المشار إليها، خلط بين عقد فتح الاعتماد، وخطاب الاعتماد الذي يصدره المصرف لصالح المستفيد البائع يبلغه فيه بشروط الاعتماد التي وضعها العميل (المشتري). أما عقد فتح الاعتماد والموقع بين المصرف والعميل فهو عقد يخضع للقواعد العامة من حيث أركانه وشروطه، كونه من العقود الرضائية التي لم يشترط فيها المشرع التجاري اليميني شكلاً معيناً، غير أن ما جرى عليه العمل في السوق المصرفية إعداد المصارف لأنموذج مطبوع سلفاً يقوم العميل بإملائه، وفقاً للشروط الخاصة بالصفقة التي يضعها العميل، وباعتباره من العقود الرضائية، فيلزم أن يتوافر فيه الرضا الصادر عن إرادة حرة سليمة خالية من العيوب المعدمة أو المفسدة للرضا، ومحل مشروع من الناحية الشرعية والقانونية، يمكن تحقيقه، وسبب مشروع، وأهلية تجارية على نحو ما جاء في القانون التجاري والقانون المدني.

والاعتماد المستندي يعتبر من الأعمال التجارية الأصلية بحكم طبيعته القانونية بالنسبة للمصرف، والعميل التاجر، وعملاً تجارياً للعميل غير التاجر سواء كانت البضائع أو السلع التي فتح الاعتماد المستندي بسببها للبيع أم للاستخدام الشخصي، ولو كان هذا العمل لمرة واحدة (م ١/١٠ تجاري).

وعقد فتح الاعتماد المستندي على نحو ما سبق يعتبر من عقود المعاوضة الملزمة لأطرافه بما يتضمنه من التزامات على عاتق عاقيه، حيث يلتزم المصرف بتحرير خطاب الاعتماد وتنفيذ شروط العميل في مواجهة المستفيد، ويلتزم العميل بتغطية قيمة الخطاب، أورد القيمة للمصرف، إضافة إلى الفوائد والعمولات والمصاريف التي ينفقها المصرف مصدر الخطاب، كما سيأتي بيانه.

الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي:

٣٣٤- إذا كان الفقه على اتفاق من اعتبار الاعتماد المستندي في شق منه من العقود

التبادلية، فإنهم قد اختلفوا في تحديد طبيعته القانونية^(١)، فمنهم من اعتبره كفالة كونه يضم ثلاثة أطراف الدائن والمدين والكفيل، وذهب البعض الآخر إلى أنه من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير، لاحتوائه على مشروط ومتعهد ومنفع، ومنهم من أحاله إلى نظرية النيابة، لقيامه على المنيب، والمناب، والمناب لديه. وكل هذه النظريات تحاول تفسير قواعد الاعتماد المستندي بالاحتكام إلى القواعد العامة في القانون المدني. مما حدا بالبعض^(٢) إلى ترجيح تكييف الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي، بأنه التزام مجرد صادر من المصرف بإرادته المنفردة، مستمداً روح الثقة بالتزامه من العرف المصرفي الذي يرجع إليه فضل إنشاء هذا العمل القانوني.

أهمية الاعتماد المستندي:

٣٣٥- تكمن أهمية الاعتماد المستندي في قدرته على توفير الجو الملائم كي يتأكد كل من البائع والمشتري على استعداد الطرف الآخر لتنفيذ التزاماته، بالرغم من وجودهما في بلدين مختلفين، ولذلك يعمل الاعتماد المستندي على توفير الثقة والاطمئنان بين الطرفين، حينما يتدخل المصرف كمؤسسة مالية مليئة بالوفاء بقيمة الاعتماد مقابل تسلمه المستندات الممثلة للبضاعة من المستفيد (البائع)^(٣).

ويمكن تصوير الأهمية العملية للاعتماد المستندي في التجارة الدولية بالمثال الآتي :

تاجر يمني يريد شراء بضائع أو صفقة سيارات يابانية. والفرض أن المشتري اليمني قد اتفق مع البائع الياباني على كافة شروط الصفقة، من حيث المواصفات والعدد والوزن والقيمة وطبيعة الاعتماد المستندي وطريقة الشحن وميناء الوصول، وغيرها من الشروط التي توفر الاطمئنان لكل منهما^(٤).

وللوفاء بالقيمة الإجمالية لتلك الصفقة، جرى العرف التجاري عادة على أن يتعهد المشتري بدفع الثمن عن طريق فتح اعتماد مستندي لدى أحد المصارف العاملة في اليمن، لصالح البائع المصدر في اليابان، شريطة أن يقدم الأخير الوثائق والمستندات الممثلة

(١) راجع في هذا الخلاف والنظريات التي قيلت في الموضوع، د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، مصدر سابق، ص ٤٤٩ وما بعدها، ود. محيي الدين علم الدين، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٣١١ وما بعدها. والمصادر المشار إليها في المصدرين، ود. مصطفى طه، مصدر سابق، ص ٥٣٠ وما بعدها.

(٢) د. علي البارودي، مصدر سابق، رقم ٢٦٩.

(٣) ذكرت المادة (١٢٩) تجاري أن الوفاء بالثمن يتم بعد تقديم المستندات الاكثية :
١- سند الشحن. ٢- فاتورة مفصلة بالمبيع والثمن طبقاً لتعليمات المشتري... مثال - شهادة بالكشف على المبيع من مندوب يختاره المشتري)). وهي المعروفة بشهادة الصلاحية.

(٤) راجع المادة (١٢٧) تجاري).

للمصفقة، حسب شروط المشتري. وتنفيذاً لعقد الاعتماد، الموقع بين المشتري والمصرف اليمني، فإن الأخير وبعد استلامه لشروط عمله اليمني، يصدر خطاب الاعتماد المستندي، ويرسله إلى البائع الياباني، متعهداً بموجبه بأن يدفع له قيمة الاعتماد إذا قدم له المستندات الممثلة للبضاعة والموافقة لشروط المشتري. وعادة ما يحرر البائع كمبيالة بقيمة الاعتماد على فرع المصرف مصدر الخطاب أو المصرف المراسل - وكيل المصرف مصدر الخطاب - في بلد البائع، ويقدم له المستندات الدالة على تنفيذه لشروط الاعتماد وهكذا يحصل المشتري على البضاعة، ويحصل البائع على الثمن، والفضل لقواعد الاعتماد المستندي.

المبحث الثاني

أنواع الاعتمادات المستندية

٣٣٦- عرف النظام المصرفي العديد من الاعتمادات المستندية، لعل أهمها وأكثرها شيوعاً ما تناولها المشرع التجاري اليمني، على أن العرف المصرفي قد أفرز العديد من الاعتمادات المستندية التي لم ينص عليها المشرع اليمني^(١) وتتمثل أنواع الاعتمادات المستندية فيما يأتي :

١- الاعتماد غير القابل للنقض :

٣٣٧- أشارت إليه المادة (٧ من القواعد الموحدة) والمادة (٤٠١ تجاري يمني). ويقصد بالاعتماد غير القابل للنقض، الاعتماد الذي يؤكد في ذمة المصرف التزاماً قطعياً ومباشراً لمصلحة المستفيد وكل حامل حسن النية، بمقتضاه لا يجوز للمصرف بإرادته المنفردة الرجوع فيه بإلغائه أو تعديله أو تغيير شروطه إلا باتفاق جميع الأطراف (م ٤٠١/٢). وهذا الالتزام البات بجانب المصرف يظل سارياً مهما طرأت من ظروف تؤثر على المراكز المالية لأطرافه^(٢).

٢- الاعتماد القابل للنقض :

٣٣٨- هو الاعتماد الذي يكون فيه التزام المصرف غير بات، وبالتالي يستطيع الأخير بإرادته المنفردة، أو بناءً على طلب عميله فائح الاعتماد، أو بسبب تدهور مركزه المالي، إلغاء الاعتماد. ونظراً لما يثيره هذا الاعتماد من اشكالات، فإنه يندر استعماله أو القبول به من المستفيد.

(١) راجع ما سبق، ص ٩٢ وما بعدها، ولمزيد من التفاصيل، راجع د/ سعيد عبدالعزيز عثمان، الاعتمادات المستندية، للدار الجامعية بالإسكندرية، طبعة ٢٠٠٣، ص ٢٧ وما بعدها..

(٢) د. السيد اليماني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٥٣.

وإذا جاء الاعتماد المستندي خالياً من الإشارة إلى كونه قابلاً للنقض أو عدم قابليته للنقض، فإن المادة (٦/ج) من القواعد الدولية الموحدة قد اعتبرتة غير قابل للنقض. وهذا التوجه - كما يظهر لنا - لم يرق للمشرع التجاري اليمني بدليل عدم تبنيه لهذا الحكم، وتركه للاجتهاد الفقهي والقضائي. ولما كانت القاعدة أن التصرفات والمعاملات منوطة بتحقيق المصلحة، وأن الأمور بمقاصدها، فإن القول باعتبار هذا الاعتماد المستندي غير قابل للنقض هو الذي ينسجم - حسب فهمنا - ورؤية المشرع اليمني، انطلاقاً من الوظيفة الائتمانية التي تؤديها الاعتمادات المستندية في مجال التجارة الدولية^(١).

