



مدونة الكتب الحصرية <https://www.facebook.com/koutoubhasria> <http://koutoub-hasria.blogspot.com/>

الْعُقُودُ وَعَمَلِيَّاتُ الْبُنُوكِ وَالْجَارَةِ

وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

للمزيد من الحصريّات زوروا على مدونة الكتب الحصرية
<http://koutoub-hasria.blogspot.com/>
<https://www.facebook.com/koutoubhasria>

دكتور
على البارودي
أساذ القانون التجارى والبحرى
عميد كلية الحقوق سابقاً بالإسكندرية

٢٠٠١

دار المطبوعات الجامعية

امام كلية الحقوق - ٤٨٦٢٨٢٩ - الإسكندرية

القانون التجارى

العقود التجارية - عمليات البنوك

الْعُقُودُ وَعَمَلِيَّاتُ الْبُيُوعِ وَالْجَارِحَاتِ

وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

دكتور
على البساروي

أستاذ القانون التجاري والبحري
مركزية الحقوق سابقاً - جامعة الإسكندرية

دار المطبوعات الجامعية

أمام كلية الحقوق ت : ٤٨٦٢٨٢٩ - أسكندرية

القسم الأول في العقود التجارية

تهديد

١- التعريف بالعقود التجارية :

لا تختص العقود التجارية بنظرية مستقلة عن تلك التي تحكم العقود المدنية . بل لا تتميز الكثرة الغالبة من هذه العقود عن غيرها لا في الاسم ولا في الأركان ولا في شروط الصحة . إنما يكتسب العقد ، أى عقد ، صفة ، التجارية ، لأسباب وظروف لا تتصل بطبيعته ولا تتغلغل إلى جوهره . أهم هذه الأسباب هى صفة من يبرم العقد ، فيكون العقد تجارياً إذا أبرم بين تجار .

لذلك فإن بعض الفقهاء يكاد ينكر على ، العقود التجارية ، حق الوجود ، ويرى أنها تفتقر إلى كيان مستقل . فيرى جورج ريبير أنه لا توجد عقود تجارية بالمعنى الذى قد يوحي به هذا الاصطلاح (١) ، وإنما توجد عقود مسماه يبرمها غير التاجر فتكون مدنية ، أو يبرمها التاجر لحاجات تجارته وحينئذ تخضع لطائفة من القواعد الخاصة بالأعمال التجارية .

هذا النظر يتضمن جانباً كبيراً من الصحة : فالذى يبرر التفرقة بين العقود المدنية والتجارية ، والذى يبرر دراسة هذه الأخيرة على حدة ، هو ذلك ، الجو الخاص ، الذى تتميز به العلاقات التجارية على وجه العموم . فلا يكاد العقد المدنى العادى يدخل هذا ، الجو الخاص ، حتى يصطبغ بلون الحياة التجارية ، دون أن يتغير جوهره أو تتبدل طبيعته الداخلية .

لذلك من الصعوبة بمكان وضع تعريف محدد للعقود التجارية يسلم من أسباب النقد : فيعرف البعض العقد التجارى بأنه ، العقد الذى يجريه التاجر إذا كان متصلاً بحرفته التجارية ، (٢) . وهو تعريف ضيق . وقيل

(١) ريبير ، بند ٢٢٣٧ ص ٨٩٨ .

(٢) الدكتور عبد الحى حجازى . العقود التجارية ١٩٥٤ . ص ٦ .

أيضاً إنه ، العقد الذى ينشئ فى ذمة أحد طرفيه أو ذمة طرفيه معاً التزاماً تجارياً ، (١) . وهو تعريف غير محدد ، يحيل فى الواقع إلى تعريف الالتزام التجارى . ونفس هذا النقد يمكن توجيهه إلى تعريف هذه العقود بأنها ، الأعمال التجارية والأعمال المختلطة عندما تجرى فى شكل عقود ، (٢) .

وإذا كانت تعريف العقود التجارية تفتقر عادة إلى التحديد ، الذى يجب أن تتميز به التعاريف ، فإن هذا الافتقار فيما يتعلق بالعقود التجارية ليس بذى خطر خاص ، إذ ليس من شأنه أن يفصل بين نظامين قانونيين مستقلين . يكفينا أن نفهم فكرة العقود التجارية ، وهذا الفهم لا يكون إلا بتبين المنطق الذى يربط بين أسباب تجارية العقد وبين الآثار التى تترتب على هذه التجارة . كيف يكتسب العقد صفة التجارية ؟ ثم ماذا يترتب على اكتسابه هذه الصفة ؟ فعندما نكتشف أن هذه الآثار متصلة بهذه الأسباب ، فإننا نستطيع أن نرسم حدود الجوال الخاص الذى يميز العقد التجارى ، والذى يساعدنا على وضع قاعدة عامة فى التفسير نسترشد بها فى فهم أحكام هذه الطائفة من العقود .

أولاً : متى يكون العقد تجارياً ؟

٢- معيار الأعمال التجارية :

الأصل فى العقود أنها مدنية ، إلا أنها تكتسب صفة التجارية إذا أحاطت بتكوينها ظروف معينة . ولا شك أن المعيار الطبيعى الذى يرشدنا فى هذا التحديد إنما نجده فى نظرية الأعمال التجارية . فالعقد أهم هذه الأعمال بلا جدال . وحين نعرف أن هناك أعمالاً يعتبرها

(٢) الدكتور على جمال الدين عرض . العقود التجارية ١٩٥٩ . ص ٦ .

(٣) J. De La Morandière , René Rodière , et Roger Houin , Droit Commercial, 1959, . t, II, p 105 .

القانون تجارية ولو وقعت منفردة (م٤ تجارى) ، كما أن هناك مقاولات تجارية (م٥ تجارى) ، وأن من يتخذ هذه الأعمال أو المقاولات حرفة معتادة له فهو تاجر (م١٠ تجارى) . ثم تلعب صفة التاجر على الأعمال التابعة التي يجريها بمناسبة تجارته (م٨ تجارى) فتصبح تجارية ولو لم تكن بين الأعمال التجارية المنفردة أو المقاولات .

هذه الأعمال التجارية أغلبها عقود . وهى عقود مدنية الأصل ، تصبح تجارية إذا توفرت فيها بعض الشروط . ولا يشذ عن ذلك حتى الأعمال التجارية المنفردة ، والتي يسميها بعض الفقهاء ، الأعمال التجارية بطبيعتها . فالواقع أننا إذا استثنينا الأوراق التجارية ، فإننا لا يمكن أن نجد عملاً تجارياً بالطبيعة .

٢- ليس هناك عمل تجارى بطبيعته :

وتسمية العمل بأنه تجارى ، بطبيعته ، تسمية غير موفقة . فهى توهم بأن هناك أعمالاً تجارية فى جوهرها وكيانها ، بحيث لا يمكن أن تكون مدنية ولا يمكن أن تخضع لقواعد القانون المدنى . ولو أن ذلك كان صحيحاً لا يستتبع أن تكون هناك عقود تجارية بطبيعتها ، لا تكتسب أبداً الصفة المدنية ولا يمكن أن تخضع لقواعد القانون المدنى . وذلك كله غير صحيح فى جملة وتفصيله . فليس هناك عمل تجارى بطبيعته ، كما أنه ليس هناك عقد تجارى بطبيعته . ويكفى للتدليل على ذلك أن نعرض ، على سبيل المثال ، للعمل المنفرد الوحيد الذى نص عليه قانون التجارة الجديد وهو الشراء لأجل البيع .

فأهم الأعمال التجارية المنفردة هو الشراء لأجل البيع (م٤/أ تجارى) ، بل إنه أول ما يتبادر إلى الذهن إذا ذكرت التجارة . ومع ذلك ، فكل من الشراء والبيع عقود يعرفها القانون المدنى وتحكمها قواعده سواء فى النظرية العامة للالتزامات أو فى القواعد الخاصة بعقد البيع (م٤١٨ إلى ٤٨١ مدنى) . ولا يكون الشراء أو البيع تجارياً إلا إذا وقع

على النحو الذي تتطلبه الفقرة « أ » من المادة الرابعة ، وذلك بغض النظر عن صفة من أبرم العقد تاجراً كان أو غير تاجر .

هذه العقود ليست ، إننا ، تجارية بالطبيعة . أكثر من ذلك ، هي لا تعد تجارية مطلقة حتى بعد توفر كل شروط المادة ٤/أ تجارى ، إذ يعد العقد تجارياً بالنسبة إلى الطرف الذي اشترى بقصد البيع ، ويظل مدنياً بالنسبة إلى الطرف الآخر .

٤- العقود التجارية على وجه الخصوص :

من المثال السابق يتبين أن هذه العقود ، رغم كونها أبرز العقود التي يبرمها للتجار ، ليست تجارية بطبيعتها . وإنما تدخل صفة التجارية إلى هذه العقود من خلال البواعث التجارية : قصد المضاربة ، السعى إلى تحقيق الربح عن طريق تداول الثروات . كذلك نرى أن العقد يكون في الغالب تجارياً بالنسبة إلى أحد طرفيه دون الطرف الآخر . كل ذلك يدل بوضوح على أن صفة التجارية إنما تضاف إلى العقد بعد أن تكتمل نشأته في ظل القواعد المدنية العامة ، فيظل خاضعاً لها فيما يتعلق بشروط الانعقاد والصحة وأسباب الانقضاء . وتترتب فوق ذلك تلك الآثار الخاصة التي يستلزمها الجو التجارى الخاص .

إلا أن هناك عقوداً يكثر إبرامها بين التجار ، مما يجعلها موضع اهتمام خاص من القانون التجارى . هذه هي العقود التجارية على وجه الخصوص Spécifiques^(١) . فالقانون التجارى يتناول ، في الباب الثانى منه ، فى الالتزامات والعقود التجارية ، ، عقود نقل التكنولوجيا والبيع التجارى والتوريد والرهن التجارى والايداع فى المستودعات العامة والوكالة التجارية بنوعها (الوكالة بالعمولة ووكالة للعقود) والسمسرة والنقل

(١) ويسمىها الدكتور أكثم الخولى ، العقود التجارية الأصلية ، أنظر كتابه فى العقود التجارية

والوكالة بالعمولة للنقل . ودراسة هذه العقود في التقنين التجارى ترجع إلى كثرة ابرامها بين التجار ، وبالتالي إلى أهميتها فى ميدان التجارة . إلا أن ذلك لا يحتم تجاريتها فى جميع الأحوال ، كما أنه لا يمنع من تطبيق القواعد المدنية العامة عليها فيما لم يرد فيه نص خاص .

٥- العقود التجارية تبعا لصفة التاجر الذى أبرمها :

ولا جدال فى أن الجانب الأكبر من العقود التجارية يكتسب هذه الصفة لمجرد صدورها من تاجر لحاجات تجارته . تلك هى نظرية الأعمال التجارية بالتبعية التى استقر عليها الفقه والقضاء . وهى تهدف إلى توحيد النظام القانونى للأعمال المختلفة التى تتبع من الحرفة التجارية . ونخلص منها إلى أن كافة العقود ، حتى تلك التى لم ترد ضمن الأعمال أو المقاولات التجارية ، التى يبرمها التاجر لحاجات تجارته تكتسب صفة التجارية بطريق التبعية . هذه النظرية تفتح الباب ، إذاً ، لأنواع من العقود ، غير محدودة ولا محددة ، إلى اكتساب الصفة التجارية .

والواقع أن لإعتبار حرفة التاجر قيمة كبرى فى ترتيب الآثار الخاصة على تجارية العقود . ونحن لا نريد أن ندخل فى الجدل القائم بين النظرية الموضوعية التى تبنى القانون التجارى على الأعمال التجارية ، وبين النظرية الشخصية التى ترى الاعتداد بحرفة التاجر (١) . إلا أننا لا نرى بأساً فى التنويه بأن النظرية الشخصية هى الاتجاه الحديث الغالب فى الفقه والقضاء ، بل وصارت لها الغلبة فى ظل قانون التجارة الجديد حيث أصبحت هى الأساس فى إضفاء الصفة التجارية على جميع الأعمال ، فيما عدا استثناءات قليلة ، التى عددها المشرع فى المواد من ٤ إلى ٧ من القانون المذكور . ونحن إذا اقتصرنا على بحث الواقع فيما

(١) أنظر على الأخص : الدكتور لكلم الخولى . للوسيط فى القانون التجارى الجزء الأول

يتعلق بالعقود ، فإننا نجد أن الحرفة التجارية هي التي تؤدي في أغلب الأحيان إلى إبراز صفة التجارية فيها وتمييزها عن غيرها . ذلك أنه يشترط ، كما سبق أن رأينا ، بالنسبة للأعمال التجارية المنفردة عنصر معنوي هام هو قصد الشراء لأجل البيع أو قصد تحقيق الربح . مثل هذا القصد يتعذر إثباته عملاً إذا تمت العملية لمرة واحدة من غير تاجر . بل لعل هذه العملية إذا وقعت فعلاً فإنها لا تثير اهتمام القانون التجاري بحيث لا يجد القاضى ضرراً من تطبيق القواعد المدنية عليها ، هذا طبعاً ما لم يكن مقطوعاً في تجارية العقد قطع اليقين .

ويضاف إلى ذلك أن كل العقود التي يبرمها التاجر لحاجات تجارته تعد تجارية ، ولو لم تكن في الأصل كذلك . ويتوسع القضاء في التفسير ، فلا يشترط قصد الربح ، وإنما يقتنع بالرابطة المادية البحتة دون أن يتطلب فيها أن تكون رابطة لزوم أو فائدة ؛ بل يكفي أن يكون العقد قد أبرم ، بمناسبة ، التجارة (١) . وهذا المعيار اللواسع يكسب ولا شك عدداً هائلاً من عقود التاجر صفة التجارية .

ويزيد من اتساع هذا المعيار أن هناك في الإثبات قرينة خاصة هي قرينة التجارية (م ٨ تجارى) . وهي تفترض قيام الرابطة المادية ابتداءً ، بحيث يتعين على من يدعى مدنية التصرف الذي قام به التاجر أن ينفى كل صلة بين هذا التصرف وبين نشاط التاجر ، وهو إثبات لا يتأتى في كل الأحيان .

يخلص من كل ذلك أن يد التاجر هي ، في الواقع ، التي تصبغ العقود التي يبرمها بالصبغة التجارية . وسوف نرى أن القواعد الخاصة التي تترتب على تجارية العقود ترتبط ارتباطاً منطقياً مع ما يمكن أن

(١) أنظر تفصيل ذلك : الدكتور مصطفى طه ، القانون التجاري ، الجزء الأول ، ١٩٥٦ ، ص ١٢٩ ؛ المرحوم الدكتور فريد مشرقى ، أصول القانون التجاري ، الجزء الأول ، ١٩٥٤ ، ص ٤٨ ؛ الدكتور أكثم الخولى ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ .

نسميه ، الجو الخاص بالحرفة التجارية .

ثانياً : الأحكام الخاصة بالعقود التجارية

٦- بيان هذه الأحكام :

رأينا أن التقنين التجارى لم يضع قواعد خاصة إلا بالنسبة لبعض العقود التى سميناها ، العقود التجارية على وجه الخصوص ، . وهو فى الواقع لم يضع كل القواعد المتعلقة بهذه العقود . أما سائر العقود الأخرى التى يمكن أن تكون تجارية ، فلا ريب أنه تنطبق عليها القواعد العامة . إلا أن هناك ، إلى جانب ذلك ، أحكاماً خاصة بالعقود التجارية ، هذه الأحكام تستند ، بصفة عامة ، إلى ما يقتضيه الجو التجارى الخاص عند انشاء هذه العقود أو عند تنفيذها .

ويمكن أن نجمل هذه الأحكام الخاصة فيما يلى :

أولاً : الحرية فى تكوين العقد .

ثانياً : السرعة فى تحويل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه .

ثالثاً : اليسر فى إثباته .

رابعاً : القسوة فى اقتضاء التنفيذ .

١- الحرية فى تكوين العقد

٧- رضائية العقود التجارية ،

الأصل أن يتم العقد - مدنياً كان أو تجارياً - بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد ، (م ٨٩ مدنى) . فقد تقتضى حماية المتعاقد المدنى أن يشترط المشرع أشكالاً خاصة للانعقاد ، أو شروطاً خاصة بالنسبة للمتعاقدين أو أحدهما ، أو يضع تنظيمًا معينًا يجب على كل من المتعاقدين احترامه .

هذه الأوضاع المعينة ، المفروضة لحماية المتعاقدين ، تنحصر عن

ميدان العقود التجارية . فالقاعدة التقليدية أنها حرة من الشكليات ومن القيود .

فهي رضائية ، بمعنى أن القانون لا يتطلب ، كقاعدة عامة ، أن يفرغ المتعاقد رغبته في شكل معين . كذلك تمتد هذه الحرية إلى صور من الاتفاقات تتفق عنها الحاجات التجارية- ولا نجد لها نظيراً في نطاق العقود المسماة - كسائر العقود التي تبرمها البنوك . وكثيراً منها يولد وينمو ويتطور دون أن يعرفه المشرع ، ولا يحكمه إلا ما تعارف عليه التجار من قواعد مناسبة لا تخضع للنظم الموضوعية . لذلك، تذهب أغلب المباحثات الفقهية لتكييف هذه العقود إلى اعتبارها عقوداً ذات طبيعة خاصة .

٨- سهولة إبرامها وتنوع صورها :

ولا يقتصر الأمر على مجرد الرضائية ، بل إن العقد التجاري يتميز بسهولة إبرامه . فهناك طائفة كبيرة من العقود التجارية يكون الإيجاب فيها عاماً موجهاً إلى أشخاص غير معينين . هذه هي حالة البضائع التي نراها كل يوم معروضة في المحلات التجارية وعليها بطاقات بأسعارها ، فيلتزم التاجر البائع بإيجابه العام ، بحيث يتعهد العقد إذا أبدى أى شخص رغبة في شراء السلعة المعروضة بالسعر المعروض .

والقاعدة أن السكوت لا يكون قبولاً . إلا أن القبول في المواد التجارية كثيراً ما يكون بالسكوت ، وذلك عند استمرار حالة التعامل المتصلة بين التجار . فإذا استلم المشتري البضائع ومعها الفاتورة المتضمنة لشروط البيع ، ثم ركن إلى الصمت ، فمعنى ذلك أنه قبل . كذلك إذا أرسل المصرف بياناً إلى عميله فلم يعترض عليه خلال أجل معين كان ذلك منه قبولاً . والأمر كذلك أيضاً بالنسبة للمعاملات اليومية بين المخازن ومحلات بيع السلع الغذائية وغيرها وبين الجمهور .

هذه السهولة تنعكس أيضاً فيما يتعلق بتقدير رضا المتعاقد بالعقد . فمن الصعب أن يقتنع القاضى ببطلان العقد لغلط التاجر في صفة

جوهرية في الأشياء التي تعود بيعها أو التعامل فيها بحيث يبدو احتمال وقوع التاجر في الغلط ضئيلاً (١) . كما أنه يصعب تعرض التاجر للغبن أو الاستغلال . ومن ثم فلا يجوز له ، بسبب الغبن أو الاستغلال ، أن يطلب إبطال العقود التي يبرمها لشكون تتعلق بأعماله التجارية أو انقاص الالتزامات التي تترتب عليه بمقتضاها (م ٥٢ تجارى) .

كذلك تدميز العقود التجارية بالتنوع . ذلك أن مقتضيات التجارة لا تكاد تقع تحت حصر . لذلك يندر أن تنشأ عن العقود التجارية الالتزامات البسيطة المنجزة ، التي نراها في المعاملات المدنية ، وإنما تكثر الالتزامات المعقدة على شروط أو المقترنة بأجال . وقد يتعدد محل الالتزام فيكون بدلاً أو تخييرياً ، وقد يتعدد أطرافه بالتضامن أو عدم القابلية للانقسام . وعند ذلك تنطبق القواعد العامة على هذه الأوصاف إلى جانب قواعد القانون والعرف التجاريين (٢) .

٩- التعاقد بالمراسلة :

ونرى هذه الحرية ، مرة أخرى ، في طريقة تكوين العقود التجارية . فتحن نعرف أن العقد - أياً كان نوعه - يتم بإيجاب وقبول متطابقين . ولكن أغلب العقود المدنية يتم على نحو واحد : هو أن يجتمع المتعاقدان أو من يتوب عنهما في مجلس العقد ، فيتناقشان حتى يصلوا إلى اتفاق ، ثم يعمدان إلى تحرير العقد والشهاد عليه واتخاذ ما يترأى لهما من وسائل الثقة والحماية . فإذا كان المتعاقدان في مكانين مختلفين ، فالأغلب أن يسعى أحدهما إلى الآخر حتى يطمئن بنفسه .

(١) دي لامورانديير وروديير وهوان . المرجع السابق . جزء ٢ ص ١٠٩ .

(٢) ويلاحظ الدكتور أكثم الخولى ظاهرة لا تقتصر على العقود التجارية ولكنها واسعة الانتشار في نطاقها بالذات . هي ظاهرة استخدام العقد أداة قانونية لتحقيق هدف لا يتفق مع طبيعة هذه العقود الأصلية ، كالبيع الآجلة في بورصة البضائع وهي لا تستهدف إلا التأمين ضد تقلبات الأسعار . راجع مؤلفه في العقود التجارية ص ٩ بند ٦ .

والأمر غير ذلك في تكوين العقود التجارية . فالوقت عند التجار له قيمته التجارية المستقلة . وقد يشتري تاجر بضاعة معينة ، ثم يبيعها إلى آخر بعد دقائق معدودات ، فيحقق الربح في هذه الدقائق دون أن يضطر إلى الانتقال لا إلى مكان البائع ولا إلى مكان المشتري . ولذا نجد أن أغلب العقود التجارية تتم بين غائبين ، إما عن طريق الخطابات أو البرق أو التليفون ، ناهيك عن ، الانترنت ، الذي أصبح في العصر الحالي الطريق العادي لأبرام العقود في ميدان التجارة مما أدى إلى ظهور ما يسمى ، التجارة الالكترونية ، .

وتتور هنا ، بطبيعة الحال ، مسألة زمان ومكان التعاقد ، وهي مسألة تناولها الفقه المعنى بالبحث الطويل . وتمخض هذا البحث عن نظريات أربع : الأولى هي نظرية التعبير عن القبول ، ومقتضاها أن يتم العقد في المكان والزمان اللذين يصدر فيهما التعبير من القابل ، ولو لم يكن قد وصل إلى علم الموجب . والثانية هي نظرية تصدير القبول ، وتشرط لتمام العقد أن يصدر القابل قبوله إلى الموجب بأن يضع خطابه في صندوق البريد . والثالثة هي نظرية تسلم القبول ، وهي تعتد بالوقت والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى الجهة المرسل إليها . وأخيراً نظرية العلم الفعلي ، وهذه لا ترضى إلا بعلم الموجب فعلاً بالقبول ، بأن يكون قد قرأ الخطاب الذي تضمن هذا القبول .

ولا نرى داعياً إلى الاسهاب في شرح هذه النظريات . يكفي أن نعرض الحل الذي أخذ به القانون السدني في هذا الشأن . فقد نصت المادة ٩٧ منه على أنه ، يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضى بغير ذلك . ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل فيهما هذا القبول ، . وهل حل ، كما نرى ، يتراوح بين النظريتين الثالثة والرابعة ، إذ يشترط العلم الحقيقي ولكنه يجعل من الوصول قرينة على العلم قابلة لإثبات العكس .

هذه القاعدة لا تكاد تجد أهميتها العملية إلا فيما يتعلق بالعقود التجارية . ومع ذلك فإن المادة ٩٨ مدني تستدرك لتترك المجال حراً للعرف التجاري وإرادة المتعاقدين فتتص على أنه ، إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب .

١٠ - الاستثناءات على حرية العقد التجاري :

هناك استثناءات خاصة على حرية العقد التجاري . فهناك عقود غير رضائية : من ذلك عقد الشركة ، وبيع السفن كلها أو بعضها بيعاً اختيارياً . ولا بد كذلك من عقد كتابي لإيجار السفن وللتأمين على السفن والبضائع وللقرض البحري . وسوف نرى خلال دراستنا لرهن المحل التجاري كيف أحاط المشرع هذا الرهن بكثير من القيود والشكليات .

هذه الاستثناءات الخاصة لا تضعف من قيمة المبدأ العام في حرية العقد التجاري ، بل هي على العكس تؤكد وتزيده ايضاحاً في الأذهان . إذ هي تبرز الحكمة من رضائية باقي العقود التجارية وتربط الرضائية والحرية بأسبابها ارتباط وجود وعدم . فإذا وجدت الأسباب توفرت الحرية، وإذا انعدمت هذه الأسباب ذاتها كانت هذه الاستثناءات .

ذلك أن الرضائية ضرورية للعقود اليومية الكثيرة التي يتكون منها نشاط التاجر اليومي والتي يحتاج التاجر في شأنها إلى السرعة والحرية أكثر من حاجته إلى الحماية . بينما هذه الشكليات قد تلزم لحماية رضائه في بعض العقود الهامة التي لا يبرمها كل يوم ، والتي يحتاج التاجر في شأنها إلى ذات الحماية التي يحتاج إليها غير التاجر .

١١ - الاتجاه العام إلى السيطرة على العقد (١) :

وأشد خطراً وأكثر أهمية من الاستثناءات الخاصة على حرية العقد

(١) راجع على الأخص في بحث مظاهر هذا الاتجاه رسالة الدكتور توفيق فرج في -

التجارى ، ذلك الاتجاه العام إلى السيطرة على العقد . وهو ليس اتجاهًا خاصًا بالعقد التجارى وحده ، بل هى ظاهرة عامة تصنع المتعاقدين جميعاً تحت وصاية القانون العام ، على درجات تتفاوت بتفاوت اتصال المصلحة الخاصة للمتعاقد بالمصلحة العامة للمجتمع . وكلنا يعلم مدى ضالة حرية المتعاقد فى عقود كعقد ايجار الأماكن أو عقد العمل أو التأمين أو النقل .

والواقع أن العقد قد مر بتطور عميق منذ القرن التاسع عشر : فقد كانت المبادئ السائدة وقتذاك هى أن العقد هو الشكل القانونى الذى يتمتع خلاله الأفراد بحريتهم ، وأن على الدولة أن ترعى هذه الحرية مادامت الإرادة المتعاقدة قد خلت من العيوب ، وأن احترام نصوص العقد مستمد من احترام حرية الفرد ، إذ العقد تعبير حر عن توافق اردتين متساويتين أمام القانون .

هذه المبادئ لم تلبث أن انهارت . فقد تبين أن جمالها النظرى يخفى - من الناحية العملية - اهداراً شائناً للحرية ذاتها . إذ كشفت ظروف متلاحقة عن اختلال صارخ فى توازن القوى بين أطراف العقود . فلم يعد هناك من يؤمن - بعد الانقلاب الصناعى ، وحرب ١٩١٤ ، وأزمة ١٩٢٩ ، وحرب ١٩٣٩ ، وظاهرة العولمة التى نعيشها اليوم ، بأن تحقيق العدالة الاجتماعية - التى هى مناط الحرية الحقيقية - يمكن أن يتم فى ظل مبدأ الحرية التعاقدية للأفراد ، أو أن التقدم الاقتصادى اللازم للمجتمع يمكن أن يتحقق بجهود الأفراد فيما بينهم دون اشراف أو توجيه (١) .

= نظرية الاستغلال ١٩٥٧ ، وكتاب ، الفردية والقانون ، لمارسيل فالين ١٩٤٩ ، ومقال جان هيمار عن «الاقتصاد الموجه والعقود التجارية ، مهداة لريبير ١٩٥٠ جزء ٢ ص ٣٤١ ، وبحث الدكتور أكثم الخولى فى « المشروع العام وشبه العام فى القانون المصرى ، ١٩٦٠ بمجلة للعلوم القانونية والاقتصادية العدد الأول للسنة الثانية .

(١) دى لامور انديير وروديير وهوان . المرجع السابق . جزء ٢ ص ١١٥ .

لا غرابة ، إذا ، أن يتأكد الاتجاه إلى السيطرة على العقد بصفة عامة ، باخضاعه لقواعد أمره تستهدف المصلحة العامة ، مباشرة وتنتمي إلى القانون العام . فالمشرع يتدخل ، بدرجات متفاوتة ، لمنع شرط معين أو لمنع التعاقد في زمن معين أو بصورة معينة ، أو يتدخل لكي يجبر المتعاقدين على أن يضمنوا العقود شرطاً أو شروطاً معينة . وقد يفرض المشرع آثاراً معينة للعقد لم يكن من شأنه أن يرتبها ، بل هو قد يفرض ، في ظروف معينة ، إبرام بعض العقود .

وتدخل المشرع في العقد بهذه الصور يكون إما لأنه يرى أن الفرد ليس كفؤاً لحماية مصالحه ، فيتدخل كالأب الذي يحمي طفله الصغير ، وإما لكي يحد من السعي وراء تحقيق المصالح الفردية جميعاً بحيث يجعلها تدور دائماً في نطاق المصلحة العامة ، فإذا خرجت عن هذا النطاق أهدر مالها من كيان قانوني .

ولعل عقود الاذعان خير مثال على ذلك . ففي هذه العقود تتفاوت مراكز أطراف العقد الاقتصادية بحيث يقف أحدهما موقف السيد المستغنى بنفسه ، بينما يقف الآخر موقف السائل المحتاج ، فيملي الأول على الثاني ما شاء من شروط وقيود . وهنا يتدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف ، فيضع الشروط ويحدد الحقوق والالتزامات بين الطرفين . وعقد النقل - الذي سوف ندرسه فيما بعد - يدخل في هذه الطائفة من العقود التي نظمها المشرع .

٢- السرعة في تحويل الالتزامات

والحقوق الناشئة عن العقود

١٢- حوالة الحقوق والديون التجارية :

حوالة الحق وحوالة الدين نظمهما القانون المدني (م ٣٠٣ إلى ٣٢٢) . وقد كان القانون المدني القديم لا يجيز إلا حوالة الحق ، فأضاف القانون الجديد حوالة الدين مستقيماً قواعدهما من الشريعة الإسلامية والقوانين

الجرمانية . تحويل الحقوق والديون ، إذا ، ممكن على إطلاقها سواء أكانت مدنية أو تجارية ، بين تاجر أو غير تاجر .

لكننا نكرر هنا ما سبق أن قلناه بصدد التعاقد بين الغائبين : وهو أننا بصدد قواعد مدنية لا نكاد نجد تطبيقها العملى فى أغلب الأمر إلا فى نطاق العقود التجارية . فالمعاملات المدنية أميل إلى الجمود والثبات ، بينما تقتضى المعاملات التجارية تداول الحقوق ونقل الالتزامات فى حركة دائبة ، بغية تحقيق الربح من هذا التداول المستمر . كذلك يعتمد التاجر إلى نقل التزامه إلى مدينة فيلقية عن عاتقه بصفة نهائية . ونحن نعلم أن التجارة تقوم على شبكة ائتمانية محكمة الحلقات . فما من تاجر إلا وله صفتا الدائن والمدين فى نفس الوقت ، وبصفة مستمرة . ويجرى نقل الالتزام من عاتق إلى عاتق ، أو نقل الحق من صاحب إلى آخر ، بسرعة وبكثرة فى المعاملات التجارية .

وقد تضيق هذه السرعة بقواعد الحوالة المدنية . فحوالة الحق لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ، كما أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ (م ٣٠٥ مدنى) . أما حوالة الدين ، فهى لا تكون نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها (م ٣١٦ مدنى) . وتلك اجراءات تستغرق وقتاً ، وتترك المجال للقلق ، وتعرض المحال له لخطر الاحتجاج عليه بالدفع الناشئة عن علاقة سابقة لم يكن طرفاً فيها . ومن ذلك يستبين الدور الحيوى الهام الذى تقوم به الأوراق التجارية فى نقل الالتزامات والحقوق النقدية الناشئة عن العقود التجارية . فالالتزام الصرفى يتمتع بخصائص وصفات غريبة كل الغرابة عن القواعد المدنية . إذ ينتقل الحق الذى تتضمنه الورقة بالتظهير إذا كانت إذنية ، وبالتسليم إن كانت لحاملها . ويجد الحامل فى مبدأ استقلال التوقيعات ومبدأ تطهير الدفع كل ما يبتغيه من حماية واطمئنان .

٣- السهولة في الإثبات

١٢- حرية الإثبات في المواد التجارية :

القاعدة العامة في الإثبات أنه إذا زادت قيمة التصرف القانوني على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز البيئة في إثبات وجوده أو انقضائه . كذلك لا يجوز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بالكتابة ولو لم تزد القيمة على خمسمائة جنيه .

أما في المواد التجارية ، فالأصل أن الإثبات جائز بكل الطرق القانونية . والاستثناء وارد على القاعدة المدنية السابقة بشقيها معاً . فتقبل البيئة والقرائن لإثبات العقد التجاري أيًا كانت قيمته ، وتقبل البيئة والقرائن لإثبات ما يخالف ما جاء في العقد التجاري المكتوب (م ٦٩ تجاري) .

ويكاد يجمع الفقهاء على أن الحكمة في ذلك تكرار العقود التجارية وسرعة تلاحقها بحيث يتعذر على التاجر أن يعد محرزاً لإثبات كل عقد يبرمه . ولا جدال في أن لهذا النظر نصيباً من الصحة . إلا أنه يجب ألا نغفل أن مصدر السهولة في الإثبات تاريخي . فالقاعدة ترجع إلى أزمان بعيدة ، ويفسر أنها العمليات التجارية كانت تعقد قديماً في الأسواق التي تقام في مواسم معينة ولأجل محدود . وكان يجتمع في هذه الأسواق تجار من شتى الجنسيات ، يتكلمون لغات مختلفة . فلم يكن من الميسور ، والحالة هذه ، كتابة العقود (١) .

وقد ساعد على استقرار هذه القاعدة أن الشهادة ، كالضمان

(١) جان هيمار ، « العقود التجارية » ، جزء ١ ، ص ١٤ بند ٣٠ . وقد وردت قاعدة حرية الإثبات بين آيات القرآن الكريم لذات الحكمة التاريخية : « .. ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها » سورة البقرة ٢٨١ .

الشخصى ، كان لها قيمتها ، وأن عقود الأسواق كان يتم تنفيذها فوراً فلا تتخلف عنها المنازعات .

١٤- التجاء التجار الى الكتابة لسهولة وثباتها وثما تمنحه من ثقة :

أياً ما كان الأمر ، فإننا نلاحظ اليوم عوداً إلى لون جديد من الشكالية فى العقود التجارية . شكالية غير مفروضة ، وإنما يحرص التجار على مراعاتها من تلقاء أنفسهم دفعاً للشك . إذ لا يخفى خطر الاعتماد على البينة فى الإثبات . فكثيراً ما تكون ذمم الشهود خرية ، وكثيراً ما تنمحي من أذهانهم تفاصيل العقود بالنسيان إذا كثرت هذه التفاصيل أو طال عليها الأجل . ولا يمكن أن يترك التاجر عقودة الكثيرة الدقيقة تحت رحمة الشهود . لذلك يحرص ، حتى فى الحالات التى يتم فيها العقد شفوياً ، على تأكيده بالحصول على توقيع الطرف الآخر .

والدليل الكتابى لا يتعارض على الإطلاق مع ما تقتضيه التجارة من سرعة ويسر ، بل هو ولا شك أكثر سهولة وأسرع من اجتلاب الشهود .

ذلك أن التجار يطبعون عادة نماذج العقد التى تعودوا إبرامها بعد دراسة الشروط المطلوبة والالتزامات المقبولة ، ويتركون على بياض الخانات الخاصة بالشروط القابلة للتغير وفقاً لظروف كل عقد ، بحيث لا يستغرق تحرير العقد أكثر من لحظات . كذلك يرسل التجار لعملائهم فواتير مطبوعة يذكرون فيها نوع البضاعة وثنائها واسم العميل والدين المستحق لهم عليه ، فتكون حجة عليهم ، فإذا أشر عليها العميل بالقبول أصبحت حجة عليه أيضاً . ويحتفظ التجار بالمراسلات المتبادلة سواء أكانت فى صورة مراسلات بريدية أو برقيات ، فى ملفات خاصة بكل عميل على حدة ، بحيث يسهل مراجعة تاريخ العمليات المبرمة مع هذا العميل ومعرفة حالتها الحاضرة . هذه المراسلات لها بلا شك قيمتها فى الإثبات إذ تنص المادة ٣٩٦ مدنى على أنه : تكون للرسائل الموقع عليها

قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات . وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس .

١٥- الدفاتر التجارية :

وتعتبر الدفاتر التجارية ، بغير شك ، أهم وأظهر وسائل الإثبات بين التجار . على أن الشيء الذي يجدر بنا أن نلاحظه منذ البداية هو أن الدفاتر التجارية لم تخلق لتكون فقط أداة إثبات ، وبالتالي فإن الزام التجار بمسك دفاتر معينة لا يمكن أن يفسر على أنه خروج أو استثناء على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية . إذ أن هذا الالتزام لا صلة له في حد ذاته بمسألة الإثبات ، وإنما تتعلق هذه الدفاتر بتنظيم سير الحرفة التجارية داخلياً شأنها في ذلك شأن التزام التجار بالقيد في السجل التجاري وأشهار النظام المالي لزواج التاجر المتعلق بتنظيم سير الحرفة التجارية خارجياً . لذلك يقرز القانون جزاءاً جنائياً على مخالفة أحكام القانون المنظم للدفاتر التجارية (م ٢٩ تجارى) . والهدف الأول من الزام التاجر بها هو أن تكون هذه الدفاتر مرآة صادقة لحالته يستطيع بالنظر إليها أن يكون على بصيرة من أمره ، فيبنى مشروعاته التجارية المستقبلية على أساس مطمئن من العلم بامكانياته الحاضرة . وللدفاتر التجارية قيمتها ، إذ توحى بالثقة ، فتعتمد بها مصلحة الضرائب في تقرير الضريبة بدلاً من أن تلجأ إلى طريقتها التحكيمية في التقدير الجزافي الذي يكون عادة مبالغاً فيه . وإذا توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية ، فإن إبرازه لدفاتر منتظمة يجعله في أغلب الأمر بمنجاة من عقوبات الإفلاس بالتقصير أو التدليس ، ويشفع له في معاملته معاملة المفلس سيئ الحظ ، وقد ينتهي الأمر باستفادته من نظام الصلح الواقى .

هذه الدفاتر تحكى لنا ، إذاً ، عمليات التاجر جميعاً ، فلماذا لا نستفيد منها في الإثبات ؟ وخاصة ونحن في مجال العقود التجارية لا نريد أن نرهق التاجر بصنع أدلة خاصة للإثبات ، ولا نريد أن نتركه نهياً للقلق

إذا لم تتوفر الأدلة المطمئنة . وليس أصلح من الدفاتر التجارية في حل مثل هذه المشكلة ، إذ هي تجنبهم قيود الإثبات المدنية الثقيلة دون أن تلقى بهم في فوضى حرية الإثبات المطلقة في المواد التجارية ، (١) .

ولقد نظم القانون طرق الاستفادة من هذه الدفاتر التجارية فيما يتعلق بإثبات الحقوق والديون التجارية . وفي ذلك تنص المادة ٧٠ من قانون التجارة الجديد على أنه ، يجوز قبول الدفاتر التجارية للإثبات في دعاوى المقامة من التجار أو عليهم متى كانت متعلقة بأعمالهم التجارية وتجيز المادة ٢٨ من القانون المشار إليه للمحكمة ، بناء على طلب الخصم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها

ويستفاد من هذين النصين أن الاستدلال بالدفاتر ليس حقاً مؤكداً للخصم ، بحيث تلزم المحكمة بإجابته إليه بمجرد طلبه . وقد أكدت هذا المعنى كل من محكمة النقض الفرنسية ومحكمة النقض المصرية (٢) . وهذا برهان آخر على أن الاستدلال بالدفاتر التجارية لا يعد خروجاً على المبدأ العام المتعلق بحرية الإثبات في المواد التجارية (٣) .

١٦- الخلاصة :

يخلص من كل ذلك أن إثبات العقود التجارية أسهل من إثبات العقود المدنية وأسرع . ومظهر هذه السهولة والسرعة ليس فقط في مجرد

(١) التعبير للدكتور أكرم الخولي . الوسيط . الجزء الأول ١٩٥٦ ص ٢١١ .

(٢) راجع هامل ولاجارد ، بند ٢٥٠ ص ٣٠١ ، محكمة النقض الفرنسية (مدنى) ٣٠ مارس ١٨٦٩ ، داللو ١٨٦٩-١-٢٣٩ . للدكتور فريد شرقى ، جزء ١ ، بند ٣٢٢ ص ٤٠١ ، نقض مصرى ١٦ مايو ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ، جزء ١ ص ٧٧٦ -نقض مصرى ٢٧ مارس ١٩٥٢ ، مجلة التشريع والقضاء ، قسم ثان ، باب أول ٢٢٤ .

(٣) من أنصار هذا الرأي الدكتور أكرم الخولي المرجع السابق ص ٢٣٩ بند ١٨٦ ، عكس ذلك : الدكتور على عوض ، العقود التجارية ، ١٩٥٩ ص ٢١ .

كفاية الشهود والقرائن حيث تجب الكتابة ، وإنما أيضاً في الأدلة الكتابية المستمدة من النماذج والفواتير المطبوعة والتي يكفى فيها مجرد التوقيع . وذلك لا يتيسر بطبيعة الحال إلا حيث تتكرر العقود وتتشابه . كذلك في الاستناد إلى الدفاتر التجارية التي يلتزم التجار بامساكها ، ولا نفسى الدور الهام الذى يقوم به العرف التجارى والعادات التجارية فى استخلاص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين حتى عند قصور التعبير .

هذا الإثبات السهل عامل مكمل للميزتين اللتين سبق لنا دراستهما : الحرية فى تكوين العقد ، والسرعة فى تحويل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه . ولا بأس أن نكرر هنا أن الجوهر الخاص للحرفة التجارية هو الذى يقتضى ذلك . ولا شك أن التاجر يعتبر « محترف تعاقد » ، إن جاز هذا التعبير . فهو يعرف بالخبرة والتجربة كيف يحمى ارادته من المتعاقد الآخر عند تكوين العقد ، وهو يرتضى على أى حال تحمل بعض المخاطرة فى عملياته التجارية . والتعاقد إذا اتصل وتكرر بين التجار ، وهو أمر لا مفر منه بين من يمارسون نوعاً متشابهاً من النشاط التجارى ، فليس من مصلحة أحدهم أن يخدع الآخر .

فالتاجر ، عند تكوين العقد ، ليس ، إذاً ، فى حاجة إلى قيود تحميه ، وإنما هو فى حاجة إلى قواعد سهلة يعرفها بسرعة ، ويطبقها وهو آمن من اللبس أو الخطأ .

وعلى العكس من ذلك ، يحتاج التاجر إلى حماية من نوع خاص ، عن اقتضاء تنفيذ العقد . ولقد استجاب المشرع التجارى لهذه الحماية .

٤- القسوة فى اقتضاء التنفيذ

١٧- أهمية الوفاء فى الميعاد بغير تقصير ،

يندر ، فى التعامل بين التجار ، أن يتم تنفيذ العقد فور تكوينه ، فالتاجر يتعامل غالباً بالأجل . فإذا اشترى تاجر بضاعة ليبيعها ، فقلماً

يوفي بئمنها فور انعقاد العقد ، وإنما يطلب من البائع أن يمنحه أجلاً معيناً يتمكن في خلاله من تصريف البضاعة والحصول على الثمن . وكذا في سائر العقود التجارية يمنح الدائن مدينه أجلاً محدداً لتنفيذ التزامه ، فتتعلق بذمة للتاجر حقوق وديون على آجال محددة متفاوتة . فهو يستوفي اليوم ديناً له على تاجر ، ثم يوفي غداً ديناً عليه لتاجر آخر . ويدهى أن التاجر لا يتمكن من الوفاء بالتزاماته في الميعاد إلا إذا قام مدينه بالسداد في الميعاد . فللوفاء في الميعاد ، إذا ، أهمية قصوى في العقود التجارية . وقد يترتب على تقصير أحد المدينين أن يعجز سلسلة من التجار عن الوفاء عند حلول آجال ديونهم مما يؤدي إلى ارتباك التعامل .

هنا ، إذا ، يجب حماية التاجر ، وذلك بأن يتدخل المشرع التجاري في صالح الدائن ضد المدين المقصر بالوسائل المناسبة التي تؤدي إلى سرعة التنفيذ . وتحقق من هذه الحماية مصلحة مباشرة هي أن يحصل التاجر الدائن على حقه من المدين ، ومصلحة غير مباشرة هي أن يطمئن التاجر إلى حصوله على حقوقه الناشئة عن العقود التي يقوم بإبرامها ، فيندعم الائتمان التجاري ويتوفر الاطمئنان اللازم للاسراع والسهولة في تكرير العقود .

وسوف نستعرض فيما يلي أهم هذه القواعد الخاصة .

١٨-١- الفوائد التأخيرية :

تنص المادة ٢٢٦ مدنى على أنه إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية ، وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره .

والعرف التجارى مستقر على سريان الفوائد التأخيرية من تاريخ استحقاق الدين . ولقد قنن المشرع هذا العرف بنصه فى المادة ٦٤ من قانون التجارة الجديد على أن ، يستحق العائد عن التأخير فى الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك

١٩-٢- التنفيذ المعجل :

التنفيذ المعجل واجب بقوة القانون فى الأحكام الصادرة فى المواد التجارية سواء أكانت قابلة للمعارضة أو للاستئناف ، أم طعن فيها بهاتين الطريقتين ، وذلك بشرط تقديم الكفالة . أما فى المسائل المدنية ، فالقاعدة عدم شمول الأحكام بالتنفيذ المعجل إلا فى حالات استثنائية . والتنفيذ المعجل لا يدع للمدين التاجر مجالاً للمماطلة أو التهرب .

٢٠-٣- تضامن المدينين :

القاعدة المدنية والقاعدة التجارية على طرفى نقيض . فالأصل فى القانون المدنى أن التضامن بين المدينين إذا تعددوا لا يفترض وإنما لابد أن يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م ٢٧٩) . أما فى القانون التجارى فالتضامن بين المدينين مفترض ، فلا بد من الاتفاق أو القانون لنفى التضامن (م ٤٧ تجارى) . وبذلك يتهىأ للدائن أكبر فرصة ممكنة للحصول على دينه ، فإذا أعسر أحد المدينين استطاع أن يحصل على كل الدين من المدين الآخر (١) .

(١) يذكر الدكتور على عوض (المرجع السابق ص ٢٨) أن هناك خلافاً فى مصر : إذ أن للسنهورى باشا ، فى الوسيط جزء ٣ ص ٢٦٩ و ٢٧٠ ، يرى أن التضامن لا يفترض فى التجارى كما لا يفترض فى المدنى . ونحن لا نعتقد أن رأى الأستاذ السنهورى - رغم تقديرنا لمكانته بين رجال القانون - يمكن أن ينشئ حالة ، خلاف ، حتى ولو تبعته أقلية من فقهاء القانون المدنى فى مصر ، إذا كان هناك شبه إجماع بين فقهاء القانون التجارى والقانون المدنى فى فرنسا وفى مصر على أن العرف التجارى مستقر على -

٢١-٤- نظرة الميسرة :

تجيز المادتان ٢/١٥٧ و ٢/٣٤٦ مدنى للقاضى أن يشفق على المدين المقصر فى تنفيذ التزامه فينظره إلى أجل معقول أو آجال يقرر فيها بالتنفيذ إذا استدعت حالته ذلك ، وتجيز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملة .

ولكن القانون التجارى لا يرى الرأفة بالمدين التاجر . فتنص المادة ٥٤٧ تجارى صراحة على أنه لا يجوز للمحاكم أن تمنح مهلة للوفاء بقيمة الورقة التجارية . وفى غير هذه الحالة ، يندرج فى المواد التجارية أن يمنح القاضى نظرة الميسرة ، وإن كان ذلك جائزاً من الناحية القانونية إذ للحظر الصريح الوارد فى المادة ٥٤٧ مقصور على الأوراق التجارية .

٢٢-٥- سهولة التنفيذ على الشئ المرهون :

إذا قدم المدين رهناً لضمان دين تجارى فإن المادة ١٢٦ تجارى

= افتراض التضامن . فالأمر يظل مستقراً رغم وجود رأى منعزل . أضف إلى ذلك أن الأستاذ السهورى نفسه يكاد يفصح عن شعوره بضعف للرأى الذى يقول به ، فيترجع عنه محاولاً أن يبين : سهولة ، افتراض التضامن بين التجار ، فيقول إن : من أهم القرائن أن يكون الالتزام قائماً بين التجار فى مسألة تجارية ، فإن هذا وحده يمكن اعتباره قرينة هامة ، إذا عززتها قرلن أخرى أمكن لقاضى الموضوع أن يستخلص قيام التضامن فى المسائل التجارية فى كثير من البسر ، (راجع ج ٣ ص ٢٧٠) .

أما الرأى الذى حاول به الدكتور على عوض أن يحل به هذا الخلاف ، الذى رآه ، فأننا لا نستطيع أن نوافق عليه . فهو يوحى بأن العرف فيما يتعلق بافتراض التضامن عرف محلى يختلف من مكان لآخر أو من حالة لأخرى . فيقول : وما دام المرجع إلى العرف ، فذلك مسألة موضوعية تبحثها المحكمة ، وهى التى تقرر ما إذا كان العرف فى نوع من المعاملات يقضى بالتضامن بين المدينين . هذا الرأى يثبت الشك فى استقرار وعمومية القاعدة العرفية القديمة ، فضلاً عن أنه غير صحيح . إذ العرف ليس مسألة موضوعية تبحثها المحكمة ، وإنما هو قانون تطبقه وتخضع فى تطبيقه لرقابة محكمة النقض .

تجعل التنفيذ على هذا الرهن سهلاً سريعاً . فبدلاً من الزام الدائن بالحصول على حكم قضائي ، كما هو الشأن في الرهن المدني ، تنص المادة المذكورة على أنه « إذا لم يدفع المدين الدين المضمون بالرهن في ميعاد استحقاقه كان للدائن المرتهن بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تكليف المدين بالوفاء أن يطلب بعريضة تقدم إلى القاضي المختص بالمحكمة التي يقع في دائرتها موطنه الأمر ببيع الشيء المرهون كله أو بعضه ... (و) يجرى البيع في الزمان والمكان اللذين عينهما القاضي وبالمزايدة العلنية إلا إذا أمر القاضي باتباع طريقة أخرى » .

هذا وهناك حالات أخرى يستطيع فيها الدائن التجاري اقتضاء حقه بنفسه دون الالتجاء إلى القضاء ، توكيلاً للسهولة والسرعة ، كما هو الشأن في بيع البورصة (١) .

٢٣-٦-الافلاس :

وأخيراً فإن المادة ٥٥٠ تجارى تقف بالمرصاد لكل تاجر يتوقف عن

(١) انظر في ذلك : البحث القيم للدكتور أكرم الخولى باللغة الفرنسية .

La justice privée dans les contrats commerciaux en Droit Français et Droit Egyptien . La Revue des Sciences Juridiques et Economiques, No . 1- Janv . 1959 .

أى ، اقتضاء الشخص حقه بنفسه في العقود التجارية في القانون الفرنسي أو المصري ، حاول الزميل الفاضل أن يجمع الحالات التي يجرى فيها الدائن التجاري التنفيذ على مديله دون الالتجاء إلى القاضي ، وأقام نظرية عامة تتجه إلى التوسع في هذه الحالات، في مقابل احاطة حق الدائن في التنفيذ ببعض الشكليات والضمانات . ورغم تقديرنا للمجهود الذي بذله الزميل في خلق هذه النظرية ، إلا أننا لا نميل إلى التوسع الذي ينادى به . ونرى أن الأحوط ، رغم اعتبارات السهولة والتيسر اللازمة في مجال العقود التجارية ، أن يكون التنفيذ على المدين دائماً تحت اشراف القضاء ، إلا في حالات نظل دائماً استثنائية متفرقة لا تجمعها أى نظرية عامة تعطيها حق التأكد والثبوت .

دفع ديونه التجارية . وتنص هذه المادة على أن : يعد في حالة افلاس كل تاجر ... إذا توقف عن دفع ديونه التجارية إثر اضطراب أعماله المالية . ولا يترتب على التوقف عن الدفع أثر قبل صدور حكم شهر الافلاس ما لم ينص القانون على غير ذلك .

فكأن القانون التجارى لا يكتفى بمجرد الشدة في اقتضاء التنفيذ ، وإنما هو يستأصل التاجر المقصر من الحياة التجارية ، ويضع حداً لنشاطه فيها . مثل هذا التهديد يجعل للتاجر أحرص الناس على الوفاء بديونه في مواعيد استحقاقها .

٢٤- الخلاصة :

ونلخص من هذه الأحكام العامة إلى أن العقد التجارى لا يختلف في طبيعته عن العقد المدنى ، وإنما يختلف عنه في ظروف انعقاده وظروف تنفيذه . وهذه الظروف يحكمها الجور الخاص بالحرفة التجارية ، وما يستلزمه من حرية في تكوين العقد ، وسهولة في إثباته ، وسرعة في امكان تحويل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه ، والقسوة في اقتضاء تنفيذه .

بقى أن نضيف أن هذه الظروف ، رغم أنها لا تصل إلى تغيير جوهر العقد ، تبرر الدراسة المستقلة لهذه العقود ، كما تبرر كذلك التفرقة القائمة بين العقد المدنى والعقد للتجارى .

٢٥- خصوصية القواعد المنطبقة على العقود التجارية :

وقد قدر بعض الفقهاء أن الأحكام الخاصة بالمعاملات التجارية تعتبر : ميزات ، من السهولة والتبسيط وحماية الائتمان لا داعى أن يختص بها العقد التجارى دون العقد المدنى . ونادى هذا الفريق بتوحيد قواعد القانون التجارى والقانون المدنى تحت اسم القانون الخاص . هذا التوحيد تم بالفعل في بعض التشريعات ، كتشريع الالتزامات السويسرى الصادر عام ١٩١١

وتشريع الالتزامات الايطالى الصادر سنة ١٩٤٢ (١) .

ولا شك أن الخطأ الكامن في هذا النظر يرجع إلى اعتبار خصائص العقد التجارى مزايا يتمتع بها هذا العقد دون غيره ، بينما الأمر يتعلق ، فى الواقع ، ، بمناسبة ، هذه القواعد للجو التجارى الخاص . هذه المناسبة تزول بمجرد الخروج عن هذا الجو . فالسهولة والسرعة ، من ناحية ، والقسوة فى اقتضاء التنفيذ ، من ناحية أخرى ، أمران كلاهما خير فى العقد التجارى ، ولكن فيهما ولا شك إضراراً بالمتعاقدين المدنى الذى يحتاج إلى روية وتبصر قبل إبرام انعقد وإلى الرفق عند تنفيذه . لذلك فقد اضطرت التشريعات التى وحدت قواعد القانون الخاص فى تقنين واحد كالسويسرى والايطالى إلى التفرقة ، داخل هذا التقنين الواحد ، بين نظامين مختلفين من القواعد بحيث أصبح التوحيد شكلياً .

والواقع أن الجو الخاص للحرفة التجارية يقتضى ، ولا شك ، اختلاف القواعد ، بل يجب أن يكون هذا الجو الخاص هو مرشدنا فى تفسير ما غمض من هذه القواعد وتكملة ما قد يعتورها من نقص أو قصور . إذ لا بد أن نتوخى مراعاة مقتضيات الحرفة التجارية وحاجاتها فى بناء القواعد القانونية وفى النظر إليها على السواء .

٢٦- سهولة تدويل القواعد التجارية وأهمية هذا التدويل ،

والجو الخاص للحرفة التجارية يتشابه فى سائر البلدان . فحاجات التجار ، ومقتضيات التعامل التجارى ، هذه كلها تؤدى إلى الوصول إلى قواعد متقاربة فى التشريعات المختلفة ، حتى فى البلاد التى توجد بينها

(١) يبدو أن الدكتور أكثم الخولى من أنصار توحيد القانون الخاص ، فهو يعدد مزايا التوحيد (ص ٣٦ من الوسيط الجزء الأول) ، ولكنه يستدرك فى النهاية فيقول ، غير أن هذا لا يعنى أننا ننكر على القانون التجارى كل وجود بل أننا نعترف بضرورة وجوده كقانون منظم للحرفة التجارية يقوم بجانب التقنين الموحد للقانون الخاص ، ولا يفسر الدكتور أكثم حدود القانون التجارى الذى يريده ، كمنظم للحرفة التجارية ، .

خلافات أساسية في النظام القانوني العام . لذلك فإن من أهم مميزات القواعد ، التي تنطبق على العقود التجارية ، هي سهولة تدويلها . وبالفعل فإن كثيراً من قواعد القانون التجاري تتخذ تدريجياً صفة القواعد الدولية عن طريق الاتفاقات بين الدول على إحلال قاعدة تجارية واحدة محل نظيراتها في الدول الموقعة للاتفاق . ولا يعترض هذا التدويل أى من الصعوبات أو من العقبات الضخمة التي تقف عادة أمام كل محاولة اتفاق دولي على توحيد قانون معين . هذه السهولة ترجع في الواقع إلى عاملين أساسيين : العامل الأول هو أن الاختلافات المطلوب القضاء عليها غالباً ما تكون في ذاتها ضئيلة لا تحتمل الجدل الكثير . إذ أن تشابه الجو الخاص للحرفة التجارية في مختلف الدول يؤدي ، كما سبق أن ذكرنا ، إلى تشابه في القواعد التي يستلزمها . والعامل الثاني هو شدة الحاجة إلى تدويل القاعدة التجارية في كثير من الأحيان . إذ لا تقتصر قيمة التوحيد هنا على الغاية النظرية ، بل له قيمة عملية كبيرة وذلك عندما يكون للمعاملات التجارية طابع دولي ، كما هو الشأن في البيوع البحرية والنقل بأنواعه ، والتأمين ، وعمليات البنوك . فوجود قاعدة واحدة من شأنه ، عندئذ ، أن يحقق الكثير من السهولة والسرعة والاطمئنان للمتعاملين . وتلك كلها مزايا نعرف قيمتها بالنسبة للعقود التجارية .

٢٧- خطة البحث :

لن نتناول بالبحث هنا إلا بعض العقود التجارية : فننكلم أولاً عن عقد البيع التجاري ، ثم عن عقد الوكالة بالعمولة والسمسرة ، ثم عقد الرهن التجاري فعقد النقل ، وهي العقود التي نظمها القانون التجاري بنصوص خاصة والتي سميناهما من قبل ، العقود التجارية على وجه الخصوص ، .

الفصل الأول

عقد البيع التجارى

Le Contrat de Vente Commerciale

٢٨- تمهيد وتقسيم :

البيع التجارى أهم العقود وأكثرها وقوعاً فى العمل . بل هو ، ويحق ، أساس المعاملات التجارية وعمودها الفقرى . ولم تغب هذه الحقيقة عن فطنة المشرع ، فأفرد للبيع التجارى الفصل الثانى من الباب الثانى من تقنين التجارة الجديد .

ولن نتناول بالدراسة سوى البيوع التجارية البرية الواقعة على منقولات مادية (١) . أما ما عداها فموضعها إما القانون البحرى (البيوع البحرية) ، أو القانون المدنى (بيع العقارات) ، أو المؤلف الخاص بالأعمال التجارية والتجار والشركات التجارية (بيع المنقولات المعنوية) .

وسنقصر دراستنا على البيع التجارى بالمعنى الذى حدده المشرع فى المادة ٨٨ من القانون الجديد . وهو عقد بيع البضائع الذى يبرمه للتجار فيما بينهم لشئون تتعلق بالتجارة وكان البدل فيه ، المقابل للمبيع ، نقداً أو كان نقداً وعيناً وكانت قيمة الجزء العينى أدنى من الجزء النقدى (م ١/٨٨) (٢) .

فنتكلم أولاً عن الأحكام العامة للبيع التجارى ، وثانياً عن بعض الأنواع الخاصة لهذا البيع .

(١) أما البيع التجارى الدولى فلن نقوم بدراسته إذ لا يخضع للقانون التجارى الجديد ، بل لأحكام الاتفاقيات الدولية وكذلك الأعراف السائدة فى مجال التجارة الدولية (م ٢/٨٨ تجارى) .

(٢) ومن ثم تخرج المقايضة من نطاق البيع التجارى .

المبحث الأول

الأحكام العامة للبيع التجارى

٢٩- تطبيق القواعد العامة بجانب بعض الأحكام الخاصة :

يخضع البيع التجارى للقواعد العامة التى أوردتها القانون المدنى -
فى الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثانى منه الذى يتناول
العقود المسماة ، - سواء من حيث تكوين العقد وتبعية الهلاك وآثار العقد .
ومع ذلك فهناك بعض القواعد الخاصة بالبيع التجارى تتعلق ، من
ناحية ، بكيفية تعيين محله ، ومن ناحية أخرى بالالتزامات المترتبة
عليه . ولقد تضمن قانون التجارة الجديد هذه القواعد التى يتعين انزال
أحكامها على البيع التجارى ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين على
خلافه . وسنقتصر فقط على دراسة هذه القواعد .

أولاً : تعيين محل عقد البيع التجارى

٣٠-١- تعيين المبيع :

يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً . ويعتبر العلم
كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من
تعرفه (م ١/٤١٩ مدنى) .

ولكن كثيراً ما يحدث فى مجال المعاملات التجارية أن يبرم العقد
ويتفق على ترك تحديد أوصاف المبيع للمشتري . وفى هذه الحالة يجب
على المشتري أن يقوم بتحديد شكل المبيع أو حجمه أو غير ذلك من
الأوصاف المميزة له فى الميعاد المتفق عليه أو فى الميعاد المناسب ، عند
عدم وجود اتفاق على ميعاد معين ، وإلا كان من حق البائع أن يطلب
الفسخ والتعويض (م ١/٩٢ تجارى) . وللبيع ، بعد انقضاء الميعاد المشار
إليه ، تحديد أوصاف المبيع وفقاً لحاجات المشتري التى يمكنه العلم بها .

ويكون هذا التحديد نهائياً إذا لم يعترض عليه المشتري خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره به (م ٩٢/٢ تجارى) .

٢-٣١- تحديد الثمن :

يجب أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التى يحدد بمقتضاها فيما بعد (م ١/٤٢٣ مدنى) . فإذا لم يحدد المتعاقدان هذه الأسس أو الثمن انعقد البيع بالسعر الذى يجرى عليه التعامل بينهما . فإذا لم يكن بينهما تعامل سابق فبالسعر المتداول فى السوق . وإذا اتفق على أن يكون البيع بسعر السوق ، أو إذا وجب الأخذ بهذا السعر ، فالعبرة بمتوسط سعر السوق فى الزمان والمكان اللذين تم فيهما العقد ، إلا إذا قضى الاتفاق أو جرى عرف التجارة على غير ذلك أو تبين من الظروف وجوب اعتماد سعر آخر . وإذا تعدد سعر السوق فالعبرة بالسعر الوسط (م ٨٩ تجارى) .

والأصل أن يقوم المتعاقدان بتحديد ثمن المبيع ، ولكن لا شئ يمنعهما من تفويض الغير فى هذا التحديد . وفى هذه الحالة يتعين على هذا الأخير أن يقوم بهذه المهمة فى الميعاد المحدد ، أو فى الميعاد المناسب عند عدم التحديد ، وإلا وجب اعتماد السعر المتداول فى السوق فى الزمان والمكان اللذين تم فيهما العقد ما لم يتبين من الظروف أو من عرف التجارة وجوب اعتماد سعر آخر (م ٩٠ تجارى) .

وإذا كان الثمن مقدراً على أساس الوزن ، فالعبرة بالوزن الصافى ، إلا إذا اتفق أو جرى العرف على غير ذلك (م ٩١ تجارى) .

ثانياً : التزامات البائع والمشتري

٢٢- التزامات البائع : ١- الالتزام بالتسليم :

يرتب البيع التجارى نفس الالتزامات التى يترتبها البيع ، بوجه عام ، فى القانون المدنى على عاتق كل من البائع والمشتري .

فيلتزم البائع بتسليم الشئ المبيع إلى المشتري . ويكون التسليم

بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك . ويحصل هذا التسليم على النحو الذى يتفق مع طبيعة الشئ المبيع (م ١/٤٣٥ مدنى) . والغالب ، فى البيوع التجارية ، أن يكون التسليم رمزياً ، وليس مادياً . ويكون ذلك بتسليم الصكوك الممثلة للبضاعة إلى المشتري ، كمستند نقل البضاعة أو إيصال ايداعها فى مستودع عام أو اعطاء مفاتيح المخازن التى توجد فيها البضاعة المبيعة .

ويراعى فى التسليم أن يرد على البضاعة المتفق عليها بالأصناف والكميات المحددة بالعقد . ومع ذلك لا يعدد عند تسليم المبيع بما يطرأ عليه من نقص أو تلف يقضى العرف بالتسامح فيه (م ٩٥ تجارى) .

ويجب أن يتم التسليم فى المكان والزمان المبينين فى العقد . فإذا قام البائع ، بناء على طلب المشتري ، بإرسال المبيع إلى غير المكان المعين لتسليمه ، فإن التسليم يكون قد تم بمجرد اعطاء المبيع إلى من يتولى نقله . وفى هذه الحالة تكون تبعة الهلاك على المشتري وكذلك المصاريف التى يقتضيها هذا التسليم ، ما لم يوجد اتفاق أو نص فى القانون على غير ذلك (م ١/٩٤ و ٢ تجارى) .

ويجب ، فى حالة عدم تحديد ميعاد للتسليم ، أن يتم بمجرد إبرام العقد ما لم تستلزم طبيعة المبيع أو يقضى العرف بتحديد ميعاد آخر . فإذا اتفق على أن يكون للمشتري تحديد ميعاد التسليم ، التزم البائع بالتسليم فى هذا الميعاد مع مراعاة المدة التى تستلزمها طبيعة المبيع لأعداده للتسليم (م ٩٣) .

٢-٣٣- جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم :

إذا أخل البائع بالتزامه بالتسليم ، سواء بتسليم مبيع تقل كميته أو صنفه عما هو متفق عليه أو بعدم القيام بالتسليم فى الميعاد المتفق عليه ، فللمشتري الخيار بين طلب التنفيذ العيى وبين طلب الفسخ مع

التعويض في الحالتين عما أصابه من ضرر .

لكن المشرع وضع تحت تصرف المشتري آليتين يستطيع بهما توقي
الفسخ ، هما مكنة الاستبدال وانقاص الثمن .

١- مكنة الاستبدال : وهي آلية يمكن اللجوء إليها في حالة تخلف
البائع عن التسليم في الميعاد المحدد في العقد . وبمقتضاها يكون
للمشتري ، بعد اخطار البائع بضرورة التنفيذ خلال مدة مناسبة يحددها
وعدم قيام هذا الأخير بالوفاء بالتزامه خلالها ، أن يحصل على شيء
مماثل للمبيع على حساب البائع ومطالبته بالفرق بين الثمن المتفق عليه
وما دفعه بحسن نية للحصول على ذلك الشيء . وإذا كان للمبيع سعر
معلوم في السوق ، جاز للمشتري - وإن لم يشتد فعلاً شيئاً مماثلاً
للمبيع - أن يطالب البائع بالفرق بين الثمن المتفق عليه وسعر السوق في
اليوم المحدد للتسليم (م ٩٦) .

٢- انقاص الثمن : وهي آلية تفترض أن الشيء المبيع قد سلم إلى
المشتري بالفعل ، ولكن تبين أن كميته أو صنفه أقل مما هو متفق عليه أو
أن به عيباً أو غير مطابق للشروط أو العينة التي تم العقد بمقتضاها .
والهدف من اللجوء إليها هو توقي فسخ البيع بما يترتب عليه من ارجاع
المبيع إلى البائع وما يستتبعه ذلك من اضطراب سلسلة معاملاته مع
الغير .

ولإعمال هذه الآلية ، يشترط ألا ينشأ عن النقص أو العيب أو عدم
المطابقة عدم صلاحية المبيع للغرض الذي أعده له المشتري أو صعوبة
تصرفه (م ١٠١/١ تجاري) ، وإلا كان للمشتري التمسك بالفسخ .

ويجب على المشتري أن يخطر البائع بوجود هذه الأمور خلال
خمس عشرة يوماً من تاريخ تسليم المبيع إليه تسليمياً فعلياً ، وأن يقيم عليه
دعوى انقاص الثمن في ظرف ستين يوماً من تاريخ هذا التسليم ، وإلا
سقط حقه في إقامتها ما لم يثبت غش البائع .

وفى جميع الأحوال تسقط الدعوى بانقضاء ستة أشهر من تاريخ التسليم الفعلى (م ١٠١/٢ و ٣ و ٤ تجارى) .

لكن ما الحكم فيما لو كانت كمية الشئ المبيع تزيد على المقدار المتفق عليه فى العقد ؟ أجابت على هذا التساؤل صراحة المادة ١٠٢ تجارى بقولها بضرورة قيام المشتري بتكملة الثمن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ اخطاره بوجود الزيادة . فإن رفض ذلك يقضى للبائع باسترداد هذه الزيادة .

ويجب على البائع اقامة دعوى الاسترداد فى ظرف ستين يوماً من تاريخ تسليم المبيع إلى المشتري تسليماً فعلياً ، والا قضى بعدم قبولها . ويجوز الاتفاق على تعديل المواعيد سالفه الذكر ، كما يجوز اعفاء البائع من مراعاتها .

٢٤- التزامات المشتري :

١- الالتزام بدفع الثمن : يتعين على المشتري أن يدفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه . فإذا تخلف عن ذلك ، جاز للبائع بعد إعداره بيع البضاعة للغير . فإذا بيعت بحسن نية بثمن أقل من الثمن المتفق عليه كان من حق البائع مطالبة المشتري بالفرق . وإذا كان للبضاعة سعر معلوم فى السوق ، فللبائع - وإن لم يقم باعادة البيع فعلاً - أن يطالب المشتري بالفرق بين الثمن المتفق عليه فى العقد وسعر البضاعة فى السوق فى اليوم المعين لدفع الثمن (م ٩٨) .

وللمشتري الذى دفع الثمن كاملاً أن يطلب من البائع اعطائه قائمة بالبضاعة المذكوراً فيها أن الثمن قد دفع . فإذا قبلها المشتري صراحة أو ضمناً ، فليس له الاعتراض على ما ورد بها من بيانات . ويعتبر قبولاً ضمناً عدم اعتراض المشتري على القائمة المذكورة خلال عشرة أيام من تاريخ تسلمها (م ٩٩) .

٢- الالتزام بتسليم الشئ المبيع : ويجب على المشتري تسلم المبيع

فى الزمان والمكان اللذين عينا لتسلمه . فإذا رفض المشتري التسلم ، جاز للبائع ، بعد إثبات حالة المبيع ، أن يطلب بأمر على عريضة من القاضى المختص الاذن فى بيعه بعد انقضاء مدة يحددها ويخطر بها المشتري .

ويتم البيع بالكيفية التى يحددها القاضى . وإذا كان الشئ المبيع قابلاً لتلف سريع ، فللقاضى أن يأمر بالبيع دون تحديد مهلة أو اخطار . وعلى البائع ايداع حصيلة المبيع خزانة المحكمة حتى يسوى النزاع بينه وبين المشتري إذا كان هذا الأخير قد دفع الثمن بكامله (م ١٠٠ تجارى) .

٣- البيع بثمن مفروض : وقد يلتزم المشتري ، بمقتضى شرط فى العقد ، بالبيع بثمن مفروض يعينه البائع ولا يجوز للمشتري البيع بثمن أقل منه . ويكون ذلك إذا كان المبيع سلعة تحميها علامة تجارية مسجلة تميزها . ولا يلتزم خلفاء المشتري بمراعاة الشرط المشار إليه إلا إذا علموا به أو كان فى مقدورهم العلم به (م ١/١٠٣ و ٢) .

والقضاء مستقر على صحة هذا الشرط باعتباره يهدف عادة إلى حماية مصلحة المشتري فى المحافظة على مستوى معين لمنتجاته . ولكن يجوز للمحكمة ، مع ذلك ، أن تقضى ببطلان الشرط المذكور إذا كان المبيع من السلع الضرورية للاستهلاك الشعبى (م ١/١٠٣) . والهدف من هذا الحكم هو رعاية مصلحة الطبقات محدودة الدخل .

المبحث الثانى

بعض أنواع البيوع التجارية

٢٥- تحديد ،

للبيع التجارى أنواع عديدة لم يتناولها المشرع جميعها بالتنظيم ، بل اكتفى ببعض منها لكونها الأكثر انتشاراً فى مصر . فعرض للبيع

بالتقسيم في المواد من ١٠٥ إلى ١٠٧ ، ولبيع بطريق التصفية أو المزايدة العلنية في المواد من ١٠٨ إلى ١١٤ ، ولعقد للتوريد في المواد من ١١٥ إلى ١١٨ من تقنين التجارة الجديد . ولا تنطبق أحكام هذه المواد على البيوع سلفة الذكر إلا إذا كانت تجارية بالنسبة إلى أطرافها أو إلى أحد الأطراف فقط (م ١٠٤) .

أولاً : البيع بالتقسيم

٣٦- مفهومه ومخاطره :

البيع بالتقسيم هو بيع عادي ، لكن أحد عناصره ، وهو الثمن ، لا يتم دفعه فوراً ، بل على أقساط دورية متساوية أو تصاعدية أو تنازلية . وعادة ما تكون هذه الأقساط شهرية أو ربع سنوية أو سنوية . ومزاياه لا تخفى على أحد : إذ فيه تمكين لذوى الدخل المحدود أو المتوسط من اقتناء العديد من السلع المعمرة في سهولة ويسر بدلاً من إرهاقهم بعبء الثمن الثقيل ، الذي لا يتناسب مع دخولهم ، فيما لو تم دفعه بصورة فورية . وفيه تمكين ، كذلك ، للبائعين من زيادة تصريف بضائعهم وتعظيم أرباحهم من الفائدة التي يحصلون عليها مقابل تقسيط الثمن على آجال . لذلك فهو يندرج تحت طائفة البيوع الائتمانية (١) .

وفي مقابل مزايا البيع بالتقسيم ، فإن له خطورته التي لا تنكر : فهو ، بما يولده من عادة الاستهلاك لدى الجمهور ، يؤدي إلى ازدياد مديونية الطبقات محدودة ومتوسطة الدخل ، وبالتالي إلى تآكل مدخراتهم . وليس بخاف مدى التأثير السلبي لذلك على الاقتصاد القومي في مجموعة . كما أنه يعرض البائعين لخطر إعسار أو إفلاس المشتريين ،

(١) وهناك نوع آخر من البيوع الائتمانية هو البيع بثمن آجل لا يتم دفعه على أقساط دورية ، كما في البيع بالتقسيم ، بل مرة واحدة عند حلول هذا الأجل . وهو منتشر بين المنتجين والموزعين ، وفي نطاق الموزعين بين تجار الجملة وتجار التجزئة .

خاصة وأن ملكية الشيء المبيع تنتقل إلى المشتري فور إبرام العقد . لذلك فلا تمارسه ، فى العمل ، سوى مؤسسات البيع الكبرى حيث يعوض حجم مبيعاتها الهائل ما تتعرض له من مخاطر .

ورغبة فى تقليل هذه المخاطر والعمل على مراعاة مصالح طرفى البيع بالتقسيط ، وضع المشرع ، فى قانون التجارة الجديد ، تنظيمًا لهذا البيع يحمى فيه مصلحة البائع دون أن يضحي فى نفس الوقت بمصالح جمهور المستهلكين . وانصب هذا التنظيم ، بصفة خاصة ، على جزاء تخلف الوفاء بالأقساط فى مواعيدها ، من ناحية ، وعلى ضمانات البائع من ناحية أخرى .

٢٧- ١- جزاء تخلف الوفاء بالأقساط ،

يرتب البيع بالتقسيط ، على عاتق أطرافه ، جميع الالتزامات التى يرتبها عقد البيع العادى . فيلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه إلى المشتري ، ويلتزم المشتري بالوفاء بالثمن وتسلم المبيع .

ولا شك أن الوفاء بالثمن المقسط ، فى ميعاد استحقاق كل قسط ، هو أشد ما يحرص عليه البائع . لذلك يتضمن عقد البيع بالتقسيط ، غالباً ، شروطاً مرهقة بالمشتري يقصد البائع من ورائها الضغط عليه لاجباره على دفع الأقساط فى مواعيدها . ولعل من أحد الشروط الدارجة فى العمل الشرط الذى ينص على أنه إذا تخلف المشتري عن دفع أحد الأقساط ، كان للبائع أن يفسخ البيع وأن يحتفظ بالأقساط المدفوعة تعويضاً عن الفسخ . وكذلك الشرط الذى يقضى بحرمان المشتري من الأجل ، وبحلول الأقساط المستقبلية ، حال امتناعه عن دفع القسط الحال فى ميعاده . ولا جدال فى صحة مثل هذه الشروط بالتطبيق لنص المادة ٤٣٠ مدنى . لكن المشرع التجارى تدخل لتنظيم هذه الشروط بما يمنع عسف البائع بالمشتري ، وذلك على النحو التالى :

أ- إذا وفى المشتري عدداً كبيراً من الأقساط ، حدها المشرع بخمسة وسبعين فى المائة ، وتخلف عند دفع أحد أقساط الثمن ، فلا يجوز الحكم

بفسخ البيع متى طلبه البائع (م ١٠٥/١) . فطالما أن التنفيذ العيني ممكن، فللبائع أن يطلبه وللقاضى أن يمنح المشتري مهلة للوفاء إذا اقتضت حالته ذلك عملاً بالمادة ١٥٧ مدنى .

ب- وفى حالة الحكم بفسخ البيع ، يجب على البائع أن يرد الأقساط التى قبضها بعد استئزال ما يعادل أجرة الانتفاع بالمبيع بالاضافة إلى تعويض عن التلف الذى لحقه بسبب الاستعمال غير العادى . ويقع باطلاً كل اتفاق على تحميل المشتري التزامات أشد من ذلك (م ١٠٥/٢) . وهذا الحكم ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الشرط الجزائى ، باعتبار أن الاحتفاظ بالأقساط المدفوعة ، اضافة إلى الفسخ ، يعتبر من قبيل الشرط الجزائى الذى يجوز تخفيضه متى كان مبالغاً فيه . ويكون الشرط مبالغاً فيه إذا كان المشتري قد وفى غالبية الأقساط بحيث يكون احتفاظ البائع بها يزيد كثيراً على الضرر الذى لحقه من جراء عدم استيفائه الباقي من الثمن . غير أن هناك اختلافاً كبيراً بين حكم القواعد العامة وهذا الحكم ، إذ التخفيض وفقاً للقواعد العامة جوازياً للقاضى بينما هو وجوبى بالتطبيق لنص المادة ١٠٥/٢ تجارى عندما يزيد مجموع الأقساط المدفوعة على أجرة الانتفاع بالشئ المبيع والتعويض عما لحقه من تلف نتيجة استعماله غير العادى .

ج- أما فيما يتعلق بالشرط الذى يقضى بحلول الثمن بأكمله عند عدم الرفاء بأحد الأقساط فى ميعاد استحقاق ، فإنه لا يكون نافذاً إلا إذا تخلف المشتري عن دفع قسطين متتالين على الأقل (م ١٠٥/٣) .

٣٨- الضمانات المقررة للبائع: ١- شرط الاحتفاظ بالملكية: قد يشترط البائع الاحتفاظ بملكية المبيع على سبيل الضمان حتى أداء أقساط الثمن بأكملها . ويسمى هذا الشرط : شرط الاحتفاظ بالملكية ، Clause de *reservati domini - Pactum reservati domini* . وهو شرط صحيح طبقاً لنص المادة ١/٤٣٠ مدنى . ولقد نص عليه صراحة المشرع التجارى فى الفقرة الأولى من المادة ١٠٦ من قانون التجارة الجديد بقوله ، إذا

احتفظ البائع بملكية المبيع حتى أداء أقساط الثمن بأكملها اكتسب المشتري هذه الملكية بأداء القسط الأخير . ويتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه ، . ويترتب على هذا الشرط أن تنتقل حيازة المبيع بالتسليم إلى المشتري ولكنه لا يعتبر مالكا له مادام أن الثمن لم يدفع بتمامه ، وإنما تظل الملكية للبائع . ومن ثم يمتنع على دائني المشتري التنفيذ على المبيع لأنه غير مملوك لمدينهم ولا يدخل في الضمان العام المقرر لهم . ولكن يشترط لترتب هذا الأثر أن يكون الشرط مدونا في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التي يتخذها الدائنون على المبيع (م ١٠٦/٢) .

وجدير بالملاحظة أن شرط الاحتفاظ بالملكية يتعطل أثره كلية في حالة إفلاس المشتري ، فلا يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع أو استرداد المبيع ، كما يسقط حقه في الامتياز المقرر للبائع . (م ٦٣٠ تجاري) وهذا أمر منطقي ، إذ في أعمال أثر الشرط اهدار لمبدأ المساواة بين الدائنين . هذا فضلا عن أن دائني المفلس قد أدخلوا الشيء المبيع في حسابهم عندما تقدموا لمنحه الائتمان ، فلا يجوز أن يخيب البائع ظنهم بعد أن أوقعهم بتسليمه للمبيع في ائتمان المدين المفلس .

ولا يبق أمام البائع سوى الدخول بباقي الثمن المستحق له في تفليسه المشتري بوصفه دائنا عاديا .

٣٩-٢- حظر التصرف في المبيع قبل الوفاء بكامل أقساط الثمن : ولحماية البائع من ضياع حقوقه ، المتمثلة في امتياز البائع والاسترداد في حالة الفسخ ، حظر المشرع على المشتري التصرف في المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع . ورصد المشرع لمخالفة هذا الحظر جزاءين أحدهما مدني والآخر جنائي :

أ- أما الجزاء المدني فيتمثل في عدم نفاذ التصرف في حق البائع ، شريطة أن يثبت هذا الأخير أن المتصرف إليه كان عالما وقت إجراء التصرف بعدم وفاء المشتري الثمن بأكمله (م ١٠٧/١) فضلا عن حق

البائع في مطالبة المشتري بأداء الأقساط الباقية فوراً (م ١٠٧/٢) . فإن فشل البائع في هذا الإثبات نفذ التصرف في حقه لكون المتصرف إليه حسن النية ، ومن ثم يمكنه الاستفادة من قاعدة « الحيازة في المنقول سند الملكية » . ولا يبقى أمام البائع سوى مطالبة المشتري بأداء باقى الأقساط فوراً على ما سلف البيان .

ولا يستقيم هذا الحكم إلا في حالة عدم وجود شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع . فإذا وجد مثل هذا الشرط ، وكان مدوناً في ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على تصرف المشتري في المبيع إلى الغير فإن التصرف لا ينفذ في حق البائع دون حاجة إلى تكليفه بإثبات علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم وفاء المشتري للثمن بأكمله . ذلك أن شرط الاحتفاظ بالملكية يسرى في مواجهة المتصرف إليه طالما كان ثابت للتاريخ في وقت سابق على إجراء التصرف .

ب- أما الجزء الجنائي فيتمثل في اعتبار مخالفة الحظر جريمة يعاقب عليها المشتري بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين . ويسرى على هذه الجريمة حكم المادة ١٨ مكرر (أ) من قانون الإجراءات الجنائية . وتأمّر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً (م ١٠٧/٣) . ولا يخفى ما في هذه القاعدة الأخيرة من اعتداء صارخ على حجية الأحكام .

ثانياً : البيع بالمزايدة العلنية او بطريق التصفية

٤٠- تمهيد :

هذا النوع من البيوع من الأمور المألوفة الوقوع في العمل . وغالباً ما يرد على منقولات مستعملة ، كبيع مخلفات عسكرية أو محتويات مخزن أو أثاث معسكن ... إلخ . وتضطلع بهذه البيوع صالات خاصة ، هي « صالات البيع بالمزاد العلني » ، يتولى إدارتها خبراء مئنون . وتقوم هذه

الصالات بالاعلان والنشر فى الصحف عن الأشياء محل البيع والموعد المحدد لاجرائه . ويتم البيع بطريق المناداة لمن يدفع أعلا ثمن ، فى نظير عمولة تتقاضاها الصالات من كل من البائع والمشتري يطلق عليها « عمولة المناداة » Droit de Cri .

ولما كانت هذه البيوع مناسبة لوقوع الغش بضروبه المختلفة ، فقد نظمها المشرع بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ بشأن بعض البيوع التجارية ، ثم وضع لها بعض الأحكام الخاصة بمقتضى قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ . ويتعين انزال أحكام القانون رقم ١٠٠ المشار إليه على المسائل التى سكت قانون التجارة الجديد عن حكمها .

وتناول قانون التجارة بالتنظيم البيع بالمزاد العلنى للمنقولات المستعملة والبيع بالمزاد العلنى أو بطريق التصفية فى المحال التجارية .

٤١-١- البيع بالمزاد العلنى للمنقولات المستعملة ،

أخضع المشرع البيع بالمزاد العلنى للمنقولات المستعملة لمجموعة من القواعد لا يتم تطبيقها إلا بتوفر الشروط التالية :

الشرط الأول : أن يكون البيع اختيارياً (م/١١٠/٢) . ومن ثم ، فلا تسرى هذه القواعد على البيع الجبرى الذى يتم تحت اشراف القضاء نظراً لتوفر الضمانات التى تكفل سلامته .

الشرط الثانى : أن يقع البيع بطريق المزايدة العلنية . فلا تنطبق تلك القواعد على البيع بالممارسة . ويعتبر البيع واقعاً بطريق « المزاد العلنى » متى كان يجوز لكل شخص حضوره حتى ولو اشترط لهذا الحضور دفع مقابل أو اقتصر الحضور على طائفة معينة من الأشخاص (م/١١٠/٢) . كما لو اقتصر حضور المزاد على طائفة التجار فقط طالما أن الحضور والاشتراك فى المزايدة كان مسموحاً به لكل فرد من أفراد هذه الطائفة .

الشرط الثالث : أن يرد محل البيع على منقولات مستعملة . فيخرج

بيع المنقولات الجديدة من نطاق تطبيق القواعد المذكورة . وتعرف الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ المنقولات المستعملة بأنها : جميع الأموال المنقولة التي تكون قد انتقلت حيازتها للمستهلك بأى سبب من أسباب كسب الملكية .

فمجرد انتقال الحيازة يكفي لخلق صفة : المستعملة ، على الأموال المنقولة . ويرى البعض ، وبحق ، أنه كان ينبغي اشتراط الاستعمال الفعلى ، بجانب انتقال الحيازة ، لكي تتحقق الصفة المشار إليها (١) .

٤٢- القواعد المنظمة للبيع ،

وحفاظاً على مصالح الجمهور وحمايتهم من بعض ضروب الغش التي قد تتطرق إلى هذا النوع من البيع ، تطلب المشرع توفر الشرطين التاليين ، حتى يقع بيع المنقولات المستعملة بالمزاد العلنى صحيحاً : الأول ، أن يتم البيع بواسطة خبير مئمن مقيد فى السجل الخاص (م ١١٠/١) . والثانى ، أن يجرى البيع فى صالة مخصصة لهذا الغرض (أى للمزاد العلنى) أو فى المكان الذى توجد فيه المنقولات أصلاً أو الذى يصدر به ترخيص من الوزير المختص أو من يندبه (م ١/٢ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧) .

ويستثنى من هذه الشروط البيع الذى يرد على الأشياء المستعملة ذات للقيمة الضئيلة التى لا تتجاوز خمسين جنيهاً .

وإذا زاد التقدير المبدئى للمنقولات المعروضة للبيع على ألفى جنية ، فيجب أن يضاف ، إلى الشرطين سالفى الذكر ، شرط آخر هو النشر عن البيع فى جريدتين يوميتين إحداهما باللغة العربية قبل التلرخ المحدد للبيع بثلاثة أيام على الأقل مع تحديد يوم سابق لمعاينة هذه المنقولات (م ٤ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧) .

(١) مصطفى طه ، فقرة ٣٩٧ ، ص ٢٨٥ .

والأصل أن مخالفة الشروط السابقة تستوجب بطلان البيع . غير أن هذا البطلان لا يقع بقوة القانون . بل يكون لصاحب الشأن أن يتنازل عنه صراحة أو ضمناً . ومرد ذلك ، على ما جرى عليه قضاء النقض ، أن القانون لم ينص في شأن القواعد المتقدمة على جزاءات جنائية لمخالفتها مثلما فعل في شأن غيرها ، مما مفاده أن القواعد والاجراءات التي بينتها هذه المواد ، إنما شرعت في مجموعها لمصلحة ذى الشأن الذى يكون له أن يتمسك عند مخالفتها مخالفة جوهريّة بابطال البيع درءاً لما يصيبه من ضرر ، ومن ثم فهي لا تتعلق بالنظام العام ويزول الأثر المترتب على مخالفتها إذا نزل عنه من شرع لمصلحته سواء أكان هذا النزول صراحة أو ضمناً ، (١) .

ولا يجوز لطالب البيع أو للخبير المثلن الاشتراك بنفسه أو بواسطة غيره فى المزايدة على السلع المعروضة للبيع (م ١١٣) . وهذا أمر بدهى حماية لجمهور المزايدين من المغالاة فى رفع ثمنها ، فيما لو اشترك طالب البيع فى المزايدة ، أو نتيجة لتواطئه مع الخبير فيما لو كان لهذا الأخير حق الاشتراك فيها .

ويتعين على الخبير المثلن إرساء المزايدة على من يدفع أعلا سعر . ولا يجوز له أن يمتنع عن إرسائها إلا فى الحالتين الآتيتين : (أ) إذا اقتضت المزايدة على السلعة على شخص واحد ، (ب) إذا لم تصل نتيجة المزايدة إلى الثمن الأساسى (م ١١٢) . وهذا أمر منطقي ، إذ فى الحالة الأولى لا يتصور أن يزايد الشخص على نفسه ، ولا أن يزايد عليه الخبير المثلن لأنه ممنوع قانوناً من ذلك . أما فى الحالة الثانية فلا يجوز للخبير مخالفة شروط طالب البيع .

وعلى المشتري ، الذى ترسو عليه المزايدة ، أن يدفع نصف الثمن

(١) نقض مدنى ، ١٣ مارس ١٩٧٣ ، مجموعة النقض ، م ٢٤ ، ص ٣٩٦ .

فى جلسة المزايمة وأن ىدفع الباقى عند تسليم المبيع إليه . وىجب أن يتم التسليم خلال ثلاثة أيام من تاريخ انتهاء المزايمة ، ما لم تتضمن شروط طالب البيع خلاف ذلك (م/١١١) .

فإذا تخلف المشتري عن دفع ما تبقى من الثمن ، أو لم يحضر لتسلم المبيع فى الميعاد سالف الذكر ، وىجب اعادة البيع على مسئوليته بنفس الاجراءات ، أى بطريق المزايمة ، ولا تقبل منه المزايمة فى هذه الحالة (م/١١١) .

ويلتزم المشتري المتخلف عن الوفاء بدفع الفرق فى حالة ما إذا رست المزايمة الثانية بثمن أقل من الثمن فى المزايمة الأولى . أما إذا رست بثمن أكبر كانت الزيادة من نصيب البائع (م/١١١) . وأساس هذا الحكم أن اعادة البيع ، عند عدم الوفاء بباقى الثمن فى الميعاد المضروب، يعنى أن البيع الأول أصبح مفسوخاً . ومن ثم ، فإن الزامه بدفع الفرق يكون بمثابة تعويض للبائع . أما استثناء البائع بالزيادة ، فى حالة رسو المزاد بثمن أكبر ، فمرده أن البيع الثانى يتم لحسابه هو ، بعد أن تم فسخ البيع الأول ، لا لحساب المشتري المتخلف .

ويستحق صاحب صالة المزاد أو الخبير المثلن أجراً أو عمولة تتحدد بنسبة معينة من الثمن ويتم تحصيلها من البائع والمشتري . وتقرر المادة ١١٤ تجارى للخبير المثلن حق امتياز على ثمن السلع التى يتولى بيعها بالمزايمة العلنية ضماناً للحصول على أجره أو عمولته .

٤٢-٢- البيع بطريق التصفية أو المزايمة العلنية فى المحال

التجارية،

كثيراً ما تلجأ المحال التجارية إلى بيع بعض بضائعها الجديدة بطريق المزاد العلنى ، أو بعد تخفيض أسعارها لاغراء الجمهور على الشراء . وتتنوع الأسباب التى تحمل هذه المحال على اتباع هذا الأسلوب: فقد يكون السبب هو الرغبة فى تصفية أحد فروع النشاط أو التخلص من مخزون سلعى راكد . وقد يكون السبب هو الاضرار بدائنى التاجر وذلك

في الحالة التي يوشك فيها هذا الأخير على الإفلاس فيقوم ببيع البضائع الموجودة لديه بالمزاد أو بطريق التصفية للاسراع في التخلص منها . وقد تصاحب عملية البيع بهذا الأسلوب دعاية ضخمة ، فيقبل الجمهور على الشراء ثم يفاجئ بأن ثمن ما اشتراه لا يقل عن نظيره في السوق ، إن لم يزد عليه .

وحرصاً على حماية الجمهور ، حظر المشرع على التجار بيع السلع الجديدة ، أو غير المستعملة ، الموجودة بمحالهم بطريق المزايدة العلنية إلا في حالات خاصة وردت على سبيل الحصر بشرط أن يعلن عن الحالة أو السبب قبل المزايدة . وهذه الحالات هي : (أ) تصفية المتجر نهائياً ، (ب) تصفية أحد فروع المتجر ، (ج) تصفية التجارة في أحد الأصناف التي يتعامل فيها المتجر ، (د) تصفية السلع التي يصيبها عيب بسبب حريق أو تسرب مياه أو غير ذلك من الأسباب ، (هـ) حالة التصفية الموسمية (م ١٠٩) .

غير أن المشرع قد اشترط ، في حالة البيع بطريق التصفية ، أي «الأوكازيون» Occasion ، أن تتم التصفية خلال أسبوعين على الأكثر (م ١٠٩ / هـ) ، وأن يعلن التاجر عن ثمن السلع المعروضة للبيع في التصفية مقترناً به بيان عن الثمن الفعلي الذي كانت تباع به خلال الشهر السابق على التصفية (م ١٠٨ / ١) . والحكمة من تطلب هذا الشرط الأخير هي ضمان جدية التصفية .

ويعتبر في حكم التصفية الموسمية كل إجراء من شأنه الاعلان عن بيع السلع بأسعار مخفضة (م ١٠٨ / ٢) .

هذا ولا يشترط أن يتم البيع بواسطة خبير مئمن وفي صالة للمزايدات ، كما هو الشأن في البيع بالمزاد العلني للمنقولات المستعملة .

وإذا خالف التاجر الحظر سالف الذكر ، وقام ببيع سلعة غير مستعملة بالمزاد أو بطريق التصفية في غير الحالات الخمس المشار إليها ، فلا يلحق

البطلان هذا البيع ، وإنما يقتصر الأمر على توقيع الجزاء الجنائي الوارد في المادة ٤٥ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ .

ثالث : التوريد

٤٤- ماهيته ونظامه القانوني :

ومن الصور الخاصة للبيع عقد التوريد . وهو العقد الذي بمقتضاه يتعهد المورد بتوريد سلعة ما على فترات دورية منتظمة . والتوريد ، وإن كان من صور البيع (١) ، يخلف عنه من حيث كونه عقداً زمنياً بينما البيع عقد فوري .

٤٥- ١- محل عقد التوريد :

ومحل عقد التوريد ، باعتباره أحد صور البيع ، هو الشيء المطلوب توريده والتمن . وغالباً ما يحدد الاتفاق بين الطرفين مواصفات هذا المحل من حيث الكمية والنوع والصنف ... إلخ . ولقد وضع المشرع التجاري عدة موجهات في هذا الشأن تتمثل فيما يلي :

١- إذا اتفق على الحد الأدنى والأقصى لما يلتزم به المورد ، جاز لطالب التوريد تعيين الكمية التي تلزمه بشرط أن يخطر بها المورد في وقت مناسب وأن تقع بين الحدين المذكورين .

٢- فإن تم الاتفاق على الحد الأدنى وحده ، فلطالب التوريد تحديد الكمية التي يحتاجها على أن يخطر بها المورد في وقت مناسب وإلا نقل عن الحد الأدنى المتفق عليه (م ١١٥) .

أما الثمن فغالباً ما يتم تحديده على أساس سعر الوحدة . ولكنه قد يعدل تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة ، باعتبار أن التوريد من العقود الزمنية التي يتعرض تنفيذها ، لامتدادها في الزمان ، لتقلبات الظروف

(١) نقض مدني ، ٢٧ يونيو ١٩٥٧ ، مجموعة النقض ، ص ٨ ، ص ٦٤٣ .

الاقتصادية . ومع ذلك إذا اتفق على أن السعر لا يتم تعديله بالزيادة أو النقصان إلا عند تغير عناصر معينة ، كرسوم الانتاج أو نفقات الشحن أو الرسوم الجمركية مثلاً ، فيتعين احترام هذا الاتفاق وعدم المجادلة في السعر إلا في هذه الحالات دون غيرها (١) .

٤٦-٢- التزامات أطراف عقد التوريد وجزاء الإخلال بها ،

يجب على أطراف عقد التوريد تنفيذ الالتزامات المتلقاه على عاتقهم . وتسرى في هذا الشأن القواعد التي سبق ذكرها بصدد البيع التجاري .

فإذا تخلف المورد عن تنفيذ التزامه بشأن أحد التوريدات الدورية ، فلا يلتزم طالب التوريد بدفع الثمن المقابل لهذه الفترة . ولا يجوز لأي طرف أن يطلب فسخ العقد إذا تخلف الطرف الآخر عن أداء التزاماته ، اللهم إلا إذا كان من شأن هذا التخلف إحداث ضرر جسيم له أو إضعاف الثقة في مقدرة الطرف المتخلف عن التنفيذ على الاستمرار في تنفيذ التوريدات اللاحقة بصورة منتظمة (م ١١٧) .

ومتى تم الفسخ ، فلا يكون له أثر رجعي باعتبار أن التوريد عقد زمني .

٤٧-٢- شرط القصر ،

وكثيراً ما يقتصر التوريد بشرط القصر ، أي قصر تعامل طالب التوريد على المورد الذي تعاقد معه على التوريد . وقد استقر القضاء على صحة هذا الشرط (٢) على أن يكون مؤقتاً في الزمن ، لأن إطلاقه من شأنه أن يؤدي إلى إهدار حرية التجارة . ولقد بنى المشرع التجاري هذا الاتجاه ، فنص في المادة ١١٨ من قانون التجارة الجديد على أنه ، لا

(١) أكنم الخولي ، عقود ، فقرة ٢٩ ، ص ٢٨ .

(٢) استئناف مخطط ، ٢٣ أبريل ١٩١٩ ، ب ٣١ - ٢٦١ .

يجوز الاتفاق على منع طالب التوريد من التعاقد مع غير المورد على شراء بضائع أو الحصول بمقابل على خدمات مماثلة للبضائع أو الخدمات محل عقد التوريد إلا لمدة لا تجاوز خمس سنوات من تاريخ العقد ، وذلك أيًا كانت الميزات التي يقررها المورد لطالب التوريد . وكل اتفاق على مدة أطول يخفض إلى خمس سنوات ، ولا يجوز تجديد المدة إلا بعد انتهائها ولمرة واحدة وباتفاق صريح ، .

ويتضح من هذا النص أن شرط القصر موقوف بمدة معينة ، هي خمس سنوات من تاريخ إبرام العقد بين طالب التوريد والمورد . ويجوز تجديد هذه المدة لمرة واحدة فقط . ويشترط ، لكي يقع التجديد صحيحاً ، أن يكون بعد انتهاء المدة الأولى ؛ وأن يكون باتفاق صريح . فالامتداد الضمني ، المستفاد من استمرار عملية التوريد ، لا قيمة له وليس من شأنه مع طالب التوريد من التعامل مع مورد آخر .

٤٨-٤- مدة عقد التوريد :

ويترك تحديد مدة العقد لاتفاق الطرفين . فإذا اتفق على أجل للتوريد ، فالمفروض أنه مشروط لصالح الطرفين بحيث لا يجوز تعديله إلا برضاؤهما .

أما إذا اتفق على ترك تحديد الأجل لطالب التوريد ، فيجب على هذا الأخير إخطار المورد في ميعاد مناسب بالأجل الذي يحدده .

وإذا لم يتفق على أجل التوريد ، أي كان العقد غير محدد المدة ، فيجوز لأي من الطرفين إنهاء العقد في أي وقت بشرط إخطار الطرف الآخر بذلك في ميعاد مناسب (م ١١٦) .

الفصل الثانى

عقد الوكالة بالعمولة

Le Contrat de Commission

٤٩- أنواع الوسطاء :

التجارة ميدان خصب للوسطاء ، إذ قلما يستطيع التاجر ، إذا بلغت تجارتُه حداً معيناً من الأهمية (١) ، أن يتصل بنفسه بكل العملاء والموردين ليتعاقد معهم تعاقد الأصلاء . فالمسافة التى تفصل منتج السلعة عن مستهلكها قد تكون شاسعة البعد ، كما أن تنوع وتعدد العقود التى يضطر التاجر إلى إبرامها تجعل من العسير عليه - إن لم يكن من المستحيل - أن يكتسب شخصياً الخبرة اللازمة فى كل فروع التجارة التى يتصل عمله بها بطريقة أو بأخرى . لذلك يلجأ إلى الوسطاء والمساعدين . وهؤلاء لا يكونون طائفة واحدة ، ولا يتعاقدون على نمط واحد . بل إنه كثيراً ما تعرض أمام المحاكم مشكلة تحديد نوع الوسيط وتكييف دوره فى العقد (٢) .

أ- وألصق هؤلاء الوسطاء بالتاجر وأقلهم استقلالاً هو الموظف أو الأجير الذى يكون له بمثابة التابع ، وتكون وكالته للتاجر داخلة فى نطاق عقد العمل الذى يربطه به على وجه مستمر . كما إذا أرسل تاجر فى الاسكندرية أحد موظفيه ليتعاقد مع زبائنه فى دمنهور . مثل هذا الأجير لا يعتبر تاجراً ، إذ ليس له أى استقلال . ويحكم علاقته بالتاجر قانون عقد العمل .

(١) على أنه إذا بلغت التجارة من ناحية أخرى حداً كافياً من القوة ، فإنها تستغنى بتنظيماتها القوية المتشعبة عن خدمات الوكلاء بالعمولة .

(٢) أنظر على الأخص حكم محكمة الاسكندرية التجارية الجزئية ، ١٣ مارس ١٩٤١ ، محاماة ، ٢١ - ١٠٧٠ .

ب- أما الممثل التجاري *Représentant de commerce* فهو - وإن كان يتمتع بقدر أكبر من الاستقلال ، إذ أن عمله الأساسي هو الوكالة - ، يظل مع ذلك مرتبطاً على وجه الاستمرار بالبيت المالي أو الشركة المعينة التي توفده للعملاء . هذا الممثل التجاري إما أن يقيم في نفس المكان الذي توجد فيه الشركة - فيزور العملاء عارضاً عليهم التعاقد - فيسمى *Placier* ؛ وإما أن يسعى من مكان إلى آخر في طلب العملاء ، فيسمى الطواف *Voyageur* . وهو يتعاقد باسم ولحساب الشركة التي يمثلها . ولا يوجد ما يمنع الممثل التجاري من أن ينوب عن أكثر من تاجر أو شركة ، على ألا يكون بينهم تناقض ، وعلى ألا يوجد نص مانع في العقد الذي يربطه بالشركة . والممثل التجاري لا يعد تاجراً ، إذ هو وكيل مأجور يتلقى من موكله مبلغاً شهرياً أو سنوياً نظير خدماته .

ج- وهناك وكيل للعقود *Agent de commerce* . وهو يتمتع بقدر من الاستقلال يزيد عن حظ الممثل التجاري منه . ويتولى وكيل العقود على وجه الاستمرار وفي منطقة نشاط معينة الترويج والتفاوض وإبرام الصفقات باسم الموكل ولحسابه في مقابل أجر (م ١٧٧) . ووكيل العقود إما أن يكون مفوضاً من الشركة في إبرام العقود باسمها ولحسابها ، وإما أن يقتصر عمله على تلقي العروض وإرسالها إلى الشركة فيتم العقد بينها وبين العميل مباشرة .

د- وأخيراً هناك طائفة من الوسطاء لا شك في اعتبارهم تجاراً ، إذ هم يباشرون وساطتهم على وجه الاستقلال دون تقييد بموكل معين . هؤلاء هم الوكلاء بالعمولة والسماسرة : فالوكيل بالعمولة لا يمثل تاجراً معيناً ، وإنما يتلقى توكيلاً خاصاً بصفقة معينة . ولا يقصر خدماته على بيت مالي أو شركة معينة ، وإنما يعمل على وجه الاستقلال . وكذلك الحال بالنسبة إلى السماسر .

٥٠- أهمية الوكالة بالعمولة :

من ذلك يتبين أهمية عقد الوكالة بالعمولة وعقد السمسرة بين العقود

التجارية . هذه الأهمية لا تقتصر على كثرة الالتجاء إليهما في ميدان التجارة ، وإنما لأنهما ، إلى جانب ذلك ، تتميزان بأن وظيفتهما تجارية بحتة . وقد كان للوكالة بالعمولة فيما مضى دور أكبر من دورها الآن . فقد فقدت في الوقت الحاضر بعضاً من أهميتها لعوامل مختلفة : منها أن عقد وكالة العقود قد أخذ يحتل مكانها بعد أن ازدادت وسائل المواصلات بسهولة وسرعة ، وزادت شهرة التاجر والمصانع الدولية بما يسمح لها بأن تتصل بعملائها دون سعى خاص . ويكفيها أن تقترب من هؤلاء العملاء في شتى أنحاء العالم بإنشاء وكالة العقود Agence في مختلف البلدان .

ومع ذلك ، فما زالت الوكالة بالعمولة تحتفظ بدور لا يستهان بأهميته في ميادين التجارة المتوسطة والصغيرة ، حيث يقوم الوكيل بالعمولة بالوساطة بين عميله التاجر وبين المنتج ، أو بينه وبين مصدر البضاعة الأجنبية في التجارة الدولية .

وسوف نتكلم فيما يلي ، أولاً ، عن ماهية عقد الوكالة بالعمولة . ثم عن آثاره ، وعن العلاقات الناشئة عنه .

الفرع الأول

ماهية عقد الوكالة بالعمولة

٥١- غموض وخلافات فقهية ،

لا يتسم عقد الوكالة بالعمولة بالوضوح الذي تتميز به العقود المدنية عادة . بل هو مشهور بغموضه وبخلافات الفقهية التي آثارها ومازال يثيرها . فهو وليد عادات تجارية لم تكن مستقرة ولا محددة . وقد بدت هذه العادات في أول أمرها مخالفة للمستقر من قواعد النيابة ، فانصرف أغلب الفقهاء ، فيما بعد القرن السادس عشر ، لا إلى محاولة تفهم هذه العادات وتوضيحها وتحديدها ، بل على العكس إلى محاولة ادخال هذا

العرف التجارى - أياً كان الثمن - فى نطاق قواعد النيابة كما هى معروفة فى القانون المدنى . وقد أدى ذلك إلى أن زاد الشك وانتشر الغموض حول قواعد هذا العقد . إذ كان الفقهاء يحاولون التقليل من أهمية تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصى وحصر الآثار المترتبة على ذلك ، ويهاجمون وجود عادات مزمنة عند بعض التجار تسمح بأن يتعاقد الوكيل دون أن يذكر اسم موكله (١) . ولا يزال الخلاف مستمراً حتى الآن بين الفقهاء فى تحديد معيار التفرقة الذى يميز عقد الوكالة بالعمولة عن عقد الوكالة العادية ، وفى الآثار الخاصة المترتبة على انتفاء النيابة فى هذا العقد .

. وسنتكلم ، أولاً ، فى تعريف عقد الوكالة بالعمولة ، ثم نحاول أن نبحث معيار التفرقة الذى يفصل بينه وبين الوكالة العادية ، وأخيراً نبين أهم خصائص هذا العقد .

أولاً : تعريف عقد الوكالة بالعمولة

٥٢- تعريف الوكيل بالعمولة وبيان جوهر الوكالة :

عرفت المادة ١٦٦ من قانون التجارة الجديد فى فقرتها الأولى الوكالة بالعمولة بأنها : عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجرى باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل .

فجوهر الوكالة بالعمولة هو ، كما يتضح من هذا التعريف ، أن الوكيل بالعمولة ، فرداً كان أو شركة ، يتعاقد مع الغير أصيلاً ، فيكتسب الحقوق ويتعهد بالالتزامات ازاء الغير الذى يتعاقد معه . ولكنه فى حقيقة الأمر ليس بالأصيل ، وإنما هو يعمل لحساب الموكل الذى كلفه بالتعاقد .

(١) أنظر : جبرار سوتل ، تاريخ عقد الوكالة بالعمولة حتى التقنين التجارى ، مجموعة مقالات تحت إشراف العميد هامل عن عقد الوكالة بالعمولة ، سنة ١٩٤٩ ص ٢٧ وعلى الأخص صفحات ٣١ ، ٣٢ ، ٣٣ .

فالوكيل بالعمولة ، إذا ، شخص ذو وجهين : فهو يقابل الموكل بوجه وكيل يتلقى الأوامر والتعليمات ويقدم الحساب عن وكالته ، ثم يواجه للغير المتعاقد بوجه أصيل يلتزم باسمه ويكتسب الحقوق باسمه . وهذا وضع غريب من أوضاع الوكالة قد لا تستسيغه المعاملات المدنية الواضحة المستقيمة ، ولكن له في التجارة فوائد محققة : فهو يطلق يد الوكيل في التصرف لحساب الموكل الذي ينتظر أن يقوم وكيله بكل العملية دون أن يشغله بأجراءاتها ومتاعبها . وهو يوفر للغير المتعاقد جهد البحث عن الموكل لاختبار ملاءته والتحقق من حدود الوكالة . وأهم من ذلك أن هذا الوضع الغريب من أوضاع الوكالة يسمح للموكل بأن يخفى اسمه إذا كان له في ذلك مصلحة ، وكثيراً ما تقتضى مصالح التجارة مثل هذا للتستر . كما أن الوكيل بالعمولة قد يخفى اسم المتعاقد الآخر عن الموكل وله في ذلك مصلحة أيضاً ، إذ قد يؤدي التصريح باسم المتعاقد الآخر إلى الاتصال المباشر بينه وبين الموكل في العقود المحتملة التالية فيوفر بالتالي العمولة التي يتقاضاها الوكيل . وكثيراً ما يتفق الوكيل بالعمولة مع الموكل على الضمان ، فيصبح الوكيل بالعمولة ضامناً لتنفيذ الصفقة التي عقدها باسمه لحساب موكله . وحينئذ يحقق هذا النوع من الوكالة ضماناً قوياً للموكل سوف نشير إليه فيما بعد .

٥٢- مدى نيابة الوكيل بالعمولة عن موكله ،

ولكن الخلاف يثور في تحديد نيابة هذا الوكيل عن موكله . فآثار العقد تنصرف ، كما هو معروف ، في الوكالة العادية - وفقاً لقواعد النيابة - إلى الأصيل مباشرة دون أن تمر بذمة الوكيل ، وشرط ذلك ، كما هو معروف أيضاً ، هو أن يتعاقد الوكيل باسم الأصيل . هذا الشرط يتخلف في حالة الوكيل بالعمولة الذي يخفى اسم موكله ويتعاقد باسمه الشخصي .

والحد الأدنى المتفق عليه ، فقهاً وقضاءً ، هو أن تعاقد الوكيل باسمه الشخصي يؤدي إلى عدم ترتب النيابة الكاملة ، التي تترتب على

الوكالة العادية ، والتي مقتضاها أن ينصرف كل ما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات إلى الأصل لا إلى النائب (م ١٠٥ مدنى) . ولكن الخلاف يثور بين الفقهاء فيما يجاوز ذلك .

فهناك نظرية كلاسيكية ترى أن فكرة النيابة تنعدم فى الوكالة بالعمولة فلا يترتب عليها من الآثار إلا ما استثنى بنص خاص . فيظل الموكل أجنباً عن العقد الذى يبرمه الوكيل مع الغير ، كما يظل الغير جاهلاً بصفة الوكيل ، وتنحصر علاقة الوكالة فيما بين الموكل والوكيل فلا تتعداهما .

وهناك نظرية حديثة يقول بها نفر من الفقهاء يرون أنه إذا لم يكن هذا الوضع يسمح بوجود نيابة كاملة فإن هناك على الأقل ، نيابة ناقصة ، تؤدي إلى نشوء علاقة قانونية مباشرة بين الموكل والغير المتعاقد ، مع بقاء العلاقة القانونية الأصلية بين الوكيل والغير المتعاقد .

وسوف نتناول هذه الآراء بالتفصيل عند الكلام عن العلاقات الناشئة عن العقد .

ثانياً : معيار التفرقة بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية

٥٤- الخلاف حول معيار التفرقة :

غنى عن البيان الأهمية العملية للتمييز بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية ، إذ أن عقد الوكالة بالعمولة يخول للوكيل امتيازاً هاماً سنعرض له بالتفصيل فيما بعد . فمن مصلحة الوكيل ، إذاً ، أن يثبت أنه يعمل بمقتضى عقد وكالة بالعمولة حتى يحصل على هذا الامتياز الذى لا تخوله له قواعد الوكالة العادية .

وقد اختلف الفقهاء فيما بينهم فى وضع معيار التفرقة (١) :

(١) أنظر : اسكارا ، بند ١٠٦٨ ص ٧١٤ ؛ بروليار ولاروش ، ص ١٧٢ ؛ بوتكارير ولابوردي-

١ - فيرى البعض أن التفرقة يجب أن تستند إلى طبيعة العملية Nature de l'opération التي عهد إلى الوكيل بالعمولة القيام بها : فإذا كانت هذه العملية تجارية ، كانت وكالة بالعمولة ، ولا أهمية في هذه التفرقة بين ما إذا كان الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصي أو باسم الموكل . والبعض يضيف ، إلى ذلك شرط أن يكون الوكيل بالعمولة للمتعاقد محترفاً . وفي نظر هؤلاء لا يجوز اعتبار العقد وكالة بالعمولة ، إلا إذا كان الذي أبرمه وكيلاً بالعمولة محترفاً وكان موضوعه عملية تجارية (١) .

ويعيب أنصار الآراء الأخرى على هذا الرأي أن بعض الوكلاء بالعمولة المحترفين يكلفون ببيع المحصولات الزراعية ، وهي في ذاتها أعمال مدنية ، ولا يوجد ما يبرر التفرقة في المعاملة بين مثل هذا الوكيل وبين غيره من الذين يكلفون بعمليات تجارية .

٢- ويرى فريق آخر من الفقهاء أن المعيار الذي يمكن الاعتماد به في هذه التفرقة هي طريقة تعاقد الوكيل . فإذا تعاقد الوكيل باسم ولحساب الموكل ، فهذه هي الوكالة العادية . أما الوكالة بالعمولة ، فلا بد من أن يتعاقد الوكيل فيها باسمه الشخصي (٢) . ولا عبرة في هذا الرأي بطبيعة العملية التي يقوم بها الوكيل . فإذا قام الوكيل بعملية تجارية باسم الموكل ولحسابه ، فهي وكالة عادية . أما إذا تعاقد الوكيل باسمه الشخصي لحساب الموكل ، فهي وكالة بالعمولة ولو كان موضوعها عملية مدنية .

- لاکرست ، ص ٦٢٩ ؛ ريبير ، ص ٩٤٥ ؛ أستاذنا الدكتور محسن شفيق ، الوسيط .
جزء ٢ ص ٧٦ .

(٢) لفيون كان وريتر ، جزء ٣ ، بند ٤١٤ ص ٤٢٩ .

(٣) من هذا الرأي أستاذنا الدكتور محسن شفيق - المرجع السابق ، بند ٨٢ ، وأغلب
الفقه الفرنسي : ريبير ، بند ٢٣٥٠ ؛ اسکارا ، بند ١٠٥٥ ؛ لاکور ووتيرون ، بند
٩٣٨ .

ولهذا الرأي سند قوى من النصوص والعرف . فهو يستند إلى المادة ١٦٦ تجارى التى تعرف عقد الوكالة بالعمولة .

ويعاب على هذا الرأي أن المادة ٦٩٩ مدنى تعرف الوكالة العادية بأنها ، عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل ، . فلم تشترط هذه المادة أن يتم التعاقد باسم الموكل . ومن ثم فإن تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصى لا يخرج عن نطاق تعريف المادة ٦٩٩ مدنى للوكالة العادية . كذلك نجد أن نص المادة ١٠٦ مدنى يتصور حالة تعاقد الوكيل العادى باسمه الشخصى ، إذ تنص على أنه ، إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب ، . وتصورها لهذه الحالة فى نطاق التعاقد المدنى يؤدى إلى عدم امكان القطع بأن كل وكيل يتعاقد باسمه الشخصى يكون وكيلاً بالعمولة . فالوكيل العادى ، على ضوء المادة ١٠٦ سالفه الذكر ، يمكن أن يتعاقد باسمه الشخصى ولا يعلن ، وقت إبرام العقد ، أنه يتعاقد نيابة عن الأصل .

٣- وهناك رأى ثالث يعتد لا بطبيعة العملية ، بل بطبيعة الأشياء التى جبرى عليها التعامل Nature de l'objet . فإذا كانت هذه الأشياء من المنتجات التجارية أو الصكوك التجارية كانت الوكالة وكالة بالعمولة ، وإلا فهي وكالة عادية . فلا عبرة بما إذا كان الوكيل يعمل باسمه أو باسم موكله ، وسواء أكان العمل فى ذاته تجارياً أو مدنياً (١) .

٥٥- موقف محكمة النقض المصرية :

والقضاء الفرنسى متردد بين هذه المعايير المختلفة التى يقول بها

(١) من هذا رأى : الدكتور عبد الحى حجازى ، العقود التجارية ، ص ٦٣ .

الفقهاء ، فهو يأخذ بهذا الرأي أحياناً وبذلك أحياناً أخرى (١) . أما محكمة النقض المصرية فقد قطعت في هذه المسألة برأى واضح صريح في حكم لها أصدرته بتاريخ ٢٨ يونيو ١٩٥٦ (٢) . وبالرغم من أن القضية المعروضة عليها كانت تتعلق بالوكالة بالعمولة للنقل - وهذه لها طبيعة خاصة وقواعد تختلف عن قواعد الوكالة بالعمولة بالبيع أو بالشراء ، على ما سنرى عند كلامنا عن عقد النقل - فيبدو أن محكمة النقض قد حرصت على أن تؤكد المبدأ العام في عبارات عامة إذ قالت : إن الوكالة بالعمولة تتميز عن الوكالة العادية بطبيعة الشيء محل الوكالة ، فإذا كان من عروض التجارة أو من البضائع أو الصكوك المتداولة اعتبرت وكالة بالعمولة ، ومن ثم تسرى عليها أحكام قانون التجارة بقطع النظر عن صفة الموكل الذي قد يكون العمل مدنياً أو تجارياً بالنسبة له ، .

فكان محكمة النقض قد تبنت الرأي الثالث على وجه لا يحتمل الشك في أنها قد قصدت بذلك أن تقطع في هذا الخلاف ، وأن تدفع المحاكم إلى الاستقرار على هذا الرأي الأخير .

٥٦- موقف قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ،

وفي اعتقادنا أن قانون التجارة الجديد قد تبني الرأي القائل بضرورة النظر إلى طبيعة العملية المعهود بها إلى الوكيل بالعمولة وطريقة مباشرته لعمله . فإن كانت العملية من طبيعة تجارية وكان الوكيل محترفاً كنا بصدد وكالة بالعمولة . ويستند هذا الاعتقاد إلى نصوص المواد ٥/د و ١٤٨ و ١/١٤٩ من القانون المشار إليه . فالمادة ٥/د تنص على أن «تعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف : الوكالة التجارية ...» . أما المادة ١٤٨ فتقرر تطبيق أحكام الوكالة التجارية ، إذا

(١) راجع الأحكام الفرنسية التي أوردها اسكارا ، بند ١٠٦٨ من ٧١٣ .

(٢) مجموعة النقض ، ص ٧ ، ص ٧٦٧ ، محاماة ، ٣٧ ص ٨١٥ .

كان الوكيل محترفاً اجراء المعاملات التجارية لحساب الغير ، . وأخيراً فإن المادة ١/١٤٩ تقضى بأنه ، إذا أعطيت الوكالة التجارية مطلقة فلا تنصرف إلا إلى المعاملات التجارية ، . فمن جماع هذه المواد يستنتج أنه، لكي توجد الوكالة التجارية ، لابد من اجتماع عنصرين متلازمين لا يغنى أحدهما عن الآخر هما : أولاً : أن يكون موضوع الوكالة عملاً تجارياً ، ثانياً : أن يكون الوكيل محترفاً . فإن تخلف أى منهما أصبحنا أمام وكالة عادية تخضع لأحكام القانون المدنى .

ومما يدعم هذا الاستنتاج ما قرره المشرع فى نهاية الفقرة د ، من المادة الخامسة سألغة الذكر من أن السمسرة تعتبر عملاً تجارياً ، أياً كانت طبيعة العمليات التى يمارسها السمسار ، . ولما كانت السمسرة والوكالة التجارية قد جمعتهم نفس الفقرة ، أى الفقرة د ، من المادة الخامسة ، وكانت عبارة د أياً كانت طبيعة العمليات ، مضافة إلى السمسرة دون الوكالة التجارية ، فإن ذلك يقطع بأن طبيعة العملية موضوع الوكالة يتعين أخذها فى الاعتبار لمعرفة ما إذا كانت الوكالة تجارية أم عادية .

ولما كانت الوكالة بالعمولة ضرباً من ضرروب الوكالة التجارية ، فينبغى ، إذا ، لوجودها أن يكون موضوعها عملاً تجارياً وأن يكون القائم بها محترفاً .

ولا شك أن الاعتداد بطبيعة موضوع الوكالة من شأنه أن يؤدى إلى نتيجة غريبة وشاذة هى وجود نوعين من الوكالة التجارية ، وبالتالى نوعين من الوكالة بالعمولة : نوع لا قيام له إلا بأخذ طبيعة العمل محل الوكالة فى الاعتبار ، ونوع يقوم بغض النظر عن هذه الطبيعة . وكلا النوعين يخضع لنفس الأحكام . ومن أمثلة النوع الثانى تأليف شركة للقيام بأعمال الوكالة . فمتى اتخذت هذه الشركة أحد الأشكال المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالشركات ، اكتسبت الصفة التجارية بغض النظر عن طبيعة النشاط الذى تقوم به ، إذ لم يعد معيار تجارية الشركة موضوعياً ، بل أصبح معياراً شكلياً بالتطبيق لنص الفقرة الثانية من المادة

العاشرة من تقنين التجارة الجديد . فإذا قامت الشركة باتمام العمل موضوع الوكالة باسم ولحساب الموكل كنا بصدد وكالة تجارية ، أما إذا قامت به باسمها ولكن لحساب الموكل نكون أمام وكالة بالعمولة ، حتى ولو كان موضوع الوكالة في الحالفين من طبيعة مدنية .

أياً ما كان الأمر ، فيجب ، عند استنباط الأحكام الخاصة بالوكالة بالعمولة ، أن يؤخذ في الاعتبار الأمور التالية :

١- أن هذا العقد يخضع للقواعد الخاصة التي وردت لتنظيمه في الفصل الخامس من الباب الثاني من تقنين التجارة الجديد (المواد من ١٤٨ إلى ١٧٦) ، ومن بين هذه القواعد ما يتمتع به الوكيل بالعمولة من ضمانات يتميز بها عن بقية الوكلاء ، وهي حق الحبس وحق الامتياز .

