



بسم الله وبعد: تم الرفع بحمد الله من طرف
بن عيسى قرمزي متخرج من جامعة المدية
تخصص: إعلام آلي
التخصص الثاني: حفظ التراث بنفس الجامعة
1983/08/28 بالمدية – الجزائر-

للتواصل **وطلب المذكرات**

هاتف : +213(0)771.08.79.69

بريدي إلكتروني: benaisa.inf@gmail.com

MSN : benaisa.inf@hotmail.com

فيس بوك: <http://www.facebook.com/benaisa.inf>

اشترك بقيمة رمزية معنا لنشر العلم ((قُلْ إِنَّ رَبِّي يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَن يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ
وَيَقْدِرُ لَهُ وَمَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَهُوَ يُخْلِفُهُ وَهُوَ خَيْرُ الرَّازِقِينَ)) [سبأ : 39]

حساب جاري:

CC 76650 81 CLE 51

M.KERMEZLI BENAISSA

دعوة صالحة بظهر الغيب فر بما يصلك ملفي وأنا في التراب

أن يعفو عنا وأن يدخلنا جنته وأن يرزقنا الإخلاص في القول والعمل..

ملاحظة: أي طالب أو باحث يضح نسخ لصق لكامل المذكرة ثم يدعّم أه المذكرة له

فحسبنا الله وسوف يسأل يوم القيامة وما هددنا إلا النفخ حيث كان لا أن نتبنى أعمال

الغير والله الموفق وهو نعم المولى ونعم الوكيل....

صل على النبي – سبحانه الله وبحمده سبحانه الله العظيم-

بن عيسى قرمزي 2013

جامعة الجزائر "بن يوسف بن خدة"
كلية الحقوق بن عكنون

ملخص رسالة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير

بعنوان:

تداول الأوراق التجارية في القانون الموريتاني والجزائري

تحت إشراف الأستاذ:
الأخضر بن عزي

من إعداد الطالبة:
جميلة بنت باداه

لجنة المناقشة:

الأستاذ : لبقيرات عبد القادر رئيسا
الأستاذ: الأخضر بن عزي مقرا
الأستاذ: موهوبي كمال عضوا

إهداء

أهدي هذا البحث إلى والدي العزيزين وأثني بالإهداء لوالدتي...

لوالدتي، كما أهديه : إلى أساتذة الكرام الذين أتممت على أيديهم السنة النظرية وأخص

بالإهداء الدكتور الأخضر بن عزي.

كما أهديه أخيرا وليس آخرا إلى ابنتي العزيزة صغيرتي: عيشة بنت محمد عبد الله صغيرتي

التي تركتها في السنة وثمان شهر لها من العام الآخر لضرورة النقاش.

وأرجو أن يكون هذا البحث ذخرا لها في دربها الذي أرجوا أن يطول بها وبوالدها
ووالدي.

الشكر

يسرني بمناسبة
إعداد هذه المذكرة
أن أتقدم بالشكر
لكل الذين ساعدوني
في إعدادها.

- ب -

المختصرات

قانون الالتزامات والعقود الموريتاني	ق.إ.ع.م.
القانون التجاري الموريتاني	ق.ت.م.
القانون التجاري الجزائري	ق.ت.ج.
القانون المدني الجزائري	ق.م.ج.

Abréviations

- 1- Recueil de Jurisprudence.
- 2- Gaz Pal. Gazette du Palais.
- 3- J.C.P. Juris Classeur Périodique.
- 4- D. Dalloz.
- 5- Rev.trim.dr.com. Revue Trimestrielle de Droit Commercial.
- 6- Cass. Cour de cassation.

المقدمة

مقدمة

يخضع تداول الأوراق التجارية إلى نظام خاص ومتميز نتيجة للمتطلبات التجارية والاقتصادية. وهذا ما تركزه بتنظيم دولي، حظيت به هذه الأوراق وبعض العلاقات الناشئة عنها، ومن أبرزها التظهير، حيث تم تدوين جميع قواعده وأنواعه وأشكاله، والشروط التي يتطلبها، حتى ينقل الحق الثابتة بالورقة التجارية، وبضمانات أكثر من ما كان عليها، وأن يتطهر من الدفع القائمة على العلاقات السابقة للحامل، وهذا ما لا يستقيم في انتقال الحقوق في القواعد العامة (الحوالة)، والأوراق التجارية وفق اتفاقية جنيف الدولية هي الكمبيالة، والسند لأمر، والشيك، حيث أن الكمبيالة تؤدي جميع الوظائف، فهي أداة لنقل النقود من مكان لآخر، كما أنها أداة وفاء تقوم مقام النقود، كسند لأمر والشيك، إضافة إلى أنها أداة ائتمان، ويتمثل هذا الائتمان في الثقة التي وجدها المتعاملين، والتي على أجلها أصبح الوفاء بها مؤجلا.

كما أن هذه الأوراق التجارية ذات خصائص تميزها عن كل الأوراق التي يمكن أن تتداول بالطرق التجارية، والتي تتمثل في أنها صكوك ذات أوضاع خاصة وضعها النص، وأنها تمثل مبلغ من النقود، كما أن العرف يقبلها.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الأوراق نفسها هي الموجودة في التشريع التجاري الموريتاني.

أما التشريع التجاري الجزائري، فقد أضاف أوراق تجارية أخرى بالمرسوم التشريعي رقم 80/93 وهي سند الخزن، الذي يمثل بضاعة موضوعة لدى المخزن والسند النقل الذي يمثل هو أيضا بضاعة، وحسب المشرع لا يكون سندا تجاريا إلا إذا صدر وأظهر لأمر أو للحامل.

وهذا ما لا ينسجم مع الخصائص المميزة للأوراق التجارية والمذكورة آنفا، وخاصة تمثيل الورقة التجارية للبضاعة.

كما أن سند عقد تحويل الفاتورة لا يتماشى وخاصية القابلية للتداول بالطرق التجارية أي التظهير. أما عن تداول هذه الأوراق فقد اعتبر المشرع الموريتاني وكذا الجزائري أن الوسيلة الوحيدة لانتقال الحقوق الثابتة بهذه الأوراق هو التظهير. وهذا فإن المشرعان لم يعرفا التظهير كما أغلب التشريعات، إلا أنهما حددا شروطا لا بد وأن تتوفر فيه، حتى تخضع الورقة للقواعد المصرفية، ولم تكن هذه الشروط معقدة، وذلك هو ما يستقيم والغرض الذي وضعت له هذه الأوراق، حيث اعتبرا أن البيان الوحيد الإلزامي في التظهير والذي لا يصح دونه هو التوقيع، أو في حالة عدم نقل الملكية، أي أن التظهير لا يهدف إلى نقل الملكية، أن يضع الصيغة التي تدل على غرض التظهير بأنه توكيلي أو تأميني.

وهذا فإن المظهر إذا ما اقتصر على التوقيع، فعندئذ يترتب عليه وضعه على ظهر الورقة ومن هنا أتت تسمية التظهير، كما أنه في هذه الحالة يعتبر التظهير تظهيرا على بياض، والذي اعتبرها المشرعان تظهير للحامل، وعندئذ يحق أن يتم تداوله بالتسليم رغم ما يأخذ على هذه الطريقة من ضعف للضمان، الذي هو أساس ثقة الغير بالورقة التجارية.

هذا ويوفر التظهير الكثير من الضمانات للحامل إضافة إلى عدم إغفاله للمدين، فالحامل بانتقال إليه الورقة التجارية بالتظهير وبقائها عنده حتى تاريخ الاستحقاق، يثبت حقه على المؤونة، إضافة إلى التضامن المفروض بين الموقعين على الورقة للوفاء له، إضافة إلى عدم مواجهته بالدفع القائمة على العلاقات السابقة للموقعين، والتي لا علم له بها حتى لا يفاجئ بدفع لا علم له به. كما أن التظهير يضمن للمدين أن يضع بعض الشروط الاختيارية التي تحد من ضمانه، إضافة إلى بقاء بعض الدفع قائمة لصالح المدين لا يظهرها التظهير اتجاه الحامل، كحالة التزوير، وحالة انعدام الأهلية، مع اقتصار آثارها على المنتفع بما دون غيره من الموقعين آخذا بقاعدة استقلال التوقيع. والتظهير باعتباره التزاما صرفيا قرره القانون يثير تساؤلات عديدة حول ماهية التداول وطبيعته القانونية للتظهير، فهل هو تحديد الالتزام الأصلي القائم بين طرفي العلاقة قبل تظهير الورقة يترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي، وقيام التزام جديد أساسه العلاقة الجديدة أم أن الأمر هو بقاء الالتزام بعد التظهير، ولكن في ثوب جديد هو الثوب الصرفي؟

وما دام التوقيع هو ما اشترطه المشرع في التظهير، وإن كان بذلك يحرص على السلاسة واليسر، فهل يحافظ على نفس الضمانات، والتي هي محل ثقة الغير بهذا الالتزام، وإن كان الأمر كذلك فما طبيعة الآثار التي تترتب عن التظهير أم أن الأمر يتحدد بغرض التظهير؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات نتبع الخطة التالية، والتي قسمت فيها الموضوع إلى ثلاث فصول.

الفصل الأول: نتناول فيه ماهية تداول الأوراق التجارية والطبيعة القانونية للتظهير، وتعرض فيه لعدد الأوراق التجارية لدى المشرع الجزائري والموريتاني وما يتفقان فيه منها وما يختلفان ثم بين الخصائص المحددة لها والوظائف التي تؤديها، ومن ثم نتعرض للتظهير من خلال تعريفه، وأنواعه وأشكاله ومن ثم إلى الطبيعة القانونية للتظهير والنظريات التي تعرض له.

وفي الفصل الثاني: نتناول فيه شروط التظهير ونتعرض لشروطه الموضوعية وكذلك الشروط الشكلية لكل من التظهير الناقل للملكية وكذلك التوكيلي والتأميني.

والفصل الثالث: تعرضت فيه لآثار التظهير والتي تختلف باختلاف غرض التظهير أهو تظهير ناقل أو توكيلي أو تأميني.

الفصل الأول

مفهوم تداول الأوراق التجارية والطبيعة القانونية للتظهير

الأوراق التجارية هي الأوراق التي استحدثت في القرون الوسطى بين التجار من أجل تلبية حاجياتهم المتزايدة إلى إيجاد آلية توفر لهم النقود في أسرع وقت وفي كل أمان. وهذا ما تحقق لهم بهذه الأوراق مما جعل المشرع ينظمها في إطار القانون التجاري ويجعل منها أداة وفاء تحل محل النقود.

هذا كله ما جعل المشرع يحيطها بتنظيم صارم لما تقوم به من وظائف فريدة وما تتميز به من خصائص محددة، والتي تعتبر من أهمها وأكثرها يسرا قابليتها للتداول عن طريق التظهير، هذا النظام المتميز عن كافة الأنظمة التي عرفت لنقل الحقوق، والذي يقتصر نقله للحق المنصب عليه، على مجرد التوقيع، حيث بهذا التوقيع ينشأ الالتزام الصرفي على الموقع، ويضمن الوفاء. وهذا ما سببته من خلال تناول الأوراق التجارية القابلة للتظهير، ومن ثم إلى الطبيعة القانونية للتظهير في مبحثين، حيث نتعرض لمختلف النظريات التي أسست للتظهير إما على أساس أنه يقوم على تجديد الالتزام أم أنه التزام قائم بذاته، ومن هنا يمكن رده إلا أنه عقد مجرد أي أنه بإرادة منفردة أو محاولة البعض التوقيف بين جمع الإرادة والقانون.

المبحث الأول: نتعرض فيه إلى ماهية الأوراق التجارية القابلة للتظهير.

المبحث الثاني: نتعرض فيه إلى الطبيعة القانونية للتظهير.

المبحث الأول

ماهية الأوراق التجارية القابلة للتظهير

هذه الأوراق قد اكتسبت أشكال مكنتها من الاستفراد بخصائص ذاتية تميزها عن باقي الأوراق التجارية الأخرى. كما أنها تؤدي وظائف منحها قواعد قانونية متميزة عن القواعد الجارية في القواعد العامة.

وهذه الأوراق وفق النص التجاري الموريتاني وكذا الجزائري هي الكمبيالة¹ والسند لأمر والشيك كما أضاف القانون التجاري الجزائري أسناد تجارية أخرى تتمثل في سند الخزن، وسند النقل وعقد تحويل الفاتورة.

كما يعتبر التظهير هو أبرز آلية لانتقال هذه الأوراق مما يحتم الوقوف على نشأته وتطوره ومن ثم تبيان أنواع التظهير مع تحديد الأوضاع التي يختص بها كل نوع.

لذا سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تفرده للأوراق التجارية القابلة للتداول بالتظهير.

المطلب الثاني: تفرده للتداول بالتظهير.

المطلب الأول: الأوراق التجارية القابلة للتداول بالتظهير

هي الأوراق التجارية الدارج استخدامها وفق هذه التسمية، والتي تتمتع بأشكال خاصة ولا بد من أن تخضع لها، والتي تتداول عن طريق التظهير، مما منحها بخصائص متميزة، وجعلها تقوم بوظائف متعددة، كل هذه الصيغ هي التي أعطتها صيغتها المتميزة عن بقية الأوراق التجارية الأخرى.

على أن نتناول مفهوم ونشأة وتطور وخصائص هذه الأوراق التجارية في فرع أول ثم نتناول تعداد الأوراق التجارية وفق القانون التجاري الموريتاني والجزائري.

الفرع الأول: مفهوم ونشأة وتطور وخصائص الأوراق التجارية

أولاً: مفهومها ونشأتها وتطورها

1- مفهومها

تعرف هذه الأوراق الكثير من التعريفات تنصب في أغلبها على إبراز خصائصها، ومنها (أنها محرر مكتوب وفقاً لأوضاع شكلية يحددها القانون، قابل للتداول بالطرق التجارية، ويمثل حقا

¹ الكمبيالة، يسمى النص التجاري الجزائري السفتجة، كما أن الأوراق التجارية يطلق عليها السندات التجارية.

موضوعه مبلغ من النقود يستحق الوفاء بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين، ويستقر العرف على قبوله كأداة لتسوية الديون شأنها شأن النقود).¹

ورغم إحجام التشريعات على أغلبها من إعطاء تعريف لهذه الأوراق كما هو الحال في القانون التجاري الموريتاني الصادر بموجب قانون رقم 2000-05 بتاريخ 18 يناير 2000.

ونفس الشيء في القانون التجاري الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان والموافق لـ 26 سبتمبر 1975 بتاريخ 19 ديسمبر 1975 بالجريدة الرسمية رقم 101.

وقد اعتبر البعض² تسمية الأوراق التجارية ليست عبارة تحيط بالمعنى المقصود ذلك أنها يمكن أن يُفهم أن القصد منها، هو، أن هذه الأوراق تعد عملا تجاريا في جميع الأحوال، إلا أن ذلك غير دقيق، فالكمبيالة وحدها هي التي تعتبر عملا تجاريا في جميع الأحوال، أما السند لأمر والشيك فليس كذلك دائما. كما أن كلمة سند أخص من كلمة ورقة، ثم إن كلمة ائتمان أكثر دلالة على الوظيفة نقدية التي تقوم بها هذه الأوراق، وكما أن كلمة المصرفية أخص من كلمة التجارية، فقد تكون الورقة سندا تجاريا ولا تعتبر مع ذلك سندا صرفيا خاضع لقواعد قانون الصرف، وبالتالي فإن التسمية الدقيقة هي سندات الائتمان المصرفية.

2- نشأتها³ ووظائفها

كان أول استعمال للكمبيالة تم على اعتبارها أداة لنقل النقود، وذلك بتنفيذها لعقد الصرف المسحوب، لم تكن في البداية تتطلب البيانات الحالية وإنما تقتصر على إثبات عقد الصرف بواسطة موثق الكتابة ثم تدرج بعد ذلك لتصحيح الكتابة أمرا ضروريا، ويتم ذلك بأن يكون هناك صك يحرره موثق يقر فيه الصيرفي بأنه تلقى من عميله مبلغا من النقود ويتعهد بأمر ممثله بان يدفع في مكان وزمان معينين إلى الشخص الذي يعينه هذا العميل مبلغا مساويا من نفس النقود التي تسلمها أو من نوع آخر.

ومنذ نهاية القرن الثالث عشر أصبح يقتصر الأمر على إعطاء أمر كتابي من الصيرفي للعميل الذي تسلم منه النقود، موجهها إلى ممثل الصيرفي لكي يقوم بدفع النقود، كما يمكن أن يوجه الأمر مباشرة على ممثله، حيث تسمى هذه الصيغة (بخطاب دفع الصرف)، واقتصر فيما بعد على (خطاب الصرف)، ثم توالي ظهور بقية الأوراق التجارية، حيث تم استخدام نوع آخر يمكن

¹ أنظر د. علي البارودي، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية، بيروت، سنة 1991، ص 11.

² أنظر د. عبد الحي حجازي، سندات الائتمان المصرفية، القاهرة، المطبعة العالمية، 1957، ص 5.

³ لمزيد من التفصيل حول نشأة هذه الأوراق أنظر عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 77.

اعتباره مقدمة السند لأمر في بولونيا سنة 1300، والتي تمثلت آنذاك في إقرار موثق في مواجهة شخص معين لدين صرفي، مع التعهد بالوفاء بالدين في تاريخ معين وبضمانات معينة أما الشيك فقد استعمل في أوروبا في منتصف القرون الوسطى وخاصة في إيطاليا، فمن له نقود لدى بنك معين يستطيع أن يقوم بنقل جزء منها للغير وذلك بتحرير أمر بذلك.

أما تشريع هذه الأوراق فقد كان أول تشريع هو الأمر الملكي الفرنسي لسنة 1673، وقد نظم الكمبيالة تنظيماً يكاد يكون كاملاً، فيه أقر لها شكل واكتملت وظائفها ورتب لها أحكام قبول ووفاء وتحرير احتجاج عدم الوفاء، إلى أنه لم ينظم شرط الإذن.

وبصدور المجموعة التجارية الفرنسية سنة 1807، اكتملت النصوص التنظيمية للكمبيالة ثم نظمت أحكام سند لأمر غير أن ما يؤخذ عليها بقاؤها على اعتبار أن الكمبيالة أداة تنفيذ عقد الصرف مما يترتب عنه أن يكون مكان السحب والوفاء مختلفان.

فقد كان للعالمين الألمانين (اينتسيو و اينيرت) دور بارز فيما آلت إليه القواعد التي تحكم الكمبيالة، ذلك أنهما الأولين من نادى بضرورة أن تكون لها شكل مستقل مما يترتب عنه تميز الحق الأصلي الناشئة عنها، واستكمل الثاني القواعد الأخرى، حيث نادى بضرورة فصل الكمبيالة عن عقد الصرف المسحوب، مما يترتب عنه أن يكون مكان سحب والوفاء غير مختلفين، واعتبارها عملة ورقية، ذلك أن من يوقع عليها لا يلتزم لشخص معين، وإنما يلتزم لجمهور.

كما أن ما يسر قيامها بهذه الوظيفة أن التظهير يتم حتى دون اشتراط الإذن ذلك أن الإذن أمر افتراض الوجود فيها.

ولقد كان لهذين العالمين تأثير بالغ على القانون الألماني، كما تأثر به المشرع الفرنسي، وخاصة بنظرية (اينيرت) مما تسبب في إدخال تعديلات كبيرة على المجموعة التجارية الفرنسية، وخاصة قانون 7 يونيو 1894 وكذلك القانون 8 فبراير 1922، كما تأثر التشريع الإيطالي، حيث صدرت المجموعة الإيطالية المصرفية، بكل التحويلات التي جاءت بها النظريتان، وذلك في سنة 1882.

لما كانت التجارة تقوم على التبادل التجاري بين مختلف الدول فإن عدم إيجاد صيغة موحدة لتكريس هذه القواعد يقلل من فائدتها، مما دعا إلى الدعوة إلى ضرورة إيجاد قانون موحد لهذه القواعد المصرفية، وقد تكرر ذلك فيما بعد بقانون جنيف لسنة 1930 والذي ينظم هذه الأوراق.

2-1- وظائف الأوراق التجارية

تؤدي الأوراق التجارية وظائف ثلاثة هي:

أ- أداة نقل النقود

فهذه الوظيفة تقلل من مخاطر الضياع والسرقة، التي قد يتعرض لها حامل النقود، إذا ما كانت بتلك الوفرة، بحيث تكفل له هذه الوسيلة حفظ نقوده، وعدم تعرضها للسرقة، وذلك لا يتعدى أن يقوم بإيداعها لدى مصرف معين، وبالمقابل يقدم له المصرف ورقة سميت في فترات سابقة برسالة الوفاء.¹ وهذه الوظيفة آنذاك هي الوظيفة الوحيدة للكبيالة، فالتظهير لم يكن قد ظهر بعد كوسيلة لنقل الحقوق الثابتة في الورقة.²

وهذه الصورة تتمثل في علاقة تضم ثلاثة أطراف هم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد، وتكفل لصاحبها ضمان حماية أمواله من السرقة والضياع، وتضمن كذلك نقل النقود بطريقة ميسرة.

ب- أداة وفاء

فما دام أن الورقة يجب أن تتبع شكلية محددة، هذه الشكلية المحددة في القانون هي التي تكفل لها أن تكون تمثل مبلغ معين من النقود، وبذلك تقوم مقام النقود عندئذ تكفل لصاحبها أن يقدمها في مقابل ما اشترى، وبذلك يكون قد أوفى بالثمن المطلوب، وهذه الوظيفة تكرست بعدما أصبح شرط الإذن يوضع في بيانات الكبيالة، والذي به أصبحت قابلة للتداول بالتظهير.³

ج- أداة ائتمان

وذلك يتجلى في أنها تنشأ لفترة وجيزة، وخلال هذه الفترة، تيسر للمشتري اقتناء ما يتطلبه من السلع، دون أن يكون بحاجة إلى دفع مبلغها في وقت شرائها، كما أنها تسهل على البائع بيع بضاعته، وذلك على إثر تقديمها إلى المشتري في الوقت نفسه كقيمة مالية، ولكل منهما نفعه من هذه العملية، بحيث ينتفع بها المشتري لقضاء حاجاته، وكذلك ينتفع منها البائع عندما يتحصل على ثمن بضاعته في وقت معين أو قابل للتعيين، إضافة إلى ذلك فإن هذا السند خلال فترة زمنية وقبل حلول أجله يمكن أن يتداول بالوسائل التجارية.

أما إذا كان صاحبه بحاجة إلى النقود السائلة،⁴ فيظهره إلى مصرف مقابل خصم جزء منه يكون مقابل لفترة الاستحقاق والفترة التي تم تظهيره فيها، كما يمكن لهذا المصرف أن يخصم لدى مصرف آخر، وهكذا يمكن لهذا المصرف الثاني هو أيضا بدوره أن يظهره من جديد حتى يحل أجله لدى الحامل الأخير، فيتقدم لاستيفاء قيمته في تاريخه.

¹ أ. ابن داود إبراهيم، مرجع سابق، ص 16.

² Lescot et Roblot, les effets de commerce, 2 vol, Paris, N° 197, p : 45.

³ L- Lacour et Bouteron, Précis, de droit commercial, Tome 2, Paris, Dalloz, 3^{ème} édition, 1925, N° 1170, p : 12.

⁴ د. صبحي عرب، محاضرات في القانون التجاري، الأسناد التجارية، الجزائر، 1999-2000، ص 6.

وهذه الثقة هي مبعث الطمأنينة، وهي التي تشجع على التعامل بهذه الأوراق، إلا أنه جدير بالتنويه أن نؤكد بأن الشيك لا يتمتع بهذا الدور لأنه واجب الأداء لدى الإطلاع. ولما كان الائتمان هو الأساس الجوهرى الذي يحفز على إنشاء الأسناد أو الأوراق التجارية وتداولها، فكان من اللازم أن يكون للمشرع دور في الحفاظ¹ على هذا الائتمان وزرع الطمأنينة في نفوس المتعاملين بها.

ولهذا أرسى قواعد لذلك منها: تضامن موقعي السند بدفع قيمته، ومنها منع المحاكم من منح أجل للوفاء بدين ثابت بسند تجاري، وعدم قبول بعض الدفع في مواجهة الحامل حسن النية.²

3- خصائص الأوراق التجارية

ومن خلال التعريف السابق نجد أن لها خصائص أربعة، هي أنها محرر مكتوب وفق صيغ محددة بالقانون، كما أنها قابلة للتداول بالطرق التجارية، وأيضاً أنها دائماً يقع موضوعها على حق يتمثل في النقود ومحدد، أو قابل للتحديد، ومستحق الأداء فوراً أو لأجل، وفوق ذلك لا بد من أن يعتمد عليها العرف كوسيلة للوفاء بالديون ونعدها على التوالي:

أ- محرر مكتوب في شكل معين بالقانون

هذه الأوراق استلزم القانون لها صيغ يجب أن تتوفر فيها حتى تكتسب صفتها الذاتية وتصبح خاضعة لأحكام الصرف، وهذه تتمثل أساساً في مجموعة من البيانات بعضها إلزامي لا تقوم إلا به كاسم السند، تاريخ الاستحقاق، اسم المسحوب عليه واسم الساحب وجاء تعدادها في (المادة 813 ق. ت. م، وكذلك المادة 390 ق. ت. ج)، إضافة إلى بيان التوقيع الذي يعتبر بياناً إلزامياً وحيداً في التظهير، حيث أن هذه البيانات الإلزامية يؤدي تخلفها إلى بطلان السند، أي إلى عدم تحقق الكفاية الذاتية له، والتي تعتبر أهم القواعد المصرفية.

إلا أن المادتان لن تأتي بصيغة الحصر، وهذا ما يعني بأنه من الممكن للأطراف أن يضيفوا بيانات أخرى إذا ما اعتبروها ضرورية تسمى بالبيانات الاختيارية.³

ب- قابل للتداول بالطرق التجارية

هذه الخاصية هي أهم وأبرز خصائص الأسناد التجارية بصفة عامة وبالخصوص في الأسناد التجارية الدائنة بهذا الاسم، وسيلتهم لذلك هي التظهير بحسب النص الموريتاني والجزائري، وأغلب النصوص التشريعية، فهذه الأسناد لم تنشأ إلا للتداول، ولذلك فبمجرد إنشاء سند صحيح

¹ د. صبحي عرب، مرجع سابق، ص 6.

² د. صبحي عرب، مرجع سابق، ص 7.

³ د. علي البارودي، مرجع سابق، ص 11.

يكون قابلاً للتداول، وعلى أكثر من صيغة سواء اكتفى مظهره بتوقيعه فقط، حيث يكون ذلك كافياً لانتقاله من يد إلى يد أو اتخذ صيغة لأمر أو للحامل، فكل هذه الصيغ مقبولة وصحيحة لانتقال السند، هذا مع إقرار المشرعان بطريقة التسليم لانتقال هذه الأوراق، وخاصة في صيغة التظهير على بياض الذي يعتبر بمثابة ورقة للحامل.

ج- يقع موضوعه على حق معين

يتمثل في مبلغ معين من النقود فوري الأداء أو لأجل: يجب أن تكون الأوراق التجارية متمثلة دائماً في حق نقدي أو مقدر من النقود،¹ هذا ما جعل هذه الأوراق يسهل التعامل بها، ضف إلى ذلك أنه على إثر هذه الصفة هي أداة لنقل النقود،² بحيث أنه من يحمل سندات فكأنما هو يحمل ذات القيمة الموجودة بها، هذا إلى جانب أنه يمكن أن تكون مستحقة بمجرد الإطلاع، كما الواقع في حالة الشيك، كما يمكن أن تكون مستحقة الأداء بعد فترة، إذ لم يحدد تاريخها أو بعد فترة ليست بالطويلة، كما هو الشأن في الكمبيالة والسند لأمر، وبهذا تتميز عن الأوراق المالية التي تدوم لفترة طويلة.

د- أن يعتمدها العرف كأداة للوفاء

هذه الخاصية تقوم على أن الأوراق لا بد أن يقبلها العرف كأداة للوفاء، أي أنها تقوم مقام النقود، وهذه الخاصية وإن كانت متأصلة في الدول الأجنبية إلا أنها أقل درجة في الدول العربية، وفي موريتانيا بالخصوص يمكن أن نقول أنها غير موجودة وخاصة بالتداول الداخلي لهذه الأوراق.

ثانياً: قواعد الصرف التي تخضع لها

وهي عبارة عن مجموعة قواعد تبرز من خلالها خصوصية هذه النصوص، وسنتناولها كالاتي:

أ- مبدأ الشكلية

هذه الأوراق تقوم على شكلية وضعها القانون لها لا تتحقق لها ذاتيتها إلا بها، ولا تنطبق عليها القواعد المصرفية إلا بتمامها.

لكن هذه الشكلية ليست رسمية، وإنما مجموعة بيانات تحدد الالتزامات القائمة فيها وتنو المتعاملين على نوعية هذه الالتزامات، حيث بنقص أحد هذه البيانات الإلزامية اعتبرت الورقة باطلة.³

¹ د. صبحي عرب، مرجع سابق، ص 8 ما جاء به المرسوم التشريعي 08/93.

² أ. ابن داود إبراهيم، مرجع سابق، ص 11.

³ C. Gavalda et stoufflet, droit commerciale, chèque et effets de commerce, Tome 2k Paris, Thémis, 1978, p : 54.

ب- مبدأ الكفاية

هذا المبدأ مبدأ صرفي آخر مكمل للأول، ومفاده أن هذه الأوراق تحقق ذاتيتها من الورقة نفسها دون اللجوء إلى أي مستند كتابي آخر خارج عن نطاق الورقة أو الليصقة التي من المفروض فيها أن لا تكون مستقلة عن الأصل.

ج- مبدأ تطهير الدفع

هذا المبدأ من أهم المبادئ المصرفية، ويقوم على أساس أنه بمجرد منا تظهر الورقة تظهيراً ناقلاً للملكية مع ضرورة أن يكون الحامل حسن النية، فإنها تظهر من كل الدفع القائمة على العلاقات الشخصية السابقة للمظهر الحامل.

د- مبدأ استقلال التوقيع

يقوم هذا المبدأ على أساس أن كل توقيع مستقل عن الآخر، أي أنه إذا ما كان أحد التوقيعات باطلة فإن ذلك لا يؤثر على باقي التوقيعات، حيث تبقى صحيحة وسارية على أصحابها.

الفرع الثاني: تعداد الأوراق التجارية وفق القانون التجاري الموريتاني وكذا الجزائري

يتوحد النص التجاري الموريتاني وكذا الجزائري في الأوراق التجارية التقليدية والمنظمة تنظيمًا دوليًا، والتي هي: الكمبيالة، السند لأمر، الشيك، لكن وجه الخلاف بين النصين في ما جاء به المرسوم التشريعي¹ الصادر في أبريل 1993 والتي هي سند الخزن، سند النقل، عقد تحويل الفاتورة، حيث أن هذه الأخيرة تفرد بها النص التجاري الجزائري، أما في منظور النص التجاري الموريتاني فهي ليست من ضمن الأوراق التجارية ولا تنطبق عليها قواعد لعدة علل تتمثل أساسًا في عدم ملائمتها مع بعض الخصائص المذكورة آنفاً والتي هي محل خصوصية هذه الأوراق.

أولاً: الأوراق التجارية المتوحدة في النصين

هذه هي الصنف الأول والتي عرفت تنظيمًا دوليًا وتتمثل في:

1- الكمبيالة**أ- تعريف**

عبارة عن ورقة مكتوبة وفقاً لبيانات حددها القانون تقتضي أمراً من الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه بأن يدفع لإذن المستفيد مبلغاً معيناً من النقود في تاريخ معين أو قابل للتعين أو بمجرد الاطلاع.²

¹ المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للقانون التجاري الصادر سنة 1975.
² د. حسين النوري، الأوراق التجارية وبعض عمليات البنوك، مكتبة عين شمس، بدون ذكر السنة ولا الطبعة، ص 15.

ووفقا لنص التجاري الجزائري تعتبر الكمبيالة عملا تجاريا على وجه مطلق بغض النظر عن الأشخاص المتعاملين بها، وذلك بحسب نص المادة 3 منه وكذلك المادة 398 ق. ت. ج. غير أن المشرع الموريتاني وقع في خلط في المادة 7 ق. ت. م عندما اعتبرها عملا تجاريا من حيث الشكل بالنسبة للتجار، كما اعتبر أنها تعتبر تجارية لغير التجار إذا ما كانت ناتجة عن عملية تجارية، ولهذا فإنه ليست مطلقة عملا تجاريا إلا بحسب الأشخاص المتعاملين بها أو طبيعة العمل الذي حررت من أجله، وكان الأجدر بالنص التجاري الموريتاني أن يتوقف على اعتبارها عملا تجاريا في جميع الأوضاع، وبغض النظر عن الأشخاص المتعاملين بها.

ب- إنشائها

تقوم الكمبيالة على ثلاثة أطراف هم: الساحب والمسحوب عليه والمستفيد.

- فعلاقة الساحب بالمسحوب عليه تقوم على علاقة مقابل الوفاء.

- وعلاقة الساحب بالمستفيد تقوم على وصول القيمة الذي لا يعتبر بيانا إلزاميا لدى النصين السابقين.

ويستلزم فيها القانون شروط موضوعية، هي الرضا، المحل والسبب وشروط شكلية هي التي نصت عليها المادة 813 ق. ت. م وكذلك المادة 390 ق. ت. ج.

أما التظهير فيقتصر في الشروط الشكلية الإلزامية على التوقيع فقط، مع عدم منع أي بيان اختياري يتفق عليه الطرفان إذ ما ظل في حدود النظام الخاص بهذه الأوراق، وقد نصت عليه المادة 821 ق. ت. م وكذلك المادة 396 ق. ت. ج.

ج- تداول الكمبيالة

يتم تداول الكمبيالة بالتظهير، حيث يعتبر هو الطريق الوحيد للإنشاء، غير أن المشرعان أجازا تداولها بالتسليم بإجازتهما للتظهير للحامل، والذي يعتبر كذلك إذا ما تم تظهيرها تظهيراً على بياض وفق نص المادة 6/821 ق. ت. م وكذلك نص المادة 7/396 ق. ت. ج.

2- السند لأمر

أ- تعريفه وطبيعته

السند لأمر هو ورقة تجارية تتضمن تعهدا من المحرر بالوفاء بقيمته للمستفيد منه عند حلول الأجل، ولهذا فإن السند على خلاف الكمبيالة يضم طرفان اثنان، الساحب الذي هو المحرر والمستفيد.

وقد جاءت نصوصه مقتصرة، ذلك لأنها أحات في الكثير من الأحكام للنصوص المنظمة للكيميالة، وبالتالي فإن تظهيره يتم وفقا لما يتم في الكيميائية، أي أنه من حيث الإنشاء لا يوجد سند للحامل إلا أنه يتم في صورة تظهير على بياض. وقد نصت على بياناته الشكلية في الإنشاء المادة 885 ق.ت.م. وكذلك المادة 467 ق.ت.ج. وفي التظهير يخضع لنفس الشروط الشكلية للكيميالة التي لا يعتبر إلزامي غير التوقيع.

- أما فيما يخص طبيعته القانونية فإنها مختلفة في النصين، ففي القانون التجاري الجزائري فإنه يعتبر عملا تجاريا إذا ما نشأ عن عملية ذات طبيعة تجارية بغض النظر عن محرره. في حين فإن المادة 7 ق.ت.م السابقة الذكر قد ساوت في الحكم على طبيعته، كما في الكيميائية، ذلك أنه يعتبر عملا تجاريا من حيث الشكل إذا ما كان بين التجار، أما غير التجار فيكون عملا تجاريا إذا ما نتج عن عملية تجارية.

3- الشيك

أ- تعريف

هو عبارة عن ورقة ينشئها الساحب بتوجيه أمر للمسحوب عليه، الذي غالبا ما يكون بنكا، يدفع مبلغ معين من النقود بمجرد الإطلاع للمستفيد، ومن ذلك يتضح بأن الشيك كالكيميالة يقوم على ثلاث أطراف.

ب- إنشائه

يستلزم فيه القانون أن يتم وفق ما رتب له، أي أن يستكمل فيه الشروط الشكلية، التي يتطلبها إضافة على شروط موضوعية بوصفه التزام. وقد نصت على بيانات إنشائه المادة 892 ق.ت.م وكذلك المادة 472 ق.ت.ج. إضافة إلى التوقيع في حالة التظهير والذي يعد هو البيان الإلزامي الوحيد.

ج- تداوله

يتم تداول الشيك بالتظهير مهما كان الشكل الذي يتخذه اسما أو لأمر أو للحامل وفق صيغ الإنشاء، ورغم ذلك يظل في جميع الحالات تداوله بالتظهير والصورة الأخيرة وبرغم من وضعها عند الإنشاء إلا أنها لا تكون جارية إلا بعد ما تم تظهيره تظهيراً على بياض وفق نص المادة 908 ق.ت.م وكذلك نص المادة 4/487 ق.ت.ج.

أما إذا تم وضع عبارة (ليس لأمر) فإنه لا يتم انتقاله إلا وفق ما يتم في الحوالة المدنية وفقا لنص المادة 2/904 ق.ت.م والتي يقابلها نص المادة 2/485 ق.ت.ج.

هذه هي الأوراق التجارية التي يتفق فيها النصاب غير أن القانون التجاري الجزائري أضاف أوراق تجارية أخرى بالمرسوم التشريعي 1993، سنتناولها فيما يلي:

ثانيا: الأوراق التجارية المنظمة بالمرسوم التشريعي رقم 08/93

أضاف المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 08/93 المؤرخ في 25/04/1993 أوراق تجارية أخرى تتمثل في سند الخزن، سند النقل، عقد تحويل الفاتورة ضمن المواد من 543 مكرر 1 إلى 543 مكرر 7 والخاصة بسند الخزن.

والمواد من 543 مكرر 8 إلى 543 مكرر 13 والخاصة بسند النقل.

والمواد من 543 مكرر 14 إلى 543 مكرر 18 والخاصة بعقد تحويل الفاتورة. ولهذا سنتعرض لها تباعا كالاتي:

1- سند الخزن

أ- تعريفه

قام المشرع الجزائري بتعريف هذا السند على خلاف ما تم مع السندات التجارية القديمة، وقد تم ذلك في المادة 543 مكرر 3 حيث اعتبر أنه (هو استمارة ضمان ملحقة بوصل البضائع المودعة بالمخازن العامة).

وسند الخزن ينشئه المخزن العمومي، وهو عبارة عن قسمين:

الأول: تمثل إيداع البضاعة لدى المخزن والثانية وصل يُسلم لمودع البضاعة في المخزن العمومي، وهي التي تسمى سند الخزن.

ولهذا استلزم القانون على وجوب توفر فيه بيانات شكلية، مثل اسم المودع للبضاعة، وذكر طبيعة الشخص أهو شخص طبيعي أم معنوي، وتعيين مهنته ومقر سكنه أو عنوان الشركة وغرضها وطبيعة المواد المودعة بالمخزن.

ب- تداوله

عندما يريد صاحب سند الخزن تداوله فإن عليه أن يحوله لإذن حامله، وذلك وفق ما نصت عليه المادة 543 مكرر 3/2 ق. ت. ج، حيث أن البضاعة المودعة تشكل ضمان تسديد المبلغ المقترض عند الاستحقاق. كما أنه يتم تداوله بالتظهير بنفس الحالة التي يتم بها تظهير السندات التجارية، وإذا ما أراد المودع أن يبيع بضاعته ما لم تكن مرهونة، ما عليه إلا أن يقوم بتظهير الوصل لإذن المشتري مع إرفاقه بسند الخزن حسب نص المادة 543 مكرر 1/3.

أما إذا كان قد اقترض على البضاعة فلا يمكنه تظهير إلا الوصل مع إلزامه بتسديد مبلغ سند الخزن أو إيداعه لدى إدارة المخزن 543 مكرر 2/3 ق. ت. م.

2- سند النقل

ب- تعريفه وإنشائه

وفق ما جاء به المشرع الجزائري فإن ما يعتبر سندا تجاريا هو الوثيقة، التي تمثل البضاعة سواء كان وسيلة النقل برا أو بحرا أو جوا، هذا مع ضرورة أن تكون عند صدورها (لأمر) أو (للحامل) أو إذا ما تم تظهيرها فتكون (لأمر) أو (للحامل) إذا ما كنت اسمية عند إنشائها وذلك وفق نص المادة 543 مكرر 8 والتي جاء فيها (يصبح سند النقل باعتباره وثيقة تمثل ملكية البضائع، سندا تجاريا عندما يصدر و/ أو يظهر "للحامل" أو "لأمر").

وتضيف المادة 543 مكرر 2/10 أن سند النقل يكون قابلا للانتقال بالتظهير حتى إذا ما كان اسما وهذا ما جاء في النص (... غير أن سند النقل قابلا للتحويل من صاحبه عن طريق التظهير، حتى وإن كان له شكل سند اسمي).

ويتضح من هذا النص أن الاسمية لا تحول دون انتقال سند النقل بالطرق التجارية. على أن سند النقل مثل بقية السندات التجارية الأخرى استلزم المشرع على أن تتوفر فيه بعض البيانات الإلزامية، التي لا يقوم بدونها، وتتمثل في اسم الشخص الطبيعي أو المعنوي للساحب أو اسمه التجاري ومهنته، أو غرض شركته، ومقر سكنه أو عنوان شركته وطبيعة البضاعة والبيانات التي تسمح بالتعرف عنها وعن قيمتها بحسب نص المادة 543 مكرر 2/8.

ج- تداوله

وفق نص المادة 543 مكرر 13 فإن سند النقل تنطبق عليه الأحكام الخاصة بالسند لأمر فيما لا يخالف طبيعته.

ومن المعلوم أن سند لأمر تنطبق عليه بعض أحكام الكمبيالة، وخاصة التظهير، وبذلك فإنه يخص لأحكام (المواد من 396 إلى 402).

ولذلك فإنه يتم تداوله بالتظهير إذا ما كان لأمر أو للحامل.

3- عقد تحويل الفاتورة

هذا العقد اعتبره المشرع الجزائري من ضمن الأسناد التجارية على الرغم من عدم خضوعه لجميع خصائص، هذه الأسناد، وأهم خاصية لها وهي التداول بالطرق التجارية.

وهو يتمثل في عقد تحصيل الديون، يتشكل من ثلاثة أطراف هم الوسيط والمنتمي والمشتري، حيث أن الوسيط يحل محل المنتمي - الذي هو بائع للمشتري وفق عقد قائم بينهما - تحصيل دينه من المشتري على أن الوسيط يدفع للمنتمي فوراً هذه المبالغ، ويبقى هو مع المشتري ليحصله منه في تاريخ الاستحقاق، مع عدم الرجوع على المنتمي في حالة عدم وفاء المشتري للديون. فبأي صفة يمكن أن يكون سنداً تجارياً؟

فهي لا تتداول بالطرق التجارية، وإنما هي طريقة مستحدثة لتحصيل الديون. كما أنها لا تقوم بالوظائف التي تتميز بها هذه الأسناد التجارية، شأنها في ذلك شأن الأسناد المنظمة معها.

