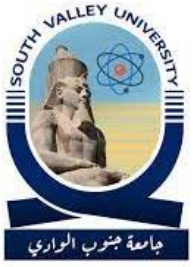
كليـة الحقـوق



جامعة جنـوب الوادي

القانون التجاري

الأوراق التجارية ـ العقود التجارية

عمليـــات البنـوك ـ الإفـــــــــلاس

أ.د/ علـى أحمـد مرســـــــي

د/ سيـد أحمد محمد عبد الرحمن

د/ مـحمـــود مصطفـى حسـن

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وكفى، وصلاة وسلاماً على عباده الذين اصطفى ثم أما بعد، فهذه محاضرات في القانون التجاري المقرر على طلاب الفرقة الرابعة بكلية الحقوق جامعة جنوب الوادي وقد راعيت فيها أن تكون سهلة في فهمها جامعة لأحكام المقرر قدر الإمكان، وقد اشتملت على أبواب أربعة رئيسية:

الباب الأول: العقود التجارية: وذلك حسبما أطلق عليها المشرع المصري وهي تشتمل على طائفة من العقود التي تستجيب لمتطلبات الحياة التجارية، وما تتطلبه من سرعة في إبرام العقود ومن هذه العقود عقد البيع التجاري، وعقد الرهن التجاري، وعقد الوكالة بالعمولة، وعقد السمسرة، وعقد نقل التكنولوجيا.

الباب الثاني: الأوراق التجارية: وما تمثله من أهمية قصوى في المعاملات اليومية جعلتها من أهم موضوعات القانون التجاري، إسهاماً في بناء ونهضة المعاملات التجارية وهذه الأوراق هي الوكالة، والسند لأمر، والشيك.

الباب الثالث: عمليات البنوك: ويشمل عمليات الإيداع والائتمان والحسابات المصرفية، ..... إلخ العمليات التي تقوم بها البنوك.

الباب الرابع: يتعرض التاجر في حياته التجارية للكثير من المخاطر التي قد تؤدي بسمعته التجارية، وقد عرض المشرع للعديد من الحلول التي يمكن أن تنقذ التاجر من خطر الإفلاس،

والتي تتمثل في الصلح الاتفاقي أو الصلح الودي، فإن لم يستطع التاجر من الحصول على الصلح الودي فهناك الصلح الواقي من الإفلاس، فإن لم يستطع التاجر الحصول على أيا من الصلحين السابقين تعرض لخطر الإفلاس، وهذا ما سنعرضه في الباب الرابع.

والله ولي التوفيق

أ . د / على أحمد مرسي

د/ سيد أحمد محمد عبد الرحمن

د/ محمود مصطفى حسن

الباب الأول

الأوراق التجارية

أ.د/ على أحمد مرسى

تمهيد

نظرا للتوسع العالمي في نطاق التجارة الدولية، وحيث إن النقود القائمة أيا كان نوعها وكيفها وكمها - عاجزة عن مسايرة التطور التجاري والحركات السريعة الضخمة في نطاق الصفق في الأسواق العالمية، فقد وجد رجال المال والأعمال أنفسهم في حاجة ملحة إلى ما يساير هذا التطور في نطاق التبادل المالي، وذلك بإيجاد عملات مساعدة تكون عونا للتاجر في استيفاء حقوقه وسداد ما عليه من التزامات، ولو لم يتم له تسويق بضاعته التي باعها أو اشتراها، كما أنها تعفيه من الاحتفاظ بمبالغ نقدية يقابل بها حركاته التجارية الخالية من التوقيتات المعينة، حيث يتضرر بتجميدها، فكانت هذه المبررات مصدر ابتكار ما يسمى بالأوراق التجارية.

ونظرا إلى أن الأوراق التجارية تتفق مع الأوراق النقدية في تسهيل التعامل التجاري من حيث التداول والقبول بل إن بعضهم كان يطلق عليها جوازا صفة النقد - نظرا لذلك فإنه يتعين عقد مقارنة بين الورقة التجارية والورقة النقدية حتى تتضح حقيقة كل منهما فلا يلتبس الأمر بينهما، وبالتالي يتجلى الأمر في صحة نسبة الأحكام الخاصة بالورقة النقدية إلى الورقة التجارية وعدم صحتها .

وإن وجد تشابه بين الورقتين، إلا أن التفاوت والاختلاف جوهري يتجلى فيما يلي:

١. لا يجوز رفض الورقة النقدية في تسمية الديون، لما لها من قوة إبراء مطلق، بينما يجوز للدائن رفض تسوية ديون بأوراق تجارية حيث إنها لا تعتبر في الجملة إلزامية.

٢. ليس للأوراق النقدية مجال في خصم شيء منها عند القيام بتسوية الديون بها لكونها نقودا حقيقية تحمل الإبراء العام المطلق، في حين أنه يجوز اشتراط خصم شيء من الورقة التجارية إذا كانت كمبيالة لتعجيل وفاء قيمتها في عرف التعامل المصرفي.

٣. الأوراق التجارية محدود زمن التعامل بها بمدة معينة فيها، في حين أنه لا حد للتعامل بالأوراق النقدية ما لم ترى جهة الإصدار إبدال غيرها بها.

٤. تصدر الأوراق النقدية من قبل جهة معينة يغلب عليها أن تكون حكومية أو للحكومة حق الإشراف عليها، في حين أن الأوراق التجارية تصدر من جهات مختلفة ومن أفراد إلا أنه يشترط لمصدرها أن يكون ذا أهلية تجارية.

٥. الورقة النقدية نقد قائم بذاته تضيع قيمته بضياعها مهما كان لدى حاملها من طرق الإثبات، في حين أن الورقة التجارية سند بدين تبقى قيمته في حال ضياعه إذا أثبت محتواه مالكه.

ويقصد بالأوراق التجارية وفقاً لقانون التجارة الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات وغيرها من الأوراق التجارية الأخرى، أيا كانت صفة ذوي الشأن

فيها أو طبيعة الأعمال التي أنشئت من أجله [1]

وينبغي قبل بيان أحكام الأوراق التجارية الوقوف على ماهيتها، ثم بيان تجاريتها، وأخيراً إلقاء الضوء على أنواعها وذلك عبر النقاط التالية: -

أولا: ماهية الأوراق التجارية وخصائصها

رغم ورود اصطلاح الأوراق التجارية في القانون التجاري في أكثر من موضع إلا أن المشرع لم يتناولها بالتعريف.

والحكمة من اهتمام المشرع بتنظيم الأوراق التجارية تنظيما فنيا لم تحظ به غيرها من الموضوعات، دون إيجاد تعريف محدد لها، ترك مجال الاجتهاد واسعاً ، أمام الفقه والقضاء، لاختيار التعريف الأكثر ملاءمة ، مع إمكانية تطويره وفقا لتطورات الأعراف التجارية وعاداتها.

وإزاء إغفال المشرع التجاري تعريف الأوراق التجارية حاول الفقه والقضاء من جانبهما وضع تعريف لها يستمد من خصائصها التي تميزها عن غيرها ووظائفها التي تباينها عما يشابهها من الأوراق والحوالات المتداولة في المعاملات المدنية أو التجارية.

ويمكن على ضوء تعريفات الفقهاء تعريفها بأنها:

صكوك قابلة للتداول بالطرق التجارية. (التظهير أو التسليم) تمثل حقا نقديا

---

[1] المادة / ٣٧٨ من التقنين التجاري الجديد.

وتستحق الدفع بمجرد الاطلاع أو في أجل معين ويستقر العرف على قبولها كأداة وفاء بدلا من النقود [١].

من هذا التعريف يمكن استخلاص ما يلي :

أ) الصفة البارزة في الأوراق التجارية تكمن فيما تؤديه هذه الأوراق من وظيفة في المعاملات وهي أنها صكوك تمثل حقاً نقديا أي تقوم مقام النقود وتغني عن استعمالها، فهي والنقود سواء، يعتبر كل منهم أداة عادية للوفاء [٢].

ويترتب على ذلك أن الصكوك التي يمثل موضوعها بضاعة ما، مثل سند الشحن البحري أو البري لا تعتبر أوراقاً تجارية وإن كانت تتضمن لأمر أو لأذن [٣].

ويجب أن يكون الحق النقدي الذي تمثله الورقة معين المقدار على وجه التحديد وغير معلق على شرط أو أجل غير معين.

ويجب أن تتضمن الورقة الالتزام بدفع مبلغ واحد في ميعاد واحد، أي لا تشمل دفع المبلغ على أقساط.

---

(١) وعرفت بتعريف آخر بأنها: صكوك محررة، مستوفية لبيانات معينة، وفقا لأوضاع، يحددها قانون كل دولة، وتتضمن التزاماً تجارياً بدفع مبلغ نقدي واحد، مستحق الوفاء في تاريخ محدد، مع إمكان نقل الحق، في اقتضائه، من شخص إلى آخر، من طريق التظهير أو المناولة.

(٢) نقض مدني ١٩٣٤/١٢/٢٠ مجموعة القواعد القانونية في ربع قرن ج١ ص ٣٢٨ رقم ١٢

(٣) الدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص٧ ، ط/١٩٩٩ القاهرة.

ب) وأهم ما يميز الأوراق التجارية هو: قابليتها للتداول بالطرق التجارية أي بالتظهير إن كانت اذنية، أو بالتسليم والمناولة إن كانت لحامله، دون حاجة إلى الحصول على موافقة المدين أو إخطاره بتظهير الورقة التجارية كما هو المتبع في الحوالة المدنية.

ومن مزايا انتقال الحق الثابت في الورقة التجارية بالطرق التجارية أنه يرتب ضمانا للدائن، أي يضمن المظهر للمظهر إليه وجود الحق الشخصي الثابت في الورقة التجارية، بعكس الحال في الحوالة المدنية لا يضمن المحيل وجود الحق المحال به وقت الحوالة إلا إذا كانت الحوالة بعوض. (١)

ج) يستخلص من التعريف السابق أن الأوراق التجارية: صكوك مستحقة الدفع بمجرد الاطلاع أو في أجل معين يكون قصيرا، ويترتب على أن الورقة التجارية تستحق الدفع بعد أجل قصير أحقية حاملها في الحصول على قيمتها الحاضرة عن طريق خصمها لدى أحد البنوك.

وترتيباً على هذا تخرج الأوراق المالية وهي الأسهم والسندات من عداد الأوراق التجارية لأنها وإن كانت قابلة للتداول بالطرق التجارية إلا أنها تستحق الدفع بعد أجل طويل، فالأسهم تصدر لمدة حياة الشركة وغالباً ما تكون طويلة، والسندات لمدة عشر أو عشرين سنة أو أكثر (٢).

---

(١) الدكتور محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص١٢ ط/ ١٩٦٧ م.

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري ص ٤٠٩، ٤١٠ ط/١٩٧٩ م

ويرجع إلى العرف التجاري في تحديد قصر الأجل فقد يكون الأجل قصيرا في مكان معين، بينما يجري العرف على أن مثل هذا الأجل طويل في مكـان آخر [1].

د) أضف إلى ذلك أن قوانين الدول استوجبت الكتابة لتمثل الشكل، الذي يجب أن تكون عليه الورقة التجارية، أي أن تكون الورقة صكا مكتوبا دائما، وتحديد البيانات، التي تمثل الحد الأدنى، الذي يجب أن تشتمل عليه كل ورقة تجارية.

ومفاد ذلك أن المشرع رسم قوالب محددة، أوجب أن تصاغ الأوراق التجارية وفقا لها، وشكلية الورقة التجارية تختلف باختلاف نوعها (كمبيالة أو سند أو شيك)، وتستهدف الشكلية تيسير تـداول الأوراق التجاريـة وتشجيعها، ذلك لأنها توفر على مـن سيتلقى الورقة مشقة البحث والاستقصاء، للتحقق من صلابة الحق المثبت فيها، وخلوها من العيوب التي تهدره، فشكلية الأوراق التجارية تجعله يكتفي بمجرد إلقاء نظرة عاجلة على الورقة، ليتأكد أنها اشتملت على جميع البيانات اللازمة لقيمتهـا واستوفت بذلك الشكل المطلوب.

---

(١) الدكتور محمد إسماعيل علم الدين : موجز القانون التجاري ص٦.

ثانيا : تجارية الأوراق التجارية:

أوضحت المادة ٣٧٨ من التقنين التجاري بأن أحكام هذا الباب (الباب الرابع الخاص بالأوراق التجارية) تسري على الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات وغيرها من الأوراق التجارية الأخرى أياً كانت صفة ذوي الشأن فيها أو طبيعة الأعمال التي أنشئت من أجلها.

ويفهم من هذا أن المشرع اعتبر كلا من الكمبيالة والسند لأمر والشيك، أو أي ورقة أخرى تتضمن خصائص الورقة التجارية تخضع لأحكام الباب الرابع سواء حررت بمناسبة أعمال تجارية أو مدنية، وسواء حررها تاجر أو غير تاجر [١].

ثالثا: أنواع الأوراق التجارية:

ذكر المشرع الأوراق التجارية الكمبيالة la letter de change والسند لأمر le billet à order والشيك le cheque [٢] حيث نصت المادة ٣٧٨ تجاري على أنه " تسري أحكام هذا الباب على الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات وغيرها من الأوراق التجارية الأخرى ...." من هذا يفهم أن هذا التعداد لم يرد على سبيل الحصر بل على سبيل المثال لذلك يمكن أن يدخل في نطاق الأوراق التجارية الصكوك المحررة لأعمال تجارية والتي من خصائصها صلاحيتها للتداول باشتمالها على البيانات الإلزامية التي يتطلبها القانون ومن بينها شرط الإذن ....إلخ ، والمستوفاة للخصائص التي ذكرناها للأوراق

---

(١) الدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٦،٧

(٢) استئناف القاهرة في ١٩٥٦/٦/٢٨ م الدائرة التاسعة التجارية رقم ٧٥٥ سنة ٧٢ ق

التجارية [1] كالصكوك الاذنية برهن البضاعة المودعة في المخازن العمومية وهي عبارة عن صكوك يتعهد محررها بدفع مبلغ معين من النقود لأذن أو لأمر شخص معين ويكون الوفاء بها مضمونا برهن بضاعة مودعة في المخازن العمومية [2].

وسيتم الحديث عن هذه الأوراق بالتفصيل مما لا داعي من التكرار.

خطة البحث:

اتخذ المشرع المصري الكمبيالة نموذجا لوضع أحكام الأوراق التجارية على العموم فخصص لها المواد من ٣٧٩ إلى ٤٦٧ من التقنين التجاري ولم يتكلم عن السند لأمر إلا في المواد من ٤٦٨ إلى ٤٧١ محيلا في بقية الأحكام إلى الكمبيالة ثم تناول الشيك بإسهاب وتفصيل في المواد من ٤٧٢ إلى ٥٣٩، وخصص المشرع المواد من ٥٤٠ إلى ٥٤٩ للأحكام المشتركة.

ولما كانت الكمبيالة تتضمن جميع الأحكام التي تنظم هذه الأوراق التجارية في حين أن بعض هذه الأحكام لا ينطبق على غيرها من الأوراق سيتم الحديث على الكمبيالة باعتبارها أول الأوراق ظهوراً وباعتبارها تتضمن جل الأحكام القانونية للأوراق التجارية وقد جعلها المشرع النموذج لوضع أحكام الأوراق التجارية، ثم نتحدث عن السند لأمر، ثم الشيك وسيتم الحديث عن الأوراق التجارية

---

(١) نقض مدني في ١٩٧٧/٢/٢٨ م الطعن رقم ٨٧٥ لسنة ٤٣ ق ٢٨ ص ٥٨١ ، والدكتور / حسين النوري: دروس في الأوراق التجارية ص ١٣.

(٢) الدكتور محمد إسماعيل علم الدين: موجز القانون التجاري ص٨ ، والدكتور / حسين النوري: المرجع السابق ص١٣.

على النحو التالي:

الفصل الأول: الكمبيالة.

الفصل الثاني: السند لأمر.

الفصل الثالث: الشيك.

الفصل الأول

الكمبيالة la letter de change

سيتم الحديث عن الكمبيالة بإيضاح النقاط التالية عبر المباحث الآتية:

المبحث الأول: تعريف الكمبيالة

المبحث الثاني: إصدار الكمبيالة

المبحث الثالث: تداول الكمبيالة

المبحث الرابع: ضمانات الوفاء بقيمة الكمبيالة

المبحث الخامس: الوفاء بالكمبيالة

المبحث السادس : انقضاء الالتزام الثابت في الكمبيالة

المبحث الأول

ماهية الكمبيالة

الكمبيالة: كلمة إيطالية، وليست كلمة عربية، ولا تعرف في لغة العرب ولا عند فقهاء المسلمين، بل هي كلمة إيطالية، ولكنها اشتهرت بهذا المصطلح، وتسمى في بعض الأنظمة بـ (سُفتجة) ، وسند سحب، وسند حوالة، وبوليصة. ومعناها معنى الكمبيالة

وهي عبارة عن: صك محرر وفقا لشكل قانوني معين، يتضمن أمرا صادرا من شخص يسمى الساحب، موجها إلى آخر يسمى المسحوب عليه، بأن يدفع مبلغا معينا لدى الاطلاع، أو في تاريخ معين أو قابل للتعيين إلى شخص ثالث يسمى مستفيد [1].

وبينها وبين الشيك شبه إلا أنها تختلف عن الشيك في أمور:

الأمر الأول: أنها تصلح أن تكون مؤجلة، أما الشيك فواجب الدفع لدى الاطلاع ومن ثم فكتابة الشيك بتاريخ مؤجل تعد مخالفة، لكن الكمبيالة طبيعتها أنها تقبل التأجيل.

الأمر الثاني: لا يشترط أن تكون الكمبيالة مسحوبة على بنك، بينما يشترط في الشيك أن يكون مسحوبا على بنك أو مؤسسة مصرفية.

---

(١) الدكتور محمد محمود إبراهيم: موجز الأوراق التجارية صـ ٢٧، والدكتورة سميحة القليوبي: الأوراق التجارية بتصرف يسير صـ ١٣٥.

وصورتها :

كمبيالة **مليم جـــــ**

أسيوط في ١ / ١١ / ٢٠٠٨ م -- ، ١٠٠٠

إلى / أحمد علي المقيم بشارع ..... (يذكر اسم المسحوب عليه وعنوانه)

ادفعوا لأمر السيد/ محمد علي (أو لحامله) (يذكر اسم المستفيد وصفته)

المبلغ المرقوم عاليه وقدره ألف جنيه .

في أول مارس ٢٠٠٩ (تاريخ الاستحقاق)

إمضاء

مصطفى

(الساحب)

من هذا يتضح لنا أن الكمبيالة تفترض وجود ثلاثة أشخاص:

الساحب: وهو في الصورة التي معنا (مصطفى وهو محرر الصك) .

المسحوب عليه: وهو في الصورة التي معنا (أحمد) وهو الموجه إليه الأمر من مصطفى بدفع مبلغ وقدره ألف جنيه للمستفيد(محمد) أو لحامله.

المستفيد: وهو من صدر الصك لمصلحته وهو(محمد) .

كما تفترض الكمبيالة علاقات ثلاثة بين أشخاصها وهذه العلاقات هي:

العلاقة الأولى: بين الساحب والمسحوب عليه

يوجه الساحب إلى المسحوب عليه أمر بدفع مبلغ معين فهذا الأمر الصادر من الساحب إلى المسحوب عليه يفترض وجود علاقة قانونية سابقة بينهما تمثل مديونية المسحوب عليه للساحب بمبلغ مساو أو أكثر من المبلغ المذكور في الكمبيالة، أي الأمر يفترض أن الساحب دائن للمسحوب عليه يطلق عليها مقابل الوفاء، فمقابل الوفاء هو الالتزام في ذمة المسحوب عليه قبل الساحب ويفي المسحوب عليه بالتزامه هذا إلى المستفيد إعمالا لأمر دائنه (الساحب) [1].

العلاقة الثانية: بين الساحب والمستفيد:

في هذه العلاقة يكون الساحب مدينا للمستفيد، وهذه العلاقة هي التي تمثل السبب الذي من أجله حررت الكمبيالة [2].

العلاقة الثالثة: بين المستفيد والمسحوب عليه

لا توجد علاقة بين المستفيد وبين المسحوب ويظل المسحوب عليه أجنبياً عن الكمبيالة، إن كان الأمر يقتصر على افتراض أن المسحوب عليه مدين للسلع، وعليه فلا يلتزم المسحوب عليه بالكمبيالة إلا إذا أختار قبولها (بأن يوقع عليها بالقبول) ففي هذه الحالة يصبح المسحوب عليه هو المدين الأصلي في الكمبيالة وتنشأ علاقة بينه وبين المستفيد تقتضي مسئوليته بالتضامن مع

---

(١) الدكتور محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ١٥، وللدكتور محمود سمير الشرقاوي: القانون التجاري ص ١٦٤ ، وللدكتور محمد محمود إبراهيم: موجز الأوراق التجارية ص ٢٨

(٢) الدكتور محمد محمود إبراهيم: موجز الأوراق التجارية ص ٢٨

الساحب وسائر الموقعين على الكمبيالة بالوفاء بقيمتها للمستفيد " الحامل " في موعد استحقاقها (١).

المبحث الثاني

إصدار الكمبيالة

تبدأ حياة الكمبيالة بتوقيع الساحب عليها معبراً بهذا التوقيع عن إرادته في الالتزام بالوفاء بمبلغها للمستفيد أو من يحل محله في حالة تخلف المسحوب عليه عن الوفاء في موعد استحقاقها.

فهذا التوقيع من الساحب يعتبر تصرفاً قانونيا بإرادة منفردة يخضع لما يخضع له التصرف من شرائط، فلابد لانعقاد الكمبيالة صحيحة توافر الرضا والمحل والسبب وأن تكون الإرادة سليمة خالية من عيوب الرضا وهي الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال.

ويلاحظ أن الكمبيالة أداة ائتمان وهذا يستلزم إسباغ ثقة المتعاملين بها لجعلها بديلة للنقود، وحتى يشيع ذلك فقد اشترط المشرع بالإضافة إلى الشروط الموضوعية - باعتبارها تصرفا قانونيا - شروطا شكلية تحقق لكل من يراها أو يتعامل بها أن يحكم عليها بأنها كمبيالة أي شروط تنهض لتحقيق الكفاية الذاتية.

ولمزيد الإيضاح سيتم الحديث عن ذلك في المطلبين التاليين :

المطلب الأول: الشروط الموضوعية للكمبيالة وجزاء تخلفها .

المطلب الثاني: الشروط الشكلية للكمبيالة وجزاء تخلفها .

---

(١) د / محمد حسني عباس : الأوراق التجارية ص ١٦، ١٧

المطلب الأول

الشروط الموضوعية للكمبيالة

وجزاء تخلفها

يعد إصدار الكمبيالة تصرفا قانونيا، من جانب واحد، يتحقق بإرادة واحدة، وهي إرادة الساحب.

ويشترط في الكمبيالة باعتبارها تصرفاً قانونياً صدورها من شخص يكون أهلا لهذا الالتزام، وكذلك فيمن يظهرها أو يقبلها أو يضمنها، وأن يتوافر فيه الرضا الصحيح الخالي من العيوب، وأن يكون للالتزام سبب ومحل ممكن ومشروع .

وسيتم الحديث عن ذلك بشيء من التفصيل:

أولا الرضا:

يقصد بالرضاء اتجاه إرادة الساحب، إلى قبول التزام عليه، بتوقيع الكمبيالة.

ولصحة التزام الساحب، يجب أن يكون رضاؤه موجوداً، وسليماً ، وخالياً من أي عيب من عيوب الإرادة، كالغلط، والإكراه، والتدليس؛ وإلا كان التزامه باطلاً.

ثانيا: أهلية الملتزم في الكمبيالة

يشترط فيمن يوقع على الكمبيالة بسحبها أو تظهيرها أو قبولها أو ضمانها أن يكون أهلا لهذا الالتزام.

وتخضع أهلية الالتزام في الكمبيالة إلى القواعد العامة للأهلية فيشترط في الموقع على الكمبيالة أن يكون بالغا إحدى وعشرين سنة دون أن يصبه عارض من عوارض الأهلية، أو أن يبلغ ثماني عشر سنة وأذنت له المحكمة في مباشرة التجارة بصفة عامة أو تجارة معينة ووقع على الكمبيالة بصدد ما أذن له فيعتبر أهلا للتوقيع على الكمبيالة في حدود إذن المحكمة [١].

أما القاصر غير التاجر وعديم الأهلية فقد نصت المادة ٣٨٥ على أن " تكون التزامات ناقصي الأهلية الذين ليسوا تجاراً وعديمي الأهلية الناشئة عن توقيعاتهم على الكمبيالة كساحبين أو قابلين أو ضامنين احتياطيين أو بأية صفة أخرى باطلة بالنسبة إليهم فقط ".

من هذا النص نستفيد بأن توقيع القاصر غير التاجر يكون باطلاً بالنسبة له، وهذا البطلان قاصر على الكمبيالة فلا يترتب عليه - حتما - بطلان الالتزام الأصلي الذي دفع القاصر إلى سحب الكمبيالة أو تظهيرها أو قبولها، فإذا كان القاصر - مثلا - مأذونا له بإدارة أمواله دون التجارة فقام بشراء بذور لأرضه الزراعية وعليه سحب كمبيالة للوفاء بثمن هذه البذور فإن الكمبيالة تكون باطلة ولا يؤثر بطلان هذه الكمبيالة على صحة عقد بيع البذور مع اعتبارها دليلا كتابياً على صحة عقد بيع للبذور [٢].

---

(١) الدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٤١.

(٢) الدكتور / محمد إسماعيل علم الدين: موجز القانون التجاري ص ٣٠ . والدكتور / محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ٤١، ٤٢.

٢

ويلاحظ أن المشرع التجاري المصري سوى بين القاصر غير التاجر وعديمي الأهلية في الحكم بصدد التوقيع على الكمبيالة حيث جعل توقيعهم على الكمبيالة كساحبين أو قابلين أو ضامنين أو بأية صورة باطلة بالنسبة لهم فقط [1]، وهذا بخلاف القواعد العامة في عديمي الأهلية فطبقاً للقواعد العامة تكون تصرفات عديم الأهلية باطلة بطلاناً مطلقاً ويجوز لجميع أطراف التصرف التمسك بالبطلان [2].

ثالثا: محل وسبب الالتزام بالوفاء بالكمبيالة:

محل أي عقد: هو إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهاؤه.

ولا يثير المحل في الكمبيالة أهمية خاصة لأنه في كل الأحوال محصور في دفع مبلغ من النقود وهو في الواقع دائماً مشروع وممكن، فإذا كان محل الالتزام في الصك شيئاً آخر، غير دفع مبلغ نقدي (كتسليم عقار)، فقد صفته ككمبيالة، وخرج من نطاق الأوراق التجارية.

أما فيما يتعلق بسبب الالتزام الثابت في الكمبيالة فهو: العلاقة الأصلية التي نشأت بين الساحب والمستفيد وهي تلك التي استوجبت

---

(١) ومثله المادة الثامنة من نظام الأوراق التجارية في السعودية حيث تنص على أن التزامات القصر الذين ليسوا تجارا والتزامات عديمي الأهلية الناشئة من توقيعاتهم على الكمبيالة، تكون باطلة بالنسبة إليهم فقط ويجوز لهم التمسك بهذا البطلان في مواجهة كل حامل للكمبيالة ولو كان حسن النية .

(٢) الدكتور محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ٤٢، مع ملاحظة أن هذا الحكم يسري أيضاً بالنسبة للمحجور عليه للسفه أو للغفلة ، الدكتور علي يونس: الأوراق التجارية ص ١٠٤ ، ١٠٥.

اعتبار الساحب مديناً للمستفيد بمبلغ من النقود كأن يبيع المستفيد الساحب شيئا دون أن يقبض جميع الثمن ففي هذه الحالة يكون الساحب مديناً للمستفيد بسبب البيع وهذه العلاقة (البيع) التي استوجبت اعتبار الساحب مديناً للمستفيد هي سبب الالتزام.

ويشترط أن يكون السبب موجوداً ومشروعا، فإذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كأن يسحب كمبيالة لمكافأة علاقة غير مشروعة بين رجل وامرأة أو للوفاء بدين قمار مثلاً كان الالتزام باطلاً.

والأصل أن لكل التزام سبباً مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك [1].

---

(١) الدكتور/ علي يونس: الأوراق التجارية ص ٩٦،٩٧، والدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٣٩ وما بعدها .

المطلب الثاني

الشروط الشكلية للكمبيالة

وجزاء تخلفها

الشروط الشكلية:

لا يثبت للكمبيالة صفتها التجارية ولا تخضع لقانون الصرف إلا إذا تضمنت على الأقل قدراً معيناً من البيانات، فقد نصت المادة ٣٧٩ تجاري على هذه البيانات [١] ويمكن إيضاح هذه البيانات التي يجب ذكرها في الكمبيالة فيما يلي:

---

(١) وقارن المادة الأولى من نظام الأوراق المالية في السعودية حيث تنص على أنه تشتمل الكمبيالة على البيانات الآتية:

ا) كلمة (كمبيالة) مكتوبة في متن الصك وباللغة التي كتب بها.

ب) أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود.

ج) أسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه) .

د) ميعاد الاستحقاق .

هـ) مكان الوفاء .

و) اسم من يجب الوفاء له أو لأمره .

ز) تاريخ ومكان إنشاء الكمبيالة .

ح) توقيع ممن أنشأ الكمبيالة (الساحب) .

أولا: كلمة كمبيالة:

يجب أن يكتب في متن الكمبيالة كلمة " كمبيالة " وباللغة التي كتبت بها، وعليه فالصك المتضمن كلمة كمبيالة يكون قابلاً للتداول بالطرق التجارية وهي التظهير سواء تضمن الصك عبارة لأمر أم لا، لأن كلمة كمبيالة تعني رغبة الساحب في تداول الصك بالطرق التجارية، ما لم يتضمن الصك عبارة تفيد غير ذلك [1].

ثانيا: تاريخ إصدار الكمبيالة:

يجب أن يتضمن صك الكمبيالة تاريخ إنشائها، ووفقاً لنص المادة ٣٧٩ تجاري يجب ذكر اليوم والشهر والسنة التي تحررت فيه الكمبيالة ، ولا يشترط ذكر التاريخ بالحروف أو الأرقام فيجوز أن يذكر بالحروف أو بالأرقام أو بهما معا ولا أهمية في أن يذكر تاريخ سحب الكمبيالة في أعلاها أو أسفلها أو صلبها، مع ملاحظة أنه يجب أن يكون تاريخ سحبها واحداً ولو تعدد الساحبون [2].

ولتاريخ السحب أهمية تبدو من عدة وجوه:

أ) إذا أثيرت مسألة أهلية الساحب فيرجع إلى تاريخ سحبها ليتبين منه هل كان الساحب كامل الأهلية أو غير كاملها .

ب) أيضاً إذا أثيرت مسألة إفلاس الساحب فيرجع في ذلك إلى تاريخ سحبها لتحديد هل سحبت الكمبيالة في فترة الريبة أو قبلها.

---

(١) الدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٤٦.

(٢) قارن المادة ١١٥-١ /٧ فرنسي .

ج) يفيد تاريخ السحب في تحديد ميعاد استحقاقها إذا كانت واجبة الدفع بعد فترة معينة من سحبها، كالدفع بعد شهرين من تاريخه.

د) إذا كانت الكمبيالة مستحقة الدفع بمجرد الاطلاع أو بعد مدة معينة من الاطلاع فقد وضع المشرع مواعيد معينة لتقديمها وهذه المواعيد تحسب بناء على تحديد موعد سحبها.

ه) كما يفيد تحديد تاريخ السحب في حالة إذا وجدت كمبيالات متعددة على مقابل وفاء واحد فهنا يراعى ترتيب تواريخ سحبها للمفاضلة بين الكمبيالات [1].

ثالثا: مكان الإصدار:

لقد أوجب المشرع التجاري في المادة ٣٧٩ / ز تجاري ذكر مكان إصدار الكمبيالة، ولهذا البيان أهمية في حالة تضمن الكمبيالة عنصراً أجنبياً ففي حالة تنازع الاختصاص يطبق قانون الدولة التي صدرت فيها الكمبيالة [2].

فإذا أغفل للساحب ذكر هذا البيان فلا تبطل الكمبيالة، وإنما يفترض صدورها في مكان الساحب (م ٣٨٠ / ب تجاري) [3] .

رابعا: أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود:

---

(١) الدكتور / محمد حسني عباس : الأوراق التجارية ص٤٧، ٤٨ ، والدكتور / محمد محمود إبراهيم: موجز الأوراق التجارية ص٤٤، ٤٥ ، والدكتور/ مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري ص٤١٩.

(٢) للدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٦٥ ، وقارن المادة ١-٥١١ /٧ فرنسي .

(٣) قارن المادة ١-٥١١ فرنسي .

إن موضوع الحق، الثابت في أي ورقة تجارية، هو مبلغ من النقود لذلك، يجب أن يكون هذا المبلغ مبيناً في الكمبيالة، ومحددا على وجه الدقة. واشتراط ذكر المبلغ بطريقة واضحة، لا لبس فيها، يتفق مع مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية، أي كونها تكفي بذاتها، بمجرد الاطلاع عليها، لتحديد أشخاصها ومضمونها، والمبلغ المعين بها.

ووفقاً لنص الفقرة (ب) من المادة ٣٧٩ من القانون التجاري يجب أن يتضمن صك الكمبيالة أمراً غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود.

ولم يتطلب المشرع التجاري طريقة خاصة لبيان مبلغ الكمبيالة فيجوز أن يذكر بالحروف أو بالأرقام فقط أو بهما معا وإن كان العرف جرى على أن يذكر مبلغ الكمبيالة مرتين إحداهما بالأرقام في أعلى الكمبيالة والأخرى بالحروف في صلبها.

ويثار هنا سؤل حاصله: ما الحكم لو كتب المبلغ بالحروف يخالف المبلغ بالأرقام فأيهما يؤخذ به ؟ وفقاً للمادة ٣٨٤ تجاري وما عليه قانون جنيف يؤخذ بالمبلغ المكتوب بالحروف لأن كتابة المبلغ بالحروف تنال عادة عناية أكثر من كتابته بالأرقام، وإذا كتب المبلغ عدة مرات بالحروف أو بالأرقام واختلف فوفقاً للمادة ٣٨٤ /٢ تكون العبرة بأقلها مبلغاً [١].

خامسا: اسم المسحوب عليه :

---

[١] ومثله المادة الخامسة من نظام الأوراق التجارية في السعودية حيث تنص على " أنه إذا كتب مبلغ الكمبيالة بالحروف وبالأرقام معا، فتكون العبرة عند الاختلاف بالمكتوب بالحروف. وإذا كتب المبلغ عدة مرات بالحروف وبالأرقام، فتكون العبرة عند الاختلاف بالمبلغ الأقل.

المسحوب عليه هو : الشخص الذي يصدر إليـه الأمر من الساحب، بدفع قيمة الكمبيالة، في الميعـاد المحـدد بـأمر المستفيد .

وطبقاً للمادة ٣٧٩ تجاري يكون ذكر اسم المسحوب عليه من البيانات الضرورية [١]، وجرت العادة على أن يذكر اسم المسحوب عليـه ولقبـه ومهنته وعنوانه حتى يسهل على الحامل معرفته واقتضاء حقه منه .

والأصل أن المسحوب عليه شخص غير الساحب، ولكن ما الحكم لو كان الساحب هو نفس المسحوب عليه؟

فوفقا للمادة ٢/٣٨١ تجاري، وقانون جنيف يجوز سحب الكمبيالة على الساحب ويعتبر الصك في هذه الحالة كمبيالة وليس سندا اذنيـا [٢]، ويترتب على ذلك أنه يحق للشركات الكبرى صاحبة الفروع المتعددة في مختلف أنحاء العالم أن تسحب كمبيالات على فروعها، كمـا يـحـق للفرع سحب كمبيالة على فرع آخر، أو على الإدارة العامـة، ويجـوز أيضاً أن يتعدد المسحوب عليهم؛ إذ إنه يمكن سحب كمبيالة على عدة أشخاص. وليس الهدف من ذلك، أن يتخيـر المستفيد بيـنـهم؛ ولكـن إلزامهم بالدفع.

وقد يقوم شخص بسحب كمبيالة على شخص غير موجود إطلاقا فما الحكم؟

---

(١) قارن المادة ٥١١-١ فرنسي

(٢) الدكتورة/ سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٦١ وما بعدها ، وتنص المادة الثالثة من نظام الأوراق التجارية في السعودية على أنه يجوز سحب الكمبيالة لأمر الساحب نفسه ، ويجوز سحبها على ساحبها ويجوز سحبها لحساب شخص أخر . وقارن المادة ٥١١-٢ فرنسي .

يعتبر هذا من قبيل النصب للمعاقب عليه قانوناً لأن المستفيد(الحامل) عندما يتوجه إلى المسحوب عليه لمطالبته بالوفاء أو القبول فلن يجده ولا يجد له ثرا [1].

سادسا: اسم المستفيد:

المستفيد هو: الشخص الذي حررت من أجله الكمبيالة. وهو يمثل الشخص الدائن في هذا المحرر، ويجب إيضاح اسمه بكل دقة؛ حتى لا يقع خطأ أو لبس في تحديد شخصيته، عند الوفاء له بقيمة الكمبيالة، في ميعاد الاستحقاق. [2].

ويجوز تحرير الكمبيالة لإذن عدة أشخاص؛ إلا إنه غالباً ما يكون سحب الكمبيالة لإذن مستفيد واحد .

ويجوز أيضا، أن تحرر الكمبيالة لإذن الساحب نفسه، فيكون هو الساحب والمستفيد، في الوقت نفسه.

ويلجأ الساحب إلى تحرير كمبيالات لإذن نفسه، إذا أراد الاطمئنان إلى قبول المسحوب عليه للصك، قبل أن يطرحه للتداول. وقد يرغب أيضاً من وراء تحرير الكمبيالة لإذنه، في خصمها لدى أحد المصارف، من دون الانتظار حتى ميعاد الاستحقاق، المتفق عليه مع المسحوب عليه.

---

(١) للدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٦٣

(٢) قارن المادة ١١٥-١ فرنسي.

فما الحكم إذا أنشأ الساحب كمبيالة لأمر نفسه أو ترك أسم المستفيد مؤقتاً على بياض؟

هذا أمر جائز وفقاً للمادة ٣٨١ تجاري التي تنص في فقرتها الأولى. " بأنه يجوز سحب الكمبيالة لأمر الساحب نفسه ".

سابعا: شرط الأمر أو الإذن أو أن الكمبيالة للحامل:

الكمبيالة – كما أوضحنا - ورقة قابلة للتداول وهذا يستلزم أن تكون لاذن أو لأمر شخص معين حتى يتسنى تداولها عن طريق التظهير أو تكون لحاملها فيتم تداولها عن طريق التسليم.

فإذا لم يذكر في الكمبيالة أنها للإذن أو أنها للحامل كما لو حررت لاسم شخص معين، وتضمن الصك في صلبه كلمة كمبيالة فيكون قابلا للتداول بالتظهير، لأن ذكر كلمة كمبيالة تعني موافقة الساحب على تداول الصك بالتظهير (م ٣٩١ / ١ تجاري).

ثامنا: توقيع الساحب:

الساحب هو منشئ الكمبيالة، وهو أول الملتزمين بها. فهو الذي أنشأ التزاماً عليه قبل المستفيد بدفع مبلغ محدد، إذا لم يقم المسحوب عليه بقبول صك الكمبيالة، أو بالوفاء به في الميعاد المحدد؛ لذا، فإن توقيع الساحب، من أهم البيانات الإلزامية، التي يجب أن تحتويها الكمبيالة (م٣٧٩ تجاري).[١]

---

(١) قارن المادة ١١٥-١/٨ فرنسي .

ولا يشترط أي مكان لتوقيع الساحب، وإن كانت العادة جرت على أن يوقع الساحب أسفل الكمبيالة بعد ذكر بياناتها، وقد يكون التوقيع بخط اليد أو ببصمة الإصبع أو بالختم في حالة عدم استطاعته ذلك.

ومما هو جدير بالذكر أنه لا يشترط كتابة بيانات الكمبيالة بخط الساحب فقد تكون بخطه أو بخط المستفيد أو المسحوب عليه أو أي شخص آخر أو في ورقة مطبوعة يتولى أي شخص كتابة بياناتها في الفراغ ثم يوقع الساحب عليها بل يجوز ألا يوقعها الساحب بنفسه وإنما يحق له أن يعهد إلى الغير بالتوقيع نيابة عنه باعتباره وكيلا عنه في إنشاء الكمبيالة ويتعين على الوكيل إثبات صفته عند التوقيع عليها كذكر عبارة ـ مثلاً ـ " نيابة عن أحمد علي " أو بالتوكيل رقم ..... (١).

تاسعا: ميعاد الاستحقاق:

يجب أن تتضمن الكمبيالة ميعاداً للاستحقاق وهو اليوم الذي يحصل فيه الوفاء بقيمتها (م٣٧٩ تجاري).

ولتحديد ميعاد الاستحقاق أهمية حيث أنه يفيد في بيان تاريخ الوفاء بقيمة الكمبيالة، ويفيد في تحديد الاحتجاج بعدم الدفع والرجوع على الموقعين على الكمبيالة وإلا اعتبر مهملاً .

(١) الدكتور/ محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ٤٦ ،٥٥ ،٥٦، وللدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية. ص ٤٧ وما بعدها ، والدكتور/ محمد محمود إبراهيم: موجز الأوراق التجارية من ٥٦.

طرق تحديد ميعاد الاستحقاق:

يتم تحديد موعد الاستحقاق بطرق متعددة يمكن بيانها فيما يلي:

١) قد تكون الكمبيالة بمجرد الاطلاع ولا تحمل تاريخاً للاستحقاق.
٢) وقد تكون مستحقة الدفع بعد مدة معينة من اطلاع المسحوب عليه.
٣) وقد تكون مستحقة الدفع بعد مدة معينة من تاريخ سحبها.
٤) وقد تكون مستحقة الدفع في تاريخ معين.

والأصل أن ميعاد الاستحقاق يذكر باليوم والشهر والسنة إلا أنه قد لا يذكر اليوم ويكتفي بالشهر والسنة كأن يقول " ادفعوا في شهر يونيه ٢٠٠٧ " ففي هذه الحالة يحق للحامل المطالبة بقيمتها في أي يوم من أيام شهر الاستحقاق وهو" يونيه " .

والخلاصة أنه لا بد من تحديد ميعاد الاستحقاق بطريقة قاطعة، فلا يجوز أن يكون ميعاد الاستحقاق مضافاً إلى أجل معين أو معلقاً على شرط كأن يقول " ادفعوا عند وفاة فلان " أو " ادفعوا إذا تزوج فلان " كما أنه لا بد أن يكون تاريخاً واحداً فلا يجوز تعدد تواريخ الاستحقاق [١].

فإذا خلت الكمبيالة من هذا البيان اعتبرت مستحقة الوفاء لدى الاطلاع عليها (م ٣٨٠ / أ تجاري).

---

(١) للدكتور/ علي يونس: الأوراق التجارية ص ٥٤ وما بعدها، وللدكتور / محمد إسماعيل علم الدين: موجز القانون التجاري ص ٣٦ ،٣٧

عاشرا: مكان الوفاء بالكمبيالة:

يقصد بمكان الوفاء بالكمبيالة: المكان الذي يتوجه إليه الحامل في ميعاد الاستحقاق للمطالبة بالوفاء [١].

فإذا لم يذكر في الكمبيالة مكان الوفاء فلا تبطل ويكون الوفاء واجباً في الموطن المبين بجانب أسم المسحوب عليه، على أساس أنه المدين بالوفاء (م /٣٨٠ تجاري) وبهذا أخذ قانون جنيف [٢] .

تحرير الكمبيالة من عدة نسخ:

أجاز القانون التجاري في المادة ٤٥٩ أن تسحب الكمبيالة من عدة نسخ متماثلة، وهذا حسبما يراه المستفيد محققاً لمصلحته من تعدد النسخ خشية ضياع النسخة الوحيدة ولا سيما إذا كانت مرسلة إلى أماكن بعيدة .

فإذا حررت الكمبيالة من عدة نسخ وجب أن تكون النسخ متماثلة وتتضمن التزاماً صرفيا واحدا ، وأن يبين في كل نسخة عدد النسخ ، وأن ينص في كل نسخة على أن الدفع بمقتضى إحداها يبطل ما عداها من النسخ فإذا لم يذكر في النسخ أن الدفع بإحداها يبطل ما عداها من النسخ وجب تسليم الجميع للمسحوب عليه عند الوفاء .

---

(١) تنص المادة الرابعة من نظام الأوراق التجارية في السعودية على أنه بجوز اشتراط وفاء الكمبيالة في موطن شخص آخر غير المسحوب عليه ، سواء كان هذا المواطن في الجهة التي فيها موطن المسحوب عليه أو في جهة أخرى .

(٢) للدكتور/علي يونس: الأوراق التجارية ص ٥٧، وللدكتور/ محمد محمود إبراهيم: موجز الأوراق التجارية ص ٥١.

وبالنسبة لتوقيع المسحوب عليه بالقبول فيكتفي بالتوقيع على نسخة واحدة ، فإذا وقع على أكثر من نسخة بالقبول كان ذلك على مسئوليته [1].

جزاء الإخلال بالشروط الشكلية:

يحدث ألا يذكر في الكمبيالة بيان جوهري من البيانات السابق الحديث عنها - سواء أكان إغفاله سهواً أو عمداً – فقد يترتب على عدم ذكر أحد البيانات الجوهرية بطلان التصرف القانوني بأكمله ، وقد يترتب عليه بطلان الورقة باعتبارها كمبيالة إلا أنها تتحول إلى تصرف قانوني آخر فقد تتحول إلى سند إذني أو سند عادي مقترن بشرط الإذن أو سند عادي ، أو ورقة شبيهة بالأوراق التجارية ، وقد يكون عدم ذكر البيان لا يؤثر على الكمبيالة لأنه بيان ثانوي كإغفال بيان مكان الوفاء ويعتبر مكان الوفاء هو موطن المسحوب عليه [2]

وقد تستكمل جميع بياناتها الإلزامية إلا أن بعض البيانات يذكر صورياً مخالفاً للحقيقة . وسيتم الحديث عن ذلك عبر النقطتين التاليتين :-

---

(١) للدكتور/محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ٥٩ ، ٦٠ ، وللدكتور/ محمد إسماعيل علم الدين: موجز القانون التجاري ص ٣٩ ، ٤٠.

(٢) قارن المادة الثانية من نظام الأوراق التجارية في السعودية مقررة بأنه: لا يعتبر الصك الخالي من البيانات المذكورة في المادة السابقة كمبيالة إلا في الأحوال الآتية :

أ) إذا خلت للكمبيالة من بيان ميعاد الاستحقاق اعتبرت مستحقة للوفاء لدى الاطلاع عليها .

ب) وإذا خلت من بيان مكان الوفاء أو من بيان موطن المسحوب عليه أعتبر المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه مكان وفاتها وموطنا للمسحوب عليه .

ج) وإذا خلت من بيان مكان إنشائها اعتبرت منشأة في المكان المبين بجانب اسم الساحب .

أولا: جزاء ترك بيان إلزامي:

يترتب على عدم ذكر أحد البيانات الإلزامية أثر يختلف حسب قوته يمكن بيانها فيما يلي:

أ) بطلان التصرف القانوني:

تقع الكمبيالة باطلة بوضعها تصرفاً قانونيا إذا لم يوقع عليها الساحب أو كان المبلغ غير معين .

ب) تحول الكمبيالة إلى سند لأمر:

تتحول الكمبيالة التي تفقد أحد بياناتها الإلزامية إلى سند لأمر إذا توافر في الصك شروط هذا السند ، وذلك أن يترك اسم المسحوب عليه ، وهنا لا يكون في الصك سوى شخصين فقط هما مدين (الساحب) ودائن (المستفيد).

ج) تحول الكمبيالة إلى سند عادي:

قد يغفل ذكر بيانات إلزامية كتاريخ السحب [1] ، ومع ذلك تحتفظ بالشروط اللازمة لصحة الالتزام ففي هذه الحالة تفقد صفتها التجارية وتتحول إلى سند عادي يخضع للقانون المدني .

---

(١) بخلاف إغفال تاريخ الاستحقاق فلا يترتب عليه بطلان الكمبيالة وتعتبر واجبة الدفع بمجرد الاطلاع (للدكتور محمد حسني عباس ص ٦٣).

ثانيا: الصورية:

الصورية هي: تزييف بيان أو أكثر من البيانات المذكورة في الكمبيالة ، أي أن الكمبيالة تستكمل جميع بياناتها إلا أن بيانا أكثر من هذه البيانات يكون غير حقيقي [١] ، كان يذكر مثلاً تاريخ صوري لإنشائها يخالف التاريخ الحقيقي بقصد إخفاء نقص أهلية الساحب عند تحريرها أو إبعاد تاريخها عن فترة الريبة.

ولا يترتب - حتما - على إثبات الصورية بطلان الورقة بوصفها كمبيالة ولكن ينظر إلى البيان الصوري، فإذا كان يستر واقعة ترك بيان إلزامي جوهري كتوقيع الساحب بأن يسحب " محمد " كمبيالة ويزور توقيع " أحمد " بدلا من توقيع " محمد " فالكمبيالة هنا باطلة فهنا الصورية تخفي أمرا غير مشروع ويقصد بها الغش .

أما ذا كان البيان الصوري يستر واقعة أو أمراً مشروعا كحالة سحب الوكيل بالعمولة لكمبيالة لصالح موكله ويذكر الوكيل أسمه على أنه الساحب دون أي إشارة لموكله فلا تؤدي إلى البطلان [٢] .

---

(١) للدكتور علي يونس: الأوراق التجارية ص ٨٥.

(٢) للدكتور/ محمد حسني عباس الأوراق التجارية ٦٨. وما بعدها ، وللدكتور/ محمد إسماعيل علم الدين: موجز القانون التجاري، ص ٤٥ وما بعدها.

المبحث الثالث

تداول الكمبيالة

من خصائص الكمبيالة قابليتها للتداول بالطرق التجارية فالكمبيالة إلى جانب كونها أداة ائتمان هي أداة وفاء ، و هي تحمل تاريخ استحقاق يختلف عن تاريخ الإنشاء .

وإذا تضمنت الكمبيالة ما يعوق تداولها لا تعد ورقة تجارية و هذا ما نص عليه المشرع وما جاءت به لحكام القضاء .

وطرق التداول التجارية هي إما التظهير إذا كانت الكمبيالة إذنيه (للأمر) أو التسليم إذا لحاملها (المناولة) .

<u>والتظهير</u> : بيان يكتبه حامل الورقة التجارية على ظهرها أو على وصلة مرفقة بها لينقل بمقتضاه بعض أو كل الحقوق التي ترتبها له الورقة إلى شخص آخر يسمى المظهر له

ويلاحظ أن التظهير - في كل الأحوال - لا يهدف إلى التنازل عن الحق الثابت في الورقة التجارية ، بل قد يقصد به التوكيل للمظهر إليه في تحصيل قيمة الكمبيالة ، وقد يقصد به رهن للحق الثابت في الكمبيالة إلى المظهر إليه وهذا ما يسمى بالتظهير التأميني.

والتظهير- أيا كان نوعه - تصرف قانوني يسمى من يوقع على ظهر الكمبيالة بالمظهر ويسمى الحامل الجديد بالمظهر إليه .

وزيادة في الإيضاح سيتم الحديث عن أنواع التظهير الثلاثة في الفروع التالية:

الفرع الأول: التظهير التام

الفرع الثاني: التظهير التوكيلي

الفرع الثالث: التظهير التأميني

الفرع الأول

التظهير التام

التظهير التام :هو أكثر التظهيرات شيوعا ، ويسمى التظهير الناقل للملكية ، وهو تظهير يرتب نقل ملكية حامل الورقة وكامل حقوقها الثابتة له إلى المظهر إليه، ويتم هذا الإجراء بالكتابة على ظهر الكمبيالة من جانب المظهر بما يفيد نقل ملكية الحق الثابت بها لأمر أو إذن المظهر إليه [1] .

ولما كان التظهير التام تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة هي إرادة المظهر استلزم الأمر توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية ، فإذا استوفت الشرائط واستجمعت شكلها المطلوب رتب التظهير أثره ويمكن إيضاح ذلك بشيء من التفصيل:

(١) للدكتورة سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٩١ .

أولا: الشروط الموضوعية للتظهير :

يشترط في التظهير - باعتباره تصرفاً قانونياً أن يصدر عن إرادة حرة صادر عن شخص أهل لذلك ، وأن يكون له محل وسبب .

وهذه الشروط الموضوعية هي نفس تلك الشروط الموضوعية اللازمة لصحة التزام الموقع على الكمبيالة [١] والتي سبق الحديث عنها مما لا داعي من تكرارها .

ثانيا: الشروط الشكلية للتظهير التام:

الأصل أن التظهير يتم على ذات الكمبيالة ، بتحرير عبارة تفيد نقل الحق الثابت في الصك لصالح المظهر إليه ، ومن ثم فلا يعتد بالتظهير الشفوي ولا يعتد بالتظهير المحرر على ورقة مستقلة عن الكمبيالة لوجوب أن تتضمن الكمبيالة جميع البيانات المتعلقة بها خضوعاً لمبدأ الكفاية الذاتية مع ملاحظة أنه إذا حدث أن ملئت جميع فراغات الكمبيالة بحيث أصبح لا يوجد مكان للتظهير فلا مانع أن يحرر التظهير على ورقة تلصق بصك الكمبيالة وتسمى وصلة (م ٣٩٣/ تجاري) ترفق بالكمبيالة مع وجوب اتخاذ كافة الاحتياطات لمنع الغش والأفضل أن تدون بيانات الكمبيالة على تلك الوصلة [٢] .

ويجب أن يتضمن التظهير بيانات معينة وهي : تاريخ التظهير ، اسم المظهر إليه ، شرط الأمر ، توقيع المظهر.

---

(١) للدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٩١

(٢) للدكتور / محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ٨١ ، وللدكتور / محمد محمود إبراهيم: موجز أوراق التجارية ص ٩٣ ،٩٤.

ونتناول هذه البيانات بشيء من التفصيل :

أ - تاريخ التظهير:

لتحديد تاريخ التظهير أهمية تماثل ما سبق أن أوضحناه في أهمية تاريخ سحب الكمبيالة في تحديد أهلية المظهر وتحديد ما إذا كان التظهير تم قبل الإفلاس أم بعده.

ب - اسم المظهر إليه:

المظهر إليه: هو المستفيد الجديد في الكمبيالة الذي يكون له الحق في مطالبة المدين بالوفاء بقيمتها أو تظهيرها إلى مظهر إليه آخر .

ويجوز عدم ذكر اسم المظهر إليه ويسمى التظهير على بياض (م ٣٩٣ تجاري) وفي هذه الحالة يجوز لحامل الكمبيالة المظهرة كتابة أسم أي شخص آخر ، كما له في حالة التظهير على بياض تظهير الكمبيالة من جديد على بياض أو إلى شخص معين وله كذلك تسلم الكمبيالة لشخص آخر دون أن يملأ البياض ودون تظهيرها (م ٣٩٤ تجاري).

ج - توقيع المظهر:

يجب لكي يكون للتظهير قيمة قانونية أن يذيل بتوقيع منسوب للمظهر سواء بإمضائه أو ختمه أو بصمته ويجوز أن يكون من وكيل المظهر [١] ، وإلا اعتبر التظهير كأن لم يكن .

---

(١) للدكتور/ محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ٨٢ وما بعدها، وللدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٩٥ وما بعدها.

ثالثا: آثار التظهير التام:

يرتب التظهير التام آثار حقوقية تتلخص فيما يلي :

١) نقل ملكية الورقة التجارية إلى المظهر إليه .
٢) اعتبار للمظهر ضامنا وفاء الورقة التجارية مع الساحب أو المحرر ومع سائر الموقعين فيها ، وإن كانت الورقة التجارية موضوع التظهير كمبيالة ضمن المظهر قبولها من قبل المسحوب عليه فضلا عن ضمانه سدادها في ميعاد الاستحقاق .
٣) إذا كان المظهر إليه حسن النية فلا يجوز الاحتجاج عليه بأي دفع يمكن للمدين توجيهه إلى كل متعامل بالورقة التجارية وهذا ما يسمى بالتظهير من الدفوع والمقصود بحسن النية من لم يكن متواطأ مع المظهر وعالما بالدفوع التي يملك المدين توجيهها للمظهر أو غيره لقصد الإضرار بالمدين .
٤) تملك الحامل مقابل الوفاء الموجود لدى المسحوب عليه بحيث ينفرد به دون سائر الغرماء إذا أفلس الساحب .

وإليك هذه الآثار بشيء من التفصيل :

أ - نقل ملكية الكمبيالة:

يترتب على التظهير التام نقل ملكية الكمبيالة إلى المظهر إليه وهو ما يفيد نقل ملكية الحق الثابت فيها وكافة الحقوق الأخرى المتعلق به كالتأمينات الشخصية والعينية التي تضمن الوفاء به ، كما تنتقل ملكية مقابل الوفاء إلى

الحامل وهو الدين الذي يكون للساحب لدى المسحوب عليه [1] (م ٣٩٤ تجاري) [2].

ب - التزام المظهرين بالضمان :

يلقى التظهير التام على عاتق المظهر أو المظهر التزاما بضمان قبول الكمبيالة وضمان الوفاء بها في تاريخ استحقاقها . [3]

ويلتزم المظهر بهذا الضمان على وجه التضامن مع سائر المظهرين الموقعين على الكمبيالة ، فقد نصت المادة ٣٩٥ تجاري على أن " يضمن المظهر قبول الكمبيالة ووفاءها " .

ولا يعفي المظهر من الضمان إلا إذا اشترط إعفاءه من الالتزام بالضمان بالنص على ذلك في الكمبيالة (م ٣٩٥ تجاري) ويترتب على هذا الشرط إعفاء المظهر وحده- دون المظهرين السابقين أو اللاحقين – من ضمان القبول وضمان الوفاء مع بقائه مسئولاً عن تزوير توقيع الساحب وعن وجود الحق وقت نقله بالتظهير [4].

---

(١) للدكتور / علي يونس: الأوراق التجارية ص ١٥٦ ،١٥٧ ، وللدكتور / مصطفى كمال طه : مبادئ القانون التجاري ص ٤٢٦ .

(٢) قارن المادة ٥١١-٩ فرنسي .

(٣) قارن المادة ٥١١-١٠ تجاري فرنسي .

(٤) للدكتور / محمد محمود إبراهيم: موجز الأوراق التجارية ص١٠١ ،١٠٢.

ج - تطهير الدفوع:

يقصد بتطهير الدفوع : أن المظهر إليه يتلقى الحق من المظهر خالياً من العيوب التي تشوبه وعليه فلا يجوز للمدين في الكمبيالة أن يحتج على حاملها بالدفوع التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة دائنه المباشر .

ويمكن تبرير هذه القاعدة بأن الاعتبارات العملية وضرورات الحياة التجارية تتطلب ذلك إذ لو جاز للمدين بالكمبيالة - سواء الساحب أو المسحوب عليه أو أحد المظهرين - التمسك بالدفوع في مواجهة الحامل لخاف الكثير وتردد في الإقدام على التعامل بالكمبيالة حتى يبحث ظروف إبرامها ليتأكد من خلوها من العيوب وهذا من شأنه عرقلة تداول الأوراق التجارية وشلها عن أداء وظائفها.

واستقر الفقه والقضاء على اشتراط حسن نية الحامل حتى يتسنى له التمسك بقاعدة التطهير من الدفوع [1].

ويقصد بحسن نية الحامل هو أن يكون جاهلا بعيوب الكمبيالة أو دفوعها التي تنطوي عليه ويعتد بعلم الحامل أو جهله وقت التظهير ، فلو فرض كان يجهل العيب الذي يشوب الكمبيالة وقت تظهيرها إليه ثم علم به بعد ذلك فهذا العلم اللاحق لا يؤثر على حسن نيته وحسن النية في الحامل (المظهر إليه) مفترض وعلى مدعي العكس إثباته .

---

(١) للدكتورة / سميحة القليوبي : الأوراق التجارية ص ١٠٤ وما بعدها .

ومما هو جدير بالإشارة أن حسن النية في الحامل لا يعطيه الحق في التمسك بقاعدة التطهير من الدفوع على إطلاقه فهناك دفوع يجوز الاحتجاج بها على الحامل حسن النية منها:

الدفع الناشئ عن عيب ظاهر في الكمبيالة:

يقصد بالعيب الظاهر تخلف بيان من البيانات الإلزامية كتاريخ السحب أو غيره ويكون للمدين في الكمبيالة التمسك بهذا العيب الظاهر في مواجهة الحامل ولو كان حسن النية لأن مثل هذا العيب ظاهر ومن واجب الحامل أن يتبينه بمجرد الاطلاع على الكمبيالة .

الدفع بالتزوير:

يقصد بالتزوير أن يقوم شخص غير الساحب أو المظهر بتزوير توقيع أي منهما ، وفي هذه الحالة يحق للساحب الذي لم يوقع أو المظهر أن يحتج في مواجهة الحامل حسن النية ببطلان توقيعه لانعدام الإرادة .

الدفع بنقص أو انعدام الأهلية:

يجوز لمن وقع على الكمبيالة إذا كان ناقص الأهلية أو عديمها الاحتجاج ببطلان التزامه لنقص أهليته أو انعدامها في مواجهة الحامل حسن النية ، وذلك لأن حماية ناقص الأهلية أو عديمها أولى بالرعاية من حماية الحامل حسن النية .

فإذا كان الحامل سيئ النية فيجوز للمدين بالكمبيالة أن يحتج في مواجهته بكافة الدفوع ونورد بعضها بشيء البيان .

الدفع بالبطلان لانعدام سبب الالتزام أو لعدم مشروع :

إذا انعدم سبب الالتزام أو كان السبب غير مشروع كأن يتم عقد بيع بين (أ) و (ب) يكون (ب) مشتريا ويسحب (ب) كمبيالة على مدينه (ج) لأمر (أ) وفاء بالثمن ثم يفسخ عقد البيع أي يزول السبب الدافع إلى تحرير الكمبيالة .

فلو فرضنا أن الكمبيالة التي انعدم سببها أو كان غير مشروع تداولت بطريق التظهير فليس للمدين الساحب (ب) أن يحتج ببطلان أو انعدام السبب في مواجهة الحامل حسن النية مع أحقيته في التمسك ببطلان التزامه لانعدام السبب في مواجهة الحامل سيئ النية .

الدفع المستمد من عيوب الرضا:

قد يسحب شخص كمبيالة ويوقع عليها تحت تأثير تدليس أو إكراه أو نتيجة غلط ففي هذه الحالة يحق لمن وقع في عيب من عيوب الرضا أن يتمسك بإبطال التزامه في مواجهة دائنه المباشر أو مواجهة الحامل سيئ النية .

الدفع المستمد من انقضاء الالتزام أو فسخ العلاقة الأصلية:

قد ينقض الالتزام الصرفي بين المدين ودائنه المباشر بأي سبب من الأسباب كالمقاصة أو اتحاد الذمة ، فلا يجوز للمدين أن يحتج في مواجهة الحامل حسن النية بانقضاء الالتزام ، أو فسخ العلاقة الأصلية .

بينما إذا كان الحامل سيئ النية فيحق للمدين الأصلي عند رجوع الحامل التمسك بانقضاء الالتزام أو فسخه [1].

---

(١) في تطهير الدفوع انظر للدكتور / محمد حسني عباس: الأوراق التجارية من ٩٠ وما بعدها ، وللدكتور/ مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري ص ٤٢٧ وما بعدها وللدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ١٠٩ .

الفرع الثاني

التظهير التوكيلي

يقصد بالتظهير التوكيلي: توكيل المظهر إليه في تحصيل قيمة الكمبيالة لحساب المظهر ، وليس نقل ملكية الحق الثابت فيها [1] .

ويشترط له النص صراحة على أن التظهير للتحصيل أو التوكيل أو للقبض أو ما يدل على ذلك ، حيث نصت المادة ١٨ من قانون جنيف الموحد على أنه إذا اشتمل التظهير على عبارة القيمة للتحصيل أو القيمة للقبض أو بالتوكيل أو أي بيان آخر يفيد التوكيل فللحامل مباشرة جميع الحقوق المترتبة على الكمبيالة إنما لا يجوز له تظهيرها إلا على سبيل التوكيل .

أما إذا خلا التظهير مما يدل على أنه للتوكيل فإن قانون جنيف الموحد وكذلك القوانين الناقلة عنه تعتبره تظهيرا تاما ناقلا لكامل الملكية .

ومفاد ذلك أنه توجد طريقتان لتظهير الكمبيالة على سبيل التوكيل :

الأولى: التظهير التوكيلي الصريح : وذلك بأن يتضمن التظهير عبارة صريحة تفيد توكيل المظهر إليه في تحصيل قيمة الكمبيالة بأن يذكر بأن القيمة للتوكيل أو للتحصيل أو للقبض (م ٣٩٨ تجاري) .

الثانية: التظهير التوكيلي الضمني فوفقاً للمادة ٣٩٨ يعتبر التظهير الضمني للتوكيل إذا اشتملت على أي بيان آخر يفيد للتوكيل .

---

(١) للدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ١٢٦

آثار التظهير التوكيلي:

نظراً لأن التظهير التوكيلي يعتبر - في الحقيقة -وكالة فإن الآثار المترتبة على التظهير التام لا تثبت للتظهير التوكيلي ، وإنما يثبت له جميع الحقوق والأحكام المتعلقة بالوكالة فيلتزم المظهر إليه برعاية مصالح المظهر فيما يتعلق باستيفاء قيمة الورقة في ميعاد استحقاقها ، فإن امتنع المدين عن الوفاء كان علي المظهر إليه واجب المطالبة بذلك ، كما أن للمدين حق الاحتجاج على المظهر بالدفوع التي يملك توجيهها إلى المظهر إليه لكونه وكيلا له في التحصيل ، ولا يجوز للمظهر إليه تظهيرا توكيليا أن يظهر الورقة التجارية إلا بمثل ذلك .

وإليك هذه النتائج بشيء من التفصيل:

١) يجب على المظهر إليه تنفيذ الوكالة وفقاً للقواعد العامة وللتعليمات الصادرة إليه من موكله مع مراعاة مصلحة موكله(المظهر) فعلى المظهر إليه مطالبة المدين بالوفاء بقيمة الكمبيالة في ميعاد الاستحقاق واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوق موكله كتحرير احتجاج عدم الوفاء ، وإعلانه للضامنين ورفع الدعاوي في مواعيدها ، مع أحقية المظهر إليه في إعطاء مخالصة للمدين بعد تحصيل قيمة الكمبيالة .

٢) لا يترتب على التظهير التوكيلي نقل ملكية الورقة إلى المظهر إليه بل تظل مملوكة للمظهر وعليه يدخل الحق الثابت فيها في الضمان العام لدائني المظهر .

٣) يحق للمدين في الكمبيالة الاحتجاج على المظهر إليه بالدفوع التي يملك توجيهها للمظهر أي أن التظهير التوكيلي لا يظهر الكمبيالة من الدفوع .

٤) لا تنقضي الوكالة التي يتضمنها التظهير بوفاة الموكل أو الحجر عليه (م ٣٩٨ تجاري).

٥) يلتزم المظهر إليه بأن يرد جميع المبالغ التي حصلها للمظهر مع تقديم حساب عن وكالته [١].

الفرع الثالث

التظهير التأميني

قد لا يقصد المظهر بتظهيره الورقة التجارية نقل ملكيتها إلى المظهر إليه ولا توكيله في تحصيل قيمتها ، وإنما يقصد بذلك رهنها للمظهر إليه ضمانا لحق عليه قبل المظهر إليه ويسميه بعضهم الرهن التوثيقي .

ويتم التظهير التأميني بذكر عبارة على ظهر الكمبيالة تفيد رهن الحق الثابت فيها للمظهر إليه من أجل ضمان الدين الذي له حق عند المظهر [٢] .

---

(١) للدكتور / علي يونس: الأوراق التجارية ص ١٨٧ وما بعدها ، وللدكتور / مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري ص ٤٢٩ ، ٤٣٠ وللدكتور / محمد إسماعيل علم الدين: موجز القانون التجاري ص ٦١ ،٦٢.

(٢) للدكتور/علي يونس: الأوراق التجارية ص ١٣٨.

ويشترط للتظهير التأميني ما يشترط للتظهير التام ، وأن يذكر في التظهير أن القيمة رهن أو ضمان أو أي عبارة أخرى تدل على ذلك ، وإلى هذا تشير المادة التاسعة من قانون جنيف الموحد في أنه إذا اشتمل التظهير على عبارة "القيمة ضمان " أو " القيمة رهن " أو أي بيان آخر يفيد الرهن جاز لحامل الكمبيالة مباشرة جميع الحقوق المترتبة عليها، ومثله (م ٣٩٩ تجاري) .

وهذا النوع من التظهير قليل الوقوع في العمل لأن الأسلوب المتبــع غالبا لدى التجار خصم الكمبيالة لدى أحد البنوك والحصول على قيمتها قبل ميعاد استحقاقها .

هذا قانونا فإذا انتقلنا للشريعة الإسلامية للوقوف على حكم التظهير شرعاً ، فيلزم التفريق هنا بين حالتين :

١ ـ حالة الورقة التجارية المحررة للأمر أو الإذن إذا فقدت صفتها التجارية وصارت سندا عاديا أي مجرد وثيقة بدين لحاملها على ساحبها أو محررها فأصبحت لا تقبل التظهير قانونا ، ففي هذه الحالة يكون تظهيرها لشخص آخر حوالة عادية بالمعنى الشرعي نظرا إلى أن العبرة في العقود بما يدل على معانيها دون تقيد بعبارات خاصة ، هذا إذا كان المظهر إليه دائنا للمظهر ، فإن لم يكن دائنا فالتظهير توكيل له بتقاضي الدين على أن يتملكه قرضا .

٢ ـ حالة الورقة التجارية المحتفظة بصفتها التجارية ، فإن تظهيره لشخص آخر يكون حوالة بالمعنى الشرعي ولو شرط المظهر انتفاء ضمانه للدين المحال به أو لم تتوافر فيه شرائط التظهير قانونا .

وخلاصة القول أن التظهير - وفق أصول فقهائنا - حوالة صحيحة وفقاً لقيود تتطلبها الفقهاء .

أما تتابع التظهيرات فمن قبيل تراكب الحوالات أو الوكالات أو الكفالات الذي هو من مسلمات الفقه الإسلامي ، وفقهاؤنا يوافقون على تقديم الحامل للورقة المظهرة إليه (المحال) على سائر الغرماء إلا إذا كان الدين في ذمة المحال عليه قد سقط تعلق الحوالة به ، فإن الحامل (المحال) حينئذ يكون أسوة الغرماء .

أما التضامن بين الموقعين على الورقة التجارية فما دام ذلك قد أصبح عرفا سائداً فإن كل تظهير يكون ضمانا للمظهر إليه ، وفي الوقت نفسه توكيلا له من المظهر في أن يضمن الدين عنه للمظهر إليه التالي بحيث يكون كل مظهر ضامنا أصيلا ووكيلا في الضمان عن جميع الموقعين قبله على الورقة وهكذا توقيع الساحب ، هذا على رأي من لا يصححون الضمان قبل الوجوب وإلا فالمسألة أوضح من أن يتكلف لها مثل هذا .

المبحث الرابع

ضمانات الوفاء بقيمة الكمبيالة

تتمثل ضمانات الوفاء بالكمبيالة فيما يلي:

١ ـ مقابل الوفاء .

