

مصادر الأحكام التجارية في القانون اليمني

والمصري

(دراسة مقارنة)

د. حبيب الرحمن علي أحمد نائف

أستاذ القانون التجاري المساعد

كلية الشرطة - أكاديمية الشرطة

2021م

ملخص البحث

تُعد مصادر الأحكام التجارية من الأمور الأساسية التي يتوجب معرفتها، نظراً لما تقوم به من دور أساسي في حل المنازعات التجارية، حيث يتوجب على القاضي التجاري الرجوع إلى تلك المصادر للبحث عن القواعد الواجب تطبيقها على النزاع المنظور أمامه، ويكون الرجوع أولاً إلى المصادر الرسمية الأصلية ثم إلى المصادر الرسمية الاحتياطية وفق مبدأ التدرج فيها، وعند خلو تلك المصادر من قواعد يمكن تطبيقها على النزاع فيجوز حينئذ الرجوع إلى المصادر التفسيرية.

وقد هدفت هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على مصادر الأحكام التجارية في القانونين اليمني والمصري، وبيان مدى الاختلاف القائم في تعدادها وترتيبها من الناحيتين القانونية والفقهية.

ويشتمل هذا البحث على ثلاثة مباحث يسبقها مطلب تمهيدي لبيان مفهوم مصادر الأحكام التجارية، وتم تخصيص المبحث الأول لبيان مصادر الأحكام التجارية الرسمية الأصلية، وتم تخصيص المبحث الثاني لشرح مصادر الأحكام التجارية الرسمية الاحتياطية، أما المبحث الثالث فقد تم تخصيصه لتناول مصادر الأحكام التجارية التفسيرية.

وقد اعتمدت في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن، ثم اختتمت البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات.

Abstract

The sources of commercial judgments are among the basic matters that must be known, and given essential role in resolving commercial disputes, as the commercial judge must refer to these sources to search for the rules that should be applied to the dispute. The first reference is to the original official sources and then to the official reserve sources in accordance with the principle of graduation, and when these sources do not contain rules that can be applied to the dispute, then it is permissible to refer to the interpretive sources.

This study aimed to shed light on the sources of commercial rulings in the Yemeni and Egyptian laws, and to show the extent of the difference existing in their enumeration and arrangement in terms of legal and jurisprudence.

This research includes three chapters preceded by a preliminary requirement to clarify the concept of the sources of commercial rulings. The first was devoted to explain the sources of the original official commercial rulings, and the second was devoted to explain the sources of the official precautionary commercial rulings, while the third was devoted to deal with the sources of interpretive commercial rulings.

In writing this research, it relied on the descriptive, analytical and comparative approach, and then the research concluded with a set of findings and recommendations.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف خلق الله نبينا ورسول ربنا محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه أجمعين، أما

بعد:

مما لا شك فيه أن الفصل في المنازعات التجارية وتحقيق العدالة بين المتنازعين يفرض على المشرع تحديد مصادر الأحكام التجارية بدقة، وترتيبها بحسب أولويتها في التطبيق، ليتسنى رجوع القضاة إليها وفق مبدأ تدرج المصادر الرسمية للقانون التجاري، وبالتالي فإن عدم الالتزام والعمل بهذا المبدأ يعرض الحكم القضائي التجاري للطعن في صحته؛ لما يكون قد اشتمل عليه من قصور في التسبيب يستوجب نقضه.

وتتنوع النصوص والقواعد التي تستمد منها الأحكام التجارية، فمنها ما تصدر عن سلطة لها القدرة على فرض احترامها؛ كأن تكون صادرة عن الله سبحانه وتعالى، والمتمثلة في أحكام الشريعة الإسلامية، أو صادرة عن السلطة المختصة التي تستمد سلطتها من الإرادة الشعبية في إصدار القواعد القانونية التجارية، أو صادرة من ضمير المجتمع مباشرة من خلال قواعد العرف التجاري التي درج التجار على اتباعها في علاقاتهم وأنشطتهم التجارية المختلفة.

أولاً: مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في اختلاف القانونين اليمني والمصري في تعداد مصادر الأحكام التجارية وفي التنصيص على بعض تلك المصادر أو إغفال بعضها، علاوةً على عدم التوافق بين آراء فقهاء القانون التجاري فيما بينهم بخصوص هذا الموضوع من ناحية، وبين ما هو منصوص عليه في القوانين الصادرة في بلدانهم من ناحية أخرى، وكذلك خلو المكتبة القانونية من دراسات بحثية في هذا الموضوع، كما أن ندرة أحكام القضاء التجاري اليمني ونشر ما صدر منها على نطاق ضيق لا يساعد على كشف ما قد يشوب التشريعات التجارية من نقص أو عيوب، وبالتالي عدم معرفة الحلول التي جرى عليها قضاء المحاكم التجارية اليمنية بمختلف درجاتها في معالجة عيوب تلك التشريعات.

وتثير مشكلة البحث التساؤلات الآتية:

ما هو أثر التفاوت أو التعارض بين القواعد الآمرة والقواعد القانونية المكملة أو المفسرة في أولوية الرجوع إلى مصادر الأحكام

التجارية الرسمية عند اجتماع العديد من هذه المصادر؟

ثانيًا: أهمية البحث:

تبرز أهمية الحديث عن مصادر الأحكام التجارية في أنها تشكل المراجع التي يتوجب على القاضي العودة إليها وفق الترتيب المتبع عند اجتماعها للبحث عن القواعد الواجب تطبيقها على المنازعات التجارية التي تعرض عليه.

كما تكمن أهمية هذا البحث من الناحية العملية في الجمع والدراسة بين ما هو منصوص عليه تشريعياً وبين ما هو مستقر عليه عند فقهاء القانون التجاري بشأن تحديد وترتيب مصادر الأحكام التجارية، لكي ينتهي البحث إلى وضع التصور الأنسب بشأنها وفق المعطيات القانونية والفقهية.

كما تظهر أهمية هذا البحث من الناحية العلمية من خلال الإسهام بنشر المعرفة القانونية لكل من له صلة بالموضوعات التجارية والقضائية، عن طريق بيان مدى أهمية تحديد وترتيب مصادر الأحكام التجارية، لما لها من تأثير كبير في صياغة تلك الأحكام.

ثالثاً: أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى ما يلي:

- 1- توضيح مفهوم مصادر الأحكام التجارية.
- 2- بيان مصادر الأحكام التجارية في القانونين اليمني والمصري، وتوضيح مدى الاختلاف القائم في تعدادها وترتيبها من الناحيتين القانونية والفقهية.
- 3- تقديم التوصيات اللازمة بشأن تحديد وترتيب مصادر الأحكام التجارية وتدارك النقص التشريعي بشأنها.

رابعاً: منهجية البحث:

اعتمدت في إعداد هذا البحث على المنهجين: الوصفي والتحليلي لأحكام ونصوص القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991 وتعديلاته بشأن مصادر الأحكام التجارية، والمنهج المقارن، لإجراء المقارنة بينها وبين نصوص قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م، وبيان موقف فقهاء القانون التجاري بشأنها.

خامساً: خطة البحث: طبيعة هذا البحث تقتضي تقسيمه إلى ثلاثة مباحث يسبقها مطلب تمهيدي لبيان مفهوم مصادر الأحكام التجارية، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: مصادر الأحكام التجارية الرسمية الأصلية.

المبحث الثاني: مصادر الأحكام التجارية الرسمية الاحتياطية.

المبحث الثالث: المصادر التفسيرية للأحكام التجارية.

مطلب تمهيدي

مفهوم مصادر الأحكام التجارية

للقوف على مفهوم مصادر الأحكام التجارية، يتوجب علينا تعريفها وتوضيح أنواعها المختلفة، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

تعريف مصادر الأحكام التجارية

أولاً: تعريف المصادر في اللغة:

المصادر جمع مصدر، والمصدر في اللغة: ما يصدر عنه الشيء، ويرجع إليه، ومصدر كل شيء: أعلاه ومقدمه⁽¹⁾. وتشتق كلمة مصدر من صدر، والصدر هو أعلى مقدم كل شيء وأوله، وصدر القناة أعلاها، وصدر الأمر أوله، والمصدر أصل الشيء ومنشئه. قال الليث: المصدر أصل الكلام الذي تصدر عنه الأفعال⁽²⁾.

ثانياً: تعريف المصادر في الاصطلاح:

المصدر في الاصطلاح: المنبع أو السبب المنشئ الذي تشتق منه القواعد القانونية وأحكامها؛ كالتشريع أو العرف، ومنه تستمد صفتها الإلزامية. والقواعد القانونية كأي شيء آخر في الوجود لا يمكن أن تنشأ من العدم، وإنما لا بد من وجود أصل منشئ لها⁽³⁾.

ثالثاً: التعريف القانوني:

لم تُعرف القوانين محل الدراسة مصادر الأحكام التجارية، وإنما قامت بتعدادها على سبيل الحصر وترتيبها بحسب قوتها الإلزامية، على التفصيل الذي سنعرضه فيما بعد.

رابعاً: التعريف الفقهي لمصادر الأحكام التجارية:

يقصد بمصادر الأحكام التجارية: "المراجع التي يبحث فيها عن الحكم القانوني أو الشرعي على واقعة تجارية"⁽⁴⁾.

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط، تحقيق أنس محمد الشامي وزيكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، 2008م، ص918. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، المطبعة الكلية، القاهرة، ط1، 1329هـ، ص178.

(2) الخليل بن أحمد الفراهيدي: كتاب العين (تحقيق مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي)، ج7، دار ومكتبة الهلال، بيروت، لبنان، 1967م، ص95 وما بعدها.

(3) د/ سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974م، ص234، 239.

(4) د/ عارف بن صالح العلي: مصادر الحكم التجاري، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد السادس، مارس 2016م، مجلة علمية محكمة تصدر عن الجمعية العلمية القضائية السعودية بالمعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ص77.

وقد درج الفقهاء على تعريف مصادر القانون التجاري في مؤلفاتهم العامة واتفقت تعريفاتهم في مدلولها على أنها: "المراجع التي يجب على القاضي التجاري أن يرجع إليها لمعرفة القواعد والأحكام الواجبة التطبيق على المنازعات التجارية"⁽¹⁾.

نلاحظ من التعريفين السابقين مدى التقارب بينهما في اللفظ والمعنى، وبالتالي يمكن القول: بأن تعريف الفقهاء لمصادر القانون التجاري لا يختلف عن تعريف مصادر الأحكام التجارية، لذلك، يمكننا تعريف مصادر الأحكام التجارية بأنها: المراجع التي حددها المشرع والتي يجب أن يعود إليها القاضي وفق مبدأ التدرج القانوني لها لمعرفة القواعد الواجب تطبيقها على المنازعات التجارية المنظورة أمامه.

الفرع الثاني

أنواع مصادر الأحكام التجارية

تتنوع مصادر الأحكام التجارية بين مصادر رسمية أصلية؛ كالعقود المعتمدة قانوناً ونصوص التشريع التجاري، وأحكام الشريعة الإسلامية، ومصادر رسمية احتياطية؛ كالعرف التجاري، وقواعد القانون المدني، وبين مصادر تفسيرية "استرشادية"؛ كأحكام القضاء، وآراء الفقهاء. وسوف نتحدث عن هذه المصادر في المباحث التالية.

وقد تضمن القانون التجاري اليمني⁽²⁾ نصوصاً واضحة حددت المصادر الرسمية الأصلية والمصادر الرسمية الاحتياطية التي يجب على القاضي الرجوع إليها عند نظر أي نزاع تجاري، فقد نصت المادة (4) منه على أنه: "في تحديد القواعد التي تسري على التجار وعلى الأعمال التجارية يعتد بالعقود المعتمدة قانوناً فهي شريعة المتعاقدين"، ونصت المادة (5) منه على أنه: "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 في فحواها"، وقد تضمنت هذه المادة عبارة (والقوانين الأخرى)، وهي عبارة مبهمة لا يمكن الاتفاق على تفسيرها أو تحديد معناها بدقة، لذلك ينبغي إضافة العبارة الآتية إليها بحيث تصبح الصياغة على هذا النحو: (والقوانين الأخرى المتعلقة بالمواد التجارية)، وذلك أسوة بما ورد في الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون التجارة المصري.

(1) د/ علي جمال الدين عوض: القانون التجاري، العمل التجاري، التاجر، الملكية الصناعية، الشركات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983م، ص15. د/ محمد عبدالقادر الحاج: شرح القانون التجاري اليمني، الأعمال التجارية - التاجر - السجل التجاري، دار الكتب اليمنية، ومكتبة خالد ابن الوليد للطباعة والنشر، صنعاء، 2014م، ص30. د. حمود محمد شمسان: مبادئ القانون التجاري اليمني، الأعمال التجارية - التاجر - المتجر - العمليات المصرفية، الأمين للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، 2008م، ص21.