المطلب الثاني: ماهية التظهير

التظهير هو أحد أهم طرق التداول التجارية والمتمثلة في نقل الحق الثابت في الأوراق التجارية ببسر وسهولة لا يتعدى فيه المظهر من أن يقوم بالتوقيع على الورقة التجارية، وبذلك تنتقل إلى المظهر إليه.

ولهذا تتميز عن الحوالة المدنية التي يحتاج انتقال الحق بها إلى طرق أكثر بطيء وتعقيدات. وقد استحدثه التجار لتلبية حاجاتهم آنذاك المتزايدة إلى وجود آلية تضمن لهم انتقال الأموال بسرعة مع ضمان الوفاء.

وينقسم التظهير بحسب طبيعته إلى تظهير ناقل للملكية، ثم إلى تظهير توكيلي وإلى تظهير تأميني، وهذه التقسيمات يمكن أن تتخذ أشكالاً مختلفة من تظهير اسمي، وتظهير على بياض، وتظهير لحامله. ولهذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: مفهوم التظهير ونشأته.

الفرع الثاني: نتعرض فيه إلى التظهير بحسب الطبيعة ثم التظهير بحسب الشكل.

الفرع الأول: مفهوم التظهير

وسنتناول في مفهوم التظهير تعريفه بالإضافة إلى تمييزه عن بقية الأنظمة الأخرى وتطور تشريعه الخاص.

أولاً: تعريف التظهير

لم يعرف التظهير في أغلب التشريعات، وكذلك الحال في التشريع الموريتاني وكذا الجزائري، لكنه عرف عدة تعريفات فقهية، نتناول بعضها، حيث عرفه الفقيهين (رببير) و(روبلو) بأنه (هو

أسلوب نقل كتاب الصرف عن طريق تسليم الورقة مع تدوين يكون عادة، مكتوبا في ظهر الورقة).¹

كما عرفه الفقه الانجليزي بأنه (كتابة على ظهر الورقة أو هو أسلوب لتحويل الأوراق التجارية يعتمد على توقيع الشخص الذي سحبت له الورقة بالتوقيع على ظهرها وتسليمها إلى المظهر إليه).²

كما عرف عدة تعريفات في الفقه العربي نذكر منها تعريف الأستاذ أكرم يا ملكي، والذي عرفه بأنه (التظهير مصدر فعل وظهر، والذي يعني التوقيع على ظهر الورقة، سواء لنقل ملكيتها إلى الغير، وهذا هو التظهير الناقل للملكية، أو لمجرد تحويل شخص بمباشرة حقوق المستفيد فيها، وعندئذ يكون التظهير التوكيلي، أو لرهنها ضمانا لدين وهو الذي يطلق عليه التظهير التأميني).³ وفي تعريف آخر ورد فيه أنه (عبارة تكتب عادة على ظهر الورقة تقيد تصرف المستفيد، ويسمى عندئذ المظهر، في الحق الثابت فيها بالتنازل أو رهنه أو توكيل الغير في تحصيله).⁴ ولم يقتصر تعريف التظهير على هؤلاء، وإنما تعرض لتعريفه الكثير من الفقهاء،⁵ وهذه التعاريف تصب في مضمون واحد.

ثانيا: تميز التظهير عن الأنظمة الشبيهة له

يتميز التظهير عن الأنظمة المشابهة له في السرعة في الآليات، مع ضمان الحامل على مقابل الوفاء، حيث بتوقيع المظهر على الورقة تنتقل الورقة مع كل الضمانات التي بها وأكثر، عكس ما عليه الحال في انتقال الحق بالطرق المدنية، حيث أن المحيل لا ينقل للمحال له إلا ذات الحق مع عدم ضمان يسار المحال له وقت حلول الأجل.

كما يأخذ على التسليم رغم أنه يمتاز بالسرعة وطريقة تجارية، إلا أنه محفوف بالمخاطر، وخاصة عند ضياع الورقة.

وهذا ما نبينه أكثر كما يلي:

¹ G. Ripert et R. Roblit, Traité de droit commerciale, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 2^{ème} édition, 1990, N° 2017, p : 191.

² أنظر د. بسام حمد الطراونة، تظهير الأوراق التجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 2004، الأردن، ص 19 نقلا عن كريستوفر بورك، ص 176.

³ د. أكرم يا ملكي، وفقا لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقا للأعراف الدولية، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001، ص 123.

⁴ علي جمال الدين عوض، القانون التجاري، العمل التجاري، التاجر، الأوراق التجارية، عمليات البنوك، الشركات، دار النهضة العربية، بدون ذكر الطبعة، سنة 1980، ص 112.

⁵ د. مصطفى طه كمال، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 1997، ص 57.

1- الفرق بين التظهير والحوالة المدنية

ويرجع ذلك إلى أن نقل الحق بالحوالة العادية، ذو إجراءات معقدة وصعبة على خلاف ما عليه الحال في الانتقال بالطرق التجارية، والذي يتم بمجرد كتابة بيان على ظهر الورقة، وحتى ممكن أن يقتصر على مجرد التوقيع. (المادة 10/396 ق. ت. ج) وكذلك (المادة 8/821 ق. ت. م)، مما يستوجب علينا التمييز بين هذين الشكلين من انتقال الحقوق وذلك ما سيتبين من خلال المقارنة التالية:

أ- لا تسري الحوالة قبل المدين إلا بقبولها أو إعلانها بها، مع أن قبول المدين لا يمكن أن يحتج به قبل الغير إلا إذا كان ثابت التاريخ (المادة 241/ ق. م. ج)، وكذلك (المادة 211 و212 ق. إ. ع. م)، بينما ينتقل الحق في الأوراق التجارية بمجرد بيان يكتب على الورقة أو حتى بالتوقيع فقط دون حاجة إلى قبول المدين.¹

ب- في الحوالة المدنية يكون للمدين المحال عليه أن يتمسك في مواجهة المحال له بكافة الدفع التي له قبل المدين (المادة 224/ ق. إ. ع. م)، وكذلك (المادة 248/ ق. م. ج)، وفي المقابل فإن انتقال الحقوق بالتظهير لا يصوغ للمدين أن يحتج قبل الحامل بالدفع التي كانت له قبل المحيل، وذلك استناداً إلى قاعدة تظهير الدفع،² التي تعتبر من أهم قواعد الصرف وخصوصاً الدفع التي لا علم له بها، أي القائمة على العلاقات الشخصية السابقة إذا ما كان الحامل حسن النية.

ج- لا يضمن المحيل يسار المدين إذا ما لم يتفق على خلاف ذلك (المادة 221 ق. إ. ع. م) وكذلك (المادة 245 ق. م. ج) في حين أن انتقال الحقوق بالتظهير يجعل المظهر ضامن للحق وقت الحوالة وعند الوفاء.³

ومما سبق يتبين الفرق الواضح بين الآليتين ويرجع ذلك إلى اختلاف القواعد والحاجيات، حيث أن الحوالة طريقة في القانون المدني لانتقال الحقوق مع إمكانية استخدامها في الأوراق التجارية، وذلك في الحالة التي لا تفي الورقة التجارية بالأشكال المطلوبة، أو يختارها الموقعين عليها وذلك بوضع بيان "ليس لأمر".

في حين أن التظهير أتى كاستجابة للمتطلبات التجارية والتي تتطلب يسر في القواعد يواكب سرعة الحركة التجارية، ويضمن الوفاء في الأوراق المحددة، ويظهر ذلك بتجاوز العديد من القواعد

¹ المادة 7/821 - 8 ق. ت. م وكذلك المادة 9/396 - 10 ق. ت. ج.

² المادة 825 ق. ت. م وكذلك المادة 400 ق. ت. ج.

³ المادة 825 ق. ت. م وكذلك المادة 400 ق. ت. ج.

المدنية. وتكمن أهمية الموضوع فيما يحققه التظهير من يسر في الانتقال وسرعة في الأداء وضمان بالوفاء، ويظهر ذلك جليا في بساطة القاعدة ويسرها، حيث أنه بمجرد التوقيع تنتقل الورقة من يد إلى أخرى وبنفس الضمان الذي كانت تتمتع به أو أقوى، حيث أن كل توقيع جديد يزيد الضمان، كما أن الورقة تخرج بالتظهير الناقل والتأميني مطهرة من كل العيوب التي يمكن أن تكون قد أشابتها والناشئة عن العلاقات السابقة.

2- الفرق بين التظهير والتسليم

التسليم أحد الطرق المعتمدة في انتقال الحقوق في التجارة، وتستخدم أساسا في الأوراق التجارية لحاملها، والتي لم ينظمها كل من المشرع التجاري الموريتاني، وكذا الجزائري باستثناء الشيك الذي اعتبره أنه من الممكن أن يكون للحامل ومع ذلك يبقى تداوله بالتظهير.

ويمكن أن يرجع عدم اعتماد هذا النوع من الطرق التجارية لدى المشرعين إلى الخشية مما يحيط به من خطر في حالة الضياع، ذلك أن تسلسل التظهير الذي من الممكن أن يتبع لمعرفة الحامل الشرعي غائب في هذا النوع، حيث لا يوجد فيه غير بيانات إنشاء الورقة، وبعد ذلك تتم المناولة باليد عن طريق التسليم.

إضافة إلى ذلك ضعف الضمان في حالة الرجوع، حيث أن الحامل لا يجد أثرا ماديا يمكنه الرجوع فيه على الذي مضت عليهم الورقة، ومع كل ذلك فإن المشرعان لم يغفلا عن هذا النوع من التداول، وذلك بإجازته في حالة ما إذا تم التظهير على بياض، وعندئذ تعتبر الورقة للحامل. ويمكن أن يتم تداولها بالتسليم، مع أن الفارق بين الطريقتين، ذلك أن التظهير على بياض هو اقتصار المظهر على التوقيع وبعد ذلك تبدأ الورقة في التداول مع ما للمظهر إليه من خيارات، حيث يمكن له أن يعيد تظهيرها من جديد أو الاقتصار على ذلك التوقيع وتسليمها فقط. إضافة إلى أن الحامل في التظهير على بياض يمكن أن يرجع على الموجود توقيعه.

الفرع الثاني: التظهير بحسب أغراضه وحسب الشكل

تحدد طبيعة التظهير حسب ما يهدف إليه المظهر، فقد يقوم بتظهير الورقة بهدف نقل ملكيتها، وعندئذ يكون التظهير تظهيراً ناقلاً للملكية، كما قد يكون الهدف منه هو توكيل المظهر إليه بقبض أو تحصيل قيمة الورقة عند حلول الأجل، وعندئذ يكون التظهير تظهيراً توكيلياً، كما قد يقوم المظهر برهن الورقة التجارية لدى المظهر إليه لضمان دين عليه وعندئذ يكون التظهير تظهيراً تأمينياً.

أولاً: التظهير حسب غرضه

1- التظهير الناقل للملكية

أ- غرضه

لم يرق المشرع التجاري الموريتاني وكذا الجزائري بتعريف التظهير الناقل للملكية، شأنه في ذلك شأن أغلب التشريعات، وهذا التظهير ينصب إلى نقل الحق الثابت في الورقة التجارية من المظهر إلى المظهر إليه.

وتجدر الإشارة إلى أنه بمجرد إجراء التظهير الناقل الذي لم يشترط فيه المشرعان أكثر من التوقيع، ينتقل الحق الثابت في الورقة مع جميع الضمانات العينية والشخصية مع أن مسألة انتقال هذا النوع من الحقوق لم يبينه المشرعان، كما هو الحال في قانون جنيف وكذلك أغلب التشريعات من آثار خلاف كبير، والثابت بانتقال هذه الحقوق، وهذا ما سنتعرض له بشكل مفصل في الفصل الثالث الخاص بآثار التظهير.

وذلك وفقاً لما جاءت به المادة 821 ق. ت. م وكذلك المادة 396 ق. ت. ج، كما أن التظهير الذي يتم بعد تاريخ الاستحقاق وقبل تحرير الاحتجاج أو انقضاء مهلته يعتبر تظهيراً، ناقلاً للملكية حسب نص المادة 1/827 ق. ت. م ونفس المضمون جاءت به المادة 1/402 ق. ت. ج.

هذا ويترتب على التظهير الناقل للملكية، قاعدة أساسية تتمثل في تطهير الدفوع القائمة على العلاقات السابقة الناشئة عن العلاقات الشخصية للموقعين السابقين على الورقة التجارية، وذلك حماية للحامل حسن النية، حتى لا يفاجأ بدفوع لا علم له بها.

وغير أن هذه القاعدة وضع لها استثناءات تقررت لبعض الأشخاص وجد المشرع بأن حمايتهم أولى من حماية الحامل حسن النية، كما هو الحال في وضعية فاقد الأهلية أو ناقصها أو الذي زور توقيعه.

وهذا مع أن هذه الاستثناءات حد من أثرها بوضع قاعدة أخرى تمثلت في استقلال التوقيع، والتي تعني بأن ذلك الدفع لا يمكن أن يتمسك به غير الذي تقرر له، وبالتالي فإن باقي التوقيعات الأخرى الموجودة في الورقة التجارية تبقى صحيحة سارية في مواجهة أصحابها، وذلك وفقاً لنص المادة 825 ق. ت. م والتي تقابلها نص المادة 400 ق. ت. ج.

وتجدر الملاحظة أن المشرعان عندما يستخدمان كلمة التظهير على إطلاق اللفظ فإنهما يقصدان التظهير الناقل للملكية، ويتبين ذلك من خلال أن التظهير الأخرى دوماً يلصق بها الغرض منها.

ب- أشكال

ووفقا لنص المادة 7/825 ق. ت. م وكذلك نص المادة 8/396 ق. ت. ج فإن التظهير الناقل للملكية لا بد من أن يتم على ذات الورقة التجارية أو على الليصقة بها، وذلك بحسب المبدأ الكفاية الذاتية، إضافة على توقيع المظهر على أنه يمكن أن يتخذ أشكال متنوعة.

- فإذا ما وضع المظهر اسم المظهر إليه مع وجود شرط الأمر واتبعه بتوقيعه فإن التظهير يكون ناقلا للملكية اسميا.

- الحالة الثانية: يمكن أن يقتصر التظهير على التوقيع وعندئذ يلزم أن يتم هذا التوقيع على ظهر الورقة، ويكون التظهير هنا ناقلا للملكية على شكل تظهير على بياض، والذي اعتبره المشرع بأنه قد يكون تظهير للحامل.

- الحالة الثالثة: وتتمثل في وضع اسم المظهر إليه بدون الأمر، إضافة إلى التوقيع.

2- التظهير التوكيلي

أ- غرضه

التظهير التوكيلي هو قيام المظهر بتوكيل المظهر إليه بتحصيل قيمة الورقة في تاريخ الاستحقاق. وقد استعمل أكثر ما استعمل بين البنوك وزبائنهم، عن طريق قيام الزبون المظهر بتوكيل البنك بتحصيل قيمته في تاريخ الاستحقاق وتسجيلها في حسابه الخاص¹ بعد نزع العمولة المترتبة على الخدمة².

ويرى البعض³ بإمكانية استخدام صيغة التظهير على بياض في التظهير التوكيلي، ويستند في ذلك إلى نص المادة 135 تجاري مصري قديم، والتي تعتبر أن نقص أحد البيانات في التظهير يجعل من التظهير تظهيراً معيباً، وهذا الأخير يعتبر تظهيراً توكيلياً، وفقاً لذلك يرون أن التظهير على بياض تنقصه عدة بيانات، مما يجعله خاضعاً لتلك القاعدة، وبالتالي فهو تظهير توكيلي.

على أن هذه القرينة يمكن إثبات عكسها بالدليل فيما بين أطراف التظهير أما فيما بين الأطراف والغير، فللغير أن يتمسك بما هو ظاهر،⁴ أي أن التظهير هو تظهير ناقل للملكية، لافتقاده لعبارة دالة على أن المظهر كان يقصد توكيل المظهر إليه، وليس نقل الحق الثابت في الورقة.

¹ د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، سند السحب، السند لأمر، مطبعة النجوى، بيروت، 1966، ص 279.

² د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 112.

³ د. سميحة القيلوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة 1992، ص 98.

⁴ د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1997، ص 63.

أما في القانون التجاري الموريتاني وكذا الجزائري فإن التظهير على بياض¹ يعتبر تظهيراً ناقلاً للملكية، ذلك أن التظهير التوكيلي لا يكون إلا باستخدام العبارات التي تدل عليه، والتي أعطى المشرع الموريتاني ثلاث صيغ يمكن أن تدل على أن التظهير توكيلي على سبيل المثال لا الحصر، وهي القيمة "للاستيفاء" أو "للقبض" أو "بالوكالة" حسب ما جاء في نص المادة 826 ق. ت. م ونفس الشيء جاءت به المادة 401 ق. ت. ج، حيث أوردت أن التظهير التوكيلي يتم باستخدام العبارات التالية: القيمة "للتحصيل" أو "للقبض" أو "بالوكالة". واستناداً على ما تقدم فإن التظهير التوكيلي لا يمكن أن يتم في صورة ضمنية، ذلك أن المشرعان اشترطاً فيه وجود ذكر العبارات التي تدل عليه.

3- التظهير التأميني

أ- غرضه

يقصد من التظهير التأميني هو قيام المظهر برهن الحق الثابت في الورقة التجارية لدى المظهر إليه بغية ضمان دين عليه قبله.

وهذا النوع من التظهير يندر استعماله، ذلك أن المظهر إذا ما كان بحاجة إلى النقود، فإنه يستطيع أن يقوم بخصم الورقة التجارية لدى أحد البنوك لتحصل على قيمتها فوراً وقبل تاريخ الاستحقاق مقابلة فائدة تحسب فيما بين التاريخين، ولكن الحامل قد يقوم برهن الورقة التجارية لدى أحد البنوك، إذا ما كانت تاريخ استحقاقها مازال بعيداً، لقاء استلاف المبلغ الذي يحتاج إليه، ودفع الفائدة عن تلك المدة، فيحصل بذلك على وفرة في الفائدة، خصوصاً إذا ما كان المبلغ المستلف أقل بكثير من قيمة الورقة² به تنتقل الورقة التجارية من المظهر إلى المظهر إليه مع بقاء ملكيتها للمظهر.³

وقد نص عليه المشرع الموريتاني في المادة 4/826 ق. ت. م واشترط فيه أن يقوم المظهر في التظهير التأميني بوضع ما يفيد على أن الغرض من التظهير هو تأميني، وليس نقل ملكيتها، وقد وضع مثالين على ذلك، وهما "القيمة موضوعة ضماناً"، "القيمة موضوعة رهناً"، مع أن هذه العبارات ليست حصرية، وإنما على سبيل المثال، ونفس المضمون جاءت به المادة 4/401 ق. ت. ج.

¹ التظهير على بياض تم نص عليه في المادة 9/821 وكذلك المادة 822 ق. ت. م. وكذلك نص المادة 9/396، ق. ت. ج، وكذلك المادة 397 ق. ت. ج.

² د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 290.

³ La cour et Bouteron, Op- cit, N° 1221, p : 41.

Hamel, Lazard et Jauffret, Traité de droit commerciale, Tome 2, Librairie, Dalloz, Paris 1966, N° 14 37, P 531.

ثانياً: التظهير حسب الشكل

يختلف التظهير حسب الشكل الذي اتخذته المظهر لإجرائه، فإذا ما قام المظهر بوضع اسم المظهر إليه، فتكون أمام تظهير اسمي وفي حين أن المظهر إذا ما اكتفى بالتوقيع، فعندئذ يكون التظهير تظهيراً على بياض، غير أن هذا التظهير الأخير يستطيع من تحصل على الورقة به أن يكتفي بتسليمها إلى المظهر إليه فقط، وتكون أمام تظهير للحامل.

1- التظهير الاسمي**أ- تعريفه**

هو التظهير الذي يظهر فيه اسم المظهر إليه مع لأمره أو بدونها كعبارات تدل على شكل التظهير وتجدر الإشارة إلى أن التظهير الاسمي سواء وضع المظهر صيغة الأمر أم لم يضعها لا يحول ذلك من انتقال الورقة بالتظهير الاسمي، وهو الذي يشتمل على اسم المظهر إليه.

ب- صيغة

إذا ما قام المظهر بالتظهير تظهيراً اسماً فإن عليه أن يكتب اسمه كتابة واضحة محددة لذاته، من ذلك أنه يمكن أن يكتب ظهرت لمحمد أو لأمره بدون أن يكون التظهير الوارد، أظهر لزوج فلان، فهذا التظهير الأخير، غير معين تعييناً نافياً للجهالة، كما أنه يحتاج إلى الرجوع إلى وثائق خارجة الورقة، مما يتعارض مع مبدأ الكفاية الذاتية، والذي يتطلب أن الورقة تكون محتوية على جميع البيانات التي تتحدد بها ذاتيتها بدون الرجوع إلى ورقة خارجة عنها، أما إذا كان شخصاً معنوياً كشركة، فيجب أن يحرر التظهير باسمها أو اسم ممثلها القانوني.¹

وفي حالة تعدد المظهر إليهم، فإن التظهير الاسمي يكون بذكر أسمائهم جميعهم في التظهير، على أن التظهير الاسمي يمكن أن يأتي الاسم ومعه شرط الإذن وسواء في ذلك أتى الاسم الأول أو بعد شرط الأمر.

مثل أظهر "لأمر السيد أحمد" أو "أظهر سيد أحمد أو لأمره"، وهذا وتجدر الإشارة إلى أن شرط الأمر يمكن أن يكتب ويمكن أن لا يوضع، وذلك بحسب نص المادة 1/821 ق. ت. م ونفس المضمون جاءت به المادة 1/396 ق. ت. ج وحكم هذه المادة الأخيرة ينطبق على السند لأمر وفقاً للإحالة² الواردة في 467، والشيك بالمادة 485.

¹ د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 142.

² كما أن تلك الإحالة وردت في النص التجاري الموريتاني في المادة 887 ق. ت. م وعدم إلزامية ورود الأمر للتظهير في الشيك بالمادة 904 ق. ت. م.

أما عن السندات التجارية التي جاء بها المرسوم التشريعي 1993، فقد تم إحالة سند الخزن على تظهير الكمبيالة بنص المادة 543 مكرر 2، مما يعني أنه يتداول بالتظهير حتى ولو لم يوضع شرط الإذن، أما سند النقل فلكي يكون سندا تجاريا لابد وأن يصدر و/ أو يظهر "لأمر" أو للحامل وفق نص المادة 543 مكرر 8 أي أنه لا يكون سندا تجاريا إلا إذا كان لأمر، ومع ذلك فإن المادة 543 مكرر 10 قد اعتبرت أن سند النقل إذا صدر باسم شخص معين فإنه يعتبر سند اسمي، والبضاعة التي يمثلها تسلم للشخص الذي تم تعيينه، غير أن الفقرة الثانية من نفس المادة اعتبرت أن الاسمية في سند النقل لا تحول دون انتقاله بالتظهير، فيحق لنا هنا التساؤل عن هل أن هذه الفقرة الأخيرة تلغي الحكم الذي جاءت به المادة 543 مكرر 8 ؟

2- التظهير على بياض

أ- تعريفه

التظهير على بياض هو أحد الصيغ التي من الممكن أن يرد بها التظهير، وتتمثل في اختصار المظهر في تظهيره للورقة على وضع توقيعه فقط، ورغم سلاسة وبساطة هذا التظهير إلا أنه في حالة ضياع الورقة في أنه يمكن لمن تقع في يده أن يظهرها أو أن يعرضها للوفاء للمسحوب عليه دون أن يكون هذا الأخير من بينة لعدم اعتباره حامل غير شرعي وعندئذ يمتنع عن الوفاء له.

وقد أقره المشرع التجاري الموريتاني وكذا الجزائري، ينص المادة 9/821 ق. ت. م بقولها (... يجوز أن لا يعين في التظهير الشخص المستفيد منه أو أن يقتصر على توقيع المظهر لا غيره (وهو تظهير على بياض)...) ونفس المضمون جاءت به المادة 9/396 ق. ت. ج.

وهذا النوع من التظهير يمكن القول أنه لا يكون إلا ناقلا للملكية استنادا إلى عمومية لفظ التظهير الذي يستخدمه المشرع للتظهير الناقل على خلاف التوكيلي والتأميني، والذي يربطه بغرضه، هذا بالإضافة على اشتراط المشرع فيه أن يتم استخدام العبارات الدالة عليه. وهذا فإن التظهير على بياض لا يكون صحيحا إلا إذا وضعه المظهر على ظهر الورقة وفقا لنص المادتان السابقتان.

ب- صيغته

وفقا لنص المادة 822 ق. ت. م وكذلك نص المادة 397 ق. ت. ج فإن للمظهر إليه تظهيراً على بياض الخيارات التالية:

- 1- أن يملأ البياض بوضعه اسمه أو اسم شخص آخر.
- 2- أن يظهر الكمبيالة من جديد على بياض أو أن يظهرها لشخص آخر.
- 3- أن يسلم الكمبيالة إلى أجنبي بدون أن يملأ البياض وبدون تظهير.

ويتضح من خلال هذه الخيارات أنها هي أشكال التظهير الثلاث، فالخيار الأول هو التظهير الاسمي والذي هو كما سبق بيانه، وضع اسم المظهر إليه.

وهكذا فالثاني تظهير على بياض، وذلك باقتضاره على التوقيع، أما الثالث فيتمثل في التظهير للحامل والذي تتم فيه انتقال الورقة بالتسليم.

كما نصت على التظهير على بياض بخصوص الشيك المادة 911 ق. ت. م والمادة 489 ق. ت. ج وقد منح المظهر إليه نفس الخيارات السابقة و السند لأمر فيمكن أن يتم تظهيره تظهيراً على بياض وفقاً للإحالة على نصوص الكميالة.

كما أن السندات التجارية التي جاء بها المرسوم التشريعي 93 فإنها ما دامت وفقاً للإحالات الواردة بها والتي بينها في السابق على نصوص المنظمة للفتحة فإنه يخضع لنفس الحكم.

3- التظهير للحامل

أ- تعريفه

في هذا النوع من التظهير يقوم المظهر بوضع عبارة "للحامل" على الورقة التجارية وعندئذ يكون بمثابة تظهير، ويتم انتقال هذا النوع من الأوراق التجارية بالتسليم.

لكن ما يجب التنويه عليه أن المشرع الموريتاني، وكذا الجزائري لم يجيزا استعماله عند إنشاء الكميالة وكذا السند لأمر، غير أنهما أقراه في الشيك، غير أنه بعدما يتم تظهيره الورقة تظهيراً على بياض، والذي يعتبرانه المشرعان تظهير للحامل يمكن عندئذ أن يتم انتقال الورقة بالتسليم وفقاً لنص المادة 3/821 ق. ت. م بقولها (... والتظهير "المشترط للحامل" يعد بمثابة تظهير على بياض...) ونفس المضمون جاءت به المادة 7/396 ق. ت. ج، غير أنه يمكن أن نجد كميالة للحامل، وذلك من خلال إجازة أن يصدر الساحب كميالة لأمره وعندئذ يجمع له صفتان ساحب ومستفيد في وقت واحد ويقدم الورقة للقبول للمسحوب عليه، وبعد قبولها يقوم بتظهيرها للحامل.¹ أما الشيك فيمكن أن يكون المستفيد فيه شخصاً معيناً، كما يمكن أن يكون للحامل، كما أنه إذا لم يذكر اسم المستفيد فإن الشيك يكون كما أنه صدر للحامل، وهذه الحالات الثلاث يتم تداول الشيك بالتسليم.

أما سند الخزن فإنه يصدر لأمر، ما دامت تنطبق عليه أحكام الكميالة فيما لا يتعارض وطبيعته، فإنه يمكن تظهيره للحامل، وذلك بإجراء تظهير على بياض، وبعد ذلك يمكن انتقاله بالتسليم.

¹ د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 62.

أما سند النقل فقد اعتبر المشرع التجاري الجزائري أنه لا يعتبر سندا تجاريا إلا إذا صدر و/ أو ظهر لأمر أو للحامل، وفقا لنص المادة 543 مكرر 8.

وعليه فإنه يتم إنشاؤه للحامل، وعندئذ فإنه يتم انتقاله بالتسليم، كما أنه يمكن أن يتم تظهيره للحامل وعندئذ يمكن انتقاله بالتسليم، ورغم ما بين التظهير على بياض والتظهير للحامل من تداخل فإنه يتوجب الوقوف على الاختلاف القائم بين التظهيرين.

ب- اختلاف التظهير على بياض عن التظهير للحامل

1- في التظهير للحامل يتم تسليم الورقة بدون إضافة أي بيان جديد، بينما في التظهير على بياض لا بد وأن يتم توقيع المظهر وعلى ظهر الورقة التجارية.

2- توقيع المظهر أو إذا أضيفت لها توابع أخرى تكون ضمانا للحامل إضافية على الساحب والمسحوب عليه، والضمان الاحتياطي إن وجد على خلاف ذلك في التظهير للحامل فإن الضمان يتوقف على الضمانين الأساسيين الساحب والمسحوب عليه، وعلى إثر ذلك ينتفي ضمان الحاملين للورقة لعدم توقيعهم، وبالتالي يكونون غير ملتزمين التزاما صرفيا.¹

¹ أنظر هذه الفروق عند د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 142.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للتظهير

بتظهير المظهر للورقة التجارية للمظهر إليه تنشأ علاقة قانونية صرفية على إثرها يترتب عنها ضمان الوفاء من قبل المظهر، في تاريخ الاستحقاق، وعلى المظهر إليه (الحامل) تقديم الورقة في التاريخ ذاته للمسحوب عليه للوفاء.

غير أن هذه العلاقة الصرفية قد يكون سببها علاقة قانونية أخرى هي العلاقة الأصلية، وخصوصاً بين الملتزمين المباشرين التزاماً صرفياً، كالساحب والمستفيد المباشر وكالمظهر والمظهر إليه، حيث أن الساحب سحب الورقة استيفاء لدين عليه من قبل المستفيد المباشر، وكذلك الحال بالنسبة للمظهر والمظهر إليه، وبالتالي فإن هذه العلاقات قد فسرها الفقه كل من منظوره الفكري، حيث رأى الفقهاء الألمان أن تمايز العلاقتين واستقلال كل منهما عن الأخرى، في حين أن رأي الفقه الفرنسي رأى آخر بأن العلاقة الصرفية مستندة في قيامها على علاقات سابقة تجد أساساً في القواعد العامة.

ولهذا ووفقاً لما تقدم فإننا سنتطرق إلى هذه العلاقات ومدى ارتباطهما ومن ثمة في استقلال كل منهما عن الأخرى، وتفسير هذه العلاقات، وذلك في مطلبين.

المطلب الأول: علاقة الالتزام الصرفي بالالتزام الأصلي.

المطلب الثاني: تفسير التظهير على أسس العلاقة الأصلية.

المطلب الأول: علاقة الالتزام الصرفي بالالتزام الأصلي

إن توقيع المظهر على الورقة التجارية ينشأ عنه التزام صرفي¹ قائماً على إثر علاقة التظهير، وقد يكون هذا التوقيع وسيلة لتنفيذ التزام أصلي سابق بين الموقع ومن صدر التوقيع لصالحه، كأن تظهر الورقة وفاء لثمن بضاعة أو وفاء بمبلغ قرض. على أن السؤال المطروح هو هل بالتوقيع يزول الالتزام الأصلي وينشأ التزام صرفي جديد أم أنه يظل قائماً؟ وإذا قبل ببقاء الالتزام الأصلي إلى جانب الالتزام الصرفي فما هي العلاقة بين الالتزامين؟

وبناء على ذلك فإننا سنتناول الإجابة من خلال فرعين:

الفرع الأول: مدى ارتباط العلاقة الصرفية مع العلاقة الأصلية.

الفرع الثاني: استقلال الالتزامين.

¹ د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة الجديدة، رقم 17 لسنة 1999، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 200.

الفرع الأول: مدى ارتباط العلاقة المصرفية مع العلاقة الأصلية

بتظهير الورقة التجارية ينشأ التزام صرفي يتمتع بخصائص ذاتية ويخضع لأحكام القانون التجاري، هذا الالتزام صرفي يمكن أن يكون ناتج عن التزام سابق عليه وناشئ عنه، فما الأثر الذي يحدثه نشوء الالتزام الصرفي في العلاقة السابقة؟ وما إذا كان هذا الالتزام الأصلي يزول بنشوء الالتزام الصرفي الجديد أم أنه يبقى؟ وفي هذه الحالة الأخيرة مدى العلاقة التي تقوم بين الالتزامين؟

أ- بقاء الالتزام الأصلي بجانب الالتزام الصرفي

ينقسم أصحاب هذه النظرية إلى رأيين:

1- رأي الاندماج*** تقديمه**

وفق تعريف بعض الفقهاء للورقة التجارية باعتبارها مجرد محرر مكتوب بغرض إثبات التزام سابق بين الموقع والمستفيد، مما ينجم عنه عدم قيام التزام جديد، وإنما يظل الالتزام الأصلي على حاله، وينتقل إلى الورقة التجارية، فيندمج فيها، وبالتالي يصبح خاضع لأحكام قانون الصرف، بعد أن كان خاضعا للقواعد العامة.

وعليه فإن الالتزام واحد، لكن في شكل جديد متمثل في الورقة التجارية، ومن ذلك تبعية الضمانات العينية التي كانت ملحقة به، إضافة إلى أن الدفوع تبقى قائمة، يستطيع المدين أن يتمسك بها في مواجهة دائنه المباشر دون الحامل حسن النية.

كما أن الالتزام الأصلي بعد إفراغه في الورقة التجارية، يصبح خاضعا لمرور زمن واحد، وهو مرور الزمن الصرفي.

ويبنون أولئك الفقهاء اعتباراتهم على أن تظهير الورقة التجارية لا يعدو عملية وفاء بالدين الأصلي، ولكنه معلق على شرط إلغاء هو عدم تحصيل قيمة الورقة، بحيث أنه إذا لم تدفع قيمته في الاستحقاق عد الشرط غير متحقق فيعود الدين الأصلي إلى وضعه الأول وتطبق بشأنه عندئذ القواعد العامة بدلا من أحكام قانون الصرف.¹

¹ أنظر وجهة نظر تالير وبروسو فقرة 1 في تعليقه على قرار محكمة التمييز الفرنسية 1901-1-17 لدى د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 51.

*** نقد الاندماج**

أخذ على هذا المذهب عدم قوامته لأن الالتزام الأصلي، وإن كان يستند عليه إنشاء الورقة إلا أنه بعد إنشائها يختلف في طبيعته عن الدين المصرفي، حيث تتجلى مظاهر الاختلاف في تضامن المدين مع سائر الموقعين على الورقة، وفي تعرضه للتشهير الناشئ عن الاحتجاج، وفي حقه بالتمسك بمرور الزمن القصير، وفي العلاقة التي تنشأ بين المدين في الالتزام المصرفي الجديد بأشخاص لم تكن تجمعهم بهم أية صلة سابقة كالحملة المتعاقبون للورقة التجارية. وعلى ذلك يكون الالتزام المصرفي مجردا عن الدفع العالقة بالدين الأصلي، الأمر الذي يؤكد أيضا أنه التزام جديد مختلف في مصدره عن مصدر الدين الأصلي.

2- رأي التجديد*** تقديمه**

يرى أصحاب هذا الرأي إلى أن تظهير الورقة التجارية يقضي بتجديد الالتزام، ذلك أنه ينقضي الالتزام الأصلي ويقوم التزام جديد بدله، حيث يمكن اعتبار أن الدائن لما قبل الورقة، كأداة وفاء لدينه الأصلي، يعني ذلك أنه يريد التنازل عن الدين الأصلي والاحتفاظ بالدين الجديد الذي نشأ عن تحرير الورقة أو تظهيرها.¹

*** نقد رأي التجديد**

يأخذ على هذا الرأي أن التجديد لا يمكن افتراضه، بل يجب التصريح بإرادة أجرائه وفقا لنصوص القانون المدني، ومن ذلك نص المادة 345 ق. إ. ع. م وكذلك هو الحال في نص المادة 289 ق. م. ج، إضافة إلى أنه من غير المقبول أن يلتزم شخص قبل آخر بدينين محلها واحد وينقضيان معا بوفاء واحد، حيث أن الحامل بعد الوفاء له بقيمة الورقة لا يمكنه أن يطالب بالوفاء بالدين الأصلي، ذلك لأنه لا يملك إلا دين واحد هو الدين المصرفي.²

كما أن القضاء المصري لم يقر بالتجديد في مجال الأوراق التجارية، ويتجلى ذلك في الأحكام الصادرة من القضاء المختلط.³ ونفس الموقف لدى القضاء المصري الأهلي.¹ إضافة إلى أنه من

¹ أنظر، د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 52.
² أنظر د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لنص 1999/17، ص 201.
³ محكمة الاستئناف المختلطة، الحكم الصادر في 1930/14، س 43، ص 150.
 أيضا في الحكم 1932/03/27 س 44، ص 294، لبنان.
 واستئناف مختلط 1889/6/6: س 1، ص 238.
 واستئناف مختلط 1931/5/26: س 43، ص 405.
 واستئناف مختلط 1934/3/7: س 46، ص 203.
 واستئناف 1935/1/18: س 47، ص 378.

غير المقبول أن يلتزم شخص قبل آخرين ببيان محلها واحد وينقضيان معا بوفاء واحد، حيث أن الحامل بعد الوفاء له بقيمة الورقة لا يمكنه أن يطالب بالوفاء بالدين الأصلي ذلك أنه لا يملك إلا دين واحد هو الدين المصرفي²

الفرع الثاني: استقلال الالتزام المصرفي عن الالتزام الأصلي وتأثير كل منهما على الآخر أولاً: استقلال الالتزام المصرفي

إن العلاقة الأصلية بين الطرفين المباشرين كعلاقة المظهر والمظهر إليه لا تنتقل مبدئياً إلى حملة الورقة المتعاقبين.

وما دام هؤلاء الحملة يجهلون عادة شروط العلاقة المذكورة ولا يجبرون على التحري عنها، فلا يحق للمدين الذي يتمسك في مواجهتهم عند رجوعهم بدعوى الصرف، بالعيوب التي تكتنف تلك العلاقة، ولذا يعتبر الالتزام المصرفي الذي ينشأ في ذمة المدين مستقلاً مبدئياً عن الالتزام الأصلي الذي كان سبباً لتحرير الورقة، ولا يختلف الأمر إلا بالنسبة لعلاقة المدين بدائنه المباشر، حيث يعود الدائن حق الرجوع على المدين على أساس الدين المصرفي أو على أساس الدين الأصلي القائم بينهما. ويظهر استقلال الدين المصرفي عن الدين الأصلي على النحو الآتي:

1- عدم بطلان الدين الأصلي لبطلان الدين المصرفي

الدين الأصلي لا يتأثر بالعيوب والدفوع التي يمكن أن تلازم الدين المصرفي، وتؤدي إلى بطلانه، حيث يحق للدائن الذي امتنع عليه الادعاء بالدين المصرفي لسبب خاص بهذا الدين، أن يرجع على مدينه بالدعوى الناشئة عن الدين الأصلي.

ومن ذلك أن الورقة التجارية إذا ما كان يشوبها عيب شكلي، فإن للمدين أن يدفع بهذا العيب في مواجهة الحامل دون أن يمس ذلك الدفع الدين الأصلي. وإذا وقع تاجر قاصر غير مأذون بالاتجار على الورقة التجارية كان الدين المصرفي باطلاً بالنسبة له، غير أن الدين الأصلي يبقى صحيحاً إذا كان القاصر قد وقع على الورقة وفاء بدين مدني كان يجوز له الالتزام به.³

واستئناف 1940/4/17: س 52، ص 233.

واستئناف 1941/2/26: س 53، ص 111.

هذه الأحكام مشار إليها لدى محمود محمد سالم، رسالة الدكتوراه، بعنوان السقوط والتقادم في الأوراق التجارية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة 1977، ص 30.

¹ أنظر محكمة استئناف مصر الأهلية، الحكم بتاريخ 1927/11/15 المحاماة س 8، ص 187، رقم 141.

² أنظر مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون 17 لسنة 1999، ص 201.

³ Lescot et Roblot, N° 1186, P. 115.

2- سقوط الدين الأصلي لسقوط الدين الصرفي بالإهمال أو بمرور الزمن

سقوط حق الحامل لعدم مراعاة المهل والإجراءات المعينة في القانون التجاري كعدم تقديم الورقة للوفاء، أو عدم تقديم الاحتجاج في المهل المخصصة له هل يستتبعه سقوط حقه في الرجوع على مدينه المباشر بالدعوى الأصلية؟

ونفس الشيء في حالة مرور الزمن التي أدت إلى سقوط الدين الصرفي، فهل يكون للحامل رفع الدعوى الأصلية الناشئة عن الدين الأصلي الذي يتقدم بمرور زمن طويل؟ للإجابة عن هذه الأسئلة فإن الفقه قد انقسم بين من يرى أن سقوط أحد الالتزامين يؤدي إلى سقوط الآخر بينما يرى فريق آخر بعدم تأثر سقوط الالتزامين بعضهما البعض.

1- اتجاه اتحاد الالتزامين

هذا الاتجاه يرى بأن بسقوط الدين الصرفي يسقط معه الدين الأصلي، مما ينجر عنه انتفاء حق الدائن بالمطالبة بدينه الأصلي بعد سقوط دعوى الصرف بالإهمال أو بالتقادم.¹ وعلل هؤلاء أرائهم بأن الدائن في الورقة التجارية قد اختار تقصير مهمل المطالبة والتقدم مقابل الضمانات التي يوفرها له قانون الصرف.²

2- اتجاه الفصل بين الالتزامين

يرى أصحاب هذا الاتجاه وجوب الفصل بين الدين الأصلي والدين الصرفي، بحيث تكون لكل منهما طبيعته وآثاره الخاصة، مما يترتب عنه أن سقوط أحدهما أو تقادمه لا يترتب عليه سقوط الآخر.

ويدحضون حجج الرأي السابق بأن الدائن لم يتنازل عن حقه بالتقادم الطويل، مقابل ضمانات قانون الصرف، ما دامت هذه الضمانات لا يمكن أن يستفيد منها عند رجوعه على الدعوى الأصلية لأن الدين يخضع للقانون المدني.

أما كون المظهر لا يتوقع الرجوع عليه بعد سقوط دعوى الصرف، فهذا ليس في محله، طالما أن المدة العادية ما زالت قائمة أو أن الوفاء بالورقة لا يترتب عنه التجديد.