٢ ـ قبول المسحوب عليه .

٣ ـ تضامن الموقعين على الكمبيالة .

٤ ـ الضمان الاحتياطي .

ولمزيد من الإيضاح سيتم الحديث عن كل من الضمانات في مطلب مستقل:

المطلب الأول

مقابل الوفاء (la provision)

تعريفـــه :

هو دين نقدي للساحب في ذمة المسحوب عليه ويستحق الأداء في ميعاد الاستحقاق ومساو على الأقل لمبلغ الكمبيالة [١] .

فمقابل الوفاء يكون دينا للساحب لدى المسحوب عليه نتيجة علاقات خارجة عن الكمبيالة وسابقة عليها كأن يبيع الساحب بضاعة للمسحوب عليه بمبلغ معين ولا يقبض الثمن فالثمن في هذه الحالة هو مقابل وفاء الكمبيالة والذي على أساسه يصدر الساحب أمره للمسحوب عليه يدفع هذا المبلغ أو أقل منه [٢] .

أهمية مقابل الوفاء :

لمقابل الوفاء أهمية تنجلي فيما يلي:

١ - لا يقبل المسحوب -غالباً - التوقيع على الكمبيالة بالقبول إلا إذا تلقى مقابل الوفاء .

---

(١) للدكتور/ محمد علم الدين: موجز القانون التجاري ص ٦٥. وقارن المادة ٥١١-٧ تجاري فرنسي .

(٢) للدكتورة / سميحة القليوبي : الأوراق التجارية ص ١٧٢ .

٢ ـ للساحب الذي قدم مقابل الوفاء الحق في أن يدفع في مواجهة الحامل المهمل بسقوط حقه في الرجوع عليه .

٣ ـ يؤكد وجود مقابل الوفاء حق الحامل في استيفاء مبلغ الكمبيالة وإن كان عدم وجوده لا يؤثر على صحة الكمبيالة.

الملتزم بتقديم مقابل الوفاء :

طبقاً للمادة ٤٠١ تجاري يجب على الساحب أو من سحبت لحسابه بتقديم مقابل الوفاء، إذ يجب عليه وقد التزم بتمكين المستفيد من استيفاء مبلغ الكمبيالة وأصدر أمرا إلى المسحوب عليه أن يوجد لدى الأخير مقابل وفائها. أما المظهرون فلا يلتزمون بتقديمه (١) .

شروط مقابل الوفاء :

تقضي المادة ٤٠٢ تجاري على أنه " يعتبر مقابل الوفاء موجوداً إذا كان المسحوب عليه مديناً للساحب أو للأمر في ميعاد استحقاق الكمبيالة بمبلغ من النقود مستحق الأداء ومساو بالأقل لمبلغ الكمبيالة "

من هذا النص يؤخذ شروط مقابل الوفاء وهي:

الشرط الأول: وجود المقابل في ميعاد الاستحقاق وذلك حتى يتمكن المسحوب عليه من الوفاء بقيمة الكمبيالة عند تقديمها، وعليه فلا أهمية إذا انعدم مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه قبل حلول ميعاد الاستحقاق ويعتبر مقابل الوفاء غير موجوداً لو كان موجودا وقت إنشاء الكمبيالة ثم زال وجوده قبل موعد الاستحقاق (٢) .

---

(١) و (٢) للدكتور/ محمد محمود إبراهيم : موجز الأوراق التجارية ص ١٤٤، ١٤٥.

الشرط الثاني: أن يكون محل التزام المسحوب عليه قبل الساحب مبلغا من النقود :

يعتبر هذا الشرط نتيجة منطقية لاشتراط المشرع أن يكون الدين الثابت في الأوراق التجارية مبلغا من النقود ، وعليه يجب أن يكون الالتزام الذي في ذمة المسحوب عليه قبل الساحب مبلغاً من النقود وليس بضاعة أو خلافه يمكنه الوفاء للحامل بقيمة الكمبيالة .

الشرط الثالث: أن يكون المبلغ الموجود في ذمة المسحوب عليه محقق الوجود ومستحق الأداء في ميعاد الاستحقاق .

يقصد بمحقق الوجود: ألا يكون أداؤه معلقاً على شرط ، ولا يكون محجوزاً عليه تحت يد المسحوب عليه ، ولا يكون محل منازعة بين الساحب والمسحوب عليه .

ويشترط أن يكون مستحق الأداء في تاريخ استحقاق الكمبيالة والحكمة في ذلك أن مقابل الوفاء هو ذلك المبلغ الذي يستخدمه المسحوب عليه في تنفيذ الأمر الصادر له من الساحب بالوفاء بقيمة الكمبيالة ولا يتم ذلك إلا إذا كان محقق الوجود ومستحق الأداء [1] .

---

(١) للدكتور / محمد محمود إبراهيم: موجز الأوراق التجارية ص ١٤٧ ، وللدكتورة / سميحة القليوبي : الأوراق التجارية ص ١٧٦.

الشرط الرابع: كفاية الدين الموجود في ذمة المسحوب عليه للوفاء بالكمبيالة.

يقصد بهذا الشرط أن يكون الدين الموجود للساحب في ذمة المسحوب عليه مساوياً على الأقل لمبلغ الكمبيالة .

فإذا كان مقابل الوفاء غير كاف للوفاء بقيمة الكمبيالة يكون للحامل على هذا الجزء كافة حقوقه على مقابل الوفاء الكامل ، ويلتزم بأخذه دون أن يكون له الحق في رفض الوفاء الجزئي وإلا اعتبر حاملا مهملا لما في ذلك من تخفيف على الضامنين في الكمبيالة بالوفاء الجزئي.

وفي حالة الوفاء الجزئي للحامل لوجود مقابل وفاء أقل من قيمة الكمبيالة يحق للحامل اتخاذ كافة الإجراءات بالمبلغ الذي لم يستوفه ويعد مقابل الوفاء الجزئي في حكم المقابل غير الموجود [1] .

إثبات وجود مقابل الوفاء :

قد يكون للساحب مصلحة في إثبات وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه للرجوع بالضمان في حالة امتناعه عن الوفاء أو القبول ، وطبقا للقاعدة العامة يقع عبء الإثبات على المدعي ، والمدعي - هنا - هو الساحب مع ملاحظة أن المشرع التجاري وضع قرينة بمقتضاها يعفي الساحب من عبء إثبات تقديم مقابل الوفاء في حالة توقيع المسحوب عليه بقبول الكمبيالة ، فقد نصت المادة ٤٠٣ تجاري على أنه " قبول الكمبيالة قرينة على وجود مقابل الوفاء لدى القابل ولا يجوز نقض هذه القرينة في علاقة المسحوب عليه

(١) للدكتور / محمد علم الدين إسماعيل: موجز القانون التجاري ص ٦٧ ،٦٨.

بالحامل أي أن قبول المسحوب عليه الكمبيالة قرينة على أنه تلقى مقابل الوفاء من الحامل إلا أن هذه القرينة بسيطة في مواجهة المسحوب عليه والساحب يجوز للمسحوب عليه إثبات عكسها للكمبيالة [1] .

حق الحامل على مقابل الوفاء:

وفقا للمادة ٤٠٤ [2] تجاري يكون مقابل الوفاء ملكا لحامل الكمبيالة ميعاد الاستحقاق، ويترتب على تملك الحامل لمقابل الوفاء في ميعاد الاستحقاق أو تملكه قبل ميعاد الاستحقاق بتخصيص مبلغ - مقابل الوفاء - لدفع قيمة الكمبيالة عدة نتائج أهمها:

أ- لا يحق للساحب استرداده أو التصرف فيه.

ب- لا يحق لدائني الساحب التنفيذ على مقابل الوفاء تحت يد المسحوب عليه في حالة إفلاس الساحب ، ويكون مقابل الوفاء ملكاً للحامل ويختص به وحده دون غيره (م ٤٠٦ تجاري).

ج- في حالة إفلاس المسحوب عليه إذا كان مقابل الوفاء متميزا عن باقي أموال المسحوب عليه ، فللحامل أن ينفرد به دون باقي الدائنين، بينما إذا لم يكن متميزاً فإن الحامل يصبح دائناً عادياً ويدخل في التفليسة شأنه شأن غيره من الدائنين يقتسم معهم قسمة غرماء (م ٤٠٧ تجاري).

---

(١) للدكتورة/ سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ١٧٩ وما بعدها ، وللدكتور / محمد إسماعيل علم الدين: موجز القانون التجاري ص ٦٨ ، ٦٩ .

(٢) قارن المادة ٥١١-٧ فرنسي .

د- يحق للحامل باعتباره صاحب الحق على مقابل الوفاء أن يخطر المسحوب عليه بعدم الوفاء للساحب .

هـ - إذا فرض أن الساحب أنشأ عدة كمبيالات تستحق الدفع في تاريخ واحد على مقابل وفاء واحد فتكون الأفضلية لحامل الكمبيالة السابق تاريخها على تاريخ الكمبيالات الأخرى طبقاً للمادة ٤٠٨/١ تجاري [١] ، فإذا سحبت كمبيالات في تاريخ واحد قدمت الكمبيالة التي تحمل قبول المسحوب عليه ، فإذا لم تحمل أية كمبيالة قبول المسحوب عليه قدمت الكمبيالة التي خصص لها مقابل الوفاء (م ٤٠٨ / ٢ تجاري) .

---

(١) للدكتور/ محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ١٢٢ وما بعدها وللدكتور/علي يونس: الأوراق التجارية ص ٢٥٦ وما بعدها.

المطلب الثاني

القبول (l'acceptation)

تعريفه:

هو تعهد المسحوب عليه كتابة بدفع قيمة الكمبيالة في ميعاد الاستحقاق [١].

فالكمبيالة تتضمن أمراً من الساحب إلى المسحوب عليه بالوفاء بقيمتها ، وهذا الأمر لا يلزم المسحوب عليه بالوفاء إذ لا يلتزم الإنسان بناء على رغبة الغير فالمسحوب عليه غير ملتزم بالوفاء بالكمبيالة إلا إذا تعهد بالوفاء أي بقبولها فحينئذ يصبح المسحوب عليه القابل هو المدين الأصلي في الكمبيالة ، وينقلب الساحب إلى مركز الضامن بعد أن كان هو المدين الأصلي وفي هذا زيادة ضمان في الوفاء بالكمبيالة [٢] .

شروط القبول:

يجب أن يتم القبول بالكتابة لأن القبول الشفوي لا يصلح للالتزامات الصرفية ، ويكون بلفظ يفيد القبول كلفظ (مقبول) أو (سأدفع) أو أي عبارة تفيد معناه ، ولا يشترط ذكر تاريخ القبول إلا إذا كانت الكمبيالة تدفع بعد ميعاد معين : يوم أو شهر أو أكثر من القبول ، فلو فرض أنه لم يذكر التاريخ في مثل هذه الكمبيالة فإن الكمبيالة تصبح مستحقة الدفع بعد انقضاء الميعاد المعين على

---

(١) للدكتور/ مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري ٤٢٨.

(٢) للدكتور/ محمد محمود إبراهيم: موجز الأوراق التجارية ص ١٧٦ ، ١٧٧ .

أن يحسب من تاريخ السحب وفي هذا تضييع فرصة أو وقت للمسحوب عليه (م ٤١٣ تجاري) [١] .

ويجب أن يرد القبول على ذات الكمبيالة تحقيقاً لمبدأ الكفاية الذاتية ويلاحظ أن القانون التجاري الجديد تضمن نصاً يشير إلى التوقيع بالقبول خارج صك الكمبيالة في المادة ٤١٧/٢ تجاري والتي تنص على أنه " ومع ذلك إذا أخطر المسحوب عليه الحامل أو أي موقع آخر كتابة بقبوله التزم قبلهم في حدود هذا القبول "

ويجب أن ينصب القبول على مضمون الالتزام الصرفي وأوصافه فلا يحق للمسحوب عليه أن يعدل في قبوله أي بيان من بيانات الكمبيالة [٢] كما لا يجوز تعليقه على شرط.

القبول الجزئي:

هل يشترط لصحة القبول أن يقبل المسحوب عليه الوفاء بكل المبلغ الوارد في الكمبيالة أم يجوز له أن يقصر قبوله على جزء من مبلغها ؟

أجابت على ذلك المادة ٤١٤ تجاري بالجواز للمسحوب ، وفي هذه الحالة يجب على حاملها أن يعمل الاحتجاج عن الباقي الزائد عن القدر المقبول .

---

(١) وزيادة في البيان يمكن مراجعة المادة ٥١١-١٧ فرنسي .

(٢) الدكتور/ علي يونس: الأوراق التجارية ص ٢٤٨.

والحكمة من جواز القبول الجزئي هو التخفيف على الساحب والمظهرين الذين يضمنون للحامل قبول الكمبيالة مع أحقية الحامل في عمل احتجاج عدم القبول عن الجزء الزائد الذي لم يقبل [1] .

طالب القبول :

الأصل أن الحامل هو الذي يطلب من المسحوب عليه قبول الكمبيالة سواء تقدم للمسحوب عليه بنفسه أو أناب غيره مع عدم اشتراط أن تكون الإنابة بتوكيل ثابت على ظهر الكمبيالة لأن تقديم الكمبيالة للقبول غير قاصر على الحامل أو وكيله ، بل لكل من يجوز الكمبيالة الحق تقديمها للمسحوب عليه للقبول لأن القبول مطلوب لذات الكمبيالة ومنصب عليها في ذاتها دون أهمية لشخصية مبرزها لأنه ليس وفاء (م ٤٠٩ تجاري) .

ويلاحظ أن الغالب والمعمول به أن تتولى البنوك تقديم الكمبيالات للقبول نيابة عن المستفيدين فيه [2].

مدى التزام المسحوب عليه بالقبول:

الأصل أن المسحوب عليه لا يلتزم بقبول الكمبيالة عند تقديمها إليه ولو كان تلقى مقابل الوفاء من الساحب ، فمن حقه القبول ومن حقه الرفض إلا أن حرية المسحوب عليه في القبول يرد عليها استثناءان:

---

(١) للدكتور / علي يونس: المرجع السابق ص ٢٤٩ ، وللدكتور / مصطفى كمال طه : مبادئ القانون التجاري ص ٤٣٩ .

(٢) للدكتور محمد محمود إبراهيم: موجز الأوراق التجارية ص ١٨٦.

الأول : إذا تعهد المسحوب عليه باتفاق خاص بقبول الكمبيالات التـي يسحبها الساحب عليه فيلتزم بالقبول .

الثاني : إذا كان المسحوب عليه تاجراً والساحب تاجراً فالعرف التجاري جري على أن للدائن التاجر تحصيل دينه عن طريق سحب كمبيالات على مدينه التاجر وعليه يلتزم المسحوب عليه بالقبول [١] .

ففي هذين الاستثناءين لو فرض ورفض المسحوب عليه القبول فإنه يكون مسئولا بتعويض الساحب عن الأضرار التي تصيبه بسبب رفضه القبول [٢] .

وقت تقديم الكمبيالة للقبول:

يكون للحامل الحق في تقديم الكمبيالة للقبول من تاريخ إنشائها حتى ميعاد حلول استحقاقها ، وذلك ما لم تكن الكمبيالة واجبة الدفع بعد مدة معينة من الاطلاع فيجب على الحامل تقديم الكمبيالة للمسحوب للقبول خلال سنة من تاريخها وإلا اعتبر حاملا مهملا وسقط الرجوع على الضامنين (م ٤١١ تجاري) وللساحب تقصير هذا الميعاد أو إطالته، وكذلك لكل مظهر تقصيره (م ٤١١ تجاري).

مكان القبول:

تقدم الكمبيالة للقبول في محل المسحوب عليه، وإذا تضمنت الكمبيالة مسحوباً عليه احتياطياً أو موفياً احتياطياً ، فتقدم الكمبيالـة للمسحوب عليه في

---

(١) للدكتورة / سميحة القليوبي : الأوراق التجارية ص ١٤٤ .

(٢) للدكتور محمد محمود إبراهيم: موجز الأوراق التجارية ص ١٩١.

محله فإذا رفض القبول تقدم للمسحوب عليه الاحتياطي أو الموفي الاحتياطي في موطنه [1] .

آثار القبول:

يترتب على قبول المسحوب عليه للكمبيالة عدة نتائج أهمها:

١- براءة ذمة الموقعين على الكمبيالة من الالتزام بضمان القبول .

٢- التزام المسحوب عليه القابل بدفع قيمة للكمبيالة في ميعاد استحقاقها (م ٤١٦ تجاري) [2] ويصبح بالقبول المدين الأصلي بعد أن كان غريباً عنها ، وعليه يمتنع عليه التمسك بسقوط حق الحامل المهمل .

٣- يعتبر قبول المسحوب عليه قرينة على أن المسحوب عليه قد تلقى مقابل الوفاء من الساحب [3].

أثر رفض المسحوب عليه القبول:

سبق أن أوضحنا بأن للمسحوب عليه - عدا الاستثناءين السابقين - الحرية في القبول أو الرفض بيد أنه إذا رفض القبول أعطى المشرع الحق للحامل في الرجوع على الساحب وغيره من الضامنين في الكمبيالة كالمظهرين ، مع وجوب أن يثبت الحامل رفض قبول المسحوب عليه في ورقة رسمية وهي

---

(١) للدكتور/علي يونس: الأوراق التجارية ص ٢٥٠.

(٢) قارن المادة ٥١١-١٩ فرنسي .

(٣) للدكتور/علي يونس: الأوراق التجارية ص ٢٥٠ ، ٢٥١ . وللدكتور مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري ٤٣٩ ، ٤٤٠.

احتجاج عدم القبول وهي ورقة من أوراق المحضرين تعلن لإثبات عدم القبول، ويقوم الحامل بتوجيه هذا الاحتجاج إلى الضامن أو الضامنين الذين ينوي الرجوع عليهم-سواء أكان الساحب أو أحد المظهرين- لمطالبتهم بالوفاء بقيمة الكمبيالة فورا أو بتقديم كفيل ضامن لدفع قيمة الكمبيالة في ميعاد الاستحقاق والخيار يكون للضامن [١] .

ويعفي الحامل من اتخاذ إجراءات احتجاج عدم القبول ويرجع على الضامنين دون اتخاذه إذا تضمنت الكمبيالة شرطاً يعفيه من هذا الإجراء كشرط الرجوع بلا مصاريف أو شرط الرجوع دون إجراء احتجاج عدم القبول [٢].

القبول بالتدخل :

قد يحصل إبان رفض المسحوب عليه القبول أن يتقدم أي شخص لقبولها عن أي أحد من الملتزمين، ولا يشترط للقبول بالواسطة صيغة معينة فبأي صيغة تفيد القبول بالواسطة مع توقيعه .

يجوز أن يكون المتدخل من الغير وإن كان المسحوب عليه غير القابل (م ٤٥٠ تجاري) .

فإذا قام القابل بالواسطة بالوفاء للحامل كان للأول الرجوع على من توسط لمصلحته والموقعين السابقين عليه دون اللاحقين له [٣] .

المطلب الثالث

(١) للدكتور علي يونس: الأوراق التجارية ص ٢٥١ ، وللدكتور / مصطفى كمال طـه: ص ٤٤٠ .

(٢) للدكتورة/ سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص١٥٧ و ما بعدها .

(٣) للدكتور مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري ص ٤٤٠ وما بعدها.

تضامن الموقعين على الكمبيالة

من أهم ضمانات الوفاء بقيمة الكمبيالة تضامن جميع الموقعين عليها من ساحب ومسحوب عليه قابل ومظهرين، وقابل بالواسطة وضامن احتياطي كل هؤلاء ملتزمون بالوفاء على وجه التضامن تجاه الحامل .

فهذا التضامن يخول للدائن(الحامل) الحق في مطالبة أي واحد من الملتزمين بكل قيمة الدين الثابت في الكمبيالة، دون أن يدفع من توجهت إليه المطالبة بتقسيم الدين عليه وعلى غيره ، أو بأن يطالب الدائن غيره قبله ، فقد نصت المادة ٤٣٨ تجاري على أنه " لحامل الكمبيالة عند عدم وفائها في ميعاد الاستحقاق الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين بها ".

ولا يفرض القانون على الحامل عند الرجوع على الموقعين على الكمبيالة للوفاء بقيمتها - باعتبارهم ضامنين متضامنين – ترتيباً معيناً ، وذلك على خلاف ما كان عليه الأمر في ظل القانون التجاري الملغي

وفي النهاية يحق للحامل مطالبة المدينين في الورقة سواء الساحب أو المظهر أو غيره مجتمعين أو منفردين [١] .

---

(١) للدكتور/علي يونس: الأوراق التجارية ص ٢٢١ ، ٢٢٢ ، وللدكتورة / سميحة القليوبي : الأوراق التجارية ص ١٩٢ .

المطلب الرابع

الضمان الاحتياطي

الضامن الاحتياطي هو: كفيل يضمن الوفاء بقيمة الكمبيالة في ميعاد استحقاقها، ويكون هذا الضمان من أي شخص ولو كان ممن وقعوا الكمبيالة (م ٤١٨ تجاري) [١] .

ويكون الضامن الاحتياطي عن الساحب والمسحوب عليه القابل وعن أحد المظهرين، مع تحديد الشخص المضمون لأن الضامن الاحتياطي يلتزم بالوفاء على وجه التضامن بالأوجه التي يلتزم المضمون بها، مع الإشارة إلى أن تحديد المضمون يعد من المسائل الموضوعية التي يختص بها قاضي الموضوع ويستخلصها بكافة الأدلة بما في ذلك القرائن فإذا لم تشير أية قرائن إلى المضمون كان المضمون هو الساحب وعليه يكفل الضامن الساحب وجميع الموقعين على الكمبيالة [٢] .

---

(١) قارن للمادة ٥١١-٢١ فرنسي.

(٢) للدكتور /محمد محمود إبراهيم: موجز الأوراق التجارية ص ١٤٦ وما بعدها، والدكتور / علي يونس: الأوراق التجارية ص ١٤٦ وما بعدها ، وللدكتور / مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري ص ٤٤٢ ،٤٤٣ .

شروطه:

يشترط في الضامن الاحتياطي أهلية مباشرة الأعمال التجارية وأن تكون إرادته سليمة خالية من عيوب الرضا وأن يكون لالتزام الضامن سبب موجود ومشروع مع توافر شروط المحل وفقاً للقواعد العامة .

وإن كان الأصل أن الضامن الاحتياطي يضمن الوفاء بكل قيمة الكمبيالة إلا أنه يجوز الاتفاق على أن يقتصر ضمانه على الوفاء بجزء من الكمبيالة أو يقتصر ضمانه على ضمان قبولها، كما له تعليق ضمانه على شرط [1].

شكله :

يكون الضمان الاحتياطي على الكمبيالة أو " وصله " وفقاً للمادة ٤١٩ تجاري [2] .

والغالب أن الضمان الاحتياطي يكون بالكتابة على ذات الكمبيالة بذكر عبارة الضمان كعبارة " مقبول للكفالة " أو " يعتمد للكفالة " أو " مقبول كضمان احتياطي " ولم يتطلب القانون ذكر تاريخ الضمان أو مبلغ الكمبيالة ، ثم يوقع الضامن الاحتياطي.

وإذا كان الأصل أن يتم الضمان الاحتياطي على ذات الكمبيالة فخروجاً على هذا الأصل وعلى مبدأ الكفاية الذاتية الذي يسود الأوراق التجارية يجوز أن يكون الضمان الاحتياطي في ورقة وصلة متصلة عن الكمبيالة (م ٤١٩ / ١ تجاري) .

---

(١) للدكتورة / سيدة القليوبي : الأوراق التجارية ص ١٩٥ ، وللدكتور محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ١٤٨ وما بعدها.

(٢) قارن المادة ٥١١-٢١ تجاري فرنسي .

آثاره:

يرتب الضمان الاحتياطي أثرين [1]:

أولا: التزام الضامن الاحتياطي تابع لالتزام المضمون ، ونظراً لأن الضامن الاحتياطي كفيل للملتزم المضمون ، فيكون مسئولا عن الوفاء بالدين المكفول بالأوجه التي يلتزم بها المكفول، وعليه يكون للضامن الاحتياطي الاحتجاج في مواجهة الحامل بالدفوع التي يكون للملتزم المضمون الاحتجاج بها، كالدفع بالمقاصة والتقادم والسقوط بسبب إهمال الحامل ، وكذلك يتأثر التزام الضامن بصحة وبطلان التزام المضمون فلو أصبح التزام المضمون باطلاً لأي سبب جاز للضامن الاحتياطي التمسك بهذا البطلان في مواجهة الحامل ، عدا حالة واحدة وهي إذا أبطل التزام لنقص الأهلية فلا يستفيد الضامن بهذا لأن البطلان المقرر في نقص الأهلية لمصلحة ناقص الأهلية فقط.

ثانيا: الضامن الاحتياطي مسئول على وجه التضامن:

يترتب على ذلك أن الضامن الاحتياطي يكون مسئولا على وجه التضامن مع المضمون في مواجهة للحامل عن الوفاء بقيمة الكمبيالة بالإضافة إلى مسئوليته التضامنية مع غيره من الضمان الاحتياطيين إن وجدوا [2] .

فإذا أوفى الضامن الاحتياطي بالكمبيالة آلت إليه الحقوق الناشئة عنها قبل كل ملتزم بمقتضى الكمبيالة تجاه المضمون (م ٤٢٠ تجاري).

---

(١) قارن في ذلك المادة ٥١١-٢١ .

(٢) للدكتور /محمد محمود إبراهيم: موجز الأوراق التجارية ص ١٣١ وما بعدها ، وللدكتور/علي يونس: الأوراق التجارية ص ٢٣٧ وما بعدها.

المبحث الخامس

الوفاء بقيمة الكمبيالة

تنشأ الكمبيالة بإصدارها وتنتقل بالتظهير من شخص لآخر إلى أن يحل ميعاد استحقاقها فيكون على الحامل التقدم إلى المسحوب عليه للحصول على قيمتها فإذا تم الوفاء بقيمة الكمبيالة انقضى الالتزام الثابت في الكمبيالة وانتهت حياتها ، بينما قد يرفض المسحوب عليه الوفاء وفي هذه الحالة يكون على الحامل اتخاذ إجراءات معينة للمحافظة على حقه .

وسيتم الحديث عن هذا المبحث عبر مطلبين :

المطلب الأول : الوفاء بالالتزام الثابت في الكمبيالة في ميعاد الاستحقاق

المطلب الثاني: الامتناع عن الوفاء .

المطلب الأول

الوفاء بالالتزام الثابت في الكمبيالة

وضع المشرع التجاري أحكاماً وقواعد خاصة للوفاء بقيمة الكمبيالة سيتم الحديث عنها على النحو التالي:

١ـ زمان الوفاء

مما سبق داسته في البيانات الإلزامية للكمبيالة يتضح لنا أن تاريخ الاستحقاق من البيانات الإلزامية .

ولما كان تاريخ الاستحقاق يمثل أهمية كبيرة في حياة الكمبيالة يحسن الإشارة إلى ما جاء قانوناً وعرفاً في تحديد المقصود بميعاد الاستحقاق .

ويكون ميعاد الاستحقاق واحداً من الصور التالية:

١ـ في يوم معين :

الغالب أن يتم تحديد ميعاد الاستحقاق بيوم معين فيذكر ـ مثلا ـ ١٠ رمضان سنة ١٤٢٢ هـ أو في ١ / ٣ / ٢٠٠٢ م .

وقد يحدد الميعاد بأول رمضان ١٤٢٢ هـ منتصف مارس ٢٠٠٢ م أو آخر إبريل ٢٠٠٢ م ، فالرأي مستقر على أن أول الشهر يحدد بيوم (١) واحد في الشهر ومنتصف الشهر بيوم ١٥ من الشهر وآخر الشهر بيوم ٣٠ إذا كان ثلاثين يوما أو ٣١ إذا كان هكذا [١] (م ٤٢٤ / الفقرة الثالثة والرابعة) .

---

(١) للدكتورة /سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٢٠٤ ، وللدكتور /محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ١٥٩.

٢- الكمبيالة الواجبة الدفع بعد مدة من تاريخ إنشائها:

والصورة في هذا أن يكتب " ادفعوا بعد شهر من تاريخه " أو بعد ثلاثة أشهر فيعتبر تاريخ الاستحقاق هو اليوم المماثل لتاريخ تحريرها بغض النظر عن عدد أيام كل شهر فلو سحبت في ١٥ إبريل فيكون استحقاقها في ١٥ مايو أو ١٥ يوليو .

فإذا وردت " ادفعوا بعد خمسين يوما " فهنا تحسب المدة بالأيام مع احتساب يوم السحب ضمن عدد الأيام.

ونأتي لأمر هام هو إذا حررت الكمبيالة في ٣١ يناير وكانت واجبة الدفع بعد شهر من تاريخه فيكون ميعاد استحقاقها آخر شهر فبراير سواء كان ٢٨ أو ٢٩ حسب الأحوال (م ٤٢٤ / ١ تجاري).

وفي كل الأحوال يحسب الشهر أو الأكثر حسب التقويم الوارد في تاريخ سحبها بالعربي أو الإفرنجي [١].

٣- الكمبيالة المستحقة لدى الاطلاع:

قد تكون الكمبيالة مستحقة الدفع بمجرد الاطلاع ، وذلك إذا لم يذكر فيها تاريخ الاستحقاق وإنما وردت عبارة " ادفعوا بمجرد الاطلاع " .

وفي هذه الحالة يكون للحامل الحرية في اختيار الوقت المناسب له في مطالبة المسحوب عليه بالوفاء بقيمتها، إلا أن المشرع قيد من هذه الحرية -

---

(١) الدكتور/ حسين النوري: دروس في الأوراق التجارية والنشاط المصرفي ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ وللدكتور/ محمد إسماعيل علم الدين :موجز القانون التجاري ص٩٠.

حماية للضامنين ـ فقضت المادة ٤٢٢ تجاري بأنه لابد أن يتقدم الحامل إلى المسحوب عليه في خلال سنة من تاريخ تحريرها وللساحب تقصير هذا الميعاد أو إطالته وللمظهرين تقصيره .

٤- الكمبيالة الواجبة الدفع بعد مدة من الاطلاع :

قد يتفق الأطراف على تحديد ميعاد الاستحقاق بعد فترة معينة من الاطلاع المسحوب عليه وذلك بذكر عبارة تفيد ذلك نحو " ادفعوا بعد ثمانية أيام من الاطلاع أو شهر أو أكثر " .

والحكمة من ذلك تمكين المسحوب عليه من تدبير المال اللازم لدفع قيمة الكمبيالة لأن استحقاق الكمبيالة لدى الاطلاع قد يضع المسحوب عليه في موقف حرج إذا تقدم له الحامل في يوم لا يتوافر معه المبلغ ولا سيما إذا كان مبلغ الكمبيالة كثيراً.

ويتم تحديد ميعاد الاستحقاق بعد مرور المدة المحددة من تاريخ قبولها أو عمل احتجاج عدم القبول (م ٤٢٣ تجاري) فإذا قبل المسحوب عليه الكمبيالة دون ذكر تاريخ قبولها حسبت المدة من تاريخ إنشائها [١].

وبعد بيان ميعاد الاستحقاق نوضح بأن المادة ٤٢٦ تجاري أوجبت على كل حامل كمبيالة أن يطلب دفعها في يوم حلول ميعاد استحقاقها ولا يستطيع التراخي في تقديم الكمبيالة إلى ما بعد ميعاد الاستحقاق وإلا اعتبر حاملا مهملا .

---

(١) للدكتور/حسين النوري: دروس في الأوراق التجارية ص ٢٢٣ ،٢٢٤ ، وللدكتورة /سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص٢٠٧ وما بعدها.

والحكمة من ذلك رعاية مصلحة الحامل والضامنين حتى لا يظل موقفهم في الضمان معلقاً.

مدى جواز تأجيل الوفاء بقيمة الكمبيالة:

قد تحدث ظروف استثنائية قهرية كالحرب والأزمات الاقتصادية التي تعجز معظم التجار عن الوفاء بديونهم ، ونظراً لأن هذه الظروف خارجة عن إرادتهم فيضطر المشرع إلى إصدار قانون يؤجل دفع قيمة الديون حتى لا يتعرض المدينين إلى التشهير بسمعتهم وشهر إفلاسهم ، وذلك مثل القانون رقم ٣٨٩ لسنة ١٩٥٦ م الذي صدر في مصر أثناء العدوان الثلاثي، وكذلك القانون رقم ٤١ لسنة ١٩٦٧ م بوقف الإجراءات على المتأخرين في سداد الأوراق التجارية حتى ٣١ - ١٢ - ١٩٦٧ م بالنسبة للمقيمين بمحافظات بورسعيد والسويس والإسماعيلية ودمياط " بلاد الحرب " .

والخلاصة أن القاضي لا يملك إعطاء المدين مهلة في الوفاء بقيمة الكمبيالة، إلا إذا صدر قانون استثنائي لظرف قهري استثنائي وأجاز للقاضي إعطاء المهلة وحدد له المهلة التي تعطى .

٢- طرفا الوفاء

يتم الوفاء بين كل من المسحوب عليه وحامل الكمبيالة أو نائب كل منهما ، ويجب على المسحوب عليه الوفاء للحامل الشرعي للكمبيالة مع التحقق من تسلسل التظهيرات، وإلا كان مسئولا عن الوفاء مرة ثانية [١].

(١) للدكتور /محمد إسماعيل علم الدين: موجز القانون التجاري ص٩١.

٣- مكان الوفاء

قد يعين في الكمبيالة مكانا للوفاء فيلتزم الحامل بالتقدم في ميعاد الاستحقاق إلى المسحوب عليه للوفاء بقيمتها في المكان المتفق عليه .

فإذا لم يعين في الكمبيالة مكان الوفاء فيكون الوفاء في موطن المدين (المسحوب عليه) طبقا للقواعد العامة [١].

٤- محل الوفاء

محل الوفاء هو: محل الالتزام الثابت في الكمبيالة وهو دفع مبلغ معين من النقود .

فيلتزم المسحوب عليه بالوفاء بالمبلغ النقدي المبين في الكمبيالة من صنف النقود المبينة وبقدرها وعددها دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي أثر (م ١٣٤ مدني)، فإذا كان المبلغ الثابت في الكمبيالة بالفرنك الفرنسي وجب الوفاء بالعملة الفرنسية.

وليس هناك ما يمنع الحامل من قبول الوفاء بعملة أخرى غير الموجودة في الكمبيالة تعادلها.

فإذا لم يذكر في الكمبيالة نوع النقود التي يتم الوفاء بها فيتم الوفاء وفقا لعملة المكان المسحوب عليه الكمبيالة [٢].

---

(١) للدكتور/ حسين النوري: دروس في القانون التجاري ص ٢٢٨ .

(٢) للدكتور / محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ٢١٢ -٢١٣ .

٥ - الوفاء الجزئي

القاعدة العامة أن الوفاء يجب أن يتم بمبلغ الكمبيالة كله ، ولا يجبر الحامل (الدائن) على قبول جزء فقط من دينه إلا إذا كان هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك. (م ٣٤٢/١ مدني).

بيد أن لمشرع خرج على هذه القاعدة فيما يتعلق بالوفاء بالكمبيالة فنصت المادة ٤٢٧ تجاري (الفقرة الثانية والثالثة) على أنه:

٢ - لا يجوز لحامل الكمبيالة أن يمتنع عن قبول الوفاء الجزئي.

٣ - وإذا كان الوفاء جزئياً جاز للمسحوب عليه أن يطلب إثباته على الكمبيالة وإعطاءه مخالصة به.

والحكمة من هذا الاستثناء رعاية مصالح الساحب و الموقعين الآخرين على الكمبيالة، لأن قبول الوفاء الجزئي من شأنه تخفيض المبلغ المستحق وتخفيف عبء الضمان . (م ٤٢٧ / ٤ تجاري) .

وفي حالة الوفاء الجزئي يكون على الحامل عمل احتجاج عدم الدفع عن الجزء الباقي، مع احتفاظ الحامل بالكمبيالة ويؤشر عليها بالوفاء الجزئي ويعطى الحامل مخالصة مستقلة للمسحوب عليه .

وإذا رفض الحامل الوفاء الجزئي جاز للساحب أن يعرض هذا المبلغ عرضاً حقيقياً ثم يودعه خزانة المحكمة طبقاً للقواعد العامة [١] .

---

(١) للدكتور /محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ١٧٢ ، ١٧٣، وللدكتور /محمد إسماعيل علم الدين: موجز القانون التجاري ص ٩٣.

٦- إثبات الوفاء

إذا قام المسحوب عليه بالوفاء بقيمة الكمبيالة فله استرداد الكمبيالة من الحامل موقعاً عليها من الحامل بما يفيد التخالص من الدين الثابت فيها (م ٤٢٧ / ١ تجاري) فوجود الكمبيالة في حيازة المسحوب عليه وإن كان يعد قرينة على حصول الوفاء إلا أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس.

فإذا فرض أن الحامل رفض تسليم الكمبيالة والتوقيع عليها للمسحوب عليه كان من حق المسحوب عليه إزاء رفض الحامل هذا رفض الوفاء وإيداع المبلغ خزانة المحكمة إيداعاً قضائيا [١] (م ٤٣٠ / ١ تجاري).

٧ - آثار الوفاء

إذا حصل وفاء من المسحوب عليه بقيمة الكمبيالة للحامل الشرعي في ميعاد الاستحقاق برئت ذمته وذمة جميع الموقعين على الكمبيالة وتنتهي حياة الكمبيالة بهذا الوفاء الطبيعي لها، ولكن يبقى للمسحوب عليه حق الرجوع على الساحب إذا كان وفي دون تلقي مقابل الوفاء فإذا تم الوفاء من غير المسحوب عليه بقيام أحد الموقعين بالوفاء فالوفاء في هذه الحالة يبرئ ذمة الموفي والموقعين اللاحقين له دون السابقين عليه لأن الموفي يلتزم قبل الموقعين اللاحقين له بضمان الوفاء وفي هذه الحالة يرجع المظهر الموفي على الموقعين السابقين عليه وعلى المسحوب عليه القابل بقيمة ما وفى [٢] .

---

(١) للدكتور /محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ١٧٤ ، وللدكتورة/ سميحة القليوبي :الأوراق التجارية .

(٢) للدكتور /محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ١٧٦.

المطلب الثاني

الامتناع عن الوفاء

قد يمتنع المسحوب عليه عن الوفاء في تاريخ الاستحقاق دون أن يكون له حق المعارضة في الوفاء [1] فيتعين على الحامل إثبات واقعة امتناع المسحوب عليه عن الوفاء وذلك بتحرير احتجاج عدم الدفع ، ثم إعلانه لمن يريد الرجوع عليهم ثم مطالبتهم قضائياً في مواعيد قصيرة حددها القانون.

وقد يتقدم أثناء تحرير احتجاج عدم الدفع شخص آخر يقوم بالوفاء بالواسطة .

وزيادة في الإيضاح سيتم الحديث عن هذا المطلب في الفروع الآتية:

الفرع الأول

واجبات الحامل عند امتناع المسحوب عليه عن الدفع

يجب على الحامل عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء بقيمة الكمبيالة تحرير احتجاج عدم الدفع ثم إعلانه لمن يريد الرجوع عليهم ثم مطالبتهم قضائيا. (٤٣٩ تجاري).

---

(١) يجوز للمسحوب عليه المعارضة في الوفاء في حالة ضياع الكمبيالة أو سرقتها وقد سبق إيضاح ذلك، كما يحق له المعارضة في حالة إفلاس الحامل ولكن يشترط لعدم صحة الوفاء للحامل المفلس أن يعارض أمين التفليسة في الوفاء، وإلا كان الوفاء صحيحاً، كما يضيف الفقه حالة ثالثة يعطي للمسحوب عليه الحق في المعارضة وهي إذا كان الحامل قاصراً أو عديم الأهلية جاز لوصيه المعارضة لدى المسحوب في الوفاء له (للدكتور/علم الدين: موجز للقانون التاجري ص ٩٠ ، ٩٤) .

أولا: الاحتجاج بعدم الدفع

تعريفه: هو ورقة رسمية من أوراق المحضرين يحررها أحد المحضرين بناء على طلب الحامل لإثبات امتناع المسحوب عليه عن الدفع لحفظ حق الحامل في الرجوع على الضمان [1].

فقد ألزم المشرع حامل الكمبيالة في حالة امتناع المسحوب عليه عن الوفاء بتحرير الاحتجاج وفقاً للمادة ٤٣٩ تجاري ، وقصد المشرع من ذلك هدفين:

الأول: حسم كل خلاف أو نزاع حول واقعة امتناع المسحوب عليه عن الوفاء في حالة رجوع الحامل على بقية الضامنين .

الثاني: هذا الإجراء فيه تهديد ، بل ربما تشهير بسمعة المسحوب عليه الممتنع عن الوفاء إذا اعتبر توقف التاجر عن الوفاء مؤشراً على إفلاسه وكل هذا يجعل المسحوب عليه أشد حرصاً على الوفاء بالتزاماته .

ميعاد احتجاج عدم الدفع:

أوجبت المادة ٤٣٩ تجاري إثبات امتناع المسحوب عليه عن الدفع بعمل احتجاج عدم الدفع خلال أيام العمل الأربعة التالية ليوم الاستحقاق وذلك بالنسبة للكمبيالات المستحقة الوفاء في يوم معين أو بعد مدة معينة من تاريخ إصدارها

---

(١) للدكتور /محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ١٨٦ ، وللدكتور /حسين النوري: دروس في الأوراق التجارية ٢٣١.

أو من تاريخ الاطلاع عليها ، بينما الكمبيالات المستحقة الدفع لدى الاطلاع فيجب عمل الاحتجاج في المواعيد المحددة لتقديم الكمبيالة للقبول .

شكل الاحتجاج :

يلزم أن يتوافر في احتجاج عدم الوفاء البيانات التالية:

١ـ البيانات الواجب توفرها في أوراق المحضرين.

٢ ـ صورة حرفية للكمبيالة وصور جميع التظهيرات وكل ما عليه من توقيعات.

٣ـ إثبات امتناع المسحوب عليه أو غيابه.

وقد نصت المادة ٥٤٢ تجاري على أنه لا تقوم أية أوراق أخرى مقام الاحتجاج إلا في الأحوال المنصوص عليها قانونا.

أثار الاحتجاج:

يترتب على تحرير احتجاج عدم الدفع في مواعيده ومستوفياً لشرائطه نتائج أهمها:

١ـ لا يعتبر الحامل مهملاً ، وبالتالي لا يسقط حقه في الرجوع على الضامنين .

٢ ـ يفيد تحرير احتجاج عدم الدفع في تحديد بداية مدة التقادم الصرفي فتحسب من تاريخ تحريره.

٣ـ تحسب فوائد التأخير عن الدفع من تاريخ تحرير الاحتجاج وذلك خلافاً للقواعد العامة التي تقرر احتساب الفوائد من وقت المطالبة للقضائية.

٤ -يفيد تحرير احتجاج عدم الوفاء في أحقية حامل الكمبيالــة فــي أن يحجز على منقولات الساحب أو القابل أو المحيل حجزا تحفظياً [١] .

الفرع الثاني

حقوق الحامل في حالة عدم الوفاء

إذا لم يستوف الحامل قيمة الكمبيالة في ميعاد الاستحقاق من المسحوب عليه كان له الرجوع القضائي على سائر الملتزمين بالوفاء ، كما لـه الحجز على منقولات المدين التاجر .

أولا: الرجوع بالكمبيالة :

إذا حل ميعاد استحقاق الكمبيالة ولم يستوف الحامل قيمتها كان لـه الرجوع على الملتزمين بها للوفاء بقيمتها (م ٤٣٨ تجاري).

ويمكن تقسيم الملتزمين إلى طائفتين:

الأولى: ملتزمون بصفة أصلية عن الوفاء كالساحب والمسحوب عليـه القابل ، ولا يتقيد الحامل في الرجوع عليهم بقيود خاصة فيكون له الحق في الرجوع عليهم مادام لم يسقط الالتزام بالتقادم .

---

(١) للدكتور/علي يونس: الأوراق التجارية ص ٢٩٥ ، وللدكتور مصطفى كمـال طـه: مبادئ القانون التجاري ص ٤٥٠.

الثانية: الملتزمون على سبيل التضامن ويلتزم الحامل باتخاذ إجراءات معينة ليتمكن من الرجوع عليهم ويمكن تلخيص هذه الإجراءات فيما يلي:

١ـ مطالبة المسحوب عليه بدفع قيمة الكمبيالة في ميعاد استحقاقها .

٢ـ تحرير احتجاج عدم الوفاء في موعده وإعلانه للضمان في موعده ويكون للحامل الخيار في الرجوع بين اختيار أحد **الطريقين** :

الأول : مطالبة أحد الضمان مع عدم التزامه بمراعاة أسلوب معين في اختصام الملتزمين ، فلا يسقط حقه قبل أحدهم إذا رجع على من يليه في الترتيب بالتوقيع على الكمبيالة (م ٤٤٢ تجاري) .

الثاني: الرجوع الجماعي على جميع الملتزمين بالكمبيالة (م ٤٤٢ تجاري).

إجراءات الرجوع:

طبقا للمادة ٤٤٠ تجاري على الحامل بعد تحرير احتجاج عدم الدفع أن يقوم بإعلانه للضمان أو لمن ينوي الرجوع عليه منهم خلال أيام العمل الأربعة التالية ليوم عمل الاحتجاج ، أو ليوم تقديم للكمبيالة للقبول أو للوفاء إذا اشتملت على شرط الرجوع بلا مصاريف .

موضوع دعوى الرجوع:

للحامل مطالبة من له حق الرجوع عليه بما يأتي:

١ـ أصل قيمة الكمبيالة.

٢ ـ العائد محسوباً وفقاً للسعر الذي يتعامل به البنك المركزي ابتداء من يوم الاستحقاق .

٣ـالمطالبة بمصاريف الاحتجاج وعدم الدفع ورسوم الدعوى والمصاريف الأخرى كالدمغات ومصاريف الخطابات وغيره [١].

٤ ـ في حالة الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق يجب استنزال ما يساوي سعر الحصة الرسمي من قيمة الكمبيالة (م ٤٤٣ تجاري).

ثانيا: الحجز التحفظي

قرر المشرع في المادة ٤٤٩ تجاري ـ رعاية لحق الحامل الذي قام بعمل الاحتجاج – جواز توقيع الحجز التحفظي على المدين في الكمبيالة ، والهدف من هذا الحجز مباغتة المدين حتى لا يتمكن من التصرف في أمواله للإضرار بالحامل إذا بدأت الإجراءات وقبل صدور حكم في الدعوى ولجواز توقيع الحجز التحفظي شروط :

الشرط الأول : يجب أن يكون المدين المحجوز عليه تاجرا .

الشرط الثاني: يجب أن يكون المحجوز عليه أحد الملتزمين صرفيا بالوفاء بالكمبيالة كالمسحوب عليه القابل أو الساحب أو المظهر أو القابل بالواسطة أو الضامن الاحتياطي .

---

(١) للدكتور/ علي يونس : الأوراق التجارية ص ٢٦٦ ،٢٦٧ ، وللدكتورة/سميحة القليوبي : الموجز في القانون التجاري ص ٢٥٠ ـ ٢٥١. وللدكتور حسين النوري: دروس في القانون التجاري ٢٣٧ ، ٢٣٨ .

الشرط الثالث: يجب أن يكون الحامل قد حرر احتجاج عدم الدفع طبقاً للمادة ٤٤٩ تجاري والحكمة في ذلك أن الحجز التحفظي استثناء فيلزم لجوازه إثبات امتناع المسحوب عليه بصفة رسمية عن الوفاء .

الشرط الرابع: يشترط أن يقدم طلب الحجز التحفظي حامل الكمبيالة أو أي شخص يحل محله في الرجوع على الملتزمين فيها [١].

الفرع الثالث

الوفاء بالتدخل

قد يتقدم أثناء تحرير احتجاج عدم الدفع شخص أجنبي ويعرض الوفاء فطبقا للقواعد العامة يجوز الوفاء للدائن من غير المدين ، بيد أن المشرع التجاري لم يكتف بالقواعد العامة فنظم الوفاء بالتدخل في المواد من ٤٥٤ إلى ٤٥٨ تجاري .

والموفي بالتدخل هو شخص أجنبي عن الكمبيالة أي غير ملتزم بدفع مبلغ الكمبيالة، ومن ثم فيجوز للمسحوب عليه الذي لم يوقع بالقبول أن يتقدم للوفاء بالتدخل لأنه قبل توقيعه بالقبول غير ملتزم بالوفاء .

بيد أن القانون يشترط أن يتم الوفاء بالتدخل خلال المدة القانونية الواجب الوفاء بقيمة للكمبيالة خلالها ، وعلى أكثر تقدير يجب أن يتم الوفاء بالتدخل

---

(١) للدكتور محمد حسني عباس الأوراق التجارية ص ٢١١، ولدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٢٥٢ وما بعدها .

في اليوم التالي لآخر يوم يجوز فيه عمل احتجاج عدم الدفع (م ٤٥٤ / ٣ تجاري).

ويجب على الموفي بالتدخل أن يعين الملتزم في الكمبيالة الذي تدخل للوفاء عنه ، فإذا لم يعين الموفي بالتدخل الملتزم فالأقرب أنه قصد التدخل لصالح الساحب وذلك بقصد التخفيف على الموقعين على الكمبيالة ، أضف إلى ذلك أنه يجب أن يكون الوفاء بالتدخل بكامل قيمة الكمبيالة، وذلك على خلاف الحال عند وفاء المسحوب عليه (م ٤٥٤ / ١ تجاري) .

ويترتب على الوفاء بالتدخل انقضاء الالتزام الصرفي وبراءة ذمة الملتزمين بالكمبيالة ويحل الموفي بالتدخل محل من توسط عنه بما له من حقوق وضمانات وبما عليه من واجبات كإعلان احتجاج عدم الدفع ورفع الدعوى على الملتزمين في المواعيد القانونية واستكمال باقي الإجراءات اللازمة [١]

---

(١) للدكتور/علي يونس: الأوراق التجارية ص ٢٦٨ وما بعدها ، وللدكتور /محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ١٩٥ وما بعدها.

المبحث السادس

انقضاء الالتزام الثابت في الكمبيالة

أوردت المجموعة التجارية سببين من أسباب انقضاء الالتزام الثابت في الكمبيالة غير الوفاء وهما:

١ـ سقوط حق الحامل المهمل .

٢ـ التقادم الصرفي.

وسيتم الحديث عنهما في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

السقـــوط

لقد راعي المشرع حق الحامل فجعل كل الموقعين على الكمبيالة ضامنين للوفاء بقيمتها ، إلا أن هذا الحق للحامل رهين بقيامه بواجباته القانونية وهي مطالبة المسحوب عليه في ميعاد الاستحقاق فإذا امتنع عن الوفاء التزم بتحرير الاحتجاج وإعلانه إلى الضامنين الذين يريد الرجوع عليهم ورفع دعوى المطالبة وكل ذلك في مواعيده القانونية كما سبق بيانه .

فإذا أهمل الحامل في القيام بتلك الواجبات فإن حقه في الرجوع على الضامنين يسقط ، ولكن من هم الأشخاص الذين لهم الحق في التمسك بسقوط حق للحامل المهمل ؟

الإجابة تستلزم بيان مركز كل ملتزم على انفراده:

١ـ المسحوب عليه :

إذا وقع المسحوب عليه على الكمبيالة بالقبول أصبح للمدين الأصلي ومن ثم لا يجوز له التنصل عن مسئوليته في الوفاء بحجة إهمال الحامل .

أما المسحوب عليه غير القابل فهو أجنبي عن الكمبيالة ، فإذا تلقى مقابل الوفاء من الساحب ورغم ذلك لم يوقع على الكمبيالة بالقبول فأراد الحامل الرجوع عليه فإنما يرجع عليه بدعوى مقابل الوفاء وهي دعوى تخضع للقواعد العامة لا لقواعد قانون الصرف .

٢ـ الساحب :

إذا كان الساحب قد قدم مقابل الوفاء للمسحوب عليه وكان موجوداً وقت الاستحقاق فيحق له التمسك بسقوط حق الحامل المهمل طبقا للمادة ٤٤٧ تجاري.

فإذا لم يكن قدم مقابل الوفاء فلا يحق له التمسك بسقوط حق الحامل المهمل وهذا ما أكدته المادة ٤٤٧ تجاري بقولها " ومع ذلك لا يفيد الساحب من هذا السقوط إلا إذا أثبت أنه أوجد مقابل الوفاء في ميعاد الاستحقاق ... " .

٣ـ المظهر:

للمظهرين التمسك بسقوط حق الحامل المهمل في الرجوع عليهم .

ولما كان نطاق السقوط يقتصر على دعوى الصرف وحدها ، فإن الحامل المهمل رغم سقوط حقه في الرجوع على الضامنين، إلا أن لـه الرجوع على من ظهر إليه الكمبيالة وحده تأسيسا على العلاقة التي بينه وخارجة عن الكمبيالة (م ٤٤٨ تجاري).

٤ـ الضامن الاحتياطي والقابل بالتدخل والكفيل:

يتحدد مركز كل واحد من هؤلاء بمركز من تدخل الضامن أو الكفيل لمصلحته ، فإذا كان ضامناً لأحد المظهرين جاز له التمسك بالسقوط في مواجهة الحامل المهمل [١] .

خصائص السقوط:

سقوط حق الحامل المهمل لا يتعلق بالنظام العام، وعليه يجوز للملتزم (المظهر مثلا) أن يتمسك بالسقوط في مواجهة الحامل إن كان له مصلحة في التمسك به ، كما له أن يتنازل عن الدفع بالسقوط تنازلا صريحاً أو ضمنيا كأن يرجع الحامل المهمل على أحد المظهرين فلا يتمسك في مواجهته لسقوط حقه ، ففي هذه الحالة يفسر القاضي ذلك بتنازله الضمني عن التمسك بحقه في السقوط .

---

(١) للدكتور /محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ٢١٧ وما بعدها ، وللدكتور /محمد إسماعيل علم الدين: ص ١١٤ وما بعدها.

كما لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وإنما بناء على طلب من يتمسك به [1].

المطلب الثاني

التقادم الصرفي

تنص المادة ٤٦٥ تجاري على أن " تتقادم الدعاوى الناشئة عن الكمبيالة تجاه قابلها بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق ، وتتقادم دعاوى الحامل قبل المظهرين وقبل الساحب بمضي سنة من تاريخ الاحتجاج المحرز في الميعاد القانوني ، أو من تاريخ الاستحقاق إذا اشتملت الكمبيالة على شرط الرجوع بلا مصاريف ، وتتقادم دعاوى المظهرين قبل بعضهم البعض وقبل الساحب بمضي ستة أشهر ..... " .

أساس التقادم الصرفي:

يستند التقادم أساسا إلى قرينة الوفاء ، فقعود الحامل مدة ثلاث سنوات عن المطالبة بالوفاء يعد قرينة على أنه استوفي حقه .

(١) للدكتور /مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري ص ٤٥٣ ، وللدكتورة/ سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص٢٧٢ .

الدعاوى الخاضعة للتقادم الصرفي:

تخضع للتقادم الصرفي الدعاوى التي يرفعها الحامل في مواجهة المسحوب عليه القابل، أو في مواجهة الساحب، أو في مواجهة الملتزمين بالكمبيالة ، وكذلك الدعاوى المرفوعة من الموفي الاحتياطي أو الكفيل على الضامنين [1]، أي يجب أن يقتصر على الدعاوى التي يناط بها حماية أحكام قانون الصرف دون التي لا تمت بصلة إلى قانون للصرف .

انقطاع التقادم:

يقصد بانقطاع التقادم: سقوط المدة التي تم حسابها في التقادم ، وبدء حساب مدة جديدة اعتبارا من السبب الذي أدى إلى الانقطاع .

وينقطع التقادم الصرفي بنفس الأسباب التي ينقطع بها التقادم بحسب القواعد العامة.

فينقطع بإقرار المدين بالدين سواء أكان إقراراً صريحاً أو ضمنيا . كذلك ينقطع بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة ،أو بأي عمل أو طلب يلجأ إليه الدائن للتمسك به كالحجز والتنبيه .

ومما هو جدير بالذكر أن احتساب المدة الجديدة بعد الانقطاع يكون من وقت العمل الذي أدى إلى الانقطاع ، وتكون المدة الجديدة ثلاث سنوات أو سنة - كما سبق - إلا إذا كان سبب الانقطاع صدور حكم أو اعتراف المدين بالدين فتكون المدة الجديدة خمسة عشر سنة [2] (م ٤٦٦ تجاري) .

---

(١) للدكتور /سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٢٧٥.

(٢) للدكتورة /سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ٢٧٥ . وللدكتور /محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص٢٣١ ،٢٣٢ .

أثار التقادم:

يترتب على التقادم الصرفي انقضاء الالتزام الصرفي وبراءة ذمة الملتزمين في الكمبيالة ، ولكن لا يترتب على هذا التقادم انقضاء الدين الأصلي في العلاقة المباشرة بين الملتزمين بالكمبيالة ما لم يكن انقضى بسبب من أسباب الانقضاء وفقاً للقواعد العامة .

وهذا التقادم الصرفي يقوم على قرينة الوفاء وهذه القرينة يجوز إثبات عكسها بالإقرار أو اليمين فقط فلا يجوز دحضها بسماع الشهود أو تقديم دفاتر تجارية.

الفصل الثاني

السنـد لأمر (Le billet à ordre)

سيتم الحديث عن السند لأمر ببيان ماهيته وكيفية إنشائه وتداوله وضمانات الوفاء به وأحكام الوفاء به وانقضاء الالتزام الثابت فيه .

وزيادة في الإيضاح سيتم الحديث عن كل نقطة في مبحث مستقل :

المبحث الأول : ماهية السند لأمر.

المبحث الثاني : إنشاء السند لأمر.

المبحث الثالث : تداول السند لأمر.

المبحث الرابع : ضمانات للوفاء بقيمة السند لأمر.

المبحث الخامس: أحكام الوفاء بالسند لأمر.

المبحث السادس : انقضاء الالتزام الثابت في السند لأمر.

المبحث الأول

ماهية السند لأمر

تعريفه:

هو محرر مكتوب وفقاً لأوضاع شكلية حددها القانون يتضمن تعهداً من شخص معين يسمى المحرر بدفع مبلغ معين من النقود لأمر شخص آخر يسمى بالمستفيد في تاريخ معين أو قابل للتعيين أو بمجرد الاطلاع [1] .

صورته :

أسيوط في ٢٠٠٨/١٢/١ م **قرش جـــ**

في يـــوم ٢٠٠٩/٥/١ م **--- ١٠٠٠**

أتعهد أنا / أحمد علي المقيم بـــ .....

بدفع المبلغ المذكور أعلاه وقدره ألف جنيه مصري

لأمر / مصطفى علي

المحرر

توقيع

---

(١) للدكتور /محمد محمود إبراهيم: موجز الأوراق التجارية ص ٢٩.

أوجه التشابه بين السند لأمر والكمبيالة:

يمكن تشبيه السند بالكمبيالة في أن مركز المحرر في السند لأمر يقابل مركز الساحب والمسحوب عليه القابل ، كذلك جميع العمليات التي تتوالى على الكمبيالة ترد بدورها على السند كالتظهير والضمان الاحتياطي والوفاء بالواسطة وأحكام الوفاء وإجراءاته والتقادم وهذا في السند لأمر ولذلك أحال المشرع أحكام السند لأمر على القواعد الخاصة بالكمبيالة عدا ما يتعارض مع خصائصه .

أضف إلى ذلك أن الكمبيالة عمل تجاري مطلقاً سواء أكان محررها الساحب تاجرا أو غير تاجر وسواء ثم تحريرها لعمل تجاري أو مدني.

والأمر كذلك بالنسبة للسند لأمر فيعد - طبقاً للقانون التجاري -عملاً تجارياً دائماً سواء أكان محرره تاجراً أو غير تاجر وسواء تم تحريره لعمل تجاري أو مدني [1] .

أوجه الاختلاف بين السند لأمر والكمبيالة:

يختلف السند لأمر عن الكمبيالة :

السند لأمر لا يتوفر فيه عند نشأته إلا شخصين هما: المحرر (المدين) والمستفيد (الدائن) بخلاف، الكمبيالة فتتضمن ثلاثة أشخاص الساحب والمسحوب عليه والمستفيد .

(١) للدكتورة / سميحة القليوبي : الأوراق التجارية ٢٨٣ .

ويتفرع على هذا أن قواعد الكمبيالة المتعلقة بقبول المسحوب عليه ومقابل الوفاء لا محل لتطبيقها على السند لأمر .

ولا يفوتنا أن نشير إلى أن السند لأمر والشيك أكثر ذيوعا في المعاملات الداخلية من الكمبيالة.

هذا من الوجهة القانونية فإذا انتقلنا لبحث الوصف الإسلامي للسند لأمر :

اتضح أن السند لأمر عبارة عن وثيقة بدين مؤجل على مدين يغلب عليه أن يكون شخصا اعتباريا كدولة أو مصرف أو مؤسسة تجارية ذات سمعة حسنة ، يحل أجله في وقت معين في الوثيقة نفسها ، ولهذا الدين فائدة ربوية يجري تعيين نسبتها في الوثيقة ويكون أجلها أجل أصلها ويكون موضع تداول في أسواق الأوراق التجارية حتى يتم سداده من محرره كالحال بالنسبة للكمبيالات ويمكن تكييف إنشاء السندات من وجهة النظر الفقهية على أساسين :

الأول : أن نفسر العملية على أساس عقد القرض فالجهة التي تصدر السند بقيمة اسمية نفرضها ١٠٠٠ جنيها وتبيع السند بـ ٩٥٠ جنيها مؤجلة إلى سنة هي في الواقع تمارس عملية اقتراض أي أنها تقترض ٩٥٠ جنيها من الشخص الذي يتقدم لشراء السند وتدفع إليه دينه في نهاية المدة المقررة ، وتعتبر الزيادة المدفوعة وهي ٥٠ جنيها في المثال الذي افترضناه فائدة ربوية على القرض .

الثاني : أن نفسر العملية على أساس عقد البيع والشراء بأجل ، فالجهة التي تصدر السند في المثال السابق تبيع ١٠٠٠ جنيها مؤجلة الدفع إلى سنة بـ ٩٥٠

جنيها حاضرة ، والواقع أن تفسير العملية على أساس بيع ليس إلا مجرد تغطية لفظية للعملية التي لا يمكن إخفاء طبيعتها بوصفها قرضا مهما اتخذت من تعبير.

وخلاصة القول أن العملية إذا عملية إقراض من البنك ولا تختلف من الناحية الفقهية عن إقراض البنك لأي عميل من عملائه الذين يتقدمون إليه بطلب قروض ، والزيادة التي يحصل عليها البنك نتيجة للفرق بين القيمة الاسمية للسند وقيمته المدفوعة فعلا من قبل البنك هي ربا وحكمها حكم سائر الفوائد التي يتقاضاها البنك على قروضه .

وإذا افترضنا أن السند صدر بحقيقة المبلغ دون زيادة فلا غبار عليه .

□

المبحث الثاني

إنشاء السند لأمر

الشروط الموضوعية:

يشترط لإنشاء السند لأمر ذات الشروط الموضوعية اللازم توافرها في إنشاء الكمبيالة .

الشروط الشكلية (البيانات الإلزامية) :

يشتمل السند لأمر وفقاً للمادة ٤٦٨ تجاري[1] ـ على البيانات التالية :

أ ـ شرط الأمر أو عبارة " سند لأمر " أو أي عبارة تفيد هذا المعنى مكتوبة في متن السند .

ب ـ تعهد غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود .

ج ـ تاريخ الاستحقاق .

د ـ مكان الوفاء .

هـ ـ اسم من يجب الوفاء له أو لأمره (للمستفيد).

و ـ تاريخ ومكان إنشاء السند .

ز ـ توقيع من أنشا السند (المحرر).

---

(١) قارن المادة ٥١٢ ـ١ فرنسي في البيانات الجوهرية :

من هذا يتضح أن هذه البيانات هي ذاتها البيانات التي يتطلبها المشرع في إنشاء الكمبيالة عدا اسم المسحوب عليه وقد سبق دراسة هذه البيانات مما لا داعي لبسطها ويرجع إلى تلك الأحكام الخاصة بالكمبيالة في هذا الخصوص .

جزاء الإخلال بالشروط الموضوعية والشكلية:

إذا صدر السند لأمر عن إرادة معيبة أو بدون توقيع الساحب أو خلا من ذكر المبلغ اعتبر باطلاً ، وهذا البطلان قد يكون مطلقاً ولا يصلح السند كتصرف قانوني كخلو السند من توقيع المحرر أو ذكر المبلغ .

وقد قررت المادة ٤٦٩ تجاري بأن الصك الخالي من أحد البيانات المذكورة في المادة (٨٦٤ تجاري) لا يعتبر سند لأمر ، إلا في الأحوال الآتية:

١- إذا خلا من بيان ميعاد الاستحقاق أعتبر واجب الدفع لدى الاطلاع .

٢- وإذا خلا من بيان مكان الوفاء وموطن المحرر اعتبر محل إنشائه مكاناً للوفاء وموطناً لمحرره.

٣- إذا خلا من بيان مكان نشأته اعتبر حرر في المكان المبين بجانب اسم المحرر . [١]

البيانات الاختيارية:

يجوز أن يتضمن السند لأمر بيانات اختيارية شأنه شأن الكمبيالة شريطة ألا تتعارض مع النظام العام والآداب ولا تتعارض مع خصائصه [٢] .

---

(١) مثله : المادة ٥١٢-١ فرنسي .

(٢) للدكتورة /سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٢٨٧ .

المبحث الثالث

تـداول السند لأمر

يتداول السند لأمر بطريق التظهير، وقد قررت المادة ٤٧٠ بأنه يطبق على السند لأمر كافة القواعد المتعلقة بالكمبيالة بشأن تحويلها (تظهيرها) بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع ماهيته وطبيعته .

وترتيباً على ذلك يتداول السند لأمر بطريق التظهير ويجوز أن يكون التظهير ناقلا للملكية أو توكيلياً أو تأمينياً.

ونحيل في هذا الشأن إلى ما سبق بيانه في الكمبيالة [١] .

المبحث الرابع

ضمانات الوفاء بالسند لأمر

نظراً لأن السند لأمر يتضمن شخصين فقط هما : المحرر والمستفيد ومن ثم فلا محل للقبول، ومقابل الوفاء من السند .

وبالنسبة للتضامن والضمان الاحتياطي ، فيتبع في شأنها كافة القواعد المتعلقة بالكمبيالات طبقاً للمادة ٤٧٠ تجاري .

---

(١) للدكتور مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري ص ٤٥٨ ، وللدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٢٨٧ .

وبناء على ذلك يسري على السند لأمر ما يسري على الكمبيالة من ضمانات عدا القبول ومقابل الوفاء وسنحيل في هذا الشأن إلى الكمبيالة مما لا داعي من التكرار [1] .

المبحث الخامس

الوفـــــــاء بالسند أمر

أحالت - أيضاً - المادة ٤٧٠ تجاري على الكمبيالة فيما يختص بأحكام وفاء السند لأمر في تحديد مواعيد الاستحقاق ومكان الوفاء ومحله، وحقوق وواجبات الحامل في حالة امتناع المدين عن الوفاء

وبناء عليه نحيل في أحكام الوفاء بالسند لأمر على ما سبق دراسته في هذا الشأن [2] .

□

(١) للدكتور / محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ٢٥٧ وما بعدها، وللدكتور/ مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري ص ٤٥٨ ، ٤٥٩ .

(٢) للدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص٢٨٨ .

المبحث السادس

انقضاء الالتزام الصرفي

فيما يتعلق بالسقوط والتقادم أحال المشرع السند لأمر على الكمبيالة .

وبناء عليه نحيل في أحكام التقادم الصرفي إلى ما سبق شرحه في الكمبيالة بما يتفق وطبيعة السند .

الفصـل الثالث

الشـيــك

الحديث عن الشيك يستلزم الوقوف على ماهيته والتميز بينــه وبـين الكمبيالة ، ثم كيفية إصداره وشروطه ،وكيفية تداوله، وضمانات الوفاء به ، وأحكام الوفاء، وانقضاء الالتزام الصرفي .وذلك في المباحث التالية:

المبحث الأول : ماهية الشيك .

المبحث الثاني : إصدار الشيك .

المبحث الثالث : تداول الشيك .

المبحث الرابع : ضمانات الوفاء بالشيك وجريمة الشيك بدون رصيد .

المبحث الخامس: أحكام الوفاء بالشيك .

المبحث السادس: انقضاء الالتزام الثابت في الشيك .

المبحث السابع : جريمة إصدار شيك بدون رصيد .

المبحث الأول

ماهية الشيك

تعريفه: لم يعرف قانون التجارة الجديد الشيك ، وإن كان قد حدد البيانات التي يجب أن يتضمنها ، ويمكن تعريفه بأنه: محرر مكتوب وفقا لأوضاع معينة حددها القانون يتضمن أمراً غير معلق على شرط من الساحب إلى المسحوب عليه(دائماً بنك) بأن يدفع لشخص معين أو لإذن شخص معين أو لحامله مبلغاً معيناً من النقود بمجرد الاطلاع [1] .

وعرف بتعريف أخر بأنه : أمر مكتوب يتمكن الساحب بموجبه أو شخص آخر معين أو حامله من قبض كل نقوده أو بعضها المقيدة لذمته في حسابه لدى المسحوب عليه عند الطلب .

صورته:

أسيوط ٢٠٠٨/١٢/١	قرش جـــــ --- ١٠٠٠
البنك الأهلي المصري	
ادفعوا بموجب هذا الشيك لأمر السيد / أحمد على مبلغاً وقدره ألف جنيه	
التوقيع الساحب	

(١) للدكتور / محمد محمود إبراهيم: موجز الأوراق التجارية ص ٣٣.

من هذا يتضح أن الشيك قريب الشبه من الكمبيالة فيما يلي :

أ - افتراض وجود ثلاثة أطراف الساحب وهو محرر الشيك، والمسحوب عليه وهو دائماً البنك الموجه إليه الأمر بالدفع ، والمستفيد وهو الشخص الذي يدفع له البنك مبلغ الشيك .

ب - وجود علاقتين حقيقيتين :

العلاقة الأولى: بين الساحب (محرر الشيك) والمسحوب عليه(البنك) والتي تفترض وجود رصيد طرف البنك. وهو ما يطلق عليه مقابل الوفاء، هذا الرصيد عبارة عن وديعة نقدية مقيدة في الجانب الدائن من حساب الساحب لدى المسحوب عليه وبغض النظر عن مصدرها .

والعلاقة الثانية: بين الساحب والمستفيد وهي التي تمثل سبب التزام الساحب قبل المستفيد والتي من أجلها تم تحرير الشيك [1] .

ج - قدرتهما على القيام بتسوية ما يرتبانه من علاقات قانونية بين المتعاملين بهما بعملية وفاء واحدة .

معيار التفرقة بين الشيك والكمبيالة:

مما سبق يتضح لنا أن الشيك قريب الشبة بالكمبيالة ، إلا أن الأمر يستلزم التمييز بينهما خاصة وأن الشيك يخضع لجزاءات جنائية في حالة إصداره بدون رصيد .

---

(١) للدكتور / محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ٢٧٠ ، وللدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية م ٢٩٨ .

التفرقة الشكلية:

تقوم هذه التفرقة على أساس الجانب الشكلي لكل من الشيك والكمبيالة من الزوايا التالية:

١- الشيك واجب الدفع دائماً بمجرد الاطلاع ولذلك لا يحمل إلا تاريخاً واحداً بينما الكمبيالة لها مواعيد مختلفة في استحقاقها كما سبق بيانه فالشيك أداة وفاء ، بخلاف الكمبيالة أداة وفاء وائتمان .

