Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009 par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail: nabilbouhmidi@marocdroit.com

الأستاذ محمد الهيني

قاض ملحق بوزارة العدل

مكلف بالدراسات والتشريع

أستاذ زائر بكلية الحقوق بفاس

الدفوع في الأوراق التجارية على ضوء الفقه والقضاء

دراسة مقارنة نظرية وعملية للنظام القانوني لتطهير الدفوع في القانون الصرفي

تقديم

الدكتور أحمد كويسي

أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

الكتاب : **الدفوع في الأوراق التجارية على ضوء الفقه والقضاء**
المؤلف : **محمد الهيني**
الناشـــر :
الهاتف : 05 22 83 33 99
الإيداع القانوني :
الإيداع الدولي :
الطبـع : مطبعة الأمنية – الرباط 2010

الهاتـف : 05 37 72 48 39
الفاكس : 05 37 20 04 27
البريد الإلكتروني : e-mail : impoumnia@yahoo.fr

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

تقديم المؤلف

لقد ناقش الباحث في مؤلفه الدفوع في الأوراق لتجارية وبالأخص التقعيد الفقهي والتطبيق القضائي لقاعدة تطهير الدفوع أو عدم التمسك بالدفوع التي تعتبر من أهم قواعد القانون الصرفي. وقد وفق في اختيار موضوع مؤلفه لما له من أهمية. وهذا يدل على وعي الباحث بالإشكاليات التي تثيرها قاعدة عدم التمسك بالدفوع , سواء على مستوى العمل القضائي, أو على المستوى الآراء الفقهية.

مقتضى قاعدة تطهير الدفوع أنه يمنع على الملتزم الصرفي ,سواء كان قابلا, أو ساحبا, أو مظهرا, أو ضامنا احتياطيا أن يواجه حامل الورقة التجارية, بالدفوع المستمدة من علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بالحملة السابقين. وقد أقر العرف هذه القاعدة قبل أن تتبناها مختلف التشريعات المقارنة. ويترتب على هذه القاعدة الفصل التام بين الروابط الأصلية التي كانت سببا لسحب الورقة التجارية والعلاقات الناشئة على تداول الورقة التجارية.

من هنا تظهر الإشكالات التي تواجه الباحث في القانون الصرفي من نطاق تطبيق قاعدة تطهير الدفوع, لا سيما أن نفس العلاقة قد تخضع في كثير من الحالات للقواعد العامة وللقانون الصرفي لأن سحب الورقة التجارية لا يؤدي إلى تجديد الالتزام الذي كان سببا في سحبها.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

كل هذه الاعتبارات أخذها الباحث الأستاذ محمد الهيني في اعتباره , في معالجته الإشكالات التي يطرحها موضوع مؤلفه. فقد عرض لقاعدة تطهير الدفوع مع تطبيقاتها, والاستثناءات التي ترد عليها, مع الاستدلال بالعمل القضائي وآراء الفقهاء. والذي يثير إعجاب القارئ أن الأستاذ محمد الهيني يبدي آراءه بكل جرأة وشجاعة وتواضع الباحث. كل ذلك مشفوع بالعمل القضائي وآراء الفقهاء , والفهم السليم للنصوص القانونية المؤطرة للموضوع.

يمكن الاستدلال على ما نقول أن الأستاذ محمد الهيني عالج في مؤلفه علاقة الساحب الحامل بالقابل, وناقش موقف القضاء من هذه المسألة من خلال استعراض الباحث لموقف جانب من القضاء, ولقد كان تقييم المؤلف لهذا القضاء ينم عن مقدرة كبيرة في استيعاب قواعد القانون الصرفي وفهمها الفهم الصحيح. فإذا كان القضاء الفرنسي قد استقر منذ أوائل الأربعينيات (قراري محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 و26 مايو 1942) على السماح للقابل بالاحتجاج في مواجهة الساحب الحامل بالعلاقة الأصلية التي كانت سببا في سحب الكمبيالة, فإن جانبا من القضاء المغربي لا يزال يطبق قاعدة تطهير الدفوع حتى في علاقة الساحب الحامل بالقابل (راجع قراري محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 8نونبر 1999 الإشعاع 21 ص.163 و26 نونبر2002 تحت رقم1254 -2002 ملف رقم 345-2001-1) وكذا قراري المجلس الأعلى بتاريخ 17أكتوبر1996 م.م.م.ع.83 ص.126 و17 مارس 2004 القرار منشور في الأوراق التجارية بين القانون والعمل القضائي, منشورات المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات ص.69)

وواضح أن هذا الفهم لنصوص القانون الصرفي لا يأخذ في الاعتبار الأسباب التي من أجلها تم سن هذه القاعدة الصرفية, والمتمثلة في حماية

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

الغير حسن النية الذي لا يعلم حقيقة العلاقة التي تربط أطراف الرابطة الأصلية, وكذا تسهيل تداول الكمبيالة.فالساحب الحامل لا يعتبر من الغير في علاقته بالقابل حتى يستفيد من قاعدة تطهير الدفوع. والقول بغير هذا يؤدي إلى تحميل المادة 171 من مدونة التجارة ما لا تحتمل, ويؤدي إلى معاملة الحامل سيء النية معاملة قاسية مقارنة بالحامل الساحب .لهذا فإننا نعتقد أنه يتعين تفسير المادة 171 في ضوء المادتين 178 و166 من مدونة التجارة, فالمادة 178 تتعلق بحق الادعاء المباشر التي يخوله القانون لحامل الورقة التجارية ولو كان هو الساحب, فالاستناد إلى المادة 178 المقابلة للمادة ل .511-19-2 من القانون التجاري الفرنسي لحرمان القابل من مواجهة الحامل الساحب بالعلاقة التي تربطه به, فهم خاطئ لقواعد القانون الصرفي, وهذا هو فهم جانب من القضاء الفرنسي للمادة 128 (النص القديم) قبل قراري محكمة النقض في مايو من سنة 1942. وقد راجع جانب من القضاء المغربي موقفه من علاقة القابل بالساحب الحامل عندما أجاز للقابل الاحتجاج بعلاقته الأصلية بالساحب, ذلك أن الروابط الأصلية في هذه الحالة تتفوق على الروابط الناتجة عن القانون الصرفي. (راجع قراري محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 16 يناير 2007 و18 مارس 2008).

إن القارئ لهذا المؤلف سيجد فيه ضالته العلمية, سواء كان من الباحثين أو من الممارسين .فموضوع تطهير الدفوع من أهم المواضيع الشائكة في القانون الصرفي كما سلف القول, فهناك حالات كثيرة يلتبس فيها على الباحث أي القواعد القانونية يطبق على أطراف العلاقة الصرفية. فعلاقة القابل بالدائنين الصرفيين قد تكون خاضعة في جزء منها للقانون الصرفي وفي الجزء الآخر للقواعد العامة, والتمييز بين هذه الحالات أمر

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ليس بالهين, إذ يتطلب مهارة وحس قانونيين لا يتيسر للبعض. والأستاذ محمد الهيني من الباحثين المتميزين الذين يملكون تلك المهارة وذلك الحس.

