

بسم الله الرحمن الرحيم

**ورقة عمل للمشاركة في ورشة العمل الوطنية التي يقيمها المركز  
العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة مع التعاون مع الفريق  
الوطني بخصوص مناقشة المسودة الأولى للتقرير الوطني الخاص  
بتنفيذ العقود التجارية المالية واسترداد الديون.  
المنعقد بتاريخ 2009/12/20م بفندق موفمبيك صنعاء  
وموضوعها/ المشكلات المتعلقة بسداد ديون المصارف والحلول المقترحة  
لها.**

مقدم الورقة

أ.د. إسماعيل محمد المحاقري

أستاذ القانون المدني

ونائب العميد بكلية الشريعة والقانون بجامعة صنعاء

ومحامي أمام النقض

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين؛ يسعدني أن أشارك بهذه المداخلة والمتعلقة بمناقشة التقرير الوطني حول إنفاذ وتطبيق العقود واسترداد الديون في الجمهورية اليمنية، والتي تساهم في تحديد مشكلات سداد ديون المصارف وتقديم الحلول المناسبة للمعالجة.  
وسنمهد لها بالآتي:

إننا نعلم بأهمية توفير المناخ والبيئة المناسبة للرأس المال الوطني والأجنبي كون الرأس مال حتى الوطني أصبح فوق كونه جباناً حر في الانتقال وتبديل موطنه إلى ما هو أكثر ملائمة لاستثماراته بفعل العولمة القانونية التي تجاوزت الحدود المادية للدول وأصبح دور الدولة ضيقاً في مجال الرقابة على السوق بل أصبح هناك نظام واحد لسوق واحد، من هنا تأتي أهمية الاهتمام بخلق الضمانات اللازمة للمصارف في استرداد ديونها، فعمل المصارف يمثل حجر الزاوية في تطوير الاستثمارات والنهوض بالاقتصاد الوطني، وفعلاً فنحن نؤمن بأن هناك مشكلات قانونية وقضائية وراء هذه المشكلة ولكننا في الوقت ذاته يجب أن نعترف أن الجزء الأكبر من تلك المشكلات تم بإصلاحات تشريعية كبيرة تمت وإصلاح القضاء التجاري أمر شاهد للعيان، وبقي عدد من المشكلات القانونية الكبيرة التي يجب أن نعترف بها وهي مشكلة التوثيق ومشكلة الشهر العقاري، ولعل المشكلة الأكبر التي نعزوها إلى النظام القانوني والقضائي هي مشكلة ممارسة وثقافة لكل التطورات في المفاهيم القانونية ذات البعد العالمي وكذلك وهو الأهم مشكلة النظام الإداري لعمل الشركات والمؤسسات والمصارف المالية فهذا النظام من حيث التصميم ومن حيث الممارسة يتحمل النصيب الأكبر من المسؤولية عن مشكلات المصارف المتعلقة بإنفاذ العقود وسداد الديون، حيث لوحظ أن جزء كبير من المشكلة آتية من قبله، ويكفي أن نقول أن نظام المصارف يفتقر إلى المهنية في عمله، لذلك مما سنستعرضه في هذه الورقة من ملاحظات لعل أغلبها مصدرها إدارة المصارف ولكن للمشكلات القانونية والممارسة في العمل القضائي لها نصيب في هذه الملاحظات.

هذا وقد تناولنا هذه المداخلة في قسمين:

القسم الأول: متعلق بالمشكلات المتعلقة بالحرفية والمهنية في عمل المصارف.

والقسم الثاني: المشكلات المتعلقة بأنظمة التأمينات والضمانات الأخرى. والمطلوبة كأساس لعمل المصارف.

هذا وسنختتم المداخلة بعدد من التوصيات.

## القسم الأول: مشكلات متعلقة بالحرفية والمهنية في عمل المصارف

### أولاً: المشكلات المتعلقة بفاعلية النظام الذي يحكم إدارة المصارف:

ان من أبرز المشاكل التي تعيق إنفاذ العقود وسداد الديون هي الخلل في النظام الذي يحكم المنشآت.

يتمثل في أن النظام الذي يحكم عمل الشركات هو النظام التقليدي الذي لا يفصل بين إدارة الشركة وبين ملاك الشركة حيث يتم اختيار إدارة الشركة من المساهمين الذين يفتقرون إلى الخبرة والكفاءة والتباسب الأدوار والوظائف داخل الشركة وغياب الشفافية وضعف أجهزة الرقابة وبالتالي عدم وجود نظام ذاتي يطور عمل المؤسسات والمنشآت ويهذب المسلكيات المتبعة من قبل القادة الإداريين كما يجري تعارض واضح في المصالح الخاصة للقادة الإداريين مع المصالح الخاصة للشركة وللشركاء.

كل ذلك يؤدي إلى غياب حسن إدارة مصالح الشركات وتغيب المهنية في عملها حيث يستبدل النظام بالاجتهادات الخاصة وتغليب الاعتبارات الشخصية للممارسين الإداريين، والمطلوب هو الانتقال إلى الأنظمة الأكثر تطوراً وفاعلية، وأعني به الإسراع في إصدار تشريع حكم المنشأة بالوسيلة الحديثة والمثالية في مجال التنظيم الداخلي للشركات والذي يتضمن طرائق جديدة في صياغة قواعد تعطي قيمة للقانون المهني، وهذه القواعد تضطلع بها كفاءات قانونية وخبرات عملية في عمل الشركات.

واهم ما يتطلبه هذا النظام أولاً هو أن يعهد بالسلطة التقريرية في الشركة لخبرات وكفاءات متميزة مستقلة عن ملاك الشركة وعلى أن يتولى هؤلاء الأخيرين الإمساك بالأنظمة الرقابية، وتتطلب ثانياً استقلال قيادي الشركة في أدائهم لأعمالهم أي التطلب من القياديين بأن لا يتصرفوا على أي حال على ضوء المصلحة الخاصة بهم ضد مصلحة المساهمين أو ضد مصلحة الشركة التي يقومون بإدارتها سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة وتوظيف الشفافية في قلب الشركة وتطوير نظام الرقابة الذاتي، وتتطلب تطوير الالتزام بالإعلام في العلاقة بين المساهمين وبين القادة الإداريين وبين هؤلاء الأخيرين وبين الجهاز الإداري.

## ثانياً: المشكلات المتعلقة بغياب استراتيجيات وسياسات فتح الاعتمادات ومنح

### القروض وغياب المساهمة الفعلية في مخاطر الاستثمارات التي يتم تمويلها:

ان ممارسة وظيفة منح القروض محفوف بالمخاطر ويجب على المصارف أن تأخذ ذلك في الاعتبار عند إجراء التعاقد مع عملائها لذلك فالأمر يتطلب إلى مشاركة فاعلة من المصرف في تقدير جدوى المشاريع الاستثمارية التي تمويلها وتقديم الاستشارات الاقتصادية للعميل، والأهم من ذلك إخضاع العملية للمراقبة من حيث مراقبة تخصيص مبلغ القرض لتنفيذ المشروع الذي من أجله كان الاقتراض وكذلك الاستمرار في مراقبة خطوات تنفيذ المشروع وقدرة المدين في مواجهة متطلباته من التمويل عندما لا يكفي مبلغ القرض الممنوح لإنجازه، إذ أن من مصلحة المصرف التدخل لمد يد العون للمدين من أجل إنجاح مشروعه لأن الغالب أن إعسار المدين وخسارته للمشروع سيكون المصرف هو الضحية الأولى عن طريق خسارته لدينه ومن بعده يخسر الاقتصاد الوطني.

