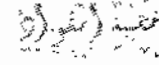


الوسيط
في الأوراق التجارية
في التشريع التونسي
الكمبيالة - الشيك - السند للأمر

تأليف
الطيب اللومي
المدير العام للمعهد الأعلى للقضاء

- 1993 -

مركز الدراسات والبحوث والنشر

مكتبة (شور) 
المكتبة الوطنية - الدار البيضاء
38

38
1938
1938

مقدمة

لقد لاحظت خلال عملي القضائي الحاجة الملحة للمراجع القانونية خاصة من الباحثين التونسيين للوقوف على ما يحين على فهم النص القانوني وسير اغواره من جميع الاوجه من طرف رجال الفقه والقضاء اذ لا يتصور تطور العمل القضائي ولا التفكير القانوني دون ان تكون لنا مراجع قانونية تونسية ترجع اليها لتكوين زادنا الفقهي والنظري من جهة ومن اخرى لالتقاء الاضواء على فقه قضائنا التونسي وتقييم ما اصبح عليه امره من الوجبة العملية وبالنسبة الى ما ادخله من تطور وفهم على النصوص التي بين ايدينا خاصة في المادة التجارية التي اعطى لها المشرع عناية فائقة واهتم بها الفقهاء نظرا لما لها من تأثير على الحياة الاقتصادية في بلد مثل الجمهورية التونسية بحكم موقعها الجغرافي والدور الذي يمكنها القيام به بين مختلف القارات في هذا المجال..

ومعلوم ان الميدان التجاري بجميع جوانبه لن يزدهر في بلادنا اذا لم تكن له ارضية قانونية سليمة تارة يمر بها الجميع ويتعاملون على اساسها. لذلك رايت ان اسامم بقط متواضع من هذا العمل العلمي باعداد هذا الكتاب الذي تناولت فيه الاوراق التجارية في التشريع التونسي خاصة البجلة التجارية فتمت بدراسة:

- أولا: الكميالة كورقة تجارية اساسية يرجع لاحكامها عند الاحالة عليها

يشترك فيها تجار سائر البلدان و كانت هذه الاسواق لها شهرة كبيرة مثل اسواق ليون وجنايف وبودكار بجنوب فرنسا فازدهرت في القرن السابع عشر معظم المؤسسات المصرفية التجارية مثل المصارف والشركات و كانت الاوراق التجارية وخاصة منها الكمبيالة.

وربما كان انتشار الاوراق التجارية وخاصة منها الكمبيالة والسند الامر في اوروبا سرده ان التعاون التجاري القديم كان يجهل حواله الحق و لا يلزم المدين بوفاء الدين الا للمدين الاصلي (١) فكانت الاوراق التجارية يدرج بها شرط يحدد فوكهل الدائن للمدين بان يسدد دينه لشخص معين فقط وليس لهذا الاخير فوكهل شخص اخر لتبني ذلك الدين.

وفي هذه الفترة كانت احكام المرفق هي السليطة على الاوراق التجارية الا ان بدأت تظهر تلك القواعد المرفقة في قوانين منظمة مثل قانون انفير ١٦١٧ Anvers.

والقانون التجاري موضوع الامر الملكي الفرنسي ١٦٧٢ ولينريج سنة ١٦٢٢ ومصورج سنة ١٧١١ و نيكولزوت ١٧٢٩ وبروسيا سنة ١٧٨٤ على ان ابرز هذه النصوص هو القانون التجاري الفرنسي موضوع الامر الملكي السابق الذكر المورج في ١٦٧٢ الذي خصص للكمبيالة فلاحه واربين مثلاً.

وبالنسبة للبلاد الفرنسية فان موضوع الاوراق التجارية كان معروفاً في المرفق التجاري منذ عهد بيبيد نظراً لكون البلاد هي مطلق حضارات وهي بوجهها البحري مكاناً حيوياً للتجارة ومطووعة على البلاد الأوروبية تتأثر وتؤثر في غيرها من البلاد المتصلة بها.

(١) محمد بن سلامة الرئيس الأول لمحكمة التفتيش سابقاً - محاضرة - مجلة القضاء سنة ١٩٥٤ صفحة ٢٠ وما بعده.

علماء الاسلام منذ عهد مالك ابن انس الذي توفي سنة ١٨٨ هـ فوجد بجوامع الاكليل شرح معتبر سيدي خليل ما يلي :

عسارة سيدي خليل: (وحرم حديثه ان لم يقدم عليها او بحثت موجب كرم الفرائض و عاقله ولو بعد عمل التلل على الأرجح وفي الجاه والفاشي وبمايته مسامحة او جر صفة كثيرة عن بساطم ودينق او كفاك ببلد او خير قرن بلد او عين علم حليها كمنجية الا ان يتم الخوف).

عسارة الصارح: (المنجية يفتح السين الميمكة وسكون الهماء وفتح اللوثة والجمع لفظ أعجمي أي ودة يكتبها مقترض بلد كفسر لو كبله بلد اخر ككفة ليعني عنه بها ما لفرجه بفسر). (١)

وقد جاء في شرح التسولي على النعمة مثل هذا الكلام في باب المرفق يقول: (فتبينه : من سلف يستفهم - ساءك السليقة وهي السئلة التي يكتب فيها الاحكام بالدين وذلك بان يسلط الرجل حالاً من غير بلده ليمس أهله ويكتب التباين لثانيه او يضمن منه بنسبة ليدفع عوف في بلد السلف وفي مستورة عن المشهور الا ان يتم الخوف وروي ابن الجلاب عن مالك الكرامة وأجازوها ابن عبد الحكم مطلقاً ثم الخوف ام لا). (٢)

ومكناً ترى ان السالم الاسلامي عرف الكمبيالة بسبق وله رأي فقهي في شأنها منذ بداية الحضارة الاسلامية ويبدو انما انتقلت من العالم الاسلامي الى اوروبا في فترة الحروب الصليبية في القرون الوسطى وهي الفترة التي ازدهرت فيها التجارة انطلاقاً من الجمهوريات الإيطالية مثل البندقية وجنوة وبيزا وغيرها ثم كانت الاسواق الكبيرة التي كانت تعدد دورياً

(١) الشيخ صالح عبد السميع الابن الأرمي - جوامع الاكليل شرح الشيخ خليل ج ٢ صفحة ٧١

(٢) كتاب الميمكة في شرح النعمة لابن الحسين علي بن عبد السلام التسولي - ج ٢ صفحة ٢١٦٢.

القسم الثاني: تمويل الأوراق التجارية

الأوراق التجارية les effets de commerce هي سندات قابلة للتداول مثل ديناً نقدياً مستحق الدفع بمجرد الإطلاع بالنسبة للشيك خاصة أو قد يكون بعد أجل معين يكون قمراً عادة و يجري الصرف على قبولها كإداة وباء (١) وقد عرف فقهاء التعماء السري الأوراق التجارية بما يلي « الأوراق التي يتداولها التجار فيما بينهم بتداول أوراق التعمد خلفاً عن الدين النقدي في معاملاتهم التجارية والتمنى الجائع في هذه الأوراق إنما تتضمن دفع مبلغ معين من النقود في أجل معين» ويمكن نقل ملكيتها من إنسان لآخر بتظهيرها وبمجرد تسليمها بغير حاجة إلى إجراء آخر يمثل تداولها أو بيعها بمقدراً.

والذي نستنتجه من تعريف الأوراق التجارية أن لها أربع سمات وهي التالية :

(١) كونها سندات قابلة للتداول فهي تنتقل بطريق التظهير كما يمكن أن تنتقل حتى بطريق التسليم إذا لم يكن بها شرط يمنع تداولها بذلك الطريقة وهذه السمة التي تتمتع بها كانت السبب المهيمن في انتشارها والتوسع في استعمالها من طرف التجار خاصة وهي طريقة مره في انتقال ملكيتها لا نجدما في القانون المدني إذ أن الإحالة في القانون المدني وهي إحالة الحق بتعطي الدائن عن دينه لمساعدة شخص ثالث موضوع العمل ١١٩ وما بعده من مجلة الالتزامات والعقود لتسوجب تلك الإحالة للاحتياج بها على المدين أن يفتح إعلاؤه بها بمسقة قانونية طبق الفصل ٢٠٥

(١) على البارودي القانون التجاري - نظرية ٢٨٠ -

وفلا نجد باي تونس الصادق باي أصدر أمراً مؤرخاً في ٢ ربيع الثاني سنة ١٢٧٩ (سبتمبر ١٩١٨) يقضي بالتدابير لجنة لأعداد القانون التجاري وهو أول قانون في هذه المادة يفتح أعداؤه من طرف لجنة خاصة اعتمدت في إخراجها على القوانين التجاريين السري والفرنسي وقدم للباي في ١٤ جاني ١٩١٤ تحتوي على ٢٢٧ فصلاً من ضمنه الأحكام المتعلقة بالكمبيالات وهي موضوع الباب الثاني عشر من ذلك القانون وفيه التاميم فضلاً (١) إلا أنه لم يفتح لتحويل الوجود إذ لم يصادق عليه الباي ووقع التراجع في الإصلاحات التي كانت مقرورة لفائدة البلاد وسبقها عهد الأمان التي أوقف العمل به يوم ١٩ أبريل ١٨٦٤ ورجع التعماء مسوكة كما كان من قبل (٢). وبذلك فإن البلاد التونسية بدونها مرتت موضوع الأوراق التجارية و حاولت تحقيقها بنموذج عسيرة إلا أن الإرادة السياسية لم تكن من إبراز القانون التجاري وأن كان هو موضوع تطبيق من لدن المحاكم المدنية الأجنبية الموجودة بالبلاد التونسية من خلال تطبيقها لقوانين بلادها على رعاياها الموجودين بالبلاد التونسية والتي لها قوانين تجارية خاصة بها من ضمنها الأحكام المتعلقة بالأوراق التجارية.

(١) مجلة التعماء والتشريع - وزارة العدل عدد ٢ مارس صفحة ٢٢
(٢) أحمد بن أبي حيان كتاب انخاف أهل البركان باختيار ملوك تونس
ومعد الأمان الجور العباسي صفحة ١٢٢ طبعه ١٩٦٤ .

من المجلة المذكورة كما ان الاحالة هذه في مجلة الالتزامات والقود هي تنقل ذات الحق للمحال له ما يمكن معه للمدين ان يحتج تجاهه بما له من اوجه دفع ضد التحيل (الفصل ٢١٧ من مجلة الالتزامات والقود) كما ان التحيل لا يضمن ملء المدين متى كانت تلك الاحالة بدون عوض (الفصل ٢١٣ من نفس المجلة) كما ان هذا الضمان لا يتعلق الا بيسر المدين زمن حصول الاحالة فقط (الفصل ٢١٤ من نفس المجلة). فهذه الاجراءات لا نجدما قائمة في سورة تداول الورقة التجارية اذ انها بمجرد ان يقع تسليمها لمالكها الجديد يصبح المالك لها ولا يحتج عليه بما هناك من علاقة شخصية قائمة بين الساحب والمظهر وهذا ما يهم التاجر وهو ضمان الرضاء من جهة بالنسبة للمدين وقت الاستحقاق وعدم امكانية احتجاج هذا الاخير ضد باي دفع يتعلق بملاقته الشخصية بمنشئ الورقة التجارية وسهولة تداولها في الاوقات التي يرغب في حصولها الحامل لها خاصة اذا كان ذلك الشخص تاجرا اذ ان الاعمال التجارية جسيما المطلوب فيها السرعة وتوفير الضمانات الكافية.

(٢) الميزة الثانية لهذه الاوراق التجارية هي انها تمثل ديناً بمبلغ مالي محدد فنجد السند للامروالتيك والكبيالة جميعها الشرط الاساسي في صحتها ذكر المبلغ المتروك به صليها بحيث من السهل ابدالها الى نقود بخصها لدى البنوك او تسليمها للمير مقابل مبلغ مالي محدد بكل سهولة طالما ان الورقة التجارية نفسها متضمنة للمبلغ المتعلق به فهي تعتبر في نظر رجال الاقتصاد بديل النقود وهي بذلك الصفة كانت سهلة التداول وباسرع وقت ومقابل ذلك فان هناك من الوثائق رغم ودودها بالقانون التجاري البحري او البري ومع ذلك لا تعتبر اوراقا تجارية وهذه مثل وثيقة الشحن وتذكرة النقل الجوي او البحري وسند الايداع في المخازن العامة المبرر عنه بالفارونت فهذه الوثائق رغم كون بعضها قابل للتداول بالطرق التجارية كما هو الشأن مثلا بالنسبة لوثيقة الشحن

وسندات الايداع بالمخازن العامة الا انها لا تعتبر اوراقا تجارية لكونها لا تمثل مبلغا محددا من المال مستحق الدفع في وقت ما. (٣) الميزة الثالثة ان الاوراق التجارية مستحقة للدفع في اجل معين يكون عادة قصيرا وقد تكون مستحقة الدفع لدى الاطلاع مثل ما هو الامر بالنسبة للشيك فهذه الاوراق ولو كانت مؤجلة الدفع لتاريخ معين او غير معين بالنسبة للمير الشيك فان الاجل الممنوح لخصها يكون عادة قصير المدة فلا يتصور اصدار كبيالة او سند للامر على ان يستحق اداؤها بعد اكثر من سنتين وذلك لان هذه الاوراق جعلت اساسا للتداول واستخلاص قيمتها في اقرب اجل لتوظيف قيمتها من جديد من طرف التاجر ومكذا بينما نجد اوراقا اخرى مثل الاسهم والرقاع التي تصدرها الشركات او المؤسسات العمومية او غيرها من المؤسسات لا تعتبر بحال من قبيل الاوراق التجارية لانها تد يرتبط استحقاقها بحياة المؤسسة نفسها كما هو الشأن بالنسبة للاسهم فهذه لا تستهلك مبدئيا الا بنهاية حياة الشركة التي قد تبلغ القرون او انها لا تستهلك الا بعد السنين الطوال مثل الرقاع التي تصدرها المؤسسات الكبرى او الدولة قد تصل مدة استهلاكها الى العشرين والثلاثين عاما مما يجعلها عرضة لتقلب الاسعار في السوق تبعا للحالة الاقتصادية وهي لا تقبل للمخمس من طرف البنوك وذلك لانها لا يمكن اخلالها محل النقود في المعاملات التجارية عموما.

(٤) والميزة الاخيرة لهذه الاوراق مستمدة من عراقتها في الميدان التجاري وقبولها في المرف التجاري كاوراق قابلة للتداول وتمثل مبلغا معيناً من المال ومستحق الدفع في اجال قصيرة لان هذه الاوراق كما قلنا فرض وجودها ضرورة التعامل بها من طرف التجار انفسهم لما لسوء فيها من تلبية لحاجيات تجارتهم والتاجر بحكم ظروفه السنية وحجمه التجاري المرف له من السهل ان يقبل في ميدان التعامل ما لا نفع فيه لتجاره فعلا فان الاوراق التجارية التي اعتاد التجار التعامل على اساسها

كونها تتمتع بتلك الصفة كانت محددة في الكبيالة والسند للامر والشيك وهذا كان منهم كذلك لما لمسوه في هذه الاوراق من الاستجابة لحاجياتهم التجارية ولم يقبلوا لحد اليوم اوراقا اخرى بعنوان اوراق تجارية لذلك نجد بعض الاوراق القابلة للتداول تمثل مبلغا من المال محدد المقدار وهذا مثل فوائد الرقاع أو أرباح الاسهم فهذه مستحقة الدفع بمجرد الاطلاع عليها من المؤسسة المتكزمة بها وهي مع ذلك لم تقبل في العرف التجاري كاوراق تجارية لأنها لم تعتمد كاداة وفاء مثلها مثل النقود في الاوساط. وعليه فان المستخلص من الميزات التي ذكرنا ها للاوراق التجارية ان هذه الميزات لا نجدها متوفرة الا في حدود محدودة جدا من الاوراق وهي الكبيالة والسند للامر والشيك التي تم الاتفاق حولها باعتبارها اوراقا تجارية.

القسم الثالث: وظائف الاوراق التجارية

٣) ان للاوراق التجارية ثلاث وظائف كانت محل اتفاق بين الشراح للقانون التجاري وهذه الوظائف هي كونها تعتبر اداة لايبرام عقد الصرف ونقل النقود من مكان الى اخر وهي اداة ائتمان واداة وفاء والتي سوف نبرزها بوضوح اكثر فيما يلي.

٤) الاوراق التجارية اداة لايبرام عقد الصرف ونقل النقود من مكان لآخر ان هذه الوظيفة تعتبر اليوم وظيفة تاريخية اذ ان هناك وسائل اخرى الى جانب الاوراق التجارية اصيحت تقوم ب مهمة تنفيذ عقد الصرف وتسهيل نقل النقود من مكان لآخر مثل الحوالات البريدية واوامر النقل

البنكي وشيكات المسافرين (١).

ومع ذلك فان الذي جعل الكبيالة في بداية انتشارها في اوربا تقبل بوجه سريع في التعامل التجاري وغيره هي اعتبارها في اول الامر وسيلة لتنفيذ عقد الصرف وتغني عن نقل النقود من مكان لآخر متعرض في احيان كثيرة لمخاطر السطو والسرقة فكان يعتمد صاحب تلك الاموال لايداعها بينك بالمكان الموجودة فيه ويتسلم مقابلها رسالة مضاة من ذلك البنك لممثله في البلد المقصود ليتسلم منه صاحب المال ما له لذلك كانت الكبيالة في الاول تسمى برسالة الدفع lettre de paiement ثم وقعت تسميتها برسالة الصرف lettre de change لتصبح في النهاية تسميتها كبيالة.

غير ان هذا الدور الذي كانت تلعبه الكبيالة في بداية القرن الثاني عشر وكامل القرن الثالث عشر في المدن الايطالية مثل جنوة والبندقية قد تضائل نتيجة ما اكتشف من وسائل اخرى بديلة.

٥) الاوراق التجارية اداة ائتمان : instrument de crédit

ان هذه الوظيفة تظهر خاصة في السند للامر والكبيالة اذ انها تمثل خير اداة للائتمان القصير الاجل.

فهي عادة تتضمن اجلا للوفاء بقيمتها ويستفيد من ذلك الاجل المدين بها فلا يلزم بالوفاء بمبلغها الا في يوم الحلول الواجب للخلاس والدائن بدوره لا يحصل له ضرر من ذلك التاجيل لانه اذا احتاج للاموال له ان يخصمها لدى البنك او ان يظهرها لدائته الجديد وذلك يستحصل على قيمتها فوراً ولهذا السبب نجد التجار يميلون كثيرا لاستعمال الاوراق

(١) القانون التجاري - علي البارودي فقرة - ٢٨٠ -

التجارية نظرا لما فيها من فائدة (١).

(٢) الاوراق التجارية اداة وفاء : instrument de paiement

ان استعمالها كاداة للوفاء أصبحت اليوم واضحة بشكل جعل المشرع يحمل على حمايتها من جميع الاوجه نظرا للدور الذي تلعبه في مجال الوفاء بواسطتها وربما أصبحت في استعمالها اداة للوفاء تنوق استعمال النقود في المعاملات الكبرى وخاصة لتسديد الديون الخارجية فتجد الكمبيالة من جهة والشيك من جهة اخرى يكاد لا يخلو منها محل تجاري وهي تعمل محل النقود في الوفاء بها وبمستير الغلاص بواسطتها هو وفاء طبيعيا كالوفاء بالنقود و بواسطتها من السهل الحصول على النقود عن طريق عرضها مباشرة على البنك للغلاص ان كانت شيكا أو عرضها للمخصم ان كانت كمبيالة أو سند للامر.

والحقيقة ان الاوراق التجارية استمدت أهميتها من كونها اداة وفاء واقتنان في نفس الوقت اذ انها تمكن المدين من تسديد دينه و هي تمكنه في نفس الوقت من ميلة مناسبة للغلاص ان كان الامر يتعلق بكمبيالة أو سند للامر لذلك عمد المشرع الى حمايتها من كل تلاعب في استعمالها كما هو الشأن بالنسبة للشيك الى جانب ما خصها به من احكام خاصة جدا لا نجدما في القانون المدني فاما في هذه الاحكام التي تسود الاوراق التجارية بوجه عام ذلك ما سنتناوله في القسم الموالي :

(١) يوسف الكتاني- القانون التجاري الاوراق التجارية والشيك-نقرة ١٠

القسم الرابع:

الاحكام الخاصة التي تسود الاوراق التجارية

٧ - ان الاحكام العامة التي تحكم الاوراق التجارية عموما تستنتج من النصوص المتفرقة التي نظمت هذه الاوراق وأبرز هذه الاحكام على سبيل المثال لا الحصر نجدها تتمثل فيما يلي :

٨ - ان الاوراق التجارية تفلي علىها صفة الشكائية فهي تخضع لشكائية معينة وجوبية بدونها لا تصير ورقة تجارية اساسا هذه الشكائية تتمثل في عديد العناصر منها ان الورقة التجارية لا تكون الا مكتوبة فاول عنصر من عناصر الورقة التجارية هي ان تكون هذه الورقة قد كتبت كما انها ينبغي ان تحتوي على عناصر معينة والا كانت باطلة او قابلة للإبطال كورقة تجارية بحسب الاحوال كما سنرى ذلك بالتفصيل عند دراسة كل ورقة تجارية على حدة وهذا مثل ذكر نوع الورقة التجارية بلسان القلم من كونها كمبيالة أو شيك أو سند للامر كذلك بيان عناصر أخرى ضرورية بها كاسم الساحب والسحوب عليه وامضاء منتهي تلك الورقة.

وهذه الشكائية في الورقة التجارية هي في الحقيقة غايتها اعطاء الثقة اكثر في التعامل بها ومن باب التسهيل على التعامل بها للوقوف على كافة المعلومات المتعلقة بها من خلال التثبت من وجود الشكليات المطلوبة بتلك الورقة وجعلها كافية في ذاتها للتعريف بكافة المتلزمين بها دون حاجة لأي شيء آخر لمعرفة هذا المتلزم او طبيعة الالتزام الوارد بها وهذا ما يعبر عنه في القانون المصرفي الكتابة الذاتية للورقة التجارية واعتماد الالتزام الوارد بها كتابة بقطع النظر عن النية الداخلية للمتلزم بها وعلاقته الشخصية بحاملها السابق طالما لا يوجد بها أي احتراز من هذا الاخير او المتلزم الاصلي بها.

٨- جعل الملتزمين بالورقة التجارية متضامنين في الوفاء بها طالما كانوا يميزون عليها بقطع النظر من صفتهم الشخصية من مدنيين أو تجار فطالما قبل الملتزم بالورقة التجارية التعامل بها فقد قبل ضمنا حسب احكام المجلة التجارية تماشيا مع الملتزمين بها والذين وتموا عليها وهذا غاية تسهيل تداول الاوراق التجارية واعطاء ضمان اكثر لحامل هذه الورقة وفي ذلك زيادة تشجيع على التعامل بها وتداولها على نطاق واسع وجعلها تؤدي الوظيفة التي انشئت من اجلها في احسن الظروف باعتبارها اداة وفاء بالنسبة للشيك واداة ائتمان بالنسبة للكبيالة او السند للامر.

كما جعل مؤونة الورقة التجارية ملكا لحامل هذه الورقة طبقا لاحكام الفصل ٢٧٥ من المجلة التجارية وفي ذلك ضمان للحامل من خطر افلاس الساحب قبل الخلاص . الى جانب كون الوفاء في صورة عدم حصوله في الاجل مان الملتزم بالورقة التجارية عليه الوفاء ببلغها والفائض القانوني على مبلغها من تاريخ حلولها لا من تاريخ الاحتياج (الفصل ٢١١ من المجلة التجارية) وهذا خلافا لقاعدة مجلة الالتزامات والعقود التي توجب أداء الفائض القانوني من تاريخ الانذار بالدفع عملا بالفصل ٢٧٥ منها.

الى جانب كون الفائض في الديون التجارية نسبته ارفع من الفائض في الدين المدني العادي نظرا الى ان الدين التجاري الفائض عنه مرتبط بالفائض المحدد من طرف البنك المركزي وهو ارفع بكثير من الفائض الوارد بالمجلة التجارية وهو متحرك بحسب تغيير السوق المالية والحركة الاقتصادية في البلاد.

١٠- قيام الدين الصرفي في الورقة التجارية بذاته من جهة ومن اخرى عدم امكانية الاحتجاج بالعلاقات الشخصية للماحب بالحاملين السابقين على الحامل لتلك الورقة التجارية عملا بالفصل (٢٨٠ من المجلة التجارية)

ويترتب على قاعدة قيام الدين الصرفي في الورقة التجارية بذاته ان كل موقع عليها هو ملتزم شخصيا بالوفاء بها ولو كان التزام من سبقه في تلك الورقة ممينا لسبب من الاسباب كالنقص في الاهلية او عيب في الرضا وهذا من خصوصيات الاوراق التجارية .

كما ان هناك قاعدة اساسية في هذه الاوراق ان العلاقات الشخصية القائمة بين صاحب تلك الورقة والمستفيد السابق عن حاملها ولا يمكن الاحتجاج بها على هذا الاخير ولو انه في الحقيقة يعتبر خلفا للمستفيد السابق.

١١- بعض الاوراق التجارية رتب المشرع على الساحب غير الوفي بالمؤونة يوم انشائه لها عقوبة جزائية صارمة كما هو الحال بالنسبة للشيك الذي جعل عدم توفر رصيده بالبنك المسحوب عليه جنحة يعاقب مرتكبها الذي هو ساحب الشيك بالسجن والخطية وفي حالة العود يمنع اسمائه بظروف التخفيف الواردة بالفصل ٥٢ من المجلة الجنائية وذلك بغية اعطاء مصداقية اكثر لهذا النوع من الاوراق التجارية.

واذا كانت الاحكام التي تحدثنا عنها خاصة بالاوراق التجارية ومهدفها جميعا حماية حامل الورقة التجارية واعطاء مزيد الثقة في التعامل بها فان لهذه الاوراق ايضا احكاما خاصة بها فيها تشديد على الحامل منها :

(١) امد سقوط حق المطالبة بمرور الزمن في الاوراق التجارية في مدة قصيرة وهذا حتى لا يبقى الساحب مهددا بالقيام هذه الى ما لا نهاية له .

(٢) فرض على الحامل القيام باجراءات معينة عند حلول الاجل او امتناع المسحوب عليه من القبول او الوفاء بحسب الاحوال وفي اجل قصير ومحدد من تاريخ تحرير الاحتياج وتوجيه الانذارات الواجبة قانونا والا عبر مملا وتعرض حقه للمضياع .

(٣) جعل الحامل لا يرفض الوفاء الجزئي بدين الورقة التجارية بينما في مجلة الالتزامات والعقود لا يجبر الدائن على قبول جزء من دينه ان كان جميعه قد حل الوفاء به (الفصل ٢٥٥ من مجلة الالتزامات والعقود).

ونحن نستنتج من استعراضنا لبعض الاحكام المذكورة سابقا للاوراق التجارية ان هذه الاخيرة لها فعلا قواعد خاصة بها زيادة عن القواعد العادية الواردة بالقانون العام وهذه القواعد الخاصة بها هي التي يعبر عنها بقواعد قانون الصرف فما هو قانون الصرف هذا ؟

تعريف القانون الصرفي :

١٢) المقصود بقانون الصرف - Droit cambière

هي مجموع القواعد التي تحكم الاوراق التجارية و سمي كذلك لان اول الاوراق التجارية التي هي الكمبيوتر التي استعملت اساسا لتنفيذ عقد الصرف كما ان الالتزام الناشئ على التوقيع على الورقة التجارية يسمى بالالتزام الصرفي (١).

وقانون الصرف هذا نجده اليوم موضوع مجلات قانونية قائمة الذات وهي المجلة التجارية بالبلاد التونسية او قانون التجارة بلبنان وعلى كل فان البلاد المتقاربة قوانينها من قوانين الاسرة الرومانية الجرمانية اعتمدت طريقة وضع مجلات خاصة بقانون الصرف تتضمن القواعد التي ينبغي ان تخضع لها تلك الاوراق التجارية من ناحية شكلها ومن ناحية كيفية الالتزام بها من انشائها وموونها الى الوفاء بها وجزاء الاخلال بقواعد التعامل بها وهي تختلف عن قواعد القانون المدني من نواحي متعددة غايتها جسيما الاطمئنان للتعامل بتلك الاوراق التجارية اكثر مع توفير الضمانات اللازمة للمتعاملين بها.

والقانون الصرفي ولئن كان باعته للوجود الحاجة العملية في المجال التجاري الا انه لم يغفل في تطوره من التأثير بالجانب النظري لرجال القانون وذلك نتيجة لما وضموه من نظريات ومحاولات تفسير للطبيعة

(١) مصطفى كمال طه - الوجيز في القانون التجاري الفقرة ١٨.

القانونية للقواعد التي تصود ذلك القانون خاصة فيما يتعلق بطبيعة العلاقة القانونية الرابطة بين اطراف ذلك الالتزام الصرفي ومدى تاثر هذا الالتزام الاصلي ومدى بقاء هذا الاخير في صورة ظهور عيب من العيوب بالالتزام الصرفي او انقضائه بسبب من الاسباب غير الوفاء به .

وهكذا نرى انه الى جانب التطور التاريخي الحاصل للاوراق التجارية في المجال القانوني فان هناك الجانب النظري القانوني الذي كان له تأثيره على كثير من القواعد القانونية صلب القانون الصرفي مما يجعلنا في حاجة للاحاطة بالنظرية العامة للاوراق التجارية قبل بداية بحث كل ورقة منها على حدة .

الباب الثاني

النظرية العامة للأوراق التجارية

ان النظرية العامة للأوراق التجارية كان بحثها علماء القانون التجاري في أقطابين اثنين أحدهما يتعلق بالطبيعة القانونية للأوراق التجارية وثانيهما يتعلق بتحليل العلاقة القانونية التي تنشأ بين الأطراف الذين تشملهم الورقة التجارية الواحدة.

القسم الأول:

تحديد الطبيعة القانونية للورقة التجارية

أ) موضوع تحديد الطبيعة القانونية للورقة التجارية كان محل مناقشة فقهية بين الباحثين في القانون التجاري ولا زال لحد اليوم موضوع بحث متواصل ومع ذلك فان النظريات القائمة لحد الآن في الموضوع هي يمكن حصرها في ثلاث مجموعات رئيسية .

أ- هذه تحاول تفسير الطبيعة القانونية للورقة التجارية على أساس القواعد العامة للالتزامات أي النظرية العامة للالتزامات.

ب- وهذه تقف عند اعتبار الورقة التجارية في انشائها أو تطهيرها مجرد عمل قانوني صرف قائم بذاته مستقل عن العلاقات السابقة لإنشائها.

ج- هذه تفسر الطبيعة القانونية للورقة التجارية على أساس موضوعي بحيث لا وفي حماية الثقة المشروعية لا أكثر ولا أقل فليس لها أي علاقة بفكرة العمل القانوني ولا بما سبق الورقة التجارية من علاقات سابقة.

الفقرة الأولى:

النظريات المتمثلة للقوائم العامة للالتزامات.

(١٥) أن أصحاب هذه النظريات رأوا تفسير طبيعة الورقة التجارية على أساس القواعد العامة للقانون المدني باعتبار أن هذه الورقة ما هي في الحقيقة إلا كتب لاثبات التزام سابق كان سببا في تحرير تلك الورقة التجارية أو انتقالها فهي لا تخلق التزاما جديدا على عاتق منسئها أو مظهرها بل هي تؤكد حقا سابقا كان في ذمة التوقع عليها فهي لم تخلق من لا شيء بل كانت نتيجة عن التزامات سابقة بذمة الملتزم بها كأن تكون بضاعة استلمه الساحب أو مالا استلمه المسحوب عليه ومن جراء هذا الفهم كان البحث وراء الحق الذاتي المباشر الذي اكتسبه حامل الورقة التجارية تجاه بقية الموثمين عليها فكانت هناك ثلاث نظريات.

١٦ (١) نظرية أحالة الدين أو الوكالة ويعبر عنه في الشرق العربي بحواله الحق - cession de créance -

هذا التفسير للعلاقة القانونية بين أطراف الكمبيالة كان قائما طيلة القرن التاسع عشر وأوائل العشرين في ذهن الفقهاء الفرنسيين فيقولون أن العلاقة الناشئة عن الورقة التجارية بين أطرافها هي متولدة عن ثلاثة عقود عقد سابق بين الساحب والمستفيد أو الحامل يتم من أجل تنفيذه لتحرير الورقة التجارية فهناك إذا التزام أصلي سابق بين الطرفين المذكورين ولتنفيذه التجا الطرفان لإنشاء الورقة التجارية من طرف الساحب وتم تسليمها من طرف المستفيد. والعقد الثاني قائم بين الساحب والمسحوب عليه وسبناه الوكالة فهنا يوجد عقد وكالة بين مدين الطرفين فالساحب بإنشاء الورقة التجارية يكون قام بتوكيل المسحوب عليه بالوفاء بقيمتها للحامل أو المستفيد الذي كان له التزاما سابقا بذمة الساحب سوف ينقضي بالوفاء بقيمة الورقة التجارية من طرف الوكيل الذي هو المسحوب عليه وأن امتنع المسحوب عليه من الخلاص كان

مسؤولا تجاه الحامل وتجاه الساحب ما دام هو وكيل عن هذا الأخير عليه تنفيذ إرادته. كما أن هناك عقد ثالث أن توجد مظهر ومظهر له الذي هو عقد أحالة دين لأن المظهر يتنازل عن دينه لفائدة دائته الذي هو المظهر له لاستخلاص قيمة الورقة التجارية المدين بها قد تبرئة ذمة المظهر من الدين الذي عليه لدائته المظهر له (١).

ذلك هو التصور الذي كان قائما لدى الفقهاء الفرنسيين للطبيعة القانونية للعلاقات القائمة بين الأطراف المتعاملة بالكمبيالة.

غير أن هذه النظرية منتقدة عليها لما فيها من تغليب طابع القانون البحث على مفهوم الأوراق التجارية وطبيعة العلاقات القانونية الرابطة لأفرادها وهي لا تتماشى في الحقيقة مع أحكام القانون التجاري الصريحة فمثلا الوكيل في القانون المدني يقوم بعمله لحساب الموكل وعمله ينتج آثاره مباشرة تجاه هذا الأخير بينما المسحوب عليه في القانون التجاري في مجال الأوراق التجارية.

هو يلتزم شخصا بالوفاء بقيمة تلك الورقة التجارية بمجرد توقيعه عليها بالقبول (المصل ٢٨٧ من م. ت) وهو متروك على الورقة التجارية كيف ذكر لم يعد له أن يتمسك تجاه الحامل بما له من أوجه دفع مبنيا على علاقته الشخصية مع الساحب أو المظهر إذ هو أصبح ملتزما مباشرة للحامل أو المستفيد بتلك الورقة التجارية كما أن تفسير العلاقة بين المظهر له بأحالة الدين هو تفسير غير صحيح أيضا لأنه أحيانا يقع إنشاء الكمبيالة ومظهر بينما المسحوب عليه لم تتوجد لديه المؤونة أصلا ويظهر هذا خاصة في الكمبيالة إذ أن المشرع لم يشترط وجود المؤونة لدى المسحوب عليه إلا في تاريخ حلول أجل الوفاء فلو كان الأمر كما

(١) كتاب الاسناد التجارية فقرة ٢٩ لأدوارد عيد.

قبل ان العلاقة بين المظهر والمظهر له هي احواله دين لوجب ان يكون الدين موجودا يوم تحرير تلك الاحالة الذي هو المؤونة بينما في القانون المصرفي يمكن ان يقع تطهير الكسبالة والمؤونة لم توجد بعد لدى المسحوب عليه طالما انها ليست بشرط صحة الكسبالة يوم انشاؤها وانما اشترط وجودها يوم حلول اجل الوفاء.

كما ان القانون المصرفي ابغى ضمان الموقعين على الورقة التجارية لملاءة مسحوب عليه تجاه الحامل الى يوم حلول اجل خلاص الورقة التجارية بينما في حوالة الدين لا يضمن التحيل لملاءة الحال عليه الا يوم وقوع الاحالة ولو كانت تلك الاحالة بموضع والا فلا ضمان عليه (الفصل ٢١٣ من مجلة الالتزامات والعقود).

ومكذا يتبين ان هذه النظرية الرامية لتفسير الالتزام بالورقة التجارية كانت غير ملائمة لاحكام الاوراق التجارية عموما لتجاهاتها لاحكام القانون التجاري.

١٧-٢) نظرية الانابة : theorie de la delegation

ان هذه النظرية تزعم ان العالم تالير Thaller ويرى بمقتضاها في الكسبالة ان هناك انابة اذ ان الساحب الذي هو (منيب) يتنبه عنه المسحوب عليه (مناب) في الوفاء للمستفيد او الحامل الدائن الذي هو (المناب لديه).

وينشأ عن تلك الانابة حق جديد مباشر للمناب لديه الذي هو الحامل قبل المسحوب عليه الذي هو المناب ويكون عندئذ التزام هذا الاخير نحو المناب الذي هو الحامل صحيحا ولو كان التزامه في الاصل باطلا او هو خاضع لدفع من الدفع.

وهذه الانابة تتكرر حتى في صورة التطهير اذ ان المظهر بموافقة المظهر له على قبول المسحوب عليه كملتزم بالخلاص من يكون اناب هذا الاخير في خلاص الورقة التجارية موضوع التطهير انما يرى تالير ان هذه الانابة

هي انابة ناقصة لان الانابة الكاملة تقتضي تجديد الالتزام بتغيير المدين بحيث ذمة المنيب تبرا قبل المناب لديه اي الدائن بينما في الورقة التجارية ليس هناك تجديد للمدين بل يبقى التزام المنيب القديم الى جانب التزام المناب الجديد ومكذا يمكن للحامل للكسبالة مثلا الرجوع على المظهر والساحب عند عدم حصول الوفاء من المسحوب عليه .

وهذه النظرية من تالير لقيت كثيرا من الترحاب لوجهاتها مبدئيا الا انها بدورها لم تحل من النقد اذ ان الانابة تقتضي وجود ثلاثة أطراف وجميعهم يكونون موافقين على تلك الانابة فلو انتهت موافقة احدهم لما تمت الانابة ومعنى هذا ان الكسبالة مثلا لا تكون صحيحة طبق نظرية الانابة الا متى كانت موقعة من الساحب والمسحوب عليه والحامل والحال ان القانون التجاري يعتبر الكسبالة صحيحة يوم انشاؤها او تطهيرها وهي لم توقع بعد بالقبول من المسحوب عليه لان القبول ليس شرطا لصحة الورقة التجارية وهي تبقى صحيحة ولو امتنع المسحوب عليه من قبولها فضلا على انه قد يشترط عدم عرض الورقة التجارية على القبول فكيف يتصور حصول الانابة في هذه الحالة كما انه في سورة التطهير يصح في كل مرة عند حصوله لا بد من الرجوع للمسحوب عليه للتوقيع على الورقة التجارية بالقبول حتى تصبح صحيحة وهو امر مغالف لقواعد القانون التجاري المتعلق بالاوراق التجارية.

وبذلك فان نظرية الانابة بدورها لا تصلح ان تكون اساسا صحيحا لتفسير الطبيعة القانونية للعلاقات الناشئة عن الالتزام بالاوراق التجارية.

٣ - نظرية الاشتراط لمصلحة الغير:

ان هذه النظرية مبناها القاعدة الواردة بالفصل ٢٨ من مجلة الالتزامات والعقود الذي يخول اشتراط شرط تعود منفعة على الغير اذا كان ذلك ضمن عقد وينفذ حينئذ ذلك الشرط في حق ذلك الغير ويكون له القيام به

على الملزم بهذه الفكرة اخذها الفقيه ورمز Worms - في رسالته الارادة المنفردة وجعلها تنطبق على الاوراق التجارية فالمستفيد من الورقة التجارية يتعاقد مع الساحب لا لمصلحته فقط بل كل حامل لها على التعاقب مشروطا عليه دفع قيمة تلك الورقة متى امتنع المسحوب عليه من القبول او الوفاء ببilletها فيكون الحامل الاخير او المظهر له بمثابة المشتري لفائده والمستفيد الاول او حاملها الاول بمثابة المشتري ويكون الساحب هو الملزم بالشرط فتى امتنع المسحوب عليه من القبول او الوفاء تم الرجوع على الساحب من قبل المشتري لفائده ومادام هذا الاخير له حق الرجوع على الساحب وهو حق استبد منه القانون لا من المشتري وعليه لا يمكن الاحتجاج ضده من الساحب بما له من علاقات شخصية مع المشتري الذي هو الحامل الاول .

لكن الحقيقة ان المشتري لفائده لم يستند حقه من القانون انما استند من العقد المبرم بين المشتري ومعاذته الثاني الملزم بالشرط فاذا كان ذلك العقد صحيحا او باطلا فان الملزم بالشرط التمسك بذلك العقد او البطلان تجاه المشتري لفائده وهذا لا يمكن قبوله في قانون الصرف اذ لا يمكن التمسك ضد الحامل الحسن النية باوجه البطلان التي قد يحتج بها ضد الحامل السابق .

نعم هاته النظرية هي لا محالة من شانها اجتناب الميوب التي رايناها في نظرية الانابة والتي تستلزم موافقة الاطراف الثلاث الوجود بالورقة التجارية على سعة تلك الورقة والتي عملها في قانون الصرف غير متوفرة ومع ذلك فان نظرية الاشتراط لمصلحة الغير هي بدورها لها نواقصها باعتبارها لا يمكن الاخذ بها في سورة الحامل حسن النية الذي لا يحتج ضده بالدفع الذي قد يكون وجيبا ضد الحاملين للورقة التجارية السابقين .

وعلى كل فان النظريات السابق بسطها لم يكن لها من الوجة ما يجعلها

مقبولة لتفسير النظرية العامة للاوراق التجارية وهل اسحابها كانوا من التاترين بالقانون المدني وقواعده العامة اكثر من نظرتهم لكون القانون الصرفي هو ذو طبيعة خاصة به لا نجدما في القانون المدني في معظم احكامه وهذا طبيعي طالما ان قانون الصرف غاية بالدرجة الاولى اشخاصا معينين الذين هم التجار وحتى اذا طبق على غيرهم فان ذلك كان بحكم وجودهم بالحياة التجارية ولو عرفوا يتعاملهم في لحظة ما على نسق ما يتعامل على اساسه التجار او استعمالهم لادوات هي معموله اساسا لتسهيل اعمالهم التجارية.

وعليه لا تستغرب عندما نرى فقهاء معينين يعملون على اثبات استقلال الاوراق التجارية عن كل عمل قانوني مدني سابق عن انشائها كما سنرى ذلك في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية :

الورقة التجارية هي عمل قانوني صرفي مستقل عن العلاقات السابقة لانشائها .

١٩ - هذا النمط من التفكير الذي غايته ابراز الورقة التجارية كعمل قانوني صرفي مستقل عن كل عمل قانوني سابق له كان متزعما له العالم الالمانى "انيرت" الذي اكد على وجوب فصل الورقة التجارية عن العلاقات القانونية السابقة لانشائها او تظهيرها وذلك بجعل الورقة التجارية ذات كيان مستقل تماما ولها طابعها الخاص الذي لا يمكن ربطه بأي عمل قانوني سابق عن انشائها او تظهيرها فهو يرتقي بالورقة الى حد اعتبارها بمثابة نقود حقيقة يتداولها التجار لقسوة معاملاتهم التجارية وهي ما دامت مثل النقود ينبغي توفير الثقة الكاملة فيها بجعلها كافة في حد ذاتها لاثبات الحق موضوعها مع سهولة الدلالة عليه من حيث مقداره لا من حيث كافة اوصافه الى جانب قطع سلتها بالعلاقات السابقة

من انشائها مما سح لحاملها بعدم الاحتجاج ضده بذلك للحامل كامل الحق تجاه المدين باستخلاص مبلغها منه سواء أكان المسحوب عليه عند قبوله لتلك الورقة والساحب أو المظهر عند عدم الخلاص أو عدم القبول من المسحوب عليه.

وفكرة اينيرت مانه كان لها تأثيرها في مجال التشريع كما سترى ذلك عند الحديث عن الكمبيوترية وتطورها كما كان له تأثيره حتى على الفقهاء الألمان والإيطاليين والفرنسيين .

وقد تبلورت فكرة هذه المدرسة في نظريات قانونية ثلاث أحداها ترى فرد هذه الفكرة هي نظرية العقد البجرد والثانية ترى ميناها نظرية الإرادة المنفردة والآخرى تجمع بين الإرادة المنفردة والعقد والتي تستعرضها في الفقرة الموالية:

٢-٤٠) نظرية العقد المجرد - Theorie du contrat abstrait

ان هذه النظرية تقوم على ان في تحرير الورقة التجارية يوم انشائها وكذلك عند تطهيرها انتفاء ارادتين على التعاقد ارادة الساحب للورقة يوم انشائها أو المظهر يوم توقيعه عليها بالتطهير - من جهة وإرادة الحامل أو المستفيد بقبول تلك الورقة التجارية وبالثقاء ارادة هذين الطرفين يتكون العقد الذي ينجم عنه التزام صرفي بوجب تطبيق احكام القانون التجاري عليه.

وهذا الالتزام الصرفي من يوم دفعه للوجود بانشاء الورقة التجارية وكذلك يوم تطهيرها من جديد لم يمد له اي علاقة أو ارتباط بالالتزامات السابقة له والتي ربما كانت قائمة بين الاطراف المتعاقدة من جديد بواسطة الورقة التجارية.

ومعنى هذا ان كل عيب أو بطلان قد يشوب الالتزامات السابقة عن انشاء الورقة التجارية أو تطهيرها لا يكون لها اي تأثير على صحة تداول

الورقة التجارية الناشئة نتيجة الالتزام السابق طالما ان الورقة التجارية لها كفايتها الذاتية وهي تتركز في صحتها على الارادة الظاهرة للمتعاملين بها ولا يلتفت للارادة الباطنة لمن اعطى لها الدفعة الاولى من الحياة ولا لحاملها.

وطالما ان المسحوب عليه بدوره يعتبر متعاقدا مع الحامل يوم قبوله للورقة التجارية فهو بدوره يصبح ملزما باداء قيمتها بقطع النظر عما له من معارضات في شان المؤونة تجاه الساحب أو المظهر طالما ان العقد الذي أبرمه مع الحامل هو عقد مجرد من كل علاقة سابقة له مع الحاملين السابقين طالما هو قبل التعامل بالاوراق التجارية والتي تكون طبعها مشتملة على البنات التي فرضها القانون التجاري من جهة شكلها ومن جهة البيانات التي ينبغي ذكرها على وجه الوجوب .

غير ان هذه النظرية لم تسلم من النقد لان هناك حلقة منقودة لتفسير العلاقة التي تقوم بقتضى الورقة التجارية بين الحامل الاخير والساحب أو المظهر اذ لم يسبق ان التقيا اصلا وكذلك الامر بالنسبة للمتعاملين اللاحقين عن القبول من المسحوب عليه وهذا الاخير اذ لم يسبق بينهما اتفاق على التعاقد من قبل البتة.

كما ان القول بان الالتزام بالورقة التجارية يجعل الالتزام الصرفي مستقلا تماما عن الالتزام السابق الدافع لانشاء تلك الورقة التجارية فيه كثير من الخطورة اذ انه يصبح حتى الملزم مباشرة الذي هو الساحب مثلا لا يستطيع الاحتجاج في مواجهة الحامل المتسلم منه مباشرة تلك الورقة التجارية بما له من اوجه دفع شخصيه نجوه وهو امر مخالف لقواعد القانون التجاري نفسه.

كما ان القول بان الالتزام الصرفي ميناء العقد فانه عندئذ تصبح عيوب الرضا الواردة في خصوص العقود يمكن اعمالها ومن شأن بعض العيوب أن تبطل العقد تماما في مواجهة الكافة وهذا ايضا مخالف لقواعد القانون

التجاري اذ انه لا وجه للتمسك بمثل هذه الميوب تجاه الحامل الحسن
النية كما هو مقرر في الكتاب المتعلق بالاوراق التجارية بالجملة
التجارية.

٣-٣١) نظرية الارادة المنفردة Theorie de la volonté unilatérale

ان هذه النظرية مأتاها بالدرجة الاولى فكرة العالم الالماني انيرت
الذي يشبه الورقة التجارية بالنقد.

وخلاصة هذه النظرية ان الورقة التجارية متى كانت حاضرة لشكلياتها
القانونية وقام بالتوقيع عليها صاحب او المظهر او غيره من الموقعين
ان كل موقع عليها هو بإرادته المنفردة التزم بإداء قيمتها لحاملها
باعتباره دائنا بقيمتها بقطع النظر عن كونه مبروراً لديه او لا فلا يمكن
لذلك الملتزم بها بإمضائه عليها ان يتخلص من التزامه ذاك وذلك حتى لا
يقع الاخلال بالثقة المشروعة التي اطمأن لها الحامل فان الالتزام الصادر
عن الموقع ذاك مما كان هذا الموقع فانه يعتبر مستقلاً تماماً عن العلاقة
السابقة له والتي كانت سبباً في وجود الالتزام الصرفي .

لكن هناك عديد الاشكالات في هذه النظرية وهي تتعلق بتحديد الزمن
الذي ينشأ فيه التزام المدين مل من تاريخ تحرير الورقة والامضاء
عليها ولو لم يقع تسليمها للحامل ويبقى هذا الالتزام معلقاً على شرط
انتقال الورقة للحامل بحيث اذا أصبحت بيد هذا الاخير باي وجه كان
انتجت مفعولها او ان هذا الالتزام لا يبدأ مفعوله الا من تاريخ تسليم
الورقة من الموقع بإرادته الحرة ليصبح الالتزام له مفعوله القانوني لان
عملية تسليم الورقة اكدت نية التزامه بها.

يبدو ان التشريعات التجارية الحالية ذهبت الى هذا الرأي الاخير اذ انه
في سورة سرقة الورقة التجارية او ضياعها لصاحبها حق الاعتراض على
دفع قيمتها.

كما ان اصحاب نظرية الارادة المنفردة كانوا في اختلاف حصول طبيعة حق
الحامل نحو المدين الصرفي.

فراى البعض بان المدين الملتزم بالورقة التجارية لما وقع عليها لم يلتزم
في اغلب الاحيان نحو شخص معين وعليه فهو ملتزم نحو تلك الورقة
التجارية فهي الدائنة وما الحامل الا نائب قانوني عنها وعليه فان هذا
الملتزم ليس له ان يدفع تجاه الحامل الا بالدفع الناشئة عن تلك
الورقة التجارية ذاتها دون الدفع التي يستخدمها من علاقته مع الحامل
وهذه نظرية لا يمكن قبولها لان الجملة التجارية تسمح للمالك والمظهر
ان يدفع طلب الحامل الملتزم له صاحب مباشرة او المظهر له المباشر
من قبل المظهر كما ان الواقع يؤكد ان الحامل عندما يستخلص قيمة
الورقة التجارية بفعل ذلك لصلحته الخاصة لا لفائدة وحساب تلك الورقة
التي لا ذمة مالية لها قطماً.

ورأى البعض الاخر بان الحق اندمج في الورقة التجارية ومعنى ذلك ان
الحامل لها ليس بدائن للموقع بل مالكا للورقة التجارية وبذلك لا يعتبر
خلفاً لمن تسلمها منه وهكذا ليس للمحكمة السابقين ان يحتجوا ضده بما
لهم من علاقات شخصية بالساحب او المظهرين السابقين.

لكن هذه النظرية منتقدة بوجه بسيط جداً وهو ان القانون التجاري يسمح
في سورة ضياع الورقة التجارية وقوع الخلاص على نسخة منها كما ان
الحق الثابت في الورقة التجارية هو حق شخصي للدائن وليس بحق عيني
اذ ان هناك عنصر المديونية في الموضوع وهو لا يتعلق الا بالاشخاص
بينما لو قيل الحق مندمج في الورقة التجارية لثرب عليه ان هذه الورقة
لها حق قائم بها وهي الذي لا يكون الا للمعارفات باتفاق الاراء الفقهية
وبذلك فان هذه النظرية لا يمكن الاخذ بها لعدم مقبوليتها واتما وقانوناً.

٢٢-٣) نظرية الجرم بين الإرادة المنفردة والمعقد:

ان هذه النظرية ارادت ان تأخذ مزايا نظرية الإرادة المنفردة ومزايا نظرية المعقد واجتناب النقد الموجه لكلا النظريتين نصا أصحاب هذه النظرية بعملية التجميع بين النظريتين السابقتين فقالوا بان توقيع الورقة التجارية من المدين ينشأ عنه التزامه بإرادته المنفردة لما هو يسلم تلك الورقة للحامل يكون تعاقدا معه على خلاص قيمتها كما قام بعضهم باعطاء صورة اخرى لهذه النظرية فقالوا ان يلتزم الموقع تعاقدا مع الحامل الذي وقع لفائده الورقة التجارية وهو التزم بإرادته المنفردة يوم توقيعه ايضا وذلك تجاه الحيلة اللاحقين لتلك الورقة وعيب هذه النظرية انها جعلت للعمل القانوني الواحد روابط قانونية متباينة زيادة عن النقد الموجه لنظرية المعقد بفردها ونظرية الإرادة المنفردة بفردها.

ونظرا لكون هذه النظريات الثلاث لم تقوم على الوقوف أمام النقد العلمي في كثير من الجوانب شأنها شأن النظريات المرتكزة على القواعد العامة للقانون المدني فان الفقهاء منحوا منعجا جديدا في تفسير الطبيعة القانونية للاوراق التجارية فانجهوا لفكرة حماية القانون للشفة المشروعة.

الفقرة الثالثة : النظريات المؤسسة علم حماية الثقة المشروعة.

٢٢) ان النظريات البنية على حماية الثقة المشروعة تعتبر من النظريات الحديثة وقد تم الالتجاء اليها لما تبين ان النظريات السابقة لا تقوى على مواجهة النقد الذي وجه لها فكانت هذه النظريات بمثابة التفسير البني على الحالة الواقعية للاوراق التجارية الموجودة صلب القوانين التجارية والمشرع اراد حمايتها بجعل الثقة فيها قائمة بما فرضه في تحريرها من شكلية معينة لجعلها اداة او ائتمان حقيقي او اداة وفاء

بحسب نوع الورقة التجارية.

وعليه فان اصحاب النظريات المؤسسة على الثقة المشروعة كان يحدهم في علمهم اعتماد الامر القانوني الواقع اكثر من اي عنصر اخر فما هي هذه النظريات ؟

١) نظرية المعظم و حسن النية:

هذه النظرية اعتمدت العالم الالمانى غرنييهو الذي لاحظ بان الالتزام الصرفي هو حقيقة يستند الى ارادة منشي الورقة التجارية المنفردة الذي هو المدين وكذلك من امضى عليها هذه من مظهر ومسحوب عليه وضامن لكن ما دامت الورقة لم تدفع للتداول فهي تعتبر قيمة متحفرة للعمل يعبر عنها الفلاسفة بالوجود بالقوة ومتى تم تسليم الورقة التجارية للمبر سواء بإرادة المدين نفسه او حتى من غير ارادة منه كسرقتها او ضياعها من حوزته ودخولها في حيازة حامل حسن النية اعتبرت يومها تلك الورقة التجارية قد دخلت الى دور الصل ويصبح بذلك المدين بها ملزما بالوفاء بالتزامه بقتضاهما وهذا الان حسن النية الموجود بجانب الحامل هو "قانونا موجبا" لحماية حقه خاصة متى كان ظاهر تلك الورقة التجارية الصحة باستيفائها لكامل شكلاتها القانونية ولا يتربط على هذا الحامل احسن النية متى اودع ثقته في ذلك الظاهر ولذلك من الواجب حمايته .

٢٥) ويرى الفقيه الالمانى جاكوبي الذي يعتمد نفس النظرية السابقة بان للالتزام الصرفي مصدران مختلفان احدهما المعقد بالنسبة للمدين ودائنه المباشر كالمساحب بالنسبة للحامل الذي استلم منه الورقة التجارية وهذا له التمسك بالدفع الذي يمكنه الاستناد اليها من ذلك المعقد والمصدر الثاني هو الاستفادة من مجرد الامضاء على الورقة التجارية اذ ان ذلك الامضاء هو تعبير عن الارادة بالالتزام نحو الحيلة اللاحقين للورقة التجارية وهم محمولون على كونهم حسني النية طالما كانت الورقة التجارية صحيحة حسب مظهرها الشكلي فلا يمكن المدين عندئذ بتلك

الورقة الاحتجاج بما له من دفوع قد يستمدحا من علاقته الشخصية بالحامل السابق وهذا مأثاء حماية ذلك الحامل حسن النية الذي أطمان لظاهر الورقة التجارية فلا يمكن زعزعة ثقته فيها لما هناك من علاقات جانبية من شأنها لو اعتدلت واعتبرت صحيحة لانهار كل تعامل بالاوراق التجارية أصلا. (١)

(٢٦) و أخيرا نجد الفقيه الايطالي موسى الذي وان أكد بنفسه فكرة حسن النية والمظهر الا انه اعتبر ان تفسير التزام الموقع على الورقة التجارية هو القانون فقط وما اسماه الملتزم على الورقة التجارية الا مجرد اعطاء الاطار القانوني صيغة التنفيذ لذلك مجرد ان يحصل الاسماء ينتقل الاطار القانوني من مجرد اطار الى اثار قانونية صحيحة مطابقة للمظهر الذي يبدو صحيحا ولو لم تتفق هذه الآثار مع رغبة المدين حقيقته. وعلى هذا الاساس وما دام القانون هو سيد الموقف وهو المكيف لاطر الورقة التجارية وهو الممطي لها القوة القانونية بعد التوقيع عليها من المدين متى كان مظهرها موافقا لاحكامه فان الدفوع التي لا يمكن مواجهة الحامل حسن النية بها يصبح لها تفسير وفقا لقواعد قانونية تختلف تماما عن القواعد المنظمة للاعمال القانونية عموما في الحالات المادية الواردة بالقانون المدني .

(٢٧) - نظرية الورقة التجارية :

أصحاب هذه النظرية وعلى رأسهم ريبير اعتبر الورقة التجارية في حد ذاتها هي المصدر الرئيسي والوحيد لالتزام المدين ذلك ان الساحب عندما ينشئ الورقة التجارية او المظهر يظهرها للحامل فان هذا الانشاء او التوقيع والتسليم من المظهر يمطي الحياة للورقة التجارية التي تنتج

(١) الموجز في القانون التجاري - مصطفى كمال طه - ص ٢٧١

من ذلك الوقت اثارها القانونية في نطاق الاحكام قانون الصرف . النتيجة ان كل موقع على الورقة التجارية ملزم بالوفاء بقيمتها وكل حامل لها حسن النية له حق قبض قيمتها ولا تاثير للعلاقة الاصلية التي تكون قامت بين الحامل والساحب او المظهر على الالتزام الصرفي الذي تولد عن تلك الورقة التجارية فهذا تفسير مادي بحث لمفهوم الالتزام بالاوراق التجارية غاية اصحابه منه حماية الحامل الحسن النية الى ابد الحدود.

(٢٨) - نظرية المسؤولية :

ان هذه النظرية تزعمها الفقيه الفرنسي جول فاليري وايده في رايه الفقيه الايطالي كارلوتي انما الفقيه الفرنسي اوضح رايه بان اساس التزام المدين الموقع على الورقة التجارية هو القانون الذي غايته بالدرجة الاولى حماية الائتمان والثقة المشروعة للحامل حسن النية وهذا له اساس بالصلحة العامة التي هي بمثابة النظام العام .

وطالما ان الحامل حسن النية سوف يتعامل مع الورقة التجارية التي ظاهرها استعمال شرائطها باعتبارها صحيحة فمن تسبب في ضرر عن تلك الورقة بغضلة عليه تعويض ذلك الضرر له والمتسبب فيه هو الموقع على تلك الورقة واعطائه لها مظهر السلامة فليس له الامتناع عن الوفاء بها في تاريخ الحلول وما وفاقه ذاك الا بشأبة التعميخ للحامل عن الضرر الذي لحقه من خطأ الموقع على السند وبالتالي ليس لهذا الاخير الاحتجاج ضد ذلك الحامل حسن النية باي سبب من اسباب بطلان الالتزام او فسده وعلى كل فان القانون اقتضى ان مجرد توقيع المدين على الورقة التجارية يمطيها القوة القانونية وهو نفسه الذي اقتضى ان هذا الملتزم ليس له ان يحتج على الحامل حسن النية بما له من دفوع لايد للحامل فيها فكان هذا الحكم اصبح يهتم النظام العام والاخلال به فيع اساس النظام العام الذي لا يمكن قبوله قانونا.

٢٩) والسلاط ان النظريات الواقع استعراضها جميعا والرامية لاديات كون الالتزام الصرفي هو من قبيل حماية الثقة المشروعة هي جميعها نظريات محل نقد منصب اساسا على انها جميعا املت دور الارادة كمصدر للالتزام الصرفي بينما الواقع الملموس يؤكد خلاف ذلك اذ انه بدون ارادة الملتزم بالورقة التجارية باسقاطه عليها لا يمكن ان يكون لها وجود اصلا وان دور الارادة ذلك يبدو واضحا في علاقة المدين الملتزم بالحامل المباشر له الذي يمكنه دائمة الاحتجاج ضده بماله من اوجه دفع مصدرها علاقته السابقة به وما قد يمتري ارادته من عيوب كما ان ذلك المدين ببلاراده الظاهرة يمكنه ان يمدل شروط الالتزام الاختيارية الواردة ملب الورقة التجارية نفسها خاصة الساحب ويكون لها مفعول على سائر الحاملين لتلك الورقة.

كما ان الاخذ بنظرية المسؤولية لتفسير طبيعة الالتزام الصرفي لا يمكن الاخذ بها طالما ان المسؤولية المدنية مبنيا مبدئيا الخطأ سواء منه الخطأ المادي او الخطأ البسيط لانه لا يتصور وجود مسؤولية مدنية دون البت في موضوع الخطأ الذي ربما ينتفي احيانا تماما في الاوراق التجارية ومع ذلك يبقى المدين الملتزم بالورقة التجارية مجبرا على تصديق قيمتها.

٣٠) وما دامت النظريات السابق بسطها جميعا كانت محل نقد فان هناك محاولات اخرى من فقهاء محدثين حول تفسير طبيعة الالتزام بالاوراق التجارية وهو ما فعله الفقيهان ليسكو وروبلو في كتابهما الاوراق التجارية بتفسيرهما للالتزام الصرفي برده الى ارادة الموقع الملتزم بالورقة التجارية من جهة والى القانون من جهة اخرى (١) فهناك ارادة

(١) ليسكو وروبلو الاوراق التجارية فقرات - ١١٩ - ٣١٠ - ٣٠٦

الموقع على تلك الورقة بلا ريب كما ان هناك ارادة المستفيد الذي استلمها وهناك ارادة المسحوب عليه بقبوله لها بتوقيمه عليها وهكذا تتكرر هذه الارادة في كل عملية تطهير وهذا يفسر الدفع بانتفاء الارادة في مواجهة كل حامل ولو كان حسن النية مثل حالة تدليس الامضاء وانتفاء صفة السخي على وجه الوكالة وكذلك تفسير امكانية تحديد الشروط الاختيارية من طرف الساحب بالورقة التجارية وهذا التكييف نفسه يمكن من تفسير امكانية الاحتجاج بالدفع من طرف الساحب ضد الحامل المباشر وكل مدين بالورقة التجارية ضد دائته المباشر بتلك الورقة .

والى جانب الارادة هناك ما فرضه القانون نفسه الذي وضع احكاما غايته منها حماية الحامل الحسن النية متى تسلم الورقة التجارية وهي في ظاهرها تحمل السلامة التامة فلا يمكن بذلك للمدين بها التمسك بالدفع الخاصة به التي قد يحتج بها على دائته المباشر.

وما دامت هذه الحماية اعطاه القانون للحامل حسن النية فانه متى انتفت حسن النية هذه عليه فانه لم يعد من حقه التمتع بحماية القانون وهذا ما يفسر تخلف القانون عن حماية الحامل السيئ النية وجواز الاحتجاج ضده بما هناك من علاقات شخصية بين المدين والحاملين السابقين.

٣١) والذي يبدو من خلال استعراضنا لسائر النظريات السابقة انها جميعا تهدف لاعطاء تفسير قانوني لطبيعة الاوراق التجارية وقد ذهبت كل منها متعاضدا مبنيا ويظهر انه لفهم الطبيعة القانونية للاوراق التجارية ينبغي دائما الالتفات الى الكيفية التي تمت بمقتضاها تطوير الاوراق التجارية وهي الضرورة العملية التي فرضتها الحياة التجارية من سرعة معاملات ووجوب توفر الثقة في الورقة التجارية واعتمادها كوسيلة ائتمان الى جانب رغبة المشرع في التشجيع على التعامل بشئ تلك الوسيلة

اقتلا لجولان النقود الراضجة قانونا وهي جميعها تدفع الشرع بين
الحين والآخر لتعديل احكام تلك الاوراق التجارية دون التفات لما
تقتضيه في كثير من الاحيان النظريات العملية التي تركز في اغلب
الاقوات على فلسفة قانونية محددة تبقى مؤثرة دائما على الفقه الباحث
عن الطبيعة القانونية للورقة التجارية وهو ما دام لم يراع الجانب
العملي الذي اهتم به الشرع يجد نظريته في النهاية قابلة للنقد
لمخالفتها في احيان كثيرة لقاعدة قانونية او اكثر واردة بالقانون
الصرفي من شأنها ان تهدم الجانب النظري الذي اعتمدته.

وعليه فانه لئيم الطبيعة القانونية للاوراق التجارية ينبغي الاخذ بعين
الاعتبار للمتطلبات التي راعاها الشرع في سنه القانون الصرفي وهي
تعتمد الواقع والحركة التجارية واثرائها الاقتصادية على الصميين
الداخلي والدولي وانعكاس ذلك على القاعدة القانونية الصرفية
والقابلة للتغيير في كل وقت متى تبين للشرع ضرورة ذلك التغيير
وليس ادل على ذلك من تطور احكام الشيك في خصوص عرضه للوفاء
وتقرب مدة اربعة ايام بعد اذار الساحب لخلاص قيمة الشيك والحال ان
اداء وفاء وهو بمثابة نقود قابلة للصرف حالا بمجرد عرضه على البنك
نموذج الشرع من هذه النقطة يدل على انه لا يهتم بالجانب النظري ولا
يبحث عن التفسير العلمي لموقفه كمقتن بقدر بحثه عن ايجاد حل لجانب
عملي عاشه صلب الحياة العملية التي تطغى عليها اليوم السرعة في كل
شيء بما في ذلك ضرورة تغيير المواقف القانونية بحسب الحاجة اليومية .

القسم الثاني :

٣-٣ (الملاقة القانونية بين اطراف الورقة التجارية.

الورقة التجارية عموما لما يقع انشاؤها تشتمل على ثلاثة اطراف .

- (١) صاحب - tireur
- (٢) مسحوب عليه - tiré
- (٣) مستفيد او حامل - bénéficiaire ou porteur

كما تنشأ عادة عن هذه الورقة التجارية ثلاث علاقات هي :

- (١) علاقة بين الساحب والمستفيد
- (٢) علاقة بين الساحب والمسحوب عليه
- (٣) علاقة بين المسحوب عليه والمستفيد

واذا كانت الملاقة القانونية بين الساحب والمسحوب عليه تختلف من
ورقة تجارية الى اخرى وبحسب ما اذا حصل القبول لتلك الورقة من
المسحوب عليه ام لا وكذلك الامر بالنسبة للمستفيد في علاقته بالمسحوب
عليه بحسب موقف هذا الاخير من تلك الورقة فان علاقة الساحب
بالمستفيد او المظهر بالمظهر له تمايز باكثر من مظهر نظرا لكونها تنشأ
بين الطرفين المذكورين عادة قبل انشاء الورقة التجارية ويمثلها للوجود
اذ يتندر ان يتعامل ساحب ومستفيد بورقة تجارية من اول وهلة ان لم يكن
بينهما معاملات تجارية سابقة من بيع او رهن او قرض .

لذلك فان الورقة التجارية قبل انشاؤها تكون عادة مسبوقة بدين اصلي
سابق بذمة الساحب او المظهر لفائدة المستفيد او المظهر له وغالبا ما
يصاغ ذلك الدين الاصلي السابق في شكل ورقة تجارية يلتزم بمقتضاها
الساحب التزاما صرفيا بالوفاء بتلك الورقة على معنى القانون التجاري
بعد ان كان ملتزما بالدين الاصلي على اساس القواعد العامة للقانون
المدني .

ومكثا نلاحظ ان الساحب انتقل بالتزامه الاصلي المدني الى التزام شرعي وهنا ترد التساؤلات هل تصبح علاقة الساحب بالاستفيد علاقة مردوجة خاضعة للقانون المدني في الدين الاصلي وللقانون الشرعي في الالتزام الثاني الذي هو في الحقيقة يخص نفس الدين الاصلي ؟ ام ان الالتزام الشرعي الجديد هو الذي يعتبر قائما والالتزام الاصلي ذهب الى الابد باعتبار ان الالتزام الشرعي حل محل الالتزام الاصلي والدين الاصلي وبالتالي فان هذا الدين الاخير لا يبقى له وجود ام كيف الامر ؟
هذه التساؤلات نحاول الاجابة عنها في الفقرات التالية :

الفقرة الاولى :

(٢٢) استمرار وجود الدين الاصلي الم جانب الدين الشرعي :

اذا كانت الورقة التجارية تم انشاؤها من طرف الساحب لفائدة المستفيد نتيجة دين اصلي سابق اصبح موضوع تلك الورقة فان هذه الاخيرة لا تعتبر تجديد للدين الاصلي مبدئيا عملا بالفصل ٢٥٨ من مجلة الالتزامات والعقود الذي اقتضى ((ان تجديد الدين لا يكون بقلبة الظن بل يجب ان يكون صريحا)) ونتيجة لذلك فان الدين الاصلي يبقى قائما الى جانب الدين الشرعي وليس معنى ذلك ان الساحب اصبح مدينا تجاه المستفيد بالدين الاصلي الذي هو الدين السابق لانشاء الورقة التجارية ودين الورقة التجارية نفسها وانما يكون ملتزما مبدئيا على اساس احكام القانون المدني ولا تبرأ ذمته الا اذا اولى بما التزم به على اساس الورقة التجارية التي التزم بها.

ونتيجة لذلك فانه اذا كان الدين الاصلي موثقا برهن او امتياز وحررت في شأن ذلك الدين ورقة تجارية مانان ذلك الرهن او الامتياز لا يفقد الدائن حقه فيه طالما ان تلك الورقة التجارية لا تعتبر تجديد الدين.

غير ان كل ذلك لا يمنع من ان تكون الورقة التجارية مثابة تجديد الدين الاصلي اذا اتى بها على انها كذلك وهذا يتماشى مع مقتضيات الفصل ٢٥٨ من مجلة الالتزامات والعقود المذكور.

والنلاحظ ان هذا الموقف من القانون التجاري التونسي بماورده فيه فقهاء القانون والقضاء الفرنسي وحتى القوانين المقارنة فقانون التجارة اللبناني نص صراحة بالفصل ٤٥٢ منه على انه ((اذا سلم على سبيل ائداء دين سند سحب او سند للامر او غيرهما من السندات القابلة للتطهير فلا يعد ذلك تجديدا للتعاقب ما لم تكن مشيئة الفريقين تفيد العكس)).

وهذا الموقف من الفقهاء نحو الاوراق التجارية لا تشريه عليه اذ يضافه اكثر للمستفيد الذي له المطالبة بدينه عن طريق المطالبة المدنية كما يمكنه ذلك عن طريق المجلة التجارية وليس هذا بغريب من تكييف الدائن الواحد من المطالبة بدينه باكثر من دعوى غير ان الدائن نفسه هو بدون شك سوف يختار بطبيعته طريق الدعوى الشرعية نظرا لما فيها من ضمانات له وحرية اثبات اكثر وجزاءات نحو المدين اثقل الا ان ذلك لا يمنع من استعمال دعواه المدنية كما سبق بسطه ومتى تحصل على دينه بهذا الطريق يصبح من المستحيل عليه المطالبة بدينه من جديد بطريق الدعوى الشرعية طالما تمكن من بغيته بالدعوى المدنية واصبحت دعواه الثانية الشرعية لا معنى لها وحتى ان التجأ اليها فيقع رفضها لاتصال القضاء بموضوعها او لانقضاء المصلحة من القيام بها.

الفقرة الثانية

(٢٤) اوجه استقلال الدين الشرعي عن الدين الاصلي :

اذا سبق منا ان قلنا ان الدين الاصلي يبقى قائم الذات الى جانب الدين الشرعي عقب انشاء الورقة التجارية فان كلا من الدينين سوف يحتفظ بطبيعته بدون شك وينشأ هذا الاحتفاظ هو القانون نفسه .

لمجلة الالتزامات والمقود حددت أوجه تجديد الدين والذي لا يكون الا سراحة والمجلة التجارية من ناحيتها حددت انواع الالتزامات المحولة على الملتزم بالورقة التجارية نتيجة للملاقات الجديدة التي نشأت من الورقة التجارية نفسها سواء بين الساحب والمستفيد وجعلها يقتضى تلك الورقة خاضعين لاحكام المجلة التجارية او بين المستفيد والمسحوب عليه بجمل هذا الاخير غير قادر على مواجهة المستفيد بما له من اوجه دفوع خاصة مبنية على علاقته الشخصية بالساحب.

وتظهر اوجه استقلال الدين الصرفي عن الدين الاصلي في النقاط التالية:

(١) الميوّب السطلة للورقة التجارية لا تأثر في الدين الاصلي.

فالمستفيد الذي بيده كميالة ولم يستطع القيام على اساسها ضد الساحب لبطان التعامل بها لخلوما من ذكر كلمة كميالة طلب تلك الورقة التجارية يمكنه المطالبة بدينه الاصلي على اساس دعواه المدنية .

كما يمكن اعتبار الورقة التجارية الخالية من البيانات الجوهرية الاخرى بمثابة ورقة عادية او حتى بداية حجة للمطالبة على اساسها مدنيا بحيث اذا ما بطلت الورقة التجارية لسبب ما فان الدائن يبقى على حقه في المطالبة على اساس دينه الاصلي مما يدل على عدم تأثر بطان الالتزام الصرفي على الدين الاصلي و استقلال هذا الاخير عنه.

(٢-٣٦) لا تأثر لمرور الزمن التفسير الصرفي او الاممال الذي يحق حق المطالبة على استمرار وجود الدين الاصلي ان هذا المبدأ لا يمكن اخذه على اطلاه انما يمكن القول بانه بالنسبة للاممال اذا ما اثبت الساحب انه وفر لدى المسحوب عليه المؤونة في تاريخ الاستحقاق فانه لا يبقى للمستفيد حق مطالبته بدينه الاصلي والا يصح بسدد دينه واحدا مرتين مرة اولى للمسحوب عليه الذي وفره لديه كمؤونة ومرة ثانية اثناء مطالبة المستفيد له وفي ذلك مجافاة لقواعد العدل والانصاف من جهة ومن أخرى خرق لاحكام المجلة التجارية نفسها التي تهدف حماية حقوق الحامل وفي

نفس الوقت توقيع جزاء عليه في حالة اصابه لواجباته.

كما انه بالنسبة لمرور الزمن التفسير اعتقد ان المطالبة مدنيا عتب حصول مرور الزمن البسيط مرتبط باجتناع المستفيد عن اداء اليمين التي توجه عليه على معنى الفقرة الاخيرة من الفصل ٢٢٥ من المجلة التجارية غير ان بعض الفقهاء يرون ان باسكان المستفيد المطالبة دائما ولو كان مهلا او سقط حقه بمرور الزمن على معنى القانون التجاري بدينه موضوع الالتزام الصرفي ان كان ذلك الدين اساسه ديناً اصلياً سابقاً وذلك عملاً بقاعدة استقلال الدينين عن بعضهما وهو رأي فيه كثير من الخطر على الساحب وعلى التعامل بالاوراق التجارية عموماً.

(٢-٣٧) الدين الاصلي يحتفظ بمظاهره الخاصة به.

ومعنى هذا ان الدين الاصلي قد يكون مخالفاً للدين الصرفي فاذا كان هذا الاخير يكون دائماً تجارياً اذا ضمن بكميالة فان الدين الاصلي قد يكون ديناً مدنياً وقد يكون تجارياً بحسب الاطراف المتعاقدة كما ان وسائل اثبات الدين اذا كان المتعامل معه شخصاً غير تاجر يخضع لجميع قواعد الاثبات المدني وشروطه الضيقة وهذا كله يدل لا محالة على احتفاظ الدين الاصلي بظهوره المستقل عن الدين الصرفي في جميع مظاهره كما ذكرنا. (١)

(١) مصطفى كمال طه - الرجير في القانون التجاري - فقرة ٢٥٢ .

الفقرة الثالثة :

أوجه ارتباط الدين الصرفي بالدين الأصلي :

٢٨) ما دام هدف كلا الدينين واحدا وهو تمكين الدائن من استخلاص دينه من مدينه طالما ان الدائن لا يمكنه المطالبة بذلك الدين مرتين فهو ان طالب به على اساس الدعوى الصرفية لا يمكنه المطالبة به من جديد على اساس الدعوى المدنية وهكذا المكس فان كل ذلك يدل على مدى ارتباط كلا الدينين ببعضهما البعض و يبرز هذا الارتباط خاصة فيما يلي .

٢٩-١) الضمانات الخاصة والدفع :

والمقصود من الضمانات الخاصة هي كل التوفقات التي ينسجها المدين لدائنه لضمان خلاص الدين مثل الرهن والامتياز او تامين الدين فهذه الضمانات متى تحول الدين الاصلي الى دين صرفي ضمن ورقة تجارية تتحول هذه الضمانات للدين الصرفي ولو لم يقع التخصيص عليها ملك تلك الورقة التجارية بحيث لو انتقلت ملكية تلك الورقة للمظهر له فان تلك الضمانات بقيت من حق هذا الاخير لئلا تملك تلك الورقة وهذا لان هذه الضمانات هي من الحقوق التبعية التي تتبع الدين الصرفي اينما وجد.

اما بالنسبة للدفع فان الساحب يستطيع التمسك بجميع اوجه الدفع التي استندما من الدين تجاه المستفيد لرد الدعوى الاصلية سواء كانت دعوى مدنية او صرفية كالدفع بفقدان الاصلية او بانعدام السبب او الرضا او بانتفاء الدين بالتقاصة او الوفاء اما اذا كان الدفع مخصصا الى بطلان الالتزام الاصلي بطلانا نسبيا كالسبب في البضاعة مثلا او الفلظ فيها فان هذا البطلان يزول ولا يصلح التمسك به ضد المستفيد بعد تحرير الورقة التجارية لان في تحرير هذه الأخيرة وانماها من الساحب او المظهر بعد منه ذلك تنازلا عن التمسك بذلك البطلان النسبي ولم يعد

من حقه التمسك به ثانية لاعتباره تنازلا عنه. (١)

والسبب ان الدفع المقتضى بالدين الاصلي يمكن التذرع بها لرد طلب الدين الصرفي فيما بين الساحب والمستفيد الاول والمتسلم للورقة التجارية او المظهر والمظهر له الاول اما اذا انتقلت تلك الورقة الى الغير عن طريق التظهير فان هذا الغير لا يحتج ضده بتلك الدفع التي لا تنسحب عليه لعدم امكانية الاحتجاج ضده بالعلاقات الخاصة التي تربط منخره السند بالمستفيد السابق او المظهر بالمظهر له السابق .

٢٩-٢) اجل الدفع :

كثيرا ما يحصل ان يعين اجل دفع الدين الصرفي في نفس الاجل الذي يحل فيه اجل الدين الاصلي وعندما لا اشكال اذ كلا الدينين يمكن المطالبة باحدهما في نفس اجل الخلاص والدائن مخير بين سلوك المطالبة عن طريق الدعوى المدنية او الدعوى الصرفية.

لكن اذا كان الدين الاصلي حل بعد مضي مدة معينة من حلول الدين الصرفي فانه متى حل اجل الوفاء بهذا الاخير يمكن للطاعن المطالبة به على اساس الدين الصرفي وليس للمدين الاحتجاج بان الدين الاصلي لم يحل اجله بعد لانه في هذه الصورة يعتبر التزام المدين بالورقة التجارية بمثابة تنازل منه عن الاجل المتأخر المتنازع له في الدين الاصلي .

والاكثر من ذلك يمكن للدائن في هذه الصورة ان يطالب المدين على اساس الدين الاصلي ايضا باعتباره لم يد بالتزامه الصرفي بعدم وفائه في الاجل المحدد بالورقة التجارية ولو لم يحل بعد اجل الوفاء المحدد للدين الاصلي وذلك تطبيقا لاحكام الفصل ٢٠٦ من المجلة التجارية.

ويرد هنا سؤال حول عرض المدين لخلاص دينه قبل حلول اجل الوفاء به

(١) علي البارودي - القانون التجاري - فقرة ٤٤٨

المحدد للدين الاصلي والصرفي وذلك تطبيقاً لاحكام الفصل ١٩٥ من مجلة الالتزامات والعقود الذي يقتضي ان ((الاجل يعتبر شرطاً في منفعة المدين وبناءاً على ذلك يسوغ له ان يجعل برفاء ما تمهد به ان كان مسكوكاً ولم يكن في ذلك مضرة لرب الدين)) فهل للدين في صورة الحال ان يجعل بالدفع طبق تلك القاعدة العامة ولو يغير رضا الدائن يبدو ان ذلك غير جائز عملاً بالفقرة الاولى من الفصل ٢٩٦ من المجلة التجارية اذ ان هاته الفترة اقتضت ((لا يجبر حامل الكمبيالة على تسليم قيمتها قبل حلول الاجل)).

والمجلة التجارية تعتبر مجلة خاصة ومجلة الالتزامات والعقود مجلة عامة والقاعدة القانونية تقتضي تقديم الخاص على العام وعليه فان القاعدة الواردة بالمجلة التجارية هي المنطبقة ولا يجبر بالتالي الدائن على قبول دينه قبل حلول اجل الدين الصرفي.

(٢-٤١) الاداء :

ان اداء الدين الاصلي او الصرفي يبرز بصورة واضحة مدى ارتباط الدينين ببعضهما البعض.

فالمعروف في المادة المدنية ان الدائن عند حلول اجل دينه له ان يمتنع عن القبض من المدين لجزء من الدين اي يمتنع عن التجزئة عملاً بالفصل ٢٥٥ من مجلة الالتزامات والعقود.

لكن في المجلة التجارية نجد الفصل ٢٩٥ الفقرة الثانية منه تنص حرفياً على انه ((لا يمكن للحامل ان يرفض قبول دفع جزئي)) ومعنى هذا انه يمكن تجزئة الاداء.

فهنا كما قلنا من قبل فان المجلة التجارية هي مجلة خاصة وتوابعها تطبق قبل مجلة الالتزامات والعقود وعليه فانه ليس للدائن بالدين الاصلي الذي حل اجله ان يمتنع من القبض الجزئي طالما ان دينه ذاك كان بدوره موضوع التزام صرفي حل اجله.

وهذا الموقف في القانون التجاري يدل دلالة واضحة على مدى ارتباط الدين الاصلي بالدين الصرفي.

كما انه في صورة الاداء على اساس الدين الاصلي ولو لم يحل اجل الاداء على اساس الدين الصرفي فان للمدين ان يطالب الدائن بان يرجع له وثائق الدين الاصلي والصرفي.

غير انه في خصوص الفاضل الناتج عن السائلة فانه طالما ان المشرع جعل للدين الاصلي المدني نسبة الفاضل غير النسبة المقررة للدين التجاري فانه يمكن للدائن ان يطالب مدينه بنسبة الفاضل المقررة للدين التجاري تأسيساً على التزام المدين بذلك الدين الاصلي التزاماً صرفياً انما حساب هذه النسبة على اساس النسبة التجارية لا يبدأ حسابها الا من تاريخ حلول اجل الاداء للدين الصرفي اي من تاريخ استحقاق الورقة التجارية عملاً بالفصل ٢١١ من المجلة التجارية.

(٢-٤٢) مرور الزمن :

لقد رأينا من قبل كيف ان مرور الزمن بالنسبة للدين الصرفي هو مستقل عن مرور الزمن في الدين الاصلي. فالدائن الذي يسقط حقه في المطالبة بدينه على اساس الدعوى الصرفية يبقى على حقه في المطالبة على اساس الدعوى المدنية اذا كان دينه الاصلي يسقط بمرور الزمن اطول من مرور زمن الدعوى الصرفية الا ان هذا المبدأ لا يمنع من ان يكون لمرور الزمن على الدعوى الصرفية تأثير على الدين الاصلي وذلك عندما يكون مرور الزمن الصرفي لم ينقض بعد والحال ان مرور الزمن على الدين الاصلي قد انقضى وانتهى وهذا مثاله ان يكون الدين الاصلي موضوع مواد بناء مثلاً فهذا الدين يسقط حق المطالبة به بمرور ستة من تاريخ تسليم البضاعة عملاً بالفصل ٤٠٢ من مجلة الالتزامات والعقود.

فاذا قام المدين بعد مضي تسعة اشهر على تاريخ تسليم البضاعة وحرر كمبيالة في شأن ثمنها فانه يبقى مطالباً بالاداء مدة ستة من تاريخ تحرير

الحقبة الأولى

الكمبيالة

LA LETTRE DE CHANGE

الباب الأول:

القسم الأول: عموميات

٤٣) الكمبيالة اعتبرها المشرع التونسي نموذجا بالنسبة لساكنة الأوراق التجارية الأخرى فخصص لها ٦٩ فصلا بينما نجد كامل الفصول المتعلقة بالأوراق التجارية عموما لا تتعدى ١٤٣ فصلا .

كما أن النجلة عندما تتعرض لأحكام الشيك والسند تلامر تتحدث عنها بطريق التسمية لأحكام الكمبيالة وتحيل على الفصول المتعلقة بها بانطباق أحكامها على تلك الورقة التجارية من شيك أو سند للامر.

والكمبيالة نجدما بالنجلة التجارية موضوع الفصول من ٢٦٩ إلى ٢٣٨ بدخول النجاة.

وهي تعتبر عملا تجاريا بالشكل مما كان الشخص المتعامل بها ومما كان موضوع مقابل الوفاء الوارد بها مدنيا أو تجاريا أيا كانت طبيعة العمل

الاحتجاج عملا بالفصل ٢٢٥ من النجلة التجارية وبذلك نرى أن مرور الزمن للدين الصرفي آخر أو مدد في مرور الزمن للدين الأصلي من المدد المحددة بالفصل ٤٠٣ بالنجلة التجارية إلى المدد المحددة بالفصل ٢٢٥ من النجلة التجارية لأن في الحقيقة بتحرير الورقة التجارية في الدين الأصلي وقع اعتراف بالدين ونحن نعلم أن الاعتراف بالدين وجه من أوجه قطع مدة مرور الزمن عملا بالفصل ٢٩٧ من مجلة الالتزامات والعقود. لكن ترد أحيانا صورة تشير كثيرا من الأشكال في مجال العمل التفاضلي وهي ما إذا كانت الورقة التجارية المجردة لم تشر للدين الأصلي الذي يتعلق به وكان الدين بتلك الورقة على الدائن أكثر من دين أصلي فهل أن كافة تلك الديون تصبح مرتبطة بمرور الزمن الصرفي المتعلق بالورقة التجارية المذكورة أم لا ؟

يبدو كما ذكرنا سابقا أن تحرير الورقة التجارية في الدين الأصلي هو بمثابة اعتراف بالدين الأصلي وبالتالي فهو قاطع لمرور الزمن المدني لكن ككل اعتراف ينبغي أن يكون واضحا وصريحا من كونه يتعلق بدين أصلي معين ومطلبا أن هذا الاعتراف بتحرير الورقة التجارية المذكورة بالدين الأصلي لم يحدد أي دين أصلي مقصود بتلك الورقة فإنه في هذه الصورة لا يمكن اعتباره متعلقا بدين أصلي معين وبالتالي لا يمكن اعتبار ذلك العمل الصرفي خاصا لمرور الزمن لأي دين من تلك الديون الأصلية لجهالة تسلط هذا العمل على أي واحد منها فتبقى في هذه الحالة تلك الديون خاضعة لمرور الزمن المادي الوارد بسجلة الالتزامات والعقود.

القانوني الموجب لانشائها (١).

٤٤) تعريف الكبيالة :

الكبيالة هي ورقة مكتوبة من شخص هو الساحب الذي يحطي بوكيلا بقتضاهما لشخص آخر يسمى المسحوب عليه بان يدفع لشخص ثالث الذ هو الحامل او المستفيد مبلغا من النقود في تاريخ محدد . وبذلك نرى ان الكبيالة حسب هذا التعريف تنطلق بثلاثة اطراف يظهرون بها عادة وكل طرف اصلي في حياتها وهم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد او الحامل (٢).

لكن في الحياة الواقعية نجد في اغلب الاحيان الساحب هو نفسه المسحوب عليه ومع ذلك تسمى تلك الورقة التجارية بالكبيالة. ونحن اذا اردنا ان نصف العلاقة القانونية القائمة بين الاشخاص الثلاث بالكبيالة لوجدناها خاصة في ميدئها علاقة مديونية. فالمستفيد يكون دائما للساحب في اغلب الحالات الذي يكون اعطى لهذا الاخير شيئا له قيمة كما ان المسحوب عليه من جهته هو مدين للساحب بما لهذا الاخير من مال لدى المسحوب عليه والسمى بالوئونة.

(١) القرار التوقيبي المدني عدد ٤٢٥٠ الصادر في ٣ ماي ١٩٨٢ نشرية محكمة التقيق القسم المدني قرارات سنة ١٩٨٢ ج ٣ لسنة ١٩٨٢ صفحة ١٣١ وحكم ابتدائي مدني عدد ٢٧ بتاريخ ٦ افريل ١٩٦١ مجلة القضاء والتشريع عدد ٤.

(٢) فامال ولاقارد وجونري - الوسيط في القانون التجاري - ج ٢ - فقرة

١٣٤٠

القسم الثاني :

التطور التاريخي لاحكام الكبيالة في القانون المقارن.

(١٥) ان الكبيالة لعبت دورا مهما في الحياة الاقتصادية والحقيقة ان تطورها القانوني كان مرتبطا الى حد بعيد بالتطور الاقتصادي بحسب الحاجة للنقود وصحوبة نقلها من مكان لآخر ثم توسع مجال الافتراض لضرورة نمو الحياة التجارية ثم انعكاس العلاقات الدولية على سير العمل بالكبيالة.

فتطور التعامل بالكبيالة مر بمراحل ثلاث اذ كانت في البداية اداة للتخلص من نقل الاموال السائلة من مكان لآخر لدفع دين او لاقتناء بضاعة فكانت في هذه المرحلة وسيلة ناجحة جدا لتنفيذ عقد الصرف وفي مرحلة ثانية أصبحت اداة للوفاء عندما أصبحت تستعمل كوسيلة بديلة للنقود في خلاص الديون اذا اصبح الساحب يسلمها للمستفيد ليستخلص قيمتها من البنك التي توجد به اموال الساحب وقد يقوم المستفيد بتظهير قيمتها من البنك التي توجد به اموال الساحب يسلمها للمستفيد ليستخلص تلك الكبيالة لغيره من دائئيه .

غير انه سرعان ما أصبحت في مرحلة ثالثة اداة ائتمان نظرا لكون التاجر عادة يحتاج للافتراض لتسيير تجارته وعوض ان يقوم بكتابة عقد قرض يكتفي بتحرير كبيالة يحدد اجل خلاصها في يوم معين لاحق وللمستفيد من تلك الكبيالة الذي هو الدائن البقرض ان يطالب بخلاص قيمتها في الاجل المحدد بها كما يمكن له ان يظهر تلك الكبيالة لتفجير او يقوم بخصمها باحد البنوك وهذا الاخير يطالب في اجل حلولها المدين بقيمتها.

وبذلك فان الكبيالة في المجال الاقتصادي لعبت ولا زالت تلعب دورا

هاما نظرا لما اكتشفه فيها التاجر وغيره من سهولة تحريرها وانتقال ملكيتها والصفات الموجودة فيها بشكل غير متوفر في أي عقد مدني آخر لما اعطاه لها المشرع من ضمانات. (١)

وان هذا التطور الملاحظ على الكمبيالة في المجال الاقتصادي كان له انعكاسه على المجال التشريعي. وهذا يلاحظ على التشريع الذي اقتبست منه الكمبيالة الواردة بالبنك التجارية التونسية الذي هو القانون الفرنسي.

فالكمبيالة في التشريع الفرنسي كان أول تنظيم لها حصل بنص صادر سنة ١٦٧٢ وكان هذا النص يعتبر الكمبيالة أداة لتنفيذ عقد الصرف فاشترط أن تسحب تلك الكمبيالة في مكان وأن تستخلص في مكان آخر كما يبين بها البضاعة التي انتفع بها الساحب أو استلمها عن المستفيد وهي السبر عنها مقابل الوفاء وقد فعل المشرع ذلك اعتبارا منه أن سبب التزام الساحب للكمبيالة نحو المستفيد هو مقابل الوفاء تلك كما أن أحكام ذلك النص التشريعي اقتضى أنه ينبغي إثبات وجود المؤونة لدى المسحوب عليه عند حلول أجل حتى يمكن للساحب الاحتجاج على المستفيد أو حامل الكمبيالة عموما بسقوط حقه في الرجوع عليه بإداء ما بالكمبيالة أو حتى الرجوع على أي ملتزم آخر يقتضي تلك الكمبيالة.

غير أنه بمجرد أن صدرت البنك التجارية الفرنسية بتاريخ سنة ١٨٠٧ وتنظيمها لأحكام الكمبيالة بالفصول من ١١٠ إلى ١٨٢ حتى أبرز المشرع إرادته في هاته البنك الزامية للتخلص من الأحكام الثقلية والمعقدة لسير العمل بالكمبيالة والواردة بالنص المؤرخ في سنة ١٦٧٢ قضت هاته

(١) الوسيط في القانون التجاري كل من مامل و لا قارد و جوفري ج ٢٥٠
فقرة ١٣٤٤

البنك على أنه يمكن للمظهرين التمسك في جميع الأحوال ضد الحامل الممهل بسقوط حقه في الرجوع عليهم بعد فوات أجل معين من تاريخ الاستحقاق دون حاجة لزامهم بإثبات وجود المؤونة لدى المسحوب عليه عند حلول الأجل كما فرضت على الحامل وجوب تحرير احتجاج في عدم الوفاء في اليوم التالي لحلول الأجل والزم المسحوب عليه القابل للكمبيالة بالوفاء بنيتها يوم حلول أجل الخلاص.

نعم أن هذا القانون لم يستطع التخلص تماما من الأحكام الثقيلة الواردة بالنص الصادر سنة ١٦٧٢ فهي أبقت على كون الكمبيالة ينبغي أن تسحب في مكان وأن يقع استخلاص قيمتها في مكان آخر كما أبقت على وجوب ذكر سبب الالتزام أي مقابل الوفاء ولم تشر بشيء في شأن تنظيم حق المستفيد أو الحامل على مؤونة الكمبيالة ومع ذلك فإن أحكام البنك التجارية تلك اعتبرت فتحا جديدا في مجال التعامل بالكمبيالة التي لم تعد مجرد أداء للوفاء بل أصبحت تلعب دورا هاما في مجال الائتمان والقرض وهذا يرجع الفضل فيه في البداية إلى العمل المتواصل من طرف الفقهاء لايحاد كثير من القواعد البررة التي من شأنها أن تسهل التعامل بالكمبيالة.

ثم كانت هناك فترة جديدة لتطور أحكام الكمبيالة مع ظهور الفقيه الألماني اينارت الذي وضع كتابا سنة ١٩٢٨ دعا فيه إلى اعتبار الكمبيالة عملة خاصة بالبيئة التجارية شأنها شأن النقود التي تصدرها الدولة واعتبر أن الساحب بمجرد امتلاكه على الكمبيالة يكون قد التزم بإرادته المنفردة تجاه العامل بتسديد قيمة الكمبيالة يوم حلول أجل خلاصها وليس له أن يحتج على الحامل لتلك الكمبيالة بأي وجه من أوجه المعارضة التي تقوم على علاقته الشخصية بأي موقع آخر على تلك الكمبيالة.

وقد كان هذا التصور من أينار للكمبيالة يوافق إلى أبعد حد ما يرغب فيه

كل متعامل بالكمبيالة من ضمانات وعلى رأسهم التجار وسرعان ما خرج ذلك التصور النظري للكمبيالة من حيز التفكير الى المجال العملي وبرز ذلك في قانون صدر بالمانيا بتاريخ ١٤ نوفمبر ١٨٤٢ نزع احكام الكمبيالة والتي شرط اختلاف مكان السحب عن مكان الوفاء وازال شرط وجوب ذكر وصول القيمة سلب الكمبيالة (١).

وكان لهذا القانون تأثيره على المشرع الفرنسي الذي اصدر قانونا بتاريخ ٧ جوان ١٨٩٢ التي بمقتضاه وجوب اختلاف مكان سحب الكمبيالة عن مكان استخلاصه وجعل مجرد توقيع المظهر على الكمبيالة كافيا لانتقال ملكيتها.

ونظرا لما اكتسبه الكمبيالة من اهمية في التعامل بين التجار لا في المجال الداخلي للدولة الواحدة فعسب بل وعلى الصعيد الدولي ايضا فقد اجتهدت المجموعات الدولية في ايجاد اتفاقيات دولية لتوحيد احكام الكمبيالة فكان مؤتمر لامي الذي انعقد في جوان ١٩١٠ وجوان ١٩١٢ ثم اخيرا مؤتمر جيناف في ٧ جوان ١٩٣٠ الذي توج اعماله بالصادقة على ثلاثة اتفاقيات غير ان الدول الانفلسكسونية لم تنظم لهذه الاتفاقيات الثلاثة وكان لها تاثيرها لا محالة على قانون جيناف الموحد وسع ذلك فقد برزت ثلاث اتفاقيات للوجود وهي :

الاولى تلتزم الدول الموقعة على هذه الاتفاقيات ان تدخل في قوانينها الداخلية قانون جيناف الموحد. والثانية تخص موضوع تنازع القوانين في مجالي الكمبيالة وسند الامر.

والثالثة تم التراضي المالية وذلك بالتزام الدول الموقعة بعدم تطبيق صحة الالتزامات المصرفية على مراعاة القوانين الخاصة بالجباية المالية

(١) الوسيط في القانون التجاري هامال و لاتارد جوفري ج ٢ فقرة ١٣٥٠

الموظفة داخليا على مثل تلك الالتزامات المصرفية مثل خريبة التاجر. وقد تم اتباع احكام قانون جيناف الموحد من طرف البلاد الاوروبية وكان ذلك واحدا على المرسوم الفرنسي المؤرخ في ٣٠ اكتوبر ١٩٢٥ المتعلق بالكمبيالة والمنتج بالقانون المؤرخ في ٨ افريل ١٩٣٦ والامر المؤرخ في ٢١ اكتوبر ١٩٣٦ وقد فلت تلك النصوص نصوص اخرى عديدة تؤكد تطبيق الاحكام الواردة بقانون جيناف الموحد.

والمرشح التونسي في تنظيمه لاحكام الكمبيالة التزم كلية باحكام قانون جيناف الموحد والنصوص الفرنسية الموضوعة تطبيقا لاحكام ذلك القانون.

القسم الثالث انشاء الكمبيالة

création de la lettre de change

(٤٦) ان انشاء الكمبيالة يكون بيدئيا من الساحب وذلك بمجرد توقيمه عليها يصبح ملتزما باداء قيمتها وان امضاه ذلك يصبح معه ملتزما التزاما صرفيا مستندا من الكمبيالة نفسها فهو بمجرد امضائه عليها يصبح ملتزما بالوفاء بقيمتها حتى ولو ان المسحوب عليه امتنع من خلاصها بدون سبر قانوني . كما ان كل موقع على الكمبيالة بوجه الالتزام بها هو ملزم بدوره باداء مبلغها يوم حلول اجل الخلاص .

وهذه الالتزامات التي تصبح محمولة على الساحب وعلى كل مظهر للكمبيالة هي التزامات ذات طابع تجاري وهذا تستنتجه من موقف المشرع نفسه اذ انه اعتبر الكمبيالة عملا تجاريا مهما كان الشخص

المتعامل بها ومعنى هذا ان الكبيالة بمجرد انشاؤها وهي مستوفية لشكلياتها القانونية خاصة في جميع احكامها لقواعد المجلة التجارية بحيث لا يمكن ان تطبق عليها احكام مجلة الالتزامات والعقود فيما يخص مثلا تجديد الدين او المتعلقة بالاحالة كما ان التزام كل مضي بالكبيالة هو مستقل عن التزام غيره من المضمين بها وفي نفس الوقت هم ملتزمون بخلاصها على وجه التضامن. كما انه ضامن لا في قبول الكبيالة فقط بل هو ضامن في الوفاء بها وبذلك فان الالتزام بالكبيالة هو شديد الوطأة على المضي على الكبيالة الا انه مع ذلك فان التعامل بالكبيالة ينتفع من جهة اخرى ببعض الاحكام الخاصة بها كسقوط حق المطالبة بها الذي يحتمل بمضي ثلاث سنوات وكذلك يحتمل باعمال الحامل لاتخاذ الاجراءات التي فرضها القانون في حالة عدم تسديد الحامل لقيمة الكبيالة.

٤٧ وما دام انشاء الكبيالة تترتب عليه نتائج هامة بمجرد التوقيع عليها فان المشرع نظم احكام الكبيالة تنظيما محكما وجعل هناك شروطا معينة من الواجب توفرها فيها.

وهذه الشروط نجد منها ما هو متعلق بالاصل ومنها ما يتعلق بالشكل ونحن لنذكر هذه التفرقة بين الاصل والشكل فاننا نلاحظ ان الكبيالة تحتوي على التزامات وهذه الالتزامات صادرة عن اشخاص سواء كان الشخص ذات طبيعية او ذات معنوية وبالتالي فان تلك الالتزامات تمثل تمهيدا تعاقديا ابرم مبدئيا بين الساحب والمستفيد وسوف يتناول المسحوب عليه يوم امضائه على الكبيالة بالقبول كما قد تشمل ملتزمين اخرين كالسظهرين مثلا وهي كذلك سوف تكون صادرة عن اشخاص ملتزمين بها يرضاهم المطلق كما انها ستتناول محلا او موضوعا معيناً الذي هو مقابل الوفاء فيشترط في ذلك ما يشترط في موضوع كل عقد الى جانب ضرورة وجود سبب معين لذلك الالتزام فعلى العناصر جميعها في موضوع الشروط الاصلية في الكبيالة.

ثم ان الكبيالة ما دام المشرع اعتبرها عملا تجاريا بالشكل فهو قد اشترط لاعتبارها كذلك شروط شكلية معينة موضوع الفصل ٢٦٩ من المجلة التجارية. وهكذا نستطيع القول بانه لتكون هناك كبيالة بالمعنى القانوني ينبغي ان تكون حائزة لشروطها الاصلية والشكلية بلا ريب . لذلك سنتناول في فقرة اولى الشروط الاصلية او الموضوعية للكبيالة وفي فقرة ثانية الشروط الشكلية لها.

الفقرة الاولى :

٤٨ الشروط الاصلية او الموضوعية :

هذه الشروط يمكننا حصرها في عناصر ثلاث هي :

(١) الاهلية La capacité

(٢) الرضا Le consentement

(٣) الموضوع والسبب L'objet et la cause

وهذه الشروط هي التي تمثل اركان العقود الواردة بمجلة الالتزامات والعقود لذلك لن نطيل الوقوف عندها وان كنا سنتناولها بالدرس بحسب ما يتعلق منها بموضوع الكبيالة.

الفقرة الاولى : الاهلية :

٤٩ الاهلية في الكبيالة هم الساحب والمظهر والمسحوب عليه باعتبار كل موقع منهم عليها يصبح ملتزما التزاما سرفيا بمقتضاها وذلك باعتبار ان الكبيالة هي عمل تجاري بالشكل حسب الفصل ١٦٩ م ت . ولهذا فان الاهلية التي ينبغي توفرها في التعامل بالكبيالة هي الاهلية

التجارية (١) المنصوص عليها بالفصل ٦ من م. ت. وهو يلزم بالتجارية من الثانية عشر عاما وحصوله على ترشيده المطلق ومعنى ترشيده المطلق الوارد بالفصل المذكور هو ان يكون للأذن له بالتجارة كامل الحرية في القيام بالاعمال القانونية حتى خارج الميدان التجاري.

فالمشرع هنا اراد ان يعطي للمغير المتعاطي للتجارة كامل الحرية للتصرف في شؤونه ما دام قد تم الاذن له بتماطي التجارة التي هي خطرة على الافراد بحكم تعرض متعاطيها لمخاطر الفاسدة في الميدان التجاري. ورغبة من المقتن من جهة اخرى في اعطاء اكثر ما يمكن من الضمانات لمن سيتعامل مع من لم يتجاوز سنة الثانية عشر عاما ودون العشرين وهو مأذون له بتماطي التجارة باعتبار مكاسب تصبح بصورة طبيعية ضمانا لدائنيه .

ثم ان الشخص الغير المأذون له بتماطي التجارة ليس له ان يسوي حالته المالية بواسطة الكميالة فليس له ان يسدد دينه بواسطتها .

هذا وما دامت الكميالة تعتبر عملا تجاريا فانه ليس للولي ولا للمقدم ولا للوصي او امين الفلسة او ممثلي التركة الالتزام في حق من يشبهه بواسطة الكميالات طالما لم يكن مأذونا له بتماطي التجارة وذلك اعمالا للفصل ١٧ من مجلة الالتزامات والعقود والفصلين ١٦ و ١٨ من الامر. المتعلق بترائب المتقدمين المؤرخ في ١٨ جويلية ١٩٥٧.

كما انه ليس لهؤلاء حق تقديم الكميالة الراجعة لمنظورهم لطلب خصمها قبل حلول اجل خلاصها طالما ان ذلك العمل غير مرخص له فيه لان عملية الخصم ان هي الا وجه من اوجه تظهير الكميالة والمظهر يفترض فيه ما

(١) جورج دينار - الوسيط في شرح القانون التجاري فقرة ١٩٥٩

يشترط في الساحب من وجوب توفر الاهلية التجارية فيه.

فاذا قام القاصر باضفاء كميالة فان عمله ذاك قابل للإبطال ويمكن له نفسه او لمثله القانوني طلب ابطال ذلك العمل القانوني من المحكمة وذلك عملا بالفصل ٢٧٣ من م. ت.

و الملاحظ ان هذا البطلان يحتج به حتى ضد الحامل الحسن النية كما ان البطلان معتبر قانونا ولو ان القاصر استعمل الحيل لجعل الحامل يعتقد انه رشيد او انه مرخص له في تماطي التجارة وذلك تطبيق لاحكام الفصل ١٠ من مجلة الالتزامات والعقود نعم يبقى ذلك القاصر مدينا بما افتتح به من جراء تلك الكميالة. (١)

غير ان فقه القضاء المصري ذهب الى انه اذا كان القاصر استعمل من الحيل والخزعات ما يعاقب عليه جزائيا وكانت سببا في الالتزام بالكميالة فان دعوى البطلان لاتقبل من القاصر (٢).

وهذا الاتجاه من القضاء المصري لا يمكن للقضاء التونسي مسايرته نظرا لشدة وضوح الفصل ١٠ من مجلة الالتزامات والعقود الذي لم يورد اي استثناء ولا اجتهاد في مورد النص.

كما انه يعتبر في حكم القاصر المجنون الا ان على من يدعى ذلك اثباته وكون امضائه على الكميالة كان في فترة الجنون وان تم ثبات ذلك كان التزام من ذكر باطلا قانونا عملا بالفصل ١٦٢ من مجلة الاحوال الشخصية.

اما اذا كان الشخص سفيها او ضعيف العقل فان كان امضائه على الكميالة قبل صدور الحكم بسفيه او ضعف عقله فان تصرفه ذاك يكون ماضيا عملا بالفصلين ١٦٢ و ١٦٥ من مجلة الاحوال الشخصية غير انه

(١) علي البارودي - القانون التجاري فقرة - ٢٩٢

(٢) محمد علي راتب - السندات الاذنية فقرة - ٩٨٠

بالنسبة لضعف المثل يمكن ابطال تصرفه ذاك ان اشتهر بكونه ضعيف المثل ولو قبل صدور الحكم بالحجر عليه .
كما ان الكبيالات التي يبيعها الفلاس اثناء قيام حكم التفليس وقبل ختم الفلسة فانه لا يحتج بها على جماعة الدائنين في اي طور من اطوار التفلسة ويبقى للدائن بتلك الكبيالات مطالبة الفلاس بقيمتها اثر ختم الفلسة باحد الحلول الطارئة عليها طبق القانون .

الفرد الثاني:

الرضا ومن له حق التوقيع على الكبيالة

أ- الرضا:

٥٠) ان الرضا المشروط توفره في الاطراف الملتزمة بالكبيالة هو عين الرضا المقصود بمجلة الالتزامات والعقود بحيث من الواجب ان يكون ذلك الرضا خلوا من العيوب البطللة للرضا من غلط وتدليس او اكراه .
وان حصل الالتزام بالكبيالة من شخص كان رضاه معيبا بما ذكر له حق طلب ابطال التزامه ذاك فهنا البطلان الذي يحصل للكبيالة من جراء عيب الرضا هو بطلان نسبي فلا يتسك به الا من تضرر منه اي الملتزم وهذا نفسه السطر بمجلة الالتزامات والعقود الفصل ٤٤ وما بعده.
غير انه بالنسبة للقانون التجاري فان عيب الرضا لا يكون له تاثير تجاه الحامل الحسن النية اذ يبقى الملتزم بالكبيالة ولو كان رضاه معيبا مسؤولا نحو الحامل الحسن النية بالتزامه الصرفي تجاهه وذلك عملا بالفصل ٢٨٠ من م.ت. واعطاء ضمان اكثر للكبيالة تعتمد في التعامل التجاري بشكل متسع.

ب- حق التوقيع على الكبيالة :

٥١) ان حق التوقيع على الكبيالة مخول لكل شخص له الاملية القانونية للقيام بكل عمل تجاري انما احيانا تفتقر الموقعة حالات يكون فيها توقيعهم لم تكن غايته منه التزاما شخصيا بل كان عمله التجاري ذاك لصالح غيره بموجب توكيل له عنه او بوصفه مثالا لذات معنوية او لحساب اجنبي .

ج- سحب الكبيالة على وجه الوكالة :

٥٢) اجاز المشرع التونسي سحب الكبيالة بالوكالة (الفقرة الاخيرة من الفصل ٢٧٢) من المجلة التجارية) فهذه الفقرة تحدثت عن مسؤولية الساحب للكبيالة على وجه الوكالة والحال انه ليس بيده توكيل في ذلك فهو ملتزم شخصيا بتلك الكبيالة ومفهوم المحاكمة لتلك الفقرة يقتضي انه يمكن للساحب ان ينشئ كبيالة على وجه الوكالة انما على ثلاثة واجبات:

ان يذكر بجانب توقيعهم صفته كوكيل وذلك حتى يعرف كل متعامل بتلك الكبيالة الصفة الحقيقية للساحب او المظهر او السحوب عليه .

الثاني : ان يكون بيد الموقع ذاك ما يشبه صفته كوكيل والا كان ملزما شخصيا بالالتزامات الناشئة عن الكبيالة.

الثالث : ان يكون التزامه بتلك الكبيالة في حدود الوكالة المخولة له فالذي يسحب كبيالة بالوكالة ولم يذكر صفته كوكيل يوم التوقيع على الكبيالة او انه يتجاوز حدود وكالة كانه يلتزم ببليغ يتجاوز البليغ المخصص له في الالتزام به فانه يعتبر عندئذ ملتزم شخصيا بالكبيالة تلك طبقا للفقرة الاخيرة من الفصل ٢٧٢ وهي مقتبسة سريتها من الفصل ٨ من قانون جنيف الموحد الذي نصه ما يلي : "من وقع كبيالة نيابة عن اخر بغير تمويض منه يصبح توقيعهم ملزما شخصيا فان اوفى

بالترامات الت اليه الحقوق التي كانت تعود الي من زعم النجابة عنه ويسري هذا الحكم على النائب الذي جاوز حدود سلطته (١).
فالساحب للكبيالة بالوكالة اذا لم تثبت وكالته او تجاوز حدودها يصبح ملتزما بالتزاما صرفيا بموجب تلك الكبيالة وهذا الفصل من الشرع غاية بحث الاطمئنان في التعامل بالكبيالة واعطائها مزيدا من الضمان لجعلها قابلة للتداول في احسن الظروف.

٢) سحب الكبيالة لحساب اجنبي :

٥٢) هذا السحب لحساب شخص اخر غير صاحب الظاهر هو وقع الاعتراف به قانونا بمتنقى الفقرة الثانية من الفصل ٢٧٠ من المجلة التجارية فيها صاحب الظاهر ليس له صلة بالكبيالة التي انشأها سوى كونه السفي لها وهي في الحقيقة صاحبها الحقيقي هو شخص اخر غيره يرغب في بقاءه بعيدا عن الظهور كموثق على الكبيالة مع انه يلتزم الحقيقي بها.
وذلك لاسباب مختلفة منها حالته السالية واكثاره للالتزام بالكبيالات الى حد ملئت للنظر.

او نظرا لمركزه الاجتماعي فلا يريد ان يظهر للمعوم بظهر من يتعامل بالكبيالات او مهنته نفسها من شأنها ان تتأثر بسبل ذلك العمل التجاري الذي من المفروض ان لا يتعامله مثل من كان في مركزه.

وقد يكون هذا الشخص الاجنبي هو في الحقيقة تاجرا ومدينا لشخص ما وهذا الشخص بدوره دائن لنفر هو بدوره مدينا للتاجر الاول فيطلب ذلك التاجر من دائنه ان يسحب كبيالة على مدينه لفائدة دائن التاجر

(١) الدكتور مصطفى كمال طه - الوجيز في القانون التجاري فقرة ٢٨.

ويتم بذلك استخلاص دين التاجر من الشخص الثالث بواسطة الدائن لذلك التاجر وهكذا نلاحظ ان هناك دينان تم حصول خلاصهما بعملية صرفية واحدة.

هنا دائن التاجر لما سحب الكبيالة هو في الحقيقة سحبا لحساب مدينه انما هو الذي انشأها باتفاق مع ذلك التاجر والبال الذي سيختلص من السحوب عليه هو في الحقيقة مال ذلك التاجر الذي كان له دين بذمة ذلك السحوب عليه باعتباره كان مدينا للتاجر المذكور انما هنا على صاحب الظاهر ان يعلم السحوب عليه بالوضع الحقيقي للامانة واسم صاحب الحقيقي.

٥٤) ثم ان سحب الكبيالة لحساب الغير تكون العلاقة القانونية في شأنها بحسب مركز كل فرد بالكبيالة والعلاقة بين من اعطى التعليمات بالسحب الذي هو الغير وبين صاحب الظاهر هي علاقة وكالة بحيث تطبق عليها قواعد الوكالة الواردة بمجلة الالتزامات والمقتود فلو ان صاحب الظاهر سلم مقابل الوفاء فان له الرجوع على صاحب الحقيقي مصدر التعليمات وكذلك يمكن لهذا الاخير مطالبة صاحب الظاهر بما ارتكبه من اخطاء في سحبه للكبيالة.

اما العلاقة بين الحامل والساحب الظاهر فهي علاقة صرفية يلتزم بمتنقها صاحب الظاهر بالوفاء للحامل كما لو كان صاحبا حقيقيا ولا توجد علاقة مباشرة بين الحامل والساحب الحقيقي.

اما في العلاقة بين الساحب الظاهر والسحوب عليه فانه ليس بينهما اية علاقة بل ان الغير الذي اذن بالسحب يعتبر تجاه السحوب عليه هو الساحب الحقيقي ويلتزم ذلك الاذن بالسحب بتقديم مقابل الوفاء للسحوب عليه.

نعم للساحب الظاهر مطالبة السحوب عليه بالوفاء بالكبيالة او استرجاع قيمتها منه عند امتناعه من خلاصها بدون موجب طالما له صفة

الوكيل على المالك الحقيقي متى توفرت في المسحوب عليه شروط مطالبة من توفير البوابة لديه وبقوله للكبيالة بصفة قانونية.

وليس للمسحوب عليه مطالبة المالك الظاهر ان سدد تية الكبيالة المسحوبة عليه وكان له الامتناع من خلاص قيمتها طالما لم يتلق متايل الوفاء من صاحبها الحقيقي.

بقي ان للمظهر حق مطالبة المالك الظاهر طالما انه لا يعارض بما هناك من علاقات شخصية بين المالك الظاهر والمالك الحقيقي علا بالفصل ٢٨٠ من م.ت.

الفقرة الثالثة:

الموضوع والسبب

٥٥) ان موضوع الكبيالة يمثل في دفع مبلغ معين من المال ونحن لا يمكننا تصور وجود كبيالة دون ذكر المقدار المالي المستحق وبالتالي غير وارد فقدان الكبيالة للموضوع طالما ان اهم ما يظهر فيها سراحة هو المقدار المالي الذي سيقع دفعه على اساسها.

٥٦) بقي موضوع سبب الكبيالة الذي يشترط فيه ما يشترط في السبب في سائر العقود المدنية وهو ان يكون جائزا غير مخالف للقانون والاخلاق الحميدة او النظام العام (الفصل ٦٧ من مجلة الالتزامات والعقود).

وان كان سبب الكبيالة غير جائز كان الالتزام بها باطلا وذلك كان يكون السبب هو دفع دين قمار او بقاء او ثمن محل دعارة.

هذا وان كل كبيالة غير مصرح فيها سبب تحريرا تعتبر ان لها سببا جائزا وحقيقي (الفصلان ٦٨ و ٦٩ من مجلة الالتزامات والعقود).

واذا ثبت ان السبب المصرح به بالكبيالة سوري فان الكبيالة لا تبطل ان وقع اثبات ان سببها الحقيقي جائز قانونا.

ومن يدعي ان سبب الكبيالة الحقيقي غير مشروع بغية ابطال الكبيالة. عليه اثبات ذلك علا بالفصل ٧٠ من مجلة الالتزامات والعقود. الا ان وسائل الاثبات في هذه الحالة يمكن اعتماد كل ما هو صالح منها للاثبات فانونا كما انه لمن لي مصلحة في اثبات وجود السبب الحقيقي والجائر للكبيالة ان يقيم الدليل على ذلك بجميع طرق الاثبات. (١)

هذا والملاحظ ان البطلان للكبيالة بموجب السبب الغير الجائر او الملتقى تماما من الكبيالة يقع التمسك به من طرف من له مصلحة في ذلك وخد من التزم له مباشرة بتلك الكبيالة اما حاملوها على التعاقب بعد ذلك الشخص لا يحتج عليهم بذلك البطلان متى كانوا حسني النية علا بالفصل ٢٨٠ من م.ت.

الفقرة الثانية:

الشروط الشكلية

٥٧) الكبيالة اعتبرها المشروع علا تجاريا بالشكل ومعنى ذلك انها لا تعتبر علا تجاريا الا اذا اتخذت شكلا معينا ومحدد ضبطه القانون واعطاهما سنة العمل التجاري نظرا لشدة التعامل بها بين التجار كما انه نظرا لما لها من احكام سرفية لا توجد في غيرها من الالتزامات العادية ضبط بشكل واضح الشروط الشكلية التي ينبغي توفرها فيها لتعتبر الكبيالة صحيحة.

وهذه الشروط نجدها محددة بالفصل ٣٦٩ من م.ت. غير ان للاطراف المتعاملة بتلك الكبيالة ان يضيفوا شروطا اخرى للشروط التي اقتضاهما

(١) السندات الاذنية - محمد علي راتب - فقرة ١١٠.

القانون زيادة على أن الكبيالة مبدئيا تحرر في نسخة واحدة أما قد يحمل أحيانا أن يقع تحريرها في عدة نسخ .

لذلك سيكون حديثنا عن هذه الشروط الشكلية على النحو التالي :

(١) ضرورة الكتابة.

(٢) بقية الشروط الشكلية الوجوبية الواردة بالفصل ٢٦٩ من م.ت.

(٣) جواز تلك الشروط أو صوريته أو تحريرها.

(٤) الشروط الاختيارية.

(٥) تعدد نسخ الكبيالة.

الفروع الأولى:

ضرورة الكتابة

(٥٨) هذا الشرط لم يرد في المجلة التجارية إنما يؤخذ بطريق الاستنتاج إذا أنه ما دامت هناك بيانات وجوبية ينبغي ذكرها بالكبيالة فلا يتصور توفر تلك البيانات ما لم تحرر الكبيالة كتابة كما لا يمكن تصور تداولها أن لم تكن مكتوبة بينما من أهداف الكبيالة قابليتها للتداول (١)

والكتابة هنا ليست وسيلة إثبات على قيام الالتزام الصرفي بل هي شرط

شكلي أساسي في صحة الكبيالة

بحيث إذا لم تكن هناك كتابة معناه ليس هناك كبيالة ولا تقبل أي بيئة على وجود الالتزام الصرفي يقتضى الكبيالة أن لم تحرر فعلا الكبيالة المؤسس عليه ذلك الالتزام .