٢- أنه ، باعتباره عقداً تجارياً ، يخضع للقواعد التي يستلزمها الجو الخاص بالحرفة التجارية ، والتي سبق لنا دراستها .

٣- أنه ، إلى جانب ذلك ، يخضع للقواعد العامة في عقد الوكالة .

٤- وأخيراً أن أحكام النيابة تتعطل في عقد الوكالة بالعمولة ، فلا تصرف آثار العقد إلى الأصيل إلا ما استثنى بنص خاص .

ثالث : خصائص عقد الوكالة بالعمولة

٥٧- خصيصة

مما سبق يتبين أن لعقد الوكالة بالعمولة خصيصتين رئيسيتين : الأولى تتعلق بصفته التجارية ، ويشارك في شأنها مع الوكالة التجارية العادية مختلفا عن الوكالة المدنية ، والثانية مصدرها أن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصي .

٥٨- ١- عقد الوكالة بالعمولة عقد تجارى ،

أ- الأصل في الوكالة المدنية أنها من عقود التبرع ، إذ تنص المادة ١/٧٠٩ مدنى على أن ، الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غير ذلك

صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل ، . ولا شك أن مثل هذا الفرض لا يمكن تصوره في الوكالة التجارية ، سواء بالعمولة أو عادية ، إذ المفروض أن عقد الوكالة التجارية عقد معاوضة . فللوكيل أن يطالب بأجره أو بعمولته ولو لم يكن هذا الأجر منصوباً عليه صراحة بين بنود العقد ، ويرجع في هذه الحالة إلى العرف والعادات التجارية .

كذلك لا تخضع الوكالة التجارية لنص المادة ٧٠٩/٢ مدني التي تنص على أنه ، إذا اتفق على أجر الوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي ، إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة ، . فالمتفق عليه في الفقه والقضاء أنه لا يجوز للقاضي تعديل الأجر المتفق عليه في الوكالة التجارية ، لأن هذا النص لا يلائم المعاملات التجارية التي تتعقد بين أشخاص لهم خبرة ومران ، ولا يقبلون عقداً إلا إذا كانوا على بينة من حقيقة الالتزامات المترتبة عليه (١) ، ولقد نص المشرع على ذلك صراحة في الفقرة الرابعة من المادة ١٥٠ تجاري بقوله ، استثناء من أحكام الفقرة الثانية من المادة ٧٠٩ من القانون المدني إذا اتفق على أجر الوكيل التجاري فلا يخضع هذا الأجر لتقدير القاضي ، .

ب- الوكالة التجارية رضائية . وهي تخضع للقواعد التجارية السهلة في الإثبات . كما أنه يجب الاعتداد بالعادات التجارية والعرف في تفسير نصوص العقد .

ج- الأصل في الوكالة أنها من العقود التي يراعى فيها الاعتبار الشخصي ، لذلك فإن الأصل أن يقوم الوكيل بما كلف به بنفسه . فإذا

(١) أنظر : المرحوم الدكتور فريد مشرقى ، جزء ١ بند ٣٧٥ ص ٤٧٠ . وفي نفس المعنى : جان اسكارا ، بند ١٠٧٢ ص ٧١٦ ؛ جان همار ، السابق جزء ٢ بند ٦٥٠ وأحكام النقص الفرنسية التي أوردها ؛ أستاذنا الدكتور محسن شفيق ، جزء ٢ ، بند ٩٤ ص ٩٠ ؛ ومقال روجر بالارد عن ، التزامات الموكل وضمائن الوكيل بالعمولة ، مجموعة هامل ص ١٢٩ والأحكام القضائية .

أناب غيره كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان العمل قد صدر منه، ويكون الوكيل ونائبه في هذه الحالة متضامنين في المسؤولية (م ١/٧٠٨ مدني). هذه القواعد تنطبق أيضاً على الوكالة التجارية، وإنما في كثير من المرونة، وعلى وجه يختلف قليلاً عن انطباقها على الوكالة المدنية. ذلك أن الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة التجارية لا ينصب على شخص الوكيل ذاته، كما هو الأمر في الوكالة المدنية، وإنما ينصب على حرفته واختصاصه في إبرام عقود من نوع معين. وينصرف اهتمام الموكل إلى تحقيق النتيجة التجارية التي يريدها أياً كانت الوسائل. ولا يضيره، إذا هي تحققت، أن يكون ذلك قد تم على يد وكيل أو آخر. لذلك لا يعترض الموكل عادة على أن يتيب الوكيل غيره إذا رأى ذلك. ويتوسع القضاء في استخلاص تصريح الموكل الضمني للوكيل في انابة غيره. بل إن هناك من الحالات ما يجب فيها على الوكيل أن يقوم بإنابة غيره، ولو لم يكن مصرحاً له بذلك في العقد، كحالة ما إذا جد نص قانوني يمنعه من أن يبرم العقد بنفسه أو منعه من ذلك ظرف طارئ، وكان في مكانه تفويض غيره في عقد الصفقة في الوقت المناسب (١).

كذلك تبدو مرونة الاعتبار الشخصي فيما يتعلق بانتهاء الوكالة. فالقاعدة العامة (م ١/٧١٥ مدني) تجيز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيد بها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. والمادة ٢/٧١٦ مدني تجيز للوكيل أن ينزل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، ويتم التنازل باعلانه للموكل. والسرف في جواز انتهاء الوكالة بالارادة المنفردة من جانب الوكيل أو من جانب الموكل أن الوكالة تقوم على الثقة الشخصية، بحيث إذا انهارت لسبب أو لآخر وجب أن تنهار الوكالة.

(١) جان همار، جزء ٢، بلد ٦٤١ ص ٢١.

هذه القواعد العامة تنطبق أيضاً على الوكالة التجارية . على أن الأطراف كثيراً ما يحرصون على تقييد هذا الحق في الاتفاق إلى الحد الذي يستبعد تطبيق هذه القواعد في نطاق الوكالة التجارية . كما أن القضاء يراقب تنفيذ عقد الوكالة ، فيلزم الطرف الذي أنهى الوكالة بلا مبرر قوى بتعويض الطرف الآخر عن كل الضرر الذي لحقه من ذلك .

ولقد نص المشرع في المادة ١٦٣ تجارى على ذلك كله ، فقضى بأنه ، يجوز لكل من طرفى عقد الوكالة التجارية إنهاء العقد فى كل وقت ، ولا يستحق التعويض إلا إذا وقع إنهاء العقد دون إخطار سابق أو فى وقت غير مناسب . وإذا كان العقد معين المدة وجب أن يستند إنهاؤه إلى سبب جدى ومقبول وإلا استحق التعويض .

د- مسؤولية الوكيل التجارى أقصى من مسؤولية الوكيل العادى . فذلك يدخل فى نطاق القاعدة التجارية العامة التى تقتضى القسوة فى اقتضاء تنفيذ العقد التجارى والتى سبق لنا الكلام عنها . والوكيل بالعمولة عادة تاجر محترف ، لذلك يتعين عليه أن يبذل فى تنفيذ الوكالة عناية التاجر الحريص . كما أن القضاء يميل إلى اعتبار أى خطأ يصدر منه من قبيل الخطأ الجسيم الذى يرتب مسؤوليته عن التعويض (١) .

٥٩-٢- الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصى :

تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصى يرجع ، كما رأينا ، إلى العادات والعرف التجارى ، لا إلى النظم القانونية الموضوعية . بل لقد لقي هذا النوع من الوكالة معارضة من الفقهاء ، إذ كانوا يعتبرون أن تعاقد الوكيل باسم الموكل ، وما يترتب عليه من انصراف الآثار مباشرة إلى الأصيل ، تطور فى الفكر القانونى تقدم به على فكرة الوكالة الرومانية . فهذه الأخيرة لم تكن تعرف بعد هذا الأثر الفنى من آثار النيابة حيث

(١) جان همار ، السابق جزء ٢ ، بند ٦٤٦ ص ٢٥ ، والأحكام القضائية .

كانت تستلزم أن تترتب جميع آثار العقد في ذمة الوكيل ، على أن ينقلها الوكيل بعد ذلك إلى ذمة الموكل . فلا غرابة إذاً ، والحال هذه ، ألا يرحب الفقه بعقد الوكالة بالعمولة ، بل يعتبره رجوعاً بالفكر القانوني إلى الوراثة .

على أنه ليس محلاً للشك أنه لا صلة إطلاقاً بين تطور الفكر القانوني في موضوع النيابة ، وبين انعدام النيابة في عقد الوكالة بالعمولة . وإذا كانت الآثار المترتبة على عقد الوكالة بالعمولة تتشابه مع آثار الوكالة الرومانية ، فإن ذلك ولا شك يرجع إلى الصدفة البحتة (١) .

ذلك أن تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصي ، لا باسم الموكل ، لم يكن تحت ضغط القصور القانوني في فكرة النيابة ، وإنما كان لاجابة حاجات عملية تجارية بحتة : فعقد الوكالة بهذه الصورة يحقق فائدة في المعاملات التجارية ، فائدة لا شأن لها بتاريخ تطور النيابة من الانعدام إلى النقص إلى الكمال . ولا شأن لها بما يمكن أن يحرزه الفكر القانوني من تقدم أو تأخر . هذه الفائدة تتركز في الدور الإيجابي النشط الذي يطلب من الوكيل بالعمولة أدائه في إبرام العقد . وهو الدور الإيجابي الذي يميز عقد الوكالة بالعمولة عن غيره من عقود الوكالة ، والذي يكسب الوكيل بالعمولة صفة التاجر . فدور الوكيل بالعمولة لا يقتصر على مجرد إبرام العقد ، بل يمتد إلى سائر العمليات المادية اللازمة لتنفيذ الصفقة . فإذا كان وكيلاً بالعمولة بالبيع ، مثلاً ، فإنه يتسلم البضائع من الموكل ، وقد يظل محتفظاً بها في حيازته طيلة الوقت اللازم للبحث عن المتعاقد الآخر والتفاوض معه ، وقد يقوم خلال ذلك بحزمها أو نقلها أو التأمين عليها إلى حين أن يتسلمها منه المشتري . وإذا كان موكلأ بالشراء ، فإنه

(١) أنظر البحث التاريخي ليجرال سوتيل السابق ، ص ٤١ وما بعدها .

لا يكتفى بالعثور على البائع وإبرام العقد ، وإنما يدفع الثمن ويتسلم الشيء المبيع ويحافظ عليه حتى يسلمه إلى الموكل .

هذا الدور الإيجابي المستقل له قيمته الكبرى بالنسبة للتاجر الموكل ، لأنه يوفر له ذخيرته من الوقت والجهد . فهو يعهد إلى الوكيل بالصفقة جملة وتفصيلاً ، وينصرف عنها إلى شئونه الأخرى . فيلقى على عاتق الوكيل ، ليس فقط عبء إبرام العقد ، وإنما أيضاً ما يقتضيه إبرامه من حذر وعناية ، وما يتطلبه من إجراءات وتصرفات فرعية مختلفة . ويلتقى بالوكيل آخر الأمر لتصفية الحساب وتلقى النتائج دفعة واحدة . أكثر من ذلك ، قد تكون من مصلحة الصفقة نفسها أن يتعد عنها الموكل . ذلك أنه لا يلجأ (في الوكيل بالعمولة) إلى مجرد نائب يقوم بالتعبير عن ارادته للمتعاقد الآخر ، وإنما إلى تاجر خبير بنوع العقود التي يبرمها ، والمصلحة أن يتوارى الموكل كله ، اسمه وارادته ، وراء هذا الوكيل الخبير بما يقوم من عمليات مادية أو قانونية على حد سواء .

ولا تقتصر فائدة تعاقد الوكيل باسمه الشخصي على توفير الوقت والجهد للموكل ، بل هي توفر ذلك كله أيضاً للغير المتعاقد . فبدلاً من أن يسأل عن الموكل ، ويستفسر عن أهليته وملاءمته وجدية النشاط التجاري الذي يقوم به ، وقدرته على تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ، ثم يتحقق من حدود التوكيل كي لا يتعداه ، بدلاً من ذلك كله يلتزم الوكيل نفسه مباشرة كما لو كان يتعاقد لحسابه .

ويترتب على تعاقد الوكيل باسمه الشخصي نتائج هامة :

أولها : أنه بينما لا يشترط في الوكيل العادي كمال الأهلية ، فيصح توكيل للقاصر والمحجور عليه إذ تنصرف آثار العقد مباشرة إلى الموكل ، فإنه يشترط دائماً في الوكيل بالعمولة أهلية التجارة لأنه يتعاقد كأصيل فتتصرف إليه آثار العقد .

ثانيها : إن التزام الوكيل مباشرة إزاء الغير المتعاقد ، وقيامه بالعمليات

المادية اللازمة ، كل ذلك يعرض الوكيل لكثير من المخاطر . فهو قد يضطر إلى دفع الثمن وإلى الانفاق على حفظ البضائع وصيانتها . لذلك قرر له المشرع التجارى ضمانات خاصة : فحوله حق حبس البضائع التى يسلمها له الموكل أو التى يتسلمها لحسابه ، وجعل له عليها حق امتياز فيستوفى دينه بالأولوية على غيره من الدائنين .

الفرع الثانى

آثار عقد الوكالة بالعمولة

٦٠- تمهيد :

عقد الوكالة بالعمولة ملزم للجانبين . فهو يرتب التزامات على عاتق كل من الوكيل بالعمولة والموكل ، كما أنه يمنح كلاً منهما ضمانات تكفل له تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته . وسوف نتناول فى ثلاثة مباحث ، التزامات الوكيل بالعمولة ، والتزامات الموكل ، ثم ضماناتهما .

المبحث الأول

التزامات الوكيل بالعمولة

٦١- تربيطة بالموكل علاقة وكالة صريحة :

بالرغم من أن الوكيل ، فى تنفيذه لعقد الوكالة ، يتعاقد مع الغير باسمه الشخصى ويظهر بمظهر الأصيل ، فإن علاقته بالموكل هى علاقة وكالة صريحة . ويجدر بنا الانتباه إلى ذلك ونحن بصدد الكلام عن التزامات الوكيل بالعمولة ، فنحن نقصد التزامات الوكيل بالعمولة ازاء الموكل بمقتضى عقد الوكالة (١) . فالوكيل بالعمولة يلتزم ازاء الموكل بأن

(١) وهى تختلف بطبيعة الحال عن التزامات الوكيل بالعمولة ازاء الغير الذى يتعاقد معه .

يقوم بتنفيذ العمليات القانونية التي يكلفه بها ، وأن يحترم تعليماته في هذا الصدد (م ١/١٥١) شأنه في ذلك شأن الوكيل العادي . ويضاف إلى ذلك التزامه بالقيام بالعمليات المادية اللازمة ، والتي من أهمها المحافظة على البضائع المباعة أو المشتراة لحساب الموكل . وأخيراً فهو يلتزم ، كأى وكيل ، بتقديم حساب عن وکالته . ولكننا سنلاحظ ، مع ذلك ، أثناء دراستنا لهذه الالتزامات أنها أوسع وأكثر حيوية في عقد الوكالة بالعمولة منها بالنسبة للوكيل العادي ، لأن تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصى يطلق يده في التصرف ؛ لذلك وجب أن يقدم عن وکالته حساباً عسيراً .

المطلب الأول

القيام بالعمليات القانونية المكلف بها (١)

٦٢- احترام تعليمات الموكل :

وتعليمات الموكل قد تكون أمرة أو بيانية أو اختيارية ، أو هكذا تواتر الفقهاء على تقسيمها . ولا شك أن القاضى هو الذى يقدر آخر الأمر مقدار الالتزام المقترن بأمر الموكل لوكيله ، وبالتالي مدى الحرية التى يعمل الوكيل فى نطاقها . على أن هذا التقسيم الفقهي لا يخلو من فائدة التقريب والايضاح .

فإذا تلقى الوكيل من موكله أوامر محددة يتعين عليه احترامها فهى وكالة أمرة impérative . فلا بد من أن يشتري ، من صنف البضاعة المعين ، الكمية التى طلب منه شراءها ، وبالسعر الذى حدده ، أو أن

• فهذه الالتزامات تنوقف على العقد الذى يبرمه كالشراء أو البيع أو غيرهما ، وهو يلتزم فى هذا العقد التزام الأصيل .

(١) سنقصر كلامنا هنا على الوكالة بالعمولة بالبيع أو الشراء ، لأن الوكالة بالعمولة بالنقل أكثر اتصالاً بعقد النقل ، وسوف ندرسها معه .

يبيع له الأشياء التي كلفه ببيعها بالثمن المحدد والشروط التي اشترطها .

على أنه من النادر ، في عقد الوكالة بالعمولة ، أن تتناول تعليمات الموكل الآمرة كل التفاصيل ، والا فإن حاجته إلى وكيل بالعمولة تكون حينئذ أقل من حاجته إلى وكيل عادي يأتمر بأوامره دون حاجة إلى تصرف أو خبرة . لذلك ينص الاتفاق عادة على ترك قدر من الحرية للوكيل يتصرف في نطاقه على الوجه الأنسب *agir au mieux* .

ولكن الأغلب أن تكون الوكالة بيانية أو إرشادية *indicative* يعمد فيها الموكل إلى ابداء رغباته وأهدافه للوكيل ، مع ترك قدر كاف من الحرية يسعى في نطاقه إلى تحقق هذه الرغبات . أو أن تكون الوكالة اختيارية *Facultative* فلا تتضمن تعليمات معينة . وعندئذ على الوكيل تأخير إبرام الصفقة وطلب التعليمات من الموكل إلا إذا كان التأخير يلحق الضرر بالموكل أو كان الوكيل مفوضاً في العمل بغير تعليمات منه (م ١٥١/٢) . وفي هذه الحالة يجب عليه أن يتصرف بما هو أنسب لمصلحة موكله وفقاً لما يقتضيه حسن النية وعادات السوق والعرف الجاري .

وقد يحدث أن يخالف الوكيل بالعمولة تعليمات الموكل ، فيقر الموكل بهذه المخالفة ويرضى . عندئذ لا جدال في أن هذا الإقرار يعفى الوكيل من المسؤولية عن هذه المخالفة . ولا صعوبة إذا كان الإقرار صريحاً . وإنما قد يجد القضاء صعوبة في استخلاص الإقرار الضمني . وهو يستفاد عادة من سكوت الموكل بعد تسلمه إخطار الوكيل بتنفيذ العملية إذا كانت الظروف الملابسة توحي بأن هذا السكوت علامة الرضاء . وتقدير ذلك كله لقاضي الموضوع .

٦٢-٢- تقديم المعلومات اللازمة للموكل ،

ويلتزم الوكيل بأن يحيط الموكل علماً بالصفقات التي يبرمها لحسابه (م ١٥٨/١) ، وأن يقدم له المعلومات النافعة عن الصفقة المكثف بإبرامها .

إذ الوكيل أعلم من موكله بها وأكثر خبرة في أغلب الحالات . وقد يصدر إليه الموكل تعليمات ضارة جهلاً منه بحالة السوق . عندئذ يتعين على الوكيل أن يحيطه علماً بكل ما يمكن أن يفيد العلم به : فيحذره مثلاً من توقع ارتفاع الأسعار أو انخفاضها بعد أجل معين ، ويخطره بسير العمليات القانونية ، ما تم منها وما بقي ، وبالصعوبات التي قد تعوق انتمامها وكيفية تجنب هذه الصعوبات . وإذا كانت الوكالة أمرة ، وكانت بعض التعليمات ضارة بمصلحة الموكل ، فعلى الوكيل أن يبين له وجه الضرر من اتباع هذه التعليمات .

ولا يلتزم الوكيل أن يحيط موكله علماً باسم المتعاقد الآخر . فذلك ما يسمى « بحق الكتمان » . فقد تكون مصلحة الوكيل أن يخفى اسم هذا المتعاقد حتى لا يلجأ إليه الموكل بعد ذلك مباشرة فيستغنى عن خدمات الوكيل . كذلك لا يلتزم الوكيل أن يحدد له مقدار ملاءته . على أن الوكيل إذا تطوع بإبداء هذه المعلومات فلا بد أن تكون هذه المعلومات صحيحة . وفي حالة ما إذا طالب الموكل الوكيل بالافضاء باسم الغير الذي تعاقد معه فامتنع الوكيل عن ذلك دون مسوغ مقبول جاز اعتباره ضامناً لتنفيذ الصفقة (م ١٧٣/٢) .

وقد ينص الاتفاق أحياناً - على الأخص عندما تكون الوكالة اختيارية - على وجوب أن يخطر الوكيل الموكل بكل تفاصيل الصفقة وشروطها قبل إبرامها ، فيستطيع الموكل أن يقر العقد أو يرفضه في حالته النهائية . ويلاحظ أن هذا النص الاتفاقي يحيل الوكالة الاختيارية إلى ما يقرب من الوكالة الآمرة .

٦٤-٣- الاحتفاظ بسرية اسم الموكل :

ويلتزم الوكيل بأن يحتفظ باسم الموكل سراً إذا طلب منه ذلك . إذ مادام الوكيل يتعاقد باسمه الشخصي فإن اسم الموكل يمكن أن يكون بمنأى عن نطاق التعاقد مع الغير . وقد يفضل الموكل أن يبقى اسمه سراً إذا كان في ذلك ضمان لنجاح مضارياته . على أن إخفاء اسم الموكل لا

يدخل في جوهر عقد الوكالة بالعمولة . فقد لا يهم الموكل أن يعرف الغير المتعاقد اسمه ، بل قد تقضى مصلحته أن يذاع هذا الاسم . وسواء عرف الغير المتعاقد اسم الموكل أو لم يعرفه ، فإن ذلك ليس من شأنه أن يؤثر في الوضع القانوني الناشئ عن تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصي (م ١٧٣ / ١) (١) .

٦٥- ٤- ألا يكون الطرف الثاني في التعاقد :

وهذا المنع عام بالنسبة لجميع الوكلاء . فالمادة ١٠٨ مدني تنص على أنه ، لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل ، على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد ، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ما يقضى به القانون أو قواعد التجارة ، . ولقد نصت على هذا التحريم ، أيضاً ، الفقرة الأولى من المادة ١٥٦ تجاري بقولها ، لا يجوز للوكيل أن يقيم نفسه طرفاً ثانياً في الصفقة المكلف بإبرامها ، .

وعلة التحريم هي تعارض مصلحة الوكيل الشخصية مع مصلحة الموكل . ولا صعوبة في شرح هذه العلة ، إذ لا شك أنه لا بد من أخلاق ملائكية لتجنب التحيز في مثل هذه الصورة ، والوكلاء ليسوا ملائكة ،

(١) يلتفت الدكتور أكرم الخولي (ص ١٩٨ عقود) تعبير أن ، السرية ليست من جوهر الوكالة، ويقول أنه تصوير معيب . لأن السرية ، في نظره ، ركن أساسي في وجود الوكالة بالعمولة ، بحيث إذا تعاقد الوكيل باسم الموكل فإن العقد يخضع لأحكام الوكالة المقررة في التقنين المدني . ونحن لا نزيد الدكتور أكرم في هذا النظر . ذلك أنه من الجائز أن يذكر الوكيل ، للغير المتعاقد ، اسم الموكل الحقيقي ، دون أن يؤدي ذلك إلى أن يتعاقد باسم هذا الموكل . إذ يجب لكي تسرى أحكام النيابة ، أن يذكر أنه يتعاقد بصفته وكيلاً عن موكل معين ، فيتم العقد على هذا الأساس . فلا يكفي مجرد الاخبار باسم الموكل . وللدكتور أكرم نفسه يؤكد ذلك في مكان آخر من مؤلفه في العقود التجارية (ص ٢١٥ هامش ١) .

وعلى الأخص من كان منهم وكيلًا بالعمولة . فأغلب الظن ألا يخلص الوكيل في مراعاة مصلحة موكله .

ومع ذلك يجوز مخالفة هذا المنع في الحالات التالية : أ- إذا أذن له الموكل في ذلك ، ب- أو إذا كانت تعليمات الموكل بشأن الصفقة صريحة ومحددة ونفذها الوكيل بدقة ، ج- أو إذا كانت الصفقة تتعلق بسلعة لها سعر محدد في السوق واشتراها الوكيل أو باعها بهذا السعر . ولا يستحق الوكيل في هذه الحالات أجرًا نظير وكالته (م ١/١٥٦ و ٢) .

وتثور في مثل هذه الحالات مشكلة تكييف العقد ، وهل هو عقد بيع أم عقد وكالة ؟ وفي اعتقادنا ، أن العقد يعتبر ، حتى في هذه الحالات ، عقد وكالة بالعمولة إذ لا يلتزم الوكيل بإبلاغ الموكل باسم الغير الذي تعاقد معه شراءً أو بيعاً . ولا يقدح في ذلك أن الوكيل لا يتقاضى أجرًا عن وكالته في هذه الحالات ، وبالتالي يفقد الحق في الحبس والامتياز المقرران له سبب وجودهما . إذ يظل للامتياز الذي يتمتع به أهميته خاصة أنه مقرر لضمان جميع المبالغ المستحقة له بغض النظر عما إذا كانت هذه المبالغ قد نشأت عن أعمال تتعلق بالبضائع أو الأشياء التي اشتراها أو باعها لحساب الموكل أو عن بضائع أو أشياء أخرى أرسلها إليه هذا الأخير أو أودعها عنده أو سلمها له بمناسبة صفقات سابقة .

وقد يتعاقد الوكيل مع نفسه دون أن تكون مصلحته الشخصية موضع الاعتبار ، كما إذا كان وكيلًا بالعمولة عن الطرفين . فهو موكل من البائع بالبيع ، وموكل من المشتري بالشراء ، فيعقد العقد بعد أن يقابل بين المصلحتين المتعارضتين . والعرف التجاري يسمح بهذا اللون من تعاقد الوكيل مع نفسه طالما أنه لم يغلب مصلحة أحد الطرفين على مصلحة الآخر ، ولم يخالف تعليمات أي منهما .

٦٦- مسؤولية الوكيل بالعمولة عن احترام تعليمات الموكل ،

مسؤولية الوكيل عن العمليات القانونية التي يجريها مسؤولية مشددة ،

ليس فقط لأن الوكالة بالعمولة وكالة مأجورة ، وإنما أيضاً لأن الوكيل بالعمولة تاجر . لذلك يجب أن يبذل في تنفيذ الوكالة عناية التاجر الحريص (1) Commerçant Soigneux .

وتثور مسؤولية الوكيل بالعمولة عادة إذا خالف تعليمات الموكل . ولقد وضع المشرع مجموعة من الحلول، في هذا الصدد، نتحصل في الآتي :

أ- إذا باع الوكيل بالعمولة بأقل من الثمن الذي حدده الموكل ، أو اشترى بأعلى منه ، فللموكل ، إذا أراد رفض الصفقة ، أن يخطر الوكيل بذلك في أقرب وقت من تاريخ عمله بها وإلا اعتبر قابلاً للثمن . ومع ذلك ، لا يجوز له رفضها إذا قبل الوكيل بالعمولة تحمل فرق الثمن (م ١٦٧) . والفقه والقضاء يأخذان بهذا الحل ، إذ لا يوجد ، في هذه الحالة ، أي مبرر لفسخ العقد وتركه على عاتق الوكيل .

ب- إذا منح الوكيل بالعمولة المكلف بالبيع المشتري أجلاً للوفاء بالثمن ، أو قسطه عليه بالمخالفة لتعليمات الموكل التي تلزمه بالبيع بثمن معجل ، فللموكل أن يطالب الوكيل بأداء الثمن بأكمله فوراً ولكنه لا يأخذ الفرق إذا باع الوكيل بثمن أعلى (م ١٧٠) . وليس له أن يطالب بفسخ العقد طالما أن الوكيل قد قبل دفع الثمن الفوري الذي حدده الموكل (٢) .

ج- إذا باع الوكيل بالعمولة بثمن معجل ، مخالفاً تعليمات الموكل

(١) ينتقد الدكتور كنكم الخولي (هامش ١ ص ٢٩١ عقود) معيار التاجر الحريص ويرى أنه لا يجب أن يضرب من الوكيل بالعمولة إلا حرص الرجل العادي طبقاً لتقواعد العامة . والواقع أن القاضى هو الذى يطبق ، من الناحية العملية ، هذه المعايير ، وهو لا يمكن أن يتجاهل خبرة الوكيل بالعمولة وحرفته كتاجر عند النظر في مسؤوليته . والقول بمعيار التاجر الحريص ليس إلا تبيان للفارق في درجة المسؤولية بين الوكيل بالعمولة التاجر وبين عناية الرجل للعادي . وهو فارق لا يمكن تجاهله ولا إنكاره .

(٢) أنظر : جان همار ، جزء ٢ ، بند ٦٩٩ ص ٧٠ وما بعدها ؛ فرناند دريدا ، التزامات الوكيل بالعمولة وضمانات الموكل ، مجموعة هامل السابقة ، ص ٨٧ وما بعدها .

بالببيع بثمن مؤجل ، التزم الوكيل بالعمولة بأداء الثمن المؤجل . ولا يجوز للموكل مطالبته به إلا عند حلول الأجل الذي عينه (م ١٧١) .

د- إذا تعاقد الوكيل بالعمولة المكلف بالشراء على بضاعة مخالفة للنوع أو الصنف الذي طلبه الموكل ، فلا يلزم هذا الأخير بقبولها (م ١/١٦٨) ، وله أن يترك الصفقة للوكيل . أما إذا تعاقد على بضاعة مطابقة لتعليمات الموكل ولكن بكمية أكبر ، فلا يلزم الموكل إلا بقبول الكمية التي طلبها . فإذا كانت الكمية المشتراة أقل ، فيكون للوكيل الخيار بين قبولها أو رفضها (م ٢/١٦٨) .

وتثور مسؤولية الوكيل بالعمولة إذ لم يقتصر بحسن نية في تنفيذ ما عهد الموكل إليه به *agir loyalement* . فهو مسئول إذا تعامل مع شخص يعرف أنه مماطل أو أنه موشك على الإفلاس ، وهو مسئول عن فحص البضاعة المكلف بشرائها ومحاولة تبين ما قد يكون بها من عيوب خفية ، وأن يبذل في سبيل ذلك كله الجهد المألوف الذي يجرى العرف على ضرورة بذله .

ولكن هل يجوز للوكيل بالعمولة أن يتيب عنه غيره في تنفيذ تعليمات الموكل ؟ سبق لنا أن عرضنا لذلك عند الكلام عن خصائص عقد الوكالة بالعمولة . ولا صعوبة إذا كان الموكل قد أجاز للوكيل ذلك صراحة ، ولا صعوبة كذلك إذا كان قد حرم عليه ذلك صراحة . ففي الحالين لا مناص من احترام تعليماته ، وتترتب مسؤولية الوكيل إذا هو خالفها كما تقضى القواعد العامة . أما إذا كان عقد الوكالة بالعمولة خالياً من أي نص بهذا الشأن ففي الأمر خلاف : فهناك رأي بأنه لا يجوز له انابة غيره إلا عندما تقضى الضرورة بذلك . بينما يرى آخرون أن مقتضيات التجارة توجب أن يكون ذلك جائزاً للوكيل بالعمولة كلما رأى في ذلك مصلحة للموكل . والواقع أن القضاء يتوسع في تفسير إجازة الموكل الضمنية للوكيل بالعمولة في أن يتيب غيره ، ذلك أن الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة بالعمولة له طابع خاص يختلف عنه في عقد

الوكالة المدنية ، بل إن الظروف قد توجب على الوكيل بالعمولة أن ينيب عنه غيره وإلا كان مخطئاً .

وإذا قصر الوكيل بالعمولة في اتباع تعليمات الموكل ، فإنه يلتزم بتعويضه عن الضرر . ويختلف مقدار التعويض ونوعه باختلاف الضرر الواقع . فقد يقتصر الأمر على دفع التضمينات . وقد يصل إلى ترك العملية لحساب الوكيل *laisser pour compte* ، وذلك إذا قام الوكيل بعملية تختلف عن تلك التي كلف بها ، كأن يكون قد كلف بالشراء فاستأجر ، أو يكون قد كلف بشراء بضاعة معينة فاشترى بضاعة أخرى .

٦٧- شرط الضمان - الوكيل بالعمولة الضامن :

الفرض أن مسئولية الوكيل بالعمولة تقف عند القيام بالعملية القانونية وتمكين الموكل من الإفادة منها . فهو لا يضمن تنفيذ العقد ولا يسار الغير المتعاقد عند التنفيذ ، اللهم إلا إذا ثبت خطأ منه كأن تعاقد مع شخص ظاهر الإعسار .

ولكن الاتفاق قد يتضمن شرطاً خاصاً يجعل الوكيل يضمن ذلك أيضاً ، فيه يسمى حينئذ بالوكيل الضامن *commissionnaire du croire* .

هذا الاتفاق أنشأه العرف التجارى من قديم ، فقد نشأ في المدن الإيطالية في العصور الوسطى . ومنها جاءت التسمية *Ducroivre* التي أصلها *del credere* أى الثقة (١) .

والحق أنه لا صعوبة في أن نتصور مناسبة هذا الشرط بالذات ، لهذا العقد بالذات . فهو امتداد طبيعي ومنطقي لتعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصي ؛ إذ يظل الموكل أجنبياً عن العقد الذي يبرم مع ذلك لحسابه . فكان الموكل بهذا الشرط يقول للوكيل : « مادمك تتعاقد باسمك ، وتتعاقد

(١) راجع في ذلك : فرانسوا جورى ، الوكيل بالعمولة الضامن ، مجموعة مقالات هامل السابقة ، ص ٢٨١ ؛ وكذلك : جان همار ، المرجع السابق ، بلد ٧١٣ ص ٨٢ .

مع من شئت ، فإنه لا يكفي أنك لا تخطئ ، وإنما عليك أن تحمى أيضاً من إفسار عميلك هذا أو إفلاسه أو أى حادثة أخرى تعوق تنفيذ الصفقة ، وتضمن لى الحصول على ما عرّلت للحصول عليه منها عندما وكلتك فى إبرامها .

هذا الشرط يضاعف من أمن الموكل واطمئنانه ، كما يدفع الوكيل إلى العناية فى تخير المتعاقد المناسب ؛ وإلى اليقظة فى مطالبته بالتنفيذ . وفى مقابل ذلك يحصل الوكيل على عمولة خاصة ، تكون فى العادة أكبر من العمولة العادية ، تحددها المحكمة عند عدم وجود اتفاق أو عرف فى شأنها (م ١٧٦ / ٢) .

والضمان لا يفترض فى الوكالة بالعمولة ، بل يجب الاتفاق عليه صراحة فى العقد أو ينص عليه القانون ، كما فى الوكيل بالعمولة للنقل (١) ، أو يثبت أن عرف الجهة التى يمارس فيها الوكيل بالعمولة نشاطه يقضى به (م ١٧٦ / ١) .

٦٨- آثار شرط الضمان :

وآثار شرط الضمان بعيدة المدى : فهى لا تقتصر على أن يضمن الوكيل يسار الغير المتعاقد عند التنفيذ ، بل إن العادات التجارية مستقرة على أن شرط الضمان يحمى الموكل من خطر عدم التنفيذ لأى سبب من الأسباب ، حتى القوة القاهرة أو الحادث الجبرى (٢) ، اللهم بطبيعة

(١) المادة ٢٧٧ من قانون التجارة الجديد .

(٢) تنكر أقلية من الفقهاء ضمان الوكيل بالعمولة للقوة القاهرة . فيقولون إنه كان يجب الاكتفاء بأن يضمن الوكيل الغير المتعاقد فيما يلتزم به هذا الأخير . ومادامت القوة القاهرة تسقط التزام الموكل ، فكان يجب أن تسقطه عن الوكيل الضامن أيضاً (أنظر ريبير بند ٢٣٧ ص ٩٥١) . ويرد على ذلك بأن ضمان الوكيل للقوة القاهرة عرف تجارى قديم يقره ويطبقه قضاء مستقر ، فلا مجال للآراء فيه . ثم إن ضمان القوة القاهرة فيه معنى التأمين الذى يتعهد به الوكيل بالعمولة الضامن للموكل . فالوكيل الضامن أقرب إلى المؤمن منه إلى الكفيل .

الحال إلا إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى فعل الموكل ذاته ، كما لو كان الغير المتعاقد قد امتنع عن دفع الثمن بعد اكتشافه عيباً خفياً في بضاعة الموكل .

وعلى ذلك ؛ فبمجرد حلول ميعاد التنفيذ ، يرجع الموكل على الوكيل بالعمولة الضامن مطالباً به ، دون أن يتحمل عبء اثبات امتناع الغير المتعاقد عن التنفيذ . وحينئذ يتعين على الوكيل الضامن أن يقوم بالتنفيذ أو أن يعرضه عنه دون أن يستطيع أن يدفع بإعسار الغير المتعاقد أو إفلاسه ولا حتى أن يدفع بالقوة القاهرة (التي كان من شأنها أن تسقط التزام الغير المتعاقد) . وكل ما للوكيل الضامن في مواجهة الموكل هو أن يدفع بخطأ هذا الأخير ان كان ثم خطأ .

وهكذا ترى أن طبيعة عقد الوكالة بالعمولة تنعكس على شرط الضمان فتجعله أقوى من الضمان العادي . فالفرض في الوكالة بالعمولة أن الموكل لا يعرف الغير المتعاقد ولا يعرف سبب امتناعه عن التنفيذ ، فلا مناص من أن يرجع على الوكيل مباشرة وبمجرد حلول ميعاد التنفيذ دون أن يبدأ بالرجوع على الغير المتعاقد ، إذ الفرض أنه لا يعرفه ، ودون حاجة إلى إثبات عجزه عن التنفيذ أو إعساره ..

٦٩- طبيعة شرط الضمان :

ومن الواضح أن اندماج عقد الوكالة بالعمولة بشرط الضمان على هذه الصورة يكاد يخلق عقداً جديداً ذا طبيعة خاصة ، حتى لقد قال البعض أن مثل هذا العقد لم يعد وكالة بالعمولة وإنما أصبح عقد بيع معلق على شرط^(١) ، بين الموكل والوكيل . ولا شك لدينا في خطأ هذا الرأي . فالوكيل بالعمولة الضامن يظل وكيلاً بالعمولة ، فيظل ملتزماً بالسرية

(١) لوكره في : روح القانون التجاري ، جزء ١ ص ٢٤١ مشار إليه في مقال فرانسوا جوري - مجموعة هامل ص ٣٠٢ .

ويتقديم الحساب كالوكيل غير الضامن^(١) وليس في ذلك خلاف .

وإنما يثور الجدل في تكيف شرط الضمان في عقد الوكالة :

(١) فيرى البعض أنه كفالة cautionnement^(٢) . ويعيب هذا الرأي أن مركز الوكيل الضامن أقسى بكثير من مركز الكفيل . فالوكيل الضامن ليس له حتى الدفع بالتجريد ، كما أنه لا يستطيع أن يدفع في مواجهة الموكل حتى بالدفع التي كان يمكن للغير المتعاقد أن يدفع بها دعوى الموكل (فيما عدا فعل الموكل) . ثم أننا نعرف أن الكفالة لا بد أن تستند إلى مدين أصلي ، ونفرض هنا في الوكالة بالعمولة ألا علاقة بين الموكل والغير المتعاقد ، فهذا الأخير لا يعد مديناً للأول .

(٢) وقيل إن شرط الضمان نوع من التأمين assurance ضد إفسار الغير المتعاقد يضاف إلى عقد الوكالة ، وتكون زيادة العمولة المقابلة لشرط الضمان بمثابة قسط التأمين prime^(٣) . على أن هناك اختلافاً واضحاً بين التأمين الذي نعرفه وبين شرط الضمان . فالمضمون هنا ليس فقط خطر إفسار الغير ، وإنما عدم التنفيذ في كل صوره ، حتى في الحالات التي يكون فيها الغير ممتنعاً دون إفسار ودون خطر إفسار . والموكل ليس ملزماً بإثبات وقوع الخطر المؤمن منه كما رأينا . وأخيراً فليس من اللازم أن يطلب الوكيل زيادة في العمولة مقابل شرط الضمان حتى نعتبره قسط تأمين .

ولا شك أن محاولة تفسير عقد الوكالة المقترن بشرط الضمان على أساس العقود المسماة المعروفة أمر لا نطمئن إلى صحته ، طالما أننا

(١) الدكتور أكرم الخولي - عقود - ص ٢٠١ .

(٢) يقول بهذا الرأي فرناند دريدا ، مقاله السابق ص ١٠٨ ، ويؤيده في مصر الدكتور عبد الحى حجازي . عقود ص ٧٨ والدكتور أكرم الخولي . عقود . ص ٢٠٣ .

(٣) من أنصار هذا الرأي في مصر أستاذنا الدكتور مجسن شفيق ، الوسيط ، جزء ٢ ص ٨٨ .

لا نجهل أن مصدر شرط الضمان عرفي بحث ، لم ينشأ حسب قواعد معينة . فيكفى ، إذا ، أن نقرر أوجه الشبه التي نلاحظها بينه وبين العقود الأخرى . والواقع أن هناك جانباً كبيراً من الصحة فيما يقوله بعض الفقهاء (١) من أنه إذا لم يكن من الممكن أن نعتبر شرط الضمان تأميناً من الناحية القانونية ، فإنه يعتبر تأميناً من الناحية النفسية البحتة . إذ لا شك أن الموكل يبحث عن الأمن والطمأنينة كما يسعى إليه المستأمن ، ولعل هذا هو الذي يفسر ما جرى عليه العرف من ضمان الوكيل بالعمولة حتى القوة القاهرة .

المطلب الثاني

القيام بالعمليات المادية اللازمة

٧٠- الالتزام بحفظ البضاعة :

سواء كان الوكيل بالعمولة وكيلاً بالبيع أو بالشراء ، فإن البضاعة تمر أغلب الأمر في حيازته في طريقها من الموكل إلى الغير المتعاقد أو العكس . وهو ملزم في الحالين بأن يقوم بالمحافظة عليها ، وأن يبذل في سبيل صيانتها عناية التاجر الحريص . ويقوم الوكيل كذلك بكافة الإقرارات أو الإجراءات التي قد تقتضيها بعض جهات الإدارة مثلاً ، ويتخير المخزن المناسب الذي تكون فيه البضاعة بأمن من التلف أو السرقة أو الضياع . ولا تنتفي مسؤوليته عن الأضرار التي تلحق بالبضاعة إلا إذا قام بإثبات أن هذه الأضرار وقعت بفعل القوة القاهرة أو الحادث الجبرى أو بسبب عيب ذاتي في البضاعة (م ١٥٥ / ١) .

وإذا كانت البضاعة أو الأشياء التي يحوزها الوكيل لحساب موكله مهددة بتلف سريع أو بهبوط في القيمة ، جاز للوكيل بالعمولة ، إذا لم

(١) لامورانديير وروديير وهوان ، جزء ٢ ، ص ١٦٢ .

تصله تعليمات من الموكل بشأنها في ميعاد مناسب ، أن يطلب من القاضي المختص بالمحكمة التي يوجد في دائرتها مركز أعماله إصدار أمر على عريضة ببيعها بالكيفية التي يعينها القاضي (م ١٥٢) . ويسرى نفس الحكم في حالة رفض الوكيل بالعمولة إجراء الصفقة المعهود بها إليه ، بشرط أن يكون قد أخطر الموكل بذلك ولم تصله تعليمات هذا الأخير في وقت مناسب (م ١٥٤) .

ولا يجوز للوكيل بالعمولة تغيير العلامات التجارية للموضوعة على البضائع التي يتسلمها من الموكل أو لحسابه ، إلا إذا تم ذلك في حدود القانون وكان مأذوناً في ذلك صراحة (م ١/١٧٢) . وإذا كان حائزاً لجملة بضائع من جنس واحد ، ومرسلة إليه من موكلين مختلفين ، وجب عليه أن يضع على كل بضاعة منها بياناً مميزاً لها (م ٢/١٧٢) .

ولكن هل يلتزم الوكيل بالتأمين على البضاعة ؟ نعم ، إذا طلب منه الموكل ذلك صراحة أو جرى العرف على التأمين في مثل هذه الحالة ، أو كانت تستلزمه طبيعة الشيء (م ٢/١٥٥) . وعندئذ فإن للوكيل أن يسترد من الموكل قيمة الأقساط التي دفعها . أما إذا لم يؤمن على البضاعة ، رغم العرف أو طلب الموكل الصريح ، فإنه يكون مسئولاً عن هلاكها إذا تحقق الخطر الذي كان من المفروض أن يؤمن عليها منه . وفي غير هاتين الحالتين ، يجوز للوكيل أن يقدر ضرورة التأمين على البضاعة : فقد يعد عدم التأمين على البضاعة في ظروف معينة إهمالاً في صيانتها ، ويرجع الوكيل بالعمولة على الموكل بما دفعه من مصاريف التأمين كفضولي . ولا يكون له حق الرجوع بهذه المصاريف إذا كان الموكل قد طلب منه صراحة عدم التأمين على البضاعة .

٧١- مسئولية الوكيل بالعمولة عن العيوب الخفية في

البضاعة :

يجب التفرقة في هذه الحالة بين الوكيل بالعمولة البائع والوكيل بالعمولة المشتري . فإذا كان الوكيل بالعمولة بائعاً ، فهو مسئول ولا شك

عن عيوب البضاعة الخفية إزاء الغير المتعاقد . إذ هو يتعامل معه باسمه الشخصي فيتحمل كل التزامات ومسؤوليات البائع . أما إذا كان الوكيل بالعمولة مشترياً ، فالموكل يعلم علم اليقين أن الوكيل بالعمولة ليس صاحب البضاعة ولا هو بائعها ، وإنما هو وكيله في شرائها . لذلك قيل إنه لا يضمن العيوب الخفية في جميع الأحوال^(١) . ولكن هذا القول غير صحيح على إطلاقه : فالوكيل بضمن العيوب الخفية في مواجهة موكله . ولكن هذا الضمان يكون في نطاق مسؤوليته العامة . وبعبارة أوضح يعد الوكيل مسؤولاً إذا ثبت أنه لم يبذل عناية التاجر الحريص في اختيار البضاعة ، لكشف ما قد يكون بها من عيوب خفية على الرجل العادي . أما إذا كانت العيوب من الخفاء بحيث يعجز التاجر الحريص عن كشفها ، فإن الوكيل لا يكون مسؤولاً بطبيعة الحال . ولكنه يلتزم ، مع ذلك ، بأن يحفظ حقوق موكله ، فيطالب الغير المتعاقد ، لحساب موكله ، بدعوى الفسخ أو التعويض^(٢) .

هذا عن الوكيل بالعمولة العادي . أما الوكيل بالعمولة الضامن فهو يضمن العيوب الخفية في جميع الأحوال .

المطلب الثالث

تقديم حساب عن وكالته

٧٢- التزام الوكيل بالعمولة بتقديم حساب :

إذا انتهى الوكيل من القيام بالعمليات القانونية والمادية التي تقتضيها

(١) الدكتور عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٨٣ .

(٢) جان همار ، جزء ٢ بند ٧١٢ ص ٨١ والأحكام القضائية التي ذكرها ، ومنها ما يقرر مسؤولية الوكيل عن عيوب خفية إذا كانت هذه العيوب ناتجة عن غش يعرف الوكيل بالعمولة تكرر في هذا النوع من البضاعة ، حتى ولو كان كشف هذه العيوب يقتضى تحليلاً كيميائياً ، وهو ما لا يلتزم به الوكيل في الأحوال العادية .

وكالته فإنه يلتزم ، شأنه في ذلك شأن أى وكيل (م ٧٠٥ مدنى) ، بأن يقدم حساباً لموكله ، مزيداً بالمستندات ، عن جميع ما قام به وما حصل عليه من هذه العمليات . والقاعدة أن الوكيل لا يستخلص لنفسه أى منفعة شخصية خارج العمولة المتفق عليها ، حتى ولو كانت هذه المنفعة نتيجة مهارته أو تأثيره أو علاقته الخاصة بالغير المتعاقد . بل وحتى لو كانت هذه المنفعة تتجاوز ما يطلبه الموكل ، كما إذا كان قد باع بثمن أعلى من الثمن الذى حدده الموكل أو اشترى بأقل من الثمن الذى ارتضاه . إذ الفرض أن العمولة ، التى يدفعها الموكل ، هى المقابل الكامل لمهارة الوكيل وتأثيره المحتمل ، فلا حق له فى تجاوزه . كما أن دوره دور الوسيط ، فعليه أن ينقل منافع الصفقة كما هى لصاحب الحق فيها دون أن تمتد إليها يده . واقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٦٩ تجارى بقولها : « إذا تعاقد الوكيل بالعمولة بشروط أفضل من الشروط التى حددها الموكل ، عادت المنفعة إلى الموكل ؛ وعلى الوكيل أن يقدم حسابه على أساس الشروط الحقيقية التى تمت الصفقة بمقتضاها . » . لذلك حرم القضاء ، سواء فى فرنسا أو فى مصر ، نظام الفاتورتين double factures . وهو يتضمن تحايلاً يتم بتواطؤ الوكيل والغير المتعاقد ، إذ يثبتان فى إحدى الفاتورتين السعر الحقيقى ، ويثبتان فى الفاتورة الأخرى سعراً صورياً يقدمه الوكيل إلى الموكل ضمن عناصر الحساب . وقد اعتبرت محكمة الاسكندرية التجارية هذا التحايل نوعاً من خيانة الأمانة قد يسأل عنه للوكيل جنائياً (١) .

فيجب ، إذاً ، أن يكون الحساب مطابقاً للحقيقة . فإذا تضمن عن عمد بيانات غير صحيحة ، جاز للموكل رفض الصفقات التى تتعلق بها هذه البيانات فضلاً عن حقه فى المطالبة بالتعويض . ولا يستحق الوكيل أجراً عن الصفقات المذكور (م ١٥٨) .

(١) حكم بتاريخ ٩-٢-١٩٤١ ، محاماة ٢١ من ٧٨٧ .

٧٣- تعارض التزام الوكيل بتقديم الحساب وحقه في الكتمان :
رأينا أن من حق الوكيل بالعمولة أن يحفظ اسم الغير المتعاقد سراً عن الموكل . لذلك فإن من الجائز للوكيل أن يقدم للموكل فواتير يترك فيها اسم الغير المتعاقد على بياض . والواقع أن الموكل لا بد أن يكون على قدر من الثقة في أمانة وكيله ونزاهته . ولكنه إذا تشكك في صدق الحساب ، لأسباب أو وقائع مقنعة ، واستدعى الأمر الاطلاع على دفاتر الوكيل وفواتيره الخاصة التي عليها اسم الغير المتعاقد ، فإن القضاء يعمد إلى أن يتم هذا الاطلاع سراً بواسطة خبير ، أو بواسطة المحكمة نفسها مجتمعة بهيئة غرفة مشورة ، فيتم التوفيق حينئذ بين التزام الوكيل بتقديم حساب صادق ، وبين حقه في كتمان اسم الغير المتعاقد عن موكله (١) .

المبحث الثاني

التزامات الموكل

٧٤- انطباق القواعد العامة في الوكالة على واقع مختلف :
التزامات الموكل في عقد الوكالة بالعمولة لا تختلف على التزامات الموكل العادي من الناحية القانونية ، إذ تنطبق القواعد العامة الواردة في المواد ٧٠٩/٢ و ٧١٠ و ٧١١ و ٧١٢ مدني . ولكن ليس معنى ذلك أن هناك تشابهاً مطلقاً في الحالتين ، ذلك أن القواعد العامة تنطبق على واقع يختلف في الوكالة بالعمولة عنه في الوكالة العادية . وذلك كاف لأن ينعكس الواقع المختلف على القاعدة فيعطيه شكلاً خاصاً :

٧٥-أ- تنفيذ العقد بحسن نية :

فالالتزام الأول تطبيق للقاعدة العامة الواردة في المادة ١/١٤٨

(١) انظر : فرناند دريدا ، المقال السابق ، ص ١١١ ، والأحكام التي أشار إليها ، الدكتور أكنم الخولي ، عقود ، ص ١٩٩ .

مدنى، والتي تلص على أنه ، يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، . ولا يكاد هذا النص العام يكون ذا أثر خاص فى عقد الوكالة العادية ، حيث تقتصر مهمة الوكيل على مجرد إبرام العقد باسم الموكل . أما فى الوكالة بالعمولة فالواقع الذى ينشأ عن العقد يجعل لهذا النص أهمية خاصة ، إذ ينبغى أن يعطى الموكل للوكيل جميع المكنتات المادية التى تسمح له بالقيام بالتزاماته ازاء الغير الذى سيتعاقد معه فيلتزم شخصياً فى مواجهته . فإذا كان وكيلاً بالعمولة بالبيع فإن الموكل يجب أن يضع تحت تصرف الوكيل البضاعة التى يريد بيعها . وإن كان وكيلاً بالشراء وجب أن يمدّه بالمبالغ اللازمة للوفاء بالثمن . والتزام الموكل هنا من التزامات التعاون التى تقتضيها حسن النية . إذ أن تقصير الموكل فى القيام بها يجعل الوكيل عاجزاً عن القيام بواجباته . وهو يستند إلى تفسير نصوص العقد ، فكثيراً ما يفهم منها أن الوكيل يقتصر دوره على تصريف منتجات الموكل دون أن يلتزم هذا الأخير بانتاج قدر معين . وفى ذلك قضت محكمة النقض بتاريخ ٢ يناير ١٩٤٧ (١) أنه ، حيث إن الحكم المطعون فيه قرر أن العقد المؤرخ فى أول سبتمبر سنة ١٩٣٨ إنما يلزم الطاعن وحده بأن يصرف من منتجات الشركة ما عين حده الأدنى فى العقد ولا الزام فيه على الشركة أن تضع تحت تصرفه إلا ما تنتجه مصانعها بلغ أو لم يبلغ إلى الحد الأدنى ، وقد اعتمد على عبارات العقد التى أوردها وهى صريحة فى أداء المعنى الذى استخلصه منها . ومتى كان الأمر كذلك فلا خطأ فى تطبيق القانون ، .

ويدهى أن تسليم البضاعة إلى الوكيل لا يتضمن إلا نقل حيازتها ، فليس من شأنه أن ينقل ملكيتها إليه .

(١) محاماة ، ٢٨ من ١٨ .

٧٦-٢-١ الالتزام بدفع العمولة المتفق عليها ،

هذا هو الالتزام الرئيسي للموكل . والعمولة المتفق عليها غالباً ما تكون نسبة مئوية من قيمة الصفقة . ولا تستحق العمولة إلا بتمام العقد الذي كلفه الموكل بإبرامه لحسابه . ولكن من ناحية أخرى لا تتوقف العمولة على قيام الغير بتنفيذ هذا العقد مادام الوكيل غير ضامن .

ويستند هذا الالتزام إلى القاعدة الواردة في المادة ٧٠٩ مدني . ولكننا هنا أيضاً بصدد واقع مختلف . فالوكيل بالعمولة لا يتصور أن يكون متبرعاً . فإذا حدث أن خلا عقد الوكالة بالعمولة من نص على الأجر ، فإنه يجب الرجوع إلى العرف لتحديدده ، وإن لم يوجد عرف كان على القاضى أن يقدر للوكيل عمولة عادلة . هذا بينما الأصل في الوكالة المدنية التبرع ، فإذا لم يرد نص في الاتفاق على تحديد أجر ، عد الوكيل متبرعاً .

كذلك تنص المادة ٢/٧٠٩ مدني على أن أجر الوكالة يخضع لتقدير القاضى . فله أن يرفع أجر الوكيل إذا كان قد أساء تقدير أتعابه ولم يتبين له ذلك إلا بعد التنفيذ . ولكن الفقه والقضاء متفقان على أن هذا النص لا ينطبق على الوكيل بالعمولة (١) ، وقد سبق بيان ذلك . كما أن المشرع قد نص صراحة في المادة ٤/١٥٠ تجارى على استبعاد هذا التطبيق .

(١) يخرج الدكتور أكلم انخولى ، مع ذلك ، على هذا الحكم المستقر ، ويرى تطبيق المادة ٢/٧٠٩ على أجر الوكيل بالعمولة . وفي نظيره أن حجة الفقه والقضاء تقتصر على أن الوكلاء بالعمولة ليسوا بحاجة إلى حماية القانون ، بينما يرى الدكتور أكلم أن الغبن والغلط لا ينتفيان كلية في المواد التجارية . والواقع أن المسألة لا تتعلق فقط بعدم حاجة التوكيل بالعمولة إلى حماية ، وإنما أيضاً بالحرص على استقرار المعاملات التجارية ، وإلى قبول الوكيل التاجر لمبدأ التعرض للخسارة كمسائر التجار . وهذه كلها اعتبارات وجيهة تبرر استقرار الفقه والقضاء على عدم انطباق نص المادة ٢/٧٠٩ على الوكيل بالعمولة .

٧٧-٣- الالتزام ببرد نفقات الوكالة :

وأخيراً يلتزم الموكل ، تطبيقاً لنص المادتين ٧١٠ و ٧١١ مدني ، بأن يرد للوكيل ما أنفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الانفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة . كذلك يلتزم الموكل بتعويض الوكيل عما يكون قد أصابه من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً .

وتطبق هذه القاعدة يجد مجالاً أوسع في الوكالة بالعمولة عنه في الوكالة العادية . فعمل الوكيل بالعمولة أعم وأشمل ، إذ يتضمن عمليات قانونية وعمليات مادية مختلفة ، مما يؤدي إلى انفاق الكثير . كذلك قد يضطر الوكيل إلى الوفاء للغير المتعاقد لأنه ملتزم شخصياً . ومن ثم فحالات رجوع الوكيل بالعمولة بالنفقات والتعويضات على الموكل أكثر حدوثاً وأهم من حالات الرجوع في الوكالة العادية .

المبحث الثالث

ضمانات الموكل والوكيل بالعمولة

٧٨- حاجة الموكل والوكيل بالعمولة إلى ضمانات :

استعراض التزامات الموكل والوكيل يجعلنا نقدر مدى الخطر الذي يتعرض له كل منهما إذا قصر أحدهما في تنفيذ هذه الالتزامات : فالموكل يكون أجنبياً عن العقد الذي يبرمه الوكيل لحسابه ، وبالتالي فمن السهل على الوكيل أن يستخلص مغنم الصفقة لنفسه إذا كانت موفقة تدر كثيراً من الربح . كما أن الموكل يتعرض لمخاطر جدية إذا أفلس الوكيل بالعمولة قبل أن ينهى العملية المطلوبة والبضاعة مازالت في حيازته . أما الوكيل بالعمولة فهو يتعرض من جانبه لانفاق مصاريف غير عادية ، ويلتزم شخصياً إزاء الغير المتعاقد . ولذا فكل من الوكيل والموكل في حاجة إلى ضمانات تجعله يطمئن إلى الآخر .

٧٩- ضمانات عامة - التضامن عند التعدد :

وهناك ضمانات عامة يجدها كل من الطرفين في قاعدة أساسية من قواعد القانون التجاري عند تعدد الوكلاء أو الموكلين ، وهي قاعدة افتراض التضامن بين المدينين .

ويلاحظ أن هذه القاعدة منصوص عليها في القانون المدني بالنسبة لعقد الوكالة ، ولكن ليس على إطلاقها . إذ يفرق القانون المدني بين حالة تعدد الوكلاء وحالة تعدد الموكلين . فالمادة ٧١٢ مدني تقضي بأن جميع الموكلين متضامنون قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة ، ما لم يتفق على غير ذلك . فكأن الوكيل المدني والوكيل بالعمولة يشتركان في هذه الضمانة العامة عند تعدد الموكلين .

أما فيما يتعلق بتضامن الوكلاء ، فإن نص المادة ١/٧٠٧ لا ينشئ هذا التضامن إلا في حالتين : حالة ما إذا كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، كما إذا وكل شخص وكيلين في شراء سيارة مثلاً . وحالة وجود خطأ مشترك بين الوكلاء . غير أنه لا شك في أن هذه القيود تسري فقط بالنسبة للوكالة المدنية ، أما فيما يتعلق بالوكالة بالعمولة ، فإن تضامن الوكلاء ، إذا تعددوا ، يستند إلى القاعدة العرفية التجارية العامة التي تفترض التضامن بين المدينين .

فكأن القاعدة ، إذاً ، هي أن الموكلين إذا تعددوا يكونون متضامنين في المسؤولية إزاء الوكيل بالعمولة وكذلك الوكلاء بالعمولة إذا تعددوا يكونون متضامنين في المسؤولية إزاء الموكل .

وبالإضافة إلى هذه الضمانة العامة ، هناك ضمانات يختص بها الموكل ، وضمانتان يختص بهما الوكيل بالعمولة .

٨٠- ضمانات خاصة بالموكل ، استرداد البضاعة التي في حيازة الوكيل المفلس :

إذا أفلس الوكيل بالعمولة ، فللموكل حق استرداد البضاعة التي في

حيازته (المادة ١/٦٢٧ تجارى) . ويمكن للموكل مباشرة حق الاسترداد فى حالتين :

الأولى ، حالة ما إذا كان الوكيل بالعمولة مكلفاً بالبيع ، فسلمه الموكل البضاعة ، ثم أفلس الوكيل قبل أن تنتقل ملكيتها إلى المشتري وقبل أن تخرج من حيازته .

الثانية ، حالة ما إذا كان الوكيل مكلفاً بالشراء فاشتري البضاعة فعلاً لحساب موكله ، فأصبح الموكل بذلك مالكا لها ، وبخلت البضاعة فى حيازة الوكيل ثم أفلس هذا الأخير قبل أن ينقل حيازة البضاعة إلى الموكل .

فى هاتين الحالتين يحق للموكل استرداد البضاعة من تفليسة الوكيل ، إذا أثبت ملكيته للبضاعة واستطاع أن يعينها بالذات فى مخازن الوكيل . والإثبات أصعب فى حالة الوكيل بالعمولة بالشراء ، لأن الوكيل يشتري باسمه الشخصى لا باسم الموكل . إلا أن الموكل يستطيع أن يثبت أن البضاعة التى اشتراها الوكيل تطابق تمام المطابقة البضاعة التى كلفه بشرائها ، وأن يثبت ، بكافة الوسائل ، أن هذه البضاعة كانت معدة له لا لغيره .

٨١- ضمانتان خاصتان بالوكيل بالعمولة : ١- حق الوكيل فى

الحبس :

تعطى المادة ١/١٥٩ تجارى للوكيل بالعمولة الحق فى الحبس لارغام الموكل على تنفيذ التزاماته المقابلة . وهذا الحق لا يخرج عما تخوله القواعد العامة ، وليس سوى تطبيقاً للقاعدة الواردة فى المادة ٢/٢٤٦ مدنى والتى تتكلم عن : إحدى وسائل الضمان : الحق فى الحبس . ويفقد الوكيل بالعمولة هذا الحق بخروج البضاعة من حيازته . ويختلف الحق فى الحبس طبقاً لقانون التجارة الجديد عنه فى ظل قانون التجارة الملغى من حيث النطاق : فوفقاً للمادة ٨٥ من هذا القانون الأخير كان مجال الحق فى الحبس المخول للوكيل بالعمولة أوسع من مجاله وفقاً لنص

المادة ٢٤٦ مدنى فيما يتعلق بشرط الارتباط بين الشئ المحبوس وبين المبالغ والمصروفات التى يضمنها الحبس . فهذا الارتباط محكم فى نص المادة ٢/٢٤٦ مدنى التى تشترط أن يكون بين المبالغ والشئ المحبوس مباشرة، لكنه فضفاض فى نص المادة ٨٥ تجارى ملغى التى تكفى بأن يكون الارتباط المشار إليه بين المبالغ وعقد الوكالة بوجه عام (١) .

أما القانون الجديد فلم يشأ أن يخرج عن القواعد المقررة فى القانون المدنى ، بمعنى أن الحق فى الحبس يتطلب وجود ارتباط مباشر بين المبالغ التى أنفقها الوكيل بالعمولة والشئ الذى يمارس عليه هذا الحق . ويستفاد ذلك من مضمون الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ١٥٩ تجارى حيث تقصران هذا النطاق الواسع على حق الامتياز دون حق الحبس (٢) .

٨٢-٢- حق الوكيل فى الامتياز على البضاعة المحبوسة :

للكيل بالعمولة ، كذلك ، حق امتياز على البضائع وغيرها من الأشياء التى يرسلها إليه الموكل أو يودعها لديه أو يسلمها له (م ١/١٥٩) .

والأساس القانونى لهذا الامتياز هو فكرة الرهن الضمنى ، فهو يستند فى بقاءه وفقده إلى الحق فى الحبس . لذلك لا يكون للوكيل بالعمولة الامتياز المشار إليه ، على حسب تعبير المادة ١٦٠ تجارى ، إلا إذا كان حائزاً لبضائع أو لأشياء لحساب الموكل . وتتحقق هذه الحيازة فى الحالات الآتية : أ- إذا تسلم الوكيل البضائع أو الأشياء فعلاً ، ب- إذا وضعت تحت تصرفه فى الجمرى أو فى مخزن عام أو خاص ، ج- إذا كان يحوزها قبل وصولها بمقتضى سند شحن أو أية وثيقة نقل ، د- إذا صدرها وظل

(١) أنظر ، فى تفصيل ذلك : على البارودى ، فقرة ٦٢ ، ص ٨٩ وما بعدها .

(٢) وهذا أمر طبيعى ، إذ أن واضع القانون الجديد ، أستاذنا المرحوم الدكتور محسن شفيق ، كان من أنصار الرأى القائل بأن حق الحبس المقرر للوكيل بالعمولة فى ظل القانون التجارى الملغى هو محض تطبيق حرفى للمادة ٢٤٦ مدنى (كتابة الوسيط . جزء ٢ ، ص ٩٢) .

حائزاً لها بمقتضى سند شحن أو أى وثيقة نقل أخرى ، . فإذا خرجت البضاعة من حيازته ، فإنه يفقد هذا الامتياز (١) ، اللهم إلا إذا تصرف فيها بالبيع وسلمها إلى المشتري فعندئذ ينتقل حقه في الامتياز إلى ثمنها (م ١٦٠/٢) .

ولا يشترط أن يكون هناك ارتباط بين الحقوق المضمونة والبضائع المثقلة بالامتياز . بل ، يتقرر الامتياز دون اعتبار لما إذا كان الدين قد نشأ عن أعمال تتعلق بالبضائع أو الأشياء التي لا تزال في حيازة الوكيل أو ببضائع أو أشياء أخرى سبق إرسالها إليه أو ايداعها عنده أو تسليمها له ، (م ١٥٩/٣) . ذلك ، أنه توجد بين الوكيل بالعمولة والموكل في الغالب علاقات مستمرة وحساب جارٍ تقيد فيه جميع المدفوعات المتبادلة وتقع المقاصة بينها بحيث يكون الرصيد الدائن لهذا الحساب إذا كان في صالح الوكيل هو المضمون بالامتياز ، (٢) .

ويضمن هذا الامتياز أجر الوكيل بالعمولة والمصاريف والمبالغ التي يدفعها عن الموكل أو يقرضها له وغير ذلك من المبالغ التي تستحق للوكيل بسبب الوكالة سواء أنفقت قبل تسليم البضائع أو الأشياء أو أثناء وجودها في حيازة الوكيل (١٥٩/٢) .

ويترتب على هذا الامتياز حق الوكيل في التقدم والأولية على ثمن البضاعة . ولكنه يأتي ، بطبيعة الحال ، بعد امتياز المصاريف القضائية والضرائب والرسوم المستحقة للدولة (م ١٦١) .

وقد كانت القواعد العامة تقتضي اجراءات معينة لبيع البضاعة بيعاً

(١) إذا أرسل الوكيل البضاعة إلى الموكل فالراجح أن له استردادها ليباشر عليها امتيازها مادامت لم تدخل بعد في مخازن الموكل . وتبدو أهمية حق الوكيل في الاسترداد عند إفلاس الموكل .

(٢) مصطفى طه ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية - العقود التجارية - عمليات البنوك - الإفلاس ١٩٩٩ ، ص ٣٣١ .

جبرياً بعد الحصول على حكم قضائي بالتنفيذ . ولكن القانون التجارى يختصر هذه الاجراءات بالنسبة إلى الوكيل بالعمولة تسهياً للتنفيذ . ولا شك أن سهولة الاجراءات أهميتها الكبرى فى نظر الوكيل بالعمولة . فهى تضاعف من قيمة حق الحبس الذى له على البضاعة ، إذ يخوله القانون بيعها باجراءات سهلة ، ثم يخوله حق استيفاء سائر ديونه على الموكل بالأولية .

هذه الاجراءات تختلف :

١- فإذا كان الوكيل بالعمولة مكلفاً بالشراء ، فاشترى البضاعة لحساب الموكل ، ثم باشر عليها حق الحبس لامتناع الموكل عن أداء المبالغ المستحقة له ، فإن المادة ١٦٢/١ تجارى تسمح بالاستفادة من الاجراءات السهلة المقررة فى المادة ١٢٦ تجارى الخاصة بالتنفيذ على الشئ المرهون رهناً تجارياً . وهى لا تقتضى منه أكثر من أن ينبه على الموكل ، ثم يتربص خمسة أيام ، يستطيع بعدها أن يقدم عريضة إلى القاضى المختص فى المحكمة الكائن محله فى دائرتها ليتحصل على الاذن ببيع البضاعة والأشياء التى فى حيازته كلها أو بعضها بالمزايدة العلنية إلا إذا أمر القاضى باتباع طريقة أخرى .

٢- أما إذا كان الوكيل بالعمولة مكلفاً بالبيع ، فقد أغناه هذا التكليف حتى عن الالتجاء إلى القاضى واتباع الاجراءات المتيسرة المطلوبة فى المادة ١٢٦ تجارى . إذ مادام الفرض أنه سيبيع هذه البضاعة ، فلا داعى لحبسها ، وإنما يغنيه عن ذلك حبس الثمن . وفى ذلك تنص المادة ١٦٢/٢ تجارى ، مع ذلك إذا كان الوكيل مكلفاً ببيع البضائع أو الأشياء التى فى حيازته جاز له التنفيذ عليها ببيعها دون حاجة إلى اتباع الاجراءات المشار إليها فى الفقرة السابقة (وهى التى تشير إلى الرهن التجارى) .

على أنه يشترط فى هذه الحالة ، بطبيعة الحال ، أن يبيع الوكيل

البضاعة وفقاً لتعليمات الموكل في عقد الوكالة ، وبالثمن الذي حدده . إذ
الفرض أنه يبيع مستنداً إلى تكليف الموكل بالبيع . أما إذا لم يستطع البيع
وفقاً لتعليمات الموكل فلا مناص من اتباع اجراءات المادة ١٢٦ تجارى
(م/١٦٢/٢) .

من ذلك كله نرى إلى أى حد وصل القانون التجارى فى حماية
الوكيل بالعمولة واحاطته بالضمانات . ولا يمكن تبزير هذه الحماية إلا
بالأخطار التى يتعرض لها الوكيل بالعمولة فى تعاقدته مع الغير . فهو
يتعاقد معه باسمه الشخصى ، ويلتزم فى مواجهته شخصياً ، وذلك فى
سبيل حقوق لم يكتسبها لنفسه فى صفقة لم يعقدها لحسابه . ولا مرأى فى
حاجة مثله إلى ضمانات قوية .

الفرع الثالث

العلاقات الناشئة عن عقد الوكالة بالعمولة

٨٢- وكالة بلا نيابة - العلاقات المترتبة عليها ،

عقد الوكالة من العقود التى تمهد لعقود أصلية هى الهدف من
الوكالة . ويقتضى تنفيذ الوكيل لالتزاماته أن يبرم العقد المكلف به مع
الغير المتعاقد . ولو أن الوكيل كان يبرم هذا العقد باسم موكله لما كان
هناك اشكال ، إذ ينتهى حينئذ عمل الوكيل ويضاف كل ما ينشأ عن
العقد من حقوق والتزامات إلى الأصل مباشرة ، وهذا هو الأثر الهام
المترتب على النيابة فى التعاقد .

والأمر يختلف ، كما رأينا ، فيما يتعلق بالوكيل بالعمولة . فتعاقد
يكون باسمه الشخصى ، وعدم دخول صفته كنائب فى نطاق التعاقد بينه
وبين الغير يجعل من وكالته وكالة بلا نيابة . فينشأ عن العقد المتتالين
علاقات تختلف فى طبيعتها وآثارها :

١ - فالعلاقة بين الموكل والوكيل هى علاقة وكالة سافرة مستندة

إلى عقد الوكالة بالعمولة الذي بينا ماهيته وأوضحنا آثاره .

٢- أما العلاقة بين الوكيل بالعمولة والغير : فهي علاقة أصيل بأصيل . إذ أن نية الوكيل في النيابة عن الموكل تظل دفيئة في صدره ، ولا تدخل في نطاق التعاقد بينه وبين الغير ، وبالتالي لا يمكن أن ترتب أى أثر . وهذا الحكم لا يتغير حتى ولو عرف الغير أن الوكيل يتعاقد لحساب موكله ، بل حتى ولو علم باسم هذا الموكل . إذ الفرض أن الوكيل لم يعلن أنه يتعاقد بصفته نائباً ، وبالتالي لم يشأ أن تدخل هذه النيابة نطاق التعاقد لترتب آثارها .

والواقع أن دور محكمة الموضوع في كشف الصفة الحقيقية التي تعاقد بها الوكيل يدق في بعض الأحيان . فعليها أن تتبين ارادة الوكيل والغير الذي تعاقد معه على هدى الظروف الملائسة ، التي يمكن أن تتغير من حالة إلى حالة دون أن تنقيد بمعيار ثابت .

ويترتب على تعاقد الوكيل باسمه الشخصى أن تنشأ الحقوق والالتزامات في ذمة الوكيل وفي ذمة الغير المتعاقد مباشرة . ويطالب أحدهما الآخر ويرفع عليه الدعاوى التي تخوله اياها حقوقه الناشئة عن العقد . وتحكم علاقتهما بنصوص هذا العقد وأحكامه سواء أكان شراء أم بيعاً أم نقلاً .

٣- أما العلاقة التي يمكن أن تنشأ بين الموكل والغير المتعاقد فمن المتفق عليه أن تعاقد الوكيل باسمه الشخصى يؤدي إلى انعدام النيابة . وبالتالي فإن الموكل يعتبر أجنبياً عن العقد ، ولا تكون بينه وبين الغير أية علاقة مباشرة إلا ما استثنى بنص خاص . ولا يكون لأى منهما أن يرجع على الآخر إلا بالدعوى غير المباشرة عند تفرغ شروطها وفقاً للقواعد العامة .

إلا أن نظرية حديثة ترى وجود علاقات مباشرة بينهما تأسيساً على أنه إذا لم تتوفر النيابة الكاملة ، فإن هناك ، نيابة ناقصة ، تسمح لكل منهما بالرجوع على الآخر .

٨٤- انتقال الملكية مباشرة من الموكل إلى الغير وبالعكس :

وقبل أن نتعرض لهاتين النظريتين بالتحليل ، يجب أن نبداً بأن نحدد النطاق الذي تدوران فيه . وهو نطاق الحقوق والالتزامات الشخصية ، وذلك ما نعينه عندما نتكلم عن ، العلاقات ، بين الموكل والغير .

أما بالنسبة لانتقال ملكية البضائع من الموكل إلى الغير ، أو من الغير إلى الموكل ، فلا جدال في أن الملكية تنتقل مباشرة بينهما دون أن تمر في ذمة الوكيل . فالوكيل في جميع الحالات يحوز البضاعة ولا يملكها ، وهو يحوزها لحساب موكله بمقتضى علاقة الوكالة الصريحة التي بينه وبين الموكل .

فعندما يكون وكيلاً بالبيع ، فإنه يحوز البضاعة المملوكة للموكل ، ثم يبيعها باسمه الشخصي ، أي أنه يبيع ما لا يملك . ولا شك أن هذا البيع صحيح وفقاً لنص المادة ٤٦٧ / ١ مدني التي تقضي بأنه ، إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري ، ولا داعي في حالتنا هذه أن ينقلب العقد صحيحاً ، لأن علاقة الوكالة الصريحة السابقة بين الموكل والوكيل لا تتضمن اقراراً للبيع فحسب ، وإنما تكليفاً به . فالعقد ينشأ صحيحاً ، ويترتب عليه أن تنتقل الملكية مباشرة من الموكل إلى الغير .

والأمر كذلك إذا كان الوكيل مكلفاً بالشراء . فالغير يتخلى عن الملكية بمقتضى العقد ، ولكن هذه الملكية لا تنتقل إلى الوكيل إذ ليس لديه نية التملك . وإنما هو يحوز البضاعة المشتراة لحساب الموكل ، بمقتضى علاقة الوكالة الصريحة فيما بينهما ، فتنتقل الملكية مباشرة من الغير إلى الموكل .

وانتقال الملكية مباشرة بين الموكل والغير لا يعنى ضرورة وجود علاقات مباشرة بينهما . فالملكية حق عيني ، أي سلطة مباشرة من

شخص معين على شئ معين . فهي تكتسب بتوفر عناصرها في شخص المالك ، وتفقد بزوال أحد هذه العناصر . لذلك فالملكية تنتقل مباشرة إما بناء على علاقة مباشرة بين المالكين أو بدون هذه العلاقة ، كانتقالها عن طريق الميراث أو بالحيازة أو بالتقادم .

٨٥- العلاقات بين الموكل والغير المتعاقد ، النظرية السائدة :

العلاقات التي نقصدها هنا هي الروابط الشخصية المباشرة التي يمكن أن تترتب على العقد الذي أبرمه الوكيل بالعمولة مع الغير المتعاقد . ومجمل ما تراه النظرية السائدة في هذا الأمر أنه لا يمكن أن توجد علاقة مباشرة بين الموكل والغير المتعاقد ، لانعدام النيابة . فليس للموكل إلا الرجوع على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة ، وليس للغير إلا الرجوع على الوكيل بمقتضى العقد المبرم بينهما . ويحق لكل منهما ، وفقاً للقواعد العامة ، استعمال حقوق مدينة الوكيل في الرجوع على الآخر إذا توفرت شروط المادة ٢٣٥ مدني . كل ذلك إلا ما استثنى بنص خاص ، كما في حالة افلاس الوكيل بالعمولة ، إذ يجوز الرجوع المباشر في هذه الحالة وفقاً لنص المادة ١٧٥ تجاري .

وتستند هذه النظرية إلى الحجج الآتية :

أ- النصوص القانونية : فالمادة ١٧٤ تجاري تنص على أنه ،
١- يلتزم الوكيل بالعمولة مباشرة قبل الغير الذي تعاقد معه ، كما يلتزم هذا الغير مباشرة قبل الوكيل بالعمولة . ٢- ليس للغير الذي تعاقد مع الوكيل بالعمولة الرجوع على الموكل ولا للموكل الرجوع على الغير بدعوى مباشرة ما لم ينص القانون على غير ذلك ، . ولم ينص القانون على غير ذلك إلا في حالة افلاس الوكيل بالعمولة ، على ما سيجيء البيان .

ب- وتستند النظرية السائدة أيضاً إلى قصد المتعاقدين . إذ لا شك أن الموكل عند ارتباطه بالوكيل لم يقصد أن تكون له علاقة مباشرة إلا

بهذا الوكيل . كذلك يدل تعاقد الوكيل باسمه الشخصى على أنه والمتعاقد معه قد قصدا أن يكون كل منهما دائئا ومديئا للآخر بمقتضى العقد ، دون اعتبار للموكل .

ج- هذه النظرية تتفق مع رغبة الموكل فى اخفاء اسمه ، أو مصلحة الوكيل فى اخفاء اسم الغير المتعاقد ، إذ أن الرجوع المباشر يقتضى أن تهدر هذه السرية .

د- وأخيراً تستند هذه النظرية إلى عرف ثابت ، مقترن بتاريخ عقد الوكالة بالعمولة ومسائر للأهداف المختلفة التى يبتغى الأطراف تحقيقها منه .

ولكن الرجوع المباشر يكون ممكناً إذا أفلس الوكيل ، وذلك وفقاً لنص المادة ١٧٥ تجارى . فقد أراد المشرع أن يحفظ حقوق الطرفين ، عند مرورها بذمة الوكيل المفلس ، من أن تقع فى التقليل فتقتصرها أيدي الدائنين . لذلك أجاز لهما أن يتفاديا الدخول فى قسمة الغرماء عن طريق الرجوع المباشر ، وذلك فى حالتين :

الأولى : إذا أفلس الوكيل بالعمولة البائع بعد تمام البيع وقبل قبض الثمن ، فللموكل أن يطالب المشتري بالثمن مباشرة .

والثانية : إذا أفلس الوكيل بالعمولة المشتري بعد تمام الشراء وقبل أن يستلم البضاعة من البائع ، فللموكل أن يطالب من هذا الأخير تسليم البضاعة له مباشرة .

٨٦- نظرية النيابة الناقصة :

هى نظرية حديثة نادى بها فى فرنسا الفقيه بوريس ستارك . إذ عرضها ودعمها بالأسانيد فى مقال له ، بعنوان : العلاقات بين الموكل والوكيل بالعمولة وبين الغير ، ضمن مجموعة مقالات عن عقد الوكالة بالعمولة عام ١٩٤٩ تحت اشراف العميد هامل . ولقيت هذه النظرية

نجاحاً سريعاً عند نفر من الفقهاء في فرنسا وفي مصر (١) .

وملخص هذه النظرية أنه إذا كانت النصوص القانونية السابق الإشارة إليها تنص على عدم توفر نيابة كاملة على الوجه الذي نعرفه في الوكالة العادية ، فإن ذلك لا يعنى ضرورة أن تنعدم النيابة . وإنما يمكن ، بين كمال النيابة وانعدامها ، أن نجد نوعاً ثالثاً هو النيابة الناقصة ، قياساً على الانابة الناقصة . فكما أن الانابة الناقصة تؤدي إلى أن تنشأ علاقات بين المناب والمناب لديه ، مع بقاء حق المناب لديه قبل المنيب ، فكذلك يمكن أن تنشأ بين الموكل والغير المتعاقد علاقات مباشرة ، مع بقاء العلاقات المباشرة بين الوكيل والغير المتعاقد والمترتبة على تعاقد باسمه الشخصي .

أما آثار هذه النيابة الناقصة ، فهي نشوء علاقة قانونية مزدوجة محلها واحد : ففي الوكالة بالعمولة بالشراء يستطيع الغير المتعاقد أن يرجع مباشرة بالثمن على الوكيل - لأنه تعاقد باسمه الشخصي - وعلى الموكل أيضاً - لأن الصفقة كانت لحسابه - ؛ ولما كانت القاعدة في القانون التجارى هي التضامن عند التعدد ، فإن الوكيل والموكل يكونان مسئولين بالتضامن عن الثمن في مواجهة الغير . كذلك يستطيع كل من الموكل والوكيل بالعمولة الرجوع مباشرة على الغير المتعاقد يطالبانه تسليم البضاعة ، فيكون تضامن الوكيل والموكل حينئذ تضامناً ايجابياً في مطالبة الغير المتعاقد .

هذه النظرية منتقدة لأنها تتعارض مع صريح نص المادة ١٧٤ تجارى السالف الإشارة إليه ، ومع العرف التجارى المستقر . وهي تتعارض كذلك مع قواعد النيابة في التعاقد بصفة عامة . أما من حيث

(١) أنظر : جان همار ، جزء ٢ ص ١٠٩ ؛ ريبير ص ٩٤٥ ؛ دى لامور اندبير وروبير وهوان ، جزء ٢ ص ١٦٣ . ويزيد النظرية في مصر الدكتور عبد الحى حجازى .

الآثار ، فإن القول بتضامن الموكل والوكيل ازاء الغير المتعاقد يهدر أهداف عقد الوكالة بالعمولة التي من أهمها طمأنة الموكل من أن لن يضطر إلى أن يطالب هذا الغير الذي يجهله في غالب الأمر . وتضرر نظرية النيابة الناقصة بمركز الموكل ، وهو الباعث بعقد الوكالة إلى الوجود ، فهي تجعله بحيث يصبح عقد الوكالة بالعمولة وقد فقد في نظره الحكمة من وجوده .

لذلك لا تأخذ غالبية الفقهاء في مصر بهذه النظرية (١) ، ولا ينتظر أن يأخذ بها القضاء المصري ، فالقانون الوضعي في هذه المسألة قاطع في أن تنعدم العلاقة بين الموكل والغير المتعاقد إلا ما استثنى بنص خاص (م ١٧٤ تجارى) .

(١) كنا في كتابنا : دروس في العقود التجارية ، ١٩٥٨ قد خصصنا صفحات طويلة لنقد هذه النظرية ، (من ص ٧١ إلى ص ٨٣) ودفعنا إلى ذلك أن هذه النظرية - رغم ما يشوبها من عيوب خطيرة - قد لاقت نجاحاً سريعاً في الفقه الفرنسي الذي انبهر برونقها الخارجي ، وانتقل تأثيرها في مصر إلى الدكتور عبد الحى حجازى الذى تحمس لها ، فأصبح من الضروري مناقشتها بتفصيل كاف . وقد تبين أن الفقه المصرى في غالبية لا يؤيد هذه النظرية : أنظر الدكتور على عوض ، عقود ، ص ١٣٦ ؛ الدكتور أكرم الخولى ، عقود ، ص ٢١٩ .

ولنفس الأسباب التى من أجلها انتقدنا نظرية النيابة الناقصة ، لا نستطيع أن نؤيد ما يراه الدكتور أكرم الخولى من أن الوكالة غير النيابة تقوم على التوسيط المصرى (راجع مؤلفه فى العقود ص ٢١٩ و ٢٢٠) ، ذلك أن انعدام النيابة فى الوكالة بالعمولة يختلف عن القواعد العامة فى المادة ١٠٦ مدنى فى أنه مقصود لذاته . فلتنفاء العلاقة المباشرة بين الموكل والغير جوهرى فى عقد الوكالة بالعمولة ، وهو أساس العرف القديم المستقر على تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الشخصى .

الفصل الثالث

عقد السمسرة (١)

LE COURTAGE

٨٧- تمهيد :

عقد السمسرة عقد آخر من عقود التوسط التي تمهد لعقد أصيل .
والسمسار تاجر تقترب طبيعته عمله من طبيعة عمل الوكيل بالعمولة .
ولكن عقد السمسرة لا يثير الجدل الذي رأيناه في عقد الوكالة ، كما أن
شرح قواعده لا يقتضى الكثير من الجهد أو الوقت . ليس ذلك لأن عقد
السمسرة أقل أهمية ، فإن لعقد السمسرة مكانة رئيسية بين عقود التوسط ،
وإنما لأن السمسار لا يتعاقد لحساب عميله لا باسمه ولا بأى اسم آخر . بل
هو يقدم لهذا العمل خبرته في البحث عن متعاقد آخر ، ويقدم قدرته
على التفاوض والإقناع حتى يصل بهذا المتعاقد إلى التعاقد مع العميل
مباشرة . ولا يتدخل السمسار في العلاقة القانونية التي تتم مباشرة بين
ذوى الشأن . ومن ثم فليس على السمسار أن يلتزم شخصياً ولا أن يبرم
عقداً لحساب عميله . وبالتالي فهو فى غير حاجة إلى ضمانات خاصة
كذلك التي يحتاج إليها الوكيل بالعمولة . ولقد أفرد المشرع المواد من ١٩٢
إلى ٢٠٧ من تقنين التجارة الجديد لتنظيم السمسرة . ولا شك أن القواعد
التي أنت بها هذه المواد تعتبر بمثابة الحد الأدنى لهذا التنظيم ، فيتعين
تكميلها ، فيما سكت عنه ، باتفاق المتعاقدين وقواعد العرف التجارى
وأحكام القانون المدنى .

(١) كلامنا عن عقد السمسرة سيقصر على القواعد العامة . فلن نتناول دراسة أعمال
السمسرة التي تنظمها لوائح وقوانين خاصة كسمسرة البورصات وسمسرة التعامل فى
العقارات ومكاتب تخديم خدم المنازل ... الخ .

٨٨- تعريف العقد وتجارسته :

تعرف المادة ١٩٢ تجارى السمسرة بأنها ، عقد يتعهد بمقتضاه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين والتوسط فى إبرامه ، .

ويتبين من هذا التعريف أن مهمة السمسار لا تتطلب منه أن يكون وكيلاً ولا نائباً عن أحد طرفى العقد الأصيل ، فعمله أقرب إلى أن يكون عملاً مادياً هو التقريب بين المتعاقدين وتسهيل تلاقى العرض والطلب والبحث عن شخص يقبل التعاقد (١) . وبهذا يختلف السمسار عن الوكيل العادى والوكيل بالعمولة اللذان يتوليان عن الموكل فى إبرام العقد ، الأول باسم موكله والثانى باسمه الخاص (٢) .

ويترتب على ذلك أن الطابع التجارى يكون أظهر وأوضح فى السمسرة منه فى الوكالة بالعمولة ، لأن العمل المادى الذى يقوم به السمسار فى البحث والتقريب بين المتعاقدين لا يقتضى منه أن يكون تابعاً لأحدهما . بينما رأينا أن الوكيل بالعمولة يتبع الموكل ويأتمر بأوامره ويبرم العقد وفقاً لتعليماته . وقد كان ذلك هو السر ، فى رأى بعض الفقهاء (٣) ، وراء التفرقة التى أقامها قانون التجارة الملغى بين السمسرة والوكالة بالعمولة من حيث مدى اكتسابهما الصفة التجارية . إذ كانت السمسرة ، فى ظل هذا القانون ، تعتبر تجارية بالنسبة إلى السمسار ولو وقعت منفردة (م ٤/٢ تجارى ملغى) ، بينما لا تكون الوكالة بالعمولة كذلك إلا إذا بوشرت على سبيل الاحتراف (م ٢/٢ تجارى ملغى) .

(١) أكرم الخولى ، عقود ، ص ١٦٦ .

(٢) أنظر فى التمييز بين السمسرة والوكالة بالعمولة : نقض مدنى ، ٧ يونيو ١٩٧٣ ، مجموعة النقض ، س ٢٤ ، ص ٨٧٧ .

(٣) على البارودى ، القانون التجارى - للعقود التجارية - عمليات البنوك - الأوراق التجارية - الإفلاس - ١٩٩٨ ، فقرة ٦٩ ، ص ١٠٣ .

أما قانون التجارة الجديد ، فلقد ألغى هذه التفرقة ، واشترط ، في الفقرة د، من مادته الخامسة ، لكي تكتسب كل من الوكالة بالعمولة والسمسرة الصفة التجارية ، ضرورة مزاولةهما على سبيل الاحتراف . ولقد أحسن المشرع صنعا بإلغائه هذه التفرقة ، خاصة وإن كلاً من الوكيل بالعمولة والسمسار يؤديان ، في مجال الحياة الاقتصادية ، نفس الدور ، وهو التوسط في تداول الثروات .

كذلك حسم المشرع الخلاف ، الذي كان ناشياً في الفقه والقضاء ، حول مدى أثر طبيعة العمليات التي يتوسط السمسار فيها على اكتساب السمسرة في حد ذاتها الصفة التجارية . فقضى في نهاية الفقرة د، المشار إليها بأن السمسرة تكتسب الصفة التجارية ، أي كانت طبيعة العمليات التي يمارسها السمسار ، .

ومتى زاول الشخص السمسرة على سبيل الاحتراف ، فإنه يصبح سمساراً ويكتسب صفة التاجر . ويلتزم بأن يقيد في دفاتره ، التي تسرى عليها أحكام الدفاتر التجارية ، جميع المعاملات التي تبرم بسعيه وأن يحفظ الوثائق المتعلقة بها ، وأن يعطى من كل ذلك صوراً طبق الأصل لمن يطلبها من المتعاقدين (م ٢٠٦ / ١) .

٨٩- انعقاده واشباته :

وعقد السمسرة - كسائر العقود التجارية - عقد رضائي يتم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول وتطابقهما . ويحدد العميل عادة في هذا العقد مدى التفويض أو الأمر الذي يصدره إلى السمسار . ولا شيء يمنع - من ناحية المبدأ - من أن يكلفه العميل ، ليس فقط بمجرد البحث عن متعاقدين آخر ، وإنما أيضاً بإبرام العقد لحسابه . وحينئذ تنور مشكلة طبيعة العقد وهل هو سمسرة أو وكالة ؟ ومن المتفق عليه أن العقد لا يكون سمسرة إلا إذا اقتصر دور السمسار على التقريب بين الطرفين دون أن يتعاقد لحساب أحدهما .

لذلك لا يمكن أن يخفى السمسار اسم المتعاقد الآخر عن العميل ، طالما أنهما سيتعاقدان في النهاية وجهاً لوجه . إلا أن السمسار قد يرى ألا يقوم بالتعريف بينهما إلا عندما يتحقق لديه أن عرض أحدهما يتفق مع طلب الآخر .

وإثبات التفويض الصادر من العميل للسمسار في عقد السمسرة - كما هي القاعدة العامة في المواد التجارية - جائز بكل طرق الإثبات ، وذلك إذا كانت السمسرة تجارية بالنسبة إلى طرفيها . أما إذا كان العقد ، الذي يطلب العميل من السمسار أن يتوصل إلى إبرامه ، مدنياً فإن الإثبات ضد السمسار يظل جائزاً بكل طرق الإثبات . أما في مواجهة العميل فإن الإثبات يكون وفقاً للقواعد المدنية ، أي يجب تقديم دليل كتابي إذا زادت قيمة العقد على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة (١) .

٩٠- آثار عقد السمسرة - أولاً - التزامات السمسار :

لا صعوبة : فمهمته تقتصر على محاولة التقريب بين العميل ومتعاقد آخر ، وتنتهي متى أدى هذا التقريب إلى اتفاقهما . وعلى السمسار ، في أداء ما كلفه به عميله ، أن يبذل من العناية والحرص ما يبذله السمسار العادي . والقاضي هو الذي يقدر متى يقع السمسار في خطأ أو إهمال . ويميل القضاء عادة إلى التشدد في تطلب العناية والحرص من السمسار المحترف ، وذلك طبعاً لأنه تاجر خبير بالعمليات التي يقوم بالوساطة فيها . كذلك قد ينص الاتفاق بينه وبين عميله على التزامات أوسع ومسئولية أشد من القواعد العامة .

(١) والحرص العادي يلزم السمسار ، ولو لم يكن مفوضاً إلا من أحد طرفي العقد ، بأن يعرض الصفقة على الطرفين بأمانة وأن يوقفهما على

(١) راجع : الدكتور على عوض ، عقود ، رقم ١٠٩ ، ص ١٠٠ وما بعدها ، والأحكام القضائية التي أشار إليها في بحث تجارية عقد السمسرة (هامش ١ ص ١٠١) .

جميع الظروف التي يعلمها عنها . ويكون مسئولاً قبلهما عما يصدر منه من غش أو خطأ جسيم (م ٢٠٠ تجارى) (١) . فيخبر عميله ، مثلاً ، بأسعار السوق وقابليتها للارتفاع أو الانخفاض ، أو باحتمال وجود نزاع ما على العين محل الصفقة ؛ أو قيام عارض من عوارض الأهلية عند الطرف الآخر . ولا يضمن السمسار يسار المتعاقد الذى يقدمه لعميله (م ٢٠٣) . ولكن ذلك لا يعنى أن يقدم له متعاقداً يعلم أنه معسر أو أنه لن يكون قادراً على تنفيذ التزاماته . وهو إن فعل يكون قد وقع فى خطأ لا يقع فيه السمسار العادى ، ومن ثم تجب مسئوليته . كذلك يجب أن يتأكد السمسار من صحة شخصية المتعاقد الآخر . فهو مسئول إذا قدم لعميله شخصاً معنوياً تبين فيما بعد أنه لا يتمتع بوجود قانونى .

وللسمسار أن يخفى اسم المتعاقد الآخر إلى ما يقرب من النهاية . ولكنه فى هذه الحالة يكون مسئولاً عن وجود هذا المتعاقد وظهوره عندما يحين وقت التعاقد بينه وبين العميل .

وقد يكون السمسار مكلفاً من أحد الطرفين . ولكنه قد يكون مكلفاً من الطرفين معاً ، كأن يطلب منه عميل أن يبحث له عن مشتر ويطلب منه آخر أن يبحث له عن بائع . فى هذه الحالة يجب على السمسار ألا يتحيز لأحد العميلين فيغلب مصلحته على مصلحة الآخر ، وإنما يتوسط بينهما إلى أن تتلاقى المصلحتان .

ونص المادة ٤٨٠ مدنى يمنع السماسرة من أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها سواء أكان ذلك بأسمائهم أو باسم مستعار ، ولكن

(١) ولكنه لا يلزم بتقديم نصائح ؛ كذلك لا تعتبر مبالغاته فى تحبيز الصفقة من قبيل التدليس ، أنظر : الدكتور أكثم الخرنى ، عقود ، ص ١٧٢ . ومع ذلك فإن على القاضى ، وفقاً للظروف ، أن يقدر متى تتعارض هذه المبالغات مع مقتضيات الأمانة وحسن النية مما يرتب مسئولية السمسار .

ذلك يتوقف على رضا العميل ، والفرض أنه لن يجهل ذلك طالما أن الصفقة ستتم بينه وبين المتعاقد نفسه آخر الأمر . فإذا ظهر أن المتعاقد هو ذات السمسار الذي كلفه بالبحث ، فهو بالخيار ، وله أن يبرم الصفقة مع ذلك . وتثور في هذه الحالة مشكلة وجود عقد السمسرة واستحقاق السمسار الأجر ، إذ لا يعقل أن يستحق السمسار أجراً على الجهد الذي بذله في العثور على نفسه ، بصفته المتعاقد الآخر . لذا فالراجح في الفقه والقضاء أن السمسار لا يستحق في هذه الحالة أجراً ، وأن العقد الذي بينه وبين العميل لا يعدو حينئذ أن يكون صفقة عادية بينهما^(١) . ولقد تبلى قانون التجارة الجديد هذا الاتجاه . فنص في المادة ٢٠١ منه على أنه : لا يجوز للسمسار أن يقيم نفسه طرفاً في العقد الذي يتوسط في إبرامه إلا إذا أجازته المتعاقد في ذلك ، وفي هذه الحالة لا يستحق السمسار أى أجر .

وأخيراً تنتهى مسؤولية السمسار إذا نجح في التوفيق بين عروض الطرفين فجعلهما في وضع يصلح لإبرام العقد بينهما . والسمسار لا يبرم العقد بنفسه ؛ وإنما يكتفى بأن يخبر الطرفين بأن عروضهما قد تلاقت وأنهما على اتفاق ، ثم يقدم كلاً منهما للآخر لإبرام العقد دون أن يكون طرفاً فيه . لذلك لا يسأل السمسار عن العقوبات التي قد تعترض تنفيذ العقد أو عن قيمة أو صنف البضائع المتعلقة بالعقد الذي توسط في إبرامه إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم في جانبه (م ٢٠٣) .

(٢) وقد يحدد الاتفاق بين العميل والسمسار الالتزامات التي تقع على عاتق هذا الأخير ؛ ونادراً ما يضيق الاتفاق من نطاق مسؤولية السمسار ، بل الغالب أن يتضمن الاتفاق توسيعاً في هذه المسؤولية . وذلك بأن

(١) أستاذنا الدكتور محسن شفيق ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ ؛ المرحوم الدكتور فريد مشرقى ، المرجع السابق ، ص ٤٧٧ .

يضمن السمسار لعميله قيام التعاقد الذي يقدمه بالتزاماته أو أن يضمن يسار هذا التعاقد عند التنفيذ . كذلك قد يكلفه الطرفان بإبرام العقد بينهما . ولكن الأمر في هذه الحالة يخرج عن نطاق عقد السمسرة ، ويكون السمسار وكيلًا عن الطرفين .

هذا وفي حالة تعدد السماسرة تكون مسؤوليتهم تضامنية عن العمل المكلفين به شريطة أن يكونوا قد فروضوا بعقد واحد وألا يكون مرخصاً لهم بالعمل منفردين (م ١/٢٠٥) .

وأخيراً فإن السمسار يسأل عن تعريض الضرر الناجم عن هلاك أو فقدان ما يتسلمه من مستندات أو أوراق أو أشياء متعلقة بالعقد الذي يتوسط في إبرامه ما لم يكن ذلك راجعاً إلى القوة القاهرة (م ٢٠٢) .

٩١- ثانياً ، حقوق السمسار :

أهم حقوق السمسار هو أن يحصل على أجره . وله أيضاً أن يسترد المصروفات التي أنفقها في سبيل المهام التي يكلفه بها عميله ، وأن يحصل على التعويض المناسب إن كان له مقتض .

٩٢- ١ : حق السمسار في الحصول على الأجر المتفق عليه :

يتقاضى السمسار ، في مقابل الخدمة التي يقدمها لعملائه ، أجراً يسمى سمسرة أو عمولة ، يتفق عليه عادة في العقد . وقد يكون مبلغاً محدداً ، ولكن الغالب أن يكون نسبة معينة من قيمة الصفقة (٥ % مثلاً) . والغالب أيضاً أن يجري عرف خاص بأجر السمسار الذي يحترف التوسط في نوع معين من العقود - كأجر ٥ % من قيمة العقار المبيع - ، بحيث إذا لم يرد في العقد نص على قيمة الأجر فإن القاضى يحكم مع ذلك بهذا الأجر المتعارف عليه (١) . فإذا لم يوجد عرف كان على

(١) من أمثلة العرف في أجر السمسار تحديد ٢,٥ % للسمسرة في عقود الرهن العقارية من قيمة القرض المضمون بالرهن على عائق الطرفين ، و ٥ % في عقود بيع الخيول -

القاضي أن يتولى بنفسه تحديد أجر السمسار تبعاً لما بذله من جهد وما استغرقه من وقت في القيام بالعمل المكلف به (م ١٩٣) .

وفي حالة تعدد السماسرة ، للتوسط في إبرام عقد ، ولم يتم تحديد أجر مستقل لكل منهم ، استحق كل منهم نصيباً في الأجر المشترك بنسبة ما بذله من جهد في إبرام العقد (م ٢٠٥ / ٣) .

ولكن هل يجوز للقاضي أن يعدل من قيمة الأجرة المتفق عليها بالزيادة إذا وجد أنها لا تتناسب مع المجهود الذي بذله السمسار ؟ نحن نعرف أن القاعدة العامة الواردة في المادة ٧٠٩ مدني ترى أنه ، إذا اتفق على أجر الوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي إلا إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة ، . وقد ذهبت بعض المحاكم إلى القول بجواز تطبيق هذا النص على أجر السمسار (١) . ولكن هذا الرأي يتعرض لنقد غالبية الفقهاء (٢) . وذلك أولاً لأن هذا النص استثنائي وخاص بالوكالة ، وثانياً لأن تدخل القاضي هنا يقصد به حماية الوكيل من احتمال إساءته لتقدير جهوده قبل أن يبدأ بالقيام بها (لذلك فإن هذا الأجر إذا دفع طوعاً بعد التنفيذ فلا داعي لتدخل القاضي) . والمفروض أن السمسار المحترف تاجر في غير حاجة إلى مثل هذه الحماية ، وهو لا بد يحسن تقدير جهوده تقديراً نهائياً . على أن هناك اعتباراً آخر أكثر أهمية في الميدان التجاري بالذات ، وهو استقرار التعامل واطمئنان العملاء . إذ لا يخفى أن

= على عاتق الطرفين دون تضامن . راجع : أكيثم الخولي ، عقود ، ص ١٧٢ والأحكام التي أشار إليها .

(١) مصر الجديدة الجزئية ٢٢ يونيو سنة ١٩٥٠ ، حمامة ٣١ ص ١٥٢ .

(٢) أستاذنا الدكتور محسن شفيق ، الوسيط جزء ٢ ص ١٠٢ ، المرحوم الدكتور فريد مشرقى ص ٤٧٩ ، الدكتور علي حسن يونس ، العقود التجارية ١٩٦٢ بند ٢٩١ ص ٣١٤ ، وهو يرى أن نص المادة ٧٠٩ مدني نص استثنائي لا يجوز التوسع في تفسيره لولاقياس عليه ، وأن السبب في تقريره هو أن الوكالة المشتبه عمل تبرعى بحسب الأصل .

احتمال زيادة أجر السمسار عما تم الاتفاق عليه أمر من شأنه أن يثير القلق والارتباك في المعاملات التجارية . فمن الخير ، حتى إذا فرض أن السمسار قد أساء تقدير أجره ، أن تقع عليه وحده مغبة ذلك .

وإذا كان غلبة الفقه يرى عدم جواز زيادة أجر السمسار عما اتفق عليه - باعتبار أن هذا الأخير تاجر لا يحتاج إلى حماية لكونه أقدر من غيره على حسن تقدير جهوده - فيجوز للمحكمة ، حماية للمتعامل مع السمسار ، أن تخفض أجره إذا رأت أنه لا يتناسب مع ما بذله من جهد في إبرام الصفقة ، اللهم إلا إذا عزف العميل عن هذه الحماية وقام طوعاً بعد إبرام العقد بدفع الأجر المتفق عليه (م ١٩٦) .

ولكي يستحق السمسار عمولته لابد من توفر شروط ثلاثة ، تستنتج من نص المادة ١٩٤ تجارى ، وهى :

١- أن يستند عمل السمسار إلى تفويض من العميل ، أى أن يقوم السمسار بعمله مستنداً إلى عقد سمسة يربطه بالعميل . والسمسار يستحق عمولته من الطرف الذى فوضه فقط (م ١/١٩٨) . وعلى ذلك إذا قام السمسار من تلقاء نفسه بالتقريب بين متعاقدين دون أن يكون أحدهما قد كلفه بذلك فلا يستحق على ذلك أجراً^(١) . وعلى العكس من ذلك ، إذا كلفه الطرفان معاً فإنه يستحق عمولته منهما معاً ولكن بلا تضامن بينهما حتى ولو اتفقا فيما بينهما على أن يتحمل أحدهما الأجر بأكمله (م ٢/١٩٨) .

أما إذا فوض أشخاص متعددون سمساراً واحداً فى عمل مشترك

(١) هذا هو الرأى المستقر عليه فقهاً وقضاءً : أنظر : حكم محكمة النقض المصرية ١٩ يونيه ١٩٥٣ ، محاماة السنة ٣٥ ص ٦٧٠ . قارن مع ذلك رأى الدكتور عبد الحى حجازى ، عقود ص ١٦٩ . ويلاحظ أن يكون للسمسار على أى حال الرجوع على أساس الإثراء بلا سبب طبقاً للقواعد العامة إذا توفرت شروط هذا الرجوع ، أنظر : للدكتور على يونس ، العقود - ١٩٦٢ بند ٢٨٩ ص ٣١١ .

بينهم كانوا مسئولين بالتضامن قبله عما يستحقه من أجر ، ما لم يتفق على غير ذلك (م ٢٠٥ / ٢) .

٢- وأن يتم الاتفاق بين الطرفين . أما إذا فشل السمسار في العثور على متعاقد آخر يقبل شروط عمله فإنه لا يستحق أى أجر ، حتى ولو كان السمسار قد بذل في ذلك جهداً غير منتج . ولكن إبرام الاتفاق يكفي لاستحقاق الأجر ، فلا يشترط أن يتم تنفيذ العقد كله أو بعضه (م ١٩٤ / ٢) . كذلك لا يشترط أن يتم العقد النهائي ، فيكفي لاستحقاق الأجر أن يتم العقد الابتدائي بين الطرفين حتى ولو لم تكتمل بعد الإجراءات القانونية المتعلقة بالعقد .

أما إذا كانت الشكلية شرط انعقاد العقد ، كبيع السفينة مثلاً ، فيرى بعض الفقهاء أن أجر السمسار لا يستحق إلا إذا تم الشكل الذي يتطلبه القانون (١) . ونحن لا نرى هذا الرأي ، لأن دور السمسار هو في التوفيق بين المتعاقدين والوصول بهما إلى مرحلة تلاقى العروض تلاقياً كاملاً ، فإذا نجح في ذلك استحق أجره ، ولا شأن له بعد ذلك بصياغة العقد وإفراغه في الشكل القانوني المطلوب ، فتلك مهمة المتعاقدين (٢) .

ولقد تبني المشرع في قانون التجارة الجديد هذا الاتجاه الأخير عندما نص في الفقرة الأخيرة من المادة ١٩٤ على أنه ، إذا كان أحد آثار العقد يتوقف على إجراء قانوني معين كالسجل في بيع العقار أو القيد في الرهن الرسمي استحق السمسار أجره بمجرد إبرام العقد الابتدائي ، .

(١) أستاذنا الدكتور محسن شفيق ، المرجع السابق ص ١٠٦ ؛ الدكتور على جمال الدين ، عقود ص ١٠٩ ؛ الدكتور على يونس ، العقود - ١٩٦٢ ص ٣١٦ الذي يرى أن من الممكن تحقيق الغاية العملية التي يسعى إليها القضاء عن طريق التعريض الذي يحكم به للسمسار بسبب خطأ المتعاقد أو تعنته . ولكن يرد على ذلك بأن نطاق الحكم بالتعريض مشروط بالخطأ ، فهو أضيق من نطاق الحكم بالأجرة .

(٢) رويّد هذا الرأي الدكتور أكرم الخولي ، عقود ، ص ١٧٧ ؛ استئناف مختلط ١٤ يونيو ١٩٣٢ ، ب ٤٤ - ٣٦٦ .

وإذا كان العقد معلقاً على شرط واقف فلا يستحق السمسار أجره إلا بتحقيق الشرط (م ١٩٤/٣) . أما إذا كان معلقاً على شرط فاسخ ؛ فيستحق السمسار أجره بمجرد إبرامه . ويثور الخلاف في حالة ما إذا تحقق الشرط الفاسخ : فيرى البعض أن الأثر الرجعي يجعل العقد كأن لم يكن ، وبالتالي يجب على السمسار أن يرد العمولة التي تقاضاها (١) . ويفرق البعض الآخر بين ما إذا كان الشرط الفاسخ متعلقاً بأسباب شخصية بطرفي العقد وهنا لا يكون لتحقيقه أثر في ضرورة استبقاء السمسار أجره ، وبين ما إذا كان الشرط الفاسخ متعلقاً بأسباب خاصة بموضوع العقد ذاته فيلزم السمسار برد الأجر (٢) . ويرى آخرون أن السمسار لا يرد العمولة حتى ولو تحقق الشرط الفاسخ (٣) . ونحن من أنصار الرأي الأخير ، لأن الأثر الرجعي يقتصر على العقد الذي تضمن الشرط الفاسخ ؛ فليس من شأنه أن يؤثر على حق السمسار الذي تأكد باتفاق الطرفين وأصبح بذلك نهائياً باتاً . ولقد انحاز المشرع لهذا الرأي الأخير ، فنص في المادة ١٩٥ تجاري على أنه إذا فسخ العقد الذي توسط السمسار في إبرامه جاز له المطالبة بأجره أو الاحتفاظ به إذا كان قد قبضه إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم في جانبه .

كذلك لا يتأثر حق السمسار في العمولة ببطان العقد بعد ذلك إذا ثبت أنه لم يكن يعلم بسبب هذا البطلان .

والواقع أن على القضاء أن يعتمد في حل كل هذه المسائل ، المتعلقة بالعقد ، بجوهر السمسرة ذاتها كعقد من عقود الوساطة . ذلك أن مهمة السمسار الحقيقية هي الوصول بالطرفين إلى مرحلة الاتفاق الكامل على

(١) الدكتور محسن شفيق ، للمرجع السابق ص ١٠٦ .

(٢) الدكتور على عوض ، عقود ، ص ١٠٧ و ١٠٨ .

(٣) الدكتور عبد الحى حجازي ، عقود تجارية . ص ١٦٨ ؛ الدكتور أكثم الخولي ، عقود ،

ص ١٧٨ ؛ الدكتور على يونس ، العقود التجارية ١٩٦٢ ص ٣١٨

العقد الذى توسط فى ابرامه ، ولا شأن له بما يجاوز ذلك . ومن ثم فإن شكل العقد من الناحية القانونية ، أو تحقق شرط فاسخ بعد أن تم انعقاده ، أو بطلان العقد لسبب لا يرجع إليه ولا يعلم به ، كل هذه مسائل تتعدى المهمة الطبيعية ، لتقع على عاتق طرفى العقد وحدهما .

ومن نافلة القول أن محل العقد ، الذى يتوسط السمسار فى ابرامه ، يجب أن يكون مشروعاً . فإذا توسط فى ابرام صفقة ممنوعة قانوناً فلا يستحق عنها أجراً (م ١٩٧) .

٣- ويجب أن تكون هناك رابطة سببية بين جهود السمسار وبين ابرام الصفقة . وليس معنى ذلك أن يشترك السمسار فى جميع مراحل المفاوضات ، أو أن يحضر صياغة العقد ، وإنما يكفى أن يتم العقد بناء على تدخله (١) ، ولو لم يكن هذا التدخل بارزاً فى كل مراحل الصفقة .

والسمسار يستحق أجره عن هذه الصفقة فقط . فإذا قام الطرفان ، اللذان قرَّب بينهما السمسار ، بإبرام عقود أخرى من ذات النوع فإن السمسار لا يستحق أى عمولة عن هذه العقود اللاحقة لأنها تمت دون تدخله .

ومحكمة الموضوع هى التى تقدر رابطة السببية بين تدخل السمسار وإبرام العقد .

٩٢-٢- استرداد مصاريف الوساطة :

والقاعدة أنه لا يجوز للسمسار استرداد المصاريف التى أنفقها فى تنفيذ العمل المكلف به ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . كما إذا طلب منه السفر إلى محل التعاقد الآخر أو الإعلان فى الصحف أو ما شابه ذلك ، وكانت هذه المهام تقتضى اتفاق مصروفات . فالسمسار ، فى هذه الحالة ،

(١) «بحيث لولا تدخله ما كان العقد لينعقد لو سارت الأمور سيرها الطبيعى» الدكتور عبد الحى حجازى ص ١٦٩ .

أن يطلب منه استرداد هذه المصاريف حتى ولو لم يتم العقد (م ١٩٩) .
أما المصاريف العادية التي ينفقها السمسار في ممارسته مهنته عادة فلا محل للمطالبة بها .

٩٤-٣- حق السمسار في الحصول على تعويض :

الأصل ، كما رأينا ، أن السمسار لا يستحق أجره إلا إذا تم الاتفاق .
ولكن قد يحدث أن يؤدي السمسار كل ما يجب عليه لكي يتم هذا الاتفاق ، فيقدم لعميله متعاقداً مناسباً يقبل الشروط التي يعرضها العميل .
ومع ذلك لا يتم العقد ، إما لخطأ العميل أو تعنته أو لأنه قد عدل عن إبرام الصفقة لسبب أو لآخر . عندئذ لا يستحق السمسار أجراً ، أو سمسة ، على الرأي الراجح في الفقه والقضاء (١) ، إذ أن هذه السمسة أو العمولة مشروطة بقيام الاتفاق بين المتعاقدين ، والفرض أنه لم يتم . ولكن ذلك لا يمنع من أن يستحق السمسار تعويضاً من العميل الذي فوضه ، وذلك في الحالات التي لا يكون ذلك فيها منافياً لعرف تجاري خاص بنوع العقود التي يتوسط في إبرامها . والقضاء مستقر على ذلك . ولقد أخذ المشرع في قانون التجارة الجديد بهذا الحكم فنص ، في عجز الفقرة الأولى من المادة ١٩٤ ، على أنه : إذا لم يتم إبرام العقد بسبب تعنت من فوضه جاز للمحكمة أن تعوض السمسار عما بذله من جهد . هذا التعويض أساسه المسؤولية التعاقدية ، ذلك أن السمسار قد قام بأداء التزامه كاملاً ونجح فيما كلفه به عميله وكان يجب أن يستحق سمسرتة بتمام الاتفاق المنشود . ولذا فإن خطأ العميل أو تعنته أو عدوله الاختياري عن إبرام الصفقة يعتبر إخلالاً بالتزام تعاقدى وهو الالتزام بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع حسن النية (٢) (م ١٤٨ مدنى) . فيترتب

(١) استئناف مختلط ٣ مايو ١٩٣٢ ، ب ٤٤ - ٣٠١ و ٣٠ مارس ١٩٣٨ ، ب ٥٠ - ١٩٧

أشار إليهما الدكتور أكرم الخولى ، عقود ، ص ١٧٥ .

(٢) قارن رأى الدكتور أكرم الخولى ، ص ١٨٠ ، وهو يفرق بين فرضين : عدول العميل -

على ذلك أن يستحق السمسار تعويضاً عادلاً يحكم به القضاء . وكثيراً ما يكون هذا التعويض العادل مساوياً للعمولة التي كان السمسار يستحقها لو أن هذا الاتفاق قد تم .

- عن التعاقذ دون مبرر مشروع وفي هذه الحالة يستند تعويض السمسار إلى المادة ٦٣٣ منقذ المتعلقة بعدول رب العمل عن المقاولة . أما في الحالات الأخرى ، كحالة تمام العقد بعد اتمدة المحددة في عقد السمسرة أو إذا ساهمت خدمات السمسار بقدر ما في اتمام العقد وإن لم يكن تمامه نتيجة لهذه الخدمات ، فإن السمسار يرجع على العميل في هذه الحالات مستنداً إلى قواعد الاثراء بلا سبب .

الفصل الرابع

الرهن التجاري

LE GAGE COMMERCIAL

٩٥- تمهيد ، الرهن التجاري وفكرة الائتمان ،

رأينا كيف تمهد عقود الوكالة والسمسرة إلى إبرام عقود تجارية أخرى ، وكيف تسند جميعاً إلى فكرة تجارية المنبت والنشأة : هي فكرة الوساطة . والآن سنتناول بالبحث عقداً يشجع هو الآخر على إبرام العقود التجارية ، هو عقد الرهن التجاري ، إذ يضمن تنفيذ هذه العقود ، ويستند إلى فكرة هي الأخرى تجارية المنبت والنشأة : هي فكرة الائتمان .

٩٦- تطور الرهن التجاري بتطور فكرة الائتمان ،

والأصل ، كما رأينا عند دراسة الأحكام العامة ، أن الائتمان التجاري شخصي لا عيني . بمعنى أن التأجير يأتى مدينه شخصياً دون حاجة إلى أن يرتهن شيئاً من أمواله ، مكثفياً بما يتوسمه فيه من قدرة على تنفيذ التزاماته ، ومعتمداً على قسرة القواعد التجارية فى اقتضاء هذا التنفيذ . وقد كان الأمر كذلك بالفعل حتى منتصف القرن التاسع عشر . لذلك لم تتضمن المجموعة التجارية الفرنسية الصادرة عام ١٨٠٧ أحكاماً خاصة بالرهن التجاري بل اكتفت بالقواعد الواردة فى القانون المدنى . فكان على التاجر ، إذا اضطر إلى الالتجاء إلى الرهن ، أن يتبع القواعد والشكليات الخاصة بإنشاء الرهن ، ويسريانه على الغير والتي أوردها المجموعة المدنية .

ونادراً ما كان التاجر ، فى هذه الظروف ، يلجأ إلى الرهن . وحتى إذا لجأ إليه ، فنادراً ما كان الدائن يقبل الائتمان العيني إذا فقد ثقته فى شخص المدين . إذ كان مجرد اقدام التاجر على عرض الرهن على

دائنه مدعاة لسحب هذه الثقة ، لأن الالتجاء إلى الرهن - وهو يقتضى إجراءات خاصة ، فضلاً عن نقل حيازة الشئ المرهون إلى الدائن - كان يبرر استنتاج أن التاجر قد اضطريت أعماله ولم يعد جديراً بالائتمان .

ولكن فكرة الرهن تطورت من ناحيتين تؤديان معاً إلى ازدياد أهميته وكثرة الالتجاء إليه فى الميدان التجارى : فمن ناحية أخذت الثروة المنقولة تفيض وتزداد أهمية بعد الثورة الصناعية ووفرة الانتاج الصناعى ، مما جعل الاستناد إليها لجلب ائتمان الدائنين وجهاً عادياً من وجوه الاستفادة منها . ومن ناحية أخرى ، تطورت نظرة التجار أنفسهم إلى فكرة الرهن ، فلم يعد لها فى نظرهم ذلك الوجه القاتم الذى يندثر بالانهيار ، ولم يعد اشتراط الدائن الحصول على ضمان عيى دليلاً على عدم الثقة . وإنما أصبح الرهن تدريجياً وسيلة من وسائل الائتمان التجارى ، وسيلة مناسبة عادية يقدمها المدين لأن لديه من المنقولات الشئ الكثير ، ويقبلها الدائن لأنها تزيد من اطمئنانه ووثوقه من الحصول على دينه .

وما لبث المشرع الفرنسى أن أحس بهذا التطور فاستجاب إليه بالقانون الصادر فى ٢٣ مايو سنة ١٨٦٣ . تضمن هذا القانون أحكاماً خاصة بالرهن التجارى ، خلصته من أكثر شكيلات القانون المدنى ، ويسرت من طرق التنفيذ على الأشياء المرهونة . وقد نقلت المجموعة التجارية المصرية عند صدورهما عام ١٨٨٣ هذه الأحكام فى المواد من ٧٦ إلى ٨٠ ، وكذلك فعل قانون التجارة الجديد فى المواد من ١١٩ إلى ١٢٩ .

٩٧- ضرورة انتقال الحيازة فى رهن المنقول رغم تعارض ذلك مع صالح التجارة :

على أن المشرع التجارى قد استجاب لداعى السهولة واليسر بقدر ما استطاع . وهو لم يكن يستطيع أن يتفادى قاعدة هامة من قواعد رهن المنقول ، وهى التى تشترط أن تنقل حيازة الشئ المرهون من المدين الراهن إل الدائن المرتهن . هذا رغم أن انتقال الحيازة من المدين إلى

الدائن أمر قد يتعارض مع صالح التجارة . فانتقال الحيازة يحرم المدين من أحد عناصر الانتاج قد تكون له أهميته . وهو يثقل الدائن بواجبات حفظ الشيء المرهون والعناية به . ثم أن كل ذلك يقتضى مصروفات انتقال، ويستغرق وقتاً . لذلك يقول العميد هامل إنه ، فى عالم يعد فيه الزمن عاملاً من عوامل الانتاج، يؤدى تجريد المدين من حيازة الشيء المرهون إلى البطء فى سير العمليات، بحيث يصبح الائتمان عدواً للانتاج ، إذ لا يمكن اكتساب هذا إلا على حساب ذاك ،^(١).

ويكشف العميد هامل ، فى مكان آخر^(٢) ، عن السر فى ضرورة أن يحترم المتعاقدان - حتى ولو كانا ينتميان إلى الميدان التجارى - قاعدة انتقال حيازة المنقول المرهون : « ذلك أن تكوين عقد الرهن يتضمن عنصراً عينياً يهم الغير بصفة مباشرة ، فلا يتعلق الأمر هنا إذاً بمتعاقدين يستبدان بتنظيم علاقتهما العقدية فيما بينهما كما يحولهما ، وإنما يتعلق الأمر بإقامة نظام قانونى يتمتع أحد المتعاقدين فى ظله بمركز يسمح له بحق الأفضلية فى مواجهة دائنين آخرين للمتعاقد . ودخول مصالح الغير فى نطاق العقد لا يسمح بأن نترك إرادة المتعاقدين تتمتع بتلك الحرية التى هى أساس عقود القانون الخاص ، » .

وذلك قول سليم . إلا أننا يجب أن نضيف إلى ذلك أن الغير لن يقلق كثيراً إذا لم تنتقل حيازة المنقول المرهون إلى الدائن المرتهن ، إنما الدائن المرتهن هو الأولى بالقلق . فهناك قاعدة أساسية من قواعد القانون المدنى تحمى الحائز حسن النية إذا تعلق الحيازة بمنقول . وهى قاعدة أكدتها المادة ٢٢٧٩ المشهورة من القانون المدنى الفرنسى . وتؤكددها فى القانون المدنى المصرى المادة ١/٩٧٦ التى تنص على أن « من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح

(١) J . HAMEL, Le gage sans dépossession D . chron . 1945 . p 87 .