ومن ناحية ثانية ربط منح القرض بحصول المدين على المال أو الخدمة الذي من أجله كان الاقتراض لتمويله، فقد يحصل من الناحية العملية أن يحصل المدين على وعد بالتعاقد مع الغير في مشروع أو في الحصول على خدمة أو مال بسبب تدخل الوسطاء والسماسرة فيلجأ المدين إلى المصرف يطلب حصوله على قرض أو اعتماد مستندي لتمويل الصفقة أو المشروع وقد يحصل لسبب أو لآخر عدم إتمام التعاقد على الصفقة ويكون المدين قد حصل على القرض أو يكون قد تم فتح الاعتماد فيتحمل فوائد القرض أو الاعتماد وفي الغالب يعجز عن الوفاء بها، ومن ناحية أخرى قد يتم فتح الاعتماد لتمويل صفقة أبرمها المدين مع الغير وبالطبع يقوم البنك في الغالب بدفع القيمة وفقاً لما يقدم له من مستندات، وبالطبع أيضاً فإن القواعد القانونية لا تضمن البنك مسؤولية عدم تنفيذ العقد في العلاقة بين المدين وبين من تعاقد معه، ولا يضمن العيوب الخفية ولا يضمن التأخير في الوفاء، وقد لا يستطيع المصرف استرداد الثمن الذي قدمه بسبب إعسار العميل الذي تعاقد معه المدين، فيتحمل بالتالي المدين وحده الخسارة وبالطبع سيعجز عن سداد الدين ويخسر بجانبه المصرف، وقد واجهت التشريعات الأجنبية هذه المشكلة من خلال الربط بين منح القرض وبين الإبرام النهائي للعقد الذي كان القرض لتمويله، وكذلك الربط بين سريان فوائد الاعتماد المستندي وبين تسليم المستفيد للصفقة، بل ان القضاء الفرنسي ذهب إلى تحميل البنك إعسار المستفيد وعجزه عن تسليم الصفقة، وفي كل الأحوال أعطى القضاء للمصرف دعوى مباشرة في مواجهة المستفيد من القرض أو من الاعتماد المستندي بالإضافة إلى الدعوى غير المباشرة التي يملك الدائن بموجبها المطالبة بدين مدينه لدى الغير، وكذلك أجاز ممارسة الدعوى ضد المستفيد من مساعدته للمدين في الإخلال

بالتزاماته في مواجهة المصرف الذي يكون قد أشرط عليه لضمان حسن استغلال الدين في الغرض الذي من أجله كان القرض.

ولا شك أن تأخر النظام القانوني والقضائي في بلادنا عن مواجهة تلك المشكلات ووضع الحلول المناسبة لمواجهتها بما يكفل اشتراك المصارف في المساهمة في تحمل جزء من تلك المخاطر وحثه على تطوير أنظمتها بما يكفل إسهامه في توجيه المقترض ومراقبته في حسن اختيار المشروعات التي يتدخل في تمويلها وفي حسن إدارتها، إذ أنه وكما أسلفنا يضطلع البنك بدور رائد في تشجيع الاستثمار وتطويره ويرتكز نشاطه على حسن اختيار المشروعات الاستثمارية الآمنة وحسن إدارتها، ويجب أن يتحمل جزء من مخاطرها ما لم فهو الوحيد الذي سيخسر ومعها اقتصاد البلاد.

### ثالثاً: مشكلات متعلقة بغياب المهنية في العمل المصرفي:

(1) مشكلة عدم وجود نظام معلوماتي عن الزبون:

إن العقود التي تجريها المصارف مع زبائنها تقوم على الاعتبار الشخصي وبالتالي فالمصرف يملك حرية اختيار زبائنه فله الحق في رفض التعاقد مع من يرى في إقراضهم نوع من المخاطرة في عدم الوفاء، لذلك يكون من الضروري أن يعتمد المصرف على نظام معلوماتي عن الزبائن المرشحين للتعامل معه، أي يجب أن يتوفر له تلك المعلومات أو يتولى هو بنفسه وبطرقه الخاصة للحصول على المعلومات عن الزبون التي يستطيع من خلالها تقدير التعامل معه من عدمه، وبالتالي يستبعد العملاء الذين سبق لهم التخلف بالوفاء عن التزاماتهم في مواجهة المصارف الأخرى أو الغير، وقد كفلت بعض القوانين نظام معلوماتي يديره أحد البنوك يتضمن عمل بطاقات معلوماتية عن عملاء المصارف وغيرهم حيث يدون فيها المعلومات الخاصة به وفيها حالات الإخلال بالالتزام بالوفاء بالديون للغير، يستطيع المصرف أن يطلع عليها عندما يسأل عن ملائمة فتح الاعتماد.

كما يجب على البنك أيضاً جمع المعلومات عن زبائنه الذي يرتبط معهم بعقود اعتماد والمتعلقة بملائمة وحسن تصرفه في معاملاته التجارية ووضعها المالي ليستطيع أن يتدخل لضمان حقه في الوقت المناسب قبل أن يسوء مركز المدين المالي.

(2) مشكلة التحقق من صفات المتعاملين ومن أهليتهم للتصرف:

أ- يلاحظ أن المصرف يجهل الكثير عن زبونه من حيث موطنه وعنوان عمله والمشاريع التي ينفذها وكذلك وهو الأهم يجهل مفردات الضمان العام للدائنين وبالتالي يعجز عن تحديد الأموال التي يجوز له التنفيذ عليها أو الديون التي يجوز له حجزها لدى الغير.

ب- كما أن البنك يهمل التحقق من صحة ملكية العميل للأموال التي يرهنها ملكية مفرزه، حيث يلاحظ عادة قبول الرهن من شخص لا يملك في المال المرهون إلا حصة شائعة، وهنا تظهر المشكلة عند التنفيذ بل ان قبول الرهن في حصة شائعة يعيق إجراءات التنفيذ على الحصة بسبب نفور المزايد من شراء الحصص الشائعة من الأموال.

ج- كما أن البنك يهمل غالباً التحقق من صفات الشخص المعنوي الذي يمثل الشركة ويهمل التحقق من السلطات الممنوحة له قانوناً بحسب طبيعة الشركة التي يمثلها أو السلطات الممنوحة له بموجب النظام الأساسي بخصوص التصرف الذي يجريه ويتم الخلط في الغالب بين صفة مدير الشركة كشخص طبيعي وبين صفته كممثل للشركة الأمر الذي يولد كثير من الإشكالات عند التنفيذ أو في حال المنازعات القضائية إذ جهل كثير من البنوك أن الأصل عدم نفاذ تصرفات ممثل الشركة على الشركة إلا في حدود الأهلية المحددة في قانون الشركات أو النظام الأساسي وعلى من يدعي غير ذلك الإثبات.

(3) مشكلة عدم تطلب ضمانات للقروض والاعتمادات التي يجريها مع الغير، حيث يعتمد في منحها على الوجاهة واعتبارات العلاقات الخاصة بين إدارة المصرف وبين العميل.

(4) مشكلة عدم الاحتياط من قبل المصارف عند تقديم استدانة طائشة أو تقديم قروض مبالغ فيها ولا تتناسب مع المركز المالي للمقترض أو تقديم قروض بمبالغ فيها للاستهلاك، ويلاحظ أن القضاء الأوروبي أصبح يرتب المسؤولية المدنية عن تقديم البنك استدانة طائشة باعتبار ان في ذلك ضرر على المدين وضرر على مصلحة المصرف والغير. كما يرتب المسؤولية عن أخطاء قيادة المصرف في عدم المراقبة والاستعلام عن الزبون الذي يتعامل معه من حيث ملاتته وحسن سمعته ويرتب المسؤولية عن منح استدانة طائشة ويعتبر مسئول عن الأضرار الناشئة من ذلك على المصرف وعلى المدين وعلى الغير فقد يلحق الضرر بالغير، ومن أمثلة ذلك الضرر منح المدين استدانة وهو في وضع التوقف عن دفع ديونه وبذلك يخلف وضعا إصطناعي ووهمي عن وضع المدين ينخدع به الغير.