3- تمسك الالتزام الأصلي بصفاته الخاصة

ومحل استقلال كل من الالتزامين هو احتفاظ الالتزام الأصلي بمميزاته الخاصة، ذلك أنه، إذا ما كان الدين الصرفي تجاري، يبقى الدين الأصلي مدنياً أو تجارياً وفقاً لماهية العمل الذي نشأ عنه.

¹ أنظر هذه الآراء لدى د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 58.

² Lescot et Roblot, Op- cit, N° 1186, p : 115.

ثانياً: تأثير كل من الالتزامين في بعضهما البعض

ويتجلى هذا التأثير في وجود الالتزامين جنباً إلى جنب من أجل هدف واحد وهو تمكين الدائن من الحصول على حقه ويظهر ذلك في الحالات التالية:

1- التأمينات والدفع

هذا يعني بأن التأمينات الناشئة عن الورقة التجارية تنتقل من كل تظهير إلى الذي ظهرت له لتعزيز حق الدائن، وهي لا تقتصر على الانتقال من المظهر إلى المظهر إليه، وإنما تنتقل إلى جميع الحملة المتعاقبين¹ وفق الشروط التي نبينها فيما بعد.

كما أن الدفع القائمة على الالتزام الأصلي يحق للمدين أن يدفع بها قبل دائنه المباشر (المظهر إليه) والتمسك بها في مواجهته، ومن تلك الدفع، كالدفع بالبطلان أو انتفاء السبب أو لعدم مشروعيته أو لعيب في الرضا أو الدفع بانقضاء الدين بالوفاء أو المقاصة غير أن البطلان النسبي لا يمكن أن يدفع به لأنه يمكن أن يزول بالتأييد.

ويتمثل ذلك في تحرير الورقة أو تظهيرها وفاء لهذا الدين الباطل بطلانا نسبيا شريطة أن يكون المدين على علم بسبب البطلان.²

2- أجل الاستحقاق

قد يكون أجل استحقاق الالتزام الأصلي سابق على الالتزام الصرفي، كما قد يكون أجل استحقاق الالتزام الأصلي بعد أجل الالتزام الصرفي، فأى الأجلين يؤخذ بهما وكيف تتم المطالبة به؟
الحالة الأولى: وتتمثل في أن أجل استحقاق الالتزام الأصلي سابق على الالتزام الصرفي، حيث يمكن أن يحمل على أن تسليم الورقة التجارية على سبيل الوفاء يفسر على أن الطرفين اتفقا على تأخير أجل استحقاق الالتزام الأصلي وعندئذ لا يحق للدائن أن يطالب بالوفاء قبل حلول ميعاد استحقاق الورقة التجارية.

الحالة الثانية: وتتمثل في أن أجل استحقاق الالتزام الأصلي يحل بعد أجل استحقاق الالتزام الصرفي، فهناك خلاف.

لكن الراجح أنه يستطيع الرجوع مباشرة بالدين الأصلي لأن ذلك يتفق مع قصد المتعاملين في تنازل المدين عن الأجل عند سحب الكمبيالة أو تظهيرها.³

¹ د. ادوارد عيد، الأسناد والتجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 61.

² د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 61.

³ د. علي البارودي، مرجع سابق، ص 220.

3- الوفاء

من أبرز تأثيرات الالتزامين ببعض البعض يتمثل في الوفاء بأحدهما من شأنه أن يبرئ ذمة المدين من الدين الآخر، ذلك أنه إذا استوفى الدائن قيمة الورقة التجارية امتنع عليه فيما بعد المطالبة بقيمة الدين الأصلي. وكذلك إذا وفى المدين بدينه الأصلي انقضى بذات الوقت دينه الصرفي وجاز للمدين التمسك بهذا الانقضاء تجاه الدائن إذا طالبه بقيمة الورقة عند حلول أجل الاستحقاق.¹

المطلب الثاني: تفسير التظهير على أساس العلاقة الأصلية

التظهير باعتباره ناشئاً عن العلاقات القائمة عن الورقة التجارية ظل تحديد طبيعته القانونية مثار جدل فقهي، هذا الخلاف أسفر عن نظريات متعددة يمكن ردها إلى ثلاث نظريات.

الأولى: تحاول تفسير التظهير على أساس القواعد العامة في الالتزامات.

الثانية: ترى أن التظهير تصرف ذات طابع متميز وترده إلى أنه تصرف قانوني.

الثالثة: تجد أنه أساسه هو حماية الثقة المشروعة، هذه النظريات سنتطرق لها في فروع ثلاث على التوالي:

الفرع الأول: تفسير التظهير على أساس القواعد العامة

يرى أصحاب هذه النظرية أن الالتزامات الناشئة عن الورقة التجارية، والتي منها التظهير، تقوم على أساس القواعد العامة، فأساس التزام الساحب والمسحوب عليه هو الوكالة، كما أن أساس التزام المظهر والمظهر إليه هو الحوالة.

1- نظرية الحوالة**أ- تقديمها**

يرد بعض الفقهاء الفرنسيين² العلاقات القانونية الناشئة عن الورقة إلى عقود ثلاثة عقد سابق بين الساحب والمستفيد جاءت الورقة التجارية تنفيذاً له والثاني يتمثل في علاقة الساحب والمسحوب والتي تقوم على الوكالة، وبهذا المعنى فإن المسحوب عليه ليس سوى وكيل للساحب ينفذ أوامره وفي هذا الخصوص يقوم بالوفاء للحامل في تاريخ الاستحقاق.

في حين أن المظهر والمظهر إليه يربطهما عقد حوالة بموجبه يحيل المظهر المظهر إليه على المسحوب عليه، وبهذه الحوالة تنتقل الورقة التجارية من الأول إلى الثاني.

¹ أنظر د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 64.

² من أصحاب هذه النظرية ليون كان ورينو.

ب- نقد النظرية

وقد وجهت لهذه النظرية العديد من الانتقادات تتمثل في:

- أن المسحوب عليه لا يمكن اعتباره وكيلا للساحب للوفاء للحامل، ذلك أن الأمر الموجه له يتمثل في التعهد بالوفاء باسم ولحساب الساحب وإنما من أجل أن يلتزم شخصيا بالوفاء بقيمة الورقة من ماله الخاص، إضافة إلى ذلك فإن التوكيل لا تنطبق عليه قاعدة تطهير الدفع، حيث لا يحق للمسحوب عليه أن يدفع بالدفع التي له قبل الساحب في وجه الحامل حسن النية عكس ما عليه الحالة في الوكالة.¹
- كما أن فكرة الحوالة لا تستقيم في العلاقة ما بين المظهر والمظهر إليه بالنظر إلى طبيعة الحق الذي ينتقل فهو حق المستفيد قبل الساحب (وصول القيمة)، والذي من المعروف أن الحامل يطالب بالوفاء بالورقة في ميعاد الاستحقاق، أم هو الحق الذي للساحب قبل المسحوب عليه (المؤونة)، حيث أن المؤونة قد لا تكون موجودة، ومع ذلك فالحامل يتعين عليه أولا أن يتقدم للوفاء عند المسحوب عليه حتى ولو كانت المؤونة غير موجودة، ومن بعد ذلك يباشر في الإجراءات التي يتطلبها الرجوع.²
- وعليه فإن فكرة الحوالة لا تتماشى مع خصائص الالتزام الصرفي، ذلك أن الحوالة تنقل الحق نفسه وبدفوعه من المحيل إلى المحال له، وهذه القاعدة تتعارض مع قاعدة تطهير الدفع، إضافة إلى أن المحيل لا يضمن إلا وجود الحق وقت الحوالة،³ في حين أن الملتزمين بالورقة التجارية ضامنون متضامنون للقبول والوفاء.
- وقد حاول أنصار هذه النظرية تبرير رأيهم بافتراض أن المدين قبل سلفا عند تحرير الورقة أو تطهيرها كل الحوالات التي سترد عليها مستقبلا، وبتنازله ضمنا عن التمسك قبل المحال له بأوجه الدفع التي قد تكون له قبل المحيل.
- إضافة إلى افتراض أن الموقعين على الورقة أنهم كفوا المدين في الوفاء.⁴
- غير أن هذه الافتراضات مردود عليها، حيث أنها لا تعبر دائما عن الإرادة الحقيقية للأطراف، كما أن الثابت هو الامتناع عن التنازل مقدما عن التمسك بالدفع، وخاصة ما يتعلق منها بالبطلان المطلق، كحالة عدم الأهلية، إضافة إلى ذلك فإن تكملة الحوالة بالكفالة لا تستقيم، ذلك أن للكفيل

¹ د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لقانون رقم 17 لسنة 1999، مرجع سابق، ص 207.

² د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 30.

³ G. Ripert et Roblot, Op- cit, N° 1930, p : 144.

⁴ د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لقانون رقم 17 لسنة 1999، ص 208.

وفقا للقواعد العامة إذا أصبح دائنا للدائن أن يتمسك بالمقاصة قبل أي محال له، وعندئذ لا يطالب بالوفاء، في حين أن الساحب إذا أصبح دائنا لا يجوز له الدفع بالمقاصة في مواجهة المظهر إليهم.¹

ثانيا: نظرية الإنابة

أ- تقديمها

أسس بعض من الفقهاء الفرنسيين وأبرزهم (تالير) العلاقات القائمة عن الورقة التجارية والتي منها التظهير، على أساس فكرة الإنابة.²

كما رأى أن الإنابة تتكرر عند كل تظهير للورقة التجارية، أي أن المظهر (المنيب) يحصل على رضا المظهر إليه (المناب لديه) بالمسحوب عليه (المناب) الذي يلتزم بوفاء الدين محل المظهر.

نقدها

لم تسلم هذه النظرية من الانتقادات وتمثلت أساسا في تخلف رضا أطراف العقد الثلاثة، وإذا لم يحصل عد العقد كأن لم يكن في حين أن رضا المسحوب عليه قد لا يتحقق ومع ذلك تبقى الورقة التجارية صحيحة نافذة اتجاه الموقعين عليها السابقين ومسؤولون اتجاه الحامل عن الوفاء بقيمة الورقة، كما أن الشيك لا يشترط فيه القبول، ومع ذلك فإن الموقعين عليه مسؤولون اتجاه حامله.

ثالثا: نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

أسس بعض الفقهاء³ العلاقات الناشئة عن الأوراق التجارية على أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير. ووفقا لهذا الرأي فإن المستفيد في الورقة يشترط على الساحب - لا لمصلحته وإنما لمصلحة الحملة المتعاقبين للورقة - على أن يدفع قيمة الورقة في حالة امتناع المسحوب عليه عن القبول أو عن الوفاء. وعندئذ فإن الساحب هو (المتعهد) والمستفيد الأول (المشترط) والحامل (المنتفع).

والوضع نفسه ينطبق في حالة التظهير عند كل تظهير، بحيث يعتبر المظهر (المتعهد) والمظهر إليه (المشترط) الذي يشترط على الأول بدفع قيمة الورقة له أو لمن تؤول إليه.

وبالتالي فإن المنتفع يحصل على حق مباشر تجاه المتعهد لا يستمد من المشترط، فإن هذا الحق هو الذي يفسر برأي أصحاب هذه النظرية، قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفع.

¹ د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لقانون رقم 17 لسنة 1999، مرجع سابق، ص 208.

² أنظر تفسير تالير لدى د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 31.

³ ورمز في رسالته بعنوان la Volonté unilatérale باريس 1891، ص 146-148 مشار إليها لدى د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 34.

نقدها

هذه النظرية تعرضت لانتقادات تتمثل في أنها لا تستقيم مع قاعدة تطهير الدفع، ذلك أن حق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير قائم على أساس عقد فما ينيط العقد من عيوب لا يسلم منها هذا الحق، مما يحق للمتعهد أن يتمسك بها في مواجهة المنتفع.

الفرع الثاني: تفسير التظهير على أساس التصرف القانوني

وفق منظور أصحاب¹ هذه الفكرة، والتي تقوم على أن العلاقات الناشئة عن الورقة التجارية ينبغي أن تكون علاقات مستقلة ذات طابع متميز خاص، عن العلاقات السابقة لها، طالما كانت هذه الورقة التجارية مستوفية للشروط الشكلية المحددة، والتي تخلق لها الكفاية الذاتية. مع أن مؤيدي هذه الفكرة وإن اتفقوا في موضوعها إلا أنهم اختلفوا في تفسيرها في نظريات نتعرض لها فيما يلي:

أولاً: نظرية العقد المجرد**1- تقديمها**

هذه النظرية تقوم على أنه بإجراء أي تظهير تندمج إرادة المظهر بإرادة المظهر إليه، ونفس الشيء في الإنشاء – ويتولد عن ذلك الاندماج بين الإرادتين عقد ينتج عنه التزام صرفي يدفع قيمة الورقة في تاريخ الاستحقاق، على عاتق كل موقع. كما أن قبول المسحوب عليه يترتب عليه عقد بينه والحامل الذي قبل له، مما يترتب عنه التزام المسحوب عليه بالوفاء.

وعليه فإن هذا العقد ينشأ عنه التزام صرفي مستقل ومجرد عن السبب الذي أدى إليه.²

2- نقد النظرية

وجه لهذه النظرية نقد يتمثل في أنه إذا كان يمكن القول بقيام عقد فيما بين الأطراف المباشرين كالمساحب والمستفيد أو المظهر والمظهر إليه، فإن ذلك لا يتأتى في آخرين لا يعرف بعضهم بعض كحالة المظهر والحامل الأخير من جهة ومن جهة أخرى بين المسحوب عليه القابل والحاملة اللاحقين للقبول.³

¹ أول من نادى بهذه الفكرة اينيرت وفقاً لمقتضيات القرن التاسع عشر سنة 1839، مشار إليه لدى د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 35.

² د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، وفقاً لقانون 17 لسنة 1999، ص 211.

³ Griper et Roblot, Op- cit, N° 1931, p : 145.

ثانيا: نظرية الإرادة المنفردة

1- تقديم النظرية

تقوم هذه النظرية على أساس أن من يوقع على الورقة التجارية، يلتزم بإرادته المنفردة بدفع قيمتها إلى أي حامل بتاريخ الاستحقاق، مما يترتب عنه قيام التزام في ذمة الموقع قبل أن يتحدد الدائن ويعلن رضاه، مما لا يسمح للموقع بأن يتملص من التزامه فيما بعد، من أجل أن تبقى الثقة المشروعة التي أوجدها لدى الغير بعد أن أفرغ التزمه في صك قابل للتداول.

وهذا الالتزام الذي منشؤه الإرادة المنفردة، مجرد، ومستقل عن التواقيع الأخرى الموجودة على الورقة وعن العلاقات السابقة التي كانت سببا له.¹

مع أنصار هذه النظرية وإن اتفقوا في منشأ الالتزام لم يكن الأمر كذلك في وقت إنشائه وتحديد طبيعته. ففيما يخص تعيين وقت قيام الالتزام يرى أحد الفريقين أنه ينشأ في الورقة التجارية التي استكملت البيانات الجوهرية بمجرد التوقيع حتى ولو لم يخرج من حيازة الموقع، غير أن هذا الالتزام يبقى معلقا على شرط انتقال الورقة إلى شخص يمكن اعتباره حاملا شرعيا دون مراعاة لظروف الانتقال، عندئذ يصبح الالتزام باتا بدخوله حوزة الغير.²

أما الفريق الآخر فهو المؤيد لنظرية الإصدار وعليه فإن الالتزام الصرفي ينشأ من الوقت الذي يضع فيه الموقع الورقة في التداول.

وحول تحديد طبيعة التزام المدين الصرفي تجاه الحامل فقد ثار خلاف بين مؤيدي النظرية، فمنهم من قال بتشخيص الصك ومنهم من قال بنظرية الاندماج، على أن نبين هذين الرأيين تباعا:

أ- نظرية تشخيص الصك

وفق أصحاب هذه النظرية فإن طبيعة التزام المدين اتجاه الحامل تتحدد بالنظر إلى الالتزام بالصك نفسه لا إلى حامله، ذلك أن المدين لا يلتزم اتجاه أي شخص، وإنما يلتزم اتجاه الصك ذاته، مما يترتب عنه عدم توجيه الدفع الناشئة عن العلاقات الشخصية واقتصارها على الدفع الشكالية المستمدة من الصك، ذلك أن الصك نفسه هو الدائن وأن الحامل يعتبر نائب قانوني عنه.³

* نقد النظرية

ويؤخذ على هذه النظرية عدم ملائمة رؤيتها للواقع، حيث لا يعقل أن يكون الحامل نائب عن الصك من جهة ومن جهة أخرى أن الحامل حينما يتقدم للوفاء يتقدم لحسابه الخاص.

¹ د. ادوارد عبيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 39.

² د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لقانون 17 لسنة 1999، ص 211.

³ د. ادوارد عبيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 40.

ب- نظرية الاندماج

وتتمثل هذه النظرية في أن الحق عندما ينشأ بإرادة المدين المنفردة (أو بتوافق إرادتي الدائن والمدين وفقا لنظرية العقد المجرد) ويتم إفراغه في الصك، يندمج فيه، وعندئذ يتحول من قيمة معنوية إلى قيمة مادية، مما ينتج عنه أن الحامل لا يعتبر دائئا وإنما مالكا لصك، وذلك لأن الورقة لا تعد خلق لمن تلقى عنه الصك، وبالتالي لا يحق الاحتجاج عليه بالدفع التي تشوب الحق الأصلي.¹

*** نقد النظرية**

يؤخذ على هذه النظرية إنكارها للطابع الشخصي والمتجسد في حق الدائنية بين المدين والدائن، إضافة إلى أن القانون مكن الحامل من استيفاء حقه حتى ولو ضاع الصك، مما لا يستقيم معه ربط استعمال الدائن لحقه الصرفي بحيازة الصك.²

ثالثا: الجمع بين الإرادة المنفردة والعقد**1- تقديمها**

يقول القائلون بهذه النظرية أن الإرادة المنفردة الصادرة عن المدين بالالتزام الصرفي تتقابل مع إرادة الدائن فيقوم عن ذلك عقد بين الإرادتين.

وقد اختلفوا في عرض هذه النظرية، حيث رأى البعض بأن المدين ودائنه المباشر تربطهما علاقة عقدية منبثقة من ذلك التوقيع الذي قام به المدين لصالح الدائن، ويلتزم المدين بإرادته المنفردة اتجاه اللاحقين في الورقة، في حين رأى البعض الآخر أن توقيع المدين على الورقة ينبثق عنه التزامه اتجاه الغير. بالاستناد على مجرد التعبير عن الإرادة المنفردة، وبعد ذلك ينشأ العقد مع المستفيد وبصورة مستقلة تماما، وذلك عند تسليم الورقة إلى هذا الأخير.³

2- نقد النظرية

ويؤخذ على هذه النظرية أنها تقيم على تصرف واحد علاقات قانونية مختلفة، كما أنها لا تسلم من ذات النقد الذي يؤخذ على النظريتين السابقتين اللتين تجمع بينهما.⁴

¹ Lescot et Roblot, Op- cit, N° 1202, p : 132.

² د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لقانون رقم 71 لسنة 1999، مرجع سابق، ص 212.

³ د. اموارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 43.

⁴ د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقا للقانون الجديد، مرجع سابق، ص 213.

الفرع الثالث: تفسير التظهير على أساس حماية القانون للثقة المشروعة

تقوم هذه النظرية على أساس أن الالتزام المصرفي منشؤه القانون، الذي يريد حماية الثقة في الورقة التجارية المتضمنة بيانات شكلية معينة، كي تؤدي وظيفتها الائتمانية، من أجل ذلك لا يحق للمدين أن يتمسك تجاه حامل الحسن النية بالدفع التي كان يمكنه توجيهها إلى حامل سابق. وقد أخذت هذا الفكرة تفسيرات مختلفة تناولتها نظريات عدة نتطرق لها فيما يلي:

أولاً: نظرية الظاهر وحسن النية

هذه النظرية تعرض لها فقهاء ثلاث، وبتصورات مختلفة، حيث رأى الألماني (غرينهوت Grinhut) أن الالتزام المصرفي مصدره الإرادة المنفردة غير أن حاجيات التداول تقتضي القفز على ما يترتب على التصرف الإرادي المحض، ذلك أن الموقع على الورقة التجارية، بتوقيعه وفقاً لهذه النظرية، يقيم التزاماً صرفياً، إضافة إلى قيمة محفزة للعمل، وبالتالي فيجب عليه المحافظة عليها، ويكون ذلك بأن خروج حيازة الورقة منه إلى شخص حسن النية بغض النظر عن ظروف الانتقال (ضياع أو سرقة أو إرادته)، يفرض عليه عدم التخلص من التزامه، وذلك مراعاة حسن نية الغير الظاهر، والذي اطمئن إلى الشكل ووثق فيه.

أما الفقيه الألماني (جاكوبي Jacobi) فإنه تعرض للنظرية، ومن وجهة مختلفة، حيث وجد أن الالتزام المصرفي قائم على أساسين:

الأول العلاقة المباشرة، بين المدين والدائن سواء كان بين الساحب والمستفيد أو المظهر والمظهر إليه، والمسحوب عليه والحامل الذي قبل له، فهذه العلاقة قائمة على عقد بين الطرفين المباشرين. والأساس الثاني علاقة المدين والحمله اللاحقين، فالالتزام المصرفي فيها لا يقوم على إرادة المدين وإنما على الحال الظاهر، الذي جعل المدين يحزر الورقة أو يظهرها أو يقبلها، وذلك هو محل ثقة الغير، عندئذ لا يحق للمدين أن يتمسك تجاه حامل الحسن النية بالدفع التي لا تتفق والوضع الظاهر.¹

أما الفقيه الإيطالي (Mossa)، فانتقد ثنائيه المصدر في الالتزام المصرفي، واعتبر أن مصدر واحد هو القانون في حين تقتصر إرادة المدين عند توقيعه في تحريك النظام القانوني² المترتب أصلاً في هذا الشأن، وبذلك يخرج الالتزام المصرفي حيز العمل وإلى إنتاج آثاره التي تتفق مع ظاهر الأشياء حتى ولو كانت لا يريدونها المدين، وعندئذ فإن الدفع التي يجوز التمسك بها وتلك التي لا يجوز

¹ د. إدوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 44.

² د. حسين النوري، مرجع سابق، ص 47.

التمسك بها اتجاه الحامل تخضع لقواعد تختلف عن تلك التي تسري على التصرفات القانونية بوجه عام.

ثانياً: نظرية المسؤولية

وفق القائلين بهذه النظرية ومن أبرزهم الفقيه فاليري (Valery)¹، يعد القانون هو مصدر التزام المدين في الورقة التجارية، كما أن القانون يسعى إلى حماية الائتمان والثقة المشروعة، وكل ذلك يتصل في المنفعة العامة، وبالتالي في النظام العام، ويتمظهر ذلك فإن من يتسبب في ضرر للغير يلزم عليه تعويضه عنه، واستناداً على ذلك فإنه يتعين حماية حق الحامل "ويتجلى ذلك في مساءلة من يعطل تداول الورقة والذي به يسبب الضرر للدائن ولذا يترتب على المدين التعويض عن الضرر الذي يلحقه بالحامل الحسن النية، ويقوم هذا التعويض على أساس المسؤولية المدنية².

نقد النظريتين

يؤخذ على النظرية الأولى عدم تلائمتها مع المنطق حين لا تجيز للمدين التملص من التزامه عند انتفاء إرادته حتى ولو كان بداية ملتزم بشكل الورقة الخارجية، ويتمثل ذلك في حالة التزوير وانعدام الأهلية، والمأخذ الآخر يكمن في أحد التفسيرات والتي تجعل لمصدر الالتزام مصدرين في العلاقة الواحدة. أما نظرية المسؤولية فيؤخذ عليها عدم انسجام أحكام المسؤولية في القواعد العامة مع حالة الورقة التجارية.

ثالثاً: نظرية الجمع بين الإرادة والقانون

1- تقديم النظرية

من أصحاب هذه النظرية الفقيهان الفرنسيان (Lescot et Roblot) وفقاً لهما فإن منشأ الالتزام الصرفي هو الإرادة وتتجلى في إنابة الموقع لدائنه لدى مدينه وفاء للدين الذي يلتزم به قبل الحامل ويرتضى المسحوب عليه هذه الإنابة تسوية للدين الذي عليه للساحب، وعندئذ يحق الاحتجاج بالدفع بانعدام الإرادة في مواجهة الحامل كما في حالة التزوير، وانعدام الأهلية، ويستطيع إضافة شروط بمحض إرادة أحد الموقعين كحالة الشروط الاختيارية، مثل شرط عدم الضمان، شرط الرجوع بدون مصاريف. كما يبرز دور القانون في وضع الشكل المعين للورقة التجارية لطمئنة الحامل على درء عنه الدفع التي لا قبل له بها³.

¹ تعرض لها في مقال في مجلة Anneles de dr.com ص 180 وما بعدها مشار إليه لدى د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 95.

² G. Ripert et Roblot, Op- cit, N° 1929, p : 145.

³ د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون رقم 17 لسنة 1999، مرجع سابق، ص 215.

نقد النظرية

ويؤخذ على هذه النظرية تأسيسها للالتزام المصرفي على مصدرين مختلفين هما الإرادة والقانون، بالإضافة إلى اعتمادها لفكرة الشكل الظاهر المقترن بحسن النية وذلك ما لا يكفي لتفسير جواز الاحتجاج ببعض العيوب غير الظاهرة حتى على الحامل حسن النية كالدفع بنقض الأهلية.¹

¹ د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لقانون رقم 17 لسنة 1999، مرجع سابق، ص 215.

الفصل الثاني

شروط تظهير الأوراق التجارية

يتم تداول الأوراق التجارية وفقا للقانون الموريتاني، وكذلك الجزائري، - كما أغلب التشريعات الأخرى- عن طريق التظهير، حيث أنه هو الوسيلة الوحيدة لانتقال هذه الأوراق، التي تضمن التمتع بالقواعد المصرفية الخاصة به، إضافة إلى أن المشرعان ألزما أن تتوفر فيهم شروط موضوعية وأخرى شكلية بغض النظر عن نوعية التظهير، أي سواء كان التظهير ناقلا للملكية أو توكيليا، أو تأمينيا.

هذه الشروط منها ما هو من وضع القواعد العامة في أي التزام مهما كانت طبيعته، وتتمثل في الرضا والأهلية والمحل والسبب، ومنها ما هو من وضع قواعد الصرف، والتي تتمثل في بعض الشروط الموضوعية، إضافة إلى الأنفة كأن يكون الحامل شرعيا، وأن يتم التظهير في آجاله القانونية، وكذلك شروط شكلية، تتمثل في التوقيع كبيان وحيد إلزامي في التظهير مع وجوب على أنه إذا كان التظهير مقتصر عليه، فيجب أن يكون على ظهر الورقة، هذا مع عدم وجود ما يمنع الأطراف من وضع ما يرتضونه من شروط شكلية اختيارية.

هذا بشكل عام أما وإن كان التظهير بغرض التوكيلي أو التأميني، فيجب إضافة على التوقيع وضع عبارات تدل على الغرض منه.

وسنقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: نخصه لشروط التظهير الناقل للملكية

المبحث الثاني: نخصه لشروط التظهير التوكيلي والتأميني

المبحث الأول

شروط التظهير الناقل للملكية

فالتظهير الناقل للملكية هو تصرف قانوني لنقل الحق الثابت بالكمبيالة، ولهذا يتطلب لقيامه صحيحاً أن تتوفر فيه الشروط الموضوعية، التي أرستها القواعد العامة شأنه في ذلك شأن كل الالتزامات الأخرى، هذا بالإضافة إلى تميزه ببعض الشروط الخاصة به، والتي تعتبر هي الضمان لانتقال هذه الأوراق بسهولة ويسر وسلاسة.

وهذا فإنه من المعلوم أن انتقال هذه الأوراق يمكن أن يتم بين أشخاص لا يعرف بعضهم البعض، إلا أنهم يعتمدون على البيانات التي فرضها المشرع في هذا النوع من الأوراق، والتي تكفل لها ذاتيتها وتحيطها ببعض القواعد الصارمة.

ولذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: نتطرق فيه للشروط الموضوعية للتظهير الناقل للملكية.

المطلب الثاني: نتطرق فيه للشروط الشكلية للتظهير الناقل للملكية.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية للتظهير الناقل للملكية

فمادام أن التظهير هو تصرف قانوني لنقل الحق الثابت بالكمبيالة، فهذا يتطلب حتى يكون صحيحاً منتجا لأثره توفر فيه الشروط الموضوعية، التي أرستها القواعد العامة لأي التزام، والتي هي أن يكون الالتزام صادراً عن رضا غير مشوب بأي عيب من عيوب الرضا التي من الممكن أن تخل بصحة الرضا، كما أن الشخص الصادر منه الالتزام يكون ذا أهلية للالتزام الذي سوف يقوم به، مع أن أهلية الأشخاص في التظهير بصفة عامة محدودة الآثار، أي أنها لا تبطل الورقة ولا تؤثر في صحة التزام الملتزمين الآخرين، وتبقى مقتصرة على بطلان التزام ناقص الأهلية، وذلك تجسيدا للقاعدة استقلال التوقيعات.

كما يجب أن يكون للتظهير محل وسبب حقيقيين ومشروعين.

وفضلاً على هذه الشروط فينبغي للتظهير أن تتوفر فيه شروط أخرى، خاصة تميزه عن غيره وتستمد خصوصيتها من النصوص المنشئة لها، وتتمثل في أن يكون من بيده السند أو الورقة هو حاملها الشرعي.

كما أن التظهير الذي يقوم به يجب أن يكون باتا غير معلق على شرط وأن يتم في ميعاده القانوني. وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: سنتعرض فيه للشروط الموضوعية العامة للتظهير.

الفرع الثاني: سنتعرض فيه للشروط الموضوعية الخاصة للتظهير.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية العامة للتظهير

الشروط الموضوعية هي المتعلقة بالقواعد العامة، وهي لازمة لأي التزام قانوني، فلا يصح ولا يرتب أثره بدونها، فما دام التظهير هو تصرف قانوني فيلزمه أن يتوفر فيه أهلية ورضا ومحل وسبب.

فالمظهر يجب أن يكون متمتع بالأهلية، وأن يكون رضاه صحيحا، أي بخلوه من أي عيب من عيوب الرضا، وأن يكون كذلك للتظهير محلا وسببا حقيقيين ومشروعين. وسنتناول هذه الشروط كالاتي:

أولاً: الأهلية

1- الأشخاص المتمتعون بأهلية الالتزام الصرفي

أ- كمال الأهلية

القصد من كمال الأهلية¹ هو بلوغ الشخص سن الرشد المحددة، وكذلك كل شخص تم ترشيده بالترخيص له بالاتجار.

* الرشد

كل من أتم ثمانية عشرة سنة كاملة (18) يعتبر بالغاً، إذا كان متمتعاً بقواه العقلية دون الحجر عليه لمباشرة حقوقه المدنية بحسب النص² الموريتاني، وفي القانون المدني الجزائري سن البلوغ هي تسعة عشرة سنة 19، فالملاحظ أن الفارق في النصين هو تحديد السن.

¹ الأهلية نوعان: أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فالأولى تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات في حين أن الثانية تعني صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية التي تعطيه الحقوق وتحمله الواجبات. أنظر في تعريف الأهلية، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ص 267-268.

² نصت المادة 15 ق. إ. ع. م على تحديد سن الرشد كالاتي: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة 18 سنة" وتقابلها في النص الجزائري المادة 40.

هذا مع أن النصين السالفين لم يحددا سنا للرشد في المسائل التجارية، مما يتطلب العودة إلى أحكام القواعد العامة في النصين، وبالخصوص نص المادة 15 ق. إ. ع. م، والتي تقابلها في القانون المدني الجزائري نص المادة 40.

استنادا على ما سبق فإن المظهر يكون أهلا للتظهير، أي أن تظهيره يكون صحيحا أو على الأصح توقيعه على السند أو الورقة صحيحا إذا كان بالغاً طبقاً للسن المحددة، في كل من النصين السابقين دون أن يعتريه عارض من عوارض الأهلية، الجنون أو العته أو السفه، بغض النظر عن جنس المظهر رجلا كان أم¹ امرأة، وبالنسبة لهذه الأخيرة سواء كانت متزوجة أم غير متزوجة، مطلقة أم أرملة.

يعود ذلك إلى تأثر النصين بالشريعة الإسلامية، التي تجعل للمرأة ذمة مالية مستقلة عن ذمة زوجها، كما لها التصرف فيها دون الحاجة إلى إذن زوجها.

ويجدر التنويه أنه كان لوضع المرأة غير ذلك في النصوص القديمة، مثل القانون التجاري الفرنسي لسنة 1807، وكذلك النصوص التي أخذت عنه كالقانون التجاري المصري لسنة 1883، حيث أن التشريع الفرنسي لم يكن يساوي بين الرجل والمرأة في الالتزامات المصرفية، ولا يسمح لها بالاتجار إلا بإذن زوجها، وذلك ما نتناوله كما يلي:

- أهلية المرأة لم يكن التشريع الفرنسي يساوي بين الرجل والمرأة، وعلى إثر ذلك ميز بين المرأة الراشدة والتاجرة، والمرأة غير التاجرة الراشدة، والتي تعتبر التزاماتها المصرفية لا تعدو كونها التزام مدني في حقها، ويبدو ربما يكون ذلك حرصاً منه عليها من قساوة الالتزامات المصرفية، والتي كان الإخلال بها يؤدي إلى عقوبة الإكراه البدني حسب قانون 1807.

وبعدما قام بإلغاء عقوبة الإكراه البدني، صدرت القوانين الفرنسية من بعد ذلك لتساوي بين الرجل والمرأة المتزوجة والمأذون لها بالاتجار من زوجها، وبذلك تصبح التزاماتها المصرفية للنافذة في حقها، ثم بعد ذلك لم تعد المرأة بحاجة إلى إذن زوجها لمزاولة التجارة، وبذلك أصبحت تتمتع بأهلية الالتزام المصرفي والتوقيع على الكمبيالة.

¹ تنص المادة 8 من القانون التجاري الجزائري على التزام المرأة التاجرة بما يلي: "تلتزم المرأة التاجرة شخصياً بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها، ويكون للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها في أموالها الشخصية لحاجات تجارتها كعامل الأثر بالنسبة للغير". لم تكن النصوص الموريتانية بهذا الوضوح على التزام المرأة التاجرة إلا أن عمومية النصوص يمكن أن يستشف منها أن النص التجاري الموريتاني يساوي بين الرجل والمرأة في الالتزامات المصرفية ويمكن أن يستنتج ذلك من نص المادة 10 ق. ت. م التي تقضي بأن "يجوز لكل شخص أهل للالتزام أن يتعاطى التجارة...".

وعليه فإن أهلية المرأة التجارية لم تكتمل إلا عبر مراحل وبنصوص عديدة منذ 1922-1932 و1938 و1942 و1956.

وقد كان للقانون الفرنسي الأثر البالغ في القانون المصري لسنة 1883، خاصة ما نصت عليه المادة 109، والتي اعتبرت أن التزام المرأة الراشدة في الالتزامات المصرفية لا يعد وكونه التزاما مدنيا، وبذلك لا تنطبق عليها القواعد المصرفية، كما لها أن تتحجج بمدنية التزامها.

* ترشيد المظهر لممارسة التجارة

ويكون في الحالة التي يتم المظهر 16 سنة كاملة في القانون التجاري الموريتاني و18 في ق. ت. ج مع منحه إذن بالاتجار وعندئذ فإن هذا القاصر¹ المأذون يكون له الحق في القيام بجميع التصرفات القانونية، التي تتطلبها تجارته، ومن ضمنها التوقيع على الكمبيالة، إذا ما لم يكن الإذن قد منع عليه التوقيع على الكمبيالة.

وبهذا فإن القاصر المأذون إذا ما ظهر كمبيالة، فإن تظهيره صحيحا، كما باقي كل التصرفات القانونية التي يقوم بها في نطاق الإذن الممنوح له.

ب- الأشخاص غير المتمتعين بأهلية الالتزام المصرفي

1- ناقص الأهلية

نقص الأهلية يكون بعدم كمال سن الرشد أو عدم الترشيح في المسائل التجارية، وهي الحالة التي يكون فيها المظهر لم يبلغ سن الرشد أو لم يحصل على إذن بالاتجار، وعندئذ فإن توقيعه في كلتا الحالتين يكون باطلا.

وهذا ما أكدته المادة 818 فقرة أولى من ق. ت. م بقولها: (إن الكمبيالة التي يلتزم بها القاصرون الذين ليسوا تجارا تكون باطلة بالنسبة لهم بدون أن ينال ذلك من الحقوق التي يختص بها كل الطرفين طبقا لأحكام مدونة الالتزام والعقود).

¹ نص القانون التجاري الموريتاني على ترشيح القاصر في المادة 11 كما يلي: "لا يجوز للقاصر ولو بلغ من العمر، 16 سنة كاملة ذكرا أم أنثى أن يمارس التجارة، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها فيما يتعلق بالأعمال التجارية ما لم يحصل على الترشيح المطلق. ويجب أن يقدم المعني إذنا كتابيا في ممارسة التجارة دعما لطلب التسجيل في سجل التجارة"، وهذا مطابقا لمضمون نص المادة 5 ق. ت. ج مع فارق السن.

هذا تقريبا في مضمونه ما ورد في المادة 393 فقرة أولى ق. ت. ج، مع العلم أن الإحالة الواردة فيها على المادة 191 ق. م. ج إحالة خاطئة والإحالة الصحيحة هي على المادة 103 ق. م. ج.¹ غير أن هذا البطلان لا يمكن أن يتمسك به إلا الذي في مصلحته، كما دون بقية الموقعين الآخرين أعمالا لقاعدة استقلال التوقيعات.

وتجدر الإشارة إلى أن النصين لا يكاد يختلفان إلا في تحديد السن أو طريقة منح الإذن. فالنص التجاري الجزائري حدد الجهة المختصة بمنحه، في حين أن النص التجاري الموريتاني اكتفى بالإذن فقط دون أن يحدد الجهة التي تمنحه الإذن، غير أن هذه الجهة يمكن أن تستشف من نص المادة 25 ق. إ. ع. م وما بعدها التي تقضي بعدم إقرار تصرفات ناقص الأهلية إلا بموافقة من الأب أو الوصي أو المقدم، مما يمكن أن يفهم منه أن منح الإذن يتم من الأب أو الوصي أو المقدم.

كما أن الدفع الناشئ عن نقص الأهلية يعطي لناقص الأهلية الحق في أن يتمسك به حتى في وجه الحامل حسن النية، وبذلك فإن المشرع غلب هنا حماية مصلحة ناقص الأهلية على مصلحة الحامل حسن النية، وما ذلك إلا رغبة من المشرع في أن يجنب القصر قساوة² قانون الصرف، وما ذلك إلا تجسيدا لإحدى الاستثناءات الواردة على قاعدة تظهير الدفع، هذا مع إلزام القاصر بما عاد عليه من نفع بسبب تنفيذ الالتزام، ذلك وفقا للمادة 103 ق. م. ج والتي أحالت عليها المادة 393 ق. ت. ج وهي كذلك مطابقة في المضمون نص المادة 114 ق. ت. ف.

وتجدر الإشارة هنا بأن المشرعان يكونا قد جسدا إحدى الاستثناءات الواردة على قاعدة تظهير الدفع والمتقرر لمصلحة القاصر مع إلزامه برد ما عاد عليه من نفع بسبب تنفيذ الالتزام، وهذا ما جاءت به المادة 103 فقرة 2 والتي حالت عليها المادة 393 ق. ت. ج.

¹ تنص المادة 103 ق. م. ج والتي تنص على أن "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو ابطاله، فإذا كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد". لم يحل نص المادة 818 على مادة معينة، كما هو الحال في النص الجزائري، وإنما على ق. إ. ع. م من ما يكن أن يستشف من عدة نصوص مثل 25 التي تنص على عدم إجازة عمل القصر بدون إذن من الأب أو الوصي أو المقدم، 324 ق. إ. ع. م التي تقر لمصلحة ناقص الأهلية دعوى البطلان و30 ق. إ. ع. م التي تلتزم القاصر محدود النفع.

² G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial (12^{ème} édition). Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1990, p : 161.

وما ترجيح مصلحة القاصر للحماية إلا مراعاة لقلّة خبرته وعدم وعيه وإدراكه الكافيين لمصالحه.¹

أما الحالة التي يكون فيها الحامل وقع ضحية لتدليس أو بطرق احتيالية، اتخذها القاصر لا يهامه برشده، فعندئذ فإن القاصر يجب عليه تعويض الحامل عن فعلته ويرى الفقه أن أنسب تعويض للحامل إلزام القاصر بدفع قيمة السند.²

2- فاقد الأهلية

المظهر منعدم الأهلية في الحالة التي يكون قد بلغ سن الرشد واعتراه عارض من عوارض الأهلية، كالجنون والسفه والعتة أو كما الصغير غير المميز، أي الذي لم يبلغ سن 13 سنة حسب ما ورد في المادة 42 من ق. م. ج³ وسن 15 سنة حسب ما ورد في قانون الأحوال الشخصية الموريتانية.

والبطلان هنا المتقرر لفائدة فاقد الأهلية ليس كما هو في القواعد العامة، والذي يمكن لكل ذي مصلحة أن يتمسك به،⁴ وإنما تكسيرا لتلك القواعد فإنه لا يمكن أن يتمسك به إلا فاقد الأهلية، وذلك ترجيحاً لقواعد الصرف، وخاصة قاعدة استقلال التوقيعات، وبذلك تكون باقي التوقيعات صحيحة ومنتجة لآثارها، وهذا ما جاءت به المادة⁵ 818 الفقرة 2.

بقي أن نشير إلى أن أهلية المظهر إذا كان شخصاً معنوياً قد حددتها المادة 50 ق. م. ج بحسب طبيعة سند إنشائها أو القانون، وهذا نفسه ما تضمنته مضمون المادة 3/20 ق. إ. ع. م،⁶ حيث يفهم

¹ أنظر عبد الملاي زوليفة، التظهير الناقل للملكية في السفنجة، رسالة ماجستير، 1992، كلية الحقوق، بن عكنون، ص 97، عن Roger Hovin, les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, Tome 2, Paris, Sirey, 1962, p : 27.

² Gavalda et Stoufflet, op- cit, p : 115.

³ تنص المادة 42 ق. م. ج "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز للصغر في السن، أو عته، أو جنون. يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة" لم تأتي المادة 169 الأحوال الشخصية الموريتانية التي تنص على سن عدم التمييز بنفس الوضوح، وإنما يمكن أن يستشف من نصها أن الذي لم يبلغ 15 سنة يعتبر غير مميز، حيث ورد فيها أنه "لا تسلم أموال المميز له قبل رشده، للولي أو القائم مقامه، بعد موافقة القاضي أن يأذن للمميز قصد التجربة بإدارة جزء من أمواله إذا أنس منه حسن التصرف وأكمل الخامسة عشر من العمر".