ثم أن الكبيالة شرط كتابتها لا يتطلب تحريرها شكلا معينا من أنواع الكتابات فهي تكون بخط اليد أو مرقونة وقد تكون معرفة بالإنشاء عليها

(١) علي البارودي - القانون التجاري - فقرة ٢٩٩

أو نسخة فقط من منشئتها كما يمكن أن تكون في شكل حجة رسمية وهي نادرة الوقوع كما يمكن أن تحرر بيد الساحب أو غيره . (١)

ثم أن هذه الورقة المكتوبة ينبغي لأغبارها كبيالة أن تكون كافية في ذاتها للدلالة على أنها كبيالة ومعنى ذلك أنها لا تحتاج لأي دليل أو إثبات آخر خارج عن ذاتها لتأكيد أنها كبيالة وذلك حتى يكون كل متعامل بها على بينة من صحتها الصرفية وجعلها ممكنة التداول بسهولة وجعل الالتزامات المضمنة بها غير مطلقة على اتفاقات أو التزامات أخرى غير واردة صلب الكبيالة بصورة باتة وواضحة.

وعليه فإن كل التزام يرد على تلك الكبيالة ينبغي أن يكون مكتوبا ضمنيا عدا ما استثناه القانون صراحة مثل

التظهير الذي يمكن أن يكون على ورقة ملحقة بالكبيالة المبرر عنها بالضمانة الفصل ٢٧٦ من م.ت. وكذلك الكفالة يمكن أن تكون بكتب مستقل (الفصل ٢٨٩ من م.ت.).

الفروع الثانية:

بقية الشروط الشكلية الوجوبية

(٥٩) أن هذه الشروط الشكلية الوجوبية وردت بشكل مفصل وواضح بالفترة الأولى من الفصل ٢٦٩ من م.ت. وهي التالية:

(١) كتابة لفظة كبيالة باللغة المستعملة في تحريرها .

(٢) التوكيل المجرى المطلق بدفع مبلغ معين.

(٣) اسم من يجب عليه الدفع (السحوب عليه).

(١) قرار تمقيبي مدني عدد ٤٣٥٠ صادر في ٢ ماي ١٩٨٢ نضرية محكمة التمييز قرارات سنة ١٩٨٢.

(٤) بيان أجل الحلول.

(٥) بيان المكان الذي يجب فيه الدفع.

(٦) اسم من يجب له الدفع أو من يكون الدفع بامره.

(٧) بيان التاريخ والمكان الذي انشئت فيه الكمبيالة.

(٨) توقيع منشي الكمبيالة.

والتي سنتناولها بالبحث فيما يلي:

(٦٠) قد ذكر كلمة كمبيالة في صلب الكتب و باللغة المستعملة في تحريرها. ان هذا الشرط اساسي في الكمبيالة وذلك حتى تدل الكمبيالة بمجرد القاء نظرة بسيطة عليها الانتباه له وحتى تكون هناك تفرقة واضحة بين هذه الورقة وبقية الاوراق التجارية الاخرى من شيك وسند للامر. وهذا الشرط الوارد بالسجلة التجارية هو في الحقيقة مقتبس من قانون جنيف الموحد ونجده في سائر القوانين التجارية المقارنة.

وينبغي ان تذكر لفظة كمبيالة صلب الكتب باللغة المحرر بها ذلك الكتب وذلك حتى يكون السطوح عليه العارف بلفظة تلك الكمبيالة مدركا لكونها كمبيالة وما ينجر عن التزامات صرفية محل الالتزام بها بوجه لا غير عليه. ولا يلزم ان تكون كتابة كلمة كمبيالة بمكان معين منها بل ينبغي ان تكون موجودة عليها لا غير وانما تكون قبل امضاء الملزم بها.

(٢) التوكيل المجرد المطلق بدفع مبلغ معين:

٦١- ان كلمة التوكيل الواردة بالفصل ليس المقصود بها المعنى القانوني للوكالة بل هو الامر الصادر للمسحوب عليه بدفع مبلغ معين من المال من منشي الكمبيالة. (١)

(١) دائرة معارف دالوز - القانون التجاري كلمة كمبيالة فقرة ٥٠

والكمبيالة طالما كانت التزاما بدفع مبلغ من المال فان ذكر صلب الكمبيالة دفع بضاعة او اشياء اخرى لا تعتبر معه الكمبيالة ولو ان تلك البضاعة او الشيء وقع تحديد قيمته بالنقد.

كما ينبغي ان يكون مبلغ الكمبيالة محدد المقدار بشكل مضبوط يحمل مجرد الاطلاع عليها كافيا لمعرفة المبلغ الذي ينبغي على المسحوب عليه خلاصه.

٦٢- وهنا اثير نقاش كبير حول مدى صحة اشتراط الفاض على المبلغ الكمبيالة عن المدة السابقة من تاريخ حلولها وهذا نجده كثير المحمول في الكمبيالات.

وقد كان هذا الموضوع محل جدال بين الفقهاء فبعضهم اعتبر هذا الاشتراط هنا نهي من شأنه ان يفسد تعيين مبلغ الكمبيالة الواردة بنص القانون اذ انه يصح من المتعذر معرفة المبلغ الواجب خلاصه بمجرد الاطلاع على الكمبيالة.

وقد رأى فريق آخر جواز ذلك الاشتراط وان حساب الفاض ليس من الصعب معرفته يوم عرض الكمبيالة للقبول او لتوفاه وان الاشكال لا يمكن ان يحصل بالنسبة للكمبيالة الواجبة الدفع في تاريخ معين او بعد مدة معينة من تاريخ معين وهو قد يرد بالنسبة للكمبيالة الواجبة الدفع في تاريخ الاطلاع او بعد مدة معينة من تاريخ الاطلاع اذ يتمدد على المسحوب في هذين الحالتين الاخيرتين معرفة الفاض المستحق بمجرد الاطلاع.

وكان لهذا الخلاف الفقهى صداه في مؤتمر جنيف وبعد جدل طويل انتهى المؤتمر الى اعتبار شرط الفاض صحيحا في صورة الكمبيالة المستحقة الدفع يوم الاطلاع او في اجل محدد من تاريخ الاطلاع وان وجد في كمبيالة في غير الصورتين المذكورتين فان ذلك الشرط يعد لا غيا (الفصل الخامس من اتفاقية جنيف)

وقد اخذ المشرع التونسي هذا الرأي وضمنه بالفصل ٢٧١ من م.ت الذي قال : "انه يمكن لساحب الكبيالة الواجبة الدفع عند الاطلاع او بعد مدة من الاطلاع ان يشترط فائضا على المبلغ واذا كانت الكبيالة من غير مدين المدين فان الشرط المذكور يعد لاغيا.

غير ان فقه القضاء في تونس كان مترددا بين اعطاء الفائض المشروط عن جميع الكبيالات مهما كان نوع تاريخ حلولها وبين التفريق بين حالة الفصل ٢٧١ من م.ت. المتعلق بالكبيالة الواجبة الدفع لدى الاطلاع او في اجل معين بعد تاريخ الاطلاع وهي تمنع فيها الفائض المشروط وفي غير تلك الصور تعتبر فيها شرط الفائض لا عمل عليه . (١)

ويبدو ان الاتجاه السليم يقتضي ان الكبيالة المستحقة الدفع في الصور موضوع الفصل ٢٧١ يمنح الفائض المشروط وفق الفصل ٢٧١ المذكور وفي غير تلك الصور لا يجوز ذلك وهذا تاسيسا على ما انتهى اليه مؤسّر جنييف في القانون الموحد بالفصل الخامس منه .

ولكون المشرع التونسي حدد الدوائش التي يستحقها القائم بدعوى الرجوع بالفصل ٢١١ من م.ت. وهي لم تورد من بين ما يستحقه القائم بدعوى الرجوع الفائض الوارد بالفصل ٢٧٨ من مجلة الالتزامات والعقود لان القائم بالدعوى الصرفية على اساس الفصل ٢١١ من م.ت. ليس له ان يتسكك من جهة اخرى ببنقييات الفصل ٢٤٢ من مجلة الالتزامات والعقود نظرا لاختلاف مركز الدعوى الصرفية على الاتفاقات المدنية عموما والا يصبح هناك خلط بين الدعوى الصرفية والدعاوي المدنية العادية وهو ما

(١) الاحكام التجارية الصادرة عن محكمة تونس الابتدائية عدد ٣٢٠٤ لعدد بتاريخ ٢٧ فيفري ١٩٨٢ ع ١٧٦٨ لعدد - بتاريخ ٢١ اكتوبر ١٩٨٠ و ع ٢٣٦٠ لعدد بتاريخ ٢٧ ديسمبر ١٩٨٠ غير منشورة.

اراد قانون جنييف الموحد توضيحه من كونه لاشتراط الفائض في الكبيالة المستحقة الدفع في اجل معين او بعد اجل محدد لانه من المفروض في حامل الكبيالة انه احتسب الفائض من اول وهلة وادخله في مبلغ الكبيالة ولا وجه ان يمنح للشخص فائض متعدد على مبلغ واحد والا أصبح هناك فائض مركب وهو ممنوع قانونا.

٦٢. هذا والمشرع التونسي لم يجد طريقة معينة لبيان مبلغ الكبيالة وبذلك ترك الامر لتقدير المتعاملين بالكبيالة من كونهم يذكرونها بالارقام او بالحروف او بالامرين معا.

غير انه في الحياة العملية نجد سنخي الكبيالة يذكر المبلغ بالارقام باعلى الكبيالة ثم يذكره ثانيا صلبها بالحروف وان هذه الطريقة من شأنها ابعاد الكبيالة عن كل تزوير وعلى كل فان حصل اختلاف بين الارقام والحروف فان المبلغ الاقل هو المعتمد وهو ما انتهى اليه قانون جنييف الموحد وما قرره المجلة التجارية بالفصل ٢٧٢ منها.

ثم ان النقود التي ينبغي ذكرها بالكبيالة لم يشترط المشرع ان تكون العملة من صنف معين او من بلد معين انما لا تكون من قبيل ما لا يجوز التعامل به كالذهب مثلا والفصل ٢٩٧ من المجلة التجارية تحدث عن كيفية حساب النقود الواردة بالكبيالة اذا كان المبلغ محددًا بعملة غير العملة التونسية فاعتبر حساب قيمة العملة بالبلاد التونسية يوم الحلول ان وقع الخلاص في الاجل المحدد وان تاخر المدين عن الخلاص فتحسب القيمة حسب اختيار الدائن بين تاريخ الحلول او تاريخ الخلاص.

(١) الاحكام التجارية الصادرة عن محكمة تونس الابتدائية عدد ١٣٢٠٤ لعدد بتاريخ ٢٧ فيفري ١٩٨٢ ع ١١٧٦٨ - بتاريخ ٢١ اكتوبر ١٩٨٠ و عدد ١٣٢٦ لعدد بتاريخ ٢٧ ديسمبر ١٩٨٠ غير منشورة.

(٢) اسم من يجب عليه الدفع (المسحوب عليه):

(٦٤) ان ذكر اسم من يجب عليه الدفع هو امر ضروري لان الكبيالة تحتاج لقبول الا اذا اشترط عدم وجوب عرضها للقبول كما تحتاج للمرض للخلاص فاذا لم يذكر بها اسم المسحوب عليه فانه لا يعرف لمن سيتوجه المستفيد او الحامل عند حلول اجل الخلاص وهكذا نرى من الضروري ان يبين صاحب يوم انشائه للكبيالة اسم المسحوب عليه وهو الذي يصدر اليه الامر بدفع قيمتها للحامل او المستفيد غير ان المسحوب عليه لا يكون ملزماً بدفع قيمة الكبيالة الا اذا وقع عليها بالقبول .

هذا وان الفصل ٢٧٠ من م.ت. اقتضى انه يمكن ان تكون الكبيالة مسحوبة على صاحب نفسه وهو عين ما اقتضته اتفاقية جنيف وهذا في المجال العملي كثير الوقوع فتجد صاحب هو المسحوب عليه نفسه كمن يشتري اثاثا او جهازا بالتقسيط فينشئ كبيالات لصالح ذاته تستحق الدفع في اجل معين من صاحب نفسه وقد يكون ذلك حتى في المؤسسات التجارية او الصناعية الكبرى فتعتمد الشركة او المؤسسة لسحب الكبيالة على فرع لها بكان اخر غير مقرها التي توجد فيه وقد يفعل ذلك الفرع على المركز الرئيسي فيسحب عليه الكبيالة ويتولى هذا الاخير خلاصتها عند حلول الاجل.

كما انه احيانا يعتمد صاحب لتعيين شخص غير المسحوب عليه بالكبيالة للقبول او الوفاء على شرط ان يتبع ذلك التعيين بنفس الكبيالة ويكون الشخص بمثابة المسحوب عليه الاحتمالي ولا يلجأ اليه الا عند الحاجة وهو متى لم يقبل المسحوب عليه السند او امتنع من خلاصه.

وقد يكون المسحوب عليه اشخاصا عديدين وفي ماته الصودرة فان على الحامل او المستفيد عرض الكبيالة على كل واحد منهم في مفره وان امتنع احدهم من القبول او الخلاص فيقع ارجوع على صاحب والمظهرين والكفلاء باعتبار ان المسحوب عليه ثم جملة الاشخاص الوارد

ذكرهم بالكبيالة فاذا امتنع احدهم اعتبر المسحوب عليه كانه لم يقبل الكبيالة او امتنع من خلاصها.

وقد وقع خلاف فقهي حول كيفية ذكر اسم المسحوب عليه في صور متعددة. هل يفصل بين اسم الواحد والاخر بحرف المظن الواو ام يمكن الفصل بينهما بحرف التخيير او فيصبح في هذه الصودرة المستفيد مخيرا في مطالبة كل واحد منهم بانفراده فهناك من راي بانه ينبغي التعبير على كافة المسحوب عليهم بدون تخيير وليس للمستفيد الا مطالبتهم جميعا وليس له التخيير بينهم (١).

بينما يرى فريق اخر انه يمكن التعبير بلفظة او بين المسحوب عليه الفرد والاخر والمستفيد مخير في مطالبة كل واحد منهم بانفراده ومثل ذلك التعبير فيه زيادة ضمان للمستفيد اذ انه سيجتار السلي منهم ليطالب منه القبول وهو مخير في اختيار ايا منهم. (٢)

هذا والمشرع لم يفرض بيان الهوية الكاملة للمسحوب عليه بل قال اسم من يجب عليه الدفع وبذلك فان اي بيان يجعل المسحوب عليه معروفا كاف لاعتبار الشرط قد توفر غير انه في الحياة العملية نجد صاحب يحدد بدقة المسحوب عليه ومقره وقد يحدده احيانا بمجرد لقبه او كنيته او باسمه الصناعي او التجاري .

وعلى كل فانه في صودرة امال هوية المسحوب عليه فان الكبيالة تعتبر باطلة ولا اثر قانوني لها في المجال المصرفي ويمكن ان تكون سالحة كمثل قانوني اخر غير الكبيالة.

(١) يسكورور ويلوا فقرة ١٢٣

(٢) محاضرات الدكتور أكثم الخولي في القانون التجاري

٤) بيان أجل الحلول :

٦٥) فرض المشرع على صاحب بيان تاريخ الخلاص وبيان ذلك له أهمية ليحدد كل ملتزم بتلك الكمبيالة موقفه منها في تاريخ حلولها وليتخذ السحوب عليه العدة لمواجهة الطلب في تاريخ الايفاء ونظرا لأهمية بيان تاريخ الحلول نجد المشرع التونسي جعله من بين البيانات الوجوبية غير انذكر ذلك التاريخ بالكمبيالة فانها تصبح معتدلة من قبل واجبه الخلاص بمجرد الاطلاع عليها (الفقرة ٨ من الفصل ٢٦٩ من م.ت.).

اما اذا كان الاجل مذكورا بالكمبيالة لكنه غير معين التاريخ الشمسي او القسري كتحديد الاجل بوفاة شخص او حصول حادثة فان الكمبيالة تصبح باطلة ذلك ان الفقرة الثالثة من الفصل ٢٦٩ أتت بمسورة وحيدة لاعتبار الكمبيالة صحيحة عند عدم ذكر اجل الحلول وهي مسورة امانه تماما والتي اعتبرت عندها الكمبيالة مستحقة الدفع لدى الاطلاع.

هذا وان تاريخ الحلول يمكن تصوره في الكمبيالة بأربع صور صحيحة قانونا والتي وردت بالفصل ٢٩٠ من م.ت. وهي :

١) لدى الاطلاع

٢) او لاجل ما بعد الاطلاع

٣) او لاجل يتبدى من تاريخ معين

٤) او ليوم معلوم .

والسلاط ان يمكن تحديد اجل الخلاص بيوم معين في الشهر في السنة وقد يكون غير معين اليوم خلال الشهر منا نطبق الفواعد الواردة بالفصل ٢٩٢ من م.ت. فاذا قيل يتم الخلاص في شهر جانفي ١٩٨٤ فالمعتبر هو اخر يوم في شهر جانفي ١٩٨٤ الذي هو يوم ٣١ منه وان قيل في منتصفه فالمعتبر اليوم الخامس عشر منه وان قيل في اوله فالمعتبر اليوم الاول منه الخ

٥) بيان المكان الذي يجب فيه الدفع :

٦٦) ان بيان المكان الذي يجب فيه الدفع كان في القانون التجاري له أهمية لانه كان يشترط ان يكون مكان الخلاص هو غير مكان انشاء

الكمبيالة remise de place en place

غير ان هذه المرحلة التاريخية التي مرت بها الكمبيالة قد طويت ومع ذلك بقي ذكر مكان الدفع في الكمبيالة ضروري وذلك حتى يحرف المستفيد او الحامل لاي مكان يتجه لاستخلاص قيمة الكمبيالة.

وقد يكون هذا المكان مقر السحوب عليه وقد يكون مكانا اخر وهو في الغالب يكون بنك السحوب عليه الذي يتعامل معه هذا الاخير وان تمعين مثل هذا المكان للخلاص يسمى عادة بتوطيّن الكمبيالة ويمبر عنها بالكمبيالة الوطنية.

وعلى كل فان عدم ذكر مكان الخلاص لا يبطل الكمبيالة وانما يعتبر عندما مكان الوفاء هو المكان المبين بجانب اسم السحوب عليه (الفقرة ٤ من الفصل ٢٦٩ من م.ت.).

٦٦ مكرور) اسم من يجب له الدفع او من يكون الدفع بأمره (المستفيد). ان الذي يستنتج من وجوب ذكر اسم المستفيد من الكمبيالة سلبها هو ان المشرع اراد منع سحب الكمبيالة للحامل وذلك لاعطاء الكمبيالة مزيد امن الضمانات لانه لو غول سحبها للحامل كما هو متبع بالبلاد الانطوسكسوية فان الحامل يمكنه التخلي عنها دون حاجة لاي امضاء منه وبالتالي نقل الضمانات اذ انه لا شيء يثبت التزامه بها لمن سلبها له كما انه في سورة العرفة او الضياع للكمبيالة فان الحاملين اللاحقين للحامل الاول سوف لن يجدوا وسيلة للرجوع على بعضهم البعض طالما سلسلة التوقيعات غير مكتملة.

ومع ذلك فان هذه الطريقة التي اتبعها المقتن التونسي وكذلك بقية بلاد اي الاسرة الرومانية الجرمانية كانت محل نقد لان في عدم الترخيس في

انشاء الكبيالة للحامل اقلال من قابليتها للتداول كما ان الميب
المتسك به في صورة الكبيالة للحامل عند السرقة او الضياع وارد
فحتى بالنسبة للشيك والسند للامر.

وعلى كل فان المشرع التونسي اختار طريق منع انشاء الكبيالة للحامل
الا انه مع ذلك خول من جهة اخرى للمظهر الاول حق تطهير الكبيالة
للحامل او على بياض (الفصل ٢٧٦ من م.ت.) وبذلك يقع انتقال ملكية
الكبيالة بمجرد التسليم دون حاجة لاي توقيع.

كما اعتبر القاعدة الاساسية في الكبيالة انها قابلة للتطهير ولو لم
يشترط فيها سراحة كونها سحبت للامر بحيث ولو لم يذكر فيها منشئها
من كونها سحبت للاذن او للامر فهو اعتبر قابلية الكبيالة للتطهير شيئا
مضر وغامض ولا يحتاج لبراهنه بالكبيالة وهو بذلك ساير المرف
التجاري السائد من كون الكبيالة الوسيلة الوحيدة لانتقال الحقوق
الثابتة فيها هي التطهير.

وقد زاد المشرع في تأكيد هذا الاتجاه من كونه اشتراط عدم قابلية
الكبيالة للتطهير لا يكون ماضيا الا اذا وضعه الساحب نفسه سلب
الكبيالة حسب الفقرة الثانية من الفصل ٢٧٦ من م.ت. اما لو وقع
ادراجه بالكبيالة من طرف احد المظهرين فانه يعتبر كانه لم يكن .

اما اذا خالف الحامل او المستفيد شرط الساحب من كون تلك الكبيالة
ليست لامر وقام بتطهيرها فان منيعه ذاك لايعتبر من قبيل الاعمال
القانونية الصربية الصحيحة ولا تنطبق عليه احكام المجلة التجارية بل
تطبق عليه احكام الاحالة الواردة بمجلة الالتزامات والمقود وما ينجر
عنها من نتائج .

ثم ان المستفيد بالكبيالة في اغلب الاحيان يكون شخصا ثالثا غير انه
في بعض الحالات نجد المستفيد الساحب نفسه اذ ان هذا الاخير قد ينشئ
كبيالة لامر نفسه ثم يقوم بتطهيرها للغير وهذا نجده مثلا عندما المظهر

له يخاف عدم قبول السحوب عليه للكبيالة او يرغب في مزيد من
الضمانات فيقوم الساحب بانشاء الكبيالة لصالحه ويعرضها للقبول على
السحوب عليه ومتى حصل ذلك يقوم من جديد بتطهيرها للغير الذي ربما
يوم انشاء الكبيالة لم تتم معه بعد العملية التجارية نتيجة امتداد
مفاوضات او عدم تسلم البضاعة او غير ذلك من العناصر التي من شأنها
ان كانت سبب تاخير ظهور اسمه بالكبيالة.

وقد ثار نقاش حول الوصف القانوني للمحرر الذي انشاء الساحب لامر
نفسه قبل ظهور الطرف الثالث الذي هو المستفيد فهل يعتبر ذلك مجرد
سند للامر ولا يعتبر كبيالة لانه شمل شخصين فقط هما الساحب
والمسحوب عليه ام حتى في هذه الصورة يعتبر كبيالة.

بعضهم اعتبر ذلك المحرر من انشاء الى يوم تطهيره للمستفيد هو سند
للامر ومن يوم تطهيره للطرف الثالث اصبح كبيالة.

غير ان هناك رأيا اخر ذهب خلاف ذلك واعتبر المحرر من يوم انشاء
كبيالة (١) و لو ان الساحب انشاء لامرته وفتح القضاء الفرنسي الحديث
سار في هذا الاتجاه .

ونحن نأخذ بالرأي الاخير لان سحب الكبيالة لامر الساحب نفسه اياه
القانون التجاري بالفصل ٢٧٠ من المجلة التجارية اجازت ان تكون
الكبيالة محررة لامر الساحب نفسه كما ان الفقرة الثانية من الفصل ٢٨٧
من نفس المجلة اقتضت انه عند عدم الدفع يمكن للحامل وان كان
الساحب نفسه القيام مباشرة على القابل بالدعوى الناجمة عن الكبيالة
للمطالبة بكل ما يحق طلبه على مقتضى النصلين ٢١١ و ٢١٢ .

(١) غاييا وصفا - شرح القانون التجاري - الفصل ٢١٥ رقم ٤٩ .

وهكذا نرى أن المشرع التونسي اعتبر المحرر المنشئ بمنزلة كسبالية ولو من الساحب لامر نفسه هو كسبالية لا محالة.

كما أن الكسبالية يمكن انشاءها للفائدة عدة مستفيدين أي نفس الوقت وهنا ننظر في كيفية ذكر أسماء المستفيدين هل على معنى الجمع كان يقال لامر فلان وفلان وفلان وعندما ليس لهؤلاء المطالبة بقيمة الكسبالية إلا مجتمعين كما ليس للمسحوب عليه الوفاء بقيمة الكسبالية لاحد منهم دون الآخر كما أن التظهير ينبغي أن يقع منهم جميعا.

أما إذا وقع ذكرهم على سبيل الخيار فلانا أو فلانا فعندما لكل منهم المطالبة بقيمة الكسبالية بانفراده كما للمسحوب عليه الوفاء بقيمة الكسبالية لاحد منهم دون الآخر كما أن التظهير ينبغي أن يقع منهم جميعا.

أما إذا وقع ذكرهم على سبيل الخيار فلانا أو فلانا فعندما لكل منهم المطالبة بقيمة الكسبالية بانفراده كما للمسحوب عليه الوفاء بقيمة الكسبالية لأي واحد منهم ولا مسؤولية قانونية عليه .

هذا وأن عدم ذكر اسم المستفيد بالكسبالية يوم انشائها يؤدي إلى اعتبارها باطللة وذلك لأن المشرع لم يجعل حلا بديلا في صورة عدم ذكر اسم المستفيد كما فعل في صور معينة أخرى بالفصل ٢٦٩ من م.ت. وعليه فإن ذلك الكتب يعتبر كتباً مدنيا تنطبق عليه قواعد مجلة الالتزامات والقود لا أكثر ولا أقل. غير أن بعض الشراح ذهبوا لعدم بطلان الكسبالية رغم عدم ذكر اسم المستفيد متى ترك به بياضا كافيا لتدوين هذا الاسم فيما بعد أو أنه حمل توقيع المظهر له بعد أن سلم له المستفيد الأول أو أنه تم وضع اسم المستفيد بعد انشاء الكسبالية بالمكان المخصص له بعد أن قدمت الكسبالية للبنك. (١)

(١) شرح القانون التجاري للمؤلفين فابيا و سنا - الفصل ٣١٥ - ر.٤٩٩ م.

والذي أراه أنه لا وجه لاعتبار الكسبالية كسبالية أن لم يذكر بها اسم المستفيد يوم انشائها لما في ذلك من مخالفة صريحة لنص الفصل ٢٦٩ ولما قد يحمل من تحايل على القانون في صورة انشاء الكسبالية من أول مرة للمعامل ولما يكتشف الأمر يكون التساؤل بقيمة التخليص من أحكام القانون وأحكام المجلة التجارية أحكاما خاصة لا يتوسع فيها.

(٧) بيان التاريخ والمكان الذي انشئت فيه الكسبالية:

أولاً: بيان تاريخ الانشاء :

(٦٧) أن بيان تاريخ انشاء الكسبالية مهم جدا إذ بواسطته نستطيع تحديد العديد من النقاط القانونية وبإمالة لا يمكننا الانتهاء لحل قانوني معين لذلك نرى المشرع اعتبر عدم ذكر تاريخ الانشاء موجب لابطال الكسبالية (١) بينما ذكر مكان الانشاء اعتبره أنه يمكن تلافيه بتقديره أن مكان الانشاء هو المكان المذكور بجانب اسم الساحب.

وتظهر أهمية ذكر تاريخ انشاء الكسبالية خاصة لمعرفة الأمور التالية :

- (١) فتاريخ الانشاء من خلاله يمكننا أن نعرف ما إذا كان الساحب في يوم سحبه للكسبالية كان متسهما بأملهته التجارية أم لا ؟
- (٢) في حالة افلاس الساحب معرفة ما إذا كانت الكسبالية قد سحبت في فترة الرتبة أم لا ؟

وتحديد ما إذا كان يوم تحريره لتلك الكسبالية كان متوقفا عن دفع ديونه أم لا ؟

(١) القرار التقييمي المدني عدد ٢٤٦٩ الصادر بتاريخ ٢٧ فيفري ١٩٦٤ مجلة القضاء والتشريع عدد ٧ جويلية ١٩٦٥ ص ١٨٠

٣) المعرفة اجل الخلاص اذ ان هناك كمبيالات تسحب على اساس ان الخلاص يتم بعد تاريخ معين من يوم انشاء الكمبيالة وحسب التاريخ الذي يجب فيه على الحامل عرض الكمبيالة للقبول وللخلاص ان كانت مستحقة الدفع لدى الاطلاع او بعد مدة معينة من الاطلاع وذلك حتى لا يسقط حق الحامل في الرجوع على الموقعين على الكمبيالة فالكمبيالة الواجبة الدفع لدى الاطلاع على حاملها عرضها على المسحوب عليه خلال سنة واحدة من تاريخ انشائها (الفصل ٢٩١ من م.ت.).

والشرع لم يحدد المكان الذي يجب ان يذكر فيه تاريخ الانشاء وانما المهم ان يكون قبل مكان تنقيح الساحب وقد يذكر باليوم والشهر والسنة ويمكن ان يحدد التاريخ بذكر يوم عيد ثابت وبارز انما يتجه ذكر السنة الواقع فيها ذلك العيد.

والتاريخ الذي يذكر بالكمبيالة يعتبر تاريخا صحيحا يحتج به على الكافة عملا بالفصل ٤٥١ من مجلة الالتزامات والعقود ومن يدعي خلاف ذلك عليه اثباته ويمكن ان يحمل ذلك بجميع وسائل الاثبات الا اذا كانت الكمبيالة قد حررت بواسطة مأمور عمومي فانه لا يمكن الطعن في تاريخها الا بدعوى الزور او التدليس الجزائي.

ثانيا : بيان مكان الانشاء :

٦٨) ان ذكر مكان انشاء الكمبيالة لم يعد له الامية التي كانت له في السابق قبل صدور المجلة التجارية نظرا الى انه لم يعد هناك أي شرط يفرض اختلاف مكان الانشاء على مكان الخلاص وربما ذكر مكان الانشاء له أهمية في صورة ما اذا كانت الكمبيالة قد سحبت خارج التراب الوطني وذلك لتحديد القانون المنطبق في صورة تنازع القوانين . وعلى كل فان الشرع التونسي ولئن اشترط وجوب ذكر مكان انشاء السند الا انه لم يرتب عليه جزاء في عدم حصوله اذ انه اعتبر المكان

المذكور بجانب اسم الساحب هو مكان انشاء الكمبيالة (الفترة الاخيرة من الفصل ٢٦٩ من م.ت.).

٨) توقيع منشئ الكمبيالة أحي الساحب :

٦٩) الساحب هو الذي يعطي الدفعة الاولى من الحياة للكمبيالة فيدونه لما كانت هناك كمبيالة املا ولا يتصور وجود الساحب ان لم يكن هناك امضاء على الكمبيالة فامضاء عليها يعبر به على رضاه بالالتزام بها وتعمده بجميع ما يترتب عنها من مسؤولية صرفية فلا غرابة ان جعل الشرع هذا الشرط اساسي ووجوبيا وخلو الكمبيالة منه يجعلها باطلة اساسا .

لم ان الامضاء يمكن ان يقع بالاسم الكامل او ببعض الحروف التي عرف بها الساحب كامضاء له والملاحظ ان قانون جنيف الموحد لم يحدد الشكل الذي ينبغي ان يتم به الامضاء مراعيًا بذلك ظروف كل بلد نظرا لما هناك من وجود للامية في بلاد العالم الثالث غير ان البلاد التونسية لا تقبل الامضاء بالختم ولا تعتبره امضاء قانونيا عملا بالفصل ٤٥٢ من مجلة الالتزامات والعقود كما ان التزام الامي بالكمبيالة لا يكون ماضيا الا متى حررت من طرف مأمورين عموميين طبق القانون عملا بالفصل ٤٥٤ من نفس المجلة.

هذا وان تعدد الساحبين فينبغي حصول امضاء كل واحد منهم على الكمبيالة كما انه يمكن ان يمضي الساحب بواسطته وكيل له اذا كان بيده وكالة خاصة كتابية وعادة يوضع التوقيع بأسفل الكمبيالة غير انه قد يحمل الامضاء من الساحب بوضعه بأحد جوانب الكمبيالة ان كان ذلك المكان معصما له لان العبارة بما يدل على ان امضاء الساحب كان على معنى الرضا بمحتويات الكمبيالة وقبوله بشروطها.

الفرد الثالث:

جزاء ترك الشروط الشكلية الوجوبية أو صوريته أو

تحريفا

(٧٠) في غالب الاحيان يقع احترام كافة الشروط التي اوجب ذكرها الفصل ٢٦٩ من المجلة التجارية بالكبيالة وبذلك تكون صحيحة قانونا.

غير انه احيانا يحمل ان يعمد المتعاملون بالكبيالة الى ترك بعض تلك الشروط سهوا او عندا وقد يعمدون في احيان اخرى الى تغيير الحقيقة فيضمون امورا صورية بالكبيالة.

بغية اخفاء الواقع لغاية ما فتظهر الكبيالة بظهر الكتلة لشروطها الشكلية الالزامية بينما الحقيقة خلاف ذلك.

لذا فان الشروط الشكلية الالزامية قد يقع عدم احترامها بعدم الذكر والامال وقد يقع ذكر ما هو مخالف للحقيقة فتكون هناك الصورية ويستخلص مما تقدم ان هناك حالتين تعترض الكبيالة في جانب الشروط الشكلية الالزامية من الترك او الامال او الصورية ثانيا.

فما يترتب عن الترك او الامال وماذا يترتب على الصورية.

أولاً : الترك — Omission

(٧١) هنا في صورة الترك لاحد الشروط الالزامية في الكبيالة التي اوجب احترامها الفصل ٢٦٩ من م.ت. فاننا نجد انفسنا امام ثلاثة حلول هي :

(١) ما اعتبره القانون يقوم مقام الشرط الشكلي الواقع تركه.

(٢) بطلان الكبيالة.

(٣) تحول الكبيالة الباطلة.

(١) ما اعتبره القانون يقوم مقام الشرط الشكلي:

هنا نلاحظ ان المشرع بعد ان عدد بالفصل ٢٦٩ الشروط الشكلية التي يجب توفرها في الكبيالة اتى اثر ذلك التعداد بما يعبر عنه بالاغترافات وهي جعلها على سبيل الحصر بحيث خارج تلك الاغترافات لا يمكن اعتبار الكتب كبيالة (١) وهذه الحالات تتعلق باجل الحلول ومكان الدفع ومكان الانشاء للكبيالة.

ففي هذه الحالات الثلاث اعتبر الكبيالة صحيحة واعطى حلا بديلا للشرط الشكلي الالزامي المفقود فان اهل اجل الحلول اعتبرت الكبيالة واجبة الاداء بمجرد الاطلاع عليها.

وان لم يمين مكان خاص للدفع فان المكان المعين بجانب اسم المسحوب عليه عد ذلك محلا للدفع.

وان اهل ذكر مكان الانشاء اعتبر ملتزما بتلك الكبيالة بالمكان السمين بجانب اسم الساحب.

فهنا المشرع اعتبر هذه الاغترافات غير موجبة لابطال الكبيالة او اعتبارها باطلة.

(٢) بطلان الكبيالة :

٧٢ قد يقع افعال شرط شكلي الزامي وارد بالفصل ٢٦٩ من م.ت. ومع ذلك فان المشرع لم يصف مرتكبه بالاغتراف الوارد بذلك الفصل فان الكبيالة عندئذ تعتبر باطلة ولو ان الفصل المذكور لم ينص على ذلك البطلان لكن يؤخذ ذلك من مفهوم المخالفة لسياق ذلك الفصل فالمشرع

(١) حكم مدني ابتدائي عدد ٦٤٤٣ صادر عن محكمة عدد ٣ جانفي وفيبري ١٩٧٤ صفحة ١٣ بتاريخ ٨ ماي ١٩٧٢ مجلة القضاء والتشريع.

حدد الصور التي لا تعتبر فيها الكسبالة باطلة وهي السابق بسطها فبقي ما لم يذكر من أمثال أو ترك هو بالطبع موجب لبطلان الكسبالة.

ثم إن هذا البطلان يحتج به على الجميع ولو كان الحاصل حسن النية وذلك لأنه لا يحذر أحد بجهله للقانون وهي أحكام الفصل ٢٦٩ من م.ت. ولكون الترك أو الإغفال الحاصل لأحد شروط الفصل ٢٦٩ المذكور ظاهراً على الكسبالة من الغاء نظرة عليها فهذه حالة من الحالات التي يمتنع فيها تطبيق عدم الاحتجاج بالدفع. (١)

لكن متى تم إبطال الكسبالة باعتبار العيب الحاصل فيها فهل يمكن اعتبارها لازالة قائمة لذات كسب قانوني آخر وذلك تطبيقاً لنظرية التحول القانونية ؟

(٢) تحول الكسبالة الباطلة :

٤٤- إن البطلان المتحدث عنه بالنسبة للكسبالة في الحقيقة يتعلق بالالتزام السرفي لا غير فتمت توفرت في الكسبالة شروط العقد المدني عموماً فإنها لا تعتبر كسبالة نظراً لما بها من إخلال بالشروط الشكلية الإلزامية ولا تنطبق عليها أحكام مجلة التجارة لكن قد تعتبر مجرد التزام يكتب خط اليد لا أكثر ولا أقل وتنطبق عليها كامل قواعد مجلة الالتزامات والعقود (٢) وقد يصبح ذلك الكسب ليس بكسبالة ولكنه سند

(١) الوجيز في القانون التجاري للدكتور مصطفى كمال طه ص ٢٧.

(٢) قرار تعقيبي عدد ٢٤٦٩ صادر بتاريخ ٢٧ فيفري ١٩٦٤ مجلة القضاء والتشريع عدد ٧ جويلية ١٩٦٥ صفحة ١٨ وحكم صادر عن محكمة تونس الابتدائية عدد ١٣٢٨٧ بتاريخ ٦ فيفري ١٩٨٢ وكذلك الحكم عدد ١٣٧٢٧ صادر عن نفس المحكمة بتاريخ ٣٠-١٩٨٣ غير منشورين.

للامر مثلاً (١) فتطبق عليه أحكام مجلة التجارة بحسب الوصف القانوني الجديد الممطى له والحققة أن هذا الموقف القانوني ميناه الفصل ٢٢٨ من مجلة الالتزامات والعقود الذي جاء به إذا بطل التزام وكانت له من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام. وعلى كل فإن الأمر يتوقف على نوع الشرط الشكلي الالتزامي المفقود بوصف الكسبالة بوصفها القانوني الصحيح ولزيادة بيان نظرية التحول القانونية نأخذ بعض الأمثلة العملية البارزة بصورة واضحة تلك النظرية :

(١) إذا سحبت كسبالة على مسحوب عليه معين واستوفت. بقيت شرائطها الشكلية الإلزامية عدا بيان اسم المستفيد بأن أمل أمره تماماً فهذه الكسبالة لا يمكننا أن نعتبرها كسبالة لبطلانها بسبب خلوها من ذكر اسم المستفيد منها فتعتبر عندئذ سند الأمر لاغير متى وقع قبولها من المسحوب عليه وتكون تلك الورقة المسحوبة عليه بمثابة محرراً أي الساحب ويكون صاحبها بمثابة المستفيد. (٢)

(٢) كذلك إذا سحبت كسبالة وكانت غير مذكور بها اسم المسحوب عليه فهي وإن توفرت فيها بقية شروط السند للامر لا تعتبر كسبالة وإنما تعتبر لسند الأمر وتطبق عليها أحكامها.

(٣) متى سحبت كسبالة وكانت خالية من بيان تاريخ انشائها ومن تاريخ وجوب الوفاء بقيمتها فهي لا تعتبر كسبالة ولا سند للامر وإنما تعتبر عملاً مدنياً عادياً تنطبق عليه أحكام مجلة الالتزامات والعقود باعتبارها

(١) حكم صادر عن محكمة تونس الابتدائية عدد ٨١٥٧ بتاريخ ٢٢ جانفي ١٩٧٢ غير منشور تضمن "أن حجة الدين التي لا تتضمن امضاء الساحب لا تعتبر كسبالة إلا أنه يجوز اعتبارها من قبيل السند للامر".

(٢) علي البارودي - القانون التجاري - فقرة ٣١٣.

كتب خط اليد يصلح حجة لاثبات مديونية الساحب لفائدة الحامل او المستفيد.

٤) ان وقع سحب كمبيالة توفرت بها كامل شرائطها الشكلية لكن عوض ان يذكر بها المبلغ المالي بوجه التمييز ذكرت بها بضاعة محددة وزنا او كيلا ومنه فهذه المخلوطة لا تعتبر كمبيالة ويمكن اعتبارها وصلا في بضاعة بذمة الساحب وبالتالي تطبق عليها قواعد مجلة الالتزامات والعقود لا المجلة التجارية.

ثانيا : الفرضية supposition

٥٥- ان موضوع صورية البيانات الواردة بالكمبيالة والمتعلقة بالشروط الشكلية الالتزامية لكل كمبيالة لم يتناولها المشروع التونسي بالتفصيل بل تحدث عنها بصورة عرضية اثناء حديثه على العيوب التي تحصل بالكمبيالة فقال بالفقرة الثانية من الفصل ٢٧٢ بانه :

" اذا كانت الكمبيالة محتوية على توقيعات من اشخاص ليست لهم اهلية الالتزام بموجبها او على توقيعات مزورة او منسوبة لاشخاص وهميين او على توقيعات ليس من شأنها لاي سبب اخر الزام الاشخاص الذين وضعوا توقيعتهم على الكمبيالة او وقع عليها باسمهم فان ذلك لا يمنع أن تكون التزامات الموقعين الاخرين ماضية عليهم (١).

بينما نجد في الصورية كثيرا من الحالات كان يذكر تاريخ انشاء الكمبيالة على خلاف الحقيقة اما قصد اخفاء لتقص في اهلية الساحب او بعدا بالكمبيالة عن فترة الرتبة بالنسبة للمفلس. هنا نلاحظ ان كانت الصورية تهدف الى اخفاء عدم توفر شرط من الشروط الشكلية الالتزامية

(١) ادوار عيد - الاسناد التجارية فقرة ٧٢ وما بعده.

او حتى الموضوعية الاساسية فان تلك الكمبيالة تعتبر باطللة بوصفها كمبيالة وان توفرت فيها شروط كتب خط اليد العادي فتطبق عليها قواعد مجلة الالتزامات والعقود والا كان ذلك الكتب باطلا تماما ولا وجه لاعتباره قانونا (١).

واما اذا كان المقصود من تلك الصورية امورا اخرى غير اخفاء انعدام الشروط المذكورة انفا فان تلك الصورية لا تأثر على صحة الكمبيالة وهذا كان ذكر ان مقابل الوفاء هو تسن بضاعة والحال ان الموضوع يتعلق بهبة مستترة فان ذلك الاخفاء لا يؤثر في صحة الكمبيالة في شيء.

لكن اذا كانت الصورية متناولة اسم الموقع على الكمبيالة سواءا كساحب او مسحوب عليه وكذلك ان تناولت سفة احدهما.

فهنا ان تناول الامر اسم الموقع فان الكمبيالة تبطل وذلك لان الموقع عليها لم تكن ارادته متجهة للالتزام شخصا بتلك الكمبيالة غير ان المشرع احتاط لنشل هذه الصورة

واعتبر الكمبيالة صحيحة بالنسبة لباقي الموقعين عليها اعتمادا على قاعدة استقلال التوقيعات على بعضها البعض في الكمبيالة.

اما الصورية الواردة على السفة فقد كان يدعى الساحب انه تاجر او انه يتعامل مهنة معينة وتبين كذبه في ذلك فان هذه الصورية لا تبطل الكمبيالة ويبقى السلتزم بها خاضعا لاحكام المجلة التجارية .

وبالملاحظ ان الصورية في التاريخ ان كان القصد منها اخفاء حالة عدم الاملية او نقائصها فان الكمبيالة تبطل تماما حتى تجاه الحامل الحسن

(١) حكم تجاري ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد ١٣٢٣ بتاريخ ٢٠ أكتوبر ١٩٦٤ - مجلة القضاء والتشريع عدد ٩ و ١٠ نوفمبر وديسمبر ١٩٦٤ صفحة ١٦٠.

النية متى تم اثبات تلك الصورة بأي وجه من أوجه الاثبات غير انه اذا كانت سورية التاريخ ليست من شأنها المس بأهلية احد الموقعين فانها لا تكون مبطله للكيبالة لان الصورة مبدئيا اعطيت للكيبالة لاطهارها بمظهر استكمال شروطها الالتزامية فمتى كانت تلك الشروط متوفرة والصورية لا تاتي لها عليها فلا وجه لابطال الكيبالة.

بقي ان نتساءل هل انه للمستفيد او الحامل حسن النية التمسك بالصورية الواردة بالكيبالة قصد ابطالها وذلك متى ظهر ان له مصلحة في ذلك كرهت في التمسك بقواعد مرور الزمن المادية الواردة بسجلة الالتزامات والعقود او رغبته في طلب تقسيط مبلغ الكيبالة او بغيه عدم تطبيق قواعد الحامل المهيمل عليه يبدو ان تمسك الحامل هذا لا يجوز في القانون التونسي حسب مقتضيات الفصل ٢٦ من مجلة الالتزامات والعقود المتعلق بالقعود السرية وعدم امكانيتها معارضة الغير بها فالحامل حسن النية هو غير وما دام لا يحتج ضده بالصورية فهو بدوره ليس له ان يتمسك بها ضد من استعملها الا اذا اثبت انه تضرر منها ضررا فاحشا او انها ادته الى الفلظ على معنى الفصل ٤٥ من مجلة الالتزامات والعقود.

الفروع الواجب الشروط الاختيارية

٧٦ ان الفصل ٢٦٩ من م.ت. اوضح الشروط الشكلية الوجوبية التي ينبغي توفرها في الكيبالة ولم يشر الى امكانية وجود شروط اختيارية الا انه بالبحث في بقية فصول المجلة نجدها تتحدث عن بعض الشروط الاختيارية التي يبدو للطرفين اشتراطها وهذه مثل اشتراط دفعها في مكان غير موطن المسحوب عليه - الفقرة الثانية من الفصل ٢٨٢ م.م.م.ت. - وكذلك امكانية تعدد نظائر الكيبالة الفصل ٢٢٩ من نفس المجلة.

وكذلك شرط الرجوع بلا مصاريف فتعني الحامل عند رغبته في القيام بدعوى الرجوع من تحرير محضر الاحتجاج الفصل ٢٠٩ من نفس المجلة. ومما يمكن من امر ان القاعدة العامة تقتضي ان ما لم يمنعه القانون بنص صريح جاز اعماله وعليه فان للاطراف المتعاملة بالكيبالة اشتراط ما بدالهم بالكيبالة في غير ما منعه القانون او كان مخلا بالنظام العام وان استقراء التعامل بالكيبالة اثبت ان اظبية الشروط الاختيارية التي يلجأ اليها التعامل بالكيبالة هي شرط محل الدفع المختار وشرط القبول او الموفي الاحتياطي وشرط الاخطار وعدم اخطار المسحوب عليه .

(١) شرط محل الدفع المختار:

٧٧ لقد تضمن الفصل ٢٧٠ من المجلة التجارية بالفقرة الاخيرة منه - انه يمكن ان يشترط بها الدفع في مقر اجنبي او في الموطن الذي به مقر المسحوب عليه او في موطن اخر.

وهذا الشرط يقتضي ان الساحب يوم تحريره للكيبالة ان يبين شخصا اخر غير المسحوب عليه يتوجه اليه المستفيد او الحامل ليقبض منه قيمة الكيبالة يوم حلول اجل خلاصها والملاحظ انه في غالب الاحيان الذي يقوم بتحديد محل الدفع المختار هو المسحوب عليه يوم عرض الكيبالة عليه للتأشير عليها بالقبول وذلك يكون لاسباب متعددة منها توقعه التعيب عن مقره في تاريخ الاستحقاق او كون امواله مودعة بذلك المحل المختار للدفع كأن يكون بنكا مثلا وان امتنع من بالسحل المختار للدفع عن الخلاص يقع تحرير الاحتجاج لعدم الخلاص في ذلك للقر غير انه ينبغي الانتباه الى ان من بسحل الدفع المختار لا يعتبر مسحوبا عليه اذ انه لا يوجد توقيعه بالكيبالة ولا يمكن مطالبة قضائيا اذ لا علاقة له بالاطراف المتعززة بالكيبالة حسب قواعد المجلة التجارية وان كان يمكن ان يسأل مدنيا تجاه من تسبب له في الضرر ان كان بينهما عقدا في هذا

(٢) شرط القابل أو الموفي الاحتياطي:

٧٨- أن هذا الشرط مفهومه أنه يقع إدراج شرط بالكبيالة يقتضي أنه على الحامل أو المستفيد بالكبيالة أن يتوجه بطلب القبول إلى شخص معين أن رفض السحوب عليه القبول أو رفض الوفاء وقد أجاز المشرع التونسي مثل هذا الشرط بالفصل ٢١٨ من م.ت. فيمكن هكذا للساحب أن يمين شخصاً آخر على سبيل الاحتياط غير السحوب عليه للتوجه إليه لخلاص قيمة الكبيالة عند امتناع السحوب عليه عن الخلاص.

واللاحظ هنا أن الحامل أو المستفيد يبقى مطالباً بالتوجه أولاً للسحوب عليه لمطالبته بالقبول أو الخلاص وإن امتنع فيتوجه للقابل الاحتياطي أو الموفي الاحتياطي وإن امتنع هذا الأخير من القبول أو الخلاص فعندما يقع الرجوع على ملتزمين بالكبيالة بعد تحرير الاحتجاج بعدم القبول أو عدم الوفاء يفر الموفي الاحتياطي.

(٣) شرط أخطار أو عظم أخطار المسحوب عليه:

٧٩- الساحب يرى أحياناً نظراً لأهمية الكبيالة أو أهمية المعاملة التي قام بها مع الحامل أو المستفيد أن يدرج بالكبيالة شرط الأخطار بحيث يصبح السحوب عليه ملتزماً بعدم قبوله للكبيالة إلا متى أخطره الساحب بإمكانية القيام بذلك وهذا الأمر يلجأ له الساحب إما بغية إبعاد التزوير الذي قد يشوب الكبيالة أو كون تلك الكبيالة مرتبطة بتسليم وثائق أو غيرها من المستفيد قبل عرضها على القبول أو الوفاء وإن قام

(١) دائرة معارف دالوز كلمة كبيالة فقرة ٩٢.

المسحوب عليه بالخلاص قبل وصول الأخطار إليه من الساحب يكون مسؤولاً على صحة الوفاء وقد يتعرض لفقدان حقه بالرجوع على الساحب. ٨٠- أما شرط عدم الأخطار فقد يدرجه الساحب بالكبيالة نظراً لزمانة مبلغها أو لزيادة التأييد على السحوب عليه بأهمية المستفيد أو الحامل حتى لا يتباطأ في قبول الكبيالة أو الوفاء بقيمتها لمجرد عرضها عليه كما أن المسحوب عليه مجبر على قبول تلك الكبيالة والوفاء بقيمتها في أجل خلاصها ولا مسؤولية عليه في ذلك تجاه الساحب والمطهرين ما دام قد قام بتنفيذ تعليمات منشئها.

الفرع الخامس

في تعدد النطائر والنسخ

٨١- أن الأصل في الكبيالة أنها تحرر في نظير واحد ولا يكون لها نطائر ولا تعطي منها نسخ إلا أن الضرورة العملية فرضت أحياناً أن تكون للكبيالة الواحدة عدة نطائر وربما في ظروف معينة أخطر الحامل أو المستفيد إلى أن تكون بيده نسخة من الكبيالة لسبب ما.

لذلك نجد المشرع أتم بموضوع نطائر الكبيالات والنسخ التي قد تعطي منها فنظم موضوع النطائر بالفصول الثلاث ٢٢٩-٢٣٠ و ٢٣١ كما أوضح أوجه الحصول على النطائر وقيمتها القانونية بالفصلين ٢٣٢ و ٢٣٣ من المجلة التجارية.

أ- قسم تعدد النطائر pluralité d'exemplaires

٨٢- أن تعدد نطائر الكبيالة هدفه زيادة تمكين الكبيالة من الرواج في الاستعمال أكثر فاكتر وقد يقصد منه تلافي ضياع الأصل ويكون ذلك خاص إذا كانت الكبيالة سيقع نقلها من مكان لآخر بين بلدين أو دولتين أو

أكثر كما يهدف من وراء تعدد النظائر تمكين التاجر من ربح الوقت فهو يمكنه على وجه السرعة من خصم الكبيالة لدى البنك الذي يتعامل معه في نفس الوقت الذي وجه فيه النظر الثاني للقبول بعرضه على المسحوب عليه .

غير أنه إذا كانت هناك فوائد في تعدد نظائر الكبيالة فإن ذلك التعدد له مزاؤه منها أن الكبيالة في صورة تمدها يمكن أن تتعرض للتدليس من طرف حاملها كما يمكن أن يتعرض الملتزم بها لخطر خلاص قيمتها مرتين . إلا أنه إذا رغم المخاطر التي تتعرض لها الكبيالة المتعددة النظائر فإن المشروع أجاز هذا العمل وعقد في نفس الوقت إلى تقييده بمدة شروط وضوابط هي :

(١) يجب أن يقع تحرير النظائر بمعدّد محدد ومعين بالأرقام ويقع التخصيم سلب الكبيالة على الأرقام التي حررت بها تلك الكبيالة أي عدد النظائر التي حررت بها وأن لم يقع ذكر ذلك سلب الكبيالة فإن كل نظير منها يعتبر كبيالة قائمة الذات بمفردها .

(٢) أن نظير الكبيالة ينبغي أن يكون مثل الأصل سواء بسواء ويحمل أسماء الملتزم بها فالنظر له له مطالبة المظهر بأن يضع أمثاله على النظر الثاني أو الثالث وهكذا الفصل ٢٢٩ من م . ت .

(٣) أن القبول من المسحوب عليه الكبيالة يجب أن يقع على نظير واحد فقط إلا أنه يمكن أن يقع على أي نظير من نظائر الكبيالة ولو وقع على كل نظير بانفراده على حدة فإنه يصبح ملزماً تجاه حامل كل نظير موقع عليه بالقبول بخلاص مبلغه .

(٤) يجب على من وجه أحد النظائر للقبول أن يذكر على سائر النظائر الأخرى اسم الشخص الذي يكون لديه ذلك النظر حتى يكون حيلة بغيه النظائر الأخرى على بينة من الأمر كما أنه ينبغي على ذلك الشخص أن

يسلم النظر الموجه إليه إلى الحامل الشرعي لنظير آخر الفصل ٢٢٩ من م . ت .

غير أنه أميل الموجه للنظير ببيان اسم الشخص الذي يكون بيده هذا النظر للقبول بالنظائر الأخرى فإنه لا ينتج على ذلك بطلان النظر المتبول إنما يصبح للحامل والمظهرين الموالين حق طلب التعميض عن الضرر الحاصل لهم من جراء الخطأ الذي ارتكبه موجه النظر (١) .

هذا وإن امتنع الشخص الموجه له النظر للقبول من تسليمه للحامل الشرعي الأخير القيام بدعوى الرجوع بعد أن يثبت باحتجاج أن النظر الموجه للقبول لم يسلم إليه

رغم طلبه وإن القبول أو الأداء لم يكن الحصول عليهم يقتضي نظير آخر فصل ٢٢٩ من م . ت . الفترة الثانية .

(٥) أن الأداء الحاصل يقتضي أحد النظائر هو مبرر للذمة بقطع النظر عن كونه مشروطاً بالكبيالة الواقعة على أساسها الخلاص أن الأداء بمقتضاها يبطل منقول النظائر الأخرى أولاً .

وهذا مبناه أن النظائر جميعها لا تمثل إلا حفاً واحداً فتسقط الخلاص على أساس أحدها برقت ذمة المسحوب عليه (٢) .

هذا والملاحظ أن تعداد النظائر للكبيالة هو من اختصاص صاحب وحده وذلك أما يوم إنشائه للكبيالة وعن طواعية منه وذلك تطبيقاً لأحكام النقرة الأولى من الفصل ٢٢٩ من م . ت .

كما أنه يمكن أن يقع تحرير عديد النظائر للكبيالة بعد إنشائها أما بطلب من المستفيد أو الحامل لها وفي هذه الصورة الأخيرة يتحمل مطالبتها

(١) ليمسكو وروبلو فقرة ٤٢٢

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه - الوجيز في القانون التجاري - فقرة ٦٠ .

لوحده نفقة تلك النظائر ويبدأ الحامل بطلب ذلك من الذي ظهر له تلك الكبيالة وهذا الأخير يمدد بهد المساعدة للسمي لدى المظهر له وهكذا صموذا حتى الوصول الى الساحب وفي هذه الصورة يجب على المظهرين ان يمددوا تضمين تطهيراتهم على النظائر الجديدة - الفقرة الثانية من الفصل ٢٠

٨٢- رأينا ان النظائر هي من صنع الساحب وحده اما بارادته المنفردة او بطلب من المستفيد او الحامل .

اما نسخ الكبيالة فانها تكون من عمل حامل الكبيالة الذي له ان يستخرج منها نسخا الفقرة الاولى من الفصل ٢٢٢ من م . ت . وليس في حاجة الرجوع الى المظهرين السابقين او الساحب.

هذا وان النسخ ينبغي ان تكون محتوية على كامل التفاصيل الواردة بالاصل من تطهيرات وبيانات اخرى وان يبين فيها الحد الذي تنتهي اليه - الفصل ٢٢٢ من م . ت .

وهي يمكن ان تكون بالكبيالة بخط اليد او الالة الرافعة كما قد تكون صورة شمية ويذكر بها على انها صورة ومدى اعتبارها نسخة كأن يذكر بها تعتبر نسخة حتى الآن او تعتبر نسخة حتى التطهير الحاصل من قبل فلان ويجب ان يذكر بالنسخة حامل الكبيالة الاصلية الذي عليه ان يسلمها الى حاملها الشرعي وان امتنع من تسليمها فلا يمكن للحامل القيام بدعوى الرجوع على الاشخاص المظهرين او الكائنين للنسخة الا بعد ان يثبت باحتجاج ان الاصل لم يسلم اليه بعد طلبه "الفصل ٢٢٢ من م.ت."

كما ان النسخة تعتبر كالاصل سواء بسواء فيجوز تطهيرها وكفالتها كالكبيالة الاصلية ويكون لها جميع اثار الكبيالة الاصلية "الفرقة الاخيرة من الفصل ٢٢٢ من م.ت."

وهي يمكن ان يضع عليها المسحوب عليه علاقة القبول ويقوم بالوفاء على اساسها الا انه متى وضع علامة القبول عليها ليس له ان يضمها من جديد

على الاصل والا كان مطالبا بالوفاء مرة اخرى على اساس الاصل الذي وضع عليه علامة قبوله ايضا وهذا نفس الامر يقال بالنسبة للمظهر الذي ان وضع امضاءه على النسخة بالتطهير ليس له ان يفعل ذلك على الاصل والا اصبح ملزما صرفيا على مبلغ الكبيالة الاصلية وعلى مبلغ النسخة. والملاحظ انه اذا تضمن أصل الكبيالة ان التطهير لا يصح الا على النسخة او تضمن عبارة بهذا المعنى فان التطهير الذي يمضي فيما بعد على الاصل يكون باطلا (الفرقة الاخيرة من الفصل ٢٢٢).

ونفس الشيء يمكن قوله بالنسبة للنسخة لو وقع التضمين بها على انها لم تعد قابلة للتطهير من كذا فالتطهير الواقع بعد ذلك يعتبر باطلا.

غير انه اذا اعتبر التطهير المخالف لما هو وارد بالكبيالة الاصل او النسخة باطلا فان ذلك لا يمنع المظهر له حسن النية من القيام على اساس قواعد مجلة الالتزامات والمقود تجاه من تسبب له في ضرر من جراء ذلك التطهير المخالف لاحكام المجلة التجارية.

المسألة الثانية

الضمانات الخاصة بالوفاء بالتعهدات

٨٩ - في مجال التعاملات المالية كل متعاقد يبحث من جانبه على أكثر ما يمكن من الضمانات للاطمئنان على صدقه على التزميد لاستحقاق دينه يوم حلول أجل الوفاء بالتزام.

وعلا نجد في القانون المدني ما يشترطه المدين على متعاقد من توفير رهن له أو امتياز وذلك زيادة في ضمان دينه وقد يكون هذا الضمان أحيانا القانون نفسه هو الضمان له إذا لم يشترط الطرفان توفيره.

وفي مجال القانون الصرفي نظرا لما يصف بالانشطة التجارية من مخاطرة ومقدار ما يرغب الداجر في السرعة في إنجاز صفقاته وإعماله المالية بمقدار ما يهجم بالتعهدات التي يسمي توفيرها له تجاه مدينه وعلى هذا الأساس نجد المشرع رغبة منه في بحث الاطمئنان في القفوس المتعاطل بالتعهدات يحصل صادا على توفير أكثر ما يمكن من الضمانات للمتعاقدين بها. (١)

ومن هذه الضمانات نجد الاحتكام الخاصة بالملوكة وأعضاء المجموعة عطفه بالتحويل للتكسيالة، والسفاحين بين السفوحين في الترخيالة وأخيرا من بعض الأحيان وجود الكفيل أو الضامن في العقود أو الوفاء التام بسلام التكسيالة غير أن كل ذلك لا يمنع من وجود ضمانات أخرى للمتعاقد بالتكسيالة غير ما ذكر كالرهن والامتياز إلا أن تلك الضمانات لا تفي بدرجة التكسيالة ولا هي تكون معقولة فيها وبما الذي يتجه لاستلام مباداة الالتزامات والصفود

(١) حكم البارودي - الثاني من المبادئ رقم ٢١١

القسم الأول: المؤونة: Provision

الفقرة الأولى:

تعريف المؤونة

٥٥. أن المؤونة هي دين يبلغ من النفود مساو على الأقل لمبلغ الكبيالة في ذمة المسحوب عليه للمالك يكون موجود أو مستحق الاداء في تاريخ حلول أجل الوفاء بالكبيالة (١) فإذا باع المالك للمسحوب عليه بضاعة فإن ضمن تلك البضاعة هي مؤونة الكبيالة التي يحررها المالك على المسحوب عليه.

وعلى أن نفرق بين المؤونة ووصول القيمة valeur fournie إذ الأولى هي دين المالك قبل المسحوب عليه بينما وصول القيمة هو دين المستفيد أو الحامل بذمة المالك أو المظهر والذي من أجله تم تحرير الكبيالة فوصول القيمة يكون بضاعة أو مالا نقدا بينما المؤونة لا تكون إلا مالا نقدا لذلك أوجب المشرع ذكر مبلغ الكبيالة مالا نقدا محدد المقدار.

كما أن للمؤونة أهمية أكبر بكثير من أهمية وصول القيمة إذ أن المؤونة تنتقل ملكيتها للحامل وفي حالة وجودها لدى المسحوب عليه هي ضمان من ضمانات الوفاء بالكبيالة ولو أنها لم تتوجد لديه إلا يوم الاستحقاق (الفصل ٢٧٥ من م.ت.) كما أن المسحوب عليه القابل للكبيالة ملزم بإداء قيمتها أي مؤونتها للحامل ولو لم تكن موجودة لديه (الفصل ٢٨٧ من م.ت.) يوم وجوب الخلاص. بينما وصول القيمة امرها لا يهتم الحامل في

(١) ادوار عيد - كتاب الاسناد التجارية - فقرة ١٢٦

شيء بل هي تهم المالك والمسحوب عليه لا غير. والملاحظ أن المشرع التونسي تأثر إلى حد بعيد بالقانون الفرنسي في شأن المؤونة لما اعتبرها ضمانا من ضمانات الوفاء وجعل حق الحامل عليها قبل أي شخص آخر ملقزم بالكبيالة موضوع تلك المؤونة وهذا مبناه تصور الفقه الفرنسي للمؤونة بكونها تلعب دورا مائلا في تنظيم العلاقات الناشئة عن الكبيالة بين الحامل والمسحوب عليه وبين الحامل والمستفيد. وهذا بخلاف ما عليه نظرية فقهاء الألمان من أن المؤونة لا تلعب أي دور في تنظيم العلاقات بين أطراف الكبيالة وليس للحامل أي حق عليها ولا يعتبرونها بالتالي من ضمانات الوفاء باعتبار أن الضمان لا ينشأ إلا عن المضاعفات التي تحملها الكبيالة لا غير (١).

(١) منشأ الخلاف بين الفقهاء الفرنسيين والفقهاء الألمان هو مدى ارتباط الالتزام الصرفي الوارد بالكبيالة بالالتزام الأصلي فالفقهاء الفرنسيون يرون أن الالتزام الصرفي ما هو عند تحريره إلا إثبات لالتزام سابق فهو لا ينشئ التزاما جديدا وإنما يقع الاتفاق بين أطراف الالتزام السابق على جعل ذلك الالتزام الذي قد تم من قبل في شكل التزام صرفي وهذا من شأنه أن يمكن المالك من الاحتجاج مباشرة على المستفيد الأول الذي له علاقة به سابقة أو احتجاج المظهر ضد المظهر له المباشر للمظهر وهكذا بينما الفقهاء الألمان يرون أنه من الوجهة فصل الالتزام الصرفي عن كل علاقة قانونية سابقة وهو ما ذهب له العلامة أينيرت واعتباره للكبيالة كعمل تجاري كافي بذاته لتعيين الحق الذي هو مدرج به دون حاجة لإثبات بوثائق أخرى ويجب أن تنقطع الكبيالة عن العلاقات السابقة لانشائها بحيث يكون لحاملها حق مباشر قبل الدين بها فلا يتمسك هذه بالدفع المتعلقة بحقوق الحملة السابقين (كتاب الاسناد التجارية - ادوار عيد هامش صفحة ٢٩٧).

والضرورة رغم أهميتها فإن المشرع التونسي لم يرد لها إلا فصلا وحيدا للحديث عنها وهو الفصل ٢٧٥ م.ت. إلا أن هذا الفصل نظرا لكونه الوحيد المتعلق بالضرورة كان محفورا بالأحكام إلى حد أحيانا جعل من قراءته لا تفهم إلا بمراجعة فقه القضاء والفقه الفرنسي ومصدر هذا الفصل وكيف جرد والحال أن النصوص القانونية المروص فيها عندما تعبر قسم بأكثر مما يمكن من التوضيح واجتناب الإطالة في الفصول حتى تكون الأحكام الواردة في الموضوع واضحة ولا تحتاج إلى تأويل وربما تفسر عيب يؤدي أحيانا إلى تعدد الترويا واختلاف الاجتهاد والمشرع التونسي في تحريره لهذا الفصل افترض أثر التفسير الفرنسي من جهة وحرره باللغة الفرنسية من جهة أخرى لم وقعت ترجمته فجاء هذا الفصل محفورا بكثير من النصوص الذي ما كان المشرع في حاجة إليه وكان في إمكان اجتنابه بتحريره في عدة فصول يكون كل واحد منها مستقلا على سبيلها من الأحكام متجانسة وواضحة. واقترح بهذه المناسبة مراجعة هذا الفصل على النسق الذي سبق ذكره لتحقيق الجدوى القانونية واليحد بالنصوص على الموضوع.

وطالما أن الفصل ٢٧٥ المذكور احتوى على كافة أحكام الضرورة فقد حددت الفقرة الثانية منه معنى الضرورة بقولها: "تكون الضرورة موجودة عند حلول أجل دفع مبلغ الكفيلة" وينتج من ذلك:

- (١) أن الضرورة كما يصورها النص المذكور يستل دينا نقديا في ذمه المسحوب عليه وهذا التصوير من المشرع يتماشى مع وظيفة الضرورة التي شاقها فتكفي المسحوب عليه من المال اللازم لتسديد مبلغ الكفيلة.
- (٢) غير كاف أن يكون المسحوب عليه مدينا للمساهم بمبلغ معين من المال بقدر بل ينبغي أن تتوفر في ذلك المال الذي يستل دينا بذمه المسحوب عليه الشروط التالية:

أ - وجود الدين يوم وصول الجلس بمبلغ الكفيلة فلا موجب لوجوده يوم سحب الكفيلة وهذا مخالف لأحكام الشيك إذ أن الضرورة بالنسبة للشيك يجب أن تكون موجودة لدى المسحوب عليه يوم إنشاء الشيك وذلك لأن الشيك دائما واجب الدفع بمجرد عرضه للتغليس .

كما أن الضرورة غير كاف يومها في وقت معين وذلك قبل حلول الأجل لم سحبها أو استهلاكها قبل ذلك التاريخ لأنها عند ذلك تصبح كأنها لم تتوفر قط وعلى كل فهي تعتبر غير موجودة أن لم يقع احتسابها لدى المسحوب عليه يوم حلول الأجل.

ب - استيفاء هذا الدين يوم حلول أجل بحيث يوم حلول الأجل كان حالا وواجبا خلاصه على المسحوب عليه (١) وهذا ما أدت إليه الفقرة الثانية من الفصل ٢٧٥ م.ت. بقولها (الضرورة تكون موجودة عند حلول أجل دفع الكفيلة)

ج - أن يعطى ذلك الدين المعتبر بضرورة مبلغ الكفيلة الحالية والواجبة للتغليس فإن كان المسحوب عليه مدينا بمبلغ أقل من مبلغ الكفيلة أو كان المال المؤدى عنده والراجح للمساهم دون المبلغ المدين بالكفيلة فإن الضرورة تعتبر غير موجودة والمسحوب عليه الامتناع عن قبول الكفيلة أو الرداء بها طالما أن ذات الضرورة غير مضمرة لديه بشكل ذاتي

مستندات في الفقه التونسي

- (١) حكم صادر عن المحكمة الابتدائية المصنفة بتاريخ ٢١ أكتوبر ١٩١٠ بمجلة القضاء والمصارف عدد ٨ الدرس ٤٤٤ صفحة ٤١.

الفقرة الثانية: اهمية المؤونة

٨٦ - ان المؤونة لا تعتبر شرطا من شروط صحة الكبيالة بدليل أنها لم يقع التعرض لها من طرف الم شروع عند حديثه عن الشروط الشكلية الوجوبية للكبيالة كما لم نتعرض لها عند الحديث عن الشروط الموضوعية لها.

فالساحب يمكنه ان ينشئ الكبيالة ويلتزم بها التزاما صرفيا تام الموجبات دون ان تكون المؤونة موجودة اذ المهم عليه احضارها في تاريخ حلول اجل الوفاء وان هي وجدت قبل ذلك التاريخ وتعتبر ضمانه من ضمانات الوفاء بقيمة الكبيالة بالنسبة للحامل فالمسحوب عليه متى قبل الكبيالة بامضائه عليها اصبح ملتزما للحامل بالوفاء بقيمتها لحاملها في تاريخ الغلاص ولو لم تتوجد عنده (١) (الفصل ٢٨٧ من م. ت.). كما ان وجود المؤونة لدى المسحوب عليه يوم انشاء الكبيالة له اهميته بالنسبة للعلاقة بين كافة اطراف الكبيالة التي نبينها على النحو التالي :

(١) فقه العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه.

٨٧ - متى كانت المؤونة متوفرة لدى المسحوب عليه من قبل الساحب يوم انشاء الكبيالة او بعد ذلك انتارنخ او قبل تاريخ عرض الكبيالة للوفاء فان ما طالب به الساحب المسحوب عليه من قبوله لتلك الكبيالة وغلاص قيمتها هو في طريقه وعليه تنفيذه لفائدة المستفيد أو الحامل

(١) مصطفى كمال طه - الوجيز في القانون التجاري - فقرة ١١٧.

للكبيالة وان سادف وامتنع المسحوب عليه من خلاص قيمة الكبيالة أو امتنع من قبولها رغم توفر المؤونة لديه فان للساحب الرجوع عليه بقيمة الكبيالة وما انجر له من ضرر من جراء ذلك السلوك سواء كان الضرر ماديا لدفع فوائض اضافية او ادبيا كتزعزع الثقة التجارية فيه.

وان سدد المسحوب عليه قيمة الكبيالة في الاجل يكون قد ابرأ ذمته من الدين الذي بذمته للساحب بما يساوي قيمة الكبيالة.

واحيانا يقوم المسحوب عليه بتسديد قيمة الكبيالة على المكشوف كأن كان حريف البنك المسحوب عليه ولا يريد ان يحدث للساحب الذي هو حريفة نصيحة تجارية وزعزعة الثقة به او هناك تعامل بينهما على اساس ان يمكنه من تغطية مالية في حدود معينة دون ان تكون فيها كتبا خطيا وهي اليوم كثيرة الوقوع من طرف البنوك وان كان البنك المركزي يطالب البنوك دائما بان تكون التغطية كتابية ففي هذه الصورة في صورة دفع البنك لقيمة الكبيالة له مطالبة حريفة بتسديد المبلغ الذي دفعه عنه لخلاص الكبيالة باعتبار ذلك يمثل مؤونة لها. (١)

(٢) فقه العلاقة بين الساحب والحامل :

٨٨ - لقد سبق ان قلنا بان المؤونة متى وفرها الحامل لدى المسحوب عليه تعتبر ضمانا لدين الحامل او المستفيد بحيث لم تعد من حق الساحب الا ان الحامل منجبه اخرى عليه استخلاص قيمة الكبيالة في الاجل المحدد بها والا سقط حقه في الرجوع بقيمتها على الساحب متى اثبت الساحب توفره للمؤونة لدى المسحوب عليه يوم حلول اجل الوفاء عملا بالفصل ٢١٥ من م. ت. كما ان الساحب اذا لم يقدم المؤونة للمسحوب

(١) ليسكو و روبلو ج ٢ فقرة ٢١٢

عليه ولو لم يحترم الحامل أو المستفيد الإجراءات والاحكام القانونية
لافتتاح الاحتجاج عن قبول أو الدفع فإن الساحب يفتى دائما مسؤولا
نحوه بانقضاء عليه الكسبالة

(٣) في العلاقة بين الحامل والمستحقوق عليه :

٨٩ مبدئيا لا وجود لأي علاقة قانونية بين الحامل والمستحقوق عليه إذا كان
مطلق العلاقة هي بين الساحب للكسبالة والمستفيد منها أو حامليها غير
أنه إذا كانت المؤونة قد وفرها الساحب بمدة المستحوق عليه فإنه يصح
للحامل حتى قبل التسحب عليه الذي عليه وجوب قبول الكسبالة في
صورة مرضها عليه وذلك باعتبارها مدينا بالمؤونة للساحب التي انقضت
ملكيتها للحامل للكسبالة وهذا كله يحصل حتى كانت المؤونة التي لدى
المستحوق عليه وهي ثابته ومسجعة الاداء والملاحظ ان الحامل هنا يمكنه
القيام ضد المستحوق عليه ولو ان الساحب تعرض للافلاس أو لتعديده
أعطيه القانونيه .

فإن للحامل أيضا الرجوع على المستحوق عليه ومطالبته بالاداء ولو لم
يوفر لديه الساحب تلك المؤونة وذلك في صورة ما إذا حصل منه قبول
للكسبالة وفقا لاحكام الفصل ٢٢٧ من م.ب.
أما إذا لم تكن هناك مؤونة لدى المستحوق عليه ولم يكن هناك قبول منه
للكسبالة فإنه لا إمكانية للحامل بطالته بأي وجه إذ لا علاقة له به .

(٤) في العلاقة بين الحامل والمطهرين :

(٩٠) أن المطهر في الأصل لم تنتقل له ملكية الكسبالة إلا بعد أن دفع
قيمتها للحامل السابق أو الساحب وبذلك فإن المطهر لا دخل له في
وجود المؤونة لدى المستحوق عليه من عدمه إذ أن علاقته كان مطلقا
الساحب أو الحامل السابق ولا دور له في وجود المؤونة من عدمها لدى

المستحوق عليه كما يمكن الاحتجاج ضد الحامل الممثل بسقوط حقه في
الرجوع عليه ولو لم يكن الساحب قد وفر المؤونة لدى المستحوق عليه
وهذا يستنتج من الفصل ٢١٨ من المجلة العقارية الذي لم يمنع أي احتراز
في سقوط حق الحامل الممثل ضد المطهر عند عدم توفير الساحب المؤونة
لدى المستحوق عليه خلافا لما فعله بالنقرة الثالثة من ذلك الفصل بالنسبة
لعلاقة الحامل بالساحب إذ فرض على الساحب ولو كان الحامل ميملا أن
يفتح أنه وفر المؤونة لدى المستحوق عليه.

الفقرة الثالثة:

ملكية المؤونة

(٩١) أن النقرة الثالثة من الفصل ٢٢٨ من م.ب. نصت على أنه (تنتقل ملكية
المؤونة قانونا إلى حيلة الكسبالة على المتعاقب).
والذي يؤخذ من هذا النص أن المؤونة لا تنقل ملكيا للساحب بل أن
ملكيتها تنتقل إلى المستفيد والمجلة على المتعاقب وفقا لسحب الكسبالة
فم تطهيرها بكل حامل للكسبالة هو مالك للمؤونة (٩٢) حسب نص الفصل
المدكور ومبين القاعدة المذكورة أن الكسبالة تقتضي إحالة من الساحب
على الحامل على المستحوق عليه الذي توجد بمدة التالية المؤونة التي
في دين الساحب لديه والمستحقة الدفع يوم حلول أجل الوفاء.

(٩٢) لغة القضاء التونسي أكد أن الحامل الشرعي للكسبالة هو المالك
للمؤونة يراجع الحكم الاستثنائي المدني عدد ٢٦٩٥٢ الصادر من محكمة
الاستئناف بتونس بتاريخ ٢١ ديسمبر ١٩٦٦ مجلة القضاء والتشريع عدد ٦
و ٧ جوان وجويلية ١٩٦٦ صفحة ١٠٤

والدليل على ملكية الحامل للكبيالة لتلك المؤونة ان المشرع بالفصل ٢٩٩ من م.ت. قصر امكانية المعارضة في الاداء على صور ضياع الكبيالة او سرقتها او تفليس الحامل لها وفي غير تلك الصور لا يمكن للساحب او غيره من الحاملين السابقين للكبيالة معارضة الحامل الشرعي في قبول مبلغها من السحوب عليه وذلك اعتبارا الى كونه هو المالك لمؤونتها فلا يمكن لأمين الفلسة الساحب مثلا معارضة السحوب عليه في خلاص الكبيالة ذلك ان الحامل هو الذي اصبح مالكا لمؤونة تلك الكبيالة وبالتالي فهو الدائن للسحوب عليه بها دون الساحب.

وبالملاحظ ان القول بان الحامل هو الذي يملك المؤونة من تاريخ ملكيته للكبيالة فيه شيء من التجوز ذلك ان المؤونة في الحقيقة لا تصبح ملكا نهائيا للحامل الا من يوم حلول اجل الوفاء واما قبل ذلك فانه لا يمكن القول بانه المالك للمؤونة بل يقال ان له حقا عليها ومعنى ذلك انه يجب على الساحب ان يوفرها له لدى السحوب عليه انما له حق التصرف فيها قبل حلول الاجل للوفاء وقبل حصول القبول من السحوب عليه كما يمكن للسحوب عليه قبل حصول القبول وقبل حلول اجل الوفاء ان يستعملها في اجراء متفاس مع الساحب في دين اخر له بتمه هذا الاخير وذلك قبل حصول قبوله للكبيالة فيمكن عندئذ للسحوب عليه ان يرفض الوفاء بقيمة الكبيالة اذ انه اصبح دائنا للساحب بعد ان كان مدينا له.

لكن اذا وجدت المؤونة بتاريخ الوفاء لدى السحوب عليه فانها تصبح عندئذ ملكا بصفة نهائية للحامل وليس للساحب ولا للسحوب عليه القابل للكبيالة حق التصرف فيها ومن خالف ذلك اعتبر مسؤولا مسؤولية سرفية واعتبر مدينا للحامل بالمؤونة ولو سدد السحوب عليه مبلغها لغير حامل الكبيالة فانه يصبح مطالبا بمبلغها من جديد للحامل للكبيالة.

٨٢- وان لملكية الحامل للمؤونة اثارا عديدة نقتل فيها يأتي :
(١) ان الحامل او المستفيد يمكنه ان يطالب السحوب عليه على اساس

احكام السجلة التجارية الفصل ٢٨٧ وبذلك لا يمكن لهذا الاخير ان يحتج حده بماله من علاقة شخصية بالساحب او النطر السابق وذلك عملا بالفصل ٢٩٠ من م.ت. غير انه لو تعرض السحوب عليه الى التفليس فان ذلك الحامل لا يتمتع باي امتياز في فلسفه. اما لو وقع قيام الحامل على اساس الفصل ٢٢٥ بوسفه المالك للمؤونة وهي الدعوى المعبر عنها بدعوى المؤونة او دعوى مقابل الوفاء وذلك ضد السحوب عليه فعندما يمكن الاحتجاج حده بها يمكن ان يحتج به على الساحب وهذه الدعوى يمكن تصورها لو لم يقع قبول من الساحب للكبيالة او بعد انقضاء مدة مرور الزمن في القيام بالمطالبة ضد السحوب عليه (١).

(٢) انه يمنع على دائن الساحب عقلة مؤونة الكبيالة تحت يد السحوب عليه وهذا تطبيق لسبدأ الفصل ٢٩٩ من السجلة التجارية لان عقلة المؤونة تحت يد السحوب عليه ان هي الا ضرب من ضروب المعارضة في خلاص مبلغ الكبيالة الامر المخالف لنص الفصل المذكور الذي حدد اوجه المعارضة ولم يذكر من بينها العقلة التوقيفية وليس في هذا الموقف تناقض مع ما تقرر من قبل من ان للساحب التصرف في المؤونة قبل حلول اجل الوفاء والدائنون ان هم الا امتداد له فكيف يمنع عليهم ما هو مخول له منا لتطبيق الاجابة بمقتضيات الفصل ٢٩٩ من م.ت. المذكور باعتبار ان ماخوله المشرع من المعارضة في الوفاء حدده بصور معينة ولم يكن من ضمنها سورة دائني الساحب و عليه لا يتوسع في ما اقتضاء الفصل المذكور (٢).

(١) علي البارودي - القانون التجاري - فقرة ٢٥٩

(٢) حكم تجاري صادر عن محكمة تونس الابتدائية تحت عدد ٧٦٠ بتاريخ ١٤ جويلية ١٩٦٤ مجلة القضاء والتشريع عدد ٩ و ١٠ نوفمبر وديسمبر ١٩٦٤ صفحة ١٣٥.

(٢) انه ما دام قد أصبح الحامل هو المالك للمؤونة فإنه من الوجهة ان يرضى على الساحب تمكين الحامل من جميع الوسائل لاستخلاص مبلغ الكمبيالة موضوع تلك المؤونة وهذا يتصوره خاصة في الكمبيالات التي تسحب وهناك وثائق معتمدة بالمؤونة ينبغي استكمالها ليتمكن الساحب الحامل منها للاستطيان بها لدى المسحوب عليه يوم عرض الكمبيالة للقبول او الوفاء لغرض مبلغ الكمبيالة وهذا الترابح نجده مفروضا على الساحب وعلى من قبله ولو لم اعلان افلاس الساحب فإنه على امس الفلسة تمكن الحامل من المستندات التي يجوز له والراجحة للساحب ليعتبر بتعاضدا الحامل من استخلاص مبلغ الكمبيالة.

(٣) في صورة ما اذا تم سحب كمبيالات في تواريخ مختلفة بهذا المؤونة بحيثما كانت واحدة فإنه يفتح الرجوع لتاريخ الانتهاء فالكمبيالة الأقدم تاريخها حاليها هو الذي يستحق المؤونة المتوفرة لدى المسحوب عليه وذلك اعتمادا على قاعدة ان الحامل هو المالك للمؤونة ابتداء من تاريخ انتهاء الكمبيالة عملا بالفقرة الثالثة من الفصل ٢٧٥ من م.د.

والملاحظ ان القانون المصري وضع عملا خاصا في هذا الشأن وهو الفصل ١١٦ من القانون التجاري الذي نسه كما يلي : اذا وجدت عدة كمبيالات وكان مقابل الوفاء واحدا فترامى ترتيب تواريخ سحبها فيما يتعلق بحقوق كل من حاملها في استيفاء مطلوبه من مبلغ مقابل الوفاء المذكور ويكون حامل الكمبيالة السابق تاريخها على تاريخ الكمبيالات الاخرى مقدما على غيره.

هذا وان القاعدة المذكورة فتح تطبيقها متى كانت الكمبيالات المتعددة غير مقبولة اما اذا كانت اجماعا مقبولة ولم خلاصتها في تاريخ استضافتها

فان ذلك الوفاء بتقييمها بتقدير صحيحها (١).

هذا وان الحامل للكمبيالة في صورة افلاس الساحب ولو لم يحل اجل خلاصتها بعد فانها تسحب واجبة الاداء حالا هذا اذا كانت تلك الكمبيالة غير واجبة القبول عملا بالفصل ٢٠٦ من م.د. فلا يجوز لأمين الفلسة استرداد مبلغها من الحامل والملاحظ ان المشرع التونسي على حق الحامل في المطالبة بالوفاء على ان تكون الكمبيالة غير مقبولة بها القبول ويدهم من ذلك ان الكمبيالة السقوفة على القبول لا يمكن السطالبة بها قبل حلول اجلها ولو ان الساحب افلس فإنه ليس لأمين الفلسة السطالبة بمؤونة تلك الكمبيالة من المسحوب عليه لان تلك المؤونة أصبحت من حق الحامل بصفته نهائية بالنسبة للكمبيالة التي لا تحتاج لقبول لكن ما هو الموقف من الكمبيالة التي يحتمل فيها القبول باعتبار ان الحامل لا يصبح المالك بصفته نهائية للمؤونة الا يوم الاستحقاق .

الذي يبدو من خلال نص الفصل ٢٧٥ انه ليس لأمين الفلسة حتى في الصورة الثانية حق المطالبة بالمؤونة من المسحوب عليه لان نص الفصل ٢٧٥ من م.د. اطلق حق الحامل على المؤونة فلم يفرق بين الحق على المؤونة وملكية المؤونة وربما كان اعتمادا للحامل مالكا لها من يوم النفاذ ملكيتها اليه هو الاقرب وبالتالي متى توفرت المؤونة لدى المسحوب عليه فهي ملك للحامل وليس لأمين الفلسة سحبها لادخالها بدمه الفلسة (٢).

(١) الدكتور مصطفى كمال طه - الوجيز في القانون التجاري ص ١٢٠
(٢) محمد العواشي - مذكرة لنيل دكتوراه مرحلة الثالثة كلية الحقوق بتونس
صفحة ٥١.

اما اذا ما وقع تظلم المسحوب عليه فان المؤونة ينظر فيها ما اذا كانت لا زالت بضائع او مواد وعندما تدخل في اموال الفللة ولم يبق للحامل الا حصة بقية دائني الفللة اما اذا كانت تلك المؤونة اموالا نقدية او اوراقا تجارية وخمسها مالكها الذي هو الساحب لدفع دين الكمبيالة فانها تسلم للحامل عيلا بالفصل ٥٥٨ من المجلة التجارية .

الفقرة الرابعة : المسؤول عن تقديم المؤونة

٩٢) لقد نصت الفقرة الاولى من الفصل ٢٧٥ من م.ت. على ان "المؤونة على الساحب او على الشخص الذي تسحب لحسابه الكمبيالة وهذا لا يمنع من بقاء الساحب لحساب غيره ملتزما شخصيا للمضون وللحامل بحسب".

فهذه الفقرة من الفصل اعطت حكما واضحا على من يجب عليه توفير المؤونة فالملتزم باحضارها اساسا هو الساحب ما دام هو المنشيء للكمبيالة وهو الذي التزم بمتقاضيها للمستفيد منها بتسليمه عند حلول الاجل من قبض مبلغها من المسحوب عليه.

لذلك كان واجبا عليه توفير المؤونة لدى المسحوب عليه ليتمكن لهذا الاخير دفع قيمة الكمبيالة يوم حلول اجل خلاصها.

لهذا نجد المشرع جعل جزم الساحب في سورة عدم توفير للمؤونة لدى المسحوب عليه انه يمكن للحامل ولو كان حاملا مهيلا من الرجوع عليه بمبلغ الكمبيالة "الفترة الثانية من الفصل ٢١٥ من م.ت."

ثم نجد الجزء الثاني من الفقرة الاولى من الفصل ٢٧٥ تتحدث على السحب لحساب الغير فهذا الذي سحبت الكمبيالة لحسابه يصبح هو الملزم باحضار المؤونة لدى المسحوب عليه.

ذلك ان المشرع اعتبره هو الساحب الحقيقي لان الساحب ما هو الا وكيل وما على موكله الذي هو الساحب الحقيقي الا ان يوفر المؤونة لدى المسحوب عليه باعتبار ذلك من الواجبات المفروضة على الوكيل بعمله على الوجه الاعلى ولتتخذ التزاماتهم المصرفية طبق احكام القانون.

ونحن نعلم ان المسحوب عليه من الفروض فيه انه يعلم بالساحب الحقيقي وعليه فاذا سدد قيمة الكمبيالة لحاملها وهو لا توجد لديه مؤونة من الساحب فله الرجوع بما دفعه على ذلك الساحب الحقيقي لعلمه مسبقا بحقيقة الوضع.

كما انه لو سدد الساحب الظاهر قيمة الكمبيالة للحامل فان كانت المؤونة متوفرة لدى المسحوب عليه له مطالبة بتسليمها اليه اما اذا لم تكن موجودة ولو وقع منه القبول فان له ان يحتج ضد الساحب الظاهر بان المؤونة لم يوفرها له الساحب الحقيقي وذلك لانه يمكن التمسك بالدفعات التي يمكن ان تثار في وجه الوكيل تجاه الوكيل باعتباره ممثلا له.

والساحب الظاهر الذي سدد قيمة الكمبيالة لهم القيام ايضا ضد الساحب الحقيقي بان يؤدي له ما دفعه عوضا عنه وهذا اجراء طبيعي ما دام هو وكيلاً للساحب الحقيقي. فمعتبر رجوعه من قبيل رجوع الوكيل على موكله.

هذا وقد يحصل ان يؤدي المؤونة شخص اخر غير الساحب لمصلحة يراها نظرا لملاقته بالساحب او هو مدين له فيريد ان يفي بدينه له بتلك الطريقة فهنا هذه المؤونة تعتبر كأن الساحب هو الذي قدمها وفي سورة عدم قيام الحامل باستخلاص قيمة الكمبيالة في الاجال القانونية فانه يعتبر حاملا مهيلا وليس له ان يحتج بان المؤونة لم يحضرها الساحب بل شخص اخر غيره طالما ان المشرع لم يمنع الغير من احضار المؤونة

موردا من الساحب (١)

والملحوظ انه بالنسبة للتكسياله المستحقة له حساب الغير فان الحاصل يرضى دائما في علاقته مرتبطا بالساحب الطاهر لانه لا يعرف العلاقة بين الساحب الطاهر و الساحب الحقيقي طالما انه لم يصح اخلاله بها من طرف الساحب الطاهر.

لذلك فهو على حقه في مطالبة الساحب الطاهر بتقديم المؤونة للمستحوب عليه وله الرجوع عليه في صوره عدم توفر المؤونة لدى المستحوب عليه وهذا يعني تطبيقه المرفعة الاولى من الفصل ٢٧٥ من م. م. ب. ب. ب. ب. وهذا يصبح بقاء الساحب لسماته غير ملغوا شخصيا للمستحوب والحاصل نصيب

وتأسيسا على ذلك فان الحاصل ليس له مطالبة الساحب الحقيقي بقية التكسياله ما دام لا علاقة قانونية له به وعلى العكس من ذلك له مطالبة الساحب الطاهر ولو كان ذلك الحاصل مبعثا وفقا للمفردة الثانية من الفصل ٢١٥ من م. م. ب. ب. ب. ب.

(١) دوتي روبيول - الاوراق الصحفية مقرة ١٩١.

الفقرة الخامسة :

مكان تقديم المؤونة

انه ان المكان الطبيعي الذي ينبغي ان تقدم فيه المؤونة من محل اقامة المستحوب عليه ذلك ان هذا الاخير هو المسؤول عن اداء قية التكسياله عند حلول اجلها ان كان الساحب قد وفرها له وهذا يستتبع من المفردة الثانية من الفصل ٢٧٥ من م. م. ب. ب. ب. ب. التي تحدثت عن وجود المؤونة في تاريخ الحلول للخلاص لدى المستحوب عليه فالساحب عليه احصاء المؤونة للمستحوب عليه في مفره وهذا الاخير عليه تقديمها للحاصل في ذلك المرفع نعم ان وقع اختيار مكان للتدبير غير مرفع المستحوب عليه فان هذا الاخير عليه عندئذ احصاءها في ذلك المكان ذلك انه عادة ما يقع الاختيار على مكان غير مرفع المستحوب عليه للخلاص اما لو كان اختيار مكان الخلاص من الساحب نفسه دون موافقة المستحوب عليه ولو ان الساحب احصى المؤونة في ذلك المرفع المختار فان المستحوب عليه لا مسؤولية عليه تجاه الحاصل وله ان يرفض قبول التكسياله كما له رفض الوفاء بتقديمها للمحالة الساحب لقاعدة احصاء المؤونة بمرفع المستحوب عليه وفي هذه الحالة ليس للساحب ان يفتح على الحاصل في صوره يرضى حقه للمنفعة ببقاء المستحوب عليه بانه ليس له حق الرجوع عليه لانه يفتقر لم يحمى المؤونة بصفة قانونية بمرفع المستحوب عليه هذا اذا لم يكن الحاصل عالما بمكان المؤونة والا فقد حقه في الرجوع على الساحب ان ثبت اصابه وبذلك يمكننا القول بان المؤونة متعلية بمرفع احصائها بمرفع المستحوب عليه وله ان يفتلها لمرفع اخر ان كان ذلك المكان قد اختاره للخلاص من التكسياله كما يمكن للساحب تقديم المؤونة بمرفع المستحوب عليه وذلك بمكان الوفاء المختار ان كان ذلك باتفاق الطرفين المذكورين وليس للمستحوب عليه عند ذلك رفض قبول التكسياله كما ليس له رفض خلاص

قيمتها عند حلول اجل الوفاء بها.

الفقرة السادسة : اثبات وجوب المؤونة

٥٥ ان موضوع اثبات وجود المؤونة يعتبر اهم عنصر في دراسة موضوع المؤونة عموما والمشرع التونسي قام بوضع فصل وحيد حدد فيه احكام المؤونة وهو الفصل ٢٧٥ وادرج ضمنه ايضا موضوع اثبات وجود المؤونة فهو يعتبر فصلا دسما جدا تدور حوله جميع ما يمكن ان يقال حول المؤونة.

والفقرات التي تتحدث عن الالابات لوجود المؤونة هي الرابعة والخامسة والسادسة وبالتأمل منها يتبين لنا ان موضوع اثبات وجود المؤونة يهم الساحب والسحوب عليه والمستفيد والحامل وحتى بالنسبة للمظهر في بعض الاحوال.

وهذا الالابات له اهمية بالنسبة لكل واحد من التلتزمين بالكبيالة اذ سوف تترتب عنه نتائج قانونية معينة.

فالساحب يمنع الحامل السهل من الرجوع عليه ينحتم عليه اولا ان يثبت انه وفر المؤونة لدى السحوب عليه وان ذلك الحامل اقام الاحتجاج بعد الاجل القانوني (الفقرتين السادسة والسابعة من الفصل ٢٧٥) (١).

(١) مصطفى رضوان مدونة الفقه والقضاء في القانون التجاري الجزء الثاني

كما ان قبول السحوب عليه للكبيالة تعتبر منه المؤونة موجودة لديه تجاه الحامل وعليه عندئذ الوفاء بقيمة الكبيالة لذلك الحامل (١) (الفقرة الرابعة من الفصل ٢٧٥ من م.ت.).

وكذلك تعتبر المؤونة موجودة بالنسبة للمظهرين لدى السحوب عليه ان كان هذا الاخير قد وضع علامة قبوله على الكبيالة (الفقرة الخامسة من الفصل ٢٧٥ المذكور).

لم احيرا نجد اثبات المؤونة فيما بين الساحب والسحوب عليه وهذه تنصور في حالتين اثنتين حالة ما اذا كان السحوب عليه قد قبل الكبيالة والصورة الثانية في سورة عدم قبوله للكبيالة وهاتين الصورتين هما موضوع الفقرة السادسة من الفصل ٢٧٥ المذكور. وبذلك يتبين لنا عدد الصور التي ينثليها الشرط الثاني من الفصل ٢٧٥ فيما يتعلق باثبات المؤونة وهي متشابكة ومعقدة علينا ان نحللها سورة سورة. الا انه قبل دراسة الصور المذكورة كل على حدة نلاحظ انه علينا عدم افعال النظر في موضوع الالابات عموما فالامر يتعلق اساسا بالالابات وعليه فما اورد له المشرع وسائل خاصة بالالابات بالمجلة التجارية هي تعتمد وجوبا لاثبات وجود المؤونة وما لم يحمرها القانون بالنص تبقى خاضعة لقواعد الالابات العامة الواردة بمجلة الالتزامات والمعقود.

(١) حكم تجاري صادر عن محكمة تونس الابتدائية عدد ١٢٨٨٩ بتاريخ ٢ جويلية ١٩٨١ غير منشور.

أ - اثبات وجود المؤونة طبق القواعد العامة للاثبات:

١٧- الأصل في عبء اثبات لوجود المؤونة حصول على من يدعى وجودها عبثا بالفصل ١٢٦ من مجلة الالتزامات والعقود وهذه القاعدة تطبق على جميع الصور التي لم يحدد القانون في شأنها وسيلة معينة للاثبات وباستقراء الصور الواردة بالفصل ٢٧٥ من م.ت. نجد صورة رجوع الحامل على الساحب ورغبة الساحب في التخلص من الرجوع عبثا بالفترة الثانية من الفصل ٢١٥ باعتباره حاملا محملا بالفترة الخامسة والسادسة من الفصل ٢٧٥ من م.ت. أوجبت على الساحب اثبات أنه وفر المؤونة لدى المسحوب عليه وأن الحامل لم يتم الاحتجاج في أجل القانوني بهذا على الساحب أن يثبت وجود المؤونة لدى المسحوب عليه (١). كذلك نجد صورة رجوع المظهر الذي سدد قيمة الكسبالة للحامل الممثل ورجع على الساحب وهذا الأخير يريد التخلص من المسؤولية كذلك منا علم الساحب الثابت وجود المؤونة لدى المسحوب عليه وأعمال الحامل لواجباته

وحسرة قيام الحامل ضد المسحوب عليه الغير القابل للكسبالة أن يسر لذلك الحامل أن المؤونة ومرة الساحب لدى المسحوب عليه ولم يعد لذلك الحامل من مجال التقييم ضد الساحب نظرا لاصالة. ففي هذه الأمور الثلاث تطبق قواعد الاثبات العادية ونحن ذلك إذا كان دين الساحب قبل المسحوب عليه مؤثما تجاري و كان هذا الأخير دائرا فمكتفا للساحب اثبات وجود المؤونة بجميع وسائل الاثبات.

(١) حكم تجاري ابتدائي صادر عن محكمة تونس الابتدائية بتاريخ ١١ ديسمبر ١٩١٢ مجلة القضاء والتشريع عدد ١٩١٢ نوفمبر وديسمبر ١٩١٢
سجل ١٧٦

وبغلاي ذلك فإنه إذا كانت المؤونة تتجاوز قيمتها الثلاثة دنانير فلا يجوز التماسها إلا بالكفافة صلا بالفصل ١٢٢ من مجلة الالتزامات والعقود ثم أن أثبت الساحب وجود المؤونة بذمة المسحوب عليه فإنه يجوز له صدقة اثبات تاريخ وجودها لدى المسحوب عليه بجميع وسائل الاثبات أن كان الدين بضاربا والمسحوب عليه دائرا وإلا لما أمكنه اثبات ذلك التاريخ إلا بالطرق المحددة بالفصل ١٥٠ من مجلة الالتزامات والعقود وهكذا الأمر بالنسبة للحامل تجاه الساحب والمسحوب عليه.

ب - اثبات المؤونة اعتمادا على قريته الفصل ٢٧٥ من م.ت
١٨- الفرائض القانونية وسيلة من وسائل الاثبات التي انت مجلة الالتزامات والعقود وهي موسوعة الفصول ١٢٩ إلى ١٣١ من تلك المجلة وهذه الفرائض منها ما هي فرائض قانونية فاطمة وهي التي أوردتها المشرع بالفصل ١٨٥ من تلك المجلة من طريق المهر وهناك الفرائض القانونية غير الفاطمة وهي التي لم يصرحها وأما يؤخذ بها متى تحدثت وتطافرت ولا تعتبر إلا على أدى المضمك بها شيئا على سداد دعواه (١) والمجلة التجارية لم تفت من مجلة الالتزامات والعقود في خصوص موضوع الفرائض عند احذرت في الفصل ٢٧٥ الفرائض القانونية كوسيلة لاثبات المؤونة بالنسبة للمسحوب عليه القابل للكسبالة وهي آثاره تكون فاطمة وطورا آخر تكون قابلة للتدليس بالصحة المصادرة وبخروج ذلك من الفرضين الرابعة والخامسة من ذلك الفصل وفيه النصاء التوسعي احتفظ هذا النص من الفصل ١٢٥ بالقرار التقييمي الصادر في ٥ ماي ١٩١١.

(١) بولص الكفائي - القانون التجاري - الأوراق التجارية والشيك مقررات
٨٨ - ٨٩ - ٩٠

نقد اعتبار القرينة القانونية الوجودية ضد المسحوب عليه القابل غغ للكبيالة بالفصل ٢٧٥ بالنسبة للحامل هي قرينة قانونية قاطعة على وجود المؤونة لديه أما بالنسبة للمالك فان هذه القرينة ضد المسحوب عليه هي مجرد قرينة بسيطة يمكن دحضها بالحجة المضادة ذلك هو موقف فئة القضاء التونسي من هذه القرينة (١).

(١) القرار التمهيلي المدني عدد ٣٠٨٦ الصادر بتاريخ ٥ ماي ١٩٨١ بشريعة محكمة التمييز ج ١ قرارات لسنة ١٩٨١ نشرة ١٩٨٢ وقد جاء بحجيات هذا القرار ما يلي :

حيث تضمن الفصل ٢٧٥ من المجلة التجارية ما يأتي (ان القبول قرينة على وجود المؤونة) كما جاء به ما نصه (وعلى المالك وحده سواء حصل القبول أو لم يحصل ان يثبت في حالة الإنكار ان المسحوب عليه كان لديه المؤونة عند الحلول والا لزمه ضمانها). وحيث يؤخذ من هذا النص ان القبول قرينة على وجود المؤونة وتفرعاً على ذلك فان المسحوب عليه الموقع على الكبيالة بالقبول تقوم ضده قرينة مطلقة تجاه الحامل وقرينة بسيطة تجاه المالك تكون ممارستها بالحجة المضادة في صورة الإنكار. أما الفقرة الغائلة على المالك وحده سواكل القبول أو لم يحصل ان يثبت في حالة الإنكار ان المسحوب عليه كان لديه المؤونة عند الحلول والا لزمه ضمانها فانها تخص لملاقة بين المالك والحامل يجب على المالك ان يثبت وجود المؤونة وفي صورة عدم الإثبات يلزمه الضمان للحامل ولو حمل المعنى على انه في صورة الإنكار يلزم المالك بالإثبات مطلقاً أي سواء كان الأمر يتعلق بالملاقة بين المالك والحامل أو بين المالك والمسحوب عليه لتعارض مع قوله ان القبول قرينة على وجود المؤونة والا أصبح قوله والا لزمه ضمانها عديم المعنى اذا لا وجود لطرف ثالث حتى يحم الضمان).

فما هو موقف القضاء من هذا الموضوع وكيف يمكن اعتبار القرينة المذكورة أحياناً قرينة قانونية قاطعة وأخرى قرينة قانونية بسيطة ؟ ان ادراك ذلك يمكننا الوقوف عليه من خلال درسا لتلك القرينة بحسب الاشخاص الموضوعة لفائدتهم اعتماداً على العلاقات القائمة بين المسحوب عليه وبقية اطراف الكبيالة (١).

دفع العلاقة بين المسحوب عليه والمالك :

٩٩- انه بالتأمل من الفقرة الرابعة من الفصل ٢٧٥ والتي تقول "ان القبول قرينة على وجود المؤونة ثم الفقرة السادسة من ذلك الفصل التي نصها وعلى المالك وحده سواء حصل القبول أو لم يحصل ان يثبت في حالة الإنكار ان المسحوب عليه كان لديه المؤونة عدا الحلول والا لزمه ضمانها".

نتنتج من مقارنة الفقرتين ببعدها بان القرينة القانونية التي وضعها المشرع بالفقرة الرابعة لم يرد ان يجعلها بالنسبة للمالك قرينة قانونية قاطعة فهي ولئن كانت قرينة قانونية باعتبار القانون هو الذي حددها الا انها ليست قرينة قاطعة لفائدة المالك فهي قرينة قانونية بسيطة فمكن للمسحوب عليه في صورة قبوله للكبيالة ان يثبت انه لم يتصل بالمؤونة من المالك ومتى اثبت ذلك على المالك ان يثبت وجودها لديه وليس له ان يتسكك بالقرينة القانونية الواردة بالفقرة الرابعة من الفصل ٢٧٥ المذكورة باعتبارها قرينة قانونية قاطعة فتعي اثبت المسحوب عليه بان قبوله للكبيالة كان بناء على كون المالك هو مجرد حريف عنده وقد امتدت بالقبول بمنوان تغطية له كان يضع الى

(١) الاوراق التجارية - روني و ريلو فقرة ١٨٥ وما بعده.

جانب اضاف بالقبول على الكسبالة لفظه (على المسحوب) a découvert أو للمعطية أو أنه يثبت بطلان العقد الذي كان سببا لادعاء الكسبالة أو سلك أي طريق آخر في الاتبات متى اثبت المسحوب عليه ذلك ورغم قبوله للكسبالة فإنه يصبح على الساحب اثبات وجود المؤونة عملا بالفقرة السادسة من الفصل ٢٧٥.

ومعنى ذلك على الساحب وحده سواء حصل القبول أو لم يحصل أن يثبت في حالة الإنكار أن المسحوب عليه كان لديه المؤونة أن الساحب يثبت في صورة حصول القبول فهو يتجنب بالفرينة القانونية الواردة بالفقرة الرابعة ولكن باعتباره مبرنة بسيطة وعلى أساس تلك الفرينة أصبح على المسحوب عليه عبء الاتبات من كونه لم يحصل بالمؤونة فهي لو كانت فرينة قانونية فاطمة لما أمكن للمسحوب عليه اثبات إنكاره لصاحب الساحب وهي أيضا لم كانت فرينة قانونية فاطمة لتأثيرة الساحب لا على المشرع هذا الأخير من الاتبات وجود المؤونة طبقا لقاعدة الفصل ١٨٥ من مجلة الالتزامات والعقود وما دام المشرع فرض على الساحب في حالة اثبات المسحوب عليه لكونه لم يتخذ بالمؤونة أو يثبت هو أن المؤونة كانت موجودة لدى المسحوب عليه من تاريخ الاستعانة فهي تروية قانونية بسيطة في علاقة الساحب بالمسحوب عليه.

وهذه القاعدة تطبق على الساحب الحقيقي في صورة التحريم للكسبالة لصاحب البعد مثل مثل الساحب الحقيقي الذي يبيع الكسبالة من أول عمله لصاحبه الخاص ذلك أن لفظه الساحب الواردة بالفقرة السادسة من الفصل يفتكلم على الأساس المدين بالكسبالة حقيقة بالاسم المسمي للمستهفيد والدائن الحقيقي للمسحوب عليه.

والملاحظ أن هذا كله يكون موضوع نقاش لو حصل القبول من المسحوب عليه أما أن لم يحصل فهذه الساحب دائما هو السالك بالقبول وجود المؤونة.

وقد ترد سورة عليه كثيرة الحصول وهو أن يصبح الساحب هو نفسه المسحوب عليه فمعدن يطبق قاعدة الملائمة بين المسحوب عليه والحاصل أو النظير.

٧) هي الملائمة بين المسحوب عليه والساحب أو النظير:

١٠٠ من نص الفترتين الرابعة والخامسة من الفصل ٢٧٥ تفيد سراحة بأنها فرينة قانونية فاطمة وصاحب المشرع لتأثيره الحاصل أو المستفيد وكذلك النظير في سورة قبول المسحوب عليه للكسبالة وهذا يستنتج من عبارة الفترتين التي وردتا على سبيل الاطلاق فلا استثناء فيها وعليه فإن قاعدة الفصل ١٨٥ من مجلة الالتزامات والعقود تطبق، للحاصل أو المستفيد بالكسبالة وكذلك النظير ليس أي واحد منهم في حاجة لأي اثبات حول وجود المؤونة لدى المسحوب عليه كما لا يمكن لهذا الأخير بحال في وجودها لديه في تاريخ الوفاء ما دام حصل منه القبول للكسبالة.

وإن هذه الفرينة القانونية الفاطمة تبقى قائمة لتأثيره الحاصل والنظير ولو أن حصول قبول المسحوب عليه للكسبالة قد تم مرفوقا بكلمة "على المكشوف" أي للمعطية فقط لأن ذلك لا يبرر بحال في وجود المؤونة لدى المسحوب عليه تجاه الحاصل أو المستفيد أو النظير وهذا التفسير في الحقيقة ليس مأثرا الفصل ٢٧٥ المذكور بل نتيجة لتفسيرات الفصل ٢٨٧ من السجلة التجارية الذي جعل المسحوب عليه القابل للكسبالة ملتزما التزاما مرفوقا نحو الحاصل أو المستفيد أو حتى الساحب أو النظير فهو يحكم الفصل المذكور التزم شخصيا بالوفاء مادام نص ذلك الفصل جعل قبوله للكسبالة ملزما للوفاء به فيها ولم يجعل لذلك أي استثناء أو احتراز مثل أن يكون القبول قد حصل على المكشوف أي ليس هناك مؤونة بسيطة من الساحب وهذا الموقف من المشرع يجعل الكسبالة في موقف أكثر ما تكون من القوة وليطعن الحاصل لها من قدرته على فهي

القسم الثاني

القبول: L acceptance

٢٨١- أن موضوع قبول الكبيالة تناولته المجلة التجارية بالفصول من ٢٨٢ الى ٢٨٨ بدخول الغاية وهو لا يتصور حصوله الا من السحب عليه ولا يمكن حصوله في غير الكبيالة من بين بقية الاوراق التجارية الاخرى فما هو القبول اذن و متى وكيف يقع تقديم الكبيالة للقبول ؟ وما هي شروطه وما هي اثاره ؟ واثار الامتناع عن القبول ؟ واخيرا هل يمكن ان يتم القبول من غير السحب عليه وهو المعبر عنه بالقبول بالواسطة ؟ تلك هي عناصر القبول التي سنتناولها بالبحث في الفصول التالية :

الفقرة الاولى:

تعريف القبول وفاتحته

٢٨٢- ان قبول الكبيالة هو عبارة عن التمسك الذي يقطع السحب عليه على نفسه يوم امضائه عليها يدفع قيمتها في الاجل المحدد من الساحب .
ذلك ان الكبيالة يوم انشاؤها لم يكن السحب عليه طرفا فيها ولا ملتزما بها ولا اثر له بها الا اسمه وعنوانه المعطى من طرف الساحب بالكبيالة يوم انشاها لها (١).

(١) مسائل ولا تارد وجوفري - الوسيط في القانون التجاري - فقرة ١٤٠٣.

قيمتها يوم حلول اجل الوفاء كما ان هذا الاخير لم يعد يملك الدعوى المصرفية فقط تجاه السحب عليه بل يملك ايضا الدعوى المباشرة على المؤونة ومعنما انه يمكنه القيام ضد السحب عليه على اساس احكام المجلة التجارية باعتبار ان بيده كبيالة مقبولة منه.

ويمكنه القيام ضد على اساس حقه الذي تكون له على المؤونة متى اراد ان يستع بها يستع به الساحب من حقوق على تلك المؤونة ان كانت مرتبطة باستيازات معينة كانت موجودة لفائدة الساحب كرهن او تولقة كتابية او امتياز انما في هذه الحالة قبول السحب عليه للكبيالة يكون قرينة بسيطة لفائدة هذا العامل بحيث اذ أنكر الاول وجود تلك المؤونة يصبح العامل مجبرا باثبات وجود المؤونة لدى السحب عليه المذكور شأنه شأن الساحب.

هذا و الملاحظ ان العامل يبقى على حقه في طلب تسلم المؤونة من السحب عليه القابل للكبيالة ولو كان حاملا مهيلا كان سقط حق المطالبة بمرور الزمن القصور المتعلق بالكبيالة وعندئذ يكون ملطه ذاك على اساس الحق الذي تكون له على المؤونة لا على اساس الدعوى المصرفية اي عليه اتباع قواعد مجلة الالتزامات والعقود في المطالبة.

١٠٢ ومع ذلك نجد السحب منها وقبل حلول أجل خلاصها يوجب في
سرفة موقوف السحب عليه منها ومدى استعداده للوفاء بتسليمها أو حتى
أحد صانعات أكثر على تلك الكمبيالة رغبة في تطهيرها للغير الذي
يحمل له اطمئنان أكثر لها متى ماين عليها قبولها من السحب عليه أو
أنه يفرج هذا الأخير بالقبول يكون قد انترم شخصها بالوفاء بتسليمها
ويكن مطالبته على أساس احكام السجلة التجارية أو أصبح له علاقة
قانونية بحاملها ومو الدين الأصلي له بهما يصبح دور الساحب مجرد
ضمان كما أن السحب عليه لم يند له أن يمسك تجاهه بما له من علاقات
شخصية بالساحب (١) فليس له أن يمسك صده بطلان المؤونة أو
انقضائها بسبب من الأسباب الناشئة عن علاقته بالساحب ذلك أن العلاقة
التي تكونت بينه وبين الحامل أصبحت علاقة جارية مستقلة عن علاقته
بالساحب. وهكذا يتبين لنا أن السحب عليه لا تتكون بينه وبين الحامل
علاقة قانونية سرفية إلا من يوم قبوله للكمبيالة وقبل قبوله لها. فان
الحامل ليس له من حق تجاهه إلا كونه المالك لدين المؤونة لا أكثر ولا
أقل فالحامل يكون بمثابة الحامل له مدينا والسحب عليه بمثابة السحال
عليه ولهذا الأخير أن يجمع ضد الحامل بجميع وسائل الدفع التي له
ضد الساحب وفق قواعد القانون المدني كما على ذلك الحامل الثالث
وحد المؤونة لديه يتل ما هو معروض على الساحب على حد السواء.
وبذلك يحسن لنا مدى أهمية القبول الصادر عن السحب عليه للكمبيالة
وما يندم عنه من تغيير في العلاقات القانونية القائمة بين السحال
والسحب عليه خاصة.

(١) حكم تجاري صادر عن المحكمة الاتحادية عدد ١٦١ بتاريخ ٢٣ فيفري
١٩٣٠ مجلة القضاء والتشريع عدد ٩ و ١٠ نوفمبر ديسمبر ١٩٦٤ صفحة
١٢٩

الفصل الثاني تقديم الخصم على القبول

١٠٣ أن القبول كما قلنا يتم الحامل والسحب عليه بالدرجة الأولى
ذلك برأى صوب لتناول بالبحث وضعية الحامل والندية اطلب القبول
وأجراء كلية له وحقوق السحب عليه والضمانات

الفصل الأول أدعاء الحامل والضمانات

١٠٤ مبدأ القبول هو حق من حقوق الحامل له أن يند إلى ومطلبة من
السحب عليه وله أن لا يعمل ذلك طالما أنه ضامنه من الضمانات التي
اعطاها له المخرج والدليل على أن السحب من القبول على القبول هو
أمر اختياري للحامل طرقة الند من الوارد والفترة الأولى من الفصل
٢٨٢ فيما يتعلق به إذ جاء به صراحة أنه يمكن أن يند من قبول الخصم
على السحب عليه .

١٠٥ إمكانية الحامل له أن يند حاملة ذلك المندوا ضامنه غير أن قواعد
القاعدة عند الخصومات من جهة الإثبات وجهة الثالث أي أنه إذا
يفرض على الحامل طلب القبول والضمانات أخرى ضد السحب عليه ذلك

١- الحالات التي يقتضي فيها حيل الإثبات على الخصم

١٠٦ أن أولى حالة الحالات ذلك الذي يشترط عليه الساحب عرض
الكمبيالة على القبول (الفترة الثانية من الفصل ٢٨٢ من م.م) فهذا يقتضي
على الحامل القيام بطلب القبول من السحب عليه وقد يكون الشرط
الساحب للقبول معددا بأجل محدد
وله يكون هذا الشرط صادرا عن المظهر أيضا فتكون بدوره عاملا بشرطه

ان لا يكون الساحب نفسه قد ادرج شرطا بالكبيالة يمنع من عرض الكبيالة على القبول (الفقرة الخامسة من الفصل ٢٨٢) ويكون هذا الشرط نافذا في حق غيره من الموقعين على الكبيالة التالي له ولا بمنول له على الساحب ولا على الموقعين السابقين له على تلك الكبيالة. هذا وان اهل الحامل عرض الكبيالة على الساحب عليه للقبول وفق شرط القبول الوارد بها فانه يكون عرضة لطلب التمييز عن الضرر لمن تضرر من ذلك الامساك دون ان ينتج عن ذلك سقوط حقه في الرجوع عند الوفاء عند حلول اجل الخلاص .

٥٧- ان الحالة الثانية التي يتحتم فيها عرض الكبيالة من الحامل على القبول هي موضوع الفقرة السادسة من الفصل ١٨٢ من م.ت. وهي سورة ما اذا كانت الكبيالة واجبة الدفع بعد اجل الاطلاع وهذه سورة تقتضيها طبيعة الاشياء لانه لا يمكن تحديد اي اجل للخلاص الا من يوم عرض الكبيالة على القبول هذا من جهة اخرى لان الشرع نفسه حتم ضمنيا عرض الكبيالة على القبول كما قال باخر الفقرة بانه « يجب ان تعرض للقبول في خلال سنة من تاريخها » ما يدل على ان الشرع لم يكتب بعرض الكبيالة على الساحب عليه فقط بل ينبغي ان يكون ذلك العرض من اجل طلب القبول .

لهذا فانه في سورة رفض الساحب عليه للقبول يوم عرض الكبيالة عليه او بعد تأجيله على ذلك وفق الفصل ٢٨٤ من م.ت. فانه يتحتم تحرير احتجاج في الاجل القانوني في شأن رفض الساحب عليه القبول .

كما انه في سورة حصول القبول ينبغي ان يرفع تاريخ ذلك القبول باليوم الذي حصل فيه (الفقرة الثانية من الفصل ٢٨٥ من م.ت.).

وهذا لان الكبيالة المستحقة في اجل معين بعد الاطلاع اوجب الشرع على حاملها ان يتم عرضها على القبول في ظرف سنة من تاريخ انشائها (الفقرة السادسة من الفصل ٢٨٢ من م.ت.) وهذا الشرط وضعه الشرع

حتى لا يبقى الساحب وغيره من المظهرين عرضة للمطالبة الى ما لا نهاية له من قبل الحامل الممثل باعتبارهم حامين في الوفاء بقيمة الكبيالة متى تبين لذلك الحامل ان المؤونة غير موجودة لدى المسحوب عليه وقد يكون ذلك حصل نتيجة تغير ظروف هذا الاخير المالية نظرا لطول المدة التي بقي فيها الحامل محتفظا بالكبيالة دون عرضها للقبول لتحديد بداية اجل الخلاص .

ومع ذلك فان للساحب ان يمين اجلا اطول او اقصر من السنة المذكورة لعرض الكبيالة على القبول وهو ما جاء صراحة بالفقرة السابعة من الفصل ٢٨٢ من م.ت. كما خول للمظهرين حق اختصار اجل السنة المشار اليه ولم يخول لهم حق التشديد في ذلك الاجل وذلك حتى لا يزيد في ضائكات الساحب لاجل غير الاجل الذي اختاره شخصا او الذي حدده الشرع والذي يحبر عن ارادته مو لنا لم يسط اجل اخر غير الوارد بالنص القانوني (الفقرة الثامنة من الفصل ٢٨٢ المذكور).

نعم ان هذه الاجال جميعها ينبغي ان تحترم في الظروف العادية غير انه اذا كان هناك قوة قاهرة فان تلك الاجال تسدد ريثما تزول تلك القوة القاهرة علا بالفقرة الاولى من الفصل ٢١٦ من م.ت.

(٢) الحالات التي ليس للحامل فيها طلب القبول:

ان الحالات التي ينبغي على الحامل ان يمتنع فيها عن طلب القبول هي في الحقيقة حالتين اثنتين الاولى حالة اشتراط عدم القبول صلب الكبيالة وحالة ما اذا كانت الكبيالة مستحقة الدفع لدى الاطلاع .