(٢) Le gage commercial ' 1953 . préface p . 6 .

مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته ، . هذه القاعدة كفيلة بأن تحمي الغير ، لأنه إذا تصرف المدين فى الشئ المرهون إلى حائز حسن النية ، فإنه يحتج بحقه فى مراجعة الدائن ولو كان لاحقاً لتاريخ الرهن (م/١١١٨/٢ مدنى) .

فالمهم إذا هو : كيف توفر الحماية الضرورية للدائن دون أن تضطر إلى نقل الحيازة ؟ ، وتوفير الحماية الكافية للدائن يتوقف عليها وجود أو عدم وجود نظام الرهن جميعه . ذلك أن قيمة الضمان الذى يوفره الرهن التجارى لا يتوقف فقط على قيمة المنقول المرهون وإنما يتوقف على ما يمكن أن يوفره المنقول من الحماية للدائن . والمنقول المرهون - مهما بلغت قيمته - لا يوفر للدائن إلا حماية ضئيلة إذا ظل المنقول فى حيازة المدين الراهن ، لأن المدين الراهن يستطيع دائماً أن يتصرف فى هذا المنقول إلى حائز حسن النية .

لا مناص إذاً من نقل الحيازة لحماية الدائن : وعلى المدين التاجر أن يوازن بين حاجته إلى الائتمان وبين حاجته إلى أن يبقى الشئ المرهون تحت يده يباشر عليه نشاطه التجارى . ولا بد له أن يضحي باحدى حاجتيه لينال الأخرى .

٩٨- امكان رهن بعض المنقولات ذات الطبيعة الخاصة دون نقل

حيازتها ،

إلا أن هذه القاعدة قد خضعت أيضاً لذات التطور الذى أصاب كثيراً من القواعد من جراء الثورة الصناعية : فقد اتجه الاهتمام إلى القيم والثروات المنقولة إذ أخذت تحتل مكانها الممتاز بالنسبة إلى الثروة العقارية التى كانت - قبل ذلك - الثروة الرئيسية التى يعتد بها عند قياس الثروات . هذا التطور كشف - وما زال يكشف - عن منقولات ذات أهمية كبيرة ، وقيمة تفوق فى كثير من الأحيان قيمة العقار ، وتتمتع - وهذا هو العنصر المميز الهام - بعلامات وصفات مستقلة تكفل لها نزعاً من التعيين المجرد عن حيازة الانسان . هذا التعيين الذاتى يزدى ذات الدور

القانونى الذى يقوم به النبات فى العقار إذ يسمح - كما هو الحال فى العقار - بإنشاء نظام لشهر الحقوق التى يمكن اكتسابها على المنقول .

وقد آثار اكتشاف هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة كثيراً من التردد . فوجدنا بين الفقهاء من يدعى أن السفينة عقار (١) ، ومن يزعم أن المحل التجارى هو الآخر عقار (٢) . كما أن التقسيم بين العقار والمنقول قد أخذ يتزعزع بالنسبة للقاعدة الأساسية التى عرضناها ، وهى قاعدة الحيازة فى المنقول بحسن نية سند الملكية .

إلا أن المشرع الفرنسى لم يتردد فى الاستفادة من طبيعة هذه المنقولات - وعلى الأخص بالنسبة للموضوع الذى نحن بصدده ، موضوع الرهن التجارى - فقد سارع المشرع بتنظيم الرهن عليها على وجه يكفل حماية الدائن دون حاجة إلى نقل الحيازة ، وذلك بتقرير نظام لشهر الحقوق العينية يغنى عن الحيازة ، ولا يضر بالغير . فكان القانون الصادر فى ١٩ ديسمبر سنة ١٨٧٤ الخاص برهن السفينة ؛ والقانون الصادر فى أول مارس سنة ١٨٩٨ خاصاً بالمحال التجارية . ثم صدر القانون الخاص بالمراكب النهرية فى ٥ يوليو سنة ١٩١٧ ، والقانون الخاص بالطائرات فى ٣١ مايو ١٩٢٤ . وبعد ذلك صدر فى ٢٩ ديسمبر ١٩٣٤ قانون خاص ببيع السيارات بالأجل يقرر رهنًا لمصلحة البائع على السيارة التى باعها مع بقاء السيارة فى حيازة المشتري ، ثم كان دور الأفلام السينمائية فى قانون ١٢ يونيو ١٩٤٤ . وأخيراً خطا المشرع الفرنسى فى ١٨ يناير ١٩٥١ خطوة جديدة جريئة ، إذ أصدر قانوناً خاصاً برهن الآلات والأدوات المستخدمة فى الاستغلال الصناعى دون نقل

(١) EMIL Aubertin ' la nature de navire, Rev . G. de leg . et de juris . 1893 p . 157 .

(٢) Lavalette - Simon, l'immobilisation des fonds de commerce, thèse, Paris 1913, p. 38 et 5 .

حياسة هذه الآلات . ووضع هذا القانون وسيلة غريبة من وسائل الشهر ، إذ نص على ضرورة أن يضع المدين الراهن على الأدوات المرهونة علامة plaque تدل على تحملها بحق الدائن المرتهن . ولم يجد هذا القانون الأخير الدجاج الذي توقعه واضعوه ، لأن هذه العلامة على أدوات المصنع - كوسيلة من وسائل شهر حق الدائن المرتهن - تعد فضيحة علنية لمركز المدين الراهن . وهي فضيحة لا يتخلص منها حتى بعد سداد الدين ، إذ يبقى عادة من هذه العلامة - حتى بعد نزعها - أثر يحتاج إلى زمن طويل قبل أن ينمحي .

ولكن هذه المحاولات التي أقدم عليها المشرع الفرنسي ، أيا كان نصيبها من النجاح أو الفشل ، هي ذات أهمية كبرى من الناحية القانونية ، ليس فقط لأنها تقوم بدور الطليعة المستكشفة في فتح آفاق جديدة غير مطروقة ، وإنما لأنها تعد الخطوات الأولى من تطور قانوني لم ينته بعد ، وما زال بعيداً عن أن يكتمل . وسوف يضيق هذا التطور من نطاق تطبيق قاعدة الحياسة في المنقول بحسن نية سند الملكية (وهي قاعدة سببها القصور القانوني عن حماية صاحب الحق العيني على المنقول) ويتحقق في نطاق المعاملات ، على وجه العموم ، نظام قانوني مكتمل للحقوق العينية على المنقول ، ويستند إلى مصدر الحق العيني ذاته أكثر مما يستند إلى واقع الحياسة .

ورغم أن كثيراً من الدراسات الفقهية قد تناولت هذه القوانين ، إلا أنها تناولتها بشكل وصفي منحصر في نطاق التفسير والإيضاح . ذلك أن المشرع الفرنسي لم يتبع خطة واحدة عامة ، وإنما هي قوانين متفرقة في روحها ووسائلها . فما زالت الحاجة ماسة إلى دراسات تستخلص النظرات الجامعة وتستنبط الأحكام العامة حتى تحت خطوات هذا التطور المرموق^(١).

(١) ومن بين أهم الدراسات العامة في هذا الصدد :

أما بالنسبة للمنقولات التي لا تسمح طبيعتها بشهر حق الرهن المترتب عليها ، وأهمها ، في الميدان التجاري ، البضائع بأنواعها المختلفة ، فلامناص من تطبيق القواعد العامة ، ولا مفر من أن يتخلى عنها المدين إذا شاء أن يجعلها ضامنة لديونه .

٩٩- رهن البضائع العادية عن طريق الايداع في المستودعات

العامة :

رهن البضائع لم يكن ذا أهمية خاصة حتى قامت الثورة الصناعية ، فزاد الإنتاج زيادة ضخمة عن حاجة الاستهلاك ، وفي ذات الوقت احتاج المنتجون إلى رؤوس الأموال ، وعلى الأخص إلى الائتمان المصرفي ، فكان من الطبيعي أن يكون رهن هذه البضائع هو الوسيلة الطبيعية المناسبة للحصول على الائتمان اللازم لأصحابها .

ولكن المشكلة كانت في عمليات النقل التي يستلزمها الرهن . فقد كان يجب أن تنتقل هذه البضائع مرة من المدين إلى الدائن عند نشأة الدين المضمون ؛ ومرة أخرى من الدائن إلى المدين عند انقضاء هذا الدين . فإذا كانت البضائع المرهونة ثقيلة الوزن أو كبيرة الحجم ، فقد تبلغ نفقات نقلها وتخزينها وحراستها وصيانتها مبالغ طائلة قد تدنو من قيمة الدين المضمون . وكثيراً ما لا يمتلك الدائن المرتهن - أو لا يعرف- الوسائل التي تكفل له حيازة هذه البضائع حيازة سليمة .

لذلك كان لابد من العثور على وسيلة قانونية لتفادي كل ذلك . وقد استمد العمل هذه الوسيلة من نص المادة ٢٠٧٦ فرنسي ، ويقابلها نص

= J. HAMEL. Le gage sans dépossession, D. chron . 1945 p. 37; RENE ROBLOT, les suretés mobilières sans déplacement, Etudes Ripert t.II . 1950 p. 362, J. HAMEL "Le gage commercial 1953" , MICHEL CABRILLAC. La protection du créancier dans les suretés mobilières conventionnelles sans dépossession, 1954 .

وأنظر كذلك د. على البارودي ، حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، بحث بمجلة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية - المنة ١٠ (١٩٦٢) عدد ٣ ، ٤ ص ٣١ إلى ص ١٣٦ .

المادة ١٠٩٦ مدنى مصرى (م ١٢٠ تجارى) . هاتان المادتان تستلزمان أن يسلم الراهن الشئ المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان ، . فكأن المدين الراهن ، إذا أودع بضاعته هذه عند أجنبى ، فإنه يستطيع أن يرهنها لدائنه ، وأن يعيد رهن ما شاء دون أن يؤدى ذلك إلى عمليات نقل . ومن هنا نشأت فكرة المستودعات العامة وصكوك الرهن التى تصدرها (١) . فضلاً عن أن هذه المستودعات العامة تؤدى للتاجر خدمات جليلة ، خارج نطاق الرهن ، إذ تقوم بحفظ البضاعة وصيانتها لحسابه ، ولا تتقاضى أجراً إلا عن القدر من البضاعة الذى يودعه فيها فعلاً ، بينما إذا استأجر مستودعات خاصة فقد يضطر إلى أن يحتفظ بها خالية فى بعض الأحيان .

والمهم هو أن هذه المستودعات تصدر صكوك رهن وصكوك ايداع، تسمح بنقل ملكيتها خالصة ، وتسمح برهنها ، وتسمح بنقل ملكيتها مجملة بالرهن ، كل ذلك دون أن يقتضى الأمر انتقالها من المستودع العام . وهى أيضاً تسمح بتداول صفة الدائن المرتهن وصفة المالك بسهولة تداول الأوراق التجارية ؛ إذ أن كلا من صك الرهن وصك الايداع يعد من قبيل الصكوك الأذنية التى تتداول بالتظهير .

١٠٠- الخلاصة : ثلاث صور تجارية من الرهن :

والخلاصة أننا بأزاء ثلاث صور تجارية من الرهن : أولها رهن المنقول رهنًا تجاريًا مع ضرورة انتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن ، وهى الصورة الأساسية التى هى بمثابة القاعدة العامة . والثانية هى رهن المنقول ذى الطبيعة الخاصة رهنًا بلا نقل حيازة ، وقد أخذ المشرع المصرى بهذه الصورة فى رهن السفينة ورهن المحل التجارى . وأخيرًا صورة رهن البضائع المودعة فى المستودعات العامة .

(١) أنظر مقال روجر جراتجر Le Warrant des magasins généraux ، بين مجموعة مقالات عن الرهن التجارى تحت اشراف العميد هامل سنة ١٩٥٣ ص ١٥٦ .

سنبدأ إذاً بالكلام عن الرهن التجارى الذى يتضمن نقل حيازة الشئ المرهون ، ثم عن رهن المحل التجارى (رهن السفينة مجاله القانون البحرى) ثم عن الرديعة فى المستودعات العامة .

الفرع الأول

الرهن التجارى

المتضمن نقل حيازة الشئ المرهون

١٠١- سريان القواعد العامة :

هذا الرهن هو أقرب الصور إلى الرهن المدنى ، إذ أنه يتضمن نقل الحيازة . ورغم أن ذلك يتعارض مع صالح التجارة ، إلا أنه ما زال يحتفظ ببعض الأهمية بالنسبة لصغار التجار .

هذا الرهن يستند أولاً إلى القواعد العامة فى الرهن الحيازى على المنقول (مواد من ١٠٩٦ إلى ١١١٣ ومن ١١١٧ إلى ١١٢٩ مدنى) وإلى القواعد الخاصة الواردة فى القانون التجارى (مواد من ١١٩ إلى ١٢٩ تجارى) . وهى قواعد تهدف إلى تسهيل اجراءات الاحتجاج به على الغير والتنفيذ على الشئ المرهون . أو بعبارة أخرى ، هى القواعد التى يدخل بها الرهن إلى الجور الخاص للحرفة التجارية ، الذى سبق أن تكلمنا عنه .

ولن نتناول هنا إلا الأحكام الخاصة التى يقتضيها هذا الجور الخاص ، أما القواعد العامة التى يشترك فى الخضوع لها الرهن التجارى والرهن المدنى فلا حاجة بنا إلى الخوض فيها ، مكتفين بالاحالة إلى دراسة التأمينات العينية ، فآثار الرهن التجارى ، مثلاً ، لا تختلف عن آثار الرهن المدنى لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير ، لذلك لا حاجة بنا إلى تناول هذه الآثار .

أما فيما يتعلق بشروط انعقاد الرهن وإثباته وسريانه على الغير ،
فالقواعد التجارية أيسر . كذلك نجد أن إجراءات التنفيذ على الشيء
المرهون تتميز بالسرعة والسهولة ، كما سنرى فيما يلي :

١٠٢- متى يكون الرهن تجارياً ؟

تعرضت المادة ١١٩ تجارى لهذه المسألة عندما نصت على أنه «مع
مراعاة الأحكام التى تنظم أنواعاً خاصة من الرهن التجارى ، تسرى
أحكام هذا الفصل (الفصل الثالث الخاص بالرهن التجارى) على كل
رهن يتقرر على مال منقول ضماناً لدين يعتبر تجارياً بالنسبة إلى
المدين» .

فهذه المادة تؤكد أن الرهن التجارى هو ذلك الذى يعقد لضمان
دين تجارى ، بغض النظر عن صفة منشئ الرهن أو المستفيد منه ،
وعما إذا كانا تجاراً من عدمه . إذ العبرة بصفة الدين بالنسبة للمدين
الراهن . وطالما أن صفة الرهن تتوقف على طبيعة الدين المضمون به ،
فمصدر تجارتيه ، إذاً ، هى التبعية الموضوعية وليست التبعية الشخصية .
بمعنى أن الرهن يكتسب الصفة التجارية إذا تقرر لضمان دين ناشئ
عن عمل تجارى والعكس صحيح . ولا شك فى أن هذا الحكم
يعتبر تجسيداً للنظرية المادية التى يقوم عليها القانون التجارى
المصرى .

على أنه تطبيقاً للنظرية الشخصية ، التى تبناها المشرع بمقتضى
المادة الثامنة من تقنين التجارة الجديدة ، تعد أعمالاً تجارية جميع
الالتزامات الناشئة عن أعمال قام بها التاجر لشئون تتعلق بتجارته ما لم
يقم الدليل على عكس ذلك . وبالتالي ، تنسحب الصفة التجارية إلى
الرهن المعقود ضماناً لهذه الالتزامات ما لم يثبت العكس بإقامة الدليل
على الصفة المدنية لها .

ولا يكاد يوجد خلاف جدى فى ذلك لا فى الفقه ولا فى القضاء

الفرنسي أو المصري (١) .

على أنه لا يمكن أن نطبق على الرهن التجاري نظرية الأعمال التجارية المختلطة ، وهي التي تسمح بأن يكون العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد الطرفين ومدنياً بالنسبة إلى الطرف الآخر . ذلك لأن الرهن التجاري ، كما رأينا ، يقيم نظاماً قانونياً يتوقف على اتخاذ شكلية معينة وتسرى آثاره بالنسبة إلى الغير ، مما يقتضي ضرورة تطبيق قواعد واحدة على الرهن . فالعبرة دائماً بالدين المضمون فقط ، بحيث يصير الرهن تجارياً إذا كان الدين المضمون تجارياً ، وذلك حتى بالنسبة للدائن المرتهن غير التاجر (٢) .

أولاً: انعقاد الرهن وإثباته وسريانه على الغير

١٠٢- انعقاد الرهن التجاري- سريان القواعد العامة :

تعرف المادة ١٠٩٦ مدني عقد الرهن بأنه ، عقد به يلتزم شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم إلى الدائن ، أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون ، .
فعقد الرهن ، إذا ، عقد رضائي يكفي في انعقاده تبادل التعبير عن

(١) أنظر مع ذلك رأى الدكتور على عوض (عقود . ص ٨٧) فهو يرى أنه إذا كان مقدم الرهن شخصاً آخر غير المدين ، وكان هذا الترامن متبرعاً ، فإن الرهن يكون مدنياً ولو كان صادراً من تاجر ضماناً لدين تجاري . وبالرغم من وجهة هذا الرأي فإننا نميل إلى ترك القاعدة على إطلاقها ، بحيث يكون الرهن تجارياً كلما كان الدين المضمون تجارياً لئلا كان مقدم الرهن وأياً كانت طواياه . فإطلاق القاعدة على هذا الوجه فيه سهولة واستقرار وتبسيط ، فضلاً عما فيه من تطبيق قانوني سليم للمبدأ القائل بأن الفرع يجب أن يتبع الأصل ، (والرهن كما نعم عقد تيمى للدين المضمون به) ولصريح نص المادة ١١٩ تجاري .

(٢) أنظر في هذا المعنى : ريبير ، القانون التجاري ١٩٥٤ بند ٢٣٢١ ص ٩٣٣ .

ارادتين متطابقتين ، وليس عقداً عينياً كما كان الحال في القانون المدني القديم (١) إذ كان انتقال الحيازة فيه شرطاً لانعقاد العقد . فقد قضى القانون المدني الجديد على فكرة العقود العينية ، وأصبح انتقال الحيازة التزاماً على الراهن ، يترتب على انعقاد الرهن صحيحاً ، وشرطاً لسريان الرهن على الغير .

وعقد الرهن عقد تبعي ، فلا بد لصحته من أن يستند إلى التزام صحيح يراد أن يوفر الرهن ضمان تنفيذه . وتنص المادة ١٠٤٠ مدني على جواز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي ، كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين ، ويتوقف مصير الرهن على مصير الدين المضمون في نشأته وفي بقاءه وفي بطلانه وفي انقضاءه . وقد رأينا أن صفة الدين المضمون هي التي تحدد ما إذا كان الرهن تجارياً أو مدنياً .

ويجب أن يكون الشيء المرهون مما يدخل في دائرة التعامل dans le commerce ، ومما يمكن بيعه استقلاً بالمزاد العلني (م ١٠٩٧ مدني) - فلا يجوز مثلاً رهن حق السكنى أو حق استعمال العقار (م ٩٩٧) - وأن يكون قابلاً للحيازة الحقيقية أو الحيازة الرمزية ، وإلا لما أمكن رهنه رهناً مفيداً (كالدين غير الثابت بالكتابة) .

ويجب أن يكون الراهن مالكا للشيء المرهون (٢) ، وأن يكون أهلاً للتصرف فيه (٣) .

(١) فقد كانت المادة ٥٤٠ مدني قديم تعرف الرهن بأنه . عقد به يفتح المدين شيئاً في حيازة دائنه أو حيازة من اتفق عليه الماقدان تأمينا للدين

(٢) راجع في حكم رهن ملك الغير المراد ١٠٣٣ ، ١٠٩٨ مدني وأثر اقرار المالك الحقيقي في تصحيح الرهن .

(٣) ومع ذلك يكون للمرتهن حسن النية أن يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون . راجع نص م ١١١٨ مدني .

ولاحلاف فى كل هذه القواعد بين الرهن التجارى والرهن المدنى .

١٠٤- اثبات الرهن التجارى وسريانه على الغير،

ولكن الاختلاف بين قواعد الرهن المدنى والرهن التجارى يبدأ عند اثبات الرهن وشروط سريانه على الغير . ويجب أن نفرق فى هذا الصدد بين رهن المنقول المادى ورهن المنقول المعنوى .

١٠٥- أولاً، رهن المنقول المادى،

أ- ففىما يتعلق برهن المنقول المادى ، نجد أن الاثبات ، إذا كان الرهن مدنياً ، يخضع للقواعد العامة فى الاثبات . فإذا كانت قيمة الشئ المرهون تزيد على خمسمائة جنيه وجب الاثبات بالكتابة . أما بالنسبة للغير فإن المادة ١١١٧ مدنى تشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير ، إلى جانب ضرورة انتقال الحيازة من يد الراهن إلى يد الدائن المرتهن (أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان) ، أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ ، حتى ولو لم تزيد قيمة الشئ المرهون على خمسمائة جنيه ، وأن تتضمن هذه الورقة جميع البيانات الكافية لتخصيص الرهن وهى البيانات التى تتعلق بالمبلغ المضمون بالرهن وبالعين المرهونة .

ب- أما فيما يتعلق بالرهن التجارى فقد خرج المشرع عن القواعد العامة الواردة فى القانون المدنى . فيجوز اثباته فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير بكافة طرق الاثبات أياً كانت قيمة الدين المضمون بالرهن (م ١٢٢/٢ تجارى) . وهذا محض تطبيق لمبدأ حرية الاثبات فى المواد التجارية (١) .

كما لا يشترط لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون عقد الرهن مكتوباً أو أن تكون الورقة التى يدون فيها الرهن ثابتة التاريخ (م ١٢٢/١)

(١) نقض مدنى ، ١٩ ابريل ١٩٧٣ ، مجموعة النقض ، ص ٢٤ ، ص ٦٤٤ ، استئناف القاهرة ، الدائرة التاسعة تجارى ، ٢٧ مايو ١٩٥٨ ، مرسوعة القضاء فى المواد التجارية لعبد المعين لطفى جمعة ، قاعدة ٤٣٦ ، ص ٢٠٢ وما بعدها .

تجاري). بل يكفي لهذا النفاذ أن تنتقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يعينه المتعاقدان وأن يبقى الشيء المرهون في حيازة من تسلمه منهما حتى انقضاء الرهن (م ١٢٠/١ تجاري) .

ج- مظاهر نقل الحيازة : والهدف من نقل الحيازة هو شهر حق الدائن المرتهن . لذلك يجب أن يكون انتقال الحيازة ظاهراً . وتوضح الفقرة الثانية من المادة ١٢٠ تجاري معنى حيازة الدائن المرتهن للمنتقل المادي ، فتتص على أن يكون الدائن المرتهن أو العدل حائزاً للشيء المرهون في الحالات الآتية : ١- إذا وضع تحت تصرفه بكيفية تحمل الغير على الاعتقاد أن الشيء صار في حراسته ، ٢- إذا تسلم صكاً يمثل الشيء المرهون ويعطى حائزه دون غيره حق تسلمه ، . فالحيازة ، وفقاً لهذا النص ، إما أن تكون مادية بوضع الشيء المرهون في حراسة الدائن المرتهن ، وإما أن تكون رمزية بتسليم صك يمثل محل الرهن بحيث يكون للدائن دون غيره حق تسلمه بتسليم الصك المشار إليه . والمهم في الحالتين أن يكون نقل الحيازة ظاهراً واضحاً كفيلاً بأن ينبه الغير بوجود حق الدائن المرتهن ، وأن تستمر هذه الحيازة . وتلك أمور يتحقق منها قاضي الموضوع (١) .

د- مكنة الاستبدال : وقد يكون محل الرهن قابلاً للتلف أو الهلاك أو يريد المدين الراهن استغلاله ، فهل يجوز استبدال محل الرهن واحلال مال آخر محله ؟ وهل يعتبر هذا الاستبدال بمثابة انقضاء للرهن القائم وانشاء رهن جديد بدلاً منه ؟

أجابت الفقرتان الأولى والثانية من المادة ١٢٤ تجاري على هذه التساؤلات بقولها ، ١- إذا ترتب الرهن على مال مثلي بقي الرهن قائماً ولو استبدل بالشيء المرهون شيء آخر من نوعه ، ٢- وإذا كان الشيء من الأموال غير المثلية جاز للمدين أن يستبدل به غيره بشرط أن يكون متفقاً

(١) أنظر : بوانكارير ولابور - لاکوست ، ص ٤٠٥ ، ريبير ، ص ٩٣٤ : أكلم الخولي ، ص ٤١٩ .

على ذلك في عقد الرهن وأن يقبل الدائن المرتهن البديل ، . فهذه المادة تواجه حالتين مختلفتين رصدت لكل منهما فقرة مستقلة : الحالة الأولى ، أجازت فيها الاستبدال ، عندما يتقرر الرهن على مال مطلق ، دون أن تتطلب أى شرط لوقوعه . فهو استبدال قانونى ، إن جاز التعبير . والحالة الثانية ، قيدت فيها الاستبدال ، عندما يكون محل الرهن مالا قيمياً ، بشروط معينة هي وجود اتفاق على ذلك ابتداءً فى عقد الرهن ورضاء الدائن المرتهن بالمال المستبدل . فهو استبدال اتفاقى .

وعلة المغايرة بين الحالتين ترجع إلى أن الحالة الأولى محض تطبيق لنظرية الحلول العينية ، فلا تحتاج إلى شروط اضافية زيادة على شروط الحلول العينية ، أما الحالة الثانية فهي تجسيد لفكرة الالتزام البدلى الذى لا يصح إلا إذا تم الاتفاق عليه ابتداءً .

وفى الحالتين لا يؤدى الاستبدال إلى انقضاء حيازة الأموال المستبدلة وبالتالي انقضاء الرهن المقرر عليها . بل يخضع المال الجديد المستبدل لنفس النظام القانونى الذى كان سارياً على الأموال المستبدلة ، فتستمر الحيازة سارية ويظل الرهن المقرر عليها قائماً بالنسبة للمال الجديد .

وجدير بالذكر أنه إذا كان الشئ المرهون ، سواء أكان مثلياً أو قيمياً ، معرضاً للتلف أو الهلاك ، أو كانت صيانتها تستلزم نفقات باهظة ، ولم يشأ المدين تقديم شئ آخر بدله ، جاز لكل من الدائن المرتهن والمدين الراهن أن يطلب ، بأمر على عريضة ، من القاضى المختص الترخيص له فى بيعه فوراً بأى طريقة يعينها القاضى وينتقل الرهن إلى الثمن الناتج من البيع (م ١٢٨/٢ تجارى) طبقاً لنظرية الحلول العينية .

١٠٦- ثانياً ، رهن المنقولات غير المادية ،

المنقولات غير المادية ، أو المعنوية ، إما أن تكون حقاً ثابتاً فى صك من الصكوك التجارية ، وإما أن تكون حقاً عادياً .

أ- فإذا كان الحق ثابتاً فى صك تجارى ، فقد يكون هذا الصك اسماً

أو للأمر أو للحامل : ويتم رهن الحقوق الثابتة في الصكوك الاسمية ، كالسندات والأسهم متى كانت اسمية ، بحوالاة يذكر فيها إنها على سبيل الرهن ويتم قيدها في دفاتر الجهة التي أصدرت هذه الصكوك . وينفذ هذا الرهن في حق المدين دون حاجة إلى اعلانه بالرهن أو قبوله (م ١/١٢١ و ٣ تجارى) . وفيما يتعلق بالصكوك الإذنية أو للأمر ، فيتم رهن الحقوق التي تحتويها بالتظهير التأميني . ويشترط لصحة هذا التظهير أن يكون موقعاً من المدين الراهن على أن يقترن توقيعه بصيغة تفيد الرهن ، كعبارة «للرهن» أو «للضمان» أو أى عبارة أخرى تفيد هذا المعنى (م ٢/١٢١) .

وإذا كان الصك للحامل ، فإنه يأخذ حكم المنقول المادى حيث يندمج الحق الذى يمثله فى الصك ذاته . ومن ثم يلزم لنفاذ الرهن على الغير انتقال حيازة الصك عن طريق التسليم إلى الدائن المرتهن (م ١/١١٨ مدنى) .

ب- أما إذا كان الحق عادياً ، أى لا يجوز نقله بالمناولة أو بحوالاة تفيد فى سجلات أو بالتظهير ، فلقد سكت قانون التجارة الجديد ، على عكس القانون الملقى ، عن حكم الرهن الذى يتقرر عليه . فلا مفر ، إذاً ، من إخضاعه لقواعد القانون المدنى بالتطبيق لنص الفقرة الأولى من المادة الثانية من تقنين التجارة الجديد . ومقتضى ذلك أن يتبع فى رهن هذه الحقوق رهناً تجارياً اجراءات حوالاة الحق المدنية العادية . وتتلخص هذه الاجراءات فى ضرورة قبول المدين للرهن أو اعلانه به لى ينفذ فى حقه ، وفى وجوب أن يكون هذا الاعلان أو ذلك القبول ثابت التاريخ حتى ينفذ فى حق الغير مع ضرورة تسليم هذا الأخير سند الدين المرهون (المادتان ٣٠٥ و ١١٢٣ مدنى) .

ولا يصح التحدى بأنه لا ضرورة لقبول المدين أو اعلانه ، ولا لثبوت تاريخ أى منهما ، لسريان الرهن على المدين والغير ، استناداً إلى نص الفقرة الثالثة من المادة ١٢١ والفقرة الأولى من المادة ١٢٢ تجارى .

ذلك أن الفقرة الثالثة - والتي تقضى بنفاذ الرهن المشار إليه في الفقرتين السابقتين ، (الأولى والثانية من المادة ١٢١) ، في حق المدين دون حاجة إلى اعلانه بالرهن أو قبوله، - تتعلق فقط برهن الحقوق الثابتة في صكوك اسمية أو لأمر ، ولا تنصرف إلى غيرها من الحقوق . أما الفقرة الأولى من المادة ١٢٢ - والتي تنص على أنه «مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المادة السابقة (أي المادة ١٢١ الخاصة بالحقوق الثابتة في صكوك) لا يشترط لنفاذ الرهن التجارى في حق الغير أن يكون مكتوباً أو أن تكون الورقة التي يدون فيها الرهن ثابتة التاريخ ، - فهي خاصة بعقد الرهن ذاته ولا تمتد إلى إجراءات الاعلان أو القبول التي ينبغى أن تكون ثابتة التاريخ حتى ينفذ الرهن في حق الغير وتحسب مرتبته من التاريخ الثابت لاعلان المدين أو قبوله .

ومما لا شك فيه أن الحكم بالنسبة لرهن الحقوق العادية فيه نوع من التشدد ، خاصة وأن نقل حيازة الصكوك الاسمية ولأمر يكفى - دون ما حاجة إلى اعلان أو قبول ، أو ثبوت تاريخ لأى منهما أو للورقة المثبتة للرهن - لنفاذ رهن الحقوق الثابتة فيها في حق المدين والغير . وهذا وضع لا يخلو من غرابة ما دام الرهن تجارياً في الحالتين وما دام المقصود هو تشجيع وتسهيل الائتمان التجارى (١) .

ج- مظاهر انتقال الحيازة في المنقولات المعنوية : ولا تستثنى المنقولات المعنوية من مبدأ وجوب انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن للاحتجاج بالرهن على الغير . والمقصود هنا هو حيازة الصك أو السند المثبت للحق محل الرهن .

وإذا كان من المتصور حيازة هذه الحقوق حيازة مادية بتسليم الصكوك الثابتة فيها ، فإن التساؤل قد ثار حول امكانية حيازتها حيازة رمزية . ودون التطرق إلى تفاصيل الخلاف الذى ظهر فى الفقه والقضاء

(١) أكلّم الخولى ، فقرة ٣٦٠ ، ص ٤٢٦ .

حول هذه المسألة (١) ، فلقد حسم المشرع هذا الأمر عندما نص في الفقرة الثالثة من المادة ١٢٠ تجارى على أن «تنتقل حيازة الحقوق بتسليم الصكوك الثابتة فيها . وإذا كان الصك مودعاً عند الغير اعتبر تسليم الإيصال الإيداع بمثابة تسليم الصك ذاته بشرط أن يكون الصك معيناً فى الإيصال تعييناً نافياً للجهالة وأن يرضى المودع عنده بحيازة الصك لحساب الدائن المرتهن » . ويؤخذ من هذا النص أن المشرع اعترف بالحيازة الرمزية فى رهن الحقوق الثابتة فى صكوك أو سندات ممثلة فى إيصال إيداع هذه الصكوك إذا ما توفرت الشروط التى تطلبها فى هذا الصدد وهى تعيين الصك أو السند فى الإيصال تعييناً نافياً للجهالة ، ورضاء المودع عنده بحيازة الصك لحساب الدائن المرتهن .

ثانياً : اجراءات التنفيذ على الشئ المرهون

١٠٧- تبسيط اجراءات التنفيذ على الشئ المرهون :

بينما تستلزم القواعد العامة لامكان التنفيذ على الشئ المرهون أن يرفع الدائن المرتهن دعوى على المدين الراهن ، وأن ينتظر حتى يصبح الحكم نهائياً ليبدأ فى التنفيذ على الشئ المرهون ، تقرر المادة ١٢٦ تجارى اجراءات مبسطة بالنسبة للرهن التجارى بقصد التيسير على الدائن المرتهن . وتتحصل هذه الاجراءات فى قيام الدائن ، متى حل أجل الدين ولم يقم المدين بالوفاء به ، بتقديم عريضة ، بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ التنبيه على المدين بالوفاء ، إلى القاضى المختص بالمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدين يطلب فيها الأمر ببيع الشئ المرهون كله أو بعضه (٢) . فإذا ما أصدر القاضى أمره بالبيع ، فلا يجوز تنفيذه إلا بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تبليغه إلى المدين والكفيل إن وجد مع بيان المكان الذى يجرى فيه البيع وتاريخه وساعته .

(١) أنظر فى تفصيل هذا الخلاف : أكرم الخولى ، فقرة ٣٦٢ ، ص ٤٢٧ .

(٢) وإذا تقرر الرهن على عدة أموال ، كان من حق الدائن المرتهن تعيين المال الذى -

ويجرى البيع في الزمان والمكان اللذين عينهما القاضى وبالمزايدة العلنية ، إلا إذا أمر باتباع طريقة أخرى . فإذا كان الشئ المرهون متداولاً في سوق الأوراق المالية أمر ببيعه في هذه السوق بمعرفة أحد السماسرة المقبولين للعمل بها .

هذه الاجراءات هي ، ولاشك ، الحد الأدنى من الضمانات التي يمكن توفيرها للمدين الراهن (١) . إذ لا أقل من أن يقتنع القاضى بصحة الدين وصحة الرهن قبل أن يصدر الأمر بالبيع . ولا يمكن النزول عن هذا الحد الأدنى والا اختل التوازن لصالح الدائن المرتهن واستبد بالمدين الراهن . لذلك تسارع المادة ١٢٩ تجارى فتبطل ، كل اتفاق يبرم وقت تقرير الرهن أو بعد تقريره يعطى الدائن المرتهن في حالة عدم استيفاء الدين عند حلول أجله الحق في تملك الشئ المرهون أو في بيعه دون مراعاة الاجراءات المنصوص عليها في المادة ١٢٦ ، .

على أن نص المادة ١٢٩ ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي تبطل ما يسمى بشرط الطريق الممهد *voie parée* ، وهو الاتفاق على منح الدائن الحق في بيع الشئ المرهون بغير تدخل القضاء . كذلك يعد باطلاً - تطبيقاً للقواعد العامة - الاتفاق الذى يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك المال المرهون في نظير ثمن معلوم أياً كان (٢) .

= يجرى عليه البيع ما لم يتفق على غير ذلك ، أو كان من شأنه إلحاق ضرر بالمدين . وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يشمل البيع إلا ما يكفى للوفاء بحق الدائن المرتهن (م ١٢٧ تجارى) .

(١) جدير بالذكر أن المادة ١/٩٣ من تقنين التجارة الفرنسى تجيز للدائن المرتهن أن ينفذ على الشئ المرهون دون تدخل القضاء ، على أن يتم ذلك ببيع علنى بعد استضاء ثمانية أيام على اعلان المدين . ولا شك لدينا في أن المشرع المصرى ، باشرطه إذن التقاضى ، أكثر توفيقاً من المشرع الفرنسى .

(٢) راجع المادة ١٠٥٢ مدنى بالنسبة للرهن الرسمى والمادة ١١٠٨ بالنسبة للرهن انحيازى وهى تحيل على المادة ١٠٥٢ مدنى .

١٠٨- التنفيذ على المنقول المرهون في القانون المدني :

على أنه يجدر بنا أن نلاحظ أن القانون المدني الجديد قد اقترب إلى حد بعيد من حكم المادة ١٢٩ السالف فيما يتعلق بالتنفيذ على المنقول المرهون . فقد تضمنت المادة ١/١١٢١ مدني حكماً شبيهاً بهذا الحكم ، إذ تنص على أنه « يجوز للدائن المرتهن إذ لم يستوف حقه أن يطلب من القاضى الترخيص له في بيع الشئ المرهون بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق » . فكان الدائن المرتهن على المنقول ، حتى فى الرهن المدنى ، يستطيع أن يحصل على إذن من القاضى دون أن يضطر إلى الالتجاء إلى اجراءات البيع المعقدة (١) . ورغم ذلك فإن الفارق ما زال موجوداً ، إذ لا يمكن أن ينطبق نص المادة ١/١١٢١ مدني بذات الشدة التى يطبق بها النص التجارى ، وعلى الأخص فيما يتعلق بالأيام الخمسة التى يكفى مرورها مبرراً لطلب الإذن بالبيع . فالأرجح أن القاضى لا يعطى الإذن بالبيع فى رهن المنقول المدنى إلا بعد أن يمهل المدين أجلاً أرحب .

وأخيراً فإن المادة ١/١١٢١ مدني تضع حكماً يتفق الفقهاء على جواز تطبيقه بالنسبة للرهن التجارى (٢) . وهى تجيز للدائن المرتهن أن

(١) يؤكد الدكتور أكثم الخوللى (عقود ص ٤٢٩ هامش ٣) أن نص المادة ١/١١٢١ مدني لا يعنى الدائن المرتهن من ضرورة استصدار حكم للتنفيذ على الرهن ، وأنه خاص بكيفية البيع ولا يمس مبدأ وجوب صدور حكم يتم التنفيذ بمقتضاه . ولو صح هذا الرأى لما كان للمادة ١/١١٢١ مدني قيمة تذكر فى تسهيل التنفيذ للدائن المرتهن على المنقول المرهون ، ولظل الفارق واسعاً فى هذا الشأن بين الرهن المدنى والرهن التجارى ، كما كان قبل صدور القانون المدنى الجديد . وعلى العكس من ذلك ، يؤيدنا الدكتور على حسن يونس فيما نرى (العقود ١٩٦٢ - ص ٢٧٣) فهو يقرر أن كل الخلاف فى التنفيذ على الشئ المرهون بين م ٧٨ تجارى ملفى ، المقابلة للمادة ١٢٩ تجارى جديد ، والمادة ١١٢١ مدني هو أن المادة الأخيرة لا تورد أى قيد على حرية القاضى فى اعطاء المدين أجلاً للرفاء قبل الإذن باجراء البيع . وحصر الخلاف فى هذا النطاق هو ما يفهم من روح التشريع .

(٢) أستاذنا الدكتور محسن شفيق ، الوسيط ٢ ص ٦٥ ، الدكتور عبد الحى حجازى ص ٣٦١ ، الدكتور أكثم الخوللى ص ٤٣١ ، الدكتور على عوض ص ٩٢ .

يطلب من القاضى أن يأمر بتمليكه الشئ وفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته حسب تقدير الخبراء .

ولا يجب أن نخلط بين هذه الرخصة وبين شرط الطريق الممهد الذى رأينا أنه شرط باطل . فتمليك الشئ المرهون للدائن المرتهن يتم هنا بتدخل القاضى ، ولا شك أن ذلك يحقق الحماية الكافية للمدين الراهن .

الفرع الثانى

رهن المحل التجارى

LE NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE

١٠٩- فكرة المحل التجارى وتطورها :

فكرة المحل التجارى ، على النحو الذى يعرض فى كتب الفقهاء ونفهمه اليوم ، ليست بالغة القدم ، وإنما هى نشأت وتطورت منذ بداية القرن التاسع عشر . فقبل هذا التاريخ لم يكن تعبير المحل التجارى يشير إلا إلى البضائع الموجودة به ، ثم اتسع هذا المعنى ليشمل المنقولات المادية الأخرى كالآلات والمهمات ، ثم ليشمل المنقولات المعنوية بعد أن تبين أن لها قيمتها فى تقرير عناصر المحل التجارى (١) .

والمحل التجارى منقول معنوى يشمل مجموعة من العناصر المادية والمعنوية المخصصة لمزاولة المهنة التجارية . ولكن تطور فكرة المحل

(١) راجع : فى تاريخ فكرة المحل التجارى ، ثم فى عناصره الحديثة للمعنوية (الاتصال بالعملاء والسمعة - الحق فى الإجارة - الاسم التجارى والعنوان التجارى - العلامات التجارية - حقوق الملكية الأدبية والفنية) بحث الدكتور محسن شفيق بمجلة اتقان للاقتصاد السنة العاشرة - عدد ٣ و ٤ - من ٦٧ بعنوان : المحل التجارى .

التجاري لا يزال مستمراً . وهناك أسباب كثيرة تدعو إلى الظن أنه يسير في اتجاه الذمة المستقلة بحقوقها وديونها ، والتي يجمع عناصرها هدف المحل التجاري "patrimoine d'affectation" ؛ وذلك بالرغم من أن النظرية اللاتينية في القانون على خلاف النظرية الألمانية تقوم على أساس وحدة الذمة والتصاقها بالشخصية القانونية : فقد لاحظ الفقيه الفرنسي شافو (١) أن تطوراً قضائياً جديداً تتضح معالمه فيما يتعلق بدائني المحل التجاري . إذ بدأت الأحكام القضائية الفرنسية تأخذ بما تسميه « المسؤولية العينية » . فهي ترى أن الموردين والدائنين التجاريين يضعون ثقتهم عند التعامل ، لا في شخص صاحب المحل التجاري ، وإنما في هذا المحل ذاته . وبالتالي يجب أن نسأل المحل التجاري عن الديون التي تنشأ من جراء استغلاله ، فتمتاز هذه الديون جميعاً على المحل التجاري الذي يخصص لسدادها . وهذه هي الخطوة الأولى في الاعتراف بالذمة المستقلة .

على أن هذه الاتجاه الجديد لم يستقر بعد ولم يتحدد معالمه ، ولا زال الخلاف قائماً بين الفقهاء حول طبيعة المحل التجاري (٢) . ولا شك لدينا أن المحل التجاري ، في الحالة الحاضرة للقانون الوضعي الفرنسي أو المصري ، يعد مالياً داخلاً في مجموع أموال المدين ، ويضمن ديونه جميعاً بلا تفریق .

والذي يعطينا أنه منقول . فالمتفق عليه أن المحل التجاري لا يتضمن

CHAVEAU : Les fond de commerce , patrimoines d'affectation; D.H.(١) 1939, chronique, p. 37 et les arrêts cités .

Gazin Henri, Essai critique sur la notion du patrimoine dans la doctrine (٢) classique thèse Dijon 1910 ; Gary (Robert) Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel , thèse Bordeaux 1931.

عنصرًا عقاريًا في المجموعة التي تكون عناصره (١) . وبالتالي فقد كان من المقرر أنه ، لكي يتم رهن المحل التجاري ، قبل القانون الفرنسي الصادر في ١٧ مارس سنة ١٩٠٩ أو قبل القانون المصري رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ ، لا بد أن تنتقل حيازة المحل التجاري من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن .

١١٠- امكان رهن المحل التجاري بلا نقل حيازة نظراً لامكان تعيينه تعييناً ذاتياً ،

وقد كان القضاء الفرنسي يتطلب انتقال حيازة المحل التجاري إلى الدائن المرتهن ، كما تقضى القواعد العامة . إلا أنه ما لبث أن تبين أن ذلك من شأنه أن يقضى على كل نشاط التاجر . لذلك انتهت محاكم الاستئناف الفرنسية إلى قبول رهن المحل التجاري مكتفية ، في سريان الرهن على الغير ، بنقل الحيازة رمزياً وذلك بأن يسلم المدين الراهن إلى الدائن المرتهن مستندات ملكية عناصر المحل التجاري - كالتصرف القانوني الذي أكسبه الملكية ، وعقد الاجارة - ، وتطلبت إلى جانب ذلك أن يعلن الرهن للمؤجر .

ولكن اتجاه محاكم الاستئناف لم يلق تأييداً تاماً من المحاكم التجارية الابتدائية الفرنسية (١) . والحق أن رهن المحل التجاري على هذا الوجه ، وحتى مع اعلان المؤجر ، لم يكن كافياً لاعلان جميع الذين يهمهم أمر هذا الرهن . إذ كان لا بد لذلك من تنظيم وسيلة من وسائل العلانية لحماية الغير من الانخداع في حيازة المدين الظاهرة على المحل التجاري .

ومن ثم لم يكن هناك مفر من تدخل المشرع الفرنسي . وقد كان

(١) أنظر تفصيل ذلك في : اسكارا ، بند ٢٣٢ ص ١٦١ ، لبيير كوهين ، للمحل التجاري ، جزء ١ ، بند ٥١ ص ٣٢ ، الدكتور مصطفى طه ، بند ٧٦٥ ص ٧٥٥ .

(٢) أنظر تفصيل ذلك في : بونكاريز ولاورد لاکوست ، السابق بند ٩٦٣ ص ٤٠٨ ، اسكارا ، بند ٢٧٨ ص ١٩٢ ، لبيير كوهين ، السابق جزء ١ ص ٣ .

تدخله في مبدأ الأمر قاصراً متردداً : ففي أول مارس ١٨٩٨ ، اكتفى المشرع الفرنسي بتعديل المادة ٢٠٧٥ من القانون المدني الفرنسي لكي يفرض قيد رهن المحل التجاري في سجل عام في قلم كتاب المحكمة التجارية التي يقع في دائرتها المحل التجاري وإلا كان باطلاً . وبهذا القيد توفرت علانية التصرفات التي يمكن أن ترد على المحل التجاري ، وأصبح من الممكن أن يستغنى عن نقل حيازته . ولكن القانون الفرنسي لم يوضح ما إذا كان الرهن في هذه الحالة يسرى على الغير دون حاجة إلى نقل الحيازة . وظل الأمر معلقاً إلى أن صدر القانون الخاص برهن المحل التجاري في ١٧ مارس ١٩٠٩ . وهو القانون الذي استلهمه المشرع المصري حين أصدر القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ .

ولاشك أننا ندرك السر في استطاعة المشرع - ومن قبله قضاء محاكم الاستئناف الفرنسية - التوصل إلى حماية الغير دون الالتجاء إلى نقل الحيازة (١) . فالمحل التجاري منقول معنوي ، يمكن تعيينه ذاتياً مجرداً عن حيازة الانسان . وبالتالي فمن الممكن - كما سبق أن رأينا - أن يستعاض عن نقل الحيازة بطريق من طرق الشهر يمكن الغير من الاطلاع على حالة المحل التجاري ، بينما يظل المحل في حيازة المدين الراهن يستغله ويستثمره الاستثمار العادي .

١١١- رهن المحل التجاري تصرف خطير في حياة التاجر:

ولابد أن نشير إلى اعتبار هام يحكم ويفسر قواعد رهن المحل التجاري: هو أهميته الكبرى بالنسبة لنشاط التاجر . فالتصرف في المحل التجاري بالرهن قد يعني أن ينتزع هذا المحل من صاحبه بالبيع الجبري فيتوقف كل نشاط التاجر وتنتهي حياته التجارية .

رهن المحل التجاري ، إذا ، تصرف له خطره . وقد كان التاجر

(١) ومن الطريف أن نفس هذا التطور القضائي فالشرعي قد تم بالنسبة إلى السفينة أيضاً .

يفكر مرتين قبل أن يرهنه عندما كان هذا الرهن يقتضيه التخلي عن حيازته إلى الدائن المرتهن ، ففي هذا التخلي ما يكفي من الانذار . أما بعد القانون الجديد ، فقد يبدو رهن المحل التجارى أكثر سهولة وأقل خطراً مما هو فى الحقيقة : لذلك نتطلب حكمة التشريع حماية المدين التاجر عن طريق استلزام شروط موضوعية وشكليات تتعلق بانعقاد الرهن وشهره .

هذه الشكليات تعد استثناء على القاعدة العامة فى رضائية العقود التجارية ، إلا أنها ، كما قلنا عند الكلام عن الأحكام العامة ، مرتبطة بأسبابها (١) . فرهن المحل التجارى ليس من العقود اليومية العادية التى يبرمها التاجر فيحتاج فى إبرامها إلى التخلص من القيود . بل هو عقد له خطورته ، فيحتاج التاجر فى إبرامه إلى ذات الحماية التى يحتاج إليها غير التاجر .

وستتناول فيما يلى شرح قواعد القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ فيما يتعلق بالرهن فقط ، إذ هو يتعلق ببيع المحال التجارية ورهنها ، فننكلم أولاً عن الشروط الموضوعية والشكلية ، ثم عن محل الرهن ، وأخيراً عن آثاره .

أولاً : شروط رهن المحل التجارى

١١٢- أولاً : الشروط الموضوعية ،

يجب أن تتوافر الشروط الموضوعية العامة اللازمة لصحة الرهن : توافق الإيجاب والقبول ، وصحة الرضاء ، وتوفر الأهلية اللازمة لإبرام الرهن بالنسبة للراهن والمرتهن ، وملكية الراهن للمال المرهون واستناد الرهن إلى التزام أصلى صحيح .

وتضيف المادة العاشرة من انقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ ، إلى هذه الشروط الموضوعية العامة ، شرطاً خاصاً برهن المحل التجارى . فهى تنص على أنه ، لا يجوز أن يرتهن لدى غير البنوك أو بيوت التسليف التى يرخص لها بذلك وزير التجارة والصناعة بالشروط التى يحددها

(١) أنظر ما سبق ، بند ١٠ .

بقرار يصدره . . هذا النص يخول لوزير التجارة والصناعة (حالياً) : وزير الاقتصاد) أن يحدد شخص الدائن والشروط التي يجوز الرهن على أساسها ، وبالتالي يسيطر على عقود رهن المحل التجارى بقراراته التنظيمية (١) .

فنحن نلتقى هنا بصورة من صور تدخل القانون العام لحماية التاجر الذى يرى المشرع أنه غير كفء لمصالحه (٢) . وقد قدر المشرع أن التاجر الذى تضطره حاجته إلى رهن محله التجارى لابد وأن تضطره هذه الحاجة إلى انتهاون فى شروط هذا الرهن ، وتلك فرصة المراهبين . لذلك فإن الوزير المختص يتخير ، لهذا التاجر الضعيف ، الدائن الذى يمنعه مركزه الوطيد من أن يهبط إلى محاولة استغلال ظرفه السيئ (٣) . والحكم الوارد بالمادة ١٠ حكم أمر يتعلق بالنظام العام ، يلغى تجاوزه برهن المحل التجارى إلى هوة البطلان المطلق .

١١٣٠ - ثانياً، الشروط الشكلية :

تنص المادة ١١/١ و ٢ من قانون ١١ لسنة ١٩٤٠ على أنه ،يثبت الرهن بعقد رسمى أو بعقد عرفى مقرون بالتصديق على التوقيعات أو أختام المتعاقدين . ويجب أن يشتمل العقد على تصريح من المدين عن قيام امتياز البائع على الشئ المرهون أو خلوه منه وعن وجود أى حق عينى عليه بوصفه عقاراً بالتخصيص ، ويجب كذلك أن يشتمل على اسم الشركة التى أمن عليه لديها ضد خطر الحريق ، .

(أ) والكتابة التى تتطلبها المادة ١١ ليست شرطاً للإثبات، كما قد يبدو

(١) أنظر قرارات وزير التجارة أرقام ٢٢١ و ٣٨٥ لسنة ١٩٤٣ ، و ٢١٣ لسنة ١٩٤٥ و ٢١٣ لسنة ١٩٤٨ و ٢١٧ و ٣٨٧ لسنة ١٩٥٦ التى أشار إليها الدكتور مصطفى طه ، لقانون التجارى جزء ١ ص ٨٠٠ هامش ٣ ، وأنظر كذلك قرار وزير الاقتصاد رقم ٧٣٩ لسنة ١٩٥٩ بالتخصيص لبنك الجمهورية بارتها المحال التجارية والصناعية .

(٢) راجع ما سبق بند ١١ .

(٣) من أمثلة هذه البنوك المختارة : البنك الأهلى ، بنك مصر ، وبنك الجمهورية .

من ظاهر النص ، وإنما هي شرط في الانعقاد (١) . ولقد أكدت هذا المعنى صراحة المادة ٣٧ تجارى حيث تنص في فقرتها الأولى على أن «كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر أو انشاء حق عيني عليه... يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً» . فعقد رهن المحل التجارى عقد شكلى . ولا شك أن اشتراط الكتابة أمر يقتضيه ضرورة شهر عقد الرهن . إلا أن النص لا يكتفى بالكتابة العرفية العادية ، وإنما يتطلب إما كتابة رسمية وإما التصديق على التوقيعات ، وهو إجراء كفيل بأن يشعر التاجر بخطورة ما هو مقدم عليه .

ويجب أن تشمل هذه الكتابة على البيانات الكافية لتوضيح حالة المحل الائتمانية ، كقيام امتياز البائع أو وجود حق عيني آخر ، حتى يكون الدائن على بينة بالحقوق التي قد يحتج بها في مواجهته .

(ب) أما بالنسبة إلى شهر الرهن ، فتتص الفقرتان الثالثة والرابعة من المادة ١١ على أنه « يشهر عقد الرهن بقيدده في سجل يخص لهذا الغرض بمكتب السجل التجارى بالمحافظة أو المديرية التي يوجد في دائرتها المحل التجارى . وإذا شمل الرهن فرعاً للمحل التجارى أو أثاثاً أو آلات توجد في دائرة محافظة أو مديرية أخرى وجب القيد أيضاً في مكتب السجل التجارى بالمحافظة أو المديرية التي توجد في دائرتها هذه الأشياء » (٢) .

والقيد في السجل التجارى ، كنقل الحيازة في المنقول العادى ، هو شرط سريان الرهن في حق الغير . فبفضل هذا القيد يستطيع الغير ، رغم

(١) قارن مع ذلك رأى الدكتور أكرم الخولى (عقود ص ٤٣٣) والدكتور على عوض (عقود ص ٩٣) فهما يريان أن الكتابة هنا للاثبات تمسكاً بظاهر النص .

(٢) ولقد نصت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٣٧ تجارى على ذات الحكم بقولها « يقيد التصرف في المتجر ... في سجل خاص يصدر بتنظيمه قرار من الوزير المختص ويحفظ بمكتب السجل التجارى » (ر) يشهر للتصرف في المتجر بالقيد في السجل التجارى

استمرار المدين الراهن في حيازته واستثماره لمتجره ، أن يعلم بحق الدائن المرتهن وبالقائمة الائتمانية الحقيقية للمحل للتجاري . إذ تجيز المادة ٢٩ من القانون المشار إليه لأي شخص ، بشرط أن يدفع مقدماً الرسوم المقررة ، أن يحصل من مكتب السجل التجاري المختص على صورة رسمية للقيود المثبتة في السجل ، فإذا لم توجد قيود أعطى مكتب السجل شهادة بعدم وجود قيد .

وقد اهتم القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ بتنظيم القيد كوسيلة من وسائل الشهر . فالمادة ١/١٢ تنص على أنه يجب إجراء القيد في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ العقد وإلا كان باطلاً ، وذلك حتى لا يفاجأ الغير للمتعاقد مع صاحب المحل التجاري بوجود رهن سابق لم يكن مقيداً وقت التعاقد . وتفصل المادة ١٩ إجراءات القيد والبيانات التي يجب أن يتضمنها . وإذا اشتمل رهن المحل التجاري على علامة تجارية ، فلا يكون رهنها حجة على الغير إلا بعد التأشير والاشهار المنصوص عليهما بالمادة ٢٠ من قانون العلامات والبيانات التجارية (م ١٩ مكررة) .

ويتم القيد بنسخ البيانات الواردة بالحفاظة بالسجل الخاص ، ويرد مكتب السجل التجاري إحدى نسختي الحفاظة للطالب مؤشراً بما يفيد إجراء القيد مع ذكر تاريخه ورقمه . ويحتفظ مكتب السجل التجاري بصورة طبق الأصل من كل عقد يودع لديه طبقاً لأحكام المادتين ١٩ و ٢٠ (م ٢١) .

وإذا حدث أي تغيير أو تعديل في البيانات المنصوص عليها في المادة ١٩ ، فعلى الدائن المرتهن أن يطلب اثباته طبقاً للأوضاع التي تقرها اللائحة التي توضع لتنفيذ هذا القانون (م ٢٠) .

والقيد ، على التفصيل السابق ، لا يحفظ مرتبة الرهن إلا لمدة خمس سنوات من تاريخه ، ويعتبر لاغياً إذا لم يجدد خلال هذه المدة (م ٢٣) (١)

(١) قارن هذه المادة بالمادة ٤٣ من قانون الشهر العقاري التي تنص على أن القيد يسقط إذا لم يجدد في خلال عشر سنوات من تاريخ اجرائه .

وأخيراً فإن المادتين ٢٧ و ٢٨ تراجها حالة محو القيد ، ويكون ذلك بتراضى أصحاب الشأن فى القيد إذا كانت لهم الأهلية المطلوبة لاجرائه أو بمقتضى حكم حاز قوة الشئ المحكوم به . ولا يجرى الشطب الكلى أو الجزئى فى الحالة التى لا يكون قد صدر بها حكم إلا إذا أودع الطالب عقداً رسمياً يثبت رضاء الدائن أو من تلقى الحق عنه . ويشطب التأشير برهن العلامة الحاصل طبقاً لنص المادة ٢٠ من قانون العلامات والبيانات التجارية بناء على شهادة دالة على شطب القيد .

ويحصل الشطب بتدوين بيان به فى هامش القيد ، وتعطى شهادة بذلك لمن يطلبها من المتعاقدين (م ٢٨) .

ثانياً : محل الرهن

١١٤- تحديد المقومات التى يشملها الرهن :

الأصل أن موضوع الرهن هو المحل التجارى . ولكن المحل التجارى ، كما رأينا ، مجموعة من الأموال المادية والمعنوية . لذلك تتولى المادة ٩ تحديد المقومات التى يشملها الرهن ، فتنص على أن « رهن المحل التجارى يجوز أن يشمل ما يأتى : العنوان والاسم التجارى والحق فى الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والأثاث التجارى والمهمات والآلات التى تستعمل فى استغلال المحل ولو صارت عقاراً بالتخصيص ، والعلامات التجارية والرخص والأجازات وعلى وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية المرتبطة به ، » .

هذا التعداد وارد على سبيل الحصر ، فلا يجوز أن يشمل الرهن من المقومات ما يخرج عما عدته المادة ٩ / ١ . فكانها استبعدت البضائع من نطاق الرهن . ووراء هذا الاستبعاد عدة أسباب : فقد قصد المشرع من إقصاء السلع ، كما أوضحت المذكرة التفسيرية ، أن يحتفظ بها حرة فتظل ضماناً عاماً للدائنين العاديين الذين يعتمدون على البضاعة الموجودة فى المتجر ولا يلجأون عادة إلى الاطلاع على قبود الرهن لتقدير ملاءة المدين . إلا أن هناك أسباباً فنية أخرى : فالبضائع معدة للبيع بطبيعتها

ولا يمكن للمدين الراهن أن يحتفظ بها بعيداً عن التداول وإلا توقف نشاطه . وأخيراً فالبيضائع منقولات مادية سهلة الانفصال عن المحل التجاري المرهون ، وهي إذا انفصلت عنه أصبحت كسائر المنقولات المادية التي يستند حائزها إلى قاعدة : الحيابة في المنقول سند الملكية ، . ويمكن من الناحية القانونية ولا من الناحية العملية أن نجعل للدائن المرتهن حق تتبع على البيضائع إذا خرجت من حيازة المدين إلى مشتر حسن النية .

وإذا كان لا يجوز للمدين الراهن أن يرهن عناصر يخرج عما ورد في المادة ١/٩ ، فلا شيء يمنعه من أن يقتصر على رهن بعض المقومات الواردة في هذه المادة للدائن المرتهن دون البعض الآخر . ومع ذلك يجب أن تكون المقومات التي يقع عليها اختيارهما كافية لتكوين فكرة المتجر ، (١) .

أما إذا سكت المتعاقدان ، فلم يعيننا عناصر المتجر التي يشملها الرهن ، فإن المادة ٢/٩ تكمل هذا النقص فتقر في هذه الحالة أن الرهن لا يقع إلا على العنوان والاسم التجاري والحق في الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية . وهي العناصر المعنوية في المحل التجاري ، ويجمعها أنها العناصر التي تكون قدرة المحل بصفة عامة على اجتذاب العملاء .

ثالث : آثار الرهن

١١٥ - قريبا من آثار الرهن الرسمي على العقار :

آثار رهن المحل التجاري أقرب إلى آثار الرهن الرسمي على العقار منها إلى رهن المنقول : لذلك يرى بعض الفقهاء أنه يجب أن نسترشد ، في تطبيق القانون الخاص برهن المحل التجاري ، بالأحكام الواردة في القانون المدني بشأن الرهن الرسمي (٢) . بينما ينتقد البعض هذا الاتجاه

(١) أستاذنا الدكتور محسن شفيق . المرجع السابق ص ٧٢ .

(٢) الدكتور مصطفى طه ، المرجع السابق ص ٧٩٩ .

لأنه يجب ألا ننسى أن المحل التجاري يظل مع ذلك منقولاً (١) . ولا شك لدينا في صحة الرأي الأول ، لأن الذي يفرق بين العقار والمنقول ، فيما يتعلق بالرهن ، هو ضرورة نقل حيازة المنقول لشهر الرهن عليه . وقد رأينا أن المحل التجاري ، لما له من صفات تعيين ذاتية ، يشترك مع العقار في إمكان رهنه دون نقل حيازة ، مع مراعاة ذات الوسيلة المرعية في شهر الرهن الرسمي على العقار .

وسوف نتكلم عن آثار الرهن بالنسبة للراهن وللدائن للمرتهن ، ثم عن إجراءات التنفيذ على المحل التجاري المرهون .

١١٦- أولاً - آثار الرهن بالنسبة للراهن:

يظل المدين على رأس تجارته في محله التجاري يستثمره الاستثمار العادي فلا يتخلى عنه للدائن المرتهن ولا لغيره . ولا يجوز للدائن المرتهن أن يتدخل أو يشرف على الاستثمار إلا إذا تضمن الاتفاق نصاً يخول له ذلك . كذلك يستطيع المدين أن يتصرف في المحل التجاري بالبيع أو بترتيب رهون أخرى ولا يضار الدائن المرتهن من ذلك لأن حقه مضمون بحق التقدم والتتبع .

على أن حق الدائن المرتهن على المحل التجاري يقيد الراهن ، مع ذلك ، بالتزامات اللازمة لحفظ هذا الحق . فتتص المادة ١٣ على أن «المدين الذي يرهن طبقاً لأحكام هذا القانون مسئول عن حفظ الأشياء المرهونة بحالة جيدة دون أن يكون له الحق في الرجوع على الدائن بشئ في مقابل ذلك» . وتنص المادة ١٨ مكررة على أن كل « من بدد أو أتلف عمداً إضراراً بالغير مهمات أو آلات أو أثاث المحل التجاري المرهونة منه طبقاً لهذا القانون يعاقب بالعقوبة المقررة في المادة ٣٤١ من قانون العقوبات » .

واخلال المدين بواجبه في المحافظة على عناصر المحل التجاري

(١) البير كوهين . للمرجع السابق جزء ٢ ص ٥١٠ .

المرهونة يؤدي كذلك، إلى سقوط أجل الدين المضمون بالرهن تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة ٢٧٣/١ مدني والتي تسقط حق المدين في الأجل ، إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، وقد يعتبر نقل المحل التجاري من مكان إلى آخر من قبيل اضعاف التأمينات ، لما قد يؤدي إليه النقل من هبوط قيمة المحل التجاري . لذلك توجب المادة ٢٤ على المدين الراهن ، الذي يرغب في نقل المحل التجاري أو الأثاث أو الآلات التي تستعمل في استغلاله ، أن يخطر الدائن المرتهن بخطاب موصى عليه في ميعاد شهر على الأقل قبل النقل . فإذا أبدى الدائن عدم موافقته على النقل ، بخطاب موصى عليه في خلال الخمسة عشر يوماً التالية ، ونشأ عن نقل المحل التجاري المرهون انقاص لقيمته ، يصبح الدين واجب الأداء فوراً ، وكذلك الحال إذا نقل المحل دون اخطار سابق .

وأخيراً فإن المدين للراهن يتعرض ، عند إقدامه على رهن المحل التجاري ، لخطر سقوط أجل بعض الديون العادية . فقد نصت المادة ٢٥ على أن ، للدائنين السابقين على قيد الرهن متى كان الغرض من ديونهم استغلال المحل التجاري أن يطلبوا سداد ديونهم قبل مواعيد استحقاقها إذا أصابهم ضرر بسبب ذلك القيد ، . والدائن العادي الذي يطالب بدينه قبل حلول أجله استناداً إلى هذا النص لا بد أن تتوفر فيه شروط ثلاثة :

- ١- أن يكون دينه قد نشأ في وقت سابق على قيد الرهن .
- ٢- أن يكون دينه مرتبطاً باستغلال المحل التجاري المرهون .
- ٣- أن يصيبه ضرر من رهن المحل التجاري . وتلك مسألة يقدرها قاضي الموضوع في نطاق سلطته التقديرية .

١١٧- ثانياً ، آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن ،

لا تنتقل حيازة المحل التجاري إلى الدائن المرتهن . ولكن ذلك لا

يؤثر في وجود حقه ولا في سريانه على الغير ما دام قد قيد رهنه وفقاً للقواعد المقررة . فلا يستطيع الحائز للمتجر ، حتى ولو كان حسن النية لا يعلم بحق الدائن المرتهن ، أن يتمسك في مواجهته بقاعدة ، الحيازة في المنقول سند الملكية ، . فللدائن المرتهن ، فضلاً عن حق الأولوية ، حق التتبع .

أ) فأما عن حق الأولوية ، فإنها تكون بحسب تاريخ القيد . فإذا تعدد الدائنون المرتهنون ، فالأسبق من بينهم هو الأسبق في قيد رهنه . أما الدائنون المرتهنون المقيدون في يوم واحد فلهم مرتبة واحدة . وفي الحالة التي يكون فيها أحد عناصر المحل التجاري ، كالأثاث والمهمات ، مرهوناً بصفته عقاراً بالتخصيص ، فإن الأولوية بين مرتبة العقار وبين مرتبة المحل التجاري تكون بحسب تاريخ القيد أيضاً . على أنه إذا تم القيد في يوم واحد كانت مرتبة الرهن العقاري مقدمة على مرتبة رهن المحل التجاري (م ١٦) .

أما عند تزامن الدائن المرتهن مع مؤجر المكان الذي يوجد به الأثاث والآلات المرهونة التي تستعمل في استغلال المحل التجاري ، فإن هذا المؤجر لا يباشر امتيازته ، في مواجهة الدائن المرتهن لأكثر من قيمة ايجار سنتين (م ١٧) .

وقد يتعرض الدائن المرتهن لخطر اقدام مؤجر المكان الذي يوجد به المحل التجاري على فسخ الايجار ، وذلك في حالة ما إذا تأخر المستأجر ، وهو المدين الراهن ، في دفع الأجرة . وقد نصت المادة ٢٦ ، حماية للدائن المرتهن ، على ضرورة أن يقوم المؤجر باخطاره برغبته في الفسخ ، وذلك في محل الدائن المرتهن المذكور في قيد الرهن ؛ وإنما بشرط أن يكون الدائن المرتهن قد سبق له أن أبلغ المؤجر كتابة بوجود الرهن . ولا يجوز أن يصدر الحكم بالفسخ قبل شهر من تاريخ هذا الاخطار ، وذلك حتى تهيأ الفرصة للدائن المرتهن لأن يقوم بسداد الأجرة المطلوبة فيتجنب الفسخ . كذلك لا يصح الفسخ بالتراضي أو بحكم القانون إلا بعد شهر من تاريخ اخطار الدائن المقيد في محله المختار (م ٢٦/٢) .

وتضمن مرتبة الرهن أصل الدين المضمون وفوائده لمدة سنتين (م ٢٣). وحق الدائن المرتهن لا يتجزأ ، فيظل الرهن قائماً إلى حين تسديد الدين المضمون جميعه . فلا يودى للرفاء الجزئى إلى سقوط الرهن عن جزء مقابل من المحل التجارى المرهون . وينتقل حق الدائن المرتهن فى الأولوية بنفس المرتبة إلى المبالغ الناشئة عن التأمين على المحل التجارى إذا تحقق سبب استحقاقها (م ١٥) .

وينقضى حق الدائن المرتهن بانقضاء الدين المضمون ، أو بالتنازل عن الرهن ، أو بعدم تجديد القيد فى المواعيد المقررة .

ب) أما عن حق التتبع ، فهو يسمح للدائن المرتهن بالحجز على المتجر ، تحت يد الغير الحائزين له ، تمهيداً لبيعه ومباشرة حقه فى الأولوية عند استيفاء دينه من الثمن . ولا يستطيع الحائز حسن النية أن يحتج بحيازته لأن فى مقدوره أن يعلم من السجل كافة القيود والحقوق التى تثقل المحل التجارى . وإذا كان هذا الحائز يحوز المحل التجارى ، بما فيه من عناصر معنوية أو مادية ، فإنه لا يستطيع أن يحتج بحيازته حتى بالنسبة للمنقولات المادية كالمهمات والأثاث التجارى ، لأن التتبع لا يرد عليها على انفراد ، وإنما بوصفها جزءاً من المتجر (١) . ولكن إذا تصرف المدين فى هذه العناصر المادية على انفراد ، فإنها تصبح ملكاً للمشتري حسن النية ملكية خالصة من القيود . إذ من الطبيعى أن يتمسك الحائز بقاعدة الحيازة ، لأن الأمر لا يتعلق فى هذه الحالة بمحل تجارى ، بل بمنقولات مادية مستقلة لا تخضع لقواعد الشهر أو القيد .

١١٨ - ثانياً - اجراءات التنفيذ على المحل التجارى المرهون:

ويتدخل المشرع عند التنفيذ على المحل التجارى المرهون ليضع اجراءات تضمنتها المادة ١٤ . هذه الاجراءات خاصة بالتنفيذ الذى يباشره

(١) أستاذنا الدكتور محسن شفيق ص ٧٥ .

الدائن المرتهن على المحل التجارى والبائع الذى لم يستوف الثمن . أما غيرهم من الدائنين فلا بد أن يقوم باجراءات الحجز العادية وفقاً للقواعد المقررة فى قانون المرافعات .

وتتلخص اجراءات المادة ١٤ فى أن ينبه الدائن المرتهن رسمياً على المدين الراهن بالوفاء ، فإذا مضت ثمانية أيام دون وفاء فإنه يقدم عريضة إلى قاضى الأمور المستعجلة بطلب الإذن ببيع المقومات المرهونة بالمزاد العلنى . ويكون البيع فى المكان واليوم والساعة وبالطريقة التى يعينها القاضى . على أنه يجب أن يذاع البيع قبل حصوله بعشرة أيام على الأقل بطريق النشر والاصق . وتعلن صورة من هذه الاعلانات قبل البيع بخمسة أيام على الأقل لمالك المكان وللدائنين المرتهنيين المقيدى فى محالهم المختارة المبينة فى قيودهم .

ويلاحظ أن اجراءات المادة ١٤ تحاول أن توفق بين المصالح المختلفة التى تتعلق بالتنفيذ : مصلحة الدائن المرتهن الذى يود الاسراع فى التنفيذ على المحل التجارى المرهون باجراءات سهلة ليس فيها تعقيد اجراءات الحجز العادية . ومصلحة الغير الذين تتعلق حقوقهم بالمحل التجارى ، فيجب أن يعلموا بسير اجراءات التنفيذ ويجتنبوا الفرصة الزمنية المناسبة لصيانة حقوقهم . وأخيراً مصلحة المدين الراهن أو الحائز فى أن يمنح الوقت الكافى بعد التنبيه عليه لمحاولة سداد الدين المضمون بالرهن وتفادى التنفيذ على المحل التجارى المرهون .

الفرع الثاني

صكوك الرهن التي تصدرها

المستودعات العامة

LE WARRANT DES MAGASINS CENERAUX

١١٩- فكرة المستودع العام ودوره في رهن البضائع :

المستودع العام منشأة تهيبى ببناء أو مكاناً فسيحاً يعد اعداداً صالحاً لأن تودع فيه البضائع . فالأصل فى المستودع العام أنه يقوم بدور المودع لديه ، فيؤدى خدمات الحفظ والصيانة للمودعين . وهى خدمات مادية لها قيمتها ، ولا سيما بعد الثورة الصناعية التى أدت إلى الوفرة الهائلة فى الانتاج . إذ أصبح من العسير على التجار أن يقوموا بأنفسهم بحيازة وصيانة البضائع التى يتجرون فيها .

على أن فكرة المستودع العام ، إذا كان من شأنها أن تخلص التاجر من متاعب حيازة البضاعة من الناحية المادية ، فإن من شأنها أيضاً أن تخلصه من العقبات التى تثيرها الحيازة القانونية وأهمها ما يتعلق برهن البضائع .

فالبضائع تدخل فى طائفة المنقولات المادية التى لا تتضمن عناصر تعيين ذاتية ، وبالتالي لا يمكن أن يتم رهنها إلا بنقل حيازتها من الراهن إلى الدائن المرتهن أو إلى « أجنبى يعينه المتعاقدان » . والمستودع العام هو ذلك الأجنبى الذى تعينه ضرورة الالتجاء إليه لحفظ البضاعة ، قبل أن يعينه الراهن والمرتهن لحيازتها . فيكفى حينئذ أن يخطر المدين الراهن والدائن المرتهن بحق هذا الأخير، فيقيده المستودع العام فى السجل الخاص لذلك ، فيتمكن ذرو المصلحة ، بالرجوع إليه ، من العلم بما يثقل هذه البضاعة من حقوق .

أكثر من ذلك ، إذا توفرت في هذا المستودع العام ضمانات كافية ، تحمل على الثقة به - من ناحية الحفظ المادى للبضاعة (صيانتها) والحفظ القانونى لها (فلا يتصرف فيها أو ينقل حيازتها إلا لصاحب الحق القانونى فيها وبالشروط القانونية) - فإنه يستطيع أن يخلص أصحاب الشأن من كل اجراء يتعلق بحيازة هذه البضائع ويؤدى إلى تعطيل سير العمليات القانونية عليها . وذلك باصدار صكوك تمثل هذه البضائع ، وتعين فيها كميتها وصفها وغير ذلك من البيانات التى تكفل تعيينها على وجه اليقين . وعندئذ تتم حيازة هذه البضاعة بحيازة الصك وتنقل بانتقاله . فإذا افترضنا أن التاجر المودع يملك مائة قنطار قطن مودعة فى المستودع العام ، فإنه يعتبر حائزاً لهذه البضاعة بمجرد حيازته للورقة التى تمثلها . وهو إذا أراد نقل حيازة هذه المائة قنطار إلى تاجر آخر ، فإنه لا يحتاج إلى عربات النقل ولا إلى عمال الشحن والتفريغ ولا يتعرض لمخاطر الطريق ، وإنما هو ينقل المائة قنطار بحركة هينة من يده عندما ينقل حيازة الورقة إلى التاجر الآخر .

والذى لا بد أن نلاحظه ، فى هذا الصدد ، هو أن دور المستودع العام الذى يصدر الصكوك الممثلة للبضاعة قد تجاوز دور الحائز الأجنبى الذى يعينه المتعاقدان ، والذى تشير إليه المادتان ١٠٩٦ مدنى و ١٢٠ تجارى . فهو لم يعد حائزاً للبضاعة إلا حيازة عرضية مادية بحقة لحساب الحائز القانونى الذى يحوز الصك الممثل لها ، أى كان شخص هذا الحائز . وبذلك يدخل رهن البضاعة المودعة فى المستودع العام مرة أخرى فى نطاق القواعد العامة لرهن المنقول المادى ، لا عند أجنبى يعينه المتعاقدان ، وإنما بنقل الحيازة الرمزية للبضائع إلى الدائن المرتهن ذاته . فإذا انقضى الرهن لسبب من الأسباب وتعين أن ينقل الدائن المرتهن حيازة البضاعة مرة أخرى إلى المدين الراهن ، فإنه يفعل ذلك بنقل حيازة الصك إليه .

وليس ثم ما يمنع ، وقد بلغ نقل حيازة البضائع بفضل المستودع

العام هذا القدر من اليسر ، أن يتم تداولها من يد إلى يد بذات السهولة التي يتم بها تداول الأوراق التجارية . وذلك بأن نصيف إلى هذا الصك شرط الإذن ، فيمكن تداوله بالتظهير ، ويتمتع بمزايا قانون الصرف .

١٢٠- أهمية تنظيم المستودع العام لكي يؤدي دوره في رهن

البضائع،

على أنه من الواضح أن المستودع العام لا يمكن أن يؤدي دوره في رهن البضائع إلا إذا توفرت فيه الضمانات الكافية . هذه الضمانات لا يكفلها للمودعين بطبيعة الحال إلا تنظيم واع وإشراف دقيق على حسن قيام المستودع العام بحفظ البضاعة ، واحترامه لصاحب الحق فيها أياً كان . فبغير ذاك التنظيم وهذا الإشراف لا يمكن أن يطمئن تاجر إلى ارتهان البضاعة الموجودة فيه بهذه السهولة المرجوة .

والتاريخ التشريعي للمستودعات العامة يرينا إلى أي أحد تفشل أو تنجح المستودعات العامة حسبما يفشل أو ينجح المشرع في توفير الضمانات لحماية البضاعة المودعة لصالح المودعين والدائنين على السواء (١) . فقد اقتبست فرنسا نظام المستودعات الانجليزية Docks بقرار ٢١ مارس سنة ١٨٤٨ ، وتطور تنظيم المستودعات العامة فيها في تجارب تشريعية مختلفة حتى انتهى إلى الإصلاح الشامل في أعقاب الخرب العالمية الثانية . حيث أعاد المشرع الفرنسي تنظيم المستودعات العامة بالمرسوم الصادر في ٦ أغسطس ١٩٤٥ ، فأكد الإشراف الإداري على المستودعات العامة وعلى مستغليها ، وأخضع انشاء المستودع العام لإذن إداري سابق ، ثم لإشراف إداري مستمر .

ولم ينظم المشرع المصري عمليات الإيداع في المستودعات العامة

(١) أنظر هذا التاريخ في : جان همار ، السابق ، الجزء الأول ، بند ٥٠٨ ص ٢٦٨ ، وفي مقال روجر جرانجر عن : صكوك الرهن التي تصدرها المخازن العامة ، بين مجموعة مقالات هامل عن الرهن التجاري ص ١٥٨ وما بعدها .

ألا بمقتضى تقلين التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الذى خصص الفصل الرابع من الباب الثانى منه لهذا النشاط الهام .

وستتناول فيما يلى قواعد انشاء وتنظيم المستودعات العامة ثم الصكوك التى تصدرها .

اولاً : قواعد انشاء وتنظيم المستودعات العامة

١٢١- تعريف المستودع العام وقواعد انشائه ،

المستودع العام منشأة يخصصها مالكها أو مستثمرها لتسلم بضاعة المودعين وحفظها لحسابهم أو لحساب من تؤول إليهم ملكيتها أو حيازتها بمقتضى الصكوك التى تمثلها (م ١٣٠/١ تجارى) . ولا يصدق وصف المستودع العام ، طبقاً لنص الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٠ تجارى ، إلا على منشأة الاستيداع التى يكون من حقها اصدار صكوك تمثل البضاعة المودعة وتكون قابلة للتداول .

ويخضع انشاء أو استثمار المستودع العام ، بالمعنى سالف الذكر ، لترخيص مسبق من الجهة الادارية المختصة وفقاً للشروط والأوضاع التى يصدر بشأنها قرار منها (م ١٣٠/٢) وفى حالة مخالفة شروط الحصول على الترخيص المشار إليه ، يعاقب متشغى المستودع العام أو مستثمره بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين (م ١٤٧/١) .

وللمحكمة ، فى حالة الحكم بالادانة ، أن تأمر باغلاق المستودع وايداع البضائع الموجودة فيه أحد المستودعات المرخص بها ، وذلك على نفقة المحكوم عليه وعلى ذمة تسليمها لأصحابها أو التصرف فيها لحسابهم . وتأمر المحكمة بنشر الحكم شاملاً بيان موقع المستودع الجديد فى صحيفة يومية على نفقة المحكوم عليه. (م ١٤٧/٢) .

وتحوطاً للأخطار التى قد يتعرض لها المستودع العام ، فرض المشرع على مستثمر المستودع الالتزام بالتأمين عليه من أخطار الحريق

لدى احدى شركات التأمين . ويشمل هذا التأمين ، فى ذات الوقت ، البضائع الموجودة بالمستودع لحساب الغير (م ١/١٣١) .

وإذا كان المستودع موجوداً بميناء بحرى أو جوى ، وكانت البضاعة الموجودة به مشمولة بتأمين بحرى أو جوى من أخطار الحريق ، فإن التأمين البحرى أو الجوى هو وحده الواجب التطبيق لتسوية التعويضات عند تحقق الخطر المؤمن منه خلال مدة سريان التأمين . وبانتهاء هذه المدة ، تصبح البضاعة مشمولة بالتأمين على المستودع . ويسرى نفس الحكم فى حالة عدم كفاية التأمين البحرى أو الجوى لتغطية الضرر الذى أصاب البضاعة (م ٢/١٣١) .

١٢٢- العلاقة بين المستودع العام والمودعين ،

· الأصل أن العلاقة بين المودع والمستودع العام هى علاقة وديعة تخضع لقواعد هذا العقد المقررة فى القانون المدنى (المواد من ٧١٨ إلى ٧٢٥) . ومع ذلك فقد عنى المشرع التجارى بتنظيم هذه العلاقة ، بالنظر لأهمية دور المستودع العام وطبيعته الخاصة التى تميزه عن المودع لديه العادى .

لذلك فإن من أولى التزامات مستثمر المستودع العام وجوب معاملة المودعين معاملة واحدة ، فلا يختص أحدهم برعاية لا يقدمها للآخرين . وعليه أن يهين مكاناً لمن يطلب منه الايداع ، ويتقاضى من الجميع الرسوم المقررة دون تمييز . وهو لا يستطيع أن يرفض طلب الايداع المقدم إليه إلا لسبب يبرره . كما لو كان فى قبول ايداع البضاعة المقدمة إليه إضراراً بالبضائع الأخرى الموجودة بالمستودع ، أو كما لو كانت قيمتها من الضالة بحيث لاتضمن تغطية مصاريف حفظها أو صيانتها ، أو كما لم يكن هناك مكان بالمستودع يتسع لها ... إلخ .

وعند تلقى المستودع البضائع المطلوب ايداعها ، يجب على المودع بأن يقدم للمستودع بيانات صحيحة عن طبيعة هذه البضائع ونوعها ومقدارها وقيمتها (م ١/١٣٢) . وعندئذ يعطيه المستودع إيصال الايداع

مرفقاً به صك الرهن . وللمودع في كل وقت الحق في فحص البضاعة التي سلمت للمستودع لحسابه وأخذ عينات منها وتمكين الغير من ذلك (م ١٣٢/٢) .

ويكون مستثمر المستودع مسئولاً عن حفظ البضاعة المودعة وصيانتها بما لا يجاوز قيمتها التي قدرها المودع (م ١٣٣/١) . وله أن يطلب من القاضى المختص ، بالمحكمة التي يقع في دائرتها المستودع ، اصدار أمر على عريضة ببيع البضاعة المودعة إذا كانت مهددة بتلف سريع . ويعين القاضى كيفية اجراء البيع والتصرف في الثمن (م ١٣٤) .

ومسئولية المستودع عن البضائع المودعة أشد وطأة من تلك التي تقررها القواعد العامة . فهي مسئولية مفترضة لا يكفي لنفيها إقامة الدليل على أنه بذل من العناية في حفظها وصيانتها ما يبذله في حفظ ماله (م ١٧٢٠/١ مدنى) ، بل يتعين عليه لتبرئة ساحته إقامة الدليل على أن ما لحق بالبضاعة من تلف أو هلاك أو نقص ناشئاً عن قوة قاهرة أو طبيعة البضاعة أو عيب ذاتي فيها أو في كيفية تعبئتها أو حزمها (م ١٣٣/٢ تجارى) .

ولا شك أن مثل هذه المسئولية قد تكون كبيرة إذا نظرنا إلى ضخامة كمية البضائع والأشياء التي يتلقاها المستودع ، وإلى أن التزامه لا يقتصر على الحفاظ بل يمتد إلى الصيانة بما تقتضيه من أن يقدم لكل صنف من البضائع المودعة ما يناسبها من العناية اليومية التي تكفل حفظها في حالة جيدة . ولكن هذه المسئولية الكبيرة هي وحدها الكفيلة بأن تشجع التجار على ايداع بضائعهم ، وتؤدي إلى إتمام العمليات القانونية على هذه البضائع بالسرعة والسهولة المرجوة وبمجرد نقل حيازة الصكوك الممثلة لها . .

ولم يتضمن تقنين التجارة الجديد نصاً مماثلاً لنص المادة السابعة ، من مرسوم ٦ أغسطس لعام ١٩٤٥ بتنظيم المخازن العامة في فرنسا ، الذى يحظر على مستثمر المستودع العام أن يمارس - بطريق مباشر أو

غير مباشر ، لزمته أو لزمة الغير ، وسواء على وجه الوكالة بالعمولة أو على أى وجه آخر - الاتجار أو المضاربة فى أنواع البضائع المرخص له أن يصدر عنها صكوك ايداع أو رهن . وهذا نقض كان ينبغى على المشرع المصرى أن يقطن إليه ، خاصة وإن العلة من الحظر هى منع المستودع ، عندما يحوز كميات كبيرة من البضائع ، من التدخل للتأثير على الأسواق والمضاربة بحقوق المودعين والدائنين على السواء .

ولا شك فى إمكان تكملة هذا النقص بالرجوع إلى القواعد العامة فى القانون المبنى ، وبخاصة الفقرة الثانية من المادة ٧١٩ التى تقضى بأنه ليس له (أى المودع لديه) أن يستعملها (أى الوديعة) دون أن يأنن له المودع فى ذلك صراحة أو ضمناً ، .

ورغم الحظر المشار إليه ، فلا شئ يمنع مستثمر المستودع من أن يقدم قروضاً للمودع برهن البضاعة المودعة لديه ، ومن ثم التعامل بصك الرهن الذى يمثلها (م/١٣٥/٢) .

هذا وللمودع أن يتعامل على البضاعة المودعة لحسابه بالبيع والرهن وغيرها من التصرفات بموجب الصكوك التى تمثلها والتى يصدرها المستودع للعام (م/١٣٥/١) .

كما أن للمودع تجزئة البضاعة المودعة إلى مجموعات متعددة والحصول على إيصال ايداع وصك رهن عن كل مجموعة منها (م/١٣٦/٣) .

وإذا لم يسترد المودع البضاعة عند انتهاء عقد الايداع جاز لمستثمر المستودع طلب بيعها باتباع الاجراءات المنصوص عليها فى شأن الرهن التجارى ، ويستوفى من حصيلة البيع المبالغ المستحقة له ، ويسلم الباقي إلى المودع أو يردعه خزانة المحكمة المختصة (م/١٤٦/١) . ويسرى نفس الحكم إذا كان عقد الايداع غير محدد المدة ، وانقضت سنة دون أن يطلب المودع استرداد البضاعة أو يبدى رغبته فى استمرار عقد الايداع (م/١٤٦/٢) .

ثانياً : الصكوك التي يصدرها المستودع العام

١٢٢ - الصك المزدوج : ايصال الايداع وصك الرهن

Récépissé-Warrant

عندما تكفل قواعد انشاء وتنظيم المستودعات العامة حفظ البضاعة المودعة وصيانتها، وتعيين محل وجودها على وجه اليقين ، وتؤمن لذوى الشأن مباشرة حقوقهم عليها دون عائق ، فإنه لا يبقى - لكى يمكن تداول هذه البضائع أو رهنها - إلا أن يصدر المستودع العام صكوكاً تمثلها . فيكون حائزها حائزاً قانونياً للبضاعة المودعة ، بحيث يستطيع أن ينقل ملكيتها أو أن يرهنها بنقل ملكية الصك الممثل لها أو برهنه .

ولقد أخذ ثقتين التجارة الجديد ، نقلاً عن القانون الفرنسى ، نظام الصك المزدوج للايداع والرهن . فالزم المستودع أن يسلم المودع ايصال ايداع مرفقاً به صك رهن يشتملان على بيانات معينة (م ١٣٦ / ١ و ٢) ، مع احتفاظ المستودع بصورة طبق الأصل من ايصال الايداع وصك الرهن (م ١٣٦ / ٤) .

ويجوز أن يصدر ايصال الايداع أو صك الرهن باسم المودع أو لأمره ، بمعنى أن هذا الصك المزدوج قد يكون اسماً أو إذنيّاً (م ١٣٨ / ١) . وإذا كان ايصال الايداع أو صك الرهن لأمر المودع جاز لهذا الأخير التنازل عنهما بالتظهير متصلين أو منفصلين (م ١٣٨ / ٢) . ويترتب على هذا التظهير نفس آثار تظهير الورقة التجارية وخاصة تظهير الدفع (م ٦٥ تجارى) .

ويجب أن يتضمن كل من الايصال والصك البيانات الإلزامية التى عددتها الفقرة الأولى من المادة ١٣٦ تجارى ، وهى : اسم المودع ومهنته وموطنه ، ونوع البضاعة وطبيعتها وكميتها وغير ذلك من البيانات اللازمة لتعيين ذاتيتها وقيمتها ، واسم المستودع المودعة فيه البضاعة ، واسم الشركة المؤمنة على المستودع ، وما إذا كانت قد دفعت عنها الرسوم والضرائب المستحقة من عدمه .

وتذكرنا هذه البيانات الشكلية بالشكلية في الأوراق التجارية ، وسرها في الحالتين واحد : هو إنها ضرورية لادماج الحق في الصك الذي يمثلته ادماجاً يصل إلى مرتبة اليقين في أن هذا يمثل ذلك . إذ أن ذلك يقتضى أن يتضمن الصك جميع البيانات التي تحقق هذا التمثيل على وجه لا يحتمل الخطأ .

والمودع المذكور اسمه على الصك المزدوج هو وحده الذي يستطيع أن يسحب البضاعة من المستودع العام . وتلك نقيجة مباشرة لتمثيل الصك للبضاعة . لذلك فإن هناك طريقة مختصرة لنقل ملكية البضاعة عند تحرير الصك المزدوج ، بأن يذكر المودع اسم من يريد أن ينقل إليه ملكية الصك مباشرة ، فيتم الايداع باسم هذا الأخير ، ويكون ذلك بمثابة نقل ملكية البضاعة إليه . أما إذا أراد المودع أن ينقل ملكية البضاعة بعد تحرير الصك المزدوج ، فإن ذلك يتم بطريق التظهير .

على أن تداول الصك المزدوج عن طريق التظهير فيه تفصيل (١) : فصاحب البضاعة إما أن يقوم بتظهير الصك المزدوج ، وإما أن يفصل صك الرهن عن صك الايداع ، ويظهر أحدهما دون الآخر (م ١٣٨/٢) .

١٢٤- تظهير صك الايداع متصلاً بصك الرهن .

إذا قام المودع بتظهير صك الايداع وصك الرهن معاً ، أى الصك المزدوج ، فمعنى ذلك أنه ينقل ملكية البضاعة خالية من الرهن . فإذا كان ذلك التظهير قد ترتب - كما هو الحال غالباً - على بيع البضاعة للمظهر إليه ، فإن المشتري يعتبر أنه قد تسلم البضاعة بتسلمه الصك المزدوج الذي ظهره إليه البائع . إذ أنه يصبح وحده صاحب الحق في سحب البضاعة متى شاء من المستودع العام . وله أن يطمئن إلى

(١) أنظر في ذلك على الأخص مقال ر. جراتجر في مجموعة هامل عن الرهن التجارى ص ١٥٦ وما بعدها ، والدكتور حجازى السابق ص ٢٨٢ وما بعدها ، ودى لامورانديير وروديير وهولان جزء ٢ ص ١٩٥ .

خلو البضاعة من الرهن ، لأن اتصال صك الرهن بصك الايداع معناه أن المودع لم يسبق له رهن البضاعة .

١٢٥- تظهير صك الرهن منفصلاً عن صك الايداع:

أما إذا أراد المودع أن يرهن البضاعة مع احتفاظه بملكيتها ، فلا بد له من أن يفصل الصكين . فيحتفظ بصك الايداع ، ويقوم بتظهير صك الرهن إلى الدائن المرتهن ، وعندئذ فقط ينشأ صك الرهن Le Warrant بشكل مستقل .

لذلك يجب أن ننتبه إلى معنى التظهير الأول لصك الرهن . فهذا التظهير الأول عنصر من عناصر خلق صك الرهن ، وليس تظهيراً لصك سبق له اكتمال عناصر وجوده . وبعبارة أخرى لا يعد صك الرهن موجوداً قبل التظهير الأول ، وإنما يتم به هذا الوجود (١) .

فصك الرهن ، قبل انفصاله عن صك الايداع ، ليس له كيان مستقل . وتظهيره متصلاً بصك الايداع لا يعنى إلا أن المودع لم يحاول أن يبعث هذا الكيان المستقل ، فقام بنقل ملكية البضاعة التي يمثلها الصك المزدوج خالية من الرهن .

أما إذا قام المودع بفصل صك الرهن عن صك الايداع ، فقد عبر بذلك عن ارادته في أن يخلق صك الرهن . ولكن هذا الخلق لا يكتمل إلا بالتظهير الأول . فبيانات التظهير بيانات انشائية لا بد من توفرها لتكوين صك الرهن . لذلك نص المشرع في الفقرة الثانية من المادة ١٣٩ تجارى على وجوب اشتمال التظهير الأول ، بالاضافة إلى تاريخ التظهير وتوقيع المظهر ، على بيان بمبلغ الدين المضمون بالرهن من أصل وعائد وتاريخ استحقاقه واسم المدين ومهنته وموطنه .

ويكون لحامل صك الرهن ، دون ايصال الايداع ، حق رهن على

(١) ر. جرائد السابق ١٨٧ .

البضاعة المودعة . ويستطيع أن يظهر صك الرهن إلى غيره من الدائنين ، فتكون البضاعة الممثلة في صك الرهن مرهونة لحامل الصك ، ضماناً للوفاء بالمبلغ المحدد به .

وانفصال صك الرهن عن صك الايداع وسيلة ناجعة لشهر الرهن . إذ أنه لا يبقى في يد المودع إلا صك الايداع وحده . فإذا أراد أن يتصرف في البضاعة المودعة بالبيع مثلاً ، فإن المشتري يعلم أنه يشتري بضاعة سبق لصاحبها أن تصرف فيها بالرهن . ولكنه يبقى مع ذلك جاهلاً بمقدار المبلغ الذي تضمنه هذه البضاعة ، لأن ذلك يقتضى منه أن يطلع على صك الرهن ليتبين المبلغ المضمون ، والفرض أن صك الرهن قد انطلق في التداول عن طريق التظهير .

ولكى يتفادى المشرع هذا النقص ، أوجب في المادة ١٣٩/٢ من قانون التجارة الجديد على المظهر إليه الأول أن يقوم باجراء تكميلي ، هو أن يبادر إلى طلب قيد تظهير صك الرهن وبيانات هذا التظهير في دفاتر المستودع ، والتأشير بذلك على صك الرهن ، . والتسجيل ضرورى لامكان الاحتجاج بحق الدائن حامل صك الرهن في مواجهة الغير .

وعلى ذلك ، يستطيع المشتري ، الذى ظهر إليه البائع صك الايداع وحده - إذا أراد أن يعلم قيمة المبلغ المضمون بالرهن - أن يذهب إلى المستودع العام ليتحقق من مقدار الدين المضمون . ويكون حينئذ على بينة من قيمة البضاعة الحقيقية بعد تحملها بهذا التكليف .

أما حامل صك الرهن ، منحصلاً عن اتصال الايداع ، فله - إذا لم يتم دفع الدين المضمون بالرهن في ميعاد الاستحقاق - أن يطلب بيع البضاعة المرهونة باتباع الاجراءات المنصوص عليها في المادة ١٢٦ بشأن الرهن التجارى (م ١٤١) .

ويستوفى حامل صك الرهن حقه من ثمن البضاعة بالأولوية على الدائنين العاديين بعد خصم الضرائب والرسوم المستحقة على البضاعة

ومصاريف بيعها وايداعها وحفظها (م/١٤٢). .

فإذا لم تكن حصيلة البيع كافية للوفاء بدينه ، جاز له الرجوع على المدين أو المظهرين (م/١٤٣). ويكون رجوعه على المظهرين خلال خمسة عشر يوماً من : تاريخ بيع البضاعة والا سقط حقه في الرجوع . وفي جميع الأحوال يسقط هذا الحق إذا لم يباشر اجراءات التنفيذ على البضاعة المرهونة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استحقاق الدين (م/١٤٣/ ٣٠٢) .

وجدير بالذكر أنه عند وقوع حادث للبضاعة ، يكون لحامل صك الرهن على مبلغ التأمين جميع الحقوق المقررة له على البضاعة (م/١٤٤). أي أن مبلغ التأمين يحل حلاً عينياً ، في هذه الحالة ، محل البضاعة .

أما إذا كان ثمن البضاعة ، أو مبلغ التأمين في حالة وقوع حادث لها ، يرتو على قيمة الدين ، فإن الزيادة تكون من حق حامل ايصال الايداع سواء كان هذا الحامل هو المودع نفسه أو من ظهر إليه ايصال الايداع منفرداً . وفي حالة عدم حضور هذا الأخير وقت حصول البيع أودع لحسابه المبلغ خزانة المحكمة الجزئية التي يقع في دائرتها المستودع (م/١٤٢/٢) .

ولقد واجه المشرع حالة ضياع صك الرهن بحكم معاتل لضياع الورقة التجارية . فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٥ تجاري على أنه : لمن ضاع منه صك الرهن أن يطلب من القاضي المختص ، بالمحكمة التي يقع في دائرتها المستودع ، اصدار أمر على عريضة بوفاء الدين المضمون بالرهن عند حلول أجله بشرط أن يثبت ملكيته للصك الضائع ، وأن يقدم كفيلاً . فإذا لم يقم المدين بتنفيذ الأمر كان لمن صدر هذا الأمر لصالحه أن ينفذ على البضاعة المرهونة باتباع الاجراءات المنصوص عليها بشأن الرهن التجاري ، وذلك بشرط أن يكون النظمير الأول الذي حصل على الصك قد قيد في دفاتر المستودع وفقاً لأحكام

الفقرة الثانية من المادة ١٣٩ . وتبرأ ذمة الكفيل بانقضاء ستة أشهر من تاريخ استحقاق الدين دون أن يتخذ من صدر الأمر لصالحه اجراءات التنفيذ على البضاعة ، .

ومن ذلك كله نرى الدور الحيوى الذى يقوم به صك الرهن على Warrant بعد أن جمع فى طبيعته المختلطة بين نوعين من القواعد : قواعد الرهن من ناحية ، وقواعد قانون الصرف من ناحية أخرى . وأغلب الأمر أن تنطبق هذه القواعد أو تلك دون أن يحدث بينها تعارض . فالرهن حق تابع للدين المضمون ، فهو يتبع هذا الدين ويتأثر بالقواعد التى يمكن أن تحكمه أو تقر صحته أو بطلانه أو انقضاءه . ولذا فالأرجح أن تتغلب قواعد قانون الصرف السريعة المتحركة على بقاء القواعد العامة فى رهن المنقول .

١٢٦- تظهير صك الايداع منفصلاً عن صك الرهن:

ومعنى ذلك أن المودع كان قد رهن البضاعة قبل بيعها للمشتري الذى ظهر إليه صك الايداع منفرداً . ولا يمكن أن يخدع المشتري فى ذلك ، إذ هو يستطيع أن يعلم مقدار الدين المضمون بالرهن بالالتجاء إلى دفاتر المستودع . فقد أوجب القانون على المظهر إليه الأول - كما رأينا - أن يقوم بتسجيل بيانات صك الرهن فيها . وعندئذ لا يؤدي إلى المودع البائع إلا ثمن البضاعة مخصوماً منها قيمة الدين الذى تضمنه البضاعة البيعة .

وحامل صك الايداع المنفرد لا يستطيع أن يتسلم البضاعة إلا بعد أن يصل إلى حامل صك الرهن فيوفيه دينه ويجمع الصكين فى حيازته ، ثم يتقدم بهما إلى المستودع العام . ولكن ذلك قد لا يكون ميسوراً لسرعة تداول صك الرهن . ولذا فهو - أى حامل صك الايداع - إما أن ينتظر حلول الميعاد ، إذ عندئذ سيظهر حامل صك الرهن مطالباً بالوفاء أو بالتنفيذ على البضاعة ، فيدفع له دينه ويتسلم البضاعة من المستودع ، أو يكتفى بأن يأخذ باقى الثمن بعد بيعها بالمزاد العلنى . وله كذلك أن

يذهب منذ البداية إلى المستودع العام ويدفع له قيمة الدين ويتسلم البضاعة . وتظل قيمة الدين مودعة في المستودع حتى يحل ميعاد الاستحقاق فيذهب حامل صك الرهن إلى المستودع العام فيجد مبلغ الدين بدلاً من البضاعة .

ولقد قنن المشرع هذه الحلول في الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ تجارى بقوله : ولحامل إيصال الإيداع دون صك الرهن حق سحب البضاعة المودعة بشرط أن يدفع الدين المضمون بالرهن إذا كان مستحق الأداء . فإذا لم يكن الدين مستحق الأداء ، جاز له سحب البضاعة قبل حلول ميعاد استحقاق الدين إذا أودع المستودع مبلغاً كافياً لتغطية الدين وعوائده حتى حلول الأجل ، ويسرى هذا الحكم إذا استحق الدين ولم يتقدم حامل صك الرهن لقبضه ، . ويجوز أن يقتصر السحب على جزء من البضاعة بعد إيداع مبلغ يتناسب مع هذا الجزء (م/١٤٠/٣) .

ولقد واجه المشرع حالة ضياع أو تلف إيصال الإيداع ، فأجاز لحامل هذا الإيصال أن يطلب من القاضى المختص إصدار أمر على عريضة بتسليمه صورة من الإيصال الضائع أو التالف بشرط أن يثبت ملكيته له مع تقديم كفيل . وتبرأ ذمة الكفيل بانقضاء ستة أشهر من تاريخ الكفالة دون أن يتقدم أحد بطلب استرداد البضاعة المباعة (١/١٤٥) .

١٢٧- تقدير نظام رهن البضائع المودعة في المستودعات العامة ،

لا جدال في أن نظام رهن البضائع المودعة في المستودعات العامة يؤدي ، كما رأينا ، إلى تفادى قاعدة ، الحيّزة في المنقول بحسن نية سند الملكية ، - حتى فيما يتعلق برهن المنقول المادى الذى ليست له صفات تعيين ذاتية - بحيث لا تمنع هذه القاعدة الكبيرة من وقوع هذا الرهن ، ولا تمنع حتى من سرعة وتتابع الرهون والبيع على المنقولات المادية دون عائق وبلا لبس أو غموض في تمييز هذه الحقوق .

فنظام الصك المزوج يطلق يد التاجر في اختيار التصرف المناسب بين الرهن والبيع حسبما يتبين له في ضوء الظروف التجارية . وهذه الحرية لها قيمتها : فقد يحتاج التاجر إلى مبلغ من النقود ، ولكنه يرى أن الوقت غير مناسب لبيع البضاعة المودعة لأنه يتوقع مثلاً أن يرتفع ثمنها بعد أجل معين . لذلك فالأنسب أن يرهن البضاعة ويحتفظ بمكبتها . أما لو تركناه للقواعد العامة لا اضطر إلى أن ينقل حيازتها إلى الدائن المرتهن ، وبالتالي تضيق عليه فرصة بيعها في الوقت المناسب وبالثلث الذي يبتغيه ، ولكنه في نظام الصك المزوج يحتفظ بهذه الفرصة كاملة غير منقوصة ، ويتيسر له أن يستفيد من البضاعة المودعة على الوجهين : الائتمان والمضاربة ، استفادة لا قيد فيها ولا عائق .

على أن الفائدة التي يحققها نظام الصكين تتوقف على مدى الاطمئنان الذي يحققه المستودع العام للمودعين والدائنين ؛ وعلى الثقة التي يبعثها في نفوس التجار المتعاملين في الصكوك ، وذلك بالدقة في العناية بالبضاعة المودعة وحفظها صيانتها ، من الناحيتين المادية والقانونية ، وأخيراً على اعتياد التجار أن يودعوا بضائعهم في المستودعات العامة .

لذلك يجب ألا نتسرع في الحكم على نجاح نظام المستودعات العامة بعد أن أدخله قانون التجارة الجديد ، بل لابد أن ننتظر الوقت الكافي الذي يتسرب فيه النظام إلى نفوس التجار، وينخرط بين عاداتهم .

الفصل الخامس

عقد النقل

LE CONTRAT DE TRANSPORT

١٢٨- أهمية النقل :

لا يقتصر أمر النقل على اعتباره عقداً كسائر العقود ، وإنما هو قبل ذلك وفوق ذلك ظاهرة من أخطر وأعمق الظواهر التي لازمت تاريخ البشرية في كل عصورها ، والتي نجد أثرها واضحاً في سائر ألوان النشاط البشرى . ولذا فإن أهميته لا تقتصر على دوره في ميدان التجارة - وهو دور كبير - بل تمتد إلى كل نواحي الانتاج والتقدم الاقتصادي ، والكشف والتقدم العلمي والفنى . فلا يوجد تصرف من تصرفاتنا ، أو رغبة من رغباتنا ، ألا وتنطوى في نشأتها وتكوينها ، أو في تمامها وتنفيذها ، من أساسها إلى قمتها ، على انتقال : انتقال أشخاص أو أشياء أو أفكار ... ، فالنقل هو الحياة : حياة الأفراد ، وحياة الشعوب ، (١) .

لذلك فإن الدراسات التي تتناول عمليات النقل تتشعب بتشعب الزوايا التي تتخذها منه هذه الدراسات . وعقد النقل ، من زاوية القانون التجارى ، عقد بالغ الأهمية سواء في ذلك عقد نقل البضائع من مكان إلى آخر ، أو عقد نقل الأشخاص الذى لا غنى للأفراد عنه في حياتهم اليومية أياً كانت أوجه النشاط التي يمارسونها ويكفى أن نتصور اضطراب وسائل المواصلات في بلد معين لتبين مدى الخسائر التي يمكن أن تحيق به . . .

(١) Louis JOSSERAND, Les transports, 2e éd 1926, p. 1 .

١٢٩- فكرة التداول ،

وعقد النقل يستند إلى فكرة التداول - وقد سبق أن رأينا أن عقود الوكالة بالعمولة والسمسرة تستند إلى فكرة الوساطة ، وأن عقود الرهن التجارى تستند إلى فكرة الائتمان . فهو يرد على عمل هو تغيير مكان السلعة ، أو الشخص ، حتى تتحقق من وراء ذلك مصلحة تجارية . وهو بذلك يحقق تداول البضائع والمنتجات التجارية من يد إلى يد فى ميدان التجارة . وهو الذى يسمح بابرار الغالبية الساحقة من العقود التجارية الأخرى ، لأنه هو الذى يكفل تنفيذ هذه العقود : فما من بيع وشراء إلا ويعقبه نقل السلعة المبيعة من البائع إلى المشتري . وتحقيق الربح يكون عن طريق نقل عروض التجارة من السلع والبضائع من المكان الذى يتم فيه انتاجها إلى الأسواق التى تباع فيها ، كما أنه يتطلب استمرار نقلها بعد ذلك بين هذه الأسواق وفقاً لمقتضيات الطلب والعرض . ومجرد امكان النقل هو الذى يحدد القيمة التجارية الموحدة للسلعة . لأنها تكون تافهة القيمة فى مكان انتاجها واستخراجها لكثرتها وزيادتها عن الحاجة ، فلا تكتسب قيمتها الحقيقية إلا بالنظر إلى امكان نقلها إلى الأمكنة الأخرى التى يندر فيها وجود هذه السلعة ، وتشتد فيها الحاجة إليها.

١٣٠- تدخل الدولة بوسائل القانون العام ،

ولاشك أن هذا كله يوضح لنا أهمية دور الناقل ، وضرورة أن يؤدي دوره فى دقة وانتظام . فالواقع أن الأمر كما نرى لا يقتصر على تحقيق منفعة تجارية خاصة به ، هى الحصول على أجرة النقل ، وإنما يمتد إلى تحقيق مصالح تجارية هائلة لعدد غير محدود من التجار الذين يتداولون السلع المختلفة ، وغير التجار الذين يحتاجون إلى هذه السلع لاستهلاكها أو الانتفاع بها .

وغنى عن البيان أن فى تحقيق كل هذه المصالح الحيوية الهائلة تحقيقاً للمصلحة العامة فى أبرز صورها . وهنا تتجلى إحدى الصفات الأساسية الخاصة فى عقد النقل .

فالدولة قد أخذت تقوم بنفسها بدور الناقل ؛ أو تدخل نفسها شريكاً للناقل حتى تضمن دقة وانتظام وسائله . أو تنشئ شخصاً معنوياً عاماً يقوم بعمليات النقل . وسائل القانون العام ومستقلاً في ذات الوقت عن شخص الدولة ، كالهيئة العامة لسكك حديد جمهورية مصر بالقانون رقم ٣٦٦ لسنة ١٩٥٦ (١) . ولا جدال في خضوع الأشخاص المعنوية العامة التي تقوم بالنقل لقواعد القانون التجاري (م ٢٠ تجارى) . وإنما لا جدال ، من ناحية أخرى ، في أن الدولة أو الشخص المعنوي العام يسيطر سيطرة كاملة على شروط عقد النقل وينوده بحيث يكون صورة نموذجية لعقد الإذعان .

١٢١- عقد النقل عقد اذعان ،

ولا يقتصر الإذعان على الحالات التي يتولى فيها النقل أحد الأشخاص المعنوية العامة . إذ أن الدولة ، في غير ذلك من الحالات ، تحرص على التدخل بوسائل القانون العام لتشرف إشرافاً تاماً (٢) على شروط عقد النقل وينوده كلما بلغ درجة معينة من الأهمية . لذلك فهو من الأمثلة الكلاسيكية لعقد الإذعان ، لا مجال فيه للمناقشة أو المفاوضة . وإنما ينحصر الخيار بالنسبة إلى المتعاقد مع الناقل على قبول أو رفض الشروط المنظمة من قبل . والناقل لا يقل عن المتعاقد الآخر اذعاناً؛ لأن هذه الشروط جميعها لا يملئها بحر ارادته وإنما تملئها السلطة العامة في

(١) وأنظر بصفة خاصة قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٦٠ بإنشاء مؤسسة عامة لشئون النقل البري تسمى «الهيئة العامة لشئون النقل البري» ، وهي تقوم بعمليات النقل مباشرة (م ١/٢) وتمنح التزام النقل (م ٣/٢) وتشارك مع الهيئات والشركات التي تقوم بأعمال النقل على الطرق العامة (م ٤/٢) ثم هي تشرف وتنسق وتراقب سائر مشروعات النقل البري (م ٦/٢) .

(٢) أنظر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٦٠ السابق الإشارة إليه ، والمنكرة الإيضاحية . فمؤسسة النقل التي أنشأها هذا القانون هي التي تضع قواعد وشروط نقل الركاب والبضائع وتضع تعريفات وأجور النقل (م ٨/٢) .

أغلب الأحيان على الطرفين ، فكلاهما إذن مدعن .

أكثر من ذلك ، يصل الاذعان في عقد النقل إلى الحد الذي يثير للشك في وجود العلاقة العقدية ذاتها : فنحن نعرف أنه حتى في عقود الاذعان يكون لارادة المتعاقدين دورها في الاقدام على التعاقد أو الأحكام عنه ، وهذا الدور هو الذي يبقى على صفة العقد . ولكننا نرى أن الاجبار يصل إلى تلك المرحلة المبدئية من مراحل الانعقاد ، فلا يكون للناقل حتى الخيار بين رفض أو قبول العقد . فقد استقر الفقه والقضاء منذ أمد بعيد على أن الناقل يعد في حالة ايجاب عام دائم لا ينقطع (١) ، بحيث يكفي أن يعلن المتعاقد الآخر عن رغبته في التعاقد حتى ينعقد العقد . ولاشك في اتفاق هذا الحل مع المصلحة العامة ، إذ لا يجدر بنا - أيأ ما كان الأمر - أن نترك للناقل حرية رفض طلب الشاحن أو المصافر طالما أنه قد أبدى استعداداه لدفع الأجر وتنفيذ سائر الشروط . ولكننا نتردد مع ذلك في اعتبار أن هناك ايجاباً عاماً مستمراً من جانب الناقل : إذ الأمر لا يخرج عن أن يكون من جانبه دعوة علنية إلى التعاقد . ولا يتحدد الايجاب بسائر شروطه وتفاصيله إلا عندما تتحدد رغبة المتعاقد الآخر في عقد بعينه . وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة ٢١٠ تجارى عندما قضت بأن ، تسلم الناقل الشيء محل النقل يعد قبولاً منه للايجاب الصادر من المرسل .

وأقرب إلى الحقيقة ، في نظرنا ، أن نرى على عاتق الناقل التزاماً قانونياً بالتعاقد مع من يتقدم إليه من طلاب عقد النقل . هذا الالتزام القانونى قد يكون مصدره الامتياز الممنوح من جهات الادارة التى لها حق الرقابة والاشراف . وقد يكون مصدره الاحتكار الفعلى الذى يتمتع به الناقل . وقد انحاز المشرع ، فى قانون التجارة الجديد ، إلى هذا الرأى

(١) أنظر حكم محكمة النقض الفرنسية ، الغرفة المدنية - ٣-١٢-١٨٦٧ ، سيرى ١٨٦٨-١-١٩٣ وتعليق بولانجية .

في حالة الناقل المحتكر عندما نص في المادة ٢١٢ منه على أنه ، إذا كان الناقل محتكراً نوعاً من النقل أو استثمار خطوط نقل معينة ، التزم بقبول كل ما يقدم إليه من طلبات النقل إلا إذا كان الطلب مخالفاً للشروط المقررة أو تعذر على الناقل تنفيذه لأسباب لا شأن له ولا لتابعيه في أحداثها .

ويخلص من كل ذلك أن الناقل ليس تاجراً عادياً يتمتع بالحرية التي يتمتع بها سائر التجار ، حتى في الحالات التي يتخذ فيها مشروع النقل صفة المرفق العام . فهو يخضع في أغلب الأمر للون من ألوان الإشراف الإداري التي لا تلي وتتعدد وتتفرع بتعدد وتفرع وسائل النقل .

١٢٢- تعريف عقد النقل وبيان خصائصه :

أما تعريف عقد النقل - بعد كل هذه التحفظات على صفة العقد - فهو ، كما تقضى بذلك المادة ٢٠٨ تجارى ، اتفاق يلتزم بمقتضاه الناقل بأن يقوم بوسائله الخاصة بنقل شخص أو شئ إلى مكان معين مقابل أجره .

فهو ، إذاً ، عقد معاوضة ملزم للجانبين . إذ بمقتضاه يلتزم الناقل بالقيام بعملية النقل المتفق عليها في المواعيد المحددة ، ويلتزم الشاحن أو المسافر بدفع أجره النقل .

وهو عقد رضائي يتم باتفاق الطرفين (م ٢١٠/ تجارى) ، وليس عقداً عينياً ، كما يذهب جانب من الفقه والقضاء الفرنسى ، ينعقد بتسليم البضاعة إلى الناقل . ولا جدال عندنا في رضائية عقد النقل إذ أن القانون المدنى المصرى قد ألغى العقود العينية .

وعقد النقل تجارى بالنسبة للناقل إذا برشر على وجه المساواة والاحتراف (م ٥/ ج تجارى) . ولا يكون تجارياً بالنسبة للشاحن أو المسافر إلا إذا كان تاجراً وكان النقل بمناسبة تجارته . وهو لا يكون تجارياً على هذا الوجه بالنسبة للناقل إلا إذا كان معاوضة . فإذا تبرع الناقل بعملية

النقل ، فمن البدهى أن هذا التبرع ينفى صفة التجارية عن العقد . وإنما لابد من التحرز ، على أى حال ، فى استظهار نية التبرع . إذ كثيراً ما يكون المقابل الذى يتقاضاه الناقل شيئاً آخر غير النقود . مثال ذلك أن يمنح الناقل عماله تراخيص خاصة تسمح لهم بالانتقال على وسائل النقل التابعة له دون أجر ، فذلك لا يمنع من اعتبار العقد معارضة فى هذه الحالة إذ أن المقابل يتمثل فى ما يقدمه عمال الناقل له من خدمات .

١٢٢- تمييز عقد النقل عن غيره من العقود ،

وقد يشتبه عند النقل ببعض العقود الأخرى ، بل قد تندمج عمليه النقل بعمليات أخرى سابقة أو لاحقة . والذى يميز عقد النقل ، بصفة عامة ، هو أنه ينصب أساساً على تغيير المكان باستخدام وسيلة من وسائل النقل فى مدة معقولة (١) ، وأن الناقل يباشر هذا العمل على وجه الاستقلال ، فيقوم بالنقل بغنه الخاص وتوجيهه المستقل دون تدخل من الشاحن أو المسافر .

(أ) فلأن عقد النقل ينصب على تغيير المكان Déplacement ، يتميز عن عقد الوديعة الذى يقتصر أمره على حفظ الأشياء المودعة ، وعن إيجار الأشياء إذ لا يمكن القول بأن الشاحن يستأجر وسيلة النقل أو جزء منها . إذ أن شغل بضاعة الشحن لوسيلة النقل أو لجزء منها ليس مقصوداً لذاته ، بل هو ضرورة تقتضيها عملية تغيير المكان التى هى جوهر عقد النقل .

(ب) ولأن الناقل يباشر نشاطه مستقلاً عن الشاحن أو المسافر ، يتميز عقد النقل عن عقد العمل أو عقد إيجار الخدمات Louage de services . فسائق سيارة الأجرة مثلاً لا يعد ناقلاً ، لأنه يتلقى الأوامر من الراكب فى كل مرحلة من مراحل الطريق . فيستطيع هذا الأخير متى شاء أن يغير

René Rodière : Droit des Transports , t. II 1955, no 347 p.15.

(١)

اتجاهه أو يوقفه أو يجعله ينتظره أينما شاء ، ولذا فهو عقد إيجار خدمات (١) . كذلك يتميز عقد النقل عن عقد القطر remorquage ، وهو عقد يغلب إبرامه بالنسبة للسفينة ، وإنما قد يحدث أيضاً أن يبرم بالنسبة لمركب أو لعربة عادية فتقوم الآلة القاطرة بسحب هذه العربة مثلاً من مكان إلى مكان . وأحكام المحاكم الفرنسية تقيم بهذا الصدد تفرقة معيارها الاستقلال الذي يميز الناقل . فإذا كانت العربة المقطورة شيئاً جامداً يخضع تماماً للقائم بسحبها من مكان لآخر ، فهذا عقد نقل . أما إذا كان توجيه العربة المقطورة باقياً لصاحبها أثناء هذه العملية ، فهو عقد القطر (٢) .

ج) وقد تقترب عملية النقل بعمليات أخرى تختلف عنها ، ويغلب في هذه الحالة أن تكون عملية النقل هي التابعة . كالفندق الذي يتولى نقل زبائنه ومتاعهم بين المحطة والفندق مقابل أجر إضافي ، وكالبائع الذي ينقل البضاعة على عرباته إلى مكان المشتري مقابل زيادة في ثمن البيع . وترى غالبية الفقه أنه في مثل هذه الحالات يندمج الفرع في الأصل ويفقد ذاتيته فلا يكون هناك عقد نقل مستقل . بينما ينتقد البعض ذلك ويرى تحليل العمليتين المندمجتين وتطبيق قواعد عقد النقل على عملية النقل ولو كانت تابعة لعقد آخر (٣) .

كذلك يثير عقد نقل الأثاث خلافاً مماثلاً . ذلك أن عقد نقل الأثاث Contrat de déménagement يتضمن في واقع الأمر عمليتين مختلفتين تتنازعان الأهمية : عملية فك الأثاث وحزمه ثم إعادة تركيبه ، وعملية

(١) اسكارا بند ١٠٧٧ ص ٧٢٢ ؛ ريبير بند ٢٤١٢ ص ٩٦٧ ؛ جان همار جزء ٢ بند ٨٢٤ ص ١٨١ .

(٢) أنظر الأحكام الفرنسية التي أشار إليها جان همار في مرجعه السابق جزء ٢ ص ١٨٢ .

(٣) الدكتور أكلّم الخولي ، عقود ، بند ٢٤٨ ص ٢٧٨ .

النقل . وكثيراً ما تكون عملية تغيير المكان في حد ذاتها أقل أهمية من عملية الفك والتركيب التي تحتاج إلى خبرة ودراسة خاصة . لذلك قال البعض أن عقد نقل الأثاث لا يعتبر عقد نقل (١) ، بينما يؤكد آخرون أنه كذلك (٢) . ويقف القضاء الفرنسي بين الرأيين فيطبق بعض قواعد عقد النقل دون البعض الآخر . فهو يحرم ناقل الأثاث مثلاً من حق الحبس ومن الحق في التمسك بعدم قبول الدعوى (م ٢٥١ تجارى) ، ويعطيه ، مع ذلك ، الحق في التمسك بالتقادم القصير (م ٢٥٤ تجارى) (٣) .

ونقد وضع المشرع ضابطاً في هذا الشأن مفاده سريان أحكام النقل على النقل ولو اقترنت به عمليات من طبيعة أخرى ما لم تكن هذه العمليات هي الغرض الرئيسي من التعاقد (م ٢/٢٠٩) . فالعبرة ، إذاً ، هي بالغرض الرئيسي من التعاقد دون ما نظر إلى العمليات الفرعية التي قد يرد عليها العقد .

١٣٤- أنواع النقل ،

والنقل أنواع لا تخضع جميعها لذات القواعد : فالنقل الدولي تنظمه المعاهدات الدولية ، كمعاهدات برن بشأن النقل بالسكك الحديدية ، التي أبرمت في ١٤ أكتوبر سنة ١٨٩٠ ، ومعاهدة وارسو المبرمة في ١٢ أكتوبر ١٩٢٩ بشأن النقل الجوي .

أما النقل الداخلي فيخضع لقانون الدولة التي تتم فيها عملية النقل . والنقل إما أن يكون عن طريق البحر ، وإما أن يكون بطريق البر أو النهر ، وإما أن يكون بطريق الجو . ولا يخضع النقل في هذه الحالات لذات القواعد .

(١) جوسران بند ٢٨٦ ، ليرين كان وريتر جزء ٣ بند ٥٥٣ هامش ١ .

(٢) ريبير بند ٢٤١٤ ص ٩٦٨ .