## رابعاً: مشكلات متعلقة بالممارسات الخاطئة في التعامل مع نصوص القانون ومتطلبات التعاقد وعدم التقيد بأدبيات التعامل التجاري وأخلاقياته:

مشكلة عدم الوضوح في التعاقد حيث يتم كتابة نماذج العقود بعبارات غامضة ومليئة بالشروط التعسفية المخالفة أحياناً لشروط التعاقد، وكذلك لا يسبق التعاقد إعلام المقترض بشروط التعاقد ومقدار الفائدة وتحديد المدة للسداد، وكذلك عدم النصح بإجراء التأمين على المشروع الذي يقتضى لتمويله ونحو ذلك، وفي الغالب لا يتاح له فرصة للتفكير والمقارنة في العروض المقدمة من جهات أخرى، كل ذلك يترتب عليه غياب الرضا الصحيح والمستتير ويغيب التوازن المعقول في العملية التي يجريها، الأمر الذي يرجح القاضي معه سوء نية المصرف ويحرمه على الأقل من الحصول على التعويض عن التأخير ويظهر تعاطفاً مع المدين، كما ان عدم الوضوح في التعاقد يسمح للقاضي في تفسير الشك لمصلحة المدين، كما ينظم إلى جانب القاضي المحامي حيث تمثل تلك الممارسات اللا أخلاقية في التعامل سبباً يدفع المحامي للاستفادة من تلك الثغرات، ويعمد إلى الاستفادة من الدفوع الإجرائية والموضوعية من أجل كسب القضية، وبالتالي تأخير السداد بالديون، ولعل أهم المشكلات هي تعمد المصارف عدم توثيق عقد القرض أو الاعتماد أو العمل على إخفائه مكتفية بالاعتماد على فتح الحساب الجاري والاعتماد على رصيد المدين كأساس للمطالبة بالديونية وذلك من باب التحايل للتهرب من الوفاء بالتزاماته التي قد يكون تعهد بها للعميل، وكذلك ليتاح له التعسف في قفل الحساب أو وقفه، ويحصل في العمل تعسفات كبيرة في استخدام ذلك، حيث يتم وقف الحساب الجاري أو قفله فجأة ودون مراعاة الأخطار أو المدة عندما يكون العقد الحقيقي نص عليه أو وعد به المصرف وعمد إلى التحايل عليه بتلك الطريقة، الأمر الذي يؤدي إلى خسارة المدين لمشروعه بسبب حرمانه من التمويل الذي أعتد عليه لتنفيذه، وفي الغالب لا يتم ذلك من قبل المصرف عن معلومات كافية وخشية مبرره مبنية على المعلومات وإنما بناء على القرارات الاستثنائية التي تلحق الضرر بالمصرف أولاً وبالمدين والاقتصاد الوطني ثانياً.

ويكفي أن نُذكر أن تلك الممارسات التي تعد سبباً رئيسياً وراء مشكلة سداد الديون قد تمت مواجهتها في التشريعات والممارسات القضائية للدول العربية بل تمت مواجهتها عن طريق النظام الذاتي لعمل الشركات المصرفية المعروف بحوكمة الشركات، وقبل هذا تمت معالجتها في التشريعات الخاصة بحماية المستهلك ومنع الغش والمنافسة غير المشروعة، وهذه كلها ما زالت غائبة في تشريعاتنا وإن وجدت فهي غير فعالة ولا يتم مراعاتها في الممارسة، ولعل القضاء يشكو من هذه الممارسة التي تعيق تفاعله مع مشكلات المصارف المتعلقة بسداد الديون أو الوفاء بالتزامات العقدية، ولهذا نقول

للمصارف أن من يتضرر من تلك الممارسات في الدرجة الأولى هم المصارف لأن إعمار المدين لن يتضرر منه في الدرجة الأولى سوى المصرف والاقتصاد الوطني. ومن الآثار السيئة والواضحة لما يترتب على تلك الممارسات من أثر على سداد الديون هي التأثير على الحكم بالمسئولية عن التعويض عن التأخير في الوفاء بالدين وعلى الحكم بمقدار الفائدة، حيث يلاحظ أن نص المادة ( ) من القانون المدني تقرر المسئولية عن التأخير في الوفاء بالعقود والديون في حالة وجود ضرر من التأخير مع تعنت المدين وهو قادر على الوفاء اعتماداً على قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((مطل الغني ظلم)) وقد ذهب جمهور الفقه الإسلامي إلى جواز أن تكون العقوبة مال يدفع كتعويض والضرر الذي يجب التعويض عنه هو الضرر المحقق طبقاً لنص المادة ( ) من القانون المدني، والضرر المحقق هو ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، فيلاحظ بخصوص الحكم بالتعويض أنه غير مفعول وان حكم به فيكون بصورة غير جابرة للضرر وغير رادع للتهرب من الوفاء بالالتزامات، حيث أن المدين يقوم بحسبة عن مخاطر عدم الوفاء فإذا وجده أقل مما يمكن أن يجنيه من تدويل المال واستثماره خلال فترة المنازعة فان ذلك سيشجعه على الإخلال بالوفاء بالتزاماته.

ويلاحظ أن عدم التزام الدائن بأدبيات وأخلاقيات المهنة في تعاقداته وعدم المهنية في إدارته للمنشأة من حيث عدم الوضوح في تعاقداته وعدم التوثق من الديون وممارسة التعسف في استخدام الحق في إنهاء العقود بغتة ودون سابق إنذار وعدم فاعلية النظام المحاسبي والإداري في إدارة عملياته يعتبر سبباً في حرمانه من الحصول على التعويض عن التأخير، لأنه يقدم الدليل على سوء نيته، والقاعدة أن الغش يأكل الحقوق، وتقسيم المسئولية في حالة الاشتراك في الخطأ، ويقدم الدليل في المقابل على حسن نية المدين، الأمر الذي يسمح بإعفاء هذا الأخير من التعويض استناداً إلى حسن نيته بوجود الشك في صحة المديونية أو على الأقل تقليل مقدارها. وينطبق هذا على التعويض عن المسئولية الناشئة من إساءة استخدام الحق في إجراءات التقاضي والدعاوى الكيدية.

