الباب الأول

العلاقة بين الالتزام الصرفى والالتزام الاصلى

* بقاء الدين الاصلى
* آثار بقاء الدين الاصلى بجانب الالتزام الصرفى

obeikan.com

obeikan.com

تمهيد وتقسيم :

يجب ان يكون انشاء الورقة التجارية أو التعامل بها نتيجة علاقات سابقة ، تربط بين المتعاملين بها • فقد يتم تحرير الورقة التجارية أو تظهيرها وفاءا لدين سابق بين المحرر والمستفيد ، أو بين المظهر والمظهر اليه • وصورة ذلك : أن يقوم مشترى السلعة بسداد قيمتها عن طريق سحب كمبيالة على مدين له . أو يقوم المقترض بدفع قيمة القرض عن طريق تحرير شيك على بنك يتعامل معه . أو يقوم المحكوم عليه بتعويض بتحرير سند تحت الاذن لمصلحة المضرور يتعهد فيه بدفع قيمة التعويض

وفى مثل هذه الحالات نكون أمام نوعين من العلاقات ، تربط كل منهما بين الدائن والمدين • فهناك أولا العلاقة الاصلية التى أصبح بمقتضاها مشترى السلعة مدينا بثمنها ، والمقترض مدينا بمبلغ القرض ، ومن تسبب فى حدوث الضرر مدينا بمبلغ التعويض • وبدهى أن تحكم القواعد العامة تلك العلاقة الاصلية •

٢ — وبجانب تلك العلاقة الاصلية ، تنشأ علاقة اخرى ، هى العلاقة الصرفية La relation Cambiaire . ويتم انشؤها اما بتحرير الورقة . أو بتظهيرها • فعندما يوقع مشترى السلعة أو المقترض أو الملتزم بدفع التعويض فى الامثلة السابقة على ورقة تجارية كساحب ، أو كمظهر ، يصبح ملتزما التزاما صرفيا بهذا التوقيع ، ويخضع التزامه هذا لقانون الصرف •

٣ — ويثير هذا الازدواج . بين الالتزام الاصلى . والالتزام الصرفى . عددا من المسائل الهامة ، التى يجدر بنا توضيحها • ومن بين تلك المسائل . الآثار التى يرتبها الالتزام الصرفى على الالتزام الاصلى ، وهل ينسخ أحدهما الآخر ، أم يبقى كل منهما قائما ، تحكمه القواعد التى تنظمه •

ويترتب على قيام هذين الالتزامين جنبا الى جنب ، أن يكون لحامل الورقة دعويان . تحمى كل منهما أحد الالتزامين . وتكون الدعوى الاولى أصلية تحمى الدين الاصلى . والثانية صرفية تحمى الدين الصرفى .

واذا قيل ببقاء الدعويين جنبا الى جنب . فالى أى مدى تتصل كل منهما بالاخرى ، والى أى مدى تستقل كل منهما عن الاخرى .

٤ — وقبل أن نخوض فى تفصيل تلك المسائل ، التى يثيرها هذا الازدواج . يجدر بنا أن نشير الى الحالة . التى لا يستند فيها التعامل بالورقة التجارية الى علاقات سابقة بين المتعاملين كما هو الحال فى التزام المسحوب عليه القابل فى مواجهة حامل الكمبيالة ، وفى التزام الساحب أو المحرر قبل الحامل غير المستفيد الاول . وفى التزام المظهر قبل المظهر اليه غير المباشر .

ومن أمثلة هذا النوع من التعامل ، أن يتفق حامل ورقة تجارية مع أحد المصارف على خصم تلك الورقة عنده ، دون أن تكون بينهما صلة سابقة . وبمجرد وقوع عملية الخصم تنشأ صلة مباشرة بين الصرفين . يصبح بمقتضاها المصرف حاملا للورقة ودائنا للمظهر بدين صرفى بحت .

وهذه العملية التى نشأت عن طريق تظهير الورقة التجارية وحدها تدخل فى مجال قانون الصرف وحده . ولا تحكمها الا قواعد هذا القانون، ولا تتأثر بغيرها من العلاقات ، ولا تؤثر فيها .

٥ — وقد اختلف الفقه (١) اختلافا بينا حول تحديد الاساس القانونى لهذا الالتزام الصرفى . فولى فريق منهم وجهه شطر القانون

---

(١) راجع بحث للدكتور محسن شفيق عن التكييف القانونى للالتزام الصرفى منشور بمجلة الحقوق — جامعة القاهرة السنة الاولى ص ٥٧٢ وما بعدها .

المدنى يستلهم من قواعده أساسا لبناء نظرية تقوم على فكرة الحوالة أو الوكالة ، أو الاشتراط لمصلحة الغير أو الانابة .

واستبعد الفريق الثانى فكرة العقد كأساس لبناء نظريته واعتنق نظريات أخرى تقوم اما على الالتزام الشكلى المجـرد ، أو الارادة المنفردة .

٦ — وسوف لا نخوض فى بحث هذه النظريات ، لخروجها عن نطاق الموضوع الذى نتناوله ، ونقصر الكلام فى آراء الفقه المتعددة التى قيلت حول تأثير قيام الالتزام الصرفى على الالتزام الاصلى السابق عليه . والذى يربط بين أطراف العلاقة الصرفية الجديدة ، خصوصا وأن انشاء الورقة التجارية والتعامل بها يغلب أن يكون كما سـبق القول نتيجة علاقات سابقة تربط بين المتعاملين بها .

ثم نعقب ببيان الآثار المترتبة على الرأى الذى نرجحه

وعلى ذلك سوف نقسم هذا الباب الى فصلين يتناول الفصل الاول منهما البحث فى بقاء الدين الاصلى ويتناول الفصل الثانى آثار هذا البقاء على الالتزام الصرفى .

obeikan.com

الفصل الأول

بقاء الدين الاصلى

٧ — أيا ما كان الأساس الذى يرتكز عليه الالتزام الصرفى ، عقدا أو ارادة منفردة ، أو التزاما منشؤه القانون ، فان أثر التعامل بالورقة التجارية فى الدين الأصلى ، الذى كان قائما بين طرفى الورقة ، قبل انشائها ، يثير الجدل فى الفقه . نظرا لازدواج العلاقة التى تصل ما بين المدين والدائن . فهناك العلاقة الاصلية السابقة على الورقة والتى رتبت مدينونية ساحبها أو محررها أو محيلها ، سواء أكان مشتريا ، أم مقترضا . ثم مسئولا بالتعويض عن الضرر الذى تسبب بخطئه فى حدوثه . وهى علاقة خاضعة لاحكام القواعد العامة .

٨ — وبجوار تلك العلاقة ، توجد العلاقة الصرفية التى ترتبت على سحب الورقة التجارية أو تداولها . وينشأ بمقتضاها لحامل تلك الورقة حق يقرره قانون الصرف ، وتحكمه قواعده ، سواء ترتب هذا الحق على تحرير الورقة أو تظهيرها لتكون أداه الوفاء بالدين الاصلى . ولا شك أن هذا الحق الذى نشأ لحامل الورقة التجارية يختلف فى طبيعته اختلافا بينا عن العلاقة الاصلية التى كانت تربط بين الحامل المذكور ، وبين من حرر له الورقة أو ظهرها .

فاذا كانت تلك الورقة التى بيده كمبيالة مثلا . فان الحق الثابت فيها يعتبر دينا تجاريا فى ذمة الملتزمين بها فى جميع الاحوال حتى ولو لم يكن حاملها تاجرا . كما يخضع هذا الحق — أيا كان الصك الذى يحمله الحامل من الاوراق التجارية — لكل القواعد التى يقضى بها قانون الصرف ، كالتداول بالتظهير دون الحوالة المدنية ، وتضامن الموقعين فى الوفاء للحامل بهذا الحق ، مع حرمان المدين فى مواجهة الحامل حسن النية من الدفوع التى كان فى مكنته الدفع بها فى مواجهة حامل سابق .

٩ — ولا يقتصر الاختلاف بين الالتزام الصرفى ، والدين الاصلى على طبيعة كل منهما ، بل يتعدى هذا الخلاف الى الطريق الذى رسمه القانون للتنفيذ بهذا الالتزام . فلحامل الورقة تحرير بروتستو عدم الدفع ، وتوقيع الحجز التحفظى على منقولات مدنية ، ان كان تاجرا ، وحرمان المدين من مهل الوفاء . مع بعض المزايا التى يسبغها القانون على المدين بالالتزام الصرفى ، حتى يستطيع التخلص من عبئه الثقيل ، وذلك عن طريق الدفع بسقوط حق الحامل المهمل فى الرجوع عليه ، فضلا عن تقادم الحق الثابت فى الورقة بمضى خمس سنوات .

١٠ — وقد تساءل الفقه — نظرا لهذا الازدواج — عن مركز العلاقة الاصلية بالنسبة للعلاقة الصرفية ، والصلة التى تربط بينهما ، وهل تمثل العلاقة الصرفية علاقة جديدة مبتدأة ، أم هى فى حقيقتها العلاقة القديمة ولكن فى ثوب جديد . واذا ما تخلف عن سحب الورقة التجارية ، أو تظهيرها علاقة جديدة ، فهل يترتب على ذلك زوال العلاقة القديمة ، أم تبقى بجوار تلك العلاقة الجديدة جنبا الى جنب . ويستمر الجدل فيما اذا قيل ببقاء العلاقتين جنبا الى جنب ، فهل تظلان مستقلتين الواحدة عن الاخرى ، أم تتشابكان وتتقابلان ، وتؤثر احداهما فى الاخرى .

١١ — وقد ركز بعض الفقهاء على الخلاف البين بين الالتزام الصرفى والدين الأصلى وقالوا بانقضاء الالتزام الأصلى مؤسسين نظريتهم على فكرة التجديد .

بينما اتجه البعض الآخر الى القول بعدم انقضاء الالتزام الاصلى بل بانتقاله الى الورقة التجارية واندماجه فيها وخضوعه تبعا لذلك لقواعد الصرف بعد أن كان خاضعا للقواعد العامة فى القانون المدنى .

وأخيرا يرى فريق ثالث ببقاء الدين الاصلى بجوار الدين الصرفى ،

يستقل كل منهما عن الآخر كقاعدة عامة — ويخضع كل منهما لاحكام مختلفة ؛ وان كانا يتصلان من بعض الوجوه ويؤثر كل منهما — تبعا لذلك — فى الآخر .

١٢ — وعلى ذلك نرى عرض وجهة نظر كل فريق من هؤلاء فى فرع مستقل ؛ ويتضمن هذا العرض أوجه النقد الموجه لكل منهم وما نرى ترجيحه من هذه الآراء الثلاثة .

الفرع الاول

تجديد الالتزام الاصلى

١٣ — نادى نفر (١) من الفقه الفرنسى برأى مؤداه ، أن انشاء الورقة التجارية أو تظهيرها ينتج عنه تجديد الدين الاصلى ؛ أى انقضاؤه ليحل محله الدين الثابت فى الورقة .

ويؤسس هذا الرأى وجهة نظره على ان حامل الورقة التجارية وقد ارتضاها كأداة وفاء للدين الأصلى ؛ تكون نيته قد اتجهت الى التنازل عن هذا الدين ، والاكتفاء بالحق الثابت فى الصك واذا كان القانون الفرنسى لا يفترض نية التجديد ؛ ويتطلب اتفاق الطرفين على حدوثه ؛ فان هذا القانون لا يتطلب لوقوع التجديد الاتفاق عليه صراحة بين طرفيه ؛ ويقنع بالدلائل القوية لحدوث نية التجديد (٢) .

ويضرب أنصار هذا الرأى أمثلة لوجود دلائل قوية تؤدى الى القول بحدوث نية التجديد ،فى تلك الضمانات التى أوجدها قانون الصرف لحماية حق الحامل الثابت فى الورقة التجارية ؛ من تضامن المتلزمين بها ؛ الى

Delvincourt. T. 11. P. 110. Grenier : Des hyporheques : T. 11. N. 385.

(٢) الفقرة الثانية من المادة ١٢٧٣ من القانون المدنى الفرنسى .

سهولة تداولها ؛ الى حمايته من المدفوع ان كان حسن النية ، الامر الذى يؤدى الى القول بأتجاه نية هذا الحامل الى التنازل عن (دينه الاصلى) طالما بيده صك تجارى له تلك الضمانات .

ويستطرد أنصار هذا الرأى الى مناقشة معارضيهم القائلين بالازدواج . بأنه لا يتصور عقلا أن شخصا يلزم بدينين ينصبان على محل واحد . ولهما سبب واحد . ويؤدى الوفاء بأحدهما الى زوال الآخر . وفى هذا خروج عن القواعد العامة فى الالتزامات . التى تجعل لكل التزام محلا . ولا يتحمل المحل الواحد أكثر من التزام واحد .

١٤ — وقد كان لهذا الرأى صدى فى القضائين الفرنسى والمصرى وان كان صدى قليل الحدوث . لم يتعد صدور حكم واحد من محكمة النقض الفرنسية . وحكم آخر من محكمة الاستئناف المختلطة أما الحكم الاول (١) فقد صدر بجلسة ٤ ١٢ ١٨٧٨ بينما صدر الثانى بجلسة ١١ — ٤ — ١٩١٧ ؛ وقالت فيه محكمة الاستئناف المختلطة :

« اذا حرر تاجر كمبيالة أو سندا اذنيا وفاءا لدين عليه . مهما كانت طبيعة هذا الدين فانه يترتب على ذلك انقضاء هذا الدين بالتجديد؛ فيحل محله دين آخر من طبيعة تجارية . وتخضع الدعاوى التى تنشأ عنه للتقادم الخمسى المنصوص عليه فى المادة ٢٠١ من قانون التجارة المختلط » (٢) .

وقبل مناقشة هذا الرأى ينبغى الاشارة الى أن تجديد الالتزام يتم وفقا لنص المادة ٣٥٢ من القانون المدنى اما بتغيير الدين أو بتغيير الدائن . أو بتغيير المدين . وفى الصورة الاولى يتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الاصلى التزاما جديدا ؛ يختلف عنه فى محله أو فى

---

(١) Cass. 4-12-1878. D. 879-1-14.

(٢) بلنان س ٢٩ ص ٣٥٩ .

مصدره . وفى الصورة الثانية . يتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الاخير هو الدائن الجديد • أما الصورة الثالثة فيتم الاتفاق بين الدائن مع أجنبى على أن يحل هذا الاخير مكان المدين الاصلى ، على أن تبرأ ذمة المدين الاصلى دون حاجة الى رضائه ؛ أو اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى . قبل أن يكون هو المدين الجديد

والتجديد الذى يقول به أنصار الرأى الذى نناقشه يأخذ أحد صورتين من الصور الثلاث المذكوره ؛ فقد يتم بتغيير الدين أو بتغيير المدين • وسوف نناقش هذا الرأى فى ضوء هاتين الصورتين من صور التجديد •

١٥ — وأول ما يعاب على هذا الرأى أن نصوص التشريع الفرنسى والمصرى صريحة فى أن نية التجديد لا تفترض . بل ولا يمكن استخلاصها من بعض حالات خاصة من بينها « كتابة سند بدين موجود قبل ذلك » • وهذا صريح نص الفقرة الثانية من المادة ٣٥٤ من القانون المدنى المصرى الحالى التى تقضى بأن « التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف » •

ولا يستفاد التجديد — بوجه خاص — من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ؛ ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول الازمان انوفاء أو مكانه أو كيفيته ؛ ولا مما يدخل على الالتزام من تعـــديل لا يتناول الا التأمينات أو سعر الفائدة . فى كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك •

ومقتضى هذا النص أن التجديد يستلزم الرضاء والاهلية ، ككل عقد آخر . ويتميز بأن الرضاء لابد أن يشتمل على نية التجديد •

ويجب أن تكون هذه النية واضحة فى العقـــد ، لان التحـــديد لا يفترض ، ومن ثم لا يستفاد التجديد من مجرد تغييرات فى الالتزام لا تمس جوهره • فمجرد كتابة سند بدين كان غير مكتوب لا يعد تجديدا بل هو تهيئة دليل على دين موجود فعلا ، كذلك ابدال ورقة تجارية

بورقة تجارية أخرى بغرض مد الاجل أو تغيير سند الدين لا يعد تجديدا • وكذلك تحرير كمبيالة أو سند تحت الاذن بثمن المبيع . لا يعد تجديدا للثمن ؛ بل يكون ضربا من التوثيق له . ويبقى امتياز البائع قائما حتى بعد كتابة الكمبيالة أو السند (١) •

١٦ — هذا وقد أضاف الشارع الفرنسى بالقانون الصادر فى ١٢ ٨ ١٩٢٦ الى قانون الشيك الصادر فى ١٤ — ٦ — ١٨٦٥ مادة جديدة هى المادة ١٣ ونصها كالآتى : « لا يتجدد الدين بقبول الدائن تسلم شيك على سبيل الوفاء بدينه ؛ ولذا يظل الدين الاصلى قائما بكل الضمانات المتصلة به حتى يدفع الشيك » • ونقل الشارع الفرنسى هذا النص فى القانون الجديد لاحكام الشيك فى المادة ٦٢ من المرسوم بقانون الصادر فى ٣٠ ١٠ ١٩٣٥ • ويرى الفقه الفرنسى وجوب تعميم هذا النص ليشمل الاوراق التجارية الاخرى . اذ لا محل للتفرقة بين الشيك وغيره من الاوراق التجارية فى هذا الصدد . خصوصا وقد قصد الشارع منه تدعيم حق الحامل ؛ وهو هدف مشترك بين الاوراق التجارية على اختلاف أنواعها (٢) •

١٧ — وليس معنى وجود ضمانات للدين الصرفى تساعد على اقبال الافراد على هذا النوع من الاوراق . افتراض التخلى عن ضمانات الدين القديم . كالرهن أو الامتياز ؛ وان ينسب اليه قصد التخلى عن فريسته ليقنع بظلها • فاذا كان الدين الاصلى مضمونا برهن عقارى أو كان من الديون الممتازة فلا يغنى الصك التجارى — وهو لا يخرج عن كونه قصاصة ورق — دلك الدائن بترك ضمانات الدين الاصلى ؛ خصوصا اذا كان الموقعون على هذا الصك معسرين •

---

(١) استئناف مصر ١٩٢٧/١١/١٥ المحاماه ٢٨ رقم ١٤١ ص ١٨٧ .
و استئناف مصر ٣٢/١١/٢٧ المحاماه ٣٣ رقم ٢٨٤ ص ٥٤٧ .
و استئناف مصر ١٩٣٣/٢/٢٦ المحاماه ٣٣ رقم ٦٢٨ ص ١٢٣٠ .

(٢) Lescot, et Roblot. N. 80.

١٨ — أما القول بأن القواعد العامة تفترض أن لكل التزام محلا واحدا . ولا يتحمل المحل الواحد أكثر من التزام واحد . ففى غير محله فى الموضوع الذى نناقشه • حيث نصت ذات القواعد على حق المدين المتضامن أن يستعمل فى مواجهتهم احدى دعويين . الاولى دعوى شخصية . تنشأ عن العلاقة الاصلية . التى تربط بينه وبين أحدهم . ويكون مصدرها الفضالة أو الوكالة • أو دعوى الحلول محل الدائن طبقا لنص المادة ٣٢٦ من القانون المدنى التى تقضى بأنه : « اذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الاحوال الآتية : —

أ — اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين . أو ملزما بوفائه عنه ••• » •

وهناك صورة أخرى يكون للدائن فى مواجهة مدينه أحد دعويين فللكفيل الذى وفى الدين الرجوع على المدين الاصلى بدعوى شخصية . أو بدعوى حلول • فلماذا يحرم حامل الورقة التجارية من الرجوع على مدينه . اما بدعوى الدين الاصلى وتحكمها القواعد العامة . واما بدعوى الصرف الناشئة عن توقيع المدين على الورقة التجارية • وليس معنى ذلك أن فى استطاعة حامل الورقة التجارية الحصول على حقه مرتين • فمتى تمكن من استيفاء حقه باحدى الدعويين : سقط حقه فى الاخرى . لانعدام المصلحة ، عملا بنص المادة الثالثة من قانون المرافعات المدنية والتجارية الحالى والتى تنص على أنه :« لا يقبل أى طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون » •

١٩ — وأخيرا فلا محل للاخذ بهذا الرأى اذا كان المقصود بالتجديد تلك الصورة التى يقع فيها بتغيير المدين . وما يترتب عليها طبقا لما تقضى به القواعد العامة فى التجديد . من براءة ذمة هذا المدين نهائيا . وحلول مدين جديد آخر محله • نظرا لما بين النصوص التى

تحكم التجديد فى تلك الصورة وقواعد قانون الصرف من تنافر • فتحرير الورقة التجارية أو تظهيرها لا يؤدى الى حلول مدين جديد محل المسحب أو الحرر أو المظهر . وبراءة ذمة أى من هؤلاء فى مواجهة حامل الورقة • بل يظل كل منهم بعد التظهير ضامنا فى الوفاء بقيمة الصك •

الفرع الثانى

اندماج الالتزام الاصلى بالصك

٢١ — ستبعد نفر من الفقه فكرة التجديد . لما تؤدى اليه من تعقيد الحلول . فقد أخذ القانون الرومانى قديما بتلك الفكرة تقديسا منه لمبدأ ثبوت العلاقة الناشئة عن الالتزام . وعدم السماح تبعا لذلك باحداث أى تعديل أو تبديل فيما تفرضه من حقوق وواجبات • وكان للمتعاقدين . فى ظل أحكام هذا القانون . ان أرادا شيئا من ذلك . أن ينهيا العلاقة القانونية التى كانت قائمة بينهما . ثم يتفقان على انشاء علاقة جديدة تتضمن التعديل المراد ادخاله • وهنا قد يتعرض حق الدائن لخطر شديد . اذا ما تمت المرحلة الاولى باتفاق المدين . ونرتب عليه انقضاء الالتزام الناشىء عنها . ثم تخلى هذا الاخير . ورفض الاتفاق مع الدائن على انشاء الدين الجديد الامر الذى واجهه المشرع الرومانى بأحكام صريحة . تؤدى الى النص على ضرورة الاعتراف بوقوع العملية الثانية . حتى لا يضار الدائن •

٢١ — وقد تأثر القانون الفرنسى . ومن بعده القوانين التى أخذت عنه . بهذا التشدد . فنصت على أن التجديد لا يفترض . بل لا بد من استخلاص نية المتعاقدين على احداثه . استخلاصا سائغا . من واقع ظروف الدعوى وملابساتها . حتى تستطيع المحكمة أن تكشف عن وجود تلك النية . فتقضى بالتجديد . أو بعدم وجودها فتلتفت عنه • مع ملاحظة أن الشك فى وجودها يفسر دائما بأن النية لم تتجه الى التجديد •

٢٢ — والحقيقة أن تجديد الالتزام باعتباره نظام قديم ، أصبح لا ينسجم مع روح العصر الحديث . بل ولا ينسجم خصوصا مع الالتزام الصرفى الناشىء عن الاوراق التجارية . وما يترتب عليه من ضمانات للحامل فوق الضمانات التى تحققها له العلاقة الاصلية . التى كانت تربط بينه وبين مدينه الاصلى . قبل نشوء الالتزام الاصلى . ومن ثم فان نية الطرفين فى تلك العلاقة الصرفية ؛ تتجه عند انشائها أو تظهرها الى الرغبة فى الوفاء بالالتزام . وتسوية العلاقة التى كانت تربط بينهما فى سهولة ويسر .

٢٣ — وترتيبا على ذلك فقد استند هذا النفر من الفقهاء الى قواعد الوفاء . واستبعدوا فكرة التجديد . واعتبروا الورقة التجارية . اعترافا بالدين الاصلى ؛ ووسيلة للوفاء به . لا يترتب عليها خلق دين جديد للدائن . بل يظل حقه القديم كما هو ؛ وينتقل الى الورقة التجارية ويندمج فيها . ويترتب على هذا الاندماج خضوعه لقواعد قانون الصرف بعد أن كان خاضعا للقواعد العامة فى القانون المدنى .

ويعرض الدكتور محمد صالح(١) . لهذا الرأى بقوله : « يترتب على عدم تجديد الدين الاصلى . بقاء الضمانات والحقوق المتصلة به ، وانتقالها الى الورقة التجارية . ويكون لحاملها حق الاستفادة منها ، لأن الدين الذى ثبت فى ورقة تجارية يظل متصـــلا بالدين الاصلى ؛ أو بالتصرف الذى ترتب عليه تحرير الورقة التجارية ؛ اذ أن الالتزام الصرفى لا يوجد من تلقاء نفسه . ولا يطيق التجديد ؛ وهو كالطبيعة فى رأى الاقدمين ينفر من الخلاء . ولا يستطيع البقاء بقواه الذاتية ان لم يتلمس مقومات حياته من الحقوق غير المجردة المحيطة والملابسه له . وتجتذب الورقة كل هذه الحقوق . وتمتصها كما يمتص الاسفنج ما يدانيه من الماء . فالكمبيالة تتشرب حق الساحب قبل المسحوب عليه

---

(١) الاوراق التجارية للدكتور محمد صالح طبعة ١٩٥٠ .

أى مقابل الوفاء ؛ أو تنقل عند كل تظهير الى المظهر اليه . كما أنها تتشرب حق المستفيد قبل الساحب أو قبل محرر السند تحت الاذن • وكلما تداولت الورقة التجارية ؛ تشربت كل العلاقات القانونية الجديدة بما فى ذلك حق المظهر اليه قبل المظهر • وينبنى على ما تقدم أن ضمنات الدين الذى ثبت فى ورقة تجارية ؛ تدخل فى قالب الصرف بما فى ذلك دعوى الفسخ والرهن التأمينى الضامن لمقابل الوفاء • وتتداول هذه الضمانات بتداول الكمبيالة • والخلاصة أنه ليس للورقة التجارية أى أثر تجديدى فى الدين الاصلى . اذ لا يوجد بين دين الورقة والدين الاصلى هوة مانعة من اتصالهما واندماجهما انما يستثنى من ذلك التأمينات الشخصية المقدمة عن الدين الاصلى بسبب النص عليها فى المادة ٧٨٣ من القانون المدنى الحالى(١) والتى تنص على أنه : « اذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخر . برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشىء » • والنص على براءة الكفيل دليل على أن ما قضت به المادة لا يستفاد من القواعد القانونية العامة ؛ وعلى أن تسوية الديون بورقة تجارية ؛ لا يفيد التجديد • وغنى عن البيان أن اعتبار الورقة التجارية بهذا المعنى . وأنها تتشرب كل الحقوق الملابسة لها . لا يتفق مع النظرية القائلة باعتبار الالتزام الصرفى التزاما مجردا . وأن لكل من الدين الاصلى الذى من أجله انشئت أو تداولت الورقة ، والدين الصرفى وجودا مستقلا وأن ثانيهما ليس قالبا أو أداة للدين الأول »(٢)•

٢٤ — ويستند أنصار هذا الرأى الى القاعدة التى تقول أن : « من يسرى يدفع » • ومع ذلك يظل هذا الوفاء شروعا فلا يتم ولا يصير باتا الا اذا تحصل حامل الورقة على قيمتها • فهو وفاء معلق على شرط التحصيل •

---

(١) م ٥١١/٦٢٤ من القانون المدنى المصرى القديم .
(٢) راجع فى الدفاع عن هذا الرأى . Thaller. N. 1300-1416.

وعلى ذلك فان أنصار هذا الرأى . ينكرون التجديد ؛ كما ينكرون الازدواج . فليس هناك فى نظرهم الا دين واحد خلع ثوبا وارتدى ثوبا آخر • ولا يؤدى ذلك الى تغيير الدين ذاته ؛ فهو باق ، ولكن فى شكل جديد . هو الشكل الصرفى ؛ ولا يمكن أن يؤدى تغيير الشكل الى اعمال فكرة التجديد ؛ ما دام لم يتضح بجلاء اتجاه نية المتعاقدين اليها •

٢٥ — وهذا الرأى قد حالفه التوفيق ؛ عندما استبعد فكرة التجديد . لانها فكرة بالية ؛ وتعرضت لعديد من الانتقادات بالنسبة للموضوع الذى نحن بصدده . وهجرها القضاء ولم يأخذ بها فى العديد من أحكامه • ولكن هذا الرأى . وان صح الشق الاول منه ؛ فقد أخطأ الشق الثانى . عندما أنكر ازدواج الدين . وبقاء الدين الاصلى والدين الصرفى جنبا الى جنب •

٢٦ — فالدين الذى يوقع على ورقة تجارية يتحمل أعباء جديدة ؛ لم يكن يتحملها فى الالتزام السابق عليه ؛ وان كان لا يلتزم بأكثر مما كان مسئولا عنه • وتبدو تلك الاعباء الجديدة ؛ فى حرمانه من مزايا كانت له ؛ فعليه مثلا الوفاء بقيمة الورقة فى ميعاد معين هو ميعاد الاستحقاق . واذا أراد مهلا قضائية للقيام بهذا الوفاء لا تجيبه المحكمة لطلبه ؛ واذا كان توقيعه على كمبيالة ؛ اعتبر عملا تجاريا ولو لم يكن تاجرا ولو لم يتعامل بمناسبة عملية تجارية • واذا امتنع عن الوفاء فى ميعاد الاستحقاق . تعرض للتشهير بسمعته المالية عن طريق تحرير بروتستو عدم الدفع ؛ واعلانه به ؛ ونشر هذا البروتستو فى نشرة خاصة معدة لاطلاع الكافة ؛ ويترتب عليها تزعزع ائتمان هذا المدين • هذا فضلا عن خضوع الالتزام الناشىء عن توقيعه على الورقة التجارية لاحكام التقادم الخمسى • بينما قد يكون الالتزام الاصلى خاضعا لاحكام التقادم الطويل •

وفى هذا كله دليل واضح على أن الشخص الذى يسحب كمبيالة أو يحرر سندا تحت الاذن . أو يظهر ورقة تجارية . انما يلتزم التزاما جديدا يضاف الى الالتزام السابق . ويؤكد الوفاء به . خصوصا اذا لاحظنا أن هذا المدين بعد أن كان ملتزما قبل شخص واحد ؛ أصبح مسئولا قبل كل شخص تظهر اليه الورقة • وهو بهذا التظهير يلتزم التزاما جديدا قبل أولئك الذين لم يكن مسئولا أمامهم من قبل بمقتضى العلاقة السابقة على تحرير الورقة أو تداولها(١) •

٢٧ — وقد هاجم الاستاذ كابيتان (٢) • هذا الرأى الذى يقول أن الورقة التجارية لا تنشىء التزاما جديدا فى ذمة المدين . بل يقتصر دورها على اثبات الالتزام القائم . وأنها وان كانت تعدل فى نواح كثيرة من أحكام الالتزام السابق. فان هذا التعديل يتصل بآثار الالتزام لا بمصدره • فتهمه بالتناقض . حين زعم بقاء الالتزام السابق على أصله وسلم مع ذلك بترتيبه آثارا جديدة • أو ليست آثار الالتزام وثيقة الصلة بمصدره بحيث لا تتغير الا اذا تغير . واذا كانت قيمة الورقة التجارية قاصرة على اثبات الدين السابق فى محرر ذى شكل خاص فكيف قوى هذا المحرر على تعديل آثار الالتزام الذى يثبته خروجا عن الاصل فى المحررات •

٢٨ — فاذا أضفنا الى ما تقدم استقرار القضاء على استبعاد فكرة التجديد والاعتراف بالازدواج . ورتب القضاء على الازدواج كل آثاره . كان هذا الرأى كسابقه خليقا بالالتفات عنه •

ونشير هنا الى بعض أحكام القضاء :

من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة بجلسة ١١/٤/١٩٣٥ « لا تنقضى العلاقات الاصلية بمجرد تحرير المدين لسند اذنى وفاء

---

(١) الاوراق التجارية فى التشريع المصرى للدكتور امين بدر طبعة سنة ١٩٥٣ بند ٦٦٨

(٢) P. 422.

لهذه العلاقات . وعلى ذلك يبقى الدين وانما بمقتضى سندين : الاول الناشيء عن العلاقات الاصلية . والسند الجديد الناشيء عن تحرير الورقة التجارية . »(١)

ومن ذلك أيضا ما قضت به هذه المحكمة أيضا بجلسة ١٩٣١/٥/٢٦ « لا يترتب على قبول الدائن لسند اذنى تجديد الدين الاصلى الناشيء عن بيع عقار الا اذا ظهر بوضوح أن نية المتعاقدين اتجهت الى احداث هذا الاثر . وعلى ذلك تبقى العلاقات الاصلية الناشئة عن عقد البيع بالرغم من تقادم دعوى الصرف الناشئة عن تحرير السند الاذنى »(٢)

وقضت ذات المحكمة أيضا بجلسة ١٩٢٢/١٢/٦ بأنه : « لا يمنع تقادم الورقة التجارية . المستفيد فيها من اثبات انه دائن بالمبلغ الثابت على الورقة بصفة أخرى غير صفته كحامل لها . ولكنه لا يجوز تقديم هـذا الطلب لاول مرة أمام محـكمة الاسـتئناف لانه يعتبر طلبـا جديدا . » (٣)

وطالما انتهينا الى استبعاد كل من الرأيين الاول والثانى فاننا نبادر بعرض الرأى الثالث الذى نرجحه فى . وذلك فى الفرع الثانى .

الفرع الثالث

استقلال الالتزام الاصلى عن الالتزام الصرفى

٣٠ — لا يمكن — كما سبق القول الاخذ بفكرة تجديد الالتزام الاصلى بمجرد انشاء الورقة التجارية أو تداولها بالتظهير . كما يحسن الالتفات عن الرأى الثانى القائل باندماج الدين الأصلى فى الصك وبقائه

---

(١) بلنان س ٤٢ ص ٢٤٩ .
(٢) بلنان س ٤٣ ص ٤٠٥ .
(٣) بلنان س ٣٥ ص ٧٧ .

دينا واحدا فى ذمة المدين ؛ وخضوعه فى نفس الوقت لاحكام قانون الصرف •

والقول الفصل فى هذا المقام أن انشاء الورقة التجارية أو تداولها بالتظهير يولد التزاما مغايرا عن الالتزام الاصلى فى طبيعة وفى الاحكام التى يخضع لها • ويستمر الالتزامان ضمن الكائنات القانونية ، يسيران جنبا الى جنب ويهدفان الى تحقيق غاية واحدة . هى حصول حامل الورقة على دينه رضاءا أم قضاءا . وله فى سبيل ذلك اقامة أحد دعويين :

الأولى : دعوى الصرف التى تحمى الالتزام الصرفى الثابت فى الصك •

والثانية : الدعوى الشخصية التى تحمى الالتزام الناشىء عن العلاقة السابقة على سحب الورقة التجارية أو تظهيرها •

وبالرغم من أن لكل من هذين الدعويين وما يتبعها من دعاوى وجودا ذاتيا وكيانا مستقلا . فانهما يتقابلان أحيانا ويؤثر كل منهما فى الاخرى •

٣١ — ولا يمكن القول — داهة — بوقوع تجديد للدين الاصلى الا اذا تبينت المحكمة بوضوح اتجاه نية الطرفين الى تجديده •

وقد أجمع الفقه الفرنسى أو كاد على أن تحرير الورقة التجارية أو تظهيرها لا يؤدى الى تجديد الدين الاصلى . بل يظل قائما ومحتفظا بكافة الضمانات التى كانت له . باستثناء الحالة التى نصت عليها المادة ٢٠٣٨ مدنى فرنسى التى تقضى ببراءة ذمة الكفيل ، اذا قبل الدائن شيئا بصفة وفاء للدين . ويكون قبول الدائن الوفاء بورقة تجارية مبرئا لذمة الكفيل الذى يضمن الالتزام الاصلى • ولا يؤدى هذا النص الى الاقلال

من الضمانات التى لحامل الورقة التجارية • فقد عوضه القانون عنها بتضامن الموقعين على الورقة (١) •

٣٢ — أما موقف القضاء الفرنسى فقد استقر (٢) فى كافة أحكامه على استبعاد فكرة تجديد الدين . التى يقول بها أنصار الرأى الاول ، باستثناء حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٨٧٨/١٢/٤ والسابق الاشارة اليه • وهو حكم غامض لا يدل على اتجاه المحكمة ، اذ نشأت الورقة التجارية فى النزاع الذى فصلت فيه تلك المحكمة فى ذات الوقت الذى نشأ فيه الدين الاصلى •

٣٣ — وفى مصر . أجمع الفقه على استبعاد فكرة التجديد . لذات الاسباب التى أخذ بها الفقه الفرنسى (٣) •

٣٤ — أما القضاء المصرى المختلط ، فقد أجمع على استبعاد فكرة التجديد . عدا الحكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة بجلسة ١٩٣٥/٤/١١ السابق الاشارة اليه . وهو حكم لا يقرر اتجاه القضاء المختلط . اذ جاءت جميع الاحكام الاخرى على نقيضه . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلط فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٣٠/١/١٤ بأن: « تحرير سندات اذنية وفاء لاجرة عقار ، لا يدل بذاته على أن المتعاقدين قصدا تجديد هذا الدين » (٤) • كما قضت أيضا بجلسة ١٩٣٢/٣/٢٧ بأن « تحرير السند تحت الاذن وفاءا لدين لا يتضمن فى ذاته تجديد هذا الدين . فلا يعتبر اصدار السند الا وسيلة لتسهيل عملية الوفاء ،

---

(١) ينص القانون المدنى الحالى فى المادة ٨٧٣ منه على انه « اذا قبل الدائن ان يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشىء » وكان القانون المدنى السابق ينص على ذات الحكم فى المادة ٥١١ / ٦٢٤ .

(2) Cass. 8-1-1850, D., 1850, 1-58, 28-4-1900. D., 1900-1-17, 23-2-1928. D., 1929-1-13, 12-11-1946. S., 1947-1-3.

انسابق الاشارة اليه . على البارودى طبعه ١٩٧٥ بند ١٦٩ سامى مدكور طبعه ١٩٧٥ بند ٢٢١

(٤) بلتان س ٤٣ ص ١٥٠

وعلى ذلك فللدائن أن يطالب بحقوقه ؛ اما بمقتضى سنده الاصلى ؛ وعندئذ يتعين عليه أن يسلم السندات الادنية التى تحررت للمدين عند حصوله على الوفاء ؛ واما بمقتضى هذه السندات الاذنية ذاتهـا . ولا ينقضى دينه الاصلى الا اذا تم الوفاء بهذه السندات » (١) .

٣٥ — أما القضاء المصرى الاهلى فقد قضت محكمة استئناف مصر الاهلية فى حكمها الصادر بجلسة ١٥/١١/١٩٢٧ بأن « تغيير سند الدين لا يؤدى حتما الى استبدال الدين الآخر ؛ ما لم يتبين أن المتعاقدين قصدا الاستبدال ؛ فاذا ذكر فى عقد بيع عقار أن باقى الثمن تحرر به سند تحت الاذن . وذكر بالسند أن القيمة باقى ثمن عقار . كان هـذا دليلا على أن المتعاقدين لم يقصدا استبدال الدين . وعلى ذلك لا تسقط الضمانات المترتبة لصالح الدائن » (٢) .

وقضت أيضا فى حكمها الصادر بجلسة ٢٧/١١/١٩٣٢ بأنه : « اذا استصدر البائع من المشترى أو من المشترين من المشترى سندات لامره واذنه ؛ ثم احتفظ بضمان المشترى منه . دل ذلك على أن نية الاستبدال معدومة . و لو استصدر البائع السندات من المشترين من المشترى منه ؛ ولم يخل ذمة المشترى الاصلى من باقى الثمن . فلا يكون هناك استبدال

---

(١) بلنان س ٤٤ ص ٢٩٤ . ويراجع فى هذا ايضا
استئناف مختلط ١٨٨٩/٦/٦ بلنان س١ ص ٢٣٨
استئناف مختلط ١٩٣١/٥/٢٦ بلنان س ٤٣ ص ٤٠٥
استئناف مختلط ١٩٣٣/١٠/٢٥ بلنان س ٤٥ ص ٢
استئناف مختلط ١٩٣٤/٣/٧ بلنان س ٤٦ ص ٢٠٣
استئناف مختلط ١٩٣٤/١١/١٥ بلنان س ٤٧ ص ٢٨
استئناف مختلط ١٩٣٥/١/١٨ بلنان س ٤٧ ص ٣٧٨
استئناف مختلط ١٩٣٥/٤/١١ بلنان س ٤٧ ص ٢٤٩
استئناف مختلط ١٩٤٠/٤/١٧ بلنان س ٥٢ ص ٢٣٣
استئناف مختلط ١٩٤١/٢/٢٦ بلنان س ٥٣ ص ١١١
(٢) المحاماه س ٨ ص ١٨٧ رقم ١٤١

معلق على شرط قيام المشترين الجدد بسداد الدين ، فان لم يسدده بقى الالتزام الاصلى عالقا بذمة المشترى الاول » (١) .

كما قضت ذات المحكمة بجلسة ١٦/٢/١٩٣٣ بأن (استبدال الدين لا يكون الا اذا قصد الطرفان انقضاء الدين القديم وانشاء دين جديد آخر حل محله ، وأن هذا القصد لا يفترض ، بل يجب أن يثبت جليا ، وبناء على ذلك ، فمجرد تحرير سند مستقل بالثمن لا يفيد أن البائع قد اعتبر أن الثمن قد دفع وأن التأمينات العينية أو الشخصية التى كانت تضمنه قد سقطت وأن المشترى أصبح مدينا فقط بدين عادى بدل الثمن . بل ان قصد المتعاقدين كان ايجاد أداة جديدة لدفع الثمن . فبعد أن كان ثابتا بالعقد أصبح ثابتا بالسند » (٢) .

٣٦ — وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية — دائرة الامور المستعجلة — بجلسة ١١/١١/١٩٤٠ بأنه « اذا استكتب البائع مدينه المشترى سندات بباقى الثمن . فلا ينهض هذا بذاته تجديدا للدين ، خصوصا اذا اقترن ذلك باصرار البائع فى عقد البيع على الاحتفاظ بامتيازه ، اذ يفهم من هذا نفى نية التجديد » (٣) .

٣٧ — ثم توجت محكمة النقض المصرية هذا القضاء العريض بحكمها الصادر بجلسة ٥/٢ ١٩٤٦ بأن الشيك المعطى سدادا لثمن « أداة لوفاء الثمن لا استبدالا له » (٤) .

٣٨ — ويخلص من كل ما تقدم أن تحرير الورقة التجارية أو تظهيرها لا يؤدى بذاته الى تجديد الدين الاصلى . اذ لا بد أن تتجه نية المتعاقدين الى ذلك صراحة . وتستطيع محكمة الموضوع استخلاص تلك النية من

---

(١) المحاماه س ١٣ ص ٢٨٤ رقم ٥٤٧
(٢) المحاماه س ١٣ ص ١٢٣٢ رقم ٦٢٨
(٣) المحاماه س ٢١ ص ٢٨٠ رقم ١٣٣
(٤) المحاماه س ٢٧ ص ٢٩٨ رقم ١٢٤ واخيرا اصدرت محكمة النقض حكما التزمت فيه بهذا المبدأ فى الطعن رقم ٣٦/٧٩ جلسة ١٠/٤/١٩٧٤ المنشور بالمجموعة السنة ٢٤ قاعدة ١٠١ ص ٥٧٠

القرائن التى تؤدى اليه ؛ كما اذا اعدم الدائن وبعد تسلمه الورقة التجارية — سند الدين الاصلى ؛ أو اذا سلمه للمدين مؤشرا عليه بالسداد (١) ؛ أو اذا نص فى عقد البيع على سداد الثمن (٢) أو اذا كان مبلغ الورقة يمثل جملة ديون أصلية ناتجة من عمليات مختلفة • ويترك لمحكمة الموضوع استخلاص نية التجديد باعتبارها من مسائل الواقع • وليس لمحكمة النقض رقابة عليها فى هذا الصدد •

واذا قام لدى محكمة الموضوع شك فى استخلاص تلك النية ؛ وجب الرجوع الى القاعدة العامة فى التجديد . والتى تقضى بأن التجديد لا يفترض •

٣٩ — وقد أعطى الفقهاء أمثلة لقرائن لا تؤدى الى اتجاه نية المتعاقدين الى انهاء الدين الاصلى ؛ واحلال الدين المصرفى محله •

ومن أمثلة ذلك أن يكون انشاء الورقة أو تظهيرها قد تم فى الوقت الذى أنشىء فيه الدين الاصلى . وهو الخطأ الذى وقعت فيه محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر بجلسة ١٢/٤ ١٨٧٨ كما سلف البيان (٣) •

وقد أيدت محكمة النقض المصرية حكما لمحكمة استئناف مصر استخلص نية التجديد من أن المدعى قبل شخصا آخر بدل المشترى فى أداء المتأخر من أقساط الثمن المحرر به كمبيالات ؛ وأن هذا الشخص حرر على نفسه شيكات برصيد الثمن . واقترن ذلك باقرار المدعى بأنه سلم الكمبيالة للمدعى عليه الاول مؤشرا عليها بالسداد . وقد سلمها له فعلا فى نفس اليوم ؛ و اقراره بأن غرمائه أصبح مسددا . وتعهده

---

(1) Lescot, P. 191.

(٢) قنا الكلية ١٩٤٠/٤/٢ المحاماه السنة ٢٠ ص ١٣٩٥ ؛ رقم ٦١٣ .

(3) Lescot et Roblot, N 81.

فى نفس اليوم بأن يشطب امتياز البائع المحفوظ بمقتضى العقد الرسمى بما يقابل المبلغ الذى تم سداده على الوجه الموضح آنفا • وأضافت محكمة النقض « ولما كان استبدال الدين أمرا موضوعيا يستقل قاضى الموضوع بالفصل فيه ؛ ولما كانت تلك الاسباب التى أقامت عليها المحكمة قضاءها بحصول الاستبدال من شأنها أن تؤدى الى القول به فعلا ، فلا محل للمجادلة فى ذلك أمام محكمة النقض » (١) •

فاذا استخلصت محكمة الموضوع اتجاه المتعاقدين الى انهاء الدين الاصلى واحلال الدين الصرفى محله . وجب عليها البحث فى قصد المتعاقدين من هذه النية ؛ وهل تتجه الى تجديد الدين أو اجراء عملية وفاء بمقابل ؛ وهى مسألة من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع • اذ يترتب على اعتبار العملية التى تمت بين المتعاقدين من قبيل الوفاء بمقابل ؛ اعتبار الوفاء تاما من يوم تحرير الورقة ، فلا تسرى الفوائد لمصلحة الدائن فى الفترة بين تحرير الورقة وميعاد استحقاقها •

أما فى حالة التجديد فلا يقع الوفاء الا بدفع قيمة الورقة التجارية فاذا لم تدفع استحقت للدائن فوائد من يوم اجراء عملية التجديد •

وأخيرا قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر بجلسة ٢١/١/ ١٩٧١ الطعن رقم ٣٢٠/٣٦ ق بأن انشاء الورقة التجارية أو تظهيرها لتكون أداة وفاء لدين سابق ، يترتب عليه نشوء التزام جديد فى ذمة المدين ؛ هو الالتزام الصرفى ؛ ونشوء الالتزام لا يستتبع انقضاء الالتزام الاصلى بطريق التجديد طبقا للمادة ٣٥٤ من القانون المدنى التى تنص على أن التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف (٢) •

---

(١) مجموعة القواعد القانونية ج ٥ ص ٢٨٤ رقم ١٢٩
(٢) مجموعة القواعد القانونية السنة ٢٢ قاعدة ٢٠ ص ١١٣