(2) القانون رقم 32 لسنة 1991م الصادر بتاريخ 12 ابريل 1991م، والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد (4/7) من العام ذاته، وتعديله بالقانون رقم 6 لسنة 1998م، والقانون رقم (22) لسنة 2004م، والقانون رقم 1 لسنة 2008م.

كما نصت المادة (6) منه على أنه: "إذا لم يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه حكم القاضي بموجب أحكام الشريعة الإسلامية فإن لم يوجد حكم بموجب العرف ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام وإن لم يوجد عرف طبقت مبادئ وقواعد العدالة".

كما تضمن قانون التجارة المصري⁽¹⁾ نصوصاً واضحة حددت المصادر الرسمية الأصلية والمصادر الرسمية الاحتياطية التي تمثل المرجعية لحل المنازعات التجارية أمام القضاء، فقد نصت المادة (2) منه على أنه:

"1- تسري على المواد التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية، ثم قواعد العرف التجاري والعادات التجارية، فإذا لم يوجد عرف تجاري أو عادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدني.

2- لا يجوز تطبيق الاتفاقات بين المتعاقدين أو قواعد العرف التجاري أو العادات التجارية متى تعارضت مع النظام العام في مصر".

ومما تجدر الإشارة إليه، إن النصوص السابقة في القانونين اليمني والمصري اكتفت بذكر المصادر الرسمية، ولم تُشر إلى المصادر التفسيرية، لكن هذا لا يحول دون الاقرار بأن للقانون التجاري - مثله مثل باقي فروع القانون - عدة مصادر؛ منها ما هو رسمي مُلزم، ومنها ما هو تفسيري غير مُلزم.

(1) القانون رقم 17 لسنة 1999 الصادر في 17 مايو من العام ذاته والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 19 مكرر الصادر بالتاريخ ذاته، والذي بدأ تطبيقه اعتباراً من أول أكتوبر 1999م.

المبحث الأول

المصادر الرسمية الأصلية للأحكام التجارية

تمهيد وتقسيم:

يقصد بالمصادر الرسمية الأصلية للأحكام التجارية: المصادر الأساسية التي يُلزم القاضي بالرجوع إليها وفق الترتيب القانوني لها، للبحث عن القواعد الواجبة التطبيق على المنازعة التجارية المعروضة عليه. وسوف نستعرض هذه المصادر بحسب ترتيبها في المواد (4 - 6) من القانون التجاري اليمني السابق ذكرها، وهي على النحو الآتي:

المطلب الأول

العقد

إن ما يتفق عليه أطراف النزاع صراحةً يكون مقدمًا على جميع مصادر الأحكام التجارية في التشريعين اليمني والمصري، وهو الأولى بالتطبيق طالما أنه لا يخالف أو يتعارض مع النصوص التشريعية الآمرة وقواعد النظام العام أو الآداب العامة⁽¹⁾، وإلا كان هذا الاتفاق باطلاً.

وبالرجوع إلى المادة (4) من القانون التجاري اليمني، والمادة (2) من قانون التجارة المصري المشار إليهما سابقاً، يتضح أن القاضي يطبق العقد كما لو كان يطبق قانوناً، لأن العقد إذا نشأ صحيحاً فإنه يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية بين المتعاقدين، وهو لا يكون صحيحاً ملزماً إلا في النطاق الذي يميزه القانون، وعلى الأفراد معرفة أحكام القانون حتى لا تتعارض اتفقاتهم والتزاماتهم مع أحكامه الآمرة، فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد، كان العقد هو القانون الذي يسري عليهما وفقاً لقاعدة: "العقد شريعة المتعاقدين"، ويتوارى البديل أمام الأصل⁽²⁾.

(1) يقصد بالنظام العام والآداب: مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع والتي لا يجوز اتفاق الأفراد على مخالفتها، سواءً تعلق بالمصالح الدينية أو السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الأخلاقية في المجتمع. د/ محمد جمال مطلق الذنبيات: المدخل لدراسة القانون، دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2012م، ص 103، كتاب منشور على الإنترنت وفق آخر زيارة بتاريخ 9/ 1/ 2021م على الرابط الإلكتروني:
<https://books.google.com/books?id=iemFDwAAQBAJ&pg=PA4&lpg=PA4&dq>

(2) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام العقد، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952م، ص 526.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في تعليق لها على نص المادة (1/147) من القانون المدني المصري⁽¹⁾ إلى أن العقد هو قانون المتعاقدين، وهو تطبيق لقاعدة مبدأ سلطان الإرادة الذي مازال يسود الفكر القانوني، ومقتضى تلك القاعدة أن ما اتفق عليه المتعاقدان متى وقع صحيحًا لا يخالف النظام العام والآداب أصبح ملزمًا لهما فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، بل لا يجوز ذلك للقاضي، لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقدتها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية المتعاقدين، ومن ثم جرى قضاء محكمة النقض على أن العقد قانون المتعاقدين وأن الخطأ في تطبيق نصوصه أو مخالفتها خطأ في القانون يخضع لرقابة محكمة النقض⁽²⁾.

وعلى الرغم من بدهاة الحكم بأسبقية العقد كمصدر للأحكام التجارية على غيره من المصادر الرسمية الأصلية وفقًا للنصوص القانونية الصريحة بهذا الشأن، إلا أن البعض يرى⁽³⁾ أن اعتبار العقد كمصدر أصلي وأولي للأحكام التجارية لا يُعد أمرًا محبذًا وليس من شأنه تحقيق الصالح العام والعدالة في كثير من الأحيان، لأنه لا يمكن في نظرهم أن تتعارض الاتفاقات الخاصة مع القواعد القانونية المعتبرة من النظام العام أو الآداب العامة، ومن هنا كان تدخل المشرع لفرض رقابة على العقود عن طريق سن قواعد أمره لا يجوز الخروج عليها، بقصد حماية المتعاقد الضعيف والحد من مبدأ سلطان الإرادة وتغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية، خصوصًا بعد شيوع التجارة الإلكترونية وظهور أنواع جديدة من العقود التجارية؛ كعقود الإذعان التي تبرم بين التاجر والمستهلك، أو في غيرها من العقود التجارية ذات العلاقة؛ كعقود التجارة الإلكترونية، والتي يمثل فيها المستهلك الطرف الأضعف في مواجهة التاجر.

ونحن نؤيد ذلك ونرى أنه من البديهي أن القاضي لا يقضي في النزاع المعروف عليه ابتداءً بمجرد الاطلاع على ما اتفق عليه طرفا النزاع دون الرجوع إلى نصوص التشريعات التجارية الأمره والتحقق من عدم مخالفتها لها، أي أن النصوص القانونية التجارية الأمره تقدم على أحكام الاتفاق الخاص بين المتعاقدين، فهي تأتي بالمرتبة الأولى من حيث الأولوية في التطبيق، لأنها تتعلق بالنظام العام في المجتمع وتهدف إلى تحقيق مصالح عامة، لذا لا يجوز التضحية بهذه المصالح في سبيل مصالح الأفراد الخاصة. أما بالنسبة للنصوص القانونية المكملة أو المفسرة فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها، وليس هناك ما يمنع أيضًا من الاتفاق على عكس

(1) تنص المادة (1/147) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م على أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون".

(2) الطعن رقم 5270 لسنة 67 ق - جلسة 24/4/2010 س 46، مشار إليه لدى المستشار/ محمد عزمي البكري: موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، مصادر الالتزام (المواد 89 - 171)، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018م، ص 505، كتاب منشور على الانترنت وفق آخر زيارة بتاريخ 9/1/2021م على الرابط الإلكتروني:

https://books.google.com/books?id=RJZ_DwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl

(3) د/ محمد عبدالقادر الحاج: مرجع سابق، ص 30، د/ حمود محمد شمسان: مرجع سابق، ص 22، د/ عبد الرحمن عبد الله شمسان: الموجز في القانون التجاري وأحكام الشركات التجارية، جرافيكس للطباعة والتصميم، صنعاء، 2009م، ص 9، د. عبدالوهاب عبد الله المعمرى: القانون التجاري (1)، مركز جامعة العلوم والتكنولوجيا للكتاب الجامعي، صنعاء، 2015م، ص 20.

قواعد العرف التجاري، حيث يذهب غالبية الفقه إلى أن قواعد العرف التجاري غير آمرة كقاعدة عامة⁽¹⁾، ومن الأمثلة على ذلك ما كان يجري عليه العمل على جواز الاتفاق على خلاف القاعدة العرفية التي تقضي بافتراض التضامن في الالتزام التجاري بين المدينين، وهو ما قننه قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 في المادة (47) منه.

وقد أيدت محكمة النقض المصرية ذلك بقولها: "لا يجوز للمتعاقد الاستناد إلى العرف للتحلل من التزامات يفرضها عليه التعاقد الذي تم بينه وبين الطرف الآخر في العقد، إذ لا يوجد ما يمنع من أن يتفق العاقدان على ما يخالف العرف التجاري ويكون اتفاقهما ملزما لهما"⁽²⁾.

المطلب الثاني

التشريع التجاري

يقصد بالتشريع التجاري: مجموعة القواعد الخاصة بالأعمال التجارية والتجار والمتمثلة بالقانون التجاري والقوانين المكملة له، بالإضافة إلى اللوائح الفرعية التي تصدرها السلطة التنفيذية بهدف تنفيذ القوانين التجارية وتنظيم حرفة التجارة. ويأتي التشريع التجاري في المرتبة الثانية بين مصادر الأحكام التجارية وفقاً لنصوص القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991م وقانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م⁽³⁾، حيث يتوجب على القاضي الرجوع إليه إذا لم يجد اتفاقاً قانونياً صحيحاً بين أطراف النزاع ينظم العلاقة بينهما.

وتجدر الإشارة إلى أن ما يتفق عليه المتعاقدان يكون مقدماً على النصوص والقواعد المكملة أو المفسرة في القانون التجاري والقوانين المكملة له، حيث يجوز لهما الاتفاق على ما يخالفها، أما النصوص والقواعد الآمرة فلا يجوز لهما الاتفاق على ما يخالفها. وتُعد نصوص القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991م المرجع التشريعي الأول الذي يستند إليها القاضي للفصل في المنازعات التجارية، وقد تضمن خمسة كتب: الأول خاص بالأعمال التجارية والتجار، والثاني خاص بالعقود التجارية المسماة، وينظم الكتاب الثالث الأوراق التجارية، ويتناول الكتاب الرابع أحكام الإفلاس والصلح الوافي منه، والكتاب الخامس خاص بالعقوبات الجزائية.

(1) د/ سميحة القليوبي: الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الجزء الأول (نظرية الأعمال التجارية والتاجر - بيع ورهن المحل التجاري وتأجير استغلاله وحمايته)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012م، ص 44.

(2) جلسة 69/6/12 - المجموعة - السنة 20 ص 923، مشار إليه لدى د/ سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 44، كما حكم بأن العرف يتراجع أمام اتفاق الطرفين، جلسة 1947/12/4 - المجموعة في 25 عاماً ج 1، ص 369.

(3) المادة (5) من القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991م، والمادة (2) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م.

ولا يقتصر التشريع التجاري في اليمن على القانون التجاري رقم (32) لسنة 1991م، وإنما يشمل كافة القوانين المكملة له؛ كقانون السجل التجاري رقم (33) لسنة 1991م، والقانون البحري رقم (15) لسنة 1994م، وقانون أعمال الصرافة رقم (19) لسنة 1995م، وقانون الشركات التجارية رقم (22) لسنة 1997م، وقانون تنظيم وكالات وفروع الشركات والبيوت الأجنبية رقم (23) لسنة 1997م، وقانون البنوك رقم (38) لسنة 1998م، وقانون الأسماء التجارية رقم (20) لسنة 2003م، وقانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية رقم (23) لسنة 2010م، وقانون براءات الاختراع ونماذج المنفعة وتصميمات الدوائر المتكاملة والمعلومات غير المفصح عنها رقم (2) لسنة 2011م، وغيرها من القوانين ذات العلاقة بالتعاملات التجارية، بالإضافة إلى العديد من النصوص الواردة في قانون الجرائم والعقوبات التي تناولت الجرائم المتعلقة بالنشاط التجاري، وإلى جانب النصوص التشريعية التجارية الداخلية هناك المعاهدات والاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية التي تسن قواعد قانونية موحدة تلتزم بها الدول الموقعة عليها في علاقاتها التجارية تفادياً لقيام أي تنازع بين قوانينها الوطنية.