⁴ المادة 102 من ق. م. ج والتي جاء فيها: "إذا كان العقد باطلاً بطلانا مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان والمحكمة أن تقضي به مت تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".

⁵ نصت المادة 818 فقرة 2 من ق. ت. م. ج: "إذا كانت الكميالية محتوية على توقيعات من أشخاص ليست لهم أهلية الالتزام بموجبها أو على توقيعات مزورة أو منسوبة لأشخاص وهميين أو على توقيعات ليس من شأنها لأي سبب آخر إلزام الأشخاص الذين وضعوا توقيعهم على الكميالية أو وقع عليها باسمهم، فإن ذلك لا يمنع من أن تكون التزامات الموقعين الآخرين ماضية عليهم". وهذا نفسه ما جاء في مضمون المادة 2/393 ق. ت. ج.

⁶ نصت المادة 3/20 ق. إ. ع. م على: "... أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائها أو التي يقرها القانون..." وهذا نفسه ما أورده مضمون المادة 50 ق. م. ج.

من ذلك أن على الممثل للشخص المعنوي أن يكون يتمتع بسلطة التوقيع على السند وفقا لسند الإنشاء أو بحسب القانون الخاضع له الشخص المعنوي.

ثانيا: الرضا

يشترط لصحة الالتزامات وجوب توفر الرضا، ولما كان التظهير تصرفا قانونيا فإنه يشترط لقيامه توافر رضا المظهر على السند وخلوه من أي عيب من عيوب الرضا، ويحصل رضا المظهر بتظهيره السند إلى المظهر تظهيراً ناقلاً للحق مع ضمانه قبول السند – باستثناء الشيك- والوفاء للحامل الأخير في حالة امتناع المسحوب عليه عن الدفع، ورضا المظهر يتأتى بالتوقيع الذي يمكن أن يكون باليد أو بأي طريقة أخرى غير مكتوبة باليد.

وإن اتفق على وجوب رضا المظهر، فعلى العكس من ذلك بقي رضا المظهر إليه محل خلاف بين الفقهاء، حيث يرى البعض¹ أن صحة التظهير لا يتلزم لها رضا المظهر إليه، وبذلك سمحوا إمكانية أن يتم التظهير لمصلحة ناقص الأهلية.

فيما يذهب بعض الفقهاء إلى ضرورة توفر رضا المظهر إليه في الورقة، ويبررون ذلك بأن التظهير ناتج على اثر تصرف بين المظهر والمظهر إليه، وبالتالي لا بد من توافر رضا الطرفين، مما يفرض حصول رضا المظهر إليه بتحرير الورقة لصالحه، حتى يحصل العلم بها من قبله، حيث أنها قبل ذلك، تبقى مجرد مشروع يسمح لمحررها الرجوع فيه.

غير أن المظهر إليه يمكن أن يكون قاصرا أو عديم الأهلية، حيث أنه ليس ثمة ما يلزمه أو يخل بالتظهير، في أنه لا يجوز للمظهر إليه أن يعيد التظهير من جديد إلا إذا كان مأذونا أو كان ممثلاً في هذا العمل بنائية القانون.²

فقبول المظهر إليه بتظهير السند إليه يلزم وفقا للقواعد العامة، ويتأتى هذا القبول بمجرد وجود السند في حوزة المظهر إليه، تجسيدا لمبدأ الحيازة في المنقول سندا للملكية.³

ومما تقدم يمكن القول بأن رضا المظهر إليه لا يتم وفق شكل معين، مما يجعله يمكن أن يستشف من واقع الحال، حيث أن تسليم الورقة إليه تسليما ماديا واستلامه لها يعتبر قبولا بهذا التظهير.

وهذا ما يفسر أجازة التظهير لناقصي الأهلية على اعتبار أن التظهير لا يلزمه بشيء، ويكفي لقيامه أهلية الوجوب فقط دون الأداء.

¹ أنظر بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 181.

² أنظر ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 248.

³ صبحي عرب، مرجع سابق، ص 66.

هذا عن وجود رضا المظهر والمظهر إليه، في حين أن هذا الرضا قد يحصل أن يعتريه عيب من عيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه، وعندئذ يمكن لمن عاب رضاه أحد هذه العيوب أن يتمسك ببطلان تظهيره، غير أن ذلك يختلف بحسب ما إذا كان هذا الاحتجاج قائما بين المظهر والمظهر إليه المباشر، والذي يمكن أن يتمسك باحتجابه إن كان حسن النية اتجاهه، وبين ما إذا كان اتجاه الحملة اللاحقين، وحتى الحامل الأخير وعندئذ فإن هذا الاحتجاج، مما يتطهر بالتظهير، حيث لا يمكن الاحتجاج به ضد حامل حسن النية بدفع لا علم له به وسنتطرق لذلك عند الحديث تطهير الدفع.

وفي هذا الصدد قضت محكمة استئناف بالقاهرة أنه (إذا فرض جدلا أن التظهيرات التي تناولت السندات الأذنية صحيحة في شكلها، فإنه يشترط في جعلها واجبة الأداء أن تكون تمت في جو تثبت فيه نية المحيل والمحال إليه ناصعة لا تشوبها شائبة).¹

ثالثا: المحل والسبب

1- المحل

التظهير تصرف قانوني قائم بحد ذاته إذا ما توفرت فيه الشروط اللازمة له، والذي يعتبر المحل أحدها، حيث يجب أنه تتوفر فيه نفس الشروط اللازمة للمحل وفقا للقواعد العامة، أي أن يكون ممكنا ومشروعا.

ويتجلى محل التظهير لدى غالبية الفقه على قيمة السند، والذي يتمثل دائما في مبلغ نقدي،² وكتابته من البيانات اللازمة لتحديده تحديدا لا يدع مجالاً للبس والريبة³ ولذلك يكتب مرتين بالأرقام والأحرف، وفي حالة الاختلاف بين الرقمين يؤخذ بالمبلغ المكتوب بالحرف لكون التزوير أو السهوي أكثر صعوبة من الأرقام، وإذا ما تعددت كتابة المبلغ بالحروف والأرقام وحصل تباين في المبلغ بين الكتابات، عندئذ يؤخذ بالمبلغ الأقل قيمة.⁴

ويقدر المشرعان⁵ أن العملة التي يتم الأداء بها إذا ما كانت تختلف عن عملة مكان الأداء، فيمكن دفع مبلغها بالنقود الرائجة في مكان الأداء، وتحسب القيمة بيوم الحلول.

¹ محكمة الاستئناف، القاهرة، الدائرة التجارية، 10-06-1953، رقم 2 سنة 70 ق. أنظر في ذلك عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المواد التجارية، المؤسسة المصرية، 1967-1968، رقم 1632، ص 751.

² د. أكرم يا ملكي، الأوراق التجارية وفقا لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقا للأعراف الدولية، ت، أ، 2001، ص 128.

³ د. ادوارد عييد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 127.

⁴ أنظر المادة 817 ق. ت. م والتي تقابلها بنفس المضمون المادة 392 ق. ت. ج.

⁵ المشرعان دائما أعني بها المشرع الموريتاني والجزائري.

أما الحالة التي تكون فيها تسمية العملة واحدة مع تباين في القيمة، فيمكن أن يحمل على أن الأداء يتم بالنقود المتداولة في مكان الأداء.¹

هذا مع العلم أن المبلغ على عمومته هو ما يمثل محل التظهير الذي لا يمكن أن يكون مجزئاً ولا معلق على شرط أو قيد، من هنا تبرز أهمية إبراز حكم التظهير الذي ينصب على جزء من المبلغ وكذا التظهير المعلق على شرط؟

أ- حكم التظهير الجزئي

التظهير يجب أن ينصب على كامل المبلغ المحدد في الورقة حتى يكون صحيحاً، حيث لا يتأتى أن يتم تظهير جزء من المبلغ والإبقاء على الباقي، وعندئذ لن يتخلى المظهر عن حيازة الورقة كما أن للمظهر إليه، حيث أن هذا الأخير لا يستطيع أن يقوم بخصم الورقة قبل تاريخ الاستحقاق، أو تقديمه الورقة للمسحوب للقبول أو الوفاء.²

ولهذا الاعتبار عد التظهير الجزئي باطل وهو ما نصت عليه المادة 821/4 ق. ت. م الخاصة بالكيميالة، والتي جاء فيها (... إن التظهير الجزئي باطل...) والمادة 907 الخاصة بالشيك، ونفس المضمون هو ما ورد في نص المادة 6/396 الخاصة بالسفتجة من ق. ت. ج، وكذلك المادة 2/487 الخاصة بالشيك، ونفس الشيء أوردته المادة 5/117 من ق. ت. ف وهذا ما أكده القضاء الفرنسي، وخاصة محكمة النقض الفرنسية،³ التي اعتبرت التظهير الجزئي يقطع سلسلة التظهير، مما يجعل حامل الورقة التجارية غير مالك حقيقي لها.

ولقد كان بطلان التظهير الجزئي محل خلاف في الفقه الفرنسي قبل صدور قانون 1935، مع أن أغلبية الفقهاء يعتبرونه باطلاً على اعتبار أنه يعرقل تداول الورقة التجارية وما يكتنفه من معوقات.⁴

وهنا تجدر الإشارة إلى ذكر حالة تعدد المظهرين، والتي يقوم فيها أحدهم بالتظهير دون تفويض من الآخرين، عندها تكون أمام تظهير جزئي، وفي هذا الصدد حكمت محكمة التمييز اللبنانية في حكم صادر لها بتاريخ 1959/01/12 بما يلي:

"عندما يكون السند مكتوباً لأمر عدة دائنين فلا يمكن أن يحصل تظهيره عن حصة أحد الدائنين دون حصة الباقيين، وأنه يجب بالتالي لإمكان تجبير (تظهير) السند المذكور أن يتفق على هذا الأمر

¹ أنظر المادة 842 ق. ت. م وكذلك نجد نفس المضمون في المادة 417 ق. ت. ج.

² د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 241.

³ مشار إليه في رسالة بعنوان تظهير السفتجة، عبد الملاوي زولخة، ص 114.

⁴ Leslot et Roblot, Op- cit, p : 288. Gavalda et stoufflet, Op- cit, p : 90.

جميع الدائنين وأن يوقعوا في ذيل عبارة التظهير، إلا إذا كان الدائنون متضامنين، إذ يجوز عندئذ لأحدهم أن يظهر السند باسم الكل، على أن التضامن بين الدائنين لا يوجد بدون نص يرد في اتفاق بينهم وبين المدنيين في عقد المداينة".¹

ومن ما يحق التنويه عليه أن المشرعان ميزا بين وضع التظهير الجزئي، ووضع الأداء الجزئي، حيث نصا على بطلان الأول وأجازا الثاني، أي أن الأداء الجزئي يقع صحيحا ويبرئ ذمة الساحب والمظهر وكل الضامنين من ذلك الجزء الذي تم الوفاء به حسب نص المادة 2/840 ق. ت. م ونفس المضمون كذلك أوردته المادة 2/415، حيث لا يحق للحامل رفض الأداء الجزئي مع بقاء حقه في المطالبة بالباقي واتخاذ كل الإجراءات اللازمة لاستيفائه بما في ذلك من تحرير احتجاج عدم الأداء، وكذا مطالبة الضامنين به، ولعل قصد المشرعان من ذلك تخفيف عبء الضمان على عاتق الضامنين في الورقة التجارية.²

إن امتناع الحامل عن الأداء الجزئي يتضرر منه الضامنين لأنه سيعود عليهم بالمبلغ الكامل في حالة الرجوع عكس ما إذا قبل بجزء منه فإنه لن يعود عليهم إلا بالجزء المتبقي.³ إذا ما كان المشرعان قد حكما ببطلان التظهير الجزئي فهما على خلاف ذلك فيما يخص بالتظهير المعلق على شرط أو قيد.

ب- التظهير المعلق على شرط أو قيد

يجب على المظهر عند القيام بالتظهير أن يكون هذا التظهير مجردا غير واقف على شرط أو قيد، وهذا ما نصت عليه المادة 3/821 ق. ت. م ونفس المضمون أوردته المادة 4/396 ق. ت. ج وكذلك الحال في المادة 4/117 من ق. ت. ف.

ذلك أن كل شرط سيخل بالوظائف الأساسية للورقة التجارية بوصفها أداة وفاء وائتمان يعتبر كأن لم يكن ويظل التظهير صحيحا وفقا للمادة 3/821 (يجب أن يكون التظهير مجردا وطلقا وكل شرط يعلق عليه التظهير يعد كأن لم يكن...).

ومن هنا فإن الشرط إذا ما كان موقوفا عليه التظهير، أي أن التظهير لن يتحقق إلا إذا ما حصل الشرط، فإن ذلك يهز الثقة بالالتزامات المصرفية ويجعلها تتوقف على أمور مستقبلية احتمالية غير مؤكدة، ومن ثمة فإن الالتزام غير أكيد وبات، مما يجعل الحامل لا يطمئن لها ولا يقبلها كأداة وفاء،

¹ تمييز لبناني 1959/01/12، مجموعة باز 7، ص 101 رقم 01 مشار إليه في الأسناد التجارية، د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 227.

² Lescot et Roblot, Op- cit, p : 288.

³ راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، السنة 2005، ص 94.

وتتعلل بالتالي الوظيفة المنوطة بها، وعليه اعتبر المشرعان هذا الشرط كأن لم يكتب، ولا يمكن الاحتجاج به على الحامل.

بينما ميز المشرعان بين الشرط الذي يجعل من التظهير التزاما احتماليا وبين الشروط التي يحق للمظهر وضعها، ومن ذلك بعض البيانات الاختيارية (كشرط عدم التظهير من جديد أو شرط عدم القبول أو الوفاء أو عدم الرجوع بالمصاريف) أو غيرهم من البيانات التي لا تعرقل إجراء التظهير ولا تداول الورقة التجارية.

ولعل التمييز قائم على أساس أن تقييد التظهير بشرط يجعل منه أمر احتماليا في حين أن شرط عدم التظهير لا يعيق من انتقال الورقة، وإنما يقتصر أثره فقط على إعفاء المظهر من الضمان، غير أن شرط عدم ضمان الوفاء لا يعفى المظهر من الرجوع الصرفي.

وأخيرا يمكن أن نخلص إلى أن الفرق بين الشرط، وبين البيانات الاختيارية واضح، حيث أن المشرعان أخذوا ببطان ذلك الشرط واعتبارها كأن لم يكتب دون الاعتداد بإرادة المظهر وإغفالها لصالح القواعد المصرفية، في حين أنه أخذ بالبيانات الاختيارية التي يضعها المظهر، والتي لا تعيق انتقال الورقة ولا تضعف من الضمان، ولا الثقة والتي تمضي إلى علم المظهر إليه وبذلك اعتداد بإرادة المظهر والمظهر إليه مع التخفيف من أثر تلك البيانات.

2- السبب

يعتبر السبب هو الأساس الذي أنشأت عليه العلاقة القائمة بين المظهر والمظهر إليه، والتي هي سبب تظهير الورقة، وبذلك فإن سبب قيام التظهير هو الالتزام الأصلي القائم على العلاقة الأصلية بين المظهر والمظهر إليه، والتي بشأنها كان الأول مدينا والثاني دائنا، وعلى إثرها حررت الورقة استيفاء لها.

غير أنه لكل التزام سبب يختلف عن غيره فقد يكون سبب التزام المظهر عقد بيع، في حين أن التزام الساحب عقد قرض والتي يعبر عنها في قانون الصرف (بوصول القيمة) ورغم ذلك لم يستوجب المشرعان وجوب ذكر بيان (وصول القيمة) على خلاف ما عليه الحال لدى المشرع المصري في قانونه القديم الذي يعتبره بيانا إلزاميا، حيث أن عدم وضعه يجعل التظهير غير ناقل للملكية، بل مجرد تظهير توكيلي، كما جاء في المادة 134 من ق. ت المصري وقضى به حكم قضائي¹.

¹ نقض مصري 5 أبريل 1976، مجموعة أحكام النقض- سعيد أحمد شعلة، مرجع سابق، السنة 27، ص 254.

على أن السبب وفقا للقواعد العامة يفترض فيه أن يكون موجودا، وأن يكون حقيقيا ومشروعا،¹ وتجسيدا لذلك لا يعتبر سببا صحيحا أداء المظهر بدين قمار قبل المظهر إليه لعدم مشروعية السبب، كما لا يعتبر السبب مشروعا إذا ما تم تظهير الورقة من قبل رجل لامرأة نتيجة العلاقة غير الشرعية القائمة بينهما، وفي هذا المضمار يتصور المشرعان بأن السبب صحيح ومشروع حسب قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس.

فالتظهير على هذا الوجه باطلا غير أنه لا يمكن أن يتمسك به إلا اتجاه المظهر إليه المباشر، أي في إطار العلاقة المباشرة بين المظهر والمظهر إليه، والتي تستند إلى وجود دائن ومدين، وأما إذا تعدت العلاقة غير المنشئين لها، فعندئذ لا يمكن التمسك بهذا البطلان اتجاه الحملة اللاحقين ولا حتى حامل الورقة، ذلك أن الدفع المستمدة من عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته من الدفع التي يظهرها التظهير، حيث لا يصح أن يفاجأ الحامل بدفع لا علم له به.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة للتظهير

يشترط في التظهير بوصفه تصرفا قانونيا ينشئ التزاما صرفيا على عاتق المظهر شروط موضوعية خاصة وتتمحور هذه الشروط في أن يكون المظهر حاملا شرعيا للورقة التجارية، وأن يحصل التظهير في الوقت المحدد قانونا.

وستنطبق لهذه الشروط بتقسيم الفرع إلى نقطتين الأولى، أن يكون المظهر حاملا شرعيا للورقة التجارية والثانية أن يتم وفق الآجال المحددة.

أولا: المظهر حاملا شرعيا

يعتبر حاملا شرعيا للورقة التجارية كل من تحصل عليهما بحسن نية من طرف الساحب، ويكون ذلك إما بوصفه من سحب الورقة لأمره أو أن يكون هو المستفيد الأصلي منه أو أنه حامل تحصل على الورقة بسلسلة غير منقطعة من التظهيرات. لهذا لكي يكون حاملا شرعيا لا بد من أن تتوفر فيه شروط بها يستحق هذه الصفة وهي:

- 1- حيازة الورقة التجارية ماديا.
- 2- حصوله على الورقة بسلسلة غير منقطعة من التظهيرات.
- 3- الحيازة تتم بحسن نية ودون ارتكاب خطأ جسيم.

ونتعرض لهذه الشروط فيما يلي:

¹ تنص المادة 83 ق. إ. ع. م على أن "يفترض في كل التزام أن له سببا حقيقيا ومشروعا، ولو لم يذكر" وهو نفس المضمون تقريبا الوارد في المادة 98 ق. م. ج.

1- حيازة الورقة التجارية ماديا

وتعني وجود الورقة بين يدي الحامل، وهو ما نص عليه المشرع الموريتاني في المادة 1/824 من ق. ت. م الخاصة بالكمبيالة بقوله: (إن ماسك الكمبيالة يعتبر حاملها الشرعي...) ونفس المضمون جاءت به المادة 1/399 من ق. ت. ج المتناولة السفتجة يعتبر من بيده السفتجة أنه حاملها الشرعي...).

لمناقشة الحيازة حسب المادتان نرى لتلك الحيازة أنها يمكن أن تتم وفق صيغتان، فالأولى الطبيعية، والذي يكون فيها الحامل استمد الورقة التجارية عن طريق علاقة صرفية، أي أنه آلت إليه الكمبيالة وفق سلسلة من التظهيرات حتى صار هو الحامل الشرعي الأخير، وفي هذه الحالة لا يوجد أي إشكال.

لكن الإشكال يثور عندما تؤول الورقة التجارية لحامل نجد بين يديه الورقة، لكن عن طريق علاقة غير صرفية، ومن ذلك حالة الوارث أو الموصى له أو الموهوب له، وكذلك حالة الوكيل، وكذلك أمين التفليسة، فأى هؤلاء وفق ما ورد في النصين، فهل هم حملة شرعيون وهل يحق لهم تظهير الورقة ويكون التظهير صحيح؟

هذا ما سنتناوله تباعا حسب الآتي:

أ- تظهير الوارث أو الموصى له أو الموهوب له

ظل تظهير الوارث والموصى له والموهوب له وهم الذين آلت لهم الورقة التجارية عن طريق غير صرفي محل جدل بين الفقهاء، وثار حول ذلك خلاف كبير، وفي هذا الصدد اتجه فريق من الفقه¹ إلى عدم إجازة تظهير الوارث أو الموصى له أو الموهوب له على اعتبار أن ذلك الحق حقا شخصيا للأصلاء فقط ويعللون رأيهم بانقطاع سلسلة التظهيرات.

وعلى العكس من ذلك اتجه فريق آخر² أجاز للوارث أو الموصى له أو الموهوب له تظهير الورقة التجارية مع ضرورة إبراز صفتهم، حيث بذلك يوازي بين انتقال الحق الصرفي بالطرق غير المصرفية وتسلسل التظهير غير أن الانتقال هنا لا ينتج سوى آثار الحوالة المدنية.

في حين رأى فريق ثالث³ تمتع الوارث أو الموصى له بنفس الحقوق والامتيازات التي كانت للموروث أو الموصى، مما يخول للوارث أو الموصى له تظهير الورقة التجارية في ميعاد الاستحقاق وقبض القيمة أو إعادة تظهيرها شريطة أن يقومون عند التظهير بكتابة صفتهم على

¹ Lescot et Roblot, Op- cit, p : 267.

² أنظر عبد الملاوي زوليخة، تظهير السفتجة، مرجع سابق، ص 107، عن أكتم أمين الخولي.

³ د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 245.

الورقة التجارية لتظل التظهيرات متسلسلة، وينتج التظهير آثاره. ومن المعلوم أن المشرع الموريتاني وكذا الجزائري لم يتطرق لتظهير هؤلاء، كما قانون جنيف، وكذلك مجمل التشريعات المنبثقة عنه.

ب- التظهير من الوكيل وأمين التفليسة

قد يحصل وأن يتم التظهير من مظهر ينوب عن غيره في ذلك التظهير، يستمد تلك الصفة إما عن طريق الاتفاق المتأتى عن عقد وكالة أو عن طريق القانون، حيث يكون هو من منحه تلك الصفة، كما هو الحال في أمين التفليسة.

* التظهير عن طريق الوكيل

الوكيل هو الذي يمثل موكله وفقا لعقد الوكالة الذي تم بينهما، هذا العقد يمنح بعض السلطات للوكيل، حيث يحق له أن يقوم باسم الموكل ولحسابه ببعض التصرفات.

وفقا للقواعد العامة فإن للوكيل أن يقوم بتظهير الورقة التجارية نيابة عن موكله، ولذلك يكون لتظهير الورقة التجارية باسم ولحساب الموكل مع إبراز صفته كوكيل عن المظهر،¹ وبذلك تتصرف الآثار الناجمة عن التظهير إلى الموكل لا الوكيل، والتي منها رجوع المظهر إليه أو الحامل بعدم القبول أو الدفع.

هذا لأن الوكيل لا يتعاقد باسمه ولا لحسابه، وعليه فهو غير ضامن مع تقييد الوكيل بأن لا يتجاوز حدود الوكالة، ذلك أنه في حالة التجاوز فإنه يكون مسؤولا شخصيا بما أجراه من تصرف.² وبالتالي فإن الآثار تنصرف إليه، هذا ما قضت به الفقرة الأخيرة من المادة 818 ق. ت. م وهو نفسه ما جاءت به المادة 3/393 ق. ت. ج وكذلك هو مضمون المادة 3/114 من ق. ت. ف.

* تظهير أمين التفليسة

بعد صدور حكم بالتصفية القضائية، يتخلى المدين عن إدارة أمواله ويعين أمين التفليسة ليحل محله في إدارة أمواله، وبذلك ممثلا لجماعة الدائنين، كما يقوم بممارسة حقوق المدين وإقامة دعاوى بشأن ذمته المالية طيلة تلك الفترة تحت إشراف القاضي المنتدب ورقابته.³ وعلى الرغم من غل يد المدين فإن الأداء الذي يقوم به بعد التوقف عن الدفع لأي ورقة تجارية يكون صحيحا، شريطة أن يكون الساحب والمظهر الأول لا يعلم بالتوقف عن الدفع.¹

¹ Lescot et Roblot, Op- cit, N° 271, p : 298 et 299.

² Gavalda et Stoufflet, Op- cit, p : 87.

³ تنص المادة 1342 ق. ت. م "يؤدي الحكم القضائي والتصفية إلى تخلي المدين بقوة القانون عن تسيير أمواله والتصرف فيها..."

وما هذا الاستثناء إلا حرص المشرع الموريتاني على عدم الإخلال بالقواعد المصرفية والمحافظة على شدتها، ومع ذلك لم يأتي نص صريح في تصرف أمين التفليسة بهذه الأوراق التجارية، غير أن أمين التفليسة ما دام يحل محل المدين في إدارة أمواله، فمن البديهي أنه إذا كان من بينهما (أوراق تجارية فعليه أن يلتزم بقواعدها المصرفية الشديدة وأن يقوم بتقديمهما للقبول أو الدفع في المواقيت المحددة فيها).

في حين أن النص التجاري ينص على أن لوكيل التفليسة تقديم السند للقبول، إذا ما كان هنالك داعي، وكذلك تحصيله واتخاذ كل الإجراءات التحفظية بشأنه، وذلك كله بعدما يقوم القاضي المنتدب من استخراجها من حفظ الأختام وفقا لنص المادة 2/261 ق. ت. ج.

2- الحيابة بواسطة سلسلة غير منقطعة من التظهيرات

لا تتأكد حيابة الورقة التجارية حيابة مادية إلا إذا كانت بسلسلة غير منقطعة من التظهيرات، وهذا ما أكدته المادة 1/824 ق. ت. م والخاصة بالكمبيالة والتي تسري أحكامها كذلك على السند لأمر، وكذلك المادة 1/913 الخاصة بالشيك، حيث جاء في نص المادة 1/824 ق. ت. م (إن ماسك الكمبيالة يعتبر حاملها الشرعي إذا أثبت حقه بسلسلة غير منقطعة من التظهيرات ولو كان آخرها تظهيراً على بياض والتظهيرات المشطوبة تعد على هذا الوضع لاغية وإذا كان التظهير على بياض متبعا بتظهير آخر فموقع هذا التظهير الأخير يحمل على أنه اكتسب الكمبيالة بمقتضى التظهير على بياض). وفي نفس السياق جاءت المادة 1/399 من ق. ت. ج الخاصة بالسفتجة والتي تسري أحكامها على السند لأمر وكذلك نصت على ذلك المادة 491 الخاصة بالشيك.

ويفهم من نصوص المواد السابقة أن التواريخ أو التظهيرات تتأتى في شكل متوالي، أي أنت يأتي توقيع المظهر الأول ومن ثم يتبعه الذي يليه ثم الذي يلي ذلك وهكذا حتى توقيع الحامل الأخير، الذي يقوم بتقديم الورقة التجارية للوفاء في تاريخ الاستحقاق.

واعترت محكمة النقض الفرنسية أن حيابة الورقة التجارية التي تتضمن شرط الأمر لا تجزي يكون الحامل شرعياً، بل فوق ذلك لابد من أن تكون هذه الحيابة قد تمت بسلسلة متصلة من التظهيرات،² والتسلسل يعني أن التواريخ تأتي بشكل منتظم حتى وصولها إلى الحامل الأخير.³ ولم يغفل المشرعان حالة الشطب التي قد تحصل من أي مظهر فيقوم بشطب تظهيره، عندئذ وبحسب

¹ أنظر المادة 1413، ق. ت. م.

² أنظر بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 212، نقلا عن علي سيد قاسم قانون الأعمال، وسائل الائتمان التجاري في القانون، رقم 17 لسنة 1999، الجزء الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2000، ص 47.

³ Lescot et Roblot, Op- cit, p : 291.

أحكام المواد السابقة فالتظهير المشطوب يعتبر كأن لم يكن، مما يعني أنه ليس له أي أثر، بحيث لا يمكن الاحتجاج عليه ولا يضعف من الضمان الموجود بالورقة التجارية.

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه هو في حالة شطب صيغة التظهير والإبقاء على التوقيع، هذه الحالة لم تخصصها نصوص المواد السابقة بالذكر.

أما الفقه¹ فقد رأى بأن حالة شطب التظهير وبقاء التوقيع يصير التظهير تظهيراً على بياض أو للحامل ما دامت سلسلة التظهير غير منقطعة حتى الحامل الأخير، في حين أن الصيغة المعاكسة، والتي فيها يشطب على التوقيع ويترك صيغة التظهير، فهذه الصيغة غير كافية لاعتبارها تظهيراً، ذلك أن التظهير يشترط فيه التوقيع.

وعلى الرغم من إجازة المشرع الموريتاني، وكذا الجزائري لشطب التظهير على الورقة التجارية، إلا أن البعض² يجد بأن هذه الإجازة ليست مطلقة للمظهر، حيث لا يحق له أن يشطب ما يريد من تظهيرات على الورقة، ذلك أن التظهير يقوم على علاقة سابقة بين المظهر والمظهر إليه، مما يحتم على المظهر إذا ما أراد شطب تظهيره أن يقوم بتثبيت هذا الشطب، من ذلك إنهاء العلاقة أو فسخها أو غير ذلك عندئذ فإن التظهير يصبح بلا سبب ويجوز شطبه، أما إذا كانت العلاقة ما زالت مستمرة فلا يحق له شطب التظهير بإرادة منفردة.

ويمكن القول بأن هذا الرأي الأخير مردود عليه، وإن كان له ما يبرره وفقاً للقواعد العامة، حيث بانتفاء السبب يبطل التصرف، إلا أنه وفقاً للقواعد الصرفية ليس له محل ذلك أن السبب وإن كان يمكن أن يحتج به في إطار العلاقة المباشرة بين المظهر والمظهر إليه، فليس له ذلك إذا ما تعدت العلاقة المنشئين لها.

وعلى الأرجح أن ذلك هو ما راعت المادتان 1/824 ق. ت. م وكذلك المادة 1/399 ق. ت. ج واللتين أجازت شطب التظهير مما يترتب عليه انعدام أثره.

أما عن حالة التظهير على بياض في التظهيرات الموجودة على الورقة فإن ذلك لا يقطع سلسلة التظهيرات ويحصل ذلك إذا كان من بين المظهرين من اكتفى بتوقيعه فقط، هذه الحالة لا تؤدي إلى انقطاع في سلسلة التظهيرات ولا في كون الحامل غير شرعي وإنما يعتبر التظهير محافظاً على سلسلة التظهيرات، وهذا ما أكدته المادة 1/824 ق. ت. م على أن كل التظهيرات صحيحة حتى

¹ أنظر د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 213.

² أنظر على حسن يونس، الأوراق التجارية، دار الفكر العربي، ص 129.

ولو كان آخرها تظهير على بياض، كما أضافت بأن التظهير على بياض إذا اتبعه تظهيراً آخر فإن هذا الموقع الأخير يعتبر قد اكتسب الورقة بمقتضى تظهير على بياض.

ويرى البعض¹ بأن إجازة التظهير على بياض من بين التظهيرات التي على الورقة يتيح ادعاء مالك غير شرعي لملكية الورقة، ويكون ذلك في حالة ضياع ورقة من مظهر إليه بتظهير على بياض، وقام الحامل غير الشرعي بكتابة اسمه في البياض الموجود في هذه الحالة فإن هذا الحامل رغم تسلسل التظهيرات لا يعتبر حاملاً شرعياً.

3- الحيابة تكون بحسن نية ودون ارتكاب خطأ جسيم

حتى تكون الحيابة مكسبة للورقة التجارية اشترط المشرع الموريتاني في المادة 2/824 ق. ت. م المتعلقة بالكمبيالة، والتي تسري قواعدها على السند لأمر وكذلك المادة 1/915 المتعلقة بالشيك، حيث ورد في نص المادة 2/824 ق. ت. م أنه (إذا انتزعت الكمبيالة من شخص بأي حادث من الحوادث فحاملها الذي يثبت حقه على النحو المبين بالفقرة السابقة لا يلزم بالتخلي عنها إلا إذا كان قد اكتسبها عن سوء نية أو كان قد اكتسبها عن سوء أو كان ارتكب خطأ جسيماً عند اكتسابها).

ويعتبر هذا الشرط ضرورياً حتى لا تكون سلسلة التظهيرات وخاصة بوجود من ضمنها تظهير على بياض- منتفية الجدوائية، حيث بغيره يحق لمن أثبت التسلسل في التظهيرات حتى وإن ارتكب خطأ جسيماً أو بسوء نية يمكن أن يتذرع بوجود تسلسل في التظهيرات.

من هنا فإن سوء النية أو ارتكاب الخطأ الجسيم عند اكتساب الورقة التجارية يجعل من الحامل حاملاً غير شرعي.

وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن، حيث اعتبرت سوء النية يتمثل في علم الحامل عند اكتساب الورقة بأن الحامل الذي قبله قد انتزعت ملكيته للورقة بطرق غير اعتيادية كالنزوير أو السرقة.

وقد ثار خلاف فقهي حول سوء النية والكيفية التي يتم بها تحديدها، إلا أن أغلب الفقهاء يرجحون أن سوء النية يتجسد في كون الحامل عند اكتسابه الورقة التجارية يكون بغرض قصد الإضرار بالغير،² وهذا المبدأ هو الذي تطبقه قاعدة تظهير الدفع.

¹ أنظر د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 209.

² عبد الملاوي زوليخة، تظهير السفتجة، مرجع سابق، ص 102.

ثانيا: القيام بالتظهير في الوقت المحدد

لكي تقوم الورقة التجارية بوظائفها الأساسية كأداة وفاء وأداة ائتمان، يجب أن يتم ذلك في الفترة ما بين تاريخ الإنشاء وإلى غاية تاريخ الاستحقاق.

وقد كانت مسألة التظهير بعد تاريخ الاستحقاق مثار جدل فقهي كبير، بحيث أن التشريع الفرنسي، وخاصة القانون التجاري لسنة 1922 لم ينص عليها وأغلب التشريعات آنذاك.

وظلت المسألة تتمحور حول الإجازة من فريق من الفقهاء والرفض من البعض الآخر حتى جاء قانون جنيف الموحد، الذي حسم الموقف، وأجاز التظهير بعد تاريخ الاستحقاق واعتبره ينتج نفس الآثار الذي ينتجها قبل تاريخ الاستحقاق إذا ما تم وفق الشروط التي وضعها.¹

ولمكانة الآراء الفقهية التي اختلفت قبل صدور قانون جنيف حول التظهير بعد تاريخ الاستحقاق يتحتم الوقوف عندها، وقد انصبت في اتجاهين، اتجاه يقضي بإجازة التظهير بعد تاريخ الاستحقاق واحتفاظه بنفس الآثار التي كان يرتبها قبل تاريخ الاستحقاق، أما الاتجاه الآخر فلا يجيز التظهير بعد تاريخ الاستحقاق، وإذا ما حصل فإنه لا ينتج آثار سوى حوالة الحق.

فأين موقف المشرع الموريتاني والجزائري من هذين الاتجاهين؟

*** موقف المشرع الموريتاني والجزائري في التظهير بعد تاريخ الاستحقاق**

المشرع الموريتاني والجزائري على نهج قانون جنيف أجاز هذا التظهير إذا ما تم بحسب شروط محددة، وذلك وفق ما ورد في نص المادة 1/827 ق. ت. م الخاصة بالكمبيالة كما يلي:

(يترتب على التظهير بعد حلول الأجل نفس النتائج المترتبة عن تظهير سابق على أن التظهير الحاصل بعد الاحتجاج بالامتناع عن الدفع أو بعد انقضاء الأجل المعين لإقامة الاحتجاج لا يترتب عليه إلا نتائج الإحالة العادية). ونفس المضمون جاءت به المادة 1/402 ق. ت. ج وكذلك هو الحال في المادة 1/123 من ق. ت. ف.

ويظهر من نصوص المواد أن المشرعان قد حسما أمر التظهير الذي يتم بعد تاريخ الاستحقاق، ذلك بأنه تظهيراً صحيحاً يخضع لنفس الأحكام ويترتب نفس الآثار التي يرتبها التظهير الذي يتم قبل تاريخ الاستحقاق، هذا مع إلزامية أن يتم هذا التظهير قبل تحرير الاحتجاج أو قبل انتهاء المدة المحددة للاحتجاج.²

¹ Gavalda et Stoufflet, Op- cit, p : 211.

² نصت المادة 3/845 ق. ت. م على أن: "الاحتجاج بالامتناع عن دفع الكمبيالة الواجبة الدفع في يوم معلوم أو في أجل ما بعد مضي مدة من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع عليها، يجب تحريره في أحد يومي العمل التاليين لليوم الواجب فيه دفع الكمبيالة، وإذا كانت الكمبيالة واجبة الدفع لدى الاصطلاح، فيجب تحرير احتجاج على الشروط المبينة بالفقرة المتقدمة

تجدر الإشارة إلى التفرقة بين حالات متنوعة مرتبطة بالتظهير بعد تاريخ الاستحقاق، وهي الحالات التي أشارت إليها المادة 827 ق. ت. م وكذلك المادة 402 ق. ت. ج حتى ننتبين مقتضى التظهير الحاصل بعد تاريخ الاستحقاق وصحته من عدمها، وذلك كالآتي:

أ- الحالة الأولى: التظهير بعد الاستحقاق وقبل تحرير الاحتجاج لعدم الدفع

إذا ما تم التظهير بعد الاستحقاق فإنه يحتفظ بآثاره الصرفية إذا ما كان قبل القيام باحتجاج عدم الدفع، وهذا ما أكدته المادة 1/827 ق. ت. م وكذلك المادة 1/402 ق. ت. ج كما أنه ينتج نفس الآثار التي ينتجها التظهير الحاصل قبل تاريخ الاستحقاق.

ب- الحالة الثانية: التظهير بعد الاستحقاق وبعدها حرر الاحتجاج لعدم الدفع

التظهير الحاصل بعد تحرير الاحتجاج لعدم الدفع لا ينتج آثار التظهير الصرفية، وإنما تقتصر آثاره على آثار الحوالة، هذا وفقا لما ورد في نص المادة 1/848 ق. ت. م وكذلك المادة 402 ق. ت. ج، ويبقى كذلك طيلة مدة الاحتجاج، والتي تعتبر في المادة 827 ق. ت. م يومي العمل المواليين ليوم الدفع وعشرون يوما حسب نص المادة 427/ق. ت. ج.

ج- الحالة الثالثة: التظهير بعد الاستحقاق وقبل فوات مهلة إجراء الاحتجاج

التظهير لما يتم خلال المدة المحددة لإجراء الاحتجاج وقبل أن يقوم الحامل بإجراء الاحتجاج فإنه يكون صحيحا ومنتجا لآثاره وهذا ما تؤكدته المواد السابقة الذكر.

د- الحالة الرابعة: التظهير بعد الاستحقاق وقد انتهت مهلة تحرير احتجاج عدم الدفع

يعتبر التظهير الحاصل بعد الاستحقاق وبعد انتهاء المهلة الممنوحة لتحرير الاحتجاج عدم الدفع غير صحيح، حيث بانتهاء المهلة تنقضي أحكام التظهير كتصرفا قانوني ذا قواعد صرفية، ولا يمكن أن ينتج هذا التصرف سوى آثار الحوالة المدنية، وذلك وفقا لنصوص المواد السابقة الذكر.

وإن كان التظهير بعد تاريخ الاستحقاق يخضع لأوضاع يجب أن يتم وفقها.

فوق ذلك فإنه يقترن بقرينة قائمة على أساس عدم ذكر التاريخ، حيث تعتبر المادة 2/827 أن التظهير الذي لا يذكر فيه التاريخ يعد، على أنه تم قبل الاحتجاج وقبل انتهاء المهلة والقرينة بسيطة تقبل إثبات العكس بكل الوسائل.

هذا مع العلم أن التاريخ لا يعتبر بيانا إلزاميا في القانونين التجاري الموريتاني والجزائري.

لتحرير الاحتجاج بالامتناع عن القبول... " ونفس المضمون ورد في المادة 3/427 ق. ت. ج مع اختلاف في تحديد المدة، حيث اعتبر المشرع الموريتاني اليومين المواليين ليوم الدفع في حين أن النص التجاري الجزائري أعطى مدة عشرون يوما الموالية ليوم الدفع.

ويمكن القول استنادا للحالات السابقة أن التظهير بعد تاريخ الاستحقاق تظهيراً صحيحاً إذا ما تم القيام به قبل تحرير الاحتجاج عدم الدفع وقبل انتهاء المدة المحددة للاحتجاج.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية للتظهير الناقل للملكية

لقيام تظهير صحيح منتج لآثاره اشترط المشرع الموريتاني وكذا الجزائري كما بقية التشريعات، أن يتم وفق شروط شكلية حددها القانون، وهذه الشروط منها ما هو إلزامي، وهي المندرجة في البيانات الإلزامية، ومنها ما هو غير إلزامي اختياري، ذلك أن عدم وجوده لا يؤثر في صحة التظهير ووفقاً لما تقدم سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: نتعرض فيه للبيانات الإلزامية.

الفرع الثاني: نتعرض فيه للبيانات الاختيارية.

الفرع الأول: البيانات الإلزامية

تعتبر الكتابة من البيانات الإلزامية في التظهير، وذلك لإبراز شكله هذا بالإضافة إلى التوقيع، والذي يعتبره المشرع التجاري الموريتاني، وكذا الجزائري جازياً في التظهير، حيث يمكن أن يقتصر¹ عليه دون غيره من البيانات الأخرى وعندئذ يكون التظهير صحيحاً، ولا يتأتى أن يتم التظهير بدونه، وسنتناول هذه البيانات كالاتي:

أولاً: كتابة الصيغة على الورقة

التظهير يجب أن ترد صيغته كتابة على الورقة التجارية، إلا أن هذه الكتابة² لا يشترط فيها أن تتم بحبر معين أو آلة خاصة، على أن يتم على الورقة ذاتها، وإذا امتلأت جاز أن ترد على وصلة تابعة للورقة، وهذا ما ورد في المادة 6/821 من ق. ت. م بقولها: "يجب أن يكون التظهير على الكمبيالة ذاتها أو على ورقة ملحقة بها (أي المضافة)".

وهذا النص يسري مفعوله على السند لأمر، والكتابة فيما يخص الشيك نصت عليها المادة 1/910 ق. ت. م ونفس المضمون أوردته كذلك المادة 7/396 ق. ت. ج المتعلقة بالسفتجة والمطبقة على

¹ نصت المادة 8/821 ق. ت. م على أن: "ويجوز أن لا يعين في التظهير الشخص المستفيد منه أو أن يقتصر على توقيع المظهر لا غيره (وهو تظهير على بياض)، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يكون التظهير صحيحاً، إلا إذا كان على ظهر الكمبيالة أو على المضافة". ونفس المضمون جاءت به المادة 9/396 ق. ت. ج.