٥٨- اذا اشتملت الكبيالة على شرط "عدم القبول"

ان اشتراط عدم عرض الكبيالة على القبول المشرع حوله للساحب وحده علا بالفقرة الثالثة من الفصل ٢٨٢ من م.ت. بحيث ليس لاحد المظهرين اشتراط ذلك لعدم التضمين عليه بالجلة كما فعل في سورة اشتراط

تقصير الاجل في مسألة الكمبيالة المستحقة الدفع في اجل بعد الاطلاع بالنسبة لمرضاها للقبول متى خول للمظهر اشتراط تقصير اجل السنة الى ما دونها ومع ذلك ان فعل المظهر واشترط وجوب عدم عرض الكمبيالة للقبول. فان ذلك الشرط لا مفعول له بالنسبة لغيره من الموقعين على الكمبيالة بل يعتبر منه شرط في اعفائه من الضمان شخصيا لا اكثر ولا اقل ويؤدي الى عدم مطالبته بقيمة الكمبيالة ان امتنع المسحوب عليه من القبول قبل حصول اجل خلاصها.

فالمسحوب عليه متى كانت الكمبيالة حاملة لشرط عدم القبول فان له الامتناع عن قبولها ولا مسؤولية عليه غير انه اذا قام بقبول تلك الكمبيالة فهو يعتبر قد تنازل عن حقه في عدم القبول وينتج ذلك القبول كامل اثره في علاقة المسحوب عليه مع الحامل كما ان هذا الاخير لا يستطيع الرجوع على الساحب في صورة تفليسه قبل حصول اجل الخلاص عملا بالفصل ٣٠٦ من م.ت. طائفا ان الكمبيالة تم قبولها من المسحوب عليه ولو كان ذلك القبول مخالفا لشرط الكمبيالة من عدم عرضها للقبول.

ثم ان شرط عدم عرض الكمبيالة على القبول ينبغي ان يقع من الساحب على متن الكمبيالة نفسها وذلك حتى يكون كافة ملتزمين بالكمبيالة على علم منه وان كان قد وجد في ورقة مستقلة فان مفعوله يكون مقصورا على الاشخاص الذين يحملون حصوله بمسند قانونية شأنه شأن الاتفاقات السرية. وان اشتراط عدم عرض الكمبيالة على القبول الذي يحمل من الساحب له غايات عدة منها ان الساحب يريد ان يبقى حرا في تاريخ احضار المؤونة لدى المسحوب عليه قبل حصول اجل يوم الخلاص وقد يكون غير متأكد من وجود المؤونة لدى المسحوب عليه قبل حلول اجل الخلاص لسبب او اخر او اجتنابا لكثرة مصاريف الاحتجاج في صورة عدم قبول المسحوب عليه متى كان مبلغ الكمبيالة مرتفعا خاصة وان الكمبيالات أصبحت تدفع عليها مصاريف تسجيل وفق قانون ميزانية سنة ١٩٨٣.

٣٠٩ والملاحظ ان اشتراط عدم القبول هذا الذي يصدر عن الساحب ليس من حقه دائما ان يفعله بل نجد الشرع منع عليه ذلك في ثلاث صور هي :
أ - صورة وجوب خلاص الكمبيالة عند غير المسحوب عليه اي عند اجنبي :
ب - صورة وجوب خلاص الكمبيالة بمكان غير المكان الذي به مقر المسحوب عليه .

ج - اذا كانت الكمبيالة واجبة الدفع بعد اجل معين من تاريخ الاطلاع. وقد كان هذا الوقت من الشرع خوفا من ان يقع سحب الكمبيالة على اشخاص وهميين او على اشخاص لا يستطيعون القبول او الوفاء وذلك قد يحصل عند سحب الكمبيالة في الصورتين الاولى والثانية كما ان المنع المتمثل بالمسورة الثالثة تقتضيه طبيعة الكمبيالة نفسها لانه لا يتصور حساب بداية اجل الخلاص قبل عرض الكمبيالة على القبول.

وعلى هذا الاساس لو خالف الساحب الشرط الوارد بالمجلة التجارية وادرج شرط عدم عرض الكمبيالة على القبول فيعتبر ذلك الشرط منه كانه لم يكن ويبقى الحامل على حقه في عرض الكمبيالة على القبول وما يقترب على ذلك من جميع النتائج دون ان تحمل عليه اية مسؤولية في هذا الخصوص.

كما ان الحامل في صورة اشتراط عدم عرض الكمبيالة على القبول من الساحب وكان ذلك بمسند قانونية فان الحامل الذي يعرض تلك الكمبيالة على القبول ويحصل رفض للقبول من المسحوب عليه فان ذلك الرفض لا يكون له اي حق في الرجوع على الساحب والمظهرين قبل حلول اجل الخلاص للكمبيالة الا اذا توفرت حالة من الحالات الواردة بالفصل ٣٠٦ من م.ت. عدا حالة عدم القبول الكلي او الجزئي اذ هي مشترطة على الحامل مسبقا وليس له حق الرجوع على اساسها وهذه الحالات هي :

أ - اعلان افلاس المسحوب عليه بسواء صدر منه قبول ام لا وتوقف عند تدفع ديونه ولو لم يثبت بعد بحكم او من تاريخ عقلة مكاسبه بدون

جدوى.

ب - اذا افلس الساحب لتلك الكمبيالة التي لا يتمين فيها القبول كما ان الحامل لو حرر احتجاجا في عدم القبول نتيجة لرفض المسحوب عليه للقبول تنفيذاً للشرط الوارد بالكمبيالة فانه عندئذ يتحمل مواربته ولو في صورة افلاس المسحوب عليه او توقيعه عن دفع ديونه او عقلة مكاسبه دون جدوى ذلك ان هذه الحالات جميعها تمكن للحامل اثباتها بالطرق القانونية المادية غير تحرير الاحتجاج.

١١٠ - اذا عانت الكمبيالة مستحقة الدفع لعدم الاطلاع :

ان الكمبيالة المستحقة الدفع لدى الاطلاع الوارد بها الفصل ٢٩٠ من م.ت. هي بطبيعتها لا تحتاج لمرضاها على القبول لان تاريخ عرضها على المسحوب عليه هو تاريخ خلاص سلفها وهذا لان القبول لا يتصور محاولة حصوله او وقوعه الا قبل حلول اجل الخلاص وهو ضمانه للحامل فيما بين تاريخ القبول وتاريخ الخلاص وما دام القبول لا يتم الا بمرض الكمبيالة على المسحوب عليه فان اي عرض لها على هذا الاخير يكون بمثابة عرضها لطلب تيمتها وبذلك لا وجه لمرضها للقبول .

الفرد الثاني :

اجراءات طلب القبول

١١١ - ان اجراءات طلب القبول تتم نواحي ثلاث وهي الشخص الذي يتقدم من المسحوب عليه مطالبا اياه بقبول الكمبيالة والسكان الذي ينبغي ان يقع فيه القبول واخيرا الزمن الذي ينتج فيه طلب القبول ومكثا لتناول كل عنصر من هذه العناصر الثلاث بالبحث.

١ - من هو الشخص الذي له طلب القبول :

١١٢ - ان الفقرة الاولى من الفصل ٢٨٢ من المجلة التجارية في الجزء الاخير منها تتحدث عن الشخص الذي له طلب القبول الذي هو الحامل وكذلك كل شخص اخر ماسك لها ويستنتج من ذلك ان المشرع لم يرد ان يجعل هناك شروطا معينة في الشخص الذي يتقدم من المسحوب عليه ليمضي بالقبول على الكمبيالة وانما اكتفى بان يكون ذلك الشخص اما الحامل للكمبيالة ومفهوم ذلك ان يكون من بيده الكمبيالة كمستفيد منها او هو حاملها الشرعي وقد يكون ذلك الشخص مجرد ماسك لها لاحق له عليها اذ قد يكون مجرد وكيل او مستخدم لدى المستفيد الشرعي منها وليس للمسحوب عليه ان يطالب للشخص الذي تقدم منه لطلب القبول ان يدلي له بما يفيد كونه الحامل الشرعي لها وهذا لان المسحوب عليه باضائه بالقبول على الكمبيالة لا يحدث لنفسه اي التزام نحو الشخص الحامل للكمبيالة بل هو يلتزم لمن هو حائز لها بمقتضى قانونية وان هذا الاجراء من المشرع في شأن من يطلب القبول فيه تبسيط لاجراءات القبول وزيادة تشجيع على التعامل بها اذ ان من يمرض الكمبيالة للقبول قد يكون السالك لها او المستفيد منها او وكيله الذي قد يكون شخصا مدنيا او ذاتا معنوية مثل بنك او مؤسسة مالية اخرى.

٢ - المكان الذي يطلب فيه القبول :

١١٣ - ان المبدأ الوارد بالفقرة الاولى من الفصل ٢٨٢ من م.ت. جاء واضحا بان المكان الذي يطلب فيه القبول هو مقر المسحوب عليه. وقد جاء الفصل ٧ من مجلة المرافعات المدنية والتجارية المنقح بالقانون عدد ١٤ لسنة ١٩٨٠ المؤرخ في ٢ أبريل ١٩٨٠ مخزفا المقر الاسلي والمقر المختار فقال "المقر الاسلي للشخص هو المكان الذي يقيم فيه عادة والمكان الذي يباشر فيه الشخص مهنته او تجارته يعتبر مقرا اصليا له بالنسبة

للمعاملات المتعلقة بالنشاط المذكور، بحيث اذا ذكر مقر المسحوب عليه فان ذلك المقر يمتد به سواء كان محل عمله او تجارته او مسكنه وان اختار مقرا بالكبيالة فان مكان القبول يكون ذلك المقر باعتبار الناس عند شروطهم.

غير انه احيانا لا يذكر مقر المسحوب عليه بالكبيالة فانه عندئذ يمتد المكان الموجود بجانب اسم هذا الاخير هو كثر له وهو المكان الذي يجب فيه الدفع ان لم يذكر مكان اخر للغلاس.

هذا وعلينا ان نفرق بين المقر المختار لخلاص معين الكبيالة وبين مقر المسحوب عليه لان ذلك له تأثيره على مكان القبول ومكان الغلاس فالقبول دائما لا يكون الا بمقر المسحوب عليه بينما يوم الوفاء او الغلاس يتبع الاتجاه للمكان المحدد للدفع بالكبيالة ذلك ان القبول يتعلق بالمسحوب عليه وحده دون المكان المختار للدفع.

واحيانا نجد صاحب معين بالكبيالة من قبلها على وجه الاحتياط وهو يحمي عنه بالتقابل الاحتياطي فهنا ينبغي على الحامل في سورة رفض المسحوب عليه القبول ان يتوجه لمقر المقابل الاحتياطي بمطالبها اياه بالقبول حتى يعتبر بذلك قد قام بالاجراء القانوني لطلب القبول (1).

(1) الاوراق التجارية - ليمكو وروبلو - جزء ٢ - فقرة ٤٣٤

٢) الزم المسحوب بينهم ان يطالب فيه القبول :

١٤ ان طلب القبول يكون من الحامل او المستفيد بالكبيالة الذي له طلبه في اي وقت على ان يكون بين تاريخ انشاء الكبيالة وتاريخ حلول اجل غلاصها وذلك عملا بالفقرة الاولى من الفصل ٢٨٢ من م.ت.

غير ان للساحب ان يشترط ان يقع عرض الكبيالة للقبول في اجل معين او عدم تقديمها للقبول قبل حلول تاريخ معين وقد يطلب ذلك المظهر ايضا ما لم يمنع الساحب مثل ذلك الشرط بالكبيالة.

كما ان الكبيالة الراجعة للغلاس بعد مدة محددة من تاريخ الاطلاع هي بدورها ينبغي ان تقدم للقبول في ظرف سنة من تاريخ انشائها.

وقد يحدد الساحب احيانا للحصول على القبول من المسحوب عليه قبل انشاء الكبيالة الا ان هذا القبول لا قيمة له من ناحية القانون التجاري طالما الفترة الاولى من الفصل ٢٨٢ حددت تاريخ القبول بين انشاء الكبيالة وتاريخ حلول اجل غلاصها ولا يتمرد ان يكون هناك قبول قانوني وله نتائج سرفية طالما ان الكبيالة لم تنشأ بعد.

كما ان طلب القبول الذي يتقدم به الحامل بعد حلول تاريخ وجوب الغلاس لا ترجى منه فائدة اذ ان على الحامل عرض الكبيالة على المسحوب عليه لغلاص قيمتها لا قبولها والا عرض حقه للفقهاء.

الفرد الثالث:

حقوق المسحوب عليه والتزاماته

١٥ ان المسحوب عليه رغم كونه لا التزام له في الكبيالة ما دام لم يرض عليها بالقبول الا انه طالما انه بالنسبة للتجار خاصة جرى العمل فيما بينهم على ان يسحب دائن المسحوب عليه كبيالة في دينه الذي له بدمه

هذا الأخير وقبل ان يرفض هذا المسحوب عليه قبول تلك الكمبيالة فان
الشرع قرر حفظا لحقوق المسحوب عليه من جهة بعض الاحكام التي من
شأنها ان تمكنه من تدبير امره ومراجعة حساباته واماله على القبول عند
الانتضاء لمدة معينة كما فرض عليه احيانا اخرى ان يقبل الكمبيالة في
صور معينة والا كان عرضة للمطالبة بالتعويض وهكذا يمكننا ان نتصور
حقوق المسحوب عليه من جهة وواجباته من جهة اخرى.

١ - حق المسحوب عليه في طلب تقديم الكمبيالة مرة ثانية إتقاء موقف منها في شأن القبول :

١٦ ان هذا الموقف من المسحوب عليه تبليه عليه احيانا ظروفه العملية
اذ انه في بعض الاحيان ليس من السهل عليه ضبط مقدار المبلغ الذي هو
مدين به للماحب وما اذا كان يغطي مؤونة الكمبيالة المعروضة عليه ام لا
؟ كما انه قد يحتاج لبعض الوقت للتأكد من التوافق الموجودة على
الكمبيالة ومدى تسلسلها القانوني.

لذلك نجد الفقرة الاولى من الفصل ٢٨٤ من م.ت. حولت له حق طلب عرض
القبول عليه مرة ثانية في اليوم الذي يلي العرض الاول وليس للحامل
او المستفيد لامتناع من الاستجابة لهذا الطلب انما عليه ان يحفظ
لصلحته فيضمن ذلك الطلب في محضر الاحتجاج في صورة عدم القبول في
اليوم الموالي للعرض الاول ان لم يحصل القبول .

كما ان الحامل غير ملزم في هذه الصورة بان يسلم للمسحوب عليه
الكمبيالة وان كان لا مانع من ان يسلم له وصلا في بقاء الكمبيالة عنده.

٢ - الحالات التي يمتنع فيها طلب المسحوب عليه القبول :

١٧ لقد قلنا ان المسحوب عليه ما دام لم يقبل الكمبيالة لا التزام عليه
في شأنه وقد يرفض التوقيع عليها بالقبول بعدا عن كل التزام صرفي

وننتج من الذي يراه البعض ثقيل الوطأة عليه لكن من دخل في التعامل
التجاري خاصة منهم التجار عليه ان يلتزم بما تقتضيه الحياة التجارية من
التزامات بما فيها احيانا الالتزامات الصرفية التي وان كانت تبدو
لبعض شديدة هي في الحقيقة من ناحية اخرى سبيلا كبيرا لبعث الثقة في
التفوس في ميدان التعامل المالي . وعلى هذا الاساس فان التاجر الذي
يكون مدينا لتاجر اخر ببلغ معين من النقود او ثمن بضاعة ليس له ان
يستنكف من قبول كمبيالة سحبها عليه دائنه الذي هو الماحب وهذا
الموقف يراه بعض شراح القانون مفروضا على المسحوب عليه ما دام هو
مدينا للماحب (١).

غير ان فقه القضاء التونسي لم يذهب في هذا الاتجاه معتبرا انه ليس
للشخص ان يفرض على غيره ان يدخل معه في معاملة صرفية الا برضاه
الصريح نظرا لما في الالتزام الصرفي من احكام قد لا يرضى الدخول
تحتها ذلك الشخص الثاني الذي هو المسحوب عليه (٢).

بينما نجد فقه القضاء الفرنسي قبل جعل المسحوب عليه ملزما بقبول
الكمبيالة طالما هو مدين للماحب عليه بمؤنتها ولا تشريف في ذلك على
الماحب ان انشا الكمبيالة على اساس ما له من دين بذمة المسحوب عليه
باعتبار ذلك الدين يمثل مؤونة الكمبيالة الواقع سحبها (٣).

ويبدو ان المشرع التونسي بالفقرة الثامنة من الفصل ٢٨٢ من م.ت. قد
اجاز للماحب ان يسحب على مدينه التاجر كمبيالة في قيمة البضائع التي
زوده بها متى اوفى الماحب بالتزاماته نحو ذلك المدين وبالتالي يصبح

(١) ليهكر ودوبلو - الاوراق التجارية - ج ٢ - فقرة ٤٣٩

(٢) حكم ابتدائي صادر عن محكمة بداية تونس بتاريخ

(٣) تعقيب فرنسي بتاريخ ١٠ - ٤ - ١٩٧٨ دالوز ١٩٧٨ .

الجانب الشكلي وبذلك نستطيع تصنيف هذه الشروط الى نوعين شروط موضوعية وشروط شكلية.

الفقرة الأولى: الشروط الموضوعية

١٨ ان هذه الشروط كما رأينا في صاحب الكميالة هي الاملية والرضا وسلطة التوقيع بالقبول ثم الموضوع والسبب .

١ - الاملية:

٢٠ ان الاملية المشترطة في صحة القبول الواقع من المسحوب عليه هي الاملية التجارية موضوع الفصل السادس من م.ت. ذلك ان المسحوب عليه بالقبول على الكميالة يلتزم التزاما صرفيا وهو يقوم بمثل تجاري ما دامت الكميالة التي يلتزم بمقتضاها معتبرة عملا تجاريا بالشكل طبقا للفصل ٢٦٩ من م.ت. وعلى هذا الاساس فانه ينبغي ان يكون المسحوب عليه قد بلغ الثمانية عشر عاما كاملة من العمر وقد استحضر على ترشيده المطلق وهو مأذون له بتعاطي التجارة وفق الفصل ١٢ من مجلة الالتزامات والعقود.

وحتى ان قبل الصغير الغير المأذون له بتعاطي التجارة الكميالة فان قبوله ذاك يعد باطلا على معنى الفصل ٢٧٢ من م.ت. وللصغير اولوية طلب الحكم بابطال ذلك القبول عملا بالفصل ١٠ من م.ت.

وذلك في مواجهة كل حامل للكميالة غير ان بطلان القبول الصادر عن الصغير غير المأذون له بالتجارة لا يجعل الكميالة باطلة برمتها بل يكون البطلان في حدود ما التزم به ذلك الصغير فالاشخاص الاخرون

ذلك الشخص مسحوبا عليه ومن المتحتم عليه قبول الكميالة التي تم سحبها عليه من طرف دائته الذي هو الساحب ولم يتفق معه على ان يتعامل معه بالكميالات. وقد يلزم المسحوب عليه بالاتفاق مع الساحب على ان يحصل منه قبول الكميالة التي يسحبها هذا الاخير سواء كان المسحوب عليه مدينا للساحب او مفرضا له كان يكون المسحوب عليه بنكا وفتح اعتماد بنكي لمنشي الكميالة وتعهد له بتغطية الكميالات التي يسحبها عليه في حدود الاعتماد المفتوح ففي هذه الحالة يصبح ملتزما بقبول كل كميالة تم سحبها عليه من طرف الساحب لم تتخط مبلغ الاعتماد الذي خوله له بموجب الاتفاق الذي يبرمه معه وان امتنع من القبول فانه من حق الساحب ان يطالبه بالتعويض عن الضرر الحاصل له من جراء ذلك الامتناع. واللاحظ ان الالتزام الصادر عن المسحوب عليه بالقبول الى الساحب لا يدخل في عداد الالتزامات الصرفية بل يبقى في حدود العلاقة القائمة بين الساحب والمسحوب عليه وما يتجرع عن ذلك من نتائج المسؤولية التضامنية لا اكثر ولا اقل فهو التزام بعمل من قبل المسحوب عليه لكن متى حصل القبول من هذا الاخير فانه عندئذ تبدأ احكام القانون الصرفي في الانطباق على علاقة الساحب بالمسحوب عليه وهذا الاخير بالحامل بداية من تاريخ حصول ذلك القبول.

الفقرة الثالثة : شروط القبول

١٨ ان قبول المسحوب عليه للكميالة يشترط عليه التزام بها وتطبيق عليه جميع احكام قانون الصرف زيادة على انطباق احكام مجلة الالتزامات والعقود فيما يتعلق بمسؤول تواعد الالتزام عموما وعلى هذا الاساس فاننا نجد شروط القبول سوف تتناول الجانب الموضوعي كما سنتناول

الذين وقعوا على تلك الكمبيالة لا يمكنهم التمسك ببطانها أو ببطلان قبول المسحوب عليه الغير المرخص له في تصايف التجارة ولصرفه طالما ان الالتزامات بالكمبيالة مستقلة عن يعضها البعض . والسؤال الذي يثار هنا هو انه في سورة حصول القبول من المسحوب عليه يتبين للحامل ان المسحوب عليه فاقد للاهلية لصفه وعدم الترخيس له في التجارة هل يمكنه الرجوع على الملتزمين بالكمبيالة لعدم اهلية المسحوب عليه .

هنا يبدو انه من المتجه ان تفرق بين حالتين اثنتين الاولى حالة وقوع القبول فعلا من المسحوب عليه ويتبين بعد ذلك للحامل ان القابل ليس له اهلية القبول وهنا يكون الحامل قد ارتكب خطأ باخذه القبول من ليس باهل لذلك وعليه ان يتثبت من اهلية القابل قبل ان يقبل منه توقيعه بالقبول (١). واما اذا ثبت لديه ان المسحوب عليه ليس باهل للقبول لذلك لم يقبل منه القبول اسلا فانه في مائه الحالة يبدو له انه على حقه في الرجوع على الملتزمين بالكمبيالة الذين اوقعوه في خطأ ما كان يقدم على التعامل معهم بالكمبيالة لو كان عالما به .

٢ - الرضا ومن له حق التوقيع على الكمبيالة بالقبول :

١٢١ - ان الرضا هنا يشترط فيه ما يشترط في الرضا في سائر العقود المدنية من كونه ينبغي ان يكون قد صدر عن المسحوب عليه وهو سائما من كل عيب من العيوب الباطلة له من تدليس واكراه وغلط مؤثر في جوهر القبول وان كان ذلك الرضا مشوبا بعيب من العيوب المذكورة له طلب ابطال قبوله في مواجهة الحامل او المستفيد الذي استلم ذلك القبول .

(١) ليسكو و دبلو - الاوراق التجارية - ج ٢ - فقرة ٤٤١

اما غيره من الحاملين للكمبيالة اللاحقين فلا يمكن الاحتجاج ضدهم بذلك البطلان اذ يجتبرون حاملين حسني النية لا يحتج عليهم بما يمكن الاحتجاج به على الحامل او المستفيد الملتقى القبول مباشرة من المسحوب عليه وهذا اخذا بقاعدة الفصل ٢٨٠ من م.ت. التي تقتضي انه لا يمكن الاحتجاج على حامل الكمبيالة من قبل المسحوب عليه بما قد يكون له من علاقات شخصية بينه وبين الحاملين السابقين للكمبيالة كل ذلك متى كان الحامل حسن النية بحيث لم يكن قد قصد اكتساب الكمبيالة للاضرار بالمدين.

اما سلطة التوقيع على الكمبيالة بالقبول مبدليا تكون من المسحوب عليه المتتبع بكامل اهليته التجارية الفصل ٢٨٥ من م.ت. الا انه قد يخول ذلك الحق لغيره من الاشخاص بتمحه توكيلا صريحا في هذا المعنى وليس للوكيل ان يتجاوز حدود وكالته والا كان ملتزما شخصا بذلك القبول. وقد يكون المسحوب عليه ذات معنوية كشركة تجارية أو جمعية أو مؤسسة ما فانه عندئذ يتم القبول بواسطة ممثلها القانوني من الذوات البشرية عملا بالفصل الخامس من مجلة الالتزامات والعقود.

٣ - الموضوع والسبب :

١٢٢ - ان موضوع التزام المسحوب عليه القابل للكمبيالة هو ذلك السبلغ المدين سلبا وعليه ليس له ان يدفع عند القيام بمطالبتة بالاداء في سورة قبوله للكمبيالة بان الموضوع لا وجود له او انه غير جائز اذ ان الموضوع واضح صلب الكمبيالة انما قد يرد القبول على جزء من موضوع الكمبيالة وعندئذ ليس للحامل الا مطالبتة بذلك الجزء الواقع في شأن القبول عند رغبته في التمسك بالدعوى الصرية ويبقى على حقه في مطالبتة على اساس حقه المنصب على المؤونة كدين للساحب وعليه عندئذ اتباع طرق التداعي المدني كما سبق ان بيناه.

أما سبب التزام المسحوب عليه بالقبول وهو رغبته ببدلها في خلاص دين عليه قبل الساحب وأن كان غير مدين لهذا الأخير فتوقيعه بالقبول بسبب رغبته في تغطية الساحب وضمانه نحو الحامل أو المستفيد أو حتى نيته التبرع عليه بقيمة تلك الكمبيالة أما لو تم ذلك القبول من غير يكون له سبب أو أن سببه غير مشروع فهو يعتبر التزاما باطلا لكن على المسحوب عليه إثبات أن ذلك الالتزام الصادر عنه بالقبول لا سبب له أو أن سببه غير مشروع كما أن الاحتجاج بهذا البطلان لا يمتد إلى علاقته بالحامل الذي عرض عليه الكمبيالة للقبول دون غيره من الحاملين لها اللاحقين وذلك متى لم يثبت أن هؤلاء الحاملين لهم نية الإضرار بالمسحوب عليه (الفصل ٢٨٠ من م.ت.).

الفروع الثانية: الشروط الشكلية للقبول

٢٢٢ أن الشروط الشكلية للقبول نجد ما موضوع الفصل ٢٨٥ من م.ت. الذي نص على أن القبول يكون كتابة وينبغي أن تكون تلك الكتابة على الكمبيالة نفسها وأن يقع التعبير عن القبول بكلمة مقبول أو بكلمة أخرى تماثلها كما يمكن أن يكتفي بالامضاء من المسحوب عليه على صدر الكمبيالة ليعتبر ذلك منه قبولا كما أنه ولو ذكر لفظة مقبول أو ما يماثلها فإن تنبيه ذلك القبول بالامضاء من المسحوب عليه هو أمر واجب وأخيرا في بعض الصور ينبغي أن يكون ذلك القبول الحاصل من المعنى بالامر مؤرخا وهكذا نرى من خلال عرض الشروط الشكلية التي أوردتها الفصل ٢٨٥ من م.ت. أنها شروط متعددة نستعرضها بشيء من البسط فيما يلي .

أما في خصوص شرط حصول القبول كتابة فهذا شرط طبيعي طالما أن

الالتزامات الصرفية عموما لا تثبت إلا بالكتابة وما دامت الكمبيالة نفسها لا تعتبر كذلك إلا متى صيغت في قالب كتب من الطبيعي أن يشترط في القبول ليكون صحيحا ومعتدا به أن يكون مكتوبا من الصادر عنه ذلك القبول بقي لا يشترط فيه أن يكون ذلك بخط يد القابل بل يمكن أن يكون من شخص آخر إذا كان القابل بتحرير صيغته إنما صادق عليه المسحوب عليه بامضائه عليه.

ثم أن هذا القبول ينبغي أن يكون موضوعا على الكمبيالة نفسها بالتحديد على وجه الكمبيالة ويؤخذ هذا الوجوب من سياق الفقرة الأولى من الفصل ٢٨٥ من م.ت. الذي جاء في قوله "وإن مجرد امضاء المسحوب عليه على صدر الكمبيالة يعتبر منه قبولا" وما دام الامضاء ينبغي أن يكون على صدر الكمبيالة فإنه من التعمين أن تكون جميع إجراءات القبول واقعة على صدر الكمبيالة و ذلك حتى يمكن لكل مطلع عليها أن يدرك بسهولة أنها مقبولة فعلا بوجه لا غبار عليه .

أما وضع القبول على ظهر الكمبيالة خاصة إذا كان القبول يشتمل في مجرد امضاء المسحوب عليه فإنه لا يعتبر قبولا إلا إذا صادق عليه المسحوب عليه من كونه قبولا منه للكمبيالة.

وإن لم يصادق ذلك يعتبر منه تظهيرا لها . وقد يحصل أن يقع القبول بورقة مستقلة عن الكمبيالة فإنه في هذه الحالة يعتبر ذلك قبولا من المسحوب عليه وبالتالي لا ينتج مفاعيله الصرفية إنما يعتبر التزاما عاديا صادرا عن المسحوب عليه تطبق عليه قواعد مجلة الالتزامات والعقود لا أكثر ولا أقل . ثم أن التعبير عن القبول يمكن أن يكون بلفظة "مقبول" كما يمكن أن يتم بأي كلمة أخرى تماثل لفظة القبول مثل قوله سادف أو اطلعت عليه للخلاص أو أي لفظة أخرى تفيد أنه قبل خلاص الكمبيالة وقد لا يذكر القابل أي كلمة وإنما يضع امضاه على صدر الكمبيالة فيعتبر ذلك منه قبولا.

كما نجد من شروط القبول انشاء السحب عليه القابل للكبيالة
ومذاكم شرط شكلي اذ لا يكفي ذكر عبارة القبول دون ايرادها باسماء
القابل ولا يجوز ان يوقع السحب عليه بالتعم بل ينبغي ان يكون
الامضاء بخط اليد الا انه قد يكون الامضاء بالقبول من وكيل السحب
عليه او مثله القانوني ان كان بهده ما يفيد صفته تلك قانونا او ثبت ان
القابل انابه عنه لتوقيع ذلك القبول.

٢٤- اما في خصوص تاريخ القول فانه مبدئيا لا شيء يفرض حصوله من
القابل الا انه في اغلب الحالات نجد القابل يورخ قبوله على صدر
الكبيالة.

وفي سورة حصول ذلك منه فان ذلك التاريخ يعتبر صحيحا وعلى من يدعي
خلاف ذلك اثبات عدم صحته وذلك بجميع وسائل الاثبات وان لذكر تاريخ
القبول فائدة في تحديد مدى اهمية القابل يوم حصول القبول منه .

غير انه احيانا لا يذكر القابل تاريخ حصول تلك القبول ولا تشرب عليه
حينئذ الا ان المشرع فرض عليه في صور معينة ان يورخ قبوله وان لم
يفعل على الحامل اثبات تاريخ عرضه للكبيالة على القبول باحتجاج غير
ان هذا الاحتجاج غاية اثبات تاريخ حصول القبول و لا يكون حقا
للحامل في الرجوع على الساحب والمظهرين قبل حلول الاجل للغلاس
والصور التي فرض المشرع ان يكون فيها القبول مؤرخا هي :

(١) اذا كانت الكبيالة مستحقة الدفع في اجل معين بعد الاطلاع
(الفترة الثانية من الفصل ٢٨٥ من م.ت.) فانه على السحب عليه ان يورخ
قبوله وجوبا ذلك ان هذا النوع من الكبيالات ينبغي ان يعرض على
القبول في اجل سنة من تاريخ انشاء الكبيالة ولا يمكن معرفة ما اذا
حصل عرضها للقبول في بحر السنة ام لا الا اذا كان القبول مؤرخا.

(٢) اذا كان القبول قد اشترط الساحب حصوله في تاريخ معين (الفترة
الثانية من الفصل ٢٨٥ من م.ت.) فهنا ايضا ينبغي على القابل ان يورخ يوم

حصول القبول على صدر الكبيالة وذلك حتى لا يحتاج على الحامل بانه
ربما يعرض الكبيالة للقبول في الاجل وهنا يمكن للحامل ان يطلب
تاريخ القبول يوم العرض ان كان السحب عليه قد طلب منه امهاله
ليوم الموالي للقبول عملا بالفصل ٢٨٤ من م.ت.

ولم يشترط المشرع ان يذكر القابل المبلغ الذي قبل فيه الكبيالة لانه
يحمل على انه قبل الكبيالة في كامل مبلغها الا اذا احترز السحب
عليه وقصر قبوله على جزء من مبلغها فانه عليه عندئذ ان يحدد ذلك
المبلغ الجزئي الذي حدد القبول في شأنه وعندما يكون للحامل حق
الرجوع على الساحب والمظهرين بالجزء الذي لم يقع في شأنه القبول
كما له تحويل احتجاج بعدم القبول في الجزء الذي امتنع فيه السحب
عليه من القبول.

٢٥- كما انه قد يذكر القابل كون المؤونة غير موجودة كأن يقبل
الكبيالة ضمانا للماحب او على وجه التغطية له المبر عنه بالقبول على
المكشوف كما يفعل البنوك بالنسبة لحرفائها الذين تفتح لهم اعتمادات
للتغطية بصحة قانونية.

٢٦- كما يمكن للسحب عليه عند قبوله للكبيالة في سورة اختيار
الساحب مقرا مختارا لدفع مبلغ الكبيالة دون تحديد الشخص الذي
سيتولى الدفع ان يتولى هو نفسه تعيين ذلك الشخص و ان لم يفعل
فيعتبر انه التزم بالقيام بالخلاص بمقر الوفاء المختار شخصيا (الفصل
٢٨٦ من م.ت.).

٢٧- ماذا كانت الكبيالة واجبة الدفع في مقر السحب عليه جاز
له ان يعين في صيغة القبول عنوانا بنفس المكان الذي يحب فيه الدفع
اي له تعيين مكان اخر غير مقر السحب عليه اما يخرج من المنطقة
المعين بها مكان الدفع مثل معتمدية المكان دون تعيين المكان بمعتمدية
اخرى غير التي عينها الساحب.

٢٨- كما انه ينبغي ان يكون ذلك القبول من المسحوب عليه غير معلق على شرط ولا سمدل لبيان من بيانات او شروط الكبيالة ونشأ هذا الشرط هو الفقرة الثالثة من الفصل ٢٨٥ من م.ت. التي قضت انه (يجب ان يكون القبول مجردا ومطلقا) كما ليس له ان يخلق قبوله على شرط مهما كان نوعه يتعلق بملاقته بالساحب او بغيره سواء كان ذلك الشرط شرط تعليق او شرط فسخ مثل اشتراطه عدم فسخ الساحب للمقد المبرم بهنما في شان بقية البضاعة التي اوفر من مبلغ المؤونة او تساويها او ترتب بيع البضاعة لاجل معين لتسديد المؤونة لان من شان هذا الشرط ان يجعل التزام المسحوب عليه غير مستقر ويصبح قبوله لا يوفر الضمان الحقيقي والمطلوب الذي ينبغي توقيه للحامل بسعيه في الحصول على قبول الكبيالة من طرف المسحوب عليه.

كما ليس للمسحوب عليه ان يخلق قبوله على واقعة غير معينة التاريخ كموث شخص او زواج اخر وهذا غير جائز خوفا من ان ذلك التاريخ ربما لن يحصل قبل التاريخ المحدد للخلاص غير ان له ان يحدد اجلا معينا للقبول على ان يكون قبل التاريخ المحدد للخلاص ويشتراط ان لا يكون الساحب نفسه قد حدد تاريخا معينا للقبول لانه عندئذ ليس للمسحوب عليه ان يعدل من شروط الكبيالة بإرادته المنفردة وقد يصبح الحامل القابل لذلك الشرط حاملا سهلا والقبول بتلك الصيغة من المسحوب عليه للحامل اعتباره غير قبول.

٢٩- كما ان شطب القبول الواقع من المسحوب عليه قبل ارجاعه الكبيالة لحاملها يعتبر كأنه لم يكن (الفترة الاولى من الفصل ٢٨٨ من م.ت.) وبالتالي فان المسحوب عليه يعتبر عندئذ كمنع عن القبول والشطب هذا يمكن ان يحصل بطريقة التشطيب او بذكر لفظة تماكس معنى القبول او تفيد الفاء له انما يجب ان يتم هذا التشطيب قبل ارجاع الكبيالة لحاملها أو المستفيد منها وقد جرت العادة على

التشطيب الواقع من القابل لا يؤرخ لذلك نرى المشرع وضع قرينة قانونية لدائده القابل يكون ذلك التشطيب وقع قبل ترجيع الكبيالة والا ان هذه القرينة هي قرينة قانونية بسيطة قابلة للدحض بجميع وسائل الدلائل.

كما ان هذا التشطيب لا تاتى قانوني له لو ان المسحوب عليه قد اعلم كتابة الحامل او اي ملتزم اخر بتلك الكبيالة بانه قبل تلك الكبيالة ويصبح عندئذ ملزما لهم بما تضمنته صيغة القبول التي وضعها على الكبيالة دون التفات للتشطيب الواقع منه على ذلك القبول.

الفقرة الرابعة: آثار القبول

٣٠- ان المسحوب عليه عندما تعرض عليه الكبيالة في مرحلة اولى للقبول لا غير لا يخلو حاله اما ان يقبل تلك الورقة التجارية بوجه لاسحاك عليها واما ان يتخذ موقفا سلبيا منها فمستنع عن القبول لذلك سوف ترى ان آثار القبول تختلف باختلاف موقف المسحوب عليه من القبول نفسه وعليه سوف نتناول في هذه الفترة درس آثار القبول عند حصوله واثار الامتناع من القبول.

الفقرة الاولى: آثار حصول القبول

٣١- ان حصول القبول من المسحوب عليه تنتج عنه اثار قانونية مامة سواء بالنسبة للعلاقة بين المسحوب عليه والحامل للكبيالة وفي علاقة

هذا الأخير بالساحب والمظهرين أو في العلاقة الرابطة بين الساحب والسحوب عليه لكن قبل الحديث عن هذه الآثار بالنسبة لكل علاقة من العلاقات الثلاث يجدر بنا الحديث عن القبول في ذاته عند حصوله هل من الأشياء التي لا يمكن الرجوع فيها ويمكن حصول ذلك في بعض الصور دون الأخرى وإن كان ذلك ممكنا ففي أي وقت يمكن حصوله ليكون صحيحا ؟

الظاهر أن القبول متى حصل من السحوب عليه يعتبر قبولا نهائيا غير قابل للرجوع فيه وهذا تأسيسا على المبدأ الوارد بطالع الفصل ٢٨٧ من المجلة التجارية الذي جعل السحوب عليه القابل للكبيالة ملزما بإداء مبلغها في حدود ما قبله منها عند حلول الأجل وقد مكن هذا الحق لا العامل فقط من المطالبة بتلك الكبيالة بل حتى الساحب نفسه.

ونتيجة لذلك فإنه متى حصل القبول من السحوب عليه ليس له الامتناع عن الوفاء ولو تم اعلان افلاس الساحب ولو كان هذا الافلاس من شأنه أن يؤثر في رجوع السحوب عليه على الساحب بما قد يكون دفعه عوضا عنه بموجب تلك الكبيالة ولا يؤثر ذلك على العامل بحالة الساحب ثم كما لا تأثير على ذلك القبول التمسك تجاه العامل الحسن النية بكونه حصل نتيجة إكراه وغش أو غلط نعم يبقى للسحوب عليه الدفع يوم المطالبة بتلك الورقة التجارية بكونه يوم قبوله لها كان فاقد الأهمية غير أن هذا الدفع لا يجوز له التمسك به إذا أومر هو نفسه العامل بأنه يتمتع بأهميته الكاملة وذلك باستعمال أوجه تحليلية لأنه في هذه الحالة يتحمل نتيجة غرضه تلك ولهذا المبدأ في عدم إمكانية الرجوع في القبول استثناء وهو الوارد بالفصل ٢٨٨ من المجلة التجارية يتمثل في سورة التشطيط على القبول من السحوب عليه قبل إرجاعه للكبيالة للعامل لأن تشطيطه ذاك على قبوله والكبيالة لا زالت بحوزته دليل على امتناعه من القبول حسب عبارة الفصل و بالتالي يعتبر ذلك القبول لا وجود له

لذلك أتى المشرع بالفقرة الثانية من ذلك الفصل واعتبر اعلام السحوب عليه كتابة للعامل أو أي ملتزم آخر بتلك الكبيالة بقبوله لها يمنع عنه الرجوع في ذلك القبول ولو أن تلك الورقة التجارية لا زالت بحوزته. فالذي يستنتج مما سبق بسلطه أن القبول يعتبر عند حصوله قبولا قطليا غير قابل للرجوع فيه في غير الصورة التي ذكرناها. أما في خصوص آثار حصول القبول فإنها كما ذكرنا تختلف باختلاف نوع العلاقة الرابطة بين أطراف الكبيالة.

أ- آثار حصول القبول في علاقة السحوب عليه بالحاصل:

لقد سبق أن قلنا أن السحوب عليه لا علاقة له بالكبيالة المروضة عليه للقبول إذ هو ليس بطرف فيها ولو أن اسمه مذكور بها طالما لم يوقع عليها بالقبول وإذا حصل منه ذلك أصبح طرفا أصليا فيها فعليه الوفاء بقيمتها يوم حلول أجل خلاصها وملتزما بمبلغها لحاصلها ومتضامنا مع غيره من الموثمين عليها (الفصل ٢١٠ من المجلة التجارية) بإداء مبلغها وبالتالي فهو ملتزم أصليا بالوفاء بها لذلك يتمتع على العامل مطالبتته أولا بالخلاص عند حلول الأجل و إن امتنع السحوب عليه من الوفاء أمكن عندئذ للعامل الرجوع على باقي الملتزمين بتلك الكبيالة وفق أحكام الفصل ٢١٠ من المجلة التجارية.

كما أن قبول السحوب عليه للكبيالة يجعله ملتزما التزاما صرفيا أمام العامل ولو أن الموثنة المتوفرة لديه مصدرها دين أصلي للمساهم ذو طابع مدني بعث فهو بقبوله للكبيالة جعل نفسه خاضعا لأحكام المجلة التجارية لتطبيق أحكام الكبيالة عموما عليه ونتيجة لذلك فهو لا يستطيع الاحتجاج ضد العامل بعد حصول القبول بما له من أوجه دفع شخصية يمكنه التمسك بها ضد الساحب إذ أن التزامه نحو العامل أصبح التزاما صرفيا بعثا وبالتالي التزاما مستقلا وأصليا والساحب في هذه الحالة

منا حل محل الساحب في استحقاقه للمؤونة وهو السالك لها ومطالبة المسحوب عليه بها باعتبارها موجودة لديه ودليها ذلك القرينة القانونية القاطعة الصادرة عن المسحوب عليه وهي قبوله للكبيالة. وعندئذ يمكن للمسحوب عليه الاحتجاج ضد الحامل بما له من اوجه دفع تجاه الساحب وفق قواعد القانون المدني وعلى كل فان الحامل لا يلتجئ الى هذه الدعوى الاخيرة الا نادرا وعند ما تكون دعواه الصرفية قد اصبحت غير ذات جدوى.

١٢٣ - هـ - اثار حصول القبول في علاقة الحامل بالساحب والمظهرين :

ان حصول القبول من المسحوب عليه يجعل الساحب والمظهرين في حل من ضمان القبول الواجب عليهم قانونا ولم يبق عليهم الا ضمان الوفاء الذي يستمر قائما الى يوم الوفاء التام في الاجل المحدد والذي قد يتقدم بسبب من الاسباب الواردة بالقانون مثل تفليس المسحوب عليه بعد القبول او ثبوت توقيفه عن دفع ديونه.

كما ان القبول الواقع من المسحوب عليه لا يمكن للحامل التنازل عنه لان هذا القبول من حقوق الساحب والمظهرين ايضا وحتى ان حصل هذا التنازل من الحامل فان اثره لا ينسحب على غير المسحوب عليه والتنازل.

١٢٤ - و - اثار حصول القبول في علاقة الساحب بالمسحوب عليه :

حصول القبول للكبيالة من المسحوب عليه تجعل المؤونة من حقوق الحامل وبالتالي فان الساحب لم يعد له من حق على المسحوب عليه في شأنها انما يبقى ملزما له بالوفاء بها عند حلول اجل الوفاء ويبقى

ولم يترك الكبيالة مجرد ضامن للوفاء. ونتيجة لاعتبار المسحوب عليه مدينا اصليا تجاه الحامل فانه لا يمكن الاحتجاج ضد هذا الاخير بمقروط حتى بموجب الاموال اذ ان الدفع بالسقوط هذا يقتضك به الضامنون فقط دون المدينين الاسليين الذين منهم المسحوب عليه القابل وهو ما اقتضته الفقرة الخامسة من الفصل ٢١٥ من المجلة التجارية بقولها (على ان هذا السقوط لا يحصل في حق الساحب الا اذا اثبت وجود المؤونة في وقت الحلول وفي هذه الحالة لا يبقى للحامل الا حق التهام على الشخص الذي سحب عليه الكبيالة). ففي الحامل تجاه المسحوب عليه لا يسقط اذن الا بمرور الزمن الصرفي المحدد بثلاث سنوات ابتداء من تاريخ الحلول (فقرة اولى من الفصل ٢٢٥ من المجلة التجارية الملاحظ ان الحامل هنا ليس المقصود به كل شخص حامل للكبيالة غير الساحب بل يشمل حتى الساحب نفسه متى اصبحت هو نفسه الحامل للكبيالة كما تجدر الاشارة هنا بانه ما دام حق الحامل على المؤونة موجودا من يوم حيازته للكبيالة فان هذا الحق يتأكد وجوده اكثر بحصوله على القبول من المسحوب عليه على الكبيالة وبالتالي تصبح تلك المؤونة متأكدة الوجود لفائده وليس للقابل للكبيالة ارجاعها للساحب او المناقصة بها معه في دين اخر قبله اذ لم تمتد من حق الساحب بحال وعلى المسحوب عليه الاحتفاظ بها على ذمة الحامل للكبيالة لتفديتها له عند حلول اجل الوفاء وهكذا نرى ان الحامل اصبحت له تجاه المسحوب عليه دعوتين :

- (١) احداها على اساس القانون التجاري طالبا ان هذا الاخير قبل الكبيالة وبذلك ليس له ان يحتج عليه بما له من علاقات شخصية بالساحب وحق مطالبته ببلغ الكبيالة ولو كان ذلك الحامل ممثلا عليه امد مرور الزمن التجاري الوارد بالفصل ٢٢٥ من المجلة التجارية.
- (٢) وثانيتها دعوى مدنية تخضع لقواعد القانون المدني باعتبار الحامل

مسؤولا لديه بالتعويض عن الضرر الحاصل له من جراء قيام الحامل أو احد الضامنين هذه بموجب عدم تصديق مبلغ الكبيالة في الاجل (١). كما ان من واجبات المسحوب عليه الاحتفاظ للمالك بكافة الوثائق التي من شأنها المحافظة على المؤونة يوم الوفاء التام بحيث لو كانت المؤونة من بضاعة لم يقع بيعها بعد عليه الاحتفاظ بالاوراق اللازمة لانعام بيعها واستخلاص ثمنها أو تسليم تلك البضاعة مع وثائقها للمالك مقابل مبلغ التقدود الوارد بالكبيالة فهناك واجبات متبادلة بين المالك والمسحوب عليه تنشأ عن الكبيالة زيادة عما قد يكون هناك من قبل من علاقات سابقة تسببها تلك المؤونة نفسها. هذا وقد تكون تلك المؤونة مجرد قرض من المسحوب عليه للمالك فعلى الاول ردما له في الموعد المتفق عليه مع فوائضها ان كان الامرين تاجرين الا اذا اثبت ان المقترض كان غرضه التبرع لا غير. هذا وان القبول الحاصل من المسحوب عليه يعتبر بالنسبة للمالك مجرد قرينة بسيطة على كون المؤونة متوفرة لدى المسحوب عليه وهو المالك لها ويمكن لهذا الاخير ان يثبت خلاف ذلك.

الفرد الثاني:

١٢٩ - آثار عدم القبول

ان آثار عدم القبول خطيرة على الملتزمين بالكبيالة لذلك نجد في بعض الاحيان يعمد المالك الى اشتراط عدم عرضها على القبول عدا في صور معينة اوجب القانون ذلك المص (الفصل ٢٨٢) كما يمكنه اشتراط ان لا يحمل ذلك القبول قبل مضي اجل معين وكل هذا غاية المالك منه تفادي رفض القبول من المسحوب عليه.

(١) دائرة معارف دالوز - كلمة كبيالة. نقره ٢١٦.

ومع ذلك احيانا نجد المسحوب عليه السروعة عليه الكبيالة للقبول يرفض قبولها وهنا لا يخلو الحامل من احد موقفين اثنين . اما ان يسجل ذلك الرفض يبقى ينتظر الى حلول اجل الوفاء فيطالب المالك والمظهرين بقيمة تلك الكبيالة اذ لا شيء يفرض عليه مطالبته قبل حلول اجل الوفاء ولا خطر عليه من جهة امكانية سقوط حقه في الرجوع عليهم اثناء تلك المدة طالما ان اجل السقوط يبدأ من تاريخ حلول الاجل لا قبله.

وقد يسلك الحامل مسلكا اخر عند امتناع المسحوب عليه من القبول وهذا هو السلوك الغالب فيقوم اولا باثبات ذلك الامتناع عن القبول بمحض احتجاج لعدم القبول ثم يتولى القيام مباشرة بدعوى الرجوع على الضامنين في الوفاء من صاحب ومظهرين الذين وضعوا توقيعاتهم على الكبيالة عموما كما سنرى ذلك في موضعه عند الحديث على دعوى الرجوع.

الفقرة الخامسة:

١٣٦ - القبول بطريق التداخل

Acceptation par intervention

ان المالك من المفروض انه عين المسحوب عليه الذي عليه القبول للكبيالة لكن قد يستتبع هذا الاخير من ذلك لسبب ما وقد يكون متفيا عند عرض الكبيالة للقبول لذلك افترض المشرع وجود من يتدخل ويقبل الكبيالة عوض المسحوب عليه وحيانا يكون بإشارة منه وهو عادة يكون من الاشخاص الغير الملتزمين بالكبيالة وفي نفس الوقت تداخله ذاك لصالح احد الملتزمين لها وحتى اذا لم يمنه فالمجلة التجارية افترضت ان هذا التدخل حاصل لفائدة المالك (الفصل ٢٢٢).

والتدخل هذا ليكون صحيحا ينبغي ان تتوفر شروط كما ان له آثار ما هو الشأن في القبول من المسحوب عليه فما هي هذه الشروط وعن يجوز هذا التدخل في القبول وما هو شكله وما هي الآثار التي تترتب على مثل هذا القبول ذلك ما سندرسه فيما يلي :

الفروع الأولى:

١٣٧ - شروط القبول بطريق التدخل

ان هذه الشروط بعضها شروط موضوعية واخرى شكلية وبدأ بالشروط الموضوعية التي هي :

١٣٨ - ١) ان يكون المتدخل اجنبيا عن الكسبالية:

ان القبول بطريق التدخل ينبغي ان يحصل من شخص اجنبي عن المتزمن بالكسبالية اي انه لم يكن طرفا فيها فهو ليس ملتزم التزاما صرفيا لحاملها قبل امتثاله عليها بالقبول.

و هذا القبول يمكن ان يحصل حتى من المسحوب عليه نفسه الا انه يشترط فيما انه لم يسبق منه ان قبل تلك الكسبالية بامثاله عليها بالقبول لانه في هذه الحالة لا فائدة من تدخله لان الحامل لم يدخل شائنا جديدا في خلاص الكسبالية وبالتالي لا فائدة من تدخله هذا.

وان قبول المسحوب عليه بطريق التدخل له فائدة فيه اذ من شأنه ان يسكنه من الرجوع على الساحب وعلى المظمرين السابقين لقبوله ان كان قبله ذاك واقعا لاحد المظمرين بينما لو قبل الكسبالية على حالتها او حتى على المكشوف اي باعتباره ليس مدينا للساحب بل كمتفرع له فقط فانه متى قبل الكسبالية مباشرة ليس له الرجوع الا على الساحب فلو كان

هذا الاخير مسررا تعرض ما له للتلطف بينما القبول بطريق التدخل يمكنه كما قلنا من القيام على المظمرين السابقين والساحب ايضا. كما ان المسحوب عليه القابل بطريق التدخل لكسبالية لم يخلق مؤنتها وهي مسحوبة لحساب شخص اخر ان يطالب الساحب الظاهر والساحب الحقيقي بمبلغها الذي قبل ادائها.

كما انه في مجال عبء الاثبات فان المسحوب عليه القابل بطريق التدخل على الساحب وحده اثبات وجود المؤنة لديه وعليه شعريا في وجودها لديه وهنا تخلص من الفريضة القانونية المذكورة لما قبل الكسبالية بطريق التدخل.

١٣٩ - ٢) ان يحصل هذا التدخل على كسبالية غير مختلط فيها عدم عرجها للقبول:

ان هذا الشرط في القبول عن طريق التدخل هو طبعي اذ ان الكسبالية المشترط عدم عرضها على القبول من باب التزيد تدخل الغير لقبولها وللحاصل رفض مثل هذا التدخل وان مو قبله فانه لم يمد من حقه الرجوع على الضامتين قبل حلول اجل الوفاء في حالة افلاس الساحب قبل ذلك التاريخ وعلى الموقعين على الكسبالية اللاحقين (الفقرة الرابعة من الفصل ٢٢٢ - من المجلة التجارية).

١٤٠ - ٣) وان يكون هذا التدخل اثر تحقق احدى الحالات التي تحول للحاصل حق الرجوع قبل حلول اجل الوفاء (الفقرة الاولى من الفصل ٢٢٢ من المجلة التجارية) :

وهذه الحالات هي الواردة بالفصل ٢٠٦ من المجلة المذكورة وهي :
 أ - اذا حصل الاشتناع الكلي او الجزئي من القبول من المسحوب عليه.
 ب - اذا أعلن إفلاس المسحوب عليه سواء صدر منه قبول او لم يصدر.

ج - اذا توقف المسحوب عليه عن دفع ديونه ولو لم يثبت ذلك بعد بحكم.
د - او اثر خرب عتلة على امواله لم تات بنتيجة لانعدام وجود ما يمكن ان يعقل لديه.

١٤١ - ٤ - وان يكون الحامل قد قام بالاجراءات التي تمكنه من تتبع دعوى الرجوع كتحريره للاحتجاج بعدم القبول ان كانت الكبيالة غير مدرج بها شرط عدم القبول :
اما في سورة افلاس المسحوب عليه فانه في جميع الاحوال لم يمد هناك موجب لتحرير الاحتجاج لعدم القبول وهذا طبيعي اذ ان الفلاس فقد حق ادارة تجارته وبالتالي فان تحرير الاحتجاج ضده لا معنى له واعلان افلاسه هو طرق ثابت في عدم اهليته للقيام بأي عمل تجاري بما في ذلك قبول الكبيالات التي هي اعمال تجارية طبق الفصل ٢٦٩ من المجلة التجارية.

١٤٢ - ٥ - ان يكون القبول الواقع بطريق التداخل محل رضا الحامل :

هذا الشرط هو من الشروط المعقولة اذ ان الحامل لما قبل الكبيالة من الساحب او المظهر اعتد في تسلمه لها كون المسحوب عليه هو من الذين سوف يوفون بالتزاماتهم بكل سهولة متى قبل تلك الكبيالة لسلامة وضعه التجاري ولثباته او غير ذلك من الاسباب التي تجعل الحامل يطمئن اليه فاذا رفض ذلك المسحوب عليه القبول فان الحامل خير في قبول توقيع التداخل وقبوله للكبيالة من عدمه نظرا لما يراه من اسباب تجعل حقوقه في الكبيالة معرضة للخطر لثقة ضماناتها التي منها هذا القابل بطريق التداخل والذي ربما غير ملهي للخلاص عند حلول اجل

الوفاء او هو غير حري بالتعامل معه لذلك كان اشتراط قبول الحامل لهذا التداخل وجوبي وبدونه فان هذا التداخل لا تبة قانونية له.
اما الشروط الشكلية فهي واردة بالفصل ٢٢٢ من المجلة التجارية والمتثلة في ما يلي :

١٤٣ - ١ - عدم القبول من طريق التداخل بالكبيالة
نقضا :

ان هذا الشرط ضروري توفره ليكون ذلك القبول صحيحا فاذا وقع حصوله خارج الكبيالة فانه يكون عبارة عن ضمان عادي على معنى قواعد مجلة الالتزامات والمفود.
ولا يشترط ان يكون ذلك القبول حسب سيفة معينة فكل لفظة تدل على ان ذلك القبول هو قبول بطريق التداخل يعتبر تام الموجب غير انه ينبغي ان لا يكون ذلك القبول مطلقا على شرط او على اجل معين لانه عندئذ يعتبر اطلاقا انما يجوز ان يكون جزئيا اي على بعض مبلغ الكبيالة.

١٤٤ - ٢ - امضاء القابل بطريقة التداخل :

ينبغي ان يتبع ذلك التعبير بلفظة القبول بطريق التداخل بامضاء ذلك التداخل هذا واللاحظ ان التوقيع في ذاته غير كاف ان لم يكن مسبوقا بما يدل على ان الموقع امضى على الكبيالة على معنى القبول بطريق التداخل لان الامضاء وحده لا يدل على ذلك فلو كان الامضاء من المسحوب عليه دون ان يكون مصحوبا باللفظة المذكورة اعتبر منه ذلك قبولاً تاماً الموجب و لو كان ذلك الامضاء من الغير اعتبر منه ذلك من باب الضمان (الفصل ٢٨٩ من المجلة التجارية).

الفرد الثاني: اثار القبول بطريق التداخل

٤٦- ان القبول بطريق التداخل مثله مثل القبول الواقع من المسحوب عليه فهذا القابل بتلك الطريقة اصبح باسماحه على الكبيالة بالكيفية المذكورة ملتزما بها لما التزمه هذا لا يرقى الى مستوى التزام المسحوب عليه القابل لهذا لذلك المشرع نفسه جعل قبوله ذاك لا يصح الا اذا تحققت فيه شروط معينة لا نجدها في القبول المادي و مع ذلك كان هذا النوع من القبول يربط اثاره القانونية التي تختلف باختلاف نوع العلاقة التي قامت بين المتداخل والحامل او بينه وبين من وقع لاجله وسائر المتزمين بالكبيالة واخيرا بحسب العلاقة الرابطة بين الحامل وكافة المتزمين بتلك الكبيالة.

١٤٩- ١- الملاقة بين القابل والحامل:

ان القابل بطريق التداخل يصبح ملتزما تجاه الحامل بما هو ملزم به من وقع القبول لاجله غير ان التزامه هذا ليس معنى ذلك انه اصبح مدينا اصليا للحامل بل هو بمثابة الكفيل فلا يصح الرجوع عليه بالاداء الا بعد مطالبة المسحوب عليه واثبات امتناعه عن الخلاص بمحضر احتجاج لعدم الدفع وهذا تطبيقا للفترة قبل الاخيرة من الفصل ٢٢٢ التي هي مشابهة في تحريرها لمقتضيات الفقرة السابعة من الفصل ٢٨٩ من المجلة التجارية والمتعلقة بالتزامات الكفيل التي جاء بها حرفيا (ويلتزم الكفيل بسئل ما التزم به المكفول). كما انه اذا سقط حق الحامل في مطالبة من تم القبول لفائدته فانه فيما لذلك يفقد حقه في الرجوع على القابل بطريق التداخل لان التزامه تبني للقابل لاجله.

١٤٨- ٣- تمهين الشخص الواقع لاجله التداخل :

ان تمهين الشخص الواقع لاجله القبول بطريق التداخل يعتبر من الامور الهية في نتائج ذلك القبول لذلك المشرع افترض في سورة عدم تمهين الشخص الواقع من اجله ذلك القبول ان هذا الصنيع وقع لفائدة الساحب.

١٤١- ٤- اضرار القابل بطريق التداخل بحقوقه عاكه:

الشخص الذي تداخل لاجله عملا بالفصل ٢٢٢ من المجلة التجارية وينبغي ان يكون ذلك الاعلام في ظرف يومي عمل التالين لتاريخ وقوع ذلك التداخل ورتب المشرع جزاء على افعال هذا الاجراء وتاخير القيام به من المتداخل تحمل هذا الاخير لغرم الضرر الذي قد يتسبب فيه للمتداخل لفائدته او غيره من المتزمين بالكبيالة (١) على ان هذا التعويض لا يمكن ان يتجاوز باي حال من الاحوال مبلغ الكبيالة نفسها. وان هذا الاعلام بالقبول بالطريقة المذكورة لم يجعل نص الفصل ٢٢٢ المذكور طريقة معينة لاتمامه لذلك يمكن ان يتم بكتوب مضمون الوصول وانما المهم ان يحصل من المعني بالامر في الاجل المحدد والملاحظ منا حساب بداية الاجل يكون طبعا من يوم توجيه الاعلام اي ايداعه بالبريد وهذا الاعلام من المتداخل للشخص الواقع من اجله التداخل شروري حتى يتمكن هذا الشخص من القيام بالاجراءات التي يراها لحفظ حقوقه تجاه المسحوب عليه الغير القابل او لاحتاج لنفسه بعدم تسليم المؤونة لهذا الاخير باعتباره لم يحصل منه القبول للكبيالة ويسلم المؤونة للقابل بطريق التداخل فهذا الاعلام له اهميته كما ذكرنا.

(١) علي البارودي - القانون التجاري - فقرة ٢٢٢.

نعم ليس للقابل بطريق التداخل ان يحتج على الحامل بما له من دفع شخصية له ضد القابل لاجله لان التزامه هنا هو التزام صرفي ونحن نعلم ان في الالتزامات الصرفية لا يحتج فيها بالملاقات الشخصية الحاصلة بين صاحب والمضروب عليه ضد الحامل كما انه علا بقاعدة استقلال التوافيع في الالتزامات الصرفية قد يكون الالتزام الصرفي للماحب باطلا لسبب شكلي ما ومع ذلك يبقى التزام القابل بطريق التداخل قائما باعتبار صحيحا قانونا.

١٤٨ - ٢ - العلاقة بين القابل والشخص الذي تم القبول

الاجل والملتزمين الآخرين :

القابل بطريق التداخل عند ما قام بعمله ذاك اما ان يكون تام به تنفيذ المطلب المدين الذي قبل من اجله وبذلك يكون عمله هذا من باب تنفيذ عقد وكاله واما ان يكون تام به من باب التصرف الفعولي اذ لا وجود لمطلب من ذاك المدين للقيام بذلك القبول وفي كلتا حالتين الصورتين تكون العلاقة بين القابل ومن وقع من اجله ذلك القبول علاقة مدنية بيعته من شأنها ان تخول للقابل بطريق التداخل القيام ضد المكفول والمتصرف في حقه فصولها بدعوى مدنية عادية ان سدد ذلك القابل قيمة الكبيالة عند حلول اجل الوفاء.

ومن جهة اخرى وطالما ان الورقة التي امضاهما القابل بطريق التداخل هي ورقة تجارية ملتزم بها بدوره من وقع القبول من اجله فالتداخل هذا يملك دعوى صرفية ضد ذلك التداخل لاجله بذلك الورقة التجارية وبالتالي ان كان من وقع القبول من اجله هو الماحب فان للقابل مطالبة بالمؤونة قبل اجل الوفاء ان كان ذلك القابل ملزما بادائها بدوره قبل حلول اجل الوفاء كما يمكنه مطالبة بها بعد اجل الحلول ان وقعت مطالبة بمبلغها من الحامل لها.

اما بالنسبة للملتزمين بذلك الكبيالة فانه ينبغي التفرقة بين الموقعين السابقين لتاريخ قبوله لها هؤلاء يمكن مطالبتهم على اساس الدعوى الصرفية مثل الماحب عند حلول اجل الوفاء اما الذين وقعوا الكبيالة بعد قبوله لها فلا يمكنه مطالبتهم بها لانه يوم توقيعه بالقبول على الكبيالة لم يكن هؤلاء الاشخاص من ضمن الضامين لمن قبل بطريق التداخل من اجله وبالتالي لا علاقة له بهم وعلى العكس من ذلك فان هؤلاء الاشخاص في صورة القيام خدعم بدعوى الرجوع فانه يمكنهم القيام ضده بالمطالبة بما دفعوه من قيمة الكبيالة باعتباره ضامنا في من قبل بطريق التداخل لاجله. (١).

١٤٩ - ٣ - العلاقة بين الحامل والملتزمين في الكبيالة :

ان بعض الشراح يعتبرون انه من حق الحامل الرجوع على الملتزمين السابقين قبل حلول اجل الخلاص ولو وقع القبول للكبيالة عن طريق متداخل ولو ان الحامل رضي بهذا القبول من ذلك التداخل ولعل نصوص القانون التجاري في بلادهم نفسها قسم بذلك مثل القانون التجاري المصري بالفصل ١٢٦ الذي جاء به حرفيا (لا تزال حقوق غير انه بالنسبة لقانوننا التونسي يبدو ان ذلك غير جائز اذا اقتضت الفقرة الرابعة من الفصل ٢٢٢ من المجلة التجارية ما يلي (واما اذا رضي بالتداخل على الصورة المتقدمة فلا يمكن له القيام قبل الحلول بما له من حق الرجوع على من سدد القبول لاجله او على الموقعين اللاحقين). ونتيجة لذلك فان الحامل الذي لم يمارس في حصول القبول بطريق التداخل يعتبر منه ذلك رضا بكون ذلك القبول هو بمثابة قبول

(١) ادوار عيبد - الاسناد التجارية - فقرة ١٧٢.

المسحوب عليه وليس له الرجوع على من وقع القبول لاجله قبل حلول اجل الوفاء نعم يبقى له حق الرجوع على باقي الملتزمين السابقين حسب مفهوم المخالفة للفقرة المذكورة باعتبار تلك الفقرة غدت الاشخاص الذين لا يمكن الرجوع عليهم قبل حلول الاجل وهم من وقع القبول بطريق التداخل من اجله والمؤمنون اللاحقون لتاريخ ذلك القبول .

القسم الثالث:

التضامن : la solidarité

١٥٠ - التضامن في الكفيلة هو مبدأ عام في احكامها وهو في الحقيقة لا يتعلق بالكفيلة فقط بل يكامل الاعمال التجارية ومنها الكفيلة التي كما تعلم عمل تجاري بالشكل حسب نص القانون والتضامن المراد هنا هو تضامن المدينين والذي اساسه مجلة الالتزامات والعقود بالفصل ١٧٥ منها وقد كرسته المجلة التجارية بوجه صريح بالفصل ٣١٠ منها واعطت احكام كل جزئية منه بما يستحق من التوضيح والتفصيل فكان بذلك الفصل المذكور تقريبا او في فصل وواحدة في باب الكفيلة عموما اذا ان المشرع جمع في فصل واحد جميع احكام تضامن المدينين بالورقة التجارية خاصة منها الكفيلة ويسمى هذا التضامن في المشرق العربي بالتضامن الصرفي ونحن نجد بنا الحديث عن نطاق تضامن المدينين بالكفيلة هذا وما هي طبيعته ومركز الملتزمين صرفيا في الكفيلة على اساس ذلك التضامن واخيرا اثاره.

(١) كتاب الوجيز في القانون التجاري للدكتور كمال طه.

الفقرة الأولى: نطاق التضامن الصرفي

١٥١ - ان التضامن في الكفيلة لكي يكون خاصا لاحكام الفصل ٣١٠ من المجلة التجارية ينص ان يكون واردا صلب تلك الورقة التجارية وهي جائزة لشكلياتها القانونية فاذا لم تكن كذلك قانونا فانها تصبح خاصة لقواعد مجلة الالتزامات والعقود وبالتالي تصبح حتى في خصوص التضامن الوارد عليها تنطبق عليه تلك القواعد المدنية لا الفصل ٣١٠ من المجلة التجارية المذكور بحيث التضامن الصرفي نطاقه الكفيلة الحاضرة لشكلياتها القانونية هذا من حيث مكان وجود هذا التضامن الصرفي. اما من حيث اشخاص التضامن الصرفي فان الفصل ٣١٠ المشار اليه اوضح من لهم حق التمسك بالتضامن من جهته وعند من يقع التمسك به ونحن نستنتج هذا التصنيف في نطاق التضامن بحسب نوع العلاقة الرابطة بين الحامل والموقعين على تلك الورقة التجارية التي هي مصدر التضامن والعلاقة بين الموقعين على تلك الورقة فيما بينهم. فبالنسبة لعلاقة الحامل بالموقعين على الكفيلة فان منهاها مجلة الالتزامات والعقود نفسها التي تقتضي ان التضامن متوفر متى التزم التجار لبعضهم بعضا في ورقة تجارية (الفصل ١٧٥ من مجلة الالتزامات والعقود) وبالتالي فان للحامل مطالبة كل موقع على الكفيلة بكامل مبلغها وفق القواعد العامة لمجلة الالتزامات والعقود. (الفصل ١٨٦ من تلك المجلة) فهو اذا طالب احد الموقعين على تلك الكفيلة فان ذلك لا يمنعه من مطالبة غيره من الموقعين افر ذلك طالما لم يخلص في كامل مبلغ الكفيلة اما طالما ان هذا التضامن مصدره الكفيلة واحكام

الكبيالة تقتضي مطالبة المسحوب عليه أولا بإداء قيمتها سواء قبلها أو لم يقبلها عند حلول أجل الوفاء كان حامل الكبيالة عليه أولا التوجه للمسحوب عليه للخلاص وإن لم يفعل أصبح له حق الرجوع على الموقعين عليها دون حاجة لا تباع أي ترتيب في المطالبة إذ له مطالبة الساحب والمظهر والكفيل ببلغ الكبيالة باعتبارهم جميعا مسؤولين بالتضامن عن الوفاء. وأما بالنسبة لعلاقة الموقعين على الكبيالة فيما بينهم فإن القاعدة العامة في مجلة الالتزامات والعقود الفصل ١٨٩ تقتضي أن وفاء أحد المدينين التضامنين بالدين تمكنه من الرجوع على بقية التضامنين معه بذلك الدين لكن ليس له مطالبة كل واحد منهم بأكثر من منابه في الدين هذه القاعدة في تضامن المدينين بالكبيالة ومبدئيا لا عمل لها إذ التضامن الواقع القيام ضده من طرف الحامل بعد وفاءه ببلغ الكبيالة يمكنه مطالبة أي مدين آخر معه بالتضامن بكامل مبلغ الكبيالة حسب الفقرة الثانية من الفصل ٢١٠ من المجلة التجارية.

ومع ذلك إذا كان أولئك التضامنون في درجة واحدة مثل ثلاثة مظهرين في وقت واحد ووقع القيام على أحدهم فإن المظهر الذي وقع القيام ضده لا يمكن مطالبة كل واحد من المظهرين الاثنين الباقيين إلا في حدود منابه طبقا لقواعد الفصل ١٨٩ من مجلة الالتزامات والعقود المذكورة هذا من جهة ومن أخرى فإن قاعدة التضامن الواردة بالمجلة التجارية بالنسبة للكبيالة تقتضي منح المضمون حق القيام بالرجوع بالتضامن على ضامنيه فقط فالساحب الذي وقع القيام ضده بدعوى التضامن ضد المظهرين اللاحقين لأنه ليس مضمونا من طرفهم فهو يضمنهم وهم لا يضمنونه والقاعدة في التضامن الصرفي أن كل موقع على الكبيالة يعد ضامنا للموقعين اللاحقين ومضمونا للموقعين السابقين له (١).

(١) كتاب الاسناد التجارية للدكتور إدوارد عيد الفقرة ١٧٥ صفحة ٤٣٦.

والخلاصة أن من وقع القيام ضده بدعوى الرجوع على أساس التضامن له القيام بتلك الدعوى على من سبقه في التوقيع على الكبيالة أما الموقعون اللاحقون فلا يمكنه القيام ضدهم بتلك الدعوى الصرفية. بقيت ملاحظة أن التضامن هذا بين الموقعين على الكبيالة لا يهم النظام العام وبالتالي يمكن الاتفاق على خلافه للساحب اشتراط عدم التضامن فينسحب هذا الشرط على كافة الموقعين على الكبيالة أما أن اشترط ذلك من أحد المظهرين فإن هذا الشرط لا ينسحب إلا عليه دون غيره من الموقعين بالكبيالة تطبيقا لمبدأ استقلال التوقيع على الكبيالة فإن هذا الشرط لا يعمل به إلا بين الطرفين الموقعين لتلك الورقة المستقلة ولا يحتج به على بقية الأطراف المضمية على الكبيالة عملا بقاعدة عدم صحة الدفع الشخصية تجاه الحامل للكبيالة أن لم يكن طرفا في تلك الدفع.

الفقرة الثانية:

طبيعة التضامن الصرفي

٥٢- سبق أن قلنا أن التضامن الصرفي هذا مصدره الأساسي مجلة الالتزامات والعقود بالفصل ١٧٥ منها أي مصدره القانون المدني لكن التساؤل الذي يثار حول طبيعته هل هو عين التضامن الوارد بباب تضامن المدينين بالقانون المدني أم غيره ؟ ولادراك طبيعة التضامن الصرفي ينبغي معرفة كنهه والهدف الذي يرمي إليه.

فإذا كان تضامن المدينين في القانون المدني مبنيا المعرفة المفترضة للمدينين بعضهم لبعض ووجود فكرة النيابة المتبادلة فيما بينهم فإن هذه المعطيات بالنسبة للتضامن الصرفي لا وجود لها إذ أن غالب الموقعين

على الكسبيالة هم اشخاص لا رابطة بينهم وربما اختلف بسبب دين كل واحد منهم ومع ذلك افترض المشرع وجود رابطة بينهم هذه الرابطة هدفها حماية الحامل وزيادة ضماناته لاستخلاص دينه لذلك اعتبر بعض فقهاء القانون التجاري ان التضامن المصرفي هو تضامن ناقص (١) وبالتالي فانه لا يمكن اخذ كافة نتائج آثار التضامن المدني وتطبيقها على هذا النوع من التضامن صحيح ان بعض قواعد التضامن بين المدينين الواردة بسجلة الالتزامات والمعقود تطبق على التضامن المصرفي وهذا الامر طبيعي لان هذه السجلة ذات احكام عامة تطبق على سائر الاشخاص بما فيهم التجار في حين ان السجلة التجارية هي قانون خاص متى وردت بها احكام خاصة تقدم على الاحكام العامة واعتقادا على هذه الرؤيا فان قواعد التضامن بين المدينين الواردة بسجلة الالتزامات والمعقود تنطبق مبدئيا على الكسبيالة الا ان ما يجاني في احكامها احكام السجلة التجارية فانه يحفل بالعمل به.

فالمدين التضامن في القانون المدني اذا اوفى بالدين للدائن ليس له الرجوع على بقية المدينين بكامل الدين بل عليه مطالبة كل واحد منهم بانفراده في حدود متابه من الدين بينما في السجلة التجارية فان كل مدين متضامن اوفى بالدين له الرجوع بكامله على المدين التضامن معه الموضع على الكسبيالة فهذه القاعدة الخاصة بالسجلة التجارية تقدم على قاعدة القانون المدني كذلك نجد في سجلة الالتزامات والمعقود ان الدائن يمكنه مطالبة اي واحد من المدينين المتضامين بكامل الدين بمطلق الحرية (المصل ١٧٦ من سجلة الالتزامات والمعقود) بينما في السجلة التجارية ليس للحامل القيام على المدينين المتضامين وفق المصل ٢١٠ منها الا بعد قيامه

(١) الدكتور ادوار عيد - الاسناد التجارية المقرة ١٧٥ ص ٤٣٦

على المسحوب عليه القابل للكسبيالة وتحريره حده محضر احتجاج لعدم الدفع وان كان لم يقبل الكسبيالة بعد او رفض قبولها تحرير محضر احتجاج حده في عدم القبول عندما يمكن مطالبة اي واحد من المدينين المتضامين .

كما ان مطالبة الساحب ووفاء بمبلغ الكسبيالة تبرئ ذمة المظهرين كما ان مطالبة احد هؤلاء تبرئ ذمة بقية المظهرين اللاحقين الذين لم يحصل القيام خدمهم.

وهذا كله يدل على ان طبيعة التضامن المصرفي في المادة التجارية تختلف في كثير من جوانبها عن تضامن المدينين في القانون المدني .
والخلاصة ان تضامن المدينين في القانون المصرفي ذو طبيعة خاصة به اذ صدره القانون التجاري نفسه واساسه استقلال التوقيع بالكسبيالة وفي نفس الوقت زيادة ضمانات للحامل لاستخلاص دينه.

الفقرة الثالثة:

سوكز الملتزمين صرفيا :

٥٢ ان التضامن بين الموقعين على الكسبيالة الذي اوجبه القانون جعل رجال الفقه يتساءلون عن موقع كل مدين بالكسبيالة فمن هونهم المدين الاصلي بها ومن هم الكتلاء بها او المدينين القانونيين او الاحتياطيين بها. اما بالنسبة للكفيل والقابل عن طريق التداخل فيها بدون شك يعتبران مجرد كفيلين متضامين فيها ليسا مدينين بالكسبيالة بل كتلاء للمدينين بها فلا تقع مطالبتهم بها راسا هذا من جهة ومن اخرى يمكنهما ان يتسكبا ضد الحامل ببراءة ذمتها اذا اصبح حلولهما محله في الحقوق والامتيازات والرهون غير ممكن بسبب فعله (المصل ١٥٥ من سجلة الالتزامات والمعقود).

كما ان الكفيل يفقد حقه في الرجوع على المدين الاصلي اذا دفع الدين للحامل او حكم عليه بحكم احرز على قوة ما اتصل به القضاء بدون علم المدين الاصلي ان ثبت ان هذا الاخير وفي بذلك الدين اوله من الاسباب ما يثبت بطلان الدين او سقوطه واذا كان الامر واحدا بالنسبة للكفيل والقابل بطريق التداخل فانه بالنسبة لبقية الموقعين على الكفيلة من الساحب والسحوب عليه والمظهرين فاننا نجد صعوبة في تحديد مركزهم القانوني نظرا لما وضعهم عليه الفصل ٣١٠ من المجلة التجارية على قدم المساواة في التحامن لكن يربط بين الفصل المذكور بقية فصول المجلة نخرج بان المدين الاصلي بالكفيلة هو السحوب عليه القابل لها اذا ان القانون فرض الرجوع عليه اولا قبل مطالبة الساحب الفصل ٢٨٧ من المجلة التجارية ثم ياتي الساحب كمدين اصلي في صورة عدم قبول السحوب عليه للكفيلة (الفصل ٢٠٦ من نفس المجلة) ويمكن للحامل الرجوع عليه حتى قبل حلول اجل الوفاء. (١)

فكل هذه النظم القانونية توضح لنا ان المدين الاصلي بالكفيلة هو السحوب عليه القابل لها والساحب عند عدم قبول السحوب عليه للكفيلة.

لكن ما هو مركز المظهرين القانوني فهل هم كفلاء متحامنون للسحوب عليه والساحب في حالة عدم قبول السحوب عليه للكفيلة ام ماذا ؟ لا يمكن وصفهم بالكفلاء لان خصائص الكفالة لا تساهم الوضع القانوني للمظهرين اذ الكفالة تستلزم تسمية الكفيل لالتزامات المدين. فتسقط بسقوطه وتبطل ببطلانه بينما المظهر ليست له هذه الصفة. اذ ان كل توقيع من احد المظهرين ولد التزاما مستقلا عملا بقاعدة استقلال

(١) علي البارودي - القانون التجاري - فقرة ٣٧٩.

التواضع في القانون التجاري وبدليل عدم امكانية الاحتجاج بالدفع عند الحامل فيما هناك من علاقات شخصية بين المظهر والساحب او السحوب عليه. وبذلك نرى ان المظهر ليس بكفيل بالمعنى الكامل كما انه ليس بمدين اصلي بالكفيلة بدليل ان المسؤولين بالاداء اساسا عنها هما السحوب عليه القابل والساحب قبل القبول وبعد ذلك ياتي مركز المظهر او المظهرين فهو بمثابة الكفيل من نوع خاص اتم به القانون التجاري لا نجد له نظيرا بالقانون المدني.

غير ان بعض فقهاء القانون يعتبرون المظهر والساحب بعد القبول هما بدورهما مدينين اصليين من نوع خاص فهم مدينون اصليون احتياطيون لا يقع الرجوع عليهم الا بعد الرجوع على السحوب عليه القابل او الرجوع على الساحب قبل القبول. (١)

القسم الرابع:

الكفالة او الضمان الاحتياطي

١٥٤ - ان تعبير المجلة التجارية عن الضمان الاحتياطي بالكفالة يدخل كثير من الاضطراب على تحديد معنى الكفالة المقصود بالمجلة التجارية هل هي الكفالة الواردة بمجلة الالتزامات والمقود الفصل ١٤٧٨ وما بعدها واذا كانت هي تلك هل هي الكفالة بالسال ام الكفالة بالوجه.

بينما الكفالة المقصودة بالمجلة التجارية هي نوع خاص من الضمان الاحتياطي الذي وفره المشرع بالفصل ٢٨٩ من تلك المجلة لفائدة الحامل لزيادة ضمان خلاص الكفيلة عند حلول اجل الوفاء.

(١) كتاب الاسناد التجارية للدكتور ادوارد عبد نفرة ١٧٦ صفحة ٤٤٠

والمقصود به في القانون التجاري هو الضمان الذي يحميه شخص ثالث أو أحد موقعي الكسبيالة للوفاء بملفها عند حلول أجل الخلاص إن لم يوف بملفها المدين.

نعم الكفالة في القانون التجاري تشبه إلى حد بعيد الكفالة بالمال الواردة بمجلة الالتزامات والمقود لكن الكفيل ضمن القانون التجاري لها يعني الكسبيالة على وجه الضمان يكون ملتزما بالوفاء بها التزاما صرفيا بحيث تنطبق عليه أحكام المجلة التجارية لا أحكام مجلة الالتزامات والمقود فهو يكون ملتزما لا تجاه حامل الكسبيالة يوم امضائه عليها بالضمان فقط بل تجاه كافة من انتقلت اليهم الكسبيالة عن طريق التطهير.

والسلاح أن الكفالة كما تعطى من الكفيل من أجل ضمان الوفاء بالدين في الأجل يمكن أن تعطى أيضا من أجل قبول الكسبيالة من المسحوب عليه وإن كان الفصل ٢٨٩ من المجلة التجارية تحدث عن الكفالة أي الضمان الاحتياطي في خصوص ضمان الوفاء فقط.

ثم أن الكفالة هذه لتكون صحيحة لا بد من توفر شروط معينة فيها وهي متى حصلت تترتب عنها آثارها لذلك ستتناول كل نقطة من ذلك النقطتين بالبحث على حدة.

الفقرة الأولى:

شروط الكفالة

— أن شروط الكفالة تنقسم إلى قسمين موضوعية وأخرى شكلية.

أ- الشروط الموضوعية :

٥٥- أن هذه الشروط تمثل في الكفيل نفسه يشترط فيه ما يشترط في الملتزم بالكسبيالة بحيث يكون أصلا للالتزام والالتزام مع وجوب أن يكون يتمتع بأهلية كاملة فهو لا يكفي أن يكون متحصلا على ترشيده

بوجوب ترخيص من الولي لأن عقد الكفالة بمثابة عقد التبرع الذي لا يلتزم به غير الرشيد (١).

وإن تكون الكسبيالة الموقعة عليها بالضمان من طرف الكفيل صحيحة قانونا إذ أن عقد الكفالة هو عقد فرعي لمقد أصلي هو الكسبيالة فإذا كان المقد الأصلي باطلا لسبب ما فإن التزام الكفيل يعتبر لا محل له هذا والكفالة يمكن أن تكون صادرة عن شخص أجنبي عن الكسبيالة بمعنى غير الملتزمين بها وقد يكون من الموقعين عليها عملا بالفترة الثانية من الفصل ٢٨٩ المذكور كما يمكن أن يكون الكفيل هذا من الأشخاص الموقعين على الكسبيالة مثل الساحب الذي رغم توفره للمؤونة لدى المسحوب عليه يوقع بوضعه كفيل له في الوفاء والفائدة من كفالتة هذه أنه يصبح من المستوعب عليه الاحتجاج على الحامل البديل بعدم إمكانية القيام ضده كمساحب نتيجة امضائه مطالبة المسحوب عليه وكذلك ليس له التمسك تجاه الحامل بسقوط حقه بمرور عام من تاريخ الاحتجاج بل يصبح خاضعا لأجل الثلاث سنوات الوارد بالفصل ٢٢٥ من المجلة التجارية كما يمكن أن تكون هذه الكفالة من أحد المظهرين لفائدة الساحب وعندئذ يكون للمظهرين السابقين له الرجوع عليه بحددهم قيمة الكسبيالة بوضعه كفيلًا للساحب.

غير أن الملتزمين الأصليين بالكسبيالة والذين هم موقعون عليها لا يمكن أن يكونوا من الكفلاء وهذا ما نجده متوفر في المسحوب عليه المقابل للكسبيالة فهذا الملتزم الأصلي للكسبيالة لا يمكنه أن يكون كفيلًا في الوفاء بها إذ هو ملتزم أساسا بإداء ملفها عند حلول أجل الخلاص.

(١) مصطفى كمال طه - الوجيز في القانون التجاري فقرة ١٦١

كما ان الكفالة يمكن ان تقع لفائدة اي شخص التزم بالكفيلة بتوقيعه عليها غير انها لا تصح بالنسبة للاشخاص الذين اشترطوا صلب تلك الكفيلة عدم الضمان لانه عندئذ يكون هذا الموقع على الكفيلة غير ملتزم ضمنا باي التزام وطالما انه لا التزام بنفسه فلا وجه لضمانه اذا ان الكفالة ترد على الالتزام اي على عقد اصلي بالالتزام وطالما ان هذا الالتزام لا وجود له فلا وجه لتوقيع الكفالة لفائده.

نعم يمكن ان تكون الكفالة لشخص غير موقع على الكفيلة الا انه متوقع التزامه بها مثل المسحوب عليه الفهر القابل للكفيلة هنا تجوز تلك الكفالة باعتبارها واقعة على التزام يمكن الحصول غير ان التزام الكفيل هذا لا ينتج اثره الا اذا التزم المسحوب عليه بتلك الكفيلة لكن عليها المتكفل بالوفاء هو متكفل ضمنا بالقبول اذا اشترط عدم ضمانه للقبول صراحة هنا يعتبر ذلك الشرط عاملا ولا عيب فيه.

ب- الشروط الشكلية للكفالة :

١٥٦- ان الشروط الشكلية للكفالة نجدها واردة بمصلحتها بالفصل ٢٨٩ من المجلة التجارية وهي التالية :

(١) ان تكون كفاية : اي انها صادرة عن الكفيل في شكل كتابي والتصد من ذلك ان تكون بشكل سريع و واضح لا غبار عليه ولا يهيم ما اذا كانت تلك الكتابة حاصلة على عين الكفيلة او في ورقة مستقلة عنها (١) انما اذا حصلت بكتب مستقل ينبغي بيان المكان الذي تمت فيه حتى

(١) حكم تجاري صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد ١٦٠٠٧ بتاريخ ٢٤ ماي ١٩٨٦ غير منشور.

يمكن معرفة البلد الذي اعطيت فيه تلك الكفالة لتطبيق القانون التجاري لذلك البلد على تلك الكفالة تطبيقا للقواعد العامة لتنازع القوانين في المادة التجارية ويمكن ان تكون هذه الكفالة واردة على كامل مبلغ الكفيلة او على جزء منها فقط. (١)

(٢) امضاء الكفيل : ان امضاء الكفيل وحده مبدئيا كافيا دون ذكر اي عبارة اخرى سوى بيان اسمه ولقبه لكن اذا كان كفيل للمسحوب عليه دون بيان صفته ككفيل باستعماله للفظه تدل على كونه كفيل لا غير مثل لفظه يعتمد للكفالة او في موداما فان توقيعه ذاك يعتبر منه قبولا للكفيلة لا اكثر ولا اقل ونفس هذا الواجب من حيث البيانات نجده محمولا على صاحب ايضا عند توقيعه على الكفيلة بعنوان الكفيل.

(٣) تعيين الشخص المكفول : ان بيان الشخص المكفول عند امضائه للكفيلة من الكفيل مهم وذلك حتى يعرف الحامل الشخص الواقع كفالة ليتخذ موقفا من بقية المترمين بالكفيلة ان اقتضى الامر رجوعه قبل اجل الاستحقاق لذلك اعتبر المشرع امضاء الكفيل دون بيان شخص المكفول بشابة وقوع الكفالة على شخص صاحب (٢).

(١) ادوار عيد - الاسناد التجارية - فقرة ١٧٩

(٢) حكم مدني صادر عن المحكمة الابتدائية عدد ٦٩٧١ بتاريخ ٨ ماي ١٩٧٢ مجلة القضاء والتشريع عدد ١ و ٢ جانفي وفبري ١٩٧٤ صفحة ١٥ وقد اعتبر هذا الحكم ان الغرينة التي اتي بها الفصل ١٨٩ هي قرينة قانونية قاطعة لا تقبل الدخول بالحجة المضادة.

(٤) وجوب حصول هذه الكفالة قبل تاريخ وقوع الاحتجاج لعدم الغلاص : أن هذا الشرط ضروري لاعتبار الكفالة المأذنة عن الكفيل بمثابة الكفالة المأذنة الواردة بسجله الالتزامات والمقود أما لو حصلت هذه الكفالة عقب حلول أجل الوفاء وقبل تاريخ تحرير محضر الاحتجاج لعدم الدفع فاعلم الفقهاء ذهبوا إلى اعتبار هذه الكفالة صحيحة قانوناً ومنتهجة لأثرها في مجال القانون المصرفي مثلها مثل التعطير الواقع في هذه الفقرة والتي يعتبر صحيحاً في نظر القانون التجاري (الفصل ٢٨٢ من السجل التجاري).

الفقرة الثانية: أثار الكفالة

٥٧- أن أثار الكفالة تبرز في موطنين اثنين من السجل التجاري الأول الفصل ٢٨٩ الفقرة السابعة وما بعدما بقوله (ويلتزم الكفيل بمثل ما التزم به المكفول) ويكون التزام الكفيل صحيحاً وأن يكن الالتزام الذي ضمه باطلاً لا ي سبب آخر غير عيب في الشكل. إذا دفع الكفيل الكفيلة فإنه يكتب الحقوق المترتبة على الكفيلة تجاه المضمون والمتزمين له بمقتضى الكفيلة والثاني الفقرة الأولى من الفصل ٢٩٠ من نفس السجل يقولها (أن صاحب الكفيلة وقابلها ومظهرها وكفيلها ملزمون جميعاً لحاملها على وجه التضامن). ومن خلال ذلك النص يمكن القول :

(١) بأن الكفالة يترتب على حصولها التزام الكفيل بالوفاء على وجه التضامن لا على معنى القانون المدني بجمعه بين أحكام الكفيل بالسال أو المدين المتضامن بل على معنى القانون المصرفي إذ هو يخضع لأحكام السجل التجاري فيما يتعلق بالتزامه بالوفاء بالتضامن مع المدين

المضمون المتلزم بالوفاء دون أن يكون من حقه أن يحصل على تأجيل الوفاء أو تقسيطه.

كما أنه إذا سدد قيمة الكفيلة فمن حقه الرجوع على معنى السجل التجاري على المدين الذي كفله وعلى كل الموفمين السابقين عليه في تلك الكفيلة على أنه إذا كانت كفالاته مقصورة على الساحب فإنه ليس له الرجوع إلا عليه وعلى المسحوب عليه الذي قبل الكفيلة أما إذا كانت كفالاته تخص هذا الأخير فقط فإنه ليس له الرجوع إلا عليه فقط إذا كان الساحب قد أثبت تقديمه للموثة للمسحوب عليه (١). وطالما قلنا أن التزام الكفيل هو التزام صرفي والقيام ضده يتبع فيه ذلك القانون فإنه عملاً بقاعدة عدم حجبة الدفع الشخصية في العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه ضد بقية المتزمين بالكفيلة فإنه في صورة تسديد الكفيل للساحب مبلغ الكفيلة للمعامل فإنه عند قيامه بدعوى الرجوع ضد المسحوب عليه القابل ليس لهذا الأخير الاحتجاج ضده بكونه لم يخلق الموثة من الساحب مستنداً لكون الكفيل هو في مركز هذا الأخير وذلك اعتماداً على قاعدة القانون التجاري المذكور من عدم جواز الاحتجاج بالعلاقات الشخصية ضد العامل وكذلك الكفيل.

(٢) ما دمتنا قد قلنا أن الكفيل هو بمثابة الكفيل المتضامن يترتب على ذلك أنه علاناً لنواعد القانون المدني ليس له أن يطالب العامل أن يقوم قبل القيام ضده بتقاضاه المدين الأصلي وفق مقتضيات الفصل ١٦٩٨ من سجل الالتزامات والمقود (٢).

(١) الأوراق التجارية - رولي روبلو - فقرة ٢٥٦.

(٢) القرار الاستثنائي عدد ٤٠٨٦٩ الصادر بتاريخ ٩ جانفي ١٩٨٠ محكمة استئناف تونس غير منشور.

اذ انه حسب الفصل ٢١٠ من المجلة التجارية يمكن مطالبة اولا دون لزوم اتباع اي اولوية او ترتيب كما ان الكفيل منا ليس من حقه طلب تقسيم الدين بينه وبين غيره من الكفلاء ان كان معه متكفلان اخران في نفس الدرجة من الالتزام مثل ما هو الحال في الفصل ١٥٠٠ من مجلة الالتزامات والمفود.

(٢) والكفيل حسب الفترة السابقة من الفصل ٢٨٩ من المجلة التجارية ملتزم بمثل ما التزم به المكنول وبالتالي يجوز له الاحتجاج بما يمكن ان يحتج به مكنوله ضد الحامل وهذا مبناه ان الكفالة كما قلنا هي التزام تابع فاذا كان الالتزام الاصلي لم يمد سكن المطالبة به فانه لا يمكن مطالبة الكفيل به وهذا مثل ان يكون المكنول هو المظهر واصبح من غير الممكن القيام حده من طرف الحامل بسبب الاممال فان هذا الحامل يمكن للكفيل ان يدفع الرجوع عليه بالاممال المذكور كما يمكن للكفيل ان يدفع الطلب بما يمكن ان يدفع به المكنول من وجود تزوير بالكبيالة او وجود مقاسة بين الحامل والمكنول او التسك بالاجل الممنوح (١).

(٤) طالما ان الكفيل في علاقته بالحامل خاضع لاحكام المجلة التجارية وهناك مبدا في قانون الصرف يقتضي استقلال التواقيع فاذا كان التزام المكنول مشوبا بميب في الرضا او نقصان اهلية او عدم مشروعية ذلك الالتزام فان التزام الكفيل يبقى قائما طالما ان الميب لم يرد على الشكليات الانزامية (الفترة الثامنة من الفصل ٢٨٩ من المجلة التجارية).

(١) علي البارودي - القانون التجاري - فقرة ٢٨٦.

الباب الثالث تداول الكمبيالة

القسم الأول :

مبادئ عامة : تعريف التطهير و أنواعه

٥٨- من أهم مميزات الأوراق التجارية هو إمكانية تداولها من يد إلى أخرى بيسر كبير لا نجده في قواعد القانون المدني نظراً لما تجسّمه هذه الطريقة في القانون التجاري من سهولة انتقالها من يد إلى أخرى ومن ضمانات في نفس الوقت لكافة المتعاملين بها.

فنحن نعرف أن الديون المدنية المضمّنة بمقود ما يمكن انتقالها عن طريق الاحالة المدنية (الفصول من ١٩٩ إلى ٢١٨ من مجلة الالتزامات والمقود) إلا أن هذا الانتقال في

القانون المدني شروطه ثقيلة وضماناته أقل بكثير مما هو موجود بالقانون التجاري في باب تطهير الأوراق التجارية.

فالاحالة المدنية لا يتم انتقال الحق للمحال له بالنسبة للمدين أو لميره إلا بالإعلام بانتقال الدين أو قبول الدين للانتقال بكتب ثابت التاريخ (الفصل ٢٠٥ من مجلة الالتزامات والمقود). كما أن المحيل لا يضمن إلا صفة كونه دائن أو صاحب الحق تجاه المحال عليه وأن ذلك الدين أو الحق موجودا وقت الاحالة وأن له حق التصرف فيه (الفصل ٢١٢ من نفس المجلة) كما يمكن للمحال عليه أن يحتج ضد المحال له بجميع ما له من أوجه دنوع ضد المحيل إن كان لها مستند وقت الاحالة أو وقت الإعلام

بها (الفصل ٢١٧ من نفس المجلة) وهكذا نرى أن قواعد الاحالة العادية فيها كثير من التضيقات بالنسبة للمحال له وفيها حتى أخطار مثل حالة اعدام المدين بعد الاحالة إذ أن المحيل غير مسؤول على قدرة المحال عليه على الوفاء (الفصل ٢١٤ من المجلة المذكورة).

لذلك رأى المشرع في مجال القانون التجاري أن يحيل الأوراق التجارية بأكثر ما يمكن من السهولة في تداولها من جهة ومن أخرى أكثر ما يمكن من الضمانات من حيث الوفاء بقيمتها.

وعلى هذا الأساس تم تنظيم أحكام تداول الكمبيالة فكان أن جعل القسم الثالث من الباب الأول من الكتاب الثالث بالمجلة التجارية يتحدث عن تطهير الكمبيالة وهي موضوع الفصول من ٢٧٦ إلى ٢٨٢ بدخول الفاية.

تعريف التطهير — l'endossement —

١٥٩- والتطهير — endossement — هو بيان يكتب على ظهر الكمبيالة أو على ورقة ملحقة بها تسمى المضافة تشمل على عبارات خاصة مضمّنة بأضواء التطهير — endosseur — يطلب فيها من المحال عليه أن يقوم بخلاص مبلغ الكمبيالة لشخص ثالث الذي هو التطهير — endossateur — أو لأمرة وقد يظهر هذا الأخير لشخص آخر وهكذا قد تتسلسل التطهيرات لتستقر الكمبيالة أخيراً في يد حاملها الأخير الذي يتقدم بالمطالبة بمبلغها عند حلول أجل الوفاء. (١)

غير أنه أحياناً نجد الكمبيالة غير قابلة للتداول بطريق التطهير الوارد بالمجلة التجارية وذلك نتيجة اشتراط الساحب لذلك بذكره عليها المبارزة (ليس لامر) أو عبارة ماثلة (الفصل ٢٧٦ من المجلة التجارية)

(١) محمد علي راتب - السندات الاذنية - فقرة : ١١٤

وعندئذ تعتبر تلك الكمبيالة غير قابلة للتداول الا بطريقة الاحالة المدنية العادية. ثم ان التطهير اذا قد يكون تطهيرا تاما وهو التطهير الناقل للملكية وقد يكون تطهيرا توكيلا وهو الذي يقع من المظهر للمظهر له ليتبض هو عوضا عن مبلغ الكمبيالة كوكيل عنه وقد يكون التطهير غايته جعل الكمبيالة موضوع رهن او ضمان لا غير فيعتبر ذلك التطهير تطهيرا على سبيل الضمان فقط.

والملاحظ ان لكل تطهير من التطهير المذكورة اثره لذلك سوف نتحدث عن كل نوع من انواع التطهير تلك على حدة سواء من حيث شروطه او من حيث اثاره.

الفقرة الاولى:

التطهير الناقل للملكية

endossement translatif

٦٠ التطهير الناقل للملكية هو عبارة عن بيان يوضع على ظهر الكمبيالة او ورقة مستقلة تسمى الحافاة بقصد نقل الحق الثابت فيها من المظهر الى المظهر له (١).

وهذا النوع من التطهير هو الذي نجده في الاستعمال اكثر من اي نوع اخر من انواع التطهير اذ انه تطهير ناقل للملكية الكمبيالة ونجده مستعملا كثيرا من طرف حرفاء البنوك او المصارف تجاه هؤلاء الاخرين اذ يحمى اولئك الحرفاء في اغلب الاحيان الى خصم الكمبيالة لدى البنك

(١) دكتور مصطفى كمال طه - الوجيز في القانون التجاري - فقرة ٦٢.

بالتعالي عنها بالتطهير لعائده هذا الاخير الذي يتولى استخلاص قيمتها عند حلول الاجل وقد يكون التطهير لمير البنك كأن يكون شخصا عاديا دائما للمستفيد المظهر للكمبيالة فيتعالي له عنها على وجه الملكية ليتقاضى مبلغها عند حلول اجل الوفاء.

والتطهير الناقل للملكية يستوجب ليكون صحيحا شروطا معينة هذه الشروط منها شروط موضوعية واخرى شكلية كما ان هذا التطهير متى حصل فانه سوف يترتب عليه اثار لا محالة وقد يحصل ذلك التطهير خارج اجل الاستحقاق ولذلك نتائجه ايضا وعليه فاننا سوف ندرس على التوالي جميع العناصر المذكورة على النحو التالي :

الفرد الاول:

الشروط الموضوعية

ان التطهير هو عمل قانوني طرأ المظهر والمظهر له لذلك ينبغي ان تتوفر فيه الشروط اللازمة لمحة الاعمال القانونية عموما الى جانب ان تتوفر في المظهر والمظهر له شروط خاصة بكل منهما.

اولا: الشروط الواجب توفرها في التطهير كعمل قانوني.

٦١ انه طالما ان التطهير هو عمل قانوني فانه ينبغي ان يكون له موضوع ممكن وجائر قانونا وان يكون له سبب مشروع وان يكون ذلك التطهير صادرا عن رضا غير معيب وان يكون حصل قبل تحرير الاحتجاج او قبل انتهاء امد اقامته. اما موضوع التطهير فهو المبلغ الوارد صلب الكمبيالة الذي يكون مقدارا ماليا معينا لانه اذا كان غير نقود كان كان بضاعة فانه لا يحترق واردا على كميته بل قد تكون وثيقة شحن او غيرها من الوثائق الاخرى غير الكمبيالات.

وما دام موضوع التطهير مبطلًا من النفوذ فإن هذه النفوذ تعتبر عملاً
ممكناً وجائزاً.

أما سبب التطهير فهو عبارة عن مصدر العلاقة التي نشأت بين المظهر له
والتي بسببها حصل ذلك العمل القانوني فقد يكون المظهر سلم الكميالية
عن طريق التطهير للمظهر له مقابل بضاعة سبق له أن استلمها أو سيستلمها
منه. وسبب التطهير هذا ينبغي أن يكون مشروعاً فلا تكون مبناه أمور لا
يجوزها القانون مثل أن يكون ذلك السبب خلاص دين قماراً أو إعطاء
مقابل علاقة خنثية بين المظهر والمظهر له أو للحفاظ على استمرارية
تلك العلاقة الغير المشروعة وينبغي أن يكون ذلك السبب حقيقياً
فالسبب الظاهر ولو كان مشروعاً مبنياً هو بخفي وراءه السبب الحقيقي
الذي هو غير مشروع بحيث كان السبب الظاهر هو سبب صوري لا غير
فإن المعتبر هو السبب الحقيقي فإذا كان هذا الأخير باطلاً فإن السبب
يحتسب باطلاً لا محالة ويبطل بموجب التطهير. وعلى من يدعي صورية
السبب أن يثبت تلك الصورية وهذا المسؤول عن الإثبات هو المظهر
الذي عليه إثبات متى وقعت مطالبة من المظهر له كما يمكن إثبات
الصورية هذه بجميع وسائل الإثبات.

و نلاحظ أن الدفع بعدم مشروعية الموضوع أو السبب لا يحتج به إلا
من المظهر نحو المظهر له أما إذا قام هذا الأخير بدوره بتطهير
الكميالية للمظهر فإن المظهر الأول ليس له أن يحتج ضد المظهر له
الأخير بإسالة من أوجه دفع تجاهه المظهر الأول ليس له أن يحتج و
ذلك عملاً بقاعدة تطهير الدفع إذ أن التطهير يظهر الدفع الذي كان
من الممكن الاحتجاج بها من المظهر الأول ضد المظهر له الأول أما
المظهر له الثاني فلا وجه للاحتجاج ضده من المظهر الأول عملاً
بالقاعدة المذكورة.

ثم أن التطهير ليكون صحيحاً موضوعاً ينبغي أن يكون صادراً عن إرادة
حرة أي أن يكون عن رضا المظهر غير مشوب بمسبب من عيوب الرضا من
إكراه أو تدليس أو غلط فإذا كان التطهير واقفاً من المظهر تحت
مفعول غلط أو غش أو إكراه فإنه يكون باطلاً وله الدفع ببطلان التطهير
تجاه المظهر له وحتى أن وقع تطهير الكميالية من جديد فإن المظهر
له الجديد إذا كان سيء النية فإنه يحتج ضده ببطلان الكميالية
بالمسبب في الرضا الثابت الحصول.

أما إذا كان المظهر الجديد حسن النية فليس للمظهر الاحتجاج ضده
بما ذكر اعتماداً على قاعدة التطهير بمظهر الكميالية من الدفع على لا
يحتج عليه بما يمكن الاحتجاج به ضد المظهر له المباشر للمظهر
الحاصل له المسبب في الرضا كيف ذكر.

و أن لا يكون ذلك التطهير قد حصل بعد إقامة محضر الاحتجاج أو
انقضاء أجل أقامته .

و هنا نلاحظ أن الشرع جعل التطهير الواقع بعد حلول أجل الوفاء
وقبل إقامة الاحتجاج أو انقضاء أجل أقامته وهنا نلاحظ أن الشرع
جعل التطهير الواقع بعد حلول أجل الوفاء وقبل إقامة الاحتجاج أو
انقضاء أجل أقامته تطهيراً صحيحاً ينتج آثاره القانونية كتطهير عادي
يخضع لأحكام السجلة التجارية باعتباره تطهيراً تاماً نافلاً للملكية.

أما إذا وقع ذلك التطهير بعد إقامة محضر الاحتجاج أو انقضاء أمد
أقامته المحددة قانوناً فإن التطهير الحاصل على هذه الشاكلة الآثار
الترتبة عنه لا تتمدى آثار الاحالة المادية أي أن هذا التطهير يعتبر
بمباشرة الاحالة المدنية و ترتب عليه آثار تلك الاحالة ويصبح
خاصة لأحكام ومجلة الالتزامات و المقود من حيث شروط الاحالة
و نتائجها من الاحتجاج بالدفع ضد الحامل وفق قواعد القانون
المدني و من محدودية ضمان المظهر وفق قواعد ذلك القانون و قد

نصت المجلة التجارية صراحة على هذه الأحكام بالفقرة الأولى من الفصل ٢٨٢ منها بقولها (يترب على التطهير الحاصل بعد حلول الاجل نفس النتائج المترتبة عن تطهير سابق على ان التطهير الحاصل بمعد الاحتجاج بالامتناع عن الدفع او بعد انقضاء الاجل الممن لاقامة الاحتجاج فلا يترب عليه الا نتائج الاحالة المادية .

ثانيا : الشروط الواجبة توفرها في المظمر :

ان الشروط الواجب توفرها في المظمر تتمثل في امرين اثنين هما
الاملية والسنة :

(١) توفر الاملية في المظمر :

ان التطهير ليكون صحيحا موضوعا ينبغي ان يكون حاسلا من شخص يتمتع باملية القانونية والاملية المرادة هنا املية الالتزام والالتزام من جهة ومن اخرى املية التعامل بالكمبيالة .

أ- اما في خصوص املية الالتزام والالتزام :

ان عليه التطهير كما سبق ان قلنا في عمل من الاعمال القانونية ولذلك ينبغي ان تتوفر في القائم بها املية القانونية الواجب توفرها في كل قائم بعمل قانوني ما وهذه املية ينبغي ان تكون متوفرة بصفة كاملة في صاحبها ومعنى ذلك ان بلغ سن الرشد القانوني اي عشرين عاما وغير محجور عليه بسبب من الاسباب القانونية المعروفة من تحجير لسنه او لعتة او جنون .
نعم يمكن للسيد البادون له بالتجارة تطهير الكمبيالة لان ذلك يعتبر من الاعمال التجارية المرخص له القيام بها .

ب- وفي خصوص املية التعامل بالكمبيالة :

احيانا نجد بعض الاشخاص الذين يمنع عليهم التعامل بالكمبيالة ومولاء مثل المحجور عليهم التصرف في اموالهم كالمحكوم عليهم بالاشغال الشاقة طيلة امد تسليط العقاب عليهم (الفصل . من المجلة الجنائية) فالمفلس ليس بناقذ للاملية وانما هو محجور عليه امضاء الكمبيالة بالتطهير لان هذا العمل القانوني عبارة عن بيع للكمبيالة والمفلس ليس له التفويت في مكاسبه وهو ان فعل ذلك لا يحتاج بصنيعه ذلك على اتحاد الدائنين .

(٢) توفر السنة في المظمر :

ان التصود بتوفر السنة في المظمر تطهيرا ناقلا للملكية هو ان يكون ذلك المظمر المالك الشرعي للكمبيالة فالاجنبي عن الكمبيالة ليس له تطهيرها تطهيرا ناقلا للملكية .

نعم يمكن ان يكون المظمر غير مالك للكمبيالة الا انه هنا عليه عند التطهير ابراز صفة بوسنه وكيله واللاحظ انه في هذه الصورة يجوز ان يكون المظمر هذا غير رشيد انما ينبغي ان يكون المالك الحقيقي للكمبيالة المظمر في حقه رشيدا والمبرة بتاريخ الترشيد وهو تاريخ التطهير .

ويثار سؤال في هذا المجال حول امين الفلسة هل له تطهير الكمبيالات التي يملكها المفلس ؟

الجواب : لا يخلو الحال من امرين اما ان يكون امين الفلسة مرخصا له في ذلك من الحاكم المنتدب وعندئذ يكون تطهيره صحيحا قانونا .
واما اذا لم يكن مأذونا له بذلك من الحاكم المنتدب فاختلف الرأي لدى الفقهاء فذهب البعض الى جواز ذلك باعتبار امين الفلسة من مهامه قبض الاموال التي تكون للمفلس لدى الفير في اجل الحلول

ومنها قبض مال الكبيالة كما يمكنه أن يظهرها للغير بخصها لدى البنك أو غيره لقبض مبلغها ولو قبل حلول أجلها قصد الإسراع بإتمام أعمال الفلسفة وهذا الرأي مستند من الفصل ٤٧٩ - من البجلة التجارية الذي يقتضي عدم وضع الاختام على الأوراق التجارية والأسهم والرقاع التي يكون أجل الوفاء بها قريب الحلول . (١)

غير أن الرأي الراجح أن أمين الفلسفة يمكنه قبض قيمة الكبيالة عند حلول أجلها أما تظهيرها عن طريق الخصم فإن ذلك لا يكون إلا بإذن من الحاكم المنتدب وذلك لما في التظهير من مخاطرة على جماعة الدائنين إذ أن أمين الفلسفة يتظهير للكبيالة يصبح من جملة الضامنين المتضامنين في الوفاء ببيلها في حالة عدم الدفع عند حلول الأجل من طرف المسحوب عليه والنتيجة أن مبلغ الكبيالة ولو قام بقبضه أمين الفلسفة لفائدة جماعة الدائنين إلا أنه عليه .

الاحتفاظ به خارج الأموال القابلة للتوزيع ريثما يقع الوفاء بقيمة الكبيالة للمستفيد منها احتياطاً لما قد يحصل من عدم التخلص وإمكانية الرجوع عليه وبذلك نلاحظ أن أمين الفلسفة أصبح بإمكانه إدخال التزامات جديدة على اتحاد الدائنين بعد صدور حكم الإفلاس والمعروف قانوناً أن أمين الفلسفة ليس له ذلك إلا إذا رخص له الحاكم المنتدب في ذلك في نطاق القانون .

كما أنه من جهة أخرى كما قلنا من قبل أن تظهير الكبيالة هو بمثابة بيعها وأمين الفلسفة ليس له بيع متعلقات الفلسف إلا بعد حصوله على إذن من الحاكم المنتدب وهكذا نرى أن أمين الفلسفة ليس له تظهير الكبيالة وإنما قبض مبلغها لا غير .

(١) محمد علي راتب - المندبات الأدبية - فقرة ١٧٨ .

ثانياً - الشروط الواجب توفرها في المظهر له :

أن المظهر له يمكن أن يكون ذاتاً معنوية كما يمكن أن يكون شخصاً مادياً بالنسبة لهذا الأخير فإنه ينبغي أن يكون أهلاً لقبول الالتزامات المدنية ومعنى ذلك أن يكون متمتعاً بأهلية الوجوب أي أن يكون مميزاً ولا يلزم أن يكون متمتعاً بكامل الأهلية القانونية من أهلية وجوب وأهلية أداء فلا مانع من يقع تظهير الكبيالة لفائدة شخص مادي قاصر أو ناقص الأهلية إلا أن هذا المظهر له الذي وضعته تلك ليس له إعادة تظهير تلك الورقة التجارية إلا متى توفرت فيه شروط المظهر السابق التعرض لها .

وإن كان المظهر له ذاتاً معنوية فإنها ينبغي أن تكون قائمة أي موجودة فالشركة المظهر لها الواقع حلها وزالت شخصيتها المدنية لا يمكن بحال أن يقع التظهير لفائدتها وإن هو حصل فهو تظهير باطل . كما يمكن أن يحصل التظهير للملتزم السابق بها كالمالك أو المسحوب عليه القابل لها وهو جائز قانوناً ولا يمنع هذا المظهر له من إعادة تظهير الكبيالة من جديد لعدم وجود نص قانوني يمنع ذلك .

الفرد الثاني :

الشروط الشكلية

إلى جانب الشروط الموضوعية التي ينبغي توفرها في التظهير ليكون صحيحاً والسابق الحديث عنها هناك شروط شكلية ينبغي توفرها في ذلك التظهير وهي شروط شكلية الزامية عدم مراعاتها

و اما تطهيرا على بياض متى وضع توقيعه دون بيان اسم المستفيد. (١)

واما تطهيرا للحامل حسبما يستفاد ذلك من مقتضيات الفقرة السابقة من الفصل ٢٧٦ من المجلة التجارية التي جاء بها (والتطهير المستعجل للحامل بعد بثابة تطهير على بياض) فالمشرع هنا اعتبر هناك نوعا من التطهير يحبر عنه بالتطهير للحامل انما هو ملحق بالتطهير على بياض ضرورة ان الفقرة الاخيرة من نفس الفصل المذكور لم ترد بها الا سورتي التطهير الاسمي والتطهير على بياض .

ومما يمكن من امر فان التطهير الاسمي هو التطهير الذي يظهر فيه اسم المستفيد بينما التطهير على بياض هو الذي يقع من المظهر مستكملا شرائط التطهير انما اسم المستفيد غير مذكور وعندئذ للمستفيد من ذلك التطهير ذكر اسمه بالسكان المعصم له فتصبح عندئذ الكميالة اسمية ولا تنتقل ملكيتها للمير الا عن طريق التطهير.

وقد يصد ذلك الميراث قبل تسليها للمير ان يحضي على تلك الكميالة وفي نفس الوقت يضع عليها اسم المظهر له وعندئذ يعتبر مسؤولا مسؤولية سرفية تجاه حاملي الكميالة اللاحقين باعتباره ملتزما بها (الفصل ٢٧٧ من المجلة التجارية).

كما يمكن ان يسلّم ذلك المظهر له المير المذكور اسمه بالتطهير الكميالة الى شخص اخر دون توقيع منه ولا ذكر اسم ذلك المستفيد وهنا ايضا لا تعتبر ذلك المظهر له المير المذكور اسمه والمير الموقع على الكميالة ملتزما التزاما سرفيا طالما لم يظهر بالكميالة لا ببيان اسمه ولا بتوقيعه مادام غير مسؤول مسؤولية سرفية تجاه الحامل

(١) مصطفى رسوان، الفقه والقضاء - القانون التجاري - لفرقة ١٠١

فان المظهر بدوره ليس له ان يحتج على الحامل بها له من علاقات شخصية بالمظهر له المذكور الذي في الحقيقة لم يكن له وجود بالمعنى السرفي في الكميالة طالما لم يلتزم بها باي التزام .

ونحن قبل غتم الحديث من شرط التوقيع يرد علينا السؤال التالي : ما هي القيمة القانونية للتشطيب على التطهير بعد حصوله من المظهر؟

ان هذا التشطيب الحاصل من المظهر لا يتصور حصوله منه عند تسليمه مباشرة للكميالة للمظهر له لان هذا الاخير لا يتصور منه قبول الكميالة على تلك الحالة خوف ان يصبح غير الحامل الشرعي لها لان عليه اثبات حقه على الكميالة بسلسلة غير منقطعة من التطهيرات (الفصل ٢٧٩ من المجلة التجارية) وهو على كل ان حصل من المظهر ورضي المظهر له بذلك ولا يوجد مظهر يهم اخرين بعده فيعتبر ذلك التشطيب بمثابة عدم حصول التطهير اصلا.

اما اذا كان التطهير المشطوب وقع على الكميالة وهي حاملة لتطهيرات اخرى بعد ذلك التطهير فهنا لا يخلو الحال من احد امرين : (١) - اما كون ذلك الصنيع من شأنه قطع سلسلة التطهيرات فيعتبر هذا التشطيب عندئذ بمثابة اللغو والتطهير قائما وذلك عملا بمصريح الفصل ٢٧٩ من المجلة التجارية وهذا حل طبيعي لان التشطيب على التطهير في ماله الصورة سوف يقطع تسلسل التطهيرات

وبالتالي يمكن المسحوب عليه من الامتناع عن الوفاء بقيمة الكميالة لحاملها الذي بدون شك سوف لن يتمكن من اثبات ملكيته لها اذ ان القانون حدد من هو الحامل الشرعي للكميالة وهو الذي يمكنه اثبات حقه عليها بسلسلة غير منقطعة عن التطهيرات ولو كان اخرها تطهيرا على بياض ومن جهة اخرى يعتبر ذلك التشطيب ملكي في هذه الحالة لانه حتى عند رفض المسحوب عليه القابل للخلاص والرجوع

على احد المظهرين اللاحقين للمظهر الذي قام بالتشطيب فان المظهر الاخر سوف يرجع على المظهر الذي قبله بالكسبالية وهكذا الى ان يقع الوصول الى المظهر الذي قام بالتشطيب فان على تظهيره و عندما سوف تقع مطالبة من قبل المظهرين اللاحقين له و يعتبرون تشطبه ذاك لا معنى له و القانون بفصله ٢٧٩ المذكور في جانبهم وهو مبني على منطلق ان المظهرين اللاحقين عندما التزموا بالكسبالية اطمأنوا الى امضاء المظهر القائم بالتشطيب فليس له ان يخدمهم بمد التزامهم بالكسبالية و يتخلى عن التزامه بها بتشطيب تظهيره لها.

(٢) - واما ان لا يكون لذلك التشطيب تأثير على تسلسل التظهيرات بحيث بقيت سلسلة التظهيرات متواصلة غير منقطعة كأن قام ذلك المظهر نفسه القائم بالتشطيب بتظهير جديد يلي ذلك التظهير المطلوب لمظهر له وهذا لمظهر ما لغيره و هكذا و بذلك بقيت سلسلة التظهيرات متسلسلة فان هذا التشطيب يعتد به لانه لم يؤثر على الالتزام بالكسبالية خاصة والقائم بالتشطيب نفسه بقي ملتزما بها التزاما صرفيا بحيث تشطبه لتظهيره لم يستفد منه بشيء وليس من مصلحة اي من المظهرين اللاحقين التمسك بالقاء التشطيب طالما سوف لن يأتي له باي فائدة محسوسة. (١)

- الجراء الذي يترتب عن الاخلال بالشروط الالزامية للتظهير: ان التظهير الواقع على كسبالية مستكملا لكافة شرائط القانونية يعتبر تظهيراً تاماً وناقلاً للملكية الكسبالية بلا ريب لكن ما العمل اذا وقع الاخلال بشروط من الشروط الالزامية للتظهير من عدم التوقيع او عدم ذكر

ما يشير الى ان الامضاء الموجود المعرض منه التظهير.