لكل ما سبق فإننا نعتقد أن المؤلف سيساهم لا محالة في إغناء الخزانة القانونية المغربية والعربية ,لما يحتويه من آراء قيمة, وحلول عملية لكثير من الإشكالات القانونية المطروحة أمام القضاء التجاري,مما يجعله حري بأن يحتل مكانة بارزة في خزانة كل باحث وممارس.

وأخيرا لا بد أن أقول كلمة في حق المؤلف، فقد عرفته طالبا مجدا في سنة 1997 شغوفا بمادة الأوراق التجارية دائما في الصفوف الأول للمدرج, يؤرقني بأسئلته الكثيرة والمتنوعة ولا أذكر أنه تغيب يوما عن حصة هذه المادة على الرغم من أن الحصة كانت تبدأ في الساعة الثامنة صباحا. كما عرفته في صف دراسة السلك الثالث في وحدة المنافسة والاستهلاك, فكان نموذجا للطالب المتعطش للبحث العلمي مع تواضع جم قل نظيره.كل هذه الأخلاق العلمية أهلت المؤلف إلى أن يتبوأ هذا المستوى العلمي . وأملي أن يستمر الباحث في عطائه وفي توقده العلمي, وأن لا يشغله عمله الإداري عن رسالته العلمية.

فاس في يوم الجمعة 9 أبريل
2010

الدكتور أحمد كويسي
أستاذ التعليم العالي
بكلية الحقوق بفاس

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009 par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail: nabilbouhmidi@marocdroit.com

تمهيد

إن قاعدة عدم التمسك بالدفوع أو تطهير الدفوع في الأوراق التجارية تقوم على عدة اعتبارات فرضها العرف والتعامل التجاري وتقبلتها الحياة التجارية واحتضنتها لأنها بمثابة الحصن الأمين، ويتجلى منطق الأمان فيها كونها تحصن حقوق الحامل، وتحميه من جميع المفاجآت المتمثلة في الاحتجاج تجاهه بدفوع لا يعلم عنها شيئا، وتقوم أيضا على منطق الاستقرار في التعامل التجاري لقيامها في نواح كثيرة منها على نظرية الظاهر، بحيث لا يصح الاستدلال بدفوع خارجة عن مضمون الورقة التجارية لأنها مستقلة بنفسها وتتمتع بالكفاية الذاتية.

وفضلا عن ذلك فإنها تبعث على المتعاملين بها ثقة بالغة[1]، وتدخل في نفوسهم الارتياح لأن الحقوق التي انتقلت إليهم مطهرة من جميع الشوائب التي قد تكون عالقة بالتزامات الموقعين السابقين[2].

---

(1) وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى "إن قاعدة تطهير الدفوع المنصوص عليها في المادة 172 من مدونة التجارة (الفصل 139 من ق.ت قديم) تحول دون تمكين المدين في مواجهة الحامل حسن النية بدفوعه في مواجهة دائنه غير المباشر في الالتزام الصرفي". قرار عدد 678 المؤرخ في : 2003/5/28 ملف تجاري عدد 2002/1/3/446 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: تأملات في اجتهادات القضاء التجاري في مادة الأوراق التجارية، دار القلم الرباط، الطبعة الأولى 2008 ص 233.كما جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالبيضاء صادر بتاريخ 1979/08/30 : "إن البنك المستفيد من الكمبيالة لا يمكن مواجهته بالدفوع الناجمة عن علاقات ومعاملات رائجة بين الساحب والمسحوب عليه" المجلة المغربية للقانون عدد 2 ص : 141.

كما جاء في قرار لمحكمة النقض السورية صادر بتاريخ 1977/11/01 : "لا يجوز للساحب أن يتمسك في مواجهة الحامل بالدفوع التي تكون له تجاه حامل سابق، لأن ذلك يؤدي إلى إعاقة تداول الشيك بسبب ما يستلزم من تدقيق مسبق في ظروف التزام كل من الموقعين للتأكد من خلوه من كل العيوب وما يثير القلق وانعدام الثقة في شأنه مما لا يستطيع معه القيام بوظيفة كأداة سهلة

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

فقاعدة تطهير الدفوع تعتبر استثناءً على قاعدة (أن فاقد الشيء لا يعطيه)، وأن الشخص لا يمكن أن ينقل لغيره أكثر مما يملك، ذلك أن المحال له في حوالة الحق المدنية يتلقى نفس الحق الذي كان للمحيل قبل المحال عليه بشوائبه، على عكس الحوالة الصرفية فالمحال له لا يتلقى نفس الحق بل يتلقى حقا أقوى وأسلم من الناحية القانونية لأنه مطهر من جميع الشوائب، حقا خالصا مباشرا ومجردا.

كما أن القاعدة تحمي وتكرس قاعدة التضامن بين المدينين في الورقة التجارية في مواجهة الحامل، ولا يجوز لهؤلاء الموقعين التمسك سواء في مواجهته أو فيما بينهم بالدفع بانقسام الدين، أو الدفع بالتجريد أو بمنحهم أجلا للوفاء، إضافة إلى أن القاعدة تحمي منطق الائتمان الشيء الذي يزيدها إشعاعا، لأن قيام الأوراق التجارية على أساس الزمن والأجل باعتبارها أداة وفاء وائتمان تستجيب لحاجات التجار إلى النقود ولتسوية الديون المترتبة عن معاملاتهم، عن طريق تظهيرها أو خصمها لدى أحد البنوك وهكذا دواليك إلى حين حلول أجل الاستحقاق، لأنه في الميدان التجاري قلما يكون الأداء بين التجار نقدا وفي الحال، فالأداء بالورقة

للوفاء"، مجلة المحامون عدد 10-11-12 لعام 1977 ص : 577.

(2) وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2003/07/09 : "إن الكمبيالة تعد ذاتها دليلا على المديونية ومن ثم وتمشيا مع طابع التجريد الذي يميز الالتزام الصرفي عن غيره من الالتزامات = =

= = العادية والذي يجعل منها سندا تجاريا مستقلا عن المعاملات التي كانت في الأصل سببا في إنشائها، فإنه لا موجب بإلزام المستفيد بإقامة الحجة لإثبات المعاملة". قرار عدد 877 ملف تجاري عدد 2003/1/3/355 مذكور في مؤلف "الأوراق التجارية بين القانون والعمل القضائي" منشورات المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات سلسلة القانون والممارسة القضائية عدد 2004/4 ص : 101.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

التجارية لأجل يمنح المدين فرصة لجمع المال لتغطية خصومه، كما يمنح الدائن الحق في الحصول فورا على حقوقه نقدا عن طريق تقنية الخصم.

ولهذا فقاعدة عدم التمسك بالدفوع تعتبر روح العمل التجاري وسر رواجه لأنها تضمن تداولا سريعا للأوراق التجارية بعيدا عن منطق التعقيد، فبمجرد جرة قلم أي بمجرد التوقيع ينتقل الحق دون حاجة إلى قبول المسحوب عليه هذه الحوالة في محرر ثابت التاريخ أو تبليغها إليه تبليغا رسميا كما هو الشأن في الحوالة المدنية.

وقياما وتعقيدها على الأسس السالفة الذكر جعل من القاعدة تحتل مركز الصدارة في القانون الصرفي تحيا مع حياته أي بإنشاء الورقة التجارية وتفنى بموته وانطفائه أي بطرق انقضاء الإلتزام الصرفي.