² أجازت محكمة النقض الفرنسية الكتابة بالقلم الرصاص بموجب حكم صادر في 18 أكتوبر 1996 على الرغم من خطورته وسهولة تزويره. أنظر مضمون هذا الحكم في تظهير الأوراق التجارية، د. بسام حمد الطراونة، المرجع السابق، ص 225.

السند لأمر وكذلك فيما يتعلق بالشيك المادة 1/488 ق. ت. ج وحسب ما جاءت به المواد السابقة فإن الكتابة خارج الورقة تخرج الورقة التجارية من الإطار الصرفي، وتبقى مجرد حوالة حق خاضعة للقواعد العامة، ويعود ذلك إلا أن الكتابة لما تتم في ورقة مستقلة عن الورقة التجارية ذاتها تؤدي إلى عدم تحقق مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية.¹

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية² في أحد أحكامها بأنه لا يمكن اعتبار الاتفاقات الخارجية بديلا عن التظهير، وذلك في إطار البنك الذي حصل على الورقة التجارية عن طريق عملية الخصم، في حين أن الورقة لم يرد عليها صيغة التظهير وبالتالي اعتبر أن البنك ليس حائزا شرعيا، حيث لا يصح أن يتم الاعتماد على عقد الخصم لإثبات أن الورقة قد ظهرت إليه تظهيرا ناقلا.

ومن خلال مفهوم المواد السابقة الذكر نجد بأن المشرعان قد أوجدا استثناء على وجوب وجود التظهير على الورقة ذاتها، وذلك في الحالة التي تمتلئ الورقة من التظهير، حيث عندئذ يحق أن يتم في ورقة مضافة لا يمكن أن تتحقق لها استقلالية عن الورقة الأصلية، على أن يكتب ملخص للورقة التجارية المكمل أو بذكر جزء من التظهير في الورقة التجارية الأصلية على أن تتضمن الوصلة الجزء الباقي.³

ثانيا: مضمون ومكان صيغة التظهير

1- مضمون التظهير

تعني الصيغة، العبارة الدالة على انتقال ملكية الحق الثابت في الورقة من المظهر إلى المظهر إليه، ومن الأمثلة الدالة عليها:

- (ظهر لأمر السيد أحمد بن المصطفى) أو (منى لأمر السيد أحمد بن المصطفى).

ومما يلاحظ أن هذه الدلالات، وإن كان يمكن استخدامها لأحد أشكال التظهير، وهو التظهير الاسمي فمن الممكن الاستغناء عنها بوضع التوقيع على ظهر الورقة التجارية وعندئذ يكون التظهير تظهيرا على بياض، وفق القانون التجاري الموريتاني وكذلك الجزائري.

2- مكان التظهير

لم يخص المشرع التجاري الموريتاني وكذا الجزائري التظهير بمكان في الورقة التجارية إلا فيما يخص التظهير على بياض والذي افترض فيه أن يتم على ظهر الورقة أو على الوصلة وفقا لما تم

¹ د. سميحة القبلي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية لسنة 1992، ص 76. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 127.

² نقض فرنسي، 10 يناير 1984، مشار إليه في تظهير الأوراق التجارية، وبسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 223.

³ د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 129.

النص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 821 ق. ت. م الخاصة بالكمبيالة وكذلك الفقرة الأخيرة من 910 الخاصة بالشيك ونفس المضمون أوردناه في الفقرتين الأخيرتين من المادتين 396 ق. ت. ج الخاصة بالسفتجة و488 الخاصة بالشيك.

سوى ذلك فإن التظهير يمكن أن يتم على وجه الورقة التجارية وعلى ظهرها، وإن كان الدارج أن يتم على ظهر الورقة، وذلك استجابة للفظ اللغوي للتظهير.

ثالثاً: التوقيع

1- جوهريته

التوقيع هو البيان الإلزامي الوحيد الذي اعتبر المشرع الموريتاني وكذا الجزائري التظهير بدونه غير صحيح من هنا تبرز أهميته، حيث يعتبر شرطاً لا يكفي للصحة فقط، وإنما لانعقاد وهو أساس التزام المظهر بالضمان بالوفاء بالورقة التجارية مع باقي الموقعين اتجاه الحامل الشرعي.

كما أن التوقيع دلالة على اتجاه إرادة المظهر لإحداث الآثار الناتجة عن التظهير.¹

وقد عرف التوقيع تعريفات متعددة، حيث عرف في الفقه الغربي بالتعريف التالي:

(شكل تعريفي يستخدم لتوثيق كتابة ما وإعطائها شرعية).²

وعرف تعريف آخر ورد فيه أنه (كل علامة مكتوبة بخط اليد مميزة وشخصية وتساعد على تحديد ذاتية مؤلفها دون شك وتترجم إرادته في قبول هذا التصرف).³

كما ورد له تعريف من الأستاذ محمد المرسي زهرة كما يلي: (علامة خطية خاصة ومميزة يضعها الموقع بأية وسيلة على مستند لإقراره).⁴

2- شكله

التوقيع يتخذ أشكالاً متباينة، ولا عبرة في الشكل الذي وضع به المظهر توقيعه وإنما الأساس في أن يكون بقصد إحداث الأثر القانوني، ومن كل تلك الأعداد من العناصر، التي تعتبر أساسية،⁵ وقد نصت المادة 7/821 من ق. ت. م على أن التوقيع يمكن أن يتم بخط اليد. كما يمكن أن يتم بأي طريقة أخرى غير مكتوبة باليد، ونفس المضمون جاء في المادة 7/396 ق. ت. ج، ومع أن النصاب لم يحدد نوعية التوقيع غير المكتوبة، فإنه يمكن أن نقيس على ما عليه الحال لدى المشرع

¹ Lescot et Roblot, Op- cit, p : 90.

² تعريف الفقيه Murice Megrah ، مشار إليه في تظهير الأوراق التجارية، وبسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 230.

³ تعريف للفقيه mercadai مشار إليه في تظهير الأوراق التجارية، د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 230.

⁴ تعريف محمد المرسي زهرة، مشار إليه في تظهير الأوراق التجارية، د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 230.

⁵ رأي الأستاذ محمد المرسي زهرة، مشار إليه في تظهير الأوراق التجارية، د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 231.

المصري، والذي أدرج إمكانية أن يتم التوقيع بالختم والبصمة، وذلك في المادة 548 الخاصة بالشيك على أن هذه الأشكال الأخيرة من التوقيع يجب أن تكون بحضور شاهدين.¹

وقد قضت محكمة النقض المصرية بالنص الوارد في المادة 548 في الحكم الآتي كما يلي:
(من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التوقيع بالإمضاء أو الختم أو ببصمة الإصبع هو المصدر الوحيد والقانوني لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية...)².

وقد كانت مسألة أن يكون التوقيع مقروء محل جدل، حيث اعتبر البعض³ بأن لا ضرورة في أن يكون التوقيع مقروء، وأن عدم قراءته تجعل التوقيع غير صحيح، ذلك أن الخطوط المشككة للتوقيع تكون متداخلة، مما لا يسمح بقراءتها.

وقد قضت محكمة النقض المصرية حول مسألة قراءة التوقيع واعتبر أن عدم قراءته أو كشفه عن اسم صاحبه⁴ غير مشترط لصحة التوقيع.

وتشير العديد من التطبيقات القضائية أن الرمز الذي يستخدمه الشخص كتوقيع له يكون صحيحا إذا ما كان يدل على شخصيته، ومن بين تلك الأحكام ما ورد في القضاء البريطاني الذي جعل العلامة أو علامة الشخص الذي لا يكتب أو غير قادر على الكتابة بأنه يعد تظهيراً صحيحاً وهذه العلامة مجزية للدلالة على أنه تظهير.⁵

كما جاء في نفس الشأن في قضية حكمت المحكمة العليا الأمريكية بشأنها استخدام رقم حسابي "كتظهير" على الشيك يعتبر توقيعا وبررت المحكمة هذا الموقف على أن (في هذا العصر – عصر الكمبيوتر – أصبح استخدام الأرقام كوسيلة من وسائل التعريف بالهوية منتشرا فعليا والأرقام أكثر سهولة في التعريف من التوقيع).⁶

¹ د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 232.

² طعن رقم 3026 لسنة 61 قضائية، السنة الرابعة والأربعون، الجزء الأول، جلسة 1993/01/04، ص 137، مشار إليه في تظهير السندات التجارية، د. بسام حمد الطراونة، المرجع السابق، ص 233.

³ مشار إلى مضمون حكم محكمة النقض المصرية في تظهير الأوراق التجارية، د. بسام حمد الطراونة، المرجع السابق، ص 235.

⁴ مشار لها، د. بسام حمد الطراونة، ص 235، نقلا عن أبو زيد رضوان، ص 96.

⁵ قضية (Geogr. V, Surrey 1830)، مشار إليها في تظهير الأوراق التجارية، د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 236 Murice Megrah.

⁶ قضية (Cameronand Boydv, National community Bank of New Jersey 1996) مشار إليها لدى د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 236 (نقلا عن المذكرة الإيضاحية لقانون ولاية نيوجيرسي الأمريكية للتوقيع الإلكترونية في شرح المادة 203).

كما أن التوقيع على الورقة التجارية باستخدام الكربون كان مثار جدل، مما جعله محل أحكام متباينة، حيث أن محكمة النقض المصرية أجازته واعتبرت محرراته حجة قائمة بذاتها،¹ ذهبت المحاكم الفرنسية بين الرفض والاعتراف بهذا النوع من التوقيع، إلى أن استقرت محكمة النقض الفرنسية على اعتبار النسخة الموقعة بالكربون صورة ولا يمكن اعتبارها أصلاً.²

الفرع الثاني: البيانات الاختيارية

تعتبر البيانات الاختيارية هي ما يتفق عليه المظهر والمظهر إليه من بيانات يرونها ضرورية لتضمين مصالحهما ولتحديد التزاماتها، هذا مع ضرورة ألا تخرج الورقة التجارية عن النظام العام السائر في الأوراق التجارية.³

وللتتويه فإن هذه البيانات كثيرة لا يمكن حصرها فكلما رؤوا المتعاملين في الورقة من اشتراط في إطار النظام يمكن أن يضعوه.

كما يمكن أن يكون البيان الاختياري تم وضعه من الساحب وليس المظهر، فكل منهما الحق في وضع ما يشاء من بيانات، إلا أن ما يميز بينهما هو أن البيان الاختياري الذي يضعه المظهر لا يلزم غيره أعمالاً لمبدأ استقلال التوقيع، وعلى العكس من ذلك البيان الذي يضعه الساحب، فإنه يلزم كل الموقعين على الورقة ويستفيدون منه، بما في ذلك المظهر على أن نتناول بعض هذه البيانات تباعاً كما يلي:

أولاً: وصول القيمة

تعني وصول القيمة سبب التظهير الذي به آلت الورقة من المظهر إلى المظهر إليه الذي قد يكون ناتجاً عن عملية بيع أو اقتراض أو غير ذلك، ويكتب هذا البيان مع إبراز نوع العملية أحياناً كصيغة (القيمة وصلت نقداً) أو (وصلت بضاعة)، وكلها تفيد ما تحصل عليه المظهر من المظهر إليه.

ومن المعلوم أن المشرع الموريتاني كما الجزائري لم يشترط هذا البيان لا في الإنشاء ولا في التظهير مسائراً في ذلك قانون جنيف وكذلك القانون الفرنسي منذ 1922.

¹ نقض مصري 31 يناير 1978 لسنة 29 قضائية، ص 357، مشار إليه لدى د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 231.

² نقض فرنسي 17 يوليو 1980، مشار إليه لدى د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 231.

³ د. سميحة القيلوبي، مرجع سابق، ص 81.

ثانياً: شرط الأمر

يعتبر شرط الأمر من الشروط الاختيارية الذي من الممكن أن يضعها المظهر فتكون عندئذ صيغة التظهير "ظهر لأمر فلان" غير أن الأمر بالدفع لا يحول دون انتقال الورقة وتداولها على العكس من ذلك في حالة وضع عبارة ليس لأمر، فهذه الصورة تجعل من الورقة التجارية ورقة عادية لا يمكن انتقالها إلا وفق إجراءات الحوالة المدنية.

هذا ويعتبر شرط الأمر من البيانات الإلزامية في القانون التجاري الفرنسي لسنة 1807 وكذلك هو الحال في القانون التجاري المصري القديم.

وجسدتها أحكام قضائية منها ما جاء في حكم محكمة النقض المصرية كما يلي:

(إذا كان شرط الإذن لازماً في الأوراق التجارية عموماً فإن الصك الذي لا ينص فيه على هذا الشرط يفقد إحدى الخصائص الأساسية للأوراق التجارية فيخرج من نطاقها ولا يمكن أن يندرج في إحدى صورها التي نظمها).¹

أما فيما يخص القانون التجاري الموريتاني والجزائري فإن شرط الأمر لا يعتبر بياناً إلزامياً عند التظهير، لكن ذلك لا يحول من وضعه إذا ما اختارها المظهر أي أنه يعد من بين البيانات الاختيارية التي تبقى للمتعاملين الحق في وضعها من عدمه.

وهذا ما تؤكدته المادة 1/821 الخاصة بالكمبيالة ق. ت. م بقولها (كل كمبيالة وإن لم يشترط فيها صراحة سحبها لأمر تكون قابلة للانتقال بالتظهير)، ويسري هذا النص على السند لأمر وفقاً للإحالة الواردة بالمادة 887 الخاصة بالسند لأمر، أما الشيك فقد نصت عليه المادة 904/ق. ت. م بقولها (إن الشيك المشترط وفاؤه لمصلحة شخص مسمى يكون قابلاً للتداول بطريق التظهير سواء كان متضمناً صراحة "الأمر" أو بدون).

ونفس المضمون وارد في القانون التجاري الجزائري، وخاصة المادة 1/396 ق. ت. ج المتعلقة بالسفتجة والمطبقة على السند لأمر حسب الإحالة الواردة في المادة 467 من مواد سند لأمر وكذلك قد جاءت المادة 485 ق. ت. ج الخاصة بالشيك مؤكدة نفس المضمون.

أما فيما يتعلق بالسندات المنظمة بموجب المرسوم 1993 فهناك تباين في مسألة شرط الأمر فيها فسند الخزن تطبق عليه نفس الأحكام الواردة في المواد السابقة، وذلك بحسب الإحالة الواردة في المادة 543 مكرر 2 والتي جاء فيها (إن سند الخزن هو سند قابل للتظهير بنفس شروط السندات التجارية الأخرى).

¹ طعن مصري، رقم 65 لسنة 43 قضائية تاريخ 10 مايو 1977، مشار إليه لدى د. بسام الطراونة، مرجع سابق، ص 242.

في حين أن سند النقل تميز بالزاميته خروجاً عن السندات السابقة، وذلك بحسب ما ورد في المادة 543 مكرر 8 من ق. ت. ج والتي جاء فيها (يصبح سند النقل باعتباره وثيقة تمثل ملكية البضائع سندا تجاريا عندما يصدر أو يظهر للحامل أو لأمر).

من ذلك يتبين أن سند النقل لا يكون تجاريا ولا تسري عليه أحكام السندات التجارية إلا عندما يوضع بيان الأمر أو للحامل وبالتالي فإن شرط الأمر يعتبر من البيانات الإلزامية فيه.

ثالثا: تاريخ التظهير

يعتبر تاريخ الإنشاء من البيانات الإلزامية على خلاف ما عليه الحال في التظهير، مما يجعله من البيانات الاختيارية التي من الممكن أن يضعها المظهر أو غيره.

فلم يلزم المشرع التجاري الموريتاني وكذا الجزائري في التظهير سوى التوقيع حيث يعتبره هو البيان الوحيد الإلزامي.

ورغم ما للتاريخ من أهمية من عدة أوجه قانونية تتمثل في إبراز وضعية المظهر المالية وقت توقيعه على الورقة التجارية هل هو في حالة إفلاس أو خلال فترة الريبة، إضافة إلى أنه يسمح من التحقق من أهلية المظهر وقت التظهير وعدم السماح له بإرجاعه إلى قبل رشده وكذلك الحال في حالة الحجر.¹

فالتاريخ وفق النصين المتقدمين إذا ما أتى التظهير بدونه فذلك يعني أن التظهير قد حصل قبل انقضاء أجل الاحتجاج مع أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، وهذا ما جاءت به المادة 2/827 ق. ت. م ونفس المضمون وارد في المادة 2/402 ق. ت. ج.

أما التقديم في التواريخ فيعتبر جريمة تزوير وفق الفقرة الثالثة من المادتين السالفتي الذكر، حيث ورد بالنص في المادة 3/827 (يحظر تقديم تواريخ الأوامر بالدفع وإلا كان ذلك زورا)، ويمكن أن يحصل ذلك من خلال قيام تاجر في حالة إفلاس بوضعه تاريخا قبل تاريخ التظهير من أجل بقاء تظهيره صحيحا.

هذا مع العلم أن المشرعان قد أغفلا حالة التأخير في تاريخ التظهير، وقد كان مثار خلاف حيث ذهب أغلب الفقهاء² إلى عدم اعتبارها جريمة ذلك أن المسائل الجنائية لا قياس فيها، في حين رأى البعض¹ أن تأخير التاريخ مشمولاً بالحكم السابق وبالتالي يعتبر جريمة.

¹ د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 222.
² أنظر د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 233.

رابعاً: اسم المظهر إليه

لم يستوجب المشرع التجاري الموريتاني وكذا الجزائري تدوين اسم المظهر إليه عند القيام بتظهير الورقة التجارية وهو، أكدته المادة 8/821 ق. ت. م الخاصة بالكمبيالة بقولها (ويجوز أن لا يعين في التظهير الشخص المستفيد منه أو أن يقتصر على توقيع المظهر لا غيره...) وهذا النص ينطبق على السند لأمر، ونفس المضمون جاء في المادة 2/910 ق. ت. م المتعلقة بالشيك. كما أنه هو نفس المضمون الوارد في المواد 9/396 ق. ت. ج الخاصة بالسفحة والمنطقة على السند لأمر وكذلك المادة 2/488 المتعلقة بالشيك.

خامساً: شرط الرجوع بلا مصاريف

القاعدة هي أن الحامل يتقدم في تاريخ الاستحقاق للمطالبة بالأداء، وإذا ما رفض الأداء من قبل المدين عندئذ يقوم الحامل بتحرير احتجاج عدم الأداء خلال الفترة المخصصة لذلك، وبعد ذلك يباشر في الرجوع على الضامنين من أجل استيفاء قيمة الورقة التجارية، وكذلك مصاريف الاحتجاج ونفس الحال يحصل في حالة تحرير احتجاج عدم القبول.

غير أن لهذه القاعدة استثناء يتمثل في بيان يضعه المظهر وهو شرط الرجوع بلا مصاريف، ولهذا الشرط عدة صيغ يمكن أن يأخذ أحدها "الرجوع بدون مصاريف" أو "بدون احتجاج" حينئذ فإن الحامل يباشر الرجوع على الضامنين قبل القيام بالاحتجاج.

واستناداً لما سبق فإن هذا الشرط يتميز بحسب من وضعه، فإذا كان تم وضعه من قبل المظهر فإنه لا يسري عليه إلا هو إعمالاً لمبدأ استقلال التوقيع على العكس من ذلك إذا ما كان قد وضعه الساحب حيث يستفيد من هذا الشرط جميع الملتزمين بالورقة التجارية.

وعليه رغم وضع الشرط فإن ذلك لا يعفي الحامل من المطالبة بقيمة الورقة التجارية وقيامه بالإخطارات للضامنين الذين سيرجع عليهم في حالة الامتناع عن الدفع، وذلك وفقاً لنص المادة 2/852 ق. ت. م وهو نفس المضمون الوارد في المادة 2/431 ق. ت. ج.²

سادساً: شرط الوفاء الاحتياطي

يمكن للمظهر كما الساحب والضامن الاحتياطي، تسمية شخص لا يكون المسحوب عليه ليحل محله في الوفاء بقيمة الورقة التجارية أو قبولها إذا كانت كمبيالة، وهذا ويطلق البعض على

¹ أنظر د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 247، نقلاً عن علي العبيدي، ص 203.
² أنظر المادة 852 ق. ت. م (يمكن للساحب أو المظهر أو الكفيل بواسطة شرط الرجوع بدون مصاريف أو بدون احتجاج أو أي شرط مماثل...) والتي يسري مفعولها على السند لأمر وكذلك المادة 938 ق. ت. م ونفس المضمون جاءت به المادة 431 ق. ت. ج وكذلك 518 ق. ت. ج.

الشخص الذي يقوم بالوفاء احتياطيا اسم (الموسط) أو (المفوض)¹ وتم النص عليه في المادة 1/870 ق. ت. م المتعلقة بالكمبيالة، وهذا البيان لا يمكن أن يشترط في سند لأمر ذلك أن محرر السند هو المدين الأصلي بدفع قيمته.

ونفس المضمون ورد في المادة 1/448 ق. ت. ج وجاء في نص المادة 1/870 ق. ت. م كما يلي (يمكن للساحب أو لأي مظهر أو كفيل أن يعين من يتعهد بالقبول أو الدفع عند الحاجة).

وهذا فإن الموفى الاحتياطي لا يعتبر عملا شائعا في مجال الوفاء بالديون الداخلية، ذلك أنه يركز ويمس من الوضعية المالية للمسحوب عليه، لكنه يجد العمل به أكثر في الديون الخارجية التي يمكن أن يكون الموقعون على الورقة التجارية يجهلون بعضهم إلى بعض وبالتالي يلجئون إلى تعيين عميل أو مصرف في الخارج يكون موفى احتياطي ليتقدم إليه الحامل عند الاقتضاء.²

وهكذا وبوجود موفى احتياطي بالورقة التجارية فإن التزامه يكون التزاما صرفيا، وعندئذ يحق للحامل الرجوع عليه بدعوى الصرف، إذا ما رفض الوفاء بقيمة الورقة التجارية في تاريخ الاستحقاق، لكن رجوع الحامل على الموفى الاحتياطي لا يتم إلا بعد أن يطالب المسحوب عليه الأصلي ويمتنع عن الوفاء وتحرير احتجاج عدم الوفاء.

¹ د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 243.

² د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 181.

المبحث الثاني

شروط التظهير غير الناقل للملكية

للتظهير غير الناقل شروط استوجب التشريع توفرها فيه والتظهير غير الناقل هو الذي لا تنتقل به ملكية الورقة التجارية ويتمثل في التظهير التوكيلي والتأميني.

والتظهير التوكيلي، هو الذي يتم فيه التوكيل لقبض قيمة الورقة والقيام بكل الإجراءات التي تتطلبها، فهو كالناقل يتطلب شروط أرسنها القواعد العامة وأخرى من وضع قانون الصرف، كما أن التظهير التأميني لا ينقل ملكية الورقة، وإنما يتمثل في تأمينها لدين على المظهر إليه، وهو كذلك وضعت له شروط منها ما لا يختلف مع التظهير الناقل وأخرى تخصه.

وسنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: نفرده لشروط التظهير التوكيلي

المطلب الثاني: نفرده لشروط التظهير التأميني

المطلب الأول: شروط التظهير التوكيلي

التظهير التوكيلي يقوم على توكيل المظهر إلى المظهر إليه بتحصيل قيمة الورقة التجارية في تاريخ الاستحقاق، ومع ذلك فقد اشترط فيه التشريع شروط موضوعية وأخرى شكلية لا يتم إلا بها وسنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول فيهما هذه الشروط.

الفرع الأول: نفرده للشروط الموضوعية للتظهير التوكيلي.

الفرع الثاني: نفرده للشروط الشكلية للتظهير التوكيلي.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية للتظهير التوكيلي

يشترط القانون في التظهير التوكيلي الشروط الموضوعية اللازمة لأي التزام والتي هي الأهلية ورضا والمحل والسبب، ولذا فإن الإجماع¹ منعقد في أن هذه الشروط واحدة في جميع أنواع التظهير، ما عدا الأهلية التي لها وضع خاص في بعضهم.

¹ د. أكرم يا ملكي، الأوراق التجارية ووفقا لاتفاقيات جنيف، المرجع السابق، ص 146.

وعليه فإنه يجب أن يكون رضا المظهر موجودا وخاليا من أي عيب من عيوب الإرادة وأن يكون للتظهير محلا وسببا موجودان ومشروعان وفقا للقواعد العامة.

كما أن التظهير التوكيلي لا يمكن أن يكون معلقا على شرط أو قيد وإذا ما حصل ذلك فيبطل القيد أو الشرط ويعتبر التظهير صحيحا منتجا آثاره.

أما فيما يخص الأهلية والتي هي محل خلاف الفقهاء في التظهير التوكيلي فقد انقسمت الآراء حول أهلية المظهر والمظهر إليه، وهذا ما سنتطرق له فيما يلي:

1- أهلية المظهر

انقسمت الآراء حول أهلية المظهر إلى رأيين، فالرأي الأول يرى بأنه لا تشترط في المظهر اهلية التعامل بالورقة التجارية، ذلك أنه لا يلتزم بتوقيعه قبل المظهر إليه، وعليه فإنه يحق للقاصر المأذون له في الإدارة أن يظهر الورقة التجارية.¹

ويقوم هذا الرأي على أن مبنى العلاقة القائمة بين المظهر والمظهر إليه هو الإنابة أو التوكيل على خلاف ما عليه الحال في طرفي التظهير الناقل للملكية.

واستنادا إلى هذا الرأي والذي يعتقد بإجازة أهلية الوجوب دون التصرف في المظهر، مما يتيح للشخص غير المميز المأذون من وليه أن يظهر تظهيرا توكيليا لغيره لتحصيل قيمة الورقة التجارية.

أما الرأي الآخر² فيشترط في المظهر أن يكون أهلا للالتزام، ذلك أن أغلب العمليات المرتبطة بالورقة التجارية هي من الأعمال المطلقة، والتي من ضمنها التظهير التوكيلي، الذي يعد عملا تجاريا يستلزم في من يقوم به الأهلية اللازمة للقيام بالأعمال التجارية.

2- أهلية المظهر إليه

تباينت آراء الفقهاء فيما يتعلق بأهلية المظهر إليه، إذ رأى³ البعض أنه وفقا للآثار القانونية التي تنصرف في التظهير التوكيلي إلى المظهر لا إلى المظهر إليه، فإنه يكفي أن يكون مميزا ولو كان قاصرا.

¹ أنظر المواد 77 حتى 81 المتعلقة بالمحل، وكذلك 82 إلى 85 ق. إ. ع. م الخاصة بالسبب وكذلك المواد 92 إلى 98 ق. م. ج المتعلقة بالمحل والسبب.

² مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لسنة 2006، ص 79.

³ د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 283.

على النقيض من ذلك جاء رأي آخر،¹ حيث قضى بضرورة أن يكون المظهر إليه متمتعاً بالأهلية القانونية أو الإذن بالاتجار ويرجعون في ذلك إلى أن كل العمليات التي تتطلبها الورقة التجارية من قبض مبلغ الورقة وتحرير الاحتجاج والقيام بالإجراءات اللازمة للرجوع على الموقعين على الورقة تحتاج إلى وجود أهلية، وهذا موضع سؤال الأستاذ الدكتور أكرم يا ملكي قائلاً (كيف يكون بوسع الصبي المميز إن لم يكن مأذوناً له القيام بهذه الأعمال واتخاذ مثل هذه الإجراءات؟).²

الفرع الثاني: البيانات الشكلية للتظهير التوكيلي

إذا ما استعرضنا نص المادة 8/396 من ق. ت. ج وكذلك المادة 6/821 ق. ت. م، يتضح بأن التظهير بشكل عام لا بد من أن تتوفر فيه بعض الشروط الشكلية التي لا يقوم إلا بها، فما دام أن التظهير التوكيلي شكل من التظهير فيجب أن يتصف بهذه الصفة، وذلك ما سنرى كالاتي:

أولاً: الكتابة – استنتاجاً من روح المواد الأنفة والتظهير بصفة عامة – فإن التظهير التوكيلي يتم بالكتابة لأن ذكر العبارات أو ما يفيد معناها لا يتأتى إلا بها، وأن تكون الكتابة على ذات الورقة التجارية، وبهذا الشرط يكون التظهير صحيحاً وسارياً في مواجهة الجميع، وقد يحدث في بعض الأحيان أن يتم الاتفاق على التوكيل في ورقة مستقلة وذلك لضمان بقاء الورقة خالية من التظهير، لأنه إذا حدث وأن أعاد الوكيل الورقة لسبب ما قبل قبض قيمتها فلا بد من شطب التظهير، وبالتالي فإن هذا الشطب قد يؤثر على الثقة بالورقة التجارية.³ والدائب والذي تسري عليه العادة فيما بين التجار والبنوك أن الأوراق التجارية المملوكة للتجار يتم تظهيرها تظهيراً على بياض للبنك، الذي يقوم بتحصيلها لحساب هؤلاء التجار وإيداعها في حساباتهم، وذلك مقابل عمولة معينة يتفق عليها الأطراف، فيكون توكيل البنك لتحصيل قيمة الورقة من قبيل الوكالة الخاصة.⁴

ثانياً: الصيغة التي يرد عليها التظهير التوكيلي، تكون باستخدام العبارات التي تدل على أنه توكيلياً، أو تفيد ذلك، حيث أوردت المادة 401 من ق. ت. ج على أن "إذا كان التظهير محتويًا على عبارة "القيمة للتحصيل" أو "للقبض" أو "بالوكالة" أو غير ذلك من العبارات التي تفيد مجرد التوكيل..."، أي أنه لكي يكون التظهير توكيلي لا بد من استخدام بعض العبارات التي أوردتها المادة على سبيل المثال لا الحصر، أو أن يكون يستشف من العبارة المستخدمة، وذلك

¹ د. أكرم ي ملكي، الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 147.

² تعليق الأستاذ أكرم يا ملكي حول أهلية المظهر إليه، المرجع السابق، ص 147.

³ د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 264.

⁴ د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 264.

باستخدام عبارة دالة على أن القصد منه هو التظهير التوكيلي. وعلى نفس المنوال سار القانون الموريتاني التجاري، حيث أورد كذلك في المادة 826 أن التظهير لكي يكون توكيليا لابد وأن تستخدم العبارات التي توحى عليه، أو التي في معناه وذلك بقولها "إذا كان التظهير محتويا على عبارة قيمة "الاستيفاء" أو "للقبض" أو "بالوكالة" أو غير ذلك من العبارات التي تفيد مجرد التوكيل...".

وهذا النوع من التظهير قد يستخدم في الحالة التي يعهد حامل الورقة التجارية إلى أحد المصارف بتحصيل قيمة الورقة لحسابه، لأن الحامل قد لا تتأتى له القدرة أو وسائل تحصيل السند سيما إذا كان موطن المدين بعيدا عن الحامل فيبقى عبء التحصيل على المصرف أو أحد فروعه.¹ وقد جاء في حكم إحدى القضايا في بريطانيا (أن التظهير الذي يتم بصيغة ادفعوا لأمر « Williams Deacon » وشركاه، مع إضافة عبارة "للتحصيل"، « Collection for » لا يجعل البنك مالكا للسند ولكن هذه الكلمات المكتوبة تجعل البنك حائزا للورقة على أساس أنه وكيل وليس مالكا)²

القضاء الفرنسي يتعامل بشيء من الصرامة في مسألة الصيغة ذلك بأن لابد من أن تكون العبارات المستخدمة تدل على التفويض، وإذا ما التبست بشيء من الغموض عد التظهير ناقلا. رابعاً: توقيع المظهر، ترى بعض النصوص³ أنه يلزم لصحة التظهير التوكيلي وجود توقيع المظهر لإبراز إرادة المظهر ولكي لا يختلط بالتظهير الناقل، وأن يتم على الورقة ذاتها أو على متصلة بها بحسب الحال، وعدم أهمية توقيع المظهر إليه الذي هو الموكل، قياسا لما ورد في المادة 8/821 ق. ت. م وكذلك 9/396 ق. ت. ج فإنه لا يشترط في التظهير غير التوقيع، وبالتالي لم يرد في أحكام التظهير التوكيلي استثناء على ذلك سوى في الصيغة وضرورة إبرازها، من ما يسمح معه القول بأن توقيع المظهر هو الذي يلزم كذلك في التظهير التوكيلي دون المظهر إليه الذي يعتبر أجنبيا عليها.

¹ أ. ابن داود إبراهيم، مرجع سابق، ص 94.

² قضية (Williams Deacones, Bank.V Shadbot, 1885)، مشار إليها لدى بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 264، (نقلا عن Janas Melou Ghlin p : 285).

³ د. أكرم يا ملكي، مرجع سابق، ص 148.

المطلب الثاني: شروط التظهير التأميني

للتظهير التأميني شروط موضوعية وأخرى شكلية لا تختلف اختلافا كبيرا عن الشروط العامة للتظهير، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: نخصه للشروط الموضوعية للتظهير التأميني.

الفرع الثاني: نخصه للشروط الشكلية للتظهير التأميني.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية للتظهير التأميني

يستوجب لصحة التظهير التأميني أن يكون المظهر أهلا للتوقيع على الكمبيالة، في حين أن أهلية المظهر إليه تخضع للقواعد العامة،¹ وأن يكون رضاه سليما من عيوب الإرادة، وأن يكون هذا التظهير غير معلق على شرط، وأن يكون له سبب ومحل موجودين ومشروعين، وفي هذا المقام نحيل لما أوردنا في التظهير التام.

وهكذا فإن المظهر يكون حاملا شرعيا ويكون كذلك إذا ما تم بسلسلة غير منقطعة من التظهيرات، وعلى أن تكون الكمبيالة محل الرهن مخصصة لضمان الذين الذي اقتضته إجراءات التظهير.²

الفرع الثاني: الشروط الشكلية للتظهير التأميني

هذه الشروط تتشابه والشروط الشكلية للتظهير بصفة عامة، باستثناء الصيغة التي تدل عليه، بحيث أن المادة 4/401 من ق. ت. ج أكدت بأنه لكي يكون التظهير تأمينيا، لا بد وأن يرد بالصيغ المذكورة في المادة السابقة أو ما في معناها، والتي تقول في فقرتها الرابعة بأن "إذا كان التظهير يحتوي على عبارة القيمة موضوعة ضمانا" أو "القيمة موضوعة رهنا" أو غير ذلك من العبارات التي تفيد الرهن الحيازي، فيمكن للحامل أن يمارس جميع الحقوق المترتبة على السفتجة، ولكنه إذا حصل منه تظهير فلا يعد تظهيره إلا على سبيل الوكالة".

وفي نفس السياق سارت المادة 4/826 ق. ت. م بقولها "إذا كان التظهير يحتوي على عبارة القيمة موضوعة ضمانا" أو "القيمة موضوعة رهنا" أو غير ذلك من العبارات التي تفيد الرهن، فيمكن للحامل أن يمارس جميع الحقوق المتفرعة على الكمبيالة، ولكنه إذا حصل منه تظهير فلا يعد تظهيره إلا على سبيل الوكالة".

¹ د. أكرم يا ملكي، مرجع سابق، ص 161.
² د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 267.

وهذا من بين ما يدل عليه ما للصيغة من أهمية في بيانات التظهير التأميني وذلك لأنها تميزه عن غيره وتدل عليه، والنصان استخدما عبارات دالة عليه على سبيل المثال لا الحصر وعمما العبارات التي تدل عليه، وللتأكيد على الدلالة معنى أهمية تبيان قصد المظهر من التظهير.

الفصل الثالث

آثار تظهير الأوراق التجارية

التظهير بوصفه تصرفاً قانونياً إذا ما توفرت شروطه فعلى إثر ذلك ينتج مجموعة آثار قانونية تبعاً لنوعه، فإذا ما كان التظهير ناقلاً للملكية فإنه ينتج عن ذلك انتقال الحق الثابت في الورقة التجارية وضمنان القبول والوفاء مع تظهير الورقة التجارية من الدفع إذا ما تجسدت شروط تطبيق تلك الدفع.

أما وإذا كان التظهير توكيلياً فتنحصر آثاره في العلاقة القائمة بين طرفي التظهير، وفي العلاقة بينهما والغير.

حيث أن العلاقة القائمة بين طرفي التظهير التوكيلي تقوم على أساس عقد وكالة، ذلك أن المظهر إليه هو وكيل المظهر في قبض قيمة الورقة، وعليه فإن الآثار الناتجة عن علاقتهما هي الآثار التي تنتج عن عقد الوكالة في القواعد العامة باستثناء حالة انتهاء العقد، حيث تختلف عن ما هو قائم في القواعد العامة، ذلك أن الموت وفقد الأهلية لا ينهيه.

أما بالنسبة لآثار التظهير التوكيلي فيما بين أطرافه والغير، فهذا التظهير لا يطهر الدفع، مما يحق معه التمسك اتجاه المظهر إليه بجميع الدفع الناشئة عن العلاقة القائمة بينه والمظهر، ذلك أن الأول نائب وليس أصيل.

أما عن التظهير التأميني فلا تتعدى آثاره العلاقة القائمة بين أطرافه والغير.

أما بالنسبة لأطرافه فتقوم العلاقة بينهما على أساس الرهن، وينطبق عليها ما ينطبق عليه في القواعد العامة و بالنسبة لهما والغير، فإن العلاقة القائمة بينهما تقوم على القواعد المصرفية، والتي أهمها قاعدة تظهير الدفع.

انطلاقاً مما سبق فإن هذه التظهيرات بقدر اختلافها تختلف تبعاً لذلك آثارها، وعليه فإننا سنقسم هذا الفصل إلى:

المبحث الأول: نفرده لآثار التظهير الناقل للملكية.

المبحث الثاني: نفرده لآثار التظهير التوكيلي والتأميني (التظهير غير الناقل).

المبحث الأول

آثار التظهير الناقل للملكية

إن التظهير الناقل للملكية ينتج آثار تتمثل في نقل المظهر لملكية الورقة التجارية مع حقوق الأخرى المتفرعة عنها إلى المظهر إليه عند توقيعه على الورقة التجارية بكل سلاسة ومرونة، بالنظر إلى أن انتقال بعض الحقوق الناشئة عن الورقة التجارية يثير خلاف حولها والكيفية التي تم بها. وفوق ذلك فإن المظهر ضامن الوفاء بقيمة الورقة إذا ما امتنع المسحوب عليه عن الوفاء في تاريخ الاستحقاق، إلا أن هذا الضمان يجد فيه تضامنا مع بقية الموقعين، حيث لا يمكن لأحد دون وجود اتفاق أو نص بيان اختياري يضعه على الورقة التملص منه.

كما أن التظهير الناقل يكفل للحامل تظهير الورقة التجارية، مما ما بها من دفع إذا ما تم ذلك وفق شروط تطبيق الدفع، حيث أنه يرجوع الحامل لأحد الموقعين لا يمكن له الدفع بما شاب الورقة خلال التظهير إن كان الحامل حسن النية.

وعليه فإننا سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب:

المطلب الأول: نتناول فيه انتقال الحقوق الثابتة بالورقة.

المطلب الثاني: نتناول فيه الالتزام بالضمان.

المطلب الثالث: نتناول فيه تظهير الدفع.

المطلب الأول: انتقال الحقوق الثابتة بالورقة

التظهير الناقل ينقل جميع الحقوق الناشئة عن الورقة التجارية، غير أن هذه الحقوق تختلف و تبعاً لذلك تختلف طبيعة نقلها، حيث أن انتقال بعضها لا يثير أي إشكال بمجرد ما تظهر الورقة التجارية يصير المظهر إليه مالكا للحقوق الصرفية الناشئة عنها.

أما البعض الآخر والمتمثل في الحقوق التبعية التي من الممكن أن تكون الورقة التجارية مثقلة بها فإن انتقالها مثار جدل، حيث أن أغلب التشريعات لم تحسم الكيفية التي يتم بها انتقال هذه الحقوق، وإنما اقتصرت على انتقالها وربما يكون ذلك خشية من كل ما يعطل تداول هذه الأوراق وبالتالي خلصوا إلى انتقال جميع الحقوق الناشئة في الورقة دون مراعاة لطبيعة هذه الحقوق.

وهذا وقد نص المشرع التجاري الموريتاني، وكذا الجزائري على أن التظهير الناقل ينقل جميع الحقوق الناشئة عن الورقة التجارية مع عدم ذكر نوع هذه الحقوق.

وبناء على ذلك فإننا سنتناول هذه الحقوق في فرعين:

الفرع الأول: نتناول فيه الحقوق المصرفية والحق في مقابل الوفاء.

الفرع الثاني: نتناول فيه الحقوق التبعية.

الفرع الأول: الحقوق المصرفية والحق في مقابل الوفاء

التظهير الناقل بمجرد إجرائه تنتقل الحقوق المصرفية الثابتة في الورقة التجارية، وهي عبارة عن الحق الثابت في الورقة التجارية والحقوق اللصيقة به، كمطالبة الحامل بالوفاء والقبول. وفي حالة عدم دفع قيمة الورقة وبعد تحرير الاحتجاج في الأجل القانونية، والقيام بكافة الإجراءات التي يتطلبها الرجوع على المظهر وكذلك كافة الموقعين على الورقة، وانتقال الحق على المؤونة للحامل، حيث يعتبر الحق في مقابل الوفاء ليس حقا صرفيا، ذلك أنه قائم على أساس علاقة سابقة لنشوء الالتزامات المصرفية.

سنتناول هذه الحقوق من خلال نقطتين:

أولاً: الحقوق المصرفية وثانياً: الحق في مقابل الوفاء

أولاً: الحقوق المصرفية

1- حق التظهير من جديد

التظهير الناقل ينتج عنه انتقال الحق الثابت بالورقة التجارية من المظهر إلى المظهر إليه، عندئذ لهذا الأخير التصرف فيه وفق ما يريد من ذلك أي أنه إذا أراد نقله من جديد إلى مظهر إليه جديد، ذلك بحسب الشكل الذي اتخذه في ذلك التظهير أو يقوم بخصمه لأحد البنوك لاستيفاء قيمة الورقة قبل حلول الأجل.

هذا مع أن سلطة المظهر في التظهير يمكن أن يتم تقييدها، إذا ما قام مظهر الورقة بوضع شرط عدم تظهيرها من جديد، غير أن هذا التقييد غير مطلق، بمعنى أنه يمكن أن يقوم بتظهير الورقة لكن بدون أن يكون المظهر الذي اشترط هذا الشرط ضامن له.

2- حق التقديم للقبول

للمظهر إليه أن يقوم بتقديم الكمبيالة للمسحوب عليه لقبولها إذا ما لم تكن تتضمن شرط عدم تقديم للقبول أو تكون قد قبلت.

كما يمكن أن يكون شرط التقديم إلزامي ويكون كذلك إذا ما تضمنت بيانا يقضي بذلك أو كانت الكمبيالة مستحقة الأداء بعد فترة من الاطلاع عليها، حيث يجب تقديمها خلال السنة من تاريخ إنشائها.