ان بعض القوانين المقارنة وضعت حكماً خاصاً بالاخلال بشروط من الشروط الالزامية للتظهير فالقانون التجاري المصري وضع فصلاً خاصاً بهذا المعنى و هو الفصل ١٢٥ الذي اقتضى ما نصه (اذا لم يكن التحويل مطابقاً لما تقريناً المادة السابقة فلا يوجب انتقال ملكية الكسبالية لمن تتحول له بل يعتبر ذلك توكيل له فقط في قبض قيمتها). (١)

وبذلك فان المشرع المصري اعتبر التظهير الناقص لاحد الشروط الالزامية هو تظهير توكيلي فهل يمكن اعتماد هذا الحل في القانون التونسي ؟

اعتقد ان ذلك غير ممكن لان المشرع المصري وضع نصاً صريحاً لحل الاشكال بينما المشرع التونسي لم يفعل ذلك ولو اراد هذا الاخير اعتماد مثل ذلك الحل لنص صراحة سلب المجلة التجارية على ذلك خاصة وقد سبق منه ذلك الصنيع في اعتماد الكسبالية ولو خلت من بعض شروطها الشكلية الالزامية بالفصل ٣٦٩ من المشار اليها فهل يفهم من ذلك انه اراد جعل التظهير باطلا ان خلا من بيان من البيانات الالزامية ؟

يبدو ان هذا الحل هو الذي يمكن اعتباره بالنسبة للتشريع التونسي فالتظهير ان لم يقع بالكتابة او كان لا يحمل امضاء المظهر هو يعتبر تظهيراً باطلاً ولا اثر له سواء بالنسبة للمظهر له المباشر او الغير و هذا امر طبيعي طالما ان هذين الامرين من البيانات الوجوبية لا يمكن بفقدانهما اعطاء التظهير اي قيمة قانونية اذ هو في الحقيقة لا وجود له. غير انه يلاحظ ان فقه القضاء بتونس اعتبر التظهير صحيحاً و لو لم يقع امضاء المظهر على الكسبالية متى كان هذا التظهير لفائدة الساحب اذ ان

مسكه لها يقوم مقام تطهيرها له ويعتبر بذلك صاحبها الشرعي. (١)
ثم انه تجدر الملاحظة بان الشروط الشكلية اللازمة للتطهير منحصره
في الكتابة والتوقيع الا ان هناك بيانات اخرى اختيارية متى وردت
بالكمبيالة من المظهر تعتبر صحيحة ومقبولة قانونا فما هي هذه البيانات
الاختيارية اذن ؟

الفرد الثالث :

البيانات الاختيارية للتطهير :

(١) التواريخ : ان لذكر تاريخ التطهير أهمية بالغة لان من شأنه ان يمكن
الجميع من معرفة حصوله في وقت يحول للمظهر القيام بمثل ذلك العمل
القانوني ام لا اذ بواسطته يمكن معرفة ما اذا كان المظهر يوم حصوله
كان املا للالتزام لا وكذلك بالنسبة للتاجر المخلص لتحديد ما اذا وقع
منه ذلك التطهير في فترة الرتبة ام لا وقبل اعلان افلاسه ام بعده لتحديد
مدى صحة ذلك التطهير منه و امكانية الاحتجاج به ضد جماعة الدائنين من
عده. والشرع نفسه اعطى أهمية بالغة لذكر تاريخ التطهير واعتبرني
صورة اعماله التطهير واقع قبل انقضاء الاجل المعين لاقامة الاحتجاج الا
ان هذه القرينة هي قرينة قانونية بسيطة يمكن لكل شخص اقامة الدليل
على خلافها (الفقرة الثانية من الفصل ٢٨٢ من المجلة التجارية).

(١) حكم مدني استئنافي صادر عن محكمة الاستئناف بمعد ٢٦٩٥٢ بتاريخ ٢١
ديسمبر ١٩٦٦ - مجلة القضاء والتشريع - عدد ٦ و٧ جوان و جويلية ١٩٦٩
صفحة ١٠٤

كما اعتبر تقديم تاريخ التطهير عن تاريخ حصوله الحقيقي من قبيل
الزور (الفترة الاخيرة من الفصل المذكور) ونحن نعلم صرامة عقوبة جريمة
التزوير وما هذا الموقف من المشرع الا دليلا على رغبته في حماية
الاوراق التجارية عموما من كل زيف في تواريخ تطهيرها باعتبارها منزلة
النقود في المجال الاقتصادي لذلك نجد هذا الحكم لا يختص بالكمبيالة
فقط بل نجده يمتلئ بالشيك ايضا (الفصل ٢٧٠ من المجلة التجارية).

(١) وصول القيمة : Valeur fournie

قد يحد المظهر الى ذكر وصول القيمة سلب التطهير ولا مانع قانوني من
ذلك والتمسود بوصول القيمة هو سبب التطهير كأن يكون ذلك التطهير
حاصل مقابل بضاعة استلمها المظهر من المظهر لنا وما لا عينا وفائدة
ذكر وصول القيمة اثبات ان للتطهير سبب قانوني وجائز انما على من
يدعي خلاف ذلك اثبات عدم وجود وصول القيمة او عدم مشروعيتها واذا
اثبت ان وصول القيمة غير موجود او انه غير مشروع كان التطهير باطلا
و امكن للمظهر التمسك بذلك البطلان تجاه المظهر له الا انه اذا كانت
الكمبيالة قد انتقلت لحامل حسن النية فليس له الاحتجاج ضده باوجه
البطلان تلك عملا بقاعدة تطهير الدفع التي تمنع الاحتجاج ضد الحامل
الحسن النية بما للحامل السابق من علاقات شخصية بالمفترضين السابقين
بتلك الكمبيالة انما اذا كان ذلك المستفيد الحامل للكمبيالة قد اكتسبها
فصد الاضرار بالمدين بها فانه يمكن الاحتجاج ضده بالدفع المذكور عملا
بالفترة الاخيرة من الفصل ٢٧٩ من المجلة التجارية.

(٢) شروط عدم الضمان Chausés sans garantie

لقد اقتضت الفترة الاولى من الفصل ٢٧٨ من المجلة التجارية (ان المظهر
شامن للقبول والدفع الا اذا اقتضى شرط خلاف ذلك).

و معنى هذا ان الببدأ المظهر هو ضمان في قبول الكمبيالة وفي الوفاء بقيمتها غير ان هذا الببدأ الهام الوارد بالمجلة التجارية يمكن الاتفاق على خلافه فللمظهر ان يشترط عند تظهيره للكمبيالة عدم الضمان وهذا الشرط ينصرف الى عدم ضمان القبول وعدم ضمان الوفاء بينما لو سدر من المالك فانه لا ينصرف الا لعدم ضمان القبول فقط لانه دائما يبقى ضمانا للوفاء طبقا للفترة الثانية من الفصل ٢٧٤ من المجلة التجارية.

هذا والملاحظ ان الاعفاء من الضمان الذي يشترطه المظهر لا يمتد مفعولا لباني المظهرين سواء كانوا سابقين ام لاحقين على عكس ما هو معروف بالنسبة للمالك الذي متى اشترط عدم الضمان انسحب ذلك على كافة المظهرين كما تشير الى ان اعفاء المظهر من الضمان ليس معناه التحلل من كافة التزاماته بل الفاية منه اعفاء له من الضمان الوارد بالمجلة التجارية بالمعنى الصرفي فهو يبقى مسؤولا على معنى القانون المدني من ضمان وجود الدين وقت و سنة كونه دائما به وحقه في التصرف فيه وفق الشروط الواردة بالكمبيالة المظهرة (الفصل ٢١٣ من مجلة الالتزامات والعقود).

١٧١ - ٤) شروط منح إعادة التظهير:

اقتضت الفقرة الثانية من الفصل ٢٧٨ من المجلة التجارية انه يمكن للمظهر ان يمنح كل تظهير جديد وفي هذه الحالة لا يكون ملزما بالضمان للأشخاص الذين تظهر لهم الكمبيالة فيها بعد. فهذا الشرط من المظهر مقبول قانونا الا ان مفعوله يقع عند حد عدم ضمانه للكمبيالة في صدور تظهيرها من المظهر الى الغير ومع ذلك يبقى ضمانا للمظهر له منه مباشرة كما ان شرط عدم التظهير ذاك لا يحمدها لغيره من المظهرين بحيث اذا لم يشترط المظهر التوالي عدم التظهير فانه يبقى ملتزما بالتزاما صرفيا نحو بنية المستفيدين على التعاقب بالكمبيالة.

كما ان اشتراط عدم التظهير من المظهر لا ينفى عنه التزامه نحو الدائنين اللاحقين بالكمبيالة التزاما مدنيا تنطبق عليه قواعد مجلة الالتزامات والعقود.

هذا وان الحامل الاخير للكمبيالة الذي له حسب المجلة التجارية الرجوع على المالك والمظهرين و الملتزمين بها (الفصل ٢٠٦ من المجلة التجارية) اذا لم يكن هو المظهر له مباشرة من المظهر المشروط عدم التظهير فانه لا يمكنه مطالبة على اساس احكام المجلة التجارية علا بالشرط المذكور.

١٧٢ - ٥) شروط الرجوع بدون مصاريف او بدون احتجاج:

clause retour sans frais ou sans protestation

لقد اقتضت الفقرة الاولى من الفصل ٢٠٩ من المجلة التجارية انه يمكن للمظهر ان يدرج بالكمبيالة شرط الرجوع بدون مصاريف او بدون احتجاج و عندئذ يبقى الحامل للكمبيالة متى اراد القيام بدعوى الرجوع من تحرير احتجاج بالامتناع عن القبول او الدفع.

غير ان هذا الشرط الذي يدرجه المظهر بالكمبيالة لا يعني الحامل من واجب التهام بالاخطارات القانونية الواردة بالفصل ٢٠٨ من نفس المجلة كما لا يعني ذلك من واجب عرض الكمبيالة على القبول او الوفاء في الاجال المحددة بها ووفق ما يقتضيه قانون الصرف بصفة عامة.

هذا والملاحظ ان هذا الشرط لا ينسحب الا على المظهر الذي اشترطه دون غيره من المظهرين الذين لم يشترطوا مثل ذلك الشرط والا مر بعلاقل ذلك بالنسبة للمالك الذي متى ادرج ذلك مثل الشرط طلب الكمبيالة فانه ينسحب على كافة الملتزمين بها.

١٧٤ - ٦) شروط الوفاء الاحتياطية:

Clause de recommandation

قد يشترط المظهر أثناء التطهير بالمكان الواقع به ذلك بالكبيالة أو الورقة المضافة أنه في صورة عدم الوفاء بالكبيالة من الملتزمين بها التوجه إلى شخص آخر للوفاء بها يحدده المظهر وهو شرط مقبول قانوناً وقد سبق أن رأينا هذا الشرط الصادر عن صاحب و أحكامه مطابقة تماماً لأحكام هذا الشرط الصادر عن المظهر فنكتفي بما سبق أن بسطنا في الموضوع عند الحديث عن صاحب لاتحاد الأحكام.

ونحن قبل ختم الحديث عن الشروط الاختيارية للكبيالة نشير إلى أنه قد يشترط تحرير الكبيالة في عدة نظائر أو استخراج منها عديد النسخ فما هو حكم التطهير في هاتين الحالتين؟

١٧٥ - التطهير في حالة تمتع النظائر:

قد تكون الكبيالة محررة في عدة نظائر محددة بالأرقام في هذه الحالة ينبغي عند تطهيرها أن تظهر جميع النظائر لأشخاص متعددين بحيث نفس الأشخاص يكونون في النظير الأول و النظير الأخير فإذا ما وقع تطهير أحد النظائر لشخص و النظير لشخص آخر فإنه عندئذ يكون كل تطهير كأنه كبيالة قائمة الذات و يطالب المظهر بسبله باستقلال عن النظير الآخر و إذا أمضى مظهرون آخرون على تلك النظائر على تلك الحالة فإنهم بدورهم يكونون مسؤولين عن مبلغ كل نظير أمضوه كأنه كبيالة مستقلة و ذلك عملاً بالفترة الأخيرة من الفصل ٢٢٠ من المجلة التجارية التي جاء بها قوله (أن المظهر الذي أحال النظائر لأشخاص مختلفين و المظهرين التابعين له يكونون ملتزمين بمقتضى جميع النظائر المتضمنة لتوقيعاتهم و التي لم يقع إرجاعها) وعليه حتى يتجنب المظهر تعدد التزاماته بتمدد النظائر أن يعمد عند توقيعه بالتطهير على إحدى النظائر

لشخص ما أن يعمد توقيعه لنفس ذلك الشخص على بقية النظائر أو يقوم بتجسيمها لديه و يبقى واحدة منها فقط تتجول بعد إزالة الإشارة من الأصل من كونها حررت في نظائر.

هذا والملاحظ أن المسؤول عن الوفاء بحسب النظائر والمظهر لهم المستقلين هو المظهر الذي قام بالامضاء عليها الأشخاص مختلفين و من أمضى بعده من المظهرين و أما المظهرين السابقين فلا يمكن مطالبتهم إلا على أساس أن تلك النظائر هي كبيالة واحدة لعدم ارتكابهم لأي خطأ ومتى تم تسديد مبلغ الكبيالة على أساس أي نظير من النظائر فإن ذلك الوفاء يعتبر قانونياً. (١)

١٧٦ - التطهير على النسخ:

أن الكبيالة قد يكون لها نسخ متعددة إذ أنه من حق العامل أن يستخرج منها نسخاً وفقاً للفقرة الأولى من الفصل ٢٢٢ من المجلة التجارية وهنا على المظهر أن يحتاط فلا يظهر النسخ لأشخاص مختلفين لأنه إن حصل منه ذلك يعتبر قد التزم بكل نسخة وقع عليها على أنها كبيالة مستقلة وبفس الالتزام يتحمل كل مظهر آخر وقع بعده على تلك النسخة أو النسخ ومن أراد أن يحتاط من حصول مثل هذه المضاعفات عليه أن لا يوقع النسخ لأشخاص مختلفين بل يوقع الأصل فقط ويدرج به عبارة (ابتداء من هذا لا يصح التطهير إلا على النسخة) أو تضمين عبارة أخرى تؤدي نفس المعنى (الفترة الأخيرة من الفصل ٢٢٢ من المجلة التجارية) وهو بهذا السلوك لا يكون مسؤولاً عن أي تطهير يحصل على الأصل أو أي نسخة أخرى غير المضى عليها غير أنه بالنسبة للمظهرين اللاحقين إذا ارتكبوا

(١) - ليكسو وروبلو - الأوراق التجارية - فقرة ٢٨٥ -

أخطاء بأضرارهم على النسخ بالتطهير كيف ذكر فانهم في مثل صورة تعدد النسخ متحملون التزاما صرفيا مستقلا عن كل نسخة اخروا باعتبارها كسبالة ذات.

بقي ان نلاحظ ان التطهير قد يحصل من المظهر تحت شرط معين يأتي سلب ذلك التطهير منا نجد المشرع اتي بالفقرة الخامسة من الفصل ٢٧٦ بحكم صريح وهو ان التطهير المعلق على شرط يعتبر تطهيرا صحيحا الا ان الشرط المعلق عليه ذلك التطهير يعتبر لاغيا بحيث يعتبر ذلك الشرط كأنه لم يكن وهذا في الحقيقة يساير تماما حكم التطهير الذي ينبغي ان يكون مجردا او مطلقا لان الهدف منه هو انتقال الحق الثابت في الكسبالة الى حاملها الشرعي فاذا ما وقع تعليق التطهير على شرط ما فان معنى ذلك كون الحق المذكور لم ينتقل بصفة نهائية للمظهر له وهو سلوك غير مباح لرغبة المشرع من تسهيل تداول الكسبالة عن طريق التطهير. واخيرا نشير الى ان التطهير الجزئي فهو باطل وفق ما جاء بالفصل ٢٧٦ من نفس المجلة والغاية منه دائما تسهيل تداول الكسبالة و عدم ادخال اي اضطراب عليها. (١)

الفرد الرابع:

اثار التطهير الناقل للملكية

١٧٧ - ان التطهير الناقل للملكية غاية المظهر منه هو التغلي عن الحق الثابت في الكسبالة الى المظهر له بوجه لا رجوع فيه وقد جعل المشرع ذلك المظهر ضامنا و متضافا مع غيره من المتضمنين بالكسبالة

(١) ادوار عيد - الاستاد التجارية - فقرة ٩٨

المظهرة كما زاد تدعيها لتلك الورقة التجارية اعتبار عملية التطهير تلك سببا لتطهير الكسبالة من الدفع بحيث ان الاشخاص المدعى عليهم بمقتضاها ليس لهم التمسك ضد الحامل بوسائل المعارضة المبنية على علاقتهم الشخصية بالمظهر مبدئيا هذه الاثار الثلاث يمكن ملاحظتها من اول وهلة على عملية التطهير وهي التي سنتناولها بالبحث في هذا الفرع.

١٧٨ - ا: انتقال ملكية الحق الثابت في الكسبالة الى

المظهر اليه :

ان كلمة انتقال ملكية الحق الثابت في الكسبالة من المظهر الى المظهر اليه لا تعني ملكية هذا الاخير لمبلغ الكسبالة فقط بل كل ما يتعلق بهامن دعاوي صرفية من حق الرجوع على المتضمن بها عند الانتضاء واقامة الاحتجاجات من اجل عدم قبولها او عدم الوفاء بمبلغها وحتى المطالبة بتفليس المتنتع من الوفاء بمبلغها حالة كونه من المتضمنين بها (١) فكلمة الحق الثابت في الكسبالة هي كما رأينا ذات معنى متسع جدا يمكن التعبير عنها بأنها الا نية المعطاة للمظهر له لممارسة حقه الوارد بالمجلة التجارية ضد كل ملتزم بذلك الكسبالة متى كان ذلك المظهر له قد انتقلت اليه ملكيتها بحسن نية ودون قصد اضرار بالمدينين لذلك نجد المشرع بالفقرة الاولى من الفصل ٢٧٧ من المجلة التجارية عبر بقوله (ان التطهير لتقل بمقتضاء جميع الحقوق الناشئة عن الكسبالة).

(١) محمد علي راتب - السندات الاذنية - فقرة ٢٠٢

و طالبا ان انتقال الحقوق المتحدت عنه بتلك الفترة ليس هو الانتقال الذي يحمل وفق قواعد القانون المدني فان مفاعيل هذا الانتقال المقصود بها تلك المفاعيل الواردة بالمجلة التجارية من حق المظهر له مطالبة المظهر ببقية الكسبيالة و كل ملتزم من الملتزمين بها بقيمتها على وجه التضامن. كما ان ملكية المظهر له لتلك الكسبيالة تبدأ من يوم تطهيرها له تطهيرا تاما دون حاجة لاعلام ببقية الملتزمين بها بحصول ذلك التطهير وهو ينتج مفاعيله بين المظهر والمظهر له وكافة الملتزمين بها من يوم حصوله و يحتج بذلك على الغير و لو وقع اعلان افلاس المظهر بعد تاريخ التطهيراذ ليس لاتحاد الدائنين المطالبة باسترجاع تلك الكسبيالة من المظهر له طالما أنه وقع تطهيرها اليه قبل تاريخ الحكم بافلاس المظهر.

كما ان الملكية للكسبيالة تنتقل للمظهر له من تاريخ التطهير بما اشتملت عليه من رهون وامتيازات قد يكون التزم بها المالك للمستفيد الاول بالكسبيالة و هذه الحقوق التيمية تنتقل للمظهر له و لو كانت يكتب مستقل ولولم يقع ذكرها صلبا لان هذه الحقوق التيمية اعطيت من المالك للمستفيد الاول بغير تدعيم الضمان للكسبيالة وجعلها محل ثقة للتداول اكثر فأكثر ولم يكن هدفها الشخص الذي اعطيت له فهي ملتصقة بالكسبيالة لا بشخص الممطاه له تلك الضمانات لذلك تنتقل معها اينما انتقلت وطالما قلنا ان الكسبيالة تنتقل ملكيتها بمجرد تطهيرها للمظهر له فهو بطبيعة الحال يصبح المالك للمؤونة وله حق التصرف فيها عند حلول اجل الوفاء وليس للمسحوب عليه القابل للكسبيالة اعطاء ما لمير ذلك المظهر له طالما بقي حاملا للكسبيالة موضوع تلك المؤونة.

واذا قلنا بان جميع الحقوق الواردة على الكسبيالة تنتقل برمتها لفائدة المستفيد منها فان هذا الاخير على العكس من ذلك لا تسري عليه جميع الاتفاقات و الشروط التي قد تتم بين المظهر و غيره من الملتزمين بها اذا كانت تلك الاتفاقات او الشروط خارج الكسبيالة او كان ذلك

المستفيد غير عالم بها او لم يتدخل في اجرائها فالتعدي في اجل الوفاء او تقسيط الاداء الحاصل بين المظهر والمسحوب عليه او المالك اذا لم يكن المستفيد عالما به او غير مدرج بالكسبيالة لا يمكن الاحتجاج به ضد المظهر له.

وكذلك فان الحقوق التي تنتقل للمظهر له بالكسبيالة لا تنمى الحقوق التي تتضمنها تلك الورقة التجارية فلا يكتسب هذا المظهر له اي حق على عقد الالتزام الاصلي الذي يصيبه تم تحرير الكسبيالة الا اذا نص بهذه الاخيرة على هذا الحق بوجه صريح غير ان ذلك لا يمنع دائما من تمتع المظهر له بالضمانات و الرهون التي وجدت لفائدة دين الكسبيالة كما قلنا سابقا لان ذلك يعتبر وجد من اول وملة لفائدة لا لذات المظهر ولذلك تنتقل ملكيتها مع الكسبيالة للمستفيد بها.

١٧٩ - ثانيا: المظهر ضامن للقبول و الوفاء:

ان هذا الضمان من المظهر هو ضمان قانوني اي يستمد وجوده و قوته من القانون ذاته فقد اقتضى الفصل ٢٧٨ من المجلة التجارية (ان المظهر ضامن للقبول والدفع الا اذا اقتضى شرط خلاف ذلك).

فالاصل في القانون الصرفي ان المظهر ضامن للقبول و الوفاء دون حاجة للتخصيص على ذلك صلبا لكسبيالة الا ان هذا الضمان من المظهر ليس هو بشرط من شروط صحة التطهير وبذلك لا مانع من اشتراط المظهر خلافه حسب ما اقتضاه نص الفصل ٢٧٨ الملصق اليه نفسه فالمظهر له ان يدرج صلب الكسبيالة شرطا بلا ضمان . عندئذ يكون غير ضامن على معنى القانون الصرفي الا انه يبقى مسؤولا وفق احكام القانون المدني في الاحالة العادية وضمانا في وجود الحق موضوع التطهير وقت حصوله ولا يضمن يصر المدين بها في المستقبل الا اذا اشترط عليه بالكسبيالة خلاف ذلك (الفصل ٢١٢ من مجلة الالتزامات والعقود).

والضمان المقصود بالقانون الصرفي هو ضمان المظهر في وجود الحق الواردة بالكبيالة وفي الوفاء به عند حلول أجل الغلاس من طرف أي ملتزم من الملتزمين بها.

١٨٠ - غير أن هذا الضمان القانوني من المظهر قد تخف حدته في صور معينة نص عليها القانون و هي التالية:

(١) إذا وقع تطهير الكبيالة لأمر الساحب وهو على جائز فوق مقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل ٢٧٦ من المجلة التجارية فإن الساحب طالما هو ضامن في قبول الكبيالة وفي الوفاء بها فليس له في حالة عدم القبول من المسحوب عليه أو عدم وفائه عند حلول أجل الغلاس أن يطالب المظهر السابق له أو غيره من المظهرين بالوفاء بوسمهم شائين أن أنه هو نفسه مسؤول عن القبول و عن الوفاء (الفصل ٢٧٤ من المجلة التجارية). غير أنه إذا ظهر ذلك الساحب الكبيالة من جديد فانه يبقى مسؤولا مع بقية المظهرين السابقين هؤلاء الاخرون بوسمهم ملتزمين بها بتوقيعهم عليها وهو بوسمه زيادة عن كونه مظهرا لها هو الساحب لها.

(٢) إذا ما وقع تطهير الكبيالة لأمر مظهر سابق فلا يبقى له حق الرجوع على المظهرين الذين أتوا بعد تطهيره لانه كان ملزما لهم بالضمان قبل انتقال الكبيالة اليه اما يبقى له حق الرجوع على المظهرين السابقين عن تطهيره هو لأن أولئك وضعهم القانوني لم يتغير نظرا الى انه حتى قبل تطهيره للكبيالة فهو لا يضمنهم فمن باب أولى أن ارجعت له بالملكية ثانية كما أن وضعه في هذه الحالة نحو الساحب و الكفلاء لا يتغير وكذلك نحو المسحوب عليه الغابل للكبيالة.

(٣) لقد افتتحت الفقرة الثالثة من الفصل ٢٧٦ من المجلة التجارية أنه يمكن تطهير الكبيالة لفائدة المسحوب عليه سواء كان قابلا للكبيالة أم لا و منا نلاحظ أن للشخص المذكور حالتين صورة عدم قبوله للكبيالة

و هنا يعتبر لا زال أجيبا عنها لذلك فان تطهيرها له لا يغير موقعه القانوني من كونه العاقل لها و له حق الرجوع على الملتزمين بها. و الحالة الثانية و هي التي تبيننا هنا عندما يكون قابلا للكبيالة وتظهر له منا لا يخلو الحال من صورتين : الأولى / صورة احتفاظ المسحوب عليه الغابل بالكبيالة الى حلول تاريخ أجل الوفاء فيصبح بذلك من الواجب عليه خلاص مبلغها فإذا ما كانت هي مظهرة له فقد أصبح دائنا بها ومدينا بها في نفس الوقت وهكذا بات هناك اختلاط ذمة بالنسبة للمسحوب عليه (الفصل ٢٨٢ من مجلة الالتزامات والعقود) و بذلك لم يعد في امكانه مطالبة أي كان بأي ضمان و بالتالي فان من ظهر له الكبيالة لم يعد عليه أي ضمان في خلاص مبلغها.

و الصورة الثانية/ هي عدم احتفاظ المسحوب عليه بالكبيالة بأن أعاد تطهيرها فهو و ان كان قابلا لها فانه طالما ظهرها قبل حلول أجل الوفاء بها فانه يبقى مسؤولا عن الوفاء بها عند حلول الاجل بوسمه مدينا اصلها بها اذ هو قابل لها وهو مسؤول من جهة اخرى بوسمه ضامنا في خلاص مبلغها اذ هو مظهر لها كل ذلك مع عدم امكانية رجوعه على أي واحد من المظهرين السابقين عدا الساحب ان لم يوفر له المؤونة كما سبق بسطه عند الحديث عن علاقة الساحب بالمسحوب عليه.

ثالثا/ عدم جواز معارضة المظهر للمستفيد بماله من علاقات شخصية بالملتزمين السابقين.

يمر عن هذا الاثر من اثار التطهير بقاعدة عدم جواز الاحتجاج على الحامل بالدفع أو قاعدة تطهير الدفع *purge des expessions* وهي القاعدة المكرسة بالفصل ٢٨٠ من المجلة التجارية الذي اقتضى (ان الأشخاص الدعي عليهم يقتضى الكبيالة لا يمكن لهم أن يتمسكوا ضد العامل بوسائل الممارسة البنية على علاقاتهم الشخصية بالساحب أو

بحاطتها السابقين ما لم يكن الحامل قد تمعد عند اكتسابه الكبيالة
الأضرار بالدين.

ومبنى هذا الأمر للتظهير الناقل للملكية نظرة القانون الصرفي للتظهير
نفسه فهو لا يعتبر مجرد حلول الدائن الجديد محل الدائن السابق في
حقوقه الواردة بالكبيالة بل هو يعتبر المظهر له دائناً مباشرة للمالك
والكفلاء والمظهرين السابقين الذين لا يمثل بعضهم بعضاً وترتيباً على
ذلك ليس لأي واحد منهم أن يحتج ضده بسأله من معارضات يمكنه
الاحتجاج بها ضد من كانت له به علاقة شخصية مباشرة كالمالك بالنسبة
للمستفيد الأول الذي استلم منه الكبيالة أو المظهر السابق بالمظهر له
الذي الذي ظهر السند من جديد وهذه القاعدة في القانون الصرفي عامة
جداً بل نستطيع القول أنها العمود الفقري الذي تقوم عليه قواعد
الأوراق التجارية في القانون التجاري لذلك نجد في تاريخ القانون
الصرفي أن هذه القاعدة رغم عدم تقنينها إلا حديثاً فإنها من القواعد
المسلم بها فقها وقضاء منذ القديم. (١)

وهذه القاعدة هي التي تميز التظهير في المجلة التجارية عن الإحالة في
القانون المدني إذ أن الإحالة في مجلة الالتزامات و العقود تنقل الحق
للمحال له بما له وما عليه من حقوق وواجبات بما فيها من دفعات تتعلق
بالمبايع عن تاريخ الإحالة (الفصل ٢١٦ من مجلة الالتزامات و العقود). -
كما تخالف هذه القاعدة المبدأ الوارد بالفصل ٥٥١ من مجلة الالتزامات
و العقود القاضي (بأنه لا يجوز للشخص أن يمنع غيره أكثر مما لنفسه من
الحقوق).

(١) محمد علي راتب - السندات الادنية - فقرة ٢١٢

فالمشرع هنا غرق مبادئ القانون المدني السابق التعرض إليها بإيجاز
كما جعل فقهاء القانون التجاري يبحثون عن سند قانوني لفكرة التظهير
نفسها فبعضهم قال أنها عقد إحالة حق عادية و البعض الآخر قال أنها
عقد قائم بذاته و ذهب آخرون إلى أنها عقد من نوع خاص يبيع به
الحيل إلى المحال إليه الكبيالة باعتبارها من الأموال المنقولة مع
ضمان وخصان البائع الذي هو الحيل في تنفيذ العقد. (١)

ومما يمكن من أمر فإن المشرع قرر هذه القاعدة بقطع النظر عن التأويل
الفقهي لمصدرها القانوني باعتبارها قاعدة تعمي المتعاملين بالكبيالة
المطلوب فيها توفر أكثر مما يمكن من الثقة مع عدم ترك التعامل بها
متعمداً لأي وجه من أوجه الخطر الواردة بالقانون المدني في المسائل
العادية و ذلك بحكم ما يتطلبه التعامل التجاري من ثقة و سرعة تداول
المنقولات فيما بينهم بما في ذلك الأوراق التجارية عموماً التي من بينها
الكبيالة.

و فقه القضاء في تونس كرس هذا المبدأ في أكثر من مناسبة منها القرار
التعقيبي الصادر في ١٥ جويلية ١٩٨٥ - الذي أكد وجوبية الأخذ بمقتضيات
الفصل ٢٨٠ من المجلة التجارية و قد جاء بأحد حيثياته ما يلي : (وحيث
يؤخذ من هذا النص و ما استقر عليه فقه القضاء أنه لا يمكن للمسحوب
عليه أن يمارس الحامل للكبيالة الموقع عليها بالتقبل بوسائل الممارسة
البنية على علاقته الشخصية بالمالك ولو كان الأمر يتعلق بإقيات خلاصه
فيها مع المالك. (٢)

(١) ليون كان وريتر - الجزء ٤ فقرة ١٢٨

(٢) القرار التعقيبي عدد ١٢٠٤٨ الصادر بتاريخ ١٥ جويلية ١٩٨٥ غير
منشور.

١٨١ - والشرع رغم وضعه لقاعدة عدم جواز الاحتجاج بأوجه المعارضة الشخصية للمدين بالكسبالة ضد حاملها وتلغص وقائع القرار في احتجاج صاحب الكسبالة بأنه لم يتعامل مع المدعى عليه وقد اضحى فعلا كسبالة لشركة كذا مقابل بضاعة اشتراها منها الا أنه دفع ثمنها لها بمقتضى وسلين في ذلك فقبلت محكمة الاصل تلك المعارضة و لدى التفتيش نقض الحكم محكمة الاصل لمخالفتها لمقتضيات الفصل ٢٨٠ من المجلة التجارية. وقد صدر قرار استثنائي من محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد ٥٨٤٣٩ بتاريخ ١٧ أبريل ١٩٨٥ حتى بعدم مقبوليته معارضة المدين بالكسبالة لحاملها بما له من دفع خاصة به بغيره من الحاملين السابقين للكسبالة.

فانه لم يترك هذه القاعدة تطبق هكذا على علائها بل جعل لها شروطا هذه الشروط منها ما يتعلق بالتظهير نفسه و منها ما يتعلق بالحامل المنتفع بقاعدة التظهير من الدفع وأخيرا ما يتعلق بالدفع نفسها.

١٥ - الشروط المتعلقة بالتظهير:

١٨٢ - أن هذا الشرط يقتضي أن يكون التظهير الحاصل على أساس التظهير من الدفع هو تظهير كامل أي هو من قبيل التظهير الناقل للملكية المستجمع لكافة شرائطه الشكلية الإلزامية و الموضوعية السابق بيانها لانه إذا كان حصل على أساس قواعد الاحالة المادية فانه عندئذ ليس للحامل من الانتفاع الا بما اقتضته مجلة الالتزامات و العقود في باب الاحالة (الفصل ١٩٩ و ما بعده من تلك المجلة).

و كذلك الامر اذا كان التظهير قد حصل بعد تحرير الاحتجاج او بعد انتهاء أجل اقامة الاحتجاج فهو يصبح بمثابة الاحالة العادية و لا ينتفع الحامل فيه من قاعدة التظهير من الدفع .

وبالمثل اذا انتقلت ملكية الكسبالة للحامل بوجه الارت والوصية اذ أنه في هذه الحالة يعتبر شخصه امتداد للشخص حاملها السابق المكتسب منه حق ملكية الكسبالة اذ أنه ليس بغير على معنى القانون المدني نفسه (الفصل ٢٦ من مجلة الالتزامات و العقود).

٢ - الشروط المتعلقة بالحامل:

أ - شرط حسن النية:

١٨٣ - أن الشرع اشترط في الحامل الذي سيمتتع بقاعدة التظهير من الدفع أن يكون حسن النية وهو ما يستنتج من أحكام الفقرة الثانية من الفصل ٢٧٩ من المجلة التجارية.

لكن الذي فلاحظه على نص الفصل المذكور بالفقرة الاولى منه أنه اعتبر كل مالك لكسبالة هو حاملها الشرعي متى أثبتت ايجارها له بسلسلة غير منتظمة من التظهيرات و لو كان اخرها على بياض و معنى هذا أنه اعتبر حسن النية هو الاصل و لا غرابة في ذلك اذ أن سلوكه هذا يتماشى مع القواعد العامة للقانون اذ أن الاصل حسن النية و سلامة المعاملة و عليه فان من يدعي سوء نية الحامل عليه اثبات ذلك اذ البينة على المدعي (الفصل ٤٢٠ من مجلة الالتزامات و العقود). (١)

لكن الاشكال القائم هو كيف يمكن تحديد مفهوم سوء النية هل مجرد العلم أي اثبات أن الحامل عالم وقت تظهير الكسبالة بالدفع التمسك به و الذي من شأنه أن يجعل تلك الورقة التجارية معيبة و هي فكرة

(١) حكم تجاري صادر عن محكمة تونس الابتدائية عدد ١٦١ بتاريخ ٢٣ فيفري ١٩٦٢ مجلة القضاء و التشرية عدد ٩ و ١٠ نوفمبر وسبتمبر ١٩٦٤ صفحة ١٢٩.

مرجوحة لم يأخذ بها الفقهاء و ان كان فريق من القضاة ذهبوا اذا المذهب خاصة في القضاء الفرنسي (٢) أم أن سوء النية يعتبر متوفرا متى كان هناك توافق بين المظهر والحامل بقصد الاضرار بالمدين أو بالضامنين أو المظهرين السابقين بغية الحصول على الوفاء من هؤلاء بغير حق .

أم يتجه التفرقة بين الدفع الخاصة بالمعيب الناشئة عن الكسبالة و بين الدفع الاخرى و اشتراط التوافق والنش في الدفع الاخرى و لا يشترط ذلك في الدفع الناشئة عن المعيب الخاصة بالكسبالة ذاتها.

هذه التساؤلات جميعها أجاب عنها الشرع التونسي بتعديده لمعيار سوء النية باخر الفصل ٢٨٠ من المجلة التجارية لما قال (ما لم يكن الحامل قد تمسك عند اكتسابه الكسبالة الاضرار بالمدين) فمعيار سوء النية اذن حسب التشريع التونسي هي مدى توفر قصد الاضرار بالمدين من طرف الحامل عند اكتسابه للكسبالة و هذا الموقع من الشرع صدره في الحقيقة قانون جنيف الموحد بالفصل ١٧ منه الذي اقتضى أن عدم الاحتجاج بالدفع ضد الحامل لاستفاد منها الحامل الذي يوم اكتسابه للكسبالة لم يكن يقصد بها الاضرار بالمدين و بذلك فانه لا يلتفت لنية المظهر يوم تظهيره للكسبالة بل المبرة بها اتجهت اليه نية الحامل يوم اكتسابه لها و لا التفات لعلبه بالمعيب أو الدفع يوم انتقاله اليه اذ أن الشرع التونسي لم يعتمد معيار العلم كعلم سبق بسطه .

وان الغاية من جعل الحامل السيء النية لا ينتفع بقاعدة تظهير الدفع هو أن الشرع لا يحمي الاشخاص السيئ النية و لان القاعدة وضعت لتسهيل انتقال الاوراق التجارية لا حماية سوء النية واستغلال مركز الغير المالي من المدنيين والضامنين و لانه لو أطلقت هذه القاعدة على

(٢) ليسكو و روبلو - الجزء ١ صفحة ٢٤٢ - ماض ٢

علاقتها فانها سوف تصبح مطية للتخلص من الدفع المشروعة التي تد تمسك بها المدين الحسن النية ضد دائته السيء النية الذي بمجرد تظهيره للكسبالة للمعيب يتوافق معه ليتخلص من الدفع التي قد تثار ضده و لهذا نجد فئة القضاة في تفسيره لسوء نية الحامل كان مرنا جدا و راعي كل حالة بانفرادها و اعتبر في بعض الاحيان أن الحامل سيء النية نتيجة ما وقع فيه من خطأ فاحش يوم اكتسابه للكسبالة استفادا على اخر الفقرة الثانية من الفصل ٢٧٩ من المجلة التجارية و السائلة للتشريع الفرنسي في هذا المجال (١).

ب - شروط أن يكون الحامل طرفا في العلاقة المتروكة معنا الحق :

١٨٤ - ان هذا الشرط طبيعي ذلك أنه اذا كان الدفع المتمسك به المظهر ضد المظهر له قد ساهم في حصوله فمن الطبيعي أن يتمسك به ضده مباشرة و هذا مثل ابرام عقد سوري بين الطرفين المظهر و المظهر له في أن التظهير الحاصل من الاول للثاني هو في الحقيقة مجرد تظهير على وجه الضمان لا غير او انه تظهير توكيلي او ان علاقة الديونية هي سورية بحيث فيمكن للمظهر التمسك بهذه الدفع تجاه المظهر له المباشر أي الذي نقل اليه الكسبالة مباشرة و ليس لهذا الاخير التمسك بقاعدة تظهير الدفع لانها لم توضع لمصلحته في هذه الصورة و كذلك الامر اذا وقع تظهير الكسبالة عدة تظهيرات ثم رجعت من جديد للمظهر له الاول

(١) تعقيب فرنسي ٢٩ أبريل ١٩٤٧ - ٢ - ٣٦٠٢ و حكم استثنائي مدني صدر عن محكمة الاستئناف بتونس عدد ٨٠٥١٥ بتاريخ ٧ نوفمبر ١٩٧٦ غير منشور.

فان لمن ظهر له تلك الكمبيالة الاحتجاج ضده بماله من دفع نحوه و ليس له الاحتجاج ضده بقاعدة تطهير الدفع لعدم ملوحتها في هذا المجال فله أن يتمسك ضده بطلب إجراء التقاضي في دين له عليه حل أجل خلاصه و الامر بالنقل لو انتقلت الكمبيالة بالتطهير من يد مالكين لاحقين الى صاحب فانه عندئذ للمسحوب عليه أن يتمسك ضده بماله من أوجه دفع شخصية نحوه و لو كانت تلك الاوجه من الدفع قد حصلت بعد وقوع التطهيرات اللاحقة لان القاعدة أن للمسحوب عليه الدفع في مواجهة صاحب بماله من علاقة شخصية بينهما و في مواجهة بعضيا البعض لا غير كأن تعلق الامر بعدم توفير صاحب للموونة أو وجود عيب بها أو زوالها أو بطلانها تماما.

ج - الشروط التي يجب توفرها في الحقوق:

١٨٥- أن الدفع التي تطهر بالتطهير هي تلك التي تكون ناشئة عن علاقة سابقة على تلك التي تربط الحامل بالمدين الصرفي (١) فلا يقبل أن يتحمل الحامل نتيجة علاقة سابقة عن تاريخ انتقال ملكية الكمبيالة اليه . و طالما أن التطهير من الدفع غايته حماية الحامل حسن النية فان حمايته ينبغي أن تكون في حدود المعقول فلا تدخل في باب تطهير الدفع ما اذا كانت بالكمبيالة عيوب شكلية أو بهانات و شروط اختيارية واردة طلب الكمبيالة اذ منا على الحامل تحمل مسؤوليته و التثبت من مدى مقبوليته لتلك الشروط من عدمه فهو لما يقبل تطهير الكمبيالة اليه يعتبر رضي بها فيها من شروط و من المفروض أنه اطلع على النيوب الشكلية التي قد تكون حاصلة بها و بالتالي ليس له

(١) الدكتور علي البارودي - القانون التجاري - صفحة ٥٤.

التمسك ببدا تطهير الدفع ضد الحاملين السابقين اذ أن الدفع الوارد على أساس الاشياء المذكورة يعتبر من قبيل الدفع العامة التي لكل ملتزم بالكمبيالة التمسك بها ضد الكافة و ليس لاي واحد من الملتزمين بها التمسك ببدا تطهير الدفع في خصوصها اذ هي من الدفع العامة التي تمس كل ملتزم بالكمبيالة و ليس فيها مناجاة للحامل اذ كان عليه الاحاطة بها قبل قبوله للكمبيالة وله رفض تسليمها على تلك الحالة بكامل الحرية . و هذه الدفع العامة التي يبقى حق التمسك بها للجميع و في وجه كافة الحاملين للكمبيالة نجد لها أمثلة كثيرة مثل الدفع بتزوير الامضاء أو تدليس الملتزم بالكمبيالة الدفع بأن الامضاء المنسوب له امضاء مزور ومدلس و له أن سحج بذلك ضد الكافة بما في ذلك العامل الحسن النية و هذا مبني أنه لا يمكن رفع الضرر بالضرر لانه لو قلنا بحماية الحامل في هذه الحالة عملا ببدا التطهير من الدفع لقلنا بجواز الاضرار بالساحب أو المظهرين السابقين لحماية العامل و هذا يخالف المبدأ القانوني العام المذكور.

و كذلك الامر في صورة تسليم الحامل للكمبيالة بها من الملتزمين من كان فاقد الاملية في تاريخ قيامه بذلك الصل القانوني سواء كان ساحباً أو مظهراً أو كتهلا فهنا حماية فاقد الاملية و هي من الامور الاساسية و القول ببدا تطهير الدفع في هذه الحالة يحطم مبدأ وجوب حماية فاقد الاملية و يمكن عندئذ التعايل على عدم جواز تعاطي عدم الاملية للاعمال القانونية بتركة يحرر الاوراق التجارية من كمبيالة و غيرها و اعتبارها صحيحة بالنسبة للعامل و ذلك تخلصاً من الاحكام الامرة في مادة الاملية و هي من باب التحليل على القانون قطعاً و الذي لا يجوز قبوله.

و كذلك الامر في صورة ما اذا كان الموضع على الكمبيالة لا سلطة له في الامضاء عليها امضاء ناقلاً للملكية أو أنه تجاوز في التزامه حدود ما هو

مخول له ففي هذه الحالات يمكن للمتقدم الحقيقي للكبيالة: أن يدفع المطالبة من الحامل بهذه الدفع و هي مقبولة قانونا و ليس للحامل عندئذ الا مطالبة ذلك الموقع بها له من حقوق على الكبيالة باعتباره المتقدم شخصيا بها بامضائه عليها رغم عدم وجود سلطة له في القيام بذلك الصريح .

و الامر بالنقل لو كان الالتزام صادرا عن صاحب الكبيالة أو مظهرها تحت اكراه مادي سلط عليه فانه عندئذ لذلك المتقدم الاحتجاج ضد الحامل بها كان مركزه في الكبيالة بهذا العيب المبطل للرضا و ان صح وجوده تصبح الكبيالة باطلة فهذا الدفع يعتبر من الدفع العامة التي يمكن الاحتجاج بها ضد الكافة .

أما لو كان العيب حاصل في السبب أو الرضا باكراه أدبي أو غلط أو غش فانها جميعها لا تعتبر من الدفع العامة بل هي خاصة لسببها تطهير الدفع فلا يحتج بها على الحامل الحسن النية الذي لا علاقة له مباشرة بين حصل في حقه ذلك العيب غير أنه في خصوص السبب اذا وقع ذكره صلب الكبيالة و كان غير مشروع فانه عندئذ يحتج ببطلانه على الكافة لانه ليس بخفي و كان على الحامل الاحتياط في قبوله للكبيالة فعليه تحمل مسؤولية خطئه في قبوله لكبيالة مستندة لسبب غير مشروع.

الفقرة الثانية:

التظهير بالتوكيل: Endossement par procuration

ان التظهير التوكيلي تحدثت عنه المجلة التجارية بنفرتين اثنتين من الفصل ٢٨١ ادمجت فيهما كافة أحكامه فانه هو التظهير التوكيلي هذا و ما هي شروطه و آثاره ذلك ما سنتناوله بالدرس في الفروع الثلاث التالية:

الفقرة الأولى:

تعريف التظهير التوكيلي

١٨٦- كما سبق لنا أن قلنا في السابق بأن التظهير الناقل للملكية هو الموجود في التعامل غالبا الا أن هناك من السالكين للكبيالة الذي يحتج بسبب أو لاخر لتوكيل غيره لقبض مبلغ الكبيالة من المسحوب عليه أو غيره من السدينيين بها ففهمنا الشخص المظهر له الكبيالة هو عبارة عن وكيل للمظهر لا أكثر ولا أقل و أغلب ما نجد هذا السلوك في الأشخاص الذين يتعاملون مع المصارف و الذين تجد لهم حافظة اوراق تجارية و معاملات تجارية معها على وجه الاستمرار بحيث تتولى شراء الاسهم و الرقاع لفائدتهم و قبض مبالغ الكبيالات لفائدتهم و تقوم بعملية التحويل لاعتماداتهم المستندية و غيرها من الوثائق اللازمة لشراء بضاعة ما أو بيعها فهنا تجد التاجر يربحها للوقت و اعطاء لمن هو مؤهل واقعا قانونا لقبض عوضا عنه وكالة لاجراء مثل هذه الاعمال .

و هكذا نرى أن التظهير التوكيلي هو عبارة عن توكيل المظهر للمظهر له ليتولى عوضا عنه قبض مبلغ الكبيالة عند حلول أجل الوفاء بها. فهذا التظهير هو عبارة عن توكيل بقي عوض أن يكون وفق قواعد القانون المدني كان طبق قواعد القانون المصرفي طالما أنه ورد صلب ورقة تجارية.

الفقرة الثانية:

شروط التظهير التوكيلي

ان هذه الشروط منها ما هو من الشروط الموضوعية و منها ما هو من الشروط الشكلية:

١- الشروط الموضوعية للتظهير القوي:

١٨٧ - أن المظهر في هذا النوع من التظهير يكفي أن يكون ميرا و مرغبا له في ادارة املاكه فلا يشترط أن يكون مضمنا بكامل اهليته وفق ما رأينا ذلك في التظهير الناقل للملكية و هذا الان في التظهير التوكيلي عمل المظهر لا يحد و أن يكون ادنا للمظهر له قبض مبلغ الكبيالة عوضا عنه و ليس هناك من مسؤولية للمظهر بعمله المصرفي هذا فهو لم يدخل على نفسه التزامات صرفية من شأنها أن تمكن المير من الرجوع عليه بالدعوى المصرفية بموجب تظهيره ذاك .

و ما دام التظهير يمكن أن يقع من القاصر المأذون له بادارة مكاسبه فان الولي و الوصي و المتقدم يمكن لكل منهم أن يظهر الكبيالة الراجعة لمنظورهم أو موكلهم تظهيراً توكيلياً للمير ليتولى استخلاص مبلغها عوضا عنهم . هذا و يمكن الفلسة أن يظهر الكبيالة الراجعة للمفلس الراجع له بالنظر تظهيراً توكيلياً قصد قبض مبلغها من المدين بها.

و اذا كانت حالة المظهر فان المظهر له يكفي أن يكون ميرا (التمتع ١١٠٥ من مجلة الالتزامات و العقود) لان الوكيل يعمل باسم الموكل و لصالحه فاذا كان الوكيل رشيدا و المظهر له غير كامل الاهلية و انما ميرا كان ذلك التظهير صحيحا و الميرة بالاهلية في المظهر هي يوم التظهير لا يوم القبض لمبلغ الكبيالة ثم ان المظهر له توكيلياً يجوز له أن يظهر من جديد الكبيالة لمظهره اخر و له هنا أن يظهرها تظهيراً توكيلياً اذا كانت له اهلية الوجوب مع الترخيص له في أعمال الادارة كما له أن يظهرها تظهيراً على وجه الملكية انما عليه هنا أن يظهر سفته كظهير له بالوكالة و الا كان مسؤولاً باعتباره ملتزماً بالكبيالة شخصياً و يمكن للمظهر له الاخير مطالبته على أساس أنه أحد الملتزمين شخصياً بالكبيالة.

ب- الشروط الشكلية:

١٨٨ - ان التظهير التوكيلي يشترط فيه ليكون كذلك أن تدرج بالكبيالة عبارة (القيمة "قيمة للاستيداء" Valeur en recouvrement أو للقبض Valeur encaissement أو بالوكالة par procuration أو غير ذلك من العبارات التي تفيد كون ذلك التظهير كان القصد منه مجرد التوكيل و انما ينبغي أن يكون صريحا واضحا و الاعتبار ذلك التظهير تظهيراً على وجه الملكية.

و قد سبق أن رأينا في بعض القوانين المقارنة كالقانون المصري مثلا أنه جعل التظهير الناقل للملكية الخالي من احداثيات الشكلية الالتزامية بمثابة التظهير التوكيلي بينما المشرع التونسي لم يعتمد مثل هذا الحال و بدا لنا أنه قصد بذلك جعل التظهير لم يعتمد مثل هذا الحال وبدا لنا أنه قصد بذلك جعل التظهير الناقل للملكية باطلا لا أكثر و لا أقل.

ثم ان هذا التظهير التوكيلي ليكون صحيحا ينبغي أن يكون مصحوبا بامضاء المظهر وهذا شرط أساسي في عمل التظهير سواء كان في التظهير الناقل للملكية أو في التظهير التوكيلي وهذا الشرط من الواجب توفره حتى يمكن للمدين معرفة الوجه القانوني الذي يطالبه على أساسه المظهر له بمبلغ الكبيالة و يحدد وجه تعامله معه.

بقي أن نتساءل عما اذا كان من الممكن أن يحتج المظهر بأن تظهيره للكبيالة و ان لم يتضمن سراحة أنه على سبيل الوكالة فقط فانه في الحقيقة تظهيراً توكيلياً؟

هنا علينا أن نفرق بين حالتين و هي فيما اذا كان الامر يتعلق بالاحتجاج ضد المظهر له و عندها يكون للمظهر التمسك ضده بكون ذلك التظهير هو على سبيل الوكالة لا غير و له اثبات كون التظهير كما ذكر بجميع وسائل الاثبات لان الامر يتعلق بعمل تجاري و الاثبات في المادة التجارية يمكن حصوله بجميع الطرق القانونية.

و الغاية من تحويل المظهر اثبات كون التظهير الصادر عنه للمظهر له هو على سبيل الوكالة جعل امكانية للمظهر لاسترجاع مبلغ الكمبيالة من المظهر له متى قبض مبلغها و حتى استرجاع مبلغها في جلة مال الفللة في حالة اعلان افلاس هذا الأخير و ليس لانحداد الدائنين الاحتجاج ضده يدخل تلك الاموال في جلة مال المظهر.

أما اذا كان الاحتجاج يكون التظهير توكيلا تجاه العاملين للكمبيالة اللاتحين لذلك التظهير فليس للمظهر المذكور التمسك بدمهم يكون التظهير لم يكن على سبيل الملكية بل على معنى الوكالة لان هذا الاحتجاج بمثابة الدفع بالعلاقة الشخصية بين المظهر له و هي لا يحتج بها عليهم عملا بالفصل ٢٨٠ من المجلة التجارية و على العكس من ذلك فان هؤلاء الاخيرين لهم الاحتجاج على المظهر المذكور يكون ذلك التظهير هو على سبيل الوكالة فقط و بإمكانهم اثبات ذلك بجميع أوجه الالبات طالما أن الموضوع يتعلق بعمل تجاري و غايتهم من ذلك منع المظهر له من الاحتجاج ضده بها له من علاقات شخصية معهم فليس له طلب مقاضاتهم مثلا في دين له عليهم.

الفرد الثالث:

اثار التظهير التوكيلي

١٨٩ - ان هذا النوع من التظهير هو عبارة عن وكالة و هي من نوع الوكالة العامة (الفصل ١١١٩ من مجلة الالتزامات و العقود) و كيل عن المظهر و على هذا الاساس فان العلاقات القانونية التي تقوم بين الطرفين يقتضي ذلك التظهير تنظيمه مبدئيا القواعد العامة الواردة بمجلة الالتزامات و العقود زيادة عما ورد بالمجلة التجارية من أحكام خاصة كما سنراها عقب استعراضنا لاحكام العلاقة بين الطرفين المذكورين

كما أن هذا النوع من التظهير سوف يجعل العلاقة بين كل من المظهر والعاملين للكمبيالة و الملتزمين بها علاقة ذات طابع متميز و كذلك في العلاقة بين هؤلاء والمظهر له و يظهر ذلك فيما يلي:

(١) اثار التظهير التوكيلي في علاقة المظهر بالمظهر له :

١٩٠ - ما دمتنا قلنا ان التظهير التوكيلي عبارة عن توكيل عام يترتب عليه أن على المظهر له أن يقوم بانصاف ما وكل عليه على الوجه الاتم بلا زيادة و لا نقصان دون أن يتجاوز حدود وكالته (الفصل ١١٢١ من مجلة الالتزامات و العقود) فعليه أن يراعي مصلحة المظهر كما يجب اذ يقتضي عليه المطالبة بمبلغ الكمبيالة عند حلول أجل الوفاء بها و ان يتخذ كافة الاجراءات اللازمة للحفاظ على حقوق المظهر متى لم يستطع استخلاص مبلغها من المدين بها في الاجل المحدد بها للخلاص فعليه تحرير الاحتجاجات اللازمة و الاخطارات الضرورية عند الانقضاء و القيام بدعوى الرجوع في معادها القانوني و أن أخل بواجباته في هذا المعنى فانه يكون مسؤولا تجاه المظهر و في هذا المجال نجد الصارف التي تكون عادة هي المظهر لها على سبيل الوكالة تشترط عدم تحميلها للمسؤولية في سورة عدم تحريرها للاحتجاج لعدم القبول أو عدم الدفع في الاجل القانوني أو ارتكاب أحد موظفيها أخطاء في هذا المعنى و هذا الشرط جائز قانونا الا أنه لا يجوز التمسك به ضد المظهر ان كان التفسير لم يكن ناجما عن خطأ أو نسيان كأن ثبت أن هناك عمدا من المؤسسة المصرفية في عدم قيامها بواجباتها كوكيلة للمظهر و عندئذ يعتبر شرط الاعفاء من المسؤولية هذا الاعمال عليه.

و يشار سؤال هنا حول ما اذا كان يمكن للمظهر له القيام ضد المدين بالكمبيالة لدى المحاكم في طلب اعلان افلاسه بسبب عدم الخلاص ذمب بعض القهاء ان أن ذلك جائز من المظهر له طالما انه يحمل توكيلا عاما

من المظهر لكن البعض الآخر وخاصة فئة القضاء اعتبر ذلك غير جائز (١) لأن طلب اعلان افلاس المدين بالكسبيات ليس مومن باب المطالبة بمبلغها اذ أن طلب اعلان الافلاس هو قبول حتمي من الدائن باسقاط جانب من دينه و الاكتفاء بقبول حصة فيه و الخضوع لرأي أغلبية الدائنين من حيث الصلح و الامهال أو تخفيض الدين لما فيه من انتقاص لحقوق الدائن و من ثم لا يجوز لمير المظهر أن يباشره و يبدو لي أن هذا الرأي الأخير هو المتجه اعتماد ذلك أن الوكالة العامة الممنوحة للمظهر له هي قبض مبلغ الكسبيات و ما تترتب على ذلك من دعاوى الرجوع و طلب اعلان الافلاس ليس هو من أوجه استخلاص مبلغ الكسبيات زيادة عما تحف به من مخاطر بعد اعلان الافلاس هذا و الحكم الذي سيصدره المظهر له ضد المدين بالكسبيات أو الضامن في خلاص مبلغها أو أي ملتزم آخر بها فان هذا الحكم ينصرف اثره للمظهر و يعتبر صدر لعائده أو ضده من أول وملة.

(١) الحكم الاستثنائي عدد ٢٧٧٠٧ صادر عن محكمة الاستئناف بتونس في ١٧ جانفي ١٩٦٨ نشر بمجلة القضاء و التشريع عدد ٧٠٦ جوان و جويلية ١٩٦٩ صفحة ١٢٢ و قد جاء هذا الحكم نتيجة لما حصل من تغيير في كتابة نص الفصل ٢٨١ بالمجلة ما جمل مساهم المتقاضيات الفصل ١١٥٧ من مجلة الالتزامات و المقود فأكد هذا الحكم أن غاية الفصل ٢٨١ من المجلة التجارية هو خرق القاعدة الواردة بمجلة الالتزامات و المقود و جعل الوكالة لا تنتمي بوزارة الوكيل في الاوراق التجارية من كسبيات و شيك بدليل أن الفصل ٣٦٩ من نفس المجلة ورد به نفس الحكم الوارد بالنسب ٢٨١ المذكور و اعتبر أن هناك غلط مطبعي بالفصل لا أكثر و لا أقل .

كما أنه من الواجبات المحسولة على المظهر له تقديم حساباته عن وكالته للمظهر (الفصل ١٢٦ من مجلة الالتزامات و المقود فهو ملزم قانونا بان يسلم له كافة المبالغ التي استخلصها بموجب الكسبيات المظهرة له و عادة هذا المظهر له يأخذ اجل عن قيامه بعمله ذاك تكون نسبة متفق عليها بالطرفين و ان لم يكن هناك اتفاق يحدد حسب المرف التجاري (الفصل ١١٤٤ من مجلة الالتزامات و المقود).

ثم يلاحظ أن المظهر له قد لا يقوم باستخلاص قيمة الكسبيات بل يعمد الى تطهيرها للمير و عندئذ تطهيره هذا لا يكون تطهيراً ناقلاً للملكية بل ليس له أن يظهرها الا تطهيراً توكيلياً (الفقرة الاولى من الفصل ٢٨١ من المجلة التجارية) و هو أن فعل ذلك و ظهرها تطهيراً ناقلاً للملكية بأن لم يظهر صفته كوكيل فقط فانه يتحمل مسؤوليته تجاه المظهر زيادة على ان تطهيره ذاك لا يعتبر الا تطهيراً توكيلياً لا أكثر و لا أقل حسب ما اقتضاه الفصل ٢٨١ المذكور و طالما أن المظهر له هو عبارة عن وكيل و الوكالة يمكن تنهيتها دون الارتباط بزمان معين فانه يمكن على هذا الاساس للمظهر أن ينهي للمظهر له وكالته عنه و لو كان ذلك بعد حلول أجل الوفاء و ذلك اما بالتشطيب على لفظة التطهير على سبيل الوكالة أو بأي كتابة أخرى تنهت الانهاء و تحل امضاء المظهر و هذا الرجوع في الوكالة يكون قبل استخلاص مبلغ الكسبيات أما اذا وقع قبض مبلغها من الوكيل فلم يعد هناك من وجه لانهاء تلك الوكالة لانها تعتبر عندئذ قد تم الغرض الذي جعلت من أجله و ليس للمظهر الا مطالبة المظهر له بما قبضه عوضاً عنه من مبلغ الكسبيات و فوائضا و ما تترتب عنها من مصاريف كان سببها المظهر هذا و نشير هنا الى أن الوكالة يمكن أن تنتهي بالمزول كما ذكرنا أو بفقدان المظهر له الأهلية أو وقوع التحجير عليه التصرف في مكاسبه باعلان افلاسه أو الحكم عليه بالاشغال الشاقة في المادة الجزائية أو حصول وفاته و للمظهر استرجاع الكسبيات من

ورقة المظهر له في حالة وفاته و كذلك من أمين الطلبة في حالة اعلان افلاس ذلك المظهر له.

وعلى العكس من ذلك فان فقد المظهر لاملية أو وفاته لا يجعل الوكالة تنتهي بأحد الموجبات المذكورة عملا بالفقرة الثالثة من الفصل ٢٨١ من المجلة التجارية إذ نست على ما يلي: (ان النيابة التي لا يتضمنها التظهير التوكيلي لا ينقضي حكمها بوفاء الموكل و ببقائه الاملية) و لغة القضاء التونسي أكد هذا المعنى بالحكم الاستثنائي عدد ٢٧٧٠٧ (١).

٧) آثار التظهير التوكيلي بالنسبة للمفوض:

١٩١ - لا نفى دأنا أن المظهر له هو وكيل للمظهر لا أكثر و لا أقل و عليه أن يتصرف نحو المدينين بوسنة ذاك فليس له أن يصالهم على جزء من مبلغها و يؤخر لهم أجل الوفاء بها دون موافقة المظهر أو حتى تقسيط مبلغها.

و من جهة أخرى ليس للملتزمين بتلك الكمبيالة الاحتجاج ضده بها لهم من علاقات شخصية معه إذ هو ليس بالمالك للكمبيالة بل هو مجرد حامل لها لفائدة المظهر و بالتالي بإمكانهم التمسك ضده بها لهم من علاقات شخصية بحاملها الحقيقي المالك لها الذي هو المظهر كما أن هذا الأخير يبقى هو صاحب الحق الثابت في الكمبيالة و له مطالبة الملتزمين بها الوفاء بمبلغها عند الاستحقاق و لو لم يقع شطب ذلك التظهير التوكيلي أو العاوه و ذلك عملا بقاعدة من له الأكثر له الأقل فالمالك للكمبيالة هو الاصيل و له جميع الحقوق الناشئة عنها فمن باب أولى المطالبة بالوفاء بمبلغها. هذا و اذا أظهرت الكمبيالة تظهيراً توكيلياً فإن المظهر له يبقى على صفته تلك و لو ظهر الكمبيالة من جديد تظهيراً ناقلاً للملكية عملاً بقاعدة آخر الفقرة الاولى من الفصل ٢٨١ من المجلة التجارية التي اقتضت

أن الحامل المظهر له تظهيراً توكيلياً ليس له تظهير الكمبيالة الا على سبيل الوكالة.

كما أن هذا المظهر له على سبيل الوكالة يمكنه أن يظهِرها من جديد على سبيل الوكالة أيها و ذلك لان المظهر له تظهيراً توكيلياً ممنوح له توكيل عام و من له توكيل عام له أن يوكل غيره غير أنه اذا منح عليه ذلك صراحة بالتظهير فليس له أن يوكل غيره و ان فعل فإن ذلك التوكيل صحيح الا أن ما ينشأ عنه من ضرر للمظهر يتحمل مسؤوليته من تجاوز حدود الوكالة (الفصل ١١٢٢ من مجلة الالتزامات و العقود) و الملاحظ أن المظهر له الثاني على سبيل الوكالة لا يعتبر نائباً للمظهر له الاول على سبيل الوكالة بل هو وكيل للمظهر و مسؤول قبل هذا الأخير عما يرتكبه من أخطاء و بالتالي تكون للمظهر الاصيل دعوى مباشرة ضد هذا المظهر له الثاني على الوكالة و له القيام ضده قضائياً من أجل الاصل أو التقصير في استخلاص مبلغ الكمبيالة كما يجب قانوناً أو دفعه لمبلغها لغير مستحقها فالمصرف المظهر له الكمبيالة من المظهر المالك لها تظهيراً توكيلياً و تظهيراً من جديد على سبيل الوكالة لمصرف آخر و ارتكاب هذا الأخير خطأ بعد استخلاص قيمتها كأن قام بقيد مبلغها بحساب المصرف المظهر له الاول على سبيل الوكالة ثم وقع اعلان افلاس هذا الأخير فإن المظهر المالك لها يبقى على حقه في مطالبة المصرف الثاني بمبلغ الكمبيالة لانه ارتكب خطأ في كيفية دفعه لمبلغ لمبلغ الكمبيالة بعد استخلاص قيمتها لين لم يكن المالك له.

الفقرة الثانية:

التظهير على سبيل الضمان أو الرهن

Endossement en garantie ou en gage

١٩٢- ان هذا النوع من التظهير قليل الحصول في الواقع لكن مع ذلك قد يحصل بين التجار كأن يمسد المالك للكبيالة الى رهنها لدى أحد المصارف لمدة معينة قصد الاستفادة من مبلغها لتلك الفترة دون أن يتخلى عن ملكيته لها تماما إذ يقوم باسترجاعها بعد دفعه للمبلغ الذي اقترحه بمناسبة تسليمه لها دون أن يقوم بخصمها نهائيا لدى ذلك المصرف و هذا السلوك من حامل الكبيالة المالك لها قد يلجأ اليه متى كانت الكبيالة مستحقة الدفع في أجل بعيد بينما هو في حاجة للمال لمدة قصيرة فيقوم عندئذ برهن الكبيالة لدى المصرف بتظهيرها له على سبيل الرهن أو على وجه الضمان للمدة القصيرة تلك.

و هكذا يمكننا القول بأن التظهير على سبيل الضمان أو على سبيل الرهن هو عبارة عن التظهير الحاصل من مالك الكبيالة للتظهير له على معنى رهنها لديه أو تسليمها له على سبيل الضمان لا غير وبذلك فان تظهيره لها لا ينتقل ملكيتها للحامل و نحن سنتكلم عن هذا النوع من التظهير من ناحيتين اثنتين : شروط هذا التظهير ثم آثاره.

الفرد الأول:

شروط التظهير على سبيل الضمان أو الرهن

ان هذه الشروط منها ما هو من الشروط الموضوعية و منها ما هو من الشروط الشكلية و كما وجدناهما في نوعي التظهير السابق درسهما نجدهما من:

أولا : الشروط الموضوعية:

١٩٢- ان التظهير على سبيل الضمان أو الرهن فيه مسؤولية للتظهير إذ يمكن للحامل الرجوع عليه و مطالبة بالمبلغ الذي أخذه مقابل رهنه لتلك الكبيالة لذلك ينبغي أن يكون المظهر متوفرة فيه أهلية الالتزام و الالتزام ذلك أنه هنا يمكن أن يكون محل مطالبته من طرف المظهر له على أنه إذا كان مرخصا له في تصايف التجارة فيكتفي فيه بحصوله على ذلك الترخيص مع ترشيده المطلق ونفا لما ينبغي توفره في الصغير المتعاطي للتجارة لان عليه التظهير هذه هي عليه تجارية قبل كل شيء زيادة عما فيهما من التزام من المظهر نحو المظهر له.

ثم ان هذا المظهر ينبغي ان لا يكون قد قام بعملية التظهير هذه و هو في فترة توقفه عن الدفع و ذلك عملا بالفقرة الخامسة من الفصل ٤٦٢ من المجلة التجارية اذ اقتضى ذلك الفصل ما يلي (ان الاعمال الاتي ذكرها التي يتسببها المدين من تاذيخ الوقت الذي عينته المحكمة لتوقفه عن دفع ديونه أو في ظرف العشرين يوما التي قبله يجب الحكم ببطلانها بالنسبة لتساعة الدائنين و هي رابعا توظيف رهن عقاري بالاتفاق أو بحكم الحاكم و ترتب توقفه على مكاسب المدين لضمان دين سابق عليه). و على هذا الأساس فانه يمكن لأمين القسمة أن يطلب ابطال هذا التظهير على سبيل الضمان أو الرهن طالما حصل في فترة الرهن أو أثناء التوقف عن الدفع.

ثانيا: الشروط الشكلية:

١٩٤- ان التظهير على سبيل الضمان وسبيل أو سبيل الرهن ذكره المشرع التونسي بالفقرة الرابعة من الفصل ٢٨١ من المجلة التجارية و اعتبر التظهير الذي يقع من المظهر و يحتوي على العبارات التالية (القيمة موضوعة ضامنا) Valeur en garantie أو (القيمة موضوعة رهنًا)

Valeur en gage أو غير ذلك من العبارات التي تفيد الرهن فإن هذا التطهير هو تطهير على سبيل الضمان أو الرهن و بذلك نرى أن أول شرط شكلي في هذا التطهير هو ذكر كلمة من الكلمات المذكورة أو أي عبارة أخرى تفيد ذلك المعنى المهم ذكر ما يفيد الضمان أو الرهن بـمكان التطهير.

ثم ينبغي أن يكون ذلك التطهير الواقع كتابة متبوعا بامضاء المظهر لأن الكتابة للتطهير بالصيغة المذكورة إذا لم تكن متبوعة بامضاء المظهر يمكن أن يستنتج منها أن ذلك التطهير لم يحصل من أول وملة بأن وقع المدلول عنه قبل الامضاء من المظهر.

و لم يفترض الشرع ذكر تاريخ وقوع التطهير و لا مكان حصوله و لا أي بيان حول المظهر له فهو هنا فعل مثل ما فعله سواء في التطهير التوكيلي رغم أن التطهير على سبيل الضمان أو الرهن فيه التزامات من المظهر و من الضروري معرفة تاريخ حصول ذلك التطهير لتحديد مدى أهمية المظهر يوم حصول التطهير و كذلك الأمر في سورة اعلان افلاسه و ربما الشرع اكتفى بذكر لفظة التطهير على سبيل الرهن أو الضمان مع التوقيع باعتبار أن مثل هذا التطهير لا يقع في الغالب الا لدى مؤسسات مصرفية و هي ماسكة لدفاتر منظمة ثابتة بها تواريخ كل معاملة تجريها مع أي حريف لها.

ثم أن هذا التطهير لا يكون عاملا الا متى وقع تسليم الكسيبالة للمظهر له و ذلك في سورة ما اذا كان التطهير واقعا على سبيل الرهن و ذلك عملا بالفصل ٢١٢ من مجلة الحقوق المبنية الذي اقتضي أن الرهن يتم:

(١) بتراضي الطرفين على عقد.

(٢) بتسليم الرهنون تسليمها فعليا للدائن أو لغيره ممن وقع الاتفاق عليه من الطرفين.

هذا و ان اثبات هذا النوع من التطهير لا يكون الا كتابة بالنسبة للمير لكن مل ينبغي أن يكون لتلك الكتابة تاريخ ثابت على معنى الفصل ٢١٤ من مجلة الحقوق المبنية يبدو لي أن موضوع التاريخ الثابت هذا لا يمكن التمسك به في خصوص الكسيبالة و كذلك بقية الاوراق التجارية الاخرى و ذلك عملا بالفصل ٢١٩ من المجلة المذكورة الذي أقر بقاعدة خاصة تتعلق بالسندات للحامل و التي يثبت عليها حق امتياز الرهن بمجرد تسلمه لسند الرهنون.

الفرد الثاني:

اثار التطهير على سبيل الضمان أو الرهن

ان هذه الآثار تختلف باختلاف علاقة المظهر بالمظهر له و علاقة هذا الاخير بالمير.

أولا: اثار التطهير في علاقة المظهر له بالمظهر:

١٩٥ - ان هذه الآثار مرتبطة الى حد بعيد بالطبيعة القانونية للمظهر له أي وضعه القانوني في تلك الكسيبالة فهو ليس بمالك لها اذ هي لم تنتقل اليه على وجه الملكية بل هو مجرد دائن للمظهر و مرتين للكسيبالة في حدود دينه و هو ليس بوكيل عن المظهر لكونه لم يسلم له تلك الكسيبالة على سبيل الوكالة و مع ذلك فاننا نستطيع أن نقول ان هذا الدائن المرتين أحيانا وضعته تكون وضعية الوكيل بالنسبة لمدينة المظهر فعليه استخلاص قيمة الكسيبالة عند حلول أجل الوفاء كما عليه القيام بكافة الاجراءات اللازمة لحفظ حقوق مدينة في تلك الكسيبالة من اجراء الاحتجاجات و القيام بدعاوى الرجوع و الاكان مسؤولا امام المظهر كل ذلك ما لم يرد شرط بالكسيبالة من المظهر نفسه أو من المظهر له

و يخالف ذلك لانه في هذه الحالة الناس عند شروطهم و ما يتفق عليه الطرفان يقوم مقام القانون بينهما.

بحيث اذا لم تكن هناك شروط خاصة بين الطرفين على المظهر له السمي في استخلاص قيمة الكسبيالة عند حلول أجلها ان لم يحل أجل استخلاص دينه بعد و هو ان استخلص قيمة الكسبيالة عليه أن يحتفظ لديه بقيمة دينه الى تاريخ حلوله و يحل الباقي للمظهر باعتباره صاحب الحق في باقي مبلغ الكسبيالة فيما تجاوز مبلغ الدين .

هذا و ان الدعوى التي يقوم بها ضد المتلزمين بالكسبيالة يقوم بها لا باسم المظهر بل باسم الخاص لانه صاحب حق على الكسبيالة موضوع الرهن استند من تطهير الكسبيالة له على سبيل الرهن أو الضمان.

كما يمكن لهذا المظهر عند حلول أجل دينه و عدم خلاص المظهر في ذلك الدين أن يمارس حق طلب بيع الكسبيالة موضوع الرهن شأنها شأن كل منقول وقع رهنه لدى دائن مرتين و له أن يطلب من القاضي الاستعجالي الاذن ببيع تلك الكسبيالة أو خصمه لدى مصرف ما لاستخلاص دينه منها و ما دام المظهر له عند تطهير الكسبيالة من المظهر لا يصبح المالك لها فانه اذا ما قام بتطهيرها فان تطهيره ذاك لا يكون الا على سبيل الوكالة و ذلك عملا باخر الفقرة الرابعة من الفصل ٢٨١ من المجلة التجارية التي اقتضت أنه (يمكن للحامل أن يجري جميع الحقوق المترتبة على الكسبيالة و لكنه اذا حصل منه تطهير فلا يعمد تطهيره الا على سبيل الوكالة).

فالمظهر له هنا وضمته في اعادة التطهير وضمية المظهر له على سبيل الوكالة سواء بسواء و بالتالي ليس له أن يتنازل عن الحقوق الواردة بالكسبيالة و لا أن يصالح في شأنها او يمنح اجالا على وجه الفصل أو يستط الدين مثله مثل المظهر له تطهيراً توكلها كما رأينا سابقا عند الحديث عن التطهير التوكلي.

ثانيا: اثار التطهير في علاقة المظهر بالمظهر و المظهر:

١٩٦ - المراد من كلمة المير هنا هو كل شخص ملتزم بالكسبيالة موضوع التطهير كما أن المظهر له هنا هو غير المظهر له في التطهير التوكلي اذ أن هذا الاخير يده عارية و معونة للمظهر فهو يقبض باسمه و يحمل الكسبيالة عوضا عنه بينما في التطهير على سبيل الرهن أو الضمان المظهر له تكون له حتى عيني على الكسبيالة يخوله حتى حبسها الى أن يخلص في دينه لذلك نرى المشرع تولى حماية المظهر له على سبيل الرهن أو الضمان حماية سائلة لحماية للمظهر له تطهيراً ناقلاً لملكية و بذلك جعل هذا النوع من التطهير لا يمكن معه للملتزم بالكسبيالة الاحتجاج بحاله من علاقات خاصة بالمظهر فهذا التطهير اذن يطهر الكسبيالة من الدفع في مواجهة المظهر له على سبيل الرهن و هذا ما اقتضته الفقرة الرابعة من الفصل ٢٨١ من المجلة التجارية بقولها (و لا يمكن للمتزمين أن يتسكوا ضد الحامل بوسائل المصارعة البنية على علاقاتهم الشخصية بالمظهر الا اذا تعدد الحامل عند تسلمه الحوالة الاضرار بالدين) فهذا المشرع اراد اعطاء دفع أكثر للكسبيالة ليزيد دعم الثقة بها بأن جعل التطهير على سبيل الرهن أو على سبيل الضمان مظهرها من الدفع شأن هذا التطهير مثل التطهير الناقل للملكية تماما. و مع ذلك فلاحظ أن المشرع أعطى حماية للمدينين بالكسبيالة في تعديده لدى عدم متبولة تسكهم ضد المظهر له على سبيل الرهن أو الضمان فاذا لم تكن غاية هذا الحامل من تسلمه للكسبيالة الا الاضرار بالمدينين بها فانه في هذه الصورة يمكن الاحتجاج ضده بمالهم من دفع ضد المظهر تجاهه و لهم اثبات نية الاضرار بهم لجميع وسائل الاثبات.

كما أن لهم من جهة أخرى التمسك بمالهم من دفع شخصية ضد الحامل متى كان دينه دون مبلغ الكسبيالة و ذلك في حدود ما تجاوز دينه موضوع الرهن فلو فرضنا أنه أقرض المظهر بمائتين و خمسين دينارا و الكسبيالة

الباب الرابع أجل الوفاء بالكبيالة

١٩٧- أن أجل الوفاء بالكبيالة أعاره المشرع أهمية بالغة إذ جعل بهان ذلك من الشروط الشكلية الإلزامية (الفصل ٢٦٩ من المجلة التجارية) وأهميته تظهر خاصة في مدى توقف حساب أجل كثير من الأمور القانونية عليه فبتحديدته نعرف بداية حساب أجل سقوط الحق بمرور الزمن الصرعي (فقرة أولى من الفصل ٢٢٥ من المجلة التجارية) وكذلك مدى تحرير الاحتجاج في الأجل القانونية (الفصل ٢٠٧ من نفس المجلة) وكذلك الأمر لمرحلة مدى القيام بدعاوي الرجوع في أمد القانوني (الفصل ٢١٥ من نفس المجلة) ثم أخيراً في حالة تأخير الوفاء والقيام بدعوى الرجوع لحساب المدة المستحق عنها فائض التأخير (الفصل ٣١١ من نفس المجلة).

ثم إن أجل الوفاء هذا هو حق وواجب في نفس الوقت فهو للحامل ليطالب على أساسه بالوفاء عند حلوله وله رفض تسليم مبلغ الكبيالة قبل حلول أجلها (فقرة أولى من الفصل ٢٩٦ من المجلة التجارية) وحق للمدين في التمسك به وعدم جواز مطالبة بالوفاء قبل حلول ذلك الأجل إلا في الصور الخاصة التي أجاز فيها القانون الرجوع على المستلزمين بالكبيالة قبل حلول أجلها مثل صورة الامتناع الكلي أو الجزئي عن القبول أو تفتيس السحوب عليه أو إعلان إفلاس الساحب للكبيالة التي لا يتمين فيها القبول (الفصل ٢٠٦ من المجلة التجارية) (١).

(١) علي البارودي - القانون التجاري - فقرة ٢٨٩

بها مبلغ ألف ديناران المدينين بتلك الكبيالة لهم حق مصادرة هذا المظهر له فيما زاد على المائتين والخمسين ديناراً أي في المباشرة والخمسين ديناراً الباقية ومرد ذلك أنه في حدود دينه للمظهر هو صاحب امتياز على الكبيالة في خصوص ذلك المبلغ وما زاد عنه يعتبر مجرد وكيل عن المظهر وبالتالي يمكن أن يعارض بما يمكن يعارض به المظهر سواء بسواء شأنه في ذلك شأن المظهر له على سبيل الوكالة.

وقد لاحظ بعض الفقهاء بأن سمي المدين بالكبيالة لإثبات كون التظهير هو من نوع التظهير على سبيل الرهن أو الضمان وليس بتظهير ناقل للملكية لا فائدة منه (١).

والذي أراه أن هذا الاتجاه لا يمكن قبوله على علاقة بل لفرق بين حالتين وهي ما إذا كان دين الرهن يساوي مبلغ الكبيالة وفي هذه الحالة لا فائدة من إثبات كون التظهير كان على سبيل الرهن أو الضمان وليس على سبيل الملكية طالما أن نتائج التظهيرين واحدة في هذه الحالة باعتبارهما يظهران الكبيالة من الدنوع وأما إذا كان مبلغ الكبيالة يتجاوز دين الرهن فإن إثبات كون التظهير كان على سبيل الرهن فيه مصلحة للمدين إذ يمكنه فيما زاد على دين الرهن التمسك بما له من علاقات شخصية سابقة بالمظهر إذ أن المظهر له في هذه الحالة يصبح بمثابة المظهر له على سبيل الوكالة.

(١) الدكتور علي حسن بونس - الأوراق التجارية - صفحة ١٩٥

و بذلك يتبين لنا أهمية بيان أجل الوفاء بالكسبالة و ضرورة دراسته بصورة عميقة و مستنيرة فما هو أجل الوفاء هذا ؟ و ما هي أنواعه ؟ و طرق حسابه ؟ و إمكانية التسديد فيه من عدمها ؟ ذلك ما سنتناوله بالدرس في قسم أول و ندرس في قسم ثان آثار عرض الكسبالة للوفاء عند حلول أجل الوفاء بها.

القسم الأول:

تعريف أجل الوفاء و أنواعه :

١٩٨ - ان أجل الوفاء هو التاريخ الذي يصبح فيه من حق الحامل المطالبة بقيمة الكسبالة غير أن هذا الحق في القانون الصرفي على خلاف ما هو في القانون المدني على صاحبه استعماله في فترة معينة من حلول الاجل و الا بات مسؤولا أو على الأقل مخرجا حقه ذلك للديان أمام بقية الساتزمين بالكسبالة كما سنرى ذلك تفصيلا في موضعه بينما في القانون المدني يمكن للدائن أن يتخطى عن المطالبة بدينه بعد حلول الاجل و لا يكون حقه مهددا الا بأمر واحد لا غير و هو سقوطه بمرور الزمن المدني المادي .

كما أن هناك ترقا آخر في حلول الاجل بين القانون الصرفي و القانون المدني التونسي خاصة أن الدين المدني على الدين به أن يحمله لصاحبه عند حلوله (الفصل ٢٨٩ من مجلة الالتزامات و العقود) و ان لم يحمله و لم يطالب به الطرف الثاني فان صاحبه الدائن به لا يستحق عنه فائضا الا من تاريخ ائذار الدين بالاداء (الفصل ٢٧٨ من مجلة الالتزامات و العقود) بينما في الدين الصرفي على الدائن عند حلول الاجل السمي في استغلاص دينه La dette est querabge et non portable و عليه

اثبات ذلك عند حصول الوفاء بتحرير احتياج ان لم يشترط بالكسبالة الاعفاء من ذلك كما أن الفاض يستحقه الحامل من يوم حلول أجل الوفاء لا من يوم المطالبة بالاداء.

ثم ان أجل الوفاء في الالتزام الصرفي نجده أربعة أنواع حسب ما جاء به الفصل ٢٩٠ من المجلة التجارية : أ - لدى الاطلاع - ب - لأجل ما بعد الاطلاع - ج - لأجل يتبدى من يوم معين - د - ليوم معلوم - هذا و الملاحظ أن الفصل المذكور جاء باخر فقرة منه قوله (أما الكسبالة التي يخلق سحبا على اجال اخرى أو اجال متعاقبة فهي باطلة) الامر الذي يستنتج منه أن الشرع أراد تحديد أنواع الاجال و حصرها في الأنواع الأربعة دون غيرها من بقية أنواع الاجال ثم أراد من جهة أخرى أن يجعل موضوع الاجل موضوعا جديدا فلا يمكن تعليق الاجل في الكسبالة بأجل آخر أو اجال اخرى مهما كان نوعها.

ثم نتجه الاشارة الى أن الكسبة المحررة بها هذه الفترة لا تؤدي المعنى المقصود منها بالضبط اذ كان الاسم أن تحرر مكذا (أما الكسبالات التي يخلق الوفاء بها على اجال اخرى أو اجال متعاقبة فهي باطلة) لان معنى الفترة حسب تحريرها الحالي يبدولي أنه لا يؤدي المعنى المقصود منه اذ يفهم منها أن الاجل المراد هو اليوم الذي ستسحب فيه الكسبالة لا يوم أجل الوفاء بها بينما المراد من الفترة هو أجل الوفاء.

أولاً: الكسبالة المستعقة الدفع لحده الاطلاع :

١٩٩ - ان جعل أجل الحلول للوفاء هو يوم الاطلاع من طرف السحوب عليه فيه فائدة كبرى للمستفيد الذي أحيانا هو نفسه لا يستطيع عرض الكسبالة على الخلاص في يوم معلوم يحدد مسبقا و التي لا تكون عادة خاضعة لشرط عرضها للقبول لانها عند عرضها على السحوب عليه ليس العناية منها اخذ التزامه بالخلاص بل الغاية هي خلاص مبلغها.

ثم ان الكبيالة المستحقة الدفع لدى الاطلاع غير مرتبط عرضها بأجل معين يمكن أن تعرض للخلاص عقب انشائها مباشرة غير أن المشرع جعل هذا الصنف من الكبيالات من الواجب عرضها على الخلاص من قبل نهاية السنة من تاريخ انشائها (الفصل ٢٩١ من المجلة التجارية (١).

و الملاحظ أن أجل السنة هذا هو أجل مناسب فهو ليس بالتقصير إذ يمكن عرض الكبيالة على الخلاص داخل البلاد كما أن يكون عرضها ذاك مستوجبا حصوله خارج الجمهورية فهذا الاجل بسنة يعتبر مناسباً كما أنه ليس بطويل الاشد فالملتزمون بالكبيالة لا يشعرون بالضغط من هذا النوع في الاجال لانه أجل مناسب للدائن و للمدينين بها فلولاء لا يتقون أمدا طويلا و التزاماتهم بتلك الكبيالة مستمرة و في نفس الوقت يتمكن حامل تلك الورقة من التجول بما يناسب استعمال الاوراق التجارية عموما. ومع ذلك فان أجل السنة هذا يمكن للمالك اشتراط أمد أطول منه أو أمد أقصر و هذا يدل على أن ذلك الاجل لا يهيم النظام العام كما يمكن أن يحصل هذا الاشتراط من أحد المظهرين الا أنه اذا حمل من هذا الاخير فانه لا يمكن أن يكون لأجل أطول من الاجل المحدد من صاحب (الفقرة الاولى من الفصل ٢٩١ من المجلة التجارية).

هذا و ان الجزاء الذي يحمل للحامل عند عدم عرضه للكبيالة في أجل السنة هو اعتباره حاملا مبدلا و ليس له الرجوع على الملتزمين السابقين بالكبيالة عدا المسحوب عليه المقابل لها و ما دام في هذا الصنف من الكبيالة لا يتصور فيه قبول الكبيالة من المسحوب عليه اذ متى عرضت عليه وجب خلاص قيمتها فان الحامل لها يفقد حقه في الرجوع حتى على المسحوب عليه.

(١) محمد علي راتب - السندات الاذنية - فقرة ٢١٢

كما أن عرض الكبيالة للخلاص قبل حلول الاجل الذي حدده صاحب لعرضها لذلك العرض و ان كانت هي مستحقة الدفع لدى الاطلاع فان ذلك العرض لا يتحول الحامل في حالة عدم الخلاص الرجوع على الملتزمين بتلك الكبيالة و ذلك لاعتبار أن أجل عرضها للخلاص لم يحل بعد و المسحوب عليه نفسه لو أوفى بالكبيالة عند عرضها عليه خلافا لشرط صاحب فانه يكون مسؤولا عن خطئه لهذا الاخير.

فانها: الكبيالة المستحقة الدفع في أجل ما بعد الاطلاع:

٢٠٠- ان جعل الكبيالة مستحقة الدفع في أجل معين بعد مدة من الاطلاع من شأنه أن يبعد عن المسحوب عليه خطر المفاجأة للخلاص في وقت تكون أحيانا السيولة غير متوفرة لديه في صورة الدفع لدى الاطلاع فهذا النوع من الاجل فيه فائدة للمسحوب عليه.

كما أنه من شأن هذا النوع من الاجل أن يجعل الكبيالة تعرض على القبول أولا ثم يأتي زمن الوفاء بها لاحقا و على هذا الاساس نجد المشرع في صورة القبول لكبيالة مستحقة الدفع في أجل ما بعد الاطلاع من طرف المسحوب عليه ينبغي على هذا الاخير أن يورخ قبوله ذاك (الفصل ٢٨٥ من المجلة التجارية) و ان لم يورخ القبول فانه يصبح من الواجب على الحامل أن يحرر محضر احتجاج لاثبات ذلك المهور و حتى يمكنه الرجوع على المظهرين و صاحب عند الاقتضاء كما ينبغي أن يحرر ذلك الاحتجاج في الاجل القانوني .

كما أنه في صورة عدم وجود تاريخ للقبول و عدم وجود الاحتجاج كيف ذكر فان القبول يعتبر حاصلا للمسحوب عليه في اخر يوم ينبغي أن يقع فيه القبول.

هذا و اذا كانت الكبيالة تحمل شرط الرجوع بلا مصاديف أو دون تحرير محضر احتجاج فان ذلك الشرط لا يمنع من عرض الكبيالة على القبول و عندما يمكن اثبات ذلك العرض بجميع وسائل الاثبات

و الاثبات هذا غاية له حساب بداية الاجل اللازم للوفاء و اذا ما حذر احتجاج لعدم القبول فبفتح حساب ذلك الاجل من تاريخ تحرير الاحتجاج المذكور.

و ان لم يكن هناك اعفاء من القبول فان مجرد عرض الكميالة على المسحوب عليه لا يعني الحامل من عرضها على المسحوب عليه للقبول و في الاجال القانونية المحددة بالفصل ٢٨٥ المشار اليه و عند عدم القبول يجب على الحامل تحرير محضر احتجاج في عدم القبول هذا لهيئة الرجوع على بقية المتضمنين بالكميالة عند الاقتضاء.

ثم الاجل في سورة الوفاء بعد مدة من الاطلاع يمكن أن يكون اسبوعا أو شهرا و نصف شهر أو سنة فالساحب حرفي تحديده اذ لم يتدخل المشرع في ضبطه .

كما نلاحظ في النهاية أن المسحوب عليه قد يكون فردا وحيدا و قد يكون عديد الافراد و عندما ينبغي عرض الكميالة على كافةهم للقبول و يبدأ حساب الاجل من تاريخ اخر قبول أو رفض من طرف أحدهم أو كافةهم.

كما تجد الاشارة اخيرا بأن الكميالة الواجب عرضها على القبول فان عرضها على المسحوب عليه غير كاف و لا قائم مقام عرضها بالفعل من أجل القبول طالما أن لهذا الاخير نتائج قانونية التي منها ضبط بداية حساب الاجل حسب الفصل ٢٩٢ من المجلة التجارية اذ حساب الاجل يبدأ من تاريخ القبول أو من تاريخ الاحتجاج بعدم القبول أو الاحتجاج الثبت لتاريخ القبول .

كما أن أجل الوفاء المحدد بالكميالة بعد مضي مدة من الاطلاع هو لا يخول للحامل المطالبة بمبلغ الكميالة قبل حلول أجلها و هذا علا بقاعدة الناس عند شروطهم.

ثالثا: الكميالة المستحقة الدفع في أجل يمتدده من

تاريخ معين: un certain delai de date

٢٠١ - ان هذا الصنف من الاجال للوفاء يتبع في الكميالات اذا كانت خاصة مسحوبة في بلد و مستحقة الدفع في بلد اخر و من شأن هذه البلاد أن تكون مختلفة الحساب في رزنامتها السنوية و هنا نجد حساب بداية الامد الذي سينطلق منه أجل الوفاء يحسب من تاريخ انشاء الكميالة بينما سبق أن رأينا في الكميالة المستحقة في أجل ما بعد الاطلاع يحسب من تاريخ القبول أو تاريخ الاحتجاج .

كما أن أجل الوفاء في سورة الحال هو محدد من يوم انشاء الكميالة و لا دخل لارادة الحامل في خصوصه و يمكن للساحب أن يحدده بالاسبوع أو بالاشهر أو حتى بنصف الشهر و ذلك ليكون أجل الوفاء معروفا من الكافة من يوم انشاء الكميالة.

رابعا: الكميالة المستحقة الدفع في يوم معلوم:

A un jour fixe

٢٠٢ - ان الكثرة الغالبة من الكميالات تجد الساحب يحدد فيها أجل الوفاء بها بيوم معلوم و هذا اليوم قد يقع تحديده بيوم عيد مشهور و لا اختلاف في حصوله في يوم محدد و قد يحدد بيوم معين بالرقم من الشهر و السنة و قد يقع تحديده بلمبة أول الشهر أو منتصف الشهر أو اخر الشهر و عندما يكون اليوم لا اختلاف فيه باعتبار المشرع نفسه حدد كلمة أول الشهر و تعني أول يوم منه و منتصفه هو اليوم الخامس عشر منه و اخر الشهر هو اليوم الاخير منه (الفترة الخامسة من الفصل ٢٩٢ من المجلة التجارية).

و من شأن تحديد الاجل بيوم محدد من شهر و معلوم من سنة بدايتها أن يرفع كل أشكال و لا يترك الاجال لاحتساب الايام أو الاشهر طالما اليوم و الشهر و السنة مرقمة مسبقا بالكميالة و لن يثير ذلك أي اشكال

إذا كانت الكمبيالة مسحوبة وواجب الوفاء بها ببلد واحد أو ببلدان مختلفة لكن رزنامتها واحدة وبنى الاشكال قائما عند وجود اختلاف في الرزنامات لذلك نجد صاحب الكمبيالة في مثل هذه الحالة يعبر بكلية الاسبوع أو الشهر أو نصف الشهر لترك المجال للاحتساب الصحيح في صورة اختلاف الرزنامات.

القسم الثاني: طريقة حساب الاجل

٢٠٢ - ان طريقة حساب الاجل حددها المشرع بشكل واضح في المجلة التجارية زيادة عما ورد من بيانات حول الاجل في مجلة الالتزامات والعقود بالفصل ١٣٦ و ما بعده فالمجلة التجارية تناولت موضوع كيفية احتساب الاجل بالفصلين ٢٩٢ و ٢٩٣ منها و بالفصل ٢٢٦ - ٢٢٧ - ٢٢٨ من نفس تلك المجلة و خلاصة هذه الاحكام الواردة بتلك الفصول ما يلي:
أ - في صورة ما اذا وقع تحديد الاجل بشهر أو عدة أشهر سواء بالنسبة للكمبيالة المحددة الاجل بشهر أو أشهر الواجبة الدفع بعد الاطلاع بأجل معين محدد بشهر فان أجل الحلول يحصل في التاريخ الذي يقابله من الشهر الذي يجب أن يتم فيه الدفع و ان لم يوجد التاريخ المقابل فالحلول يقع في اليوم الاخير من الشهر المذكور و معنى ذلك أنه اذا سحبت الكمبيالة يوم ٢٠ ماي و مستحقة الدفع بعد شهر من ذلك التاريخ فيكون يوم الاستحقاق هو يوم ٢٠ من الشهر و اذا كان الشهر المستحقة فيه لا يوجد به ذلك اليوم مثل شهر فيفري مثلا الذي به ٢٨ يوما بينما في سحبت يوم ٢٠ من شهر جانفي فهي تستحق في نهاية الشهر أي ٢٨ فيفري و ان كانت السنة كبيسة يوم ٢٩ فيفري (الفقرة ٢٢ من الفصل ٢٩٢ من

المجلة التجارية) أما اذا حدد الاجل بالاشهر و بنصف شهر فالتا نحسب الاشهر أولا و ما يقابلها في الايام لهيوم السحب كاملة ثم نحسب مدة نصف الشهر باعتبارها خمسة عشر يوما كاملة (الفقرتان ٤ و ٧ من الفصل ٢٩٢ من المجلة التجارية) (١).

ب - اذا وقع التعبير عن الاجل بلفظة نصف شهر و أول الشهر أو اخر الشهر سواء في الكمبيالة المستحقة الدفع بعد مدة من أجل الاطلاع أو بعد مضي مدة معينة من تاريخ السحب فان نصف الشهر هذا يعتبر خمسة عشر يوما كاملة و أول الشهر أول يوم منه و اخر الشهر اخر يوم منه و بداية حساب هذه الايام يكون من اليوم الموالي لتاريخ انشاء الكمبيالة و هذا لانه لا يدخل في حساب الاجال القانونية أو الاتفاقية اليوم المين لابتداء جريانها (الفصل ٢٢٨ من المجلة التجارية).

ج - ان جمل الاجل بشمانية أيام أو بخمسة عشر يوما في الكمبيالات لا يراد به ما هو معروف بمجلة الالتزامات والعقود من كون الاسبوع سبعة أيام (الفصل ١٤٢ من مجلة الالتزامات والعقود) بل تعتبر تلك الايام المذكورة أياما كاملة و معنى ذلك أنه اذا اعتبر عن الاجل بشمانية أيام فان اليوم الاول لا يدخل في حساب الاجل علا بالفصل ٢٢٨ السابق الذكر و يكون الاستحقاق بعد ثمانية أيام والملاحظ أن قاعدة الفصل ٢٢٨ المذكورة هي عينها الواردة بالفصل ١٤٠ من مجلة الالتزامات والعقود و أن هذا الفصل الاخير جاء باخره بان الاجل اذا قدر بالايام فانه يتم عند تمام اليوم الاخير منه فينتج عن ذلك أن اليوم الاول في الاجل لا يحسب و اليوم الاخير بتمامه يعتبر داخلا في الاجل فله أن يفي في الساعة الاخيرة من ذلك اليوم.

(١) عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ٢ -
نقرة ٢٠

د - في حالة اختلاف رزنامة البلاد الواقع بها السحب عن رزنامة البلاد الواجب الوفاء بها فان الاجل يعتبر معنا بحسب ما تشير به الرزنامة المستندة في مكان الدفع (الفقرة الاولى من الفصل ٢٩٣ من المجلة التجارية و اذا كانت الكبيالة مسحوبة بين بلدين مختلفي الرزنامة لدفعها في اجل ما من تاريخ معين فان يوم تحريرها يرجع الى اليوم المقابل له في رزنامة مكان الدفع ثم بحسب اجل الوفاء بداية من تاريخ الانشاء الذي يحدد على اساس رزنامة مكان الدفع . (١)

و الملاحظ أن هذه القواعد جميعها لحساب اجل الوفاء هي من قبيل القواعد الرشدة و السوجة لا من قبيل القواعد الامرو التي تهم النظام العام بحيث يمكن اتفاق الطرفين على خلافها و انما ينبغي أن يكون ذلك الاتفاق واضحا سلب الكبيالة ما لا يدع مجالاً للتأويل البعيد أو الشك و حتى ان كان هناك اتفاق ضمني في هذا الشأن ينبغي أن يستنتج من الورقة التجارية نفسها الا من أي ورقة اخرى مستقلة عنها.

القسم الثالث:

التמיד في أجل الوفاء:

٢٠٤ - ان أجل الوفاء مبدئيا هو من الامور التي لا يمكن تغييرها أو نس منها طالما كان وارد سلب الكبيالة بوجه لا غبار عليه نظرا لما فيه من اساس بالثقة في الورقة التجارية المتعامل بها اذا كان كل ملتزم بها وضع التزامه ذاك عليها اعتمادا على ما عاينه بها من اجل تناسب الوفاء

(١) روني روبلو - الاوراق التجارية - فقرة ٢١٨

بالكبيالة من الشروط الالزامية الشكلية لمحتها و قد منح المشرع حتى على القاضي منح اجل اخرى للوفاء غير الواردة سلب الكبيالة إلا في صورة ضيقة و محدودة ستعرض لها مستقبلا.

و مع كل هذا الحرس و التشديد من المشرع في شأن الاجال نجده خول من ناحية أخرى التمديد في هذه الاجال في حالات معينة أما نتيجة لاتفاق الطرفين على هذا التمديد أو نتيجة لما نص عليه القانون نفسه زيادة على أن الواقع الملمي يفرض أحيانا التمديد في أجل الغلاص خارج نطاق الشرعية القانونية تماما.

١ - التمديد في أجل الوفاء :

٢٠٥ - أن هذا التمديد في الاجل قد يحصل من المستفيد للمسحوب عليه لغلاص مبلغ الكبيالة و يكون بشكل سحب لكبيالة جديدة مقابل تلك الواجبة الوفاء لحلول أجلها و يجعل لها أجل للغلاص جديد و قد يمدد في الاجل سلب الكبيالة نفسها.

فاذا وقع تجديد الكبيالة بتمويضها بأخرى مستحقة الدفع في أجل اخر هل تبقى ملتزمة لبقية الملتزمين بالكبيالة الاولى الموقعين عليها خاصة ان لم يقع التنصيص بالاولى على أنه يمكن تجديدها.

مبدئيا الكبيالة الجديدة لا تلزم الا الموقعين عليها لكن هناك من الموقعين على الكبيالة الاولى من يبقى ملتزما بالثانية و لو أن الاولى وقع تجديدها بالثانية و ماذا ما هو عليه الحال بالنسبة للمسحوب عليه المقابل للكبيالة لانه انتم بالغلاص بقطع النظر عن الاجل و ما تجديد الكبيالة الا عمل مادي لتمديد الاجل فقط لان الاشخاص هم دائما عينهم في الكبيالة الثانية من صاحب و مستفيد و مسحوب عليه.

لكن من لم يوقع عليها من الساحب و المظيرين و حتى الضامنين فهم لا يعتبرون ملتزمين بالكبيالة الجديدة علا بمقتضيات الفصل ١٥١٧ من مجلة

ب - التصديق في الكبيالة بحكم القانون :

٢٠٥ - ان الفصل ٢٢٨ من المجلة التجارية منح اعطاء الاجال على وجه الفصل في الكبيالة في ما عدا سور معينة و هذه الاجال منها التي اعطاها القانون مباشرة بدون حاجة للتدخل من طرف القضاء و هناك اجالا لا تمنح الا من طرف القاضي. بالنسبة للاجال التي تمنح للمدين بالكبيالة بحكم القانون و بدون حاجة للاذن القضائي هي:

(١) ان صادف حلول الاجل يوم عيد رسمي (الفصل ٣٣٦ من المجلة التجارية) فانه في هذه الصورة يحدد في الاجل الى اول يوم عمل يلي يوم أو أيام العيد الرسمي تلك و يسري هذا التصديق على جميع الاجراءات المتعلقة بالكبيالة سواء من حيث استخلاص مبلغها أو من حيث اجراءات الاحتجاج لعدم دفع مبلغها أو عدم قبولها لكن يقع التساؤل عن مفهوم كلمة الاعياد الرسمية هل هي الاعياد الدينية أم الاعياد المدنية أي الوطنية هنا تبدو الكلمة عامة تشمل كافة الاعياد المعتبرة لها الدولة كعيد رسمي سواء كان ذلك العيد عيداً وطنياً أو عيداً دينياً فالسهم أن يعتبر ذلك العيد عيداً رسمياً بحيث يكون من ضمن الاعياد الواقع تعدادها بنص القانون ينقطع النظر عن كونها عيداً دينياً أو عيداً قومياً وطنياً لكن هناك حالة أصبحت واردة بحكم القانون و هي حالة ما اذا صادف يوم العيد الرسمي يوم احد فانه يقع تمويضه بيوم سابق أو يوم لاحق لايام العطلة المعتبرة لذلك العيد فهل هذا اليوم يدخل في تعداد الاجل أم لا يبدو لي أن هذا التصديق في أيام العطلة من الامور الغير المتوقعة و تعتبر بمثابة القوة القاهرة سواء بالنسبة للمدين أو بالنسبة للدائن و لذلك تعتبر من الايام التي لا يقع فيها القيام بأعمال الطالبة .

(٢) حالة القوة القاهرة: ان العامل للكبيالة تعثره أحيانا موانع من المطالبة بمبلغها في الاجل المين لوفاء أو هو يتعذر عليه اقامة

الالتزامات و المقود الذي اقتضى أن (تجديد الدين مع الاصل يجري الكفلاء الا اذا رجوا بالتكفل بالدين الجديد). (١)

و على هذا الاساس فان تحديد أجل الوفاء بتجديد الكبيالة من شأنه أن يمرض المستفيد للخطر بالنسبة لضمان ذلك الدين و ملتزمين به الا أنه يلاحظ أن ضامن المسحوب عليه السدد له أجل الخلاص و لو بتجديد الدين بكبيالة ثانية لا يفقد المستفيد الحق في القيام ضد ذلك الضامن لان هذا الاخير هو ضامن لدين لم يقع الوفاء به بعد و هو يبقى ضامناً الى انتهاء الاجل الثاني الذي اعطى للمسحوب عليه للوفاء و هذا ما ذهب اليه فقهاء القضاء الفرنسي (٢).

أما اذا كان تحديد الاجل قد حصل ملك الكبيالة فهو ان حصل بدون موافقة المسحوب عليه فلا حاجة لمرضها من جديد عليه للقبول لانه سبق منه القبول و ما عليه الا الوفاء متى عرضت عليه للخلاص و هذا لانه مفترض أن التصديق في الاجل حصل لمصلحته أو على الاقل حصل بموافقة لما قبل الكبيالة بتوقيعه عليها.

هذا و ان كان التصديق وقع لفائدة المسحوب عليه فان الساحب و المظهرين لا يسري عليهم ذلك الاجل الجديد الا اذا وافقوا عليه و ان لم تحصل منهم هذه الموافقة فيبقى الاجل الاول هو الساري للمعامل و على العامل للكبيالة احترام هذا الاجل نحوهم لا الاجل الثاني الغير ملتزمين به.

(١) ادوارد عيد - الاسناد التجارية - فقرة ١٩٢

(٢) حكم تجاري فرنسي ٢ جانف ١٩٧٠ - بطاقة مدين رقم ٨ مأخوذ من كتاب " الاوراق التجارية " - روني روبلوت - فقرة ٢٥٤

الاحتجاج في الاجل القانوني فهذه الحالة تعتبر من الحالات القانونية التي أجاز القانون فيها للحامل التمديد في أجل المطالبة بالوفاء أو في اقامة الاحتجاج لكن تتسائل عن معنى الحائل الذي ذكره المشرع بنص الفصل ٢١٦ و المتمثل موجبا لتمديد الاجل و الذي أتى به على وجه التشبيه بقوله كوجود نص قانوني باحدى الدول أو غير ذلك من ظروف القوة القاهرة.

فهذا الحائل لا يخلو حاله اما من صنع المشرع كإبرازه لنص قانوني يوجب دفع الديون الحالة الى أجل ما و هو أمر واضح و ليس للحامل يد في حصوله.

و اما أن يكون هذا الحائل من صنع الغير كحصول فيضان أو انقطاع مواصلات بسبب احراق أو عاصفة أو غيره من الاشياء التي لا دخل للحامل فيها و هذه تعتبر من قبيل القوة القاهرة و بذلك نستنتج أن هذا الحائل في سورة القوة القاهرة ينبغي أن تتوفر فيه الشروط التالية ليعتبر موجبا لتمديد أجل الوفاء:

أ - ألا يكون ذلك الحائل من صنع حامل الكمبيالة.

ب - أنه لم يكن في وسع الحامل توقعه أو العمل على تجنبه

ج - عدم نسبة أي تقصير سابق على حصول الحائل أو معاصر له يكون قد ساهم في حصول ذلك الحائل.

د - أن يكون من شأن هذا الحائل جعل اجراء الاحتجاج مستحيلا في الاجل المحدد قانونا و الملاحظ أن أمر الحائل هذا و تقدير مدى حيلولة دون عرض الكمبيالة للوفاء أو لتحرير الاحتجاج هو من الامور الواقعية التي لمحكمة الموضوع تقديرها في نطاق اجتهادها و ليس لمحكمة التمييز حق مراقبتها في مجال تقديره سوى كون المحكمة الموضوعية عليها ابراز العناصر التي اعتمدتها للاخذ بذلك الحائل في حكمها.

و متى توفر الحائل الذي كان سببا في عدم عرض الكمبيالة للوفاء فانه يحكم القانون بفتح تمديد أجل الحلول المحدد بالكمبيالة الى زوال الحائل الا أنه يصبح من المحتتم على الحامل أن يعلم بذلك المظهر بالقوة القاهرة تلك و أن يصرح و يصرح و ذلك خلال أربعة أيام من يوم وجوب العرض أو اقامة الاحتجاج و ان لم يتم الحامل بهذه الاجراءات فانه يعرض نفسه لخطر المسؤولية تجاه الضامن للوفاء بالكمبيالة تلك.

ثم ان القوة القاهرة هذه بمجرد اختفائها على الحامل انتام اجراءات العرض للقبول أو الوفاء و اقامة الاحتجاج عند الامتناع من الوفاء. وان استمرت القوة القاهرة هذه أكثر من ثلاثين يوما ابتداء من أجل الحلول فان للحامل القيام بدعوى الرجوع بدون حاجة الى عرض الكمبيالة أو تحرير الاحتجاج ما لم تكن هذه الدعوى معلقة لاند أطول يقتضى نص قانوني لانه في هذه السورة الاخيرة ينبغي أن يحترم ذلك النص القانوني قبل كل شيء. ثم ان القوة القاهرة هذه ان تملكت بكمبيالة واجبة الدفع لدى الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع فان أحد الثلاثين يوما المذكورة تبديء من تاريخ اليوم الذي اخطر فيه الحامل المظهر له بحدوث القوة القاهرة حتى و لو كان قبل انقضاء أجل العرض. و ان كانت الكمبيالة من نوع (مستحقة الدفع بعد أجل ما من الاطلاع) فتضاف مدة الثلاثين يوما المذكورة الى مدة أجل الاطلاع الممن بالكمبيالة. ثم ان المشرع وضع حكما خاصا لمن يتسبب بعمله في وجود القوة القاهرة فقال باخر الفصل ٢١٦ من المجلة التجارية أنه لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الانفعال الشخصية المحقة المتعلقة بالحامل أو بالشخص الذي كلفه بعرض الكمبيالة أو اقامة الاحتجاج. (١)

(١) ادوارد عيّد - الاسناد التجارية - فقرة ١٩٨

٢ - تأجيل الوفاء بأذن من المحكمة:

٢٠٦ - الأصل كما قلنا أن الاجل الوارد بالكبيالة غير قابل للتسديد فيه غير أن ذلك يمكن أن يحصل كما رأينا بحكم القانون و يمكن أن يحصل أيضا بأذن من القاضي و هذه الصورة التي يمكن أن يحصل فيها الاذن من القاضي هي التالية: الصورة الواردة بالفصل ٢٠٦ من المجلة التجارية و هي الحالات التي يستحق فيها مبلغ الكبيالة قبل حلول أجلها لانه هنا بحكم القانون أصبحت الكبيالة واجبة الخلاص حينما و هذه الصور التي يمكن الرجوع فيها قبل حلول الاجل هي:

(١) إذا امتنع المسحوب عليه كلياً أو جزئياً من قبول الكبيالة .

(٢) إذا أعلن إفلاس المسحوب عليه سواء كان صدر منه القبول أم لا أو توقف عن دفع ديونه و لو لم يثبت بعد بحكم أو من تاريخ عقلة مكاسبه بدون جدوى.

(٣) إذا أعلن إفلاس صاحب الكبيالة التي لا يتمتع فيها القبول .

ففي هذه الحالات التي يمكن القيام فيها على الضامين بدعوى الرجوع يمكن لهؤلاء الآخرين من صاحب أو مسحوب عليه تأجيل أو مطهر أو خاص بحسب الاحوال أن يقوم بقضية استعجالية لدى رئيس المحكمة الابتدائية التي بدائلها مقررهم في طلب التماس اجمال و عندئذ ان كان الطلب وجبها لقاضي المجلة منحهم أجلا للخلاص لا يتجاوز الاجل المحدد للوفاء بالكبيالة من أول ومدة .

و قرار القاضي الاستعجالي هذا غير قابل للاستئناف قبل يقبل مع ذلك الطعن بالتعقيب ؟ ان الاجابة على هذا السؤال يتطلب النظر في طبيعة القرار الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية في الموضوع هل هو حقا قرار استعجالي أم له طبيعة خاصة .

يبدو أن هذا القرار له من جهة طبيعة القرار الاستعجالي و من أخرى له مزية خاصة به و هو كونه لا يخضع للاستئناف حسب نص الفقرة الاخيرة من الفصل ٢٠٦ من المجلة التجارية .

و عليه فهو يأخذ وصف القرار الاستعجالي و يصدر عن رئيس المحكمة ابتدائيا كبقية القرارات الاستعجالية و مع ذلك خلافا لباقي هذه القرارات هو لا يمكن استئنافه لكون النص القانوني المذكور صريح في ذلك و هو لا يقبل الطعن بالتعقيب لانه ليس بقرار نهائي و محكمة التعقيب تعتمد بالنظر في الاحكام النهائية حسب مقتضيات الفصل ١٧٥ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية.

و نحن طالما انتهينا الى أن القرار الاستعجالي المذكور لا يقبل الطعن بالتعقيب كيف ذكر فان الاجل الممنوح للضامين من طرف رئيس المحكمة الابتدائية يبدأ في السريان بداية من يوم صدور ذلك القرار.

الباب الخامس

فصل الوفاء: Le payement

٢٠٧ - إن الوفاء ببيلع الكمبيالة في الاجل المحدد عليها هو هدف كل حامل لها و ربما على الوفاء بتلك الورقة التجارية و أمثالها في أمادها المحددة هذا التاجر ماملاته مع غيره من التجار و في الاخلال بالوفاء بها في الاجل ادخال اضطراب كبير على حياة التاجر العامل و ربما كان لذلك انعكاسه على غيره من المتعاملين معه و بذلك تتبين لنا أهمية الوفاء بالورقة التجارية في ابانها و هو ما جعل المشرع يضع أحكامه خاصة بالوفاء بالنسبة للاوراق التجارية عموما و ربما أحيانا نجدها لا تتفق مع القواعد العامة الواردة في القانون المدني و ان كان هذا القانون الاخير يتدخل لفض الاشكال الذي قد يقوم في مجال القانون الصرفي ولم يكن له حل به كما رأينا في أكثر من موطن فيما سبق و الذي سوف نره أيضا في باب الوفاء بالكمبيالة بلا شك.

و نحن سوف نتناول في هذا الباب بالدرس تقديم الكمبيالة للوفاء ثم زمن الوفاء و مكانه و موضوعه و شروط صحته واثباته و افاده والاعتراض على التخلص عند فقدان الكمبيالة أو سرقتها و الوفاء بطريق التدخل وأخيرا أوجه أخرى للوفاء غير دفع الدين عند الحلول .

القسم الأول :

تقديم الكمبيالة للوفاء

٢٠٨ - القاعدة في مجلة الالتزامات و المتود أن الدين يحمل portable La dette est (٢٨٤ من مجلة الالتزامات و العقود) و معنى ذلك أن على الدين السمي في ابراء ذمته نحو الدائن يحمل البالغ المدين به اليه غير أن هذه القاعدة في القانون الصرفي خاصة في الاوراق التجارية مي على خلاف ذلك تماما اذ ان الدين يطلب من المدين dette est querable La فعلى حامل الكمبيالة السمي في استخلاص مبلغها من المدين بها (الفصل ٢٩٤ فقرة أولى من المجلة التجارية و سبب هذا الفرق بين القانون المدني و القانون الصرفي في مجال الاوراق التجارية أن هذه الاخيرة معدة أساسا للتداول و ملكيتها سريعة الانتقال من شخص الى اخر من الساحب الى المظهر له الى عديد الافراد الذين قد تظهر لهم على التوالي و بذلك من المسمير ان لم يكن من المستحيل على المسحوب عليه معرفة دائته بالكمبيالة لذلك على هذا الدائن التقدم اليه عند حلول الاجل لاستخلاص دينه . (١)

ثم ان هذا التقدم للمسحوب عليه للوفاء ينبغي أن يحترم فيه زمن التقدم للاستخلاص و مكان التقدم للوفاء و أن يكون هذا الحامل متوفرة فيه شروط معينة و اذا لم تحترم هذه العناصر في التقدم للوفاء فان هناك جزاء على تلك المخالفات.

(١) ليسكو رويلو - الاوراق التجارية - فقرة ٥٦٦

١ - زمن التقدم للوفاء:

٢٠٩ - ان زمن التقدم للوفاء يجعل الحامل من المتنوع عليه التقدم للمسحوب عليه و مطالبته بالخلاص قبل حلول اجل الوفاء ما لم يقل هذا الاخير الدفع قبل حلول الاجل مع ما يتربط على ذلك من مسؤولية له نحو الساحب.

هذا و ان حل اجل الخلاص فانه يصبح من واجب الحامل أن يتقدم للمدين بالكمبيالة و يطالبه بالوفاء بمبلغها و الفقرة الاولى من الفصل ٢٩٤ من المجلة التجارية عبرت على هذا المعنى بصيغة الوجوب اذ قالت يجب على حامل الكمبيالة الواجبة الدفع في يوم معلوم أو في اجل ما من تاريخ معين أو ما بعد الاطلاع أن يقدم الكمبيالة للدفع في يوم وجوب دفعها أو في أحد يومي العمل التابعين له .

و بذلك فان وجوب تقديم الكمبيالة للوفاء ينبغي أن يحصل يوم حلول الاجل و على أقصى تقدير في أحد يومي العمل التابعين له و معنى هذا أن أيام عطلة المصارف ان كان الخلاص سيقع لدى مصرف تعتبر غير أيام عمل و لا تدخل في حساب اجل التقدم للوفاء و اذا كانت مستحقة بمؤسسة عمومية ذات صفة تجارية و صناعية فان أيام العطلة بالنسبة لها لا تحسب ضمن الاجل أيضا بحيث يبدأ حساب اليومين التابعين ليوم حلول اجل الوفاء من يوم العمل بطلب المؤسسة المصرفية أو التجارية أو غيرها من المؤسسات ذات الصفة الصناعية أو التجارية و يبدو لي أن يوم العطلة هذا يعتبر بالنسبة لكل تاجر بحسب عطلة المهنة فشلا الحلاق في الجمهورية التونسية عطلته ثلاثين فهذا اليوم يحتسب يوم عطلة بالنسبة له و هذا منشأ تعبير النص القانوني بلفظة يومي العمل و هي لفظة عامة ليست بتصورة على المصارف وحدها أو المؤسسات وحدها بل تشمل حتى كل قطاع تجاري أو صناعي بمفرده طالما أن عطلته منظمة حسب نص ترميمي أو حسب عرف تجاري قار و عام .

كما أن زمن التقديم هذا للوفاء هو بدوره قابل للتعدد بحكم وجود القوة القاهرة أو بادن من القانون كما رأينا بسطه بالنسبة للملتزم بالكبيالة فهو هنا أيضا يكون بالنسبة للحامل.

ب - المكان الذي ينبغي أن يقع فيه التقادم لطلب الوفاء:

٢١٠ - أن المكان الذي ينبغي أن يحصل فيه عرض الكبيالة للوفاء أي مكان الوفاء هو المكان المحدد سلب الكبيالة من طرف الساحب ونحن نعلم أن من البيانات الشكلية الإلزامية بيان مكان الدفع (الفصل ٢٦١ من المجلة التجارية) وحتى أن لم يقع التنصيص عليه فإن المكان السبب بجانبه اسم المسحوب عليه بعد مكانا للدفعه و أن وقع اختيار مكان الوفاء في مقر معلوم غير مقر المسحوب عليه فهنا يجب تقديم الكبيالة للوفاء بذلك المقر أو بمقر شخص آخر مثل الوفاء الاحتياطي هذا وقد اقتضت المجلة التجارية أن عرض الكبيالة على حجرة المقاضاة بمثابة عرضها للدفع بسطة قانونية (الفرقة الثانية من الفصل ٢٩٤ من المجلة التجارية).

ج - الشخص الذي عليه التقادم لطلب الوفاء:

٢١١ - أن الشخص الذي عليه التقادم لطلب الوفاء هو الحامل نفسه و المقصود بالحامل هنا هو من له السطة القانونية لقبض مبلغ الكبيالة أي الحامل الشرعي لها و هو كل ما يثبت حقه على الكبيالة بسلسلة غير منقطعة من التطهيرات و لو كان آخرها على بياض (الفرقة الأولى من الفصل ٢٧٩ من المجلة التجارية) و كذلك المظهر له تطهيرا توكيليا و كذلك المظهر له تطهيرا على سبيل الضمان أو الرهن (الفصل ٢٨١ من نفس المجلة) و كل مالك لها بوجه مشروع قانونا و الملاحظ أن هذا الشرط الواجب توفره في الحامل من أن يكون من أحد الأصناف المذكورين لا نجده في المتقدم لتلقي القبول فهنا المسحوب عليه ليس له المطالبة للحامل ببيان سفته في حمل تلك الكبيالة فيمكن لأحد الورثة

للمستفيد بالكبيالة أن يطالب المسحوب عليه بالقبول و ليس لهذا الأخير الامتناع من ذلك لكونه ليس بالحامل الشرعي لها على وجه الاستقلال بينما يمكنه الامتناع من الوفاء لذلك الوارث أن لم يكن هو الوارث الوحيد للمستفيد أو لم يدل له بما يفيد مالها إليه بسطة كاملة على وجه الملكية بقسمة الشركة أو تخلي بقية الورثة له عنها.

كما أنه في المجال المالي نجد اليوم المصارف تتولى استخلاص مبلغ الكبيالات لغائدة حرفائها من المسحوب عليهم و كذلك يقوم بهذا العمل المدول المنفذون و يبدو أن عمل هؤلاء جسيما ليس له سند قانوني غير كونهم بمثابة الوكلاء عن المستفيدين بتلك الكبيالات و يطبق على المستفيد قاعدة الفصل ٤١ من مجلة الالتزامات و العقود باعتبار أن هناك توكيلا ضنيا من هذا الأخير للقابض لمبلغ الكبيالة و هو توكيل بالقبض و أن أنكر المستفيد هذه الوكالة عندئذ للمسحوب عليه الوفاء و كذلك من تولى القبض اثبات وجود هذه الوكالة بجميع وسائل الاثبات في خصوص تلك الكبيالة لتعلق الموضوع بعمل تجاري .