وفي مصر تُعد نصوص قانون التجارة رقم (17) لسنة 1999م المرجع التشريعي الأول الذي يستند إليها القاضي للفصل في المنازعات التجارية، وقد تضمن خمسة أبواب: الأول خاص بأحكام التجارة بوجه عام، والثاني خاص بالالتزامات والعقود التجارية، ويتناول الباب الثالث أحكام عمليات البنوك، والباب الرابع خاص بالأوراق التجارية، وأخيراً ينظم الباب الخامس أحكام الإفلاس والصلح الواقعي منه.

ولا يقتصر التشريع التجاري في مصر على قانون التجارة رقم (17) لسنة 1999م، وإنما يشمل كافة القوانين المكملة له التي صدرت قبل هذا القانون طالما لم تلغ أو تتضمن حكماً يتعارض مع أحكامه؛ كقانون الشركات رقم (159) لسنة 1981م، وقانون سوق رأس المال رقم (95) لسنة 1992م، وقانون البيانات والعلامات التجارية رقم (57) لسنة 1939م، وقانون السجل التجاري رقم (34) لسنة 1979م، وقانون براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية رقم (132) لسنة 1949م، وقانون الأسماء التجارية رقم (55) لسنة 1951م، وقانون الدفاتر التجارية رقم (388) لسنة 1953م، وأي قوانين تصدر مستقبلاً لتنظيم المعاملات التجارية.

المطلب الثالث

أحكام الشريعة الإسلامية

يقصد بأحكام الشريعة الإسلامية: الأحكام المستمدة من الكتاب والسنة والاجتهاد وما استقر عليه الأمر في فقه المذاهب الإسلامية⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى الدستور اليمني الصادر في 1991م والمعدل عام 2015م نجد أن المادة (3) منه تنص على أن: "الشريعة الإسلامية هي مصدر جميع التشريعات". وهذا النص الدستوري يجعل من الشريعة الإسلامية الإطار العام لهذه التشريعات ومصدراً مادياً لها وإلا كانت معيبة بعدم المشروعية، فالشريعة الإسلامية هي شريعة جامعة مانعة مهيمنة على التشريعات كلها، وتتبوأ الصدارة بين مصادر القواعد التشريعية الأخرى، إلا أنها ليست هي المصدر الرسمي الوحيد، وإنما توجد إلى جانبها التشريعات التي تصدرها الجهات المختصة، والتي يشترط فيها عدم مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية.

ويرى البعض أن ذلك يعود إلى أن الشريعة الإسلامية جاءت بأصول كلية ومبادئ عامة وتركت تنظيم التفاصيل والجزئيات لأصحاب الاختصاص بما يتفق مع حاجات الناس وظروفهم ومصالحهم. وقد جاءت الشريعة الإسلامية متضمنة لكل خير، منزهة عن كل شر، مراعية لمصالح الناس، دائرة لما يفسد حالهم، محفوظة من أن تنالها أيادي التغيير والتبديل، ويكون الرجوع إليها بأصولها وفروعها ومقاصدها دون التقيد بمذهب فقهي معين⁽²⁾.

وتطبيقاً للنص الدستوري السابق، فقد اعتبر القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991م في مادته السادسة أحكام الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً أصلياً بعد التشريع التجاري⁽³⁾، وبالتالي يفترض أن جميع أحكام القانون التجاري اليمني مستمدة منها أو لا

(1) مبارك صائفي: مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة الجزائر، 1986م، ص 2.

(2) جمال طلال النعيمي، وعدنان صالح العمر: مدى الزامية المصادر الرسمية في المنازعات التجارية في النظام القانوني السعودي، "دراسة مقارنة"، بحث محكم منشور في مجلة أبحاث اليرموك "سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية"، المجلد 28، العدد 2، 2019م، مجلة علمية محكمة تصدر عن عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بجامعة اليرموك، إربد - الأردن، ص 291.

(3) هذا ما أكدته المادة (12) من القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م بقولها: "الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيةها ما أقره الشرع ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه ما لم يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال وإذا اجتمع التحليل والتحريم غلب جانب التحريم وكل حكم مبني على عرف أو عادة يتغير بتغير ذلك العرف ويزول بزوال تلك العادة".

تتعارض مع مبادئها وأحكامها. وقد أيدت محكمة الاستئناف العليا التجارية ذلك بقولها: "الشريعة الإسلامية هي مصدر قوانين الجمهورية اليمنية، وكذلك الأعراف المستقرة.."⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم، فإن القاضي اليمني وهو يفصل في أي منازعة تجارية إذا لم يجد اتفاقاً قانونياً أو نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه عليها، أو وجد هذا النص وكان يتعارض أو يخالف حكماً شرعياً صريحاً فإن أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص التشريع التجاري تكون هي الأولى بالتطبيق دون التقييد بمذهب فقهي معين، كذلك ينبغي الرجوع في تفسير الأحكام التي اشتقت أصلاً من الشريعة الإسلامية إلى أحكام هذه الشريعة والاستئناس بآراء واجتهادات الفقه الإسلامي⁽²⁾.

وفي مصر تنص المادة الثانية من الدستور⁽³⁾ على أن: "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع".

ومقتضى هذا النص الدستوري أنه لا يجوز أن يصدر في مصر أي تشريع يخالف أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، إلا أنه من الملاحظ أن المشرع المصري أغفل الإشارة إلى الشريعة الإسلامية كمصدر من المصادر الرسمية الأصلية أو الرسمية الاحتياطية للأحكام التجارية في المادة الثانية من قانون التجارة رقم (17) لسنة 1999م، بينما اعتبرها في القانون المدني رقم (131) لسنة 1948م من المصادر الرسمية الاحتياطية للأحكام المدنية التي تأتي في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى منه على ذلك بقولها: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

ويبرر البعض ذلك بقوله أن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر من المبادئ العامة للتشريع المصري التي تستنبط منها قواعد القانونية، ولكنها لا تعتبر من المصادر الرسمية الأصلية، فالقاضي لا يطبقها بصفة أصلية، ولكنه يستلهمها فقط عند عدم وجود قاعدة قانونية⁽⁴⁾.

(1) الطعن اس / ت / 32 / 1977، القاعدة رقم (179)، مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الدائرة التجارية بالمحكمة العليا، مجلة الأحكام التجارية الصادرة عن وزارة العدل اليمنية، مارس 2000م، ص 113.

(2) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ص 62.

(3) الدستور الصادر في ١٧ ربيع الأول ١٤٣٥ هجرية الموافق ١٨ يناير ٢٠١٤ ميلادية وتم نشره في ذات التاريخ في الجريدة الرسمية العدد ٣ مكرر (أ)، المعدل في عام 2019م.

(4) د/ سمير عبد السيد تناغو: مرجع سابق، ص 232، 266.

ونحن نرى، إن إسقاط مبادئ الشريعة الإسلامية من بين مصادر الأحكام التجارية أو تقديم العرف عليها هو اتجاه منتقد في بلد يدين بالإسلام بنص الدستور ولا يتفق مع منطق ترتيب تلك المصادر، لأنه لا يمكن أن يعتبر عرفاً كل ما يخالف أصلاً من أصول الإسلام أو حكماً من أحكامه الثابتة؛ فحينما جاءت الشريعة الإسلامية وجدت كثيراً من الأعراف في المجتمع العربي فأقرت الصالح وألغت الفاسد منها.

ويؤيد البعض⁽¹⁾ ذلك بقوله: أن أحكام الشريعة الإسلامية هي أدق تحديداً وأكثر انضباطاً، ولا ينحرف نظامها ولا يلتوي عن مقاصدها، بينما قواعد العرف يعتريها الغموض ويصعب ضبطها والتثبت من وجودها لأنها غير مكتوبة، وتفتقر إلى الصياغة المحكمة، وتؤدي إلى ضياع وحدة القانون بسبب ضيق نطاق تطبيقها واختلاف أحكامها من إقليم لآخر في البلد الواحد.

(1) د/ عواد حسين ياسين العبيدي: تفسير النصوص القانونية بإتباع الحكمة التشريعية من النصوص، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 201.

المبحث الثاني

المصادر الرسمية الاحتياطية للأحكام التجارية

تمهيد وتقسيم:

يقصد بالمصادر الرسمية الاحتياطية للأحكام التجارية: المصادر التي يلزم على القاضي الرجوع إليها إن لم يجد نصاً في المصادر الرسمية الأصلية ينطبق على النزاع المطروح أمامه، وقد نص عليها المشرع اليمني ورتبها بحسب أولويتها وأهميتها في المادة السادسة من القانون التجاري اليمني المشار إليها سابقاً. وتمثل هذه المصادر بالعرف التجاري ومبادئ وقواعد العدالة، ونضيف إليها قواعد القانون المدني باعتبارها الشريعة العامة للقوانين الخاصة، ويمكننا عرضها على النحو الآتي:

المطلب الأول

العرف التجاري

العرف التجاري هو: مجموعة القواعد غير المكتوبة التي اعتاد التجار على اتباعها في تعاملاتهم التجارية مع اعتقادهم بإلزامها وضرورة احترامها⁽¹⁾.

ويتمتع العرف في مجال القانون التجاري بمكانة كبيرة عن بقية فروع القانون، بسبب النشأة العرفية لهذا القانون، ورغم تقنين الكثير من قواعده إلا إنه لا يزال يحظى بأهمية كبيرة في تنظيم الحياة التجارية، فهو لا يزال يلعب دوراً فاعلاً في حسم المنازعات بين التجار، وكثيراً ما يحتكم إليه عند الاختلاف في المنازعات التجارية، بل إن بعض النظم التجارية لا تزال محكومة بقواعد عرفية كتلك القواعد المتعلقة بأعمال البنوك؛ كالحسابات الجارية، والاعتمادات المستندية، وخطابات الضمان، وكذا الأعراف المتعلقة بالبيع البحرية⁽²⁾.

وتتصف القواعد العرفية بعدة صفات من أهمها: الثبات وعدم القابلية للتغيير بسهولة والعموم والاطراد والموضوعية وقوة الإلزام المستمدة من قوة المجتمعات على اختلاف أنواعها، سواءً أكانت قبلية أم مهنية أم نقابية، وسواءً أكانت تلك القواعد مدونة أم غير مدونة تتناقلها الأجيال أباً عن جد ولا يستطيع المشرعون التغاضي عنها أو إغفال دورها في حسم المنازعات⁽³⁾. ويختلف العرف عن القانون في أن من يدعي وجوده يكون عليه إثباته، بينما يفترض العلم بالقانون من وقت نشره في الجريدة الرسمية، ولذلك يفترض علم

(1) د/ محمد عبد القادر الحاج: مرجع سابق، ص 33، د/ حمود محمد شمسان: مرجع سابق، ص 24.

(2) د/ محمد عبد القادر الحاج: المرجع السابق، ص 33.

(3) القاضي/ عمر حسين البار، والقاضي/ عباس أحمد مرغم: القواعد فقهاً وقضاءً وقانوناً وعرفاً، بحث منشور في مجلة البحوث القضائية، العدد (9) مارس 2008م، مجلة فصلية تصدر عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، صنعاء، ص 26.

الكافة والقاضي بأحكامه، ويكون إثبات العرف عادةً بشهادة من الغرف التجارية أو برأي خبير في فروع التجارة المدعى وجود العرف فيها⁽¹⁾.

ويُعد العرف مصدرًا من مصادر الأحكام القضائية بصفة عامة، ومن أهم مصادر الأحكام التجارية بصفة خاصة، حيث تشير الكثير من نصوص التشريعات التجارية إلى الأخذ بأحكام العرف تأكيداً لأهميته في مجال القضاء التجاري⁽²⁾، من ذلك ما أشارت إليه المادة (6) من القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991م التي أقرت بالعرف التجاري كمصدر احتياطي للأحكام التجارية بعد الشريعة الإسلامية بقولها: "إذا لم يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه حكم القاضي بموجب أحكام الشريعة الإسلامية، فإن لم يوجد حكم بموجب العرف ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام.."، كما اعتبرته المادة الأولى من القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م المصدر الثالث لأحكامه بعد الشريعة الإسلامية بقولها: ".. فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً .."، كما نصت المادة (12) منه على أن: "الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفية ما أقره الشرع ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه ما لم يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال..". وغني عن البيان أن العرف المعتبر هنا هو العرف الثابت الذي لا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة.