٢- الشيك يكون المسحوب عليه فيه بنكا .

٣- الشيك يحرر على ورقة من أوراق البنك (دفتر الشيكات) .

٤- لا يجوز للمسحوب عليه أن يوقع على الشيك بالقبول وكل قبول مكتوب عليه يعتبر كأن لم يكن، ومع ذلك يجوز للمسحوب عليه أن يؤشر على الشيك باعتماده، وتفيد هذه العبارة وجود مقابل في تاريخ التأشير ولا يجوز للمسحوب عليه رفض اعتماد الشيك إذا كان لديه مقابل وفاء يكفي لدفع قيمته ويعتبر توقيع المسحوب عليه على صدر الشيك بمثابة اعتماد .

يلاحظ أن هذه التفرقة الشكلية بين الشيك والكمبيالة قد لا تسعف في بعض الفروض وخاصة إذا كانت الكمبيالة واجبة الدفع بمجرد الاطلاع ومسحوبة على أحد البنوك .

وقد حسم القانون التجاري الجديد وكذلك قانون جنيف هذا الوضع فأوجبا في الشيك أن يذكر فيه لفظ (شيك) أو (ادفعوا بموجب هذا الشيك لـ .....)

وأن يذكر في الكمبيالة لفظ " الكمبيالة " وهذا ما نراه صحيحا لمنع الخلط بينهما [1].

فإذا انتقلنا للوقوف على حقيقة الشيك شرعا، فالشيك كما أسلفنا ليس ورقة نقدية وإنما هو وثيقة بدين تقضي بإحالته من ذمة ساحبه إلى ذمة المسحوب عليه مع بقاء مسئولية ساحبه حتى سداده .

وأنه ينبغي ألا يسحب إلا على من لديه مقابل وفائه وأنه لا يلزم لاعتباره شيكا قبول المسحوب عليه وهذه الخصائص هي خصائص الحوالة فإذا قيل بأن الشيك حوالة كان لهذا القول وجاهته ولم يرد عليه إلا مسألة ضمان الساحب قيمة الشيك حتى يتم سداده لأن الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة بمعنى براءة ذمة المحيل من الدين إذا كانت الإحالة على مليء ، حيث يعتبر الساحب محيلا بمبلغ الشيك وضامنا سداده .

أهمية الشيك ووظائفه:

أصبح الشيك أكثر الأوراق التجارية شيوعاً في العمل ولم يقتصر على البيئة التجارية، بل استشرى في البيئة المدنية فهو أداة وفاء تغني عن استعمال النقود في المعاملات فيفضل الساحب اللجوء إليه بدلا من تجميد مبالغ في خزانته ربما تتعرض للسرقة والضياع .

---

(١) للدكتور محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ص ٢٧١.

المبحث الثاني

إصدار الشيك

يشترط لإصدار الشيك صحيحاً علاوة على الشروط الموضوعية الواجب توافرها لصحة الالتزام عموماً أن يكون مكتوباً في محرر وأن يتضمن بيانات معينة .

وسيتم الحديث عن ذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول

الشروط الموضوعية

يشترط في ساحب الشيك أهلية الأداء في التوقيع عليه، وبالنسبة للقاصر المأذون له بالتجارة يجوز له سحب شيكات للوفاء بشئون تجارته في حدود الإذن ، وإلا اعتبر تصرفه كتصرف القاصر غير المأذون له قابلا للإبطال لمصلحته ، له الحق في التمسك به في مواجهة الحامل حسن النية .

كما يشترط أن يكون للشيك سبب مشروع ، ومحل الشيك هو دفع مبلغ من النقود .

ويشترط أن تكون إرادة الساحب خالية من عيوب الرضا وإلا وقع الشيك قابلا للإبطال لمصلحة الساحب ، أي له أن يتمسك ببطلان الشيك لعيب من عيوب الرضا في مواجهة المستفيد (الدائن المباشر) وأي حامل بعده سيئ النية .[1]

---

(١) للدكتور / محمد حسني عباس: الأوراق التجارية ٢٨٧ وما بعدها.

المطلب الثاني

الشروط الشكلية

تضمنت المادة ٤٧٣ تجاري البيانات الواجب توافرها عند إنشاء الشيك .

وسيتم التعرض لبياناته بشيء من الإيضاح:

كلمة الشيك:

يجب أن يتضمن الشيك كلمة " شيك " وأن تكون مكتوبة على متن الصك وباللغة التي كتب بها (م ٤٧٣ / ١ تجاري) .

أمر بالدفع لدى الاطلاع:

يجب أن يتضمن الشيك أمراً من الساحب إلى المسحوب عليه غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود بمجرد الاطلاع وتطبع عادة صيغة الأمر بالدفع على النحو التالي:

" ادفعوا لأمر السيد / ..... أو لحامله " .

وعلى ذلك لو حمل الشيك تاريخاً للاستحقاق، يختلف عن تاريخ التحرير فلا يعد شيكا إنما يتحول إلى كمبيالة إذا اشتمل بياناتها وإلا تحول لسند آخر [١] .

---

(١) للدكتور / مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري ص ٤٦٧ ، وللدكتور/ سمير الشرقاوي: القانون التجاري ص ١٨٦ ، وللدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٣١٣.

تاريخ ومكان إصدار الشيك :

جرت عادة البنوك فيما تطبعه من شيكات على ذكر عبارة تفيد الرجاء كتابة اليوم والشهر بالحروف . ولتاريخ السحب نفس الأهمية التي سبق بيانها في الكمبيالة .

فإذا خلا الشيك من تاريخ الإصدار أو كتب به عدة تواريخ خرج من عداد الأوراق التجارية ، ولا يعد شيكاً طبقاً للقانون التجاري الجديد [1] .

ولكن ما الحكم إذا لم يذكر مكان إصدار الشيك ؟

استقر الرأي على عدم بطلان الشيك ويعتبر مكان الإصدار هو مكان الساحب ، وأشارت إلى ذلك صراحة المادة (٤٧٤ / ب تجاري) بقولها : " إذا خلا الشيك من بيان مكان إصداره اعتبر أنه صدر في موطن الساحب " .

مبلغ الشيك:

يجب أن يتضمن الشيك بياناً خاصاً بالمبلغ الذي يراد دفعه وقد سبق بيان ذلك في الحديث عن الكمبيالة .

اسم البنك المسحوب عليه ومكان الوفاء:

لا يسحب الشيك إلا على بنك ، لأنه لا يمكن أن يؤدي وظيفته الاقتصادية كأداة وفاء تغني عن استعمال النقود إلا إذا كان المسحوب عليه بنكا ، لأن الشيكات تجمع لدى البنوك ثم تسوى بطريق النقل المصرفي والمقاصة ،

---

(١) الدكتور / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٣١٤ .

أضف إلى ذلك أن سحب الشيكات على الأفراد لا يوفر الأمان والضمان كما في البنك (المادة ٤٧٣ / ج تجاري) ولا بد من ذكر مكان وفائه بصلب الشيك، فإذا خلا من هذا البيان اعتبر مقر المسحوب عليه مكانا للوفاء (م ٤٧٤ تجاري).

اسم المستفيد:

وهذا الشيك الاسمي ، وقد يحرر الشيك لأمر أو لإذن شخص معين مثل "ادفعوا لأمر /أحمد علي ، ويسمى الشيك الإذني أو لأمر، وقد يكون لحامله .

وقد يكون الشيك صادراً لأمر شخص معين ثم تضاف كلمة أو لحامله، وقد يترك اسم المستفيد على بياض وحينئذ يكون لحامله [١] .

اسم وتوقيع الساحب:

يعتبر توقيع المحرر من أهم البيانات الضرورية في الشيك وفقاً للمادة ٤٧٣ تجاري ، لأنه هو الذي ينشئ الالتزام الثابت فيه برضاه ، ويتم التوقيع بخط المحرر وبخط واضح أو بالختم في حالة عدم إجادته الكتابة أو بالبصمة ولا يشترط أن يكون بنفس القلم الذي كتب به الشيك ، كما لا يشترط أن يحرر الساحب كل بيانات الشيك بخطه فيستوي أن يكون بخطه أو بخط غيره .

والعادة أن الساحب يودع صور من توقيعه لدى البنك الذي يودعه نقوده حتى يتمكن البنك من مضاهاة الإمضاء الذي على الشيك بنماذج التوقيعات التي عنده [٢] .

---

(١) للدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٣١٨.

(٢) للدكتور / علي يونس: الأوراق التجارية ص ٧١ ، وللدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٣٠٦ وما بعدها.

المطلب الثالث

الصـــورية في تاريخ الشيـك

عادة ما تقع الصورية في الشيك في تاريخه بـأن يقدم تـاريخ تحريره لإبعاده عن فترة الريبة السابقة لشهر الإفلاس .

كما قد يعمد الساحب إلى تأخير تاريخ الشيك وذلك حتى يستعد لإيجاد مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه قبل التقديم.

فالصورية في تقديم التاريخ غالباً تنطوي على غش وإذا ثبت ذلك أمكن التوصل بإثبات الغش إلى البطلان .

بينما الصورية في تأخير التاريخ مشروع وعليـه يضـحي الشيك صحيحاً يرتب كافة أثاره [1] .

---

(١) للدكتور / محمد حسنـي عبـاس: الأوراق التجاريـة ص ٢٨٣ ومـا بعدها ، وللدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٣١٤ وما بعدها.

المبحث الثالث

تـــداول الشـيـك

يلاحظ أن مجال تداول الشيك محدود ، إذا ما قورن بالكمبيالة أو السند لأمر المتضمن أجلا للاستحقاق لأن الشيك دائما واجب الدفع بمجرد الاطلاع ، وعليه إذا أراد المستفيد الأول الحصول على قيمته تقدم للبنك لاستيفاء قيمته بخلاف المستفيد الأول في الكمبيالة أو السند لأمر المتضمن أجلاً لا يستطيع مطالبة المسحوب عليه في الكمبيالة أو المحرر في السند إلا عند حلول ميعاد الاستحقاق ومن ثم إذا أراد الحصول على قيمة الكمبيالة أو السند لأمر قبل ميعاد الاستحقاق فإنه يلجأ إلى نقله لشخص آخر عن طريق تداوله .

وإذا كان هذا هو الغالب في الشيك إلا أنه قد ينقل للمستفيد الأول الحق الثابت فيه إلى شخص آخر، وطرق نقل الحق الثابت فيه تختلف بحسب نوع الشيك على هذا النحو:

الشيك لأمر:

يتم تداول الشيك لأمر عن طريق التظهير، وإذا لم يقترن اسم المستفيد بشرط لأمر كأن يقال " ادفعوا لأحمد " فيكون قابلا للتظهير (م ٤٦٨ / ٢ تجاري) .

وينقسم التظهير إلى تام ، وتوكيلي ، وتأميني .

فبالنسبة للتظهير التام أحكامه هي نفس أحكام تظهير الكمبيالة مع ملاحظة أن العرف السائد في الشبكات يعتبر التظهير على بياض تظهيراً ناقلا

للملكية وليس توكيليا ، فلا يعتبر تظهير الشيك توكيليا إلا إذا ورد ما يفيد ذلك صراحة، كذكر عبارة تفيد أن القيمة للتحصيل أو للقبض .

الشيك لحامله:

قد يحرر الشيك لحامله دون ذكر لاسم المستفيد ، وفي هذه الحالة يتم تداوله بالمناولة أو بالتسليم ، ويتعرض لمخاطر السرقة والضياع لأن من يسرقه أو يجده يمكنه التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية [1] .

شكل التظهير:

يتم التظهير على الشيك ذاته، ويجوز أن يقتصر التظهير على توقيع المظهر وهو ما يسمى بالتظهير على بياض ويشترط لصحة الأخير أن يتم على ظهر الشيك (م ٤٨٨ تجاري) .

أضف إلى ذلك وجوب أن يكون تظهير باتاً أي غير معلق على شرط ولا مضاف إلى أجل ، فإذا علق على شرط بطل الشرط وصح التظهير (المادة ٤٨٧ / ١ تجاري) .

(١) للدكتور / مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري ص ٤٧٥، ٤٧٦ ، وللدكتور / حسين النوري: دروس في الأوراق التجارية ص ٥١ ، ٥٢.

المبحث الرابع

ضمانات الوفاء

لما كان الشيك واجب الدفع بمجرد تقديمه للمسحوب عليه(البنك) فلا حاجة لتقديمه للقبول، ومع ذلك قد يوقع البنك على الشيك بما يفيد القبول " مقبول " للدفع وحينئذ يرتب كل أثار القبول الخاصة بالكمبيالة .

وبالنسبة لتضامن الموقعين والضمان الاحتياطي والتأمينات العينية يلاحظ أنها قليلة الوقوع في الشيك من الناحية العملية لأن واجب الدفع بمجرد الاطلاع بالإضافة إلى وجوب تقديمه في أيام معدودات من تاريخ تحريره ومن ثم فإمكانية تداوله أقل من تداول الكمبيالة أو السند لأمر .

وترتيباً على ذلك يصبح مقابل الوفاء الضمان الجوهري في الشيك وسيتم الحديث عنه على النحو التالي [1] .

مقابل الوفاء

تعريفه : هو الدين النقدي الذي يكون للساحب لدى المسحوب عليه (البنك) والذي على أساسه يتلقى الأخير أمراً بدفع المبلغ المبين بالشيك إلى المستفيد، وهو لا يختلف معناه في الشيك عن الكمبيالة.

---

(١) للدكتور / محمد محمود إبراهيم: موجز الأوراق التجارية ص ٢٥٥، وللدكتور / حسين النوري: دروس في الأوراق التجارية ص ٥٣ ، ٥٤ .

وقد جرى العرف على تسمية مقابل الوفاء في الشيك بالرصيد .

شروطه:

يجب توافر شروط جوهرية لاعتبار الرصيد قائما وهي:

أ - أن يكون الرصيد مبلغا نقديا:

يشترط أن يكون رصيد العميل في حسابه مبلغا من النقود بغض النظر عن مصدره أي سواء أكان وديعة نقدية أو نقود نتيجة تحصيل البنك لأوراق تجارية خاصة بالعميل ، أو اعتماد يفتحه البنك لصالح العميل [1] .

فلو كان للساحب لدى البنك أشياء أخرى كالمجوهرات والأشياء الثمينة فلا يعتبر مقابل الوفاء موجوداً .

ب - أن يكون الرصيد موجودا وقت إصدار الشيك:

استقر الرأي على اشتراط أن يكون الرصيد موجوداً وقت إصدار الشيك لا وقت تقديمه للبنك .

بيد أنه من الناحية العملية لا أهمية لوجود الرصيد وقت إصدار الشيك، وإنما ضرورة وجوده وقت تقديم الشيك للوفاء ، أضف إلى ذلك بأنه لو فرض ولم يوجد رصيد وقت السحب ووجد وقت تقديم الشيك للوفاء فلا مصلحة للمستفيد في المطالبة بتوقيع جزاء على الساحب لانتفاء الضرر، لأن مصلحته في الحصول على قيمة الشيك وقت تقديمه وقد حصل بالفعل .

---

(١) للدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٣٢٧.

ج - <u>أن يكون الرصيد قابلا للتصرف فيه</u> :

لا يكفي أن يكون الرصيد موجودا وقت إصدار الشيك بل يشترط خلو الرصيد من أي مانع يحول دون الوفاء به أي يجب أن يكون قابلاً للتصرف فيه بأن يكون محقق الوجود ومستحق الأداء ومعين المقدار وقابلاً للسحب بطريق الشيك (م ٤٩٧ تجاري).

وعليه لا يعتبر الرصيد صالحا للتصرف فيه إذا كان معلقا على شرط واقف، أو يكون موقفاً بأجل يحل بعد تاريخ إصدار الشيك، أو عليه نزاع يحول دون التصرف فيه.

د - <u>أن يكون الرصيد كافيا لدفع قيمة الشيك</u>:

يشترط أن يكون الرصيد مساويا على الأقل للمبلغ المبين في الشيك فإذا كان الرصيد أقل من مبلغ الشيك فلا يجبر الحامل على الوفاء الجزئي بل يعتبر كأنه غير موجود ومن ساحب الشيك للمسألة [١] .

وبعد بيان هذه الشروط نود الإشارة إلى أنه إذا تخلف شرط من هذه الشروط لا يؤثر على صحة الشيك ، فيظل صاحبه مسئولا صرفيا عن الوفاء ، وإنما يترتب على تخلف شرط من هذه الشروط جزاء جنائي سيتم الحديث عنه في المبحث الأخير إن شاء الله .

---

(١) للدكتور / محمد حسني عباس: الأوراق التجارية من ٢٩١ وما بعدها ، وللدكتور / حسين النوري: دروس في الأوراق التجارية من ٥٤ وما بعدها ، وللدكتورة / سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ص ٣٢٧ وما بعدها.

المبحث الخامس

أحكام الوفاء بالشيك

سيتم الحديث عن أحكام الوفاء بالشيك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

الوفاء بقيمة الشيك

لما كان الشيك واجب الدفع بمجرد الاطلاع فيجب الوفاء بقيمته بمجرد تقديمه ابتداء من تاريخ إنشائه ولو تضمن تاريخاً آخر بصلبه (م ٥٠٣ / ١ تجاري) .

ونظراً لأن الشيك يتميز بهذه الخاصية وهي الدفع بمجرد الاطلاع ، فقد حرص المشرع على تحديد ميعاد قصير يتعين على الحامل تقديم الشيك للوفاء خلاله ، فوفقاً للمادة ٥٠٤ تجاري يجب تقديم الشيك في ظرف ثلاثة أشهر إذا كان مسحوباً من البلدة التي يجب فيها الدفع ويجب تقديمه في ظرف أربعة شهور إذا كان مسحوباً في غير البلدة التي يجب الدفع فيها وذلك مع مراعاة إضافة مدة المسافة .

وهنا يعرض سؤال على بساط البحث حاصله :

ما الحكم إذا لم يتقدم الحامل للبنك المسحوب عليه خلال المدة المذكورة ؟

والإجابة تتلخص في أن للحامل إذ لم يقدم الشيك خلال المدة المذكورة فلا يسقط حقه في المطالبة بقيمته ، فالبنك مطالب بالوفاء بقيمة الشيك طالما تسلم

مقابل الوفاء، ولا يسقط الشيك إلا بمضي ثلاث سنوات ، وإنما يترتب على تقديم الشيك بعد المدة المذكورة اعتبار الحامل مهملا ومن ثم يسقط حقه في مطالبة الموقعين الشيك سواء كانوا مظهرين أو ضامنين دون الساحب أو المسحوب عليه [1].

ويجب على البنك المسحوب عليه أن يتحقق من شخصية حامل الشيك ومن أنه الحامل الشرعي مع التحقق من سلامة الشيك من التزوير .

كما يجب عليه التحقق من قيام أي مانع قانوني من الموانع التي تبرر امتناع البنك عن دفع مبلغ الشيك .

مسئولية البنك بمناسبة الوفاء بالشيك المزور:

قد لا يتنبه البنك إلى وجود تزوير بالشيك ويقوم بالوفاء به دون أن يتلقى معارضة من الساحب ويقوم بناء على ذلك بقيد قيمة الشيك في الحساب المدين لعميله .

ففي هذه الحالة من الذي يتحمل مسئولية الوفاء بالشيك المزور؟

هل البنك الذي لم يتنبه بوجود التزوير أم الساحب ؟ أم هناك حلول أخرى؟

---

(١) للدكتور / مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري ص ٤٧٧ ، والدكتورة / سميحة القليوبي: الموجز في القانون التجاري ص ٢٣٥ ، وللدكتور / محمود سمير الشرقاوي: القانون التجاري ص ١٨٨.

لقد استقر قضاء النقض على تقرير مسئولية البنك المسحوب عليه على أساس فكرة مخاطر المهنة [1] وخاصة أن العمل قد جرى على أن يحتفظ البنك بنموذج لتوقيع العميل يتخذه وسيلة للمضاهاة مع التوقيع الذي يحمله الشيك .

وهذا ما قررته المادة / ٥٢٨ تجاري بأنه " يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر الذي يترتب على وفاء شيك زور فيه توقيع للساحب ..... "

المطلب الثاني

الامتناع عن الوفاء

كما أوضحنا سلفاً التزام البنك بالوفاء بقيمة الشيك ، طالما لديه الرصيد الكافي لهذا الوفاء وقد استوفى الشيك شرائطه وتحقق البنك من كافة ما يضمن له صحة الوفاء ، وترتيباً على ذلك لا تجوز المعارضة في الوفاء بقيمة الشيك إلا في حالتي ضياع الشيك أي إفلاس الحامل أو الحجر عليه (المادة ٥٠٧ تجاري).

وبعد هذا نريد أن نعود إلى بيان حق الحامل في حالة امتناع البنك عن الوفاء بقيمة الشيك رغم توافر شروطه وانتفاء التزوير ولم يلحق بإفلاس أي يكون الامتناع لانتفاء الرصيد أو عدم كفايته، ومما هو جدير بالذكر أن هذه النقطة سوف يتم الحديث عنها فيما بعد .

---

(١) الدكتور / حسين النوري: دروس في الأوراق التجارية والنشاط المصرفي ص ١١٢ ، والدكتور / محمد حسني عباس: الأوراق التجارية صـ ٣١٧ ، ٣١٦ نقض مدني في ١١ / يناير ١٩٦٦ م في الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٣١ ق .

نود أن نشير هنا إلى أنه في حالة امتناع البنك عن الوفاء بقيمة الشيك لانتفاء مقابل الوفاء أو لعدم كفايته يجوز للحامل الرجوع على الساحب والمظهرين باعتبارهم ضامنين متضامنين .

ويلزم لرجوع الحامل على المظهرين تقديم الشيك في المواعيد المقررة في المادتين ٥٠٤ ،٥٠٥ تجاري وفي حالة امتناع البنك عن الوفاء يجوز إثبات الامتناع عن الوفاء بجميع الأدلة الجائز قبولها في المواد التجارية مع أحقيته في اللجوء إلى عمل الاحتجاج بعدم الدفع .

ويكون الرجوع على ساحب الشيك بطريق استصدار أمر أداء (مادة ٢٠١ مرافعات) بينما الرجوع على باقي الموقعين يكون بطريق رفع دعوى وفقاً للقواعد العامة دون الالتزام بميعاد معين لرفعها [١].

---

(١) للدكتور / مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري ص ٤٧٩ ، وللدكتورة / سميحة القليوبي : الأوراق التجارية ص ٢٥٩ وما بعدها .

المبحث السادس

انقضاء الالتزام الثابت في الشيك

سيتم الحديث عن هذا من خلال النقاط التالية :

أولا: السقوط:

ويقصد به سقوط حق الحامل المهمل في الرجوع على المظهرين وضمانهم ، والملاحظ أن الشيك ورقة واجبة الدفع بمجرد الاطلاع ومن ثم فأهمية هذا المبدأ تتضاءل .

وإذا شاء لنا المولى الحديث عن السقوط وجدنا أن القانون فرض على الحامل تقديم الشيك للوفاء في ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر كما أوضحنا وإلا اعتبر حاملاً مهملاً وتعرض حقه في الرجوع على المظهرين والضامنين للسقوط [1] .

ثانيا : التقادم :

تتقادم دعوى رجوع حامل الشيك على الساحب في حالة عدم توافر مقابل الوفاء أو عدم كفايته بمضي ستة أشهر. تحسب من تاريخ تقديم الشيك للوفاء ،أو من تاريخ انقضاء ميعاد تقديمه ، وتتقادم بنفس المدة دعاوى رجوع الحامل على المظهرين، وأي ملتزم آخر بدفع قيمة الشيك (م ٥٣١ تجاري).

---

(١) للدكتور / محمد حسنى عباس : الأوراق التجارية ص ٣٢٩ .

بينما تتقادم دعوى رجوع الحامل على البنك المسحوب علية للمطالبة بقيمته بمضي ثلاث سنوات من تاريخ تقديمه للوفاء أو من تاريخ انقضاء تقديمه (م ٥٣١ / ١ تجاري).

المبحث السابع

جريمة إصدار شيك بدون رصيد

يقوم الشيك بدور بالغ الأهمية في النظم الاقتصادية بوصفه أداة وفاء كالنقود وهو من هذه الناحية يغاير الأوراق التجارية الأخرى كالكمبيالات والسندات الاذنية ، إذ أن هذه الأوراق أدوات ائتمان لا تستحق السداد إلا بعد مضي فترة من الزمن قد تطول وقد تقصر ، أما الشيك فإنه أداة وفاء تسوى بها الديون ويقوم بوظيفة النقود في التعامل بين الناس إذ أنـه واجب الدفع بمجرد تقديمه إلى المسحوب عليه .

لذلك كان من اللازم أن يعني القانون بتوفير الضمانات الكافية للتعامل بالشيك حتى يطمئن المستفيد منه أو المتعامل به إلى أن المسحوب عليه (البنك) يقوم بدفع قيمته فور تقديمه إليه عند الاطلاع .

إذ بغير هذه الثقة والاطمئنان من هذه الناحية لا يمكن أن يقبل الناس على التعامل به مما يؤدي إلى تعطيل وظيفته ، ومن الواضح أنـه لا شيء يزعزع الثقة في التعامل بالشيك إلا انعدام الرصيد الذي يقابلـه طرف المسحوب عليه أو إصدار أمر من الساحب بعدم الدفع .

ولذلك حرصت التشريعات الحديثة على عقاب من يعطي شيكا بدون رصيد حماية للتعامل بالشيك ومحافظة على حقوق الناس وأموالهم .

وقد لجأ المشرع الفرنسي إلى حماية الشيك كأداة وفاء بإصدار قانون خاص في ١٢ أغسطس ١٩١٧م على أثر ما لاحظه من تعدد حوادث إعطاء الشيكات بدون رصيد وعدم انطباق جريمة النصب على هذا الفعل فتدخل ثانية في سنة ١٩٢٦ م ليوفر للشيك قدرا أوفر من للحماية وليضيف إلى الأفعال الإجرامية المعاقب عليها أمر الساحب إلى المسحوب عليه بعدم دفع قيمة الشيك للحامل ثم عاد فنص على أحكام هذه الجريمة في مرسوم أصدره سنة ١٩٣٥ م على ضوء اتفاقية جنيف لتوحيد قواعد الشيك .

لقد تتضمن القانون التجاري الجديد في مواده من ٥٣٣ إلى ٥٣٩ أحكاما تتعلق ببعض العقوبات ، ومنها جريمة إصدار الشيك بدون رصيد .

ونظراً لطول مفردات المنهج الدراسي فسيتم الحديث بما يناسب المقام عن هذه الجريمة عبر النقطتين التاليتين كل واحدة منهما في مطلب :

المطلب الأول : أركان جريمة الشيك بدون رصيد

المطلب الثاني : عقوبة إصدار شيك بدون رصيد

المطلب الأول

أركان جريمة الشيك بدون رصيد

جريمة إصدار الشيك بدون رصيد كسائر الجرائم ، لا تقع إلا إذا توافرت أركانها وإليك أركانها :

الركن الأول : أن يكون الفعل المؤثم وارداً على شيك .

يشترط لتطبيق أحكام تلك الجريمة أن يكون الصك محل الجريمة شيكاً طبقاً لمواد القانون التجاري ، ومن ثم فأي ورقة لا تتضمن بيانات الشيك المحددة في القانون التجاري ، لا تعد شيكا، ومن ثم لا يتناولها الجزاء المقرر قانوناً .

وبناء على ذلك يفلت من الجزاءات الجنائية : الشيك الخطي أو المكتبي ، وهو المكتوب على غير نماذج البنوك ، وكذلك الشيكات المسحوبة على غير بنك ولو تضمن جميع البيانات الإلزامية للشيك وفقاً للقانون التجاري .

ومما هو جدير بالذكر أن المشرع التجاري لا يعفي من عقوبة إصدار شيك بدون رصيد طبقاً للمادة ٥٣٤ تجاري إذا تخلف بيان غير جوهري ، وذلك حتى لا يفلت محرر الشيك من العقوبة لمجرد تناسيه بيانا غير جوهري [١] .

---

(١) للدكتورة / سميحة القليوبي : الأوراق التجارية ص ٣٧٦ .

الركن الثاني : واقعة إصدار الشيك .

يقصد بواقعة إصدار شيك : سحب الشيك ثم طرحه للتداول وتسليمه للمستفيد أو إرساله له ، وتركيبا على ذلك لا يعتبر جريمة مجرد تحرير شيك ليس له رصيد واحتفاظ المحرر به ، وكذلك لو خرج من حيازة محرره رغما عنه كما في حالة السرقة .

فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن جريمة إصدار شيك بدون رصيد تتم بمجرد إعطاء الساحب الشيك إلى المستفيد مع علمه بأنه ليس له مقابل وفاء قابل للسحب (١) .

الركن الثالث : عدم وجود رصيد .

يقصد بالرصيد في الشيك مقابل الوفاء ، وقد سبق لنا دراسة أحكام وشروط مقابل الوفاء مما لا داعي من تكرارها .

وقد قررت المادة ٥٣٤ تجاري بأنه يعاقب بـ ..... كل من ارتكب عمداً أحد الأفعال الآتية :

أ - إصدار شيك ليس له مقابل وفاء قابل للصرف.

يقصد بعدم وجود مقابل وفاء عدم وجود رصيد أو وجود رصيد غير كاف لقيمة الشيك، أو يوجد رصيد كاف للوفاء بقيمة الشيك ، إلا أنه يكون غير قابل للصرف منه ، كما لو كان الرصيد محجوزاً عليه .

---

(١) نقض مصري في ٢١ مارس ١٩٧٧ س ٢٨ ص ٣٧٨ .

ب - استرداد كل الرصيد أو بعضه أو التصرف فيه بعد إصدار الشيك بحيث يصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك.

أوضحت هذه الفقرة بأنه يعد في حكم عدم وجود رصيد قيام الساحب باسترداد كل الرصيد أو بعضه ، أو التصرف فيه ، لأن كل هذه الأعمال تجعل الرصيد في حكم غير الموجود .

ج - إصدار أمر المسحوب عليه بعدم صرف الشيك في غير الحالات المقررة قانونا .

في حكم عدم وجود رصيد أن يقوم الساحب بإصدار توجيهاته كتابة للبنك بعدم صرف الشيك في غير الحالات المقررة قانوناً .

د - تحرير شيك أو التوقيع عليه بسوء نية بصورة تحول دون صرفه .

أضافت هذه الفقرة حالة جديدة تلحق بحالات عدم وجود رصيد هي حالة تحرير شيك أو التوقيع عليه بسوء نية بصورة تمنع صرفه ويقصد بذلك قيام الساحب بتحرير الشيك بطريقة تمنع صرفه وذلك بتضمينه عمداً بعض الأخطاء أو الشطب أو الحشر ومن ذلك توقيع الساحب بخط يده بتوقيع غير المودع لدى البنك ، أو التوقيع بصورة لا تقرأ [1].

---

(١) للدكتورة / سميحة القليوبي : الأوراق التجارية ص ٣٨٢ وما بعدها .

الركن الرابع : تعمد الساحب إصدار شيك بدون رصيد.

يشترط القانون التجاري في المادة ٥٣٤ تجاري العمدية لجريمة الشيك بدون رصيد وهو ما يطلق عليه القصد ، مقرراً ذلك بأنه : " يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب عندا أحد الأفعال الآتية ..... "

ولا يشترط قصد الإضرار ، ولا عبرة بالأسباب الدافعة لإصدار الشيك [١] .

المطلب الثاني

العقوبة المقررة لجريمة الشيك بدون رصيد

لقد نصت المادة ٥٣٤ / ١ تجاري على عقوبة جنائية لإصدار شيك بدون رصيد مقررة بأنه يعاقب بالحبس وبغرامة لا تجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب عمداً أحد الأفعال الآتية :

أ - إصدار شيك ليس له مقابل وفاء

ويفهم من هذه المادة أن العقوبة قد تكون الحبس أو الغرامة لا تجاوز خمسين ألف جنيه - أيا كانت قيمة الشيك - أو بالعقوبتين معاً .

كما استحدث القانون التجاري عقوبة تكميلية لهذه العقوبة الأصلية فقضت المادة ٥٣ / ١ بأنه " إذا قضت المحكمة بالإدانة في إحدى جرائم الشيك

---

(١) جلسة ٧٧/٦/٢١ س ٢٨ ص ١٤٦٣ .

المنصوص عليها في المادة ٥٣٤ جاز لها أن تأمر بنشر الحكم على نفقة المحكوم عليه في صحيفة يومية ، ويجب أن يتضمن هذا النشر اسم المحكوم عليه وموطنه والعقوبة المحكوم عليه بها " .

كما يجوز للقاضي في حالة عود الجاني لمثل هذه الجريمة أن يأمر بسحب دفتر الشيكات من المحكوم عليه ومنع إعطائه دفتر جديد لمدة معينة تحددها المحكمة ، وتتولى النيابة العامة بتبليغ جميع البنوك بهذا الأمر(م ٥٣٧ / ٢ تجاري).

وأخيرا نشير إلى أن الدعوى الجنائية تنقضي إذا تم الصلح بين الجاني والمجني عليه ، ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر ، وكذلك يوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح بعد الحكم وأثناء تنفيذها (م ٥٣٤ تجاري).

الباب الثاني

العقود التجارية

د / محمود مصطفى حسن

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾

سورة المائدة: الآية رقم ١

مقدمة

أولا : التعريف بالعقود التجارية وخصائصها :

١- التعريف بالعقود التجارية :

يوحي تعبير العقود التجارية بوجود طائفتين من العقود: إما مدنية أو تجارية . في حين أن العقود التجارية لا تختص بنظرية مستقلة عن تلك التي تحكم العقود المدنية، ولا تختلف في حقيقتها عن العقود المدنية لا في الأركان ولا في شروط الصحة (١).

ويكتسب العقد الصفة التجارية حسب القصد من إجرائه عند التعاقد كما لو ورد العقد على عمل تجاري بموضوعه مثل الأعمال التجارية التي أعتبرها المشرع أعمالا تجارية بصرف النظر عن الشخص القائم بها، سواء وقعت منفردة كشراء المنقولات أيا كان نوعها بقصد بيعها أو تأجيرها بذاتها أو بعد تهيئتها في صورة أخرى (م ٤/أ)، أو من خلال مشروع فردي أو جماعي يزاولها على وجه الاحتراف في مجالات التوريد، الصناعة، النقل، الوكالة التجارية ، السمسرة، التأمين، .... إلى آخره (م ٥ / أ و ج و د) .

وقد يكتسب العقد الصفة التجارية إذا كان أحد طرفي العقد تاجرا وأبرم العقد لحاجات تجارته (م ٨) وفقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية الشخصية.

---

(١) أنظر في ذلك : د/ على يونس، العقود التجارية وعمليات البنوك صـ ٣ ، د / أكثم الخولي في العقود التجارية ، طـ ١٩٥٨ رقم ١.

كذلك يكون العقد تجاريا بالنسبة لأحد طرفيه وفق ما تقدم، ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر، وحينئذ يعد العقد عملا مختلطا (م٣).

على أن هذا لا يمنع القول بوجود عقود لا يمكن إلا أن تكون تجارية. هذه العقود تتطلبها ظروف التجارة ومقتضياتها وجرى العمل على إبرامها في البيئة التجارية. كالبيوع الآجلة في البورصة والوكالة بالعمولة والعقود المتعلقة بالمخازن العامة [١].

ويطلق الفقه على هذه العقود اصطلاح العقود التجارية الأصلية Specifique [٢] أو العقود التجارية على وجه الخصوص [٣].

٢- خصائص العقود التجارية :

تتميز العقود التجارية بخصائص ثلاث: فهي عقود رضائية وعقود معاوضة وترد دائما على منقول [٤]. ومع ذلك هذه الخصائص ليست مطلقة ولا حاسمة [٥].

---

(١) د/أكثم الخولي، المرجع السابق ، نفس الموضع.

(٢) د/ حسن يونس، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) د/ على البارودي، القانون التجاري ، ط ١٩٧٥ ، رقم ١٨٥، د/ سميحة القليوبي ، شرح العقود التجارية، الطبعة الثاني، دار النهضة العربية ، رقم ١ صـ ٦ .

(٤) د/ مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية ، ط ٢٠٠٢ ، رقم ٢ ص ١٠.

(٥) د/ محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٨٤ ، رقم ٥ ص ١٢ .

أ - عقود رضائية :

الأصل أن العقود التجارية تنعقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين، فلا يشترط لانعقادها توافر شكل معين. ومع ذلك يلاحظ أن قاعدة رضائية العقود التجارية ليست مطلقة، إذ أن هناك عقودا يلزم لانعقادها أن تكون بالكتابة كعقد الشركة (م ٥٠٧ مدني) ، وعقد بيع السفينة أو رهنها الذي يجب أن يكون بورقة رسمية [١]، وإلا كان باطلا، وكذلك عقد النقل البحري والقرض البحري والتأمين البحري، وعقد رهن أو بيع المحل التجاري أو تأجيره الذي يجب أن يكون مكتوبا وإلا كان باطلا (م ٣٧ / ١) .

والقصد من اشتراط الكتابة هو تيسير إبرام العقود التجارية وحتى لا يحدث نزاع لاحق بشان تكوين العقد وشروطه وتفسيره.

ب- عقود معاوضة :

العقود التجارية من عقود المعاوضة حيث يأخذ الطرف المتعاقد مقابلا لما يعطى، فالعقود التجارية دائما عقود معاوضة لأن فكرة التبرع تتنافى مع التجارة التي تهدف إلى المضاربة والسعي لتحقيق الربح.

على أن بعض العقود التجارية لا يصدق عليها وصف المعاوضة إلا أنها مع ذلك ليست بعقود تبرع لانتفاء نية التبرع، من ذلك الخدمات المجانية التي يقدمها البنك لعملائه، أو قيام البائع ببيع بضائعه بسعر أقل من سعر السوق عند تصفية بعض البضائع [٢].

---

(١) م / ١١ / ١ من القانون البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ م .

(٢) محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، رقم ٧ صـ ١٨ .

ج - عقود ترد على منقول:

العقود التجارية ترد دائما على منقول، وتعتبر العقود الواردة على عقار دائما مدنية ولو قصد بها المضاربة. والغالب أن ترد العقود التجارية على أشياء مثلية وعلى كمية معينة منها، وليس على شيء معين بالذات وقت العقد [1].

ثانيا : النظام القانوني للعقود التجارية:

٣- تخضع العقود التجارية في الأصل للقواعد العامة التي تسرى على العقود المدنية.

ذلك لأن العقد التجاري لا يختلف في طبيعته عن العقد المدني، إلا أن طبيعة التجارة وما تستلزمه من سرعة وائتمان قد اقتضت وجود قواعد خاصة بالعقود التجارية تميزها عن العقود المدنية سواء من حيث الحرية في تكوين العقد، أو التيسير في إثباته أو التشدد في معاملة المدينين فيها.

ونتناول فيما يلي أهم الأحكام الخاصة بالنظام القانوني للعقود التجارية :

٤- الحرية في تكوين العقد :

الأصل في العقود التجارية أن لإرادة المتعاقدين حرية تامة في إبرامها وتحديد مضمونها وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ، وقد كرس قانون التجارة هذا المبدأ [2]، حيث تنص المادة الثانية منه على أن (تسرى على المواد التجارية

---

(١) المرجع السابق ، رقم ٨ صـ ١٢ .

(٢) د / فايز نعيم رضوان ، القانون التجاري ، الطبعة الرابعة ، ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ ، دار النهضة العربية ، ص ٥٩٣ .

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).

بيد أن الحرية التعاقدية أخذت تتراجع أمام تدخل الدولة لحماية نظامها الاقتصادي والاجتماعي وحماية الطرف الضعيف في العقد، ومن مظاهر ذلك تدخل المشرع في تنظيم كثير من العقود التجارية بغرض اتباع إجراءات شكلية معينة وإلا ترتب على إغفالها البطلان، ومن هذه العقود التي اشترط فيها المشرع الشكلية عقد الشركة، حيث اشترط الكتابة لانعقاده، فإذا تخلفت الكتابة بطلت الشركة (م / ٥٠٧ من القانون المدني) ، (م ١٥ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١).

أيضا الالتزام بالسندات التجارية حيث أشترط المشرع كتابتها (م ٣٧٨ تجاري) ، والكتابة فيها شرط لإنشائها وليست فقط شرط لإثباتها ، وحدد البيانات الواجب ذكرها في كل سند منها.

كذلك جميع التصرفات التي تتعلق بالسفينة من حيث إنشائها أو انقضاء حق الملكية أو غيره من الحقوق العينية يجب أن تكون بمحرر رسمي وإلا كانت باطلة.

غير أن هذه الاستثناءات لا تضعف من المبدأ العام الذي يحكم العقود التجارية وهو الرضائية التي نجدها متحققة في جانب كبير من العقود التجارية [١]، حيث

---

(١) د/ فايز نعيم رضوان ، المرجع السابق ، ص ٥٩٤ .

يتم التعاقد بالمراسلة أو بالتليفون أو الإنترنت، الأمر الذي يستوجب بقاء الإيجاب قائما لفترة من الزمن حتى يقترن القبول به ويتم التعاقد .

كما يعتبر السكوت بمثابة القبول في البيئة التجارية إذا كان هناك معاملات جارية بين المتعاقدين.

وقد اقتضى التطور الذي شهدته المعاملات التجارية وخاصة في قطاعات معينة كالنقل والتأمين أن تبرم العقود التجارية على أساس عقود نموذجية لها يكون لراغب التعاقد من الجمهور قبولها بما تحتويه من شروط أو عدم قبولها .

ولما كان العقد يتم في هذه الحالة بطريق الإذعان فقد تدخل المشرع لحماية الطرف المذعن في العقد من الشروط التعسفية المفروضة عليه [١].

٥ - **التيسير في إثبات العقود التجارية** :

تخضع العقود التجارية لمبدأ حرية الإثبات [٢]. فيجوز إثبات العقد التجاري بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود والدفاتر التجارية حتى لو زادت قيمة العقد عن خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة . (م / ٦٩ تجارى) .

ويجوز الاحتجاج بتاريخ العقد العرفي على الغير دون حاجة إلى ثبوت التاريخ . كما يجوز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما أشتمل عليه عقد تجاري مكتوب بشهادة الشهود أو القرائن وبكافة الطرق فيما عدا الحالات التي يوجب فيها القانون الإثبات بالكتابة في المواد التجارية (م / ٦٩ / ٢).

---

(١) د/ مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، صـ ٩ .

(٢) م / ٦٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، د/ على يونس ، المرجع السابق ، رقم ١٥ صـ ٧١ .

ويرجع خضوع العقود التجارية لمبدأ حرية الإثبات إلى طبيعة هذه العقود وسرعة وتلاحق إبرامها [١]، فليس من المتصور أن يجرى التاجر عقدا في كل عملية تجارية مهما بلغت قيمتها، أو أن يتوجه إلى السلطات الرسمية في كل عقد يبرمه لإثبات تاريخه حتى يستطيع الاحتجاج به في مواجهة الغير.

فضلا عن أن القانون يلزم التجار بمسك دفاتر تجارية يقيدون فيها جميع معاملاتهم التجارية، وهذا من شأنه تيسير إثبات العقود التجارية [٢].

على أنه لما كانت قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام [٣]، فإنه يجوز الاتفاق على أن يكون الإثبات في بعض العقود التجارية بالكتابة. وفي هذه الحالة لا يجوز الإثبات بغير الكتابة.

٦ - التشدد في معاملة المدينين :

يغلب على العقود التجارية تأجيل الوفاء بالديون الناتجة عنها ، بمعنى أن التاجر يعتمد على الوفاء بديونه على استيفائه لحقوقه في مواعيد استحقاقها، وإن تخلف المدين عن الوفاء قد يستتبع عجز الدائن بدوره عن الوفاء بديونه [٤].

---

(١) د/ فايز نعيم رضوان ، ص٦٠٠.

(٢) د/ مصطفى كمال طه، المرجع السابق ، رقم ٤ ، ص١٢ . ، د/ أحمد محمد محرز ، العقود التجارية ـ الإفلاس ، القاهرة ٢٠٠٣ ، رقم ٥ ص ١١ .

(٣) د/ السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، جـ ١ ، طـ ١٩٦٦ ، ٦٥٠ ، صـ ٧٠٣ وما بعدها .

(٤) د/ مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، رقم ٦ صـ١١.

ولذلك عمد المشرع التجاري إلى اتخاذ إجراءات مشددة قبل المدينين بديون ناشئة عن عقود تجاريـة مراعاة لمصلحة الدائن، وذلك بقصد حماية الائتمان التجاري [1] .

أ- <u>التضامن</u>:

الأصل في القانون المدني أن التضامن بين المدينين إذا تعددوا لا يفترض، وإنما لابد أن يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون (م / ٢٧٩ مدني) ، أما في المعاملات التجارية فقد نصت المادة ٤٧ تجاري على أن التضامن بين المدينين في دين تجاري مفترض مـا لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك .

وأساس هذه القاعدة هو تفسير لإرادة المتعاقدين الملتزمين بالدين التجاري فالتزامهم في تصرف واحد يدل على وجود مصلحة مشتركة بينهم [2]، وبالتـالي يمكن للدائن في العقود التجارية أن يطالب بالدين كله من شاء مـن المدينين المتضامنين أو أن يطالبهم به مجتمعين.

ب- <u>المهلة القضائية</u> :

يجوز للقاضي في المواد المدنية في حالات استثنائية إذا لـم يمنعه نص في القانون أن يمنح المدين أجل معقول للوفاء بالدين إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم (م / ٣٤٦ مدني) .

---

(١) د/ سميحة القليوبي، المرجع السابق ، رقم ٦ صـ ١٤.

(٢) ريبير ، في القانون التجاري ، رقم ٣٥٠

لكن هذه القاعدة لا تتفق مع سرعة وطبيعة العقود التجارية والتي يكتسب فيها تاريخ الوفاء بالالتزامات أهمية بالغة حيث يرتب التاجر وفاءه بديونه على استيفاءه لأموال تستحق له في تواريخ سابقة على ميعاد استحقاق ديونه، مما يترتب على تأجيل الوفاء بهذه الأموال اهتزاز ثقة دائني التاجر فيه ويصيبه بأضرار بالغة [1].

ولذلك فقد نصت المادة ٥٩ تجاري على أنه " لا يجوز للمحكمة منح المدين بالتزام تجاري مهلة للوفاء أو تقسيطه إلا عند الضرورة وبشرط عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن ".

جـ - <u>النفاذ المعجل</u>:

تقضي المادة ٢٨٧ من قانون المرافعات المدنية والتجارية بعدم جواز تنفيذ الأحكام مادام الطعن فيها بالاستئناف جائزا ...

غير أن هذه القاعدة لا تتناسب مع المعاملات التجارية وما تقتضيه من سرعة في اقتضاء الحقوق، ولذا فقد قضى قانون المرافعات في المادة ٢٨٩ بوجوب تنفيذ الأحكام الصادرة في المواد التجارية نفاذا معجلا بقوة القانون سواء أكانت قابلة للاستئناف أو طعن فيها بهذا الطريق وذلك بشرط تقديم كفالة.

د- <u>التقادم</u>:

الأصل في الالتزام مدنيا كان أو تجاريا أن يتقادم بمضي خمسة عشر سنة (م / ٣٧٤ مدنى) .

---

(١) د / على البارودي، العقود التجارية وعمليات البنوك، رقم ٧١ ص ٨٥.

بيد أن الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية فتتقادم بمضي سبعة سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، وكذلك تسقط بمضي عشر سنوات الأحكام النهائية في تلك الدعوى (م ٦٨ تجاري) .

كما أن الالتزامات الناشئة عن بعض العقود التجارية تخضع لتقادم قصير كما هو الشأن في الالتزامات الناشئة عن عقد النقل البري للأشياء (م / ٢٥٤ تجاري) وعقد النقل البري للأشخاص (م ٢٧٢ تجاري) وعقد النقل الجوي (م ٢٩٦ تجاري)، والدعاوى الناشئة عن الأوراق التجارية (م ٤٦٥ و ٤٧٠ و ٥٣١ تجاري).

هـ - <u>الإفلاس</u> :

الإفلاس نظام خاص بالتجارة وضع لمواجهة التاجر المدين المتوقف عن سداد ديونه التجارية، ودعما للائتمان التجاري.

فإذا توقف المدين التاجر عن دفع ديونه التجارية، جاز للدائن أن يطلب شهر إفلاسه (م ٥٥٠ تجارى).

ويتميز نظام الإفلاس بصرامة أحكامه والحرص على أخذ المدين بالشدة، إذ يترتب عليه غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها. وهذه الشدة تدفع المدين التاجر إلى الحرص على الوفاء بديونه في مواعيد استحقاقها [١].

---

(١) د/ مصطفى كمال طه، ص١٧.

٧ - خطة الدراسة :

تناول القانون التجاري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الالتزامات والعقود التجارية في المواد من ٤٧ إلى ٢٩٩، ونظم في هذه الأحكام بعض العقود الشائعة في المجتمع التجاري، وسوف نقتصر في دراستنا على بعض هذه العقود وذلك على النحو التالي :-

الباب الأول : **عقد البيع.**

الباب الثاني : **عقد الرهن التجاري.**

الباب الثالث : **عقد الوكالة بالعمولة.**

الباب الرابع : **عقد السمسرة.**

الباب الخامس : **عقد نقل الأشياء.**

الباب السادس : **عقد نقل التكنولوجيا.**

الباب الأول

عقد البيع التجاري

٨- البيع التجاري هو أكثر العقود قدما، وأكبرها أهمية، وأعظمها وقوعا في العمل، وهو أساس المعاملات التجارية، ولذا فقد أفرد له القانون التجاري الفصل الثاني من الباب الثاني منه، وخصص الفرع الأول من هذا الفصل للأحكام العامة في البيع التجاري، وعالج في الفرع الثاني بعض أنواع البيوع التجارية.

وسوف نتكلم في الأحكام العامة للبيع التجاري في الفصل الأول، ثم نعالج بعض أنواع خاصة من البيوع التجارية في الفصل الثاني.

الفصل الأول

الأحكام العامة للبيع التجاري

٩- يخضع عقد البيع التجاري من حيث تكوينه وآثاره للقواعد العامة في نظرية العقد، لكن هناك قواعد خاصة بالبيع التجاري تتعلق بالتزامات كل من البائع والمشترى واستقر عليها العرف التجاري أو العادات التجارية أو القضاء وتضمنها قانون التجارة.

وسوف نتناول هذه القواعد في فرعين :

الفرع الأول : التزامات البائع.

الفرع الثاني: التزامات المشترى.

الفرع الأول

التزامات البائع

١٠- أولا : الالتزام بالتسليم :

يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشترى ويتم التسليم بوضع الشيء المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يستمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق (م ٤٣٥ مدنى).

ويتم التسليم وفقا للشروط المتفق عليها في العقد أو وفقا للعادات، وقد يكون التسليم ماديا بوضع الشيء المبيع تحت تصرف المشترى، وقد يكون

رمزيا – وهو الغالب في البيع التجاري - بتسليم مستندات البضاعة إلى المشترى كسند الشحن البحري أو إيصال المخزن العام، أو تذكرة النقل البري أو البحري.

وقد استقر العرف التجاري على اعتبار استلام هذه المستندات بمثابة استلام الشيء المبيع ذاته [1].

ويلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع وفقا لما اتفق عليه في العقد من حيث النوع والصنف والمقدار ، على أن العرف التجاري جرى على التسامح في نسبة مئوية ضئيلة (٣ % أو ٥ %) من مقدار البضاعة زيادة أو نقصا [2].

أي يلتزم المشترى بقبوله ولكنه لا يلتزم دفع الثمن إلا في حدود القدر المسلم إليه فعلا (م ٩٥ تجاري).

ويجب أن يتم التسليم في الميعاد المحدد في العقد [3]، وإذا لم يحدد في العقد ميعاد للتسليم، وجب أن يتم التسليم بمجرد إبرام العقد ما لم تستلزم طبيعة المبيع أو يقضى العرف بتحديد ميعاد آخر (م ٩٣ تجاري). كما يجب أن يتم تسليم المبيع في المكان المحدد في العقد، وإذا لم يحدد العقد المكان وجب التسليم في مقر البائع.

---

(١) د/ أحمد محمد محرز ، رقم ٢٧ صـ ٤٧.

(٢) د/ مصطفى كمال طه ، رقم ١٠ صـ ٢٤ .

(٣) د/ محمود سمير شرقاوي ، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع ، مجلة القانون والاقتصاد ، العددان الثالث والرابع من السنة ٤٦ ص ٣٠٩.

١١- حق الاستبدال :

وإذا لم يقم البائع بتسليم المبيع في الميعاد المحدد في العقد، كان للمشترى أن يخطره بالتنفيذ خلال مدة مناسبة يحددها .

فإذا لم يسلم البائع المبيع خلال تلك المدة ، جاز للمشترى أن يحصل على شيء مماثل للمبيع على حساب البائع وأن يطالبه بالفرق بين الثمن المتفق عليه وما دفعه بحسن نية للحصول على ذلك الشيء. وإذا كان للمبيع سعر معلوم في السوق جاز للمشترى - وإن لم يشتر فعلا شيئا مماثلا للمبيع – أن يطالب البائع بالفرق بين الثمن المتفق عليه وسعر السوق في اليوم المحدد للتسليم (م ٩٦ تجارى).

١٢- إنقاص الثمن :

إذا تبين بعد تسليم المبيع أن كميته أقل مما هو متفق عليه أو صنفه مغاير لما ورد في العقد. فعلى المشترى أن يخطر البائع بذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسليم المبيع إليه تسليما فعليا. وعليه أن يقيم دعوى إنقاص الثمن خلال ستين يوما من تاريخ هذا التسليم (م١٠١تجارى).

والواقع أن هذه الأحكام التي تستبعد الفسخ في الأحوال السابقة ويقصر حق المشتري في شراء بضائع مماثلة من السوق أو إنقاص الثمن أو زيادته تبعا لنقص البضائع أو زيادتها مع الإبقاء على العقد، إنما تستند إلى أن المشتري وهو في الغالب تاجر يستطيع دائما تصريف البضاعة وإن كانت تختلف عن تلك التي تعاقد عليها، ومع ذلك يجوز الفسخ إذا نشأ عن النقص أو العيب أو عدم المطابقة، عدم صلاحية المبيع للغرض الذي أعده له المشترى أو صعوبة تصريفه (م١٠١ تجارى).

١٣- ثانيا : الالتزام بالضمان :

يلتزم البائع وفقا للقواعد العامة بضمان عدم التعرض للمشترى في الانتفاع بالمبيع سواء كان التعرض من فعله أو فعل الغير.

أما ضمان الاستحقاق، فمن النادر أن تثور صعوبة بشأنه عمليا ، إذ أن هذه البيوع غالبا ما ترد على منقولات مادية يكون للمشترى الحق في التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية [١].

وبالنسبة لضمان العيوب الخفية وهو الأكثر وقوعا من الناحية العملية في البيوع التجارية، فتطبق في شأنه أيضا القواعد العامة المقررة في عقد البيع (م ٤٤٧ -٥٥٤ مدني).

مع ملاحظة أن البائع لا يضمن العيوب التي يجري العرف التجاري على التسامح فيها وإذا ثبت وجود العيب الخفي كان للمشترى الخيار بين طلب الفسخ أو طلب إنقاص الثمن، إلا أن العرف التجاري استقر على تنفيذ العقود التجارية بالاكتفاء بإنقاص الثمن بدلا من الفسخ، مادام أن الشيء المبيع صالح للاستعمال التجاري ولا يؤدي العيب إلى تعذر تداوله تجاريا [٢].

---

(١) د/ محمود سمير الشرقاوي ، القانون التجاري ، رقم ١٦ صـ٢١

(٢) المرجع السابق .

الفرع الثاني

التزامات المشترى

١٤- أولا : الالتزام بدفع الثمن :

يلتزم المشترى بدفع ثمن المبيع المتفق عليه في العقد بالعملة المتداولة ، ويمكن الاتفاق على أن يكون الدفع بعملة أجنبية وخاصة في البيوع الدولية.

وقد يكون الثمن معجلا وقت التسليم ، أو مؤجلا وهو الغالب في المعاملات التجارية .

وتقوم الأوراق التجارية (الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات) بدور هام في هذا المجال . فهي أداة وفاء وائتمان بين التجار [١].

وجرى العرف على منح خصم نسبة معينة من الثمن في حالة الوفاء بالثمن معجلا . والحكمة واضحة من ذلك، حيث في الثمن المعجل يستطيع البائع استثماره فور استلامه، أما في الثمن المؤجل فالمشتري هو الذي يستفيد من الائتمان بمقدار ثمن المبيع حتى حلول الأجل [٢].

ويجب على المشتري دفع الثمن في الميعاد المتفق عليه، فإذا تخلف عن ذلك جاز للبائع بعد إعذار المشترى أن يعيد بيع البضاعة للغير .

---

(١) د/ محمود سمير الشرقاوي ، القانون التجاري ، رقم ١٧ ص٢١ .

(٢) د/ أحمد محرز ، المرجع السابق ، ٣١ صـ ٢٥ .

فإذا بيعت بحسن نية بثمن أقل من الثمن المتفق عليه كان من حق البائع مطالبة المشترى بالفرق (م ٩٨ تجاري) .

ويعد هذا من قبيل التعويض العيني عن عدم تنفيذ المشترى لالتزامه [١].

١٥- ثانيا : الالتزام بتسلم المبيع :

ويلتزم المشترى باستلام المبيع في الميعاد المتفق عليه، فإذا أمتنع جاز للبائع أن يطلب من القاضي المختص الإذن في بيعه بعد انقضاء مدة يحددها ويخطر بها المشترى ، كما يحدد القاضي كيفية إجراء البيع ويجوز له أن يأمر ببيع الأشياء القابلة لتلف سريع دون تحديد مهلة أو أخطار. وعلى البائع إيداع حصيلة المبيع خزانة المحكمة حتى يسوى النزاع بينه وبين المشترى إذا كان المشترى قد دفع الثمن بكامله (م ١٠٠ تجاري).

١٦- البيع بثمن مفروض:

قد يلتزم المشتري في عقد البيع التجاري بالتزامات أخرى، إلى جانب التزاماته الأصلية، من ذلك مثلا: الالتزام بالبيع بثمن مفروض، وهو شرط معروف في بعض البيوع التجارية التي تتم بين المنتجين وتجار التجزئة، ويقصد من هذا الشرط أن يلتزم المشتري ببيع السلعة بالسعر الذي حدده المنتج أو البائع.

ويهدف الأخير من ذلك منع المنافسة بين التجار الذين يتاجرون في نفس السلعة.

---

(١) د/ محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، رقم ١٧ ص٢٢، د/ أكثم الخولي، الوسيط في لقانون التجاري، المرجع السابق رقم ٢٤.

وقد استقر القضاء على صحة هذا الشرط باعتباره يهدف إلى حماية مصلحة مشروعة للمشترط.

كذلك أجاز القانون الاتفاق على إلزام المشترى بعدم التخفيض عن ثمن معين عند إعادة البيع، وقد عرضت المادة ١٠٣ تجاري لهذا الشرط بقولها : - ((يجوز الاتفاق على إلزام المشترى بعدم التخفيض عن ثمن معين عند إعادة البيع إذا كان المبيع سلعة تحميها علامة تجارية مسجلة تميزها، ويجوز للمحكمة أن تقضى ببطلان هذا الشرط إذا كان المبيع من السلع الضرورية للاستهلاك الشعبي)).

ويحدث أحيانا أن يشترط البائع على المشترى ألا يقوم ببيع سلعة أخرى غير تلك التي يشتريها من البائع ويعرف هذا الشرط بشرط القصر ، وقد اعتبر القضاء هذا الشرط صحيحا بشرط أن يكون محددا بفترة زمنية معينة.

الفصل الثاني

أنواع خاصة من البيوع التجارية

١٧- تتعدد صور البيوع التجارية بحيث يصعب حصرها، ولذا سنكتفى بدراسة بعض الأنواع التي عنى قانون التجارة بتنظيمها وأورد بشأنها أحكاما خاصة، وهي البيع بالتقسيط وبيع المنقولات الجديدة بطريق التصفية أو المزايدة العلنية والبيع بالمزايدة العلنية للمنقولات المستعملة.

الفرع الأول

البيع بالتقسيط

١٨- البيع بالتقسيط هو البيع الذي يتفق فيه المتعاقدان على أداء الثمن على أقساط دورية (شهرية ربع سنوية أو سنوية مثلا).

وقد أنتشر البيع بالتقسيط حتى أصبح اليوم يشمل أغلب السلع وخاصة السلع المعمرة مثل السيارات والأجهزة الكهربائية، لتمكين ذوى الدخول المحدودة من اقتناء السلع التي لا يستطيعون دفع أثمانها في الحال، ولتمكين التجار من توسيع دائرة عملائهم وزيادة مبيعاتهم.

والأصل أن ملكية المبيع تنتقل إلى المشترى بمجرد الاتفاق على البيع وفقا للقواعد العامة، ويترتب على ذلك أنه إذا أفلس المشترى أو أعسر قبل الوفاء بكامل الأقساط تعرضت مصالح البائع للخطر [١].

---

(١) د / سمير الشرقاوي ، المرجع السابق ، رقم ٢٦ صـ ٣٢ .

ولذلك يلجأ البائع عادة إلى وضع شروط خاصة في عقد البيع تضمن حماية حقه تجاه المشترى، فقد يشترط أن يحتفظ بملكية المبيع حتى الوفاء بكامل الأقساط [1].

ونظرا لانتشار البيع بالتقسيط في الوقت الحاضر وما كشف عنه الواقع العملي من قصور القواعد العامة عن توفير الحماية اللازمة لطرفي العقد، فقد وضع قانون التجارة بعض القواعد التي تهدف إلى توفير الضمانات الكفيلة بحماية المشترى دون الإخلال بالمصالح المشروعة للبائع.

١٩- حماية المشترى بالتقسيط

وضع المشرع بضعة قواعد تهدف إلى حماية المشترى بالتقسيط تتحصل فيما يلي :

١- إذا لم يدفع المشترى أحد أقساط الثمن المتفق عليه، فلا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تبين أن المشتري قام بتنفيذ الجزء الأكبر من التزامه وقدره خمسة وسبعون في المائة من هذه الالتزامات (م ١٠٥ / ١) .

٢- وفي حالة الحكم بفسخ البيع يجب أن يرد البائع الأقساط التي قبضها بعد استنزال ما يعادل أجرة الانتفاع بالمبيع بالإضافة إلى تعويض عن التلف الذي لحقه بسبب الاستعمال غير العادي (م ١٠٥ / ٢) .

---

(١) د / محمد حسن الجبر ، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، النشر العلمي والمطابع ، ط ١٩٩٧ . رقم ٣٠ صـ ٤٥ .

٣- وفي حالة الاتفاق على حلول الثمن بأكمله عند عدم دفع أحد الأقساط في ميعاد استحقاقه، فأنه لا يكون نافذا إلا إذا تخلف المشترى عن دفع قسطين متتاليين على الأقل (م ١٠٥ / ٣).

٢٠ - <u>شرط الاحتفاظ بملكية المبيع</u> :

يجوز للبائع أن يشترط أن يكون نقل ملكية المبيع إلى المشتري موقوف على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع (م ٤٣٠ / ١).

وقد عرضت لهذا الشرط المادة ١٠٦ / ١ تجاري إذ نصت على أنه ((إذا احتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها أكتسب المشترى هذه الملكية بأداء القسط الأخير)).

٢١- <u>حماية البائع من تصرف المشتري في المبيع</u> :

حماية للبائع من خطر تصرف المشترى في المبيع قبل الوفاء بجميع الأقساط، نصت المادة ١٠٧ تجارى على أنه لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع.

ويترتب على مخالفة هذا الحظر جزاء مدنى وآخر جنائي :-

١- <u>الجزء المدني</u> : كل تصرف يجريه المشتري في المبيع قبل أداء الأقساط بغير إذن مكتوب من البائع لا يكون نافذا في حق البائع إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله (م ١٠٧ / ١). كما يكون للبائع أن يطالب المشترى بأداء الأقساط الباقية فورا (م ١٠٧ / ٢) .

٢- الجزاء الجنائي : ويتعرض المشتري الذي يتصرف في المبيع للحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز ٥٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

الفرع الثاني

البيع بالمزاد العلني للمنقولات المستعملة

٢٢- رأى المشرع حماية لجمهور المتعاملين مع صالات بيع المنقولات بالمزايدة العلنية، أن يخضع تعاقداتهم لأحكام القانون، فأصدر القانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ في شأن بعض البيوع التجارية ثم وضع لها بعض الأحكام الخاصة بمقتضى قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ في المواد من ١١٠ إلى ١١٤.

وبدأت المادة ٢/١١٠ تعريف البيع بالمزايدة العلنية ، فقالت : ((يقصد بالبيع بالمزايدة العلنية كل بيع اختياري يجوز لكل شخص حضوره ولو أشترط لحضور المزايدة دفع مقابل أو أقتصر الحضور على طائفة معينة من الأشخاص)).

ومن هذا النص يبين أنه يجب توافر شروط ثلاثة لتطبيق أحكام القانون :-

١- أن يكون البيع اختياريا ، فلا تطبق أحكام القانون على البيع الجبري بالمزاد والذي يقع تحت إشراف القضاء.

٢- أن يكون البيع بالمزايدة العلنية، ويقصد بالمزايدة العلنية كل بيع يجوز لكل شخص حضوره، ويتم فيه التنافس بين المتزايدون ويقع البيع لمن يقدم أعلى ثمن في جلسة المزايدة [١].

(١) د/ احمد محرز ، رقم ٥٤ صـ ٧١.

٣- أن يرد البيع على منقولات مستعملة : ويقصد بالمنقولات المستعملة جميع الأموال المنقولة التي تكون قد انتقلت حيازتها للمستهلك بأي سبب من أسباب كسب الملكية.

٢٣ - تنظيم البيع :

يشترط القانون لصحة بيع المنقولات المستعملة بالمزاد العلني الشروط الآتية:

١- أن يتم البيع بواسطة خبير مثمن، وفي ذلك نصت المادة ١١٠ تجارى على أنه ((لا يجوز بيع السلع المستعملة بالمزايدة العلنية إلا بواسطة خبير مثمن مقيد في السجل الخاص)) وذلك لعدم قدرة الجمهور على تقدير قيمة الشيء المستعمل بسهولة لارتباط هذه القيمة بدرجة الاستعمال الذي كان محلا له.

٢- أن يقع البيع في صالة مخصصة للبيع بالمزاد، أو في المكان الموجودة به المنقولات أصلا أو المكان الذي يصدر به ترخيص من وزير التجارة أو من يندبه (م ١/٢ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٧٥) .

٣- على المشتري الذي ترسو عليه المزايدة أن يدفع نصف الثمن في جلسة المزايدة، وأن يدفع الباقي عند تسليم المبيع إليه (م ١١١ / ١) .

وإذا تخلف المشترى عن دفع الباقي أو لم يحضر لتسلم المبيع خلال ثلاثة أيام من تاريخ انتهاء المزايدة، وجب إعادة البيع على مسئوليته بطريق المزايدة العلنية أيضا ودون مشاركته في المزايدة (م ١١١ / ٢) .

بمعنى أنه إذا رسا المزاد العلني الثاني بثمن أقل من الثمن الأول تحمل المشترى بالفرق للبائع أما إذا رسا بثمن أكثر فالزيادة من نصيب البائع.

وللخبير المثمن أو لصاحب الصالة أجرا أو عمولة نظير قيامه بالبيع . ويكون غالبا نسبة معينة من الثمن يتم تحصيلها من كل من البائع والمشترى، على ألا يزيد عن الحد الأقصى الذي يحدده وزير التموين والتجارة الداخلية [1].

الفرع الثالث

البيع بالمزاد العلني أو بطريق التصفية في المحال التجارية

٢٤- قد تلجأ بعض المحال التجارية إلى بيع بضائعها بطريق المزاد العلني أو بطريق التصفية " أوكازيون Occasion " بحجة تصفية المحل أو التخلص من بعض البضائع بثمن مخفض، محاولة بذلك إغراء الجمهور بالشراء وقد ينتهي به الأمر إلى شراء البضائع بثمن السوق أو بثمن يزيد عليه .

لذلك رأى المشرع حماية للمستهلك أن ينظم البيع بالمزاد العلني أو بطريق التصفية للسلع الجديدة في المحال التجارية وحدد حالات هذا البيع على سبيل الحصر.

٢٥- <u>حالات البيع بالمزاد العلني</u> :

حددت المادة ١٠٩ تجاري الحالات التي يجوز للتاجر أن يبيع السلع غير المستعملة بطريق المزاد العلني وبشرط الإعلان عن السبب قبل المزاد :

١- تصفية المتجر نهائيا

٢- تصفية أحد فروع المتجر .

---

(١) د/ محمود سمير الشرقاوي ، رقم ٢١ ص٢٧

٣- تصفية التجارة في أحد الأصناف التي يتعامل فيها المتجر .

٤- تصفية السلع التي يصيبها عيب بسبب الحريق أو تسرب مياه أو غير ذلك من الأسباب.

٥- حالة التصفية الموسمية على أن تتم خلال أسبوعين على الأكثر.

٢٦- <u>البيع بطريق التصفية " أوكازيون "</u> :

أجاز المشرع للتاجر أن يعلن عن بيع بضائعه عن طريق التصفية " أوكازيون " في الحالات السابق عرضها وأشترط أن تتم التصفية خلال أسبوعين على الأكثر (م ١٠٩/هـ).

ويجب على التاجر أن يعلن عن ثمن السلع المعروضة للبيع في التصفية مقترنا به بيان عن الثمن الفعلي الذي كانت تباع به هذه السلع خلال الشهر السابق على التصفية (م ١٠٨/١)، وذلك لضمان جدية التصفية. ويعتبر في حكم التصفية الموسمية كل إجراء من شأنه الإعلان عن بيع السلع بأسعار مخفضة (م ١٠٨/٢) .

الباب الثاني

عقد الرهن التجاري

٢٧ ـ تقديم:

تقوم الحياة التجارية على الائتمان ، فقد يكون التاجر دائنا أو مدينا، والتاجر الدائن يخشى دائما إفلاس مدينه ومزاحمة غيره من الدائنين، لذلك فإنه يطلب من مدينه رهنا لصالحه يسمح له بأن يستوفي حقه من ثمن الشيء المرهون قبل الدائنين الآخرين.

وفي الغالب ما تكون أموال التاجر عبارة عن منقولات مادية ومعنوية كالبضائع والمهمات والسندات، ويقتضي رهنها تطبيق قواعد الرهن الحيازي، وهذا يتطلب انتقال حيازة المال المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، وكثيرا ما يؤدي هذا إلى تعطيل النشاط التجاري للمدين وخاصة إذا كان المال المرهون من مستلزمات الإنتاج كالسفن والطائرات والمحل التجاري وغيرها.

ولذلك ظهر نظام رهن المنقول دون انتقال الحيازة، وقد أخذ به المشرع المصري في رهن المحل ورهن السفينة ورهن الطائرة.

ونظرا لما تتصف به الحياة التجارية من سرعة وبساطة فقد وضع القانون التجاري أحكاما خاصة للرهن التجاري في المواد من ١١٩ إلى ١٢٩ تختلف عن أحكام الرهن المدني.

وسوف نتحدث عن أحكام الرهن التجاري في الفصل الأول، ثم نتحدث في الفصل الثاني عن آثاره.

الفصل الأول

أحكام الرهن التجاري

٢٨- تعريف الرهن التجاري :

تنص المادة ١١٩ من القانون التجاري على أنه : ((مع مراعاة الأحكام الخاصة التي تنظم أنواعا خاصة من الرهن التجاري تسرى أحكام هذا الفصل، على كل رهن يتقرر على مال منقول، ضمانا لدين يعتبر تجاريا بالنسبة إلى المدين)).