(٣) تفصيل هذه الأحكام في المراجع السابقة وفي جان همار جزء ٢ بند ٨٢٣ ص ١٨٠ .

ولن نتناول بالبحث كل هذه الأنواع ؛ وإنما سنقتصر على قواعد القانون التجارى المصرى فيما يتعلق بنقل البضائع عن طريق البر أو النهر وهى الأحكام الواردة فى المواد من ٢١٧ إلى ٢٥٤ تجارى تحت عنوان «نقل الأشياء» . ثم نتناول تلك الخاصة بنقل الركاب الواردة فى المواد من ٢٥٥ إلى ٢٧٢ . ونختتم بالقواعد الخاصة بالوكالة بالعمولة للنقل التى تضمنتها المواد من ٢٧٣ إلى ٢٨٣ تجارى .

الفرع الأول

عقد نقل البضائع

Le contrat de transport de marchandises

١٢٥- خطة البحث :

لا تختلف أحكام نقل البضائع الذى يقع بطريق البر والذى يقع بطريق النهر . والمقصود بالنقل النهري النقل بالمراكب فى المياه الداخلية كالأنهار والترع والقنوات والبحيرات . وسوف نتكلم أولاً عن تكوين عقد النقل وإثباته ، وثانياً عن آثار النقل .

المبحث الأول

تكوين عقد النقل وإثباته

١٢٦- أولاً : تكوين عقد النقل ،

هو عقد رضائى - كما هى القاعدة فى العقود التجارية - يتم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول دون أن يتوقف على إجراء لاحق . وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الأولى من المادة ٢١٠ تجارى بقولها : يتم عقد النقل وعقد الوكالة بالعمولة للنقل بمجرد الاتفاق

. ولعقد نقل البضائع طرفان ينعقد العقد باتفاقهما - ولكن أشخاص العقد قد يزيدون على ذلك كما سئرى - فهو يتم بين الناقل *transporteur* وبين المرسل *expéditeur*، فيعقد بأهليتهما ورضائهما فى النظر إلى وجود العقد وفى صحته . وتنطبق فى ذلك ما نعرف من القواعد العامة . على أن الطبيعة الخاصة لعقد النقل تحصر الدور الذى تلعبه الأهلية والرضاء فى نطاق أضيق من دورهما فى نشأة سائر العقود .

ففيما يتعلق بالأهلية ، لا يستطيع الناقل عادة أن يتحقق من أهلية جميع الذين يتعاقد معهم ، ولا من سلطتهم فى شحن البضائع المنقولة بالذات . بل أن أهلية المرسل لا يمكن أن يكون لها ذات الاعتبار الذى لأهلية المتعاقد بصفة عامة ، إذ أن شروط العقد واحدة بالنسبة للكافة بحيث لا يترتب على نقص أهلية المرسل ضرر . ومن ناحية أخرى لا يعد نقل البضاعة من مكان لآخر تصرفاً فيها . فلا يشترط ، إذاً ، أن يتحقق الناقل من أهلية المرسل للتصرف فى البضاعة المنقولة ، إذ تظل مسألة ملكية البضاعة بعيدة كل البعد عن عملية النقل المادية (١) .

أما عيوب الرضاء ، فنادرًا ما تثار فى عقود النقل التى تشرف عليها الانارة ، لأن ارادة الطرفين تتحرك حينئذ فى حدود تصل من الضيق إلى الحد الذى يستبعد - من الناحية العملية - أى أثر للغلط ، أو أى مصلحة فى الاكراه أو التدليس (٢) . ومن ثم لا تكاد توجد فى هذا

(١) جان همار جزء ٢ بند ٨٣٤ ص ١٩٣ روبيير جزء ٢ بند ٤٢١ ص ٨٨ .

(٢) جوسران السابق بند ٧٤ ص ٩٧ وما بعدها . هذا ويعرض الدكتور ألكم الخولى (عقود بند ٢٥٣ ص ١٨٨) عدد الكلام عن عيوب ارضاء الحالات التى يدلى فيها المرسل ببيانات غير صحيحة عن ... والحالات التى يخفى فيها أسياء ثمينة بين الأشياء المنقولة ، ويستند إلى بعض المراجع والأحكام الفرنسية . ونحن نعتقد أن مثل هذه الحالات لا تدخل فى باب عيوب الرضاء ، إذ الفرض أن الاتفاق قد تم صحيحاً قبل بدء اتقيام بعملية النقل ، فإذا قدم المرسل بضائع مخالفة لما اتفق عليه أوحارل دس أشياء ثمينة ، فذلك غش فى تنفيذ العقد قد يستتبع الفسخ والتعريض . ويلاحظ أن الأمر -

الصدد أحكام قضائية على الاطلاق (١) .

وكل منقول مادي يمكن أن يكون موضوعاً للنقل ، وإنما يشترط بطبيعة الحال أن تكون هذه المنقولات من بين الأشياء الداخلة في التعامل . فيكون عقد النقل باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا ورد على شيء يحرم القانون حيازته كالمخدرات . وفيما عدا ذلك يجوز نقل سائر البضائع والكتب والمطبوعات والحيوانات والمحاصيل الزراعية وغير ذلك (٢) .

ويتم تقدير الأجر تبعاً لطبيعة ومقادير الأشياء المنقولة ومقدار ما تتطلبه من عناية خاصة . والاتفاق على تحديد الأجر - ويطلق عليه عادة تعريفية النقل Tarif - هو أهم ما يتم في عقد النقل . ويرتكز هذا التحديد على عناصر مختلفة أهمها طبيعة البضائع وطول المسافة وطريقة النقل . والغالب ، كما رأينا ، أن تشرف جهة الإدارة على تحديده حماية لمصالح الأفراد وتحقيقاً للمساواة بينهم . وقد توضع للنقل تعريفات خاصة Tarifs spéciaux مقابل عناية خاصة يبذلها الناقل في الشحن أو التفريغ أو النقل من الباب للباب، مع بقاء التعريفية العادية Tarif général . كما قد توضع تعريفية مخفضة Tarif réduit مقابل تخفيف مسئولية الناقل . والتعريفات الخاصة أو المخفضة تقتضي اتفاقاً خاصاً بين الناقل والمرسل . أما التعريفية العادية ، فهي القاعدة .

١٣٧- المرسل إليه: ثالث أشخاص عقد النقل ،

وإذا كان العقد يتم بين المرسل والناقل ، إلا أنه يدخل في العلاقة شخص ثالث هو المرسل إليه Le destinataire . وقد يكون المرسل إليه هو

- يختلف إذا كان العقد عينيّاً (وهو ما يؤمن به جانب من الفقه الفرنسي) إذ تكون البضاعة علاناً ركن في الانعقاد ويكون الغش فيها معيباً للرضاء .

(١) روبيير جزء ٢ بلد ٤٢٢ ص ٨٨ .

(٢) وبعد نقل الموتى كذلك من قبيل البضائع رغم ما في ذلك من مفاجأة للشعور ، إذ لا يمكن بداهة أن يعتبر نقل أشخاص . راجع روبيير السابق بلد ٤٤١ ص ١٠٧ .

ذات المرسل ، كما إذا كان شركة ترسل جزءاً من بضائعها إلى فرع لها في مكان آخر ، أو كما إذا كان التاجر قد انتقل بنفسه من مكان التسليم إلى مكان الاستلام بوسيلة نقل أسرع . والوضع الغالب أن يكون المرسل إليه شخصاً ثالثاً ، وأن تكون صلته بالمرسل صلة عقدية سابقة . والمثال النموذجي لهذا الوضع أن يكون المرسل بائعاً والمرسل إليه مشترياً لهذه البضائع المنقولة ، فيتولى المرسل إبرام عقد النقل على أن يتسلم المرسل إليه البضاعة عند وصولها .

وقد كانت نسبة آثار العقد تقتضي أن يظل المرسل إليه أجنبياً عن عقد النقل ، فلا تربطه بالناقل أى صلة التزام أو حق . ومع ذلك فإن عقد النقل يرتب آثاره بين أشخاصه الثلاثة ، كما لو كان العقد قد تم بينهم جميعاً . فتترتب للمرسل إليه حقوق في مواجهة الناقل ، وتترتب للناقل حقوق في مواجهة المرسل إليه مصدرها عقد النقل الذي لم يشترك المرسل إليه في تكوينه . وسوف نعرض فيما بعد لهذه الآثار .

١٣٨- الوكيل بالعمولة للنقل :

وقد تتشعب العلاقات التي تنشأ عن عقد النقل عندما يقتضى الأمر الالتجاء إلى أكثر من ناقل واحد . ويحدث ذلك ، مثلاً ، عندما يتم النقل على مراحل بعضها بالمراكب النهرية وبعضها بالعربات أو بالسكك الحديدية . عندئذ تتعدد عمليات التسليم والتسلم بين أمناء النقل إلى أن تصل البضاعة إلى مستقرها الأخير . ويدهى ألا يتهيأ للمرسل الوقت أو الظروف التي تمكنه من إبرام عقود نقل مباشرة مع جميع أمناء النقل الذين يشتركون في مراحل العملية . وهنا يتدخل شخص رابع عرفناه من قبل عند الكلام عن عقود التوسط : الوكيل بالعمولة . على أن الوكيل بالعمولة للنقل Le commissionnaire de transport يخضع لبعض القواعد الخاصة تضمنتها المواد من ٢٧٣ إلى ٢٨٣ تجارى . ودوره في الغالب لا يقتصر على الوكالة ، ولكنه يقوم بالنقل أيضاً في المرحلة الأولى من مراحل الطريق . ذلك أن المرسل يكتفى بالتعاقد مع الناقل الأول ،

ويطلب منه أن يتعاقد لحسابه مع الناقل الثاني . ويتعاقد الناقل الثاني مع الثالث وهكذا . فيعتبر كل ناقل من الناقلين المشتركين في العملية أميناً بالنسبة للمرحلة التي يقوم فيها بالنقل بنفسه ، ووكيلاً بالعمولة بالنسبة للمرحلة التي تليها، وهكذا حتى تصل البضاعة إلى المرسل إليه آخر الأمر .

١٢٩- ثانياً : اثبات عقد النقل ،

رأينا أن عقد النقل رضائي . وهو تجارى بالنسبة للناقل دائماً والمرسل في أغلب الأمر . فالقاعدة ، إذاً ، أن يتم اثباته بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن ، حتى في الحالات التي تتجاوز فيها قيمة العقد خمسمائة جنيه .

ولقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢١٠ تجارى على ذلك بقولها :
.... ويجوز اثبات العقد بكافة طرق الاثبات المقررة قانوناً ، . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا الحالات التي يعد العقد فيها مدنياً بالنسبة للمرسل ، فيستند الناقل في مواجهته إلى الكتابة كلما زادت قيمة النزاع على خمسمائة جنيه .

إلا أن الكتابة فيما يتعلق بعقد النقل تحتتمها الضرورة العملية ، بل الظروف التي تحيط بعملية النقل . ذلك أن مشكلة الاثبات بالنسبة لهذا العقد تصل إلى درجة من الأهمية لاتصل إليها في غيره من العقود : إذ يتضمن الاتفاق بيانات تفصيلية خاصة بالبضاعة موضوع النقل ، والطريق المتفق على سلوكه ، ومواعيد التسليم والتسلم ، وبشخص المرسل إليه ، وغير ذلك من الأمور التي يلزم الاتفاق عليها . وهي أمور لا يمكن أن يكل الطرفين اثباتها إلى شهادة الشهود أو إلى القرائن ، لا سيما فيما يتعلق بتوزيع الالتزامات والمسئولية المترتبة على الهلاك أو التلف أو التأخير . وللكتابة ضرورة أخرى هي ضرورة العلم ، مجرد العلم ، بالبيانات التي يتضمنها العقد ، حتى يستطيع عمال الناقل - فرداً كان أو شركة - أن يعرفوا حدود واجباتهم بصدد البضاعة وإلى أى مكان

يتعين عليهم نقلها وفي أى ميعاد ، ويعرفون إلى من يسلمونها عند الوصول . كذلك لكى يعلم المرسل إليه نفسه حدود ما يمكن أن يسأل فيه الناقل أو عماله ؛ هذا إلى جانب الدور الاقتصادى الذى سنتكلم عنه فيما بعد .

١٤٠- وثيقة النقل *Lettre de voiture* ،

لذلك ارتبط عقد النقل ، منذ القدم ، بوثيقة النقل ، إلى الحد الذى جعل المشرع الفرنسى (م ١٠١) يصل إلى القول بأن وثيقة النقل هى التى تكون العقد ، وهو قول غير صحيح .

وقد كان الأصل فى وثيقة النقل أنها خطاب مفتوح يكتبه المرسل للمرسل إليه ، يخبره فيه بظروف الصفقة وتفصيلات البضاعة . وكانت صياغته حينذاك تعبر عن ايمان السابقين بالله - ولعله ايمان مصدره الخوف من مخاطر النقل - إذ كان الخطاب يبدأ بأنه ، فى حراسة الله وتحت اشراف الناقل فلان سوف تتسلم عدد كذا من الطرود .. (١) ، . وثيقة النقل تتضمن بالضرورة امضاء المرسل ، فهى ، إذا ، دليل عليه وحده . ولكن العمل جرى على أن تحرر وثيقة النقل من نسختين ، فتحمل النسخة الثانية امضاء الناقل ويحتفظ بها المرسل (م ٢/٢١٨) .

وقد أولى المشرع وثيقة النقل عناية خاصة ، فأورد فى المادة ١/٢١٨ تجارى البيانات الواجب توفرها فى هذه الوثيقة على الوجه الذى يسمح بأن تؤدي دورها فى الاثبات كاملاً . هذه البيانات هى :
أ- مكان وتاريخ الوثيقة .

(١) جوسران ، ص ٣٣٦ ؛ دى لامورانديير وروبيير وهوان ، جزء ٢ ص ١٦٩ ؛ روبيير جزء ٢ بند ٥٠٣ ص ١٥٩ . وهذه للصياغة مستقاة من نموذج لوثيقة النقل عام ١٧٨٠ .

ب- أسماء المرسل والمرسل إليه والوكيل بالعمولة للنقل - إن وجد -
وعناوينهم .

ج- مكان القيام ومكان الوصول .

د- البيانات الخاصة بتعيين الشيء محل النقل كوزنه وحجمه وكيفية
حزمه وعدد الطرود وكل بيان آخر يكون لازماً لتعيين ذاتية الشيء وتقدير
قيمه . وفائدة هذا البيان واضحة إذ بواسطته يتمكن المرسل إليه من
التعرف على البضاعة عند استلامها من الناقل ، كما يحسب على ضوئه
أجرة النقل إذا كانت متوقفة على وزن أو حجم البضاعة .

هـ- الميعاد المعين لمباشرة النقل .

و- أجرة النقل وغيرها من المصاريف مع بيان ما إذا كانت مستحقة
على المرسل أو المرسل إليه ، أى عند القيام أو عند الوصول .

ز- الشروط الخاصة بالشحن أو التفريغ ونوع العربات التى تستخدم
فى النقل والطريق الذى يجب اتباعه وتحديد المسؤولية وغير ذلك من
الشروط الخاصة التى قد يتضمنها اتفاق النقل .

ويدهى أن هذه البيانات ليست الزامية بحيث يودى نقصانها إلى
بطلان وثيقة النقل ، وإنما هى بيانات توضيحية . وللمحكمة أن تقدر
وجود أو نقصان البيانات الجوهرية التى يلزم من اغفالها أن تفقد الورقة
قيمتها كدليل اثبات (١) .

وثيقة النقل أقل ذبوعاً اليوم ، بل هى آخذة فى الاختفاء فيما يتعلق
بالنقل الداخلى ، وعلى الأخص فيما يتعلق بالنقل بالسكك الحديدية ، إذا
أخذت نحل محلها - سواء فى فرنسا أو فى مصر (٢) - ورقة أخرى هى
إيصال النقل Récépissé .

(١) اسكارا ، بند ١٠٨١ ص ٧٢٤ ، ريبيرر بند ٢٤٢٠ ص ٩٧٠ .

(٢) جان همار ، جزء ٢ بند ٨٥١ ص ٢٠٥ ، رودير ، جزء ٢ بند ٥٠٤ ص ١٦٠ وأستاذنا
الدكتور محسن شفيق ، ص ١١١ .

١٤١- إيصال النقل Récépissé :

وإيصال النقل يختلف في طبيعة نشأته عن وثيقة النقل . فهو ، كما تدل عليه تسميته ، إيصال لا يختلف عن الإيصالات التي يعطيها من تسلم شيئاً لمن سلمه هذا الشيء : وهو هنا صادر من الناقل ، يعلن فيه بيان ومقادير البضاعة التي استلمها من المرسل والتزامه بتسليمها للمرسل إليه في الميعاد والمكان المحدد . وإيصال النقل يمتاز على وثيقة النقل ببساطته واتفاقه مع منطق الإثبات في عقد النقل بصورته الحديثة ، ولأنه لا يتضمن إلا البيانات الجوهرية اللازمة . ولقد نصت على هذا الإيصال المادة ٢٢٠ تجاري بقولها : « إذا لم تحرر وثيقة نقل جاز للمرسل أن يطلب إعطائه إيصالاً موقفاً من الناقل بتسلم الشيء محل النقل ويجب أن يكون الإيصال مؤرخاً ومشتعلاً على البيانات الكامنة لتعيين ذاتية الشيء وأجرة النقل ، (١) . ويكون إيصال النقل من صورتين .

١٤٢- دور مستند النقل (الوثيقة أو الإيصال) في الإثبات :

وثيقة النقل ، كإيصال النقل ، كلاهما سند كتابي لإثبات عقد النقل في نطاق البيانات الواردة في كل منهما ، فكلاهما يؤدي ذات الوظيفة وله ذات القيمة . ولقد نص المشرع على ذلك في المادة ٢٢١ تجاري بقوله : « وثيقة النقل حجة فيما ورد بها من بيانات ، وعلى من يدعى ما يخالف هذه البيانات إثبات ذلك » . وقد رأينا أن عقد النقل رضائي ، فهو يتكون قبل كتابة الإيصال أو وثيقة النقل ، ورأينا أن بيانات المادة ٢١٨ تجاري لم ترد على سبيل الوجوب والالزام ، فالورقة تحتفظ بقيمتها في

(١) وقد كان السبب المباشر لذيرع إيصال النقل غير ذي صلة بكل هذه المزاي ؛ فقد كان محاولة التخلص من ضريبة التمتع على تذكرة النقل ، إذ كان المأمول ألا يخضع الإيصال لهذه الضريبة لتراضع تسميته ومضمونه ، وإن كان هذا الأمل لم يتحقق .
أنظر : جوسران بند ٤٣٨ ؛ جان همار جزء ٢ بند ٨٥١ ص ٢٠٦ ؛ ريبيرر بند ٢٤٢٢ ص ٩٧٠ ؛ روبييرر جزء ٢ بند ٥٠٤ ص ١٦١ .

اثبات البيانات الواردة بها فعلاً ، ولو كانت هذه البيانات ناقصة ، ما دامت تشمل على العناصر الأساسية للعقد . بل ويستطيع ذو الشأن أن يكمل الاثبات الناتج عن الوثيقة أو الايصال وفقاً للقواعد العامة في الاثبات (١) .

ولكننا لا نذهب مع ذلك إلى حد القول بجوار اثبات عكس ما تضمنته الوثيقة من بيانات بالبيئة والقرائن ، مستندين إلى مبدأ حرية الاثبات في المواد التجارية كما يفعل بعض الفقهاء (٢) . مثل هذا القول يضعف من قيمة وثيقة النقل أو الايصال في الاثبات ، وذلك يضر بالطرفين معاً ، كما أنه يعرقل دون مستند النقل في تداول البضاعة المنقولة .

١٤٢- دور مستند النقل في تمثيل البضاعة المنقولة وتداولها ،

هذا الدور يستند إلى نص المادة ٢٢٠ تجارى التى تجيز تحرير وثيقة النقل باسم شخص معين أو لأمره أو للحامل ، على غرار الصكوك التجارية ، وإلى المادة ٢/١٢٠ تجارى التى تعتبر الدائن المرتهن جائزاً للبضائع ، إذا تسلم صكاً يمثل الشئ المرهون ويعطى حائزة دون غيره حق تسلمه ، ، وكذلك إلى الأصل العام فى المادة ١/٩٥٤ مدنى التى تنص على أن : تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة فى المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها ، . وقد أراد المشرع المصرى بذلك أن يتمكن المرسل إليه من التصرف فى البضاعة أثناء الطريق ، فلا تخرج عن التداول التجارى خلال المدة التى يستغرقها النقل . فشرط الأمر ، أو للحامل ، يجعل وثيقة النقل تمثل

(١) جان همار ، جزء ٢ بند ٢٠٩ ؛ جوسران بند ٣٧٢ من ٣٥٧ .

(٢) للمرحوم الدكتور فريد مشرقى ص ٤٩١ ؛ الدكتور أكنم الخولى ص ٢٩٤ ؛ كذلك الدكتور على عوض ، ص ١٤٧ ، الذى يرى مع ذلك ضرورة أن يكون اثبات ما يعدل من الأحكام الواردة فى تذكرة النقل : «بأدلة محددة وقاطعة» . ونحن لا نجد خيراً من الكتابة دليلاً لهذا التحديد المطلوب .

البضاعة المنقولة - وفيها من البيانات المعينة للبضاعة ما يؤكد هذا التمثيل - فيستطيع المرسل إليه مثلاً أن يبيع البضاعة متى تهيأت له الفرصة ، حتى قبل وصولها ، كما يستطيع أن يستعين بضمانها فيرهنها . ويتداول وثيقة النقل - بالتظهير إن كانت لأمر أو بالتسليم إن كانت لحاملها - يمكن تداول البضاعة من حائز إلى حائز حتى تصل البضاعة فيتسلمها الحائز الأخير . ويكون على الناقل عندئذ أن يسلم البضاعة لمن يتقدم إليه بوثيقة النقل .

أما إذا كانت اسمية ، فالأصل أنه يتعين اتباع إجراءات الحوالة المدنية ليتم نقل الحقوق الثابتة في الصك . لذلك فإن الغالب ، في مثل هذه الحالة ؛ ألا يحاول المرسل إليه أن يتصرف في البضاعة قبل أن تصل إليه ويتسلمها من الناقل فعلاً . بل إن كتابة الوثيقة اسمية دليل على حرص المرسل على عدم تداولها أثناء النقل .

وأهمية امكان تداول البضاعة المنقولة ، عن طريق تداول مستند النقل الذي يمثلها سواء بالتظهير أو بالتسليم ، تتفاوت تبعاً لطول الوقت الذي تستغرقه عملية النقل . فإذا اقتضى نقل البضائع وقتاً طويلاً ، كان من الأنسب أن يتمكن المرسل إليه من التصرف فيها بالطرق التجارية السريعة دون أن ينتظر وصولها . أما إذا كان النقل لا يستغرق إلا زمناً قصيراً ، فإن فرصة التصرف حينئذ تكون ضئيلة ، ويغلب أن يكون مستند النقل اسمياً .

لذلك فإن الالتجاء إلى شرط الأمر في وثيقة النقل يزداد في النقل الدولي والبحري ، بينما يتضاءل إلى حد بعيد في النقل الداخلي . وسوف يزداد تضاضاً - سواء في النقل الدولي أو الداخلي - كلما تقدمت وسائل المواصلات وازدادت سرعتها ، إذ تنخفض حينئذ الفترة الزمنية التي تنتقضي بين قيام البضاعة ووصولها (١) .

(١) وجدير بالذكر أن دور مستند النقل الداخلي في فرنسا قاصر على الإثبات دون تمثيل -

المبحث الثاني

آثار عقد النقل

أولاً- آثار عقد النقل بالنسبة للمرسل

١٤٤- أولاً، التزامات المرسل -١- تسليم البضاعة للناقل :

يلتزم المرسل بتسليم البضاعة المراد نقلها إلى الناقل . ولا يعنى ذلك أن التسليم يعد شرطاً لانعقاد العقد . فعقد النقل ليس عقداً عينياً ، بل هو عقد رضائي ، وما التسليم إلا شرطاً لتمكين الناقل من البدء فى تنفيذ أحد الالتزامات التى يلقيها عقد النقل على عاتقه ، وهو الالتزام بنقل البضاعة من مكان إلى آخر . ولا يتصور تنفيذ مثل هذا الالتزام إلا إذا كان الناقل فى وضع يتمكن معه من ممارسة الحراسة المادية على البضاعة ، ولا يتحقق ذلك إلا بالتسليم .

ويتعين على المرسل أن يقدم للناقل ، عند تسليمه البضاعة ، بيانات عن اسم المرسل إليه وعنوانه والمكان المطلوب الإرسال إليه ونوع البضاعة محل النقل ووزنها وحجمها وكيفية حزمها وعدد الطرود التى تشملها وغير ذلك من البيانات التى يطلبها الناقل أو يقررها القانون لتعيين ذاتية الشئ . ويسأل المرسل عن الضرر الذى ينجم عن عدم صحة هذه البيانات أو عدم كفايتها (أ/٢١٧) (١) .

= البضاعة المنقولة وتداولها إذ لا بد أن يكون المستند إسمياً . راجع : جان همار جزء ٢ ص ١٠٩ ؛ ريبير بنت ٢٤٢١ ص ٩٧٣ ؛ دى لامورانديير ورونيير وهو ان جزء ٢ ص ١٧٠ .

(١) ويعد البيان غير صحيح إذا كان من شأنه إخفاء طبيعة البضاعة أو إعطاء معلومات خاطئة عن أبعادها . ويعد غير كاف إذا لم يبين الخصائص المميزة للبضاعة ، ككرونها قابلة لكسر أو للاشتعال أو الانفجار ... إلخ .

وعليه ، أيضاً ، أن يسلم الناقل البضاعة والوثائق اللازمة لتنفيذ النقل ، ويكون مسئولاً عن عدم كفاية هذه الوثائق أو عدم مطابقتها للحقيقة (م ٢٢٣/١) .

وإذا اقتضى النقل استعداداً خاصاً من جانب الناقل وجب على المرسل إخطاره بذلك قبل تسليمه البضاعة بوقت كاف (م ٢٢٣/٢) .

والأصل أن تفاصيل عملية تسليم البضاعة إلى الناقل يحددها عقد النقل ، وعلى الأخص مكان التسليم ، وإلا وجب تسليمها في محل الناقل المعين بعقد النقل (م ٢٢٣/٣) . فقد يتفق على أن يتسلم الناقل البضاعة في محل المرسل ، وهذا ما يطلق عليه في العمل النقل ، من الباب للباب . أو يتفق على أن يقوم المرسل بنقلها إلى مخازن الناقل أو مكاتبه أو محطة عرباته في الموعد المحدد .

وإذا اقتضت طبيعة البضاعة أعدادها للنقل بتغليفها أو تعبئتها أو حزمها ، وجب على المرسل أن يقوم بذلك بالكيفية التي تقيها الهلاك أو التلف ولا تعرض الأشخاص أو الأموال الأخرى التي تنقل معها للضرر . وإذا كانت شروط النقل تستلزم اتباع طريقة معينة في التغليف أو التعبئة أو الحزم وجب على المرسل مراعاتها (م ٢٢٤/١) . ويكون المرسل مسئولاً عن الأضرار التي تنشأ عن العيب في التغليف أو التعبئة أو الحزم (م ٢٢٤/٢) .

ويكون للناقل الحق في فحص البضاعة المطلوب نقلها للتحقق من حالتها ، ومن صحة البيانات التي أدلى بها المرسل بشأنها . وإذا اقتضى الفحص فض الأغلفة أو الأوعية ، وجب إخطار المرسل لحضور الفحص في الميعاد المحدد لذلك ، وإلا كان للناقل أن يجريه بغير حضوره وعلى نفقته . وإذا تبين من الفحص أن حالة البضاعة لا تسمح بنقلها دون ضرر ، جاز للناقل رفض النقل ، أو تنفيذه بعد أخذ إقرار من المرسل بعلمه بحالتها ورضائه بنقلها . ويجب إثبات حالة البضاعة وإقرار المرسل في وثيقة النقل (م ٢٢٥) .

١٤٥-٢- دفع أجرة النقل :

هذا هو الالتزام الرئيسي للمرسل (م ٢٣٥/١) ، إذ هو المقابل لعملية النقل التي يلتزم بها الناقل بمقتضى المعاوضة المعقودة بينهما . ويحدد الاتفاق مقدار هذا الأجر وميعاد ومكان الوفاء به . والغالب ألا يكون مقدار الأجر موضع نقاش ومفاوضة حرة بين الطرفين ، اللهم إلا في الحالات التي يتعاقد فيها المرسل مع ناقل حر *transporteur libre* ، أى ناقل لا يخضع لإشراف إدارى ولا يلتزم بتعريف محددة تفرضها جهة الإدارة .

ويضاف إلى الأجر ما يكون الناقل قد أنفقه من مصروفات إضافية ، كمصاريف الوزن والإيداع والصيانة ورسوم الجمارك والتأمين .

وفيما يتعلق بميعاد الوفاء بالأجر ، فقد يتم الاتفاق على دفع الأجرة عند تسليم البضاعة للناقل *Port payé* ، أى فى مكان القيام ، أو عند وصولها *Port dû* . وفى الحالة الأولى يدفعها المرسل ؛ وفى الحالة الثانية يدفعها المرسل إليه . وطبيعى أن هذا التحديد يستند عادة إلى اتفاق سابق بين المرسل والمرسل إليه ، إذ يعينان فيه من الملتزم منهما بدفع الأجرة للناقل . ولأشأن الناقل بمثل هذا الاتفاق ، ويكونا مسئولين قبله بدفعها على وجه التضامن (م ٢٣٥/٢) . ومن ثم فإنه إذا امتنع المرسل إليه عن الوفاء بالأجرة ، فإنه يحق للناقل أن يرجع فى طلبها على المرسل (١) .

(١) وقد أكنت محكمة استئناف بو (pau) الفرنسية ذلك المبدأ فى حكم لها بتاريخ ٢٨ أبريل ١٩٦٢ . وكان الاتفاق قد تم على أن يقوم المرسل إليه بالوفاء بالأجرة ، إلا أنه قدم للناقل (وكانت مصلحة السكك الحديدية) شيكاً تبين بعد ذلك أنه بدون رصيد . فرجع الناقل على المرسل مطالباً بالأجرة . فاحتج المرسل بأن الناقل قد أخطأ بتسليمه البضاعة للمرسل إليه قبل أن يتحقق من وجود رصيد الشيك . وقد أجابت محكمة استئناف بو على ذلك بأن الناقل ، فيما يتعلق بدين الأجرة ، ليس وكيلاً عن المرسل ، ومن ثم فلا يمكن أن يحتج هذا بخطئه ، وإنما يظل المرسل ملتزماً بدين الأجرة حتى ولو كان الوفاء بها عند الوصول . أنظر : المجلة الفصلية للقانون التجارى ، ١٩٦٢-٢-ص ٢٩٤ .

١٤٦- ضمانات استيفاء الأجرة :

وللناقل ضماناته في الحصول على أجرة النقل والمصاريف وغيرها من المبالغ التي تستحق بسبب النقل . ولا صعوبة عندما تكون الأجرة مستحقة الوفاء عند القيام ، فهو يتقاضاها حينئذ مقدماً قبل أن يتولى عملية النقل . فإذا امتنع المرسل عن دفع الأجرة ، كان للناقل أن يدفع بعدم التنفيذ ويمتنع بدوره عن استلام البضاعة والقيام بعملية النقل حتى يوفيه المرسل أجره . وله كذلك أن يطلب الفسخ مع التعريض وفقاً للقواعد العامة .

أما إذا كانت الأجرة مستحقة الوفاء عند الوصول ، فإن القواعد العامة تعطيه الحق في حبس البضاعة ، إذ يكون له أن يستند إلى المادة ٢٤٦ مدني التي تنص في فقرتها الأولى على أن : لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ؛ أو ما دام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . فللناقل أن يمتنع عن تسليم البضاعة للمرسل إليه حتى يحصل على الوفاء .

وفضلاً عن حق الحبس قرر له المشرع حق امتياز لاستيفاء الأجرة والمصاريف وجميع المبالغ المستحقة له بالأولوية . فنص في الفقرة الثانية من المادة ٢٣٩ تجاري على أن : للناقل امتياز على الثمن الناتج من التنفيذ على الشيء محل النقل لاستيفاء جميع المبالغ المستحقة له . ويتبع في هذا التنفيذ إجراءات التنفيذ على الأشياء المرهونة رهناً تجارياً ، أي الإجراءات التي نصت عليها المادة ١٢٦ من قانون التجارة الجديد .

١٤٧- أثر هلاك البضاعة بقوة قاهرة على الالتزام بدفع

الأجرة :

لما كان التزام المرسل بدفع الأجرة يقابل التزام الناقل بإتمام عملية النقل ، فلا يستحق هذا الأخير الأجرة إلا بوصول البضاعة إلى المكان

المتفق عليه . أما إذا هلك البضاعة المنقولة في الطريق بقوة قاهرة ، أو حالت القوة القاهرة دون البدء في تنفيذ النقل ، أصبح التزام الناقل مستحيلًا ، فيسقط بذلك التزام المرسل بدفع الأجرة . ولقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢٣٦ تجاري بقولها : لا يستحق الناقل أجرة نقل ما يهلك بقوة قاهرة من الأشياء التي يقوم بنقلها . وكذلك المادة ٢٣٧ التي تقضى بأنه : إذا حالت القوة القاهرة دون البدء في تنفيذ النقل فلا يستحق الناقل أية أجرة . وهذان النصان ليسا سوى ترديدًا للقاعدة العامة الواردة في مادة ١٥٩ مدني التي تنص على أنه : في العقود الملزمة للجانبين ، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه .

ويلاحظ أن الفرض هنا هو أن الهلاك بقوة قاهرة ، أو بخطأ الغير الذي تجتمع له شروط القوة القاهرة ، أما إذا كان الهلاك بخطأ المرسل أو بعيب في ذات البضاعة فللناقل أن يطالب بأجرة كاملاً . وإذا كان بخطأ الناقل فإن الأمر لا يقتصر على سقوط حقه في الأجر فحسب ، بل يلتزم الناقل كذلك بتعويض المرسل عن هذا الهلاك .

وسقوط حق الناقل في الأجر عند هلاك البضاعة بقوة قاهرة ليس من قبيل الجزاء أو التعويض ، بل هو توزيع عادل لآثار القوة القاهرة : إذ ليس من المقبول أن يتحمل المرسل أجرة النقل بعد أن هلك البضاعة المنقولة جميعها . كذلك ليس من العدل أن ينجر الناقل تمامًا من أي أثر للقوة القاهرة ، فلا أقل من أن يسقط حقه في الأجر ، وحسبه أن القوة القاهرة تعفيه من المسؤولية الناشئة عن الضياع ، (١) .

سقوط الالتزام بالأجرة رهين ، إذا ، بهلاك البضاعة هلاكًا كليًا . فإذا اقتصر أثر القوة القاهرة على اتلافها أو هلاكها هلاكًا جزئيًا ، فإن

(١) أسانذا الدكتور محسن شفيق ، المرجع السابق ص ١٣٠ .

الناقل يستحق أجره كاملاً (١) .

١٢٧- أثر الظروف الطارئة على مقدار الأجرة ،

قد تؤدي القوة القاهرة إلى استحالة القيام بعملية النقل في الطريق الطبيعي المعتاد ، فيضطر إلى سلوك طريق أطول . وتذهب غالبية الفقهاء في هذه الحالة إلى إلزام المرسل بدفع زيادة في الأجرة تناسب الجهد الأكبر الذي بذله الناقل ، وكثيراً ما يرد في هذا الشأن نص صريح في عقد النقل .

أما إذا أدت القوة القاهرة إلى استحالة وصول البضائع المنقولة إلى المكان المتفق عليه ، بعد أن قطعت شوطاً من الطريق ، كما إذا انهار جسر قبل عبور البضاعة ، فإن الناقل ، يستحق أجراً جزئياً عن عملية النقل الجزئية ، أو على حد تعبير الفقرة الثانية من المادة ٢٣٧ تجاري ، لا يستحق إلا أجرة ما تم من النقل .

وفي جميع الأحوال للناقل المطالبة بمصاريف الشحن والتفريغ وغيرها من المصاريف الضرورية (م ٢٣٧/٣) .

١٤٩- ثانياً ، حقوق المرسل - توجيه البضاعة أثناء النقل :

حقوق المرسل الأساسية هي بلا ريب قيام الناقل بتنفيذ التزاماته ، التي سنتكلم عنها فيما بعد . وهي تتركز في القيام بعملية النقل وفقاً

(١) يرى الدكتور أكرم الخولي أنه إذا كان الهلاك جزئياً سقط عن المرسل من الأجرة ما يمثل نسبة البضائع الهالكة إلى مجموع البضائع المنقولة (عقود بند ٢٦٤ من ٣٠٠) . كذلك يرى رويبير هذا الرأي وإن كان يشترط لذلك أن تكون البضاعة قابلة للتجزئة (جزء ١ بند ٧٤٨ ، ص ٣٤١) . ونحن لا نميل إلى الأخذ بهذا الرأي لأنه يؤدي بنا إلى حساب الأجرة بنسبة التالف وغير التالف من البضاعة ، إذ لا حكمة في أن يقتصر الحكم على الهلاك الجزئي دون التالف . وفي ذلك خروج عن القاعدة العامة التي لا تؤدي إلى سقوط التزام المرسل بدفع الأجرة إلا إذا استحالت للتزام الناقل كلية .

للبيانات التي تضمنها الاتفاق ، وأن يسلمها إلى المرسل إليه الذي عينه له دون غيره .

ولكن هل يحق للمرسل أن يعدل هذه البيانات ، فيطلب من الناقل مثلاً تسليم البضاعة إلى شخص آخر غير المرسل إليه الذي عينه أول الأمر ؟ أو أن يطلب منه تسليمها في مكان آخر ؟

من الثابت فقهاً وقضاءً أن للمرسل ، الحق في التصرف ، في البضاعة أثناء النقل Droit de disposition . وهذه تسمية غير دقيقة ، والأصوب هو ما يطنق عليه بعض الفقهاء من أنه ، حق في توجيه البضاعة ، (١) ، إذ أن هذه التسمية الأخيرة أكثر دقة وأقل إثارة للغموض . ذلك أنه لا بد لنا أن نفصل ، منذ البداية ، بين مسألة ملكية البضاعة المنقولة ، وبين مسألة حق توجيه هذه البضاعة أثناء النقل . فيجب ألا يقال مثلاً - كما قد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة - أن للمرسل حق توجيه البضاعة المنقولة ، وبالتالي حق إصدار الأوامر بشأنها إلى الناقل ، طالما أنه لم يزل محتفظاً بملكيتها ، وأن هذا الحق ينتقل إلى المرسل إليه منذ أن تنتقل إليه الملكية . مثل هذا القول يزوج بالناقل في مشاكل لا شأن له بها ، لأنه يلتزم حينئذ ، لكي يعرف من الذي له حق توجيه الأوامر واجبة الطاعة إليه ، أن يتحرى ملكية البضاعة وأن يتتبع التصرفات التي تؤدي إلى انتقالها ، وإلا ترتبت مسؤوليته . وتلك أمور بالغة العسر ، كما أنها تخرج عن نطاق التزامه بالقيام بعملية النقل .

لذلك رأينا أن الناقل لا يلتزم - عند إبرام عقد النقل - بأن يتحقق من ملكية المرسل للبضاعة التي يطلب منه نقلها . ورأينا أن النقل في حد ذاته عملية مادية ليس من شأنها أن تؤثر في ملكية هذه البضاعة . والأمر كذلك عند توجيه البضاعة أثناء نقلها ، فلا توجد صلة تلازم

(١) الدكتور أكلم الخولي ، عقد ، بند ٢٦٦ من ٣٠٢ .

بين ملكية البضاعة وبين حق اصدار الأوامر إلى الناقل بشأنها .

وملكية البضاعة أمر خارج عن نطاق عقد النقل . وقد تنظمها العلاقة السابقة بين المرسل والمرسل إليه ، عقد بيع مثلاً . وقد لا يكون هناك نقل ملكية على الإطلاق ، كما إذا أراد المرسل أن ينقل بضاعته إلى حيث يودعها في مخزن عام . وكل ذلك يخرج بالضرورة عن علم الناقل ، فهو لا يعرف إلا مرسل البضاعة والمرسل إليه الذي عينه ، ويتبلور التزامه الأساسي في القيام بالالتزامات التي تعهد بها على الوجه الثابت في وثيقة النقل أو الايصال .

لذلك يرتبط حق توجيه البضاعة المنقولة بحيازة مستند النقل ، الوثيقة أو الايصال . وحيازته تكون أولاً للمرسل الذي أبرم العقد . فممنذ إبرام العقد يحق للمرسل ، إذا ، أن يعدل أوامره إلى الناقل فيطلب منه أن يرسل البضاعة إلى شخص آخر غير المرسل إليه الأول ، وأن يغير من الطريق المتفق عليه ، بل وله أن يطلب منه أن يعود بالبضاعة إليه مرة أخرى . وشرط ذلك بطبيعة الحال أن يدفع المرسل للناقل الأجرة معدلة بمقدار ما أضاف إلى التزامات الناقل .

ويظل هذا الحق للمرسل مادام حائزاً لمستند النقل (وثيقة النقل أو الايصال) . وللناقل أن يطلب من المرسل - قبل أن ينصاع إلى ما يلقيه إليه من أوامر - أن يبرز له مستند النقل ، وأن يدون عليه البيانات الجديدة حتى يضمن عدم مساءلته فيما بعد ، أو أن يطلب من المرسل أن يقدم إليه هذه البيانات مكتوبة وموقعها عليها منه .

أما إذا خرج مستند النقل من يد المرسل بارساله إلى المرسل إليه ، فإن حق المرسل في توجيه البضاعة ينقضي ، إذ يبدأ حق المرسل إليه المباشر في مواجهة الناقل بشأن هذه البضاعة . فيصبح هو صاحب الحق في توجيهها واصدار الأوامر بشأنها إلى الناقل .

ولا شك أن الحق في توجيه البضاعة أثناء الطريق يتعارض مع قوة

العقد الملزمة للطرفين ، إذ يستقل أحد الأطراف ، وهو المرسل ، بتعديل ما تم الاتفاق عليه . وأساس هذا الحق هو العرف التجارى المستقر الذى يحقق المصالح التجارية للطرفين : فلا ضير على الناقل من تعديل العقد وتغيير الطريق أو شخص المرسل إليه مادام يحترف النقل ومادام يتقاضى عن عمله الأجرة المناسبة وسائر النفقات التى يكون هذا التعديل قد اقتضاها .

ولقد أكد المشرع التجارى هذا العرف ، ووضع الضوابط التى تكفل تطبيقه بما لا يؤدى إلى الاجحاف بمصلحة طرف على حساب مصلحة الآخر . فنص فى المادة ٢٣٢ تجارى على أنه : ١- يجوز للمرسل أثناء وجود الشئ فى حيازة الناقل أن يأمر بالامتناع عن مباشرة النقل أو بوقفه وإعادة الشئ إليه أو بتوجيهه إلى شخص آخر غير المرسل إليه الأسمى أو إلى مكان آخر وغير ذلك من التعليمات بشرط أن يدفع المرسل للناقل أجرة ما تم من النقل والمصاريف وتعويضاً عما يلحقه من ضرر بسبب التعليمات الجديدة . وإذا كان المرسل قد تسلم نسخة من وثيقة النقل وجب أن يقدمها إلى الناقل ليدون فيها التعليمات الجديدة موقعاً عليها من المرسل وإلا كان للناقل الامتناع عن تنفيذ هذه التعليمات . ٢- ينتقل الحق فى اصدار التعليمات المتعلقة بالشئ محل النقل إلى المرسل إليه بمجرد تسليمه وثيقة النقل . ويجب فى هذه الحالة أيضاً تقديم الوثيقة إلى الناقل ليدون فيها التعليمات الجديدة موقعاً عليها من المرسل إليه وإلا جاز للناقل الامتناع عن تنفيذها . ٣- ولا يجوز اصدار تعليمات جديدة تتعلق بالشئ محل النقل بعد وصوله وطلب المرسل إليه تسلمه أو اخطاره بالحضور لتسلمه . كما نص فى المادة ٢٣٣ على أنه : على الناقل تنفيذ التعليمات الصادرة إليه ممن له الحق فى اصدارها طبقاً لأحكام المادة ٢٣٢ من هذا القانون إلا إذا كانت تخالف شروط النقل أو تعذر على الناقل تنفيذها أو كان من شأن تنفيذها اضطراب حركة النقل أو كانت قيمة الشئ محل النقل لا تكفى لتغطية المصاريف التى يتحملها الناقل

بسبب تنفيذها . وفي هذه الأحوال يجب على الناقل أن يخطر من أصدر التعليمات الجديدة بامتناعه عن تنفيذها وسبب هذا الامتناع . ويكون الناقل مسؤولاً إذا امتنع عن التنفيذ دون مسوغ ، .

ويبين من هذين النصين أنه ينبغي ، لكي يمارس المرسل حقه في توجيه البضاعة ، توفر الشروط التالية : أولاً ، أن يقدم المرسل نسخة من وثيقة النقل المسلمة إليه إلى الناقل ليضع عليها التعليمات الجديدة مقرونة بتوقيع المرسل . ثانياً ، أن تكون هذه التعليمات قابلة للتنفيذ . وتكون قابلة للتنفيذ إذا لم يكن الحق في توجيه البضاعة قد انتقل إلى المرسل إليه بتسلمه وثيقة النقل . فلا يتصور ، إذا ما انتقلت جيزة وثيقة النقل إلى المرسل إليه ، أن يثبت الحق في توجيه البضاعة إلى الاثنين معاً ، أي المرسل والمرسل إليه . إذ قد يصدران تعليمات متناقضة إلى الناقل فيستحيل الإجابة إليها . كذلك لا تكون التعليمات قابلة للتنفيذ إذا وصلت البضاعة إلى مكان الوصول وطلب المرسل إليه تسلمها أو أخطر بالحضور لتسلمها . ثالثاً ، أن لا يترتب على تنفيذ هذه التعليمات اضرار بالناقل أو المرسلين الآخرين . ومن صور الاضرار بالناقل اهدار قيمة الضمانات المقررة له ، وهي الحبس والامتنياز . ويتمثل هذا اهدار في الحالة التي يكون فيها الشيء محل النقل لا يكفي لتغطية المصاريف التي يتحملها الناقل بسبب تنفيذ التعليمات الجديدة . أما الاضرار بالمرسلين الآخرين فمثاله تلف بضائعهم نتيجة اضطراب حركة النقل بسبب تنفيذ الناقل للتعليمات الصادرة إليه من المرسل .

وجدير بالذكر أن امتناع الناقل عن تنفيذ تعليمات المرسل دون أسباب مقبولة يؤدي إلى مسؤوليته عن تعريض ما قد يلحق المرسل من أضرار بسبب ذلك . ويعد سبباً مقبولاً ، يبرر الامتناع ، مخالفة التعليمات لشروط النقل ، أو كان من شأن تنفيذها اضطراب حركة النقل أو اهدار قيمة الضمانات المقررة للناقل أو تعذر تنفيذها . فإذا توفر واحد من هذه الأسباب كان للناقل الامتناع عن تنفيذ تعليمات المرسل ، دون أدنى

مسئولية عليه ، شريطة أن يخطر هذا الأخير بامتناعه عن التنفيذ وسبب هذا الامتناع .

ثانياً : آثار عقد النقل بالنسبة للمرسل إليه

١٥٠- علاقة مباشرة بين الناقل والمرسل إليه :

المرسل إليه أجنبي عن عقد النقل الذي تم بين المرسل والناقل . لذلك كان يجب ألا يرتب مثل هذا العقد أثراً بالنسبة للمرسل إليه ، تطبيقاً للقاعدة العامة في نسبة آثار العقد . ومع ذلك ، فإن عقد النقل يولد حقوقاً لصالحه والتزامات على عاتقه في مواجهة الناقل مباشرة بشرط أن يقبل هذه الالتزامات وتلك الحقوق صراحة أو ضمناً . وفي ذلك تقول المادة ٢٢٢ تجارى ، لا تثبت للمرسل إليه الحقوق الناشئة عن عقد النقل ولا يتحمل الالتزامات الناتجة عنه إلا إذا قبل هذه الحقوق والالتزامات صراحة أو ضمناً . ويعتبر قبولاً ضمناً على وجه الخصوص تسلم المرسل إليه وثيقة النقل أو الشيء محل النقل أو المطالبة بتسليمه أو باصدار تعليمات بشأنه .

فمنذ أن يحوز المرسل إليه مستند النقل ، فإنه يصبح من حقه أن يطالب الناقل بتسليم البضاعة إليه ، وله أن يباشر ضده دعوى المسؤولية في حالة الهلاك أو التلف أو التأخير .

وإذا كانت الأجرة مستحقة الدفع عند الوصول ، فإن المرسل إليه يلتزم أمام الناقل بدفع الأجرة ، ويستطيع هذا الأخير أن يطالبه بها أمام القضاء وأن يستعمل حقه في الحبس في مواجهته .

وهذه العلاقة بين المرسل إليه والناقل علاقة مباشرة . فلا يمكن القول بأن المرسل إليه ، في رجوعه على الناقل ، إنما يستعمل حقوق المرسل تطبيقاً للمادة ٢٣٥ مدنى . فالمرسل إليه في مطالبته للناقل إنما يصدر عن نفسه ، فلا يشترط في هذه المطالبة أن يكون دائناً للمرسل أو أن تتوفر الشروط الأخرى التى تفرضها المادة ٢٣٥ لاستعمال حقوق المدين .

كذلك يلتزم المرسل إليه بدفع الأجرة للناقل التزاماً مباشراً إذا أراد استلام البضاعة وكان أجزاها مستحقاً عند الوصول .

وهذه العلاقة المباشرة تستند إلى عقد النقل المبرم بين المرسل والناقل وحدهما بما فيه من شروط وينود ، وهي تضاف إلى العلاقة الأصلية الناشئة بين طرفي العقد . فكان الاستثناء على قاعدة نسبية آثار العقد واضح لا يحتاج إلى تبیین .

١٥١- الأساس القانوني لهذه العلاقة المباشرة - النظريات المختلفة ،

وقد اختلفت الآراء في البحث عن أساس قانوني لتبرير هذا الاستثناء :
١- فهناك من يرى أن المرسل إليه بقبوله حيازة تذكرة النقل قد قبل إيجاباً موجهاً إليه من المرسل والناقل ، فأصبح لذلك طرفاً في العقد الذي تم بينهما . وعيب هذا الرأي واضح ، فهو يتعارض مع نية المرسل إليه الحقيقية ، فلا ريب أنه لم يقصد الارتباط بعقد النقل ، وإنما يهدف إلى مجرد استلام البضاعة عند وصولها ورفع الأجرة للناقل في مقابلة هذا الاستلام . ولا يمكن أن تتشابه آثار مثل هذا الاتفاق المفترض مع الآثار المتعارف عليها ، لأن مثل هذا الاتفاق يؤدي إلى وجوب اشتراك المرسل والناقل في المسؤولية إزاء المرسل إليه ، بينما المتفق عليه أن الناقل ينفرد بهذه المسؤولية (١) .

٢- وقد حاول أنصار نظرية النيابة الناقصة أن يستندوا إليها في تبرير هذا الاستثناء . ففي رأيهم أن المرسل ، في تعاقد مع الناقل ، يعد

(١) ويلحق بهذا الرأي ما يقول به روديير (جزء ٢ بند ٥٧٩ ص ٢١٣) من أن عقد النقل - عقد ثلاثي الأطراف ، يظهر منهم طرفان منذ البداية ، هما المرسل والناقل ، أما الثالث - المرسل إليه - فيظل فترة من الزمن مجهولاً من الناقل . ولكن روديير يعترف بأن ذلك القول لا يمكن إلا أن يكون استثناء على قاعدة نسبية آثار العقد .

نائباً عن المرسل إليه نيابة ناقصة ، فيظل المرسل طرفاً في عقد النقل ، في الوقت الذي يكون فيه المرسل إليه طرفاً في هذا العقد وفقاً لأحكام النيابة التي تقتضى بانصراف آثار العقد إلى الأصيل ، (١) .

ولكن هذا الرأي ليس خيراً من سابقه ، إذ يمكن توجيه نفس النقد إليه: فهو يخالف بلا شك نية كل من المرسل والمرسل إليه . فالمرسل في تعاقد مع الناقل لا يقصد أن تكون له صفتان : صفته كأصيل وصفته كنائب عن المرسل إليه . كذلك لا يقصد المرسل إليه أن يكون طرفاً في عقد النقل ولا أن يكون المرسل نائباً عنه .

أما آثار القول بالنيابة الناقصة في عقد النقل فهي تتعارض تماماً مع الآثار المستقرة المتعارف عليها : فهي تجعل المرسل إليه يرتبط بعقد النقل ، لا من وقت وصول مستند النقل إليه ، وإنما منذ انعقاد العقد بين المرسل والناقل ، لأن الفرض أن المرسل يعد في هذا العقد نائباً عن المرسل إليه . كذلك يترتب على ذلك أن تمتد مسؤولية المرسل إليه لتشمل جميع التزامات المرسل . فلا تقتصر على مجرد دفع الأجرة للناقل عند استلام البضاعة ، بل يعد مسدولاً إذا تأخر المرسل أو امتنع عن التسليم ، لأن المرسل نائب عن المرسل إليه .

أكثر من ذلك ، يؤدي القول بالنيابة الناقصة إلى إلغاء حق المرسل في تغيير اسم المرسل إليه المذكور في مستند النقل ، لأن حقوق المرسل إليه والتزاماته في العقد تتأكد حينئذ منذ انعقاد العقد ، ولا يكون في انتقال حيازة مستند النقل من المرسل إلى المرسل إليه أى أثر خاص في هذا الشأن .

وكل هذه النتائج تتعارض تماماً مع القواعد المستقرة التي تحكم آثار عقد النقل بالنسبة للمرسل إليه .

(١) أنظر : للدكتور عبد الحى حجازى ، عقود ص ١٩١ .

٣- ويرى بعض الفقهاء (١) أن المرسل ، باختياره المرسل إليه ، فإن هذا الأخير يصبح ذا صفة في عملية الاستلام عند الوصول . ومنذ أن يعلن المرسل إليه أنه ينوي استعمال هذه الصفة ، فإنه يحل محل المرسل في كل ما يتعلق بعملية النقل . ويترتب على هذا الرأي أن تنتهي كل صلة قانونية بين المرسل والناقل بمجرد قبول المرسل إليه لمستند النقل . وهذا يخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء من استمرار هذه العلاقة القانونية ، بحيث يحق للناقل الرجوع بالأجرة على المرسل إذا لم يوفها المرسل إليه .

٤- أما الرأي الغالب في الفقه والقضاء فهو اعتبار المرسل متعاقداً لمصلحة المرسل إليه . فهذه ، إذا ، حالة من حالات التعاقد أو الاشتراط لمصلحة الغير stipulation pour autrui (٢) (م ١/١٥٤ و ٢ و ٣ مدني) . فالمرسل إليه مستفيد ، ولا يصبح حقه نهائياً إلا بقبوله الاستفادة من المشاركة المعقودة لمصلحته ، واستلامه لمستند النقل دون أن يردده هو بمثابة قبول يؤكد حقه المباشر في مواجهة الناقل . أما قبل هذا القبول - أي قبل استلام المرسل إليه لمستند النقل - فيجوز للعشترط (المرسل) أن ينقض المشاركة ، فيصدر الأمر للناقل بإعادة البضاعة إليه أو بارسالها إلى شخص آخر .

ولكن هذا الرأي - رغم أنه أقرب الآراء إلى تفسير حق المرسل إليه تفسيراً يقلّام مع حدود هذا الحق كما يرتبه عقد النقل - لا يفسر التزام المرسل إليه بدفع أجرة النقل . كما أن هناك اختلافاً بين قواعد الاشتراط

(١) جان همار ، جزء ٢ بند ٨٨٣ من ٢٤٠ ، وأنظر شرحاً مطولاً لهذه النظرية وتقدماً للدكتور ألكم الخولي . عقود من ٣٠٩ .

(٢) جوسرلين ، بند ٢٨٣ ، نالير بند ١١٦٤ ، لاکور وبيتيرون جزء ١ بند ٩٧٠ ، وأستاننا الدكتور محسن شفيق ، بند ١٢٣ .

لمصلحة الغير التي توجب أن يشترط المشترط لنفسه وللمستفيد معاً ،
وبين قواعد عقد النقل إذ المرسل يشترط لنفسه أو للمرسل إليه . لذلك
تعرض هذا الرأي الأخير لنقد شديد من جانب بعض الفقهاء (١) .

١٥٢- الأساس القانوني الصحيح : العرف التجاري المبني على
تحقيق المصلحة التجارية :

هذه هي أهم الآراء التي قيلت في تكيف أثر عقد النقل بالنسبة
للمرسل إليه ، ولكنها ليست كل هذه الآراء (٢) . ومما لا شك فيه أيضاً أن
باب الاجتهاد لم يخلق في وجه آراء جديدة يمكن أن تتعدد إلى ما لا
نهاية ، فتعرض جميعاً لنقد أساسي مشترك : هو أنها قد تفسر بعض آثار
عقد النقل بالنسبة للمرسل إليه ، ولكنها لا تفسر - على أي حال -
اجتماع هذه الآثار، بحيث ينطبق الوصف على الموصوف انطباقاً مقنعاً .

(١) اسكار بند ١٠٨٩ ؛ ريبير بند ٢٤٣٣ ؛ الدكتور عبد الحى حجازى ص ١٩٨ ؛ الدكتور
أكثم الخولى ص ٣٠٨ .

(٢) أنظر على الأخص رأى الفقيه ريبير بند ٢٤٣٣ : فهو يرى أن حق المرسل إليه إزاء
الناقل يستند إلى حقه المباشر على البضاعة التي تحت يد الناقل : *un droit à la*
merchandise ولكنه لا يوضح كيف أن حقاً لشخص على شيء يؤدي إلى وجود علاقة
قانونية مباشرة بين شخصين .

أما الدكتور أكثم الخولى فهو يرى أن المرسل إليه يستمد حقوقه من حيازته لمستند النقل
سواء كان أم لم يكن مالكا للبضاعة (عقود بند ٢٧٨٣ ص ٣١٣) . والدكتور على
عرض يفرق بين فرعين : فإذا كانت تذكرة النقل اسمية فإن أساس حق المرسل إليه هو
الاشتراط لمصلحة الغير ، أما للزامه بنفع الأجرة فإنه مجرد قيد على حقه . وإذا كانت
التذكرة إذنية أو لحاملها فإن حقوق المرسل إليه تكون مستمدة من حيازته لتذكرة النقل
ذاتها (عقود . بند ١٧٥ ص ١٦١) .

ويمكن أن يوجه إلى الرأيين نفس النقد الموجه إلى رأى الأستاذ ريبير ، وهو كيف يمكن
أن تخلق حيازة مستند النقل علاقة حقوق والتزامات بين شخصين لم يربطهما عقد أو
اتفاق سابق ؟ ويلاحظ أن الزميلين الفاضلين يقرران مع ذلك أن العرف التجاري هو ولا
شك المصدر الأصيل لهذه العلاقة .

والسرفى ذلك قد لا يحتاج إلى بيان : فهذه العلاقة المباشرة بين الناقل والمرسل إليه قد أنشأتها العادات والعرف التجارى فى وقت سابق على تقسيمات القانون المدنى . ولم يكن العرف التجارى ليهتم حينئذ بالتكييف القانونى لتلك العلاقة المباشرة قدر اهتمامه بترتيب آثارها التى تحقق مصلحة أشخاص العقد الثلاثة .

فالمصلحة التجارية وحدها هى التى كونت العرف ، وهى التى أنشأت العلاقة المباشرة وحددت نطاقها . ذلك أنه بوصول البضاعة تبرز مصلحة المرسل إليه فى مواجهة الناقل بينما تبتعد وتبهت مصلحة المرسل . فمن الأنسب أن يكون للمرسل إليه حق مساءلة الناقل مستنداً إلى وثيقة النقل ، وبها من شروط العقد وبيانات البضاعة ما يكفى أن يكون أساساً لهذه المساءلة . أما مصلحة الناقل ، فهى تقتصر فى جميع الأحوال على قبض أجرته ، وسواء لديه أن يقبضها من المرسل أو من المرسل إليه . فإذا كانت الأجرة مستحقة عند الوصول ، فمن مصلحته أن يطالب بها المرسل إليه ، لأن هذه المطالبة هى فرصته الأخيرة فى استعمال أقوى ضماناته فى الحصول على الأجرة ، وهو حقه فى الحبس .

هذه المصالح التجارية المتقابلة بين المرسل إليه والناقل كانت بمثابة المادة الأولية التى صنع منها العرف علاقة قانونية مباشرة من حقوق والتزامات . وأهم ما نلاحظه أن هذه الحقوق والتزامات لا تتجاوز - ولم يكن لها أن تتجاوز - حدود المصالح المتقابلة بينهما . لذلك يقتصر حق المرسل إليه على استلام البضاعة ومساءلة الناقل فى ذلك . ويقتصر حق الناقل فى مواجهة المرسل إليه على مطالبته بالأجر وحبس البضاعة إذا لم يوف بها . أما ما يتعدى ذلك من حقوق والتزامات ، فإن مجاله للعلاقة العقدية الأصلية بين المرسل والناقل .

ثالث : آثار عقد النقل بالنسبة للناقل

١٥٣- تمهيد :

يرتب العقد حقوقاً والتزامات على عاتق الناقل . والناقل هو الذى يقوم بالدور الأساسى فى العقد . ولذا فمستوليته تعد من أهم المواضع التى تثار فى شأنها المنازعات . وسوف نتكلم أولاً عن حقوق الناقل ، ثم عن التزاماته ، وبعد ذلك نبحث مسئوليته .

(١) حقوق الناقل

١٥٤- الحصول على الأجرة - اجراءات تحفظية عند امتناع المرسل إليه عن الاستلام :

أهم حقوق الناقل هو الحصول على أجره . وقد سبق أن تكلمنا عن هذا الحق لأنه فى وجهه الآخر يدخل ضمن التزامات المرسل ، وتكلمنا كذلك عن ضماناته فى الحصول على هذه الأجرة .

يبقى أن نبحث حقوق الناقل إذا امتنع المرسل إليه عن استلام البضاعة . ويحدث ذلك إذا ادعى المرسل إليه أن البضاعة قد تلفت أثناء النقل ، أو إذا تأخرت بحيث لم يعد للمرسل إليه مصلحة فى استلامها . مثل هذه الادعاءات تكون عادة هى الخطوة الأولى لرفع دعوى المسؤولية على الناقل . لذلك حرصت المادة ٢٣٤ تجارى على أن تهيب للناقل فرص درء هذه المسؤولية فى الوقت المناسب ، واجراءات تحفظية تحميه من آثار دعوى المسؤولية عند رفعها عليه .

فقد نصت هذه المادة على أنه ، ١- إذا توقف النقل أثناء تنفيذه أو لم يحضر المرسل إليه لتسلم الشئ أو حضر وامتنع عن تسلمه أو عن دفع أجرة النقل والمصاريف المستحقة عليه وجب على الناقل أن يبادر إلى إخطار المرسل بذلك مع طلب تعليماته . واستثناء من أحكام المادة ٢٣٢

من هذا القانون يلتزم الناقل بتنفيذ التعليمات التي تصله من المرسل ولو تعذر على المرسل تقديم نسخة وثيقة النقل التي تسلمها من الناقل .
٢- وإذا لم تصل تعليمات المرسل خلال مهلة مناسبة جاز للناقل أن يطلب من القاضى المختص تعيين خبير أو أكثر لإثبات حالة الشئ والاذن له فى ايداعه عند أمين لحساب المرسل وعلى مسئوليته أو بيعه بالكيفية التى يعينها إذا كان الشئ معرضاً للهلاك أو التلف أو هبوط القيمة أو كانت صيانتته تتطلب مصاريف باهظة ، وإيداع الثمن خزانة المحكمة لحساب ذوى الشأن ، .

فكان للناقل فى الدفاع عن نفسه أن يلجأ إلى الوسائل التالية حتى يحمى نفسه من دعوى المسئولية :

١- إخطار المرسل بواقعة امتناع المرسل إليه عن استلام البضاعة أو عن دفع أجرة النقل والمصاريف المستحقة عليه ، وطلب تعليماته فى هذا الشأن ، وتنفيذ هذه التعليمات متى وصلت إليه فى ميعاد مناسب .

٢- إذا لم تصل هذه التعليمات ، فله أن يطلب من القاضى المختص تعيين خبير أو أكثر لإثبات حالة البضاعة .

٣- إذا أصر المرسل إليه على الامتناع ، فللناقل أن يطلب من القاضى المختص الاذن له بإيداع البضاعة عند أمين لحساب المرسل وعلى مسئوليته . فيكون بهذا الإيداع قد حفظ حقه بإثبات حالة البضاعة عند وصولها ، ثم تخلص من مسئولية ما يمكن أن يحدث لها بعد ذلك وأزاح من على كاهله عبء الاستمرار فى المحافظة على البضاعة .

٤- ويجوز للناقل أن يطلب من القاضى المختص الاذن ببيع البضاعة ، بالكيفية التى يعينها . ويحدث ذلك على الأخص إذا كانت البضاعة معرضة للهلاك أو التلف أو كان من المتوقع أن تهبط أسعارها فى فترة قصيرة أو كانت صيانتها تتطلب مصاريف باهظة . ثم ايداع الثمن خزانة المحكمة لحساب ذوى الشأن . ويدهى أن الناقل سيتمكن ،

عندئذ ، بالنظر لحق الامتياز المقرر له ، من الحصول على حقه بالأولوية على غيره من الدائنين .

(٢) التزامات الناقل

١٥٥- تمهيد :

متى قام المرسل بتسليم البضاعة للناقل تبدأ التزامات هذا الأخير ، وهي سلسلة من المراحل التي تقتضيها عملية النقل . فعليه أن يتسلم البضاعة ويقوم بشحنها ، ثم ينقلها في الطريق وبالشروط المتفق عليها ، ويجب عليه أن يحافظ على سلامة البضاعة أثناء الطريق . وأخيراً يقوم بتفريغ البضاعة وتسليمها للمرسل إليه .

١٥٦-١- استلام وشحن البضاعة :

يلتزم الناقل باستلام البضاعة بشرط أن تكون مطابقة لما اتفق عليه بين الناقل والمرسل . فإذا تسلمها دون تحفظ فإن ذلك يفيد أنه تسلمها بحالة جيدة ومطابقة للبيانات المذكورة في وثيقة النقل ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك (م ٢٢٦) . ويتم الاستلام إما في مكاتب الناقل أو مخازنه أو من محطة القيام أو من عند المرسل نفسه ، كل ذلك حسب الاتفاق .

وأما الشحن *chargement* ، فهو وضع البضاعة في مكانها المهيأ لها بالعربات أو بالقطار الذي سيجرى النقل بواسطته . ويقوم به الناقل عادة لأنه تابع لعملية النقل الرئيسية (م ٢٢٧/١) . والشحن يقتضي عناية خاصة لأنه يتطلب رص البضاعة *arrimage* بشكل معين يحميها من التلف أثناء النقل ، وتغطيتها أو وضعها في عربات مقفولة لحمايتها من الأمطار أو أشعة الشمس . وقد ينص الاتفاق على أن المرسل هو الذي يقوم بشحن بضاعته في عربات الناقل ، وعندئذ يكون هو المسئول عما يؤدي إليه عيب الشحن من تلف . ومع ذلك إذا قبل الناقل تنفيذ النقل دون تحفظ خاص بعملية الشحن التي قام بها المرسل ، فيفترض أن الشحن قد تم وفقاً للأصول الصحيحة حتى يقيم الناقل الدليل على عكس ذلك

(م/٢٢٧٢) . وإذا طلب المرسل أن يكون الشحن على وسيلة نقل بمواصفات معينة ، فلا يكون الناقل مسئولاً عما ينجم عن استعمالها من ضرر (م/٢٢٧٣) . ويجب مراعاة نصوص العقد فيما تضمن من تفاصيل خاصة بالشحن على أى حال .

١٥٧-٢- نقل البضاعة فعلاً mise en route :

ويرتبط الناقل فى ذلك بالمواعيد المتفق عليها وبالطريق المبين فى العقد . وإذا خلا العقد من اتفاق على الطريق ، وجب على الناقل اتباع أفضل الطرق (م/٢٢٨١) .

ومع ذلك يجوز للناقل أن يغير الطريق المتفق عليه إذا وجدت ضرورة تلجبه إلى ذلك . وفى هذه الحالة لا يسأل الناقل عن التأخير أو غيره من الأضرار التى تنجم عن تغيير الطريق إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم فى جانبه أو فى جانب تابعيه . وللناقل أيضاً الحق فى المطالبة بالمصروفات الإضافية الناشئة عن ذلك (م/٢٢٨٢) ..

وعندما يكون الناقل خاضعاً لاشراف إدارى فإن عملية النقل تنظمها عادة لوائح إدارية خاصة يجب على الطرفين اتباعها ، وتترتب مسئولية من يخالفها فيلتزم بالتعويض .

١٥٨-٣- المحافظة على سلامة البضاعة أثناء النقل :

البضاعة ، أثناء عملية النقل ، تعد فى حراسة الناقل . لذلك يجب أن يبذل فى حفظها وصيانتها العناية العادية soins normaux التى تكفل وصولها سليمة . هذه العناية العادية تقتضى من الناقل ، ليس فقط مجرد الحفظ ، وإنما ما يلزم البضاعة من تدخل يومية للعناية والصيانة التى تقتضيها عملية النقل ذاتها والتى تدخل دائرة نشاطه المهني كناقل ، وإذا اقتضت المحافظة على البضاعة أثناء الطريق إعادة الحزم أو إصلاح الأغلفة أو زيادتها أو تخفيضها أو غير ذلك من التدابير الضرورية ، وجب على الناقل القيام بها وأداء ما تستلزمه من مصاريف على أن يرجع بها

على المرسل أو المرسل إليه ما لم يكن ذلك راجعاً إلى خطئه . ومع ذلك لا يلتزم الناقل بالقيام بالتدابير غير المعتادة في النقل كرش النباتات بالماء أو إطعام الحيوان أو سقيه أو تقديم الخدمات الطبية له ما لم يتفق على غير ذلك (م ٢٢/٢٢٩) (١) .

والتزام الناقل بالحفظ والصيانة محدود بالوقت الذي تكون فيه البضاعة تحت سيطرته . لذلك يجب أن تتحقق المحكمة من أن التلف أو الهلاك قد حدث أثناء عملية النقل . وقد أكدت محكمة النقض المصرية ذلك في حكمها الصادر في ٢٢ مارس سنة ١٩٥٦ (٢) ، إذ قضت أنه لا وجه لمساءلة مصلحة سكك حديد الحكومة المصرية عن فقد بعض متاع تولت نقله إلا أن يقوم الدليل المقنع على أن الفقد حصل أثناء نقلها للمتع . فإذا كانت قد طالبت بالتحقق من ذلك وأغفل الحكم الرد على هذا الدفاع الجوهري ولم يشر إليه ، فإنه يكون قاصراً قصوراً يعيبه .

١٥٩-٤- تفريغ البضاعة وتسليمها للمرسل إليه .

عند وصول البضاعة يقوم الناقل بتفريغها Déchargement ، أي باخراج البضاعة المرصوفة من العربات أو السيارات تمهيداً لتسليمها للمرسل إليه . وعملية التفريغ تعتبر ملجبة بعملية النقل ، فيتولاها الناقل ويكون مسئولاً عنها ، ما لم ينص القانون أو الاتفاق أو يقضى العرف على أنها تقع على عاتق المرسل إليه ، وحينئذ لا يسأل الناقل عن الضرر الذي يقع بسبب التفريغ (م ٢٣٠/١) . وفي جميع الأحوال يتحمل الناقل

(١) أنظر : الدكتور أكرم الخولي عقود . ص ٣١٧ . والواقع أن هذا المعيار في يد القاضي يطبقه مسترشداً بالظروف والعرف وتفسير الاتفاق . وهو معيار مرن لا يسمح بأن نتخذ مثلاً معيناً كمبدأ قضائي ثابت . فقد تقضى ظروف تخصص الناقل في نقل نوع معين من البضائع بمسؤوليته عن بذل عناية تعتبر استثنائية بالنسبة لناقل آخر ليس له هذا التخصص .

(٢) للمحكمة ، ٢٧ ، رقم ٢٣٧ ، ص ٤٥٠ ، مجموعة النقض ، ص ٧ ، ٢٧٦ .

مصاريف التفريغ ما لم يتفق أو يجرى العرف على غير ذلك
(م ٢/٢٢٩) .

هذا وبينما تعد عملية التفريغ عملية مادية ، - تقابل عملية الشحن
عند بداية النقل - فإن التسليم الأخير عملية قانونية ذات أهمية كبرى ،
فيها تنتهى التزامات الناقل وتنحسر مسؤوليته عن البضاعة المنقولة .

وعملية التسليم للمرسل إليه Livraison ، شأنها فى ذلك شأن
الاستلام من المرسل reception ، تخضع فى ميعادها ومكانها وظروفها
لما يحدده الاتفاق بين المرسل والناقل . فإذا لم يكن التسليم واجباً فى
محل المرسل إليه ، فعلى الناقل أن يخطره بوصول البضاعة وبالميعاد
الذى يستطيع خلاله الحضور لتسلمها . وعلى المرسل إليه تسلم البضاعة
فى الميعاد الذى عينه الناقل والالتزام بمصاريف التخزين . وللناقل بعد
انقضاء هذا الميعاد أن ينقل البضاعة إلى محل المرسل إليه مقابل أجره
إضافية (م ١/٢٣١ و ٢) .

وعملية التسليم تؤدي إلى التقاء المرسل إليه بالناقل . ولا شك أن هذا
التقاء يقتضى من كل منهما يقظة وحرصاً وإلا تعرضت مصالحهما
للخطر .

فعلى الناقل أن يتحقق من شخصية المرسل إليه ، ولا يسلمه البضاعة
إلا إذا أبرز له مستند الناقل وتحقق من صحته . والأمور سهل إذا كانت
الوثيقة أو الإيصال للحامل ، إذ يقتصر على تسليم البضاعة للحامل أياً
كانت شخصيته . أما إذا كانت إنثية فعلى الناقل أن يتحقق من تتابع
التطهيرات حتى المظهر إليه الأخير . وإذا كانت اسمية فإنه يتحقق من أن
طالب التسليم هو ذات المرسل إليه . وقد يتقدم إليه وكيل المرسل إليه فلا
يسلمه إلا إذا اتضحت له صحة الوكالة وصحة توقيع المرسل إليه .
وقاضى الموضع يقدر العناية الواجبة فى هذا الصدد .

أما المرسل إليه ، فإن من مصلحته الجوهرية أن يفحص البضاعة

قبل استلامها ودفع أجرة النقل ، ويكون ذلك بالوسائل المناسبة التي تطمئنه على سلامتها سواء من الظاهر أو من الداخل ، ويتحقق أيضاً من مطابقة البضاعة للبيانات الواردة بمستند النقل . وعلى الناقل بطبيعة الحال أن يمكنه من الفحص المعقول ولا جاز للمرسل إليه رفض تسليم البضاعة (م ٢٣١/٣) . ذلك أن للاستلام بالنسبة للمرسل إليه أهمية كبرى فيما يتعلق بدعوى المسؤولية على الناقل ، وسوف نعرض لها فيما بعد (م ٢٥١ تجارى) ، هذا إلى أن إثبات تلف البضاعة أثناء النقل يصبح صعباً جداً بعد أن يتسلمها المرسل إليه فعلاً .

وهناك حالات يمتنع فيها الناقل عن تسليم البضاعة للمرسل إليه وأخرى يمتنع فيها المرسل إليه عن استلام البضاعة منه .

١٦٠ - امتناع الناقل عن تسليم البضاعة للمرسل إليه : ١ - حبس

البضاعة ،

عرضنا من قبل لحق الناقل في أن يحبس البضاعة حتى يستوفى من المرسل إليه أجرة النقل والمصروفات إذا كانت واجبة الدفع عند الوصول . ونعرض الآن لحالة أخرى هي جالة ما إذا كانت البضاعة مرسلة بشرط دفع الثمن contre - remboursement . فقد يتفق المرسل مع الناقل على ألا يسلم الناقل البضاعة للمرسل إليه إلا إذا أدى ثمن هذه البضاعة ، - ويكون ذلك عادة إذا كان الاتفاق السابق بين المرسل والمرسل إليه على دفع الثمن عند الوصول - ؛ هذا الاتفاق الخاص يجعل من الناقل وكيلاً عن المرسل في قبض الثمن ، ويكون مسئولاً إذا لم يقبضه عند تسليم البضاعة للمرسل إليه . فإذا امتنع المرسل إليه عن دفع الثمن وأجرة النقل فإن للناقل أن يستعمل حقاً مزدوجاً في حبس البضاعة : حق الحبس الثابت له شخصياً باعتباره ناقلاً لم يستوف أجره ، وحق الحبس الثابت للبائع (المرسل) والذي يباشره الناقل باعتباره وكيلاً مسئولاً عن استعماله نيابة عنه حتى قبض الثمن .

والراجع في الفقه والقضاء (١) أن الناقل لا يبرأ من هذه المسؤولية إزاء البائع المرسل إذا اكتفى من المرسل إليه بشيك ، لأن الوفاء بالشيك لا يعد وفاء خالصاً قبل أن يحصل على قيمة الشيك فعلاً . فعلى الناقل في هذه الحالة أن يستمر في حبس البضاعة لحساب المرسل إلى أن يقبض قيمة الشيك ، وإلا كان مسئلاً إذا ظهر أنه بدون رصيد أو أفلس المسحوب عليه قبل التقدم بالشيك .

١٦١-٢- الحجز على البضاعة تحت يد الناقل ،

وقد يوقع أحد دائني المرسل أو المرسل إليه حجزاً على البضاعة تحت يد الناقل . والحجز لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من دائني مالك البضاعة وقت الحجز . فإذا كانت البضاعة قد انتقلت ملكيتها إلى المرسل إليه ، فإن الحجز الموقع من دائني المرسل لا يكون صحيحاً . كذلك لا يكون حجز دائني المرسل إليه على البضاعة صحيحاً إذا لم تكون ملكية البضاعة قد انتقلت إليه بعد . هذا ومادام الحجز من دائني المرسل أو من دائني المرسل إليه يكون على البضاعة وهي تحت يد الناقل (حجز ما للمدين لدى الغير) ، فالفرض ، إذاً ، أن الناقل لا بد وأن يتثبت من ملكية البضاعة حتى يتحقق من صحة الحجز .

ولكننا نعلم ألا شأن للناقل بمسألة الملكية ، فهي مسألة ينظمها الاتفاق بين المرسل والمرسل إليه ، والناقل لا علم له به وليس من شأنه أن يعلم به . والنتيجة التي تترتب على ذلك هي أن يمتنع الناقل عن تسليم البضاعة للمرسل إليه أو عن ردها إلى المرسل إذا أوقع الحجز دائن لأحدهما ، بل ينتظر أن يفصل القضاء في مسألة الملكية وبالتالي في صحة الحجز . وقد استقر الرأي ، سواء في الفقه أو القضاء ، على أنه لا يكون مسئلاً إذا تبين أنه امتنع عن تسليم البضاعة على أثر حجز غير

(١) أنظر تفصيل هذا للخلاف في : الدكتور أكرم الخولي ، عقود ، ص ٣٢٥ و ٣٢٦ .

صحيح ، اللهم إلا في الأحوال النادرة التي يكون فيها الناقل على علم تام بملكية البضاعة وبأن الحجز باطل . وذلك مثلاً في حالة ما إذا كانت انتقال ملكية البضاعة المبيعة متوقفاً على دفع الثمن عند الوصول contre remboursement ، وكان الناقل نفسه مكلفاً من قبل المرسل بقبض الثمن قبل تسليم البضاعة للمرسل إليه .

وارتباط صحة الحجز بمسألة الملكية ، وبالتالي حق الناقل في الامتناع عن تسليم البضاعة أو ردها بمجرد وقوع الحجز باعتباره غير ذي علم بمسألة الملكية ، هو الرأي الذي نراه راجحاً في الفقه والقضاء (١) . ولكن الفقيه جوسران انتقد هذا الرأي بشدة (٢) ، قائلاً إن صحة الحجز تتوقف ، لا على ملكية البضاعة أثناء النقل ، وإنما على حق التصرف فيها ، والعبرة في ذلك بحيازة مستندات النقل . فطالما ظلت مستندات النقل في يد المرسل كان لدائلي المرسل وحدهم حق الحجز على المرسل ، ولكن إذا انتقلت هذه المستندات إلى المرسل إليه انتقل حق الحجز على البضاعة إلى دائلي هذا الأخير . وقد انضم إلى هذا الرأي فريق من الفقهاء في فرنسا وفي مصر (٣) . ويستند هذا الرأي إلى القول بأن هذا الحجز ليس حجزاً تنفيذياً ، وإنما هو من قبيل الحجز التحفظي saisi-arrêt ، فلا يشترط أن يكون المدين مالِكاً ، بل يكفي أن يكون دائناً . وصاحب

(١) اسكارا بند ١٠٩١ ص ٧٣٠ ، نقض عرائض فرنسي ٢٠ يونيو سنة ١٨٧٦ ، سيرى ٧٧-١-٧٩ ، نقض مدني فرنسي ١٧ أبريل ١٨٨٩ ، سيرى ٨٩-١-٢٧٦ ، أستاذنا الدكتور محسن شفيق ، بند ١٤١ ص ١٢٦ ، الدكتور على عوض ص ١٥٢ .

(٢) جوسران بند ٤١٣ ص ٣٩٤ .

(٣) ريبير بند ٢٤٣٤ ص ٩٧٥ ؛ جان همار جزء ٢ بند ٨٧٦ ص ٢٣٣ ؛ رودير جزء ٢ بند ٦٨٠ ص ٢٩١ ؛ الدكتور عبد الحى حجازي ص ٢٠٦ ؛ الدكتور أكرم الخولي ص ٣٠٥ ، وإنما يلاحظ أن الدكتور أكرم يرى مع ذلك أن يمتنع الناقل عن تسليم البضائع بمجرد توقيع الحجز تحت يده انتظاراً للقضاء ، وهي النتيجة العملية التي يصل إليها في الواقع أنصار الرأي الأول .

حق التصرف (أو التوجيه) على البضاعة بعد دائناً للناقل بمقتضى هذا الحق ، وبالتالي يصح الحجز .

ومن مزايا هذا الرأي أنه يكون في استطاعة الناقل أن يعلم بصحة الحجز ، فلا يمتنع عن تسليم البضاعة للمرسل إليه أو عن ردها للمرسل إلا إذا صدر الحجز من دائنى الحائز لمستندات النقل .

ولكنه رأى يسمح بالتحايل . فإذا قام بالحجز دائنو المرسل ، فإن هذا الأخير يستطيع أن يسرع بإرسال مستند النقل إلى المرسل إليه . وإذا قام به دائنو المرسل إليه ، فإن هذا الأخير يستطيع أن يرد للمستندات إلى المرسل ، فيبطل الحجز في الحاليتين . ولا يكون من مصلحة الدائنين حينئذ أن يقوموا بالحجز تحت يد الناقل ، لأن إبطاله لن يكلف المدين إلا ما تتقاضاه مصلحة البريد عن إرسال مستند النقل إلى الطرف الآخر .

لذلك فإن الرأي الراجح - الذى يربط صحة الحجز بمسألة الملكية - هو السائد على الأقل من الناحية العملية . فالذى يحدث عملان الناقل يمتنع عن تسليم البضاعة عند توقيع الحجز منتظراً كلمة القضاء . والقضاء يفصل فى صحة الحجز بالبحث فى ملكية للبضاعة . لذلك يحسن أن نستمر فى الفصل بين حيابة مستندات النقل ، التى تقرر حق توجيه البضاعة وإصدار الأوامر فى شأنها إلى الناقل ، وبين الملكية ، التى تظل أمراً منفرداً بتنظيمه المرسل والمرسل إليه ، دون أن يكون على الناقل أن يعلم به أو يسأل عنه .

١٦٢- امتناع المرسل إليه عن تسليم البضاعة - احالة ،

أما الحالات التى يمتنع فيها المرسل إليه عن التسلم ، فهى الحالات التى تكون فيها البضاعة قد تلفت أو تأخرت ، أو تكون مخالفة للصنف أو النوع المطلوب . ويكون امتناع المرسل إليه تمهيداً لرفع دعوى المسؤولية على الناقل . وقد رأينا فيما سبق كيف تبين المادة ٢٢٤ تجارى

الاجراءات التحفظية التي يستطيع الناقل القيام بها صيانة لحقوقه وضماناً لسلامة دفاعه في دعوى المسؤولية .

٣- مسؤولية الناقل

١٦٣- تمهيد :

مسئولية الناقل هي أهم الموضوعات التي تثار أمام القضاء فيما يتعلق بعقد النقل . وقيمة التعويضات التي تؤدي إليها دعاوى المسؤولية تجعل منها عبئاً مرهقاً يسعى إلى التخلص منه بالشروط الاتفاقية . كذلك يتدخل المشرع بوضع آجال قصيرة يترتب على انقضائها سقوط دعوى المسؤولية .

أولاً : حالات المسؤولية

١٦٤- مسؤولية تعاقدية عن الهلاك أو التلف أو التأخير :

مسئولية الناقل مصدرها عقد النقل . فالناقل مسئول عن تنفيذ الالتزامات التي يترتبها عليه والتي سبق لنا عرضها . وأهم هذه الالتزامات هي المحافظة على سلامة البضاعة أثناء النقل . فالناقل يخل بهذا الالتزام التعاقدى ، وبالتالي تترتب مسؤوليته ، إذا لم يسلم البضاعة لأنها فقدت أو هلكت هلاكاً كلياً . ويكون مسئولاً أيضاً إذا سلم جزءاً منها فقط لأن الباقي منها قد هلك أو فقد (هالك جزئى) . كذلك إذا سلمها تالفة أو إذا سلمها متأخراً عن الموعود المتفق عليه .

والمسئولية تعاقدية ، وهي تبدأ من وقت تكفل الناقل بالبضاعة *Prise en charge* بتمام تسليمها من المرسل (م ٢٤٠/١) ، وتنتهى بتسليمها للمرسل إليه أو وكيله أو إلى الأمين الذى يعينه القاضى لاستيادتها إلا إذا ثبت الغش أو الخطأ الجسيم من الناقل أو من تابعيه (م ٢٤١) (١) . ويترتب

(١) لا من وقت إرسال لخطار الوصول إلى المرسل إليه . ولكنها تنتهى بالتسليم للمرسل -

على ذلك أن الناقل يعتبر مخطئاً بمجرد الهلاك أو التلف أو التأخير خلال هذه الفترة . وليس صحيحاً أن الخطأ هنا مفترض (١) ، لأن الخطأ حقيقى يتمثل فى عدم تنفيذ الناقل لالتزامه التعاقدى بتسليم البضاعة المنقولة كاملة سليمة إلى المرسل إليه فى الموعد المحدد . وهذا هو المعنى الذى تؤكدته المادة ١/٢٤٠ تجارى فى قولها ، يسأل الناقل من وقت تسلمه الشئ محل النقل عن هلاكه كلياً أو جزئياً وعن تلفه وعن التأخير فى تسليمه ، ، والمادة ١/٢٤٤ التى تنص على أنه ، لا يجوز للناقل أن ينفى مسئوليته عن هلاك الشئ ... أو تلفه أو التأخير فى تسليمه إلا بإثبات القوة القاهرة أو العيب الذاتى فى الشئ أو خطأ المرسل أو المرسل إليه ، . وتؤكدته كذلك محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ (٢) ، إذ قضت بأن ، مسئولية أمين النقل هى مسئولية تعاقدية ، فإذا لم يتم تسليم البضاعة إلى المرسل إليه كان مسئولاً عن نتيجة اخلاله بالتزامه ولا يدرأ عنه هذه المسئولية إلا أن يثبت أن عدم تسلم البضاعة أو ضياعها يرجع لسبب قهرى لا يد له فيه ... ، .

وتشمل مسئولية الناقل أفعاله وأفعال تابعيه التى تقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم . ويعتبر تابعاً كل شخص يستخدمه الناقل فى تنفيذ الالتزامات المترتبة على عقد النقل (م ١/٢١٣ و ٢) .

١٦٥- عبء الإثبات :

الأصل أن الإثبات على المدعى ، وهو هنا المرسل أو المرسل إليه ،

- إليه حتى قبل رفع البضاعة من مكان التسليم enlèvement . انظر : الدكتور أكثم الخولى عقود . بند ٢٨٨ ص ٣٢٨ .

(١) محكمة النقض المصرية ، ٧ يناير سنة ١٩٥٤ ، محاماة ، ٣٥ ص ١٠٩٨ ؛ أستاذنا الدكتور محسن شفيق .

(٢) محاماة ، ٣٧ ص ٦٧٨ ، ويؤيد هذا رأى أيضاً المرحوم الدكتور فريد مشرقى ص ٥٠١ والدكتور على عوض ص ١٦٦ وهامش ٢ .

أيهما رفع دعوى المسؤولية على الناقل . ولكن لأن الالتزام التعاقدى على عاتق الناقل التزام بنتيجة ، فإن عبء الإثبات على المدعى ليس مرهقاً . إذ يكفي أن يثبت واقعة استلام الناقل للبضاعة عند القيام ، وذلك بتقديم مستند النقل الذى هو كما رأينا إيصال يقدمه الناقل . ثم يثبت ، بكافة طرق الإثبات ، الضرر الذى أصابه من عدم تنفيذ الناقل لالتزامه ، أى واقعة الهلاك أو التلف أو التأخير . ويستعان فى تقدير الضرر بأهل الخبرة .

عند ذلك ينتقل عبء الإثبات إلى الناقل الذى يدعى حالة من حالات الاعفاء ، كالقوة القاهرة أو خطأ المرسل أو عيب البضاعة ، ينفى بها رابطة السببية بين الخطأ الواقع منه ، والذى يتحقق بمجرد عدم قيامه بتنفيذ التزامه ، وبين الضرر الحاصل للمدعى من جراء الهلاك أو التلف أو التأخير . فإذا أثبت الناقل إحدى هذه الحالات جاز للمدعى نقض هذا الإثبات بأقامة الدليل على أن الضرر لم يحدث بسببها (م/٢٤٤/٢) .

١٦٦- حالات الاعفاء من المسؤولية - السبب الأجنبى :

والحالات التى تنتفى فيها مسؤولية الناقل والتى جاء ذكرها فى المادة ١/٢٤٤ تجارى ، وفى حكم محكمة النقض ، وهى القوة القاهرة التى لا يد للناقل فيها وخطأ المرسل وعيب البضاعة ، تجتمع فى واقع الأمر عند حالة واحدة هى : السبب الأجنبى عن فعل الناقل . فلا يكفي الناقل لكى ينفى مسؤوليته التعاقدية أن يثبت أنه لم يرتكب خطأ ، أو أنه قد اعتنى بالبضاعة عناية الناقل العادى ، لأن هذا الخطأ ثابت ومتحقق فعلاً بمجرد تخلفه عن تسليم البضاعة سليمة كاملة فى الميعاد المحدد . كذلك لا يعفيه من المسؤولية أن يكون السبب مجهولاً . وإنما تنتفى مسؤوليته إذا أثبت أن السبب الحقيقى فى وقوع الضرر سبب أجنبى لا يد له فيه . إذ أنه بإثباته علاقة السببية بين هذا السبب الأجنبى وبين وقوع الضرر ، ينفى فى ذات الوقت رابطة السببية بين خطئه بعدم تنفيذ التزامه وبين

وقوع الضرر . وإنما يجب لذلك بطبيعة الحال أن يكون السبب الأجنبي هو السبب المباشر والوحيد للضرر *cause directe et unique* (١) .

ويجدر بنا ، قبل أن نستعرض حالات السبب الأجنبي ، أن نشير إلى أن العرف يجرى على ضرورة قبول النقص الطبيعي الذي يحدث للبضاعة أثناء عملية النقل دون أن يكون ناجماً عن عيب فيها *Les déchets de route* . وهو النقص الناتج عن ، تلازم طبيعة البضاعة مع عملية النقل ، (٢) . ويحدد العرف مقدار المسموح به بالنسبة للبضائع المختلفة . ولقد نصت على ذلك صراحة المادة ١/٢٤٢ تجارى بقولها : لا يسأل الناقل عما يلحق الشيء عادة بحكم طبيعته من نقص في الوزن أو الحجم أثناء النقل ما لم يثبت أن النقص نشأ عن سبب آخر ، .

١٦٧- ٠١ القوة القاهرة *La force Majeure* (٣) ،

هي حادث لا يمكن دفعه ولا يمكن توقعه وليس للناقل دخل في حدوثه . فلا مسئولية على الناقل عندما يحول هذا الحادث بينه وبين تسليم البضاعة بلا تلف في الموعد المحدد . ومن أمثلة القوة القاهرة الحوادث الطبيعية المفاجئة كالبراكين والزلازل والفيضانات والعواصف ، أو الأوامر الإدارية واجبة التنفيذ *fait de prince* كأمر الاستيلاء على وسائل النقل أو إلغاء بعض الطرق . وبعد كذلك من قبيل القوة القاهرة فعل الغير إذا توفرت فيه شروطها ، بأن كان لا يمكن دفعه ولا توقعه ولم يكن لاهمال الناقل دخل في امكان حدوثه ، كالسرقة بقوة السلاح رغم وجود حراسة كافية .

(١) جان همار ، جزء ٢ بند ٩٠٧ من ٢٦٨ .

(٢) جوسران ، بند ٥٥٤ من ٥٢٢ .

(٣) وإذا هلك البضاعة بقوة القاهرة ، فإن تبعة الهلاك تقع حينئذ على مالكها .

وقد أراد بعض الفقهاء أن يفرق بين القوة القاهرة كما رأينا وبين
الحادث الجبرى *cas fortuit* .

ومقترح هذه التفرقة هو الفقيه اكسلر (١) ، إذ قال إن القوة القاهرة
تجمع بين عنصرين : ١- خارجيتها *exteriorité* ، ٢- أهميتها ووضوحها
importance et notoriété . أما الحادث الجبرى فهو يأتي من الداخل ،
وينجم من جراء تشغيل آلة النقل ، كانهجار القاطرة مثلاً . وتناول الفقيه
جوسران هذه التفرقة محدداً الحادث الجبرى بأنه الحادث الداخلى ، بينما
القوة القاهرة خارجية . وأوضح معنى خارجية فقال أن ذلك لا يعنى أن
تكون كذلك من الناحية المادية ، وإنما يكفى أن تكون كذلك من الناحية
العقلية والقانونية بأن تكون سبباً لا ينبعث من مشروع النقل ولا يعتبر من
مخاطرة الطبيعية (٢) .

وقد رتب الفقهاء على هذه التفرقة أن القوة القاهرة وحدها هى سبب
اعفاء الناقل ، بينما يظل مسئولاً عن الحوادث الجبرية باعتبارها من
المخاطر التى خلقها مشروع النقل .

والتفرقة لا تخلو من صحة . وقد كان القصد من المناداة بها الحد
من حالات القوة القاهرة وتوسيع مسئولية الناقل . وكانت هذه التفرقة من
العوامل التى أدت إلى انزلاق المسئولية التقصيرية من نطاق الخطأ إلى
المسئولية التى تترتب بلا خطأ على أساس تحمل تبعه المخاطر *risque*
créé .

ولقد أخذ المشرع فى قانون التجارة الجديد بهذه التفرقة حيث نص
فى المادة ٢١٤ على أن ١٠ - لا يعتبر من القوة القاهرة فى عقود النقل

(١) EXNER la responsabilité dans le contrat de transport, trad. seligmann (١)
1892 .

(٢) جوسران ، المرجع السابق بند ٥٧٥ من ٥٣٨ .

انفجار وسائل النقل أو احتراقها أو خروجها عن القضبان التي تسير عليها أو تصادمها أو غير ذلك من الحوادث التي ترجع إلى الأدوات أو الآلات التي يستعملها الناقل في تنفيذ النقل ولو ثبت أنه اتخذ الحيطة لضمان صلاحيتها للعمل ولمنع ما تحدثه من ضرر . ٢ - وكذلك لا يعتبر من القوة القاهرة الحوادث التي ترجع إلى وفاة تابعي الناقل فجأة أو إصابتهم بضعف بدني أو عقلي أثناء العمل ولو ثبت أن الناقل اتخذ الحيطة لضمان لياقتهم البدنية والعقلية .

١٦٨ - ٢ - خطأ المرسل La-faute de l'expéditeur

قد تهلك البضاعة أو تتلف بخطأ المرسل ، عندئذ لا مسئولية على الناقل . وأكثر ما يثار خطأ المرسل في حالات قيامه بالتعبئة والحزم أو بعملية الشحن في عربات الناقل . كذلك في الحالات التي يقدم فيها بضاعة لا تحتمل النقل في مناخ معين كالحرارة الشديدة أو البرودة الشديدة . وكثيراً ما يحدث أن يرد الناقل دعوى المسئولية المرفوعة عليه بادعاء خطأ المرسل . وعبء الإثبات يقع في هذه الحالة على الناقل ، وهو إثبات صعب إلى حد بعيد إذا كان الناقل قد تسلم البضاعة دون تحفظ (١) . لأن تسلمه إياها دون تحفظ يفيد ، وفقاً لنص المادة ٢٢٦ تجاري ، أنه تسلمها بحالة جيدة ومطابقة للبيانات المذكورة في وثيقة النقل .

ويميل القضاء إلى ترتيب مسئولية الناقل حتى في حالات إهمال

(١) وقد أكدت محكمة استئناف روان الفرنسية في حكم لها بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٦٠ ، منشور بالسجلة اتفصلية للقانون التجاري ١٩٦١ - ٢ - من ٤٣٢ ، أنه إذا تسلمت مصلحة السكك الحديدية البضاعة المشحونة شحناً خاطئاً دون أن ترفض النقل أو تبدي أي تحفظ ، فإنها تكون وحدها المسئولة عن التلف ، ولا يحق لها في نفس الوقت أن ترجع على الشاحن بما أصابها من أضرار وما دفعته من تعويضات من جراء هذا الشحن الخاطئ .

المرسل في الحزم ، إذا كان هذا الإهمال ظاهراً للناقل ، أو كان مما لا يخفى على الناقل العادى ، وأقدم مع ذلك على استلام ونقل البضاعة (م/٢٢٤) . كذلك لا يجوز له نفى مسؤوليته عن هلاك أو تلف البضاعة التى قام بنقلها بإثبات أن الضرر قد نشأ عن عيب فى تغليف بضاعة أخرى أو فى تعبئتها أو حزمها . ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك (م/٢٢٤) ٣ .

١٦٩-٣- عيب البضاعة Le vice propre des marchandises

لا مسؤولية على الناقل إذا أثبت أن هلاك البضاعة أو تلفها يرجع إلى عيب داخلى فى البضاعة أو طبيعة فيها (١) ، كما إذا كانت حيوانات مريضة فنفت أثناء النقل ، أو سوائل تتبخر أو تتخمر . كذلك قد تتلف بعض البضائع لأنها لا تتحمل الانتظار المدة اللازمة لعملية النقل كبعض أنواع الخضراوات والفاكهة . ولكن إذا ثبت أن الناقل قد تأخر فى عملية النقل وأنه استعمل وسائل بطيئة ، وترك البضاعة (شحنة من البرتقال) على الأرصفة ، فإن الناقل يتحمل مسؤولية التلف (٢) . وعلى الناقل عبء الإثبات . ولا يقتصر الأمر على مجرد إثبات أن طبيعة البضاعة أو عيبها هو الذى أدى إلى التلف ، بل عليه أن يثبت أنه لم يكن يستطيع أن يحول ، بوسائله وعنايته العادية ، بينها وبين الهلاك أو التلف . وهو مكلف - فى حدود عنايته العادية أيضاً - بأن يحصر التلف فى أضيق نطاق ممكن ، فيقتل من الخسائر ما استطاع (٣) .

(١) ولا شك أن عيب البضاعة يتضمن فى غالب الأمر خطأ من المرسل . ولا ضرر من هذا التداخل لأنهما سواء فى الأثر ، وهو انتفاء مسؤولية الناقل عن الضرر الواقع .

(٢) محكمة النقض للدائرة المتنية فى ٢٨ يونيو ١٩٥٦ ، محاماة ٣٧ من ٨١٥ .

(٣) سبق أن قلنا أن السبب الأجنبى لا يبرئ الناقل إلا إذا كان هو السبب المباشر والوحيد للضرر . وعلى ذلك ففى الحالات التى يشترك فيها السبب الأجنبى وخطأ الناقل يكون الناقل مسؤولاً مسؤولية كاملة إذا ثبت أن السبب الأجنبى ما كان ليحدث الضرر لولا -

ثانياً : الاعفاء أو التحديد الاتفاقي للمسئولية

١٧٠- تمهيد :

مسئولية الناقل التعاقدية ، على الوضع الذي بيناه ، مرهقة ، لا سيما وأن على عاتقه الجانب الأكبر من عبء الإثبات . وعبء الإثبات كما نعلم هو الذى يحدد - فى أغلب الحالات - من يلتزم أخيراً بالتعويض .

لذلك فإن الناقلين ، منذ وقت طويل ، كانوا يحاولون التخلص من هذه المسؤولية أو تحديدها بشروط اتفاقية يضمنونها عقد النقل . وثار الجدل فى الفقه والقضاء حول صحة هذه الشروط . ذلك أنها فى واقع الأمر لا يمكن أن تكون مقبولة من الشاحنين عن طواعية ، بل تفرضها شركات النقل فرضاً يذعن له هؤلاء الشاحنون . ثم تدخل المشرع الفرنسى فأنهى هذا الخلاف بقانون رابيه Rabier الصادر فى ١٧ مارس سنة ١٩٠٥ .

أما فى مصر ، فقد بين المشرع حكم هذه الشروط فى قانون التجارة الجديد ، على التفصيل الذى سنراه بعد قليل .

١٧١- أولاً ، الشروط الاتفاقية التى تحدد مسؤولية الناقل :

الشروط الاتفاقية التى يكتفى فيها الناقل بتحديد مسؤوليته ليست مثار جدل ، إذ لا شك فى صحتها باعتبارها شروطاً جزائية صحيحة متفقة مع القواعد العامة (م ٢٢٣ مدنى) . وقد أشارت المادة ١/٢١٨ تجارى إلى مثل هذه الاتفاقات عند سردها للبيانات التى قد ترد فى وثيقة النقل ، إذ اقتضت أن يبين فى الوثيقة الشروط الخاصة بتحديد المسؤولية (م ١/٢١٨ ز) .

- خطأ الناقل ، أو مسؤولية جزئية إذا كان خطأ الناقل قد اقتصر على زيادة الضرر المترتب على السبب الأجنبى . وذلك كله تطبيق للقواعد العامة فى المسؤولية .

وتحديد المسؤولية يكون بوسائل مختلفة : منها وضع حد أقصى لمقدار ما يمكن أن يلتزم به الناقل كتعويض . وفي هذه الحالة لا يلزم الناقل إلا في حدود هذا الحد الأقصى . ولكن إذا كان الضرر الذي أصاب البضاعة أقل ، التزم الناقل بتعويض الضرر الحقيقي دون زيادة . وقد يتم التحديد على أساس تقدير مبلغ معين لكل وحدة من البضاعة المنقولة فلا يلتزم الناقل بأكثر منه ولو كانت قيمة هذه الوحدة تتجاوزها . كذلك قد يحدد الناقل مسؤوليته بنسبة معينة من الضرر الحقيقي كنصف أو ثلث هذا الضرر ، ويلزم حينئذ البدء بتقدير الضرر الحقيقي قبل معرفة مقدار التعويض المحدود الذي يلتزم به الناقل . وفي ذلك تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ تجاري : يجوز للناقل أن يشترط تحديد مسؤوليته عن هلاك الشيء كلياً أو جزئياً أو تلفه بشرط ألا يقل التعويض المتفق عليه عن ثلث قيمة البضاعة المنقولة في مكان وزمان نقلها . وكل اتفاق على تعويض يقل عن هذا الحد يزاد إليه .

ولا يكون شرط تحديد المسؤولية صحيحاً على هذا النحو إلا إذا كان جدياً لا يخفى اعفاء الناقل منها (١) ، كما في حالة وضع حد أقصى ظاهر الضالة لمجرد التحايل . ويجب كذلك أن يكون مكتوباً في وثيقة النقل وإلا اعتبر كأن لم يكن . وإذا كان عقد النقل مخزراً على نماذج مطبوعة ، وجب أن يكون الشرط واضحاً ومكتوباً بكيفية تسترعى الانتباه وإلا جاز للمحكمة أن تعتبر الشرط كأن لم يكن (م ٢٤٦/٢) . والحكمة من ذلك هو تبصير المرسل لكي يسارع إلى عقد تأمين على بضاعته إذا قدر أن ما سيحصل عليه من تعويض لا يتناسب البتة مع قيمتها .

وطبيعي ألا ينطبق شرط تحديد المسؤولية في حالتين : الحالة الأولى

(١) ولكن ليس معنى ذلك أن شرط تحديد المسؤولية يبطل حينئذ على وجه الحتم ، كل ما هنالك أنه يجب أن يتخذ للشرط صفته الحقيقية كاعفاء من المسؤولية وليس تعديداً لها ، وتنطبق الأحكام المتعلقة بشرط الاعفاء لا بشرط التحديد .

حالة ما إذا كان الضرر الذي أصاب البضاعة قد نشأ عن غش أو أعمال جسيم من جانب الناقل : ففي هذه الحالة يجوز للدائن بالتعويض (المرسل أو المرسل إليه) أن يطالب به كاملاً . ولقد نصت على ذلك صراحة المادة ٣/٢٤٦ تجاري إذ قضت بعدم جواز تمسك الناقل بشرط التحديد إذا ثبت صدور غش أو خطأ جسيم منه أو من تابعيه (م ٢٢٥ مدني) . والثانية . هي حالة ما إذا كان الضرر قد نشأ عن قوة قاهرة أو غيرها من أسباب الاعفاء القانونية ، إذ تلتفي في هذه الحالة مسؤولية الناقل أصلاً .

وأثار شرط تحديد المسؤولية هي نفس آثار الشرط الجزائي كما تبينه القواعد العامة . وأهم ما يجدر ذكره القاعدة الواردة بالمادة ٢/٢٢٤ مدني والتي تعطى القاضى حق تخفيض التعويض إذا ما أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه (١) .

١٧٢- ثانياً ، الشروط الاتفاقية التي تعفى الناقل من المسؤولية ،

هذه الشروط هي التي أثارت الجدل :

أ- ففي فرنسا كان القضاء في أول الأمر يحكم ببطلان شرط الاعفاء من المسؤولية لمخالفته للنظام العام ، إذ رأى في هذا الشرط اهداراً لحقوق الشاحنين . ولكن هذا القضاء تعرض لنقد كثير من الفقهاء الفرنسيين (٢) .

(١) وإن كان من البدهى أن مثل هذا الحكم لن يجد مجالاً عملياً للتطبيق بالنسبة لشروط تحديد مسؤولية الناقل إذ الفرض أنها تهدف إلى تخفيض التعويض الحقيقي لا إلى المبالغة فيه . وجدير بالذكر أنه من النادر أن تهدف الشروط الاتفاقية في عقد النقل إلى تشديد مسؤولية الناقل ، (إذ هي كما رأينا مرهقة في الأصل) ، بينما يمكن أن يقع ذلك بكثرة في سائر العقود التي تتضمن شرطاً جزائياً .

(٢) تفصيل ذلك في : جوسران بلد ٦٢٢ وما بعده ص ٦٠٢ . وجوسران يعارض إبطال القضاء لشرط الاعفاء ويلتقد قانون ١٧ مارس سنة ١٩٠٥ ويعتبره اعتداءً صارخاً على حرية التعاقد بلد ٦٣٦ و ٦٣٧ .

لذلك تحولت محكمة النقض الفرنسية عن رأيها تحت تأثير هذا النقد في حكمها الصادر في ٤ فبراير سنة ١٨٧٤ (١) ، فقضت بصحة هذا الشرط ، ولكنها جعلت أثره يقتصر على نقل عبء الإثبات من عاتق الناقل إلى عاتق المرسل إليه . أي ، بعبارة أخرى ، جعل التزام الناقل بالمحافظة على البضاعة التزاماً ببذل عناية لا التزاماً بتحقيق نتيجة ، بحيث يتعين على المرسل أو المرسل إليه أن يقوم بإثبات أن الضرر الذي حصل كان ناجماً عن خطأ أو إهمال من جانب الناقل .

إلا أن هذه الأحكام لم تكن في صالح الشاحنين ، لأنه من الصعب على المرسل أو المرسل إليه أن يقوم بإثبات خطأ الناقل وإهماله في حفظ البضاعة وصيانتها أثناء حيازته لها . لذلك لم يسلم الاتجاه القضائي الجديد من النقد ، إلى أن تدخل المشرع الفرنسي بقانون رابيه Rabier في ١٧ مارس سنة ١٩٠٥ الذي نص على بطلان كل شرط بعدم مسؤولية الناقل عن الهلاك أو التلف سواء وضع الشرط في تذكرة النقل أو في أي وثيقة أخرى . ولا يشمل البطلان حالة التأخير ، فيعتبر صحيحاً الشرط الذي يعفى به الناقل نفسه من المسؤولية عن مجرد التأخير .

ب- وفي مصر اتبع المشرع ، في قانون التجارة الجديد ، نفس النهج بنصوص صريحة فرق فيها بين المسؤولية عن الهلاك والتلف والمسؤولية عن التأخير .

١- فيقع باطلاً كل شرط يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك الشيء كلياً أو جزئياً أو تلفه . ويعد في حكم الإعفاء من المسؤولية كل شرط يكون من شأنه إلزام المرسل أو المرسل إليه بدفع كل أو بعض نفقات التأمين من مسؤولية الناقل ، وكذلك كل شرط يقضي بنزول

(١) سيري ١٨٧٤ - ١ - ٢٧٣ ، داللو ١٨٧٤ - ١ - ٣٠٥ .

المرسل أو المرسل إليه للناقل عن الحقوق الناشئة عن التأمين على الشيء من مخاطر النقل (م ٢٤٥/١ و ٢) .

٢- أما المسؤولية عن التأخير ، فيجوز للناقل أن يشترط إعفاءه كلياً أو جزئياً منها . ولكن يجب لصحة هذا الإعفاء أن يرد الشرط الذي يقرره كتابة في وثيقة النقل وإلا اعتبر كأن لم يكن . وإذا كان عقد النقل محرراً على نماذج مطبوعة ، وجب أن يكون للشرط واضحاً بكيفية تسترعى الانتباه وإلا جاز للمحكمة أن تعتبر الشرط كأن لم يكن (م ٢٤٦/١ ب و ٢) . ويدهى أن شرط الإعفاء يفقد قيمته في حالة ارتكاب الناقل أو أحد تابعيه غشاً أو خطأ جسيماً .

ولقد عرف المشرع التجارى للغش في مواد النقل بأنه ، كل فعل أو امتناع يقع من الناقل أو من تابعيه بقصد احداث الضرر . كما عرف الخطأ الجسيم بأنه ، كل فعل أو امتناع يقع من الناقل أو من تابعيه برعونة مقرونة بادراك لما قد ينجم عنها من ضرر ، (م ٢١٦/١ و ٢) . وبهذا التعريف أصبح للغش والخطأ الجسيم معنى واحد في كل أنواع النقل ، البرى والبحرى والجوى .

٣- أما فيما يتعلق بمسؤولية الناقل عن أفعال تابعيه فيقع باطلاً كل شرط يقضى بإعفائه منها (م ٢١٣/٣) .

ثالثاً : دعوى المسؤولية على الناقل

١٧٣- تمهيد :

لن نسهب في شرح القواعد التي تنطبق على دعوى المسؤولية التي يرفعها المرسل أو المرسل إليه (أو الوكيل بالعمولة للنقل) على الناقل ، فشأنها في ذلك شأن دعاوى المسؤولية الأخرى . ولكن هذه القواعد لا تنطبق إلا مع مراعاة بعض الأحكام الخاصة التي أراد المشرع التجارى بها أن يراعى ظروف الناقل . ذلك أنه بمقتضى حرقته التجارية يبرم عقوداً كثيرة لنقل مختلف البضائع ، فلو أن المشرع ترك عبء دعاوى

المسئولية - وهو على ما نعرف من جسامه وارهاق - يستقر طويلاً على عاتقه ، لأدى إلى ارتباك أعماله وتعطلها . هذا بالإضافة إلى أن سرعة تنابع العمليات التجارية يزيل العناصر اللازمة لتقدير التلف الذى أصاب البضاعة ، وبالتالي لتقدير التعويض . كذلك حرص المشرع التجارى على أن يحمى الناقل من مبالغة المرسل إليه فى مقدار التعويض الذى يطالب به إذا هلك البضاعة .

لكل ذلك يتدخل المشرع التجارى ليعدل القواعد العامة أولاً فيما يتعلق بتقدير التعويض ، ثم فيما يتعلق بعدم قبول دعوى المسئولية على الناقل ، وأخيراً فيما يتعلق بتقادم هذه الدعوى .

١٧٤- أولاً : تقدير التعويض ،

تنطبق القواعد العامة الواردة فى المادة ٢٢١/٢ و٢١ مدنى . فالتعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب (١) . ولا يلتزم الناقل الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . أما إذا ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً فإن التعويض يتناول كل الضرر ، المتوقع منه وقت التعاقد وغير المتوقع . وفى كل ذلك لا تختلف دعوى المسئولية على الناقل عن غيرها من دعاوى المسئولية (٢) .

(١) ويتربط على ذلك أنه يجب فى حالة الهلاك أو التلف تقدير التعويض بقيمة البضاعة فى مكان الوصول لا فى مكان الإرسال (وهى أعلى عادة) ، لأن هذه القيمة هى التى خسرها رافع دعوى المسئولية .

(٢) يرى بعض الفقهاء أن هناك قاعدة خاصة بمسئولية الناقل : وهى أنه لا ضرورة للاعذار لاستحقاق التعويض خلافاً للقواعد العامة (أستاذنا الدكتور محسن شفيق فقرة ١٥١) . ونحن نرجح أنه لا مجال ، ولا مصلحة فى إعفاء رافع دعوى المسئولية من ضرورة الاعذار فى الحالات التى توجب فيها القواعد العامة توجيه الاعذار . كل ما هنالك أنه يكفى أن يتم هذا الاعذار - كما هو الشأن فى سائر العقود التجارية - بأى طريق ولو بخطاب عادى ، أنظر : الدكتور أنشولى بند ٢٩٦ ص ٢٣٨ جان همار جزء ٢ فقرة ٩٥٣ ص ٣١٧ و ٣١٨ .

ولكن المشرع التجارى وضع عدة ضوابط يتعين اتباعها فى حالة عدم وجود اتفاق مخالف . هذه الضوابط هى :

١- إذا هلك الشئ أو تلف دون أن تكون قيمته مبينة فى وثيقة النقل ، فيتم تقدير التعويض على أساس قيمته الحقيقية فى مكان الوصول وزمانه (م/٢٤٧/١) .

٢- يراعى عند تقدير التعويض قيمة النقص المتسامح فيه والذى يلحق البضاعة أثناء نقلها ، ولا يؤخذ هذا النقص فى الاعتبار ، بطبيعة الحال ، فى حالة هلاك البضاعة هلاكاً كلياً (م/٢٤٧/٢) .

٣- يلتزم الناقل بدفع قيمة الشئ كما هى مبينة فى وثيقة النقل ، إلا إذا نازع فيها وأثبت بكافة طرق الإثبات القيمة الحقيقية للشئ . وعندئذ لا يلزم إلا بهذه القيمة المبررة (م/٢٤٧/٢) ، وذلك تطبيقاً لقاعدة أن التعويض يكون على قدر الضرر ، أى مساوياً له .

٤- فيما عدا حالتى الغش والخطأ "جسيم من الناقل أو من تابعة ، لا يسأل الناقل عن هلاك ما عهد إليه بنقله من نقود أو أوراق مالية أو مجوهرات أو تحف أو غير ذلك من الأشياء الثمينة إلا بقدر ما قدمه المرسل بشأنها وقت تسليمها من بيانات كتابية (م/٢٤٧/٣) .

٥- لا يجوز الجمع بين التعويض عن الهلاك الكلى والتعويض عن التأخير (م/٢٤٨/١) . ويكون الشئ محل النقل فى حكم الهالك كلياً إذا لم يسلمه الناقل أو لم يخطر المرسل إليه بالحضور لتسلمه خلال ثلاثين يوماً من انقضاء الميعاد المعين للتسليم أو ، فى حالة عدم وجود مثل هذا الميعاد ، من انقضاء الميعاد الذى يستغرقه الناقل العادى فى النقل لو وجد فى الظروف نفسها (م/٢٤٠/٢) .

٦- لا تعويض عن التأخير فى حالة الهلاك الجزئى إلا بالنسبة إلى الجزء الذى لم يهلك (م/٢٤٨/٢) . وفى جميع الأحوال لا يجوز أن يزيد التعويض على ما يستحق فى حالة هلاك الشئ كلياً (م/٢٤٨/٣) .

٧- في حالة تلف الشيء أو تأخر وصوله ، بحيث لم يعد صالحاً **للغرض** منه وثبتت مسئولية الناقل عن التلف أو التأخير ، يجوز لطالب التعويض التخلي عن هذا الشيء مقابل حصوله على تعويض يقدر على **أساس** هلاك الشيء كلياً (م ٢٤٩) .

٨- وأخيراً ، إذا دفع التعويض بسبب الهلاك ثم وجد الشيء خلال **سنة** من تاريخ الوفاء ، تعين على الناقل أن يخطر بذلك فوراً من قبض التعويض ويعلمه بحالة الشيء ويدعوه للحضور لمعاينته في المكان الذي وجد فيه أو في مكان القيام أو الوصول حسب اختيار من قبض التعويض . **إذا** لم يرسل هذا الأخير تعليماته خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه **الخطأ** أو أرسل التعليمات ولم يحضر للمعاينة خلال الميعاد الذي ضربه **الناقل** أو حضر ورفض استرداد الشيء ، جاز للناقل التصرف فيه . أما إذا **طلب** من قبض التعويض استرداده ، وجب عليه رد ما قبضه من **تعويض** بعد خصم المصاريف وما يقابل الضرر الذي حدث بسبب التأخير في تسليم الشيء (م ٢٥٠) .

١٧٥- **ثانياً : الدفع بعدم قبول دعوى المسئولية - النص ونطاق تطبيقه :**

تنص المادة ٢٥١ تجارى على أن ، ١- تسلم الشيء محل النقل دون **تحفظ** يسقط الحق في الرجوع على الناقل بسبب التلف أو الهلاك الجزئي ما لم يثبت المرسل إليه حالة الشيء ويقيم الدعوى على الناقل خلال **تسعين** يوماً من تاريخ التسليم ، ٢- ولا يجوز للناقل التمسك بعدم قبول **الدعوى** وفقاً للفقرة السابقة إذا ثبت أن الهلاك أو التلف نشأ عن غش أو **خطأ** جسيم صدر من الناقل أو من تابعيه ، (ب) إذا ثبت أن الناقل أو **تابعيه** عمدوا إخفاء الهلاك الجزئي أو التلف ، .

ويتضح من هذا النص أن للدفع بعدم قبول الدعوى نطاقاً محدوداً ، وأن هناك شروطاً معينة لاستعماله ، وحالات محددة لعدم التمسك به رغم توفر شروطه ، وذلك على التفصيل التالي :

١- نطاق الدفع : أ- استعمال الدفع بعدم القبول يقتضى مبدئياً أن تكون البضاعة قد وصلت فعلاً بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقوم باستلامها . وعليه فلا يعمل بهذا الدفع في حالة الهلاك الكلى للبضاعة لأنه لا يمكن أن يكون هناك استلام لها بالمعنى الذى تتطلبه المادة ١/٢٥١ لا مكان التمسك به .

كذلك لا مجال لهذا الدفع إذا اقتصرَت مسؤولية الناقل على التأخير .

ولا يسرى إلا في حالة تلف البضاعة أو هلاكها جزئياً . ولقد حسم المشرع بهذا النص خلافاً كان قد نشب في ظل قانون التجارة الملغى حول مدى انطباق الدفع بعدم القبول على الهلاك الجزئى . وحسناً فعل المشرع من حيث تسويته بين الهلاك الجزئى والتلف فى هذا الشأن ، خاصة وأنه من الناحية العملية كثيراً ما يختلط التلف بالهلاك الجزئى وذلك إذا أدى التلف إلى انعدام قيمة جزء من البضاعة .

ب- ولا ينطبق الدفع سوى على الدعاوى المرفوعة على الناقل من المرسل أو المرسل إليه أو المرفوعة على الوكيل بالعمولة للنقل .، فلا مجال لأعماله فى العلاقة بين المرسل والمرسل إليه ، كما لو كان الأول بائعاً والذانى مشترياً (١) . ولا مجال له أيضاً فى حالة رجوع ناقل على آخر عند تعدد الناقلين .

(١) فإذا رجع المرسل إليه (المشتري) على المرسل (البائع) بضمان العيوب الخفية مثلاً ، فلا يجوز للمرسل أن يدفع بعدم قبول الدعوى لأن المرسل إليه (المشتري) قد استلم البضاعة دون تحفظ ، استناداً للمادة ١/٢٥١ تجارى ، إذ لا محل لهذه المادة بينهما .

ج- والدفع بعدم قبول الدعوى مبني على اعتبارين : مصلحة الناقل التي تقتضي سرعة تخلصه من دعاوى المسؤولية ، وافترض قبول المرسل إليه البضاعة نهائياً باستلامه لها دون تحفظ . لذلك لا مجال للدفع بعدم قبول الدعوى إذا كان الناقل قد تنازل عن حقه في التمسك بهذا الدفع ، سواء كان هذا التنازل سابقاً على تسليم البضاعة أو معاصراً له أو لاحقاً عليه . كذلك لا مجال لهذا الدفع إذا أبدى المرسل إليه عند تسليمه البضاعة تحفظات réserves يتمسك بمقتضاها بحقه في رفع دعوى المسؤولية . وقبول الناقل لتحفظات المرسل إليه يتضمن في الحقيقة تنازلاً من جانبه عن الدفع بعدم قبول الدعوى (١) .

١٧٦- شروط استعمال الدفع بعدم قبول الدعوى ،

وتضع المادة ١/٢٥١ شرطين لاستعمال الدفع بعدم قبول الدعوى ، دون أي تفرقة بين ما إذا كان العيب الذي أصاب البضاعة ظاهراً أو غير ظاهر . هذان الشرطان هما :

١- أن يتسلم المرسل إليه البضاعة دون تحفظ ، أي دون أن يثبت حالتها ، ويكون إثبات الحالة بمعرفة أحد رجال الإدارة أو خبير يعينه القاضي المختص بأمر على عريضة (م ٣/٢٥١) .

٢- أن لا يقيم المرسل إليه الدعوى على الناقل خلال تسعين يوماً من تاريخ تسليمه البضاعة .

١٧٧- حالات عدم التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى ،

وقد تتوفر شروط الدفع بعدم قبول الدعوى ، ومع ذلك لا يستطيع الناقل التمسك به . ويكون ذلك في حالة ارتكابه هو أو أحد تابعيه غشاً أو خطأ جسيماً نشأ عنه التلف أو الهلاك الجزئي . وكذلك في حالة ثبوت إن الناقل أو أحد تابعيه قد تعدد إخفاء الهلاك الجزئي أو التلف .

(١) كذلك لا يقبل الدفع بعدم قبول الدعوى في حالة غش الناقل ، تطبيقاً للمبدأ القانوني العام بأن الغش يفسد كل شيء .