وإذا ما قبل المسحوب عليه فإنه يكون مدينا أصليا بعد أن كان أجنبيا عنها وكان المدين الأصلي هو الساحب، ومن ذلك ينتج أن على المسحوب عليه الوفاء في تاريخ الاستحقاق، وذلك وفقا لنص المادة 828 ق. ت. م ونفس المضمون جاءت به المادة 407 ق. ت. ج.

والقبول يترتب عنه تطهير الدفع، ذلك أن المسحوب عليه لا يمكنه أن يتمسك بأي دفع كان له قبل الساحب ضد الحامل، ذلك أن التزام المسحوب عليه هنا هو التزام صرفي خارج عن إطار العلاقات التي كانت قائمة بينه والساحب.

3- الحق في تحرير احتجاج عدم القبول

إن رفض المسحوب عليه قبول الكمبيالة يترتب عنه القيام بتحرير احتجاج عدم القبول في الآجال القانونية من قبل الحامل على أن تحرير احتجاج عدم القبول غير ملزم للحامل، فقد ينتظر حتى حلول الاستحقاق وعندئذ يطالب المسحوب عليه بالوفاء.

هذا مع العلم أنه من الممكن أن يضع الساحب شرط عدم ضمان القبول، وعندها لا يحق للحامل الرجوع عليهم قبل تاريخ الاستحقاق واتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لذلك.

إما إذا تم وضع شرط عدم ضمان القبول من طرف المظهر فإنه لا يستفيد منه سواه، حيث لا يمكن للحامل الرجوع عليه في حالة عدم القبول.

4- طلب الوفاء وتحرير احتجاجه

للحامل أن يقوم بطلب المسحوب عليه بالوفاء بقيمة الورقة التجارية في تاريخ الاستحقاق، وإذا أوفى له يكون بذلك قد برأ ذمته ودمم جميع الملتزمين بالورقة التجارية، غير أنه في حالة الرفض فإنه يتعين على الحامل ان يقوم بتحرير احتجاج عدم الوفاء ضمن المدة الممنوحة قانونيا لإقامته ويشرع بعد ذلك في الرجوع على الملتزمين بالورقة التجارية، وإلا اعتبر حاملا مهملًا.

5- الرجوع على الملتزمين بالورقة التجارية

يكفل للحامل حق الرجوع على الموقعين على الورقة التجارية من أجل مطالبتهم بالوفاء بقيمتها إذا ما رفض المسحوب عليه الوفاء.

وهذا ورغم وضع شرط عدم ضمان الوفاء من قبل أحد المظهرين وإن كان يعفيه من الرجوع عليه غير أنه لا يحول دون الرجوع على الآخرين، أما الساحب فليس له الحق في وضع هذا الشرط أصلاً.

ثانياً: الحق في المؤونة

المؤونة هو الدين النقدي الذي في ذمة المسحوب عليه لصالح الساحب¹، والقائم على علاقة الدائنية الحاصلة بينهما، وهي علاقة سابقة بين الساحب والمسحوب عليه قبل إنشاء الورقة، ولذلك فهي خارجة عن الالتزامات المصرفية.

رغم ذلك فإنه يبقى أحد الضمانات القانونية للحامل لاستيفاء حقه، وسنتعرض لمقابل الوفاء من خلال أهمية وشروط وملكية.

1- أهميته

المؤونة محل خلاف فقهي، ويبرز ذلك من خلال نظرتين فقهييتين هما: النظرية الجرمانية واللاتينية ويتمحور الخلاف حول أهمية مقابل الوفاء، وكونه أحد الضمانات القانونية للحامل، ولم يحسم قانون جنيف² الخلاف، وترك تنظيمه بحسب قانون كل دولة.

أ- النظرية الجرمانية

تعتبر هذه النظرية أن مقابل الوفاء لا يشكل أحد الضمانات القانونية للوفاء بالورقة التجارية، ذلك أنه التزام مستقل خارج عن نطاق إنشاء الورقة. وبالتالي فإن ضمان الوفاء بالورقة يقوم على الالتزامات المصرفية الناشئة عنها، ومكمن قوة الالتزام المصرفي في الشكل الذي وضعه القانون³. وفقاً لهذه النظرية فإن ضمان الوفاء للحامل في استيفاء حقه ينبثق من القوانين المنشئة لهذا الالتزام وقواعدها المطبقة عليه، كمبدأ تظهير الدفع واستقلال التوقيع.

ب- النظرية اللاتينية

هذه النظرية وإن كانت تأخذ بالملكية في الأوراق التجارية، إلا أن ذلك لا يحدد اعتدادها بالقواعد العامة، ومن ذلك الأخذ بالإرادة الحقيقية ومصدر الالتزام. وعليه فإنها تعتبر أن مقابل الوفاء هو أحد الضمانات القانونية للحامل، مما حدى بالمشرع الفرنسي أن يجسد هذه النظرية في نص المادة 116 من قانون 1922.

¹ Lescot et Roblot, Op- cit, p : 390.

² نصت المادة 6 من قانون جنيف على أنه يمكن أن ينظم مقابل الوفاء من قبل كل دولة على حدة.

³ د. علي البارودي، القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية، 1991، ص 100.

كما أخذ بها القانون التجاري الموريتاني، وكذا الجزائري، حيث جاء في نص المادة 3/820 ق. ت. م (تنتقل ملكية المؤونة قانونا إلى حملة الكمبيالة على التعاقب). ونفس المضمون أوردته المادة 3/395 من ق. ت. ج المتعلقة بالسفينة.

كما وردت كذلك في المادة 910 ق. ت. م الخاصة بالشيك، وذلك بقولها: ينقل التظهير جميع الحقوق الناشئة عن الشيك ولاسيما ملكية الرصيد) وهو كذلك نفس المضمون الوارد في المادة 489 ق. ت. ج الخاصة بالشيك.

ولا تنطبق هذه القاعدة على السند لأمر لكونه لا يوجد فيه طرف ثالث، فقد كان استخدام كلمة ملكية محل نقد،¹ ذلك أن مقابل الوفاء دين نقدي في ذمة المسحوب عليه، ولذلك فإن كلمة ملكية غير دالة عليه، ذلك أن الملكية تتمثل في حق عيني يرد على شيء معين.

2- شروط المؤونة

نص القانون التجاري الموريتاني في المادة 2/820 ق. ت. ج على شروط مقابل الوفاء في الكمبيالة (تكون المؤونة موجودة عند حلول أجل الكمبيالة، إذا كان المسحوب عليه مدينا للساحب، أو لمن سحبت لحسابه بمبلغ يساوي على الأقل مبلغ الكمبيالة).

وقد أشارت المادة 894/ ق. ت. م إلى شروط المؤونة في الشيك، كما أن هذه المادة هي نفس المضمون الوارد في المادة السابقة، وهو ما ورد في المادة 2/395 ق. ت. ج ويتضح من المواد السابقة أن شروط مقابل الوفاء هي:

أ- وجود المؤونة عند حلول الأجل

إن المؤونة يجب أن تكون موجودة عند حلول أجل الكمبيالة، فيما عدى الكمبيالة المستحقة الوفاء وقت الاطلاع، والتي ينبغي أن تكون المؤونة فيها موجودة وقت الإنشاء، أما غيرها من الكمبيالات فإن المؤونة يشترط وجودها عند حلول الأجل، ذلك أن المؤونة يمكن أن تكون موجودة وقت الإنشاء، وتزول بعد ذلك لأي سبب من أسباب انقضاء الالتزامات.² كما أن الحامل لا دخل له بها إلا عند حلول الأداء.³

أما الشيك فإنه يجب أن تكون المؤونة فيه موجودة وقت إنشائه.

¹ د. علي البارودي، مرجع سابق، ص 109.

² د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 305.

³ د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 307.

ب- أن يكون الساحب دائما للمسحوب عليه

كما يشترط لوجود المؤونة أن يكون الساحب دائما للمسحوب عليه بمبلغ من النقود، وأما في الشيك فإن المسحوب عليه يكون دائما بنك.

ج- أن تكون المؤونة مساوية على الأقل لمبلغ الورقة

من المفروض أن يكون مبلغ الكمبيالة مساوي لدين الساحب الموجود في ذمة المسحوب عليه حتى تتحقق المؤونة، غير أنها إذا كانت أقل وتبعاً لذلك يقع القبول أو الوفاء على ذلك المبلغ، أي إجازة أن يتم قبول الدفع الجزئي أو الوفاء الجزئي وهذا ما تؤكدته المادة 2/840 ق. ت. م الخاصة بالكمبيالة والمتعلقة بالوفاء الجزئي، وكذلك ما نصت عليه المادة 857 ق. ت. م الخاصة التي تجيز القبول الجزئي. ونفس الحكم أوردته المادة 405 ق. ت. ج الخاصة بالكمبيالة، والتي تنص على حالة إمكانية أن يكون القبول جزئياً، وكذلك المادة 415 ق. ت. ج الخاصة بالكمبيالة والمتعلقة بالوفاء الجزئي.

أما فيما يتعلق بالشيك فلا يجوز عند إصداره أن تكون المؤونة غير موجودة، أو غير كافية، حيث يوصف ذلك الفعل بجريمة إصدار شيك بدون رصيد في قانون العقوبات.

كما أن القانون التجاري الموريتاني، وكذا الجزائري قد ألزم الساحب في حالة الإنكار إثبات أن المؤونة وقت الإنشاء كانت كافية، وذلك بحسب نص المادة 4/894 ق. ت. م بقولها (وعلى الساحب دون غيره أن يثبت عند الإنكار أن من سحب عليهم الشيك كانت لديهم أرصدة وقت إنشائه). ونفس المضمون جاءت به المادة 3/472 ق. ت. ج.

3- ملكية الحامل للمؤونة وآثارها**أ- مفهوم ملكية المؤونة**

إن استخدام عبارة ملكية التي استخدمتها محكمة النقض الفرنسية للمؤونة لم تفلح¹ في مطابقتها للمقصود بها، ذلك أن الحامل يملك حقاً خالصاً على المؤونة الموجودة في ذمة المسحوب عليه فقط، هذا هو المصطلح الذي يحبذ الفقه² استخدامه.

ورغم ذلك فقد ظلت القوانين التجارية المتأثرة بالاتجاه اللاتيني تستخدم عبارة الملكية كتعبير عن هذا الحق، وعلى هذا الأساس يحق السؤال عن من هو مالك المؤونة؟

¹ Cass. Com, 13 Dec, 1948, Bull.civ, N° 279, Rev-t Rim. Dr. Com 1949, 504 N° obss, Hown.

² G. Ripert et Roblot, Op- cit, p : 170.

للإجابة عن هذا السؤال يتعين الإشارة للخلافات التي كانت قائمة بهذا الشأن في الفقه الفرنسي، والتي لم تحسمها المجموعة التجارية لسنة 1807، - وكل ذلك كان قبل صدور قانون 1922 الفرنسي - وقد تكرست هذه الخلافات في محورين.

محور يقضي بملكية الساحب للمؤونة والثاني: يأخذ بعكس ذلك ويرى بأن الحامل هو من يملك المؤونة.

1- المحور الأول

يقضي هذا الرأي بأن الساحب هو من يملك المؤونة، ذلك أن الساحب موكلا يفوض المسحوب عليه بموجب الأمر الصادر في الورقة التجارية بان يدفع المبلغ النقدي الموجود فيها للحامل.

ويقيم هذا الرأي العلاقة على عقد وكالة، فيها يصدر الساحب إيجابا هو الأمر الوارد في الورقة التجارية، ويتعين أن يتم القبول من المسحوب عليه.

وبناء على ذلك فيظل الساحب هو المالك للمؤونة، ولذلك لا تنتقل إلى الحامل، حيث أن الوكالة المدنية تتأسس على الطابع الشخصي، ولا تنقضي بإفلاس الساحب وقبل أن يقبل المسحوب عليه.

2- المحور الثاني

يقضي هذا الاتجاه بملكية المؤونة من الحامل، ويقيم رأيه على عقد حوالة، فالساحب يعد (محيل) يحيل للمستفيد حقه الموجود لدى المسحوب عليه (المحال عليه).

وتبعاً لذلك فإن أي تظهير جديد للورقة التجارية هو تكرار للحوالة وفق ما تمت عليها في السابق، أي أن المظهر (المحيل) يحيل للمظهر إليه (المحال له) على المسحوب عليه (المحال عليه) ليستوفي منه الورقة التجارية في تاريخ الاستحقاق.¹

وقد رسخت فكرة انتقال المؤونة للحامل من خلال القانون الفرنسي لسنة 1922 وخاصة المادة 116 ق. ت. ف

ب- الوقت الذي تثبت فيه ملكية المؤونة

رغم أن وقت انتقال ملكية المؤونة لم تحدده التشريعات، إلا أنه وما دام أن الساحب دائننا للمسحوب عليه، والذي على إثره أنشأ الورقة التجارية.

¹ EH. Lyon- CAEN et L. Renault, Manuel de droit commercial, 15^{ème} édition, Paris, par Librairie générale de droit et de jurisprudence, p : 619.

فيمكن القول أن وجود المؤونة قد تقرر منذ إنشاء الورقة التجارية وانتقل إلى الحامل في ذلك التاريخ، وهذا مع عدم استقرار وضعية المؤونة خلال الفترة ما بين الإنشاء والاستحقاق، وحينئذ لا تتقرر ملكية الحامل عليها في هذا التاريخ¹ إلا وفق الحالات التالية:

1- في حالة قبول الكمبيالة

بقبول المسحوب عليه للكمبيالة يتقرر حق الحامل على المؤونة، ويعتبر القبول إقرار من المسحوب عليه للعلاقة السابقة بينه والساحب، والمتمثلة في استدانته من الساحب، كما أن القبول يعتبر قرينة قاطعة على وجود المؤونة، وهذا ما تؤكدته المادة 3/820 من ق. ت. م ونفس المضمون أكدته كذلك المادة 4/395 من ق. ت. ج.

ب- في حالة التخصيص

ويحصل التخصيص باتفاق يتم بين الساحب والحامل بتخصيص الدين الموجود في ذمة المسحوب عليه للوفاء بقيمة الورقة مع إبلاغ المسحوب عليه بصورة صريحة حتى يكون ساريا عليه.² وبتخصيص دين المؤونة لصالح الحامل يصير له حق الأولوية على سائري دائني الحامل. ويرى البعض بأن التخصيص كالتفرع عن الدين لأجل ما ذلك الأجل هنا هو تاريخ الاستحقاق، فعندما يحل الأجل يصير الحامل مالكا للدين بدون مزاحمة من أحد.³ كما يمكن أن يحصل التخصيص في الشيك التي صادق المسحوب عليه على أن له رصيد كاف، ويكون ذلك بعد طلب من الساحب أو الحامل وعندئذ يبقى الرصيد محتفظا به لصالح الحامل وتحت ضمانة المسحوب عليه إلى غاية انتهاء أجل التقديم وفق ما جاء في نص المادة 895 ق. ت. م الخاصة بالشيك ونفس المضمون أوردته المادة 483 ق. ت. ج الخاصة بالشيك.

ج- في حالة الإخطار

يمكن للحامل أن يخطر المسحوب عليه بأن المؤونة الموجودة لديه يحتفظ بها لغاية تقديم الورقة التجارية له، وعندئذ يحظر على المسحوب عليه التصرف بأمر الساحب في تلك المؤونة. قد يحصل الإخطار بكتاب عادي أو بكتاب مضمون أو بأي شكل.⁴ إذن هذه الحالات الثلاثة التي بها يتقرر حق الحامل على المؤونة، لكن قد يحصل أن تكون المؤونة الواحدة قد أصدرت عليها عدة كمبيالات أو شيكات مع أن المؤونة غير كافية لها كلها.

¹ مصطفى طه كمال، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 1997، ص 96.

² تمييز فرنسي 1865/414 دالوز 1865-1-233 مشار إليه في ادوارد، مرجع سابق، ص 330.

³ أنظر د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 330.

⁴ أنظر د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 329.

إضافة إلى حالة الإفلاس الحق في المؤونة لمن؟
وبالتالي فإننا سنتناول وضعيتين ووضعية التزامم وضعية حالة الإفلاس.

وضعية المؤونة الواحدة في حالة التزامم

أ- بالنسبة للكمبيالة

إذا ما تعدد الكمبيالات، وكانت المؤونة الموجودة لدى المسحوب عليه غير كافية، إذن ما الحل؟
يجب التمييز هنا بين الكمبيالات التي سبق تبيان أوضاعها، والتي إذا ما تزاممت احداها مع كمبيالة
أخرى عادية فإن الأولوية في المؤونة للكمبيالة المقبولة أو التي خصصت مؤونتها للحامل أو حالة
الإخطار بها.

غير أن الأمر يدق في حالة ما إذا كان التزامم بين كمبيالة مقبولة، وأخرى خصص لها المقابل،
حيث رأى البعض أن الأولوية على المؤونة للكمبيالة المقبولة.

- إما إذا كانت الكمبيالات مستحقة في تواريخ مختلفة والمؤونة غير مخصصة لأحدها وجب
الوفاء التي تستحق أولاً، ذلك أن تاريخ الاستحقاق إذا ما حل لا يمكن التأخر عن الوفاء،
وحيث أن الحامل يتأكد حقه على المؤونة.

- أما إذا كانت الكمبيالات مستحقة في تاريخ واحد فإن الأولوية على المؤونة تتحقق
للكمبيالات أقدم تاريخ إنشاء.

ب- التزامم في الشيك

يحصل التزامم على المؤونة في الشيك إذا ما تم إصدار عدة شيكات في يوم واحد، على رصيد
واحد غير كاف للوفاء بها دفعة واحدة، ولذلك فقد فرق الفقه بالنسبة للشيك في الحالتين التاليتين:

حالة تقديم الشيكات على شكل متوالي

في هذه الحالة إذا ما تقدم حملة الشيكات بشكل متوالي،¹ أي أن الأول يتلو الثاني وهكذا
أمام البنك فإنه يقوم على شكل متوالي بالوفاء ويظل كذلك حتى ينتهي الرصيد الموجود لدى البنك،
وعندئذ يمتنع البنك عن الوفاء بباقي الشيكات.

¹ د. علي جمال الدين عوض، القانون التجاري، العمل التجاري، التاجر، الأوراق التجارية، عمليات البنوك، الشركات،
دار النهضة العربية.

- تقديم الشيكات دفعة واحدة

مفاد هذه الوضعية أن حملة الشيكات يتقدمون أمام البنك دفعة واحدة، ويكون الوفاء تبعاً لترتيبها الزمني حتى ينتهي الرصيد، عندئذ يرفض البنك الوفاء بالشيكات المتبقية بحجة عدم كفاية الرصيد على أن الوفاء يتم طبقاً للأسبقية في تاريخ الإصدار.

- وضع المؤونة في حالة الإفلاس¹

الإفلاس كقاعدة يؤدي إلى سقوط الآجال استحقاق الأوراق التجارية، والوفاء بها فوراً، على أن الأمر هنا لم يكن محل نص من القانون التجاري الموريتاني والجزائري، وخاصة وضعية الحامل في حالة الإفلاس، إلا أنه يتعين التفريق بين إفلاس الساحب وإفلاس المسحوب عليه في حالة الكمبيالة.

أما الشيك فيجب النظر إلى حالة إفلاس المسحوب عليه، أما إفلاس الساحب فلا يوجد فرق بينه ووضعية إفلاس ساحب الكمبيالة على نتناول الحالتين كالآتي:

*** الإفلاس في وضعية الكمبيالة**

يتم التمييز هنا على أساس اختلاف إفلاس الساحب وإفلاس المسحوب عليه في الكمبيالة. إفلاس الساحب حسب الفقهاء يجب التمييز ما بين إفلاسه قبل قبول المسحوب عليه وإفلاسه بعد القبول.

قبل القبول ينتج سقوط أجل ديونه ومنها الكمبيالة التي حرر قبل شهر الإفلاس، وتبعاً لذلك فإنها تصبح مستحقة الوفاء فوراً، وتخرج المؤونة من تغطية الساحب ويتأكد حق الحامل عليه، وبذلك يحظر على أمين التغطية استيفاؤه أو استرداده من المسحوب عليه.

أما إفلاس الساحب بعد قبول المسحوب عليه الكمبيالة، وبذلك يصبح الحامل هو المدين الأصلي. وشهر إفلاس الساحب لا يؤثر على المؤونة التي تأكدت للحامل على اثر قبول المسحوب عليه وبالتالي لا يحل الأجل، ويبقى الحامل متمسكاً ببقية التاريخ حتى حلول الأجل عندئذ يتم التقدم إلى المسحوب عليه من أجل الوفاء.

إما إذا أفلس المسحوب عليه فقد نصت المادة 847 ق. ت. م أنه يحق للحامل إجراء دعوى الرجوع على المظهرين والساحب، وباقي الملتزمين في حالات عدتها المادة ومنها الإفلاس، حيث جاء النص كالآتي 4/847 ق. ت. ج بقولها (في حالة التسوية أو التصفية القضائية للمسحوب عليه

¹ د. سعيد يوسف البستاني القانون الدولي للإسناد التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى: 2006، ص 260.

سواء كان صدر منه قبول أو توقف عن دفع ديونه، ولو لم يثبت ذلك بعد بحكم أو من تاريخ حجز أمواله بدون جدوى).

ونفس المضمون أوردته كذلك المادة 2/426 ق. ت. ج ومن الملاحظ بحسب ما ورد في المادتين فإن المشرعان يقضيا بسقوط أجل الكمبيالة في حالة التسوية أو التصفية حتى قبل صدور الحكم بإفلاسه وإنما يكفي أن يتوقف عن الدفع أو التسوية أو التصفية.

ومرد ذلك إلى أنه بمجرد ما يكون المسحوب عليه متوقف عن الدفع فإن تصرفاته غير سارية ضد دائئه، أي أن يده تغل ولذلك فإن قبوله لا يسري كما أن دفعه كذلك، وبالتالي فإنه تطبق عليه فوراً سقوط الآجال وقيام الحامل بكل الإجراءات التي يتطلبها شهر الإفلاس ومن ذلك مطالبته للوفاء لأمين التفليسة ومباشرة الرجوع على الضامنين.

* الإفلاس بالنسبة للشيك

أما بالنسبة للشيك فإنه تختلف حالة إفلاس الساحب عن حالة إفلاس المسحوب عليه. فبالنسبة لإفلاس الساحب فإنه لا يوجد اختلاف فيما بينه وإفلاس الساحب في الكمبيالة. أما فيما يخص إفلاس المسحوب عليه فيفرق البعض¹ بين ما إذا كان المسحوب عليه قد أفلس بعد وفائه، وبين إفلاسه قبل أن يكون قد أوفى بقيمة الشيك، حيث يرى أصحاب الحالة الأولى² أن إفلاس المسحوب عليه لا يؤثر على حق الحامل بعد أن استلمه، فلا يفرض عليه رده لأمين التفليسة.

أما أصحاب الرأي الثاني فأغلب الفقه الفرنسي³ يقر بملكية الحامل للرصيد الموجود في ذمة المسحوب عليه، غير أن حقه على المؤونة ليس سوى دخوله كدائن عادي كباقي الدائنين الآخرين، ويقيمون هذا الرأي على أساس صعوبة افراز المؤونة من بين باقي الودائع الأخرى.

الفرع الثاني: الحقوق التبعية

لقد اكتفى المشرع التجاري الموريتاني وكذا الجزائري في المادة 1/822 ق. ت. م والخاصة بالمؤونة والمادة 1/397 ق. ت. ج بالقول بأن التظهير ينقل جميع الحقوق من المظهر إلى المظهر إليه، ولم يبين الطريقة التي يتم بها هذا الانتقال، هل هو بشكل مجرد أم باتباع إجراءات خاصة.

¹ د. ادوارد عيد، الاسناد التجارية، الشيك، الجزء الثاني، مطبعة النجوى، 1967، ص 113.

² د. ادوارد عيد، الاسناد التجارية، الشيك، مرجع سابق، ص 114.

³ Gavalda et Stoufflet, Op- cit, p : 173.

كما أن الفقه¹ في أغلبه يأخذ بانتقال جميع الحقوق الثابتة في الورقة إلى المظهر إليه ومع ذلك يختلف حول الطريقة التي تنتقل بها هذه الحقوق، وخاصة الضمانات العينية والشخصية، وسنتعرض لهذه الآراء تباعاً:

أولاً: طريقة انتقال الحقوق التبعية فقهاً

إن الفقه رغم إجماعه حول انتقال الحقوق التبعية بالتظهير إلا أنه يختلف حول الطريقة التي يتم بها هذا الانتقال.

ويبرز الانقسام في رأيين: رأي يرى بانتقال هذه الحقوق بشكل مجرد ورأي ثاني لا يقول بانتقال هذه الحقوق إلا وفق انتقال خاص وهذا ما سنحاول التعرض له مع بيان الحجج التي يقومون عليها آراءهم.

1- الرأي الذي يقضي بانتقال الحقوق العينية تلقائياً

يرى أنصار² هذا الرأي أنه بمجرد القيام بالتظهير الناقل فإن كل الحقوق الثابتة للورقة التجارية تنتقل معها بما فيها تلك الضامنة للحق، وهذا الرأي يأخذ به غالبية التشريعات اللاتينية بما فيها الفقه الفرنسي³ واعتمدوا في هذا على:

- أن عدم نص قانون جنيف⁴ يرجع إلى إعطاء كل دولة منظمة للمعاهدة تنظيمه بما تراه ملائماً لتشريعها.
- كما أن خلو التشريعات من النص على الطريقة التي يتم بها انتقال هذه الضمانات لا يمكن أن يكون عائقاً دون انتقالها، وذلك أن التظهير التام لا يقتصر على نقل أصل الحق⁵ (قيمة الكمبيالة)، وإنما ينقل جميع الحقوق الأخرى التابعة له.
- إن صدور أغلب القوانين اللاتينية في شأن ما ينقله التظهير بشكل عام ومطلق ليوحي بتجريد التصرف وعدم استناده على أي نظام خارج عن القواعد المصرفية، وبعدم السماح بعرقلة تداول الأوراق التجارية، ذلك أن هذه التأمينات لم تقدم للمستفيد الأول منها مراعاة لشخصه، وإنما زيادة للضمان الموجود بالورقة وسهولة تداولها.⁶

¹ د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 73. أكرم يا ملكي، مرجع سابق، ص 136.
² د. عبد الحميد الشواربي، القانون التجاري، الأوراق التجارية في ضوء الفقه والقضاء، منشأ المعارف، مطبعة الانتصار، الإسكندرية، 1993، ص 116. د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 156.

³ G. Robert et R. Roblot, Op- cit, N° 20 35, p : 195

⁴ لم تنص المادة 14 ق جنيف الموحد على الطريقة التي يتم بها انتقال هذه الضمانات.

⁵ د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 258.

⁶ د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 258.

- إن التظهير يقوي ويعزز ضمان المظهر إليه، وبالتالي فلا يمكن أن يكون يعطي ضمانات أقل من ما تعطي الحوالة، حيث أنها تنتقل الحق وكافة ضماناته.¹

2- الرأي الثاني

فيرى أصحاب هذا الرأي أن بمجرد اكتمال الشكل القانوني للسند فإنه ينعقد له الاكتفاء الذاتي، ومن ثمة فلا يمكن أن يكون بمجرد التظهير تنتقل معه حقوق خارج عن أصل نشوئه² ويبررون رأيهم هذا:

- بأي معنى يمكن أن تكون الحقوق التبعية الضامنة لحق المستفيد الأصلي، الذي هو من سحبت الورقة - من أجله- والتي تقرررت على إثر التزام خارج عن الورقة وحتى قبل سحبها يمكن اعتبارها ناشئة عن الورقة.³
- كما أنه لا تكفي عمومية نص المادة 14 من قانون جنيف وكذلك النصوص الأخرى المقتبسة عنها بانتقال هذه الحقوق دون مراعاة لطبيعة هذه الحقوق وإجراءات انتقالها، كما هو الحال في الرهن التأميني والذي يتطلب التسجيل.⁴
- أما وأن التظهير آلية فعالة ومتطورة لنقل الحقوق قياسا على الحوالة، فإن ذلك لا يكفي أن يكون دائما متقدما عليها في نقل الحقوق.⁵

المطلب الثاني: التزام المظهر بالضمان

إذا ما قام المظهر بتظهير الورقة التجارية تظهيراً ناقلاً للملكية، ويكفي لذلك مجرد التوقيع عندئذ يصير ضمناً القبول والوفاء وفق ما تقضي به قواعد الصرف وعلاوة على ذلك يكون متضامناً صرفياً مع باقي الموقعين على الورقة. ومما يحق التنويه به أن هذا الالتزام على الرغم من قيامه على الشكلية إلا أن لإرادة المظهر دور، وخاصة في الشروط الاختيارية، والتي منها شرط عدم الضمان الذي يعفى المظهر من ضمان القبول والوفاء أو عدم إعادة التظهير، والذي يعفيه كذلك من الضمان للمظهر إليهم الذين ظهرت لهم الورقة بعد وضعه هذا الشرط واقتصار ضمانه على المظهر إليه المباشر.

وانطلاقاً مما سبق سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

¹ د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 79.

² هذا الرأي مشار إليه عند د. أكرم يا ملكي، مرجع سابق، ص 136.

³ د. أكرم يا ملكي، مرجع سابق، ص 137.

⁴ د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 141.

⁵ د. أكرم يا ملكي، مرجع سابق، ص 138.

الفرع الأول: ضمان المظهر للقبول والوفاء.

الفرع الثاني: عدم ضمان المظهر للقبول والوفاء.

الفرع الأول: ضمان المظهر للقبول والوفاء

من حيث المبدأ يلتزم المظهر بضمان القبول والوفاء وقد تناول المشرع الموريتاني في المادة 823 ق. ت. م الخاصة بالكمبيالة والمطبقة على السند لأمر في كل ما لا يتنافى وطبيعته، وكذلك المادة 912 ق. ت. م المتعلقة بالشيك، وفي القانون التجاري الجزائري وخاصة المادة 398 ق. ت. ج الخاصة بالسفتجة والمطبقة على السند لأمر وسند النقل في كل ما لا يتعارض وطبيعتها والمادة 490 ق. ت. ج الخاصة بالشيك.

وجاء في المادة 823 ق. ت. م ما يلي (إن المظهر ضامن للقبول والدفع إلا إذا اقتضى شرط خلاف ذلك، ويمكن له أن يمنع كل تظهير جديد، وفي هذه الحالة فلا يكون ملزم بالضمان للأشخاص الذين تظهر لهم الكمبيالة فيما بعد).

أما المادة 912 ق. ت. م الخاصة بالشيك فجاء فيها (يضمن المظهر الوفاء ما لم يرد شرط مخالف. ويجوز للمظهر أن يمنع تظهيراً جديداً، ولا يلتزم بالضمان في هذه الحالة تجاه من تؤول إليهم الشيك بتظهير لاحق).

وتجدر الإشارة إلى النص الخاص بالشيك لم يذكر شرط الالتزام بضمان القبول، ذلك أن الشيك لا يلزمه حيث أنه ورقة مخالصة، وبالتالي لا يلزمه القبول.

كما يتضح من النصوص السابقة أن التشريعين جاءا بالمبدأ وهو ضمان المظهر للقبول والوفاء في الكمبيالة، والوفاء فقط في الشيك، ومع ذلك فإذا ما اتفقا المظهر والمظهر إليه على وضع استثناء على هذا المبدأ فإن ذلك يحق لهما، ويتم ذلك بتدوين شرط عدم الضمان أو شرط عدم التظهير من جديد، ولعل مرد ذلك يكمن في:

2- تهدف القواعد المصرفية المنظمة لنصوص التظهير من تعزيز الضمانات للمظهر إليه الحامل، وتقوية الائتمان بكل ما يسر تداول الأوراق التجارية، وتتمثل هذه الضمانات في ضمان المظهر القبول والوفاء، وكذلك تضامنهم في ذلك مع جميع الموقعين الآخرين، وكل ذلك بهدف تعزيز ضمانات المظهر إليه الحامل. وهذا ما سنتناوله كالاتي في نقطتين:

أولاً: قيام التضامن المصرفي بين الموقعين.

ثانياً: مضمون هذا التضامن.

وقبل تناول التضامن الصرفي ومضمون التضامن نعرض إلى تفسير تعزيز الضمانات الشخصية، وذلك عائد إلى:

1- قلة الضمانات العينية

النصوص القانونية المنظمة للتظهير في التشريع لم تحول دون وجود ضمانات عينية في الورقة التجارية، وإنما كما سبق من أجل طمأنة المظهر إليه الحامل، وتعزيز خاصية التداول، أن هذه الضمانات إن وجدت تنتقل بمجرد إجراء التظهير.

غير أنه على الرغم من ذلك فإنها نادرة في الأوراق التجارية، وربما يمكن القول إلا أن ذلك عائداً إلى الغموض الذي يكتنف آلية انتقالها وسكوت النص عنه.

كما أن البعض¹ أرجع ذلك إلى أن هذا النوع من الضمانات إن وجدت فإنه نظراً لطبيعته يحتاج إلى توثيق وتسجيل وبعض الإجراءات التي يتطلبها انتقاله والتي تكون دائماً معقدة، مما يؤدي إلى إبطال الغاية من التعامل بهذه الأوراق، والتي تكمن في السرعة والسلاسة.

أولاً: قيام التضامن الصرفي بين الموقعين

بمجرد ما يوقع المظهر على الورقة التجارية فإنه يكون ضامناً للوفاء والقبول، ودعماً لضمانات المظهر إليه الحامل فإنه يدخل بهذا التوقيع مع باقي الموقعين في تضامن صرفي، هذا التضامن يتمثل في رجوع الحامل عليهم في حالة عدم القبول أو الوفاء من المسحوب عليه، حيث يباشر الحامل الرجوع على الموقعين مجتمعين أو منفردين بعد إجراء تحرير احتجاج عدم الوفاء أو القبول.

ولتحديد طبيعة هذا التضامن سنتناول مفهوم التضامن الصرفي ثم الفروق بينه وبين التضامن في القواعد العامة.

1- مفهوم التضامن الصرفي

يكمن التضامن الصرفي في تضامن جميع الموقعين على الورقة اتجاه الحامل للوفاء له أو القبول، في حالة عدم الوفاء² من قبل المسحوب عليه، وهذا التضامن نصت عليه المادة 853 ق. ت. م وكذلك هو الحالة في المادة 432 ق. ت. ج. كما أنه لم يتقرر بنص، وإنما قائم على افتراضه بين الأشخاص الموقعين في الورقة التجارية، وهذا حال التضامن التجاري كله.

¹ د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق ص 81.

² د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 94.

على خلاف ما عليه الحال في القواعد العامة التي لا يمكن أن يتم فيها التضامن إلا باتفاق مبدئي بين المتعاملين، أو إذا ما جاء به نص، ويعود ذلك إلى أن التضامن القائم بين الموقعين على الورقة التجارية لا يعتبر من النظام العام¹ لذلك يمكن لأي منهم الاتفاق على خلافه، ويكون ذلك بوضع شرط يعفي واضعه من الرجوع عليه.

2- الفرق بين التضامن المصرفي والتضامن في القواعد العامة

أساس الاختلاف بين التضامنين في القواعد التي يقوم عليها كل منها، فالتضامن المصرفي يتمثل في أن كل موقع هو كفيل عن الآخرين، أي أنه إذا ما رجع عليه الحامل فإنه يقوم بالوفاء له بقيمة الورقة التجارية بوصفه كفيلا عن بقية الموقعين، وبعد ذلك يرجع هو أيضا عليهم.

بينما يقوم التضامن في القواعد العامة على توكيل أحد المدينين لباقي المدينين ليفوا للدائن بدينه. هذا إضافة إلى أن الحامل عليه أولا أن يقدم الورقة التجارية للمدين الأصلي، وإذا لم يفي له يباشر بتحرير الاحتجاج، ومن ثمة يعود على الموقعين.

بينما في القواعد العامة فإن للدائن حرية مطالبة أي من المدينين. كما أن من أوفى من المتضامنين المصرفيين، يحق له الرجوع على أي منهم للوفاء له بقيمة الورقة على العكس من ذلك، فإن المدين الذي أوفى بدين متضامن فيه وفقا للقواعد العامة لا يحق له مطالبة أي مدين إلا بقدر حصته في الدين.

ثانيا: مضمون الضمان

يضم الضمان ضمان القبول والذي يختص الكميالة دون السند لأمر والشيك، ذلك أن الكميالة غير مرتبطة بإنشائها بوجود المؤونة أو عدمها، ذلك أنها ورقة تسليف، ولذا يتطلب فيها القبول في بعض الأحيان، وإلى جانب ضمان القبول يتقرر ضمان الوفاء.

1- ضمان القبول في الكميالة

يتقرر عرض القبول في الكميالة إذا ما لم تحتوي على شرط يمنع تقديمها للقبول، ويجب عرضها إذا كانت مستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع² أو إذا كانت مستحقة عند أجنبي أو في موطن الذي لا يوجد فيه المسحوب عليه، غير هذا يمكن للحامل أن يتقدم بها أو لا يتقدم بها للقبول.

¹ د. أحمد محمد محرز، القانون التجاري، العقود التجارية، الأوراق التجارية، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2003، ص 377.

² المادة 2/828 ق. ت. م (يمكن للساحب أن يشترط في كل كميالة وجوب عرضها للقبول مع تحديد أجل أو عدمه، وله أن يمنع عرضها للقبول ما لم تكن الكميالة واجبة الدفع عند أجنبي أو في موطن غير الذي به مقر المسحوب عليه، أو كانت مسحوبة لدفعها بعد مدة من الاطلاع)، ونفس المضمون جاء في المادة 3/403 ق. ت. ج.

إن عرض الكمبيالة للقبول لا يحتم على المسحوب عليه القبول، فله أن يقبل كما له أن يرفض إلا في حالة محددة نصت المادة 8/828 ق. ت. م والتي تقابل الفقرة الثامنة من نص المادة 403 ق. ت. ج. وهي الحالة التي عليها تكون الكمبيالة أنشئت لتنفيذ اتفاق بين التجار بالبضائع والساحب أو في التزامه بمقتضى العقد، عندئذ لا يحق للمسحوب عليه الامتناع عن القبول. وبقبول المسحوب عليه ويكون ذلك بوضع توقيعه على الكمبيالة ينشأ التزامه الصرفي، ويصبح هو المدين الأصلي ومن يلزمه تقديم مبلغ الكمبيالة في تاريخ الاستحقاق.¹ أما إذا رفض المسحوب عليه الكمبيالة، فالحامل حق الرجوع على الموقعين في الحال بعد تحرير احتجاج عدم القبول أو يتمسك بها حتى تاريخ الاستحقاق، وتقديمها للوفاء. وإذا لم يوفى عندئذ يقوم بتحرير احتجاج عدم الوفاء.

أ- الرجوع

يحق للحامل إذا ما رفض المسحوب عليه القبول أن يباشر تحرير احتجاج عدم القبول وعندئذ يشرع في الرجوع على الموقعين على الكمبيالة.² على أنه إذا كان يوجد كفيل فعليه الرجوع عليه قبل الآخرين، ويمكن له أن يرجع إليهم منفردين أو مجتمعين بدون أن يكون ملزم بإتباع الترتيب الذي جاءت به توقيعاتهم. ويطالبهم بقيمة الكمبيالة التي لم يحصل على قبولها وبمصاريف الاحتجاج وتوجيه الإشعارات الأخرى وكذلك المبالغ المستحقة صرفاً.³

ب- انقضاء الأجل

إذا ما انقضت الآجال القانونية المحددة لتحرير احتجاج⁴ عدم القبول أو إذا ما لم يباشر الحامل بتحرير الاحتجاج فإنه يسقط حقه في الرجوع على الموقعين لعدم القبول.

¹ نصت عليه المادة 831 ق. ت. م والتي يقابلها نص المادة 1/407 ق. ت. ج.
² نصت عليه المادة 848 ق. ت. م (يجب إثبات الامتناع عن القبول أو الامتناع عن الدفع بحجة رسمية (احتجاج بالامتناع عن القبول أو احتجاج بالامتناع عن الدفع). ويجب تحرير الامتناع عن القبول في الآجال المعينة لعرض الكمبيالة للقبول، وإذا كانت قد عرضت للمرة الأولى في اليوم الأخير من أجل العرض في الحالة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة 829، فيمكن أيضاً تحرير الاحتجاج في اليوم التالي.
 إن الاحتجاج بالامتناع عن دفع الكمبيالة الواجبة الدفع في يوم معلوم، أو في أجل ما بعد مضي مدة من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع عليها يجب تحريره في أحد يومي العمل التاليين لليوم الواجب فيه دفع الكمبيالة، وإذا كانت الكمبيالة واجبة الدفع لدى الاطلاع، فيجب تحرير احتجاج على الشروط المبينة بالفقرة المتقدمة لتحرير الاحتجاج بالامتناع عن القبول... والتي تقابلها نص المادة 430 ق. ت. ج.
³ أنظر نص المادة 854 ق. ت. م والتي يقابلها نص المادة 433 ق. ت. ج.
⁴ أنظر نص المادة 858 ق. ت. م والتي تقابلها المادة 437 ق. ت. ج.

ج- ضمان الوفاء

يتقرر على الحامل عند حلول اجل الورقة التجارية أن يتقدم إلى المسحوب عليه للوفاء له بقيمة الورقة، وإذا ما رفض هذا الأخير الوفاء حق له بعد تحرير احتجاج عدم الوفاء مباشرة الرجوع على الموقعين على الورقة التجارية.

ولكن حق الرجوع هذا لا يتقرر له إلا إذا كان ذا صفة ويكون كذلك إذا ما كان حاملا شرعيا ويكون كذلك إذا ما أثبت حقه بسلسلة غير منقطعة من التظهيرات وفقا لما نصت عليه المادة 1/824 ق. ت. م ونفس المضمون جاء في المادة 1/399 ق. ت. ج وهذا يتعين الوقوف على حالة الرفض والرجوع والسقوط على التوالي.

أ- الرفض

إذا ما رفض المسحوب عليه الوفاء للحامل الشرعي، حق للحامل بعد تحرير الاحتجاج الرجوع على أولا بعد المسحوب عليه كفيل (ضامن احتياطي) إن وجد وبعد ذلك على الموقعين الآخرين، ويمكن أن يرجع إليهم مجتمعين أو منفردين.

أما في حالة الوفاء الجزئي فليس للحامل رفضه مع بقاء حقه في تحرير الاحتجاج على الباقي، ومباشرة الرجوع على الموقعين بما تبقى من قيمة الورقة، وذلك وفق نص المادة 2/840 ق. ت. م ونفس المضمون جاءت به المادة 2/415 ق. ت. م.

3- الرجوع

بعد تحرير احتجاج عدم الوفاء والذي يتم وفق ما يحصل في تحرير احتجاج عدم القبول، بعد ذلك يباشر الرجوع على الموقعين على الورقة بشكل منفرد أو جماعي.