٣- الاعتماد المعزز:

٣٣٩- هو الاعتماد غير القابل للنقض الذي يعزز من قبل مصرف آخر في بلد المستفيد بناءً على طلبه زيادة في ضمان الوفاء، ويصبح المصرف المتدخل بموجب هذا التعزيز ملتزماً قبل المستفيد التزاماً قطعياً ومباشراً بالوفاء بقيمة الاعتماد (م ١/٤٠٢ تجاري). ومن جهة أخرى لا يعتبر مجرد الإخطار بفتح الاعتماد المستندي غير القابل للنقض المرسل لصالح المستفيد بواسطة مصرف آخر تعريضاً من هذا المصرف للاعتماد (م ٢/٤٠٢) وتوجب المادة (٢/١٢٨ تجاري) على المشتري الأجنبي للبضائع اليمنية، استصدار خطاب اعتماد مستندي غير قابل للنقض ومعزز بقيمة البضاعة لصالح البائع اليمني.

٤- الاعتماد القابل للتحويل:

٣٤٠- إذا كان الأصل أن خطاب الاعتماد المستندي يكون غير قابل للتحويل؛ لقيامه على الاعتبار الشخصية للمستفيد^(٢)، فإنه يجوز استثناء من هذا الأصل الاتفاق على أن يكون الاعتماد قابلاً للتحويل، بموجبه يستطيع المستفيد الأصلي تحويل قيمة الاعتماد لصالح مستفيد آخر أو أكثر حسب شروط عقد فتح الاعتماد (م ٤٠٣ تجاري). ومع ذلك يظل الأثر القانوني للالتزام المصرف مصدر الاعتماد قبل المستفيد الجديد قائماً بحسب شروط الاعتماد وطبيعته القانونية^(٣).

٥- الاعتماد القابل للتجزئة:

هو الاعتماد المستندي المنشأ وفق القواعد والأصول المصرفية المعتمدة، والمرتبط غالباً بالصفقات الكبيرة، حيث يتطلب تنفيذ العقد المفتوح بموجبه الاعتماد، فترات زمنية متعاقبة للوفاء به على دفعات متتالية، لأي سبب قد يتصل بالمشتري أو بالبائع. بموجب هذا

(١) راجع في الخلاف المتصل بهذه المسألة د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، مصدر سابق، رقم ٨، ود. سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، مصدر سابق، رقم ٦٩.

(٢) د. سميحة القليوبي، المصدر السابق، رقم ٦٩ ص ٤٠١.

(٣) د. السيد اليماني، مصدر سابق، ج ٤، ص ٥٤.

الاعتماد، يتعهد المصرف المنشئ أو المعزز بالوفاء بقيمة كل جزء من الاعتماد فور تقديم المستندات المطابقة للشروط، ولكل شحنة على حدة (م ٤٠٣ تجاري يمني). ولما كان هذا الاعتماد لا يتم الوفاء به دفعة واحدة بل على دفعات مقابل كل شحنة سمي بالاعتماد المستندي القابل للتجزئة، حيث إن من قواعد إنشائه، الاتفاق بين البائع والمشتري السداد على دفعات متوالية نظير كل شحنة.

على أن هناك بعض الاعتمادات المستندية التي لم يتناولها المشرع اليمني ولها حضور في بعض البيئات التجارية^(١).

المبحث الثالث

العلاقات القانونية الناشئة عن الاعتماد المستندي

٣٤١- يمكن القول إجمالاً أنه يترتب على إبرام عقد الاعتماد المستندي مجموعة من الآثار القانونية الهامة، تتمثل في ميلاد ثلاث علاقات قانونية: الأولى: بين المصرف والعميل (المشتري)، وسندها القانوني، عقد فتح الاعتماد، والثانية: بين العميل (المشتري) والبائع (المصدر)، وسندها القانوني عقد البيع المبرم بينهما، والثالثة: بين المصرف والمستفيد (البائع)، وسندها القانوني خطاب الاعتماد المستندي الصادر من المصرف.

وتجدر الإشارة إلى أن كل علاقة من تلك العلاقات مستقلة بآثارها القانونية والتزاماتها التي تولد في كنفها عما يولد في ظل غيرها من العلاقات. ويمكن عرض كل علاقة على حدة بشيء من الإيجاز على النحو التالي :

أولاً : العلاقة بين المصرف والعميل (المشتري) :

٣٤٢- ويحكم هذه العلاقة، عقد الاعتماد المستندي المبرم بين المصرف والعميل (المشتري)، والمتضمن مبلغ الاعتماد، وطريقة تغطيته، وعمولة المصرف، وسبب فتح الاعتماد، والمستندات الواجب على المستفيد تقديمها إلى المصرف للوفاء له بموجبها. ويولد في كنف هذه العلاقة العديد من الالتزامات القانونية على عاتق طرفيها، نوجزها على الوجه الآتي :

١- التزامات المصرف :

٣٤٣- يلتزم المصرف بموجب عقد فتح الاعتماد بتحرير خطاب الاعتماد المستندي لصالح المستفيد والوفاء به، إذا كانت المستندات مطابقة لشروط العميل فاتح الاعتماد

(١) راجع في هذا ما سبق ص ٩٢.

(م ٤٠٥ تجاري) ويجب على المصرف إخطار عميله عند عدم مطابقتها لشروطه وينفذ توجيهاته بشأنها (م ٣/٢/٤٠٥ تجاري)، حيث لا يملك المصرف إزاء تلك الشروط أي سلطة في التفسير أو الاستنتاج أو التقدير^(١). ويكون المصرف عرضة للمسئولية إذا أخل بأي من الالتزامات الواجبة عليه^(٢). وإذا قبل العميل المستندات بالرغم من مخالفتها لشروط الاعتماد فلا يحق للمصرف رفضها^(٣).

بالرغم من ذلك يظل المصرف أجنبياً عن العلاقة القائمة بين المشتري والبائع الذي فتح الاعتماد بسببها (م ٢/٤٠٠ تجاري).

٢- التزامات العميل (المشتري) :

٣٤٤- العميل (المشتري) هو الذي فتح الاعتماد المستندي بناءً على طلبه يلتزم بموجبه لصالح المصرف، بتغطية قيمة الاعتماد، والعمولة المتفق عليها، وغيرها من النفقات الضرورية التي تكبدها المصرف. واستحقاق المصرف للعمولات أو النفقات يتقرر بصفة نهائية بمجرد فتح الاعتماد سواء استخدم الاعتماد أم لم يستخدم^(٤). وإذا تولى المصرف تغطية قيمة الاعتماد، فإن العميل (المشتري) يلتزم بالوفاء بهذه المبالغ وغيرها من المصروفات والعمولات. وقد استقر العرف المصرفي على أن يكون للمصرف حق حبس المستندات التي يتلقاها من البائع (المصدر) والتي تمثل البضاعة، ليتمكن بموجبها باعتباره دائئاً مرتئها من استيفاء كامل حقوقه من العميل المشتري. ويقرر قانون التجارة اليمني للمصرف حق امتياز على البضاعة التي فتح الاعتماد لشرائها، ويكون حق الامتياز المقرر للمصرف مقدماً على غيرها من الامتيازات الأخرى، ما عدا المصروفات القضائية، وما تستحقه الحكومة من حقوق (م ٣١٣ تجاري). أكدت ذلك المادة (٤٠٧) بقولها ((١-إذا لم يدفع طالب فتح الاعتماد قيمة مستندات الشحن المطابقة لشروط فتح الاعتماد، فللبank الفاتح بيع البضاعة بالمزاد العلني بعد إذن القضاء، وتبليغ طالب فتح الاعتماد بموعد البيع ومحلّه، وإذا كانت البضاعة قابلة للتلف السريع، فيجوز إجراء البيع دون إذن القضاء. ٢- ويكون للبنك الفاتح - للاعتماد المستندي - على البضاعة الامتياز المقرر للوكيل في المادة (٣١٣) من هذا القانون، مادامت المستندات الدالة على البضاعة تحت يده...)).

- (١) نقض مصري طعن رقم ٤٤٣، جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧، ملحق النقض التجاري لأحمد حسني، رقم ١٠.
- (٢) لمزيد من التفاصيل راجع د. محمود مختار بري، المسؤولية التقصيرية للمصرف، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٨٦م، ص ٥٥ وما بعدها.
- (٣) أس/ت/١٩٧٩/٢٩م حكم لمحكمة النقض اليمنية، منشور في مجلة الأحكام التجارية، قاعدة رقم ٢٥٨، ص ٢٨٨.
- (٤) د. مصطفى طه، مصدر سابق، رقم ٥٨٥.

وإذا هلك البضاعة أو تلفت، انتقل حق المصرف إلى مبلغ التأمين، وله أن يطالب شركة التأمين عند تحقق الخطر المؤمن منه بموجب وثيقة التأمين التي تلقاها مع غيرها من الوثائق من المستفيد (البائع)، عبرت عن ذلك المادة (١٠٨٥ مدني يمني) بقولها ((١)- إذا كان الشيء المؤمن عليه متقلاً برهن أو تأمين أو غير ذلك من التوثيق العينية، انتقلت هذه الحقوق إلى الضمان المستحق للمؤمن له بمقتضى عقد التأمين...)).