د - التزام المسحوب عليه بالوفاء عند تقادم الكبيالة له في الأجل:

٢١٢ - كما سبق أن ذكرنا أن تقديم الكبيالة للوفاء في أجل الوفاء هو حق و واجب للحامل إذ من حقه طلب الوفاء في الأجل و من الواجب عليه فعل ذلك و إلا تعرض للمجزاء الذي سنراه فيما بعد و نقول " واجب " هنا لأنه من حق المسحوب عليه أيضا أن يبرى ذمته بمبلغ الكبيالة و لا يبقى محتفظا بالمؤونة التي ما لا نهاية له و هكذا نرى أن المسحوب عليه بدوره من حقه أن يبرى بمبلغ الكبيالة في الأجل و له التمسك بذلك كما أن من واجبه أن يفعل ما ذكر و ليس له أن يلزم الحامل من جهة أخرى بقبض مبلغ الكبيالة قبل حلول أجلها و هذا الأخير قد تكون له مصلحة في عدم قبض مبلغها في ذلك التاريخ أما خوف تخفيض مبلغ الفائض الذي

ثم حسابه ضمن مبلغ الكسبيالة أو عدم تمكنه من ابداع مبلغها بمكان امن لعدم احتياظه لذلك الى غير ذلك من الاسباب و مع كل ذلك فان المشرع أجاز للمسحوب عليه أن يفي بمبلغ الكسبيالة قبل حلول أجلها في صورتين اثنتين :

٢١٣ - ١ - أن اختلط بالكسبيالة من طرف الساحب أنه بإمكان المسحوب عليه الوفاء قبل حلول الأجل و عند حصول ذلك منه يخفى له في نسبة الفائض مثلا بنسبة ثلاثة بالمائة و هذه الطريقة تستعمل كثيرا في صورة الاعتماد الوثيق . فالمسحوب عليه المشتري للبضاعة قد يحمي سنداته لفائدة البائع فيتولى هذا الأخير تسليمها لمستفيد ما و يطلب منه هذا الأخير وضع شرط امكانية الوفاء قبل حلول الأجل مع تخفيض في نسبة الفائض بتقدير ممين و يعرض هذا المستفيد الكسبيالة على المسحوب عليه قبل حلول الأجل فان قبل هذا الأخير خلاص مبلغها خفض له المستفيد في مقدارها بنسبة واردة بتلك الكسبيالة يتحملها هذا المستفيد أو الحامل بحسب الاتفاق .

٢١٤ - ٢ - صورة الاتفاق بين المسحوب عليه و المستفيد و هذا يعتبر صورة تطبيقية لمقتضيات الفصل ٢٤٢ من مجلة الالتزامات و العقود (ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين) و طالما أنه لا مانع قانونا من مثل هذا الاتفاق فانه يمكن الوفاء في هذه الصورة قبل حلول الأجل خاصة و الفصل ٢٩٤ من المجلة التجارية لم يمنع مثل هذا الوفاء يفي أن المسحوب عليه يتحمل مسؤوليته تجاه الساحب كما قد يتعرض لعطش وقوع الوفاء منه لحامل غير شرعي للكسبيالة (الفقرة الثانية من الفصل ٢٩٦ من المجلة التجارية) .

و هنا نلتي سؤالا حول ما اذا وقع الوفاء قبل حلول الأجل للمستفيد ثم أعلن افلاس هذا الأخير أو وقع ضرب الحجر عليه فما هو مآل الوفاء؟

اختلف فقهاء القانون التجاري حول هذا الموضوع فهناك من رأى أن ذلك الوفاء لا يعتد به لانه بالنسبة للمفلس اضاع حق اتحاد الدائنين الذي اضاع عنهم المسحوب عليه فرصة قبض ذلك المال عند حلول الأجل لصالح الفلسة برمتها و كذلك بالنسبة لمقدم المحجور عليه بعد الوفاء اذ بحلول الأجل كان للمقدم قبض ذلك المال عوضا عنه و لصالحه و عليه فان هذا الوفاء الاول يعتبر غير صحيح و يجبر المسحوب عليه بالوفاء ثانية (١) و ذهب رأي آخر و هو الرجوع الى القول بأن الوفاء للشخص المستفيد قبل حلول الأجل لمن كانت اهليته كاملة ثم وقع الحجر عليه قبل حلول أجل الوفاء هو وفاء صحيح لان المقدم على المحجور عليه هو مثل له و المحجور عليه نفسه ليس له الظمن في ذلك الوفاء الواقع له و مسئله ليس له من الحقوق أكثر مما للاصيل قبل الحجر عليه .

و في خصوص الوفاء للمستفيد فهو في حالة عادية ثم قبل حلول الأجل أعلن افلاسه هو بدوره يعتبر وفاء صحيحا ان حصل خارج فترة الرتبة أو التوقف عن الدفع علا بالفصل ٤٦٢ من المجلة التجارية لان في هذه الصورة القانون سريع في وجوب إبطال الخلاص الحاصل ضمن تلك الفترة انما هذا البطلان للوفاء هو بطلان نسبي و ليس ببطلان مطلق بدليل أن المحكمة هي التي تصرح بذلك البطلان اما خارج الأجل المذكور ان تم الخلاص قبل حلول أجل الوفاء فهو يعتبر صحيحا و ذلك لان اتحاد الدائنين هنا ان هو الا خلف للمفلس و لا يملك من الحقوق أكثر مما للمفلس نفسه و لا يجوز له أن يظمن في أعمال المفلس الا اذا باشرها اضرارا بحقوق الدائنين و في حدود ما أجازها لهم القانون و المشرع لم يجعل من جملة ما يمكن لاتحاد الدائنين الظمن به في

(١) محمد علي راتب - السندات الاذنية - صفحة ٢٥٨

أعمال الفلاس استخلاص ديونه قبل حلول أجل خلاصها في غير ما ورد بالنص ٤٦٢ المذكور من مورد وأخيرا يلاحظ أن منح المسحوب عليه من الوفاء قبل حلول الأجل يتعلق به و كل مدين آخر بالكبيالة بما فيه الكفيل غير أن هذا المنع لا يسري على الغير مثل المصرف الذي يقبل خصم الكبيالة لديه قبل حلول أجل خلاصها لكن بالتأمل من هذه الصلية في الحقيقة لا تعتبر من قبيل الوفاء قبل الأجل بل تعتبر عملية بيع للكبيالة للمصرف الذي يتولى قبض مبلغها بعد ذلك من هو مدين بها حنيفة .

هـ - جزاء عدم احترام قواعد التقديم للوفاء:

٢١٥ - أن عدم احترام أجل الوفاء من الحامل أو عدم شرعية هذا الأخير في المطالبة أو القبض من شأنه أن يجعل وضعية الحامل تلتفت تجاه بقية الملتزمين بالكبيالة و حتى بالنسبة للمسحوب عليه نفسه الذي قد يعمد للتخلص من المؤونة التي لديه بطرق قانونية حتى لا يبنى مهددا بالمطالبة بها في كل آن وحين و نستطيع أن نعدد هذه الجزاءات في صورة عدم احترام الحامل لقواعد تقديم الكبيالة للوفاء فيما يلي:

١) إذا لم يحترم الحامل أجل الوفاء و لم يتم بمرض الكبيالة طبق مقتضيات الفصل ٢٩٤ من المجلة التجارية فإنه يمرض حقه للمفوت تجاه المظهرين و الساحب الذي أثبت وجود المؤونة (الفصل ٢١٥ من المجلة التجارية) و كذلك بالنسبة للكبيالة الواجبة الدفع لدى الاطلاع أو في أجل ما بعد الاطلاع إذا لم يقع عرضها في الاجال المحددة بالقانون أو بالاتفاق و كذلك الامر بالنسبة للكبيالة المستحقة الدفع في صورة شرط الرجوع بلا مصاريف فهي إذا لم يتم بمرضها على الوفاء في الاجل المحدد بها يسقط حقه في القيام على المظهرين و الساحب الذي أثبت وجود المؤونة لدى الساحب اما المسحوب عليه القابل فإنه يبقى دائما ملتزما بالوفاء بها.

و الملاحظ ان أجل المرض اذا كان مختطبا من أحد المظهرين فقط فإنه لا يحق لباقى الملتزمين بالكبيالة التمسك به بل عليهم التمسك بالاجال الاسلية الواردة بالكبيالة أو الاجال القانونية بحسب الاحوال .

٢ - في صورة تأخير الحامل عن تقديم الكبيالة للوفاء و قيامه ضد المسحوب عليه القابل بأداء مبلغ الكبيالة فإن المصاريف التي يبذلها في حالة دعوى الرجوع هذه من محاضر احتجاج و تأخر عن الخلاص الشديد من الالهام كل ذلك يتحمله بمفرده و ان حصل من ذلك التأخير اضرار للساحب عليه تموينه له و ان حصل و امن المسحوب عليه مال الكبيالة فإن مصاريف سحب ذلك المال و الاجراءات اللازمة لذلك يتحمل مصاريفها جميعا الحامل السهل دون غيره من الملتزمين بالكبيالة. (١)

٣ - يمكن للملتزم بالكبيالة خاصة المسحوب عليه متبرم تعرض عليه الكبيالة للوفاء في الاجل أن يقوم بطلب اذن على المريحة لدى المحكمة التي يوجد بدائرتها مقره بتأمين ذلك المال لدى صندوق الامان و الدائع و مصاريف هذا العمل القانوني يتحملها الحامل وحده (الفصل ٢٩٨ من المجلة التجارية) و لا يكون ذلك المدين في حاجة لاعلام الدائن بذلك العمل القانوني لعدم وجود أي نص بالمجلة التجارية بموجب ذلك. غير أنه يشار سؤال هنا حول ما اذا كان التأمين ثم يكن واقعا لكامل مبلغ الكبيالة بل لجزء منه فقط فهل ان الحامل في هذه الصورة لا يتحمل مصاريف التأمين يبدو أن الحامل و لو في صورة التأمين لمبلغ جزئي من الكبيالة فإنه يبقى دائما متحملا للمصاريف الناجمة عن ذلك التأمين لان هذا العمل القانوني الحاصل من المدين هو لابراء ذمة هذا الأخير و لو في جزء من الدين.

(١) مصطفى كمال - الوجيز في القانون التجاري - نكرة ١٩٢.

القسم الثاني:

موضوع الوفاء

٢١٦ - ان موضوع الوفاء هو عبارة عن التقدير المالي الذي سيدفعه المدين بالكسبالية لخلاص مبلغها و الملاحظ أن الوفاء لا يعتبر تاما الا اذا شمل مبلغ الكسبالية و الفوائد المترتبة عنها أو المصاريف المتحتم بذلها لاستخلاص قيمتها و هي المصاريف التي بذلها الحامل بموجب تلك الورقة التجارية . و هذا الوفاء قد يكون بمبلغ من النقود و قد يكون بواسطة ورقة تجارية أخرى كشيك مثلا أو باذن بالتحويل من حساب الى حساب.

١- الوفاء بواسطة النقود:

٢١٧ - لقد أتى الفصل ٢٩٧ من المجلة التجارية بأحكام واضحة و مفصلة حول كيفية الاداء بواسطة النقود. و ألبداً أن يكون الوفاء بالنقود الرائجة في البلد الواجب فيه الاداء و حتى اذا وقع تحديد المبلغ بالكسبالية بعملة أجنبية فان الوفاء يكون بالعملة الوطنية . يمكن الوفاء بمد تحديد قيمة تلك العملة الاجنبية بالعملة الوطنية يوم حلول أجل الخلاص.

على أنه اذا تأخر المدين بالكسبالية عن الوفاء في الاجل فانه يصبح للحامل الخيار بين المطالبة بمبلغ الكسبالية على أساس قيمة العملة الاجنبية بما يقابلها من العملة الوطنية يوم حلول أجل الوفاء كما يمكنه أن يطالب أيضا بمبلغها على أساس قيمة العملة الاجنبية بالعملة الوطنية يوم الخلاص فانه يصبح الحامل مخيراً بين المطالبة بالقيمة يوم حلول أجل الوفاء أو يوم الخلاص النهائي.

هذا و الممتد لحساب العملة الاجنبية بالعملة الوطنية هو الصرف الجاري بـمكان الاداء بحيث يعتمد جدول الصرف المحدد لسعر العملة بالبلد الذي سيتبع به الاداء و نحن في الجمهورية التونسية بالنسبة للمحاكم نعتد لتحديد سعر العملة الشهادة التي تسلم من البنك المركزي و التي تبين بها سعر العملة الاجنبية بالعملة الوطنية في اليوم المقصود أي يوم حلول الاجل أو يوم الدفع بحسب الاحوال.

على أنه يمكن للماحب أن يشترط بالكسبالية جدولاً معيناً لسعر العملة يوم حلول الاجل كأن يعتمد الممتد في السوق المالية السويسرية مثلاً أو السعر الممتد في انجلترا و هو شرط مقبول قانوناً وفق مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل ٢٩٧ كما يمكن للطرفين من أول عملة اعتماد قيمة العملة الاجنبية بالعملة الوطنية في مقدار محدود لوحدة العملة الاجنبية بحيث يكون مقدارها معروفاً من أول عملة و غير قابل للتفسير مثلاً يقال في الكسبالية الدولار الأمريكي يساوي ثمانمائة مليم تونسي فلو تغير سعر الدولار بعد ذلك حسب العملة التونسية تبقّى الممتد القيمة الواردة بالكسبالية .

كما نلاحظ أن الشرع التونسي قبل اشتراط الماحب دفع مبلغ الكسبالية بنقود أجنبية و هذا من شأنه أن يسهل تداول الكسبالية الواقع انشاؤها من صاحب في تونس و مسحوب على مسحوب عليه أجنبي أو العكس . و هذا الاتفاق صحيح بحكم الفقرة الثالثة من الفصل ٢٩٧ من المجلة التجارية .

و اذا ما اشترط الدفع بنقود متحدة التسمية ببلد المسحب و بلد الوفاء مع اختلاف القيمة في كل بلد من ذينك البلدين مثل الفرنك الفرنسي و الفرنك البلجيكي كان يقع ذكر المبلغ بالكسبالية خمسين فرنكاً دون ذكر نوع الفرنك من كونه بلجيكي أو فرنسي فالممتد هو كون المقصود أن يقع الوفاء بالفرنك البلجيكي اذا كانت بلجيكا هي مكان الوفاء و ان

كانت فرنسا هي مكان الوفاء فيعتبر الفرنك الفرنسي هو الواجب
الخلاص على أساسه و ذلك تطبيقا لاحكام الفقرة الاخيرة من الفصل ٢٩٧
المذكور.

و اذا وقع التنصيص على المبلغ بملة معينة الا أنه لم يقع تحديد نوع
الملة التي ينبغي أن يقع الوفاء بها فسدما يقع الخلاص بالعملة الراضية
قانونا في البلد الحاصل به الخلاص.

ب - الوفاء بواسطة الشيك أو بواسطة اذن بالتحويل:

٢١٨ - ان الوفاء بواسطة الشيك أو الاذن بالتحويل كلاما يعتبر وفاء
قانونيا و مبرقا للذمة غير أن هذا الوفاء يبقى مطلقا على شرط قبض معين
الشيك أو قبول الاذن بالتحويل من طرف البنك .

لكن الصموية تقوم اذا لم يقع خلاص مبلغ الشيك لسبب خارج عن ارادة
المستفيد أو وقع رفض قبول الاذن بالتحويل الذي لا يعتبر وفاء الا بعد
قبوله من طرف المصرف أو المؤسسة التي ستقوم بالتحويل فان الوفاء
يعتبر غير موجود ان عرض الشيك على الخلاص و لم يحصل قبض مبلغه
أو وقع رفض الاذن بالتحويل من طرف المؤسسة المأذون لها بذلك من
طرف المدين بالكبيالة و عندئذ على المستفيد أن يقوم أولا بالاجراءات
الواجبة لحفظ حقوقه و حقوق بقية الملتزمين بالكبيالة في خصوص ذلك
الشيك بتسليمه للمصرف لتحرر شهادة عدم الدفع في شأنه و اتمام
الاجراءات الواردة بالفصل ٤١٠ ثالثا من المجلة التجارية حسب تنقيحه
بالقانون عدد ٨٢ لسنة ٨٥ المؤرخ في ١١ أوت ١٩٨٥ . كما عليه في نفس
الوقت أن يستصدر اذنا على المريضة من رئيس المحكمة و شرط تقديم
ضمان بعد أن يدلي له بالشيك الذي لم يقع خلاصه و ما يثبت أن ذلك
الشيك كان للوفاء بتلك الكبيالة أو يقدم كميلا كضامن له في صحة طلبه
و هذا الاجراء قياما على أحكام الكبيالة النائمة أو المسروقة و امتناع
الملتزم بها من خلاص مبلغها (الفصل ٢٠٢ من المجلة التجارية).

ثم على مالك الكبيالة تلك حفظا لحقوقه تحرير احتجاج في اليوم
الموالي لتاريخ وجوب الوفاء و لذلك يتعين على حامل الشيك المستفيد
بالكبيالة عرض الشيك للوفاء يوم تملكه له حتى لا يضيع على نفسه
الاجال القانونية لاجراء الاحتجاج لعدم الوفاء. (١)

و في رأيي أن ما حل بالمستفيد يعتبر من قبيل القوة القاهرة التي حالت
دون عرض الكبيالة للوفاء و عليه فان أجل الاحتجاج بالنسبة له ينبغي
حسابه من تاريخ عرضه للشيك و عدم خلاصه في قيمته شرط أن يثبت أنه
تراخى في عرض الشيك على الوفاء مما أضر بباقي الملتزمين بالكبيالة
و قام بمعرض ذلك الشيك في الاجل القانوني.

و يستحسن أن يكون المستفيد منتبها عند تملكه للشيك الاشارة صلبه من
كونه هو للوفاء بقيمة الكبيالة المحالة في كذا و ذلك حتى يقع البعد
عن كل اشكال في شأن مدى تعلق الشيك بتلك الكبيالة أو غيرها و لو
أن وسائل الاثبات في هذا المجال يمكن قبول جميع أصنافها طالما أن
الامر تعلق بالاوراق التجارية .

و الملاحظ أن الحق الذي أعطي للمستفيد في الرجوع الى الملتزمين
بالكبيالة في حالة الوفاء يستتضي شيك لم يقع خلاصه و اذن بالتحويل
لم يتم هو كون هذه الوسيلة للوفاء لا تعتبر من باب تجديد الدين بحال
و انما هي وسيلة وفاء لا أكثر و لا أقل.

ج - وسائل أخوة تقوم مقام الوفاء:

٢١٩ - ١ - قد يحصل الوفاء بأداء العوض dation en paiement بأن
يتفق المستفيد و المدين بالكبيالة على أن يقع الوفاء بمبلغها بوسيلة
أخرى غير المحددة بها كأن يقع الخلاص بملة غير العملة المذكورة بها

(١) غابيا وصفا - شرح قانون التجارة - الفصل ٢٥٦ - لفرة ٢٢ .

أو يقع أحد تبعتها بضاعة هنا فلاحظ أن هذا النوع من الوفاء هو مبرر
لذمة المدين الأصلي و كافة الالتزامين بتلك الكميالة وفق أحكام الفصل
٢٤٢ من مجلة الالتزامات و العقود.

إلا أنه في سورة حصول الوفاء بشكل بضاعة فإن المستفيد يبقى مهددا
بأحكام الفصل ٤٦٢ من المجلة التجارية إذ أنه يمكن لاتحاد الدائنين
للمفلس السعلن افلاسه الذي قام بتمديد مبلغ الكميالة ببضاعة عوض نقود
في فترة الربية أو في تاريخ التوقف عن دفع ديونه المحدد من المحكمة
أن يطلب ذلك الاتحاد بواسطة أمين الفلس الحكم بإبطال ذلك الوفاء
و لا يبقى للمستفيد عند الرجوع عليه من حق للمطالبة لبقية الالتزامين
بالكميالة نظرا لغوات اجال الرجوع عليهم و لعدم قيام بالاحتجاجات
و الاخطارات اللازمة في اجالها.

٢٢٠ - ٢ - و قد يحصل الوفاء بمبلغ الكميالة في شكل تجديد للدين
novation وفقا لمقتضيات الفصل ٣٦١ من مجلة الالتزامات و العقود وذلك
يكون اما بتحرير كميالة جديدة غير الاولى أو بالاتيان بملتزم آخر
يحل محل المدين بالكميالة و تمويض هذه الاخيرة بكميالة أخرى فالسهم
أنه اذا ما وقع تجديد الدين الوارد بالكميالة بدين آخر فإن تلك
الكميالة تعتبر وقع الوفاء بها و لا يمكن للمستفيد بها بعد ذلك أن
يرجع على بقية الالتزامين و هذا تطبقا لمقتضيات الفصل ٢٦٧ من مجلة
الالتزامات و العقود التي اقتضت أن تجديد العقد يبطل القديم اذا كان
الجديد صحيحا و لو لم يقع الوفاء به كما أن الفصل ٢٦٦ من نفس هذه
المجلة اقتضى أن الامتيازات و الرموز المجمولة للمدين الاول و لا تنتقل
للمدين الذي أقيم عوضا عنه و بالتالي ليس للمستفيد بالكميالة بعد
تجديد الدين مع المدين بها مطالبة بقية الالتزامين بها (١) علا بقواعد

(١) روني و ريلو - الوسيط في الأوراق التجارية - فقرة ٢٤٦.

مجلة الالتزامات و العقود في باب تجديد الدين السابق بسطها.

٢٢١ - ٢ - و يعتبر الوفاء حاصلا من المدين في سورة الخط من الدين
الوارد بالكميالة أو ابراء ذمة المدين remise de dette تماما وهو ما
يمبر عنه ببراءة الاستقاط في مجلة الالتزامات و العقود (الفصل ٢٥٠ من
تلك المجلة) غير أن هذا الاستقاط أو الخط من الدين ينبغي أن يكون
سريحا أو بالفاظ وأعمال تدل دلالة سريحة على أن مقصد المستفيد من
الكميالة ابراء المدين من مبلغ الكميالة أو بعض .

غير أن الأبراء اذا كان حاصلا من المستفيد لفائدة المسحوب عليه فإنه
يمبر ذمة كافة الالتزامين بالكميالة أما اذا كان هذا التنازل حاصلا
لفائدة أحد المظهرين فإن المظهرين اللاحقين له ينتفعون بهذا الأبراء أما
المظهرون السابقون فلا ينتفعون بذلك و ان وقع التنازل هذا لفائدة
المساحب فإنه يستفيد منه كافة المظهرين و الكفلاء و المسحوب عليه
العاقل لان المساحب سيتمكن من استرجاع النقوة منه لانه اذا لم يستطع
ذلك فإن التنازل الحاصل له من المستفيد لا معنى له . (١)

أما اذا كان هذا التنازل لفائدة الكفيل فإنه يقطع النظر عن كونه كفلا
للمساحب أو المسحوب عليه فلا ينتفع منه شخصا دون غيره من بقية
الملتزمين.

هذا و اذا كان التنازل عن الدين نتيجة صلح بسيط بعد الافلاس أو نتيجة
صلح احتياطي انتفع به أحد الملتزمين بالكميالة فإن باقي الملتزمين بها
يبقون مطالبين بأداء كامل مبلغها و هذا علا بالفقرة الاولى من الفصل
٥٥١ من المجلة التجارية التي اقتضت (بالرغم من عقد الصلح يبقى
للدائنين القيام على شركاء المفلس في الدين لمطالبتهم بكامله).

(١) ادوارد عهد - الاسناد التجارية - فقرة ٢٢٠ .

٢٢٢-٤- كما أن دين الكسبالية يمكن أن ينقضي بالتقاضي compensation الواردة أحكامها بـمجلة الالتزامات و المقود بالنصل ٢٦٩ و ما بعده متى توفرت شروطها في الدينين و تسك بها الدينين بالكسبالية فالتقاضي لا يمكن اعتبارها إذا لم يكن كل واحد من الدينين حل أجل الوفاء به إلى جانب كون هذه التقاضي لا يمكن إجراؤها إلا في حدود ما لا يخل بأحكام المجلة التجارية فالدين بالكسبالية ليس له أن يحتج بالتقاضي بدين له على أحد المظهرين السابقين لتلك الكسبالية عملاً بقاعدة تطهير الدفع إذ أنه متى تم تطهير الكسبالية فإن الحامل الجديد لها لا يمكن الاحتجاج ضده من طرف الساحب أو المظهرين السابقين بها لهم من علاقات شخصية بالحامل الذي ظهرما للمستفيد المطالب ببيعها عند حلول أجلها متى كان هذا المستفيد حسن النية.

كما أن التقاضي بين دين المستفيد ببيع الكسبالية و المسحوب عليه بها له من دين على الحامل على وجه الملكية من شأنه أن يبرئ ذمة المسحوب عليه المذكور وسائر الملتزمين بالكسبالية من كفلاء ومظهرين و ساحب أما إذا كانت التقاضي واقعة بين المستفيد و أحد المظهرين فإن المظهرين اللاحقين ينقضي الدين في حقهم و للمظهر الرجوع على المظهرين السابقين لأن إجراء التقاضي معه بمثابة تسديده لبيع الكسبالية للمستفيد بها و بالتالي له مطالبة المظهرين السابقين له بوفاء مدينين ببيعها.

٢٢٢-٥- و قد ينقضي دين الكسبالية باعطلائ الذمة confusion موضوع الفصلين ٢٨٢ و ٢٨٣ من مجلة الالتزامات و المقود بحيث تجتمع أوصاف الدائن و الدين في شخص واحد كأن يصحح المسحوب عليه القابل للكسبالية هو المستفيد بها يوم حلول أجل الوفاء فيها ببراء ذمة كافة الملتزمين بها طالما أن الدين الأصلي بها أصبح الدائن بتلك الكسبالية أما لو أصبح المسحوب عليه و الدائن بها قبل حلول أجل الوفاء فلا

وجه للقبول بأن هناك اعتلاط الذمة لأن بإمكان المسحوب عليه هذا أن يقوم بتطهيرها من جديد و ترجع بذلك للتداول. كما أنه لا وجود لاتحاد الذمة عندما ترجع الكسبالية للساحب أو أحد المظهرين لأنه في هذه الحالة ينقد حق الرجوع فقط على المظهرين و المظهر له المباشر لأنه ملزم تجاههم بالوفاء إذ يمكنهم الرجوع عليه في صورة عدم قبول المسحوب عليه للكسبالية أو عدم وفائه بها عند حلول أجل الوفاء. (١)

القسم الثالث :

المعارضة في الوفاء

Opposition en paiement

٢٢٤- أن الكسبالية جعلت لتسهيل المعاملات بين التجار و وضعت لها الأحكام المعقدة ليمت الثقة فيها و جعلها سهلة التداول لذلك نجد المشرع زيادة في تدعيم الثقة بها جعل مبدأ عاماً موضوع الفصل ٢٩٩ من المجلة التجارية الذي اقتضى أنه (لا تقبل المعارضة في الاداء إلا في صورة ضياع الكسبالية أو سرقتها أو تفليس الحامل لها).

و يفهم من سياق هذا الفصل أن المعارضة في الاداء غير مقبولة سواء من أحد الملتزمين بالكسبالية أو حتى الدائنين للحامل أو المستفيد بينما نحن نعلم حسب قواعد القانون المدني أنه يمكن للمغير أن يتعرض على خلاص مدينه بدين لهذا الأخير على المغير بإجراء عقلة توقيده على مكاسبه

(١) ليسكو و روبلوف الاوراق التجارية - ج ٢ فقرة ٦١٩ .

المنقولة تحت يد ذلك المير فالشرع في النادة التجارية أراد مخالفة هذه القاعدة العامة المروجة في القانون المدني و الرافعات المدنية و التجارية و غايته من ذلك كما قلنا بمت الثقة أكثر في الأوراق التجارية و أبعاد كل تحايل أو تواطؤ من شأنه أن لا يمكن الحامل من استخلاص دينه عند الحلول لأنه لو طبقت قاعدة قبول اعتراض المير على الخلاص على إطلاقها ربما نكون فسخنا المجال للمسحوب عليه لكي يتحايل على الدائن بالكسبالية لتفادي الوفاء بها بأن يتواطأ مع المير و ظهور هذا الأخير بمظهر الدائن للحامل و ادعاء كونه المالك الشرعي للكسبالية و الاعتراض لدى المسحوب عليه على الخلاص و إبقاء الحامل يترقب في فصل ما ينشأ عن ذلك الاعتراض من نزاعات قضائية قد تطول بفعل ذلك المير أو المسحوب عليه كما أن هذا الاعتراض قد يكون بغية التخلص من ذلك الحاجز الذي قد يحول دون خلاص الكسبالية إبان حلول أجل الوفاء بها. (١)

فالمبدأ الوارد بالفصل ٢٩٩ المذكور من عدم امكانية المعارضة في الاداء هو مبدأ متسع جداً فدائنه والساحب و المظهرون ليس لهم المعارضة في الوفاء بمبلغ الكسبالية و لا اجراء عقلة عليه و هذا لان مبلغ الكسبالية الموجود لدى المسحوب عليه اذ يعتبر ذلك المبلغ الموجود بحوزة هذا الأخير ضامناً تابعاً للكسبالية ينتقل قانونياً للحاملين لها على التعاقب بوصفهم السالكين لها متى وقع القبول من المسحوب عليه.

على أنه اذا سقط حق المطالبة بمرور الزمن التجاري فإنه بعد فوات ذلك الاجل يمكن لدائني المستفيد من الكسبالية اجراء عقلة على مبلغ

(١) جوزيف ماسال و قاستون لاتارد و ألفريد جوفري - الوسيط في القانون التجاري - ج ٢ مقرة ١٤٥٤ .

الكسبالية لدى المسحوب عليه القابل لأنه في هذه الحالة تصبح قواعد القانون المدني هي المنطقية و يمكن عندئذ اجراء عقلة توقيفية على مبلغ الكسبالية وفقاً لقواعد الرافعات المدنية و التجارية .

و اذا كنا رأينا أن المبدأ العام عدم جواز المعارضة في خلاص مبلغ الكسبالية فإن لهذا المبدأ استثناءات وردت باخر الفصل ٢٩٩ من المحلة التجارية الذي خول المعارضة في الاداء في صورة شياع الكسبالية أو سرقتها و صورة تفتيس الحامل لها و سوف نعرض لصورتين قبول المعارضة ثم اجراءات هذه المعارضة.

١ - صورتين المعارضة في الاداء:

أ - شياع الكسبالية أو سرقتها:

٢٢٥ - ان شياع الكسبالية أو سرقتها يمكن أن يحصل قبل قبول الكسبالية من المسحوب عليه أو بعده انما الملاحظ أن المعارضة في الوفاء الواردة بالفصل ٢٩٩ المذكور تتعلق بالوفاء فقط دون القبول بحيث متى عرضت الكسبالية للقبول على المسحوب عليه قبلها أما الوفاء بها فإنه متى وقع مطالبته بذلك ووقع ابلاغ المعارضة له من أجل شياع الكسبالية فإنه عليه الامتناع عن الوفاء ريثما يقع البت في هذه المعارضة التي تقع من الحامل أو من أحد دائنيه.

هذا و لفظة شياع الواردة بالفصل ٢٩٩ المشار اليه هي لفظة عامة تشتمل الاستيلاء على الكسبالية بأي وجه و تلفاً بأي سبب خارج عن ارادة الحامل.

ب - اعلان افلاس الحامل:

٢٢٦ - هنا ينبغي تفسير كلمة تفتيس الحامل للكسبالية الواردة بالفصل ٢٩٩ بمعناها الظاهر بحيث يجب أن يكون قد وقع اعلان افلاس الحامل اما مجرد القيام شده فإنه غير كاف للمعارضة في خلاصه في مبلغ الكسبالية و الملكة في امكانية المعارضة في هذه الصورة هو كون الحامل لما يقع

القسم الرابع: الوفاء في حالة ضياع الكبيالة

٢٢٨ - يبدأ في الوفاء بالكبيالة أن يقع تقديمها للمدين بها فإذا لم يقع تقديمها إليه له الامتناع عن الوفاء بها و هذا موقف طبيعي من ذلك الشخص لأن في عدم احضار الكبيالة إليه عند حلول الاجل يتوقع غير الطالب بملفها و لا يمكن أن يبرر المستفيد بها عدم احضارها الا بكونها ضاعت منه أو يمسر عليه احضارها بسبب قوة قاهرة ما. وقد سبق لنا أن رأينا الاجراءات التي عليه اتباعها في حالة القوة القاهرة اما في حالة ضياع الكبيالة أو سرقتها من الحامل عليه للمطالبة بالوفاء بملف الكبيالة أن يقوم بالاجراءات الآتية :

أ - أن يقوم بالمعارضة في الوفاء بملفها بين يدي المدين بها و ذلك حتى لا يتقدم حامل اخر غير شرعي لها و يستخلص بملفها اذ أنه لو حصل ذلك و سدد المدين بها بملفها لهذا الحامل وهو على حسن نية ولم يرتكب خطأ فادحا فإنه لم يعد من وجه لمطالبتة بملفها طالما أن ذلك حصل قبل المعارضة في الوفاء بها و في أجل الحلول المحدد وفق ما اقتضته الكبيالة.

ب - في صورة ما اذا كان هذا الحامل الشرعي يعرف اليد الحائزة لتلك الكبيالة بصفة غير مشروعة عليه مطالبة ذلك الشخص بإرجاعها سواء عن طريق المحكمة أو بأي طريق اخر من الطرق الصحيحة .

أما اذا كان النزاع مطروحا لدى المحكمة فهذه الأخيرة تبت في النزاع بحسب ما اذا كان الحامل الحائز للكبيالة قد اكتسبها عن حسن نية أم لا فان التجرت له بحسن نية فهنا ليس للمستفيد المدعي ضياع الكبيالة

اعلان افلاسه فيصبح غير مؤهل لادارة أمواله و المعارضة في الخلاص تقع من أمين القلمة الذي يمثل اتحاد الدائنين و هو مسؤول عما امله لو وقع الوفاء بملف الكبيالة للحامل المنطلي و ان حصل هذا الوفاء من المسحوب عليه و هو حسن النية فان هذا الوفاء يكون صحيحا لان المشرع لم يفرض عليه عند الوفاء الا التأكد من كون تسلسل التطهيرات كان بصفة غير منقطعة (الفصل ٢٢٩ من المجلة التجارية) والملاحظ أن الاستثناء الوارد بالفصل ٢٩٩ المذكور الحق به الفقهاء حالة فقدان الحامل لاهليته فهنا التقدم أو الوصي عليه هو الذي يقوم بتلك المعارضة (١).

٢ - اجراءات المعارضة في الاحكام:

٢٢٧ - ان المشرع التونسي لم يبين الاجراءات التي ينبغي اتباعها في القيام بالمعارضة في الاداء و عليه فان جميع الوسائل القانونية صالحة للقيام بتلك المعارضة سواء عن طريق محضر بملف بواسطة عدل منفذ أو بكتوب مضمون الوصول و على كل فانه مادام الامر يتعلق بأوراق تجارية فان جميع وسائل ابلاغ المعارضة ممكنة اما ينبغي أن يكون لها اثر للتدليل على حصولها و ما يفيد ابلاغها للمدين بالكبيالة لتحصل مسؤوليته تجاه من أبلغ له المعارضة طبق القانون و عند حصول ماته المعارضة فان على المدين بالكبيالة الاحتفاظ بما بقيت وتوقع تلك المعارضة لرد كل طلب بالوفاء بالكبيالة لم يدل المطالب به بما يفيد رفع تلك المعارضة بصفة قانونية أو ما يفيد البت فيها من طرف المحكمة المختصة و الملاحظ أن المفترض لديه في الصورتين المقررتين قانونا لقبول المعارضة ليس له حق الاجتهاد في شأن مدى قبولها من عدمه بل عليه الامتناع عن الوفاء.

(١) ليمكو و روبلو - الاوراق التجارية - فقرة ٦٠٢ .

منه حق استرجاعها الا اذا أثبت أن هذا العامل قد ارتكب خطأ فادحا في اكتسابه لها (الفقرة الأخيرة من الفصل ٢٧١ من المجلة التجارية).
ج - أما اذا كان لا يعرف الهد الحائزة للكبيالة أو لم يقع العثور عليها تماما بحيث لم يتقدم أي شخص للمدين بها لطلب مبلغها فيها لا يخلو الحال اما أن تكون الكبيالة المحررة في نسخة واحدة بحيث ليس لها نسخ و نظائر و اما أن لها عديد النسخ .

١) في صورة ما اذا لم يكن لها نسخ سواء سبق عرضها للقبول أم لا فان المستفيد منها له حق الالتجاء لرئيس المحكمة بمقتضى اذن على عريضة بعد أن يقدم ضامنا عنه كي يأذن له في استخلاص مبلغها (الفقرة الثانية من الفصل ٢٠٢ من المجلة التجارية).

و هنا لاحظ أن المشرع و لئن قال يقع الاذن من رئيس المحكمة بمقتضى اذن على العريضة فانه في الواقع العملي يكون طلب الاذن من رئيس المحكمة بالقيام بقضية استمجالية بمكان الوفاء بالكبيالة و سبب ذلك أن القاضي الاستمجالي سوف يسمح للمدين بالكبيالة و ماله من أوجه دفع و كذلك المستفيد و يطلع على دفاتره المثبتة للملكية للكبيالة و يثأكد من قانونية الضامن التقدم و كل هذا لا يمكن لرئيس المحكمة التأمل منه بمجرد الاذن على العريضة كما تجدر الملاحظة هنا أن الضامن الذي أشار له الفصل ٢٠٢ المذكور و لم يتحدث عنه هل هو ضامن مالي أو غيره من الضامنين ويبدو أن المقصود هنا هو الضامن ضامنا ماليا بحيث يبقى مسؤولا عن الوفاء الواقع لضامته لو يتبين أنه غير الحامل الشرعي للكبيالة .

و قد لا يلتجئ الحامل للقضاء للسلطانية بالوفاء بالكبيالة بل ينتج للملتزمين بها السابقين طالبا منهم مده بنسخة من تلك الكبيالة الضائعة و يكون طلبه من المظهر الاخير و ذلك المظهر قد يطلب من المظهر قبله مده بها و واجب عليه المساعدة باسمه و عنايته للسمي لدى المظهر له

السابق وهكذا من مظهر الى مظهر حتى يصل الى صاحب الكبيالة و يستحصل بذلك على نسخة ثانية منها التي ينص بها على انها نسخة ثانية من الكبيالة و يقع توقيعا من المظهرين السابقين كما يطلب الى المسحوب عليه التوقيع عليها بالقبول ان كان قبل النسخة الاولى و في هذه الصورة أي ان كانت الاولى موقعا عليها بالقبول لا يقع الوفاء بها الا بعد الاذن القضائي المشار اليه ما اذا لم يحصل القبول بعد فان الوفاء لا يحتاج لاذن قضائي لان القبول يقع على النسخة الثانية.

هذا و ان مضارب هذه النسخة الثانية يتحملها المستفيد بالكبيالة بفرده (٢٠٤ من المجلة التجارية).

٢) اما في صورة ما اذا كانت الكبيالة محررة في نسخ عديدة و وقع عليها المسحوب عليه بالقبول و لو كانت بيد الحامل نسخة منها غير أنها غير النسخة الحاملة لصيغة القبول فانه عندئذ ليس للمستفيد طلب الوفاء بمبلغها الا عن طريق رئيس المحكمة الواقع بدائرتها مقر المدين بالكبيالة و ذلك بمقتضى اذن على العريضة و بعد تقديم ضامن للمحكمة حسب الفصل ٢٠١ من المجلة التجارية و هنا نعيد القول الذي ذكرناه في صورة الكبيالة التي لا نسخ لها من كون الطلب يقدم لرئيس المحكمة حال انتصابه للقضاء استمجاليا نظرا لما يتطلبه المطلب من بحث يتجاوز عليها طرق البت في مطلب اذن على العريضة لما هناك من توجب سماع المدين بالكبيالة و التأمل من ظروف فقدان الكبيالة حتى يمكن للقاضي تقدير قبول المطلب من عدمه و لو أنه لا يخوض في مدى جدية ضياع الكبيالة و ما وراه من أسباب لخروج ذلك عن أنظاره باعتباره ليس له الطوى في الاصل . (١)

(١) ادوارد عيد - الاسناد التجارية - فقرة ٢١٦ .

أما إذا كانت الكسبيالة قد ضاعت وهي غير متضمنة لمصلحة القبول أو هي محررة في عديد النسخ فإنه يمكن طلب الوفاء بها بمقتضى نسخة منها ثانية أو ثالثة أو رابعة وهكذا على التوالي ترتيبها الممددي (الفصل ٢٠٠ من المجلة التجارية) وهو وفاء يحترم من المدين بالكسبيالة ميراثا لذمته و لو لم يشترط ذلك المدين أو سلب الكسبيالة بأن هذا النوع من الوفاء يعتبر ميراثا لذمة المدين ذلك أن نص الفصل ٢٠٠ المذكور جعل ذلك الوفاء على تلك الكيفية هو وفاء صحيح لا يثنائي فيه و بالتالي حتى و لو ظهر حامل شيء جديد للنسخة الضائعة فإنه لا يمكنه مطالبة المدين بالكسبيالة من جديد طالما سدد مبلغ الكسبيالة على أساس النسخة التي قدمت له من الحامل السابق .

القسم الخامس :

الاستثناء عن الوفاء للكسبيالة الضائعة

٢٢٩ - قد يحصل أن يمنع المدين عن الوفاء بالكسبيالة الضائعة رغم الاذن القضائي الصادر بذلك فما هو الوقت عندئذ؟
هنا نجد الفصل ٢٠٢ من المجلة التجارية عالج هذا الموضوع فأشار الى أنه اذا امتنع المدين بالكسبيالة من الوفاء ببيلفها رغم اتمام الاجراءات الواردة بالفصلين ٢٠١ و ٢٠٢ من المجلة التجارية بحسب الاحوال من طرف الحامل فعلى هذا الاخير عندئذ حفظا لحقوقه تحرير احتجاج في اليوم التالي لحلول الوفاء بتلك الكسبيالة الضائعة أو المسروقة و هذا الاحتجاج الذي سيقع تحريره ليس هو بالاحتجاج المادي الذي يحرر لعدم الوفاء الذي يجب أن يذكر فيه النسخ الحر في الكسبيالة لاستحالة ذلك طالما أن هذه الأخيرة هي ضائعة أو مسروقة و انما يوجه الاحتجاج

المشار اليه بالفصل لاشعار المدين بالكسبيالة بخطارة موقعه كما عليه أن يوجه الاخطارات اللازمة للمصاحب و المظهرين المتعزمين بتلك الكسبيالة لا في الاجل الوارد بالفصل ٢٠٢ بل حسب الاجل الوارد بالفصل ٢٠٨ من نفس المجلة بحيث يحترم في هذه الاخطارات الاجال العادية في شأنها و هذا حتى لا يستغل الحامل الحالة التي أصبح عليها من ضياع الكسبيالة أو سرقتها و يخرق كافة اجراءات الاخطارات الواجب توجيها للمصاحب و المظهرين .

و هنا يثار سؤال اذ أنه طالما أن الحامل مفروض عليه أن يوجه للمصاحب و المظهرين الاخطارات المشار اليها بالفصل ٢٠٨ من المجلة التجارية و ربما أجل الوفاء حل أو قريب الحلول من طلب الاذن على العريضة من رئيس المحكمة مما يجعل طلب الوفاء من المدين بالكسبيالة متمتع بالحصول في تلك الفترة فكيف يمكن أن يخطر المصاحب والمظهرين بعدم الوفاء و هو متمتع عليه طلبه من المدين بالكسبيالة لما يتوقف ذلك على الاجراءات المذكورة؟

الجواب: أنه على المستفيد الاحتياط لتسمية و اخطار المصاحب و المظهرين في الاجال المحددة بالفصل ٢٠٢ اذ أن هذا الفصل لم يرد فيه أي استثناء و عليه سواء استحصل على الاذن أو لم يستحصل أن يوجه الاخطارات المذكورة في أجالها المشار اليها دون توقف على اتمام اجراءات ذلك الاذن لما يتطلبه هذا الاخير بمد صدوره من الاعلام به و ترتيب أجل لتنفيذه للشئ الذي قد يضر بمصالح المصاحب و المظهرين المتعزمين بالكسبيالة و هذا الجواب صالح في جميع الاحوال لانه اذا فرضنا أن القاضي لم يستجب للطلب مل سوف لن يحرر الاحتجاج ولن يوجه الاخطارات و هو أمر غير مقصود من المشرع بحال و عليه فان الاحتجاج يحرر حتى و لو رفض القاضي الاذن بالوفاء كما أن الاخطارات

للمالك والمطهرين ينبغي أن توجه في الاجال المحددة بالفصل ٢٠٨ من
المجلة التجارية (١).

القسم السادس:

اثبات الوفاء

٢٣٠- ان الدين بالكبيالة متى سلم مبلغها للدائن بها له حق مطالبة هذا
الاخير بأن يسلم له تلك الوثيقة بعد أن يوشح عليها بوقوع الخلاص
(الفصل ٢٩٥ من المجلة التجارية) و هذا الحق ليس بمقصود على
المسحوب عليه فقط بل كل شخص ملتزم بفتح تلك الورقة التجارية
ودفع مبلغها بعد أن أثبت عليه دعوى الرجوع أو هو معرض للرجوع
عليه أن يطلب من المستفيد بها أن يسلمه تلك الورقة من الاحتجاج ان
وجد ووصل الابراء (الفصل ٢١٢ من المجلة التجارية) فالمرجع أعلى
الحق لكل مدين بالكبيالة سدد مبلغها أن يطالب بتسليمها له فإذا
استلمها وتم التأشير عليها من المستفيد بقبضه لمبلغها و توقيعه على ذلك
فان هذا دليل على الوفاء و يعتبر قرينة قانونية قاطعة على وقوع
الخلاص اذ أن الكبيالة أصبحت في حوزة المدين و هي حاملة لامضاء
الدائن بها بوقوع الوفاء بمبلغها الا أن هذا الدليل القطعي يمكن اثبات
خلاله بالاقترار من المدين بعدم الخلاص أو باليمين الحاسمة اذ أن هذه
الاخيرة يمكن توجيهها في جميع الدعاوي (الفصل ٢٩٧ من مجلة الالتزامات
و العقود).

(١) رولي روبلو - فقرة ٢٤٣ .

لكن اذا كانت الكبيالة لا تحمل امضاء المستفيد على تأشيرة الخلاص
فانه عندئذ لا تعتبر تلك الورقة التجارية تم الوفاء بها اذ لم يثبت
المدين بها بوسائل أخرى وقوع الخلاص ذاك و هذا لانه جرى التعامل
بين التجار على أن يقع حمل الكبيالة للمدين بها بواسطة وكيل
للمستفيد لقبض مبلغها و يوضع عليها الدائن بها تأشيرة الخلاص لكن قد
لا يتسلمها المدين و لا يحدد مبلغها عند الحلول فيرجعها ذلك الوسيط
للدائن فلا يعتبر منه ذاك من كتابة حجة عليه في الخلاص ففي اذا
سلت الكبيالة للمدين بها فانها تعتبر تم الوفاء بها علا بالفصل ٤٦٩ من
مجلة الالتزامات و العقود و على الدائن بها عندئذ اثبات أن ذلك الوفاء
لم يحصل من المدين و له أن يثبت ذلك بجميع وسائل الاثبات .

ثم ان الوفاء قد يكون وقع بكتب مستقل عن الكبيالة عندئذ يمكن
الاحتجاج بذلك ضد الحامل للكبيالة الواقع الخلاص له لكن اذا كانت
هذه الورقة التجارية لا زالت بيد الحامل وقد ظهرما للمدين فانه عندئذ لا
يمكن الاحتجاج على ذلك الغير بوقوع الخلاص ذاك علا بقاعدة عدم
جواز الاحتجاج ضد الحامل بوسائل المعارضة المبينة على العلاقات
الشخصية بين المالك أو الحاملين السابقين و ذلك المدين بالكبيالة
طالما أن ذلك الحامل عند اكتسابه الكبيالة لم تكن غاية الاضرار بذلك
المدين (الفصل ٢٨٠ من المجلة التجارية).

أما اذا وقعت الاشارة سلب الكبيالة الى أنه يمكن الوفاء بمبلغها بكتب
مستقل أو دون حاجة للتأشير أو التوقيع على الكبيالة فانه عندئذ على
الحامل التثبت من وقوع الخلاص من عدمه قبل اكتسابه لتلك الكبيالة
حتى لا يمرض حقه في المطالبة للضياع .

أما اذا سدد المدين مبلغ الكبيالة و لم يتسلمها من الحامل و لم يوقع
عليها هذا الاخير بكونها تم تسديد مبلغها فان المدين بها يبقى مهددا
بالمطالبة بالوفاء بها مجددا و لو أنه بإمكانه اثبات وقوع خلاص مبلغها

بجميع وسائل الاثبات و اذا كان الحامل لها هو الشخص الذي تم تسديد مبلغ الكبيالة اليه ثم قام بتطهيرها الي الغير فان المدين بها لا يمكنه اثبات ذلك بالنسبة لهذا الحامل الجديد عملا بقاعدة تطهير الدفع و ليس لذلك الشخص الا الرجوع على من استلم منه مبلغ الكبيالة بما دفعه له.

القسم السابع:

اثار الوفاء

٢٢١ - لقد اقتضت الفقرة الاخيرة من الفصل ٢٩٦ من المجلة التجارية بأن (من يدفع عند الحلول برئت ذمته على الوجه الصحيح الا اذا كان قد ارتكب تدليسا أو خطأ فاحشا و يجب عليه أن يستوثق من صحة التطهيرات لان صحة امضاءات المظهرين).

ان هذه الفقرة من الفصل احتوت على أكثر من حكم في شأن اثار الوفاء بالكبيالة فهي لا تجعل كل وفاء حاصل من المدين بها وفاء صحيحا بل ينبغي أن تكون قد توفرت فيه شروطه الصحيحة من جميع الوجة فهي قد حلت المدين متى أوفى بالكبيالة دون تدليس أو ارتكاب خطأ وجملت وفاء هذا ماخيا على الكفاية و ميراثا لذمته و لو كان الموفى له في الواقع ليس هو بالحامل الشرعي للكبيالة اذ ليس على المدين بالكبيالة الا التثبت من تسلسل التطهيرات بتواقيع المظهرين و ليس عليه التثبت من صحة تلك التواقيع و التأكد من صحة نسبتها لاصحابها بل عليه فقط التأكد من وجود سلسلة من التوثيقات غير منقطعة الي أن تنتهي للحامل الذي تقدم اليه للخلاص.

ثم ان هذا الوفاء يختلف في أثره بحسب ما اذا كان صادرا عن المسحوب عليه أو غيره من الملتزمين بالكبيالة .

و بحسب ما اذا كان الوفاء لكامل مبلغ الكبيالة أو لجزء منها فقط فالوفاء الحاصل من المسحوب عليه القابل للكبيالة من شأنه أن يبرئ ذمته من التزامه الصرفي نحو الحامل للكبيالة كما يبرئ ذمته نحو الساحب في المؤونة التي كانت عليه لهذا الأخير كما يبرئ ذمته نحوه في حدود مبلغ الكبيالة بما عليه من دين سابق لعائدة ذلك الساحب (١) كما أن الوفاء من المسحوب عليه المتلقي للمؤونة من الساحب من شأنه أن يجعل كافة الضامتين و الملتزمين بتلك الكبيالة في حل من التزاماتهم بموجب تلك الورقة التجارية و لم يعد في استطاعة أي واحد منه مطالبة الملتزم السابق له بتوجيها بأي وجه من الوجوه على أساس الالتزام الصرفي . لكن اذا كان المسحوب عليه قام بالوفاء بمبلغ الكبيالة بعد قبوله لها دون أن يطفى مؤونتها من الساحب فهو يبقى على حقه في مطالبته هذا الأخير الذي لا يبرأ ذمته الا بعد أن يوفى للمسحوب عليه بما يؤديه عوضا عنه من مؤونة للمستفيد بالكبيالة .

أما اذا كان الساحب أو أحد المظهرين بالكبيالة هو الذي قام بدفع مبلغها فان هذا الوفاء منهم يبرئ ذمتهم تجاه الحامل و يبقى لهم حق الرجوع على المسحوب عليه القابل للكبيالة أو من كانت لديه المؤونة وقت حلول أجل الوفاء و هذا الأخير هنا يتحمل كامل الصاريف و النوائض المترتبة عن عدم خلاصه لمبلغ الكبيالة في أجل الوفاء بها.

و حق الرجوع هذا متوفر أيضا للملتزم بالكبيالة على وجه الكفالة اذ أنه متى أوفى بمبلغها في أجل حلولها له الرجوع على مضمونه و كافة

(١) ليסקو و روبلو - الاوراق التجارية - الجزء الثاني - فقرة ٦١٠ .

الملتزمين له يستثنى تلك الكمبيالة (الفقرة الأخيرة من الفصل ٢٨٩ من المجلد التجارية) هذا و ان الوفاء المبني للذمة يكون له اثره بقدر ما وقع الوفاء به فاذا تم تسديد مبلغ من الكمبيالة فقط من المسحوب عليه مثلا باعتبار ذلك المبلغ هو حدود المؤونة التي وفرها الساحب فان ذلك الوفاء الجزئي يجري دة المسحوب عليه في حدود ذلك المبلغ بحيث لو وثبت الساحب أن المؤونة كانت متوفرة لدى المسحوب عليه بأكثر مما أوفى به أو أنه حمل منه القبول لكامل مبلغ الكمبيالة فان هذا الأخير يبقى مسؤولا مسؤولية صرفية للساحب وغيره من الملتزمين بالكمبيالة بما زاد عما أوفى به من مبلغ الكمبيالة.

كما أن الحامل طالما لم يقع خلاسه في كامل مبلغ الكمبيالة فان عليه القيام بجميع الواجبات المفروضة عليه في صورة عدم الوفاء لان الوفاء الجزئي لا يمتنع من تحرير الاحتجاج و توجيه الاخطارات اللازمة لجهة الملتزمين بالكمبيالة كما أنه من الواجب عليه قبول ذلك الوفاء الجزئي لفرض القانون التجاري على الحامل قبول ذلك الفقرة الثانية من الفصل ٢٩٥ من المجلد التجارية).

القسم الثامن:

الوفاء بطريقة التداخل

Païement par intervention

٢٢٧- لقد سبق لنا أن رأينا القبول للكمبيالة بواسطة التداخل و كيف قام بتنظيم أحكامه المشرع في المجلد التجارية بالفصلين ٢٢٢ و ٢٢٣ و على ذلك النمق نعمل في الوفاء بطريقة التداخل انما الفصول التي جعلها للوفاء بهذه الطريقة هي خمسة فصول ٢٢٤ - ٢٢٥ - ٢٢٦ - ٢٢٧ - ٢٢٨ من تلك المجلد فاحكم بمسألة هذا موضوع الوفاء بطريقة التداخل

ما يجعلنا نشعر بأن المشرع أعار أهمية خاصة للوفاء بهذه الطريقة لما فيها من فائدة للتجار فيما بينهم و من شأنها الاقلال من دعاوى الرجوع إذ أن كثيرا ما يكون القائم بالوفاء عن طريق التداخل غاية فض النزاع مبدئيا بين المدين و الحامل لابقاء من يجب عليه الوفاء في مأسن الدعوى الصرفية و لو مؤقتا ريثما يبيحت عن مخرج لتسديد دينه أو لذلك المتداخل مصلحة في هذا الخلاص انقاذ السمعة مؤسسة تجارية تهمة من التدهور أو حتى الافلاس و لهذا الوفاء بالتداخل شروط ينبغي توفرها من جهة و من جهة أخرى لهذا النوع من التداخل اثاره لذلك سنتناول هذين العنصرين بالبحث كل على حده.

الفقرة الأولى: شروط الوفاء بطريقة التداخل:

ان هذه الشروط منها ما هي شروط موضوعية و منها ما هي شروط شكلية:

أ- الشروط الموضوعية:

٢٢٢- ان أول شرط من الشروط الموضوعية للوفاء بالواسطة أن يكون الموفى بذلك الصفة يتمتع بأهلية الالتزام الصرفي لان الوفاء ذاك قد يعرض ماله للتلف ان تبين ان الملتزمين بالكمبيالة غير ملبيين أو أن حاملها لم يكن يحملها بوجه شرعي و عليه ينبغي أن يكون هذا الموفى بالواسطة أهلا للالتزام الصرفي.

كما ينبغي أن يكون هذا الشخص غير ملزم بالوفاء بالكمبيالة مبدئيا غير أن المشرع بالفصل ٢٢٢ من المجلد التجارية أجاز أن يكون المتداخل المسحوب عليه الذي لم يقبل الكمبيالة لانه بقوله لها يعتبر المدين الأصلي بها لذلك قام بالوفاء فهو لا يعتبر موفيا بطريق التداخل بل هو أوفى بدين عليه كمدين أصلي و بالتالي متى أوفى بالكمبيالة ليس له الرجوع على أي ملزم بالكمبيالة عدا الساحب الذي لم يقدم له المؤونة و هنا نلاحظ أن التحجير على المسحوب عليه القابل بخمسة بصفته تلك

كسحب عليه أصل أما إذا قبل الكمبيالة بطريق التداخل أو بوسه شخصا معينا للوفاء على وجه الاحتياط و يسمى بالسحب عليه الاحتياطي فهذا الشخص له الوفاء بطريق التداخل ذلك أن الفصل ٢٢٥ من المجلة التجارية يفرض على الحامل عرض الكمبيالة على القابل لها بطريق التداخل و كذلك على الاشخاص الذين وقع تعيينهم من الساحب للوفاء عند الحاجة و هؤلاء عندما يوفوا بمبلغ الكمبيالة هم يوفون بها على معنى انهم متدخلون قبل كل شيء و ليسوا ملتزمين اصاله بالكمبيالة وبالتالي يمكنهم الوفاء عن طريق التداخل وهو وفاء يعتبر صحيحا منهم.

ثم ان الوفاء بطريقة التداخل يمكن أن يحصل في جميع الاحوال التي يجوز فيها للحامل القيام بدعوى الرجوع و معنى ذلك سواء كانت هذه الكمبيالة حل أجل خلاصها أو لم يحل ذلك الاجل لكن توفر سبب من الاسباب التي تفعل للحامل الرجوع الرجوع على الملتزمين بالكمبيالة دون ترتب أجل الحلول مثل الصور الواردة بالفصل ٢٠٦ من المجلة التجارية التي تفعل للحامل الرجوع قبل حلول الاجل اذا حصل امتناع كلي أو جزئي من القبول أو أعلن إفلاس الساحب عليه أو توقف عن دفع ديونه أو اذا أعلن إفلاس الساحب و المهم أن يقع التداخل للوفاء في الزمن الذي أصبح فيه الحامل من حقه الرجوع على الملتزمين بالكمبيالة و لا يلزم أن يكون ذلك الرجوع قد حصل فعلا أو شرع في اجراءاته و انما يكفي أن تكون هناك حالة تحققت للحامل دخوله الرجوع .

كما و أن هذا الوفاء بطريق التداخل لا يمكن اعتباره صحيحا الا اذا كن لصالح أحد الملتزمين بالكمبيالة .

فانه ينبغي أن يكون حصل على أقسم تقدير في اليوم التالي لآخر يوم تجوز فيه اقامة الاحتجاج لعدم الدفع بحيث اذا كانت الكمبيالة واجبة الدفع في يوم معلوم أو في أجل ما بعد مضي مدة من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع عليها فان الاحتجاج يجب أن يحرر في أحد يومي العمل

التاليين لليوم الواجب فيه دفع الكمبيالة فهنا الوفاء ينبغي أن يقع بطريق التداخل على أقصى تقدير في اليوم الموالي ليومي العمل المرخص فيهما الوفاء بحيث يكون اليوم الرابع من اليوم الذي يجب فيه الوفاء مع حساب يوم الوفاء بطريقة التداخل و اليوم الذي يجب فيه الوفاء أصلا.

و أخيرا ينبغي أن يكون هذا الوفاء بطريق التداخل غاية تسديد كامل مبلغ الكمبيالة بما في ذلك المصاريف و الفوائد المترتبة عن تلك الكمبيالة و هذا الموقف من المشرع غاية منه اعطاء جدية لهذا الوفاء و ايقاف تيار تتبع الملتزمين بالكمبيالة و لو وقع الوفاء بطريقة التداخل في جزء من مبلغ الكمبيالة فان هذا الوفاء لا يعتبر تاما و يمكن بذلك للحامل القيام باجراءات دعوى الرجوع في خصوص باقي المبلغ الذي لم يقبضه و بذلك لم يحقق ذلك التداخل الهدف الذي أرادته منه المشرع لذلك اشترط أن يكون الوفاء بطريق التداخل بكامل مبلغ الكمبيالة (الفصل ٢٢٤ من المجلة التجارية) و هذا خلاف ما هو عليه الحال لو وقع الوفاء مباشرة من الساحب عليه الذي خول له المشرع الوفاء الجزئي بمبلغ الكمبيالة (الفصل ٢٩٥ من المجلة التجارية) و ذلك لان هذا الأخير مدين أصلي بالكمبيالة و ما يدفعه يخفف به من التزاماته

و التزامات باقي الضامنين في الوفاء بها بينما التداخل للوفاء هدفه ايقاف الخطر على الملتزمين و ان كان صميمه لا فائدة منه فلا وجه لقبوله.

ثم ان الوفاء بطريقة التداخل هذا ليس للحامل رفضه عملا بالفصل ٢٢٦ من المجلة التجارية و الا تعرض حقه في الرجوع للفتن بالنسبة لمن سيقع الوفاء بطريق التداخل لفائدتهم و الذي من شأنه أن يبرئ ذمتهم.

و لا يحقق هذا الاثر لرفض الحامل للوفاء بطريق التداخل الا اذا كان ذلك التداخل قد قام بجميع ما فرضه القانون من عرض للوفاء على الحامل لكامل الدين مع ملحقاته وفي الوقت المحدد للوفاء.

هذا و يتجه لفت النظر الى أن فقدان الحامل لحقه في الرجوع عند رفضه لهذا الوفاء بطريق التداخل لا يتناول فقدان حقه بالرجوع على من سبق الوفاء في حقه و الموقع على الكسبيالة طالما أن هذا الوفاء بطريق التداخل سوف لن يبيري دمه و لا الموقعين السابقين الملزمين بالضمان تجاه ذلك المتداخل (الفقرة الاولى من الفصل ٢٢٨ من المجلة التجارية).

و اما هو يفقد حقه في الرجوع على المتداخل القابل و المحسوب عليه الاحتياطي الذي يقيم في مكان الوفاء متى كان هذان الشخصان أو أحدهما هو الذي عرض الوفاء بطريق التداخل و عندها يفقد الحامل القيام ضد ذلك الشخص كما يفقد حق الرجوع على المسحوب عليه الذي تم التداخل لفائدته و قبول الكسبيالة لمصلحته و كذلك المسحوب عليه الاحتياطي الذي قام المتداخل بعرض الوفاء لفائدته و ذلك عملا بمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل ٢٢٥ من المجلة التجارية و الحامل هنا يفقد حق الرجوع على المسحوب عليه الاحتياطي المذكور و الممن للوفاء المقدم بـمكان الوفاء المشار اليه و كذلك كافة المظهرين اللاحقين له.

و منشأ تهديد حق الحامل بالفقدان في هذه الصورة هو ما أوجبه عليه الفصل ٢٢٥ من المجلة التجارية بالنسبة لهؤلاء الاشخاص من وجوب عرض الكسبيالة عليهم للوفاء و أن يقيم عند الاقتضاء احتجاجا بعدم الدفع على الأكثر في اليوم التالي لليوم الذي يجوز فيه اقامة الاحتجاج.

و هو اذا لم يتم بتحرير ذلك الاحتجاج في الاجل المذكور فان اولئك الاشخاص يصبحون غير ملزمين نحو الحامل بأي التزام صرفي .

كما أنه من واجب الحامل زيادة عن قبوله الاداء بطريقة التداخل و في صورة تراحم عدة متداخلين راغبين في الوفاء فانه يجب عليه أن يقبل تداخل من يترتب على الافاء منه ابراء أكثر عدد من الملتزمين (الفقرة الثانية من الفصل ٢٢٨ من المجلة التجارية) و ان لم يعمل ذلك يجعل

نفسه معرضا لخطر فقدان لحقه في دعوى الرجوع على من حرم من التداخل الذي رفضه لخطئه منه.

ب- الشروط الشكلية:

ان هذه الشروط الشكلية للوفاء بطريقة التداخل يمكن حيلها فيما يلي :
٢٢٤ - (١) يجب اثبات الاداء بطريقة التداخل بذكر صلب الكسبيالة على أنها تم الوفاء بها بطلب الطريقة و يقع تاريخ ذلك الابراء و الامضاء عليه من طرف الحامل و هذا حتى يمكن معرفة تاريخ حصول الوفاء بطريقة التداخل و على كل فانه اذا لم يذكر ذلك التاريخ فانه يعتبر حصل في اليوم التالي لآخر يوم يجوز فيه اقامة الاحتجاج لعدم الدفع (الفقرة الثانية من الفصل ٢٢٤ من المجلة التجارية).

(٢) و يجب على الموني بطريقة التداخل أن يمين الشخص الذي تداخل لفائدته و هو أن لم يذكر الشخص الذي أوفى بالتدخل في حقه فانه يعتبر أوفى في حق المصاحب (الفقرة الاولى من الفصل ٢٢٧ من المجلة التجارية).

(٣) و يجب أن يعلم الموني بطريقة التداخل من تداخل للوفاء في حقه و ذلك في ظرف يومي العمل التاليين من تاريخ حصول ذلك الوفاء منه و ان أهمل هذا الاجراء فانه يكون مسؤولا بالضرر الناشئ عن تقصيره بدون أن يتجاوز هذا التعويض مبلغ الكسبيالة (الفقرة الاخيرة من الفصل ٢٢٧ من المجلة التجارية).

(٤) عندما يقوم الموني بطريقة التداخل بالوفاء عليه أن يتسلم من الحامل الكسبيالة و الاحتجاج اذا كان سبق تحريره (الفقرة الثانية من الفصل ٢٢٧ من المجلة التجارية) و ان رفض الحامل تسليم الكسبيالة أو محضر الاحتجاج أو كليهما معا فانه يعتبر بمثابة الرفض لقبول الوفاء بطريقة التداخل و يتحمل نتائج رفضه ذاك بفقدان حقه في الرجوع بحسب الاحوال السنية بالفقرة الثانية من الفصل ٢٢٥ و الفصل ٢٢٦ من المجلة

التجارية. و الملاحظ أن الشرع هنا استعمل في موضوع تسليم الكسبيالة والاحتجاج للموفاى بطريقة التداخل كلمة يجب مما يدل على أن موضوع التسليم هو أمر حتمي على الحامل الاستجابة له و هو أمر طبيعي لأن الموفاى المذكور اذا لم يتسلم الكسبيالة والاحتجاج ان وجد لا يمكنه الرجوع على الملتزمين بالكسبيالة في الاجال المحددة قانونا. (١)

الفقرة الثانية:

اثار الوفاء بطريقة التداخل

٢٢٥ - ان اثار الوفاء بطريقة التداخل هي غير اثار الوفاء الواقع من المدين الاصلي بالكسبيالة نظرا لكون هذا الموفاى بطريق التداخل في أغلب الاحيان يكون ملتزما بالكسبيالة و ان كان الموفاى بطريقة التداخل من الملتزمين بها فان الامر عند ذلك يختلف بحسب مركز هذا الشخص فيها. و الوفاء بطريقة التداخل ابراز اثاره تضمنها الفصل ٢٢٨ من المجلة التجارية بفقرتيه الاولى و الثانية و هي التالية:

(١) أن الموفاى بطريقة التداخل يكتسب الحقوق الناجمة عن الكسبيالة و هذه الحقوق منها ما هو خاص بالشخص المتداخل عنه و منها ما هو خاص بيباني الملتزمين بها:

أ - اما في خصوص حقوق الموفاى بطريق التداخل تجاه الموفاى في حقه أي من قام بالاداء عوضا عنه فهذا يعتبر مدينا له رأسا بما سدهه عوضا عنه من مبلغ الكسبيالة و مصروف الاحتجاج و المصاريف التي فرض عليه القانون تقديسها لضمان حقوقه الى جانب ما قد يكون ترتب عن تلك الكسبيالة من فوائد للحامل نتيجة التأخير في الخلاص و مبنى هذه

القاعدة هو أن هذا الموفاى بطريق التداخل لما أوفى للحامل يدينه موضوع الكسبيالة قد حل محله في جميع الحقوق الناشئة عوضا عنه بما ترتب عنها من دين.

و ينبغي أن يفهم حلول الموفاى بطريقة التداخل محل الحامل هنا ليس بمعناه الوارد بمجلة الالتزامات و المقود بل له معنى خاصا هنا اقتضته المجلة التجارية و لذلك اعتبر هذا الحل محل الحامل بشابة الحلول غير الكامل إذ أنه لا يمكن للموفاى في حقه أن يدفع في مواجهة هذا الموفاى بطريقة التداخل بما له من علاقة شخصية بالحامل طالما أن هذا المتداخل حسن النية و هذا تطبيقا لقاعدة تظهر الدفع التي ينتج بها هذا الأخير متى قام بالوفاء عن طريقة التداخل بحسن نية كما اعتبر هذا الحل غير كامل أيضا لكون الموفاى بهذه الطريقة فرضت عليه المجلة التجارية القيام بأخطار التداخل في حقه في ظرف يومي العمل التاليين من تاريخ تداخله ذاك والا كان مسؤولا له بما ينشأ عن تقصيره من ضرر (الفقرة الثالثة من الفصل ٢٢٢ من المجلة التجارية) الى جانب قيامه بالواجبات التي كانت محمولة على الحامل من تحرير الاحتجاجات و توجيه الاخطارات و القيام بدعاوى الرجوع في اجالها. (١)

هذا و لا شيء يمنع الموفاى بطريقة التداخل من أن يقوم ضد من قام بالوفاء في حقه على أساس قواعد مجلة الالتزامات و المقود من أحكام الوكالة أو التصرف الفضولي بحسب الاحوال طالما أن وفاءه عوضا عنه لم تكن غايته منه ابراء ذمته من الدين تجاهه بل غايته منه منع تنقبه من طرف الحامل و غيره من الملتزمين بالكسبيالة تنقبا صرفيا لمصلحة ما بدت له.

(١) مصطفى كمال طه - الوجيز في القانون التجاري - فقرة ٢٤٢ .

(١) علي البارودي - القانون التجاري - فقرة ٤١٥ .

ب - أما في خصوص حقوق الموفى بطريقة التداخل نحو بقية الملتزمين بالكبيالة فإن الفقرة الأولى من الفصل ٢٢٨ من المجلة التجارية خولت لهذا الشخص استعمال كافة الحقوق المخولة للحامل لها تجاه أولئك الملتزمين بها زيادة عما هو مخول له نحو الموفى في حقه غير أن حقوقه هذه لا تمتد إلى الملتزمين السابقين عن الموفى في حقه فله القيام ضد دعاوى الرجوع و مطالبتهم ببلغ الكبيالة و المصارف التي بذلها بمناسبة ما غير أولئك الملتزمين الآخرين بتلك الكبيالة بعد الترام الموفى في حقه فهؤلاء ليس له حق الرجوع عليهم و مطالبتهم بشيء لأن الوفاء الحاصل منه بطريقة التداخل من شأنه أن يبرئ ذمتهم و هذا خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة للحامل قبل الوفاء له بطريقة التداخل إذ أن ذلك الحامل كان له حق الرجوع على كافة الملتزمين بالكبيالة دون تمييز هذا هو الذي جعل حلول التداخل للوفاء يعتبر حلولة محل الحامل حلولا غير كامل و قد جاء بصريح الفقرة الأولى من الفصل ٢٢١ من المجلة التجارية بأن الشخص الذي يؤدي بطريقة التداخل يبرئ ذمة المظهرين التابعين للموقع الذي تم الأداء لفائدته.

(٢) من حق المتداخل تظهير الكبيالة غير أن تظهيره هذا يمكن أن يكون على سبيل الوكالة أو على سبيل الضمان أو الرهن أما التظهير الناقل للملكية فليس له الحق فيه (الفقرة الأولى من الفصل ٢٢٨ من المجلة التجارية) و مبني هذا المنع للتظهير الناقل للملكية على من سدد مبلغ الكبيالة بطريقة التداخل هو حتى لا تبتلى هذه الورقة التجارية بمسند الجولان بطريقة التظهير و الحال أنها أجري في شأنها احتجاج لعدم الوفاء أو لعدم القبول و قد أصبحت حالة بموجب حصول أمر من الأمور موضوع الفصل ٣٠٦ من المجلة التجارية من إعلان إفلاس الساحب للكبيالة الغير المتعين فيها القبول أو إعلان إفلاس المسحوب عليه أو الذي توقف عن دفع ديونه لأنها عندما تتجول في هذه الحالة بطريق

التظهير تفقد الثقة فيها كأداة قرض وأمان زيادة على أن المشرع لما خول الوفاء بمبلغها عن طريق التداخل هو خوله حتى يقع الوفاء بمبلغها و يضع حدا لجولانها خاصة و هو خول هذا النوع من الوفاء لما تكون تلك الكبيالة في حالة أصبح معها الحامل متجه للقيام بدعوى الرجوع بمبلغها على الملتزمين بها و هي إذا كانت تلك حالتها الصرفة فكيف للمشرع تظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية من جديد و أن خول ذلك يكون ساعداً على ارتكاب أعمال المش و قام بإضفاء الثقة في الورقة التجارية. (٣) في حالة تمدد المتداخلين وردت قاعدة بالفقرة الثانية من الفصل ٢٢٨ من المجلة التجارية تقتضي أنه في صورة تعدد المتداخلين للاداء يفضل عليهم من يترتب على الاداء منه ابراء أكثر عدد من الملتزمين و من يتداخل خلفاً لهذه القاعدة مع علمه بها لا يبقى له حق الرجوع على الملتزمين الذين كانوا يبرؤون لو حصل الاداء من المتداخل صاحب الانضية فهنا الموفى بطريقة التداخل عليه أن يحتاط عند قيامه بالوفاء ذاك ما إذا كان هناك من يرغب في التداخل لمصلحة أشخاص أكثر مما سيدخل لهم ذلك المولى بطريقة التداخل و أن وجد مثل هذا المتداخل فمعتد على المتداخل الأول التخلي للشخص الآخر الذي من شأن وفائه بتلك الطريقة يبرئ عدد أكثر من الافراد مما يرغب فيه المتداخل الأول و أن لم يحترم هذا الأخير هذه القاعدة فإن من كان يستمتع بتداخل ذلك المهر يعتبر بريء الذمة تجاه هذا المتداخل الذي لم يشمل تداخله و هنا لاحظ أن تحرير الفقرة الثانية من الفصل ٢٢٨ في شيء من الموضوع فكان المشرع يجازي المتداخل الذي رغم علمه بقاعدة تفضيل المتداخل الذي سببريء أكثر عدد من الافراد يقدم على الوفاء بطريقة التداخل بينما يبدو أن مراد المشرع هو ترتيب جزاء على الشخص الذي يقدم على التداخل للوفاء رغم علمه بأن من رغب في الاداء بتلك الطريقة سببريء عدد من الافراد أكثر مما سببريء هو و الدليل

على أن مراد المشرع هو ما ذكرته أخيرا ذلك أن القاعدة القانونية الواردة سلب نص قانوني لا تشترط في انطباقها على الشخص عليه على انفراد بها لأن المشرع فرض علم المواطن بالقاعدة القانونية بمجرد نشرها بالرائد الرسمي و ايداع نسخة منه بمركز الولاية.

٤) الواجبات المحسولة على الموفي بطريقة التداخل: ان أول واجب محمول على الموفي بطريقة التداخل أن يقوم باعلام الموفي في حقه بأنه قام بذلك الصنيع لفائدته و ذلك في ظرف يومي العمل التاليين لذلك الوفاء و الا كان مستهدفا للمطالبة من طرف هذا الاخير بما لحقه من ضرر من جراء الاعمال و الاخطاء دون أن يتجاوز ذلك التمويه مبلغ الكمبيالة (الفقرة الثالثة من الفصل ٢٢٢ من المجلة التجارية).

كما يجب عليه أن يقوم بالاحتجاجات اللازمة في اجالها ضد بقية الملتزمين بالكمبيالة و كذلك الشأن في دعاوى الرجوع و الا تمرض لفقدان حقه في الرجوع على الملتزمين بالكمبيالة عدا المسحوب عليه القابل لها و المتوفرة المؤونة لديه من المساحب.

الباب السادس

دعاوى الرجوع: Des recours

٢٢٦ - ان دعاوى الرجوع وردت بالمجلة التجارية بالفصل ٢٠٦ و هي دعاوى يمارسها الحامل للمطالبة بمبلغ الكمبيالة متى لم يستخلص مبلغها من السدين بها في الاجل المحدد لخلاصها أو نتيجة حلول أجل الوفاء بها قانونا و لو كان ذلك الاجل قد حصل قبل حلول الاجل الحقيقي المحدد بالكمبيالة باتفاق الاطراف الملتزمة بها نتيجة ظرف من الظروف التي جعلها المشرع بمثابة حلول لأجل الوفاء مثل افلاس المسحوب عليه او توقفه عن دفع ديونه أو اعلان افلاس المساحب بالنسبة للكمبيالة الغير المستوجبة القبول أو امتناع المسحوب عليه من القبول كلها أو جزئيا. ففي هذه الاحوال جميعا يكون من حق الحامل القيام بدعاوى الرجوع لكن لهذه الدعاوى شروطا لابد من توفرها ليتمكن ممارستها من جهة و لتكون صحيحة قانونا من جهة أخرى و هذه الشروط منها ما هو مادي و منها ما هو شكلي لذلك سوف نتناول بالبحث هذه الشروط ثم نتناول بالدرس على من يقع الرجوع و كيف ذلك و ما هو موضوعه و أخيرا ما يمكن أن يقوم به الحامل من اجراءات على وجه الاحتياط كالمعقلة التوقيعية تحت يد الغير.

القسم الأول:

شروط إقامة دعوى الرجوع

الفقرة الأولى:

الشروط المادية لإقامة دعوى الرجوع

(١) استثناء عن الوفاء عند حلول أجل الوفاء:

٢٢٧ - لقد اقتضت الفترة الأولى من الفصل ٢٠٦ من المجلة التجارية بأنه (يمكن للحامل القيام بدعوى الرجوع على المظهرين و الساحب و باقي المتزمين عند حلول الاجل).

فالشرع جعل للحامل امكانية الرجوع على المظهرين و الساحب متى لم يقع تسديد مبلغ الكبيالة له في نهاية أجل الوفاء من المسحوب عليه و نحن رأينا من قبل أن الحامل ليس من حقه رفض قبول الوفاء الذي يتقدم له به أي أجنبي عن المتزمين بالكبيالة (الفصل ٢٢٦ من المجلة التجارية) كما ليس من حقه رفض قبول الوفاء الجزئي الذي يعرض عليه و انما يبقى على حقه في الرجوع بباقي مبلغ الكبيالة.

(٢) حالة تفليس المسحوب عليه أو توقفه عن دفع ديونه أو رفضه قبول الكبيالة كلياً أو جزئياً أو عقلة مكاسبه بدون جدوى اذا كان المسحوب عليه في حالة من الحالات الواردة بالفصل ٢٠٦ المذكور فان معنى ذلك أن وفاءه بالكبيالة ولو وقع ترقيبه الى نهاية حلول الاجل لن يحصل لذلك غول الشرع للحامل في هذه الصور حق الرجوع على المتزمين بالكبيالة دون ترقيب حلول أجل الوفاء الحقيقي المحدد بها. (١)

(١) لائحة مصادف دالوز - لفظة كبيالة - فقرة ٣٥٩.

(٢) حالة اعلان افلاس الساحب للكبيالة التي لا يتمين فيها القبول: كذلك أجاز المشرع في ماته الحالة للحامل القيام بدعوى الرجوع على المتزمين بالكبيالة و لو لم يحل أجل الوفاء بها بعد اذ أنه متى أعلن افلاس الساحب للكبيالة الغير التمتين فيها القبول فان معنى ذلك أن المتزم بها الاصلي أصبح في حالة لا يمكنه معها الوفاء بها عند حلول أجل خلاصها و المشرع راعى حق الحامل منها في الرجوع حتى يمكنه الدخول في اتحاد دائتي الفلسة بما له من كبيالات و لو لم يحل أجلها بعد. و بذلك نرى أن أول الشروط الواجب توفرها في الحامل للقيام بدعوى الرجوع هي تحقق حالة من الحالات المذكورة من عدم الوفاء في الاجل أو حصول صورة من الصور التي تمكنه من الرجوع قبل حلول الاجل. و مع ذلك فان تحقق احدى الحالات المشار اليها كشرط مادي لامكانية الرجوع من طرف الحامل لا يكون لهذا الاخير الحق في القضاء لئلا تدعوا تلك ان لم يكن قد احترم باقي شروط الرجوع الشكلية و التي هي أساس تحرير الاحتجاج في الصور التي أوجب القانون تحريرها.

الفقرة الثانية:

الشروط الشكلية لإقامة دعوى الرجوع الاحتجاج:

Le protêt

٢٢٨ - ان هذا الشرط الشكلي في دعوى الرجوع هو شرط هام جدا اذ بدون توفره لا يمكن للحامل القيام بدعوى الرجوع و حتى ان مارسها فانها ستكون مرفوضة شكلا لعدم استيفائه لاهم اجراء شكلي في القيام بها فما هو هذا الاحتجاج؟

ان الاحتجاج عبارة عن وثيقة رسمية يختص بتحريرها العدل المنفذ في شكل معين و الغاية منه اعطاء تاريخ ثابت لوقوع ذلك العمل القانوني

(٤٥٠ من مجلة الالتزامات و العقود) و فيه تحذير للمدين بالكسبالة و الملتزمين بها من استهدافهم لدعوى الرجوع و حتى طلب اعلان افلاس المدين بها عند الاقتضاء. و نظرا لاهمية هذه الوثيقة أضيف أمر تحريرها و ابلاغها الى المدل المنفذ الذي هو مأمور عمومي و شبه موظف على معنى القانون الجبائي (١).

كما جعل أمر الاخلال بها من طرفه موجبا لمطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل لمن تضرر من ذلك الاخلال زيادة على تعرضه للمزل من خطته عند الاقتضاء لما هي المورد التي ينبغي أن يقيم فيها الاحتجاج ؟ و ما هي المورد التي يمكن فيها الاستغناء عن اقامته ؟ و ما هي الاجال التي ينبغي أن يقيم خلالها ؟ ثم ما هو الاجراء اللازم لتحريره ؟ و ما هي الآثار التي تترتب عن عدم اقامته او الاخلال باجراءاته ؟

ذلك ما سنتناوله بالدرس فيما يلي:

أولاً: الصور التي ينفخ أن يقام فيها الاحتجاج و الصور الواقفة فيها الإقفاء من اقامته:

٢٢٩ - الببدأ أن اقامة الاحتجاج حتمية في جميع الصور التي يكون فيها الحامل في حاجة للفهم بدعوى الرجوع سواء على المدين الاسمي بالكسبالة أو على الشائنين في الوفاء بها لذلك نجد الفقرة الاولى من الفصل ٢٠٧ من المجلة التجارية اتت مكرسة لهذا الببدأ بقولها يجب اثبات الامتناع عن القبول أو الامتناع عن الدفع بحجة رسمية و هي عبارة عن احتجاج بالامتناع عن القبول أو احتجاج بالامتناع عن الدفع (٢).

(١) أمر ٢٤ جوان ٥٧ المتعلق باعادة تنظيم خطة المدالة و احداث خطة عدول متفدين و كتبة محلفين لهم .
(٢) محمد علي راتب - السندات الاذنية - فقرة ٤١٠ .

و لا يقوم مقام الاحتجاج أي عمل اخر يجريه الحامل ضد الملتزمين بالكسبالة أن لم يمنعه المشرع من ذلك سراحة (الفصل ٢٢٠ من المجلة التجارية) و هذا كما قلنا مبرره هو رغبة المشرع في جعل المدين بالكسبالة يشمر بغطارة موقفه و لما في هذا العمل القانوني من الملاينة و المس بسمعة التاجر الملتزم بتلك الكسبالة و الذي ربما بعدم استجابته للقبول أو الوفاء في الاجل التعرض الى اعلان افلاسه باعتباره توقف عن دفع ديونه التجارية.

و بذلك نرى أن تحرير الاحتجاج واجب على الحامل في سورة عدم قبول الكسبالة و كذلك في سورة عدم الوفاء بها. و عند عدم تأريخ القبول من المسحوب عليه في الكسبالة الواجبة الدفع في مدة معينة بعد تأريخ الاطلاع (الفقرة الثانية من الفصل ٢٨٥ من المجلة التجارية).

و بالمثل عند تعدد نظائر الكسبالة و توجيه احداها للقبول و التنصيص بيقينها على الشخص الذي سلم له ذلك النظير و هذا الاخير ان امتنع من تسليم ذلك النظير للحامل الشرعي على هذا الاخير عندئذ تحرير محضر احتجاج يثبت فيه أن النظير الموجه للقبول لم يسلم له عن طلبه و ان القبول أو الوفاء لم يمكن الحصول عليهما بمقتضى نظير اخر.

غير أن واجب اقامة الاحتجاج لعدم القبول يكون محتما اذا كان الحامل يرغب في الرجوع قبل حلول أجل الوفاء أما اذا لم تكن له تلك النية فيمكنه الاكتفاء في سورة عدم الوفاء عند حلول الاجل اقامة الاحتجاج على ذلك. أما تحرير الاحتجاج لعدم الوفاء فهو واجبه في جميع الصور التي تعرض فيها الكسبالة لفرض استخلاص مبلغها دون جدوى و هذا غاية جعل اثبات عرض الكسبالة ثابتا حصوله في تأريخ معين و لاثبات امتناع المسحوب عليه من الوفاء و حتى اثبات عجزه عن ذلك للرجوع عليه و على كافة الملتزمين بها من شائنين و متكفلين.

٣٤٠ - و اذا كان المبدأ العام في الكسبيالة عند عدم الوفاء بها أو عدم قبولها يقع فيها تحرير الاحتجاج فان لهذا المبدأ بعضاً جوزه القانون بناء على تراخي الطرفين عليه باعفاء الساحب أو المظهر الحامل من اقامة الاحتجاج سواء كان هذا الاعفاء يخص مرحلة القبول فقط أو مرحلة الوفاء و القبول معاً.

و البعض الآخر من هذه الاستثناءات أتى بها القانون نفسه فهي تعتبر من الاستثناءات الواردة بها القانون .

٣٤١ - الاستثناءات لوجوب اقامة الاحتجاج بمقراض

الطرفين:

إن هذه الاستثناءات هي موضوع الفقرة الاولى من الفصل ٣٠٩ من السجلة التجارية التي اقتضت أنه (اذا اشترط الساحب أو المظهر أو الكفيل بالكسبيالة شرط الرجوع بدون مصاريف أو بدون احتجاج أو أي شرط مماثل مع توقيعه عليه فيمكن له بذلك اعفاء الحامل متى أراد القيام بدعوى الرجوع من تحرير احتجاج بالامتناع عن القبول أو القبول أو الدفع). (١)

فهنا الاعفاء الذي يدرج بالكسبيالة قد يكون صادراً عن الساحب و قد يكون صادراً عن المظهر أو الكفيل كما يمكن أن يكون هذا الاعفاء متعلقاً بالقبول فقط أو بالوفاء فقط أو بكليهما معاً بحيث يعمل بالشرط الوارد بالكسبيالة في حدود ما أريد به فإذا وقع الاعفاء من اقامة الاحتجاج عند الامتناع من القبول فان اقامة الاحتجاج لعدم الوفاء فان اقامة الاحتجاج لعدم القبول يكون واجباً متى كانت رغبة الحامل الرجوع قبل حلول

(١) حكم تجاري صادر عن محكمة تونس الابتدائية تحت عدد ١٢٤٥٨ بتاريخ ١٩ ماي ١٩٨١ - غير منشور.

أجل الوفاء و متى توفرت فيه الشروط التي تحول له ذلك.

كما أن هذا الاشتراط قد يتعلق:

(١) بالاحتجاج الواجب تحريره عند عدم تأريخ القبول في الكسبيالة الواجبة الدفع بعد مدة ما من الاطلاع (الفقرة الاولى من الفصل ٢٨٥ من السجلة التجارية).

(٢) بالاحتجاج لعدم تسليم النظم الاصيلي للحامل الشرعي لنظم الكسبيالة عند عرض النظم على القبول (الفقرة الاولى من الفصل ٣٢١ من السجلة التجارية) ذلك أن المفروض عند توجيه النظم للقبول أن يذكر ببقية النظائر الاخرى اسم الشخص الذي يكون بيده هذا النظم و هذا الشخص الذي بيده ذلك النظم عليه تسليمه لحامله الشرعي و ان امتنع من ذلك لهذا الاخير تحرير احتجاج ضده.

٣٤٢ - ب - الاستثناءات لوجوب اقامة الاحتجاج بمقراض القانون:

(١) صورة اعلان افلاس المسحوب عليه سواء حصل منه القبول أو لم يحصل فهنا لا شيء يفرض على الحامل تحرير محضر الاحتجاج اذ أن المشرع أعفاء من هذا الواجب و اعتبر ادلاء بنسخة من الحكم المعلن لافلاس المسحوب عليه كافياً لتمكين الحامل من القيام بدعوى الرجوع (الفقرة الاخيرة من الفصل ٣٠٧ من السجلة التجارية). و كذلك صورة اعلان افلاس الساحب بالنسبة للكسبيالة التي لا يتحتم قبولها من المسحوب عليه فهنا أيضاً وقع اعفاء الحامل من تحرير الاحتجاج و الاكتفاء بتقديم نسخة من الحكم المعلن بقتضاء افلاس الساحب و (نفس الفقرة من الفصل ٣٠٧) ففي هاتين الصورتين من حق الحامل الرجوع على بقية الملتزمين بتلك الكسبيالة من مظهرين

و كلاءه و قابلين بطريقة التداخل بالوفاء بها و لم لم يحل أجل خلاصها بعد و دون حاجة لتحرير احتجاج في الموضوع.

(٢) صورة ما اذا كان هناك مانع قهري أو قانوني منع من عرض الكبيالة للقبول أو للوفاء أو تحرير الاحتجاج في الاجال المحددة قانونا فالمشرع هنا غول للحامل حق ثوب زوال ذلك الحائل لتحرير الاحتجاج و ان استمرت القوة القاهرة مدة تتجاوز الثلاثين يوما فانه بإمكان الحامل القيام بدعوى الرجوع بدون حاجة الى تحرير احتجاج ما لم تكن هذه الدعوى مطلقة لاند أطول يقتضى نص قانوني (الفصل ٢١٦ من المجله التجارية).

و هكذا نرى أن المشرع أعنى الحامل في حالة استمرار القوة القاهرة مدة تتجاوز الثلاثين يوما لمرض الكبيالة أو اقامة الاحتجاج من تحرير الاحتجاج تماما و غوله حق الرجوع بها دون حاجة لتحريره.

(٣) صورة امتناع المسحوب عليه من القبول و سبق قيام الحامل بتحرير احتجاج في شأن عدم القبول فان الفقرة الرابعة من الفصل ٣٠٧ من المجله التجارية تمنى ذلك الحامل من عرض الكبيالة من جديد على المسحوب عليه للوفاء بها و كذلك أعفته من اقامة الاحتجاج لعدم الوفاء في هذه الصورة اذ اقتضت هذه الفقرة ما يلي (ان الاحتجاج بالامتناع عن القبول يعني من عرض الكبيالة للدفع و من الاحتجاج بالامتناع عن الدفع).

٣٤٧ - فائدا: الاجال التي ينبغي أن يتم خلالها اقامة الاحتجاج :

ان الاجال المحددة من المشرع لاقامة الاحتجاج خلالها تختلف باختلاف نوع ذلك الاحتجاج من كونه احتجاجا لعدم القبول أو احتجاجا لعدم الوفاء.

٣٤٤ - أ - الاحتجاج لعدم القبول:

البدا هنا طالما أن القبول من المسحوب عليه يمكن أن يحصل حتى يوم حلول أجل الوفاء (الفقرة الاولى من الفصل ٢٨٢ من المجله التجارية) فان اقامة الاحتجاج لعدم القبول يمكن أن يقع حتى ذلك اليوم و طالما أن المسحوب عليه من حقه من جهة أخرى أن يطلب عرض الكبيالة عليه فائدا في اليوم التالي للمرض الاول فان تحرير الاحتجاج بدوره يمكن في هذه الصورة أن يوجب الى ذلك اليوم الذي طلب فيه المسحوب عليه عرض الكبيالة عليه فائدا .

أما اذا كانت الكبيالة من النوع التي يحل أجلها بعد مدة ما من الاطلاع أو وقع الاشتراط بها أن يقع عرضها على القبول في أيام محددة بالأجل فانه عندئذ ينبغي أن يقع الاحتجاج خلال تلك الاجال و حتى آخر يوم منها على أنه دائما اذا طلب المسحوب عليه عرض الكبيالة عليه للقبول في اليوم التالي لتوقيع العرض الاول عليه للقبول فان أجل تحرير الاحتجاج هذه لعدم القبول يمدد لذلك اليوم.

٣٤٥ - ب - الاحتجاج لعدم الوفاء:

ان الاحتجاج للامتناع من الوفاء هو واجب التحرير دائما في اجل محددة أما بداية هذه الاجال فهي دائما من تاريخ حلول الاجل للوفاء لان قبل هذا التاريخ لم يتكون للحامل حق الرجوع بعد و ان كان يرغب في الرجوع قبل حلول الاجل و توفرت في شأنه حالة من حالات الفصل ٣٠٦ من المجله التجارية فانه عندئذ يمكنه الرجوع دون اقامة محضر احتجاج لعدم الدفع و هذا أمر بديهي لان أجل الوفاء لم يحل بعد. بقي اذا حل أجل الوفاء فان حساب الاجل بداية و نهاية يختلف بحسب أجل الوفاء المحدد بالكبيالة.

فإذا كانت الكسبيالة من النوع الواجبة الدفع في يوم معلوم أو في أجل ما بعد مدة من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع عليها فإن محضر الاحتجاج ينبغي أن تقع أقامته في أحد يومي العمل التاليين لليوم المحدد للوفاء (الفقرة الثالثة من الفصل ٢٠٧ من المجلة التجارية).

و أما إذا كانت الكسبيالة واجبة الدفع لدى الاطلاع فيجب إقامة الاحتجاج يوم عرض الكسبيالة للقبول أو في اليوم التالي للعرض الاول للقبول إن طلب المسحوب عليه تأجيله لليوم التالي للعرض الاول ليتخذ موقفا من طلب القبول كل ذلك مع الملاحظة بأن الكسبيالة الواجبة الدفع لدى الاطلاع لا يمكن تأخير عرضها على المسحوب عليه سواء للقبول أو للوفاء لأكثر من سنة من تاريخ انشائها و بالتالي فإن محضر الاحتجاج لعدم الدفع أو القبول بدوره لا يمكن أن يقام بعد مضي أكثر من سنة على انشاء النوع المذكور من الكسبيالات حتى لا يكون خارج أجل العرض للقبول أو الوفاء المحدد من طرف المشرع. (١)

على أنه إذا صادف يوم نهاية أجل إقامة الاحتجاج يوم عيد رسمي فإن ذلك الاجل يمدد الى أول يوم عمل عملا بالفصل ٢٢٦ من المجلة التجارية و الملاحظ أن الفصل ٢٢٧ من نفس المجلة اقتضى (أن تكون الايام التي لا يمكن فيها المطالبة بأي دفع أو القيام بتحرير أي احتجاج مشبهة فيما يترتب عليها من أحكام بأيام الاعياد الرسمية) و معنى ذلك أن الايام التي و ان كانت ليست بأعياد رسمية غير أنها لا يمكن القيام خلالها بأي عمل طلب وفاء أو تحرير احتجاج فهي بدورها تعتبر مثل الاعياد الرسمية و يمدد في أجل تحرير الاحتجاج الى أول يوم عمل.

(١) ادوارد عيد - الاسناد التجارية - فقرة ٢٤١ .

٢٤٩ - ثالثا: اجراءات اقامة الاحتجاج:

ان اجراءات اقامة الاحتجاج نصت عليها المجلة التجارية لكن ينبغي في نفس الوقت الاخذ بعين الاعتبار مقتضيات مجلة الرافعات المدنية و التجارية في خصوص كيفية تبليغ هذه الاحتجاجات و ما ينبغي أن تحتوي عليه زيادة عما ورد بالمجلة التجارية من معلومات واردة بالمجلة الرافعات المذكورة (الفصل ٦ من مجلة الرافعات المدنية و التجارية) و عليه ليكون محضر عدل التنفيذ كاحتجاج صحيح و يؤخذ به يتعين أن يشتمل على ما يلي (الفصلان ٢١٨ و ٢١٩ من المجلة التجارية).

(١) سورة حرنية لنص الكسبيالة و القبول و التطهيرات و المسحوب عليه الاحتياطي المبينين بها و مبلغ الكسبيالة كل ذلك إذا كانت الكسبيالة موجودة أما إذا كانت مفقودة كأن ضاعت أو سرت و امتنع المدين بها من الوفاء ببيلغها رغم الاذن على المريضة عن رئيس المحكمة وفق الفصلين ٣٠١ و ٣٠٢ من المجلة التجارية فإنه عندئذ لا شيء يوجب على عدل التنفيذ ذكر النص الحرفي لتلك الكسبيالة طالما أن هذه الأخيرة هي ضائعة أو مسروقة منشأ هذا الاعفاء هو أن المشرع لم يشترط في هذه الحالة ذكر النص الحرفي للكسبيالة لان هذا الاحتجاج هو نفسه يختلف عن محضر الاحتجاج الذي يحرر لعدم الوفاء بصفة عادية بدليل أن هذا النوع من الاحتجاجات ينبغي أن يحرر في اليوم التالي لحلول الكسبيالة الضائعة أو المسروقة (الفصل ٣٠٣ من المجلة التجارية) بينما الاحتجاج العادي يمكن تحريره في اليومين التاليين لتاريخ الحلول (الفقرة الثالثة من الفصل ٢٠٧ من المجلة التجارية).

(٢) التنبيه بالدفع على المحرر ضده الاحتجاج و بيان أسباب امتناعه عن الدفع و توقيع هذا الشخص و ان امتنع عن ذلك فبيان سبب امتناعه أو عجزه عن التوقيع مع بيان ما إذا كان ذلك الشخص حاضرا أو غائبا.

(٢) وجوب وقوع ذلك الاحتجاج و اقامته بقرار الشخص الذي يجب عليه دفع الكمبيالة أو باقرار مقرر معروف له و ان كان هناك من الاشخاص من هم معينون بالكمبيالة للوفاء بها عند الحاجة فانه يقع اقامة ذلك الاحتجاج بقرارهم مثل ما ذكر سابقا و ان كان هناك اجنبي قام بقبولها بطريقة التداخل فانه مقام الاحتجاج بقراره ايضا.

(٤) مهما تعدد الاشخاص المقام ضدهم محضر الاحتجاج ذاك فانه لا يحرر الا في محضر واحد.

(٥) بيان تاريخ اقامة الاحتجاج (الفصل ٦ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية) و ذلك لمعرفة ما اذا كان هذا الاحتجاج حرر في الاجل القانوني أم لا.

(٦) اسم طالب اقامة الاحتجاج و لقبه و حرفته و مقره واسم من يمثلته عند الاقتضاء.

(٧) اسم العدل المنفذ و المحكمة التي يحمل بدائلتها و امضاءه لذلك المحضر.

(٨) اسم من سلم له نسخة من محضر الاحتجاج و امضاءه و ان امتنع من الاسماء ينص على ذلك هذا اذا كان المتملم نسخة المحضر ليس الممضي بالامر و ان وجد فانه ينص على هويته و امضاءه من عدمه كما تقدم ذكره. والملاحظ أنه دائما ينبغي على العدول المنفذين أن يسلّموا للمبلغ له نسخة مطابقة للاصل من المحضر المحرر من طرفهم من جهة و من أخرى عليهم الاحتفاظ بنسخة من ذلك المحضر بمكاتبهم و تسليمهم نسخة أخرى في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ اقامة الاحتجاج ذاك لكتابة المحكمة التي بدائلتها مقر المدين أو يوجهوا لها مكتوبا مضمون الوصول مع الاعلام بالتبليغ مرفوقا بالنسخة المذكورة من الاحتجاج.

و اذا اخلوا بهذا الواجب يكونون عرصة للمزل زبادة عما قد يتعرضون له من تمويض للمعامل من المصاريف و غرم الضرر (الفصل ٢٢١ من المجلة التجارية).

هذا و الملاحظ أن المشرع خاصة في المجلة التجارية لم يربط جزم على الاخلالات التي قد تلحق محضر الاحتجاج من كونه باطلا أو غير ذلك من الاحكام و لمعه لعل ذلك عن قصد بدليل أنه تعرض لتواخذه عدل التنفيذ و امكانية تعرضه للمزل عند عدم سكه لنسخة من ذلك المحضر بكتبه أو عدم توجيهه لتلك النسخة لكتاب المحكمة و لم يشر الى باقي المخالفات بشيء.

و هنا يبدو لي أنه اذا كانت الاخلالات اللاحقة بالمحضر من قبيل الاخلالات الجومرية كعدم ذكر تاريخ اقامة الاحتجاج أو عدم بيان هوية المتملم له أو عدم وجود امضاءه دون بيان سبب ذلك أو عدم ذكر هوية عدل التنفيذ القائم بالتبليغ وكذلك الشأن اذا لم تقع اقامته في السجل الواجب اقامته فيه قانونا مع عدم امضاءه من طرف المدين المراد تحرير الاحتجاج ضده فانه عندئذ يعتبر ذلك المحضر باطلا لاخلال عدل التنفيذ باجراء أساسي عملا بالفصل ١٤ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية أما اذا كان الاخلال لا يمس اجراء أساسيا وليس فيه ضرر بالملتزمين بالكمبيالة فانه عندئذ يعتبر ذلك المحضر صحيحا الا اذا أثبت المتملك بذلك البطلان أنه حصل له ضرر من جراء ذلك الاخلال عملا بالفقرة الثانية من الفصل ١٤ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية غير أن كل ذلك لا يمنع الممضي بالامر في بقاءه على حقه في مطالبة عدل التنفيذ بالتمويض له عن المصاريف التي بذلها و مالهقه من ضرر من من جراء الاخطاء التي ارتكبها عملا بالفصل ٢٢١ من المجلة التجارية متى كانت هذه الاخلالات واردة بنسخة محضر الاحتجاج لا بالاصل.

بقي أن نتساءل هنا عن المصلحة من توجيه نسخة من محضر الاحتجاج لكتابة المحكمة الواقع بها مقر المدين يبدو أن الغاية من هذا الاجراء جمل كافة التجار على بيته من وحمية هذا التاجر الذي لم يستطع أن يفي ببلغ الكبيالة ومن شأن وجود تلك النسخة من محضر الاحتجاج في حالة تعدد عدم الوفاء لأكثر من كبيالة أن تمكن حتى النهاية المضمومة من طلب اعلان افلاس ذلك التاجر باعتباره توقف عن دفع ديونه وثبت ذلك بنسخ محاضر الاحتجاجات المودعة لدى كتابة المحكمة.

هذا و يتجه لفت النظر الى أن هناك وثائق أخرى يقع توجيهها للمدينين غير المحرر ضدهم الاحتجاج ومم :

(١) صاحب اذ أنه اثر تحرير الاحتجاج يتمين على عدل التنفيذ الذي أقام ذلك الاحتجاج اعلام صاحب بذلك الاجراء في أجل ثمانية وأربعين ساعة من تسجيل الاحتجاج و بيان اسباب الامتناع عن الدفع و يكون هذا الاعلام بكتاب مضمون الوصول مع الاعلام بالبلوغ هذا اذا كانت الكبيالة تتضمن اسم صاحب لها و مقره و ان لم يتم عدل التنفيذ بهذا الاجراء يكون معرعا للمطالبة بالتعويض لمن تضرر من اغفال ذلك الاجراء.

(٢) الظاهر للكبيالة للحامل ينبغي اعلامه أيضا باقامة الاحتجاج و ذلك من طرف هذا الأخير و في أجل لا يتجاوز الاربعة ايام عمل التي تلي يوم الاحتجاج أو يوم العرض في سورة اشتراط الرجوع بلا مصاديق (الفصل ٢٠٨ الفقرة الاولى من المجلة التجارية).

(٣) يجب على كل مظهر تم اعلامه باقامة الاحتجاج أن يعلم المظهر قبله بوقوع ذلك الاجراء في شأن تلك الكبيالة و ذلك في أجل لا يتجاوز الثلاثة ايام التي تلي يوم بلوغ الاعلام له و يتبين له في ذلك الاعلام أسماء الاشخاص الذين وجهت لهم مثل تلك الاعلام السابقة

و عناوينهم و تتسلسل هذه الاعلامات و على ذلك النسخ من الاجراءات و الاجال حتى يبلغ صاحب كما يوجه هذا الاعلام لاكميل ذلك الذي وجه الاعلام بنفس الكبيالة المذكورة.

و نلاحظ أن أجل الاعلام يبدأ حسابه من تاريخ وضع الرسالة التي تتضمن بالبريد ومن لا يقوم بتوجيه ذلك في الاجل المشار اليه لا يتعرض حقه للسقوط و اما يكون مسؤولا عن تمويض الضرر عند الاقتضاء على أن لا يتجاوز هذا التمويض مبلغ الكبيالة.

٢٥٠- رابعا: آثار اقامة الاحتجاج:

ان هذه الآثار تبرز في مظاهر متعددة و هي التالية :

(١) ان اقامة الاحتجاج لعدم الوفاء في الاجل يعتبر أبرز مظهر يدل على كون المحرر ضده ذلك الاحتجاج متوقف عن دفع ديونه و يمكن طلب اعلان افلاسه لدى المحكمة و فقه القضاء مستقر على اعتداد الاحتجاج كظهير يارز على التوقف عن الدفع و على المحرر ضده ذلك المحضر اقامة الدليل على خلاف ذلك. (١)

(٢) ان تاريخ الاحتجاج يعتبر تاريخا ثابتا على معنى الفصل ٤٥٠ من مجلة الالتزامات و العقود باعتباره محررا من طرف مأمور عمومي و بداية من تاريخ تحريره بحسب مرور الزمن في الدعاوي التي يرجع بها العامل على المظهرين و صاحب عملا بالفترة الثانية من الفصل ٣٢٠ من المجلة التجارية .

(٣) ان الاحتجاج لعدم الدفع يتضمن دائما التنبيه على المقام ضده الاحتجاج بدفع مبلغ الكبيالة موضوعه (الفصل ٣١٩ من المجلة التجارية) و بالتالي فهو انذار بالوفاء و من شأن كل انذار بالدفع أن

(١) دائرة محارف دالوز - لفظة كبيالة - فقرة ٤٠٠

يقطع مرور الزمن علا بالفترة الثانية من الفصل ٢٩٦ من مجلة الالتزامات والعقود وبذلك فان الدعوى الصربية لا يبدأ سريان أجل سقوط حق المطالبة بها الا من تاريخ تحرير محضر الاحتجاج الا فيما استثناء القانون مراعاة على أنه يبقى للحامل حق التداعي على أساس القانون المدني ولا يسقط حقه عندئذ على أساس هذه الدعوى الا بعد مضي السنة القانونية الواردة بمجلة الالتزامات والعقود ابتداء من تاريخ ذلك الاحتجاج مع تعرض الحامل لمخاطر الدعاوي المدنية عسوا.

٤) ان اقامة الاحتجاج مادام له تاريخ ثابت يمكن بواسطته معرفة التظهيرات الواقعة بعد اقامته و ان كان واقعا لعدم الوفاء فان التظهيرات الواقعة بعد اقامته لا يترتب عليها الا نتائج الاحالة الحادية (الفقرة الاولى من الفصل ٢٨٢ من المجلة التجارية).

٥) على أن أبرز أثر لاقامة الاحتجاج ان حصل في الاجل القانوني مو تمكن الحامل من حق الرجوع على ملتزمين بالكسبالة الواقع في شأنها تحرير ذلك الاحتجاج.

القسم الثاني:

مباشرة الحامل لدموه الرجوع

٢٥٩ - سوف نتناول في هذا القسم دراسة الحقوق التي للحامل في قيامه بدعوى الرجوع سواء من حيث الأشخاص الذين لهم الحق في مطالبتهم أو من حيث موضوع الطلب نفسه و الاجراءات الواجب اتباعها في دعوى الرجوع للحصول على حكم بالاداء ثم بيان كيفية رجوع أحد الملتزمين بالكسبالة على بقية الملتزمين بها في حالة وفاته بمفرده عوضا عن الملتزم الحقيقي بها.

الفقرة الولد:

حقوق الحامل نحو المدينين بالكسبالة

٢٥٢ - يبدو أنه من المتجه تحديد مفهوم المدينين بالكسبالة اذ أن الفصل ٢١٠ من المجلة التجارية ذكر من هم الملتزمون بالكسبالة و هم : صاحبها و قابليها و مظهرها و وكيلها - فهؤلاء جميعا يعتبرون بالنسبة لحامل الكسبالة مدينين بها و هم في ذلك أمامه سواء و في نفس الدرجة و الملاحظ أن هذا الفصل لم يذكر من بين الملتزمين بالكسبالة المسحوب عليه غير القابل لها و لو توغرت لديه مؤونة الكسبالة و الذي هو في الحقيقة ملزم بخلاص مبلغ الكسبالة موضوع تلك المؤونة لكن التهم هو أن التزامه هنا ليس التزاما صريحا و عليه لا يمكن اعتباره مدينا متضامنا بها و النتيجة أنه يمكن معارضة الحامل بها له من علاقات شخصية بالساحب. (١)

كما أن حق الحامل هذا نحو المدينين بالكسبالة يمكنه استعماله ضد جميع الملتزمين المذكورين بالفصل ٢١٠ في قضية واحدة و من أول وملة و له مطالبة من أراد منهم على وجه الانفراد كما أنه غير ملزم باتباع ترتيب التزاماتهم بالكسبالة و لا توالي تاريخ تلك الالتزامات كما أن قيامه على أحدهم لا يكون مانعا من قيامه ضد بقيتهم جملة أو فردا فردا .

و سوف نتكلم فيما يلي على رجوع الحامل على المسحوب عليه القابل للكسبالة ثم على الساحب ثم على سائر الموقعين عليها و أخيرا الرجوع على سائر الملتزمين بها.

(١) محمد علي راتب - السندات الاذنية - فقرة ٤٩٦

أولاً: وجوب الحامل على المسحوب عليه القابل للكسبالة:

٢٥٢ - أن رجوع الحامل على المسحوب عليه القابل للكسبالة حول للمستفيد يقتضى الفصل ٢١٠ من السجلة التجارية و أكد عليه الفصل ٢٨٧ من تلك السجلة بوجه لا غبار عليه باعتبار أن المسحوب عليه بقبوله للكسبالة بإضافه عليها أصبح مديناً أصلها بها نحو حاملها و لهذا الأخير دعوى مباشرة حده و هي دعوى غير قابلة للسقوط إلا بنهي الثلاث سنوات المبينة بالفقرة الأولى من الفصل ٢٢٥ من السجلة التجارية و التي تكون بداية حسابها من تاريخ حلول أجل الاداء فنوات أجل الوفاء أو عدم تحرير الاحتجاج لعدم الدفع ضد المسحوب عليه لا يؤثر في حق الحامل نحوه للرجوع عليه. (١)

ثانياً: وجوب الحامل على الساحب :

أن رجوع الحامل على الساحب يستوجب التفرقة بين حالتين لهذا الأخير إذ لا يخلو حاله إما أن يكون قدم المؤونة و وفرها لدى المسحوب عليه بحيث كانت موجودة لدى هذا الأخير يوم الحلول أولاً: ففي الحالة الأولى أي سورة ما إذا كان قد وفر المؤونة لدى المسحوب عليه فإنه عندئذ يعتبر مجرد ضامن و بالتالي فإن شأنه شأن سائر المظهرين ينبغي مطالبة في الاجال المحددة بالفصل ٢٢٥ من السجلة التجارية أي قبل مضي سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر في السنة القانونية أو من تاريخ الحلول إذا كانت الكسبالة مشتملة على شرط الرجوع بلا مصاديق .

(١) علي البارودي - القانون التجاري - فقرة ٤٢٠

و في الحالة الثانية و هي التي لم يوفر فيها الساحب المؤونة لدى المسحوب عليه زمن الحلول فإنه عندئذ يبقى مسؤولاً لدى الحامل ببلغ الكسبالة و ملحقاتها مدة مرور الزمن العادي .

و لا يملك الساحب من المطالبة في تلك السنة عدم قيام المستفيد بتحرير الاحتجاج لعدم الدفع أو عدم القيام به في الاجل القانوني و الذي يستنتج من الفصل ٢١٥ من السجلة التجارية إذ على الساحب لاعائه من المطالبة بقتضى سقوط الحق أن يثبت توفيره للمؤونة لدى المسحوب عليه فقد جاءت الفترة الرابعة من ذلك الفصل بقبولها على أن هذا السقوط لا يحصل في حق الساحب إلا إذا أثبت وجود المؤونة في وقت الحلول و في هذه الحالة لا يبقى للحامل إلا حق القيام على الشخص الذي سحبت عليه الكسبالة.

و لا يكفي أن يثبت الساحب أنه وفر المؤونة لدى المسحوب عليه إلى تاريخ الحلول بل ينبغي عليه أن لا يسحبها بعد ذلك أو يستعملها لغاية نفسه لأنه أن قام بذلك فإنه من تاريخ سحبه لها أو استعمالها الخاصة نفسه يصبح من الممكن مطالبة باعتباره صاحباً غير موثر للمؤونة خلال مدة مرور الزمن العادي و ليس له التمسك تجاه الحامل بسقوط الحق بمرور الزمن الواردة بالفقرة الثانية من الفصل ٢٢٥ من السجلة التجارية و المبرر عنه بمرور الزمن القصير.

ثالثاً: وجوب الحامل على المظهرين:

٢٥٥ - أن الفصل ٢١٠ من السجلة التجارية أعطى كما قلنا الحق للحامل في الرجوع على الملتزمين بالكسبالة الذين منهم المظهرين لها و هم في الحقيقة ليسوا بمدنيين أصليين بها بل هم ضامنين في الوفاء بها للحامل لا غير ذلك أنهم يوم انتقال تلك الكسبالة لكل فرد منهم يكون قد دفع مقابلها للحامل السابق فهم من حيث المديونية مبدئياً غير مدنيين بها إلا أن المشرع جعلهم ضامنين في

الفقرة الثانية:

عقبة الرجوع على الملتزمين بالكبيالة

٢٥٧ - ان الرجوع بالكبيالة على الملتزمين بها سواء كان ذلك الرجوع عليهم جماعيا أو فرديا لم تحدث عنه المجلة التجارية من جهة الاجراءات لذلك تعتمد الاجراءات الواردة بسجلة المرافعات المدنية والتجارية وهذه تختلف بحسب ما اذا كان الرجوع في شكل اذن قضائي أي أمر بالدفع أو في شكل دعوى رجوع ونحن سنتناول هذين الطريقتين من طرق الرجوع بالبحث ونختم الحديث بدراسة المتعل.

٢٥٨ - أولا: الرجوع على طريق الأمر بالدفع:

لقد اقتضى الفصل ٥٩ من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أنه يمكن تطبيق اجراءات الأمر بالدفع على الالتزام الناتج عن سحب كبيالة أو قبولها أو عن كفالة فيها و مفهوم كلمة " سحب كبيالة " تقتضي شمولها لكل ملتزم بالكبيالة لان الفصل تحدث عن الالتزام الناشئ عن سحب كبيالة وعليه فانه يمكن استصدار الأمر بالدفع ضد صاحبها والمظهر لها كما يمكن استصداره ضد المسحوب عليه القابل لها وكذلك كل متكفل بخلاصها.

بقي من الوجه ملاحظة أن الانذار الوارد بالفصل ٦٠ من نفس المجلة في صوره تجاوز الكبيالة لبلغ مائة وخمسين دينارا من الواجب تحريره وإبلاغه للمدين الذي سيقع استصدار الأمر بالدفع منه ولا يقوم مقامه محضر الاحتجاج طالما ان المشرع بالفصل ٦٠ المذكور حدد شكليات ذلك الانذار ومنع أجل خمسة أيام للمدين للخلاص من تاريخ الانذار وذلك قبل السمي في الحصول على الأمر بالدفع . كما تجدر الملاحظة بأن هذا الانذار يوجه للشخص الذي سيقع مطالبته

الوفاء بها و ضمانهم لذلك كان على سبيل التضامن فيما بينهم كظهرين من جهة و بينهم وبين صاحب و المسحوب عليه القابل من جهة أخرى و مقابل هذا العبء الثقيل الملقى على عاتقهم لان حيث الضمان و لا من حيث التضامن و الذي أعطى للعامل حق الرجوع عليهم بمطلق الحرية فان المشرع فرض عليه بدوره احترام الواجبات التي فرضها عليه اذ عليه السمي في استخلاص مبلغ الكبيالة في أجل الوفاء وعند عدم حصول ذلك الوفاء تحرير محضر احتجاج لعدم الدفع في امتناع المسحوب عليه من الخلاص ثم يقوم بدعواه الصرفية في الاجل القانوني وفق مقتضيات المجلة التجارية و مما يمكن من أمر فان حق العامل في مطالب المظهرين بمضي عام من تاريخ الاحتجاج المحرر في المدة القانونية أو من تاريخ الحلول اذا كانت الكبيالة مشتملة على شرط الرجوع بلا مصاريف.

رابعا: رجوع العامل على سائر الملتزمين بالكبيالة دفعة واحدة :

٢٥٦ - في المالب نجد العامل يقوم بدعوى الرجوع على كافة الملتزمين بالكبيالة دفعة واحدة طالما أن المجلة التجارية غولت له ذلك و من شأن هذا السلوك منه أن يجعله يتفادى القيام ضد كل ملتزم بتلك الكبيالة موضوع الرجوع على حدة زيادة عن كونه يتفادى به خطر حصول اخلال في الاجراءات الواجب عليه القيام بها قانونا من قام على أحد المظهرين بانفراده.

و مما يمكن من أمر فان الرجوع على سائر الملتزمين بالكبيالة من طرف العامل يستطیع ممارسته بحسب ما قام بالواجبات المفروضة عليه قانونا و بحسب أجل سقوط حق القيام في حق كل واحد منهم بحسب مركزه في الكبيالة من صاحب أو مسحوب عليه قابل للكبيالة أو مظهر وفق مقتضيات الفصل ٣٢٥ من المجلة التجارية.

بأداء مبلغ الكمبيالة دون حاجة لانذار بقية الملتزمين بها ان تكن هناك رغبة في مطالبتهم سلب الامر بالدفع ذاك .

٢٥٩- ثانيا: الرجوع عن طريق مموه أصلية:

إذا لم يخطر الحامل للكمبيالة طريق الامر بالدفع لاستخلاص دينه فان له القيام بدعوى رجوع أصلية امام المحكمة المختصة بعد أن يكون استوفى الاجراءات الشكلية الاولى في تحرير محضر احتجاج لعدم الدفع مع احترامه لاجل القيام بدعوى الرجوع و هي قبل مضي ثلاث سنوات بداية من تاريخ حصول أجل الاداء ان كان القيام ضد المسحوب عليه القابل للكمبيالة وقبل مضي عام من تاريخ الاحتجاج المحرر في السنة القانونية أو من تاريخ الحلول اذا كانت الكمبيالة مشتملة على شرط الرجوع بلا مصاديق اذا كان القيام سلفاً ضد الساحب أو أحد المظهرين. (١)

٢٦٠- ثالثا: العقلة:

قد يعمد الدائن الى اجراء عقلة على أموال المدين بالكمبيالة قبل التجاوزه للفضاء بدعوى أصلية. وهذه العقلة قد تكون عقلة تحفظية وقد تكون عقلة تحت يد العبر ونحن سوف ندرس كلا هذين النوعين من العقلة:

٢٦١- ١- العقلة التحفظية:

ان العقلة التحفظية وردت الاشارة اليها بالمجلة التجارية بالفصل ٢١٧ منها بقوله يمكن لحامل الكمبيالة المحرر فيها احتجاج بالامتناع عن الدفع فضلا عما توجبه عليه الاجراءات المقررة للقيام بدعوى الضمان أن يستصدر ادنا على عريضة باجراء عقلة تحفظية على أمتعة صاحبي الكمبيالة و القابلين لها و المظهرين لها.