4- السقوط

إذا لم يباشر الحامل الشرعي حقه في الرجوع ضمن الأجل القانونية وقبل ذلك بتحرير الاحتجاج لعدم الوفاء إذا ما لم يكن هنالك شرط يعفى منها (كشرط الرجوع بدون مصاريف) وانتهت المدة فإن الحامل يسقط حقه في الرجوع، وبذلك يكون حاملا مهملًا، ويترتب عن ذلك سقوط حقوقه المصرفية اتجاه المظهرين، وكذلك الساحب وغيرهم من الموقعين.

إما إذا لم يكن الساحب قد قدم المؤونة فيبقى حقه قائما اتجاهه حتى ولو كان حاملا مهملًا.

الفرع الثاني: عدم ضمان المظهر للقبول والوفاء

لقد تكرر شرط عدم الضمان انطلاقاً من الاستثناء الذي أورده المادة 1/823 ق. ت. م والتي تقضي (... إلا إذا اقتضى شرط خلاف ذلك)، ونفس المضمون جاء في المادة 1/398 ق. ت. ج. كما جاء نص الفقرة الثانية 823 ق. ت. م بشكل آخر من الإعفاء من الضمان، وذلك في حالة اشتراط عدم التظهير من جديد، ونفس الحالة جاءت بها المادة 2/398 ق. ت. ج. ويتبين من نصي المادتين أن المظهر يمكن أن يعفى نفسه من ضمان الدفع للحامل، وذلك بوضع أحد الصيغتين السابقتين، والمتمثلتان في الاتفاق على شرط عدم الضمان، وعندئذ لا يكون المظهر ضامناً للحامل لا القبول ولا الدفع. أو إذا ما اشترط عدم تظهير الورقة من جديد وعندئذ يبقى ضامناً للمظهر إليه المباشر ويعفى نفسه من المظهرين اللاحقين للشرط.

أولاً: إدراج عدم الضمان

وفقاً لنصي المادتين السابقتين يحق للمظهر أن يضع استثناء على الأصل الذي هو الضمان، وذلك بوضعه شرط عدم الضمان.

فإذا ما وضع المظهر شرط عدم الضمان لا يكون ضامناً للقبول والوفاء، فإذا ما امتنع المسحوب عليه من الوفاء، فإنه لا يمكن للحامل الرجوع عليه تبعاً للشرط الذي وضعه، إلا أن هذا الشرط لا يسري على بقية الموقعين، ويستفاد منه وحده طبقاً لقاعدة استقلال التوقيعات على العكس من ذلك إذا ما تم وضع شرط عدم الضمان من الساحب، حيث أن أي شرط يضعه الساحب يسري على باقي الموقعين على الورقة، غير أنه إن كان يجوز لساحب إعفاء نفسه من ضمان القبول فليس له إعفاء نفسه من ضمان الوفاء وفقاً لنص المادة 2/819 ق. ت. م وكذلك هو الحال في نص المادة 8/394 ق. ت. ج.

ويرى البعض¹ أن إعفاء الساحب من ضمان القبول من الممكن أن يكون لدواعي مراعاة للعمليات التجارية التي بينه والمسحوب عليه، وحتى يتحقق من وجود المؤونة في تاريخ الاستحقاق لأنه هو الوحيد الملزم بإثبات وجود المؤونة لدى المسحوب عليه.

¹ د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 235.

ثانيا: عدم التظهير من جديد

يحق للمظهر وفقا لنصي المادتين السابقتين من التشريعيين محل الدراسة أن يعفى نفسه من الضمان كذلك، وذلك بوضعه بيان اختياري، يتمثل في شرط عدم التظهير من جديد، عندئذ فإن المظهر يعفى نفسه من الضمان إذا ما ظهرت الورقة التجارية بعد وضع هذا الشرط مع بقائه ضامنا للمظهر إليه المباشر.¹

المطلب الثالث: تظهير الدفع

إذا ما تم انتقال الورقة التجارية عن طريق التظهير التام، فإن المظهر إليه تنتقل إليه مطهرة من كل العيوب التي من الممكن أن تكون قد أشابتها إذا ما كان الحامل حسن النية. ويعود ذلك إلى مبدأ صرفي ممتاز لانتقال الحقوق المصرفية ولمحاولة تيسير كل ما يضمن تداولها، وكذلك لطمأنة الحامل لها حتى لا يأخذ بعلاقات لا علم له بها، حيث أن هذا الانتقال ممكن أن يتم بين أشخاص لا يعرف بعضهم البعض، كما أن هذه القاعدة خرجت على ما عليه الحال في انتقال الحقوق في المجال المدني.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه القاعدة ليست مطلقة الفاعلية وإنما لها حدود، ذلك أنها تنطبق إذا ما توافرت شروط استلزمها المشرعان محل الدراسة، تتمثل في أن يكون الانتقال قد تم بالتظهير التام، وأن يكون الحامل حسن النية، ومع كل هذا فقد خصها كذلك بحدود، حتى ولو تم التظهير تظهيراً ناقلاً وكان الحامل حسن النية فإن ذلك يحول دون تطبيق القاعدة أي مجال لا تظهر فيه الدفع. هذه الدفع ارتأى المشرع أن حماية أصحابها أولى من حماية الحامل كما هو الحال في ناقص الأهلية.

ولذا سنتناول هذه القاعدة من خلال فرعين:

الفرع الأول: مفهوم قاعدة تظهير الدفع.

الفرع الثاني: شروط تطبيق القاعدة.

الفرع الأول: مفهوم قاعدة تظهير الدفع

تعتبر هذه القاعدة أحد أهم القواعد المصرفية، وأكثرها بعدا من الحال الذي يتم به انتقال الحقوق في الميدان المدني.

¹ د. أكرم يا ملكي، مرجع سابق، ص 89.

ولهذا سنحاول أن نتناول تعريفها ونشأتها وتطورها أولاً ثم نتعرض لخصوصيتها عن انتقال الحقوق في الميدان المدني.

أولاً: تعريف قاعدة تطهير الدفع

1- تعريف القاعدة

تعني هذه القاعدة أنه بمجرد القيام بالتطهير فإن ذلك يخرج الورقة من كل ما بها من عيوب، إذا ما كان من العيوب التي يطهرها التطهير.

وبناء على ذلك فإن الحامل لا يمكن أن يتمسك ضده أي موقع (سوي المباشر) بأحد هذه العيوب التي تتمثل في نقص أحد الشروط الموضوعية أو شابها عيب من عيوب الإرادة.¹ وهذا إذا ما كان الحامل حسن النية،² لا يمكن أن يتمسك ضده بدفوع مبنية على علاقات سابقة لنشوء الالتزام المصرفي وشخصية ولا علم له بها.

وعلى الرغم من ذلك فإن المظهر إذا ما كانت تربطه علاقة دائنة مع الحامل فيمكن إذا ما رجع عليه التمسك بها ضده³ ذلك لانتفاء عدم العلم بالدفع، والذي يترتب عنه تطهير الدفع.

2- نشأة القاعدة وتطورها

عرفت هذه القاعدة مجالاً للتطبيق بين أوساط التجار في القرون الوسطى، حيث أن ذلك هو الزمن الذي طبع فيه الاعتقاد بضرورة إيجاد آلية فعالة تسمح للحامل التملص من العلاقات الشخصية السابقة عليه، والتي لا علم له بها،⁴ وقد وفقوا بعد ذلك حين صارت الكمبيالة بعد ظهور التطهير ورقة ائتمان، وبذلك أضافت وظيفة أخرى إلى جانب وظيفتها التقليدية والمتمثلة في كونها كانت أداة نقل النقود.

وكان لتطبيق هذه القاعدة الأثر البالغ على المعاملة التجارية، حيث طمئننت الحامل على ضمان الوفاء.

أما عن تطورهما فقد كان مرده إلى الشريعة الجرمانية، والتي تأخذ من استقلال التواقيع أساس لهذه القاعدة، ويبرز ذلك من خلال عدم تعيين الدائن في الالتزام، فهذا لا يحول دون أن يكون المدين ملتزم بالوفاء له، حيث أن العبرة بالكفاية الذاتية المترتبة على استكمال الشروط الشكلية في الورقة التجارية بغض النظر عن المتعاملين بها، بحيث يمكن أن يكون لا يعرف بعضهم بعضاً.

¹ د. سميحة الفيلوبي، مرجع سابق، ص 74.

² أكرم يا ملكي، مرجع سابق، ص 140.

³ علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 121.

⁴ (Levy Brunhil, p : 274) مشار إليه عند عبد الملاوي زوليخة، مرجع سابق، ص 134.

وبعد الاستمرارية في تطبيقهم لهذه القاعدة والمزايا المترتبة عليها نادى العديد من الفقهاء في القرن الثامن عشر في كل من فرنسا وإيطاليا وألمانيا بالأخذ بها في تشريعاتهم رغم ما تجسده من خروج على القواعد العامة، وخاصة بأنه لا يعقل أن ينقل المدين للدائن أكثر من ما يملك.¹

ثانياً: خروج القاعدة عن الوجود في القواعد العامة

نظراً لاختلاف المعاملات التي تقوم عليها كل من القواعد العامة وكذلك قاعدة تطهير الدفع، تختلف تبعاً لذلك الآليات، حيث أن المعاملات التجارية تحتاج إلى سرعة لانتقال الحقوق القائمة بشأنها نظراً لطبيعة التجارة وانتشارها، إضافة إلى ذلك أن تكون هذه السرعة قائمة على ائتمان وثقة، بحيث لا يباغت الحامل بدفوع لا علم له بها ويضمن بذلك يسر الوفاء وفورية حصوله حتى تتجدد الحركة التجارية.

أما القواعد المدنية فإنها تقوم على البطء في إجراءات الانتقال، وكذلك فإن الحق ينقل بكل ما فيه، أي أن المحيل في الحوالة المدنية لا ينقل للمحال له غير ذات الحق الذي يملكه محملاً بجميع العيوب التي شابته، وعندئذ يحق للمحال عليه مواجهة المحال له بكل الدفع التي كانت قائمة بينه والمحيل. لذا فهي لا تنسجم وطبيعة الأوراق التجارية ولا يمكن أن تطبق عليها.²

أما التطهير فإنه إذا ما تم فإنه يظهر الورقة التجارية من كل ما بها من عيب إذا كان ذلك العيب من العيوب التي ينفع معها التطهير.

الفرع الثاني: شروط تطبيق قاعدة تطهير الدفع

تتجسد قاعدة تطهير الدفع إذا ما توفرت لها شروط ذلك، وتتمثل هذه الشروط في أن يكون التطهير ناقلاً للملكية وأن يكون الحامل حسن النية، وأن تكون الدفع من التي يطهرها التطهير. ولهذا سنتناول هذه الشروط في نقاط ثلاثة:

أولاً: أن يكون التطهير ناقلاً للملكية.

ثانياً: أن يكون الحامل حسن النية.

ثالثاً: أن تكون الدفع من التي يطهرها التطهير.

¹ د. علي البارودي، مرجع سابق، ص 83.

² حكم محكمة الاستئناف بالقاهرة، - الدائرة الثامنة التجارية - 1958/12/9 رقم 331 سنة 75 ق. والذي جاء فيه (أن المبدأ المقرر بالمادة 312 من القانون المدني التي تقول أن للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة، هذا المبدأ مع سلامته لا ينسجم مع طبيعة الورقة التجارية، وما تقوم به من وظائف وإلا لو أبيع هذا لقامت العقوبات في سبيل تداول الورقة بالسرعة التي تتطلبها المعاملات التجارية...). مشار إليه لدى د. عبد المعين لطفي جمعة، مرجع سابق، رقم 1635، ص 758.

أولاً: أن يكون التطهير ناقلاً للملكية

لتجسيد هذه القاعدة ينبغي أن تكون الورقة التجارية قد انتقلت من المظهر إلى المظهر إليه عن طريق التطهير الناقل للملكية، وأن تكون مستوفية الشروط الشكلية بغض النظر لشكله أي سواء كان تطهيراً على بياض أو للحامل الذي تنطبق عليه أحكام التطهير الناقل، ذلك أنه بمثابة تطهير على بياض وفقاً للنصين محل الدراسة.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه القاعدة لا تنطبق في التطهير التوكيلي، حيث أن المظهر إليه في التطهير التوكيلي لا يعدو كونه مجرد وكيل يقوم بقبض قيمة الورقة من المدين لصالح المظهر الذي هو صاحب الحق، ولهذا يحق للمدين أن يتمسك في مواجهته بالدفع التي يملكها ضد المظهر¹ ذلك أن آثار التطهير ترجع إليه.

أما التطهير التأميني على الرغم من عدم نقل الملكية فيه، إلا أنه تنطبق عليه قاعدة تطهير الدفع وفقاً لنص المادة 5/825 ق. ت. م والتي تقابلها مضمونا ونصا المادة 5/401 ق. ت. ج.

ومن المعلوم أن هذا التطهير الناقل الذي به يطهر الورقة من الدفع، ينبغي أن يتم في آجاله القانونية والتي تبدأ من تاريخ إنشاء الورقة إلى تاريخ الاستحقاق، مع أن القوانين التجارية سمحت بالقيام بالتطهير بعد تاريخ الاستحقاق، ولكن قبل إجراء تحرير الاحتجاج بعدم الدفع على أن لا تكون مدة الاحتجاج قد انتهت.

هذا وبالرغم من أن المشرعان محل الدراسة لم يعتبروا تاريخ التطهير بيانا إلزاميا إلا أنهما أقاما عليه قرينة قانونية مفادها أن التطهير الذي لم يؤرخ يعتبر كأنه قد حصل قبل انتهاء آجال الاحتجاج، ولهذا فإن هذه القرينة البسيطة قابلة لإثبات العكس.

أما وإن حصل التطهير خارج آجاله القانونية فإنه لا يسري عليه قاعدة تطهير الدفع، وإنما يعتبر مجرد تنازل عادي يخضع لأحكام الحوالة.

ثانياً: أن يكون الحامل حسن النية

ولقيام القاعدة يجب فوق ذلك أن يكون التطهير ناقلاً للملكية وأن يكون الحامل حسن النية وما دامت نية الشخص هي من المكونات التي لا يسهل التعرف عليها لذا يصعب تحديدها بدقة.

غير أن حسن النية وفق ما تتطلبه قاعدة تطهير الدفع هو عدم علم الحامل بالعيب الذي شاب الورقة خلال التطهيرات، إضافة إلى أن القصد من حصوله عليها ليس بغرض الإضرار بالمدين.

¹ د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 243.

ولهذا أثارته خلافاً فقهيًا حول تحديد المقصود من حسن النية وحاول قانون جنيف أن يأخذ مسلكاً يجمع بين هذه الرؤى الفقهية، وقد انحصرت الاتجاهات في اتجاهين أساساً الأول يأخذ بنظرية العلم والثاني يأخذ بنظرية التواطؤ.

1- نظرية العلم

أ- مفادها

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن حسن النية يكمن في عدم علم الحامل بالدفع التي للمدين اتجاه من ظهر له، أما إذا كان الحامل يعلم بتلك الدفع فإنه يعتبر وفق هذا الرأي سيء النية، وبالتالي لا ينتفع من قاعدة تظهير الدفع.

ب- تقديم نظرية العلم

وهذا الرأي هو أقدم اتجاهات التي تناولت تحديد حسن النية لدى الحامل، وقد طبقه القضاء الفرنسي في أغلب أحكامه حتى صدور القانون التجاري لسنة 1935.¹

وفي مصر فقد كان القانون التجاري المصري القديم يطبقه، وظهر ذلك في أغلب الأحكام الصادرة عنه،² ومنه ما قضت به محكمة النقض المصرية³ وتجلّى ذلك في (حسن النية مفترض في الحامل الذي يتلقى الورقة بمقتضى تظهير ناقل للملكية أو تظهير تأميني، ونقض هذه القرينة يقع على عاتق المدين بإثبات علم الحامل وقت التظهير بوجود دفع يستطيع المدين توجيهه للمظهر).

وقد عيب على هذا الاتجاه قسوته وحرصه على حماية المدين على حساب حق الحامل، لذا فإن مجرد العلم لا يكفي ليكون دليلاً من نية الحامل على حرمان المدين من التمسك بدفعه.

2- نظرية التواطؤ

أ- مفادها

يرى أصحاب هذه النظرية أن مجرد العلم لا يكفي للتدليل على أن الحامل سيء النية، بل لابد أن يكون مصحوباً بتواطؤ، أي أن الحامل والساحب أو أي من الموقعين على الورقة التجارية قاما

¹ Rene Rodière et Bruno opetit, Droit commerce effets de commerce. Contrats commerciaux faillites 8^{ème} édition, Paris, 1978, p : 46.

² من هذه التطبيقات:

طعن رقم 978 لسنة 49 قضائية، السنة 35، الجزء الأول، جلسة 1974/119، ص 75.
طعن رقم 1290 لسنة 58 قضائية، السنة 46، جلسة 1995/04/17، ص 635 مشار إليهما لدى د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 295.

³ طعن رقم 1507 لسنة 55 قضائية جلسة 1993/11/1، السنة الرابعة والأربعون، الجزء الثالث، ص 130 مشار إليه لدى د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 295.

بإجراء التظهير بغية حرمان المدين من التمسك بدفوعه¹ اتجاه الساحب أو أحد الموقعين على الورقة.

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذه النظرية في بعض الأحكام التي كان من بينها، الحكم القاضي بسوء نية الحامل، بعدما أثبت تواطؤه بعد إجراء خبرة لتحديد مدى الضرر الذي لحق المدين من إثر خصم الكمبيالة لفائدة الحامل.²

2- تقديم النظرية

أخذ على هذه النظرية مبالغتها في حماية الحامل على حساب المدين، ويكمن ذلك في مدى صعوبة إثبات سوء نية الحامل وسهولة إخفاء الصرفيين له.³ ولهذا فقد حاول قانون جنيف إيجاد صيغة مشتركة بين نظرية العلم والتواطؤ، وتجلى ذلك في ربط سبب الحصول على الورقة بهدف الإضرار.

3- اقتران اكتساب الورقة مع قصد الإضرار

حاولت المادة 17 من قانون جنيف أن تعطي تحديدا لسوء نية الحامل يجمع بين النظريتين السابقتين، ويتمثل في أن الحامل يكون سيء النية، إذا ما كان غرضه من اكتساب الورقة يكمن في الإضرار بالمدين، وقت تظهير الورقة، وبذلك يمنع المدين من التمسك بالدفوع التي كان يمكنه أن يتمسك بها اتجاه احد الملتزمين، وقد أخذ هذا الموقف حيزا كبيرا لدى الفقهاء وكذلك في القضاء.

أ- الفقه

أخذ نص المادة 17 من ق جنيف حيزا كبيرا لدى الفقهاء تباينت من خلاله آرائهم، فمنهم من رأى⁴ بأن المادة تتسم بالغموض وعدم الوضوح، يتمثل في الخلط بين وعي الحامل للضرر وقصد الإضرار، وبذلك تنتفي قيمته من الناحية العملية وفق رأي الفقيه رويل.⁵ وقد عمد بعض الفقهاء إلى إجلاء اللبس الذي تتسم به المادة 17، حيث وجد Ripert أنه لا بد من أن يتوفر قصد سيء بين الحامل والمظهر⁶ في حين رأى ليسكو ورويلو، أن القصد بالإضرار يتحقق

¹ Lyon caen et Renault, Op- cit, 5 éd, 1928, p : 609.

La cour et Bouteron, Droit commercial, 3 édition par librairie Dalloz, 1925, n 1299.

² CIV, 19 Nov. 1928. GAZ Pal, 1929, 1. 89.

³ Lescot et Roblot, Op- cit, p : 322.

⁴ أنظر علي سيد قاسم، نقلا عن بسام حمد الطراونة، ص 294.

⁵ جاء رأي الفقيه رويلو، لدى د. علي سيد قاسم، نقلا عن بسام حمد الطراونة، ص 294.

⁶ G. Riert et Roblot, op- cit, N° 2044, p : 201.

حين يعي الحامل الخسارة¹ المترتبة من جراء التظهير وما ينجر عنها للمدين حين يسلب منه حقه في التمسك بالدفع التي كانت له اتجاه الساحب أو أحد الموقعين.

ب- القضاء

وفي القضاء الفرنسي اعتبر أن الحامل يكون سيء النية إذا ما كان يدرك الضرر الذي تسبب فيه وقت التظهير للمدين من جراء هذا التظهير.

وبرز ذلك في عدة أحكام صادرة عن محكمة النقض الفرنسية، والتي سميت (بأحكام ورمس)² والتي تتلخص في (أن شركة سيارات وعدت زبائنها بإعفائهم من زيادة الأسعار عليهم في المستقبل شريطة أن يقبلوا سحب كمبيالات عليهم وتوقيعهم عليها بالقبول، ووفق الاتفاق الحاصل بينهم أنه إذا لم تستطيع الشركة تسليمهم السيارات حسب الشروط والزمّن المتفق عليه سيتمتعون عن الوفاء لحامل (البنك) هذه الأوراق في تاريخ الاستحقاق، والذي قامت الشركة بخضم الكمبيالات لديه.

وبحسب الحال فإن الشركة لم تستطيع من تسليم السيارات في المواعيد المتفق عليها بسبب حالتها السيئة، مما أدى إلا امتناع الزبائن عن الوفاء. وقد تحججوا بعلم البنك بالوضع المالية السيئة للشركة. ولهذا يعتبر حاملا سيئ النية.

في حين رد البنك بأن الخصم الذي تم للكمبيالات قد مكن الشركة من حصولها على أموال قامت عن طريقها بتسليمهم بعض من هذه السيارات التي وعدت بها زبائنها، وصدرت أحكام الاستئناف لصالح الزبائن على اعتبار أن البنك سيء النية لتحقيق العلم لديه بالوضع السيئة للشركة. وعلى النقيض من ذلك جاء حكم محكمة النقض الفرنسية حيث اعتمدت معيار قصد الإضرار، وعليه يعتبر البنك حسن النية لكونه لم يكن يقصد إحداث أضرار للزبائن).

ويتبين من حكم محكمة النقض أن الحامل حتى يكون سيء النية ليس بمجرد علمه فقط، بل لابد من أن يتوفر لديه قصد الإضرار عند تظهير الورقة له، والذي يتجلى في حرمان المدين من التمسك بالدفع قبل الساحب أو أحد الملتزمين السابقين.

وقد انتقد الأستاذة "هامل" و"لاغارد" و"جو فريه" ما جاءت به المادة 17 من قانون جنيف حول تفسير سوء نية الحامل واعتبروه يندرج بالاتجاه الفرنسي القديم، والذي يعتبر حسن نية الحامل يزول بمجرد علمه بالدفع.

¹ Lescot et Roblot, Op- cit, p : 314.

² أنظر هذه القضية لدى:

C. Dugust, « Les critères d'appréciation de la mauvaise fois du tiers porteur d'une lettre de change » Gaz. Pal. 1979. 2 Doctrine. 36. N° 31. p : 539.

وبناء على ذلك فسروا نص المادة السابقة بأنه عبارة عن التحول من مستوى العلم إلى مستوى الإرادة، وبذلك يكون الحامل سيء النية إذا ما أراد تحقيق مصلحة ما على حساب مصلحة المدين.¹ وقد تأثرت أحكام القضاء العربية بموقف جنيف، حيث أن محكمة النقض السورية قد طبقت في حكم صادر 1959 جاء فيه (لا يحق للمدين موقع السند، بعد التظهير، أن يحتج قبل المظهر له بالدفع المبنية على علاقاته الشخصية بالحامل الأول ما لم يقم الدليل على أن القصد من هذا التظهير هو إلحاق الضرر به).²

وفي نفس السياق حكمت محكمة التمييز اللبنانية في حكم صادر 1957 كما يلي: (لا يجوز لموقع السند أن يحتج ضد الحامل بالدفع التي كانت له ضد المستفيد الأول ما لم يكن الحامل قد تعمد عند إجرأه السند الإضرار به).³

وفي الأردن فقد أخذت به محكمة التمييز الأردنية في حكم جاء فيه (لا يستفيد حامل السند من مبدأ التظهير إذا كان قد حصل على السند بقصد الإضرار بالمدين).⁴

أما بخصوص موقف الفقه والقضاء في مصر فإن التشريع القديم لم يتطرق لتحديد سوء نية الحامل الذي يجرمه من الاستفادة من قاعدة تظهير الدفع، مما أدى إلى خلاف الفقهاء حول تحديد سوء نية الحامل، ومع ذلك فقد كان يأخذ بنظرية العلم، وقد طبقت المحاكم هذه النظرية لزم من طویل. ومع صدور القانون التجاري المصري الجديد تغير الموقف وأخذ يأخذ بما جاء في اتفاقية جنيف حيث جاءت المادة 397 ق. ت. م الجديد بقولها (مع عدم الإخلال بأحكام المادة 385 في هذا القانون ليس لمن أقيمت عليه دعوى بكمبيالة أن يحتج على حاملها بالدفع المبنية على علاقاته الشخصية بساحبها أو بحاملها السابقين ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله عليها الإضرار بالمدين).⁵

أما عن قضاء النصين محل الدراسة فلم نطلع على حكم يطبق موقف جنيف حول مسألة تحديد سوء نية الحامل.

¹ Hamel, Lazarde, et Jauffret, Op- cit, N° 1431, p : 526.

² نقض سوري 1956/12/9 مجموعة المبادئ القانونية، جزء 2، ص 43، مشار إليه عند د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 268.

³ تمييز لبناني 1957/11/16، مجموعة باز 4 ص 92 رقم 84 مشار إليه عند د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 267.

⁴ تمييز حقوقي أردني رقم 84/459 مجلة النقابة 1985، ص 132 مشار إليه عند د. حمد بسام الطراونة، مرجع سابق، ص 298.

⁵ أنظر د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 295.

وبصدور النصين فقد أخذ بالمعيار حيث نص القانون التجاري الموريتاني في المادة 825 ق. ت. م بقولها (إن الأشخاص المدعى عليهم بمقتضى الكمبيالة لا يمكنهم أن يتمسكوا ضد الحامل بوسائل المعارضة المبنية على علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحاملها السابقين ما لم يكن قد تعمد عند اكتسابه الكمبيالة الإضرار بالمدين) والتي تقابلها نص المادة 400 ق. ت. ج.

- والعبرة في اعتبار الحامل سيء النية في الوقت الذي تنتقل الورقة إليه، أي أنه يكون يعلم الدفع ويقصد الإضرار بالمدين، وهذا كله في الوقت الذي تنتقل إليه الورقة، حيث أن علمه بعدما اكتسب الورقة لا يعد حينئذ سيء النية.

وتجدر الإشارة إلى الأصل يفترض حسن نية الحامل إلا أن يقوم الدليل على العكس، وعبء الإثبات يقع على عاتق من تكون له مصلحة في الاحتجاج على الحامل بالدفع ويستخدم في الإثبات كل الطرق بما فيها البيئة والقرائن.¹

ومن تلك الأدلة ما استخدمه إجتهد القضاء الفرنسي، الذي أخذ بسوء نية الحامل الذي كان بنكا وخضم لعميله كمبيالة وهو على علم بتدهور حالته المالية.

ثالثا: أن تكون الدفع من التي يطهرها التظهير

تعتبر قاعدة تظهير الدفع من الضمانات الأساسية التي منحها القانون للحامل حسن النية ليطمئن على المؤونة من جهة، كما أنها من جهة أخرى قاعدة أساسية لتسهيل انتقال الأوراق التجارية وليستقر العمل بها، إلا أنها غير مطلقة حيث أن هناك من الدفع ما لا يطهره التظهير، والتي رأى المشرع مصلحة أصحابها أولى بالرعاية من الحامل حتى ولو كان حسن النية.

ويرى البعض (أن نطاق تطبيق قاعدة تظهير الدفع لا يستند إلى معيار منطقي دقيق يرجع إلى طبيعة الدفع أو إلى وقت ظهوره، وإنما يتسم بصيغة عملية محضة تستعصي على التجريد والتنظير).²

أما البعض الآخر³ فقد حاول في تحديده لمدى تطبيق هذه القاعدة إلى إسنادها على مبدأ استقلال التوقيعات، ذلك أن التظهير يخلق علاقة جديدة مستقلة عما سواها، وبالتالي يعطي للمظهر إليه حقا جديدا نظيفا، خاليا من العيوب التي من الممكن أن يكون قد أشابته من خلال العلاقات السابقة.

وفي رأي البعض¹ بأن نطاق تطبيق القاعدة يبقى في حدود الدفع الشخصية، حيث لا مجال لتطبيقها على الدفع الموضوعية أو المطلقة.

¹ د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 166.

² هذا الرأي لـ علي سيد قاسم، ص 137 مشار إليه لدى د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 300.

³ د. علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 118.

والظاهر أنه ينبغي التفريق بين نوعين من الدفع،² دفع يظهرها التظهير، وتتمثل أساسا في الدفع الشخصية، بحيث أنه لا يمكن التمسك بها قبل الحامل حسن النية، وذلك لحمايته من دفع لا علم له بها.

أما الأخرى فرغم حسن نية الحامل وإجراء التظهير فإن ذلك لا يظهرها ويحق لصاحبها الاحتجاج بها قبل أي حامل.

وعليه سنتناول هذه الدفع تباعا.

1- الدفع التي تظهر بالتظهير

هذه الدفع تستند على العلاقات الشخصية القائمة بين الملتزمين وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بها قبل الحامل حسن النية. وتتمثل في:

أ- الدفع بانعدام السبب أو عدم مشورعيته

قد يحصل أن يلتزم شخص بموجب ورقة تجارية بدون وجود سبب أو عدم مشورعيته ويتجلى ذلك في أوراق المجاملة حيث يقوم الساحب بسحب كمبيالة على شخص ما على علمه بعدم وجود المؤونة، ثم يقوم المسحوب عليه بتوقيعها بالقبول مجاملة منه، وبعد ذلك تبدأ في التداول حيث يقوم الساحب بتظهيرها لشخص من الغير لا علم له بانعدام سببها، - حيث به يبطل الالتزام الأصلي- غير أنها بخروجها من الأطراف المنشئين لها وصولها إلى شخص آخر عن طريق التظهير، والذي به تظهر³ من الدفع الذي كان قائما بين أطرافها، بحيث لا يحق للمسحوب عليه الدفع بانعدام السبب على المظهر إليه.

وهذا إذا ما كان المظهر إليه حاملا حسن النية، ويكون كذلك إذا كان لا علم له بانعدام سببها، وكذلك عدم قصد الإضرار بالغير، عندئذ لا يمكن أن يتمسك ضده بالدفع الناشئة عن العلاقات الشخصية التي يصعب عليه درايتها، كما أن الوقوف عليها يتطلب وقتا مما يعرقل تداول الأوراق التجارية الذي يعتبر أحد أهم الخصائص التي استحدثت عليه هذه الأوراق ووجدت له.

ونفس الحال كذلك ينطبق على عدم مشورعية السبب، وذلك كأن يتم قرض بين الساحب والمسحوب عليه بدين قمار، فإذا ما خرجت الورقة من العلاقة المباشرة للمنشئين لها والذين يحق

¹ د. أكرم يا ملكي، مرجع سابق، ص 140.

² يعمد الفقهاء الإنجليز في تفسيرهم لقاعدة الدفع إلى التمييز بين نوعين - الدفع الشخصية *Personale Défenses* والأخرى الحقيقية *Real Défenses* ويقدر أن الدفع الشخصية يمكن الاحتجاج بها في مواجهة حملة الورقة التجارية ما عدا الحامل حسن النية (*Holder in due course*). أما الدفع الأخرى، فيمكن الاحتجاج بها في مواجهة حملة الورقة التجارية كلهم حتى الحامل حسن النية. وهذه الأخيرة تتمثل في انعدام الأهلية، الإفلاس والتزوير والاحتيال، مشار إلى هذه الفروق لدى د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 300.

³ La cour et Bouteron, Op- cit, N° 1294.

لكل منهم أن يدفع اتجاه الآخر بعدم مشروعية السبب – بالتظهير فإن ذلك التظهير يطهر الورقة من عدم مشروعية سببها إذا كان الحامل لا يعلم به ولا يقصد حرمان المدين من التمسك بدفعه.

ب- الدفع الناتج عن عيوب الرضا

إن الذي يوقع على ورقة تجارية وشاب توقيعه أحد عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان التزامه وفقا للقواعد العامة، إلا أنه وعملا بالقواعد الصرفية فإنه إذا ما ظهرت الورقة التجارية، وبذلك تخرج من إطار العلاقات الشخصية، حيث كان يحق لمن شابت إرادته الدفع بها، وكان المظهر إليه حسن النية لا يعلم بذلك الدفع ولا يقصد حرمان المدين من التمسك بدفعه، عندئذ لا يحق التمسك اتجاهه بهذا الدفع.

ويمكن أن يحصل ذلك إذا وقع شخص على ورقة تجارية نتيجة غلط معتقدا أنه مدين لمن سحبت عليه الورقة ثم اتضح بعد ذلك أنه وقع في غلط بتوقيعه، فيحق له التمسك بهذا الدفع اتجاه المستفيد، أما إذا قام هذا الأخير بتظهيرها لشخص آخر حسن النية، فعندئذ لا مجال للتمسك بالدفع التي كانت للمدين على المستفيد الأول ضده لأن التظهير طهرها من ذلك الدفع الشخصي، والشئ نفسه ينطبق على كل عيوب الإرادة.

ج- الدفع الناتج عن انقضاء أو فسخ أو بطلان العلاقة الأصلية

تعد قاعدة تظهير الدفع من القواعد التي يختص بها الالتزام الصرفي، حيث لا يمكن معها أن يؤثر عليه الالتزام الأصلي الناشئ عنه.

وهذا إذا ما قام أحد بتظهير ورقة تجارية وكانت باطلة لأحد أسباب البطلان أو أن أحد المنشئين فيها لم يفي بالتزامه اتجاه الآخر، مما يمكن أن ينتج عنه فسخ العقد القائم بينهما، فإن ذلك لا يؤثر على الورقة بعد تظهيرها لأن التظهير ينشأ حقا جديدا مستقلا عن العلاقة الأصلية القائم عنها، ومن ذلك أنه لا يحق للمدين أن يتمسك اتجاه الحامل حسن النية بالدفع الناشئ عن انقضاء الالتزام بالإبراء أو المقاصة، أو أن العلاقة الأصلية كانت باطلة لسبب ما، كل هذه الدفع يطهرها التظهير.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية أنه (لا يجوز الاحتجاج على حامل الكمبيالة بدفع مبنية على علاقات شخصية بمظهر الكمبيالة...)¹

¹ تمييز أردني رقم 376 مجلة نقابة المحامية لعام 1990، ص 137 مشار إليه لدى د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 305.

د- الدفع الناتج عن انقضاء الالتزام الصرفي

هذا الدفع من الدفع التي يطهرها التظهير، حيث لا يحق للمدين الاحتجاج على حامل حسن النية به، ويتمثل هذا الدفع في الحالة التي يفي المسحوب عليه لدائنه المباشر، بقيمة الورقة دون استردادها ويقوم هذا الأخير بتظهير الورقة لحامل حسن النية، فإنه لا يمكن أن يحتج عليه بانقضاء الالتزام، لأن التظهير قد طهر من ذلك الدفع إضافة إلى حسن نيته. ونفس الحال كما في المقاصة.

2- الدفع التي لا يطهرها التظهير

هذه الدفع لا يطهرها التظهير، حتى ولو كان حامل حسن النية، ذلك أنها إما أن تكون عيوب ظاهرة يسهل اكتشافها ولا معذرة في من تقاضي عنها أو أن صاحبها ارتأى المشرع بأن حمايته أولى من حماية حامل حسن النية، كما هو حال فاقد الأهلية وناقصها أو من زور توقيعه أو من تعرض للإكراه، وسنتناولها كالاتي:

أ- الدفع الناتج عن العيب الشكلي

ويتمثل هذا الدفع في نقص احد البيانات الإلزامية التي استوجبها المشرع حتى تكتمل للورقة التجارية الكفاية الذاتية، عندئذ تطبق عليها القواعد الصرفية. وهذه البيانات الإلزامية، سواء كان المتعلق منها بالإنشاء أو التظهير فنقصها يفقد الورقة ذاتيتها ويجعل منها سند عادي وعندئذ يحق للمدين الدفع بعدم اكتمال البيانات اتجاه حامل حسن النية لأن هذا النوع من الدفع لا يطهره التظهير، كما أنه يسهل اكتشافه ولا يأخذ أي وقت. كما يمكن التمسك بالدفع القائم عن بيان اختياري تم وضعه من طرف المظهر كبيان شرط (الرجوع بدون مصاريف) أو بيان شرط (عدم الضمان) عندئذ يحق لهذا المظهر الذي وضع هذا الشرط التمسك به اتجاه الموقعين اللاحقين له وحتى حامل الأخير.¹

ب- الدفع الناتج عن فقدان الأهلية ونقصانها

يعتبر هذا الدفع من الدفع التي لا يطهرها التظهير، حيث قرر المشرع بأن حماية فاقد الأهلية وناقصها أولى من حماية حامل حسن النية، ذلك أنه لما يقوم المظهر عديم الأهلية بتوقيع على الورقة التجارية فإنه إذا ما رجع إليه حامل فإنه يحق له الدفع بانعدام أهليته. وعليه يكون التزامه باطلا بطلانا مطلقا، لكن هذا البطلان خروجاً على القواعد العامة لا يمكن أن يتمسك به إلا صاحبه، حيث لا يحق لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، وذلك إعمالاً للقاعدة الصرفية

¹ Tri. Comm. Seine 4 Juin 1935, Gaz. Pal, 1935, 2, 346.

والمتمثلة في استقلال التوقيع، أي أن توقيع المظهر عديم الأهلية يقع باطلا وله أن يدفع بذلك وتبقى بقية التوقيعات صحيحة نافذة اتجاه أصحابها وللحامل أن يرجع عليهم.

ونفس الحال ينطبق على ناقص الأهلية الذي له أن يتمسك اتجاه الحامل بالدفع بنقص الأهلية، حيث أنه دفع لا يظهره التظهير، ذلك أن التزامه نظرا لنقص أهليته يقع باطلا بطلانا نسبيا، وهذا ما نص عليه المشرع التجاري الموريتاني في المادة 1/818 ق. ت. م ومن المواد المخصصة للكبيالة، والتي تسري أحكامها على سند لأمر وكذلك المادة 900 ق. ت. م التي تختص بالشيك وهاتان المادتان تقابلهما في المضمون المادة 1/393 ق. ت. ج الخاصة بالسفتجة والتي تسري أحكامها على السند لأمر، وسند النقل وسند الخزن، وكذلك المادة 1/480 المتعلقة بالشيك.

ج- الدفع بالتزوير أو التحريف

وتحصل حالة تزوير التوقيع عندما يقوم شخص بتزوير توقيع شخص ما على الورقة على أساس أنه هو صاحبها أو مظهرها ليكون ملتزم من بين الملتزمين بهذه الورقة إلا أن غياب إرادته عن هذا الفعل يتيح له أن يدفع بها اتجاه الحامل حسن النية، ذلك أن المشرع هنا رغم حمايته للحامل وتأكيد ضماناته على المؤونة غلب مصلحة المزور توقيع على الحامل، إلا أن هذا الشخص إذا ما كان قد ارتكب خطأ ما أو تصرف بإهمال، حيث أن هذا الخطأ أو الإهمال كانا سهلا حدوث التزوير، فإنه يكون مسؤولا في مواجهة الحامل حسن النية، ولكن مسؤوليته خارج الإطار الصرفي لأنه لم يكن أصلا ملتزما بها، وإنما قائمة على الخطأ الذي يترتب عليه التعويض عن الضرر الذي لحق بالحامل طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية.¹

وقد نصت المادة 2/818 ق. ت. م الخاصة بالكبيالة ومطبقة على السند لأمر على حالة التزوير واعتبرت أن من زور توقيع يحق له أن يدفع بذلك اتجاه الحامل إلا أن هذا الدفع لا يمكن أن يستفيد منه سواه من الموقعين الآخرين وكذلك المادة 1/900 ق. ت. م الخاصة بالشيك. ونفس المضمون جاءت به المادة 2/393 ق. ت. ج من المواد التي جاءت بأحكام السفتجة والتي تنطبق على السند لأمر وسند النقل وسند الخزن وكذلك المادة 480 ق. ت. ج المتعلقة بالشيك.

أما الدفع بالتحريف والذي هو عبارة عن تغيير بيانات الورقة بعد إنشائها،² فقد نصت المادة 882 ق. ت. م على أنه يجب التمييز بين حالتين الأولى: الذين وقعوا على الورقة التجارية قبل تحريفها وهؤلاء ملزومين بما وقعوا عليه ليس بما حصل بعد التحريف.

¹ د. ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، مرجع سابق، ص 272.

² د. أكرم يا ملكي، مرجع سابق، ص 144.

الثانية: الذين وقعوا على الورقة التجارية بعد التحريف، حيث لا يلزمهم إلا ما وقعوا عليه ونفس المضمون أوردته المادة 460 ق. ت. ج.

ويفهم من خلال النص أن الذي يتمسك بالدفع بالتحريف هم الذين وقعوا على الورقة قبل التحريف وحتى قبل الحامل حسن النية لأنه من الدفع التي لا يطهرها التظهير، أما الآخرون فقد وقعوا على التحريف وبالتالي إذا ما رجع عليهم الحامل فلا يمكنهم الدفع بالتحريف.

د- الدفع الناتج عن انعدام سلطة التوقيع على الورقة التجارية

على كل من يوقع بالنيابة عن أحد أن يكون مخولا بمقتضى اتفاق بينهما، وأن يتصرف في حدود ذلك الاتفاق.

ويمكن أن يحدث على سبيل المثال في حالة مدير شركة وقام بالتوقيع على الورقة نيابة عن الشركة بوصفه المدير في حين أن هذا ليس من صلاحياته، فإذا ما رجع الحامل على المدين فيحق له أن يدفع بانعدام السلطة لأن المدير ليس من اختصاصاته التوقيع على الورقة لأن هذا الدفع من الدفع التي لا يطهرها التظهير، وقد نصت المادة 3/818 ق. ت. م على حالة انعدام السلطة أو تجاوزها واعتبرت أن للمدين أن يدفع ضد الحامل به، إضافة إلى إلزام الموقع شخصيا بمقتضى هذه الورقة، وبذلك يصبح أحد الملتزمين بها، وعندئذ يحق للحامل أن يرجع عليه شخصيا بوصفه أصيلا وليس نائبا، ونفس المضمون جاءت به المادة 3/393 ق. ت. ج.