ثانياً : العلاقة بين العميل (المشتري) والبائع (المستفيد) :

٣٤٥- ويحكم هذه العلاقة عقد البيع المبرم بين المشتري والبائع، والذي يتضمن كافة التفاصيل عن الصفقة، من حيث وسيلة الوفاء، وطريقة الشحن والتأمين، وميناء الوصول، وأدوات التغليف، وحجم الطرد أو العبوة، وكل ما يلزم لبيان أوصاف الصفقة. وغالباً ما يرد في عقد البيع أن تسوية ثمن الصفقة يتم عن طريق الاعتماد المستندي. وهذا العقد ينشئ التزامات محددة على عاتق الطرفين، نجلها فيما يلي :

١- التزامات المشتري :

٣٤٦- يلتزم المشتري بفتح الاعتماد المستندي خلال المدة المتفق عليها وبحسب الشروط الواردة في عقد البيع وإلا كان من حق البائع فسخ العقد والتعويض إن كان له مقتضى (م ٥٥٥ مدني يمني). وإذا عين في العقد المصرف الذي سيتولى فتح الاعتماد فلا يملك المشتري بإرادته المنفردة إصدار الاعتماد من مصرف آخر^(١). ويرى بعض الشراح^(٢) أن للمشتري في مقابل التزامه بفتح الاعتماد وفقاً لشروط عقد البيع، أن يطلب من المحكمة المختصة توقيع الحجز على مبلغ الاعتماد إذا اتضح عدم تنفيذ البائع لالتزاماته أو البعض منها، كالإخلال بالمواصفات المتفق عليها. وإن كان هذا الإجراء يضعف من الضمان الذي يوفره الاعتماد المستندي^(٣)، إلا أنه من الحقوق القائمة في العقود التبادلية، أن للمشتري وفقاً لذلك أن يطالب بفسخ العقد أو التعويض إن كان له مقتضى، وهذا ما تؤكد القواعد العامة في القانون المدني، ويسير عليه العمل في دوائر القضاء.

٢- التزامات البائع (المستفيد من الخطاب) :

٣٤٧- تنشأ التزامات البائع، من عقد البيع المبرم بينه وبين المشتري، فيقوم بموجبه بتنفيذ جميع بنوده، فيلتزم بأن تكون البضاعة مطابقة للمواصفات المتفق عليها، وأن يرفق

(١) د. مصطفى طه، مصدر سابق، رقم ٥٨٥.

(٢) د. محمود سمير الشرقاوي، مصدر سابق، رقم ٥٥٨.

(٣) د. علي جمال الدين عوض الاعتمادات المستندية، مصدر سابق، رقم ٤٨ ص ٦٩.

معها شهادة بذلك من الجهة التي حددت في العقد، وشهادة المنشأ، وشهادة الصلاحية، كما يلتزم بأن يتم شحن البضاعة في المواعيد المتفق عليها، وأن يتم تغليفها وفقاً لبند العقد. وكل إخلال بذلك يجعل من حق المشتري، المطالبة بفسخ العقد أو التعويض إن كان له مقتضى، كما سبق بيانه.

ثالثاً : العلاقة بين المصرف والبايع (المستفيد من الاعتماد) :

٣٤٨- يحكم هذه العلاقة خطاب الاعتماد الصادر من المصرف - بناءً على طلب العميل - لصالح المستفيد، ينشأ بمقتضاه حق مباشر للمستفيد، والتزام شخصي على المصرف بالوفاء لصالح البائع، وهو التزام بات ومجرد عن العلاقة القائمة بين المستفيد (البائع) والمشتري (العميل) ^(١). وهذه العلاقة تولد التزامات هامة على عاتق المصرف والمستفيد، نجلها فيما يأتي :

١- التزامات المصرف :

٣٤٩- إن أهم التزام ينشأ على عاتق المصرف، هو التزامه بالوفاء بقيمة الاعتماد متى تقدم إليه المستفيد في الميعاد المحدد بالاعتماد، شريطة تنفيذه للشروط الواردة فيه، والتي تتضمن التزامه بتسليم المستندات الممثلة للبضاعة والمطابقة لشروط فتح الاعتماد، وقد حكمت محكمة النقض اليمنية بأن ((خطاب الاعتماد يمثل العقد بين العميل والبنك وشروطه هي الواجبة التطبيق وفقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) ولذلك يجب على كل من المستفيد والبنك مراعاتها)) ^(٢). وقد عبرت عن ذلك المادة (١/٤٠٥ تجاري)، بأن التزام المصرف بالوفاء مرهون بتقديم المستفيد (البائع) للمستندات التي تمثل البضاعة والمطابقة لما جاء في الخطاب من بيانات وشروط. فإذا أوفى المستفيد بالتزاماته، وقدم الخطاب في الموعد المحدد فيه، تأكد حقه قبل المصرف، الذي يجب عليه الوفاء وقبول الكمبيالة المسحوبة عليه، أما إذا كانت الوثائق المقدمة من المستفيد (البائع) غير مطابقة لشروط الاعتماد، فإن على المصرف وقف الإجراءات، وإبلاغ العميل بذلك، وتنفيذ تعليماته (م ٣/٤٠٥). بل إن للمشتري وفقاً لذلك أن يطالب بفسخ العقد أو التعويض إن كان له مقتضى، وهذا ما تؤكد القواعد العامة في القانون المدني، وأستقر العمل به في دوائر القضاء ^(٣). ولكن إذا قبل العميل (طالب فتح الاعتماد) المستندات بالرغم من عدم

(١) نقض مصري، طعن رقم ٤٤٣، جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧م ملحق النقض التجاري لأحمد حسني، رقم ١٠.

(٢) أس/ت/١٩٧٩/٢٩م، مجلة الأحكام التجارية، قاعدة رقم ٢٥٨، ص ٢٨٨.

(٣) نقض مصري، طعن رقم ١٩٨، جلسة ١٩٧٦/١/٢٦م، قضاء النقض التجاري لأحمد حسني رقم ٤١، ونقض مصري، طعن رقم ٤٤٣، جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧م ملحق النقض التجاري لأحمد حسني، رقم ١٠.

مطابقتها لشروط الاعتماد وإبلاغ المصرف قبوله بذلك، فلا يجوز له في هذه الحالة رفضها^(١) وفيما عدى ذلك فلا يملك المصرف حق الوفاء بقيمة الاعتماد إلا إذا نفذ المستفيد شروط فتح الاعتماد^(٢).

تجدر الإشارة إلى أن التزام المصرف بالتحقق من مطابقة المستندات لشروط الاعتماد، من أهم الالتزامات المفروضة على عاتقه، حيث يجب عليه أن يفحص المستندات بمنتهى الدقة والحذر، وبعبارة كاملة، والتحقق من مطابقتها للشروط الواردة في الاعتماد دون أن تكون للمصرف - بشأن تلك الشروط - سلطة التقدير أو الاستنتاج بل إن للمشتري، وفقاً لذلك أن يطالب بفسخ العقد أو التعويض إن كان له مقتضى، وهذا ما تؤكدته القواعد العامة في القانون المدني، ويجري العمل به في دوائر القضاء^(٣).

٢- التزامات المستفيد (البائع) :

٣٥٠- ليس هناك من التزامات قانونية على المستفيد قبل المصرف، سوى ما تمليه عليه القواعد الموحدة للاعتمادات المستندية، والأعراف المصرفية، والمتمثلة، بالتزامه بالتقدم إلى المصرف مصدر الخطاب أو المصرف المراسل لتحصيل قيمة الخطاب بموجب المستندات - وفقاً للشروط السابق ذكرها - خلال الميعاد المحدد في الخطاب وبحسب الشروط الواردة فيه. وفي حالة إخلال المستفيد بأحد الشروط، أو تقدم بالكفيلة المستندية بعد انتهاء مدة صلاحية الخطاب، فيجوز للمصرف الامتناع عن الوفاء.

المبحث الرابع

انتهاء الاعتماد المستندي

٣٥١- إن الغاية من الاعتماد المستندي تتمثل في توفير الاطمئنان للبائع والمشتري على السواء، كي ينفذ كل منهما ما التزم به. لذلك تنتهي آثار خطاب الاعتماد المستندي وتنتهي بالتالي التزامات البائع - الناشئة عن عقد البيع - بتسليمه جميع الوثائق والمستندات الممثلة للبضاعة إلى المصرف مصدر الخطاب أو المصرف المراسل، خلال المدة المحددة في الخطاب، ووفاء المصرف لصالحه بقيمة الخطاب خلال مدة صلاحيته. وبهذا الإجراء تنتهي كذلك التزامات المصرف والمشتري قبل المستفيد (البائع). كما أن خطاب الاعتماد المستندي ينتهي بدون الوفاء بقيمته إذا انتهت مدة الصلاحية المحددة فيه.

(١) أس/ت/٢٩/١٩٧٩م، حكم لمحكمة النقض اليمنية، مجلة الأحكام التجارية، قاعدة رقم ٢٥٨، ص ٢٨٨.

(٢) نص مصري طعن رقم ٤٣٣ جلسة ١٩٦٦/٥/٣١م قضاء النقض التجاري لأحمد حسني، المصدر السابق رقم (٤٢).

(٣) استئناف القاهرة، الدائرة التجارية الأولى، في ١٦/٢/١٩٥٤م، موسوعة جمعة رقم ١٤٠.

ومن ناحية أخرى، إذا بادر المصرف بتسليم المستندات إلى العميل (طالب فتح الاعتماد) انتهى بذلك عقد فتح الاعتماد المستندي المبرم بين المصرف والعميل، وانتهت تبعاً لذلك جميع آثاره القانونية بينهما. ويرى شراح القانون التجاري، انتهاء عقد الاعتماد المستندي بوفاء العميل أو إفلاسه، وذلك للمساس بالاعتبارات الشخصية التي يقوم عليها العقد المشار إليه. غير أن هذا لا يؤثر ولا يمس العلاقة القائمة بين المصرف والمستفيد (البائع)، كونها علاقة مستقلة بنشأتها وآثارها عن غيرها من العلاقات.