ويتضح من هذا النص الآتي :

١- أن الرهن التجاري هو الرهن الذي يتقرر على منقول، وبذلك يخرج رهن العقار من أحكام قانون التجارة [١].

٢- أن الرهن التجاري هو الرهن الذي يعقد ضمانا لدين تجاري، أي أن العبرة في تحديد نوع الرهن هو بطبيعة الدين الذي عقد من أجله الرهن [٢].

ويترتب على ذلك أنه لا أهمية لصفة أطراف عقد الرهن في تحديد نوعه. وتطبيقا لذلك، يعتبر الرهن تجاريا إذا كان يضمن الوفاء بدين تجاري كالوفاء بثمن بضاعة تم شرائها لأجل بيعها وتحقيق ربح، وبالعكس يعتبر الرهن مدنيا إذا كان يضمن الوفاء بثمن عقار.

---

(١) د/ مصطفى كمال طه ، رقم ٣٦ صـ ٤٩ ، د/ سميحة القليوبي ، رقم ١٨١ صـ ٢٥٧.

(٢) د/ محمود سمير الشرقاوي ، رقم ٣٤ ص ٣٨.

٣- إذا كان المدين تاجرا، فيفترض أن الرهن الذي يجريه متعلقا بتجارته باعتباره ما تقضى به المادة ٨ / ٢ تجاري من اعتبار جميع أعمال التاجر تجارية إلى أن يثبت العكس.

المبحث الأول

إنشاء الرهن وإثباته

٢٩- إنشاء الرهن :

عقد الرهن التجاري من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد اتفاق الطرفين دون تطلب شكلا معينا لإتمامه، ويجب أن يكون المدين الراهن والدائن المرتهن لديهما الأهلية اللازمة لانعقاده، وأن يكون الراهن مالكا للمال المرهون [١]، كما يشترط أن يكون محل الرهن مما يجوز التعامل فيه، ومما يجوز بيعه بالمزاد العلني وبالتالي لا يجوز رهن حق السكنى أو حق استعمال العقار.

٣٠- إثبات العقد :

تنص المادة ١٢٢ / ١ تجاري على أنه : ((يجوز إثبات الرهن التجاري فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير بكافة طرق الإثبات أيا كانت قيمة الدين المضمون بالرهن)).

ومقتضى ذلك، أن إثبات الرهن التجاري تسري عليه قاعدة حرية الإثبات في المواد التجارية، فيجوز لأي من الطرفين أو الغير إثبات عقد الرهن التجاري

---

(١) د/ احمد محرز ، رقم ٧٣ صـ ٨٧.

بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ولو زادت قيمة المال المرهون عن خمسمائة جنيه.

٣١- انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن :

لا ينفذ الرهن في حق الغير ولا يكون للدائن المرتهن أن يتقدم على غيره من الدائنين إلا بالتسليم وانتقال حيازة المال المرهون من الراهن إلى المرتهن. والقصد من ذلك إعلام الغير بتعلق حق الدائن المرتهن بالمرهون (م١/١٢٠).

ولا يشترط أن يكون انتقال الحيازة فعليا حقيقيا بل يكفى أن يكون رمزيا. وفي ذلك المادة ٢/١٢٠ ((يكون الدائن المرتهن أو العدل حائزا للشيء المرهون في الحالات الآتية :

أ- إذا وضع تحت تصرفه بكيفية تحمل الغير على الاعتقاد أن الشيء صار في حراسته.

ب- إذا تسلم صكا يمثل الشيء المرهون و يعطي حائزه دون غيره حق تسلمه.

٣٢- استبدال المال المرهون:

قد يكون الشيء المرهون سلعا قابلة للتلف ، أو تكون معرضة للعوامل الجوية التي قد تؤدي إلى إنقاص قيمته بعد مدة، فهل يحق للمدين الراهن استبدال الشيء المرهون؟

أجاز قانون التجارة استبدال المال المرهون بمال آخر من نوعه ونص في المادة ١٢٤ على أنه :

((١- إذا ترتب الرهن على مال مثلي بقى الرهن قائما، ولو استبدل بالشيء المرهون شيء آخر من نوعه.

٢- وإذا كان الشيء المرهون من الأموال غير المثلية، جاز للمدين أن يستبدل به غيره بشرط أن يكون متفقا على ذلك في عقد الرهن وأن يقبل الدائن للبدل)).

٣٣- رهن المنقولات المعنوية :

تناول المشرع أحكام رهن الحقوق الثابتة في الصكوك الإسمية في المادة ١٢١ تجاري، نتناولها فيما يلى :

٣٤- (١) رهن السندات المالية (الأسهم والحصص) :

ويشترط لكي يتم رهنها توافر شرطان :

الأول : أن يتم رهنها بطريق الحوالة أو التظهير ويذكر فيها أنه على سبيل الرهن.

الثاني : يجب إجراء قيد الرهن في دفاتر الجهة التي أصدرت الصك ويذكر في القيد أن الحوالة تمت على سبيل الرهن (م ١٢١ / ١ تجاري).

٣٥- (٢) رهن السندات التجارية :

يتم رهن السندات التجارية وأهمها الأوراق التجارية بتظهير يذكر فيه أنه للرهن أو الضمان أو أية عبارة أخرى تفيد الرهن (م ١٢١ / ٢ تجاري).

المبحث الثاني

آثار الرهن التجاري

٣٦- التزامات الدائن المرتهن :

١- يلتزم الدائن المرتهن أن يسلم إلى المدين إيصالا يبين فيه ماهية الشيء المرهون ونوعه ومقداره وغير ذلك من الصفات المميزة لـه (م ١٢٣) .

٢- يلتزم الدائن المرتهن إذا انتقلت إليه حيازة الشيء المرهون بالمحافظة على الشيء المرهون وصيانته. فيلتزم ببذل عناية الشخص المعتاد في المحافظة عليه طبقا للمادة (١٢٥).

وعليه أن يستوفي لحساب المدين الحقوق المتصلة بالشيء المرهون كقبض قيمتـه وأرباحه وفوائده، على أن يخصم ما يقبضه من المبلـغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله [١].

٣٧- التنفيذ على الشيء المرهون:

رغبة من المشرع التجاري في تبسيط الإجراءات الخاصة بالتنفيذ على الشيء المرهون، لتتلاءم مع طبيعة المعاملات التجارية القائمة على السرعة، فقد نص في المادة ١٢٦ على الإجراءات الواجب اتباعها إذا لم يقم المدين بالوفاء بالدين المضمون بالرهن في ميعاد استحقاقه وهي :

١- تكليف المدين بالوفاء بالدين المضمون بالرهن.

---

(١) د/ مصطفى كمال طه ، رقم ٤٣ صـ ٥٥ .

٢- وبعد خمسة أيام من تاريخ تكليف المدين بالوفاء، يكون للدائن المرتهن أن يقدم عريضة إلى القاضي بالمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدين طلب فيها الأمر ببيع الشيء المرهون كله أو بعضه.

٣- ويبلغ الأمر الصادر من القاضي بالبيع إلى المدين والكفيل إن وجد.

٤- وبعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ هذا التبليغ يجوز تنفيذ أمر القاضي بالبيع مع بيان المكان الذي يجرى فيه البيع وساعته.

٥- ويجرى البيع في الزمان والمكان الذين عينهما القاضي وبالمزايدة العلنية، إلا إذا أمر القاضي باتباع طريقة أخرى، وإذا كان الشيء المرهون متداولا في سوق الأوراق المالية، أمر القاضي ببيعه في هذه السوق، بمعرفة أحد السماسرة المقبولين للعمل بها .

٦- ويستوفي الدائن المرتهن بطريق الأولوية دينه من أصل وعائد ومصاريف من ثمن الناتج من البيع.

الباب الثالث

عقد الوكالة بالعمولة

٣٨- تمهيد :

الوكلاء بالعمولة أشخاص يحترفون أعمال الوساطة بين المشروعات التجارية أو الصناعية ومستهلكي السلع والمنتجات، وذلك لما لهم من خبرة ودراية بالنشاط التجاري ودراسة الأسواق وتقلبات الأسعار فيها . ولا تقصر هذه الفئة نشاطها على مشروع أو تاجر معين لعدم ارتباطهم به بعقد عمل، بل تمتد خدماتهم إلى عدة تجار.

ويباشر الوكيل بالعمولة أعمال الوساطة على وجه الاستقلال عمن يعمل لحسابه، وتتميز أعمال الوساطة التي يقوم بها الوكلاء بالعمولة بأنها تقوم على فكرة النيابة في التعاقد حيث يعمل الوكيل لحساب موكله وليس لحسابه الخاص [١].

٣٩- أهمية الوكالة بالعمولة:

ظهرت أهمية الوكالة بالعمولة منذ زمن بعيد نظرا لأهميتها الكبيرة في الحياة التجارية، وقد ساد الاعتقاد بان نظام الوكالة بالعمولة بدأ منذ القرن السادس عشر ففي ذلك الوقت كانت المسافة بين البلاد والمناطق المختلفة كبيرة

---

(١) د/ محمود سمير الشرقاوي ، رقم ٤١ صـ ٤٥، د/ سميحة القليوبي رقم ١٤ صـ ٢٩ ، د / أكثم الخولي ، ١٨١ .

بسبب وسائل النقل المتواضعة، فظهرت حاجة التجار والمنتجين إلى وكيل لهم مقيم في أماكن الأسواق يتولى التعامل لحسابهم بيعا وشراء [1].

وعلى الرغم من تقدم وسائل المواصلات والاتصال واعتماد المشروعات التجارية الكبرى على إنشاء فروع لها واعتمادها على ممثلين تجاريين في أنحاء الدول، لا تزال للوكالة بالعمولة أهميتها وخاصة في مجال التجارة الدولية، وذلك لما تحققه الوكالة بالعمولة من اقتصاد في الوقت والنفقات، كما تكون للتاجر مصلحة في التستر وإخفاء اسمه عمن يتعاقد معه خشية المنافسة أو لأي سبب آخر ، فيلجأ في تعاقده إلى الوكالة بالعمولة.

٤٠ – تقسيم :

نقسم دراستنا لعقد الوكالة بالعمولة على النحو التالي : -

الفصل الأول : **ماهية عقد الوكالة بالعمولة .**

الفصل الثاني : **آثار عقد الوكالة بالعمولة .**

الفصل الثالث : **الضمانات المقررة لطرفي عقد الوكالة بالعمولة .**

الفصل الرابع : **أسباب انقضاء عقد الوكالة بالعمولة.**

---

(١) د / أحمد محمد محرز ، رقم ١٣٠ ص ١٤٣، د / فايز نعيم رضوان رقم ٢١ ص ٦١٦ .

الفصل الأول

ماهية عقد الوكالة بالعمولة

٤١ – أولا : تعريف عقد الوكالة بالعمولة :

تنص المادة ١٦٦ / ١ من قانون التجارة على أن ((الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى باسمه تصرفا قانونيا لحساب الموكل)).

٤٢- ثانيا : خصائص عقد الوكالة بالعمولة :

من هذا التعريف يتبين أن عقد الوكالة بالعمولة يتميز ببعض الخصائص أهمها :

١- أن الوكيل بالعمولة يقوم بالتصرف المكلف بإبرامه مستقلا عن الموكل فلا يخضع لأي نوع من أنواع التبعية [١]. ولذلك يستطيع أن يتعاقد لأكثر من شخص بإبرام التصرفات القانونية باسمه ولحسابه.

٢- أن الوكالة بالعمولة تختلف عن الوكالة العادية، فالوكيل في الوكالة العادية يتعاقد باسم ولحساب الموكل، فتنصرف الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد مباشرة إلى الموكل، أما الوكيل في الوكالة بالعمولة فإنه يتعاقد باسمه الشخصي لحساب الموكل، أي يصبح الوكيل بالعمولة ملزما دون غيره قبل من يتعاقد معه ، وتنصرف إليه آثار العقد من حقوق والتزامات، ومن ناحية هو الملزم دون غيره قبل الموكل [٢].

---

(١) د/ على يونس ، رقم ٨٥ /١٠٢، د/ فايز نعيم ، رقم ٢٥ صـ ٦٢٢.

(٢) د/ مصطفى كمال طه ، رقم ٩٨ صـ ١١١.

٣- يعتبر عقد الوكالة بالعمولة من عقود المعاوضات بوصفه أحد أنواع الوكالات التجارية، ولا يتصور أن تكون الوكالة بالعمولة تبرعية، حيث يتقاضى الوكيل بالعمولة أجرا أو عمولة نظير قيامه بالتصرفات القانونية لحساب الموكل، ولو لم ينص على ذلك صراحة في العقد. ويستفاد ذلك من نص المادة /١٥٠ من قانون التجارة التي تنص على أن الوكالة التجارية بأجر.

وتختلف الوكالة بالعمولة في ذلك عن الوكالة العادية التي تعتبر بحسب الأصل من عقود التبرع، إذ تنص المادة ١/٧٠٩ مدني على أن ((الوكالة تبرعية، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل)) [١].

٤- يعتبر عقد الوكالة بالعمولة من العقود الرضائية التي لا تستلزم لانعقادها شكلا معينا، إذ يكفي مجرد توافر رضاء الطرفين رضاء خاليا من أي عيب – صادر من ذي أهلية [٢].

٥- الوكالة بالعمولة عمل تجارى بنص المادة ٥ / د تجاري، بشرط أن تزاول على وجه الاحتراف، ويترتب على ذلك أنها تخضع في إثباتها لمبدأ حرية الإثبات، ويجوز تبعا لذلك أن تثبت بكافة طرق الإثبات.

---

(١) د/ محمود سمير الشرقاوي ، رقم ٤٣ ص ٥٠.

(٢) د/ محمود سمير الشرقاوي ، رقم ٤٤ ص ٥٠، د / سميحة القليوبي رقم ١٦ ص ٣٣ .

الفصل الثاني

آثار عقد الوكالة بالعمولة

٤٣- يرتب عقد الوكالة بالعمولة عدة التزامات في ذمة كل من الوكيل بالعمولة والموكل.

ونعرض في هذا الفصل هذه الالتزامات، فنتكلم في الفرع الأول عن التزامات الوكيل بالعمولة، وفي الفرع الثاني عن التزامات الموكل.

الفرع الأول

التزامات الوكيل بالعمولة

٤٤- الالتزام الأول: القيام بالأعمال المكلف بها:

يلتزم الوكيل بالعمولة بتأدية الأعمال المكلف بها وفقا لعقد الوكالة بالعمولة وإلا اعتبر مخلا بالتزامه في مواجهة الموكل.

يجب على الوكيل بالعمولة احترام تعليمات الموكل بشأن نوع الصفقة المكلف بشرائها أو بيعها، وكيفية الشراء أو البيع، ودرجة الجودة، والسعر وطريقة الدفع. فإذا باع الوكيل بالعمولة بأقل من الثمن الذي حدده الموكل أو اشترى بأعلى منه، جاز للموكل رفض الصفقة (م ١/١٥١)، وفي هذه الحالة يجب على الموكل أن يخطر الوكيل بالعمولة بذلك في أقرب وقت من علمه بها وإلا أعتبر قابلا للثمن، أما إذا قبل الوكيل بالعمولة تحمل فرق الثمن، فلا يجوز للموكل رفض الصفقة (م ١٦٧).

وإذا اشترى الوكيل بالعمولة لحساب الموكل بضاعة مخالفة للنوع أو الصنف الذي طلبه الموكل، فلا يلـزم الموكـل بقبولهـا (م ١٦٨ / ١).

أما إذا اشترى الوكيـل بالعمولـة بـضاعة مطابقـة للمواصفات التي حددها الموكل ولكن بكمية أكبر، فلا يلزم الموكـل إلا بقبول الكمية التي طلبها. أما إذا كانت الكمية أقل، يكون للموكل الخيار بين قبولها أو رفضها (م ١٦٨ / ٢).

٤٥-الالتزام الثاني : التزام الوكيل بالعمولة بإخطار موكله بكافة المعلومات الضرورية عن العمل المكلف به :

ويلتزم الوكيل بالعمولة أن يحيط الموكل علما بالصفقات التي يبرمها لحسابه (م ١/١٥٨) وأن يقدم كافة المعلومـات التـي يهـم الموكل العلم بها، فيجب على الوكيل بالعمولة أن يخبر الموكل بحالة السوق وحركة الأسعار ويحيطه علما بالظروف التي يجرى فيهـا التعامل وما يصادفه من عقبات، ويوافيه بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة [١].

كما يلتزم الوكيل بالعمولة بإخطار الموكـل بـالـصفقات التـي أبرمها ، حتى يعلم الموكل بذلك ويتخذ ما يراه مناسبا من قرارات إذ قد يرغب الموكل في إعادة بيع البضائع التي قام الوكيل بالعمولة بشرائها أو يشترى بقيمة الصفقة التي أبرمهـا للوكيـل بـضائع معينة [٢].

---

(١) د/ مصطفى كمال طه ، رقم ١٠٣ / ص ١١٥ .

(٢) د/ فايز نعيم رضوان ، رقم ٤٤ من ٦٥٠

ويسأل الوكيل بالعمولة عن الأضرار التي قد تصيب الموكل نتيجة تأخره في إخطار هذا الأخير بتمام الصفقة[١].

ولا يلتزم الوكيل بالعمولة أن يفضي إلى الموكل بإسم من يتعاقد معه لأنه قد يكون هناك مصلحة في أن يخفى الوكيل اسم من يتعاقد معه حتى لا يتصل به الموكل مباشرة ويستغنى عن خدمات الوكيل [٢].

أما إذا طلب الموكل من الوكيل الإفضاء باسم من تعاقد معه فأمتنع دون مسوغ مقبول جاز اعتباره ضامنا تنفيذ الصفقة (م ٢/١٧٣) .

ومن ناحية أخرى لا يجوز للوكيل بالعمولة أن يعلن عن اسم موكله للغير إلا إذا أذن له في ذلك (م ١/١٧٣). إذ قد يفضل الموكل عدم ذكر اسمه لأسباب تتعلق بالمنافسة مع غيره ممن يقومون بإنتاج ذات السلعة [٣].

٤٦- الالتزام الثالث : التزام الوكيل بالعمولة بالقيام بالعمل المكلف به بنفسه :

الوكالة بالعمولة من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، فيختار الموكل وكيله بناء على سمعته الطيبة ونشاطه وأمانته من واقع معاملاته التجارية، ومن ثم لا يجوز للوكيل بالعمولة أن ينيب غيره في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له في ذلك [٤].

---

(١) د/ سميحة القليوبي، رقم ٣٦ صـ ٥٨ .

(٢) د/ مصطفى كمال طه ، رقم ١٠٣ صـ ١١٦.

(٣) د/ سميحة القليوبي، رقم ٤١ صـ ٦٥.

(٤) د/ على يونس ، رقم ٩٦ ص١١٧ ، د/ سميحة القليوبي ، رقم ٣٨ صـ ٦٢.

وإذا فرض وأناب الوكيل غيره دون إذن موكله كان مسئولا عن عمل نائبه كما لو كان هذا العمل ، قد صدر عنه شخصيا ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسئولية تجاه الموكل [1].

٤٧- الالتزام الرابع : التزام الوكيل بالعمولة بالمحافظة على البضائع:

يلتزم الوكيل بالعمولة طبقا لعقد الوكالة بالعمولة بالمحافظة على البضائع والأشياء المسلمة إليه من الموكل والتي يكلف ببيعها، أو من المشتري على ذمة تسليمها للموكل [2] (م ١٥٢).

فلا يجوز للوكيل بالعمولة تغيير العلامات التجارية الموضوعة على هذه البضائع إلا إذا أذن له الموكل بذلك صراحة (م ١/١٧٢).

ويلتزم الوكيل بالعمولة أيضا، إذا كان يعمل في نفس الوقت لحساب موكلين مختلفتين ، وكان يحوز بضائع من نفس الجنس لحسابهم، أن يضع على كل بضاعة منهم بيانا مميزا لها (م ١٧٢ / ٢) .

والتزام الوكيل بالعمولة بالمحافظة على البضائع هو التزام بنتيجة [3] بحيث يعد مسئولا عن كافة الأضرار التي تلحق البضائع التي يحتفظ بها لحساب موكله منذ تسلمه لها، ولا يعفيه من هذه المسئولية سوى القوة القاهرة .

---

(١) م ٧٠٨ /١ مدني ، نقض مدنى مصر ، ٢٩ مايو ١٩٦٩ ، مجموع أحكام النقض س ٢٠ ص٨٢٩ .

(٢) د/ فايز نعيم رضوان ، رقم ٥٢ ص ٦٦٢.

(٣) محكمة النقض بتاريخ ١٦ أكتوبر ١٩٨١ - مجموعة حسني رقم ٦٣١.

٤٨- الالتزام الخامس : التزام الوكيل بالعمولة بألا يكون طرفا في الصفقة المكلف بها :

الأصل أنه لا يجوز للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه في الصفقة المكلف بإبرامها لشبهة احتمال تضحية الوكيل بمصالح الموكل مفضلا مصلحته الخاصة (١).

فإذا خالف الوكيل واشترى بضاعة لنفسه كلف ببيعها، كان شراؤها قابلا للإبطال لمصلحة الموكل. غير أن هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق في عقد الوكالة على أحقية الوكيل في إقامة نفسه طرفا ثانيا في الصفقة.

٤٩ - الالتزام السادس : التزام الوكيل بتقديم حساب عن أعماله إلى الموكل:

يلتزم الوكيل بالعمولة عقب إتمامه الصفقات المعهود إليه القيام بها، بتقديم حساب إلى موكله يتضمن ما قبضه من البائع على ذمة موكله وما أنفقه نتيجة تنفيذه للوكالة طوال فترة الاتفاق، على أن يكون هذا البيان مؤيدا بالمستندات.

وإذا أخل الوكيل بالعمولة بالتزامه بتقديم حساب للموكل كان لهذا الأخير مطالبته بفوائد ما تبقى اعتبارا من اليوم الذي يجب عليه تقديم حساب للموكل فيه (٢).

---

(١) د / سميحة القليوبي ، رقم ٣٧ صـ ٥٩ .

(٢) المرجع السابق ، رقم ٤٨ م ٧٩.

غير أنه يجوز للموكل أن يعفى الوكيل من تقديم حساب له، إذا اقتنع بسلامة العمليات التي أجراها لحسابه [1].

الفرع الثاني

التزامات الموكل

٥٠- الالتزام الأول : التزام الموكل بدفع العمولة:

يلتزم الموكل بدفع الأجر المتفق عليه في عقد الوكالة بالعمولة للوكيل. ويطلق عليه اسم العمولة Commission (م ١/١٥٠) .

وتستحق العمولة بمجرد تمام الصفقة التي كلف بها الوكيل (م ٢/١٥٠) ولو لم يقم الغير المتعاقد معه بتنفيذ التزاماته ، إلا إذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى خطأ الوكيل كما إذا تعاقد مع شخص ظاهر الإعسار لم يتمكن من التنفيذ، وتستحق العمولة أيضا إذا كان عدم إتمام الصفقة راجعا إلى خطا الموكل.

أما إذا كان عدم إتمام الصفقة راجعا إلى المتعاقد الآخر أو الغير فلا يستحق الوكيل بالعمولة إلا تعويضا عن الجهد الذي بذله طبقا لما يقضى به العرف التجاري (م ٣/١٥٠) .

---

(١) د/ أحمد محمد محرز ، رقم ١٣٨ هـ ١٥٣.

٥١ - <u>الالتزام الثاني : التزام الموكل برد النفقات والمصاريف</u>:

يلتزم الموكل بأن يرد إلى الوكيل بالعمولة كافة المصاريف التي تحملها الوكيل في سبيل إتمام العمل المكلف به ، مثل المصاريف التي ينفقها الوكيل للمحافظة على البضائع المسلمة من الموكل، أو مقابل نقلها من مكان إلى آخر أو إيداعها في المخازن والمستودعات العامة، والرسوم الجمركية .

ويلتزم الموكل برد جميع هذه النفقات إلى الوكيل حتى إذا لم تتم الصفقة المعهود إليه بها طالما لم يصدر منه الخطأ (م ٧١٠ مدني).

ويلتزم الموكل أيضا بتعويض الوكيل عما أصابه من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا (م ٧١١ مدني).

الفصل الثالث

العلاقات التي تنشأ عن عقد الوكالة بالعمولة

٥٢- الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى باسمه تصرفا قانونيا لحساب الموكل .

ومن هذا التعريف يتضح أن الوكالة بالعمولة تفترض قيام عقدين متتاليين هما عقد الوكالة بالعمولة بين الوكيل بالعمولة والموكل من جهة، والعقد الذي يبرمه الوكيل بالعمولة مع الغير من جهة أخرى، وتنشأ عن هذين العقدين علاقات مختلفة :

٥٣- أولا : العلاقة بين الوكيل بالعمولة والموكل :

ينظم هذه العلاقة عقد الوكالة بالعمولة المبرم بين الوكيل بالعمولة والموكل وقد تقدم بحثه.

٥٤- ثانيا : العلاقة بين الوكيل بالعمولة والغير :

تنص المادة ١٧٤ / ١ على أن ((يلتزم الوكيل بالعمولة مباشرة قبل الغير الذي تعاقد معه، كما يلتزم هذا الغير مباشرة قبل الوكيل بالعمولة)).

يتضح من هذا النص أن الوكيل بالعمولة يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي، وبالتالي تنصرف إليه مباشرة الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا التعاقد. فيلتزم بدفع الثمن إذا كان مشتريا، وبتسليم المبيع إذا كان بائعا. وذلك باعتباره أصيلا في التعاقد.

وهذا الحكم لا يتغير حتى ولو عرف الغير صفة الوكيل وأنـه يتعامل في الحقيقة لحساب شخص آخر، وحتى لو كشف الوكيل عن اسم الموكل وقت العقد.

٥٥ ـ ثالثا: العلاقة بين الموكل والغير :

الأصل أنه لا تنشأ علاقة مباشرة بين الموكل والغير الذي يتعاقد معه الوكيل بالعمولة، وقد نصت المادة ١٧٤ / ١ على ذلك صراحة بقولها ((ليس للغير الذي تعاقد مع الوكيل بالعمولة الرجوع على الموكل ولا للموكل الرجوع على الغير بدعوى مباشرة مـا لم ينص القانون على غير ذلك)).

ولكن يجوز لكل منهما أن يرجع على الآخر بالدعوى غير المباشرة متى توافرت شروطها وفقا لنص المادة ١/٢٣٥ مدني والتي تقضي بأن : ((لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، أن يستعمل باسم مدينه، جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز)).

ومع ذلك فقد خرج القانون على هذا الأصل وأقام علاقة مباشرة بين الموكل والغير في حالة خاصة وهي حالة إفلاس الوكيل بالعمولة على النحو التالي :-

١ـ إذا كان الوكيل بالعمولة مكلفا بالبيع وباع البضاعة ثم أفلس قبل قبض الثمن من المشترى، جاز للموكل أن يطالب المشترى مباشرة بأداء الثمن (م ١/١٧٥).

٢ـ إذا كان الوكيل بالعمولة مكلفا بالشراء واشترى البضاعة وتسلمها فعلا ثم أفلس، جاز للموكل استرداد البضاعة من تفليسة الوكيل بالعمولة باعتباره مالكها لها (م ١/٦٢٧ تجاري). وإذا أفلس الوكيل بالعمولة المكلف بالشراء قبل تسليم المبيع، جاز للموكل أن يطالب البائع مباشرة بتسليم المبيع إليه (م ٢/١٧٥) .

الفصل الرابع

ضمانات الوكيل بالعمولة والموكل

٥٦ - أولا : ضمانات الوكيل بالعمولة :-

نظرا لأن الوكيل بالعمولة ، في سبيل تنفيذ الوكالة ، قد ينفق بعض المبالغ كمصاريف الشحن والتأمين والرسوم الجمركية المقررة على البضائع ، كما قد يدفع ثمن البضائع التي اشتراها ، فقد قرر المشرع للوكيل بالعمولة ضمانات خاصة للحصول علي المبالغ المستحقة له في ذمة الموكل ، فقرر له حق الحبس وحق الامتياز .

١- حق الحبس:

للوكيل بالعمولة حق حبس البضائع والأوراق التجارية التي تحت يده والمملوكة للموكل ، وذلك لاستيفاء المبالغ والمصروفات التي يكون قد دفعها أثناء تنفيذ عقد الوكالة بالعمولة .

٢- حق الامتياز :

للوكيل بالعمولة ، فضلا عن حق الحبس ،حق امتياز على البضائع وغيرها من الأشياء التي باشر عليها حق الحبس . ويترتب على هذا الامتياز أحقية الوكيل بالعمولة في التقدم والأولوية على ثمن البضاعة المحبوسة (م ١٥٩) .

وتأتى مرتبة امتياز الوكيل بالعمولة في المرتبة المتقدمة على أي دين ممتاز آخر في ذمة الموكل ما عدا المصاريف القضائية والرسوم المستحقة للدولة (م ١٦١) .

٥٧ ـ ثانيا : ضمانات الموكل:

لم يقرر المشرع ضمانات خاصة للموكل قبل وكيله بالعمولة ، فهذا الأخير مسئول في مواجهة الموكل وفقا للقواعد العامة في حالة تقصيره في تنفيذ التزاماته أو في حالة الإضرار به .

وبالإضافة إلى ذلك يمكن ملاحظة الآتي :

١ـ أنه إذا تعدد الوكلاء بالعمولة كانوا متضامنين فيما بينهم تجاه الموكل عملا بقاعدة افتراض التضامن بين المدينين المتعددين في المواد التجارية .

٢ـ جرت العادة في الوكالة بالعمولة للبيع على حق الموكل في سحب كمبيالة بالثمن على الوكيل بالعمولة بمجرد تسلم البضاعة ودون انتظار بيعها ، ومتى قبلها الوكيل بالعمولة أصبح الموكل مطمئنا على حقوقه قبله [١].

٣ـ في حالة إفلاس الوكيل بالعمولة المكلف بالبيع بعد تسلم البضاعة من الموكل ، جاز للموكل استرداد بضائعه من تفليسة الوكيل ، وبذلك يتفادى الخضوع لقسمة الغرماء . ذلك أن البضائع التي تسلمها الوكيل تظل مملوكة للموكل ومن ثم يكون له الحق في استردادها .

٤ـ إذا أفلس الوكيل بالعمولة المكلف بالبيع قبل قبض الثمن من المشترى ، جاز للموكل أن يطالب المشترى مباشرة بأداء الثمن إليه (م ١٧٥ / ١).

---

(١) د/ مصطفى كمال طه ، رقم ١٠٧ ص١٢١ .

الباب الرابع

عقد السمسرة

٥٨ ـ تمهيد :

تقوم السمسرة بدور هام في الحياة التجارية ، فهي من عقود التوسط التجاري التي تمهد لإبرام عقد أصلي . فقد يحتاج التاجر الي إبرام صفقة معينة ولكنه لا يجد من يتعاقد معه فيستعين بأحد الأشخاص يعرف بالسمسار للبحث له عن متعاقد والتوسط بينهم وذلك مقابل الحصول على أجر يعرف بعمولة السمسرة .

وتقتصر مهمة السمسار في التقريب بين رغبات أشخاص يرغبون في التعاقد مقابل أجر .

وقد شاعت السمسرة منذ وقت بعيد في الأوساط التجارية ثم تعدتها إلى الحياة المدنية كبيع العقارات وشرائها وتأجيرها.

والسمسرة في مصر حرفة مباحة [١]، والاستعانة بسمسار أمر اختياري للمتعاقدين إلا في حالة التعامل في الأوراق المالية المقيدة ببورصة الأوراق

---

(١) يعتبر الفقه الإسلامي السمسرة نوعا من الدلالة والوساطة المباحة شرعا ، وذلك لما لها من منافع للمتعاملين ، ويرى أنه لا بأس بأن يأخذ السمسار أجره نقودا معينة أو عمولة بنسبة معينة من الربح أو ما يتفقون عليه ، د / يوسف القرضاوي ، الحلال والحرام في الإسلام ، القاهرة ١٩٧٤ صـ ٢٧٠ .

المالية ، حيث لا يتم ذلك إلا بواسطة إحدى الشركات المرخص لها بذلك ، وإلا وقع باطلا [1] .

ويتناول قانون التجارة تنظيم أحكام السمسرة في الفصل السادس من الباب الثاني الخاص بالالتزامات والعقود التجارية (المواد من ١٩٢ إلى ٢٠٧) ، وكذلك أشار إلى السمسرة في معرض تناوله الأعمال التجارية في المادة الخامسة .

---

(٢) م/١٨ من قانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ في شأن سوق المال، أنظر د/ محمود مصطفى حسن ، النظام القانوني لإدارة الأوراق المالية، رسالة دكتوراة جامعة القاهرة ٢٠٠٢ م.

الفصل الأول

ماهية عقد السمسرة

٥٩- أولا : تعريف عقد السمسرة وخصائصه :

تعرف المادة ١٩٢ عقد السمسرة بأنه : " عقد يتعهد بمقتضاه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين والتوسط في إبرامه " .

ويتبين من هذا التعريف أن دور السمسار يقتصر على التقريب بين طرفي التعاقد نظير عمولة تكون عادة نسبة مئوية من قيمة الصفقة ، وهو يستحق العمولة متى تم إبرام العقد بناء على وساطته [١].

فالسمسار وسيط يعمل باسمه الشخصي وبكل استقلال عن أطراف التعاقد الذي يسعى لإبرامه دون أن يكون طرفا أو نائبا عن أحد المتعاقدين .

وبهذا يختلف السمسار عن الوكيل العادي الذي ينوب عن الموكل في إبرام العقد والتوقيع عليه ، بينما تقتصر مهمة السمسار على التقريب بين طرفي العقد حتى يتم التعاقد بينهما.

كما يختلف السمسار عن الوكيل بالعمولة الذي يتعاقد باسمه لحساب موكله، وبالتالي يعتبر طرفا في التعاقد مع الغير لحساب الموكل ، ويلتزم

---

(١) د/ محمد حسن الجبر ، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية ، ط ١٩٩٧ ، رقم ٤٣ ص ٦٥ .

مباشرة في مواجهة الغير بالالتزامات الناشئة عن العقد ، في حين أن السمسار لا يعد طرفا في العقد ولا شأن له بما يرتبه العقد من التزامات [1].

٦٠- ثانيا: تجارية العقد:

تعتبر السمسرة عملا تجاريا أيا كانت العمليات التي يمارسها السمسار، وبشرط أن تكون مزاولتها على سبيل الاحتراف (م ٥ / د) .

ومقتضى ذلك أن السمسرة تعتبر عملا تجاريا بصرف النظر عن طبيعة العملية التي يتم التوسط فيها مدنية كانت أو تجارية ، وعلى ذلك تعتبر أعمال التوسط المتعلقة بتأجير العقارات وشرائها أو عقود الزواج أو التخديم تجارية شأنها شأن أعمال التوسط في شراء أو بيع الصكوك والبضائع .

ولكي تكتسب السمسرة صفة التجارية يجب أن تباشر على سبيل الاحتراف .

وإذا كانت السمسرة عملا تجاريا ، فإن من يحترف القيام بها يعتبر تاجرا ، ويخضع للالتزامات المفروضة على التجار ، فيلتزم بمسك الدفاتر التجارية ويشهر إفلاسه متى توقف عن دفع ديونه التجارية .

---

(١) د/ أحمد محمد محرز ، رقم ٩٩ ص ١٠٩.

٦١- ثالثا : إثبات العقد :

. الأصل أنه يجوز إثبات عقد السمسرة في مواجهة السمسار بكافة طرق الإثبات وفقا للقواعد العامة للإثبات في المواد التجارية، وذلك باعتبار العقد تجاريا بالنسبة له .

أما في مواجهة العميل ، وهو الشخص الذي وسطه في إبرام العقد ، فإن الأمر يتوقف على طبيعة الصفقة المراد إبرامها ، فإذا كانت هذه الصفقة مدنية كبيع أو شراء العقارات أو تأجيرها فلا يجوز الإثبات ضده إلا وفقا لقواعد الإثبات المدنية، أي أنه يجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها من إقرار أو يمين إذا زادت قيمة عقد السمسرة على ألف جنيه ، أما إذا كانت الصفقة المراد إبرامها تجارية بالنسبة لعميل السمسار ، فإنه يجوز إثبات عقد السمسرة في مواجهته بكافة طرق الإثبات .

الفصل الثاني

آثار عقد السمسرة

٦٢- متى انعقد عقد السمسرة مستوفيا لأركانه وشروطه رتب التزامات في ذمة طرفيه (السمسار وعميله).

٦٣- أولا: التزامات السمسار :

تنحصر مهمة السمسار في التقريب بين عميله والمتعاقد الآخر وتنتهى مهمته بإتمام العقد بين الطرفين ، وبالتالي لا يسأل عن تنفيذ العقد ما لم يتفق أو ينص القانون على غير ذلك . ولتحقيق مهمته تلك فإنه يلتزم بالآتي :

١- بذل العناية والحرص للتقريب بين الطرفين المتعاقدين من أجل إتمام العقد .

٢- أن يعرض للصفقة على الطرفين بأمانة ، وأن يحيطهما علما ، بجميع الظروف التي يعلمها عن الصفقة وجوانبها الإيجابية والسلبية ويكون السمسار مسئولا قبلهما عما يصدر منه من غش أو خطأ جسيم (م ٢٠٠) .

٣- لا يجوز للسمسار أن يقيم نفسه طرفا ثانيا في العقد الذي يتوسط في إبرامه. فإذا كلفه شخص بالبحث عن مشتر فلا يجوز أن يشترى باسمه أو باسم مستعار لحسابه ما كلف بالسعي في بيعه، إذ يترتب على ذلك التعارض بين مصلحتين [١] . وقد نصت على ذلك (المادة ٢٠١) بقولها " لا يجوز للسمسار أن يقيم نفسه طرفا في العقد الذي يتوسط في إبرامه إلا إذا أجازه المتعاقد في ذلك .

---

(١) د/ محمود سمير شرقاوي، رقم ٧٨ ص٧٨ .

٦٤- ثانيا : التزامات العميل :

٦٥- (١) الالتزام بدفع الأجر :

يلتزم العميل بدفع أجر السمسار طبقا لما نص عليه في عقد السمسرة المبرم بينهما ، ويكون في الغالب نسبة مئوية من قيمة الصفقة ، ويجوز تحديده أيضا بمبلغ ثابت يتقاضاه السمسار بغض النظر عن قيمة الصفقة ، وإذا لم يحدد أجر السمسار بالاتفاق ، فإنه يحدد وفقا لما يقضى به العرف ، فإذا لم يوجد عرف ، قدره القاضي مراعيا في ذلك قيمة الصفقة ومدى ما بذله السمسار من جهد وما تكبده من مصاريف وما أستغرقه من وقت في القيام بالعمل المكلف به [١] (م ١٩٣) .

ويشترط لاستحقاق السمسار الأجر الشروط الآتية :

١- أن يوجد عقد سمسرة بين السمسار والعميل ، أي يكون توسط السمسار بناء على تفويض وتكليف من العميل [٢].

٢- أن ينجح السمسار في مهمته بتمام إبرام العقد بين الطرفين (م ١٩٤ /١) ، وإذا لم ينجح في ذلك فلا أجر له مهما كانت المساعي والجهود التي بذلها . ويكفي لاستحقاق السمسار الأجر مجرد إبرام العقد الابتدائي من الطرفين [٣] فلا يشترط إبرام العقد النهائي أو تنفيذه (م ١٩٤ / ٢) .

---

(١) نقض مدني مصري في ٧ يناير ١٩٧٥ م أحكام النقض س ٢٦ صـ ٢٤.

(٢) د/ محمود سمير الشرقاوي، رقم ٨٠ صـ ٨٠، د/ مصطفى كمال طه ، رقم ١٣٦ ص ٤٨ ، د / محمد حسن الجبر ، صـ ٧٣ .

(٣) نقض مدني ٢٧ يونيه ١٩٦٧ مجموعة النقض س ١٨ ص ١٣٧٩.

٣- أن تتوافر رابطة السببية بين جهود السمسار وإبرام العقد (م ١٩٤ / ١) ، فإذا تم العقد بين الطرفين دون تدخل السمسار كأن يكون طرفاه على اتصال قبل تدخل السمسار ، وأن العقد بينهما كان يمكن أن يتم نتيجة اتصالهما ومفاوضاتهما ولو لم يتدخل السمسار، فلا يستحق السمسار اجر .

٦٦- (٢) : الالتزام بتعويض السمسار :

قد يؤدى السمسار مهمته ويقدم لعميله شخصا يقبل التعاقد بالشروط التي وضعها العميل ولكن لم يتم العقد مع ذلك بسبب خطا العميل أو تعنته أو سوء نيته أو لعدوله عن إبرام الصفقة .

وعندئذ يستحق السمسار تعويضا عادلا يحكم به القضاء عما بذله من جهد وما فاته من كسب تطبيقا للقواعد العامة (م ١/١٩٤) [١].

---

(١) نقض مدني ١٤ نوفمبر ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ٨ صـ ١٦٤٩.

الباب الخامس

عقد نقل الأشياء

٦٧- تمهيد:-

يعتبر النقل من ضروريات الحياة ومستلزماتها ، إذ يؤدي دورا هاما في جميع أوجه النشاط الإنساني ، ولا تخفى أهميته في التداول التجاري من حيث تداول السلع والخدمات على المستوى المحلي والدولي [١].

كذلك يحتاج الفرد إلى الانتقال من مكان إلى آخر لمباشرة نشاطه اليومي ، سواء في الذهاب إلى عمله أو مشتريا لحاجاته أو مستمتعا بوقت فراغه .

وقد تزايدت أهمية النقل في الوقت الحاضر مع تزايد ونمو العلاقات الاقتصادية والفكرية بين الشعوب والبلاد واقتران ذلك بتطور وسائل النقل وتعددها ، فقد تكون برية أو نهرية أو بحرية أو جوية . كما أن النقل البري يمكن أن يتم بالسيارات أو بالسكة الحديد أو بالمترو .

وقد ترتب على هذا التطور لوسائل النقل اختلاف النظام القانوني تبعا لاختلاف الوسيلة المستعملة في النقل والظروف التي تؤدى فيها [٢].

---

(١) د/ محمود سمير الشرقاوي رقم ٨٣ ص٨٣.

(٢) د/ مصطفى كمال طه، رقم ١٣٨ ص ١٥٣ .

بحيث وجد نظام قانوني خاص لكل من النقل البري والنقل النهري والنقل البحري والنقل الجوي ، بل إن اختلاف محل النقل قد أدى بدوره إلى تطبيق نظام قانوني مختلف بحسب ما إذا كان النقل للأشياء أو الأشخاص .

٦٨- وقد تناول التقنين التجاري الأحكام العامة في عقد النقل في المواد من ٢٠٨ إلى ٢١٦ ، ثم عرض لأحكام عقد نقل البضائع تحت عنوان "نقل الأشياء" في المواد من ٢١٧ إلى ٢٥٤، وكذلك لنقل الأشخاص في المواد من ٢٥٥ إلى ٢٧٢ وأخضع التقنين التجاري لأحكامه جميع أنواع النقل أيا كانت صفة النقل ، فيما عدا النقل البحري (م ٢٠٩)، وكذلك النقل الجوي الدولي (م ٢٨٥) أما النقل الجوي الداخلي فتسري عليه أحكام التقنين التجاري المنصوص عليها في المواد من ٢٨٤ إلى ٢٩٩.

٦٩- تعريف عقد النقل:

عرفت المادة ٢٠٨ عقد النقل بأنه ((اتفاق يلتزم بمقتضاه الناقل بأن يقوم بوسائله الخاصة بنقل شخص أو شيء إلى مكان معين مقابل أجرة)).

ويتضح من هذا التعريف أن عقد النقل يبرم بين شخصين هما الناقل من جهة ، والمرسل في نقل البضاعة أو الراكب في نقل الركاب من جهة أخرى [١].

وفي نقل البضاعة قد تكون البضاعة المنقولة مرسلة إلى نفس المرسل كما إذا أرسل المرسل البضاعة المنقولة إلى منزله أو إلى أحد فروع منشآته .

---

(١) د/ مصطفى كمال طه ١٤٠ ص ١٥٧.

٧٠- خصائص عقد النقل :

يتميز عقد النقل بالخصائص الآتية :

١- <u>عقد النقل عقد رضائي</u> : يتم العقد بمجرد الاتفاق (م ٢١٠ / ١) دون حاجة إلى إفراغه في شكل معين أو القيام بأي إجراء خاص .

والأصل أن يترتب على الطابع الرضائي لعقد النقل الاعتراف بحق الطرفين في مناقشة شروطه . إلا أن الغالب أن عقد النقل عقد إذعان ، بحيث لا يكون للمتعاقد مع الناقل أن يناقش شروط عقد النقل ، ويسلم بالشروط التي وضعها الناقل ، كما هو الشأن في عقد النقل بالسكك الحديدية أو بواسطة النقل الجماعي .

٢ - <u>عقد النقل من العقود الملزمة للجانبين</u> : فهو يلزم الناقل بنقل البضائع أو الراكب من مكان إلى مكان في المواعيد المتفق عليها، ويلزم المرسل أو الراكب بدفع الأجرة.

٣ - <u>عقد النقل من عقود المعاوضة</u> : فلا يقوم عقد النقل إلا إذا كان النقل مقابل أجرة ، ويترتب على ذلك أن توصيل البضائع أو الركاب من مكان إلى آخر بالمجان لا يعتبر من قبيل النقل ولا تسري عليه أحكامه [١].

---

(١) د/ علي حسن يونس، العقود التجارية، دار الفكر العربي ، رقم ١٣٦، ص ١٩٦ .

٧١- تجارية عقد النقل :

يعتبر عقد النقل عمل تجاري دائما بالنسبة للناقل متى باشر النقل على سبيل الاحتراف (م ٥ / ج) ، فلا تعد بالتالي عملية نقل وحيدة أو عابرة من الأعمال التجارية وإن كانت مقابل أجر.

ويعتبر النقل تجاريا كذلك بالنسبة للمرسل إذا كان تاجرا وتعاقد على النقل لحاجات تجارته تطبيقا لنظرية التبعية، وعلى العكس يعتبر النقل مدنيا إذا كان المرسل غير تاجر.

٧٢- تقسيم : تقتصر دراستنا على أحكام التقنين التجاري فيما يتعلق بعقد نقل البضائع.

الفصل الأول

عقد نقل البضائع

٧٣- نتناول عقد نقل البضائع، من حيث تكوينه وإثباته، وآثاره، ثم نعرض أحكام مسئولية الناقل، وأخيرا دعوى المسئولية.

الفرع الأول

تكوين عقد نقل البضائع وإثباته

٧٤- تكوين العقد :

عقد النقل كما رأيناه عقد رضائي، حيث ينعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول (م١/٢١٠) دون أن يشترط إفراغه في شكل معين.

ومحل العقد عادة هو منقول مادي كالبضائع أو الحيوانات أو غيرها، غير أن النقل قد يرد على أشياء غير مادية كالرسائل البرقية أو التليفونية. وفي جميع الأحوال يشترط أن تكون هذه المنقولات من الأشياء الداخلة في التعامل، فيكون عقد النقل باطلا بطلانا مطلقا إذا ورد على شيء خارج عن دائرة التعامل كالمخدرات.

٧٥- إثبات العقد :

رأينا أن عقد النقل، عقد تجاري، يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات عملا بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية (م١/٢١٠) على أنه قد تحرر وثيقة نقل لإثبات عقد النقل . ووثيقة النقل هي طريق الإثبات العادي لعقد النقل.

٧٦- بيانات وثيقة النقل :

نصت المادة (٢١٨ تجاري) على البيانات التي يجب أن تشتمل عليها وثيقة النقل في حالة تحريرها وهي :

أ- مكان وتاريخ الوثيقة.

ب- أسماء المرسل والمرسل إليه والوكيل بالعمولة للنقل - إن وجد وعناوينهم.

جـ- مكان القيام ومكان الوصول.

د- البيانات الخاصة بتعيين الشيء محل النقل كوزنه وحجمه وكيفية حزمه وعدد الطرود وكل بيان آخر يكون لازما لتعيين ذاتية الشيء وتقدير قيمته.

هـ- الميعاد المعين لمباشرة النقل.

و- أجرة النقل وغيرها من المصاريف ، مع بيان ما إذا كانت مستحقه على المرسل أو المرسل إليه.

ز- الشروط الخاصة بالشحن أو التفريغ ونوع العربات التي تستخدم في النقل والطريق الذي يجب اتباعه وتحديد المسئولية ، وغير ذلك من الشروط الخاصة التي قد يتضمنها النقل.

وللمرسل أن يطلب من الناقل تسليمه نسخه من وثيقة النقل موقعة منه (م ٢١٨ /٢).

ويلاحظ أن هذه البيانات لم ترد على سبيل الحصر فيجوز إضافة بيانات أخرى إليها، كما أنها لم ترد على سبيل الإلزام، بل هي بيانات توضيحية لا يترتب أي جزاء على إغفال بعضها .

٧٧- وظائف وثيقة النقل :

تؤدي وثيقة النقل وظائف قانونية واقتصادية هامة على النحو التالي :

١- تعتبر أداة لإثبات عقد النقل وشروطه. فهي تنهض دليلا على الأجرة المتفق عليها ، وحصول النقل في التاريخ المبين في التذكرة، وتنص المادة ٢٢١ تجاري على أن : ((وثيقة النقل حجة فيما ورد بها من بيانات، وعلى من يدعى ما يخالف هذه البيانات إثبات ذلك)).

٢- تمثل وثيقة النقل البضاعة المنقولة، وتعتبر حيازتها حيازة للبضاعة ذاتها [١]. وعلى ذلك يجوز للمرسل إليه أن يتصرف في البضاعة بالبيع أو الرهن وهي لا تزال في طريقها إليه. ويتم ذلك بتسليم وثيقة النقل إذا كانت لحاملها أو تظهيرها إذا كانت إذنيه - للمشترى أو الدائن المرتهن . (م ٢٢٠)[٢].

---

(١) د/ محمود سمير الشرقاوي رقم ٩٢ ص ٩٢ .

(٢) د/ أحمد محمد محرز، رقم ١٦٥ ص ١٨٣، د/ مصطفى كمال طه، رقم ١٥٠ ص ١٦٧.

الفرع الثاني

آثار عقد نقل البضائع

٧٨- يرتب عقد النقل التزامات على عاتق كل من طرفيه المرسل والناقل، فيلتزم المرسل بتسليم البضاعة للناقل، ودفع أجرة النقل.

ويلتزم الناقل بتسلم البضاعة ونقلها وتسليمها إلى المرسل إليه في نهاية النقل، ونعرض فيما يلي هذه الالتزامات :

أولا : التزامات المرسل :

٧٩- (١) - الالتزام بتسليم البضاعة إلى الناقل :

يلتزم المرسل بتسليم البضاعة المراد نقلها إلى الناقل (م ٢٢٣ /١)، كما يجب عليه تسليم أية مستندات أو أوراق لازمة لتنفيذ النقل إذ هناك من البضائع ما لا يجوز نقلها عبر المحافظات دون تصريح مثل السلع التموينية، كذلك الحال إذا كانت البضاعة مستوردة فيجب أن يسلم الناقل ما يفيد الإفراج لهذه البضاعة لإمكان تقديم سند الإفراج إلى السلطات العامة أثناء النقل.

وعلى المرسل أن يسلم الناقل البضاعة في محل الناقل المعين بعقد النقل ما لم يتفق على غير ذلك (م ٢٢٣ /٣)، ويجب أن تكون البضاعة مطابقة للمواصفات والشروط المتفق عليها بينهما، بخاصة من حيث الصنف والوزن والكمية وطريقة الحزم. ويكون المرسل مسئولا عن الأضرار التي تنشأ عن العيب في التغليف أو التعبئة أو الحزم دون إخلال بمسئولية الناقل في حالة قبوله النقل مع علمه بالعيب (م ٢٢٤).

٨٠- (٢)- الالتزام بدفع الأجرة والمصروفات :

يعتبر الالتزام بدفع أجرة النقل هو الالتزام الرئيسي للمرسل (م ٢٣٥ /١) ويقابل التزام الناقل بنقل البضاعة.

ويتم دفع الأجرة مقدما، أي عند تسليم البضاعة للناقل وقبل الوصول، وقد يتم دفعها بعد الوصول وتسليم البضاعة للمرسل إليه، وكل ذلك حسبما يحدده اتفاق الطرفان ، على أن يضاف إلى الأجرة قيمة المصروفات التي يمكن أن يتكبدها الناقل بسبب مستلزمات النقل، كالرسوم الجمركية ومصروفات الوزن والإيداع والصيانة وما إلى ذلك (م ٢٣٧ / ٣)[١].

٨١- أثر القوة القاهرة على الالتزام بدفع الأجرة :

قد تحدث قوة قاهرة كرياح شديدة أو عواصف أو انهيار طريق، أو زلزال، ينتج عنها هلاك البضاعة أثناء النقل، فما أثر ذلك على التزام المرسل بدفع الأجرة ؟

إذا هلكت البضاعة أثناء النقل بقوة قاهرة انقضى الالتزام بدفع الأجرة (م ٢٣٦)، وقضت المادة ٢٣٧ بأنه :-

١- إذا حالت القوة القاهرة دون البدء في تنفيذ النقل، فلا يستحق الناقل أية أجرة.

٢- وإذا حالت القوة القاهرة دون مواصلة النقل فلا يستحق الناقل إلا أجرة ما تم من النقل.

---

(١) د/ أحمد محمد محرز ، رقم ١٦٧ ص ١٨٦.

٣- وفي جميع الأحوال، يجوز للناقل المطالبة بمصاريف الشحن والتفريغ وغيرها من المصروفات الضرورية.

٨٢- ضمانات الناقل للحصول على الأجرة :

قررت المادة ٢٣٩ تجاري للناقل حبس الشيء محل النقل لاستيفاء أجرة النقل والمصاريف وغيرها من المبالغ التي تستحق له بسبب النقل، كما قررت له أيضا حق الامتياز على الثمن الناتج من التنفيذ على الشيء محل النقل لاستيفاء جميع المبالغ المستحقة له.

ثانيا: التزامات الناقل:

٨٣- (١) الالتزام بتسلم البضاعة وشحنها :

يلتزم الناقل بتسلم البضاعة المراد نقلها، وعليه أن يتأكد من سلامة أوصافها نوعا وحجما ووزنا، والتأكد من حالتها وسلامة تغليفها، ويكون الاستلام في المكان والزمان المتفق عليه، وغالبا ما يكون في مكان يحدده الناقل، كمخازنه أو محطة انطلاق سياراته.

ومتى تسلم الناقل البضاعة، التزم بشحنها، أي وضعها في الأماكن المعدة لها في السيارات أو القاطرات أو المقطورات، بطريقة تقى البضاعة خطر الهلاك أو التلف أثناء النقل (م ١/٢٢٧) .

٨٤- (٢) الالتزام بنقل البضاعة :

الالتزام بنقل البضاعة هو الالتزام الرئيسي للناقل، ويجب أن يتم النقل في الميعاد المحدد بالاتفاق، فإذا لم يتم النقل في الميعاد المحدد، كان الناقل مسئولا عن تعويض الضرر الذي يصيبه المرسل من جراء التأخير [١].

ويلتزم الناقل في الأصل بإتباع الطريق المتفق عليه. فإذا لم يتفق على طريق معين وجب إتباع أفضل الطرق (م ١/٢٢٨) .

٨٧- حالة عدم استلام البضاعة :

قد يصل الناقل بالبضاعة إلى مكان الوصول ولا يجد المرسل إليه، أو أن المرسل إليه لم يحضر على الرغم من إخطاره بالحضور، فما مصير البضاعة ؟

يجب على الناقل أن يبادر إلى إخطار المرسل بذلك مع طلب تعليماته، ويجب على الناقل إيداع البضاعة في مكان أمين، كما يجوز للناقل بيع الشيء المنقول إذا كان من الأشياء الذي يخشى عليها من التلف قبل ورود تعليمات المرسل في الوقت المناسب (م ٢٣٤).

---

(١) د/ مصطفى كمال طه، رقم ١٥٧ ص١٧٣.

الفرع الثالث

مسئولية الناقل

٨٨- يلتزم الناقل بنقل البضاعة من مكان القيام إلى مكان الوصول وتسليمها إلى المرسل إليه سليمة في الميعاد المحدد، ويعتبر التزامه هذا التزاما بتحقيق نتيجة، ولذا فإنه يكون مسئولا عن الهلاك إذا لم يسلم البضاعة إلى المرسل إليه، وعن التلف إذا لم يسلمها في حالة سليمة، وعن التأخير إذا لم يسلمها في الميعاد المحدد.

غير أن الناقل في التزامه هذا قد يتعرض لمخاطر وصعوبات معظمها يخرج عن إرادته لعوامل لا دخل له فيها. لذلك كانت مسئولية الناقل مسئولية متميزة عن القواعد العامة في المسئولية، وقد فرض المشرع التجاري أحكاما خاصة بها سنتناولها تباعا :-

٨٩- أولا : أسباب مسئولية الناقل :

تنص المادة ١/٢٤٠ تجاري على أن :-

((يسأل الناقل من وقت تسلمه الشيء محل النقل عن هلاكه كليا أو جزئيا وعن تلفه وعن التأخير في تسليمه)).

ويكون الشيء محل النقل في حكم الهالك كليا، إذا لم يسلمه الناقل أو لم يخطر المرسل إليه بالحضور لتسلمه خلال ثلاثين يوما من انقضاء الميعاد المعين من التسليم (م ٢/٢٤٠).

كما تقضي المادة ٢٤١ بأن : ((لا يسأل الناقل عن هلاك الشيء أو تلفه بعد تسليمه إلى المرسل إليه ... ، إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم من الناقل ...)).

وتنص المادة ١/٢٤٢ بأنه ((لا يسأل الناقل عما يلحق الشيء عادة بحكم طبيعته من نقص الوزن أو الحجم أثناء النقل ما لم يثبت أن النقص نشأ عن سبب آخر)).

وتقول المادة ٢٤٣ : ((إذا نقل الشيء في حراسة المرسل أو المرسل إليه فلا يسأل الناقل عن هلاكه أو تلفه إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم منه ...)).

يتضح من هذه النصوص أنه وإن كانت مسئولية الناقل عقدية مصدرها عقد النقل إلا أنها لا تبدأ إلا من وقت تسليم البضاعة إلى الناقل (م ٢٤٠ / ١) وتنتهى مسئولية الناقل بتسليم البضاعة للمرسل إليه.

٩٠ ـ حالات الإعفاء من المسئولية

تقضى المادة ٢٤٤ بأنه : ((لا يجوز للناقل أن ينفى مسئوليته عن هلاك الشيء محل النقل أو تلفه أو التأخير في تسليمه، إلا بإثبات القوة القاهرة أو العيب الذاتي في الشيء أو خطأ المرسل أو المرسل إليه)).

وعلى ذلك، فإن الناقل يكون مسئولا عن الهلاك أو التلف أو التأخير، ما لم يدفع هذه المسئولية بأنها لم تنشأ عن فعله، وإنما كانت نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو العيب الذاتي في البضاعة.

١ ـ القوة القاهرة :

كل حادثة أو واقعة لا يمكن دفعها أو توقعها، وليس للناقل دخل في حدوثها، وتجعل تنفيذ الالتزام أمرا مستحيلا [١]. من ذلك حوادث الحروب أو الزلازل أو السيول أو خروج القطار عن القضبان، فإذا أثبت الناقل أن الحادث يرجع إلى القوة القاهرة أعفى من المسئولية.

٢ ـ العيب الذاتي في البضاعة :

ويقصد به العيب الناشئ عن طبيعة البضاعة أو عن طريق حزمها أو تغليفها كتلف بعض أنواع الفواكه والخضروات، أو أن تكون سوائل تتبخر بسرعة أو بضائع ينقص وزنها إذا جفت. وطبقاً لنص المادة ٢٤٢ تجاري ((لا يسأل الناقل عما يلحق البضاعة عادة بحكم طبيعتها من نقص في الوزن أو الحجم أثناء النقل ما لم يثبت أن النقص نشأ عن سبب آخر)).

٣ـ خطأ المرسل :

لا يسأل الناقل إذا أثبت أن الضرر ناشئ عن خطأ المرسل، كما لو أهمل في حزم البضائع أو عدم تعبئتها بالطريقة التي تتلاءم مع طبيعتها، أو عدم إدلائه بالبيانات الصحيحة عن طبيعة البضاعة، كما لو كانت أشياء قابلة للكسر، ولم ينبه الناقل بذلك [٢].

---

(١) د/ محمود سمير الشرقاوي ، رقم ١٠٧ ص ١٠٥ ، د/ أحمد محرز ، رقم ١٧٩ ص٢٠٣ .

(٢) د/ احمد محرز ، رقم ١٧٩ ص ٢٠٤ .

٩١ـ ثانيا : شروط الإعفاء من المسئولية :

إذا كان الناقل مسئولا عن عدم تنفيذ عقد النقل، وفقا للقواعد التي تقدمت الإشارة إليها، فقد لجأ الناقلون منذ زمن طويل إلى التخلص من هذه المسئولية أو التخفيف منها، وذلك باشتراط عدم مسئوليتهم عن الأضرار التي تلحق البضاعة أو تحديد هذه المسئولية.

غير أن قانون التجارة في المادة ١/٢٤٥ قرر بطلان كل شرط يقضي بإعفاء الناقل من المسئولية عن هلاك الشيء كليا أو جزئيا أو تلفه.

ويعد في حكم الإعفاء من المسئولية كل شرط يكون من شأنه إلزام المرسل أو المرسل إليه بدفع كل أو بعض نفقات التأمين ضد مسئولية الناقل، وكذلك كل شرط يقضي بنزول المرسل أو المرسل إليه للناقل عن الحقوق الناشئة عن التأمين على الشيء ضد مخاطر النقل.

أما المسئولية عن التأخير فيجوز للناقل أن يشترط إعفاءه كليا أو جزئيا منها، بشرط أن يكون شرط الإعفاء من المسئولية مكتوبا في وثيقة النقل وإلا أعتبر كان لم يكن (م ١/٢٤٦).

٩٢ ـ شروط تحديد المسئولية:

قد يتضمن عقد النقل شرطا يقضى بتحديد مسئولية الناقل بمبلغ معين، عن الضرر الذي ينتج من فعل الناقل.

ويعتبر هذا الشرط صحيحا، وفقا للقواعد العامة (م ٢٢٣ مدني) .

وقد أشارت إليه المادة ٢١٨ تجارى حيث أجازت أن تشتمل وثيقة النقل على الشروط الخاصة بتحديد المسئولية.

٩٣- دعوى المسئولية :

٩٤ - (١) الدفع بعدم قبول دعوى المسئولية :

اتخذ المشرع المصري موقفا خاصا من دعوى المسئولية على الناقل حماية له من المطالبات المتأخرة ولتمكينه من التحقق من الضرر المدعى به في الوقت المناسب قبل أن تزول أدلة الإثبات، فنص في المادة ٢٥١ تجارى على ما يأتي :-

١- تسلم الشيء محل النقل دون تحفظ، يسقط الحق في الرجوع على الناقل بسبب التلف أو الهلاك الجزئي، ما لم يثبت المرسل إليه حالة الشيء ويقيم الدعوى على الناقل خلال تسعين يوما من تاريخ التسليم.

٢- ولا يجوز للناقل التمسك بعدم قبول الدعوى وفقا للفقرة السابقة :

أ- إذا ثبت أن الهلاك أو التلف نشأ عن غش أو خطأ جسيم صدر من الناقل أو من تابعيه.

ب- إذا ثبت أن الناقل أو تابعيه تعمدوا إخفاء الهلاك الجزئي أو التلف.

٣- يكون إثبات حالة الشيء المشار إليه في الفقرة الأولى من هذه المادة بمعرفة أحد رجال الإدارة أو خبير يعينه القاضي المختص بأمر على عريضة.

ويتضح من هذا النص أن نطاق الدفع بعدم القبول يقتصر على دعوى المسئولية التي ترفع على الناقل بسبب التلف أو الهلاك الجزئي.

٩٥- (٢) تقادم دعوى المسئولية:

أخضع المشرع دعاوى المسئولية الناشئة عن عقد النقل لتقادم قصير مدته سنة واحدة، تبدأ من تاريخ تسليم الشيء إلى المرسل إليه، وتسرى المدة في حالة الهلاك الكلى من تاريخ انقضاء الميعاد المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٢٤٠ من هذا القانون (وهي مدة ثلاثين يوما تبدأ من انقضاء الميعاد المعين للتسليم ...).

ولا ينطبق التقادم إلا على الدعاوى المرفوعة على الناقل : فلا يسري التقادم على الدعاوى المرفوعة من الناقل على المرسل أو المرسل إليه بالمطالبة بأجرة النقل مثلا [١].

ويترتب على التقادم انقضاء دعوى المسئولية. ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب الناقل.

٩٦- (٣) تقدير التعويض :

إذا هلكت البضاعة هلاكا كليا، فإن التعويض يكون بقدر قيمة هذه البضاعة المذكورة في وثيقة النقل [٢]، وإذا كانت القيمة غير مبينة في وثيقة النقل، فيقدر التعويض على أساس قيمته الحقيقية في مكان الوصول وزمانه إلا إذا نص القانون أو الاتفاق على غير ذلك .

---

(١) د/ مصطفى كمال طه ، رقم ١٧٧ ص ١٩٥.

(٢) / محمد أحمد محرز ، رقم ١٨٦ صـ ٢١١ .

الباب السادس

عقد نقل التكنولوجيا (١)

٩٧- تمهيد :

نظرا للاكتشافات والبحوث العلمية في العصر الحديث، فقد شهد العالم تقدما هائلا في التكنولوجيا، والتي أدت إلى كثير من الاختراعات وفنون الإنتاج.

ولما كانت عمليات نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة للدول النامية يعتريه مشاكل قانونية بسبب تعارض مصالح أطراف هذه العمليات واختلاف موازين القوى بينهما، فقد اقتضى الأمر وجود تشريعات تحكم وتنظم عقد نقل التكنولوجيا بين موردي التكنولوجيا ومستورديها. ولذا فقد استحدثت الدول على اختلاف فيما بينها، تشريعات مؤداها المحافظة على سرية معرفتها الفنية وتحفظها فيما يتعلق بتشجيع الاستثمار، عن طريق التكنولوجيا.

وقد تناول قانون التجارة المصري عقد التكنولوجيا في المواد من ٧٢ إلى ٨٧، وسوف نتناول هذا العقد في فصلين:-

الفصل الأول: تعريف عقد نقل التكنولوجيا وتكوينه.

الفصل الثاني: آثار عقد نقل التكنولوجيا.

---

(١) التكنولوجيا بمعنى الفنيات أو الوسائل الهندسية و تعنى مجموعة المعارف الفنية الضرورية للاستخدام الأمثل لطريقة صناعية أو تنظيم أو تركيب أو استغلال جهاز معين . أنظر في ذلك : د/ أحمد محمد محرز، رقم ٨ ص ١٥.

الفصل الأول

تعريف عقد نقل التكنولوجيا

٩٨ ـ أولا: تعريف عقد نقل التكنولوجيا:

عرفت المادة ٧٣ تجارى عقد نقل التكنولوجيا بما يأتي:

((اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنيـة خاصـة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات، ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية، أو التراخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا وكان مرتبطا به)).

يؤخذ من هذا التعريف أن محل عقد نقل التكنولوجيا هو نقل المعلومات الفنية التي تستخدم في إنتاج السلع أو تقديم الخـدمات، وكذلك يعتبر نقلا للتكنولوجيا كل بيع أو تأجير لعلامة تجاريـة أو اسم تجارى، إذا كان ذلك البيع أو الإيجار جزءا من عمليـة نقل التكنولوجيا، وسواء تم ذلك بعقد واحد أو بعقود منفصلة. (١)

---

(١) د/ مصطفى كمال طه، رقم ٢٠٨ ص ٢٢٨ .

٩٩- ثانيا : كتابة العقد:

تنص المادة ٧٤ / ١ تجارى على أنه ((يجب أن يكون عقد نقل التكنولوجيا مكتوبا وإلا كان باطلا)) ومن ثم فإن كتابة العقد ليست شرطا للإثبات فحسب، وإنما هي ركن من أركانه يترتب على تخلفها بطلان العقد.

وتبدو حكمة المشرع من اشتراط كتابة عقد نقل التكنولوجيا أن وجود سند كتابي محدد الشروط من شأنه درء المنازعات التي يمكن أن تنشأ بسهولة إذا لم يوجد مثل هذا السند، وخاصة أن العقد يحمل تفصيلات كثيرة ومعلومات فنية لا يمكن أن تعيها ذاكرة الطرفين.

١٠٠- موضوع العقد:

موضوع العقد هو نقل التكنولوجيا، ويجب أن يشتمل العقد على بيان عناصر المعرفة الفنية محل العقد وتوابعها بوصف تفصيلي مشتمل على دقائق تلك المعرفة وما يتصل بها من معلومات جوهرية، وما يتعلق بها من ملحقات أو مواد أولية لازمة للإنتاج، وكل ما يتعلق بالأدوات والأجهزة المطلوبة من حيث تركيبها وكيفية تشغيلها وصيانتها....إلخ [١]

---

(١) د/ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من ناحية القانونية (مركز البحوث والدراسات القانونية والتدريب المهني، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٩٨٤ م ، ص ١٦ ، ١٧) .

الفصل الثاني

آثار عقد نقل التكنولوجيا

١٠١- متى انعقد عقد نقل التكنولوجيا صحيحا، رتب التزامات على عاتق أطرافه المورد والمستورد، وقد تناول قانون التجارة هذه الالتزامات في المواد من ٧٦ إلى ٨٣ منه، ونتناولها فيما يلي:

الفرع الأول

التزامات مورد التكنولوجيا

١٠٢ - يرتب عقد نقل التكنولوجيا على عاتق المورد التزامات نوضحها فيما يلي:

١٠٣- (١) الالتزام بالإفصاح والتبصير:

يلتزم مورد التكنولوجيا - وفقا للمادة ٧٦ تجاري - بأن يكشف للمستورد في العقد أو خلال المفاوضات التي تسبق إبرامه عما يلي:-

أ- الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال، وعليه أن يطلعه على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار.

ب- الدعاوى القضائية وغيرها من العقبات التي قد تعوق استخدام الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا لا سيما ما يتعلق منها ببراءات الاختراع.

ج- أحكام القانون المحلي بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا.

ويتضح من نص هذه المادة أن الالتزام بالتبصير يهدف أولا إلى حماية المجتمع بوجه عام، ومستورد التكنولوجيا بوجه خاص من الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وطرق توقيها [١].

كما يهدف الالتزام بالتبصير أيضا إلى إعلام المستورد عن وجود أي دعاوى قضائية أو عقبات قد تعرقل استخدام التكنولوجيا خاصة إذا تعلقت ببراءات اختراع أو بوجود قيود على تصدير التكنولوجيا وفقا لقانون بلد التصدير والذي قد يكون بلد المورد، إذ قد يستلزم الأمر الحصول على تراخيص معينة من الجهات المشرفة على التصدير المتعلق بأنواع معينة من التقنية كالتقنيات الخاصة بصناعات الأسلحة أو المفاعلات النووية [٢].

١٠٤- (٢) الالتزام بتقديم المساعدة الفنية :

طبقا لما نصت عليه المادة ١/٧٧ تجارى، يلتزم المورد بأن يقدم للمستورد المعلومات والبيانات وغيرها من الوثائق الفنية اللازمة لاستيعاب التكنولوجيا، وكذلك كافة المساعدات لتشغيل التكنولوجيا كالخبراء والمدربين لمهندسي المستورد، وذلك بغرض تكوين طاقم محلى للمستورد على قدر من الدراية الفنية.

