الفصل الأول

نطاق التضامن الصرفي

الفصل الأول

نطاق التضامن الصرفي

يعد التضامن الصرفي احد أهم الضمانات الشخصية التي تمكن الدائن أو حامل الورقة التجارية من استيفاء حقه ،إذ يتم من خلاله ضم ذمم المدينين الصرفيين بعضها إلى بعض .

ولغرض معرفة نطاق التضامن الصرفي بشكل موسع فإننا سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول نطاق التضامن الصرفي من حيث موضوعه، أما المبحث الثاني فنخصصه لنطاق التضامن الصرفي من حيث الأشخاص .

المبحث الأول

نطاق التضامن الصرفي من حيث الموضوع

يقتضي بحث نطاق التضامن الصرفي من حيث الموضوع تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول منهما للمفهوم القانوني للتضامن الصرفي، أما المطلب الثاني فيكون لبيان خصائص التضامن الصرفي .

المطلب الأول

المفهوم القانوني للتضامن الصرفي

وسنعرض في هذا المطلب بيان المقصود بالتضامن الصرفي، بعد ذلك نعمل على تمييز التضامن الصرفي عما يشتبه به من أنظمة قانونية .

الفرع الأول

المقصود بالتضامن الصرفي

لبيان المقصود بالتضامن الصرفي وما هي أصوله فإنه لابد من التطرق إلى نشأة التضامن بشكل عام ثم بعد ذلك نركز على التعريفات التي قيلت بشأنه.

أولاً: نشأة التضامن الصرفي

لمّا كان التضامن يمثل ضرباً من ضروب التأمينات الشخصية[١]، فإنه يمكن رد نشأته إلى تلك الحقبة من الزمن التي برزت فيها تلك التأمينات، حينما كانت المجتمعات القديمة تجد في الضمان الشخصي الممثل في التضامن والكفالة، الوسيلة الملائمة لضمان الدَّين[٢]، والذي ساعد على ذلك هو قوة الترابط بين أفراد الأسرة أو القبيلة الواحدة، فإذا ما رغب أحد الأفراد في الاقتراض كان لا يجد عناء يُذْكر فيمن يتضامن أو يتكافل معه ضماناً للدين، إلا أنه و بالرغم من ذلك فإن الدراسات التاريخية تفيد بأن الرومان هم أول من عرف نظام التضامن بمفهومه المعاصر، حيث نقله عنهم مفسرو القانون الفرنسي، ولا تختلف الأحكام المتعلقة به عما هو مقرر الآن في الشرائع المدنية الحديثة[٣].

وقد كانوا يشترطون لقيامه وضوح الدلالة على توجه نية أطراف التعاقد على العمل به، إلى أن جاء عهد الإمبراطور جوستنيان فتقرر أن التضامن لا بد أن يكون مشترطاً بعبارة صريحة قاطعة الدلالة على وجوده[٤].

ويقترن ظهور نظام التضامن الصرفي في العصر الحديث بصدور قانون التجارة الفرنسي لعام ١٨٠٧، إذ جاء في المادة ١٤٠ منه " يسأل كل من أمضى الصك، أو قبله ،أو ظهره، عن الضمان على وجه التضامن قبل الحامل .

وقد اتجهت غالبية التشريعات منذ ذلك الوقت اتجاه المشرع الفرنسي، وأخذت بالنص على التضامن في الاوراق التجارية، ومن هذه التشريعات القانون التجاري المصري لعام ١٨٨٣ السابق، كما نصت على ذلك اتفاقية جنيف لعام ١٩٣٠، والخاصة بالحوالة التجارية (الكمبيالة) والسند لأمر، المادة ٤٧ منها .

---

[١] د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الكفالة، التضامن – التضامم، منشأة المعارف، ٢٠٠٢ ص ٢٠.

[٢] المرجع السابق، ص ٢١.

[٣] د. علي أحمد علي، التضامن بين المدينين "دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩٣، ص٢٤.

[٤] حضرة يوسف بك شوقي، رسالة في التضامن المطبعة الكبرى ببولاق مصر المحمية ، ١٣١٤ هـ، ص ٦٨ نقلاً عن مهند محمد عوض، التضامن الصرفي في الورقة التجارية، رسالة دكتوراه، معهد البحوث، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٨.

وقد أخذت معظم التشريعات التجارية بأحكام هاتين الاتفاقيتين، وجاء فيهما نصوص مماثلة لأحكامها، بضمنها النص على التضامن الصرفي، ومن تلك القوانين، قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وقانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، وقانون التجارة اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراكي رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٤٢

كما أن نظام التضامن لا يُعَدُّ غريباً عن أحكام الشريعة الإسلامية، فقد عالجته أغلب كتب الفقه الإسلامي ضمن أحكام الكفالة على أساس أنه يعد نوعاً من أنواعها .[١]

ثانياً: تعريف التضامن الصرفي

تعددت أقوال الفقهاء بشأن تعريف التضامن الصرفي، وجميع التعاريف التي قيلت هدفها الوصول إلى صورة كاملة تحمل في طياتها جوانب التضامن الصرفي كلها، وأن هذه التعريفات متقاربة فيما بينها مضموناً، وإن اختلف بعضها عن بعضٍ في العبارات.

وقد عُرف التضامن الصرفي بأنه التزام جميع الموقعين على الورقة التجارية بأداء مبلغها للحامل على وجه التضامن، سواء في موعد استحقاقها الأصلي أم في حال ترتب الحق الكامل في الرجوع المبتسر على الضامنين[٢].

كما ويُعَّرف التضامن بين الموقعين على الورقة التجارية بالتضامن الصرفي، وهو من أهم الضمانات الجوهرية لحامل الورقة التجارية[٣].

ومنهم من قال بأن التضامن الصرفي من الضمانات العامة الهامة التي يقررها النظام القانوني بالنسبة إلى جميع صور الأوراق التجارية، والتضامن هنا أساسه القانون ولا يجوز الاتفاق على خلافه[٤].

ويرى آخرون، أن التضامن الصرفي من أهم الضمانات التي خولها المشرع للدائن في الورقة التجارية من أجل الحصول على الحق الثابت فيها، والأصل أن التضامن لا يفترض بين الدائنين والمدينين في القواعد العامة وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون (٢٧٩ مدني مصري)؛

---

[١] حضرة يوسف بك شوقي، مرجع سابق، ص ٦٧.

[٢] د. صلاح الدين الناهي، المبسوط في الأوراق التجارية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٥، ص ٤١٥.

[٣] د. هاني دويدار، الأوراق التجارية والإفلاس، ص ١٣٣.

[٤] د. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي للإسناد التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥، ص ٣٠٢.

أما في القانون التجاري فلقد نص المشرع في المادة (٤٤٢ تجاري) على أن الأشخاص الملتزمين بموجب كمبيالة مسئولون بالتضامن قبل حاملها[١].

وقال آخرون من الفقهاء بأن التضامن الصرفي يعني (أن جميع الموقعين على الكمبيالة من ساحب ومسحوب عليه قابل ومظهر وضامن احتياطي، مسئولون جميعاً على وجه التضامن نحو حامل السند بالوفاء بقيمته إذا امتنع المدين الأصلي عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق، وأثبت الحامل ذلك في ورقة رسمية، بحيث يحق للحامل مطالبتهم منفردين أو مجتمعين، دون أن يلتزم بمراعاة ترتيب كل منهم، والمدين الأصلي في السند هو المسحوب عليه القابل أو الساحب إذا لم يوقع المسحوب عليه بالقبول)[٢].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه جعل من المسحوب عليه القابل من جملة الضامنين في حين أن المسحوب عليه القابل مدينٌ أصليٌ وليس ضامناً.

وهناك من يرى أنّ التضامن الصرفي ضمانة من الضمانات الاعتيادية التي يقررها قانون الصرف للحامل في الرجوع على أي واحد من الموقعين على الكمبيالة، يطالبه بالوفاء بها عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء بقيمة الكمبيالة، فلا يستطيع من رجع عليه الحامل أن يمتنع عن الوفاء لأنه يعدُّ مسئولا على وجه التضامن، فيعدُّ التضامن هنا أحد التصورات القانونية التي يتوحد بمقتضاها محل الالتزام، فيكون للدائن أكثر من مدين أو ملتزم، يقع الالتزام على عاتقهم مجتمعين أو منفردين، كما أن هذا التضامن يعد أعلى مراتب الكفالة الشخصية، إذ يستطيع الدائن مطالبة أي مدين متضامن حسبما يشاء بكل الدين، ومرد ذلك إلى وحدة محل الالتزام[٣].

ويرى آخرون أنَّ التضامن الصرفي مقتضاه أن يكون للحامل حق الرجوع على الموقعين على الكمبيالة منفردين أو مجتمعين دون التقيد بترتيب معين، لكن بشرط مطالبة المسحوب عليه أولاً

---

[١] د. عبد الحميد الشواربي والأستاذ عاطف الشواربي والأستاذ عمر الشواربي،الأوراق التجارية (الكمبيالة السند لأمر الشيك) وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ في ضوء الفقه والقضاء والتشريع مع نماذج العقود والدعاوى التجارية)، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٠، ص ٢٦٩.

[٢] د. عزيز العكيلي، الوجيز في القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠، ص ٣١٦.

[٣] د. ناصر أحمد إبراهيم النشوي، موقف الشريعة الإسلامية من التعامل بالأوراق التجارية "دراسة فقهية قانونية تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، ٢٠١١، ص ٧٩١ .

بقيمة الكمبيالة، وامتناعه عن الوفاء وثبات ذلك في ورقة رسمية هي ورقة احتجاج عدم الوفاء[1].

و قال بعض الفقهاء بأن التضامن الصرفي من أهم الضمانات التي يخولها قانون الصرف للحامل، ذلك أن الحامل الذي لم يستوف حقه من المسحوب عليه يستطيع أن يرجع على أيٍّ من الموقعين بالدين بأسره، ولو فُرضَ أن أحدهم على الأقل كان موسراً (كبنك مثلاً) فإن فرص استيفاء الحامل لما يستحقه بالكامل تكون واضحة[2]. وهذا ما نراه مناسباً لأنه لم يجعل من المسحوب عليه القابل الذي لم يوف طرفاً ضامناً بل عدَّهُ المدين الأصلي.

و من خلال استعراض التعريفات المتقدمة، يمكن القول أنَّ التضامن الصرفي من أهم الضمانات الشخصية التي تثبت لحامل الورقة التجارية، والتي يستطيع من خلالها استيفاء حقه الثابت فيها، عن طريق الرجوع على الموقعين عليها ومطالبتهم، سواء أكانوا منفردين أم مجتمعين، لكن بعد مطالبة المسحوب عليه القابل (باعتباره المدين الأصلي) وامتناعه عن الوفاء وإثبات ذلك الامتناع بصورة رسمية بعمل احتجاج عدم الوفاء.

الفرع الثاني

تمييز التضامن الصرفي عما يشتبه به

بعد أن قمنا بتعريف التضامن الصرفي وبيان نشأته، فإنه لابد من تمييزه عن بعض الأنظمة القانونية التي قد تتشابه معه، لذا سنعمل على تمييزه عن كل من التضامن المدني أو ما يسمى بتضامن القواعد العامة، كذلك سنقوم بتمييز التضامن الصرفي عن نظام آخر يقترب منه ببعض الصفات إلا وهو نظام التضامم، وأخيراً تمييزه عن نظام عدم القابلية للانقسام .

أولاً: التضامن الصرفي والتضامن المدني

عند دراستنا لنظامي التضامن الصرفي والتضامن المدني أو ما يعرف بـ (التضامن العادي)، لاحظنا أنهما على درجة من الشبه، فكلاهما يقوم على المبادئ نفسها التي تحكم علاقة الدائن بمدينيه المتضامنين، كذلك تنطبق على التضامن الصرفي ذات الأصول العامة التي نعرفها، فهناك وحدة في محل الالتزام، تتمثل بالوفاء بقيمة الورقة التجارية، وهناك تعدد في الروابط بين الموقعين

---

[1] د. زينب السيد سلامة، الأوراق التجارية في النظام السعودي، النشر العلمي والمطابع، جامعة الملك سعود، ١٩٩٥، ص ٥٠٢ .

[2] د. مصطفى كمال طه والأستاذ وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٣، ص ١٣٩.

المتضامنين كلهم وبين حامل الكمبيالة، وهناك نيابة تبادلية بين هؤلاء المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر[١].

كذلك يتفق التضامن الصرفي مع التضامن المدني فيما يتعلق بجواز أن يرجع الدائن على أي من المدينين دون التقيد بترتيب معين، وجواز الرجوع على غيره من المدينين اللاحقين في الترتيب عقب الرجوع على موقع سابق (المادة ٤/٤٤٢ تجاري مصري)[٢].

لكن مع كل هذا الشبه والتقارب، إلا أن هناك أمورا تمثل أوجه الاختلاف فيما بين التضامن الصرفي والتضامن المدني، هي :

١- في التضامن المدني يستطيع الدائن مطالبة أيّ من المدينين المتضامنين، حسب اختياره، فإذا لم يوفق كان له أن يطالب المتضامنين الآخرين، وله أن يطالبهم جميعاً مرة واحدة (المادة ٢٨٥ مدني مصري).

أما في التضامن الصرفي، فإن حامل الكمبيالة يلتزم بمطالبة المسحوب عليه أولاً، وإثبات امتناعه رسمياً بعمل الاحتجاج، ثم بعد ذلك يقوم بالرجوع على جميع الموقعين، وإن كان الحامل لا يلتزم في رجوعه على هؤلاء الموقعين بترتيب معين[٣].

وهذه هي الحال بالنسبة للتشريع العراقي، ففيما يتعلق بالتضامن المدني فقد جاء في المادة (٣٢١ مدني عراقي) أنّه "إذا كان المدينون متضامنين، فللدائن أن يطالب بالدين كله من شاء منهم"[٤].

أما ما يتعلق بالتضامن الصرفي فإن حامل الورقة التجارية ملزم بإتباع طريق معين في الرجوع، إذ لا يستطيع الرجوع على أي من المدينين المتضامنين إلا بعد مطالبة المسحوب عليه وامتناعه عن الوفاء وإثبات ذلك الامتناع بعمل احتجاج عدم الوفاء، وهذا ما جاء في المادة ١٠٢ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤[٥].

---

[١] د. علي البارودي و د. محمد فريد العريني ، الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢، ص ١٣٦.

[٢] هذا الحكم الحديث الذي جاء به قانون التجارة مأخوذاً من المادة ٤٧ من قانون جنيف الموحد الذي خلص الحامل من ضرورة مراعاة ترتيب معين عند رجوعه على المظهرين، واقترب بالتضامن في ذلك من تضامن القواعد العامة.