انتهاء الاعتماد المستندي وأثره على المصرف المراسل :

٣٥٢- تجدر الإشارة، إلى أن دور المصرف المراسل يقتصر على تلقي خطاب الاعتماد المستندي من المصرف الذي أصدره، ويقوم بالتالي بإبلاغ المستفيد (البائع) بذلك، ويلاحظ أن المصرف المراسل في هذه الصورة ينفذ تعليمات المصرف المصدر فقط، لهذا السبب فلا يلتزم في مواجهة المستفيد بأي التزامات مباشرة، وإذا أوفى بقيمة الخطاب نيابة عن المصرف المصدر فإنه إنما يقوم بذلك بصفته وكيلًا عن المصرف الأصلي تنفيذاً لتوجيهاته. وبناءً على ما سبق، تنتهي كل صلة للمصرف المراسل بالمستفيد بتنفيذه للتعليمات الصادرة إليه من المصرف مصدر الخطاب.

ويختلف المركز القانوني للمصرف المراسل، إذا كان تدخله ليس لتنفيذ تعليمات المصرف المصدر، وإنما كان تدخله لتعزيز الاعتماد المستندي - وذلك لتأكيد حصول المستفيد البائع على قيمة الصفقة من المصرف المراسل في بلده مباشرة - وفي هذه الصورة يكون التزام المصرف المراسل شخصياً ومباشراً في مواجهة المستفيد، باعتباره مدينًا بمبلغ الاعتماد مثله مثل المصرف مصدر الخطاب. وفي هذه الحالة تنتهي التزامات المصرف المراسل بالوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد طبقاً للشروط المبينة فيه، أو بانتهاء مدة صلاحية الخطاب المحددة فيه^(١).

(١) راجع في التزامات البنك المراسل وآثارها، د. محيي الدين علم الدين، مصدر سابق، ج ٣، ص ١١٣٤ وما بعدها.

الفصل الرابع

خطاب الضمان

٣٥٣- سبق القول إن أعمال المصارف متطورة ومتجددة، حيث لم تقتصر وظيفتها على قبول الودائع وإعادة إقراضها للمشروعات التجارية فحسب، بل أضحت تقدم جزءاً من خدماتها في شكل كفالات مصرفية، منها ما استقر العرف المصرفي على تسميته بخطابات الضمان. تتولى المصارف إصدارها تأميناً للوفاء بالالتزامات الناشئة عن عقود المقاولات، أو عقود التوريد، أو المناقصات، أو للقيام ببعض الأعمال التي يتطلب تنفيذها تأميناً خاصاً. ويؤدي خطاب الضمان وظيفة فنية واقتصادية هامة، فبدلاً من تقديم الكفالات العينية وحيازتها تحت يد الدائن ضماناً لتنفيذ المدين للالتزامه، الأمر الذي يعني تجميد جزء كبير من رأس مال المدين طوال مدة تنفيذ العقد، ابتكر العرف المصرفي ما أصبح يعرف بخطاب الضمان^(١)، يصدره المصرف - وهو مؤسسة مالية موثوق بها - تمنح الدائن ثقة في اقتضاء حقه إذا ما أخل المدين بتنفيذ التزامه.

وقد شاع استعمالها في اليمن على وجه الخصوص، بمناسبة العطاءات والمناقصات العامة التي تطرحها الحكومة أو المؤسسات التابعة لها. ونظم ذلك في القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧م، الخاص بالمناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية، حيث تضمن العديد من الإشارات إلى ضمانات تأمين دخول المناقصات العامة. إلا أن وظيفة خطاب الضمان لم تقتصر على تلك الزاوية فحسب، بل أصبحت تصدر تأميناً لصالح الخزينة العامة، ممثلة بمصلحة الجمارك، بناءً على طلب الشركات الأجنبية الراغبة في عرض منتجاتها في اليمن، بشكل مستقل أو في إطار المعرض التجاري للدولة التي تتمتع الشركة بجنسيتها، وذلك ضماناً لإعادة السلع والبضائع إلى البلد القادمة منها، ويتم الخصم من هذا الضمان بقدر ما تستحقه الدولة من رسوم جمركية عن السلع المباعة في السوق اليمني، وإعادة الباقي من قيمة الخطاب بما يساوي رسوم السلع المعادة إلى البلد القادمة منها. ومن ناحية أخرى قد يصدر خطاب الضمان تأميناً لمرور البضائع من دولة إلى أخرى

(١) لمزيد من التفصيل عن خطابات الضمان، راجع أستاذنا الدكتور علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١م، ص ٣ وما بعدها، دمحيي الدين علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، مصدر سابق، ١٩٩٣م، ج ٢، ص ٧٦٧ وما بعدها، د. أكرم يمالكي، الأوراق التجارية، والعمليات المصرفية، مصدر سابق، ص ٣٤٥ وما بعدها، د. جاك يوسف الحكيم، مصدر سابق، ص ٤٠١ وما بعدها.

عبر الأراضي اليمنية - تجارة الترانزيت - على أن يسترد هذا الخطاب بإثبات خروج البضاعة من اليمن إلى بلد استهلاكها.

ونظراً لأهمية خطاب الضمان في حياتنا العملية باعتبارها إحدى صور الكفالات المصرفية، نلقي عليها الضوء بإيجاز لبيان أحكامها القانونية في قانون التجارة اليمني والقوانين المكملة له، وذلك في خمسة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول - تعريف خطاب الضمان ونشأته.

المبحث الثاني - أنواع خطابات الضمان.

المبحث الثالث - غطاء قيمة خطاب الضمان.

المبحث الرابع - العلاقات القانونية الناشئة عن خطاب الضمان.

المبحث الخامس - انتهاء خطاب الضمان.

المبحث الأول

تعريف خطاب الضمان ونشأته

٣٥٤- تناول قانون التجارة اليمني خطاب الضمان في المواد (٤٠٨-٤١٤)، ولما كانت الكفالة تخضع للقواعد العامة في القانون المدني فإن بعض الفقه يرى تطبيق أحكام القانون المدني على خطاب الضمان، إلا أننا في خطاب الضمان وهو بالنسبة للمصرف من الأعمال التجارية المطلقة نرى الوقوف عند طبيعته التجارية، مما يستتبع إعمال القواعد الخاصة الواردة في قانون التجارة على جميع الإشكالات القانونية الناشئة عن هذا العمل القانوني الخاص، على أن نعود إلى القانون المدني عند عدم وجود الحكم في القانون الخاص، وهذا ما يسير عليه الشراح في العمل القانوني.

تعريف خطاب الضمان :

٣٥٥- عرفت المادة (١/٤٠٨) خطاب الضمان بأنه ((تعهد يصدر من بنك بناءً على طلب عميل له (طالب الضمان) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، على أن يذكر في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله)).

ويظهر التعريف المشار إليه، المركز القانوني للمصرف باعتباره كفيلاً عن طالب الضمان في تنفيذ التزامه قبل المتعاقدين الآخرين. وتعهد المصرف في خطاب الضمان ينصب

على دفع مبلغ معين أو قابل للتعيين، وبالعلة المتفق عليها لصالح المستفيد، إذا طلب ذلك خلال مدة صلاحية الضمان، ويصبح ملتزماً بأحكام الخطاب، حتى في ظل معارضة العميل الأمر بالضمان. والتزام المصرف بالوفاء بمقتضى خطاب الضمان الصادر منه يتحدد بالغرض المبين في الخطاب الذي تعهد بموجبه، لا يجوز أن يمتد إلى ضمان التزام آخر^(١). وعلى هذا الأساس اشترط قانون التجارة اليمني ضرورة ذكر الغرض الصادر من أجله الخطاب، كي يضمن عدم تغيير الضمان إلى التزام آخر (م ٤٠٨/١).

وخطاب الضمان على الرغم من وصفه في المادة (٤٠٨ تجاري يمني) بأنه (تعهد) وهو ما يمكن قبوله في تكييف الطبيعة القانونية للوثيقة التي يصدرها المصرف والمعروفة بخطاب الضمان. غير أن هذه الوثيقة لا يحررها المصرف إلا لكونها أثر لعمل قانوني سابق هو عقد فتح خطاب الضمان المبرم بين العميل (طالب الضمان). وهذا العقد يلزم لنشأته صحيحاً أن تتوافر فيه الأركان العامة للعقد، من رضا معتبر خالٍ من العيوب المعدمة أو المفسدة له، ومحل جائز شرعاً وقانوناً، ومقدور على تحقيقه، وسبب مشروع وأهلية كاملة على نحو ما جاء في القواعد العامة.

وخطاب الضمان بالرغم من عدم اشتراط المشرع التجاري اليمني شكلاً معيناً لصحته، إلا أن العرف المصرفي قد أفرز أنموذجاً درجت المصارف على إخراجها في قالب مكتوب يقتصر دور العميل فيها على إملاء البيانات ووضع الشروط التي يتفق عليها الطرفان.