لكن من الضروري التأكيد منذ البداية أن قاعدة تطهير الدفوع أدخل عليها التشريع استثناءات مهمة ترجع إما لشخص الحامل أو لطبيعة الدفوع المحتج بها، مما يفيد أن القانون الصرفي – قانون الأوراق التجارية – يقيم نوعا من التوازن بين المصالح المختلفة والمتعارضة في الورقة التجارية.

وأهمية هذه القاعدة جعلت التشريعات المقارنة تلتف حولها وتنص عليها في قوانينها حتى غدت من التقاليد الصرفية، بل إن بعض التشريعات يطبقها قضاؤها دون النص عليها صراحة كالتشريع التجاري المصري القديم[3] وقبله التشريع التجاري الفرنسي القديم.

(3) عبد الفتاح مراد، التعليق على قانون التجارة المصري الحديث رقم 17 لسنة 1999 المعمول به في 1999/10/01 وقد نص عليها التشريع الجديد في الفصل 397.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ونظرا لمزية توحيد القانون المنظم للأوراق التجارية على الصعيد الدولي لتفادي إشكاليات تنازع القوانين حتى يسهل التعامل بها دوليا، دعت عصبة الأمم المتحدة إلى عقد مؤتمر دولي بتاريخ 13 ماي 1930 بجنيف وهكذا تم التوقيع بتاريخ 7 يوليوز 1930 بعد عدة مشاورات بين الدول الحاضرة في المؤتمر على الاتفاقية المتعلقة بالقانون الموحد للكمبيالة والسند لأمر ثم الشيك، وهكذا استقى التشريع المغربي جل مقتضياته من هذه الاتفاقية فأصدر ظهير 19 يناير 1939 المتعلق بالكمبيالة والسند لأمر والذي ألغى مقتضيات القانون التجاري المنظمة لها والمؤرخ في 12 غشت 1913 كما صدر في نفس التاريخ الظهير المتعلق بالشيك.

وأخيرا أقدم المشرع المغربي على تحديث المنظومة القانونية التجارية واصدر مدونة التجارة التي نظمت في الكتاب الثالث الكمبيالة والسند لأمر والشيك وهذه المقتضيات في مجملها لم تشملها المراجعة لطبيعتها الدولية ولطابعها الكوني ولكونها نابعة من اتفاقية دولية.

بعد هذا التقديم سنعرج بعجالة على النقط التالية :

أولا : تعريف الأوراق التجارية وخصائصها ؛

ثانيا : أنواع الأوراق التجارية ؛

ثالثا : خصائص الإلتزام الصرفي.

أولا : تعريف الأوراق التجارية وخصائصها

عرفها الأستاذ محسن شفيق : "بأنها عبارة عن محرر قابل للتداول بالطرق التجارية ويمثل حقا موضوعه مبلغ من النقود يستحق الوفاء بمجرد

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين ويستقر العرف على اعتبارها أداة للوفاء تقوم مقام النقود"(4).

كما عرفتها محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 1934/12/30 بقولها : "المعنى الجامع في هذه الأوراق أنها تتضمن دفع مبلغ معين من النقود في أجل معين ويمكن نقل ملكيتها لإنسان آخر بتظهيرها أو بمجرد تسليمها بغير حاجة إلى إجراء آخر يعطل تداولها أو يجعله معتذرا"(5) وانطلاقا من ذلك يظهر أن للأوراق التجارية أربع خصائص نجملها فيما يلي :

-أنها تمثل حقا يكون موضوعه مبلغا من النقود فلا يمكن أن يكون موضعها أداء عمل أو امتناع عن عمل ومن تم فلا يدخل ضمن الأوراق التجارية سند الشحن البحري وخطابات النقل البري والجوي.

- أن هذه الأوراق تتميز بطابعها الشكلي الذي يعد شرطا لوجود الورقة، حيث لا تقوم لها قائمة إلا باستيفائها للشروط المنصوص عليها في القانون.

- قابلة للتداول بالطرق التجارية، تنتقل الورقة التجارية بمجرد تظهيرها كما تنتقل بالمناولة إن كانت الورقة للأمر أو للحامل، وذلك دون إتباع إجراءات وقواعد خاصة معقدة كقواعد الحوالة المدنية التي لا تتفق والمعاملات التجارية التي تقوم على السرعة والائتمان.

(4) محسن شفيق الوسيط في القانون التجاري المصري ج II مطبعة اتحاد الجامعات الإسكندرية الطبعة الثانية 1955 ص : 197.

(5) ذكره جمال الدين عوض القانون التجاري (العقود التجارية، الأوراق التجارية، عمليات البنوك) دار النهضة العربية 1982 ص :239.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

- أنها مستحقة الوفاء بمجرد الإطلاع أو بعد أجل قصير، وهذا يعني أن الأوراق التجارية أداة وفاء وائتمان في نفس الوقت، فإذا كانت لأجل فإنها تلعب دورا مهما في الائتمان، فالتاجر قد يكون بحاجة للنقود لتغطية معاملاته فيظهرها لتاجر أخر يتعامل معه أو يقوم بخصمها لدى أحد الأبناك دون انتظار أجل الاستحقاق، أما إذا كانت مستحقة الأداء عند الإطلاع فإنها تعتبر مجرد أداة وفاء لأنها تقوم مقام النقود في الوفاء بالديون وهو ما ينهض به الشيك(6).

ويرى الأستاذ جمال الدين عوض وبحق على أن هذه الوظيفة ليست من جوهر الشيك وإن كانت هي الغالبة فيه، فمن الممكن أن يتخذ الشيك أداة لا للوفاء الذي يقضي الدين بل أداء لإنشاء دين جديد، مثلا أداة للاقتراض، فلا يهم إعطاء الشيك من الساحب إلى المستفيد على أن الساحب يقضي دينا عليه موجودا من قبل لصالح المستفيد، ولهذا فإن الصواب أن نقول أن سحب الشيك يعتبر عملا محايدا لا يعبر بدايته عن حقيقة العملية التي يتخذ الشيك أداة لتنفيذها، ولهذا حكم بأنه : "وإن كان صحيحا أن الشيك ليس سند مديونية بل هو في الغالب أداة وفاء، فإن ذلك ليس صحيحا على إطلاقه وحقيقة الواقع في شأن الشيك أنه دليل كتابي على أن مبلغا قد انتقل من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر أما سبب هذا الانتقال ودلالته فتفسره الظروف الأخرى في الدعوى"(7).

(6) وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2000/11/01 : "لما كان الشيك الحامل لجميع البيانات الإلزامية يعتبر وظيفيا أداة صرف ووفاء فهو يستحق الأداء بمجرد الإطلاع عليه، وإنه كسائر الأوراق التجارية الأخرى يتميز بخاصية التجريد أي أنه يتداول بعيدا عن سببه.
ولذلك فإن حامله يعتبر دائنا لساحبه بالمبلغ المقيد به دون أن يكون ملزما بأن يبين السبب الذي تسلم من أجله الشيك الذي أرجع إليه بدون رصيد، قرار عدد 1740 ملف مدني عدد 99/2/3/324 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 56 ص 347.