كما يلتزم المورد بأن ينقل إلى المستورد التحسينات، التي قد يدخلها على التكنولوجيا خلال مدة سريان العقد، إذا طلب منه المستورد ذلك (م ٧٧ /٢)،

---

(١) د/ مصطفى كمال ، رقم ٢١٣ ص ٢٣٣ .

(٢) د/ محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية والالتزامات والعقود التجارية، دار النهضة، ط ٢٠٠٨، رقم ٧٠ ص ١٠١.

وذلك بهدف تمكين المستورد من تطوير إنتاجه طوال مدة العقد عن طريق إعلامه بالتحسينات التي قد يتوصل إليها المورد خلال مدة العقد [1].

١٠٥- (٣) التزام المورد بتوريد قطع الغيار اللازمة:

وفقا لنص المادة ٧٨ تجاري، يلتزم المورد - طوال مدة سريان العقد- بتزويد المستورد بقطع الغيار التي ينتجها وتحتاجها الآلات أو الأجهزة التي تستعمل في تشغيل التكنولوجيا، وذلك طبقا لسعرها في السوق، وإذا كان مورد التكنولوجيا لا ينتج قطع الغيار في منشأته، يجب عليه أن يعلم المستورد بمصادر الحصول عليها.

١٠٦- (٤) التزام المورد بالضمان:

نصت المادة ١/٨٥ تجاري على أن يضمن المورد مطابقة التكنولوجيا والوثائق المرفقة بها للشروط المبينة في العقد، كما يضمن إنتاج السلعة أو أداء الخدمات التي اتفق عليها بالمواصفات المبينة في العقد، ما لم يتفق كتابة على خلاف ذلك.

وبالتالي فإن التزام المورد هو التزام بتحقيق نتيجة معينة، فإذا لم تتحقق النتائج المرجوة أضحى المورد مسئولا عن إخلاله بالعقد، رغم وفائه بالتزامه العام بنقل المعلومات الفنية واتخاذ جميع الوسائل اللازمة والعناية الكافية لتنفيذ التزامه[2].

---

(١) د/ مصطفى كمال طه، رقم ٢١٥ ص ٢٣٥.

(٢) د/ محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، ص ١٧٨.

الفرع الثاني

التزامات مستورد التكنولوجيا

١٠٧- يلتزم مستورد التكنولوجيا، بأن يدفع المقابل المادي للمورد، كما يلتزم بإطلاع المورد على أحكام القانون المصري، كما يلتزم بالمحافظة على سرية التكنولوجيا وسرية التحسينات التي يدخلها المورد ويزوده بها، كما يلتزم بعدم النزول عن التكنولوجيا للغير.

١٠٨- أولا: الالتزام بدفع المقابل:

يلتزم المستورد بدفع مقابل التكنولوجيا والتحسينات التي تدخل عليها في الميعاد والمكان المتفق عليهما (م ١/٨٢ تجاري). ويجوز أن يكون المقابل مبلغا إجماليا يؤدى دفعة واحدة أو على دفعات متعددة، كما يجوز أن يكون المقابل نصيبا من رأس المال المستثمر في تشغيل التكنولوجيا أو نصيبا من عائد هذا التشغيل (م ٢/٨٢ تجاري).

كما يجوز أن يكون المقابل كمية معينة من السلع، التي تستخدم التكنولوجيا في إنتاجها أو مادة أولية ينتجها المستورد ويتعهد بتصديرها إلى المورد (م ٣/٨٢ تجاري).

١٠٩- ثانيا: الالتزام بإطلاع المورد على أحكام القانون المصري:

يلتزم المستورد بأن يطلع المورد على أحكام القانون المصري المتعلقة باستيراد التكنولوجيا، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بأنواع التكنولوجيا

المحظور استيرادها وبكل المواصفات التي يشترط توافرها في التكنولوجيا المستوردة (م٨٠ تجاري).

١١٠- ثالثا: الالتزام بالسرية:

يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التي يحصل عليها وعلى سرية التحسينات التي تدخل عليها، ويسأل عن تعويض الضرر الذي ينشأ عن إفشاء هذه السرية سواء وقع ذلك في مرحلة التفاوض على إبرام العقد أو بعد ذلك (م ١/٨٣ تجاري).

ويترتب على مخالفة المستورد لهذا الالتزام القانوني بالمحافظة على السرية مسئوليته عن تعويض الضرر اللاحق بالمورد عن كل ما لحقه من أضرار بسبب الإخلال بواجب عدم إذاعة السر.

١١١- رابعا : الالتزام بعدم النزول عن التكنولوجيا للغير:

لا يجوز للمستورد وفقا للمادة ٨١ تجاري، التنازل عن التكنولوجيا التي حصل عليها للغير إلا بموافقة موردها، ويعد هذا الالتزام امتدادا للالتزام بالسرية الذي نصت عليه المادة ٨٣ تجاري.

الفرع الثالث

إنهاء العقد وتعديله

١١٢- ينقضي عقد نقل التكنولوجيا، طبقا للقواعد العامة لانقضاء العقود، فينقضي بانقضاء المدة المتفق عليها في العقد أو بإخلال أحد طرفيه لالتزاماته، أو وفاة أو إشهار إفلاس أحد المتعاقدين باعتبار أن عقد نقل التكنولوجيا من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي.

وقد نصت المادة ٨٦ تجاري على أنه : ((يجوز لكل من طرفي عقد نقل التكنولوجيا بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ العقد أن يطلب إنهاءه أو إعادة النظر في شروطه بتعديلها بما يلائم الظروف الاقتصادية العامة القائمة ويجوز تكرار تقديم هذا الطلب كلما انقضت خمس سنوات ما لم يتفق على مدة أخرى)).

الباب الثالث

عمليات البنوك

د/ سيد أحمد محمد عبد الرحمن

عمليات البنوك

" مقدمة تمهيدية "

تضطلع البنوك بوظيفة هامة في الاقتصاد القومي هي وظيفة توزيع الائتمان . فهي تتلقى الودائع النقدية من المدخرين بفائدة معينة ، وتستخدمها في منح القروض للتجار والصناع بفائدة أعلى لتحقيق الربح بمقدار الفارق بين الفائدتين وهي بذلك تعمل كوسيط بين المدخرين والمستثمرين .

وتتعدد أنواع البنوك تبعاً للنشاط الذي يقوم به كل بنك فهناك بنوكا تجارية وأخرى متخصصة وثالثة مركزية... إلخ. حيث تقوم البنوك التجارية بتمويل الأنشطة التجارية بقروض قصيرة الأجل وجذب وتلقي ودائعها تحت الطلب . أما البنوك المتخصصة فترتبط في نشأتها بقطاعات معينة مثل بنوك التنمية الصناعية ، وبنوك التنمية والائتمان الزراعي ..... إلخ ، هذه الأنواع من البنوك المتخصصة.

أما البنوك المركزية فيقع على عاتقها عبء وضع السياسات النقدية ومراقبة تنفيذها والإشراف عليها بالنسبة للجهاز المصرفي للدولة وللاطمئنان على تحقيق أهداف خطة التنمية الاقتصادية وكشف العجز والتمويل في الوقت المناسب لحماية البنوك من الانهيار .

تطور الجهاز المصرفي المصري :

مر الجهاز المصرفي المصري بعدة مراحل في تطوره حتى الآن، وذلك حسب الأحداث التي مرت بها البلاد .

ففي مرحلة وقوع مصر تحت قبضة النفوذ الأجنبي والذي تلاه الاستعمار البريطاني قام مجموعة من الإنجليز بتأسيس شركة في إنجلترا عام ١٦٥٨ م أطلق عليها " بنك مصر " وكان مركزه الرئيسي في " لندن " وأنشئ فرع لها في الإسكندرية وفي عام ١٨٦٣ أنشئ البنك الإمبراطوري العثماني وكان مركزه تركيا وله فرع في مصر ، وفي عام ١٨٦٤ أنشيء بنك باركليز الإنجليزي وقبل بداية القرن العشرين مباشرة تأسيس البنك الأهلي المصري باعتباره شركة مصرية عام ١٨٩٨ رغم أنه قد اكتتب في رأسماله في لندن وبعد ثورة ١٩١٩ تقلص النفوذ الأجنبي وظهر أول انتصار حقيقي على الصعيد الاقتصادي للقوى الوطنية ، والذي تمثل في تأسيس أول بنك وطني عام ١٩٢٠ برأسمال مصري لخدمة الاقتصاد في مصر وهو بنك مصر وكان ذلك ثمرة جهود مجموعة من رجال الاقتصاد المصريين يقودهم طلعت باشا حرب [١] وقد أقام بنك مصر عدة مشروعات عملاقة كان لها أكبر الأثر في حركة الاقتصاد المصري ، ومع ذلك واجه البنك أزمة خطيرة عام ١٩٣٩ م بسبب الظروف الاقتصادية السيئة التي أصابت العالم أجمع في ذلك الوقت ، بما ترتب عليه زيادة الطلب

---

(١) وقد عبر المؤسسون السبعة لبنك مصر عن روح ثورة ١٩١٩ أصدق تعبير في إطار الوحدة الوطنية التي كانت سمة من سمات هذه الثورة المجيدة فقد ضمت المصريين على اختلاف دياناتهم من مسلمين وأقباط ويهود مصريين وجاءت هذه الوحدة الوطنية متمثلة في تشكيل أعضاء مجلس إدارة بنك مصر والتي ضمت كلا من ، مدحت يكن و يوسف أصلان قطاوي و طلعت حرب و عبد العظيم المصري و عبد الحميد السيوفي و إسكندر مسيحة و الدكتور فؤاد سلطان و على ماهر و عباس بسيوني و يوسف شيكوريل ونشر المرسوم الخاص بإنشاء بنك مصر بملحق الوقائع المصرية العدد ٣٢ بتاريخ ١٣ / ٤ / ١٩٢٠ باعتبار البنك شركة مساهمة مصرية برأس مال ثمانون ألف جنيه مصري زادت عام ١٩٢٥ إلى نصف مليون جنيه ، وفي عام ١٩٢٧ زاد رأس المال إلى مبلغ مليون جنيه مصري .

على سحب الودائع بشكل كبير ، ولولا حكمة إدارته وكفاءة القائمين عليه لانهار البنك الوطني الوحيد في مصر في هذا الوقت .

وعقب ثورة يوليو ١٩٥٢ كان للعدوان الثلاثي على مصر أثره في الإسراع لمحاربة تغلغل رأس المال الأجنبي من أجل ذلك صدر القرار الجمهوري رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٧ والذي نص على تمصير البنوك وضرورة اتخاذها شكل شركة المساهمة للمصريين وأن تكون جميع أسهمها إسمية ومملوكة للمصريين ، وأن يكون أعضاء مجالس إدارتها مصريين .

وفي المرحلة الأخيرة وهي مرحلة " الانفتاح الاقتصادي " كان من الضروري أن تتغير آلية العمل والأهداف للبنوك المصرية لتعمل البنوك في جو أكثر تحررا من قيود الدولة ووفقاً لقوى السيولة وآلياته .

وبدأ إنشاء بنوك مشتركة " مصرية وأجنبية " ومن أهمها بنك مصر إيران وبنك مصر الدولي ... الخ البنوك الأجنبية العاملة في مصر.

وتقوم البنوك بعمليات مختلفة متنوعة جرى الاصطلاح على تسميتها " بعمليات البنوك " وهي تشمل قبول الودائع النقدية، والنقل المصرفي ، والوفاء بالشيكات وفتح الحسابات ، وفتح الاعتمادات ، والكفالة ، وإصدار خطابات الضمان ، وخصم الأوراق التجارية أو تحصيلها، والعمليات على الأوراق المالية والعمليات على السندات الممثلة للبضائع، وعمليات الصرف، وتأجير الخزائن الحديدية.

وسوف نتناول هذه العمليات وذلك وفقاً لأحكام القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والذي خصص الباب الثالث منه لتنظيم عمليات البنوك حيث خصص له المواد من ٣٠٠ إلى ٣٧٧ .

وفي ما يقرب من سبع وسبعون مادة نظم المشرع أغلب عمليات البنوك الشائعة في العمل المصرفي حيث وضع أحكام كل من العمليات الآتية :

- **وديعة النقود** **في المواد من ٣٠١ إلى ٣٠٩**
- **وديعة الصكوك** **في المواد من ٣١٠ إلى ٣١٥**
- **وتأجير الخزائن الحديدية** **في المواد من ٣١٦ إلى ٣٢٣**
- **ورهن الأوراق المالية** **في المواد من ٣٢٤ إلى ٣٢٨**
- **والنقل المصرفي** **في المواد من ٣٢٩ إلى ٣٣٧**
- **والاعتماد المصرفي** **في المواد من ٣٣٨ إلى ٣٤٠**
- **والاعتماد المستندي** **في المواد من ٣٤١ إلى ٣٥٠**
- **وعمليات الخصم** **في المواد من ٣٥١ إلى ٣٥٤**
- **وخطاب الضمان** **في المواد من ٣٥٥ إلى ٣٦٠**
- **والحساب الجاري** **في المواد من ٣٦١ إلى ٣٧٧**

المصادر القانونية لعمليات البنوك :

تعددت المصادر القانونية لعمليات البنوك ، وجاءت بحسب أهميتها على الترتيب الآتي :

أولا : التشريع

ثانياً : الأعراف والعادات المصرفية

ثالثاً : الفقه والقضاء

أولا : التشريع :

صدر القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ في شأن البنك المركزي والجهاز المصرفي ليحدد دور البنك المركزي ، وليسند إليه تنظيم السياسة النقدية والائتمانية والمصرفية ، والإشراف على تنفيذ تلك السياسة وفقاً للخطة العامة للدولة بما يساعد على تنمية الاقتصاد القومي ودعمه واستقرار النقد المصرفي وقد اتجه هذا القانون لتنظيم المهنة المصرفية والجوانب الإدارية داخل البنوك مثل الأحكام المتعلقة باختصاصات مجلس إدارة البنك المركزي وتشكيله وتحديد أنواع البنوك ونتيجة للتطور المصرفي واستحداث بعض التقنيات الحديثة للعمل المصرفي ، تدخل المشرع بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢ وذلك لتعديل بعض أحكام قانون البنوك والائتمان وقانون البنك المركزي والجهاز المصرفي ، كإنشاء صندوق للتأمين على الودائع بالبنوك العامة في جمهورية مصر العربية، وتعديل بعض الأحكام الخاصة بتسجيل البنوك لدى البنك المركزي ودور الأخير في التدخل لإنقاذ بعض البنوك المتعثرة ، كما أخضع حسابات البنوك لرقابة الجهاز المركزي للمحاسبات، وجاء قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في

شأن شركات المساهمة والتوصية بالأسهم ٢٣٦ والشركات ذات المسئولية المحدودة ، ليخص شركات المساهمة دون غيرها بممارسة الأعمال المصرفية ، حيث نص في المادة الخامسة فيه على أنه " لا يجوز أن تتولى شركات التوصية بالأسهم أو الشركات ذات المسئولية المحدودة أعمال التأمين أو أعمال البنوك أو الادخار أو تلقي الودائع أو استثمار الأموال لحساب الغير.

وأخيراً صدر قانون التجارية رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ م وألغى قانون التجارة الصادر بالأمر العالي سنة ١٨٨٣ م . وقد جاء الباب الثالث منه متضمناً الأحكام الخاصة بعمليات دين" وذلك في المواد من ٣٠٠ إلى ٣٧٧ ، وقد تضمن هذا الباب ودائع النقود والصكوك وتأجير الخزائن الحديدية. ورهن الأوراق المالية ، والنقل أو التحويل المصرفي ، والاعتماد العادي ، والاعتماد المستندي ، والخصم وخطابات الضمان ، والحساب الجاري . وقد نصت المادة ٣٠٠ منه على أن " تسري أحكام هذا الباب على العمليات التي تعقدها البنوك مع عملائها تجاراً كانوا أو غير تجار وأيا كانت طبيعة هذه العمليات .

ثانيا : الأعراف والعادات المصرفية :

إذا كانت المعاملات المصرفية قد نشأت وليدة للحاجة إليها، كما استمر تطورها لمواجهة الوقائع الاقتصادية بشكل عام ، وقد تراكمت الأعراف والعادات المصرفية ونشأت قواعد ومبادئ تسير عليها المصارف عامة ، وقد أقرتها جهات رسمية مثل الغرف التجارية، واتحاد البنوك ، وقد أكدتها المنشورات ونماذج العقود، وكذلك التعليمات الإدارية البنكية مما رسخ قبول هذه العادات ، وتلك الأعراف لدى البنوك والعملاء [١] .

---

(١) د / حسين فتحي - دروس في عمليات البنوك ص ٢١ طبعة ٢٠٠١

ثالثا : الفقه والقضاء :

حين صدر القانون التجاري المصري سنة ١٨٨٣ لم يتضمن أي تنظيم قانوني لعمليات البنوك ، و كل ما ورد فيه أن المادة الثانية التي حددت الأعمال التجارية ذكرت أعمال الصرافة وجميع معاملات البنوك العمومية ، وقد التمست المذكرة الإيضاحية للقانون التجاري الجديد العذر للمشرع المصري وقت إصدار القانون الملغي وذلك بقولها "وعذر المشرع في ذلك أنه لم يكن للبنوك عند وضع المجموعة التجارية ما لها من شأن في الوقت الحاضر، وإذ كانت وظيفتها تقتصر على علميات الصرف وتجارة النقود ولم يدر بخلد الشارع أنها ستكون في يوم ما عماد الاقتصاد القومي في البلاد لذلك كان للفقه والقضاء خلال سريان هذا القانون دور هام في إرساء المبادئ القانونية التي تطبق على عمليات البنوك لمواجهة هذا النقص التشريعي .

وقد كان للفقه دوره الانتقادي والتفسيري والتحليلي لنصوص القانون التجاري الملغي ، ولا زال يستمر في هذا الدور العملي بالتوازن مع نشاط القضاء في نفس هذا الاتجاه، وذلك للعمل على التوليف بين القواعد الأصولية في القانون التجاري ومبادئ القانون المدني - من ناحية - ، وبين الممارسة العملية الواقعية والمتجددة للعقود والمعاملات المبرمة بين البنك وعملائه ، بالإضافة إلى ترسيخ الفقه والقضاء للأعراف والعادات المصرفية .

خطة الدراسة

مقدمة

لما كانت البنوك تقوم بعمليات مختلفة متنوعة ، لذا فقد جرى الاصطلاح على تسميتها " بعمليات البنوك " وهي تشمل ، قبول الودائع النقدية ، والنقل المصرفي والوفاء بالشيكات ، وفتح الحسابات ، وفتح الاعتمادات ، والكفالة ، وإصدار خطاب الضمان وخصم الأوراق التجارية أو تحصيلها، والعمليات على الأوراق المالية، والعمليات على السندات الممثلة للبضائع ، وعمليات الصرف، وتأجير الخزائن الحديدية ، ولم يرد ذكر لعمليات البنوك في القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ إلا في المادة الثانية منه ،في الفقرة الثانية ، والتي تعتبر بحسب القانون عملاً تجارياً " جميع معاملات البنوك العمومية ".

وقد التزم المشرع الصمت المطبق نحو عمليات البنوك فيما عدا النص على صفتها التجارية بالنسبة للبنك ، لذلك كان للعرف والعادات التجارية التي درجت عليها البنوك أهمية خاصة في هذا المجال، كما كان للفقه والقضاء دور كبير في استكمال هذا النقص التشريعي ، واستخلاص قواعد العرف والعادات ويلاحظ أن عمليات البنوك تندرج في عداد العقود التي ينظمها القانون المدني مثل الوديعة ، والقرض ، والتأجير، وحوالة الحق ، والرهن... الخ .

ولكن عمليات البنوك تظل متميزة عن العقود ، محتفظة بأصالتها بفضل الأدوات الفنية التي تستخدمها البنوك في تسوية هذه العمليات وتنفيذها كالحسابات المصرفية .

لذلك فإن دراستنا لعمليات البنوك ستتناول كل هذه العمليات وذلك من خلال الأبواب الآتية :

الباب الأول : الحسابات المصرفية .

الباب الثاني : الودائع المصرفية .

الباب الثالث : الاعتمادات المصرفية .

الباب الأول

الحسابات المصرفية

تمهيد :

درجت البنوك على تسوية معاملاتها مع العملاء بإحدى طريقتين : إما أن تتم التسوية فوراً ونقداً ، وإما أن تتم عن طريق فتح حساب مصرفي .

فإذا كانت العملية "مفردة" ويكون موضوعها تسوية فورية ونقدية مثل حامل الشيك الذي يقوم بتحصيله من شباك البنك ، مثل هذه الحالة لا يكون هناك حاجة لأن يقوم البنك بفتح حساب مصرفي باسم الحامل .

أما إذا أراد العميل القيام بعمليات متعددة متباينة ، قام البنك بفتح حساب لعميله وتتنوع الحسابات المصرفية وتختلف بحسب صفة العملاء، وهناك نوعين من الحسابات يختلف أحدهما عن الآخر من الناحيتين الاقتصادية والقانونية . وهما حساب الودائع ، والحساب الجاري .

ويفتح حساب الودائع بوجه عام للعملاء من التجار أو غير التجار ، من أجل عمليات لا علاقة لها بنشاطهم التجاري مثل الوفاء بالشيكات والاكتتاب في الأسهم .

أما الحساب الجاري فيفتح عادة لعملاء من التجار من أجل عملياتهم التجارية . وعلى ذلك وفي إطار الحسابات المصرفية سوف نتعرض للقواعد العامة للحسابات المصرفية، ثم ندرس الحساب الجاري، وأخيراً سرية الحسابات

المصرفية ومدى جواز إلزام البنك بتقديم المعلومات ..، وأداء الشهادة أمام القضاء ، وذلك من خلال الفصلين الآتيين :

الفصل الأول : القواعد العامة في الحسابات المصرفية .

الفصل الثاني : الحساب الجاري .

الفصل الأول

القواعد العامة في الحسابات المصرفية

تقسيم هذه القواعد ... مشتركة في كل الحسابات المصرفية سواء كانت حسابات عادية ، أو حسابات ودائع ، أو حسابات جارية، وفي إطار دراسة القواعد العامة في الحسابات المصرفية سوف نتناول دراسة ، فتح الحساب المصرفي ، وتشغيل الحساب المصرفي، وأخيراً قفل الحساب المصرفي ، وذلك من خلال المباحث الآتية :

المبحث الأول : فتح الحساب المصرفي .

المبحث الثاني : تشغيل الحساب المصرفي .

المبحث الثالث : قفل الحساب المصرفي .

المبحث الرابع : النقل المصرفي .

المبحث الأول

فتح الحساب المصرفي

يتم فتح الحساب المصرفي من خلال عقد يبرم بين طرفين ويشترط في هذا العقد أن تتوفر فيه كافة الشروط المطلوبة لصحة أي عقد من العقود ، من ضرورة توافر الرضا والمحل والسبب [1] وهذا ما سوف نتناوله على النحو التالي :

رضاء الطرفين :

يتم فتح الحساب بمقتضى عقد بين البنك وعميله ويلزم لقيام هذا العقد رضاء الطرفين به وقد يكون رضاء العميل ضمنياً كما إذا كان هناك تعامل سابق بين البنك والعميل وترك العميل في يد المصرف مبالغ نقدية يستطيع سحبها في أي وقت وتثبيت موافقة العميل كما يثبت عقد فتح الحساب أيضاً بتسليم العميل دفتر شيكات مقابل إيصال به ولا بد أيضاً من موافقة البنك وللبنك دائماً رفض فتح الحساب لعميل غير مرغوب فيه .

الأهلية :

متى فتح الحساب كان للعميل الحق في أن يعتبر المركز الدائن في الحساب كمقابل وفاء للأوراق التجارية والشيكات التي يسحبها على البنك ومن ثم لا يجب أن تتوافر في العميل أهلية إيداع للنقود فحسب، بل أهلية سحبها كذلك فلا

---

(١) د / احمد بركات مصطفى ، العقود التجارية وعمليات البنوك ص ٢٤٩ دار النهضة العربية للطبعة الأولى ٢٠٠٥/ ٢٠٠٦ م .

يجوز فتح الحساب إلا لشخص تكاملت أهليته أو للمثل القانوني لناقص الأهلية أو عديمها ويجوز فتح الحساب للأشخاص المعنوية كالشركات والجمعيات بل ويجوز فتح الحساب لشركة قيد التأسيس إذ أن لها شخصية معنوية بالقدر اللازم للتأسيس .

إجراءات فتح الحساب :

يجب على البنك قبل فتح الحساب أن يتأكد من شخصية من يطلب فتح الحساب ومن عنوانه وإذا كان طالب فتح الحساب تاجراً طلب البنك تقديم مستخرج من صفحة قيده في السجل التجاري وإذا كان طالب فتح الحساب شخصاً معنوياً طلب البنك تقديم المستندات الدالة على صحة تأسيسه وعلى صفة وسلطة من يمثله.

ويطلب البنك أيضاً ممن يفتح حساباً جديداً إيداع نموذج من توقيعه لمضاهاته على توقيع العميل على الشيكات بوجه خاص وإذا تعلق الأمر بوكيل يطلب البنك ما يثبت وكالته ونموذجا لتوقيعه .

تعدد الحسابات المفتوحة لشخص واحد :

يجوز أن تكون للشخص الواحد عدة حسابات لدى البنك الواحد كأن يكون للتاجر حساب جار لعملياته التجارية وحساب ودائع لأوراقه المالية، أو أن يكون للتاجر حسابات متعددة لمختلف فروع نشاطه التجاري، وفي هذه الحالة يقرر القضاء قاعدة استقلال الحسابات خروجاً على مبدأ وحدة الذمة وتفريعاً على ذلك إذا سحب العميل شيكاً على حساب له رصيد كاف فلا يجوز للبنك أن يرفض وفاء هذا الشيك بحجة أن حساباً آخر هو مدين وأن دمج الحسابين يظهر رصيدا غير

كاف لدفع قيمة الشيك وتفريعا على ذلك أيضاً لا المقاصة بين الحسابات وبالتالي إذا أفلس العميل وجب على البنك أن يدفع للسنديك رصيد الحساب الدائن وأن يتقدم في التفليسة بقيمة الرصيد المدين لحساب أخر .

ولتلافي هذه النتائج يعمد البنك إلى الربط بين الحسابات بالاتفاق على الرهن بحيث يكون الرصيد الدائن لحساب ضامنا للرصيد المدين لحساب آخر. على أن الدائن هو الاتفاق على اندماج الحسابات بحيث تعتبر حسابات العميل كلها كحساب واحد وقد أقر الفقه والقضاء صحة هذا الاتفاق .

ويترتب على الاتفاق على اندماج الحسابات أنه يجب الاعتداد بمجموع أرصدة الحسابات للتحقق من وجود رصيد كاف لدفع قيمة الشيك، وليس فقط برصيد الحساب المسحوب عليه الشيك . كما يحق للبنك في حالة إفلاس العميل أن يتمسك بالمقاصة بين أرصدة هذه الحسابات .

الحساب المفتوح لعدة أشخاص :

يجوز أن يفتح الحساب لشخصين أو لعدة أشخاص كالحساب الذي يكون للورثة بعد وفاة صاحبه وقبل إجراء القسمة وفي هذه الحالة لا يجوز للبنك القيام بأي عملية على هذا الحساب إلا بتوقيع جميع أصحاب الحق فيه ما لم يكن هؤلاء قد فوضوا وكيلا عنهم .

وبجانب هذا الحساب الشائع يوجد حساب مشترك مع التضامن الإيجابي يجوز فيه لكل من الأشخاص الذين فتح لهم الحساب الحق في تشغيله والسحب منه بتوقيعه وحده. ويفتح هذا الحساب عادة بين الشركاء المتضامنين أو بين الأزواج.

وقد تعرض المشرع لأحكام الحساب المشترك في المادة ٣٠٨ من القانون التجاري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وذلك من خلال القواعد التي تسري عليه ، وهي على النحو التالي :-

القاعدة الأولى :

تقرر أنه يجوز أن يفتح البنك حساباً مشتركاً بين شخصين أو أكثر بالتساوي فيما بينهم ما لم يتفق على غير ذلك ، ومن ثم فالقاعدة أن حصة كل من أصحاب الحساب المشترك متساوية ما لم يخطروا البنك بخلاف ذلك .

القاعدة الثانية :

يفتح الحساب المشترك بناء على طلب أصحابه جميعاً ، ولا يجوز السحب من هذا الحساب إلا بموافقتهم جميعاً ما لم يتفق على خلاف ذلك ، ومقتضى هذه القاعدة أن الأصل أن يكون الحساب المشترك بالتضامن السلبي، أي لا يجوز تشغيله إلا بموافقة أصحابه جميعا ، ما لم يتفق على غير ذلك ، فيصبح الحساب بالتضامن الإيجابي بين أصحابه .

القاعدة الثالثة :

إذا أخطر أصحاب الحساب المشارك البنك كتابة بوجود خلاف بينهم وجب على البنك تجميد الحساب حتى يتم تسوية الخلاف بينهم رضاء أو قضاء .

القاعدة الرابعة :

إذا وقع الحجز على رصيد أحد أصحاب الحساب المشترك ، سري الحجز على حصة المحجوز عليه من رصيد الحساب يوم إبلاغ البنك بالحجز، وعلى

البنك وقف السحب من الحساب المشترك بما يساوي الحصة المحجوز عليها وإخطار أصحابه أو من يمثلهم بالحجز خلال مدة لا تجاوز خمسة أيام [١].

القاعدة الخامسة :

إذا توفي أحد أصحاب الحساب المشترك أو فقد أهليته القانونية، وجب على الباقين إخطار البنك بذلك وبرغبتهم في استمرار الحساب وذلك خلال مدة لا تجاوز عشرة أيام من تاريخ الوفاة أو فقد الأهلية، وعلى البنك وقف السحب من الحساب المشترك حتى يتم تحديد الورثة ، أو تعيين القيم على من فقد أهليته القانونية [٢].

الحسابات بين البنوك :

توجد حسابات بين البنوك التي تربطهما علاقات أعمال متتابعة وكل منها يمسك حسابا للعمليات يقوم بها لحساب مراسليه وبناء على أوامرهم وحساباً للعمليات التي يأمر مراسليه بالقيام بها لحسابه وتكون الحسابات بين البنوك دائما حسابات جارية [٣].

---

(١) د / حسين فتحي - دروس في عمليات البنوك من ٦٧ طبعة ٢٠٠١ م

(٢) د / أحمد بركات مصطفى - المرجع السابق ص ١٥٧ .

(٣) د / مصطفى كمال طه - القانون التجاري ص ٤١٧ طبعة دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية سنة ١٩٩٩ م .

المبحث الثاني

" تشغيل الحساب "

يتم تشغيل الحساب من خلال القيد في الحساب وفوائد الحساب :-

أ - القيد في الحساب - يمسك البنك الحساب ، وكلما أصبح العميل لأي سبب كان دائنا أو مديناً للبنك ، قيد البنك في الجانب الدائن منه ما يكون مستحقا للعميل ، وفي الجانب المدين ما يكون مستحقا على العميل ، بحيث يصير الحق أو الدين مجرد بند من بنود الحساب .

وإذا قيد أحد المبالغ خطأ في الحساب ، فلا يجوز تصحيح هذا القيد مادياً بمحوه أو شطبه وإنما يجب إجراء قيد جديد بعكس القيد الأول ، وهذا ما يسمى بالقيد العكسي. فلو قيد البنك في الجانب الدائن لعميله قيمة شيك سلم إليه للتحصيل ثم لم يدفع المسحوب عليه قيمته ، فإن البنك يقيد نفس المبلغ في الجانب المدين ، مما يترتب عليه قانوناً إلغاء القيد الأول ، غير أن البنوك لتفادي إجراء القيود العكسية لا تقيد في الجانب الدائن قيمة الشيكات والأوراق التجارية المسلمة إليها إلا بعد تمام تحصيلها .

ب - فوائد الحساب – يتقاضى البنك أجرا نظير قيامه بفتح الحساب ، وهذا الأجر قد يكون عائداً ، وقد يكون عمولة ، وقد يجمع البنك بين العائد والعمولة [1].

---

(١) د / عماد الشربيني - القانون التجاري الجديد لسنة ١٩٩٩ الكتاب الثاني ص ١٢٣ طبعة ٢٠٠٠.

وقد أقرت محكمة النقض [1] جواز الجمع بين العمولة والفائدة المتفق عليها ولو زاد مجموعها عن الحد الأقصى المقرر قانوناً للفائدة بشرط قيام الدائن بخدمة حقيقية مقابل العمولة المشترطة ، وعلى ذلك لا تعد العمولة فائدة إضافية ، بل هي مقابل خدمة يؤديها البنك للعميل نظير مسك الحساب .

---

(١) قضت محكمة النقض بأن " القانون لا يحظر على الدائن أن يجمع بين تقاضي العمولة والفائدة المتفق عليها ولو زاد مجموعها عن الحد الأقصى المقرر قانونا للفائدة ، إلا إذا كانت العمولة المشترطة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها، الطعن رقم ٣١ س ٤٢ في ١٩٧٦/٦/١٤، والطعن رقم ٢٩٠ س ٢٠ في ١٩٥٣/٥/٢١ م. والمستشار د /أحمد محمود حسني ـ قضاء النقض التجاري ص ٥٥٦ ط منشأة المعارف بالإسكندرية سنة ٢٠٠٠ م .

المبحث الثالث

قفل الحساب المصرفي

وتشتمل دراسته على وقف الحساب ـ وقفل الحساب .

أولا : وقف الحساب :

يجب التمييز بين وقف أو قطع الحساب، وبين قفل الحساب فالوقف يتم في المواعيد المتفق عليها ، أو كل ثلاثة أو ستة أشهر وفقاً للعادات يقطع أو يوقف الحساب لخطة تسمح بعمل ميزان مؤقت يكشف عن مركز طرفيه من حيث دائنيه والمديونية واستخلاص الرصيد المؤقت وتجميد الفوائد إن كانت مشروطة ، ثم يستأنف الحساب سيره إلى أن يقفل بصفة نهائية .

ثانيا : قفل الحساب :

عقد فتح الحساب من عقود الاعتبار الشخصي وإذا فهو يقفل بوفاة العميل ، أو بالحجر عليه أو بإفلاسه ، أو بانقضاء الشخص المعنوي ، كذلك يجب قفل الحساب في حالة إفلاس البنك أو شطبه من قائمة البنوك .

كما يقفل الحساب بانتهاء المدة المعينة له في الاتفاق، وإن كان الغالب أن الحساب يكون مفتوحاً لمدة غير معينة، وحينئذ يجوز إقفاله باتفاق الطرفين .

كما يجوز لأي من الطرفين طلب قفل الحساب بإرادته المنفردة بشرط أن يكون ذلك في وقت مناسب .

ومتى قفل الحساب قام البنك بتصفيته وتحديد الرصيد النهائي، وقد يكون الرصيد النهائي دائنا لصالح العميل أو مدينا على عاتقه ، ويعتبر دين الرصيد ديناً عادياً مستحقاً بمجرد إقفال الحساب، وهو لا يتقادم إلا بمضي خمسة عشر سنة من وقف إقفال الحساب، ويفتح الفوائد بقوة القانون من وقت استحقاقه وفقاً للعادات التجارية .

وقد تناولت المادة ٣٦٩ من القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ أحكام قفل الحساب وذلك بالنص على :

١ ـ إذا حددت مدة للحساب الجاري وجب قفله بانتهائها ، ويجوز قفله قبل انتهاء المدة باتفاق الطرفين .

٢ ـ وإذا لم تحدد مدة للحساب الجاري جاز قفله في كل وقت بإرادة أي من الطرفين مع مراعاة مواعيد الإخطار المتفق عليها أو التي يجري عليها العرف .

٣ ـ وفي جميع الأحوال يقفل الحساب الجاري بوفاة أحد طرفيه أو شهر إفلاسه أو إعساره أو الحجر عليه .

المبحث الرابع

النقل المصرفي

وتشمل دراسته ـ المسائل الآتية :

أولا : تعريفه .

ثانياً : طبيعته القانونية .

ثالثا : آثاره .

أولا : ماهية النقل المصرفي :

النقل المصرفي ويطلق عليه أيضاً " التحويل المصرفي " هو عملية مصرفية بمقتضاها " يقيد البنك مبلغا معينا في الجانب المدين لحساب عميل ويقيد ذات المبلغ في الجانب الدائن لحساب عميل آخر أو هو بعبارة أخرى نقل مبلغ من حساب لحساب آخر بمجرد قيود في الحسابين وقد يكون الطرفان عميلين لبنكين مختلفين وحينئذ يقوم بنك أحد الطرفين بالقيد في الجانب المدين لحساب عميله ويقوم بنك الطرف الآخر بالقيد في الجانب الدائن لحسابه .

وللنقل المصرفي فائدة كبيرة إذ بفضله يستطيع المدين أن يفي لدائنه دون حاجة إلى استعمال النقود وغالباً ما يقترن النقل المصرفي بالشيكات إذ أن حامل الشيك بدلا من طلب تسويته بالنقود يطلب فقط أن تقيد قيمة الشيك في الجانب الدائن لحسابه والجانب المدين لحساب الساحب على أن النقل المصرفي قد يعرض في العمل استقلالاً عن الشيكات بأن يصدر العميل للبنك أمراً بالنقل

لصالح شخص معين أو أن يسلم أمراً بالنقل مباشرة لهذا الشخص وهو يقدمه إلى البنك .

ثانيا : الطبيعة القانونية :

١ ـ يذهب البعض إلى اعتبار النقل المصرفي بمثابة إنابة كاملة المنيب فيها هو الآمر بالنقل ، والبنك هو المناب ، والمستفيد من النقل هو المناب لديه، وهذه الإنابة كاملة تتضمن تجديداً للالتزام بتغيير المدين بمعنى أن الآمر بالنقل يبرأ من التزامه في مواجهة المناب لديه المستفيد من النقل ليحل البنك محله (م ٣٦٠ مدني) .

على أن هذا الرأي لا يفسر تماماً عملية النقل المصرفي فهو لا يفسر كيف أن المناب لديه يحل محل دينه قبل المنيب لا مجرد دين على البنك بل دينا ناشئا عن وديعة مصرفية بما تستتبعه هذه الوديعة من آثار وبخاصة فيما يتعلق بالفوائد والخضوع لقواعد الحساب الجاري إذا كان للحساب هذه الصفة والتزام البنك بالوفاء بالشيكات التي يصدرها العميل كما أن النقل المصرفي قد يستخدم لغرض غير الوفاء بدين.

فقد يستخدم مثلاً لنقل مبالغ من موكل إلى وكيله أو من واهب إلى موهوب له . وفي هذه الحالة لا جدوى من البحث فيما إذا كانت الإنابة كاملة أو ناقصة إذ لا يوجد دين للمناب لديه قبل المنيب هذا إلى أن النقل المصرفي قد يستخدم للقيام بعمليات لا تثير مسألة الإنابة على الإطلاق كما إذا كان للآمر بالنقل حسابان لدى البنك ويأمر بنقل مبلغ من حساب لآخر أو إذا كان لنفس العميل حسابان لدى بنكين مختلفين ويأمر أحدهما ينقل مبلغ لحسابه لدى البنك الآخر .

٢ ـ ولذلك من الأفضل تحليل عملية النقل المصرفي إلى عنصرين رئيسين : أمر صادر من العميل إلى البنك بنقل مبلغ من حسابه لصالح حساب آخر ثم تنفيذ هذا الأمر الذي يجعل البنك مديناً للمستفيد ، كما لو كان هذا الأخير قد أودع النقود في خزينة البنك ويضاف إلى هذين العنصرين عنصر ثالث حينما يستخدم النقل المصرفي للوفاء بدين على الآمر بالنقل (المدين) لدائنه (المستفيد) وهو براءة ذمة المدين ومن هذا التحليل يظهر النقل المصرفي كأداة فنية لتنفيذ بضعة عمليات قانونية بواسطة البنك وكثيراً ما يكون النقل المصرفي أداة فنية للقيام بالوفاء ونقل النقود، ولذلك اتجه الفقه الحديث إلى اعتبار النقل المصرفي كأداة للوفاء بتسليم نقود كتابية .

ثالثا : آثار النقل المصرفي :

تترتب على النقل المصرفي آثار هامة في العلاقات بين جميع ذوى الشأن ففي العلاقة بين الآمر والمستفيد يعتبر النقل المصرفي بمثابة وفاء يبرئ ذمة الآمر تجاه المستفيد، وفي العلاقة بين البنك والمستفيد يعد البنك مودعاً لديه بالمبالغ التي قيدت في الجانب الدائن كحساب المستفيد وحق المستفيد قبل البنك مستقل تماماً عن العلاقة بين البنك والآمر، فلا يجوز للبنك أن يحتج على المستفيد بأي دفع مستمد من علاقة البنك بالآمر كالدفع بالمقاصة .

تاريخ تمام النقل المصرفي :

لما كان النقل المصرفي عملية فنية مصرفية فإنه يقع في التاريخ الذي يوافق فيه البنك على القيام بالعملية أي عملاً في الوقت الذي يجري فيه البنك القيد في دفاتر: وفي هذا التاريخ يكون رضاء مصدر الآمر محققا لا شك فيه أما قبول المستفيد فيكون صريحاً في الغالب بتقديمه أمر النقل إلى البنك لتنفيذه وإذا

قام البنك بقيد العملية في دفاتره قبل قبول المستفيد فيعتبر البنك فضوليا، ويعتبر قبول المستفيد إقرارا لعمل البنك يستند إلى وقت القيد وتفريعاً على ذلك إذا أفلس مصدر الأمر فإن النقل المصرفي ينتج آثاره لصالح المستفيد ابتداء من وقت موافقة البنك كما أن الشيك الذي يسحبه المستفيد بعد موافقة البنك يكون ذا رصيد كاف ولما كان البنك هو الذي يحدد تاريخ النقل المصرفي فإنه يكون مسئولا عن كل تأخير في تنفيذ العملية لا تبرره ظروف العمل المصرفي .

النقل المصرفي بين حسابين في بنكين مختلفين :

إذا كان المصدر الآمر والمستفيد بنكان مختلفان فإن النقل المصرفي يستلزم تدخل بنك المستفيد ويقوم بنك المستفيد بدور وكيل مصدرا لأمر لإجراء النقل المصرفي لصالح المستفيد كما يقوم بدور المودع لدية بالمبالغ المخصصة لهذا المستفيد .

وتدخل بنك المستفيد يتطلب قبوله الذي يتمثل عادة بالقيد في الجانب الدائن لحساب المستفيد وتاريخ هذا القبول يعد تاريخاً للنقل المصرفي وتسوى العملية بين البنكين إما بطريقة النقل المصرفي بين البنكين بأن يقوم البنك الأول بالقيد في الجانب المدين لحساب الآمر ثم يضع تحت تصرف البنك الثاني اعتماداً يسمح له بالقيد في الجانب الدائن لحساب المستفيد؟ وإما بطريق بنك ثالث يكون لكليهما حساب فيه وإما بطريق غرف المقاصة .

غرف المقاصة :

غرف المقاصة هي اجتماعات لمندوبي البنوك لإجراء التسوية بطريق المقاصة للحقوق والديون القائمة بينهم بسبب عملياتهم المصرفية ولهذا

الغرض يقدم كل بنك إلى الغرفة مجموع الشيكات والأوراق التجارية ومبالغ النقل المصرفي التي يكون دائنا بها تجاه جميع البنوك الأخرى المشتركة في الغرفة ويكلف الغرفة في نفس الوقت أن تدفع جميع الشبكات والأوراق التجارية ومبالغ النقل المصرفي التي يكون مدينا بها تجاه نفس البنوك وتقوم الغرفة بإجراء مقاصة بين هذه الحقوق والديون .

ويمثل الفرق بين مجموع المبالغ المستحقة للبنك ومجموع المبالغ المستحقة عليه حقا للبنك على البنوك الأخرى أو دينا عليه لها ويقيد في الجانب الدائن أو المدين من حسابه لدى البنك المركزي ويجب أن تتعادل بطبيعة الحال المبالغ التي تقيد لحساب أحد البنوك مع المبالغ التي تقيد على حساب البنوك الأخرى وبذلك تتم تسوية عامة للعمليات المصرفية دون حاجة لاستعمال النقود بواسطة غرفة المقاصة . ومقر غرفة المقاصة في البنك المركزي بمدينتي القاهرة والإسكندرية هذا ويعتبر قانون جنيف الموحد تقديم الكمبيالة أو الشيك لغرفة المقاصة بمثابة تقديم الوفاء وبهذا الحكم تأخذ كثير من التشريعات .

الفصل الثاني

" الحساب الجاري "

تمهيد :

يفترض الحساب الجاري وجود معاملات متصلة بين شخصين، كما إذا كان كل منهما يبيع ويشتري من الآخر ، أو كان أحدهما بنكاً والآخر عميلا له ، فيصبح كل منها دائنا بالنسبة للآخر في بعض الأحيان ، ومدينا أحيانا أخرى، وبدلا من أن يصفي الطرفان كل عملية على حدة فإنهما يتفقان على فتح حساب بينهما ، وتقيد فيه العمليات في جانب الخصوم أو في جانب الأصول على حسب الأحوال، وتستمر القيود جارية حتى يقفل الحساب ، فيتضح مركز كل من طرفيه إزاء الطرف الآخر ، فإما أن يكون دائنا أو مديناً ، والحساب الجاري في مقدمة الأنظمة التجارية التي أوجدها العرف التجاري واستقر على بعض خصائصه الأمر الذي جعله متميزاً عن غيره من الحسابات الأخرى ، وقد نظمه المشرع وضبط بعض أحكامة وسوف نتناول هذا النوع من عمليات البنوك في ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : ماهية الحساب الجاري وخصائصه .

المبحث الثاني : أوصاف ذلك الحساب .

المبحث الثالث : آثار دخول المدفوعات على الحساب الجاري .

المبحث الأول

ماهية الحساب الجاري

لما كانت علاقات التجار بعضهم مع بعض ومعاملاتهم مع البنوك لا تقف عند حد إجراء صفقة أو صفقتين بل تستمر في الواقع إلى مدد طويلة يتم خلالها عدة عمليات قانونية تجعل من أحدهما مديناً للآخر في عملية، ثم يصبح دائنا في عملية أخرى تتلوها، لذلك يفضل هؤلاء التجار أن يتم ما يحدث بينهما من صفقات في حساب جاري دون أن تصفي كل عملية على حده .

وقد عرفه البعض بأنه " عقد بمقتضاه يلتزم شخصان بتحويل الحقوق والديون الناشئة عن العمليات الأصلية المتبادلة التي تتم بينهما إلى قيود في الحساب تتقاص فيما بينهما بحيث يكون الرصيد النهائي عند إقفال الحساب وحده دينا مستحق الأداء [1].

كما عرفته المادة ٣٦١ من القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بأنه : عقد يتفق بمقتضاه طرفان على أن يقيدا في حساب عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة الديون التي تنشأ عن العمليات التي تتم بينهما بحيث يستعيضان عن تسوية هذه الديون تباعاً بتسوية واحدة تقع على الحساب عند قفله .

واصطلح على تسمية هذا النوع من الحساب باسم الحساب الجاري - انعكاساً لتتابع وجريان القيودات فيه في صورة أرقام في الجانب الدائن تارة ،

---

(١) د / مصطفى كمال طه المرجع السابق ص ٤٢٥ .

وفي الجانب المدين تارة أخرى دون أن يتم إثبات سبب أو مصدر هذه الأرقام ، وتسرى الأحكام الخاصة بالحساب الجاري على كل حساب جاري ولو لم يكن أحد الطرفين بنكاً.

مزايا الحساب الجاري :

يتميز الحساب الجاري من الناحية العملية بالعديد من المميزات الجوهرية وهي :

أولاً : تجنب استخدام النقود أو اللجوء لحملها بما يعرضها للضياع والسرقة خاصة إذا كان نقلها يتجاوز حدود الإقليم .

ثانياً :يمثل الحساب الجاري أداة ائتمان حيث لا يلتزم المدين فيه بأن يدفع دينه مباشرة أو فوراً للدائن ، بل يكفيه أن يتم قيد مقابل ما تلقاه من الدائن في حساب الأخير ، وهو ما يؤدي لإتاحة الفرصة للمدين في استغلال مبلغ الدين وعدم تعطيل رأسماله [1].

ثالثاً : تيسير معاملات الأفراد واختصار الوقت الضائع في تسوية عمليات متنافرة لكل منها نظامه المصرفي الخاص ، إذ لا يحكم كل العمليات المصرفية سوى قواعد الحساب الجاري، حيث تفقد كل عملية ذاتيهما وصفاتها ، لتندمج بقوة في الحساب حتى ينتهي الأمر بمقاصة نهائية واحدة .

رابعاً : توسيع نطاق المقاصة بالخروج على الأصل العام المقرر في القواعد العامة للإفلاس ، حيث جرت العادة على وقوع المقاصة في الحساب

(١) د / على جمال الدين عوض ـ عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ٣٦١ ط ١٩٩٩م .

الجاري بعد إشهار الإفلاس رغم أن المقاصة تتضمن وفاء واستيفاء ، والمدين المفلس تغل يده عن أمواله كأثر من آثار الإفلاس ، فلا يملك لا إدارتها ولا التصرف فيها بعد حكم الإفلاس، وهذه النتيجة ضارة بالطرف الآخر من الحساب ، لأنه سيوفي بالديون التي في ذمته من جانب واحد للمدين المفلس لتدخل تلك الأموال في التفليسة ثم يتقدم بحقه في التفليسة مع باقي الدائنين بناء على ذلك لا تعد هذه المقاصة تصرفاً من جانب المدين في فترة الدين أو بعد الحكم ، فتقع بين المفردات الدائنة والمدينة في الحساب، تأسيساً على أن ذلك يعد محض تنفيذ عادل لعقد سابق على شهر الإفلاس ، هو عقد الحساب الجاري [1].

خصائص الحساب الجاري :

تعددت خصائص عقد الحساب الجاري نذكرها إجمالاً ثم نتناول بالتفصيل المناسب الخصائص إجمالاً :

الخاصيـــة الأولى : **عقد الحساب الجاري عقد رضائي .**

الخاصيـــة الثانية : **عقد الحساب الجاري عقد غير تابع .**

الخاصيـــة الثالثة : **عقد الحساب الجاري عقد تجاري .**

الخاصيـــة الرابعة : **عقد الحساب الجاري ملزم للجانبين .**

الخاصيـــة الخامسة : **عقد الحساب الجاري يخضع لمبدأ العمومية .**

الخاصيـــة السادسة : **عقد الحساب الجاري يخضع للاعتبار الشخصي في التعاقد .**

---

(١) د / حسين فتحي ـ المرجع السابق ص ١١٦ .

وبعد عرض هذه الخصائص إجمالاً لعقد الحساب الجاري تناولها تفصيلاً :

الخاصية الأولى : عقد الحساب الجاري عقد رضائي :

يتسم هذا العقد بالرضائية بين الطرفين ، حيث يتم بمجرد اتفاقهما وتلاقي إراديتهما على قيد العمليات التي تقوم بينهما في الحساب ، وقد يكون رضاء الطرفين صريحاً أو ضمنياً ، ولكن يجب أن يستخلص بشكل قاطع من تصرفات أو ظروف طرفيه، واتجاه إرادتيهما إلى تحقيق الآثار المعروفة لذلك العقد ، وبالتالي لا يمكن افتراض تحقق ذلك التراضي .

واتجاه إرادة اطراف الاتفاق لا تعني ضرورة أن يحددا آثاره بوضوح فقد يتفقا فقط على تسوية عملياتهم أو صفقاتهم في إطار حساب جاري وهو ما يعني بالضرورة تراضيهما على وقوع كافة الآثار التي تترتب على انعقاد ذلك العقد باعتبار تلك الآثار ملازمة ولصيقة بطبيعته ، لكن القضاء افترض في كثير من الأحيان اعتبار الحساب جارياً ولو استبعد الأطراف بعض هذه الآثار صراحة .

وفي المقابل فإن وصف الحساب الجاري ينتفي إذا اعتبر كل طرف من أطرافه نفسه دائناً أو مديناً في كل عملية يتم قيدها بالحساب وليس طرفاً في حساب .

الخاصية الثانية : عقد الحساب الجاري عقد غير تابع :

يرجع الطلب أو اللجوء إلى فتح الحساب الجاري في كثير من الأحيان لعلاقات سابقة أو متوقعة بين طرفيه وأن هناك عمليات مستمرة بينهما تسوغ فتح هذا النوع من الحساب ونتيجة لهذا فإن بعض الفقهاء يرى أن عقد فتح الحساب الجاري عقد تابع للعمليات السابقة وليس مستقلاً بذاته .

في حين يرى البعض الآخر استقلالية هذا العقد " الحساب الجاري " والدليل على عدم تبعيته واستقلاله هو إمكان إبرام عقد الحساب الجاري دون وجود علاقات قائمة أصلاً .

الخاصية الثالثة : عقد الحساب الجاري من العقود التجارية :

نصت المادة الخامسة من القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن " تعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف أ ..... ب ..... جـ ..... د ..... هـ ..... وعمليات البنوك والصرافة " وعليه فيعد هذا العقد من الأعمال التجارية بالنسبة للبنك .

أما بالنسبة للعميل فإن الأمر يتوقف على مدى اعتباره تجارياً أو مدنياً بالنسبة إليه ، وفي تحديد الصفة المدنية أو التجارية للحساب الجاري بالنسبة للعمل . يرى بعض الفقه أن العبرة بالطبيعة الغالبة لمجموع العمليات التي تدرج في الحساب ، فإذا كانت أغلب العمليات تجارية كان الحساب الجاري تجارياً بالنسبة للعميل ، أما إذا كانت أغلب العمليات مدنية كان الحساب الجاري بالنسبة للعميل مدنياً [١] .

الخاصية الرابعة : عقد الحساب الجاري ملزم للجانبين :

يرتب عقد الحساب الجاري بمجرد إبرامه آثاره بالنسبة لكل من الطرفين باعتباره وسيلة لتسوية العمليات التي تتم بينهما [٢].

---

(١) د / علي البارودي ، د/ محمد فريد العريني ـ القانون التجاري ج٢ ص ٣٣٩ طبعة دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ٢٠٠٠ م .

(٢) د / أحمد بركات مصطفى ـ المرجع السابق ص ٢٦١ .

الخاصية الخامسة : عقد الحساب الجاري يخضع لمبدأ العمومية :

نصت المادة ٣٦٧ من القانون التجاري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن " تقيد في الحساب الجاري جميع الديون الناشئة عن علاقات الأعمال التي تتم بين طرفي الحساب ، ما لم تكن هذه الديون مصحوبة بتأمينات قانونية أو اتفاقية " ، ومن ثم فإنه يجب قيد جميع العمليات التي تتم بين طرفي الحساب دون حاجة إلى اتفاق خاص على هذا القيد بين الطرفين .

الخاصية السادسة : عقد الحساب الجاري يخضع للاعتبار الشخصي :

أحياناً عقد الحساب الجاري مجازفة محفوفة بالمخاطر ، ومصدر هذا الخطر يكمن في احتمال تعرض الدافع لعدم الحصول على المقابل عند قفل الحساب لإعسار الطرف الثاني " القابض " لذلك فإن الاعتبار الشخصي عند فتح الحساب الجاري له أهمية محورية لا سبيل لإغفالها ، وللبنوك التأكد من سمعة عملائها واستبعاد الحساب لذوى السمعة المالية السيئة .

وقد أيدت محكمة النقض حرص البنوك في أخذها بالاعتبار الشخصي وطبقت ذلك على حالة وفاة العميل وزوال صفته وقضت بأن الحساب الجاري في هذه الحالة يقفل لزوال الاعتبار الشخصي ولا يجوز بالتالي تقاضي عوائد مركبة من الرصيد ما لم يثبت وجود عادة مصرفية مخالفة لذلك وقالت في ذلك لما كان الحساب الجاري بما له من طابع شخصي يقفل بوفاة العميل وتزول عنه صفته مما لا يجوز معه طبقا للمادة ٢٣٣ من القانون المدني تقاضي فوائد مركبة عن رصيده إلا إذا ثبت وجود عادة تقضي بذلك [١].

---

(١) الطعنان رقم ٣٣١ ، ٤٠١ س ٣٨ جلسة ١٩٧٤/٥/١٣ م .

المبحث الثاني

أوصاف الحساب الجاري

لما كان عقد الحساب الجاري لابد فيه من اتفاق الطرفين لتحديد صفة هذا الحساب والشروط الخاصة به ، فهو كما سبق وأن أوضحنا أن من خصائص هذا النوع من العقود أنه عقد رضائي لا شكلي ، وإذا كان الحساب يفرغ عملا في شكل جدول ذو إطار محاسبي ، فلا أثر لذلك على تكوين العقد من الناحية القانونية فالقيود شيء ، وقصد الطرفين في أن تنتج هذه القيود الآثار القانونية المرتبطة بالحساب الجاري شيء آخر ، ومن ثم فإن مقومات أو أوصاف ذلك الحساب تنقسم إلى وصفين أساسيين نتناولهما في مطلبين :

المطلب الأول : **المدفوعات في الحساب الجاري.**

المطلب الثاني : **عمومية الحساب الجاري.**

المطلب الأول

المدفوعات في الحساب الجاري

يمكن تعريف المدفوعات بأنها : " الحقوق والديون التي تنشأ عن العمليات الأصلية المتبادلة التي تتم بين طرفي الحساب ويجب قيدها فيه .

شروط المدفوعات إجمالا :

لابد من توافر شروط معينة في المدفوعات التي يتم بها تغذية الحساب الجاري وذلك لكي يتحول كل مدفوع لمفرد حسابي وهذه الشروط هي :

الشرط الأول : تماثل المدفوعات .

الشرط الثاني : أن يكون الحق محل المدفوع محقق الوجود ، معين المقدار .

الشرط الثالث : مشروعية الحق محل المدفوع .

الشرط الرابع : تسليم المدفوع للقابض على سبيل التملك .

الشروط تفصيلا :

الشرط الأول : تماثل المدفوعات :

المقصود هنا هو أن تكون المدفوعات من طبيعة متماثلة لإمكان إدماجها في الحساب الجاري الذي تؤجل فيه تسوية الحقوق والديون إلى حين إجراء مقاصة نهائية في نهاية مدة الحساب .

ولإجراء تلك المقاصة النهائية فإنه من البديهي أن ترد المدفوعات على أشياء متماثلة والصورة الغالبة للأشياء المتماثلة كما نعلم هي النقود خاصة في الحسابات الجارية المصرفية ـ محل البحث ـ أي حينما يكون طرفا الحساب هما بنك وعميله .

مع ذلك فإن أي مدفوعات أخرى يمكن أن تكون صحيحة لو كانت مثلية كما في حالة وجود حساب جاري غير مصرفي بين تاجرين يمارسان نشاطا تجاريا يتعلق ببضائع واحدة ومتماثلة فيجوز أن تكون المدفوعات المتبادلة بينهما من صنف هذه البضائع .

والحقيقة أنه لا أهمية في الحساب الجاري المصرفي للعمليات التي نشأ عنها المدفوع ولكن المهم هو ما يقيد فعلاً من قيمتها نقدا فقد يكون ذلك المدفوع ناتج عن وديعة نقدية أو فتح اعتماد للعميل أو خصم أوراق تجارية كما لا يلزم أن تنشأ هذه المدفوعات من عمليات متماثلة أي ذات طبيعة موحدة فقد تنشأ عن عمليات غير متجانسة أو من عملية واحدة لو تعلق الأمر بقروض بنكية لصالح العميل تقيد تباعا في الجانب الدائن للبنك وفي الجانب المدين للعميل وعندئذ يقيد سداد تلك القروض من العميل في الجانب الدائن له وفي الجانب المدين للبنك وهكذا.

وتحقيقا لشرط تماثل المدفوعات أثناء سير الحساب الجاري ولتسهيل المقاصة النهائية عند قفل الحساب تعرضت المادة ٣٦٨ /١ من قانون التجارة الجديد لحالة تضمن مفردات الحساب ديونا نقدية مقومة بعملات مختلفة أو أشياء قيمية فعندئذ يجوز للطرفين في الحساب الجاري الاتفاق على إدخالها في الحساب شريطة أن تقيد في أقسام مستقلة تراعى فيها التماثل في المدفوعات

التي تتضمنها وأن يصرح الطرفان ببقاء الحساب رغم تعدد أقسامه محتفظاً بوحدته .

ولذات الهدف أوجبت المادة ٣٦٨ / ٢ تجاري أن تكون أرصدة الأقسام المستقلة قابلة للتحويل فيما بينها بحيث يمكن في الوقت الذي حدده الطرفان أو عند قفل الحساب على الأكثر إجراء المقاصة بينهما لاستخلاص رصيد واحد.

الشرط الثاني : الحق محل المدفوع محقق الوجود : [1]

يشترط في الحق موضوع المدفوع أن يكون محقق الوجود أي مؤكداً لكي يدخل المدفوع الحساب بناء على ذلك فإنه إذا كان الحق قد انقضى بتسويته من قبل فلن يكون هناك محل لتغذية الحساب به حيث سيعد ذلك تكرارا للتسوية . كذلك فإنه لا بد وألا يكون ذلك الحق محلا للمنازعة إذ ينبغي أن يكون وجود الحق غير مزعزع .

وقد ثار النقاش بشأن قبول المدفوعات في الحساب الجاري والمتمثلة في حقوق معلقة على شرط أو مضافة لأجل أو غير محددة المقدار ومدى تناقض ذلك مع اشتراط تأكيد وجود المدفوعات .

(أ) الحق المعلق على شرط :

الحق الذي سيتحول لمفرد في الحساب الجاري يجوز أن يكون معلقا على شرط فاسخ لأن مقتضى الشرط الفاسخ أن الحق محقق الوجود ولكن قد يزول بتحقق الشرط وعندئذ يلغي القيد الأول ليحل محله قيد عكسي في الجانب المدين للدافع ليتعادل موقف الطرفين مرة أخرى .

---

(١) د / مختار بريري قانون المعاملات التجارية ص ٥١ ط دار النهضة العربية ٢٠٠١ م

أما في حالة الحق المعلق على شرط واقف فقد ظهر في هذا الأمر رأيان متضادان :

١ – الرأي الأول : يقرر عدم إمكان قبول قيد المدفوع في الحساب الجاري إذا كان موضوعه حق معلق على شرط واقف إذ الغرض في هذه الحالة أن الحق غير موجود ما لم يتحقق ذلك الشرط .

٢- الرأي الثاني : يقرر إمكان قبول قيد المدفوع حتى ولو كان الحق معلقا على شرط واقف على اعتبار أن التأكد من وجود الحق يكون محل اعتبار في الأساس قبل قفل الحساب الجاري، لا عند قيده في الحساب حيث تقع المقاصة الوحيدة والنهائية ويظهر الرصيد في تلك اللحظة.

ونرى وجاهة الرأي الأول باعتبار أن قيد الحق المعلق على شرط واقف يتنافى مع عدم وجود الحق ذاته في الأساس فكيف يمكن قيد حق غير موجود في الجانب الدائن للدافع والمدين للقابض من جانب آخر فإن المدفوع المفرد يعقد ذاتيته فوراً داخل بوتقة الحساب الواحد فلا تظهر له استقلالية أو ارتباط بحق و دين إلا في نهاية الحساب والقول مع الرأي الثاني بأن العبرة بتوافر شرط الوجود في المدفوع عند قفل الحساب لا عند القيد فيه نراه في تقديرنا متعارضا مع آثار الحساب الجاري ذاته .

(ب) <u>الحق المضاف لأجل</u> :

الغرض هنا أن الحق موضوع المدفوع مؤجل ولكن ذلك لا يعني أنه غير مؤكد الوجود ولذلك فإن إضافته لأجل دون قيده في الحساب الجاري شريطة قيده ضمن الحقوق المؤجلة داخل الحساب فإذا ما حل أجل الحق قبل قفل الحساب اندمج في الحساب لحين التصفية النهائية، أما إذا كان الأجل سابقاً على

التاريخ المقرر لقفل الحساب ولظروف معينة أقفل الحساب قبل حلول الأجل فإن الحق المؤجل لا يدخل في التسوية النهائية لاستخراج الرصيد.

ويعزز ضرورة قبول الحقوق المؤجلة كمدفوع في الحساب الجاري الحالات التي يفلس فيها الدافع فعندئذ تسقط أجال ديونه ومنها ذلك المدفوع فيمكن دخوله في المقاصة مع الديون الأخرى المقابلة والمستحقة الأداء .

(ج) <u>الحق غير محدد المقدار</u> :

هنا أيضاً الحق مؤكد الوجود ولكنه غير معين المقدار وهنا أيضاً انقسم الفقه والقضاء إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول: يرى عبثية القول بقيد مدفوع غير مقدر إذ يقف ذلك حجر عثرة مع منطق القيد في الحساب بمعنى آخر إذا سيقيد أو أي مبلغ سيقيد في الجانب الدائن للدافع والجانب المدين للقابض طالما أن الحق نفسه غير معين .

٢ – الاتجاه الثاني : ويقيس ذلك الرأي هذه الحالة على الحقوق المؤجلة حيث لا يدخل ذلك الحق غير المحدد المقدار في التسوية وإنما يمكن باتفاق الأطراف دخولها في جانب المؤجل من الحساب، لحين تقديرها .

ونرى أن الرأي الثاني أكثر تعبيراً عن أهداف أطراف الحساب الجاري ومعظمهم من التجار إذ قد يوقف مقدار الدين أو الحق على ظروف السوق وتقلباته وعدم قبول ذلك النوع من المدفوعات يعرقل ـ دون شك ـ تحقيق الغرض من فتح الحساب خصوصاً وأن إدخال هذه الحقوق غير المحددة سيكون في

جانب الحساب المؤجل ، أو الضمان فلا يدخل أيضاً في التسوية النهائية طالما بقي دون تمييز وسبقته تلك التسوية.

الشرط الثالث : مشروعية الحق محل المدفوع :

الحق موضوع المدفوع ينبغي أن يكون سببه مشروعاً فلا يجوز تغذية الحساب بمدفوع محله حق غير مشروع غير أخلاقي كدين قمار أو رشوة أو رهان، أو أي سبب آخر غير مشروع وإذا حدث ودخل الحساب مدفوع شابه عدم المشروعية فإنه ينبغي إلغاؤه ولا يدخل بطبيعة الحال ضمن الحقوق أو الديون في التسوية النهائية .

الشرط الرابع : تسليم المدفوع للقابض على سبيل التمليك :

يمثل المدفوع دائما دينا على القابض ويقيد بالتالي في الجانب المدين لحسابه ومن البديهي أنه لن يعد دينا عليه ما لم يكن قد تلقاه على سبيل التمليك فيكون من سلطته التصرف فيه لصالحه لحين انتهاء الحساب بقفله .

المطلب الثاني

عمومية الحساب الجاري

الأصل أن الحساب الجاري يشكل العمليات التي يبرمها طرفاه، وهو ما يتفق منطقياً مع الغرض منه ، وهو إلقاء جميع المدفوعات الناجمة عن علاقاتهما في حساب واحد بهدف تسويتها في نهاية الحساب .

ولا يوجد خلاف فقهي حول شمولية الحساب الجاري لجميع المدفوعات، نظراً لانسجام المبدأ أيضاً مع ضرورة تسوية ائتمان كل طرف من طرفي الحساب بضمان عدم خروج أية مدفوعات خارج الحساب خصوصاً وأن كل مدفوع يمثل ضمانا للطرف الآخر ، وهكذا فإن عمومية الحساب الجاري تمثل المبدأ العام الذي يغطي جميع المدفوعات، ويتفق مع وظيفتي الحساب الجاري في التسوية والضمان، وهذا المبدأ يسري كافة ديون طرفي الحساب دون حاجة لاتفاق صريح منهما على ذلك . ومن ثم فإنه لا يجوز لأي طرف منفرداً أن يمنع بإرادته دينا من الدخول في الحساب .

وقد تناولت المادة ٣٦٧ من القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ هذا المبدأ حيث نصت على أن " تقيد في الحساب الجاري جميع الديون الناشئة عن علاقات الأعمال التي تتم بين طرفي الحساب ما لم تكن هذه الديون مصحوبة بتأمينات قانونية أو اتفاقية "

الاستثناءات :

إذا كان الأصل هو عمومية الحساب الجاري لجميع المدفوعات إلا أن هناك استثناءات على هذا المبدأ تؤكده ولا تحد من نطاقه ، وهذه الاستثناءات إجمالاً :

١- الديون الناشئة عن معاملات غير معتادة.

٢- التخصيص الاتفاقي لبعض المدفوعات .

٣- استحالة وفاء الدين بالقيد.

٤- الديون المصحوبة بتأمينات قانونية أو اتفاقية.

وتفصيلاً :

١ - الديون الناشئة عن معاملات غير معتادة :

إذا كان دخول كل مدفوع في الحساب الجاري بين طرفيه من أصول وقواعد الحساب الجاري ، وذلك لتغطية الديون الناشئة عن معاملات معتادة بينهما ، فإنه وبمفهوم المخالفة لا يغطي الحساب الجاري المدفوعات الناشئة عن معاملات غير معتادة ، وخارجة عن نطاق هذا الحساب ، مثل المدفوعات الناجمة عن الروابط والعلاقات العائلية أو الأحوال الشخصية أو ديون التعويض عن خطا تقصيري أو تعاقدي لأن هذه الديون تمثل روابط عرضية غير متوقعة بين طرفي الحساب .

٢- التخصيص الاتفاقي لبعض المدفوعات :

إن الخطر المفروض على أحد طرفي الحساب الجاري في منع أحد الديون من الدخول في الحساب بإرادته المنفردة، لا يحول دون اتفاق الطرفين على ذلك بالنسبة لبعض المدفوعات حيث الغرض أنه " عقد رضائي " : يستطيع طرفاه الاتفاق على أشياء واستبعاد أشياء أخرى من محل العقد تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة .

مثل اتفاق العميل مع البنك على تخصيص شيك يقدم للبنك لسداد مقابل الوفاء لكمبيالة لصالح شخص آخر ، وطلب العميل من البنك عدم إدخال الشيك في الحساب الجاري بينهما [١] ويقع إثبات اتفاق الأطراف الصريح أو الضمني على استبعاد مدفوعات معينة وتخصيصها بعيداً عن الحساب الجاري على من يدعيه .

٣ - استحالة وفاء الدين بالقيد :

لإمكانية تغذية الحساب الجاري بالمدفوعات فإنه يلزم أن يكون من الممكن الوفاء به بمجرد قيده في الحساب الجاري ، أما إذا كان يجب الوفاء به نقداً بسبب ضرورة تسليمه أو إيداعه أو قبضه مثلاً فإنه بطبيعته لا يمكن أن يغذي به الحساب ليصبح مقيداً فيه ، مثل دين الشريك بدفع حصته في رأس مال الشركة لهذا الدين لا يمكن تسويته بقيده في الحساب الجاري بين الشريك والشركة فيجب وفاء ذلك الشريك بحصته نقداً .

---

(١) د / سميحة القليوبي : الأسس القانونية لعمليات البنوك ص ٥٠٠ ط ١٩٨٨.

٤ - الديون المصحوبة بتأمينات قانونية أو اتفاقية :

١- نصت المادة ٣٦٧ /١ على أن : يقيد في الحساب الجاري جميع الديون الناشئة عن علاقات الأعمال التي تتم بين طرفي ما لم تكن هذه الديون مصحوبة بتأمينات قانونية أو اتفاقية .