وبناء عليه، يمكننا القول بأن للعرف دور مكمل للتشريع، وذلك عند قيامه بسد الفراغ التشريعي فتؤخذ منه القاعدة القانونية عند افتقاد النص، وقد يحصل الفراغ عند القيام بتطبيق النص التشريعي، وعندئذ يكون للعرف دور مساعد للتشريع، وهذا الدور المساعد يبرز عندما توجد قاعدة تشريعية تضع حكمًا لمسألة من المسائل وينص المشرع في هذه القاعدة على أن حكمها لا يطبق إلا إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، فإذا لم يوجد اتفاق فيطبق العرف إن وجد، لأن القواعد العرفية قواعد غير آمرة، لذلك يجوز أن يتفق العاقدان على ما يخالفها، إذ لا محل لتطبيق العرف إلا عند عدم وجود اتفاق بين المتعاقدين⁽³⁾، وإذا لم يوجد عرف فإن القاعدة التشريعية المكملة هي التي تطبق، ومن أمثلة ذلك: ما نصت عليه المادة (94) من القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991م بقولها: "يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سُلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك..."،

(1) د/ علي جمال الدين عوض: مرجع سابق، ص 17، 18.

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "على من يدعي قيام العرف أو العادة التجارية إثبات وجودها وإثبات أن المتعاقدين كليهما قصداً أن يلتزم بما أتبعها". الطعن رقم 160 لسنة 47 ق جلسة 26/6/1981، قضاء النقض التجاري، مشار إليه لدى: د محمد عبد القادر الحاج: مرجع سابق، هامش رقم (3) ص 35.

(2) د/ محمود مختار أحمد بري: قانون المعاملات التجارية السعودي، الجزء الأول (النظرية العامة - أشخاص القانون التجاري)، منشورات معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، 1402هـ، ص 23.

(3) د/ سميحة القليوبي: مرجع سابق، ص 44، د/ محمد عبد القادر الحاج: مرجع سابق، ص 34.

والمادة (101) منه التي تنص على أن: "نفقات تسليم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك"، وما نصت عليه المادة (551) من القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م من أنه: "يلزم المشتري أداء الثمن للبائع في المكان والزمان الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك...".

وقد أجمع الفقه على عدم جواز تطبيق القاعدة العرفية التجارية إذا خالفت قاعدة أمره من قواعد القانون التجاري⁽¹⁾. أما إذا وقع تعارض بين النصوص المدنية والعرف التجارية فهناك من يرى⁽²⁾ وجوب تقديم حكم العرف طالما كانت النصوص المدنية من طبيعة مفسرة، ومن الأمثلة على تقديم العرف التجاري، قاعدة افتراض التضامن بين المدينين، على الرغم من وجود نص في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م ينص على أن التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض وإنما بناءً على اتفاق أو نص في القانون⁽³⁾.

أما إذا كانت النصوص المدنية من طبيعة أمره فقد اختلف الرأي بشأنها، فذهب البعض إلى ضرورة تقديم النصوص المدنية الأمره على العرف التجاري لأن هذه النصوص تتعلق بالنظام العام⁽⁴⁾، بينما يذهب رأي آخر نرجحه إلى ضرورة تقديم العرف التجاري على نصوص القانون المدني الأمره⁽⁵⁾، لأنهم يرون أن من متطلبات تطبيق قواعد القانون المدني على المعاملات التجارية ألا تتعارض مع المبادئ العامة للنشاط التجاري التي تقوم على السرعة والائتمان، حيث تُعد قواعد العرف التجاري في نظرهم من تلك المبادئ، وأن التشريع التجاري بمعناه الواسع يشمل القانون التجاري والقوانين المكملة له والعرف التجاري، وبمعنى آخر فإن وجود عرف تجاري معناه وجود قاعدة قانونية تجارية خاصة فلا حاجة مع وجودها إلى تطبيق القواعد المدنية العامة⁽⁶⁾، وبذلك يتحقق مبدأ التدرج في الرجوع

(1) د/ سميحة القليوبي: المرجع السابق، ص 44، د/ محمد حسين إسماعيل: القانون التجاري الأردني، دار عمار، عمان، الأردن، ط1، 1985م، ص 27، د/ أميرة صدقي: دروس في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط8، 1978م، ص 16، د/ أكرم ياملكي: الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، الجزء الأول، بغداد، ط2، 1968م، ص51.

(2) د/ محمد حسن الجبر: القانون التجاري السعودي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط4، 1996م، ص 26، د/ سعيد يحيى: الوجيز في النظام التجاري السعودي، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ط6، 2004م، ص28، د/ عصمت عبد المجيد بكر: مشكلات التشريع (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 421. كتاب منشور على الإنترنت وفق آخر زيارة بتاريخ 1/9 / 2021م على الرابط الإلكتروني:

<https://books.google.com/books?id=VV9bAQAACAAJ&printsec=frontcover&hl>

(3) المادة (279) من القانون المدني المصري (131) لسنة 1948م.

(4) د/ محسن شفيق: الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1967م، ص21، د/ أكرم أمين الخولي: الموجز في القانون التجاري، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، ط1، 1970م، ص54، د/ محمد عبد القادر الحاج: مرجع سابق، ص37.

(5) د/ مصطفى كمال طه: القانون التجاري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ط1، 1992م، ص21، د/ علي البارودي، د/ محمد فريد العريني: القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط1، 1986م، ص32، د/ حسني المصري، القانون التجاري، ط1، 1986، ص62، د/ عزيز العكييلي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ط1، 1988م، ص50.

(6) د/ محمد حسن الجبر: مرجع سابق، ص 27.

إلى مصادر الأحكام التجارية من القاعدة الخاصة إلى القاعدة العامة، طبقاً للمبدأ الذي يقضي بترجيح القاعدة الخاصة على القاعدة العامة.

ووفقاً للرأي الأخير الذي نؤيده، فإنه لا يمكن تطبيق قواعد القانون المدني إذا كانت متعارضة مع قواعد العرف التجاري ولو كانت آمرة، لأن قواعد العرف التجاري هي الأقرب إلى تحقيق متطلبات البيئة اللازمة للحياة التجارية، بشرط أن يكون العرف ثابتاً ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة⁽¹⁾.

وترتيباً على ذلك، نرى أن القضاء اليمني يستطيع أن يتبنى الرأي الأخير القائل بتقديم العرف التجاري على نصوص القانون المدني الآمرة استناداً إلى أحكام المادة (6) من القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991م التي أغفلت الإشارة إلى القانون المدني كمصدر من مصادر الأحكام التجارية وأقرت بالعرف التجاري مصدراً رسمياً احتياطياً للأحكام التجارية، ونرى أن هذا الاتجاه هو الأقرب إلى تحقيق مصلحة النشاط التجاري، إذ أن طبيعة المعاملات التجارية تختلف عن طبيعة المعاملات المدنية، وهي التي دعت إلى استقلال القانون التجاري عن القانون المدني، ومن ثم استقلال القضاء التجاري عن القضاء المدني، وهذا يتفق مع ما ذهب إليه البعض⁽²⁾ من اعتبار العرف التجاري هو المصدر الحقيقي الأول للقانون التجاري، وأن المشرع غالباً ما يقوم بتقنين الأعراف التجارية السائدة.

ولكي يُعد العرف مصدراً من مصادر الحكم التجاري لا بد أن يتوافر فيه الركن المادي وهو الاعتقاد والركن المعنوي وهو الشعور بالإلزام⁽³⁾. والعرف التجاري أنواع: فقد يكون عاماً سائداً في جميع المعاملات التجارية والمدنية، وقد يكون مرعياً في عموم الدولة، وقد يكون محلياً أي خاصاً بسود منطقة معينة أو متبعاً في تجارة بعينها، وقد يكون دولياً؛ كالعرف المتبع في البيوع الدولية⁽⁴⁾، ووفقاً للمادة السادسة من القانون التجاري اليمني المشار إليها سابقاً فإن العرف المحلي أي الخاص يقدم على العرف العام.

وتجيز الشريعة الإسلامية التعامل بالعرف الذي لا يتعارض مع مبادئها وقواعدها الشرعية، ومن القواعد الفقهية في اعتبار العرف قاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، وقاعدة (الثابت بالعرف كالثابت بالنص)، وقاعدة (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم)⁽⁵⁾، على أن ذلك لا يعني توقف تطبيقها على انصراف إرادة الأفراد إليها، بل إنها تكون واجبة التطبيق طالما لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى استبعادها حتى ولو ثبت عدم علم الأطراف بها، لأن العرف يستمد قوته الملزمة من إيمان الجميع به واعتباره حكماً عاماً؛ كالتشريع

(1) المادة الأولى من القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م.

(2) د/ ثروت عبد الرحيم: القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981م، ص24.

(3) د/ أحمد محرز: القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980م، ص37.

(4) د/ محسن شفيق: مرجع سابق، ص20.

(5) د/ علي جمال الدين عوض: مرجع سابق، ص17.

تماماً⁽¹⁾، ويترتب على اعتبار العرف قاعدة قانونية كالتشريع أن القاضي إذا أخطأ في تطبيقه فإن حكمه يعتبر معيياً من الناحية القانونية ويجوز الطعن فيه⁽²⁾.

ومن أمثلة قواعد العرف التجاري التي قننها القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991م، إنقاص الثمن أو بتكاملته تبعاً لنقص أو زيادة الكمية أو الصنف عوضاً عن طلب الفسخ إذا كانت البضاعة المسلمة تختلف عن البضاعة المتفق عليها في الكمية أو الصنف⁽³⁾، وعدم تجزئة الحساب الجاري⁽⁴⁾، وحرمان المدين بدين تجاري من الحصول على مهلة للوفاء بديونه التجارية⁽⁵⁾. وفي مصر يعتبر العرف التجاري والعادة التجارية المصدر الرسمي الثالث من مصادر الأحكام التجارية بعد كل من أحكام الاتفاق بين المتعاقدين وأحكام التشريع التجاري وقبل أحكام القانون المدني، غير أنه لا يجوز تطبيق الاتفاقات بين المتعاقدين أو قواعد العرف التجاري أو العادات التجارية إذا تعارضت مع النظام العام في مصر⁽⁶⁾.

المطلب الثاني

مبادئ وقواعد العدالة

تُعرف مبادئ وقواعد العدالة بأنها: "مجموعة القواعد التي يشترك فيها المجتمع الإنساني والتي يلجأ إليها القاضي لحل النزاع المعروض عليه، مع مراعاة تحقيق المساواة بين الحالات المتماثلة وفقاً لظروف وملابسات كل حالة على حده، وذلك حين لا يجد حكماً لموضوع النزاع في المصادر الرسمية السابقة⁽⁷⁾".

وتُعد مبادئ وقواعد العدالة المصدر الرسمي الأخير للأحكام التجارية وفقاً لنص المادة (6) من القانون التجاري اليمني المشار إليها سابقاً، والتي يلجأ إليها القاضي لحسم النزاع المعروض عليه إذا لم يجد حكماً فيما سبقها من مصادر وإلا عد منكرًا للعدالة، ويعاقب بالعزل والغرامة وفقاً لأحكام المادة (186) قانون الجرائم والعقوبات اليمني⁽⁸⁾.

(1) د/ محمد عبد القادر الحاج: مرجع سابق، ص 34 وما بعدها.

(2) د/ أحمد محرز: مرجع سابق، ص 39.

(3) المادة (91) من القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991م.

(4) المادة (350) من القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991م.

(5) تنص (501) من القانون التجاري اليمني على أنه: "لا يجوز للمحاكم أن تمنح مهلاً للوفاء بقيمة الكمبيالات وللقيام بأي إجراء متعلق بها إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون". وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحكم خاص بالكمبيالات ولا ينطبق على كافة المعاملات التجارية وهذا تقصير تشريعي ندعو المشرع اليمني إلى تداركه.

(6) المادة (2) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م.

(7) د/ عواد حسين ياسين العبيدي: مرجع سابق، ص 208.

(8) تنص المادة (186) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم 12 لسنة 1994م على أن: "كل قاضي امتنع عن الحكم يعاقب بالعزل وبالغرامة ويُعد ممتنعاً عن الحكم كل قاضي أتى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن".