[٣] د. عاطف محمد الفقي، الأوراق التجارية وفقاً لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ١٢٠.

[٤] تقابلها المادة (٤٢٨ مدني أردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦).

[٥] الحكم نفسه جاء في المادة (٤٢٨ مدني أردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦).

٢- في التضامن المدني إذا قام أحد المدينين بالوفاء للدائن، فلا يجوز له أن يرجع على أي من المدينين المتضامنين معه إلا بقدر حصته من الدين فقط، وهذا ما يعرف بمبدأ انقسام الدين بين المدينين المتضامنين "م ٢٩٧ مدني مصري" [١]، أما في التضامن الصرفي، فإن حامل الكمبيالة إذا قام بالرجوع على الباقين بكل الدين فلا يستطيع أن يدفع من رجع عليه بتقسيم الدين، وذلك لأن كل موقع على الكمبيالة مضمون من الموقع السابق عليه، كما أنه يعد ضامناً للموقع اللاحق له[٢].

وهذه الحال نفسها في القانون العراقي، إذ أن قيام أحد الملتزمين المتضامنين بالوفاء يعني إعطاء الحق للمدين الموفي بالرجوع على بقية الملتزمين بكل المبلغ الذي وفاه وما ترتب عليه من فوائد، ويكون له الرجوع عليهم مجتمعين أو منفردين (المادة ١٠٨ تجاري عراقي).

٣- في التضامن الصرفي يستطيع أي موقع على الكمبيالة أن يضع شرطاً يتخلص بمقتضاه من عبء التضامن، ذلك أن التضامن الصرفي بين الموقعين على الكمبيالة ليس من النظام العام، ومن ثم يمكن استبعاده بشرط صريح في الكمبيالة، ويسمى هذا الشرط بشرط عدم التضامن، ويختلف أثره باختلاف مركز واضعه، فإذا أشترطه الساحب، أفاد منه جميع الموقعين على الكمبيالة، أما إذا اشترطه أحد المظهرين، اقتصر أثره عليه ولا يفيد منه الموقعين السابقين عليه أو اللاحقون له تطبيقاً لمبدأ استقلال التوقيعات، وهذا الحكم غير موجود في التضامن المدني، إذ أشارت القواعد العامة بأن التضامن بين الدائن و المدين لا يفترض وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون، فالأصل أن التضامن في المواد المدنية غير مفترض، بالتالي فليس هناك من داع لوضع مثل هذا الشرط [٣].

٤- يُعَدُّ التضامن المدني في إطار القواعد العامة عملاً مدنياً، ومن ثم فإن التزامات المدينين تُعدُّ التزامات مدنية، أما ما يتعلق بالتضامن الصرفي، فلقد تباينت التشريعات في النص على تجارية الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية، فهناك طائفة من القوانين التجارية لم تنص على تجارية الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية، منها القانون التجاري الأردني(رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦)، وقانون التجارة اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراكي رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٤٢) وهذا هو موقف قانون التجارة المصري (رقم ١٧ لسنة١٩٩٩) .

---

[١] تقابلها المادة ٣٣٤ مدني عراقي.

[٢] تقابلها المواد ٤٧ في قانون جنيف الموحد لعام ١٩٣٠ الخاصة بالحوالة التجارية والسند لأمر، كذلك المادة ١٥١ من قانون التجارة الفرنسي رقم لسنة ١٨٠٧ والمادة ١٨٥ في قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة١٩٦٦.

[٣] المادة ٢٧٩ مدني مصري .

على الرغم من أن القانون التجاري المصري السابق لعام ١٨٨٣ نص على تجارية الأعمال المتعلقة بالكمبيالة.

وقد أشارت بعض القوانين، ومنها القانون العراقي، بصورة واضحة على تجارية الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية[١].

ثانياً: تمييز التضامن الصرفي عن التضامم

ترجع نشأة فكرة الالتزام التضاممي في صورتها الحالية في فرنسا إلى تطور استقر عليه القانون والفقه الرومانيان، إذ انتقلت الفكرة منهما إلى فرنسا في ظل التقنين المدني الفرنسي القديم ثم التقنين المدني الحالي، إذ تطورت على يد القضاء لتصير إلى ما هي عليه الآن[٢].

ولقد تبناها القضاء المصري باعتبار أنه ((ليس في القانون ما يمنع من مسئولية مدينين متعددين عن دين واحد فيكون هؤلاء المدينون متضامين في هذا الدين دون أن يكون هناك تضامن بينهم، ويكون كل منهم مسئولا عن كل الدين، ولا يستطيع الدائن التنفيذ به كله قبل أيهم[٣]. إذاً فالتضامم يعني مساءلة عدة أشخاص مسؤولية كاملة تجاه الدائن من غير أن يكون هناك تضامن بينهم))[٤].

ويتشابه نظام التضامم مع التضامن الصرفي في أن كلا منهما يقوم على تعدد الروابط ووحدة محل الالتزام، بحيث يكون للدائن مطالبة أيٍّ من المدينين بكل الدين، كذلك عدُّ الوفاء من أحد المدينين مبرئاً لذمم سائر المدينين الآخرين[٥].

لكن مع هذا الشبه الكبير بين التضامن الصرفي والتضامم إلا أن هناك فوارق جوهرية بينهما، منها.

١- من جهة المصدر، فلا يشترط أن يكون مصدر التزام المتضامّين متماثلاً، إذ أن مقتضى التضامم أن يكون مصدر الدين متعدداً، و التعدد قد يكون بالتنوع أو بالتكرار، فمصادر الالتزام قد تتنوع فيكون بعضها متأتٍ من اجتماع مسؤولية عقدية وأخرى تقصيرية، أو اجتماع المسؤولية العقدية مع

---

(١) المادة ١٦ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .

(٢) د. محسن البيه، التضامن والتضامم في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية مقارناً بالقضائين الفرنسي والمصري، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة. ١٩٨٩، ص٩ .

(٣) نقض مدني في ٩ من مايو/ أيار سنة ١٩٩١، مجموعة المكتب الفني، س ٤٢ ج١ رقم ١٦٦، ص ١٠٣٤، نقلاً عن د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام،القصر للطباعة والنشر، ٢٠٠٨، ص ٢٠١.

(٤) د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج٢، أحكام الالتزام، دار المعارف، ١٩٦٢، ص ٢٨٣.

(٥) د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، ج٢، أحكام الالتزام،٢٠٠٧، دار أبو المجد للطباعة، ص ٣٨٥.

الإثراء بلا سبب، أو اجتماع المسؤولية العقدية مع التزام قانوني، أما التكرار فنعني به: تكرار أحد مصادر الالتزامات وهو أن تكون التزامات المتضامنين ناشئة عن نفس النوع من مصادر الالتزام، فقد يكون التكرار في التزامات تعاقدية أو تكرار التزامات قانونية أو تكرار التزامات تقصيرية [١] . و مصدر الدين هذا قد يكون عقداً أو عملاً غير مشروع، أو أن يكون مصدر التزام بعض المدينين عقداً في حين يكون مصدر التزام البعض الآخر عملاً غير مشروع[٢] .

وفيما يتعلق بالتضامن الصرفي فإن مصدر هذا التضامن هو التوقيع على الورقة التجارية، إذ يكون جميع الموقعين على الورقة التجارية، سواء أكان الموقع منشئاً لها، أم قابلاً لها، أم مظهراً لها، أم ضامناً احتياطياً لأحد الملتزمين فيها، ملتزمين بالتضامن تجاه الحامل الشرعي للورقة التجارية[٣].

فتضامن جميع الملتزمين في الورقة التجارية مصدره التوقيع عليها، وتجدر الإشارة هنا إلى أن هناك طائفة من فقهاء القانون التجاري يرون أن مصدر التزام الموقعين على الورقة التجارية يعد متعدداً، بحيث يكون لكل ملتزم صرفي مصدر دين مستقل عن مصدر ديون الآخرين، مما يدعو للقول بأن الملتزمين صرفياً هم متضامّون لا متضامنون[٤].

والواقع أن هذا الرأي محل نظر، لأن مصدر الالتزام الصرفي واحد وهو التوقيع على الورقة التجارية، والذي يختلف من ملتزم لآخر هو سبب الالتزام الصرفي وليس مصدر ذلك الالتزام[٥].

٢- يختلف التضامن الصرفي عن التضامم من حيث طبيعة الالتزام، ففي التضامن الصرفي

---

[١] د. محمد جاد محمد جاد، أحكام الالتزام التضاممي في القانون المدني الفرنسي والمصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٢٦ وما بعدها.

[٢] من تطبيقاتها : أ - التأمين من المسؤولية: يقوم التضامن في نطاق المسؤولية المدنية، فتلتزم شركة التأمين مثلا بالتعويض (التزام مصدره عقد التأمين) ويلتزم مرتكب الفعل الضار بالتعويض (التزام مصدره الفعل الضار)، وفي هذا المعنى نصت محكمة النقض المصرية بأنهما: (... يكونان ملتزمين بدين واحد له مصدران مختلفان، ومن ثم تتضامم ذمتهما في هذا الدين دون أن تتضامن إذ أن الالتزام التضامني يقتضي وحدة المصدر

ب - المسؤولية العقدية عن فعل الغير: إذ يتوافر التضامم في نطاق المسؤولية العقدية عن فعل الغير، فتتعدد مصادر الالتزام التضاممي بالتعويض، فيسأل المدين في مواجهة الدائن طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية (العقد)، ويسأل الغير الذي استخدمه المدين عن خطئه في حدود الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار). د. محمد حسام محمود لطفي مرجع سابق، ص ٢٠٢.

[٣] د. هاني دويدار، الأوراق التجارية والإفلاس، مرجع سابق، ص ١٣٤. وينظر كذلك د. علي البارودي ود. محمد فريد العريني، الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

[٤] د. علي جمال الدين عوض، الأوراق التجارية، والبنوك، دار النهضة العربية ،القاهرة، ١٩٧٣، ص ٢٩٧ .

[٥] د. يوسف عودة غانم المنصوري، التضامن الصرفي في الأوراق التجارية، مرجع سابق، ص ٣٥.

نجد انه يتميز بوحدة المحل المستحق، في الوقت الذي تتعدد فيه الروابط، وهو على العكس من ذلك في نطاق الالتزام التضاممي، إذ لا يوجد تعدد في الروابط فحسب، بل يوجد تعدد في المحل أيضا، فالتزامات المدينين تبقى مستقلة عن بعضها البعض، وكل رابطة التزم بها تقابل محلاً، وكل مدين يعتبر مسئولا مسئولية شخصية عن مبلغ التعويض المستحق عن الضرر الذي تسبب فيه، وبناءً على ذلك نجد أن المتضامن قد تدخل على سبيل الضمان ليزيل العقبات الناشئة عن تقسيم الدين، وليضع المدينين المختلفين على قدم المساواة في مواجهة الدائن، وعلى العكس من ذلك في الالتزام التضاممي، فإنه قد ينشأ من طبيعة الأشياء ذاتها، فكل منهم مسئول عن خطئه، وان هناك تعددا في المحل بتعدد الأخطاء المرتكبة .[١]

٣- في التضامن الصرفي توجد نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفع لا فيما يضر[٢]، ومن مقتضاها أن يكون كل واحد منهم أصيلاً في الوفاء بحصته من المدين ونائباً عن غيره في الوفاء بأنصبتهم منه[٣]، بخلاف حالة الالتزام التضاممي إذ لا توجد نيابة تبادلية مطلقاً بين المدينين، مما أثار حفيظة مجموعة من فقهاء القانون المدني اللذين ذهبوا إلى القول بأن مركز المدين المتضامم أدنى من مركز المدين المتضامن، والسبب في ذلك هو قيام النيابة التبادلية بحق المدينين المتضامنين وعدم قيامها في الالتزام التضاممي[٤].

٤- و يختلف التضامن الصرفي عن التضامم في مسألة رجوع المدينين فيما بينهم، ففيما يتعلق بالالتزام التضاممي يكون رجوع أحد المدينين على بقية المدينين المتضامّين غير مقررٍ كقاعدة عامة، وإنما يتوقف على طبيعة العلاقة بين هؤلاء المدينين، فمثلاً في حالة الكفلاء المتعددين بالدين نفسه، إذا أوفى به أحدهم للدائن برئت ذممهم جميعاً، وللموفي منهم أن يرجع على المدينين الآخرين عن طريق دعوى الحلول، كما أن له الرجوع على المدين الأصلي بالدين كله، أما إذا كان هذا الأخير هو الموفي فلا يرجع على أحد لأنه وفّى دين نفسه، وليس دين غيره[٥].

---

[١] د. نبيل ابراهيم سعد، مبدأ التضامن وعدم افتراض التضامم، منشأة المعارف، الاسكندرية ، ١٩٨٧، ص ١٥-١٦ .

[٢] د. علي البارودي، مرجع سابق، ص ١٣٦،

[٣] د. عبد الحميد الشواربي والاستاذ عاطف الشواربي والاستاذ عمر الشواربي، مرجع سابق، ص ٢٧٨.

[٤] د. عز الدين الديناصوري ود.عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، ١٩٨٨، ص ٥٥ .

[٥] دعوى الحلول هي الدعوى التي يحل بموجبها المدين الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه من المدينين المتضامنين.

وتختلف الحال في التأمين على المسؤولية، فإذا دفعت شركة التأمين التعويض للمضرور، فليس لها طبقاً لعقد التأمين أن ترجع بعد ذلك على المؤمن لتطالبه بهذا المبلغ[١]. وللدائن الرجوع على المتضامنين صرفياً بالدعوى الصرفية بعد مطالبة المسحوب عليه وعمل احتجاج لعدم الوفاء[٢].

أما في التضامن الصرفي، فإن للموفي بقيمة الورقة التجارية الرجوع على جميع الملتزمين السابقين عليه بالمبلغ الذي وفاه فضلاً عن الفوائد القانونية، من وقت الدفع، بالإضافة إلى المصاريف التي تحملها [٣].

٤- في التضامن الصرفي لا مجال لانقسام الدين بين المتضامنين، فيكون من حق الملتزم الذي يوفي للحامل بقيمة الورقة التجارية، الرجوع على باقي الملتزمين تجاهه بالمبلغ كله الذي وفاه فضلاً عن الفوائد والمصاريف، أما في الالتزام التضاممي فلا توجد قاعدة عامة في هذا الشأن، ففي القوانين التي تأخذ بدعوى الحلول، ومنها القانون المدني المصري يكون للمدين الموفي بالالتزام التضاممي الرجوع على المدينين الآخرين في حالة ما لو كانوا ملزمين بالدين مع المدين الموفي، بخلاف حالات أخرى لا ينقسم فيها الدين بحيث يتحمل المدين الموفي عبء الالتزام بالدين تحملاً كاملاً[٤].