من خلال هذا النص نجد أنه قد أورد الأصل العام في صدر هذه الفقرة من المادة ٣٦٧ / تجاري وهو " عمومية الحساب الجاري " غير أنه في عجز هذه المادة استبعد من وعاء الحساب الجاري الديون المصحوبة بتأمينات قانونية أو اتفاقية كما نصت المادة ٢/٣٧٦ من القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه : " ومع ذلك يجوز قيد الديون المصحوبة بتأمينات اتفاقية سواء أكانت تلك التأمينات مقررة من المدين أم من الغير في الحساب الجاري إذا اتفق جميع ذوو الشأن على ذلك ، وفي هذه الحالة ينتقل التأمين لضمان رصيد الحساب الجاري عند قفله بمقدار الدين المضمون دون اعتبار لما يطرأ على الحساب أثناء تشغيله من تغييرات إلا إذا اتفق على غير ذلك .

المبحث الثالث

آثار الحساب الجاري

إذا تحققت في المدفوع الشروط اللازمة لقيده في الحساب الجاري فإنه يتحول إلى بند أو مفرد من مفردات الحساب الجاري ويتم تفسير هذا التحول بالاستناد إلى فكرة الأثر التجديدي للحساب الجاري كما تندمج هذه المفردات وتصبح كلا غير قابل للتجزئة وهو ما يطلق عليه مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري، كذلك كان مقتضى القواعد العامة في القانون المدني والقانون التجاري أن المدفوعات في الحساب التجاري لا تنتج فوائد إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك.

ولكن العرف المصرفي سار على خلاف ذلك حيث يقضي بأن كل مدفوع يدخل في الحساب الجاري يرتب الفوائد بقوة القانون دون حاجة إلى اتفاق على ذلك كما يجيز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد في الحساب الجاري، وكما سنرى أن المشرع في القانون التجاري الجديد قد سار على خلاف العرف المصرفي في شأن الفوائد في الحساب الجاري [1] وعلى ذلك وفي إطار دراسة آثار الحساب الجاري سوف نتعرض للأثر التجديدي للحساب الجاري ثم ندرس مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري ثم أخيراً ندرس الفوائد في الحساب الجاري كل في مطلب مستقل :

المطلب الأول : الأثر التجديدي.

المطلب الثاني : عدم قابلية الحساب الجاري للتجزئة.

المطلب الثالث : سريان العوائد على المدفوعات.

المطلب الرابع : آثار قفل الحساب الجاري .

---

(١) د / أحمد بركات مصطفى ـ المرجع السابق ص ٢٦٧.

المطلب الأول

الأثر التجديدي للمدفوعات في الحساب الجاري

مبدأ التجديد :

عندما يدخل الدين أو المدفوع في الحساب الجاري فإنه يفقد صفاته الخاصة وكيانه الذاتي وينقضي ويحل محله مجرد بند في الحساب ولا يصبح الدافع دائنا للقابض إلا إذا كان الرصيد عند قفل الحساب دائنا لمصلحته وهذا الدين متى وجد مختلف تماماً عن الديون التي قيدت تبعا في الحساب .

والرأي مستقر على أن دخول الدين في الحساب الجاري يعتبر تجديداً للدين بمعنى أن الدين الأصلي ينقضي ويحل محله مجرد بند في الحساب بيد أن التجديد يترتب عليه أن ينقضي الدين الأصلي وأن ينشأ مكانه دين جديد وهنا لا يحل محل الدين الأصلي دين جديد بل مجرد بند يندمج مع غيره من بنود الحساب ولذلك قيل بأن القيد في الحساب الجاري ليس تجديداً بالمعنى المعروف في القانون المدني بل هو نوع من التجديد أو هو شبه تجديد .

النتائج المترتبة على التجديد :

ولما كان الدين الأصلي ينقضي فقد استخلص القضاء من ذلك النتائج الآتية :

١ـ زوال التأمينات الضامنة للدين الأصلي :

وذلك لأن التأمينات تتبع مصير الدين المضمون غير أنه يجوز الاتفاق بين الطرفين على الاحتفاظ بالتأمينات وانتقالها إلى رصيد الحساب عند قفله ولا يشترط في هذا الاتفاق أن يكون صريحا .

٢- حلول نظام الحساب الجاري محل نظام الدين :

فلا يكون ثمة محل للاعتداد بالصفة المدنية أو التجارية للدين بل العبرة بالصفة المدنية أو التجارية للحساب ولا محل أيضا للاعتداد بتقادم الدين ما دام هذا الدين قد انقضى بل العبرة بالتقادم العادي الذي يخضع له الرصيد النهائي للحساب بعد قفله ومدته خمس عشرة سنة من تاريخ القفل ولا يهم أخيراً ما إذا كان الدين طبيعيا ما دام هذا الدين قد قيد في الحساب باتفاق الطرفين .

<u>التجديد والقيد العكسي</u> :

على أن دخول الدين في الحساب الجاري لا يحصن الدافع من أسباب البطلان أو الفسخ التي تشوب الدين الأصلي قبل قيده في الحساب بل إن آثار القيد تتوقف على صحة هذا الدين وقيامه فإذا أبطل الدين الأصلي أو فسخ وجب إجراء قيد عكسي في الحساب لإلغاء أثر القيد السابق الخاص به ومن هذا يتبين أن القيد العكسي الذي يلغي عملاً القيد الخاص بالدين لا يتعارض مع الأثر التجديدي بل إن هذا الأثر التجديدي يزول نتيجة للأثر الرجعي للبطلان أو للفسخ بحيث تعد العملية كأنها لم توجد قط .

ويلاحظ أن المادة ٣٥٣ مدني تقضي بأن التجديد لا يتم إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان وأنه إذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد قابل للإبطال فلا يكون التجديد صحيحا إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله .

نظرية المقاصة المتتابعة :

وهكذا فإن النظرية التقليدية تقضي بأن كل دين يقيد في الحساب ينقضي مباشرة بالتجديد دون حاجة للبحث عما إذا كانت هناك قيود في الجانب الآخر تسمح بالمقاصة وهذه المقاصة لا تتم إلا عند قفل الحساب بين الجانبين الدائن والمدين أي أنها مقاصة إجمالية مؤجلة.

على أن بعض الفقهاء يقدم نظرية أخرى هي نظرية المقاصة المتابعة ومؤداها أن الحساب الجاري يتكون من سلسلة عمليات مقاصة متتابعة يتم كل منها عند كل قيد فعند ما يقيد دين في أحد جانبي الحساب فإنه ينقضي مباشرة بالمقاصة مع دين آخر مدرج في الجانب الآخر منه بقدر الأقل منهما وهذا التحليل القانوني يطابق ما يجري عليه العمل في حساب الفوائد .

ولنظرية المقاصة المتتابعة فائدتها الجوهرية في الإبقاء على التأمينات طالما أن الدين المضمون لم ينقض تماماً بالمقاصة وهي بنفيها للتجديد تحمل الالتجاء إلى عدم التجزئة عديم الجدوى إذ يوجد رصيد مؤقت عند كل عملية وإذا كان هذا الرصيد دائنا جاز أن يكون محلا لحجز ما للمدين لدى الغير وهي نتيجة مستبعدة في الأصل وفقا لنظرية عدم التجزئة .

ولكن نظرية المقاصة المتتابعة لا تبرأ من النقد ذلك أن سلسلة المقاصة المتتابعة لابد أن تنقطع متى كان الدين المقيد في الحساب الجاري دينا غير مستحق الأداء في حين أن من مزايا الحساب الجاري هي إمكان أن تقيد فيه ديون مؤجلة وديون مستحقة الأداء على حد سواء.

موقف القانون المدني المصري :

وقد شاء للمشرع المصري أن يتدخل في التكييف الفقهي لنظام الحساب الجاري فنصت المادة ٣٥٥ من القانون المدني على " ١ ـ لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار . ٢ ـ وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك " .

ومفهوم هذا النص أن مجرد قيد الدين في الحساب الجاري لا يعتبر تجديداً بالمعنى القانوني لأن التجديد لا يكون إلا حيث يحل دين جديد محل دين قديم وهنا لا يحل محل الدين الأصلي دين جديد بل مجرد بند في الحساب .

وهذا ما دعا أنصار نظرية التجديد التقليدية إلى القول بأن القيد في الحساب الجاري هو شبه تجديد على أن ذلك لا يمنع من أن الدين الذي أجرى قيده في الحساب ينقضي قبل أن يتم تجديده وفقا للقواعد المقررة في الحسابات الجارية وإنما يتم التجديد بالمعنى القانوني عند قفل الحساب واستخلاص الرصيد وإقراره إذ يصبح هذا الرصيد هو الدين الجديد الذي يحل محل الديون المقيدة .

وكان ينبغي إذا كان الدين الأصلي مضمونا بتأمين خاص أن ينقضي هذا التأمين بانقضاء الدين حتى قبل التجديد ، ولكن النص صريح في أن التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك إذ يفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى استبقاء التأمين ضمانا للرصيد وهكذا فإن نص المادة ٣٥٥ مدني لم يعدل كثيرا من الحلول التي استقر عليها القضاء .

المطلب الثاني

عدم قابلية الحساب الجاري للتجزئة

ويقصد بعدم قابلية الحساب الجاري للتجزئة أنه بدخول المدفوع في الحساب يصبح مفردا محاسبياً يندمج ويتماسك مع بقية عناصر الحساب ليكونوا جميعاً كلا واحدا ويستمر ذلك " الكل " مشكلاً من كتلة تنصهر فيها المفردات الدائنة والمدينة دون أن يكون هناك إمكانية لفصلها ليكون لكل مفرد ذاتيته أو استقلاله لحين قفل الحساب واستخراج الرصيد ، أما قبل ذلك فلا يوجد حق ولا دين .

وقد أكد المشرع على هذا المبدأ في الفقرة الأولى من المادة ٣٦٢ من القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث نصت هذه الفقرة على أنه " لا تقبل المفردات المقيدة في الحساب الجاري التجزئة قبل قفل الحساب واستخراج الرصيد " ويترتب على إعمال مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري النتائج الآتية وهي إجمالاً :

أولا : عدم جواز المطالبة بقيمة أي مفرد بالحساب .

ثانيا : المدفوع لا يعد وفاء لما سبق قبضه .

ثالثا : عدم جواز وقوع المقاصة بين المفردات.

رابعا : أن الدين الذي يدخل في الحساب الجاري لا يظل خاضعاً للتقادم الخاص به .

وهذه النتائج تفصيلا على النحو الآتي :

أولا : عدم جواز المطالبة بقيمة أي مفرد بالحساب

وهذه النتيجة تتفق مع مقصود طرفي الحساب الجاري في إرجاء التسويات بينهما لنهاية الحساب وبالتالي فلا يجوز لأحدهم المطالبة بقيمة مفرد بعينه مندمج داخل الحساب خصوصاً وأن كل مدفوع يمثل ضماناً للطرف الآخر في الحساب ، ولن يقرر من منهما الدائن ، ومن هو المدين إلا الرصيد النهائي في نهاية الحساب ، وهو ما متعارض مع منح كل واحد منهما حق المطالبة بمفردات داخل الحساب ، وامتداداً لهذه النتيجة فإنه لا يجوز لدائن أحد طرفي الحساب أن يطالب بحق داخل الحساب [١].

ثانيا : المدفوع لا يعد وفاء لما سبق قبضه :

في حالة قيام أحد الطرفين بدفع مبلغ معين خلال فتح الحساب، فلا يعد ذلك وفاء لأحد بنود الحساب ، أو وفاء لرصيده المدين في وقت معين ، لأن الغرض في الحساب الجاري أنه لا يوجد دائن ولا مدين حتى يتم قفل الحساب ، وبالتالي لا يمكن إجراء المقاصة بين مفرد بذاته ومفرد آخر في نفس الحساب وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ تجاري حيث نصت على أنه " لا يجوز المقاصة بين مفرد في الحساب ومفرد آخر في نفس الحساب " [٢].

---

(١) د / حسين فتحي المرجع السابق ص ١٨٥.

(٢) د / أحمد بركات مصطفى ـ المرجع السابق ص ٢٧١ .

ثالثا : عدم جواز وقوع المقاصة بين المفردات :

لا يجوز أن تقع المقاصة بين بند دائن وبند مدين في الحساب لأن المقاصة نوع من الوفاء المزدوج .

والقيد في الحساب الجاري ليس وفاء ، وإنما تقع مقاصة إجمالية شاملة بين جميع البنود الدائنة وجميع البنود المدينة عند قفل الحساب فيظهر الرصيد النهائي .

رابعا : أن الدين الذي يدخل في الحساب الجاري لا يظل خاضعا للتقادم الخاص به :

بل يصبح جزء من هذا الحساب ويسهم في تكوين رصيده النهائي الذي يظهر عند القفل ، وهذا الرصيد يخضع للتقادم العادي الذي يبدأ من وقت استحقاقه .

<u>الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري :</u>

إن تطبيق مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري بصورة مطلقة من شأنه مجافاة الواقع ويأتي بعكس المقصود من اختيار شكل الحساب الجاري ، كما يؤدي إلى الإضرار بالغير وفتح باب الغش أمام العميل للتهرب من سداد ديونه ، وإزاء هذه النتائج التي تترتب على تطبيقه مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري بصورة مطلقة .

اتجهت الحلول القضائية والقانونية إلى وضع بعض الاستثناءات مراعاة للاعتبارات العملية ، حيث يمكن معرفة الرصيد المؤقت في بعض الأحيان وهذه الاستثناءات إجمالاً :

الاستثناء الأول : القطع المؤقت لاستظهار صفة للدائن .

الاستثناء الثاني : الطعن بالدعوى البوليصية .

الاستثناء الثالث : القيد العكسي للأوراق التجارية .

الاستثناء الرابع : تصويب القيودات.

الاستثناء الخامس : الحجز على الحساب الجاري أثناء تشغيله.

الاستثناء الأول : القطع المؤقت لاستظهار صفة الدائن :

جرى العرف المصرفي على إتاحة الفرصة للبنك لمعرفة الموقف، الدائن والمدين له ، والعميل لكل فترة زمنية محددة ، وقد نصت المادة ٣٧٧ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه " إذا كان الحساب الجاري مفتوحاً لدى بنك فلا يجوز للبنك إعطاء بيانات أو معلومات عن رقم الحساب أو حركته أو رصيده إلا لصاحب الحساب أو وكيله الخاص أو لورثته أو الموصى لهم بعد وفاته وفقاً لأحكام القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات " .

وهذا النص يعد خروجا على المبدأ العام ، لأن التصفية المؤقتة للحساب لمعرفة الرصيد المؤقت تفيد البنك بمعرفته للموقف المالي للعميل في حالة طلب شهر إفلاسه ، أو تجاوز العميل لحدود الاعتماد المفتوح له من عدمه .

وقد أكدت المادة ٣٦٥ تجاري على هذا الاستثناء بنصها على أنه " يجوز وقف الحساب مؤقتاً أثناء سيره لبيان مركز كل من الطرفين وذلك في المواعيد التي يتفق عليها الطرفان أو يحددها القانون، ويكون لكل طرف أن يتصرف في رصيده الدائن الذي قد يظهر عند الوقف المؤقت في أي وقت ما لم يتفق على غير ذلك .

كما فرق المشرع بين وقف الحساب وقطعه في المادة ٣٧١ جاري حيث نص على أنه " إذا كان الحساب الجاري مفتوحاً بين بنك وطرف آخر اعتبر الحساب مقطوعا في نهاية السنة المالية للبنك ، ولا يعتبر هذا القطع قفلاً للحساب وإنما يظل مفتوحاً ويرحل رصيده إلى نفس الحساب الذي يستأنف حركته في اليوم التالي لقطعه " .

الاستثناء الثاني : الطعن بالدعوى البوليصية :

إذا تصرف أحد طرفي الحساب الجاري تصرفاً مقترناً بالغش للإضرار بمصالح الطرف الآخر ، فمن حق الطرف الذي لحقه الضرر من هذا التصرف رفع الدعوى البوليصية ، وهذا ما جرى عليه العرف المصرفي ،وقد اختلف الرأي بشأن تبرير ذلك العرف المصرفي ورده إلى أساس قانوني مقبول .

فذهب البعض إلى أن حق رافع الدعوى أثناء سير الحساب يستند لصيغة الدائنية التي يكتشفها الطرف رافع الدعوى من خلال القطع المؤقت للحساب

وقت التصرف الضار، ومظنة استمرار الدائن عند قطع الحساب دائنا لنهايته ممكنة [1] .

في حين رد البعض أساس رفع الدعوى البوليصية إلى قاعدة " الغش يفسد كل شيء " ويجيز الخروج على القواعد العامة في الحساب الجاري [2].

الاستثناء الثالث : القيد العكسي للأوراق التجارية :

إن قيد الورقة التجارية المنقول ملكيتها للبنك يكون تحت شرط التحصيل، ومن ثم فلا تندمج مع باقي عناصر الحساب لحين تحصيلها، فإذا لم يستطع البنك تحصيلها فعلى البنك تصحيح القيد بنقله من الجانب الدائن للعميل إلى الجانب المدين له دون اعتبار لمبدأ عدم جواز تجزئة المدفوعات، قد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ / تجاري على أنه " لا يجوز إجراء القيد العكسي إلا فيما يتعلق بالأوراق التجارية التي لم تدفع قيمتها في مواعيد استحقاقها، ويقع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك " .

الاستثناء الرابع : تصويب القيودات :

ويتم ذلك بطريق القيد العكسي لمفرد معين تثبت عدم مشروعية الحق الأصلي الذي تولد عنه أو بطلانه ، وهو ما يعد استثناء واضحاً على مبدأ عدم تجزئة المفردات ، وقد نصت المادة ١/٣٧٦ تجاري على أنه " لا تقبل الدعوى بتصحيح الحساب الجاري ولو كان الطلب مبنياً على غلط أو سهو أو تكرار

---

(١) د / حسين فتحي - المرجع السابق ص ١٩٢ .

(٢) د / أحمد محمود جمعة " مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري في الفقه والقضاء المصري والفرنسي دراسة مقارنة " رسالة دكتوراه ص ١٣٣ القاهرة ١٩٧٩ م

القيود ، وذلك فيما يتعلق بالقيود التي مضى عليها أكثر من ثلاث سنوات ، إلا إذا حصل خلال هذه المدة إخطار من أحد طرفي الحساب إلى الآخر بتمسكه بتصحيح الحساب، أو إذا لم يثبت في حالة الحساب مع البنك أن العميل لم يتلق من البنك خلال المدة المذكورة أي بيان بحسابه .

الاستثناء الخامس :الحجز على الحساب الجاري أثناء تشغيله :

لا شك أن مبدأ عدم التجزئة والأثر التجديدي يحولان دون توقيع حجز ما للمدين لدى الغير على بند معين من بنود الحساب الجاري، ولا يجوز الحجز إلا على الرصيد النهائي الذي يظهر بعد قفل الحساب وتصفيته .

بيد أن مثار الخلاف هو مصير حجز ما للمدين لدى الغير الذي يوقع عندما يكون الحساب مفتوحاً ، فوفقاً للرأي التقليدي المتفق مع المنطق القانوني يظل الحجز موقوفا حتى القفل النهائي للحساب وحينئذ يمكن معرفة ما إذا كان المحجوز عليه (عميل البنك) " دائنا لبنك " (المحجور لديه) وهو شرط ضروري لنفاذ حجز ما للمدين لدى الغير .

بيد أن هذا الحل يؤدي إلى إهدار حقوق الدائنين وتمكين المدين سيء النية من الإضرار بهم عن طريق سحب أمواله من الحساب الجاري بحيث يكون رصيده مديناً لا دائناً عند قفله أو عن طريق إدخال أمواله في الحساب الجاري فيحول بذلك بين دائنيه وبين الحجز عليها .

ولذلك حاول القضاء الحديث التوفيق بين مبدأ عدم التجزئة الذي لا يجيز الحجز إلا على الرصيد النهائي عند قفل الحساب ومصلحة الدائنين التي تتطلب جواز الحجز قبل قفل الحساب .

فاستند القضاء أحيانا إلى كون عقد الحساب الجاري قد أبرم دون تحديد مدة وأنه لا يصح لطرف أن يظل مرتبطا لمدة غير محددة للتشبيه بين القفل النهائي لحساب والوقف المؤقت التالي لتوقيع الحجز، وأحياناً أخرى سمح القضاء للدائن أن يستعمل بطريق الدعوى غير المباشرة حق مدينه في طلب قفل الحساب إذا كان غير محدد المدة ، حتى يتسنى له توقيع الحجز على الرصيد في هذه اللحظة ثم لجأ القضاء إلى تقرير مسئولية البنك الذي يترك الحساب الجاري يسير بطريقة غير عادية بعد الحجز فيسمح لعميله المحجوز عليه بتفريغ الحساب فلا يتبقى له رصيد دائن عند قفله ، بيد أنه يؤخذ على هذا القضاء أنه يؤدي إلى تجميد الحساب ومن ثم يلحق ضرراً بالغاً بائتمان العميل التاجر قد يفوق الضرر الذي يلحق الدائن من جراء عدم الحجز [1].

(١) د / مصطفى كمال طه ـ المرجع السابق ص ٤٤١ .

المطلب الثالث

سريان العوائد على المدفوعات

يملي العرف المصرفي قاعدة عامة بالنسبة لسريان العوائد على المدفوعات المقيدة في الحساب الجاري والمتفق عليها بين البنك وعميله ، وهذه القاعدة تتمثل في سريان تلك العوائد بقوة القانون دون حاجة لاتفاق الأطراف على ذلك .

ولسريان العوائد في الحساب الجاري أحكاماً تختلف عن تلك المعمول في القواعد العامة سواء في القانون المدني أو في القانون التجاري ، وبيان ذلك على النحو التالي :

أ- يبدأ سريان العوائد من يوم قيد المدفوع في الحساب

نصت المادة ٢٢٦ مدني على أنه " إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية وتسري هذه فوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره " .

ويعني ذلك النص أن الأساس في بدء سريان العوائد التأخيرية هو تاريخ المطالبة القضائية ولكن العرف التجاري والعادة المصرفية يجريان على بدء

سريان تلك العوائد بقوة القانون من يوم قيد المدفوع في الحساب ، لا من تاريخ المطالبة القضائية .

ومع ذلك فإنه يغلب أن يحدد الطرفان موعداً آخر لبدء سريان العائد ويكون ذلك الموعد تالياً لتاريخ دخول المفرد في الحساب ، وهو ما يسمح بقيد كافة الديون فوراً في الحساب حتى تلك التي لا تتيح عوائد في الحال على أن تنتج عوائدها من الموعد المحدد لسريانها.

ب - سعر العائد :

يبين من نص المادة ٢٢٦ المشار إليها أن سعر العائد عند عدم الاتفاق لا يزيد في المسائل المدنية عن ٤٪ وعن ٥٪ في المسائل التجارية أما في حالة الاتفاق بين الأطراف فإنه يجوز الارتفاع بسعر العائد إلى حدود ٧%.

وقد نصت المادة ٢٣٣ على أنه " الفوائد التجارية التي تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات ... "

غير أن الحد الأقصى لكل الجهات لا يجب أن يزيد عن حدود الـ ٧٪ الواردة بنص المادة ٢٢٧ والتي قررت أنه : " يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر .... "

والاستثناء الوارد بنص المادة ٢٢٣ ينطبق على سعر العائد التجاري فقط أي الطرف الذي يكون الحساب تجاريا بالنسبة له فيزيد السعر أو ينقص عن ٥٪

أما بالنسبة للطرف الآخر ولو كان الحساب مدينا وبالنسبة له فلا يزيد سعر الفائدة عن ٤٪ وتجري الممارسة البنكية على اشتراط البنك سعراً أعلى لعوائد مدفوعاته من سعر العميل على مدفوعاته .

ويتيح المشرع لمجلس إدارة البنك المركزي تحديد أسعار العوائد الدائنة والمدينة التي يمكن للبنوك التعاقد في حدودها في العمليات المصرفية دون تقيد بالسعر الوارد في أي تشريع آخر وهو ما يعني بطبيعة الحال إمكان تخفيض تلك العوائد لا رفعها فقط باعتبار أن من يملك الأكثر يملك الأقل.

ج - سريان العوائد على متجمد العوائد :

القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٢٣٢ مدني هو أنه: " لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " .

وحسناً فعل المشرع في هذا النص بأن نص صراحة على استثناء ما تقرره القواعد والعادات التجارية على قاعدة تحريم تقاضي عوائد على متجمد العوائد .

وقد طبق القضاء المصري ذلك الاستثناء بالنسبة للحسابات الجارية فقررت محكمة الإسكندرية أنه : " لئن كانت المادة ٢٣٢ مدني قد حظرت تقاضي فوائد على متجمد الفوائد وألا يزيد مجموعها على رأس المال إلا أنها أوردت استثناء من هذا التحريم وهو ما تقضي به القواعد والعادات التجارية، ومن ذلك الحساب الجاري إذ يجوز فيه بحكم طبيعته القانونية تقاضي فوائد على متجمد الفوائد وأن يكون فيه سعر الفوائد التجارية غير مقيد بحد معين وبذلك

فقد يزيد فيه مجموع الفوائد إلى نهاية الحساب على رأس المال تمشياً مع القواعد والعادات التجارية ".

وأكدت محكمة النقض [1] أن " مفاد المادتين ٢٣٢ ، ٢٣٣ القانون المدني أن المشرع حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما به القواعد والعادات التجارية كما أقر ما جرى عليه العرف التجاري من تجميد الحساب الجاري وترك تحديدها لما يقتضى به العرف " .

ويجري العرف التجاري على ارتباط تجميد العوائد بالقطع المؤقت للحساب سواء كان دوريا أو بموجب الاتفاق حيث يتيح ذلك القطع إظهار الميزان المؤقت للدائنية والمديونية الأطراف الحساب الجاري فيعرف كل طرف العوائد المترتبة على مدفوعاته ويحظر الطرف الآخر بإضافتها لأصل المبلغ الذي أظهره الميزان لتترتب عوائد جديدة على العوائد السابقة التي انضمت للمبلغ الذي يظهر عند كل قطع ويستمر ذلك على قفل الحساب .

وإثبات وجود القواعد أو العادات التجارية المنصوص عليها في المادة ٢٣٢ مدني تقع على عاتق من يدعي وجود تلك القواعد أو العادات وهي من مسائل الواقع التي ينفرد قاضي الموضوع بتقديرها دون معقب عليه من قضاء للنقض وهو ما ينطبق بطبيعة الحال على الحساب الجاري .

د - يجوز أن يزيد مجموع العوائد على رأس المال

وذلك خلافا لما تقضي به القواعد العامة المقررة في المادة ٢٣٢ المشار إليها حيث قد تجري العادة خاصة في الحساب الجاري على غير ذلك.

---

(١) الطعن رقم ٢٥٥ س ٢٧ جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧ – الطعن رقم ١١٥ س ٢٨ جلسة ٢٧ من رقم ٦٦٠ س ٢٥ جلسة ١٩٦٠/١١/٣ – الطعن رقم ٧٣٩ من ٤٨ جلسة ١٩٨١/٣/٣٠ ، د / احمد حسن المرجع السابق ٥٥٢ .

الموقف في قانون التجارة الجديد :

عرضت للمادة ٣٣٦ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ لنظام العائد على الحساب الجاري وقررت أن المبدأ العام هو ألا تنتج مدفوعات الحساب الجاري عائداً ما لم يتفق على خلاف ذلك وعندئذ يحسب العائد وفقا للسعر الذي يعامل به البنك المركزي وقت استحقاق هذا العائد وفقا للسعر الذي يتعامل به البنك المركزي وقت استحقاق هذا العائد، والذي قد يكون أكبر من العائد الذي يقضي التقنين المدني ما لم يتفق على مقابل أقل من ذلك .

وإذا كان الحساب جارياً بين بنك وشخص آخر غير بنك جاز حساب عائد على العوائد وهو كان يسمى الفائدة المجمدة أو المركبة إنما الشرط أن يقطع الحساب على فترات يحددها الاتفاق أو العرف كل سنة أو كل ستة أشهر أو كل شهر فيستخرج الرصيد المؤقت ويرحل إلى الحساب الذي يستأنف سيره من جديد وفقا للمادة ٣٧١ تجاري السابق الإشارة إليها .

المطلب الرابع

قفل الحساب الجاري

ترجع أسباب قفل الحساب الجاري إما إلى أسباب إرادية أي بناء على طلب أحد الطرفين، وإما إلى أسباب غير إرادية " قهرية " مثل وفاة العميل أو الحجر عليه أو إفلاس أحد طرفي الحساب ، ومتى أقفل الحساب فلا يجوز أن تقيد فيه أية عملية لأن صفة الحساب الجاري تزول عنه بمجرد إقفاله [1]. ونعرض هذه الأسباب على النحو التالي :

أولا : الاتفاق على قفل الحساب :

جرى العرف المصري على أنه إذا كانت هناك مدة محددة للحساب، فإنه ينتهي بانتهاء مدته ، غير أنه يجوز لطرفيه الاتفاق على إنهائه قبل انتهاء هذه المدة ، أو مد أجله مع استمرار متبادل مدفوعاتهما .

ويمكن لأي طرف من طرفي الحساب أن يطلب إنهاء الحساب بشرط عدم إساءة استعمال هذا الحق ، كما قد ينتهي الحساب بالإرادة الضمنية لطرفيه معاً ويستطيع القاضي استنباط اتجاه إرادتيهما لذلك من خلال بعض الوقائع الموضوعية التي تدل على ذلك دلالة قوية .

وقد أقرت المادة ٣٦٩ نجاري هذا العرف حيث نصت على أنه " إذا حددت مدة للحساب الجاري وجب قفله بانتهائها ، ويجوز قفله قبل انتهاء المدة باتفاق الطرفين " .

---

(١) د / محمود سمير الشرقاوي القانون التجاري الجزء الثاني ص ٥٢٢ دار النهضة العربية.

وإذا لم تحدد مدة للحساب الجاري جاز قفله في كل وقت بإرادة أي من الطرفين مع مراعاة مواعيد الإخطار المتفق عليها أو التي يجري عليها العرف.

ثانيا : انهيار الاعتبار الشخصي : ويحدث هذا في حالة إفلاس أحد طرفي الحساب أو وفاته .

أولا : الإفلاس :

إذا كان عقد الحساب الجاري يقوم على الاعتبار الشخصي للطرفين فإن الإفلاس يؤدي إلى اهتزاز الثقة في الطرف المفلس .

ثانيا : الوفاة :

ينهار الاعتبار الشخصي في عقد الحساب الجاري بوفاة أحد الطرفين فيه ويبدو أن الأرجح في هذه الحالة أنه يلجأ البنك لقفل الحساب الجاري فوراً.

أما بالنسبة للشخص المعنوي فإن هذا الحكم ينصرف إليه عند انقضاءه لسبب من أسباب الانقضاء العامة أو الخاصة ، مع استمرار الشخصية المعنوية للشخص الاعتباري لدواعي تصفية ذلك الشخص الاعتباري .

آثار قفل الحساب :

أيا كان سبب قفل الحساب فإنه يترتب عليه الآثار الآتية وهي إجمالا :

١- وقوع المقاصة النهائية .

٢- تصفية الحساب واستخلاص الرصيد .

٣- استحقاق دين الرصيد .

وتفصيلا على النحو التالي :

أولا : وقوع المقاصة النهائية :

ينتج عن قفل الحساب الجاري وقوع المقاصة النهائية الشاملة لكل مفردات الدائنة والمدينة في الحساب تمهيداً لاستخراج الرصيد النهائي الذي يأتي لصالح أحد الطرفين ولغير مصلحة الطرف الآخر ، ووقوع تلك المقاصة تلقائيا عند قفل الحساب يترتب عليه عدم إمكان إلقاء أي مدفوعات جديدة بالحساب أو إخراج أي مفردات منه ما لم يتعلق الأمر بتغيير القيد من مؤجل إلى حال أو بالعكس .

ثانيا : تصفية الحساب واستخلاص الرصيد :

وتصفية الحساب تعني إنهاء العمليات التي لا تزال جارية بين الطرفين لإضافة أو خصم ناتجها من الجانبين ، ويستخرج الرصيد بعد صيرورة جميع الديون حالة فتجمع المفردات الدائنة على حده والمفردات المدينة على حده في كل جانب ويطرح الناتج الأقل من الناتج الأكبر ليظهر الرصيد .

ثالثا : استحقاق دين الرصيد :

يترتب على قفل الحساب الجاري أن يصبح رصيد الحساب دينا عادياً يخضع للقواعد العامة من حيث سعر الفائدة القانونية وعدم جواز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد [1].

---

(١) د / أحمد بركات مصطفى ـ المرجع السابق ص ٢٧٤ .

الباب الثاني

الودائع المصرفية

تمهيد وتقسيم

مع ازدياد الوعي المصرفي تعود الناس على إيداع مدخراتهم " النقود " لدى البنوك في شكل ودائع ، وقد أصبحت هذه الودائع النقدية تلعب دوراً هاماً ومؤثراً في نشاط البنوك ، حيث تعتمد عليها البنوك في عمليات الائتمان ، من هنا أدرك للمشرع أهمية دور هذه الودائع على النشاط المصرفي فأورد تنظيما لأحكام وديعة النقود في المواد ٣٠١ إلى ٣٠٩ من القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ م .

والودائع المصرفية تفترض تسليم شيء إلى البنك مع الالتزام برده ، وهي تتخذ صوراً مختلفة ، فقد يودع لدى البنك ظرف أو صندوق مغلق يحتوي على نقود أو أشياء ثمينة ، وحينئذ يتعلق الأمر بوديعة عادية تخضع لأحكام القانون المدني ، وقد يودع لدى البنك أوراق مالية لحفظها وتحصيل الأرباح والفوائد المستحقة عنها، وقد تودع لدى البنك نقوداً يكتسب البنك ملكيتها ، ويكون له التصرف فيها مع الالتزام برد مبلغ مماثل لها للمودع وهذه هي الوديعة المصرفية . وسوف نتناول هذه الودائع في هذا الباب من خلال الفصول الثلاثة الآتية:

الفصل الأول : إيداع النقود.

الفصل الثاني : إيداع الصكوك.

الفصل الثالث : تأجير الخزائن الحديدية.

الفصل الأول

إيـــــــداع النقود

مقدمة :

الودائع النقدية هي نقطة البدء في نشاط البنك ، فالبنك يتلقى النقود من الجمهور في شكل ودائع ليستخدمها في عمليات الائتمان ، أما بالنسبة للمودع فتتمثل الفائدة الرئيسية للوديعة في تمكينه من استخدام النقود المودعة في السحب منها لصالحه أو في الوفاء للغير عن طريق الشيكات أو النقل المصرفي ، وسوف تكون دراستنا لهذا النوع عن عمليات البنوك من خلال المباحث الثلاثة الآتية :

المبحث الأول : تعريف وديعة النقود وصورها.

المبحث الثاني : التكييف القانوني لهذا العقد.

المبحث الثالث : آثار عقد الوديعة النقدية.

المبحث الأول

تعريف وديعة النقود وصورها

تحرص البنوك على الحفاظ على عملائها وجذب الجمهور وحثه على الادخار وتحفيزه على إيداع جزء كبير من أمواله بها مستهدفة بذلك استثمار تلك الأموال وممارسة بقية العمليات المصرفية الأخرى، ومن أجل هذا الهدف تبتكر البنوك أوعية ادخارية متعددة يميز كل منهما مجموعة من الحوافز والجوائز .

وقد تناول المشرع تعريف الوديعة النقدية في القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ في المادة منه بأنها " عقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه مع التزامه برد مثلها طبقاً لشروط العقد ".

كما عرفها بعض فقهاء القانون بأنها " عقد بين البنك والعميل بمقتضاه يسلم العميل إلى البنك مبلغاً نقدياً ، على أن يلتزم الأخير برده عند الطلب أو بالشروط المتفق عليها [١].

كما عرفها البعض الآخر بأنها " ذلك المبلغ الذي يعهد به شخص طبيعي أو معنوي لبنك ، على أن يلتزم برد مبلغ مماثل للعميل أو لمن يختاره عند الطلب ، أو بعد أجل محدد أو بموجب أي شرط أخر يتفق عليه الطرفان [٢] .

صور الودائع النقدية :

تتعدد صور الودائع النقدية من حيث تاريخ استردادها إلى الصور الآتية :

أولا : الودائع تحت الطلب.

ثانياً : الودائع لأجل.

ثالثا : الودائع بشرط الإخطار السابق.

رابعاً : الودائع المخصصة لغرض معين.

خامساً : الودائع الادخارية.

---

(١) د/ حسني المصري القانون التجاري ص ٨٧ ، د / مراد منير فهيم القانون التجاري - العقود التجارية وعمليات البنوك ص ٢٥٢ .

(٢) د / حسين فتحي المرجع السابق ص ٣٤ .

تلك هي صور الودائع النقدية إجمالا ، ونتناولها تفصيلاً على النحو الآتي:

أولا : الودائع تحت الطلب :

وهي أهم الودائع المصرفية، وفيها يكون للمودع أن يطلب استردادها في أي وقت ، ويتم هذا السحب بواسطة إيصالات لصرف المبلغ المودع أو جزء منه ، أو بشيكات أو بأوامر مصرفية (١).

وقد نصت المادة ٣٠٥ / ١ تجاري على أن " ترد الوديعة بمجرد الطلب ما لم يتفق على غير ذلك ، وللمودع حق التصرف في رصيده الدائن أو في جزء منه ما لم يعلق استعمال هذا الحق على إخطار سابق أو على حلول الأجل " ، وتستعد البنوك دائما للوفاء بقيمة هذه الودائع في أي وقت ، حيث لا يكون قصد المودع غالبا من وراء وديعته الحصول على فوائد مصرفية ، بقدر ما يرغب في الاستفادة منها في سداد ديونه ، أو تحويل جزء منها لحساب شخص آخر في أي وقت دون معوقات ، وغالباً لا تستحق فوائد عن هذه الحسابات ما لم يبلغ حجم الوديعة مبلغاً معيناً ، نظراً لعدم استفادة البنك منها في غالب الأحيان في مجالي الاستثمار والإقراض (٢).

ثانيا : الودائع لأجل :

ويقصد بها تلك الودائع التي لا يلتزم البنك بردها إلا عند حلول الأجل المتفق عليه ونظراً لأن البنك يعرف منذ البداية الموعد المحدد للرد ، فإنه يتمتع بحرية كبيرة في استعمال مبلغ الوديعة في مقابل دفعه للعميل فائدة مرتفعة نسبياً

---

(١) د / مصطفى كمال طه - القانون التجاري ص ٥٠٠ الإسكندرية ١٩٨٠ م .

(٢) د / حسين فتحي - المرجع السابق ص ٣٦ .

، وإذا توفى العميل فإن الوديعة تستمر قائمة وفقاً لشروط العقد وذلك وفقاً لما نص عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة ٣٠٥ تجاري والتي نصت أنه " إذا توفى المودع تستمر الوديعة قائمة وفقا لشروط العقد ما لم يطلب الورثة استردادها قبل حلول الأجل " .

ثالثا : الودائع بشرط الإخطار السابق :

هي الودائع التي لا يجوز استردادها إلا بعد إخطار البنك قبل الاسترداد بمدة ما مثل يومين أو ثلاثة حتى يتمكن البنك من تدبير النقود اللازمة للرد وتحسب للمودع فائدة عن هذه الودائع لا يتجاوز الفائدة عن الودائع تحت الطلب.

رابعا : الودائع المخصصة لغرض معين:

وهي الودائع التي تسلم للبنك مع تخصيصها للقيام بعملية معينة أو لغرض معين وقد يكون التخصيص لمصلحة المودع ، مثل الشركة التي تودع مبلغاً معيناً من النقود للوفاء بأرباح الأسهم أو فوائد السندات .

وقد يكون التخصيص لمصلحة البنك كما في تخصيص رصيد حساب لضمان حساب آخر ، وقد يكون التخصيص لمصلحة الغير كما في مقابل وفاء شيك معتمد يجمد بصفة مؤقتة لصالح الحامل ، وفي حالات التخصيص لمصلحة البنك أو الغير لا يجوز للمودع أن يطلب الاسترداد إلا بعد انتهاء التخصيص [١].

---

(١) د / مصطفى كمال طه - القانون التجاري ص ٤٥١ ط دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ١٩٩٩ م .

خامسا : الودائع الادخارية :

ويهدف العميل من اختيار هذا النوع من الودائع إلى ادخار أمواله وزيادتها بالفوائد التي يقررها البنك ، وتتنوع صور هذه الإيداعات فتشمل مثلا شهادات الاستثمار ، كما يمكن أن تأخذ شكل شهادات الإيداع التي يصدرها البنك لمدة محددة ، ويشهد فيها بإيداع العميل مبلغا معيناً لديه كوديعة ، وأنه " أي البنك " سيردها بالإضافة إلى عوائدها في الميعاد المتفق عليه [1] وقد نصت المادة ٣٠٩ /١ تجاري على هذا النوع من الودائع حيث نصت على أنه " إذا أصدر البنك دفتر توفير وجب أن يذكر في الدفتر اسم من صدر لصالحه ، وأن يدون في الدفتر المدفوعات والمسحوبات ، وتكون البيانات الواردة بالدفتر الموقع عليها من موظف البنك حجة في إثبات تلك البيانات في العلاقة بين البنك ومن صدر الدفتر لصالحه ".

ويجوز إصدار دفتر توفير باسم القاصر غير أنه لا يجوز للقاصر أن يسحب من هذا الدفتر إلا وفقاً للأحكام المنصوص عليها في القانون ، وذلك وفقاً لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١/٣٠٩ تجاري والتي نصت على أنه " يجوز إصدار دفتر توفير باسم القاصر، ويكون للقاصر ولكل شخص آخر حق الإيداع في هذا الدفتر، ولا يكون للقاصر حق السحب إلا وفقاً للأحكام المنصوص عليها في القانون " .

---

(١) د / علي جمال الدين عوض ـ عمليات البنوك من الوجهة القانونية ص ١٥٩ ط ١٩٦٩ م .

المبحث الثاني

التكييف القانوني لعقد الوديعة النقدية

أثار عقد الوديعة النقدية جدلا كبيرا في الفقه حول تحديد طبيعتها القانونية حيث يرى بعض الفقهاء أنها وديعة كاملة وبالتالي تخضع لأحكام عقد الوديعة المنصوص عليها في القانون المدني .

في حين ذهب البعض الآخر إلى وديعة ناقصة أو شاذة كما ذهب آخرون إلى أنها عقد قرض.

آراء الفقهاء تفصيلا :

الرأي الأول : يرى أن عقد الوديعة النقدية وديعة كاملة :

وقد استند هذا الرأي إلى نص المادة ٧١٨ من القانون المدني والتي عرفت الوديعة بأنها " عقد يلزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عينا " وعقد الوديعة النقدية يلتزم فيه البنك بالحفاظ على المبالغ المودعة وردها عينا في الموعد المحدد ، كما يمتنع البنك بأن يدفع طلب استرداد الوديعة بالمقاصة بين التزامه بالرد وأي حق له قبل المودع ، وإذا هلكت الوديعة بقوة قاهرة فإن البنك لا يلتزم برد مثلها [1].

نقد - وقد تعرض هذا الرأي للنقد : بأن اعتبار الوديعة النقدية وديعة عادية طبقاً لقواعد القانون المدني لا يتفق مع وديعة النقود حيث يكون للبنك

---

(١) د / أحمد بركات مصطفى المرجع السابق ص ١٩٠.

فيها تملك النقود المودعة واستخدامها والتصرف فيها، ولا يلتزم إلا برد مبلغ مماثل لها ، وعلى ذلك فإن الوديعة النقدية ليست وديعة كاملة [1].

الرأي الثاني : حيث يرى أن عقد الوديعة النقدية وديعة ناقصة أو شاذة : [2]

وقد استند أنصار هذا الرأي إلى أن الوديعة الشاذة أو الناقصة هي الوديعة التي يكتسب فيها المودع لديه ملكية الشيء المودع ولا يلتزم إلا برد مثله ، ولو كان هذا التفسير صحيحاً لوجب أن تخضع الوديعة النقدية لكافة قواعد القانون المدني المتعلقة بالوديعة ، فيما عدا ما يتعلق بملكية الأشياء المودعة ، ولترتب على ذلك بوجه خاص امتناع المقاصة بين التزام المودع لديه بالرد وبين أي حق له قبل المودع .

لكل ما سبق استند هذا الرأي على وصف الوديعة النقدية بالوديعة الناقصة ومن ثم فتنطبق على هذا النوع من الودائع بعض أحكام الوديعة الكاملة دون بعضها الآخر على اعتبار أن هذه الوديعة من نوع خاص .

نقد - انتقد هذا الرأي بما يلي :

أ - أن الواقع العملي يبتعد ابتعاداً كبيراً على أساس أن امتلاك البنك لأموال الوديعة يتعارض تماماً مع فكرة الوديعة من أساسها .

---

(١) د / مصطفى كمال طه المرجع السابق، ص ٤٥٣ .

(٢) د / محمود عساف - إدارة المنشآت المالية - ص ٧٨ ، ط الثانية سنة ١٩٧٥ م .

ب - أن الواقع القانوني يتناقض مع ذلك الوصف المستجد للوديعة المصرفية حيث لا توجد في نصوص القانون المدني أو التجاري ما يسمى بعقد الوديعة الناقصة [1] .

الرأي الثالث : والذي يرى أن عقد الوديعة النقدية عقد قرض:

وقد استند أنصار هذا الرأي إلى أن المودع يقرض البنك مبالغ من النقود يستخدمها البنك في منح الائتمان لعملائه ، والقرض كما عرفته المادة ٥٣٨ من القانون المدني بأنه " عقد يلزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود ، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض مثله في مقداره " .

كما أن المنطق القانوني السليم أن البنك تكون يده في هذا يد مالك واستعماله لها أو تصرفه فيها لا يعد تبديداً أو خيانة أمانة ، وهو مسئول عن رد الوديعة ولو هلكت بقوة قاهرة .

بالإضافة إلى أنه إذا كانت القواعد العامة في القانون المدني تقرر أن الوديعة هي عقد " يلتزم فيه شخص بأن يتسلم شيئا من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عيناً " .

فإن المادة ٢٦ /١ من القانون المدني تنص على أنه " إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، وكان المودع عنده مأذون له في استعماله اعتبر العقد فرضاً " .

---

(١) د / حسين فتحي - المرجع السابق ص ٤٣ .

نقد – اعترض على هذا التفسير بالقول بأن هناك فرق بين الوديعة النقدية والقرض ، حيث أن الوديعة النقدية لا تنتج فائدة لمصلحة المودع في الغالب ، أما القرض فيفترض فيه دائماً منح فائدة للمقرض، ومن ثم فإن المودع ليس بمقرض.

ومن ناحية أخرى فإن الوديعة النقدية تكون واجبة الرد عند طلبها، في حين أن القرض يفترض لزاماً أجلا للرد ، ومن ثم فإن الوديعة الواجبة الرد بمجرد الطلب لا يمكن أن تعد قرضاً .

الراجح من هذه الآراء - بعد عرض الآراء في الطبيعة القانونية لعقد الوديعة النقدية وبيان حجج وأسانيد كل رأي ونقد هذه الآراء كما سبق فإن الراجح من هذه الآراء هو الرأي الثالث القائل بأن عقد الوديعة النقدية عقد قرض ، وقد أكدت محكمة النقض [1] هذا الرأي بقولها في أحد أحكامها " أن علاقة البنك بالعميل الذي يقوم بإيداع مبالغ في حسابه لدى البنك تعتبر علاقة قرض بمقتضى المادة ٧٢٦ من القانون المدني .

(١) مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٩٧٣ نقض في ٤ /١١ / ١٩٦٥ م .

المبحث الثالث

آثار عقد الوديعة النقدية

يترتب على عقد الإيداع المبرم بين البنك والعميل التزامات تقع على عاتق البنك فنتناولها إجمالا ثم نتعرض لها بالتفصيل المناسب والتزامات البنك إجمالا تتمثل في الالتزامات الآتية :

أولا : الالتزام برد مبلغ مماثل للمبلغ المودع لدى البنك .

ثانيـاً : الالتزام بالرد للمودع أو من يعينه .

ثالثـاً : الالتزام بالرد في الزمان والمكان المتفق عليها بالعقد .

رابعـاً : الالتزام بدفع العوائد .

خامساً : الالتزام بإرسال بيان بحساب الوديعة .

الالتزام الأول : التزام البنك برد المبالغ المودعة.

طبقاً لقواعد عقد الوديعة النقدية يتملك البنك المبالغ المودعة لديه بمجرد قيام العمل بتسليمها إليه ، ويصبح العميل مجرد دائن للبنك بمبلغ معين ، وعند حلول أجل الوديعة أو طلب العميل استردادها يلتزم البنك بأن يرد قدراً مماثلاً للنقود المودعة لديه دون اعتبار للتغيير الطارئ على قيمتها في الفترة بين الإيداع والرد وبالتالي لا تأثير لانخفاض قيمة النقود أو ارتفاعها على التزام البنك بالرد وإذا كانت الوديعة بالعملة الأجنبية يلتزم البنك برد الوديعة بذات

العملة وبمبلغ مساو لها في المقدار ، إلا إذا كانت قوانين النقد في الدولة تمنع الرد بالعملة الأجنبية ، وبالتالي يلتزم البنك بالرد بالعملة الوطنية ، وفي هذه الحالة يحسب مبلغ الوديعة بسعر الصرف في يوم رد الوديعة .

الالتزام الثاني : الالتزام بالرد للمودع أو من يعينه :

ولتحقيق هذا الالتزام فإنه يجب على البنك بأن يحصل على نموذج التوقيع المعتمد للعميل أو من يعينه لمضاهاة التوقيع عند استرداد العميل للوديعة أو جزء منها، وإذا كان المسترد شخصاً معنوياً مثل الشركة أو المؤسسة المالية يجب التأكد من تحقيق شخصية ممثل الشركة طالبة الاسترداد ، إلى جانب التأكد من سلطة المسترد من سلطته في استرداد المبلغ المودع .

وإذا توفى العميل فترد الوديعة للورثة بعد التحقق من شخصيتهم ونصيب كل وارث بموجب الإعلام الشرعي للورثة .

الالتزام الثالث : التزام البنك بالرد في الزمان والمكان المتفق عليهما بالعقد :

سواء كانت الوديعة ترد بمجرد الطلب ، أو بعد مدة محددة سلفاً ، أو بعد إخطار سابق من العميل للبنك ، ويجب على البنك مراعاة المكان المتفق عليه في العقد فإذا لم يتفق على المكان ،فإنه يفترض اتفاق المتعاقدين على الوفاء بفرع البنك الذي تم الإيداع فيه .

الالتزام الرابع : التزام البنك بدفع العوائد :

القاعدة في الوديعة النقدية أن البنك لا يلتزم بدفع عائد من الأموال المودعة لديه إلا إذا كان هناك اتفاق مع العميل على ذلك، فإذا لم يوجد اتفاق فلا يلتزم البنك بها ، وفي هذه الحالة فإنه ينطبق على ذلك النوع من الودائع لأجل أحكام عقد القرض المنصوص عليها في المادة ٥٤٢ مدني والتي تنص على أنه " على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر " .

ويبدأ احتساب العوائد من التاريخ الذي يتفق عليه الطرفان ، فإذا لم يتم الاتفاق على تاريخ احتساب ، فإن العائد يتم حسابه عادة من يوم إيداع مبلغ الوديعة بالبنك ، وينتهي سريان العوائد من التاريخ الذي ينقضي فيه التزام البنك برد الوديعة .

وإذا تأخر البنك عن الوفاء بالوديعة أو بالفوائد في مواعيدها المحددة فإنه يلتزم بدفع العوائد التأخيرية [١] طبقاً لما نصت عليه المادة ٢٢٦ من القانون المدني والتي نصت على أنه " إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية .

---

(١) وهي تستحق من تاريخ المطالبة القضائية بها ـ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٣٩٢ س ٣٤٠ بجلسة ١٩٦٨/٦/٦ ـ د / محمد حسني ـ قضاء النقض التجاري ص ٣٤١ منشأة المعارف بالإسكندرية .

وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غير ذلك .

الالتزام الخامس : التزام البنك بإرسال بيان بحساب الوديعة :

وقد أكدت على هذا الالتزام المادة ١/٣٠٤ تجاري والتي نصت على أن " يرسل البنك بيانا بالحساب إلى المودع مرة على الأقل كل سنة ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بإرسال البيان أكثر من مرة خلال السنة . ويجب أن يتضمن البيان صورة من الحساب بعد آخر قطع له ومقدار الرصيد المرحل " .

وإذا كان هناك خطأ ما في الحساب بموجب نص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٤ تجاري لا يقبل أي طلب لتصليح الحساب ولو كان على غلط أو سهو أو تكرار وذلك فيما يتعلق بالقيود التي مضى عليها أكثر من ثلاث سنوات ، ما لم يخطر المودع البنك خلال هذه المرة بعدم تسلمه بيانا بحسابه .

الفصل الثاني

إيداع الصكوك

مقدمة :

قد لا يرد الإيداع في البنوك على النقود، وإنما يرد على أوراق ومستندات وهو يعرف بإيداع المستندات أو الأوراق المالية، ويرغب العميل في إيداع صكوكه لدى البنك في المحافظة عليها حيث تتوافر أسباب الأمان الكافية أكثر مما لدى مالك الصكوك، بالإضافة إلى الاستفادة من الخدمات المصرفية في إدارة تلك الصكوك، كقيام البنك بإخطار صاحب الأسهم المودعة بمواعيد انعقاد الجمعيات العمومية للشركات التي أصدرتها.

وتحصيل الأرباح المتولدة عنها نيابة عن العميل، والمطالبة وتحصيل قيمة الأوراق التي حل ميعاد استحقاقها وغير ذلك من الخدمات التي تقتضيها المحافظة على الحقوق الثابتة في الصك .

ومن جهته فإن البنك يرحب بإيداع الصكوك لديه وإن كانت العمولة التي تستحق عن حفظها وإدارتها غير مجزية ، إلا أنه يغلب دخول العميل في معاملات أخرى تكون الهدف الرئيسي الذي يستفيد منه البنك [1].

وقد أورد المشرع تنظيماً لعقد وديعة الصكوك في المواد من ٣١٠ إلى ٣١٥ من القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، وطبقاً لهذه المواد يتم

---

(١) د / علي جمال الدين ـ دروس في عمليات البنوك ص ١١٢ ، / حسني المصري القانون التجاري عمليات البنوك ص ٢١ .

إيداع الصكوك بموجب عقد بين البنك والعميل، ثم يحرر البنك إيصالا باستلام هذه الصكوك يوضح فيه أوصافها، وأن هذا الإيصال يصلح لإثبات العقد وملكية العميل للصكوك المودعة ، وسوف نتناول دراسة هذا العقد في المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول : ماهية عقد إيداع الصكوك وتكوينه وإثباته .

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لعقد إيداع الصكوك .

المبحث الثالث : آثار عقد إيداع الصكوك .

المبحث الأول

ماهية عقد إيداع الصكوك وتكوينه وإثباته

ماهية عقد إيداع الصكوك :

يمكن تعريف هذا العقد بأنه عقد بمقتضاه يودع العميل صكوكه لدى البنك مع التزام الأخير بحفظها وإدارتها لمصلحة العميل وردها بذاتها وفقا للشروط المتفق عليها مقابل أجر يتقاضاه من العميل [١] .

تكوين العقد:

تتم عملية إيداع الصكوك بموجب عقد إيداع بين البنك والعميل وهذا العقد تحكمه القواعد العامة واللازمة لصحة أي عقد من العقود، وبالتالي لابد وأن تتلاقي إدارة الطرفين " البنك والعميل " على كافة شروط العقد ويجب على البنك عند إبرام العقد أن يتحقق من أهلية المودع، ومن هنا يقرر الفقه أنه لابد وأن تتوافر أهلية التصرف في العميل المودع ، نظراً لالتزامه بدفع الأجرة التي يتفق عليها مع البنك ، كما أن العميل يوكل البنك في القيام ببعض التصرفات بشأن الصكوك المودعة ، وبالتالي ومن باب أولى أن يكون العميل أهلاً لإبرام التصرفات التي يكلف بها البنك [٢].

ويعد هذا العقد من العقود الرضائية، التي لا تستلزم شكلا معينا لإبرامها .

---

(١) د / حسني المصري . المرجع السابق ص ٢١ .

(٢) د / أحمد بركات مصطفى ـ المرجع السابق ص ١٩٧ .

إثبات العقد :

لما كان عقد إيداع الصكوك بالنسبة للبنك دائماً تجارياً سواء تقاضي عمولة مقابل هذا العقد أو لم يتقاضى وذلك طبقاً للمادة الخامسة من القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فقرة (و) أما بالنسبة للعميل فلا يعتبر تجارياً إلا إذا كان تاجرا وتعلق إيداع الصكوك بشأن تجارته ومن ثم فيجوز للعميل إثبات هذا العقد في مواجهة البنك بكافة طرق الإثبات ، بينما إثبات العقد في مواجهة العميل يتحدد حسب تجارية العقد بالنسبة له [١].

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقد إيداع الصكوك

من المعتاد أن يقوم أصحاب الأوراق المالية بإيداعها لدى البنك ، وهم بذلك يتحررون من عبء المحافظة عليها وإدارتها ووديعة الأوراق المالية هي وديعة عادية ، تنطبق عليها نص المادة ٧١٨ مدني والتي تنص على أن " الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء على أن يرده عينا " ، وإذا كان البنك يتقاضى أجراً عنها ، فإن هذا الأجر ليس من شأنه أن يستتبع تغييراً في الطبيعة القانونية للعقد ، ومن ثم تخضع وديعة الأوراق المالية لقواعد القانون المدني المتعلقة بالوديعة مع مراعاة الطابع الخاص للوديعة المأجورة [٢].

---

(١) د / سميحة القليوبي ـ المرجع السابق ص ٢١ .

(٢) د / مصطفى كمال طه ـ المرجع السابق ص ٤٩٢ .

المبحث الثالث

آثار عقد إيداع الصكوك

إذا انعقد عقد وديعة الصكوك صحيحاً مستوفياً لشروطه ترتبت عليه التزامات في ذمة البنك ، وأخرى في ذمة العميل ، وذلك على النحو الآتي :

أولا : التزامات البنك :

يرتب عقد إيداع الصكوك ثلاثة التزامات أساسية في ذمة البنك إجمالا هي:

أ – الالتزام بحفظ الصكوك .

ب – الالتزام بإدارة حافظة الأوراق المالية .

ج – الالتزام برد الصكوك .

وهذه الالتزامات تفصيلا على النحو الآتي :

الالتزام الأول : الالتزام بحفظ الصكوك: [1]

وهو الالتزام الأول الذي يقع على عاتق البنك باعتباره مأجور، ومن هنا يسأل البنك عن خطئه اليسير في حفظ الصكوك المودعة .

وتأكيداً لهذا الالتزام نصت المادة ١/٣١١ من القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه " يجب على البنك أن يبذل في المحافظة على الصكوك المودعة عناية المودع لديه بأجر ، ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك "

(١) د / علي البارودي ـ العقود وعمليات البنوك ص ٢٦٠ .

ومن ثم فإن البنك يلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد في حفظ الصكوك ، لأنه يحصل على أجر في مقابل حفظه ومن ثم إذا هلكت الصكوك المودعة أصبح البنك مسئولاً ، ولا ترتفع عنه المسئولية إلا إذا أثبت أن وقوع الهلاك كان بقوة قاهرة .[1]

ولا يجوز للبنك الاحتجاج بالقوة القاهرة إذا كان المودع قد سبق له إنذاره بردها قبل حدوث القوة القاهرة وترتب على تأخيره في الرد هلاكها .

وفي إطار الالتزام بالحفظ يجب على البنك أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام بنفسه ولا يجوز أن يحل غيره محله في تنفيذ الالتزام بالحفظ دون إذن صريح من المودع ، ومن مقتضيات الالتزام بالحفظ أنه إذا سرقت أو فقدت الصكوك المودعة يكون من حق البنك المطالبة باسترجاعها ، ولكن الالتزام بالحفظ لا يعطي البنك الحق في استخدام الحقوق المرتبطة بالصكوك المودعة مثل التصويت في الجمعية العمومية للشركة التي أصدرت هذه الصكوك [2].

الالتزام الثاني : الالتزام بإدارة حافظة الأوراق المالية :

نصت المادة ٣١٢ من القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن " ١- يلتزم البنك بقبض عائد الصك أو أرباحه وقيمته إذا استحق أو استهلك ، وكذلك كل مبلغ آخر يستحق بسبب الصك ، ما لم يتفق على غير ذلك ، وتقيد تلك المبالغ في حساب المودع ، ٢ - وعلى البنك القيام بكل عملية لازمة

---

(١) د / محمد فريد العريني القانون التجاري ص ٢٨٣ دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية سنة ٢٠٠٠ م .

(٢) د / أحمد بركات مصطفى ـ المرجع السابق ص ٢٠١ .

للمحافظة على الحقوق المتصلة بالصك التي يتقرر منحها له دون مقابل ، كتقديمه للاستبدال أو لوضع الأختام أو لإضافة قسائم أرباح جديدة إليه ".

لأن العميل لا يهدف من وراء عقد إيداع الصكوك مجرد الحفظ فقط ، وإنما ينبغي أن يتولى البنك كل ما يلزم للمحافظة على الحقوق الثابتة في الصكوك المودعة كقيام البنك بقبض عائد الصك أو أرباحه إذا استحق أو استهلك وكذلك كل مبلغ آخر يستحق بسبب الصك وتحصيل أرباح الأسهم وفوائد السندات ، وإخطار العميل بمواعيد اجتماع الجمعية العمومية للشركات المختلفة التي أصدرت الصكوك المودعة ، على أن يتم تنفيذ ذلك كله في ضوء التعليمات الصادرة من العميل ، وخلاصة القول أن البنك يجب عليه القيام بكل عملية لازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالصك، ويرجع إلى العرف المصرفي والعادات التجارية في تحديد مسئولية البنك عن القيام بهذه الخدمات.

كما يجب على البنك إخطار العميل بكل أمن أو حق يتعلق بالصكوك المودعة وأخذ موافقته ، فإذا لم تصل تعليمات العميل " المودع " في الوقت المناسب وجب على البنك أن يتصرف في الحق بما يعود بالنفع على العميل [1]، وذلك طبقاً لما نصت عليه المادة ٣١٣ تجاري والتي تنص على أنه " على البنك أن يخطر المودع بكل أمر أو حق يتعلق بالصك ويستلزم الحصول على موافقته أو يتوقف على اختياره " .

الالتزام الثالث : الالتزام برد الصكوك :

يجب على البنك المودع لديه أن يرد الصكوك المودعة ذاتها إلى العميل ، ذلك طبقا لنص المادة ٧٢٢ مدني والتي تنص على أنه " يجب على المودع

---

(١) د / علي أحمد مرسي مبادئ القانون التجاري ص ٢٥٠ أسيوط ٢٠٠٧ م .

عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده وللمودع عنده يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت ، إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع .

ولأنه إذا كان الهدف من عقد إيداع الصكوك هو حفظها وإدارتها وردها إلى المودع ، بل إن الالتزام بالحفظ ما وجد إلا لتمكين البنك من رد الصكوك وذلك وفقا لنص المادة ٣١٤ من القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والتي تنص على أن " يلتزم البنك برد الصكوك المودعة بمجرد أن يطلب المودع منه ذلك مع مراعاة الوقت الذي يقتضيه إعادة الصكوك للرد "

وعليه فإن البنك يلتزم برد الصكوك بمجرد الطلب أو في الأجل المتفق عليه ، أو بعد المهلة المعينة التي تلي طلب العميل بردها، ويلتزم البنك بأن يرد الصكوك لصاحبها أو لمن يعينه أو لورثته في حال وفاته مع التأكد من شخصية من يرد إليه الصكوك وأحقيته في استلام الوديعة بمطالبته إبراز التوكيل بالنسبة لوكيل المودع أو الإعلام الشرعي بالنسبة للورثة ، على أن يكون معه إيصال الوديعة ، فإذا أخل البنك باتخاذ واجب الحيطة في الرد تعرض للمسئولية ويعامل معاملة أشد قسوة من معاملة الوديع العادي لأن البنوك تدعو الكافة إلى الثقة في معاملاتهم ولا يتم ذلك إلا بالحرص الشديد " [1].

وتتيح قواعد القانون المدني للمودع في حالة امتناع البنك عن رد الصكوك المودعة دعوتان:

أولاً : الدعوى العقدية الناشئة عن إخلال البنك باعتباره مودعاً لديه بأحد الالتزامات التي يقرها عقد الوديعة .

---

(١) د / علي مرسي - المرجع السابق ص ٢٥١ .

وثانيا : دعوى ملكية الصكوك باعتبار مالكاً لها ويستعين في ذلك بإيصال الإيداع الذي يثبت الملكية [١].

ومع ذلك فقد يتحرر البنك من هذا الالتزام بالرد في حالات أربع هي :

١ ـ إذا حجز على الصكوك تحت يده أو عارضه شخص في تسليمها للمودع مستنداً إلى ملكيته لها .

٢ ـ إذا تغير سند حيازة البنك فأصبح دائناً مرتهنا للصكوك .

٣ ـإذا استعمل حق الحبس لحق مرتبط بالوديعة ذاتها .

٤ ـ في حالة القوة القاهرة [٢].

---

(١) د / أحمد بركات المرجع السابق ص ٢٠٢ .

(٢) د / مصطفى كمال طه ـ المرجع السابق ص ٤٩٤ .

ثانيا : التزامات العميل :

يرتب عقد إيداع الصكوك في ذمة العميل التزامين هما :

الالتزام الأول :

الالتزام بدفع الأجرة يقوم البنك بحفظ وإدارة الأوراق المالية مقابل أجرة يلتزم العميل بدفعها إليه .

والغالب أن البنك يقوم بتحديد هذه الأجرة ، وتدفع تلك الأجرة مقدماً ، وبالإضافة إلى أجرة الحفظ يلتزم العميل بدفع عمولة نظير قيام البنك بإدارة وخدمة الأوراق المالية .

الالتزام الثاني :

الالتزام بتسليم الصكوك بمقتضى عقد إيداع الصكوك يلتزم العميل قبل البنك بتسليم الصكوك المتفق على إيداعها في البنك وللبنك مصلحة في تسلمه الصكوك المتفق على إيداعها لأنه يتقاضى أجرة وعمولة عليها [1].

---

(١) د / على جمال الدين عوض ـ المرجع السابق ص ١٢٠ .

الفصل الثالث

تأجير الخزائن الحديدية

تمهيد :

تضع البنوك تحت تصرف عملائها خزائن حديدية مقابل أجر معين للانتفاع بها في وضع الأموال في أمان ، وهذه الخزائن موجودة في البنوك في غرفة محصنة بأسفل البنك ، ومحاطة بضمانات وحصانات كافية بكافة الأساليب الفنية للأمن ، ويوجد بها عدد من الخزائن المختلفة في أحجامها ، بحيث يكون لكل خزينة مفتاحان احدهما مع العميل والآخر يحتفظ به في البنك ، وهذا العقد يحقق العديد من الفوائد للعميل أهمها ضمان سلامة الأشياء الموجودة في الخزائن ، وضمان سريتها، بحيث يتمكن العميل في أن يودع ويسحب من الخزانة بمفرده دون رقابة أو تدخل من البنك ، وتنحصر مهمة البنك فقط في التحقق من شخصية العميل صاحب الخزانة أو وكيله ومعاونيه في فتح الخزانة ، وسوف تكون دراستنا لهذا العقد من خلال المباحث الأربعة الآتية :

المبحث الأول : تعريف العقد وتكوينه وإثباته.

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للعقد.

المبحث الثالث : آثار عقد تأجير الخزائن الحديدية .

المبحث الرابع : الحجز على الخزائن الحديدية.

المبحث الأول

تعريف العقد وتكوينه وإثباته

أولا : تعريف عقد تأجير الخزائن الحديدية :

تعرض الفقهاء لتعريف هذا العقد كما عرفه المشرع في القانون التجاري الجديد :

أ - الفقه :

عرفه بعض الفقهاء بأنه " عقد يلتزم بمقتضاه البنك بأن يضع خزانه حديدية قائمة في مبناه تحت تصرف العميل وحده الذي يستأثر باستخدامها في حفظ أشيائه مقابل أجر يختلف باختلاف حجم الخزانة ومدة الانتفاع بها " [1].

ب - القانون :

عرفته المادة ٣١٦ من القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بأنه "عقد يتعهد بمقتضاه بنك مقابل أجرة بوضع خزانة تحت تصرف المستأجر للانتفاع بها مدة محددة .

(١) د / حسني المصري المرجع السابق ص ٣١ ، د / على البارودي المرجع السابق ص ٢٦٥.

ثانيا: تكوين العقد وإثباته :

لا يثير عقد استخدام الخزائن الحديدية صعوبة في تكوينه ، فهو عقد رضائي يخضع للقواعد العامة في تكوينه ، ومن الناحية العملية يتم التعاقد من خلال التوقيع على عقد مكتوب يتضمن شروطاً مطبوعة استقل البنك بوضعها ولا يملك العميل مناقشتها ويحصل البنك على توقيع العميل على العقد ، وهو بهذه الكيفية الأمر الذي دعا بعض الفقهاء إلى اعتباره من عقود الإذعان ، ولكن أغلب الفقه يرفض هذا الرأي لأن استئجار الخزائن في البنوك ليس من ضرورات الحياة التي يضطر الناس إليها ، وأن البنك مهما انفرد بوضع شروط العقد فلا يعتبر هذا العقد من عقود الإذعان .

وهذا العقد من العقود الملزمة للجانبين وبالتالي فهو يلقي بالتزامات متقابلة على عائقه كل من الطرفين " البنك والعميل " وبالتالي يتطلب لصحة العقد أن يكون العميل " المستأجر" كامل الأهلية، إلا إذا كان مأذونا في إدارة أمواله وكان العقد داخلاً في هذه الإدارة [1].

إثباته :

لما كان عقد الخزانة الحديدية تجاري دائماً بالنسبة للبنك فيثبت في مواجهته بكافة طرق الإثبات ، وإن كان من الناحية العملية لا يثير الإثبات أية صعوبة لأن العقد يثبت عادة بالكتابة، ويعطي البنك عميله مفتاحا للخزانة المستأجرة وكل هذا يمكن الاستناد إليه لإثبات العقد، ولو فرض ولم يوجد عقد وضاع المفتاح جاز للعميل إثباته بكافة وسائل الإثبات .

---

(١) د / احمد بركات ـ المرجع السابق ص ٢٠٧ .

أما بالنسبة للعميل فيخضع عقد الخزانة الحديدية لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية ، فيعتبر تجارياً إذا أبرمه تاجر بخصوص تجارته وفي هذه الحالة يثبت في مواجهة العميل بكافة طرق الإثبات، وفيما عدا ذلك يكون مدنياً ولا يثبت إلا بوسائل الإثبات المدنية [1].

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقد تأجير الخزائن الحديدية

ثار خلاف حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد تأجير الخزائن الحديدية ، ويمكن رد هذا الخلاف إلى اتجاهات متعددة :

الاتجاه الأول :

يرى أن عقد إيجار الخزائن الحديدية عقد إيجار ، لأن فيه خصائص عقد الإيجار، فبمقتضاه يضع البنك خزانة معينة تحت تصرف العميل مع التزامه بتمكينه من الانتفاع بها خلال مدة العقد ، وضمان التعرض مقابل أجر معين ، بالإضافة إلى أن العميل يستعمل الخزانة في أي وقت يشاء وبالكيفية التي يستعمل المستأجر العادي العين المؤجرة مع مراعاة طبيعة الخزانة .