(7) علي جمال الدين عوض مرجع سابق ص : 250.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

ثانيا : أنواع الأوراق التجارية

لم يعط المشرع المغربي تعريفا للأوراق التجارية، كما أنه لم يعمد إلى ذكر أنواعها بصفة حصرية، لأن التعريف من اختصاص الفقه والقضاء، ولأن حصر هذه الأوراق من شأنه أن يمنع ظهور أوراق جديدة أخرى تتوافر على خصائص الأوراق التجارية وتبرر الحاجات العملية للتعامل بها، وهكذا تناول المشرع في مدونة التجارة في باب الأوراق التجارية، التنظيم القانوني لكل من الكمبيالة والسند لأمر والشيك، وسوف نقتصر على تعريف هذه الأوراق وحدها.

- فالكمبيالة هي محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون تتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا معينا من النقود إلى شخص ثالث يسمى المستفيد.

- أما السند لأمر فهو محرر مكتوب يخضع لأوضاع شكلية محددة قانونا يتعهد فيه محرره بأن يدفع لأمر شخص آخر يسمى المستفيد مبلغا من النقود بمجرد الإطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين.

وأخيرا فإن الشيك هو مكتوب أيضا وفقا لأوضاع شكلية محددة في القانون ويتضمن أمرا من شخص وهو الساحب إلى شخص آخر يكون بنكا أومن في حكمه وهو المسحوب عليه بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره، أو لحامل الشيك وهو المستفيد مبلغا نقديا معينا بمجرد الإطلاع[8].

(8) فالشيك أمر ناجز من الساحب إلى مصرفه بدفع مبلغ محدد من المال إلى المستفيد دون أن يتضمن سبب الدفع، قرار محكمة الاستئناف بالرباط صادر بتاريخ 1989/10/30، مجلة الإشعاع عدد 3 ص : 150.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ويرى أستاذنا شكري السباعي أن كل ورقة أخرى مجانسة لتشابه غاياتها وصفتها مع الأوراق المحددة أو التي ستستجد مستقبلا تتضمن مميزات الأوراق التجارية وتقبل التداول التجاري ويستقر العرف التجاري على التعامل بها أو يقبلها كأداة للائتمان أو الوفاء أو الاثنين معا تعتبر ورقة تجارية(9).

وعليه فكل سند يبتدعه العرف والتعامل التجاري ويكون قابلا للتداول بالطرق التجارية يشكل ورقة تجارية، والأوراق التجارية عموما تتداول بعيدا عن سببها وأن على من يدعي سبب معين الالتزام بإثباته.

ثالثا : خصائص الالتزام الصرفي

إن للالتزام الصرفي عدة خصائص مكنته من أن يحتل وجه الصدارة في القانون التجاري بل يشكل نظرية قائمة بذاتها، فهو التزام شكلي وصارم ومستقل ومجرد وتجاري.

1 ـ الصفة الشكلية للالتزام الصرفي :

إن الأوراق التجارية تعتبر تصرفات قانونية ذات طبيعة شكلية، والشكل بالنسبة إليها ركن ثابت وأصيل فهو شرط وجود لا صحة يترتب عن وجوده الوجود وعن عدمه العدم، ولهذا فالورقة التجارية التي تتوفر على البيانات الإلزامية المنصوص عليها قانونا تعد ورقة صحيحة وشرعية تنتج آثارها القانونية الصرفية وإلا تحولت إلى سند عادي مدني أو تجاري حسب الأحوال – وإثارة بطلان الورقة من النظام العام يمكن للقاضي أن يثيره تلقائيا حسب ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1973/07/16(10).

(9) أحمد شكري السباعي : الوسيط في الأوراق التجارية، الجزء الأول الكمبيالة والسند لأمر، مطبعة المعارف الجديدة الطبعة الأولى 1998، ص : 9 وما بعدها.

(10) G. Riepert – R. Roblot : Effet de commerce banque et bourse contrats commerciaux collectives, Tome 2, 16ème édition L.G.D.J. 2000. P / 146.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

ويتفرع عن الصفة الشكلية للالتزام الصرفي مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية الذي يعني أن هذه الأخيرة كافية بذاتها لإثبات الحق الذي تتضمنه ومستقلة بنفسها لا تعتمد على مستند آخر، ولا ترتبط بالالتزامات السابقة لتحديد مضمونها، ذلك أن مضمون الالتزام الصرفي يتوقف على عبارة الورقة وفحواها ولا يمكن للورقة التجارية أن تستند إلى أي عنصر خارجي كسبب إنشائها مثلا، كما أن الورقة التجارية لا يمكن أن تؤدي وظائفها ويسهل تداولها إلا إذا تيسر الوقوف على مضمونها بمجرد الإطلاع عليها، وعلى صفة الأشخاص الموقعين عليها، ونطاق ومدى التزامهم فمجرد التوقيع ومكانه ينبئان عن هوية الشخص الموقع ومسؤوليته في نطاق الالتزام الصرفي، وارتباط الورقة بمظهرها الشكلي الخارجي يفسر ارتباطها كثيرا بنظرية الظاهر، إذ أن الإرادة الظاهرة هي المعتمدة في نواحي كثيرة في الالتزام الصرفي.

ولقد حاولت محكمة النقض المصرية التطرق لخصائص الأوراق التجارية في قرارها الصادر بتاريخ 13 يناير 1947، جاء فيه : "إن خصائص الورقة التجارية هو صلاحيتها للتداول، ولازم لكون كذلك أن قيمتها مقدرة على وجه نهائي لا يدع محلا للمنازعة"(11).

2 ـ صرامة وقساوة الالتزام الصرفي :

إن للالتزام الصرفي أحكام خاصة تتميز بصرامتها وقساوتها على المدينين بالورقة التجارية مقارنة مع وضعية نظرائهم في الالتزامات العادية، لأن التوقيع على الورقة التجارية يجعل التزام المدين تجاري

(11) أورده علي جمال الدين عوض مرجع سابق ص : 233.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وصرفي، فقساوة هذا الالتزام[12] يجعله مسؤولا بالتضامن مع سائر الموقعين على الورقة التجارية ويحرمه من المهلة القضائية[13]، لذلك فعلى المدين الوفاء بمبلغ الورقة في تاريخ الاستحقاق، ومن تم تسري في حقه فوائد التأخير. بالإضافة إلى ذلك فإن امتناعه عن الوفاء يجعله مهددا بإجراء الاحتجاج، ولا يخفى مدى تأثير ذلك سلبا على مستقبله التجاري، إذ قد يكون منطلقا للتسوية القضائية أو التصفية القضائية، وقبل ذلك فإنه يكون عرضة لإجراء الحجز التحفظي على منقولاته وعقاراته.

وهذه الشدة في معاملة المدين في الورقة التجارية لا تعني أن المشرع أراد أن يجعل من قواعد قانون الصرف سيفا مسلطا على المدين في أي وقت، بل خفف عن المدين الصرفي في بعض الحالات، لإيجاد نوع من التوازن بين حق الحامل والتزام المدين[14] .

(12) مصطفى كمال طه، القانون التجاري الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت 1981 ص : 243.

- عبد الحميد الشواربي، القانون التجاري الأوراق التجارية في ضوء الفقه والقضاء، مطبعة الانتصار 1993، ص : 10.

(13) وهكذا جاء في أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالرباط صادر بتاريخ 2000/02/24 : "إذا كان سند الدين شيكا فإنه لا يمنح أي إمهال قانوني أو إنذار قضائي إلا في حالة القوة القاهرة"، مجلة الإشعاع عدد 25 ص : 237.