(١) ادوارد عيد - الاسناد التجارية - فقرة ٢٥٧

كما وقعت الاشارة بمدة عامة بالفصل ٢٢٢ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية بالفترة الثانية منه الى أنه (يجوز الاذن بالعقلة التحفظية لضمان كل دين يبدو و أن له أساسا من حيث الاصل و ان استخلاصه مهدد بالخطر و لو كان موجلا أو معلقا على شرط. و بالمقارنة بين النصين نستطيع أن نحدد شروط الحصول على اجراء عقلة تحفظية على مكاسب المدين بالكمبيالة و هي :

١- أن يكون طالبا الاذن باجراء العقلة حاملا للكمبيالة بقطع النظر عن كونه المالك لها أو الدافع لبلغها بوجه التداخل أو بوضعه ضامنا في الوفاء بها وسدد مبلغها للحامل إذ أنه يدفعه لبلغها لمالكها الشرعي أو حاملها الشرعي حل محله في المطالبة بالوفاء (انفصل ٢١٢ من المجلة التجارية).

٢- أن يكون المستول عليه مدينا بالكمبيالة بوضعه صاحبها لها أو مسحوبا عليه قابلا لها أو أنه أحد المظهرين لها و يبدو بذلك أنه لا يمكن اجراء عقلة تحفظية على مكاسب الضامن في الكمبيالة اي الكفيل لان نص الفصل ٢١٧ من المجلة التجارية حدد الاشخاص الذين يمكن اجراء العقلة التحفظية ضدهم لكن من جهة أخرى الفصل ٢٢٢ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية جعل امكانية واسعة لاجراء العقلة التحفظية لفائدة كل دين يبدو أن له أساسا من حيث الاصل فهل لا يلتفت لنص الفصل ٢٢٢ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية و يقع الاقتصاص على مقتضيات الفصل ٢١٧ من المجلة التجارية فلا يمكن اجراء العقلة التحفظية بالكمبيالة الا في حدود الاشخاص الذين وردوا بأعينهم بهذا الفصل و يبدو لي أن العقلة التحفظية لا يمكن اجراؤها الا ضد الاشخاص المبينين بالفصل ٢١٧ من المجلة التجارية باعتباره نسا خاصا بالكمبيالة بينما الفصل ٢٢٢ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية يتعلق بكافة الديون و طالما تعارض نص عام و نص خاص فانه ينبغي تقديم

الميل بالنسب الخاص طبقا للقواعد العامة للقانون.

و لو أن المشرع بالمجلة التجارية جعل الكفيل في نفس رتبة المدين الأصلي بالكسبالة حسب مقتضيات الفصل ٢١٠ من تلك المجلة .

٢- أن يكون قد حرر ضد المدين بالكسبالة محضر احتجاج لعدم الدفع و هو شرط أورده الفصل ٢١٧ من المجلة التجارية و لا نجد له اثر بالفصل ٢٢٢ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية و يبدو هذا الشرط وجوبيا في خصوص الكسبالة لوروده طلب المجلة التجارية و هو شرط خاص ينبغي احترامه ليتمكن اعطاء الاذن بالمعقلة التحفظية فلا يمكن اثبات الامتناع عن الدفع بمجرد محضر انذار أو مكتوب مضمون الوصول طالما أن المشرع حدد الوسيلة التي ينبغي أن يثبت بها الامتناع عن الدفع.

و هنا نتساءل حول ما اذا كان من الواجب أن يكون محضر الاحتجاج قد حرر في الاجل القانوني أم يكفي أن يكون هناك محضر احتجاج حرر في الموضوع لا غير. يبدو أنه من الواجب تحرير الاحتجاج و لو كان بعد الاجل اذا كانت تلك المعقلة موجهة ضد الساحب الذي لم يوفر الموثقة لدى المسحوب عليه في تاريخ الحلول و كذلك بالنسبة للمسحوب عليه القابل لانهما مدينان بالكسبالة دائما و لو بعد فوات اجل تحرير محضر الاحتجاج و ذلك لان القيام حذما بدعوى الرجوع غير مرتبط بأجل و من المحجر عليهما التمسك ضد الحامل بكونه حاملا مهلا.

أما باقي المترمين بالكسبالة فانه اذا لم يحرر ضد المدين الاحتجاج في الاجل القانوني فانه لا يمكن للحامل استصدار اذن على المريضة في اجراء عقلة على مكاسبهم ذلك لان الحامل الممهل لتحرير محضر الاحتجاج في الاجل القانوني يجعل حقه في الرجوع عليهم معرضا للسقوط و المعقلة التحفظية ان هي الا طريقة من طرق حفظ حق

الحامل ليقوم بعد ذلك بقضية أصلية في خصوص دينه ضد الممتول عليه فاذا كان حقه في الرجوع نفسه معرضا للسقوط فكيف تمنح له وسيلة تحفظية في شأن دينه الميراثا ثابت مبدئيا نتيجة لاماله.

٢٦٢ - ب - المعقلة التوقيفية:

المعقلة التوقيفية لا نجد لها ذكر بالمجلة التجارية قبل اعتبارها المشرع في حكم المعقلة التحفظية طالما كلاهما لا يعتبران الا وسيلة تحفظية لا غير و بهذا الاعتبار يعتبر الفصل ٢١٧ من المجلة التجارية شاملا للمعقلة التحفظية و التوقيفية على حد السواء.

على كل و حتى على فرض أن المشرع عندما عبر بالمعقلة التحفظية بالفصل لا يقصد سواها من أنواع المعقلة الاخرى فانه بالرجوع لمجلة المرافعات المدنية و التجارية نجد الفصل ٢٢٠ من المجلة التجارية يسمح باجراء المعقلة التوقيفية من اجل دين مؤسس على كسبالة أو غيرها من الاوراق التجارية و عليه فان الدائن بالكسبالة له حق طلب الاذن على المريضة لاجراء عقلة توقيفية من اجل دينه المؤسس على الكسبالة و طالما أن المجلة التجارية لم تتحدث عن الاشخاص الذين يمكن اجراء هذا الصنف من المعقلة على أموالهم فالتقاضي له حرية الاجتهاد في منحه الاذن على المريضة لاجراء تلك المعقلة ما دام من ستجرى على أمواله هو من الاشخاص الممكن الرجوع عليهم طبق أحكام الفصل ٢١٠ من المجلة التجارية و مع ذلك فان شرط تحرير الاحتجاج لعدم الدفع يبقى من الواجب توفره في الشخص الحامل للكسبالة و بنفس الشروط السابق بيانها بمناسبة الحديث عن المعقلة التحفظية و هذا اعلا لنسب الفصل ٢٢٠ من المجلة التجارية الذي اقتضى أنه لا يقوم مقام الاحتجاج أي اجراء اخر يصدر عن حامل الكسبالة فيما عدا صور سرقة الكسبالة أو ضياعها بحيث على طالب الاذن باجراء المعقلة التوقيفية أن يثبت حصول الامتناع عن الدفع بمحضر الاحتجاج.

هذا و الملاحظ ان العقلة التوقيفية و لئن كانت تشبه في طبيعتها مبدئيا طبيعة العقلة التحفظية باعتبار كلا منهما يهدف لسياسة حق الحامل للكيبالة فان العقلة التوقيفية تعتبر اخطر من العقلة التحفظية باعتبار هذه الاخيرة تسلط في حدود ما يفي بالدين موضوع الكيبالة بينما الاولى تتسلط على كامل مال الدين مهما كان مقداره و هذا فيه اجحاف بحق الدين و هناك خطر عليه كان على المشرع تلانيه بجعل العقلة تسلط على ما يفي بقدر دين الدائن فقط نعم مكن المشرع بالفصل ٢١٤ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية المقول عليه تلاني هذا الوضع المخرج بالنسبة له بأن خول له الالتجاء لقاضي المعلة للاذن له بتأمين المال المجرة من أجله العقلة ريثما يقع البت في شأنها من طرف المحكمة المنشور لديها في الاصل و تصحيح العقلة في نفس الوقت لكن هذا فيه تكليف لجانب المدين بتحمله لفوائض تلك الاموال المؤنة و التي قد يظفر أنه غير مدين بها يوم البت في موضوع الدين من طرف المحكمة الناطرة في الاصل و كان الاجد بالمشرع معالجة هذا الموضوع بما يجعل العقلة تجري من اول مرة على السبلع الذي يفي بدين الحامل أصلا و مصروفا لا غير.

الفقرة الثالثة: موضوع الرجوع

٢٦٢ - ان موضوع الرجوع سواء كان في شكل أمر بالدفع او في شكل دعوى اصلية هو عبارة عن الطلبات المالية التي يتقدم بها الحامل للمحكمة ضد المدين أو المدينين بالكيبالة من صاحبها و مسحوب عليه قابل لها ومظهرها و كفيلا (١) على أنه اذا كان الرجوع في

(١) هانك و لاقارد و جوفر - الوسيط في القانون التجاري - ج ٢ - فقرة

شكل دعوى اصلية له طلب الاذن بالتنفيذ الوتفي وفق احكام الفصل ١٢٥ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية والمبالغ المالية التي له المطالبة بها اساسا عن اتمام التقاضي و اجرة المحاماة ان كان هناك محام في القضية وقع ضبطها بالفصل ٢١١ من المجلة التجارية وفي التالفة: ٢٦٤ - ١ - مبلغ الكيبالة التي لم يحصل قبولها او دفعها مع الفوائض ان عانت مشقطة:

فالاول مبلغ يمكن للحامل المطالبة به هو مبلغ الكيبالة وزيادة على ذلك له المطالبة بالفوائض المشقطة عنها و قد سبق لنا أن رأينا انه يجوز اشتراط الفوائض عن مبلغ الكيبالة بالنسبة للتي هي مستحقة الدفع لدى الاطلاع او في تاريخ محدد بعد الاطلاع (الفصل ٢٧١ من المجلة التجارية) لعل أن الفائض على هذا النوع من الكيبالات غير مكن تحديد مبلغه مسبقا الا انه ينبغي أن لا يكون مشطا و الا أصبح ربا و غير جائز قانونا.

و نساءل هنا عن مال شرط الفائض الوارد بالكيبالة دون أن يكون هناك تحديد لنسبته هل يبقى عاملا و ان كان كذلك فكيف يمكن تحديد نسبه.

الملاحظ أن القوانين المقارنة نصت بالصريح على أن شرط الفائض المدرج بالكيبالة دون تحديد نسبته سلبها بعدمه ذلك الشرط باطلا (الفصل ٢١٨ من قانون التجارة اللبناني) و نحن مادام المشرع التونسي لم يتعرض لجزاء مثل هذا الامبال لبيان النسبة فانه يبدو يتجه اعتبار نسبة الفائض المادي الوارد بسجلة الالتزامات و المتعود اذا أنه اصنف نسبة تسلط على المال السائل في دفعه و يعتبر بذلك للفرض الفائض صحيح و تحسب نسبته على الكيفية المذكورة.

بقي هل يعتبر ذلك الشرط صحيحا اذا لم يدرج سلب الكيبالة المشرع التونسي لم يتعرض لحكم هذا الموضوع على خلاف القانون اللبناني

الذي اعتبر ذلك الشرط كأنه لم يتواجد و يبدو وحسب القواعد العامة للقانون يمكن الاخذ بهذا الحل و لو لم يقع التخصيص عليه سراحة باعتبار أن الكمبيالة ورقة تجارية ينبغي أن تكون كافية بذاتها بحيث أي شرط يوجد خارجها لا يمتد لعدم قابليته للتداول طبق أحكام الكمبيالة . و أما كيفية حساب الفائض المشروط فتكون بداية من تاريخ انشاء الكمبيالة و نهايته يوم وجوب الوفاء هذا اذا كانت تلك الورقة التجارية حل أجل الوفاء بها بصورة طبيعية أما اذا وقع الرجوع قبل حلول الاجل نتيجة لامتناع المسحوب عليه من القبول كلياً او جزئياً أو توقف عن دفع ديونه أو من تاريخ عقلة مكاسبه دون جدوى أو اعلان افلاسه أو من تاريخ اعلان افلاس الساحب اذا كانت الكمبيالة لا تحتاج للقبول (الفصل ٢٠٦ من المجلة التجارية) هذا و في صورة ما اذا حصل وفاة بيمض مبلغ الكمبيالة حسب الفصل ٢٩٥ من المجلة التجارية فان الفائض المشروط يحتسب عندئذ عن الجزء الباقي الذي لم يقع الوفاء به. (١)

٢٦٥-٢- الفوائض القانونية مله النسبة القانونية ابتداء

من تاريخ الحلول :

ان الفائض الوارد بالفترة الثانية من الفصل ٢١١ من المجلة التجارية المقصود به فائض التأخير بدليل أن سريانه يبدأ من تاريخ الحلول اذ قبل ذلك التاريخ لا وجود لفائض ان لم يكن هناك شرط في شأنه صلب الكمبيالة كما سبق بسطه و اذا كان الفائض المقصود بهذه الفترة هو فائض التأخير فما هو الاساس القانوني له وما هي نسبته ؟

قد اتم الفصل ١١٠ من مجلة الالتزامات و العقود بتحديد نسبة هذا الفائض و جعل هذه النسبة تختلف من المادة المدنية الى المادة

(١) ليمسكو و روبلو - الاوراق التجارية - فقرة ٦٦٥

التجارية و هذه التفرقة في فائض التأخير أحدثها المشرع التونسي أخيراً بتفكيكه لاحكام الفصل المذكور بالقانون عدد ١٤ لسنة ٨٢ المؤرخ في ١٥ فيفري ١٩٨٢ اذ قبل هذا التأخير كان هناك فائض تأخير موحد سواء للمادة المدنية أو التجارية و بداية من ١٥ فيفري ١٩٨٢ أصبح فائض التأخير في المادة المدنية يساوي ٧ بالمائة و في المادة التجارية يساوي نسبة الفائض القانوني النسبة القصوى للاعتمادات البنكية المقررة من طرف البنك المركزي مع اضافة نصف نقطة و منافع في اشكالية كيف يمكن معرفة هذه النسبة القصوى للفائض السلط في الاعتمادات البنكية ؟

علينا الرجوع لتأشير البنك المركزي المحددة لهذه النسبة و التي من المفروض أن تكون نشرت بالرائد الرسمي للجمهورية حتى يكون لها قوة الحجية أمام المحاكم و الملاحظ أن تحرير الفصل ١١٠ على هذه الشاكلة و ان كان يستجيب لواقع اقتصادي عملي يتماشى مع مصالح التجار نظراً لكون الفائض التجاري يتغير من سنة الى أخرى فانه على صعيد العمل القضائي يكون حرجاً للقاضي الذي عليه اعتماد منشور صادر عن البنك المركزي في حكم قضائي.

كما يلاحظ أن فائض التأخير التجاري هذا في حسابه لا يكون من تاريخ التنبيه أو الاحتجاج طبق قواعد مجلة الالتزامات و العقود بل من تاريخ الحلول .

و هذا في مساهمة لاحكام الفصل ٢٦٨ من مجلة الالتزامات و العقود و مخالفة للفصل ٢٧٨ من نفس هذه المجلة التي تجعل الفائض لا يستحق عن البالغ السالية الا من تاريخ اذار المدين من طرف الدائن. و تتساءل أحياناً عن كيفية حساب فائض التأخير عن الكمبيالة التي لم يحل أجل خلاصتها حسب نصها و انما لوجود شرط بين الطرفين كعدم دفع أحد الكمبيالات السابقة يجعل التبعية حالة أو لحالة افلاس

المساحب أو المسحوب عليه القابل للكسبية هنا يبدو و أنه لحساب فائض التأخير ينبغي اعتبار تاريخ الحلول الحقيقي لا تاريخ الحلول العارض لأن هذا الفائض ميناء الساطلة و عدم الخلاص في الاجل حتى لا يكون هناك افراء من طرف المدين على حساب المستفيد و عليه ينظر لكل كسبية بانفرادها و يقضي بفائض التأخير عنها بداية من تاريخ حلولها المبين بالكسبية فعلا.

ثم نشير أخيرا الى أن فائض التأخير يعتبر في تقدير قيمة الدعوى اذ بحسب ما استحق منه من تاريخ الحلول الى يوم القيام بالدعوى و يخاف لاسل الدعوى علا بالفصل ٢٥ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية نظرا لكون هذا المبلغ له أصل سابق عن الدعوى .

٢٦٦ - ٢ - مصاريف الاحتجاج و الاخطارات الموجهة و غيرها من النفقات:

ان نص الفقرة الثالثة من الفصل ٣١١ من المجلة التجارية كان واضحاً في عناصر المصاريف الواجب القضاء بها للنائب بدعوى الرجوع متى تقدم بطلبها و هي تشمل في مصاريف الاحتجاج و هذه تشمل كل ما جاء بمحض الاحتجاج من القائمة المحررة من طرف عدل التنفيذ يضاف لها ما يكون هناك من نفقات اضافية دفعتها من حرد الاحتجاج كمصاريف تسجيل الكسبية و معلوم الطوابيع الجبائية و ما يتبع ذلك من اخطارات قد تكون وجهت للمطهرين السابقين أو الضامين في الوفاء بالكسبية و يلاحظ أن هذه المصاريف بدورها يستحق عنها من سبقها فائضا بمنوان الفرع على معنى الفصل ٢٧٨ من مجلة الالتزامات و العقود الا أن حساب هذا الفائض يكون بداية من يوم المطالبة بالوفاء و لو بغير الطريق القضائي.

الفقرة الرابعة:

وجوب أحد المتزمين بالكسبية علم باقو المتزمين بها:

٢٦٧ - لقد اتضت المجلة التجارية بالفصل ٢١٢ منها ان من دفع مبلغ الكسبية له أن يطالب بقية المتزمين بها بما دفعه من مبلغها و الفائض عنها و ما بذله من مصاريف فهو بمثابة الحامل و لذلك علينا أن نبحت في الاول الطبيعة القانونية لهذا الرجوع و من هم الاشخاص الذين لهم هذا الحق و ضد من ؟ تلك العناصر هي التي ستكون موضوع هذه الفقرة.

٢٦٨ - أولا: الطبيعة القانونية لعموم الرجوع:

من المعلوم أنه في القانون المدني توجد قاعدة تصرف الفضولي و قاعدة الاتراء غير المشروع و الوكالة و هي جميعها تمكن من سدد ديناً في حق غيره أن يسترد ما دفعه من ذلك الشخص المدين به و هي يمكن مبدئياً أن تكون أساساً قانونياً لدعوى رجوع أحد المتزمين بالكسبية على بقية المتزمين بها متى سد ذلك الشخص مبلغها غير أن هذه الاحكام الواردة في القانون المدني لا تكون كافية لتبرير حق الرجوع الوارد بالقانون التجاري نظراً لما هناك من امتيازات ورد بها هذا القانون لن دفع مبلغ الكسبية من المتزمين بها لانجدهما في أحكام قواعد القانون المدني مثل استرداد الدافع لا لمبلغ الكسبية فقط بل حتى النوائض المترتبة عنها و النفقات التي بذلها.

و قد رأى بعض الفقهاء في قاعدة الحلول الواردة بسجلة الالتزامات و العقود (الفصل ٢١٢ - فقرة ٢) ما يفسر دعوى الرجوع هذه المخولة لأحد المتزمين بالكسبية الذي أدى مبلغها غير أن أحكام الحلول

هذه بدورها غير كافية نظرا لما للدعوى الصرفة من مميزات لا نجدها تنطابق مع أحكام الحلول و عليه فان الرأي الذي يريد تفسير طبيعة الرجوع اعتمادا على أحكام القانون المدني لا يمكن الاخذ به اذ انه لا يعني بالفرض. (١) وقد رأى بعض الفقهاء الآخرين بأن مصدر دعوى الرجوع هو القانون التجاري نفسه فمن سدد مبلغ الكمبيالة مع ما عليها من التزامات هو في الحقيقة أصبح حاملها الشرعي و بالتالي يصبح له حق المدعاة على أساسها بالفصل ٢١٠ من المجلة التجارية اقتضى أن لحامل الكمبيالة حق الرجوع على الملتزمين بها و في فقرته الثالثة سرح بقوله (و يثبت هذا الحق لكل موقع على الكمبيالة أدى قيمتها الى جانب ما كرمه الفصل ٢١٢ من نفس المجلة من دفع مبلغ كمبيالة يمكنه أن يطالب حسابه بكامل المبلغ الذي دفعه و بدوائض المبلغ المذكور و ما بذله من مصاريف و بذلك نرى أن دعوى الرجوع محل البحث تعتبر من قبيل الدعاوي التجارية البحتة التي لها خصائصها على معنى قانون الصرف و ليس لنا تفسير طبيعتها من خلال أحكام القانون المدني بل ينبغي أن يقع تفسير على أساس القانون التجاري بما فيه من خصوصيات جعلته قانونا خاصا و له طبيعته الخاصة به و طالما أن الطبيعة القانونية لدعوى الرجوع هي من قبيل الدعاوي التجارية البحتة فان منطلق الاشياء يقتضي مسايرة أحكام القانون التجاري في خصوصها فسادا الفائم بدعوى الرجوع يعتبر بمثابة حامل شرعي للكمبيالة فانه عليه احترام قواعد الرجوع بمرمتها بما في ذلك شروط سحة الرجوع السابق بيانها جميعا بالنسبة للقائم بتلك الدعوى من تحرير احتجاج في الاجال القانونية و من كونه سدد قيمة الكمبيالة قبل سقوط حق المطالبة بمرور الزمن .

(١) روني روبلو - الاوراق التجارية - فقرة ٤٠٥

كما تطبق عليه قواعد الحامل المهيكل ان كان سدد مبلغ الكمبيالة لمير حاملها الشرعي او خارج الامد المستط لحق المطالبة بمرور الزمن اذ أنه في هذه الحالات يفقد حقه في الرجوع نحو بقية الملتزمين بالكمبيالة .

و مقابل ذلك ان كان حاملا حسن التية على معنى القانون التجاري يكون له حق المطالبة بكامل المبالغ البينة بالفصل ٢١٢ من المجلة التجارية من مبلغ الكمبيالة و الفائض المشترك و فائض التأخير ان كان و ما بذله من مصاريف احتجاجات و اخطارات و يمكنه مطالبة كل ملتزم بالكمبيالة وفق مقتضيات الفصل ٢١٠ من المجلة التجارية لانه يعتبر بمثابة حامل جديد للكمبيالة فله استعمال كامل حقوق الحامل الشرعي و ينظر له بهذا المنظار في تطبيق كامل أحكام المجلة التجارية لذلك يستفيد من قاعدة تطهير الدفوع و كذلك من مبدأ التضامن في رجوعه على الملتزمين السابقين بتلك الكمبيالة.

٢١٦ - ثانيا: الاشعار الكهني لمع حق الرجوع:

(١) رجوع الساحب على المسحوب عليه مغول له متى قام بتسديد مبلغ

الكمبيالة مع ما ترتب عليها من مصاريف الاحتجاج و النفقات الاخرى لكن حقه هذا في الرجوع ليس على اطلاقه بل هو مغول له متى سبق منه أن وفر المؤونة لدى المسحوب عليه و لم يف هذا الاخير بمبلغ الكمبيالة لانه اذا لم يكن الساحب قد وفر المؤونة لديه ليس له الرجوع بمبلغها عليه اذ أن سبب الدين منتف و بالتالي ليس له مطالبة بشي . بحيث على الساحب اثبات أنه وفر المؤونة لديه وفق مقتضيات الفصل ٢٨٧ من المجلة التجارية لان الساحب يعتبر المدين الاسلي بالكمبيالة فاذا لم يوفر مؤونتها لدى المسحوب فليس له الرجوع عليه.

أما إذا وفر تلك المؤونة لدى المسحوب عليه و قبل هذا الأخير الكسبيالة فإن الساحب على حقه في الرجوع عنه بقي أن له عند قيامه عنه الخيار بين تركيز دعواه على أساس الوكالة باعتباره و كله لتسديد مبلغ الكسبيالة من تلك المؤونة و بين تركيزها على أساس القانون التجاري باعتبارها دعوى صرفية و هو ما حوله المجلد التجارية للساحب بالفقرة الثانية من الفصل ٢٨٧ من المجلد المذكورة. أما إذا لم يقبل المسحوب عليه الكسبيالة فالساحب ليس له حده الا دعوى وحيدة و هي الدعوى المدنية المؤسسة على قواعد الوكالة و عليه عندئذ اثبات وجود المؤونة لديه و الملاحظ هنا أن المسحوب لا مسؤولية عليه في خصوص عدم خلاص مبلغ الكسبيالة و ملحقاتها في هذه الصورة الأخيرة لأنه لما لم يقبل الكسبيالة قد عبر عن عدم رغبته في التعامل بها و بالتالي لا يمكن للساحب تحميله نتائجها الصرفية.

(٢) رجوع المستحقوق عليه على الساحب:

قد يحدث عكس الصورة السابقة و هو أن المسحوب عليه يسدد مبلغ الكسبيالة لحاملها و هي الصورة الغالبة والبدأ ما دام تلقى مؤونتها من الساحب فهو لما سدد مبلغها إبراء فمعه و بالتالي ليس له الرجوع مبلغها على أحد لكن هذا المبدأ صحيح متى سبق منه أن تلقى المؤونة من الساحب لكن أحيانا يكون المسحوب عليه غير مدبر له و لم يطلق منه المؤونة فانه عندئذ على حقه في الرجوع على الساحب بما دفعه عوضا عنه لأنه يعتبر قد اقترض ذلك المبلغ خاصة إذا كان دفعه لمبلغها على سبيل القرض أو على الكشف حسب تعبير بعض البلدان العربية هذا و أن رجوع المسحوب عليه على الساحب من حيث اثبات المؤونة يختلف فيه موقف المسحوب عليه بين ما إذا قبل الكسبيالة و بين ما إذا لم يتجع عليها علامة القبول ففي الصورة الأولى عليه عندئذ دحض القرينة الواردة بالفقرة الرابعة من الفصل

٢٧٥ من المجلد التجارية التي تقتضي أن القبول قرينة على وجود المؤونة فعليه هنا اثبات عكس ذلك بجميع وسائل الاثبات أما إذا لم يقبل تلك الكسبيالة التي قام على أساسها بدعوى الرجوع فإن رجوعه لا يتطلب منه الا اثبات كونه أوفى بالكسبيالة لحاملها الفرعي و في الاجال القانونية.

ولتساءل عن النصوص القانونية التي سيتمسدا في قيامه بهذه الدعوى هل هي نصوص القانون المدني أم المجلد التجارية يبدو لي أن قيامه سيكون على أساس احكام المجلد التجارية موضوع الفصل ٢١٢ من تلك المجلد و طلباته تكون محددة في نطاق ذلك الفصل من مبلغ الكسبيالة و فوائدتها و ما بذله من مصاريف و لو أن الالتزام الفرعي بالكسبيالة موضوع الرجوع قد انتهى بالفناء بمبلغ الكسبيالة.

لكن حسب رأيي طالما أن المسحوب عليه سدد مبلغ الكسبيالة وبقي الالتزام بها على أساس القانون التجاري و الساحب استعمل وسيلة تجارية في تعامله مع المسحوب عليه فعليه تحمل نتائج سلوكه ذاك على ضوء القانون التجاري و لا نجبر المسحوب عليه في الرجوع اتباع قواعد القانون المدني نحو الساحب لما في ذلك من اضرار بالقائم بدعوى الرجوع انما إذا أراد اتباع قواعد القانون المدني فله ذلك اذ يمكنه القيام على أساس احكام القرض ان دفع مبلغ الكسبيالة على سبيل القرض أو على الكشف كما يمكنه القيام على أساس تصرف الفصولي أو الوكالة أو الاثراء بدون سبب بحسب الاحوال اعتيادا على علاقته بالساحب خارج القانون التجاري و قد رأى بعض الفقهاء (أن المسحوب عليه في الصورة السابقة ليس له الرجوع على الساحب رجوعا صرفيا لان الالتزام الفرعي انقضى بفناء قيمة الكسبيالة و لم تعد هذه الكسبيالة تصلح أساسا لاي رجوع انما يستند رجوع المسحوب عليه عندئذ الى العلاقة القائمة بينه و بين

الساحب (١).

هذا ولا خلاف إذا كان المسحوب عليه سدد قيمة الكبيالة بعد قبولها بطريق التداخل أو أوفى بمبلغها بطريق التداخل أيضا لحساب الساحب إذ أنه يصبح عندئذ حل محله ويستعمل عوضا عنه دعواه الصرفية و بالتالي له الرجوع على الساحب على أساس القانون التجاري طالما أن حقه ذاك مصدره القانون التجاري نفسه حسب الفصل ٢٢٨ من تلك المجلة .

وأخيرا نلاحظ أنه بالنسبة للكبيالة المسحوبة من ساحب ظاهر فانه عندئذ لا يمكن للمسحوب عليه الرجوع الا على الساحب الحقيقي الذي سحبت لفائده الكبيالة لكن طالما ان الساحب الحقيقي لا وجود له بالكبيالة فان المسحوب عليه ليس له القيام هذه الا على أساس احكام القانون المدني باعتباره لم يلتزم صرفيا و انما اصدار امره بالسحب للساحب الظاهر فالتزامه يقتصر على تقديم المؤونة لا غير حسب الفصل ٢٧٥ من المجلة التجارية النقرة الاولى منه.

٢٧١ - ٣ - وجوب المسحوب عليه علم المظمر:

ان المسحوب عليه يعتبر مدينا أصليا بالكبيالة لذلك اذا أوفى بقيمتها ليس له الرجوع بمبلغها على الشاثنين في الوفاء بها و المظهر بالنسبة للمسحوب عليه هو مجرد ضامن في الوفاء بالكبيالة فمتى حصل الوفاء من المسحوب عليه لم يبق وجه لضمانه و هكذا نلاحظ هنا أن المسحوب عليه الموفي بمبلغ الكبيالة ليس له الرجوع على أساس الدعوى الصرفية نحو المظهرين لتلك الورقة التجارية.

غير أنه اذا كان هذا الشخص قد قبل الكبيالة أو أوفى بمبلغها بطريق التداخل عوضا عن أحد المظهرين فانه في الصورة الاولى أصبح ضامنا في

(١) كتاب الاسناد التجارية - ادوارد عيد - الاوراق التجارية - فقرة ٢٦٠ .

الوفاء بالكبيالة و متى أوفى بها أصبحت له دعوى صرفية يمكنه على أساسها مطالبة المظهر الذي قبل لفائده كما له حق الرجوع على أساس تلك الدعوى على كافة المظهرين السابقين للمظهر الذي قبل لفائده كما له المطالبة على أساس أحكام القانون المدني طبق قواعد أحكام الوكالة أو التصرف الفضولي بحسب الاحوال انما في هذه الحالة ليس له الرجوع الا على المظهر الذي تدخل لفائده.

وفي الصورة الثانية وهي صورة تدخله في الوفاء بالكبيالة فانه متى أوفى بقيمتها فانه يصبح بمثابة الحامل الشرعي لها فيصبح له حق الرجوع على المظهر الذي تدخل لفائده و كذلك كافة المظهرين السابقين و ذلك عملا بالفقرة الاولى من الفصل ٢٩١ من المجلة التجارية الناضية بأنه (يكتسب الشخص الذي يؤدي بطريقة التداخل الحقوق الناتجة عن الكبيالة على من قام بالاداء عنه وعلى الملتزمين له يقتضى الكبيالة).

٢٧٢ - ٤ - وجوب المظمر:

قد يقوم المظهر بالوفاء بالكبيالة لحاملها اما اختيارا منه و بمطلق حريته او أنه يخطر لتلك نتيجة مطالبة الحامل له بالوفاء بوصفه أحد الشاثنين في الخلاص و يمكن مطالته رأسا على أساس الفصل ٢١٠ من المجلة التجارية فهو هنا ان قام بخلاص موضوع الكبيالة من مبلغها الا فوائضا و ما ترتب عنها من مصاريف فانه يكون على حقه في القيام بدعوى الرجوع ضد الساحب و المسحوب عليه و المقابل بطريق التداخل لفائدة هذا الاخير و المظهرين السابقين و الدعوى التي يمكنه القيام بها ضد مؤلا. هي دعوى صرفية غير أنه لا يمكنه القيام ضد الملتزمين اللاحقين لالتزامه إذ أنه ملزم نحوهم بواجب الضمان هذا و الملاحظ أن رجوع المظهر على المظهرين السابقين له بمثابة رجوع الحامل على المظهرين فعليه أن يحترم الواجبات المحمولة على

على من قام بالاداء عنه و على الملزمين له بمقتضى الكمبيالة .
ورجوعه هذا يكون أساسا على مقتضى القانون الصرفي كما يمكنه القيام
على أساس القانون المدني اما على مقتضى قواعد الوكالة أو على مقتضى
قواعد التصرف الفضولي و حتى على أساس قواعد الاقراء بدون سبب
و ذلك بحسب الاحوال و ذلك بالنسبة لمن تدخل لفائدة.

الحامل من تحرير الاحتجاج و القيام في الاجال القانونية و الا تعرض
حقه للمسقوط و هو من جهة أخرى له نفس حقوق الحامل من القيام عند
الملزمين بالكمبيالة منفردين أو مجتمعين غير أنه ينبغي ملاحظة أن حق
المطهر نحو غيره من المطهرين السابقين و الساحب في دعوى الرجوع
يستطع بمضي ستة أشهر فقط بداية من تاريخ اليوم الذي دفع فيه عملا
بالفصل ٢٢٥ من السجلة التجارية.

٢٢٢ - ٥ - رجوع الكفيل الموضح:

ان الكفيل الصرفي المقصود به ذلك الذي يمسد لسان أحد الملزمين
بالكمبيالة و هذا مثل الكفيل الذي يقدمه الساحب أو المسحوب عليه
للقبول الاحتياطي أو للوفاء الاحتياطي و كذلك كل من يكفل أحد
الملزمين بتلك الورقة التجارية من مطهرين أو غيرهم من الملزمين
بها و قد استند حقه في الرجوع هذا من الفقرة الأخيرة من الفصل ٢٨٩
من السجلة التجارية التي اقتضت أنه (اذا دفع الكفيل الكمبيالة فانه
يكتسب الحقوق المترتبة على الكمبيالة تجاه المضمون و الملزمين له
بمقتضى الكمبيالة و الملاحظ أن الكفيل لما يقوم بالوفاء بتلك الورقة
التجارية يكتسب نفس حقوق الشخص الذي كان كافلا له و يستعمل
دعواه الصرفية كانه هو الذي قام بذلك الوفاء كما يمكنه الرجوع
على ذلك الذي يضمن نفسه بنفس الدعوى الصرفية التي هي محولة
للحامل هذا زيادة عما له من حق القيام ضده على أساس قواعد القانون
المدني الواردة في باب الكفالة بسجلة الالتزامات والمفرد .

٢٢٤ - ٦ - رجوع الموضح بطريق التمسك:

ان الموفي بطريق التمسك من حقه الرجوع على من أوغى لفائده و كذلك
كل الملزمين للتمسك لفائده و ذلك تطبيقا للفقرة الاولى من الفصل
٢٢٨ من السجلة التجارية اذ اقتضت تلك الفقرة ما يلي (يكتسب
الشخص الذي يؤدي بطريق التداخل الحقوق الناتجة عن الكمبيالة

الباب السابع السقوط و مرور الزمن

٢٧٥ - ان السقوط و مرور الزمن نجدهما في الاوراق التجارية عموما لا في غموس الكمبيالة لذلك سوف نتناولهما في هذا الباب بأطناب باعتبار أن ما سيقال هنا في شأنهما صالح عند الحديث عن الشيك و السند للامر كما أن جميعا الحديث عن السقوط و مرور الزمن في باب واحد نظرا لما بينهما من أوجه شبه باعتبار كليهما يجعل الدائن بالورقة التجارية مهددا بانقضاء دينه عند المطالبة به لدى القضاء عن طريق دفع الدعوى من طرف المدين المطلوب غير أنه لا يمنع من كون السقوط و مرور الزمن في مجال القانون التجاري بينهما فروق متعددة كما سيتضح ذلك عند الحديث عن كل واحد منهما بانفراده. و انما يمكن القول بأن السقوط عبارة عن ضرب من الجزاء المدني يتسلط على الحامل المهل جزاء عن امهاله في تتبع اجراءات معينة أثناء الاستحقاق او على مستوى المطالبة القضائية لجعله يفقد الحق في التتبع (١) بينما مرور الزمن جعل قربة وفاء ينتفع بها المدين بالكمبيالة متى تحققت أمكن لهذا الاخير التمسك بها دلالة على انه أوفى بدين الكمبيالة كما أنه يعتبر مرور الزمن ذاك محدد بستة أشهر و ستة أو ثلاث سنوات عبارة عن السدة المخولة للحامل لاستعمال حقه الوارد بتلك الورقة التجارية في المطالبة بدينه بداية من تاريخ استحقاقه له.

(١) مامل و لاتارد و جوفري - الوسيط في القانون التجاري - ج ٢ - فقرة

كما نلاحظ أن السقوط الوارد بالمجلة التجارية هو الحق بمرور الزمن منه بمعنى السقوط الذي نجده ببعض النصوص القانونية الأخرى مثل السقوط الوارد بباب الشفعة لممارسة هذه الدعوى الأخيرة تعتبر مواعيد مستقلة لا سقوط فهي لا تقطع ولا تملق (١) بينما السقوط الوارد بالمجلة التجارية قابل للقطع والتعلق كما سنرى وبذلك فهو سقوط ذو طابع مرور الزمن الذي يكمل القطع والتعلق يختلف عنه التزام طبيعى والحق الذي يسقط بسببه وإن لم يحد حقا للمطالبة فهو يبقى وجها من أوجه الدفع كما أن القاضي لا يثيره من تلقاء نفسه بل يتمسك به من يهيم الأمر بالسقوط الوارد بالمجلة التجارية هذه تسليط جزاء مدني على أعمال العامل لا أكثر ولا أقل بحرمانه من استعمال حق المطالبة التفخائية.

هذا والملاحظ أن التمسك بالسقوط تجاه العامل يمكن استتماله هذه ولو كان ذلك العامل فاسرا أو غير رشيد (المثل ٢٩٥ من مجلة الالتزامات والعقود) ويبقى لهؤلاء القصر أو غير الرشداء الرجوع على مقدميهم أو أوصيائهم بسبب أعمالهم.

كما يجوز التمسك بهذا السقوط ولو لم ينتج عن أعمال العامل ضرر لمن تمسك به وهو من السكن التنازل عنه سن يهيم الأمر سواء سراحة بتسديد مبلغ الكبيالة للعامل البهمل أو بعدم تمسكه بذلك السقوط أمام القضاء أم لا يجوز التنازل عنه قبل حصوله.

(٢) عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ٢ -

فقرة ٥٩٤ - طبعة ١٩٥٦.

و إذا كان هذا هو السقوط بالمجلة التجارية فإن مرور الزمن بها أيا له طابعه الخاص فهو ولئن اعتبر قرينة على الوفاء شأنه شأن مرور الزمن في القانون المدني إلا أن له خصوصياته أيضا فأبده في المجلة التجارية قصر فاقسى المدة التي يمكن استعمال حق التقاضي فيها هي ثلاث سنوات وقد تقصر فتصل إلى ستة أشهر فقط كما أن مرور الزمن هذا الذي اعتبر قرينة وفاء لم يأخذه المشرع على الإطلاق بوسفه قرينة وفاء تدني عن كل إثبات أخربل جعل إلى جانب تحقق المدة خروجه تأدية التمسك بها يبين حاسمة متى طلب منه الدائن إداها. ونحن سوف نتناول بالدرس في هذا الباب السقوط أولا ثم مرور الزمن ثانيا.

القسم الأول:

السقوط: la decheance

٢٧٦ - أن السقوط كما قلنا هو عبارة عن جزاء مدني يسلط على العامل البهمل الذي توانى في قيامه بالاجراءات التي فرضها عليه القانون في حفظ حقوقه سواء قبل التجاذه للمحكمة أو في التجاذه لها والملاحظ أن هذا السقوط لا يتسلط إلا على العامل للكبيالة أما مظهرها فإن هذا الحكم لا يطاله وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصل ٣٠٨ من المجلة التجارية الذي لم يفرض عليه إلا توجيه أخطار للمظهر الذي قبله في أجل ثلاثة أيام من تاريخ بلوغ الأخطار اليه وإن لم يقم بذلك الاجراء فحقه لا يتعرض للسقوط وإنما عند الانتفاء يكون مسؤولا عن الضرر الناشئ عن قصيره لكن بدون أن يتجاوز التعويض مبلغ الكبيالة وهكذا نرى أن السقوط لا يتناول إلا العامل البهمل دون غيره.

لكن لنا أن نسأل عن مو الحامل المبهل (negligent)؟

الفقرة الأولى:

تحديد الحامل المبهل

٢٧٧ - الحامل المبهل هو ذلك الشخص الذي يحمل الكسبالة بوجه مشروع و مع ذلك تباطئ في اتباع الاجراءات الضرورية السمة للقيام بدعوى الرجوع بحيث هناك تقصير بجانبه أدى تفويت حق المطالبة لدى القضاء على نفسه لكن أحيانا نجد هناك أسبابا خارجية عن نطاق الحامل حالت دونه و دون اتمامه للاجراءات الواجب عليه القيام بها قانونا فما هو تأثيرها عليه و هل تسقط حقه في الرجوع .

ان المشرع راعى جانب الحامل الذي لا حول له و لا قوة كأن حالت قوة فامرة دونه و دون اتمامه للاجراءات واعتبر هذا الشخص عندئذ غير مهمل و مدد له في الاجل وفملا فاننا نجد الفصل ٣٢١٦ من السجلة التجارية حدد القوة الفامرة و نتائجها فقد تحسنت الفترة الاولى منه بأنه (اذا حال حائل لا يمكن تذييله دون عرض الكسبالة او تحرير الاحتجاج في الاجال السبعة كوجود نص قانوني باحدى الدول او غير ذلك من ظروف القوة الفامرة فان الاجال المذكورة يقع صديدها). (١)

و هكذا نرى أن القوة الفامرة تعتبر حائلا قانونيا دون الحامل ليقوم بالاجراءات الواجب عليه اتخاذها و هي عبارة عن الاسباب و الظروف الخارجية عن ارادته و التي تمنعه من القيام باجراءات المطالبة و قد أورد المشرع أمثلة لذلك مثل وجود نص قانوني يمنع القيام بمثل تلك الاجراءات كان صدر نص قانوني يمنع القيام باجراءات المطالبة في

(١) ليمسكو و روبلو - الاوراق التجارية - ج ٢ - فقرة ٢٠٦ و ٢٠٧

مدة معينة من الزمن أو وجود حرب شروس أو زلزال أو فيضانات أو اضرابات حالت دونه و دون القيام بالاجراءات الواجبة قانونا و المشرع لم يترك مسألة القوة الفامرة التي ينتفع بها الحامل على علاقتها بل جعل امكانية الاستفادة منها معلقة على شرط أن لا تكون له يد في حصولها و هذا ما سرحت به الفترة الاخيرة من الفصل ٢١٦ المشار اليه التي اقتضت بأنه (لا تعتبر من قبيل القوة الفامرة الاعمال الشخصية المحنة المتصلة بالحامل أو بالشخص الذي كله يعرض الكسبالة أو اتمامه الاحتجاج).

واذا ما كانت القوة الفامرة موجودة فان الحامل ليكون غير مهمل عليه القيام بالاجراءات التالية و الا تعرض حقه في الرجوع الى السقوط.

(١) - عليه جديدا أن يعلم المظهر له بالقوة الفامرة و يضمن هذا الاعلام بالكسبالة أو الورقة المخافة لها و ان يورخه و يوقع عليه و المظهر له عليه بدوره القيام بالاطار الذي أوجب عليه الفصل ٢٠٨ من السجلة التجارية و هكذا دواليك .

(٢) - عليه بمجرد زوال القوة الفامرة أن يبادر الى عرض الكسبالة للقبول أو الدفع و باقامة الاحتجاج عند الاقتضاء .

(٣) - عليه في صورة استمرار القوة الفامرة أكثر من ثلاثين يوما ابتداء من أجل الحلول فانه بإمكان الحامل عندئذ القيام بدعوى الرجوع دون حاجة الى عرض الكسبالة او تحرير احتجاج ما لم تكن هذه الدعوى معلقة لاند أطول بمقتضى نص قانوني و ان كانت الكسبالة واجبة الدفع لدى الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع فان مدة الثلاثين يوما المذكورة تبتدىء من تاريخ اليوم الذي اخطر فيه الحامل المظهر له بحدوث القوة الفامرة حتى و لو كان قبل انقضاء اجل العرض اما اذا كانت الكسبالة واجبة الدفع بعد اجل

ما من الاطلاع فتضاف مدة الثلاثين يوما الى مدة اجل الاطلاع الممن بالكمبيالة .

وعليه فان الحامل حتى في حالة وجود القوة القاهرة عليه احترام اجراءات و اجال معينة و ان اصلها فانه عندئذ يعتبر حاملا مهما ولو كانت القوة القاهرة المذكورة قد قامت فعلا و حالت دونه و دون اتمام الاجراءات الواجب عليه القيام بها قانونا فالمرشع في حال وجود القوة القاهرة أحدث مرونة في الاجراءات من شأنها ان تمكن الحامل في أحسن الظروف من المحافظة على حقوقه و عدم ترميض حقه في الرجوع الى السقوط.

وفي غير حالة القوة القاهرة التي لها أحكام خاصة بها كيفما سبق بسطها فان المرشع حدد حالات معينة تجعل حق الحامل معرضا للسقوط بسببها و هي التي سنتناولها في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية:

الحالات المسقطه لحق الحامل في الرجوع

٢٧٨ - ان الحالات التي تكون مسقطه لحق الحامل في الرجوع نستطيع تحديدها في الصور التالية :

(١) الكمبيالة الواجبة الدفع لدى الاطلاع على الحامل عرضها للخلاص في أجل سنة من تاريخ انشائها حسب الفصل ٢٩١ من السجلة التجارية كما أنه بالنسبة للكمبيالة الواجبة الدفع في أجل معين ما بعد الاطلاع ينبغي أن تعرض للقبول في أجل سنة من تاريخ انشائها أيضا حسب الفصل ٢٨٢ من السجلة المذكورة.

فاذا تأخر الحامل عن العرض للخلاص في الحالة الاولى أو العرض للقبول في الحالة الثانية فهو يصبح حاملا مهما و يسقط حقه في الرجوع غير أنه اذا اشترط الساحب مدة أطول أو أقصر للعرض

فتكون تلك المدة هي المستند لحساب الاجل و الملاحظ أن هذه المدة يمكن للمطهرين اختصارها و انما ليس لهم حق التمديد فيها و ذلك اعتمادا على مقتضيات الفصلين المذكورين .

(٢) فرض المرشع على الحامل تحرير احتجاج لعدم القبول ان لم يشترط الساحب عدم عرض الكمبيالة على القبول فهذا الحامل اذا لم يتم بتحرير ذلك الاحتجاج فان حقه في الرجوع قبل حلول أجل الوفاء الوارد بالفصل ٢٠٦ يسقط و يبقى عليه ترقب أجل الوفاء المحدد بالكمبيالة للرجوع بمسقة قانونية بعد تحرير احتجاج لعدم الوفاء ضد السحوب عليه.

لكن اذا كان الساحب اشترط عرض الكمبيالة على القبول و لم يثبت ان عرضه من هذا الشرط التخلص من ضمان القبول في أجل محدد أو أن القانون نفسه فرض عرض الكمبيالة على القبول في أجل مضبوط كالكبيالة الواجبة الدفع في أجل معين بعد الاطلاع فان الحامل اذا لم يتم بتحرير الاحتجاج لعدم القبول في تلك الاجال يعتبر عندئذ حاملا مهما و يسقط حقه في الرجوع كما أن هذا الاحتجاج ينبغي أن يكون مؤرخا و حتى اذا وقع السهو عن تاريخه فانه عليه تحرير احتجاج يثبت فيه هذا السهو و الا كان حقه في الرجوع على المطهرين و الساحب عرصة للسقوط (الفقرة ٢ من الفصل ٢٨٥ من السجلة التجارية).

(٢) - كذلك يسقط حق الحامل في الرجوع اذا لم يقع الاحتجاج لعدم الوفاء تائما أو اتمامه خارج الاجل القانوني او أنه اقامه لكنه لم يحترم فيه الشكليات القانونية .

يعتبر اذا لم يقع تحرير الاحتجاج بالنسبة للكمبيالة الواجبة الدفع في يوم معلوم أو في أجل ما بعد مضي مدة من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع عليها في أحد يومي العمل التاليين لليوم الواجب فيه الدفع فان الحامل يعتبر عندئذ حاملا مهما و يتعرض حقه للسقوط و الامر بالمثل

إذا كانت الكسبالة واجبة الدفع لدى الاطلاع فيحرر الاحتجاج لعدم الدفع يوم وجوب الوفاء و أن طلب السحب عليه عرضها عليه مرة ثانية في اليوم الذي يلي العرض الاول فينتج تحرير الاحتجاج في اليوم التالي ليوم العرض الاخير وفقا للفقرة الثانية من الفصل ٢٠٧ من المجلة التجارية هذا و الملاحظ أن محضر الاحتجاج الذي يقيمه الحامل قبل حلول أجل الوفاء هو بدوره يعتبر غير قانوني و ليس له نتائج محضر الاحتجاج الواجب التحرير و بذلك يعتبر معه الحامل مهلا ان لم يتم بتحرير احتجاج اخر في الأجل القانوني.

٤- و يعتبر بالمثل الحامل مهلا إذا اشترط الساحب الرجوع بلا مواريف و مع ذلك حل أجل الوفاء و لم يقدم الحامل الكسبالة للخلاص. نعم هناك صورة لا يعتبر فيها الحامل مهلا و لو لم يقدم الكسبالة للوفاء في الأجل و هي صورة اعلان افلاس الساحب لكسبالة لا يتمين قبولها أو اعلان افلاس الساحب عليه (الفصل ٣٠٧ من المجلة التجارية) فيمكن للحامل الرجوع دون تحرير محضر احتجاج اذ يكفي أن يستظهر بحكم الافلاس ذاك فهو اذا لم يتقدم في الأجل القانوني لاستخلاص مبلغ الكسبالة لا يسقط حقه في الرجوع بل يبقى من حقه القيام طيلة مدة مرور الزمن الواردة بالفصل ٢٢٥ من المجلة التجارية و هذا لان المشرع أعطى الحامل من تحرير محضر الاحتجاج لعدم الدفع و مجرد ادلائه بالحكم الافلاسي كاف لاعتباره غير مهلا .

هذا و الملاحظ أن المشرع فرض على الحامل زيادة على تحرير الاحتجاج أخطار المظهر له بعدم القبول أو عدم الدفع في ايام العمل الاربعة التي تلي يوم الاحتجاج أو يوم العرض و هو ان لم يتم بهذا الاخطار لا يسقط حقه في الرجوع على المظهر له ذاك و على الضامتين له انما يكون مسؤولا لهم بفرم الضرر عن تفسيره لهؤلاء و لا يعتمد التمييز مبلغ الكسبالة.

الفقرة الثالثة:

الأشخاص الذين يمكن لهم الاحتجاج ضد الحامل بسقوط حقه في الرجوع

٢٧٩ - الأشخاص الذين يمكنهم الاحتجاج ضد الحامل بسقوط حقه في الرجوع مبدئيا كل شخص له مصلحة في عدم مطالبة بالوفاء بالكسبالة أن يتسكك ضد الحامل المهمل بسقوط حقه في الرجوع عليه و هؤلاء الأشخاص بالتأمل منهم نجدهم اولئك المتزمين بالوفاء بالكسبالة أما بوسنهم مدينين أصليين بها كالمساحب في صورة توفيره للموونة لدى السحب عليه و كانت الكسبالة مقبولة أو السحب عليه القابل لها و كذلك المظهرين و الكلاء و التدخلين اما على وجه الضمان أو للوفاء بالكسبالة و يمكننا الحديث عن كل واحد من هؤلاء الأشخاص بأكثر اطلاق على النحو التالي:

١) تمسك الصانع ضد الحامل بالسقوط:

ان وضعية الساحب بالنسبة للحامل المهمل تختلف باختلاف وضعية من الموونة.

فاذا كان وفرا الموونة لدى السحب عليه فانه عندئذ يستطيع التمسك ضد الحامل المهمل بسقوط حقه في الرجوع ضده بعدم تحرير الاحتجاج بعدم القبول أو بعدم الدفع في الاجال لانه لم يثر على حساب ذلك الحامل فلا مبرر لمطالبته بالدفع مرتين خاصة و هو في الكسبالة المقبولة أصبح مجرد ضامن في الوفاء.

و أما اذا تبين أن الساحب لم يقدم الموونة للسحب عليه القابل حتى تاريخ أجل الوفاء فانه عندئذ يكون بمثابة من يريد الاثراء بدون سبب و لذلك عاقبه المشرع بأن هذا السقوط لا يحصل و ليس للساحب التمسك به ضد الحامل و ذلك وفق مقتضيات الفصل ٢١٥ من

الرجعة التجارية التي اقتضت بقولها (ان هذا السقوط لا يحصل في حق صاحب الا اذا أثبت وجود المؤونة في وقت الحلول) فيها المخرج اعتبر صاحب بشافة المدين الاصلي بالكمبيالة مثله مثل المسحوب عليه القابل سواء بسواء.

و الملاحظ أن تقديم المؤونة هنا المقصود منه تقديمها فعلا من صاحب للمسحوب عليه لا يكفي فتح اعتماد له من طرف هذا الاخير لان ذلك لا يعتبر منه تقديم للمؤونة للاحتجاج بسقوط حق الحامل في الرجوع كما ينبغي أن تكون تلك المؤونة قد وصلت فعلا الى يد المسحوب عليه بحيث لم يتخلف وصولها بسبب طاريء أو قوة قاهرة لانه عندئذ يعتبر صاحب لم يوفر المؤونة وبالتالي ليس لها لاحتجاج على الحامل بسقوط حقه في الرجوع طالما أنه لم يوفرها بصفة فعلية لدى المسحوب عليه و الامر بالمثل لو وفرها لديه الا انه استرجعها قبل تاريخ الوفاء لان المبررة ببقاء المؤونة لدى المسحوب عليه. نعم لو اوفس هذا الاخير او توقفت عن دفع ديونه أو تمت عقبتها دون جدوى و كان الحامل مهلا فانه عندئذ تعتبر المؤونة تلفت بسبب لا يد له فيه و يمكن في هذه الحالة التمسك ضد الحامل بسقوط حقه في الرجوع بسبب الامهال.

(٢) - تمسك المسحوب منه ضد الحامل المصالح بالسقوط :

ان المسحوب عليه القابل للكمبيالة هو في نظر القانون التجاري المدين الاصلي بها فعليه عندئذ الوفاء ببيعها للحامل و لو سقط حقه في الرجوع بسبب الامهال و ذلك اعمالا للفصل ٢١٥ من المجلة التجارية بفقرته الثانية التي جاء بها (تسقط حقوق الحامل على المظهرين و صاحب و غيرها من الملتزمين باستثناء قابل للكمبيالة) و قابل للكمبيالة هو المسحوب عليه قطعا فهو يبقى ملتزما بالوفاء ببيعها طيلة مدة مرور الزمن الوارد بالفصل ٢٢٥ من نفس المجلة .

اما اذا كان المسحوب عليه لا علاقة له بذلك الكمبيالة بأن عبد الى عدم قبولها فانه لا علاقة له بالحامل فليس لهذا الاخير حق الرجوع عليه على اساس الدعوى الصرية انما اذا كان صاحب قد سبق منه ان وفر المؤونة لديه فان الحامل يكون اذن على حقه في مطالبة بها باعتبارها انتقلت ملكيتها له على معنى الفصل ٢٧٥ من المجلة التجارية و ليس للمسحوب عليه التمسك ضده بكونه حاملا مهلا لان هذا الاخير قام ضده بوصفه مالكا للمؤونة لا أكثر و لا أقل.

(٣) - تمسك المظهر بسقوط حق الرجوع ضد الحامل :

مادام المظهر أو المظهرين بالكمبيالة وضامين في الوفاء بها و يمكن للحامل الرجوع عليهم وفق أحكام الفصل ٢١٠ من المجلة التجارية فانه من حقيهم أيضا التمسك ضده بسقوط حقه في الرجوع ضدهم لامهاله القيام باجراءات الرجوع انما التمسك بسقوط حق الرجوع هذا قد يختلف من مظهر الى مظهر اخر فيما لنا قد يكون اشترطه صلب الكمبيالة فاذا اشترط أحدهم عرض الكمبيالة في مهلة محددة غير المحددة بالقانون التجاري فالحامل الذي لا يحترم ذلك الاجل بالنسبة له يعتبر حاملا مهلا بالنسبة لذلك المظهر و لهذا الاخير التمسك ضده بسقوط حقه في الرجوع لذلك السبب (الفقرة الاخيرة من الفصل ٢١٥ من المجلة التجارية) و كذلك قد يشترط المظهر أن يقع الرجوع دون مصاريف فالحامل يرجع على ذلك المظهر دون تحرير احتجاج و ليس لذلك المظهر التمسك ضده بسقوط حقه في الرجوع لعدم تحرير الاحتجاج لانه اعفى الحامل من تحريره بشرط صريح منه.

و الملاحظ انه في جميع الحالات التي يتسك فيها المظهر ضد الحامل بسقوط حقه في الرجوع بسبب الامهال لا تمنع ذلك الحامل من مقاضاة ذلك المظهر على اساس ماله من علاقات سابقة به طبق القواعد العامة للقانون المدني و هذا مبناه أن سقوط حق الرجوع هذا لا يتناول الا

القسم الثاني:

مرور الزمن

٢٨٠ - أن مرور الزمن المقصود هنا هو المدة التي من شأنها أن تجعل بعد محيها الحامل غير قادر على مطالبة الالتزام بالكيبالة بأداء مبلغها باعتبار مرور الزمن هذا قرينة على وفاء الدين بما في ذمته من دين أساسه تلك الكيبالة وهذه القرينة القانونية هي من القرائن غير القاطعة (١) لأن المشرع جعل في امكانية الحامل توجيه يمين حاسمة على التمسك بمرور الزمن ذاك من كونه سدد ما بذمته من دين وارد بالكيبالة موضوع المطالبة وهذا لا نجده في قواعد القانون المدني وذلك نتيجة لانباء موضوع مرور الزمن بهذا القانون لا على قرينة الوفاء بل رغبة في استقرار العلاقات بين الافراد وجعل الدين يطمئن بعد مضي الفترة الطويلة على عدم مطالبة من طرف الدائن وربما سدد ذلك الدين ما بذمته من دين دون أن يحتفظ بما يفيد خلاصه بمرور مدة طويلة على حصوله. كما نلاحظ أن مرور الزمن الوارد بالمجلة التجارية كان موضوع فصل وحيد مقتضب لم يقع التعرض فيه لكافة أحكام مرور الزمن بشكل مفصل مما يجعل الرجوع لأحكام القواعد العامة لمرور الزمن الوارد بمجلة الالتزامات والمقود متحسنا لتسديد ما هناك من فراغ مقصود من المشرع في هذا المجال لأن غرض هذا الأخير كان بالاساس بيان خصوصية أحكام مرور الزمن في المجال المصرفي وأما باقي أحكامه المشتركة مع قواعد القانون المدني ترك أمر البحث فيها للقانون العام

(١) حكم ابتدائي عدد ١٩٩٦٨ صدر عن محكمة تونس الابتدائية بتاريخ ٢٠ أكتوبر ١٩٨١ - غير منشور.

الدعوى المصرفية وهي التي تستند الى حق ناشئ مباشرة عن الكيبالة فإذا كانت هناك علاقة سابقة بين الحامل والمظهر فالمحامل دعواه في شأن تلك العلاقة طالما أن القاعدة الدين المصرفي مستقل عن الدين الأصلي وبما لذلك فإن الدين الأصلي يبقى قائما ولو انقضى الدين المصرفي بسبب من الأسباب غير الوفاء الحقيقي بالدين.

٤ - تمسك المظهر أو القابل بطريق التداخل بسقوط حق الحامل في الرجوع :

أن الكفيل يختلف وضعه بحسب ما إذا كان كفيلاً لأحد الملتزمين العامين في الوفاء أو كفيلاً للمالك الغير الموفى للمؤونة أو للمسحوب عليه القابل.

فإذا كان هذا الكفيل ضمن أحد المظهرين فإن مركزه بالنسبة للمحامل هو نفس مركز مكفوله فله أن يحتج ضده بالمكفول له من احتجاج بسقوط حق الرجوع ضده كما سبق بسطه في شأن المظهر عموماً أما إذا كان كافلاً للمالك وكان هذا الأخير لم يوفر المؤونة لدى المسحوب عليه فليس له الاحتجاج ضد الحامل بكونه حاملاً مهلاً وسقط حقه في الرجوع عليه طالما أن مكفوله لم يوفر المؤونة لدى المسحوب عليه كما أن كفيل هذا الأخير إذا كان قبل الكيبالة فإن ذلك الكفيل ليس من حقه التمسك ضد الحامل بسقوط حقه في الرجوع باعتبار أن المسحوب عليه في هذه الحالة يعتبر مدينا أصلياً بالكيبالة وليس من حقه التمسك ضد الحامل بسقوط حقه في الرجوع كما سبق بسطه عند الحديث عن وضع المسحوب عليه بالنسبة للمحامل. وما قيل في شأن كفيل المسحوب عليه يصح قوله في القابل بالتدخل في حق المسحوب عليه إما إذا كان ذلك القابل لتدخل في حق أحد المظهرين فإن حقه في التمسك بسقوط حق الحامل في الرجوع يكون هو نفسه حق المظهر الذي وقع التدخل بالقبول لغاياته (الدمل ٢٢٢ من المجلة التجارية).

الذي هو القانون المدني و المتمثل في مجلة الالتزامات و العقود. وأخيرا نشير الى ان مدة مرور الزمن الواردة بالمجلة التجارية هي مدة قصيرة ببقائها بالمدة المعتمدة كقاعدة عامة في مجلة الالتزامات و العقود فاذا كانت هذه الاخيرة تتراوح بين الثلاث سنوات و الخمسة عشر عاما بحسب الاحوال في الصور العامة فان بالنسبة للمجلة التجارية هذه المدة تتراوح بين الستة اشهر و الثلاث سنوات على الاقصى و يفسر قصر المدة هذا في ميدان الاوراق التجارية عموما بكونها توضع في ذاتها لقواعد قانونية حازمة ليمت الثقة فيها من جهة و لكون طبيعة العمل التجاري نفسه تقتضي السرعة و الحرص على البت في الامر بأقل ما يمكن من الوقت الى جانب كون هذه الاوراق بحكم امكانية تداولها بين أيدي مختلفة و هي في أغلب الاحيان تتعلق بمديد الملتزمين فليس من المعقول ابقاءهم مهددين بالمطالبة لمدة طويلة من شأنها ان تثبت عزائمهم و تحد من نشاطهم بدون مبرر.

و نحن سوف نتناول بالدرس في هذا القسم في فقرة أولى لشروط تطبيق أحكام مرور الزمن و كيفية حسابه و في فقرة ثانية أوجه قطعه و تمليقه و في فقرة ثالثة آثاره و مستثنياته.

الفقرة الأولى:

شروط تطبيق أحكام مرور الزمن و كيفية حسابه

٢٨١ - ١) ان أول شرط من شروط تطبيق أحكام مرور الزمن التجاري ان تكون هناك كسبيالة صحيحة و لا زالت قائمة الذات أي ينبغي ان تكون هذه الورقة التجارية مستوفية لكامل شروطها و بالتالي يمكن القيام على أساسها بالدعوى الصرفية اما لو أن هذه الورقة التجارية مختلفة الشروط فانها عندئذ تكون بمثابة كسب دين عادي و لا تخضع بذلك لقواعد القانون الصرفي الذي منه مرور الزمن الوارد بالمجلة التجارية.

٢) و لا يكون مرور الزمن التجاري ساري المفعول الا بالنسبة لشخصين أحدهما دائن يقتضى الكسبيالة موضوع الطلب و الآخر مدین بها بحكم انشائها أو مشاركته في تداولها أو في خلاصها و بذلك يطبق على كل دعوى ناشئة عن تلك الكسبيالة الواقع على أساسها المطالبة (١) فهو ينطبق على مطالبة الساحب و المسحوب عليه القابل و المظهر و الكفيل و المتداخل القابل أو الوفي و على العكس من ذلك فان مرور الزمن هذا لا ينطبق على المسحوب عليه الغير القابل للكسبيالة و كذلك الساحب لحساب صاحب حقيقي و كذلك المظهر تظهيرا بوكيليا في علاقته بالمظهر له بتلك الصفة مثل تظهير العامل للكسبيالة تظهيرا بوكيليا لسرف ما لقبض مبلغها فهؤلاء الاشخاص جميعا يعضمون فيما بينهم من علاقات الى قواعد القانون المدني من حيث مرور الزمن و هذا ناجم عن أن علاقاتهم لم تكن مبنية على تلك الورقة التجارية موضوع المطالبة بل على أساس علاقات أخرى كالوكالة أو تصرف الفخولي أو الاتراء بدون سبب بحسب الاحوال.

٣) لا ينطبق مرور الزمن التجاري الا على الدعاوي المتعلقة بالالتزامات صرفية أي على امضاء الكسبيالة نفسها أو الضمانة ان نص القانون التجاري على اعتبار ذلك صحيحا و مرتبطا بالورقة التجارية مثل الكفيل الذي يكتب عقد التكميل و يضمنه في شأن تلك الكسبيالة و يبين به المكان الذي تست فيه تلك الكفالة (الفصل ٢٨٩ من المجلة التجارية) بحيث ينبغي أن تكون الدعوى موضوع المطالبة أساسا الالتزامات المرتبطة بالكسبيالة من خلال التوقيع عليه من طرف النقام هذه .

(١) ادوارد عيد - الاسناد التجارية - فقرة ٢٧٦

بالملاقات الشخصية بين أشخاص الكمبيالة البنية على علاقاتهم الخاصة السابقة عن الالتزام بالكمبيالة لا دخل في الدعاوى الصرفية و هذا مثل مال المؤونة و مصدره لدى المسحوب عليه و كيف وفرة الساحب لديه من مال آخر أو بضاعة كان سلفها له أو أصل دين المظهر الذي بذمه للمظهر له أو سبب تكفل الكفيل للمساحب أو بأحد المظهرين فهذه كلها تخضع لمرور الزمن المدني العادي لأنها ليست بناشئة عن الكمبيالة و بالتالي ليست موضوع دعوى صرفية و مكذا لا تخضع لمرور الزمن التجاري و منشأ ذلك أن القاعدة في الأوراق التجارية أنها لا ينقضي بقتضاها الدين الأصلي فتجديد الدين بالكمبيالة لا يترتب عنه انقضاء الدين الأصلي بل هو لا ينقضي فالورقة التجارية إذا ما تعرض حاملها لمرور الزمن التجاري فإنه يبقى على حدة في المطالبة على أساس القواعد العامة الواردة بالقانون المدني و لا يحتج ضده عندئذ إلا بمرور الزمن العادي . غير أننا نلاحظ أن فريقاً من الفقهاء الفرنسيين يرون خلاف ذلك و يعتبرون مرور الزمن الصرفي يسري على الدعاوى الصرفية و غير الصرفية طالما أن المطالبة كانت مؤسسة على الكمبيالة التي تعتبر عملاً تجارياً برمته (١) غير أن هذا الاتجاه غير معتمد لما فيه من بعد بالكمبيالة عن مفهومها الأصلي من كونها ورقة تجارية الدين الموجود بها مستقل تماماً عن كل دين أصلي سابق و لا صلة لهذا الدين بالكمبيالة أصلاً و إلا أصبحت هناك إمكانية للاحتجاج بالعلاقات السابقة على الحامل للكمبيالة و هو الأمر الذي استبعد تماماً في كافة أحكام الورقة التجارية عملاً بالفصل ٢٨٠ من المجلة التجارية .

(١) ماسال و لافارد و جوفري - الوسيط في القانون التجاري - ج ٢ - فقرة

٢٨٧ - و طالما قلنا أن الشرع التونسي نفسه قد أخذ بالترقة بين الدعاوى الصرفية و الدعاوى العادية فإنه بدون شك سوف لن ينطبق مرور الزمن التجاري على عدد من الدعاوى التي هي ليست بدعاوى صرفية و هي التالية:

(١) فح الملاقة بين الساحب و المسحوب عليه:

أحياناً المسحوب عليه رغم كون الساحب وفر لديه المؤونة ليسد مقابل الكمبيالة بعدم قبوله لها أو أنه فليس أو توفت عن دفع ديونه أو وقعت علة مكاسبه دون جدوى فاضطر الساحب للوفاء بالكمبيالة للحامل منها سوف يرجع على المسحوب عليه لا على أساس الدعاوى الصرفية بل على أساس أحكام مجلة الالتزامات والعقود معتدداً ماله من علاقات سابقة به خارجة تماماً عن الكمبيالة من كونه وكيله عنه لدفع مبلغ الكمبيالة أو حالاً محله في انوفاء باعتباره مدينا له بالمال موضوع المؤونة .

(٢) فح علاقة المسحوب عليه القابل بالساحب:

قد يحدث أن المسحوب عليه يقبل الكمبيالة و الساحب لم يوفر لديه المؤونة فيضطر للوفاء بالكمبيالة في الاجل عملاً بالفصل ٢٨٧ من المجلة التجارية فيبقى له حق الرجوع على ذلك الساحب و يكون قيامه ضده على أساس أحكام القانون المدني باعتباره وكيله عنه أو منصرفاً تفويضاً أو بوسمه مفرضاً له و الأمر بالمثل إذا دفع المسحوب عليه الكمبيالة على أساس العرض صراحة بأن يذكر بأن الدفع كان على المكشوف فهنا سوف يقوم ضد الساحب الذي لم يوفر المؤونة طبقاً لأحكام القانون المدني لأنه لا توجد علاقة صرفية بينهما وبالتالي ليس له دعوى صرفية ضده و متى قام عليه على أساس أحكام القانون المدني لا يمكن لساحب التسك بأحكام مرور الزمن التجاري لعدم انطباقه عليه بل المنطبق عليه هو مرور الزمن المدني العادي .

٢) فح علاقة الحامل بالمسحوب عليه:

عند رجوع الحامل على المسحوب عليه القابل للكبيالة أو غير القابل لها و المتوفرة لديه الوثيقة مطالبا اياه على أساس انتقال ملكيتها له فانه عندئذ ليس للمسحوب عليه التمسك ضده بمرور الزمن التجاري و ذلك لان الحامل أسس دعواه من البداية على أحكام القانون المدني و عليه فانه لا يسري عليه الا مرور الزمن العادي .

٤) فح العلاقة بين الحامل و الساحب:

في صورة قيام الحامل التمسك على الساحب الذي لم يوفر الوثيقة لدى المسحوب عليه وفق القانون فانه عندما يقوم ضده سوف يؤسس طلبه على أساس قاعدة الاثراء بدون سبب (الفصل ٧١ و ما بعده من مجلة الالتزامات و العقود) و بذلك فان مرور الزمن الذي ينطبق عليه في هذه الحالة ليس مرور الزمن التجاري بل مرور الزمن المدني العادي الذي طبعا هو أطول بكثير من مرور الزمن التجاري..

٥) فح علاقة الكفيل أو القابل بالتدخل بالمسحوب أو الواقع القبول لفائدته:

منا رجوع ذلك الكفيل أو القابل بالتدخل بالشخص الكفول أو الواقع القبول لفائدته ليس مبناه قانون الصرف بل مبناه العلاقة الشخصية الرابطة بينه و بين ذلك الملتزم من عقد كفالة أو وكالة أو تصرف نصولي بحسب الاحوال و هي جميعها لا يمكن أن تكون الا موضوع دعوى مدنية و عليه فان الكفول أو التدخل لفائدته بالقبول لا يمكنه التمسك بمرور الزمن التجاري لعدم أحقيته في ذلك التمسك طالبا أن علاقته بالمدعي لم تكن أساسا الورقة التجارية بل أساسا عقد مدني صرف.

الفقرة الثانية:

مدة مرور الزمن التجاري و كيفية حسابها

٢٨٧- أولا: مدة مرور الزمن التجاري:

أن مدة مرور الزمن على الدعاوى المؤسسة على الكبيالة تضمنها الفصل ٣٢٥ من المجلة التجارية و هي تختلف باختلاف الشخص المقام ضده من كونه مسحوبا عليه أو ساحب أو مظهر لذلك سوف نتناول بالدرس وضحية كل مقام ضده على حدة.

١) المسحوب عليه:

المقصود بالمسحوب عليه لا قبل قبوله للكبيالة لانه في هذه الحالة لا يمكن القيام ضده على أساس القانون الصرفي اذ ليست هناك دعوى صرفية ضده بل المقصود هنا المسحوب عليه الذي قبل الكبيالة اذ يقبله لها أصبح المدين الاسلي بها و عليه الوفاء بصلتها وفق أحكام الفصل ٢٨٧ من المجلة التجارية .

و نحن بقراءة الفقرة الاولى من الفصل ٣٢٥ من تلك المجلة التي نصها ما يلي (جميع الدعاوى الناشئة عن الكبيالة و الموجبة على قابليها تسقط بمضي ثلاثة أعوام من تاريخ حلول أجل الاداء) نلاحظ ان المشرع لم يستعمل كلمة المسحوب عليه بل استعمل كلمة قابليها لكن هذا الاستعمال لا يجعلها تنصرف لغير المسحوب عليه لانه الوحيد الذي يقبل الكبيالة و حتى و ان كان هناك قبول بالتدخل فان هذا التدخل لا يكون قابلا لفائدة المسحوب عليه بحال و هذا ما يستنتج من الفصل ٣٢٢ من المجلة التجارية كما أن القيام ضده يكون بنفس الكيفية و له نفس حقوق من تدخل لفائدته بالقبول من ساحب أو مظهر أو كفيل و هؤلاء لهم أجال خاصة بهم في شأن مرور الزمن سوف نراها مستقبلا و ما دامت الفقرة المشار اليها خاصة بالمسحوب عليه القابل

للكمبيالة فائدا تلاحظ أن المشرع جعل مدة مرور الزمن في غموصه هي أطول مدة واردة بالفصل ٢٢٥ بالمقارنة مع المدة الأخرى الخاصة بالساحب والمظهر والتكفل وسبب جعل هذه المدة طويلة وهي ثلاث سنوات كان نتيجة اعتبار المشرع المسحوب عليه القابل هو المدين الأصلي بالكمبيالة كنهنا سبق بسطه ولذلك ليس من المنطق جعله يتعلم من التزاماته في أجل قصير جدا بخلاف الأمر بالنسبة لمبره من الملتزمين بالكمبيالة من صاحب ومظهرين وكلائهم جميعا يعتبرون ضامنين في الوفاء بها فقط .

٢) الساحب والمظهر:

أن مدة مرور الزمن بالنسبة للساحب والمظهرين في صورة القيام ضدهم من طرف الحامل حددها المشرع بالفقرة الثانية من الفصل ٢٢٥ من المجلد التجارية بسنة واحدة وهي مدة قصيرة نسبيا بالمقارنة مع المدة التي جعلت للقيام ضد المسحوب عليه وهذا لأنه كما قلنا اعتبر المشرع الساحب والمظهرين بمثابة الضامنين في الوفاء فقط وليسوا مدينين أصليين بالكمبيالة وإن كان هذا التعليل غير كاف في نظري لأنه أحيانا الساحب نفسه يكون مدينا أصليا بالكمبيالة وهي صورة ما إذا لم يقبل المسحوب عليه تلك الورقة التجارية فالرجوع على الساحب هنا يعتبر في الحقيقة مدينا أصليا بها وربما المشرع جعل مدة مرور الزمن بسنة بالنسبة للساحب في جميع الأحوال قد راعى في ذلك إمكانية الرجوع عليه حتى قبل حلول أجل الوفاء بالكمبيالة في حالة رفض المسحوب عليه للقبول أو إعلان إفلاسه أو توقيعه عن دفع ديونه أو عقلة مكاسبه ولم تأت هذه المظلة بنتيجة فهنا أراد المشرع دفع الحامل للحرس على حقوقه وعدم ترويق حلول أجل الوفاء للقيام ضد الساحب بل دفعه للقيام ضده حتى قبل حلول أجل الخلاص تفاديا لما قد يحمل من مخي المدة في حق ذلك الساحب.

٢) رجوع المظهرين على بعضهم بعضا أو على الساحب:

طالما أن القيام من المظهر على مظهر مثله أو على الساحب هو رجوع ضامن على ضامن فليس من المنقول أن تعطى لهم من المدة ما يجعل قيامهم على بعضهم البعض يتجاوز ما هو مغول للحامل ضد هؤلاء الضامنين أو مساويا لهم لذلك نجد المشرع جعل مدة مرور الزمن بالنسبة لهؤلاء الأشخاص ستة أشهر فقط وفي جعل المدة بهذا القصر بالنسبة لهم فيه فائدة حتى لا يبتى المظهر الذي دفع مبلغ الكمبيالة مدة طويلة مهددا المظهر الذي قبله بالرجوع عليه والحال أن الرجوع ضد المدين الأصلي بالكمبيالة الذي هو المسحوب عليه القابل محدد بأجل قصير نسبيا وهو ثلاث سنوات.

٤) الرجوع على الكفيل أو المتدخل القابل أو رجوعهم على

مغفولهم أو الواقع التدخل لفائدتهم :

أن الكفيل أو المتدخل القابل كلاهما لم يرد لهما ذكر بالفصل ٢٢٥ من المجلد التجارية المتعلق بمرور الزمن فهل انهما يخضعان للقواعد العامة للقانون المدني أم كيف الأمر بالنسبة لهما ؟ وهنا نفرق بين القيام ضدهما والقيام من طرفهما.

١- القيام ضدهما:

أنه بالرجوع للفصل ٢٨٩ من المجلد التجارية نجده اقتضى بأن الكفيل يلتزم بمثل ما التزم به المكفول وعليه ننظر للمكفول ونطبق على الكفيل مدة مرور الزمن المخصصة لهذا الأخير فإذا كان كافلا للساحب أو أحد المظهرين وكان القيام ضده من طرف الحامل فإن مدة مرور الزمن بالنسبة لهذه الحالة تكون سنة وإن كان كافلا للمسحوب عليه فتكون المدة ثلاث سنوات .

و بالنسبة للمتدخل القابل فإنه بدوره حسب الفصل ٣٢٢ من المجلد التجارية يكون ملزما للحامل وللمظهرين التابعين لمن صدر التدخل

لنأخذ على الوجه الذي التزم به هذا الأخير،
و معنى ذلك أنه يأخذ حكم التداخل لفائدة في مرور الزمن و طالما أن
القبول بطريق التداخل لا يكون إلا لفائدة الساحب أو أحد المظهرين
دون المسحوب عليه كما تقدم بسطه فإن مدة مرور الزمن بالنسبة
للقابل التداخل لا تتجاوز السنة إذا كان الرجوع واقعا من الحامل
و ان كان الرجوع واقعا من أحد المظهرين أو الساحب فإن مدة مرور
الزمن تكون ستة أشهر.

ب - القيام منقضا:

طالما أن الكفيل و القابل بطريق التداخل يكتمان حقوق من وقعت
كفالت بالنسبة للكفيل و من وقع القبول بالتداخل لفائدة بالنسبة
للمتدخل فإن علاقتهما ببقية الملتزمين بالكفيلة سوف تكون على نفس
مستوى من وقعت كفالت أو التداخل بالقبول لئلا يمتنع و عليه فإنه
بالنسبة للكفيل متى أدى مبلغ الكفيلة عوضا عن مكفوله فله الرجوع
على الساحب و المظهرين و كفلائهم في مدة ستة أشهر و ان كان الرجوع
على المسحوب عليه القابل للكفيلة فله اليوم بذلك طيلة أمد ثلاث
سنوات .

و نفس القاعدة تطبق على القابل للكفيلة بالتدخل في حالة رجوعه
على الساحب أو المظهر فائدة ستة أشهر و ان كان رجوعه على المسحوب
عليه فائدة ثلاث سنوات.

٢٨١ - فائده: حساب مدة مرور الزمن:

ان حساب مدة مرور الزمن التجاري يتطلب منا معرفة بداية المدة أولا ثم
نحسب لكيفية حساب المدة نفسها :

١ - بداية مدة مرور الزمن:

٢٨٥ - ان بداية مدة مرور الزمن التجاري بالنسبة للكفيلة تختلف
بحسب الشخص المقام ضده و هي كالتالي:

(١) بالنسبة للمسحوب عليه يبدأ حساب المدة من تاريخ حلول أجل
الاداء و كلمة حلول أجل الاداء الواردة بالفقرة الاولى من الفصل ٣٢٥ من
المجلة التجارية ينبغي أن تفهم بمعناها الاصل و الاعم بحيث اذا مدد
أجل الاداء بحكم من القانون أو باتفاق الاطراف المعتمد هو أجل الاداء
الجديد كما أن أجل الاداء الوارد بالكفيلة هو المعتمد أما وجوب
الاداء الذي كان نتيجة افلاس الساحب أو المسحوب عليه أو توقف
هذا الأخير عن الدفع فإنه لا يعتبر أجل أداء و لا يحسب من بدايته ذلك
التاريخ أجل الاداء بل يحسب من بداية أجل الاداء الحقيقي الوارد
بالكفيلة.

هذا كله اذا كان أجل الاداء محددا بالكفيلة أما اذا لم يكن بها أجل
واضح و انما هي واجبة الغلاص لدى الاطلاع فإنه عندئذ يسري
الأجل بداية من تاريخ تقديمها للاطلاع (١) و ان كانت مستحقة الدفع بعد
مدة من الاطلاع فيكون بداية الاجل من تاريخ القبول أو من تاريخ
تحرير محضر الاحتجاج وفقا لاحكام الفصل ٣٥٠ من المجلة التجارية
و اذا لم يقع عرض الكفيلة على القبول أو لم يحرر في شأنها
الاحتجاج فإن المعتمد انقضاء التاريخ الذي كان ينبغي أن يحرر فيه
محضر احتجاج ذلك.

و اذا كانت الكفيلة مدرجا بها شرط الرجوع بدون مصاريف فان الاجل
يشترع في حسابه من تاريخ عرضها للقبول.

(١) حكم تجاري صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد ١٢٧١ بتاريخ ٢٠
أكتوبر ١٩٦٤ ، مجلة القضاء و الشريعة عدد ٩ و ١٠ نوفمبر و ديسمبر
١٩٦٤ - صفحة ١٦٢ .

٢) بالنسبة للمساكنة و المطمحين:

ان الفترة الثانية من الفصل ٢٢٥ من المجلد التجارية أدت في حالة قيام الحامل على المسكن أو أحد المطمحين بقاعدتين احداهما بداية حساب الاجل من تاريخ تحرير الاحتجاج و لا يهم ما اذا كان الاحتجاج قد حرد لعدم القبول أو لعدم الوفاء وهذا اعتبار لكون الحامل من ذلك التاريخ يمكنه ممارسة حقه في الرجوع كما أنه في صورة اعلان افلاس المسحوب عليه أو المسكن للكبيالة لا يضمن عرضها على القبول فان الاجل بحسب من تاريخ اعلان الافلاس ذاك و هذا نظرا لاعفاء المشرع الحامل من تحرير محضر احتجاج في هذه الصورة لممارسة دعوى الرجوع (الفقرة الاخيرة من الفصل ٢٠٧ من المجلد التجارية) فهو اعتبر ذلك الحكم بمثابة محضر الاحتجاج فهاخذ حكمه.

و ثانية القاعدتين بداية الحساب تكون من تاريخ حلول أجل الاداء و ذلك عندما يشترط بالكبيالة الرجوع بلا مصادف (الفقرة الثانية من الفصل ٢٨٢ من المجلد التجارية) فانه عندئذ علينا أن نفرق بين سدور ذلك الشرط عن المسكن و يصبح حساب بداية الاجل من تاريخ حلول أجل الاداء و ان كان هذا الشرط صادرا عن أحد الملتزمين بالكبيالة غير المسكن فان الاجل لهذا الشخص يبدأ حسابه من يوم حلول أجل الاداء بينما بالنسبة لباقي الملتزمين بالكبيالة من تاريخ الاحتجاج و ذلك اعمالا لاحكام الفقرة الثالثة من الفصل ٢٠٩ من المجلد التجارية .

و بذلك نلاحظ أن السبدأ بحسب بداية الاجل من تاريخ الاحتجاج و حتى ان كان واجبا و لم يقع القيام به فيقع الحساب من التاريخ الذي كان من الواجب اجراء الاحتجاج فيه وفق أحكام الفصل ٢٠٧ من المجلد التجارية.

٣) بالنسبة لقيام المطمحين على بعضهم بعضا أو على

المساكنة:

ان بداية حساب المدة حسب الفقرة الثالثة من الفصل ٢٢٥ من المجلد التجارية هو بحسب الاحوال اما بداية من تاريخ دفع مبلغ الكبيالة من طرف المطمحين القائم بدعوى الرجوع ان كان ذلك الدفع حصل حيا للحامل بأي وجه من أوجه الوفاء المحدد بالقانون المدني.

و اذا كان الرجوع من ذلك الشخص نتيجة القيام عليه بالدعوى فان الاجل يبدأ حسابه من تاريخ القيام ذاك و هنا نتساءل عن تاريخ القيام بالدعوى ما هو ترسيم القضية بكتابة المحكمة أم تاريخ ابلاغ الاستدعاء من طرف الحامل للمطمحين أو المسكن؟

هنا طالما ان رفع الدعوى لدى قاضي الناحية يتم بغير الطريقة التي ترفع بها لدى المحكمة الابتدائية فان بداية حساب الاجل بالنسبة لقاضي الناحية يكون من تاريخ ترسيم القضية بدفاتر المحكمة ان كان الاستدعاء للجلسة سبق ابلاغه بالطريقة الادارية (الفصل ٤٣ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية) اما اذا اتبع الحامل طريقة الاستدعاء بواسطة عدل التنفيذ قبل ترسيم القضية بكتابة المحكمة فان تاريخ ابلاغ الاستدعاء هذا يعتبر هو تاريخ القيام بالدعوى و اما اذا كانت القضية التي رفعها الحامل ستعشر لدى المحكمة الابتدائية فان حساب الاجل يكون بداية من تاريخ ابلاغ الاستدعاء لان هذه هي الطريقة الوحيدة التي ترفع بها القضية لدى المحكمة الابتدائية (الفصل ٦٩ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية).

٤) بالنسبة للمعقولة و القابلة بالتداخل:

كان حساب مدة مرور الزمن بالنسبة لكل واحد منهما بحسب على نفس القواعد السابقة بحسب مركزه القانوني من كونه كميل للمسحوب عليه فتعصب المدة بداية من تاريخ حلول أجل الاداء أو كافي للمساكن من

تاريخ الاحتجاج أو من تاريخ حلول أجل الاداء ان كانت الكسبالة مختلفة على شرط الرجوع بلا مساريق و اذا كان القائم حده هو الحامل أو أحد المظهرين فبداية من تاريخ الدفع و إلا من تاريخ القيام بالدعوى بحسب الأحوال كما سبق بسطه.

و نلاحظ أنه اذا كان كفيلا لأحد المظهرين فان قيامه على الساحب يكون بداية من تاريخ الدفع أو من تاريخ القيام بالدعوى طبق أحكام الفقرة الثالثة من الفصل ٢٢٥ المذكور.

و حساب المدة المذكورة بالنسبة للكنيل هو عنه يقع اتباعه بالنسبة للتدخل الفاعل عدا كونه لا يتصور حصول تدخل بالقبول لصالح المسحوب عليه لذلك لا يتضح لأجل الثلاث سنوات المجمول للمسحوب عليه طالما أنه لا يدخل لتأثيره بالقبول.

٢٨٦ - ب - كيفية حساب مدة مرور الزمن:

ان كيفية احتساب مدة مرور الزمن تعرضت لبعض أحكامها المجلة التجارية بالفصول ٢٢٦ و ٢٢٧ و ٢٢٨ و تركت الباقي دون بيان لذلك ينبغي اعتبار ما جاء بمجلة الالتزامات و العقود من أحكام في هذا المجال ان لم تكن متعلقة للأحكام الخاصة بمرور الزمن الواردة بالمجلة التجارية .

فاذا كان أجل الاداء قد حل و سادف في ذلك اليوم ان كان يوم عيد رسمي فان أجل الاداء يعتبر عندئذ هو أول يوم عمل يلي ذلك اليوم و بذلك يكون حساب الاجل من ذلك اليوم الذي أصبح فيه الاداء واجبا و الامر بالنسبة اذا كان اليوم الواجب اجراء الاحتجاج فيه هو يوم عيد رسمي فانه ينبغي اجراؤه في أول يوم عمل يليه (الفصل ٢٢٦ من المجلة التجارية) بحيث الاجل يعتبر ممددا الى اليوم الموالي ليوم العيد على شرط أن يكون ذلك اليوم يوم عمل ممددا و قد اعتبر المشرع الاهام التي لا يمكن المطالبة فيها بتأجيل يوم العيد الرسمي (الفصل ٢٢٧ من نفس

المجلة و هكذا فانها اذا صادف حلول أجل الوفاء أو أجل تحرير الاحتجاج مثل ذلك اليوم فالمتقدم أول يوم عمل موال لذلك اليوم (١). وقد اضاف المشرع حكما اخر في كيفية حساب الاجال فلاحظ بأن أيام الاعهاد الحالة أثناء سريان الاجل تحسب من ذلك الاجل بحيث لا يقع غصبها من الأيام المحسوبة في الاجل.

بقي علينا أن نلاحظ أن الفصل ٤٠١ من مجلة الالتزامات والعقود مادام لا يحارص مقتضيات المجلة التجارية فانه يؤخذ بعين الاعتبار لاجراء حساب مرور الزمن و قد اقتضى ذلك الفصل بأن (حساب المدة يكون بالأيام الكاملة لا بالساعات و يوم ابتداء المد لا يحسب منها و تتم بانقضاء اخر يوم منها) و بذلك فانه اذا بدأت في حساب مدة مرور الزمن اليوم الذي سيبدأ منه الحساب اذا كان كسر يوم فلا يقع حسابه تماما كما أن يوم المد نفسه لا يدخل في الحساب فمتى نقول الحساب يبدأ من يوم حلول أجل الوفاء معنى ذلك أن المد ينبغي أن يكون من اليوم الموالي فاذا كان يوم حلول الاجل الخامس من الشهر فالحساب ينبغي أن يبدأ من اليوم السادس و هكذا كما أن اخر يوم في الاجل ينبغي أن يكون انقضى بكامله فاذا كان اخر يوم في الاجل هو ٢٥ فانه ليعتبر الاجل انقضى ينبغي الحساب الى بداية يوم ٢٦ بحيث يكون كامل ٢٥ قد دخل في الاجل. هذا و الذي نلاحظه أنه في نهاية أجل مرور الزمن اذا صادف ذلك اليوم يوم عيد رسمي فانه مع ذلك يحسب من الاجل و ذلك لعدم وجود نص قانوني يسمح بمثل ذلك العديد بخلاف ما لاحظناه في أجل الاداء و أجل تحرير الاحتجاج الذي نصت عليه المجلة التجارية صراحة.

(١) ادوارد عيد - الاسناد التجارية - فقرة ٢٨٢ .

القسم الثالث:

انقطاع مرور الزمن ووقوفه

٢٨٧ - لقد تعرض المشرع بالفصل ٢٢٥ من المجلة التجارية الى موضوع انقطاع مرور الزمن و توقفه انما تعرضه لهما كان باقتضاب لا يمكن معه الاكتفاء بتلك الاحكام للوقوف بدقة و بكل تفصيل على احكام مذهب الامرين و المشرع فعل ذلك تمدا تاركا المجال مفتوحا لتطبيق احكام مجلة الالتزامات و العقود الواردة في هذا الباب بالقدر الذي لا تتخالف فيه مع احكام المجلة التجارية و من هذا المنطلق سوف ندرس احكام انقطاع مرور الزمن أولا ثم ثانيا احكام توقفه اعتمادا على ما جاء بمجلة الالتزامات و العقود باعتبارهما متممة للمجلة التجارية فيما تتخالف معها فيه ثانيا.

٢٨٨ - أولا: قطع مدة مرور الزمن:

ان قطع مدة مرور الزمن التجاري وقع التنصيص عليه بالفصل ٢٢٥ من المجلة التجارية فهو يقطع بحكم صادر بالاداء و باعتراف بالدين بحجة مستقلة فهل ان هذان السببان هما الوحيدان اللذان من شأنهما قطع مدة مرور الزمن أم هناك أسباب أخرى ؟

انه بالرجوع لمجلة الالتزامات و العقود نجد أسباب قطع المدة بمرور الزمن يفتح لمعدي الأسباب التي منها ماورد بالمجلة التجارية فهل المشرع عندما ذكر الحكم بالاداء و الاعتراف بالدين بالمجلة التجارية كان قصده عدم الاخذ بباقي الأسباب الواردة بمجلة الالتزامات و العقود ؟ يبدو أن هذا الاتجاه غير وارد و انما هو ذكر بعض الأسباب نظرا لخصوصيتها فقط و هي أسباب في الحقيقة معتبرة مجددة للدين تماما و الحقيقة مرور الزمن المنطبق عليها هو مرور الزمن الخاص بالشكل

الذي أعطي له ذلك الدين فمعد صدور حكم بالاداء ان توفرت شروط معينة فيه فان الدين يصبح مصدره ذلك الحكم ونحن نعلم أن الاحكام بسقط الحق في تنفيذها بمرور عشرين عاما اذ يبطل العمل بها بعد ذلك التاريخ فقد اقتضى الفصل ٢٥٧ من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بأنه (يبطل العمل بالحكم ببني عشرين سنة مسيحية من تاريخ يوم صدوره).

و الملاحظ أن قطع مرور الزمن هذا الناتج عن حكم يكون ساري المفعول و لو كان ذلك الحكم قد صدر ضد الكفيل و ذلك علا بالفصل ١٥٢٠ من مجلة الالتزامات و العقود الذي يقتضي (ما يمنع سقوط الدعوى بمرور المدة في حق الاصيل ينسحب على الكفيل). وفقه القضاء في تونس أكد هذا المعنى بالقرار التعقيبي الصادر في ١٣ أفريل ١٩٨١ (١).

كما أنه بالنسبة للاقرار بكتب مستقل يصبح يقتضي ذلك الاقرار الكتابي هناك تجديد للدين لانه في هذه الحالة انفصل الدين عن الكميالة و أصبح مصدره ذلك الاقرار بكتب مستقل و بالتالي فانه يصبح خاضعا لمرور الزمن المادي لا لمرور الزمن التجاري فهذا المنظار الذي جعله المشرع أمارة في خصوص السببين المذكورين هو الذي جعله يذكرهما على وجه العموم.

و على كل فانه طالما لم تنص المجلة التجارية بالصرح على منع الاخذ بأسباب قطع مدة مرور الزمن الواردة بمجلة الالتزامات و العقود فانه من المتجه اعتمادها كأسباب قاطعة لمدة مرور الزمن التجاري و هذا ما انتهى اليه كافة فقهاء القانون التجاري في الموضوع ونحن سوف

(١) القرار التعقيبي المدني عدد ٢٨٨١ الصادر في ١٣ أفريل ١٩٨١ نشرية محكمة التعقيب - ج السنة ١٩٨٢ - القسم المدني صفحة ١٩٢ .

استمر أسباب القطع هذه ثم تأثيرها على الالتزام الصوري.

١ أسباب قطع مدة مرور الزمن:

(١) المطالبة بالدين:

٢٨٩ - لقد اقتضت الفقرة الاولى من الفصل ٢٩٦ من مجلة الالتزامات والعقود ما يلي: (مرور الزمن الممن لسقوط الدعوى ينقطع في الصور الآتية :

أولاً: اذا قام الغريم على المدين و مطالب بالوفاء بما عليه على طريق الحاكم و على غير طريقه بما له تاريخ ثابت و لو كان الطلب لدى حاكم لا نظره في النازلة أو كان باطلا لتقص في صوره القانونية).

فهنا المشرع جعل جميع أنواع المطالبة متى كان لها تاريخ ثابت تقطع مدة مرور الزمن بحيث هناك مطالبة لدى القضاء أو ليست هناك مطالبة المهم وقعت مطالبة المدين بالوفاء بشيء ثابت التاريخ و لو مكتوب مضمون الوصول .

كما ان المطالبة لدى القضاء تكون قاطعة لمدة مرور الزمن و لو كان القيام لدى قاضي غير مختص و قد ذهب فقهاء القضاء الى أبعد من ذلك فاعتبر القيام بطلب اعلان افلاس المدين بالكسبالية بمثابة مطالبة ببلغها و عليه فان هذا العمل هو قاطع لمدة مرور الزمن (١) لكن اذا اقتضت المحكمة برفض طلب اعلان الافلاس فان ذلك العمل القاطع في خصوص القضية الافلاسية يعتبر كأنه لم يكن و يتواصل مرور الزمن التجاري حتى يكتمل .

والملاحظ أن قطع مرور الزمن في صورة اقامة الدعوى يبقى مستمر الى اخر اجراء قضائي بحيث لا يبدأ في الحساب من جديد الا من اخر عمل

(١) ادوارد عبد - الاسناد التجارية - مامش صفحة ٦٣٢ .

اجرائي فلوان القضية رفعت يوم ٢٠ جوان ١٩٨٦ و استمر النظر فيها و في كل مرة يقع اجراء عمل قضائي في شأنها فان الحساب يبدأ من تاريخ اخر عمل قضائي فيها مثل محضر ادخال الطرف الثالث أو اجراء اعمال اختيار فيكون الحساب بداية من اخر عمل و هذا تطبيق لمقتضيات الفقرة الرابعة من الفصل ٢٢٥ التي جاء بها (لا تسري مدة مرور الزمن في حال اقامة الدعوى الا من يوم اخر اجراء قضائي).

لكن اذا وقع تمطيل للقضية وفق أحكام الفصل ٢٤١ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية لم تم الحكم بسقوط القضية لمضي ثلاثة أعوام على تمطيلها وفق الفصل ٢٤٤ من نفس المجلة فانه عندئذ تعتبر الدعوى كأن لم تكن حسب صريح الفصل ٢٤٦ من نفس المجلة و بالتالي فان حساب مدة مرور الزمن يرجع في حسابها الى تاريخ بداية السريان الواردة بالفصل ٢٢٥ من المجلة التجارية أي تاريخ وجوب الاداء أو تاريخ الاحتجاج بحسب الاحوال.

(٢) الامتياز بالدين:

٢٩٠ - تنقطع مدة مرور الزمن بالاعتراف بالدين وقد أقر الفصل ٢٩٧ من مجلة الالتزامات و العقود بأوجه مختلفة لهذا الاعتراف و لم يوردما على سبيل الحصر بل أتى بها بطريق التشثيل و هذا يؤخذ منه أن كل طريقة يشتمل منه أن المدين اعترف بالدين تعتبر قاطعة لمدة مرور الزمن و قد أتى الفصل المذكور بصور تعتبر اقراراً بالدين كتحرير الحساب بينه و بين الدائن بحيث اذا طلب المدين اجراء الحساب مع الدائن اعتبر منه ذلك اعترافاً بالدين أو أن يمسد ذلك المدين الى دفع جزء من مبلغ الكسبالية بكتاب ذي تاريخ ثابت أو أنه طلب أجلاً للدفع أو أنه أتى بضامن للحامل أو قدم له أي وثيقة أخرى ضماناً للمدين أو أنه عند القيام هذه من طرف الحامل يطلب اجراء المقاصة مع الحامل في دين له عليه فهذه حالات جميعها اعتبرتها مجلة الالتزامات و العقود صورا من الاعتراف

بالدين .

بقي هذا الاعتراف الوارد بسجلة الالتزامات و العقود يعتبر جميعه من القاطع لمدة مرور الزمن التجاري لا أكثر و لا أقل بينما نجد الاقرار المتحدث عنه بالسجلة التجارية بالفصل ٢٢٥ بل هو عينه الاقرار الوارد بسجلة الالتزامات و العقود هنا يبدو أن الاقرار الوارد بالسجلة التجارية ذو طبيعة خاصة أ بها و نتائجها خاصة أ بها.

فهذا الاقرار حسب السجلة التجارية ليكون صحيحا ينبغي أن يحصله في كتب مستقل و قد زاد الفقه شرطاً آخر زيادة عن الكتب المستقل أن يكون هذا الكتب دالا على تجديد الدين الوارد بالكسبالة و دليلهم على وجوب توفر هذا الشرط هو أن المشرع جعل الاقرار بكتب مستقل والحكم بالاداء في نفس المستوى و نحن نعلم أن الحكم بأداء الدين يصبح مصدر الدين لا الكسبالة الصادر في شأنها ذلك الحكم و عليه إذا ما توفر الكتب المستقل ونية تجديد الدين بموجب ذلك الكتب فان مدة مرور الزمن الصرفي برمتها تصبح غير واردة و اما يصبح مرور الزمن التنظيقي هو مرور الزمن العادي الوارد بسجلة الالتزامات و العقود.

و قد اعتبر قيد مبلغ الكسبالة في الحساب الجاري للمدين بمثابة الكتب المستقل الوارد بالسجلة التجارية و يفقد بذلك الدين الوارد بالكسبالة كيانه الذاتي كدين موضوع كسبالة ليصبح قيدا من قيود الحساب الجاري و رقما من أرقامه و يندمج بذلك في سائر عمليات الحساب الوارد بذلك الحساب الجاري و تنطبق عليه عندئذ قاعدة مرور الزمن الخاصة بالحسابات الجارية (١) و هو لا يسلط على قيد معين من القيود الواردة

(١) حكم تجاري صادر عن المحكمة الابتدائية بسوسة عدد ٤٠٨ بتاريخ ٢٨ أبريل ١٩٦٩ غير منشور.

بالحساب بل على فاضل الحساب الجاري برمته بعد قفله (الفصل ٢٢٧ من السجلة التجارية) (١).

هذا وان الاعتراف بالدين ليكون قاطعا لمرور الزمن ينبغي التسك به من طرف من يمه الامر و يكون ذلك أمام محكمة الموضوع بحيث اذا اثير لأول مرة أمام محكمة التمييز فلا يمتد به و هو ما ذهب له فقه الفقهاء بالقرار التمييزي الصادر في ٨ جويلية ١٩٧٦. (٢)

(٣) اذا طلب الدائن تقييده دينه مع بقية ديون المفسر :

٢٩١- ان هذا القاطع لمدة مرور الزمن التجاري ورد بالفقرة الثالثة من الفصل ٢٩٦ من مجلة الالتزامات والعقود و هو منطقي و له أساس من القانون إذ أن تقديم الدائن للكسبالة لأمين الفلسة لادراجه كدائن مع بقية الدائنين بجدول الديون هو الطريق الوحيد الذي بقي لذلك الدائن للمطالبة بدينه إذ ليس له المطالبة بدينه على انفراد أمام المحكمة بعد إعلان افلاس المدين بالكسبالة إذ أصبح هناك اتحاد دائنين يمثلهم أمين الفلسة و هو يتلقى جميع و ثائق الديون التي على المفسر و يدرجها بالجدول ان كانت ثابتة وفق احكام الفصلين ٤٩٩ و ٥٠٠ من السجلة التجارية و ان كانت محل منازعة تعال على المحكمة مع تقرير الحاكم المنتدب لثبوت في شأنها والمهم هنا أنه من تاريخ تقديم الكسبالة لأمين الفلسة تنقطع مدة مرور الزمن لكن تتسأل عن التاريخ الذي تبدأ فيه لمدة من جديد و ما هي طبيعتها اما في خصوص المدة

(١) محمد علي راتب - السندات الاذنية - فقرة ٦٤٨ - وشرح القانون التجاري اللبناني - ايلي و بيار صفا صفحة ٣٥٥ - ما يليها.

(٢) قرار تمييزي مدني عدد ٣٤٠ بتاريخ ٨ جويلية ١٩٧٦ - نشرية محكمة التمييز - جزء ٢ لسنة ١٩٧٧ - قرارات سنة ١٩٧٦ - صفحة ١٩٦ .

فيبدو لي أنه طائفا أن الفلسفة لم تختتم بأحد الحلول المطروحة عليها فإن الاجل يبقى غير سار و إنما إذا انتهت الفلسفة بأحد الحلول التي تجعل الدائن غير خالص في كميته فإنه عندئذ يبدأ الاجل في السريان من تاريخ استرجاع الدائن حقه في الرجوع على افراد و اما طبيعة مرور الزمن هذا فهو مرور الزمن التجاري إذ أن تسليم الكميته لا يمين الفلسفة لا يعتبر منه الدين تجدد أو تغيرت طبيعته .

٤- المقتضى:

٢٩٧ - لقد اقتضت الفقرة الثالثة من الفصل ٢٩٦ من مجلة الالتزامات و العقود بأن مدة مرور الزمن تنقطع و (إذا اتخذ المريم عملا من الاعمال القانونية لحجز أموال ائتمنيه أو لاستياء حقه منها أو استأذن من له النظر في اتخاذ تلك الوسائل) فهنا المشرع لم يحدد نوع العقول التي تقطع مدة مرور الزمن التجاري و عليه فإن المعلقة التصنيطية و كذلك المعلقة التوقفية جميعها تعتبر عملا قاطعا لمضي المدة بقي السؤال حول بداية انقطاع مل مو تاريخ استصدار الاذن باجراء المعلقة أو هو تاريخ المعلقة نفسها يبدو حسب نص الفصل أن تاريخ الاذن نفسه هو المعتمد نظرا لما ورد باخر الفقرة بقوله (أو استأذن من له النظر في اتخاذ تلك الوسيلة).

انما نلاحظ أن الاستئذان في حد ذاته لا يكون قاطعا لمضي المدة ان لم يكن مسحوبا باجراء المعلقة فعلا لان المشرع جعل العمل القاطع في المعلقة نفسها لا الاعمال السبقة لها.

ب- اثار انقطاع مرور الزمن التجاري:

٢٩٨ - ان من أهم اثار انقطاع مدة مرور الزمن موأته اذا حصل فان المدة تحسب من جديد و ما مضى منها فيل حصول ذلك العمل القاطع تعتبر كأنها لم تكن و هذا ما اقتضاه الفصل ٢٩٨ من المجلة التجارية . كما يلاحظ أنه وردت فترة غامسة بالمجلة التجارية بالفصل ٢٢٥ منها و هي

الفقرة الخامسة التي جاء بها قوله (ان قطع المدة لا يسري حكمه الا على من توجه اليه العمل القاطع) و معنى ذلك أن باقي المتزمتين بالكمياله الذين لم يتوجه لهم ذلك العمل القاطع يعتبر مرور الزمن الساري في حقهم هو مرور الزمن التجاري الاول (١).

وذلك العمل القاطع لا تأثير له عليهم و هذا بالنسبة للقانون التونسي لا غرابة فيه فالفصل ١٨٦ من مجلة الالتزامات نص على مثل هذا الحكم و يبدو أن لا مبرر لوجود مثل هذه الفقرة في المجلة التجارية و ان كانت موجودة بالقانون التجاري اللبناني و ذلك لان قانون الموجبات و العقود بالفصل ٢٦ منه نص على حكم مخالف لذلك بالنسبة للمدينين المتضامنين بينما في تشريعنا التونسي القاعدة في مجلة الالتزامات و العقود متطابقة مع ما ورد بالمجلة التجارية . ومع ذلك يبقى سؤال حول ما اذا كان الشخص الذي توجه له العمل القاطع باعتباره المدين الحقيقي بوسه الوارث له ثم يعين أنه الوارث الظاهر فقط فهل يسري ذلك العمل القاطع على المدين الحقيقي يبدو أن ذلك لا مفعول عليه حسب أحكام الفصل ٢٩٩ من مجلة الالتزامات و العقود ذلك أن هذا الوارث الظاهر شخصه هو شخص الوارث الاصلي حسب ما جاء به نص الفصل المذكور و لان الفقرة الخامسة من الفصل ٢٢٥ من المجلة التجارية غايتها عدم سريان العمل القاطع على غير الشخص الموجه لذلك العمل من الاشخاص المتزمتين بالكمياله فقط فاذا توجه ذلك العمل الى الساحب فإنه لا يقطع مرور الزمن بالنسبة للمظهرين و الكلاء و المسحوب عليه و مكذا اما وراث هذا الساحب الحقيقيون أو من كان منهم وارثا ظاهرا فقط فان ذلك العمل القاطع ينسحب عليهم بلا ريب.

(١) دائرة معارف دالوز - لفظة كمياله - فقرة ٥٤٧ وما بعد.

و نلاحظ من جهة اخرى أنه اذا توفي المدين بالكفيلة وكان ورثته عدة فان ذلك الدين موضوع الكفيلة يصبح ديناً مشتركاً بالنسبة لهم اذ هو دين على الشركة و ملزمون بأدائه جميعاً فهو دين غير قابل للقسمة و العمل القاطع لمرور الزمن عند أحدهم يسري على باقيهم عملاً بالفصل ١٩٥ من مجلة الالتزامات والعقود الذي اقتضى (أنه اذا وقع من أحد أرباب الدين الذي لا يقبل القسمة فصل في مدة سقوط الدعوى انتفع بذلك من سعة و كذلك اذا وقع مع أحد المدينين فصل في مدة سقوط القيام عليهم انسحب ذلك على جميعهم.

هذا و يشير الى أن العمل القاطع لمرور المدة تختلف آثاره باختلاف طبيعة ذلك العمل فاذا كان هذا العمل من نوع الأقرار يكتب مستقل و فيه نية تجديد الدين فان مرور الزمن التجاري هنا في الحقيقة لا ينقطع فقط بل يتلاشى تماماً و يحل محله مرور زمن جديد الذي هو مرور الزمن المدني و تكون مدته طبيعياً غير مدة مرور الزمن التجاري و الامر بالمثل بالنسبة لقطع مرور الزمن بقتضى حكم قضائي فهنا و مرور الزمن التجاري تلاشى وحل محله مرور الزمن المسقط لتنفيذ الأحكام عموماً.

٣٩٤- ثانياً: وقف مرور الزمن :

ان وقف سريان مرور الزمن التجاري في الكفيلات لا نجد بالمجلة التجارية احكاماً تخصه لذلك سوف نرجع للقواعد الواردة بمجلة الالتزامات والعقود الخاص بهذا الموضوع في خصوص ما لا تعارض فيها مع أحكام المجلة التجارية وسوف نتناول اذا أسباب وقف مرور الزمن التجاري ثم آثار هذا الايقاف .

٣٩٥- ١- أسباب وقف مرور الزمن التجاري :

بالنظر من الاحكام الواردة في الموضوع بمجلة الالتزامات و العقود نجد ما موضوع الفصول ٢٩١ و الفترة الأخيرة من الفصل ٢٩٢ و الفصل ٣٩٥. فالفصل ٢٩١ أنه بثلاث صور يقطع بمقتضاها سريان مرور الزمن التجاري صورتان منها تتعلق بالقرابة و الثالثة تتعلق بسنن العصر و الذوات المنوبة .

القرابة:

ان القرابة الموجبة لاييقاف مرور الزمن هي علاقة الزوجية و علاقة الابوة أو البنوة فلا يسري مرور الزمن فيما بين الزوجين طالما كانت علاقة الزوجية قائمة بينهما ففترة الزوجية تعتبر مدة موقفة لسريان مرور الزمن فاذا ما انقضت علاقة الزوجية بينهما بطلاق استأنف مرور الزمن سريانه و تجتمع المدة السابقة عن الزواج مع المدة اللاحقة بالطلاق لحساب المدة التي من شأنها أن تكون مرور الزمن يمكن للدائن التمسك بها و الملاحظ أن هذا الايقاف لمرور الزمن هو ايقاف مؤقت بينما الايقاف لمرور الزمن الحاصل بين الوالدين و أولادهما هو ايقاف مؤبد لانه لا يتصور تغير علاقة القرابة بينهما مع الابد نعم يمكن أن يحصل أن يقع القيام بقضية من طرف الاب لتفي النسب و في هذه الحالة و هي نظرية الزمن التجاري في السريان بين الطرفين من تاريخ سروره ذلك الحكم و مع ذلك قد تحصل فانه في صورة الحكم بنفي النسب ذاك يبدأ مرور بات طالما لم ينس المشرع على بداية هذا السريان.

وقف مرور الزمن بين القصر أو منعه من الإزالة

و مقدماتهم و أوصيائهم:

هذا السبب أتت به الفقرة الثالثة من الفصل ٣٩١ من المجلة التجارية لمرور الزمن يتوقف فيما بين القاصر أو الذوات الممنوعة و بين مقدم ذلك القاصر أو السبب لتلك الذوات الممنوعة و ذلك طيلة مدة تمثيلهم قانونا و ما لم يقع إجراء الحساب معهم بوجه بات و هذا أمر طبيعي لان مثل القاصر أو الذوات الممنوعة هو المتصرف في حفظ ذلك الشخص فليس من المنقول أن يحتج ضد من هو مثل له بمرور زمن تحقق في مدة ذلك التمثيل .

وأما الفصل ٣٩١ الفقرة الثالثة منه فإنه يوقف مرور الزمن في حالة حصول عذر للحامل عنه عن المطالبة بحقوقه أثناء المدة المحددة لسقوط الدعوى لتمثل المحاكم في تلك المدة أو لسبب آخر لا قدرة له على دفعه .

فإن مرور الزمن يوقف سريانه طيلة مدة وجود ذلك السبب القوي غير أن هذا السبب لا يعتبر إلا بالنسبة للمدين الذي يمه فإذا كانت الكمبيالة المحبوبة على المدين بها ببلد بها حروب أو تعطيل للمحاكم لكن المدينين الآخرين في ظروف عادية فإنها مرور الزمن لا يكون له معمول إلا بالنسبة لذلك المدين لا غيره من المترشحين بالكمبيالة لمرور الزمن يبقى ساريا في حقهم طبقا للتواعد التي تخص كل واحد منهم .

و أخيرا نلاحظ أن إيقاف مرور الزمن لا يكون إلا في الصور القانونية المشار إليها دون غيرها من الأسباب الأخرى التي توجد بمجلة الالتزامات و العقود و ذلك نظرا لما نصت عليه هذه المجلة بشكل صريح بالفصل ٢٩٥ منها بقولها (أما في خصوص الكمبيالات فلا يتوقف مرور الزمن بسبب من الأسباب و لو على القاصرين و غير الرشدين و إنما يبقى لهم حق الرجوع على مقدميهم و أوصيائهم). و بذلك نرى أن العتة و الجنون

و عدم الرشد جميعها لا تكون سببا في إيقاف مرور الزمن التجاري و هذا فيه مخالفة لقاعدة الفصل ٢٩٢ من نفس المجلة التي تقتضي إيقاف مرور الزمن في حق القصر والغير المأذونين بالتصرف و غيرهم من لا أهلية لهم أن لم يكن لهم وصي أو مقدم و ذلك إلى وقت رشدهم أو إطلاق يدهم في التصرف أو تقديم نائب قانوني عنهم.

ب- آثار وقف مرور الزمن التجاري:

٣٩٦- أن آثار وقف مرور الزمن الصرفي هي غير آثار الانقطاع إذ أن أثر الانقطاع هو إعادة حساب مرور الزمن من جديد بينما في الوقت فإن مرور الزمن توقف فقط مدة وجود السبب الموقوف فإذا أزال ذلك السببان المدة تواصل سيرها و تحسب المدة السابقة عن تاريخ حصول سبب الإيقاف و تضاف للمدة اللاحقة و التي يبدأ حسابها من تاريخ زوال السبب الموقوف.

هذا و نلاحظ أن السبب الموقوف و حتى سبب انقطاع مرور الزمن لا يتسبب به إلا من يمه أمره و لا تأثيره المحكمة من تلقاء نفسها.

آثار مرور الزمن:

٣٩٧- إذا تحققت المدة اللازمة قانونا لاعتبار حق المطالبة سقط بسبب المدة فإنه عندئذ تترتب على ذلك النتائج التالية :

(١) - لقد اقتضى الفصل ٢٨٤ من مجلة الالتزامات و العقود أن مرور الزمن الذي حدده القانون يسقط المطالبة الناشئة من العقد و معنى هذا أن الحامل للكمبيالة لم يعد يملك دعوى المطالبة بقيمة تلك الورقة التجارية لكن حقه في مبلغها لا زال قائما لأن الفسلة استعمل كلمة يسقط المطالبة الناشئة عن العقد فالسقوط تسلط على الدعوى لا على الحق و تأسيسا على ذلك فإنه إذا أوفى المدين بمبلغ الكمبيالة للحامل الشرعي لها بعد تحقق مدة مرور الزمن كيف ذكر فإنه ليس له استرجاع ذلك المبلغ منه

لأنه يعتبر عندئذ أوفى بالتزام طبيعي عليه و الحامل اتصل بحقه و لم يستعمل دعوى حرم منها بمرور الزمن و الملاحظ أنه إذا أوفى الدين بجزء من دين الكسبيالة قبل تحقق مضي مدة مرور الزمن المانعة من اقامة دعوى المطالبة ليس له الحق في استرجاع ذلك المبلغ لأنه ليس من حقه بل هو من حق الحامل .

كما أنه يفهم من نص الفصل ٢٨٤ المذكور أن الحامل و ان كان ليس له حق المطالبة بدين الكسبيالة بعد تحقق آمد مرور الزمن فان له حق الدفع بماله من دين موضوع تلك الكسبيالة في صورة مطالبة بدين من الدين بتلك الورقة التجارية و هذا ما يعبر عنه بحق الدفع للحامل للكسبيالة فقط حق المطالبة بموجب نص الفصل المذكور لكن لم يفقد حق الدفع في صورة القيام حده بدعوى أصلية.

(٢) - أن تحقق مرور الزمن تجاه الحامل لا يكون في حد ذاته مانعا له من المطالبة ان لم يتمسك به من يهيم أمره و ذلك ما اقتضاه الفصل ٢٨٥ من مجلة الالتزامات والعقود انما أحيانا الدين المقام حده قد يمنع من استعمال حق التمسك بمرور الزمن اضرا بذائته رفاته عندئذ لهؤلاء استعمال هذا الحق عوضا عنه عملا بالفصل ٣٠٦ من نفس المجلة .

(٣) - أن مرور الزمن من الاشياء التي لا يجوز التنازل عنها مسبقا حسب الفصل ٢٨٦ من المجلة المذكورة انما بعد حصوله يمكن التنازل عنه من طرف وضع لمصلحته الا ان هذا التنازل لا يقبل من لاحق له في التبرع و هذا لان التنازل عن مرور الزمن بعد حصوله بمثابة التنازل عن المال و من ليس له التبرع بذلك المال ليس له التنازل عن مرور الزمن الذي هو بمثابة تنازل عن المال الذي هو محجر عليه .

(٤) و أخيرا نلاحظ بأن تحقق مرور الزمن التجاري و التمسك به من الدين لا يجعله في مأمن من المطالبة من طرف الحامل للكسبيالة على أساس الملائمة الأصلية القائمة بين ذلك الدين و الدائن بتلك الكسبيالة

حسب قواعد القانون المدني كان يكون الحامل هو صاحب والمدين المسحوب عليه فالصاحب و لو سقط حقه بمرور الزمن السرفي فانه اذا كان وفر المؤونة لدى المسحوب عليه من اجل دين مدني فله مداعة ذلك المدين بمال المؤونة على أساس أنه مبلغ مالي متخذ بذمة المدين المسحوب عليه من معاملة مستقلة عن الكسبيالة و تخضع دعواه هذه عندئذ الى ما تخضع له دعاوي المدنية من اجل مرور الزمن المادي .

(٥) - ان مرور الزمن رغم تحققه أحيانا لا ينتج اثاره بالنسبة للدائن ان طالبه الدين التمسك به اداء يمين حاسمة على أنه لم يبق مدينا بشيء منه و امتنع من اداء تلك اليمين (الفقرة الاخيرة من الفصل ٣٢٥ من المجلة التجارية). (١)

(١) قرار تعقيبي مدني عدد ٥٦٦٩ بتاريخ ٧ مارس ١٩٦٨ مجلة القضاء و التشريع عدد ١٠ ديسمبر ١٩٦٨ صفحة ٣٣ .

المقالة الثانية

الشيك

٣٩٨ - ان الشيك من الاوراق التجارية انما هو ليس بعمل تجاري بطبيعته بل هو عمل تجاري بالتبعية فهو ان كان صادرا عن تاجر لعائده أعمال تجارية اعتبر عملا تجاريا وان لم يكن كذلك فهو ليس بعمل تجاري و انما عبر عنه بالورقة التجارية نظرا لما اقتضاه المشرع من ضرورة انطباق أحكام المجلة التجارية عليه فهو بذلك خاضع لاحكام القانون المصرفي (١).

ونحن قبل دراستنا للشيك بصورة مفصلة من الوجبة القانونية الحالية لابد لنا من دراسته من الناحية التاريخية و لو في عجالة .