الاتجاه الثاني :

يرى أنه عقد وديعة ، وقد استند أنصار هذا الرأي إلى هذا التكييف إلى أن الهدف الذي يبغي إليه العميل من وراء هذا العقد هو حفظ ممتلكاته، وليس

---

(١) د / مراد منير فهيم ـ القانون التجاري " العقود التجارية وعمليات البنوك ص٢٧٧ .

الانتفاع بالخزانة لمجرد الانتفاع، وهذا الهدف هو ما يجعل أهم الالتزامات الملقاة على عاتق البنك ـ الالتزام بالمحافظة على الخزانة .

الاتجاه الثالث :

ويرى أنه عقد من العقود التي جرى العمل المصرفي عليها أي من العقود غير المسماة في القانون المدني.

الراجح : هو الاتجاه الذي يرى أنه عقد إيجار .

المبحث الثالث

آثار عقد تأجير الخزائن الحديدية

لما كان عقد تأجير الخزائن الحديدية من العقود الملزمة للجانبين فإنه يفرض على عاتق كل من العميل والبنك التزامات معينة، حيث يلتزم العميل المستأجر بدفع الأجرة المتفق عليها، كما يلتزم باستخدام الخزانة طبقاً لشروط العقد وتعليمات البنك ، وأخيراً يلتزم عند نهاية العقد برد الخزانة إلى البنك ، في حين يلتزم البنك المؤجر بالتزامين رئيسيين وهما - التزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع بالخزانة كما يلتزم بضمان سلامة الخزانة والمحافظة على محتوياتها، وهذا ما سنوضحه تباعاً .

أولا : التزامات العميل " المستأجر " :

الالتزام الأول : الالتزام بدفع الأجرة المتفق عليها [1]

يلتزم العميل بدفع الأجرة المتفق عليها في المواعيد المحددة في العقد، وغالباً ما يكون للعميل حساب في البنك تخصم منه الأجرة، كما يلتزم العميل بدفع تأمين مقابل تسلمه مفتاح الخزانة، يخصم منه قيمة المفتاح في حال فقده، أو تلفه، وإذا فقد المفتاح أو تلف وجب على العميل الإسراع بإبلاغ البنك لاتخاذ التدابير اللازمة لمنع دخول الصالة واستعمال الخزانة من غير العميل.

وقد واجه البنك حالة إخلال العميل بالوفاء بالأجرة في مواعيد استحقاقها باعتبار العقد منتهيا من تلقاء نفسه واسترداد البنك للخزانة ، وذلك بالنص عليه

---

(١) د / محمد فريد العريني - المرجع السابق ص ٢٩٢ .

في الفقرة الأولى من المادة ٣٢٩ تجاري حيث نص على أنه " إذا لم يدفع المستأجر أجرة الخزانة في مواعيد استحقاقها ، جاز للبنك بعد انقضاء ثلاثين يوماً من إخطاره بالدفع ، أن يعتبر العقد منتهيا من تلقاء نفسه ،ويسترد البنك الخزانة بعد إخطار المستأجر بالحضور لفتحها وإفراغ محتوياتها .

كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن " إذا لم يحضر المستأجر في الميعاد المحدد جاز للبنك أن يطلب من القاضي المختص إصدار أمر على عريضة بالإذن له في فتح الخزانة وإفراغ محتوياتها بحضور من يعينه لذلك ، ويحرر محضر بالواقعة تذكر فيه محتويات الخزانة ، وللقاضي أن يأمر بإيداع المحتويات عند البنك أو عند أمين يعينه لذلك . ولضمان البنك لأجرة الخزانة في حال امتناع العميل عن دفعها حتى حبس محتويات الخزانة وهذا ما نصت عليه المادة ٣٢٠ تجاري والتي نصت على أن " للبنك حق حبس محتويات الخزانة ، وله حق امتياز على الثمن الناتج عن بيعها لاستيفاء الأجرة والمصاريف المستحقة له " .

الالتزام الثاني: الالتزام باستخدام الخزانة المؤجرة طبقاً لشروط العقد :

يجب على العميل المستأجر أن يراعى عند استعماله للخزانة المؤجرة الشروط المتفق عليها في العقد تعليمات البنك – فالبنوك تشترط لدخول العميل المستأجر إلى الخزانة ضرورة مراعاة المواعيد المحددة لدخول البنك ، واتباع إجراءات معينة ، مثل ضرورة التوقيع في دفتر معد لهذا الغرض في البنك يثبت دخول العميل المستأجر إلى الخزانة، وبصفة عامة يجب على العميل أن يستخدم

الخزانة بحسن نية ومراعاة العناية التي يلتزم بها الشخص الحريص [1] كما يلتزم العميل بعدم إحداث مضايقات لقرنائه من العملاء أثناء استخدام الخزانة .

وأهم الالتزامات التي تقع على عاتق العميل المستأجر عند استخدامه للخزانة بألا يضع في الخزانة أشياء تهدد سلامتها أو سلامة المكان الذي توجد فيه كمواد قابلة للاشتعال أو ممنوعة بقوة القانون ، أو مواد متفجرة ، فإذا أخل العميل بهذا الالتزام ووضع في الخزانة أشياء خطرة فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٣١٨ على أنه " إذا صارت الخزانة مهددة بخطر أو تبين أنها تحتوي على أشياء خطرة وجب على البنك أن يخطر المستأجر فوراً بالحضور لإفراغها أو لسحب الأشياء الخطرة منها ، فإذا لم يحضر المستأجر في الميعاد المعين جاز للبنك أن من القاضي المختص إصدار أمر على عريضة بالإذن له في فتح الخزانة وإفراغها أو سحب الأشياء الخطرة منها ، ذلك بحضور من يعينه القاضي لذلك ، ويحرر محضرا بالواقعة تذكر فيه محتويات الخزانة ، وإذا كان الخطر حالاً جاز للبنك وعلى مسئوليته فتح الخزانة، وإفراغها أو سحب الأشياء الخطرة منها دون إخطار أو إذن من القاضي " .

فهذه المادة فرقت بين أمرين في حالة وجود دلائل قوية على وجود أشياء خطرة بالخزانة .

الأمر الأول :

وجود خطر حال وفي مثل هذه الحالة يحق للبنك فتح الخزانة وعلى مسئوليته وإفراغ ما بها ، أو سحب الأشياء الخطرة دون إخطار العميل .

---

(١) د / احمد بركات المرجع السابق ص ٢١١ .

الأمر الثاني :

أن يكون الخطر غير حال وغير مستعجل وفي مثل هذه الحالة يجب على البنك إخطار العميل بأي وسيلة سريعة مثل الفاكس وطلبه للحضور إلى البنك وإفراغ ما بالخزانة من أشياء خطرة [1].

الالتزام الثالث : الالتزام برد الخزانة :

آخر الالتزامات التي تقع على عاتق العميل الالتزام برد الخزانة عند انتهاء العقد حيث يقوم العميل برد مفتاحها إلى البنك وإفراغها من محتوياتها ـ وذلك طبقا لنص المادة ٣١٧ / ٢ تجاري والتي نصت على أن " يبقى المفتاح الذي يسلم للمستأجر ملكاً للبنك ويجب رده إليه عند انتهاء الإجارة " .

ويجب على المستأجر أن يرد الخزانة إلى البنك بالحالة التي كانت عليها عند التعاقد .

ثانيا : التزامات البنك:

يلتزم البنك في مواجهة المستأجر بثلاثة التزامات هي :

الالتزام الأول : الالتزام بتمكين العميل من الانتفاع بالخزانة المؤجرة:

يلتزم البنك ـ بناء على هذا العقد ـ بوضع خزانة معينة بالحجم المتفق عليه تحت تصرف العميل في حالة صالحة للاستعمال فيما أعدت له .

---

(١) د / على أحمد مرسي ـ المرجع السابق ص ٢٦٥ .

ويلتزم البنك بتمكين العميل من الانتفاع بها وفقا لشروط العقد وحسبما جرى عليه العرف والعمل في هذا البنك وإزاء تمكين العميل من الانتفاع يلتزم البنك بتسليم مفتاح الخزانة إلى العميل ويحتفظ البنك بمفتاح آخر حيث نصت المادة ٣١٧ / ١ من التقنين التجاري الجديد بأن يسلم مفتاح الخزانة إلى المستأجر ويحتفظ البنك بمفتاح آخر وفيما عدا المستأجر والبنك لا يجوز تسليم نسخة من المفتاح لأي شخص آخر .

ولما كان حق فتح الخزانة الحديدية مقصورا على العميل وحده - أو نائبه - تعين على البنك التحقق من شخصية العميل أو وكيله وألا تعرض للمسئولية إذا سمح لشخص أجنبي باستعمال الخزانة(م ٣١٧ / ٣ تجاري) .

ونظراً لأن عقد الخزانة الحديدية من العقود التي يراعى فيها الاعتبار الشخصي للعميل الأمر الذي يمنع العميل من تأجير الخزانة من الباطن أو التنازل عن العقد وفي المقابل يلتزم البنك - إزاء تمكين العميل من الانتفاع - منع غيره من الاتصال بالخزانة .

<u>الالتزام الثاني : التزام البنك بالمحافظة على الخزانة</u> :

نصت المادة ٣١٨ / ١ من التقنين التجاري الجديد على أنه : " يجب على البنك اتخاذ التدابير اللازمة لضمان سلامة الخزانة والمحافظة على محتوياتها "

من هذا يفهم أن عقد الخزانة الحديدية ينشئ على عاتق البنك التزاما باتخاذ التدابير اللازمة لضمان سلامة الخزانة والمحافظة عليها ويعتبر هذا الالتزام من أهم ما يلتزم به البنك .

وعليه فيلتزم البنك بحراسة الخزانة وما فيها من محتويات من كل ما يؤدي إلى هلاكها أو تلفها كالحريق أو السرقة، وإلا كان مسئولاً فيسأل إذا تعرضت الخزانة لسرقة أو تلف أو نشب حريق أو غرق ولا ترفع عنه المسئولية إلا إذا أثبت وقوع الضرر بسبب أجنبي كالقوة القاهرة ويقع على البنك إثبات هذا السبب - كالقوة القاهرة - لأن مسئوليته عقدية والتزامه التزام بنتيجة وتحقيق غاية معينة هي المحافظة على الخزانة وما فيها من أشياء .

الالتزام الثالث : التزام البنك بالمحافظة على أسرار العميل : [1]

يجب على البنك أن يوفر للعميل السرية التامة في إيداع وأخذ ما يريد وتحقيقا للسرية التامة يعطي البنك للعميل مفتاح الخزانة المؤجرة ويعطيه الحق في اختيار الرقم السري لفتح وغلق خزانته طبقا لرغبته .

وتوجد في البنوك فواصل خاصة بين المنضدات المعدة لجلوس العملاء لأخذ وإيداع ما يريدون وذلك كله لتحقيق السرية للعملاء .

ورغم أن دخول العميل صالة الخزائن لا يتم إلا بتدخل البنك إلا أن البنك لا يباشر أي رقابة على العميل أثناء إيداعه وأخذه من الخزانة ولا يعلم البنك ما بداخل الخزانة من محتويات .

---

(١) د / محمود مختار بربري قانون المعاملات التجارية ص ٢٠٢ دار النهضة العربية القاهرة سنة ٢٠٠٢ م

الباب الثالث

الاعتمادات المصرفية

سبق أن ذكرنا أن البنوك تضطلع بوظيفة هامة في الاقتصاد القومي في توزيع الائتمان ، فهي تتلقى الودائع النقدية من جمهور المدخرين ، وتستخدمها في منح الائتمان للتجار والصناع وغيرهم ، وسوف نتناول في هذا الباب الصور المختلفة التي تتخذها الصور المختلفة للاعتمادات المصرفية .

وتنقسم الاعتمادات المصرفية بحسب مدتها إلى اعتمادات قصيرة الأجل أو متوسطة الأجل أو طويلة الأجل ، فالاعتماد قصير الأجل هو الاعتماد الذي يمنح لمدة أقصاها سنتين ، والاعتماد المتوسط الأجل هو الذي يمنح لمدة لا تقل عن سنتين وقد تصل إلى خمس سنوات ، أما الاعتماد طويل الأجل فهو الذي لا يتجاوز ثلاثين سنة .

والأصل في الاعتمادات المصرفية أنها قصيرة الأجل ، لأن البنوك تعتمد في منحها على ما تحصل عليه من ودائع نقدية لدى الطلب ، والاعتمادات قصيرة الأجل هي وحدها التي تسمح بعودة النقود بسرعة وباستمرار إلى خزانة البنك ، فيتمكن من مواجهة طلبات استرداد الودائع .

كما تنقسم الاعتمادات المصرفية أيضاً بحسب أوصافها إلى اعتمادات مضمونة بتأمينات شخصية ، مثل الكفالة ، أو عينية مثل الرهن ، واعتمادات غير مضمونة تمنح للعميل دون أية ضمانات لثقة البنك في يساره .

كما تنقسم إلى اعتمادات نقدية يقدم فيها البنك نقوداً لعميله أو تعهد بتقديمها . واعتمادات يقتصر فيها البنك على مجرد إفادة العميل من توقيعه وتمكينه من ثقة الغير مثل الكفالة المصرفية وخطاب الضمان والاعتماد بالقبول.

وتنقسم الاعتمادات المصرفية إلى اعتمادات تتم بطريق الخزانة ، ويقدم فيها البنك قروضاً حقيقية لعميله ، واعتمادات تتم بطريق خصم الأوراق التجارية . وجميع هذه الاعتمادات قد تكون مسبوقة أو غير مسبوقة بفتح اعتماد.

وسوف نتناول في هذا الباب دراسة البعض من صور الاعتمادات المصرفية، والاعتماد المستندي وذلك على النحو التالي :

الفصل الأول : صور الاعتمادات المصرفية.

الفصل الثاني : الاعتماد المستندي.

الفصل الأول

صور الاعتمادات المصرفية

تمهيد وتقسيم :

تتعدد صور الاعتماد المصرفي ـ فقد تتم في صورة الإقراض وهي ما يسمى " بالقرض المصرفي " أو في صورة خصم وتسمى بخصم الأوراق التجارية . وقد تكون في صورة كفالة ، وهي ما تسمى " بالكفالة المصرفية " وقد يكون في صورة خطاب وهي ما تسمى بخطاب الضمان وسوف نتناول هذه الصور ، كل صورة في مبحث مستقل .

المبحث الأول : القرض المصرفي.

المبحث الثاني : الكفالة المصرفية.

المبحث الثالث : خصم الأوراق التجارية .

المبحث الرابع : خطاب الضمان .

المبحث الأول

القرض المصرفي

ماهيته :

عقد يلتزم بمقتضاه أن يسلم المقرض " البنك ": إلى المقترض " العميل " مبلغاً معيناً من النقود ، أو أي شيء مثلى آخر على أن يرد المقترض عند نهاية القرض مثله في مقدار ونوعه وصفته [1].

كما يمكن تعريفه بأنه " عقد يلتزم فيه البنك بتقديم مبلغ نقدي معين للمقترض أو لمن يعينه ، والتزام الأخير برد المبلغ والعوائد المتفق عليها في المواعيد المحددة بالعقد " .

ويعد القرض المصرفي أقدم وأهم صور الائتمان المصرفي حيث يتضمن بشكل واضح كل عناصر الائتمان المصرفي من حيث الثقة والزمن والخطر وعدم قصد المضاربة .

تجارية القرض المصرفي :

عقد القرض من جانب البنك يعتبر دائماً عملاً تجارية طبقاً للمادة ٥ / و من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث تعد كل أعمال البنوك أعمالاً تجارية أصلية . كذلك فقد نصت المادة ٥ تجاري على اعتبار القروض

---

(١) وهذا التعريف يقترب من تعريف المشرع للقرض في المادة ٥٣٨ من القانون المدني والتي عرفت القرض بأنه عقد يلتزم به المقروض بأن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلى آخر ، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته " .

التي يعقدها التاجر لشئون تتعلق بأعماله التجارية تجارية هي الأخرى ، بالنسبة للعميل فإنه طبقاً للقواعد العامة ينبغي التفرقة بين ما إذا كان العميل تاجراً وارتبط القرض بتجارته فإن القرض سيعد تجارياً ، بينما لو كان غير تاجرا و كان تاجراً وارتبط القرض بعمل مدني فإن القرض سيعد مدنياً . مع ذلك فإن التطبيق الحرفي للقواعد العامة في الفرض الأخير يمثل بالنسبة لجانب من الفقه إجحافاً بالمصارف المقرضة والتي تقدم القروض للتجار وغير التجار ولأغراض مختلفة حيث ستحرم تلك المصارف من التمسك بسعر العائد التجاري كما أنها ستحرم كذلك من تقاضي عوائد على متجمد العوائد وزيادة العوائد على رأس المال .

وقد اتجه القضاء في مصر إلى اعتبار القرض المصرفي تجارياً دائماً للمصرف وللعميل أيا كانت صفة الأخير أو الهدف من القرض ، وفي هذا الشأن قررت محكمة النقض المصرية أن : " القروض [1] التي تعقدها المصارف تعتبر بالنسبة للمصرف المقرض عملاً تجارياً بطبيعته وفقاً لنص المادة الثانية من قانون التجارة (السابق). أما بالنسبة للمقترض فإنه وإن اختلف الرأي في تكييفها إذا لم يكن المقترض تاجراً أو إذا كان القرض مخصصاً لأغراض غير تجارية ، إلا أن محكمة النقض ترى اعتبار القروض التي تعقدها البنوك في نطاق نشاطها المعتاد تجارية مهما كانت صفة المقترض وأيا كان الغرض الذي خصص له القرض. ذلك أن البنك المقرض يتحمل عادة في سبيل الحصول على الأموال التي يلبي بها حاجات المقترض أعباء أكثر فداحة من المقرض العادي إذ هو يحصل على هذه الأموال من المصارف الأخرى التي تتقاضى منه فوائد على

---

(١) الطعن رقم ١١٥ س ٢٨ جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧ م ، للطعن رقم ٢٥٥ س ٨ جلسة ٦/٢٧/ ١٩٦٣ م ، د/ أحمد حسني ـ المرجع السابق ص ٥٠ .

متجمد الفوائد مقيدة بالحظر الوارد في المادة ٢٣٢ من القانون المدني ، على أساس أن المعاملة بين المصرفين هي معاملة تجارية تدخل في نطاق الاستثناء الوارد بتلك المادة ، وليس من المعقول أن يحرم المصرف من هذه المزايا عندما يقرض الغير ، هذا علاوة على ما يتعرض له المصرف من مخاطر في القروض طويلة الأجل ومن حرمانه من أموال كان يمكنه استثمارها في وجوه أخرى غير القرض تدر علي أرباحاً أكثر " .

مع ذلك فإننا نرى أن هذا الحكم يميل كثيراً إلى جانب المصارف المقرضة ويضعها مركزاً متميزاً عن المقترضين العاديين وعلى حساب العميل حيث لا يمكنه البته اعتبار استغلال العميل للقرض في الزراعة أو الصيد أو لأغراض السفر أو العلاج ، أو دفع ديون مدينة أخرى يلتزم بالوفاء بها عملاً تجارياً، إذ أنها أعمال مدنية لا شك فيها، باعتبارها تجارية خصوصا وأن بإمكان البنك دائماً التأكد من ملائمة عميله وقدرته على رد القرض ، والغرض من الاقتراض قبل تعرضه لمخاطر الائتمان ويبدو أن اتجاه قضاء النقض المصري لاعتبار القرض تجاريا بالنسبة لطرفيه اتجاهاً جازماً حيث رتب هذا القضاء نتائج ذلك أيضاً على الكفيل الموفي بدين القرض بدلا من العميل ، فأشارت المحكمة في حكم لها لحلول ذلك الكفيل محل الدائن الأصلي في الدين بما له من خصائص، ومنها صفة الدين للتجارية.

وقد قررت المحكمة في هذا الشأن أنه إذا كان أساس دعوى رجوع الكفيل على المدين بما أوفاه عنه هو حلول الموفي محل الدائن والكفيل ومستنداً إلى المادتين ٣٢٩ / ١ ـ ٣٣٢ / ١ من القانون المدني ، اللتين تقضيان بأنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفي حقه إذا كان الموفي ملتزماً بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه ، وأن من حل قانوناً أو

اتفاقاً محل الدائن كان له حقه لهذا الحق من خصائص ويلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ، وكان القرض المكفول عملاً تجارياً بالنسبة لطرفيه فإن الكفيل الموفي يحل محل الدائن الأصلي فيه بما له من خصائصه ومنها صفته التجارية ، وبالتالي يكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق بين الدائن والمدين على اختصاصها .

تكوين العقد وإثباته :

يخضع عقد القرض في تكوينه إلى القواعد العامة لتكوين العقود ، فيجب أن يصدر من ذو أهلية ، وأن يكون له محل وسبب مشروعين ، وأن يتوافر الرضا الصحيح الخالي من العيوب ، وعقد القرض بالنسبة للبنك تجاري كما سبق وبالنسبة للعميل فيخضع لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية فيكون القرض تجارياً إذا كان العميل تاجراً وتعلق القرض بشئونه التجارية وإلا كان مدنياً ، وإذا كان هذا هو القاعدة العامة إلا أن محكمة النقض قضت على خلاف القواعد المعهودة وقضت بتجارية القرض بالنسبة للبنك والعميل أيا كانت صفة العميل والقرض كما سبق [1].

□

(١) أحمد مرسي ـ المرجع السابق ص ٢٧١ .

آثار عقد القرض المصرفي :

يرتب القرض المصرفي على عاتق طرفيه " البنك والعميل " التزامات على النحو التالي :

أولا : التزامات البنك المقرض :

يلتزم البنك في حالة الاتفاق الصريح بينه وبين عميله - بتقديم المال المتفق عليه للعميل بالشروط التي ارتضاها الطرفان ، ومع ذلك فإنه قد تثور الصعوبة في حالة سكوت البنك عن سحب العميل على المكشوف أو بشيكات لا يقابلها مقابل وفاء موجود للعميل لدى المصرف ، بمعنى آخر هل يلتزم المصرف في هذه الحالة قانونا بتغطية مركز عميله ، بما يفهم منه أن تسامح البنك يترجم اتفاقاً ضمنياً بينه وبين عميله على تلك التغطية بصرف النظر عن قصر أو طول الفترة الزمنية التي يكون فيها حساب العميل مكشوفاً ويستمر سحبه على المكشوف .

واقع الأمر أن هذه المسألة مسألة واقع يمكن لقاضي الموضوع استخلاصها من ملابسات الحالة المعروضة أمامه ليستشف وجود هذا الاتفاق الضمني من عدمه .

ثانيا : التزامات العميل :

يقع على عاتق العميل بموجب عقد القرض المصرفي التزام أساسي وهو رد قيمة القرض في التاريخ المحدد بالاتفاق ، لأن أجل الدفع مقرر لمصلحة البنك والعميل ، ومن ثم فلا يجوز للعميل رد قيمة مبلغ القرض قبل موعده المحدد هروبا من دفع العوائد .

وبالإضافة إلى رد قيمة مبلغ القرض فإنه يجب على العميل دفع العوائد وفقاً للضوابط الآتية :

أ ـ للبنك المطالبة بها من يوم صرف القرض للعميل ما لم يتفق على غير ذلك .

ب ـيحسب سعر الفائدة وفقاً للسعر الذي يتعامل به البنك المركزي، ما لم يتفق على مقابل أقل .

ج – تؤدي الفوائد في نهاية كل سنة ، إذا كان القرض مؤجلاً لأكثر من سنة ، وفي يوم الاستحقاق إذا كان لأجل سنة أو أقل ، ما لم يتفق أو يجر العرف على غير ذلك .

المبحث الثاني

الكفالة المصرفية

ماهيتها :

عرفت المادة ٧٧٢ من القانون المدني عقد الكفالة بأنه " عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه " وهي بهذا المعنى تعني اتفاقاً يتم بين الكفيل ودائن المكفول ، حيث لا يعد المكفول طرفا في العقد ، فقد تتم الكفالة بغير علم المدين المكفول . كما تجوز رغم معارضته وذلك وفقاً لنص المادة ٧٧٥/ مدني والتي تنص على أنه " تجوز كفالة المدين بغير علمه ، وتجوز أيضاً رغم معارضته " .

إلا أن الكفالة المصرفية ـ أو البنكية " تختلف عن الأحكام الواردة في القواعد المدنية في نقطة معينة أملتها الضرورة والممارسة العملية التجارية وهي أن طالب الكفالة هنا غالباً العميل المكفول ، وليس دائن العميل . وذلك يرجع إلى أن العميل حين يسعى لإتمام صفقة ما بطريقة تخفف عنه العبء المالي مستهدفاً طمأنة دائنه وإكسابه ثقة بتقديم بنكه ذو السمعة الطيبة والمعروفة كفيلاً له إذا تخلف هو في أداء التزامه .

وتخضع الكفالة المصرفية للقواعد العامة من حيث إثباتها فيجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات باعتبارها عملاً تجارياً لا يلزم إثباته بالكتابة : كما هو الحال في الكفالة المدنية كما تطبق عليها أحكام القواعد العامة من حيث أركان العقد من رضا ومحل وسبب .

خصائصها :

شأنها شأن الكفالة بشكل عام فهي عقد ملزم لجانب واحد هو الكفيل ، كما أنها من العقود الرضائية .

آثار عقد الكفالة المصرفية :

إذا كان عقد الكفالة المصرفية صحيحاً بعد توافر أركانه الموضوعية فيصبح منتجاً لآثاره التي تقع على عاتق البنك الكفيل وذلك على النحو الآتي :

أولا : التزامات البنك الكفيل :

حتى يستطيع الدائن مطالبة البنك الكفيل بتنفيذ التزامه بأنه ينبغي توافر ثلاثة شروط وهي :

ا ـ دين المدين المكفول قد أصبح مستحقاً .

ب ـ ثبوت عجز المدين عن الوفاء .

ج ـ حصول الدائن على سند تنفيذ وضد الكفيل .

المبحث الثالث

خصم الأوراق التجارية

مقدمة :

تقوم البنوك بدور بالغ الأهمية في الائتمان التجاري عند خصم الأوراق التجارية ، لأن البنك يمكن التجار عن طريق الخصم من الحصول على المبالغ اللازمة لشئونهم التجارية فوراً دون الانتظار للأجل المحدد في الكمبيالة أو السند الاذني ، كما أن البنك يحصل على فائدة عن هذه العملية حيث يتقاضى العمولة والفائدة .

تعريف الخصم :

هو تظهير الورقة التجارية التي لم يحل أجلها بعد تظهيرا ناقلاً للملكية إلى بنك يقوم بدفع قيمتها للمظهر ، بعد استنزال قدر يمثل فائدة مبلغ الورقة عن المدة ما بين تاريخ الخصم وتاريخ الاستحقاق مضافاً إليها العمولة .

طبيعة عملية الخصم " القانونية " :

اختلف الفقهاء في طبيعة الخصم القانونية ، وذلك على رأيين :

الرأي الأول :

يرى أن طبيعة الخصم هو حوالة حق ، ويترتب على هذا الرأي انتقال ملكية الورقة من العميل إلى البنك ، وحق البنك في التصرف في الورقة

المخصومة عن طريق إعادة خصمها لدى بنك آخر ، ويترتب على ذلك حق البنك في تحديد ثمن الخصم بحرية دون أن يتقيد بالحد الأقصى للفائدة الاتفاقية .

حيث أن الفارق بين ثمن الخصم والقيمة المحصلة ليس إلا ربحاً يعود على من يقوم بالشراء لأجل البيع بثمن أعلى .

الرأي الثاني :

يرى أن طبيعة الخصم تعد قرضاً مضموناً برهن على الورقة التجارية حيث أن البنك لا يكتسب إلا حقوق الدائن المرتهن، فيكون له الحق في حيازة الورقة وتحصيل قيمتها في الاستحقاق ويترتب على هذا الرأي أنه لا يجوز للبنك أن يتقاضى عن الخصم سعراً يزيد عن الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية ، ويعيب على هذا الرأي أنه يؤدي إلى حرمان البنك من التصرف بحرية في الورقة التجارية المخصومة عن طريق إعادة الخصم وأنه يتنافى مع ما هو ثابت من أن البنك يتملك الورقة بمقتضى تظهير ناقل للملكية.

لذا فإن الرأي الأول هو السائد فقها وقضاء .

الآثار المترتبة على قبول البنك خصم الورقة التجارية:

يترتب على قبول البنك خصم الورقة التجارية التزامات على عاتق كل من البنك والعميل .

أولا : بالنسبة للبنك :

يلتزم البنك بدفع الورقة إلى حاملها ، مع حلول البنك محل حاملها فيما له من حقوق وما عليه من التزامات ، أي أنه يحق للبنك تظهير الورقة مرة ثانية ،

وله إعادة خصمها لدى أحد البنوك مع أحقيته في الرجوع على الموقعين على الورقة التجارية عند عدم الوفاء بها .

وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة ٣٥٤ / تجاري والتي نصت على أنه "

١ ـ للبنك قبل المدين الأصلي في الصك والمستفيد وغيرهما من الملتزمين الآخرين جميع الحقوق الناشئة عن الصك الذي خصمه .

٢ ـ والبنك فضلا عن ذلك قبل المستفيد حق مستقل في استرداد المبالغ التي دفعها دون استنزال ما خصمه البنك من نسبة وما قبضه من عمولة .

ثانيا : بالنسبة للعميل المظهر للورقة :

يلتزم العميل صاحب الحق في الورقة بالوفاء بالتزاماته بدفع أجر ذلك ، وهذا الأجر يشتمل على العناصر الثلاثة الآتية :

العنصر الأول :

الفائدة ـ وقد اعتبرها شراح القانون التجاري المكافاة التي يحصل عليها البنك نظير حرمانه من المبلغ الذي دفعه للعميل من يوم الدفع إلى يوم الاستحقاق للورقة التجارية .

العنصر الثاني :

العمولة . بالإضافة إلى الفائدة يلتزم العميل بدفع عمولة للبنك مقابل قيام الأخير بعملية خصم الورقة التجارية ، وتحسب العمولة عادة بنسبة نصف أو واحد في المائة من القيمة الأسمية للورقة .

العنصر الثالث :

مصاريف التحصيل – خصوصاً إذا كانت الورقة التجارية مستحقة الدفع في مكان خلاف المكان الذي يوجد فيه البنك ، حيث يتحمل البنك مصاريف ونفقات الانتقال إلى محل المدين الأصلي لتحصيل الورقة التجارية ومن هنا يختلف رسم التحصيل حسب بعد المكان الذي تدفع فيه الورقة عن البنك [١].

---

(١) د / حسني المصري المرجع السابق ص ٥١ .

المبحث الرابع

خطاب الضمان

تمهيد :

خطاب الضمان صورة من صور الضمان المصرفي أنشأها العرف التجاري لمواجهة احتياجات التجار في المعاملات التجارية. وذاع استخدامه في السنوات الأخيرة كبديل للتأمين النقدي الذي قد يشترط تقديمه في بعض العقود خصوصاً عقود التوريد والأشغال العامة لضمان حسن تنفيذ هذه العقود ، ونتناول دراسة هذا العقد على النحو الآتي :

أولا : ماهية خطاب الضمان :

عرفه بعض الفقهاء بأنه " تعهد يصدر من البنك بناء على طلب عميله بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال المدة المحددة في الخطاب دون توقف على شرط آخر [١].

كما عرفه البعض الآخر بأنه " تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب العميل ويسمى الأمر يتضمن التزاماً نهائياً ومجرداً بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد وذلك عند طلبه خلال المدة المحددة في الخطاب ودون نظر لأي معارضة " [٢]

---

(١) د / مصطفى كمال طه ـ المرجع السابق ص ٤٦٥ .

(٢) د / محيي الدين إسماعيل علم الدين ـ خطاب الضمان والالتزام القانوني لالتزام البنك " رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة سنة ١٩٦٦ ص ٢١ .

كما عرفته المادة ٣٥٥ من القانون التجاري الجديد بأنه " تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة ".

خصائص خطاب الضمان :

يتميز هذا الخطاب بالخصائص الآتية :

أولا : أنه عبارة عن تعهد مكتوب فلا يكتفي فيه بالوعد شفاهة .

ثانياً : أنه لابد وأن يكون صادراً عن بنك حيث لا يجوز لغير البنوك القيام بمثل هذا العمل .

ثالثاً : أن مضمون الخطاب لابد وأن يكون تعهداً بدفع مبلغ من النقود، ومن ثم فلا يصح أن يكون تعهدا بتقديم خدمات عينية، أو أشياء أو بضائع .

رابعاً : بموجب هذا الخطاب يلتزم البنك بالدفع عند أول طلب من المستفيد حتى ولو عارضه العميل .

مراحل إصدار خطاب الضمان :

يمر خطاب الضمان بمراحل عديدة هي :

أولا : أن يتقدم العميل بطلب إلى البنك ، وذلك من خلال نموذج مطبوع معد لذلك سلفاً من البنك .

ثانياً : بعد تقديم الطلب من العميل يقوم البنك بدراسة هذا الطلب بعد التأكيد من شخصية العميل وضماناته ثم يبدي رأيه بالقبول .

ثالثاً : في حال موافقة البنك يطلب من العميل تقديم غطاء لهذا الخطاب وهو نسبة معينة من قيمة الخطاب يختلف بحسب مركز العميل المالي وسمعته والثقة فيه .

رابعاً : يعد تقديم العميل غطاء خطاب الضمان " نقدا أو عينا " يقوم البنك بإصدار خطاب الضمان إلى المستفيد .

آثار خطاب الضمان :

يترتب على إصدار خطاب الضمان التزامات في ذمة كل من البنك والعميل .

أولا : التزامات البنك – يلتزم البنك بالالتزامات الآتية:

أ - التعهد بدفع مبلغ معين للمستفيد الذي حدده العميل وفي المدة المحددة في الخطاب .

ب - رد ما قدمه العميل من تأمين للحصول على الخطاب في نهاية مدة سريان خطاب الضمان .

ثانيا : التزامات العميل :

يلتزم العميل بتقديم غطاء لخطاب الضمان وفقاً لما اتفق عليه مع التزامه بدفع العمولة المتفق عليها للبنك نظير إصدار خطاب الضمان .

الفصل الثاني

الاعتماد المستندي

فائدة الاعتماد المستندي :

الاعتماد المستندي هو نظام أصيل ظهر تدريجيا في العمل استجابة لحاجيات التجارة الخارجية حتى أصبح أداة هامة لتسوية البيوع الدولية وتمويلها، وتبدو أهمية الاعتماد المستندي بوجه خاص في البيوع البحرية وهي البيوع التي ترد على البضائع المعدة للنقل بطريق البحر، ومن المعلوم أنه في البيوع البحرية عند القيام مثل البيع في " سيف CIF " يكون البائع دائنا بالثمن بمجرد شحن البضاعة .

ومن ثم يسحب به كمبيالة على المشتري، ويرفق بها المستندات الممثلة للبضاعة وأهمها سند للشحن ووثيقة التأمين، ولذا تسمى بالكمبيالة المستندية ويقوم بخصمها لدى أحد البنوك فيتحصل على قيمتها وبذلك يكون للبنك رهن على البضاعة أو على تعويض التأمين إذا هلكت عن طريق حيازة المستندات الممثلة لها ثم يرسل البنك هذه الكمبيالة إلى مراسله في ميناء الوصول ليتقدم بها إلى المشتري المسحوب عليه وإذا لم يفي المشتري بقيمة الكمبيالة لدى تقديمها له كان للبنك أن يستلم البضاعة من الناقل بفضل سند الشحن الذي يحمله .

وكان له أيضاً بوصفه دائنا مرتهنا أن يتحصل من القاضي على أمر ببيعها بالمزاد العلني ويتقدم غيره من الدائنين في استيفاء حقه من ثمنها .

قد تتضمن الكمبيالة شرط " تسليم المستندات نظير القبول " وعندئذ لا يتسلم المشتري المستندات إلا إذا وضع قبوله على الكمبيالة فيكون ملزما بالوفاء بقيمتها، ويعتبر تسليم المسندات نظير القبول تنازلا من البنك عن حق الرهن على البضاعة مقابل تعهد شخصي من المشتري المسحوب عليه بدفع قيمة الكمبيالة عند حلول ميعاد الاستحقاق وقد يذكر في الكمبيالة المستندية أن " تسليم المستندات يكون نظير الوفاء " .

وهذا الشرط لا يمنع من تقديم الكمبيالة للقبول ولكن البنك لا يتخلى عن المستندات إلا إذا تم الوفاء في الميعاد بيد أن المشتري المسحوب عليه قد يرفض قبول الكمبيالة المستندية أو الوفاء بها لأي سبب من الأسباب .

كانخفاض سعر البضاعة أو الإفلاس فيتعرض البائع لخطر رجوع البنك حامل الكمبيالة عليه بالوفاء بوصفه موقعاً على الكمبيالة وضامنا متضامنا للوفاء بقيمته حقاً أن للبنك بصفته دائنا مرتهنا أن يحصل على أمر ببيع البضاعة فيحصل على حقه من ثمنها ولكن البضاعة قد تهبط أسعارها فلا يحصل البنك من ثمن البيع على ما يفي بأداء حقه فيرجع على البائع بالفرق يضاف إلى ذلك أن البضاعة تباع في مكان بعيد عن بنك البائع وقد يتعذر نقل النقود إلى بلد البائع بسبب القيود المفروضة على تمويل النقد .

ولذلك ابتدع العمل وسيلة أدت إلى طمأنة البائع بإحلال بنك معروف باليسار محل المشتري ويتحقق ذلك بأن يشترط البائع على المشتري في عقد البيع أن يكون الوفاء بالثمن عن طريق فتح اعتماد مسندي لدى البنك فيطلب المشتري من البنك الذي يتعامل معه أن يفتح اعتماداً في حدود مبلغ معين ولمدة معينة لصالح البائع وأن يتعهد بقبول الكمبيالة التي يسحبها عليه البائع أو بالوفاء بها مقابل تقديم المستندات الممثلة للبضاعة ثم يرسل البنك إلى البائع

خطاب اعتماد يخبره فيه أنه فتح بأمر المشتري اعتماداً لصالحه في حدود مبلغ معين ويتعهد فيه بقبول الكمبيالة المستندية أو الوفاء بها لدى تقديمها عندما يصل خطاب الاعتماد إلى البائع يقوم بشحن البضاعة وسحب كمبيالة مستندية بالثمن لأعلى المشتري، بل على البنك مما يحقق ضماناً فعالاً للبائع فلا يخشى سوء نية المشتري أو تخلفه عن الوفاء، وعندئذ يستطيع البائع أن يخصم الكمبيالة بسهولة لدى البنك الأجنبي الذي يتعامل معه فيحصل على ثمن البضاعة فوراً ثم يتقدم البنك الأجنبي بالكمبيالة والمستندات المرفقة بها إلى بنك المشتري بطلب القبول أو الوفاء عند حلول الأجل ولا يجوز لبنك المشتري الوفاء بالكمبيالة إلا بعد فحص المستندات والتأكد من مطابقتها لتعليمات عميله المشتري .

ومتى دفع البنك قيمة الكمبيالة وتسلم المستندات كان له أن يتسلم البضاعة بمقتضى المستندات من الناقل وأن يباشر حقه كدائن مرتهن عليها إذا لم يرد له العميل قيمة الكمبيالة والمصروفات والعمولة، وهذه هي عملية الاعتماد المستندي في صورتها البسيطة التقليدية وسمى الاعتماد في هذه الحالة بالاعتماد المستندي لأنه يتضمن رهنا على البضاعة ممثلة في مستنداتها ضمانا للاعتماد الذي يقدمه البنك.

ولقد تعرض للمشرع للاعتماد المستندي في الفرع الثالث من الباب الثالث من تقنين التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، وقضى فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا الفرع ، بتطبيقه القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية ، وذلك في الفقرة الثالثة من المادة ٣٤١ والتي نصت على أن " تسري فيما لم يرد في شأنه نص

خاص في هذا الفرع القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية " .

وسوف نتناول في دراستنا لهذه العملية تعريف الاعتماد المستندي وصورة وطبيعته القانونية ، والعلاقات الناشئة عن الاعتماد المستندي وذلك من خلال المباحث الآتية :

المبحث الأول : تعريف الاعتماد المستندي وصوره .

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي .

المبحث الثالث : العلاقات الناشئة عن الاعتماد المستندي .

المبحث الأول

تعريف الاعتماد المستندي وصوره

عرف المشرع الاعتماد المستندي في الفقرة الأولى من المادة ٣٤١ من القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بأنه " عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه ويسمى الأمر لصالح شخص آخر " المستفيد " بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل .

أنواع اعتماد المستندي :

تنقسم الاعتمادات المستندية إلى أنواع مختلفة فهناك الاعتماد المستندي القابل للإلغاء والاعتماد البات " غير القابل للإلغاء " " الاعتماد المؤيد " ، والاعتماد القابل للتحويل من المستفيد إلى مستفيد آخر ، وسوف نتناول هذه الأنواع بشيء من التفصيل .

النوع الأول : الاعتماد المستندي القابل للإلغاء :

وهذا النوع هو ما نصت عليه المادة ٣٤٣ من القانون التجاري الجديد وهو الاعتماد الذي يحتفظ فيه البنك لنفسه بحق تعديله أو إلغائه في أي وقت دون مسئولية في مواجهة المستفيد ، ومن ثم فيجوز للبنك في كل وقت تعديل هذا النوع من الاعتماد المستندي أو إلغائه من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الأمر دون حاجة إلى إخطار المستفيد ، وإن كانت العادة جرت على قيام البنك بإخطار المستفيد بالإلغاء وهذا النوع من الاعتمادات قليل الأهمية من الناحية العملية ، فهو لا يحقق الاطمئنان الكافي للمستفيد بسبب توقف إلغائه على

الإرادة المنفردة للبنك ، ولذلك لا يلجأ إليه إلا في الحالات التي تكون فيها الثقة بين العميل الآمر والمستفيد متوافرة لا تحتاج إلى تدخل البنك وإنما قصد من فتح الاعتماد تنظيم طريقة الدفع بين البائع والمشتري لا أكثر، ويجب أن يتضمن عقد فتح الاعتماد من العميل والبنك ما يفيدان الاعتماد غير قابل للإلغاء، وألا كان قابلا للإلغاء، فقابلية الاعتماد للإلغاء هي الأصل إلا إذا نص عقد فتح الاعتماد على عدم قابلية للإلغاء، ويتعرض البنك للمسئولية في مواجهة العميل الآمر إذا ما قام بتعديل الاعتماد أو إلغائه خلافاً لما جاء بشروط العقد مع العميل الآمر [1].

النوع الثاني : الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء :

نصت المادة ٣٤٣ /١ تجاري على أنه " ١- يجوز أن يكون الاعتماد المستندي قابلا للإلغاء أو باتاً غير قابل للإلغاء ٢ - ويكون الاعتماد غير قابل للإلغاء ، إلا إذا اتفق صراحة على قابليته للإلغاء " ، وهذا النوع من الاعتماد يتضمن تعهداً باتاً من البنك ، والتزاماً شخصياً عليه تجاه المستفيد.

وهو الصورة الغالبة في العمل ، وينشئ الاعتماد المستندي غير القابل للإلغاء التزاماً مباشراً وقطعياً على عاتق البنك لصالح المستفيد، وبالتالي يلتزم البنك بدفع المطالبات لصالح المستفيد ، حتى ولو كان هناك اعتراضات من جانب العميل الآمر أو تغيرت المراكز القانونية في العلاقة بين العميل الأمر بفتح الاعتماد والمستفيد لأن حقوق المستفيد تتحدد بصفة قطعية بموجب خطاب

---

(١) د / محمد بهجت عبد الله قايد للقانون التجاري ص ٢٢٠ دار النهضة العربية الطبعة الثانية ٢٠٠١ / ٢٠٠٢ .

الاعتماد الذي يرسله البنك إلى المستفيد، ولا تتوقف هذه الحقوق على الاتفاق المبرم بين العميل والبنك [1].

النوع الثالث : الاعتماد المؤيد :

وهذا النوع من الاعتمادات تناولته الفقرة الأولى من المادة ٣٤٦/تجاري حيث نصت على أنه " يجوز تأييد الاعتماد المستندي البات من بنك آخر يلتزم بدوره بصورة قطعية ومباشرة قبل مستفيد" وبناء عليه لكي يتم تأييد الاعتماد من بنك آخر ، لابد وأن يكون الاعتماد المستندي اعتماد غير قابل للإلغاء أي بات وقطعي ثم يشترط المستفيد أن يتدخل بنك ثان ليضيق تعهده إلى جانب تعهد البنك الأول فيزيد ثقة في الاعتماد ويطمئن المستفيد في الحصول على مبلغ الاعتماد ".

وتأييد الاعتماد يعني تعهد البنك الوسيط بدفع قيمة البضاعة والمصاريف للبائع لو يحق لهذا الأخير اللجوء للبنك الوسيط مباشرة لاستيفاء حقه .

النوع الرابع : الاعتماد المستندي القابل للتحويل :

ويتحقق هذا النوع من الاعتمادات عندما يكون للمستفيد أن يحول الاعتماد إلى مستفيد جديد يكون له حق مباشر قبل البنك بحيث يقبل الكمبيالات التي يسحبها عليه هذا المستفيد الجديد والقاعدة أن الاعتماد لا يقبل التحويل إلا لمرة واحدة فقط ما لم ينص فيه صراحة على غير ذلك ، ولقد نصت المادة ٣٤٩ تجاري على هذا النوع من الاعتمادات بقولها " لا يجوز تحويل الاعتماد المستندي ولا تجزئته إلا إذا كان البنك الذي فتحه مأذونا في تحويله كله أو

---

(١) د / احمد بركات مصطفى ـ المرجع السابق ص ١٤٣ .

بعضه إلى شخص أو جملة أشخاص غير المستفيد الأول بناء على تعليمات صادرة من هذا المستفيد، ولا يتم التحويل إلا إذا وافق عليه البنك .

ولا يجوز التحويل إلا مرة واحدة ما لم يتفق على غير ذلك " [1] .

النوع الخامس : الاعتماد القابل للتحويل :

وهو الاعتماد الذي ينص فيه على حق المستفيد بتحويل مبلغ الاعتماد كله أو جزء منه إلى مستفيد آخر واحداً كان أو أكثر .

ويحدث تحويل الاعتماد إلى مستفيد آخر في الغرض الذي يقوم فيه البائع بإعداد البضاعة وشحنها ،وقد لا تتوافر لديه الكمية المطلوبة ، فيطلب من المنتجين أو الموردين الآخرين تدبير ما قد يعجز عن تدبيره الأمر الذي يدفعه إلى اشتراط تحويل قيمة الاعتماد كله أو جزء منه إلى هؤلاء المنتجين أو الموردين .

ولما كان الاعتماد المستندي يقوم على الاعتبار الشخصي، فالأصل أنه لا يجوز للمستفيد تحويله إلى الغير ، إلا إذا تضمن شرطاً يجيز ذلك ، وإذا وجد هذا الشرط فلا يجوز تحويل قيمة الاعتماد إلا مرة واحدة فقط ما لم يتفق على غير ذلك .

وقد تضمنت المادة ٣٤٩ من القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على الاعتماد المستندي القابل للتحويل ، متضمنة حكماً خاصاً به وشروط هذا التحويل فنصت على أنه " لا يجوز تحويل الاعتماد المستندي ولا

---

(١) د / علي البارودي ، د / محمد فريد العريني القانون التجاري ص ٤٠٠ طبعة دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية سنة ٢٠٠٠ م

تجزئته إلا إذا كان البنك الذي فتحه مأذونا في دفعه كله أو بعضه إلى شخص أو إلى جملة أشخاص غير المستفيد الأول بناء على تعليمات صادرة من هذا المستفيد ، ولا يتم التحويل إلا إذا وافق عليه البنك . ولا يجوز التحويل إلا مرة واحدة ما لم يتفق على غير ذلك " . على أن تحويل الاعتماد إلى مستفيد آخر لا يغير شروط الاعتماد . فإذا كان الاعتماد الأصلي قطعي أو مؤيد كان للاعتماد المحول نفس الوصف . ومع ذلك تجيز القواعد الموحدة للاعتمادات المستندية تخفيض قيمة الاعتماد عند تحويله أو مدة الصلاحية أو تاريخ الشحن [1].

---

(١) د / محمد بهجت عبد الله قايد المرجع السابق ص ٢٢٣ .

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للاعتماد المستندي

تعددت النظريات التي تعرضت لتفسير هذه العملية من عمليات البنوك فقد قيل بأنه حوالة حق ، وقيل بأنه كفالة ، وأنه اشتراط لمصلحة الغير وأنه سند مصرفي ذو طبيعة خاصة ، وبأن البنك يكون في مركز الوكيل بالعمولة الضامن ، كما قيل بفكرة القبول المصرفي، وبالإرادة المنفردة وأخيراً بأنه عقد غير مسمى أنشأه العرف التجاري .

وهكذا نجد أن النظريات التي قيلت في هذه العملية كثيرة ومتعددة لا يتسع المجال لحصرها وتفصيلها لذا سنعرض بعض النظريات على النحو التالي :

أولا : الرأي القائل بأن عملية الاعتماد المستندي تستند إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير :

فالعميل الآمر يشترط في الاعتماد المستندي لمصلحة المستفيد وقد تعرض هذا الرأي للنقد على أساس أن المستفيد في الاعتماد المستندي تقع عليه التزامات معينة في مواجهة البنك ، وقواعد الاشتراط لمصلحة الغير لا تسمح بذلك .

ثانيا : يرى البعض بأن الاعتماد المستندي يقوم على فكرة الكفالة :

على اعتبار أن البنك الذي يفتح اعتماداً مستندياً غير قابل للإلغاء يعتبر كفيلاً للعميل الآمر .

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن البنك لا يكفل العميل الآمر فهو لا يلتزم التزاماً تبعيا ، ولأن التزام البنك التزام مستقل ومباشر في مواجهة المستفيد [1] .

وقد رفضت محكمة النقض فكرة الكفالة في تأصيل عقد الاعتماد المستندي في العديد من أحكامها ومن ذلك مثلاً الأحكام الآتية :

البنك الذي يقوم بتثبيت اعتماد للوفاء بثمن صفقة بين تاجرين لا يعتبر وكيلا عن المشتري أو كفيلا له ، وإنما يلتزم بالوفاء متى تطابقت مستندات البائع مع شروط الاعتماد بصرف النظر عما يحدث بين البائع والمشتري .

التزام البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد المصرفي من يوم تثبيته هو التزام مستقل عن العقد القائم بين البائع والمشتري على الصفقة فلا يلتزم البنك بالوفاء بقيمته على ما جرى به قضاء محكمة النقض إلا إذا نفذ المستفيد شروط فتح الاعتماد . [2]

ثالثا : ذهب البعض إلى أن الاعتماد المستندي يقوم على فكرة الإنابة :

وتفسير هذا الرأي أن المشتري مدين للبائع بثمن البضاعة وهو دائن للبنك في الوقت نفسه بمبلغ الاعتماد المفتوح ، فيكلف المشتري (المنيب) البنك (المناب) بالوفاء بدين البائع (المناب لديه) فيصبح البنك مديناً مباشراً للبائع ، وتنشأ بينهما علاقة قائمة بذاتها مستقلة عن العلاقة ما بين المشتري والبنك .

---

(١) د / أحمد بركات المرجع السابق ص ١٤٩ .

(٢) الطعن رقم ٤٠٢ س ٤٤ جلسة ١٩٧٨/٢/٢٠، والطعن رقم ٤٣٣ جلسة ١٩٦٦/٥/٣١ هذين الحكمين وغيرهما لدى مستشار د / أحمد حسني المرجع السابق ص ٣٨ .

ولم يسلم هذا الرأي من النقد على أساس أن مثل هذا الرأي لا يستقيم مع استقلال التزام البنك على نحو لا يستطيع معه الاحتجاج بالدفوع المستمدة من علاقته بالعميل الآمر ، في حين أن (المناب) البنك يستطيع الاحتجاج بهذه الدفوع وفقاً لهذه النظرية .

وأمام هذه النظريات وغيرها فإن الرأي الأولى بالصواب أن الاعتماد المستندي، عملية مصرفية ذات طبيعة قانونية خاصة فرضتها ظروف التجارة الدولية، وتحكمها قواعد عرفية .

المبحث الثالث

العلاقات الناشئة عن الاعتماد المستندي

تنشأ عن عقد الاعتماد المستندي علاقات متميزة ومستقلة ، بحيث تنفصل كل علاقة عن العلاقة الأخرى ، فلا يمكن التمسك في مواجهة طرف بدفوع مستمدة من علاقة أخرى ليس هو طرفاً فيها .

وهذا الاستقلال في العلاقات ، هو الذي يبعث الطمأنينة في نفوس أطرافه، ويجنبهم الكثير من المشكلات القانونية .

وخلاصة القول أنه ينشأ عن الاعتماد المستندي ثلاثة علاقات متميزة هي :

أولا : العلاقة بين الآمر والبنك ويعول في تنظيمها على عقد الاعتماد المبرم بينهما .

ثانياً : العلاقة بين المستفيد والبنك ويحدد ملامحها خطاب الاعتماد المرسل من البنك للمستفيد .

ثالثاً : العلاقة الأصلية بين المشتري " الآمر " والبائع " المستفيد " وهي أساس فتح الاعتماد .

أولا : العلاقة بين الآمر والبنك:

ويتفرع عن هذه العلاقة التزامات معينة يرتبها عقد الاعتماد المستندي على كل من البنك والآمر .

١ـ التزامات البنك:

١ ـ التنفيذ الدقيق لتعليمات العميل وشروطه ، ومن ثم فيلتزم البنك بفتح الاعتماد فعلا بوضع المبلغ المتفق عليه في العقد تحت تصرف المستفيد وبالشروط التي قررها حتى وإن خالفت شروط عقد البيع .

٢ ـ إخطار المستفيد " خطاب الاعتماد " ـ حيث لا يكفي مجرد إبرام عقد فتح الاعتماد وبين الآمر والبنك حيث أن الغرض هو تسهيل إبرام الصفقة مع المستفيد [١] .

٣ ـ فحص المستندات وهذا الالتزام نصت عليه المادة ٤٣٧ /١ تجاري حيث نصت على أنه " على البنك أن يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الآمر بفتح الاعتماد " .

---

(١) د / حسين فتحي المرجع السابق ص ٣٠١.

٢ـ التزامات العميل " الآمر " :

يلتزم العميل بموجب عقد فتح الاعتماد بالالتزامات الآتية :

أ ـ الالتزام بدفع العمولة :

حيث يلتزم بدفع العمولة المتفق عليها للبنك والمستحقة فور إبرام العقد ، ويتوقف مبلغ العمولة على نوع الاعتماد المفتوح ، فإذا كان الاعتماد قطعيا فإن هذا المبلغ يكون أكبر من العمولة المستحقة في الاعتمادات الأخرى ، وقد جرى العمل على أن يتم احتساب العمولة بواقع نسبة من الاعتماد المفتوح .

ب ـ الالتزام بتقديم غطاء للبنك :

عند فتح الاعتماد المستندي يلتزم العميل بأن يقدم للبنك غطاء بقيمة الاعتماد الذي طلب فتحه ، لأن البناء عادة لا يكتفي بما توفره له حيازة المستندات من ضمان ، بل يتطلب أن يقدم العميل غطاء نقدياً بقيمة الاعتماد وفي أغلب الأحيان يكون الغطاء نقدياً .

ج ـ رد مبلغ الاعتماد :

يلتزم العميل برد مبلغ الاعتماد الذي قدمه البنك للغير " المستفيد " من الاعتماد مقابل المستندات التي طلبها، كما يلتزم برد كافة المصروفات التي أنفقها البنك في سبيل إتمام العملية.

ثانيا : العلاقة بين المستفيد والبنك :

إذا كان الاعتماد المستندي غير قابل للإلغاء فإنه ينشأ على عاتق البنك التزام مستقل في مواجهة المستفيد ، بمجرد أن يصدر إليه خطاب الاعتماد ، ويصبح هذا الالتزام نهائيا يعلم المستفيد به ، ويترتب على هذا العقد التزام البنك في مواجهة (البائع) المستفيد بما يلي :

أ - عدم قابلية الاعتماد للإلغاء :

أيا كانت الظروف التي تطرأ على العلاقة الأصلية ما بين البائع والمشتري ، أو ما بين المشتري والبنك ، فإذا أفلس المشتري أو أعسر فلا يحق للبنك الرجوع في اعتماده، بل يلزم مع تلك الوفاء للبائع .

وإذا ثار نزاع بين البائع والمشتري بصدد تنفيذ عقد البيع وأصدر المشتري أوامره إلى البنك بعدم دفع الكمبيالة المستندية التي تقدم إليه فإن على البنك ألا يقيم وزنا لهذا الأمر وأن يدفع قيمة الكمبيالة المستندية للبائع نظراً للعلاقة المباشرة التي تربطه بالبنك .

ب - حق البائع المباشر قبل البنك :

ينشأ عن إصدار خطاب الاعتماد حق مباشر للبائع قبل البنك ، بحيث يكون البنك مدينا شخصيا ومباشراً للبائع ، وتفريعاً على ذلك لا يجوز للبنك أن يدفع في مواجهة البائع بالدفوع التي قد تكون للمشتري قبل البائع كالدفع ببطلان البيع أو فسخه .

وإذا كان للبائع حق مباشر قبل البنك إلا أن استعمال هذا الحق مشروط بتنفيذ البائع لشروط خطاب الاعتماد أي بتقديم المستندات الموضحة في هذا الخطاب في الميعاد المحدد .

وهذا ما أكدته محكمة النقض حيث قضت بأن التزام البنك بالوفاء متى تطابقت مسندات البائع وشروط فتح الاعتماد دون أي سلطة في التقدير أو التفسير [1].

ثالثا : العلاقة الأصلية بين المشتري الآمر والبائع المستفيد :

يحكم العلاقة بين البائع والمشتري عقد البيع المبرم بينهما ، والذي يتفق فيه على أن تكون تسوية الثمن عن طريق فتح اعتماد مستندي ينفذ تقديم مستندات معينة ، وبذلك يلتزم المشتري بمقتضى البيع بفتح اعتماد لصالح البائع ، ويجب أن يفتح الاعتماد وفقاً للشروط المتفق عليها بين البائع والمشتري ، فإذا عين البنك في عقد البيع ، فلا يجوز للمشتري أن يفتح الاعتماد في بنك آخر ، ولو كان في نفس المركز المالي الذي تتمتع به البنك الأول ، أما إذا لم يعين البنك فإن المشتري له الحق في فتح الاعتماد في البنك الذي يختاره بشرط أن يكون مشهوراً باليسار .

ويجب أن يسبق فتح الاعتماد تنفيذ البائع لالتزاماته ، لأن هذا هو الذي يتفق مع الوظيفة الاقتصادية التي يؤديها الاعتماد المستندي في توفير الضمان للبائع كما يلتزم الأخير بأن يقدم المستندات المتفق عليها في الموعد المحدد ،

---

(١) طعن رقم ١٩٨ من ٣٩ جلسة ١٩٧٦/١/٢٦، والطعن رقم ٤١٤ س ٢١ جلسة ١٩٥٤/٤/١٥ ، د / احمد حسني المرجع السابق ص ٤٠ .

وإلا كان للمشتري الحق في فسخ عقد البيع مع تعويضه عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب ، ويندرج في الخسارة التي لحقت بالمشتري المصروفات التي تحملها في فتح الاعتماد [1] .

(١) د / مصطفى كمال طه ـ القانون التجاري ص ٤٧٣ طبعة دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ١٩٩٩ م .

الباب الرابع

الإفـــــلاس

الإفـــــــلاس

مقدمة :

لعل معنى الإفلاس لا يحتاج إلى تقريب فدلالته اللغوية على العسر والعجز المالي واضحة إلا أن له في لغة القانون معنى أخص من هذا المعنى العام حيث أن الإفلاس نظام خاص بالتجار يهدف إلى تنظيم التنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية في مواعيدها وهو نظام يتضمن سلسلة من الإجراءات والقواعد التي تهدف الى تحقيق غرضين أساسيين هما:

الغرض الأول :

حماية الدائنين من الدين المفلس الذي أصبحت أمواله لا تكفى للوفاء بحقوقهم حيث تهدف قواعد الإفلاس الى تمكين الدائنين من الحصول على ما تبقى من أموال المدين وتجنيبهم ما قد يحاوله هذا المدين من تهريب هذه الأموال كلها أو بعضها إضرارا بهم .

الغرض الثاني:

حماية الدائنين انفسهم بعضهم من بعض لأن حالة الإفلاس لابد وأن تخلق بين الدائنين نوعا من التزاحم والتنافر عندما يسعى كل منهم جهده إلى الحصول على أكبر قدر ممكن من حق بغض النظر عما قد يصيب الدائنين الآخرين لذلك

تهدف قواعد الإفلاس إلى تحقيق المساواة بينهم وتنظيم توزيع أموال المدين عليهم تنظيما يضمن عدالة التوزيع .

ولتحقيق هذين الغرضين يرتب المشروع على صدور حكم الإفلاس غل يد المدين ويعهد بالتصرف إلى وكيل عن الدائنين يسمى (أمين التفليسة) ويتعقب المشرع تصرفات المفلس قبيل صدور حكم بإفلاسه ليهدر منها التصرفات المريبة ويمنع المشرع الدائنين من رفع الدعاوى الخاصة واتخاذ الإجراءات الفرديـة ثم يحشد ذمة للمفلس ويجمع أصولها تمهيدا لتوزيعها على الدائنين المتقدمين وفقا لمبدأ المساواة في الخسارة.

هذا النظام الخاص بالتجار هو الذي يسمى "الإفلاس" أما بالنسبة لغير التجار فهناك الإعسار وقد نظم القانون المدني المصري أحكام وقواعد الإعسار في المواد من ٢٤٩ : ٢٦٤ منه وقد اقتبس مشروع الإعسار المدني من نظام الإفلاس التجاري لذلك قدر محدود ، لذلك تظل أهمية التفرقة بين الإفلاس من ناحية والإعسار المدني من ناحيـة أخرى وذلك على النحو التالي :

الفرق بين الإفلاس والإعسار المدني :

يختلف نظام الإفلاس التجاري والإعسار المدني من حيث:

أولا: نظام الإفلاس التجاري

يقتصر نظام الإفلاس على التجار وحدهم وينظمه القانون التجـاري ويفترض توقف التاجر عن دفع ديونه في مواعيد استحقاقها بغض النظر عما اذا كان المدين موسرا أو معسرا كثرت أمواله أو قلت وقوام نظام الإفلاس تصفية أموال المدين تصفية جماعيـة وتوزيع الثمن الناتج عنها على الدائنين كل

بنسبة دينه تحقيقا للمساواة بين الدائنين بالإضافة الى أن الإفلاس يكفل حماية خاصة للدائنين بتقرير بطلان التصرفات التي قد يبرمها المدين خلال الفترة السابقة على الإفلاس والمسماة بفترة الريبة .

أما نظام الإعسار المدني:

فهو نظام خاص بالمدينين غير التجار وينظمه القانون المدني [1] ويفترض نظام الإعسار عدم كفاية أموال المدين لوفاء ديونه المستحقة الأداء وذلك حسب نص المادة ٢٤٩ مدني والتي نصت على أنه يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفى لوفاء ديونه المستحقة الأداء هذا وقد عمل المشرع في تحديده لآثار الإعسار على أن يكفل مصلحة الدائنين بضمان المساواة الفعلية بينهم وبتقرير حماية كافية ضد ما قد يرتكبه المدين من غش وذلك بنص المادة ٢٦٠ مدنى والتي نصت على أن " يعاقب المدين بعقوبة التبديد في الحالتين الآتيتين:

أ- اذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره .

ب- إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغا فيها وذلك كله بقصد ولكن في سبيل تحقيق هذا الهدف لم يضع بمصلحة المدين " فلم يرفع يد المدين من أمواله كما هو الحال في الإفلاس بل تركه قائما عليها وجعل تصرفاته نافذة في حق دائنيه اذا اودع المتصرف إليه ثمن المثل خزانة المحكمة وذلك حسب نص

---

(١) على البارودي القانون التجاري الجزء الأول ص ٢٢٤ الناشر دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية سنة ٢٠٠٠ .

المادة الفقرة الأولى المادة ٢٥٨ مدنى والتي نصت على أنه (يجوز للمدين أن يتصرف في ماله ولو بغير رضا الدائنين على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشترى بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقا لإجراءات التوزيع)، كما انه لم يذهب في سبيل تحقيق المساواة بين الدائنين إلى حد جعل التصفية في نظام الإعسار إجراء جماعيا وإنما احتفظ للدائنين بعد شهر الإعسار بحقهم في اتخاذ الإجراءات الفردية ضد المدين فليس هناك سند به يقوم بالتصفية بالنيابة عن مجموع الدائنين بل يقوم كل دائن بمفرده بالتنفيذ على أموال المدين ولا يترتب على ذلك الإخلال بالمساواة بينهم إذ في شهر الإعداد ما يكفل تنبيه الدائنين الى إعسار المدين فيتقدمون في الاشتراك في التنفيذ على أمواله [١]

وهناك أيضا فرق بين الإفلاس التجاري والإعسار المدني يتعلق بطبيعة الدين أو الديون التي توقف المدين عن إدائها ففي حالة الإفلاس التجاري لا يمكن شهر إفلاس التاجر إلا اذا كان الدين الذي توقف المدين عن دفعه ذو طبيعة تجارية فإذا توقف التاجر عن دفع أو سداد ديونه ذات الطبيعة المدنية والمستحقة الأداء لا يمكن إشهار إفلاسه وهذا ما نصت عليه المادة ٥٥٠ / تجاري والتي نصت على أنه : " ١- يعد في حالة إفلاس كل تاجر ملزم بوجب أحكام هذا القانون بإمساك دفاتر تجارية إذا توقف عن دفع ديونه التجارية إثر اضطراب أعماله المالية وقد استقر قضاء النقض بأن الذي يجوز إشهار إفلاسه هو من يزاول التجارة على سبيل الاحتراف " [٢].

---

(١) د / كيلاني عبد الراضي محمود - الوجيز في القانون التجاري الجديد ص ٤٤٥ أسيوط ٢٠٠٨ الإضرار بدائنيه .

(٢) د/ احمد حسني قضاء النقض التجاري ص ٤٦ طبعة منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٨٢.

٢- أما الإعسار المدني فلا ينظر على الإطلاق إلى طبيعة الدين حيث أن نص المادة ٢٤٩ مدني والتي نصت على أنه " يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء " ، فلم يفرق المشرع في هذا النص بين الديون من حيث طبيعتها ، فيستوى أن يكون الدين مدنيا أو تجاريا ويتوقف المدين عن دفعه حتى يمكن أن يشهر إعساره ، كل هذا بالإضافة إلى الكثير من التفصيلات والتي من خلالها يختلف نظام الإعسار المدني عن نظام الإفلاس التجاري مثل إجراءات التقاضي ونهاية كل منهما وسلطة القاضي عند نظره دعوي الإفلاس والإعسار ، **ويتضح من خلال عرضنا السابق للإفلاس والإعسار أن بينهما اختلافات جوهرية تتمثل في الآتي :**

أولا: يشهر إفلاس التاجر إذا توقف عن دفع ديونه التجارية مستحقة الأداء في مواعيدها المحددة وذلك بصرف النظر أن مقدار ما يملكه من أموال ، وزيادة هذه الأموال وانخفاضها عن الديون المستحقة ، حيث يمكن شهر إفلاس تاجر توقف عن دفع ديونه ولو كان السبب في هذا التوقف عدم وجود سيولة نقدية لديه . أما شهر الإعسار فلا يتم إلا إذا زادت الديون المستحقة على المدين عن ما يمتلكه من أموال .

ومن هنا لا يرتبط الإعسار بتوقف الشخص عن الوفاء كما هو الشأن في الإفلاس وإنما يرتبط بالحالة المالية للمدين ومن ثم لا يمكن إعسار المدين طالما له أموال تزيد على ديونه المستحقة .

ثانيا: يترتب على صدور حكم الإفلاس انخراط الدائنين في جماعة لها شخصية معنوية ويمثلها الأمر الذي يعنى وقف اتخاذ الإجراءات الانفرادية من

الدائنين في مواجهة المدين المفلس وإنما تتخذ الإجراءات بصفة جماعية وذلك بعكس الإعسار الذي لا يؤدي إلى نشأة مثل هذه الجماعة ولا يترتب عليه وقف اتخاذ الإجراءات الفردية ضد المدين .

ثالثا: بمجرد صدور حكم الإفلاس تغل يد المدين المفلس من إدارة أمواله والتصرف فيها ويحل محله في ذلك السنديك أما المعسر فيظل سيدا على أمواله دون أن تغل يده عن إدارتها.

رابعا: يرتب حكم الإفلاس آثارا بالنسبة للمدين خلال الفترة السابقة على صدور الحكم فتبطل التصرفات الصادرة خلال فترة الريبة بطلانا وجوبيا أو جوازيا حسب الحالات ، أما الإعسار فلا يترتب عليه شيء من ذلك .

خامسا: تنتهى حالة الإفلاس إما بالصلح المبرم بين المدين والدائنين بأغلبية معينة وإما بالاتحاد ، أما الإعسار فينتهى إما بحكم قضائي [1] أو بقوة القانون بمضي خمس سنوات من تاريخ التأشير بحكم الإعسار على هامش تسجيل صحيفة الإعسار [2] ، ويترتب على صدور حكم الإفلاس حرمان المفلس من بعض حقوقه المدنية والسياسية حتى لو كان حسن النية ، كما يتعرض للعقوبات الجنائية إذا كان الإفلاس بالتدليس أو بالتقصير ، أما الإعسار فلا يترتب عليه مثل هذه الآثار ولا يتعرض

---

(١) نصت المادة ٢٦١ / ١ مدني على أن "تنتهي حالة الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين " .

(٢) نصت المادة ٢٦٢ على أن " تنتهي حالة الإعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار ".

المعسر للعقوبة الجنائية إلا إذا تعمد الإضرار بالدائنين بتصرفات معينة يقوم بها بعد رفع دعوى الإعسار أو بعد الحكم به .

حيث نصت المادة ٢٦٠ / ١ مدني على أن " يعاقب المدين بعقوبة التبديد في الحالتين الآتيتين :

١ ـ إذا رفعت عليه دعوى بدين متعمد الإعسار بقصد الإضرار بدائنيه.

٢ـ إذا كان قد أخفى بعد الحكم بشهر إعساره بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها أو اصطنع ديونا صورية أو مبالغا فيها وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه".

الخصائص العامة لنظام الإفلاس التجاري:

١ـ الإفلاس نظام جماعي لتصفية أموال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية ويشهر بمقتضى حكم تصدره المحكمة المختصة .

٢ـ يترتب على شهر الإفلاس آثار تتعلق بشخص المدين من جهة وبأمواله من جهة أخرى فتسقط من المفلس بعض الحقوق المهنية والسياسية ولا سبيل أمامه لاستعادة هذه الحقوق إلا باتباع إجراءات رد الاعتبار وقد يتعرض المفلس للعقوبات الجنائية في حالة الإفلاس بالتقصير أو التدليس .

٣ـ تغل يد المدين من إدارة أمواله والتصرف فيها والتصرفات التي أبرمها المدين في الفترة الواقعة بين تاريخ توقفه عن الدفع وتاريخ حكم شهر الإفلاس وهي المسماة "بفترة الريبة " تكون باطلة وجوبا أو جوازا بحسب الأحوال .

٤ ـ أما فيما يتعلق بالدائنين فإنه يترتب على حكم شهر الإفلاس انتظام هؤلاء الدائنين في هيئة يمثلها "السنديك " تسمى بجماعة الدائنين .