المبحث الثاني

أنواع خطابات الضمان

٣٥٦- جريا على منهج المشرع التجاري اليمني بعدم وضع الأعمال التجارية تحت حصر، لم يحدد أنواع خطابات الضمان التي يمكن للمصارف إصدارها وهذا صنيع حسن. ويمكن القول إن خطابات الضمان التي أفرزتها الحياة العملية لا تقع تحت حصر، حيث تتنوع بتنوع الالتزامات المضمونة. غير أن الأنواع الشائع استعمالها كما يرى بعض الفقه^(٢) تتمثل في الأنواع الآتية :

- (١) د. أكرم يامالكي، مصدر سابق، ص ٣٤٦. وصرحت بهذا المادة (٢٩٣) من قانون التجارة العراقي بقولها ((لايجوز للمستفيد المطالبة بقيمة خطاب الضمان عن غرض آخر غير الغرض المحدد فيه)).
- (٢) د. علي جمال الدين، خطابات الضمان، مصدر سابق، ص ٢٤ وما بعدها، ود. محيي الدين علم الدين، مصدر سابق، ج ٢، ص ٧٧٧ وما بعدها.

أولاً - خطاب الضمان الابتدائي :

٣٥٧- يقصد بـخطاب الضمان الابتدائي أو المؤقت، الخطاب المقدم تأميناً لدخول المناقصات العامة أو الخاصة، وقد درجت إعلانات المناقصات العامة على تحديد نسبة الضمان الابتدائي بـ ٢,٥% من قيمة العطاء^(١)، يكون صالحاً لمدة لا تقل عن ثلاثين يوماً، ويجوز أن يصدر خطاب الضمان لمدة غير معينة (م ٢/٤٠٨ تجاري). وتأقيت هذا الخطاب كما هو الغالب، يأتي من أن أثره القانوني ينتهي بانتهاء لجنة المناقصات من دراسة العروض إما برفض عطاء العميل وبالتالي إعادة خطاب الضمان إليه، أو ينتهي قرارها بإرساء العطاء على العميل، ومن ثم يصبح واجباً عليه تقديم ضماناً انتهائياً، بنسبة معينة من قيمة المناقصة مخصوماً منها قيمة الخطاب الابتدائي^(٢)، أو يقدم خطاباً جديداً ضماناً لحسن تنفيذ التزامه، وهذا هو المعمول به غالباً.

ثانياً - خطاب الضمان النهائي :

٣٥٨- هو الخطاب الذي يقدمه العميل المقاول أو المورد الذي رسا عليه العطاء، ضماناً لحسن تنفيذ التزامه وفقاً لشروط العقد. ويجري العمل على تقديم الضمان النهائي أثناء توقيع العقد، أو خلال مدة معينة من تاريخ توقيعه، وتستمر صلاحية الضمان إلى ما بعد انتهاء المشروع أو اكتمال أعمال التوريد بفترة كافية للتأكد من سلامة التنفيذ، وإذا جاء خطاب الضمان خالياً من تحديد المدة، فإن صلاحيته تنقضي بمضي ثلاث سنوات من تاريخ تحريره (م ٢/٤١١ تجاري)، ويفهم من هذا الحكم أن على الجهة المتعاقدة - إذا كانت مصلحة حكومية - أو المستفيد مطالبة العميل بتجديد الضمان بعد مرور الثلاث السنوات، وإلا يكون حق المستفيد في الضمان منتهياً لانتهاء مدة صلاحيته بمرور الزمن. ومقتضى الحكم المشار إليه انتهاء التزام المصرف قبل المستفيد لانتهاء صلاحية خطاب الضمان، ما لم يجر تجديده لمدة أخرى بنفس الطريقة التي فتح بها إبتداء في أول الأمر.

ثالثاً - خطاب الضمان المصرفي :

٣٥٩- يقصد بـخطاب الضمان المصرفي، الخطاب الابتدائي أو النهائي الذي يحرره مصرف وطني معتمد، بمناسبة عقد أبرم بين طرفين أحدهما وطني والآخر أجنبي،

(١) وتجدر الإشارة إلى أن قانون المناقصات رقم (٣) لسنة ١٩٩٧م لم يشر إلى نسبة الضمان الواجب التقدم بها لتأمين دخول المناقصات العامة، وترك ذلك لللائحة التنفيذية للقانون. والجاري عملاً تحديد ذلك الضمان بـ ٢,٥% من قيمة العطاء كما توردته الإعلانات التي تنشر في الصحف اليومية.

(٢) د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، مصدر سابق، ص ٢٥.

الفصل الرابع: خطاب الضمان

بمقتضاه يقوم الطرف الأجنبي - المتعهد بالتوريد أو تنفيذ العمل - بتحرير خطاب ضمان من أحد المصارف العاملة في بلده، لصالح أحد المصارف العاملة في اليمن - بلد تنفيذ العقد في مقابل ذلك يتولى المصرف المحلي في اليمن إصدار خطاب جديد بالمبلغ المبين في الخطاب الأول لصالح المستفيد في اليمن ضماناً لحسن تنفيذ الطرف الأجنبي لبنود العقد بحيث يطمئن المستفيد إلى إمكانية حصوله على قيمة الخطاب من المصرف المحلي إذا ما أخل الطرف الأجنبي بأي بند من بنود العقد.

رابعاً - خطاب الضمان المهني^(١) :

٣٦٠- قد تتطلب بعض المهن المتصلة بالنشاط التجاري، درجة عالية من الكفاءة في الأداء، والمهارة في التنفيذ، والسرعة في الإنجاز، والأمانة في المحافظة على حقوق الغير، ومراعاة أصول المهنة ضماناً لحسن تنفيذ الالتزامات وعدم الانحراف. لذلك قد يكون من شروط الاشتغال في بعض الأعمال تقديم ضمان مناسب، بحيث يجب على الشخص الراغب في مباشرة بعض الأعمال المهنية تقديم الضمانات الكافية للحصول على رخصة بمزاولة العمل، ضماناً لما قد يتقرر عليه من تعويض نتيجة ما قد يصدر منه من خطأ مهني خلال مباشرته للعمل لصالح الغير. ويكثر العمل بهذه الصورة من خطابات الضمان، في الأعمال المتصلة بمكاتب التخليص الجمركي، والمخازن العمومية المقامة بجوار الموانئ والمطارات، وفي أعمال السمسرة أو أعمال الوسطاء المعتمدين في أسواق البورصة.

وهذه الضمانات غالباً ما تكون في شكل خطابات ضمان مصرفية، عوضاً عن الكفالة الشخصية ولو كانت من أحد التجار، باعتبار الأولى وسيلة ضمان قانونية مقبولة لدى الجهات المختصة، يمكن بموجبها عند الاقتضاء الرجوع على مؤسسة مالية مليئة بدلاً من المتعهد المهني أو كفيله.

المبحث الثالث

عطاء قيمة خطاب الضمان

٣٦١- إن تطور وسائل الائتمان المصرفي، وتعدد أشكالها، دفعت المصارف إلى المزيد من الحرص والثأني قبيل إمداد العملاء بالقروض اللازمة لهم أو توفير الائتمان المطلوب منهم. وهذا السلوك عكس نفسه في شكل ضمانات تتطلبها المصارف من عملائها، للرجوع عليها عند عدم الوفاء.

(١) د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، مصدر سابق، رقم ٢٨، د. محيي الدين إسماعيل، علم الدين، مصدر سابق، ج ٢، ص ٧٩٠.

وفي هذا الشأن حددت المادة (٤٠٩ تجاري) وسائل تغطية قيمة الخطاب بأنواع محددة جاءت تحت عنوان (غطاء الضمان) حيث قالت ((١- للبنك أن يطلب تقديم غطاء الضمان الصادر منه في صورة وديعة نقدية أو رهن أو كفالة. ٢- يجوز أن يكون الغطاء تنازلاً من طالب الضمان عن حقه قبل المستفيد)).

ويوضح هذا النص الوسائل القانونية لغطاء خطابات الضمان الشائع استعمالها في السوق المصرفية في اليمن. وهي :

١- الوديعة النقدية:

٣٦٢- سواء كانت بالعملة الوطنية أو الأجنبية. ويجري العرف المصرفي على تخويل المصارف حق التصرف في هذه الودائع في إطار أنشطتها المتعددة، خلافاً لأحكام الوديعة التي نظمها القانون المدني في المواد (٩٣٨-٩٥٤)، والتي ترى أن الوديعة حفظ للمال وليس للتصرف، وإذا كان المودع لديه مأذوناً في التصرف بمبلغ الوديعة اعتبر التصرف قرضاً لا وديعة (م ٩٥٢ مدني). والوديعة النقدية من الوسائل الشائع استعمالها في السوق المصرفية اليمنية باعتبارها أكثر الوسائل أماناً للمصرف وغالباً ما يفضل العملاء تقديم الوديعة النقدية بالعملة الأجنبية تأميناً لقيمة الخطاب، وحفظاً للنقود من تقلب أسعار الصرف.

٢- الرهن :

٣٦٣- يعتبر الرهن من التأمينات العينية، التي تقرر للدائن امتيازاً على العين المرهونة يستوفي حقه منها بالأولوية على غيره من الدائنين. ومقتضى عقد الرهن كما ورد في المادة (٩٨٣ مدني) تخصيص مال معين عقاراً أو منقولاً بحوزة المصرف تأميناً له مقابل تحرير خطاب الضمان، بحيث يتمكن المصرف من التنفيذ على العين المرهونة لديه بالأولوية على غيره من دائني المدين الراهن إذا ما أوفى بقيمة الخطاب بناءً على طلب المستفيد. وقيدت المادة (٢١٦ تجاري) نفاذ الرهن في مواجهة الغير بوجوب حيازة المصرف أو شخص يعينه العاقدان للعين المرهونة. وهذا هو الرهن الحيازي.