ثالثاً: تمييز التضامن الصرفي عن عدم القابلية للانقسام

الأصل في الالتزام عند تعدد الدائنين أو المدينين أو كليهما ألا يكون قابلاً للانقسام، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وتعني عدم القابلية للانقسام أن يكون الالتزام غير قابلٍ للانقسام كلما كان الوفاء به واجباً جملة واحدة، وليس على أجزاء، مع تعدد الدائنين أو المدينين[٥].

وهذا يعني عدم إمكانية تجزئة الوفاء بالنسبة لأطرافه، وذلك يعود إلى طبيعة المحل، وبعضها نسبي يرجع إلى الغرض الذي قصده العاقدان، ومنها ما يرجع إلى إرادة المتعاقدين[٦].

فبالنسبة إلى عدم قابلية الانقسام الراجعة إلى طبيعة المحل فإنه يكون المحل غير قابل للانقسام ولا يمكن الوفاء به إلا دفعة واحدة بحيث لا يتصور انقسامه، كما في الالتزام بالامتناع عن عمل، مثل عدم المنافسة.

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري ج٣، مرجع سابق، ص ٢٨٨.

[٢] أكرم يحيي أحمد شجاع، تضامن المدينين بدين تجاري، دراسة مقارنة بين القانونين المصري واليمني والفقه الإسلامي، رسالة ماجستير ، معهد البحوث، ٢٠٠٥، ص ٧٥ .

[٣] المادة ٤٤٤ تجاري مصري تقابلها المادة (١٠٨) تجاري عراقي، والمادة (٤٩) قانون جنيف الموحد.

[٤] د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، مرجع سابق، ص ٣٨٥.

[٥] د. محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

[٦] د. محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

أما ما يتعلق بعدم القابلية للانقسام والتي تعود إلى الغرض الذي قصده العاقدان، فإن هذا الغرض قد يكون غير قابلٍ للانقسام مثل إقامة مدرسة أو مصنع بحجم معين بحيث يستغرق سعة الأرض المبيعة.

ولقد أشارت المادة (٣٠٠ مدني مصري) على أن "يكون الالتزام غير قابل للانقسام في حالتين هما:

أ- إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم.

ب- إذا تبين من الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك[١].

هنا يتبين لنا بأن كلاً من طبيعة المحل، أو الغرض الذي قصده أطراف الالتزام بإرادتهم، هي المانعة من التنفيذ الجزئي أو عدم القابلية للانقسام، وهنا لا توجد مشكلة بشأن الالتزام غير القابل للانقسام، أما في حالة تعدد الدائنين أو المدينين فقد أشارت كل من المادة (٣٠١) مدني مصري و (٣٣٧ مدني عراقي) إلى أنه (إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً، وللمدين الذي أوفى الدين حق الرجوع على الباقين كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك).

ومن خلال ما تقدم يمكن استخلاص بعض أوجه الشبه ومظاهر التفرقة بين التضامن الصرفي وعدم القابلية للانقسام.

١- أوجه الشبه:

أ- مدى جواز المطالبة: كلٌ من التضامن الصرفي وعدم القابلية للانقسام يشتركان بسمة مميزة هي وحدة الدين أو وحدة محل الالتزام، إذ يجوز للدائن في كلا النظامين أن يطالب أياً من المدينين بالوفاء بكل الدين، كما يحق للدائن أن يطالب المدينين مجتمعين، وللمدين الذي أوفى (بكلا النظامين) أن يرجع على بقية المدينين كل بقدر حصته [٢].

ب- وسيلة الرجوع بعد الوفاء بالدين: هما يشتركان كذلك في وسيلة الرجوع بعد الوفاء بالدين (الدعوى الشخصية أو دعوى الحلول) [٣].

ج- حكم إعسار احد المدينين: يتشابه كل من التضامن الصرفي وعدم القابلية للانقسام في حكم الإعسار، ففيما يتعلق بعدم القابلية للانقسام فإنه إذا أعسر أي من المدينين، تحمل كل مدين من

---

[١] تقابلها المادة (٣٣٦) مدني عراقي.

[٢] د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص ٣١٥، وينظر: أكرم يحيي شجاع الدين، مرجع سابق، ص ٨١.

[٣] الدعوى الشخصية وهي التي تكون على أساس ما يكون بين المدينين المتضامنين من علاقات تربطهم ببعضهم ببعض، كالوكالة في التضامن ألاتفاقي أو الفضالة، أو الإثراء بلا سبب في التضامن القانوني.
أما دعوى الحلول وهي أن يحل المدين الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه قبل المدينين المتضامنين فالأساس لرجوع المدينين المتضامنين على بعضهم يختلف باختلاف الطريق التي يريد المدين الموفى سلوكها في هذا الرجوع بما يتناسب مع مصلحته.

المدينين الباقين نصيبه في حصة المعسر بنسبة حصته في الدين، وكذلك الحال بالنسبة للتضامن الصرفي إذ أن الملتزمين في الورقة التجارية يكونون جميعاً ضامنين للوفاء في حالة إعسار أحدهم، فلقد أجاز القانون لحامل الورقة التجارية الرجوع الصرفي قبل حلول ميعاد الاستحقاق في كل حالة يتبين فيها أنه في الراجح عدم استيفاء الحامل قيمة الورقة التجارية، لذلك نص المشرع على أنه في حالة إعسار الأطراف المعنية أصلاً بدفع قيمة الورقة التجارية يحق لحاملها الرجوع على ضامني الوفاء دون انتظار حلول ميعاد الاستحقاق[١].

٢- أوجه الاختلاف:

أ- من جهة المصدر، فالتضامن الصرفي مصدره القانون أو قاعدة افتراض التضامن في المواد التجارية [٢]، بينما مصدر عدم القابلية للانقسام يرجع إلى طبيعة المحل أو الغرض منه[٣].

ب- من جهة النيابة التبادلية: فهي متوفرة فيما ينفع لا فيما يضر في التضامن الصرفي، أما في عدم القابلية للانقسام فهي غير موجودة.

ج- في التضامن الصرفي إذا انقضى الدين بسبب غير الوفاء، فإن كلاً من المدينين الآخرين لا يستفيدون من قضاء الدين إلا بقدر حصة المدين المتضامن الذي انقضى الدين بالنسبة له، أما في حالة عدم القابلية للانقسام، إذا تعدد المدينون، فإنه يستفيد كل من المدينين الآخرين من انقضاء الدين بمقدار الدين كله[٤].

المطلب الثاني

خصائص التضامن الصرفي

للتضامن الصرفي خاصيتان أساسيتان، تتمثل الأولى بكونه تضامناً سلبياً بين المدينين، وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول، ثم بعد ذلك نلقي الضوء على الخاصية الأخرى للتضامن الصرفي وهي أن هذا التضامن لا يتعلق بالنظام العام، بالتالي يجوز استبعاده بشرط صريح يطلق عليه شرط عدم التضامن، وهو ما سنبينه في الفرع الثاني .

---

[١] د. هاني دويدار، مرجع سابق، ص ٢٤٠.

[٢] المادة ٤٤٢ تجاري مصري.

[٣] د.عبد الحي حجازي، النظريات العامة للالتزام،ج٢،أحكام الالتزام، المطبعة العالمية،القاهرة، ١٩٨٥، ص ٩٤.

[٤] د. محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

الفرع الأول

التضامن الصرفي تضامن سلبي بين الموقعين

يقصد بالتضامن السلبي تضامن المدينين المتعددين في الوفاء بدين واحد في مصدره، بحيث يجوز للدائن مطالبة أي من المدينين المتضامنين بالدين كله واستيفاءه، أو مطالبتهم جميعاً بهذا الدين ومن ثم فإن أي مدين متضامن لا يلتزم في تلك الحالة بحصته من الدين فقط وإنما يلتزم كذلك بالوفاء بدين المدينين المتضامنين جميعهم عند مطالبته من الدائن بذلك، ونظراً لأن الدائن يستطيع بمقتضى هذا التضامن مطالبة أي مدين بالدين كله، فإن ذلك يوفر للدائن ضماناً يؤمنه من مخاطر إفلاس أو إعسار بعض المدينين المتضامنين بهذا الدين، فضلاً عن أن حق الدائن بمطالبة أي من المدينين المتضامنين بالدين كله يجنبه مشقة تعدد إجراءات المطالبة القضائية بالدين وتحمله لعبء نفقاتها من خلال الرجوع على كل مدين ليحصل منه على حصته في الدين كله[1].

ومن خلال ما تقدم نلاحظ الأهمية البالغة لهذا النوع من التضامن، إذ يعدُّ من الضمانات الهامة والعملية التي تمكن الدائن من استيفاء حقه من المدينين، وفي هذا الفرع سنقوم ببيان مصادر التضامن السلبي، ثم نبحث في مدى اعتبار التضامن الصرفي بين الموقعين تضامناً سلبياً .

أولا: مصادر التضامن السلبي

تقضي القواعد العامة بعدم افتراض التضامن بصورة عامة سواء كان تضامناً بين الدائنين أم المدينين؛ لما يستتبعه هذا التضامن من تحمل الموسر منهم لتبعة إعسار بعضهم، من ثم يلتزم أي مدين متضامن بأداء معين لم يكن مديناً به شخصياً.

فالأصل أن التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون (المادة ٢٧٩ مدني)، أما في القانون التجاري فلقد نص المشرع في المادة ١/٤٤٢ تجاري على أن الأشخاص الملتزمين بموجب الكمبيالة مسئولون بالتضامن قبل حاملها[2]، ما يعني أن التضامن الصرفي او التضامن السلبي في القانون التجاري يحكمه نصاً مخالفاً لما عليه الحال في القانون المدني، فهو مفترض في المواد التجارية إذا تعدد المدينون (قاعدة إفتراض التضامن في

---

[1] د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، مرجع سابق، ص٣٥٨ .

[2] د. عبد الحميد الشواربي، والأستاذ عاطف الشواربي والأستاذ عمرو الشواربي، مرجع سابق، ص ٢٦٩.

المواد التجارية)، أما في القانون المدني فالأصل هو عدم افتراض التضامن إلا إذا كان هناك نصاً قانونيا أو اتفاق بين الملتزمين .

بناءً على ذلك فإن التضامن السلبي لا يثبت إلا بمقتضى الاتفاق أو بمقتضى نص في القانون المدني، أما في المواد التجارية فهو مفترض في حال تعدد المدينين .

أ- التضامن السلبي بمقتضى الاتفاق:

قد يثبت التضامن بين المدينين في الوفاء بالالتزام بمقتضى اتفاقهم على ذلك، وفي هذه الحالة يكون الالتزام مصدره ثبوت هذا التضامن لكن ليس هنالك ما يمنع من أن تكون الإرادة المنفردة هي مصدر ثبوته [1].

هذا ويستوي أن يكون الاتفاق على تضامن المدينين (التضامن السلبي) اتفاقاً صريحاً أو اتفاقا ضمنياً يستخلص من الظروف والملابسات، وإذا كان يلزم في تلك الظروف أن تكون قاطعة في دلالتها على اتجاه الإرادة إلى تضامن المدينين في الوفاء بالدين ومن ثم فإن التضامن لا يثبت متى وجد شك في دلالة تلك الظروف على وجود هذا التضامن[2].

ب- التضامن السلبي في القانون التجاري و المدني :

إن التضامن الصرفي أو السلبي في القانون التجاري يحكمه نص متناقض تماماً لما هو عليه في القانون المدني، ففي الحالة الأولى يعتبر التضامن مفترضاً في المواد التجارية إذا تعدد المدينون وهو ما يعرف بقاعدة افتراض التضامن في المواد التجارية، أما القانون المدني فهو على العكس من ذلك فالأصل هو عدم افتراض التضامن في المواد المدنية، فلا يكون هناك تضامن بين المدينين إلا بناءً على نص قانوني أو اتفاق فيما بينهم:

١- القانون التجاري

الأصل في القانون التجاري هو مبدأ افتراض التضامن في المواد التجارية، وهو على النقيض من القاعدة العامة في القانون المدني التي تذهب إلى عدم افتراض التضامن بين المدينين بدين

---

[1] د. حسام الدين الأهواني أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٦٢، د.عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، مرجع سابق، ص ٣٦٠.

[2] د. عبد الرزاق السنهوري، ج ٣، ف ١٦٦٦، ص ٢٦٢نقلا عن د. عبد السميع عبد الوهاب، مرجع سابق، ص ٣٦١.

مدني، وإذا كانت القاعدة الأولى تفترض هذا التضامن بمجرد تعدد المدينين وكان هذا الدين ديناً تجارياً، فإن القاعدة في القانون المدني لا تعترف بهذا التضامن إلا إذا كان هناك اتفاق أو نص في القانون يقضي بذلك، ونلاحظ هنا أن الافتراض مقصور على التضامن بين المدينين فقط، ولا ينفى ذلك التضامن إلا باتفاق أو نص في القانون، [١] وذلك لما تقتضيه ضرورات الائتمان . ولقد جاء في نص المادة ١/٤٤٢"الأشخاص الملتزمون بموجب كمبيالة مسئولون بالتضامن قبل حاملها". [٢]

كما أن التضامن بشكل عام لا يقتصر على الأوراق التجارية فقط، إذ أنه من الممكن أن يكون هناك تضامن فيما بين الشركاء في شركة التضامن، لكن هذا لا يعتبر تضامناً صرفياً، إذ أن وصف الصرفي يكون مقتصراً على الاوراق التجارية فقط .

٢- القانون المدني

قررت المادة ١٦٩ مدني أنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر.

كما جاء في المادة (١/٦٥١) مدني أنه: يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت.." فمسؤولية المقاول أو المهندس عن تهدم البناء كلياً أو جزئياً تكون ضمنية، والقاعدة هنا هي مصدر هذا التضامن[٣].

ويوصف التضامن الصرفي بأنه تضامن سلبي بين الموقعين إذ أن الملتزمين في الورقة التجارية يكونون مسئولين بالتضامن قبل حاملها، وهذا ما جاء في نص (المادة ٤٤٢ تجاري)

"إن الأشخاص الملتزمين بموجب كمبيالة مسئولون بالتضامن قبل حاملها".