١٦٨- ثالثاً - تقادم دعوى المسؤولية : النص ونطاق تطبيقه :

تنص المادة ١/٢٥٤ تجارى على أن «تتقادم كل دعوى ناشئة عن عقد نقل الأشياء بمضى سنة تبدأ من تاريخ تسليم الشئ إلى المرسل إليه أو إلى الجمرک أو إلى الأمين الذى يعينه القاضى لاستيداع الشئ . وتسرى المدة فى حالة الهلاك الكلى من تاريخ انقضاء الميعاد المنصوص عليه فى الفقرة الثانية من المادة ٢٤٠ من هذا القانون .»

ويتضح من هذا النص الأمور التالية :

١- إن التقادم لا يسرى إلا فى الحالات التى لا يجوز فيها الدفع بعدم قبول دعوى المسؤولية . فكل دعوى تفلت من نطاق هذا الدفع يسرى عليها التقادم ، كدعوى المسؤولية عن الهلاك الكلى أو التأخير . أما فى حالة الهلاك الجزئى أو التلف فلا يكاد يكون ثم مجال لتقادم الدعوى وفقاً للمادة ١/٢٥٤ تجارى ، لأن المادة ١/٢٥١ تتولى إسقاط هذه الدعوى بفوات تسعين يوماً من تاريخ التسليم .

٢- وللتقادم الذى تنص عليه المادة ١/٢٥٤ مرصود للدعوى التى ترفع على الناقل بصفته هذه . فلا يسرى على دعوى الناقل على المرسل أو المرسل إليه ، ولا على الدعوى المرفوعة على الناقل بصفة أخرى كمودع لديه مثلاً . ويكون ذلك فى حالة وصول البضاعة سليمة ثم ايداعها فى مخازن الناقل ، فإن دعوى المرسل إليه على الناقل لما يصيبها حينئذ من تلف أو ضياع لا يخضع لهذا التقادم القصير .

٣- ولا ينطبق هذا التقادم القصير على دعوى المسؤولية المبنية على الغش أو الخطأ الجسيم . وفى ذلك تقول الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٤ تجارى : «لايجوز أن يتمسك بالتقادم المنصوص عليه فى هذه المادة من صدر منه أو تابعيه غش أو خطأ جسيم ، . وفى هذه الحالة لا تسقط الدعوى إلا بالتقادم الطويل . ورافع دعوى المسؤولية بعد فوات مدة التقادم القصير هو الذى يقع على عاتقه عبء إثبات غش الناقل أو تابعيه أو أخطائهم الجسيمة حتى تقبل دعواه .»

١٧٩- أحكام تقادم دعوى المسؤولية:

مدة تقادم دعوى المسؤولية سنة تبدأ من تاريخ تسليم الشئ إلى المرمل إليه أو إلى الجمرك أو إلى الأمين الذي يعينه القاضي لاستيداع الشئ . وفي حالة الهلاك الكلى ، حيث ينتفى التسليم ، تسرى المدة من تاريخ انقضاء الميعاد المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٢٤٠ ، وهو معنى ثلاثون يوماً من انقضاء الميعاد المعين للتسليم أو ، في حالة هدم تعيين ميعاد ، من انقضاء الميعاد الذي يستغرقه الناقل العادي في النقل لو وجد في الظروف نفسها .

ويسرى على هذا التقادم أسباب الوقف والانقطاع المنصوص عليها في القواعد العامة . وفي حالة الانقطاع فإن الذي يبدأ سريانه من جديد ، وفقاً للمستقر عليه فقهاً وقضاء ، هو تقادم قصير من ذات النوع . فلا مجال هنا لتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة ٢/٣٨٥ مدنى التى تلص على أنه ، إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة ، وانقطع تقادمه باقرار المدين كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، . أى إن انقطاع التقادم القصير فى القواعد العامة يؤدى إلى بدء سريان تقادم طويل . مثل هذه القاعدة لا يمكن إعمالها فى حالة المادة ١/٢٥٤ ، لأن من شأن ذلك تفويت قصد الشارع . إذ أن أساس التقادم القصير فى دعوى المسؤولية على الناقل هو الرغبة فى الإسراع فى انتهاء منازعات المسؤولية ، وليس قرينة الوفاء كما هو الحال فى التقادم السنوى الذى تتحدث المادة ٢/٣٨٥ مدنى عن انقطاعه .

الفرع الأول

عقد نقل الأشخاص

LE CONTRAT DE TRANSPORT DE PERSONNES

١٨٠- تمهيد - المصادر القانونية لقواعد عقد نقل الأشخاص،

لم يتضمن القانون التجارى المصرى العطفى ، ولا القانون المدنى القديم أو الجديد تنظيمًا خاصًا لعقد نقل الأشخاص . والأمر كذلك فى القانون الفرنسى . ويفسر جوسران هذه الظاهرة بأنها من تراث العصور التى كانت فيها الأشياء أكثر أهمية وأعز من الانسان ، فكانت لذلك أخرى بأن تحظى باهتمام المشرع (١) . ولكن هذه الظاهرة اختفت الآن بعد أن اقتنع المشرع التجارى أخيراً بقيمة الانسان مقارنة بالأشياء فنظم نقل الأشخاص فى الفرع الثانى من الفصل السابع ، الخاص بالنقل ، من الباب الثانى من قانون التجارة الجديد .

ويختلف عقد نقل الأشخاص عن عقد نقل البضائع من حيث محل النقل : ففى هذا الأخير يتعهد الناقل بنقل السلع . وتكون هذه السلع خلال تنفيذ العقد تحت سيطرة الناقل التامة ورقابته ، فتكتمل مسؤوليته عن هلاكها أو تلفها ، ولا يكون على الطرف الآخر إلا أن يدفع الأجرة وينتظر وصول هذه السلعة ويتسلمها . أما فى عقد نقل الأشخاص ، فإن موضوع النقل ارادة حية متصرفه ، مسؤولة عن العناية بنفسها والحرص على سلامتها . وهى فى نفس الوقت شخص المتعاقد الآخر ، ولا يمكن أن

(١) جوسران ، السابق بند ٧٩٢ ص ٨٢٠ . ويرى الدكتور أكلهم الخولى (عقود ، ص ٣٨٤) أن سبب ذلك يكمن فى أن نقل الأشخاص وإن كان عملاً تجارياً إلا أنه لا يدخل فى النشاط التجارى البحت بمعناه التقليدى .

يكون الناقل عليه سلطان أثناء عملية النقل . ومن ثم فإن الالتزامات المترتبة على عقد نقل الأشخاص تكون موزعة على طرفي العقد بما يراهي هذا الاعتبار ، فتزداد على الأخص التزامات المسافرين أثناء النقل من التزامات المرسل أو المرسل إليه . ومن جهة أخرى لا تثار منازعات التسليم والتسلم التي رأيناها في نقل البضائع ، وإنما يثار النزاع فيما يتعلق بضمان سلامة المسافرين .

وسوف نستعرض في ايجاز قواعد تكوين عقد نقل الأشخاص والهاته ، ثم آثاره .

المبحث الأول

تكوين عقد نقل الأشخاص وإثباته

١٨١- أولاً : تكوين العقد :

لا يوجد في هذا العقد إلا شخصان : الناقل Le transporteur والمسافر voyageur . فطبيعته لا تسمح بالأطراف الثلاثة الذين عرفناهم في عقد نقل البضائع ، لأن المسافر يقوم مقام المرسل والمرسل إليه معاً (بل والبضاعة أيضاً) . وقد يتم العقد بواسطة وكيل بالعمولة للنقل . وقد نظم المشرع هذه الحالة على نحو ما سيجي البيان .

ونقل الأشخاص ، كسائر العقود التجارية ، عقد رضائي . وهو يخضع للقواعد العامة في شروط الانعقاد والصحة . على أنه لا يتم في أغلب الأمر بعد مناقشة حرة بين الناقل والمسافر . وإنما تكون الشروط موضوعية من قبل على وجه لا يقبل المناقشة . وبصدق في ذلك ما سبق أن قلناه في نقل البضائع ، إذ أن القضاء يعتبر الشركات الحاصلة على امتياز حكومي بالنقل ومصحة السكك الحديدية في حالة ايجاب دائم offre permanente لكل من يتقدم إليها متوفرة فيه شروط استعمال وسائل

النقل ، فلا يكون مثلاً في حالة سكر أو مصاباً بأمراض معدية أو كريمة
تثير الاشتزاز (م ٤ قرار وزارى ، ٤ مارس سنة ١٩٢٦) . .

وإذا كان الدخول في عربات الناقل يتطلب سبق الحصول على تذكرة
النقل ، فإن العقد لا ينعقد إذا تسال المسافر إلى العربة دون أن يحصل
على هذه التذكرة . ولكن قد يكون الدخول إلى العربات غير مشروط ،
عندئذ ينعقد العقد بمجرد دخول المسافر إلى العربة ، فلا يتوقف على
دفع ثمن التذكرة . ولقد نصت على كل ذلك الفقرة الثالثة من المادة ٢١٠
تجارى بقولها : كما يعتبر صعود الراكب إلى وسيلة النقل قبلاً للإيجاب
الصادر من الناقل إلا إذا ثبت أن نية الراكب لم تتجه إلى إبرام عقد
النقل . . وأحكام القضاء تسير في نفس الاتجاه : فقضت محكمة استئناف
الاسكندرية في حكمها الصادر بتاريخ ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ أنه : حيث إن
وجود ابنة المستأنف ضده في السيارة ضمن الركاب الآخرين عند وقوفها
في الموقف المعد لها ومهيأة للسفر للجهة المعلوم أنها تقصد إليها يكفى
لاتمام عقد النقل لتحقيق القبول ضمناً من جانب الراكب ، ولا شك أنه
بالنسبة للقاصر قد تولى عنها هذا القبول وليها المستأنف ضده ؛ وإذن فقد
تم العقد وبموجبه يترتب على الناقل الالتزامات الناشئة عنه حسب
طبيعته . .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية (١) أن شراء مجموعة من التذاكر
مقدماتاً (كارنيه) لا يعنى تمام إبرام عقود نقل بعدد الرحلات التى تخولها
هذه التذاكر ، بحيث إذا زادت أجرة النقل وجب على المسافر أن يدفع
الفرق ولا يحتج بسبق إبرام هذه العقود بالأجرة السابقة .
وعقد نقل الأشخاص ملزم للجانبين . وأهم الالتزامات المتقابلة هو

(١) الغرفة المدنية فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٥٥ أشار إليه دى لامورندايير وروديير وهوان ،
جزء ٢ ص ١٨٦ .

التزام الناقل بأجراء النقل ، والتزام المسافر بدفع الأجر . ولا يعد النقل المجاني transport bénévole عقداً ، فهو لذلك لا يرتب على عاتق الناقل مسؤولية تعاقدية ولا يستطيع الراكب المجاني أن يطالب الناقل بالتعويض إلا إذا قام هو بإثبات خطأ الناقل والضرر وعلاقة السببية . على أنه يجب الحذر من اعتبار النقل مجانياً لمجرد تنازل الناقل عن أجره النقل ، إذا كان لهذا النقل مقابل من نوع آخر . فيعتبر نقل عمال الناقل ومستخدميه وعائلاتهم بغير أجره لعدد معين من الرحلات من قبيل النقل بمقابل ، لأن هذه المزايا تعد جزءاً من أجر العامل أو المستخدم (١) . كذلك إذا كان نقل المسافر تابعاً لنقل البضائع ، كما إذا سافر مرسل البضاعة معها ولم يتقاضى الناقل عنه أجراً .

١٨٢- ثانياً - إثبات العقد ،

يخضع إثبات عقد نقل الأشخاص للقواعد العامة . وهو يعد تجارياً بالنسبة للناقل المحترف . ولذا يجوز الإثبات في مواجهته بكافة الطرق ولو زادت قيمة العقد على خمسمائة جنيه (م ١/٢١٠ تجارى) . أما بالنسبة للمسافر فقد يكون العقد مدنياً أو تجارياً بالتبعية . فإن كان مدنياً وجب إثباته بالكتابة إذا زادت قيمة العقد على خمسمائة جنيه .

على أن مشاكل الإثبات قلما تنثور في العمل . وذلك لأن العقد يثبت دائماً في تذكرة Billet يعطيها الناقل للمسافر عند قبض الأجرة . وقيمتها لا تنحصر في الإثبات أمام القضاء ، وإنما تمتد إلى الإثبات أثناء عملية النقل ذاتها . فالتذكرة هي التي تخول حاملها حق دخول المكان الذي تبدأ منه عملية النقل ، كرصيف السكك الحديدية ، وتخول حق الصعود إلى العربات . وهي التي تحدد مكان المسافر في الدرجة الأولى أو الثانية أو الثالثة . وعدم احتفاظ المسافر بالتذكرة طيلة السفر وتسليمها عند نهايته قد يعرض المسافر لجزاءات إدارية لا صلة لها بمسألة الإثبات ، كما

(١) أستاذنا الدكتور محسن شفيق ، بند ١٩٤ ص ١٧٢ .

هو الحال في السفر بالسكك الحديدية .

والتذكرة هي التي تسمح للناقل بالإشراف والتنظيم الإداري داخل وسائل النقل . فيؤكد من أن المسافر قد ركب العربة للمسافرة إلى الجهة التي يريد ، وبالشروط المبينة بالتذكرة .

والأصل أن التذكرة غير شخصية ، فيجوز لحاملها أن يتنازل عنها لغيره في بدء السفر فيحل محله في العقد مع الناقل . ذلك أن شخص المسافر لا اعتبار له كقاعدة عامة في العقد مع الناقل . ولكن الناقل قد يعطى تخفيضاً أو مزايا شخصية يراعى فيها اعتبار صفة معينة ، كذاكر رجال الجيش مثلاً . وعندئذ لا يجوز التنازل عنها إلا لمن له هذه الصفة . وقد تعطى التذكرة باسم شخص معين على وجه التخصيص كالاشتراك abonnement ، وعندئذ يمتنع التنازل عنها لأي شخص آخر . وقد تضمنت المادة ٢٦٠ تجارى هذه الأحكام حيث تقول «يجوز النزول عن بطاقة النقل قبل مباشرته إلا إذا كانت البطاقة باسم الراكب وروعى في إعطائها له اعتبارات شخصية» .

المبحث الثاني

آثار عقد النقل

أولاً- التزامات المسافرين

١٨٢- دفع الأجرة - مراعاة اللوائح الخاصة براحة وسلامة المسافرين ،

الالتزام الأساسي للمسافر هو كالتزام الأساسي للمرسل في عقد نقل البضائع ، أى دفع الأجرة في الميعاد المتفق عليه أو المعين في لوائح النقل أو الذى يقضى به العرف (م ٢٥٥/١) .

وإذا حالت القوة القاهرة دون مباشرة النقل ، أو قامت قبل مباشرته

ظروف تجعله خطراً على الأرواح ، فلا يستحق الناقل أجره النقل في مقابل عدم التزامه بالتعويض بسبب عدم تنفيذ النقل (م ٢٥٦/١ تجارى) .
وذلك محض تطبيق للقواعد العامة .

أما إذا قامت القوة القاهرة أو الخطر على الأرواح أثناء تنفيذ النقل ، فلا يستحق الناقل الأجرة إلا عن الجزء الذى تم من النقل (م ٢٥٦/٢) .
كما لا يستحق الناقل الأجرة فى حالة عدول المسافر عن النقل قبل مباشرته وقيامه باخطار الناقل بهذا العدول فى موعد مناسب (م ٢٥٧/٢) .
والموعد المناسب ، وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٥٧ تجارى ، هو قبل اليوم المعين لتنفيذ النقل ، وفى أحوال الضرورة يوم السفر نفسه بشرط أن يصل الاخطار قبل الساعة المعينة لتنفيذ النقل .

أما إذا عدل المسافر عن مواصلة النقل بعد مباشرته ، بأن ترك وسيلة النقل المقتلة له أثناء توقفها مثلاً ، فتستحق عليه الأجرة كاملة ، إلا إذا كان العدول لضرورة فلا يلتزم إلا بأجرة الجزء الذى تم تنفيذه من الرحلة (م ٢٥٧/٣) . كما لو دأبته أزمة صحية طارئة أثناء السفر وقبل الوصول إلى المكان الذى يقصده ، فاضطر إلى ترك وسيلة النقل أثناء الطريق .
كذلك تستحق الأجرة كاملة إذا لم يحترم المسافر مواعيد النقل ولم يحضر فى الميعاد المعين للسفر (م ٢٥٨) .

هذا وللناقل حبس أمتعة المسافر ضمناً لأجرة النقل وغيرها من المبالغ المستحقة بسبب النقل . كما أن له امتيازاً على الثمن الناتج من التنفيذ على أمتعة المسافر لاستيفاء حقوقه . ويتبع فى هذا الشأن اجراءات التنفيذ فى الرهن التجارى (م ٢٦٢) .

ولكن هناك التزامات ثانوية متعددة تقع على عاتق المسافر وتقتضيها سلامته وراحته وسلامة غيره من المسافرين وراحتهم . هذه الالتزامات تتناولها اللوائح والقرارات الخاصة بالتفصيل اللازم وتنشر غالباً باللصق على جدران العربات المهيأة للسفر . هذه التعليمات روعى فيها

مصلحة الناقل ومصلحة المسافرين على حد سواء . وعلى ذلك لا يجوز للناقل أن يتنازل للمسافرين عن ضرورة اتباعها . وقد أتيحت لمحكمة استئناف الاسكندرية أن تؤكد هذا المعنى في حكم لها ، سوف نعرض له بالتفصيل فيها بعد (١) ، إذ قررت أنه « ... لا يهون من هذا النظر قول مصلحة السكك الحديدية أن القرارات الخاصة بنظم السكك الحديدية إنما وضعت لمصلحتها ولحماية مرافقها وحدها ، لأن هذه القرارات فوق أنها قصد بها حماية مرافق المصلحة ، فقد قصد بها أيضاً حماية الجمهور وخاصة ركاب القطارات . وقد أسبغت القرارات على عمال المصلحة صفة الضبطية القضائية تمكيناً لهم من مراقبة تنفيذ هذه القرارات صوناً للمرافق وحماية للناس » .

فكان التزامات المسافر هي في ذات الوقت حقوقه . ويفسر ذلك أن عربة نقل الأشخاص تضم في الواقع مجتمعاً صغيراً من المسافرين . فعلى كل مسافر أن يحترم تعليمات الناقل ، ولكل مسافر أن يطلب من الناقل فرض احترام هذه التعليمات على المسافرين الآخرين (٢) . ولقد حرصت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٥ تجاري على تأكيد هذا الالتزام صراحة ، فقضت بأن على الراكب « اتباع تعليمات الناقل المتعلقة بالنقل » . هذه التعليمات تتعدد وتتفرع بتعدد القرارات الخاصة بوسائل النقل ، وليس لها أهمية قانونية خاصة . وأهمها قرار ٤ مارس سنة ١٩٢٦

(١) محكمة استئناف الاسكندرية ، الدائرة المدنية ، ٢٩ فبراير سنة ١٩٥٦ ، محاماة ، ٣٦ ، ص ٨١٦ .

(٢) من زاوية النقل بصفة خاصة ، وعلى سبيل المقارنة ، يمكن أن نقابل بين ضرورة احترام المسافر لهذه التعليمات وبين قيام الناقل في عقد نقل البضائع برص البضاعة وشحنها شحناً سليماً والعناية بها أثناء النقل ثم تفريغها في النهاية . فالهدف الأخير في الحاليتين هو وصول المسافر سليماً ووصول البضاعة سليمة . ولكن الفرق هو أن لارادة المسافر دخلاً كبيراً في تحقيق هذا الهدف ، بينما تخضع البضاعة تماماً لسيطرة الناقل ، فتكون عنايته هي الوسيلة الوحيدة لتحقيقه .

الخاص بالسفر بالسكك الحديدية . وهو يسرى سواء على سكك حديد الحكومة المصرية وعلى شركات السكك الحديدية التي تحصل على امتياز من الحكومة (م ٢٤ منه) (١) ، ويتضمن تعليمات يجب على المسافرين اتباعها .

وإذا خالف المسافر هذه التعليمات فإن الأمر لا يقتصر على اعتباره مقصراً في تنفيذ العقد ، وإنما يعد مرتكباً لمخالفة ، فيحرر له محضر ويطرده من القطار عند وقوفه في أول محطة . وهناك بوليس قضائي في المحطات الرئيسية مهمته تحرير هذه المحاضر وإرسال المخالفين إلى النيابة تمهيداً لمحاكمتهم .

وأخيراً فإن للمسافر أن يحمل معه أمتعته bagages في حدود الوزن المقرر . وقد يحتفظ بحراستها أو قد يتخلى عنها للناقل . وفي الحالة الأخيرة فإن نقل الأمتعة يخضع للقواعد المطبقة على نقل البضاعة السابق ذكرها (م ٢٦٩/٣) . أما إذا احتفظ بحراستها فيكون مسئولاً عما تسببه من أضرار للناقل أو تابعيه أو للغير (م ٢٦٩/٢) . كما لو أدى ملامستها أو نجم عن روائحها أو حجمها أزعاج للمسافرين الآخرين أو أتلاف لأمتعتهم ... إلخ .

ويجب أن تكون الأمتعة مطابقة لشروط النقل . ويجوز للناقل قبل مباشرة النقل أو أثناء الطريق أن يفحصها ، وبحضور المسافر للتحقق من ذلك (م ٢٦٣/٢) .

(١) ومن أمثلة التعليمات الواردة بهذا القرار تحريم حمل الأشياء الخطرة (م ٢) والقضاء أو السماح بصوت مزعج (م ٢) وتحريم الدخول في المقصورات المخصصة للسيدات (م ٧) أو لمسافرين آخرين (م ٤) وعدم رمي أشياء من القطار من شأنها الإضرار بالأشخاص الذين تصيبهم (م ٤) ... إلخ .

ثانياً : التزامات الناقل

١٨٤- أولاً : القيام بعملية النقل :

يلتزم الناقل بأن يقوم بعملية النقل كما اتفق عليها . فيجربى النقل إلى مكان الوصول في الميعاد المتفق عليه أو المبين في لوائح النقل أو الذى يقضى به العرف . فإذا لم يعين الميعاد ، فيجب على الناقل تنفيذ النقل فى الميعاد الذى يستغرقه الناقل العادى إذا وجد فى نفس الظروف . (م٢/٢٦٣) .

ويلتزم الناقل ، كذلك ، بأن يهيئ للمسافر الراحة التى تعهد له بها فيوفر له مكاناً فى الدرجة المبينة فى تذكرته . فإذا اضطر المسافر ، لسبب أو لآخر ، كالازدحام مثلاً ، إلى الانتقال لمكان فى درجة أدنى من تلك المبينة فى تذكرته ، جاز له مطالبة الناقل برد الفرق بين أجرتي الدرجتين (م١/٢٦١) .

وإذا دفع المسافر أجرة اضافية مقابل مزايا خاصة ، فيجب على الناقل أن يوفرها له ، وإلا التزم برد هذه الأجرة حال طلبها من المسافر . (م٢/٢٦١) .

وإذا تعطل النقل بسبب يرجع إلى الناقل أو تابعيه أو الوسائل التى يستعملها فى النقل ، فيلتزم الناقل ، عندما يختار المسافر وسيلة نقل أخرى ، بمصاريف إيصاله إلى المكان المتفق عليه فضلاً عن التعويض إذا كان له مقتضى (م٢٥٩) .

وإذا توفى الراكب أو أصيب بمرض أثناء تنفيذ عقد النقل فيلتزم الناقل باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على أمتعته إلى أن تسلم إلى ذوى الشأن . وفى حالة وجود أحد من ذوى الشأن عند وقوع الوفاة أو المرض ، جاز له أن يتدخل لمراقبة التدابير التى يتخذها الناقل وأن يطلب منه إقراراً بوجود أمتعة الراكب فى حيازته (م٢٧٠) .

ونادراً ما يقاضى المسافر الناقل بسبب التأخر الطفيف فى ميعاد

الوصول ، أو مضايقات الازدحام أثناء الطريق . ولكنه لا يتوانى في مداخلته إذا ما أصيب بأضرار بدنية . كما يقاضيه ورثة المسافر في حالة موته أثناء الطريق وذلك استناداً إلى الالتزام الهام الذى يقع على عاتقه وهو الالتزام بضمان سلامة المسافر أثناء المدة التى تستغرقها عملية النقل .

١٨٥- ثانياً ، الالتزام بضمان سلامة المسافر

obligation de securité

لم يستقر القضاء الفرنسى أو المصرى على وجود هذا الالتزام على عاتق الناقل إلا بعد تردد طويل . والواقع إن تاريخ تطور هذا الالتزام مرتبط أشد الارتباط بتاريخ تطور المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية منذ القرن التاسع عشر .

فحتى قبيل نهاية القرن التاسع عشر ، لم يكن القضاء الفرنسى يعتبر الناقل ملزماً بضمان سلامة المسافر . فإذا أصيب المسافر ، كان عليه أن يرجع على الناقل على أساس المسؤولية التقصيرية طبقاً للمادة ١/١٣٨٤ فرنسى وقد كان يجب للاستناد إليها أن يثبت خطأ الناقل فى حراسة آلة النقل وأن هذا الخطأ هو سبب الأضرار التى لحقت به . ولم يكن ذلك يسيراً على عاتق المسافر .

ولكن الثورة الصناعية ، والحوادث التى بدأت تتعدد من جراء استخدام الآلات القوية السريعة سواء فى المصانع أو فى النقل ، كانت نقطة البداية فى تطور طويل فى موضوع المسؤولية بدويعيها : المسؤولية التعاقدية ، والمسؤولية التقصيرية على حد سواء ؛ إذ كانا فى هذا التطور يتسابقان كفرنسى رهان فى سبيل الوصول إلى التعويض العادل لمن أصابه الضرر .

ففيما يتعلق بالمسؤولية التعاقدية ، بدأ انفعه ينادى بوجود التزام ضمان السلامة التعاقدى على عاتق الناقل ، حتى يتوصل إلى نقل عبء

الإثبات من عائق المسافرين إلى عائق الناقل في نطاق المسؤولية التعاقدية . وتبينت محاكم الاستئناف الفرنسية هذا الاتجاه في تردد ، إلى أن أكدت محكمة النقض الفرنسية وجود الالتزام بضمان السلامة فيما يتعلق بالنقل البحري في حكمها الصادر بتاريخ ١١ نوفمبر سنة ١٩٩١ (١) وفيما يتعلق بالنقل بالسكك الحديدية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ يناير سنة ١٩١٣ (٢) واستقر الأمر منذ ذلك الوقت على مسؤولية الناقل التعاقدية بمجرد إصابة المسافرين ، بناء على التزامه بضمان سلامته ، وهو التزام بتحقيق نتيجة . فإذا أراد أن ينفي مسؤوليته هذه فعليه أن يثبت أن هذه الإصابة إنما نجمت عن سبب أجنبي عنه ، كالقوة القاهرة أو فعل المسافر نفسه .

ولم يكن تطور المسؤولية التقصيرية بأقل أهمية . فقد استند القضاء الفرنسي إلى الفقرة الأولى في المادة ١٣٨٤ ، والتي تقضى بمسؤولية الإنسان عن الأشياء التي تحت حراسته ، (وهي فقرة لم يقصد منها المشرع شيئاً ذا بال ، إذ كان لابد من إثبات خطأ الحارس) ؛ واتخذها تكتة لنظام قضائي ظل يتقدم ويتطور حتى ألقى بعبء المسؤولية على الحارس دون حاجة إلى إثبات خطئه في الحراسة (٣) .

وقد كانت المسؤولية التعاقدية المستندة إلى الالتزام بضمان السلامة ، في عام ١٩١١ أسبق من المسؤولية التقصيرية المستندة إلى المادة ١/١٣٨٤ فرنسي . إذ كان القضاء يشترط ، في هذه المرحلة من مراحل تطور مسؤولية حارس الأشياء الجامدة ، أن يثبت الضرر وجود عيب في

(١) سيدي ١٩١٢ - ١ - ٧٣ وتعليق ليون كان .

(٢) سيدي ١٩١٣ - ١ - ١٧٧ وتعليق ليون كان .

(٣) أنظر في شرح هذا النظام القضائي على الأخص : هنري مازو : محاضرات للدكتوراه بجامعة باريس عام ١٩٥٣ ، الدكتور محمد لبيب شلب في رسائله عن مسؤولية حارس الأشياء ، عام ١٩٥٧ ، الدكتور سليمان مرقص : تطبيق على حكم استئناف اسكندرية مجلة التشريع والقضاء . جزء ٢ - قسم ٢ - ص ٢٨٢ .

تركيب الشئ الذى أحدث الضرر أو نقص فى صيانتته ، وعندئذ يفترض القضاء أن ذلك العيب أو هذا النقص إنما هو من خطأ الحارس إلى أن يستطيع الحارس أن يثبت العكس . لذلك كان من مصلحة المسافر - فى هذه المرحلة - أن يستند إلى الالتزام بضمان السلامة ، إذ يكفى حينئذ إثبات الضرر فقط - وهو لا يحتاج إلى عناء - وعندئذ يكون الناقل مسئولاً إلا إذا استطاع أن يثبت السبب الأجنبى . هذا بينما إذا لجأ إلى مساءلة الناقل باعتباره حارساً لآلة النقل ، فإنه كان يجب عليه حينئذ أن يثبت ، بالإضافة إلى الضرر الذى أصابه ، عيب وسيلة النقل أو النقص فى صيانتتها . لذلك كان لتأكيد محكمة النقض عام ١٩١١ لوجود الالتزام بضمان السلامة على الناقل أهمية كبرى وميزه قيمة للمسافر .

ولكن القضاء الفرنسى لم يقف بالمادة ١٣٨٤/١ عند هذه المرحلة من مراحل التطور إذ ما زال بها حتى ضمنها قرينة قانونية على مسئولية الحارس بمجرد ثبوت الضرر ، دون حاجة إلى ثبوت عيب الآلة أو نقص صيانتتها ، ولا يستطيع الحارس أن ينفى هذه القرينة إلا بإثبات أن هذا الضرر قد نجم عن سبب أجنبى كالقوة القاهرة . وأخذ القانون المدنى المصرى بنتيجة هذا التطور وصاغه فى المادة ١٧٨ منه حيث قال إن كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يدل عليه فيه ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة ، .

بذلك وصلت المسئولية التقصيرية عن الأشياء إلى ذات النتيجة التى يؤول إليها الالتزام بضمان السلامة فى المسئولية التعاقدية ؛ فأصبح الأمر سواء أن يرجع المسافر على الناقل باعتباره ملتزماً بمقتضى العقد بضمان سلامته ، أو باعتباره حارساً لوسيلة النقل التى سببت له الضرر ، ففى كل من هاتين الحالتين سوف يقع على الناقل عبء نفي المسئولية عنه بإثبات السبب الأجنبى .

١٨٦- مناقشة وجود الالتزام بضمان السلامة؛

بهذه النتيجة التي وصل إليها القضاء الفرنسي في مسؤولية حارس الأشياء ، وأخذ بها المشرع المصري في المادة ١٧٨ مدني ، لم تعد هناك فائدة عملية خاصة يجنيها المسافرين من وجود الالتزام بضمان السلامة . ومن ثم فإن التحقق من وجود أو عدم وجود هذا الالتزام في الوقت الحاضر لن يتأثر بهذا الاعتبار الذي كان سبباً في القول به منذ البداية . وإنما أصبح يتعلق بتفسير عقد نقل الأشخاص تفسيراً سليماً يتفق مع طبيعة هذا العقد .

ويقر الرأي الغالب في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري بوجود هذا الالتزام ، ولا ينكره إلا أقلية من الفقهاء (١) . ويستند المنكرون إلى القول بأنه لا يوجد نص في العقد على هذا الالتزام ، وأنه لا يدخل في نية المتعاقدين ، وأنه لا يصح القياس على عقد نقل البضائع لأن في ذلك إهداراً لكرامة الإنسان ، وأخيراً ، حتى ولو افترضنا وجود هذا الالتزام التعاقدى ، فليس أسهل على الناقل من أن يسرع بتنفيه صراحة في العقد فيعلن أنه لا يضمن سلامة المسافرين .

ولا شك لدينا في أن رأي غالبية الفقه والقضاء هو الصحيح المتفق مع طبيعة نقل الأشخاص ، فهذا الالتزام لا يحتاج إلى نص في العقد بل ولا يحتاج إلى أن تنصرف إليه نية المتعاقدين على وجه خاص . ذلك أنه من صميم التزام الناقل بالنقل ، وهو يرتبط به ارتباطاً لا يقبل الانفصام . فمن غير المقبول أن نفترض أن التزام الناقل يقتصر على نقل «جثة» المسافرين من مكان القيام إلى مكان الوصول . ولا حاجة لأن يرد النص في العقد على أن الناقل قد تعهد بنقل المسافرين حياً سليماً ، لأن مثل هذا التعهد يرتفع إلى مصاف البدهيات التي لا يجوز أن تكون محل نص خاص ، بل ولا داعي لأن تنصرف إليها نية خاصة .

(١) في مصر الدكتور سليمان مرقص والمرحوم الدكتور فريد مشرقى .

ولا دخل لكرامة الانسان في هذا الموضوع لأننا لا نقيس حياة الانسان بسلامة البضائع (١) . ولا شك أنه يجب الاعتداد بأن على المسافر أن يقوم من جانبه بكل ما يكفل سلامته ويتجنب ما يمكن أن يعرضه للخطر . فضمن سلامة المسافر ليس مطلقاً لأن المسافر لا يكون تحت سيطرة الناقل أثناء الطريق . لذا سنرى أن الناقل يستطيع أن ينفي مسؤوليته إذا أثبت أن الضرر كان نتيجة لخطأ المسافر نفسه .

أم عن احتمال أن ينص الناقل في العقد على أنه لا يضمن سلامة المسافر ، فلا ريب أن هذا النص يكون مخالفاً للنظام العام وباطلاً لعدم المشروعية . هذا إلى أنه من الناحية العملية البحتة لن يستفيد الناقل من استبعاد المسؤولية التعاقدية ، لأنه سيقع في نطاق المسؤولية التقصيرية باعتباره حارساً لآلة النقل . وهي كما رأينا مسؤولية مفترضة تعفى المسافر من عبء الإثبات وتجعله كله على عاتق الناقل .

لذلك أخذت المحاكم المصرية تطبق أحكام المسؤولية العقدية على حوادث نقل المسافرين ، ومن بين هذه الأحكام (٢) حكم أصدرته محكمة استئناف الاسكندرية في ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ وعلق عليه الدكتور سليمان مرقص (٣) . وتتلخص وقائع القضية في أن طفله في السادسة كانت تركب إحدى سيارات شركة الأومنيبيوس المعدة للسفر بين طنطا ودمشق .

(١) والحق أن الذي يتعارض مع كرامة الانسان في الواقع ، هو القول بأن الناقل لا يلتزم بضمن سلامة المسافر أثناء النقل ، وليس القول بوجود هذا الالتزام .

(٢) قبل هذا الحكم : مصر الجزئية المختلطة ثم محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ ، ثم محكمة اللبان الجزئية في ١٣ مايو سنة ١٩٤٠ . وبعد هذا الحكم : استئناف الاسكندرية في ٢٩ فبراير سنة ١٩٥٦ الذي أكد أن الناقل يعتبر متعهداً بنقل المسافرين سليماً وإلا اعتبر مسئولاً مسؤولية تعاقدية . هذا الحكم يدل على استقرار القضاء على تقرير وجود الالتزام بضمن السلامة .

(٣) مجلة التشريع والقضاء جزء ٢ قسم ٢ ص ٢٧٧ .

وبينما كانت السيارة في الموقف شبت النار في داخلها واتصلت بملابس
الطفلة وجسمها ونشأ عن ذلك وفاتها . فاستنتجت المحكمة وجود عقد
النقل من وجود الطفلة في السيارة ضمن الركاب الآخرين ، وأن ولي
الطفلة قد تولى عنها قبول الايجاب الصادر من الناقل (١) ، ثم قررت أن
مسئولية الناقل مسئولية تعاقدية استناداً إلى أن «من بين الالتزامات التي
يشتمل عليها العقد التزام الناقل ضماناً بسلامة الركاب أثناء النقل إلى الجهة
المتعهد بنقله إليها ، لأن مثل هذا الالتزام هو أول ميزات هذا النوع من
التعاقد . ويترتب على عدم الوفاء به ضمان الناقل للضرر الناشئ عن
عدم الوفاء طبقاً للقواعد العامة » .

وقد انتقد الدكتور سليمان مرقص هذا الحكم في تعليقه السابق الإشارة
إليه ، لأن هذا الالتزام في رأيه ليس له سند قانوني . ولأن المادة ١٧٨
مدني جديد تكفل للراكب المصاب حقه في التعويض دون حاجة به إلى
اثبات خطأ متعهد النقل ودون حاجة إلى الالتجاء إلى قواعد المسئولية
العقدية . وتبقى أن يكون هذا الحكم خاتمه تطور هذه المسألة في ظل
القانون المدني الملغى ، وأن تعيد المحاكم النظر في هذا الموضوع .

ونحن لا نشارك الدكتور سليمان مرقص هذا الرجاء (٢) . وإنما
نرجو، على العكس ، أن تكون الأحكام المقبلة أكثر وضوحاً وأشد تأكيداً
للاتزام بضمان السلامة دون نظر إلى وجود المادة ١٧٨ في نطاق
المسئولية التقصيرية . إذ يجب أن تؤكد المحاكم أن المسئولية عقدية ،

(١) وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك في بند ١٧١ .

(٢) يؤيد المرحوم الدكتور فريد مشرقى رأي الدكتور سليمان مرقص «جملة وتفصيلاً» ، إذ
لا محل لأن يلمس القضاء التزاماً ضمناً مشتركاً في وجوده على الأقل ويفترض دون
سند من الواقع أو القانون أن عقد النقل قد أنشأ ، لأن هذا اجتهاد ، وهو متعين عند
انعدام النص . لكن في ظل القانون المدني الجديد لا شك في أن نص المادة ١٧٨
ينطبق على حوادث النقل . ونحن لا نقر هذا النظر ، لأن الأمر يتعلق بالتكييف
الصحيح للمسئولية لا بمحالة العثر على سند قانوني لها أياً كان .

لأنها كذلك وفقاً للتكييف الصحيح واستناداً إلى طبيعة عقد النقل ، ولأن الالتزام بضمان سلامة المسافرين التزام أساسى لا يمكن أن نتصور أن يخلو منه عقد نقل الأشخاص .

ولقد تحقق هذا الرجاء بصدر قانون التجارة الجديد ، إذ نص المشرع على هذا الالتزام صراحة ففضى فى الفقرة الأولى من المادة ٢٦٤ بأن «يضمن الناقل سلامة الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل . ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى باعفاء الناقل من هذا الضمان » .

ثالثاً : مسؤولية الناقل

١٨٧- مسؤولية عقدية - متى تبدأ ومتى تنتهى .

هى ، إذا ، مسؤولية عقدية تترتب إذا أخل الناقل بالتزاماته وأهمها الالتزام بضمان السلامة . لذلك تحد هذه المسؤولية بحدود تنفيذ عقد النقل . ففى النقل بالسكك الحديدية مثلاً يبدأ تنفيذ العقد - ومن ثم تبدأ مسؤولية الناقل - منذ دخول للمسافر إلى الرصيف المعد لوقوف القطار . وفى النقل بالسيارات أو الترام أو غيرها من العربات المعدة للنقل تبدأ المسؤولية منذ الوقت الذى يحدث فيه الاتصال المادى بين المسافر والسيارة أو الترام ، أى من انوقت الذى يكون فيه المسافر داخل العربة أو السيارة أو الترام إلى أن تنتهى بخروج المسافر من الرصيف المعد لوقوف القطار أو نزوله من العربة أو الترام .

ويصح أن تنتطع المسؤولية خلال تنفيذ عقد النقل إذا انقطع اتصال المسافر وآلة النقل مؤقتاً ، كتغيير الترام أو القطار مثلاً ، وتعود المسؤولية بعودة هذا الاتصال بعد فترة الانقطاع . ويعترض بعض الفقهاء على انقطاع المسؤولية خلال تنفيذ العقد (١) . ولكن الواقع أن قاضى الموضوع لابد وأن يضع فى اعتباره هذا الانقطاع الذى قد يطول ، إذ لا يجوز أن

(١) أكنم الخولى ، عقد ، ص ٣٩٦ .

يسأل الناقل عن ضرر وقع للمسافر بعد أن أصبح بعيداً عن آلة النقل ولو بصفة مؤقتة . ولقد نصت على ذلك كله الفقرة الثانية من المادة ٢٦٤ تجارى بقولها :يشمل تنفيذ عقد النقل الواقعة بين شروع الراكب فى الصعود إلى وسيلة النقل فى مكان القيام ونزوله منها فى مكان الوصول . وفى حالة وجود أرصفة معدة لوقوف وسيلة النقل يشمل تنفيذ عقد النقل الفترة الواقعة بين دخول الراكب إلى الرصيف فى مكان القيام وخروجه من الرصيف فى مكان الوصول . وإذا اقتضى الأمر تغيير وسيلة النقل فى الطريق فلا يشمل الضمان فترة انتقال الراكب من وسيلة نقل إلى أخرى فى غير حراسة الناقل لو تابعه .

١٨٨- مسئولية الناقل فى حالة وفاة المسافر :

لا شك أن المسئولية العقدية تنقضى بوفاة المسافر . فإذا قتل المسافر فى الحادث أثناء النقل فلا يحق للورثة الرجوع على الناقل بسبب الأضرار المادية أو الأدبية التى لحقتهم شخصياً إلا بمقتضى المسئولية التقصيرية ، إذ لا يربطهم بالناقل عقد ما . لذلك حرص القضاء - حين كانت المسئولية التقصيرية عاجزة عن حماية المصاب - على أن يجنبهم الالتجاء إلى المسئولية التقصيرية ، وذلك بافتراض أنهم مستفيدون فى اشتراط لمصلحة الغير عقده المسافر المتوفى مع الناقل حين أبرم عقد النقل . وهو افتراض لا يتفق مع الحقيقة ، إذ لا يجول فى ذهن المسافر عادة أنه سيقبى حتفه أثناء السفر فيشترط لمصلحة ورثته . لذلك تعرض هذا الافتراض لنقد كثير من الفقهاء . ولا شك أن الأمر قد أصبح لا يحتاج إلى هذا التحايل بعد أن أصبحت المسئولية التقصيرية عن حراسة الأشياء تلقى بعبء الإثبات على عاتق الناقل فتتشابه بذلك فى النتائج مع المسئولية العقدية .

فالأسلم ، إذاً ، أن يرجع ورثة المسافر المتوفى على الناقل بمقتضى المادة ١٧٨ مدنى وهى تكفى لحمايتهم ، وتتفق مع التكييف القانونى السليم .

وتنص المادة ٢٧١ تجارى على أنه ، يجوز لورثة المسافرين أو الأشخاص الذين يعولهم تنفيذاً لالتزام بالنفقة اقامة دعوى المسؤولية على الناقل لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذى أصاب مورثهم أو عائلهم سواء وقعت الوفاة إثر الحادث مباشرة أو بعد انقضاء فترة زمنية من وقوعه ، . ويبين من هذا النص أن الدعوى فى هذه الحالة هى الدعوى العقدية التى كانت للمورث والتى أقر المشرع ، بمقتضى هذه المادة ، بانتقالها إلى الورثة . فكأن لورثة المتوفى دعويين : دعوى عن الأضرار التى أصابتهم شخصياً ، وهى دعوى تستند إلى المسؤولية التقصيرية ؛ ودعوى عن الأضرار التى لحقت مورثهم وهى دعوى تستند إلى المسؤولية العقدية .

١٨٩- نفي المسؤولية بإثبات السبب الأجنبى - فعل المسافر :

يستطيع ناقل الأشخاص - كناقل البضائع - أن ينفي مسؤوليته العقدية ، والتى تترتب بمجرد اخلاله بالتزاماته ، إذا أثبت السبب الأجنبى الذى أدى إلى عدم تنفيذه لها .

والسبب الأجنبى إما أن يكون القوة القاهرة ، ويلحق بها فعل الغير الذى تتوفر فيه شروط القوة القاهرة ، أو فعل المسافر . وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ تجارى بقولها ، لا يجوز للناقل أن ينفي مسؤوليته عن التأخير أو عن الأضرار البدنية أو غير البدنية التى تلحق الراكب أثناء تنفيذ عقد النقل إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ الراكب ، .

ولا جديد فيما يتعلق بالقوة القاهرة ، بالمعنى السابق إيضاحه عند الحديث عن نقل البضاعة ، أو فعل الغير (١) . وإنما الجديد فى فعل

(١) من التطبيقات الحديثة لفعل الغير الذى يعفى الناقل من المسؤولية ، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية فى ١٢ يوليو ١٩٦١ ، للمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦٢ - ٢ - ٢٩٧ ، وكان أحد المسافرين فى المترو قد اندفع يحاول النزول قبل أن يقف ، فدفع مسافر آخر ، وهذا بدوره دفع مضطراً لأحدى المسافرين التى وقعت تحت عجلات المترو فماتت . أعفت محكمة النقض الناقل من المسؤولية لأن فعل هذا المسافر المجهول كان -

المسافر . إذ يتضح هذا الفارق بين مسؤولية ناقل البضائع ومسؤولية ناقل الأشخاص . وأساسه كما رأينا أن موضوع النقل مختلف في الحالتين . وهو في عقدنا هذا شخص له ارادة حية متصرفه ، فلا بد له أن يشترك مع الناقل في مسؤولية حماية نفسه من الأخطار أثناء النقل ، فيحذر الحذر الكافي ، ويتبع التعليمات التي تضمن سلامته . ولا يكون فعل المصاب معفياً للناقل إلا إذا كان خطأ أو إهمالاً أو عدم مراعاة للوائح والتعليمات ، ولا يكون معفياً إلا إذا كان هذا الخطأ هو وحده السبب في كل الضرر . فإذا اشترك خطأ المسافر وخطأ الناقل في حدوث الضرر ، فإن الناقل يلتزم بالتعويض بنسبة الخطأ الذي اشترك فيه . وهناك أمثلة قضائية كثيرة لحالات خطأ المسافر ، كنزوله من الجانب الأيسر من الترام أو القطار ، أو صعوده إلى العربة بعد أن تحركت للمسير ، وكذلك نزوله منها قبل أن تتوقف .

وقد بلورت بعض الأحكام الفرنسية فعل المسافر في التزام خاص يقع على عاتقه ويقابل التزام الناقل بضمان السلامة . فقررت أن المسافر ملتزم بأن يسهر على سلامته الشخصية sa propre obligation de veiller à sécurité (١) . ذلك أن هذين الالتزامين المتقابلين ، على عاتق المسافر

- غير متوقع ولا يمكن تجنبه ، وليس للناقل دخل فيه ، إذ ثبت أن المترو لم يكن مزحماً ساعة وقوع الحادث .

كذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في ٢٦ يونيو ١٩٦١ ، المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٦٢ - ٢ - ص ٢٩٧ ، بإعفاء الناقل من المسؤولية ، وكان رافع الدعوى قد جرح عندما توقف سائق الأوتوبيس فجأة فانكفاً على وجهه ، وذلك لأنه تبين أن السائق لم يكن يستطيع أن يتجنب هذا الوقوف المفاجئ انقذاً لسائر الركاب ، إذ ظهرت فجأة إحدى السيارات من شارع جانبي تسير بسرعة شديدة فقطعت طريق الأوتوبيس بالرغم من الإشارة الحمراء التي كان يجب أن تمتعها من المرور .

(١) محكمة النقض الفرنسية ، عرائض ١٦ يناير سنة ١٩٢٨ ، سيرى ١٩٢٨ - ١ - ١٨٠ ، وكذلك في ١٨ مايو ١٩٣٦ ، سيرى ١٩٣٦ - ١ - ٣٠٣ ، أشار إليها : جان همار جزء ٢ ص ٤٠٤ .

وعلى عاتق الناقل ، يتضافران معاً لتحقيق نتيجة واحدة : هي وصول المسافر سليماً sain et sauf . فلا يجوز أن يسأل الناقل عن الضرر الذي يصيب المسافر ، إذا كان هذا الأخير يستطيع أن يتجنب هذا الضرر بقليل من الحرص .

على أن كل ذلك لا يغير من الوضع العام في مسؤولية الناقل العقدية ، فعليه دائماً عبء إثبات فعل المسافر وأنه هو السبب في الضرر الذي حدث .

١٩٠- تشدد القضاء مع الناقل في تقرير مسؤوليته ،

ويتشدد القضاء عادة مع الناقل ويميل إلى أن يستقر التعويض على عاتقه آخر الأمر .

ففيما يتعلق بفعل المسافر ، تتشدد المحاكم الفرنسية عادة في قبوله كسبب من أسباب إعفاء الناقل ، وتتلصص له المعاذير . وهي تطلب من الناقل أن يثبت خطأ ظاهراً أو متميزاً من جانب المسافر ، فلا يكفي الخطأ التافه أو الخطأ غير الملحوظ . وتتطلب أن تكون رابطة السببية بين فعل المسافر والضرر الذي حدث رابطة واضحة متميزة ، وأن يضع الناقل التحذيرات اللازمة في أماكن ظاهرة في محطات القيام أو الوصول أو في وسائل النقل ذاتها . إذ أن القضاء يفترض أن المسافر لا يكون ملماً بكل ما يجب عليه اتباعه ، على الأخص في فتح الأبواب أو النوافذ أو في عبور الرصيف . فإذا ارتكب خطأ في استعمال هذه الأشياء كان الناقل مع ذلك مسؤولاً إذا لم يكن قد اتخذ ما يكفل تنبيه المسافر (١) .

(١) أنظر تفصيل ذلك في : جان همار جزء ٢ بند ١٠٣٤ ص ٤٠٦ والأحكام التضائية التي استشهد بها . وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية عدة أحكام تتشدد فيها مع الناقل رغم خطأ المسافر الواضح . منها الحكم الذي أصدرته في ١١ يوليو ١٩٦٠ ، المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٦١ - ١ - ص ١٣٥ ، وقد قضت فيه بمسؤولية الناقل رغم أن الراكبة هي التي أهملت أن تضع سلسلة الأمان في موضعها ، فانقلبت من قاطرة -

كذلك قضت محاكم الاستئناف المختلطة في مصر بمسؤولية شركة الترام عن القاء الراكب بنفسه من الترام ذعراً عند رؤيته النار مشتعلة في أحد أسلاكها (١). وقضت كذلك بمسؤولية الناقل عن الضرر الذي يصيب المسافرين، وقد كان واقفاً بجوار الباب، ممسكاً بكلتا يديه جريدة يقرأها على ضوء المصباح، فألقته اهتزازات القطار على باب العربة الذي انفتح لأنه لم يكن محكم الإغلاق (٢). وقضت بأن مسؤولية الناقل تكون كاملة ولو كان الراكب قد خالف اللوائح بركوبه على سلم الترام ما دام الناقل يسمح بهذا ويحصل منه أجرة النقل (٣). ومن هذه الأمثلة بتبين كيف يتشدد القضاء مع الناقل حتى في الحالات التي يبدو فيها خطأ المسافر واضحاً.

والأمر كذلك، على وجه أعم، فيما يتعلق بإثبات السبب الأجنبي الذي يعفى الناقل، أي القوة القاهرة أو فعل الغير. إذ يبدو واضحاً اتجاه القضاء إلى التشدد، وميله إلى القاء عبء المسؤولية على الناقل حتى في الحالات التي يتجلى فيها السبب الأجنبي بوضوح كاف.

ومن الأمثلة الواضحة في مصر على اتباع هذه السياسة القضائية الحكم الذي أصدرته محكمة استئناف الاسكندرية في ٢٩ فبراير سنة

- الترام. وكذلك الحكم الذي أصدرته بمسؤولية الناقل عن وقوع سيدة فقدت توازنها من الاهتزاز العادي للترولي وهو يسير؛ إذ كانت تبحث عن الاشتراك لتبرزه بناء على طلب العام، تمحصل، فلم تمسك بالحلقة المثبتة في سقف الترولي. وقد قررت محكمة النقض أن هذا المحصل هو سبب الحادث لأنه، باعتبارها تستعمل الترولي كن صياح، كان يجب أن يتذكر رجليها فيكتفي بإعلان صفتها كمشاركة دون أن يطلب منها إبراز الاشتراك.

ولا شك أن في هذا القضاء تطرفاً واضحاً في نفي خطأ المسافر لتقرير مسؤولية الناقل كاملة.

(١)، (٢)، (٣) استئناف مختلط ٣٠ مارس ١٩٠٥، ب١٧ - ١٩٣، واستئناف مختلط ١٧ أبريل ١٩٠٧، ب١٩ - ٢١١؛ استئناف مختلط ١٠ يناير ١٩١٢، ب٢٤ - ٨٥. أشار إليها الدكتور أكرم الخولي ص ٣٩٢.

١٩٥٦ (١) . وملخص الوقائع أن أحد المسافرين ألقى من نافذة القطار أجولة بها مواد متفجرة فانفجر أحدها تحت عجلات القطار وسبب الحادث . طلبت مصلحة السكك الحديدية اعفاءها من المسؤولية لأن الحادث نجم عن سبب أجنبي توفرت فيه شروط القوة القاهرة ، لأن لقاء المسافرين أجولة الديناميت حادث لا يمكن دفعه ولا يمكن توقعه وليس لمصلحة السكك الحديدية دخل في حدوثه .

ولكن المحكمة لم تقتنع مع ذلك بهذا الدفاع السليم ، فقضت بمسؤولية مصلحة السكك الحديدية . واستندت في ذلك إلى أن لقاء أجولة الديناميت على هذا النحو يعد فعلاً متوقع الحصول ، بدليل لائحة السكك الحديدية التي تمنع لقاء أى شئ من القطار ، وهو في نفس الوقت فعل يمكن تفاديه عن طريق رقابة عمال السكك الحديدية .

وواضح ما في هذا الحكم من تحامل على نفى القوة القاهرة ، رغم توفر شروطها ، في سبيل الوصول إلى تعويض المسافرين على حساب مصلحة السكك الحديدية . ذلك أنه لا شك في أن لائحة النقل حين حرمت لقاء الأشياء من القطار لم تكن تقصد إلا الأشياء العادية التي تعود الهازلون أو غير الحريصين على القائها من نوافذ القطار ، كالزجاجات الفارغة أو فضلات الطعام . فقصدت بهذا المنع حماية من يتصادف مرورهم بجوار القطار ورعاية الصحة العامة . ومن البدهى أنها لم تتوقع حالة المسافر غير العادي الذي يتسلى باللقاء أجولة الديناميت من نافذة القطار أثناء سيره . كذلك لا يتصور أن يكون في مقدور عمال مصلحة السكك الحديدية أن يمنعوا بالفعل أى عملية لقاء من النافذة يقوم بها أحد المسافرين في طول القطار وعرضه ، اللهم إلا إذا عينت المصلحة رقيباً على كل مسافر .

(١) محاماة ٣٦ ، رقم ٢٤٠ من ٢١٦ .

كذلك تعددت الأحكام الفرنسية الحديثة التي تسير على نفس النهج في التشدد مع الناقل . ولعل أبلغها في الدلالة وأكثرها تطرفاً في التشدد هو ذلك الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في ١١ يوليو سنة ١٩٦١ (١) . وكانت الوقائع تلتخص في أن قطاراً فرنسياً كان يسير من الجزائر العاصمة إلى وهران حين تعرض لاعتداء مفاجئ من مجهولين . وكانت عربة النوم في المقدمة ، فتحملت الصدمة كلها عند الوقوف المفاجئ ؛ فأصيب أحد المسافرين في هذه العربة . تذرعت مصلحة السكك الحديدية أمام القضاء بفعل الغير غير المتوقع والذي لا يمكن تجنبه ؛ كما نفت أي خطأ من جانبها فيما يتعلق بمكان عربة النوم من القطار ، إذ تنص اللوائح التنظيمية الخاصة على ضرورة وضعها في المقدمة لأسباب فنية وهندسية متعلقة بسلامة القطار . واستندت إلى قضاء محكمة النقض الفرنسية السابق الذي استقر على اعتبار أعمال المجاهدين الجزائريين من قبل القوة القاهرة .

ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت بمسؤولية مصلحة السكك الحديدية عن الحادث ، لأنها أخطأت إذ وضعت عربة النوم في مقدمة القطار . وقررت أن احترام اللوائح التنظيمية لا يكفي لنفي خطأ المصلحة ، إذ أن هذه اللوائح لا تواجه كل الحالات الخاصة التي تنشأ عن استغلال القطار .

ولا يمكن أن يدعى أحد ماذا كانت تريد محكمة النقض من مصلحة السكك الحديدية على وجه التحديد حتى تنفادي الوقوع في الخطأ . إذ

(١) المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٦٢ - ١ - ١٠٨ وتعليق كابرياك وبيكيه - وليس هذا هو المثال الوحيد : فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في ٢٩ أبريل ١٩٦٠ بمسؤولية السكك الحديدية عن فعل راكب مجهول اندفع فجأة من القطار بعد سيره فألقى بالمسافر تحت العجلات (المجلة السابقة ١٩٦١ - ١ - من ١٣٦) . وقضت محكمة النقض الفرنسية كذلك بمسؤوليتها عن تعريض مسافرة أصابها عربة البريد التي تسير على رصيف المحطة (المجلة السابقة ١٩٦٢ - ٢ - من ٢٩٦) . وقد أصدرت حكمتين متشابهتين في ٢٢ مارس ١٩٦٠ و ٢٩ مايو ١٩٦١ .

ليس ثم شك في أنها لو كانت قد وضعت عربة أخرى في مقدمة القطار ، وكان بها مسافر آخر قتل أو جرح ، لكان خطأ المصلحة أكثر وضوحاً لمخالفتها نص اللائحة . ولكن ها هي تعتبر مخطئة على أي حال وبالرغم من احترام اللائحة ! . ولم تقل لنا محكمة النقض الفرنسية كيف يمكن أن يبدأ القطار العادي ، بعد القاطرة ، إذا لم يبدأ بعربة ما ، تحمل المسافرين ؟

والذي لا شك فيه أن القضاء ، سواء في فرنسا أو في مصر ، يهدف ، من وراء محاولاته الواضحة لنفي شروط القوة القاهرة ، أن يضمن للمضرور تعويضاً عادلاً يستقر على عاتق الناقل ، باعتباره الأقوى ، لصالح المسافر المضرور ، باعتباره الأضعف . وهو هدف نبيل يتمشى مع الرغبة في الحفاظ على حياة الإنسان وسلامته الجسدية ، باعتباره خليفة الله في الأرض .

١٩١- الشروط الاتفاقية المحددة أو المعضية من المسؤولية ،

المبدأ العام أن سلامة الإنسان وكيانه الشخصي لا يجوز أن يكونا موضوعاً لاتفاقات خاصة ، لمنافاة ذلك للنظام العام . ورغم وضوح المبدأ ، فإن المشرع حرص ، مع ذلك ، على تأكيده على نحو يقيني وقاطع . فنص في المادة ١/٢٦٤ تجارى على بطلان كل اتفاق يهدف إلى إعفاء الناقل من ضمان سلامة المسافر أثناء تنفيذ عقد النقل . وقضى في المادة ١/٢٦٧ تجارى بأن يقع باطلاً كل شرط يقضى بإعفاء الناقل كلياً أو جزئياً من المسؤولية عما يلحق الراكب من أضرار بدنية . واعتبر في حكم الإعفاء من المسؤولية ، ومن ثم يعتبر باطلاً ، كل شرط يكون من شأنه إلزام الراكب بدفع كل أو بعض نفقات التأمين من مسؤولية الناقل وكل شرط ينزل بموجبه الراكب للناقل عن حقوقه في التأمين من أخطاء الناقل ، (م ٢/٢٦٧) .

وفيما عدا الأضرار البدنية ، يجوز للناقل أن يشترط إعفاءه كلياً أو جزئياً من المسؤولية الناشئة عن التأخير أو عن الأضرار غير البدنية التي

تلحق الراكب ، (م/٢٦٨) . ولكن يشترط لصحة هذه الشروط المعفية أو المحددة للمسئولية أن تكون مكتوبة وإلا اعتبرت كأن لم تكن . وإذا كان عقد النقل محرراً على نماذج مطبوعة وجب أن تكون هذه الشروط واضحة ومكتوبة بكيفية تسترعى الانتباه ، وإلا جاز للمحكمة أن تعتبرها كأن لم تكن (م/٢٦٨) .

ويدهى ألا يستفيد الناقل من الشروط سالفه الذكر إذا ثبت صدور غش أو خطأ جسيم منه أو من تابعيه (م/٢٦٨) .

١٩٢- دعوى المسؤولية على ناقل الأشخاص - القواعد العامة ،

فرق المشرع فيما يتعلق بالتقادم بين دعوى المسؤولية عن وفاة الراكب أو إصابته بأضرار بدنية ، ودعوى المسؤولية عن التأخير .

ففي الحالة الأولى ، تتقادم الدعوى بمضى سنتين من تاريخ وقوع الوفاة أو من تاريخ وقوع الحادث في حالة الإصابة بأضرار بدنية (م/٢٧٢) .

أما في الحالة الثانية ، فتكون مدة تقادم الدعوى سنة تسرى من الميعاد المعين للوصول ، أو ، في حالة عدم التعيين ، من الميعاد الذي كان يستغرقه الناقل العادي في النقل لو وجد في الظروف نفسها (م/٢٧٢) . وطبيعي ألا يستفيد الناقل من هذا التقادم القصير إذا صدر منه أو من تابعيه غش أو خطأ جسيم (م/٢٧٢) .

الفرع الثالث

الوكالة بالعمولة للنقل وتعدد الناقلين

١٩٣- تمهيد ،

قد يبدو غريباً أن نتناول ، في مبحث واحد ، موضوعين لا يربطهما - فيما يبدو - صلة ، كموضوعي الوكالة بالعمولة للنقل وتعدد الناقلين . هذه الغرابة تزول حينما نعلم أن أكثر ما يكون الالتجاء إلى

الوكيل بالعمولة للنقل يكون في الحالات التي تستلزم تعدد الناقلين . وإنه حتى عند عدم الالتجاء إلى وكيل بالعمولة للنقل ، فإن غالبية الفقهاء يميلون إلى اعتبار الناقل الأول في مركز الوكيل بالعمولة فيما يتعلق بالمرحلة التي يتولاها الناقل الثاني ، وهكذا .

والواقع أنه بين هذين العقدين - عقد الوكالة بالعمولة ، من ناحية ، وعقد النقل ، من ناحية أخرى ، - ليس ثم شك في أن النقل هو العقد ذو الطابع الأقوى ، وأنه العقد الأغلب في تحديد مركز الوكيل بالعمولة للنقل ، والقواعد التي تحكم علاقاته بالمرسل والناقل .

فوكيل النقل يختلف أشد الاختلاف عن الوكيل بالعمولة بالبيع أو الشراء . فهو لا يقف ذلك الموقف المتوسط بين المرسل ، من ناحية ، وبين الناقل ، من ناحية أخرى . بل إن دوره يكاد يندمج مع دور الناقل ، لدرجة أن بعض الفقهاء يرون - ولهم سندهم من منطق العمل - أنه لا يوجد عقدان متتاليان كما هو الحال في وكالة البيع أو الشراء ، وإنما يوجد عقد واحد ثلاثي الأطراف يتم بين المرسل والوكيل والناقل ويثبت في وثقة النقل (١) .

ومهمة الوكيل بالعمولة قد تطورت لكي تقترب أكثر من مهمة الناقل . فقد كانت وسائل النقل ، قبل انتشار السكك الحديدية ، غير ميسورة ولا منتظمة . وكان وكيل النقل يقوم حينئذ بدور يقرب من دور الوكيل بالبيع أو الشراء ، أي يقوم بالتوسط بين المرسل والناقل المناسب . وكانت حاجة المرسل إلى الوكيل بالعمولة تشبه حاجة البائع أو المشتري إليه : أي العثور على هذا الناقل المناسب الذي لا يستطيع أن يصل إليه بمفرده .

ولكن تطور وسائل النقل ، وعلى الأخص بعد انتشار السكك الحديدية ، جعل الاتصال بين المرسل والناقل مباشرة أمراً بالغ السهولة ،

(١) راجع : بول بايى paul Bailly في مقال عن الوكالة بالعمولة للنقل - مجموعة هامل السابق الإشارة إليها ص ٢٣٨ .

كما أن تعريف النقل لم تعد محل جدل أو نقاش . ولم يعد المرسل في حاجة إلى خبرة وكيل خاص ليحصل له على مزايا تزيد عما يستطيع هو أن يحصل عليه بنفسه . وليس ثم شك في أنه لا يوجد أى مصلحة ولا معنى للسرية بين المرسل (الموكل) وبين الناقل (الغير المتعاقد) . لذلك فإن اسم المرسل يرد في بيانات تذكرة النقل التي يحتفظ بها الناقل ، كما أن المرسل يعرف الناقل الذي تعاقد معه الوكيل بالعمولة .

لذاك يغلب أن يكون الوكيل ناقلاً في ذات الوقت ، وأن يقوم بنفسه بالمرحلة الأولى من مراحل النقل . فتكون الفائدة التي يجنيها المرسل من الالتجاء إليه هي تجنب التعاقد مع عدة ناقلين متتابعين ، والقيام بالاستلام والتسليم بعد كل مرحلة . هذا الدور الخاص الذي يقوم به الوكيل هو الذي دفع المشرع إلى إفراد الفرع الثالث من الفصل السابع ، الخاص بالنقل ، من الباب الثاني من قانون التجارة الجديد ، للوكالة بالعمولة للنقل .

أولاً : عقد الوكالة بالعمولة للنقل

١٩٤- تعريف الوكالة بالعمولة للنقل والأحكام المطبقة عليها :

تعرف المادة ٢٧٣/١ تجارى الوكالة بالعمولة للنقل بأنها «عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يبرم باسمه ولحساب موكله عقداً لنقل أشياء أو عقد نقل أشخاص وبأن يقوم عند الاقتضاء بالعمليات المرتبطة بهذا النقل ، . . ويعتبر الوكيل ناقلاً وتسرى عليه أحكام عقد النقل إذا تولى النقل بوسائله الخاصة (م٢/٢٧٣) .

وتسرى على الوكالة بالعمولة للنقل ، بجانب الأحكام الخاصة بها والواردة في المواد من ٢٧٣ إلى ٢٨٣ تجارى ، الأحكام الخاصة بعقد الوكالة بالعمولة الواردة في المواد من ١٦٦ إلى ١٧٦ من ذات التقنين .

١٩٥- ثانياً، مركز الوكيل بالعمولة ، ضامن بحكم القانون :

لعل أهم ما يميز الوكيل بالعمولة للنقل هو أنه ضامن بحكم القانون ،

إذ تنص المادة ٢٧٧ تجارى على أن «يضمن الوكيل بالعمولة للنقل سلامة الراكب أو الشئ موضوع النقل ويقع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك» . كل ذلك على عكس القاعدة فى عقد الوكالة بالعمولة للبيع أو للشراء ، حيث لا يضمن الوكيل تنفيذ العقد إلا باشتراط خاص فيه .

ويكون الوكيل بالعمولة للنقل ضامناً حتى ولو كان الموكل قد فرض عليه اختيار ناقل معين . ولكن من النادر أن يلجأ المرسل إلى فرض ناقل معين على الوكيل بالعمولة ، لأنه أولاً فى غير حاجة إلى ذلك فى الحالات -- الكثيرة -- الذى يفرض الناقل فيها نفسه عليهما معاً بقوة احتكاره القانونى أو الفعلى . ولأنه ثانياً لا يلجأ إلى الوكيل بالعمولة للنقل إلا وهو ينوى أن يترك له حرية واسعة فى الاختيار، ولو أنه أراد ناقلاً معيناً لبادر بالالتجاء إليه دون وساطة .

فالوكيل بالنقل ، إذا ، ضامن . وليس معنى الضمان هنا ، كما قد يتبادر إلى الذهن ، كفالة تنفيذ النقل . وإنما معناه أن الموكل يستطيع أن يسأل الوكيل بالعمولة كما لو كان هو الناقل ، ومسئوليته عن النقل كمسئولية الناقل تماماً . ولا يوجد بين النصوص القانونية الخاصة بالوكالة بالعمولة للنقل أى تفرقة بين مركز الوكيل بالعمولة للنقل ومركز الناقل . فالمسئولية واحدة من حيث أساسها وكيفية نفيها (م ٢٧٨/٢ و ٢٨٠) ، ومن حيث مداها ، أى شروط الاعفاء منها أو تحديدها (المادتان ٢٧٩ و ٢٨٠ تجارى) ، ومن حيث دعواها والدفع بعدم قبولها وتقادمها (م ٢٨٣) .

يل إن أحكام محكمة النقض قد أفصحت صراحة عن هذه الوحدة بين المركزين فى أحكامها الصادرة قبل العمل بقانون التجارة الجديد . فقضت بأن «مسئولية الوكيل بالعمولة للنقل عن تلف البضاعة مفترضة أصلاً طبقاً للمادتين ٩١ و ٩٢ من قانون التجارة (القانون الملغى) ولا يعفيه منها إلا اقامة الدليل على القوة القاهرة أو العيب فى البضاعة أو خطأ أو إهمال من المرسل . فإذا تلفت البضاعة ولم يثبت الوكيل بالعمولة

المكلف بنقلها شيئاً من ذلك ، فإنه يتحمل مسؤولية هذا التلف ولا يكون المرسل هو المكلف بإثبات خطأ الوكيل بالعمولة في هذه الحالة ، (١) وقضت كذلك بأنه متى كان الثابت أن البضاعة تلفت ولم يتسلم المرسل إليه شيئاً منها فلا يجدى الوكيل بالعمولة للنقل التمسك بالمادة ٩٩ من قانون التجارة دفعاً لدعوى التعويض عن هذا التلف لرفعها عليه بعد ثلاثين يوماً ؛ إذ أن هذه المادة تستلزم حصول استلام المرسل إليه البضاعة ودفع الأجر .

ومعنى ذلك أن الموكل ، سواء أكان هو المرسل أو الراكب ، يسأل الوكيل بالعمول للنقل كما لو كان هو الناقل .

١٩٦- ثانياً، العمولة التي يتقاضاها الوكيل بالعمولة للنقل :

يغلب أن تندمج هذه العمولة في أجرة النقل عن المرحلة التي يقوم فيها هذا الوكيل بالنقل بنفسه ، إذ يتقاضى الوكيل أجراً اجمالياً عن عملية النقل بكل مراحلها . ويتضمن هذا الأجر الاجمالي عناصر ثلاثة : عمولة الوكيل ، وأجرة النقل عن المرحلة التي يكون فيها ناقلاً ، وأجرة الناقلين الآخرين . أما إذا لم يشترك الوكيل في النقل بنفسه ، فإن الأجر الاجمالي لا يتضمن بطبيعة الحال إلا العنصرين الأول والثالث . وفي الحالتين لا تستقل العمولة بكيان خاص . وكثيراً ما يجهل المرسل أو الراكب تماماً مقدار العمولة التي استخلصها الوكيل لنفسه من الأجر الاجمالي الذي اتفق على دفعه ، فهي لا تخرج عن أن تكون الفرق بين هذا الأجر وبين تعريفه النقل . والثابت في العرف أن الوكيل إذا استطاع أن يحصل من الناقلين على أجر مخفض أو مزايا خاصة ، فإن الذي يستفيد منها هو الموكل الذي كلفه بإبرام عقد النقل . وفي ذلك تقول المادة ٢/٢٧٦

(١) محاماة ، ص ٣٧ ، ص ٨١٥ .

تجارى ، ولا يجوز للوكيل بالعمولة للنقل أن يقيد فى حساب موكله أجرة نقل أزيد من الأجرة التى اتفق عليها مع الناقل . وكل ما يحصل عليه الوكيل من مزايا من الناقل تعود منفعة إلى الموكل ما لم يتفق فى عقد الوكالة بالعمولة أو يقضى العرف بغير ذلك .

معالم العمولة ، إذا ، غير بارزة فى وكالة النقل . وقد حدا ذلك ببعض الفقهاء إلى القول بأن الأمر لا يتعلق هنا بعقد وكالة بالعمولة ، وإنما بعقد مقالة . وأن الوكيل بالعمولة للنقل إنما هو فى الواقع مقاول نقل 'entrepreneur de transport' ، لأن المقاول هو الذى يتقاضى أجراً اجمالياً يحدده مقدماً (١) .

١٩٧- ثالثاً، علاقة مباشرة بين الموكل والناقل ،

على خلاف القاعدة العامة ، التى رأيناها فى الوكالة بالعمولة بصفة عامة ، توجد علاقة مباشرة بين الموكل ، المرسل أو الراكب ، وبين الناقل ، أى الغير الذى تعاقد معه الوكيل بالعمولة للنقل . وتستند هذه العلاقة المباشرة إلى المادة ٢٨١ تجارى التى تقضى بأن لكل من الموكل والناقل رجوع مباشر على الآخر للمطالبة بالحقوق الناشئة عن عقد النقل ، وكذلك لكل من الراكب أو المرسل إليه والناقل رجوع مباشر على الآخر للمطالبة بالحقوق المذكورة . وفى جميع الأحوال يجب ادخال الوكيل بالعمولة للنقل فى الدعوى .

فهذه المادة ، إذا ، تجعل العلاقة ثلاثية ، بل إنها ، فى حالة نقل البضائع ، تجعل العلاقة رباعية مباشرة ، وذلك إذا أضفنا المرسل إليه الذى تربطه هو ، أيضاً ، علاقة مباشرة مع الوكيل بالعمولة ومع الناقل على حد سواء .

(١) روجر ، تعليق على حكم محكمة توركوان (Tourcoing) فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ ، دالوز الدورى ، ١٩٢٩ - ٢ - ٢٩ .

وقد اختلف الفقهاء فيما يتعلق بالأساس القانوني لهذه العلاقة المباشرة: فقال البعض إنها الانابة ، وقال البعض إنها وكالة من الباطن ؛ وقال آخرون إنها الاشتراط لمصلحة الغير ؛ ولم ينس أنصار نظرية النيابة الناقصة أن يعلنوا انتصار نظريتهم في تبرير هذه العلاقة المباشرة ، بعد أن لاقوا العقبات والمصاعب في وكالة البيع والشراء (١) . وأضاف بعض الفقهاء حديثاً رآياً يقول بأن هذه العلاقة المباشرة ليست إلا تطبيق المادة ١٠٦ مدني على الروابط الناشئة من تنفيذ الوكالة بالعمولة فيما بين الموكل والغير (٢) إذ الناقل يعلم بالنيابة ، أو هو يستوى عنده التعامل مع الأصيل أو مع النائب .

والواقع أنه ليس من الصعب توجيه النقد إلى هذه النظريات : إذ لا يمكن اعتبار الناقل وكيلاً من الباطن ، وهو ليس كذلك . ولا يمكن تطبيق نظرية الانابة لأنها تؤدي إلى تضامن جميع الناقلين المتعديين مع الوكيل بالعمولة للنقل وهو يخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء في هذا الشأن . ومركز الوكيل بالعمولة الذي يتلقى الأوامر من المرسل ، أو الراكب ، يختلف تمام الاختلاف عن مركز المشتراط في الاشتراط لمصلحة الغير ، إذ أن هذا المشتراط يشترط لنفسه ثم للمستفيد؛ أو على الأقل لا بد أن تكون له في الاشتراط مصلحة . ثم هو ، أي المشتراط ، لا يتلقى الأوامر من المستفيد كما يتلقاها الوكيل بالعمولة من المرسل .

أما نظرية النيابة الناقصة ، فقد رأينا أنها تنادي بعلاقة مباشرة بين الموكل والغير المتعاقد ، وهذه العلاقة المباشرة موجودة فعلاً بين المرسل ، أو الراكب ، والناقل . ومع ذلك فهذه النظرية لا يمكن الأخذ بها في

(١) أنظر في تفصيل هذه النظريات وغيرها : بول باي Paul Billy ، المرجع السابق ص ٢٧٤ وما بعدها .

(٢) الدكتور أكثم الخولي ، عقود . ص ٢٨٣ .

القانون المصري لأسباب قانونية وفتية كثيرة (١) .

ولا يبقى بعد ذلك إلا أحدث هذه الآراء ، وهو الذى يرى أن تلك العلاقة المباشرة ليست إلا تطبيقاً للقاعدة العامة للواردة فى المادة ١٠٦ مدنى . فالناقل يعلم ولا شك أن الوكيل بالعمولة يتعاقد لحساب المرسل ، أو الراكب . ويستوى عنده ، على أى حال ، شخص المتعاقد ، إذ أن الاعتبار الشخصى يكاد يندم فى عقد النقل . لذلك تنصرف الآثار مباشرة بين الأصيل (المرسل أو الراكب) والغير متعاقد (الناقل) . فهذه العلاقة المباشرة محض تطبيق للقواعد العامة .

وهذا رأى يبدو طبيعياً سهلاً إلى الحد الذى يجعل المرء يتساءل : كيف أمكن أن تقوم هذه النظريات الكثيرة فى تبرير الأساس القانونى للعلاقة بين المرسل ، أو الراكب ، والناقل ، بينما للمادة ١٠٦ مدنى قائمة بيننا ؟ هذه السهولة الشديدة كان الأجدر بها أن تثير الكثير من الحذر ، إذ لا يمكن أن يكرن الأمر كله بهذه البساطة ولا يراه مع ذلك أحد .

وواقع الأمر الذى لا شك فيه هو أن المادة ١٠٦ مدنى لا تصلح ، وليس من شأنها أن تصلح ، لتفسير هذه العلاقة الثلاثية - بل الرباعية ، إذا أضفنا المرسل إليه - الناشئة عن عقد الوكالة بالعمولة للنقل .

فهذه المادة خاصة ، كما هو واضح ، بقرتیب آثار النيابة بين الأصيل وبين من تعاقد مع النائب ، وهى تقول أن هذه الآثار لا تترتب إذا لم يعلن النائب صفته . ولكن هذه الآثار تترتب ، مع ذلك ، إذا كان من تعاقد معه النائب يعلم هذه الصفة أو كان يستوى عنده وجودها أو عدمه . وينبنى على ذلك أنه فى هاتين الحالتين تضاف الآثار إلى الأصيل مباشرة ، ولا تضاف إلى النائب ، إذ يصبح فى مركز النائب العادى الذى أعلن هذه الصفة وقت إبرام العقد .

(١) راجع فى تفصيل النقد الذى وجهناه إلى نظرية النيابة الناقصة كتابنا «دروس فى العقود التجارية» ، ١٩٥٨ ص ٧٦ إلى ٨٣ ويؤيدنا الدكتور أكرم الخولى عقود ص ٢٨٢ .

فلو أننا قلنا بتطبيق المادة ١٠٦ مدنى على الوكالة بالعمولة للنقل ، فإن ذلك قد يبرر العلاقة المباشرة بين المرسل ، أو الراكب ، والناقل ، ولكنه يحتم علينا أن ننفي كل علاقة بين المرسل ، أو الراكب ، والوكيل بالعمولة للنقل تأسيساً على عقد النقل الذى أبرمه هذا الأخير ؛ إذ يكون حينئذ فى مركز الوكيل العادى الذى يبرم العقد نيابة عن موكله دون أن تنصرف إليه آثاره . وهذه نتيجة تختلف تمام الاختلاف عما نعرفه عن المركز الهام الذى يحتله الوكيل بالنقل فى آثار عقد النقل . إذ قد رأينا أنه ضامن بحكم القانون ، وأنه مسئول فى مواجهة المرسل والمرسل إليه ، وكذلك فى مواجهة الراكب ، عن عملية النقل كما لو كان هو الناقل ، وهو مسئول شخصياً فى مواجهة الناقل الذى تعاقد معه . فالوكيل بالعمولة للنقل مركز هذه العلاقة الثلاثية المباشرة التى تنفرع إلى المرسل ، أو الراكب ، وإلى المرسل إليه وإلى الناقل . والقاعدة العامة السهلة الواردة فى المادة ١٠٦ مدنى لا شأن لها على الإطلاق بتبرير شئ من ذلك .

ومن رأينا أن خير سند ، يرتكز عليه الأساس القانونى لتلك العلاقة المباشرة ، هو نص القانون . فالمادة ٢٨١ تجارى تقرر هذه العلاقة المباشرة ، مما يجعل الرجوع إلى نظريات التفسير والتبرير أمراً لا تلجأنا إليه حاجة جدية .

يكفى أن نشير هنا إلى الاختلاف الظاهر بين عقد الوكالة بالعمولة للنقل وعقد الوكالة بالعمولة للبيع أو الشراء ، مما يسمح بوجود العلاقة المباشرة فى الأول دون الثانى . فهو لا يتضمن سرية ، ولا تدف فيه أى مصلحة للناقل أو المرسل أو الراكب فى إخفاء اسمه والتستر وراء الوكيل بالعمولة (١) . كما أن وكيل النقل يكون فى الواقع بمثابة ناقل يضاف

(١) بل إن بعض الفقهاء يرى - استناداً إلى ثلاثية عقد النقل - أن هناك التزاماً على الوكيل بالعمولة للنقل بإخبار المرسل أو الراكب باسم الناقل . أنظر : روجر ، تعليقه على حكم محكمة تروكان السابق الإشارة إليه .

مجهوده إلى الناقل الحقيقي فيشتركان في المسؤولية في مواجهة المرسل أو الراكب . وقواعد عقد النقل ليست خافية على المرسل أو الراكب كما أن قواعد الوكالة للنقل ليست خافية على الناقل ، وإنما هي واضحة في وثيقة النقل . وفي كل ذلك تتخذ الوكالة بالعمولة للنقل طابعاً يشدد قربه من عقد النقل ويشدد بعده عن الوكالة بالعمولة للبيع أو الشراء .

ثانياً : تعدد الناقلين

١٩٨- تمهيد، مشكلة توزيع المسؤولية بين الناقلين المتعددين :

أهم ما تثيره حالة تعدد الناقلين ، هي مشكلة توزيع المسؤولية بينهم . فالفرض أن المرسل لم يتعاقد مع كل ناقل على حدة ، ولم يتسلم البضاعة بعد كل مرحلة ليسلمها للناقل الذي يليه . ولو أن الأمر كان يجرى على هذا الوضع لكان على المرسل أن يسأل كل ناقل عن هلاك أو تلف البضاعة أثناء المرحلة التي قام خلالها بالنقل . ولكنه يتعاقد مع الناقل الأول فقط ، ويتعاقد الناقل الأول عنه مع الناقل الذي يليه ، وهكذا إلى أن تصل البضاعة في النهاية إلى المكان الذي حدده المرسل . فإذا افترضنا أن هذه البضاعة قد وصلت تالفة ، أو أنها هلكت هلاكاً كلياً أو جزئياً ، أو أنها تأخرت عن الميعاد المحدد ، فكيف نحدد المسؤولية بين الناقلين المتعاقدين ؟

نظم المشرع هذه المسألة بنصوص خاصة فرق فيها بين علاقة المرسل أو المرسل إليه بالناقلين المتعددين وبين علاقة هؤلاء بعضهم ببعض الآخر ، وذلك على النحو التالي :

١٩٩- أولاً ، علاقة المرسل أو المرسل إليه بالناقلين المتعددين :

لم يفرق المشرع بين الناقل الأول والناقلين المتوسطين والناقل الأخير من حيث المسؤولية . فجعلهم جميعاً مسئولين بالتضامن قبل المرسل أو المرسل إليه . بمعنى أنه يكون لهذا الأخير أن يرجع على أي منهم بالمسؤولية كما لو كان قد قام بمفرده بتنفيذ كافة مراحل النقل ، أو يرجع

عليهم جميعاً على وجه التضامن . وكل شرط ، في عقد النقل ، يقضى بخلاف ذلك يعتبر باطلاً وكأن لم يكن . ولقد نصت على هذا الحكم صراحة الفقرة الأولى من المادة ٢٥٢ تجارى بقولها : «إذا قام عدة ناقلين على التعاقب بتنفيذ عقد نقل واحد ، كان كل منهم مسئولاً بالتضامن مع الآخرين قبل المرسل أو المرسل إليه كما لو كان قد قام بتنفيذه وحده . ويقع باطلاً كل شرط على خلاف ذلك .»

ولا شك أن المشرع قصد بهذا الحكم أن يجنب المرسل أو المرسل إليه عبء الإثبات المرهق فيما لو أراد أيهما الرجوع على الناقل المتوسط بالتعويض . إذ كان يتعين عليه أن يقيم الدليل على أن البضاعة قد أصابها الضرر أثناء المرحلة التي تولى هذا الناقل خلالها نقلها بنفسه . وهو إثبات صعب المنال بالنظر إلى أن المرسل قد تجرد من الحياة المادية للبضاعة بمجرد تسليمها إلى الناقل الأول ، فضلاً عن عدم ملازمته لها أثناء الطريق .

فإذا ما أضفنا إلى ذلك أن أيًا من الناقلين الذين تعاقبوا على نقل البضاعة لا يستطيع دفع مسئوليته بادعاء أن الضرر قد وقع خارج نطاق المرحلة التي تولى تنفيذها ، لاتضح لنا مدى التوفيق الذي حالف المشرع عندما قرر ذلك الحكم .

٢٠٠- ثانياً ، علاقة الناقلين المتعديدين بعضهم البعض الآخر :

أما علاقة الناقلين المتعديدين بعضهم البعض ، فقد صاغتها الفقرة الثانية من المادة ٢٥٢ تجارى بما يتفق والقواعد العامة في الرجوع الداخلى بين المدنيين المتضامنين . فنصت على أنه «إذا دفع أحد الناقلين المتعاقبين التعويض أو طُلب به رسمياً كان له الرجوع على الناقلين الآخرين بنسبة ما يستحقه كل منهم من أجره النقل . وتوزع حصة المعسر منهم على الآخرين بالنسبة ذاتها . ويعفى من الاشتراك في تحمل المسئولية الناقل الذى يثبت أن الضرر لم يقع في الجزء الخاص به من النقل .»

ويسأل الناقل الأخير قبل الناقلين السابقين عليه عن مطالبة المرسل إليه بالمبالغ المستحقة بسبب النقل . وله حق تحصيلها بالديانة عنهم واتخاذ الاجراءات القانونية لاستيفائها بما في ذلك استعمال حق الامتياز على الشئ موضوع النقل (م ٢٥٣) . وهذا امر منطقي نظراً لأن المشرع قد اعتبر كل ناقل ، في حالة تعدد الناقلين ، كما لو كان قد قام بمفرده بتنفيذ النقل بأكمله . ومن ثم فطبيعي أن يكون من حقه أن يطالب المرسل إليه بمصاريف النقل من أجرة وخلافه والافادة من الامتياز المقرر على البضاعة لاستيفاء هذه الحقوق . وتعبير آخر يعتبر الناقل الأخير كما لو كان هو الناقل الوحيد في العقد المبرم مع المرسل .

هذا وتتقدم دعوى الناقل في الرجوع على الناقلين المتعاقبين بمضى تسعين يوماً من تاريخ الوفاء بالتعريض أو من تاريخ مطالبته به رسمياً (٢/٢٥٤) .

٢٠١- سر الصعوبات المتعلقة بالأساس القانوني ، أزمة العقد :

رأينا كثيراً من الصعوبات التي يثيرها تعدد الناقلين ، وتثيرها العلاقة المباشرة بين المرسل والناقل الذي تعاقد معه الوكيل بالعمولة للنقل . وهي صعوبات حاولت نظريات كثيرة أن تجد لها حلاً في القواعد العامة دون أن تصل إلى شئ مقنع . والواقع أن الذي يكمن وراء كل هذه الصعوبات سر واحد لا بد من الكشف عنه مهما تعددت أوجه التبرير والتفسير : هو أزمة العقد نفسه كمصد من مصادر الالتزام .

فقد رأينا في بداية الكلام عن عقد النقل كيف يثور الشك في دور ارادة الأطراف في انعقاده ، وكيف ينحسر دور هذه الارادة عن تنظيم بنوده وشروطه التفصيلية ، بحيث يخضع طرفا العقد كلاهما إلى «نظام عقد النقل» ، كما تريده أو تشرف عليه الدولة . ورأينا أن ذلك يرجع إلى أهمية وسائل النقل كمراقب حيوية لا يكاد يستغنى عنها فرد من الأفراد . كل ذلك من شأنه أن يكشف لنا ضعف صفة «العقد» ، وظهور

«القانون» كمصدر أمر مباشر للالتزامات التي يترتبها «نظام النقل» ، وإن ظل عقد النقل يجمع بينهما معاً كإطار خارجي . «فالقانون» يضع «النظام» الذي يحدد أغلب حقوق والتزامات ومسئولية كل شخص من الأشخاص الذين يرتبطون بعملية النقل - المرسل ، المرسل إليه ، وكيل النقل ، الناقل الأول ، والناقلين المتوسطين - تحديداً عاماً مجرداً تراعى فيه المصلحة العليا التي تتوخاها الدولة في سلامة وانتظام وسير مرافق النقل فيها . ولا عبرة فيها بأشخاص المرسلين أو المرسل إليهم أو الوكلاء أو الناقلين . فإذا تقدم المرسل إلى وكيل النقل بغية شحن البضاعة وتوصيلها إلى مكان آخر معين ، فإن الأمر لا يقتصر على انعقاد اتفاق ثنائي بين المرسل والوكيل ، وإنما هو أعم من ذلك . إنه يعنى دخول المرسل في «نظام النقل» الذي وضعه القانون . هذا النظام يرتب علاقات مباشرة ، ليس فقط بينه وبين الوكيل ، وإنما أيضاً بينه وبين الناقل الأول ، وبينه وبين الناقل للثاني والثالث والأخير ، وبين هذا الناقل الأخير وبين المرسل إليه . وكل من هذه العلاقات تتضمن مسؤولية ذات مدى معين قد يختلف . ومن العسير أن نبحث الأساس القانوني لهذه العلاقات المباشرة في نطاق للعقد وحده ، لأن أساسها الحقيقي إنما هو في القانون والعقد معاً . ونقصد بالقانون هنا التشريع والقضاء الذي يكمله . والقانون بهذا المعنى يضع «نظام النقل» الذي يحدد حقوق والتزامات كل شخص من أشخاص النقل ، مع مراعاة القواعد التي قد تقررها جهة الاشراف الاداري ، والبيانات الخاصة الواردة في وثيقة النقل ، والتي يتداولها هؤلاء الأشخاص جميعاً ويعلمون ما تضمنته .

لذلك فإن بعض التشريعات لم يستمع اعتبار كل من الناقلين المتعددين وكيلاً بالعمولة بالنسبة للمرحلة التي تليه ، فجعل من كل الناقلين المشتركين في عملية واحدة ملتزمين بالتضامن في مواجهة المرسل والمرسل إليه . وذلك كالقانون الايطالي - الذي تأثر به على ما يبدو المشرع المصري في قانون التجارة الجديد - إذ نصت المادة ١٧٠٠

من القانون المدني الإيطالي (١) على أنه «في النقل الذي يتعهد به بالاشتراك عدة أمناء للنقل متعاقبين بمقتضى عقد واحد ، يلتزم أمناء النقل متضامنين بتنفيذ العقد ابتداء من مكان القيام إلى مكان الوصول . ولأمين النقل الذي سئل عن فعل ليس فعله الشخصى أن يرجع على أمناء النقل الآخرين منفردين أو مجتمعين ، فإذا كان الفعل الضار قد حدث في أثناء النقل الذي قام به أحد أمناء النقل ، كان هذا الأخير ملتزماً بإصلاح كل الضرر . وفي غير هذه الحالة يلتزم كل أمناء النقل بإصلاح الضرر ، كل منهم في حدود المسافة التي قام فيها النقل ، ما عدا من يثبت منهم أن الضرر لم يحدث في أثناء قيامه بالنقل ، .

وما من شك في أن الحل الإيطالي ، وكذلك للحل الذي أخذ به المشرع التجارى المصرى ، موفق ومرغوب فيه ، على الأقل لوضوحه وسهولته . ولكننا نلاحظ أنه حل لا يعنى بارادة الأطراف ، ولا يستند إلى للعقد كمصدر من مصادر الالتزام . إذ لا جدال في أن للزام الناقل الثانى أو الثالث بالتضامن أزاء المرسل أو المرسل إليه ليس العقد مصدره . فلا مناص من القول بأنه القانون .

(١) أشار إليها الدكتور عبد الحمى حجازى من ٢٢٧ .

القسم الثاني في عمليات البنوك التجارية

عمليات البنوك التجارية

٢٠٢ - تمهيد :

٢٠٢ - التعريف بعمليات البنوك التجارية :

ليس من السهل وضع تعريف للبنك يجمع أوجه نشاطه التي يقوم بها ، فهي شديدة التنوع والاختلاف ، شديدة القابلية للتشكل والتطور . إلا أن البنك في فكرته الأولى تاجر نقود . فهو الوسيط بين الرأسمالي الذي يودع المال ، وبين التاجر الذي يحتاج إلى ائتمان البنك لمباشرة أعماله التجارية ، فيقرضه البنك هذا المال . ومن هذه الفكرة المبدئية الأولى تتفرع عمليات البنوك إلى عمليات الائتمان المختلفة التي تقتضيها الظروف الاقتصادية ، وتكتسب الطابع الذي تتطلبه التجارة الداخلية أو الخارجية ، وتتدخل في تمويل المشروعات ، وتؤثر في كمية النقود المتداولة ، وتسيطر لذلك على الاقتصاد القومي وتوجهه .

٢٠٤ - عنصر الثقة :

ودور البنك لا يقتصر ، كما قد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة ، على مجرد التعريف أو التقريب بين الرأسمالي والتاجر ، بل إن دوره أهم من ذلك بكثير ، وأعقد من ذلك بكثير أيضاً . ففي البنك يتركز عنصر هو ولا شك أهم العناصر التي تؤثر في الاقتصاد وفي التجارة بوجه عام . إنه عنصر الثقة ، فلولا ما تحركت الأموال من المقرض إلى المقترض ، ولولا ما تم ايداع أو اقتراض إلا بشروط وأثمان باهظة . فتدخل البنك يبعث جواً عاماً من الثقة ، وهو يركز هذه الثقة ويجمعها على الوجه الذي يراه ، ثم يوزعها أيضاً على الوجه الذي يراه . فدوره في التجارة والاقتصاد شديد الخطورة ، ويزداد هذا الدور خطورة كلما قويت الثقة في البنك وتأكدت ملاءته في النفوس . وهو يلعب هذا الدور وفقاً لأهدافه التي

يجب عادة أن تتفق والمصلحة العامة (١) .

فالبنك موضع ثقة الرأسماليين يودعونه أموالهم مطمئنين دون أن يطالبوه بفائدة مرتفعة ، بل دون فائدة على الإطلاق إذا كانت الوديعة تحت الطلب . ولكن البنك لا يحتفظ بكل الأموال المودعة معطلة في خزائنه ، وإنما يكتفى بنسبة معينة من هذه الأموال يحددها بتجربته وخبرته لمواجهة طلبات المودعين ، ثم يقرض الباقي للتجار . ولا شك أن تخصص البنوك في تجارة المال يجعلها أقدر على التحرى والبحث في ظروف المقترضين وملاءتهم . لذلك فإن البنك يقدم على اقراض التجار ما يحتاجونه من أموال بضمانات عادية أو بلا ضمانات ، ثم هو يوزع المخاطر التي يتعرض لها توزيعاً علمياً يقلل منها . ودور البنك في الائتمان هو أهم أدوار البنك . فهو يمد المشروعات بالأموال اللازمة لها ، وهو يمول تجارة البضائع الموسمية كالقطن مثلاً ، وهو يتدخل في عمليات التاجر لكي يوفر له عنصر الثقة في مواجهة عملائه . والبنك يترسم سياسة عامة في التوسع أو عدم التوسع في الاقراض في ظروف معينة ، وفي نوع المشاريع التي يجدر أن يساندها بائتمانه ، حتى تزدهر وتنتعش . وانتعاش التجارة ووفرة الكسب ستجعل من التجار رأسماليين ، يودعون أموالهم مرة أخرى في البنك . فكأن البنك ، بأقدامه على الاقراض ، يعمل في نفس الوقت على زيادة ودائعه ، ويتأثر مقدار هذه الودائع بمقدار نجاح السياسة التي يتبعها في عمليات الاقراض ، وذلك في دورة مستمرة .

(١) أنظر في ذلك مقال عن : البنك المركزي الجديد ، للدكتور حسين فهمي والدكتور على الجريتلي ، منشور بمجلة الحقوق السنة ٤ عدد ١ و ٢ من ٢٥ ، عرضاً فيه لتاريخ البنك الأهلي وموقفه وتأثيره في الاقتصاد القومي في المناسبات المختلفة ، وهو تأثير كان مفيداً في حالات ، وضاراً في حالات أخرى .

٢٠٥- نبذة تاريخية ،

أ- وقد عرفت هذه الفكرة الأساسية في نشاط البنك منذ عرفت النقود . فقد عثر المؤرخون على أقدم محاولة لتحريم الربا الفاحش في عهد الملك بوخوريس من الأسرة الرابعة عشر في القرن الثامن قبل الميلاد . كذلك عثروا على آثار تشريعية غاية في القدم عند البابليين تدل على ازدهار تجارة النقود . إلا أنه لا شك أن عمل الصيرفي في ذلك الوقت كان بسيطاً متفقاً مع المجتمعات البدائية المنفصلة وقتذاك ، وأنه كان مقتصرأ على الاقراض بالفائدة لأجل معين ، وعلى الإيداع في صورته البدائية .

ب- وتطورت فكرة البنك لنمو التجارة وازدهارها . فعندما نشطت التجارة الدولية بين مدن إيطاليا التجارية في القرون الوسطى كان لابد لعمليات الصيرافة أن تزدهر وتروج . إذ أصبحت فينسيا سوقاً كبيرة للتجارة ، تنافسها جنوه وبيزا ، وأمالفى ، وفلورنسا . وكان لابد للتعامل بينها من نقل النقود وصرفها . فنشأت الكمبيالة حينئذ كأداة للصرف ولتحويل النقود . واستخدمها الصيرافة في عمليات الائتمان على صور مختلفة . والواقع أن الأوراق التجارية شأنها كبيراً في تنوع العمليات الائتمانية ، إذ لم تستطع البنوك أن تقوم بدورها الائتماني الهام إلا منذ اكتمال فن الأوراق التجارية بقواعدها السريعة الخاصة (١) . ولا شك أن خلق الكمبيالة في القرن الثالث عشر كان الثمرة الرائعة لازدهار التجارة بين المدن الإيطالية . فقد كانت النواة الأولى للطرق الفنية المتعددة التي تلجأ إليها البنوك الحديثة في خلق الائتمان .

ج- إلا أن البنوك الكبيرة الحديثة لم تظهر إلا في القرن السادس عشر . وقد كان ظهورها على أثر تطور كبير في الأفكار وفي الاقتصاد . فقد اتجهت الأفكار إلى شرعية الاقراض بفائدة ، وتراجعت الكنيسة عن

(١) اسكارا ، محاضرات في القانون التجارى ١٩٥٢ ، ص ٨٨٦ ، بند ١٢٨٠ .

معارضتها الشديدة التي كانت تبديها نحو تجارة النقود . ثم إن اكتشاف الأمريكتين وفتح العثمانيين للقسطنطينية أدى إلى نقل السوق التجارية إلى شواطئ الأطلنطي . وفاض الذهب الأمريكي فنشطت التجارة ونمت الأسواق العالمية الكبرى . وكان لهذه الهزات العنيفة في تغير قيمة النقود أثرها في تقدم الطرق المصرفية التي تجعل التعامل يتم بغير نقل النقود أو بغير استعمالها . هذا التعامل نفسه تضاعف وتعمد لتدفق البضائع والمواد الخام من العالم الجديد . فكان لابد لكل ذلك من قيام المؤسسات البنكية الضخمة لتقدم الائتمان وتسهل التعامل ولتنظم تجارة النقود . وكان أهمها بنك أمستردام الذي أنشئ عام ١٦٠٩ وبنك إنجلترا الذي رأى النور سنة ١٦٩٤ .

د- ومرة أخرى طفرت البنوك طفرتها الكبرى في القرن التاسع عشر . وكان ذلك بفضل الثورة الصناعية والتجارية التي احتاجت إلى رؤوس أموال طائلة . هذه الأموال لا تستطيع تقديمها إلا البنوك الكبيرة المؤسسة على شكل شركات مساهمة قوية ذات فروع في مختلف البلدان . وتجاوزت عمليات البنك دور الائتمان قصير الأجل ، إلى الائتمان متوسط وطويل الأجل . وظهر التخصص بين البنوك . فهناك بنوك الأعمال التي تقوم بتوظيف أموالها في تأسيس المشروعات الجديدة وخلق الصناعات أو تميمتها . وهناك البنوك العقارية التي تسعى لخدمة الملاك العقاريين . وهناك بنوك الاستثمار التي تجمع أموال المساهمين فيها والمودعين لاستثمارها في غرض معين . هذه البنوك يجمعها أنها تمنح الائتمان لأجل طويل أو متوسط كعشر أو عشرين أو ثلاثين عاماً ، فهي تقوم بدور الوسيط بين الرأسمالي ، وآمنتج : . أما البنوك التجارية فهي تلك التي تخصص في منح الائتمان قصير الأجل ، فهي الوسيط بين الرأسمالي والتاجر .

وقد عرفت البنوك في العصر الحديث سيطرة اقتصادية وسلطاناً واسعاً ، جعلها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالاقتصاد القومي . وترتب على ذلك بطبيعة الحال أن تدخلت الدولة للاشراف على هذه البنوك بوسائل

القانون العام (١) .

٢٠٦- تمصير البنوك الأجنبية في مصر- ثم التأمين الشامل سنة

١٩٦١ ثم سياسة الاقتصاد الحر:

كانت ظروف العدوان الثلاثي الغاشم مناسبة لاستعادة البنوك الأجنبية التي لم تكن تعمل إلا لصالح دولها دون صالح الاقتصاد المصري . إذ فرضت الحكومة نظام الحراسة على البنوك الانجليزية والفرنسية وقررت تمصيرها فوراً . أما البنوك الأجنبية الأخرى فقد أعطيت مهلة لا تزيد على خمس سنوات لاستيفاء شروط التمصير . واستطاعت الدولة أن تفرض ، لأول مرة ، تلك الرقابة الضرورية الشاملة على سائر البنوك التي تعمل على أرضها ، فنظمت القواعد التي تكفل خضوع البنوك ، أجنبية أو مصرية ، تجارية أو غير تجارية ، للدولة ممثلة في البنك المركزي ، الذي يفرض عليها قواعد سلوك دائمة ويلقى إليها بالتعليمات الواجب اتباعها إزاء ظرف أو مناسبة بعينها . وكان آية هذا التنظيم القانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ بإصدار قانون البنوك والائتمان ، ولائحته التنفيذية الصادرة بتاريخ ١١ نوفمبر ١٩٥٧ .

وقد أعقب ذلك مرحلة أخرى تم فيها تأمين البنوك الهامة كالبنك الأهلي وبنك مصر ثم البنك البلجيكي ، الذي أصبح فيما بعد بنك بورسعيد . وانتهى ذلك التطور بالتأمين الشامل للبنوك جميعها بمقتضى القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ . وقد كان هذا التأمين الشامل منطقياً مع الاتجاه الاشتراكي ، الذي أتخذته النظام السياسي أيديولوجية للبلاد ، والذي يتطلب السيطرة الكاملة على سائر أجهزة التمويل . وبذلك أصبح الجهاز المصرفي كله في نطاق القطاع العام .

ولما أخذت مصر بسياسة الانفتاح الاقتصادي في أوائل السبعينات

(١) ريبير ، القانون التجاري ، ص ٨٠٩ بند ١٩٨٩ ، اسكارا ص ٨٨٨ بند ١٢٨٠ .

من القرن العشرين تم العدول عن سياسة احتكار القطاع العام للنشاط المصرفي وذلك بمقتضى قانون استثمار رأس المال العربى والأجنبى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ الذى أجاز تأسيس بنوك استثمار وبنوك أعمال برؤوس أموال غير مصرية ، على أن يقتصر نشاطها على العمليات التى تتم بالعملات الحرة متى كانت فروعاً تابعة لمؤسسات مالية مركزها الرئيسى بالخارج (م/٢ ب) . وتم ، فى ظل هذا القانون ، تأسيس العديد من البنوك غير التجارية ، وفروع لبنوك أجنبية ، وبنوك مشتركة تقوم بعمليات تسوى بالعملة المحلية بشرط ألا يقل نسبة مساهمة المصريين فيها عن ٥١٪ من رأس مالها .

وفى عام ١٩٧٥ صدر القانون رقم ١٢٠ فى شأن تنظيم البنك المركزى المصرى والجهاز المصرفى والذى أبقى العمل بالقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ فيما لا يتعارض مع أحكامه . كما صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٥٩ لسنة ١٩٩٣ بالنظام الأساسى للبنك المركزى .

ولقد تم تعديل كل من القانونين رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ ورقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ بمقتضى القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٦ . وأضاف هذا القانون الأخير حكماً هاماً ، إلى قانون البنوك والائتمان ، مؤداه جواز مساهمة غير المصريين فى البنوك المشتركة بنسبة تزيد على ٤٩٪ من رأس المال المصدر . كما حظر على أى شخص طبيعى ، بغير طريق الميراث ، أو اعتبارى تملك ما يزيد على ١٠٪ من رأس المال المصدر لأى بنك من البنوك المشار إليها إلا بعد موافقة البنك المركزى مع ابطال كل تصرف يتم بالمخالفة لهذا الحظر (م/٢١ مكرر ١) .

وأخيراً صدر القانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٨ الذى ينظم مساهمة القطاع الخاص فى رؤوس أموال بنوك القطاع العام .

كما صدر القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ فى شأن سرية الحسابات فى البنوك بحيث أصبح مبدأ السر المصرفى قاعدة تشريعية بعد أن كان قاعدة عرفية راسخة .

وتهدف كل هذه القوانين إلى توسيع دائرة العمل المصرفي والغاء القيود المفروضة عليه حتى تتمكن البنوك من المنافسة على المستويين المحلي والخارجي خاصة بعد ظهور سياسة « العولمة » وبعد التوقيع على اتفاقية تحرير الخدمات المالية في نهاية عام ١٩٩٧ .

٢٠٧- خطة البحث ،

تقتصر دراستنا على عمليات البنوك التجارية ، دون بنوك الأعمال أو الاستثمار أو الصناعية أو الزراعية المختلفة ، وهي التي تتلقى الودائع تحت الطلب أو لأجل قصير ، وتقدم للتجار الائتمان قصير الأجل . وسوف نتناول في دراستنا أولاً عمليات الإيداع ثم عمليات الائتمان .

على أنه يجدر بنا قبل أن نبدأ هذه الدراسة أن نلفت النظر إلى ثلاثة أمور :

الأمر الأول : أن تقسيم عمليات البنوك إلى عمليات إيداع وعمليات ائتمان ، وتقسيم عملائه إلى رأسماليين وتجار ، هو تقسيم يقتضيه التجريد اللازم لدراسة كل عملية على حدة . ولكن الأمور لا تجري على هذه الصورة . فعملاء البنوك لا ينقسمون إلى طائفتين مستقلتين ، تودع إحداهما أموالها في البنوك لتتعرضها الطائفة الأخرى . وإنما تعبیر « رأسمالي » أو « تاجر » لا يقصد به إلا بيان مركز العميل في عملية معينة (١) . ويتخذ العميل لنفسه هاتين الصفتين مرة بعد أخرى حين يودع أمواله وحين يقترض . وتشبك العمليات بعضها ببعض وتتداخل وتتتابع في غير صعوبة وبلا توان : فسيولة النقود تجعل المقاصة أمراً

(١) ومع ذلك فإن هذا التقسيم قد يكون أساساً للتنظيم الداخلي في البنك إذ يفصل بين خدمات المودعين (فرع الصكوك والكيونات) وبين خدمات التجار (كالا اعتماد والمحافظ التجارية والصرف) . ولكن لا شك أن هذه للخدمات تكمل بعضها البعض . أنظر في تفصيل ذلك : تيريل وهنري لجين ، «العمليات التجارية للبنك» ، ١٩٥١ ص٤ وما بعدها .

تلقائياً لا يقتضى إلا علمية حسابية صغيرة ، فتصفى أضخم العمليات لتدخل بعد ذلك كبند أو كعنصر فى عملية أخرى . لذلك تثير عمليات البنك صعوبات قانونية كثيرة عندما يحارل الفقهاء اخضاعها لمبادئ وقواعد القانون المدنى أو ادخالها فى نطاق العقود المسماة . ففى لحظة واحدة قد ينقلب الايداع قرضاً أو القرض ايداعاً ، وقد تبطل العملية الواحدة عدة عمليات صغيرة تفقد ذاتيتها ، ويتم ذلك بسرعة هائلة تعجز المبادئ القانونية عن اللحاق بها ، وبالتالي عن تبريرها . لذلك فإن العمليات التى سندرسها لن تكون إلا نماذج نوقفها فى دورانها المستمر لننظر إليها . وهى ليست كل العمليات التى تقوم بها البنوك التجارية ، وإنما هى أهمها وأكثرها حدوثاً فى العمل .

أما الأمر الثانى ، فهو أن تلك العمليات هى فى الواقع عقود تتم بين البنك والعميل . فدراستها تكملة طبيعية لدراسة العقود التجارية التى عرفناها فى القسم الأول . ولا شك أن من الأنسب دراسة عمليات البنوك دراسة مستقلة . إذ أن سرعة نشأتها وسرعة انقضائها تتجاوز بكثير حتى سرعة العقود التجارية الأخرى . ولقد نص المشرع على تجاريتها فى المادة ٥/و من قانون التجارة الجديد . كما أفرد لتنظيمها الباب الثالث من القانون المذكور . ولكن التنظيم التشريعى لا يعنى بحال أهمال دور الاعراف المصرفية فى حكم هذه العمليات ، ذلك أن العمل المصرفى يكشف لنا يومياً عن عمليات مصرفية جديدة لا يستطيع المشرع ملاحقتها بتشريعات متعاقبة أو بتعديل التشريعات القائمة . فلا مفر ، إذاً ، من الرجوع إلى العرف والعمل المصرفيين لحكم هذه العمليات .

لذلك فإن دور القضاء جوهري إلى أبعد حد فى وضع واستخلاص قواعد العرف والبحث عنها بين جدران المصارف . كذلك دور الفقه . ويلجأ الفقهاء عادة إلى عون رجال البنوك أنفسهم عند تناول دراسة هذه الموضوعات داخل البنوك ذاتها ، كما فعل الفقيه الفرنسى جوزيف هامل

عندما قدم دراسته القيمة لهذه العمليات (١) . ويقوم رجال البنك أنفسهم بجانب قيم من هذه الدراسات ، كما فعل جاك فيرونبيير ، المدير العام للمساعد للبنك الفرنسي " la Société Générale " ، عندما كتب عام ١٩٥٤ عن أهم التطورات التي لحقت بالعادات المصرفية في البنوك الفرنسية بعد الحرب العالمية الثانية (٢) .

أما في مصر فإن المجال ما زال يحتاج إلى دراسات جدية في هذا الموضوع ، وإنما يجدر التنويه بالمؤلف القيم الذي قدمه الأستاذ الدكتور على جمال الدين عوض والذي تضمن دراسة مستفيضة للقضاء في فرنسا وفي مصر (٣) .

وأخيراً فإن الأمر الثالث الذي نود أن نلاحظه هو الارتباط الوثيق بين عمليات الائتمان المصرفية وبين الأوراق التجارية . فالأوراق التجارية تعبر عن الائتمان لأجل قصير ، لذلك يلجأ إليها البنك عادة لكي يتمتع بالمزايا التي يخولها القانون المصرفي للدائن في الورقة التجارية . حتى لقد قال بعض الفقهاء إن دراسة عمليات البنوك تكملة طبيعية لدراسة الأوراق التجارية (٤) . بل إن بعض الفقهاء في فرنسا وفي مصر يدرسون قواعد الشيك بين عمليات البنوك باعتباره خاصاً بها ومكملاً لها (٥) .

(١) " Banques et Opération de Banque " t. 1, 1933, t. 11 1943 (١)

(٢) " Les operations de Banque " 1954 . (٢)

(٣) ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، الجزء الأول ١٩٥٨ والجزء الثاني ١٩٦٠ ،

(٤) اسكارا ، ص ٨٨٨ .

(٥) جوزيف هامل ، والدكتور محمد صالح .

الفصل الأول

عمليات الايداع

٢٠٨- تمهيد :

العميل الذي يودع البنك أمواله قد يهدف إلى تجنب مخاطر السرقة أو الضياع إذ يحفظها في مكان أمين . وذلك يشبه هدف المودع في عقد الوديعة المدنية (م ٧١٨ مدنى) . على أن للعميل المودع أهدافاً أخرى لا يعرفها عقد الوديعة المدنية : فهو قد يرى أن يودع نقوده في البنك لأجل فيحصل على فائدة . وقد يودع صكوكه المالية ليس فقط لحفظها وإنما أيضاً لإدارتها وتحصيل أرباحها وفوائدها . وأخيراً قد يودع العميل أن يحفظ بسرية الأشياء التي يودعها فيستأجر خزانة خاصة تكون تحت تصرفه وحده .

الفرع الأول

إيداع الصكوك في البنوك

Dépôt de titres en Banque

٢٠٩- تمهيد :

وديعة الصكوك وديعة عادية Dépôt régulier ، بمعنى أن البنك يلتزم بحفظ هذه الصكوك ذاتها ، وبأن يردّها عيناً . وهى فى ذلك تشبه الوديعة المدنية العادية . ولكنها تختلف عنها فى أنها معارضة إذ يتقاضى البنك عنها دائماً أجراً يتفق عليه ، بينما الأصل فى الوديعة المدنية أنها تبرعية (م ٧٢٤ مدنى) ما لم يتفق صراحة على أجر . كذلك يتميز عقد وديعة الصكوك فى البنك بأنه يستتبع عمليات ثانوية متعددة يقوم بها البنك وكيلاً عن عميله المودع .

وسوف نتكلم تباعاً عن تكوين العقد وإثباته ، ثم عن آثاره ، ونتناول
بالبحث طبيعته القانونية .

أولاً : تكوين العقد وإثباته

٢١٠- تكوين العقد :

يتم العقد بالاتفاق بين البنك والعميل ، وهو عقد رضائي لا يستلزم
لابرامه شكلاً معيناً^(١) ، بل إنه لا يقتضى فى أغلب الأمر نقاشاً طويلاً
بين البنك والعميل . إذ يقوم العميل بتسليم الصكوك المطلوب ايداعها إلى
البنك ويتسلم الايصال ، دون أن يعنى العميل ببحت الشروط التى يستقل
البنك بتنظيمها . إلا أنه لا يمكن أن نستنتج من ذلك أن هذا العقد عقد
اذعان ، إذ أن استقلال البنك بوضع الشروط ليس إلا مظهراً من مظاهر
الاسراع فى اتمام العقد ، ولا يتضمن العقد معنى الاذعان حيث لا يعد
العميل طرفاً ضعيفاً تضطره الحاجة إلى ايداع الصكوك فى البنك أياً كانت
الشروط^(٢) . بل إنه كثيراً ما يحدث أن يحاول البنك اغراء العميل على
التعاقد بعرض ما يقدمه من مزايا وخدمات ، ويتقاضى أجره ضئيلة عنها .
ويهدف البنك من ذلك إلى تأكيد صلته بعملائه فيعهدون إليه بعملياتهم
الأخرى . هذا إلى أن احتفاظ البنك بمحفظة عميله المالية *portefeuille* " *de valeurs mobilières* " عنصر هام من عناصر العلم بالحالة المالية لهذا
العميل ، وضمان للبنك إذا أقدم على ائتمانه فى عمليات أخرى .

إلا أن الاذعان قد يأتى من جانب المشرع نفسه ، عندما يفرض
على العميل ايداع صكوكه المالية فى أحد البنوك ، كما هو الشأن بالنسبة
للالزام الذى تفرضه المادة ٥/٩١ من القانون رقم ١٥٩ سنة ١٩٨١ على

(١) يرى ريبير أنه عقد عيني لا يتم إلا بايداع الصكوك فعلاً (بند ٢٢٢٣ ص ٨٩٣) . ولا
مجال لهذا الرأي فى مصر إذ أن القانون المدنى الجديد قد ألغى طائفة العقود العينية .

(٢) كما أنه لا يتعلق بمرق يعتبر من ضروريات الحياة - الدكتور على عوض - بنوك -
١٩٦٠ - ص ٦ وما بعدها .

عضو مجلس الإدارة بأن يقوم بإيداع أسهم الضمان ، خلال شهر من تاريخ تعيينه ، في أحد البنوك المعتمدة من وزير الاقتصاد لهذا الغرض ، وإلا بطلت عضويته .

والوديعة من أعمال الحفظ ، ولكن وديعة البنك مأجورة دائماً . لذلك يجب أن يكون المودع كامل الأهلية إذ أنه يلتزم بدفع الأجرة ، كما يجب أن يكون له حق إبرام التصرفات التي يكلف بها البنك بشأن الصكوك المودعة .

ولا بد أن تتوفر شروط صحة الرضاء . وقد يكون الرضاء واضحاً صريحاً . ولكن هناك حالات كثيرة يستخلص فيها رضاء الطرفين ضمناً . وذلك عندما تدخل الصكوك حيازة البنك بناء على عمليات أخرى - كما إذا كان العميل قد كلف البنك بشرائها لحسابه ، أو إذا كان قد سلمها له لبيعها ، أو لضمان عملية انتهت - ، إذ يكفي لقيام عقد الوديعة أن يعبر العميل عن تغير نيته إلى نية الإيداع ، كأن يعدل عن البيع ، أو لا يقدم على سحب الصكوك المشتراة لحسابه . بل قد يكون حفظ الصكوك في بعض الحالات مؤقتاً *de passage* ، فلا يتقاضى البنك عنه أجراً خاصاً ، ولا تتعقد فيها مسؤوليته بشكل محدد .

٢١١- إثبات العقد ،

يحرر البنك ، عند استلامه الصكوك ، قائمة ببيانها *Bordereau* ، أو يحررها العميل ويراجعها قسم الأوراق المالية بالبنك ، ثم يسلم العميل إيصالاً *récépissé* (وقد يسلمه ايضالاً مؤقتاً قبل أن يسلمه فيما بعد الإيصال النهائي) . ويتضمن هذا الإيصال بيانات الصكوك المودعة وأهم شروط العقد ، ويوقع عليه من له سلطة الزام البنك كأحد المديرين . ويحتفظ العميل بهذا الإيصال حتى يتم سحب الصكوك جميعها من البنك . ولهذا الإيصال قيمته في الإثبات (١) في مواجهة البنك ، وله كذلك

(١) كثيراً ما يفقد الإيصال قيمته هذه بعد مدة معينة من الزمن ، إذا تغيرت البيانات -

قيمة في إثبات وجود الصكوك نفسها وملكية العميل لها في مواجهة الآخرين . فمن المقرر أن إيصال الإيداع في البنك يعطى للعميل حق حضور اجتماعات الجمعية العمومية للشركة التي أصدرت هذه الصكوك . كما أن الإيصال قد يستدل به على نية خاصة في تصرف معين . فإذا أوصى المورث مثلاً بصكوكه الموجودة في مكتب له لشخص معين ، فإن وجود إيصال الإيداع في هذا المكتب بين بقية الصكوك قد يفسر على أن المورث قد قصد أن تشمل الوصية الصكوك الموجودة في البنك أيضاً (١) .

إلا أن هذا الإيصال لا يمكن أن يمثل الصكوك المودعة تمثيلاً كاملاً يسمح بتداولها ورهنها بتداول الإيصال ورهنه ، على النحو الذي رأيناه في إيداع البضائع في المستودعات العامة أو في وثيقة النقل . ذلك أولاً لأن الإيصال لا يدل دلالة قاطعة على وجود هذه الصكوك فعلاً في البنك . وثانياً لأن البنك لا يقوم بتسليم الصكوك لكل من يتقدم له بالإيصال ، وإنما يتحقق من شخصية عميله المودع ويكون هذا التحقق هو الأساس الأول في عملية التسليم (٢) . ثم إن العمل لم يجر على أن يتضمن هذا الإيصال شرطاً كشرط الاذن يسمح بالتداول عن طريق التظهير . على العكس ، قد يكون الإيداع وسيلة لتحويل الصكوك الاذنية

- التي يتضمنها على اثر عمليات أخرى تتعلق بهذه الصكوك ، كسحب جزئى أو اضافة أو بيع أو شراء أو استبدال . ويحرص البنك عادة على الحصول من عميله على ايصالات خاصة بهذه العمليات انجزية . ولكن العميل قد لا يحرص على أن يجرى التعديلات اللازمة في الإيصال الذى يحتفظ به . إلا أنه لا يضر من ذلك ، فهر لا يستطيع الإثبات في مواجهة البنك بكافة طرق الإثبات طبقاً للتأعده العامة في الإثبات التجارى ، كما أنه يستطيع ، للعلم والبيان ، أن يطلب من أمين الدائع في البنك Conservateur des titres قائمة بالحالة الأخيرة لهذه الصكوك في تاريخ معين . وليس لهذه القائمة قيمة في الإثبات ، لأن أمين الدائع لا ملطعة له في الزام البنك ، لذلك لا يلتزم العميل بردها للبنك عند استلام الصكوك .

(١) اسكارا ، السابق بند ١٤٢٦ من ١٠٠٨ .

(٢) كما أن ضياع الإيصال لا يمنع صاحب الصكوك من استردادها بالاقرار اللازم .

أو للحامل إلى صكوك اسمية طويلة فترة الايداع ، إذ يحتفظ بها البنك للشخص المعين الذي أودعها دون غيره ، فلا تتداول حينئذ لا بالمناولة ولا بالتظهير (١) .

ثانياً : آثار العقد

٢١٢- التزامات البنك ، ١- الالتزام بالحفظ ،

وديعة الصكوك وديعة كاملة ، فيلتزم البنك بأن يردّها عيناً كما نقضى القواعد العامة . ولا يجوز له أن يتصرف فيها أو يرد غيرها ولو كانت تماثلها قيمة . ويلتزم ألا يستعمل الحقوق الناشئة عن الصكوك المودعة لديه ، ما لم يتفق على غير ذلك (م: ٣١) ، وإلا اعتبر مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة (٢) .

ويلتزم البنك بالمحافظة على الصكوك المودعة ، وبأن يبذل في سبيل ذلك عناية المودع لديه بأجر ، أى عناية الرجل المعتاد ، ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك (م: ٣١١) . وهذا الحكم لا يعدو أن يكون ترديداً للقاعدة العامة الواردة بالمادة ٢/٧٢٠ من القانون المدنى التى تنص على أنه ، إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل (أى المودع لديه) فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد ، .

وإذا هلك الصكوك تترتب مسؤولية البنك إلا إذا استطاع إثبات أن هذا الهلاك كان بسبب القوة القاهرة التى لا يمكن دفعها ولا توقيها وليس له دخل فى حدوثها . ولا يجوز له أن يحتج بالقوة القاهرة إذا كان العميل المودع قد سبق له انذاره بردها قبل حدوث القوة القاهرة فتأخر البنك فى ردها إلى أن هلك (٣) .

(١) ريبير ، السابق بند ٢٢٢٤ ص ٨٩٣ ، اسكارا ، بند ١٤٢٦ ص ١٠٠٨ .

(٢) فلا يجوز له مثلاً أن يرهن هذه الصكوك ضماناً لدين يعقده البنك أو يستفيد من حيازتها لحضور الجمعية العمومية للشركات التى أصدرتها .

(٣) ولكن لا تترتب مسؤولية البنك إذا تدهورت قيمة الصكوك على اثر انخفاض أسعارها -

والأصل أن يقوم المودع لديه بتنفيذ هذا الالتزام بنفسه ، فلا يجوز له أن يحل غيره محله في تنفيذه دون إذن صريح من المودع (م ٧٢١ مدنى) . ومع ذلك ، قله أن يتخلى عن حيازة هذه الصكوك ، وبالتالي عن حفظها ، إذا وجد سبب يستلزم ذلك (م ٢/٣١١ تجارى) .