كما جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالبيضاء صادر بتاريخ 1979/08/30 : "إن دين المسحوب عليه بالنظر إلى صبغته الصرفية لا يمكن إعطاء أية مهلة لأدائه"، المجلة المغربية للقانون عدد 2 ص : 141.

(14) زهير عباس كريم : النظام القانوني للشيك دراسة فقهية وقضائية مقارنة، مكتبة دار التربية بيروت الطبعة الأولى 1997، ص : 30.

- علي جمال الدين عوض مرجع سابق ص : 254.

- سميحة القليوبي الأوراق التجارية الطبعة الثانية دار الثقافة العربية القاهرة 1992، ص : 23.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

ومن مظاهر التخفيف هاته أن المشرع قرر تقادما قصيرا في الأوراق التجارية ووضع مواعيد قصيرة لإجراء الاحتجاج وإلا عد الحامل مهملا وسقط حقه ضد جميع الملتزمين باستثناء القابل والساحب الذي لم يوفر مقابل الوفاء، كما أنه ألزم الحامل بقبول الوفاء الجزئي قصد التخفيف عن الملتزمين في الورقة التجارية.

وتهدف القواعد المسطرة سابقا إلى دعم الثقة والائتمان في الورقة التجارية وتسريع تداولها، وقد أكدت محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرارها الصادر بتاريخ 1998/07/20 قاعدة صرامة الالتزام الصرفي، بحيث جاء فيه : "طبق قواعد الصرف الصارمة يؤمر المسحوب عليه بأداء الكمبيالات المستوفية لشروطها بحلول أجل استحقاقها"(15).

3 - استقلال الالتزام الصرفي :

وهو ما يبرر قاعدة عدم التمسك بالدفوع، ومعناه أن التواقيع الموضوعة على الورقة تحدث التزامات صرفية مستقلة بعضها عن البعض الآخر(16) وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1980/08/01 جاء فيه : "إن التوقيع على الكمبيالة ينشئ للحامل حقا مجردا ناتجا عن الكمبيالة ذاتها ومستقلا عن العلاقات الشخصية التي تربط الموقعين عليها، وذلك قصد تمكينها من أداء وظيفتها في ميدان التداول"(17).

(15) قرار رقم 17 ملف رقم 98/19 غير منشور.

(16) علي سلمان العبيدي الأوراق التجارية في التشريع المغربي مكتبة التومي الطبعة الأولى 1970 ص 124.

(17) المجلة المغربية للسياسة والقانون والاقتصاد عدد 15 ص : 132.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وهكذا نصت المادة 164 م.ت على أن : "الكمبيالة الموقعة من طرف قاصر غير تاجر باطلة اتجاهه وتحتفظ الأطراف بحقوقهم وفقا للقانون العادي.

إذا كانت الكمبيالة تحمل توقيعات أشخاص لا تتوفر فيهم أهلية الالتزام بها أو توقيعات مزورة أو توقيعات لأشخاص وهميين أو توقيعات ليست من شأنها لأي سبب آخر أن تلزم الأشخاص الموقعين لها والأشخاص الذين وقعت باسمهم، فإن التزامات غيرهم من الموقعين تظل صحيحة"، وعليه فإذا كان التزام أحد الموقعين باطلا لنقص أهليته أو لعيب شاب رضاه أو لعدم مشروعية سبب الالتزام او لتزوير التوقيع كان التزام هذا الموقع باطلا، أما التزامات غيره من الموقعين تظل صحيحة، ويعد هذا خروجا عن القواعد العامة التي تقضي بأن البطلان يحتج به كل ذي مصلحة.

ولقد وضع هذا المبدأ لأسباب اقتصادية تجارية وجيهة تروم تحقيق أهداف كثيرة لا يمكن أن تحققها قواعد القانون العادي تتجسد في حماية حسن نية المتعاملين بالورقة التجارية عامة، وبالكمبيالة خاصة، وحماية الائتمان من المفاجآت، وهي أسباب ضمنت لها الرواج والثقة وجعلتها تؤدي دورها الاقتصادي والتجاري كاملا[18].

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2004/06/09 : "يلتزم الضامن الاحتياطي تجاه الحامل التزاما صرفيا ومستقلا عن الالتزامات الناشئة عن التوقيعات الأخرى في الورقة التجارية، يعتبر التزامه صحيحا ولو كان التزام المضمون باطلا لأي سبب غير العيب في الشكل.
يخول الحامل حق المطالبة بالوفاء قبل مطالبة المضمون ولو كان هذا الأخير في حالة يسر".
قرار عدد 686 ملف تجاري عدد 2003/1308 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 69 ص 189.

(18) أحمد شكري السباعي ج 1 مرجع سابق ص : 29.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

4 - تجريد الالتزام الصرفي – مبدأ عدم التمسك بالدفوع - :

ويجعل التجريد الكمبيالة وغيرها من الأوراق التجارية تتداول بعيدا عن السبب الذي أنشئت من أجله، أي أنها تستمد قوتها التنفيذية من ذاتها ومن قانون الصرف، ولا توقف هذه القوة التنفيذية الدفوع الناشئة عن العلاقة الأصلية والتي غالبا ما تكون مجهولة بالنسبة لباقي الموقعين[19]، وذلك حتى لا يتعذر تداول الورقة التجارية بسبب علاقات أجنبية خارجة عنها ولا علم للحامل بها.

ويأتي هذا المبدأ لتحصين حقوق الحملة بتأمينهم من المفاجآت وتشجيعهم على قبول التعامل بالأوراق التجارية لتسهيل وتسريع تداولها قصد تنشيط الحركة الاقتصادية، وأساس هذا المبدأ نجده في المادة 171 م.ت التي جاء فيها : "لا يسوغ للأشخاص المدعى عليهم بسبب الكمبيالة أن يتمسكوا اتجاه الحامل بالدفوع المستمدة من علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحامليها السابقين ما لم يكن الحامل قد تعمد باكتسابه الكمبيالة الإضرار بالمدين"[20].

---

(19) أحمد شكري السباعي ج 1 مرجع سابق ص : 35.

(20) يقابلها الفصل 261 من مدونة التجارة بالنسبة للشيك، والفصل 234 بالنسبة للسند لأمر.
وللإشارة فقاعدة تطهير الدفوع تطبق أيضا في إطار تقنية الاعتماد المستندي، فقد نصت المادة 3 من نصوص لائحة قواعد الاعتمادات المستندية الجديدة نشرة غرفة التجارة الدولية رقم 500 الصادرة سنة 93 على استقلال الاعتمادات عن عملية البيع وبأنه لا يسوغ للآمر مجابهة البنك بالدفوع المستمدة من عقد فتح الاعتماد أو من عقد البيع، فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالبيضاء بتاريخ 1996/06/25 أن : "الاعتماد يؤدي إلى تطهير الدفوع المتعلقة بعملية البيع التي كانت أساسا لفتح الاعتماد وعلى هذا يظل الالتزام المصرف قائما تجاه المستفيد البائع ولو شاب

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وهكذا جاء في قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 1998/01/14 : "لما كان الطاعن مسحوبا عليه بحكم توقيعه، وموقع على الكمبيالة توقيع القبول يصبح مدينا صرفيا ومباشرا تجاه كل حامل لها، بصرف النظر عن العلاقات السابقة التي أدت إلى نشوئها أو قبولها، وبالتالي فإن للحامل حق الادعاء المباشر اتجاه المسحوب عليه المذكور"(21).