وعلى الرغم من اعتبار البعض⁽¹⁾ فكرة مبادئ وقواعد العدالة فكرة نسبية وغامضة، كونها تخضع في مفهومها لرؤية وتصور كل مجتمع وفق معتقداته وقيمه، إلا أن الاتجاهات الحديثة⁽²⁾ تذهب إلى أن النموذج العملي لتلك القواعد والمبادئ هو جملة القواعد التي أقرتها مختلف العهود والمواثيق وتأسست عليها حقوق الإنسان التي نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽³⁾.

ونظراً لاتساع مفهوم مبادئ وقواعد العدالة باعتبارها قواعد عامة مشتركة بين الشعوب، فهي برأي البعض تعبر عن جوهر القانون ولا تعتبر من مصادره⁽⁴⁾، فقد قيد المشرع اليمني مفهوم تلك المبادئ والقواعد في المادة الأولى من القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م بكونها موافقة لأصول الشريعة الإسلامية، فما توافق منها مع مقاصد الشريعة الإسلامية فيجب تطبيقها على النزاع المعروض أمام القاضي إذا لم يرد بشأنها نص فيما سبقها من مصادر، وما كان مخالفاً لمقاصدها فلا يجوز الأخذ بها⁽⁵⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية قد رفضت عن قواعد العدالة كثيراً من شوائب الغموض والتشتت، وأضفت عليها قوة ملزمة بفرض العقاب عند مخالفتها وتقرير الثواب عند الالتزام بها، وجعلت فكرة العدالة ركيزة قامت عليها طائفة من المبادئ والقواعد الكلية وبعض الأصول الشرعية لاستنباط الأحكام⁽⁶⁾.

وقد أقر الفقه الإسلامي مجموعة من القواعد الكلية التي تركز على قواعد العدالة وتهدف إلى رفع الظلم عن الناس ورفع الحرج عنهم منها: الضرر يجب أن يزال، والضرر لا يزال بالضرر، وتحمل الضرر الخاص لرفع الضرر العام، وارتكاب أخف الضررين لاتقاء أشدهما، ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح عند التعارض، والضرورات تبيح المحظورات التي لا تندفع إلا بها، والضرورات تقدر بقدرها، والمشقة تجلب التيسر، ومبدأ حسن النية في جميع المعاملات، ومبدأ الغرم بالغنم، والأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها... الخ⁽⁷⁾.

(1) د/ حسن كيرة: أصول القانون، دار المعارف، مصر، ط2، 1958م، ص121.

(2) د/ سمير عبد السيد تناغو: مرجع سابق، ص 248.

(3) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وثيقة تاريخية هامة في تاريخ حقوق الإنسان صاغه ممثلون من مختلف الخلفيات القانونية والثقافية من جميع أنحاء العالم، واعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في باريس بتاريخ 10 ديسمبر 1948 بموجب القرار 217 ألف، وهذا الإعلان يحدد حقوق الإنسان الأساسية التي يتعين حمايتها عالمياً، بوصفه أنه المعيار المشترك الذي ينبغي أن تستهدفه كافة الشعوب والأمم.

(4) د/ سمير عبد السيد تناغو: مرجع سابق، ص 233, 240.

(5) د/ عصمت عبد المجيد بكر: مرجع سابق، ص 438.

(6) د/ عصمت عبد المجيد بكر: المرجع السابق، ص 430.

(7) د/ عصمت عبد المجيد بكر: المرجع السابق، ص 429.

لذلك يرى البعض⁽¹⁾ أن أحكام الشريعة الإسلامية هي أدق تحديداً وأكثر انضباطاً من مبادئ وقواعد العدالة، ومن الطبيعي أن تحل أحكام الشريعة محل تلك المبادئ والقواعد فتغني عنها في كثير من المواطن، كما يذهب البعض⁽²⁾ إلى أن الشريعة الإسلامية محيطه بجميع مبادئ وقواعد العدالة، وأن استنباط هذه المبادئ والقواعد يجب أن يكون ضمن إطار الشرع الإسلامي لا خارج إطاره. ونحن نرى أنه في ظل تحكيم شريعتنا الإسلامية الشاملة والكاملة في أحكامها ومبادئها، فلا حاجة إلى إبقاء مبادئ وقواعد العدالة ضمن نص المادة (6) من القانون التجاري اليمني، نظراً لعدم الحاجة إليها كمصدر من مصادر الأحكام التجارية، ومما يؤكد على ذلك ما جاء في المادة الثالثة من القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م التي تنص على أن: "الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية مصالح الناس ودرء المفسد عنهم والتيسير في معاملاتهم وعدم تكليفهم بما يشق عليهم ويوقعهم في الضيق والحرج بما يخالف الشريعة الإسلامية".

وهناك العديد من القوانين التي لم تدرج مبادئ وقواعد العدالة ضمن مصادر الأحكام التجارية؛ كقانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 محل دراستنا، وقانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993م، وقانون التجارة المغربي رقم 15.95 لسنة 1996م، وقانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980م، والقانون التجاري الجزائري رقم 75 - 59 لسنة 1975 وتعديلاته، ونظام المحكمة التجارية السعودي رقم 32 لسنة 1931م وتعديلاته، والقانون المدني العربي الموحد لسنة 1996م⁽³⁾.

المطلب الثالث

القانون المدني

الظاهر من نصوص المواد (4 - 6) من القانون التجاري اليمني السابق ذكرها أنه لا مجال لاعتبار القانون المدني مصدراً من مصادر الأحكام التجارية، حيث لم تُشر إلى إمكانية الرجوع إليه عند افتقاد النص في التشريع التجاري. ولا شك أن هذا الأمر سيؤثر سلباً على مرتبة القانون المدني بين مصادر الأحكام التجارية، بحيث يمكن اعتباره مصدراً رسمياً احتياطياً لها، سواءً تعلق الأمر بنصوصه الآمرة أم المكملة، ومع ذلك لا يمكن أن يؤخذ هذا الأمر على إطلاقه، إذ أن القانون المدني يُعد بمثابة الشريعة العامة التي تنظم الأعمال القانونية بصفة عامة.

(1) د/ عبدالرزاق أحمد السنهوري: مرجع سابق، ص 57.

(2) د/ صلاح الدين الناهي: النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الأخلاق، مطبعة أسعد، بغداد، 1968م، ص 153.

(3) تنص المادة (87) من القانون المدني العربي الموحد الصادر عن الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب الصادر بتاريخ 11/19 / 1996م على أن: "1- تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها بكل طرق دلالتها. 2- إذا لم يوجد نص في هذا القانون تطبق أحكام الفقه الإسلامي الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب فقهي معين، فإذا لم يوجد تطبق مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها مع مراعاة العرف حيث يوجد بالشرائط المقررة فقهاً".

وبالعودة إلى القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002م نجد أن المادة (135) منه أشارت إلى وجوب رجوع القضاة إلى أحكام القانون المدني إذا لم يوجد نص في القوانين الخاصة يمكن تطبيقه على المسألة المتنازع عليها، ومنها بطبيعة الحال القانون التجاري باعتباره أحد فروع القانون الخاص.

وبناء عليه، يمكننا القول: بأنه في كل حالة لا يحكمها اتفاق تعاقدية أو لم يرد نص في التشريع التجاري بشأنها تعين الرجوع إلى نصوص القانون المدني لحسم النزاع المعروض أمام القاضي، باعتبارها قواعد عامة تنظم جميع المعاملات، لكن بشرط عدم تعارضها مع المبادئ العامة للمعاملات التجارية القائمة على السرعة والائتمان التي تتميز بها تلك المعاملات⁽¹⁾، فإذا تعارضت نصوص القانون المدني مع تلك المبادئ فلا مجال لتطبيقها، ومن أمثلة تلك المبادئ: مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، ومبدأ التضامن بين المدينين، ومبدأ انتفاء صفة التبرع، ومبدأ الفائدة في المواد التجارية. وقد نصت المادة (134) من القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م على ما يؤيد ذلك بقولها: "الأحكام الخاصة بالمسائل التجارية يرجع فيها إلى القانون التجاري".

وعلة ذلك أن القانون التجاري لم ينظم إلا الأحكام الخاصة ببعض المسائل التي رأى المشرع ضرورة تنظيمها بحكم خاص دون استبعاد الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، وخاصة إذا وجد نص صريح في القانون التجاري يحيل إلى قواعد القانون المدني، ومن ذلك ما جاء في المادة (109) من القانون التجاري اليمني بشأن بيع المباني السكنية والتجارية والتي نصت على أن: "تسري على بيع المباني السكنية والتجارية من حيث حقوق والتزامات البائع والمشتري وضمان العيوب والقيود الواردة على الملكية وحقوق الجوار والأملاك المشتركة وما إلى ذلك من أمور القواعد الواردة في القانون المدني والقوانين الأخرى النافذة فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون"⁽²⁾.

ولا جدال في وجوب تقديم قواعد التشريع التجاري الآمرة على القواعد الآمرة في القانون المدني، غير أن الخلاف لا يزال قائماً حول مدى جواز مخالفة نصوص التشريع التجاري المكمل للقواعد الآمرة في القانون المدني، حيث يذهب البعض⁽³⁾ إلى تقديم نصوص القانون التجاري بقواعده الآمرة والمكملة على نصوص القانون المدني ولو كانت آمرة، وحجتهم في ذلك أن الرجوع إلى أحكام القانون

(1) د/ مصطفى كمال طه: أساسيات القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2، 2012م، ص28 وما بعدها.

(2) وهذه المادة هي النص الوحيد التي تضمن الإحالة إلى القواعد الواردة في القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م بشكل صريح.

(3) د/ مصطفى كمال طه: القانون التجاري اللبناني، مرجع سابق، ص21، د/ محمد حسين إسماعيل: مرجع سابق، ص24، د/ أميرة صديقي: مرجع سابق، ص14، د/ ثروت عبد الرحيم: مرجع سابق، ص25.

= ومن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية: "أنه مع قيام القانون الخاص لا يرجع إلى أحكام القانون العام إلا فيما فات القانون الخاص من أحكام، فلا يجوز إهدار القانون الخاص بذريعة إعمال قاعدة عامة لما في ذلك من منافاة صريحة للغرض الذي من أجله وضع القانون الخاص"، الطعن رقم 6549 لسنة 75 جلسة 2010/2/22م، مكتب في 61 ق 42 ص 260، حكم منشور على الإنترنت وفق آخر زيارة بتاريخ 9/1/2021م على الرابط الإلكتروني:

<https://ahmedazimelgame1.blogspot.com/2017/09/6549-75-22-2-2010-61-42-260.html>.

المدني كمصدر من مصادر الأحكام التجارية مشروط بأن لا تتعارض أحكامه مع نصوص التشريع التجاري والمبادئ العامة للنشاط التجاري، فإذا حصل تعارض فالعبء بالنص التجاري، وأن النص الخاص مقدم على النص العام، حيث وأن قواعد التشريع التجاري الآمرة والمكملة جميعها قواعد خاصة، ومن غير المعقول إيراد النصوص التجارية المكملة ومنع العمل بأحكامها إذا تعارضت مع نصوص القانون المدني الآمرة.

في حين اشترط البعض الآخر⁽¹⁾ لتقديم نصوص القانون التجاري على نصوص القانون المدني أن يكون كلا النصين في درجة واحدة، فإذا كان أحدهما نصاً آمراً والآخر مكماً وجب الأخذ بالنص الأمر لعدم جواز الاتفاق على مخالفته.

ونحن نؤيد الاتجاه الأول القائل بتقديم حكم القواعد التجارية الآمرة والمكملة إذا ما تعارضت مع النصوص المدنية حتى ولو كانت آمرة، فإذا تعارضت نصوص القانون المدني المراد تطبيقها على نزاع تجاري مع نصوص التشريع التجاري والمبادئ العامة التي يقوم عليها فلا يجوز تطبيقها على ذلك النزاع ولو كانت آمرة، وبمعنى آخر لا يجوز الرجوع إلى قواعد القانون المدني الآمرة والمكملة إذا تعارضت مع قواعد التشريع التجاري ولو كانت مكملية.

لذلك إذا عرض نزاع تجاري أمام القاضي التجاري تعين عليه أن يطبق النصوص التجارية الآمرة أولاً إن وجدت، فإذا لم توجد طبق النصوص التجارية المكملية ما لم يتفق المتعاقدان على خلافها إذ أنها تبيح مثل هذا الاتفاق، وهنا لا يكون أمام القاضي إلا تطبيق أحكام الاتفاق بين المتعاقدين.

وفي مصر يعتبر القانون المدني المصدر الرابع من مصادر الأحكام التجارية بعد كل من أحكام الاتفاق بين المتعاقدين وأحكام القانون التجاري والقوانين المكملية له وأحكام العرف والعادات التجارية، وفقاً لنص المادة الثانية من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م التي تنص في فقرتها الأولى على أن: "تسري على المواد التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية، ثم قواعد العرف التجاري والعادات التجارية، فإذا لم يوجد عرف تجاري أو عادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدني".

