الفصل الخامس

كيف يتحقق التقادم الصرفى وآثاره

٥٢٤ ــ اذا كانت نصوص التقنين المدنى المصرى تأخذ بالرأى القائل بأن التقادم لا يقتصر على أسقاط الدعوى بل يسقط الدعوى والحق جميعا ،بمعنى أن المدين بعد تمسكه بالتقادم : لو أقر أمام القضاء بأن الدين باق فى ذمته فان اقراره هذا لا يلزمه بالدين لسقوطه بالتقادم . فان التقادم الصرفى من طبيعة مختلفة . لانه يقوم على قرينة الوفاء . واذا هدمت هذه القرينة أمام القضاء انهار الاساس الذى يقوم عليه هذا التقادم . وقضت المحكمة برفض الدفع بسقوط الحق بالتقادم (١) .

٥٢٥ ــ واذا كان المشرع التجارى لم يشر صراحة فى نص المادة ١٩٤ منه الى قرينة الوفاء باعتبارها أساسا يقوم عليه التقادم فى الالتزام الصرفى : فانه يمكن استخلاص قصد الشارع من قيام تلك القرينة عندما تطلبت المادة المذكورة من المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلف اليمين متى دعوا اليه على أنه لم يكن فى ذمتهم شىء .

وتفترض تلك القرينه أن حامل الورقة التجارية ــ وقد سكت عن مطالبة الملتزم بأداء قيمتها طوال خمس سنوات ــ يكون قد استوفى

---

(١) ترى النظرية الحديثة أن التقادم يسقط الدعوى دون الحق الذى يبقى بعد التقادم دون دعوى تحميه ؛ ومن ثم يتعين على المدين التمسك به كما له ان ينزل عنه ، ولايسرى التقادم طبقا لهذه النظرية من وقت نشوء الحق بل من وقت نشوء الدعوى . وتقترب هذه النظرية من المذهب الذى اختاره الفقه الاسلامى حيث لا يسقط الدين بالتقادم بل يقتصر على منع سماع الدعوى ؛ والمنع من سماع الدعوى لا يكون الا عند الانكار ، فاذا أقر المدين بالدين . سمعت عليه الدعوى والزم بالوفاء .
راجع فى تفصيل ذلك الوسيط للدكتور السنهورى ج ٣ بند ٦٧٣ ، ٦٧٤ .

قيمتها نقدا رغم حيازته للصك . اذ يدل ذلك فى الغالب على تساهل المدين أو عدم حرصه فى استرداد هذا الصك من الحامل عند قيامه بالوفاء بقيمته •

واذا كان الشارع التجارى قد منح حامل الورقة — عندما يدفع فى مواجهته بسقوط حقه بالتقادم — أن يطلب من المدين أداء يمين على براءة ذمته من الدين . فان ذلك يدل صراحة على قصد الشارع فى هدم قرينة الوفاء اذا نكل المدين عن أداء اليمين . أما اذا حلفها فان ذلك يؤدى الى تأكيد تلك القرينة وتلزم المحكمة بقبول الدفع والحكم بسقوط حق الحامل بالتقادم •

٥٢٦ — وقد استخلص القضاء هذه القرينة واعتبرها أساسا يقوم عليه تقادم الالتزام الصرفى • وفى هذا تقول محكمة مصر الكلية الوطنية فى حكمها الصادر بجلسة ١٥ ٤ ١٩٣١ : — « ان الدفع بسقوط الحق فى المطالبة بسند تحت الاذن بمضى خمس سنوات طبقا للمادة ١٩٤ تجارى مبنى على افتراض حصول السداد بدليل اليمين التى فرضها الشارع على التاجر وورثته فى المادة المذكوره اثباتا لبراءة ذمتهم (١) »•

ولما كان تقادم الالتزام الصرفى يخضع لأحكام القانون المدنى باعتباره الأصل العام الذى ينظم تقادم الالتزامات . كما ينفرد بأحكام خاصة تقوم على اختلاف طبيعته عن التقادم العادى باعتباره قائما على قرينة الوفاء ؛ ويتطلب القانون بشأن تأكيد هذه القرينة أو تقويضها حلف يمين على النحو المبين بالمادة ١٩٤ منه فان الأمر يتطلب فى هذا الفصل تقسيمه الى الفروع التالية : —

---

(١) المحاماه س ١١ ص ٧٢ ١ رقم ٥٢٧ وانظر ايضا استئنا فتمختلط ١٩١٨/١/٢٣ بلنان س ٣٠ ص ٧٥ ؛ ومصر الابتدائية الوطنية ١٩٣٨/٥/٢١ المحاماه س ١٩ ص ٢٧٥ رقم ١٢١ ؛ واستئناف مصر ١٩٣٩/١١/٢١ المحاماه س ٢٠ ص ٤٦٦ رقم ١٧٩ •

الفرع الأول عن وجوب التمسك بالتقادم من صاحب الحق فيه

الفرع الثانى عن النزول عن التقادم وهدم قرينة الوفاء

الفرع الثالث عن حلف اليمين

الفرع الرابع عن آثار التقادم

الفرع الأول

وجوب التمسك بالتقادم من صاحب الحق فيه

٥٢٧ — تنص المادة ٣٨٧ من القانون المدنى على مايأتى : —

« ١ — لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحه فيه ولو لم يتمسك به المدين

٢ — ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حال كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئنا ف (١) ».

ويتضح من مطالعه النص وجوب التمسك بالتقادم عن طريق دفع يدفع به المدين أو من له مصلحة فى التمسك به دعوى الدائن ؛ مثله فى ذلك مثل الدفع بحجية الأمر المقضى الذى لا يعتبر من النظام العام ؛ ولكنه وان بنى على اعتبارات المصلحة العامه لضمان الاوضاع المستقرة ؛ فانه يتصل مباشرة بمصلحة المدين الخاصة . فله أن يتمسك به وله أن ينزل عنه . فاذا اطمأن الى أن ذمته غير مشغولة بالدين دفع دعوى الحامل بالتقادم ليوفر على نفسه مشقة اثبات براءة ذمته بعد هذه المدة. وان كان يعلم أن ذمته مشغولة بالدين فله ألا يتمسك بالتقادم .

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتان ٢٦٨/٢٠٤ . ٢٧٠/٢٠٦ ، ويتفق احكامها مع احكام النص الحالى .

ويترتب على عدم اعتبار الدفع بالتقادم من النظام العام أنه لايجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ؛ خصوصا وأن من شأنه اثارة العديد من الوقائع من واقع مستندات طرفى الخصومة ولا يتيسر للمحكمة أن تستخلصها من تلقاء نفسها •

وبالاضافة الى ما تقدم فقد منح القانون التجارى لحامل الورقة التجارية حق طلب توجيه يمين الى المدين الذى يتمسك فى مواجهته بالتقادم على أن ذمته غير مشغولة بالدين طبقا لنص المادة ١٩٤ تجارى. ويتعين على المحكمة أن تجيبه الى طلبه . ويكون الحكم بقبول الدفع بالتقادم أو برفضه فى هذه الحالة متوقفا على اداء اليمين أو ردها على الحامل أو النكول عنها ؛ وليس من شأن ذلك اعتبار التقادم الصرفى من النظام العام ؛ حكمه فى ذلك حكم التقادم العادى •

فليس للقاضى والحال كذلك سلطة تقديرية فى أن يحكم بسقوط الدين بالتقادم أو ألا يحكم ؛ بل يجب على ذى المصلحة أن يتمسك بذلك فاذا ما تمسك ذو المصلحة . وحلف اليمين — اذا طلبها الحامل — وجب على القاضى أن يحكم بقبول الدفع وبتقادم الدين •

٥٢٨ — ويجب أن يقع التمسك بالتقادم أمام القضاء ؛ فلا يكفى التمسك به أثناء مفاوضات الصلح ؛ فالمدعى عليه الذى تمسك بالتقادم الخمسى خلال محاولات التوفيق بينه وبين حامل الورقة ثم تغيب أمام محكمة أول درجة لا يستطيع أن يحتج بأن المحكمة كانت ملزمة بالقضاء بتقادم الحق(١) •

٥٢٩ — ولم ينص القانون المدنى على أن يكون التمسك بالتقادم بطريقة خاصة ؛ فأية عبارة تدل بوضوح على أن المدين يتمسك بالتقادم تكفى • واذا تمسك المدين بالتقادم أمام محكمة أول درجة فقضت له بذلك

(١) الدكتور عبد المنعم البدراوى فى اثر مضى المدة فى الالتزام فقرة ٧١ .

فيكفى أن يطلب تأييد الحكم المستأنف أمام محكمة الاستئناف حتى يعتبر متمسكا بالدفع بالتقادم أمامها ؛ أما اذا تمسك بالدفع بالتقادم أمام محكمة أول درجة وقضى لصالحه استنادا الى سبب آخر غير التقادم فلا يكفى أن يطلب تأييد الحكم المستأنف حتى يكون متمسكا بالتقادم بل لا بد له من التمسك بالتقادم من جديد .

٥٣٠ — واذا كانت المادة ٣٨٧ مدنى لم تنص على شكل خاص للتمسك بالتقادم فانها عددت أولئك الذين يحق لهم التمسك به أمام المحكمة وهم المدين ودائنوه وكل شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين . ولما كان التقادم الخمسى ميزة مقررة لكل مدين بالورقة التجارية مديونية صرفية فيستفيد منه جميع الموقعين عليها بما فيهم المسحوب عليه القابل والساحب الذى لم يقدم مقابل الوفاء ، وهو بذلك أوسع نطاقا من السقوط . فقد رأينا أن هذا الفريق من الملتزمين محروم من الاحتجاج بهما لحامل .

٥٣١ — ويدخل فى مفهوم المدين بالالتزام الاصلى كل خلف له . فوارثه — عند مطالبة التركة بالدين — يستطيع التمسك بالتقادم فى مواجهة حامل الورقة . ويحق لحاملها طلب توجيه اليمين الى هذا الخلف . على النحو الذى سنفصله عند الكلام على اليمين فى الفرع الثالث من هذا الفصل . والى جانب المدين وخلفه يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالتقادم كما نصت بذلك صراحة الفقرة الاولى من المادة ٣٨٧ مدنى سالفة البيان . ومن هؤلاء الضامن الاحتياطى لأحد الملتزمين والقابل بالواسطة عمن توسط لمصلحته اذا كان دين الملتزم الذى ضمنه أو قبل التوسط عنه قد انقضى عليه مدة التقادم الخمسى بينما لم تنقض تلك المدة على دين أيهما . كأن يكون حامل الورقة قد قطع التقادم بالنسبة له دون أن يقطع ذلك التقادم بالنسبة للمدين المضمون . اذ فى هذه الحالة يحق لكل منهما التمسك بسقوط دين المدين المضمون لأن

براءة ذمته من هذا الدين يترتب عليها براءة ذمه الضامن باعتبار التزامه تابعا للالتزام الأصلى.

٥٣٢ — وقد ثار خلاف حول أحقية دائنى المدين بالورقة التجارية فى التمسك بسقوط حق الحامل بالتقادم . اذا أهمل هذا الملتزم فى التمسك به أو تنازل عنه ضمنا .

فرأى البعض عدم جواز ذلك تأسيسا على أن سقوط الحق بالتقادم يتوقف على مصير اليمين التى قد يوجهها حامل الورقة الى الملتزم ؛ اذ لا يجوز لهؤلاء الدائنين أداء اليمين . خصوصا اذا امتنع المدين عن حلفها اضرارا بهم أو تهون فى حقه الأمر الذى يؤدى الى زوال كل أثر للدفع بالتقادم(١) .

ويرى آخرون وهو الراجح وجوب الاعتراف لدائن بحق التمسك بالتقادم الصرفى ولو لم يتمسك المدين بهذا الدفع . باعتباره أصلا عاما فى القانون المدنى الفرنسى — م ٢٢٢ منه — وليس من شأن تلاعب المدين بالحلف اهمال نص فى القانون مقرر لصالح الدائن(٢) . ونرى أن المادة ٣٨٧ مدنى مصرى صريحة فى تقرير هذا الحق لدائنى المدين وهى أصل عام يسرى على كافة أنواع التقادم سواء ما تعلق بيمين أم لا .

وقد أجمع الفقه المصرى على الأخذ بهذا الرأى(٣) .

والواقع أن الدائن الذى يتمسك بالتقادم الخمسى أو بغيره من

---

(1) Nouguier. N. 1651. Alauzet. N. 1563. Boistel. N. 852.

(2) Lyon Caen, et, Renault. N. 452. Lescot, et, Rob'ot. 735. Kern. thèse. p.150 Cass. 12. 7.1880. S. 421-1-1881.
Fontain - N.1108 حيث يرى توجيه اليمين الى الدائن الذى يتمسك بالتقادم بوصفه نائبا عن المدين .

(٣) محمد صالح رقم ٢٧٠ — محسن شفيق رقم ١٠٤١ — محمد على راتب ٦١٦ .

أنواع التقادم الأخرى انما يتمسك به نيابة عن المدين بطريق الدعوى غير المباشرة وفقا لنص المادة ٢٣٥ من القانون المدنى لما له من مصلحة فى استبعاد دين يزاحم دينه ؛ ولا يجوز حرمانه من حق خوله اياه القانون والقول بأن التمسك بالتقادم رخصة وليست حقا ؛ والرخص لا يستعملها الدائن باسم مدينه قول مردود اذ من حق الدائن تقدير أن المدين قد انقضى بالتقادم فلا يتحمل مزاحمة هذا الدين لدينه •

٥٣٣ — والتمسك بالتقادم باعتباره حق مقرر للمدين فى الالتزام الصرفى أو خلفه أو لكل ذى مصلحة فيه أو لدائنى هذا المدين ؛ يجوز ابداؤه فى أية حالة كانت عليها ولو أمام محكمة الاستئناف عملا بصريح نص الفقرة الثانية من المادة ٣٨٧ مدنى . ما دام لا ينهم من تأخره معنى النزول عن التقادم ضمنا(١) •

ويلاحظ ان التقادم المبنى على قرينة الوفاء — وهو التقادم محل البحث — لا يجوز التمسك به بعد التمسك بدفع يتضمن معنى عدم الوفاء بالدين كالدفع بالمقاصة أو بالتجديد أو بالابراء أو نحو ذلك ؛ لأن هذا التعارض الواضح يمنع من قبول الدفع بالتقادم(٢) •

٥٣٤ — أما التمسك بالتقادم أمام محكمة النقض لأول مرة فأمر لا يجوز اذ لا تستطيع تلك المحكمة أن تنظر أوجها جديدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع ؛ كما أن الدفع بالتقادم باعتباره خارجا عن نطاق النظام العام لا يجوز لمحكمة النقض أن تقضى به من تلقاء

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ج ٣ ص ٥٦ ؛ استئناف مختلط ١٩١٤/١/١٥ بلتان س ٢٦ ص ١٥٤ • ١٩٢١/١٢/١٥ بلتان س ٣٤ ص ٥٦ • ١٩٢٣/١١/٦ بلتان س ٣٦ ص ١٢ ؛ ١٩٢٤/١/٢٩ بلتان س ٣٦ ص ١٧٨ • ١٩٢٤/٣/٦ بلتان س ٣٦ ص ١٥٣ • ١٩٢٨/٢/١ بلتان س ٤٠ ص ١٧٠ ؛ ١٩٣٦/٢/١٨ بلتان س ٤٨ ص ١٤١ ؛ ١٩٤٨/١/١٢ بلتان س ٦٠ ص ١٤ •

(٢) د • عبد المنعم البدراوى — المرجع السابق فقرة ٧٧ •

نفسها فهو كالدفع بالمقاصة وكالدفع بحجية الأمر المقضى لا يجوز أن يثار لأول مرة أمام محكمة النقض (١) .

الفرع الثانى

النزول عن التقادم وهدم قرينة الوفاء

٥٣٥ — يخضع الدفع بتقادم الالتزام الصرفى لما يخضع له تقادم الالتزامات الأخرى من نصوص القانون المدنى التى نظمت قواعد النزول عن التقادم . وفوق ذلك ينفرد النزول عن التقادم فى الالتزامات الصرفية بأحكام خاصة باعتباره مؤسسا على قرينة الوفاء ؛ فمتى هدمت هذه القرينة كان ذلك بمثابة نزول عن تقادم هذا الحق .

وقد نصت المادة ٣٨٨ مدنى على ما يلى :

١ — لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون .

٢ — وانما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق دائنين اذا صدر اضرارا بهم (٢) .

كما نص القانون التجارى فى المادة ١٩٤ منه على أحقية حامل الورقة التجارية فى توجيه اليمين الى المدين الذى يدفع بتقادم الحق

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع التمهيدى ج ٣ ص ٣٤٢ — الدكتور عبد المنعم البدراوى — المرجع السابق بند ٨٢ ، نقض مدنى جلسة ١٩٤٤/٩/١٥ مجموعة عمر ٤ ص ٤٢٢ .

(٢) يقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادتان ١٠٨/٨٠ ، ٢٧٠/٢٠٠٦ وأحكامها تتفق مع أحكام هذا النص .

الثابت فيها ويترتب على نكوله عن حلف اليمين أو أداء الحامل لتلك اليمين بعد ردها عليه نقض قرينة الوفاء التى يقوم عليها تقادم الحق الثابت فى الورقة .

كما يترتب على قيام المدين فى دعوى الرجوع بابداء دفوع من شأنها الدلالة على عدم قيامه بالوفاء اعتباره قد نزل ضمنا عن التمسك بهذا الدفع لانهيار الأساس الذى يقوم عليه التقادم الصرفى . وعلى ذلك سنتناول هذا النوع على النحو التالى .

أولا : عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه :

٥٣٦ — يترتب على جواز النزول مقدما عن التقادم قيام الدائنين باشتراط عدم امكان الدفع بتقادم الدين وفرض هذا الشرط على المدينين وبذلك ينهدم نظام التقادم من أساسه .

اذ يصعب على المدين وقت التعاقد رفض مثل هذا الشرط حتى لايقال أنه لايود الوفاء بالتزامه .

وقد راعى المشرع — تثبيتا للاوضاع المستقرة — تحريم أى شرط يؤدى الى جواز النزول مقدما عن التقادم .

ولا يقوم هذا المنع على أساس أن التقادم يعتبر من النظام العام ، اذ لو قبل بذلك لامتنع النزول عن التقادم حتى بعد ثبوت الحق فيه .

٥٣٧ — أما اذا اكتملت مدة التقادم . كان فى مكنة المدين أن يدفع بسقوط الحق بالتقادم . كما يكون فى مكنته أيضا النزول عن التمسك بهذا الدفع . طبقا لما يمليه عليه ضميره . وذلك حتى يستقر التعامل وهو هدف المشرع كما سلف البيان .

٥٣٨ — ولم يفرق نص المادة ٣٨٨ مدنى بين أنواع التقادم فى عدم جواز النزول مقدما على أى منها ؛ فسواء أكان التقادم عاديا أو قصيرا مدته خمس سنوات أو ثلاث أو حتى سنة واحدة فان هذا الحظر يؤدى الى أبطال مثل هذا لشرط .

ثانيا عدم جواز الاتفاق على تعديل مدة التقادم

٥٣٩ — واذا كان المشرع قد حظر الاتفاق على جواز النزول مقدما عن التمسك بالتقادم مراعاة لاستقرار التعامل وحتى لايفقد التقادم أساسه . فقد نص أيضا على عدم جواز الاتفاق على أطالة مدة التقادم أو على تقصيرها .

فمدد التقادم التى حددها القانون تعتبر من النظام العام ، ولا يترك تحديدها لمشيئة الافراد .

٥٤٠ — وقد كان التقنين المدنى السابق لايشتمل على نص فى هذه المسألة . فكان الفقه والقضاء يسيران على ماجرى عليه القضاء فى فرنسا(١) . الذى يحرم الاتفاق على أطالة مدة التقادم لانه ضد مصلحة المدين .

وقد أتى التقنين المصرى الحالى بنص صريح فى هذا الموضوع استمده من المشروع الفرنسى الايطالى ونص على تحريم الاتفاق على اطالة مدة التقادم أو تقصيرها ، واعتبر مدة التقادم التى حددها القانون ملزمة للطرفين ولايجوز الاتفاق على تعديلها(٢) .

---

(١) استئناف مختلط ١٩٠٥/٢٣ بلتان س ١٧ ص ١٢٣ .
(٢) المذكرة الايضاحية للاعمال التحضيرية لمشروع القانون المدنى ج ٣ ص ٣٤٥ .

٥٤١ — وقد راعى المشرع فى هذا المنع ان الاتفاق على أطالة مدة التقادم الى آجال بعيدة يؤدى عملا الى النزول مقدما عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ؛ وهذا مما لا يجوز بصريح نص المادة ٣٨٨ مدنى .

ولا يفهم من هـذا المنـع أن مدة التقـادم قد لا تطول بطريق أخرى . فقد نص القانون على وقف سريان التقادم أو انقطاع سريانه أذا قامت موانع أو أسباب تؤدى الى هذا الوقف أو الانقطاع .ولاشك أن التقادم يطول بمقدار المدة التى وقف فيها سريانه أو بمقدار المدة التى يبقى فيها سبب الانقطاع نافذ الاثر . ولا يدخل أى من ذلك فى الحظر الوارد فى المادة ٣٨٨ مدنى لانه ينبثق عن نص فى القانون يؤدى الى ذلك وليس الى اتفاق الطرفين وهو الامر الذى حرمه القانون سواء تعلق باطالة المدة أم بتقصيرها .

ثالثا : جواز النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه :

٥٤٢ — أذا أكتملت مدة التقادم ؛ أصبح فى استطاعة المدين ان يدفع بسقوط الدين بالتقادم .كما يصبح فى أستطاعته أيضا النزول باختياره عن التمسك بهذا الدفع ؛ أذ ليس فى هذا النزول أهدار للحماية التى أسبغها عليه القانون ولايؤدى الى عدم استقرار المتعامل .

٥٤٣ — ولم يحدد نص المادة ٣٨٨ من القانون المدنى كيفية هذا النزول عن التقادم .

فقد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا . وفى الحالة الاولى ، ليس هناك شكل محدد لهذا النزول الصريح ، أو عبارات خاصة يلزم أفراغه فيها . بل يجوز بكل عبارة تؤدى الى معنى النزول ؛ سواء فى ذلك أكان هذا النزول الصريح مكتوبا فى ورقة أم شفويا ؛ أذ يمكن أثباته بكافة طرق الاثبات القانونية الخاصة بالمسائل التجارية .

٥٤٤ — أما النزول الضمنى فتستخلصه المحكمة من ظروف الدعوى

وملابساتها . فقد يتعمد المدين فى حالة رفع الدعوى ضده أغفال الدفع بالتقادم ويفهم من موقفه أنه لايريد الاتجاه الى هذا الدفع(١) .

والقاعدة العامة للنزول عن التقادم أن قاضى الموضوع هو الذى يقرر ما اذا كان يستخلص من موقف المدين ما يستفاد حتما أنه قد نزل عن الدفع بالتقادم ؛ ولا يفترض ذلك عند الشك ، لان النزول عن الحق لايفترض .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن المنازعة فى وجود الدين لا تمنع من التمسك بالتقادم ؛ فهو دفع لا يجوز ابداؤه أحتياطيا ؛ كما يجوز التمسك به أصلا ؛ ولا يفهم من المنازعة فى وجود الدين أنها تتضمن نزولا عن التمسك بالتقادم(٢) .

كما قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن النزول عن التقادم يجب أن يكون واضحا لا غموض فيه . فسكوت المدين عن التمسك بالتقادم بالنسبة الى الفوائد أمام محكمة أول درجة لا يعتبر نزولا ضمنيا عن التقادم اذا كان قد أنكر أصل الدين ذاته (٣) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضا بأن رضاء المدين بالحجز على ماله وبيعه يعتبر نزولا ضمنيا عن التمسك بالتقادم(٤) .

٥٤٥ — هذا وقد اشترطت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ مدنى أن يكون المدين الذى ينزل عن حقه فى التمسك بالتقادم ؛ مالكا للتصرف فى حقوقه بمعنى أنه لا تكفى أهلية الادارة ؛ بل يجب أن يكون أهلا للتصرف . فأهلية الادارة لا تكفى ليقوم المدين باستبقاء دين فى ذمته كان يستطيع أسقاطه .

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ج ٣ ص ٣٤٥ .
(٢) ١٢/٢٥ «١٩٤٤» المجموعة الرسمية س ٤٧ رقم ٣٥ .
(٣) ١٩٢٤/١/٢٩ بلتن س ٣٦ ص ١٧٩ .
(٤) ١٩٤١/١٢/١٦ بلتن س ٥٤ ص ٢٥ .

كما لم يشترط القانون أن يكون المدين أهلا للتبرع لانه لا ينشىء دينا جديدا ؛ ولذلك فان المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى الحالى لم تكن دقيقة عندما قالت فى ذلك : —

« ويعتبر التنازل بمنزل التبرع ؛ وأن لم ينطو فيه حقيقة الافتقار ويتفرع عن ذلك وجوب توافر أهلية التبرع فيمن يصدر منه التنازل(١) » .

لانها تتعارض مع صراحة النص . ولذلك يلزم الاخذ بالنص الصريح واهمال ماورد بتلك المذكرة .

٥٤٦ — ويترتب على ذلك ان الصغير والمحجور لا يستطيع أى منهما أن ينزل عن حقه فى التمسك بالتقادم ؛ كذلك لا يستطيع الوصى أو القيم أن ينزل عن حق الصغير أو المحجور فى التمسك بالتقادم من غير اذن المحكمة . ولا يستطيع الوكيل النزول عن التمسك بالتقادم الا أذا أعطى توكيلا خاصا يعطيه هذا الحق .

٥٤٧ — وهناك حالة لاينزل فيها المدين عن حقه فى التمسك بالتقادم بل ينزل عن المدة التى انقضت فى تقادم لم يكتمل . وهو نزول صحيح فيما يتعلق بتلك المدة التى انقضت ولا شأن له فيما يتعلق بالمدة الباقية لدخولها فى الحظر الذى لا يجيز التنازل عن مدة مستقبلة لم يثبت للمدين حق فيها .

وبالنزول عن المدة التى انقضت يبدأ تقادم جديد يسرى من وقت النزول ؛ ولايعتد بالمدة المنقضية فى حساب التقادم الجديد

وتكييف هذا النوع من النزول هو قطع التقادم عن طريق أقرار

---

(١) ج ٣ ص ٣٤٥ .

المدين بحق الدائن ؛ ويطبق فى شأنها ما سبق ذكره خاصا بالاقرار الصادر من المدين ؛ وهل هو سبب من الاسباب العامة لقطع التقادم يترتب عليه بدء تقادم جديد من ذات التقادم السابق عليه أم من قبيل الاقرار بالدين بسند منفرد ؛ له استقلاله التام عن صك الدين وله الكفاية الذاتية التامة . ويترتب عليه بدء سريان تقادم جديد مخالف للتقادم الخمسى السابق عليه وتكون مدته خمس عشرة سنة باعتباره تقادما عاديا • ونحيل اليها منعا من التكرار •

رابعا عدم نفاذ النزول فى حق الدائنين اذا اضربهم

٥٤٨ — سبق أن أوضحنا عند الكلام عن الاشخاص الذين يجوز لهم التمسك فى مواجهة حامل الورقة بسقوط حقه بالتقادم الخمسى ؛ أن من بين هؤلاء دائنى المدين . حكمه فى ذلك حكم التقادم الخاضع لاحكام القانون المدنى رغم جواز توجيه يمين من الحامل الى مدينه •

وقلنا ان دائنى المدين يستعملون فى ذلك حقوق مدينهم عن طريق الدعوى غير المباشرة طبقا لنص المادة ٢٣٥ مدنى اذا بهم من مصلحة فى استبعاد دين يزاحم ديونهم . ولا يجوز حرمانهم من حق خوله لهم القانون •

٥٤٩ — وقد جاءت أحكام المادة ٣٨٨ مدنى متسقة مع أحكام المادة ٣٨٧ منه حينما نصت على عدم نفاذ النزول عن التقادم فى حق الدائنين اذا صدر اضرارا بهم . اذ متى نزل المدين عن التقادم صراحة أم ضمنا كان نزوله هذا تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد لا حاجة فيه الى قبول الدائن ؛ وأصبح ملزما له لا يستطيع الرجوع فيه(١) • وبقى الدين فى ذمته على نحو بات بعد أن كان مهددا بالسقوط عن طريق الدفع بالتقادم •

---

(١) استئناف مختلط ١٩٢٣/٦/١٢ بلنان س ٣٥ ص ٥٠٣ •

فاذا ترتب على هذا النزول من جانب المدين اعساره أو زيادة فى اعساره طبقا لنص المادة ٢٣٧ مدنى جاز لدائنيه الطعن على هذا النزول بالدعوى البوليصية ؛ فاذا كان المدين موسرا حتى بعد النزول عن التقادم فلا شأن لدائنيه بهذا النزول مادامت حقوقهم مكفولة .

٥٥٠ — وسبق أن ذكرنا أن الأهلية الواجب توافرها عندما ينزل المدين عن التقادم هى أهلية التصرف لا أهلية التبرع ؛ ولذلك يشترط لعدم نفاذ هذا التصرف — النزول — فى حق الدائنين أن يكون منطويا على غش منه وأن يكون الدائن الذى صدر النزول لمصلحته على علم بهذا الغش تطبيقا لما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من القانون المدنى التى تنص على أنه : « اذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ؛ ويكفى لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين اذا كان قد علم أن هذا المدين معسر » .

٥٥١ — والطعن من جانب دائنى المدين بعدم نفاذ نزوله عن التقادم فى حقهم لما ترتب عليه من الاضرار بهم ؛ قاصر على التقادم العادى الذى لا يبنى على قرينة الوفاء .

أما تقادم الحق الناشىء عن الاوراق التجارية وهو مؤسس على قرينة الوفاء فان نزول المدين فى الدعوى الصرفية عن الدفع بالتقادم نزولا صريحا أم ضمنيا لا يجيز لدائنيه الطعن فى هذا النزول بالدعوى البوليصية — طبقا لما سبق بيانه — لأن التقادم هنا مبنى على قرينة الوفاء ، وقد انتفت هذه القرينة بنزول المدين عن التقادم(١) .

---

(١) الدكتور عبد المنعم البدراوى المرجع السابق فقرة ٨٢ .

أما فى الحالة التى يقتصر فيها المدين على عدم التمسك بالتقادم فان من حق دائنيه التمسك به نيابة عن مدينهم عن طريق الدعوى غير المباشرة على ما سلف بيانه •

وفى هذه الحالة يوجه القاضى اليمين الى المدين الى الدائن •

خامسا : هدم قرينة الوفاء

٥٥٢ — لما كان التقادم فى الحقوق الناشئة عن الاوراق التجارية يقوم على قرينة الوفاء ، فان للمحكمة أن تستخلص من ظروف الدعوى ، ومن دفاع المدعى عليه الذى يتمسك بالدفع بالتقادم ، ما يفيد هدم تلك القرينة ، وانهيار الاساس الذى يقوم عليه التقادم الخمسى • اذ يعد ذلك من قبيل نزول المدعى عليه عن التقادم نزولا قاطعا فى نفى تلك القرينة •

وهذه صورة متميزة يختص بها التقادم الخمسى الخاص بالحقوق الناشئة عن الاوراق التجارية ، ويشاركه فى تلك الميزة كافة الحقوق التى تتقادم بسنة واحدة والمنصوص عليها فى المادة ٣٧٨ من القانون المدنى•

وبالاضافة الى ما تقدم فان المادة ١٩٤ من المجموعة التجارية قد أجازت للدائن طلب توجيه يمين الى المدين المدعى عليه بأنه سدد الدين المطالب به ، فاذا نكل عن أداء اليمين أوردها على الدائن فحلفها كان ذلك هدما لقرينة الوفاء ، وترتب عليه سقوط حق المدين فى التمسك بالدفع بالتقادم •

ونفصل فيما يلى كلا من هاتين الحالتين •

١ — أقوال أو أفعال تهدم قرينة الوفاء

٥٥٣ — قد يصدر من المدين المدعى عليه فى الدعوى الصرفية أثناء المرافعة أقوال أو أفعال تستخلص منها المحكمة نقض قرينة الوفاء . وان ذمته مازالت مشغولة بالدين المدعى به . وعلى ذلك تقضى المحكمة برفض الدفع المبدى منه بتقادم الحق لانهيار الاساسى الذى يقوم عليه هذا التقادم وهو قرينة الوفاء .

وقد تأتى هذه الأقوال أو الأفعال فى صورة اقرار بالدين صريحا كان أم ضمنيا . طالما يفهم منه أنه لم يف بالدين المطلب به وفاءا فعليا أى نقدا(١) .

٥٥٤ — ولا نؤيد الرأى الذى ندى به الاستاذ Fontaine والذى يتلخص فى عدم حرمان المدين من الدفع بالتقادم اذا بدأ دفاعه بالادعاء بانقضاء الدين بأى سبب لانقضاء الالتزامات كالوفاء الفعلى والمقاصة والابراء والتجديد ، اذ لا يتطلب المشارع فى رأيه من هذا المدين الحلف على أنه وفى الدين وفاءا فعليا بل اكتفى منه بالحلف على أنه لم يكن فى ذمته شىء من الدين ، وبذلك فلا تعارض والحال كذلك بين قرينة الوفاء والتمسك بأحد هذه الأسباب . وانما يقع التعارض اذا أنكر المدين الدين أو ادعى بطلانه أو صوريته(٢) .

٥٥٥ — وهذا الذى يقول به الاستاذ Fontaine مخالف للرأى السائد فى الفقه والقضاء اذ يفرق بين حالتين لا يجوز التفرقة بينهما ، اذ العبرة فى التمسك بالتقادم قيامه على قرينة الوفاء ، فاذا قوضت تلك القرينة اما بانكار المدين الدين واما بادعائه بانقضائه بأى سبب من أسباب الانقضاء ، فان النتيجة المنطقية لكل ذلك هو نقض قرينة الوفاء وانهيار

---

(1) Lescot, et. Roblot. N. 738. Lyon Caen. et. Renault. N. 457.
(2) Fontaine. N 1107.

الدفع بسقوط الحق بالتقادم تبعا لذلك .

٥٥٦ — وقد استقر القضاء فى فرنسا ومصر على رفض الدفع بسقوط الحق بالتقادم فى الاحوال الآتية :

١ — اذا أنكر المدين الدين المدعى به ؛ وثبت للمحكمة وجود هذا الدين فلجأ المدين الى التمسك بالتقادم .

اذ أن انكاره أولا يفيد عدم قيامه بالوفاء ؛ وفى هذا ما يهدم القرينة(١) .

٢ — اذا دفع المدين بجانب الدفع بالتقادم ببطلان الدين المدعى به لانعدام سببه أو لانعدام مشروعيته(٢) . أو اذا تمسك المدين بصورية الدين(٣) .

٣ — اذا دفع المدين فضلا عن الدفع بالتقادم بانقضاء الدين المدعى به . بسبب آخر الوفاء الفعلى كالتجديد(٤) أو المقاصة(٥) أو الابراء(٦) .

---

(1) Cass. 30.7.1900. D. 559-1-1900, 10.3.1937. S. 167-1-1937.
ومحكمة مصر الكلية الوطنية ١٩٣١/٤/١٥ المحاماه س ١١ ص ١٠٧٢ رقم ٥٤٧ .

(٢) مصر الكلية الوطنية الحكم السابق ومصر الجزئية الوطنية ١٩٤٠/٤/١٥ سبقت الاشارة مرات عديدة .

(٣) مصر التجارية الجزئية السابق الاشارة اليه .

(4) Cass. 7.3.1856. S. 228-1-1866.
ومحكمة مصر التجارية الجزئية الوطنية ١٩٤٠/٤/٢٥ المحاماه س ٢١ ص ٨٣ رقم ٢٤ .

(5) Cass. 20.1.1894. S. 29-1-1890.
واستئناف مختلط ١٩٣٧/٥/٦ بلتان س ٤٣ ص ٣٧٥ .
ومصر الجزئية التجارية الوطنية ١٩٤٠/٤/٢٥ السابق الاشارة اليه .
واستئناف مختلط ١٩٢٠/٩/١٦ بلتان س ٣٢ ص ٣٥٦ .

(6) Cass. 20.1.1869. S. 140-1-1869.

٤ — اذا ادعى المدين أن الدين يتضمن فوائد ربوية (١) • أو أنه لم يطالب بالوفاء(٢) أو اذا أنكر امضاءه على سند الدعوى أو ادعى تزويره(٣) •

٥٥٧ — وفى مقام نقض القرينة الحالة التى يحكم فيها بشهر افلاس المدين قبل تمام مدة التقادم ، اذ لا يحوز لوكيل التفليسة أن يتمسك بالتقادم بعد تمامه لأن الافلاس يحول بين المدين وبين الوفاء بديونه(٤) •

هذه صور عرضت على القضاء واستخلص منها هدم قرينة الوفاء ورفض الدفع بالتقادم تبعا لذلك •

ولا حصر للصور التى تستخلص منها المحكمة ما يفيد نقض تلك القرينة توصلا لرفض الدفع بالتقادم طالما لا توجد مغالاة فى هذا الاستخلاص ، فلا يقبل لمثلا لهدم قرينة الوفاء اذا بدأ المدعى عليه دفاعه بالدفع بعدم اختصاص المحكمة (٥) • أو بابداء استعداده لاثبات التخالص(٦) • أو اذا طعن فى صحة التظهير الذى حصل للحامل(٧) •

٢ — نقض القرينة بالنكول عن الحلف

٥٥٨ — اذا وجه الحامل اليمين الى المدين المدعى عليه بعد دفع الأخير بسقوط الحق المدعى به بالتقادم فنكل عن اليمين أوردها على الحامل فحلف بأنه لم يستوف الدين المدعى به ، وأن المدين مازالت ذمته

---

(١) استئناف مختلط ١٩٣٤/١/٣١ بلتان س ٦ ص ١٤٥ •
(٢) استئناف مختلط ١٩٣٣/٣/٨ بلتان س ٤٥ ص ١٩٥ •
(٣) استئناف مختلط ١٩٣٩/٢/١٠ بلتان س ٤٩ ص ١٠٦ •
(٤) استئناف مختلط ١٩٢٨/٢/١ بلتان س ٤٠ ص ١٧٠ •
5) Fontaine. N. 1110.
(٦) استئناف مختلط ١٨٩١/١٢/٢ بلتان س ٤ ص ٢٨ •
(٧) استئناف مختلط ١٩١٨/١/٢٣ بلتان س ٣٠ ص ١٧٥ •

مشغولة بالدين كان ذلك هدما لقرينة الوفاء ، وتعين على المحكمة رفض الدفع بالتقادم(١) .

وهدم القرينة على هذا النحو مقرر بنص المادة ١٩٤ تجارى ولا يجوز للدائن المدعى أن يقوض تلك القرينة القانونية بالبينة أو بقرائن أخرى ، ولا يكون أمامه اذا اراد التوصل الى هدم القرينة الا طلب توجيه اليمين الى المدعى عليه . فاذا طلب المدعى من المحكمة احالة الدعوى الى التحقيق لاثبات عدم التخالص بالبينة أو اذا طلب استجواب المدعى عليه ليحصل على اعتراف منه بعدم وقوع الوفاء أو اذا طلب الزام المدعى عليه بتقديم دفاتره التجارية لبيان أن قيمة الورقة غير مستنزلة فيها ، فلا يستطيع بهذه الطلبات هدم قرينة الوفاء .

اذ الامر فى نقضها راجع فقط الى أقوال أو أفعال صادرة من المدعى عليه تستخلص منها المحكمة نقض تلك القرينة أو الى سلوك الطريق التى رسمتها المادة ١٩٤ تجارى بطلب توجيه اليمين الى المدين(٢) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم لها بجلسة ١٩٢٠/٤/١٤ بأنه : « اذا نص فى ورقة تجارية على أن المدين لا يبرأ الا برد الورقة اليه موقعا عليها من الحامل بالتخالص ، فلا يعمل بهذا الشرط بعد اكتمال مدة التقادم ، فيجوز اذن للمدين التمسك بالتقادم بعد اكتمال مدته على الرغم من وجود الشرط المذكور اذ لا تنتفى قرينة الوفاء الا بالنكول عن اليمين »(٣) .

---

(١) استئناف مصر الوطنية ١٩٣٠/٢/٤ المحاماه س ١٠ ص ٦٧٦ رقم ٣٢٨ واستئناف مختلط ١٩٤٢/١٢/١٦ بلتان س ٥٥ ص ١٦ .

(٢) Lescot, et, Roblot. N. 736. ، محمد على راتب رقم ٦٨٥ — محسن شفيق رقم ١٠٤٢

Cass. 9.3.1868. D. 1104-1-1868.

(٣) بلتان س ٣٢ ص ٢٧٥ .

كما قضت المحكمة المذكورة فى ذات التاريخ بأنه : « اذا نكل المدين عن اليمين المنصوص عليها فى المادة ٢٠١ تجارى مختلط ولم تكتف المحكمة بذلك للحكم عليه بالدين وانما أمرته بتقديم دفاتر للتأكد من عدم وقوع الوفاء عتبر ذلك خطأ منها فى تطبيق القانون » • كما قضت محكمة اطسا الجزئية ١٩٢٧/٤/٢٧ بأنه : « اذا لم يحصل الدائن على اعتراف مدينه بالدين بسند منفرد فليس له اذا دفع المدين بسقوط الحق بالتقادم سوى تحليف المدين • لذلك اذا طلب أن يثبت بالبينة أو بالقرائن ان مدينه لم يدفع الدين فطلبه غير مقبول ، وكذلك لا يقبل منه طلب استجواب مدينه أملا فى الحصول على اعتراف منه ببقاء ذمته مشغولة بالدين (١) •

وكذلك قضت محكمة دمياط الجزئية بجلسة ١٩٢٩/٩/٥ بأنه «اذا دفع المدين بسقوط الحق فى المطالبة بسند تحت الاذن بمضى خمس سنوات وادعى الدائن ان المدين سدد جزءا من الدين وطلب اثبات ذلك بالبينة • كان من الواجب رفض طلبه وليس للدائن فى هذه الحالة الا توجيه اليمين المنصوص عليها فى المادة ١٩٤ تجارى اذا شاء »(٢) •

وقضت محكمة مصر التجارية الجزئية الوطنية فى حكمها الصادر فى ١٩٤٠/٤/١ بأنه : « اذا دفع المدين بسقوط الحق فى المطالبة بمضى المدة ولم يصدر منه ما يفيد تنازله عن التمسك بهذا الدفع أو ما يدحض قرينة الوفاء فليس للدائن طلب استجوابه للوصول الى اقرار بعدم التخالص كما لا يجوز له أن يثبت عدم التخالص بالبينة أو بقرائن الأحوال أو بتقديم دفاتر المدين للاطلاع عليها لمعرفة ما اذا كانت قيمة السند مسددة بهـا من عدمه • وانما كل ما له أن يوجـه اليه يمين

---

(١) المحاماه السنة ٧ ص ٧٤٨ رقم ٤٥١ .
(٢) المحاماه السنة ٩ ص ٢٩٤ رقم ١٦٣ .

الاستيثاق فان حلفه سقطت دعواه وان نكل عنها دحض هذا النكول وجود قرينة الوفاء والتزم بالدين »(١) .

وقضت محكمة الاسكندرية التجارية الجزئية الوطنية فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٤٠/١٢/١٥ بأن : « التقادم الخمسى فى الاوراق التجارية مبنى على قرينة الوفاء ، فتدحض هذه القرينة بطريق اثبات واحدة هى توجيه اليمين الحاسمة من الدائن ، ولا تدحض بقرينة أخرى »(٢) .

٥٥٩ — وبذلك نكون قد استعرضنا أقوال الفقه وأحكام القضاء التى تقصر نقض القرينة على الحالتين سالفتى الذكر دون غيرهما من طرق الاثبات .

ولا محل للقول بأن ذلك يخالف قواعد الاثبات فى المسائل التجارية والتى تبيح للدائن أو المدين حرية أكبر فى الاثبات من بينهما البينة والقرائن ، اذ اننا أمام نص صريح حددته المادة ١٩٤ تجارى ورسمت طريقا وحيدا أمام الدائن لنفى القرينة .

٥٦٠ — أما المدين فيخضع لاحكام القواعد العامة فى النزول عن التقادم نزولا يؤدى الى نقض قرينة الوفاء باعتباره اقرارا ضمنيا بالدين . وهناك العديد من الاحكام التى اعتبرت أوجه الدفاع التى يبديها المدعى عليه من قبيل النزول عن التمسك بالتقادم ونقض قرينة الوفاء على النحو السابق ايضاحه .

ويصبح الامر واحدا سواء بالنسبة للتكول عن اليمين أو للنزول عن التمسك بالتقادم باعتبار أن كلا منهما يتضمن اقرارا ضمنيا بعدم الوفاء يترتب عليه رفض الدفع بالتقادم لانهيار قرينة الوفاء(٣) .

---

(١) المحاماه س ٢٠ ص ٨٧٠ رقم ٣٣٨ .
(٢) المحاماه س ٢١ ص ١٨٤ رقم ٢٦٦ .
(3) Lescot, et, Roblot. N. 736.

الفرع الثالث

حلف اليمين

٥٦١ — الاصل أن المدين يملك الدفع بالتقادم الخمسى ؛ طالما تمسك بهذا الوضع ولم تستخلص المحكمة من أقواله أو أفعاله ما يفيد تنازله عن التقادم فتقضى بقبول هذا الدفع وبسقوط حق حامل الورقة بالتقادم .

وقد أجاز القانون التجارى لحامل الورقة الذى يدفع فى مواجهته بسقوط حقه بالتقادم أن يدحض قرينة الوفاء التى يقوم عليها التقادم الخمسى بطلب توجيه يمين الى المدعى عليه بأنه لم يكن فى ذمته شىء من الدين ، وذلك ليتوصل عن طريق نكول المدعى عليه عن الحلف الى هدم تلك القرينة ورفض الدفع بالتقادم .

٥٦٢ — وقد أشارت المادة ١٩٤ من القانون التجارى بعد أن تكلمت عن تقادم الحقوق الناشئة من الاوراق التجارية بمضى خمس سنين الى تلك اليمين بقولها : « وانما على المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين على أنه لم يكن فى ذمتهم شىء من الدين اذا دعوا للحلف وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شىء مستحق من الدين » .

٥٦٣ — وقد جاءت هذه العبارة فى ترجمتها العربية مخالفة للنص الفرنسى سواء بالنسبة للفظ « المدعى عليهم » أم بالنسبة الى ترتيب العبارة ، الامر الذى أدى الى خلاف فى الفقه والقضاء حول قصد الشارع من تلك العبارة ومدى استفادة حامل الورقة من توجيه اليمين الى باقى الملتزمين بالورقة التجارية كالضامن الاحتياطى .

ونفصل القول فى هذا الفرع موضحين طبيعة اليمين والشخص الذى توجه اليه وآثارها وذلك على النحو التالى :

أولا : طبيعة اليمين :

٥٦٤ — استقر الفقه والقضاء على أن اليمين التى توجه الى المدعى عليه أو الى ورثته أو الى من يقوم مقامه يمين حاسمة • ولذلك لا يجوز توجيهها الا بناء على طلب صريح من الدائن ، ولا تملك المحكمة توجيهها من تلقاء نفسها • اذ يفترض مدام حامل الورقة قد طلب توجيهها الى خصمه أن طرفى الخصومة قد تصالحا على حسم النزاع الذى شجر بينما بطريق أداء يمين حاسمة ، يترتب على أدائها أو النكول عنها الفصل فى النزاع المعروض(١) •

فقد نصت المادة ٤١٠ من القانون المدنى على أنه : « يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر ، على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين اذا كان الخصم متعسفا فى توجيهها •

ولمن وجهت اليه اليمين أن يردها على خصمه ، على أنه لا يجوز الرد اذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان ، بل يستقل بها شخص من وجهت اليه اليمين » •

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكمها الصادر بجلسة ١٩١٠/٤/٢٧ بعدم جواز توجيه هذه اليمين من المحكمة ، الامر الذى يفهم منه أنها اعتبرتها حاسمة (٢) •

ورغم ذلك فقد قضت ذات المحكمة بجلسة ١٩٢٠/١٢/٢٩ بحكم

---

(1) Lyon Caen, et, Renault, N. 454. Lescot, et, Roblot. N. 437. Fontaine. N. 1104.

وأمين بدر رقم ٨١١ — د • محسن شفيق رقم ١٠٣٦ ، دكتور سامى مذكور بند ٢١٠ •

(٢) بلتان س ٣٢ ص ٢٨٢ •

تناولت فيه تلك اليمين وتساءلت عما اذا كانت تعتبر يمينا حاسمة أم يمينا متممة ولم تفصل فى حكمها المذكور فى هذا التساؤل (١) .

ثم عادت المحكمة المذكورة واستقرت فى قضائها على اعتبار تلك اليمين يمينا حاسمة (٢) .

أما القضاء الوطنى فهو مستقر فى العديد من أحكامه على اعتبار تلك اليمين يمين حاسمة لا تستطيع المحكمة توجيهها الى المدعى عليه من تلقاء نفسها (٣) .

٥٦٥ — وقد تعرضت محكمة النقض المصرية لليمين التى يوجهها حامل الورقة التجارية طبقا لنص المادة ١٩٤ تجارى فى حكمين لها صدر الاول بجلسة ١٩٣٩/٤/٦ والثانى بجلسة ١٧ — ١١ — ١٩٤١ .

ففى الحكم الاول قالت المحكمة « تلزم المادة ١٩٤ تجارى من يتمسك بسقوط الحق فى دعوى المطالبة بالاوراق التجارية المبينة به بحلف اليمين على أنه لم يكن فى ذمته شىء من الدين ، فاذا نقض الحكم لتطبيق هذه المادة جاز اعادة القضية الى محكمة الاستئناف لتحليف المدين هذه اليمين لتحكم فى موضوع الدعوى بالغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى أو بتأييده على ما يقتضيه الحلف أو النكول عنه ثم تحكم فى المصاريف وأتعاب المحاماة فى الفرضين » (٤) .

---

(١) بلتان س ٣٣ ص ١٠٧ .
(٢) استئناف مختلط ١٩٣٠/٣/١٢ بلتان ٤٤ ص ٣٥٦ .
(٣) استئناف مصر ١٩٣٠/٢/٤ المحاماه س ١٠ ص ٦٧٦ ٣٢٨ .
مصر الكلية ١٩٣٠/٤/٩ المحاماه س ١٢ ص ٦٣٧ بند ٣٢٥ .
مصر الكلية ١٩٤٠/٤/١٥ المحاماه س ٢٠ ص ٧٦ بند ٥٠ .
محكمة اطسا الجزئية ١٩٢٩/٤/٢٧ المحاماه س ٧ ص ٧٤٨ بند ٤٥٢ .
اسكندرية التجارية الجزئية ١٩٤٠/١٢/١٥ المحاماه س ٢١ ص ٤٨٤ بند ٢١٦ .
القاهرة التجارية الجزئية ١٩٥٠/٣/٢ المحاماه ص ٣٨٦ بند ٨٣٠ .
(٤) المحاماه س ٢٠ ص ٥٣ رقم ٢٣ .

وجاء فى حكمها الثانى : « وحيث أن اليمين المنصوص عليها فى المادة ١٩٤ تجارى انما شرعت لمصلحة الدائن ، وذلك لتأييد القرينة القانونية وهى حصول الوفاء المستحق من مضى خمس سنوات على اليوم التالى لحلول ميعاد دفع الاوراق ، حتى اذا نكل المدين عن الحلف سقطت هذه القرينة لانه لا يكون للنكول من معنى فى هذه الحالة سوى عدم القيام بالوفاء ، فللدائن اذن أن يوجهها اذا أراد أو يمتنع عن ذلك اذا شاء ، ولا يجوز للمحكمة أن توجهها من تلقاء ذاتها ، فاذا اختار الدائن توجيه هذه اليمين وركن الى ذمة المدين ، وقبل المدين هـذا العرض وحلف اليمين الموجهة اليه فان المحكمة تكون ملزمة بأن تأخذ بها . كما لا يجوز للدائن أن يجدد النزاع بالارتكان على أدلة أخرى لاثبات حقه أو اثبات كذب اليمين التى اداها خصمه ، لأن اختياره لهذا الطريق من طرق الاثبات وقبول المدين ماعرضه عليه فى هذا الشأن هو بمثابة صلح ينعقد بين الطرفين ، على أن تكون نتيجة الدعوى معلقة على حلف اليمين أو النكول عنها ، وذلك مقابل تنازل الدائن عن كل دليل آخر يكون لديه ، ومن ثم فلا تقبل الدعوى التى يرفعها الدائن لاثبات كذب هذه اليمين أو للمطالبة بتعويض اذا استبان كذبها » (١) .

٥٦٦ — ويلاحظ على الفقرة الاخيرة لهذا الحكم التى لم تجز مطالبة الدائن بتعويض متى استبان كذب اليمين ، أن الحكم قد صدر فى ظل القانون المدنى السابق ، وقد صدر القانون المدنى الحالى ونص فى المادة ٤٨٣ منه « على أنه اذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى فان للخصم الذى أصابه ضرر منها أن يطالب بتعويض دون اخلال بما قد يكون له من حق فى الطعن على الحكم الذى صدر ضده » .

٥٦٧ — ويترتب على تكييف اليمين التى يوجهها حامل الورقة الى المدعى عليه فى دعوى الصرف بأنها يمين حاسمة أن توجيهها لا يكون

(١) المجاهد س ٢٢ ص ٤٧٦ رقم ١٦١ .

الا بناء على طلب صريح من الدائن رغم أن المادة ١٩٤ من القانون التجارى لم تحدد بصفة قاطعة صاحب الصفة فى توجيه اليمين بل قنعت بالزام المدعى عليهم بحلف اليمين « اذا دعوا للحلف » اذ أن الفعل فى هذه العبارة مبنى للمجهول و لايوضح من الذى يوجه اليمين للمدعى عليهم وهل هو حامل الورقة أم المحكمة •

٥٦٨ — كما يترتب على اعتبارها يمينا حاسمة أن الحامل وقد اختيارها طريقا لاثبات الدين ونفى قرينة الوفاء ، ليتوصل بذلك الى الحكم برفض الدفع بالتقادم ، لا يجوز له أن يختار طريقا آخر للاثبات عملا بنص المادة ٤١٤ من القانون المدنى التى تقضى بأن « كل من وجهت اليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها الى خصمه ، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه » (١) •

٥٦٩ — وأخيرا يترتب على اعتبار تلك اليمين حاسمة أنه يجوز لحامل الورقة توجيهها فى أية حالة كانت عليها الدعوى طبقا لنص المادة ٤١١ من القانون التى نصت فى فقرتها الاخيرة على أنه « ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة فى أية حالة كانت عليها الدعوى » •

ثانيا الخصم الذى توجه اليه اليمين

٥٧٠ — نورد فيما يلى مرة أخرى نص الفقرة التى تضمنت اليمين فى المادة ١٩٤ من القانون التجارى « وانما على المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين على أنه لم يكن فى ذمتهم شىء من الدين اذا دعوا الى الحلف وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا يمينا على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شىء مستحق من الدين » •

وقد عددت تلك الفقرة الاشخاص الذين توجه اليهم اليمين مع بيان نوع اليمين التى توجه الى كل طائفة منهم •

---

(١) استئناف مختلط ١٩٤٠/٤/٨ بلتان س ٥٤ ص ٢٦٠ .

فالمدعى عليهم فى الخصومة المطروحة امام القضاء يحلفون على أنه لم يكن فى ذمتهم شىء من الدين بينما يحلف من يقوم مقامهم أو ورثتهم بأنهم يعتقدون حقيقة أنه لم يبق شىء مستحق من الدين المدعى به •

ونتناول كل طائفة من هؤلاء على حدة لنحدد قصد الشارع بالنسبة للاشخاص الذين توجه اليهم اليمين مع بيان نوع اليمين التى توجه الى كل منهم •

١ — الطائفة الأولى :

٥٧١ — ذكرت الترجمة العربية لنص المادة ١٩٤ تجارى لفظ « المدعى عليهم » تحديدا منها للطائفة الاولى ممن توجه اليهم اليمين •

ولم تكن تلك الترجمة موفقة فى اختيار اللفظ الدال على المعنى المقصود من النص الفرنسى لتلك المادة Les prétendus débiteurs وهو اللفظ الذى أورده الشارع التجارى المختلط فى المادة ٢٠١ منه كما أنه اللفظ الوارد بنص المادة ١٨٩ من القانون التجارى الفرنسى القديم •

والترجمة الدقيقة لهذا اللفظ هى « المدينين المزعومين » وهم المدين فى الورقة التجارية كالساحب والمحرر والمسحوب عليه القابل والمظهر •

بينما يتسع اللفظ الوارد فى الترجمة العربية للمادة ١٩٤ تجارى الى جواز توجيه اليمين الى الضامن الاحتياطى باعتباره أحد المدعى عليهم فى الدعوى المطروحة ، ولكنه لا يعد من قبيل المدينين المزعومين •

٥٧٢ — وكان للاختلاف بين الترجمة العربية لنص المادة ١٩٤ تجارى

عن الاصل الفرنسى لها فى خصوص هذا اللفظ صدى فى بعض الاحكام التى صدرت فى مصر والتى غلبت الصيغة الفرنسية على أساس أن المجموعة التجارية وضعت أصلا باللغة الفرنسية ثم ترجمت بعد ذلك باللغة العربية ومن ثم فان تغليب العبارة الفرنسية على الترجمة العربية لها أقرب الى تفسير نية الشارع •

ولم تسأ تلك الاحكام تبعة ذلك أن تجيز توجيه اليمين الى أى ملتزم بالالتزام الصرفى لا يكون مدينا أصليا بالورقة التجارية •

فقد قضت محكمة استئناف مصر بجلستها المنعقده يوم ١٢/٨/ ١٩٢٧ بأنه :

« اذا كان السند تحت الاذن تجاريا ودفع المدين بسقوط الحق فى اقامة الدعوى بمضى خمس سنوات فليس للدائن أن يطلب توجيه اليمين المنصوص عليها فى المادة ١٩٤ تجارى الى الضامن لانه يؤخذ من المادة المذكورة أن هذه اليمين لا توجه الا الى المدين أو الى من يقوم مقامه » (١) •

وتطبيقا لهذا الحكم سمحت المحكمه بتوجيه اليمين الى الساحب والمسحوب عليه القابل والمظهر ومنعت توجيهها الى الضامن الاحتياطى والكفيل لانهما لا يستطيعان التثبت من براءة ذمتهما أو انشغالهما الا بعد التحقق من قيام المديونية أو انقضائها بالنسبة للمضمون أو المكفول • واذا كنت اليمين لا ترد على واقعة متصلة بشخص من توجه اليه كان من غير المقبول أن يطلب الى الكفيل أو الضامن أن يحلف على أنه لم يعد مدينا بالالتزام •

٥٧٣ — وقد انتقد الفقه المصرى هذا الاتجاه من جانب القضاء

---

(١) راجع مجموعة رسمية ٢٩/٩٤ م.

لانه يؤدى الى تجزئة أحكام التقادم الخمسى اذ يترك لشريق من الاشخاص فرصة الدفع فى مواجهة الدائن بالتقادم الخمسى بينما يعطل حق الدائن فى مقابلة هذا الدفع بطلب توجيه اليمين •

بالاضافة الى أن هذا الرأى يتنافى مع قصد الشارع الذى يريد تمكين الحامل من تأييد قرينة الوفاء بتوجيه اليمين الى الملتزم الذى يتمسك قبله بالتقادم(١) •

٥٧٤ — ونرى أن هذا الاتجاه من جانب القضاء المصرى لا يفسر نية الشارع تفسيرا سليما • فقد فسر الفقه والقضاء فى فرنسا بالنسبة لتفسير نص المادة ١٨٩ تجارى فرنسى — وهى مماثلة للصيغة الفرنسية للمادة ١٩٤ تجارى مصرى والذى استند اليها القضاء المصرى فى الحكم المشار اليه — على جواز توجيه اليمين الى كل ملتزم فى الورقة التجارية ما دام من حقه التمسك بالتقادم الصرفى فى مواجهة الحامل سواء فى ذلك أكان مدينا بالورقة أم كفيلا(٢) •

ولا مقنع فيما ذهب اليه الحكم المعارض من أن اليمين لا ترد الا على واقعة متصلة بشخص من توجه اليه ، اذ أن اليمين الواردة فى المادة ١٩٤ تجارى تختلف باختلاف الشخص الذى توجه اليه ، فاذا كان مدينا بالالتزام فان صيغة اليمين تنصب على أنه لم يكن فى ذمته شىء من الدين ، أما اذا كان كفيلا أو ضامنا احتياطيا فانه يعد من قبيل من يقوم مقام المدين الاصلى وتكون اليمين الموجهة اليه على أنه يعتقد حقيقة أنه لم يبق شىء مستحق من الدين •

فاذا أضفنا الى ما تقدم أن المادة ٤١١ من القانون المدنى بعد أن

---

(١) • أمين بدر رقم ٦١٩ — د • محسن شفيق بند ١٠٣٣ •
(2) Lescot, et, Roblot. T. 2 P. 205. Cass. 10.3.1937. S. 187-1-1937.
حيث قضى الحكم المذكور بجواز توجيه اليمين الى الضامن الاحتياطى •

أوردت الاصل العام فى توجيه اليمين الحاسمة على النحو السابق بيانه من أنها لا ترد الا على واقعة متصلة بشخص من توجه اليه أضافت فى فقرتها الثانية : « فان كانت غير شخصية له انصبت اليمين على مجرد علمه بها »

وبذلك يمكن توجيه اليمين الى الكفيل أو لضامن الاحتياطى بتلك الصورة(١) .

فلا يشترط اذن أن يكون موضوع اليمين وقوع الوفاء من الخصم المدعى عليه شخصيا بل يجوز أن يحلف على وقوع الوفاء من ملتزم آخر ليس خصما فى تلك الدعوى طالما أدى هذا الحلف الى ابراء ذمته من الدين المدعى به(٢) .

٥٧٥ — وقد عبرت الصيغة الفرنسية المادة ١٩٤ تجارى عن اليمين التى يحلفها المدين بقولها « qu'il n'est plus redevable »

ويرى الاستاذ محمد على راتب — بحق — أن حلف اليمين بمعرفة المدين طبقا لتلك الصيغة يتعارض مع قرينة الوفاء التى يقوم عليها الدفع بسقوط حق المطالبة . لان عبارة « لم يكن فى ذمته شىء من الدين » تحمل فى معناها انقضاء الدين بسبب من أسباب الانقضاء كالمقاصة أو استبدال الدين بغيره وابراء المدين ، ولا تقتصر فى معناها على انقضاء الدين بالوفاء أى بالتخالص . ومن ثم فالمدين الذى يدعى انقضاء الدين بالابراء أو بالمقاصة مثلا يحلف صحيحا اذا قال أنه لم يكن فى ذمته شىء من الدين ، وكان يتعين أن تكون صيغة الحلف « أقسم بالله

---

(٢) صدر قانون الاثبات فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ سنة ١٩٦٨ ليحل محل الباب السادس من الكتاب الاول من القسم الاول من القانون المدنى والخاص بالاثبات وتكلم عن اليمين فى المواد من ١١٤ — ١٣٠ بما لا يخرج عن النصوص الواردة فى القانون المدنى .

(1) Lescot, et, Roblot. N. 737.

العظيم أنى أوفيت نقدا قيمة الصك المرفوع به الدعوى »(١) •

٥٧٦ — ويرى الاستاذ Fontaine رأيا آخر خالف به جمهور الفقهاء فهو لا يشترط الحلف على حصول الوفاء نقدا اذ يجوز فى نظره — كما سبق القول — التمسك بالتقادم ولو دفع المدين بانقضاء الدين بسبب غير الوفاء الفعلى كالمقاصة أو التجديد أو الابراء(٢) •

وسبق لنا عند الكلام على النزول الضمنى عن التقادم أن فندنا هذا الرأى وأوضحنا أن دفع المدين بانقضاء الدين بالمقاصة أو الابراء يؤدى الى تنازله عن التمسك بالدفع بالسقوط للتقادم ، لما يتضمنه من هدم قرينة الوفاء باعتبارها الاساس الذى ينبنى عليه التقادم الخمسى •

٥٧٧ — أما اذا كانت اليمين موجهة الى شخص ملتزم صرفيا بالدين باعتباره ضامنا وليس مدينا فعليه أن يحلف على مجرد علمه بوقوع الوفاء من الغير اعمالا لنص المدة ٤١١ مدنى سالفة الذكر •

ويضع الاستاذ محمد على راتب صيغة لهذه اليمين بقوله « أقسم بالله العظيم أنى أعتقد حقيقة أنه لم يبق فى ذمة موكلى أو القاصر أو المحجور عليه أو المورث شىء مستحق من الدين »(٣) •

ويضيف أنه « لا يجوز توجيه يمين الاستيثاق فى صيغة أخرى غير الصيغة المبينة فى القانون ، وعلى ذلك لا يعتبر ناكلا عن حلف اليمين الذى يرفض حلف اليمين الموجهة اليه بصيغة أخرى غير الصيغة التى نص عليها القانون »(٤) •

---

(١) بند ٦٦٤ •

(2) N. 1107.

(٣) بنـد ٦٦٤ •
(٤) بند ٦٦٦ •

٥٧٨ — ويجيز الرأى الراجح للخصوم أن يتفقوا على صيغة لليمين تختلف عن الصيغة الواردة بالمادة ١٩٤ تجارى(١) • ولا يجوز للمحكمة تعديل تلك الصيغة المتفق عليها الا اذا رأت أنها غير قاطعة فى وقوع الوفاء من المدين أو علمه بوقوعه من الغير أو جاءت فى صورة تجعلها اقرب الى الاستجواب منها الى اليمين المباشرة(٢) •

أما اذا لم يتفق الخصوم على صيغة لليمين تؤدى الغرض الذى قصده المشارع من توجيهها • وجب التقيد بالصيغة الواردة بالنص • ولا يعد المدعى عليه ناكلا عن اليمين اذا أصر على أدائها بالصيغة القانونية دون غيرها من الصيغ التى يقدمها المدعى(٣) •

٢ — للطائفة الثانية :

٥٧٩ — ذكرت المادة ١٩٤ تجارى لفظ « أو ورثتهم » لتواجه الحالة التى يرفع فيها الحامل دعوى الرجوع على ورثة مدينه الملتزم بالصك ، ودفع أولئك المدعى عليهم الدعوى بسقوط حق الحامل بالتقادم الخمسى • فاذا وجه الحامل اليهم اليمين طبقا لما تقضى به تلك المادة فلا يتصور أن يحلفوا كما كان ينبغى أن يحلف مورثهم ؛ اذ ليس فى مكنتهم الجزم بأن ذمة هذا المورث بريئة من الدين المدعى به •

ولذلك ذكر المشرع أنهم يحلفون على « أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شىء مستحق من الدين » •

وتكييف هذه اليمين أنها بمين علم حكمها فى ذلك حكم اليمين

---

(١) Lescot, et, roldot - N 337 ؛ ومحسن شفيق رقم ١٠٢٣ استئناف مختلط ١٩٢٢/٥/٣ بلتان س ٣٤ ص ٣٧٩ •

(2) Trib. Lyon. 16.7.1909. S. 254-2-1910.

(٣) استئناف مختلط ١٩٢٢/٥/٣ سابق الاشارة اليه •

التى توجه الى الكفيل ومن فى حكمه ؛ لانها لا ترد على واقعة متصلة بشخص من توجه اليه ؛ بل على واقعة غير شخصية له • ويتمشى ذلك مع نص الفقرة الثانية من المادة ٤١١ من القانون المدنى والتى حلت محلها الفقرة الثانية من المادة ١١٥ من قانون الاثبات رقم ٢٥ سنة ١٩٦٨ •

فاذا كان أحد الورثة المدعى عليهم ما زال قاصرا جاز توجيه يمين العلم الى الوصى عليه قياسا على اليمين التى توجهها المحكمة بالنسبة للحقوق التى تتقادم بسنة واحدة باعتبارها مبنية على قرينة الوفاء والتى نصت عليها الفقرة الثانية من المادة ٣٧٨ من القانون المدنى بقولها : « ويجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف على أنه أدى الدين فعلا وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه وتوجه الى ورثة المدين أو أوصيائهم ان كانوا قصرا بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء » •

وبالاضافة الى ورثة المدين تشتمل تلك الطائفة على « من يقوم مقامهم » وهو اللفظ الوارد فى الترجمة العربية لنص المادة ١٩٤ تجارى كترجمة للفظ « ayants cause» وهو اللفظ الوارد فى المادة ٢٠١ تجارى مختلط والمادة ١٨٩ تجارى فرنسى قديم •

ويعاب على هذه الترجمة من وجهين :

٥٨٠ — الاولى بعدم الدقة فى التعبير عن اللفظ الوارد فى الصيغة الفرنسية والذى يقصد « خلفاءهم » أى الخلف العام • اذ أن العبارة الاولى تتسع لتشمل من يمثل المدين قانونا كالوصى أو القيم أو وكيل التفليسة الذى يتمسك بالتقادم لمصلحة المدين المفلس باعتباره وكيلا عنه •

بينما لا يسمح لفظ الخلف لمثل هذا التوسع اذ يقتصر على أولئك

الذين يعتبرون فى حكم الورثة ، وقد عدد اللفظ الفرنسى أولئك جميعا بقوله « veuves » « الأرامل » و « heritiers » « الورثة » و « ayants cause » « الخلف العام » .

٥٨١ — والثانى ويتعلق بموضع العبارة حيث تختلف فى الترجمة العربية عنه فى الاصل الفرنسى فبينما تقول الترجمة « وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا » تقول العبارة الواردة فى الصيغة الفرنسية « وعلى المدينين المزعومين ... وعلى ورثتهم أو خلفائهم » .

وقد أثار هذا الخلاف بين الترجمة العربية والصيغة الفرنسية لنص المادة ١٩٤ تجارى جدلا فى الفقه .

٥٨٢ — فذهب فريق من الفقهاء الى تفسير لفظ « من يقوم مقامهم» على ضوء الصيغة الفرنسية لنص المادة ١٩٤ تجارى باعتبارها مطابقة لصيغة المادة ٢٠١ تجارى مختلط والمادة ١٨٩ تجارى فرنسى قديم والتى أخذ عنها النص المصرى . ولما كان الفقهاء الفرنسيون وهم بصدد تفسير عبارة المادة ١٨٩ تجارى فرنسى قديم فى الشق الذى نحن بصدده يجمعون على عدم جواز توجيه يمين العلم الا الى الاشخاص المذكورين فى النص وهم الارامل والورثة والخلف العام ولا يستثنون من ذلك الا الحالة التى يكون فيها أحد الورثة المدعى عليهم قاصرا اذ يجيزون توجيه اليمين الى الوصى اعمالا لنص المادة ٢٧٥ مدنى فرنسى التى تجيز ذلك .

أما من عدا ذلك من الاشخاص الذين قد يقومون مقام الملتزمين بالصك فلا يجيز هؤلاء الفقهاء توجيه اليمين الى أحد منهم بل يقصرون توجيهها الى الملتزم نفسه ما دام أهلا لادائها ولا وجب الاستغناء عنها .

ويضرب الفقهاء الفرنسيون مثلا أنه اذا استعمل أحد الدائنين حق مدينه الملتزم بالصك فى التمسك بالتقادم وأراد حامل الورقة توجيه اليمين ، فان اليمين توجه الى المدين نفسه لا الى دائنه .

أما اذا كان المدين مفلسا ، وتمسك وكيل التفليسة بالتقادم باعتباره وكيلا عن المدين المفلس فيرى الفقهاء الفرنسيون أنه لا محل أصلا الى توجيه اليمين سواء الى الملتزم المفلس أم الى السنديك ذلك لان الاول محروم من التصالح على حقوقه كما أن الثانى لا يعد فى مقام الخلف العام الذى ورد بنص المادة ١٨٩ تجارى فرنسى قديم (١) .

وهكذا أخذ الفقهاء المصريون الذين رأوا التمسك بالصياغة الفرنسية لنص المادة ١٩٤ تجارى بما أبداه الفقه الفرنسى على النحو السابق بيانه ولم يروا اجازة توجيه اليمين الى كل من يقوم مقام المدعى عليه كالوصى أو القيم أو الوكيل العادى أو السنديك أو الدائن الذى يستعمل حقوق مدينه فى الدفع بالتقادم (٢) .

٥٨٣ — والواقع أن هذا التفسير يؤدى كما سبق القول عند الكلام على تحديد معنى « المدعى عليهم » الى تجزئة أحكام التقادم اذ يترك لفريق من الاشخاص فرصة الدفع فى مواجهة الدائن بالتقادم الخمسى ، بينما يعطل حق الدائن فى مقابلة هذا الدفع بطلب توجيه اليمين . وفى هذا خروج عن عبارة المادة ١٩٤ تجارى وعلى روحها .

ولا محل لتكرار ما سبق وذكرناه فى هذا الصدد خاصا بجواز

---

(1) Lyon Caen, et, Renault. N. 451-453. Lescot, et, Robiot. N. 737. Cass. 7.7.1870. S. 171-1-1877. Fontaine. N. 1105.

(٢) د . محمد صالح رقم ٢٦٦ — محمد على راتب رقم ٦٦١ ، دكتور سامى مذكور بند ٣١٣ .

توجيه اليمين الى الكفيل خصوصا وأن نص المادة ٤١١ مدنى والتى حلت محلها المادة ١١٥ من قانون الاثبات رقم ٢٥ سنة ١٩٦٨ تفرق بين اليمين التى تنصب على واقعة شخصية والاخرى التى تنصب على واقعة غير شخصية فاذا دفع أحد من أولئك الذين يمكن اعتبارهم ممن يقومون مقام أحد الملتزمين بالصك بسقوط حق الحامل بالتقادم فلا محل لحرمان الحامل من توجيه اليمين اما الى الملتزم نفسه أن كان اهلا لاداتها ويكون ذلك باستدعائه للمثول أمام المحكمة ليحلف على انه « لم يكن فى ذمته شىء من الدين » وصورة هذه الحالة اذا استعمل أحد الدائنين حق مدينه فى التمسك بالتقادم او اذا اتيمت دعوى الصرف على وكيل المدين .

واما أن يكون غير أهل لاداتها كأن يكون مفلسا أو محجورا عليه فتوجه اليمين الى وكيل التفليسة أو القيم على أنه « معتقد حقيقة أنه لم يبق شىء مستحق من الدين » .

٥٨٤ — ولا مجال للقول بترجيح الصياغة الفرنسية لنص المادة ١٩٤ تجارى على ترجمتها العربية على أساس أن المجموعة التجارية وضعت أصلا باللغة الفرنسية والقول تبعا لذلك بما استقر عليه الفقه فى فرنسا عند تفسيره للنص المقابل لذلك وهو نص المادة ١٨٩ تجارى ، اذ بصدور المادة ٤١١ من القانون المدنى الحالى يكون قد حسم الخلاف حول هذه النقطة باعتبارها وضعت الاساس لليمين الحاسمة سواء كانت موجهة الى شخص المدين ام الى من يقوم مقامه .

ثالثا : آثار اليمين :

٥٨٥ — الاصل فى اليمين أنها كالاقرار ، فحجيتها قاصرة على من حلف وورثته بصفتهم خلفا عاما له ، ولا يتعدى هذا الاثر الى غير الاصل الحالف وورثته ، أى لا أثر له بالنسبة الى الشريك أو الورثة

فيما بينهم أو المدين المتضامن •

٥٨٦ — ويأخذ النكول ذات الاثر بالنسبة للحجية فحجيته قاصرة على من نكل وعلى ورثته •

٥٨٧ — ولكن القاعدة التى ذكرناها كأصل عام بالنسبة لمدى حجية اليمين أو النكول عنها قد تتعارض مع قواعد أخرى نص عليها القانون •

فالمادة ٢٩٥ من القانون المدنى تقضى بأنه « اذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الاقرار فى حق الباقين •

واذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه الى الدائن يمينا حلفها فلا يضار بذلك باقى المدينين •

واذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحد المدينين المتضامنين فحلف فان المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك » •

أى أن توجيه اليمين من حامل الورقة التجارية الى أحد الملتزمين بها وقيام الاخير بحلف اليمين يؤدى الى انقضاء الدين بالنسبة الى غيره من المدينين بالصك باعتبارهم جميعا متضامنين فى الوفاء به •

٥٨٨ — ومن ذلك أيضا القاعدة التى تقضى بارتباط التزام الكفيل بالتزام الاصيل ، فاليمين التى توجه من الحامل الى المدين الاصلى فحلفها يؤدى الى براءة ذمة الكفيل كالضامن الاحتياطى لهذا المدين الاصلى •

وكذلك اليمين التى توجه من حامل الورقة الى الكفيل لاحد الملتزمين كالقابل بالواسطة مثلا ويكون موضوعها أصل الدين لا الكفالة التى تربط بين الضامن ومضمونه ، فان قيامه بأداء تلك اليمين يؤدى الى براءة ذمة المدين المضمون •

وكل ذلك تطبيق للقاعدة العامة فى التضامن التى تقضى بأن عمل أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقين .

٥٨٩ — وعلى العكس من ذلك فان من قواعد التضامن أنه لا يجوز لاحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الاضرار بالدائنين الآخرين ، وفى هذا تقضى المادة ٢/٣٨٢ من القانون المدنى فى فقرتها الاخيرة « ولا يجوز لاحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الاضرار بالدائنين الآخرين » .

وبتطبيق هذا النص بالنسبة لنزاع متعلق بورقة تجارية يتعدد حاملوها ويكونون متضامنين فيما بينهم ثم يوجه أحدهم اليمين المنصوص عليها فى المادة ١٩٤ تجارى الى المتنرم المدعى عليه فيقوم الاخير بأدائها فان الاثر المترتب على تلك اليمين براءة ذمة المدين من الدين الثابت فى الورقة ولكنه لا يؤثر الا فى العلاقة التى تربطه بالدائن الذى وجه اليمين دون غيره من الدائنين المتضامنين .

٥٩٠ — أما نكول المدين عن حلف اليمين الموجهة اليه من حامل الورقة وما يؤدى اليه من رفض الدفع الذى أبداه بسقوط الحق المدعى به بالتقادم الخمسى فان أثره لا يتعدى المدين الناكل عن الحلف ولا يؤثر فى مدى استفادة باقى الملتزمين المتضامنين بقيمة الورقة . عملا بذات القاعدة التى أشرنا اليها فيما سلف والتى تقضى بأن التضامن بين المدينين فيما يعود عليهم بالنفع ولا أثر له فيما يصيبهم من ضرر .

٥٩١ — وطالما أعوز حامل الورقة الدليل الذى يسمح به القانون لاثبات دعواه قبل خصمه فى دعوى الرجوع ، الذى لا يقر له بصحة ما يدعيه ، فلا يبقى أمامه — وقد دفع المدعى عليه بسقوط الحق بالتقادم — سوى الاحتكام الى ضمير هذا الخصم بتوجيه اليمين الحاسمة على النحو الذى أوضحناه يطلب اليه حلفها لحسم النزاع المعروض .

ولا يملك من وجهت اليه اليمين الا أن يقبل هذا الاحتكام • فاذا حلفها تأيدت قرينة الوفاء التى يقوم عليها التقادم الخمسى ويضحى دفعه بالسقوط بالتقادم واجب القبول من المحكمة التى لا تملك سوى الحكم بقبول الدفع وبسقوط حق الحامل فى الرجوع بالتقادم •

ويؤدى هذا الحكم الى براءة ذمة باقى المدينين والكفلاء فى الالتزام الصرفى الناشىء عن الورقة •

٥٩٢ — الا أن المدين الذى وجهت اليه اليمين ليس مجبرا على حلفها بل له اما النكول عنها واما ردها على المدعى •

فاذا نكل انهدم الاساس الذى يقوم عليه دفعه بسقوط الحق بالتقادم وتظل ذمته مشغولة بالدين المطالب به • ولا تجد المحكمة مفرا من رفض دفعه والقضاء بالزامه بالدين المطالب به •

الا أن ذلك الحكم لا يتعدى أثره الى باقى المدينين المتضامنين معه فى الورقة ، فيظل لكل منهم الحق فى الدفع بسقوط حق الحامل بالتقادم متى تحققت شروطه •

وكذلك اذا رد المدعى عليه اليمين الموجه اليه الى الحامل فحلفها •

٥٩٣ — ويختلف الوضع اذا ما نكل حامل الورقة (المدعى) عن أداء اليمين التى ردها عليه المدين (المدعى عليه) •

اذ يتعين على المحكمة فى هذه الحالة أن تحكم بقبول الدفع بسقوط الحق بالتقادم الخمسى ، وتبرأ ذمة المدين — المدعى عليه — وباقى المدينين المتضامنين معه فى الدين الثابت فى الورقة التجارية حكمها فى ذلك حكم الحالة الاولى •

٥٩٤ — وهناك رأى مرجح للاستاذ محمد على راتب يذكر فيه عدم جواز رد اليمين التى نحن بصددها ويقول فى ذلك :

« اليمين المتقدمة وان كانت حاسمة الا أنه لا يجوز للمدين أو للملتزم المرفوعة عليه دعوى المطالبة أن يردها الى حامل السند ، وكل ماله هو أن يحلف أو يمتنع عن الحلف فيعتبر ناكلا ، ويصير الحكم فى الدفع ثم فى الدعوى بعد ذلك على هدى ما سيحصل من حلف أو نكول » (١) .

٥٩٥ — ويعيب هذا الرأى أن نص المادة ١٩٤ تجارى لا تتضمن ما يفهم منه تحريم رد اليمين ومن ثم وجب تطبيق حكم القواعد العامة المتعلقة باليمين الحاسمة وهى تسمح — كما سبق القول — برد اليمين على طالب الحلف — م ٤١١ مدنى وم ١١٥ من قانون الاثبات رقم ٢٥ سنة ١٩٦٨ .

٥٩٦ — وأخيرا فانه متى أدى المدين المدعى عليه اليمين الموجه اليه أو أداها الحادل بعد ردها عليه وصدر الحكم بقبول الدفع فى الحالة الاولى وبرفضه فى الحالة الثانية ، فلا يجوز للمتضرر من اليمين اثبات كذبها .

وقد كانت المادة ٢٢٥/٢٩٠ من القانون المدنى السابق تنص على أن :

« التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه فيما عداها من جميع أوجه الثبوت » .

وكان الفقه والقضاء فى مصر فى ظل هذا النص لا يجيزان للمدعى اذا ثبت أن خصمه حلف كذبا أن يطالب بالتعويض .

والعادة أن يثبت الكذب فى دعوى جنائية تقام على الحالف اعمالا لنص المادة ٣٠١ عقوبات التى تقضى بأن : « من ألزم باليمين أو ردت

---

(١) محمد على راتب — المرجع السابق .

عليه فى مواد مدنية ، وحلف كذبا ، يحكم عليه بالحبس ، ويجوز أن تزاد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى » .

وفى ظل التقنين المدنى السابق لم يكن فى مكنة الخصم الذى يدعى كذب اليمين الا التجاء الى النيابة العامة لابلاغها عن جريمة حلف يمين كاذبة ، ولا يستطيع حتى بعد الحكم بادانة الحالف الطعن على الحكم المدنى الذى صدر ضده بعد الحلف أو أن يرفع دعوى جديدة بحقه بعد أن ثبت كذب اليمين ولا أن يرفع دعوى تعويض مدنية عن الاضرار التى أصابته من هذه اليمين الكاذبة .

٥٩٧ — الا أنه بصدور القانون المدنى الحالى أبيح له اقامة دعوى تعويض ضد الخصم الذى حلف كذبا مع عدم الاخلال بما قد يكون له من حق الطعن على الحكم الذى صدر ضده فى الدعوى (١) .

وبتطبيق تلك القاعدة العامة يجوز للخصم فى دعوى الرجوع اذا ثبت كذب اليمين التى أداها خصمه بحكم جنائى أن يرجع عليه بالتعويض المناسب على الا يتجاوز قيمة المبالغ موضوع دعوى الرجوع .

الفرع الرابع

آثار التقادم

٥٩٨ — يرتكز التقادم على اعتبارات تمت للمصلحة العامة بسبب وثيق ، فان استقرار التعامل يقوم الى حد كبير على فكرة التقادم .

ويكفى أن نتصور مجتمعا لم يدخل التقادم فى نظمه القانونية لندرك الى أى حد يتزعزع فيه التعامل وتحل الفوضى مكان الاستقرار .

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى ج ٢ ص ٤٥٦

وكما يجب وضع حد للمنازعة بالحقوق وذلك بتقرير قوة الأمر المقضى ، كذلك يجب وضع حد للمطالبة بالحقوق وذلك بتقرير مبـدأ التقـادم .

ولا بد أن تستقر الاوضاع فى الحالتين ، فلا يتجدد النزاع فى كل وقت ، ولا يبقى حق الدائن فى المطالبة الى مالا نهاية .

فالتقادم المادى لا يقوم على قرينة الوفاء أكثر مما يقوم على وجوب احترام الاوضاع المستقرة . وذلك على خلاف الاساس الذى يقوم عليه التقادم الخمسى المقرر للحقوق الناشئة عن الاوراق التجارية، والحقوق التى تتقادم بسنة واحدة . فالتقادم مبنى فى كل منها على قرينة الوفاء ، اذ ليس من المألوف أن يسكت الدائنون بتلك الحقوق عن استيفائها اكثر من المدة التى حددها القانون ، فاذا كانوا قـد سكتوا طوال تلك المدة عن المطالبة بها ، فالمفروض أنهم استوفوها . ومن ثم أوجبت المادة ١٩٤ من القانون التجارى والمادة ٣٧٨ من القانون المدنى على المدين الذى يتمسك بأن الحق قد تقادم أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا فان نكل فقد انقضت قرينة الوفاء وبقى الحق قائما للدائن ، وله أن يستوفيه (١) .

٥٩٩ — ومتى أقيمت دعوى الصرف وقضت المحكمة بقبول الدفع المبدى من المدعى عليه بسقوط الحق بالتقادم برئت ذمة المدين من الالتزام الثابت فى الورقة التجارية ومن فوائده وملحقاته عملا بنص المادة ٣٨٦ من القانون المدنى التى تقضى بأنه « ١ — يترتب على التقادم انقضاء الالتزام . ومع ذلك يتخلف فى ذمة المديـن التزام طبيعى .

---

(١) يلاحظ أن اليمين المقررة فى المادة ٣٧٨ مدنى يجب على المدين حلفها وتوجه اليه من القاضى بينما أجازت المادة ١٩٤ تجارى لحامل الورقة توجيه اليمين للمدين المتمسك بالدفع بالتقادم ، ولا يجوز للقاضى توجيهها من تلقاء نفسه .

٢ — واذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات »(١) .

٦٠٠ — ومتى سقط الدين بالتقادم فان اثره يمتد الى الوقت الذى بدأ فيه سريان التقادم لا الى الوقت الذى كتملت فيه مدة التقادم، ويدل على ذلك فى وضوح سقوط الحق فى الفوائد والملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بها .

على أنه لا يستخلص من سقوط الدين بأثر رجعى أن المدين اذا كان قد دفع منه للدائن أقساطا أو فوائد مستحقة قبل أن تتكامل مدة التقادم يستطيع ان يستردها ، لان الدين وقت الدفع لم يتكامل تقادمه .

واذا كان الدائن لا يستطيع التمسك بوجود الدين بعد تقادمه عن طريق الدعوى فانه يستطيع أن يتمسك بوجوده بعد تقادمه عن طريق الدفع عملا بالقاعدة التى تقضى بأن التقادم يرد على الدعوى ولا يرد على الدفع .

٦٠١ — غير أن انقضاء الدين الثابت فى الورقة بالتقادم الخمسى بالنسبة الى الملتزم المدعى عليه لا يترتب عليه انقضاؤه بالنسبة الى الملتزمين الآخرين المتضامنين معه الذين لم توجه اليهم الدعوى عملا بنص المادة ١/٢٩٢ من القانون المدنى التى تقضى بأنه « اذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة لاحد المدينين المتضامنين فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين الا بقدر حصة هذا المدين » فيجوز لحامل الورقة طبقا للنص المذكور مقاضاة أولئك الملتزمين مع أحقية كل منهم فى الدفع بسقوط حقه طالما اكتملت مدة التقادم بالنسبة لهم .

---

(١) قارن أحكام القانون المدنى الحالى مع أحكام القانون المدنى السابق امش المادة ٢٠٤/٢٦٨ .

واذا كان انقضاء الدين بالتقادم لا يفيد منه كقاعدة عامة الا المدين الذى دفع به فقد ينسحب أثره الى غيره كالضامن الاحتياطى والقابل بالواسطة عن المدين المذكور باعتبار كل منهما كفيل له فى دفع الدين الذى انقضى بالتقادم ، ويحق لكل منهما التمسك بالتقادم بالنسبة للدين المستحق على المدين الاصلى وان كان دينه هو لما ينقض بالتقادم بعد ؛ وذلك لان التزام الكفيل تابع لالتزام المدين المكفول فمتى سقط الالتزام الاصلى بالتقادم سقط معه الالتزام التابع •

٦٠٢ — ومتى قضى بسقوط الدين الصرفى بالنسبة لاحد الملتزمين بالورقة امتنع على الحامل الرجوع عليه بذلك الدين بطريق غير مباشر كالمقاصة مثلا اذا أصبح الحامل بعد انقضاء الدين الصرفى بالتقادم مدينا للمدين الذى صدر الحكم لصالحه وذلك وفقا لنص المادة ٣٦٢ مدنى التى تنص على أنه : « للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل الدائن ولو اختلف سبب الدينين اذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الاداء صالحا للمطالبة به قضائيا » • وذلك لأن الدين المذكور لا يصلح — بعد سقوط بالتقادم — للمطالبة به قضاءا ، وهو شرط لازم لاعمال المقاصة طبقا لهذا النص ، اذ تحول بينه وبين المطالبة به قضاءا حجية الامر المقضى • كما لا يجوز للحامل الرجوع على المدين بدعوى الاثراء بلا سبب (١) •

٦٠٣ — وننوه الى ما سبق وقررناه عند الكلام فى الفرع الثالث من الفصل الخامس تحت عنوان آثار اليمين خاصا بالفقرة الاخيرة من المادة ٢٩٥ من القانون المدنى والتى تقضى بأنه « اذا اقتصر الدائن — حامل الورقة — على توجيه اليمين الى أحد المدينين المتضامنين فحلف فان المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك » •

(1) Fontaine. N. 1111.

وفى هذه الحالة تقضى المحكمة بقبول الدفع بسقوط الحق بالتقادم بعد أن تأكدت قرينة الوفاء التى يقوم عليها التقادم الخمسى ، ومن ثم يستفيد باقى المدينين المتضامنين فى الوفاء بقيمة الورقة لانه وقد تأكد ذلك الوفاء من جانب أحدهم فلا محل لالزامهم بدفع قيمة الورقة بعد الوفاء بقيمتها • وهذه ميزة لامتداد أثر التقادم الى غير المدين الذى دفع به خلافا للاصل العام الذى يقضى — كما سبق القول — بأن انقضاء الدين بالتقادم لا يفيد منه الا المدين الذى دفع به •

٦٠٤ — ويترتب على سقوط الحق الناشىء عن الورقة بالتقادم الخمسى تخلف التزام طبيعى فى ذمة المدين عملا بنص المادة ٣٨٦ من القانون المدنى سالفة الذكر ، ولا يبطل من هذا الحكم قيام التقادم الخمسى على قرينة الوفاء ، وما يؤدى اليه الحكم بسقوط حق حامل الورقة بالتقادم المذكور من افتراض وفائه بالالتزام الناشىء عن تلك الورقة ، اذ يجب أن نلاحظ أن وقوع الوفاء بتلك الصورة فرض أقامة المشارع ليتلخص المدينين بالاوراق التجارية من التزامهم عند تراخى الدائنين فى مطالبتهم خلال المدة التى نص عليها القانون ، فاذا ما استجاب المدين لداعى ضميره فوفى عن بينة واختيار بالالتزام الطبيعى الذى تخلف عن الالتزام الصرفى ، كان وفاءا صحيحا لا يجوز له استرداد ما أوفى • فالقاعدة أن الالتزام الطبيعى التزام لا يجبر المدين فى تنفيذه ولكنه لا يستطيع استرداد ما أداه باختياره قاصدا الوفاء بذلك الالتزام الطبيعى (١) •

٦٠٥ — وهناك نقطة أخيرة ثار بشأنها جدل عريض فى الفقه والقضاء تدور حول قيام الدين الناشىء عن العلاقة الاصلية اذا انقضى الدين الصرفى بالتقادم الخمسى وذلك بفرض أن مدة تقادم الدين الاول لم تكتمل بعد •

---

(١) المواد ١٩٩ — ٢٠٢ من القانون المدنى الحالى •

وسبق لنا تناول هذا الموضوع الهام بالتفصيل فى الباب الاول وقلنا أن الرأى يدور حول ثلاثة اتجاهات فى الفقه •

الاول منها ينادى بتجديد الدين بمجرد تحرير الورقة التجارية أو تظهيرها ويترتب على الاخذ بهذا النظر زوال الدين الاصلى وقيام دين جديد بدلا منه • ومن ثم فلا يثور هذا التساؤل عند الاخذ بهذا النظر •

أما الاتجاه الثانى فلا يقول بزوال الدين الناشىء عن العلاقة الاصلية بالتجديد بل ينادى ببقائه قائما دون تجديد ولكن فى ثوب جديد ألبسه عليه تحرير الورقة التجارية أو تظهيرها • الأمر الذى يجعله خاضعا لاحكام قانون الصرف ومن أهمها أحكام السقوط والتقادم الخمسى • ويترتب على الاخذ بهذا الرأى ذات النتيجة التى انتهى اليها الرأى الأول وذلك فى خصوص التساؤل المذكور ، ولا نكون فى حاجة الى هذا التساؤل ، فطالما قضى بانقضاء الحق الثابت فى الصك بالتقادم الخمسى أو سقط طبقا لاحكام سقوط الالتزامات الصرفية باهمال الحامل فقد انقضى تبعا لذلك الدين الاصلى •

٦٠٦ — وقد فندنا حجج الرأى الاول مستر شدين فى ذلك باجماع الفقه والقضاء على استبعاده • كما ناقشنا الرأى الثانى وانتهينا الى ترجيح الرأى الثالث الذى يقول بقدرة الورقة التجارية على انشاء التزام جديد يقف بجوار الالتزام الاصلى ويخضع لاحكام خاصة حددها قانون الصرف ، بينما يظل الالتزام الاصلى خاضعا لاحكام القواعد العامة خصوصا بالنسبة لاحكام التقادم التى قد تزيد مدته عن المدة المقررة للتقادم الخمسى وقد تقل عنه •

٦٠٧ — ويترتب على الاخذ بالرأى الذى نرجحه أن يظل الالتزامان قائمين جنبا الى جنب ويسير كل منهما فى الطريق المرسوم له ولا ينقضى

الا بالاسباب المقررة لانقضائه .

٦٠٨ — ونذكر أن الرأى الذى نرجحه ، يتسق وأحكام القانون المدنى المصرى الذى يبطل كل اتفاق على تعديل مدد التقادم المنصوص عليها فى القانون ، ويجعل هذا البطلان من النظام العام . الأمر الذى يجعل الاخذ بالرأى الثانى غير مستساغ ولا مقبول فى مصر .

٦٠٩ — ومتى انتهينا الى استبعاد فكرة التجديد ، وهو استبعاد يأخذ به أنصار الرأى الثانى ، وجب الاعتراف لكل من الدينين بكيان قائم بذاته ، فاذا ما انقضى أحدهما بالتقادم فلا أثر لهذا الانقضاء فى قيام الآخر سواء فى ذلك أكان الانقضاء متعلقا بالدين الصرفى فى الغرض الذى تكون مدة التقادم بالنسبة للدين الأصلى خمسة عشر عاما أم فى الغرض الذى ينقضى فيه الالتزام الأصلى بالتقادم فى الوقت الذى يكون فيه الالتزام الصرفى ما زال قائما .

وفى هذا تقول محكمة النقض فى حكم حديث لها بتمشى مع ما استقرت عليه ، على النحو السابق ايضاحه فى الباب الأول : —

« يصبح للدائن فى حالة نشوء الالتزام الصرف الرجوع على المدين بدعوى الدين الأصلى أو بدعوى الصرف ، فاذا استوفى حقه باحداهما امتنعت عليه الاخرى ، واذا سقطت دعوى الصرف بسبب اهمال حامل الورقة التجارية أو انقضت بالتقدم الخمسى ، ظل الدين الاصلى قائما ، وكذلك الدعوى التى تحميه ولا يرد على ذلك بأن التقادم الصرفى يقوم على قرينة الوفاء التى لا ينقضها الا الاقرار أو النكول عن اليمين وأن المطالبه بالدين الاصلى بعد انقضاء مدة التقادم الصرفى مما يتنافر وهذه القرينة التى أقامها القانون ، ذلك أن هذه القرينة انما تتعلق بالدين الصرفى وحده ، فتفترض أن هذا الدين قد تم الوفاء به وزالت بانقضائه العلاقة الصرفية ، فيعود الوضع الى ما كان عليه قبل انشاء الورقة التجارية أو تظهيرها لاستقلال كل من الالتزامين (١) .

---

(١) الطعن رقم ٣٦/٢٢٠ ق جلسة ١٩٧١/١/٢١ المجموعة ١ لسنة ٢٢ ص ١١٣ .