#### **خامساً: مشكلة غياب التنظيم الواضح للاتفاقات المتعلقة بالفوائد ومعدلاتها:**

يلاحظ أن السند القانوني للفوائد غير واضح حيث أن النص الصريح المنظم للفوائد هو نص المادة (356) من القانون المدني التي حددت الفائدة التي يجوز الاتفاق عليها بـ5% مع مراعاة العرف التجاري بما لا يخالف شرعاً، لذلك يلاحظ أن الأساس الوحيد الذي يجيز زيادة معدل الفائدة عن 5% هو العرف التجاري، والقاعدة أن العرف التجاري مشروط بموافقته للشرع، وكحد أدنى لتفسير عدم مشروعية العرف في مجال تحديد الفائدة



هو بطلان المبالغة في مقدار الفائدة وفي طريقة اشتراطها باعتبار أن النظام العام يقتضي ذلك، ومع إجراء مقارنة سريعة لنظام الفائدة في القانون الفرنسي نجد أنه يحرم معدلات الفائدة غير المقبولة أو المبالغ فيها ويعتبر الفائدة ربوية إذا تجاوزت المعدل الفعلي الإجمالي ويشترط لصحة الفائدة ذكر المعدل الفعلي الإجمالي في العقد الذي يجب أن يكون مكتوباً ما لم فتكون الفائدة باطلة وكذلك يبطل القضاء اقتران الاتفاق على الفائدة مع شرط جزائي لأن في ذلك وسيلة للتحايل على مقدار الفائدة المقبولة (الجائزة)، وكذلك يبطل رسملة الفوائد؛ أي جعل الفوائد تنتج فوائد حيث كان الاتفاق على رسملة الفوائد باطلة عندما يتم الاتفاق عليها عند التعاقد وجائزة عند حلول أجل الوفاء، ولكنها اليوم باطلة في الحالتين، وكذلك أتاح القضاء الفرنسي وسائل كثيرة للتخلص من عبء الفوائد بجواز الدفع قبل انتهاء مدة القرض وبعض من الفوائد واعتبار كل شرط ينص على خلاف ذلك باطل، كما قيل بجواز حوالة الدين بدون موافقة الدائن مع انتقال التأمينات مع الدين وبذلك يتاح للمدين التخلص من الفوائد.

ويلاحظ أخيراً أن المطلع على معدلات الفوائد لجميع أنواع العمليات يلاحظ أنها في حدود معقولة.

ونخلص مما سبق القول أن ذلك هو حال الدول المصرفية التي تقوم قوانينها على فلسفة المنفعة، حرصت قوانينها وقضاءها على وضع أدبيات للاتفاقات على الفوائد، وبالطبع وجد تنظيم دقيق لنظام الفوائد بنصوص صريحة وواضحة حول تحديد معدل الفائدة القانوني ووضع ضوابط شديدة على معدل الفائدة الاتفاقي، كل ذلك في التعاملات التي تجريها المصارف مع المستهلك أو مع المهني، وكذلك تم النص على بطلان الحيل التي يكون هدفها هو الهروب من تلك الأحكام.

لذلك فمن الطبيعي أن توجد المشكلات المتعلقة بالحكم بالفوائد في بلادنا من باب أولى، أولاً: أن النظام العام يقضي ببطلان التعامل بالربا من حيث الأصل، لذلك يجب إيراد نصوص واضحة تجيز شروط الاتفاق على الفائدة في مجال المعاملات التجارية وتحدد معدلها القانوني والإتفاقي بوضوح تام دون الركون إلى الاعتماد على العرف التجاري كمصدر لتحديد ذلك، فالعرف أولاً يتحكم فيه الطرف القوي في السوق ويحكم السوق تفاهمات واتفاقات تعمل على تشويه الحركة العفوية للسوق، وقد رفض الاعتماد عليه أصحاب نظرية السوق أنفسهم، وثانياً: أن العرف من شروطه عدم مخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام في المجتمع، وبالطبع لن نستطيع أن نقنع القاضي أن العرف الذي يجيز الاتفاق على فائدة كبيرة أنه موافقاً لأحكام الشريعة والنظام القانوني، وهذا على أقل تقدير، ومع الأخذ في الاعتبار الآراء المنفتحة في الفقه الإسلامي.

ولن نستطيع أيضاً إقناع القاضي في عدم التشدد في رقابة شرعية معدل الفائدة وشروطها.

ولهذا يجب أن يتم مواجهة المشكلة بفعالية ووضوح عن طريق وضع نص قانوني بذلك وفق آلية مدروسة لمتطلبات حماية الأسواق المالية ومتطلبات حماية النظام العام في المجتمع.

وخلاصة ما سبق تقديمه في هذا القسم من أسباب لمشكلة التأخير في الوفاء بالديون يلاحظ أن المشكلة لا تتعلق بنقص تشريعي إلا في حدود ضيقة ولا تتعلق بخلل في نظام القضاء التجاري إلا في حدود أضيق وإنما المشكلة في أنظمة عمل الشركات والمصارف والمنشآت التجارية الأخرى التي تمارس عملها بشكل غير مهني (حرفي) وإنما بشكل يسوده الفوضى وعدم الوضوح والاعتماد على التقديرات الشخصية التي دائماً ما يخون أصحابها لذلك إذا كان هناك إصلاح فيجب:

(1) أن تكون بدايته إصلاح نظام عمل الشركات والمؤسسات المالية من خلال تطبيق نظام حوكمة الشركات ووضع قواعد مدنية في إدارة الشركات وتفعيل مسؤولية قيادي الشركات بشكل يجعلهم مسؤولين عن أخطائهم تجاه المساهمين والشركة وتفعيل نظام تعارض المصالح بحيث يتم تجريم ان تتعارض مصالح قيادي الشركة مع مصالح الشركة أو الشركاء بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

(2) ومن خلال الاهتمام بالإدارة القانونية فيها بمدى الكوادر المؤهلة والاستمرار في تأهيلهم وإصلاح النظام المعلوماتي عن الزبون ونظم المراقبة لحسن توظيف الأموال المفترضة في الغرض الذي من أجله كان الاقتراض وعادة تصميم نماذج التعاقدات بشكل يضمن الوضوح في التعاقد ويضمن توثيق الديون وكذلك إرساء أدبيات لعمل المؤسسات المالية والشركات التجارية من خلال صدور قانون حماية المستهلك ليتغى هذا الفراغ ويمكن عدم الانتظار إلى صدور قانون المستهلك الكفيل بتحقيق ذلك من خلال إصلاح التشريعات الخاصة بعمل المؤسسات المالية والشركات.

إننا لو قمنا بهذا الدور سنكون قد قطعنا نصف الطريق وبقي النصف الآخر الذي يجب التعامل معه من خلال إصلاح نظام التوثيق ونظام الشهر العقاري وبتفعيل بعض النظم القانونية من خلال إقامة الورشات والاهتمام بمجال التدريب والتأهيل وكذلك العمل على توفير المناخ المناسب للقضاء في استخدام سلطتها التقديرية في تفسير النصوص لتطوير بعض النظم القانونية وإعطائها بعداً أخلاقياً ومراعاة مقتضيات المنفعة الاجتماعية وتحقيق العدالة كما فعل غيرها من النظم القضائية المقارنة وخصوصاً أن القانون يتيح سلطة جيدة للقاضي في تطوير القانون من خلال نص المادة (184) من القانون المدني.

## القسم الثاني: المشكلات الآتية من نظام التأمينات ووسائل الحماية للوفاء بالديون

ومن أهم تلك المشكلات: أولاً: وجود خلل تشريعي في بعض الأحكام المنظمة لهذه الضمانات والمتزامن مع سوء ممارسة للمتاح من تلك الأنظمة من قبل المؤسسات المالية وغيرها. وثانياً: وجود خلل في نظام الشهر العقاري ونظام التوثيق المتزامن أيضاً بسوء ممارسة للمتاح من القواعد والأحكام في هذا الشأن. هذا وسنتكلم أولاً عن الموضوعين في فرعين.