٢١٢-٢- الالتزام بالرد :

وتمشيا مع القواعد العامة فى القانون المدنى الخاصة بعقد الوديعة ، الزم المشرع التجارى البنك بأن يرد الصكوك المودعة بمجرد أن يطلب منه المودع ذلك مع مراعاة الوقت الذى يقتضيه اعداد الصكوك للرد . ويتم الرد فى المكان الذى تم فيه الايداع ، أى فى البنك ، ويلتزم هذا الأخير برد الصكوك بذاتها ما لم يتفق أو يقضى القانون برد صكوك من جلسها أو صكوك أخرى (م ١/٣١٤ و ٢ تجارى) .

ويكون الرد لمودع الصك ، أى العميل ، أو لخلفائه أو لمن يعينه هؤلاء الأشخاص ولو تضمن ما يفيد ملكيته للغير (م ١/٣١٥ تجارى) . ويتعين على البنك ، بطبيعة الحال ، أن يتحقق من شخصية طالب الاسترداد ومن أهليته ، وأنه هو العميل أو خلفاؤه أو وكيله أو نائبه القانونى (١) . وعليه أن يبذل فى هذا التحقق من العناية ما يتناسب مع تخصصه ووسائله . فعليه أن يكتشف تزوير الامضاء مثلاً اللهم إلا إذا كان التزوير قد بلغ حداً من الاتقان يصعب معه على الخبير العادى

- فجأة ، إذ أن التزام البنك بالحفظ ينصب ، بطبيعة الحال ، على الأشياء المودعة ، ذاتها لا على قيمتها . إلا أن البنك قد يسأل عن هذا التدهور إذا كان راجعاً إلى اهماله فى القيام بأحد التزاماته التبعية التى سنتكلم عنها بعد قليل .

(١) ولا يغنى عن طالب الرد شيئاً أنه يحمل الايصال إذا لم يكن هو العميل للمودع أو نائبه . وعلى العكس ، يستطيع العميل المودع أن يطلب الرد ولو لم يكن الايصال معه ، وإنما قد يشترط البنك فى هذه الحالة مخالصة مسجلة acte notarié de décharge . أنظر : ريبير ، بند ٢٢٢٨ ص ٨٩٤ .

تميزه . ويتشدد القضاء عادة في اقتضاء حرص البنك عند رد الصكوك .

وإذا ادعى شخص استحقاق الصك المودع ، وجب على البنك إخطار العميل مباشرة والامتناع عن رد الصك إليه حتى ينتهى النزاع بشأنه رضاه أو قضاء . وعلى مدعى الاستحقاق إقامة دعواه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الادعاء ، وإلا اعتبر الادعاء كأن لم يكن (م ٢/٣١٥) .

٢١٤-٢ - الالتزامات التبعية Les obligations accessoires

لا يقتصر هدف العميل من إيداع الصكوك في البنك على مجرد المحافظة عليها في مكان أمين ، وإنما يهدف إلى أن يكل إلى البنك القيام ببعض العمليات التي تستلزمها إدارة هذه القيم المنقولة ، والتي تستلزم الحرص في مراعاة المواعيد . ففيما يتعلق بالأسهم مثلاً يقوم البنك بتحصيل الكوبونات ، ويتحقق من صحة القرعة عند الاستهلاك ، ويقوم بتنبيه المودع إلى حقوقه في القيام بالعمليات التي تخولها له ملكية السهم وعلى الأخص حقه في الاكتتاب عند زيادة رأس مال الشركة ، ويخطر بمواعيد اجتماع الجمعية العمومية للشركات المختلفة التي أصدرت الصكوك المودعة ، وينفذ ، فوق هذا وذاك ، التعليمات والأوامر التي يصدرها إليه عميله من بيع أو شراء أو تحويل أو تجميع لهذه الصكوك .

والفرض أن هذه الالتزامات كلها تعد تابعة ومكملة للالتزام بالحفظ . إلا أنه لا يخفى أنها ترتب مسؤولية كبيرة على عاتق البنك (١) وأنها ذات أهمية بالنسبة للعميل .

(١) قد تعتمد بعض البنوك على وضع شرط الإعفاء من المسؤولية عن بعض الحوادث الهامة التي قد لا تصل إلى علمها في الوقت المناسب . وتسرى القواعد العامة على مثل هذا الشرط (م ٢١٧ مدني) .

والأصل أن عقد وديعة الصكوك المبرم بين العميل والبنك هو الذي يحدد نطاق الالتزامات التبعية . وقد يعمد البنك من تلقاء نفسه إلى توسيع هذا النطاق بقصد اجتذاب العملاء .

ولكن ما هي الالتزامات التبعية التي تقع على عاتق البنك عند سكوت العقد ؟ أجابت المادتان ٣١٢ و ٣١٣ تجارى على هذا التساؤل ، فالزمنا البنك بما يلي :

أ- قبض عائد الصك أو أرباحه ، وقيمه إذا استحق أو استهلك ، وكذلك كل مبلغ آخر يستحق بسبب الصك . ونقيد تلك المبالغ في حساب العميل .

ب- القيام بكل عملية لازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالصك التي يتقرر منحها له دون مقابل ، كتقديمه للاستبدال أو لوضع الأختام أو لاضافة قسائم أرباح جديدة إليه .

ج- إخطار العميل بكل أمر أو حق يتصل بالصك ويستلزم الحصول على موافقته أو يتوقف على اختياره . كإخطاره مثلاً بزيادة رأس مال الشركة لكي يباشر حقه في الأولوية في الاكتتاب بالأسهم الجديدة . فإذا لم تصل إلى البنك تعليمات من العميل بهذا الشأن في الوقت المناسب ، وجب عليه أن يتصرف في الحق بما يعود بالنفع على العميل المودع . ويتحمل هذا الأخير المصاريف فضلاً عن العمولة العادية . ويكون البنك ، في هذه الحالة ، في مركز الفضولي الذي يعمل لمصلحة عميله (١) .

٢١٥- حقوق البنك ،

للبنك حق في الحصول على أجره عن الحفظ Droit de garde ، هذا

(١) يأخذ البنك على عاتقه عادة كل هذه الالتزامات ولكن دون مسؤولية . أنظر : جاك فيرونير ، بند ٦٢٨ من ٥٧٢ .

إلى جانب ما قد يستحقه من أجور نظير العمليات الأخرى التي قد يكلفه العميل بها . وإذا كان للعميل حساب نقدي في ذات البنك - وهو الوضع الغالب - فإن البنك يعمد إلى إدراج هذه الأجور والمصروفات المختلفة في الحساب فيتقاضاها بهذه الطريقة .

والبنك ، وفقاً للمبادئ العامة ، حق حبس الصكوك المودعة ضماناً لاستيفاء ماله من أجر ومصاريف خاصة بهذه الصكوك (م ٢٤٦ مدني) .

٢١٦- التزامات العميل وحقوقه ،

يلتزم العميل بأداء الأجر المتفق عليه . أما عن حقوقه فله استرداد الصكوك في أي وقت يشاء ، ما لم يتفق على أجل معين في العقد . وله للمطالبة بحقوقه دعويان : دعوى شخصية ناشئة عن عقد الوديعة ، ودعوى استرداد باعتباره مالكا للصكوك . ولكل من الدعويين مزاياها . فيلجأ العميل إلى دعوى الاسترداد بصفة خاصة في حالة إفلاس البنك ، فيتمكن من استردادها ذاتها من التفليسة . إلا أنه يجب عليه حينئذ أن يقوم بتعيين هذه الصكوك تعييناً كافياً لتحديدتها (١) .

ثالث : الطبيعة القانونية للعقد

٢١٧- ايداع الصكوك في البنك عملية مركبة ،

تثير الطبيعة القانونية لوديعة الصكوك صعوبة لا ريب أننا قد عرفنا الآن مصدرها ، إذ رأينا أنها تتضمن التزامات تبعية على عاتق البنك إلى جانب التزامه الأساسي بالحفظ . هذه الالتزامات التبعية قد تحتل ، وفي بعض الحالات ، مكاناً رئيسياً من التزامات البنك ومن غايات العقد .

(١) وللعلم أن يستعين في ذلك بالإيصال ، وإن كنا قد رأينا أنه ليس دليلاً قاطعاً . ويصعب إثبات ذاتية الصكوك عندما تكون الوديعة قد نشأت عرضاً ، كما إذا كان البنك قد اشتراها بناء على أمر عميله ولحسابه ثم قام بحفظها له ، إذ يصعب عليه حينئذ تمييزها التمييز اللازم لاستردادها .

ومهما يكن من أمر النقاش الذي يمكن أن يثار في هذا الصدد ، فإنه لا مناص من القول بأن ودیعة الصكوك لیست عملية بسيطة ، وإنما هی عملية مركبة : فهی مزيج من عقدین مختلفین هما عقد الودیعة ، وعقد الوكالة الصریحة أو الضمنية (١) . هذا المزيج يتم بنسب متفاوتة حسبما يتراءى للمتعاقدین . وحرية التعاقد هی الأساس الذي يستند إليه المتعاقدان فی القيام بهذا المزج . ويسترشد القاضی ، فی تحديد التزامات ومسئولية كل من المتعاقدین ، بمقدار ما تتضمنه العملية من الودیعة ومن الوكالة .

والواقع أنه مما يجعل هذا المزج بین العقدین فی عملية ودیعة الصكوك أمراً مقبولاً لا یأباه الذوق القانوني السليم ، أن طبيعتهما متجانسة وأن قواعدهما غیر متنافرة . بل إن هذه القواعد تتدرج فی تفاوت مرین بحيث یدق معیار التفرقة بینهما فی بعض الأحيان . فلحن نعرف مثلاً أن المودع لديه قد ینفق فی سبیل حفظ وصيانة الشئ المودع بعض المصروفات ، فیلتزم المودع بأن یرد إليه ما أنفقه (م ٧٢٥ مدنی) . ومن ناحية أخرى نرى أن الوکیل يلتزم بحفظ الأشياء التي تدخل فی حيازته لحساب الموكل بمناسبة عقد الوكالة . فكأن عمل كل من الوکیل والمودع لديه يتضمن بعضاً من عمل الآخر .

هذا التدرج نجده واضحاً فی نطاق عمليات البنك . فهناك ، إلى جانب عقد ودیعة الصكوك ، عقد آخر تتغلب فيه غایة الوكالة وأهدافها بحيث یصبح ، الحفظ ، هدفاً تابعاً للعمليات المتعلقة بإدارة الصكوك والتي هی أساس العقد . ویسمى هذا العقد عقد إدارة الصكوك " La gestion de portefeuille" (٢) ، ویسمح للبنك باتخاذ كافة التصرفات التي یراها مناسبة

(١) أنظر : اسكارا بند ١٤٣١ ص ١٠١٢ ؛ اسكارا ورو ، الجزء السادس بند ١٠٠٩ ص ٧٩٢ .
وقارن ريبير بند ٢٢٢٥ ص ٨٩٣ .
(٢) جاك فيرونير ، بند ٦٣٤ ص ٥٧٥ .

فى إدارة الصكوك دون استئذان العميل أو الرجوع إليه ، ويباشر حقوق العميل ويؤدى التزاماته باعتباره وكيلاً عنه .

ومهمة القاضى هى حينئذ دراسة العقد لمعرفة هدفه الأساسى : هل هو الحفظ أو الإدارة ، حتى يغلب ، بناء على هذه الدراسة ، قواعد الودیعة أو قواعد الوكالة .

ولكن الأمر لا يقتصر على ، النطاق الداخلى ، فى هذه العملية المركبة ، إذ كثيراً ما تتداخل هذه العملية ضمن عمليات أخرى لذات العميل بحيث يصعب تحديد ، نطاقها الخارجى ، أيضاً . هذه العمليات المختلفة تدخل عادة فى نطاق الحساب Compte بين البنك والعميل ، وهو يتضمن أموالاً سائلة ويستلزم عمليات ثانوية أخرى كتحويل أوراق تجارية أو سحب شيكات ... إلخ وتكون كل هذه العمليات متصلة عن طريق الارتباط بالحساب الذى بين البنك والعميل .

الفرع الثانى

تأجير الخزائن

Location de Coffres - Forts

٢١٨-١- ماهيته :

تعرف المادة ٣١٦ تجارى تأجير الخزائن بأنه ، عقد يتعهد بمقتضاه بنك مقابل أجره بوضع خزانة معينة تحت تصرف المستأجر للانتفاع بها مدة محددة .

وهذا العقد يحتفظ باستقلاله الكامل عن العمليات المصرفية الأخرى لذات العميل . وهو لا يعود على البنك بفائدة خاصة : إذ لا يتسنى له أن يدخل الأشياء الموجودة فى الخزانة فى دائرة العمليات المصرفية التى يقوم بها ، والإيجار الذى يتقاضاه البنك يبدو ضئيلاً إذا قورن بما يتكلفه

بناء الخزائن وصيانتها . إلا أن البنك يهدف من إبرام هذا العقد إلى اجتذاب العملاء .

أما فائدة هذا العقد للعميل فهي واضحة : فهو يضمن له سلامة الأشياء الموجودة في الخزانة ، ويضمن له كذلك سرية حيازته لهذه الأشياء . فيستطيع أن يحفظ في الخزانة بالمستندات السرية أو الخطابات الخاصة والوصية وسندات الملكية العائلية والمجوهرات والفضيات الثمينة وما إلى ذلك .

٢١٩-٢- تكوينه وإثباته :

ولا يثير عقد إيجار الخزائن في تكوينه أو إثباته صعوبة ما . ويخضع للقواعد العامة . فهو عقد رضائي ملزم للجانبين . تجاري دائماً بالنسبة للبنك (١) . أما بالنسبة للعميل فيتوقف على ما إذا كان تاجراً وكان العقد تابعاً لتجارته ، وعندئذ يكون العقد تجارياً بالنسبة له أيضاً ، وإلا فإنه يكون مدنياً .

والعقد له طابع شخصي ، إذ يحرض البنك على اختيار عملائه بحيث يتجنب أولئك الذين قد ينجم عن دخولهم إلى قاعة الخزائن أضرار سواء للبنك أو لبقية العملاء . لذا يتحقق من شخصية المتعاقد معه ، ويمتنع عادة عن التعاقد مع الذين ليس لهم محل إقامة دائم معروف ، أو الذين تقوم حولهم الشبهات . ويتولى البنك وضع شروط العقد وينوده فيقبلها العميل ، ولكن ليس معنى ذلك أنه عقد اذعان .

كذلك لا يثير إثبات العقد صعوبة . وهو يثبت عادة بالكتابة .

(١) أما إذا لم يكن مؤجر الخزانة بنكاً ، وهي حالة نادرة ، فإن معيار الأعمال التجارية ينطبق . ومقتضاه أنه لا خلاف في تجارية العقد بالنسبة للمؤجر إذا كانت الخزانة منقولاً اشتراه المؤجر لتأجيره . أما إذا كانت عقاراً فالراجح أيضاً أنه يكون تجارياً ، على خلاف ، باعتبار أن العقد ينصب على حقوق شخصية عقارية لا على حقوق عقارية . راجع تفصيل ذلك : الدكتور على عرض ١٩٦٠ ص ٤٢ .

ويعطى البنك للعميل مفتاح الخزانة ، فيكون في حيازته لهذا المفتاح دليل كاف على انعقاد العقد . كذلك يجوز الإثبات في مواجهة البنك بكافة الطرق . أما في مواجهة العميل ، فيتوقف الأمر على ما إذا كان العقد بالنسبة له تجارياً أم لا . وكل ذلك وفقاً للقواعد العامة .

٢٢٠-٣-٢-١- التزامات البنك :

١- أهم ما يلتزم به البنك هو اتخاذ التدابير اللازمة لضمان سلامة الخزانة والمحافظة على محتوياتها (م ٣١٨/١) ، وحراستها من الأسباب التي قد تؤدي إلى هلاك ما بها أو تلفه كالحريق أو السرقة . والبنك مسئول عن الهلاك أو التلف إلا إذا أثبت أنه كان بسبب أجلبى كالقوة القاهرة ، وعليه هو عبء الإثبات (١) ، كل ذلك كالقاعدة العامة في المسؤولية التعاقدية التي سبق لنا أن تكلمنا عنها عند كلامنا في العقود التجارية وعلى الأخص في عقد النقل . إلا أنه يجدر بنا أن نلاحظ أن الأمر هنا يختلف قليلاً نظراً للواقع الخاص في عقد إيجار الخزانة . ذلك أن القاعدة العامة تُلقي على العميل عبء إثبات الضرر ، كالشاحن أو المسافر الذي يجب أن يثبت مقدار ما حاق به أو ببضاعته من ضرر أثناء النقل . هذا الإثبات-إثبات الضرر- شديد اليسر بالنسبة للشاحن أو المسافر لأنه ظاهر أو مبين في وثيقة النقل . أما بالنسبة لمستأجر الخزانة ، فهو إثبات شاق ، لأنه يختص وحده بمعرفة ما في الخزانة ، فيكون من العسر عليه أن يثبت ، في حالة الهلاك الكلي أو الجزئي ، قيمة ما كان قد أودعه هذه الخزانة فعلاً قبل الهلاك . وقد يكون الأمر سهلاً في حالة التلف الذي لم يؤد إلى زوال معالمها تماماً ، إذ يسهل عندئذ تقدير الضرر . ولكن تقديره يكون صعباً في حالة الحريق مثلاً أو في حالة السرقة ، وطبيعي أنه يجوز للعميل أن يثبت الضرر بكافة طرق الإثبات كالقرائن والشهادة .

(١) نقض فرنسي عرائض ١١ فبراير ١٩٤٦ دالوز ١٩٤٦ ، ص ٣٦٥ وتعليق Tunc ، محكمة ليون المدنية ، ١٢ ديسمبر ١٩٤٥ ، جازيت دي باليه ١٩٤٦ - ١ - ٩٥ .

٢- ويلتزم البنك بأن يمكن المستأجر من الانتفاع بالخزانة ، وبأن يتخذ ما يجب من الاحتياط حتى يكون هذا الانتفاع خالصاً سرياً . فيعطيه البنك مفتاح الخزانة ويحتفظ بمفتاح آخر مع ملاحظة عدم جواز تسليم نسخة من المفتاح لأي شخص آخر سواهما (م١/٣١٧) . ولا يجوز له أن يأذن لغير المستأجر أو وكيله الخاص في استعمال الخزانة (م٢/٣١٧) . وعليه أن يتثبت من شخصيته بدقة قبل السماح له بدخول صالة الخزائن . ويضع البنك عادة لائحة خاصة بالاجراءات التي تتبع للدخول إلى الخزانة ، فيحدد مواعيد معينة لكل عميل حتى يضمن سرية الاطلاع المفرد على ما بداخلها ويوقع العميل عند كل زيارة في دفتر الزيارات carnet de visites .

ولا يجوز للبنك استعمال المفتاح الذي يحتفظ به إلا في حالات الضرورة القصوى وبضوابط معينة . ولقد أشارت إلى هذه الحالات الفقرة الثالثة من المادة ٣١٨ فذكرت منها صيرورة الخزانة مهددة بخطر أو كونها تحتوي على أشياء خطيرة . ووضعت ضوابط معينة لمواجهة هذه الحالات ، وتتلخص هذه الضوابط في :

أ- ضرورة اخطار العميل فوراً ، عند توفر إحدى هذه الحالات ، بالحضور لافراغ الخزانة أو لسحب الأشياء الخطرة منها .

ب- فإذا لم يحضر العمل في الميعاد المعين ، جاز للبنك أن يطلب من القاضي المختص اصدار أمر على عريضة بالاذن له في فتح الخزانة وافراغها أو سحب الأشياء الخطرة منها وذلك بحضور من يعينه القاضي لذلك . ويحرر محضر بالواقعة تذكر فيه محتويات الخزانة .

ج- فإذا كان الخطر حالاً ، كان للبنك ، وعلى مسؤوليته ، فتح الخزانة وافراغها من محتوياتها أو سحب الأشياء الخطرة منها دون اخطار أو إذن من القاضي (١) .

(١) ريبير ، بلد ٢٢٣٣ ص ٨٩٦ .

٢٢١- حقوق البنك :

للبنك حق في الحصول على الأجرة المتفق عليها ،، وتختلف هذه الأجرة بحسب حجم الخزانة ومدة الايجار .

وإذا لم يدفع العميل المستأجر الأجرة في مواعيد استحقاقها ، جاز للبنك بعد انقضاء ثلاثين يوماً من اخطاره بالدفع أن يعتبر العقد منتهياً من تلقاء نفسه ويسترد البنك الخزانة بعد اخطار المستأجر بالحضور لفتحها وافراغ محتوياتها . فإذا لم يحضر في الميعاد المحدد ، فللبنك أن يطلب من القاضي المختص اصدار أمر على عريضة بالاذن له في فتح الخزانة وافراغ محتوياتها (م٣١١) . وللبنك فضلاً عن ذلك حق حبس محتويات الخزانة . وله حق امتياز على الثمن الناتج من بيعها لاستيفاء الأجرة والمصاريف المستحقة له (م٣٢٠) .

٢٢٢- ب- التزامات العميل :

عليه أن يدفع الأجر المتفق عليه في المواعيد التي حددها العقد ، وأن يحتفظ بمفتاح الخزانة ويرده عند انقضاء أجل العقد لكون هذا المفتاح مملوكاً للبنك (م٢/٣١٧) . وهو مسئول عن فقد هذا المفتاح أو تلفه . وفي حالة فقدته ، عليه أن يسرع باخطار البنك حتى يمنع أي محاولة من حائز المفتاح للدخول إلى صالة الخزائن .

ويلتزم العميل أن يحترم لائحة صالة الخزائن ومواعيد الزيارة ، وأن لا يضع في الخزانة شيئاً من شأنه أن يهدد سلامتها أو سلامة المكان الذي توجد به (م٢/٣١٨) .

٢٢٢- ٤- الطبيعة القانونية لعقد ايجار الخزائن :

أثار تكييف طبيعة عقد ايجار الخزائن جدلاً كبيراً بين الفقهاء . هل هو عقد ودیعة أم هو عقد ايجار ؟ ولهذا الجدل أهمية عملية كبيرة لاختلاف أحكام الوديعة عن الايجار .

ومثار الغموض هو أن هذا العقد يجمع جمعاً فريداً بين مميزات كل

من العقدين وصفاته . فالعميل يقصد الوديعة ما فى ذلك ريب ، إذ أنه يهدف إلى حفظ وصيانة الأشياء التى يودعها الخزانة ويتطلب من البنك أن يقوم بحراسة الخزانة وحفظها من الهلاك أو التلف . والتزام البنك بحراسة الخزانة وحفظها هو بلا جدال أهم التزامات البنك فى نظر العميل . وأخيراً فإن العميل لا يمكنه أن يصل إلى الأشياء الموجودة فى الخزانة إلا بواسطة البنك . وكل ذلك يجعل العقد قريباً من عقد الوديعة .

ولكن ، من ناحية أخرى ، نجد أن للعميل نوعاً من الحيابة الخاصة للأشياء التى يضعها بنفسه فى الخزانة . فهو وحده الذى يعلم مقدار وبيان هذه الأشياء . بل يستطيع أن يترك الخزانة فارغة دون أن يؤثر ذلك فى صحة عقد إيجار الخزانة . وهو الذى يحمل مفتاح الخزانة ويحفظ بحق فتحها وتغيير محتوياتها كما يترأى له دون أن يعلم البنك عن ذلك شيئاً^(١) ، وذلك كله فى عقد الإيجار لا فى عقد الوديعة .

ومعرفة ما إذا كان إيجار الخزانة أقرب إلى الوديعة أو هو أقرب إلى الإيجار ، ذلك أيضاً موضع خلاف بين الفقهاء وبين أحكام القضاء . ويذهب البعض إلى القول بأنه عقد ذو طبيعة خاصة يسميه عقد الحراسة Contrat de garde . ولكن مثل هذا الرأى لا يجلب الإشكال القائم ، إذ يبقى بيان الآثار الخاصة التى يمكن أن تترتب على هذا العقد الجديد^(٢) . والواقع أن فى هذا العقد نوعاً من الحيابة المشتركة لا تتوفر فى عقد الوديعة حيث تكون الحيابة للمودع لديه وحده ، ولا فى عقد الإيجار

(١) ولكننا لا نؤيد ما يقره النقيض اسكارا من أن الاعتبار الشخصى (وهو جوهرى فى عقد الوديعة) غير ملحوظ فى عقد إيجار الخزانة إذ أن له طابعاً صرفياً شديداً (بلد ١٤٣٣ ص ١٠١٥) . فالواقع أن الاعتبار الشخصى ملحوظ فى عقد إيجار الخزانة أيضاً ، وإن كان بدرجة أقل من عقد الوديعة التبرعية .

(٢) Tunc ، فى التعليق السابق الإشارة إليه . وقرب نقض مدنى فرنسى ٢ يونيو ١٩٩٣ ، مجلة أحكام النقض عدد ١ رقم ١٩٧ .

حيث تكون الحيازة للمستأجر وحده . ففي عقد إيجار الخزانة ، يحوز البنك الخزانة ، ويحوز العميل ما بداخلها . فلو أن الخزانة ذاتها كانت ملكاً للعميل ، لما كان هناك شك في أن العقد يكون وديعة ، تماماً كمن يودع حقيبة مغلقة لدى شخص آخر لا يعلم ما بداخل الحقيبة . فملكية البنك للخزانة هي التي تمنع القول بأن العقد عقد وديعة .

وواضح أن هذا العقد أميل إلى عقد الوديعة . فجوهر ما فيه هو فكرة الحفظ والصيانة لا فكرة الاستئجار . وبقاء الخزانة في حيازة البنك أمر جوهري أساسي في العقد بالنسبة للطرفين معاً . إذ من المؤكد أن العميل لا يستأجر الخزانة لمجرد ملء ما بداخلها من فراغ بأشياءه الخاصة ، كما يفعل مستأجر المسكن مثلاً ، وإنما لوجود هذه الخزانة في حفظ البنك وحراسته . وتقدير العميل للخزانة مرتبط بتقديره لما يوفره البنك من أمن وطمأنينة . ولو أن العقد كان إيجاراً لكان من الممكن أن ينزع البنك الخزانة من صالة الخزائن فيعطئها للعميل قائلاً له : « انتفع كيف شئت بها طبقاً لعقد الإيجار ، ثم ردها إلى عند انتهاء العقد » . وهو أمر غير متصور ، لأنه يهدر هدف العقد وجوهره (١) .

ومع ذلك ، فإن قضاء محكمة النقض الفرنسية بأخذ بالتكييف المخالف فيرى أن هذا العقد إيجار (٢) . وقد كان منطق هذا القضاء يقتضي أن تطبق المحكمة قواعد عقد الإيجار . إلا أنها ، بالرغم

(١) كذلك لا يزيد رأي الأستاذ الدكتور علي عوض الذي يرى أن هذا العقد إيجار ، ويحاول التقريب بين أحكامه وأحكام الإيجار . ولعله تكرر في ذلك بما جرى عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية وبالترسمية للجارية للعقد ذاته - أنظر مؤلفه ١٩٦٠ ص ٥٢ و ٥٣ .

(٢) نقض فرنسي ١١ فبراير ١٩٤٦ ، دالوز ١٩٤٦ ص ٣٦٥ وتطبيق كذلك ، نقض فرنسي ٢٩ أكتوبر ١٩٥٢ ، دالوز ١٩٥٣ قضاء ص ٥٣ ؛ نقض فرنسي ٢٧ أبريل ١٩٥٣ J.C.P. ١٩٥٣ - ٢ - ٧٦٧٦ ؛ نقض فرنسي ٢١ مايو ١٩٥٧ J.C.P. ١٩٥٧ - ٤ - ٩٧ أشار إليه الدكتور علي عوض ١٩٦٠ ص ٥٥ .

من ذلك ، لم تفعل . بل إن قضاءها قد استقر - وهذا هو الغريب في الأمر - على تطبيق أهم آثار عقد الوديعة ، وهو الأثر الخاص بالتزام المودع لديه بالحفظ ومسئوليته عن الشيء المودع . فمحكمة النقض الفرنسية تعتبر التزام البنك بالحفظ التزاماً بنتيجة ، فلا تعفيه من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي كالقوة القاهرة ، شأنه في ذلك شأن المودع لديه في عقد الوديعة المأجورة .

ولا شك في رأينا أن تطبيق أحكام الوديعة على التزام البنك بالحفظ أمر سليم ، ولكن المنتقد هو اصرار محكمة النقض الفرنسية على تكييف العقد رغم ذلك بأنه إيجار (١) .

٢٢٤-٥-١ الحجز على محتويات الخزنة تحت يد البنك ،

هل من حق دائن العميل أن يحجز على خزانته ؟ وكيف يكون هذا الحجز ؟ الأمر يتوقف على التكييف الذي نصف به العقد . فلو أننا اعتبرناه إيجاراً لقلنا أن الحجز لا يكون إلا حجزاً تنفيذياً ، لا حجزاً للمدين لدى الغير . ولكن الحجز التنفيذي لا جدوى منه في حالة الخزنة ، إذ أنه يبدأ بالاعلان . وعلان العميل المدين يكون بمثابة اخطار له بضرورة الاسراع بتفريغ محتويات الخزنة وتهريبها بعيداً عن أيدي الدائن الحاجز . أما إذا اعتبرنا العقد وديعة ، فإن الحجز هنا يكون حجزاً للمدين لدى الغير ، فيعلن إلى البنك الذي يجب عليه منذ الاعلان أن يمتنع عن السماح للعميل بالدخول إلى صالة الخزائن حتى يفصل القضاء في صحة الحجز .

وهناك أحكام قضائية ترجح حجز ما للمدين لدى الغير (٢) ، ولكن

(١) يرى الفقيه ريبير أنه عقد وديعة ، وأن هناك أمثلة أخرى من الوديعة تشبه عقد إيجار الخزنة ، كالأشياء المودعة في الفندق ، وكإيداع العربة في الجراج . أنظر مؤلفه السابق، بند ٢٢٣١ ص ٨٩٥ . وكذلك يميل الفقيه اسكارا إلى اعتباره وديعة (بند ١٤٣٣ ص ١٠١٤) .

(٢) نقض عرائض فرنسي ١٢ نوفمبر ١٩٠٦ ، دالورز ١٩٠٧ - ١ - ٤٠٩ وتعليق فاليري، -

غالبيتها ترى عدم جواز هذا الحجز (١) .

والواقع أن عناصر الترجيح بين الأمرين تخرج عن نطاق التكييف القانوني إلى نطاق الاعتبارات العملية . من بين هذه الاعتبارات أن البنك لا يستطيع أن يقرر بما في ذمته ، كما تقضى قواعد هذا الحجز ، إذ هو لا يعلم أصلاً بمحتويات الخزنة . ولكن هذا الاعتبار ما كان ليقف وحده في طريق الحجز إذ يمكن أن يطلب الحاجز من البنك مجرد منع العميل من الدخول إلى صالة الخزائن - وهو أمر يستطيعه البنك - ثم مباشرة إجراءات الحجز التنفيذي بعد أن يضمن عدم استطاعة قيام العميل بتهرب محتوياتها (٢) .

ولكن الاعتبار العملي الهام هو أن البنوك ذاتها لا تميل إلى مثل هذا الحجز وتعتبره - بحق - متعارضاً مع أهم مزايا الخدمة التي تقدمها لعملائها في هذا العقد بالذات ، والتي تجتذب بها العملاء : ألا وهي ضمان سرية المحتويات . فالأمر الذي لا جدال فيه أن مجرد شعور العميل بإمكان الحجز على خزانته ، مما يؤدي حتماً إلى إفشاء ما أرادته سرّاً خاصاً ، يجعل اهتمامه بهذا العقد يتضاءل .

ويؤيد القضاء ، في عدم أخذه بحجز ما للمدين لدى الغير ، بعض الفقهاء (٣) بينما ينتقده البعض الآخر (٤) .

- وهو يزيد موقف البنك الذي منع المستأجر من الدخول بعد أن حجز الدائنون لديه على الخزنة .

(١) استئناف الرباط ٢٩ أبريل ١٩٥٥ ، المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥٦ ص ٩٤ مع تعليق مخالف للأستاذين كابريراك وبيكي ؛ استئناف مختلط ١٧ مارس ١٩٣٧ ، بلتان ٤٩ ص ١٤٩ ؛ وأنظر كذلك محكمة استئناف باريس في أول يوليو ١٩٠٣ داللو ١٩٠٣ - ٢ - ٢٧٢ .

(٢) ريبير بند ٢٢٣٥ ص ٨٩٧ ؛ الدكتور على عوض ١٩٦٠ ص ٥٨ .

(٣) ريبير ص ٨٩٧ ؛ الدكتور على عوض ص ٦٠ .

(٤) اسكارا ورو ، للجزء السادس بند ١٠٦٦ ص ٨٤٦ ، وهما يريان أن البنك يجب عليه -

ولا يجيز المشرع ، فى قانون التجارة الجديد ، سوى توقيع الحجز التحفظى والحجز التنفيذى على الخزانة (م/٣٢١) .

ويوقع الحجز بتبليغ البنك مضمون السند الذى يتم الحجز بموجبه ، مع تكليفه بالتقرير عما إذا كان يؤجر خزانة للمحجوز عليه (١) . وعلى البنك بمجرد تسلمه هذا التبليغ أن يخطر العميل المستأجر فوراً بتوقيع الحجز وأن يمنعه من استعمال الخزانة (م/٣٢١) .

فإذا كان الحجز تحفظياً ، جاز للعميل أن يطلب من القاضى المختص إصدار أمر على عريضة بالترخيص له فى سحب بعض محتويات الخزانة فى حضور من يندبه القاضى لذلك (م/٣٢١) .

أما إذا كان الحجز تنفيذياً ، التزم البنك بفتح الخزانة وإفراغ محتوياتها بحضور الحاجز أو من يندبه القاضى لذلك . ويخطر المستأجر بالميعاد المحدد لفتح الخزانة وتجرد محتوياتها وتسلم إلى البنك أو إلى أمين يعينه قاضى التنفيذ حتى يتم بيعها طبقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية (م/٣٢١) .

- منع العميل من الدخول إلى صالة الخزائن وإنما فقط فى حالة صدور أمر من القاضى أو بناء على طلب جهات البرليس . وينتقد القضاء أيضاً ويرى صحة ما للمدين لدى الغير الفقيهان سوليس وليسمان .

وعلى أى حال ، فإن على البنك ، فى حالة وفاة العميل مستأجر الخزانة ، التزاماً قانونياً بإبلاغ مصلحة الضرائب ، وإدارة التركات ، ثم عليه أن يمنع كل من يحاول الوصول إليها سواء أكان وكيل للعميل المتوفى أو وارثاً له ، ولا يفتح الخزانة إلا بوجود مندوب مصلحة الضرائب والورثة أو وكيل عنهم ، وذلك للقيام بجرد محتوياتها ، وتغلق الخزانة مرة أخرى حتى تحدد مصلحة الضرائب الضريبة المستحقة ويسددها الورثة . عندئذ يستطيع البنك أن يسلم ما فى الخزانة للورثة الذين يقومون بتقديم المستندات القانونية اللازمة كالأعلام الشرعى وأعلام الورثة وما إلى ذلك .

(١) وهو يختلف عن التقرير بما فى الذمة الذى لا يستطيعه البنك نظراً لجهله بمحتويات الخزانة .

وإذا كان بالخزانة أوراق أو وثائق لا يشملها البيع وجب تسليمها إلى العميل المستأجر إذا كان حاضراً وقت فتح الخزنة ، وإلا وجب تسليمها إلى البنك لحفظها حتى يطلبها المستأجر أو ورثته . فإن لم يتقدم أى منهم لاستلام الأوراق والوثائق المشار إليها خلال خمس سنوات ، يكون للبنك الحق فى عرض الأمر على قاضى الأمور الوقفية ليقرر ما يراه بشأنها (م ٣٢١/٥) .

الفرع الثالث

حساب الودائع النقدية

Le Compte de dépôt d'espèces

٢٢٥- تمهيد ١- أهمية الودائع النقدية :

النقد هو بلا ريب أهم الودائع التى يتلقاها البنك . فهى القوة التى يستطيع أن يقوم بواسطتها بسائر عملياته ويباشر كافة أنواع نشاطه المصرفى . وهى الوسيلة الطبيعية لائتمان الرأسمالين للبنك . إذ من الصعب على البنك أن يجتذب ائتمان الرأسمالين بإصدار أسهم أو سندات لأجل طويل شأنه فى ذلك شأن أى مشروع تجارى أو صناعى . لأن الجانب الأكبر من ذمته المالية سائل لا يمكن أن يطمأن إليه لأجل طويل . ومن ثم فإن الرأسمالين يفضلون أن يكون ائتمانهم للبنك عن طريق الايداع لأجل قصير أو عند الطلب . وتعد الودائع النقدية بالنسبة للبنك المناط الأول للثقة التى يبعثها فى نفوس عملائه ، والنطاق العام الذى تدور فيه سائر عملياته الائتمانية .

والوديعة النقدية ، عقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه مع التزامه برد مثلها للمودع طبقاً لشروط العقد ، (م ٣٠١) .

والوديعة صور مختلفة : فقد تكون بمجرد الطلب ، بمعنى أن يكون للعميل الحق في استردادها كلها أو بعضها وقتما يشاء . وهي أهم صور الدائع النقدية وأكثرها انتشاراً . وتسمى أحياناً ، الوديعة الجارية ، . وقد تكون بشروط الاخطار السابق ، وهي وديعة لمدة غير محددة بحيث يكون للعميل أن يطلب استردادها دون انتظار أجل معين شريطة اخطار البنك بذلك قبل الاسترداد بمدة معينة يتفق عليها في العقد لاعطائه فرصة تدبير الأموال التي يرغب المودع في استردادها . وقد تكون لأجل ، لمدة شهر أو ثلاثة أو ستة أشهر أو سنة مثلاً ، بحيث لا يجوز للمودع استردادها قبل انقضاء هذا الأجل . وهي أهم الدائع بالنسبة للبنك لكونها تعطيه حرية أكبر في استعمال واستثمار النقود المودعة دون أن يتعرض لمفاجآت الاسترداد كما هو الشأن في الوديعة لدى الطلب . وقد تكون الوديعة مخصصة ، بمعنى أن يتفق في العقد على تخصيصها لغرض معين ، ويطلق عليها في العمل تسمية ، الوديعة العاهرة ، . وقد يكون هذا التخصيص لمصلحة العميل ، كما لو طلب هذا الأخير من البنك استخدام الوديعة في شراء أوراق مالية لحسابه . وقد يكون التخصيص لمصلحة البنك ، كما لو طلب العميل ائتمناً من البنك بضمان الوديعة . وأخيراً قد تكون الوديعة ذخارية (وديعة التوفير) ، وفيها يتم ايداع النقود لدى البنك الذي يقوم بتسليم المودع دفترًا للتوفير بذكر فيه اسم صاحبه ، ويدون فيه المدفوعات والمسحوبات ، ويعتبر حجة في إثبات البيانات المدونة فيه في العلاقة بين البنك والعميل (م ٣٠٩) .

٢٢٦- ب- حساب الدائع النقدية ،

وفكرة الايداع لا تقتصر بالنسبة للعميل على مجرد الاحتفاظ بالنقود أو حتى على الحصول على فائدة مناسبة ، وإنما هي تتعلق بسهولة استعماله لهذه النقود المودعة في البنك دون أن يضطر إلى حمل وتداول للنقود ذاتها . فالعميل يودع لأنه يود أن يستعمل أمواله المودعة في عمليات مستقبلية يعرف أن البنك هو خير من يقوم له بها . بل إنه كثيراً

ما تكون وديعة النقود بقصد تخصيصها للقيام بعملية معينة أو لغرض معين^(١) avec affectation spéciale ، أو تكون تحت الطلب بحيث يسهل أن يسحب منها ما شاء في أي وقت يشاء^(٢) . ومن هنا ترتبط فكرة ايداع النقود بفكرة فتح الحساب . ويكون العقد الذي يتم بين البنك والعميل ، ليس مجرد عقد وديعة نقود ، وإنما عقد فتح حساب ودائع يلقى فيه العميل بالمبلغ الأول الذي يحتمل الزيادة بواسطة العمليات التي قد يكلف البنك بها وتؤدي إلى دخل نقدي للعميل ، ويحتمل النقصان بعمليات السحب أو غيرها من العمليات التي تقتضي الانفاق من النقود المودعة على ألا تتجاوز هذه العمليات قيمة النقود المودعة فعلاً . ذلك أن حساب الودائع لا يتضمن ، بصفة عامة ، ائتمانات من جانب البنك للعميل . ولقد عبرت عن ذلك بوضوح المادة ٣٠٣ تجاري بقولها : ١ - لا يترتب على عقد وديعة النقود حق للمودع في سحب مبالغ من حساب الوديعة إذا لم يكن رصيد هذا الحساب دائماً ، ٢ - إذا أجرى البنك عمليات لحساب المودع ترتب عليها أن صار رصيد حساب الوديعة مديناً وجب على البنك إخطار المودع فوراً لتسوية مركزه . وكثيراً ما يسمى حساب الودائع بحساب الشيكات Compte de chèques ، إشارة إلى أن النقود المودعة تكون تحت تصرف مودعها يستطيع أن يسحب منها عن طريق إصدار الشيكات . ولكن هذه التسمية غير دقيقة ، لأن الحساب الجاري أيضاً - وسوف نتكلم عنه فيما بعد بالتفصيل - لا يستبعد هذه الوسيلة من وسائل سحب النقود التي تنتج عن عمليات الحساب . وسوف نتكلم تباعاً عن فتح الحساب ، وسريانه ، وقفه ، وأخيراً نبحث الطبيعة القانونية لعملية ايداع النقود في البنك .

(١) ويرى ريبير أنه في هذه الحالة لا يكون العقد وديعة وإنما هو تنفيذ للعقد الآخر الذي تخصص له النقود (بند ٢١٤١ من ٨٦٥) .

(٢) ولكن قد يتفق على أن يكون رد الوديعة بشرط الاخطار Préavis أو لأجل معين يجب على العميل احترامه ، ويحصل العميل عادة على فائدة مقابل ذلك .

أولاً: فتح الحساب

Ouverture du compte

٢٢٧-١- عقد فتح الحساب :

يتم فتح الحساب بعقد يبرمه البنك والعميل . ويتم ايداع النقود عادة عند انعقاد العقد (١) . ولا توجد نصوص خاصة تحكم قواعده ، لذلك فالمرجع فيه يكون للقواعد العامة ، وما جرى عليه عرف العمل ، والبنود الخاصة التي يتضمنها الاتفاق .

والعقد ينشئ صلة جديدة بين البنك وعميله . لذلك يحرص البنك على اختيار عميله ويجري لذلك عادة بعض التحريات اللازمة عن شخصه وأهليته ، دون أن يكون ذلك التزاماً على عاتقه .

ويحتفظ البنك لنفسه بحق الرفض إذا تكتشفت له من الأسباب ما يبرره ، كما إذا تبين له شدة اعسار عميله أو سبق التجائه إلى وسائل احتيالية أو غير مشروعة . وقد يضع حداً أدنى للمبلغ الذي يصلح أن يفتح بمقتضاه الحساب . وبالنسبة للأشخاص المعنوية ، يتحقق البنك من صحة وجود الشخص المعنوي ومن سلطة الأشخاص الذين يمثلونه في القيام بتلك العمليات .

٢٢٨- تعدد الحسابات للشخص الواحد :

أجازت المادة ٣٠٧ تجارى أن يكون للشخص الواحد أكثر من حساب فى بنك واحد أو فى فروع . وفى هذه الحالة يعتبر كل حساب منها مستقلاً عن الحسابات الأخرى ، وذلك خروجاً على مبدأ وحدة الذمة المالية . ويترتب على مبدأ الاستقلال أنه لا يجوز إجراء المقاصة بين حساب دائن وآخر مدين إلا بموافقة العميل .

(١) ومع ذلك لا يعتبر عقداً عينياً ، بل هو عقد رضائى ، أما تسليم النقود فهو أول التزامات العميل .

ولا شك في أن قاعدة استقلال الحسابات ، في حالة تعددها ، ضارة بالبنك عند افلاس العميل . إذ لا يستطيع البنك أن يجرى المقاصة بين الرصيد الختامي الدائن لأحد هذه الحسابات مع الرصيد الختامي المدين لحسابات أخرى . بل عليه أن يقدم لأمين التفليسة الرصيد الدائن ، ثم يدخل بالأرصدة المدينة في التفليسة فيتعرض لقسمة الغرماء . ولتجنب هذه النتيجة الضارة تحرص البنوك على الاتفاق مع عملائها على اندماج الحسابات المتعددة بحيث تعتبر مجرد أقسام من حساب واحد .

٢٢٩-٢- فتح الحساب المشترك Compte - Joint والقواعد

المنظمة له :

قد يحدث أن يتفق عميلان أو عدة عملاء على فتح حساب واحد على وجه التضامن فيسمى بالحساب المشترك . ويكون لكل منهم حق ايداع المبالغ في الحساب ، كذلك يكون لأيهم حق سحبها منه . وهذا مثل من الأمثلة القليلة على التضامن الإيجابي . وهو منتشر في إنجلترا ، خاصة بين الأزواج . أما في فرنسا فقد استخدم الحساب المشترك للتحويل على النظام المالي للزواج وعلى ضرائب الشركات ، ولذا وضعه القانون الفرنسي الصادر في ٣١ مارس سنة ١٩٠٣ تحت رقابة دقيقة جعلت الالتجاء إليه نادراً (١) .

وفي مصر يجوز أن يفتح البنك حساباً مشتركاً بين شخصين أو أكثر بالتساوي فيما بينهم ما لم يتفق على غير ذلك (م ٣٠٨/١) . ويتم فتح الحساب بناء على طلب أصحابه جميعاً . ولا يجوز السحب منه إلا بموافقتهم جميعاً ما لم يتفق على خلاف ذلك (م ٣٠٨/٢) .

وإذا أخطر أحد أصحاب الحساب المشترك البنك كتابة بوجود خلاف بينهم ، وجب على البنك تجميد الحساب حتى تتم تسوية الخلاف

(١) اسكارا ، بند ١٣٣٣ من ٩٢٨ ؛ اسكارا ورو ، جزء ٦ بند ٤١٣ من ٢٤٦ .

بينهم رضاء أو قضاء (م ٣٠٨/٣) .

وفي حالة الحجز على رصيد أحد أصحاب الحساب المشترك ، فإن الحجز يسرى على حصة المحجوز عليه من رصيد الحساب يوم ابلاغ البنك بالحجز . وعلى البنك وقف السحب من الحساب بما يساوى الحصة المحجوز عليها واطار أصحاب الحساب أو ممثليهم بالحجز خلال مدة لا تجاوز خمسة أيام (م ٣٠٨/٤) .

وإذا توفى أحد أصحاب الحساب المشترك أو فقد أهليته ، وجب على الباقيين اخطار البنك بذلك وبرغبتهم فى استمرار الحساب وذلك خلال مدة لا تجاوز عشرة أيام من تاريخ الوفاة أو فقدان الأهلية . وعلى البنك وقف السحب من الحساب حتى يتم تحديد الورثة أو تعيين القيم على من فقد أهليته القانونية (م ٣٠٨/٥) .

٢٣٠-٢- فوائد الحساب وعمولة البنك :

إذا كانت الوديعة تحت الطلب ، فالأغلب أن لا يرضى البنك أن يعطى عنها فوائد أو يعطى فوائد ضئيلة جداً . إذ لا يستطيع أن يعتمد عليها فى عملياته . أما إذا كانت الوديعة لأجل ، فإنه يعطى فوائد يتفق عليها مع العميل . ولا بد ، لكى ينتج حساب انودائع فوائد ، من نص صريح للعقد فى ذلك .

فإذا تم الاتفاق على الفوائد ، فإنها تسرى منذ الايداع ، أو منذ الوقت الذى يحدده البنك وانعميل لسريانها (١) . ويجوز الاتفاق على تقاضى

(١) قد يحدث فعلاً أن يحدد الطرفان تاريخاً معيناً لبدء سريان الفوائد فيقال : Valeur ، ويذكر هذا التاريخ للمعين . اسكارا ، بند ١٣٣٦ ص ٣١ . ويربط ريبير بين الفوائد والحساب . ذلك أنه يعتبر ايداع النقود وديعة ، فكان لابد من أن يربط الفوائد بعقد آخر ، لذا اضطر أن يعتبر الفوائد أثراً من آثار فتح الحساب لا صلة له بالوديعة النقدية (بند ٢١٤٢ ص ٨٦٥) ونحن لا نؤيد هذا الرأى إذ هو واضح الافتعال .

فوائد على متجمد الفوائد ، رغم القاعدة الآمرة الواردة في المادة ٢٣٢ مدنى . ذلك أن العرف المصرفى جرى على اضافة الفوائد إلى رأس المال عند قطع الحساب فى المواعيد الدورية التى يحددها البنك عادة ويوافق عليها العميل *arretés periodiques* ، إذ يشمل الرصيد الناتج عن القطع على الفوائد ، وتسرى فوائد جديدة على هذا الرصيد بما يتضمنه من فوائد سابقة .

٢٣١-٤- إثبات العقد :

تسرى القواعد العامة فى الإثبات . فيجوز الإثبات فى مواجهة البنك بكافة طرق الإثبات (لأنه تجارى دائماً بالنسبة للبنك) ، أما فى مواجهة العمل فيختلف الإثبات حسبما إذا كان العقد بالنسبة إليه تجارياً أو مدنياً . ويكون الإثبات - من الناحية العملية - عن طريق الايصال الذى يعطيه البنك للعميل ودفتر الشيكات . ولا يثير الإثبات فى العمل اشكالات جدية .

ثانياً : تشغيل الحساب او سريانه

Fonctionnement du Compte

٢٣٢- العمليات تحتفظ باستقلالها داخل الحساب :

تتخلل حياة الحساب ، منذ فتحه إلى قفله ، عمليات مختلفة بين العميل والبنك ، تحتفظ كل عملية منها باستقلالها ولا يطرأ عليها أى تحول ، وذلك على خلاف ما سنرى فيما يتعلق بالعمليات التى تدخل الحساب الجارى . كل ما هنالك أنها تترجم فى حساب الودائع إلى قيود تذكر فى الجانب الدائن للعميل أو فى الجانب المدين ، حتى يأتى اليوم الذى يصفى فيه الحساب ، فيظهر الرصيد النهائى . ذلك أن العمليات ، على تنوعها ، تؤدى فى النهاية إلى أحد أمرين : فهى إما أن تجعل العميل دائماً بمبلغ معين فتترجم العملية إلى ايداع جديد فى

حسابه (١) ، وأما أن تجعله مديناً بمبلغ معين فتكون بمثابة سحب retrait من أمواله المودعة في البنك .

كذلك يقيد البنك في الجانب الدائن أو في الجانب المدين للعمليات التي تتم عن طريق النقل المصرفي .

٢٢٢- النقل المصرفي Virement ١- ماهيته :

عرف المشرع النقل المصرفي ، في المادة ١/٢٢٩ تجاري ، بأنه عملية يقيد البنك بمقتضاها مبلغاً معيناً في الجانب المدين من حساب الأمر بالنقل بناء على أمر كتابي منه وفي الجانب الدائن من حساب آخر .

فالنقل المصرفي ، إذا ، عملية شكلية تتم بواسطة قيود يجريها البنك ، مضمونها أنه يجعل حساب عميل معين مديناً بمبلغ معين ، لكي يجعل حساب عميل آخر دائناً بذات المبلغ ، أو هي نقل مبلغ من حساب لحساب آخر بمجرد قيد في الحسابين (٢) . وتبدأ هذه العملية عندما تنشأ علاقة مديونية بين شخصين لكل منهما حساب في البنك ، فبدلاً من أن يقوم المدين منهما بسحب مبلغ من حسابه ليوفى به للآخر ، الذي يلجأ بدوره إلى البنك مرة أخرى ليودعه ، يصدر العميل المدين أمراً إلى البنك بأن ينقل من حسابه إلى حساب دائنه مبلغاً يعادل قيمة الدين فيجري البنك القيود اللازمة ، ثم يخطر العميل الدائن بأنه أضاف إلى حسابه هذا المبلغ نقلاً عن حساب مدينه ، فيوافق الدائن ، أو على الأقل لا يعترض . وتتم

(١) والواقع أن الاقتصاديين يعتبرون من قبيل الرديئة كل المبالغ التي يكون البنك مديناً بها للعميل تحت الطلب حتى ولو نشأت من عملية أخرى غير الإيداع ، كخصم ورقة تجارية أو تحصيل أرباح صكوك - ريبيرر بند ٢١٣١ ص ٨٦٢ .

(٢) اسكارا ، بند ١٣٣٥ ص ٩٢٩ وأنظر كذلك تعريف الدكتور على عوض : « تفريغ حساب شخص يسمى الأمر من مبلغ نقدي وقيد هذا المبلغ في الجانب الدائن لحساب آخر قد يكون باسم الأمر نفسه أو باسم شخص آخر ، بنوك ١٩٥٨ ص ٢٩ .

العملية على هذا الوجه يغنى عن استعمال النقود ، لذلك أطلق عليه تسمية ، النقود القيدية ، Monnaies Scripturales .

٢٢٤-٢- كيفية تنفيذ النقل المصرفي :

ويتم النقل المصرفي بمقتضى أمر صادر من شخص يسمى العميل الأمر إلى البنك . ويجب أن يكون هذا الأمر كتابياً (م ٢٢٩/١) ، فلا يجوز أن يكون شفهيًا . ويتم تحديد شروط اصدار هذا الأمر بموجب اتفاق بين البنك والعميل (م ٢٢٩/٢) . .

والقاعدة أن يكون الأمر اسمياً ، أى صادراً باسم شخص معين . ولا شئ يمنع من أن يكون اذنيًا . ولكن لا يجوز بحال أن يكون أمر النقل لحامله (م ٢٢٩/٢) خشية ضياعه أو سرقة .

ويجوز أن يرد أمر النقل على مبالغ مقيدة فعلاً في حساب العميل مصدر الأمر ، أو على مبالغ يتفق مع البنك على قيدها في حسابه خلال مدة معينة (م ٣٣١) .

وإذا كان مقابل الوفاء بأمر النقل أقل من القيمة المذكورة فيه وكان الأمر موجهاً من العميل الأمر ، جاز للبنك أن يرفض تنفيذ الأمر على أن يخطر العميل بذلك دون ابطاء (م ٣٣٥/١) أما إذا كان أمر النقل مقدماً من المستفيد مباشرة قيد البنك لحسابه المقابل الناقص ما لم يرفض المستفيد ذلك . وعلى البنك أن يؤشر على أمر النقل بقيد المقابل الناقص أو بالرفض الصادر من المستفيد (م ٣٣٥/٢) . ويبقى للعميل الأمر حق التصرف في المقابل الناقص في حالة رفض البنك تنفيذ الأمر أو رفض المستفيد قيد المقابل الناقص لحسابه (م ٣٣٥/٣) .

والغالب أن يتم النقل المصرفي من حساب عميل معين إلى حساب عميل آخر . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يصدر العميل إلى البنك أمراً باجراء عملية النقل المصرفي بين حسابين له في ذات البنك أو في بنكين مختلفين (م ٢٢٩/١ ب) ، إذا كان يخصص كل واحد منهما لغرض

معين . كما إذا كان له حساب لعملياته الشخصية وحساب آخر للعمليات التي يقوم بها في ممارسة حرفة معينة ، وكما إذا كان شخصاً معنوياً (شركة أو جمعية مثلاً) ، وله حساب خاص لكل فرع من فروعته المختلفة تسهيلاً لعمليات السحب والاداء .

وقد يتم النقل المصرفي بين عميلين لكل منهما حساب في ذات البنك ، ولكنه قد يتم أيضاً بين عميلين في بنكين مختلفين (م ٢٢٩/١ أ) . فيصدر الأمر من العميل المدين إلى البنك الذي يتعامل معه بأن يضع ، تحت تصرف بنك العميل الدائن ، مبلغاً معيناً يقيدده هذا البنك الأخير في حساب العميل الدائن . فكأن البنك الثاني يتولى عن البنك الأول القيام بعملية النقل بين العميلين دون استعمال النقود . ولا يقتضى الأمر عادة أن يعطى البنك الأول إلى البنك الثاني مبلغ ما قيده البنك الثاني لحساب عميله الدائن ، إذ أنه غالباً ما يكون بين البنكين حسابات متصلة تتم تصفيتهما عن طريق المقاصة .

وإذا تم النقل المصرفي بين فرعين لبنك واحد أو بين بنكين مختلفين ، فيجب أن يقدم الاعتراض على هذا النقل الصادر من الغير إلى الفرع أو البنك الذي يوجد به حساب المستفيد (م ٣٣٠) .

ولا شك أن من الأهمية بمكان معرفة التاريخ الذي يعتبر فيه أن نقل المبلغ عن طريق النقل المصرفي قد تم . إذ أنه قبل هذا التاريخ يستطيع العميل الأمر أن يرجع فيلغى الأمر الذي أصدره . كذلك من الجوهري معرفة هذا التاريخ عند افلاس العميل الأمر أو افلاس البنك الذي يقوم بالقيد ، فعلى هذا التاريخ يتوقف نفاذ النقل المصرفي أو عدم نفاذه .

والقاعدة العامة ، طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٣٣٢ تجارى ، أن العبرة في تمام تنفيذ النقل المصرفي بوقت القيد في الجانب الدائن من حساب المستفيد . فمتى تم هذا القيد يملك هذا الأخير القيمة محل النقل المصرفي ولا يجوز للعميل الأمر الرجوع في أمر النقل .

ومع ذلك إذا اتفق على أن يتقدم المستفيد بنفسه بأمر النقل إلى

البنك، فلا يجوز للعميل الأمر الرجوع في الأمر حتى ولو لم يكن القيد قد تم في الجانب الدائن من حساب المستفيد (م ٢/٣٣٢) .

أما فيما يتعلق بالافلاس ، ففي الأمر تفصيل : فشهرا فافلاس العميل الأمر لا يحول دون تنفيذ أوامر النقل التي أصدرها متى قدمت إلى البنك قبل تاريخ صدور الحكم بشهر الافلاس (م ١/٣٣٧) . ولكن إذا أشهر افلاس المستفيد ، فيجوز للعميل الأمر الاعتراض على تنفيذ أمر النقل ولو تسلمه المستفيد بنفسه (م ٢/٣٣٧) .

أما مكان النقل المصرفي ، فهو موطن البنك الذي أجرى القيد . وهو موطن البنك الثاني - بنك المستفيد - عندما لا يكون هو نفس بنك العميل الأمر .

٢٢٥-٢- آثار النقل المصرفي :

أ- إذا تمت عملية النقل المصرفي ، فإن البنك ينقص من رصيد العميل الأمر في الحساب ، إذ يعتبر أنه قد سحب المبلغ الذي نقله إلى العميل المستفيد . وبمجرد القيد الذي تكتم به عملية النقل المصرفي ، ينشأ للعميل المستفيد حق مباشر في مواجهة البنك . أما فيما بين العميل الأمر والمستفيد ، فإن هذا النقل المصرفي يعتبر وفاء . ولذلك يبقى الدين الذي صدر أمر النقل المصرفي وفاء له قائماً بتأميناته وملحقاته إلى أن تقيد القيمة فعلاً في الجانب الدائن من حساب المستفيد (م ٣٣٣) . وهو كالوفاء بالنقود في حكم المادتين ٥٩٨ و ٥٩٩ تجاري المتعلقتين بعدم نفاذ تصرفات المفلس خلال فترة الرتبة .

والنقل المصرفي عملية مجردة . فهو أشبه بعملية تسليم النقود مادياً من العميل الأمر إلى دائنه العميل المستفيد عن طريق مناوله يدوية من جانب البنك المتوسط (١) . وعلى ذلك فإن حق المستفيد في مواجهة البنك

(١) لذلك قضت محكمة استئناف رن في حكمها الصادر في ٩ مايو ١٩٤٦ ، دالوز -

بعد القيد حق بات مستقل تماماً عن العلاقة بين البنك وبين العميل الأمر، والتي كانت السبب في اصدار الأمر . ومن ثم فلا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالدفع التي كان يستطيع أن يحتج بها في مواجهة العميل الأمر . فإذا فرض أن التصرف الذي تم على أساسه النقل المصرفي قد أبطأ لسبب أو لآخر ، فإن البطالان لا يؤثر على صحة وتمام عملية النقل المصرفي بالقيود المادية التي أجراها البنك . وليس للبنك أن يتحرقى هذا التصرف أو يبحث أهلية العميل الأمر للقيام به (١) ، وإنما له بطبيعة الحال أن يتحقق من شخصية العميل الأمر وأهليته لاصدار الأمر . بل إن ذلك التزام عليه تترتب مسؤوليته إذا أخل به .

ب- والواقع أن أهمية دور البنك الذي يجرى القيود واضحة . لذلك فإن التزامه دقيق ، ومسؤوليته كثيراً ما تثار . فهو مسئول إذا لم يتحقق من صحة توقيع العميل الأمر (٢) ، وهو مسئول عن الغلط في القيد، ولكن مسؤوليته تثار على وجه الخصوص بصدد التأخير في اجرائه (٣) .

٢٣٦-٤- الطبيعة القانونية لعملية النقل المصرفي :

لا شك أننا لم نعد في حاجة ، بعد أن استعرضنا قواعد وآثار هذه

= ١٩٤٧ - ٥٥ - وتعليق A.C. ، بأن الهبة التي تتم عن طريق النقل المصرفي ليست هبة مستترة (لا بد أن تتم في شكل معين) ، وإنما هبة يدرية صحيحة لأنها تمت بتسليم صحيح .

(١) ريبير ، بند ٢٠٦٦ ص ٨٣٥ ، هامل ، جزء ٢ بند ٨٢٦ ص ٢٥٢ .

(٢) نقض مدني ٢٨ يناير ١٩٣٠ الذي قرر مسؤولية البنك عن تنفيذ أمر مزور محرر بطريقة مريبة دون أن يقوم بتحريات ، أشار إليه الدكتور على عوض ١٩٥٨ ص ٣٩ .

(٣) وقد أصدرت محكمة الرباط في هذا الشأن حكماً هاماً في ٢٣ مارس ١٩٣٣ ، سيرى ١٩٣٣ - ٢ - ٢١٢ ، كان البنك قد تأخر ٢٤ يوماً في تنفيذ أمر نقل واعتذر أمام المحكمة بأنه كان ينتظر تاريخ القطع الدوري لتحديد الفوائد لأنه يستحيل عليه تحديدها قبله . رفضت المحكمة هذا العذر واعتبرت أنه لا أساس له ، وقررت أن هذا التأخير يعتبر خطأ من جانب البنك يلزمه بتعريض عميله عن الأضرار التي سببها له .

العملية ، إلى أن نسهب في نقد النظريات الكثيرة التي قيلت ، والتي تحاول أن تضع لها أساساً من نظم القانون المدنى التي نعرفها .

أ- فلا شك أن هذه العملية المجردة لا يمكن أن تعتبر حوالة حق ، الأمر فيها هو المحيل ، والمستفيد هو المحال له والبنك هو المحال عليه . لأن هذا التكليف يودى إلى القول بجواز أن يدفع البنك فى مواجهة العميل المستفيد بكافة الدفعات التى يستطيع أن يدفع بها فى مواجهة العميل الأمر .

ب- كذلك لا يمكن القول بأنها تتضمن إنبابة كاملة ، الأمر فيها هو المنيب والبنك هو المناب ، والعمل المستفيد هو المناب لديه . صحيح أن الإنبابة الكاملة تتضمن تجديداً للدين ، بمعنى أن المنيب - وهو هنا العميل الأمر - يبرأ من التزامه فى مواجهة المناب لديه ، فلا يبقى إلا التزام البنك مستقلاً فى مواجهته ، وصحيح أن التزام المناب قبل المناب لديه التزام مجرد مستقل عن علاقة المنيب الأصلية بالمناب (م ٣٦١ مدنى) . إلا أن الإنبابة الكاملة لا تستطيع أن تفسر كيف يترتب كل هذا بناء على اجراء قيود مادية فى الحسابين ومنذ تاريخ اجرائها . ولا تفسر لنا كيف يصبح البنك مديناً بمقتضى قيد يجريه (١) . ثم إن البنك لا يقوم بدور ايجابى ولا تبضح لديه نية الالتزام فى مواجهة المستفيد . إنه ينقل الائتمان من مكان إلى آخر . وهو يفعل ذلك بين عميلين ، كما يفعله بين حسابين لعمل واحد ، بنفس الطريقة ، وبذات الآثار .

ج- وهناك من الفقهاء من يرى فى النقل المصرفى عملية مركبة . فالعميد هامل يرى أنها تتحلل إلى عناصر ثلاثة : الأول هو الأمر الذى يصدره العميل ، وهذا العنصر لا يثير فى نظره اشكالا ، والثانى هو قيام

(١) فأتوقع أن السبب انقانونى لحق العميل المستفيد ليس هو أمر النقل المصرفى الذى أصدره العميل الأمر (المنيب) كما كان يجب أن يكون الأمر فى الإنبابة الكاملة ، وإنما هو القيد الذى يجريه البنك ، أنظر : ريبير ، بلد ٢٠٦٧ من ٨٣٥ .

البنك بالوفاء ، والثالث ايداع من المستفيد للمبلغ الذي تلقاه (١) . وعيب هذا التحليل أن العنصرين الثاني والثالث ليس لأيهما وجود منفصل عن الآخر . لذلك يرى الفقيه ريبير أنها عملية مركبة من عنصرين فقط ، الأول هو الأمر الصادر من العميل ، والثاني هو القيد . ولكن من الواضح أن هذا التحليل لا يؤدي إلى شيء ، إذ أن الصعوبة كلها تكمن في هذا العنصر الثاني .

د- لذلك يتجه أغلب الفقه والقضاء إلى تكييف النقل المصرفي بأنه عملية مادية شكلية تساوى في نظر القانون عملية تسليم مادية لمبلغ من النقود (٢) . بل لقد أطلقوا عليها - والتعبير موفق إلى أبعد حد - أنها « نقود قيدية ، monnaie scripturale » . فالعميل المستفيد قد تسلم نقوداً بالفعل من العميل الأمر ، كل ما هناك أن طريقة التسليم طريقة مصرفية حديثة .

وأخذ القضاء الفرنسي بهذا النظر في أحكام كثيرة من أهمها حكم محكمة استئناف رن الصادر في ٩ مايو ١٩٤٦ (٣) ، إذ عرفت النقل المصرفي بأنه نقل أموال transfert de fonds يتحقق عن طريق قيديين : أحدهما في الجانب المدين لمصدر الأمر ، والآخر في الجانب الدائن للمستفيد . ويترتب على هذين القيديين أثر حقيقي لا صوري هو تخلي مصدر الأمر عن حيازة هذه الأموال وتسليمها للمستفيد .

وكذلك حكم محكمة استئناف مخطط سايجون في ١٢ مارس

(١) هامل ، جزء ٢ بلد ٨٢١ ص ٢٤٦ .

(٢) اسكارا ، بلد ١٣٣٥ ص ٩٣٠ ؛ ريبير ، بلد ٢٠٦٧ ص ٨٣٧ ؛ الدكتور على عوض ، ١٩٥٨ ص ٤٥ .

(٣) دالتوز ١٩٤٧ - ٥٥ وتعليق A.C. ، وسيري ١٩٤٧ - ٢ - ٨٣ :

” Le virement de compte est un transfert de fonds , qui se realise par deux écritures, l'une au débit du donneur d'ordre, l'autre au crédit du bénéficiaire, écritures dont l'effet, non fictif mais réel, est d'opérer dessaisissement du donneur d'ordre et tradition au bénéficiaire ” .

١٩٥٤ (١) في قضية تتعلق بتاجر يقيم بالهند الصينية وله فرع في فرنسا ، وأراد أن يدفع ثمن بضائع اشتراها من فرنسا ، فأصدر أمراً إلى أحد البنوك بالقيام بالنقل المصرفي إلى الفرع الموجود في فرنسا حتى يدفع ثمن هذه البضاعة ، فأجرى البنك القيود اللازمة . وقد حكمت المحكمة لذلك أن هذا النقل قد أدى إلى نقل حقيقي للأموال وأنه لا يغير من نهائية حق البائع الموجود في فرنسا أن هيئة مراقبة النقد في الهند الصينية قد رفضت الترخيص بهذا النقل . وبالتالي فإن هذا المبلغ لا يدخل في تفليسة مصدر الأمر : التي فتحت في تاريخ لاحق .

ثالث : قفل الحساب

Clôture du Compte

٢٢٧-١- أسباب قفل الحساب :

يقفل الحساب لأسباب مختلفة : منها أن يكون العميل والبنك قد اتفقا ، عند فتح الحساب ، على أن يظل مفتوحاً لمدة معينة فقط ، وهي حالة لا تحدث كثيراً في العمل ، أو أنه يجب قفله بمجرد انتهاء عملية مصرفية معينة ، فيقفل الحساب حينئذ في الميعاد المحدد .

وعند عدم الاتفاق على تحديد ميعاد معين ، وهي الحالة الغالبة ، فإن الحساب يمكن أن يقفل بناء على طلب أحد الطرفين في وقت مناسب . ويغلب أن يأتي طلب قفل الحساب من جانب العميل .

وللحساب طابع شخصي ، لذلك يجب قفله إذا طرأ على أهلية أحد الطرفين طارئ : كما إذا توفي العميل أو حجر عليه أو أفلس ، أو إذا كان العميل شخصاً معنوياً فانقضى . كذلك يجب قفل الحساب بمجرد إفلاس البنك أو تصفيته .

(١) جازيت دي باليه ١٩٥٤ - ١ - ٣٥٠ .

ولا يؤدي توقيع الحجز تحت يد البنك على رصيد الحساب الدائن لمصلحة العميل إلى قفله ، وإنما يؤدي إلى تجميده مؤقتاً blocage فلا يستطيع العميل أن يسحب من هذا الرصيد إلى أن يرفع الحجز فيستمر الحساب كما كان من قبل .

٢٢٨-٢- آثار قفل الحساب :

• عند قفل الحساب يجب تصفيته وبيان الرصيد النهائي . وهو عادة لصالح العميل في حساب الودائع . وتصبح نتيجة التصفية نهائية بالاتفاق عليها أو بالحكم القضائي ، فلا يجوز إعادة النظر فيها بعد ذلك إلا لاصلاح خطأ مادي أو خطأ في عملية الحساب أو ترك أو تكرار لأحد القيود . وتشترط المادة ٢/٣٠٤ تجارى لقبول طلب التصحيح إلا يكون قد مضى على القيود المطلوب تصحيحها ثلاث سنوات ، أو مضت هذه المدة ولكن المودع أخطر البنك خلالها بعدم تسلمه بياناً بحسابه وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً (١) .

ويصبح دين الرصيد ديناً عادياً يخضع للتقادم المسقط . وإنما يجدر بنا الإشارة إلى قانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ الذى نص فى المادة ٢٨ منه على أنه : تزول إلى الدولة جميع المبالغ التى أصابها التقادم متى كانت هذه المبالغ تمثل أرباح وفوائد الأسهم والسندات التى لم يطالب بها أصحابها وكذلك قيمة الأسهم والسندات نفسها والودائع والسندات المودعة لدى البنوك والمبالغ المعطاة على سبيل الضمان . وعلى ذلك إذا تقادمت هذه الديون لدى البنك فإنها لا تسقط وإنما تنتقل ملكيتها إلى الدولة . وتعال المذكرة الإيضاحية هذا القانون بأن التقادم مبنى على قرينة الوفاء ولكن

(١) وقد بينت المادة ١/٣٠٤ هذه الأوضاع بقولها : يرسل البنك بياناً بالحساب إلى المودع مرة على الأقل كل سنة إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بارسال البيان أكثر من مرة خلال السنة . ويجب أن يتضمن البيان صورة من الحساب بعد آخر قطع له ومقدار الرصيد المرحل .

هذه القرينة منتفية نظراً لانتظام الحسابات في الشركات والمصارف .
والواقع أن هذا القانون الاستثنائي لا يهدف إلا إلى تحقيق صالح الخزنة
دون أن يعلى بمبادئ القانون (١) .

رابعاً : الطبيعة القانونية لإيداع النقود في البنك

٢٣٩- هل هي وديعة أم قرض .

اختلفت الآراء فيما يتعلق بتكييف عملية إيداع النقود في البنك ،
وهي كلها تتردد في الواقع بين الفكرتين الأساسيتين اللتين تتضحان معاً
في هذه العملية بدرجات متفاوتة في كل حالة ، وهما : فكرة الحفظ التي
تجعل من العقد وديعة ، وفكرة استغلال البنك للمبلغ والتي تميل بعملية
الإيداع ناحية عقد القرض .

أ- فالفقيه الفرنسي ريبير يغلب فكرة الحفظ ويعتبرها الهدف الحقيقي
لهذه العملية ، ومن ثم فهو يرى أن العقد وديعة باعتبار الغاية الاقتصادية
منه . إلا أنه يعترف ، مع ذلك ، بأن هذا الوصف لا يتفق مع النتائج
العملية المترتبة على الإيداع . ومن بينها مثلاً وقوع المقاصة بين ما
يودعه العميل وما يقرتب في ذمته من ديون للبنك (بينما الأصل أن
الشيء المودع لا يخضع للمقاصة) . ومن بينها كذلك أن البنك يستعمل
هذه النقود لمصلحته (٢) . لذلك فهو يقر بأن التكييف الذي يقترحه ليس

(١) وقانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ مستمد من القانون الفرنسي الصادر في ٢٥ يونيو سنة ١٩٢٠ .
وقد تعرض هذان القانونان في فرنسا ومصر لنقد شديد من جانب الفقهاء الذين رأوا فيه
- بحق - مصدراً للفوضى والعبث بكل قواعد التقادم وأساسه . أنظر في ذلك على وجه
الخصوص : الدكتور السهروري ، الوسيط جزء ٢ بند ٦٤٥ ص ١١٣٠ ، وبند ٦٧١
ص ١١٦٣ ، الدكتور على عوض ، ١٩٥٨ ص ٢٣ .

(٢) ريبير ، بند ٢١٣٣ وبند ٢١٣٤ ص ٨٦٢ و ٨٦٣ . والواقع أن عقد الوديعة الكاملة للنقود
بالمعنى الذي تتضمنه المادة ٧١٨ مدني لا يتصور في النقود . إذ هي لا ترد عيناً
وبذاتها اللهم في حالة الاحتفاظ بها في مطروف خاص وتعيين أرقام الأوراق النقدية
لردها دون غيرها ، وهو أمر لا يعرض على الإطلاق عند إيداع النقود في البنك .

له إلا قيمة نظرية فقط . ولا شك لدينا أن الاعتراف بالتعارض بين التكيف والنتائج العملية يزيل حتى هذه القيمة النظرية .

ب- ويرى آخرون أنها وديعة شاذة (١) . وفكرة الوديعة الشاذة تقترب جداً من فكرة القرض (٢) . إذ بمقتضاها يلتزم المودع لديه ، لا برد الشيء المودع ذاته ، وإنما برد مثله . وإنما تختلف عن القرض في أنها لمصلحة المودع وحده ، بحيث يستطيع أن يتنازل عن الأجل ويطلب الرد فوراً ، مما يجعل من المحتم على المودع لديه أن يحتفظ دائماً بما يماثل الشيء المودع نوعاً ومقداراً حتى يكون على استعداد لمواجهة طلب الرد . وهذه النتائج تختلف عن قواعد عملية الإيداع في البنك ، إذ أن من المقرر أنها إذا اقترنت بأجل فإن العميل لا يستطيع أن يطالب بالمبلغ المودع قبل حلوله . ثم إن البنك لا يحتفظ في خزائنه بمقدار يساوي الأموال المودعة - وإلا لتعطلت أعماله الانتمائية - وإنما بنسبة بسيطة منها لمواجهة احتمالات طلب الرد من بين العملاء المودعين .

ج- ويلجأ فريق ثالث إلى فكرة القرض (٣) فيقولون إن هذه الفكرة هي التي تتفق مع الغاية الاقتصادية للنظام بأكمله ، إذ أن إيداع النقود في البنك أمر ضروري بالنسبة له حتى يقوم بدوره كتاجر نقود وائتمان . ولذا فإنه لا يلتزم في مواجهة عميله إلا بالوفاء ، وبالوفاء في الميعاد المحدد. ويرد أنصار هذا الرأي على الاعتراضات التي قد توجه إليهم ، فيقولون إنه من الممكن ألا ينتج القرض فوائد (وقد كان القرض لا ينتج فوائد خلال العصور الوسطى أيام كانت الكنيسة تحرمها) . وأنه ليس ثم ما يمنع ، من الناحية القانونية ، من أن يكون القرض غير مقترن بأجل ،

(١) ليون كان وزينر ، جزء ٤ رقم ٦٧٤ ص ٦٢٢ .

(٢) والواقع أن الفروق بين الوديعة الشاذة والقرض طفيفة إلى درجة جعلت المادة ٧٢٦ مدني مصري تعتبر انعقد قرضاً إذا كان المودع لديه مأذوناً في استعمال الشيء المودع .

(٣) هامل ، جزء ٢ بند ٧٥٤ ص ١٠٢ .

بحيث يستطيع الدائن أن يطالب المدين المقرض بالرفاء متى شاء .

ومع ذلك ، فإن ما يعيب هذا الرأي ليس مجرد تخلف الفوائد أو عدم اقتران العقد بأجل ، وإنما لأن هذا وذاك لهما تفسير واحد يبعد كثيراً عن عقد القرض . لأنه إذا كان العميل يعطى البنك نقوده دون فائدة ، ويجعلها تحت الطلب ، فذلك لأنه يريد أن يحفظ هذه النقود عند البنك كمودع لديه ، لا أن يعطيها له كمقرض . والواقع أن هناك فرقاً واضحاً واسعاً بين العلاقة المعروفة بين المقرض والمقرض ، وبين العلاقة التي تنشأ بين العميل الذي يودع والبنك الذي يتلقى منه الوديعة النقدية .

د- ويرى بعض الفقهاء أن من الأسهل التخلص من المشكلة بأسرها والقول بأن هذا العقد عقد ذو طبيعة خاصة لا تنجح في تفسيرها نظم العقود المدنية . فيرى اسكارا (١) أنه لا مناص من اعتبار المسألة مسألة واقع وأن على قاضي الموضوع أن يبحث القصد الحقيقي للمتعاقدين دون التقيد بفكرة عقد معين ، وعلى أساس هذا القصد يتخذ العقد صفته .

هـ- أما القضاء الفرنسي فهو متردد بين كل هذه الآراء ، ويبدو أنه يتأثر فعلاً بواقع القضايا التي تعرض أمامه دون أن يعنى بوضع مبدأ ثابت ينسب إليه . فهو مرة يعتبر هذا العقد وديعة (٢) ، ومرة يعتبره عقداً خاصاً يجمع بين قرض الاستهلاك والوديعة الشاذة (٣) . ثم هو يميل إلى فكرة القرض (٤) ، وأحياناً يؤكد فكرة القرض هذه بصورة واضحة (٥) .

(١) اسكارا ، بند ١٢٣٩ من ٩٣٦ ، ويؤيده في هذا الرأي الدكتور على عوض (١٩٥٨ - ص ١٥) وإن كان يميل إلى فكرة القرض . كذلك يرى نستور ريجا (محاضراته بمعهد الدراسات المصرفية ١٩٥٦ ص ١٩) أنه عقد من طبيعة خاصة sui generis مبنية تلك المزايا الاقتصادية التي يرتبها لمصلحة كل من طرفيه .

(٢) نقض أول أبريل سنة ١٨٩٦ ، دالوز ١٨٩٦ - ١ - ٥٨١ .

(٣) استئناف باريس ٢٢ نوفمبر ١٩٢٤ ، جازيت دي باليه ١٩٢٥ - ١ - ٤٦٥ .

(٤) نقض ١٥ مايو ١٩٤٥ ، ميري ١٩٤٦ - ١ - ١ .

(٥) محكمة استئناف باريس ١٨ فبراير ١٩٢٧ ، دالوز الأسبوعي ١٩٢٧ - ٢٦٠ ، وأيدها نقض عرائض ٢٥ فبراير ١٩٢٩ ، دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ - ١٦١ .

٢٤٠- الهدف الحقيقي من ايداع النقود في البنك : استعمال هذه

النقود :

والواقع أننا لا نكاد نجد مخرجاً ، بعد استعراض هذه الآراء الكثيرة المختلفة واستعراض النقد الموجه إلى كل منها ، إلا في القول بأنه فعلاً عقد ذو طبيعة خاصة ، أو هو ، بعبارة أدق ، عقد غير مسمى . فهو اتفاق يستند مباشرة إلى ارادة المتعاقدين ، وإلى مبدأ حرية التعاقد .

ولكن ألا يمكن أن نحاول تحديد الهدف من العقد ؟ فيكون هذا الهدف بمثابة الرائد في استنباط قواعده وتفسير أحكامه ؟ أول ما يتبادر إلى الذهن أن هذا العقد ذو أهداف مختلطة ، وأن هذا هو مصدر التردد بين عقد الرديعة وعقد القرض . إذ يمكن أن نقول أن له على الأقل هدفين واضحين : فالعميل يودع النقود وهو يهدف إلى الحفظ . والبنك يقرض النقود وهو يهدف إلى استعمال المبلغ المقرض .

ولكننا لا نقف عند هذه النظرة الأولى ، بل نحاول أن نتعمق الأمر قليلاً ، فنسأل ، لماذا يعطى العميل نقوده للبنك ؟ إنه يعلم تمام العلم أن البنك يستعمل هذه البنود لنفسه . وهو يعلم أنه لا يحتفظ بها في خزائنه . وهو يعلم أن البنك رغم ذلك لا يعطيه فائدة - أو يعطيه فائدة ضئيلة جداً- ، فلماذا يرضى بكل ذلك ؟ أليس خيراً لهذا العميل أن يقرض نقوده هذه فيحصل على فائدة أو يستغلها فيحصل على ربح ؟ وإذا كان العميل لا يستطيع ذلك لأنه في حاجة إلى استعمال نقوده فيريدها لذلك أن تكون تحت الطلب ، فما الذي يضطره إلى الذهاب إلى البنك لايداع نقوده هذه التي يحتاج إليها ، بينما كان من الأسر له أن يضعها في خزائنه الخاصة في تناول يده ؟

والواقع أن فكرة الحفظ وحدها ، وإن كانت هي الأصل الشائع في ايداع النقود في البنك ، لا تكفي . فالنقود قوة سائلة منتجة . وأجدر بصاحبها أن يستغلها ويستثمرها بدلاً من أن يحتفظ بها كما يحتفظ

بالأشياء . ولا يمكن أن نتصور أن ينضب ذهن التاجر فيكتفى بأن يحفظ نقوده في البنك ويضمن لها مجرد السلامة دون أن يفكر في استغلالها .
وهنا يتضح الهدف الحقيقي الذي يحكم هذا العقد الخاص : إنه استعمال النقود . إنتى أودع نقودي البنك لا لأحتفظ بها ، وإنما لكي أنفقها . فالبنك يقدم لى هذه الخدمة : وهى أنه يعينى من حمل النقود ، دون أن أحرم من استعمالها . بل إنه يهئ لى أسهل وأسرع طرق استعمالها . ذلك أنتى أعتمد على حسابات البنك وطاعته لأوامرى ، وعلى ثقتى وثقة الناس فيه ، وأصل من ذلك إلى التعامل عن طريق الشيكات وعن طريق القيود وعن طريق اصدار الأوامر إليه دون أن تكون النقود فى حيازتى . وأستطيع أن أطلب ائتمان البنك فى عملياتى التجارية ، وأستند إلى توقيعه ، فأكتسب ثقة الغير وأبرم ما أشاء من صفقات . وأستطيع أيضاً أن أوكله فى شراء الصكوك المالية التى يتراءى لى أن من الخير استثمار نقودي فى شرائها .

فالقواقع أن هذا العقد ليس عقداً مختلط الطبيعة ، متضارب الأهداف . وإنما هو عقد متجانس أحادى الهدف وهو يصلح لأن يكون بين العقود المسماة لو أن المشرع نظم قواعده مسترشداً بهذا الهدف الأحادى . ولكن إيداع النقود فى البنك - كما هو الشأن فى أغلب عمليات البنوك التجارية - عقد يسبق المشرع ، بل هو يسبق التأصيل الفقهى الذى يمهد عادة لدور المشرع . ولا أدل على ذلك من تردد الفقه والقضاء فى النطاق الضيق لفكرتى الوديعة والقرض . وهو تردد ليس من شأنه - مهما طال - أن يؤدى إلى نتيجة مجدية .

الفصل الثاني

عمليات الائتمان

٢٤١- دور البنك في عمليات الائتمان :

دور البنك في الائتمان هو أهم أدواره . وهو يعتمد في القيام به ليس فقط على رأس ماله ، وإنما على موارده كلها التي تشمل ، بالإضافة إلى رأس ماله ، على الودائع النقدية وعلى الرصيد الدائن في الحسابات الجارية بينه وبين العملاء . ويكتفى البنك بالاحتفاظ في خزائنه بنسبة معينة من هذه الموارد تسمى بالاحتياطي النقدي لمواجهة الطوارئ .

أكثر من ذلك ، يتجاوز البنك موارده جميعاً عند منح الائتمان . فلا يقتصر الأمر على توزيع الائتمان distribution du crédit الذي حصل عليه من قبل ، وإنما يتجاوز ذلك إلى خلق الائتمان Création de crédit . فهو يخلق الائتمان من لا شيء . إنه يمنح الوعود بنقود لا يملكها ولا يملكها المودعون . ذلك أن البنك يحصل على الائتمان ، لا من المودعين فحسب ، وإنما من المقترضين أنفسهم . ولا يكون ذلك إلا لأن الثقة بالبنك تصل إلى مرتبة اليقين الكامل في أنه يلبي حالاً ودائماً طلب عميله ، بحيث يستطيع هذا الأخير أن يقول - عندما يعده البنك بمبلغ مائة جنيه - « إن معي مائة جنيه » . فعند هذه الدرجة من الثقة ، لا يحتاج المقترض إلى أن يسحب من البنك المبلغ الذي اقترضه ، بل يتسلم بدلاً منه «دفتر شيكات» ، فيقوم بتسديد ديونه وينفق على مشروعاته دون أن ينتقل المبلغ المقترض من خزانة البنك . ويؤدي ذلك إلى أن يتسع نطاق الودائع اتساعاً لا حد له ، فالقروض تصبح هي الأخرى ودائع . والودائع تسمح للبنك بأن يمنح قروضاً جديدة ، وهكذا . ويتعامل العملاء بأوراق البنك وقيوده بدلاً من التعامل بالنقود .

٢٤٢- أنواع الائتمان وصوره :

صور الائتمان لا يمكن أن تخضع لتقسيم جامد ، فهي صورة متطورة لا تكاد تقع تحت حصر . وهي كثيرة التنوع تبعاً لما يبتدعه العمل وتقتضيه حاجات التجارة ، ويصعب لذلك تعريف هذه العمليات تعريفاً دقيقاً محدداً . وإنما يمكن أن يقال ، بصفة عامة ، إنها تلك العمليات التي بمقتضاها يرتضى البنك ، في مقابل فائدة أو عمولة معينة ، أن يمنح عميله أو شخصاً آخر بناء على طلب عميله ، سواء حالاً أو بعد وقت معين ، ائتمانه ، على شكل رؤوس أموال نقدية أو شكل آخر . وهذا الائتمان يمنح للعميل ، أو للغير بناء على التزام العميل - المقترن أو غير المقترن بضمان خاص - بأن يقوم برده في وقت معين ، هذا ما لم يكن من طبيعة العملية أن يأتي الرد إلى البنك على وجه آخر .

والعمليات التي نتحدث عنها هي عمليات البنوك التجارية ، أي عمليات الائتمان قصير الأجل . وتخرج عن نطاق بحثنا العمليات الائتمانية الطويلة التي تقوم بها بتوك الأعمال .

ولبنوك الأعمال وسائلها الفنية الخاصة وأهدافها المختلفة عن وسائل وأهداف البنك التجاري . وكثيراً ما تبدر وظائف بتوك الأعمال لا على أنها عمليات ائتمان طويلة الأجل ، وإنما اشتراكاً فعلياً في تأسيس المشروعات .

أما بنوك الودائع التجارية ، فهي تختص بالائتمان قصير الأجل ، وهو الأكثر شيوعاً بين التجار وأصحاب المشروعات . إذ يعد هذا الائتمان عنصراً هاماً من عناصر ازدهار تجارتهم واستكمال نموها ، وهو عنصر طبيعي عادي مستمر يدخل في حياتهم التجارية اليومية .

٢٤٣- حاجة التاجر إلى الائتمان قصير الأجل :

تقوم الأموال السائلة في يد التاجر بدورة كاملة تؤدي إلى تحقيق

الربح . فهي تخرج أولاً من خزائنه للشراء والصناعة وللمصروفات والتكاليف المختلفة ثم تعود مرة أخرى إلى الخزانة بعد إعادة البيع . وقد لا يحتاج إلى ائتمان خارجي إذا كانت دورة الأموال تتم بسرعة ، كما إذا كان يستطيع أن يبيع غداً ما اشتراه اليوم وأن يقبض ثمن ما باعه فوراً . وهو - من باب أولى - لا يحتاج إلى ائتمان خارجي إذا كانت الدورة تتم بطريقة عكسية ، وذلك كما إذا كان قد اشترى بضاعة بثمن آجل وباعها بثمن عاجل ، فهو يقبض الثمن أولاً ثم يدفع منه سائر التكاليف .

ولكن التاجر لا يستغنى عن الائتمان الخارجى إذا كانت الدورة تقتضى وقتاً ، وهو الأمر الذى يحدث فى الأعم الأغلب . فيمر التاجر بحالتين مختلفتين بينهما فترة زمنية : فى الحالة الأولى ينفق التاجر من أمواله السائلة انفاقاً يتجاوز بكثير طاقته العادية فى الانفاق دون أن يتلقى شيئاً . وفى الحالة الثانية ، يتلقى التاجر هذه الأموال مرة أخرى دون إنفاق . فيتدخل الائتمان الخارجى - ائتمان البنك - فى الحالة الأولى دافعاً ، وفى الحالة الثانية مسترداً ، بحيث يتحقق التوازن بين الحالتين .

٢٤٤- مخاطر الائتمان ووسائل مواجهتها :

لا ائتمان بلا خطر . فمن يائمن يتعرض لخطر عدم السداد مهما قربت الضمانات وعظمت أسباب الثقة . ولكن نسبة الخطر هي التى تزيد أو تقل بضعف أو قوة الضمانات . فالخطر احتمال قائم فى جميع الحالات . وهو متنوع لا يتعلق بأمانة المدين أو قدرته فحسب ، وإنما بظروف أخرى كثيرة تحدث أو لا تحدث خلال الأجل المضروب . وهى ظروف تتعلق بشخص المدين ، وتعلق بالمهنة التى يحترفها أو نوع المشروعات التى يقوم بها . وهناك أيضاً ظروف عامة كحدوث أزمة اقتصادية أو حرب أو كارثة عامة كالفيضانات والزلازل والأوبئة .

ووسائل البنك فى الدفاع عن نفسه ضد هذه المخاطر كثيرة . وهى

وسائل فنية تخرج عن نطاق بحثنا . فهناك قواعد خاصة في توزيع وتحديد هذه المخاطر بين أنواع المشروعات والمنشآت المختلفة . ويعتمد البنك عادة إلى دراسة المشروع الذي يطلب انتمائه ، فيجرب تحرياته الخاصة ، ويطلب من العميل ميزانية أو ميزانيات السنوات الأخيرة .

كذلك قد يطلب البنك ضماناً خاصاً شأنه في ذلك شأن سائر الدائنين . والضمانات إما شخصية أو عينية . شخصية كتقديم كفيل موسر أو ضامن احتياطي في ورقة تجارية . وعينية كرهن مال من أموال المدين منقولا كان أو عقاراً .

على أن هناك ضمانات خاصة ترتبط بعمليات بنكية معينة : فتسليم الأوراق التجارية للبنك يعد ضماناً لعملية خصم هذه الأوراق . وتسليم المستندات الممثلة للبضاعة يعد ضماناً للاعتماد المستندي إذ يصبح البنك دائماً مرتبها لهذه البضاعة . وقد يكون هذا الضمان نقدياً - وهذه حالة لا تعرض عادة في غير عمليات البنوك - كأن يودع العميل مبلغاً من النقود حتى يقوم البنك بفتح اعتماد مستندي له حتى يضمن توقيع هذا العميل أزاء دائن يقيم في الخارج مثلاً . كذلك قد تكون الصكوك المالية التي يودعها العميل في البنك ضماناً كافياً .

٢٤٥- تقسيم :

تتنوع عمليات الائتمان وتختلف : فقد تقتصر حاجة العميل على الائتمان المباشر للبنك في صورته البسيطة ، فيطلب منه أن يقرضه مبلغاً معيناً . أو يكتفى بأن يطلب فتح اعتماد بمبلغ معين يستطيع أن يسحب عليه شيكات فيما بعد . وقد تقتضي طبيعة عمل العميل أن تمتد علاقة الائتمان إلى طرف ثالث فيصدر الوعد بالائتمان من البنك للعميل أو يصدر من البنك لذلك الطرف الثالث مباشرة بناء على طلب العميل . وتقوم الأوراق التجارية بدور كبير في هذه العمليات لما تتضمنه قواعدها من مناسبة خاصة .

وسوف نقصر دراستنا على أهم هذه العمليات وأكثرها وضوحاً
وشيوعاً . فننكلم عن الاقراض وفتح الاعتماد ، ثم عن العمليات المتعلقة
بالأوراق التجارية ثم عن الائتمان الناشئ عن مجرد توقيع البنك .

ولكننا قبل أن نبدأ الكلام عن هذه العمليات ، يجدر بنا أن نستعرض
قواعد الحساب الجارى الذى يربط البنك عادة بالعميل التاجر . وهى
قواعد على درجة كبيرة من الأهمية ، إذ أنه غالباً ما تتم سائر العمليات
الائتمانية بين البنك وعملائه فى نطاق الحسابات الجارية بينه وبينهم .

الفرع الأول الحساب الجارى

Le Compte Courant

٢٤٦- فكرة الحساب الجارى :

عندما تتكرر وتتصل علاقة الأعمال بين شخصين ، بحيث يكون
كل منهما مديناً أحياناً ودائناً أحياناً أخرى ، فإن لهما أن يقوموا بتصفية كل
عملية على حدة . فيترتب على ذلك أن تعقب كل عملية تقوم بينهما
عملية أخرى هى عملية الوفاء . فتخرج النقود مرة من أحدهما إلى
الآخر؛ ثم تعود مرة ثانية إلى الأول ، وهكذا . وعندئذ قد يجد هذان
الطرفان أنه من الأوفى ألا يقوموا بتصفية كل عملية بطريقة مستقلة ،
خاصة إذا كان عدد العمليات الجارية بينهما ضخماً ، بل يقيد كل منهما
فى سجل لديه مقدار ما أصبح دائناً به من جراء هذه العمليات . ثم
يجتمع الطرفان بعد وقت معين ليقوما بتصفية هذه العمليات دفعة واحدة ،
فيوفران بذلك الوقت والمجهود .

ولكن الحساب الجارى ليس مجرد صورة مسجلة من هذه العمليات
المتبادلة بحيث يقتصر أثرها على مجرد انعاش ذاكرة طرفى الحساب

ساعة التصفية . ، بل هو شكل قانونى حسابى خاص بعيد الأثر فى علاقات طرفية . ذلك أن العمليات التى تجرى بينهما تندمج اندماجاً تاماً فى داخل هذا الحساب ، وتفقد كل عملية ذاتيتها واستقلالها بمجرد قيدها فيه . فلا يعد أحد الطرفين ، طالما ظل هذا الحساب بينهما مفتوحاً ، دائناً للآخر فى عملية أو أخرى ، وإنما يعد كل منهما فى حالة (حساب جار ، مع الطرف الآخر إلى أن يقل هذا الحساب ويصفى . وعندئذ فقط تتضح نتيجة هذا الاندماج ، إذ يتبقى من الحساب رصيد دائن لأحد الطرفين على الطرف الآخر .

هذا الاندماج الذى نشأ عن العرف بين التجار ، وبينهم وبين البنوك ، يثير مشاكل قانونية حاول الفقه والقضاء دائماً أن يقدم لها الحلول التى تناسب وحاجة العمل . لذلك فإن الحساب الجارى يعد من الأمثلة القليلة للنظم التى انفرد العرف والقضاء ببناء قواعدها . وقد استرشد القضاء الفرنسى - طوال القرن التاسع عشر - ، فى تحديد أحكام الحساب الجارى ، بمبدأين أساسيين من المبادئ العامة فى القانون : مبدأ التجديد novation الذى يفسر تحول المدفوع إلى مجرد مفرد من مفردات الحساب ، يفقد فيه هذا المدفوع ذاته الأصلية . ومبدأ عدم التجزئة indivisibilité الذى يدمج كل مفردات الحساب بعضها ببعض فتكون كلا واحداً لا تجوز تجزئته . على أن القضاء قد أخذ ، منذ وقت غير قليل ، يورد الكثير من الاستثناءات على هذه الأحكام كلما وجد منطق مبدأى التجديد وعدم التجزئة يؤدي إلى نتائج متطرفة أو متعارضة مع اعتبارات قانونية أو ائتمانية تجارية معينة ، على النحو الذى سنفصله فيما بعد .

ولقد تبنى المشرع معظم القواعد العرفية والحلول القضائية الخاصة بالحساب الجارى ، وصاغها فى المواد من ٣٦١ إلى ٣٧٧ من قانون التجارة الجديد .

٢٤٧- التفرقة بين الحساب الجارى وحساب الودائع : (١) .

واندماج المدفوعات بعضها ببعض فى كل لا يتجزأ هو الأثر القانونى الهام الذى يفرق بين الحساب الجارى وحساب الودائع ، الذى تكلمنا عنه بصدد ايداع النقود فى البنك . إذ لا يكون حساب الودائع بين العميل والبنك إلا طريقة من طرق المحاسبة comptabilité . فكل عملية ايداع جديدة وكل عملية سحب تعتبر ، من الناحية القانونية ، مستقلة ، وتظل لها ذاتيتها الخاصة وصفاتها وضماناتها ، ويصح أن تكون موضع نزاع مستقل ، أو دعوى خاصة ، وتؤدى إلى مديونية أحد الطرفين للآخر بكل ما يمكن أن ترتبه هذه المديونية من آثار . لذلك لابد - والأمر غاية فى الأهمية - من تحديد نوع الحساب ، ورصد العلامات التى نعرف بها كلاً منهما ونميزه بها عن الآخر .

والتفرقة ، من الناحية القانونية ، تظهر من الاتفاق . إذ من الطبيعى أن يبين طرفا الحساب ما إذا كانا يريدان الدخول فى حساب جارى أو مجرد حساب ودائع . ولابد أن تتضح نية الطرفين بوجه خاص عند الاتفاق على الدخول فى حساب جارى إذ أنه يتضمن تجديد واندماج المدفوعات التى تلقى فيه . هذا إلى أن الحساب الجارى له صفات خاصة وشروط لابد من توفرها فيه - سنعرض لها بعد قليل - بحيث يفقد صفته هذه إذا تخلفت (٢) .

(١) يطلق على حساب الودائع أحياناً ، حساب الشيكات ، Compte de chèques . ولكن هذه التسمية غير دقيقة ، إذ أنه لا يوجد ما يمنع من سحب الشيكات على الحساب الجارى أنظر : اسكارا ، بند ١٣٣٠ ص ٩٢٦ .

(٢) ويحيل حالة فيرنينبير - مؤلفه السابق الإشارة إليه بند ٣٧ ص ٤٥ - إلى اعتبار كل حساب يبرأ فيه شرط التبادل والتشابك حساباً جارياً ، حتى ولو كان فى الأصل ودعية . ولكننا نعتقد أنه يهمل جانب الاتفاق ، (ودوره رئيسى فى ترتيب الآثار التى يبردها طرفا الحساب) . ومن المؤكد أن الحساب - أيّاً كان مظهره - لا يمكن أن يكون جارياً إلا إذا تبين أن نية الطرفين قد انصرفت إلى أن يكون كذلك .

إلا أن هناك ، من الناحية العملية ، علامات مميزة تكشف طبيعة الحساب دون أن تكون قاطعة في تحديد هذه الطبيعة .

فمن الناحية العملية ، يغلب أن يكون الحساب الجارى بين التجار ، أو بين البنك وتاجر أو صانع أو صاحب حرفة لمقتضيات الائتمان الخاصة بحرفته . أما حساب الودائع ، فيغلب أن يكون بين البنك وبين المدخرين من الأفراد الذين يحفظون أموالهم فى البنك ويتعاملون بالشيكات التى يسحبونها عليه (١) .

ومن الناحية العملية ، أيضاً ، يندر أن يتضمن حساب الودائع فتح اعتماد من جانب البنك لصالح العميل ، إذ يحجم البنك عن أن يأتّم عميله فى حساب له طابع الاستهلاك لا الانتاج (٢) . أما الحساب الجارى ، فهو يتضمن عادة فتح اعتماد لصالح العميل ، إذ أن أموال العميل فى هذا الحساب جارية ، منتجة ، قابلة للزيادة ، مما يشجع البنك على قبول مخاطرة ائتمان عميله .

على أنه يجب ألا ننسى أن هذه العلامات المميزة ليست هى الفاصل القاطع بين الحسابين . ونكرر مرة أخرى أن المرجع فى معرفة نوع الحساب هو ارادة طرفية ، ثم الشروط الخاصة التى يجب أن تتوفر فى الحساب حتى يمكن اعتباره حساباً جارياً .

٢٤٨- تقسيم :

سوف نتكلم فيما يلى عن شروط فتح الحساب الجارى وخصائصه ، ثم عن آثاره ، وعن قفله ، وأخيراً عن أثر الافلاس فى الحساب الجارى .

(١) جاك فيرونير ، بند ٢٩ ص ٣٩ .

(٢) اسكارا ، بند ١٣٣٠ ص ٩٢٦ ؛ نستور ريجا ، معهد للدراسات المصرفية ١٩٥٦ ص ١٧ ؛ تعليق بيكيه وكابرياك ، المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٥٢ ص ١٣٥ .

المبحث الأول

شروط فتح الحساب الجارى وخصائصه

٢٤٩-١- الحساب الجارى عقد ،

أ- فتح الحساب الجارى اتفاق لا بد أن يؤسس على رضا الطرفين به صريحاً كان هذا الرضاء أو ضمناً . فإذا اقتصر كل منهما مثلاً على امساك حساب خاص يدرج فيه نتائج العمليات التى يجريها مع الطرف الآخر ، فإن ذلك لا يكفى لاعتبارهما مرتبطين بعقد حساب جار . لأن مثل هذا الحساب يرتب آثاراً قانونية هامة لا بد من استنادها إلى اتفاق الطرفين (١) .

ب- ويحاول كثير من الفقهاء وضع تعريف لعقد الحساب الجارى يتضمن أحكامه . ولكننا لانميل إلى الأخذ بأى من هذه التعاريف ، ذلك أن أحكام الحساب الجارى ذاتها ليست ثابتة جامدة بل هى متطورة متغيرة ، وبعضها ما زال مثار خلاف الفقه وتردد فى القضاء (٢) . والواقع أن أصح تعريف لا بد أن يكون بالضرورة أقلها دقة وتحديداً . فهو اتفاق بين شخصين على أن تدخل العمليات التى تتم بينهما فى حساب جار بكل ما يترتب على ذلك من آثار يحددها العرف والقضاء .

ورغم الملاحظة سالفة الذكر ، عرف المشرع ، فى قانون التجارة

(١) هناك آراء مهجورة فى طبيعة الحساب الجارى : منها ما يراه ديفور من أنه شخص قانونى مستقل . وما يراه شافان من أنه أشبه بجزيرة مستقلة عن ذمة كل من أطرافه ، فهو مجموعة قانونية . أنظر تفصيل هذه الآراء المهجورة وغيرها فى مؤلف الدكتور على عرض ١٩٥٨ ص ٦٤ .

(٢) أنظر تعريف هامل ، جزء ١ رقم ٣٣٩ ص ٥٢٧ ، وتعريف ليون كان ورينو ، جزء ٤ رقم ٩٧٢ ص ٧٢٣ ، وتعريف اسكارا ورو ، جزء ٦٠ رقم ٤٤٥ ص ٢٧٣ وهو ذات التعريف الذى أخذت به لجنة الدراسات التشريعية الفرنسية ، ورينير ، رقم ٢٠٧٥ ص ٨٣٨ . ويأخذ الدكتور على عرض بتعريف الأستاذ هامل (رقم ٨٢ ص ٥٩) .

الجديد ، الحساب الجارى بأنه ، عقد يتفق بمقتضاه طرفان على أن يقيدا فى حساب عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة الديون التى تنشأ عن العمليات التى تتم بينهما بحيث يستعيزان عن تسوية هذه الديون تباعاً بتسوية واحدة تقع على الحساب عند قفله ، (م ١/٣٦١) .

ج- وشخص كل من الطرفين فى عقد فتح الحساب الجارى محل اعتبار فى هذا العقد . ولا يقتصر الأمر فقط على الحالة التى يأتى فيها أحدهما الآخر ، بل إن الاعتبار الشخصى قائم - بمقتضى هذه العلاقة المتبادلة - من العمليات المستمرة التى يرتضى الطرفان دخولها فى الحساب الجارى . والواقع أن هذا الاعتبار الشخصى هو السبب الدافع لكل من الطرفين على إبرام عقد الحساب ، ذلك أن آثاره تتضمن مخاطرة لا يقبل عليها الطرفان إلا إذا توفرت بينهما ثقة كافية . فهذه الآثار تجعل كلاً منهما ، يعطى شيئاً مؤكداً مقابل شئ غير مؤكد (١) ، ، إذ يرتضى انقضاء الحق المستقل الناشئ عن العملية الأصلية فى مقابل مجرد قيد فى الحساب .

لذلك تعتمد البنوك عادة إلى تبادل المعلومات عن عملائها الجدد ، فتتوصل بذلك إلى تكوين قائمة سوداء ، للعملاء المرغوب فيهم . وقد تعرضت محكمة استئناف كولمار فى حكمها الصادر فى ٢٤ مارس ١٩٦١ إلى حق البنوك فى هذا الصدد ، والتوفيق بين استعماله وبين واجب البنوك فى التزام سر المهنة وحفظ أسرار عملائها . فقررت أن هذا الحق مشروع فى أساسه لأنه يهدف إلى تحقيق مصلحة الائتمان والاقتضا على وجه العموم . وإنما يشترط لهذه المشروعية أن يتم تبادل المعلومات بطريقة سرية *à titre confidentiel* ، فإذا أذيعت هذه المعلومات بخطأ عمدى أو غير عمدى ترقبت مسئولية البنك عن افشاء أسرار العميل (٢) . وتحوطاً لهذا الأمر ، نص قانون التجارة الجديد صراحة على

(١) الدكتور على عوض ١٩٥٨ ص ٦٣ .

(٢) المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦١ - ٤ - ٨٩٥ .

أنه ، إذا كان الحساب الجارى مفتوحاً لدى بنك فلا يجوز لهذا الأخير اعطاء بيانات عن رقم الحساب أو حركته أو رصيده إلا لصاحب الحساب أو وكيله الخاص أو لورثته أو الموصى لهم بعد وفاته أو وفقاً لأحكام القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ فى شأن سرية الحسابات (م ٣٧٧) .

بل إن الاعتبار الشخصى فى عقد الحساب الجارى يتجاوز العلاقة بين البنك والعميل . فقد أدخلت محكمة النقض الفرنسية مبدأ هاماً فى حكم لها أصدرته فى ٢٨ نوفمبر ١٩٦٠ ، إذ رتبت مسئولية البنك فى مواجهة الغير عن قبوله فتح حساب جار لأحد العملاء رغم سبق شهر افلاسه ، مما خلق له جواً من الثقة مكنه من مواصلة حياته التجارية وبالتالي من مضاعفة حجم ديونه . وكانت محكمة الاستئناف قد رفضت مسئولية البنك على أساس انتفاء الغش من جانبه . ولكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم وقررت أن الأمر يجب ألا يقتصر على بحث الغش ، وإنما يمتد إلى بحث الخطأ بصفة عامة . فتمتى ثبت خطأ البنك فى قبول فتح الحساب الجارى ؛ ترتبت مسئوليته فى مواجهة الغير ، سواء أكان للخطأ عمدياً أم غير عمدي (١) .

ولا شك أن هذا الحكم يضع على عاتق البنك التزاماً جديداً عاماً بأن يحسن اختيار عملائه ، لا لمجرد مصلحة البنك نفسه الذى يتعرض لمخاطر الائتمان بل ، وأيضاً ، لمصلحة الغير الذين يطمنون إلى تحريات البنك وحسن اختياره لعملائه ، فيولون هؤلاء العملاء ثقة غير مشروطة .

وفى رأينا أن حكم محكمة النقض الفرنسية جدير بالتأييد ، رغم خروجه على القواعد العامة فيما يتعلق باقتصار الاعتبار الشخصى فى العقد على طرفيه . ذلك أنه يراعى دور البنك القيادى فى أهم ما يعتمد عليه التجار فى معاملاتهم الائتمانية : الثقة . فمن حق التاجر ، بمقتضى هذا الحكم ، أن يمنح الائتمان لشخص لا يعرف عنه إلا أنه طرف فى

(١) المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦١ - ٢ - ٤١٦ .

حساب جار مع أحد البنوك ؛ بحيث إذا تبين بعدئذ أن هذا الشخص غير جدير بالثقة كان له أن يرجع بتعويض الضرر على البنك نفسه .

وهذا المبدأ أولى بالتطبيق في مصر خاصة بعد الأخذ بسياسة الانفتاح الاقتصادي والتوجه نحو الاقتصاد الحر الذي تقوم فيه البنوك بدور رئيسي فيما يتعلق بالائتمان التجاري ، فمن المنطقي أن تزداد مسؤوليته في توجييه الثقة . ولا نشك في أن القضاء المصري لن يكون أقل حرصاً من القضاء الفرنسي على حماية التجار الذين يعتمدون في معاملاتهم التجارية على حسن اختيار البنك لعملائه قبل الدخول معهم طرفاً في الحسابات الجارية .

د- ويرى بعض الفقهاء أنه عقد تابع Contrat accessoire (١) . ويستندون في ذلك القول إلى أن الحساب يفترض وجود عمليات سابقة ، وأن الرابطة لا تنقطع تماماً بين القيد الذي يدرج في الحساب وبين العملية التي أدت إليه . والواقع أن ذلك كله لا يكفي للقول بتبعية الحساب الجارى . فالعقد التابع هو ذلك الذي يتبع ، في وجوده وفي صحته وفي انقضائه ، عقداً آخر هو العقد الأصلي . ولا جدال في أن عقد الحساب الجارى ليس تابعاً بهذا المعنى (٢) . إذ لا شك في أنه قائم مكتف بذاته ولا تترقب صحته أو آثاره على عقد آخر (٣) . فإذا أبطلت عملية أو أكثر من العمليات الداخلة فيه ، فإن ذلك قد يؤدي إلى شطب القيود التي أدت إليها العمليات الباطلة ، ولكن ذلك لا يؤثر في صحة عقد الحساب الجارى . بل

(١) هامل ، جزء ١ رقم ٣٤٤ ؛ اسكارا ورو ، جزء ٦ رقم ٤٤٦ ص ٢٧٣ ؛ اندكتور على عوض ١٩٥٨ ص ٦٦ .

(٢) ولا نزيد الدكتور على عوض في قوله ان الحساب الجارى عقد تابع ، وإنما بمعنى آخر غير المعنى المعروف للعقد التابع . إذ ما دمتا قد رأينا أنه غير تابع بالمعنى الذي نعرفه ، فالأسلم أن نقرر أنه غير تابع . وليس هناك حاجة تدعونا إلى أن نخلق معنى جديداً لكلمة « تابع » ، لمجرد أن نقول أن الحساب الجارى تابع بهذا المعنى الجديد .

(٣) ريبير ، رقم ٢٠٧٨ ص ٨٣٩ .

إننا إذا افترضنا جدلاً أن كل العمليات التي أدرجت فيه أبطلت لسبب أو لآخر ، فإن ذلك لا يؤثر في صحة عقد حساب جار نشأ صحيحاً ، إذ يظل قائماً متهيكاً لتلقى قيود جديدة بعد شطب القيود الباطلة (١) . والواقع أنه إذا كان هناك مجال للقول بالتبعية ، فليست هي تبعية الحساب الجارى للعمليات التي تقيد فيه وإنما هي ، على العكس ، تبعية هذه العمليات لعقد الحساب الجارى . فهي تندمج فيه ، وتفقد ضماناتها وصفاتها ، لتكسب ضماناته وصفاته ، وتصبح تجارية إذا كان تجارياً ، وتتقدم بتقدمه ولو كان لها تقدم خاص (٢) .

هـ- هذا وعقد الحساب الجارى عقد رضائي ملزم للجانبين ، تنطبق في شأنه القواعد العامة في الرضاء والأهلية . وهو إلى ذلك عقد مستمر - أو عقد زمني - إذ أن الزمن عنصر جوهري فيه ، وتسميته نفسها ذات دلالة ، فهو جارى ، لأنه يجرى خلال الزمن .

و- ويخضع العقد للقواعد العامة فيما يتعلق بالاثبات ، فيتوقف على اعتباره تجارياً أو مدنياً ، وبالنسبة إلى كل طرف فيه ، على النحو الذي رأيناه في أغلب العقود التجارية . ويكتب البنك عادة أنموذجاً مطبوعاً للعقد يوقعه الطرف الآخر ، وقد يتم عن طريق تبادل الخطابات بين البنك وعميله .

٢٥٠-٢- المدفوعات في الحساب الجارى :

المدفوعات remises هي الحقوق التي تترتب للدافع remettant على عائق القابض récepteur من جراء العمليات التي تتم بينهما ، وتدرج في الحساب .

(١) ولكن من البدهى أن عقد الحساب الجارى يبطل إذا تبين أنه أبرم خصيصاً لتدرج فيه عمليات باطلة - لعدم المشروعية مثلاً - بين الطرفين . ولكن البطلان في هذه الحالة مصدره ما شاب عقد لحساب نفسه من محل أو سبب غير مشروعين .

(٢) ومع ذلك ، فلنحسب لا نقول أن هذه العمليات تابعة ، لأننا سنرى أنها بدخولها في الحساب تتحول إلى مجرد قيد ، هذا القيد هو الذي يندمج في الحساب ويفقد فيه ذاتيته .

ولابد ، لكي يمكن ادراج المدفوع في الحساب الجارى ، أن تتوفر فيه شروط معينة :

(أ) فلا بد أولاً أن تكون جميع المدفوعات من مثليات من نوع واحد . وذلك شرط طبيعى لتحقيق الاندماج بين هذه المدفوعات (١) . على أنه لا يلزم أن تكون هذه المدفوعات من النقود بالذات ، فليس ثم ما يمنع - إذا كان الحساب يجرى بين تاجرين لصنف معين من الغلال مثلاً - من أن يتفقا على أن تكون المدفوعات بينهما مثليات من هذا الصنف . ولكن الأعم الأغلب - وعلى الأخص إذا كان الحساب يجرى مع أحد البنوك - هو أن تتمثل هذه المدفوعات فى مبالغ من النقود (٢) .

ولقد نصت على ذلك المادة ٣٦٨ تجارى بقولها : ١- إذا تضمنت مفردات الحساب ديوناً نقدية مقومة بعملات مختلفة ، أو أشياء قيمية ، جاز للطرفين أن يتفقا على ادخالها فى الحساب بشرط أن تقيد فى أقسام مستقلة يراعى التماثل فى المدفوعات التى تتضمنها وأن يصرح الطرفان ببقاء الحساب رغم تعدد أقسامه محتفظاً بوحده .

٢- ويجب أن تكون أرصدة الأقسام المستقلة قابلة للتحويل فيما بينها بحيث يمكن فى الوقت الذى حدده الطرفان أو عند قفل الحساب على

(١) قارن ، اسكارا ، رقم ١٣٤٣ من ٩٣٩ الذى يرى أن هذا الشرط وإن كان طبيعياً إلا أنه غير لازم ، ويضرب مثلاً لذلك من أنه أحياناً يتفرع الحساب الواحد إلى حسابات فرعية ، كل منها من نقود مختلفة ، لا تندمج ألا عند قفل الحساب . هذا المثال غير مقنع . إذ أن الاندماج فيه يتم على مرحلتين ، وفى كل مرحلة لابد لتمامه من أن يكون بين مثليات من نوع واحد .

(٢) قد يكون المدفوع غير مباشر ، كما إذا كان مثلاً ثمن بضاعة تلقاها التاجر . وكثيراً ما يقال فى هذه الحالة أن المدفوع ، بضاعة ، بقصد اظهار السبب الذى من أجله يقيد هذا المدفوع فى الحساب . ولكن الحقيقة أن المدفوع ليس البضاعة ذاتها وإنما القيمة النقدية لهذه البضاعة . كذلك قد يكون نتيجة لخضم ورقة تجازية أو فوائد صكوك مالية أو غير ذلك من العمليات . والمهم أن ناتج العملية هو الذى يعتبر مدفوعاً يقيد فى الحساب ، وبالتالي هو الذى يجب أن يكون من مثليات من نوع واحد .

الأكثر اجراء المقاصة بينها لاستخراج رصيد واحد ، .

(ب) كذلك لابد أن يكون المدفوع محققاً ومقدراً على وجه لا يحمل النزاع remise certaine et liquide ، فلا يجوز قيد مدفوع معلق على شرط واقف إلا بعد تحقق الشرط (١) . كذلك يشترط أن يكون المدفوع محدد المقدار حتى يمكن قيده في الحساب (٢) .

وإنما لا يشترط أن يكون المدفوع مستحق الأداء ، فيجوز أن يكون مقترناً بأجل . كذلك يجوز أن يكون المدفوع معلقاً على شرط فاسخ ، وإنما يجب ، في هذه الحالة الأخيرة إلغاء القيد إذا تحقق الشرط الفاسخ . ويتم ذلك الإلغاء عن طريق القيد العكسي contre - passation .

(ج) وأخيراً ، فإنه يجب ، لكي يمكن قيد المدفوع في الحساب الجارى ، أن يسلمه الدافع إلى القابض على وجه التملك . أما إذا كان قد سلمه إليه على سبيل الوكالة أو الوديعة ، مثلاً ، فلا يمكن أن يعتبر مدفوعاً يقيد في الحساب الجارى بينهما . والواقع أن انتقال ملكية المدفوع يعتبر في نفس الوقت شرطاً لدخوله في الحساب الجارى وأثراً لدخوله فيه : فهو شرط ، لأنه يجب أن يتم تسليم المدفوع بنية نقل ملكيته إلى القابض . وهو أثر ، لأن الدخول في الحساب هو الذى يؤدي إلى انتقال ملكية المدفوع إلى هذا القابض .

ويترتب على ذلك عدة نتائج : منها أن للقابض حرية التصرف في

(١) يرى الأستاذان اسكارا ورو (جزء ٦ رقم ٤٥٥ ص ٢٨٣) أنه يكفى أن تتوفر هذه الشروط في المدفوع لا عند انتقاله في الحساب وإنما عند قفل الحساب . وعلى ذلك يصح في نظرهما إلغاء المدفوع المعلق على شرط واقف أو غير المقدر . ولا جدال في أنه رأى غير سليم ، إذ لا يمكن أن يصح إلا إذا كان اندماج المدفوعات يتم عند قفل الحساب لا قبله ، وهذا غير صحيح . فمن المقرر أن هذا الاندماج يتم فور إلغاء المدفوع في الحساب الجارى .

(٢) نقض عرائض فرنسي ٢٩ يوليو ١٩٢٩ ، سيري ١٩٣٠ - ١ - ٢١٤ .

المدفوع الذى تلقاه ، إذ هو المالك فلا خيانة أمانة . ومنها أن الدافع لا يستطيع أن يطالب باسترداد المدفوع من القابض أو من تفليسته .

. وتبدو أهمية شرط انتقال ملكية المدفوع فى العمل بالنسبة للحالات التى يكون فيها المدفوع ورقة تجارية وسلمها العميل للبنك ، إذ لا يمكن قيد قيمة هذه الورقة فى الحساب الجارى بينهما إلا إذا ظهرها العميل للبنك تظهيراً ناقلاً للملكية ، وهو ما يحدث فى عملية خصم هذه الورقة التجارية . أم إذا كان قد سلمها له لتحصيل قيمتها ، عند ميعاد استحقاقها ، فإنه لا يجوز قيد قيمة هذه الورقة فى الحساب (١) .

٢٥١- متى يدخل المدفوع فى الحساب الجارى :

لتحديد لحظة دخول المدفوع فى الحساب الجارى أهمية كبيرة ، إذ هى اللحظة التى يتحول فيها المدفوع من عملية لها وجود خاص وكيان مستقل إلى مجرد قيد يندمج مع سائر القيود فى نطاق الحساب الجارى (٢) . وقد اختلفت فى ذلك الآراء : فقول إنه يدخل الحساب الجارى من وقت القيد المادى (٣) ، على أساس أن هذا القيد المادى تعبير عن رغبة الطرفين فى دخول هذا المدفوع فى الحساب . ولكن الرأى الراجح فى الفقه والقضاء هو أن لا ضرورة لانتظار القيد المادى - وقد يتقدم أو

(١) نقض فرنسى عرائض ٦ ديسمبر ١٩٢١ ، داللوز الدورى ١٩٢٢ - ١ - ٥٦ ، ونقض مدنى فرنسى فى ٢٠ أبريل ١٩٤٨ ، ميرى ١٩٤٨ - ١ - ١٢٩ . وفى هذه القضية الأخيرة استلم البنك أوراقاً تجارية لتحصيلها ، ثم قفل الحساب لافلاس العميل وقام البنك - بالتحصيل بعد هذا الافلاس . فقضت المحكمة برد قيمة ما حصله البنك عن هذه الأوراق كاملة التغطية لأنها لم تدخل الحساب الجارى إذ كانت حيازة البنك لها حيازة مادية .

(٢) وهى فى ذات الوقت لحظة انتقال ملكية المدفوع من الدافع إلى القابض ، ولها أهمية كبرى فى الافلاس .

(٣) ليون كان وريتر، جزء ٤ بند ٨٠٨ ص ٧٣٥ ، وحكم قديم لمحكمة النقض فى ٢٠ يوليو ١٨٤٤ ، داللوز الدورى ١٨٤٦ - ١ - ٢٣٥ أشار إليه الدكتور على عوض ١٩٥٨ ص ٩١ .

بناخر لأسباب عرضية - ، وإنما يدخل المدفوع في الحساب منذ اللحظة التي تتوفر له فيها شروط هذا الدخول (١) .

٢٥٢-٢- تبادل وتشابك المدفوعات ،

ويشترط ، لكي يكون الحساب جارياً ، أن تكون هذه المدفوعات متبادلة ومتشابكة *remises réciproques et enchevêtrées* .

ومعنى أن تكون المدفوعات متبادلة *réciproques* ، هو أن يقوم كل من الطرفين بدور الدافع أحياناً ودور القابض أحياناً أخرى ، أو على الأقل أن يكون ذلك جائزاً بمقتضى الاتفاق على فتح الحساب . فلا يعد حساباً جارياً ذلك الحساب الذي يتفق فيه على أن يكون أحد الطرفين دافعاً دائماً دون أن يكون له الحق في أن يتلقى مدفوعات من الطرف الآخر خلال الأجل الذي يستمر فيه الحساب .