كما جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2000/11/01 : "لما كان الشيك الحامل لجميع البيانات الإلزامية يعتبر وظيفيا أداة صرف ووفاء فهو يستحق الأداء بمجرد الاطلاع عليه، وأنه كسائر الأوراق التجارية الأخرى يتميز بخاصية التجريد أي أنه يتداول بعيدا عن سببه،ولذلك فان

عقد البيع عيب قد يؤدي إلى بطلانه أو فسخه" مجلة المحاكم المغربية عدد 78-79 ص : 100. للمزيد من التفصيل راجع :

- أستاذنا أحمد كويسي، الاعتماد المستندي غير قابل للإلغاء دراسة في التزامات البنك، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص كلية الحقوق فاس سنة 1996-1997.

- محمد منعزل الاعتماد المستندي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق مراكش 1992.

- وراجع أيضا مقاله بعنوان : استقلال الالتزام القطعي للبنك في إطار الاعتماد المستندي، مجلة المناهج عدد 1 ص : 86.

(21) مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 53-54 ص : 126، كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2004/02/11 : "إن الشيك بوصفه ورقة تجارية ووسيلة أداء فإنه يتمتع بخاصية التجريد ويتداول بعيدا عن سببه" قرار عدد 172 صادر بتاريخ 2004/02/11 ملف تجاري عدد 2003/1/3/68 مذكور في مؤلف الأوراق التجارية بين القانون والعمل القضائي، منشورات المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، سلسلة القانون والممارسات القضائية عدد 2004/4 ص : 80.

كما جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 2006/04/20 : "تقديم الكمبيالات سند الدين للبنك في إطار عملية الخصم يجعل البنك مالكا للحق في الورقة المخصومة وفوائدها تجاه المدين الرئيسي بقيمة الأوراق التجارية والملتزمين الآخرين، كما يستفيد من مبدأ عدم قابلية الاحتجاج في مواجهته بالدفوع أو قاعدة تطهير الدفوع طبقا لمقتضيات المادة 171 من م.ت" قرار غير منشور رقم 596 عدد 232-06.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

حامله يعتبر دائنا لساحبه بالمبلغ المقيد به دون أن يكون ملزما بأن يبين السبب الذي تسلم من أجله الشيك الذي أرجع إليه بدون رصيد"[22].

"لئن كان يعتبر الشيك أمرا ناجزا بأداء مبلغ معين من المال للمستفيد، فهو ككل التزام يتطلب لصحته في علاقة الساحب بالمستفيد أن يكون له سبب حقيقي ومشروع"[23].

ويعتبر الشيك أداة وفاء والقانون حدد البيانات الإلزامية الواجبة تضمينها به وهي المحددة في المادة 239 من مدونة التجارة ولا يشترط لصحته ذكر سببه، كما أنه لا تأثير لوفاة الساحب بعد الإصدار على آثاره[24].

وحيث إنه وإن كان الشيك بالفعل وسيلة أداء ويلزم أن يكون ساحبه متوفرا على قيمته وقت إنشائه إلا أنه إذا وقع نزاع بين الساحب والحامل حول الالتزام الذي بسببه أنشئ الشيك، فإنه من اللازم التأكد من صحة هذا السبب ومن تحقق محل الالتزام ليكون مقابل الوفاء مستحقا"[25]، وقد ردت

---

(22) قرار عدد 99/2/3/324، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 56 ص 347.

(23) قرار المجلس الأعلى عدد 797 المؤرخ في 07/18/ 2009 الملف التجاري عدد 2006/866 غير منشور.

(24) القرار عدد : 212، المؤرخ في : 2005/3/2، الملف التجاري عدد : 2003/1/3/508 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 176. كما جاء في محكمة الاستئناف التجارية بفاس أنه "لا حاجة لأن يكون للكمبيالة سبب محدد إذ أن الكمبيالة في ذاتها تحمل سبب إنشائها". قرار رقم : 1144 صدر بتاريخ : 19-10-2004 رقم الملف بالمحكمة التجارية : 156-2-2004 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية : 1129-2004. مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني : مرجع سابق ص 191.

(25) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء صادر بتاريخ 2005/07/12، رقم 05/2801، مجلة المحاكم المغربية عدد 107 ص 107.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

المحكمة عن حق مجرد الدفع إن الشيك وسيلة وفاء وأنه لا مجال للحديث عن سببه،لأن هذا القول يصح في مواجهة الغير حسن النية لا في مواجهة أصحاب العلاقة الأصلية المباشرة التي كانت سببا في سحب الورقة التجارية كما هو في نازلة الحال.

إن محكمة الاستئناف بعدما عاينت الوثائق المدلى بها في ملف النازلة وخاصة الكمبيالات سند الدين، مستخلصة من ذلك أنها تتوفر على جميع الشروط الشكلية والموضوعية التي يلزمها القانون، تكون قد عللت عن صواب تعليلا كافيا قرارها بما مضمنه : "إن الكمبيالات موضوع الأمر بالأداء تتضمن جميعها البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 159 من مدونة التجارة... ثم أن الكمبيالة تعد ذاتها دليلا على المديونية ومن تم وتمشيا مع طابع التجريد الذي يميز الالتزام الصرفي عن غيره من الالتزامات العادية والذي يجعل منها سندا تجاريا مستقلا عن المعاملات التي كانت في الأصل سببا في إنشائها، فانه لا موجب لإلزام المستفيد بإقامة الحجة لإثبات المعاملة[26].

والواقع أن الخصائص الثلاث الأخيرة الشكلية والاستقلال والتجريد متداخلة بحيث يصعب تمييز إحداها عن الأخرى وهي تهدف جميعا إلى حماية الحامل حسن النية من الدفوع المستمدة من الظروف الخارجة عن نص الورقة والتي يمكن أن تؤثر في حقه[27].

5 ـ الصفة التجارية للالتزام الصرفي والعمليات المتعلقة به :

إذا كانت الكمبيالة تعد عملا تجاريا شكليا مطلقا بنص المادة 9 من مدونة التجارة الجديدة بصرف النظر عن أشخاص المتعاملين بها، والعملية

(26) القرار عدد 877 المؤرخ في 2003/07/09 ملف تجاري عدد : 2003/1/3/355 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 180.

(27) مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص : 245.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

المترتبة عنها لكونها أداة وفاء وائتمان، لكن المشرع بالنسبة للسند لأمر اعتبره عملا تجاريا إذا كان موقعا ولو من غير تاجر إذا ترتب في هذه الحالة على معاملة تجارية، بمعنى أنه يعد عملا تجاريا في حالتين : الأولى إذا وقعه تاجر بصرف النظر عن طبيعة المعاملة، والثاني إذا وقعه مدني بناء على معاملة تجارية.

والأصل أن الشخص مدني وعلى من يدعي العكس إثباته لأن صفة التاجر طارئة على الشخص كما ذهبت إلى ذلك المحكمة التجارية بمراكش في العديد من أحكامها.