### الفرع الأول:

أولاً: يعتبر التأمين العقاري الوسيلة المثلى للضمانات العقارية ولكن فاعلية هذا النظام يرتبط بحل مشكلة التوثيق والسجل العقاري، لهذا نقترح أن يتم استبداله بالرهن الحيازي، كون القانون اليميني يسمح بالرهن الحيازي بالنسبة للمنقول والعقار، ويتطلب أيضاً التسجيل في السجل العقاري، ولكن القبض كشرط فيه يجنبنا مشكلة غياب التسجيل، ويلاحظ أن القواعد المنظمة للرهن الحيازي للعقار سواء ما تضمنته الأحكام الخاصة في القانون التجاري أو ما تضمنته القواعد العامة في القانون المدني تساير القانون الفرنسي في اشتراط قبض المرتهن للشيء المرهون كشرط لزوم الرهن ونفاذه (م994) وهذا هو الأمر الجيد في هذا النظام، ولعل ما يجب الإشارة إليه من مشكلات في نظام الرهن الحيازي (أو التأمين العقاري) هو أن نص المادة (1381) في القانون المدني ألغت فكرة التتبع وبالتالي ألغت تعدد المرتهنيين على عقار واحد، وبالتالي لم تعد مسألة التزام قائمة التي تتطلب حل التزام على ضوء الأسبقية في التسجيل في السجل العقاري، وقد استبدلها نص المادة (1386) من القانون المدني بجواز رهن العقار لضمان أكثر من دين على أن يكون الرهن المقرر لكل مرتهن على حصة شائعة معينة في العقار ويترتب على ذلك ضرورة أن يتم تعيين أحد المرتهنيين لحيازة العقار المرهون لمصلحته ولمصلحة المرتهنيين الآخرين.

والمشكلة الثانية هي أن نص المادة (1007) من القانون المدني لا تعطي المرتهن الحق في استثمار الشيء المرهون في الرهن الحيازي إلا إذا تم الاتفاق على ذلك مع

الراهن؛ ولهذا يجب تعديلها بإعطاء المرتهن الحق في استثمار الشيء المرهون كالتزام قانوني لمصلحته ولمصلحة الراهن.

ويلاحظ أنه مع مراعاة الأمرين السابقين، وفي حالة الاعتماد على الرهن الحيازي من قبل المؤسسات المصرفية يجب أن يتم إنشاء إدارة في أحد البنوك تتولى حيازة العقارات المرهونة لضمان دين على أحد المصارف أو لأكثر من مصرف عندما يكون هناك تعدد للمرتهنين والعمل على إدارتها خلال فترة الرهن لضمان فاعلية الضمان، ولضمان استيفاء جزء من الدين من ثمار العين المرهونة، وبذلك نتخلص من مشكلة الرهن عن طريق الاحتفاظ بمستندات الملكية التي غالباً ما تكون صورية. بل ونتخلص من المشكلات المتعلقة بعدم فاعلية نظام الشهر العقاري.

ثانياً: من المشاكل الناشئة من الاستفادة من الرهن لضمان سداد الديون هي الممارسة الخاطئة في شروط إبرام عقد الرهن، حيث يتم قبول الرهن للعقارات الخاصة بالأسرة أو المملوكة على الشيوع لعدد من أفراد الأسرة ودون موافقة جميع الملاك، مما يعيق التنفيذ عند حلول الأجل وكذلك إهمال البنوك من تطلب تخصيص العقار المرهون والدين المضمون بالرهن، إذ يترتب على ذلك مشكلة تعيين الوعاء الذي يتم التنفيذ عليه ومشكلة الدين الذي يجب استيفاؤه بالأولوية عن الدائنين الآخرين، وهنا تحصل المنازعة، والواقع يدلنا على أن غياب التحديد الدقيق للدين المضمون بالرهن أو على الأقل وضع حد معين للدين المضمون بالرهن هو السبب الرئيسي في تأخير التنفيذ على المرهون بسبب المنازعات التي تحدث بسبب ذلك.

ثالثاً: من المشاكل أيضاً اعتماد بعض المصارف كبديل للرهن البيع الوفائي (الإقالة العرفية) إذ يؤدي وظيفة الرهن لضمان الوفاء بالدين، حيث يشترط الراهن أنه إذا لم يوفي بالدين خلال المدة المتفق عليها فإن عقد البيع يستقر ويتملك المرتهن الشيء المبيع ملكية نهائية، ولكن هذه الوسيلة تؤدي إلى التحايل على شروط عقد الرهن الباطلة، وأهمها شروط تملك المرتهن للشيء المرهون عند حلول الأجل وعدم الوفاء، وفي ذلك استغلال حاجة المرتهن، وقد طبق القانون المدني أحكام الرهن على البيع الوفائي حيث طبق عليه خيار الشرط ولكنه بقي وسيلة غير أخلاقية ويثار حوله كثير من المشكلات المتعلقة بصحة العقد.

رابعاً: المشكلات المتعلقة بنظام الكفالة:

الممارسات الخاطئة في الكفالة هو عدم تعيين الدين المكفول من حيث مصدره ومقداره أو الحد الأعلى لمقدار الدين المكفول يرافقه عدم إعلام المصرف للكفيل بالوضع الحقيقي للمدين المكفول عند التعاقد، وعدم استمرار إعلامه بالمعلومات

الخاصة بالوضع المالي للمدين ومدى التزامه بالوفاء بالأقساط وإعلامه بمستوى مركز المدين ليتصرف على ضوء ذلك، والفقه والقضاء العربي والأجنبي أصبح في حالة عدم تعيين مقدار الدين المكفول على الكفيل لصالح البنوك ومصدره يرفض الاعتماد على رصيد (المدين) في الحساب الجاري للمدين.

كما أن هناك مشكلة قانونية في نظام الكفالة، وهي أن المادة (1037) من القانون المدني أجازت كفالة الدين المجهول القدر، والقول قول الكفيل في مقدار الدين الذي غلب على ظنه أنه التزم في حدوده وعليه اليمين، فهذا النص ومع اعتياد البنوك على عدم تعيين الدين المكفول وتميزه يمثل مشكلة في فقد البنك للضمان إذ سيتوقف مقدار الدين الواجب الدفع بموجب الضمان على ما يقدره الكفيل، وبهذا لا يتحقق الاستقرار والأمن القانوني لنظام الكفالة.

كما ان نص المادة (1040) من القانون المدني لم تعتمد نظام التجريد بل جعلت الكفيل متضامن مع المدين في المطالبة بالدين فيجوز للدائن مطالبتها معاً أو مطالبة أحدهما، ولكن المادة (1041) تشترط اختصام المدين والكفيل معاً ما لم فتسقط الكفالة، وذلك من أجل ضمان صدور حكم بالدين عليهما معاً ليتمكن بالتالي الكفيل إذا تم الرجوع عليه في مرحلة التنفيذ أن يبادر إلى الوفاء بالدين للدائن والرجوع على المدين في نفس الوقت وما زال موسراً، والعادة أن البنوك تجهل التعامل مع هذا النص وتقوم باختصام الكفيل وحده فيتم مواجهته بمتطلبات نص المادة (1041) السالفة الذكر.

#### خامساً: ملاحظات متفرقة حول تعزيز الائتمانات والوفاء بالديون:

- (1) يجب تفعيل نظام جريمة إساءة الائتمان المنصوص عليها في المادة ( ) من قانون العقوبات التي تجرم تصرف الراهن برهن أو بيع الشيء المرهون، فهذا النظام مع عدم العمل بحسن النية في اكتساب الحقوق يشكلان ضمان جيد للسداد بالديون شريطة العمل على تفعيل الممارسة القضائية لهذه الأنظمة.
- (2) إن قواعد وأحكام القانون اليمني لا تقبل العمل بالوضع الظاهر كأساس لاكتساب الحقوق والالتزامات سواء كان المستفيد حسن النية أم سيء النية، وفي هذا تطور نوعي يجب الاستفادة منه من قبل المرتهنين إذا حرصوا على أن لا يكونوا هم ضحية هذا النظام، ويفترض منهم ذلك بما يملكون من قدرة على تجنب الوقوع في ذلك، وبالتالي فهذا النظام يحد من مشكلة عدم فاعلية السجل العقاري كنظام لتحقيق العلانية.
- (3) نوضح أن نظام الإعسار المدني في قانوننا يقترب من نظام الإفلاس التجاري، وفي ذلك تعزيز لضمان الوفاء بالديون، من حيث تطبيق الإجراءات الجماعي للوفاء بديون

المعسر وبطلان تصرفاته أو عدم حجيتها في فترة الحجر والإبراء الجماعي سواء كانت بعوض أو بغير عوض وسواء كانت بقصد الغش والتواطؤ للإضرار بالدائنين أم لا.