٣٩٩ - فالشيك عرفه العالم الاسلامي منذ القرن الرابع للهجرة فقد روى الهذلي بأن سيف الدولة لما ورد الى بغداد دخل أحد الدور في خاقان و فيها فتيان فشرب معهم و سمع منهم و خدموه و هم لا يعرفونه فكتب لهم ورقة و تركها لهم في الدواة و لما انصرف فتحوا الدواة فاذا في الرقعة ألف دينار على يمين الصيارف فتمجبوا و حلوا الرقعة و هم يظنونها ساذجة فأعطاهم الميرفي الدنانير في الحال فسألوه عن الرجل

(١) قرار تمقيبي جزائي عدد ١١٦٨٧ صادر بتاريخ ٢١ مارس ٧٦ منشور
نشرية محكمة التمييز القسم الجزائي قرارات سنة ١٩٧٦ - جزء ٢ نشرية
١٩٧٧ صفحة ٦٠.

يقال ذلك سيف الدولة بن حمدان (١).

و ناصر عمور و الرحالة الفارسي أفاد بأنه لم يكن عن الصراف غني في سوق البصرة حوالي سنة ١٠١٠ ميلادي فقد كان العمل بهذه السوق أن كل من معه مال يعطيه للصراف و يأخذ منه رقاعا ثم يشتري ما يلزمه و يحول ثمنه على الصراف و لا يعطون شيئا غير رقاع الصراف طالما كانوا بالمدينة (٢).

و أوروبا عرفت الشيك منذ القرن السادس عشر مع ازدهار مصارف الإيداع خاصة في الجمهوريات الإيطالية و في فرنسا سنة ١٨٢٦ - عند البنك الفرنسي إلى تسليم حوالات على بياض لحرفاء لسحب رصيدهم من البنك بأعطاء تلك الحوالات للغير لاستخلاص السبالغ المدججة بها وكان الهدف من ورائها هو منع عدم دفع مملوك التامير على تلك السبالغ .

ثم في ١٤ جوان ١٨٦٥ صدر القانون المنظم لاحكام الشيك بصورة كاملة و تلتها عديد النصوص المنظمة له بعد ذلك خاصة اثر المصادقة على اتفاقية جنيف (٣).

أما بالنسبة للجمهورية التونسية فقبل الاستقلال كان التطبيق القانون التجاري الفرنسي إذ كانت المحاكم الفرنسية هي المختصة بالنظر في المادة التجارية إلى يوم ١٩ مارس ١٩٥٧ و هو اليوم الذي أبرمت فيه الاتفاقية التونسية الفرنسية و الفاضية بتوحيد القضاء التونسي و تمهده

(١) أحمد أمين - شهر الاسلام - ج - صفحة ١٠٨

(٢) دراسة بمجلة القضاء التونسي - السيد الرئيس الاول لمحكمة التفتيش سابقا محمد بن سلامة - عدد سنة ١١٩٥ - صفحة ٢٦ .

(٣) ماسال و لا قارد و جوفري - الوسيط في القانون التجاري - جزء ٢ - نقره ١٦٦١ .

بالنظر في قضايا سائر المتساكنين بالجمهورية التونسية مهما كانت

جنسيتهم و لم يعد للمحاكم الفرنسية وجود. (١)

ثم صدر القانون عدد ١٢٩ لسنة ٥٩ المؤرخ في ٥ أكتوبر ١٩٥٩ الذي شمل أحكام المجلة التجارية و كانت من ضمنها أحكام الاوراق التجارية و جعل أحكام الكسبيات امودجا و مثالا لا يحتذى به فتمرض للسند للامر و الشيك بالتعبئة لذلك تجدنا لن نطلب في الحديث في مواطن معينة من أحكام الشيك طالما أنه سبق لنا الحديث على الموضوع في دراسة الكسبيات و المشرع اطلب في ضبط أحكام الكسبيات نظرا لما لها من الأهمية الكبرى في الحياة التجارية خاصة و الدورة الاقتصادية عموما.

(١) لم يكن للمحاكم التونسية حق النظر في القضايا التجارية إنما هي من اختصاص القضاء الفرنسي قبل امضاء الاتفاقية القضائية المؤرخة في ٩ مارس ١٩٥٧ و ذلك تطبيقا للامر المؤرخ في ٥ ماي ١٨٨٢ إلا أنه في خصوص القضايا الجزائية المترتبة عن المادة التجارية فانها بقيت من أنظار المحاكم التونسية و تأسيسا على ذلك فهذه المحاكم الأخيرة بقيت تنظر في جرائم الشيك تطبيقا لتفويضات الامر المؤرخ في ٣٠ ديسمبر ١٩٢٣ المتعلق بجريمة اصدار شيك بدون رصيد. و الملاحظ أنه مرت فترة من الزمن المحاكم التونسية بقيت تطبق المجلة التجارية الفرنسية

و هي فترة ما بعد الاستقلال من يوم ٩ مارس ١٩٥٧ إلى يوم ٥ أكتوبر ١٩٥٩ وذلك تطبيقا لاحكام الاتفاقية القضائية المذكورة و الفصل ٤ من الامر المؤرخ في جوان ١٩٥٧ المتعلق بتطبيق تلك الاتفاقية كما أن القضايا المنشورة قبل صدور المجلة التجارية التونسية بقيت خاضعة لاحكام المجلة التجارية الفرنسية عملا بالفصل ٢ من قانون اصدار المجلة التجارية التونسية عدد ١٢٩ لسنة ٥٩ المؤرخ في ٥ أكتوبر ١٩٥٩ .

غير أن هذا لا يجعلنا نقول أنه ليس للشيك أهمية بالغة مثل ما هو الأمر بالنسبة للكبيالة بل الملاحظ اليوم أن أمر الشيك يتماثل يوما بيوما سواء فيما بين التجار أو بين غيرهم من أشخاص إذ أصبح التعامل بالشيك من الأمور الجوهرية في المعاملات اليوم خاصة بعد أن أصبح من الواجب على كل موظف يتجاوز دخله الشهري المائة دينار أن يفتح حسابا جاريا لدى بنك حسب المنشور الصادر عن الوزير الأول (١) إلى جانب ما وقع من توسع في استعماله خاصة مع وجود الاتجاه الحديث في السياسة الاقتصادية التي تملكها الدولة الرامية لتوعية الفرد لادخار أمواله بالبنوك والمؤسسات الأخرى الممثلة لقبول أموال المدخرين. كما تظهر لنا أهمية الشيك في كونه أداة وفاء مائة لديون التجار وهذا طبيعى ما دام يمثل ديننا نقديا مستحق الاداء لدى البنك أو المصرف المسحوب عليه. (٢)

كما أن الشيك من الأوراق التجارية المتصلة ابتداء بأعمال المصارف و هو يستعمل أساسا لتنفيذها فهو يمكن الحريف العادي سواء كان تاجرا أو غير تاجر من استرجاع أمواله التي أودعها لدى المصرف منذ زمن. ثم إن المشرع تناول أحكاما الشيك بالباب الثالث من الكتاب الثالث من المجلة التجارية و هي موضوع الفصول من ٢٤٦ إلى ٤١٢ أي جملة سبعة وستين فصلا.

و نحن ستكون دراستنا لأحكام الشيك لا حسب ترتيب الفصول بالمجلة بل حسب ما تقتضيه دراسة كل ورقة تجارية من الناحية العملية .

(١) منشور الوزارة الأولى.

(٢) حكم ابتدائي صادر عن محكمة سوسة الابتدائية تحت عدد ١٤٣٩١ بتاريخ ١٦ مارس ١٩٤٨ - مجلة القضاء التونسي سنة ١٩٤٩ - صفحة ١٠٨ - وما بعده.

الباب الأول

الشيك : تعريفه - طبيعته القانونية

القسم الأول:

تعريفه

٤٠٠ - لم يضع المشرع تعريفا للشيك يخط به مأميته بل اقتصر على ذكر الشروط الواجب توافرها فيه و هذا يرجع إلى النزعة الحديثة التي تفضل سلوك طريقة التحليل على طريقة التركيب خاصة في ميدان القانون التجاري الذي هو تطور مستمر و حتى لا تكون تلك التعاريف حجر عثرة في طريق نموه و سرعته.

و ما دام الأمر كما ذكر علينا بالبحث عن تعريف الشيك يكتب الفقهاء و الدارسين .

فنجد من عرفه بأنه ورقة تتضمن أمرا يصدر من شخص هو صاحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه لأن يدفع الأذن شخص ثالث مبلغا معينا من المال بمجرد الاطلاع (١).

كما عرف بأنه محدد في شكل وكالة للدفع يصدره صاحب لمصلحة أو مصلحة الغير لأجل استرداد كل أو بعض رصيد حسابه الذي تلاحظه على هذه التعاريف أنها تتحدث دائما على أطراف ثلاثة في الشيك هي :

(١) علي البارودي - القانون التجاري - فقرة ٢٥٢ .

(١) الساحب

(٢) المسحوب عليه

(٣) المستفيد الذي هو الحامل أحياناً

كما أننا نستنتج وجود علاقتين قانونيتين في الشيك الملاقة الاولى بين الساحب و المسحوب عليه و هي التي يطلق عليها لفظة الرصيد. provision والملاقة الثانية بين الساحب و المستفيد و هي التي تسمى وصول القيمة Valeur fournie أما الرصيد فهو عبارة عن الاموال التي للمساحب و المودعة لدى المسحوب عليه والقابلة للتصرف فيها في كل ان و حين من طرف الساحب. (١)

وأما وصول القيمة فانه الامر الذي من أجله سلم الساحب الشيك للمستفيد كأن أخذ بضاعة مقابل الاموال التي ذكرت بالشيك أو سلم أموالاً من المستفيد سلمه مقابلها الشيك. (٢)

القسم الثاني:

الطبيعة القانونية للشيك

١- الشيك كغيره من الاوراق التجارية حاول العلماء ايجاد نظريات يرجعون اليها يبرزون وجوده على أساسها. فبعضهم يرى أن سحب الشيك هو وكالة عادية يكلف الساحب بمقتضاها المسحوب عليه بدفع مبلغ من النقود الى الحامل و ينتج على ذلك أنه يجب على المسحوب عليه أن ينفذ أوامر الساحب في خصوص ذلك الشيك و الا كان مسؤولاً أمامه

(١) دائرة مصادف دالوز - قانون تجاري مجلد ١ - ص ٤١٦

(٢) بحث أعده فرج زمران المعامي في المؤتمر الخامس للمحامين العرب

ص ٢ و ١٣ يحمل عنوان اعطاء شيك بدون رصيد.

حسب قواعد الوكالة في القانون المدني و قد سارت مع هذه النظرية محكمة التعقيب الفرنسية في قرارها الصادر سنة ١٩٠٥ و ذكرت أنه اذا تلقى المسحوب عليه أمراً بعدم الدفع وجب عليه تنفيذ ذلك الامر (١).

لكن هذه النظرية التي أصبحت مهجورة الان انتقدت بكونها لا تتفق مع خصائص الشيك و لا تفسر تداوله . فنحن نعلم أن الشيك لا يمكن للمساحب أن يعترض على خلاص قيمته الا في حالتي السرقة و الضياع (الفصل ٢٧٤ من المجلة التجارية). و من جهة أخرى هذه النظرية تؤدي الى أن الحامل ليس بمالك لمقابل الوفاء من يوم سحب الشيك بحيث لو توفي الساحب أو أعلن إفلاس الحامل حرم المستفيد من مقابل الوفاء باعتبار أن الوكالة هي عقد ينتهي بموته ب وفاة الوكيل. لذلك نجد العالم ايميل اوليفيه يمدح بنظرية أخرى مفادها أن الشيك هو طريق للوفاء فاذا أراد المدين أن يوفي بدينه فله أن يختار أحد الطريقتين، أما أن يدفع نقوداً مقابل ذلك الدين أو يسلم لدائنه شيكاً مسحوباً على مصرفه (٢). فهو في الصورة الاولى أوفى بدينه مباشرة و في صورة الشيك أوفى بذمته بواسطة المصرف. وهذه النظرية هي التي نجدنا تسيطر المفهوم الحديث للشيك و لذلك يمكن الاخذ بها ما دامت لا تتعارض مع غايات الشيك ووظائفه وأحكامه. وفعه القضاء بتونس اعتبر الشيك أداة وفاء بعيد الفوائد التعقيبية ولا يمكن بحال أن يكون أداة قرض أو اقتضاء (٣).

(١) محمد صالح بك - شرح القانون التجاري - ج ٣ ص ٢٥٠.

(٢) مجلة القضاء اللبناني نشرة سنة ١٩٦٦ ص ٥٥.

(٣) قرار تعقيبي جزائي عدد ٤٢٤٨ بتاريخ ٢٥ جوان ١٩٨٠ مجلة القضاء والتشريع عدد ٨ أكتوبر ١٩٨١ صفحة ٦٠ وقرار تعقيبي جزائي عدد ٢٩٤٩ بتاريخ ٣١ جانفي ١٩٥٠ مجلة القضاء والتشريع عدد ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ سنة ١٩٦٢ ص ٢٢٨.

الباب الثاني شروط الشيك - أنواع الشيك

القسم الأول: شروط الموضوعية والشكلية

ان شروط الشيك على نوعين شروط موضوعية وأخرى شكلية :

٤٠٢ - أ - الشروط الموضوعية:

أما الموضوعية فهي الشروط الواجب توافرها عادة في سائر العقود من رضا وأهلية وموضوع وسبب.

٤٠٣ - ب - الشروط الشكلية:

أما الشروط الشكلية فإنها مقسمة الى قسمين ونحن لا نجد في القسم الأول الا شرطا واحدا هو الكتابة وذلك بأن يكون الشيك مكتوبا فلا يكون شفاهيا وقد رأى البعض أن هذا ليس بشرط بل هو من ضروريات الشيك ومتطلباته.

ثم القسم الثاني من الشروط الشكلية تلك الواردة ذكرها بالفصل ٣٤٦ من المجلة التجارية وهذه الشروط هي :

١ - ذكر كلمة شيك في نص السند نفسه باللغة التي كتب بها وهذا ليتمكن بسمولة كل شخص من معرفة تلك الورقة هل هي كميالة أو سند للامر أو شيك لان لكل منها أحكامها الخاصة بها.

و لان التفرقة بينها صعبة بغير بيان تسمية تلك الورقة و لذلك نجد القانون الانكليزي عرف الشيك بأنه كميالة مستحقة الدفع لدى الاطلاع

ما دامت كلا الورقتين تحتوي على ثلاثة أطراف (ساحب ، مسحوب عليه و مستفيد) لذلك سائر المشرع التونسي قانون جنيف الموحد و جعل هذا الشرط شرطاً الزامياً بحيث إذا فقد هذا الشرط كانت تلك الورقة شيئاً آخر غير الشيك أن توفرت فيها شروط عمل قانوني آخر و إلا بطلت تماماً.

٢ - التوكيل المطلق المحرر بدفع مبلغ من النقود : ما دام الشيك هو التزام بدفع مبلغ من النقود فإذا كان التزاماً بتسليم شيء آخر غير النقود فإنه لا يعتبر شيكاً أصلاً و لو وقع تقويم ذلك الشيء بالنقود (١). ثم أنه لا يكفي أن يقع ذكر دفع مبلغ من النقود بل يجب أن يتم تحديد هذا المبلغ الواجب دفعه. ولم يوجب القانون كتابة المبالغ بالأحرف و الإرقام معاً فهكفي كتابتها بالأحرف فقط أو بالإرقام فقط أو بهما معاً إذا كان الجمع بين الكتابة بالأحرف و الكتابة بالإرقام يحدد إمكانية التباس في الشيك و تزويره . و إذا وجد اختلاف بين القيمة المذكورة بالإرقام و القيمة المذكورة بالأحرف فإننا نعتبر القيمة المذكورة بالأحرف و إذا وقع ذكر المبلغ عدة مرات فإننا نعتبر المبلغ الأقل المذكور بالشيك.

٣) المسحوب عليه: أحياناً يكون المسحوب عليه هو الساحب نفسه هنا يجب أن يتم سحب الشيك من مؤسسة على مؤسسة أخرى مملوكة لنفس الساحب و أن لا يكون الشيك للحامل (فصل ٢٥٢ من المجلد التجارية) و في غير هذه الصورة يتعين أن يكون المسحوب عليه مصرفاً (الفصل ٢٤٨ من المجلد التجارية) أو من هو مثله قانوناً بالصيرفي أي المسارة في

القيم المنقولة و قباض صناديق الخزينة العمومية و المؤسسات البعده للاقتراض و مكتب للمكوك البريدية (١) فلو تم سحب شيك على غير هؤلاء الأشخاص سواء بالبلاد التونسية أو خارجها و كان هذا الشيك واجب الدفع فيها فإنه لا يمكن اعتباره شيكاً و إنما يمكن اعتباره عملاً قانونياً آخر إذا توفرت فيه شروط العمل القانوني .

٤) تعيين مكان الوفاء : أن بيان مكان الوفاء بالشيك أمر ضروري لأن أجل عرض الشيك للوفاء يختلف بحسب مكان الوفاء.

و بيان مكان الوفاء هام جداً من جهة تحديد مرجع النظر التراشي و القانون المنطبق في حالة وجود نزاع لذلك نجد المشرع وضع أحكاماً متعددة في حالة عدم ذكر مكان الوفاء.

فإذا لم يذكر بالشيك مكان الوفاء به فإن المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه يعتبر هو الواجب فيه الوفاء.

وإذا ذكرت عدة أماكن بجانب اسم المسحوب عليه فإننا نعتبر المكان المذكور أولاً.

وإذا لم يذكر بجانب اسم أي مكان فإننا نعتبر هذا الشيك واجب الدفع في المكان الذي به المحل التجاري الأصلي للمسحوب عليه (فصل ٢٧٤ من المجلد التجارية).

٥) تعيين تاريخ إنشاء الشيك و مكانه : أن ذكر تاريخ إنشاء الشيك هام إذ بواسطته نستطيع تحديد بدء المدة التي يجب فيها عرض الشيك للوفاء (٢) و حتى ندرك هل أن للساحب رصيد لدى المسحوب عليه في زمن سحبه للشيك أم لا.

(١) دائرة معارف دالوز مجلد ١ ص ٤١٦ .

(٢) إيلي صفا و بيار رصنا - شرح القانون التجاري ص ٤٠٩ .

(١) مخرج طهران - جريمة إعطاء شيك بدون رصيد ص ١٢

و اذا كان الشيك مسجوبا من تاجر فان التاريخ يمكننا من تطبيق قواعد فترة الرتبة على التاجر المخلص الساحب لذلك الشيك فنعرف هل أن السحب تم في وقت كان فيه التاجر متوقفا من دفع ديونه التجارية أم لا ؟

و قد حصل الاختلاف فيما اذا كان يجب ذكر التاريخ بالارقام أم بالمعروف فقط ؟ و في فرنسا نجد قانونا من سنة ١٨٦٥ أوجب ذكر تاريخ الشيك بالأحرف و ان كان أغلب الفقهاء يذهبون الى أن التاريخ يكتب بالأحرف بالنسبة لليوم فقط أما السنة و الشهر فتكتب بالارقام.

وأما بالنسبة للقانون التونسي فاننا لا نجد فيه وصلا لطريقة الكتابة و لذلك يمكننا القول بصحة الشيك الذي كتب تاريخ انشاء الارقام فقط . و علينا فان الشيكات التي تمرض على المحاكم اليوم نجد جميعها تقريبا تاريخ انشاءها مذكور بالارقام ومع ذلك لم تطرأ أية صعوبة في الحياة العملية أو القانونية .

و فيما يتعلق بذكر مكان انشاء الشيك فانه له أهمية لان بواسطته نحدد الاجل الذي يمتين فيه عرس الشيك و ذلك على أساس سحبه داخل الجمهورية التونسية أو خارجها و كذلك لتحديد قواعد مرجع النظر عند النزاع (١).

لذلك نجد المشرع اعتبر عدم ذكر مكان انشاء الشيك غير مبطل له كشيك انما تفترض مكان انشاء هو المكان المذكور بجانب اسم الساحب (الفصل ٣٧٤ من المجلة التجارية).

٦ توقيع الساحب : ان الشيك يكون عادة مهيا من قبل لان كل بنك أو مصرف يعطي لحريته دفترا يحتوي على صيغ شيكات بها فراغ يملوه

الساحب أو غيره بخط اليد أو بالالة الرافعة انما يجب أن يحمع الساحب امضاءه بخط يده بأسفل الشيك (١) فلو قام أحد الافاره بوضع امضاه على شيك بالتهابة على شخص اخر ولم يكن وكلاء عنه في ذلك فانه يكون ملزما شخصيا بنا موارده بالشيك وكذلك الامر بالنسبة للوكيل الذي تجاوز حدود وكالته بأن لم يفوض له أمرا امضاء في الشيكات عن الساحب فانه يعتبر هو الساحب و تقع مطالبته بمبلغ الشيك (فصل ٢٥٧ من المجلة التجارية).

واذا كانت هذه هي الشروط الشكلية اللازمة عموما التي يجب أن تدرج بالشيك فانه من الجدير بنا أن نشير بأن هذه الشروط هي نفس الشروط الواجب توفرها في الكبيالة ما عدا شرط أجل التحلل الذي هو موجود بالكبيالة و غير موجود بالشيك و هذا لان الشيك واجب الدفع لدى الاطلاع بدون قيد أو شرط.

القسم الثاني: أنواع الشيك

٤٠٤ - نجد الشيكات أنواعا كثيرة فهناك الشيك الاسمي و هناك الشيك لحاسله و هناك الشيك المسطر و هو الذي عليه غلطوط. كما هناك شيك المسافر و هو أيضا يعتبر شيكا مسطرا و هذه الانواع من الشيكات يجدر بنا ابداء ملاحظات حول كل منها فيما يلي :

(١) قرار تمثيلي مدني عدد ٩١٠٩ صادر بتاريخ ٥ أبريل ١٩٧٣ لتسوية محكمة التمييز - جزء ١ - سنة ١٩٧٤ - قرارات سنة ١٩٧٣.

(١) ابلي صفا و بيار رصفا - شرح القانون التجاري ص ٤٠٩.

(١) الشيك الاسم:

يكون الشيك اسيا اذا ذكر فيه اسم المستفيد مصحوبا بكلمة لامر او بكلمة ليس لامر او مجرد من كليهما.

فاذا كان الشيك اسيا فانه قابل للانتقال بطريقة التطهير الا اذا كان منصوبا فيه عبارة ليس لامر فانه عندئذ لا يأخذ أحكام التطهير و انما يأخذ أحكام الاحالة العادية (فصل ٢٥٩ من المجلة التجارية).

(٢) الشيك للحامل : Le cheque au porteur :

يكون الشيك للحامل اذا لم يذكر فيه اسم المستفيد او يذكر فيه اسم المستفيد مترونا بكلمة " او لحامله " و الملاحظ أن الشيك لحامله يصبح عندئذ منا التطهير مسؤولا على مقتضى الاحكام المنظمة لدعوى الرجوع الى الدعوى الصرفية كما أن هذا التطهير من الحامل لا يجعل هذا الشيك من قبل الشيك للامر بل يبقى دائما من نوع الشيك لحامله (الفصل ٢٦٦ من المجلة التجارية).

(٣) الشيك المسطر : Le cheque barré :

هو عبارة عن شيك وضع على وجهه خطان متوازيان يقطعانه من أعلى الى أسفل تفصلهما فرجة ضيقة يراد بهما حمايته من السرقة بتعليق دفع قيمته على تدخل صاحب مصرف أي بادراجة بحساب جار دون تسليم قيمته مباشرة من المسحوب عليه (فصل ٢٨٢ من المجلة التجارية).

و التطهير يمكن أن يكون في الشيك لحامله أو في الشيك للامر كما أن التطهير يكون عاما و يكون خاصا .

أما التطهير العام فانه يكون عند عدم ذكر كلمة صيرفي أو بنك أو ما شاكلهما بين الخطين الموضوعين على وجه الشيك .

أما التطهير الخاص يكون عندما ينص الساحب على اسم الصيرفي أو البنك أو ما يشابه بين الخطين المتوازيين و بذلك أن التطهير العام

يمكن تحويله الى تسطير خاص و لا عكس (فصل ٢٨٢ من المجلة التجارية).

و يترتب على تسطير الشيك نتائج متعددة هي التالية:

١ - اذا كان التسطير عاما لا يمكن استخلاص قيمة الشيك الا بواسطة مصرف و اذا كان التسطير خاصا فلا يقدم هذا الشيك للوفاء الا للمصرف المذكور بين الخطين.

٢ - ان الشيك المسطر تسطيرا عاما لا يمكن للمسحوب عليه أن يسدد قيمته لصيرفي أو البنك المبين اسمه بين السطرين و بذلك يتم تلافي ما يطرأ على الشيك كسرقة أو ضياعه (الفصل ٢٨٤ من المجلة التجارية).

بغلاف الشيك المسطر تسطيرا خاصا فلا يمكن للمسحوب عليه أن يدفع قيمته لصيرفي أو البنك المبين اسمه بين السطرين و بذلك يتم تلافي ما يطرأ على الشيك كسرقة أو ضياعه (الفصل ٢٨٤ من المجلة التجارية).

وهذه فائدة هامة الى جانب كونه اذا انتشر استعمال الشيكات المسطرة فانه يترتب عليه تجفيف أو حصر الشيكات في يد المصارف أو البنوك و ذلك مما يساعد على تقدم عمليات القاصة .

و الملاحظ في حالة تعدد التسطيرات فان المسحوب عليه لا يمكنه أن يدفع قيمة الشيك الا متى كانت التسطيرات لا تتجاوز الخطين أحدهما يقتضي قبض قيمة الشيك من إحدى حجرات القاصة (فقرة قبل الأخيرة من الفصل ٢٨٤ من المجلة التجارية).

و حجرة القاصة هي غرفة نجدما بالبنك المركزي يجتمع فيها ممثلو المصارف أو البنوك مساء كل يوم لاجراء عمليات القاصة لفاية أسفر القادارين أي المقبوض و المدفوع و لا يدفع الفرق نقدا بل تسلم المصارف المدينة الى المصارف الدائنة تحاول بل بقيمة الفرق على أحد المصارف التي لكل حساب فيها.

و ما دام لتسطير الشيك الامية التي ذكرناها فانه اذا تم التسطيب على التسطير أو وقع نحو اسم المصارف الممن فان ذلك النحو يعتبر كأنه لم يقع (الفصل ٢٨٣ من المجلة التجارية).
كما أن كل شيك سحب خارج الجمهورية التونسية وواجب الدفع بداخلها و هو معد لادراجه في الحساب فانه يعتبر شيكا مسطرا (الفصل ٢٨٥ من المجلة التجارية).

٤) شيك المسافرين : Cheque de voyage

شيكات المسافرين هي عبارة عن أوامر كتابية يصدرها بنك أو مصرف مرفوق به إلى البنوك أو المصارف الموجودة خارج القطر بمقتضاهما يدفع لحاملها المبلغ بها بعد أن يوقع بأصابعه الشيك أمام المصارف امضاء مضافا للاصضاء الذي وقع بأعلى الشيك عند استلامه من مصادره .
هذه الشيكات لا تسلم للمستفيد الا بعد أن يدفع لساحبها قيمتها و ليس ضروريا أن يكون لساحبها حسابات جارية في جميع مصارف العالم بل يكون صاحبها معروفا بحسن السمعة و عند ذلك لا تتأخر المصارف في أي جهة عن دفع قيمة هذه الشيكات و بعد ذلك يحاسب عليها من أصدرها .
وفق القضاء التونسي لا يعتبر هذا الصنف من الشيكات كشيكات بل يعتبرها ورقة التزام عادية و بالتالي لا تخضع لاحكام الشيك الواردة بالمجلة التجارية بما في ذلك الاحكام الجزائية . (١)

(١) حكم جنائي صدر عن محكمة الاستئناف بتونس عدد ١٠٣٨٠ بتاريخ ٢٤ جوان ١٩٨٦ جاء بحجته ما يلي = و حيث ان المقرر قانونا أن تكليف العقود و التصرفات و الوثائق القانونية انما يبنى على حقيقة الصايات التي أرادها ذوو الشأن من العقد أو التصرف أو الوثيقة دون اهتمام بما يقع في الصياغة اللغوية أو في اختيار المصطلحات الأدبية للادوار التي تدون عليها العقود و السندات من دلالات أو إيهامات تختلف عن حقيقة

٥) الشيك البروحدج :

ان هذا الصنف من الشيكات لا تجد أثرا له في المجلة التجارية و مع ذلك نجده في مجال التعامل كثير الرواج و هو له نصوص خاصة به تنظم

المقاصد لذلك ما نطق به الفصل ٥١٥ من مجلة الالتزامات و العقود حين نص على حكم هام التطبيق هو أن المبررة في التعبير بالفساد لا يظهر الالتفات و التراكم و بناء على ذلك فلما كان التدقيق في الاحكام المستطرة بالفصل ٢٤٦ تجاري و ما بعده يكشف أن المشرع لم يضع تنظيما قانونيا لما يعرف بشيك السفر أو الشيك السياحي و كان التدقيق في الورقة التي دللها التهم و تطبيق الاحكام المستخلصة من الفصول سألته البيان عليها يكشف أن هذا السند لا يمثل توكيلا مطلقا مجردا بالدفع موجه الى مصرفي بالسنتي المحدد بالفصل ٢٤١ تجاري من صاحب يوجد لديه وقت انشاء السند رصيد من الثمن تحت تصرف المصروف عليه وفقا للاحكام المستفاد من الفصلين ٣٤٦ و ٣٤٨ تجاري و انما هو على العكس من ذلك مجرد التزام من المؤسسة المصرفية التي استقلت بإنشاء السند بان تدفع لحريتها المبلغ الذي كانت استوفته منه سلفا لطير مئة ذلك السند الحامل لقيمة المبلغ و ذلك مباشرة أو عن طريق المصارف الاخرى التي تربطها بها علاقة تسع بذلك.

و لهذا كله فان ورقة شيك السفر التي دللها التهم لا تتميز بالصفات القانونية الجوهرية التي هي قوام ورقة الشيك المصرفي التي يحددتها القانون التجاري اذ هي لا تعدو أن تكون وسيلة لاثبات أن حريف المؤسسة المصرفية التي أنشأت شيك السفر مدينة لحريتها الموقع على السند بالمبلغ الثابت به و التزاما منها بالوفاء بتلك القيمة وفاء مباشرة أو عن طريق المصارف و المؤسسات المتعاونة معها و هي بهذا الاعتبار تخضع لاحكام العامة في القانون التجاري و عند الاقتضاء في القانون

أحكامه يرجع تاريخها إلى سنة ١٩١٨ فقد كان أول نص قانوني يتعلق به الأمر المؤرخ في ٢٧ ماي ١٩١٨ ثم الأمر المؤرخ في ١٦ جويلية ١٩٥٣ ثم كان أخيرا القانون عدد ٩٧ لسنة ١٩٩٠ المؤرخ في أول نوفمبر ١٩٩٠ المتعلق بالحسابات الجارية البريدية الذي ألغى العمل بالأمرين السابق ذكرهما. غير أن نص القانون المشار إليه لم يعرف الشيك البريدي مكتفيا بالفصل الثالث منه بالقول: « يتصرف صاحب الحساب الجاري البريدي في رصيده بواسطة الصيغتين التاليتين :

- الشيك البريدي .

- الأذن بالسحب أو التحويل.

و مضافا بالفصل الرابع منه قوله: « يخضع الشيك لأحكام المجلة التجارية المتعلقة بالشيك ما لم تخالفها أحكام هذا القانون. »
فما هو الشيك البريدي إذا و هل بات ورقة تجارية كما هو الشأن بالنسبة للشيك الوارد بالمجلة التجارية أم أنه غيره.

المدني لأحكام الشيك الواردة بها فصول المجلة التجارية ابتداء من الفصل ٢٤٦ و لا يميز من هذه الحقيقة أن المؤسسة المصدرة للسند اختارت له شكلا من الورقة و الطباعة يجعله من حيث الظاهر شيئا بأوراق الشيك المصرفي و لأنها اختارت كلمة شيك جردا من تسميته وبناء عليه فلما كانت الجريمة المنصوص عليها بالفصل ٤١١ تجاري و لا تقوم إلا متى وقع التدليس على ورقة شيك مصرفي بالمعنى المحدد قانونا فإن تزوير الشيك سند شيك إفساد يكون. علا من أعمال التزوير واقعا من أحد الأشخاص الذين يمينهم الفصل ١٧٥ جنائي و بإحدى الوسائل المنصوص عليها بالفصل ١٧٢ من نفس القانون دون أن يكون من أعمال تدليس الشيك التي يعاقب عليها الفصل ٤١١ تجاري .

تعريف الشيك البريدي و طبيعته القانونية:

إن القانون عدد ٩٧ لسنة ٩٠ المؤرخ في أول نوفمبر ١٩٩٠ لم يعرف الشيك البريدي بينما نجد المشرع بالأمر المؤرخ في ١٦ جويلية ١٩٥٣ حدد ملائحة بأنه عبارة عن أمر صادر عن صاحب الحساب البريدي إلى الصندوق البريدي بسحب مبلغ معين من حسابه البريدي المفتوح لدى ذلك الصندوق و تسليمه للمأخوذ (١). و بذلك نلاحظ أن المشرع في أمر ١٩٥٣ لم يصرح بلفظة الشيك البريدي و إنما تحدث عن وسيلة سحب المال من طرف المأخوذ من حسابه البريدي و مع ذلك استنتج أن هذه الوسيلة هي الشيك و هذا لأن الفصل الأول من ذلك الأمر استعمل لفظة الشيك البريدي لكن لا تنطبق عليه من أحكام الشيك إلا ما تعلق منه. بالجانب الجزائي الوارد بالمجلة التجارية (٢). و نحن بالرجوع للقانون عدد ٩٧ لسنة ١٩٩٠ نجده عبر بالصريح على أن وسيلة سحب المال المودع بالحساب البريدي تتم بإحدى طريقتين منها طريقة الشيك البريدي و بذلك نجد المشرع يستعمل لفظة الشيك البريدي بشكل صريح من جهة و من أخرى يجعل هذا الشيك تنطبق عليه أحكام المجلة التجارية فيما لا يتخالف مع الأحكام الواردة بذلك القانون. و هكذا وضع المشرع بالقانون عدد ٩٧ لسنة ١٩٩٠ حدا لكل نقاش حول الطبيعة القانونية للشيك البريدي هل أنه يعتبر شيكا بأتم معنى الكلمة أم لا ؟

(١) رضا بن يوسف الشيكات البريدية في تونس ص ٣٤.

(٢) - محمد الهاشمي دحيح - مجلة القضاء و التشريع عدد ٥ ماي ١٩٨٤ ص: ١٧ و ما بعد دراسة بعنوان مدى انطباق أحكام القانون التجاري على الشيك البريدي.

و على خلاف ما انتهى إليه فتح تضافنا التوقفي سابقا قبل صدور القانون المذكور من كون الشيك البريدي لا يعتبر شيكا بأنم معنى الكلمة الا فيما يتعلق بالجانب الجزائي (١).

و قد سائر بعض الفقهاء التوقفيين هذا الاتجاه (٢) خلافا لذلك فان القانون عدد ٩٢ لسنة ١٩٩٠ اعتبر الشيك البريدي خاضعا بررته لاحكام المجلة التجارية عدا بعض الاحكام الخاصة الواردة بذلك القانون و التي في الحقيقة لا مساس فيها بالبيدات الخاصة لاحكام الشيك الواردة بالمجلة التجارية. فهذا الشيك قابل للتظهير كما يمكن تحريره لفائدة التعامل كما يمكن اجراء المقاصة في شكله بفرقة المقاصة (٣).

و بذلك فان الشيك البريدي أصبحت تنطبق عليه أحكام المجلة التجارية في جانبها المبرغي و الجزائي.

فيما عدا بعض الاحكام الخاصة الواردة بالقانون عدد ٩٧ لسنة ١٩٩٠ و التي لا تفس بجوهر الطبيعة القانونية للشيك.

و في عمل المشرع بتنظيمه صراحة على كون الشيك البريدي تنطبق عليه بالمجلة التجارية اعطاء دفع اقتصادي عام على سبيل التعامل بالشيك

(١) قرار تمقيبي جزائي عدد ٥٩٢٧ صادر بتاريخ ١٢ فيفري ١٩٦٩ مجلة القضاء و التشريع عدد ٥ سنة ١٩٦٩ ج ١ ١٩٦٩ صفحة ٦٢.
و القرار التمقيبي الجزائي عدد ١٢٢٢ بتاريخ ٩ مارس ١٩٧٧ بشرية محكمة التمييز ج ١٠ سنة ٧٧ صفحة ١٢٤.

(٢) رضا بن يوسف المرجع المشار إليه سابقا ص ٤٤، و السيد الهاشمي دحيح بدراسة المشار إليها سابقا.

(٣) علي الشواوي - النظام القانوني للشيكات صفحة ١١١.

و تحليا كاملا منه على اعتبار الشيك البريدي له طبيعة خاصة به خلافا لما عليه الفقه بمرسا لحد اليوم (١).

و في سلوك المشرع على النحو الذي ذكرناه التشجيع الكامل على التعامل الكامل بالشيك البريدي كما هو الشأن في الشيك العادي و حسنا فعل فقد أعطى مرونة أكثر في التعامل به من جهة و من جهة أخرى لمنع سوء استعماله من طرف من لهم حسابات بريدية مفتوحة لدى البريد و لبعث مزيد من الثقة في مثل هذا النوع من الشيكات.

و اعتقد أن هذا الموقف من المشرع فيه مصلحة للدولة من جهة لتشجيع على الادخار و فيه مصلحة للمواطن نظرا لوجود مراكز البريد في كامل المقاطعات بمختلف الولايات.

(١) - هامال - المصرف و عمليات المصارف ج ١٠ فقرة ٦٧٤.

الباب الثالث

تظهير الشيك - أ- انتقال الشيك

٤٠٥ - التظهير هو عبارة عما يكتبه المظهر على ظهر الشيك لنتقل بفتحاه للمظهر له تلك الورقة فيمكن هذا الأخير عند ذلك التصرف فيه كما يريد.

و التظهير للشيك أتم به المشرع بالمجلة التجارية بالفصول ٢٥٩ إلى ٢٧٠ بدخول الفاية .

و باستقراء تلك الفصول يتبين لنا أن التظهير في خصوص الشيك هو على نوعين :

أولاً : التظهير التام

ثانياً : التظهير التوكلي

أولاً : التظهير التام :

٤٠٦ - و هو التظهير الذي نتقل بفتحاه ملكية الشيك للمظهر له مع سائر الحقوق التي كانت للمظهر.

و هذا التظهير يجب أن تتوفر فيه شروط . منها الموضوعية و منها الشكلية.

فبالنسبة للشروط الموضوعية نجد شرط أهلية المظهر التجارية أن كان المظهر تاجر (منه العملية في موضوع الفصل ٦ من المجلة التجارية و الفصل ١١ من مجلة الالتزامات و العقود و هي بلوغ الفاسر من الثمانية عشر عاماً كاملة و كان مأذوناً له بالتجارة من طرف وليه و استحصل على ترشيده المطلق).

و ان كان المظهر غير ناجز فهو اذا لم يكن يتمتع بأهليته فان تظهيره باطل و يبقى الشيك صحيحا و هذا لان ليس هناك ارتباط بين الالتزامات المذكورة بالشيك عند انشاؤه و الالتزامات التي انشأها المظهر فاذا بطل أحدهما فلا يكون ذلك سبب البطلان التزام الآخر (الفصل ٢٥٦ من المجلة التجارية).

والشرط الثاني الموضوعي هو أن يكون هناك سبب مشروع لهذا التظهير و نحن نعلم أنه لا يذكر بالشيك سبب الالتزام فنحلله على أن هناك سبب و هو مشروع و على من يدعي العكس اثبات ذلك و هذا عملا بمقتضيات الفصلين ٦٨ و ٧٠ من مجلة الالتزامات و العقود (١)

أما الشروط الشكلية للتظهير فاننا نجد ما نفس شروط انشاء الشيك من أن يتم التظهير كتابية على ظهر الشيك أو على ورقة أخرى ملحقة به تسمى المغافة و ان يذكر تاريخ التظهير و امضاء المظهر.

و أما بالنسبة لاسم المظهر له فيجوز أن يذكر كما يمكن أن لا يقع ذكر اسمه انما عندما يقع اصال ذكر اسمه الكامل فيعتبر التظهير عندئذ وقع على بياض (الفصل ٣٦٢ من المجلة التجارية).

و الملاحظ أن الفقرة الثانية من ذلك الفصل اشترطت لصحة التظهير على بياض خاصة أن يكون مكتوب على ظهر الشيك أو على المغافة و هذا الشرط الشكلي نجده في الحقيقة موجودا حتى عندما يكون التظهير اسميا فلماذا ذكر شرط هو وارد بالفقرة الاولى من نفس ذلك الفصل ان لم يكن بهدف لاسر ممين قصده المشرع ربما غايته من ذلك التأكيد على وجوب توفر ذلك الشرط نظرا لأهمية التظهير على بياض .

(١) حكم استثنائي تجاري لبناني - منشور مجلة القضاء اللبنانية جزء ٧ سنة ١٩٦٢ - ص ٥٧٤ .

النظر عن مدى حسن نية الحال له من عدمه بنا على قاعدة أن ليس للمحيل أن يحيل لغيره أكثر مما له من الحقوق (الفصل ٥٥١ من مجلة الالتزامات و العقود).

فأيا : التظهير التوكيلي :

٤٠٧ - و هو أن يقدم المظهر شخصا آخر محله ليتسلم مبلغ الشيك الذي هو له و لا يحتر هذا التظهير تظهيرا توكيليا الا اذا ذكر فيه لفظ (تظهير بالوكالة) أو (القيمة للاستفاد) أو (القيمة للقبض) أو غير ذلك من الالفاظ الدالة على التوكيل (الفصل ٣٦٩ من المجلة التجارية).

و تجدر الملاحظة هنا أنه خلافا لاحكام الكبيالة في التظهير التوكيلي فان النجاسة التي يتضمنها التظهير التوكيلي في الشيك لا تنتهي بوفاة الموكل أو بفقدانه الأهلية و لعل سبب هذه التفرقة مقامة على أساس ملكية الرصيد فالحامل للشيك هو المالك للرصيد من يوم انشاء الشيك بينما في الكبيالة لا يكون الحامل مالكا للرصيد الا من يوم حلول أجل خلاصها وربما هناك سبب آخر هو كون الشيك يعتبر أداة وفاء فنفترض في حامله أنه يحمل نقود او لا سيرفي استمرار وكالته لقبض قيمته حرما على عدم عرقلة قبض مبلغه من المسحوب عليه طبق ارادة الموكل خلافا لمقتضيات الفصل ١١١٥٧ من مجلة الالتزامات و العقود التي تقتضي انتهاء الوكالة بمجرد وفاة الموكل أو فقده لأهليته .

ثم ان الشيكات التي تكون مذكورا فيها اسم الشخص المستفيد مع شرط الامر أو بدونه فهذه تكون قابلة للانتقال بطريقة التظهير و ان كانت هذه الشيكات للحامل فان انتقالها للمظهر له تكون بالمناولة و التسليم فاذا ظهرت للحامل فان ذلك التظهير يعتبر تظهيرا على بياض وفي هذه الصورة يعول للحامل :

أ - أن يملأ البياض باسمه أو باسم شخص آخر

ب - أن يظهر الشيك من جديد على بياض أول شخص آخر

د - أن يسلّم الشيك لاجنبي بدون أن يملأ البياض أو يظهر الشيك .

و لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يظهر المسحوب عليه الشيك الواجب عليه خلاص قيمته و أما ان وقع تطهير الشيك للمسحوب عليه فانه عندئذ يعتبر بمثابة ابراء الا اذا كان للمسحوب عليه عدة مؤسسات و حمل التطهير لمصلحة مؤسسة غير التي سحب عليها الشيك فان هذا الشيك عندئذ يطبق عليه القواعد المادية السابقة .

و التطهير يجب أن يتم بلا قيد و لا شرط فاذا علق التطهير على شرط ما فان هذا الشرط لا يعتد به و يعتبر كأنه لم يكن كما لا يمكن أن يظهر جزء من الشيك فاذا كان هناك تطهير جزئي للشيك فان هذا التطهير يعد كأنه لم يقع (الفصل ٢٦٦ من المجلد التجارية).

ثم ان التطهير للشيك يجب أن يكون قبل انقضاء أجل عرضه على الوفاء واقامة الاحتجاج لعدم الوفاء فاذا تم تطهيره بعد هذا التاريخ فان هذا التطهير يأخذ احكام الاحالة في القانون المدني.

ولا تطبق احكام التطهير الواردة بالمجلد التجارية.

ثم ان التطهير اذا كان له تاريخ ثابت فلا اشكال و اما اذا لم يكن له تاريخ ثابت او غير مؤرخ فاننا نعتبر التطهير تم قبل انقضاء أجل العرض واقامة الاحتجاج الا اذا ثبت خلاف ذلك من بيعة أو حجج أخرى (الفصل ٢٧٠ من المجلد التجارية).

و نظرا لما لتاريخ التطهير من أهمية فانه اذا عمد المظهر الى تقديم التاريخ فان ذلك يعد تدليسا و يواخذ عليه جزائيا من أجل التدليس (الفقرة الأخيرة من الفصل ٢٧٠ من المجلد التجارية).

الباب الرابع : الرصيد

تعريفه - شروطه - اثبات وجوده

القسم الأول:

تعريف الرصيد

٤٠٨ - هو دين نقدي مساو لقيمة الشيك لدى المسحوب عليه للساحب و مستحق الاداء فورا عند السحب بمقتضى الشيك .

فالرصيد كما يظهر من التعريف الضمان الاساسي للوفاء بالشيك لانه اذا لم يوجد عند انشاء الشيك أو كان موجودا لدى غير المبرري المسحوب عليه أو كان موجودا لدى المسحوب عليه لكنه غير مستحق الاداء أو كان مؤفيا بجزء من المبلغ الوارد بالشيك فانه لا يعتبر رسيدا بأتم معنى الكلمة و يعرض صاحبه للمواخاة الجزائية و لغرم الضرر. (١)

و نحن نظهر لنا أهمية الرصيد من خلال العلاقات القائمة بين الساحب و المسحوب عليه من جهة . و بين الساحب و العامل أو المستفيد من جهة أخرى. فبالنسبة لعلاقة الساحب بالمسحوب عليه اذا كان الرصيد موجودا لدى هذا الأخير فانه من المتعين عليه الوفاء بقيمة الشيك عند تقديمه اليه و الا كان مسؤولا للساحب بغرم الضرر الناشئ له من عدم تنفيذه لامر الدفع و عما لحقه من سمته (الفصل ٤١٠ من المجلد التجارية).

(١) مصطفى كمال طه - الوجيز في القانون التجاري - فقرة ٣٠٨ - و ما

و بالنسبة لملاقة صاحب بالحامل فان صاحب اذا لم يكن له رصيد مستجيبا للشروط التي سنذكرها لا يستطيع ممارسة الحامل السهل يكون حقه في الرجوع عليه سقط.

كما أن الحامل قد تكون له حق على الرصيد الموجود من يوم انشاء الشيك (١) فاذا أفلس المسحوب عليه فانه ينفرد دون بقية الدائنين بذلك الرصيد الوائي لقيمة الشيك من مال الفلسة . و هذا الامتياز الذي أعطي للحامل لانه يمد المالك للرصيد من يوم انشاء الشيك من طرف صاحب فله مطلق الحرية للتصرف فيه و هذا الفهم للملكية الرصيد يمود لطبيعة الشيك نفسه اذ هو أداة وفاء فهو نفسه بمثابة نقود موجودة حال انشاء و هذا المعنى نفسه نجده في الكسبالة مجلة القضاء و التشريع عدد ٢ مارس ١٩٦٤ ص ٥٣.

بالنسبة للمؤونة في خصوص ملكيتها التي تصبح قانونا ملكا لحملة الكسبالة على التعاقب.

انما ينبغي توغرها يوم حلول الكسبالة (الفصل ٢٧٥ من المجلة التجارية) خلافا للشيك الذي أوجب المشرع وجود الرصيد يوم انشاء الشيك (الفصل ٣٤٨ من المجلة التجارية). هذا و للحامل الرجوع على المسحوب عليه لان دعوى صاحب قبل المسحوب عليه تنتقل الى الحامل منذ اللحظة التي نشأ فيها الشيك وأصبح الحامل بواسطته مالكا للرصيد.

(١) قرار تمقيمي جزائري عدد ٢١٤٣ بتاريخ ٢٠ جويلية ١٩٦٣

القسم الثاني:

شروط الرصيد

١٩٩ من التعريف السابق تبين أن الرصيد هو دين نقدي لابد من توفر الشروط الآتية فيه:

أولا : أن يكون مبلغا من النقود سواء كانت هذه النقود ناشئة عن عمل مدني أو تجاري و قد يكون أصله بضاعة حولت الى نقود أو أي شيء آخر كفتح اعتماد للمصاحب بذلك المبلغ. (١)

ثانيا : أن يكون المبلغ موجودا وقت اصدار الشيك لان الشيك مستحق الاداء لدى الاطلاع فتمتد الحامل للمسحوب عليه و يجب عليه دفع قيمته فلو أن صاحب أصدر شيكا دون التحقق من أن له مقابله بالمصرف المسحوب عليه وقت سحب هذا الشيك يعد قد ارتكب جريمة اصدار شيك بدون رصيد. (٢)

ثالثا: أن يكون قابلا للتصرف فيه بمتن الشيك و معنى ذلك أن يكون هذا المبلغ مستحق الاداء بحيث غير معلق على شرط أو أجل عند انشاء الشيك فلو قام منشئ شيك بناء على أن له رسيدا كافيا بالمصرف المسحوب عليه الا أن ذلك الرصيد ناتج عن ورقة تجارية قام بخصمها لديه و ادراج قيمتها بحسابه تحت شرط التحقق من يسر الموقعين عليها فان ذلك الشيك يعتبر وقع سحبه بدون رصيد لان حريف المصرف ذاك ليس له

(١) مدونة الفقه و القضاء في القانون التجاري - جزء ٢ - فقرة ٢٣٢.

(٢) علي البارودي - القانون التجاري - فقرة ٤٥٥.

حق انشاء ذلك الشيك الا بعد أن تتم عملية التحقق و يتضح للبنك بمر
الموقعين على الورقة المضمومة (١).

كما أن هذا المبلغ ينبغي أن يكون معين المقدار و خال من النزاع فإذا
كان غير معين كما إذا كان حسابا جاريا لم يفل بعد فانه لا يعتبر
رسيدا و لو كان وأضحى ان كشف ذلك الحساب وقت اصدار الشيك كان
دائنا لفائدة الساحب في ذلك لان الدين يبقى ميبها و غير معين المقدار
الى يوم قفل الحساب (الفصلان ٧٢٨ و ٧٢٢ من المجلة التجارية).

رابعا : كفاية المبلغ للوفاء بقيمة الشيك فإذا كان المبلغ دون قيمة
الشيك فان الساحب يعتبر غير موثق للرصيد و يؤخذ بجريمة اصدار
شيك بدون رصيد .

بقي علينا أن نذكر من هو الشخص الواجب عليه تقديم الرصيد ؟
لا شك أنه الساحب فهو الذي أعطى للشيك الحياة و أخرجه للتعامل
بيننا المظهر ليس بمسؤول الا بموجب ضمان الوفاء فلو تبين أن الشيك لا
رصيد له فان المؤخذ جزائيا هو مصدر الشيك أي الساحب و اذا كان
الشيك مسحوبا بالوكالة فان التوكيل منا هو المسؤول عن الرصيد الذي
لا الذي سحبه ظاهريا لان هذا الاخير ان هو الا وكيل لا غير الا اذا كان
هذا الساحب الظاهر عالما بعدم وجود الرصيد فانه يؤخذ جزائيا مع
الساحب الحقيقي.

(١) قرار معقبي فرلسي مؤرخ في ٢١ - ٢ - ١٩٢٩ دالوز سنة ١٩٣٠ -
صفحة ٢٣ .

القسم الثالث: اثبات وجود الرصيد

أحيانا يحدث أن السحوب عليه يمتنع عن الوفاء بقيمة الشيك بدعوى أن
الساحب ليس له رصيد لديه ليدفع عنه قيمة الشيك أو جزءا من قيمته هنا
نعود للقاعدة العامة الفائلة الاصل براءة الذمة و على مدعي العكس
اثبات ذلك (الفقرة الرابعة من الفصل ٢٤٨ من المجلة التجارية) فيتمتع
على الساحب أن يثبت أن له ديننا متوفرة فيه سائر الشروط السابقة
الذكر بئمة السحوب عليه.

غير أنه اذا وضع السحوب عليه علامة اطلاعة على الشيك اثباتا لوجود
الرصيد لديه فان عبء الاثبات يتقلب لديه و يصبح واجبا على السحوب
عليه أن يثبت أنه لا يوجد لديه رصيد لفائدة الساحب انما هذا الاخير لا
يتمتع علاقة الساحب بالسحوب عليه أما الحامل فان الساحب دائما هو
الذي يجب عليه اثبات وجود الرصيد لدى السحوب عليه و هنا نلاحظ
أن العلامة التي يحميها السحوب عليه على الشيك ليس المراد بها القبول
الذي نجده في الكميالة مع جسيح لثاره لان الشيك لا يوجد فيه قبول
و حتى اذا ادّرج بالشيك شرط القبول فان هذا الشرط يعد لاغيا و لا
عمل عليه.

الباب الخامس الوفاء

أهمية الوفاء و طبيعته القانونية و من يحمل الوفاء - مهلة عرض الشيك للوفاء.

القسم الأول: أهمية الوفاء و طبيعته القانونية

٤١٠ - من أهم مميزات الشيك أنه واجب الاداء لدى الاطلاع (١) و زيادة على ذلك أوجب المشرع تقديمه للمسحوب عليه لاستخلاص مقابله في اجال قصيرة و الدافع لتقصير هذه الاجال هي رغبة المشرع في أن لا يلزم الساحب بالمحافظة على الرصيد لدى المسحوب الى ما لا نهاية و يتم بعد ذلك محبه دفعة واحدة في أوقات الازمات المالية أو الاقتصادية حيث تقدم للمصرف شيكات مسحوبة منذ مدة فيتمتع عليها خلاصها كما أن لتقصير الاجال غرضا اخر و هو عدم تعريض الضامنين من مظهرين و صاحب لمخاطر عدم ملءة المسحوب عليه لامر طارئ أو فجئي .

(١) قرار تمقيبي جزائي عدد ٤٣٤٨ بتاريخ ٢٥ جوان ١٩٨٠ مجلة القضاء و التشريع عدد ٨ اكتوبر ١٩٨١ ص ٩٠.

و يبدو و أن هناك شيئا آخر مهما و هو جعل الساحب مدركا لحالته المالية بالصرف بمدة منتظمة لان في بقاء الشيكات المسحوبة منه المدة الطويلة تتجول خارج الصرف المسحوب عليه من شأنه أن يضعها في مزالق النسيان و التصرف في الرصيد دون الانتباه للشيك أو الشيكات المصادرة عنه و هي لا زالت لم يتق استحلالها بعد . و نلاحظ أن تسليم الشيك من الساحب للحامل يعد وفاء حقيقيا فلا يستطیع المستفيد الذي استلم الشيك مطالبة الساحب بشيء ما و لا أن يتخذ عنه أي إجراء الى غاية الزمن الذي يمتنع فيه المسحوب عليه عن دفع مقابل الشيك لاي سبب.

كما أنه اذا تم اشهار افلاس الساحب بعد تسليم الشيك فاننا ننظر لتاريخ تسليم الشيك لمعرفة ان كان هذا العمل قد تم في فترة الرتبة أم لا ؟ و لا ننظر لزمن الوفاء بالشيك لتحديد ما اذا كان في فترة الرتبة أم لا طالما أن المشرع اعتبر اصدار الشيك بمثابة الوفاء الحقيقي مثله مثل من أبرأ ذمته بواسطة النقود التي دفعها حينها.

و اذا كان المشرع حدد زمنا معيناً لمرض الشيك للوفاء فان الحامل الذي يتجاوز ذلك الاجل يفقد حقه في الرجوع على الساحب و المطهرين و الضامنين بموجب الدعوى المرفوعة أي طبق أحكام القانون التجاري ومع ذلك فان الشيك يبقى قائما كشيك و يبقى المسحوب عليه ملزما بدفع قيمته بعد الاجال المذكورة اذا كان الرصيد متوفرا لديه.

نعم المشرع مدد للحامل الذي لم يتمكن من عرض الشيك للوفاء في الاجل المحدد قانونا لقوة قاهرة في أجل استعمال حق الرجوع على الساحب و المطهرين بما يتماشى مع ذلك البائع القهري (الفصل ٢٩٤ من المجلة التجارية).

الأشخاص الواجب عليهم الوفاء بالشيك:

اذا كان الرصيد موجودا لدى المسحوب عليه فانه يجب عليه الوفاء بقيمة الشيك و الا فان الساحب و المطهرين و الضامنين الذين يمكن للحامل مطالبتهم هؤلاء جميعا يتعين عليهم الوفاء بالشيك (الفصل ٢٨٦ من المجلة التجارية).

القسم الثاني:

معلقة العرض - حقيقة الوفاء - الاعتراض عن الوفاء:

٤١١ - أولا : معلقة عرض الشيك للوفاء:

نجد معلقة العرض محددة بالفصل ٢٧٢ من المجلة التجارية فاذا كان الشيك صادرا بتونس و واجب الوفاء بها فان الاجل هو ثمانية ايام ابتداء من يوم اصدار الشيك اما اذا كان الشيك صادرا خارج تونس و كان واجب الاداء بالجمهورية التونسية فان الاجل هو ثلاثون يوما .

٤١٢ - ثانيا : حقيقة حقم مبلغ الشيك:

لقد اقتضى الفصل ٢٧٨ من المجلة التجارية أنه اذا اشترط دفع الشيك حسب نقود اجنبية فان ذلك الشيك تحسب قيمته بالدينار التونسي يوم الاستحقاق أي يوم وجوب الاداء غير انه اذا لم يقع الخلاص يوم العرض فان الحامل يصبح له الخيار بين طلب قيمة الشيك بالدينار التونسي يوم العرض و بين قيمة الدينار التونسي يوم الاداء و هذه القاعدة لا تنطبق اذا اشترط الساحب وجوب الاداء الفعلي بنوع من أنواع النقود الاجنبية لان الناس عند شروطهم ما لم تتعارض مع النظام العام كما أنه يمكن للساحب اشتراط الدفع بسعر معين بالشيك و يكون عندئذ العمل بذلك

القسم الثالث: الامتفاء عن الوفاء و الاعتراض عليه

٤١٤ - أولا : الامتفاء عن الوفاء:

تقتضي التواعد العامة أن الوفاء لا يصح إلا للدائن أو من يمثله قانونا بشرط أن يكون أملا لتفويض هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها في مادة الشيك لان المسحوب عليه ليس له متسع من الوقت ليتأكد من أهلية الحامل للشيك وصحة القانونية و لهذا نجد المشرع يعتبر الوفاء في الاجل القانوني للحامل للشيك دون معارضة من أحد يمد وفاء صحيحا و ميراثا لذمة الساحب و المسحوب عليه و نحن ندرك من ذلك أن المسحوب عليه ليس له أن يمتنع عن دفع قيمة الشيك للحامل لاي سبب كان مادام لم يكن هناك اعتراض جدي نص القانون على جوازه أو أنه ليس هناك رصيد للساحب لديه خاصة و المشرع نفسه لم يفرض على المسحوب عليه التأكد من صحة توقيعات المظهرين انما فقط أن يتأكد من صحة تسلسل التطهرات (الفصل ٢٧٧ من المجلة التجارية). (١)

٤١٥ - ثانيا : المعارضة في الوفاء:

ان الاعتراض على دفع الشيك يمكن أن نتصور حصوله اما من الساحب و اما من قبل دائني الحامل أما هؤلاء الاخيرون فانهم لا يستطيعون

(١) حكم تجاري صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد ١٥٠ بتاريخ ٣١ مارس ١٩٦٤ مجلة القضاء و التشريع عدد ٩ و ١٠ نوفمبر و ديسمبر ١٩٦٤ صفحة ١٢٤.

الشرط هذا و اذا كان الشيك انشئ في بلد عكته نفس اسم العملة الموجودة بمكان الوفاء فتتبع عندئذ اعتماد العملة الموجودة بالبلد الذي تم فيه الوفاء .

و كما يكون الوفاء بالنقد يكون بشيك أو كسيالة أو بسند للامر الا أنه بالنسبة للوفاء بالشيك الجديد لا يلزم الشيك الاول فاذا وجد الحامل للشيك الثاني ان هذا الشيك ليس لساحبه أو مظهره رصيد أمكنه الرجوع على صاحب الشيك الاول و مظهره. (١)

٤١٦ - ثالثا : الوفاء الجزئي:

لقد كان قديما يعتبر الوفاء برصيد جزئي من المصرف يبطل الشيك و اتجه فق القضاء في فرنسا هذا الاتجاه الا أنه ابتداء من سنة ١٩١٧ تغير الاتجاه و أصبح الوفاء الجزئي سكتا و لا يؤثر في بقاء الشيك قائما في المبلغ الباقي و أصبح المسحوب عليه ملزما بدفع ما عنده لحامل الشيك من رصيد للماحب أو المظهر فقط و لو كان ذلك الرصيد لا يبقى بكامل مبلغ الشيك و المشرع التونسي اعتمد هذا الاتجاه و أوجب على الحامل قبول الوفاء الجزئي على أن يعرض احتجاجا في باقي قيمة الشيك كما أجاز للمسحوب عليه أن يطلب كتابة المبلغ المدفوع على ظهر الشيك. و يطلب وصلا مستقلا في ذلك (الفصل ٢٧٦ من المجلة التجارية) و بذلك نرى أن انعدام جزء من الرصيد لا يكون سببا لبطان الشيك بل يعتبر شيكا و يكون ساحبه مستهدفا للمواخاة الجزائية لعدم كفاية الرصيد.

(١) ليككو و روبلو - الاوراق التجارية - ج ٢ فقرة ٦٤٩.

الاعتراض و لا يمكنهم اجراء عقلة على أموال مدينهم التي هي موجودة لدى الغير الذي هو المسحوب عليه على أساس أن الساحب هو مدين لمدينهم لأن في اعتراضهم هذا و في العقلة التوقيفية التي يريدون اجراء ما تمليلا للوفاء بالشيك و هذا غير مسموح به قانونا و ذلك لأسباب عديدة منها:

(١) ان المسحوب عليه ربما يطراً عليه عجز عن دفع قيمة الشيك فيعتمد الى ايجاد دائن ومسي للحامل بمارض في الوفاء بمقلة ما للمدين لدى الغير.

(٢) ان هذه العقلة التوقيفية لا فائدة منها مادام الحامل يمكنه أن يظهر الشيك لشخص آخر فيمكنه استخلاص قيمته بكل سهولة.

أما فيما يتعلق بالساحب فإنه لا يمكنه مبدئيا الاعتراض على الوفاء فاذا اعترض أكن للحامل أن يقوم بقضية استجالية لدى المحكمة الابتدائية يطلب فيها من قاضي المجلة إلغاء المعارضة و لو كانت هناك دعوى أصلية مرفوعة من الساحب تتعلق بالشيك (الفصل ٢٧٠ من المجلة التجارية).

٤١٦ - ثالثا: سرقة الشيك أو ضياعه أو توقيف الساحب:

رأينا أن الساحب ليس له حق الاعتراض لدى المسحوب عليه على دفع قيمة الشيك للحامل لكن المنع هذا ليس على الملاحقة فهو له الاعتراض على الوفاء في صورتين و هما سرقة ضياع الشيك أو سرقة و سرقة تنليس الحامل (الفصل ٣٧٤ من المجلة التجارية) ففي هذين الحالتين له حق الاعتراض على الوفاء و يتم ذلك حتى بمجرد مكتوب عادي موجه للمسحوب عليه يعطيه باعتراضه على الدفع.

و اذا لم يمارض و تم الوفاء فإنه لا مسؤولية على المسحوب عليه ثم ان الضياع و السرقة لا يخلو حالها أما أن تكون وقعت للحامل أو انها وقعت للساحب .

فان وقعت على الساحب فالامر كما ذكرنا و ان وقعت على الحامل فان الحامل يمكنه أن يطلب قيمة الشيك بموجب نسخة منه ثانية أو ثالثة مسا

كان عددها وهنا تظهر لنا الفائدة من وراء تعدد النسخ.

أما اذا لم يكن للشيك نسخا أو لم يتمكن الحامل من الاستظهار بتلك النسخ فان له الرجوع الى الذي ظهر له الشيك أولا لمساعدته بأن يمكنه من استعمال اسمه و هكذا يفعل من مظهر الى المظهر الذي قبله صموذا حتى الوصول الى الساحب على حامل الشيك أن يدفع كافة المصاريف الناتجة عن هذه العمليات و الاجراءات التي سيتحصل بمقتضاها على نسخة ثانية أو ثالثة للشيك (الفصل ٢٨١ من المجلة التجارية و أرى هنا أنه كان من الاجدر بالمشروع جعل المحكمة تتدخل لاعطاء الاذن للحامل بتقبض قيمة ذلك الشيك بعد اعطاء ضامن و هذا حتى لا يكون الساحب عرضة في المستقبل للدفع مرة ثانية و في باب الاجراءات في مجلة المرافعات المدنية و التجارية لنا صورة ضياع النسخة التنفيذية من الحكم التي لقاضي المجلة حسب الاختصاص الاذن باعطاء نسخة تنفيذية ثانية بعد تقديم ضامن من طرف طالب استخراج النسخة التنفيذية الثانية مع الملاحظة أن القوانين السابقة أقرت هذا الاجراء و هو ما فعله القانون اللبناني مثلا بالفصل ٦٢٢ من قانون التجارة اللبناني (بينما المقتن التونسي قصر تدخل المحكمة على سرقة ما اذا لم يكن للحامل أصل الشيك لم يتمسك من استخراج نسخة ثانية أو ثالثة أو رابعة منه.

هنا حول له طلب دفع قيمة الشيك بمقتضى اذن على المريضة (الفصل ٢٧٨ من المجلة التجارية) و طبعا لا يستطع الحصول على ذلك الا بعد أن يثبت ملكية للشيك و يقدم زيادة على ذلك ضامنا حتى اذا تبين انه غير محق أمكن الرجوع عليه و على ضامنه و هذا الضامن يصبح غير مسؤول بسطي ستة أشهر من تاريخ صدور الاذن على المريضة اذا لم تقع في اثناء تلك المدة دعاوي تتعلق بذلك الشيك.

و اذا كان صاحب الشيك قد قام بجميع الاجراءات التي يفرضها القانون عامة يتمين عندئذ على هذا المالك للشيك ان يثبت امتناع المطلوب عليه

عن الدفع بواسطة احتجاج يحرده في أول يوم عمل يأتي بعد أجل المرض (الفصل ٣٨٠ من المجلة التجارية).

٤١٦ - رابعا: النزاع بين مالك الشيك والحائز له:

هنا يجب علينا أن نفرق بين الشيك للحامل و الشيك للامر أو الاسمي. أما الشيك للحامل فهذا يطبق عليه قاعدة الفصل ٥٣ من مجلة الحقوق المدنية باعتبار الشيك مالا منقولاً و من جاز شيئا منقولاً لا يشبه حل على أنه ملك له بحيث الحامل للشيك يعتبر المالك له قانوناً.

و أما الشيك للامر فإن عبء الاتبات يكون على مدعى الملكية فيجب عليه أن يثبت أن هذا الشيك اكتسبه الحامل له عن سوء نية أو ارتكب خطأ فاحشا عند اكتسابه له.

فنحن نفصل المالك على الحائز إذا كان هذا الحائز سيء النية كأن كان سارقاً للشيك أو عثر عليه فقط أو تلقاه من سرقة و هو عالم بذلك (الفصل ٤٦٧ من المجلة التجارية) أما إذا كان الحائز حسن النية بأن انتقل له الحق بسلسلة من التظهير غير منقطعة و لو كان التظهير الأخير على بهاض و كان هذا الحائز عالماً بما طرأ على الشيك من حوادث فإن المشرع هنا قام بحماية هذا الحائز الحسن النية و ذلك لاستقرار التعامل بالشيك و اعتباره هو المالك له.

عاماً : التزامات الشيك:

ما دمنا قلنا أن الشيك لا يعد عملاً تجارياً إلا بالنسبة للتاجر الذي استعمله بخصوص أعمال تجارته فإننا نجد المشرع عند لوضع نص يقتضي تضامن الملتزمين بالشيك و لو كانوا أشخاصاً غير تجار و ذلك زيادة في تدعيم التعامل بالشيك و توفير أكثر ضمانات للحامل حتى يمكنه القيام على من أراد من الملتزمين و بدون ترتيب.

الباب السادس : دعوى الرجوع

شروطها - القيام بها

القسم الأول:

شروط القيام بدعوى الرجوع

٤١٧ - لا يمكن للحامل أن يقوم بدعوى الرجوع أو التماس على الساحب و السوامين اللاحقين على الشيك إلا إذا توفرت شروط ثلاثة التي هي: أولاً : أن يكون الحامل قد عرض الشيك للوفاء في الأجل المحدد قانوناً. ثانياً : أن يكون المسحوب عليه قد امتنع عن الدفع . ثالثاً : أن يكون قد أثبت امتناع المسحوب عليه باحتجاج أن لم ينفذ من ذلك.

و الملاحظ أن القانون عدد ٤٦٥ لسنة ٧٧ المؤرخ في ٢ جويلية ١٩٧٧ المنقح للمفصول ٤٠٢ و ٢١٠ و ٤١١ و ٢١٢ من المجلة التجارية جعل الشهادة المحررة من المصرف التي أوجبها القانون المذكور في سورة دفع قيمة الشيك جزئياً أو كلياً و التي عبارة من اعلام بعدم الدفع هي تقوم مقام الاحتجاج .

غير أن القانون عدد ٨٢ لسنة ٨٥ المؤرخ في ١١ أوت ١٩٨٥ الذي نفع الفصل ٤١٠ لم يتعرض لموضوع الاحتجاج هل هو يفي ثالثاً أم أن شهادة عدم الدفع التي تصدر من المصرف هي وحدها تقوم مقام الاحتجاج.

يبدو أن نص المقتضج الجديد يحشر بدوره شهادة عدم الدفع مثلها مثل الاحتجاج تماماً بدليل أنه جعل الحامل يتولى تحرير محضر الاحتجاج عند امتناع المصرف من تحرير تلك الشهادة، و على أساس ذلك الصغر

ينتم اعمال الاعلام بعدم الدفع للمالك و تقع مواصلة بقية الاعمال المودعة للمواخذة من أجل جربة اصدار شيك بدون رصيد على أساس محضر الاحتجاج ذاك و بذلك نرى أن شهادة عدم الدفع المحررة من المصرف هي تقوم مقام الاحتجاج ثم ان الفصل ٤٠٢ المنقح بالقانون عدد ٤٦ لسنة ٧٧ المشار اليه بقي قائما و مو يشير الى صور اصدار شيكات بدون رصيد موضوع الفصل ٤١٠ من المجلة التجارية. (١)

الفقرة الأولى:

عرض الحامل للشيك في الاجل

٤١٨ - لقد ذكرنا أنه ينبغي على الحامل أن يقدم الشيك للمسحوب عليه لاستخلاص قيمته في أجل معين فإذا لم يقدمه في ذلك الاجل فان حقه في الرجوع يسقط لكن اذا كانت هناك قوة قاهرة حالت دون عرض الشيك للوفاء أو هناك نص قانوني حال دون طلب الوفاء من الحامل (الفصل ٢٩٤ من المجلة التجارية) في هذه الصورة تمتد الاجال المقررة قانونا الا ان الحامل يتعين عليه أن يعلم بهذا الحائل من ظهر له الشيك بواسطة اعلام و يحسن ذلك الاعلام على الشيك أو الورقة المضافة له و يخضع عليه تاريخ ذلك الاعلام و توقيعه.

(١) لقد جاء نص الفصل ٤٠٢ من المجلة التجارية بعد تنقيحه بالقانون عدد ٤٦ لسنة ٧٧ المؤرخ في ٣ جويلية ١٩٧٧ ما يلي (ان أي عمل يجريه حامل الشيك لا يفتي عن الاحتجاج فيما عدا الحالات المنصوص عليها بالفصل ٢٧٩ و ما بعده المتعلقة بضياع الشيك أو سرقة و بالفصل ٤١٠ في أحكامه المتعلقة باصدار شيكات بدون رصيد .

و ان استمرت القوة القاهرة أكثر من خمسة عشر يوما من تاريخ الاعلام و توقيعه و ان استمرت القوة القاهرة أكثر من خمسة عشر يوما من تاريخ يوم اعلام المظهر من طرف الحامل فيمكن عندئذ للحامل التهام بدعوى الرجوع و ذلك بدون حاجة لمرض الشيك للوفاء من جديد أو اقامة احتجاج هذا كله اذا لم تكن دعاوي الرجوع ملقاة بدورها لاجل أبعد من هذا الاجل بمقتضى نص قانوني .

و هناك صورة لا يسقط فيها حق الحامل بالرجوع و ان كان ممثلا و لم يتم بطلب الوفاء في الاجل و هي صورة ما اذا أثبت عدم وجود الرصيد لدى المسحوب عليه (١) فهنا لا يمكن للمالك الاحتجاج بسقوط حق الحامل بالرجوع لعدم عرضه للشيك في الاجل القانوني و انما يمكن لهذا المالك أن يثبت أن مقابل الوفاء قد زال بفعل خارج عن نطاقه و تم ذلك بعد أجل العرض.

(١) و فقه القضاء في تونس سار على هذا السوال من امكانية حق الحامل في المطالبة و انما جمل هذه المطالبة لا تقوم على أساس قانون الصرف بل على أساس القانون المادي فقد جاء بالحكم التجاري عدد ١١٧٥ الصادر عن محكمة تونس الابتدائية بتاريخ ٢٥ نوفمبر ١٩٦١ - منشور مجلة القضاء و التشريع عدد ٩ نوفمبر ١٩٦١ صفحة ٥٢ ما يلي : (و حيث وقع هذا الاحتجاج بعد الاجل لا محالة الا أن المستفيد من الشيك و المظهر اليه بقيا على كل حال منتفعين بحق المطالبة بالطريقة العادية خارج نطاق القانون المصرفي لان تسليم الشيك لا يعتبر تجديد أو الدين الاصلي يبقى حتما نافذ المفعول).

الفقرة الثانية:

امتناع المسحوب عليه عن الدفع

٤١٩ - نحن نعلم أن المسحوب عليه ليس له حق الامتناع عن الدفع كما رأينا سابقا إلا في صورتين المرفقة والصياح وتقليس الحامل ويكون ذلك بشرط اعتراض صاحب أو المظهر على الدفع. وفي غير هذين الصورتين لا يمكن للمسحوب عليه الامتناع عن الدفع إلا إذا لم يكن للمالك رصيد لديه وفي كل هذه الأحوال فإن حق الحامل لا يستلزم وإنما يمكن الرجوع على صاحب والمظهرين ويجب عليه إقامة الاحتجاج ما دام المسحوب عليه قد امتنع عن الدفع بها كان السبب.

الفقرة الثالثة:

اثبات امتناع المسحوب عليه عن الدفع بتقويم

احتجاج

٤٢٠ - الاحتجاج هو عبارة عن معاملة رسمية تثبت المطالبة بالشيك وعدم الدفع وهو يحرر من طرف عدل منفذ وقد يكون تحرير الاحتجاج غير ضروري متى كتب على الشيك بشرط الرجوع بلا مسأله (الفصل ٢٧٣ من المجلد التجارية) وهذا الشرط ينسحب على سائر الموقمين على الشيك إن كان صادرا عن صاحب، أما إذا اشترط ذلك أحد المظهرين فإنه يحصل وحده نتائج ذلك وإن كان الاعضاء صادرا عن صاحب كما قلنا فإن ذلك لا يمنع من أن يعلم الحامل صاحب والمظهر بالامتناع عن الدفع في مدة أربعة أيام بعد يوم عرض الشيك. وما دام الاحتجاج هو الخطوة الأولى نحو القيام بدعوى الرجوع بعدم الوفاء فإنه يجب أن يحرر بشكل مضبوط ودقيق فهو:

(١) يجب أن يحرر بتر الميز في المسحوب عليه الشيك.

(٢) أن يذكر به النص الحرفي للشيك وما به من تعبيرات وعلى التنبه بدفع الفية وكذلك إلى باب الامتناع عن الدفع والمقدار الذي دفع منه وما بقي وسبب الامتناع عن الامضاء أو المعجر عنه.

ثم يضع العدل المنفذ امضاءه على الشيك ويذكر به أنه أقام الاحتجاج لدى المصرف الذي يجب عليه الوفاء وتاريخ الاحتجاج ويضفي على الشيك وإذا أمل العدل المنفذ أحد الأمور الواجب ذكرها فإنه يكون عرضة لدفع غرم الضرر كما يجب على العدل المنفذ أن يحتفظ بنسخة مطابقة للأصل من الاحتجاجات التي يقيما وإلا كان عرضة للمزل و لتعويض الضرر (الفصل ٤٠١ من المجلد التجارية) كما يجب عليه أن يوجه بواسطة مكتوب مضمون الوصول نسختين من الاحتجاجات لكاتب المحكمة التي بدأته مقر المدين (الفصل ٤٠٢ من المجلد التجارية) ويتمين عليه أن يتم ذلك في بحر خمسة عشر يوما من تاريخ تحرير الاحتجاج فإذا أمل العدل المنفذ أمرا من الأمور التي يجب عليه ذكرها بالاحتجاج فإن الاحتجاج الذي يحرره يعد باطلا على معنى الفصل ١٤ من مجلة المرافعات المدنية والتجارية لأن الاحتجاج أن هو إلا محضر من محاضر العدل المنفذ التي أوجب المشرع أن تذكر فيه أموراً محددة ومينة كإمضاء العدل المنفذ وتاريخ تحريره للاحتجاج وذكر النص الحرفي للشيك برسته ويمكن للمتضرر من بطلان محضر الاحتجاج أن يقوم على العدل المنفذ مطالباً إياه بالتعويض عن الضرر الذي لحقه.

ثم بعد إقامة الاحتجاج يجب على الحامل للشيك أن يعلم صاحب والمظهر بالامتناع عن الدفع وذلك خلال أربعة أيام بعد يوم إقامة الاحتجاج.

ومن جهة أخرى يجب على العدل المنفذ أن يعلم صاحب بالامتناع عن الدفع في طرف ثمانية وأربعين ساعة من تسجيل الاحتجاج أما بالنسبة للمظهرين فإن كل مظهر بلغه الاعلام يجب عليه أن يعلم المظهر له الآخر

في ظرف يومين من تاريخ بلوغ الاعلام اليه .

القسم الثاني:

القيام بحصول الرجوع

٤٢١- متى توفرت الشروط الثلاثة المذكورة فان الحامل يمكنه القيام على الساحب أو على أحد المظهرين أو على سائر المتكتمين بالشيك في دعوى واحدة فهو مخير في الطريقة التي يريد القيام بها بدعواه لان الغاية من هذا القيام هي استرجاع ما كان من حقه من قيمة الشيك فهو اذا قام على أحد المتكتمين و لم يتمكن من استخلاص قيمة الشيك له القيام على بقية المتكتمين ما دامت الغاية من هذه الدعوى لم تتحقق بعد.

و متى قام الحامل بدعوى الرجوع مع توفر شروطها فان المحكمة يمتنع عليها الاستجابة لطلب القائم بالدعوى و لا يمكن للمطلوب في هذه الحالة أن يطلب ائماله بدفع قيمة الشيك أو ما ترتب عليه من الالتزامات بمقتضى ذلك الشيك .

و هذا أمر طبيعي ما دام كان عليه من أول الامر أن يوفر الرصيد للشيك قبل سحبه له من جهة و ما دام الشيك موضوعا كأداة وفاء بالديون و ليس بوسيلة ضمان أو ائمال بل ربما في سلوك ذلك الساحب و الضامنين خطورة لجهة عدم الاطمئنان للشيك للتعامل به و في ذلك خطر عظيم على الحركة التجارية التي تعتمد السرعة و الثقة.

الا أن منح الائمال المتحدث عليه ليس على املائه فنجد المشرع خول المحكمة حق منح الائمال للمطلوب في صورة وجود القوة القاهرة أو السانح القانوني الذي يمنح عرض الشيك للوفاء فهنا مكن المشرع من منح مهلة للمطلوب لانه لا دخل له فيما حدث و لم يكن هناك ما يفيد تملكه أو توانيه عن الدفع كما أن الحالم لم يغم من جهة أخرى بما يفرضه عليه

القانون لسبب من الاسباب المذكورة بحيث هناك مراعاة لكلا الطرفين المتنازعين.

نعم في جميع الاحوال خول المشرع للحامل للشيك المحرر فيه احتجاجا حق اجراء عقلة تحفظية على منقولات الساحب و المظهرين و ذلك بمقتضى اذن على المريضة دون أن يقدم أي ضمان لما عسى أن يطرأ من ضرر من اجراء تلك العقلة كما يمكنه أن يجري عقلة توفيقية لنفس الغرض يتم الحكم بصحتها يوم القضاء بأداء مبلغ الشيك.

و القائم بدعوى الرجوع له طلب عدة أمور هي :

(١) قيمة الشيك غير المدفوع.

(٢) فوائد المبلغ المذكور بالشيك من تاريخ يوم عرض الشيك للوفاء هذا بالنسبة للشيكات المستحقة الاداء بالبلاد التونسية و على معدل نسبة ستة بالمائة بالنسبة لسائر الشيكات الاخرى.

(٣) مصاريف الاحتجاج التي بذلها المدعي و كذلك التنبيهات التي وجهها للساحب و المظهرين (الفصل ٢٩١ من المجلد التجارية) .

و هذه الامور الثلاثة ليست مخولة فقط للقائم بدعوى الرجوع لا غير بل نجدما مخولة لكل ملتزم بذلك الشيك قام بدفع قيمته عند اقامة دعوى الرجوع عليه أو كان مستهدفا للقيام به عليه فهو له حق طلب كامل المبلغ الذي دفعه و الفوائد المستحقة التي تحسب من يوم دفعه لمبلغ الشيك كما له استرجاع كافة المصاريف التي بذلها (الفصل ٣٩٢ من المجلد التجارية). كما يمكن لهذا الشخص عند دفعه لقيمة الشيك أن يتسلم من الطالب نسخة الشيك والاحتجاج ووصل في الابراء و اذا كان الدافع لقيمة الشيك هم المظهرون فان له شطب تطهيره و ظهيرات المظهرين التابعين له.

٤٢١ مكره مرور الزمن على دعوى الرجوع:

نلاحظ أن مرور الزمن على دعوى الرجوع في موضوع الشيك جعل له المشرع اجالا ضيقا و هي كانت كذلك حرما منه حتى لا يبقى الاشخاص الذين التزموا بذلك الشيك مهدين بالقيام عليهم في كل لحظة و حتى يجعل الحامل حريصا على استيفاء حقوقه في أقرب الاجال .

لذلك اذا لم يتم الحامل بدعوى الرجوع على الساحب و المظهرين في ظرف ستة أشهر من انقضاء تاريخ أجل العرض سقط حق القيام بمرور الزمن انما تطبيقا لقواعد المدالة يمكن للمدعي أن يقوم بدعوى على المتزمن بالشيك و الذين حصل لهم اثره بدون سبب (الفصل ٢٩٨ من المجلد التجارية).

كما أن حق الحامل في القيام على المسحوب عليه بدعوى الرجوع يسقط بمضي ستة أشهر من تاريخ اليوم الذي دفع فيه الملتزم قيمة الشيك أو يوم القيام عليه بالدعوى. (١)

الباب السابع

الجرائم التي تورط على الشيك واجراءات تتبعها

٤٢٢ - أن هذه الجرائم بعضها كان موجودا في التشريعات السابقة المعمول بها في مادة الشيك و البعض الآخر محدث بالقانون عدد ٨٢ لسنة ٨٥ المؤرخ في ١١ أوت ١٩٨٥ المنقح لاحكام النصول ٤٠٨ - ٤٠٩ - ٤١٠ - ٤١١ - ٤١٢ من المجلد التجارية. (١)

و هذه الجرائم هي :

- (١) اصدار شيك بدون رصيد أو كان له رصيدا ناقصا أو وقع سحبه من طرف الساحب بعد انشاؤه للشيك أو اعتراضه على خلاص مبلغه لدى المسحوب عليه في غير الصور الواردة بالفصل ٢٧٤ من المجلد التجارية.
- (٢) قبول المستفيد من الساحب أو المظهر لشيك يعلم أن ساحبه في حالة من الحالات الاربع المذكورة .
- (٣) تزوير الشيك أو تزويجه .
- (٤) قاييل الشيك المزيف أو المزور رغم علمه بذلك .
- (٥) مخالفة الساحب للتعلم من استعمال صيغ الشيكات على بياض أو مخالفة لتعجير السط على من استعمال صيغ مثل تلك الشيكات.

(١) كما أنه وقع تنقيح اخر للاحكام المتعلقة بتسوية الوضعية بالنسبة للساحب لشيك بدون رصيد بالقانون عدد ١٠٠ لسنة ٨٨ المؤرخ في ١٨ أوت ٨٨ الذي نفع الفصل ٤١٠ سادسا الجديد وأحدث الفصل ٤١٢ ثالثا بالمجلد التجارية.

(١) حكم ابتدائي صادر عن المحكمة الابتدائية بسوسة تحت عدد ٤٣٣ بتاريخ ٣١ مارس ١٩٦٩ - ٨٦ غير منشور أشار الى أن الحامل الممثل بتقد الحق في دعواه الصرفية.

(٦) تمتد الساحب تغيير امضائه على الشيك قصد جعل المسحوب عليه يتمتع عن خلاص مبلغه لعدم مطابقة الامضاء المودع لديه للامضاء الموجود على الشيك.

(٧) المساعدة المبدية للساحب من طرف الغير أثناء مباشرة هذا الاخير لهيئته لجعل الساحب يتنص من العقاب عن اصداره لشيك لا رصيد به أو له رصيد ناقص أو سحب الرصيد بعد انشائه للشيك أو اعترض على خلاصه في غير صور الفصل ٢٧٤ من المجلة التجارية.

(٨) المصرف الذي يتمتع من خلاص قيمة الشيك ساحب على اعتماد فتحه له ذلك المصرف و لم يقع الرجوع فيه بصفة قانونية طبق مقتضيات الفصلين ٧٠٥ و ٧٠٦ من المجلة التجارية.

(٩) المسحوب عليه الذي يتحدد تخفيض مبلغ الرصيد الذي للساحب عن مبلغ رصيده الحقيقي المتوفر لديه.

(١٠) المسحوب عليه يخالف أحكام الاعلام بحالات عدم دفع الشيكات المبينة بالمجلة التجارية.

(١١) افعال الساحب لبيان مكان اصدار الشيك أو عدم ذكر تاريخ انشاء أو وضع تاريخ مزور به أو سحب الشيك على غير مصرف.

(١٢) القابل لشيك غير مشتمل على مكان اصداره أو تاريخه.

(١٣) افعال المصرف للذكر اسم الساحب بكل شيك بدفتر الشيكات على بياض الذي يسلمه لحريته و الذي نلاحظه على هذه الجرائم ان عددها اخذ يزداد بمناسبة اصدار كل قانون تنقيحي للمجلة التجارية فبمناسبة التنقيح الواقع بالقانون عدد ٤٦ لسنة ٧٧ المؤرخ في ٢ جويلية ١٩٧٧ أحدثت جريمة مخالفة المصرف لاحكام ذلك القانون بعدم قيامه بواجبات الاعلام بموارض عدم الدفع للشيكات المعروضة عليه للخلاص.

و بمناسبة التنقيح المدخل على المجلة التجارية بالقانون عدد ٨٢ لسنة ١٩٨٥ المؤرخ في ١١ أوت ١٩٨٥ أحدثت أربع جرائم جديدة و هي :

(١) امتناع المصرف عن خلاص قيمة شيك عول ساحبه على اعتماد فتحه له ذلك المصرف و لم يقع الرجوع فيه بصفة قانونية.

(٢) الساحب الذي يصدر شيكا من صيغ شيكات على بياض بيده في فترة منحه من استعماله أو التحجير عليه من طرف المحكمة ذلك الاستعمال.

(٣) الساحب الذي يغير توقيمه عددا ما يجعل المسحوب عليه يتمتع عن الدفع.

(٤) المساعدة المبدية للساحب من طرف الغير أثناء مباشرة هذا الاخير لهيئته لجعل الساحب يتنص من العقاب عن اصدار شيك لا رصيد له .

و مكذا نرى أن التعامل بالشيك في كل يوم يكشف عن جرائم جديدة يمكن أن تحصل بمناسبة استعماله و تماشيا مع السياسة الجنائية التي يتبناها المشرع التوقفي من المحافظة على حسن التعامل بالشيك و بعت الثقة فيه نجده في كل مناسبة يضع أحكاما جزائية جديدة لتأكيد شدة امتناعه بموضوع الشيك و ان كان هذا السلوك من المشرع يجعله أحيانا محل نقد من طرف فقهاء القانون الجزائي الذين يرون في زيادة تجريم الانمال الواردة على الشيك ميل كبير لسياسة عقابية أكثر منه اصلاح حقيقي لوضع اجتماعي و فكري ينبغي تلافيه أساسا بتوعية شاملة للمعاملين بالشيك أكثر من أي اجراء اخر.

و على كل فان العدد الكبير للجرائم التي قد ترد على الشيك كمنما وقع تمادها يدل على أن الشيك له أهمية في الحياة الاقتصادية و الجرائم التي ترد عليه من الجرائم الاقتصادية التي على الدولة أخذها بعين الاعتبار و جعل جهاز مختص لمعالجتها سواء على الصعيد القضائي أو على صعيد البحث الاولي من شرطة و حرس أو على مستوى سلطة الاشراف من البنك المركزي ووزارة المالية.

و نحن قننا بتمدد الجرائم التي ترد على الشيك عموما بمية بيان موقع كل جريمة من تلك الجرائم لتنشقي منها ما هو جدير بالابرار و ما ادخل

عليه من أحكام جديدة بالقانون عدد ٨٢ لسنة ٨٦ المشار اليه.

و التي سنتناولها بالدرس فيما يلي :

١) جريمة اصدار شيك بدون وجهه:

١٢٣- ان هذه الجريمة حسب التقسيم الوارد بمجلة الاجراءات الجزائية لانواع الجرائم حسب العقاب المستوجب لتاعليها تعتبر من قبيل الجنح اذ ان العقاب المستوجب الوارد بالفصل ٤١١ الجديد من المجلة حسب تنقيحه الاخير هو السجن مدة خمسة أعوام و العتية التي تدوم ثلاثة الاف دينار دون ان يقل عن مبلغ الشيك أو باقي قيمته.

كما ان جريمة اصدار شيك بدون رصيد تندرج ضمنها صور ما اذا كان الرصيد ناقصا فقط يوم اصدار الشيك أو وقع استرجاع الرصيد من طرف الساحب بعد ان أصدر الشيك أو عارض في خلاص مبلغه في غير صور الفصل ٣٧٤ من المجلة التجارية وهي صور ضياع الشيك أو سرقته أو تفليس العامل . و لا تتحقق جريمة اصدار شيك بدون رصيد الا اذا توافرت أركانها من جهة و من أخرى لا يمكن التتبع من أجلها الا بعد انتهاء أجل التسوية و عدم وقوعها خلال ذلك الاجل.

لذلك سوف نتناول بالدرس اركان تلك الجريمة أولا ثم اجراءات التسوية ثانيا ثم اجراءات التتبع ثالثا.

أولا : أركان جريمة اصدار شيك بدون وجهه:

ان اركان هذه الجريمة ثلاثة هي : اصدار الشيك - اعدام الرصيد أو نقصانه - النقص الجنائي.

١- اصدار الشيك:

١٢٤- ان المجلة التجارية لم تحتم على الشيك فقط بل نجد هناك أوراقا تجارية أخرى مثل الكسبالة و السند للامر و مع ذلك فاننا لا نجد لها أحكاما جزائية خاصة بها اذ ان كافة الاحكام الجزائية المتعلقة بالأوراق التجارية كانت بتلك المجلة تخص الشيك دون غيره منها و هذا دليل على

أهمية الشيك و عناية المشرع به كما بيننا في طالع هذا القسم :

هذا و ان ورقة الشيك هذه ينبغي أن يكون لها مظهر الشيك و معنى ذلك أنها متصوص بها على جميع البيانات الشكلية التي أتى بها الفصل ٣٤٦ من المجلة التجارية و مع ذلك اذا تخلف شرط من تلك الشروط في ذلك الشيك فان بعضها جعلته المجلة المذكورة غير سيطر له و هي خلوه من بهان مكان اصداره أو مكان الوفاء به فهو يعتبر شيكا على معنى الفصل ٣٤٧ من نفس تلك المجلة.

كما أنه اذا خلا الشيك من بيان تاريخ انشائه لا ينبغي عنه صفته كشيك اذ هو واجب الدفع بمجرد تقديمه للمسحوب عليه (الفصل ٣٧١ من المجلة التجارية).

و لا يهم ما اذا كان الشيك يحمل تاريخا لاحقا لتاريخ عرضه للوفاء اذ ان المشرع اعتبره مستحق الاداء بمجرد عرضه للخلاص.

غير أن الاشكال الذي أثير حول الشيك الذي يواخذ على اصداره متى كان لا رصيد له يتناول الشيك الذي له مظهر الشيك و مع ذلك حسب المجلة التجارية لا يعتبر كذلك. هنا ينبغي التفرقة بين أحكام المجلة التجارية باعتبارها أحكاما خاصة بالشيك في نطاق القانون التجاري و بين الاحكام الجزائية الخاصة به و التي هي تعتبر من القواعد الجزية التي تطبق عليها القواعد العامة للقانون الجزائي.

و فقهاء القانون الجنائي يعتبرون الشيك شيكا و لو كان باطلا في نظر القانون التجاري متى كان حاملا لمظهر الشيك و ذلك حماية للشيك من كل سوء استعمال و عدم ترك المجال للساحب للافلات من العقاب بدعوى وجود عيب شكلي في الشيك و الحال أنه يحمل كافة مظاهر الشيك الصحيح و المستكمل لشرائطه و هذا اعتمادا على الحالة الظاهرة للشيك.

و هذا الوقت من الفناء وجد صداه في مجال العمل القضائي فالفناء
الرسمي سار في هذا الاتجاه بالقرار التمهيني الصادر في ٩ أكتوبر ١٩٤٠
و أقر الأخذ بالحالة الظاهرة للشيك فهو و لو كان باطلا في نظر القانون
التجاري كشيك فانه في نظر القانون الجزائي يعتبر شيكا و يعاقب
مصدره عنه كما لو كان شيكا مكتمل الشكليات و ذلك أخذ بالحالة
الظاهرة للشيك. (١)

فالهم أن تكون ورقة الشيك الواقع على أساسها التتبع تحمل مظهر
الشيك بحيث اذا كان مظهرها يدل على أنها ورقة كميالة كأن كانت
حاملة لتاريخ الانشاء و تاريخ استحقاق الرضاء فانها عندئذ لا تعتبر
شيكا. كما أن هذا الركن لجريمة اصدار شيك بدون رصيد لا يتوفر بمجرد
انشاء الشيك اذا لم يقع تسليمه للمستفيد فان الجريمة لم تتكون بعد
و يمكن قبول جميع وسائل الاثبات في هذا الشأن.

هذا و ان الجريمة المذكورة لا يعاقب من أجلها الا من اصدار الشيك دون
غيره من مستمليه مظهره لا يؤخذ من أجل هذه الجريمة انما اذا كان
عائلا بحالة الساحب و ما أعطاه من تعليمات للمسحوب عليه من عدم
خلاص قيمة الشيك فانه يعتبر متحिला و يعاقب من أجل جنحة التحيل
لايهامه للمظهر له بأن لذلك الشيك رصيد و الحال أنه خلو منه.

ب- انعدام الرصيد أو نقصانه:

٤٢٥ - ان الركن الثاني من أركان جريمة اصدار شيك بدون رصيد هو
انعدام الرصيد أو نقصانه يوم انشاء الشيك و تسليمه للمستفيد لان
المفروض ان يوم انشاء الشيك هو يوم تسليمه للمستفيد بحيث انتقلت
ملكية الرصيد لهذا الاخير من ذلك اليوم و لا يهم ما اذا كان ذلك الرصيد
هو الذي ملك للساحب هو مال قرض أو اعتناء فتحه المسحوب عليه
لنشئه الشيك فالهم أن يكون الرصيد موجودا يوم انشاء الشيك
وتسليمه للمستفيد و لا يهم ما اذا كان الرصيد مفقودا تماما أو انعدام

بمعه فقط أو سحبه من طرف الساحب كلها أو جزئيا بعد تاريخ انشاء
الشيك كما لا يهم الوضع القانوني للساحب من وجود تحجير عليه لصفه
أو أعلن إفلاسه أو كان غير رشيد لكونه دون السن القانونية التي تخول
له حق التصرف في أمواله لانه كما قلنا المبرة في الورقة التي استعملها
الساحب فاذا كانت في مظهر شيك و لو كان ذلك الشيك باطلا لامر خارج
عن محتوياته فانه يعتبر شيك لا محالة في نظر القانون الجزائي الذي
يأخذ بمظهر الورقة كشيك.

هذا و كما قلنا فان المارحة في خلاص مبلغ الشيك من الساحب في غير
صور الفصل ٢٧٤ من السجلة التجارية يعتبر بمثابة انعدام الرصيد
و يوجب المؤاخذه الجزائية مثله مثل من لا رصيد له لان المبرة بوجود
الرصيد هي امكانية التصرف فيه من طرف المستفيد أما اذا كان مجسدا
بفعل الساحب فانه يعتبر عندئذ كأنه لم يوفر الرصيد الذي يقابل ذلك
الشيك الذي أنشأه.

٤٢٦ - ج - القصد الجنائي:

ان هذا الركن في جريمة اصدار شيك بدون رصيد نجده في القوانين
المقارنة بصريح النص. فالنصل ٢٢٧ من قانون العقوبات المصري اعتبر
سوء نية الساحب في جريمة اصدار شيك بدون رصيد هو من الاركان
الاساسية للمؤاخذه فقد جاء به حرفيا. (يحكم بهذه العقوبات العيس
و الغرامة - كل من أعطى بسوء نية شيكا لا يقابله رصيد قائم و قابل
للمسحوب أو كان الرصيد أقل من قيمة الشيك أو سحب بعد اعطاء الشيك
كل الرصيد أو بمعه بحيث يصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك أو أمر
المسحوب عليه الشيك بعدم الدفع). (١)

(١) محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -
مقرة ٤٨٧.

و الفصل ٦٥٢ من قانون العقوبات السوري سلك نفس السلك اذ جاء به حرفيا (كل من أقدم على سوء نية على سحب شيك بدون مقابل سابق ومعدا للدفع أو بمقابل غير كافالخ).

و هو عين ما فعله المخرج اللبناني بالفصل ٤٤٨ من قانون التجارة اللبناني.

لكن بالنسبة للتشريع التونسي لا نجد أي إشارة للركن القسدي لهذه الجريمة بالفصل ٤١١ الجديد فهل المشرع أراد إلغاء هذا الركن تماما و اعتبار هذه الجريمة من قبيل الجرائم المادية الصرفة أم اعتبر ركن سوء النية متوفر في الساحب و هناك شبهة على توفر نية الجريمة في الفاعل بمجرد اصداره للشيك الذي تبين أنه لا رسيد له أو له رسيد ناقص أو تم سحب رسيده بعد اصداره أو وقع الاعتراض على خلاصه في غير الفصل ٢٧٤ من المجلة التجارية يبدو أنه للوقوف على المقصد الحقيقي للمشرع في هذا الموضوع من الوجهة أن نعرض لتطور التشريع حول هذا الركن بالذات.

و لا يخفى على أحد أن أحكام الشيك عرفتها البلاد التونسية بمقتضى الامر المؤرخ في ٢٠ ديسمبر ١٩٢٢ المنقح بالامر المؤرخ في ٢٢ أكتوبر ١٩٥٢ الذي تحدث لأول مرة عن جنحة الشيك بدون رسيد بالفصل التاسع منه و الذي اشترط لادانة مقررهما أن يكون سيء النية في اصداره لذلك الشيك فالقصد الاجرامي لا بد من توفره في الفاعل و هو ما أقرته محكمة التعقيب بالفراز الصادر عنها تحت عدد ٤٠١٤ بتاريخ ٢٢ ماي ٥٧ ثم أتت المجلة التجارية المدرجة بالقانون عدد ١٧٩ لسنة ٥٩ المؤرخ في ٥ أكتوبر ١٩٥٩ فتحدثت من جديد عن الجنحة المذكورة و اعتبرتها بالفصل ٤١١ منها جريمة موضوعية اذ أنه بمجرد انشاء الشيك وهو لا رسيد له تتكون هذه الجريمة بقطع النظر عن نية مرتكبها و هو ما كرسته محكمة التعقيب بقرارها عدد ٢٨٢٤ الصادر بتاريخ ٢٢ جانفي ١٩٦٤ بتولها (يكون قائما

على أساس من القانون الحكم الذي قضى بالمقاب من أجل اصدار شيك بدون رسيد يقابله دون البحث عن سوء نية المتهم اذ أن هذا الركن يتوفر بمجرد ثبوت ان لا رسيد له يقبله المبلغ المرسوم بالشيك الذي أمضاه).

و هكذا أصبحت جنحة اصدار شيك بدون رسيد حسب نص الفصل ٤١١ في صيغته الاولى يوم صدور المجلة التجارية هي جريمة مادية بحتة فلا يبحث وراء حسن نية الفاعل من عدمها فمجرد اصدار الشيك وهو لا رسيد له تتكون الجريمة ثم أتى القانون عدد ٢١١ لسنة ١٩٧٠ المؤرخ في ٣ جويلية ٧٠ المنقح للفصل ٤١١ المذكور أكد من جديد على أن جريمة اصدار شيك بدون رسيد هي من الجرائم القصدية التي ينبغي أن يتوفر جانب فاعلها سوء النية عند اصداره لذلك الشيك الذي لا رسيد له فقد أصبحت الفقرة الثانية الجديدة من ذلك الفصل صيغتها مو كما يلي:

(كل من أصدر سوء نية شيكا أو استرجع بعد اصدار الشيك كامل الرصيد أو بحقه أو حجر على المسحوب عليه الدفع في غير الصور المنصوص عليها بالفصل ٢٧٤ من هذه المجلة).

بينما كانت تلك الفقرة بالمجلة يوم صدورهما كما يلي :

(كل من أصدر شيكا ليس له رسيد سابق و قابل للتصرف فيه أو كان الرصيد أقل من مبلغ الشيك أو استرجع بعد استصدار الشيك كامل الرصيد أو بحقه أو حجر على المسحوب عليه الدفع و في غير الصور المنصوص عليها بالفصل ٢٧٤ من هذا القانون).

و بمقارنة ذهنيك الفترتين يتبين لنا أن المشرع عدل من اعتبار جريمة اصدار شيك بدون رسيد من جريمة مادية الى اعتبارها شخصية و ينبغي بالتالي ادبات كون الفاعل سيء النية و في اعتقادي أن مسلك المشرع هنا كان سليما في موقفه التشريعي ووفق بميله ذاك بين مقتضيات الفصل ٤١١ و الفقرتين الاخيرتين من الفصل ٤٠٩ و الا لما أصبح لمقتضيات هذين

الفترتين الاخيرتين من الفصل ٤٠٩ معنى أصلا لان في الحقيقة المتصور من دينيك الفترتين صورة عدم وجود سوء نية من طرف الساحب عند اصداره لشيك لا رصيد له لذلك كان عقابه الخطية فقط بينما متى كان سيء النية طبق عليه مقتضيات الفصل ٤١١ الفقرة الثانية الجديدة .

ثم أتى القانون عدد ٤٦ لسنة ٧٧ المؤرخ في ٢ جويلية ٧٧ و الذي نقح من جديد الفقرة الثانية الجديدة من الفصل ٤١١ من المجلة التجارية و أرجع صيغة تلك الفقرة التي كانت محررة بها المجلة التجارية من أول مرة فهل معنى ذلك أنه أُلغى من جديد الركن القسدي للجريمة و اعتبرها جريمة مادية بحتة مثل ما فعل في أول مرة يوم صدور المجلة التجارية .

يبدو لي أن المشرع هنا لم يُلغِ ركن القصد الجنائي و إنما اعتبره متوفر في الفاعل أي الساحب متى حصل له العلم بأن الشيك الذي أصدره هو لا رصيد له لانه في القانون عدد ٤٦ لسنة ٧٧ المذكور أتى بموضوع التسوية و اجراءاتها اذ أنه تولى تنفيذ الفصل ٤١٠ من المجلة التجارية وأصبح من الواجب على المصرف اعلام الساحب بكتوب مضمون الوصول مع الاعلام بالبلوغ أن الشيك الذي سحبه عليه هو لا رصيد له أو رسيد غير كاف لتسديد مبلغه و ترتب أجل المشرة أيام من تاريخ الاعلام و بعد فوات ذلك الاجل و ان لم يتم الساحب بالتسوية تعتبر عندهما القطعة جنحة فامة الاركان يمكن مواخذته من أجلها.

لذلك نجد المحاكم تتوقف عن محاكمة الساحب لشيك لا رصيد له متى لم يتم اعلامه من طرف المصرف بالطريقة المذكورة و هذا ما نجده مقررًا بالقرار التعقيبي الصادر عنها بتاريخ ٢٠ جانفي ١٩٨٢ تحت عدد ٦٤٨٤ و القرار التعقيبي عدد ٢٥٢٩ الصادر بتاريخ ١٧ فيفري ١٩٨٢.

و في نهاية المطاف أتى القانون عدد ٨٢ لسنة ٨٥ المؤرخ في ١١ أوت ١٩٨٥ معيدا لصياغة الفصل ٤١١ من المجلة التجارية تماما اذا جاء بفترتي الاولى و الثانية ما نسه.

يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام و بخطية قدرها ثلاثة الاف دينار دون أن تقل عن مبلغ الشيك أو باقي قيمته.

- كل من أصدر شيكا ليس له رصيد سابق و قابل للتصرف فيه أركان الرصيد أقل من مبلغ الشيك أو استرجع بعد اصدار الشيك كامل الرصيد أو يمحط أو حجز على المسحوب عليه الدفع في غير الصور المنصوص عليها بالفصل ٢٧٤.

فالصياغة الجديدة نستنتج منها أن المشرع أراد أن يعتبر صراحة و بوجه لا يقبل أي تأويل بأن جريمة اصدار شيك بدون رصيد التي هي جنحة هي جريمة مادية بحتة فلا وجود فيها لسألة حسن النية عن عدمها فالركن القسدي لهذه الجريمة اعتبره المشرع غير واجب التوفر فهو حذف الربط بين العقاب عن هذه الجريمة و العقاب الذي في جنحة الاحتيال التي ربما يرى البعض أنها ما دامت هي من الجرائم القصدية فجريمة اصدار شيك بدون رصيد هي بدورها جريمة قصدية فالمشرع هنا أراد التأكيد عن أن هذه الجريمة ليست بجريمة قصدية و عقابها غير عقوبة الاحتيال اذ أن الخطية في هذه الجريمة أصبحت ثلاثة الاف دينار على أن لا تقل عن مبلغ الشيك أو باقيه بينما في جنحة التحيل فالخطية لا تتجاوز المشرة دينار.

و الدليل على رغبة المشرع في جعل جريمة اصدار شيك بدون رصيد هي من الجرائم القصدية حذفه للفترتين الاخيرتين من الفصل ٤٠٩ تماما و الذي نصها هو الاتي :

(و يعاقب بالخطية نفسها كل من أصدر شيكا ليس له رصيد سابق و قابل للتصرف فيه).

(و اذا كان مبلغ الرصيد أقل من قيمة الشيك فان الخطية لا يمكن أن تتجاوز الفرق بين مبلغ الرصيد و قيمة الشيك).

فهذان الفقرتان كانتا تمنى المصدر للشيك الذي لا رصيد له الحسن النية و نملا نجد بعض المحاكم أكدت بتسليط العقاب الوارد بالفصل ٤٠٩ دون تطبيق الفصل ٤١١ من المجلة التجارية باعتبار أن العقاب الوارد بالفصل ٤٠٩ يتعلق بدوره بجريمة اصدار شيك بدون رصيد و عقابه الخطية فقط. لذلك رأى المشرع حذف ذينك الفقرتين من الفصل ٤٠٩ لتأكيد أن جريمة اصدار شيك بدون رصيد هي جريمة مادية لا يلتفت فيها لركن سوء النية و في نفس الوقت ازالة كل التباس بين ذينك الفقرتين و مقتضيات الفصل ٤١١ الجديد الذي بقي هو الوحيد محل الانطباق على جريمة اصدار شيك بدون رصيد.

و أخيرا نلاحظ أن المشرع في القانون عدد ٨٢ لسنة ٨٥ المذكور اعتبر الجريمة المذكورة حاصلة بمجرد اصدار الشيك دون رصيد و تسليمه للمستفيد لذلك نجده بالفصل ٤١٠ سادسا يقول بالفقرة الاولى منه (التسوية تنقضى بقبضها الدعوى الصومية) و التسوية لا تكون الا بعد اعلام الساحب بأن الشيك الذي أصدره لا رصيد له الامر الذي يستنتج منه أن الجريمة حصلت قبل عملية التسوية غايتها جعل الدعوى العامة تنقضى لا غير و هذا دليل اخر على أن المشرع اعتبر جريمة اصدار شيك بدون رصيد هي جريمة مادية بحتة لان الساحب قد يكون لا يعلم بأن الشيك الذي أصدره هو لا رصيد له ومع ذلك يمدد قد ارتكب تلك الجريمة و مستهدف للمواخذه ان لم يتم بعملية التسوية فما هي عملية التسوية هذه؟ وكيف تتم؟ و ماذا يترتب على حصولها من نتائج؟ و ما يترتب من عدم القيام بها من اثار؟ هذه جملة أسئلة نحاول الاجابة عنها فيما يلي.

فاتها : التسوية و اجراءاتها:

٤٢٧ - ان كلمة التسوية استعملها المشرع لأول مرة في القانون عدد ٨٢ لسنة ٨٥ المذكور و لقد كثر ترددها بالفصول الجديدة للمجلة التجارية المنقحة بذلك القانون اذ نجدها مذكورة بالفصول ٤١٠ ثالثا و ٤١٠ رابعا و ٤١٠ خامسا و ٤١٠ سادسا و المقصود بها قيام الساحب بخلاس مبلغ الشيك و المصاريف و معلوم الخطية قبل انقضاء أجل أربعة أيام من تاريخ اعلامه بعدم اداء مبلغ الشيك.

و موضوع التسوية منا لم يكن بالامر الجديد في المجلة التجارية اذ أول ما وقع استعماله كان خلال سنة ١٩٧٧ بمقتضى القانون عدد ٤٦ لسنة ٧٧ المؤرخ في ٢ جويلية ١٩٧٧ الا أنه لم يأخذ هذه التسمية من جهة و من أخرى كان الاجل فيه لوتنوع التسوية عشرة أيام ووقع الاختلاف في احتساب أجل المشرة أيام هذه هل تبدأ من تاريخ بلوغ الاعلام للساحب أم من تاريخ تحرير الشهادة و نشأت عن كيفية التبليغ عديد المشاكل لصعاب علامة البلوغ في أحيان كثيرة و اعتبار المحكمة نتيجة لعدم عثورها على علامة البلوغ أو ما يديد الاعلام بالمكتوب المضمون الوصول اجراءات التتبع باطله .

لذلك أتى المشرع و درس الموضوع من جميع جوانبه و الصلبيات الناجمة عن قانون عدد ٤٦ لسنة ٧٧ في موضوع التسوية و أسباب عدم نجاحها فانهى الى أن الامر سببه المصرف الذي لا يجس لديه معلومات كافية عن حريته لدى المحكمة بها عند الاقتضاء و عيب في كيفية التبليغ اجباري و ليس أداة وفاء لذلك حمل المصارف واجبات جديدة للتحقق و الاجل الموسع السنوح للساحب للخلاس مما يجعل الشيك أداة قرض من هوية الساحب و معرفة ما اذا كان من الذين اعتادوا اصدار شيكات بدون رصيد و مسك دفتر خاص تضمن به هوية الحرفاء الذين تفتح لهم حسابات لديها وما دامت هذه العناصر هي مرتبطة بعملية التسوية فانه من

الجدير التعرض لها و هي الواجبات الجديدة المحولة على المصارف و الدور الذي يلعبه البنك المركزي ثم كيفية اتمام عملية التصوية.

١- الواجبات المحولة على المصرف:

٤٣٨ - هذه الواجبات هي موضوع الفصل ٤١٠ الجديد بالجلة التجارية حسب تنقيحه بالتفانون عدد ٨٢ لسنة ٨٥ المشار اليه هذه الواجبات تتعلق بصيغ الشيكات و الاسترشاد عن الحريف قبل تسليم صيغ الشيكات له ثم تنظيم دفاتر خاصة بالمصارف تضمن بها هوية الحرفاء المفتوحة لهم حسابات لديها.

أ- بالنسبة لشيك الشيكات:

أصبح من المتعين على المصرف أن يدرج بكل ورقة شيك بدفتر الشيكات يوم تسليمه للحريف اسم و لقب و عنوان صاحب الحساب و أن كان ذاتا معنوية اسمها و مقرها و هذا حتى لا يحتاج المستفيد لمعرفة مقر صاحب من المصرف المسحوب عليه عند رغبته في إجراء عطف تحفظية ضد مصدر الشيك و اقامة احتجاج حده أو في صورة امتناع المصرف من تحرير شهادة عدم الدفع و بذلك لا تبقى القضايا المدة الطويلة دون فصل لعدم الامتداء لعنوان صاحب لسبب أو آخر.

و مخالفة المصرف لهذه الاحكام يعرضه للمواخذة الجزائية بتعطلته بثلاثة دنانير عن كل مخالفة يرتكبها وهي تتمدد بتمدد أوراق الشيك التي يحملها للمصاحب دون ذكر البيانات المشار اليها لان كل ورقة شيك هي قائمة الذات بفردما.

ب- بالنسبة لاسترشاد من البنك المركزي:

أصبح من واجب كل مصرف قبل أن يحلم لحريفه دفتر شيكات على بهاس لأول مرة أن يسترشد حوله لدى البنك المركزي عما اذا كان من الذين منع عليهم استعمال الشيكات على البهاس أو هم محل تتبع من أجل جرائم تخص اصدار شيك بدون رصيد أو صدرت ضدهم أحكام في خصوصها

و هذا الاسترشاد يكون بالكتابة حتى يبقى له أثر لاثبات حصوله من المصرف و كذلك لمعرفة بداية الثلاثة أيام التي اثرها في صورة عدم جواب البنك المركزي للمصرف أن يسلم لحريفه دفتر شيكات على بهاس دون أن يتحمل أية مسؤولية فهذا الاجل يبدأ من تاريخ اتصال البنك المركزي بمطلب الاسترشاد و هو ان لم يكن كتابة فانه من الصعب اثباته. و الملاحظ أن اجل الثلاثة أيام مراعى فيه أيام العمل بحيث أيام الاعياد و العطل المصرفية لا تحسب و تجدر الاشارة الى أن هذا الاسترشاد من البنك المركزي لا يكون بالنسبة لكل قانع حساب بل بالنسبة لمن سيمسك له دفتر شيكات على بهاس كما أن هذا الاسترشاد يكون بالنسبة للمصرف عند تسلمه لأول مرة دفتر الشيكات اما في صورة تجديد الدفتر فقط فانه في حل من الاسترشاد و انما يبقى عليه الحرس على تنفيذ تعليمات البنك المركزي حول من وقع التحجير عليهم استعمال صيغ الشيكات على بهاس و الا استهدف للمواخذة الجزائية موضوع الفقرة الثانية من الفصل ٤١٢ و هي الغطية من خمسمائة دينار الى خمسة الاف دينار و التمويش المدني موضوع الفصل ٤١٢ مكرر.

اذ عليه أن يدفع للمستفيد مبلغ الشيك الذي سحبه حريفه في حدود مبلغ الخمسة الاف دينار فما دون.

ج- مسك دفتر خاص به هوية أصحاب الحسابات:

لقد أتى المصلان ٨ و ٩ من الجلة التجارية ببيان الدفاتر التي على التجار مسكها الا أن المشرع فرض على المصارف زيادة على ذلك مسك دفتر خاص تضمن به هوية حرفائها الذين تفتح لهم حسابات لديها و ضمن بذلك الدفتر اسم و لقب و عنوان صاحب الحساب و تاريخ و مكان ولادته و مهنته و رقم بطاقة تعريفه القومية أو بطاقة اقامته و بالنسبة للذوات المعنوية اسمها ومقرها وما يقتضي التعريف بها كرقمها بالسجل التجاري مثلا أو نوع نشاطها المهني و الاجتماعي كما أن من سيمسك

الشيكات في حقلها تؤخذ موبته أيضا من اسم و لقب و مقر و مهنة .
و منا نلاحظ أن هذا الواجب محمول على المصرف سواء سلم لحريه
دفتر شيكات على بياض أولا.

و بالنسبة للحسابات المفتوحة لدى هذه المصارف قبل صدور هذا القانون
فقد مكن المشرع المصارف بالفصل الثاني من القانون عدد ٨٢ لسنة ٨٥
المؤرخ في ١١ أوت ١٩٨٥ مطالبة حرقائها بعدما بتلك الارشادات في أجل
أربعة أشهر و ان لم يستجب الحريف لطلبها لها بعد انذاره بواسطة عدل
منفذ و ترتب أجل شهر بعد ترائخ الانذار توقيف حساباته كما لها غلقها
تماما و عند قيامها بعملية إيقاف الحساب أو الفلق ان تعلم ذلك الحريف
بانذارها اياه بأنه عليه و الذي ذكره منا أن هذه الصورة لقل الحساب
في استثناء من القاعدة العامة الواردة بالفصل ٧٢٢ من المجلة التجارية
في خصوص قفل الحساب الجاري و هي تعتبر مقدمة على القاعدة العامة
و الحساب الذي يقفل بتلك الطريقة هو قفل قانوني و ينتج اثره
القانونية مثل ما هو الحال في الحالة العادية.

دور البنك المركزي:

٤٣٩ - لقد أتى الفصل ٤١١ سادسا موضعا لدور البنك المركزي في
موضوع جرائم الشيك بصفة عامة و طريقة تعامل النيابة الصومية معه و ما
هو واجب على المصارف تجاهه .

فما دام البنك المركزي هو الذي أنيطت بمهده السهر على حسن تطبيق
هذا القسم من المجلة التجارية و معاينة المخالفات التي تقع لاحكامها من
طرف المصارف و الخواص هذا من جهة و من أخرى هو مكلف بتمسيم
المعلومات التي تحصل لديه من جرائم اصدار الشيكات بدون رصيد
و الاحكام الصادرة في شأنها و كذلك كل ما تكشفه مصالحه من معلومات
في ذلك الميدان على المصارف فانه بات من المتحتم على كل جهة من

الجهات المعنية بتطبيق هذا القانون ان تمدد بالمعلومات اللازمة لتلقيها
بمصلحة و أبرز هذه الجهات هي النيابة الصومية و المصارف.

١ - التفتاة المصومة:

أصبح من الواجب على وكيل الجمهورية أن يعلم البنك المركزي بالاحكام
الجزائية الصادرة في مادة الشيك مما كان نوعها بالمحكمة الابتدائية
المنتصب لديها و التي احزرت على قوة ما اتعمل به القضاء كذا على
الوكيل العام بمحكمة الاستئناف الصادر منها الحكم الجزائي في مادة
الشيك أن يعلم به البنك المركزي متى أصبح محرزا على قوة ما اتعمل به
القضاء فهذا العمل يقع القيام به مترامنا مع أعمال التنفيذ بذلك الحكم.

ب - المصارف:

ان الواجب المحمول على المصارف يقتثل في أمرين اثنين زيادة على
الواجبات الواقع التمرس لها أثناء الحديث عن الفصول السابقة مثل
اعلامها للبنك المركزي بوقوع التصوية فهي يجب عليها حسب
هذا الفصل .

(١) أن تعلم البنك المركزي بحالات عدم دفعها للشيكات المصحوبة عليها
و المطلوب منها تسديد مبلغها مما كان سبب عدم الدفع ذاك.

(٢) بكل مخالفة يرتكبها حريقها بسحبها لشيك من صيغ شيكات على بياض
بقيت تحت يده بعد منعه تحفظها من استعمال صيغ الشيكات على بياض
بقيت تحت يده بعد منعه تحفظها من استعمال صيغ الشيكات على بياض
أو وقوع التحجير عليه من طرف المحكمة .

و قد رتب المشرع على مخالفة هذه الاحكام لتيجتين احدهما البوادة
الجزائية للمصرف طبق الفصل ٤١٢ و نتيجة مدنية و هي في صورة مخالفة
للمعلومات المتوفرة لديه من التحجير على حريقه استعمال صيغ الشيكات
بتسليمه له صيغ شيكات جديدة رغم ذلك التحجير موضوع الفصل ٤١٢
مكرر.