(1) د/ سميحة قليوبي: مرجع سابق، ص48، د/ زكي الشعراوي: الوجيز في القانون التجاري، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 2002م، ص19. ويقصد بالقواعد الآمرة تلك القواعد التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها لانصافها بمقوم أساسي من مقومات المجتمع وهو ما يعرف بالنظام العام والآداب، ومثال النص التجاري الأمر ما نصت عليه المادة (535) من القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991م بقولها: "اشتراط فائدة في الشيك يعتبر كأن لم يكن". وهذا بخلاف القواعد المكملية أو المفسرة للإرادة التي يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها لأنها تنظم المسائل التي تتعلق بمصالحهم حيث يترك لهم القانون حرية تنظيمها، ومثال النص المكمل ما نصت عليه المادة (272) من القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991م بقولها: "في المواد التجارية يستحق الوكيل الأجر في جميع الأحوال، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك، وإذا لم يحدد هذا الأجر في الاتفاق عين بحسب تعريف المهنة أو بحسب العرف أو الظروف".

يتضح من هذا النص أن المشرع المصري يميز تطبيق الاتفاقات بين المتعاقدين أو نصوص قانون التجارة الآمرة والمكملة أو قواعد العرف التجاري أو العادات التجارية حتى لو أتت بأحكام مخالفة لقواعد آمرة في القانون المدني، ما لم تتعارض مع النظام العام في مصر⁽¹⁾. وهذا يتفق مع ما سبق مناقشته بشأن وجوب تقديم حكم القواعد التجارية الآمرة والمكملة إذا ما تعارضت مع النصوص المدنية حتى ولو كانت آمرة. ومن الأمثلة على تقديم العرف التجاري، قاعدة افتراض التضامن بين المدينين التي نشأت واستقرت في ظل قانون التجارة المصري على الرغم من وجود نص في القانون المدني المصري ينص على أن التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض وإنما بناء على اتفاق أو نص في القانون⁽²⁾.

وبعد استعراض ودراسة المصادر الرسمية الأصلية والمصادر الرسمية الاحتياطية للأحكام التجارية وفق نصوص القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991م وآراء فقهاء القانون التجاري، يمكننا ترتيب تلك المصادر بحسب ما توصل إليه هذا البحث على النحو الآتي:

أولاً: المصادر الرسمية الأصلية:

- 1- النصوص الآمرة في التشريع التجاري.
- 2- أحكام الاتفاق بين المتعاقدين التي لا تتعارض مع النصوص الآمرة في التشريع التجاري ولا تخالف قواعد النظام العام والآداب في اليمن.
- 3- النصوص المكملة في التشريع التجاري.
- 4- مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص التشريع التجاري دون التقييد بمذهب فقهي معين.

ثانياً: المصادر الرسمية الاحتياطية:

- 1- العرف التجاري الثابت والجائز شرعاً.
- 2- نصوص القانون المدني التي لا تتعارض مع المبادئ العامة للنشاط التجاري.

(1) المادة (2/2) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م.

(2) المادة (279) من القانون المدني المصري (131) لسنة 1948م.

المبحث الثالث

المصادر التفسيرية للأحكام التجارية

يقصد بالمصادر التفسيرية (الاسترشادية): المصادر التي يتمتع القاضي إزاءها بسلطة اختيارية للبحث عن حل للنزاع المعروض عليه دون أن يكون ملزماً بالرجوع إليها⁽¹⁾، وتمثل هذه المصادر بالقضاء والفقهاء.

وبالرجوع إلى نصوص المواد (4 - 6) من القانون التجاري اليمني المشار إليها سابقاً، يتضح أن مصادر الأحكام التجارية هي: العقد، والتشريع، ومبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف التجاري، ومبادئ وقواعد العدالة، ومعنى ذلك أن أحكام القضاء وآراء الفقهاء ليست من مصادر الأحكام التجارية، لأنه لم يرد لهما ذكر عندما حدد المشرع تلك المصادر، لكن ذلك لا يمنع من اعتبار القضاء والفقهاء من المصادر التفسيرية للأحكام التجارية تماثياً مع ما ذهب إليه معظم شراح القانون التجاري⁽²⁾.

ونظراً لصعوبة قيام هيئة تشريعية - مهما بلغت خبرتها ومعرفتها - بوضع نصوص لا تختلف المحاكم في تطبيقها ولا يختلف الفقهاء في فهمها وشرحها، فإنه من المهم توضيح دور القضاء والفقهاء في تفسير وتطبيق نصوص التشريع التجاري تبعاً لما تقتضيه المصلحة العامة وتحقيق متطلبات العدالة، ويمكننا حصر المصادر الاسترشادية في القضاء والفقهاء التجاري مع إضافة التفسير التشريعي والتي يمكن عرضها على النحو الآتي:

المطلب الأول

أحكام القضاء

تُعرف أحكام القضاء بأنها: "مجموعة الأحكام التي تصدر عن مختلف المحاكم في المنازعات التي تعرض عليها"⁽³⁾.

ويلعب القضاء التجاري دوراً هاماً في فض المنازعات التي تنشأ بين التجار، لأن القانون يمنع عليهم اقتضاء حقوقهم بأنفسهم، حيث تتجلى أهميته في مواكبة التطورات المتلاحقة التي تطرأ على البيئة التجارية، وفي سد النقص التشريعي الخاص بالمعاملات التجارية، فالقضاء التجاري كان ولا يزال مصدراً لبعض النظريات والمبادئ القضائية التي استقر عليها العمل في الحياة التجارية،

(1) د/ سميحة القليوبي: مرجع سابق، ص 49.

(2) د/ محمود مختار أحمد بريزي: مرجع سابق، ص 24، د/ كمال محمد أبو سريع: القانون التجاري (الأعمال التجارية والتاجر)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983م، ص 47، د/ عبد الرحمن عبد الله شمسان: مرجع سابق، ص 13، د/ نجيم أهنتوت: الوجيز في القانون التجاري، مطبعة مكتبة الأنوار، المغرب، ط 1، 2020م، ص 15، د/ عصام حنفي محمود: القانون التجاري، الجزء الأول، الأعمال التجارية - التاجر - المحل التجاري - شركات الأشخاص، مقرر المستوى الأول، برنامج محاسبة البنوك والبورصات، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، ص 22، كتاب منشور على الإنترنت وفق آخر زيارة بتاريخ 9 / 1 / 2021م على الرابط الإلكتروني:

<http://www.mediafire.com/file/983ys14uvbsfmpy/%25D8%25A>

(3) د/ سميحة القليوبي: مرجع سابق، ص 49.

وأوجدت حلولاً لكثير من الإشكاليات التي عجزت القوانين عن حلها؛ كمنظية الشركة الفعلية والإفلاس الفعلي ونظرية الوضع الظاهر حماية للغير، ونظرية حماية الأقلية في شركات الأسهم، وتعسف الأقلية، ونظرية المدير المؤقت، ونظرية المنافسة غير المشروعة، والمبادئ التي تحكم الحساب الجاري⁽¹⁾.

وقد اختلف الفقهاء في جواز قيام القضاء بإنشاء قواعد قانونية جديدة، فذهب البعض⁽²⁾ إلى أن القضاء يعتبر مجرد مصدر تفسيري، وأن دوره يقتصر على تطبيق القانون وتفسير نصوصه والتوفيق بينها، ولا يحق له وضع قواعد قانونية جديدة، فهو لا يملك سلطة التشريع، كما هو الحال في الأنظمة اللاتينية (كفرنسا وألمانيا).

ويذهب البعض الآخر⁽³⁾ إلى أن الواقع العملي يشهد تجاوز القضاء حدود تطبيق وتفسير نصوص القانون إلى إنشاء قواعد قانونية جديدة تلزم المحاكم بتطبيقها، يطلق عليها مصطلح السوابق القضائية، كما هو الحال في الأنظمة الأنجلو سكسونية (كبريطانيا وأمريكا) التي تجعل السوابق القضائية مصدراً رسمياً للتشريع، ويكون القاضي في هذه الأنظمة ملزماً بالرجوع إليها لاستخلاص القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع المعروض عليه.

ويلاحظ أن القضاء في بلادنا - كالتشريعات العربية - يعتبر مجرد مصدر تفسيري لا يخلق قواعد قانونية وإنما يصدر أحكاماً فردية يقتصر نطاقها على تطبيق القانون وتفسير نصوصه، وفي حال انعدام الحل في المصادر الرسمية يجوز للقاضي الاستئناس بالأحكام القضائية السابقة للبحث عن حل للنزاع المطروح أمامه دون أن يكون ملزماً بالرجوع إليها⁽⁴⁾. وقد أيدت محكمة الاستئناف العليا التجارية بصنعاء ذلك بقولها: "... السوابق القضائية سواءً باليمن أو في أي دول أخرى تعتبر هادياً ومرشداً في تفسير القوانين"⁽⁵⁾.

وقد أغفل المشرعان اليمني والمصري ذكر القضاء بين مصادر الأحكام التجارية، وبالتالي فهو لا يعدو أن يكون مجرد مصدر تفسيري يجوز للقاضي الاسترشاد بالأحكام القضائية السابقة التي تصدر عن المحاكم التجارية بمختلف درجاتها وخاصة ما يصدر عن المحكمة العليا لحل النزاع المطروح أمامه، وبالتالي لا يمكن الاعتراف - كما يرى البعض - بوجود قواعد ومبادئ قضائية إلا إذا كانت هذه القواعد والمبادئ أمراً واقعاً يمكن التحقق من وجوده بالمشاهدة والتجربة⁽⁶⁾.

(1) د/ كمال محمد أبو سريع: مرجع سابق، ص 47، د/ محمد حسن الجبر: مرجع سابق، ص 29.

(2) د/ محمد حسن الجبر: المرجع السابق، ص 29.

(3) د/ علي البارودي: القانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993م، ص 34.

(4) د/ نادية فوضيل: القانون التجاري، الأعمال التجارية، التاجر، الحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 6، 2004م، ص 43.

(5) الطعن اس / ت / 32 / 1977، القاعدة رقم (179)، مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الدائرة التجارية بالمحكمة العليا، مجلة الأحكام التجارية الصادرة عن وزارة العدل اليمنية، مارس 2000م، ص 113.

(6) د/ سمير عبد السيد تناغو: مرجع سابق، ص 498.

يتضح مما سبق، إن وظيفة القاضي تنحصر في تطبيق نصوص التشريع التجاري وتفسيرها عند غموضها وتناقضها خوفًا من تجاوز اختصاصه وتجاهل مبدأ الفصل بين السلطات الذي يعطي حق سن القوانين للسلطة التشريعية كأصل عام، وأن الدور الذي يقوم به القضاء اليمني في هذا المجال لا يعبر عن إنشاء قواعد ومبادئ قانونية جديدة، وإنما يعبر عن اجتهاد واستنباط للأحكام القضائية من المصادر التي حددها المشرع في المواد (4 - 6) من القانون التجاري اليمني المشار إليها سابقًا، ويمكن التمثيل لاستنباط الأحكام القضائية من النصوص القانونية النافذة - باعتبارها المصدر الأول بين المصادر الرسمية الأصلية - ببعض الأحكام التي أصدرتها الشعبة التجارية بمحكمة الاستئناف العليا نستعرضها فيما يلي:

- (إفلاس الموكل أو الوكيل ينهي الوكالة)⁽¹⁾، وهذا الحكم مستمد من المادة (628) من القانون التجاري اليمني التي تنص على أنه: "تنقضي الوكالة بإفلاس الوكيل أو إفلاس الموكل، ومع ذلك لا تنقضي بإفلاس الموكل إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة فيها".

- (البيع سيف (C.I.F) ينهي مسؤولية الشاحن بمجرد شحن البضاعة وتنتقل بعد ذلك للناقل)⁽²⁾، وهذا الحكم مستمد من الفقرة الثالثة من المادة (121) من القانون التجاري اليمني التي تنص على أنه: "في البيع (سيف) يتولى البائع إبرام عقد نقل المبيع من ميناء الشحن إلى ميناء التفريغ والتأمين عليه ضد مخاطر النقل مضيئًا النفقات اللازمة لذلك إلى ثمن المبيع، وتقع تبعة الهلاك على المشتري من وقت الشحن".