(4) إن المادة (367) المتعلقة بالدعوى البوليصة أو دعوى منع التصرفات الضارة بالدائنين التي تمثل القاعدة العامة لحماية الدائن من تصرفات مدينه الضارة به تشترط لقبول الدعوى نية الإضرار (التواطؤ بين المدين والمتصرف إليه) ولم يفترض نية الإضرار إلا في حالة التصرفات التبرعية وفي اشتراط التواطؤ تعطيلاً لهذا النص من الناحية العملية لصعوبة إثبات التواطؤ وقد عالجت التشريعات الأخرى هذا الخلل إذ تولى القضاء ذلك من خلال الاكتفاء بالعلم بالضرر كأساس لعدم حجية التصرف في مواجهة الدائن وفي حالات كثيرة تم افتراض العلم من وجود الضرر المتمثل في الإعسار.

إن القواعد المنصوص عليها في المادة (2/599) لحماية الدائنين في فترة التوقف عن الدفع (الريبة) غير كافية وتقليدية، حيث تجيز الوفاء بالديون الحالة دون مراعاة الغش أو التعسف في تفضيل أحد الدائنين وتجزئ التصرف أثناء فترة الريبة، ولا يجوز رفع دعوى منع التصرفات الضارة بالدائنين إلا بشرط حصول الضرر وبشرط سوء نية الدائن المتصرف له رغم أن القواعد المتبعة في القوانين المعاصرة قد تجاوزت هذه الشروط حيث افترضت الضرر بحصول التصرف أثناء فترة الريبة وكذلك افترضت علم المتصرف له بالتوقف عن الدفع.

ومن ناحية أخرى يلاحظ أن نص المادة (3/599) من القانون التجاري نصت على عدم حجية تصرف المدين أثناء فترة الريبة بإعطاء آخر رهن أو أي تأمين آخر وكان من الواجب أن تشير إلى الحجز التحفظية باعتبارها تأمين قضائي، حيث أن ممارستها أيضاً يدخل من باب الإخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين، كما يجب أيضاً اشتراط تسجيلها ليكون لها حجية في مواجهة الدائنين بالتساوي مع ما نصت عليه المادة (601) من القانون التجاري.

(5) يجب إصلاح نظام الدعوى المباشرة بإقرارها كاستثناء في حالات خاصة لمقتضى المحافظة على ديون الدائنين حيث أن هذه الدعوى حضية باهتمام كبير من التشريعات الأخرى وكذلك القضاء الذي أقرها في حالات كثيرة وكذلك إصلاح نظام الدعوى غير المباشرة التي تتيح المطالبة بحقوق المدين لدى الغير بدون قبول لضمان المحافظة على الضمان العام للمدين، حيث أن المادة (366) من القانون المدني المنظمة لهذه الدعوى وضعت شروط مشددة لممارسة هذه الدعوى وخصوصاً شرط إذن القاضي.

## الفرع الثاني: مقترح لمعالجة مشكلة عدم فاعلية نظام التوثيق ونظام الشهر العقاري

الذي ترى المصارف أن عدم فاعليته جعل من الرهن العقاري وسيلة

### ضمان ضعيفة:

يلاحظ أن وظيفة الشهر العقاري تتمثل في وظيفتين رئيسيتين: الأولى إعطاء التصرفات العقارية المسجلة حجية مطلقة فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الكافة من حيث إثبات الملكية، ومن متطلبات ذلك أن يسبق التسجيل إجراء تسوية للعقارات في كل منطقة جغرافية على حده وفق نظام كفيل بإثبات ملكية العقار لصاحبه الذي سيتم التسجيل لصالحه، والوظيفة الثانية إعطاء التسجيل للتصرفات المبنية على التسجيل السابق وظيفة شهر التصرفات لتكون حجة على الغير بافتراض علمهم بسبق التصرف وبالحقوق المثقل بها العقار افتراضاً غير قابل لإثبات العكس، ومع تعثر إجراء المسح والتسوية للعقارات وفق آلية قانونية تضمن كفالة حقوق الغير في المنازعة والاعتراض والنفي في قانون التسجيل والشهر العقاري على منح التسجيل تلك الحجية ومع تعثر ذلك فهذه الوسيلة يمكننا استبعادها مؤقتاً والبحث عن الحلول البديلة، وهذا يقتضي التعامل مع أحكام الحيازة بالوسيلة التقليدية لحل مشكلة المنازعات وإثبات الملكية العقارية، حيث ما زالت الدول تعمل بها بالنسبة للعقارات التي لم يتم تسويتها ومن شروط الاستفادة من هذا النظام هو أن تكون النصوص المنظمة لأحكام الحيازة قد وضعت مدد طويلة وقصيرة للحيازة لمنع سماع دعوى الملكية فهناك مدة خمس سنوات للحيازة بحسن النية وخمسة عشر سنة للحيازة بسوء نية، أما القانون اليمني فقد حددت المادة (1118) من القانون المدني مدة ثلاثين سنة على الحيازة لمنع سماع دعوى الملكية وهي مدة طويلة لم يتم تطبيقها إلا بالنسبة لمال الوقف في بعض التشريعات، كما أن عجز المادة المذكورة أجاز سماع الدعوى ولو بعد مضي أكثر من ثلاثين سنة على الحيازة إذا وجدت قرينة على صحة الدعوى وبهذا يكون عملياً قد قضى على فائدة نظام الحيازة كوسيلة لاستقرار الأملاك.

ولهذا يجب أولاً إصلاح هذا النقص ولا حجة تعيق ذلك الإصلاح لأهميته القصوى على معالجة مشكلات الحيازة وتحقيق الاستقرار في ملكية العقارات، ولكون جمهور الفقه الإسلامي يجيز العمل بذلك ويحدد المدة بعشر سنوات ويؤسسه على اعتبار الجواز بتخصيص الدعوى في الزمان للمصلحة العامة وباعتبار أن مضي المدة على الحيازة المستوفية شروطها بحضور المحوز عليه وعلمه وعدم منازعته دليلاً على كذب الدعوى، لذلك فهي من باب العمل بالقرائن وهو أمر جائز في مجال الإثبات، كما أن مخاطر ذلك محمي باشتراط جهل الأصل لمن يكون والجهل بمدخل حيازة الحائز، لذلك فهي تحمي الحائز غالباً، لأن الغالب أن الحائز هو المالك كما أن كثيراً من القوانين المعاصرة التي

أخذت قوانينها من الشريعة الإسلامية عملت بهذا الحل، بل أن المملكة العربية السعودية أخذت به.

وننتقل إلى النقطة التالية وهي حالة البت في المنازعات الملكية العقارية في حالة عدم مضي المدة القانونية على الحيازة للحكم بعدم سماعها، حيث نلاحظ أن القانون اليمني وبسبب ضعف نظام التوثيق في بلادنا وبسبب أن الأدلة الكتابية لم تكن وسيلة مقبولة لإثبات الحقوق أو على الأقل كاملة أعتمد على الحيازة كدليل كامل على إثبات الملكية وهو بذلك يساير الفقه الإسلامي الذي يجمع فقهاؤه على أنه لا طريق لإثبات الحقوق إلا اليد.