كما أن التضامن الصرفي يخول الدائن الحق في مطالبة أي من الملتزمين بكل قيمة الدين، فلا يكون لمن وجهت له المطالبة الدفع في مواجهة الدائن بتقسيم الدين والاكتفاء بتأدية نصيبه منه، كما يكون للدائن مطالبة أي واحد من الملتزمين بالدين كله كما يكون له أيضاً مطالبتهم به مجتمعين. حيث جاء في المادة ٢/٤٤٢ تجاري[٤]، "لحامل الكمبيالة الرجوع على هؤلاء الملتزمين منفردين أو مجتمعين دون أن يلزم بمراعاة ترتيب التزاماتهم"[٥].

---

[١] د . علي البارودي و د. محمد فريد العريني ، العقود وعمليات البنوك وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١، ص٢٧، د. محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص٥٥ .

[٢] تقابلها المادة ١٠٨ تجاري عراقي، المادة ١/٥٨ من نظام الاوراق التجارية السعودي .

[٣] د. رأفت محمد حماد ود. محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر،١٩٩٧ ص ١٧٦، كما ينظر د. سعيد جبر، الالتزام التضامني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد التاسع والستون، جامعة القاهرة، ١٩٩٩، ص١١.

[٤] تقابلها المادة ١٠٦ في قانون التجار العراقي.

[٥] د. عبد الحميد الشواربي وعاطف الشواربي، وعمرو الشواربي، مرجع سابق، ص ٢٧٠.

ثانياً: مدى اعتبار التضامن الصرفي تضامناً سلبيا بين المدينين

لكي نتمكن من وصف تضامن معين بأنه تضامن سلبي، فإنه لابد من التحقق من أمور جوهرية، بحيث يكون وجودها علامة على اعتبار هذا التضامن تضامناً سلبياً، وهذه الأمور هي :

أ – **من جهة الآثار**: يحكم التضامن السلبي بين المدينين ثلاثة مبادئ أساسية هي وحدة الدين، و تعدد الروابط، و النيابة التبادلية بين المدينين فيما ينفع لا فيما يضر[١]، وفي حقيقة الأمر إن هذه المبادئ مطبقة أيضا في مجال التضامن الصرفي [٢] .

ب – من جهة الأساس القانوني لرجوع المدين الموفي على باقي المدينين المتضامنين

يستطيع المدين الذي قام بالوفاء في نطاق التضامن السلبي الرجوع على المدينين المتضامنين معه من خلال إحدى الدعويين (الدعوى الشخصية و دعوى الحلول) وهذا ما يعول عليه في نطاق التضامن الصرفي فكلا الدعويين هما الأساس القانوني لرجوع المدين الموفي بقيمة الورقة التجارية على باقي المدينين المتضامنين معه [٣] .

فمن خلال ما تقدم نلاحظ أن التضامن الصرفي يكون تضامناً سلبياً؛ وذلك لأنه لا يكون إلا بين المدينين بالورقة التجارية، ولا يمكن تصور حدوثه بين الدائنين، لأن الغرض الأساسي منه هنا يتلخص في حماية حق الدائن (الحامل) ولا يمكن تحقق هذه الحماية إلاّ من خلال تضامن المدينين.

ومما يترتب على كون التضامن الصرفي تضامناً سلبياً بين الموقعين:

١- أن جميع الملتزمين بموجب الكمبيالة سواء كانوا هم الساحب أو المظهر أو الضامن أو المسحوب عليه القابل أو غيرهم يكونون مسئولين بالتضامن قبل حاملها.

٢- كل مدين يكون ملتزماً قبل الدائن، بحيث يكون للدائن مطالبة أيٍّ من المدينين بكل الدين، لا بقدر حصته فقط.

٣- إذا وفى أحد المدينين كل الدين برئت ذمته وذمة سائر المدينين في مواجهة الدائن، وللمدين أن يرجع بعد ذلك على كل مدين كل بقدر حقه في الدين [٤] .

---

[١] د. سعيد جبر، مرجع سابق ،ص١٢-١٣.
[٢] د. عبد الحميد الشواربي والاستاذ عاطف الشواربي و الاستاذ عمرو الشواربي، مرجع سابق، ص ٢٧٦- ٢٧٧.
[٣] المرجع السابق، ص٣٦٧ .
[٤] د. رأفت محمد حماد ود. محمود عبد الرحيم، مرجع سابق، ص ١٧٥.

الفرع الثاني

عدم تعلق التضامن الصرفي بالنظام العام

مع أن تضامن الموقعين من الضمانات الصرفية الهامة التي خص المشرع حامل الكمبيالة بها، إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام[١].

ويترتب على عدم كون التضامن الصرفي من النظام العام جواز استبعاده بالنص على ذلك في الورقة التجارية، بشرط صريح يعرف بشرط عدم التضامن[٢].

لذلك سنقصر كلامنا على هذا الشرط ببيان المقصود بشرط عدم التضامن، ثم أثر هذا الشرط.

أولاً: المقصود بشرط عدم التضامن

شرط عدم التضامن بيان اختياري، يحق للملتزم في الورقة التجارية إدراجه ، وهو يعد من البيانات الاختيارية التي لا يترتب على وجودها أو عدم وجودها بطلان الورقة التجارية، بخلاف الشروط أو البيانات الإلزامية.[٣]

لكن يجب أن يكون شرط عدم التضامن صحيحاً من الناحية القانونية، بأن لا يمس الأسس العامة التي يقوم عليها قانون الصرف، وإذا كان المشرع في قانون الصرف لم يجز وجود شرط عدم التضامن صراحة كما فعل بالنسبة لغيره من الشروط الاختيارية الأخرى، إلا أنه من المتفق عليه فقهاً إجازة مثل هذا الشرط ،حيث يعتبر شرطاً صحيحاً ويترتب عليه استبعاد التضامن الصرفي[٤] .

كما يمكن استنتاج شرعية وجود مثل هذا الشرط من نص المادة (١/٤٧ تجاري مصري) والتي أجازت للمدينين بدين تجاري استبعاد التضامن فيما بينهم بموجب الاتفاق على ذلك.

وإذا كان شرط عدم التضامن يحقق مزية لمشترطه في عدم إلزامه على وجه التضامن مع غيره من المدينين إلا أنه يندر وجوده في الورقة التجارية، إذ أن وجوده يضعف الثقة فيها[٥].

هذا وقد تشددت المحاكم في استخلاص شرط عدم التضامن، فاشترطت النص عليه بعبارة واضحة، تجزم النية على وجوده، وفي ذلك حكم بأن وضع الضامن الاحتياطي بجانب توقيعه

---

[١] د. إلياس حداد، الأوراق التجارية في النظام السعودي، معهد الإدارة العامة، ١٤٠٧ هـ، ص ٢٨١ .د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص ١٢٤.

[٢] د.هاني دويدار، النظام القانوني للتجارة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٩٧، ص ٤٧١.

[٣] د. عبد الحميد الشورابي، الاستاذ عاطف الشواربي و الاستاذ عمرو الشواربي، مرجع سابق، ص٢٧٩ .

[٤] مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثامن والسبعون ، ٢٠٠٧ ، ص٦٩ .

[٥] د. علي حسن يونس، مرجع سابق، ص ١٢٥.

عبارةً مثل "ضامن فقط" لا تعني إخلاء مسئوليته التضامنية، وإنما ينصرف هذا المعنى إلى إبراز صفته ككفيل لا كمدين أصلي، وقد عبرت محكمة مصر التجارية الجزئية عن ذلك صراحة بقولها إنَّ توقيع شخص على السند الإذني المعتبر عملاً تجارياً تحت كلمة "ضامن" فقط وإلى جوار توقيع المدين يكفي للدلالة على أنه ضامن احتياطي بالمعنى المعروف بالقانون التجاري، ومن ثم يتضامن مع المدين في المسئولية عن الدين رغم عدم النص على التضامن في السند[١].

هذا ويقترب من شرط عدم التضامن شرط آخر وهو عدم الضمان[٢]، فكلاهما ليسا من النظام العام، لكنهما يختلفان من حيث أن شرط عدم التضامن وإن كان يعني إلغاء قاعدة التضامن الصرفي بحق واضعه وبحق غيره من المدينين الذين يسري عليهم، [٣] إلا أنه لا يعفي واضعه من الضمان، إذ يظل واضعه ملتزماً بالوفاء بقيمة الورقة التجارية، أما بالنسبة لشرط عدم الضمان فإنه ينصرف إلى إعفاء الملتزم من ضمان قبول أو وفاء الالتزام الصرفي الوارد في الكمبيالة[٤]. مع الإشارة هنا إلى أنه يبقى ملتزماً وفقاً للقواعد العامة باعتبار أن ما أجراه هو حالة حق مدنية[٥].

ثانياً: أثر شرط عدم التضامن

إن شرط عدم التضامن في الورقة التجارية قد يوضع من قبل منشئ الورقة التجارية (الساحب) كما قد يوضع من قبل أحد المظهرين أو الضامن الاحتياطي، وأن أثره يختلف باختلاف مركز واضعه، وهذا ما سنتناوله بالبحث.

---

[١] قرار محكمة مصر التجارية الجزئية، ١٦ أبريل سنة ١٩٤٩، نقلاً عن د. مهند محمد عوض ضمرة، مرجع سابق، ص ١٠٠.

[٢] د. مختار احمد بريري، الاوراق التجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص٨٨ .

[٣] يشار إلى ضرورة التمييز بين إدراج شرط عدم التضامن في الورقة التجارية من قبل الساحب وإدراجه من قبل احد المظهرين ، فإذا وضع شرط عدم التضامن من قبل الساحب استفاد منه سائر الموقعين اللاحقين لأن الساحب هو الذي ينشئ الورقة التجارية وتكون العبرة في تحديد مضمون الالتزام الصرفي بالرجوع الى عبارة الورقة التجارية التي تحتوي على الشرط المذكور ، وعلى العكس من ذلك إذا وضع شرط عدم التضامن من قبل احد المظهرين اللاحقين فإنه لا ينتج أثره إلا بالنسبة للملتزم الذي اشترطه تطبيقا لمبدأ استقلال التوقيعات على اعتبار أن كل توقيع يعتبر عملا مستقلا عن غيره من التوقيعات الأخرى . للمزيد ينظر د. عبد الحميد الشواربي والأستاذ عاطف الشواربي والأستاذ عمرو الشواربي ، مرجع سابق ، ص٢٨٠ .

[٤] وهذا رأي بعض الفقهاء، أمثال د. علي سيد قاسم، قانون الأعمال " وسائل الائتمان التجاري و أدوات الدفع "، ١٩٩٩، ص ٢٣١، د. عبد الفضيل محمد احمد، مرجع سابق، ص ١٨٣ . إلا أن البعض الآخر وهو الرأي الراجح في الفقه المصري يرى أن أثر شرط عدم الضمان يقتصر على الهبوط بالضمان الصرفي القوى إلى مستوى الضمان في الأحوال المدنية، باعتبار أن ما أجراه يعتبر حوالة حق مدنية، على ذلك يظل المظهر الذي وضع هذا الشرط ضامناً لوجود الحق ولفعله الشخصي وفقاً للقواعد العامة، وللمزيد ينظر د. علي البارودي ود. محمد فريد العريني، الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، ص ٥٦.

[٥] د. رضا السيد عبد الحميد، الأوراق التجارية (في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩) القسم الأول الكمبيالة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٣٢.

١- إدراج شرط عدم التضامن من قبل الساحب:

إن هذا الشرط يعد استثناءً من قاعدة تضامن الموقعين على الورقة التجارية، إلا أنه يحق للساحب إدراجه في الورقة التجارية، بالتالي إذا قام الساحب بإدراجه فإنه يسري على سائر الموقعين اللاحقين له في الورقة التجارية، دون استثناء ودون أن يذكر ذلك في كل تظهر[١].

فالساحب هو المنشئ للورقة التجارية بما فيها من التزامات، لذلك يكون الاعتداد في تحديد مضمون الالتزام الصرفي بالرجوع إلى عبارة الورقة التجارية ويُستنتج هنا بأن جميع الموقعين على الورقة التجارية يكونون في حل من أي التزام تضامني تجاه الحامل، إذا كان من وضع شرط عدم التضامن هو الساحب.

٢- إدراج شرط عدم التضامن من قبل أحد المظهرين أو الضامن الاحتياطي:

إذا كان من وضع شرط عدم التضامن هو أحد المظهرين، فإن أثر هذا الشرط يقتصر عليه وحده، دون باقي الموقعين السابقين عليه أو اللاحقين له، ويكون مؤداه معاملة المظهرين في هذه الحالة معاملة الكفيل غير المتضامن في علاقته بالحامل للورقة التجارية[٢].

بمعنى أنه لا ينتج أثره إلا بالنسبة للملتزم الذي اشترطه، تطبيقاً لمبدأ استقلال التوقيعات، اعتدادا بأن كل توقيع يُعد عملاً قانونياً مستقلاً عن غيره من التوقيعات[٣].

ولما كنّا بصدد إدراج شرط عدم التضامن من قبل أحد المظهرين، فقد يطرح سؤال مؤداه: مدى امتداد شرط عدم التضامن الذي يضعه المظهر بحق ضامنه الاحتياطي؟

و الحقيقة أن وجود مثل هذا الشرط يكون مستبعداً من الناحية العملية لأنه يعد أشبه بحجر عثرة في تداول الكمبيالة ويعمل على إبعاد الأشخاص من التعامل بها . إلا أن بحث ذلك من الناحية النظرية يحقق بعض الفائدة، إذ أن الأمر لا يقتصر على شرط عدم التضامن فقط، بل ينصرف إلى غيره من البيانات الأخرى، كشرط عدم ضمان القبول أو الوفاء.

ولبيان ذلك نلاحظ أن المادة (١/٤٢٠ تجاري مصري) أشارت إلى أنه يلتزم الضامن

---

[١] د. كمال أبو سريع، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ص١٩٢، د. عاطف الفقي، الأوراق التجارية وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة، ٢٠٠١، ص ١٢٠.

[٢] د. هاني دويدار، النظام القانوني للتجارة، مرجع سابق، ص ٤٧٢.

[٣] د. مصطفى كمال طه والاستاذ وائل انور بندق، مرجع سابق، ص٣٠ .

الاحتياطي بالكيفية التي يلتزم بها المضمون، كما جاء في الفقرة الثانية منها بأنه (يكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحاً ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً، ما يعني أن التزام الضامن الاحتياطي يبقى تابعاً لالتزام المضمون، وهذه هي القاعدة العامة في هذا الشأن، ويستثنى من هذه القاعدة إذا كان الالتزام المضمون باطلاً.