حقوقية اتمام عملية التسوية:

٤٣٠ - لقد أتى الفصل ٤١٠ ثالثا ببيان الكيفية التي تتم بها عملية التسوية فهو أتى بمديد الاحكام الجديدة متلافيا للاخلالات التي كشفت عنها العمل القضائي في مجال جريمة اصدار شيك بدون رصيد بالنسبة لكيفية الاعلام بانعدام الرصيد او نقصانه و بداية حساب الاجل و نهايته و كيفية اعلام النهاية في الابان بحصول تلك الجريمة منع الساحب من استعمال صيغ الشيكات التي بيده طيلة ابد التسوية و بعدها ان لم يتم بالتسوية في الاجل القانوني و من يقوم بتسبيق المصاريف اللازمة للاعلام بعدم الدفع و من يقبض مال التسوية و المصاريف و ما يجب على الساحب عند دفعه لمبلغ الشيك مباشرة للمستفيد بغية اتمام كل تحيل على القانون و التهرب من العقاب الذي يستحقه الساحب الذي لم يحترم التزاماته في نطاق القانون وهكذا فان هذا الفصل يعتبر من الفصول المهمة التي تجمع احكامها بين الصرف المسحوب عليه و الساحب و المستفيد و المعدل المنفذ و البنك المركزي و ضبط علاقة كل واحد منهم بالآخر.

اما الصرف المسحوب عليه فهو المكلف بحكم هذا الفصل بتحرير شهادة عدم الدفع عندما يمرض عليه شيكا يخص حريته له فهو ان امتنع عن الدفع كليا أو جزئيا بسبب انعدام الرصيد أو نقصانه لديه لتسديد مبلغ الشيك أو لأي سبب آخر أن يقوم بالتواجبات الاتية :

- (١) أن يضع على ظهر الشيك تاريخ عرضه عليه للداء.
- (٢) أن يحرر شهادة في عدم الدفع حينما أي في نفس اليوم و عليه أن يضمن بتلك الشهادة نقلا حرفيا للشيك و ما به من تطهيرات و تاريخ عرضه عليه و انعدام أو نقصان الرصيد أو عدم قابلية التصرف فيه و ما قد يكون هناك من أسباب أخرى حالت دون أداء مبلغ الشيك.
- (٣) أن يسلم نسخة من تلك الشهادة للمستفيد .
- (٤) أن يحتفظ بنسخة من تلك الشهادة للبنك المركزي في أجل ثلاثة أيام

عمل من تاريخ تحريره لها .

(٥) أن يحتفظ بنسخة من تلك الشهادة لكي توجه للنهاية الصورية عقب انتهاء أجل التسوية .

(٦) و يوجه اعلاما للساحب بواسطة عدل منفذ في أجل ثلاثة أيام عمل من تاريخ تحريره للشهادة بعدم الدفع و يمكن أن يوجه المصرف محضر الاعلام لعدل التنفيذ عن طريق البريد بالمكتوب المضمون الوصول طالبا أن المشرع لم يوضح كيفية تسليم الاعلام لعدل التنفيذ من طرف المصرف و يعتبر تاريخ الابداع بالبريد لحساب الاجل المفروض على المصرف احترامه .

و هذا الاعلام الذي ينبغي توجيهه للساحب من الواجب أن يتضمن الامور التالية :

أ - نسخة حقوقية مع الضمانة بمضمون النسخة السابقة الذكر:

ب - انذار الساحب بأن يقوم في أجل أربعة أيام عمل من تاريخ اتماله بذلك الاعلام بتسديد قيمة الشيك و ما ترتب عليه من مصاريف محضر الاعلام و مبلغ الخطية الذي قدره خمسة عشر بالثانية من مبلغ الشيك أو النقص الموجود بالرصيد على أن لا تقل هذه الخطية عن مبلغ العشرين ديناراً و الاخرى تقبضه عدليا كما عليه الامساك عن استعمال صيغ الشيكات التي بيده بداية من تاريخ ابلاغ الاعلام اليه.

و يبقى هذا الصرف يترقب المسحوب عليه مدة أجل التسوية بانتهاء ذلك الاجل أما ان يكون الساحب قد سدد له مبلغ الشيك أو أدلى له بما يفيد خلاصه لمبلغه للمستفيد حسب وثيقة ثابتة التاريخ معرفة بالامضاء عليها أو محررة من طرف مأمور عمومي قبل مضي أجل التسوية كما دفع للمصرف خلال أجل التسوية مبلغ الخطية و مصاريف محضر الاعلام و بذلك تعتبر التسوية قد تمت و اما ان يكون الساحب قد أمسك عن اتمام كل ما ذكر . و في جميع الحالات يبقى على المصرف المسحوب عليه واجب اخير

و المتمثل في توجيه ملك كامل للنيابة العمومية بعد انقضاء أجل التصوبة يتضمن :

- (١) نسخة من شهادة عدم الدفع المشار اليها.
- (٢) محضر الاعلام المحرر من طرف عدل التنفيذ المتضمن لاذنار الساحب كما تقدم ذكره .
- (٣) ما يثبت التصوبة ان كانت قد حصلت من الساحب .
- (٤) و مجموع البيانات المتعلقة بالساحب من اسمه و لقبه و عنوانه و تاريخ و مكان ولادته و مهنته و رقم بطاقة تعريفه القومية أو بطاقة اقامته .

- أما العدل المنفذ فان الواجب المفروض عليه حسب نص الفصل المذكور فهو عقب تسلمه مباشرة للمحضر و الاعلام من البنك و في أجل ثلاثة أيام من تاريخ تسلمه له عليه ابلاغه وجوبا الى الساحب و ان قصر في قيامه بهذا الواجب فانه يكون عرضة للمزل زبادة عن مطالبته بالتعويض من لحقه الضرر من سببه ذاك و ارجاع المصاريف التي قد يكون تحملها أي طرف من الاطراف نتيجة ذلك الاخلال كما على عدل التنفيذ عقب قيامه بالتبليغ مباشرة أن يرجع محضر الاعلام للمصرف المسحوب عليه ليتمكن هذا الاخير من توجيهه مع الملف للنيابة العمومية و منا لئن كان عدل التنفيذ لم يحيط له أجل لارجاع الاعلام بعد التبليغ فانه لا يمكن بحال أن يتجاوز اليوم الموالي لرجوع محضر الاعلام من قبضة التسجيل اذ بعد ذلك اليوم لا مبرر لعدم ارجاع محضر الاعلام للمصرف و عدم احترام العدل التنفيذ لهذه المتقضيات تعرضه للمواخذة التأديبية باعتباره قصر في قيامه بواجبه المهني .

بقي علينا أن نتساءل عن الاجال المحددة سواء للمصرف في تحرير شهادة عدم الدفع و توجيهه للاعلام و كذلك ابلاغ عدل التنفيذ لذلك الاعلام اهي من الامور التي تهم النظام العام و بالتالي عدم احترامها

بجمل كافة اجراءات التتبع المؤسسة عليها هي باطله علا بقاعدة البني على الفاسد فاسد؟

هنا يبدو و بالتأمل من كافة تلك الاجال سواء المحددة لتحرير محضر الاعلام أو لتوجيه الاعلام لعدل التنفيذ أو ابلاغ هذا الاخير لذلك المحضر في جميعها اجال ترتيبية أي أنها اجال تخص الجانب الاداري البحت سواء بالنسبة للمصرف أو لعدل التنفيذ بدليل أن المشرع لم يربط على عدم احترامها زجر مرتكبها جزائها هذا من جهة و من أخرى فان هذه الاجال جعلت لبحث الحزم في المؤسسات المصرفية و كذلك بالنسبة لعدل التنفيذ و المشرع نفسه لم يربط جزاء على عدم احترام تلك الاجال من طرف المصرف و عدل التنفيذ و الامر بخلافه بالنسبة للساحب الذي عليه تسديد مبلغ الشيك في أجل أربعة أيام فهذا الاجل بالنسبة له يعتبر وجوبا أجل يهم النظام العام و بالتالي على المحكمة أن تتسك به سواء في مواجهة الساحب نفسه أو مواجهة النيابة العمومية و عدم احترام ذلك الاجل من طرف أي كان يكون مبطلا للتتبع باعتباره ماسا بالنظام العام لتقريب المشرع جزاء عليه من جهة و من أخرى لما فيه عند خرقه من من يحقوق المواطن لحق خوله له القانون . هذا و تجدر الاشارة هنا أن كيفية التبليغ لمحضر الاعلام للساحب لم تتبع فيه الاجراءات الواردة بسجلة المرافعات المدنية و التجارية بل أصبح مراعى فيه أحكاما خاصة و هي الواردة بهذا الفصل و هي أحكام خاصة تقدم على الاحكام العامة حسب القواعد العامة للقانون فالتبليغ يعتبر قانونيا اذا تسلم الساحب محضر الاعلام شخصيا و هو يعتبر كذلك ان لم يجده عدل التنفيذ بمقره و وضع بذلك المتر نسخة من محضر الاعلام ذاك و تم التمنصص بالامل على حصول ذلك الاجراء نتيجة عدم وجود الساحب بمقره الذي سبق منه أن أمد المصرف به .

٢- أما في خصوص الساحب فان واجبه يحتم عليه القيام بأمرين اثنين :
الاول : الاساك حالا عن استعمال صيغ الشيكات على يهاض التي بيده
من تاريخ تبليغ الاعلام له و طيلة المدة التي لم يتم فيها بالتسوية فان
قام بها فانه يسترجع حقه في الاستعمال بداية من ذلك التاريخ و ان لم
يفعل يستمر الاساك الى تاريخ نهاية انتضاء المقاب و تسويته بمرور
الزمن أو استفاطه بالمنو.

و الثاني : خلاص قيمة الشيك أو باقيه بحسب الاحوال و معلوم الخطية
و مصروف محضر الاعلام و ان قام بتصديد مبلغ الشيك للمستفيد مباشرة
عليه اثبات ذلك بكتب معرف بالامضاء عليه أو تحريره بواسطة مأمور
عمومي لاكتساب ذلك الكتب تاريخا ثابتا و تقديم هذا الكتب للمصرف مع
معلوم الخطية و الصاريات مع وجوب اتمام كافة هذه العناصر في اجل
الاربعة أيام المذكورة .

هذا و قد يستنع المصرف من تحرير شهادة عدم الدفع أو توجيه الاعلام
للساحب وفق مقتضيات الفصل ٤١٠ ثالثا فانه عندئذ وفق أحكام الفصل ٤١٠
رابعا من المجلة التجارية يمكن للمستفيد القيام عرضا عن المصرف باتمام
الاجراءات وهي تكون كما يلي

(١) يقيم احتجاجا في عدم الدفع بمرر لمصرف السحوب عليه و يكون
مستجما لكافة شرائط الاحتجاج الواردة بالمجلة التجارية .

(٢) ثم يوجه اعلاما للساحب بواسطة عدل التنفيذ المحرر للاحتجاج في
اجل ثلاثة أيام من تاريخ تحرير الاحتجاج و هذا العدل المنفذ هو الذي
عليه تحرير ذلك الاعلام و توجيهه في الاجل المذكور و الا كان مسؤولا
مدنيا و تأديبيا كما تقدم بسطه و على عدل التنفيذ التخصيص بمحضر
الاعلام على جميع ما اقتضته الفقرتان الاولى و الرابعة من الفصل ٤١٠
ثالثا فان حررت شهادة في عدم الدفع يقوم بتضمين نصها الحرفي بمحضر
الاعلام و ان لم تقع اقامتها يتولى تضمين المحضر نسخة حرفية من الشيك

والتظهيرات الواقعة به و تاريخ العرض و انعدام أو نقصان الرصيد أو
عدم قابلية التصرف فيه و انذار الساحب بالخلاص في أجل الاربعة أيام
المذكورة و الا استهدف للمواخذة الجرائية و التنبيه عليه بعدم استعمال
صيغ الشيكات التي بيده .

و محضر الاعلام هذا ابلاغه يقع طبق مقتضيات الفصل ٤١٠ ثالثا بحيث يبلغ
الساحب شخصيا أو يودع بمقره متى لم يجده عدل التنفيذ دون حاجة لأي
اجراء اخر لان محضر الاعلام الوارد بهذا الفصل مو عينه الوارد بالفصل
٤١٠ ثالثا اذ كلاهما يبلغ عن طريق عدل التنفيذ و يتضمن نفس المعلومات
و الانذار للساحب و هدفها واحد و بذلك فانها في اجراءات التبليغ
بعضها لنفس الاجراء الاستثنائي المتحدث عنه بالفصل ٤١٠ ثالثا.

هذا و على عدل التنفيذ توجيه نسخة من محضر الاحتجاج و الاعلام
المذكورين للبنك المركزي و أخرى للنهاية الموعودة في أجل ثلاثة أيام
من تاريخ ابلاغ الاعلام للساحب و في هذه الصورة على النهاية بعد فوات
أجل التسوية مطالبة الساحب بالادلاء بما يفيد قيامه بالخلاص في الاجل
القانوني و الا تتولى تتبعه لانها هنا لم يرد عليها ملقا كاملا مثل صورة
الفصل ٤١٠ ثالثا فعملها السمي في اتمامه قبل احالته على المحكمة أو
التحقيق بحسب الاحوال .

كما أن المصرف في صورة الحال ليس له رفض قبض مال التسوية بما
أشتمل عليه من مبلغ الشيك و مصروف محضر الاعلام و معلوم الخطية
و انما يقبض ذلك المال و يبقيه لديه على ذمة مستحقيه طبق الفصل ٤١٠
ثالثا.

و هو من جهة أخرى لا يقبل مال التسوية الا اذا وقع عرضه عليه في
الاجل القانوني من طرف الساحب أو تم الاذن له من الجهة القضائية
المختصة بقبضه منه .

كما لوحظ في النجالي الملبي أن المصرف أحيانا بعد قيامه بتحرير شهادة

عدم الدفع و الاعلام للمالك أو قيام المستفيد بالاحتجاج و الاعلام بعدم الدفع ينتج من قبض مال التسوية من المالك اجتهدا منه بأن المالك لم يقع في الاجل أو المال المعروض غير كاف أو لأي سبب آخر كان يتحمل بأن المالك لم يقع له حساب مفتوح لديه فانه عندئذ حسب الفصل ٤١٠ خامسا من كان متعمدا من النيابة الموصية أو قاضي تحقيق أو محكمة أن يأذن للمالك بإيداع المال لدى المصرف المسحوب عليه متى تبين نطق الجهة القضائية أن المالك الحاصل في الاجل و ان ما تمسك به المصرف غير مبرر لامتناعه من قبض مال التسوية هذا و لمعتبر قبض مال التسوية مبررا لئلا المالك ينبغي أن يقع في أجل ثلاثة أيام عمل من تاريخ صدور الاذن باتمام التسوية و يكون المصرف ملزما بقبض ذلك المال اذا عرض عليه في الاجل القانوني المشار اليه و يبقى هنا المالك وحده المسؤول على اثبات وقوع التسوية في أجل الثلاثة أيام من تاريخ صدور الاذن و متى أثبت ذلك تعين على الجهة القضائية المتعمدة اعتبار التسوية قد تمت بصفة قانونية .

ثالثا : اجراءات التقادم :

٤٣١ - ان اجراءات التقادم لا يمكن أن تبدأ الا من يوم انتهاء أجل التسوية و ان كانت جريمة اصدار شيك بدون رصيد هي من الجرائم الجنائية التي تعتبر مقترفة بمجرد اصدار الشيك و تسليمه للمستفيد لذلك فان التسوية الواردة بها فصول المجلد التجارية بمد تنقيحها بالقانون عدد ٨٢ لسنة ٨٥ المذكور لا تنفي وجود تلك الجريمة في نظر القانون و انما الاجل الذي انقضى منحه المشرع للمالك للتسوية هو من باب ايقاف التقادم مؤقتا مدة ذلك الاجل فاذا ما قام المالك بتلك التسوية وفق الاجراءات و الاجال القانونية تنقضي الدعوى الموصية بقتضاها لذلك أبرز هذا الفصل البند القانوني المذكور و جعل من أسباب انقراض الدعوى الموصية زيادة عن الواردة بسجله الاجراءات الجزائية بالفصل الرابع

منها وقوع التسوية في الاجل القانوني فاذا لم تحصل هذه التسوية أو وقعت و لكن بطريقة غير قانونية فان النيابة الموصية تتولى تتبع المالك وفق مقتضيات الفصل ٤١٠ سادسا الجديد المنع بالقانون عدد ١٠٠ لسنة ٨٨ المؤرخ في ١٨ أوت ١٩٨٨ هنا أراد المشرع رهبا للوقت و اختصار الاجراءات ان تتبع في شأن قضايا الشيك : اما الاحالة على التحقيق و اما اجراءات الاحالة مباشرة على المحكمة دون اجراء أي أبحاث و الملاحظ هنا وكيل الجمهورية أصبح له اجراء بحث اجمالي ابتدائي من عدمه بينما النص في السابق عليه اجراء ذلك البحث.

و هذا الاجراء الجديد من المشرع يعتمد فيه لتحقيق نجاحه ما أصبحت عليه الاجراءات بموجب نص القانون الجديد من تبسيط و تنظيم فقد أصبح الملف لا يحال على وكالة الجمهورية من المصرف الا بعد فوات أجل التسوية واضعيا هذا الملف يرد على النيابة من أول وملة مكتمل الاوراق فلم يبق عليها الا التأكد من وقوع التسوية في الاجل القانوني من عدمه و ان كان الامر يستوجب التقادم فالوثائق المطلوبة بالملف كافية للقضاء على أساسها من طرف المحكمة و ان استوجب اجراء بحث اجمالي بسيط فتجريه النيابة بالمكتب و تعيل المتهم ثوبا على المحكمة و في ذلك قضاء على ظاهرة جرائم اصدار شيك بدون رصيد و اشعار للمتهمين الذين يستغلون طول الاجراءات للمثبت بالثقة المفروضة ثولها في الشيك بصفة عامة ان ذلك لن يحصل بحكم النصوص الجديدة.

و اعتمادا على كون الملف يحال على النيابة من المصرف جامعا و سرعة بقيا فيه كيف ذكر فقد وقعت مطالبة المحكمة بدرجةيتها الابتدائية و الاستئنافية البت في القضية في ظرف شهر نظرا لانعدام السبررات الموجبة لتأخير القضية من جلسة الى أخرى طالما أن مربة المالك الكاملة أصبحت مطروقة بالملف من أول وملة و عنوانه الكامل موجود به .

الا أن عدم احترام المحكمة لهذه الاجال ثبت في القضية لا يكون مبطلا لحكمها لعدم ترتيب الشرع لجزاء على عدم احترام تلك الاجال و لنا في المجلة التجارية مثل هذه الاجال و لم يوجب الشرع على عدم احترامها جزاء مثل البت في قضايا طلب بيع الاصول التجارية (الفقرة الاخيرة من الفصل ٢٤٢ من المجلة التجارية).

ثم ان المحكمة حسب مقتضيات الفصل ٤١١ رابعا أصبحت مفيدة بمدة أحكام جديدة لم تكن موجودة بالمجلة التجارية قبل القانون عدد ٨٢ لسنة ٨٥ المذكور.

لقد أصبح من المحجر عليها ضم المقويات السلطة على الفاعل لبعضها كما أنه محجر عليها منع الاسماء بتأجيل التنفيذ في خصوص الغطية المقضي بها ضد الساحب.

زيادة على أنه من المتحتم القضاء ضده بالتعجير عليه من استعمال الشيكات على بياض من غير الشيكات التي تسحب بالبنك مباشرة و ذلك لمدة أقلها عام و أقصاها خمسة أعوام و ذلك بداية من يوم انتهاء قضاء العقاب أو سقوطه بمرور الزمن أو استقالته بمعنى كما أن مدة النسخ من الاستعمال للشيكات المذكورة الواقع ضد الساحب يقتضي الفصل ٤١٠ ثالثا لا تطرح من مدة التعجير المحكوم به ضده الا اذا طرحت المحكمة بطرح تلك المدة من السدة المقضي بها.

بقي أن نتساءل قبل ختم الحديث عن جريمة اصدار شيك بدون رصيد عن الوضع القانوني للمستفيد من الشيك عند رغبته المطالبة ببيع الشيك أمام المحكمة الجزائية اذ أن الفصل ٤١١ القديم بالمجلة التجارية كان يتضمن سراحة التحويل للمستفيد تتبع دعواه المدنية المذكورة لدى المحكمة الجزائية فأما القانون عدد ٨٢ لسنة ٨٥ المنقح للفصل ٤١١ القديم و ألقى ذلك التخصيص المريح.

يبدو أن المشرع هنا اعتبر التخصيص على هذا الحكم لا مبرر له لان القواعد العامة للقانون الجزائي تسمح للقائم بالحق الشخصي المطالبة بفرم الضرر و استرجاع الشيء الواقع الاستيلاء عليه الذي يقع على ملكه و هنا يعتبر الساحب استولى على مال المستفيد موضوع ذلك الشيك فعليه ارجاع مبلغه له لاني لا أعتقد أن المشرع أراد حرمان المستفيد من تتبع دعواه المدنية أمام القاضي الجزائي للمطالبة ببيع الشيك لان ذلك لا يتماشى بحال مع مقصد المشرع الذي أراد حماية المستفيد و اختصار اجراءات التتبع لفائدته و جعل المحكمة ثبت في القضية وجوبا ابتدائيا في ظرف شهر من تاريخ أول جلسة نشرت بها القضية و تكرر ذلك الحكم حتى لدى محكمة الاستئناف. صحيح أن الموضوع أثار اشكالا لدى المحاكم الجزائية الفرنسية اذ أن بعضها امتنعت من الحكم ببيع الشيك للمستفيد باعتبار ذلك المبلغ لا ارتباط له بجريمة اصدار شيك بدون رصيد لكن هذا الامتناع من القضاء للمستفيد من طرف المحاكم الجزائية التونسية لا مبرر له طالما أن نية المشرع واضحة في كونه يرغب في تمكين ذلك المستفيد من حقه بأخصر الطرق و القواعد القانونية العامة تساعد على هذا الفهم للنص القانوني موضوع التطبيق.

و أخيرا يبدو أنه من المتجه التمرض لحكم جديد ورد بالفصل ٤٠٨ من المجلة التجارية المنقح بالقانون عدد ٨٢ لسنة ٨٥ المذكور و هو يتعلق بحق المستفيد في اجراء عقلة تحفظية على مكاسب الساحب و المظهرين متى تبين أن الشيك السلم له لا رصيد له فالجديد هنا هو أن المستفيد أصبح بإمكانه بيع مكاسب المتقول عليه بعد مضي شهر من تاريخ اعلام المتقول عليه بالمظلة و ذلك بمقتضى اذن على المريضة يستصدره من رئيس المحكمة و هذا الاجراء الجديد الذي هو خطير لا محالة لكن فيه فائدة كبرى للمستفيد الذي لا ذنب له فيما ارتكبه نحوه الساحب من اصداره

لشيك لا رسيد له و تركه يتخبط في خائفة مالية ربما تؤدي الى افلاسه و بالتقابل يبقى ذلك الساحب يتمتع ببال المتضرر على مرأى و مسح منه و هو لا حول له و لا قوة .

٢) جريمة المسامحة عند المرتكب جريمة اصدار شيك

بدون وجه :

٤٣٢ - هذه الجريمة هي في الحقيقة تعتبر من قبيل المشاركة و ليست بجريمة مستقلة الا أن الشرع أفردها بالتمتع نظرا لما أوجب توفره من شروط في شخص الفاعل .

فهذا الشخص الذي ساعد الفاعل الأصلي الذي هو الساحب على اخفاء الجريمة ينبغي أن تكون له صفة معينة و قد ارتكب تلك الفعل في زمن معين كل ذلك مع توفر القصد الجنائي .

فهذا الساعد للفاعل الأصلي ينبغي أن يكون أقدم على فعله أثناء مباشرته لهنته و معنى ذلك أن يكون ممن له صفة للقيام بأعمال معينة للاعلام بعدم الدفع أو باتمام اجراءات توجيه السلطات للنيابة العمومية أو للبنك المركزي بقطع النظر عن كون هذا الفاعل عون من أعوان المصرف أو من أعوان الخابطة العدلية أو غيره من الاشخاص الناطق بمهمتهم الابلاغ عن ارتكاب الجريمة المذكورة في ابانه.

كما ان هذا الشخص قد يكون قام بعمل سلبى لفائدة ذلك الساحب بعدم قيامه بالاجراءات القانونية الناطقة بمهمته مثل امتناعه غير المبرر من تحرير شهادة عدم الدفع أو الامتناع من توجيه الاعلام للساحب أو امتناع من تبليغ الاعلام المذكور عن قصد بعد تسلمه من المصرف للعرض أو انه أمان الساحب على اخفاء جرمته بمغالفته للترايب وواجبات المهمة كأن يعمد عون المصرف الى تسليم شيك شيكات على يباش للساحب رغم علمه بالتحجير عليه من استعمال مثل تلك الصيغ و رغم التعليمات المعطاة له من رؤسائه بعدم مد ذلك الساحب بمثل تلك الصيغ و أخيرا ينبغي أن

تتوفر في الساعد المذكور فيه الجريمة فهنا لا بد من توفر الركن التصدي في مرتكب تلك المساعدة لان الشرع لم يعبه بقوله (من ساعد عبدا) .

و هنا يصيب اثبات ركن القصد في مثل هذه الجريمة و ربما تستنتج المحكمة هذا الركن من الظروف التي حفت بالفعل و الوضع الذي عليه الفاعل و الساعد خاصة و نحن في مادة جزائية التي تقضي فيها المحكمة حسب وجدانها العاقل اما مادام هذا الركن من أركان الجريمة هو ركن أوردته القانون سراحة فعلى المحكمة ابرازه بعينيات حكمها بوجه صريح و هي خاصة في ذلك التصيب لمراقبة محكمة التعقيب .

هذا وتجدر الاشارة الى أن مرتكب المساعدة هذا ينبغي أن يكون من الاشخاص الساديين لان توفر ركن القصد لا يكون الا من الذوات السادية و تطبيقا لقاعدة شخصية العقوبة فان العون المرتكب للفعل عن قصد هو الذي ينبغي مواخذته و لو قصد بذلك الفعل افادة المؤسسة التي ينتمي اليها هذا من جهة و من أخرى لكون نص الفصل ٤١١ أنه يعاقب مزدوج عن الفعل الذي هو السجن و العطية و نحن نعلم أن العقاب البدني لا يمكن تسليطه على الذوات المنوية و هذا يدل على أن الشرع لم يخطر بباله معاقبة الذوات المنوية عن مثل هذه الجريمة و الدليل أنه لما أراد معاقبتها في جريمة الرجوع في الاعتقاد بدون مبرر قانوني جعل لها عقابا خاصا الذي هو العطية.

و على كل فان الشرع لو أراد مواخذة الذوات المنوية في تلك الجريمة لنص عليها سراحة و لو فعل ذلك لا يثريب عليه لاننا كما قلنا نحن في مادة الجرائم الاقتصادية و هي جرائم يمكن فيها للشرع خرق القواعد العامة للقانون الجنائي في بعض الاحيان حماية لاقتصاد البلاد.

٣ - جريمة تمتد للمالك تغيير توقيعها بما يجعل المستحقة ملغية يستقيم من المضمون :

٤٣٣ - ان هذه الجريمة أحدثها المشرع بالنسبة للشيك بالفصل ٤١١ ثالثا الفترة من السجلة التجارية و هي ليست من قبيل التزيف له لان تلك الورقة صحيحة و حائزة لكافة شكلاتها و حاملة لامضاء صاحبها الا أن هذا الاخير غير امضاء بأن وضع امضاء غير مطابق لامضاه المودع بالمصرف .

كما أن هذه الجريمة ليست تزويرا للشيك اذ لا شيء فيه يخالف الحقيقة لذلك رأى المشرع ان عقاب من يمد لتغيير امضاه المعتاد للتفصي من خلاص مبلغ الشيك أو لتعطية كون ذلك الشيك لا رسيد له .

و قد جعل المشرع عقاب هذه العملة السجن مدة عام و العتية غرامة دينار و هي طبعا أقل بكثير من عقوبة التزوير و هذا أمر طبيعي طالما أن العملة المذكورة لم يكن يحاسب عليها القانون في السابق أصلا و لم تكن غاية المشرع الاغراق في تسلط العقوبات على الأشخاص و انما ردهم على الاقدام عن مثل تلك الاعمال و العقاب المستجوب بحكم النص الجديد الفصل ٤١١ ثالثا من شأنه أن يكون رادعا لمن تحدته نفسه اساءة استعمال الشيك و لو بتمدد تغيير امضاه عليه .

٤ - جريمة وجود المسروق في امتلاك موله صاحبه ملغ وجوه و سحب ملغ أساسه شيئا :

٤٣٤ - ان هذه الجريمة أتت بها القانون عدد ٨٢ لسنة ٨٥ أثناء تنقيحة للفصل ٤١١ من السجلة التجارية و هي جريمة لها أميتها في نظرنا لما فيها من لفت نظر المصارف لما قد يتمرضون له من عقوبات متى رجعوا في اعتماد فتحوا لحريتهم أخذه في اعتباره و سحب عليه شيكا أو شيكات ثم وقع الرجوع في ذلك الاعتماد خلافا لتتبعيات الفصلين ٧٠٥ و ٧٠٦ من السجلة التجارية .

و هنا ينبغي التفرقة بين الاعتماد و تسهيلات الدفع البنكية فالاعتماد هو عقد تام الموجبات يقتضي وضع المصرف لمبلغ معين من النقود تحت تصرف حريته بوجه لا يقبل الشك و هو يمكن اثباته بجميع وسائل الاثبات علا بأحكام السجلة التجارية لان المصرف فاجر و تمتد حتى دفاتره لاثبات وجود الاعتماد من عدمه و هذا هو الذي يقصد المشرع المعاقبة عن الرجوع فيه بصفة غير قانونية الواردة بالفصلين ٧٠٥ و ٧٠٦ من السجلة التجارية .

أما تسهيلات الدفع فهي غير الاعتماد اذ يعتمد اليها البنك ليسهل على حريته خلاص بعض ديونه أو لتسهيل تحريك حسابه فهي لا نجدما محددة المقدار و غير محددة بزمن و مبلغها متغير .

و اللاحظ أن هذه التسهيلات البنكية ان لم تكن كتابية فهي خطيرة بالنسبة للحريف صاحب الحساب لانها مجرد امكانية وضمها البنك تحت تصرفه يمكنه اعتبارها لا وجود لها و يصعب جدا اثبات وجودها على معنى أنها اعتماد لان الاعتماد كما قلنا يفتح من أول مرة باتفاق الطرفين بذلك العنوان و في حدود مبلغ معين و الذي يبدو لي متى أمكن للمالك اثبات وجود التسهيلات في الدفع التي يمنحها له المصرف في كل مرة و التي تكررت عديد المرات و في حدود مبلغ واحد لم تتمدها و لو كانت هذه التسهيلات غير مصحوبة بالكتابة فانها تعتبر بمثابة الاعتماد الوارد بالفصل ٧٠٥ من السجلة التجارية و تقترب عنه اثاره القانونية كاعتماد و هذا الرأي يساهم نظرية الحالة الظاهرة التي اعتمدها المحاكم الفرنسية في خصوص جريمة اصدار شيك بدون رسيد عندما يكون باطلا وفق أحكام السجلة التجارية و حتى لا تبقى جريمة بدون عقاب من جهة ومن أخرى لتحقيق قواعد المدل والانتصاف بالنسبة لشخص يقع تجريمه من أجل جريمة اصدار شيك بدون رسيد و الحال أنه لم يخطر بباله قط أنه سوف يصدر شيكا بدون رسيد بل الذي يعتقد

جازما خلاف ذلك نظرا للمقد الذي يربطه بالمصرف من تعطلته في حدود مبلغ مئين اعادة الطرفان بوجه غلب عليه الاستفراد و الاستمرار فالجريمة انتحلت عنها هي لتوفرها في جانب الفاعل ينبغي أن ترتكب من مصرف شبه المصرف لا يمكن مواخذته بمقتضاها وكذلك كافة الذوات البادية و هذا أمر طبيعي بالنسبة للذوات البادية ما دامت الشيكات لا تسحب الا على ذوات مضمونة و هي المصارف بالدرجة الأولى.

و ينبغي أن يكون للساحب اعتماد مفتوح لدى المصرف اما مجرد التسهيلات العريضة فهي لا تعتبر اعتماد و لا يمكن مواخذة المصرف من أجل امتناعه من منحها للساحب كما يتعين أن يكون وقع الرجوع في ذلك الاعتماد بمسقة غير قانونية فالمصرف الذي يرجع في الاعتماد وفق مقتضيات الفصلين ٧٠٥ و ٧٠٦ من المجلد التجارية لا يمكن مواخذته جزائيا لان على الساحب أخذ كافة احتياطاته حتى لا يقع تحت طائلة القانون من أجل اصداره لشيك بدون رصيد.

و الملاحظ أن المشرع هنا جعل العقاب المسلط على المصرف في صورة اذنته هو خطية لا يتجاوز مقدارها الثلاثة الاف دينار و هو سلك هذا المسلك في تقديره للعقاب بالخطية المالية فقط اعتبارا منه أن الذوات المضمونة لا يمكن تسليط العقاب البدني عليها الا أن الحاكم يمكنها أن تسقط على المصرف العقوبات التكميلية التي تتماشى مع الذوات المضمونة عموما و ذلك علا بمقتضيات الفترة الخامسة من الفصل ٤١١ رابعا من المجلد التجارية.

٥) جريمة مخالفة المنع و التحجير مع استعمال صيغ الشيكات على البهاض:

٤٣٠ - المشرع أراد زيادة حماية الشيك من سوء الاستعمال أحدث جريمة البهاض للمنع من استعمال صيغ الشيكات على بهاض أو مخالفة حكم التحجير القاضي بمنع الساحب من الاستعمال المذكور (الفصل ٤١١ ثالثا)

و الملاحظ أن النص السابق كان يمكن المحكمة من تسليط عقاب تكميلي على من يواخذ من أجل اصدار شيك بدون رصيد الا أنه لم يكن هناك نص يمنع الساحب من استعمال صيغ الشيكات على بهاض فالمنع من الاستعمال و التحجير على الساحب ذلك الاستعمال هو أمر جديد في تشريع القانون عدد ٨٢ لسنة ٨٥ المذكور و بالتالي فإن جريمة مخالفة المنع أو التحجير المذكورين أحدثت مع ما جد بالنص من منع و تحجير للاستعمال بحسب الاحوال .

و هذه الجريمة لا تتحقق الا اذا كان الفاعل قد منع عليه استعمال صيغ الشيكات على بهاض باعلانه بوجوب الامساك عن الاستعمال و هي الصورة الواردة بالفصل ٤١٠ ثالثا من المجلد التجارية و كذلك نجده بالفصل الرابع من القانون عدد ٨٢ لسنة ٨٥ المؤرخ في ١١ أوت ١٩٨٥ عندما يطالب المصرف الساحب بيده بهويته الكاملة و لا يستجيب لذلك الطلب فيقرر المصرف غلق حسابه أو إيقافه و عندئذ ينفذه بالامساك عن استعمال صيغ الشيكات على بهاض التي بيده فمن تاريخ بلوغ ذلك الانذار اليه بمسقة قانونية يصبح عرضه للمواخذة ان هو استعمل صيغ الشيكات على بهاض التي بيده فهو لم يبق له الا حق سحب الشيكات الباشرة بالمصرف و هي التي يقع تحريرها على الممنوع من صيغ شيكات توجد بالمصرف و لا يجوز حلها خارجه و لا تسحب الا على المسحوب عليه مباشرة و لفائدة الساحب نفسه .

أما التحجير من استعمال صيغ الشيكات فهو الذي تقضي به المحكمة و يكون لمدة تتراوح بين السنة و الخمس سنوات و يبدأ حساب الاجل من يوم نداء العقاب أو سقوطه بمرور الزمن أو اسقاطه بالمقرر.

هذا و الملاحظ أن المشرع بالفصل ٤١١ ثالثا يفرقه الثانية استعمل عبارة التحجير فقط دون أن يتعرض لكلمة المنع فهل يقصد عقاب من يخالف التحجير فقط أم المنع و التحجير.

ان الفترة المشار اليها تتعلق بالتحجير و المنع على حد سواء لان
المرجع قال (كل من أصدر شيكا قبل انقضاء أجل تحجير استعماله بمد
اعلامه بذلك التحجير) و الاعلام المقصود بذلك الفترة هو الاعلام بالمدل
النقد في صورتي الفصل ٤١٠ ثالثا من المجلة التجارية و الفصل الرابع
من القانون عدد ٨٢ لسنة ٨٥ المشار اليه.

أما في خصوص العقاب المستجوب من أجل هذه الجريمة فان المخالف
للسنح من استعمال صيغ الشيكات على بياض أو التحجير عليه ذلك
الاستعمال فهو الحكم بالسجن مدة عام و خمسمائة دينار خطية .

و أخيرا لابد من الاشارة الى ما أتى به التشريع الجديد من مفهوم خاص
للمود في خصوص تلك الجرائم مثل ما هو الحال في مخالفة السكر فهو
هنا اعتبار الشخص عائدا متى توفر فيه ما يلي .

(١) ان تكون الجريمة الاولى التي أدين من أجلها هي من الجرائم الواردة
على الشيك دون غيرها من الجرائم .

(٢) و ان لا يكون مضى على قضاء العقاب الواقع على الداعل من أجل
الجريمة الاولى أو سقوطه بسرور الزمن أو استفاضة بعمق أكثر من خمس
سنوات فلا يهم ما اذا كانت النقلة الاولى جنائية أو جنحة و كذلك الامر
بالنسبة للنقلة الثانية فالحكم أن تكون كلا الجريمتين من صنف الجرائم
الواردة على الشيك السابق بيانها.

كما ان المجرم العائد لا تنطبق عليه أحكام الفصل ٥٣ من المجلة الجنائية
و معنى ذلك أنه لا ينتفع بظروف التخفيف مهما كان نوعها و لا يستع
تأجيل التنفيذ أصلا .

و هذا الموقف من المشرع فيه تشديد على المحترفين من مرتكبي جرائم
الشيك ومن شأنه أن يجعل التعامل بالشيك محل حذر كبير من طرف
مستعمليه وبعده عن كل ما من شأنه أن يمس بالثقة التي ينبغي وضعها فيه
من طرف القابل له .

العقوبات الثالثة

السند بالامر Le billet à ordre

عموميات

٤٣٦ - وردت أحكام السند للامر بالمجلة التجارية عقب تنظيم أحكام
الكبيالة مباشرة و هذا يدل على أن السند للامر يلعب دورا مهما في
الحياة المالية خاصة بين التجار و ربما فضل هؤلاء على الكبيالة لكونه
أولا ليس بمثل تجاري بالشكل خلافا لما هو عليه الامر لنسبة الكبيالة
و ثانيا لكونه لا يشمل إلا شخصين اثنين الساحب و المستفيد لا غير.

غير أن المشرع لم يطلب في التحديث على السند للامر فهو اهتم به في
حدود سبعة فصول من الفصل ٢٢٩ الى الفصل ٢٤٥ بدخول الغاية الا أنه
وضع قاعدة عامة بالفصل ٢٤١ جعل بمقتضاها أحكام الكبيالة تنطبق على
السند للامر ان لم تكن منافية لطبيعته و عدد الفصول المتعلقة بالكبيالة
و التي هي محل انطباق على السند للامر و هنا ندرك أن المقتن جعل
أحكام الكبيالة هي الاصل و الشال الذي يحتذى و السند للامر تحدث
عنه في فصول ضيقة تاركا أمره في بقية أحكامه لما ورد من فصول في باب
الكبيالة باعتبار جسيمها مدرجة في كتاب واحد الذي هو الكتاب الثالث
بالمجلة التجارية .

تعريف السند للامر : عرف بعض الفقهاء السند للامر بما يلي : (هو صك
يتمتع به شخص يدعى المحرر بأن يدفع مبلغا من النقود في موعد معين
لشخص اخر يدعى المستفيد). (١)

(١) ادوارد عيد - الانتداب التجارية - فقرة ٢٨٨

الباب الأول إنشاء السند للأمر

لقد رأينا عند الحديث عن الكسبالة أن هذه لا تعتبر كذلك إلا إذا توفرت في شأنها أموراً شكلية و أخرى موضوعية لا يمكن دونها اعتبار الكتب الموصوف بالكسبالة هو كسبالة قانوناً و هذا الأمر نفسه نلاحظه بالنسبة للسند للأمر فهو يعتبر كذلك ينبغي أن تتوفر فيه شروط الزامية موضوعية و شكلية ندرسها على التوابع

القسم الأول: الشروط الموضوعية

٤٢٨- يوضع السند للأمر إلى ما تضع له الكسبالة من شروط موضوعية سواء أهلية المالك للالتزام مع مراعاة كونه تاجر أو غير تاجر و سلطة الامضاء على السند للأمر من عدمه مثل أن يكون موظف بمؤسسة و غير منوط له حق الامضاء باسمها و مشروعية موضوع الالتزام و كون له سبب جائز (١) و سلامة رضا المتماقدين .

و كما هو الشأن بالنسبة للكسبالة قد يكون السند للأمر باطلا بالنسبة للمالك بسبب عدم أهليته أو عدم صفته للتوقيع و يبقى مع ذلك صحيحاً

(١) حكم تجاري صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس عدد ١٢٦٩٥ بتاريخ ٢ أبريل ١٩٨١ غير منشور.

فهو ورقة مثله مثل الكسبالة و العكس مع اختلاف في الشروط الشكلية و الموضوعية كما سنراه بالنسبة للشيك أما بالنسبة للكسبالة فهو يختلف عنها في كون الأطراف الموجودة به مما طرفان فقط المستفيد من جهة و المالك من جهة أخرى الذي هو المدين بالسند للأمر.

كما أن الكسبالة معتبرة عملاً تجارياً مما كان الأشخاص المتعاملون بها أما السند للأمر فإنه لا يعتبر عملاً تجارياً إلا إذا كان المتعاملان به تاجرين كما قد يكون عملاً تجارياً بالتبعية بحيث يكون عملاً تجارياً بالنسبة للتاجر و عملاً مدنياً بالنسبة لغير التاجر كما أن أحكام الموثقة المتعلقة بالكسبالة لا مجال لتطبيقها على السند للأمر و هذا طبعاً ما دام لا وجود لسحب عليه في السند للأمر و ذلك لافتراق صفة المالك و المسحب عليه في تلك الورقة و ليس هناك مجال للقبول كما هو الشأن في الكسبالة كما أن الدعوى الصربية التي يملكها حامل السند شأنها شأن الكسبالة خاضعة للمقوط في الاجال القصيرة لكن لا يمنع العامل من مواصلة طلبه على أساس ما له من ضمانات لدينه العائلي ان كانت لا زالت تحت يده زيادة عن السند للأمر الذي يملكه . (١)

و ما دام المشرع قد أخضع السند للأمر لأحكام النجلة التجارية فإنه اشترط لاعتباره كذلك عضوية لشركات معينة مثل ما هو الأمر بالنسبة للكسبالة لذلك سنتناول دراسة السند للأمر مثل ما فعلنا بالنسبة للكسبالة فيما هو متخالف معها فيه أو ما هو زائد عن أحكام الكسبالة .

(١) محمد علي راتب - السندات الادنية - الفقرة ٢

بالنسبة للمستفيد فهو اذا ظهره للغير يبقى صحيحا بالنسبة لذلك الغير و ينتج مفعوله تجاهه و تجاه الغير بداية من ذلك التظهير الحاصل من المستفيد الاول و يخضع لاحكام المجلة التجارية و هذا عملا بالفصل ٢٧٢ من المجلة التجارية. و كذلك الشأن لو كان امضاء الساحب مزورا أو منسوباً لاشخاص و مبيين فان من أمضى السند للامر من الطرف الآخر و ظهره يبقى ملتزماً به تجاه الغير و يعتبر صحيحاً طبقاً لاحكام الفصل السابق للتأليف اليه .

و كذلك الشأن لو أمضى صاحب سند الامر باعتباره وكلاء عن شخص ثم يكن له توكيل منه فان ذلك الامضاء يعتبر منه ملتزماً شخصياً يقتضي ذلك السند و كذلك الامر بالنسبة للوكيل الذي تجاوز حد وكالته فالسند للامر في هذه الحالات جسيماً يبقى صحيحاً و نافذ المفعول و انما كل حالة بعضها و ذلك أعمالاً لاحكام الفصل ٢٧٢ الوارد بباب الكبيالة .

القسم الثاني:

الشروط الشكلية للزامية

٤٢٩- ان هذه الشروط اولها أن يكون السند للامر مكتوباً و هذه الكتابة قد تكون في هيكل كتب خط يد و هي الغالب سواء كان ذلك الكتب محرر بخط الساحب أو المستفيد أو غيرهما سواء أكان معروفاً بالامضاء عليه أم لا و الغالب نجد الكتب بخط اليد البسيط هو الموجود في التعامل انما قد يوجد كتب رسمي في شكل حجة عادلة أو غيرهما من الحجج الرسمية و هي حالات نادرة الحصول ثم الى جانب شرط الكتابة للسند للامر فان السند للامر نفسه ينبغي أن يكون محرراً بشكل معين طبق مقتضيات الفصل ٢٢٩ من المجلة التجارية و تحتوي على بيانات مطلوبة قد تكون وجوبية و قد تكون اختيارية لذلك لنقسم هذه الشروط

الى شروط جوهرية الزامية و أخرى اختيارية .

غير أنه بالنسبة للشروط الجوهرية فان الاخلال بها يؤدي الى اعتبار السند للامر باطلاً الا في صورة محددة نص عليه القانون سوف نراها في موضعها أما بالنسبة للشروط الاختيارية فهي متروكة لحرية الطرفين لذلك نستطيع تصنيفها ببيانات لا شروط .

٤٤٠- أولا : البيانات الجوهرية للزامية:

(١) ذكر كلمة سند للامر بصلب الورقة أو على الأقل سبعة شرط الامر و ذلك باللغة المحررة بها تلك الورقة وهذا حتى يدرك كل متعامل بتلك الورقة طبيعتها القانونية بمجرد اطلاعه عليها بكل سهولة و حتى لا يقع في احوال حول نوع ذلك الكتب من بين بقية الاوراق التجارية فاذا خلا السند من ذكر ما ذكر فانه يعتبر باطلاً كسند للامر و يصح بمشابة كتب دين عادي خاضع لاحكام القانون المدني.

(٢) الالتزام بدون قيد أو شرط بدفع مبلغ معين من المال فالالتزام يتعلق أولاً بمبلغ محدد بكل وضوح غير محترز في شأنه وأن يكون ذلك المبلغ نقوداً فلا يكون بضاعة أو فاضل حساب جاري يوم القفل مثلاً فينبغي أن يكون هناك تعهد واضح من الساحب و التزام تام بدفع مبلغ معين من المال المدين يوم الخلاص و ليس هناك ما يوجب ذكر المبلغ بالأرقام و الحروف . (١) و لئن جرت المادة أن يذكر المبلغ في مكانين مختلفين مرة بالأرقام و أخرى بالحروف و عند اختلاف المبلغين فالمعتمد ما هو المذكور بلسان الظلم (الفصلان ٢٧٢ و ٢٤٢ من المجلة التجارية) كما أنه اذا ذكر المبلغ عديد المرات بالسند للامر فانه يعتمد في المبلغ الأقل الوارد بذلك السند.

(١) الوسيط في القانون التجاري - هامال و لافارد و جوفري - ج ٢ -
نقرة ١٤٩٨.

٣) تعيين تاريخ حلول أجل الدفع من المتحتم تحديد أجل الدفع سواء كان يوم الاطلاع أو بعد أجل معين من يوم الاطلاع أم غير تاريخ محدد أو لأجل يتعدي من تاريخ معين كما هو الشأن بالنسبة للكسبيالة (الفعلان ٢٩٠ و ٣٤١ من المجلة التجارية) وفي غير هذه الصور إذا لم يكن التاريخ محدد ليوم معلوم كأن يكون تاريخ الحلول معلق على حصول حادثة معينة أو زوال أمر فإن ذلك السند للامر يعتبر باطلا كسند للامر نعم يمكن أن يهمل ذكر تاريخ الحلول تماما عندئذ يعتبر السند للامر مستحق الاداء لدى الاطلاع (الفصل ٣٤٠ من المجلة التجارية).

و عموما في خصوص أجل الحلول فإن كافة الاحكام المتعلقة بالكسبيالة منطبقة على السند للامر. (١)

٤) تحديد مكان الوفاء: من البيانات الضرورية التي ينبغي ذكرها بالسند للامر مكان الخلاص الا أنه اذا وقع افعال ذكر مكان الوفاء يعتبر مكان انشاء ذلك السند هو مكان الوفاء بمقتضى (الفصل ٣٤٠ من المجلة التجارية) ويمكن أن يكون مكان الوفاء غير شخص ثالث كما هو الشأن بالنسبة للكسبيالة أو الشخص الثالث ذاته.

٥) تعيين الشخص الذي يجب أن يتم الدفع له أو لأمرة: ومعنى ذلك أنه يذكر اسم المستفيد سواء كان ذلك السند للمستفيد شخصا أو لأمرة وبذلك ندرك أنه لا يجوز أن يكون السند للامر للمعامل بمئة عامة كما هو الشأن في الكسبيالة كما لا يجوز تحرير السند للامر لامر الساحب نفسه لأسباب عدة منها أن أحكام المجلة التجارية المتعلقة بالسند للامر لا تخول ذلك ولا يجوز قياس السند للامر على الكسبيالة طالما أن الكسبيالة فيها مسحوب عليه و سوف يقع منه القبول لتلك

(١) ليسكو و روبلور - الاموراء التجارية - ج ٢ - فقرة ٧٨٩

الكسبيالة بينما في السند للامر لا وجود لمسحوب عليه كطرف ثالث عنه لان الحقيقة تقتضي أن الساحب هو نفسه المسحوب عليه . وعلى كل فان ذكر المستفيد بمقتضى دون هويته مما يدل على شخصه كاف لاعتبار المستفيد في حكم المعروف بوجه مستوفي الحاجة والاجتهاد القضائي ذهب الى حد انه يمكن ترك مكان اسم المستفيد غير مملوء ليتبع ادراجه فيما بعد دون ريب في ذلك ويعتبر في هذه الحالة أن أول مظهر للسند هو المستفيد نفسه (١) .

٦) تعيين المكان والتاريخ اللذين حررا فيهما السند للامر: ان لبيان تاريخ و مكان انشاء السند للامر أهمية لمعرفة الزمن الذي حرر فيه ذلك الكتب لتطبيق عدة أحكام عليه مثل فترة الرتبة بالنسبة للمساحب ان كان تاجرا أو لتحديد مدى اهمية الملتزم بذلك السند وكذلك لمعرفة تاريخ الحلول ان كان مسحوبا لأجل معين بعد تاريخ انشاءه .

نعم يمكن ان يستعاض عن ذكر التاريخ بيوم محدد من الشهر بل بيوم عيد تومي أو وطني أو ديني لبلد ما أو يوم حادثة معلومة في الغالب لا يطرره الشك هذا وان التاريخ المذكور سلب السند للامر يعتبر تاريخا صحيحا ويحتج به على الغير دون حاجة لخضوعه للاحكام الخاصة بشبوت التاريخ الواردة بمجلة الالتزامات والعقود انا يمكن اثبات عكسه بجميع طرق الاثبات العادية. أما ضرورة ذكر بيان مكان انشاء السند فان هذه الاحتية في صورة عدم احترامها لا تؤدي الى اعتبار السند باطلا بل يعتبر مكان انشاءه هو المكان المبين بجانب اسم الملتزم الذي هو الساحب لكن في صورة افعال ذكر مكان انشاء السند ومع ذلك فان الساحب بدوره لم يذكر بجانبه مكانه أي مقره او ما يشير الى ذلك منا

(١) بيار و ايلي - شرح القانون التجاري - صفحة ٤٨٣

يبدو ان السند للامر لا يمكن اعتباره كذلك ولا تنطبق عليه احكام المجلة التجارية ويصبح بمثابة التزام عادي خاضع لاحكام مجلة الالتزامات والعقود لان الصور التي نص عليها المشرع في تجاوز الاخلال لم يكن من حشها صورة الحال (٢٤٠ من المجلة التجارية) (١)

(٧) امضاء محرر السند أي الملتزم : ان امضاء محرر السند هو أهم عنصر و بدونه لا يكون للسند أية قيمة سواء في ظل احكام المجلة التجارية أو في نظر القانون المدني فهو التعبير عن ارادة صاحب الالتزام بذلك السند و رغبته الحقيقة في اعطائه دفعا للحياة و من البديهي أن ذلك الامضاء من الواجب أن يكون بخط يد الملتزم أي صاحب فلا يقوم مقام الامضاء الختم (الفصل ٤٥٣ من مجلة الالتزامات والعقود) كما أنه اذا كان صاحب أكثر من واحد فان امضاء كل واحد منهم ضروري حتى يكون هناك تضامنا بينهم في نتائج ذلك السند تجاه الحامل له .

و الامضاء عادة يكون أسفل السند و ذلك لتأكيد معرفة صاحب بحتواه و مصادقته على مضمونه.

جواز الاخلال بالبيانات الجوهرية للسند :

٤٤١ - ان الاخلال بالبيانات الجوهرية للسند للامر تختلف اهميته بحسب نوع الخلل الحاصل بالسند فهناك اخلال جمل المشرع التعاضي عنها سكنا وهي موضوع الفصل ٢٤٠ من المجلة التجارية واما غيرها من الاخلال فهي تعتبر مبطله للسند للامر كورقة تجارية وتبقى لها قيمة قانونية في حدود القانون المدني ان توفرت فيها شروط الحجج الغلطة عموما (١)

(١) حكم تجاري صادر عن محكمة تونس الابتدائية عدد ١٢٦٩٩ بتاريخ ٢١ نوفمبر ١٩٨١ غير منشور سبقت الاستشارة اليه .

او اعتبارها احيانا مجرد بداية حجة كتابية .

كما اذا كان السند للامر محررا بخط يد صاحب لكن لا يحمل امضاء او كان خلوا من المبلغ الملتزم به و الملاحظ انه في غير الصور الواردة بالفصل ٢٤٠ من المجلة التجارية التي تعتبر أوجه لتبرير النقص الوارد بالسند للامر فان بطلان السند للامر كورقة تجارية محتتم وهو بطلان مطلق ويعتبر ماسا بالنظام العام يمكن للقاضي نفسه ان يثيره من تلقاء نفسه كما ان ذلك البطلان يتمسك به ضد الكافة ولو كان الحامل حسن النية كل ذلك مع اعتبار هذا البطلان مقتصر على احكام المجلة التجارية فقد يصح السند كالتزام مدني عادي ولا ضرر في ذلك على الملتزمين به والمستفيد منه. (١)

اما الصور الواردة بالفصل ٢٤٠ من م.ت والتي تجمل الاخلال ببعض البيانات الالتزامية غير مبطله للسند فهي :

(١) صورة ما اذا خلا السند للامر من ذكر تاريخ الوفاء فانه يعتبر عندئذ مستحق الوفاء لدى الاطلاع.

(٢) صورة ما اذا كان خلوا من ذكر مكان انشاء فانه يعتبر قد حرر بالمكان الموجود بجانب اسم الملتزم به اي صاحب .

(٣) صورة ما اذا لم يذكر به مكان الوفاء بقيته فان مكان انشاء يعتبر هو المكان الواجب خلاص قيمته به . و فيما عدا الصور المذكورة فان خلل السند للامر من احد البيانات الالتزامية الباقية يعد معه باطلا كورقة تجارية و هذا الخلل من ذكر لفظة " سند للامر " أو الالتزام بالدفع أو تحديد المقدار الملتزم بخلاصه أو عدم بيان الاستفيد و لو بصفته التافهة للجهالة عنه أو افعال بيان تاريخ انشاء ذلك السند.

(١) روني و روبلو - الاوراق التجارية - فقرة ٤٨٧.

و في مرحلة أخرى قد يصبح ذلك السند لا قيمة قانونية له و لو على صعيد القانون المدني و هذا كخلوه من امضاء الساحب تماما مثلا أو امثال ذكر المبلغ المالي برمته.

نعم اذا تم تطهير السند للامر من طرف المستفيد و تلافي النواقص المبطله لذلك السند فانه يسترجع قيمته القانونية بالنسبة له و لبقية المستفيدين بعده و يمكن لهم القيام على أساسه باعتباره ورقة تجارية عند المظهر الاول و غيره من الملزمين بذلك السند من بعده .
هذا و ان قاعدة الصورية المقررة في الكبيالة هي نفسها مستمدة في السند للامر.

فيبدأ الصورية لا تؤثر في السند للامر ما دام ذلك السند مستجما لكافة شرائطه الإلزامية أي كافة البيانات الجوهرية و يمكن لكل مظهر لفائده أن يثبت بذلك السند كسند صحيح تجاه الساحب و المظهر السابق و غيره من المظهرين اما يبقى للساحب أن يحتج بالصورية في مواجهة الحامل السيء النية و هو من كان يعلم بحقيقة ذلك السند يوم انعقاله له و كذلك الامر بالنسبة للحامل تجاه الساحب أما اذا كانت الصورية تتعلق ببيان جوهري إلزامي و من شأنه إبطال ذلك السند للامر فانه عندئذ متى اكتشف تلك الصورية فان ذلك السند يعتبر باطلا كسند للامر في الصور التي لم ينص المشرع على اعتبارها من الحالات المستفزة في نطاق الفصل ٣٤٠ من م . ت لكن هذا البطلان اذا أمكن اعتباره غير موجود عند مظهر ما فيقع اعتقاد ذلك السند للامر كورقة تجارية صحيحة بالنسبة لبقية الملزمين اللاحقين .

ثانيا : البيانات الاختيارية:

٤٤٢ - ان هذه البيانات الاختيارية لم ينص عليها المشرع بالتعديد فهي موكولة لاختيار الاطراف الملزمة انما ينبغي أن تكون هذه البيانات غير مؤدية بالسند للامر للخروج به عن طبيعته الاساسية و لا ماسة

بشروطه الجوهرية كما انما ينبغي أن لا تكون ماسة بالقواعد الامر للقانون . و نجد هذه البيانات متنوعة و هي في الحقيقة تهدف في أغلبها لاعفاء الساحب من بعض التحملات أو تخفيف عبء التصاريح عليه عند الاقتضاء أو لبيان مقابل الوفاء فيعد الطرفان عند ذكر المبلغ الى بيان سبب الدين أو يحددان مقرا معينا للمخلص خاصة ان كان الساحب من التجولين أو يرغب المظهر في اعفائه من ضمان الوفاء أما الساحب ليس له اشتراط ذلك أو يمنع المظهر له من اعادة تطهير السند من جديد أو اشتراط الرجوع بلا مصاريف . (١)

كما قد يشترط سلب السند للامر دفع فائض محدد هنا كما رأينا عند الحديث عن الكبيالة فان الفائض يصح اشتراطه اذا كان السند للامر مستحق الاداء عند الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع الفصل ٢٧١ من المجلة التجارية أما في غير هذه الأمور فانه لا يصبح اشتراط هذا الفائض ووفقه القضاء التونسي أكد هنا الاتجاه في أكثر من حكم (٢) .

(١) ليسكو و روبلو - الاوراق التجارية - ج ٢ فقرة ٧١٥ .

(٢) حكم تجاري صادر عن م . ت بتونس عدد ١٣٣٢٥ - ٦-٣-٨٢

الباب الثاني التظهير أو انتقال سند الامر

٤٤٣ - ما دنا قلنا أن السند للامر هو ورقة تجارية و شأن الاوراق التجارية انها تنتقل ملكيتها بالتظهير كما تنتقل من اليد الى اليد ان كانت قد ظهرت لحاملها على بياض و عليه فان التظهير بأنواعه المعروفة يرد على السند للامر (١) و التظهير هو عبارة عن بيان يكتبه حامل السند للامر على السند نفسه أو في ورقة مستقلة تسمى المغافة يتنازل بقتضاه المظهر عن حقه الثابت في ذلك السند للمظهر له أو لأمره .

و مبدئيا كل سند للامر قابل للتظهير و لو لم يذكر عليه أنه سحب للامر المستفيد و هذا لان السند للامر هو قبل كل شيء ورقة تجارية و الامر الاساسي في الاوراق التجارية هو سهولة تداولها و هذا لا يكون الا اذا كانت الورقة نفسها قابلة للتظهير.

نعم يمكن للماحب اشتراط عدم تظهير ذلك السند حق بأن يذكر صراحة كلمة ليس للامر و عندما ليس للمستفيد من ذلك السند تظهيره للغير انما يصبح ذلك الكتب في انتقال ملكيته خاصا لاحكام القانون المدني و تطبق عليه قواعد الاحالة الواردة بالقانون المدني .

و هذا التظهير الذي يرد على السند للامر نجده يحمل بوجه من وجوه ثلاث و هي :

- (١) التظهير الناقل للكلمة و هو ما يميز عنه بالتظهير التام .
- (٢) التظهير التوكيلي و هو يفيد مجرد توكيل المظهر للمظهر له لقبض

(١) مصطفى كمال طه - الوجيز في القانون التجاري - ج ٢٧٢

يبلغ السند للامر لا مير.

٢) التطهير على سبيل الضمان أو الرهن بحيث هذا التطهير حسب تسيته يكون المقصد منه الرهن أو الضمان لا غير و مع ذلك له نتائجه التي تغارب نتائج التطهير التام عدا بعض الاحكام الخاصة بهذا النوع من التطهير عند صدوره من جديد من التطهير على سبيل الضمان أو الرهن. ونحن سنناول كل نوع من أنواع التطهير بالدرس المختصر نظرا الى أن انواع التطهير الثلاث السابق بيانها سبق لنا الحديث عنها في مادة الكميالة .

٤٤٤ - فبالنسبة للتطهير الناقل للملكية و هو التطهير التام فهذا التطهير يترتب عنه انتقال ملكية السند للتطهير له يكامل حقوقه و هنا التطهير يضمن دفع قيمة هذا السند عند حلول الاجل للتطهير له و لحامليه اللاحقين غير أنه لا يضمن قبول الدين المدين بالسند و هذا طبيعي لانه في السند للامر لا يوجد قبول فالساحب بمجرد امضائه على ذلك السند أصبح ملزوما باداء قيمته يوم الحلول و لا حاجة لاي قبول. لانه لا وجود لتسحب عليه مستغل عن الساحب كما هو الشأن في الكميالة .

هذا و ان التطهير التام يمكن أن يقع لشخص معين كما يمكن أن يتم للحامل طالما أن اشتراط ذكر المستفيد بالسند للامر كان مقصودا على المستفيد الاول فقط يوم انشاء ذلك السند.

هذا و ان التطهير يمكن أن يقع على بياض أيضا و عندما يمكن للحامل أن يملأ ذلك البياض بوضع اسمه أو اسم شخص اخر كاستفيد كما يمكنه أن يظهر السند للامر من جديد على بياض أو يظهره لشخص اخر معين كما له امكانية تسليمه لشخص اخر بدون أن يملأ البياض و بدون تطهير (الفصلان ٢٧٧ و ٢٤٠ من م . ت) غير أنه يمكن أيضا للتطهير أن يشترط بالسند للامر عدم تطهيره من جديد و يكون عندئذ ذلك الشرط نافذ المفعول و ان وقع من التطهير له الجديد فانه لا ضمان على المظهر المشترط لعدم التطهير

و ذلك نحو التطهير لهم اللاحقين عن المظهر له المشترط عليه عدم التطهير و الملاحظ أن الساحب ليس له الحق في منع تطهير السند للامر و انما للمستفيد المظهر للسند و حق اشتراط ذلك .

و الملاحظ أن التطهير الناقل للملكية في السند للامر نتائجه هي نتائج التطهير التام في الكميالة و هي انتقال ملكية السند للامر للحامل و التزام المظهر بالاداء زيادة عن التزام الساحب و عموما جميع من أمضى ذلك السند ملزم بالاداء على وجه التضامن مع بقية الملتزمين به بامضاءهم عليه و أخيرا اعتبار الحامل للسند للامر هو السالك الشرعي له متى أثبت حقه بسلسلة غير منقطعة من التطهيرات و هو لا يلزم بالتخلي عنه الا اذا كان اكتسبه عن سوء نية أو كان مرتكباً خطأ فاحشا عند اكتسابه له (الفصل ٢٧٩ و ٢٤٠ من م . ت).

و هذا الحكم الذي نجده في السند للامر يخالف القاعدة العامة المعروفة في القانون المدني من كون للمدين معارضة المحال له بجميع أوجه المعارضة التي كان له أن يمارس بها التحيل (الفصل ٢١٧ من مجلة الالتزامات و العقود) و هذا الاستثناء ضمنه المشرع في نفس المجلة بالفصل ٢١٠ عندما استثنى من قواعد الاحالة المدنية في التطبيق كل من الكميالة و السندات للامر باعتبار أن الفصل ٢١٧ المذكور لا ينطبق عليها.

٤٤٥ - أما التطهير التوكيلي أو بالوكالة فهذا التطهير له يعتبر مجرد وكيل للمظهر و يستروح كون التطهير هو كذلك متى ذكر التطهير على كونه بالوكالة أو كلمة القيمة للاستفاه أو للقبض فهذا التطهير له مجرد مجرد وكيل للمظهر و علاقه به علاقة الوكيل بوكله فيتلقي التعليمات من هذا الاخير و يسأل أمامه عن الاخطاء التي يرتكبها وفق أحكام مجلة الالتزامات و العقود و الاممال الذي يحصل منه و ينجر عنه ضرر للمظهر لعدم تحريره للاحتجاج في الاجل القانوني أو رده لقيمة السند بعد تقيده

له من المظهر أو الساحب أو عدم عرضه له في الاجل بدون موجب قانوني أن يتجر عن ذلك ضرر للمظهر. و الوكيل بدوره له كامل نفوذ المظهر في اجراء ما يراه مفيدا لموكله لحماية حقوقه. هذا و ان الوكالة الممطةة للوكيل في السند للامر اذا كان تام الموجب لا تقتضي بوفاء الموكل أو فقدة لاهليته علا بالفصلين (٢٨١ و ٢٤٠ من م. ت) و ذلك خلاف لاحكام القانون المدني. اذ أن الوكالة تنتهي بمجرد فقد الموكل لاهليته أو وفاته (الفصل ١١٥٧ من مجلة الالتزامات و العقود). نعم يمكن للموكل عزل الوكيل و هو المظهر له على وجه الوكالة و عندئذ له استرجاع السند للامر من ذلك الوكيل و عليه شطب التظهير الصادر عنه للوكيل بالوجه المذكور و له عندئذ استخلاص قيمة السند من المدين به مباشرة أو تظهيره من جديد بالوجه الذي يراه.

٤٤٦- أما التظهير على سبيل الضمان أو الرهن و هو نادر الحصول يدرك من فحص السند أو الورقة المضافة لانه يجب أن ينص صراحة بالسند على أن التظهير كان على سبيل الضمان أو الرهن بذكر كلمة " القيمة موضوع ضمان " أو " القيمة موضوع رهن ".

و هنا المظهر له ليس له أن يظهر السند من جديد على سبيل الملكية بل له تظهيره على سبيل الوكالة لا غير لانه في الحقيقة ليس بالمالك له و انما هو عبارة عن وكيل عن مالكه و عليه أن يحافظ على الحقوق الثابتة بذلك السند فيقوم بقبض قيمته عند حلول أجل الوفاء و يتخذ الاجراءات اللازمة عند عدم الوفاء في الاجل لفائدة مالك السند و رغم أنه ليس بمالك للسند فانه ليس للمتزمين به أن يمارضوه بما لهم من أوجه الممارسة البنية على علاقتهم الشخصية بمالك السند الحقيقي الذي هو المظهر كل ذلك ما لم يكن الحامل هذا سي - النية أو عند تسليمه له كان قاصدا الاضرار بالسدين و ذلك تطبيقا لاحكام الفصل ٢٨٠ من المجلة التجارية .

الباب الثالث

ضمان الوفاء بالسند للامر

٤٤٧- ما دام السند للامر هو ورقة تجارية فان الشرع أعطى حماية لحامله لجعل الاطشتان للتعامل به على الوجه المرضي متوفر . فالسند للامر و لو أنه ليس كالكمبيالة فلا توجد له قواعد خاصة بالمؤونة و ليس فيه قبولا و بالتالي لا يتصور وجود التزام من شخص ثالث غير الساحب الذي هو المدين الأصلي به و هو الملزم بالوفاء به عند حلول الاجل و لا يتصور منه قبول مستقل عن امضائه على السند يوم انشاؤه له (١) نعم هناك طرف ثالث أحيانا و ذلك يتصور عندئذ أحل شخص ما للوفاء أو اشتراط الساحب الوفاء بواسطة شخص ثالث غير أن هذا الشخص لا التزام له نحو الحامل لكن يبقى هناك ضمان رئيسي بجانب الحامل الذي هو تضامن الموقعين على السند للامر في الوفاء به يوم حلول الاجل سواء كان هؤلاء الموقعين الساحب أو المظهرين تجارا أو غير تجار و سواء تعلق هذا السند للامر بعمل تجاري أو غير تجاري. كما أنه أحيانا قد يشترط الحامل وجود شخص ثالث في السند كضامن للساحب أو المظهر و هنا لا يتصور كون الضامن هو الساحب لان هذا الاخير هو ضامن في الوفاء بطبيعة السند للامر الذي التزم به بامضائه عليه لانه مدين أصلي به و لا يتصور أن يكون ضامنا في دين هو ملزم به أصالة .

(١) حكم تجاري صادر عن محكمة تونس الابتدائية عدد ١٢٦٩٥ بتاريخ ٧ أبريل ١٩٨١ غير منشور سبقت الإشارة اليه .

و هذا الضمان الذي يعطى من طرف ثالث ينبغي أن يكون صادرا عن مو
أهل للالتزام و الالتزام و الضامن يكون امضاء موجودا صلب سند الامر
و قد يكون على ورقة مستقلة يشار فيها للسند للامر موضوع الضمان
وسمائه من الضامن مع ذكر الشخص المضمود بالضمان من كونه أحد
المظهرين و ان لم يذكر المضمود بذلك الضمان فان المشرع اعتبر ذلك
الضمان حمل لفائدة الساحب (الفصل ٢٤٢ من م . ت) كما أن الضامن عند
امضائه على السند للامر أو المضافة ينبغي أن يذكر صراحة امضائه كونه
يحتسب للكفالة أو ما يؤدي ذلك المعنى و الا اعتبر مدينا بالسند
و الملاحظ أن التزامات الكفيل هي نفسها التزامات المكمول (١) كما أن
التزامه يعتبر صحيحا ولو أن الالتزام الذي سنته كان باطلا لأي سبب آخر
غير عيب في الشكل لانه اذا كان هناك عيب في الشكل فان السند للامر
نفسه لم يعد قانونا سندا للامر لا تطبق عليه أحكام المجلة التجارية.

(١) حكم تجاري صادر عن محكمة تونس الابتدائية عدد ١٢٧٢٠ بتاريخ ٢٧
مارس ١٩٨٢ غير منشور.

الباب الرابع : الوفاء بالسند للامر أجل الوفاء - مكان الوفاء - الاعتراض على الوفاء

القسم الأول: أجل الوفاء

٤٤٨ - ان أجل الوفاء له أهمية في السند للامر لانه بحلول أجل الخلاص
يتمتع على المدين بالسند للامر خلاص مبنية و ليس من حق العامل عند
حلول الاجل القيام بتطهير ذلك السند لتفجير بن عليه تقديمه لاستخلاص
قيسته و ان صادف يوم حلول الاجل يوم عطلة فانه عليه التقدم لاستخلاص
قيسته في اليوم الاول الموالي ليوم العطلة .

و ان كان ذلك السند مستحق الدفع لدى الاطلاع فان الدائن بالسند له
حق عرضه للخلاص في طرف سنة من تاريخ تحرير، أي انشائه الا أن هذا
الاجل لا يهم النظام العام فيمكن تطعيم الزيادة به أو اختصاره و ان
كان السند واجب الدفع في أجل معين بعد الاطلاع فان مدة السنة لا
تحتسب إلا بداية من حلول ذلك الاجل (الفصلان ٢٩١ و ٢٩١ من م . ت).

و الملاحظ هنا أنه يجب عرض السند للامر على المدين لوضع علامة
اطلاعه عليه في الاجل المحدد و هذه العلامة ليست بمعنى القبول الوارد
في باب الكسبالة بل هي عبارة عن علامة لبداية الاجل لا غير لكن امتناع
المدين عن وضع العلامة تلك تعرضه لتحرير احتجاج ضده و يكون تاريخ
ذلك الاحتجاج بداية حساب مدة السنة باعتباره تاريخ الاطلاع على

السند من طرف المدين (الفصل ٣٤٥ من المجلة التجارية). (١) و تقديم السند للخلاص الى غرفة القامة هو بعد بمثابة عرض السند للوفاء بالطرق العادية تكن من النتجه أن فلاحظ أن عدم عرض السند للامر للخلاص في أجل السنة هو يمرض حق الحامل من الرجوع للمستوف بالنسبة للمطهرين و الخاضعين فقط أما الساحب فانه يبتى مدينا ببلغ ذلك السند اذ لا مبرر لافترائه بدون موجب . هذا و ان أجل الوفاء كان لصالح المتضمن بالسند. و لمالح المستفيد به أيضا فلا يجبر الحامل على قبض قيمة السند الذي بيده قبل حلول أجل الوفاء و كذلك لا يجبر المدين على الخلاص قبل حلول الاجل و حتى ان سدد قيمة السند للامر قبل حلول الاجل فانه يبتى مسؤولا تجاه الحامل الشرعي للسند ان أثبت ان المستخلص لقيمه ليس هو بحامله الشرعي .

القسم الثاني:

مكان الوفاء - و لمن يعطى الوفاء

٤٤٩ - الوفاء يقع في المكان الذي هو محدد بالسند للامر و ان يقع امال مكان الوفاء بالسند فان مكان انشائه يعتبر هو المكان الذي يجب فيه تسديد مبلغه و قد يكون موطن الوفاء محدد لدى شخص ثالث فان الوفاء ينبغي أن يقع لديه (١) و ان امتنع هذا الشخص من القبض فان للمدين تأمين مبلغ السند للامر على ذمة المستفيد بذلك السند و على نفقة هذا الأخير.

و لا يهتم المدين عند الخلاص ما اذا كان الحامل هو المالك لذلك السند أو هو مكلّف بقبضه على سبيل الوكالة أو أنه انتقل اليه على وجه الرهن أو الضمان و ليس يلزم من التأكد من صحة التوقيع و انما عليه أن يتأكد من صحة تسلسل التطهيرات فلا تكون الانتقالات منقطعة مثلا كما يمكنه أن يطالب مقدم السند بالأدلاء بما يثبت موثقه .

الفقرة الثالثة :

الاعتراض على الوفاء

٤٥٠ - رأينا أن الاعتراض على الوفاء في الكبيالة ليس له أي مفعول على المسحوب عليه القابل للكبيالة الا في صور معينة حددتها القانون و ذلك زيادة في تدعيم الثقة بتلك الورقة التجارية هذا عمنه نجده بالنسبة للسند للامر فلا يجوز الاعتراض على الوفاء بالسند للامر الا في الصور الواردة بالفصل ٢٩٩ من المجلة التجارية و هي صورة ضياع السند أو سرقة أو تفليس الحامل له (الفصل ٣٤١ من المجلة التجارية) (١) بحيث لو قام المدين بالسند في تلك الصور بالوفاء بعد حصول الاعتراض فانه يكون مسؤولا بالوفاء مرة ثانية و يرد علينا سؤال و هو ما اذا كان يجوز اجراء عقلة توقيفية على مبلغ السند للامر لدى المدين بقيمته كان يكون هناك طرف ثالث دائن للمعامل مبدئيا حسب مقتضيات الفصل ٣٣٠ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية فهذه العقلة و لئن كانت جائزة نظريا الا أنها عمليا سوف تكون غير منتجة لسببين الاول أن المدين بالسند قبل حلول الاجل هو لا يعرف الحامل هل هو المستفيد الاول أو أن هذا الأخير ظهره لثالث و هكذا و ثانيا لانه بإمكان الحامل بكل

(١) ادوارد عيد - الاسناد التجارية - فقرة ٢٩٩ .

(١) محمد علي راتب - الاسنادات الاذنية - فقرة ٢٧١ .

الباب الخامس

موضوع الرجوع لعظم الوفاء

القسم الأول:

شروط القيام بها

٤٥١- الحامل للسند للامر بعد عرضه للسند للامر للوفاء و امتناع المدين بخلاس تبته في الاجل المحدد يخول له حق الرجوع على الساحب و المظهرين و الكفلاء لكن ذلك لا يكون مكنيا الا بعد تحرير احتجاج يثبت فيه عرضه في الاجل القانوني للسند للامر و كون المدين به امتنع من الوفاء بقبضته نعم قد يصح الحامل من شرط تحرير الاحتجاج متى اشترط ذلك بصلب السند ان كان من الساحب فيكون له ذلك الشرط مفعولا على كافة المتزمين به و ان كان المشترط هو أحد المظهرين فان ذلك الشرط لا يتمدى في نتائجه سواء (الفصلان ٢٠٩ و ٢٤١ من م . ت) و الملاحظ أن شرط الرجوع بلا مصاديف أي بدون حاجة لتحرير احتجاج هو لا يمنع الحامل من عرض السند للامر في الاجل للخلاص بل هو يجب عليه عرضه للوفاء في الاجل القانوني مع توجيه التنبيه و الاشارات الواردة بالفصل ٢٠٨ من المجلة التجارية مع احترام اجالها و الا كان مسؤولا عن الضرر الذي قد يلحق بأحد المتزمين بذلك السند نتيجة لتقصيره طبعا دون أن يتجاوز التمويض قيمة السند. (١)

(١) محمد علي راتب - السندات الاذنية - لقرة ٥٢٨ .

سهولة أن يظهره للمغير و هذا المغير يمكنه استخلاص قيمته بكل سهولة لان تلك المظلة لا تعد من باب الاعتراض المقبول قانونا و باعتبار أن الحامل الحسن النية يعتبر السالك الشرعي للسند و على المغير أن يثبت أنه امتلكه عن سوء نية أو نتيجة خبطة الناحش . هذا و ان ضياع السند للامر خول للحامل حق الاعتراض على دفع قيمته . كما خول له الشرع في هذه الصورة و صورة سرقته منه ان كانت بيده نسخة من ذلك السند طلب الوفاء بقبضته بتخصي تلك النسخة لكن يكون ذلك بعد الحصول على اذن على العريضة و تقديم ضامن و الملاحظ أن الفصل ٣٠٠ من المجلة التجارية تحدثت عن صور سرقة الكبيالة و سباعها و جعل امكانية الوفاء بنسخه منها هو جائز قانونا اذا تم يحصل القبول و هذا الفصل ينطبق على السند للامر أي طبقا لاحكام الفصل ٢٤١ من المجلة التجارية لكن نحن نعلم أن السند للامر ليس فيه قبول لذلك لا يمكن تطبيق احكام الفصل ٣٠٠ المذكور على السند للامر و يبنى الفصل ٢٠١ هو المنطبق في جميع الصور هذا و قد يحصل أن يتقدم شخصان من المدين احدهما يدعى أنه السالك الحقيقي للسند او أنه سرى منه أو ضاع من يده بينما الثاني يمسك ذلك السند و يؤكد ملكيته له مما اذا كان الذي بيده السند هو حائز على حسن نية بان انتقل له من يده و في الظاهر ماله الحقيقي بدون غش أو تواطؤ . يعتبر السالك له عملا بالفصل ٤٨٨ من مجلة الالتزامات و العقود التقضية بأن الحامل للسند بقبضته حمل على أنه ملك ذلك بالوجه الصحيح و على من يدعي خلاف ذلك أن يثبت و هذا أقل ضمان يعطى للحامل في ورقة تجارية يحمل الشرع على اعطائها أكثر ما يمكن من الضمانات لدفع التجار على التعامل بها. غير أنه اذا كان الحامل لذلك السند كان انتفاله له عن سوء نية سواء باستيلائه عليه بالسرقة أو بالتواطؤ مع من سلمه له للاضرار بمالكه الحقيقي فلا يمكنه أن ينتفع بسوء نيته تلك و عليه ارجاعه لصاحبه و ماله الحقيقي بلا ريب.

و الملاحظ أن الرجوع بعد عرض السند للوفاء في الاجل يكون في الظروف العادية للمدين أما اذا كان هذا الأخير قد أعلن إفلاسه أو ثبت توقفه عن دفع ديونه سواء بمقتضى حكم أو من تاريخ عطف مكاسبه دون جدوى فإنه عندئذ يمكن للحامل الرجوع على ذلك المدين و لو قبل حلول اجل ذلك السند الا أنه في صورة القيام ضد التامين في هذه الصورة فإنه بإمكانهم في الثلاثة أيام التالية لتاريخ القيام صDMA الالتجاء لقاضي المجلة الذي مترم بدائرة محكمته طلب التماس اآال و قاضي المجلة أن رأى ذلك الطلب متجه له منحهم أآالا لا يتجاوز الاجل المحدد في السند للوفاء به (الفصل ٣٠ من م . ت).

القسم الثاني:

من له حق القيام بدعوى الرجوع

٤٥٢ - أن الذي له حق القيام بدعوى الرجوع هو الحامل للسند بقطع النظر عن كون ذلك الحامل هو المالك للسند للامر أو المظهر له على وجه الملكية لان هؤلاء جميعا خول لهم المشرع حق استعمال كل ما هو من حقوق المالك الحقيقي للسند للامر غير أن هناك صور أخرى يمكن فيها للغير القيام بدعوى الرجوع و هذا مثل من أوفى بطريق التداخل ببيع السند للامر فهو بدوره له حق القيام بدعوى الرجوع أو الشخص الثالث الذي عين في السند للوفاء به ولم يكن مدينا للمالك ببيع ذلك السند. (١)

(١) مصطفى كمال طح- الوجيز في القانون التجاري - ص ١٨٢.

ثم ان الرجوع هذا يهدف من ورائه القائم به لطلب قيمة السند للامر و ما دفعه من مصاريف ناتجة عن عدم الوفاء بذلك السند من احتجاجات و اشهارات و تساييه و الفااض القانوني على المبلغ الذي دفعه من أجل (١) و مصاريف سابقة عن تاريخ القيام من يوم دفعها لمستحقها ثم ما بذله القائم بدعوى الرجوع من مصاريف للقيام بتلك الدعوى. هذا و أن للقائم هذه بدعوى الرجوع خلاص المبالغ المذكورة و لو أثناء نشر الدعوى هذه كما له حق تعلم السند للامر موضوع الدعوى مع كافة الاوراق المحررة نتيجة لعدم خلاصه بما فيها محضر الاحتجاج مع أخذ وصل في الخلاص و ان كان ذلك الشخص هو أحد المظهرين فله تشطيط نظيره كما له تشطيط المظهرين الاخرين له (الفصل ٢١٢ من المجلة التجارية).

(١) كما رأينا في الكميالة السند للامر لا يعطى عنه فائض تأخير مشروط للسند للامر الواجب الاداء في أجل محدد على معنى الفصل ٢١١ من المجلة التجارية و فقه القضاء ساير هذا الاتجاه بحكم تجاري صادر عن محكمة تونس الابتدائية تحت عدد ١٢٤٢٢ بتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٨٠ و آخر صادر بتاريخ ٦ مارس ١٩٨٢ تحت عدد ١٣٢٢٥ غير منشور.

الباب السادس

مرور الزمن على السند للأمر

٤٥٢ - ان مرور الزمن الذي ستحدث عنه في هذا القسم هو مرور الرس المصرفي أي مرور الزمن الخاص بالقانون التجاري و قد جاء به المشرع في القانون التجاري على أساس أنه قرينة تدل على وقوع الوفاء بقيمته و ليس هو بقرينة ابراء فاطمة فإذا اعترف المدين بعدم خلاصه بمعين السند للأمر أو وجه عليه الحامل بينما حاسة على الخلاص وامتنع من أدائها اعتبر مدينا بقيمة السند والزم بالخلاص (الفصلان ٢٢٥ و ٢٤١) فالزام المدين باداء اليمين رغم مرور الزمن من المسقط دليل على أن القرينة الواردة بالمجلة التجارية هي قرينة ليست بقاطعة و هي مجرد قرينة على حصول الخلاص لا غير يمكن دحضها بالحجج المضادة و هي الصورتين الوارد بهما القانون و هما الاقرار و اليمين كما أن هذه اليمين يمكن أن توجه حتى على ورقة المدين و ذلك في حدود علمهم بكون مودتهم لم يبق مدينا للحامل .

و مرور الزمن هذا لا يهم النظام العام فلا يتمسك به الا من وضع لصلحته فليس للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها و يمكن من يهه الامر التمسك به لدى محكمة الموضوع بدرجتها الابتدائية و الاستئنافية و له التنازل عنه صراحة أو ضمتيا بعد حصوله .

هذا و ان مرور الزمن يمكن أن يقطع لان السندات للأمر خاضعة لجميع الاعمال القاطعة الواردة بمجلة الالتزامات و العقود كالمطالبة لدى القضاء في صورة القيام بدعوى الرجوع فلا يحسب الاجل عندئذ الا من يوم اخر اجراء قضائي (الفصل ٢٢٥ من المجلة التجارية) الا أن ذلك العمل القاطع ليس له مفعول الا على من وجه اليه ذلك العمل القاطع .

و بالنسبة لوقف سريان المدة المستقطقة لحق المطالبة فإن المجللة التجارية لم تتناوله بالبحث و نجد الفصل ٢٩٥ من مجلة الالتزامات و العقود اقتضت أنه في غموس الكمبيالات لا يتوقف مرور الزمن بسبب من الأسباب و لو على القاصرين و غير الرشد فهل هذا الفصل يطبقه على السند للامر القاعدة الاستثناء لا يتوسع فيه و هذا النص الوارد بالمجللة هو استثناء للقاعدة العامة و ما دمت قلنا من قبل أن مرور الزمن بالنسبة للسندات للامر مجرد قرينة وفاء و بالتالي ليست باجال سقوط.

و بذلك فإن قواعد توقف مرور الزمن الواردة بمجلة الالتزامات و العقود لا تنطبق على السندات للامر ما دامت هذه لم تكن موضع استثناء صريح كما هو الحال بالنسبة للكمبيالات. (١)

ثم ان اجال سقوط حق المطالبة تختلف باختلاف شخص القائم بدعوى الرجوع و شخص المقام ضده و الملاحظ أن هذه المدة بالنسبة للسند للامر أقصاها سنة فحق الحامل في القيام ضد المظهرين أو الساحب يسقط بمضي سنة من تاريخ حصول تحرير الاحتجاج الواقع اجراؤه في المدة القانونية أو من تاريخ الحلول ان كان السند للامر شاملا لشرط الرجوع بلا مصاريف.

لكن اذا كان القائم هو المظهر و شرط أن يكون هذا المظهر قد سدد قيمة السند للامر أو وقع القيام ضده بدعوى الرجوع فمعدنذ حق المظهر هذا

(١) غير أنه يتجه ملاحظة ان فقهاء القانون التجاري الفرنسي يذهبون الى ان ما يوقف به مرور الزمن في الكمبيالة هو يوقف به مرور الزمن في السند للامر لاشارة المشرع الفرنسي الى كون قواعد الكمبيالة في شأن مرور الزمن تنطبق على السند للامر - كتاب الوسيط في القانون التجاري - هامال و لاغارد و جونيي - فقرة ١٥٠٤

في القيام سواء ضد المظهر مثله أو ضد الساحب يسقط بمضي ستة أشهر و ذلك التاريخ يبدأ حسابه من يوم تسديده لمبلغ السند للامر ان كان دفع مبلغه و الا من تاريخ القيام ضده بدعوى الرجوع. و أخيرا نلاحظ أن نتائج حصول سقوط حق القيام بمرور الزمن هو أنه متى تمسك به من يهتد الامر لدى القضاء فإن المحكمة تقتضي بعدم صاع الدعوى و معنى ذلك أن الطالب سقط حقه في المطالبة بمبلغ السند للامر و ما ترتب عنه من فوائد و مصاريف و تحيل عليه مصاريف القيام بدعوى الرجوع باعتباره خسردعواه عملا بالفصل ١٢٨ من مجلة المرافعات المدنية و التجارية.

الكتاب الرابع

الأوراق التجارية الأخرى غير الواردة بالمجلة التجارية

٤٥٤ - هناك أوراق تجارية أخرى غير الكمبيالة و الشيك و السند للامر السابق دراستها و هي موزعة بين أوامر خاصة أو مجلات قانونية أخرى و هذه مثل الوارن وثيقة لشحن *connaissance* و بوليصة التأمين *warrant* و هي في الحقيقة ليست بالأوراق التجارية بالمعنى الكامل إلا أنها نظرا لغابليتها للانتقال عن طريق و هي في الحقيقة ليست بالأوراق التجارية التطهير و عدم امكانية معارضة الحامل لها من طرف المدين بها بما له من علاقات شخصية بحاملها السابق فانها اعتبرت ورقة تجارية و يلحقها علماء القانون التجاري بالأوراق التجارية خاصة إلا أنها نظرا لغابليتها للانتقال عن طريق التطهير و عدم امكانية معارضة الحامل لها من طرف المدين بها بما له من علاقات شخصية بحاملها السابق فانها اعتبرت ورقة تجارية و يلحقها علماء القانون التجاري بالأوراق التجارية خاصة و القوانين المقارنة تجد بها عادة نصا قانونيا يعتبر (كل سند يلتزم به موقعه تسليم مبلغ من المال أو كمية من المثليات في محل ووقت معينين يجوز انتقاله بطريق التطهير اذا كان منشاء على وجه صريح بمباراة الامر و يكون التطهير عندئذ خاضعا لاحكام تطهير السند للامر ما لم يكن في القانون أو السند نفسه احكام مخالفة و ليس للمدين أن يدلي بأسباب للدفع غير الاسباب الناشئة عن السند نفسه و الاسباب التي يملكها مباشرة ضد المدعي إلا اذا كان المدعي سيء النية و لا يجبر المدين على الابقاء إلا مقابل تسليم السند للامر مشتتلا على ذكر وتوقع للخلاص) فهذه الاحكام نجدها حرفيا واردة بالمجلة التجارية اللبنانية بالفصل ٤٥١

و كذلك بقانون التجارة السوري بالفصل ٥٦٨ .

لكن بالنسبة للقانون التونسي لا نجد نصا عاما مثل هذا النص الا أننا نجد مجلة التجارة البحرية عند حديثها على وثيقة الشحن تتحدث عنها باعتبارها قابلة للتداول بطريقة التطهير و هي تكون للامر (الفصل ٢٠٨ من مجلة التجارة البحرية) و هي يفصلها ٢١٦ تمنع على الاشخاص المدعى عليهم بمقتضى تلك الوثيقة من معارضة الحامل لها بوسائل الدفع البينة على علاقاتهم الشخصية بالمظهر أو بالحاملين السابقين الا اذا تمسك الحامل عند اكتسابه لها الاضرار بالمدين .

و نجد نص الشيء بالنسبة لمقد التأمين بالفصل ٧٠ من الامر المؤرخ في ١٦ ماي ١٩٢١ المتعلق بمقد التأمين اقتضى أن عقود التأمين المحررة للأذن قابلة للتطهير.

و الفصل ٣٠٢ من مجلة التجارة البحرية اقتضى أن عقد التأمين يمكن أن يكون للامر أو للحامل وهو بذلك قابل للانتقال للمير و هو من انتقلت اليه ملكيته للبضاعة .

و الامر بالمثل للوارث warrant اذا هو بدووه قابل للتطهير وفق ما جاء بالفصل ٣ من الامر المؤرخ في ٢٢ فيفري ١٩١٠ كما سنره عند دراسة هذه الورقة مستقبلا.

و نحن سنتولى في هذا الكتاب اعطاء لمحة عن كل وثيقة من الوثائق الثلاث المذكورة حتى نكون قضا بدراسة كافة الاوراق التجارية.

الباب الأول

الوارث Warrant

٤٥٥ - الوارث عرفه التشريع التونسي منذ سنة ١٩٠٠ اذ أن الامر المؤرخ في ٢٢ فيفري ١٩٠٠ أنظم لاحكام المخازن العمومية تحدث بإطنايب عن هذه الورقة التجارية. و المخازن العمومية أحدثت في ذلك التاريخ قصد حفظ و ايداع المواد الأولية و المصنعة و كل البضائع على مختلف أنواعها من مواد فلاحية أو صناعية (الفصل ١ من الامر المشار اليه) و هي كانت في الاول مجمولة لغاية اقتصادية اذ أن المصدرين و الموردين للبضائع من التجار و أصحاب الصناع يجدون صعوبة في تخزين بضاعتهم تلك فكانت هذه المخازن غير أنه سرعان ما وقع التوسع في استعمالها اذ أصبحت تساعد على رمي البضاعة لفائدة المصارف و لتتمكن ذلك التاجر أو الصانع من الحصول على القرض الضروري له مقابل رهنه لبضاعته تلك المودعة بالمخزن العمومي (١). و المخازن العمومية هذه يقع تحديدها بمقتضى أمر و يمكن أن توجد في كامل مدن الجمهورية . و طريقة عمل هذه المخازن هو أنها تتلقى البضاعة من صاحبها و تسلبه مقابلها .

أولا : وصلا في تسليمها لتلك البضاعة يكون مؤرخا و مضى و هو عبارة عن مضمون ما سجل في دفتر ذلك المخزن العمومي يبين به اسم و عنوان الحريف و كل ما يمكن بواسطته تحديد البضاعة من نوعها ووزنها أو حجمها.

(١) ليسكو و روبلو - الاوراق التجارية - جزء ٢ فقرة ٨٣١

التأمين الخاصة.

(٤) - الامر المؤرخ في ١٦ ماي ١٩٦١ كان يتحدث سراحة على امكانية احواله عقد التأمين ويجوز ذلك عدا بالتسمية لعقد التأمين على الحياة الذي حجر احواله سراحة.

بينما السجلة الجديدة للتأمين لا نجد فيها حديثا عن هذا الموضوع عدا ما ورد بالفصل الثالث بالفقرة الاولى منه الذي أتى به قوله: «يعقد التأمين اما لصالح مكتتب العقد واما لصالح شخص معين واما لصالح من سيؤول اليه الشيء المؤمن عليه وذلك بموجب توكيل أو بدونه».

والذي ينهم من سياق هذه الفقرة ان عقد التأمين يمكن تظهيره وادا كان الامر كذلك فاننا نقسمال عن مدى حدود امكانية التظهير هذه لان الامر المؤرخ في ١٦ ماي ١٩٦١ كان يتضمن سراحة عدم امكانية تظهير عقد التأمين على الحياة قبل هذا الحكم بقي قائما في ظل القانون الجديد؟

فيبدو الاجابة على هذا السؤال غير يسيرة نظرا الى ان المشرع في السجلة الجديدة ادخل التأمين على الحياة تحت عنوان عام وهو التأمين على الاشخاص فبات يشمل التأمين على الحياة والموت والحوادث التي تحصل للاشخاص واعطى احكاما معينة في سورة التأمين على الحياة بالفصل ٢٩ من تلك السجلة اذ تحدث على مستحق المبالغ المنصوص عليها بعقد التأمين فاعطى حكم المستحق الفرد الممن بالمدد سواء كان فردا واحدا أو متعددا فقال «يكتسب المستفيد حقا خاصا ومباشرا على هذه المبالغ». و يعتبر الزوج و الابناء من ولد منهم ومن سيولدون و الورثة دون بيان اسماهم بمثابة الاشخاص الممنين بالمقد».

و يظهر من هذه الاحكام أن المشرع أراد الابداء على منع تظهير عقد التأمين على الحياة و ان كان لم يصرح بذلك بوجه واضح خلافا لما عليه الحال بالامر المؤرخ في ١٦ ماي ١٩٦١ الذي كان ينص سراحة على منع تظهير هذا النوع من عقود التأمين.

(٥) - حسب فصول الامر المؤرخ في ١٦ ماي ١٩٦١ عقد التأمين بالنسبة للمؤمن «بالكسر» هو عمل تجاري و يعتبر من الاوراق التجارية و لذلك من يدوس الاوراق التجارية يقوم بدراسة عقد التأمين.

بينما بالنسبة لمجلة التأمين الجديدة سوف يتور نقاش قانوني حول عقد التأمين بالنسبة للمؤمن «بالكسر» الذي سيكون في شكل شركة ذات صبة تعاونية والتي اعتبرها المشرع من قبيل الشركات المدنية «الفصل ٥٥ من مجلة التأمين».

لذلك سوف لن نتناول دراسة عقد التأمين من جميع جوانبه في هذا الكتاب ونكتفي بالاشارة الى انه بالنسبة لعقد التأمين البحري الوارد بالسجلة التجارية البحرية ومما كان وضع عقد التأمين الوارد بمجلة التأمين الجديدة يبقى بمثابة الورقة التجارية لان هذه الاخيرة لم تتناول هذا النوع من التأمين صلب أنواع التأمين التي تحدثت عنها من جهة ومن اخرى لم تلمس سراحة العمل بأحكام مجلة التجارة البحرية في خصوص عقد التأمين البحري.

وعليه فان عقد التأمين البحري موضوع القانون عدد ١٢ لسنة ١٩٦٢ المؤرخ في ٢٤ أفريل ١٩٦٢ يبقى معتبرا من الاوراق التجارية بدون اي شك ويكون عقد التأمين في شأنه محرزا اما لشخص معين او لثلاثين او للحمائل وفي هاتين الصورتين الاخيرتين يكون عقد التأمين قابلا للتداول بطريق التظهير شأنه شأن السند الامر.

وقد اقتضت الفقرة الاخيرة من الفصل ٢١٢ من مجلة التجارة انه في سورة عدم تسديد قسط التأمين من طرف المؤمن له ليس للمؤمن الاحتجاج على الغير حسن النية المستفيد من التأمين بمقتضى انتقال سابق عن حصول أي ضرر وعن الاعلام بالايكاف او بالنسخ على ان للمؤمن في سورة حصول الضرر ان يطرح ذلك الغير الى حد المبلغ الكافي بالمقاسة من معلوم التأمين التي يطلب التعويض به وبذلك نرى ان تظهير عقد التأمين وفق

شروط معينة تجعل المؤمن لا يحتج ضد الحامل الجديد بما له كم علاقات شخصية بمخافده الاول الا في حدود ما اقتضاه الفصل ٢١٢ المذكور ومع ذلك فانه لا يمكننا القول بان عقد التأمين البحري هو من قبيل الاوراق التجارية بانه معنى الكلمة مثل الكمبيالة او السند للاس لعدم تطابق احكامهم من كافة الجوانب وانما جعل هذا العقد بمثابة الورقة التجارية لشابهته لها في بعض احكامها.

ملحق

تنازع القوانين في مسانك الاوراق التجارية

٤٥٨ - ان موضوع تنازل القوانين في مادة الاوراق التجارية له أهمية قصوى في مجال التعامل بها اذ ان هذه الاوراق تواجدت لكي تتداول على أوسع نطاق سواء داخل البلاد الواحدة أو خارجها بين بلد و آخر. و سمورا من كافة الدول بأهمية الاوراق التجارية و حماية التعامل بها نجدها تسمى لتذليل الصعوبات التي قد تنشأ عن التعامل بها دوليا في عصر أصبحت معه التجارة الدولية تلعب دورا هاما في اقتصاد البلاد ان لم تكن هي المورد الفقري لذلك الاقتصاد.

و لم يكن هذا الثمور ولید اليوم بل كان موجودا منذ مطلع القرن العشرين ما حدا بالمجموعة الدولية في العالم الى العمل على وضع اتفاقيات دولية في عموم الاوراق التجارية و خصوصا في مادة تنازع القوانين نظرا لما لوحظ من اختلاف في أحكام هذه الاوراق من اسرة قانونية الى أخرى و من بلد الى اخر لذلك سمت هذه المجموعة الدولية لحل هذا الموضوع في مؤتمر جنيف سنة ١٩٢٠ (١) بالنسبة للكمبيالة و في مؤتمر جنيف ١٩٢١ بالنسبة للشيك و قد انتهى كل واحد من هذين المؤتمرين الى ابرام ثلاث اتفاقيات دولية الثالثة منها متعلقة بتنازع القوانين بالنسبة لسنة ١٩٢٠ تخص تنازع القوانين في شأن الكمبيالات

(١) انعقد هذا المؤتمر في ١٢ ماي ١٩٢٠ تم التوقيع على الاتفاقيات الثلاث في ٧ يونيو ١٩٢٠ .

و السندات للامير و ذلك لعدم امكانية حصول الاتفاق حول بعض احكام
ذهبيك الوردتين مثل مسألة حقوق الحامل على مقابل الوفاء لدى
المسحوب عليه فقد انتهت الاتفاقية في خصوص هذه النقطة الى ترك
الحرية لكل دولة كي تنظم هذا الموضوع بتشريعيها الوطني على النمط
الذي ترضيه و قامت من جهة اخرى بتنظيم بعض القواعد الاخرى عند
وجود التنازع على النحو التالي :

أ- في خصوص الاهلية :

٤٥٩ - ان اهلية المتزوج صريحا تخضع لقانون جنسية ذلك المتزوج او
المدين و هذا لا يتماشى مع قانوننا التونسي الذي يعتبر قواعد الاهلية
من مواضع الاحوال الشخصية و بالتالي فانها تخضع لقانون المتزوج
الشخصي يوم إبرام هذا الالتزام و قد اقتضت تلك الاتفاقية من جهة أخرى
انه اذا حصل هذا الالتزام لبلد غير بلد المتزوج و كان يعتبر قانون ذلك
البلد اهلية هذا المتزوج كاملة لما التزم به صريحا فان ذلك العمل
القانوني يعتبر مبدئيا صحيحا الا أن لكل دولة متفاداة حق عدم الاعتراف
بصحة هذا الالتزام وفق قانونها المدني و هذا مبناه القاعدة الواردة
بالقانون الدولي الخامس من كون المحكمة تطبق قاعدة المصلحة الوطنية
في خصوص أبنائها بالنسبة لاهليتهم و ذلك قصد حمايتهم من كل عبث من
طرف الاجنبي.

ب- في خصوص شكل العمل القانوني :

٤٦٠ - ان شكل الورقة التجارية يخضع لقانون الدولة التي وقع فيها
و على هذا الاساس يلزم لصحة الكسبالة أو التطهير توفر الشروط التي
يحتوجها قانون البلد الذي انشئت فيه و هذا تطبيقا لقاعدة المكان
يسود السند و في جمل السند يخضع في شكلياته للشكليات المطلوبة
لصحة الاستناد في ذلك البلد من ناحية الشكلية.

ج - كما اقتضت هذه الاتفاقية اخضاع قبول الكسبالة و الوفاء بقيمتها
لقانون الجهة التي يحصل فيها ذلك القبول و الوفاء ببيع الكسبالة
بحسب ما اذا تعلق الامر بالقبول أو الوفاء و هذا أيضا يعتبر تطبيقا
لمبدأ القانوني ان المكان الذي تم به العمل القانوني قانونه هو الذي
يسود احكام ذلك العمل و في تطبيق هذه القاعدة تماشيا مع مبدأ ما يتعلق
عليه الطرفان يقوم مقام القانون بينهما فما دام المسحوب عليه أو الموفي
قام بتنفيذ التزامه بذلك البلد فهو يعتبر دسي بتطبيق القواعد القانونية
لذلك البلد عليه.

اما في خصوص الشيك فان الاتفاقية المتعلقة بتنازع القوانين في شأنه
الصادرة سنة ١٩٢١ بجينيف اقتضت ما يلي ان شكل الشيك يخضع لقانون
الدولة التي انشئ فيها و ذلك تطبيقا لقاعدة المكان يسود السند ومع
ذلك اذا اعتبر ذلك الشيك صحيحا في البلد الذي تقدم به المستفيد
لاستيفاء قيمته فانه يعتبر كذلك اذا كان مستوفيا لشكلياته حسب قانون
هذا البلد كما اذا كانت الشكليات المطلوبة في سعة الشيك هي غير ما
هي مطلوبة في بلد انشاءه فان الشيك يعتبر صحيحا حسب قواعد قانون
البلد الواجب خلاص قيمته به.

و الملاحظ أن هذه القواعد الواردة باتفاقيتي جنيف لسنتي ١٩٢٠ و ١٩٢١
هي محل تطبيق بالجمهورية التونسية باعتبار أن هذه القواعد لا تتنافى
مع قواعد القانون الدولي الخاص التونسي.

الفصل

الكتاب التمهيدي

الباب الاول

- القسم الاول : مدخل تاريخي 7
القسم الثاني : تعريف الاوراق التجارية 11
القسم الثالث : وظائف الاوراق التجارية 14
القسم الرابع : الاحكام الخاصة التي تسود الاوراق التجارية 17

الباب الثاني

النظرية العامة للاوراق التجارية

- القسم الاول : تحديد الطبيعة القانونية للورقة التجارية 23
الفقرة الاولى: النظريات المعتمدة للقواعد العامة للالتزامات 24
الفقرة الثانية : الورقة التجارية هي عمل قانوني صرفي مستقل عن
العلاقات السابقة لانشائها 29
الفقرة الثالثة : النظريات المؤسسة على حماية الثقة المشروعة 34
القسم الثاني : العلاقة القانونية بين أطراف الورقة التجارية 41
الفقرة الاولى : استمرار وجود الدين الاصلي الى جانب الدين
الصرفي 42
الفقرة الثانية : أوجه استقلال الدين الصرفي عن الدين الاصلي 43

الفقرة الثالثة : أوجه ارتباط الدين المصرفي بالدين الأصلي 46

الكتاب الأول الكبيالة الباب الأول

القسم الأول : عموميات	51
القسم الثاني : التطور التاريخي لاحكام الكبيالة في	
القانون المقارن	53
القسم الثالث : انشاء الكبيالة	57
الفقرة الاولى : الشروط الاسلية أو الموضوعية	59
الفرع الاول : الاعلية	59
الفرع الثاني : الرضا ومن له حق التوقيع على الكبيالة	62
الفرع الثالث : الموضوع و السبب	66
الفقرة الثانية : الشروط الشكلية	67
الفرع الاول : ضرورة الكتابة	68
الفرع الثاني : بقية الشروط الشكلية الوجوبية	69
الفرع الثالث : جزاء ترك الشروط الشكلية الوجوبية	
أو صوريتهما أو تحريتهما	84
الفرع الرابع : الشروط الاختيارية	90
الفرع الخامس : في تعدد النظائر و النسخ	93

الباب الثاني الحسابات الخاصة بالوفاء بالكبيالة

القسم الاول : المؤونة	100
الفقرة الاولى : تعريف المؤونة	100
الفقرة الثانية : أهمية المؤونة	104
الفقرة الثالثة : ملكية المؤونة	107
الفقرة الرابعة : المسؤول عن تقديم المؤونة	112
الفقرة الخامسة : مكان تقديم المؤونة	115
الفقرة السادسة : اثبات وجود المؤونة	116
القسم الثاني : القبول	125
الفقرة الاولى : تعريف القبول و فائدته	125
الفقرة الثانية : تقديم الكبيالة للقبول	127
الفرع الاول : حقوق العامل و التزاماته	127
الفرع الثاني : اجراءات طلب القبول	132
الفرع الثالث : حقوق المسحوب عليه و التزاماته	135
الفقرة الثالثة : شروط القبول	138
الفرع الاول : الشروط الموضوعية	139
الفرع الثاني : الشروط الشكلية للقبول	142
الفقرة الرابعة : آثار القبول	147
الفرع الاول : آثار حصول القبول	147
الفرع الثاني : آثار عدم القبول	152
الفقرة الخامسة : القبول بطريق التداخل	153
الفرع الاول : شروط القبول بطريق التداخل	154

الباب الرابع أجل الوفاء بالكمبيالة

القسم الاول : تعريف أجل الوفاء و أنواعه	232
القسم الثاني : طريقة حساب الاجل	238
القسم الثالث : التدبير في أجل الوفاء	240

الباب الخامس في الوفاء

القسم الاول : تقديم الكمبيالة للوفاء	250
القسم الثاني : موضوع الوفاء	258
القسم الثالث : المعارضة في الوفاء	265
القسم الرابع : الوفاء في حالة ضياع الكمبيالة	269
القسم الخامس : الامتناع عن الوفاء للكمبيالة الخائفة	272
القسم السادس : اثبات الوفاء	274
القسم السابع : اثار الوفاء	276
القسم الثامن : الوفاء بطريقة التداخل	278
الفقرة الاولى : شروط الوفاء بطريقة التداخل	279
الفقرة الثانية : اثار الوفاء بطريقة التداخل	284

الفرع الثاني : اثار القبول بطريق التداخل	159
القسم الثالث : التضامن	162
الفقرة الاولى : نطاق التضامن المصرفي	163
الفقرة الثانية : طبيعة التضامن المصرفي	165
الفقرة الثالثة : مركز المتضمن صرفيا	167
القسم الرابع : الكفالة و الضمان الاحتياطي	169
الفقرة الاولى : شروط الكفالة	170
الفقرة الثانية : اثار الكفالة	174

الباب الثالث تداول الكمبيالة

القسم الاول : مبادئ عامة - تعريف التطهير - أنواعه	178
الفقرة الاولى : التطهير الناقل للملكية	180
الفرع الاول : الشروط الموضوعية	181
الفرع الثاني : الشروط الشكلية	187
الفرع الثالث : البيانات الاختيارية للتطهير	194
الفرع الرابع : اثار التطهير الناقل للملكية	200
الفقرة الثانية : التطهير التوكيلي	214
الفرع الاول : تعريف التطهير التوكيلي	215
الفرع الثاني : شروط التطهير التوكيلي	215
الفرع الثالث : اثار التطهير التوكيلي	218
الفقرة الثالثة : التطهير على سبيل الضمان أو الرهن	224
الفرع الاول : شروط التطهير على سبيل الضمان أو الرهن	224
الفرع الثاني : اثار التطهير على سبيل الضمان أو الرهن	227

القسم الثالث : انقطاع مرور الزمن و وقفه 356

الكتاب العاشر الشيك

الباب الاول : الشيك تعريفه طبيعته القانونية	375
القسم الاول : تعريفه	375
القسم الثاني : الطبيعة القانونية للشيك	376
الباب الثاني : شروط الشيك أنواع الشيك	379
القسم الاول : شروط موضوعية و شكلية	379
القسم الثاني : أنواع الشيك	383
الباب الثالث : تطهير الشيك	393
الباب الرابع : الرصيد = تعريفه - شروطه - أثباته و وجوده	397
القسم الاول : تعريف الرصيد	397
القسم الثاني : شروط الرصيد	399
القسم الثالث : اثبات وجود الرصيد	401
الباب الخامس : الوفاء	403
القسم الاول : أهمية الوفاء و طبيعته القانونية	403
القسم الثاني : مهلة المرض - كيفية الوفاء - الاعتراض عن الوفاء	405
القسم الثالث : الاحتناع عن الوفاء و الاعتراض عليه	407
الباب السادس : دعوى الرجوع - شرط القيام بها	411
القسم الاول : شروط القيام بدعوى الرجوع	411
الفترة الاولى : عرض الحامل للشيك في الاجل	412
الفترة الثانية : امتناع المسحوب عليه عن الدفع	414

الباب السادس دعوى الرجوع

القسم الاول : شروط اقامة دعوى الرجوع	290
الفترة الاولى : الشروط المادية لاقامة دعوى الرجوع	290
الفترة الثانية : الشروط الشكلية لاقامة دعوى الرجوع	291
القسم الثاني : مباشرة الحامل لدعوى الرجوع	304
الفترة الاولى : حقوق الحامل نحو المدينين بالكبيالة	305
الفترة الثانية : كيفية الرجوع على المتلزمين بالكبيالات	309
الفترة الثالثة : موضوع الرجوع	314
الفترة الرابعة : رجوع أحد المتلزمين بالكبيالة على باقي المتلزمين بها	319

الباب السابع المقووط و مرور الزمن

القسم الاول : المقووط	331
الفترة الاولى : تحديد الحامل المهيمل	332
الفترة الثانية : الحالات المستقطعة لحق الحامل في الرجوع	334
الفترة الثالثة : الاشخاص الذين يمكن لهم الاحتجاج عند الحامل بمقووط حقه في الرجوع	337
القسم الثاني : مرور الزمن	341
الفترة الاولى : شروط تطبيق أحكام مرور الزمن و كيفية حسابه	342
الفترة الثانية : مدة مرور الزمن و كيفية حسابها	347

الكتاب الرابع
الاوراق التجارية الاخرى غير الواردة
بالمجلة التجارية

485	الباب الاول : الوارد
489	الباب الثاني : وثيقة الشحن
491	الباب الثالث : عقد التأمين

ملحق :

497	تنازع القوانين في مسائل الاوراق التجارية
-----------	--

الفقرة الثالثة : اثبات امتناع المسحوب عليه عن الدفع

414	بتحرير احتجاج
416	القسم الثاني : القيام بدعوى الرجوع
	الباب السابع : الجرائم التي ترد على الشيك
419	و اجراءات تتبعها

الكتاب الثالث
السند للامر

455	الباب الاول : انشاء السند للامر
455	القسم الاول : الشروط الموضوعية
456	القسم الثاني : الشروط الشكلية الالزامية
465	الباب الثاني : التطهير أو انتقال سند الامر
469	الباب الثالث : ضمان الوفاء بالسند للامر
471	الباب الرابع : الوفاء بالسند للامر
471	القسم الاول : أجل الوفاء
472	القسم الثاني : مكان الوفاء و لمن يحظى الوفاء
473	القسم الثالث : الاعتراض على الوفاء
475	الباب الخامس : دعوى الرجوع لعدم الوفاء
475	القسم الاول : شروط القيام بها
476	القسم الثاني : من له حق القيام بدعوى الرجوع
479	الباب السادس : مرور الزمن على السند للامر

فهرس هجائي للمواضيع

- أ -

- الاحكام الخاصة بالاوراق التجارية 17
- استمرار وجود الدين الاسلي الى جانب الدين الصرفي 42
- أوجه استقلال الدين الصرفي عن الدين الاسلي 43
- أوجه ارتباط الدين الاسلي بالدين الصرفي 46
- أجل الدفع 232 - 238 - 240 - 403 - 471
- الاداء 250 - 403 - 471
- انشاء الكمبيالة 57
- الاملية في الكمبيالة 59
- اسم من يجب عليه الدفع 379 - 67
- أجل العلول 238 - 240 - 403 - 471
- اثبات وجود الموثة 116 - 401
- آثار القبول 147
- آثار حصول القبول في علاقة المسحوب عليه بالحامل 147
- آثار حصول القبول في علاقة الحامل بالمسحوب عليه 147
- آثار عدم القبول 152
- آثار الكفاية 174
- آثار تطهير النائل للملكية 200
- الاحتجاج 291
- الاجال التي ينبغي اقامة الاحتجاج خلالها 296
- الاحتجاج لعدم القبول 152

- الاحتجاج لعدم الوفاء 272
- الاشخاص الذين لهم حق الرجوع 304 - 319
- أنواع الشيك 383
- الامتناع عن الوفاء بالشيك و الاعتراض عليه 407
- امتناع المسحوب عليه عن الدفع 414

- ب -

- بطلان الكمبيالة 84

- ج -

- تعريف الاوراق التجارية 11
- تعريف الكمبيالة 57
- التطور التاريخي لاحكام الكمبيالة 53
- تاريخ الكمبيالة و توقيعا 67
- توقيع منشئ الكمبيالة 67
- الترك 84
- تحول الكمبيالة 84
- تمدد مظاهر الكمبيالة 93
- تمدد النسخ 93
- تعريف القبول 125
- تقديم الكمبيالة للقبول 127
- التطهير 178
- التطهير على النسخ 199
- التمديد في الاجل 240

- ب -
393 تطهير الشيك

- ج -

84 جزاء ترك الشروط الشكلية الوجوبية
200 الجزاء الذي يترتب عن الإخلال بشروط التطهير الإلزامية
419 الجرائم التي ترد على الشيك
422 جريمة إصدار شيك بدون رصيد
446 جريمة المساعدة عند ارتكاب جريمة إصدار شيك بدون رصيد
448 جريمة تصد الساحب تغيير توقيعه
448 جريمة رجوع المصرف في اعتماد عول عليه الساحب
450 جريمة مخالفة منع و تحجير استعمال صيغ الشيكات على بياض

- ح -

127 حق الحامل و التزاماته
127 الحالات التي ليس على الحامل طلب القبول
62 حق التوقيع في الكمبيالة
135 حقوق المسحوب عليه و التزاماته
136 الحالات التي يضمن فيها على المسحوب عليه القبول

- د -

290 دعاوى الرجوع بالكمبيالة
403 دفع مبلغ الشيك
411 دعاوى الرجوع بالشيك

- ب -

62 الرضا في الكمبيالة
305 رجوع الحامل على المسحوب عليه القابل للكمبيالة
305 رجوع الحامل على الساحب
397 الرصيد

- ج -

127 الزمن الذي يطلب فيه القبول

- د -

63 سحب الكمبيالة بالوكالة
64 سحب الكمبيالة لحساب أجنبي
66 السحب في الكمبيالة
331 الصفوط

- هـ -

125 القبول
154 القبول بطريق التداخل
356 قطع مرور الزمن في الكمبيالة
411 القيام بدعاوى الرجوع في الشيك

- و -

51 الكمبيالة
68 كتابة الكمبيالة
169 الكفالة

- كيفية الرجوع على الملتزمين بالكمبيالة 174

- م -

- مرور الزمن 341
- الموضوع في الكمبيالة 66
- المكان الذي يجب فيه الدفع 67
- مكان الانتشاء 67
- مؤونة الكمبيالة 100
- ملكية المؤونة 107
- المسؤول عن تقديم المؤونة 112
- مكان تقديم المؤونة 115
- المكان الذي يطلب فيه القبول 127
- مباشرة الحامل لدعوى الرجوع 304
- موضوع الرجوع 314
- مرور الزمن في الكمبيالة 341
- مهلة العرض للشيك 405
- مرور الزمن على دعوى الرجوع في الشيك 419

- ج -

- العلاقة القانونية بين أطراف الورقة التجارية 41
- العلاقة بين المسحوب عليه و الساحب بالنسبة للمؤونة 41
- العلاقة بين المسحوب عليه و الحامل بالنسبة للمؤونة 41
- عرض الحامل لشيك في الاجل 405

- هـ -

- الشروط الشكلية للكمبيالة 67
- الشروط الاختيارية للكمبيالة 90
- شروط القبول 138
- الشروط الشكلية للقبول 142
- شروط التطهير الناقل 180
- شروط التطهير التوكلي 215
- شروط اقامة دعاوى الرجوع 290
- الشيك 375
- شروط الرصيد في الشيك 399

- ط -

- الطبيعة القانونية للاوراق التجارية 23
- طريقة حساب الاجل 238
- الطبيعة القانونية لدعوى الرجوع 280
- الطبيعة القانونية للشيك 376

- ذ -

- النظرية العامة للاوراق التجارية 23
- النظريات المتعددة للقواعد العامة للالتزامات 24
- نظرية العقد المجرد 30
- نظرية الارادة المنفردة 32
- النظريات المؤسسة على حماية الثقة المشروعة 34
- نظرية المسؤولية النزاع بين مالك الشيك و الحائز له 37

وظائف الاوراق التجارية	14
الورقة التجارية عمل قانوني مستقل	29
الوفاء	250
الوفاء بطريق التداخل	279
وقت مرور الزمن في الكمبيالة	356
الوفاء بالشيك	403

المراجع

المربية

- الوسيط في شرح القانون المدني	- عبد الرزاق السنهوري
- الاسناد التجارية	- ادوارد عهد
- الاوراق التجارية	- محمد شفيق
- الوجيز في القانون التجاري	- مصطفى كمال طه
- الاوراق التجارية في التشريع المصري	- أمين محمد بدر
- القانون التجاري	- علي البارودي
- السندات الاذنية	- محمد علي راتب
- جوامع الاكليل	- الشيخ صالح عبد السميع
- شرح مختصر	- لابي الازمري
خليل البهجة في شرح التحفة	
- مجلة القضاء والتشريع	- وزارة العدل التونسية
- لشرية محكمة	
التمهيد	

- الهيئة الوطنية للمحامين
- ودادية القضاء
- مجلة المحاماة
- مجلة القضاء
- التونسي
- المجلة القانونية والنشر
- بالجامعة التونسية
- تونس ٢

الفرنسية

- Ben DHIA
- Droit commercial et bancaire Tunisien
Institut technique de Banque
Fas. 1 Tunis 1977_78
Dactylo
- Hachem
- Cours de droit commercial . 4è année
Licence en droit .
Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis
1979 - 1980, Dactylo
- Youssef KNANI
- Droit commercial
- Les effets de commerce et de cheque
- Les effets de commerce
- Traité de droit commercial
- Le Chèque
- Lescoot et Roblot
- Hamel, Lagard et Jauffret
- Nasseur et Marin

مكتبة (بنوادي)
للدراسات والبحوث
38