ولقد حرص الفقه الإسلامي كما القانون اليمني على التشدد في إثبات الملكية العقارية عن طريق الشهادة على الحيازة حيث يجب أولاً جهل أصل الملك لمن يكون وأصل مدخل حيازة الحائز وبعد ذلك الشهادة على اليد الثابتة بالتصرف تصرف المالك للعين المحوزة بدون منازعة والشهادة على نسبة الملك للحائز من الناس ومن الشهود واستمرار الحيازة في العقارات ثلاث سنوات فأكثر، ويترتب على ذلك أنه إذا عجز المدعي عن إيجاد مطعن على الحيازة فإن القاضي يحكم للحائز بالملك وتسمى حيازة ملك ثبوت، ويرتب فقهاء الشريعة الإسلامية على ذلك الحكم الحجية المطلقة، وفي حالة ما إذا قدم المدعي سند ملكية ضد دعوى الحيازة فإن القانون المدني (م 1115) يشترط في هذا المستند نفس شروط الشهادة على الملك والثبوت لصاحبها.

بأن تتضمن البصيرة شهادة كاتبها وشهودها على أن البائع تصرف بما هو في ملكه وثابت اليد عليه، أي يشهدون بنفس شروط تلك الشهادة فإذا كان كاتب المستند وشهوده أحياء وحضروا أمام المحكمة للشهادة بذلك وكانوا مشهورين بالعدالة والأمانة حكم القاضي لمن بيده السند، أما إذا كان شهود البصيرة وكاتبها قد توفوا فيجب أولاً إثبات نسبة الخط لكاتبها وإثبات عدالته بل شهرة عدالته هو وشهود المحرر، وبالتالي تأخذ نفس الحجية مع تكميلها باليمين (م 1114 ، 1115). أما إذا أختل فيها شرط الشهادة على أن البائع تصرف فيما هو ملكه وثابت اليد عليه فلا عمل عليها ما لم يكن عليها تعميدها من حاكم معروف، كان المستند قرينة على الملك وكانت الحيازة كذلك قرينة على الملك، وبالتالي يتولى القاضي الترجيح بينهما بأحد المرجحات المعتبرة المنصوص عليها في المادة (1116) مدني، وعندما يحكم القاضي للحائز بالملك يكتسب الحكم حجية مطلقة ما دام بني على الحيازة بشروطها مع مرور مدة ثلاث سنوات على الحيازة في العقار.

ويلاحظ أنه وفي حالة عدم استيفاء الحيازة لشروطها وخصوصاً عدم مضي المدة عليه (الثلاث السنوات) وعجز المدعي من إيجاد مطعن عليها فإن القاضي لا يحكم بالملك للحائز وإنما يصدر حكم تقييري بإقرار يده على الأرض (م1112).



ويلاحظ أخيراً أن الفقه الإسلامي يجيز إثبات الملكية العقارية بدون خصومة تعقد بين طرفين، وإنما يكفي اللجوء إلى القاضي بطلب إثبات الحيازة ويتم إثباتها بالشهادة على الحيازة حيازة ملك ثبوت بتلك الشروط السابقة ويحكم القاضي للحائز (بحيازة ملك ثبوت)، وهذا موجود في تراثنا القانوني وكان معمولاً به إلى عهد قريب، والنصوص القانونية تسمح بممارسته.

والسؤال الآن: هل يمكن أن يتم التسجيل إستناداً إلى الحكم الصادر في منازعات الحيازة حيث تكون الملكية بعد التسجيل لها حجية مطلقاً؟ وما هو الأساس القانوني؟ ومن ناحية ثانية هل يمكن أن يتم إثبات الملكية عن طريق شهادة الشهود على حيازة مدعي الملك حيازة ملك ثبوت بشروطها المشددة التي سبق إيضاحها وهي مبسطة في كتب الفقه الإسلامي مع تطلب المستند المعزز للحيازة وبواسطتهما يتم التسجيل للملكية وإعطاء التسجيل حجية مطلقة؟

الحقيقة أن السند القانوني موجود في الشروط المشددة لإثبات الملكية العقارية في القانون اليمني كما أن الشريعة الإسلامية هي المرجع في تفسير النصوص القانونية طبقاً لنص المادة (18) من القانون المدني.

وهي تسمح بذلك حيث يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الحكم بالملك إستناداً إلى بينة الملك المطلق له حجية مطلقة ومع ذلك أن تلك الأسباب تسمح بإدخال نص على قانون السجل العقاري يعطي التسجيل في السجل العقاري للأحكام الصادرة في منازعات الحيازة الحجية المطلقة ولا مانع من أن يسمح بالمنازعة من قبل الغير بعد التسجيل ولكن ينتقل حقه إلى التعويض أي يستخدم فقط الدعوى الشخصية، وقد أخذت بهذا كثير من القوانين.

والسؤال الأهم؟ وعلى ضوء تلك الحقائق القانونية: هل نستطيع إيجاد حل لمشكلة السجل العقاري بإعطائه الحجية المطلقة باستخدام تلك الآلية؟

أنه ما دمنا متفقين على أن صمام الأمن القانوني الذي يعطي مستندات الملكية العقارية القوة الثبوتية على الملك هو اشتراط عدالة الكاتب وأمانته واشتهاره بذلك مع شهود البصيرة وأن تتضمن البصيرة شهادة الكاتب وشهودها على أن البائع تصرف فيما هو في ملكه وثابت اليد عليه بالشروط المذكورة سابقاً أي شروط الشهادة على إثبات حيازة ملك ثبوت لذلك فالأمر يتوقف على نسبة الخط لكاتبها وعلى إثبات عدالة الكاتب وشهود المحرر وشهرتهم بالعدالة بالنسبة للحجج القديمة وذلك لإثبات صحة إنتقال الملكية لمن بيده المستند، ويجب ثالثاً إثبات حيازته للأرض إن كانت بحيازته، ويجب رابعاً ولضمان سلامة ذلك تولى جهة قضائية التحقق من ذلك وليكن قاضي خاص يعمل في فرع السجل العقاري، ولتحقيق ذلك يجب إتخاذ الآتي:

- 1- يجب قيام الهيئة بواسطة القاضي المختص بجمع المحررات من الأمان الذين كانوا معتمدين في منطقة إختصاصه والتحقق من عدالتهم وفق شروط أمانة قانوناً وكذلك التحقق من خطوطهم وفق المعمل الجنائي وتدوين ذلك في سجل خاص بذلك.
- 2- يجب إعطاء الإختصاص في كتابة مستندات الملكية إستناداً إلى هذا النوع من البصائر لقاضي توثيق مختص، أي مستند أصل الملكية الذي لم يسبق تسجيله.
- 3- يجب على القاضي أن يثبت أولاً نسبة الخط لكاتب البصيرة وشهودها وأنهم ممن هو مشهود لهم بالعدالة على ضوء ما هو ثابت في السجل الخاص بذلك.
- 4- استماع شهادة الشهود بعدالة الشهود المحرر.
- 5- الاستماع إلى شهادة شاهدين عدلين على حيازة صاحب السند لما حواه سنده حيازة ملك ثبوت بشروطها، وإذا كانت الحيازة للغير فيجب إدخال الحائز وإجراء منازعة قضائية حول الملكية لمن تكن وفق الشروط المحددة في المواد (1115 - 1116) من القانون المدني.
- 6- ولأهمية الشهود يجب أن يتحرى القاضي عن عدالة الشهود ولا يعتمد على العدالة الظاهرة لأهمية ذلك في إثبات الحقوق ويتم إدخال نص بذلك في القانون المختص.
- 7- وبعد إثبات الملك بتلك الشروط يقوم القاضي بالحكم بتسجيل الأصل وكتابة سند الملكية للمشتري وتسجيلهما معا على التوالي ويكسب التسجيل الحجية المطلقة ولا يسمح بعد ذلك إلا برفع دعوى بالحق الشخصي ترفع أمام المحكمة المختصة ما لم تكن المدة القانونية لمنع سماع الدعوى قد مضت.
- 8- يختص بعد ذلك بكتابة مستندات الملكية إستناداً إلى المستندات المسجلة في السجل العقاري على ذلك النحو الأمين المختص بشرط إعادة النظر في شروط من يتولى هذه الوظيفة من حيث العدالة والثقة والنزاهة والكفاءة وشروط حصوله على مؤهل جامعي وتشديد الرقابة على عملهم، وترتيب مسؤولية مشددة على أخطأ الأمين المدنية والجنائية، وبعد ذلك يتم التسجيل في السجل العقاري إستناداً إلى كون أصل الملك مسجلاً وبالتالي يكون للتسجيل الحجية المطلقة في مواجهة الغير وتقوم بالتالي بالوظيفة الثانية التي يضطلع بها السجل العقاري، ويجب ملاحظة أن يختص الأمين بتحرير مستندات الحقوق العينية التبعية كالرهونات والتأشير على حقوق الامتياز في العلاقات العقدية لئتم بعد ذلك تسجيلها في السجل العقاري.
- 9- ويلاحظ أنه يخرج من اختصاص قاضي التسوية عند التقيد بتلك الشروط الآتي:
  - أ- إذا كان صاحب المستند غير الحائز للأرض.
  - ب- إذا كانت الأرض لا يد عليها لأحد (المال الصالب).
  - ت- إذا كانت الأرض يتبعها مراهق.

ففي هذه الحالات الثلاث يجب إدخال واضع اليد طبقاً لنص المادة (13) من قانون الإثبات لعله يقر بأن يده يد صاحب المستند أو ينازع، وفي هذه الحالة الأخيرة يجب إجراء نزاع جبري حول الملك لمن يكون وفقاً لنص المادة ( ) من القانون المدني.

وإذا لم يكن على الأرض يد لأحد فيجب إدخال الدولة طرفاً في النزاع استناداً إلى نص المادة ( ) من قانون أراضي وعقارات الدولة، كما أن هذا الشرط منصوص عليه في الفقه الإسلامي. وكذلك بالنسبة للحالة الثالثة.

وبالتالي يتم التسجيل استناداً إلى حكم المحكمة.

10- كذلك يخرج من اختصاص القاضي حالة عدم وجود سند ملكية من البائع إذ يجب أولاً أن يتقدم البائع بطلب إثبات الملكية العقارية وفقاً للشروط المذكورة في (ص) من هذا البحث ويجب إحاطة هذه الطريقة بالضمانات الكافية من العلانية وعمل مدة للمنازعة ويجب إدخال الدولة كطرف في النزاع. وأخيراً فإن هذا المقترح غير مكتمل وغير مؤسس التأمين الكافي وإنما يمثل خلاصة فكرة الهدف من طرحه هو إثارة النقاش حول هذه المشكلة.

## التوصيات:

1- تصحيح الممارسة وتغيير الذهنية عند الممارسين من المحامين والقضاة بخصوص كثير من المفاهيم والنظريات القانونية التي تعتبر أسس تطوير القانون لمواجهة المشكلات المتعلقة بالتعاقدات، مثل نظرية التعسف في استخدام الحق – ومفهوم الحرية التعاقدية – ومفهوم نسبية أثر العقد – ومفهوم الحقوق المالية – ومفهوم الدعوى البوليسية، وذلك عن طريق عقد الدورات التدريبية بواسطة كفاءات خاصة.

2- الاهتمام بشكل أكبر بإصلاح النظام الإداري للشركات والمؤسسات المالية من خلال إعادة النظر في شروط تعيين القيادات الإدارية لها – وترسيخ مبادئ عدم تعارض مصالح القيادة الإدارية مع مصالح الشركة أو الشركاء – وتبني الشفافية في عملها – والاهتمام بالأنظمة الرقابية فيها والإدارات القانونية – وتصحيح المسلكيات الخاطئة من خلال إنشاء قواعد سلوك ذاتية يشترك في إعدادها أصحاب الخبرة والمهنيين والكفاءات القانونية، إذ أن التركيز المستمر على القضاء كمرکز محوري ووحيد للإصلاح لا معنى له إذ يجب أن نعطي اهتمام أكبر لأنظمتنا الإدارية.

3- عدم الركون المطلق إلى الحلول الجاهزة الآتية من الخارج؛ لأن بعض هذه الحلول قد تتطلب تغيير في الذهنية ليتم التعامل معها، كما قد تتطلب إمكانات كبيرة لتطبيقها، وأحياناً قد يكون هناك قوى تقليدية تعمل على مقاومتها لسبب أو لآخر، لذلك فالأفضل لنا أن نبحث عن بدائل لتلك الحلول نابعة من تراثنا الفكري لتعالج بعض المشكلات التي لم تستجب لبعض التقنيات القانونية المستعارة، إذ قد نستطيع التحوير في النظم المستعارة ليسهل تطبيقها أو إستبدالها بوسائل أقل كلفة وأقرب إلى ذهنية الممارسين ما دامت ستؤدي نفس الوظيفة.

4- هناك عدم تكامل بين القواعد العامة في القانون المدني والقواعد الخاصة في القانون التجاري، حيث أن هذه القواعد الأخيرة مستعارة في مجملها من أنظمة قانونية أخرى وهي مصممة على ضوء القواعد العامة لتلك الأنظمة، وبالتالي وجد عدم انسجام وتكامل بينها وبين القواعد العامة في القانون المدني اليمني في بعض النصوص، وبالتالي حصلت فجوات عند التطبيق وصعوبة في الاستعانة بالقواعد العامة لتفسير النصوص وإكمال الالتزامات، ومن أمثلة ذلك: الوضع الظاهر – الإثراء بلا سبب – حوالة الدين وحوالة الحق – أحكام الرهن والامتياز.

5- إصلاح النظام القانوني للفوائد عن طريق إيجاد نصوص صريحة تقرر العمل بالفائدة وتحدد معدل الفائدة القانوني، والحد الأعلى للفائدة الاتفاقية، وتضع الشروط والضوابط القانونية بخصوص اشتراط الفائدة وذلك بهدف الفصل بين التعاملات الربوية والتعاملات غير الربوية، وخلق الانسجام بين النظام العام الذي يحكم التعاملات في قانوننا وبين التعامل بالفائدة.

6- إصلاح نظام الكفالة بإدخال الشكلية في عقود الكفالة وفرض واجب الإعلام والنصح من قبل المصارف للكفيل، وكذلك إدخال ضوابط لشروط الدين المكفول من حيث التعيين، وتعديل نص المادة (1037) من القانون المدني.

وفي الأخير أتمنى أن يكون لهذه الملاحظات أهمية في معالجة المشكلة .

والله ولي الهداية والتوفيق، ، ،

### مقدم الورقة

أ.د. إسماعيل محمد المحاقري

أستاذ القانون المدني

ونائب العميد بكلية الشريعة والقانون بجامعة صنعاء

ومحامي أمام النقض