ولكون شرط عدم التضامن، الذي يضعه المظهر، لا يتصل بذاتية الالتزام فإنه لا يدخل ضمن الاستثناء الذي جاءت به(المادة ٣/٤٢٠ تجاري مصري) وهذا يعني أن التزام الضامن الاحتياطي لا ينفصل عن التزام المظهر، فتكون الشروط التي يضعها المظهر سارية بحق الضامن الاحتياطي.

كما يجب أن نشير إلى أن شرط عدم التضامن قد يدرج في ورقة مستقلة عن الورقة التجارية، [١] كأن يقوم المظهر مثلاً بإدراج بيان في ورقة مستقلة يتضمن عدم تضامنه في دفع قيمة الورقة التجارية للمظهر إليه، و هنا يكون امتداد أثر شرط عدم التضامن المكتوب على ورقة مستقلة مقصوراً على من كان عالماً به أو ارتضاه[٢]، ولا ينصرف إلى باقي الموقعين الآخرين على الورقة التجارية، ولا يحتج به إزاءهم.

وفي نهاية الحديث عن شرط عدم التضامن ينبغي أن نبين أن وجوده في الورقة التجارية يعد إضعافاً للائتمان وتعطيلاً لتداولها، مما دفع المحاكم إلى أن تتشدد في استخلاص وجود مثل هذا الشرط، كونه يخالف الأصل الذي يقضي بتضامن الموقعين في الورقة التجارية، لذلك أشارت إلى وجوب أن يكون هذا الشرط واضحاً و بعبارة صريحة خالية من أي لبْسٍ[٣].

---

[١] تجدر الإشارة هنا إلى مبدأ الكفاية الذاتية للأوراق التجارية الذي يشير إلى أنه " إذا تمت الإحالة إلى وقائع أو تصرفات خارجة عن الورقة التجارية بشأن بيان من البيانات الاختيارية، فأنه لا يعتد بهذا البيان، وبالتالي يعتبر البيان المحال بشأنه كأن لم يكن ولكن دون أن يؤثر في صحة الورقة التجارية ،لأن الفرض هو توافر جميع البيانات الإلزامية المقررة قانوناً في الورقة . وترتيباً على ذلك يجب كتابة صيغة القبول أو التظهير أو الضمان الاحتياطي على الورقة ذاتها، ولا يجوز أن تكون مدونة في ورقة مستقلة ،لكن قد يحدث ألا يكفي وجه الورقة أو ظهرها لتدوين التصرفات الواردة عليها، فيجوز في هذه الحالة كتابة ما يفيد هذه الأعمال في ورقة أخرى على أن ترفق بصك الالتزام الصرفي فتصبح جزءاً منه، وتسمى في هذه الحالة بالوصلة، للمزيد ينظر د . هاني محمد دويدار، الاوراق التجارية، مرجع سابق، ص ٢٣-٢٤ .

[٢] د. إلياس حداد، مرجع سابق، ص ٢٨١.

[٣] د. عبد الحميد الشواربي والاستاذ عاطف الشواربي، والاستاذ عمرو الشواربي، مرجع سابق، ص ٢٨٠.

المبحث الثاني

نطاق التضامن الصرفي من حيث الأشخاص

يعد الدين الصرفي من أقوى الديون المضمونة بضمانات شخصية، ذلك أنّ كل من وقع على الورقة التجارية يكون قد أدخل نفسه ضمن المنظومة الصرفية، ومن ثم فإنه يلتزم تجاه حاملها بأداء قيمتها حينما يرجع عليه، سواء كان ذلك في ميعاد الاستحقاق، إذ يعد الأصل في حالات الرجوع، أو قبل ذلك كما هو الأمر في بعض الحالات التي يجوز فيها الرجوع قبل تاريخ الاستحقاق [١].

المطلب الأول

الأشخاص الملتزمون بالتضامن

التضامن الصرفي من حيث نطاقه الشخصي ينصرف إلى مجموعة الموقعين على الكمبيالة وهم كل من الساحب والمسحوب عليه القابل والمظهر والضامن الاحتياطي والقابل بالتدخل[٢]، ويعد جميع هؤلاء الموقعين ملتزمين بالتضامن تجاه الحامل بالوفاء بقيمة الورقة التجارية في ميعاد الاستحقاق[٣].

وقد أشارت المادة ٤٤٢ تجاري مصري إلى ذلك بقولها " الأشخاص الملتزمون بموجب الكمبيالة مسئولون بالتضامن قبل حاملها " وقد اتجه المشرع العراقي الاتجاه ذاته، فقد جاء في المادة ١٠٦ / ١ تجاري عراقي " الأشخاص الملتزمون بموجب الحوالة مسئولون بالتضامن تجاه حاملها" عليه سنقوم ببيان المقصود بكل واحد من الأشخاص الملتزمين بالتضامن. ولأهمية التعريف بهؤلاء الأشخاص سنبدأ هذا المطلب بتقديم بسيط بكل شخص منهم .

أولاً: منشئ الورقة التجارية

يعد الساحب أول مسئول في الكمبيالة على وجه التضامن على أساس أنه المنشئ للكمبيالة والموقع الأول عليها[٤]، ولا يغير من طبيعة التزامه وقوع القبول من قبل المسحوب عليه أم لا،

---

[١] د. خالد الشاوي، الاوراق التجارية في التشريعين الليبي والعراقي، مطابع دار الكتب بيروت، ١٩٧١، ص ٢٧٥ .

[٢] لا محل للحديث عن المسحوب عليه غير القابل باعتبار أن عدم توقيعه على الكمبيالة بالقبول يجعله أجنبيا عنها غير ملتزم فيها، ينظر د. محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص١٦٤.

[٣] د. فائز نعيم رضوان، الأوراق التجارية، ط٢، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٢٠٠ .

[٤] ينظر؛

Thaller, et Percerou, Traite elementaire de Droit Commercial se, ed.N 1325 . Lyon Caen et Renault, Traite de Droit Commercial T,4 . 1925 . N 66. p .58.

حيث أن التزام الساحب لا ينظر إليه على أنه يعد المدين الأصلي في الورقة التجارية، بل ينظر إليه على أنه أحد الموقعين عليها.

وبالنتيجة فلا يمكن أن يتخلص من مسؤوليته الصرفية والتضامنية تجاه الحامل كونه قدم الوفاء للمسحوب عليه، ما دام أن الحامل قد اتبع الإجراءات القانونية للرجوع عليه[١] ،لذا فإن مساءلة الساحب رهن بأن يتخذ الحامل الإجراءات المقررة قانوناً تحت طائلة إبراء الساحب من المسئولية بموجب الكمبيالة [٢].

كما يلتزم ساحب الكمبيالة بإيجاد مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه [٣]، ولكي يعي أنّ مقابل الوفاء موجود، يجب أن يكون الدين النقدي الذي يمثل ذلك المقابل موجوداً وقت الاستحقاق، وأن يكون مساوياً على الأقل لمبلغ الورقة التجارية[٤].

ولا يجوز للساحب أن يعفي نفسه من ضمان الوفاء، أما ضمان القبول فله ذلك، إذ إنّ الساحب يعد ضامناً للقبول[٥]، وعليه يكون من حق الحامل في حال امتناع المسحوب عليه عن القبول الرجوع على الساحب، لأن في امتناعه إضعاف للتأمينات التي وعد الساحب تقديمها، مما يترتب عليه سقوط أجل الكمبيالة واستحقاقها في الحال، تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بسقوط الأجل، إذا تخلف المدين من تقديم التأمينات التي وعد بها[٦].

إلا أن ضمان القبول ليس من النظام العام، وهذا يعني أنّ الساحب يستطيع التحلل من ضمان القبول، بإيراد شرط عدم ضمان القبول بالكمبيالة، و في هذه الحالة إذا امتنع المسحوب عليه عن القبول فلا يستطيع الحامل الرجوع على الساحب، وإنما عليه الانتظار حتى ميعاد استحقاق الكمبيالة للمطالبة بها، كما يستطيع الساحب التحلل من ضمان القبول بإيراد شرط يمنع تقديم الكمبيالة للقبول[٧]، وهناك من يكيف مسئولية الساحب على أنها مسئولية فرعية وليست رئيسية، فهو لا يلتزم

---

[١] د. مهند محمد عوض ضمره، مرجع سابق، ص٧٩.

[٢] ينظر؛

M.C. Kuchhol . "Mercantile law " New Delhi, Vikas. Publishing house pvt itd. New Delhi, 1993, p 393 ..

[٣] ينظر المادة ٤٠١ تجاري مصري، المادة ٦٢ تجاري عراقي.

[٤] ينظر المادة ٤٠٢ تجاري مصري والمادة ٦٣ تجاري عراقي.

[٥] المادة ٣٩٠ تجاري مصري، والمادة ٥٠ تجاري عراقي.

[٦] د. كمال أبو سريع، مرجع سابق .

[٧] د. محمد على محمد بني مقداد، الأوراق التجارية وتضامن الموقعين عليها، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ١٩٣ .

بان يدفع الكمبيالة بنفسه، وإنما يتعهد فقط، إذ أن الكمبيالة ستقبل وتدفع بواسطة المسحوب عليه، وانه سيعوض الحامل أو أي مظهر الزم بدفعها بسبب عدم القبول أو عدم الوفاء[١] .

ثانياً: المسحوب عليه القابل

لا يصبح المسحوب عليه ملتزماً بالأداء صرفياً، إلا منذ اللحظة التي يوقع فيها على الكمبيالة بالقبول[٢]، وعندئذ يصبح المسحوب عليه الملتزم الصرفي الأصلي بأداء قيمتها في تاريخ الاستحقاق لحاملها ومتضامناً مع غيره من الموقعين عليها بأداء تلك القيمة ويمثل هذا الالتزام اثراً جوهريا بالغا نظرا لما يترتب عليه من مزايا للحامل الشرعي، خاصة حينما يكون المسحوب عليه معروفا كالبنك مثلا، وهذا ما أكدته(المادة ٢٨ من اتفاقية جنيف الموحدة) [٣]. ويرتب القبول في ذمة المسحوب عليه التزاماً صرفياً مستقلاً عن العلاقة القانونية بينه وبين الساحب، وينتج عن ذلك أن المسحوب عليه القابل لا يستطيع أن يحتج في مواجهة الحامل بالدفوع التي كان من حقه أن يثيرها في مواجهة الساحب وأي من المظهرين السابقين[٤].

ولا يمكن للمسحوب عليه القابل إعفاء نفسه من الضمان، إذ إنه في قبوله للحوالة يكون قد تعهد بدفع مبلغها للحامل، وهذا التعهد قطعي ولا يجوز العدول عنه[٥].

هذا وقد أجمع الفقهاء على عد المسحوب عليه القابل في مركز المدين الأصلي المتضامن الذي يترتب على وفائه براءة ذمة سائر الملتزمين الصرفيين[٦]، كما أن إفلاسه يجيز للحامل الرجوع بالورقة التجارية قبل ميعاد استحقاق تلك الورقة.

---

[١] ينظر... Roy Goode " commercial law " clays Itd . England, 1995, p 550 .

[٢] د. على جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص١٥١. وحري بنا البيان بأن المسحوب عليه في الأصل ليس ملزماً بالقبول أو واجباً عليه، حيث أن الأخير لا يجبر على تلبية الأمر بالأداء الصادر إليه من الساحب، إذ قد يتضح لديه من مراجعة حساباته انه غير مدين للساحب، او قد يكون مديناً له لكنه يرفض قبول الورقة التجارية لكي لا يزج نفسه في ميدان الالتزام الصرفي، تجنباً لتحمل صرامة هذا الالتزام، للمزيد من التفصيل ينظر، د. فائق الشماع، التماس قبول السفتجة، ص٥ بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد الحادي والعشرون، العدد الثاني ،١٩٩٦.

[٣] تقابلها المادة ٤١٦ من قانون التجارة المصري الحالي والمادة ٧٨ من قانون التجارة العراقي والمادة ١٥٩ من قانون التجارة الأردني.

[٤] د. علاء الدين محمد حسيني، الرجوع الصرفي، "دراسة مقارنة" أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣، ص١٤٦.

[٥] د. خالد الشاوي، مرجع سابق ، ١٩٧١، ص٢٧٧.

[٦] د. علي البارودي، الوجيز في القانون التجاري، المكتب المصري للطباعة، الإسكندرية،١٩٦٨، ص١٣٢.

ثالثاً: المظهر

هو أحد الأشخاص الموقعين على الكمبيالة، ويلتزم التزاماً ذا طبيعة صرفية بضمان قبولها ووفائها، والتزام المظهر التزاماً تضامنياً مع الساحب وبقية الملتزمين الصرفيين تجاه المظهرين إليهم وجميع الحملة اللاحقين[١].

وهذا يعني أن التظهير لا يقطع علاقة المظهر بالورقة التجارية، وإنما يبقى ضامناً للوفاء.

لكن في حقيقة الأمر إن المشرع وضع للمظهر طريقاً يستطيع من خلاله التخلص من عبء هذا الضمان.

ويكون ذلك بإحدى الحالتين:-

الحالة الأولى: أن يعفي المظهر نفسه من الضمان تماماً، فلا يسأل عن الأداء لا في مواجهة المظهر إليه ولا في مواجهة من سوف تؤول إليه الكمبيالة بعد تداولها وذلك من خلال شرط يضعه المظهر على الكمبيالة عند تظهيرها و هو شرط عدم الضمان وعلى هذا النحو يكون الإعفاء كلياً (عدم الضمان المطلق) [٢].

الحالة الثانية: أن يجعل المظهر مسؤوليته في نطاق محدد فلا يعفي نفسه من الضمان مطلقاً وإنما يحدد هذا الضمان في مواجهة المظهر إليه فحسب فيمنع أي تظهير جديد للكمبيالة، لكن إذا حصل هذا التظهير الجديد للكمبيالة فإنه يكون مشروعاً، أما المظهر الذي منع التظهير فإنه لن يكون ضامناً بالنسبة إلى المظهر إليه الثاني وكل حامل بعده[٣].

رابعاً: الضامن الاحتياطي

هو شخص يتعهد بوفاء مبلغ السند (الكمبيالة) كلّه أو بعضه في تاريخ الاستحقاق، إذا تخلف المسحوب عليه عن ذلك ضمانة منه لواحد أو أكثر من الملتزمين به[٤].

ويعرف أيضا بأنه شخص يتقدم لضمان قبول ووفاء الكمبيالة، أو ضمان أحدهما لصالح أحد الملتزمين الموقعين على الكمبيالة[٥].