٢- رهن الصكوك والأوراق المالية:

٣٦٤- قد يقدم العميل للمصرف رهناً يتمثل في الصكوك والسندات المالية، ويتم رهن هذه الصكوك بتنازل صاحبها كتابة عن الحق الثابت فيها لصالح المصرف، يذكر في وثيقة التنازل أنها على سبيل الضمان. ذكرت ذلك المادة (٢١٧ تجاري) بقولها

((يجوز رهن الحقوق، ويتم رهن الحقوق الثابتة في صكوك إسمية بنزول كتابي يذكر فيه أنه على سبيل الضمان... ويؤشر به على الصك ذاته ويتم رهن الحقوق الثابتة في صكوك لأمر بتظهير يذكر فيه أن القيمة للضمان)). وتظل هذه الصكوك محفوظة لدى المصرف فلا يجوز له التصرف فيها أو بالأرباح الناشئة عنها، وإذا لم يقم المدين الراهن بالوفاء خلال ميعاد الاستحقاق، كان للمصرف بعد مرور ثلاثة أيام من إبلاغ المدين رسمياً بالوفاء أن يطلب من المحكمة المختصة أمراً على عريضة ببيع الشيء المرهون كله أو بعضه (م ٢٢٣ تجاري) لاستيفاء حقوقه قبل المدين.

ومن ناحية أخرى يمنع قانون البنوك اليمني رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٨م، المصارف من تقديم ائتماناتها لصالح عملائها بضمانات الأسهم المملوكة لهم التي يتكون منها رأس مال المصرف (م ١٨). وذلك لأن هذه الوسيلة لا تمثل تأميناً حقيقياً للمصرف مقدم الضمان كون قيمتها تمثل جزءاً من رأس المال المملوك للمصرف، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى حتى لا تستغل هذه الوسيلة للإضرار بالمصارف ذاتها، باسترداد قيمة الأسهم بهذه الوسيلة، وبالتالي تصبح مساهمة أصحاب هذه الأسهم مساهمة صورية، وهذا غير جائز بنص القانون^(١). وحيلة عملية تصدى لها المشرع اليمني بكل حزم وقوة.

٤. الكفالة:

٣٦٥- الكفالة التجارية هي: ضم ذمة إلى ذمة أخرى في المطالبة بتنفيذ التزام، وتتعقد بإيجاب وقبول بين الكفيل والدائن (م ٢٣٠ تجاري). وهذه الصورة لا تقبل عليها المصارف إقبالاً كبيراً، وإذا قبلتها فإنها تزيد من تحرياتها لمعرفة المركز المالي للكفيل، قبل الموافقة عليها، وتحبذ المصارف غالباً في هذه الصورة أن يكون الكفيل من العملاء الذين لهم حسابات لديها، كي تتمكن من استيفاء حقوقها من حساب الكفيل طرف المصرف إذا لم يقم المدين بالوفاء خلال ميعاد الاستحقاق، ومثل هذا الأجراء يبعث الاطمئنان لدى المصارف على حقوقها.

تنازل العميل للمصرف عن حقوقه قبل المستفيد:

٣٦٦- أجاز قانون التجارة اليمني أن يكون غطاء خطاب الضمان هو تنازل العميل عن حقوقه قبل المستفيد. وهذه الصورة لا تحبذها المصارف لأنها لا تخلو من المخاطر.

(١) راجع في صورية المساهمة وأثرها القانوني، كتابنا الشركات التجارية وفقاً لقانون الشركات اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧م، ص ٣١ وما بعدها وص ٣٥ على وجه الخصوص.

الجدير بالذكر أن الوسائل السابق ذكرها يجري التعامل بها في السوق المصرفية اليمنية، وتلقى الوسيلة الأولى قبولاً واسعاً لدى المصارف كونها تتلقى وديعة نقدية وغالباً ما تكون بالعملات الأجنبية. ولا تحبذ المصارف حالياً الرهن العقاري نظراً للصعوبات العديدة التي واجهتها من هذه الطريقة، ونجد بعض المصارف في الوقت الحالي تشترط إضافة إلى الرهن العقاري تقويته بالكفالة التجارية.

ومما يجب الإشارة إليه، أن المصارف أحياناً قد تقدم خدماتها الائتمانية لعملائها بإصدار خطابات ضمان بناءً على طلبهم، دون الحصول على ضمانات منهم، وذلك يعتمد على المركز المالي المستقر والسمعة الحسنة والثقة التجارية في العميل، والمصارف لها السلطة التقديرية الكاملة في ذلك^(١).

المبحث الرابع

العلاقات القانونية الناشئة عن خطاب الضمان

٣٦٧- إن الطريق الطبيعي لتحرير خطاب الضمان، تبدأ بطلب يوجهه العميل إلى المصرف متضمناً قيمة الضمان، ومدة صلاحيته، واسم المستفيد، والإن إلى المصرف بدفع مبلغ الضمان إذا طلب ذلك المستفيد. فإذا قبل المصرف عرض العميل، أبرم الطرفان عقداً هو عقد فتح الخطاب، يتعهد بموجبه المصرف بإصدار الخطاب المطلوب. والعقد المشار إليه يقيم علاقة مباشرة بين المصرف والعميل، وهي علاقة مستقلة بذاتها وأدواتها القانونية لا شأن للمستفيد بها ولا تنشئ على عاتقه أي التزام. وهذه هي العلاقة الأولى، التي سماها بعض الفقهاء ((وعد بالاعتماد بالتوقيع))^(٢).

وعلاقة ثانية: تقوم بين العميل طالب الضمان والمستفيد أساسها عقد مقاوله أو توريد أو التزام، وهذه العلاقة مستقلة ومنفصلة عن العلاقة التي تربط العميل بالمصرف.

وعلاقة ثالثة: تنشأ بين المصرف والمستفيد، أساسها تعهد المصرف بالوفاء بقيمة خطاب الضمان لصالحه، نتيجة للرابطة التعاقدية التي تربط المصرف بالعميل الأمر، هذا التعهد ينشئ على عاتق المصرف التزاماً مباشراً بالوفاء بمبلغ الخطاب عند مطالبته بالوفاء من قبل المستفيد خلال مدة صلاحية الخطاب^(٣)، وهذه العلاقة مستقلة ومنفصلة عن علاقة العميل بالمصرف. عبرت عن ذلك المادة (٤١٠ تجاري) بقولها ((لا يجوز

(١) نقض مصري طعن رقم ١٠٦ جلسة ١٤/٣/١٩٧٣م، قضاء النقض التجاري لأحمد حسني، رقم ٣٢٨.

(٢) د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، مصدر سابق، ص ٦٧.

(٣) راجع في طبيعة علاقة المصرف بالعميل، د. علي جمال الدين عوض، المصدر السابق، ص ٩٠.

الفصل الرابع: خطاب الضمان

للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفع الناجمة عن علاقة البنك بطالب الضمان أو علاقة طالب الضمان بالمستفيد)).

وينشأ في ظل العلاقات المشار إليها التزامات قانونية على عاتق كل من العميل، والمصرف، والمستفيد، نوجزها على النحو الآتي:

أولاً : التزامات العميل :^(١)

٣٦٨- ينشأ على عاتق العميل بمقتضى عقد الضمان عدة التزامات في مواجهة المصرف (م ٤١٢ تجاري)، تتمثل في التزامه بتقديم قيمة الضمان في صورة غطاء نقدي، أو يبادر إلى تقديم رهن أو وديعة نقدية، يمكن التنفيذ عليها إذا ما اضطر المصرف إلى تنفيذ تعهده بالوفاء بمبلغ الضمان لصالح المستفيد. وإضافة إلى ذلك يلتزم العميل أن يقدم للمصرف العمولة المستحقة له بحسب الاتفاق. واستحقاق المصرف لأجر الخدمة المصرفية يظل قائماً في مواجهة العميل، ولو رفض المستفيد تحصيل مبلغ الضمان^(٢). وفي المقابل يكون للعميل الحق في إنهاء التزاماته قبل المصرف والتخلص من التأمينات الشخصية أو العينية المقررة للأخير، في حالة انقضاء صلاحية خطاب الضمان دون مطالبة المستفيد بالوفاء مع الأخذ في الاعتبار استحقاق المصرف للعمولة المحددة نظير تحرير خطاب الضمان. كما يلتزم العميل بعدم الاعتراض على المصرف إذا وفى بقيمة الضمان بناءً على طلب المستفيد^(٣)، ويجب على العميل إعادة خطاب الضمان للمصرف لإلغائه بعد أن تحقق الغرض من إصداره وإلا ظلت ذمته مشغولة بمبلغ الضمان والعمولات المستحقة عنه (م ٤١٢/٢ تجاري).