أما الشيك فنظرا لعدم تحديد المشرع لصفته فقد اختلف الفقه والقضاء المقارنين حول الصفة التي يمكن إطلاقها عليه، ففي فرنسا الفقه والقضاء الغالب يرى أن الشيك ليس عمل تجاري شكلي وإنما تتحدد صفته التجارية أو المدنية حسب صفة الدين أو المعاملة(28) والبعض الآخر يرى لتحديد الصفة التجارية للشيك يجب أن يكون صادرا عن تاجرا ومترتبا عن معاملة تجارية(29).

وهذا ما يفسر تناول الفقه الفرنسي للشيك إما في إطار العمليات البنكية أو في إطار مستقل عن الأوراق التجارية "ما يسمى بالأوراق التجارية والشيك".

(28) Jean Devèse / Philippe Petel, droit commercial instruments de paiement et de crédit, édition Montchrestien, EJA, 1992 p : 13.

(29) G. Ripert / R. Roblot, traite de droit commercial op. cit p. 242. / Michel de juglart et Benjamin Ippolito, les effets de commerce, lettre de change, billets à ordre, chèque. Tome 2, 3ème édition Montchrestien EJA, Paris 1996.p : 263.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

أما في مصر فإن الرأي الغالب والمستقر فقها وقضاءا يميل إلى اعتبار الشيك عملا تجاريا إذا ما حرر بمناسبة عمل تجاري، وتنسحب الصفة التجارية أو المدنية التي أسبغت عليه وقت تحريره على جميع العمليات اللاحقة التي تقع عليه كتظهيره أو ضمانه[30].

وفي المغرب فالفقه عندنا مختلف أيضا حول هذه النقطة بحيث أن الرأي الغالب لا الراجح يعتبر أن الشيك لا يعد عملا تجاريا إلا إذا سحبه تاجر لأغراضه التجارية[31] ويمثل الرأي المخالف والراجح عندنا الأستاذ

(30) وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى عدد 209 الصادر بتاريخ 20 فبراير 2008 في الملف عدد 2006/2/3/1318 أن "التعامل بالشيك لا يعتبر عملا تجاريا إلا إذا كان الالتزام به متعلقا بتسوية عملية تجارية، أما إذا تعلق بعملية مدنية فإنه يعتبر عملا مدنيا تخضع الدعوى بشأنه للتقادم المدني، وهو نفس الأمر إذا تحول الشيك لسند عادي لتخلف أحد بياناته الإلزامية".

(31) أحمد يوسف البرقي تقديم لمؤلف الأستاذة لطيفة الداودي الأوراق التجارية، أحكام السند لأمر في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة طبعة 1994 ص : 5 وما بعدها.

- محمد لفروجي، الشيك، إشكالياته القانونية والعملية، سلسلة الدراسات القانونية رقم 3 الطبعة الأولى لسنة 1999، ص : 9.

- محمد الحارثي، الأوراق التجارية فقها وقضاء، مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 1996 ص : 286.

- أحمد كويسي، دروس في الأوراق التجارية، الكمبيالة والشيك، كلية الحقوق بفاس السنة الجامعية 1997-1998 ص : 279.

- محمد المجدوبي الإدريسي، عمل المحاكم التجارية بدايته وإشكاليته، دراسة نقدية، شركة بابل الطبعة الأولى سنة 1999، ص : 151.

- محمد الشافعي، الأوراق التجارية في مدونة التجارة المغربية، دار وليلي للطباعة والنشر الطبعة الأولى سنة 1998 ص : 290.

- محمد مرابط، الأوراق التجارية في التشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الثانية 2005 ص : 174.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

أحمد شكري السباعي[32] والذي يرى بحق أن الشيك يعد عملا تجاريا شكليا كالكمبيالة ومؤيداته في ذلك أن القواعد المنظمة للشيك واحدة وذلك أنه لا توجد قواعد تنظم الشيكات المدنية وأخرى تنظم الشيكات التجارية وبالنسبة للأهلية فالمشرع لم يميز بين الأهلية المدنية والتجارية في مجال سحب الشيك المدني أو التجاري ونضيف إلى ذلك بأن المسؤولية الجنائية واحدة.

ومن حيث الاختصاص القضائي فالمحاكم التجارية تظل هي المختصة نوعيا بنظر دعاوى الشيكات متى تجاوزت مبلغ (20.000) درهم بصرف النظر عما إذا كانت الشيكات مدنية أو تجارية المادة 5 من القانون المحدث للمحاكم التجارية، ويختص أيضا رئيس المحكمة التجارية بمقالات الأمر بالأداء المبنية على الأوراق التجارية المادة 22 من قانون المحاكم التجارية متى تجاوزت مبلغ (20.000) درهم، لأن المشرع أدخل الشيك ضمن الأوراق التجارية المحددة في الكتاب الثالث من مدونة التجارة، وهذا ما يجعل بوضوح التفرقة لغوا واعتباطا ولا فائدة منها .

وقد أكد القضاء التجاري المغربي الحديث اختصاصه للنظر في الأوراق التجارية مطلقا، وهكذا فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء الصادر بتاريخ 1998/10/15 :

"حيث تمسك المستأنف بعدم اختصاص المحكمة التجارية نوعيا على أساس أن الشيك قدم من أجل معاملة مدنية وبين مدنيين.

(32) أحمد شكري السباعي الوسيط في الأوراق التجارية الشيك ووسائل الأداء الأخرى الجزء الثاني مطبعة المعارف الجديدة الرباط الطبعة الأولى 1998، وفي الفقه الفرنسي فإن الفقيهين ريبير وروبلو يعتبران أنه لما أصبح الشيك محرر بنكي فإنه يجب أن يصبح تجاريا تماما كالكمبيالة :
Ripert / Roblot op. cit p : 242.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وحيث أنه بخصوص الدفع المتعلق بالاختصاص النوعي فإنه بالرجوع إلى المادة الخامسة من القانون المحدث للمحاكم التجارية نجدها تنص في الفقرة الثالثة على منحها الاختصاص في الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية[33].

وحيث إن مدونة التجارة تكلفت من خلال الباب الثالث بالتعريف بالأوراق التجارية والنصوص الواجبة التطبيق عليها بشأنها وهي الكمبيالة والسند لأمر والشيك، وبالتالي فإن صفة موقع الشيك، أم هو مدني أو تاجر لا تنزع الاختصاص عن المحاكم التجارية، باعتبار أن الشيك ورقة تجارية بنص القانون وتطبق بشأنه الفصول الواردة بمدونة التجارة، ويبقى ما تمسك به المستأنف بخصوص المادة التاسعة من مدونة التجارة والتي لم تتطرق للشيك خلال تعريف العمل التجاري على اعتبار أن الفصل المذكور أتى ليبين القانون الواجب التطبيق"[34].