وفي الغالب يكون الضامن الاحتياطي شخصاً من غير الموقعين على الورقة التجارية لكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون الضامن الاحتياطي هو أحد الملتزمين بها، إذ إنّ الفقهاء أجمعوا على

---

[١] المادة ٣٩٥ تجاري مصري، ٥٥ تجاري عراقي.
[٢] د. سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص١٩٠.
[٣] المادة ٢/٣٩٥ تجاري مصري، المادة ١/٥٥ تجاري عراقي، وينظر أيضاً د. على سلمان العبيدي، مرجع سابق، ص١٢١.
[٤] د. هشام فرعون، مرجع سابق، ص١٢١.
[٥] د. محمود مختار أحمد بريري، مرجع سابق، ص٣٧٧.

جواز أن يكون أحد الموقعين ضامناً احتياطياً إذا كان في كفالته ما يزيد من الضمان في مصلحة الحامل[١].

والأصل أن التزام الضامن ينصب على أنه يضمن كل من القبول والأداء، إلا أنه يستطيع أن يلتزم بضمان القبول دون الأداء، أو العكس، أو أن يحصر ضمانه بحامل معين دون الحملة الآخرين أو أن يحصره لمصلحة ملتزم معين دون الملتزمين الآخرين[٢].

وإذا كان الأصل أن التزام الضامن الاحتياطي يتبع التزام المضمون، إلا أن التزامه على وجه التضامن يفقده الدفع بالتجريد أو التقسيم، فإذا كان الضامن الاحتياطي أحد الملتزمين في الورقة التجارية وسقط حق الحامل في الرجوع عليه باعتباره أحد المظهرين إلا أنه لا يمنع من رجوع الحامل عليه باعتباره ضامناً احتياطياً. فوجود الضامن الاحتياطي من شأنه تأكيد حق الحامل في الحصول على حقه في الورقة التجارية.

خامساً: القابل بالتدخل

هو شخص يعرض قبوله للكمبيالة بمناسبة امتناع المسحوب عليه عن القبول، ومن دون أن يكون ذلك مشروطاً في الكمبيالة[٣]، وذلك لأن المسحوب عليه عندما تقدم إليه الورقة التجارية فهو إما أن يقبلها ويصبح ملتزماً صرفياً بأداء قيمتها للحامل أو أنه يرفض القبول، ويأتي دور القابل بالتدخل ليحل محل المسحوب عليه.

ويختلف القبول بالتدخل عن القبول الاحتياطي و ذلك لأن القابل الاحتياطي يكون معيناً في الكمبيالة، بينما القابل بالتدخل لا يظهر إلا إذا امتنع المسحوب عليه عن قبول الكمبيالة[٤].

والقابل بالتدخل يمكن أن يكون أحد الموقعين على الورقة التجارية كما يجوز أن يكون شخصاً أجنبياً عنها، كذلك يجوز للمسحوب عليه الذي لم يقبل الكمبيالة باعتباره مديناً أصلياً أن يقبلها متدخلاً أي قابلاً بالتدخل[٥].

---

[١] د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية- الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص١٧٢.

[٢] د. إبراهيم إسماعيل إبراهيم، الضامن الاحتياطي في الأوراق التجارية، دراسة قانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩ ، ص١٥٠.

[٣] د. هاني دويدار، الأوراق التجارية والإفلاس، مرجع سابق، ص١٧٩.

[٤] د. محمد السيد الفقي، مرجع سابق ، ص١٦٦.

[٥] المادة ١١٦ تجاري عراقي.

ويجب على القابل بالتدخل أن يفصح عن الملتزم الصرفي الذي تدخل هو لمصلحته ولضمان الوفاء بالتزامه، وإذا لم يقم بهذا الإفصاح عُدّ القبول حاصلاً لمصلحة الساحب[1].

والحقيقة أن القابل بالتدخل يكون في نفس المركز القانوني للطرف الذي تدخل بالقبول لأجله فيما يتعلق بمسئولية هذا الأخير أمام الأطراف اللاحقة له من جهة، وحقوقه في مواجهة الأطراف السابقة له من جهة أخرى، كما انه يخضع لأي منع يخضع له الطرف الذي تدخل بالقبول لأجله[2].

الفرع الأول

اتجاه الإرادة لإحداث الالتزام الصرفي

يعتمد الالتزام الصرفي بشكل كبير على وجود الإرادة وصحتها، لأنها شرط أساسي لصحة التصرفات القانونية، والإرادة شيء معنوي كامن في النفس ولا يعتد به إلا إذا ترجم بصورة مادية على أرض الواقع.

وإن الالتزام الصرفي بالكمبيالة وبكل ورقة تجارية وما يترتب على إنشائها أو قبولها أو ضمانها أو تظهيرها، يشكل عملاً قانونياً يستلزم أن تتجه إرادة صاحبه إلى القيام به.

وإذا كان الالتزام الصرفي يعدُّ التزاماً شكلياً، فإن هذه الشكلية لا يمكنها أن تحجب دور هذه الإرادة في نشوء هذا الالتزام. والتعبير عن إرادة الملتزم بالورقة التجارية يتخذ مظهراً مادياً هو التوقيع عليها، لكن الساحب أو المظهر أو القابل يلتزم بالكمبيالة، ليس لأن توقيعه ذيل هذه الورقة فحسب، بل لأنه أراد (ارتضى) أن يلتزم بها ولكي يكون رضا الملتزم بالكمبيالة منتجاً لأثره من الوجهة القانونية يجب أن يكون صادراً عن إرادة مستنيرة، أي يجب أن يكون خالياً من العيوب القانونية كالغلط والإكراه والتدليس[3].

فالتوقيع وإن كان من الشروط الشكلية لإنشاء الورقة التجارية والالتزام بها، إلا أنه في حقيقة الأمر يمثل الرضا فيها، ومن المعلوم أن الورقة التجارية عند تحريرها لا تحمل سوى توقيع منشئها الذي يعبر عن إرادته بالالتزام عند امتناع المسحوب عليه بالوفاء بقيمة الكمبيالة، ويجب أن يكون

---

[1] د. هاني دويدار، الأوراق التجارية والإفلاس، مرجع سابق، ص١٧٩، وينظر أيضاً المادة (٤/٤٥٠تجاري مصري).

[2] ينظر ... Maurice megrah . F. R . ryder " Byles on bills of exchange " London, swee and maxwell itd .1972 . p 168 .

[3] د. إلياس حداد، مرجع سابق، ص ٦٧.

هذا التوقيع معبراً عن إرادة حقيقية اتجهت إلى إحداث هذا الأثر القانوني وهو الالتزام بدفع قيمة الكمبيالة، فإرادة الملتزم يجب أن تكون قد اتجهت لخلق رابطة قانونية تتجسد في أن الموقع على الكمبيالة يعرف أنه يوقع على ورقة تجارية، أما إذا اتجهت إرادته إلى ورقة أخرى فلا تكون هناك كمبيالة، و ذلك لأن التوقيع يلزم صاحبه متى كان عارفاً بأن ما يوقعه هو ورقة تجارية أما إذا وقع على الكمبيالة معتقداً أنها من طبيعة أخرى، بسبب غش من الطرف الآخر، فإن هذا التوقيع لا يلزم صاحبه.

إذاً فوجود التوقيع يمثل المظهر المادي لاتجاه الإرادة لإحداث الالتزام الصرفي[١].

وأن المقصود في اتجاه الإرادة لإحداث الالتزام الصرفي هو رضى الملتزم بهذا الالتزام رضاءً صحيحاً، ولا يكون الرضاء صحيحاً إلا إذا نشأ خالياً من عيوب الإرادة كالغلط والإكراه والتدليس[٢].

فإذا ما شاب إرادة الملتزم عيب من عيوب الإرادة جاز له التمسك بالبطلان فإذا وقع الشخص على الحوالة التجارية تحت تأثير الإكراه جاز له أن يتمسك ببطلان التزامه[٣]، وتبقى التزامات غيره من الموقعين على الكمبيالة صحيحة[٤]، هذا ويفرق بعض الفقهاء بين الإكراه وعيوب الرضى الأخرى، إذ يمكن التمسك بالإكراه كأحد العيوب التي تقبل التطهير، فهو دفع موضوعي يستطيع الموقع الذي وقع ضحيته الاحتجاج به ضد جميع الحملة حتى من كان فيهم حسن النية[٥].

وإن التمسك بالبطلان لعيبٍ لحق برضاء موقع الكمبيالة لا يحتج به إلاّ تجاه الدائن المباشر له من دون الدائنين الآخرين حسني النية، فإذا اعترى الساحب عيب من عيوب الإرادة، فإن التزامه في الكمبيالة يعد باطلاً. لكن هذا البطلان لا يمكن الساحب من الاحتجاج به إلا تجاه المستفيد الأول في الكمبيالة، أما إذا تُدولت الكمبيالة إلى أن وصلت إلى يد حامل حسن النية، ولا يعلم بالعيب الذي لحق رضاء الساحب فلا يحتج بالبطلان في مواجهة ذلك، على وفق قاعدة تطهير الدفوع[٦].

---

[١] الاستاذ ناجي عزاك عرموش، ضمانات وأحكام الوفاء بالكمبيالة في القانون العراقي والمصري، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، ٢٠١١، ص ٣١ .

[٢] د. عبد الحميد الشواربي والاستاذ عاطف الشواربي والاستاذ عمر الشواربي، مرجع سابق، ص ٨٢.

[٣] د. علي كاظم الرفيعي، القانون التجاري، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٤٤٨ .

[٤] المادة ٧٦ تجاري عراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

[٥] د. أحمد البسام، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الأوراق التجارية، مطابع العاني، بغداد، ١٩٦٩، ص ١١٣ .

[٦] د. فائز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص ٣٩ .

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز للساحب في الأحوال جميعها أن يتمسك بالاستغلال كأحد عيوب الرضا للاحتجاج ببطلان التزامه بالوفاء بالكمبيالة، إذا كان التعامل بالورقة التجارية عملاً تجارياً بالتبعية وذلك وفقاً لنص المادة (٥٢ تجاري مصري) والتي تقضي بأنه لا يجوز بسبب الاستغلال أن يطلب التاجر إبطال العقود التي يبرمها لشؤون تتعلق بأعماله التجارية[١].

هذا وقد ينعدم الرضا، إذا كانت إرادة الساحب لم تتجه لإحداث الالتزام، وذلك في حالة التزوير، وهذا التزوير لا تتطهر منه الورقة التجارية، ويستطيع الساحب أن يحتج بعدم التزامه في الكمبيالة سواء في مواجهة المستفيد الأول أو في مواجهة الحامل حسن النية، لانعدام تعبيره عن إرادته في الالتزام بقيمة الكمبيالة. لكن إذا تُدُولت الكمبيالة واشتملت على توقيعات عدة فإن بطلان أحد هذه التوقيعات لتزويره لا يؤثر على باقي التوقيعات متى كانت صادرة عن إرادة صريحة[٢]،وذلك يكون على وفق مبدأ استقلال التوقيعات الذي أشارت إليه المادة (٣٨٦ تجاري مصري). أي أن إمكانية التمسك بالبطلان لعيوب الرضى لا تعمل إلا في مواجهة المتسبب للعيب، أما إذا تدولت الورقة بالتظهير فلا يحتج بهذه العيوب في مواجهة الحامل حسن النية[٣].

الفرع الثاني

التضامن الصرفي في إطار مبدأ استقلال التوقيعات

يتعدد الأشخاص الذين يتدخلون بمناسبة إنشاء الأوراق التجارية وتداولها وضمانها ووفائها، وتطبيقاً لمبدأ الكفاية الذاتية لا ينشأ المركز الصرفي لأي من هؤلاء إلا إذا كان له توقيع على الورقة التجارية[٤].

فلمنشئ الورقة التجارية توقيع عليها، وهو ساحب الكمبيالة أو الشيك أو محرر السند لأمر، ويكون لمظهر الورقة التجارية توقيع عليها بما يفيد التنازل عن الحق الثابت في الورقة، ويكون للضامن الاحتياطي أي الكفيل توقيع على الورقة التجارية أياً كان الملتزم الصرفي الذي يتدخل الكفيل لضمان التزامه، أما بخصوص الكمبيالة فلا يكون المسحوب عليه ملتزماً صرفياً إلا من وضع توقيعه على الكمبيالة بالقبول[٥].

---

[١] د. رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص ١٧.

[٢] د. محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية، دار الفكر العربي، ١٩٩٨، ص ٢٤٢.

[٣] د. محمود مختار بربري، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

[٤] د. هاني دويدار، مرجع سابق، ص ٢٢.

[٥] د. مصطفى كمال طه و الاستاذ وائل نور بندق، مرجع سابق، ص ١٣٩ .

والمبدأ السائد في مجال القانون الصرفي هو مبدأ استقلال التوقيعات، ويعني هذا المبدأ، أن كل توقيع في الورقة التجارية يستقل بذاته عن التوقيعات الأخرى، بحيث أن كل موقع على الورقة يلتزم بالوفاء بقيمتها التزاماً يستقل تماماً عن التزامات باقي الموقعين، فإذا كان أحد هذه التوقيعات وقع باطلاً لنقص في الأهلية أو لعيب اعتور الإرادة، أو لعدم مشروعية العمل الذي سحبت أو ظهرت الورقة بسببه فإن هذا البطلان أو العيب لا ينسحب إلى التوقيعات الأخرى، سابقة كانت عليها أو لاحقة لها، طالما كانت صحيحة بذاتها[1].

كما أن مبدأ استقلال التوقيعات يعني أن كل شخص يضع توقيعه على الورقة التجارية ينشأ في ذمته التزام صرفي قائم بذاته ومستقل عن التزامات غيره من الموقعين، سواء أكانوا سابقين عليه أم لاحقين له، إذ يكون ملتزماً بوفاء قيمتها إذا امتنع المدين عن الوفاء في تاريخ الاستحقاق[2].

والحقيقة أنه من شأن هذا المبدأ دعم الثقة في الأوراق التجارية، والتشجيع على تداولها، إذ إن هذه الثقة يمكن أن تتزعزع كثيراً إذا كان حق الحامل يمكن أن يتأثر أو ينهدم بزوال التزامات الموقعين السابقين.

ولقد أقر هذا المبدأ في قانون جنيف الموحد في المادة السابعة منه فقد جاء فيها "إذا اشتملت الكمبيالة على توقيعات أشخاص ليست لهم أهلية الالتزام، أو على توقيعات مزورة، أو لأشخاص وهميين، أو توقيعات لا تكون لأي سبب آخر ملزمة لمن وقع الكمبيالة، ولا لمن وقعت الكمبيالة بأسمائهم، فلا تبطل مع ذلك التزامات الآخرين".