أما معنى أن تكون المدفوعات متشابكة *enchevêtrées* ، فهو أن يتخلل المدفوعات بعضها البعض . فلا يعتبر الحساب جارياً إذا اشترط طرفاه ألا تبدأ مدفوعات أحدهما إلا بعد انتهاء مدفوعات الآخر ، بحيث يمكن أن تتخذ المدفوعات الأخيرة طابع الوفاء للمدفوعات الأولى .

ولا خلاف في الفقه أو القضاء على شرط تبادل المدفوعات (٢) ، أما شرط التشابك - وقد استنبطه الفقه هامل (٣) - فإن بعض الفقهاء يناقش

(١) هامل ، جزء ١ رقم ٣٥٦ ص ٥٥٤ ، اسكارا ورو ، جزء ٦ رقم ٤٥٧ ص ٢٨٦ ، الدكتور على عوض ص ٩٠ ، نقض مدني فرنسي ٥ أغسطس ١٨٧٤ ، دالوز الدوري ١٨٧٦ - ١٠٥١ ، عرلنض فرنسي ٣١ يناير ١٩٢٨ ، جازيت دي باليه ١٩٢٨ - ١ - ٦٤٩ ، استئناف باريس ٢٠ نوفمبر ١٩٣٦ ، جازيت دي باليه ١٩٣٣ - ٢ - ٧٧٥ .

(٢) نقض مدني فرنسي ٢ يوليو ١٨٩٠ أربعة أحكام ، سيرى ١٨٩١ - ١ - ٧٧ وتعليق قال . وقد استقرت على ذلك أحكام القضاء .

(٣) هامل ، جزء ١ بند ٣٦١ ص ٣٦٧ ، ويبيده اسكارا ورو ، جزء ٦ بند ٤٦٤ ص ٢٩٢ ، واسكارا بند ١٣٤٣ ص ٩٣٩ ، وريبير بند ٢٠٩١ ص ٨٤٤ .

ضرورته ويرى أنه غير لازم (١) .

ونحن نعتقد - على خلاف هؤلاء المعترضين - أنه لا بد من إمكان تشابك المدفوعات في الحساب الجارى . إذ أن تبادل المدفوعات وتشابكها أمران يرتبطان أشد الارتباط بجوهر فكرة الحساب الجارى ، بحيث لا يمكن أن يعتبر كذلك إذا تخلف أحدهما . ولا ريب عندنا فى أن الفقيه هامل ، عندما تكلم عن هذا التشابك ، لم يصف هذا الشرط تزيده من عندياته حيث لم يكن موجوداً من قبل ، وإنما هو أبرزه وألقى عليه الضوء .

كل ما هنالك أن المعترضين على هذا الشرط قد وقعوا فى بعض اللبس إذ لم يقدرُوا الفارق - وهو كبير - بين تشابك المدفوعات فعلاً فى الحساب الجارى وبين مجرد إمكان هذا التشابك .

فالذى يشترط ، لكى يعتبر الحساب جارياً ، ليس هو تشابك المدفوعات فعلاً ، وإنما مجرد إمكان هذا التشابك دون عائق . ولا يكون هذا العائق إلا حيث ينص الاتفاق - أو يتضح منه - أنه يجب ألا تبدأ مدفوعات أحد الطرفين إلا بعد أن تنتهى مدفوعات الطرف الآخر (٢) . مثل هذا الاتفاق يعوق السير الطبيعى للحساب ، ويدهى أنه لا يمكن لأحد أن يزعم أن حساباً يتضمن مثل هذا الاتفاق يمكن أن يعتبر حساباً جارياً (٣) .

ولقد تطلب المشرع هذا الشرط صراحة عندما نص فى الفقرة الثانية

(١) كابرياك وبكيه ، تعليق بالمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٥٢ ص ١٣٥ ، الدكتور على عوض ١٩٥٨ ص ٩٩ .

(٢) وهذا هو الذى ذآله الفقيه ريبير فحسبه البعض بين المعترضين على شرط التشابك .

(٣) قد لا يوجد هذا الاتفاق الصريح ، ولكن القاضى قد يستدل على وجوده من عدم تبادل أو تشابك المدفوعات بين الطرفين فعلاً لأمد طويل ، إذ يستبعد - على الأقل فى بعض الحالات - أن يكون ذلك بمحض الصدفة .

من المادة ٣٦١ تجارى على أنه ، لا يعتبر حساباً جارياً الاتفاق على ألا تبدأ مدفوعات أحد الطرفين إلا حين تنتهى مدفوعات الطرف الآخر ، .

والواقع أن التبادل والتشابك ليسا إلا التعبير اللزوم عن معنى جريان الحساب . إذ أن هذا الجريان يقتضى بداية ألا يضع الطرفان فى مسيله عوائق تحول دون القاء المدفوعات فيه ساعة توفر شروطها دون ترتيب مفروض . وهذا هو الذى يجعل العمليات المتبادلة من الطرفين مجرد مدفوعات تلقى فى الحساب ، مستقلة فى أسبابها بعضها عن البعض ، بحيث لا يعتبر مدفوع بعينه أنه وفاء أو تصفية لمدفوع آخر قدمه الطرف الآخر . وهذا كله يتفق مع الفكرة الأولى للحساب الجارى ، وهى أنه عمليات متبادلة مستمرة تجرى بين شخصين تجعل أحدهما دائناً أو مديناً للآخر (١) .

٢٥٢-٤- الحساب الجارى عام :

ومن خصائص الحساب الجارى أن الأصل فيه أنه عام ، أى أنه يشمل كل ما يمكن أن ينشأ من مدفوعات عن العلاقات الناشئة بين طرفى الحساب . وقد نصت على هذه الخصيصة صراحة الفقرة الأولى من المادة ٣٦٧ تجارى بقولها : تقيد فى الحساب الجارى جميع الديون الناشئة عن علاقات الأعمال التى تتم بين طرفى الحساب ما لم تكن هذه الديون مصحوبة بتأمينات قانونية أو اتفاقية ، . ويترتب على ذلك - كما

(١) لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية فى ١٠ نوفمبر ١٩٥٠ - المجلة الفصيلة للقانون التجارى ١٩٥٢ ص ١٣٥ - أنه إذا كانت الشركة قد اقترضت من البنك وكان لها مكة استعمال المبلغ مرة أخرى بعد الوفاء الجزئى ، فإن ذلك لا يكفى لقيام الحساب الجارى . وقد تعرض هذا الحكم لنقد الأستاذين كاهرياك وبكييه . ورأى اسكارا فيه اشترافاً للتشابك فى الحساب (ص ٩٣٩ هامش ١) . والواقع أن الترتيب المفروض للمدفوعات ، وصفة القرض البارزة لبعضها ، وصفة الوفاء البارزة لبعضها الآخر ، هو الذى جعل محكمة النقض الفرنسية تحكم بأنه ليس حساباً جارياً .

رأينا - أن المدفوع يدخل الحساب الجارى بمجرد توفر الشروط اللازمة له دون حاجة إلى اتفاق جديد أو انتظار القيد المادى ، وإنما تترتب مسؤولية البنك إذا تأخر فى القيد .

ولكن عمومية الحساب الجارى ليست قاعدة مطلقة ، فهناك تفصيل :

١- الفقه والقضاء مستقران على أن الحساب الجارى يشمل المدفوعات المترتبة على العلاقات العادية بين الطرفين ، كنتائج العمليات الائتمانية والتجارية التى من أجلها فتح الحساب . أما الديون غير العادية ، كالديون المتعلقة بالعلاقات العائلية أو المترتبة على المسؤولية التقصيرية ، وكذلك الديون المصحوبة بتأمينات قانونية أو اتفاقية ، وغيرها من الديون الاستثنائية ، فهى لا تدخل فى الحساب (١) . وإنما يمكن أن يدخل فى الحساب دين التعويض عن المسؤولية التعاقدية المترتبة على عدم تنفيذ إحدى العمليات الجارية بينهما (٢) .

٢- قد يكون بين العميل والبنك عدة حسابات جارية مستقلة . وهذا جائز . وتبدو فائدته عندما يكون للعميل أنواع مختلفة من النشاط التجارى فيخصص حساباً جاريًا لكل نوع .

والقاعدة ، عند تعدد الحسابات ، هى استقلال هذه الحسابات بعضها عن البعض ، فلا تندمج مدفوعاتها ، ولا تحدث بينها مقاصة . هذه القاعدة تضر بالبنك عند إفلاس العميل ، إذ أنه لا يستطيع أن يجرى المقاصة بين الرصيد الختامى الدائن لأحد هذه الحسابات والرصيد الختامى المدين لحسابات أخرى . بل عليه أن يقدم الرصيد الدائن

(١) ريبير ، بند ٢٠٨٨ من ٩٤٣ والأحكام للقضائية التى أشار إليها .

(٢) نقض عرائض فرنسى ٢٩ يوليو ١٩٢٩ ، سيرى ١٩٣٠ - ١ - ٢١٤ ، وقد قضت المحكمة أن الجزاءات التى حددها للمعد ، عند تأخر المقاول فى تنفيذ العمليات المكلف بها فى تواريخ محددة ، تعتبر ديوناً محقة ومقدرة ، وبالتالي فإنها تدخل تلقائياً فى الحساب الجارى .

لأمين التفليسة ، ثم يدخل بالأرصدة المدينة في التفليسة فيعرض لقسمة الغرماء (١) . ولتجنب هذه النتيجة الضارة نعهد البنوك إلى الاتفاق مع عملائها على اندماج الحسابات المتعددة فتعتبر مجرد فروع في حساب جار واحد عام (٢) .

٣- وقد يتم الاتفاق على استبعاد مدفوع معين من الدخول في الحساب ، وذلك لتخصيصه لغرض خاص affectation speciale كجعله مقابلاً للوفاء في كمبيالة مثلاً . ولا بد لهذا التخصيص من رضا الدافع والقباض معاً (٣) .

٢٥٤-٥- عقد الحساب الجارى عقد تجارى :

يعتبر عقد الحساب الجارى تجارياً دائماً بالنسبة للبنك ، وفقاً للمادة ٥/ر من القانون التجارى .

أما بالنسبة للعميل ، فالرأى الغالب فقهاً وقضاءً هو الاعتداد بالطبيعة الغالبة على مجموع العمليات المدرجة في الحساب ، فإن كان أغلب هذه العمليات تجارياً كان الحساب تجارياً أيضاً بالنسبة للعميل . وتنطبق هنا القرينة المستمدة من صفة التاجر . فإذا كان العميل تاجراً ، كان الفرض أن العمليات تعتبر تجارية بالنسبة له إلى أن يقيم الدليل على العكس .

إلا أن بعض الفقهاء يرى أن الحساب الجارى يجب أن يكون تجارياً في جميع الأحوال ، أي كانت صفة طرفيه وأي كانت طبيعة العمليات التى

(١) وقد قضت بذلك فعلاً محكمة النقض الفرنسية (عرائض مدنى) فى ٥ يوليو ١٩٣٧ سبرى ١٩٣٧-١-٣٦٣ .

(٢) وتشتمل نماذج العقود المطبوعة على شروط مثل : للبنك الحق فى اجراء المقاصة بين أموال العميل وديونه المستحقة للبنك فى أى مركز من مراكزه أو فروع ، ومثل : كافة ما يكون تحت يد البنك أو لدى مراكزه أو فروع من مبالغ أو كمبيالات أو أوراق مالية أو بضائع أو قيم مالية أو مستندات على وجه العموم لأى سبب كان وفى أى وقت من الأوقات لصالح صاحب الحساب تعتبر مخصصة لضمان كافة تعهداته قبل البنك ، .

(٣) هناك رأى مرجوح يكتفى برضاء الدافع وحده (لا كور وبيوترون) .

تلتقى فيه ، لأن نظام الحساب الجارى نظام خلق للتجارة ، ثم إنه يتعذر على البنك أن يراقب طبيعة العمليات بالنسبة لعميله (١) . ولقد أخذ المشرع بهذا الرأى عندما نص فى المادة ٣٠٠ تجارى على أن تسرى أحكام هذا الباب (الباب الثالث الخاص بعمليات البنوك) على العمليات التى تعقدها البنوك مع عملائها تجاراً كانوا أو غير تجار وأياً كانت طبيعة هذه العمليات ، ، وفى المادة ٣/٣٦١ على أن تسرى أحكام هذا الفرع (الخاص بالحساب الجارى) على كل حساب جار ولو لم يكن أحد الطرفين بنكاً . .

وحسناً فعل المشرع التجارى بإيراد هذين النصين إذ أنه من الصعب أن تصور أن يكون هناك حساب جار مدنى ، ، وهو الذى خلق تجارياً وتكونت قواعده كلها وتطورت فى داخل البيئة التجارية .

المبحث الثانى

آثار الحساب الجارى

٢٥٥- تمهيد وتقسيم ،

آثار الحساب الجارى ، وهى كما رأينا آثار عرفية قضائية ، يمكن حصرها فى ثلاثة : التجديد ، وعدم تجزئة الحساب الجارى ، ثم سريان الفوائد .

أولاً : التجديد

Novaion

٢٥٦- تحول المدفوع إلى بند في الحساب -١- فكرة التجديد :

عند لقاء المدفوع في الحساب ، يتحول حق الدافع في مواجهة القابض من حق مستقل له كيانه وذاتيته إلى مجرد بند article أو عنصر من عناصر الحساب الجارى لا ذاتية له ولا استقلال . هذا التحول يتعدى ولا شك شكل الحق ويغير في جوهره . وقد وجد القضاء ، منذ الأحكام الأولى التي تعرضت لآثار الحساب الجارى ، في فكرة التجديد المعروفة في القانون المدنى مصدراً خصباً يقتبس منه القواعد المناسبة ، فيضفى على التنظيم الذى يضعه لآثار الحساب الجارى صفة الوضوح والاتساق .

والحق أن بين فكرة لقاء المدفوع في الحساب وبين فكرة التجديد المدنية تشابهاً ملحوظاً . فالتجديد ، كما نعلم ، اتفاق يقصد به احلال التزام جديد مكان التزام قديم كان مغايراً له في عنصر من عناصره . ويرتب على ذلك أن ينقضى الالتزام القديم وينشأ على أنقاضه الالتزام الجديد . وللتجديد شروط وأحكام تتفق مع مقتضيات الانقضاء والانشاء ، واستناد الانشاء اللاحق على الانقضاء السابق ، وضرورة أن تكون نية التجديد واضحة حتى تترتب كل هذه الآثار .

اقتبس القضاء هذه الأحكام لتفسير دخول المدفوع في نطاق الحساب . فاستقر على أن القيد في الحساب يؤدي إلى انقضاء الحق الأصلى موضوع هذا القيد . وينقضى لذلك ما يلحق به من دفوع وصفات ، ويفقد هذا الحق صفته المدنية أو التجارية لينضوى تحت الصفة العامة للحساب الجارى . وإذا كان من الديون التى تسقط بالتقادم القصير ، فإنه يفقد هذه الصفة ، فلا يتقادم إلا مع الرصيد ذاته في خمسة عشر عاماً (١) . كذلك

(١) وقد طبقت محكمة استئناف باريس هذا المبدأ في حكم لها أصدرته في ٥ -

تنقضى تأميمات الدين الأصلي فلا تنتقل إلا إذا اتفق الطرفان صراحة على هذا الانتقال عند دخوله كمدفوع في الحساب الجارى . كذلك قضى أنه إذا كان الدين الأصلي ينتج فوائد اتفاقية معينة فإنه ، منذ لقائه في الحساب ، تجرى فوائد الحساب لا فوائد الدين . وقضى بأنه من الممكن الوفاء بدين طبيعى عن طريق الاتفاق على ادراجه في الحساب الجارى . وكل هذه تطبيقات لفكرة التجديد .

على أن المدفوع ، بعد قيده في الحساب ، يظل مستنداً إلى وجود الالتزام القديم . وذلك أيضاً تطبيقاً لأحكام التجديد ، إذ تنص المادة ١/٣٥٣ و ٢ مدنى على أنه ، لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزام القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان . أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد اجازة العقد وأن يحل محله ، ، كما تنص المادة ٣٦٣ تجارى على أن ، قيد الدين في الحساب الجارى لا يحول دون استعمال الحقوق المتعلقة بالعملية المنشئة لهذا الدين . وتطبيقاً لذلك ، إذ أبطل الدين الأصلي لعدم المشرعية مثلاً (دين قمار) أو لسبب آخر من أسباب البطلان ، وكذلك إذا انقضى هذا الدين بالفسخ ، فإن ذلك يوجب الغاء القيد الذى تم بناء عليه (م ٣٦٤ تجارى) ، وذلك عن طريق القيد العكسى (١) .

كذلك قضت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ١٢

= يوليو ١٩٦٠ ، للمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦١ - ٣ - ص ٦٧٤ ، إذ قضت بأن دين أجرة النقل ، الذى يتقادم بمعنى سنة واحدة ، لا يسقط إلا بمعنى مدة تقادم الحساب الجارى ، طالما أن هذه الأجرة قد دخلت كمدفوع فى هذا الحساب .

(١) يعرض الدكتور على عوض هذه التطبيقات وهو يتكلم عن تراجع القضاء فى تطبيق مبدأ التجديد تحت عنوان ، أولاً ، الإبقاء على العلاقة بين الدين الأصلي والمفرد الجديد ، (كتابه ١٩٥٨ ص ١٢٤) . إلا أنه لا شك فى أن هذا القضاء يطبق أحكام التجديد التى تبقى على العلاقة بين وجود الالتزام القديم ونشأة الالتزام الجديد . فليس فى الأمر تراجع أو تخفيف . راجع : السهورى ، الوسيط جزء ٣ فقرة ٤٨٧ ص ٨١٧ .

يوليو ١٩٦١ أنه إذا تضمن المدفوع في الحساب الجارى أكثر من المستحق، فإن القدر الزائد يجب أن يجرى قيده قيده عكسياً ، ولا يقتضى الأمر تسليم مبلغ القدر الزائد نقداً (١) .

٢٥٧-٢- نقد فكرة التجديد ،

وقد تعرضت هذه النظرية القضائية الكلاسيكية للنقد شديد من جانب بعض الفقهاء (٢) . إذ لم يكن من العسير أن يتبين هذا البعض أن فكرة التجديد لا يمكن أن تنطبق تمام الانطباق على القيد في الحساب الجارى ، وإن تشابهت الفكرتان . فالقاعدة أنه لا ينقضى الالتزام القديم إلا إذا حل محله الالتزام الجديد . هذه القاعدة من شأنها أن تمنع حدوث التجديد فيما يتعلق بالحساب الجارى : ذلك أن ، البند ، الذى يحل محل الالتزام القديم لا يعد التزاماً جديداً مستقلاً ، فهو جزء ، مجرد جزء ، من الحساب ، ليست له ذاتية ولا كيان . فكأن الالتزام القديم قد انقضى دون أن ينشأ التزام جديد . فلو أننا طبقنا قواعد التجديد لقلنا أنه لا تجديد فى هذه الحالة ، بل يظل الالتزام القديم باقياً لا ينقضى بمجرد قيده فى الحساب الجارى .

هذا إلى أن التجديد لا يفترض ، بل لابد لحصوله من اتفاق صريح بين ذرى الشأن . وإذا كان الأمر كذلك فى القواعد العامة ، فإنه لابد أن يكون كذلك ، ومن باب أولى ، فى القانون التجارى . إذ أن التجديد يودى عادة إلى انقضاء ضمانات الدين القديم ، وهو أمر يتعارض مع روح المعاملات التجارية ذاتها . فهي تعتبر الضمانات ضرورة ، بحيث يبدو التنازل عنها أمراً غريباً .

لذلك قيل إن القيد فى الحساب الجارى لا يتضمن تجديداً بالمعنى

(١) المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦٢ - ١ - ص ٩٣ .

(٢) اسكارا ورو ، جزء ٦ بند ٤٨٦ ص ٣٠٥ ، اسكارا ، بند ١٣٤٩ ص ٩٤٢ .

الصحيح ، وإنما يتضمن شبه تجديد quasi - novation ، أو هو تجديد من نوع خاص une sorte de novation (١) . مثل هذه التعبيرات تحمل في طياتها جوهر النقد الذي يمكن توجيهه إليها : فهي تعبيرات غير دقيقة ، وهي تنزلق عن نطاق فكرة التجديد - التي يضعها ويرسم حدودها وأحكامها القانون المدني - إلى نطاق فكرة أخرى مجهولة لا نعرف لها حدوداً ولا أحكاماً .

ومع ذلك فقد يهون أمر التكييف ، ونقول إن القضاء قد رسم حدود هذا التجديد الخاص ، وبنين أحكامه واستقر عليها ، فلا ضرر من الأخذ به . ولكن ماذا نقول عن ضياع التأمينات الضامنة للدين الذي يقيد في الحساب ؟ الحق أن هذه النتيجة غير المرغوب فيها كانت هي المأخذ الأساسي على فكرة التجديد ، وكانت هي الموضع الذي تراجع فيه القضاء عنها .

٢٥٨-٣- تراجع القضاء - التأمينات الضامنة للدين الذي أدخل في الحساب ،

تأثرت أحكام القضاء الفرنسي بهذه الانتقادات ، فلم تعد تتمسك بقواعد التجديد ذلك التمسك الذي حرصت عليه في أحكامها الأولى (٢) . وقد بدأ هذا التراجع بصفة خاصة فيما يتعلق بالتأمينات .

كان القضاء الفرنسي في البداية مستقراً على أن دخول الدين كمدفوع في الحساب الجارى يؤدي إلى ضياع التأمينات الخاصة به ، وذلك إلا إذا اتفق الطرفان - صراحة أو ضمناً - على إبقاء هذه التأمينات

(١) ليون كان وريلو ، جزء ٤ بلد ٨٢٣ ص ٧٤٩ .

(٢) تراجعت محكمة النقض الفرنسية عن تطبيق مبدأ التحديد في حكم لها في ١٩ نوفمبر ١٩٢٩ ، دالوز الدورى ١٩٣٠ - ١ - ٩٧ وتطبيق هامل ، في قضية تتعلق بقانون خاص أبرأ ضحايا الحرب من الفوائد (قانون ٩ مارس ١٩١٨) . فقضت بأن دخول الدين في الحساب الجارى لا يمتنع من ضرورة انتقاص هذه الفوائد احتراماً لأهداف هذا القانون .

لصالح رصيد الحساب . ويستوى أن يكون هذا الاتفاق عند إبرام عقد الحساب الجارى أو عند دخول المدفوع فى الحساب (١) .

ثم أصدرت محكمة النقض الفرنسية ، فى ٢٩ يوليو ١٩٣٥ (٢) ، حكمها الذى قررت فيه أن قيد الحق فى الحساب الجارى لا يتضمن على وجه الحتم تجديداً يؤدي إلى أن يفقد هذا الحق التأمينات التى تضمنه . فلا بد ، إذاً ، لمعرفة ما إذا كانت التأمينات قد انقضت من جراء هذا القيد أم لم تنقض أن نرجع إلى نية الطرفين .

وقد أعطت محكمة النقض بهذا الحكم سلطة واسعة لمحكمة الموضوع فى استخلاص نية الطرفين . وقد دأبت المحاكم على التوسع فى استخلاص نية استبقاء التأمينات الضامنة للحق حرصاً على مصلحة صاحبه (٣) .

٢٥٩-٤- القانون المدنى المصرى :

ويبدو أن القانون المدنى المصرى كان أكثر تأثراً بهذا النقد . إذ ذهب فى تراجعه عن فكرة التجديد إلى أبعد مما ذهبت محكمة النقض الفرنسية . فقد نص فى المادة ٣٥٥ منه على أنه : لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار . وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد

(١) محكمة نواى ٢٨ نوفمبر ١٩٠١ ، داللوذ الدورى ١٩٠٥ - ٢ - ٤٥٧ وتعليق ليفلان ؛ نقض مدنى فرنسى فى ٢٥ أبريل ١٩١٠ ، سيرى ١٩١٣ - ١ - ٢٦٥ وتعليق برركار .

(٢) عرائض فرنسى ، سيرى ١٩٣٥ - ١ - ٣٨٧ ، قارن نقض مدنى ١٢ يوليو ١٩٣٦ ، جازيت دى باليه ١٩٣٦ - ٢ - ٤٢٢ حيث يبدو عليها بعض التراجع .

(٣) تقترح لجنة الدراسات التشريعية التفرقة بين التأمينات القانونية - كامتياز البائع أو المؤجر مثلاً - وهذه لا يمكن أن تنتقل لتضمن رصيد الحساب الاحتمالى لأنها لا صفة بصفة الدين ، وبين التأمينات الاتفاقية ، كالرهن ، ويكون للطرفين فى هذه الحالة أن يتفقا على بقاء التأمينات لتضمن الرصيد الاحتمالى . وينتقد الفقيه اسكارا (بند ١٣٥١ ص ٩٤٣) ابقاء التأمينات لضمان الرصيد بعد انقضاء الدين الذى تقررت هذه التأمينات لضمانه .

الحساب وتم اقراره . على أنه إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص ، فإن هذا التأمين يبقى ، ما لم يتفق على غير ذلك ، .

وواضح أن هذه المادة تتضمن تراجعاً ملموساً عن الأخذ بفكرة التجديد :

أ- ففيما يتعلق بالتأمينات ، أقام المشرع قرينة تخالف في مضمونها أحكام التجديد . فبينما القاعدة في التجديد أن تنقضي التأمينات الضامنة للالتزام القديم إلا إذا تم الاتفاق صراحة على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد ، يفترض المشرع في المادة ٣٥٥ بقاء هذه التأمينات ما لم يتم الاتفاق صراحة على انقضائها . وهذا الحكم من جانب المشرع المدني المصري يتجاوز ما وصلت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها السابق الإشارة إليه والذي قررت فيه ضرورة الرجوع إلى نية الطرفين . لأن المادة ٣٥٥ تنقضي ببقاء التأمينات ، وتجعل من هذا البقاء القاعدة أو الأصل العام يطبقه القاضي بغير حاجة إلى البحث في نية الطرفين . ولا يقضى بانقضائها إلا إذا اتفق الطرفان على هذا الانقضاء .

ب- ولكن تراجع المشرع المدني المصري عن فكرة التجديد يبدو أكثر وضوحاً فيما يتعلق بتحديد الوقت الذي يتم فيه التجديد . فظاهر نص المادة ٣٥٥ يوحي بأن المشرع قد انفصل تماماً عن النظرية القضائية التي أقامتها الأحكام المتعاقبة ، وخالف الرأي السائد فقهاً وقضاءً منذ أمد طويل (١) . فقد رأينا أن التجديد - أي تحول الحق إلى بند في الحساب - يحدث بمجرد دخول هذا الحق في الحساب . وهذا الدخول يتم بمجرد توفر شروط المدفوع ، دون انتظار حتى لمجرد القيد المادي في

(١) وهذا المعنى الظاهر هو الذي أخذ به أستاذنا الدكتور محسن شفيق ، الوسيط ، جزء ٣ بند ٣٨ ص ٣٠ ، وعقب على ذلك قائلًا أن من الواضح أن من شأن هذا الحل (الذي جاءت به المادة ٣٥٥) إحداث تعديل جوهري في الحلول التي استقر عليها القضاء المصري السابق على صدور المجموعة المدنية .

الحساب . وها هو ذا المشرع المصرى يؤخر هذا التحول إلى وقت قطع الرصيد . وتام اقراره . ومعنى ذلك أن الحق ، وفقاً لنص المادة ٣٥٥ ، يظل محتفظاً بوجوده وكيانه وصفاته ودفعه وتأميناته حتى بعد قيده فى الحساب . ومعنى ذلك أيضاً أن الاندماج مع بقية المدفوعات لا يتم بهذا القيد . وإنما لابد لترتب هذه النتائج جميعها من أن ننتظر قطع الرصيد واقراره .

هذا المفهوم الجديد يقاب النظرية القضائية فى الحساب الجارى رأساً على عقب ، ويهدم كل البناء القديم من القواعد العرفية (١) . والغريب أن المشرع المصرى سكت بعد ذلك فلا يقول لنا ماذا نفعل فى نظام الحساب الجارى وكيف نقيم قواعده .

لذلك يلجأ بعض الفقهاء (٢) إلى التماس تفسير آخر لمعنى المادة ٣٥٥ . فيقولون إنها لا تغير من القواعد المستقرة شيئاً ، وإنما هى تعنى بالنكيف الفقهي . ذلك أن التجديد ، لكى يتم ، يتطلب أن يحدث تعاقب التزامين بحيث ينشأ أحدهما فى اللحظة التى يختفى فيها الآخر . ولذلك فإن تحول الحق الأصلى إلى بند لا يعتبر تجديداً من الناحية القانونية ، وإنما يتم التجديد بالمعنى القانونى عند قطع الرصيد واقراره . إذ يصبح هذا الرصيد هو الالتزام الجديد الذى يحل محل سائر الالتزامات المقيدة .

والواقع أن هذا التفسير يبدو شديد البعد عن المعنى الذى توحى به المادة ٣٥٥ . ولكننا مع ذلك نرحب به ونؤيده انقذاً لقواعد الحساب الجارى . وفاق ذلك ، فلعلة هو فعلاً التفسير الصحيح للمعنى الذى دار فى أذهان واضعى هذه المادة . ذلك أن الدكتور السنهوزى - وهو بين

(١) ويلاحظ أن القضاء المصرى - والمختلط على وجه الخصوص - يطبق المبادئ التى استنبطها واستقر عليها القضاء الفرنسى ويتابع تطورها فى نفس الاتجاهات .

(٢) الدكتور على عوض ، ١٩٥٨ ص ١٣١ و ١٣٢ .

كبار المساهمين في وضع القانون المدني المصري - يفسر المادة ٣٥٥ على هذا الوجه (١) .

أيًا ما كان الأمر ، فقد بقي لنا أن نشير إلى أن المادة ٣٥٥ تعتبر أنموذجاً بلغياً للتدخل التشريعي غير الموفق : فهي تتكلم عرضاً عن الحساب الجارى ، وهو نظام تجارى خاص ، بصدد التجديد ، فلا تحسن الكلام . وهي تتدخل في تكييف فقهي ، ليس من شأن المشرع ، فلا تأتى فيه بجديد ينفع . وهي تثير - إلى هذا وذلك - لبساً ولبلة في الأذهان بعبارتها غير الموفقة .

٢٦٠-٥- قانون التجارة الجديد :

وبعد صدور قانون التجارة الجديد ، تم الغاء النموذج البلغي للتدخل التشريعي غير الموفق والمتمثل في المادة ٣٥٥ من القانون المدني ، وحل محلها قاعدة أخرى نصت عليها الفقرة الثانية من المادة ٣٦٧ تجارى . وتتمثل هذه القاعدة في أن الأصل هو عدم قيد الديون المصحوبة بتأمينات قانونية أو اتفاقية في الحساب الجارى .

فإذا اتفق جميع ذوى الشأن على قيد الديون المصحوبة بتأمينات اتفاقية في الحساب الجارى ، سواء كانت تلك التأمينات مقررة من المدين أم من الغير ، يفترض المشرع أن هذا الاتفاق يتضمن اتفاقاً على نقل التأمين لضمان رصيد الحساب الجارى عند قفله ولكن في حدود مقدار

(٢) الدكتور السنهورى - ألوسيط جزء ٣ رقم ٤٩٨ ص ٨٣٨ و ٨٣٩ - حيث يقول : ولكن ذلك لا يمنع من أن الالتزام الذى أجرى تقييده في الحساب الجارى - وفقاً للقواعد المقررة في الحسابات الجارية ، وهي قواعد تقتضيها طبيعة هذه الحسابات - تفنى ذاتيته باندماجه في الحساب الجارى وصيرورته قلماً من أقلامه في الجهة الدائنة أو الجهة المدينة بحسب الأحوال ، ومن ثم ينقضى هذا الالتزام قبل أن يتم تجديده ، والذى يحل محله ليس التزاماً جديداً ، فإن هذا لا يكون إلا بعد قطع الحساب كما قمنا ، ولكن عنصر حسابى هو الدائنية أو المديونية التى يمثلها الالتزام في الحساب الجارى .

الدين المضمون ابتداء ، قبل دخوله الحساب ، دون ما اعتبار لما قد يطرأ على الحساب أثناء تشغيله من تغييرات اللهم إلا إذا اتفق على غير ذلك . ولا يحتج على الغير بانتقال هذا التأمين إلى رصيد الحساب إلا من تاريخ شهره إذا كان القانون يستلزم هذا الشهر . وبهذه القاعدة يكون المشرع قد أبقى على فكرة التجديد مع ضمان بقاء التأمينات في حالة اتفاق الأطراف على ادخال الدين المضمون بها في الحساب .

أما الديون المصحوبة بتأمينات قانونية فيسقط تأمينها بمجرد دخولها في الحساب وفقاً لمبدأ التجديد ، نظراً لأن هذه التأمينات لاصقة بصفة الدين ذاته فتتقضى بانقضائه ، وليست مضافة لضمائه فتبقى بالاتفاق على دخوله في الحساب .

ثانياً : عدم تجزئة الحساب الجارى

Indivisibilité

٢٦١-١- معنى مبدأ عدم التجزئة :

رأينا أن العمليات التي تلقى في الحساب الجارى تتحول - بناء على الأثر التجديدي للحساب الجارى - إلى بنود . هذه البنود تندمج في كل لا يجزأ وتظل مختفية في نطاق الحساب حتى وقت قفله نهائياً . فطالما ظل الحساب مفتوحاً فلا يوجد بين طرفيه حق ولا دين ، ولا يعتبر أحدهما دائناً أو مديناً ، وإنما كل منهما طرف في حساب جار حتى يقل ويصفى فيظهر الرصيد . حينئذ فقط تظهر المديونية ، إذ يعتبر الرصيد النهائي ديناً لأحدهما على الآخر (١) . ولقد نص قانون التجارة الجديد

(١) من بين الأحكام الهامة التي صاغت مبدأ عدم التجزئة في صورته الكلاسيكية حكم نقض مدنى فرنسى ٢٤ يونيو ١٩٠٣ ، دالورز ١٩٠٣ - ١ - ٤٧٢ وتعليق Em B. ، أنظر كذلك : محكمة استئناف مخطوط ٣ يونيو ١٩١١ ، البلتان ٢٣ - ٣٤٧ ؛ واستئناف ٢٤ مايو ١٩٣٢ ، البلتان ٤٤ - ٣٠٢ .

على هذا المبدأ صراحة في الفقرة الأولى من المادة ٣٦٢ بقوله : لا تقبل المفردات المقيدة في الحساب الجارى التجزئة قبل قفل الحساب واستخراج الرصيد .

وأهم ما يترتب على مبدأ عدم التجزئة هو أنه لا يجوز استخلاص أحد مفردات الحساب لكي نجعل له أثراً خاصاً بين الطرفين . فلا يجوز المطالبة به ولا الاعتداد بحالة المديونية التي كان يؤدي إليها لولا دخوله في الحساب . كذلك لا يمكن ربط مفرد معين بمفرد آخر ليقال مثلاً إن هذا كان تصفية أو وفاة لذلك . فهذه البنود أجزاء تندمج في الكل مباشرة فلا يكون لأحدهم صلة خاصة ببند آخر . ويعبر الفقهاء عن ذلك بأن البنود مستقلة بعضها عن البعض ، وهو تعبير قد يثير اللبس (١) . ولقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٦٢ تجارى على هذا الأثر صراحة إذ تقول : ولا تجوز المقاصة بين مفرد في الحساب ومفرد آخر في نفس الحساب .

والذي يحدث عند قفل الحساب الجارى هو مقاصة واحدة بين جميع البنود الدائنة وجميع البنود المدينة دفعة واحدة ، ليخرج الرصيد النهائي . ولا يمكن أن تحدث مقاصة متتابة بين بند معين وبند آخر ، لأن المقاصة وفاة ، ولا وفاة بين البنود وفقاً لمبدأ عدم التجزئة (٢) .

٣٦٢-٢- عدم التجزئة يكمل الأثر التجديدي للحساب :

ولا شك أننا نلاحظ كيف أن مبدأ عدم تجزئة الحساب الجارى يكمل مبدأ التجديد الذي يترتب على القاء المدفوع في الحساب . فلو لا التجديد

(١) هامل ، جزء ١ - رقم ٣٧٣ ص ٥٨٥ ورقم ٣٧٩ ص ٥٩١ .

(٢) هناك نظرية مهجورة كانت ترى أنه تحدث مقاصة متتابة بين بنود الحساب Compensations successives . وتستند إلى ما جرى عليه العمل في البنوك من القطع الدورى للحساب . وقد قال بها إسمان وبيرييه ، ولكنها لم تلق أى تأييد في الفقه ولا في القضاء ، لتعارضها مع سائر أحكام الحساب الجارى .

لما أمكن لمبدأ عدم التجزئة أن يجد تطبيقاً له في هذا الحساب ، لأنه لولاه لظلت كل عملية من العمليات التي تمت بين الطرفين محتفظة بكيانها الخاص وصفاتها ودفوعها وتأميناتها ، ولما أمكن أن يتم الاندماج بينها وبين سائر العمليات .

فالتجديد يهيئ الحق للاندماج ، إذ يحوله إلى بند لا ذاتية له . ويكون هذا البند مجرداً مستقلاً عما يكون قد سبقه من حقوق . إذ تنفصل بهذا التجديد ما بينه وبين الروابط القانونية التي أدت إليه ، فيصبح بذلك جزءاً صالحاً للاندماج في الكل الذي لا يتجزأ .

وقد عبر الفقيه تالير على عمل مبدأي التجديد وعدم التجزئة تعبيراً موافقاً إذ يقول : « إن الحساب الجارى بوثقه يلقي فيها بالحقوق ، فتنصهر ويختلج بعضها في البعض ، وينتج منها شئ واحد هو دين الرصيد » .

٣٦٢-٢- القطع الدوري المؤقت للحساب :

جرى العمل على أن تستخلص البنوك لنفسها الرصيد المؤقت بعد كل عملية تقيد في الحساب ، وذلك حتى تعرف حالة الائتمان وتتأكد من أن العميل لم يتجاوز الحد الأقصى المتفق عليه . كذلك تقوم البنوك ، في مواهيد دورية معينة - ثلاثة شهور أو ستة أو سنة - بقطع الرصيد المؤقت وإرسال بيان عنه إلى العميل . بل إن قطع الحساب قد يكون تلقائياً دون ما حاجة إلى اتفاق . ولقد نصت على ذلك المادة ٣٧١ من نماري بقولها : « إذا كان الحساب الجارى مفتوحاً بين بنك وطرف آخر اعتبر الحساب مقطوعاً في نهاية السنة المالية للبنك ولا يعتبر هذا القطع قسراً للحساب ، وإنما يظل مفتوحاً ويرحل رصيده إلى نفس الحساب الذي يستأنف حركته في اليوم التالي لقطعه » .

وظاهر أن هذا القطع المؤقت يتعارض مع مبدأ عدم تجزئة الحساب الجارى الذي لا يسمح إلا باستخلاص رصيد واحد نهائى للحساب . لذلك فإن الفرض أنه لا يؤدي إلى آثار قانونية خاصة ، إذ هو لمجرد العلم

بحالة الحساب الداخلية ، وقد يتخذ القطع الدورى أساساً حسابياً لترتيب الفوائد على متجمد الفوائد .

إلا أننا سنرى ، فيما بعد ، تطور القضاء فى هذا الشأن وكيف أخذ بحالة المديونية المؤقتة فى الحساب ورتب عليها بعض الآثار القانونية .

٢٦٤-٤- مسألة الحجز على الحساب أثناء سريانه :

من بين أهم المسائل التى أثارت فى الحساب الجارى ، تفرعاً على مبدأ عدم التجزئة المكمل لمبدأ التجديد ، هى مسألة الحجز . فمنطق التجديد يقتضى عدم جواز الحجز على حق معين تحول إلى بند بعد قيده فى الحساب ، لأن هذا الحق يفقد ذاتيته ولا يجوز الوفاء به وفاء خاصاً . ومنطق عدم التجزئة يقتضى ألا يكون الحجز على مفردات الحساب جائزاً طالما أنه لم يزل مفتوحاً ، إذ أن الفرض أنه لا يجوز اعتبار أحد الطرفين دائماً للآخر قبل تصفية الحساب ومعرفة الرصيد النهائى . وبالتالي فإن الحجز على حق معين فى الحساب أو على الحساب عامة يكون حجزاً غير صحيح ، فيتعين على البنك أن يعتبره عديم الأثر .

وقد ظل القضاء مستقراً على هذا رأى زمناً (١) ، ثم تعرض لنقد شديد من جانب بعض الفقهاء (٢) ، الذين رأوا أن فى ذلك مبالغة فى تطبيق مبدأ عدم التجزئة إلى أبعد من حدوده الطبيعية . فهذا المبدأ ليس من شأنه أن يمنع قطع الرصيد مؤقتاً ومعرفة الدائن والمدين فى وقت معين أثناء سريان الحساب . هذا بالإضافة إلى ما فى ذلك من إهدار لحقوق الدائنين وتمكين المدين من الإضرار بهم ، إذ أنه يستطيع ، قبل

(١) محكمة النقض المدنية الفرنسية فى ٢٣ يناير ١٩٢٢ ، ميرى ١٩٢٣ - ١ - ٢٢٥ ؛ وفى مصر استئناف مخطوط ٥ ديسمبر ١٨٩٤ ، البلتان ٧ ص ٢٩٩ ؛ استئناف مخطوط ١٩ ديسمبر ١٩١٧ ، البلتان ٣٠ ص ٣٩ .

(٢) إيسمان ، تعليق على نقض مدنى فرنسى السابق . هامل ، جزء ١ رقم ٣٨٢ ص ٥٩٩ وعلى الأخص ص ٦٠٢ .

فصل الحساب ، أن يعمل على تفريغه فلا يتبقى له رصيد دائن أو قد يخرج منه برصيد مدين . كذلك يستطيع العميل سئئ النية أن يضع أهم أمواله في حسابه الجارى مع البنك وهو مطمئن إلى أن أحداً من دائنيه لن يستطيع الحجز عليها .

وقد تأثر القضاء بهذا النقد ، فأخذ يتلمس الأسباب التى يمكن أن تهرر صحة الحجز على الحساب الجارى . ومنها أنه بدأ يتوسع فى استخلاص فكرة الغش . فقرر مثلاً أن مجرد كون الحساب الجارى غير معدد المدة يجعله وسيلة لغش الدائنين ، وبالتالي فإن من الممكن للدائنين فى هذه الحالة أن يحجزوا على الرصيد المؤقت التالى لإعلانه (١) . وقرر أيضاً أن الحساب قد اشتغل ، بطريقة غير عادية ، بعد الحجز ، مما يعتبر منطقياً على غش (٢) . بل لقد أخذت بعض الأحكام تقرر مبدأ صحة الحجز فى عبارات أكثر صراحة ودون التجاء إلى فكرة الغش (٣) .

وقد أدى هذا التطور القضائى إلى تغيير فى منسك البنوك حيال الحجز، فقد اضطرت إلى الاعتداد به . فعندما تتلقى اعلان الحجز على الحساب تعتمد إلى قطع الحساب حتى تتبين الرصيد . فإذا كان الرصيد فى صالح البنك فإن الحجز يكون غير ذى موضوع ، فلا يعتد به البنك ويستمر جريان الحساب بين الطرفين كما كان من قبل . أما إذا ظهر أن الرصيد فى صالح العميل فإن البنك يقوم بتجميد الحساب Blocage de

(١) محكمة استئناف باريس المستعجل ٢٧ يناير ١٩٣٨ ، جازيت دى باليه ١٩٣٨ - ٢ - ١٠١ .

(٢) محكمة استئناف باريس فى ١٣ مارس ١٩٤٣ J. C.p. ١٩٤٣ - ٢ - ٢٤٠٥ وتعليق . A. B. .

(٣) محكمة السين المدنية فى ٧ يناير ١٩٤١ ، سيرى ١٩٤١ - ٢ - ٤ وقد قالت : إن للدائنين ضماناً عاماً على أموال مدينهم ، إلا بمقتضى استثناءات يوردها القانون . وليس هناك أى نص يقيد حقوق الدائنين على العنصر الإيجابى للمدين الذى يمكن أن يستخلص من حساب جار

compte إلى اليوم الذي تتخذ فيه المحكمة قرارها ، فتحكم إما برفع الحجز والاستمرار في الحساب ، أو بصحة الحجز والوفاء بقيمة الرصيد بين يدي الدائن الحاجز .

والواقع ، في رأينا ، أن أهم ما يجب مراعاته والاعتداد به في هذه المسألة ، ليس هو تعارض الحجز أو عدم تعارضه مع مبدأ عدم تجزئة الحساب الجارى ، وإنما هي المصالح المشروعة التي تتعلق بجواز الحجز أو عدم جوازه : فالحقيقة أن مبدأ عدم تجزئة الحساب لا يقف وحده عقبة تحول دون جواز الحجز . ذلك أن هذا المبدأ ، كغيره من المبادئ التي يسترشد بها القضاء ، ينحسر دائماً أمام الحلول العملية التي تتعارض معه ، وليس من العسير أن نجعل جواز الحجز استثناء يرد على هذا المبدأ كغيره من الاستثناءات التي سنوردها بعد قليل .

المسألة الحقيقية هي مسألة تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة . فالقائلون بجواز الحجز على الحساب الجارى ينظرون إلى مصلحة دائن العميل ، فيرون أن عدم جواز الحجز يهدر مصلحة هذا الدائن . إلا أنه يجدر بنا ألا ننسى المصالح الأخرى التي ترتبط ببقاء الحساب جارياً بعيداً عن متناول الحاجزين . وهي مصالح متصلة بجوهر الحساب الجارى وطبيعته الخاصة . فهو ليس حقاً كسائر الحقوق التي تكون في ذمة البنك للعميل . وإنما هو علاقة جارية وينبغي لها أن تظل جارية . لذلك فإن الأضرار التي تلحق بالمدين من جراء الحجز على الحساب الجارى بينه وبين البنك أشد من تلك التي يمكن أن تنجم عن الحجز على مال من أمواله الأخرى . فالحساب الجارى يمثل نشاط كل من الطرفين . والسماح بالحجز على الرصيد الدائن مؤقتاً قد يؤدي إلى نتائج بعيدة المدى قد لا يحسن الدائن الحاجز تقديرها . وأخطر هذه النتائج أن يتوقف النشاط الائتماني والتجاري الذي يربط الطرفين في وقت غير مناسب ، وأن يظل هذا النشاط معرضاً ، على أية حال ، لخطر التوقف المفاجئ بناء على أى

حجز يقوم به أحد الدائنين لأحد الطرفين (١) . ويؤدي ذلك أيضاً إلى أن يفقد البنك ضماناته في مواجهة العميل . فالبندك يرتضى القيام بعمليات ائتمان مختلفة اعتماداً على الرصيد الدائن مؤقتاً لمصلحة عميله . فتوقيع الحجز على هذا الرصيد يؤدي إلى انهيار جانب كبير من الثقة التي يوليها البنك لعميله (٢) .

لذلك فإن أمر جواز أو عدم جواز الحجز على الحساب الجارى لابد أن يدرس على التوفيق بين كل هذه المصالح . وهذا يتطلب أن يتدخل المشرع بحلول غير مطلقة (٣) . واقد حدث هذا التدخل بالفعل بمقتضى قانون التجارة الجديد حيث قرر في المادة ٣٧٣ منه بأنه : يجوز لدائن أحد طرفي الحساب توقيع الحجز أثناء سير الحساب على الرصيد الدائن لمدة وقت توقيع الحجز ، وفي هذه الحالة يجرى الطرف المفتوح لديه الحساب ميزاناً مؤقتاً للحساب للكشف عن مركز المحجوز عليه وقت توقيع الحجز .

٣٦٥-٥- الاستثناءات القضائية على مبدأ عدم تجزئة الحساب

الجارى ،

بالرغم من أن عدم تجزئة الحساب الجارى يقتضى أن تظل مراكز الطرفين مجهولة - فلا يعرف الدائن أو المدين إلا عند قفل الحساب فقط -

(١) وكثيراً ما يكون الاتفاق على الحساب الجارى يهدف أساساً إلى ضمان الوصول إلى اتمام عملية أو عمليات معينة دون عقبات .

(٢) لذلك يعارض رجال البنوك وبعض الفقهاء في جواز الحجز . أنظر : اسكارا ، بند ٣٥٥ ص ٩٤٧ ؛ ريبير بند ٢١٠١ ص ٨٤٩ ؛ نستور ريجا ، محاضرة في معهد الدراسات المصرفية ١٩٥٦ ص ٢٢ وما بعدها .

(٣) والحل الذى تقترحه لجنة الدراسات التشريعية الفرنسية (في م ١٣ من مشروعها) هو أن يتقرر أولاً مبدأ جواز الحجز ، ثم النص على أنه لا يجوز أن يضر الحجز بحقوق الطرف الآخر فى الحساب سواء كانت اتفاقية أو بالتخصيص الضمنى لضمان عمليات أخرى ؛ حتى أن تستثنى دائماً حالة الغش من الدائن الحاجز .

فإنه ، من الناحية العملية ، يمكن دائماً معرفة الرصيد المؤقت في وقت معين ، ومعرفة الدائن المؤقت أو المدين المؤقت بالرغم من استمرار الحساب :

ومع أن هذه المعرفة كان يجب - تطبيقاً لمبدأ عدم تجزئة الحساب الجارى - أن تظل بلا نتيجة قانونية يعتد بها ، فإن المشرع ، فى قانون التجارة الجديد ، أجاز لكل طرف من أطراف الحساب أن يتصرف فى رصيده الدائن الذى قد يظهر عند الوقف المؤقت فى أى وقت للحساب ما لم يتفق على غير ذلك (م ٣٦٥) .

كما أن القضاء أخذ يرتب ، من وقت لآخر ، بعض الآثار المستندة إلى حالة الدائنية أو المديونية المؤقتة فى حساب جار ما زال مفتوحاً .

أ- يجرى عرف العمل المستقر فى سائر البنوك على أنه من الجائز للعميل - إذا كان دائناً مؤقتاً فى الحساب الجارى الذى يربطه بالبنك - أن يسحب على البنك شيكات أو كمبيالات . هذا السحب يفترض أن الساحب (العميل) دائن للمسحوب عليه (البنك) بقيمة الرصيد فى الشيك أو مقابل الوفاء فى الكمبيالة . والاعتراف بهذه المديونية يتعارض مع مبدأ عدم التجزئة .

ب- وقضت محكمة النقض الفرنسية أن الهبة ، بمقتضى عقد الزواج ، للأموال الحاضرة والمستقبلة ، محملة بالديون والالتزامات المنصوص عليها فى المادة ١٠٨٤ مدنى فرنسى ، تتضمن هذه الديون والالتزامات فى وقت حصول هذه الهبة ، بما فى ذلك الديون الناتجة عن الحسابات الجارية حتى قبل قفل هذه الحسابات (١) . وهى فى ذلك تعتد بوجود الدين فى حسابات مازالت جارية .

(١) نقض عرائض فرنسى ١٣ نوفمبر ١٨٦١ ، دالوز ١٨٦٢ - ١ - ٢٦ .

ج- كذلك قضت بأنه إذا كان أحد طرفي الحساب الجارى دائناً مؤقتاً - أى قبل قفل الحساب - للطرف الآخر ، فإنه يستطيع أن يطعن في تصرفاته الضارة بالدعوى البوليصة (١) .

د- وقررت كذلك أن الدائن مؤقتاً في الحساب الجارى له ، منذ ذلك الوقت ، حق لاحق في الاستيفاء ، ما لم تطرأ قيود أخرى تغير من حالة الحساب قبل التصفية النهائية . ويستطيع أن يستند إلى هذا الحق ليقيد الرصيد المؤقت في المحكمة حفظاً لحقوقه طبقاً لقانون ١٧ مارس ١٩٠٠ الفرنسي (٢) .

هـ- وأكدت محكمة إكس هذا الحق اللاحق للدائن المؤقت بمقتضى الحساب الجارى ، وخلصت من ذلك إلى أن البنك ، المرتبط بحساب جار مع شركة تضامن ، يستطيع أن يطالب الشركاء الخارجيين من الشركة قبل قفل الحساب بالوفاء برصيد الحساب الذي استمر دون أن تتغير حالة المديونية فيه إلى حين قفله بافلاس شركة التضامن (٣) .

و- وقضت محكمة النقض الفرنسية ، نتيجة للاعتداد بحق الدائن المؤقت في الحساب الجارى ، أنه يحسب بين ديون الكومونيتيه la communauté - وهو نظام شركة الأموال بين الزوجين - الرصيد المؤقت في الحساب الجارى كما كان في تاريخ انتهاء الكومونيتيه ، وذلك إذا لم يطرأ بعد ذلك ما يغير ميزان الحساب (٤) .

(١) نقض عرائض فرنسي ١٢ نوفمبر ١٨٧٢ ، داللو الدوري ١٨٧٤ - ١ - ٧٨ . وإنما يلاحظ أنه لا مجال للدعوى البوليصة في هذه الحالة في مصر لأن المادة ٢٣٧ مدني تشترط لرفعها أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، وذلك خلاف القانون الفرنسي .

(٢) نقض مدني فرنسي ٢١ يوليو ١٩٣١ ، داللو الأسبوعي ١٩٣١ - ٤٢٥ .

(٣) محكمة إكس في ٢٥ فبراير ١٩٤١ ، J. C. P. ، ١٩٤١ - ٢ - ١٦٣٣ وتعليق باستيان .

(٤) نقض مدني فرنسي في ٣١ يوليو ١٩٤٧ ، J. C. P. ، ١٩٤٧ - ٢ - ٤٠١٢ وتعليق كابرياك .

ز- وأخيراً فإن عرف العمل قد جرى على أن يبرز التاجر في ميزانيته السنوية حالته المؤقتة في الحساب ، دائناً كان أو مديناً ، وذلك حتى تعبر الميزانية السنوية تعبيراً صادقاً عن مركزه المالي . كذلك تعتد الشركات بحالة أرصدها في الحسابات الجارية ، دائنة أو مدينة ، قبل أن تقوم بتوزيع الأرباح على المساهمين حتى لا تتعرض لتوزيع أرباح صورية تنقص من رأس المال (١) .

٢٦٦-٦- هذه الاستثناءات ليست إلا الحدود الطبيعية للمبدأ ،

وقد جرى الفقه على اعتبار هذه الأحكام القضائية استثناءات متكررة على مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري تنقص من قيمة هذا المبدأ . ومع ذلك ، فلا شك أن من السهل ملاحظة أن كل هذه الاستثناءات ، التي يقرها القضاء الفرنسي أو يجرى عليها عرف العمل بين البنوك والتجار ، يمكن أن ترتد جميعاً إلى فكرة أصيلة واحدة : وهي أنه إذا لم يكن من الممكن اعتبار أحد طرفي الحساب دائناً بصفة نهائية أثناء استمرار هذا الحساب ، فهو ، على الأقل ، دائن بصفة مؤقتة ، أو هو - وفقاً لتعبير محكمة النقض الفرنسية الذي كررته أكثر من مرة - ، دائن بدين لاحق معلق على شرط عدم تغير ميزان الحساب ، إلى حين قفله ، من جراء قيد مدفوعات أخرى مقابلة ، . والاستثناءات كلها ترتكز على هذه الفكرة لكي تحمي الدائن الاحتمالي بمقتضى الحساب ، أو لكي تعبر في صدق عن الحالة المالية الحقيقية لطرفي الحساب .

فهل يمكن أن تعتبر هذه الفكرة استثناءاً حقيقياً على مبدأ عدم التجزئة ؟ -

نعم ، ولا شك ، إذا نظرنا إلى هذا المبدأ في صورته الكلاسيكية الأولى التي لا تحتل أقل اعتداد بالمديونية أثناء سير الحساب . ولكن

(١) اسكارا ، بند ١٣٥٣ س ٩٤٥ .

الذى لا شك فيه أيضاً أن هذه الصورة الكلاسيكية تتضمن بعض المبالغة والنطرف ، وأن القضاء قد اضطر لذلك إلى أن يضع لها حدودها الطبيعية التى تتفق مع المصالح العملية ومع منطق المبدأ ذاته .

ذلك أن الحساب الجارى حالة مستمرة . وهو قد يستمر بالفعل زمناً طويلاً . وإذا كان مبدأ عدم التجزئة يمنع اعتبار أحدهما دائماً للآخر بيقين ، ويمنع مطالبة أحدهما للآخر بمدفوع دخل فى نطاق الحساب ، فإنه لا يقتضى - على أى حال - تجهيل مركز الطرفين تجهيلاً كاملاً . لأن معرفة هذا المركز لا تتطلب قطع سير الحساب ولا المساس بمبدأ عدم تجزئته ، وإنما هى لا تكلف أكثر من النظر إليه أثناء استمراره نظرة لا تعمق هذا الاستمرار ولا تعطله . والواقع أن طرفى الحساب ينظران دائماً إليه بعد قيد كل مدفوع . ولا يمكن أن يخطر لأحد أن يطلب منهما همض عيونهما عنه بزعم احترام مبدأ عدم التجزئة . هذه النظرة داخل الحساب المستمر كافية لأن تكشف عن الحق الاحتمالى أو ، اللاحق ، الذى لا يتأكد إلا عند قفل الحساب ، ولأن تبين المركز المالى المؤقت للطرفين بياناً حقيقياً صادقاً .

ومن ثم فنحن نرى أن القضاء الفرنسى لم يخرج ، بهذه الأحكام ، عن مبدأ عدم التجزئة ، وإنما هو قد وضعه فى حدوده الطبيعية .

ثالث : سريان الفوائد

٢٦٧-١- الخروج على القواعد المدنية - العرف التجارى وسريان

الفوائد بقوة القانون ،

تستثنى فوائد مدفوعات الحساب الجارى من قاعدتين هامتين من

قواعد القانون المدنى :

أ- القاعدة الأولى هى الواردة بالمادة ٢٢٦ مدنى الخاصة بالفوائد

القانونية ، فهى تنص على أن هذه الفوائد تسرى من تاريخ المطالبة

القضائية . بينما يجرى العرف على سريان الفوائد القانونية من يوم قيد

المدفوع في الحساب ، دون انتظار للمطالبة القضائية . وقد يتفق الطرفان على تحديد سعر هذه الفوائد . ويطلب البنك عادة عن المدفوعات التي يقدمها للعميل فوائد أكبر من فوائد المدفوعات التي يتلقاها البنك من العميل (١) .

ب- أما القاعدة الثانية فهي الواردة بالمادة ٢٣٢ مدني والتي تقضي بأنه لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد . فقد جرى العرف على جواز ذلك في الحساب الجاري ، فتضاف الفوائد إلى رأس المال عند قطع الحساب في المواعيد الدورية المتفق عليها ، وتسرى فوائد جديدة عن الرصيد الناتج عن القطع بما يتضمنه من فوائد سابقة .

وبلاحظ هنا مدى خروج القاعدة العرفية التجارية على القواعد المدنية العامة فيما يتعلق بالفوائد . فقد رأينا أنه لا يجوز المطالبة بقيمة المدفوع في الحساب ، بل لا بد من انتظار قفل الحساب والمطالبة بالرصيد النهائي . فكأن العرف هنا يسمح بسرمان الفوائد القانونية ، ويتقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، كل ذلك عن دين غير مستحق الأداء . وهذا مثل قوى من أمثلة خروج العرف التجاري على القواعد العامة .

وقد حاول بعض الفقهاء العثور على تبرير قانوني لهذه الفوائد الاستثنائية الخارجة عن الأحكام العامة . والواقع أنه لا يستند إلا إلى قوة العرف التجاري وثبوته منذ زمن بعيد . والفوائد في الحساب الجاري لها في الحقيقة طابع الربح . فهي ربح اضافي يتقاضاه الطرفان - والبنك على وجه الخصوص- عن العمليات التجارية التي تقيد في هذا الحساب .

(١) قد يقتصر البنك على هذه الفوائد ، وقد يتفق على عمولة خاصة له يدفعها العميل نظير موافقته على فتح الحساب الجاري . وليس فيها ما هو جدير بالاشارة إلا واجب محكمة الموضوع في كشف الحالات التي تتضمن فيها هذه العمولة تحايلاً على الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية .

وهو ربح من شأنه أن يؤدي إلى تنشيط ائتمان كل منهما للآخر في نطاق الحساب .

٢٦٨-٢- الوضع في قانون التجارة الجديد ،

ولم يقر قانون التجارة الجديد هذا العرف على إطلاقه بالنسبة للقاعدتين السابقتين :

أ- فبعد أن كان الأصل هو انتاج المدفوعات للفوائد بمجرد قيدها في الحساب الجارى ، أصبحت القاعدة في ظل القانون الجديد هي أنه ، لا تنتج المدفوعات في الحساب الجارى عائداً إلا إذا اتفق على غير ذلك . ويحسب العائد وفقاً للسعر الذى يتعامل به البنك المركزى وقت استحقاقه ما لم يتفق على مقابل أقل ، (م/٣٦٦/١) .

ب- وبعد أن كانت القاعدة هي جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد أياً كان أطراف الحساب الجارى ، تم تقييد هذه القاعدة ، في ظل القانون الجديد ، وقصرها على الحساب الجارى المفتوح لدى بنك (م/٣٦٦/٢) .

المبحث الثالث

قفل الحساب الجارى Clôture

٢٦٩- أسباب قفل الحساب الجارى ،

لا تختلف قواعد قفل الحساب الجارى كثيراً عن قفل حساب الودائع . إذ يقفل الحساب الجارى فى الميعاد المتفق عليه عند فتحه . وللطرفين ، بطبيعة الحال ، أن يتفقا على تغيير هذا الميعاد تعجيلاً أو تأجيلاً . أما إذا كان الحساب مفتوحاً لمدة غير معينة ، فلكل من الطرفين أن يطلب قفله بعد اخطار الطرف الآخر . ولا بد أن يكون هذا الاخطار فى مدة معقولة . وينشدد القاضى فى طلب المدة المعقولة فى حالة قفل الحساب الجارى

من جانب واحد أكثر من تشدده في تطلبها بالنسبة لحساب الذائع : ويرجع ذلك إلى طبيعة الحساب الجارى الذى يمثل عمليات الطرفين التجارية ، مما يجعل القفل المفاجئ للحساب من جانب واحد ضاراً أشد الضرر بالطرف الآخر .

وللحساب ، كما نعلم ، طابع شخصى . لذلك يجب قفله عند وفاة أحد طرفيه أو إفلاسه أو نقص أهليته (١) .

ولقد نصت على ذلك كله المادة ٣٦٩ تجارى بقولها ، ١- إذا حددت مدة للحساب الجارى وجب قفله بانتهائها . ويجوز قفله قبل انتهاء المدة باتفاق الطرفين ، ٢- وإذا لم تحدد مدة للحساب الجارى جاز قفله فى كل وقت بإرادة أى من الطرفين مع مراعاة مواعيد الاخطار المتفق عليها أو التى يجرى بها العرف ، ٣- وفى جميع الأحوال يقفل الحساب الجارى بوفاة أحد طرفيه أو شهر إفلاسه أو اعساره أو الحجز عليه ، .

٢٧٠- آثار قفل الحساب الجارى :

وهى تتلخص فى عدم جواز قيد أى مدفوع فى الحساب بعد اقفاله ، ووجوب تصفيته واستخراج رصيد الحساب . وذلك بجمع كل المفردات الواردة فى جانب الأصول وجمع كل المفردات الواردة فى جانب الخصوم ثم طرح الرقم الأصغر من الرقم الأكبر ، فيظهر الرصيد النهائى دائناً أو مديناً .

ويظهر الرصيد ، تبدأ الآثار التى كانت موقوفة مؤقتاً طوال فترة سريان الحساب . فيتحدد مركز الطرفين ، إذ يعرف من منهما الدائن ومن المدين . ويصبح دين الرصيد ديناً مقدراً محققاً مستحق الأداء فوراً ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ، أو كان بعض العمليات الواجب قيدها

(١) قارن رأى الخاص للدكتور على عوض الذى لا يرى محلاً للاعتبار الشخصى فى الحساب الجارى لأنه ، فى نظره ، لا يقوم على الثقة . لذلك يجب - فى رأيه - ألا ينتهى بوفاة أحد طرفيه - مؤلفه ١٩٥٨ ص ١٧١ .

في الحساب لا يزال جارياً وكان من شأن قيدها تعديل مقدار الرصيد . وفي هذه الحالة يكون دين الرصيد حالاً من اليوم التالي لآخر قيد تستلزمه هذه العمليات (م ٣٧٠ تجارى) . ويجوز الحجز عليه تحت يد المدين به . وإذا قام المدين بالوفاء به اعتبر وفاء بدين حال في حكم المدينين ٥٩٨ و ٥٩٩ تجارى المتعلقة بالافلاس .

وتسرى القواعد العامة على تقادم دين الرصيد وعائده . ويحسب العائد على دين الرصيد من تاريخ قفل الحساب ما لم يتفق على غير ذلك (م ٣٧٢) .

وإذا وقع خطأ في الحساب ، فلا تقبل دعوى تصحيح الحساب الجارى، ولو كان الطلب مبدئياً على غلط أو سهو أو تكرار القيود ، وذلك لهما يتعلق بالقيود التى مضى عليها أكثر من ثلاث سنوات إلا إذا حصل خلال هذه المدة اخطار من أحد طرفي الحساب إلى الآخر بتمسكه بتصحيح الحساب أو إذا ثبت ، فى حالة الحساب مع البنك ، أن العميل لم يعلق من البنك خلال المدة المذكورة أى بيان بحسابه (م ٣٧٦/١) . وفى جميع الأحوال تسقط الدعوى بانقضاء خمس سنوات من اليوم الذى ينشأ فيه الحق فى تصحيح الحساب (م ٣٧٦/٢) .

وقد يكون الرصيد مضموناً بتأمينات أنشئت يوم فتح الحساب أو أثناء سريانه . هذه التأمينات قد تكون صكوكاً مالية مملوكة للعميل ويرتبهها البنك . وقد يرهن العميل محله التجارى لهذا الغرض . والغريب فى هذا الرهن أنه يضمن دين الرصيد النهائى للحساب الجارى الذى لا يكون قد تحدد بعد ، وقت نشأة الرهن ؛ بل لا يكون قد ظهر إلى عالم الوجود بعد، لأننا لا نعرف - قبل قفله - أى الطرفين سيكون دائماً للآخر عند نهايته . ومن ثم تنثور الصعوبة عند اجراء الشكليات اللازمة لتنفيذ الرهن على الغير ، إذ تتطلب هذه الشكليات عادة تحديد الدين المضمون بالرهن . ولا مناص فى مثل هذه الحالة من الاقتصار على ذكر سبب الدين المضمون وبيان العناصر التى تساعد على معرفة الرصيد النهائى

المحتمل ، كبيان الحد الأقصى لائتمان البنك للعميل في عقد فتح الحساب الجارى .

المبحث الرابع

أثر الافلاس فى الحساب الجارى

٢٧١-١- الافلاس يؤدي إلى قفل الحساب الجارى :

أول ما يتبادر إلى الذهن عند ذكر الافلاس هو أثره الحاسم فى قفل الحساب الجارى . فإذا صدر حكم الافلاس ضد أحد طرفى الحساب ترتب على ذلك ضرورة اعتبار الحساب الجارى قد وصل إلى نهايته دون إمهال . فيمتنع اجراء أى قيد جديد سواء فى جانب الأصول أو فى جانب الخصوم ، ويستخلص رصيد الحساب بالحالة التى يكون عليها وقت صدور حكم الافلاس . فإذا قيدت مدفوعات جديدة بعد هذا الحكم فإنها لا تدخل فى الحساب ولا تتحول إلى بنود ولا تندمج مع بقية المدفوعات السابقة على حكم الافلاس . ويستطيع الدافع أن يطالب باستردادها من القابض . ومعرفة الرصيد النهائى وقت حكم الافلاس يتبين موقف الطرف المفلس . فإذا كان الرصيد دائماً وجب على الطرف الآخر أن يؤديه إلى أمين التفليسة . وإذا كان مديناً تقدم الطرف الآخر إلى التفليسة مطالباً به ضمن جماعة الدائنين - فى حالة عدم وجود ضمانات خاصة- ويخضع حينئذ لقسمة الغرماء .

٢٧٢-٢- مركز البنك الممتاز فى تفليسة العميل :

إذا كان البنك مرتبطاً بحساب جار مع العميل المفلس ، فإن آثار الحساب الجارى الخاصة تجعل للبنك بين دائئى هذا العميل المفلس مركزاً ممتازاً يتعارض مع مبدأ المساواة بين الدائنين ، الذى يعتبر من أهم المبادئ التى تحكم سائر قواعد الافلاس . ذلك أن الأثر التجديدى ومبدأ

عدم تجزئة الحساب يجعلان البنك يقلت افلاتاً تاماً من الحصار الذي
تضربه المادة ٥٩٨ تجارى على تصرفات المدين المفلس فى فترة
الريبة .

أ- فقد رأينا كيف أن المدفوع فى الحساب لا يمكن أن يعتبر وفاء
مدفوع آخر . فكأن المدفوعات التى يلقبها المفلس فى الحساب خلال فترة
الريبة نفلت من المادة ٥٩٨ التى تقرر عدم النفاذ الوجوبى لوفاء الدين
قبل حلول آجالها (١) . كذلك رأينا أن هذه المدفوعات تتكون دائماً من
مثليات من نوع واحد ، حتى لو اتخذت صورة غير مباشرة . فإذا
فرضنا أن المفلس قدم للبنك بضاعة كمدفوع فى الحساب خلال فترة
الريبة ، فإن هذا المدفوع لا يمكن الحكم بعدم نفاذه طبقاً لأحكام المادة
٥٩٨ على اعتبار أنه وفاء ، بغير الشئ المتفق عليه ، - حتى ولو كان
الأمر كذلك فى الواقع - ليس فقط لأن المدفوع لا يعد وفاء ، وإنما أيضاً
لأن المدفوع الحقيقى هو القيمة النقدية للبضاعة وليس البضاعة ذاتها .
لهذا المدفوع يعد ، إذا ، نقوداً لا بضائع .

ب- كذلك يتميز البنك على جماعة الدائنين فيما يتعلق بالمقاصة
التي تجرى بين البنود الداخلة فى الحساب . فالقاعدة أن لدائن المفلس أن
يتمسك بالمقاصة القانونية إذا توفرت شروطها فى خلال فترة الريبة .
والمقاصة القانونية هى تلك التى تتم بين دينين من النقود أو من مثليات
من نوع واحد إذا كان كل منهما محققاً ومستحق الأداء . أما المقاصة
الاتفاقية - وهى التى تكون بين دينين لا تتوفر فيهما كل هذه الشروط ،
وإنما يتفق الطرفان مع ذلك على وقوع المقاصة بينهما - ، لا تنفذ وجوباً
إذا تم الاتفاق عليها خلال فترة الريبة . فإذا اتفق المدين المفلس مثلاً مع
دائنه خلال فترة الريبة على أن تتم المقاصة بين الدين الذى عليه وبين

(١) ومن بين التطبيقات القضائية ، أنظر حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٩ أكتوبر
١٩٦١ ، للمجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦٢ - ٢ - ٣٠٥ .

حق له على نفس الدائن فإن مثل هذا الاتفاق يقع تحت طائلة المادة ٥٩٨ ولا ينفذ وجوباً بالنسبة لجماعة الدائنين .

فلو أننا طبقنا هذه القاعدة على العمليات المتنوعة التي تجرى بين البنك والعميل قبل أن تدخل في الحساب الجارى ، لما أمكن أن تحدث بينها المقاصة القانونية . إذ الأصل أن هذه العمليات - قبل أن تتحول إلى بنود في الحساب - قد تتنوع وتختلف . فلو أنها لم تدخل في الحساب الجارى لما كان من الممكن أن تتم بينها المقاصة القانونية ، ولكان من اللازم لكى تقع المقاصة بينها أن يتفق الطرفان عليها صراحة . مثل هذا الاتفاق يقع ولا شك تحت طائلة المادة ٥٩٨ تجارى إذا تم خلال فترة الرتبة .

ولكن دخول هذه العمليات في الحساب الجارى ، وخضوعها للأثر التجديدي الخاص لهذا الحساب ، يجعلها تفلت من الحكم بعدم نفاذها وجوباً . فهذه الحقوق المختلفة تتحول ، بالقائها في الحساب ، إلى بنود نقدية مرتبطة فيما بينها ارتباطاً وثيقاً بمقتضى مبدأ عدم التجزئة . فإذا قفل الحساب أصبحت هذه البنود جميعاً مستحقة الأداء صالحة للمطالبة القضائية . وحينئذ لا يمكن للمادة ٥٩٨ أن تحول دون وقوع المقاصة القانونية صحيحة بين كل أصول الحساب وكل خصومة على الوجه الذى سبق أن بيناه (١) . وبذلك يصبح البنك فى مركز ممتاز بالنسبة لباقي دائنى المفلس ، إذ أنه - بدلاً من أن يؤدى إلى أمين التفليسة كل أصول العميل المفلس ، أى كل المدفوعات التى قدمها العميل ، ثم يخضع فى المطالبة بخصوم العميل ، أى المدفوعات التى قدمها البنك ، لقسمة الغرماء فلا يحصل إلا على نسبة من هذه المدفوعات - بدلاً من ذلك المركز الضار تتم المقاصة بين جميع بنود الحساب ثم يتقدم البنك إلى

(١) أنظر حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٢ يوليو ١٩٦١ ، المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦٢ - ١ - ص ١٢١ .

التفليسة مؤدياً أو مطالباً بالرصيد الباقي . وهو وضع لا شك في أفضليته للبنك .

ولا يناقش القضاء في كل ما سبق هذا المركز الممتاز للبنك (١) . ولكنه أخذ يتحفظ في تطبيق مبادئ الحساب الجارى في بعض الحالات الأخرى للنزاع بين البنك وبين أمين التفليسة باعتباره ممثلاً لجماعة الدائنين ، ومن أهمها حالة انشاء التأمينات خلال فترة الريبة ضماناً للحساب الجارى . كذلك يتحفظ في تطبيق قاعدة عدم جواز القيد في الحساب بمجرد قفله بصدر حكم الإفلاس ، وذلك فيما يتعلق بجواز القيد العكسي للأوراق التجارية .

أولاً : انشاء التأمينات خلال فترة الريبة

ضماناً للحساب الجارى

٢٧٢ - افلات التأمينات من عدم النفاذ بفضل مبدأ عدم التجزئة ، تقضى المادة ٥٩٨/د تجارى بعدم النفاذ الوجوبى للتأمينات ، التى لأخذ على أموال المدين فى فترة الريبة ، ضماناً لدين نشأ قبل ذلك ، سواء أكان هذا الدين قد نشأ فى خلال فترة الريبة أيضاً وإنما فى وقت سابق على نشأة الرهن أو كان قد نشأ قبل هذه الفترة . وقد ارتاب القانون بحق فى هذا التصرف وافترض أن القصد منه ليس إلا تمييز المدين المفلس لواحد من دائنيه والاخلال بقاعدة المساواة بين هؤلاء الدائنين . إذ الطبيعى أن تنشأ التأمينات فى وقت معاصر لنشأة الدين ، بل وأن تكون هذه التأمينات شرط رضا الدائن بائتمان المدين . فإذا ارتضى الدائن أن يائمن المدين ، دون ضمان خاص ، لم يعد هناك ما يضطر المدين إلى

(١) ويلاحظ أن المدفوعات لا تفلت من نص المادة ٥٩٩ تجارى المتعلقة بعدم النفاذ لمعمرية هذه المادة وشمولها . ولكنها تشترط - على أى حال - العلم بتوقف المفلس عن الدفع ، وعلى أمين التفليسة عبء إثبات علم البنك بذلك .

منح دائنه ضماناً لاحقاً . فإذا أنشئت هذه التأمينات بعد ذلك فجأة ، خلال فترة الربية ، وقعت هذه التأمينات تحت طائلة المادة ٥٩٨ التي تلزم القاضى بالحكم بعدم نفاذها بناء على طلب أمين التفليسة .

فلنطبق هذه القاعدة على الحساب الجارى : فنفترض أن العميل المفلس ، فى خلال فترة الربية ، وفى وقت لاحق على إبرام عقد فتح الحساب الجارى ، قد أنشأ على أمواله تأمينات خاصة لضمان مديونيته فى هذا الحساب ، ثم صدر الحكم بإفلاس هذا العميل فقفل الحساب وظهر الرصيد المدين . هل لا تنفذ هذه التأمينات وجوباً تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة فى المادة ٥٩٨ تجارى ؟

لا شك أن الجواب يكون بالنفى . فهذه التأمينات لا تقع تحت طائلة المادة ٥٩٨ تجارى وذلك بفضل مبدأ عدم تجزئة الحساب الجارى . إذ أن المفلس لا يعد مديناً للبنك ، فى منطق هذا المبدأ ، مادام الحساب يجرى بينهما . ولا اعتبار لما قد يبدو من استخلاص الرصيد للمؤقت . ولا يعد المفلس مديناً إلا عند قفل الحساب بصدر حكم الإفلاس وظهور الرصيد النهائى . فأيما كان التاريخ الذى تنشأ فيه هذه التأمينات ، فإنها تعد سابقة على الدين لا لاحقة عليه . وبالتالي تفلت تماماً من عدم النفاذ الوجوبى الذى تقرره المادة ٥٩٨ تجارى .

٢٧٤- تطور القضاء :

أ- كانت نقطة البداية للقضاء هى تطبيق مبدأ عدم التجزئة ، دون المادة ٥٩٨ ، واعتبار التأمينات المقررة خلال فترة الربية ضماناً لرصيد الحساب الجارى سابقة على الدين ، فلا تنطبق إلا المادة ٥٩٨ إذا توفرت شروطها (١) .

وقد تعرض هذا القضاء لنقد شديد من الفقهاء ، لما يؤدى إليه من

(١) نقض مننى فرنسى فى ٢٨ ديسمبر ١٨٨٠ ، دالوز الدورى ١٨٨١ - ١ - ٥٤ .

اضرار لسائر دائنى المفلس ، وتمييز المتعامل معه فى نطاق حساب جار ، وتشجيع اتخاذ هذا الحساب الجارى وسيلة للافلات من أحكام الافلاس .

ب- ثم بدأت محكمة النقض تتأثر بانتقادات الفقه ، فتحول قضاؤها بالتدريج دون أن تهدر مبدأ عدم التجزئة بصورة مباشرة . فأصدرت محكمة النقض الفرنسية فى سنة ١٩٣٥ (١) حكماً قضت فيه بأنه : على الرغم من أن الدين الناتج من الحساب الجارى لا ينشأ قانوناً إلا عند القفل العدمى للحساب ... فالرهن مع ذلك لا ينفذ طبقاً للمادة ٤٤٦/٤ تجارى فرنسى - وهى التى تقابل المادة ٥٩٨ تجارى مصرى - باعتباره قد نشأ فى فترة الريبة لضمان دين سابق ، وذلك إذا كان الحساب ، يوم نشأة هذا الرهن ، يتضمن رصيذاً مدينًا بالنسبة للعميل الذى قدمه ، ولم يتغير منذ ذلك الوقت هذا الرصيد المدين ، ولم تلق فى الحساب مدفوعات جديدة ، . فالمحكمة قد اعتبرت أن الحساب قد انتهى فى الواقع يوم نشأة التأمينات ، وأن الرصيد المضمون بالرهن كان فى الحقيقة هو الرصيد النهائى ، وأن استمرار الحساب بعدها كان صورياً لأن شيئاً من المدفوعات لم يلق فيه بعد ليغير من رقم هذا الرصيد .

ويلاحظ أن القاء المدفوعات ليس شرطاً قانونياً لاستمرار الحساب . ولكن الواقع أن محكمة النقض على حق إذا هى لاحظت أن الثقة ، فى وقت ما ، قد انتهت بين طرفيه ، وأن الحساب ، الذى كان يجب أن يقفل ، يستمر مع ذلك استمراراً مفتعلاً لمجرد الافلات من المادة ٥٩٨ . وهى فى هذا الصدد تردد ما سبق أن قررته محكمة النقض التى تكشف دائماً الغش والافتعال إذا لم يعد الحساب ، وفقاً لتعبيرها ، « بسير سيراً طبيعياً » .

(٢) نقض مدنى فرنسى فى أول أبريل ١٩٣٥ ، جازيت دى باليه ١٩٣٥ - ١ - ٨٠٧ .

ج- ثم تعرضت محكمة النقض لمبدأ عدم التجزئة بصورة مباشرة في عام ١٩٤٠ (١) ، فقررت ، على خلاف ما يقتضيه هذا المبدأ ، الاعتداد بالرصيد وقت نشأة التأمينات خلال فترة الرتبة . فهذا الرصيد المؤقت دين سابق ، فتعد التأمينات لاحقة عليه ، وبالتالي لا تنفذ وجوباً . أما ما زاد من الديون بعد هذا الرصيد المؤقت ، وإلى حين استخلاص الرصيد النهائي ، فإنها لا تخضع لعدم النفاذ الوجوبى إذ أن نشأة التأمينات سابقة عليها . فإذا افترضنا مثلاً أن دين العميل فى الحساب الجارى وقت نشأة التأمينات كان ١٠٠٠ جنيه ، ثم أصبح دينه عند قفل الحساب ١٥٠٠ ، فإن هذه التأمينات تكون غير نافذة وجوباً وفقاً للمادة ٥٩٨ بالنسبة لمبلغ الألف جنيه لأنها تعد لاحقة على نشأة الدين . بينما تكون صحيحة ، إلا إذا تقرر عدم نفاذها لتوفر شروط المادة ٥٩٩ ، بالنسبة لما زاد بعد نشأتها ، أى بالنسبة لمبلغ الخمسمائة جنيه .

ولا شك أن هذا الحكم استثناء واضح مباشر على مبدأ عدم التجزئة . فقد تغلبت المادة ٥٩٨ تجارى ، ومبدأ المساواة بين دائئى المفلس ، على مبدأ عدم التجزئة كأثر من آثار الحساب الجارى .

د- ولم تقف محكمة النقض عند هذا الحد ، وإنما تجاوزته عام ١٩٥٥ (٢) ، إذ هى لم تكتف باهدار مبدأ عدم التجزئة ، بل أهدرت فكرة وجود الحساب ذاته واستمراره بين الطرفين ، ولم تعد ترى إلا ديناً موجوداً ، وتأميناً أنشئ ليضممه فى وقت لاحق . فلا محل فى نظرها

(١) نقض مدنى فرنسى ، حكمان فى ١٥ يناير ١٩٤٠ وأول أكتوبر ١٩٤٠ ، دالوز ١٩٤٢ - قضاء - ٩٣ وتعليق هامل J. C. p. ٤ - ١٩٤١ - ٢ - ١٦٣٣ وتعليق باستيان .

(٢) نقض فرنسى ، ٢٢ أبريل ١٩٥٥ J. C. p. ١٩٥٥ - ٢ - ٨٧٣٠ وتعليق Bru . المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٥٥ ص ٦٣٥ وتعليق لانتقادى لبيكيه وكابريك . وكذلك أنظر نقد الأستاذ هوان للحكم فى محاضرات للدكتوراه فى الجامعات المصرية (١٩٥٩ - ١٩٦٠) ص ١٩٧ .

لتقسيم الرصيد إلى دين سابق ودين لاحق ، فلا ينفذ التأمين بالنسبة للأول ويصح بالنسبة للثاني ، وإنما يكفي أن نبحت صحة التأمين الذي أنشئ لضمان دين الرصيد المؤقت وقت تقريره ودون أن نعتقد بوجود حساب جار مستمر . وعلى ذلك لا مجال للقول بصحة التأمين بالنسبة لما زاد بعد نشأته إذا كانت قيمة التأمين تعادل الرصيد المؤقت وقت نشأته ، لأن ذلك يدل على أنه أنشئ ليضمن الدين السابق عليه وحده ، وهو غير نافذ على هذا الأساس . وبعبارة أخرى ، فإن المحكمة تعتبر أن هذا التأمين لا يضمن الحساب الجارى ، وإنما يضمن دين الرصيد المؤقت وحده ، فهو غير نافذ على هذا الأساس .

ولا شك أن هذا الحكم يضر بالبنك ، لذلك تعرض لنقد شديد من جانب الفقهاء (١) .

هـ- وأخيراً أصدرت محكمة النقض الفرنسية ، فى ١٧ أكتوبر

(١) وعلى الأخص كابرياك وبيكيه والأستاذ هوان والدكتور على عوض الذى يرى أنه «يقرر حلاً بسيطاً وإن يكن تحكيمياً» . راجع بحثه عن الحساب الجارى بمجلة القانون والاقتصاد فى يونيو ١٩٦٠ ص ٣٤٤ . والواقع أن حكم النقض سنة ١٩٥٥ شديد الاضرار بمركز البنك . ففى هذه القضية حصل البنك على تأمين عندما كان للرصيد المدين ٢٠٠٠ جنيه ، وعندما وصل هذا الرصيد للمدين إلى ٤٠٠٠ جنيه حصل البنك على تأمين آخر لمبلغ ٢٠٠٠ جنيه ، ثم وصل الرصيد المدين إلى ٦٠٠٠ جنيه ، فحصل البنك على تأمين ثالث لمبلغ ٢٠٠٠ جنيه . وعندما أشهر افلاس العميل كان الرصيد المدين قد بلغ ٧٠٠٠ جنيه . فقررت محكمة النقض عدم نفاذ التأمينات الثلاثة وجوباً ، لأنه ، فى قصد المتعاقدين ، كان كل تأمين يهدف إلى ضمان الدين السابق عليه . والواقع أننا لو طبقنا نظرية محكمة النقض عام ١٩٤٠ ، لكانت التأمينات الثلاثة صحيحة بالنسبة لمبلغ خمسة آلاف جنيه اللاحقة على نشأة التأمين الأول . هذا وقد أصدرت محكمة استئناف كولمار فى ١٩ أكتوبر ١٩٦٠ حكماً منتقداً ، طبقت فيه مبدأ محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٥٥ تطبيقاً ميبكاً يضر بمركز البنك ، أنظر : المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦١ - ١ - ص ١٠٥ والنقد الذى وجهه الأستاذ هوان إلى هذا الحكم .

١٩٦٠ (١) ، حكماً لا يضيف جديداً إلى موقفها عام ١٩٥٥ ، وإنما حاولت فيه أن تبرر هذا الموقف وتزيده إيضاحاً . فقوت أن الأساس السليم - الذى يجب أن يعتد به فى معرفة عدم نفاذ التأميدات أو صحتها - ليس هو ذلك الذى يستند إلى المقارنة بين الرصيد المؤقت وقت نشأة التأمين والرصيد الختامى للحساب ، وإنما هو فى المقارنة بين الرصيد المدين المؤقت وقت نشأة التأمين وبين القيمة التى يضمها هذا التأمين . فإذا كانت القيمة التى يضمها التأمين تتجاوز مقدار الرصيد المؤقت ، فعنى ذلك أن التأمين لم ينشأ إلا بقصد ضمان هذا الرصيد المؤقت ، الذى يعد دينا سابقاً على نشأة التأمين . وحينئذ فإن عدم النفاذ يشمل التأمين كله بغير نظر إلى تطورات الرصيد بعد ذلك أثناء سريان الحساب . ويفهم من هذا أنكم إذا كانت القيمة التى يضمها التأمين أقل من مقدار الرصيد المدين المؤقت وقت نشأته ، فإن معنى ذلك أن التأمين لم ينشأ لضمان ذلك الدين السابق ، وإنما لضمان الرصيد المدين المستقبل فيصح بالنسبة لهذا الرصيد المستقبل .

وهذا الحكم يؤكد رغبة محكمة النقض الفرنسية فى احترام مبدأ المساواة بين الدائنين ، وتطبيق المادة ٥٩٨ بغض النظر عن مبدأ عدم تجزئة الحساب الجارى . ولكن الوسائل التى اتخذتها المحكمة فى سبيل تحقيق هذه الرغبة منتقدة . ذلك أنها اتخذت من القيمة التى يضمها التأمين دليلاً على ضمان الرصيد السابق أو اللاحق على نشأته ، وهو دليل ضعيف ، أو هو على الأقل دليل غير قاطع . فمن الجائز أن تكون القيمة التى يضمها التأمين أكبر من الرصيد المؤقت ومع ذلك لا يضمن فى نية طرفى الحساب إلا ما يستجد أثناء سريان الحساب الجارى من ديون مستقبلية . وسوف يكون موقف محكمة النقض شديد الحرج إذا أمكن تقديم أدلة الإثبات العكسية المقنعة من المدين أو الدائن ، إذ سوف

(١) المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦١ - ٣ - ٦٥١ .

تضطر حينئذ إلى الدخول في بحث حسن أو سوء نية المدين والدائن .
وهو أمر يتنافى مع شروط تطبيق المادة ٥٩٨ ذاتها .

والواقع أن محكمة النقض الفرنسية قد تطرقت ، منذ ١٩٥٥ ، في
الخروج على مبدأ عدم تجزئة الحساب الجارى ، فأفسدت ذلك للمبدأ
الواضح السليم الذى أرسته فى عام ١٩٤٠ ، وأحاطته بتعقيدات منتقدة لن
تستطيع هى نفسها أن تفلت من حبالها . بل وقد لا تحسن هى فهمها
فى أحكامها المقبلة . هذا إلى أن الغموض الذى سيكتنف المسألة بأسرها
سيؤدى إلى أضرار عملية بالغة ، إذ سيعتمد البنوك إلى اشتراط التأمينات
المبالغ فيها قبل قبول فتح الحساب الجارى أصلاً ، مما قد يرهق العملاء .

ومراعاة لمثل هذه الاعتبارات تأثر المشرع المصرى فى قانون
التجارة الجديد بمرحلة عام ١٩٤٠ ، فلا يعتبر التأمين غير نافذ إلا بقدر
الرصيد المدين فى ذمة المفلس وقت تقرير هذا التأمين ، ويصح فيما
تجاوزه . وفى ذلك تقول المادة ٣٧٤ تجارى : إذا أقلس أحد طرفى
لحساب الجارى فلا يجوز الاحتجاج على جماعة الدائنين فى تغطيته بأى
رهن تقرر على أمواله بعد التاريخ الذى عينته المحكمة للوقوف عن الدفع
لضمان دين الرصيد المحتمل ، وذلك فى حدود الرصيد المدين وقت
تقرير الرهن ، ويجوز الاحتجاج بالرهن فيما يتعلق بالفرق - إن وجد -
بين مقدار هذا الرصيد ومقدار الرصيد الذى يظهر وقت قفل الحساب إلا
إذا ثبت علم الدائن وقت تقرير الرهن بتوقف المدين عن الدفع .

٣٧٥ - مستقبل مبدأ عدم التجزئة ،

لا شك أن موقف القضاء من هذه المسألة ، ابتداء من مرحلة عام
١٩٤٠ ، يهدر اهداراً سريعاً مبدأ عدم التجزئة . فإذا أضفنا إلى ذلك ما
سبق أن رأيناه من اعتداد القضاء بحالة المديونية المؤقتة فى الحساب
أدركنا لماذا يثور القلق فى نفوس بعض الفقهاء حول مستقبل هذا المبدأ .

ونحن لا نشارك الفقهاء هذا القلق . فقد سبق أن فسرنا الاعتداد بحالة

المديونية المؤقتة بأنه وضع الحدود الطبيعية للمبدأ ، بعد أن كانت صورته الكلاسيكية الأولى أميل إلى المبالغة والتطرف . فنحن لا نرى ، إذاً ، إلا استثناء حقيقياً أساسياً هو ذلك الذي يتعلق بتطبيق المادة ٥٩٨ على التأمينات الضامنة للحساب .

هو استثناء حقيقى لا يمكن أن نمارى فيه ، ولا يمكن أن نزع أن هو الآخر تحديد طبيعى للمبدأ ، لأن عدم نفاذ التأمينات أثر جوهري للاعتداد بوجود الرصيد المؤقت وجوداً حقيقياً مستقلاً مما يتعارض صراحة مع ما يقتضيه مبدأ عدم التجزئة .

إلا أن من المفيد أن نبحث ، بصدد هذا الاستثناء ، دلالة التطور القضائي الهام الذى تم فى شأنه .

فقد تعارضت ، أمام القضاء ، قاعدتان هامتان كل منهما ذات هدف : مبدأ عدم التجزئة ، وهو يهدف إلى جريان الحساب دون عائق تحقيقاً للغاية منه . وقاعدة الإفلاس الواردة بالمادة ٥٩٨ ، وهى تهدر التصرفات الملتوية ، التى لا شك فى تلوثها بالغش ، إذ يجريها المدين ، خلال فترة الريبة ، تحايلاً على أحكام الإفلاس الذى أوشك أن يقع فيه .

وقد بدأ القضاء مفضلاً المبدأ الأول ، ثم أخذ يميل إلى تفضيل تطبيق المادة ٥٩٨ .

ومر القضاء ، خلال هذا الاتجاه ، بحكم أول أبريل ١٩٣٥ ، الذى يعبر عن مرحلة ، منتصف الطريق ، بين الموقفين . هذا الحكم شديد الأهمية ، فى نظرنا ، لأن القضية التى صدر بها واضحة الدلالة على الاعتبار التى حدث بالقضاء إلى تغيير موقفه . ففى هذه القضية لم يتغير رقم الرصيد المدين منذ نشأة التأمينات حتى قفل الحساب . فكان من الواضح أن استمرار هذا الحساب المعطل فى الواقع لا يهدف إلا إلى التحايل على أحكام الإفلاس . لذلك لم تضطر المحكمة ، لكى تحكم بعدم

نفاذ التأمينات ، إلى المساس بمبدأ عدم التجزئة ، إذ كان يكفيها أن تفصح هذا الغش وتستند إليه .

إلا أن الغش ، وهو في الواقع الأساس البعيد للمادة ٥٩٨ ، لا يبدو بهذه الدرجة من الوضوح في كثير من الحالات . ومع ذلك ، فهو يكاد يكون موجوداً وراء أغلب التأمينات التي تنشأ أثناء سير الحساب خلال فترة الريبة ، لأن الوقت الطبيعي لإنشاء تأمين يضمن الحساب هو وقت إبرام عقد فتح هذا الحساب ، لا في فترة الريبة .

ولا شك أن الغش مفسد لمبدأ عدم التجزئة كما هو مفسد لكل شيء . وهذا هو الذي حدا بالتطور القضائي إلى تفضيل تطبيق المادة ٥٩٨ . فتطبيق هذه المادة تغني عن البحث ، في كل حالة على حدة ، عن دلالات الغش وراء نشأة التأمينات أثناء سير الحساب ، فهذه الدلالات لا تبدو دائماً بذات الوضوح الذي ظهرت به في قضية ١٩٣٥ (١) .

وليس أدل على صحة ما نقول في حكمة هذا التطور القضائي من حكم أصدرته محكمة استئناف أنجيه Angers في ٢٢ يوليو ١٩٥٢ (٢) . ففي هذه القضية أنشأ العميل تأميناً أثناء سير الحساب في وقت كان فيه الرصيد مدينًا بمبلغ ٥٠٠٠ جنيه . ثم ألقى العميل في الحساب بمدفوعات سددت مبلغ الخمسة آلاف جنيه وزادت فجعلت الرصيد دائنًا لصالح العميل . ثم - وهذا هو الخاص في وقائع القضية - أخذ البنك يأتّم عميله مرة أخرى فعاد الرصيد مرة أخرى مدينًا بالنسبة للعميل بمبلغ

(١) الواقع أن هناك تطبيقات قضائية كثيرة لحالات الغش عن طريق استغلال الأثر التجديدي للحساب أو مبدأ عدم التجزئة . ولا شك أنها لا تعتبر استثناءات على آثار الحساب الجاري ، وإنما هي تطبيق للقاعدة العامة في فساد ما يصدر غشاً أو تحابلاً على أحكام القانون .

(٢) منشور في J . C . P . ١٩٥٣ ص ٢ . وقد أشار إليه الأستاذ هوان في محاضراته للدكتوراه ص ١٩٧ .

٣٠٠٠ جنيه عند قفل الحساب بالافلاس . فحكمت محكمة استئناف أنجيه بصحة التأمين بالنسبة لكل دين الرصيد . إذ لم يكن هناك أى شك فى انتفاء الغش فى هذه الحالة ، وفى أن الحساب يسير سيراً طبيعياً ، وفى أن التأمين لم يكن يقصد به التحايل على أحكام الافلاس . فقد عاد البنك ليأتمن العميل مرة أخرى بكل دين الرصيد النهائى بعد أن استوف ما كان العميل مديناً به عند نشأة التأمين .

وهكذا نرى أن الاستثناء الوارد على مبدأ عدم التجزئة يهدف إلى احباط الغش والتحايل على أحكام الافلاس . وهو على هذا الوجه استثناء مقبول ، لا ينتقص من قيمة المبدأ ، ولا يدعو إلى القلق على مستقبله سواء فى القضاء أو فى الفقه .

ثانياً : القيد العكسى للأوراق التجارية

بعد شهر الافلاس

٣٧٦- القيد العكسى رغم انتهاء الحساب بصدور حكم الافلاس :

من بين المدفوعات التى يتلقاها البنك قيمة الأوراق التجارية المضمومة التى يظهرها له العميل تظهيراً ناقلاً للملكية . فيقيد البنك قيمة الأوراق فى جانب الأصول للعميل ، ويكتسب ملكيتها . ثم ينتظر إلى أن يحل ميعاد الاستحقاق فيستوفى قيمتها ، وتنتهى بذلك عملية الخصم . ولكن قد يحدث أن يمتنع المدين الأصل فى الورقة عن الوفاء فى ميعاد الاستحقاق ، ويكون على البنك أن يرجع على الموقعين عليها وأولهم العميل الذى ظهر إليه الورقة . ولما كان هذا العميل مرتبطاً معه بحساب جار فإن هذا الرجوع يتخذ صورة خاصة ، إذ يكتفى البنك بأن يجرى قيداً عكسياً فى الحساب فيستوفى قيمة الورقة من العميل بهذا القيد . ولا صعوبة فى شئ من ذلك .

وإنما تثار الصعوبة إذا أفلس العميل قبل أن يجرى البنك هذا القيد العكسى . فالقاعدة أن حكم الافلاس ينهى الحساب الجارى فيتحتم قفله

وتصفية ، ويمتنع إجراء أى قيد جديد ، سواء فى جانب الأصول أو فى جانب الخصوم . ويضار البنك من جراء ذلك وعلى الأخص إذا كان الحساب دائماً لمصلحة العميل . إذ أنه سيضطر حينئذ إلى أن يعطى أمين التفليسة كل رصيد العميل الدائن بما يتضمنه من قيمة الورقة المخصومة - والتي لم يستوف قيمتها بعد - ثم يدخل بعد ذلك بقيمة هذه الورقة التجارية دائماً عادياً فيخضع لقسمة الغرماء .

لذلك أخذت البنوك منذ وقت طويل تحاول أن تستخلص لنفسها الحق فى القيد العكسى للأوراق التجارية رغم افلاس العميل . فكانت تضيف عند القيام بعملية الخصم شرطاً فاسخاً يسمى شرط التحصيل " Sauf encaissement " . ويترتب عليه أنه يحق للبنك ، إذا لم يحصل على الوفاء من المدين الأصلي فى الورقة فى ميعاد الاستحقاق ، أن يفسخ عملية الخصم ، وبالتالي يلغى المدفوع المقيد نتيجة لهذه العملية عن طريق القيد العكسى . والغاء المدفوع لا يعتبر قيداً جديداً ، ولذلك يصبح من الممكن إجراء هذا القيد العكسى حتى بعد صدور حكم الافلاس .

وبالرغم من غرابة هذا الشرط بالنسبة لجوهر عملية خصم الأوراق التجارية ، - إذ الفرض فيها أن البنك يتحمل مخاطر عدم الوفاء فى ميعاد الاستحقاق ، فى مقابل سعر الخصم الذى يتقاضاه ، بحيث يبدو من غير المقبول أن يرفض تحمل هذا الخطر ويقبل سعر الخصم - ، بالرغم من غرابة هذا الشرط ، فقد رحب به القضاء . وخلص من ذلك إلى تقرير مبدأ قضائى يجيز للبنك قيد الأوراق التجارية قيداً عكسياً رغم صدور حكم الافلاس ، وذلك دون نظر إلى وجود أو عدم وجود شرط التحصيل (١) .

(١) وقد تأكد هذا المبدأ فى ثلاثة أحكام أصدرتها محكمة النقض الفرنسية فى ١٠ مارس (و) ٢٦ يونيو و ٢٦ يوليو ١٨٥٢ سبرى ، ١٨٥٢ - ١ - ٢٥٨ : واستقر القضاء بعدها عليه .

ولقد تبني المشرع هذا القضاء وصاغه في قاعدة قانونية ضمنها نص المادة ١/٣٧٥ من قانون التجارة الذي يقضى بأنه ، إذا قيدت حصيلة خصم ورقة تجارية في الحساب الجارى ولم تدفع قيمتها في ميعاد الاستحقاق جاز لمن خصم الورقة ، ولو بعد شهر افلاس من قدمها للخصم ، الغاء القيد باجراء قيد عكسى ، .

٢٧٧- الأساس القانوني لهذا الاستثناء :

وقد حاول الفقه أن يضع لهذا القضاء أساساً قانونياً :

أ- فالفقيه تالير (١) يستند إلى فكرة الشرط الفاسخ الذى اتخذته البنوك ذريعة لها فى بداية الأمر . وإنما جعله شرطاً ضمنياً لأن عدم الوفاء بقيمة الورقة التجارية المضمومة فى ميعاد استحقاقها يعد بمثابة عدم تنفيذ التزام العميل مما يبرر الفسخ وبالتالي القيد العكسى حتى بعد صدور حكم الافلاس .

ولكن خطأ هذا رأى هو فى عدم اتفاق آثار هذا الشرط الفاسخ مع قواعد الرجوع بمقتضى الورقة التجارية المضمومة : فالرجوع بها يخضع لتقادم قصير . ولو أننا قلنا بوجود شرط ضمنى فاسخ لترتب على ذلك أن يكون الرجوع بدعوى الفسخ على العميل وفقاً للقواعد العامة يفضى النظر عن هذا التقادم . وهو أمر لم يقل به أحد ، على الأقل فى الحالة التى لا يكون فيها الفسخ موضع اتفاق صريح بين الطرفين .

ب- ويستند الأستاذان ليون كان ورينو (٢) ، إلى نظرية السبب (٣) .

(١) تالير وروسرو ، جزء ٢ رقم ١٦٦٧ ، وتعليق لتالير دالوز ١٩٠١ - ٢ - ٢٨٩ .

(٢) ليون كان ورينو ، جزء ٤ رقم ٨١١ ص ٧٣٨ .

(٣) الواقع أن هذا رأى لا يختلف عن سابقه إلا قليلاً . فالفسخ يستند هو الآخر إلى فكرة السبب . وكلا الرأيين يخطئ فى تحديد التزام العميل الذى قدم الورقة للخصم . فهذا الالتزام يقتصر على نقل ملكيتها للبنك وتسليمها إليه . ولا جدال فى أن العميل قد قام بتنفيذ هذا الالتزام . أما عدم الوفاء بالورقة فى ميعاد استحقاقها فليس له من أثر -

فهما يريان أنه إذا لم يتحقق الوفاء بالورقة في الميعاد ، فإن قيد قيمتها في الحساب الجارى على عاتق البنك يصبح مجرداً عن السبب .

وعيب هذا الرأي أن هذا السبب موجود ويظل موجوداً حتى إذا لم يوف للمدين الأصلي في ميعاد الاستحقاق . هذا السبب هو انتقال ملكية الورقة المخصوصة إلى البنك بناء على عملية الخصم ، واكتساب البنك لسائر الحقوق التي تخولها هذه الملكية ومن بينها الرجوع بقيمتها على سائر الموقعين فيها .

ج- أما الفقيه هامل (١) فهو يؤيد رأى القائلين بأن القيد العكسى يستند إلى الرجوع المصرفى ذاته . ولكن الفقيه هامل يكشف عيب هذا الرأى : فهو إذا كان يوفق تمام التوفيق فى تبرير القيد العكسى للورقة التجارية فى حالة يسار العميل ، إلا أنه عاجز عن أن يبرر هذا القيد بعد قفل الحساب بصدور حكم الافلاس . لأن القيد العكسى هذه المرة قيد جديد لا يمكن أن يتم إلا إذا كان الحساب ما زال جارياً . لذلك يلجأ هامل إلى تكملة فكرة الرجوع المصرفى باعتبارات العدالة . ففى رأيه أنه ليس من العدالة أن يحرم البنك من هذا القيد العكسى عند عدم استيفائه لقيمة الورقة التجارية المخصوصة .

ولكن الاستناد إلى اعتبارات العدالة لا يستقيم ، وذلك أولاً لأن العدالة ليست أساساً قانونياً محدداً ، وثانياً لأن العدالة لا تبرر هذا القيد العكسى . وإنما العكس هو الصحيح ، فالقيد العكسى يتعارض فى الواقع مع العدالة إذ يجعل للبنك مركزاً ممتازاً على سائر دائنى العميل المفلس يخل بما كان يجب أن يتحقق بينهم من مساواة .

- إلا الرجوع المصرفى الخاص بالأوراق التجارية . وهو رجوع يتولاه البنك بناء على ملكيته للورقة المخصوصة .

(١) هامل ، جزء ١ بند ٤٠٧ ص ٦٢٣ ، وبزيده ريبير ، بند ٢١١٥ ص ٨٥٤ .

د- والأساس الذي نراه صحيحاً هو ذلك الذي يستند إلى اعتبارات الائتمان لا العدالة . فجواز القيد العكسي للورقة التجارية للمضومة ليس إلا وجه من وجوه المركز الممتاز الذي يهيئه القضاء للبنك عند افلاس العميل . وهو يهدف من ذلك إلى تشجيع البنك على ائتمان عملائه وقبول خصم الأوراق التجارية . فهو يقدر أنه إذا لم يسمح للبنك بأن يجرى هذا القيد العكسي حتى بعد اشهار الافلاس ، فإنه قد يحجم عن قبول خصم الأوراق التجارية أو يغالى في تقدير سعر الخصم أو يتطلب مزيداً من الضمانات . وكل ذلك يعرقل بطبيعة الحال عمليات الخصم التي يراد لها الرواج .

٢٧٨- القضاء :

ولاحه القضاء ، بعد أن قرر مبدأ جواز القيد العكسي للورقة التجارية المضومة ، مسائل أخرى تنفرع عنه كان عليه أن يضع لها الحلول المناسبة . منها ما يتعلق بحرية اجراء هذا القيد . هل يجب على البنك أن يجرىه أم أن له ألا يفعل ؟ ومنها ما يتعلق بآثار هذا القيد العكسي . هل يجب على البنك أن يرد الورقة بعد القيد العكسي إلى أمين التفليسة ؟ أم أن له أن يحتفظ بها بعد ذلك ؟ وعلى أى أساس ؟ وهل له أن يباشر الرجوع بالورقة للمضومة على بقية الموقعين عليها ، إلى جانب رجوعه على تفليسة العميل ؟ وهل يدخل في تفليسة العميل بكل قيمة الورقة رغم حصوله على بعض قيمتها من تفليسة موقعين آخرين ؟ وأخيراً هل له أن يجرى القيد العكسي بعد افلاس العميل لورقة تجارية لم يحل بعد ميعاد استحقاقها ؟

والواقع أن القضاء كان أميل ، في حل هذه المسائل ، إلى تدعيم مركز البنك الممتاز وتوطيد فرصته في الحصول على قيمة الورقة التجارية كاملة ، وإلى تجنبه آثار افلاس العميل قدر المستطاع . ولكنه مع ذلك لم يذهب إلى حد اجابة كل مزاعم البنك ، وإنما اضطر إلى أن يضع لها حدوداً .

أ- فقد قرر القضاء أن مبدأ إجراء القيد العكسي يقصد منه محض مصلحة القابض ، أى البنك . وعلى ذلك فله الخيار فى إجرائه . وله أن يختار أن يرجع على الموقعين والضمان فى هذه الورقة باعتباره الحال الأخير لها . ولا يستطيع الموقعون أن يدفعوا رجوعه عليهم بأنه كان يجب أن يجرى القيد العكسي للورقة فى الحساب الجارى بينه وبين العميل^(١) .

ب- واستقر القضاء على أن للبنك ، بعد أن يجرى القيد العكسي ، أن يحتفظ بعد ذلك بحيازة الورقة التجارية . ويستفيد البنك من ذلك إذا كان رصيد العميل المفلس فى الحساب لا يغطى قيمة الورقة ، فيصبح مديناً بعده أو يزداد قدر هذه المديونية إذا كان مديناً من الأصل . فيحتفظ البنك بالورقة التجارية لكى يدخل بقيمتها فى تفليسة العميل ويرجع بها على بقية الموقعين عليها . وهو يدخل بقيمة الورقة فى تفليسة العميل كاملة ، حتى ولو كان قد حصل على جزء من قيمتها من بعض الضمان أو الموقعين . ولا يضطر إلى محاسبة أمين التفليسة إلا فى الحالة التى يستطيع فيها البنك ، بالجمع بين دعاوى الرجوع ، أن يحصل على مبلغ يجاوز قيمة دينه الناشئ عن الورقة ، إذ يجب عليه فى هذه الحالة أن يرد ما زاد إلى أمين التفليسة^(٢) .

واعترف القضاء للبنك بهذه الحقوق حتى ولو كان قد تخلى عن حيازة الورقة باعادة خصمها إلى بنك آخر أو إلى البنك

(١) نقض مدنى فرنسى ، ٢٤ يناير ١٩٠٦ ، دالوز الدورى ١٩٠٦ - ١ - ٣٥٣ ، تعليق ليون لاكور . وقد أكدت عدة أحكام أخرى هذا المبدأ : منها حكمان لمحكمة النقض الفرنسية فى أول فبراير ١٩٦١ - المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦١ - ٢ - ص ٤١٥ و ص ٤٦٨ - وحكم محكمة النقض الفرنسية أيضاً فى ٢٧ فبراير ١٩٦١ ، ذات المجلة ١٩٦١ - ٤ - ص ٩٤٤ .

(٢) نقض مدنى فرنسى فى ١٩ نوفمبر ١٨٨٨ ، دالوز ١٨٨٩ - ١ - ٤٠٩ ؛ ونقض مدنى فرنسى ٢٢ يوليو ١٩٤٢ ، سبرى ١٩٤٢ - ١ - ١٣٢ ؛ محكمة استئناف باريس ١٧ فبراير ١٩٦١ ، المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦١ - ١ - ص ١٥٦ .

المركزي (١) ، وذلك بداهة إذا اضطر إلى دفع قيمتها عند الرجوع عليه .
وقد حاول بعض الفقهاء أن يضع أساساً قانونياً لهذا القضاء . فقال البعض أن القيد العكسي ليس من شأنه أن يجرد البنك من ملكيته للورقة ، فيظل محتفظاً بها كمالك (٢) . ويرى البعض أن يحتفظ بها كدائن مرتهن (٣) . وينتقد فقهاء آخرون هذا القضاء بصفة عامة ويرون أنه يؤدي إلى محاباة البنك على حساب سائر دائني العميل المفلس (٤) .

جـ- ولعل هذا النقد هو الذي جعل قضاء محكمة النقض الفرنسية يضع حداً لهذا المركز الممتاز الذي جعله للبنك بين دائني العميل المفلس . فقد رأت بعض البنوك أن تدعى لنفسها الحق في القيد العكسي للورقة التجارية . بمجرد افلاس العميل حتى ولو لم يكن قد حل ميعاد استحقاق الورقة ، أي دون انتظار لمعرفة ما إذا كان المدين الأصلي في هذه الورقة سيقوم بالوفاء في الميعاد أم لا . وذلك على أساس أن صدور حكم

(١) نقض مدني فرنسي ، أول فبراير ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٨ - ١ - ١١٩ وتعليق شيرون .

(٢) هامل ، جزء ١ بند ٤٢٨ ص ٦٦٢ . وهو يرى أن البنك لا يفقد ملكية الورقة إلا إذا أدى القيد العكسي إلى استيفاء قيمتها بالكامل ، وذلك في حالة ما إذا كان رصيد العميل دائماً بما فيه الكفاية . أما إذا لم يحصل على شيء أو حصل على جزء من هذه القيمة ، فإن ذلك لا يخرج عن أن يكون رجوعاً صرفياً لم ينجح ، وهو لا يحرم حامل الورقة من ملكيته لها حتى يباشر حقه في الرجوع على سائر الموقعين إلى أن يستوفي قيمة الورقة كاملة . والفقيه ريبير يؤيد هذا الرأي ، بند ٢١١٧ ص ٨٥٦ .

(٣) نالير في تعليق له بدالوز ١٩٠٧ - ١ - ١٦٩ . والواقع أن نالير يهدف من هذا الرأي إلى اعتناق مركز البنك . إذ أن اعتبار البنك دائناً مرتهناً يلزمه أن يقتطع المبلغ الذي حصل عليه من الموقعين على الورقة من المبلغ الذي يصح أن يتقدم به في التغطية . ولكن هذا الرأي يخالف ما استقر عليه القضاء .

(٤) والواقع أن هذه المسألة أثارت جدلاً قانونياً طويلاً لا يتسع المقام للدخول في تفاصيله . أنظر : ليون كان وريلو ، جزء ٤ رقم ٨٢٠ ص ٧٤٧ و ٧٤٨ ، ريبير ، بند ٢١١٨ ص ٨٥٦ .

الافلاس ، فى رأى هذه البنوك ، يسقط الأجل فى مواجهة العميل
المفلس .

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية أن تخول للبنوك هذا الحق (١) .
إذ رأت أن الورقة التجارية المخصومة ، تحت شرط التحصيل الضمنى ،
لا تعتبر مقترنة بأجل حتى يمكن القول بأن هذا الأجل قد سقط بافلاس
العميل ، وإنما هى معلقة على شرط ضمنى هو عدم الوفاء بالورقة فى
ميعاد استحقاقها من المدين الأصلي فيها . ولا يمكن بداهة التنبؤ بتحقيق
أو عدم تحقق هذا الشرط قبل أن يحل الميعاد الطبيعى الذى تجوز فيه
مطالبة المدين الأصلي بقيمتها . وعلى ذلك أكدت المحكمة أنه لا يجوز
للبنك اجراء القيد العكسى إلا فى ميعاد استحقاق الورقة وبشرط عدم الوفاء
بها من المدين الأصلي .

وقد حاولت البنوك رغم هذا القضاء أن تحصل على حق القيد
العكسى للأوراق التجارية غير الحالة بمجرد شهر افلاس العميل ، عن
طريق وضع شرط صريح بذلك فى الاتفاق على عملية الخصم . فقضت
محكمة النقض ببطلان هذا الشرط على أساس مخالفته لأحكام الافلاس
المتعلقة بالنظام العام (٢) . وتأكد بذلك أن القضاء قد جعل هذه المسألة حداً
تقف عنده مزاعم البنك فى التقدم على سائر دائئى المفلس فى اقتضاء
قيمة الأوراق التجارية المخصومة .

ولقد تبنى المشرع المصرى هذا القضاء صراحة عندما نص فى
المادة ٢/٣٧٥ من قانون التجارة الجديد بأنه ، لا يجوز اجراء القيد
العكسى إلا فيما يتعلق بالأوراق التجارية التى لم تدفع قيمتها فى مواعيد
استحقاقها ، ويقع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك .

(١) محكمة النقض الفرنسية ، ١٩ مارس ١٩٣٠ ، دالوز الدورى ١٩٣٠ - ٢٢٥ .

(٢) محكمة النقض الفرنسية ، ١٤ أكتوبر ١٩٤٠ ، سيرى ١٩٤٠ - ١ - ٥٧ .

د- وتعين على القضاء بعد ذلك أن يحدد مرة أخرى أن هذا المركز الممتاز يهدف إلى حماية البنك من آثار افلاس العميل . أما في حالة يسار العميل ، وسير الحساب الجارى سيراً طبيعياً ، فإن القيد العكسى للورقة التجارية فى الحساب يجرد البنك من ملكيته لهذه الورقة ومن أى حق له عليها ، ولا ضرر على البنك من ذلك لأنه قد استوفى قيمتها فى الحساب (١) .

الفرع الثانى

الاقراض وفتح الاعتماد

Prêt et Ouverture De Crédit

٢٧٩- القرض أبسط صور الائتمان المصرفى قصير الأجل وأقلها

أهمية :

من بين صور الائتمان العديدة التى يقوم بها البنك ، لا شك أن اقراض النقود هو أبسطها جميعاً وأقربها إلى القواعد العامة . إذ يقوم به البنك كما يقوم به غيره من الدائنين . ولا تكاد تختلف قواعد القرض الذى يعقده البنك مع عميله عن عقد القرض العادى . فهو يتضمن تسليم النقود مباشرة إلى العميل ، وتحديد أجل للرد ، واتفاق على سعر الفائدة ، وبيان الضمانات إن اشترطت . لذلك فهو يخضع - فيما يتعلق بالآثار القانونية - للقواعد العامة .

ولكنه من ناحية أخرى لا يحتل مكاناً هاماً بين عمليات الائتمان المصرفية . بل لعله أقلها ذيوياً بالنسبة للبنوك التجارية على وجه خاص .

(١) محكمة للنقض التجارية الفرنسية ، ٢٥ يناير ١٩٥٥ J . C . P . ١٩٥٥ - ٢ - ٨٥٤٧ مكرر وتطبيق كابيرياك .

إذ أن القرض لا يتميز بالمرونة اللازمة لسير العمليات التجارية التي تتطلب الائتمان قصير الأجل . فالتاجر الذي يقترض وفقاً للقواعد العامة يتسلم النقود فور انعقاد العقد . وقد لا يكون في حاجة إلى هذا المبلغ المقترض فوراً وإنما يلزمه مواجهة حاجات مختلفة في آجال مستقبلية متفاوتة محتملة ، فتكون النتيجة أنه يتسلم المبلغ المقترض فوراً يعرض نفسه لسريان فوائد القرض في غير ما داع . ولا شك أن الأفضل له أن يترك هذا المبلغ في البنك مكتفياً بالتزام البنك بتقديمه له عند الطلب ، أي عند حلول هذه الآجال المستقبلية المتفاوتة المحتملة .

٢٨٠- أهمية القرض في الائتمان طويل أو متوسط الأجل :

وإنما تبدو أهمية القرض في الائتمان طويل أو متوسط الأجل ، حين يرغب رجل الأعمال في أن يبدأ مشروعاً أو يقيم مصنعاً ، مما يقتضى انفاقاً ضخماً في المرحلة الأولى . فحينئذ يحتاج إلى سحب مبالغ نقدية فورية لمواجهة بها هذه النفقات غير العادية . ولا يحل أجل القرض في هذه الحالة إلا بعد أن يكون هذا المشروع قد أثمر وأنتج وأصبح إيراده قادراً على مواجهة مواعيد الاستحقاق .

٢٨١- الائتمان بفتح الاعتماد في نطاق الحساب الجاري :

أما التاجر ، فإنه يلجأ إلى ائتمان البنك في صورته التجارية الخاصة ، وأهمها فتح الاعتماد ، ويجمع هذه الصور كلها في نطاق الحساب الجاري الذي يربطه به . ويصطبغ الائتمان بطابع العملية التجارية التي يحتاج التاجر بسببها إلى هذا الائتمان . ويتلقى البنك ضمانات خاصة بهذه العملية . فمثلاً إذا كان موضوعها بضاعة أو مواد أولية أو مصنوعة ، فإن البنك غالباً ما يرتهن الصكوك التي تمثلها كالأصال أو سند الشحن . وقد يرتبط هذا الضمان بخدمة حقيقية يؤديها البنك للعميل في نفس الوقت ، كما في حالة ايداع التاجر بضائعه في مخازن البنك . فمن ناحية يتخلص التاجر من أعباء الحيازة وتكاليف الحفظ والصيانة ، ومن ناحية يتلقى البنك بحيازته لهذه البضائع ضماناً كافياً من العميل . كذلك قد

يقوم البنك بنفسه بدور وكيل التاجر في اجراء العملية التي احتاج من أجلها إلى الائتمان . فمن ناحية يستفيد التاجر من خبرة البنك ، ومن ناحية أخرى يطمئن البنك إلى أنه سيتسلم ثمرة هذه العملية مباشرة فيقتطع منها ما يكون قد قدمه للعميل من ائتمان ، بالإضافة إلى ما يستحقه من أجر أو مصروفات . بل إن البنك قد يتدخل في صميم العملية التجارية بين عميله التاجر والغير ، فيقدم ائتمانه مباشرة إلى هذا الغير - الذي يكون عادة دائماً للعميل بمقتضى هذه العملية التجارية - فيطمئن البنك إلى جدية الائتمان .

وسوف نعرض فيما يلي ثلاث صور واضحة من الائتمان المباشر :
فنتكلم أولاً عن القرض ثم عن الاعتماد البسيط ، ثم عن الاعتماد المستندي .

المبحث الأول

القرض Le Prêt

٢٨٢- تسري القواعد العامة :

عقد القرض يقتضى تنفيذه تسليم النقود المقرضة إلى العميل بمجرد ابرام العقد . وغالباً ما يكون العميل المقرض غير تاجر ، على الأخص عندما تكون عملية القرض عملية منفردة . ولكن لا شئ يمنع من أن يرتبط القرض بفتح حساب جار .

ويحدد الاتفاق بين البنك والعميل شروط هذا القرض وأجله وما يتقاضاه البنك من فوائد وعمولة ، والضمانات التي يقدمها العميل . ولا يقدم البنك عادة على الاقراض على المكشوف "à découvert" أى بلا ضمانات . وغالباً ما يقدم العميل المقرض صكوكاً مالية فيصبح البنك دائماً مرتهاً لها . والقاعدة أن البنك - كدائن مرتتهن - لا يجوز له أن

يستعمل هذه الصكوك المرهونة أو أن يتخذ بصدها أى إجراء . على أنه كثيراً ما يقترن عقد الرهن التابع للقرض بالاتفاق على إدارة هذه الصكوك ، فيحصل البنك على أرباحها أو فوائدها ، وتحدث المقاصة أولاً بأول بينها وبين فوائد الدين ومصاريفه ثم الأصل ، وإذا كان بين البنك والعميل حساب جار فإنها تندمج فى الحساب . كذلك قد يكون القرض مقترناً برهن البضائع أو برهن الصك الذى يمثلها warrant إذا كانت مودعة فى مستودع عام ، أو برهن أوراق تجارية أو برهن حق للعميل .

وتنطبق القواعد العامة على وجود وصحة القرض وتجاريته وإثباته وكذلك تكون له الآثار التى نعرفها بمقتضى القواعد العامة . كل ما فى الأمر أن عقد القرض الذى يبرمه البنك لا يفترض فيه نية القبرع ، كما هو الشأن فى عقد القرض المدنى .

المبحث الثانى

فتح الاعتماد البسيط

Ouverture de Crédit Simple

٢٨٢- تعريف عقد فتح الاعتماد ومزاياه :

على خلاف القرض ، يعد عقد فتح الاعتماد من بين أهم عمليات الائتمان المصرفية وأكثرها ذيوماً بين البنك وعملائه من التجار . وهو اتفاق يتعهد البنك بمقتضاه ، لا باعطاء مبلغ من النقود ، كما هو الحال فى عقد القرض ، وإنما بأن يضع تحت تصرف عميله وسائل دفع فى حدود مبلغ معين لمدة معينة أو غير معينة (م٢٣٨) . ويستفيد العميل من ذلك إما بقبض هذا المبلغ كله أو بعضه خلال هذه المدة ، أو بسحب شيكات عليه أو بتحرير أوراق تجارية ، أو بأى كيفية أخرى يتفق عليها ،

وفى مقابل ذلك يتعهد العميل برد المبالغ التى يستعملها فعلاً ، وما قد يتفق عليه من فوائد وعمولة ومصروفات .