ثانياً : التزامات المصرف :

٣٦٩- بقبول المصرف عرض العميل بالضمان، يلتزم بتحرير خطاب الضمان لصالح المستفيد بحسب شروط العقد، ويلتزم التزاماً نهائياً ومباشراً قبل المستفيد، بأن يدفع له قيمة الخطاب عند أول مطالبة له خلال مدة صلاحية الضمان. ولا يجوز للمصرف الامتناع عن الوفاء استناداً إلى الدفع الناشئة من علاقته بالعمل الأمر بتحرير خطاب الضمان، سواء كانت متصلة بعدم مشروعية العلاقة التي تربط العميل بالمستفيد أو قابليتها للإبطال، أو امتناع المستفيد عن تنفيذ التزامه قبل العميل الأمر بالضمان (م ٤١٠ تجاري)

(١) للمزيد من التفصيل، راجع د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، مصدر سابق، ص ٩١ وما بعدها، ود. محي الدين إسماعيل علم الدين، مصدر سابق، جـ ٢، ص ٨١٦ وما بعدها.

(٢) في هذا المعنى نقض مصري، طعن رقم ٦٩٢، جلسة ١٩٨٣/٢/٢٨م، المستحدث لمعوض عبدالتواب، ص ١٣٧، د. السيد اليماني، مصدر سابق، جـ ٤، ص ٦٢.

(٣) قارن د. محمود سمير الشرفاوي، مصدر سابق، رقم ٥٦٥.

(١). ومن الإجراءات التي جرى عليها العرف المصرفي، التزام المصرف بإخطار العميل الأمر بمطالبة المستفيد قبل الوفاء للأخير، لعله يقوم بتنفيذ التزامه، ولا يعتبر هذا الإجراء مانعاً للمصرف من تنفيذ التزامه في مواجهة المستفيد أو السماح للعميل بالمعارضة بالوفاء، بل إن عدم استجابة الأخير بتنفيذ التزاماته، يكون مبرراً قوياً للمطالبة بالوفاء بقيمة خطاب الضمان. وليس على المصرف في هذه الحالة سوى الوفاء شريطة مراعاة شروط العميل الواردة في عقد الضمان^(٢). وفي حالة قيام العميل بتنفيذ التزاماته بحسب بنود العقد، أو انتهاء مدة الضمان دون مطالبة المستفيد، يلتزم المصرف برد قيمة الضمان للعميل (م ١/٤١١). أما إذا كان خطاب الضمان قد جاء خالياً من تحديد المدة فإن صلاحيته تنتهي بمرور ثلاث سنوات من تاريخ إنشائه (م ٢/٤١١ تجاري)، وبالتالي على المصرف إعادة قيمة الغطاء للعميل، إذا كان مودعاً لديه، أو التخلي عن التأمينات المسجلة له نظير إصداره خطاب الضمان.

التزامات المستفيد :

٣٧٠- تجدر الإشارة إلى أن المستفيد لا يلتزم بشيء بموجب عقد خطاب الضمان، غير أن العرف المصرفي يلزمه بضرورة المطالبة بقيمة الخطاب إذا ما تخلف العميل عن تنفيذ التزاماته، خلال مدة صلاحية الخطاب، وأن يكون طلبه مستنداً إلى الغرض الذي من أجله حرر الضمان، ولا يحق له المطالبة بتحصيل قيمة الخطاب مستنداً إلى سبب آخر^(٣). ومن التزامات المستفيد، عدم جواز تنازله عن قيمة خطاب الضمان للغير، ما لم يوافق المصرف مصدر الخطاب على ذلك (م ٤١٣ تجاري).

المبحث الخامس

انتهاء خطاب الضمان

٣٧١- أشارت المادة (٤١١ تجاري) إلى أن خطاب الضمان ينتهي بأحد الأسباب الآتية: ((١- إذا كان خطاب الضمان معين المدة، انتهت صلاحيته وبرئت ذمة البنك إذا لم يصله خلال مدة سريان الخطاب طلب من المستفيد بالدفع، ما لم يتفق صراحة قبل انتهاء هذه المدة على تجديدها. ٢- أما إذا كان خطاب الضمان لمدة غير معينة انتهت صلاحيته بمضي ثلاث سنوات من تاريخ إنشائه)).

(١) في هذا المعنى نقض مصري طعن رقم ١٦٨٥، جلسة ١٩٨٩/٦/١٩م، المستحدث في القضاء التجاري لمعوض عبدالنواب، ص ١٣٢.

(٢) د. السيد اليماني، مصدر سابق، ج٤، ص ٦٢.

(٣) د. أكرم يامالكي، مصدر سابق، ص ٣٤٨.

الفصل الرابع. خطاب الضمان

يوضح هذا النص بعض الأسباب التي ينتهي بناءً عليها خطاب الضمان وهي:

انتهاء خطاب الضمان بمحدد المدة :

٣٧٢- ينقضي خطاب الضمان إذا مضت مدة صلاحية الضمان دون أن يتقدم المستفيد بطلب الحصول على قيمته من المصرف الذي أصدره، وينقضي بالتالي التزام المصرف بقوة القانون قبل المستفيد، ولا يقرر على المصرف التزام بإشعاره بانتهاء مدة الخطاب أو بقرب إنتهائها.

وقد أجاز القانون للعميل تجديد مدة الضمان بطلب يقدمه إلى المصرف قبل انتهاء المدة المبينة فيه، بالشروط السابقة أو بشروط جديدة يقدمها المصرف.

انتهاء خطاب الضمان غير محدد المدة :

٣٧٣- إذا جاء خطاب الضمان خالياً من تحديد مدة صلاحيته، ينقضي هذا الخطاب بقوة القانون بمضي ثلاث سنوات من تاريخ إنشائه والفرص هنا أن المستفيد لم يتقدم إلى المصرف خلال هذه المدة بطلب الحصول على قيمة الضمان.

انتهاء خطاب الضمان بالوفاء :

٣٧٤- من الطبيعي أن وفاء المصرف بقيمة الخطاب للمستفيد يؤدي إلى إنتها الخطاب لزوال محله بالوفاء ، وبالتالي يقوم المصرف بالتأشير على الخطاب بما يفيد ذلك. وتنتهي بهذا علاقة المصرف بالمستفيد، وتبقى علاقة المصرف بالعميل قائمة خصوصاً إذا كان المصرف هو الذي تولى تغطية قيمة الضمان.

انتهاء خطاب الضمان بإعادته إلى المصرف:

٣٧٥- من أسباب انقضاء خطاب الضمان، إعادة الخطاب إلى المصرف الذي أصدره سواء من المستفيد أو من العميل إذا كان قد تلقاه من الأول نتيجة تنفيذ التزاماته أو زوال الأسباب التي كانت سبباً في تحريره^(١).

(١) د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان، مصدر سابق ، رقم ٣٠٣.

1. The first part of the document is a letter from the President of the United States to the Congress, dated January 3, 1862. It is a very important document, as it contains the President's annual message to Congress, which is a key part of the executive branch's communication with the legislative branch.

2. The second part of the document is a letter from the Secretary of the Treasury to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the Treasury, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

3. The third part of the document is a letter from the Secretary of the Navy to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the Navy, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

4. The fourth part of the document is a letter from the Secretary of the War to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the War, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

5. The fifth part of the document is a letter from the Secretary of the Interior to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the Interior, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

6. The sixth part of the document is a letter from the Secretary of the Agriculture to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the Agriculture, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

7. The seventh part of the document is a letter from the Secretary of the Commerce to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the Commerce, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

8. The eighth part of the document is a letter from the Secretary of the Education to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the Education, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

9. The ninth part of the document is a letter from the Secretary of the Public Works to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the Public Works, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

10. The tenth part of the document is a letter from the Secretary of the Public Lands to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the Public Lands, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

11. The eleventh part of the document is a letter from the Secretary of the Public Buildings to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the Public Buildings, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

12. The twelfth part of the document is a letter from the Secretary of the Public Works to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the Public Works, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

13. The thirteenth part of the document is a letter from the Secretary of the Public Lands to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the Public Lands, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

14. The fourteenth part of the document is a letter from the Secretary of the Public Buildings to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the Public Buildings, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

15. The fifteenth part of the document is a letter from the Secretary of the Public Works to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the Public Works, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

16. The sixteenth part of the document is a letter from the Secretary of the Public Lands to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the Public Lands, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

17. The seventeenth part of the document is a letter from the Secretary of the Public Buildings to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the Public Buildings, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

18. The eighteenth part of the document is a letter from the Secretary of the Public Works to the President, dated January 10, 1862. It is a very important document, as it contains the Secretary's report on the state of the Public Works, which is a key part of the executive branch's communication with the President.

فهرست الموضوعات

الصفحة	الموضوع
١	تقديم
٣	التعريف بالقانون التجاري
٥	نشأة القانون التجاري وتطوره
٦	١- العصر القديم
٨	٢- العصر الوسيط
١٠	٣- العصر الحديث
١٦	العصر الحديث والملاحم التشريعية في اليمن
١٩	استقلال القانون التجاري عن القانون المدني
٢٠	مصادر القانون التجاري
٢٥	نطاق القانون التجاري
٢٥	١- النظرية الموضوعية
٢٧	٢- النظرية الشخصية
٣٠	موقف المشرع اليمني من النظريتين الموضوعية والشخصية
	الباب الأول
	نظرية الأعمال التجارية
٣٧	الباب الأول نظرية الأعمال التجارية
٣٩	الفصل الأول: ضوابط التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني ونتائجه العملية
٣٩	المبحث الأول : ضوابط التفرقة بين العمل التجاري وبين العمل المدني
٣٩	المطلب الأول : نظرية المضاربة
٤٢	المطلب الثاني : نظرية التداول
٤٥	المطلب الثالث : نظرية الحرفة
٤٧	المطلب الرابع : نظرية المشروع (المقولة)
٤٩	المبحث الثاني : النتائج العملية للتفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني

مبادئ القانون التجاري اليمني «الأعمال التجارية - التاجر - المتجر» «العمليات المصرفية»

الصفحة	الموضوع
٥٠	المطلب الأول : القواعد القضائية
٥٥	المطلب الثاني : قواعد الاثبات في المواد التجارية
٥٦	المطلب الثالث : قواعد تقادم الدعاوي التجارية
٥٩	المطلب الرابع : القواعد الناشئة عن الالتزامات التجارية
٦١	الفصل الثاني : الأعمال التجارية الأصلية
٦٢	المبحث الأول : الأعمال التجارية المنفردة
٦٣	المطلب الأول : الشراء بقصد البيع أو التأجير
٦٤	الشرط الأول : الشراء
٦٤	أ - النشاط الزراعي
٦٦	ب- النشاط الاستخراجي
٦٧	ج- الانتاج الذهني
٦٨	د - المهن الحرة
٦٩	الشرط الثاني : البيع
٧٠	الشرط الثالث : تحقيق الربح
٧٠	حكم شراء العقار بقصد التأجير
٧٢	شراء المنقولات المادية وغير المادية بقصد التأجير
٧٢	المطلب الثاني : الاستئجار بقصد التأجير
٧٣	الفرع الأول: استئجار المنقولات المادية وغير المادية بقصد التأجير
٧٥	الفرع الثاني : استئجار العقار بقصد تأجيره
٧٦	المطلب الثالث : عقود التوريد
٧٩	المبحث الثاني : الأعمال التجارية المطلقة :
٨٢	المطلب الأول : المصارف وأعمال الصرافة
٩٩	المطلب الثاني : الأوراق التجارية
١٠٤	المطلب الثالث : أعمال الوساطة
١٠٧	المطلب الرابع : الأماكن المعدة لاستقبال الجمهور

الصفحة	الموضوع
١٠٨	المطلب الخامس : محلات الخدمات العامة
١١٠	المطلب السادس: التأمين بأنواعه المختلفة
١١١	المطلب السابع : الصناعة
١١١	المطلب الثامن : عقود النقل البرية والبحرية والجوية
١١٢	المطلب التاسع: الطبع والنشر والصحافة والخدمات الإعلامية
١١٣	المطلب العاشر: مقاولات بناء العقارات.
١١٣	المطلب الحادي عشر: الأعمال المتعلقة بالملاحة البحرية الملاحة الجوية
١١٧	الفصل الثالث : نظرية الأعمال التجارية التبعية
١١٧	المبحث الأول: المفهوم القانوني لنظرية التبعية الموضوعية ونظرية التبعية الشخصية
١١٩	المبحث الثاني : مجال تطبيق نظرية الأعمال التجارية التبعية
١٢٢	الفصل الرابع : نظرية الأعمال المختلطة
	الباب الثاني
	التاجر
١٢٩	الباب الثاني: التاجر
١٣١	الفصل الأول : شروط اكتساب التاجر لصفة التجارية
١٣٣	المبحث الأول : الاشتغال بالعمل التجاري
١٣٥	المبحث الثاني : احتراف العمل التجاري
١٣٨	المبحث الثالث : ممارسة الشخص للعمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص
١٤٢	المبحث الرابع : تمتع الشخص بالأهلية اللازمة لاحتراف التجارة
١٤٢	المطلب الأول : الأهلية التجارية لليمينين.
١٤٦	موقف القانون التجاري اليمني من أهلية القاصر
١٤٧	أهلية المرأة في القانون التجاري اليمني
١٤٩	المطلب الثاني : أهلية الأجانب لمباشرة التجارة في اليمن
١٤٩	الفرع الأول: أهلية الأشخاص الطبيعيين لمباشرة التجارة في اليمن

مبادئ القانون التجاري اليمني «الاعمال التجارية - التاجر - المتجر» «العمليات المصرفية»

الصفحة	الموضوع
١٥٤	الفرع الثاني: أهلية الأشخاص المعنوية الأجنبية لمباشرة النشاط التجاري في اليمن
١٥٦	المبحث الخامس : القيد في السجل التجاري
١٥٩	الفصل الثاني : الالتزامات الواجبة على التاجر
١٥٩	المبحث الأول : مسك الدفاتر التجارية
١٦٠	المطلب الأول: أنواع الدفاتر التجارية
١٦٣	المطلب الثاني: التزام التاجر بحفظ الدفاتر التجارية والمستندات وصور المراسلات
١٦٥	المطلب الثالث: الشكل القانوني للدفاتر التجارية
١٦٧	المطلب الرابع: الجزاء المترتب على عدم مسك الدفاتر التجارية أو عدم انتظامها
١٦٩	المطلب الخامس: حجب الدفاتر التجارية في الإثبات
١٧٥	المبحث الثاني : القيد في السجل التجاري
١٧٦	المطلب الأول : التعريف بالسجل التجاري وأهدافه
١٧٧	المطلب الثاني : إجراءات القيد في السجل التجاري وتجديده
١٨٠	المطلب الثالث : شطب القيد من السجل التجاري ومحوه
١٨٢	المطلب الرابع:التظلم من قرارات إدارة السجل التجاري بعدم القيد أو التجديد
١٨٣	المطلب الخامس: الجزاء المترتب على مخالفة أحكام قانون السجل التجاري
١٨٣	أولاً : الجزاء المترتب على عدم القيد في السجل التجاري
١٨٥	ثانياً : الجزاء المترتب على عدم تجديد القيد في السجل التجاري
١٨٦	ثالثاً : الجزاء المترتب على صورية البيانات المقدمة للسجل التجاري
١٨٦	المبحث الثالث : التزام التاجر بعدم المنافسة غير المشروعة
الباب الثالث	
المتجر	
١٩١	الباب الثالث: المتجر
١٩٣	الفصل الأول : العناصر التي يتكون منها المتجر
١٩٥	المبحث الأول : العناصر المادية

الصفحة	الموضوع
١٩٦	المبحث الثاني : العناصر المعنوية
٢٠٩	الفصل الثاني : التصرفات القانونية التي ترد على المتجر
٢٠٩	المبحث الأول : بيع المتجر
٢١٠	المطلب الأول : أركان بيع المتجر
٢١٢	المطلب الثاني : شروط صحة بيع المتجر
٢١٥	المطلب الثالث : آثار بيع المتجر
٢١٦	المطلب الرابع : الضمانات الناشئة عن عقد بيع المتجر
٢١٧	الفرع الأول : امتياز البائع على المتجر
٢٢٠	الفرع الثاني : دعوى الفسخ المقررة لبائع المتجر
٢٢١	الفرع الثالث : أثر إفلاس مشتري المتجر على ضمانات البائع
٢٢٢	المبحث الثاني : رهن المتجر
٢٢٣	المطلب الأول : الشروط اللازمة لإنشاء عقد الرهن
٢٢٤	المطلب الثاني : العناصر التي يقع عليها رهن المتجر
٢٢٥	المطلب الثالث : آثار رهن المتجر
٢٢٥	أولاً : آثار رهن المتجر بالنسبة للمدين الراهن
٢٢٦	ثانياً : آثار رهن المتجر بالنسبة للدائن المرتهن
٢٢٧	المطلب الرابع : انتهاء رهن المتجر
الباب الرابع العمليات المصرفية	
٢٣١	الباب الرابع : العمليات المصرفية
٢٣٥	التعريف بالعمل المصرفي
٢٣٧	الفصل الأول : عمليات الإيداع
٢٣٧	المبحث الأول : تعريف الوديعة وأنواعها
٢٣٩	المبحث الثاني : آثار عقد الإيداع المصرفي

مبادئ القانون التجاري اليمني «الاعمال التجارية - التجار - المتجر» «العمليات المصرفية»

الصفحة	الموضوع
٢٤٠	أولاً: التزامات المصرف
٢٤١	ثانياً: التزامات العميل
٢٤٢	المبحث الثالث : إثبات عقد الإيداع المصرفي
٢٤٣	الفصل الثاني : الحساب الجاري
٢٤٤	المبحث الأول : تعريف الحساب الجاري وأهميته وأركانه
٢٤٥	المبحث الثاني : خصائص الحساب الجاري
٢٤٨	المبحث الثالث : شروط المدفوعات في الحساب الجاري
٢٥٠	المبحث الرابع : آثار الحساب الجاري
٢٥٤	المبحث الخامس : إقفال الحساب الجاري
٢٥٧	الفصل الثالث : الاعتماد المستندي
٢٥٨	المبحث الأول : تعريف الاعتماد المستندي ونشأته وأهميته
٢٦١	المبحث الثاني : أنواع الاعتمادات المستندية
٢٦٣	المبحث الثالث : العلاقات القانونية الناشئة عن الاعتماد المستندي
٢٦٧	المبحث الرابع : انتهاء الاعتماد المستندي
٢٦٩	الفصل الرابع : خطاب الضمان
٢٧٠	المبحث الأول : تعريف خطاب الضمان ونشأته
٢٧١	المبحث الثاني : أنواع خطابات الضمان
٢٧٣	المبحث الثالث : غطاء عن خطاب الضمان
٢٧٦	المبحث الرابع : العلاقة القانونية الناشئة عن خطاب الضمان
٢٧٨	المبحث الخامس : انتهاء خطاب الضمان
٢٨١	فهرست الموضوعات