- (تجديد الوديعة يتم تلقائيا ولا يكون عدم التجديد إلا بإشهار من المودع بالرغبة عن التجديد)⁽³⁾، وهذا الحكم مستمد من نص المادة (365) من القانون التجاري اليمني التي تنص على أنه: "إذا حدد للوديعة أجل ولم يتم سحبها عند حلول الأجل، تجددت تلقائيا لمدة أخرى".

- (إنه وإن كان القانون التجاري يعد الدفاتر التجارية الإلزامية حجة لصاحبها التاجر، فإن ذلك مرهون بوجود دفاتر منتظمة)⁽⁴⁾، وهذا الحكم مستمد من الفقرة الثالثة من المادة (38) من القانون التجاري اليمني التي تنص على أن: "تكون

(1) الطعن اس / ت / 6 / 79، القاعدة رقم 133، مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الدائرة التجارية بالمحكمة العليا، مجلة الأحكام التجارية الصادرة عن وزارة العدل اليمنية، مارس 2000م، ص 217.

(2) الطعن اس / ت / 6 / 78، القاعدة رقم (75)، مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الدائرة التجارية بالمحكمة العليا، مجلة الأحكام التجارية الصادرة عن وزارة العدل اليمنية، مارس 2000م، ص 254.

(3) الطعن رقم (29720) لسنة 1428هـ جلسة 2 / 6 / 2007م، حكم منشور في مجلة البحوث القضائية، العدد 10 نوفمبر 2008م، مجلة فصلية تصدر عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، صنعاء، ص 241.

(4) الطعن رقم (24634) جلسة 4 القعدة سنة 1426هـ الموافق 5 / 12 / 2005م، حكم منشور في مجلة البحوث القضائية، العدد 8 سبتمبر 2007م، مجلة فصلية تصدر عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، صنعاء، ص 252.

الدفاتر التجارية الإلزامية حجة لصاحبها التاجر ضد خصمه التاجر إذا كان النزاع متعلقًا بعمل تجاري وكانت الدفاتر منتظمة حسب القواعد السالف ذكرها وتسقط هذه الحجة بالدليل العكسي ويجوز أن يؤخذ هذا الدليل من دفاتر الخصم التجارية المنتظمة".

وكذلك الحال في مصر، حيث يقتصر دور القضاء فيها على استنباط الأحكام القضائية من المصادر التي حددها المشرع في المادة الثانية من قانون التجارة المصري المشار إليها سابقاً، ويمكن التمثيل لاستنباط الأحكام القضائية من النصوص القانونية النافذة - باعتبارها المصدر الأول بين المصادر الرسمية الأصلية - ببعض الأحكام التي أصدرتها محكمة النقض نستعرضها فيما يلي:

- (اكتساب صفة التاجر لا يستلزم قيد اسمه في السجل التجاري)⁽¹⁾، وهذا الحكم مستمد من الفقرة الثالثة من المادة (33) من قانون التجارة المصري التي تنص على أنه: "لا يجوز للتاجر أن يتمسك بعدم قيده في السجل التجاري للتحلل من الالتزامات التي يفرضها عليه القانون أو التي تنشأ عن معاملاته مع الغير بصفته تاجرًا".

- (المطالبة بإشهار إفلاس الشركة يستلزم حتماً إشهار إفلاس الشريك المتضامن)⁽²⁾، وهذا الحكم مستمد من الفقرة الأولى من المادة (703) من قانون التجارة المصري التي تنص على أنه: "إذا شهر إفلاس الشركة وجب شهر إفلاس جميع الشركاء المتضامين فيها".

- (اعتبار الحساب جارياً مردده اتفاق طرفاه)⁽³⁾، وهذا الحكم مستمد من الفقرتين الأولى والثانية من المادة (361) من قانون التجارة المصري التي تنص على أن: "1- الحساب الجاري عقد يتفق بمقتضاه طرفان على أن يقيدا في حساب عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة الديون التي تنشأ عن العمليات التي تتم بينهما بحيث يستعصيان عن تسوية هذه الديون تبعاً بتسوية واحدة تقع على الحساب عند قفله. 2- لا يعتبر حساباً جارياً الاتفاق على ألا تبدأ مدفوعات أحد الطرفين إلا حين تنتهي مدفوعات الطرف الآخر".

(1) الطعن 618 لسنة 74 ق - جلسة 14 / 12 / 2010، مكتب فني 61 ق 161 ص 952. حكم منشور على الإنترنت وفق آخر زيارة بتاريخ 12 / 1 / 2021م على الموقع:

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2017/10/618-74-14-12-2010-61-161-952.html>

(2) الطعن 399 لسنة 75 ق - جلسة 6 / 4 / 2011، مكتب فني 62 ق 79 ص 480. حكم منشور على الإنترنت وفق آخر زيارة بتاريخ 12 / 1 / 2021م على الموقع:

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2017/12/399-75-6-4-2011-62-79-480.html>

(3) الطعن 5884 لسنة 79 ق - جلسة 24 / 5 / 2011، مكتب فني 62 ق 119 ص 717. حكم منشور على الإنترنت وفق آخر زيارة بتاريخ 12 / 1 / 2021م على الموقع:

<https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2017/12/5884-79-24-5-2011-62-119-717.html>

ولكن وبالرغم من اعتبار القضاء مجرد مصدر تفسيري إلا إنه قد يؤدي دورا هاما في وضع قواعد ومبادئ قضائية تحكم بعض المعاملات التجارية، وخصوصاً حينما تستجد مسائل معينة لم ينظمها المشرع، فيضع القضاء تلك القواعد والمبادئ ثم يقوم المشرع بتقنين ما استقر عليه القضاء كما سبق القول.

المطلب الثاني

الفقه التجاري

يقصد بالفقه التجاري: مجموعة آراء الفقهاء بشأن تفسير نصوص القانون التجاري⁽¹⁾، حيث يجوز للقاضي الاسترشاد بهذه الآراء أثناء تفسير وتطبيق قواعد القانون التجاري.

وللفقه التجاري دور كبير في تفسير نصوص القانون التجاري، وإبراز مزاياها وعيوبها، وتوضيح ما يكتنفها من تناقض وغموض، ووضع الآراء والنظريات التي تعمل على سد النقص الذي قد يعتريها، وإيجاد الحلول للمسائل الجديدة التي تطرأ نتيجة التطور المستمر في المعاملات التجارية، ومؤازرة القضاء في حل المنازعات المعروضة عليه، وتوجيه المشرع إلى إصدار النصوص الملائمة في مثل تلك الحالات⁽²⁾.

ولا يُعد الفقه - وفقاً للرأي السائد - مصدراً رسمياً للأحكام التجارية، وإنما هو مجرد مصدر تفسيري ليس له أي صفة إلزامية، ومهما بلغت درجة الفقيه العلمية فإن آراءه ليست ملزمة للقاضي⁽³⁾، فالفقيه عالم في القانون وليست له صفة رسمية ولا سلطة في إنشاء قواعد قانونية أو إبداء آراء ملزمة للناس، وإنما تقتصر مهمته على شرح القانون وعرض كلياته وجزئياته وبيان مزاياه وعيوبه، واستنباط آراء علمية تبين ما يجب أن يكون عليه القانون⁽⁴⁾، لذلك لا يجوز الطعن في حكم ما لمجرد أنه خالف آراء الفقهاء أو لمجرد أنه خرج على إجماعهم.

وقد ساعد الفقه في تطوير أحكام القانون التجاري وتوحيد أحكام القضاء التجاري في المسائل التجارية، لذلك غالباً ما يلجأ القاضي التجاري إلى مؤلفات وشروحات فقهاء القانون التجاري للتعرف على آرائهم وتفسيراتهم لأحكامه واتجاهات القضاء، بل كثيراً ما يستعين المشرع ذاته باجتهاد وآراء الفقهاء عند صياغة أو تعديل قانون ما⁽⁵⁾.

(1) د/ سميحة القليوبي: مرجع سابق، ص 51.

(2) د/ أحمد محرز: مرجع سابق، ص 42.

(3) د/ سميحة القليوبي: مرجع سابق، ص 51.

(4) د/ عصمت عبد المجيد بكر: مرجع سابق، ص 459.

(5) د/ محمد حسن الجبر: مرجع سابق، ص 30.

وتعتبر العقود التجارية من أهم المجالات التي لعب الفقه فيها دوراً بارزاً، ومن ذلك قيام المشرع المصري بتضمين أغلب هذه العقود في قانون التجارة رقم (17) لسنة 1999م، مسترشداً بآراء الفقهاء في هذا الشأن⁽¹⁾.

وقد يلجأ رجال الفقه والقضاء عند عدم كفاية النص إلى وضع قواعد قانونية جديدة من خلال التفسير، غير أن الفقه والقضاء لا يمكنهما الادعاء بأية صورة كانت بأن هذه القواعد من وضعهما بل يجيلان استنباط مثل تلك القواعد إلى تفسير النص التشريعي القائم⁽²⁾.

إن الفقه والقضاء كل منهما يحتاج للآخر، فلا غنى للقاضي عن الرجوع إلى مؤلفات وأبحاث الفقهاء ليستهدي بما توصلوا إليه من آراء واجتهادات، فالفقه يفسر القانون والقاضي يتولى تطبيقه، ولا غنى للفقهاء عن الرجوع إلى اجتهاد القضاة وأحكام القضاء التي أوجدت الحلول للكثير من المنازعات التي تثور في الحياة العملية والاستفادة منها في أعمالهم وأبحاثهم القانونية⁽³⁾.

المطلب الثالث

التفسير التشريعي

يقصد بالتفسير التشريعي: التفسير الذي يضعه المشرع أو الجهة المخولة من قبله لبيان حقيقة المقصود من تشريع سابق نتيجة ما اعتراه من غموض أو أثير بشأنه خلاف عند تطبيقه⁽⁴⁾.

إن عملية صياغة النصوص القانونية تلعب دوراً هاماً في عملية تفسير النصوص القانونية، لذلك ينبغي على المشرع مراعاة ضوابط تلك العملية عند وضع النصوص القانونية، ومن أهم تلك الضوابط الالتزام الكامل بقواعد اللغة العربية الفصحى، ومراعاة علامات الترقيم المختلفة؛ كالنقطة والفاصلة والأقواس وغيرها، إذ أن كل علامة تعبر عن حقيقة لغوية أو علمية، إلى جانب ذلك فإنه ينبغي أن تتسم النصوص القانونية بالإيجاز والبساطة في النص، وأن يراعى فيها عقول المخاطبين فلا تكن نصوصاً متكلفة تحتاج إلى تدبر طويل وتأمل عميق⁽⁵⁾.

(1) د/ عصام حنفي محمود: مرجع سابق، ص 23.

(2) د/ باسم محمد صالح: القانون التجاري، القسم الأول (النظرية العامة - التاجر - العقود التجارية - العمليات المصرفية - القطاع التجاري الاشتراكي)، منشورات دار الحكمة، بغداد، 1987م، ص 19.

(3) د/ عبد الوهاب عبد الله العمري: مرجع سابق، ص 29.

(4) د/ رمضان أبو السعود: المدخل إلى القانون، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1986م، ص 190.

(5) محمد كمال خميس الحولي: تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء النظم القانونية وأحكام الشريعة الإسلامية)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون - الجامعة الإسلامية - غزة، 2017م، ص 73.

ومع ذلك ومهما كان اجتهاد وحرص المشرع على وضع النصوص القانونية وصياغتها على أكمل وجه إلا أنه يبقى جهداً بشرياً عرضةً للخطأ والنقص والغموض والتعارض مع غيرها من نصوص القانون، الأمر الذي يستدعي تدخل الجهات التشريعية المختصة من أجل بيان المراد من النص القانوني.

لذلك تنص المادة (18) من القانون المدني اليمني على أن: "المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي والمذكرات الإيضاحية والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة".

يتضح من هذا النص، إن المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو آراء واجتهادات الفقه الإسلامي وما تصدره السلطة التشريعية المختصة من وثائق رسمية تشمل اللوائح والمذكرات الإيضاحية والتفسيرية والمناقشات من قبل اللجان التي قامت بإعداد التشريع وبيان الأسباب التي دفعت المشرع إلى إصدار القانون وغيرها من الأعمال التحضيرية للتشريع التي تساعد في الوصول إلى المعنى المقصود من النص.

والتفسير التشريعي إما أن يصدر عن السلطة التشريعية التي أصدرت التشريع، وإما أن يصدر عن سلطة أخرى بموجب تفويض من السلطة التشريعية⁽¹⁾.

(1) د/ همام محمد محمود: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001م، ص443.