ويرى البعض بأن إجازة الموكل وكيله فيما جاوزه من حدود الوكالة يعتبر بمثابة إقرار لتصرفات الوكيل، وهذه الإجازة تسري بأثر رجعي، وذلك تطبيقا للقاعدة القائلة (الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة)، ويستند على قوله هذا بحكم محكمة النقض المصرية والذي جاء فيه أن التظهير لا يطهر السند من الدفع بجرد الموقع من حق التوقيع، إلا إذا أقره المالك القانوني للسند وفي هذه الحالة يصبح للإقرار أثر رجعي لأن الإقرار اللاحق هو في حكم التوكيل السابق).¹

وفي حكم صادر عن محكمة الاستئناف المختلط حول تجاوز الوكيل حدود وكالة، جاء فيه (إذا تجاوز الوكيل حدود الوكالة فإن أعماله لا تلزم إلا إذا أجازها فإذا حرر الوكيل سندات للأمر يعتبر مراعاة الشروط الواردة في عقد الوكالة فلا يلتزم الموكل بها).²

¹ أنظر د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 307 نقلا عن علي جمال الدين عوض، ص 64.
² حكم 21 مايو 1930 لسنة 42، ص 513، مشار إليه لدى بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 308.

هـ- الدفع بالإكراه

يخول الإكراه لمن وقع عليه أن يحتج على الحامل به إذا ما رجع عليه، ذلك أنه لم يوقع عن رضا وإنما كان مكرها، والإكراه محل خلاف فقهي حول جواز الدفع به قبل الحامل حسن النية، حيث رأى¹ البعض بأن الإكراه إذا ما حصل من المستفيد وكان مؤديا إلى غياب الإرادة لدى الموقع فعندئذ فإنه بمثابة التزوير، مما يحق معه الدفع به.

في حين رأى آخر² إلى أن الإكراه يعد من الدفع التي لا يطهرها التطهير ويجوز التمسك بها في مواجهة الحامل حتى ولو كان حسن النية. ورأى رأي ثالث³ أنه ينبغي التمييز بين نوعين من الإكراه: الإكراه المعنوي وهذا النوع من الإكراه يتطهر بالتطهير. والإكراه المادي والذي تستخدم فيه الآلات الحديدية القاتلة، فهذا النوع لا يتطهر بالتطهير ويجوز لمن وقع عليه أن يدفع به حتى قبل الحامل حسن النية.

ك- الدفع الناتج عن علاقة شخصية بين الحامل والمدين

إن قاعدة تطهير الدفع تقوم على تجنب الحامل حسن النية دفع لا قبل له بها، أي القائمة على علاقات شخصية سابقة، أما إذا كان الحامل مدينا للمدين في الورقة التجارية، فيحق لهذا الأخير أن يطالب بإجراء مقاصة بين الدائنين.⁴

¹ أنظر علي حسن يونس، مرجع سابق، ص 172.

² أنظر أكرم يا ملكي، مرجع سابق، ص 143.

³ أنظر بسام حمد الطراونة، المرجع السابق، ص 310.

⁴ Hamel, Lagard et Jauffret, Op- cit, p : 523.

المبحث الثاني

آثار التظهير التوكيلي والتأميني

يختلف التظهير باختلاف غرضه وتبعاً لذلك تختلف الآثار الناتجة عنه، وقد يتوحد بعض تلك الآثار رغم اختلاف الغرض، كما هو الحال في التظهير الناقل للملكية والتأميني اللذين رغم اختلافهما فإنهما يتوحدان في خضوعهما لقاعدة تظهير الدفع، فآثار التظهير التوكيلي تتمثل في آثار قائمة عن عقد الوكالة، الذي يربط المظهر والمظهر إليه، وبالتالي فإن آثار هذه العلاقة ينطبق عليها آثار العقد مع إضافة استثناء أورده نصوص القانون التجاري الموريتاني والجزائري فيما يخص بانتهاء العقد.

وهذا فيما بين أطراف العقد، أما فيما بينهم، والغير فإن الآثار القائمة عن ذلك تقوم على أن هذا النوع من التظهير لا يطهر الورقة، مما يسمح للمدين بأن يتمسك قبل المظهر إليه بالدفع القائمة بينه والمظهر لأن المظهر إليه نائباً، وليس أصلاً، مما يترتب عنه أن آثار تصرفاته تنتج أثرها قبل المظهر.

أما آثار التظهير التأميني، فهو لا يترتب عنه نقل الملكية، وإنما رهن الورقة للمظهر إليه لضمان دين عليه من قبل المظهر، ورغم ذلك فإن المدين لا يمكن أن يحتج قبل المظهر إليه بالدفع الناشئة عن علاقة المظهر بالمدين، ذلك لأنه أجنبياً عن تلك العلاقات.

وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: آثار التظهير التوكيلي

المطلب الثاني: آثار التظهير التأميني

المطلب الأول: آثار التظهير التوكيلي

العلاقة بين المظهر والمظهر إليه، هي علاقة وكالة عادية تنطبق عليها أحكامها،¹ فيلتزم المظهر إليه في مواجهة المظهر بالتزامات الوكيل في مواجهة الموكل، فيتبع تعليماته ويراعي مصالحه. وقد حددت المادة 826 من ق. ت. م وكذلك المادة 917 ق. ت. م الخاصة بالشيك، والمادة 401 من ق. ت. ج وكذلك هو الحال في المادة 495 ق. ت. ج الخاصة بالشيك أنه إذا ما تم توكيل المظهر إليه (الحامل) من قبل المظهر، في قبض قيمة الكمبيالة، فله بمقتضى هذه الوكالة بممارسة جميع

¹ د. علي البارودي، مرجع سابق، ص 92.

الحقوق المتفرعة عن السفتجة أو الكمبيالة، بشرط أنه إذا ما قام بتظهيرها فإن ذلك التظهير يكون توكيلياً، وما من علاقة وإلا تنبثق عن آثار تارة فيما بين الأطراف المكونين لها (فرع أول) وطور آخر ما بينهم والغير في إطار هذه العلاقة (فرع ثاني).

الفرع الأول: آثار التظهير التوكيلي بالنسبة لطرفيه

التظهير التوكيلي يرتب بعض الآثار فيما بين المظهر (الموكل) والمظهر إليه (الوكيل) والتي يمكن أن نستوحيها من قواعد الوكالة، وذلك عائد إلى أن العقد الذي يحكم المظهر والمظهر إليه في هذا النوع من التظهير هو عقد وكالة وسنستأنس في هذا الفحوى ما قضت به محكمة النقض المصرية¹ حول هذا المفهوم من أحكامها، ففي أحد الأحكام جاء فيه أنه (إذا كان التظهير التوكيلي إنما يهدف إلى إقامة المظهر إليه وكيلاً عن المظهر في تحصيل قيمة الورقة التجارية فإن العلاقة بينهما تخضع لأحكام الوكالة وهو ما يترتب عليه أن يلتزم المظهر إليه بأن يقدم للمظهر المبالغ التي حصلها من المدين في الورقة، فإذا امتنع عن رد ما حصله من مبالغ للمظهر كان للأخير أن يرجع عليه بدعوى الوكالة، وهي علاقة قانونية خارجة عن نطاق الالتزام المصرفي).

أما القانونين الجزائري والموريتاني التجاريين، فقد نصا على ذلك بصورة واضحة، حيث ورد في الفقرة الثالثة من المادة 401 ق. ت. ج " ... إن النيابة التي يتضمنها التظهير التوكيلي ... " ونفس الشيء في الفقرة الثالثة من المادة 826 ق. ت. م، بحيث يفهم من ذلك أن المشرعان يريدان إخراج طرفي التوكيل من إطار القواعد المصرفية وجعل علاقتها في إطار القواعد العامة المنطبقة على الوكالة، وكذلك تنويه المدين بعدم تطهير الدفوع التي له قبل الأصيل، وبالتالي فإن هذه العلاقة لها آثار وفقاً للقواعد العامة. سنتناولها فيما يلي:

أولاً: من أهم التزامات الوكيل المظهر إليه تنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود المرسومة له، وفقاً لنص المادة 575 من القانون المدني الجزائري، ما لم يقضي اتفاق بخلاف ذلك أو طبيعة المعاملة ونفس المنحى تنحوه المادة 835 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني التي ترى بأن "على الوكيل أن ينفذ بالضبط المهمة التي كلف بها فلا يصوغ أن يجري أي عمل يتجاوز أو يخرج عن حدود الوكالة"، وفي المادة 576 من ق. ت. ج بأن يتم تنفيذ ما ألتزم به وأن يبذل فيه عناية الرجل العادي وكذلك هو الحال بالنسبة إلى المادة 842 من ق. ت. م.

¹ د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 315.

هذا عن التزامه العقدي في إطار القانون المدني أما ما حددته المواد التجارية فقد ورد في المادة 401 من ق. ت. ج، بأن له أن يقوم بكل الحقوق الناتجة عن السفتجة دون أن يكون له تظهيرها من جديد إلا في حالة ما إذا كان على سبيل التوكيل، وهذا هو ما عليه الحال في المادة 826 ق. ت. م، وكذلك نصت الفقرة الأخيرة من المادة 393 ق. ت. ج بأن على المظهر إليه (الموكل) أن لا يتجاوز حدود وكالته وكذلك هو الحال في المادة 818 ق. ت. م وإلا كان مسؤولاً بصفة شخصية.

ثانياً: يلتزم الوكيل المظهر إليه، بتقديم حساب عن وكالته، وذلك بأن عليه رد المبالغ التي قبضها من المدين في الورقة إلى الموكل، حيث أن الوكيل المظهر إليه إذا طالب بقيمة الورقة في ميعاد الاستحقاق وقام المسحوب عليه بالوفاء بهذه القيمة فإن على الوكيل أن يسلم المبلغ إلى الموكل الذي هو المظهر وأن يشفعه بحساب عن المصروفات التي أنفقتها في قيامه بأعمال الوكالة.

وفي هذا المقام جاء في حكم من أحكام محكمة النقض المصرية وهو الحكم رقم 405 والذي ورد فيه أنه (إذا كان التظهير التوكيلي إنما يهدف إلى إقامة المظهر إليه وكيلاً عن المظهر في تحصيل قيمة الورقة التجارية فإن العلاقة بينهما تخضع لأحكام الوكالة وهو ما يترتب عليه أن يلتزم المظهر إليه، بأن يقدم للمظهر حساباً عن المبالغ التي قبضها والمصاريف التي صرفها ويكون عليه أن يرد للمظهر المبالغ التي حصلها من المدين في الورقة فإذا امتنع عن رد ما حصله من مبالغ للمظهر كان للأخير أن يرجع عليه بدعوى الوكالة).¹

كما يجد هذا الالتزام مصوغه على المستوى القانوني، من حيث أن المادة 577 ق. ت. ج تقضي بأن "على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة وأن يقدم حساباً عنها"، ونفس الشيء في المادة 847 ق. ت. م حيث تقول أن "على الوكيل أن يقدم لموكله حساباً عن أداء مهمته، وأن يقدم حساباً تفصيلياً عن كل ما أنفقه وما قبضه"...

ثالثاً: الوكيل في التظهير التوكيلي، يقوم بجميع الأعمال الضرورية التي تمكن من تنفيذ الوكالة، والتي تقضي إلى استخلاص قيمة الورقة التجارية لصالح المظهر الموكل، وهذه الأعمال يمكن إجمالها فيما يلي:

1- تقديم الورقة للقبول

معلوم أن هذا يمكن أن يكون شرطاً قد أدرجه المظهر في الورقة بأن تقدم الورقة للقبول في الميعاد المحدد، وأن يقوم بذلك المظهر إليه للحصول على قبول المسحوب عليه.

¹ أنظر د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 316.

إلا أن الفقه منقسم في هذه الحالة التي لا يكون يوجد شرط يسمح أو يمنع، في الوكالة يخول المظهر إليه هذا الحق من الحصول على قبول المسحوب عليه، إلا أن الرأي الراجح،¹ يجنح إلى أحقية الوكيل في ذلك، كما أنه يجد أساسه في القواعد العامة.²

2- تقديم الورقة إلى المسحوب عليه في ميعاد الاستحقاق بغرض تحصيل قيمة الكمبيالة وتسليمها إلى المظهر وإذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق كان على الوكيل (المظهر إليه) تحرير برتيسنو عدم الدفع وإعلان الموقعين على الكمبيالة ورفع دعوى الرجوع في المواعيد المنصوص عليها قانوناً، وإلا كان مسؤولاً في مواجهة الموكل (المظهر) عن نتيجة إهماله في مباشرة هذه الإجراءات وفقاً للقواعد العامة للوكالة، ويقوم المظهر إليه بهذه الإجراءات نيابة عن الموكل، أي أن هذه التصرفات تنصرف مباشرة إلى ذمة الموكل.³

رابعاً: انتهاء الوكالة، تنقضي الوكالة في القواعد العامة، حسب ما جاء في المادة 586 ق. ت. ج "تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهي أيضاً بموت الموكل أو الوكيل، كما تنتهي الوكالة أيضاً بعزل الوكيل أو بحدول الموكل".

ونفس الشيء في المادة 868 ق. إ. ع. م التي ترى أن "تنتهي الوكالة بتنفيذ العملية التي أعطيت من أجلها بوقوع الشرط الفاسخ، الذي علق عليه، أو بفوات الأجل الذي منحت لغايته، بعزل الوكيل بتنازل الوكيل عن الوكالة، بموت الموكل أو الوكيل..."

وهذه الأسباب كلها تنقضي بها الوكالة أيضاً بين المظهر والمظهر إليه في التظهير التوكيلي، إلا أن هذا الأصل يرد عليه بعض الاستثناءات وردت في نص الفقرة الثالثة من المادة 401 ق. ت. ج "إن النيابة التي يتضمنها التظهير التوكيلي لا ينقضي حكمها بوفاة الموكل أو بفقدانه الأهلية".

والحال نفسه في الفقرة الثالثة من المادة 826 ق. ت. م "إن النيابة التي يتضمنها التظهير التوكيلي لا ينقضي حكمها بوفاة الموكل أو بفقدانه الأهلية".

خامساً: رغم ما للمظهر إليه في التظهير التوكيلي في إطار الوكالة من حقوق متفرعة عن الكمبيالة، كما التي أوردنا سالفاً من تقديم الورقة للقبول والوفاء وتحرير برتيسنو...، أما في حالة التظهير التوكيلي فلا يحق له إلا أن يظهرها على سبيل التوكيل، هذا ما أوردته الفقرة الأولى من المادة 401 ق. ت. ج والمادة 826 ق. ت. م السالفتان الذكر.

¹ أنظر د. سميحة القيلوبي، مرجع سابق، ص 101.

² أنظر المادة 575 وما بعدها ق. م. ج وكذلك 835 وما بعدها ق. إ. ع. م.

³ أنظر المادة 575 وما بعدها ق. م. ج وكذلك 835 وما بعدها ق. إ. ع. م.

الفرع الثاني: الآثار القانونية بالنسبة للغير

تظهير الكمبيالة تظهيراً توكيلياً يترتب عليه عدد من الآثار تتعلق بالغير الذين هم المظهرين والضامنين الاحتياطيين، ودائني المظهر،¹ وهذه الآثار هي:

أولاً: المظهر إليه لا يعتبر مالكا للكمبيالة، وإنما هو مخول وفق وكالة لتحصيل القيمة، وهذا يعني أنه لا يمكن له أن ينقل الحق الثابت فيها بالتظهير التام الناقل للملكية، وإنما يقتصر صلاحيته في نقله الحق على سبيل التوكيل.

ثانياً: الكمبيالة تبقى ملكاً لمظهرها، وبالتالي فهي لا تدخل في الضمان العام المقرر لدائني المظهر إليه، ومن ذلك فإنه إذ أفلس المظهر، فإنه يجوز أن يمتنع المسحوب عليه من الدفع، وذلك بحسب نص المادة 419 ق. ت. ج التي تقضي بأنه "لا تقبل المعارضة في الوفاء إلا في حالة ضياع السفينة أو إفلاس حاملها".

وهذا هو ما عليه الحال في المادة 844 ق. ت. م التي تقول بأن "لا تقبل المعارضة في الأداء إلا في صورة ضياع الكمبيالة أو سرقتها أو التسوية أو التصفية القضائية لحاملها".

ثالثاً: المظهر إليه في التظهير التوكيلي لا يمكن أن يحتج عليه بالعلاقة الشخصية، التي تربطه بالمسحوب عليه، لأنه ليس مالكا، وإنما هو وكيل، وهذا لا يخول المسحوب عليه الدفع بما له على المظهر إليه.

رابعاً: لا تسري قاعدة تظهير الدفع في التظهير التوكيلي إلا بالمقدور الذي يمكن التمسك بها اتجاه المظهر.

خامساً: وأخيراً فإن للمظهر إليه الوكيل اتخاذ كافة الإجراءات القانونية والقضائية في وجه المدين في الكمبيالة، ومثال ذلك أنه يحزر الاحتجاج لعدم الوفاء وإعلانه ورفع الدعوى وتوقيع الحجز التحفظي وحجز ما للمدين لدى الغير² وإلا اعتبر مهملًا وفقاً للقواعد العامة.³

أما بالنسبة لآثار التظهير التوكيلي على تطبيق مبدأ عدم الاحتجاج بالدفع، فإن هذا المبدأ لا يجد تطبيقه إلا في العلاقة مع الغير، أي مع طرف ثالث يكون خارج العلاقة المصرفية الناشئة عنها الدفع، ولذلك فإن من أهم شروط تطبيق هذا المبدأ أن يكون الحامل أجنبياً عن العلاقة، وهذا ما لا يتأتى في التظهير التوكيلي، بحيث أن المظهر إليه نائباً وكل التزاماته تنصرف آثارها إلى الأصيل، وبالتالي فإن الأصيل ليس أجنبياً على من ظهرت له أو سحبت عليه الكمبيالة.

¹ د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 321.

² د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 322.

³ د. سميحة القيلوبي، مرجع سابق، ص 101.

المطلب الثاني: آثار التظهير التأميني

المظهر إليه الذي حصل على الكميالية أو السفتجة بطريق التظهير التأميني، يتمتع بجميع الحقوق الناشئة عنها، وذلك بنص المادة 401 ق. ت. ج الأنفة الذكر، وكذلك المادة 826 ق. ت. م الأنفة، مما يترتب عليه التقدم للقبول والوفاء في ميعاد الاستحقاق، وفي حالة الامتناع عن القبول أو الوفاء أن يقوم بتحريز احتجاج عدم القبول أو الوفاء، وكذلك بكل الإجراءات اللازمة للرجوع. ويعتبر التظهير التأميني عبارة عن رهن لمصلحة المظهر إليه (الدين المرتهن) فيما المظهر هو (المدين الراهن)، وذلك يعني بأنه قام برهن الورقة قبل دين عليه لدائنه المظهر إليه، مما ينجر عن ذلك علاقة ترتب بعض الآثار فيما بين (الدائن المرتهن) المظهر إليه و(المدين الراهن) المظهر من جهة (فرع أول) وبينهم والغير من جهة أخرى (فرع ثاني).

الفرع الثاني: آثار التظهير التأميني بالنسبة لطرفي التظهير

التظهير التأميني يخلق علاقة بين المظهر والمظهر إليه تتمثل في رهن الورقة لدى المظهر إليه (الدائن المرتهن)، وهذه الصيغة تخلق آثار نتناولها كالاتي:

أولاً: من ناحية القواعد العامة في القانون المدني، فإن الدائن المرتهن (المظهر إليه) يحافظ على الشيء المرهون، وهذا ما نصت عليه المادة 955 ق. م. ج التي تقضي بأنه "إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب لا يذله فيه".

وبنفس الشيء تقضي المادة 1132 ق. إ. ع. م "يلتزم الدائن بأن يسهر على حراسة الشيء أو الحق المرهون، وعلى المحافظة عليه بنفس العناية التي يحافظ بها على الأشياء التي يملكها".

وفي نطاق التظهير التأميني وبناء على هذا المنطلق فعليه أن يحافظ على الورقة ووفقاً للقاعدة العامة.

ثانياً: لا يصوغ للمظهر إليه (الدائن المرتهن) أن يظهر الورقة تظهيراً ناقلاً للملكية مرة أخرى، وذلك بناء على نص الفقرة الرابعة من المادة 401 ق. ت. ج والحال نفسه في الفقرة الرابعة من المادة 826 ق. ت. م وقد اعتبرنا أنه إذا ما ظهرها مرة أخرى، فإن ذلك التظهير لا يعدو كونه تظهيراً توكلياً.

ثالثاً: يلتزم المظهر إليه بتقديم الورقة للوفاء في ميعاد الاستحقاق لأغراض تحصيل قيمتها، ولعل هذا ما يقصده المشرعان، اللذان قالاً بأن له القيام بجميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة، ومن ذلك أنه في حالة الامتناع عن الوفاء بقيمة الكمبيالة في الميعاد، أن يقوم المظهر إليه (الدائن المرتهن) بتحرير برتبيستو عدم الوفاء ومباشرة دعوى الرجوع على المدين وسلسلة الضامنين، وفي المواعيد المحددة، حتى لا يتعرض حق المظهر (الراهن) للسقوط.

رابعاً: المظهر إليه (الدائن المرتهن) عليه أن يقدم السفنجة أو الكمبيالة للقبول إذا كان ذلك مطلوباً، وكذلك الامتناع في الحالة التي تقتضيها، لأن ذلك من قبيل المحافظة على الشيء المرهون، وذلك لأن إهمال المظهر إليه (المرتهن) في عدم اتخاذ الإجراءات اللازمة يؤدي إلى سقوط حق المالك في مواجهة الموقعين، فإن امتنع عن القبول فعلى المظهر إليه (المرتهن) أن يحرر الاحتجاج واتخاذ إجراءات الرجوع.¹

خامساً: على المظهر إليه (الدائن المرتهن) إذا ما استوفى قيمة الكمبيالة أو السفنجة، وكان دينه حالاً أن يستوفي من قيمتها دينه ويرد الباقي للمظهر.

أما إذا حل ميعاد استحقاق الكمبيالة أو السفنجة قبل استحقاق الدين المضمون وتسلم قيمتها، فعندئذ فإن الفقه منقسم، بحيث يرى البعض بأن المظهر إليه يجب عليه أن يتمسك بكامل المبلغ إلى أن يحل أجل الدين المضمون بالرهن فيستوفيه منه، مما يترتب عنه أن الكمبيالة أو السفنجة انتقلت إلى مبلغ خلال هذه الفترة بسبب حلول الأجل.

مما يتأتى منه أن المظهر إليه يحتفظ بالمبلغ حتى ميعاد استحقاق دينه فعليه أن يدفع للمظهر الفوائد القانونية عن الفترة، التي احتفظ بالمبلغ خلالها بقيمة الكمبيالة.

في حين أنه يرى رأي آخر بأن عليه أن يقوم بتحصيل قيمة الكمبيالة، وفي وقتها المحدد ويأخذ ماله منها ويرد الباقي للمظهر مع الفوائد ما بين فترة التحصيل وفترة حلول أجل الدين المضمون ضماناً.²

فيذهب رأي ثالث بأن على المظهر إليه الذي قبض مبلغ السفنجة قبل حلول أجل دينه المضمون أن يستشير المظهر (المدين الراهن) في أمر المبلغ الذي استلمه، وفي هذه الحالة فإذا قبل هذا الأخير أن يستوفي المظهر إليه دينه قبل حلول أجله فله عندئذ أن يأخذ دينه، ويرجع الباقي مع الفوائد ما بين فترة التحصيل وفترة تاريخ حلول الدين المرهون.

¹ د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 157.

² أنظر هذه الآراء عند سميحة القيلوبي، مرجع سابق، ص 105.

أما إذا اعترض المظهر (المدين) على استيفاء مبلغ الدين قبل استحقاقه من مبلغ السفتجة المقبوض، ففي هذه الحالة، فقد يتفقا على إيداعه لدى شخص ثالث أو يبقى لدى الدائن المرتهن (المظهر إليه) لحين حلول أجل الدين المضمون عندئذ على المظهر إليه الذي احتفظ بالمبلغ كله أن يدفع الفائدة القانونية عن جميع المبلغ، وعن الفترة ما بين قبضه وحلول ميعاد الدين.¹

وفي الحالة التي يكون الدين مستحق قبل ميعاد استحقاق الكمبيالة، عندئذ على المظهر أن يوفى المظهر إليه دينه، يسترجع كمبيالته ويشطب على التظهير التأميني بما يفيد أن الرهن انتهى، أما إذا لم يوفيه دينه والدائن لا يحرك ساكن، ففي هذه الحالة للمظهر إليه أن يعتمد إلى مؤسسة من مؤسسات الائتمان المختصة بذلك لتحقيق رهنه.²

الفرع الثاني: آثار التظهير التأميني بالنسبة للغير

يعني الغير في حكم هذه العلاقة، من لهم صلة بها خارج ما بين أطرافها مثل المدين الأصلي في الورقة والموقعين عليها،³ مما يترتب عنه بعض الآثار بالنسبة للغير في هذه العلاقة نتطرق لها كالاتي:

أولاً: يسري على التظهير التأميني ما يسري على التظهير الناقل للملكية وبخصوص رابطة المظهر إليه بالغير، وما ينجر عن ذلك من آثار، والتي أهمها تطهير الدفع، حيث نصت الفقرة الخامسة من المادة 401 ق. ت. ج على أنه "لا يمكن للملتزمين أن يتمسكوا ضد الحامل بالدفع المبنية على علاقاتهم الشخصية بالمظهر إلا إذا تعمد الحامل عند تسلمه السفتجة الإضرار بالمدين".

وعلى نفس النحو جاءت عليه الفقرة الخامسة من المادة 826 ق. ت. م التي تقول بأن "ولا يمكن للملتزمين أن يتمسكوا ضد الحامل بوسائل المعارضة المبنية على علاقاتهم الشخصية بالمظهر إلا إذا تعمد الحامل عند تسلمه الكمبيالة الإضرار بالمدين".

كما أن أساس قاعدة تطهير الدفع تقوم على حماية الحامل من العلاقات السابقة، التي لا دخل لها فيها، والتي من غير الممكن أن يحكم بما لا علم له به، ضف إلى ذلك عرقلته لهدف، الذي تقوم عليه الورقة.

¹ د. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 158.

² د. أكرم يا ملكي، مرجع سابق، ص 159.

³ د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 333.

كما أن المادتان السابقتان استثنيت من القاعدة الحامل السيء النية وفسرت سوء النية بأن الذي تقصد من حصوله على الكمبيالة الإضرار بالمدين، وهذه كذلك مما لا ينفع معها تطهير الدفوع. وعلاوة على ذلك فإن قاعدة تطهير الدفوع لا ينتفع منها الدائن (المرتهن) المظهر إليه، إلا في حدود قيمة دينه المضمون بهذا الرهن، هذا في الحالة التي تكون فيها قيمة الكمبيالة أعلى من الدين المرهون،¹ فالمظهر إليه (الدائن المرتهن) يتمسك بالقاعدة بقدر دينه، وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية، وكذلك محكمة النقض الفرنسية، أما الباقي فإن المظهر إليه يعتبر وكيلا² عن المظهر، وذلك يعني أنه يمكن الدفع في مواجهة الوكيل بالدفوع التي كان بالإمكان الدفع بها قبل الموكل.

¹ د. سميحة القيلوبي، مرجع سابق، ص 108.
² د. بسام حمد الطراونة، مرجع سابق، ص 335.

الخاتمة

بعد دراسة تداول الأوراق التجارية في موريتانيا والجزائر نجد أن النصين في الأمر 75 – 59 الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 الذي ينظم في كتابه الثالث الأسناد التجارية في القانون التجاري الجزائري وكذلك القانون رقم 2000 – 05 المتعلق بالقانون التجاري الموريتاني يكادا يكونان متطابقان من خلال تناولهما للأسناد (الأوراق) التجارية ويمكن أن يعود ذلك إلى:

أن هذه الأسناد حظيت بقانون موحد من خلال اتفاقيات جنيف المعروفة التي تناولت هذه الأسناد مما كان له دور في تقارب أغلب النصوص في هذا المجال وكما كان هو قصد اتفاقية جنيف وذلك له أثره البالغ في النصين والتقارب بينهما.

كما أن تقارب البلدين من الناحية الجغرافية والانتمائية له هو الآخر أثر بالغ في تقارب النصين، بحيث أن النصوص دائما تأخذ في الحسبان الثقافة والتقاليد وتكون منسجمة معهما لكي لا تخرج عن إطار الأخلاق والآداب العامة والنظام العام. وعليه فإننا سنخرج من خلال دراسة النصين السابقين بالاستنتاجات التالية :

1- أن التظهير يعتبر هو الوسيلة الوحيدة لتداول الأسناد التجارية ويكون كذلك إذا ما توفرت شروط موضوعية وشكلية والتي بعضها أسسته القواعد العامة والآخر كان من خلق القواعد الصرفية أو القواعد الخاصة بنصوص القانون التجاري، ومن تلك الشروط والتي تعتبر غاية في الأهمية هو بيان الغرض منه، بحيث أنه إذا كان بهدف نقل الحق فيكفي التوقيع، أما إذا كان الهدف منه هو التوكيل فيجب أن نستعمل العبارات التي تبين أن الغرض منه هو التوكيل، ونفس الشيء في الحالة التي يكون فيها على سبيل التأمين، فالبيانات الأساسية عندئذ هي التوقيع بالإضافة إلى عبارة تبين الغرض.

2- كما يمكن القول بأن هذه الوسيلة لتداول الحقوق وفرت للحامل الضمانات التي تطمئنه على استيفاء حقه، حيث أنه يكفي لذلك مجرد التوقيع، كما خلصه من عبئ التقصي عن العلاقات السابقة والتي لا دخل له فيها، وذلك أنه بمجرد ما تنتقل له الورقة تخرج من نطاق العلاقات السابقة، وتصبح كأنها إنشاء جديد، وبالمقابل لم تضع عليه من التزامات سوى أن يكون حسن النية والذي كان مثار جدل بين الفقهاء وفي المقصود من حسن النية والذين اعتمدوا في تفسيره على نظريتان أساسيتان هما العلم والتواطؤ أو الغش وفي ذلك حسم قانون جنيف الموقف حيث تبنى مرتبة وسطى بين الفريقين، وبذلك اعتبر أن حسن النية يكون في

قصد الإضرار والعبرة بوقت اكتساب الورقة وعلى منحاه سار القانون الجزائري و الموريتاني.

وهذا فلم يغفل النصاب عن المدين، وذلك في الحالات التي راعى فيها المشرع أولوية مراعاة مصلحة المدين، بالاستناد إلى حالة تزوير التوقيع، أو حالة صغر السن، أو العيب الشكلي الظاهر مع تقييدها بمبدأ استغلال التوقيعات، حيث لا يستفيد منها سوى المتضرر المباشر دون الموقعين السابقين واللاحقين.

وهذا فإن النص التجاري الجزائري ورد فيه خطئان موضوعيان، ينبغي تصحيحهما الأول: يتعلق بإحالة خاطئة وردت في المادة 393 على المادة 191 والإحالة الصحيحة هي على المادة 103، إضافة إلى خطأ آخر وارد في الفقرة الثانية من المادة 393 ومتمثل في سقوط لا النافية، والتي بدونها يفهم النص على غير قصده، وبذلك يسقط قاعدة أساسية من قواعد الصرف، وهي استقلال التوقيع.

كما يمكن ملاحظة وخصوصا في القانون التجاري الموريتاني أن النصوص رغم أهميتها وما توفره من ضمانات لراحة المتعاملين بها لم تحقق قصد المشرع الذي هو الاستفادة من هذه التقنية في التداول التجاري وما توفره من سرعة وحركية للمال السائل وبما له من نفع على الاقتصاد، ويبرز ذلك من خلال الناحية العملية بحيث أنه يقتصر انتقال الأموال بهذه الطريقة على التجارة الخارجية سواء كانت ما بين التجار وتجار أجانب أو بين الحكومة وجهات أجنبية، حيث يستخدم الكمبيالة دائما في حالة شراء من شركات أجنبية، أما على المستوى الداخلي فلا أثر لها وإن كان قليلا.

ويمكن القول بأن ذلك عائد إلى الثقافة لدى التجار الموريتانيين بحيث أنهم لا يتقنون بالنصوص القانونية ولا يعبئون بها إلا من الناحية الشكلية، في حين أن الضمانات الأساسية عندهم تكمن في الضمانات الشخصية للمتعاملين معهم، حتى أنها يمكن أن تكون ليست من ما يتعلق بالذمة المالية للشخص وإنما قد تكون أسرية وقبيلة، هذا هو ما تقتصر عليه معاملتهم بالكمبيالة.

أما الشيك فعلا فيعتبر أكثر اتساعا ومعاملة به من الكمبيالة، إلا أن ذلك يقتصر على التعامل باعتباره أداة وفاء، إلا أن ذلك الوفاء قد يكون مباشر دون استخدام تقنية التبادل (بين دائن ومدين فقط).

أما السند لأمر تقتصر المعاملة به كذلك على الوفاء به فيما بين الزبون والبنك الذي يتعامل معه.

وقد استقيننا هذه المعلومات بجهد جهيد وقد أفادنا بها مشكورا عبد الله ولد لحبيب، مدير العلاقات الخارجية والمصرفية في مصرف شنقيط.

هذا فيما يتفق فيه النصان، أما وأن الجزائر بمرسومها التشريعي 08/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993 قد أضافت سندات أخرى والتي هي سند الخزن، سند النقل، تحويل الفاتورة، فهذه هي صلب ما يفترق فيه النصان وعليه فإننا يمكن أن نخلص فيها بما يلي:

أولاً: سند الخزن

أورد المشرع الجزائري هذه التسمية إلا أنها لا تنطبق مع ما أراد في المواد الموالية للمادة 543، مكرر 1 والتي هي 543 مكرر 2 وما بعدها، حيث أعتبر أنه سندا تجاريا مما يستدعي أن ينطبق عليه ما ينطبق على الأسناد التجارية، فهذا يعني أنه ليس سند خزن وإنما هو سند مؤمن على اعتبار أن سند الخزن هو الوصل محل إيداع البضائع وليس تجاري وإنما هو عقد بين التاجر وأصحاب المخازن العمومية، أما الأخرى والتي هي سند مؤمن فهي سند تجاري يمكن أن يتم تحويله بالتظهير وذلك ما أكدته المادة 543 مكرر 2 حيث اعتبرت أن سند الخزن يسمح للمودع الاقتراض على قيمة البضاعة، فهذا يعني أن السند يتحول إلى مبلغ نقدي وعندئذ يصير معلوم ومن السهولة أن يتم تداوله، حيث أن المودع يتوجه إلى مصرف ويرهن له البضاعة وبالمقابل يعطيه المصرف سند يحتوي على نفس البيانات التي يحتوي عليها وصل البضاعة مع تقدير سعر البضاعة وعندئذ يتحول إلى سند تجاري ويكون بذلك:

- يمثل مبلغ من النقود كما الأسناد السابقة.
- قابل للتداول بالتظهير.
- يحل محل النقود في التعامل.

وبالتالي فهو أقرب هذه الأسناد الأخيرة إلى الأسناد التجارية السابقة وينطبق عليه بعض قواعدها بما يتفق وطبيعته.

ثانياً: سند النقل

يعتبره المشرع الجزائري من الأوراق التجارية، وخصوصا الوثيقة التي تمثل البضاعة، وهذا ما لا يتفق مع الأوراق التجارية التقليدية، التي تعتبر دائما أن السند يمثل مبلغ من النقود، كما أن قانون جنيف لم يعتبره كذلك سندا تجاريا، وعليه فإننا سنحاول أن ننظر إليه من خلال مدى استجابته لخصائص ووظائف هذه الأوراق ما دامت هي ميزتها التي تحفظ لها هذا التمييز القانوني و العرفي

1- مدى مطابقته لخصائص هذه الأسناد، والتي تميزها عن باقي الأسناد الأخرى المشابهة، وذلك كالاتي:

من حيث أنه محرر مكتوب وفق صيغة أفرضها القانون فهو كذلك وخصوصا سند الشحن. أنه قابل للتداول بالطرق التجارية، فهو كذلك وخصوصا أيضا وثيقة الشحن وهذه يتفق فيها مع كل الأوراق التجارية أي القيم المنقولة.

أما كونه مبلغ من النقود فهو ليس كذلك لأنه يمثل بضاعة ولا يمثل مبلغ من النقود. كما أن العرف لا يعتبره من الأوراق التجارية التي هي الكمبيالة والشيك والسند لأمر كما هو الغالب في التشريعات وكذلك قانون جنيف.

أما من حيث مطابقته للوظائف التي تميز هذه الأسناد التجارية سنتبينها كالاتي: فإن كان سند ائتماني له ائتمان وخصوصا سند الشحن فهذه الوظيفة يتميز بها فعلا. كما أنه لا يمكن أن يكون أداة وفاء لأن العرف لا يعتبره كذلك ولا يقوم مقام النقود على اعتبار أنه يمثل بضاعة وليس مبلغ من النقود ويترتب على ذلك أنه ليس كذلك أداة لنقل النقود، وبالتالي فهو بإرادة منفردة من المشرع الجزائري أدخله ضمن الأسناد التجارية.

السند الأخير والذي هو سند عقد تحويل الفاتورة، فلا يصح أن يكون سندا تجاريا وذلك لأنه : سند اسمي ولا يمكن أن يكون لأمر وإن كانت الاسمية في الأسناد التجارية لا تحول بينها وأن تكون قابلة للتداول، وذلك لطبيعة هذه الأسناد، أما وأن عقد تحويل الفاتورة لم يكن كذلك لأن العرف لا يقر به كسند تجاري، فيمكن أن تكون حائل بينها والتداول. مع العلم أن المشرع الجزائري حين اعتبرها سندا تجاريا لم يحيلها في النصوص التي أخصها بها إلى النصوص السابقة للأوراق التجارية في تداولها ولم يحدد طبيعة تداولها، مما يمكن أن يفهم منه أنها لا تخضع لتداول هذه الأوراق التجارية.

(وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب)

المراجع

الكتب بالعربية:

- 1- ابن داود إبراهيم، الأسناد التجارية في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الأولى، مطبعة الفنون البيانية، الجلفة، 2005.
- 2- أحمد محمد محرز، القانون التجاري، العقود التجارية – الأوراق التجارية، دار الكتب القانونية، بدون ذكر الطبعة، مصر المحلة الكبرى، 2003.
- 3- أدوار عيد، الأسناد التجارية، الشيك، مطبعة النجوى، 1967.
- 4- أدوار عيد، مبادئ سند السحب، السند لأمر، مطبعة النجوى، بيروت، 1966.
- 5- أكرم يا ملكي، الأوراق التجارية وفقا لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقا للأعراف الدولية، بدون أن يذكر الدار ولا الطبعة، سنة 2001.
- 6- بسام حمد الطروانة، تظهير الأوراق التجارية، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2004.
- 7- حسن النوري، الأوراق التجارية وبعض عمليات البنوك، بدون ذكر للدار ولا الطبعة ولا السنة.
- 8- راشد راشد، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2005.
- 9- سعيد أحمد شعله، قضاء النقض في الأوراق التجارية، مجموعة القواعد القانونية إلى قدرتها محكمة النقض خلال سبعة وستين عاما من 1931 – 1997، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1999.
- 10- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي للأسناد التجارية، القواعد الموحدة وقواعد تنازع القوانين، دراسة مقارنة لقوانين التجارة العربية بقانون جنيف الموحد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، سنة 2006.
- 11- سميحة القيلوبي، الأوراق التجارية، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1992.

- 12- صبحي عرب، محاضرات في القانون التجاري (الأسناد التجارية)، الجزائر 1999-2000.
- 13- عبد الحكم فودة، الأوراق التجارية على ضوء الفقه وقضاء النقض، الكمبيالة والسند لأمر، دار الفكر الجامعي.
- 14- عبد الحميد الشواربي، القانون التجاري الأوراق التجارية، الكمبيالة، السند الإذني، السند لحامله، الشيك في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 15- عبد الحي حجازي، سندات الائتمان المصرفية (الأوراق التجارية)، الناشر مكتبة سيد عبد الله وهبة.
- 16- عبد المعين لطفى جمعة، موسوعة القضاء في المواد التجارية، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، 1967.
- 17- عزيز العكلي، الوجيز في القانون التجاري المكتبة القانونية.
- 18- علي البارودي، القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، مطابع الأمل، بيروت، بدون ذكر مكان الطبع، سنة 1991.
- 19- علي جمال الدين عوض، القانون التجاري، دار النهضة العربية، بدون ذكر للطبعة، سنة 1980.
- 20- علي حسن يونس، الأوراق التجارية، دار الفكر العربي، مصر، بدون سنة الطبع.
- 21- فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري (الجزء الثاني)، الأوراق التجارية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.
- 22- مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، سنوات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006.
- 23- مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقا لقانون التجارة الجديد رقم 17 سنة 1999، دار الجامعة الجديدة للنشر سنة 2003.
- 24- مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 1997.

الرسائل:

- 1- عبد الملاوي زوليخة، التظهير الناقل للملكية في السفتجة، بحث لنيل شهادة الماجستير، العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الادارية، بن عكنون، سنة 1992.
- 2- محمود محمد سالم، السقوط والتقدم في الأوراق التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة 1977.

التشريعات والنصوص القانونية:

- 1- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.
- 2- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المرسوم التشريعي رقم 80/93 المعدل للقانون التجاري 1993/04/25.
- 3- أمر قانوني رقم 89/126 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989 المعدل بالقانون رقم 2001.031 الصادر بتاريخ 07 فبراير 2001 المتضمن لقانون الالتزامات والعقود الموريتاني.
- 4- قانون رقم 05-2000 الصادر بتاريخ 18 يناير 2000 المتضمن مدونة التجارة.
- 5- القانون رقم 2001/052 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية.

الكتب بالفرنسية:

- 1- Ch. Lyon-Caen et L. Renault, Manuel de droit commercial, Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence 15 édition 1928.
- 2- G.C. Gavalda et Stoufflet, Droit Commerciale, chèque et effets de commerce, Tome 2, Paris, Thénis 1978.
- 3- Griper et R. Roblot, Traité de droit commercial, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 12^{ème} édition 1990.
- 4- J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, Traité de droit commercial, Tome 2. Paris, Dalloz 1966.

- 5- L. Lacour et Jacques Bouteron, Précis de droit commercial, Tome 2, Paris 1925.
- 6- Lescor et Roblot, els effets de commerce, 2 vol. Paris 1953.
- 7- René Rodière et Bruno opetit, Droit commercial, effets de commerce, contrats commerciaux faillites, 8^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1978.

Articles :

- 1- C. Duguet, les critères d’appréciation de la mauvaise fois du tiers porteur d’une lettre de change. GAZ. Pal 1979, 2, Doctrin, 36

Les notes :

- 1- Houin, Civ. 13 décembre 1948, Rev.trim.dr.com. 1949.04 n°5.
- 2- Lescot, Req. 13 et 26 mai, 1942, J.C.P. 1942, 2, 1935.

Codes :

- 1- Code civil français, Paris, Dalloz, 2009.
Code de commerce français, Paris, Dalloz, 2009.