وفتح الاعتماد يتفق تماماً ومصالح العملاء . فالعميل التاجر يطمئن تمام الاطمئنان عند الحصول على وعد البنك باقراضه فى خلال الأجل المحدد ، فيبداش عملياته التجارية وهو يعلم أنه يستطيع أن يلجأ إلى البنك - فى الوقت الذى تدعوه فيه ضرورة عاجلة ناشئة عن إحدى العمليات - فيحصل فوراً على المبلغ الذى يحتاج إليه . أما إذا لم تضطره عملياته التجارية إلى هذا القرض ، فلا التزام عليه بأن يسحب المبلغ الذى طلبه من البنك عند فتح الاعتماد ، ولا التزام عليه بأن يدفع عنه أى فائدة .

٢٨٤- اقتران فتح الاعتماد بعقد الحساب الجارى :

وقد يقترن عقد فتح الاعتماد بعقد فتح الحساب الجارى ، فيوضع المبلغ المتفق عليه كمدفوع فى جانب أصول العميل . ويحقق ارتباط العقدين مزية كبيرة لصالح العميل ، وذلك نظراً للطبيعة الخاصة التى يصبغها الحساب الجارى على العقود التى ترتبط به . ففي الحساب الجارى لا دين ولا وفاء وإنما مدفوعات فى جانب الأصول وأخرى فى جانب الخصوم ، تستمر وتتشابك إلى نهاية الحساب . فإذا أقدم العميل على وفاء البنك ببعض أو كل المبلغ الذى سحبه فعلاً بمقتضى الاعتماد المفتوح ، فإن هذا الوفاء يعتبر مدفوعاً جديداً بمقتضى الحساب الجارى وليس وفاء لدين سابق . ويحقق هذا الاعتبار منفعة عملية حقيقية للعميل ، إذ يستطيع أن يسحب المبلغ المعتمد ، لا مرة واحدة فقط ، وإنما عدة مرات حسبما يترأى له طوال مدة الحساب المفتوح .

فإذا افترضنا مثلاً أن المبلغ المعتمد كان ألف جنيه ، فقام العميل بسحب ٥٠٠ جنيه ، ثم قام بوفاء هذا المبلغ بعد أجل معين ، فإنه لا يستطيع ، بعد هذا الوفاء ، أن يسحب أكثر من ٥٠٠ جنيه ، وهو المبلغ الذى تبقى له بعد عملية السحب الأولى . أما إذا اقترن فتح الاعتماد بحساب جار ، فإن الوفاء الذى قام به لا يعتبر وفاء ، وإنما هو مدفوع

جديد في الحساب . وتكون النتيجة أننا نجد في أصول العميل مبلغ ١٥٠٠ جنيه ، وهو مجموع مبلغ ١٠٠٠ ، قيمة الاعتماد المفتوح ، ومبلغ ٥٠٠ ، وهو المدفوع الجديد الذي ألقاه العميل في الحساب ، بينما نجد في خصوم العميل مبلغ ٥٠٠ جنيه الذي قام بسحبه من قيمة الاعتماد ، وتكون النتيجة أن يكون للعميل أن يسحب مرة أخرى مبلغ ألف جنيه .

٢٨٥- تكوين العقد وإثباته :

هو عقد رضائي . وغالباً ما يتم شفوياً ثم يطلب العميل من البنك أن يرسل له خطاباً لتأكيد فتح الاعتماد يسمى Lettre de Confirmation . وإذا كان الطرفان مرتبطين بحساب جار سابق ، فقد يتم فتح الاعتماد بمجرد ذكر المبلغ المعتمد في الحساب . وأهم ما يعنى الطرفان بتحديدده في العقد هو الحد الأقصى للمبلغ الذي يضعه البنك تحت تصرف العميل ، والذي لا يجوز لهذا الأخير أن يتعداه ، ويطلق عليه حد الائتمان Ligne de Crédit . كذلك يحدد العقد المدة التي يحق للعميل خلالها استعمال هذه النقود - ويجوز تجديد هذه المدة بالاتفاق - وطريقة أو طرق استعمالها ويحدد سعر الفائدة ومقدار العمولة التي يتقاضاها البنك .

ويجب توفر الشروط العامة لصحة العقد . وهو قائم على الاعتبار الشخصي ، فالغلط في شخص العميل أو في صفة جوهرية فيه يؤدي إلى بطلان العقد .

وهو تجاري دائماً بالنسبة للبنك ، وتجاري للعميل إذا كان تاجراً أبرم العقد بمناسبة التجارة ، وتسرى قواعد إثبات العقد على هذا الأساس .

٢٨٦- آثار عقد فتح الاعتماد : ١- التزامات العميل :

يلتزم العميل برد المبالغ التي استعملها في الميعاد المتفق عليه مع الفوائد المتفق عليها ، وبأن يدفع العمولة إذا نص عليها العقد .

ولكنه لا يلتزم بأن يستعمل النقود التي يضعها البنك تحت تصرفه بمقتضى العقد حتى ولو كان البنك قد قام بما يكفل وجود هذه النقود

سائلة في خزانته ، أو امتنع عن التصرف فيها لغيره من العملاء . ففتح الاعتماد يمنح العميل حق الخيار في الاستفادة أو عدم الاستفادة منه ما لم يتفق على تقييد هذا الحق صراحة ، كأن يشترط البنك مثلاً فسخ الاعتماد بغير إخطار إذا لم يستعمله العميل خلال أجل معين . على أن البنوك لا تلجأ عادة إلى وضع هذا القيد ، ولكنها قد تشترط على العميل مثلاً أن يقصر بعض عملياته التجارية عليها ، وعلى الأخص خصم الأوراق التجارية .

ولكن إذا كان الاعتماد مفتوحاً لمدة غير معينة فإن حق الخيار الممنوح للعميل ليس مطلقاً إذ يعتبر الاعتماد ملغياً إذا لم يستعمله العميل لمدة ستة أشهر من تاريخ إخطاره بفتحه (م ٢/٣٣٩) .

٢٨٧-٢- التزامات البنك ،

أهم هذه الالتزامات أن يضع النقود التي وعد بها تحت تصرف العميل طوال الأجل المعين . ويتأكد هذا الالتزام إذا كان العميل يقوم بدفع عمولة مقابل هذا الوعد . ومع ذلك فعدم الاتفاق على عمولة لا يعطى البنك حق فسخ العقد ، حتى ولو لم يستعمل العميل المبالغ الموضوعة تحت تصرفه .

ولا يجوز للبنك الرجوع في الوعد قبل الأجل المحدد ، ولا يكون صحيحاً الشرط الذي يعطى البنك حق الرجوع فيه متى شاء لأنه يعتبر شرطاً ارادياً محضاً . ولكن فتح الاعتماد يستند إلى ثقة البنك في العميل ، ومن ثم فيتم الغاؤه بزوال هذه الثقة . ولقد حصرت المادة ٣٤٠ تجاري حالات الغاء الاعتماد المفتوح لمدة معينة ، بحيث لا يجوز في غيرها . وهذه الحالات هي : وفاة المستفيد أو الحجر عليه أو توقفه عن الدفع ولو لم يصدر حكم بشهر إفلاسه أو صدور خطأ جسيم منه في استعمال الاعتماد .

أما إذا كان الاعتماد لمدة غير معينة ، جاز للبنك الغاؤه في كل وقت

بشرط اخطار المستفيد قبل الميعاد الذى يعينه البنك للإلغاء بعشرة أيام على الأقل ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك (١/٣٣٩) .

٢٨٨- الطبيعة القانونية لعقد فتح الاعتماد .

ثار خلاف حول طبيعة هذا العقد . ولا شك أن هناك فارقاً كبيراً بين عقد فتح الاعتماد وبين القرض البات . ذلك أن القرض يستلزم أن يتسلم المقرض المبلغ المقرض فور التعاقد . صحيح أن القرض لم يعد عقداً عينياً فلا يعتبر هذا التسليم شرط انعقاد العقد ، ولكن التسليم لا يزال أول الالتزامات التى تترتب عليه وتتعلق بترتبه ببقية آثار عقد القرض . أما فى عقد فتح الاعتماد فلا لزوم على الإطلاق لأن يقوم العميل بسحب المبلغ الذى يضعه البنك تحت تصرفه ، بل يصح ألا يلجأ العميل إلى الاستفادة من الاعتماد المفتوح دون أن يؤثر ذلك فى بقاء العقد وفاعليته وترتيبه لسائر آثاره بين الطرفين .

كذلك لا يمكن أن يعد فتح الاعتماد - كما قضت بذلك بعض الأحكام - أنه قرض معلق على شرط واقف هو الاستفادة العميل من الاعتماد فعلاً . ذلك لأننا رأينا أن عدم تحقق الشرط لا يؤثر فى صحة العقد ولا فى ترتيبه لآثاره ، ولا ريب فى أن عقد فتح الاعتماد عقد بات منذ إبرامه .

والرأى الذى يقوم به غالبية الفقهاء ، هو الذى يرى اعتباره وعداً بالقرض (١) . فالبنك - وهو الواعد بالقرض - يلتزم بتقديمه عندما يعلن المستفيد من الوعد (العميل) رغبته فى ذلك . ولكن أنصار هذا الرأى أنفسهم يلاحظون ما يختص به فتح الاعتماد دون الوعد بالقرض العادى من مميزات : ففى الوعد بالقرض ، يكون المبلغ المقرض عادة وحدة لا تتجزأ ، بحيث إذا أبدى المستفيد رغبته فى الاستفادة من الوعد انصبت

(١) هامر ، جزء ٢ - بند ٩٧٥ ص ٥٨٣ ؛ اسكارا بند ١٣٦٧ ص ٩٥٩ ، بينما يرى ريبير أنه عقد غير مسمى ، بند ٢١٤٩ ص ٨٦٨ .

هذه الرغبة على المبلغ الموعود به جميعه . أما في فتح الاعتماد ، فالعمل يستفيد من قروض متتالية وفقاً لرغبته وحاجاته ، وقد يقتصر على الاستفادة من هذا الوعد استفادة جزئية . هذا إلى جانب أن الاستفادة من فتح الاعتماد قد لا تتخذ شكل استلام مبلغ نقدي ركما هو الأمر في الوعد بالقرض ، وإنما قد تكون في أشكال مصرفية متنوعة .

والواقع أن فكرة فتح الاعتماد تتميز ، بوجه عام ، عن فكرة القرض ، بأنها أشمل وأوسع ، حتى إذا تناضينا عن الصعوبة الفنية الناشئة عن عدم استفادة العميل من فتح الاعتماد عقب التعاقد مباشرة . ذلك أن القرض الذي تعرفه القواعد العامة يواجه - في قصد المقرض - حاجة عاجلة إلى مبلغ معين من المال . والوعد بالقرض يواجه ، هو الآخر - في قصد المستفيد من الوعد - حاجة آجلة محتملة إلى مبلغ معين من المال . وفي الحالتين ينحصر العقد في حدود ضيقة معينة يبينها الطرفان ويرتكز عليها العقد . أما في فتح الاعتماد ، فطالبه لا يعرف مدى حاجته ولا مواعيد هذه الحاجات بل وقد لا يعرف أن ثم حاجة مقبلة تلجئه إلى استعمال الاعتماد المفتوح . وإنما هو يقصد ، من عقد فتح الاعتماد ، إلى الحصول على مجرد الاطمئنان إلى قوة مركزه الائتماني إزاء ديون تحل في المستقبل أو عمليات تجارية ينوي إبرامها .

هذا المركز الائتماني الوطيد هو الهدف الأساسي للعقد وليس - كما في القرض أو الوعد بالقرض - مجرد الحصول على مبلغ معين من المال . لذلك قد تكون الاستفادة من الاعتماد المفتوح عن طريق سحب شيكات أو تحرير أوراق تجارية أو تكليف البنك بالقيام بعمليات معينة لصالح العميل . وإذا اقترن فتح الاعتماد بفتح الحساب الجاري - كما هو الغالب في العمل - فإن كل هذه العمليات ، بما فيها عملية فتح الاعتماد ، تصبح مدفوعات متبادلة متشابكة لا يمكن أن نصف أحدها بأنه قرض أو بأنه وفاء لهذا القرض .

لذلك لا بد من الاعتداد بهذا الشمول والاتساع في فكرة الاعتماد

عند تكييف طبيعته القانونية . فلا نتقيد بفكرة القرض أو الوعد بالقرض ، بل نتتبع الغرض الاقتصادي لعقد فتح الاعتماد باعتباره عملية مركبة ، تتميز عن العقود البسيطة التي يعرفها القانون المدني .

وإذا أردنا أن نتتبع هذه العملية المركبة ، ونحلل أهداف العميل فيها، فإننا نراه يهدف إلى تحقيق غرضين متتاليين : أولاً : أن يطمئن إلى الحصول على هذا المبلغ النقدي . وثانياً : أن يطمئن إلى أن هذا المبلغ موجود في مكان أمين حتى يستفيد منه عندما يحتاج إليه في عملياته التجارية المختلفة .

فلو أن العميل أراد أن يصل إلى هذين الهدفين عن طريق العقود المدنية ، فإنه لا بد له أن يلجأ إلى عقدين لا إلى عقد واحد . يلجأ أولاً إلى اقتراض المبلغ الذي يكفيه ، ثم يلجأ إلى ايداع هذا المبلغ عند أمين . لا بد له ، إذا ، من عقد قرض يتبعه عقد ودیعة . ولما كان العميل يقترض من البنك ثم يقوم بالايذاع في ذات البنك ، فلا مناص من اندماج هذين العقدين في عملية واحدة هي بلا شك عملية فتح الاعتماد .

ومن ذلك يتضح لماذا لا يتبع فتح الاعتماد تسليم المبلغ كما هو الأمر في القرض . ذلك أن اندماج عقد القرض مع عقد الايداع عند ذات المقرض يؤدي إلى امتناع التسليم والتسلم . فبينما عقد القرض يقتضى تسليم المبلغ المقرض من البنك للعميل ، فإن عقد الايداع الذي يتبعه يقتضى تسليم ذات المبلغ من العميل إلى البنك . فإذا اندمج هذان العقدان لم يعد هناك موجب لأن يتبادل الطرفان تسليم وتسلم المبلغ المتفق عليه .

المبحث الثالث

الاعتماد المستندي

Crédit Documentaire

٢٨٩- التعريف بالاعتماد المستندي وبيان مزاياه :

رأينا في فتح الاعتماد البسيط أن العلاقة تنحصر بين البنك والعميل المستفيد من هذا الاعتماد . ولا شك أن العميل يستعمل المبلغ المعتمد في تسديد ديونه لغيره من التجار . ولكن البنك يظل في حالة الاعتماد البسيط أجنبياً عن دائلي العميل الذين يستفيدون ، بطريق غير مباشر ، من فتح الاعتماد .

ويختلف فتح الاعتماد المستندي عن هذه الصورة ، ففيه يلتزم البنك مباشرة ازاء هذا الغير ، بناء على طلب العميل . وأكثر ما يكون الاعتماد المستندي في التجارة الخارجية بين مستوردين ومصدرين ، وخاصة في البيوع البحرية (١) . فالاعتماد المستندي هو تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل، ويسمى الأمر أو معطى الأمر ، لصالح الغير المصدر ، ويسمى المستفيد ، يلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو بقبول كتفبيلات مسحوبة عليه من هذا المستفيد ، وذلك بشروط معينة واردة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة (٢) . أو هو ، طبقاً لتعريف الفقرة الأولى من المادة ٣٤١ تجاري ،

(١) ولكن من الممكن بطبيعة الحال أن تجري عملية الاعتماد المستندي في التجارة الداخلية . وقد تضررت ذلك مجموعة القواعد والعادات في مؤتمر لشبونة عام ١٩٥١ إذ نصت على وثيقة النقل البري بين المستندات .

(٢) قارن تعريفات : الدكتور أمين بدر ، محاضرة عن الاعتمادات المستندية بمعهد الدراسات المصرفية عام ١٩٥٧ ، والدكتور علي عوض ١٩٦٠ ص ٦١٤ .

• عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه (ويسمى الأمر) لصالح شخص آخر (ويسمى المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل ، .

والتزام البنك ازاء الغير المصدر مباشرة ميزة كبرى لكل من العميل وهذا الغير : إذ أن تدخل البنك يضمن للبائع استيفاء الثمن ، وللعميل المشتري مطابقة مستندات الصفقة للشروط التي يتطلبها . كما يجنب هذا العميل تجميد جزء من رأسماله في الفترة بين ارسال قيمة البضاعة إلى المصدر - إذا اضطر إلى دفع الثمن مقدماً - وبين استلام البضاعة وبها ، فالبنك لا يدفع الثمن إلا عند استلام المستندات (١) .

لذلك فإن دور الاعتماد المستندي في التجارة الخارجية غاية في الأهمية . ذلك أن أهم ما يعنى به ويهتم له تاجران من بلدين مختلفين هو تأكيد كل منهما من قدرة الآخر وعزمه على الوفاء بالتزاماته رغم بعد الشقة واختلاف القانون المطبق والمحاكم المختصة ، لأن ذلك يجعل المطالبة القضائية في حالة تكوّن أحدهما كثيرة التكاليف غير مأمونة المراقب . وليس ثم شك في أن توفيق البنك أدعى إلى طمأنة البائع البعيد من توفيق العميل المشتري ، خاصة إذا لم يكن لهذا الأخير مركز مالى على درجة كالمية من المتانة . وعندما يقوم البنك بدفع الثمن ، فإنه يتسلم المستندات التي تمثل البضاعة المباعة - كسند الشحن وبوليصة التأمين والفاتورة والمستندات الأخرى - وتسلمه لهذه المستندات عملية قانونية تحتاج إلى كثير من الدقة والخبرة . وتعهد البنك في القيام بها لمصلحة عميله المشتري أدعى إلى طمأنة هذا الأخير (٢) .

(١) أنظر في تفصيل ذلك : السيد محمد محمود فهمي ، محاضرة بمعهد دراسات المصرفية عام ٥٦ .

(٢) ولأن العلاقات الناشئة عن الاعتماد المستندي ذات صبغة دولية في الأعم الأغلب ، فقد سعت غرفة التجارة الدولية إلى وضع قواعد اتفاقية موحدة تحكم نظام الاعتماد -

ويستند الاعتماد المستند في قيامه بهذا الدور إلى استعمال الكمبيالة
المستندية ، كما سنرى .

ولقد تعرض المشرع للاعتماد المستندي في الفرع السابع من الباب
الثالث من تفتين التجارة الجديد ، وقضى ، فيما لم يرد في شأنه نص
خاص في هذا الفرع ، بتطبيق القواعد الواردة بالأعراف الموحدة
للاعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية (م ٢/٣٤١
تجاري) . وسوف نتكلم أولاً في وصف هذه العملية ثم عن العلاقات التي
تنشأ بين أطرافها ، وأخيراً عن طبيعتها القانونية .

أولاً : عملية الاعتماد المستندي .

٢٩٠- وصف العملية :

لنفرض أن : أ ، هو التاجر المصري المشتري ، وأن : ب ، هو البائع
الأجنبي . يطلب : أ ، من البنك المصري الذي يتعامل معه أن يفتح
اعتماداً قصير الأجل بمبلغ الثمن ، وأن يوجه الاعتماد لصالح : ب ،
مباشرة ، بشرط أن يقدم هذا الأخير المستندات التي يحدد : أ ، للبنك
مواصفاتها بدقة .

فإذا اتفق البنك مع عميله : أ ، على فتح الاعتماد ، فإنه يرسل إلى
« ب » خطاباً يخطر فيه بوجود المبلغ تحت تصرفه مقابل تسليم المستندات
المنثلة للبضاعة . عند ذلك يقوم : ب ، بسحب كمبيالة مستندية على
البنك يرفق بها هذه المستندات المطلوبة . وتكتسب الكمبيالة بذلك قوة

= المستندي . وأثمرت هذه المحاولة في مؤتمر لشبونة عام ١٩٥١ عن مشروع ، بالقواعد
والعادات الموحدة ، أوصى المؤتمر الأطراف باتباعه ابتداء من عام ١٩٥٢ . وهذه
القواعد ليست لها صفة الالتزام ، فهي لا تسرى إلا إذا اتفق ذوو المصلحة على اتباعها
في الاتفاقات التي يبرمونها . أنظر تفصيلاً أطول في مراحل الوصول إلى هذه القواعد :
أمين ميخائيل عبد الملك محاضرة بمعهد الدراسات المصرفية عام ١٩٥٧ ، كما أن
الدكتور على عرض أورد ترجمة عربية لها كملحق لكتابة عام ١٩٦٠ ص ١٦٥ وما
بعدها .

انتمانية كبيرة إذ أن المسحوب عليه هو البنك ، وليس ، أ ، الذي قد لا يكون معروفاً في بلد البائع الأجنبي .

ولذا يستطيع ، ب ، أن يخضم هذه الكمبيالة لدى البنك الأجنبي الذي يتعامل معه هو ، فيحصل على ثمن البضاعة التي أرسلها إلى ، أ ، فوراً .

ثم يحين موعد استحقاق الكمبيالة - وهو عادة ميعاد قصير لا يتجاوز عشرة أو خمسة عشر يوماً . فيتقدم البنك الأجنبي بالكمبيالة والمستندات المرفقة بها إلى البنك المصري مطالباً بالوفاء . عندئذ يقوم البنك المصري بفحص المستندات للتأكد من أنها تطابق شروط ومواصفات عميله ، أ ، . فإذا اطمأن إليها دفع قيمة الكمبيالة واستردها مع المستندات ، فتنتهي بذلك العلاقات الخارجية بين البنك الأجنبي وبين البنك المصري ، وتنحصر العلاقة في فتح الاعتماد بين البنك المصري وعميله ، أ ، .

وفي خلال هذا الوقت ، تكون البضاعة التي أرسلها ، ب ، قد وصلت إلى طريقها إلى الوصول . ولا يستطيع ، أ ، أن يتسلم هذه البضاعة عند وصولها إلا إذا كان حائزاً للمستندات التي تمثلها (١) . وهي المستندات التي تسلمها البنك المصري عند قيامه بدفع قيمة الكمبيالة .

لذلك يضطر ، أ ، إلى أن يسعى إلى البنك ، فيدفع له قيمة الكمبيالة ويسلم المستندات ، ويتسنى له بذلك تسلم البضاعة أو مبلغ التأمين إذا كانت قد هلك في الطريق .

(١) ومن المهم أن نكون المستندات ممثلة للبضاعة حتى يباشر البنك الدائن حقه في استلامها بناء على حيازته للمستندات التي يرتبها . وفي الحالات التي تكون فيها المستندات غير قابلة للتداول فإن البنك قد يشترط أن تصدر باسمه مرسلًا ومرسلًا إليه حلفًا لحقه في الرهن - أنظر : اسكارا ، بلد ١٤٠٠ من ٩٨٨ .

أما إذا لم يقم ، أ ، بهذا الرضاء ، فإن البنك يكون فى مركز الدائن المرتهن ، فىستطىع أن فحبس المستندات وىتسلم بمقتضاها البضاعة أو التأمىن عند هلاكها ، فىستوفى بذلك قىمة الاعتماد بالأولوىة طبقاً للقواعد العامة .

٢٩٢- أنواع الاعتمادات المستندىة :

والعملىة ، كما وصفناها فى البند السابق ، هى عملىة الاعتماد المستندى فى صورتها الأساسىة الأكثر وضوحاً وذىوعاً فى العمل . ولكنها قد تبدو فى أشكال مختلفة ىتفق عليها الأطراف تحقياً لمصالحهم فى حالات معىنة :

أ- فهناك الاعتماد القابل للالغاء révocable (م٣٤٣/١) . وهو الاعتماد الذى فحتفظ فیه البنك لنفسه بحق الغائه فى أى وقت دون مسؤلىة علیه قبل المستفید أو قبل العمل الأمر ، ودون أن فلتزم حتى باخطار المستفید بالالغاء (م٣٤٤) ، وإن كانت العادة قد جرت على أن البنك فخطر المستفید بالالغاء . وعلى هذا الوجه لا فكون لمثل هذا الاعتماد القابل للالغاء قىمة قانونىة ، إذ أنه ففر ملزم للبنك . وإنما فنحصر قىمته بین الطرفين (البائع والمشترى) فى مجرد تنظيم طرىقة الدفع بینهما . والالتجاء إلیه ففترض أن الثقة بین البائع والمشترى متوفرة فى الأصل دون حاجة إلی تدخل البنك .

• أما الاعتماد ففر القابل للالغاء irrévocable ، فهو الذى فكون البنك فیه ملتزماً شخصياً وبطرىقة مباشرة فى مواجهة المستفید وكل حامل حسن النىة للصك الذى سحب تنفيذاً للعقد الذى فتح الاعتماد بسببه (م٣٤٥/١) . وهى الصورة العادىة (م٣٤٣/٢) ، ولا فجوز الغاؤه أو تعدیله إلا باتفاق فمىع ذوى الشأن فیه (م٣٤٥/٢) .

ب- وقد فكون الاعتماد مؤزداً أو معززاً confirmé وذلك فى الحالة التى لا فطمئن فیهما البائع لا إلی المشترى ولا إلی بنك المشترى ،

أما إذا لم يقم ، أ ، بهذا الوفاء ، فإن البنك يكون في مركز الدائن المرتهن ، فيستطيع أن يحبس المستندات ويتسلم بمقتضاها البضاعة أو التأمين عند هلاكها ، فيستوفي بذلك قيمة الاعتماد بالأولوية طبقاً للقواعد العامة .

٢٩٢- أنواع الاعتمادات المستندية :

والعملية ، كما وصفناها في البند السابق ، هي عملية الاعتماد المستندي في صورتها الأساسية الأكثر وضوحاً وذيوعاً في العمل . ولكنها قد تبدو في أشكال مختلفة يتفق عليها الأطراف تحقيقاً لمصالحهم في حالات معينة :

أ- فهناك الاعتماد القابل للإلغاء révocable (م١/٣٤٣) . وهو الاعتماد الذي يحتفظ فيه البنك لنفسه بحق الغائه في أى وقت دون مسؤولية عليه قبل المستفيد أو قبل العميل الأمر ، ودون أن يلتزم حتى باخطار المستفيد بالإلغاء (م٣٤٤) ، وإن كانت العادة قد جرت على أن البنك يخطر المستفيد بالإلغاء . وعلى هذا الوجه لا يكون لمثل هذا الاعتماد القابل للإلغاء قيمة قانونية ، إذ أنه غير ملزم للبنك . وإنما تنحصر قيمته بين الطرفين (البائع والمشتري) في مجرد تنظيم طريقة الدفع بينهما . والالتجاء إليه يفترض أن الثقة بين البائع والمشتري متوفرة في الأصل دون حاجة إلى تدخل البنك .

أما الاعتماد غير القابل للإلغاء irrévocable ، فهو الذي يكون البنك فيه ملتزماً شخصياً وبطريقة مباشرة في مواجهة المستفيد وكل حامل حسن اللية للصك الذي سحب تنفيذاً للعقد الذي فتح الاعتماد بسببه (م١/٣٤٥) . وهي الصورة العادية (م٢/٣٤٣) ، ولا يجوز الغاؤه أو تعديله إلا باتفاق جميع ذوى الشأن فيه (م٢/٣٤٥) .

ب- وقد يكون الاعتماد مؤيداً أو معززاً confirmé وذلك في الحالة التي لا يطمئن فيها البائع لا إلى المشتري ولا إلى بنك المشتري ،

فيشترط أن يتدخل بنك ثان ليضيف تعهده إلى تعهد البنك الأول (١).
والبنك الثانى الذى يتدخل للتأييد يكون عادة بنك بلد البائع .

وقد يكون الاعتماد غير القابل للإلغاء مؤيداً من بنك آخر يلتزم بدوره بصورة قطعية ومباشرة قبل المستفيد (م ١/٣٤٦) ، وقد يكون غير مؤيد (٢).

ولا يعتبر مجرد الاخطار بفتح الاعتماد المستندى البات المرسل إلى المستفيد عن طريق بنك آخر تأييداً من هذا البنك للاعتماد (م ٢/٣٤٦) .
أما الاعتماد القابل للإلغاء فلا يتصور أن يكون مؤيداً ، إذ الفرض أن البنك فيه غير ملتزم ، فليس هناك ما يصلح أن يكون موضوعاً للتأييد .

ج- وقد يكون الاعتماد قابلاً للتحويل Transferable ، وذلك عندما يكون للمستفيد أن يحول الاعتماد إلى مستفيد جديد يكون له حق مباشر قبل البنك بحيث يقبل الكمبيالات التى يسحبها عليه هذا المستفيد الجديد .
والقاعدة أن الاعتماد لا يقبل للتحويل إلا مرة واحدة فقط ما لم ينص فيه صراحة على غير ذلك ، وهى قاعدة وردت فى المادة ٣٩ من مجموعة القواعد والمعادن الموحدة . ولقد نصت على هذه الصورة المادة ٣٤٩ تجارى بقولها ، لا يجوز تحويل الاعتماد المستندى ولا تجزئته إلا إذا كان البنك الذى فتحه مأذوناً فى تحويله كله أو بعضه إلى شخص أو جملة أشخاص غير المستفيد الأول بناء على تعليمات صادرة من هذا المستفيد .
ولا يتم التحويل إلا إذا وافق عليه البنك ولا يجوز التحويل إلا مرة واحدة ما لم يتفق على غير ذلك ، .

(١) ولما يتضمنه طلب الاعتماد المؤيد من عدم الثقة فى البنك ، فإن كثيراً من البنوك الكبيرة لا تقبل أن تؤيد اعتماداتها بنوك أخرى - أنظر : محمد محمود فهمى المحاضرة السابق الإشارة إليها .

(٢) ويشير اسكارا (بند ١٣٩٩ ص ٩٨٧) إلى اللخل للذى قد يحدث فى العمل وفى بعض كتابات الفقه بين تعبيرى ، المؤيد ، و غير القابل للإلغاء ، رغم اتساع الاختلاف فى المعنى بينهما .

أما إذا كان الاعتماد غير قابل للتحويل فإن ميزته تقتصر على المستفيد الذي حدده العميل الأمر للبنك ، دون غيره .

د- والأصل أن يكون مبلغ الاعتماد ثابتاً محدداً . ولكنه قد يكون دورياً متجدداً ، كما لو كان مبلغ ألف جنيه كل شهر - لمدة سنة مثلاً - بحيث ينقضى حق المستفيد في المبلغ الشهري إذا انقضى الشهر دون استعماله ، ويظل له الحق في مبالغ الشهور التالية (١) .

ثانياً : العلاقات الناشئة عن فتح الاعتماد المستندي

٢٩٤-١- العلاقة بين العميل الأمر والغير المستفيد :

هي علاقة مستقلة سابقة على عملية فتح الاعتماد . ومضمونها يكون عادة عقد بيع غالباً ما يكون هو العقد البحري المعروف بعقد C.A.F. ، أو بالانجليزية C.I.F. ، (٢) . ويكون العميل الأمر هو المشتري ، والغير المستفيد هو البائع ، فتحكم علاقاتهما هذه قواعد العقد المبرم بينهما . ويتم الاتفاق على دفع الثمن عن طريق فتح الاعتماد المستندي . لذلك يكون العميل مسئولاً إذا لم يتخذ في الوقت المناسب الخطوات اللازمة للاتفاق مع البنك على فتح الاعتماد المستندي لصالح البائع .

ولا شأن للبنك بهذه العلاقة السابقة بين العميل الأمر والبائع المستفيد ، بل الفرض أنه يجهلها . ولقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة ٣٤١ تجارى بقولها : عقد الاعتماد المستندي مستقل عن

(١) وهناك أنواع أقل ذبوعاً كالاعتماد الدائري والمجمع وغير المجمع ... إلخ ، أنظر : محمد محمود فهمي ، المحاضرة السابق الإشارة إليها . وكلها على أي حال صور متقاربة من الاعتماد الدوري المتجدد .

(٢) وهو بيع للبضائع تسليم ميناء الشحن - فتكون مخاطر الطريق على المشتري - مع التزام البائع بشحنها والتأمين عليها ، في مقابل ثمن إجمالي يدفعه المشتري يتضمن عناصر ثلاثة : ثمن البيع Coût وقسط التأمين assurance وأجرة النقل Fret . وتسميته C.A.F. هي الأحرف الأولى لهذه العناصر .

العقد الذي فتح الاعتماد بسببه ويبقى البنك أجدياً عن هذا العقد ، .

٢٩٥-٢- العلاقة بين العميل الأمر والبنك ،

هذه العلاقة يحكمها عقد فتح الاعتماد المستندي المبرم بينهما . وقد يكون بين العميل والبنك علاقة حساب جار أو يكون البنك قد قام بفتح اعتماد بسيط عام لصالح العميل . فيكون فتح الاعتماد المستندي بجزء من مبلغ الاعتماد العام وسيلة من وسائل استعماله . وإنما من الممكن أن تكون عملية فتح الاعتماد المستندي عملية مستقلة منفردة .

أ- ويلتزم العميل ، بمجرد إبرام عقد فتح الاعتماد المستندي ، أن يدفع للبنك العمولة المتفق عليها . فهي تستحق لصالح البنك قبل تنفيذ الاعتماد . وعند تمام تنفيذ الاعتماد فإن العميل يلتزم بأن يرد للبنك قيمة المبلغ الذي قدمه للغير المستفيد مقابل المستندات التي طلبها ، كما يرد ما قد يكون البنك قد تكبده في سبيل إتمام العملية من مصروفات أخرى . وللبنك ، على سبيل الضمان ، حق حبس المستندات . ويجوز له ، كذلك - إذا لم يدفع العميل الأمر خلال ستة أشهر من تاريخ إبلاغه بوصول المستندات - التنفيذ على البضاعة باتباع إجراءات التنفيذ على الأشياء المرهونة رهناً تجارياً (م ٣٥٠) (١) .

ب- أما البنك ، فهو يلتزم في مواجهة عميله الأمر بتنفيذ العملية وفقاً لتعليماته بدقة : فيرسل للمستفيد خطاباً يخطر فيه بفتح الاعتماد وقيمه ومدته وشروطه ، ويحدد له المستندات التي طلبها عميله . والبنك في كل ذلك مقيد بتعليمات عميله في عقد فتح الاعتماد المبرم بينهما ، فلا شأن له على الإطلاق بعلاقة البيع السابقة بين العميل الأمر والمستفيد .

(١) وحقه كدائن مرتهن يرتكز على الحياة . وعلى ذلك فإذا تخلى البنك عن المستندات باختياره فقد حقه في الضمان . ولا يفعل البنك ذلك إلا إذا كان على ثقة من عميله ، كما لو كان الاعتماد المستندي جزءاً من اعتماد عام له ضماناته .

ولكن أخطر التزامات البنك وأكثرها دقة هو ضرورة أن يتحقق من صحة المستندات ومطابقتها لتعليمات العميل (م ٣٤٧/١) . فمسئوليته هنا مزدوجة : فهو مسئول إذا هو قدم المبلغ المعتمد للمستفيد نظير مستندات غير مطابقة ، وهو مسئول كذلك إذا هو رفض تقديم المبلغ عند تقديم المستفيد لمستندات مطابقة (م ٣٤٢) . ولكن لا مسؤولية عليه إذا كانت المستندات في ظاهرها مطابقة للتعليمات التي تلقاها من العميل الأمر (م ٣٤٨/١) . وإذا رفض البنك المستندات وجب عليه إخطار العميل الأمر فوراً بهذا الرفض مبيناً أسبابه (م ٣٤٧/٢) .

والقضاء يتشدد في معاملة البنك ، ويعتبر أن التزامه بفحص المستندات والتحقق من مطابقتها للالتزام مقيداً . فيجب عليه أن يتحقق من أن المستندات مقدمة قبل انتهاء مدة الاعتماد ، وأنها مستوفية لسائر الشروط التي وردت في خطاب الاعتماد المرسل إلى المستفيد ، وأنها جميعاً موجودة . وليس للبنك أن يقدر أو يتصرف أو يستند إلى علاقة البيع السابق ، فالتزامه حرقى (١) . والبنك مسئول أمام العميل عن أى مخالفة تشوب هذه المستندات . وللعميل في هذه الحالة أن يرفض تسلم المستندات من البنك ويطالب بالتعويض (٢) . والواقع أن أغلب المنازعات

(١) ولعل من المفيد الرجوع إلى النصائح التي يقدمها السيد أمين ميخائيل عبد الملك إلى رجال البنك في محاضراته بمعهد الدراسات المصرفية عام ١٩٥٧ حيث يقول : « ولجئنا فقط هو أن نفحص بدقة المستندات المقدمة إلينا لنقرر ما إذا كانت هي المطلوبة تماماً . فإذا ذهبنا إلى أبعد من ذلك فمضاه للخروج على وظيفة البنك وعن الحدود المرسومة المقررة لنا... كما أنه ليس من اختصاصنا أيضاً أن نبحث فيما إذا كان ما جاء بهذه المستندات حقيقياً وينطبق تماماً على نوع البضاعة المصدرة أو أنها صادقة وخالية من التزييف والغش أو عدم قانونيتها ، فهذا ليس من اختصاص البنك إطلاقاً ، اللهم إلا إذا ثبت أن البنك لديه علم بعدم قانونيتها فيسأل عن ذلك طبعاً .. فالبنك إذن على حق عندما يتشدد في موقفه هذا مهما قيل لنا أن موقفنا جامد وغير عملي قد يضار منه المستفيد أو قد يكون سبباً في عرقلة سير التجارة ودولاب العمل ، إلى آخر هذه الاتهامات » .

(٢) وقد قضت محكمة إكس بتاريخ ٨ فبراير ١٩٥١ - المجلة الفصلية للقانون التجارى -

التي تثور أمام القضاء ، بين البنك وعميله ، تكون عادة في مسؤولية البنك عن فتح المستندات . بل كثيراً ما يعمد العميل ، إذا وجد أن الصفقة لم تعد مناسبة له لسبب أو لآخر ، أن يدعى إهمال البنك ليتخلى عن الصفقة (١) . ومن ناحية أخرى قد يشترط البنك إعفاءه من هذه المسؤولية (م ٢١٧ مدني) أو يحددها بحد أقصى معين .

وإذا استعان بنك العميل الأمر ببنك آخر في تنفيذ العملية فإنه يسأل عن خطئه وخطأ البنك الثاني في مواجهة العميل ، اللهم إلا إذا كان العميل هو الذي اختاره نائباً عنه مباشرة (٢) .

ولكن لا يتحمل البنك أي التزام يتعلق بالبضاعة التي فتح الاعتماد بسببها (م ٢/٣٤٨) .

٢٩٦-٣- العلاقة بين البنك والبايع المستفيد :

إذا كان الاعتماد المستندي غير قابل للإلغاء ، فإنه ينشأ عن عائق البنك التزام مستقل في مواجهة المستفيد ، بمجرد أن يصدر إليه خطاب الاعتماد . ويصبح هذا الالتزام نهائياً بعلم المستفيد به ، وبمجرد وصوله

= ١٩٥١ م ٣٢٣ - بمسئولية البنك لأن المستندات المطلوبة كانت تتضمن سند شحن مرسل إلى C.A.F. قبل البنك سند الشحن هافر ترانزيت C.A.F. ورفضت المحكمة زعم البنك بأن يقتصر التعويض على مصاريف نقل البضاعة من الهافر (حيث شحنت فعلاً) إلى مرسلها (حيث كان يجب أن تشحن وفقاً لتعليمات العميل ، وقالت ، إن الضرر يتجاوز ذلك إذ أنه قد تمضيح خلال عملية النقل فرص تجارية لمشتري البضاعة لم يهبط سعرها ، كذلك أكدت المحكمة العليا بمركو Cours de Révision أن التزام البنك بفحص المستندات التزام مقيّد d'ordre étroit وأنه يجب القيام به بمتنهي الدقة Strictement وذلك في حكمها الصادر في ٥ مايو ١٩٥٥ J.C.P ١٩٥٦ - ٢ - ١٩٦٢ وتعليق كابريراك .

(١) اسكارا ، بلد ١٤٠٣ ص ٩٩١ .

(٢) أنظر تفصيلاً أوفى في حالة المسؤولية عند تعدد البنوك القائمة بتنفيذ العملية : الدكتور على عرض ١٩٦٠ ص ١٣٧ ، الدكتور أمين بدر ، محاضراته السابق الإشارة إليها .

قرينة على العلم وفقاً للقواعد العامة (١) .

وحق المستفيد في مواجهة البنك مشروط بتقديم المستندات التي بيدها البنك في خطابه . وهو حق مستقل عن علاقة البيع بين العميل الأمر وبين البائع المستفيد ، كما أنه مستقل أيضاً عن علاقة فتح الاعتماد بين العميل الأمر والبنك .

أ- فهو أولاً حق مستقل تماماً عن علاقة البيع السابقة . وقد رأينا أن البنك يجهل شروط هذا البيع وظروفه ولا يعتد إلا بالمستندات التي يطلبها العميل والتي يذكرها في خطابه إلى البائع المستفيد . فإذا حدث أن وجد البائع أن المستندات المطلوبة في هذا الخطاب تخالف تلك التي اتفق عليها مع العميل المشتري ، فليس له أن يرجع على البنك . وإنما يرفض الاعتماد ويرجع على المشتري بمقتضى علاقة البيع التي لا شأن للبنك بها . كذلك يظل التزام البنك قائماً ولو شاب عقد البيع بطلان نسبي أو مطلق أو قسح . كما أنه لا يتأثر بسائر الدفوع التي يمكن أن تستند إلى عقد البيع سواء من جانب البائع أو من جانب المشتري . واستقلال التزام البنك عن علاقة البيع هو الذي يطمئن البائع الأجنبي إلى تأكد حصوله على الثمن على وجه يقيني لا يؤثر فيه ما قد يثيره المشتري بعد ذلك من أسباب النزاع .

لذلك ينتقد الفقه بشدة حكمين أثارا الشك حول هذا الاستقلال (٢) :

(١) هناك آراء أخرى مرجوحة بعضها يرجع نشأة التزام البنك في مواجهة المستفيد من تاريخ عقد فتح الاعتماد مع العميل . وبعضها يرى أنه لا ينشأ إلا بقبول البائع لاختار البنك . أنظر في تفصيل ذلك : الدكتور على عوض ١٩٦٠ ص ١٤٠ وما بعدها .

(٢) على الأخص اسكارا ، بند ١٤٠٧ ص ٩٤ ؛ الدكتور على عوض ١٩٦٠ ص ١٥٢ ؛ الدكتور أمين بدر ، محاضراته السابق الإشارة إليها .

الحكم الأول أصدرته محكمة باريس في ٦ يوليو ١٩٤٩ (١) ، وقد قضت فيه بإيقاف تنفيذ التزام البنك في مواجهة البائع إلى حين الفصل في دعوى النصب الجنائية المرفوعة ضده والتي أقام المشتري نفسه مدعياً بالحق المدني فيها . والحكم الثاني أصدرته محكمة استئناف باريس أيضاً في ١٦ يونيو ١٩٥٠ (٢) . وكان المشتري قد أقام دعوى التعويض على البائع مستنداً إلى عقد البيع ، وحجز على حق البائع البات في مواجهة البنك . فأقرت المحكمة الحجز ، وقالت إنه لا يوجد أى نص تشريعي أو أى مبدأ قانوني يقف عقبة في سبيل هذا الحجز ، مادام مبدأ استحقاق المشتري للتعويض ثابتاً .

والواقع أننا نعتقد أن الحكم الثاني المتعلق بالحجز - وإن كان يبدو متعارضاً مع مبدأ استقلال التزام البنك عن عقد البيع السابق - إلا أنه في حقيقة الأمر لا صلة له به على الإطلاق . فالحجز الذي وقعه المشتري على حق البائع كان بعد أن تأكدت صفته كدائن بالتعويض . فهو قد وقع بصفته هذه حجز ما للمدين لدى الغير الذي يمكن لأى دائن آخر أن يوقعه وفقاً للقواعد العامة . وما قالته محكمة استئناف باريس في ذلك صحيح .

أما الحكم الأول فهو ولا شك استثناء ، ولكن المحكمة تأثرت فيه بالظروف الخاصة بالقضية . إذ أنها لم تشأ أن تتم على يديها جريمة النصب المتهم فيها البائع ، عندما تأمر البنك بأن يدفع له قيمة الاعتماد ، وما زالت دعوى النصب الجنائية قائمة ضده .

لذلك لا نعتقد أن هذين الحكمين يمكن أن يثيرا شكاً جدياً حول مبدأ استقلال التزام البنك . وهما لا يعبران عن أى اتجاه خاص من جانب

(١) مجلة Banque ١٩٥٠ ص ٦٨٠ وملاحظات كاريونير ، أشار إليه وانتقده اسكارا ، ص ٩٩٤ .

(٢) محكمة استئناف باريس ، ١٦ يونيو ١٩٥٠ ، جازيت دي باليه ١٩٥٠ - ٢ - ٣٠٤ .

القضاء (١) .

ولا أدل على ذلك من الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في ٢١ يونيو ١٩٦١ ، وقد جاءت لهجته قاطعة مطلقة (٢) . فقد قررت محكمة النقض أنه ما دامت المستندات التي قدمها المستفيد تبدو سليمة في شكلها ، ومطابقة من كل النواحي لما طلبه العميل الأمر ، فإن الوفاء الصادر من البنك صحيح ومن ثم يلتزم العميل الأمر بأن يرد إليه ما دفعه حتى ولو كان قد قدم شكوى جنائية ضد المستفيد ، وحتى ولو كانت هذه الشكوى الجنائية تستند إلى أساس سليم .

وبهذا الحكم تؤكد محكمة النقض الفرنسية استقرار المبدأ القضائي بصدد استقلال التزام البنك عن علاقة العميل الأمر بالمستفيد ، دون أدنى شك .

ب- والتزام البنك في مواجهة البائع المستفيد مستقل كذلك تماماً عن علاقة فتح الاعتماد بين البنك والعميل المشتري . فالبنك ملتزم بمقتضى الخطاب الذي أصدره للبائع . وليس له بعد ذلك أن يتعال ببطالان عقد فتح الاعتماد أو فسخه أو انتهائه بأعسار العميل أو إفلاسه . وليس له كذلك أن يستند إلى أن العميل قد عدل من تعليماته سواء في قيمة الاعتماد أو في بيان المستندات المطلوبة . فالتزام البنك على هذا الوجه بات لا رجوع فيه .

(١) وفي رأينا أنه من الخطأ أن نحاول استخلاص مبدأ جديداً من كل حكم قضائي . فالذي لا شك فيه أنه إذا كانت هناك أحكام تصدر في ظروف عادية وتهدف إلى تقرير قاعدة قضائية مهيأة لكي تسرى على سائر الحالات المشابهة ، فإن هناك أحكاماً أخرى تصدر في قضايا ذات طابع استثنائي خاص بحيث يبدو من المؤكد أن للحكم مرتبط بظروفه الاستثنائية ، وأن قيمته لذلك لا تتجاوز الفصل في هذا النزاع الخاص . ومن ثم فنحن لا نؤمن بجدرى المحاولات التي يبذلها بعض الفقهاء في مصر لاستخلاص مبادئ متعلقة بغش البائع أو بالحجز ، استناداً إلى هذين الحكمين .

(٢) المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٦٢ - ١ - ص ٩٤ ، وتعليق كابرياك وبيكيه .

ج- ولكن إذا فرض أن البنك أخطأ فقبل مستندات غير مطابقة ، واضطر لذلك إلى أن يدفع تعريضاً إلى العميل الأمر الذي رجع عليه بدعوى المسؤولية ، فهل يستطيع البنك بدوره أن يرجع على البائع - الذي قدم مستندات غير مطابقة - مطالباً بالتعويض ؟

قضت محكمة إكس ، في حكمها السابق الإشارة إليه ، بجواز ذلك ، على أساس أن البنك يحل محل المشتري في حقوقه على البائع فيطالبه برد ما دفع . وقد انتقد بعض الفقهاء هذا الحكم ، وقالوا بأنه لا يجوز للبنك الرجوع على البائع لأنه كان من واجبه أن يرفض المستندات إذا قدر أنها غير مطابقة ، وأنه لا يقبل من البنك الادعاء بوقوعه بعد ذلك في غلط (١) .

والواقع أننا نؤيد حكم محكمة إكس ، وإن كنا لا نؤيد التعليل الذي استند إليه . ذلك أن التزام البنك مشروط بتقديم المستندات التي عينها خطابه الصادر إلى البائع المستفيد (٢) . هذه المستندات هي سبب التزام البنك . فإذا لم يقدمها البائع أو قدم مستندات غير مطابقة ، فإن استيفاء البائع مع ذلك لمبلغ الاعتماد لا يكون مستنداً إلى سبب صحيح . ولا يحول خطأ البنك في قبوله المستندات غير المطابقة دون الرجوع على البائع برد ما دفع .

أما تعليل محكمة إكس حكمها بأنه حلول البنك محل المشتري فواضح أنه تعليل غير سليم ، إذ أن التزام البنك كما رأينا مستقل عن علاقة البيع السابقة .

(١) الدكتور على عوض ١٩٦٠ ص ١٥٥ و ١٥٦ .

(٢) وعلى ذلك فإذا كان البائع قد قدم مستندات مطابقة لما ورد في خطاب البنك ، فليس للبنك بعد ذلك الرجوع على البائع بدعوى أنه أخطأ في خطابه فلم يذكر به المستندات الحقيقية التي طلبها منه العميل .

ثالث : الطبيعة القانونية للعملية

٢٩٧- موطن الصعوبة ، تفسير التزام البنك النهائي في مواجهة

البائع المستفيد :

من الواضح أن تفسير التزام البنك في مواجهة البائع هو موطن الصعوبة في عملية فتح الاعتماد المستندي . فهذا الالتزام - كما رأينا - مستقل عن البيع وعن فتح الاعتماد السابقين عليه ، ثم هو لا يستند إلى أى عقد أو اتفاق سابق بين البنك وبين البائع المستفيد .

لذلك تعددت النظريات التي تعرضت لتفسير هذا الالتزام تعدداً جاوز حد المعقول . فقد قيل بأنه كفالة ، وقيل بأنه حوالة حق ، وقيل بالاشتراط لمصلحة الغير ، وبالانابة ، وبأن خطاب الاعتماد سند مصرفي ذو طبيعة خاصة ، وبأن البنك يكون في مركز الوكيل بالعمولة الضامن ، وبأن البنك يجمد مبلغاً معيناً لصالح البائع فيصبح حائزاً لحسابه وتحت تصرفه أياً كان مصير العملية ، وقيل بفكرة القبول الصرفي ، وبالأرادة المنفردة ، وأخيراً بأنه عقد غير مسمى أنشأه العرف التجاري .

ولا يتسع المقام هنا لتناول كل من هذه النظريات بالتحليل والنقد ، وإنما يمكن القول ، بصفة عامة ، أن أغلب هذه النظريات يفسر جانباً من جوانب التزام البنك دون جانب . وأغلبها يعجز عن تفسير التزام البنك الذي يعتبر نهائياً مستقلاً دون حاجة إلى قبول صريح من جانب البائع الأجنبي ، أو عن تفسير استقلاله التام عن عقد البيع وما ينشأ عنه من دفع خاص ، أو استقلاله عن إرادة المشتري العميل الذي لا يستطيع بعد ذلك أن يطلب الامتناع عن دفع الثمن للبائع لسبب أو لآخر ، أو استقلاله عن إرادة البنك نفسه الذي لا يستطيع الرجوع في هذا الالتزام حتى ولو أفلس العميل المشتري أو قام بما يبرر فسخ الاعتماد المفتوح .

٢٩٨- دور البنك المستقل هو دور الحكم أو المشرف على العملية بين

الطرفين ،

والواقع أنه لا صعوبة في أن نلاحظ أن استقلال التزام البنك عن أى

من الطرفين ضرورة لبعث الثقة اللازمة لإبرام العقد بينهما . ولو أن دوره اقتصر على أن يكون وكيلاً أو كفيلاً لأحدهما لما كان جديراً بأن يوفر للمتعاقد الآخر الاطمئنان الذي يجعله يقبل على التعاقد . فلا بد ، إذاً ، أن يقوم البنك - وهو موضع ثقة الطرفين معاً - بدور المشرف أو الحكم بينهما ، ولا بد ألا يكون في التزامه لأحدهما خاضعاً أو تابعاً للآخر .

فالبائع الأجنبي يطمئن ، عندما يصله خطاب البنك ، ليس فقط لأن البنك قد التزم في مواجهته بدفع الثمن ، وإنما لأن التزام البنك بدفع الثمن قد استقل عن ارادة المشتري وفعله ، ولأن الثمن قد خرج من يد المشتري خروجاً لا رجعة فيه ، وانفصل عن عقد البيع وما قد يوجه إليه من مطاعن البطلان أو الفسخ .

كذلك العميل المشتري ، فهو يطمئن إلى أن البنك لن يدفع الثمن للبائع إلا في الوقت المناسب ، وبعد التحقق من سلامة المستندات وموافقتها لتعليماته .

والواقع أن دور البنك على هذا الوجه يجعلنا نميل إلى القول بأن التزامه يصدر عن الارادة المنفردة (١) . فهذا الرأي هو أقرب الآراء إلى الصحة . لولا أن الارادة المنفردة ، كمصدر قانوني من مصادر الالتزام ، لا زالت مصدراً ضيقاً يقتصر على حالة الوعد بالجائزة (م ١٦٢) . والمصدر البعيد ، على أي حال ، هو العرف التجاري .

(١) وهذا هو رأي الفقيه اسكارا ، بند ١٤٠٨ ص ٩٩٦ .

الفرع الثالث

الائتمان الناشئ عن مجرد توقيع البنك

LES ENGAGEMENTS PAR SIGNATURE

٢٩٩- تمهيد :

توقيع البنك له قيمته الائتمانية . فهو يستند إلى مركز البنك المالي وسمعته . لذلك يكفى فى كثير من الأحيان أن يستند العميل التاجر إلى هذا التوقيع دون أن يؤدى ذلك إلى خروج مبلغ نقدى من خزانة البنك إليه . فيقال أن البنك قد أقرض توقيعه للعميل .

واقراض التوقيع أقل خطورة بالنسبة للبنك من الاقراض المباشر للنقد . لذلك يتقاضى عنه البنك عادة عمولة أقل ، وينتظر من عميله أن يقوم بالتزاماته فى الوقت المناسب أو أن يقدم له الرصيد الكافى ، فلا يضطر البنك إلى الإنفاق الفعلى من أمواله عند الرجوع إليه .

ولكن البنك قد يتعرض لخطر افلاس العميل ، أو غيره من الأخطار التى قد تؤدى إلى تعذر الوفاء . لذلك تعتمد البنوك إلى تقدير احتمالات الخسارة وتوزيعها ، كما تعتمد إلى ألا تتجاوز فى منح توقيعها نسبة معينة من رأس مالها . وتختلف هذه النسبة باختلاف ما إذا كان البنك متخصصاً فى عمليات الضمان ، كبيوت القبول ، أو غير متخصص .

وسوف نستعرض فيما يلى بإيجاز صورتين من أهم صور اقراض التوقيع ، وهما القبول والضمان .

المبحث الأول

القبول LE CRÉDIT D'ACCEPTATION

٣٠٠- التعريف بعملية القبول المصرفي (١) :

مضمون هذه العملية هو أن يقبل البنك كمبيالة يسحبها عليه العميل أو الطرف الآخر الذي يتعامل معه العميل . ويقبول البنك للكمبيالة ، تكتسب قوة ائتمانية كبيرة تجعل من السهل تداولها أو خصمها لدى بنك آخر . فكان البنك ، دون أن يخرج نقوداً من خزائنه ، قد هياً للعميل فرصة الحصول على المبالغ اللازمة له . كذلك يستطيع العميل أن يرسل هذه الكمبيالة إلى البائع فيطمئن إلى التعامل معه ، إذ يلتزم البنك كأي مسحوب عليه قابل للورقة التجارية ويخضع لقانون الصرف .

والقبول عملية تقوم بها البنوك التجارية ضمن عملياتها الأخرى . ولكن هناك بيوت متخصصة في القبول أهمها بيوت القبول في لندن . ولم تلجح كثير من الدول الأخرى في إنشاء بنوك متخصصة تنازعها هذا الميدان الذي سيطرت عليه بيوت القبول الانجليزية منذ أمد بعيد بوسائل فنية وليدة خبرة طويلة ، وسمعة متينة تبعث الثقة .

والواقع أنه إذا كانت عملية القبول معروفة منذ العصور الوسطى في فينسيا وجنوه (٢) ، فإنها لم تكتسب ذيوها وشهرتها إلا في لندن قرب

(١) راجع في هذا الموضوع على وجه الخصوص المحاضرتين القيمتين للأستاذ محمود علي مراد عن : قبول البنوك الكمبيالات ، بمعهد الدراسات المصرفية عام ١٩٥٦ .

(٢) فقد كان صغار التجار يلجأون إلى كبار التجار ذوي السمعة الحسنة المعروفة في السوق يطلبون كفالته في التزاماتهم المصرفية مقابل عمولة يتفق عليها ، فكان هؤلاء التجار الأقرباء يقومون بدور الضمان الاحتياطي في الورقة التجارية ، ثم تطورت العملية فأصبحوا يقومون بدور المسحوب عليه القابل .

نهاية القرن الثامن عشر . فقد كانت لندن في ذلك الوقت عاصمة امبراطورية ضخمة قيل أنه لا تغرب عنها الشمس ، وكان التجار الانجليز ذوى صلة وعلم وثيق بشتى أسواق العالم ، وكان الجنيه الاسترليني من أقوى العملات وأوسعها انتشاراً ، فكان كبار التجار ذوى السمعة العالمية يقومون بعمليات القبول ، فتحولوا إلى صيارفة (١) .

٣٠١- الصور المختلفة للالتجاء إلى القبول المصرفي :

١- يكثر الالتجاء إلى القبول المصرفي لتمويل العمليات التجارية ذات الطابع الدولي . فاستورد يلجأ إلى البنك ليحصل على قبوله على كمبيالة يرسلها إلى البائع الأجنبي . كذلك إذا كان المصدر قد أهمل مدينه في الوفاء ، فإنه يستطيع أن يحصل على مبلغ فورى من البنك بأن يقدم له مستندات الصفقة ويحصل على قبوله على كمبيالة يخصصها فى بنك آخر (٢) . وقد أخذ العمل فى بعض البنوك الأوربية يشهد استعمال القبول فى مجال التجارة الداخلية أيضاً :

ويتقاضى البنك عمولة مقابل إقراض توقيعه . هذه العمولة غالباً ما تكون نسبة معينة من مبلغ الكمبيالة المقبولة يراعى فى تحديدها مقدار الخطر الذى يتعرض له . وهذه النسبة تتراوح عادة ما بين $\frac{1}{16}$ و $\frac{1}{8}$ % .

على أن الأمر لا يقتصر بالنسبة للبنك على مجرد التوقيع . إذ لا شك أنه يجب أن يحسب حساب الحالات التى لا تنتهى فيها العملية نهاية طبيعية ، فيضطر إلى الدفع باعتباره المسئول الأول عن الوفاء بقيمة الكمبيالة ، دون أن يكون قد استلم شيئاً من العميل . لذلك فهو يهتم بالضمانات . وقد ابتكر العمل فى بيوت القبول الانجليزية طريقاً تلقائياً

(١) لذلك كانوا يسمون ، للتجار الصيارفيه ، Merchant Bankers وما لبثوا أن تركوا تجارتهم وتحولوا إلى بيوت القبول بعد أن شجعهم أرباح هذه العملية المجزية التى لا تتطلب منهم إلا مجرد التوقيع .

(٢) تفصيل ذلك فى محاضرة الأستاذ محمود على على مراد السابقة .

للضمان والتصفية دون مخاطر ، لذلك يطلقون عليه "self securing-
"self liquidating". ومضمونه أن يرتهن بيت القبول (أو البنك) البضاعة
المبيعة بحيث يقوم بالتنفيذ عليها واستيفاء حقه من ثمنها إذا امتنع
العميل عن القيام بالتزاماته فاضطر البنك إلى الوفاء بقيمة الكمبيالة التي
قبلها (١).

على أن البنك يستند بصفة أساسية إلى ثقته في عملائه الذين يدقق
في اختيارهم حتى لا يضطر إلى اتخاذ إجراءات الالتجاء إلى القضاء ،
وهي إجراءات تحاول البنوك تجنبها عادة حرصاً على وقتها ومالها
وسمعتها .

كذلك يراعى البنك توزيع عمليات القبول توزيعاً يراعى فيه
اعتبارات التنوع والتعدد سواء بين العملاء أو بين البلاد ، وذلك تحديداً
للمخاطر التي تتعرض لها . كذلك يحدد البنك طاقة القبول ، أي النسبة
التي يراها ملائمة بين رأسماله واحتياطيه ، وبين مبالغ الكمبيالات التي
يستطيع أن يقبلها دون مخاطر . وطبيعي أن هذه النسبة تختلف وفقاً
لتقديرات كل بنك وظروفه الخاصة (٢) .

(١) يلاحظ أن العملية بهذا الشكل أصبحت تشابه في جوهرها مع عملية فتح الاعتماد
المستلدى التي سبق لنا دراستها . والواقع أنه يمكن اعتبار الاعتماد المستلدى ذاته صورة
من صور القبول المصرفي . والحقيقة أن الفصل بين هاتين العمليتين ، كما سبق أن قلنا
عند تقديمنا لعمليات البنك الائتمانية بصفة عامة ، تحكمى ويفتقر إلى التحديد في
أغلب الأحيان ، ولكن أهميته كما قلنا هي الشرح والدراسة .

(٢) ويقدر بصفة عامة ، بالنسبة للبنوك غير المتخصصة ، أنه لا ينبغي لها أن تقبل
كمبيالات ببلغ يزيد على رأسمالها أو احتياطياتها . أما بيوت القبول المتخصصة ،
فتستطيع قبول كمبيالات بمبالغ تزيد على ثلاثة أو أربعة أضعاف رأسمالها واحتياطياتها
دون خطر ، لأنها تتحرى مراكز عملاتها بحيث يمكن أن يعتبر قبولها شهادة بيسر
أطراف العملية وبسلامة الصفقة - محاضرة محمود على مراد ص ٢٢ .

(ب) ويستخدم القبول أيضاً لتحقيق اشتراك عدة بنوك في عملية ائتمان واحدة يطلق عليه الائتمان الجماعي Crédit Consortiaux (١) . وذلك عندما يرى البنك أن من الأنسب أن يشرك بنكاً آخر في مخاطر العملية إما لضخامة قيمتها ، أو لزيادة احتمالات الخطر فيها ، أو للأمريين معاً . فإذا افترضنا مثلاً أن بنك مصر قد اتفق مع بنك القاهرة على ائتمان مشروع تجارى أو صناعى بمبلغ مليون جنيه مثلاً ، فإن صاحب هذا المشروع يقوم بسحب كمبيالات على بنك مصر قيمتها نصف مليون جنيه فيقبلها بنك مصر ، ثم يقدمها صاحب المشروع للخصم في بنك القاهرة فيحصل على المبلغ ، كذلك يسحب كمبيالات على بنك القاهرة قيمتها نصف مليون جنيه يقبلها بنك القاهرة ثم يخصمها صاحب المشروع في بنك مصر . وفى ذلك مصلحة للبنكين معاً تتحقق بعدم تجميد المبالغ التى يحصل عليها هذا المشروع - بالإضافة طبعاً إلى مصلحة توزيع المخاطر بينهما - ذلك أن هذه الكمبيالات تصبح ذات قيمة ائتمانية كبيرة تسمح بإعادة خصمها بسهولة وبسرعة مناسبة . فهى تحمل ثلاثة توقيعات : توقيع الساحب صاحب المشروع وتوقيع كل من البنكين : أحدهما بصفته المسحوب عليه القابل ، والثانى بصفته المظهر إليه فى عملية الخصم .

٢٠٢- عملية القبول فى مصر :

يندر أن تقوم البنوك المصرية بعمليات القبول استقلالاً عن عملية فتح الاعتماد المستندى الذى سبق لنا دراسته . لذلك فهو يرتبط فى مصر أشد الارتباط بعمليات الاستيراد والتصدير فى التجارة الخارجية . ويرجع ذلك لعوامل مختلفة ليس هنا مجال التفصيل فى بيانها (٢) . لذلك فإن

(١) جاك فيرونيير ، عمليات البنك ، بند ٢٩٧ ص ٢٥٧ .

(٢) راجع محاضرة الأستاذ محمود على مراد ص ٢٦ وما بعدها .

قيمة الكمبيالات المقبولة في مصر بالنسبة لموارد البنوك المصرية أقل بكثير مما هي في البنوك الأجنبية ، وعلى الأخص البنوك الانجليزية والفرنسية والأمريكية .

المبحث الثاني

الضمان CAUTIONNEMENT

٢٠٢- تنوع عمليات الضمان :

الضمان صورة أخرى من صور اقراض التوقيع . فهو لا يستتبع بالضرورة تسليم نقود إلى العميل أو إلى الغير . إلا أن هذه الصورة ، كما هو واضح ، ليست خاصة بالبنوك . ومضمونها العام أن يكفل البنك عميله في مواجهة الغير بخطاب يرسله إليه (١) أو بعقد مستقل ، أو بأن يوقع كضامن احتياطي له في ورقة تجارية ، أو بأي طريقة أخرى تتناسب مع العملية التي يضمنها البنك ، ويتقاضى عمولة في مقابل هذا الضمان .

وعمليات الضمان تتعدد وتتنوع بشكل لا يسمح في الواقع بدراستها معاً تحت ظل قاعدة عامة . وقد رأينا فعلاً فكرة الضمان في كثير من عمليات البنوك ، ولكن العمل جرى على اطلاق الضمان بصفة خاصة على الحالات التي يكون فيها هذا الضمان مطلوباً من جهة إدارية بناء على نص قانوني أو لائحة إدارية . فيكفي هذا الضمان ، في نظر الإدارة ، بديلاً عن ايداع مبلغ نقدي كتأمين . ويكون ذلك عندما يقدم العميل على التعاقد مع جهة الإدارة في صفقة بيع أو توريد أو تشغيل عامة ، فيضمن البنك قيام العميل بالتزاماته كاملة . كذلك قد يقدم العميل البنك

(١) راجع ، خطابات الاعتماد ، محاضرة الدكتور أمين بدر في معهد الدراسات المصرفية . ١٩٥٦ .

إلى مصلحة الضرائب ككفيل عند طلب تقسيط الضرائب المقررة عليه ،
أو عندما يكون هذا العمل أجنبياً يغادر البلاد بصفة نهائية (١) .

وخطابات الضمان هي الأكثر انتشاراً في العمل . ولقد حرص
المشرع في قانون التجارة الجديد على وضع القواعد العامة التي تحكمها ،
فأفرد لها الفرع التاسع من الباب الثالث من هذا القانون . وتسرى ، فيما
جاوز ذلك ، القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية الخاصة
بخطاب الضمان (م ٢/٣٥٥) .

٢٠٤- تعريف خطاب الضمان وأنواعه :

خطاب الضمان أحد صور الضمان المصرفي التي أنشأها العرف
كبديل للتأمين النقدي : فأى عقد من عقود التوريد أو الأشغال العامة أو
المقاولات أو غيرها من عقود المناقصات على مختلف صورها يتضمن
شرطاً يقضى بضرورة ايداع تأمين نقدي لكفالة حسن تنفيذ العمل
وانتامه . وبدلاً من تقديم النقود ، وما يؤدي إليه ذلك من تجميد لها ،
يقدم المورد أو المقاول خطاباً صادراً من أحد البنوك يتعهد فيه هذا الأخير
بدفع مبلغ لا يقل مقداره عن نسبة معينة من قيمة المقابلة ضماناً لحسن
تنفيذها . ويعرف هذا الخطاب باسم « خطاب الضمان » . فخطاب
الضمان هو ، إذا ، تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب
شخص ، يسمى العميل الأمر ، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص
آخر ، يسمى المستفيد ، إذا طلب منه ذلك خلال الفترة الزمنية المحددة
في الخطاب (م ١/٣٥٥) .

وقد يطلب البنك من العميل ، مقابل إصدار خطاب الضمان ، بعض
الضمانات التي تكفل له استرداد قيمة الخطاب في حالة دفعها إلى

(١) أنظر تفصيلاً أطول في أنواع خطابات الضمان وغطائها وطبيعتها ومسألة جواز الحجز
عليها ... إلخ . مؤلف الدكتور على عوض ١٩٦٠ ص ٧٨ وما بعدها .

المستفيد . وتسمى هذه الضمانات ، غطاء خطاب الضمان ، . ولقد نص
المشرع عليها في المادة ٣٥٦ تجارى بقوله ، يجوز للبنك أن يطلب تأميناً
مقابل اصدار خطاب الضمان . ويكون هذا التأمين نقداً أو صكوكاً أو
بضائع أو تنازلاً من الأمر عن حقه قبل المستفيد ، .

وقد يكون الغطاء كاملاً ، أى بقيمة مساوية لقيمة خطاب الضمان .
وقد يكون جزئياً ، أى فى حدود نسبة معينة من قيمة خطاب الضمان
يتفق عليها البنك مع العميل . وقد يصدر الخطاب بدون غطاء ، أى على
المكشوف ، ولا يكون ذلك إلا إذا كان العميل يحظى بثقة كبيرة فى
الأساط التجارية وذا مركز مالى متين .

ولخطاب الضمان أنواع عديدة : فهناك خطاب الضمان الابتدائى
وخطاب الضمان النهائى . والأول خاص بالعطاءات التى تقدم للهيئات
والمصالح الحكومية ، وهو يمثل نسبة معينة من قيمة العطاء . أما الثانى
فهو خاص بضمان حسن تنفيذ العقد عند ابرامه مع الجهة الحكومية .
وهناك خطاب الضمان المصرفى ، وهو الذى يصدر من بنك محلى
لضمان خطاب صادر من بنك أجنبى . ومثال ذلك عندما تطلب وزارة
المواصلات من الشركة الأجنبية المنفذة لمشروع مترو الأنفاق خطاب
ضمان من بنك داخل جمهورية مصر . فتلجأ الشركة إلى البنك الذى
تتعامل معه فى دولتها تستصدر منه خطاب ضمان باسمها لصالح بنك
مصرى يتولى بدوره اصدار خطاب ضمان باسم الشركة الأجنبية لصالح
وزارة المواصلات . وهناك خطاب ضمان لتنفيذ شروط الاعتماد
المستندى ، وهو خطاب صادر من بنك البائع لمصلحة المشتري لضمان
قيام الأول بتنفيذ كافة الشروط المتفق عليها والموضحة فى خطاب
الاعتماد .

وخطاب الضمان شخصى للمستفيد ، بمعنى أن البنك الذى يصدره
يتعهد بالوفاء لشخص معين ، هو المتعاقد مع عميل البنك الذى صدر
الخطاب بناء على طلبه . ومن ثم لا يجوز للمستفيد التنازل عنه للغير ،

حتى ولو بالتبعية لتنازله عن العقد الذي أبرمه مع العميل ، إلا بموافقة البنك وبشرط أن يكون هذا الأخير مأذوناً من قبل الأمر باعطاء هذه الموافقة (م ٣٥٧) .

٣٠٥- آثار خطاب الضمان :

ولما كان خطاب الضمان هو تعهد من البنك أمام المستفيد الأجنبي عنه ، تنفيذاً لطلب عميل البنك الذي تعاقد مع هذا المستفيد ، فيقرب عليه أن تتجاور ثلاث علاقات جنباً إلى جنب ، تستقل كل منها عن الأخرى فلا تتداخل ولا يتأثر بعضها بالبعض .

أ- علاقة العميل الأمر بالمستفيد : ويحكمها العقد المبرم بينهما . وقد يكون هذا العقد توريداً أو مقاوله أو عقداً من عقود الأشغال العامة : ولا شأن للبنك بهذه العلاقة . فهو لا يضمن قيام عميله بتنفيذها ولا يراقب هذا التنفيذ ، ولا يحل محله فيه .

ب- علاقة العميل الأمر بالبنك . وتخضع للشروط المبينة في اتفاق اصدار الخطاب . وبمقتضاها يلتزم البنك باصدار خطاب الضمان ، ويدفع قيمة مبلغ الخطاب عند طلبه من المستفيد ، ويرد غطاء الخطاب إلى العميل إذا انتهت مدة خطاب الضمان دون أن يطلب المستفيد صرف قيمته (م ٢/٣٥٩) .

وفي المقابل يلتزم العميل بتقديم للغطاء المتفق عليه ، ويدفع عمولة البنك وما تكبده من مصروفات نظير اصدار الخطاب ، وكذلك برد قيمته والعائد المستحق عليها من تاريخ دفعها وذلك في حالة ما إذا دفع البنك للمستفيد للمبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان (م ٣٦٠) .

ج- علاقة البنك بالمستفيد : يلتزم البنك بموجب خطاب الضمان ، وبمجرد اصداره ووصوله إلى المستفيد ، بالوفاء بقيمته لهذا الأخير متى طلب ذلك خلال المدة المبينة فيه (١) . ويستمر هذا الالتزام قائماً لا تبرأ

(١) نقض مدني ، ١٤ مايو ١٩٦٤ ، مجموعة للنقض ، ص ١٥ ، ص ٦٩١ ٢٧٩ مايو -

ذمة البنك منه إلا إذا لم يصله خلال مدة سريان الخطاب طلب من المستفيد بالدفع ما لم يتفق صراحة على تجديد مدة الخطاب تلقائياً أو إذا وافق البنك على مدتها (م ١/٣٥٩) (١) .

والتزام البنك قبل المستفيد التزام أصيل ويات لا يوقف تنفيذه أى معارضة (م ١/٣٥٥) . وهو لا يتأثر بأى سبب يرجع إلى علاقة البنك بالعمل أو علاقة العميل بالعمل بالمستفيد (م ٣٥٨) . وعليه لا يجوز للبنك التمسك فى مواجهة المستفيد بعدم الوفاء لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالعمل . كما لو لم يقدم العميل غطاء خطاب الضمان المتفق عليه لاصدار الخطاب مما دفع البنك إلى قسح اتفاهه معه . فلا أثر لهذا الفسخ على حق المستفيد الذى يستمدده مباشرة من خطاب الضمان وليس من الاتفاق الذى يربط العميل بالبنك . كما لا يجوز للبنك أن يتمسك بالدفع التى للعميل قبل المستفيد . بل يظل التزام البنك بالدفع قائماً وصحيحاً ، حتى ولو كان العقد المبرم بين العميل والمستفيد قد تعرض للإبطال أو الفسخ أو الانتهاء (٢) .

ونظراً لأن التزام البنك أمام المستفيد التزام أصيل ويات ، يختلف خطاب الضمان عن الكفالة : فالالتزام الكفيل التزام تابع لالتزام المكفول ، بحيث يجوز للكفيل أن يتمسك بكل الدفع التى للمكفول فى مواجهة الدائن . أما فى خطاب الضمان ، فالالتزام البنك أمام المستفيد هو التزام أصيل قائم بذاته لا يتأثر بأى علاقة أخرى بين البنك والعمل أو بين هذا الأخير والمستفيد على ما سلف البيان .

- ١٩٦٩ ، ص ٢٠ ، ص ١٤١ ٨١١ مارس ١٩٧٢ ، ص ٣٣ ، ص ٤٠١ ١١٤ فبراير ١٩٨٠ . ص ٣١ ، ص ٥٤٧ .

(١) نقض مدنى ، ٣١ ديسمبر ١٩٧٩ ، ص ٣٠ ، ص ٤٢٦ ٢٢٤ ديسمبر ١٩٨٠ ، ص ٣١ ، ص ٢٠٩٧ .

(٢) نقض مدنى ، ٤ يناير ١٩٩٣ ، الطعن رقم ٢٣٩٥ لسنة ٦٦ ق ١٧٤ يونيو ١٩٩٤ ، الطعن رقم ٣٠٤٧ لسنة ٦٣ ق .

الفرع الرابع

عمليات الائتمان المتعلقة بالأوراق التجارية

OPÉRATIONS SUR EFFETS DE COMMERCE

٢٠٦- تمهيد :

دور الأوراق التجارية عامة ، والكمبيالة خاصة ، شديد الأهمية في أغلب العمليات المصرفية . وقد رأينا هذا الدور واضحاً في الاعتماد المستندي وفي الائتمان الناشئ عن توقيع البنك . ولا شيء يحول دون استعمال الكمبيالة في غير ذلك من العمليات التجارية التي يقوم بها البنك مع عملائه . ذلك أن الأوراق التجارية ، في نظامها القانوني الخاص ، قد هيئت للائتمان التجاري ، ولأن يكون الدين الثابت بها قابلاً للحركة السريعة من دائن إلى ذائن دون أن تضعف قيمته . بل إن قيمته الائتمانية تزداد كلما انتقلت الورقة فتلقفت توقيعاً جديداً . ثم إن ثلاثية أطراف الكمبيالة - من صاحب ومسحوب عليه ومستفيد - وتعدد علاقات المديونية التي بين هؤلاء الأطراف ، كل ذلك يسمح بأن تتنوع صور الائتمان التي توفرها الكمبيالة ، تنوعاً يتلاءم وتنوع عمليات الائتمان ، المصرفية ، ويشجع على استخدام الكمبيالة كوسيلة فنية لتحقيق الكثير منها . ويستفيد البنك من المزايا التي يضمنها قانون الصرف للدين الثابت في الكمبيالة ، كحتمية ميعاد الاستحقاق ، وتجارية الدين ، وتضامن الموقعين ، وأخيراً استطاعة البنك أن يخصم الكمبيالة فيتلقي قيمتها قبل حلول الأجل .

وقد ينشئ البنك بنفسه الكمبيالة في معاملاته مع عملائه . ويسمونها الكمبيالة المالية - Traite financier - تمييزاً لها عن الكمبيالات العادية التي ينشئها التجار . فإذا أقرض عميله مبلغاً من النقود فإنه يسحب على هذا العميل كمبيالة فيقبلها العميل . وإذا أراد البنك أن يقوم طرف ثالث

بكفالة العميل في هذا الدين ، فإنه يستطيع - عن طريق الكمبيالة - أن يدخل هذا الغير دون أن يظهر بمظهر المتشكك في ملاءة عميله ، مما قد يضر بهذا العميل . وصورة ذلك أن يسحب العميل الكمبيالة على الغير الكفيل لصالح البنك أو أن يسحب الغير الكفيل الكمبيالة على العميل لصالح البنك ، وتكون النتيجة أن يلتزم الاثنان في مواجهته باعتباره المستفيد في الورقة . فإذا شاء البنك أن يستوفي دينه قبل ميعاد الاستحقاق ، فإنه يستطيع أن يخصم هذه الكمبيالة في بنك آخر أو في البنك المركزي .

وسوف نقتصر هنا على دراسة صورتين من صور العمليات التي تنصب مباشرة على الأوراق التجارية . وهما عملية الخصم وعملية التحصيل .

المبحث الأول

عملية الخصم L'ESCOMPTE

٢٠٧- التعريف بعملية الخصم :

الخصم اتفاق يتعهد بمقتضاه البنك بأن يدفع قيمة صك قابل للتداول، قبل ميعاد استحقاقه ، إلى المستفيد مقابل قيام هذا الأخير بنقل ملكية الصك إلى البنك مع التزامه برد قيمته الاسمية إذا لم يدفعها للمدين الأصلي ، ويخصم البنك مما يدفعه للمستفيد من عملية الخصم نسبة من مبلغ الصك فضلاً عن العمولة إن كانت مشروطة (م ٣٥٢) .

فمضمون هذه العملية هي أن يقوم العميل بتظهير ورقة تجارية لم يحل أجلها بعد تظهيراً ناقلاً للملكية ، في مقابل أن يعطيه البنك قيمتها بعد أن يخصم منها الأجر الذي يستحقه عن العملية . وهذا الأجر يتكون من عناصر ثلاثة : الأول مقدار الفوائد المستحقة عن قيمة الورقة التجارية في الفترة من ميعاد عملية الخصم وميعاد الاستحقاق وتسمى هذه الفائدة

بسرر الخصم . وبتراور بين الهبوط والصعود تبعاً للظروف الاقتصادية المختلفة . ولا يجوز - على أى حال - أن يتجاوز سرر الخصم الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية (٧% م ٢٢٧ مدنى) . والعنصر الثانى هو العمولة التى يتقاضاها عن العملية ويقدرها حسب قيمة الكمبيالة المخصومة ، والأجل الباقى حتى ميعاد الاستحقاق ، وقدر المخاطرة التى يتعرض لها البنك (١) . أما العنصر الثالث فهو مصاريف التحصيل ، وتختلف باختلاف مكان الوفاء أو مكان المسحوب عليه . وقد أشارت المادة ٣٥٢ تجارى إلى ذلك بقولها : تحسب النسبة على أساس المدة من تاريخ الخصم حتى تاريخ استحقاق الصك أو على أساس مدة أكثر من ذلك بالنسبة إلى عمليات الرهن وغيرها من العمليات التى تتضمن تعهد المستفيد برد ما قبضه قبل حلول أجل الصك ، .

ولا شك فى مزايا عملية الخصم بالنسبة للعملاء من التجار : فمن الواضح أن إمكان خصم الورقة التجارية فى البنك والحصول على مبلغ نقدى فورى يزيد من درجة سيولة الأوراق التجارية ويسهل التعامل بها . وهى عملية مجزية للبنك إذا توفرت فى الورقة الثقة الكافية (٢) ، إذ أنها تكون عادة لأجل قصير . ثم إن البنك يستطيع ، إذا احتاج إلى نقود قبل ميعاد استحقاقها ، أن يعيد خصم الورقة التجارية فى بنك آخر أو فى البنك المركزى . وأخيراً فإن البنك يتمتع بكل حقوق الحامل الأخير للكمبيالة فى

(١) وقد تخفى الزيادة فى هذه العمولة ، أحياناً ، تحايلاً على الفائدة الاتفاقية إذا كان البنك يعتبر أن حداها الأقصى غير كاف فى ظروف عملية الخصم .

(٢) تتطلب البنوك عادة شروطاً معينة فى الورقة حتى تقبل خصمها . كأن تكون مقبولة من المحسوب عليه ، وكأن يكون أجلها لا يتجاوز مدة معينة ، وكأن تحمل توقعين على الأقل أو ثلاثة ، وكأن يكون مكان الوفاء هو أحد فروع البنك . وقد تستعمل البنوك العميل زمناً قبل أن تصدر قرارها بقبول الخصم التجارى تتحرى فيه عن الموقعين عليها ... إلخ . راجع أيضاً : جاك فيرو نير ، السابق بلد ٢٦٩ و ٢٧٠ من ٢٢٢ وما بعدها .

مواجهة سائر الموقعين عليها وفقاً لقواعد قانون الصرف .

ويلتزم البنك بوضع قيمة الورقة التجارية المخصومة فوراً تحت تصرف العميل ، لأن ذلك هو ما يتفق مع الغرض الأساسي من عملية الخصم وهو سد حاجة العميل الملحة للنقود دون انتظار حلول أجل الورقة التجارية . ومن مصلحة البنك ، إذا ما فتح لديه حساب جار للعميل ، أن يقوم بقيد مبلغ الورقة المخصومة في هذا الحساب حتى يستطيع ، إذا لم يحصل على قيمتها من المدين الأصلي في موعد الاستحقاق ، أن يقوم بإجراء القيد العكسي لها في الحساب فيتجنب بذلك ما قد يتعرض له بسبب إفلاس العميل .

ويلتزم العميل بنقل ملكية الورقة التجارية إلى البنك ، وسبيله في ذلك هو التظهير الناقل للملكية . كما يلتزم برد قيمتها الاسمية إلى البنك في حالة عدم وفائها من المدين الأصلي في ميعاد الاستحقاق (م ٣٥٣) . وللبنك في سبيل الحصول على قيمة الورقة التجارية دعويان (١) : دعوى الصرف الناشئة عن الصك الذي قام بخصمه . ويرجع بها على كل الملتزمين في الورقة ومن بينهم العميل المستفيد من عملية الخصم (م ١/٣٥٤) . والدعوى المستندة إلى اتفاق الخصم ، وهي دعوى غير صرفية ، يسترد بمقتضاها المبالغ التي دفعها دون استئصال ما خصمه من نسبة وما قبضه من عمولة . ويكون للبنك استعمال هذه الدعوى في حدود الصكوك غير المدفوعة أياً كان سبب الامتناع عن دفعها (م ٢/٣٥٤) . كما لو أهمل مثلاً في مطالبة المدين الأصلي في ميعاد الاستحقاق أو لم يقم بعمل الاحتجاج في التواعيد المقررة قانوناً ، ففي هذه الحالة يستطيع اللجوء إلى الدعوى الثانية نظراً لسقوط حقه في دعوى الصرف بسبب الإهمال .

(١) نقض مدني ٩، فبراير ١٩٧٦ ، الطعن ٢٨٨ لسنة ٤٠ ق .

٢٠٨- الطبيعة القانونية للخصم :

هناك خلاف ، فيما يتعلق بطبيعة الخصم ، بين نظريتين أساسيتين :
الأولى ترى أن هذه العملية تعتبر قرصاً بضمان الورقة التجارية . فالعميل لا يلجأ إلى خصم الورقة التجارية في البنك إلا لحاجته إلى النقود ، فهي في جوهرها عملية من عمليات الائتمان (١) . ولكن لا شك في خطأ هذا الرأي ، لأن من المقطوع به أن عملية الخصم تؤدي إلى نقل ملكية الورقة التجارية إلى البنك ، وأن التظهير الذي تتم به تظهير ناقل للملكية .
والنظرية الثانية ترى أن هذه عملية بيع من العميل لحقه في الورقة التجارية ، أو هي حوالة الحق في مقابل الوفاء قبل الأجل (٢) .
ويعيب هذا الرأي أنه لا تنطبق على عملية الخصم قواعد البيع ولا قواعد حوالة الحق (٣) .

ويرى آخرون أن هذه العملية ذات طبيعة خاصة (٤) .

والحقيقة أن هذه العملية لا تخرج عن أن تكون تظهيراً ناقلاً للملكية تحكم شروطه وآثاره قواعد قانون الصرف . ولا حاجة بنا ، لبيان طبيعة عملية الخصم ، إلى البحث عن سبب هذا التظهير ، وهل هو قرص أو حوالة حق ، لأنه يكفي أن يكون هذا السبب موجوداً ومشروعاً ، وأن

(١) تالير وبرسر ، بند ١٦٢٤ وليون كان وريلو ، جزء ٤ بند ٧٠٢ ص ٦٥٩ .

(٢) هامل ، جزء ٢ بند ١٠٣٨ ص ٧٤٦ .

(٣) فمن قواعد البيع مثلاً أنه في حالة فسخ البيع فإن المشتري يرجع على البائع بالثمن ، أما البنك فإنه يرجع بقيمة الورقة كاملة . كذلك من قواعد حوالة الحق أن المحيل لا يضمن إلا وجود الحق ، أما العميل ، فهو بحكم كونه أحد الموقعين على الورقة ، يضمن بسار المسحوب عليه في ميعاد الاستحقاق .

(٤) فيري ريبير (بند ٢٢٠٢ ص ٨٨٤) أنها ، عملية ذات طابع مجرد فيجب عدم الاعتداد بسببها القانوني . ويرى الدكتور على عوض (١٩٦٠ - ص ٧٦) أنها عملية مركبة ، فهي في حقيقتها قرص ، ولكن تنازل العميل يتم بتصريف ناقل للملكية .

تكون بيانات التظهير الناقل للملكية قد استوفيت .

والواقع أن أنصار الرأي القائل بأن العملية قرض أرادوا من ذلك أن يصلوا إلى إخضاع سعر الخصم للحد الأقصى القانوني للفائدة الاتفاقية . وإنما يلاحظ أن الهدف يمكن الوصول إليه دون حاجة إلى الالتجاء إلى فكرة القرض . ذلك أن المقابل الذي يتقاضاه البنك يتضمن - كما رأينا - عناصر ثلاثة ، منها سعر الخصم الذي هو مقابل الأجل أو ثمنه . ومقابل الأجل - أيًا كانت طبيعة العقد - يجب ألا يتجاوز الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية . ويكشف القضاء أي تحايل على إخفاء فوائد ربوية حتى في الحالات التي يعتبر فيها أن الخصم حوالة حق (١) .

وفيما عدا ذلك لا يوجد أي لبس في انطباق سائر قواعد قانون الصرف ، وعلى الأخص بالنسبة لرجوع البنك على العميل عند عدم الوفاء في الميعاد/فهو رجوع صرفي يتم وفقاً لقواعد الكمبيالة ، وليس رجوع المقرض على المقرض ولا رجوع المحال له على المحيل .

المبحث الثاني

تحصيل الأوراق التجارية

RECouvrement DES EFFETS DE COMMERCE

٣٠٩- مضمون العملية :

الأوراق التجارية أداة عادية للائتمان بين التجار . ويجد كل تاجر نفسه مستفيداً أو حاملاً لعدد من الأوراق التجارية يتعين عليه أن يقوم باستيفائها في مواعيد استحقاقها وأن يتخذ الاجراءات المحددة وإلا تعرض

(١) من ذلك حكم محكمة النقض الجنائية الفرنسية في ١٦ أغسطس ١٨٧٧ باللوز

١٨٧٩-١-٢٣٨ .

لحالات السقوط التي تهدد الحامل المهمل وفقاً لقواعد قانون الصرف .
وذلك يقتضى تخصيص جانب من جهده وعدد من عماله لعمليات
تحصيل الأوراق التجارية . ومن ثم يفضل التجار أن يعهدوا بهذه المهمة
إلى البنك الذى يتعاملون معه ، فيتجمع فى محفظة البنك جانب كبير من
الأوراق التجارية الموجودة فى السوق ، ويتولى تحصيل قيمتها لأصحابها
عند حلول مواعيد الاستحقاق .

وتقتضى العملية أن يظهر العميل الورقة التجارية للبنك تظهيراً
توكيلياً للتحصيل ، فيظل العميل مالكاً لها (١) .

ويلتزم البنك بالتحصيل فى الميعاد سواء بنفسه أو بغيره . وإذا امتنع
المسحوب عليه عن الوفاء وجب على البنك إثبات هذا الامتناع فى
إحتجاج عدم الدفع تمهيداً للرجوع الصرفى . والبنك مسئول عن كل
اهمال فى المحافظة على حقوق العميل الحامل (٢) .

وكثيراً ما يعتمد محررو الأوراق التجارية ، تسهياً لدور البنك أو بناء
على طلبه ، أن يجعلوا منه محلاً مختاراً للوفاء . وإذا كان للمسحوب عليه
حساب فى بنك معين ، فإنه يعين هذا البنك عادة محلاً مختاراً ،
فيتخلص من أخطار الرجوع عليه إذ يقوم البنك عنه بالوفاء مباشرة ويقيد
المبلغ المدفوع فى الحساب . فإذا كان الحامل قد قام بتوكيل أى بنك آخر
بالتحصيل فإن العملية تتم وتسوى بين البنكين عن طريق المقاصة .

ويتقاضى البنك عمولة عن عملية التحصيل تختلف باختلاف أهمية
الكمبيالة ومحل الوفاء . ويشترط البنك كذلك أجلاً معيناً - قصيراً - بعد
ميعاد الاستحقاق ليضع قيمة الكمبيالة تحت تصرف العميل .

تم بحمد الله وفضله

(١) وتبدو أهمية ذلك إذا أفلس البنك ، إذ يستطيع العميل أن يسترد الورقة التجارية من
البنك .

(٢) وقد يشترط البنك أعفاءه من المسؤولية . هذا الإعفاء خاص بالعلاقة بين العميل والبنك
فلا يسرى على بقية المظهرين ، أنظر : ريبير ، بند ٢١٩٧ ص ٨٨٢ .

الفهرس

البند	الموضوع	صفحة
- تمهيد .		٧
١ - التعريف بالعقود التجارية .		٧
	أولاً : متى يكون العقد تجارياً ؟	
٢ - معيار الأعمال التجارية .		٨
٣ - ليس هناك عمل تجارى بطبيعته .		٩
٤ - العقود التجارية على وجه الخصوص .		١٠
٥ - العقود التجارية تبعاً لصفة التاجر الذى أبرمها .		١١
	ثانياً : الأحكام الخاصة بالعقود التجارية	
٦ - بيان هذه الأحكام .		١٣
	١- الحرية فى تكوين العقد	
٧ - رضائية العقود التجارية .		١٣
٨ - سهولة ابرامها وتنوع صورها .		١٤
٩ - التعاقد بالمراسلة .		١٥
١٠ - الاستثناءات على حرية العقد التجارى .		١٧
١١ - الاتجاه العام إلى السيطرة على العقد .		١٧
	٢- السرعة فى تحويل الالتزامات	
	والحقوق الناشئة عن العقود	
١٢ - حوالة الحقوق والدين التجارية .		١٩
	٣- السهولة فى الإثبات	
١٣ - حرية الإثبات فى المواد التجارية .		٢١
١٤ - التجاء التجار إلى الكتابة لسهولةا ولما تمنحه من ثقة .		٢٢
١٥ - الدفاتر التجارية .		٢٣
١٦ - الخلاصة .		٢٤
	٤- القسوة فى اقتضاء التنفيذ	
١٧ - أهمية الوفاء فى الميعاد بغير تقصير .		٢٥

البند	الموضوع	صفحة
١٨	١- الفوائد التأخيرية .	٢٦
١٩	٢- النفاذ المعجل .	٢٧
٢٠	٣- تضامن المدينين .	٢٧
٢١	٤- نظرة الميسرة .	٢٨
٢٢	٥- سهولة التنفيذ على الشيء المرهون .	٢٨
٢٣	٦- الإفلاس .	٢٩
٢٤	- الخلاصة .	٣٠
٢٥	- خصوصية القواعد المطبقة على العقود التجارية .	٣٠
٢٦	- سهولة تدويل القواعد التجارية وأهمية هذا التدويل .	٣١
٢٧	- خلاصة البحث .	٣٢
الفصل الأول		
عقد البيع التجاري		
٢٨	- تمهيد وتقسيم .	٣٣
المبحث الأول		
الأحكام العامة للبيع التجاري		
٢٩	- تطبيق القواعد العامة بجانب بعض الأحكام الخاصة .	٣٤
أولاً : تعيين محل عقد البيع التجاري		
٣٠	١- تعيين المبيع .	٣٤
٣١	٢- تحديد الثمن .	٣٥
ثانياً : التزامات البائع والمشتري		
٣٢	- التزامات البائع : ١- الالتزام بالتسليم .	٣٥
٣٣	٢- جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم	٣٦
٣٤	- التزامات المشتري .	٣٨
المبحث الثاني		
بعض أنواع البيوع التجارية		
٣٥	- تحديد .	٣٩
أولاً : البيع بالتقسيط		
٣٦	- مفهومه ومخاطره .	٤٠

البند	الموضوع	صفحة
٣٧	١- جزاء تخلف الوفاء بالأقساط .	٤١
٣٨	- الضمانات المقررة للبائع .	٤٢
٣٩	٢- حظر التصرف في المبيع قبل الوفاء بكامل أقساط الثمن .	٤٣
	ثانياً ، البيع بالمزايدة العلنية أو بطريق التصفية	
٤٠	- تهديد .	٤٤
٤١	١- البيع بالمزاد العلني للمنفقات المستعملة .	٤٥
٤٢	- القواعد المنظمة للبيع .	٤٦
٤٣	٢- البيع بطريقة التصفية أو بالمزايدة العلنية في المحال التجارية .	٤٨
	ثالثاً ، التوريد	
٤٤	- ماهيته ونظامه القانوني .	٥٠
٤٥	١- محل عقد التوريد .	٥٠
٤٦	٢- التزامات أطراف عقد التوريد وجزاء الإخلال بها .	٥١
٤٧	٣- شرط القصر .	٥١
٤٨	٤- مدة عقد التوريد .	٥٢
	الفصل الثاني	
	عقد الوكالة بالعمولة	
٤٩	- أنواع الوسطاء .	٥٣
٥٠	- أهمية الوكالة بالعمولة .	٥٤
	الفرع الأول	
	ماهية عقد الوكالة بالعمولة	
٥١	- غموض وخلافات فقهية .	٥٥
	أولاً ، تعريف عقد الوكالة بالعمولة	
٥٢	- تعريف الوكيل بالعمولة وبيان جوهر الوكالة .	٥٦
٥٣	- مدى نيابة الوكيل بالعمولة عن موكله .	٥٧
	ثانياً ، معيار التفرقة بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية	
٥٤	- الخلاف حول معيار التفرقة .	٥٨

البند	الموضوع	صفحة
٥٥	- موقف محكمة النقض المصرية .	٦٠
٥٦	- موقف قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .	٦١
	ثالثا : خصائص عقد الوكالة بالعمولة	
٥٧	- خصيصتان .	٦٣
٥٨	- ١- عقد الوكالة بالعمولة عقد تجارى .	٦٣
٥٩	- ٢- الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصى .	٦٦
	الفرع الثانى	
	آثار عقد الوكالة بالعمولة	٦٩
٦٠	- تمهيد .	٦٩
	المبحث الأول	
	التزامات الوكيل بالعمولة	٦٩
٦١	- تربطه بالموكل علاقة وكالة صريحة .	٦٩
	المطلب الأول	
	القيام بالعمليات القانونية المكلف بها	٧٠
٦٢	- احترام تعليمات الموكل .	٧٠
٦٣	- ٢- تقديم المعلومات اللازمة للموكل .	٧١
٦٤	- ٣- الاحتفاظ بسرية اسم الموكل .	٧٢
٦٥	- ٤- ألا يكون الطرف الثانى فى التعاقد .	٧٣
٦٦	- مسئولية الوكيل بالعمولة عن احترام تعليمات الموكل .	٧٤
٦٧	- شرط الضمان - الوكيل بالعمولة الضامن .	٧٧
٦٨	- آثار شرط الضمان .	٧٨
٦٩	- طبيعة شرط الضمان .	٧٩
	المطلب الثانى	
	القيام بالعمليات المادية اللازمة	٨١
٧٠	- الالتزام بحفظ البضاعة .	٨١
٧١	- مسئولية الوكيل بالعمولة عن العيوب الخفية فى البضاعة .	٨٢

البند	الموضوع	صفحة
	المطلب الثالث	
	تقديم حساب عن وكالته	٨٣
٧٢	- التزام الوكيل بالعمولة بتقديم حساب .	٨٣
٧٣	- تعارض التزام الوكيل بتقديم الحساب وحقه في الكتمان .	٨٥
	المبحث الثاني	
	التزامات الموكل	٨٥
٧٤	- انطباق القواعد العامة في الوكالة على واقع مختلف .	٨٥
٧٥	١- تنفيذ العقد بحسن نية .	٨٥
٧٦	٢- الالتزام بدفع للعمولة المتفق عليها .	٨٧
٧٧	٣- الالتزام برد نفقات الوكالة .	٨٨
	المبحث الثالث	
	ضمانات الموكل والوكيل بالعمولة	٨٨
٧٨	- حاجة الموكل والوكيل بالعمولة إلى ضمانات .	٨٨
٧٩	- ضمانات عامة - التضامن عند التعدد .	٨٩
٨٠	- ضمانات خاصة بالموكل : استرداد البضاعة التي في حيازة الوكيل المفلس .	٨٩
٨١	- ضمانتان خاصتان بالوكيل بالعمولة : ١- حق الوكيل في الحبس .	٩٠
٨٢	- حق الوكيل في الامتياز على البضاعة المحبوسة .	٩١
	الفرع الثالث	
	العلاقات الناشئة عن عقد الوكالة بالعمولة	
٨٣	- وكالة بلا نيابة - العلاقات المترتبة عليها .	٩٤
٨٤	- انتقال الملكية مباشرة من الموكل إلى الغير وبالعكس .	٩٦
٨٥	- العلاقات بين الموكل والغير المتعاقد : النظرية السائدة .	٩٧
٨٦	- نظرية النيابة الناقصة .	٩٨
	الفصل الثالث	
	عقد السمسرة	١٠١
٨٧	- تمهيد .	١٠١

البند	الموضوع	صفحة
٨٨ -	تعريف العقد وتجاربه .	١٠٢
٨٩ -	انعقاده وإثباته .	١٠٣
٩٠ -	آثار عقد السمسرة - أولاً : التزامات السمسار .	١٠٤
٩١ -	ثانياً : حقوق السمسار .	١٠٧
٩٢ -١-	حق السمسار في الحصول على الأجر المتفق عليه .	١٠٧
٩٣ -٢-	استرداد مصاريف الوساطة .	١١٢
٩٤ -٣-	حق السمسار في الحصول على تعريض .	١١٣
	الفصل الرابع	
	الرهن التجارى	١١٥
٩٥ -	تمهيد : الرهن التجارى وفكرة الائتمان .	١١٥
٩٦ -	تطور الرهن التجارى بتطور فكرة الائتمان .	١١٥
٩٧ -	ضرورة انتقال الحيازة في رهن المنقول رغم تعارض ذلك مع صالح التجارة ..	١١٦
٩٨ -	امكان رهن بعض المنقولات ذات الطبيعة الخاصة دون نقل حيازتها .	١١٨
٩٩ -	رهن البضائع العادية عن طريق الايداع في المستودعات العامة .	١٢١
١٠٠ -	للخلاصة : ثلاث صور تجارية من الرهن .	١٢٢
	الفرع الأول	
	الرهن التجارى	
١٢٣	المتضمن نقل حيازة الشئ المرهون	١٢٣
١٠١ -	سريان القواعد العامة .	١٢٣
١٠٢ -	متى يكون الرهن تجارياً .	١٢٤
	أولاً ، انعقاد الرهن وإثباته وسريانه على الغير	
١٠٣ -	انعقاد الرهن التجارى - سريان القواعد العامة .	١٢٥
١٠٤ -	إثبات الرهن التجارى وسريانه على الغير .	١٢٧
١٠٥ -	أولاً : رهن المنقول المادى .	١٢٧
١٠٦ -	ثانياً : رهن المنقولات غير المادية .	١٢٩

البند	الموضوع	صفحة
	ثانياً، اجراءات التنفيذ على الشئ المرهون	١٣٢
١٠٧ -	تبسيط اجراءات التنفيذ على الشئ المرهون .	١٣٢
١٠٨ -	التنفيذ على المنقول المرهون فى القانون المدنى .	١٣٤
	الفرع الثانى	
	رهن المحل التجارى	١٣٥
١٠٩ -	فكرة المحل التجارى وتطورها .	١٣٥
١١٠ -	امكان رهن المحل التجارى بلا نقل حيازة نظراً لامكان تعيينه تعييناً ذاتياً .	١٣٧
١١١ -	رهن المحل التجارى تصرف خطير فى حياة للتاجر .	١٣٨
	أولاً، شروط رهن المحل التجارى	
١١٢ -	أولاً : الشروط الموضوعية .	١٣٩
١١٣ -	ثانياً : الشروط الشكلية .	١٤٠
	ثانياً، محل الرهن	
١١٤ -	تحديد المقومات التى يشملها الرهن .	١٤٣
	ثالثاً، آثار الرهن	
١١٥ -	قربها من آثار الرهن الرسمى على العقار .	١٤٤
١١٦ -	أولاً : آثار الرهن بالنسبة للراهن .	١٤٥
١١٧ -	ثانياً : آثار الرهن بالنسبة للدائن المرتهن .	١٤٦
١١٨ -	ثالثاً : اجراءات التنفيذ على المحل التجارى للمرهون .	١٤٨
	الفرع الثانى	
	صكوك الرهن التى تصدرها	
	المستودعات العامة	١٥٠
١١٩ -	فكرة المستودع العام ودوره فى رهن البضائع .	١٥٠
١٢٠ -	أهمية تنظيم المستودع العام لكى يزدى دوره فى رهن البضائع .	١٥٢
	أولاً، قواعد انشاء وتنظيم المستودعات العامة	
١٢١ -	تعريف المستودع العام وقواعد انشائه .	١٥٣
١٢٢ -	العلاقة بين المستودع العام والمودعين .	١٥٤

البند	الموضوع	صفحة
	ثانياً، الصكوك التي يصدرها المستودع العام	
١٢٣	- الصك المزدوج : ايصال الايداع وصك الرهن .	١٥٧
١٢٤	- تظهير صك الايداع متصلاً بصك الرهن .	١٥٨
١٢٥	- تظهير صك الرهن منفصلاً عن صك الايداع .	١٥٩
١٢٦	- تظهير صك الايداع منفصلاً عن صك الرهن .	١٦٢
١٢٧	- تقدير نظام رهن البضائع المودعة في المستودعات العامة .	١٦٣
	الفصل الخامس	
	عقد النقل	١٦٥
١٢٨	- أهمية النقل .	١٦٥
١٢٩	- فكرة التداول .	١٦٦
١٣٠	- تدخل الدولة بوسائل القانون العام .	١٦٦
١٣١	- عقد النقل عقد اذعان .	١٦٧
١٣٢	- تعريف عقد النقل وبيان خصائصه .	١٦٩
١٣٣	- تمييز عقد النقل عن غيره من العقود .	١٧٠
١٣٤	- أنواع النقل .	١٧٢
	الفرع الأول	
	عقد نقل البضائع	١٧٣
١٣٥	- خطة البحث .	١٧٣
	المبحث الأول .	
	تكوين عقد النقل وإثباته	١٧٣
١٣٦	- أولاً : تكوين عقد النقل .	١٧٣
١٣٧	- المرسل إليه : ثالث أشخاص عقد النقل .	١٧٥
١٣٨	- الوكيل بالعمولة للنقل .	١٧٦
١٣٩	- ثانياً : إثبات عقد النقل .	١٧٧
١٤٠	- وثيقة النقل .	١٧٨
١٤١	- ايصال النقل .	١٨٠
١٤٢	- دور مستند النقل (الوثيقة أو الايصال) في الإثبات .	١٨٠
١٤٣	- دور مستند النقل في تشغيل البضاعة المنقولة وتداولها .	١٨١

البند	الموضوع	صفحة
	المبحث الثاني	
	آثار عقد النقل	
١٨٣	أولاً، آثار عقد النقل بالنسبة للمرسل	١٨٣
١٤٤	- أولاً: التزامات المرسل : ١- تسليم البضاعة للناقل .	١٨٣
١٤٥	- ٢- دفع أجره النقل .	١٨٥
١٤٦	- ضمانات استيفاء الأجرة .	١٨٦
١٤٧	- أثر هلاك البضاعة بقوة قاهرة على الالتزام بدفع الأجرة .	١٨٦
١٤٨	- أثر الظروف الطارئة على مقدار الأجرة .	١٨٨
١٤٩	- ثانياً : حقوق المرسل - توجيه البضاعة أثناء النقل .	١٨٨
	ثانياً، آثار عقد النقل بالنسبة للمرسل إليه	
١٥٠	- علاقة مباشرة بين الناقل والمرسل إليه .	١٩٣
١٥١	- الأساس القانوني لهذه العلاقة المباشر- النظريات المختلفة .	١٩٤
١٥٢	- الأساس القانوني الصحيح : العرف التجاري المبني على تحقيق المصلحة التجارية .	١٩٧
	ثالثاً، آثار عقد النقل بالنسبة للناقل	
١٥٣	- تهديد .	١٩٩
	(١) حقوق الناقل	
١٥٤	- للحصول على الأجرة - إجراءات تحفظية عند امتناع المرسل إليه عن الاستلام .	١٩٩
	(٢) التزامات الناقل	
١٥٥	- تهديد .	٢٠١
١٥٦	- ١- استلام وشحن البضاعة .	٢٠١
١٥٧	- ٢- نقل البضاعة فعلاً .	٢٠٢
١٥٨	- ٣- المحافظة على سلامة البضاعة أثناء النقل .	٢٠٢
١٥٩	- ٤- تفريغ البضاعة وتسليمها للمرسل إليه .	٢٠٣
١٦٠	- امتناع الناقل عن تسليم البضاعة للمرسل إليه : ١- حبس البضاعة .	٢٠٥
١٦١	- ٢- الحجز على البضاعة تحت يد الناقل .	٢٠٦

البند	الموضوع	صفحة
١٦٢	- امتناع المرسل إليه عن تسلم البضاعة - إحالة .	٢٠٨
	(٢) مسئولية الناقل	
١٦٣	- تمهيد .	٢٠٩
	أولاً : حالات المسئولية	
١٦٤	- مسئولية تعاقدية عن الهلاك أو التلف أو التأخير .	٢٠٩
١٦٥	- عبء الإثبات .	٢١٠
١٦٦	- حالات الاعفاء من المسئولية - السبب الأجنبي .	٢١١
١٦٧	١- القوة القاهرة .	٢١٢
١٦٨	٢- خطأ المرسل .	٢١٤
١٦٩	٣- عيب البضاعة .	٢١٥
	ثانياً : الاعفاء أو التحديد الاتفاقي للمسئولية	
١٧٠	- تمهيد .	٢١٦
١٧١	- أولاً : الشروط الاتفاقية التي تحدد مسئولية الناقل .	٢١٦
١٧٢	- ثانياً : الشروط الاتفاقية التي تعفى الناقل من المسئولية .	٢١٨
	ثالثاً : دعوى المسئولية على الناقل	
١٧٣	- تمهيد .	٢٢٠
١٧٤	- أولاً : تقدير التعريض .	٢٢١
١٧٥	- ثانياً : الدفع بعدم قبول دعوى المسئولية - النص ونطاق	
	تطبيقه .	٢٢٣
١٧٦	- شروط استعمال الدفع بعدم قبول الدعوى .	٢٢٥
١٧٧	- حالات عدم التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى .	٢٢٥
١٧٨	- ثالثاً : تقادم دعوى المسئولية : النص ونطاق تطبيقه .	٢٢٦
١٧٩	- أحكام تقادم دعوى المسئولية .	٢٢٧
	الفرع الأول	
	عقد نقل الأشخاص	٢٢٨
١٨٠	- تمهيد : المصادر القانونية لقواعد عقد نقل الأشخاص .	٢٢٨

البند	الموضوع	صفحة
	المبحث الأول	
	تكوين عقد نقل الأشخاص وإثباته	٢٢٩
١٨١	- أولاً : تكوين العقد .	٢٢٩
١٨٢	- ثانياً : إثبات العقد .	٢٣١
	المبحث الثاني	
	آثار عقد النقل	٢٣٢
	أولاً ، التزامات المسافر	٢٣٢
١٨٣	- دفع الأجرة - مزاكاة التوائج الخاصة براحة وسلامة المسافرين .	٢٣٢
	ثانياً ، التزامات الناقل	
١٨٤	- أولاً : القيام بعملية النقل .	٢٣٦
١٨٥	- ثانياً : الالتزام بضمان سلامة المسافر .	٢٣٧
١٨٦	- مناقشة وجود الالتزام بضمان السلامة .	٢٤٠
	ثالثاً ، مسؤولية الناقل	
١٨٧	- مسؤولية عقدية - متى تبدأ ومتى تنتهي .	٢٤٣
١٨٨	- مسؤولية الناقل في حالة وفاة المسافر .	٢٤٤
١٨٩	- نفى المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي - فعل المسافر .	٢٤٥
١٩٠	- تشدد القضاء مع الناقل في تقرير مسؤوليته .	٢٤٧
١٩١	- الشروط الاتفاقية المحددة أو المعفية من المسؤولية .	٢٥١
١٩٢	- دعوى المسؤولية على ناقل الأشخاص - القواعد العامة .	٢٥٢
	الفرع الثالث	
	الوكالة بالعمولة للنقل وتعدد الناقلين	٢٥٢
١٩٣	- تمهيد .	٢٥٢
	أولاً ، عقد الوكالة بالعمولة للنقل	
١٩٤	- تعريف الوكالة بالعمولة للنقل والأحكام المطبقة عليها .	٢٥٤
١٩٥	- أولاً : مركز الوكيل بالعمولة : ضامن بحكم القانون .	٢٥٤
١٩٦	- ثانياً : العمولة التي يتقاضاها الوكيل بالعمولة للنقل .	٢٥٦
١٩٧	- ثالثاً : علاقة مباشرة بين الموكل والناقل .	٢٥٧

البند	الموضوع :	صفحة
	ثانياً، تعدد الناقلين	
١٩٨	- تمهيد : مشكلة توزيع المسؤولية بين الناقلين المتعددين .	٢٦١
١٩٩	- أولاً : علاقة المرسل أو المرسل إليه بالناقلين المتعددين .	٢٦١
٢٠٠	- ثانياً : علاقة الناقلين المتعددين بعضهم ببعض الآخر .	٢٦٢
٢٠١	- سر الصعوبات المتعلقة بالأساس القانوني : أزمة العقد .	٢٦٣
	القسم الثاني	
٢٦٧	في عمليات البنوك التجارية	
٢٦٩	عمليات البنوك التجارية	
٢٠٢	- تمهيد .	٢٦٩
٢٠٣	- التعريف بعمليات البنوك التجارية .	٢٦٩
٢٠٤	- عنصر الثقة .	٢٦٩
٢٠٥	- نبذة تاريخية .	٢٧١
٢٠٦	- تمصير البنوك الأجنبية في مصر . ثم التأمين الشامل سنة ١٩٦١ ثم سياسة الاقتصاد الحر .	٢٧٣
٢٠٧	- خطة البحث .	٢٧٥
	الفصل الأول	
٢٧٨	عمليات الايداع	
٢٠٨	- تمهيد .	٢٧٨
	الفرع الأول	
٢٧٨	ايداع الصكوك في البنوك	
٢٠٩	- تمهيد .	٢٧٨
٢٧٩	أولاً، تكوين العقد وإثباته	
٢١٠	- تكوين العقد .	٢٧٩
٢١١	- إثبات العقد .	٢٨٠
٢٨٢	ثانياً، آثار العقد	
٢١٢	- التزامات البنك : ١- الالتزام بالحفظ .	٢٨٢
٢١٣	- ٢- الالتزام بالرد .	٢٨٣
٢١٤	- ٣- الالتزامات التبعية .	٢٨٤

البند	الموضوع	صفحة
٢١٥	- حقوق البنك .	٢٨٥
٢١٦	- التزامات العميل وحقوقه .	٢٨٦
	ثالثا : الطبيعة القانونية للعقد	٢٨٦
٢١٧	- ايداع الصكوك فى البنك عملية مركبة .	٢٨٦
	الفرع الثانى	
	تأجير الخزائن	٢٨٨
٢١٨	- ١- ماهيته .	٢٨٨
٢١٩	- ٢- تكويته وإثباته .	٢٨٩
٢٢٠	- ٣- آثاره - أ- التزامات البنك .	٢٩٠
٢٢١	- حقوق البنك .	٢٩٢
٢٢٢	- ب- التزامات العميل .	٢٩٢
٢٢٣	- ٤- الطبيعة القانونية لعقد إيجار الخزائن .	٢٩٢
٢٢٤	- ٥- الحجز على محتويات الخزنة تحت يد البنك .	٢٩٥
	الفرع الثالث	
	حساب الودائع النقدية	٢٩٨
٢٢٥	- تمهيد . أ- أهمية الودائع النقدية .	٢٩٨
٢٢٦	- ب- حساب الودائع النقدية .	٢٩٩
	أولاً : فتح الحساب	
٢٢٧	- ١- عقد فتح الحساب .	٣٠١
٢٢٨	- تعدد الحسابات للشخص الواحد .	٣٠١
٢٢٩	- ٢- فتح الحساب المشترك والقواعد المنظمة له .	٣٠٢
٢٣٠	- ٣- فوائد الحساب وعمولة البنك .	٣٠٣
٢٣١	- ٤- إثبات العقد .	٣٠٤
	ثانياً : تشغيل الحساب أو سريانه	
٢٣٢	- العمليات تحتفظ باستقلالها داخل الحساب .	٣٠٤
٢٣٣	- النقل المصرفى - ١- ماهيته .	٣٠٥
٢٣٤	- ٢- كيفية تنفيذ النقل المصرفى .	٣٠٦
٢٣٥	- ٣- آثار النقل المصرفى .	٣٠٨

البند	الموضوع	صفحة
٢٣٦	٤- الطبيعة القانونية لعملية النقل المصرفي .	٣٠٩
	ثالثا ، قفل الحساب	
٢٣٧	١- أسباب قفل الحساب .	٣١٢
٢٣٨	٢- آثار قفل الحساب .	٣١٣
	رابعا ، الطبيعة القانونية لايداع النقود في البنك	
٢٣٩	- هل هي وديعة أم قرض .	٣١٤
٢٤٠	- الهدف الحقيقي من ايداع النقود في البنك : استعمال هذه النقود .	٣١٧
	الفصل الثاني	
	عمليات الائتمان	
٢٤١	- دور البنك في عمليات الائتمان .	٣١٩
٢٤٢	- أنواع الائتمان وصوره .	٣٢٠
٢٤٣	- حاجة التاجر إلى الائتمان قصير الأجل .	٣٢٠
٢٤٤	- مخاطر الائتمان ووسائل مواجهتها .	٣٢١
٢٤٥	- تقسيم .	٣٢٢
	الشرع الأول	
	الحساب الجارى	
٢٤٦	- فكرة الحساب الجارى .	٣٢٣
٢٤٧	- التفرقة بين الحساب الجارى وحساب الودائع .	٣٢٥
٢٤٨	- تقسيم .	٣٢٦
	المبحث الأول	
	شروط فتح الحساب الجارى وخصائصه	
٢٤٩	١- الحساب الجارى عقد .	٣٢٧
٢٥٠	٢- المدفوعات فى الحساب الجارى .	٣٣١
٢٥١	- متى يدخل المدفوع فى الحساب الجارى .	٣٣٤
٢٥٢	٣- تبادل وتشابك المدفوعات .	٣٣٥
٢٥٣	٤- الحساب الجارى عام .	٣٣٧
٢٥٤	٥- عقد الحساب الجارى عقد تجارى .	٣٣٩

البند	الموضوع	صفحة
	المبحث الثاني	
	آثار الحساب الجارى	٣٤٠
٢٥٥	- تمهيد وتقسيم .	٣٤٠
	أولاً: التجديد	
٢٥٦	- تحول المدفوع إلى بند فى الحساب -١- فكرة التجديد .	٣٤١
٢٥٧	-٢- نقد فكرة التجديد .	٣٤٣
٢٥٨	-٣- تراجع القضاء - التأمينات الضامنة للدين الذى أدخل فى الحساب .	٣٤٤
٢٥٩	-٤- القانون المدنى المصرى .	٣٤٥
٢٦٠	-٥- قانون التجارة الجديد .	٣٤٨
	ثانياً: عدم تجزئة الحساب الجارى	
٢٦١	-١- معنى مبدأ عدم التجزئة .	٣٤٩
٢٦٢	-٢- عدم التجزئة يكمل الأثر التجديدى للحساب .	٣٥٠
٢٦٣	-٣- القطع الدورى المؤقت للحساب .	٣٥١
٢٦٤	-٤- مسألة الحجز على الحساب أثناء سريانه .	٣٥٢
٢٦٥	-٥- الاستثناءات القضائية على مبدأ عدم تجزئة الحساب الجارى .	٣٥٥
٢٦٦	-٦- هذه الاستثناءات ليست إلا الحدود الطبيعية للمبدأ .	٣٥٨
	ثالثاً: سريان الفوائد	
٢٦٧	-١- الخروج على القواعد المدنية - العرف التجارى وسريان الفوائد بقوة القانون .	٣٥٩
٢٦٨	-٢- الوضع فى قانون التجارة الجديد .	٣٦١
	المبحث الثالث	
	قفلى الحساب الجارى	٣٦١
٢٦٩	- أسباب قفل الحساب الجارى .	٣٦١
٢٧٠	- آثار قفل الحساب الجارى .	٣٦٢

البند	الموضوع	صفحة
	المبحث الرابع	
	أثر الافلاس في الحساب الجارى	٣٦٤
٢٧١	١- الافلاس يؤدي إلى قفل الحساب الجارى .	٣٦٤
٢٧٢	٢- مركز البنك الممتاز في تفليسة العميل .	٣٦٤
	أولاً : انشاء التأمينات خلال فترة التريبة	
	ضماناً للحساب الجارى	
٢٧٣	- افلات التأمينات من عدم النفاذ بفضل مبدأ عدم التجزئة .	٣٦٧
٢٧٤	- تطور القضاء .	٣٦٨
٢٧٥	- مستقبل مبدأ عدم التجزئة .	٣٧٣
	ثانياً : القيد العكسي للأوراق التجارية	
	بعد شهر الافلاس	
٢٧٦	- القيد العكسي رغم انتهاء الحساب بصور حكم الافلاس .	٣٧٦
٢٧٧	- الأساس القانوني لهذا الاستثناء .	٣٧٨
٢٧٨	- القضاء .	٣٨٠
	الفرع الثانى	
	الاقراض وفتح الاعتماد	٣٨٤
٢٧٩	- القرض أبسط صور الائتمان المصرفى قصير الأجل وأقلها أهمية .	٣٨٤
٢٨٠	- أهمية القرض فى الائتمان طويل أو متوسط الأجل .	٣٨٥
٢٨١	- الائتمان بفتح الاعتماد فى نطاق الحساب الجارى .	٣٨٥
	المبحث الأول	
	القرض	٣٨٦
٢٨٢	- تسرى القواعد العامة .	٣٨٦
	المبحث الثانى	
	فتح الاعتماد البسيط	٣٨٧
٢٨٣	- تعريف عقد فتح الاعتماد ومزاياه .	٣٨٧
٢٨٤	- اقتران فتح الاعتماد بعقد الحساب الجارى .	٣٨٨
٢٨٥	- تكوين العقد وإثباته .	٣٨٩

البند	الموضوع	صفحة
٢٨٦	- آثار عقد فتح الاعتماد : ١- التزامات العميل .	٣٨٩
٢٨٧	- ٢- التزامات البنك .	٣٩٠
٢٨٨	- الطبيعة القانونية لعقد فتح الاعتماد .	٣٩١
	المبحث الثالث	
	الاعتماد المستندي	٣٩٤
٢٨٩	- التعريف بالاعتماد المستندي وبيان مزاياه .	٣٩٤
	أولاً ، عملية الاعتماد المستندي	
٢٩٠	- وصف العملية .	٣٩٦
٢٩٣	- أنواع الاعتمادات المستندية .	٣٩٨
	ثانياً ، العلاقات الناشئة عن فتح الاعتماد المستندي	
٢٩٤	- ١- العلاقة بين العميل الأمر والغير المستفيد .	٤٠٠
٢٩٥	- ٢- العلاقة بين العميل الأمر والبنك .	٤٠١
٢٩٦	- ٣- العلاقة بين البنك والبائع المستفيد .	٤٠٣
	ثالثاً ، الطبيعة القانونية للعملية	
٢٩٧	- موطن الصعوبة : تفسير التزام البنك النهائي في مواجهة البائع المستفيد .	٤٠٨
٢٩٨	- دور البنك المستقل هو دور الحكم أو المشرف على العملية بين الطرفين .	٤٠٨
	الفرع الثالث	
	الالتزام الناشئ عن مجرد توقيع البنك	٤١٠
٢٩٩	- تمهيد .	٤١٠
	المبحث الأول	
	القبول	٤١١
٣٠٠	- التعريف بعملية القبول المصرفي .	٤١١
٣٠١	- الصور المختلفة للالتجاء إلى القبول المصرفي .	٤١٢
٣٠٢	- عملية القبول في مصر .	٤١٤

البند	الموضوع	صفحة
	المبحث الثاني	
	الضمان	٤١٥
٣٠٣ -	تنوع عمليات الضمان .	٤١٥
٣٠٤ -	تعريف خطاب الضمان وأنواعه .	٤١٦
٣٠٥ -	آثار خطاب الضمان .	٤١٨
	الفرع الرابع	
	عمليات الائتمان المتعلقة بالأوراق التجارية	٤٢٠
٣٠٦ -	تمهيد .	٤٢٠
	المبحث الأول	
	عملية الخصم	٤٢١
٣٠٧ -	التعريف بعملية الخصم .	٤٢١
٣٠٨ -	الطبيعة القانونية للخصم .	٤٢٤
	المبحث الثاني	
	تحصيل الأوراق التجارية	٤٢٥
٣٠٩ -	مضمون العملية .	٤٢٥

الكرنك للكمبيوتر

تليفون : ٤٨٧٢٧١١