الخاتمة

وفي الختام سنعرض لأهم ما توصل إليه هذا البحث من نتائج، وما انتهى إليه من توصيات على النحو الآتي:

أولاً: النتائج: تبين من البحث ما يلي:

- 1- إنه يتوجب على القاضي التجاري لحل أي نزاع تجاري يُعرض أمامه الرجوع إلى مصادر الأحكام التجارية وفق مبدأ تدرج تلك المصادر، ولا إشكال في الأخذ بمصدر واحد أو أكثر إذا لم يكن بينها تعارض، فإذا وجد تعارض بينها فيلزم مراعاة ترتيبها القانوني والفقهي على النحو الذي توصل إليه هذا البحث، حتى لا يشوبها أي قصور في التسبب يستوجب نقضها.
- 2- إن الاتجاه إلى الأخذ بالعقد كمصدر أصلي وأولي للقانون التجاري لا يُعد أمراً محبذاً خصوصاً في ظل ظهور أنواع جديدة من العقود التجارية؛ كعقود التجارة الإلكترونية وعقود الإذعان التي تبرم بين التاجر والمستهلك، والتي يمثل فيها المستهلك الطرف الأضعف في مواجهة التاجر، وهذا قصور تشريعي ينبغي تداركه حماية لمصالح الطرف الأضعف في العقد.
- 3- إن آراء الفقهاء اختلفت حول قدرة العرف التجاري على مخالفة القواعد الآمرة للقانون المدني، واتفقوا على أن تقديم العرف التجاري هو الأقرب والأكثر تعبيراً عن متطلبات الحياة التجارية، كما خلصنا إلى ضرورة تقديم القانون التجاري بقواعده الآمرة والمفسرة على القواعد الآمرة للقانون المدني، خاصة في ظل إغفال القانون التجاري اليميني الإشارة إلى القانون المدني كمصدر من مصادر الأحكام التجارية.
- 4- إنه يوجد توافق في الجملة في مصادر الأحكام التجارية في القانونين اليمني والمصري، ومع ذلك يوجد فرق بينهما من حيث النص على بعض المصادر أو إغفالها، كما أنه لا يوجد اتفاق تام بين فقهاء القانون التجاري في تعداد تلك المصادر وترتيبها من ناحية، وبين ما هو منصوص عليه في القوانين الصادرة في بلدانهم من ناحية أخرى.
- 5- إن مهمة الفقه هي استخلاص المبادئ العامة من القواعد التشريعية، وتقييم الحلول التي يقدمها المشرع أو القضاء، وبيان مواضع النقص أو الخلل فيها، أما القضاء فمهمته تقتصر على تطبيق القانون وتفسيره على نحو يتفق مع غرض واضعه، لذلك تُعد أحكام المحاكم التجارية واجتهادات فقهاء القانون التجاري وسائل مساعدة في تفسير نصوص التشريع التجاري وتطبيقها، ويتمتع القاضي بسلطة اختيارية في الرجوع إليها للبحث عن حل للنزاع المعروض أمامه ولا يكون ملزماً باتباعها.
- 6- إن العديد من القوانين لم تدرج مبادئ وقواعد العدالة ضمن مصادر الأحكام التجارية؛ كقانون التجارة المصري محل دراستنا، نظراً لعدم الحاجة إلى هذا المصدر في ظل تحكيم شريعتنا الإسلامية الشاملة والكاملة في أحكامها ومبادئها.

ثانياً: التوصيات: على ضوء تلك النتائج نوصي المشرع اليمني بما يلي:

1- تعديل المواد (4 ، 5 ، 6) من القانون التجاري اليمني المنظمة لمصادر الأحكام التجارية بما يتفق ومتطلبات الحياة التجارية

وما استقر عليه الفقه التجاري، بحيث يكون ترتيب المصادر الرسمية الأصلية والاحتياطية على النحو الآتي:

أولاً: المصادر الرسمية الأصلية:

أ- النصوص الآمرة في التشريع التجاري.

ب- أحكام الاتفاق بين المتعاقدين التي لا تتعارض مع النصوص الآمرة في التشريع التجاري ولا تخالف قواعد النظام العام

والآداب في اليمن.

ج- النصوص المكملة في التشريع التجاري.

د- مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص التشريع التجاري دون التقيد بمذهب فقهي معين.

ثانياً: المصادر الرسمية الاحتياطية:

أ- العرف التجاري الثابت والجائز شرعاً.

ب- نصوص القانون المدني التي لا تتعارض مع المبادئ العامة للنشاط التجاري.

2- تعديل نص المادة (5) من القانون التجاري اليمني التي وردت فيها عبارة (والقوانين الأخرى)، وهي عبارة مبهمه لا يمكن

الاتفاق على تفسيرها أو تحديد معناها بدقة، لذلك ينبغي إضافة العبارة الآتية إليها بحيث تصبح الصياغة على هذا النحو

الآتي: (والقوانين الأخرى المتعلقة بالمواد التجارية).

3- تعديل نص المادة (6) من القانون التجاري اليمني بإضافة عبارة تتضمن حق القاضي في الاسترشاد بأحكام القضاء وآراء

فقهاء القانون التجاري في حال خلت المصادر الرسمية من حل يحسم النزاع المنظور أمامه.

وفي هذا السياق نأمل من السلطة القضائية في بلادنا نشر الأحكام الصادرة ليس عن المحكمة العليا فقط، وإنما الصادرة عن

جميع المحاكم على اختلاف درجاتها لما فيه من فائدة لكل من له صلة بالموضوعات التجارية والقضائية، كما أن الفقه التجاري اليمني

لا يزال في بداياته وتحتاج نصوص التشريع التجاري إلى تحليل ونقد وإبراز ما تنطوي عليه من مزايا وعيوب وما يكتنفها من تعارض

وغموض ليس فقط من قبل مدرسي التشريع التجاري، وإنما أيضاً من قبل رجال القضاء التجاري والمحامين والباحثين وغيرهم.

(تم بحمد الله)

قائمة المراجع

أولاً: الكتب العامة:

- 1- الخليل بن أحمد الفراهيدي: كتاب العين (تحقيق مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي)، ج7، دار ومكتبة الهلال، بيروت، لبنان، 1967م.
- 2- د. حسن كيرة: أصول القانون، دار المعارف، مصر، ط2، 1958م.
- 3- د. رمضان أبو السعود: المدخل إلى القانون، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1986م.
- 4- د. سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974م.
- 5- د. صلاح الدين الناهي: النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الأخلاق، مطبعة أسعد، بغداد، 1968م.
- 6- د. عواد حسين ياسين العبيدي: تفسير النصوص القانونية بإتباع الحكمة التشريعية من النصوص، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، (د - ت).
- 7- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط (تحقيق أنس محمد الشامي وركريا جابر أحمد)، دار الحديث، القاهرة، 2008م.
- 8- محمد ابن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، المطبعة الكلية، القاهرة، ط1، 1329هـ.
- 9- د. همام محمد محمود: المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001م.

ثانياً: الكتب المتخصصة:

- 1- د. أحمد محرز: القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980م.
- 2- د. أكنم أمين الخولي: الموجز في القانون التجاري، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، 1970م.
- 3- د. أكرم ياملكي: الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، الجزء الأول، بغداد، ط2، 1968م.
- 4- د. أميرة صدقي: دروس في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط8، 1978م.
- 5- د. باسم محمد صالح: القانون التجاري، القسم الأول (النظرية العامة - التاجر - العقود التجارية - العمليات المصرفية - القطاع التجاري الاشتراكي)، منشورات دار الحكمة، بغداد، 1987م.
- 6- د. ثروت عبد الرحيم: القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981م.

- 7- د. حسني المصري، القانون التجاري، الطبعة الأولى، 1986.
- 8- د. حمود حمد شمسان: مبادئ القانون التجاري اليمني (الأعمال التجارية - التاجر - المتجر - العمليات المصرفية)، الأمين للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، 2008م.
- 9- د. زكي الشعراوي: الوجيز في القانون التجاري، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 2002م.
- 10- د. سعيد يحيى: الوجيز في النظام التجاري السعودي، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ط6، 2004م.
- 11- د. سميحة القليوبي: الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الجزء الأول (نظرية الأعمال التجارية والتاجر - بيع ورهن المحل التجاري وتأجير استغلاله وحمايته)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012م.
- 12- د. عبد الرحمن عبد الله شمسان: الموجز في مبادئ القانون التجاري وأحكام الشركات التجارية، جرافيكس للطباعة والتصميم، صنعاء، 2009م.
- 13- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام (العقد، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952م.
- 14- د. عبدالوهاب عبد الله المعمرى: القانون التجاري (1)، مركز جامعة العلوم والتكنولوجيا للكتاب الجامعي، صنعاء، 2015م.
- 15- د. عزيز العكيلى: شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1988م.
- 16- د. علي البارودي: القانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993م.
- 17- د. علي البارودي، د. محمد فريد العريني: القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1986م.
- 18- د. علي جمال الدين عوض: القانون التجاري (العمل التجاري، التاجر، الملكية الصناعية، الشركات)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983م.
- 19- د. كمال محمد أبو سريع: القانون التجاري (الأعمال التجارية والتاجر)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983م.
- 20- د. محسن شفيق: الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967م.
- 21- د. محمد حسن الجبر: القانون التجاري السعودي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط4، 1996م.
- 22- د. محمد حسين إسماعيل: القانون التجاري الأردني، دار عمار، عمان، الأردن، ط1، 1985م.
- 23- د. محمد عبدالقادر الحاج: شرح القانون التجاري اليمني (الأعمال التجارية - التاجر - السجل التجاري)، دار الكتب اليمنية، ومكتبة خالد بن الوليد للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، 2014م.

- 24- د. محمود مختار أحمد بريري: قانون المعاملات التجارية السعودي، الجزء الأول (النظرية العامة - أشخاص القانون التجاري)، منشورات معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، 1402هـ.
- 25- د. مصطفى كمال طه: أساسيات القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2، 2012م.
- 26- د. مصطفى كمال طه: القانون التجاري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 1992م.
- 27- د. نادية فوضيل: القانون التجاري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2004م.
- 28- د. نجيم أهنتوت: الوجيز في القانون التجاري، مطبعة مكتبة الأنوار، المغرب، ط1، 2020م.

ثالثاً: المجلات والدوريات:

- 1- أ. جمال طلال النعيمي، أ. عدنان صالح العمر: مدى إلزامية المصادر الرسمية في المنازعات التجارية في النظام القانوني السعودي "دراسة مقارنة"، بحث محكم منشور في مجلة أبحاث اليرموك "سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية"، المجلد 28، العدد 2، 2019م، مجلة علمية محكمة تصدر عن عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بجامعة اليرموك، إربد، الأردن.
- 2- د. عارف بن صالح العلي: مصادر الحكم التجاري، بحث محكم منشور في مجلة قضاء، العدد السادس، مارس 2016م، مجلة علمية محكمة تصدر عن الجمعية العلمية القضائية السعودية بالمعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض.
- 3- القاضي. عمر حسين البار، والقاضي. عباس أحمد مرغم: القواعد فقهاً وقضاءً وقانوناً وعرفاً، بحث منشور في مجلة البحوث القضائية، العدد (9) مارس 2008م، مجلة فصلية تصدر عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، صنعاء.
- 4- مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الدائرة التجارية بالمحكمة العليا، مجلة الأحكام التجارية الصادرة عن وزارة العدل اليمنية، مارس 2000م.
- 5- مجلة البحوث القضائية، مجلة فصلية تصدر عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، صنعاء.

رابعاً: الرسائل العلمية:

- 1- أ. مبارك صائغي: مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي للقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1986م.

2- محمد كمال خميس الحولي: تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء النظم القانونية وأحكام الشريعة الإسلامية)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2017م.

خامسًا: القوانين:

- القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991م.
- قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999م.
- القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م.
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م.
- قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (12) لسنة 1994م.
- القانون المدني العربي الموحد الصادر عن الأمانة الفنية لمجلس وزراء العدل العرب الصادر في 11/19 / 1996.

سادسًا: المواقع الإلكترونية:

- <http://www.mediafire.com>.
- <https://books.google.com/books>.
- <https://ahmedazimelgamel.blogspot.com>.
- <https://books.google.com/books?id=VV9bAQAACAAJ&printsec=frontcover&hl>
- <https://books.google.com/books?id=iemFDwAAQBAJ&pg=PA4&lpg=PA4&dq>
- <http://www.mediafire.com/file/983ys14uvbsfmpy/%25D8%25A>
- https://books.google.com/books?id=RJZ_DwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl