الفصل الثانى

آثار بقاء الدين الاصلى بجانب الالتزام الصرفى

٤٠ — يترتب على انشاء الوقة التجارية أو تظهيرها ، التزام صرفى لصالح حاملها فى مواجهة الموقعين عليها •

ولا شك أن الاخذ بفكرة التجديد التى ناقشناها وأثبتنا فسادها يؤدى الى زوال الالتزام الاصلى الناشىء عن العلاقة الاصلية بين حامل الورقة التجارية وساحبها أو محررها أو مظهرها • وزوال كافة الضمانات التى كانت مقررة لهذا الالتزام •

وقد استقر الفقه والقضاء على استبعاد هذه الفكرة لما تقضى به القواعد العامة من أن التجديد لا يفترض ، وأنه لابد من اثبات قيام نية التجديد بين الطرفين بطريقة واضحة وصريحة لا لبس ولا غموض فيهـــا •

وعلى ذلك سوف لا نتعرض لهذه الفكرة وما ترتبه من آثار على الالتزام الاصلى ، اكتفاء بما سبق ذكره تفنيداً لها •

ونقصر الكلام فى هذا الفصل على الآثار المترتبة على قيام كل من الدين الاصلى والالتزام الصرفى جنبا الى جنب ، يتصلان فى بعض الآثار ، ويستقلان فى البعض الآخر • مفـردين لكل من الاتصـال والاستقلال فرعا مستقلا •

٤١ — ولما كان الرأى القائل بأن الالتزام الصرفى الناشىء عن انشاء أو تظهير ورقة تجارية ، هو وفاء بشرط التحصيل مع بقاء الدين الاصلى قائما ولكن فى شكل جديد يرتب آثارا على هذا الالتزام الاصلى، تختلف بالنسبة لحقوق الدائن قبل استحقاق الورقة التجارية ، وحقوقه بعد استحقاقها سواء فى ذلك بقيت الحقوق الصرفية أم سقطت ، فيحسن بنا أن نشير الى تلك الآثار ، مع التعليق على كل منها فى حينه •

الفرع الاول

اتصال الالتزام الاصلى بالالتزام الصرفى

٤٢ — لما كانت الغاية المشتركة بين كل من الالتزام الاصلى ، والالتزام الصرفى . هى تمكين الدائن من استيفاء حقه عن طريق الدعوى الاصلية أو الدعوى الصرفية . فان تلك الغاية المشتركة . تصل بين هذين الالتزامين فى مواضع كثيرة ، بحيث يؤثر كل منها فى الآخر . ولا يمكن اعتبار استقلال كل منها عن الآخر استقلالا تاما . رغم أنه المبدأ الاساسى فى قيامها متجاورين .

ونحصر حالات اتصال كل منها بالآخر فيما يلى

أولا : ميعاد الاستحقاق :

٤٣ — لا يثير ميعاد الاستحقاق صعوبة اذ طبق ميعاد استحقاق الدين الاصلى ميعاد استحقاق الورقة التجارية .

ولكن الصعوبة تبدو اذا اختلف هذا الميعاد فى كل منهما ، سواء حل ميعاد الدين الاصلى قبل حلول ميعاد استحقاق الورقة التجارية ، أم حل بعده .

ففى الصورة الاولى ، يتضمن تحديد ميعاد استحقاق الورقة التجارية فى تاريخ لاحق لتاريخ استحقاق الدين الاصلى ، تعهدا من جانب الدائن بعدم الرجوع على مدينه بالدين الاصلى الا بعد فشله فى الحصول على قيمة الورقة التجارية .

ويفسر ذلك باعتباره مظهرا لاتفاق الطرفين على مد أجل الدين الاصلى ، بحيث لا يحق للدائن المطالبة به قبل حلول الاجل المحدد فى الورقة التجارية . ويسوغ للمدين دفع دعوى الدين السابقةعلى هذا

الاجل بعدم استحقاق الدين (١) •

ويقول الاستذ Fontaine فى هذا الصدد « ان صدور الورقة او تظهيرها يقع بمثابة وفاء للدين الاصلى ؛ ولكنه وفاء معلق على شرط فاسخ . هو عدم دفع قيمة الورقة التجارية . فيصبح الحامل بالنسبة للمدين الاصلى فى موقف الدائن صاحب الدين المعلق على شرط فاسخ . فلا يستطيع بهذا الوصف المطالبة بدينه حتى يتحقق هذا الشرط • ولكنه يستطيع القيام بالاجراءات التحفظية كقيد الرهون أو تجديدها(٢) •

وفى هذا يتفق الرأى الذى نفضله مع الرأى القائل بأن تحرير أو تظهير ورقة تجارية ليس الا اعترافا بالدين القديم فى شكل جديد • اذ يحرم هذا الرأى الاخير الدائن من استعمال حقوقه المترتبة على الدين الاصلى فى الفترة ما بين انشاء الورقة واستحقاقها ؛ واعتبار حقوقه موقوفه (٣) •

٤٤ — أما اذا حل ميعاد استحقاق الورقة التجارية قبل حلول ميعاد استحقاق الدين الاصلى ، فعلى الدائن المطالبة بقيمتها فى ميعاد استحقاقها حتى يستطيع مراعاة النصوص القانونية التى توجب عليه اتخاذ اجراءات معينة فى مواعيد محددة حفظا لحقه فى الرجوع على الضمان •

فاذا نجحت مطالبته ، فقد تحصل على حقه ؛ وانقضى الالتزامان الاصلى والصرفى معا • أما اذا فشل فى تلك المطالبة ؛ فله الرجوع بدعوى الدين الاصلى •

وهنا يتساءل الفقه عن مدى جواز تحريك دعوى الدين الاصلى

---

(1) Lescot, P. 203.

(٢) ص ٢٩٧ رقم ١٠٣٤ وترافع المادة ١٠٥٤ من القانون المدنى المصرى الحالى والمادة ٤٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى .

(٣) د . محمد صالح بند ٢٧١

مباشرة . أم الانتظار حتى يحل الاجل المحدد أصلا للوفاء بهذا الدين .

يجيب الاستاذ Lescot على هذا السؤال بأن الدائن ليس مجبرا على هذا الانتظار لان تحرير الورقة التجارية تكون أداة وفاء يتضمن فيما يتضمن تنازل المدين عن الأجل الممنوح له (١).

ويعارض الدكتور محسن شفيق الاستاذ Lescot في هذا الصدد بقوله : « نرى وجوب الانتظار حتى يحل ميعاد الدين الاصلى لانه متى تنصل المدين فى الورقة التجارية عن الدفع . تفتح أمام الدائن طريقان . فاما أن يرجع على الضمن — ومن بينهم مدينه الاصلى — بدعوى الصرف واما أن يرجع على مدينه الاصلى مباشرة بدعوى الاصلية . فمن اختار هذا الطريق الاخير . فمعنى ذلك أنه أراد أن يهجر طريق دعوى الصرف . وأن يعيد الحال الى ما كانت عليه قبل تحرير الورقه التجارية . ولما كان الدين الاصلى فى هذا الاجل مقرون باجل . فيجب أن يحترم الدائن هذا الاجل . خصوصا وأن هذا الحل يتفق وروح القانون الذى يود أن تفسر التعهدات عند الشك بما فيه مصلحة المدين (٢) . كما أنه يتفق ومبدأ استقلال الدين الاصلى عن الدين الصرفى وهو القاعدة العامة »(٣)

ولا شك أن اتفاق الدائن والمدين عند تحرير أو تظهير الورقه على تحديد ميعاد استحقاق لها سابق على تاريخ استحقاق الدين الاصلى يتضمن — فى رأينا — اتفاق بين الطرفين على تعديل تاريخ استحقاق الدين . وهو اتفاق لا يخالف النظام العام . ويجب احترامه . كما يتضمن فى الوقت ذاته تنازل المدين عن الاجل الممنوح له من قبل ، وهو تنازل لا غبار عليه . لان الاجل ممنوح لمصلحته . ومن حقه التنازل عنه .

وعلى ذلك فلا نتفق مع استاذنا الدكتور محسن شفيق فيما قاله

---

(1) Lescot, N, 92.

(٢) م ١١٦٢ مدنى فرنسى

(٣) د . محسن شفيق البحث السابق الاشارة اليه — الفصل الثالث القسم الثانى .

فى هذا الصدد ؛ لان هجر طريق دعوى الصرف ؛ لا يعيد الحال الى ما كانت عليه قبل نشوء الورقة التجارية فى البحث الذى نحن بصدده ، وهو تحديد ميعاد استحقاق الدين الاصلى • اذ لا تعدو الورقة التجارية أن تكون ورقة تتضمن اتفاقا بين طرفى العلاقة الاصلية على تحديد ميعاد جديد لاستحقاق هذا الدين•

والقول بغير ذلك فيه تفسير لارادة المتعاقدين على نحو ينافض التفسير الذى أخذنا به فى الفرض الاول . وفيه ارهاق للدائن . اذ تفسر ارادته فى الفرض الاول على أنها اتجهت الى منح المدين آجلا . وتفسر فى الفرض الثانى على أنها اتجهت الى الابقاء على الاجل الاصلى • مع أن الوقائع متماثلة فى الحالين (١) •

ثانيا : الفـوائد :

٤٦ — قد يمتنع المدين عن الوفاء بقيمة الورقة التجارية فى ميعاد الاستحقاق • فينشط الدائن الى تحرير بروتستو عدم الدفع . ليثبت هذا الامتناع وليمهد الطريق الى اقامة دعوى الرجوع الصرفى على المضمن فى الورقة التجارية • ولكنه قد لا ينجح فى تلك الدعوى لسبب من الاسباب . أو يؤثر التجاوز عنها . والرجوع على مدينه بدعوى الدين الاصلى . وقد يكون هذا الدين مدنيا •

وهنا يثور التساؤل عن بداية سريان الفوائد ؛ وعن السعر الذى يجوز له المطالبة به . اذ أن تاريخ تحرير البروتستو هو اليوم الذى تبدأ فيه سريان الفوائد بالنسبة للالتزام الصرفى ؛ بينما لا يجوز احتساب أية فوائد على الدين الاصلى الا ابتداءا من المطالبة القضائية • ولا يمكن اعتبار الانذار من قبيل المطالبة القضائية على النحو السابق تفصيله فى باب السقوط • وفضلا عن ذلك فان سعر الفائدة المدنية يقل عن سعر الفائدة التجارية والفرض أن الدين الاصلى دين مدنى •

---

(١) د . أمين بدر بند ٦٨٦ .

يرى بعض(١) الفقهاء الفرنسيين اعتبار البروتستو نوعا من الانذار ويرتبون على ذلك بدء سريان لفوائد من وقف تحريره •

ولكننا ازاء صراحة نص لمدة ٢٢٦ من القانون المدنى المصرى التى تقضى فى فقرتها الثانية بأنه « وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبه القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره » نرى عدم احتساب الفوائد الا من تاريخ المطالبة القضائية ؛ أى من تاريخ اعلان ورقة التكليف بالحضور فى دعوى المطالبة بالدين الاصلى . لأن تحرير البروتستو لا يعتبر من قبيل المطالبة القضائية فلا يترتب على تحريره بدء سريان الفوائد •

٤٧ — أما بالنسبة لسعر الفائدة ؛ وفى حالة عدم وجود اتفاق معاير ؛ فقد أجمع الفقه على النظر الى طبيعة الدين الاصلى الذى يبقى فى هذه الناحية مستقلا تماما عن الدين الصرفى ؛ ويتم تبعا لذلك احتساب السعر على أساس نص القانون المدنى ما دام الدين الاصلى مدنيا(٢) •

ثالثا : الدفوع :

٤٨ — يستطيع المدين أن يدفع دعوى الصرف بذات الدفوع التى يستطيع أن يدفع بها الدعوى الاصلية • وذلك على أساس أن الدين الاصلى سبب للدين الصرفى ؛ ولا يحق حرمان المدين من حق التمسك بالدفوع المستمدة من دين سلمت الورقة التجارية سدادا له(٣) •

فالدفع ببطلان الدين لعدم وجود السبب أو لعدم مشروعيته ؛ والدفع بالمقاصة . والدفع بعدم تنفيذ الالتزام ؛ كلها دفوع يحق للمدين ابداؤها سواء فى مواجهة دعوى الصرف أو فى مواجهة الدعوى الاصلية•

---

(1) Lyon-Caen, et Renault, 4. N. 372. Lescot et Roblot, P. 204.

(٢) Lescot, P. 205. امين بدر رقم ٦٨٨

(٣) استئناف مختلط ١٩٣٢/١٢/٧ بلقان س ٤٥ ص ٥٨

ويجب عدم الخلط بين حق المدين المذكور ، وبين قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع اذ أن مطالبة المدين فى الفرض الذى نحن بصدده توجه من الحامل الى المدين الذى كان يتعامل معه قبل تحرير الورقة أو تظهيرها .

ويستثنى من هذا الحق الممنوح للمدين ، الحالة التى يكون فيها الدين باطلا بطلانا نسبيا . اذ يعتبر تحرير الورقة التجارية أو تظهيرها تأييدا للدين وتنازلا منه عن هذا البطلان المقرر لمصلحته ، بشرط أن يكون المدين عالما بسبب البطلان حتى يمكن افتراض تنازله عن التمسك به ، وأن يكون هذا السبب قد زال ، حتى لا يستمر مفسدا لرضائه . وفى هذا تقول محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم لها بجلسة ١٩٣٦/٣/١١ : « ان تحرير سند تحت الاذن ، تنفيذا لتعهدات ناشئة عن تعاقد ، يفيد التنازل مقدما عن كل منازعة خاصة به » (١) .

رابعا : الوفاء :

٤٩ — لما كانت الغاية المشتركة التى تجمع بين الالتزام الاصلى والالتزام الصرفى هى كما سبق القول ، تمكين الدائن من استيفاء حقه ، فان الوفاء بقيمة الورقة التجارية ، ينهى الدين الاصلى ، كما أن الوفاء بهذا الدين ينهى الدين الصرفى ، وينقضى الدينان بعملية وفاء واحدة ، طالما تحققت الغاية المشتركة بينهما ، وتمكن الدائن من استيفاء حقه .

والوفاء ، اما بقيمة الورقة أو بالدين الاصلى ، يوضح العلاقة الوثيقة التى تربط بين الالتزامين ، وضوحا كاملا . لانه خروج عن مبدأ استقلال الدينين ، الذى يؤدى — لو طبق دون هذا الخروج — الى نتيجة غريبة ، مؤداها حصول الدائن على دينه وقيمة الورقة التجارية معا ، وهو مالم يقل به أحد .

---

(١) بلنان س ٤٨ ١٨١

وفى هذا المعنى تقول محكمة الاستئناف المختلطة بحكمها الصادر بجلسة ١٩٣٢/٤/٢٢ : « ان الدائن الذى استلم سندات اذنية استيفاء لحقه . أن يطالب بحقوقه . اما بمقتضى سنده الاصلى . وعندئذ يتعين عليه أن يسلم السندات الاذنية للمدين عند حصوله على الوفاء واما بمقتضى هذه السندات الاذنية ذاتها . ولا ينقضى دينه الاصلى عندئذ الا اذا تم الوفاء بهذه السندات » (١) .

٥٠ — وقد يرغب المدين بعد تحرير الورقة التجارية أو تظهيرها فى الوفاء بدينه الاصلى قبل حلول ميعاده وقبل حلول ميعاد استحقاق الورقة التجارية . ويستند فى هذا الوفاء الى أن الاجل مقرر لمصلحته فله التنازل عنه .

وقد أثار هذا الوفاء تساؤلا من جانب الدكتور محسن شفيق بقوله : « يتحمل مبدأ استقلال الدين الصرفى عن الدين الاصلى فى هذا الصدد صدمة عنيفة . اذ يؤدى تطبيق هذا المبدأ الى الاعتراف للمدين بالحق فى الوفاء بدينه الاصلى قبل حلول الاجل . ما دام أن هذا الاجل مشروط لمصلحته وحده . وليس للدائن شأن فيه . غير أن تحرير الورقة التجارية يتضمن تعهدا من المحرر باحترام قواعد الصرف . ومن المعلوم أن هذه القواعد لا تجيز اجبار الحامل على قبول الوفاء قبل حلول ميعاد الاستحقاق . م ١٤٥ تجارى »(٢) .

والواقع أن القانون المدنى القديم كان يقضى فى المادة ١٠١/١٥٥ منه على أنه « اذا كان للتعهد أجل جاز للمتعهد الوفاء قبل حلوله الا اذا كان العقد يمنع ذلك » . وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يشتمل على نص فى هذه المسألة هو نص المادة ٣٩٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى :

---

(١) بلتان س ٤٤ ص ٢٩٤

(٢) د . محسن شفيق المرجع السابق الفصل الثالث من القسم الثانى

« ١ — يفترض فى الاجل أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معا •

٢ — اذا تمخض الاجل لمصلحة أحد الطرفين ، جاز لهذا الطرف أن يتنازل عنه بارادته المنفردة » وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة لان حكمها مستفاد من تطبيق القواعد العامة(١) •

وقد نصت المادة ١٤٥ من التقنين التجارى على أنه « لا يجبر حامل كمبيالة على استلام قيمتها قبل الاستحقاق » وتطبق ذات القاعدة فى السندات تحت الاذن والسندات لحاملها طبقا لنص المادة ١٨٩ من التقنين التجارى التى تحيل على القواعد المطبقة فى شأن الكمبيالات • وطبقا للنص المذكور فان القانون التجارى يفترض أن الاجل مشترط لمصلحة الطرفين . ولذلك فان وفاء المدين بالدين الاصلى قبل ميعاد استحقاقه وفاء جائز طبقا للقواعد العامة فى القانون المدنى سالفة الذكر ما لم يقترن هذا الالتزام بالتزام صرفى بانشاء ورقة تجارية أو تظهيرها لمصلحة الدائن فى الالتزام الاصلى . وتحديد ميعاد استحقاق لتلك الورقة لاحق على ميعاد استحقاق الدين الاصلى • اذ طبقا لنص المادة ١٤٥ تجارى لا يجبر الحامل على قبول الوفاء قبل ميعاد استحقاقها باعتبار أن الاجل مشترط لمصلحة الطرفين . ومن ثم لا يسوغ للمدين أن يستعمل الحق المقرر له فى الوفاء قبل حلول الاجل طبقا لاحكام القواعد العامة المقررة فى القانون المدنى . اذ أن تلك القواعد تقضى بعدم افتراض أن الاجل ضرب لمصلحة المدين اذا تبين من العقد أو من نص فى القانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين • ويتعين عليه تبعا لذلك الانتظار حتى يحل ميعاد استحقاق الورقة التجارية الا اذا قبل حامله ذلك الوفاء قبل ميعاد استحقاق الورقة التجارية . اذ بذلك وبذلك فقط يؤدى الوفاء الى انهاء الدين الاصلى والصرفى معا ، حكمه فى ذلك حكم الوفاء فى ميعاد الاستحقاق •

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٣ ص ٣٠

الفرع الثانى

استقلال الالتزام الاصلى عن الالتزام الصرفى

٥١ - يعتبر استقلال الدين الاصلى عن الالتزام الصرفى ؛ ثمرة الرأى الذى نرجحه . والذى يقول بازدواج العلاقة التى تربط بين المدين والدائن ، كلما سحبت ورقة تجارية أو ظهرت نتيجة لقيام علاقات قانونية سابقة بين المتعاقدين بها ؛ سواء لاول مرة عند انشائها ؛ أو عند تظهيرها . اذ قد تمثل تلك العلاقة القانونية السابقة ثمن لم يسدد ، أو قرضا لم يدفع ؛ أو ضررا لم يعوض بعد . فتنشأ الورقة التجارية او تظهر سدادا للثمن . أو وفاء للقرض . أو تعويضا عن الضرر ؛ بغية تسوية تلك العلاقة القانونية السابقة بين المتعاملين .

وتقوم — تبعا لهذا الرأى الذى نرجحه — العلاقة الاصلية السابقة على الورقة ؛ والتى رتبت مديونية المشترى ؛ أو التزام المقترض ، أو مسئولية المتسبب فى الضرر ؛ وتخضع لاحكام القواعد العامة .

وتقوم بجانبها العلاقة الصرفية التى ترتبت على سحب أو انشاء أو تظهير الورقة التجارية ؛ وهى علاقة تخضع لقانون الصرف .

وقد أوضحنا فى الفرع الاول . تلك الروابط التى تنشأ بين هاتين العلاقتين ؛ باعتبار كل منهم تهدف الى غاية مشتركة واحدة . هى تمكين الدائن من الحصول على الوفاء ، وأن مجرد قيام هذا الوفاء عن أحد هذين الالتزامين ؛ يؤدى حتما الى انقضاء الالتزام الآخر .

أما استقلال العلاقة الاصلية عن الالتزام الصرفى فهو القاعدة التى تشكل الاساس للرأى الذى نرجحه فى مواجهة الرأيين الآخرين ، والذى يقول الاول منهما بتجديد الدين الاصلى ؛ والثانى منهما ببقاء مركز الدائن بالورقة التجارية كما كان فى الماضى . مع تجاه نية المتعاقدين عند تحرير الورقة التجارية أو تظهيرها الى الوفاء بهذا الالتزام الاصلى .

أى بتسوية العلاقة بينهما ، مع بقاء هذا الوفاء معلقا على شرط فاسخ هو شرط التحصيل •

٥٢ — وتبدو مظاهر هذا الاستقلال جلية فى عدة نواح :

منها اختلاف الاختصاص بنظر الدعوى الخاصة بكل منهما •

والدفوع التى يحق للمدعى عليه فى كل منها الدفع بها فى مواجهة الدائن ؛ وهل يحق للدائن أن يبدأ بأحدهما قبل الاخرى ؛ أم له الخيار بينهما فيستعمل أيتهما يشاء •

وأخيرا يبدو أثر استقلال الدعويين بأجلى مظاهره فى حالتى سقوط الحق فى رفع دعوى الصرف بسبب اهمال الحامل أو بالتقادم الخمسى •

ونتناول كل مظهر من هذه المظاهر لتوضيح مدى استقلال العلاقة الاصلية عن الالتزام الصرفى •

أولا : الاختصاص بنظر الدعويين :

٥٣ — يتحدد الاختصاص النوعى بنظر الدعوى الناشئة عن العلاقة الاصلية بحسب طبيعة الدين المدعى به •

فاذا كان دينا مدينا دخل فى اختصاص محكمة المواد الجزئية أو الابتدائية طبقا لمقدار المبلغ المطالب به •

وكذلك الحال اذا كان هذا الدين المطالب به من طبيعة تجارية ولا توجد محاكم خاصة بنظر المسائل التجارية ، اذا كان النزاع خارج مدينتى القاهرة والاسكندرية •

أما الدعوى الناشئة عن الالتزام الصرفى ، فهى من طبيعة تجارية فى جميع الاحوال ، وتختص بنظرها نوعيا محكمة المواد التجارية الجزئية

أو الابتدائية بحسب مقدار الدين المدعى به اذا كان النزاع داخل مدينى القاهرة أو الاسكندرية •

٥٤ — أما عن اختصاص المحاكم محليا بنظر هذه الدعوى أو تلك، فينبغى الرجوع الى قانون المرافعات لتحديده ، حيث تنص المادة ٤٩ منه على ان الاختصاص بالدعوى الناشئة عن العلاقة الاصلية — اذا كان الدين من طبيعة مدنية — انما يكون للمحكمة التى يقع فى دائراتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك •

واذا كان هذا الدين من طبيعة تجارية فان المادة ٥٥ من قانون المرافعات هى التى تحكم قواعد الاختصاص المحلى بالنسبة له باعتبار الدعوى من قبيل المواد التجارية ، حكمها فى ذلك حكم الدعوى الناشئة عن الالتزام الصرفى • وتقضى المادة المذكورة على أنه « فى المواد التجارية يكون الاختصاص لمحكمة المدعى عليه أو للمحكمة التى تم الاتفاق ونفذ كله أو بعضه فى دائرتها أو للمحكمة التى يجب تنفيذ الاتفاق فى دائرتها» •

وبذلك ترك القانون للمدعى فى المواد التجارية ، رفع الدعوى أمام احدى المحاكم الثلاث المشار اليها بالنص المذكور (١) •

ثانيا — الدفوع

٥٥ — تختلف الدفوع التى يستطيع المدين التمسك بها فى مواجهة الدائن باختلاف الاساس الذى تستند اليه المطالبه القضائية الموجهه اليـــه •

٥٦ — فاذا أقام الدائن دعواه على أساس العلاقة الاصلية ، استطاع المدين دفع تلك الدعوى بكل الدفوع المستمدة من هذه العلاقة والمؤدية الى ابطالها أو انقضائها أو تحديد مداها •

---

(1) Lyon Caen et Renault N. 310, Lescot et Roblot, N. 81.

٥٧ — أما اذا كانت الدعوى مؤسسة على الالتزام الصرفى الناشىء عن تحرير الورقة التجارية أو تظهيرها ؛ وكان رافع الدعوى حسن النية ، امتنع على المدين — المدعى عليه — الاحتجاج فى مواجهته بماله من دفوع قبل أحد المظهرين أو قبل الساحب .

وتطبيقا لذلك ، فان ناقص الاهلية المأذون له بالادارة ، والذى لا يحترف التجارة ، يستطيع اذا وقع على ورقة تجارية — كمبيالة — الاحتجاج فى مواجهة كل حامل لها ببطلان التزامه الصرفى عملا بنص المادة ١١٠ من القانون التجارى التى تقضى بأنه : « الكمبيالات المسحوبة من القصر الذين ليسوا تجارا أو عديمى الاهلية . والتحاويل والقبول الممضاة منهم ؛ تكون باطلة بالنسبة لهم فقط » . غير أن بطلان الالتزام الصرفى على هذا النحو لا يؤثر فى صحة الالتزام الاصلى ؛ متى كان الالتزام مما يجوز لناقص الاهلية الارتباط به ؛ كما اذا كان مؤذونا بادارة امواله ؛ والتزم بمقتضى عمل من أعمال الادارة ، أو اذا كان توقيعه على الكمبيالة وفاءا لالتزام مدنى صحيح مما يجوز لمثله الارتباط به ، اذ لا يستطيع فى هذه الحالة الاستناد الى نص المادة ١١٠ من القانون التجارى للتخلص من دعوى الدائن المبنية على العلاقة الاصلية (١) .

ومن تطبيقات هذا المبدأ أيضا ، أنه اذا كانت الورقة التجارية معيبة شكلا ، جاز للمدين التمسك بالعيب الشكلى فى مواجهة الحامل دون أن يتأثر الالتزام الاصلى به ؛ وتكون الورقة المعيبة ذاتها دليلا كاملا ، أو مبدأ ثبوت بالكتابة لاثبات وجود هذا الالتزام .

ثالثا — ترتيب المطالبة :

٥٨ — أول ما يثار من جدل حول استقلال دعوى الصرف عن

(1) Lescot et Roblot, N. 86. Cont. Lecour et Bouteron Com, 2, P, 49, Paris 1925.

الدعوى الاصلية ؛ ذلك السؤال الهام وهو مدى الزام الدائن بأن يبدأ باحداهما قبل الاخرى ؛ أم له الخيار فى البدء بأيهما اذا شاء .

٥٩ ــ ذهب الفقه الفرنسى الى التفرقة بين فرضين :

الاول : اذا كان تسليم الورقة التجارية للدائن على سبيل الرهن

والثانى : اذا كان تسليمها للدائن على سبيل الوفاء .

وفى الحالة الاولى ؛ يرى الفقه أن الدائن بالخيار بين المطالبة بأى الدعويين شاء ؛ فطالما كان الهدف من التعامل بالورقة فى هذه الصورة ضمان حق الدائن ، وتحسين مركزه ؛ فان القاعدة عدم جواز التنفيذ على الشىء المرهون الا بعد المطالبة بالدين المضمون بالرهن .

٦٠ ــ وهذا الرأى محل نظر . اذ متى حل ميعاد استحقاق الورقة قبل حلول الدين الاصلى ؛ تعين على الحامل المطالبة بقيمتها ؛ دون أن يستطيع المدعى عليه دفعها بوجوب البدء بالمطالبة بدعوى الدين الاصلى لما فى ذلك من مخالفة لنص المادة ٨٠ من القانون التجارى التى تقضى بأن « تحصيل قيمة الاوراق التجارية المرهونة يكون بمعرفة الدائن المرتهن لها » . وبذلك يجب على الدائن المرتهن المطالبة بقيمة الورقة فى ميعاد الاستحقاق والا تعرض حق الدائن الاصلى ــ مدينه ــ للسقوط .

وفى هذا تقرر المادة ٨٠ تجارى سالفة الذكر ذات الحكم المنصوص عليه فى القواعد العامة للقانون المدنى والتى تلزم الدائن المرتهن بمطالبة المدين الاصلى بالوفاء قبل التنفيذ على المال المرهون . ومتى حصل الدائن المرتهن على قيمة الورقة ؛ فان له أن يستبقيها عنده حتى يحين ميعاد استحقاق الدين الاصلى ، فيخصم عندئذ قيمة دينه من المبلغ المتحصل ويرد الباقى لمدينه .

٦١ ــ أما اذا كان تسليم الورقة التجارية على سبيل الوفاء . ففى هذه الحالة يوجد شبه اجماع بين الفقهاء سواء أولئك الذين يقولون

بنظرية انتقال الدين الاصلى الى الورقة التجارية دون انشاء التزام جديد ، وأولئك الذين يقولون بازدواج الدين ، اى بقيام الالتزام الاصلى بجانب الالتزام الصرفى ، على الزام الدائن بالرجوع بدعوى الصرف أولا على مدينه •

وان اختلفوا فى الاساس الذى يقيمون عليه هذا الالزام •

٦٢ — فالرأى القائل بالاندماج لان الورقة تم تحريرها أو تظهيرها لتكون أداة للوفاء بالدين الاصلى ، يؤسسون الزام الدائن بالبدء بدعوى الصرف ، ليحصل على قيمة دينه عن طريقها • فاذا ما تعذر عليه استيفاء قيمة الورقة استطاع الرجوع على مدينه المباشر بالدين الاصلى • بمعنى أن قبول الورقة كأداة لتسوية الدين الاصلى يعتبر وفاءا تحت شرط فاسخ هو عدم تحصيل قيمتها ، ولذلك لا يجوز للدائن الرجوع على المدين الاصلى الا اذا تحقق الشرط بامتناع المدين فى الورقة عن دفع قيمتها ، اذ يعتبر الوفاء بالدين الاصلى عندئذ كأن لم يكن فيحق للدائن العودة الى المطالبة به (١) •

٦٣ — أما أولئك الذين يقولون بالازدواج فيؤسسون الزام الدائن بضرورة استيفاء قيمة الورقة فى ميعاد استحقاقها قبل المطالبة بالدين الاصلى ، على احترام قصد المتعاملين بالورقة • اذ يحمل قبول الدائن للورقة التجارية على أنه تعهد من جانبه بالبدء بالمطالبة بقيمتها قبل المطالبة بالدين الاصلى ، فضلا عن اعمال النصوص التشريعية التى توجب على كل حامل كمبيالة أن يطلب دفع قيمتها فى يوم حلول الميعاد ، والتى ترتب على الاخلال بهذا الالتزام سقوط حق الحامل قبل المظهرين والساحب الذى قدم مقابل الوفاء(٢) •

٦٤ — وقد أخذت محكمة الاستئناف المختلطة بهذا المبدأ كما سبق

---

(1) Thaller, N, 1300. Fontaine, N. 1126.

(٢) Lescot, P, 188. والمواد ١٦١ ، ١٦٩ — ١٧١ تجارى •

القول اذ اعتبرت العلاقة القديمة خاضعة للعلاقة الجديدة بحيث لا يجوز تحريكها الا اذا أصبحت الثانية غير منتجة »(١) .

٦٥ — الا أن الفقهاء وان اتفقوا على الزام الدائن بالبدء بدعوى الصرف أولا . فقد اختلفوا حول تعيين الوقت الذى يعتبر فيه الدائن قد وفى بهذا الالتزام . بحيث يستعيد حقه فى استعمال الدعوى الاصلية

٦٦ — فيرى فريق منهم أنه وقت امتناع المسحوب عليه عن القبول ؛ لان هذا يعنى عدم لاتفاق على كيفية وفاء الدين الاصلى مما ينتفى معه قصد تحصيل الدين بطريق الصرف(٢) .

٦٧ — بينما يرى آخرون تحديد هذا الوقت بامتناع المسحوب عليه عن الدفع فى ميعاد الاستحاقق ؛ اذ تعتبر التسوية بالورقة التجارية لم تتم ، ويفسخ شرط التحصيل المعلق عليه بسبب عدم الوفاء ويسترد الدائن الحق فى استعمال حقوقه المترتبة على دينه القديم(٣) .

٦٨ — ويذهب رأى ثالث الى تحديد ذلك الوقت بتحرير بروتستو عدم الدفع . لان الدائن لا يستطيع تحريك دعوى الدين الاصلى الا بسبب اخلال المدين بالتزامه الصرفى . ولا يثبت هذا الاخلال الا بتحرير بروتستو عدم الدفع ؛ باعتباره الوسيلة القانونية الوحيدة التى نص عليها القانون التجارى لاثبات هذا الامتناع(٤) .

٦٩ — ويعيب الرأى الاول . أن الامتناع عن القبول ؛ لا يعنى حتما عدم الوفاء فى ميعاد الاستحقاق . فقد يرفض المسحوب عليه القبول لعدم وصول مقابل الوفاء اليه ؛ ثم يصله هذا المقابل قبل ميعاد الاستحقاق . فلا يمتنع عن الدفع . لذلك يجمل بالحامل قبل تحريك الدعوى الاصلية . التريث حتى يحين ميعاد الاستحقاق . فيطالب

---

(١) استئناف مختلط ١٩٣٥/٤/١١ بلتان س ٤٧ ص ٢٤٩

(2) Fontaine, 1144 — Lescot et Roblot, N 83.

(3) Lescot et Roblot, N. 84 — Fontaine, N. 1143

(4) Lescot et Roblot, P, 104

المسحوب عليه بقيمة الورقة التجارية . فاذا رفض الوفاء عندئذ ؛ كان الحامل فى حل من استعمال الدعوى الاصلية .

٧٠ — ويعيب الرأى الثالث ؛ أن تحرير البروتستو ليس شرطا الا للرجوع بدعوى الصرف ؛ ولا شأن له بالرجوع بالدعوى الاصلية ، فتحريره لازم لحفظ حق الحامل فى الرجوع بدعوى الصرف على الضمان فاذا أهمل فى تحريره ؛ سقط حقه فى الرجوع بتلك الدعوى ، دون أن يؤثر ذلك على حقه فى الرجوع على مدينه بالدعوى الاصلية . وكل ما على الحامل قبل الرجوع بالدعوى الاصلية . هو اثبات قيامه بالمطالبة بقيمة الورقة فى ميعاد الاستحقاق بكافة طرق الاثبات ؛ وليس من الضرورى أن يقع هذا الاثبات بتحرير البرتستو ، الا ان يكون ذلك مشروطا باتفاق المتعاملين بالكمبيالة ؛ فكما أن لهم اعفاء الحامل من تحرير بروتستو عدم الدفع للرجوع على الضمان بدعوى الصرف ، فان لهم أن يفرضوا عليه اثبات عدم الدفع فى بروتستو كشرط لازم لاستعمال الدعوى الاصلية قبل مدينه ؛ فاذا لم تتوجه ارادتهم المشتركة الى هذا المعنى بطريقة مؤكدة ؛ اقتصر التزام الحامل على مطالبة المسحوب عليه بالوفاء قبل تحريك العلاقه السابقة على التعامل بالكمبيالة (١) .

وهكذا يتضح أن الرأى الثانى هو خير الآراء والواجب الاتباع ، لاثبات امتناع المدين عن الدفع . حتى يكون للدائن بعد هذا الامتناع الحق فى مقاضاته على أساس العلاقة الاصلية ؛ التى تربط بينهما .

٧١ — والآراء الثلاثة التى رجحنا أوسطها ، تحاول تحديد الوقت الذى يحق لحامل الورقة التجارية بعده اقامة الدعوى على مدينه ، على أساس العلاقة الاصلية التى كانت تربط بينهما قبل تحرير الورقة أو تظهيرها .

واذا كان تحديد هذا الوقت لازم لبدء الحامل فى سلوك هذا

---

(1) Lescot, P, 194.

الطريق . فانه وطبقا للرأى الذى نرجحه والقائل بالازدواج ــ ناشىء عن احترام ارادة الطرفين ، التى اتجهت عند تحرير الورقة أو تظهيرها ، الى البدء بالمطالبة بالدعوى الصرفية ، فان امتنع المدين بها عن الوفاء بقيمة الورقة فى ميعاد الاستحقاق ، انتهى الوقت الذى كان يجب على الدائن خلاله سلوك طريق دعوى الصرف أولا ، وأصبح من حقه بعد ذلك ، أن يسلوك طريق الدعوى الصرفية الى غايته ، فيقوم بالاجراءات والواجبات الملقاة على عاتق حامل الورقة ، حتى يكون بمنأى عن السقوط كما يلتزم برفعها خلال المدة التى حددها القانون لتقادم الالتزام الناشىء عنها وهى خمس سنوات والا تعرض حقه للمذكور للتقادم الخمسى.

كما يحق له العدول عن سلوك هذا الطريق ــ بعد ثبوت امتناع المدين بالورقة عن دفع قيمتها فى ميعاد الاستحقاق ــ واتخاذ اجراءات مطالبة مدينه على أساس العلاقة الاصلية التى كانت تربط بينهما ، قبل تحرير الورقة أو تظهيرها ، اذ قد يحقق له هذا مزيدا من المزايا عن الطريق الاول ، كالاستفادة من مدة تقادم أطول أو نحو ذلك .

٧٢ ــ وهذا هو المنطق السليم الذى يؤدى اليه الرأى الذى نرجحه والذى يقول باستقلال الدين الاصلى عن الالتزام الصرفى ، وقيام كل منهما الى جانب الآخر .

٧٣ ــ أما الرأى الذى يقول بأن ما قصده المدين من تحرير أو تظهير ورقة تجارية هو وفاء بالدين القديم ، ويجب تبعا لذلك تطبيق قواعد الوفاء باعتباره وفاء معلقا على شرط التحصيل ، فقد تناقض مع نفسه فى هذه النقطة محل البحث . فهو يعتبر مطالبة الدائن بقيمة الورقة فى ميعاد الاستحقاق ، أو امتناع المدين ــ المسحوب عليه ــ عن قبولها أو تحرير برونستو عدم الدفع ، بمثابة عدم وفاء اقيمة الورقة يؤدى الى تحقيق الشرط الفاسخ ، ويسترد الدائن بمقتضاه حق استعمال حقوقه المترتبة على دينه القديم ، فيرفع على مدينه دعوى المطالبة بالدين الاصلى ، ورغم ذلك يحرمه من تلك المطالبة . اذا تعرض حقه

للسقوط بسبب اهماله فى اتخاذ الاجراءات والواجبات الملقاه على عاتقه فى المواعيد المحددة لها بصفته حاملا لورقة تجارية ؛ كما يطبق على دعوى المطالبة بالدين الاصلى أحكام التقادم الخمسى المقررة لسقوط الحقوق الناشئة عن الاوراق التجارية •

٧٤ — فيقول الدكتور محمد صالح ، شرحا لوجهة نظر هذا الراى : « اذا قبل المدين الورقة ، وحافظ الحامل على حقوقه بتحرير بروتستو عدم الدفع ، اعتبرت التسوية بالورقة التجارية معلقة على شرط التحصيل، ويتضمن هذا الشرط الفسخ بسبب عدم الوفاء ، أى أن الدائن يسترد حق استعمال حقوقه المترتبة على دينه القديم ؛ وكل التأمينات المنصبة به ، بشرط حيازته للورقة التجارية • ويعتبر قبول الورقة التجارية وفاءا معلقا على شرط ، مع افتراض أن الدائن لم يتنازل عن دينه القديم •

ويجب أن تبقى دعوى الدين الاصلى منفصلة عن دعوى الصرف ؛ فاذا كان الدين الاصلى مدنيا ، كانت المطالبة أمام المحكمة المدنية • الا أن استقلال كل دعوى عن الاخرى ، لا يمنع الدائن فى حالة المطالبة بدعوى الدين الاصلى من اضافة مصاريف البروتستو ومصاريف دعوى الرجوع فى طلباته ، لأن الدائن لم يحرك دعوى الدين الاصلى الا بسبب اخلال المدين بالتزامه الصرفى ، والبروتستو هو الاساس الذى يستند اليه للمطالبة بدعوى الدين الاصلى ، فمن العدل أن يطالب بهذه المصاريف وأن تعتبر من توابع الدين الاصلى •

واذا كان للدائن حق المطالبة بدعوى الدين الاصلى فى حالة امتناع المدين القابل عن الوفاء ، فللدائن من باب أولى أن يرفع هذه الدعوى اذا لم يقبل المدين الورقة التجارية . بشرط أن يكون الدائن حائزا لها . حماية للمسحوب عليه بسبب تملك الحامل لمقابل الوفاء »(١) •

---

(١) د . محمد صالح بند ٢٧٣ •

ويستطرد الدكتور محمد صالح قائلا فى البند الذى يليه تحت عنوان « فى حقوق الدائن فى حالة سقوط الحقوق المترتبة على الورقة التجارية » : « قد يظهر المدين ورقة تجارية الى دائنه ، ويهمل هذا الاخير فى تحرير البروتستو ، أو فى المطالبة فى المواعيد القانونية ، فهل يستطيع الدائن على الرغم من سقوط حقه بمقتضى احكام الصرف المطالبة بدعوى دينه الاصلى ؟

أجاز القضاء البلجيكى فى بعض احكامه المطالبة مستندا الى قاعدة «التجديد لا يفترض» •وذهبت أحكام أخرى الى عدم جواز المطالبة بدعوى الدين الاصلى مستندة الى تجديد الدين القديم ، وأن يحرم الدائن المهمل من حق المطالبة بدعوى الدين القديم ، والا صارت أحكام القانون المتعلقه باهمال الحامل وما يترتب عليها من سقوط حقه فى المطالبة عديمه الجدوى •

والحقيقة أن قبول ورقة تجارية تسوية لدين ، هو وفاء مقبول تحت شرط فاسخ ، وقد تحقق الشرط الفاسخ وهو عدم الوفاء ، وفى الوقت نفسه فقد الدائن حقوقه المترتبة على الورقة التجارية •

الا أن القول بتمكين الدائن من المطالبة بدينه القديم يتعارض مع نصوص قانونية صريحة ، ويجردها من كل أثر • فقد نص القانون التجارى على سقوط حق الحامل اذا لم يقم باجراءات معينة قبل المظهرين والساحب ، لذلك نرى الا يكون للدائن المقصر الحق فى المطالبة بدعوى دينه الاصلى •

وشبيه بهذا مركز الدائن الذى لم يطالب بالورقة التجارية حتى تقادمت بمضى خمس سنين ، فانه يفقد فى الوقت نفسه حق المطالبة بالدعوى المقررة لدينه الاصلى » (١) •

٧٥ — ويبدو تناقض لرأى المذكور اذا رجعنا الى القواعد العامه

---

(١) المرجع السابق •

٧٨ — ويتضح التناقض الذى نقول به ، بالنسبة لخضوع دعوى الدين الاصلى لاحكام التقادم الخمسى المقررة للحقوق الناشئة عن الأوراق التجارية .

اذ متى تحقق الشرط الفاسخ ، بامتناع المدين عن الوفاء بقيمة الورقة فى ميعاد الاستحقاق ، واسترد الدين الاصلى ثوبه القديم ، كان من حق الدائن المطالبة بهذا الدين بدعوى تحكمها القواعد العامة ، سواء بالنسبة للاختصاص أو للاثبات أو للتقادم العادى .

فاذا كانت أحكام التقادم العادى التى تخضع لها تلك الدعوى تسمح بمدة أطول من الخمس سنوات ، وتراخى الدائن فى اقامتها حتى انتهت تلك المدة ، فلا يستطيع المدين دفعها بالسقوط — طبقا لاحكام التقادم الخمسى المنصوص عليه فى المادة ١٩٤ من القانون التجارى ، لان الحق المطروح **لا يتصل من قريب أو من بعيد** بالورقة التجارية التى قبلها الحامل باعتبارها أداة وفاء معلق على شرط التحصيل ، بل هى مؤسسة على العلاقة الاصلية التى نشأت بين طرفيها قبل تحريرها ، ولا شأن لتلك الدعوى بالالتزام الصرفى .

ويكون فى مكنة المدين وقد انقضى الوقت اللازم لتقادم حق الدائن فى تلك الدعوى طبقا لاحكام القواعد العامة ، أن يدفع فى مواجهته بسقوط حقه فى رفعها طبقا لاحكام تلك القواعد وحدها دون ما حاجة للتمسك بأحكام التقادم الخمسى المقرر بنص المادة ١٩٤ تجارى سالفة الذكر .

٧٩ — والقول بغير ذلك يؤدى الى تضارب فى الاحكام ، حيث تخضع الدعوى الواحدة لاحكام القواعد العامة بالنسبة للاختصاص أو الاثبات ، خصوصا اذا كانت العلاقة السابقة علاقة مدنية ، ثم تخضع فى الوقت نفسه لنصوص القانون التجارى الخاصة بسقوط الالتزامات الناشئة عن الاوراق التجارية بالتقادم الخمسى ، وهو نص استثنائى لا يجوز التوسع فى تفسيره ، ومد نطاقه الى حالات لا يحكمها .

٨٠ — ويمكن التناقض الذى نقول به ؛ فى استناد أنصار الرأى الذى نعارضه الى اعتبار الورقة التجارية التى حررت أو ظهرت لصالح الدائن ، مجرد اعتراف بالدين الاصلى ، ووسيلة للوفاء به ، ولا يترتب عليها خلق حق جديد للدائن ، وانما يظل حقه القديم على حالته الاولى وينتقل الى الورقة التجارية ويندمج فيها . ومن ثم يخضع لقواعد الصرف بعد أن كان خضعا للقواعد العامة فى القانون المدنى .

فقد أدى نفى كل قوة للورقة التجارية تؤدى الى خلق التزام جديد . فى عنق من يوقع عليها ، الى هذا التناقض الذى أشرنا اليه ، والذى يؤدى الى حرمان الدائن من المطالبة بدينه الاصلى بمجرد اهماله فى اتخاذ الاجراءات التى نص عليها القانون التجارى بالنسبة لحامل الورقة التجارية .

٨١ — أما الرأى نرجحه . فقد تخلص من تلك المآخذ ، حينما نادى بالازدواج وجعل الالتزام الصرفى الناشىء عن تحرير الورقة أو تظهيرها قائما الى جوار الالتزام الاصلى . وحدد نطاق كل منهما ، ومجال استقلاله عن الآخر ، ومجال اتصالهما .

والقيد الوحيد الذى ألزم به هذا الرأى الدائن يتلخص فى عدم استطاعته المطالبة بدعوى الدين الاصلى فى الوقت الذى لم تستحق فيه الورقة التجارية ؛ احتراما للنصوص التشريعية التى توجب على حاملى الاوراق التجارية المطالبة بقيمتها فى ميعاد الاستحقاق ؛ فضلا عن اتفاق الدائن والمدين عندما حررت الورقة أو تم تظهيرها بضرورة استيفاء قيمتها فى ميعاد الاستحقاق .

فاذا تقدم الدائن بالورقة التجارية فى ميعاد الاستحقاق ، وامتنع المدين عن الوفاء بقيمتها ، فقد زال هذا القيد ، واسترد الدائن حريته فى الاختيار بين الوسيلتين الممنوحتين له .

فاما أن يرفع دعوى المطالبة بالدين الاصلى التى تحكمها القواعد العامة بالنسبة للاختصاص والاثبات والتقادم .

واما أن يسلك طريق دعوى الصرف ؛ ويلتزم بأحكام القانون التجارى التى تحكمها حتى يكون بمنأى عن السقوط أو التقادم الخمسى

ولكن سقوط (١) حقه فى الرجوع بدعوى الصرف ، باعتباره حاملا مهملا ، قاصر على حقه فى تلك الدعوى ، ولا يمس الدعوى المستمدة من العلاقة الاصلية السابقة على تحرير الورقة أو تظهيرها(٢) .

٨٢ — وسبق أن أوضحنا فى الفرع الثانى بالنسبة لاستقلال كل من الدعويين عن الاخرى ، الدفوع التى يحق للمدعى عليه فى كل منهما أن يدفع بها الدعوى المقامة عليه ؛ وضربنا مثلا لذلك بناقص الاهلية المأذون له بالادارة والذى لا يحترف التجارة ، اذ يستطيع اذا وقع على كمبيالة أن يحتج فى مواجهة كل حامل ببطلان التزامه الصرفى طبقا لنص المادة ١١٠ تجارى ، ولكنه لا يستطيع الاستناد الى نص تلك المادة للتخلص من دعوى الدائن المبنية على العلاقة الاصلية ، اذا كان توقيعه على تلك الكمبيالة وفاءا لالتزام مدنى صحيح . مما يجوز لمثله الارتباط به .

رابعا : التقادم

٨٣ — يثير تقادم الدين الناشىء عن الورقة التجارية التى تسلمها الدائن . جدلا فى الفقه حول مدى تطبيق أحكام التقادم الخمسى المقرر للحقوق الناشئة عن الاوراق التجارية على دعوى الدين الاصلى الناشىء عن العلاقة السابقة التى تربط بين الدائن ومدينه .

---

(١) يعتبر الحامل مهملا اذا لم يسارع بتحرير بروتستو عدم الدفع فى اليوم التالى لميعاد الاستحقاق ، الا اذا كانت الورقة متضمنة شرط الرجوع بلا مصاريف أو شرط الاعفاء من البروتستو ؛ أو اذا لم يقدم الورقة المستحقة الوفاء لدى الاطلاع فى المواعيد المنصوص عليها فى المادة ١٦٠ تجارى بالنسبة للكمبيالات والسندات تحت الاذن والمادة ١٩٠ بالنسبة للشيكات ، أو اذا اهمل فى اعلان ورقة البروتستو وورقة التكليف بالحضور خلال المواعيد المحددة لذلك على التفصيل الذى سنتناوله فى الباب الثانى .

(2) Lescot, P, 198.

ورغم أننا تناولنا ذلك فى الفرع الثالث من هذا الفصل ؛ فى مجال بيان تناقض الرأى الذى نعارضه • الا اننا نتناول هذا الموضوع بشىء من التفصيل ؛ خصوصا وقد انحاز بعض الفقهاء الذين يقولون بالازدواج الى الرأى المعارض • فقد كان الاستاذان Lyon Caen et Renault يأخذان باستقلال الدعوى الأصليه عن الدعوى الصرفيه بالنسبة لتقادم الحق الناشىء عن كل منهما ، ثم عدلا عن هذا الرأى ابتداء من الطبعة الرابعه من مؤلفهما ، وقالا بخضوع دعوى الدين الأصلى لأحكام التقادم الخمسى(١) •

٨٤ — وقبل أن نعرض لحجج القائلين بخضوع الدعوى الاصلية لاحكام التقادم الخمسى وتفنيدها ، نضرب بعض الامثلة التى يظهر فيها ازدواج الدعويين •

١ — للمستفيد قبل الساحب الذى لم يقدم مقابل الوفاء دعويان : دعوى الصرف وتسقط بالتقادم بمضى خمس سنوات •
ودعوى عادية تولدت عن العلاقة التى نشأت بينهما والتى حررت الورقة التجارية وفاءا لها كبيع أو قرض يصبح فيه الساحب أو المحرر مدينا بالثمن أو بالمبلغ محل القرض ، فيحرر الورقة التجارية وفاء بهذا الدين ، ولا تسقط تلك الدعوى الا بمضى خمسة عشر عاما •

٢ — لحامل الورقة التجارية — الكمبياله — قبل المسحوب عيه القابل دعويان : —

دعوى الصرف الناشئة عن توقيع المسحوب عليه بالقبول على الصك باعتباره مدينا أصليا بقيمته ؛ وهى دعوى تتقادم بخمس سنوات •
ودعوى المطالبة باسترداد مقابل الوفاء وتخضع للقواعد العامة للتقادم •

٨٥ — والسؤال المطروح : هل يترتب على تقادم دعوى الصرف

---

(1) Lyon Caen et Renault, 4, N, 457.
Lacour et Bouteron, P, 49.

فى هاتين الحالتين وامثالها كثير ؛ سقوط الدعوى الاصلية بطريق التبعية ؛ أم تظل الدعوى الاخيرة مستقلة فى هذا الصدد عن الدعوى الصرفية ؛ ولا تسقط الا بمضى مدة التقادم العادى الذى يحكمها ؟

٨٦ — تولى الاستاذ محمد على راتب فى كتابه عن السندات الاذنية عرض الحجج التى استند اليها الرأى القائل بعدم جواز التمسك بأحكام التقادم العادى وذلك على النحو التالى :

« ١ — لانه وان كان ادخال الدين فى سندات اذنية لا يترتب عليه تجديده أو استبداله بدين آخر ، الا أن هذه العملية القانونية تتضمن طريقة من طرق الوفاء ، يقبل الدائن بمقتضاها الحصول على دينه بموجب سندات اذنية بدلا من الدفع نقدا ، على أن يحصل قيمة السندات بعد ذلك بالطريقة التى رسمها القانون التجارى فى هذا الشأن ، وعلى ذلك يجب بحث المسألة على هدى القواعد التى قررها هذا القانون فى التخالص عن هذه السندات ، لا على ضوء الاحكام المدنية الخاصة باستبدال الديون وتجديدها .

٢ — لان القانون التجارى يفترض حصول الوفاء للديون الثابتة فى هذه السندات بمرور خمس سنين تبدأ من اليوم التالى لحلول ميعاد استحقاقها ، وهذا الافتراض مبنى على قرينة قانونية لا يجوز دحضها الا بالاقرار بالدين أو بالنكول عنه باليمين ، ومن ثم فلا يجوز للدائن بعد قيام القرينة أن يدعى عدم حصول الوفاء اليه بأية حجة كانت وتحت أى ستار كان ، كما لا يجوز له أن يثبت عدم حصول التخالص بشهادة الشهود أو بقرائن الاحوال .

٣ — وان كانت هذه القرينة لا تمثل الواقع والحقيقة فى بعض الاحيان ، الا أن ذلك لا يؤثر فى كيانها ووجودها ، وأنها تكفى فى الدلالة على التخالص اذا حلف المدين يمين الاستيثاق أو اذا لم ير الدائن توجيه هذه اليمين ، ونشأ عن ذلك أن يعتبر المدين فى نظر القانون بريئا من الدين

بالوفاء ، فلا يجوز مجانبة القانون بعد ذلك الادعاء على المدين بعدم الوفـــاء •

٤ ــ لانه مادام الامر كذلك وأن القانون يعتبر المدين متخالصا عن دين السندات فلا يجوز بعد ذلك مطالبته ثانيا بالدين الوارد فى الاتفـــاق والذى تضمنته السندات الاذنية اذ لا يجبر المدين على وفاء دينه مرتين •

٥ ــ لان الاخذ بالرأى الآخر يترتب عليه نتائج غير منطقيـــة وهى أن يكون لحامل السند حقان فى المطالبة بدين واحد قبل شخص واحد ، أحدهما ناشىء عن العقد أو الاتفاق السابق والثانى ناشىء عن السند الاذنى ، مع أن السند الاذنى لا ينشىء فى هذه الحالة حقا جديدا وكل ما يفعله أنه يجذب اليه الحق الوارد فى عقد الاتفاق أو العقـــد ويضعه فى شكل جديد لم يكن له من قبل •

٦ ــ لان القانون التجارى اعتبر الاوراق التجارية أداة للدفع كالنقود سواء بسواء وأوجد لها نظاما خاصا يتسق مع طبيعة هذه العمليه القانونية ومنح بمقتضاها الدائن أو حامل السند حقوقا وامتيازات تختلف عن حقوق وامتيازات الدائن العادى سواء فيما يختص بتداول هذه الاوراق أو فيما يختص بحق المطالبة بها بمجرد استحقاقها وما الى ذلك من حقوق أخرى . كما جعل على حامل السند فى مقـــابل ذلك تكاليف وواجبات خاصة بعضها يتعلق بطريقة المطالبة وبالميعاد الواجب حصولها فيه والبعض الآخر متعلق بالزمن الذى يسقط بمروره الحق فى المطالبة ، وعلى ذلك فان الدائن الذى يقبل وفاء دينه بموجب سندات اذنية يعتبر موافقا ضمنا على التزامه بالتكاليف المذكورة فى مقابل الامتيازات الاخرى التى ينالها من ذلك ؛ فلا يجوز له بعد ذلك أن يعدل برغبته عن هـــذا الاتفاق ويتمسك بحقه الوارد فى العقد لا لسبب الا لانه أهمل أو قصر فى القيام بالالتزام الذى أوجبه عليه القانون التجارى فى المطالبة بدين الســـند •

٧ — لانه وان كان لا يجوز لمن له الحق فى التمسك بمضى المدة أن يتركه مقدما قبل تمام المدة المقررة فى القانون ، الا أنه لا شىء يمنع من الاتفاق بين الدائن والمدين على انقاص مدة التقادم المقررة فى القانون . واتفاق هذا شأنه ملزم لطرفيه لعدم مخالفته للقانون أو النظام العام أو الآداب والدائن الذى يقبل وفاء دين بموجب سندات اذنية يقبل ضمنا سقوط حقه فى التقادم فى شأن هذا الدين بمرور الزمن المقرر عن ذلك فى القانون التجارى ولا يجوز له بعد ذلك التحلل من هذا الاتفاق بمحض ارادته .

٨ — لان الاخذ بالرأى الاول يترتب عليه قلب القواعد التى قررها القانون التجارى فى سقوط حق الرجوع رأسا على عقب ويجعل هذا السقوط فى حيز العدم وعديم الاثر ، اذ ما على حامل السند الا أن يتمسك فى مواجهة المحيل اليه بحقه الناشىء من التعاقد الحاصل بينهما ليتخلص من سقوط حق الرجوع اذا أهمل فى اتخاذ الاجراءات التى قررها القانون فى هذا الشأن ، الامر المخالف لاحكام القانون التجارى التى تنص على سقوط حق حامل السند فى الرجوع على المحيلين .

٩ — لان عدم استبدال الدين الاصلى فى حالة تحرير سندات اذنية أو تحويلها ليس معناه أن دين السندات أو التحاويل يبقى خاضعا لمدة التقادم العادى التى كان خاضعا لها الدين الاصلى بل معناه أن ملحقات الدين الاصلى من رهن وكفالة تبقى له طبقا لمقتضيات الاحوال وبحسب الشروط التى تم بمقتضاها تحرير السندات الاذنية أو تحويلها » (١) .

٨٧ — وقد أخذ بهذا الرأى أيضا من الفقهاء المصريين الدكتور محمد صالح واستند الى حجج لا تخرج فى مضمونها عن الحجج التى

---

(١) بند ٦٧٢ ص ٥٢٢ — ٥٢٥ .

ساقها الاستاذ محمد راتب سالفة الذكر(١) .

أما أنصار الرأى القائل بخضوع الدعوى الناشئة عن العلاقة الاصلية لاحكام التقادم العادى حتى ولو انقضى الدين الناشىء عن العلاقة الصرفية بالاهمال أو بالتقادم الخمسى ، فيدفعون حجج خصومهم بمنطق لا يقل عن منطق هذه الحجج قوة وصلابة .

وقد تولى الدكتور محسن شفيق عرض تلك الحجج فى بحثه السابق الاشارة اليه بقوله :

« لا يخلو افتراض اتجاه نية الدائن الى التنازل عن التقادم الطويل من التعسف ، اذ من العسير أن نفترض عزم شخص على التنازل عن حق له الا فى ظروف لا تترك مجالا للشك فى صحة هذا الزعم ، ثم اذا كان المقصود أن يكون هذا التنازل مقابل الضمانات التى يقررها قانون الصرف للدائن ، فلا يصلح هذا المنطق فى حالة الرجوع بالدين الاصلى ، اذ لا يتمتع الدائن فى هذا الرجوع بهذه الضمانات ، وانما هو رجوع تحكمه القواعد العامة ، فاذا قلنا بتنازله عن التقادم الطويل فلا شك أن هذا التنازل يقع بلا مقابل ، وهو ما لم يتفق مع العدالة التى يريد أنصار الرأى العكسى أن تكون أساسا لمنطقتهم .

أما الحجة المستمدة من قرينة الوفاء التى يقوم عليها التقادم الخمسى ففضلا عن أنها لا توافق الواقع فى كثير من الاحيان فانها لاتخص الا الدين الصرفى وحده فتفترض — ان طوعا وان كرها — أن هذا الدين قد دفع فانقضت حياة الورقة التجارية وزالت بانقضائها العلاقات

---

(٢) بند ٢٧٥

Fontaine, N, 1155.

عبد الفتاح السيد وديسترو بند ١ ١٠

Cass. 4-12-1875. D. 1879-1-14.

استئناف مختلط ١٩١٤/١/٢٨ بلتان س ٢٦ ص ١٥٦ .

استئناف مختلط ١٩١٩/١/٦ الجازيته ح ٩ ، ٥٩ .

الصرفية ، ولم يبق فى الميدان الا العلاقات الاصلية قبل انشاء الورقة التجـــارية .

وكل قول بعكس ذلك يؤدى حتما الى اساءة مركز الدائن فيتردد فى قبول الورقة كأساس للتعامل وهو ما يتنافى ورغبة القانون فى تسهيل تداول هذه الاوراق بين التجار (١) .

٨٩ — وقبل أن ندلى بدلونا فى هذا الموضوع نوضح أن القضـــاء فى مصر قد ثبت فى العديد من أحكامه على خضوع الدعوى الناشئة عن العلاقة الاصلية لاحكام التقادم العادى ، من ذلك الحكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة بجلسة ١٩٣١/٥/٢٦ :

« تبقى العلاقات الاصلية الناشئة عن عقد البيع بالرغم من سقوط دعوى الصرف الناشئة عن تحرير السند الاذنى » (٢) وحكمها الصادر بجلسة ١٩٢٢/١٢/٦ :

« لا يمنع تقادم الورقة التجارية المستفيد منها من اثبات أنه دائن بالمبلغ بصفة أخرى » (٣) .

٩٠ — ومن جانبنا نرى ترجيح الرأى الثانى ، لذات الحجج التى ساقها لتفنيد الرأى الاول ، والتى تقوم حججه جميعا على دعوى اندماج الدين الاصلى فى الدين الصرفى ، فضلا عن مخالفتها لنصوص قانونية صريحة تقضى بعدم جواز الاتفاق على تعديل التقادم .

---

(١) راجع « التكييف القانونى للالتزام الصرفى للدكتور محسن شفيق — مجلة الحقوق السنة الاولى ص ٥٧٢ . وانظر الحجج المؤيدة للراى العكسى وتفنيدها فى Cass. 8-5-1850. D. 1850-1-58.

وانظر Cass. Civ. 8-4-1900. D. 1901-1-71.

سابق الاشارة اليه . Contr. Cass. Civ. 4-12-1878.

وانظر فى التوفيق بين هذا الحكم والحكمين السابقين بيرو فى « عدم خضوع الالتزام الاصلى فى الكمبيالة للتقادم الخمسى ، حوليات القـــانون التجارى س ٣٣ ص ١٠ .

(٢) بلتان س ٤٣ ص ٤٠٥ .

(٣) بلتان س ٣٥ ص ٧٧ .

فالقول باندماج الدين الاصلى فى الدين الصرفى قول سبق لنا أن بينا فساده وأوضحنا أن للاوراق التجارية امكانية انشاء التزام فى ذمة الموقعين عليها ، ويتيح هذا الالتزام لحاملها حق الرجوع على أولئك الملتزمين — مجتمعين أم منفردين — بقيمة الصك بالدعوى الصرفية التى نظم قانون الصرف أحكامها ، والحالات التى تسقط فيها بسبب اهمال الحامل ، أو تتقادم بمضى خمس سنوات .

ويقوم هذا الالتزام الصرفى جنبا الى جنب مع الالتزام الاصلى ، ويصبح لكل منهما وجود قانونى مستقل . وان كانا يتصلان فى بعض المسائل التى توجب هذا الاتصال وذلك على النحو السابق بيانه (١) .

وقد كان غريبا فى منطق الرأى الاول — الذى نعارضه — ما ذكره الاستاذ محمد على راتب فى الحجة الخامسة من عدم جواز أن يكون لحامل السند حقان فى المطالبة بدين واحد قبل شخص واحد ، أحدهما ناشىء عن العقد أو الاتفاق السابق والثانى ناشىء عن السند الاذنى .

اذ ليست هذه الحالة الوحيدة فى القانون التى يكون لصاحب الحق فى مواجهة المدين دعويان :

من ذلك مثلا ما قرره القانون للمدين المتضامن اذا دفع الدين من حق الرجوع على زملائه المدينين المتضامنين اما بدعوى شخصية ناشئة عن الكفالة أو الوكالة واما بدعوى الحلول محل الدائن طبقا لنص المادة ٣٢٦ من القانون المدنى .

ومن ذلك أيضا ما للكفيل اذا دفع الدين من حق الرجوع على مدينه الاصلى اما بدعوى الدين الاصلى أو بدعوى الحلول طبقا لنص المادة ٨٠٠ من القانون المدنى .

وطالما أصبح لحامل الورقة الرجوع على مدينه باحدى دعويين ،

---

(١) راجع حكم النقض الصادر فى الطعن رقم ٣٦/٣٢٠ ق بجلسة ١٩٧١/١/٢١ (المنشور بمجموعة القواعد القانونية السنة ٢٢ ص ١١٣ قاعدة ٢٠ .

تختلف كل منهما عن الاخرى فى طبيعتها وفى الاختصاص بنظرها وفى طريقة اثباتها فليس هناك محل للقول بتطبيق أحكام تقادم واحدة عليهما، بحجة أنه تقادم قصير اتفق الطرفان على خضوع الدعوى المتعلقة بالدين الاصلى له ؛ وهو اتفاق لا يخالف أحكام القانون •

فهذه علة تخرج عن مقتضيات المنطق والقانون •

أما عن خروجها عن المنطق ، فسببه أن القائمين بها قصدوا أن تقادم الدعوى الناشئة عن العلاقة الاصلية هو فى جميع الحالات تقادم طويل مدته خمس عشرة سنة ، ومن ثم وجب الزام حامل الورقة بالتقادم القصير المنصوص عليه فى المادة ١٩٤ تجارى •

وقد غفل أصحاب هذا الرأى عن حقوق تتقادم — طبقا للقواعد العامة — فى مدد قد تتفق مع مدة التقادم الخمسى المقرر بنص المادة ١٩٤ تجارى وقد تقل عنها •

فالمادة ٣٧٥/١ من القانون المدنى تقضى بأن « يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ولو أقر به المدين ؛ كأجرة المبانى والاراضى الزراعية ومقابل الحكر ، وكالفوائد والايرادات المترتبة والمهايا والاجور والمعاشات » •

كما تنص المادة ٣٧٦ مدنى على « تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والاساتذة والمعلمين ؛ على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاءا لما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات » •

كما تنص المادة ٣٧٨ مدنى على : « تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

١ — حقوق التجار والصناع عن أشياء ورودها لاشخاص لا يتجرون فى هذه الاشياء ؛ وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الاقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم •

٢ — حقوق العمال والخدم والاجراء والاجور اليومية وغير اليومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات » .

فاذا حررت ورقة تجارية بدين من الديون الواردة فى تلك المواد فان مركز الدائن لا يتغير من ناحية التقادم بالنسبة للحقوق المنصوص عليها فى المادتين ٣٧٥ ، ٣٧٦ مدنى ؛ أما بالنسبة للحقوق المنصوص عليها فى المادة ٣٧٨ فان حامل الورقة لا يفقد شيئا من حقوقه بل يكسب ميزة جديدة تضاف الى المزايا الاخرى التى يقررها قانون الصرف .

٩١ — وأهم أن هذه الحجة التى استند اليها أنصار الرأى الذى نعارضه غير قانونية فلأن القانون المدنى الحالى قد نص فى المادة ٢/٣٨٨ بأنه « لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون » .

ويخلص من هذا النص أنه لا يجوز الاتفاق مقدما على تعديل مواعيد التقادم التى قررها القانون لا بالزيادة ولا بالنقص .

وقد كان التقنين المدنى السابق لا يشتمل على نص فى هذا الشأن ، فكان الفقه والقضاء يسيران على ما جرى عليه القضاء فى فرنسا (١) .

ويحرم القضاء الفرنسى الاتفاق على اطالة مدة التقادم لانه فى مصلحة المدين . وقد يكون فوق ذلك وسيلة للنزول عن التقادم قبل أن يتم ، كما اذا اتفق الطرفان على اطالة مدة التقادم الى خمسين أو مائة سنة . ولكن القضاء الفرنسى يجيز الاتفاق على تقصير مدة التقادم بشرط أن تكون المدة المتفق عليها كافية لان يطالب الدائن بحقه . وحجة القضاء الفرنسى فى ذلك أن تقصير المدة هو لمصلحة المدين .

ولكنها حجة ليست حاسمة اذ يقع كثيرا أن يكون المدين هو الجانب الأقوى كما فى عقود الاذعان ومنها عقود النقل وعقود التأمين . ومن ثم

---

(١) د . حشمت أبو ستيت رقم ٨٥١ .
استئنافة مختلط ١٩٠٥/١٢/٢٢ بلتان س ١٧ ص ١٢٤ .

حرم القانون الصادر فى ١٣ ٧ ١٩٣٠ والذى نظم عقد التامين فى فرنسا أى اتفاق على تقصير مدة التقادم . بل وعلى اسقاط حق المؤمن له اذا لم يقم باعمال معينة فى مدد قصيرة كالتبليغ عن الحادث وتقديم المستندات وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى فى هذا الصدد :

« نهج المشروع نهج المشروع الفرنسى الايطالى فحظر كل تعديل اتفاقى فى مدة التقادم المقررة فى القانون • ويفرق البعض بين الاتفاقات الخاصة بمد المدة والاتفاقات الخاصة بقصرها . يحقون البطلان بالاولى دون الثانية • بيد أنه لم يروجها للأخذ بهذه التفرقة ؛ لان اقرار صحة الاتفاق على قصر المدة لا يؤمن معه الاعتساف ولا سيما فى عقود التأمين • وقد اتفق واضعوا المشروع الفرنسى الايطالى فيما بينهم على اقرار قاعدة حظر تعديل المدد المقررة فى القانون على المتعاقدين اطلاقا لأن حكم التقادم يتعلق بالنظام العام ولا ينبغى أن يترك تطبيقه لمشيئة الافراد » (١) •

ويترتب على نص المادة ٣٨٨ ٢ من القانون المدنى أنه اذا اتفق الطرفان على تقصير مدة التقادم العدى الى عشر سنوات أو خمس مثلا فلا يعتد بهذا الاتفاق بل تكون المدة خمس عشرة سنة كاملة ؛ واذا اتفق الطرفان على اطالة مدة التقادم بالنسبةللسنه المحددة لتقادم بعض الديون الى ثلاث مثلا كان هذا الاتفاق باطلا وتبقى مدة التقادم سنة كما حددها القانون •

٩٢ — وقد أنتهج الفقهاء المصريون نهج الفقه والقضاء الفرنسيين فى ظل التقنين المدنى السابق الذى لم يتضمن — كما سبق القول — نصا مماثلا لنص المادة ٣٨٨ مدنى الحالى . وأجازوا تقصير مدة التقادم بالنسبة للدعوى الناشئة عن العلاقة الاصلية وتطبيق **التقادم الخمسى**

---

(١) ح ٣ ص ٣٤٥ .

عليها كما يتضمن قبول الدائن للورقة التجارية كوفاء بالدين الذى فى ذمة المدين من اتجاه نية الطرفين الى تقصير مدة التقادم العادى وجعله خمس سنوات • الا أنه بصدور القانون المدنى الحالى فى عام ١٩٤٩ لم يعد الموضوع محل جدل بعد أن حسمه المشرع بنص صريح ؛ ومن ثم فلم يعد مقبولا من أى فقيه مصرى أن يأخذ بما جرى عليه العمل فى فرنسا لمخالفته لصراحة النص المذكور (١) •

وبذلك تنهار الحجة التى ساقها أنصار هذا الرأى والخاصة بجواز الاتفاق على تقصير مدة التقادم دون أن نكون فى حاجة الى دحض فكرة العدالة التى أقاموها سندا لهذا التقصير لمخالفتهـا لنص صريح فى القانون •

٩٣ — ولعل أقوى حجة يستند اليها أنصار هـذا الرأى ، تلك الحجة المستمدة من طبيعة التقادم الخمسى المنصوص عليه فى المـادة ١٩٤ تجارى • اذ يقوم هذ التقادم على افتراض حصول الوفاء • وهو افتراض لا يقوضه الا الاعتراف بالدين أو النكول عن اليمين . فاذا أجيز للدائن المطالبة بدينه الناشىء عن العلاقة الأصلية بعد مضى مدة التقادم الخمسى كان ذلك اعترافا ضمنيا ببقاء هذا الدين وبعدم وقوع الوفاء الأمر الذى يتنافر مع القرينة التى اقامها القانون ؛ ويؤدى هذا التنافر الى هدم التقادم الخمسى من أساسه وتعطيل النص الذى يقرره •

ونبادر الى القول بأن قرينة الوفاء التى يقوم عليها التقادم الخمسى قرينة لا تقبل المناقشة ؛ وقد أجمع عليها الفقه والقضاء على النحـو السابق ايضاحه •

الا أن الأمر لا ينظر اليه من زاوية نقض تلك القرينة بل يقوم على التفضيل بين نظريتين اساسيتين ؛ احداها تنادى ببقاء الدين الناشىء

---

(١) د • محمد صالح المرجع السابق الطبعة الاولى سـنة ١٩٥٠ بند ٢٧٥ •

عن العلاقة الأصلية قائما وحده بعد تحرير الورقة التجارية أو تظهيرها ولكن فى ثوب جديد يجعله خاضعا لأحكام قانون الصرف خصوصا بالنسبة لاحكام السقوط والتقادم الخمسى •

والاخرى تقوم على قدرة الورقة التجارية على خلق التزام جديد على عاتق المدين يقوم الى جوار الالتزام الاصلى ؛ ويهدف الاثنان الى تحقيق غاية مشتركة هى تمكين الدائن من الحصول على دينه ، وله فى ذلك أن يسلك الطريق العادى أو الطريق الصرفى •

فاذا ما اختار أحد الطريقين فلا مجال لتطبيق الاحكام الخاصة بالطريق الآخر على الوسيلة التى اختارها •

وطالما امتنع المدين عن الوفاء بقيمة الورقة فى ميعاد الاستحقاق فقد انفتح أمام الدائن الطريق العادى للرجوع على مدينه بالدعوى الأصلية دون أن يغلق فى وجهه بسبب دعوى الصرف ان اراد الاستمرار فى اتخاذ الاجراءات والواجبات التى كلفه بها قانون الصرف باعتباره حاملا لورقة تجارية حتى يكون حقه بمنأى من السقوط أو التقادم الخمسى •

وتحديد الوقت الذى يفتح فيه امام الدائن طريق الدعوى الأصلية بيوم الاستحقاق — استحقاق الورقة التجارية — متفق عليه كما سلف القول • اذ به يتحقق — فى نظر أصحاب الرأى الذى نعارضه — الشرط الفاسخ الصريح ؛ وهو شرط تحصيل قيمة الورقة التى لا تكون بعده وفاءا معلقا على شرط التحصيل •

ومنذ هذا التاريخ يستطيع الدائن حماية حقه بأحد الدعويين ، ويستمر هذا الحق قائما طوال المدة التى نص القانون على بقاء هذه الدعوى أو تلك ؛ دون أن يكون فى استطاعة المدين الاستفادة من القرينة التى يقوم عليها التقادم الخمسى لدفع الدعوى الاصلية بالسقوط اذا أقيمت

بعد مضى خمس سنوات من تاريخ الاستحقاق وذلك بفرض أن تقادم الحق فى رفع الدعوى الأصلية يزيد عن تلك المدة •

أما اذا كان الحق فى اقامة الدعوى الناشئة عن العلاقة الأصلية يتقادم فى مدة أقل من خمس سنوات • كثلاث سنوات أو سنة واحدة فان من حق المدين أن يدفع تلك الدعوى بالتقادم اذا أقيمت بعد مضى تلك المدة رغم أن حق الدائن فى اقامة دعوى الصرف ما يزال قائما ولم تمض عليه المدة القانونية بعد • ولا يكون المدين فى سبيل تأييد دفعه فى حاجة الى التمسك بقرينة الوفاء بل يكفيه فوات المدة المقررة لسقوط الحق فى رفع الدعوى الأصلية •

٩٤ — ويدق الوضع ويصبح أنصار هذا الرأى مطالبين بتأييد جديد لوجهة نظرهم فى الحالة التى يتم فيها تحرير الورقة التجارية أو تظهيرها وفاءا لدين يتقادم بسنة واحدة طبقا لنص المادة ٣٧٨ مدنى سالفة الذكر • اذ نصت الفقرة الثانية منها على أنه : « يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين 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 او يعلمون بحصول الوفاء » •

فطبقا للرأى المعارض يترتب على تحرير الورقة أو تظهيرها وفاء لدين من هذه الديون قيام الدين الأصلى فى ذمة المدين فى ثوب جديد يجعله خاضعا لاحكام قانون الصرف ومن بينها أحكام السقوط والتقادم الخمسى ؛ وكأن الطرفين قد اتفقا على اطالة مدة التقادم من سنة واحدة الى خمس سنوات مع تخلف العلة التى أقامها أنصار هذا الرأى وهى فكرة العدالة • فضلا عن مخالفتها لصريح نص المادة ٢/٣٨٨ من القانون المدنى والتى لا تجيز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون •

ومقطع الخلاف فى هذه الحالة أن تقادم الحق فى كلا الدينين يقوم على قرينة الوفاء ؛ فاذا فرضنا أن مدينا بورقة تجارية تتضمن شرط الرجوع بلا مصاريف امتنع عن دفع قيمتها فى ميعاد الاستحقاق وأقام الدائن — حامل الورقة — دعوى الرجوع الصرفى قبله بعد مضى أكثر من سنة من تاريخ استحقاق الورقة . فانه من حق المدين — طبقا للرأى الذى نعارضه — أن يدفع بسقوط حق الدائن بالتقادم الحولى ويؤكده بحلف اليمين . وفى هذه الحالة يقوم التقادم على قرينة الوفاء ، وتصبح الورقة التجارية التى يتقادم الحق الناشىء عنها بخمس سنوات وكأنها قد تقادم الحق الناشىء عنها بمضى سنة واحدة وذلك على خلاف نص المادة ١٩٤ تجارى . وهذه نتيجة غريبة وغير مقبولة .

ولم يتعرض أنصار الرأى المعارض لهذا الفرض رغم أن نص المادة ٣٧٨ من القانون المدنى الحالى نص غير مستحدث بل نص التقنين المدنى السابق فى المادة ٢٠٩ / ٢٧٣ على : « المبالغ المستحقة : للباعة أثمان المبيعات لغير التجار مطلقا ولهم فيما عدا ما يتعلق بتجارتهم وللخدم ما هو لهم ، تزول بمضى ثلاثمائة وستون يوما ؛ ولو استحقت ديون جديدة من قبيل ما ذكر فى ظرف الثلاثمائة والستون يوما المذكورة » كما نصت المادة ٢١٢ / ٢٧٦ من القانون المذكور على أنه « فى حالة ما اذا كانت المدة المقررة لسقوط الحقوق ثلاثمائة وستون يوما يومه فقط ، لا تبرأ ذمة من يدعى التخالص بمضى المدة الا بعد حلف اليمين على أنه ادى حقيقة ما كان فى ذمته » كما نصت المادة ٢١٣ / ٢٧٧ من ذلك القانون على أنه « وأما الأرامل والورثة والأوصياء فيتخلصون بحلفهم أنهم لا يعلمون أن المدعى به مستحق » .

٩٥ — أما الاخذ بالرأى الذى نرجحه فيتلافى هذا التناقض الذى وقع فيه أنصار الرأى الذى نعارضه ، اذ يقوم الدين الناشىء عن العلاقة الأصلية بجوار الدين الناشىء عن الورقة التجارية فيتأثر به ويؤثر فيه ؛ ولكن سلوك أحد الطريقين لا يؤدى الى تطبيق الأحكام

الخاصة بالطريق الآخر ؛ فالاول يخضع لأحكام القواعد العامة بالنسبة للاختصاص والاثبات والتقادم بينما يخضع الثانى لأحكام قانون الصرف فى كل ما ذكر •

٩٦ — بقيت نقطة تتعلق بتحرير الورقة التجارية ؛ وهل يعد فى ذاته اعترافا بالدين الأصلى يترتب عليه قطع مدة التقادم الخاصة بهذا الدين •

من العسير ترتيب هذا الأثر على تحرير ورقة تجارية ؛ خصوصا اذا لم تتضمن بيان الدين الذى نشأت وفاءا له بيانا كافيا ؛ فقد تتعدد علاقة الدائنية والمديونية بين شخصين وتخلو الورقة من تعيين الدين الذى أعطيت سدادا له •

على أن هذه الصعوبات لا تقوم فى كل الفروض ؛ فالغالب ألا يكون للمستفيد عند المدين الا دين واحد أو جملة ديون من طبيعة معينة ، فيمكن فى تلك الحالة اعتبار الورقة التجارية اعترافا من المدين بهذه الديون •

ولما كانت هذه المسألة من مسائل الواقع فلا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيما تفصل فيه فى هذا الصدد (١) •

---

(١) د ٠ أمين بدر بند ٦٨٩ ٠