هذا وقد جاء موقف المشرع المصري متأثراً بنص المادة السابقة، فأقر الحكم نفسه بشأن مبدأ استقلال التوقيعات، فقد جاء في المادة ٣٨٦ تجاري مصري أنه "إذا حملت الكمبيالة توقيعات أشخاص ليست لهم أهلية الالتزام بها. أو توقيعات مزورة أو لأشخاص وهميين أو توقيعات غير ملزمة لأسباب أخرى، أو لمن وقعت الكمبيالة بأسمائهم فإن التزامات غيرهم من الموقعين تبقى مع ذلك صحيحة".

---

[1] د. أبو زيد رضوان، الأوراق التجارية، دار الفكر العربي، ١٩٩٨، ص ٣١. وينظر د. علي فوزي ابراهيم، التصرف القانوني المجرد، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ،العدد الثاني، المجلد الرابع والعشرون، ٢٠٠٩ ، ص٢١٧ .

[2] د. ناصر أحمد إبراهيم النشوي، مرجع سابق، ص ١٠٥.

كما أخذت معظم التشريعات بهذا المبدأ وعدته أساساً في التعاملات الصرفية، فنجد المشرع اللبناني مثلاً، قد عزز المركز القانوني لحاملي الأوراق التجارية بتقوية ضماناتهم، وجعلهم بمأمن من الاحتجاج بوجههم بالدفوع التي يمكن إثارتها بشأن العلاقات الأصلية التي كانت سبباً لتحرير هذه الأوراق أو غيرها من الدفوع العائدة لبطلان التوقيعات وانعدام أهلية الموقع[1]، حيث نصت المادة ٣٢٠ تجاري لبناني، "بأن السند وإن احتوى على بعض التواقيع المزورة فإنه يبقى صحيحاً من الوجهة الصرفية بالنسبة إلى حامليه الشرعيين؛ لأن ذلك لا يؤثر على سائر التزام الموقعين عليه" [2] .

وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن كل توقيع يوضع على الورقة التجارية هو مستقل عن باقي التوقيعات الأخرى.

ولأهمية مبدأ استقلال التوقيعات في دعم الثقة بالأوراق التجارية والتشجيع على تداولها، أقره كذلك المشرع السعودي في المادة ٩ من نظام الأوراق التجارية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٧ لسنة ١٣٨٣ هـ .

لكن بقى لنا أن نشير إلى مسألتين مهمتين إحداهما تتعلق بالعلاقة بين مبدأ استقلال التوقيعات والحرفية، وثانيتهما تتعلق بدور مبدأ استقلال التوقيعات في تحديد المراكز القانونية للملتزمين.

أولاً: العلاقة بين مبدأ استقلال التوقيع الصرفي والحرفية

إن استقلال التوقيع الصرفي يعني في المقام الأول أن كل توقيع صرفي ينشئ على عاتق موقعه التزاماً مستقلاً بتسوية العلاقة التي تتكون بينه وبين دائنه الذي تنتقل إليه الورقة، وبصرف النظر عما ترتبه توقيعات غيره من التزامات، ومما لا شك فيه أن استقلال التوقيع الصرفي لا يخرج عن كونه وليداً جديداً لمبدأ الحرفية أو مبدأ الكفاية الذاتية [3]، الذي يحد التزام كل موقع صرفي بما تضمنه توقيعه من بيانات على الورقة التجارية.

---

[1] د. عدنان خير، الأوراق التجارية والإفلاس والصلح الاحتياطي، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠١٣، ص ١٩.

[2] قانون التجارة اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراكي رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٤٢.

[3] تعني الحرفية : الحق الذي تتضمنه الورقة التجارية والذي يجب أن يكون محدداً و أن تبين كل عناصره وأوصافه في الورقة التجارية، بحيث يمتنع الرجوع إلى أي محرر آخر، أو أية رابطة قانونية أخرى سابقة أو لاحقة على نشوء الورقة التجارية، لتحديد مضمون و أوصاف ذلك الحق بل يجب الاكتفاء والتقيد بما ورد في الورقة ذاتها .
د. أكثم الخولي، الاوراق التجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ٢٤ .

لذا فإن استقلال التوقيع الصرفي يعد نتيجة منطقية لمبدأ الحرفية، من هنا فإن كل موقع لا يلتزم إلا في حدود ما تضمنه توقيعه من بيانات، بالتالي فإن كل توقيع ينشئ التزاماً مستقلاً عما ينشئه غيره من التوقيعات، وهذا يعني أن حامل الورقة التجارية يستعمل حقاً خاصاً ذاتياً عند الرجوع على كل موقع[١].

وبالنتيجة يمكن القول إن تراجع خاصية الحرفية عن الورقة التجارية من شأنه محو صفة الصرفية عنها وبطلان جميع الالتزامات الصرفية، وعلى العكس لا يؤدي بطلان أي التزام صرفي ولو كان التزام منشئ الورقة التجارية إلى بطلان الورقة التجارية ذاتها، أو إلى بطلان أي من التزامات الملتزمين الآخرين الذين تحمل الورقة توقيعاتهم ما دامت الورقة تتمتع بمبدأ الحرفية[٢].

و بمعنى آخر فإن استقلال التوقيع الصرفي يرمي إلى تحريم الاحتجاج على الحامل بالدفوع الشخصية للموقعين الآخرين على الورقة التجارية[٣] ، أما الحرفية فتهدف إلى منع المدين من إبداء دفوع مستمدة من خارج البيانات التي أوردها بجانب توقيعه والتي لم ينص عليها في الورقة التجارية[٤].

ثانياً: دور مبدأ استقلال التوقيعات في تحديد المراكز القانونية

تتحدد المراكز القانونية للملتزمين الصرفيين في الورقة التجارية من خلال توقيعاتهم . ولا يعني توقيع الملتزمين بأنهم جميعاً في مركز قانوني واحد، فيجب علينا أن نميز بين من يضع توقيعه على الورقة التجارية بوصفه مديناً أصلياً بوفاء قيمة الورقة التجارية، وبين من يضع توقيعه على أنه مجرد ضامن للوفاء وبين من يضع توقيعه على أنه كفيلٌ متضامنٌ مع أي من الملتزمين صرفياً[٥].

والحقيقة أن المرجع في ذلك هو مبدأ استقلال التوقيعات، فكل ملتزم يضع توقيعه في الورقة التجارية يقصد من خلاله الالتزام بصورة قد تختلف عن غيره من الموقعين الآخرين.

---

[١] د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية، ١٩٥٨، ص ٣٢ .

[٢] د. جورجيت صبحي عبده قليني، مبدأ استقلال التوقيعات، أطروحة دكتوراه،جامعة القاهرة، ١٩٨٤، ص ٦٨.

[٣] يشار إلى أن الدفوع الشخصية في القانون الإنجليزي عبارة عن أسباب قانونية الغرض منها إبطال أو إنقاص مسئولية الملتزم بموجب الورقة التجارية ، وتنشأ هذه الدفوع الشخصية عموماً من المعاملة التي قدمت لأجل الورقة التجارية ، وتكون مؤسسة على قانون الاوراق التجارية أو قانون العقد ..... للمزيد ينظر Richard A. man. barry S. Roberts. "Businees law and the regulation of businees" west educational publishing company. 1999 p 522 .

[٤] د . عبد الحي حجازي، سندات الائتمان الصرفية، المطبعة العالمية، بدون سنة طبع ، ص ٢٦ .

[٥] د. هاني دويدار، الأوراق التجارية والإفلاس، مرجع سابق، ص ١٣٦.

فبالنسبة إلى الضامن الاحتياطي والقابل بالتدخل، فقد استقر الرأي على أنهما كفيلان متضامنان عمن تدخلا لمصلحتهم[١].

أما بالنسبة إلى الساحب فإنه يضع توقيعه بوصفه المنشئ للكمبيالة والمدين الأصلي فيها إلى حين قبول المسحوب عليه، فإذا قبل المسحوب عليه صار الساحب ملزماً بوفاء في موعد الاستحقاق، فهنا يكون في مركز أقرب إلى الكفيل المتضامن منه إلى المدين المتضامن[٢].

أما بالنسبة إلى المسحوب عليه، فإنه حينما يضع توقيعه على الكمبيالة بوصفه قابلاً لها فإنه يكون المدين الأصلي فيها، أما قبل قبوله فإنه يعد طرفاً أجنبياً عنها ويكون الساحب كما قلنا هو المدين الأصلي.

أما بالنسبة إلى المظهر، فقد ارتأى البعض وضعه في مركز المدين الأصلي استناداً إلى نص المادة (٤٤٢ تجاري مصري)، بيد أن هذا الرأي منتقد ؛ لأنه لم يأخذ بنظر الاعتبار النصوص الأخرى التي تشهد بأن المشرع لا يعامل الموقعين على الكمبيالة المعاملة نفسها، حيث أن المادة (٤٣٩ تجاري مصري) لا تجيز للحامل الرجوع على كل من الساحب والمظهر أو حتى الكفلاء إلا بعد مطالبة المسحوب عليه بالوفاء وإثبات امتناعه بوثيقة احتجاج[٣].

ويرى البعض الآخر بأن المظهر ضامن للموقعين اللاحقين له، ومضموناً من الموقعين السابقين عليه، ومتى كان المظهر ملتزماً بالضمان بالنسبة إلى بعض الملتزمين في الورقة التجارية فقد تعذر عدّه مديناً متضامناً معهم[٤].

ويبرر هذا الاختلاف في المراكز القانونية للملتزمين الصرفيين في الورقة التجارية، استقلال كل توقيع من الملتزمين الصرفيين عن توقيع الملتزمين الآخرين.

---

[١] أشارت المادة ٤٢٠ تجاري مصري على أن يلتزم الضامن الاحتياطي بالكيفية التي التزم بها المضمون، كما أشارت المادة ١/٤٥٣ تجاري مصري على أن يلتزم القابل بالتدخل قبل حامل الكمبيالة والمظهرين اللاحقين لمن حصل التدخل لمصلحته بالأوجه التي يلتزم بها هذا الأخير.

[٢] د. عبد الحميد الشواربي، والاستاذ عاطف الشواربي والاستاذ عمرو الشواربي، مرجع سابق، ص ٢٧٣.

[٣] د. محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص ١٦٤.

[٤] د. عبد الحميد الشواربي والاستاذ عاطف الشواربي والاستاذ عمرو الشواربي، مرجع سابق، ص ٢٧٣.

المطلب الثاني

شروط صحة الالتزام الصرفي

الالتزام الصرفي كأي تصرف قانوني يشترط لصحته أن يصدر عن شخص يكون أهلاً لذلك، كما أن الاهلية المطلوبة لهذا الالتزام تختلف من تشريع إلى آخر . فمن التشريعات من اكتفت بالإحالة إلى القواعد العامة المنظمة لأحكام الاهلية في القانون المدني، ومنها من وضعت أحكاما خاصة لذلك، وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول تحت عنوان " أهلية الالتزام الصرفي " .

وبعد ذلك سنقوم بدراسة صحة توقيع الملتزم الصرفي باعتبار أن الشخص لا يكون ملتزماً إلاّ بعد توقيعه على الورقة التجارية، وأن يكون هذا التوقيع صحيحاً من الناحية القانونية , وهذا سيكون في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الأول

أهلية الالتزام الصرفي

تعرف الاهلية بشكل عام على أنها الصلاحية لموضوع ما أو قدرة الإنسان بالنسبة لحق أو واجب، وهي على نوعين: النوع الأول " أهلية الوجوب " وهي صلاحية الشخص لمباشرة الحقوق له أو عليه، وهذه الاهلية تثبت للإنسان وهو جنين في بطن أمه، إلا أنها تكون متوقفة على ولادته حياً . أما النوع الثاني منها فهي أهلية الأداء وهي "بلوغ الشخص سن الرشد القانونية دون أن يكون مصاباً بعارض من عوارض الأهلية" والأهلية شرط لصحة التصرف الإرادي[1].

وبما أن الكمبيالة تعد عملاً تجارياً مطلقاً أياً كانت صفة ذوي الشأن فيها أو طبيعة الأعمال التي أنشئت من أجلها (٣٧٨ تجاري)، [2] ومن ثم يشترط فيمن يوقع عليها أن يكون أهلاً للقيام بالأعمال التجارية[3] ،أي أن يكون قد بلغ سن الحادية والعشرين متمتعاً بقواه العقلية غير محجور عليه لسفه

---

[1] د. علي سلمان العبيدي ، ص ٦٨ .

[2] وقد أشار أستاذنا الدكتور هاني دويدار بأن القول بأن المادة ٣٧٨ تضمنت قاعدة تكييف يؤدي إلى اعتبار كافة الأعمال المتعلقة بالاوراق التجارية أعمالا تجارية في جميع الأحوال ، فتسري عليها الأحكام العامة للالتزامات التجارية . أما القول بان المادة المذكورة إنما تتضمن قاعدة اسناد فيؤدي إلى تطبيق أحكام القانون الصرفي وحدها على تلك الأعمال في جميع الأحوال ، أما الأحكام العامة للالتزامات التجارية فيتوقف تطبيقها على مدى اعتبار الأعمال المتعلقة بالاوراق التجارية أعمالا تجارية بالتبعية . ينظر ... د. هاني دويدار ، الاوراق التجارية والافلاس ، مرجع سابق ص١٥ .
ولقد مال الفقه إلى الربط بين الخضوع المطلق لقواعد القانون الصرفي واعتبار الأعمال المتعلقة بالاوراق التجارية أعمالا تجارية بصفة عامة . ينظر د. مصطفى كمال طه ، مرجع سابق ، ص١٧ . د. علي البارودي ، مرجع سابق ، بند ٤ ، ص١٥ . د. علي سيد قاسم ، مرجع سابق ، بند ٢٥، ص ٢٣-٢٤ . د. محمد بهجت عبد الله قايد ، الاوراق التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص١٥ . د. محمد السي الفقي ، مرجع سابق ، بند ٧ ، ص١٤.

[3] لا يفرق قانون التجارة الحالي رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بين الرجل و المرأة فيما يتعلق بالتوقيع على الكمبيالة، إذ يستوي توقيع كل منهما على الكمبيالة، وذلك على خلاف حكم المادة (١٠٩) من التقنين التجاري الملغي التي كانت تقضي بأن توقيع المرأة أو البنت غير التاجرة على الكمبيالة يعد عملاً مدنياً.

أو غفلة، كما أن المشرع وضع أحكاماً خاصة بأهلية التعامل بالأوراق التجارية بالنسبة الى القصَّر وعديمي الأهلية[1].