وتتألف هذه الجماعة بوجه خاص من الدائنين العاديين الذين يوقف حقهم في اتخاذ ضد المدين تحقيقا للمساواة بينهم حتى لا يتسابقون في مقاضاته والتنفيذ على أمواله فيتقدم بعضهم على البعض الآخر بغير وجه حق .

٥ـ وبعد صدور حكم بشهر إفلاس المدين تبدأ إجراءات تمهيدية تهدف إلى تحديد أصول ذمة المدين المفلس وخصومتها حتى يتسنى للدائنين اتخاذ الحل المناسب الذي ينتهي به الإفلاس ، ويتولى السنديك هذه الإجراءات تحت إشراف مأمور التفليسة الذي تختاره المحكمة التي شهرت الإفلاس من بين قضاتها لهذا الغرض .

٦ـ وبعد الفراغ من الإجراءات التمهيدية يتخذ الدائنون أحد حلول أربعة تنتهي بها التفليسة :

أ- منح المدين المفلس صلحا بسيطا يضعه على رأس تجارته مع منحه مزايا تعينه للوفاء بديونه .

ب- أو منحه صلحا على ترك أمواله للدائنين وبمقتضاه يبرأ المفلس من ديونه نظير ترك أمواله للدائنين .

ج- أو يعلن اتحاد الدائنين ، فتصفى أموال المفلس ويوزع الناتج منها على الدائنين كل بنسبة ما له من حق قبل المدين .

د- والحل الرابع والأخير إن يتبين الدائنون أن أصول المدين المفلس ضعيفة لا تكفي لمواجهة مصروفات التفليسة فتقفل لعدم كفاية أموال المفلس .

تطور النصوص التشريعية المنظمة للإفلاس

وردت أحكام الإفلاس في الباب الثالث من قانون التجارة القديم الصادر في ١٣ / ١١ / ١٨٨٣ وذلك في المواد من ١٩٥ الى ٤١٩ . ومنذ عام ١٨٨٣ حتى عام ١٩٩٩ لم تكن قد طرأت على قواعد وأحكام الإفلاس أية تغييرات جوهرية ، ومنذ أمد بعيد والحكومة المصرية تسعى الى إعادة النظر في قواعد وأحكام الإفلاس بل وفي كل قواعد وأحكام قانون التجارة ، ومن هذا المنطلق شكلت الحكومة المصرية في عام ١٩٨٣ لجنة أوكلت إليها مهمة إعداد مشروع قانون للتجارة ليحل محل القانون ١٨٨٣ ، وقد انتهت اللجنة من أعمالها عام ١٩٦٤ ، وظهرت ثمرة مجهوداتها في صورة مشروع قانون تقدمت به في هذا التاريخ ، ولكن بسبب سياسة الاقتصاد الموجه ، حيث حلت الدولة محل الأفراد في ممارسة النشاط التجاري وعمليات التأمين التي اعتمدتها الدولة في نهاية سنوات الخمسينيات وأوائل الستينيات تم إرجاء النظر في هذا المشروع لسنوات طويلة .

وبعد دعوة الاقتصاد الحر وتطبيق سياسة الخصخصة التي تهدف إلى نقل ملكية المشروعات العامة إلى الملكية الخاصة في السنوات الأخيرة لجأت الحكومة الي إحياء لجنة تعديل قانون التجارة من أجل إعداد مشروع قانون جديد ، فتم إحياء هذه اللجنة في مارس ١٩٩٠ برئاسة شيخ فقهاء القانون التجاري للمرحوم الأستاذ الدكتور/ محسن شفيق ، وتقدمت هذه اللجنة بمشروع تم إيداعه بإدارة لجان التشريع بوزارة العدل وذلك في عام ١٩٩٧ ، وتمت

مناقشة هذا المشروع أمام مجلس الشعب وتم التصويت عليه وصدر بتاريخ ١٧ مايو ١٩٩٩ وتم نشره بالجريدة الرسمية في العدد رقم ١٩ مكرر لسنة ٤٢ وذلك بتاريخ ١٧ مايو ١٩٩٩ ، ويحمل القانون الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وبدأ العمل به ابتداء من أول أكتوبر ١٩٩٩ ، ويرد التنظيم القانوني للإفلاس في الباب الخامس من هذا القانون ويحتوي هذا الباب على ٢٢٢ مادة وهي المواد من ٥٥٠ إلي ٧٧٢ وينقسم هذا الباب بدوره إلى عشرة فصول في كل فصل يعالج المشروع مسألة من مسائل الإفلاس ، وسوف نتناول نظام الإفلاس في ترتيب زمني ، منذ الوقت الذي يشعر فيه المدين باضطراب أعماله وإشرافه على الإفلاس ، الى الوقت الذي ينتهى فيه التفليسة الى مصيرها.

وسوف نتناول في الفصل الأول كيف يتفادى التاجر شهر إفلاسه ، وذلك إما بالصلح الودى ، أو بالصلح الواقي من الإفلاس ، وفي الفصل الثاني نتناول شهر إفلاس المدين . وفي الفصل الثالث نتعرض للأثار المترتبة على صدور حكم الإفلاس ، وفي الفصل الرابع والأخير نتناول المصير الذي يمكن أن تنتهى إليه التفليسة فهي إما أن تقفل مؤقتا لعدم كفاية أموالها ، وإما أن تنتهى بالصلح البسيط وبالاتحاد ، أو بالصلح مع التخلي عن الأموال للدائنين.

الفصل الأول

وسائل تفادي شهر الإفلاس

تمهيد:

غالبا ما يستطيع التاجر قبيل التوقف عن الدفع والوصول إلى حالة الإفلاس أن يجس بوادر الخطر ويشعر باضطراب أعماله وإشرافه على النهاية ، عندئذ قد يصيبه الذعر ، فيحاول إخفاء اضطراب أعماله بوسائل تشرع به إلى الإفلاس ، أو تسوء نيته فيتلاعب في دفاتره التجارية، ويختلس ما تبقى لديه من أموال قبل أن تقع في أيدي دائنيه .

ومن ناحية أخرى قد يحاول أن يتفادى شهر إفلاسه بالطريق السليم الذي يسمح له بالاستمرار في التجارة ، وهو الالتجاء الى الدائنين محاولا الاتفاق معهم على التنازل عن بعض ديونهم أو على تأجيل هذه الديون أو تقسيطها . فيتمكن المدين بذلك أن يتخطى هذه الضائقة ويعود إلى نشاطه العادي ، وكثيرا ما يرحب الدائنون بهذا الصلح ، وليس ذلك من نية التبرع أو الرحمة بالمدين، وإنما ليقينهم أنهم بذلك يحققون مصلحتهم، ذلك أن إجراءات الإفلاس تستلزم الكثير من الوقت والمال ولا تؤدى بالدائنين إلا إلى الحصول على جزء قد يكون ضئيلا من ديونهم ، هذا بينما يعيد الصلح المدين الى نشاطه التجاري مما يجعل فرصة الوفاء بالجزء المتفق عليه أكبر ، وعملا بمبدأ الوقاية خير من العلاج ، حاول المشرع أن يتجنب نوع معين من التجار حسني النية سيئو الحظ مغبة الدخول في إجراءات الإفلاس وآثاره القاسية ، عندما تضطرب أعمالهم لظروف طارئة وخارجة عن إرادتهم ودون إهمال أو غش منهم ، لذلك وضع نظام الصلح الواقي من الإفلاس محققا بذلك ضمانات كافية للمدين والدائنين جميعا

وقد أخذت مصر بهذا النظام في تقنينها التجاري المختلط منذ ١٩٠٠ ، إلا أن القانون رقم ٥٦ لسنه ١٩٤٥ قد أعاد تنظيمه وعدله تعديلا شاملا ، ثم نظمه المشرع مرة أخرى في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنه ١٩٩٩ .

وسوف نتناول وسائل تفادي التاجر لشهر إفلاسه في مبحثين :

المبحث الأول : الصلح الودي

المبحث الثاني : الصلح الواقي من الإفلاس

المبحث الأول

الصلح الودي

تعريفــه:

هو عقد بين المدين المتوقف عن الدفع وبين دائنيه يتضمن التنازل عن جزء من الديون أو منح المدين آجالا للوفاء بها أو الأمرين معا .

طبيعته :

لا يوجد في القانون التجاري نص أشار الى هذه التسوية الودية بين المدين ودائنيه ولكن هذا لا يمنع من أنه عقد صحيح قانونا وفقا للقواعد العامة فهو اتفاق عادي وهو في ذاته لا يخالف النظام العام إلا أن الحصول على الصلح الودى أمر يتطلب من المدين جهدا كبيرا قد يبوء بالفشل ذلك أن الصلح الودى عقد يخضع للقاعدة العامة في نسبية آثار العقد واقتصارها على أطرافه دون غيرهم لذلك فإنه لا تكون لهذا الصلح الودي أي جدوى إلا اذا ارتضاه الدائنون جميعا ، بحيث يكفي أن يرفضه دائن واحد يطالب بشهر الإفلاس ولا يتقيد بشروط الصلح حتى يذهب هذا الصلح هباء ، وقد استقر القضاء على أن رضاء الدائنين الموافقين على شروط الصلح يعد رضاء معلقا على شرط ضمني هو شرط قبوله من الجميع ، بحيث إذا أعترض أحد الدائنين وأصر على طلب شهر الإفلاس إنهار هذا الصلح من أساسه حيث قضت محكمة النقض بأن الصلح الذي

يتم بين المـدين المفلس ودائنيه ، ويتم التصديق عليه من مأمور التفليسة لا يسرى على الدائن الذي لم يتدخل فيه [1]

الفرق بين الصلح الودي (التسوية الودية) والصلح القضائي :

تختلف التسوية الودية عن الصلح القضائي في الأمور الآتية :

أولا: يشترط لصحة التسوية الودية موافقة جميع الدائنين وذلك لأن المحكمة لا تصادق عليها ولهذا تكون هذه التسوية قصيرة البقاء حيث يكفي ظهور دائن واحد لم يشترك فيها لهدمها وبعبارة أخرى يكفى أن يعترض عليها أحد الدائنين ويصر على طلب الإفلاس فتنهار ويفشل المدين فيما ينشده.

ثانيا: تسرى على التسوية الودية أسباب البطلان والفسخ الواردة في القانون المدني ومن ذلك مثلا ما نصت عليه المادة ٥٥٦ مدنى على أنه " لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون " ، كما تسرى عليها لحكام المادة ٦٩٩ تجارى والتي تنص على انه " لا يجوز عقد الصلح مع المفلس في جريمة الإفلاس بالتدليس " يوجب تأجيل نظر الصلح .

ثالثا: يستتبع بطلان التسوية الودية براءة ذمة الكفيل الضامن لشروطها ، أما فسخ هذه التسوية فلا يبرى ذمة الكفيل فيها .

رابعا: تعد هذه التسوية عقدا يخضع لأحكام القانون المدني ومن ثم فلا يلزم فيها تصديق المحكمة وهي لا تلزم إلا من وافق عليها من الدائنين بخلاف

---

(١) الطعن رقم ١١٣ س ١٣ ق جلسة ٢١ / ١٢ / ١٩٩٤ د/الحمد حسني قضاء النقض التجاري من ١٩٥ ط منشاة المعارف الإسكندرية سنة ٢٠٠٠ .

الصلح للقضائي حيث يتطلب لانعقاده موافقة الغالبية الدائنين وهذا ما نصت عليه المادة ٧٥٤ / ١ تجارى حيث نصت على أنه " لا يقع الصلح إلا بموافقة أغلبية الدائنين الذين قبلت ديونهم نهائيا أو مؤقتا بشرط أن يكونوا حائزين لثلثي قيمة هذه الديون" .

آثار الصلح الودى:

باعتبار أن الصلح الودى عقد من العقود الملزمة لطرفيه وهم المدين و الدائنون ، فيجب على المدين الذي حصل على الصلح الودى أن يقوم بتنفيذ الشروط التي تضمنها الاتفاق كما يجب على الدائنين الموافقون على الصلح انتظار الآجال التي منحوها للمدين وعدم المطالبة بما تنازلوا عنه من ديون ويترتب على ذلك تحقق الأثر الهام الذي يسعى إليه المدين ألا وهو تفادي الإفلاس والاستمرار في نشاطه التجاري . [١]

(١) د/على البارودي المرجع السابق ص ٢٣٠ .

المبحث الثاني

الصلح الواقي من الإفلاس

تمهيد وتقسيم:

عملا بمبدأ الوقاية خير من العلاج حاول المشرع أن يجنب نوعا معينا من التجار مغبة الدخول في إجراءات الإفلاس وآثاره القاسية عندما تضطرب أعمالهم لظروف طارئة وخارجة عن إرادتهم دون إهمال أو غش منهم لذلك وضع نظام الصلح الواقي من الإفلاس، وكان الهدف من هذا النظام محاولة إيجاد نوع من الصلح بين التاجر وبين دائنيه وقد أخذت التشريعات الحديثة بنظام الصلح الواقي الذي يحقق الضمانات الكافية للمدين والدائنين أجمعين وقد أخذت مصر بنظام الصلح الواقي في تقنينها التجاري المختلط منذ عام ١٩٠٠ إلا أن القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٤٥ قد أعاد تنظيمه وعدله تعديلا شاملا ، ثم نظمه المشرع مرة أخرى في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وذلك في الفصل التاسع من الباب الخامس منه وذلك في المواد من ٧٢٥ :٧٦٧ تجاري.

وسوف تكون دراستنا للصلح الواقي من الإفلاس:

المطلب الأول: ماهية وشروط الصلح الواقي من الإفلاس.

المطلب الثاني: إجراءات الصلح.

المطلب الثالث: آثار الصلح.

المطلب الرابع : انقضاء الصلح.

المطلب الأول

شروط الصلح الواقي من الإفلاس

تعريفه:

هو عقد بين التاجر حسن النية سيء الحظ ودائنيه بأغلبية معينة بقصد تجنب المدين إشهار الإفلاس ويتم تحت رقابة القضاء.

شروط تكوينه :

تناول المشرع شروط الصلح الواقي من الإفلاس في القانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وذلك في المادتين ٧٢٥،٧٢٦ منه .

حيث نصت المادة ٧٢٥ على :

١- ولكل تاجر يجوز شهر إفلاسه ، ولم يرتكب غشا أو خطأ لا يصدر عن التاجر العادي أن يطلب الصلح الواقي من الإفلاس إذا اضطربت أعماله المالية اضطرابا من شأنه أن يؤدي إلى توقفه عن الدفع .

٢- وللتاجر الذي توقف عن دفع ديونه ولو طلب شهر إفلاسه أن يطلب الصلح الواقي من الإفلاس اذا توافرت فيه الشروط المذكورة في الفقرة السابقة وقدم طلب الصلح خلال الميعاد المنصوص عليه في المادة ٥٥٣ من هذا القانون .

٣- وفيما عدا شركات المحاصة يجوز منح الصلح الواقي من الإفلاس لكل شركة توافرت فيها الشروط المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين ومع ذلك لا يجوز منح هذا الصلح للشركة وهي في دور التصفية .

كما نصت المادة ٧٢٦ على أن : "

١- لا يقبل طلب الصلح الواقي من الإفلاس إلا إذا كان الطالب قد زاول التجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على تقديم الطلب وقام خلال هذه المدة بما تفرضه عليه الأحكام الخاصة بالسجل التجاري وبالدفاتر التجارية.

٢- لا يجوز للشركة طلب الصلح الواقي إلا بعد الحصول على إذن بذلك من أغلبية الشركاء أو من الجمعية العامة على حسب الأحوال ".

ومن خلال هذين النصين يمكن حصر الشروط الواجب توافرها لطلب الصلح الواقي من الإفلاس وهي شروط ثلاثة نجملها أولا ثم نتناولها تفصيلا :

الشرط الأول: توافر صفة التاجر.

الشرط الثاني : اضطراب أعمال التاجر.

الشرط الثالث: انتفاء سوء النية.

الشروط الواجب توافرها لطلب الصلح الواقي من الإفلاس

الشرط الأول : صفة التاجر:

إن نظام الصلح الواقي من الإفلاس شأنه شأن الإفلاس حيث جعله المشرع قاصرا على التجار وحدهم دون سواهم ، ومن ثم فيتعين على من يريد تجنبه أن يكون متمتعا بصفة التاجر ، غير أن طلب الصلح لا يقبل من أي تاجر فيجب أن يكون هذا التاجر ممن يجوز إشهار إفلاسهم ويكون قد زاول التجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على تقديم طلب الصلح ، وأن يكون خلال هاتين السنتين قد قام بما تفرضه عليه الأحكام الخاصة بالسجل التجاري وبالدفاتر التجارية وذلك حسب نص الفقرة الثانية من المادة ٧٢٦ تجارى ويهدف المشرع من وراء ذلك قصر ميزة الصلح الواقي على التاجر الجاد الذي أثبت أنه جدير بالاستمرار في التجارة .

خلف التاجر المتوفى : إذا كان المشرع قد أجاز إشهار إفلاس التاجر بعد موته إذا مات وهو في حالة توقف عن دفع ديونه ، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة ٥٥ / تجاري والتي نصت على أنه : " ١- يجوز شهر إفلاس التاجر بعد وفاته أو اعتزال التجارة إذا توفي أو اعتزل التجارة وهو في حالة توقف عن الدفع ، ويجب تقديم طلب شهر الإفلاس في خلال السنة التالية للوفاة أو اعتزال التجارة ، فقد بات من المنطقي أن يجيز المشرع من آل إليهم متجر المتوفى بطريق الإرث أو الوصية إذا استمروا في تجارته أن يطلبوا الصلح الواقي في الثلاثة أشهر التالية لوفاته بشرط أن يكون التاجر قبل وفاته ممن يجوز لهم الحصول على الصلح ، وقد أسس المشرع هذا الحق للورثة على اعتبار أن الوارث يعد استمرارا لشخصية المورث بحيث تنتقل إليه التركة بما فيها من

حقوق وما عليها من التزامات ومن ثم يكون مسئولا عن ديونه وكأنها ديونه الشخصية وبالتالي يجوز لدائني المورث التنفيذ استيفاء لديونهم على أموال التركة بل على أموال الوارث الشخصية أيضا ، وهذا ما يتفق مع القاعدة الفقهية الشرعية والتي مفادها (لا تركة إلا بعد سداد الديون) [1] ، وبذلك احتفظ المشرع لخلف التاجر بميزة الصلح الواقي التي كانت لمورثهم وذلك إذا قرروا الاستمرار في نفس التجارة بشروط ثلاثة وهي:

شروط احتفاظ خلف التاجر بميزة الصلح الواقي من الإفلاس :

الشرط الأول: أن يكون التاجر (المورث) قبيل وفاته ممن يجوز لهم طلب الصلح بأن كان حسن النية سيء الحظ وزاول التجارة على وجه الاعتياد وقام بما يفرضه عليه قانون السجل التجاري لمدة سنتين سابقتين على وفاته وأن تكون حالته المالية مضطربة عند الوفاة .

الشرط الثاني : أن يستمر الورثة أو الموصى لهم في تجارة التاجر المتوفى وهذا الشرط يتفق مع الهدف الذي من أجله شرع نظام الصلح الواقي لأنه يهدف الى الإبقاء على نشاط التجارة واستمرارها فلا يستطيع الورثة الحصول على هذا الصلح الواقي إذا كان كل هدفهم هو تجنيب سمعة مورثهم من أن تلوثها وصمة الإفلاس .

الشرط الثالث : أن يطلب الورثة أو الموصى لهم الصلح خلال ثلاثة أشهر من وفاة التاجر وهي فترة تسمح لهم بالوقوف على حقيقة المركز المالي لتجارة مورثهم ومستقبلها ومدى ملائمة طلب الصلح لظروفها .

---

(١) المستشار محمد إبراهيم خليل ـ قانون التجارة الجديد من ٨٩٨ ـ ١٩٩٩ / ٢٠٠٠ .

تابع : الشروط الواجب توافرها لطلب الصلح الواقي من الإفلاس

الشرط الثاني : اضطراب أعمال التاجر :

لا يشترط لكي يمكن للتاجر أن يطلب الصلح الواقي أن يكون قد وصل فعلا إلى حالة التوقف عن الدفع بل يكفي وفقا لتعبير نص الفقرة الأولى من المادة ٧٢٥ / تجاري أن تكون أعماله المالية قد اضطربت اضطرابا من شانه أن يؤدي الى توقفه عن الدفع ، فلابد أن يكون هذا الاضطراب جديا وخطيرا إلى الحد الذي يجعل وقوف المدين عن الدفع محتما إذ لم يسعفه الدائنون بقبول الصلح الواقي ، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر في كل حالة على حدة توافر هذا الشرط ولا يشترط أن يؤدي هذا الاضطراب الى إضعاف الائتمان مثلا ، بل تكفى غلبة الظن بأن ما يعيشه التاجر يؤدي الى هذا المصير ، ومع ذلك يذهب الرأي الراجح الى أن طلب الصلح الواقي لا يكون مقبولا إلا إذا كان اضطراب المركز المالي للمدين على درجة من الجسامة بحيث يكفي لإحداث تصدع في ائتمانه يهدده بالوقوف عن الدفع ، ويجعل من العسير عليه الوفاء بالتزاماته إلا إذا أسعفه دائنوه بالعون الذي يتمثل في التنازل عن بعض الديون أو منحه آجالا للسداد أو الأمرين معا [1] ومن هنا لا يكفي الاضطراب العارض البسيط لكي يستطيع المدين طلب الصلح لأن ذلك يؤدي الى فتح باب واسعا للتحايل واتخاذ الصلح وسيلة للتخفيف من الديون .

---

(١) محكمة الإسكندرية الابتدائية (الدائرة التجارية) ١٩٩٥/١٠/٨ – النشرة القانونية لمحكمة الإسكندرية الابتدائية مايو ١٩٥٣ ص ٣٣ .

الشرط الثالث: انقضاء سوء النية :

لكي يتمتع التاجر بميزة الصلح الواقي يجب أن يلتزم الأمانة ويتبع الأصول التجارية وأن يكون اضطراب أعماله التجارية راجعا الى ظروف لم يكن في استطاعته توقعها أو تجنبها ، أما اذا كان هذا الاضطراب نتيجة خطأ من جانبه لا يصدر عن التاجر العادي أو ناتجا عن غشه فيعتبر سيء النية لا يستحق أن يتمتع بميزة الصلح الواقي ومن أمثلة الخطأ الذي لا يصدر من التاجر العادي (المبالغة في الإنفاق و الإسراف في المضاربة) أما الغش فمثاله (إخفاء الدفاتر التجارية واختلاس الأموال بقصد الإضرار بالدائنين) ، وميزة الصلح الواقي ليست مقررة للتاجر الفرد فحسب بل يجوز منح هذه الميزة لكل شركة عدا شركات المحاصة وبشرط ألا تكون في دور التصفية وهذا ما قرره المشرع في الفقرة الثالثة من المادة ٧٢٥ / تجاري لأن الهدف الأساسي من هذا الصلح هو الإبقاء على نشاط التجارة واستمرارها ولا تستطيع الشركة وهي في دور التصفية أن تعمل على تحقيق هذا الهدف وهي في دور التصفية عن طريق طلب الصلح الواقي لأنها في هذه المرحلة تتمتع بشخصية معنوية محددة بالقدر اللازم لعملية التصفية وهذا القدر يبيح لها فقط إنهاء كافة عملياتها التجارية بقصد إنهاء نشاطها تماما ولا يخولها بحال إتيان أي عمل من شأنه أن يبعثها الى الحياة التجارية مرة أخرى.

المطلب الثاني

إجـراءات الصلح

تتميز إجراءات الصلح بأنها إجراءات قضائية لأنها تعفي المدين عن التماس الصلح من جميع الدائنين واحدا بعد الآخر كما هو الحال في الصلح الودى وقد راعي المشرع أن تكون هذه الإجراءات سريعة ، قليلة النفقة ، وأن توفر مع ذلك سائر الضمانات التي تكفل طمأنة الدائنين والمدين معا إلى هذا الصلح البسيط الذي قد ينتهى إليه الإفلاس مع مراعاة تركيز هذه القواعد واختصارها ما أمكن ، حرصا على مصلحة المدين الذي يود أن يعاود الاستمرار في تجارته ونعرض هذه الإجراءات ترتيبا وإجمالا ثم نتناولها تفصيلا وذلك على التالي :-

إجراءات الصلح إجمالا :

١- تقديم طلب الصلح.

٢- الفصل في طلب الصلح.

٣- قبول الطلب وافتتاح إجراءات الصلح.

٤- تحقيق الديون.

٥- انعقاد جمعية الصلح والمداولة والاشتراط في التصويت.

٦- مضمون الصلح.

٧- تصديق المحكمة على الصلح.

إجراءات الصلح تفصيلا:

١- تقديم طلب الصلح :

لا يجوز تقديم طلب الصلح الواقي إلا من المدين وذلك طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٧٢٥ / تجاري والتي نصت على أنه " ولكل تاجر يجوز شهر إفلاسه ، ولم يرتكب غشا أو خطأ لا يصدر عن التاجر العادي أن يطلب الصلح الواقي من الإفلاس إذا اضطربت أعماله المالية اضطرابا من شأنه أن يؤدي إلى توقفه عن الدفع ، فلا يجوز للدائنين تقديم هذا الطلب ولو كانت لهم في الصلح مصلحة واضحة - لأن الغرض هو أن المدين التاجر وحده هو الذي يقدر ما إذا كان يود الاستفادة من الصلح والاستمرار في التجارة ام لا ويستوي أن يكون مقدم الطلب فردا كان أو شركة ، وذلك طبقا لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة ٧٢٥/ تجاري والتي نصت على " وفيما عدا شركات المحاصة يجوز منح الصلح الواقي من الإفلاس لكل شركة توافرت فيها الشروط المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين " . ويقدم طلب الصلح الى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة بشهر الإفلاس أي الكائن بدائرتها موطن تجارة المدين ، ويجوز تقديم هذا الطلب بواسطة وكيل عن المدين ويجب أن يكون التوكيل خاصا واذا توفى التاجر جاز تقديم هذا الطلب من الورثة أو الموصي له وذلك طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٧٢٧ والتي نصت على " وإن آل إليهم المتجر بطريق الإرث أو الوصية أن يطلبوا الصلح الواقي إذا قرروا الاستمرار في التجارة وكان التاجر قبل وفاته ممن يجوز لهم الحصول على هذا الصلح " .

مرفقات طلب الصلح :

حسب نص المادة ٧٣١ / تجارى يرفق بطلب الصلح الواقي ما يلي :

١ـ الوثائق المؤدية للبيانات المذكورة.

٢ـ شهادة من مكتب السجل التجاري تثبت قيام التاجر بما تفرضه الأحكام الخاصة بالسجل التجاري خلال السنتين السابقتين على طلب الصلح.

٣ـ شهادة من الغرفة التجارية تفيد مزاولة التجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على طلب الصلح.

٤ ـ صورة من الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن السنتين السابقتين على طلب الصلح.

٥ ـ بيان إجمالي المصروفات الشخصية في السنتين السابقتين على طلب الصلح

٦ـ بيان تفصيلي بالأحوال المنقولة وغير المنقولة وقيمتها التقريبية عند طلب الصلح.

٧ ـ بيان بأسماء الدائنين والمدينين وعناوينهم ومقدار حقوقهم أو ديونهم والتأمينات الضامنة لها .

٨ـ ما يفيد إيداع مبلغ ١٠٠٠ جنية خزينة المحكمة على ذمة مصروفات نشر ما يصدر من أحكام .

واذا كان الطلب خاصا بشركة وجب أن يرفق به فضلا عن الوثائق المذكورة في الفقرة السابقة صورة من عقد الشركة ونظامها مصدقا عليها من

مكتب السجل التجاري والوثائق المثبتة لصحة مقدم الطلب ، وصورة من قرار الشركاء أو الجمعية العامة لطلب الصلح وبيان أسماء الشركاء المتضامنين وعناوينهم وجنسيتهم، ويجب أن تكون تلك الوثائق مؤرخة وموقعة من طالب الصلح وإذا تعذر تقديم بعضها أو استيفاء بياناتها وجب أن يتضمن الطلب أسباب ذلك ، وبعد عرض هذا النص يتبين أن التاجر مقدم طلب الصلح عليه أن يدعم طلبه بما عرضته المادة السالفة الذكر من وثائق مؤدية لطلبه للصلح .

٢ - **الفصل في طلب الصلح :**

١- نصت المادة ٧٣٢ تجارى على انه " للمحكمة التي تنظر في طلب الصلح أن تأمر باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على أموال المدين الى حين الفصل في الطلب " .

٢- ويجوز للمحكمة أن تتخذ من الإجراءات ما يمكنها من الإحاطة بحالة المدين المالية وأسباب اضطرابها .

٣- وتنظر المحكمة في طلب الصلح في غير علانية وعلى وجه الاستعجال وتفصل في الطلب بحكم نهائي .

اثر تقديم طلب الصلح :

لا يترتب على تقديم طلب الصلح الواقي أي أثر بالنسبة للمدين ودائنيه ولكن إذا قدم طلب الصلح بعد طلب شهر إفلاس المدين وقبل الحكم ترتب على تقديم الطلب وقف الفصل في دعوى الإفلاس إلي ان يفصل في طلب الصلح ، وذلك طبقا لما نصت عليه المادة ٧٢٩ / تجاري والتي نصت على أنه " اذا قدم

الى المحكمة طلب شهر إفلاس المدين وطلب آخر بالصلح الواقي من الإفلاس فلا يجوز الفصل في طلب شهر الإفلاس إلا بعد الفصل في طلب الصلح "

وهو ترتيب طبيعي لأن المحكمة إذا وافقت على طلب الصلح ، فلا محل لنظر طلب الإفلاس أما إذا رفضت الطلب فأنها تستمر بعدئذ في نظر دعوى الإفلاس والأصل أن المحكمة لها سلطة قبول طلب الصلح أو رفضه ، وعلى المحكمة في حالات معينة رفض طلب الصلح ، وهذه الحالات عددتها المادة ٧٣٣ / تجاري حيث نصت على أن " تقضي المحكمة برفض طلب الصلح الواقي في الحالات الآتية :

١- إذا لم يقدم طالب الصلح الوثائق والبيانات المنصوص عليها في المادة ٧٣١ من هذا القانون أو قدمها ناقصة دون مسوغ .

٢- إذا سبق الحكم على التاجر بالإدانة في إحدى جرائم الإفلاس و التدليس أو في جريمة التزوير أو السرقة أو النصب أو خيانة الأمانة أو إصدار شيك بدون مقابل وفاء أو اختلاس الأموال العامة ما لم يكن قد رد إليه اعتباره .

٣- إذا اعتزل التجارة أو لجا إلى الفرار وإذا قضت المحكمة برفض طلب الصلح الواقي ، جاز لها أن تحكم على التاجر بغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تزيد على خمسة آلاف جنيه إذا تبين لها أنه قد تعمد الإيهام باضطراب أعماله أو أحدث الاضطراب منها وذلك طبقا لنص المادة ٧٣٤ / تجارى .

٣- قبول الطلب وافتتاح إجراءات الصلح:

بعد أن تنظر المحكمة منعقدة في غرفة المشورة الطلب المقدم من المدين وما صحبه من مستندات وتجده مستجمعا لشروطه الموضوعية تصدر

أمرها بافتتاح إجراءات الصلح الواقي ، وتعين في الحكم الصادر بافتتاح هذه الإجراءات أحد قضاتها للأشراف على إجراءات الصلح وذلك طبقا لما نصت عليـه المادة ٧٣٥ / تجاري والتي نصت على أنه : "

١- اذا قضت المحكمة بقبول الصلح الواقي يجب أن تأمر بافتتاح هذه الإجراءات .

٢- يجب أن يتضمن الحكم ما يلي :

أ - ندب أحد قضاة المحكمة للإشراف على إجراءات الصلح .

ب - تعيين أمين أو أكثر لمباشرة إجراءات الصلح ومتابعتها .

ج - يجوز للمحكمة أن تأمر في حكم افتتاح إجراءات الصلح بأن يـودع المـدين خزانة المحكمة أمانة نقدية لمواجهة مصاريف الإجراءات ويجوز أن تقضى المحكمـة بإلغاء إجراءات الصلح أو بوقفها إذا لم يودع المدين الأمانة في الميعاد الذي عينته كمـا نـصت المادة ٧٣٦ على أن يعين أمين الصلح من بين الأشخاص المرخص لها في مزاولة مهنـة أمين التفليسة " .

كما نصت المادة ٧٣٨ / تجارى على أن : " يخطر قلم الكتاب أمين الصلح بالحكم الـصـادر بتعيينه فور صدوره ، ولابد من شهر الأمر بافتتاح إجراءات الصلح ليتم في جو من العلانية يتضمن على كل ذي مصلحة حتى لا تفوته فرصة الاشتراك في مناقشة شروط الصلح ، لذلك أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٧٣٨ / تجارى على أمين الصلح أن يقوم خلال خمسة أيام من تاريخ الإخطار بتعيينه بقيد الحكم بافتتاح الإجراءات في السجل التجاري ونشر ملخصه مصحوبا بدعوة الدائنين الى الاجتماع في صحيفة يومية يعينها القاضي المـشرف، كمـا أوجبت

الفقرة الثالثة من المادة ٧٣٨ على أمين الصلح بأن يرسل خلال المدة سالفة البيان الدعوة إلى الاجتماع مرفقا بها مقترحات الصلح الى الدائنين المعلومة عناوينهم وفور الحكم بافتتاح إجراءات الصلح يقوم القاضي المشرف بقفل دفاتر الدين ووضع توقيعه عليها طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٧٣٩ / تجاري.

آثار الأمر بافتتاح إجراءات الصلح الواقي :

نظرا لاختلاف نظام الصلح الواقي عن نظام الإفلاس من حيث الغاية التي يهدف كل منهما إلى تحقيقها فمن المنطقي أن تختلف الآثار التي تترتب على الحكم بشهر الإفلاس عن الآثار التي تترتب على الأمر بافتتاح إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس ، وحول غاية الصلح الواقي تدور آثار الأمر بافتتاح إجراءاته حيث تهدف هذه الآثار الى تمكين المدين من الاستمرار في تجارته مع تقييد حريتـه فـي بعض التصرفات :

١ـ استمرار المدين في أعمال تجارته مع تقييد حريته بالنسبة لتصرفات معينة :

لا يترتب على الأمر بافتتاح إجراءات الصلح الواقي غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها لأن نظام الصلح لا يهدف إلى تصفية أموال المدين وقيمة الناتج منها بين الدائنين قسمة الفرقاء لذلك قررت المادة ٧٤٠ / ١ تجاري الإبقاء على حق المدين في إدارة أمواله والقيام بجميع التصرفات العادية التي تقتضيها أعماله التجارية ولكن تحت إشراف أمين الصلح وذلك بنصها على أن { يبقى المدين بعد صدور الحكم بافتتاح إجراءات الصلح قائما على إدارة أمواله بإشراف أمين الصلح وله أن يقوم بجميع التصرفات العادية التي تقتضيها أعماله التجارية } ومع ذلك لا يجوز الاحتجاج بالتبرعات التي يجريها المدين

بعد صدور الحكم المذكور ورغبة من المشرع في حرية المدين في تصرفاته والإبقاء على حقوق الدائنين فقد منع المدين من عبثه بأمواله إضرارا بالدائنين وذلك بالنص على أن التبرعات التي يجريها المدين بعد صدور الحكم بافتتاح إجراءات الصلح لا يجوز الاحتجاج بها في مواجهة الدائنين ومن ثم فلو صدر من المدين أي تصرف بالتبرع يعد باطلا .

٢- عدم سقوط الآجال واستمرار سريان الفوائد:

لا يترتب على الأمر بافتتاح إجراءات الصلح الواقي حلول آجال الديون كما لا يترتب على صدور الحكم بالافتتاح وقف سريان العوائد وذلك طبقا لما نص عليه المشرع في المادة ٧٤٢ / تجاري بحيث نصت علي " يترتب على صدور الحكم بافتتاح إجراءات الصلح حلول أجال الديون التي على المدين أو وقف سريان عوائدها ، وقف الدعاوى وإجراءات التحفظ والتنفيذ ونتائج الشروط الفاسخة والمواعيد رغبة من المشرع في تحقيق المساواة بين الدائنين وتمكين المدين من الاستمرار في تجارته وعدم تعطيلها ، حيث نصت المادة ٧٤١ / ١ تجاري على أن " توقف جميع الدعاوى وإجراءات التنفيذ الموجه الى المدين بمجرد الحكم بافتتاح إجراءات الصلح " والحكمة في ترتيب هذا الأثر على الأمر هي تحقيق المساواة بين الدائنين حتى لا يتسابقوا في مقاضاة المدين والتنفيذ على أمواله فيتقدم بعضهم على الآخر بغير وجه حق ، وتأمين المدين من إجراءات التنفيذ وتمكينه من التصالح مع دائنيه ، والا استطاع دائن متعنت الوصول بتنفيذ سريع إلى تعطيل تجارة المدين وإحباط الجهود المبذولة نحو سبيل التصالح ، ويسرى وقف الدعاوى والإجراءات على جميع الدائنين سواء كانوا عاديين أو مرتضيين أو ممتازين أو أصحاب حقوق اختصاص وذلك عدا أصحاب ديون النفقة والحكومة بالنسبة للضرائب والرسوم المستحقة لها ،

أما إذا كانت الدعاوى المرفوعة من جهة المدين أو قام بإجراءات تنفيذ لحق المدين فقد قررت المادة ٧٤١ / تجاري " سريان مثل هذه الدعاوى لان فائدتها تئول إلى المدين ودائنيه بشرط تدخل أمين الصلح فيها " .

٤- **تحقيق الديون** :

حرصا من المشرع على مصلحة الدائنين والمدين معا والتأكد من صحة الديون التي في ذمة المدين من حيث مقدارها وآجالها فقد أوجب المشرع على الدائنين تقديم ما يثبت ديونهم حيث نصت المادة ٧٤٤ / ١ تجاري (على جميع الدائنين ولو كانت ديونهم غير حالة أو مضمونة بتأمينات خاصة أو ثابتة بأحكام نهائية أن يسلموا أمين الصلح خلال عشرة أيام من تاريخ نشر ملخص الحكم بافتتاح إجراءات الصلح في الصحف مستندات ديونهم مصحوبة ببيان هذه الديون وتأميناتها إن وجدت ومقدارها مقومة بالعملة الوطنية على أساس سعر الصرف المعلن لدى البنك المركزي بيعا أو إقفالا أو تحويلات أو بنكنوت إذا لم يوجد سعر تحويلات يوم صدور الحكم يجوز إرسال البيان والمستندات إلى أمين الصلح بكتاب مسجل بعلم الوصول ، وقد حددت الفقرة الثانية من المادة المذكورة مواعيد إرسال وتقديم هذه المستندات الدالة على الديون بثلاثين يوما بالنسبة الي الدائنين المقيمين خارج مصر واستبعدت الفقرة الثالثة من المادة المذكورة بعد هذين الموعدين - استبعدت أي ميعاد للمسافة ، وبعد وصول هذه المستندات الى أمين الصلح وبانتهاء أربعين يوما على الأكثر من تاريخ صدور حكم افتتاح إجراءات الصلح على الأمين أن يعد قائمة بأسماء الدائنين الذين طلبوا الاشتراك في الإجراءات المذكورة وبيان بمقدار كل دين على حدة والمستندات التي تؤيده والتأمينات التي تضمنه إن وجدت وما يراه بشان قبوله

أو رفضه وله أن يطلب من الدائن تقديم إيضاحات عن الدين أو تكملة مستنداته أو تعديل مقداره أو صفاته وذلك طبقا لنص المادة ٧٤٥ /٢ تجاري.

كما نصت المادة ٧٤٦ / تجاري على :" ١- على أمين الصلح إيداع قائمة الديون قلم كتاب المحكمة خلال أربعين يوما على الأكثر من تاريخ صدور حكم افتتاح إجراءات الصلح ويجوز عند الاقتضاء إطالة هذا الميعاد بقرار من القاضي المشرف.

٢- يقوم أمين الصلح في اليوم التالي للإيداع بنشر بيان بحصول الإيداع في صحيفة يومية يعينها القاضي المشرف ويرسل أمين الصلح إلى المدين وإلى كل دائن نسخة من قائمة الديون وبيان المبالغ التي يرى قبولها في كل دين.

٣- ولكل ذي مصلحة الاطلاع على القائمة المودعة قلم كتاب المحكمة ، وللمدين ولكل دائن ورد اسمه بقائمة الديون أن ينازع في الديون المدرجة بها خلال عشرة أيام من تاريخ النشر في الصحف من حصول الإيداع وتقدم المنازعة إلى قلم الكتاب ويجوز إرسالها بكتاب مسجل أو ببرقية أو تلكس أو فاكس ولا يضف إلى هذا الميعاد ميعاد مسافة نص مادة ٧٤٧٤ / تجاري ، ولا يجوز أن يشترك في إجراءات الصلح الواقي الدائنون الذين لم يقدموا مستندات ديونهم في الميعاد المحدد قانونا وهو عشرة أيام من تاريخ نشر ملخص الحكم بافتتاح إجراءات الصلح في الصحف ولا الدائنون الذين لم تقبل ديونهم نهائيا أو مؤقتا وهذا ما نصت عليه المادة ٧٥٠ /تجارى، وبعد الانتهاء من تحقيق الديون يعين القاضي المشرف ميعادا لاجتماع الدائنين للمداولة في مقترحات الصلح وترسل الدعوة إلى حضور هذا الاجتماع الى كل دائن قبل دينه نهائيا أو مؤقتا ويجوز للقاضي المشرف أن يأمر بنشر الدعوى في صحيفة يومية يعينها وذلك طبقا لنص المادة ٧٥١ / تجاري ونصل إلى آخر إجراء من إجراءات تحقيق

الديون ألا وهو أن يقوم أمين الصلح قبل الميعاد المعين لاجتماع الدائنين بخمسة أيام على الأقل بإيداع تقرير عن حالة المدين المالية وأسباب اضطرابها وبيانا بأسماء الدائنين الذين لهم الحق في الاشتراك في إجراءات الصلح على أن يتضمن هذا التقرير وجوبيا رأي أمين الصلح في الشروط التي اقترحها المدين للصلح م ٧٥٢ / ١ تجاري .

٥ - انعقاد جمعية الصلح والمداولة والاشتراك في التصويت :

إذا حدد القاضي المشرف موعدا لاجتماع الدائنين للمداولة في مقترحات الصلح وحل هذا الموعد يجتمع المدين والدائنون برئاسة القاضي المشرف وحضور أمين الصلح ويجوز للدائن أن يوكل غيره عنه في حضور هذا الاجتماع أما المدين فيجب عليه الحضور بنفسه ولا يجوز المداولة في شروط الصلح إلا بعد تلاوة تقرير أمين الصلح ويجوز للمدين تعديل شروط الصلح أثناء المداولة وذلك حسبما نصت عليه المادة ٧٥٣ / تجارى .

التصويت على الصلح:

تبدأ عملية التصويت على الصلح معروضا في حالته التي انتهى إليها بعد المناقشة ولا يشترك في التصويت على الصلح إلا الدائنون الذين نشأت ديونهم قبل تقديم طلب الصلح الواقي وقبلت ديونهم نهائيا أو مؤقتا وكذلك الدائنون الذين قدموا مستندات ديونهم في الميعاد القانوني أما الدائنون أصحاب التأمينات العينية المقررة على أموال المدين فلا يجوز لهم الاشتراك في التصويت قبل التصويت على الصلح لسببين هما:

السبب الأول: لأن شروط هذا الصلح لا تسرى عليهم ما دام لهم حق الأولوية في التنفيذ على التأمينات الخاصة بهم .

السبب الثاني : لأنهم قد يتهاونون مع المدين اعتمادا على هذه التأمينات التي تجعلهم في مأمن من آثار هذا التهاون، فإذا أرادوا الاشتراك في التصويت وجب عليهم النزول مقدما عن تأمينهم ويجوز أن يكون التنازل مقصورا على جزء من التأمين بشرط ألا يقل عما يقابل ثلث الدين ويذكر التنازل في محضر الجلسة أما اذا اشتركوا في التصويت دون أن يصرحوا بالتنازل عن تأميناتهم كلها أو بعضها اعتبر ذلك نزولا منهم عن تأميناتهم بأجمعها وإسقاطها ، وفي جميع الأحوال لا يكون التنازل نهائيا إلا اذا تم الصلح وصدقت عليه المحكمة وإذا أبطل الصلح بعد ذلك عاد التامين الذي شمله التنازل ولا يجوز لزوج المدين ولا لأقاربه حتى الدرجة الثانية الاشتراك في مداولات الصلح أو التصويت علي شروطه [1] ولا يقع الصلح إلا بموافقة الدائنين الذين قبلت ديونهم نهائيا أو مؤقتا بشرط أن يكونوا حائزين لثلثي قيمة هذه الديون ، وذلك طبقا لما نصت عليه المادة ٧٥٤ / تجاري والتي اشترطت موافقة نوعين من الأغلبية :

١ـ أغلبية عددية عادية .

٢ـ أغلبية قيمية خاصة لا بد أن تصل الى ثلثي الديون .

وقد لا يستطيع المدين أن يحصل على هذه الأغلبية في الجلسة الأولى وعندئذ يتم تأجيل المداولة لمدة عشرة أيام لا مهلة بعدها وتسرى في هذه الحالة الأحكام التي تنص عليها الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٨ / تجاري وهي (أنه اذا لم يحضر الى الاجتماع الثاني الدائنون الذين حضروا الاجتماع الأول ووقعوا

---

(١) د/على البارودي – الأوراق التجارية والإفلاس ص ٢٤٣ ط دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ٢٠٠٢.

محضر الصلح تبقى موافقتهم على الصلح في الاجتماع الأول قائمة ونافذة في الاجتماع الثاني إلا اذا حضروا هذا الاجتماع وعـدلوا عن موافقتهم السابقة أو عدلوها أو إذا أدخل المدين تعديلا جوهريا في اقتراحاته بـشأن الصلح في الفترة بين الاجتماعين فإذا لم تتوفر الأغلبية المتطلبة قانونا أي الأغلبية المزدوجة سالفة الذكر في هذه الجلسة الثانية يعتبر الصلح مرفوضا.

٦ - **مضمون الصلح :**

يتوقف مضمون الصلح على اتفاق المدين والدائنين وهو يتـضمن عادة إما الإبراء من جزء من الدين أو تأجيل الوفاء بها أو الأمرين معا ، وقد نصت المادة ٧٥٩ / تجاري على مضمون الصلح بنصها على انه : "

١- يجوز أن يتضمن الصلح الواقي منح المدين آجالا لوفاء الديون كما يجوز أن يتضمن إبراء المدين من جزء من الدين .

٢- يجوز أن يعقد الصلح بشرط الوفاء إذا أيسر المدين خلال مدة تعين في شـروط الصلح على ألا يتجاوز خمس سنوات من تاريخ التصديق على الصلح ولا يعتبر المدين قد أيسر إلا اذا زادت موجوداته على الديون المترتبة عليـه بمـا يعـادل عشرة في المائـة على الأقل .

٣ - وللدائنين أن يشترطوا تقديم ضمان عيني أو شخصي لتنفيذ شروط الصلح .

٤ - وفي جميع الأحوال يجب احترام مبدأ المساواة بين الدائنين فإذا اشترط في الصلح ميزة خاصة لصالح طائفة معينة من الدائنين كالحصول على فوائد لا يحصل عليها الآخرون فإنه يجب على المحكمة ألا تصادق على الصلح .

٧ - تصديق المحكمة على الصلح

على القاضي المشرف على إجراءات الصلح خلال سبعة أيام من انقضاء الميعاد المحدد للاعتراض على الصلح من قبل الدائنين وهو عشرة أيام من تاريخ التوقيع على محضر الصلح أن يرسل محضر الصلح الى المحكمة التي أصدرت الأمر بافتتاح إجراءات الصلح للتصديق عليه وذلك مع تقرير من القاضي المشرف عن حالة المدين المالية وأسباب اضطراب أعماله وشروط الصلح وبيان بالاعتراضات التي قدمت على الصلح وأسبابها ثم يقوم قلم كتاب المحكمة بتبليغ المدين والدائنين الذين قدموا اعتراضات على الصلح بميعاد الجلسة التي حددت للنظر في الاعتراضات وطلب التصديق على الصلح وكل ذي مصلحة حق حضور الجلسة وتفصل المحكمة في الاعتراضات وفي طلب التصديق على الصلح بحكم واحد يكون نهائيا سواء بقبول التصديق على الصلح أو برفض التصديق عليه ، وتبدأ المحكمة بمراجعة شروط الصلح القانونية فإذا تبين لها تخلف شرط من هذه الشروط كما إذا لم يكن المدين قد زاول التجارة لمده سنتين سابقتين على طلب الصلح وجب على المحكمة أن ترفض التصديق على الصلح إلا إذا تيقنت من توافر كل الشروط وسلامة الإجراءات فأن الأمر يتعلق حينئذ بمطلق سلطتها التقديرية فلها أن تصدق على الصلح ولها أن ترفض التصديق عليه ولو لم يقدم بشأنه أي اعتراض [١] ، وغالبا ما تستند المحكمة في تبرير رفضها التصديق على الصلح غلى أسباب تتصل بالمصلحة العامة أو بمصلحة الدائنين [٢] ، واذا رفضت المحكمة التصديق على الصلح الواقي فانه يترتب على ذلك عودة المدين الى مركزه قبل طلبه وقد يستطيع

---

(١) د/ مصطفى كمال طه المرجع السابق صـ ٥٥٣ .

(٢) د/ عبد الرحمن السيد قرمان ـ القانون التجاري ـ (الإفلاس) ص ٤٧٣ طبعة ٩٧/٩٨ .

المدين إذا لم يكن قد وصـل إلـى حالـة الوقوف عن الدفع أن يتفادى شهر إفلاسه بوسائل أخرى ما لم يكن قد توقف عن الدفع فعلا فيجوز للمحكمة شهر إفلاسه من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد دائنيه ومتى صدقت المحكمة على طلب الصلح فإنه يصبح نافذا وتأمر المحكمة في حكم التصديق على الصلح بناء على تقرير من القاضي المشرف باستبقاء أمين الصلح أو بتعيين رقيب من بين الدائنين أو من غيرهم لمراقبة تنفيذ شروط الصلح وإبلاغ المحكمة بما يقع من مخالفات لهذه الشروط ولكن لا يجوز للمحكمة وهي تنظر التصديق على الصلح أن تعدل من شروطه المتفق عليها بين المدين ودائنيه لأن الصلح عقد بينهما فلا يجوز تعديله إلا برضاء طرفيه وكل ما للمحكمة في هذا الشأن إما التصديق أو الرفض .

شهر حكم التصديق على الصلح:

قرر المشرع شهر هذا الحكم حيث نصت المادة تجاري على أن :

١- يشهر الحكم الصادر بالتصديق على الصلح الواقي وفقا للأحكام المقررة لشهر الإفلاس.

٢- ويجب أن يشمل الملخص الذي ينشر في الصحف على اسم المدين وموطنه ورقم قيده في السجل التجاري والمحكمة التي صدقت على الصلح وتاريخ حكم التصديق وهذا ما أورده القضاء حيث قضى بان الحكم الصادر بالتصديق على الصلح في تفليسة يجب تسجيله للمحافظة على حقوق الدائنين في الرهن على أملاك المدين إذ حق الرهن هذا يخضع لقاعدة أساسية لا تتحقق إلا بتسجيل الحكم ذاته وإغفال هذا الأجراء يترتب عليه ألا يكون الدائنين الذين كان لهم الحق في الانتفاع لهذا التسجيل أن يحتجوا

بحقوقهم الناقصة قبل مشتري سجل ملكيته ولو ذكر في العقد أن هذه الإملاك ناشئة عن تفليسة .

المطلب الثالث

آثار الصلح الواقي

تمهيد :

لما كان الصلح إجراء قضائيا يهدف المشرع من ورائه إلى حماية المدين من الوقوع في غيابات الإفلاس لذا كان من الطبيعي أن يرتب الصلح بعد التصديق عليه وشهره آثارا بالنسبة للمدين والدائنين ، فما هي هذه الآثار ؟ فنتناول آثار الصلح بالنسبة للمدين أولا ثم آثاره بالنسبة للدائنين وذلك في فرعين :

الفرع الأول: آثار الصلح بالنسبة للمدين ويشمل ما يلى :-

أولا: آثاره بالنسبة للمدين :

بالتصديق على الصلح الواقي يصبح المدين في منجى من الإفلاس بسبب دين من الديون التي يسري عليها الصلح ولكن هذا لا يمنع طلب إفلاسه بواسطة الدائنين الذين لا يسرى عليهم الصلح في مواجهتهم أو إذا فسخ الصلح أو حكم ببطلانه، وتعود للمدين حريته المطلقة في الإدارة والتصرف بشرط التزامه بتنفيذ شروط الصلح المتفق عليها وقد نصت المادة ٧٦٢ / تجاري على حقين للمدين وذلك من خلال فقرتيها وهما كما نصت عليها : ١- يجوز للمحكمة التي صدقت على الصلح أن تمنح المدين بناء على طلبه آجالا للوفاء

بالديون التي لا يسري عليها الصلح بشرط ألا تجاوز الآجال التي تمنحها المحكمة الأجل المقرر للصلح .

٢ - ولا يترتب على التصديق على الصلح حرمان المدين من الآجال التي تكون أبعد من الأجل المقرر في الصلح ، وقد خشي المشرع إساءة المدين في إدارة أمواله و سعيه للأضرار بدائنيه بعد حصوله على الصلح فأجاز للمحكمة أن تأمر باستبقاء أمين الصلح أو بتعيين رقيب من بين الدائنين لمراقبة تنفيذ شروط الصلح وإبلاغ المحكمة بكل ما يقع من مخالفات لهذه الشروط و هذا ما نصت عليه المادة ٧٦٣ / تجاري والتي نصت على أنه :

أ- تامر المحكمة في حكم التصديق على الصلح بناء على تقرير من القاضي المشرف باستبقاء أمين الصلح أو بتعيين رقيب من بين الدائنين أو من غيرهم لمراقبة تنفيذ شروط الصلح وإبلاغ المحكمة بما يقع من مخالفات لهذه الشروط .

ب - يطلب الرقيب من المحكمة التي صدقت على الصلح خلال عشرة أيام من الانتهاء تنفيذ شروط الصلح الحكم بقفل الإجراءات ، ولا يجوز للمدين أثناء تنفيذ صلح واق أن يطلب الصلح مرة ثانية وذلك حتى لا يكون الصلح على الصلح وسيلة للهبوط بالنصيب إلى أدنى من الحد القانوني والارتفاع بالأجل فوق المدى الذي قدره القانون ولأن من يعجز عن تنفيذ ما التزم به في صلح أول يعجز غالبا عن تنفيذ صلح لاحق عليه [١] .

---

(١) د/ مصطفى كمال طه المرجع السابق ص ٥٥٦ .

ثانيا : آثار الصلح بالنسبة للملتزمين مع المدين بالوفاء:

نصت المادة ٧٦١ / ٢ تجاري على أنه لا يستفيد من الصلح الواقي المدينون المتضامنون مع المدين أو كفلائه في الدين ومع ذلك إذا وقع الصلح مع شركة أستفاد من شروطه الشركاء المسئولون في جميع أموالهم عن ديون الشركة إلا إذا نص في عقد الصلح على غير ذلك ، وبناء عليه إذا كان الدين مضمونا بالقدر المقرر بكفالة أو تضامن جاز للدائن أن يستوفي حقه من الكفيل أو المدين المتضامن فإذا أقام الملتزم مع المدين بالوفاء بالدين كاملا في أجله الأصلي فلا يستطيع أن يرجع على المدين الأصلي إلا بالصلح المحدد فيه ، ومع ذلك إذا وقع الصلح مع شركة أستفاد من شروطه الشركاء المسئولون في جميع أموالهم عن ديون الشركة إلا اذا نص في عقد الصلح غير ذلك .

ثالثا: آثار الصلح بالنسبة للديون :

شروط الصلح تسري على جميع الديون التي تقدم بها أصحابها للاشتراك في الصلح إلا أن الفقرة الثالثة من المادة ٧٦١ / تجارى أخرجت بعض الديون من هذه القاعدة وهذه الديون هي :

١- ديون النفقة حيث لا يجوز تطبيق شروط الصلح على ديون النفقة لا بالتخفيض من قيمة الدين وتأجيل الوفاء بها وذلك لاعتبارات إنسانية .

٢- الديون التي نشأت بعد صدور الحكم بافتتاح إجراءات الصلح .

٣- الديون المضمونة برهن ومن ثم لا يسرى الحكم على الدائنين المرتهنين رهنا عقاريا أو حيازيا ولا على أصحاب حقوق الاختصاص ولا على الدائنين الممتازين طبقا لأحكام القانون الخاصة بالإفلاس .

٤ - المبالغ المستحقة للحكومة من ضرائب ورسوم أيا كان نوعها [١] .

---

(١) الطعن رقم ٧٧ لسنة ٣٠ ق ص ٣٠٤ مجموعة أحكام النقض.

الفرع الثاني : آثار الصلح بالنسبة للدائنين

بمجرد التصديق على الصلح يستعيد كل دائن حقه في إقامة الدعاوى واتخاذ إجراءات التحفظ والتنفيذ قبل المدين والتي كانت قد أوقفت اعتبارا من تاريخ الحكم بافتتاح إجراءات الصلح ولا يجوز للدائنين مطالبة المدين بأكثر مما جاء في شروط الصلح من حيث الدين وميعاد الوفاء به .

الدائنون الذين يحتج في مواجهتهم بالصلح:

نصت المادة ٧٦١ / ١ تجاري على أنه (يسرى الصلح الواقي من الإفلاس بمجرد صدور الحكم بالتصديق عليه على جميع الدائنين الذين تعتبر ديونهم عادية وفقا لأحكام الإفلاس ولو لم يشتركوا في إجراءاته أو لم يوافقوا على شروطه)، والمقصود بالدائن العادي في هذا الصدد هو من يعتبر كذلك طبقا لأحكام القانون الخاص بالإفلاس.

فبائع المنقولات الذي لم يقبض الثمن مثلا دائن ممتاز طبقا لأحكام القانون المدني لكن قانون الإفلاس يحرمه من امتيازه ويجعل منه دائنا عاديا إذا دخل المبيع مخازن المشترى أو مخازن وكيله بالعمولة المكلف ببيعها لذلك فإن الصلح يسرى على بائع البضاعة إذا كانت قد دخلت في حيازة المدين المتصالح وقد راعي المشرع في تقرير هذا الحكم أن السواد الأعظم من دائني التاجر يكون من بائعي المصانع ولو لم ينفذ الصلح لضاعت الحكمة منه ولما كانت له فائدة .

المطلب الرابع

انقضاء الصلح الواقي

ينقضي الصلح الواقي بطبيعة الحال بتنفيذ شروطه ولكن قد لا تسير الأمور في طريقها المرسوم ويحدث من العوارض ما يؤثر على وجود الصلح واستمراره فيطلب إبطال الصلح أو فسخه لعدم تنفيذ شروطه وسوف نتناول كل صورة من صور الانقضاء هذه بشيء من التفصيل وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: انقضاء الصلح لتنفيذ شروطه

١-إذا قام المدين بتنفيذ شروطه كاملة ينقضي الصلح وهذه هي النهاية الطبيعية للصلح ونظرا لأهمية الصلح الواقي من الإفلاس فقد أراد المشرع أن يستمر تحت رقابة القضاء للتأكد من تنفيذ شروطه لذلك نصت المادة ٧٦٣ / تجاري على أن تامر المحكمة في حكم التصديق على الصلح بناء على تقرير من القاضي المشرف باستبقاء أمين الصلح أو بتعيين رقيب من بين الدائنين أو من غيرهم لمراقبة تنفيذ شروط الصلح وإبلاغ المحكمة بما يقع من مخالفات لهذه الشروط.

٢- يطلب الرقيب من المحكمة التي صدقت على الصلح خلال عشرة أيام من الانتهاء من تنفيذ شروط الصلح الحكم بقفل الإجراءات .

٣- ويصدر الحكم بقفل الإجراءات خلال ثلاثين يوما من تاريخ النشر في الصحف ويقيد ملخصه في السجل التجاري .

ومن خلال ما سبق يتضح أن المشرع نظم إجراءات معينـة يتخذها الرقيب أو أمين الصلح الذي قام بمراقبة تنفيذ شروط الصلح خلال المدة المحددة في الحكم الصادر بالتصديق عليه ، والغرض من قيام الرقيب بهذه الإجراءات هو مراقبـة تنفيذ شروط الصلح حتى تمامها ثم إقفال إجراءات الصلح مما يعني أنها ما زالت مفتوحة حتى بعد التصديق على الحكم بالصلح رغبة من المشرع في إعلام الغير برغبة المدين في إقفال الإجراءات الصلح لتنفيذ شروطه ، تطلب أن يقدم طلبا من الرقيب الى المحكمة التي صدقت على الصلح خلال عشرة أيام من الانتهاء من تنفيذ شروط الصلح واطمئنـان الدائنين لتنفيذ شروط الصلح ، استلزم المشرع نشر الصلح في الصحف وقيده فـي السجل التجاري وإمعانا في ضمان علم أصحاب الشأن بتقديم طلب إقفال إجراءات الصلح أعطاهم المشرع فرصة ثلاثين يوما كاملة لا يصدر الحكم بأقفال الإجراءات قبل انقضائها وذلك وفقا لنص المادة ٧٦٣ / ٣ تجاري ، وخلال هذه المدة (الثلاثين يوما) يستطيع الدائنون الذين لم تنفذ شروط الصلح بالنسبة لهم الاعتراض على ذلك فـاذا انقضت المـدة دون اعتراض من احد تحكم المحكمة التي صدقت على الصلح بأقفال إجراءاته في خلال اربـع وعشرين ساعة من صدور الحكم ويجب اتخاذ إجراءات قيده في السجل المعد لـذلك بالمحكمة وقيد ملخصه في السجل التجاري.

الفرع الثاني: فسخ الصلح الواقي

نصت المادة ٧٦٥ / تجاري على أنه " للمحكمة بناء على طلب كل دائن تسرى عليه شروط الصلح أن تقضي بفسخ الصلح في الأحوال الآتية:

ا- إذا لم ينفذ المدين شروط الصلح كما اتفق عليها .

ب-إذا تصرف المدين بعد التصديق على الصلح تصرفا ناقلا لملكية لمتجره دون مسوغ مقبول .

ج- إذا توفى المدين وتبين أنه لا ينتظر تنفيذ الصلح أو إتمام تنفيذه ، ويتضح من ذلك أنه يجوز للدائنين أن يطلبوا من المحكمة التي صدقت على الحكم بفسخه إذا توفر في حق المدين سبب من الأسباب الآتية :

السبب الأول: إذا لم يقم المدين بتنفيذ شروط الصلح وذلك لأن عقد الصلح من العقود التبادلية التي تتضمن شرطا فاسخا ضمنيا يسمح لأحد الطرفين بطلب فسخ العقد إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزاماته كما جاءت بالعقد ومع ذلك لا تجبر المحكمة على الحكم بالفسخ ، ولكنها تتمتع بسلطة تقديرية في هذا المجال حيث يجوز للقاضي أن يمنح المدين آجالا إذا اقتضت الظروف ذلك أما إذا تضمن عقد الصلح شرطا فاسخا وجوبيا كجزاء لعدم تنفيذ أي التزام فيجب على المحكمة القضاء بالفسخ في حالة عدم التنفيذ وكذلك الأمر لو تضمن عقد الصلح شرطا يعتبره مفسوخا بقوة القانون دون حاجة الى إعذار .

السبب الثاني : إذا تصرف المدين تصرفا ناقلا بملكية محله التجاري : إذا كان الغرض من الصلح الواقي هو تمكين المدين من الاستمرار في تجارته فإذا تصرف في المحل بنقل ملكيته إلى الغير فقد فسدت وزالت الحكمة التي من أجلها شرع الصلح ، فغالبا ما يؤدي تصرف المدين في محله التجاري على هذا النحو إلى الحيلولة دون تنفيذ شروط الصلح ، وقد جعل المشرع من مجرد تصرف المدين في محله التجاري تصرفا ناقلا للملكية سببا يبرر طلب الدائنين فسخ الصلح الواقي ولو كان قادرا على تنفيذ شروط الصلح .

السبب الثالث : إذا توفى المدين تبين للمحكمة أنه لا ينتظر تنفيذ الصلح أو إتمام تنفيذه وتستظهر المحكمة ذلك من ظروف الورثة ولا يجوز طلب الفسخ إلا من الدائنين الذين يسرى الصلح في مواجهتهم وهم الدائنون العاديون الذين سبق بيانهم ويتم شهر الحكم بفسخ الصلح الواقي بذات الإجراءات التي يتم بها شهر الحكم بافتتاح إجراءات الصلح والتصديق عليه المقررة في الفقرة الثانية من المادة ٧٤٦ / تجاري وذلك لأن الفسخ لا يرتب آثاره بالنسبة لطالبه فقط وإنما بالنسبة لجميع الدائنين الذين يحتج به عليهم .

أثر فسخ الصلح :

إذا حكم بفسخ الصلح كان لهذا الحكم أثرا رجعيا فيعود المدين والدائنون إلى الحالة التي كانوا عليها قبل تقديم طلب للصلح ومن ثم إذا كان المدين في حالة توقف عن الدفع جاز طلب إفلاسه والحكم به إذا توافرت شروطه ويدخل الدائنون التفليسة بديونهم بأكملها حيث لا يعتد بالتنازل الذي اتفق عليه في الصلح المفسوخ وذلك طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٧٦٥ / تجاري والتي نصت على أنه (لا يلزم الدائنون برد ما قبضوه من ديونهم قبل الحكم بفسخ

الصلح) كما لا يترتب على فسخ الصلح براءة ذمة الكفلاء الذين تقدموا لضمان تنفيذه كما لا يزيل الفسخ الرهون العقارية ولا التأمينات الأخرى الخاصة بالصلح وذلك طبقا لنص الفقرة الثالثة من المادة ٧٦٥ / تجاري والتي نصت على أنه (لا يترتب على فسخ الصلح براءة ذمة الكفيل الذي يضمن تنفيذ شروطه) ويجب تكليف الكفيل بحضور الجلسة التي ينظر فيها طلب فسخ الصلح والحكمة من الفسخ في هذه الحالة جاءت لعدم تنفيذ شروط الصلح وهذه الضمانات قدمت لضمان التخلف عن التنفيذ وقد حدث ما قدم الضمان من أجله وعليه فيجوز للدائنين الرجوع عليه (الكفيل) ولهذا قرر المشرع وجوب تكليف الكفيل بحضور الجلسة التي ينظر فيها طلب فسخ الصلح .

الفرع الثالث: إبطال الصلح الواقي

نصت المادة ٧٦٤ / تجاري على أن : يبطل الصلح الواقي من الإفلاس اذا ظهر بعد التصديق عليه تدليس من جانب المدين ، ويعتبر تدليسا على وجه الخصوص إخفاء الأموال واصطناع الديون وتعمد المبالغة في مقدارها رغم أن الصلح الواقي عقد بين المدين ودائنيه ، وكان الأصل يقتضي إخضاعه للقواعد العامة التي تحكم بطلان العقود بسبب تخلف أحد أركانها أو تعيبه أو اعتوار إرادة أحد الطرفين بعيب من عيوب الإرادة كالغلط أو الإكراه أو التدليس إلا أن المشرع رأى في الصلح الواقي عقد من طبيعة خاصة اقتضت إحاطته بإجراءات معينة حيث يتم تحت إشراف القضاء ورقابته في جميع مراحله ، ومن ثم رأى إخضاعه لقواعد خاصة بالنسبة لطلب إبطاله ، ولذلك حدد المشرع أسباب بطلان الصلح في ظهور تدليس من جانب المدين بعد التصديق عليه ، وعلى ذلك لا يجوز طلب إبطال الصلح الواقي إذا كان المدين قد أخفى عمدا أمواله كلها أو بعضها أو غالى فيها بقصد الحصول على الصلح أو إذا ترك عمدا أو مكن دائنا

وهميا أو أكثر أو مغاليا في دينه من الاشتراك في المداولات والتصويت على الصلح أو إذا أغفل عمدا ذكر دائن أو اكثر من قائمة الدائنين ولا يشترط أن يكون الغش أو التدليس صادرا من المدين بل يجوز إبطاله ولو كان صادرا من الدائن أو وكيله ، ولكن يشترط أن يظهر هذا الغش أو التدليس بعد التصديق على الصلح ، أما إذا ظهر قبل إبرام الصلح فيفترض رضاء الدائنين به وتفضيلهم الصلح ، وكذلك إذا ظهر قبل التصديق فيفترض تغاضي المحكمة عنه طالما لم يتمسك به الدائنون ومن ثم لا يجوز طلب إبطال الصلح بعد ذلك ، ويرى الفقه أن بطلان الصلح الواقي بسبب الغش أو التدليس يعتبر بطلانا نسبيا تقرر لمصلحة من أصابه ضرر من جراء ذلك ، ومن ثم لا يقتصر طلبه على الدائنين الذين يسري في مواجهتهم الصلح ، أما الدائنون الأخرون فلا يجوز لهم طلب البطلان لعدم توافر المصلحة في شأنهم كما يجب طلب الحكم بالإبطال ، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، وقد تساءل الفقه عن مدى إمكانية طلب إبطال الصلح الواقي بواسطة الكفلاء أو الضمان الذين يضمنون تنفيذه فذهب البعض إلى إنكار صفة هؤلاء في طلب بطلان الصلح، ولا يجوز لهم الاستفادة من هذا البطلان إلا إذا طلبه الدائنون ولكن الصواب هو إمكان طلب الصلح من الكفلاء والضمان لأن لهم مصلحة ظاهرة في ذلك حيث يتحللون من الضمان خاصة أنهم قد لا يعلمون الغش أو التدليس الذي ظهر بعد التصديق على الصلح ولو علموه ما تقدموا للضمان ، هذا بالإضافة إلى أن المشرع لم يشترط صفة معينة من طلب الإبطال كما هو واضح من نص المادة ٧٦٤ / تجاري ، ومن ثم يمكن أن يكون طلب الإبطال من الدائنين أو الكفلاء.

أثر الحكم ببطلان الصلح :

للحكم ببطلان الصلح أثر رجعي حيث يعود المدين والدائنون إلى الحالة التـي كانوا عليها عند تقديم طلب الصلح ويعتبر الصلح كأن لم يكن ولذلك رتب المشرع أثرين هامين على بطلان الصلح :

الأثر الأول: وهو ما ذكره المشرع بالنص عليه في الفقرة الثالثة من المادة ٧٦٤ / تجاري والتـي نصت على أنه (لا يلزم الدائنون برد ما قبضوه من ديونهم قبل الحكم بإبطال الصلح) ، الأمر الذي يعني أن الدائن له حق المطالبة بكل الدين أو الجزء الباقي بعد استنزال ما استوفاه بعد الصلح وهو يطالب بالوفاء في ميعاد الاستحقاق الأصلي وليس المقرر في عقد الصلح .

الأثر الثاني : وهو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة ٧٦٤ / تجاري والتي نصت على أنه (يترتب على إبطال الصلح براءة ذمة الكفيل الذي يضمن تنفيذ شروطه) لأن سبب البطلان لا يرجع لعدم التنفيذ كما هو الشأن في حالة فسخ الصلح ، وفي جميع الأحوال يجب أن يطلب إبطال الصلح خلال ستة أشهر من اليوم الذي يظهر فيه التدليس وإلا كان الطلب مقبولا ، إذا قدم بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم بالتصديق على الصلح ، وذلك طبقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٦٤ / تجاري .