ولقد تناول قانون التجارة أحكام الأهلية التجارية في المواد (١١، ١٢، ١٣، ١٤، ١٥) وسنكتفي بالإحالة إلى تلك القواعد المنظمة للأهلية .

الفرع الثاني

صحة توقيع الملتزم الصرفي

يمثل التوقيع على الكمبيالة المظهر المادي لرضا الملتزم الصرفي بها، ولكي يكون هذا الالتزام صحيحاً لا بد من صحة التوقيع الوارد في الورقة التجارية، ذلك أن التوقيع على الورقة التجارية عملاً قانونياً مصدره الإرادة المنفردة للملتزم.

والتوقيع قد يكون بالإمضاء، كما يجوز أن يكون بالخاتم أو بصمة الإصبع وهذا ما بينته المادة ١/٥٤٨ تجاري، بقولها "في الأحوال التي يتطلب فيها القانون التوقيع على الورقة التجارية بالإمضاء يجوز أن يقوم الخاتم أو بصمة الإصبع مقام هذا الإمضاء[2].

وفيما يتعلق بصحة توقيع الملتزم الصرفي، فهذا الأمر يتطلب منا بحث هذه الحالة في فرضين:

أولاً: توقيع الشخص باسمه ولحسابه.

ثانياً: التوقيع بواسطة الغير (سلطة التوقيع على الكمبيالة).

أولاً: توقيع الشخص بإسمه ولحسابه.

إنّ منشيء الورقة التجارية هو في الغالب من يقوم بالتوقيع على الكمبيالة باسمه ولحسابه، حيث أنه يكون ملزماً بقيمة الورقة التجارية تجاه حاملها، ولكي يكون توقيعه هذا صحيحاً فيجب أن يكون أهلاً للتوقيع، أي أنه متمتع بالأهلية اللازمة لممارسة الأعمال التجارية، باعتبار أن التوقيع على

---

[1] د. عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص ٢٩.

[2] في المعنى نفسه جاءت المادة ٤٢ من قانون الإثبات العراقي المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، لكن المشرع العراقي اعتمد في هذه المادة على بصمة الإبهام فقط دون غيره من الأصابع، كما فعل المشرع المصري، وهو اتجاه منتقد من قبل الفقه، ليس لكونه ورد مخالفاً لموقف التشريعات العربية التي اعتمدت بصمات الأصابع بدلاً من بصمة الإبهام فقط، بل لأنه استند إلى وضع ممكن وقوعه كثيراً وهو كون الإصبع الإبهام مبتوراً أو معلولاً، فيستعاض عنه بإصبع آخر، نقلاً عن آسيل كاظم كريم الصدام، حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات العلمي، رسالة دكتوراه، ص ٦٥، جامعة بغداد، ٢٠٠٦.
أما في لبنان، إذا كان الساحب أمياً يجهل التوقيع فيستعاض عنه بوضع طابع إصبعه، استناداً لنص المادة ١٤٤ من قانون أصول المحاكمات اللبناني وهذا الحل الذي يعتمده الفقه والقضاء في لبنان أما موقف القضاء الفرنسي، ونظراً للعدد الكبير من الكمبيالات التي تقدم للشركات الكبرى، ما يدفع المسئولين فيها إلى وضع ختمهم عليها اختصاراً للوقت. وإن إحدى المحاكم بباريس حكمت بشرعية الكمبيالة التي وضع ساحبها عليها ختمه بدلاً من إمضائه، لكن ما لبث هذا الحكم أن نقض من قبل القسم التجاري في محكمة النقض الفرنسية التي أخذت برأي الفقيهين لسيكو وروبلو في هذا المضمار. (١٩٦١/٦/٢٧)نقلاً عن د. سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق ،٢٠٠٥، ص ١١٧ .

الكمبيالة يعد عملاً تجارياً، وإنه لم يكن مكرهاً على ذلك، كما يجب أن لا يكون واقعاً بغلط أو تدليس.

هذا وقد اشترطت المادة ٢/٥٤٨ تجاري مصري بأن يكون توقيع الملتزم الصرفي مقروءاً ويسهل معه التعرف على اسم الموقع ولقبه، كون هذه البيانات أساسية ومعول عليها في مجال التعامل بالأوراق التجارية. لكن في حالة تخلف هذه البيانات فقد حددت ذات المادة أعلاه بأن يكون للمحكمة أن تعد التوقيع كأنه لم يكن.

أي أن المشرع منح المحكمة سلطة تقديرية في البت في مسألة صحة التوقيع من عدمه.

والتوقيع يكون عادة بخط اليد، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون بالختم أو ببصمة الإصبع مع إضافة الاسم، وفي هذه الحالة يجب أن يشهد شاهدان على صاحب الختم أو البصمة بأنه وقع أمامهما وأنه عالماً بما وقع عليه[١]. وهذا ما أشارت إليه أيضاً المادة ٢/٢٢١ تجاري أردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦.

ثانياً: التوقيع بواسطة الغير

إذا حصل التوقيع على الكمبيالة لحساب الغير، فإنه يشترط في الموقع أن يكون شخصاً له سلطة التوقيع. ونفرق هنا بين التوقيع بواسطة وكيل والتوقيع لحساب الغير.

١- التوقيع بواسطة وكيل

إن التوقيع على الكمبيالة لا يقتصر صدوره على الساحب فحسب بوصفه الملتزم الأساسي فيها، فقد يكون موقع الكمبيالة وكيلاً أو نائباً عن الساحب، كالولي أو الوصي أو القيم أو مدير الشركة، فإذا كان الأمر كذلك فإنه يشترط أن يسبق توقيع الكمبيالة عبارة معينة تبين أن من وقع على الكمبيالة وقع بصفته وكيلاً عن الساحب وليس أصيلاً كأن يذكر "بالتوكيل عن فلان".

ولم يعالج التقنين التجاري الحالي هذا الفرض، ومن ثم تطبق عليه القواعد العامة في الوكالة[٢].

فيلتزم في حدود النيابة، وتنصرف إليه الآثار الصرفية الناشئة عن توقيع الوكيل إلى الموكل، كما ويلتزم الموكل بالوفاء بالكمبيالة في حالة امتناع المسحوب عليه عن ذلك [٣].

وفي هذا الاتجاه ذهبت غالبية التشريعات العربية، ففي التشريع السوري مثلاً لم يكن هناك أحكام خاصة بالوكالة في هذا المجال، لذا تسري عليها القواعد العامة في الوكالة.

عليه إذا حرر شخص كمبيالة وتبين في أثناء توقيعه صفته كوكيل يعمل باسم ذلك الشخص

---

[١] د. عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص ٣٠٤.

[٢] د. مصطفى كمال طه والأستاذ وائل أنور بندق، مرجع سابق ، ص ٤٠ .

[٣] د. محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص ٣٧ .

الطبيعي أو الاعتباري ولحسابه، كأن يدرج عبارة "بالوكالة" وإذا ما تصرف في حدود تعليمات الموكل، فإن آثار هذا الالتزام الصرفي تنصرف إلى موكله مباشرة، أي أن توقيع الوكيل الذي ذيل الكمبيالة به ينشئ في ذمة الموكل التزاماً صرفياً حرفياً مباشراً في مواجهة أي حامل كما لو كانت قد سحبت مباشرة بواسطة الموكل واحتوت على توقيعه، وعلى هذا إذا لم يف المسحوب عليه بقيمة الكمبيالة في موعد استحقاقها فللحامل الرجوع على الموكل دون الوكيل[١].

ذلك هو أثر التوقيع على الكمبيالة إذا كان صحيحاً بأن يكون صادراً من شخص ذي صلاحية بالتوقيع عليها.

أي أن توقيع الملتزم الصرفي ومدى صحته مرتبط بتوقيع الوكيل، لأن توقيع الوكيل بمثابة توقيع الموكل. هذا من جهة لكن من جهة أخرى قد يقوم شخص بالتوقيع على كمبيالة مدعياً بأنه وكيل عن شخص آخر من دون أن يكون الأخير قد فوضه بذلك، أو قد يكون مفوضاً منه لكنه تجاوز حدود ذلك التفويض، كأن يسحب كمبيالة بقيمة أعلى مما حدده الموكل.

الحالة الأولى: قيام شخص بالتوقيع على كمبيالة دون أن يكون مفوضاً بذلك.

في هذه الحالة يعد الموكل غير ملتزمٍ تجاه حامل الكمبيالة عن تصرفات الموقع[٢].

ذلك لأن الموكل لم يزود الموقع بسلطة التوقيع عنه، أو لأن وكالته كانت في حدود معينة تجاوزها الموقع فلا يلتزم إلا في حدود الوكالة[٣].

ففي حالة ما إذا كان التوقيع على الكمبيالة قد جاء من وكيل مزعوم، يعفى الموكل من ذلك لأن رضاه معدوم.

ونرى أن هذا الحل هو ما يتفق مع المنطق، إذ لا يجوز إلزام شخص من دون إرادته.

لكن مع ذلك فإن الفقه والقضاء في بعض حالات الوكالة الظاهرة[٤]، تلك الحالات التي يتخذ فيها الموكل مظهراً خارجياً يوحي أو يوقع الغير في الوهم على أن شخصاً ما يتصرف وكأنه وكيل عنه، كأن تنتهي الوكالة بعزل الوكيل دون أن يعلق الموكل على هذا العزل إعلاناً كافياً ليحذر الناس من التعامل معه، قد يشير إلى جعل أثر التصرف الذي عقده الغير حسن النية مع الوكيل ينصرف إلى الموكل وذلك توطيداً لاستقرار التعامل[٥].

---

[١] د. إلياس حداد، مرجع سابق، ص ٦٢.

[٢] لقد استوقفت تلك المشكلة المشرع الدولي فلم يشأ أن يترك أمر حلها للقواعد العامة خشية أن يؤدي ذلك إلى عرقلة تداول الكمبيالة واهتزاز ائتمانها والثقة فيها وما كان منه إلا أن ضمن قانون جنيف الموحد نصاً مؤداه عدّ الوكيل المزعوم ملتزماً التزاماً صرفياً بقيمة الكمبيالة التي وضع توقيعه عليها، وسايره في ذلك المشرع المصري، ينظر في ذلك، د. محمد السيد الفقي، مرجع سابق ، ص ٣٨.

[٣] د. مصطفى كمال طه والأستاذ وائل أنور بندق، مرجع سابق، ص ٤٠.

[٤] د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٧، ص ٦٠١ ، فق ٣٠٦ وما بعدها.

[٥] تطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بحكم صدر لها في ١٩٧٦/١٢/١٥، بإلزام شخص بقيمة الكمبيالة المسحوبة من وكيله بعد أن انتهت مدة وكالته. ومن أجل تطبيق حكم الوكالة الظاهرة فقد رأت هذه المحكمة في حكم آخر

الحالة الثانية: توقيع الكمبيالة من وكيل حقيقي لكنه تجاوز حدود وكالته

في هذه الحالة نلاحظ أن الوكيل متمتع بوكالة قانونية لكنه تجاوز حدود هذه الوكالة، فهنا يكون ملزماً بقيمة الكمبيالة التزاماً صرفياً، وفي الوقت نفسه إذا قام بوفائها فإنه يجوز له الرجوع بكامل قيمتها على من كان الموكل يستطيع الرجوع عليهم لو قام هو بالوفاء، وهذا ما أشارت إليه المادة (٣٨٩ تجاري مصري) فقد جاء فيها "إن من يوقع على كمبيالة نيابة عن شخص آخر بغير تفويض منه يلتزم شخصياً بموجب الكمبيالة فإذا أوفاها آلت إليه الحقوق التي كانت تؤول إلى من أدعى النيابة عنه و يسري هذا الحكم على النائب إذا جاوز حدود سلطته[١].

٢- التوقيع لحساب الغير

قد يوقع شخص على الكمبيالة باسمه الخاص لكن لحساب الغير[٢]، و من دون أن ينبئ عن صفته بوصفه وكيل تلقى الأمر من الغير بالتوقيع، مثله في ذلك مثل الوكيل بالعمولة الذي يتعاقد مع الغير باسمه لحساب الموكل. وقد أشارت إلى هذا الوضع المادة ٣/٣٨١ تجاري مصري بقولها "ويجوز سحبها (الكمبيالة) لحساب شخص آخر، ويسمى الموقع على الكمبيالة بالساحب الظاهر، ومن سحبت لحسابه بالساحب الحقيقي، أو الآمر بالسحب، ويجب على الساحب الظاهر أن يخطر المسحوب عليه بحقيقة الأمر واسم الآمر بالسحب.

ويتم التوقيع لحساب الغير عندما يتم السحب لحساب الغير، حيث أن الساحب الحقيقي يرغب بالاستتار وإخفاء اسمه لأسباب منها، أنه محظور عليه القيام بالأعمال التجارية، أو أنه يكون تاجراً يخشى إضعاف ائتمانه بإصدار عدد كبير من الكمبيالات تحمل توقيعه إلى غير ذلك من الأسباب.

وهنا نلاحظ أن ما يميز السحب لحساب الغير عن السحب بواسطة وكيل، هي صفة الموقع على الكمبيالة، فالأخير في الحالتين لا يوقع الكمبيالة لحساب نفسه بل لحساب شخص آخر، هو الآمر بالسحب، أو الموكل، لكن الساحب لحساب الغير يبرم التصرف باسمه الشخصي، بمعنى أنه يوقع على الكمبيالة كما لو كان الساحب الحقيقي، أما الآمر بالسحب فلا يظهر اسمه على الكمبيالة على

=لها، بأنه لكي يلزم شخص بكمبيالة وقعها من يدعي النيابة عنه يشترط وجود علاقة سابقة بين هذا الشخص المسحوب لحسابه وحاملها الذي يطالب بقيمتها، نقض فرنسي ١٩٧٤/٣/٢٧، و بالمعنى نفسه نقض فرنسي في ١٩٧٣/١٢/١٢، مجموعة النقض الفرنسية، نقلاً عن د. إلياس حداد، مرجع سابق، ص ٦٣.

[١] تقابلها المواد، ٤٩ تجاري عراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، ١٣١ قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦.

[٢] المادة ٣/٣٨١ تجاري مصري، تقابلها المادة ٤١ في قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

الرغم من أن التزامه تقديم مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه.

أما الوكيل العادي، وهو يعمل لحساب الموكل أيضاً، فيوقع على الكمبيالة لا باسمه الشخصي، وإنما باسم الموكل ذاته، فتوقيعه على الكمبيالة لا يعدو أن يكون بوصفه وكيلاً عن الأصيل [1] .

[1] د. مصطفى كمال طه والاستاذ وائل أنور بندق ، مرجع سابق ، ص٤١ .