ورغم وجاهة هذا الرأي فإنه لم يقوى على الرد على ما جاء بخصوص عدم الإشارة للشيك خلال تعريف المشرع للعمل التجاري في المادة التاسعة، لأن التصريح بأن هذا الفصل أتى ليبين القانون الواجب التطبيق يسهل الرد عليه، لأن الصفة المدنية أو التجارية للورقة التجارية لا تأثير لها على القانون الواجب التطبيق وهذا ما وضع محكمة الاستئناف في

(33) أما ما تعلق بالاختصاص المحلي فإن المحكمة المختصة هي محكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه إذا لم يكن لهذا الأخير موطن بالمغرب ولكنه يتوفر على محل إقامة به فإن الاختصاص يكون لمحكمة هذا المحل طبقا للفصلين 27 و28 من ق.م.م، وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى لكون الشيك محرر بفرنسا وكذلك أن الدعوى مقامة بين طرفيها الساحب والمستفيد وكلاهما يتوفر على محل إقامة بالمغرب مما يجعل الاختصاص منعقد للمحاكم المغربية واستمدت قواعد المسطرة المدنية الواجبة التطبيق ولم تجعل لقضائها أساسا من القانون". قرار عدد 286 ملف تجاري عدد 2001/2/3/664 مجلة المحاكم المغربية عدد 48 ص : 304.

(34) قرار رقم 98/204 ملف عدد 3/98/175 غير منشور.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

مأزق إذ كيف يمكن التوفيق بين المادة التاسعة من مدونة التجارة والمادة الخامسة من قانون المحاكم التجارية؟

والحقيقة أن المادة الخامسة نسخت مقتضيات المادة التاسعة وأبطلت مفعولها وجعلتها كأن لم تكن، ولا يخفى مدى التأثير الذي من الممكن أن تمارسه القواعد المسطرية على الموضوعية خاصة إذا كانت لاحقة إذ اللاحق يلغي السابق عند التعارض وإلا كيف يمكن الإبقاء على المادة التاسعة مع عدم وجود مبرر عملي للتمييز بين الصفة المدنية والتجارية للشيك؟

خاصة أن المبرر الوحيد الذي يضعه الفقه الفرنسي(35) والذي يجاريه بعض الفقه المغربي عن قصد أو دونه هو المتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم المدنية والتجارية ينهار عندنا في المغرب للأسباب السالفة الذكر.

وفي الأخير فإنه رغم اختلاف الصفة المدنية أو التجارية للأوراق التجارية فإن الالتزام الصرفي الذي ينشأ على علاقات كل موقع يعتبر تجاريا دائما أيا كانت صفته وصفة العملية المترتبة عنه من إصدار وتداول وضمان(36).

وبعد هذه المقدمة التمهيدية والتي توخينا من خلالها بيان أسس القانون الصرفي والتي ستساعدنا لا محالة عن سبر أغوار قاعدة عدم التمسك بالدفوع، من خلال تحديد مختلف أنواع الدفوع المطهرة والغير المطهرة

(35) G. Ripert / R. Roblot op. cit p : 242.
- J. Deveze / PH. Petel op. cit p : 13.

(36) وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء صادر بتاريخ 1998/11/24 : "إن صفة موقع الشيك لا أثر لها على اختصاص المحكمة التجارية"، قرار رقم 98/125 في الملف عدد 3/98/429غ غير منشور.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

فقها وقضاءا، بعد بيان أسسها القانونية، وتحديد شروط تطبيقها حتى تكتمل الصورة وتتضح الرؤيا بخصوص هذه القاعدة التي كتب لها أن تتربع على عرش القانون الصرفي بعد مخاض عسير حتى تستجيب لما تمليه الحياة التجارية من سرعة وثقة وائتمان واستقرار، كما حفزنا على البحث في الموضوع، بالإضافة إلى أهمية القاعدة في تحقيق الاستثمار التجاري قلة الكتابات التي تناولتها بالتنظير والعمل، ناهيك عن وجود بعض التطبيقات القضائية للقاعدة لا تتفق في أسسها ومبناها ومع غاياتها، هذا من الوجهة الموضوعية، أما من الوجهة الذاتية، فولعنا بالقانون الصرفي وبالغ اهتمامنا به للطابع التقني الذي يمتاز به جعلنا نصرف جهدنا لهذا البحث.

كما وأنه لتشابه الأحكام العامة للأوراق التجارية حتى غدت الكمبيالة فقها وقضاءا بمثابة النظرية العامة لهذه الأوراق لاعتبارات تاريخية، فإننا سنكتفي بالإشارة إلى فصولها دون ما يقابلها من الفصول المتعلقة بالشيك والسند لأمر دون أن نغفل التركيز على الاختلافات في مواضعها وذلك لاعتبارات منهجية وتفاديا لكل إطالة لا فائدة منها.

وعليه فإننا سنقسم بحثنا هذا إلى فصلين :

الفصل الأول : أساس قاعدة عدم التمسك بالدفوع وشروط تطبيقها ؛

الفصل الثاني : نطاق تطبيق قاعدة عدم التمسك بالدفوع فقها وقضاء.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

الفصل الأول
أساس قاعدة عدم التمسك بالدفوع
وشروط تطبيقها

من المعلوم أن إنشاء الورقة التجارية وتداولها يقيم علاقات متعددة بين الأشخاص الذين تولوا إصدارها أو مرت بين أيديهم، علاقات تختلف في مصدرها كما تختلف فيما يمكن أن تنتجه من آثار، فالكمبيالة مثلا تفترض عند بدء إنشائها وجود صلة بين الساحب والمسحوب عليه من ناحية، والساحب والمستفيد من ناحية أخرى، والكمبيالة عرضة لأن تنتقل من يد إلى يد بالتظهير، ولا شك أن عملية التظهير تفترض هي الأخرى وجود علاقة بين المظهر والمظهر إليه المباشر، نفس الشيء بالنسبة لجميع التظهيرات اللاحقة[1].

لكن بالإضافة إلى هذه العلاقات المباشرة التي ينشئها إصدار الكمبيالة أو تظهيرها، هناك علاقات غير مباشرة تقوم بين الموقعين وبعض الحملة الذين تملكوا الورقة.

فبالنسبة للعلاقات المباشرة بين الموقعين والحملة لا تثير أي إشكال إذ تخضع في حكمها للقواعد العامة من حيث ما يمكن أن يعتري نشوءها من أسباب البطلان أو ما قد يلم بها من مبررات الفسخ أو الانقضاء، فالالتزام الصرفي لا يتميز في نطاق هذه العلاقات على غيره من الالتزامات إلا فيما يتعلق ببعض صفاته وآثاره .

(1) أحمد إبراهيم البسام، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الأوراق التجارية، مطبعة العاني بغداد 1969 ص : 29.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

أما النوع غير المباشر من العلاقات فيتميز بخصائص لا مثيل لها في بقية الالتزامات المدنية يجملها القانون الصرفي في قاعدة عدم التمسك بالدفوع التي تعطي للحامل الحق في مطالبة موقع الورقة التجارية بقيمتها دون أن يستطيع هذا الأخير أن يتمسك في مواجهته بالدفوع المستقاة من العلاقة المباشرة التي تربطه بالحامل السابق.

ومن خلال البحث في هذه العلاقة غير المباشرة، حاول شراح قانون الصرف إيجاد تعليل نظري لقاعدة التمسك بالدفوع التي تميز الالتزام الصرفي عن غيره من الالتزامات، فظهرت عدة نظريات في هذا الشأن، ولمعرفة أساس التزام المدين الصرفي اتجاه الحامل، سنتطرق في الفرع الأول لأساس قاعدة عدم التمسك بالدفوع من خلال النظريات الفقهية التي حاولت تبريرها، على أن نخصص الفرع الثاني لدراسة الشروط المتعلقة بتطبيقها.

الفرع الأول : أساس قاعدة عدم التمسك بالدفوع

إن قاعدة عدم التمسك بالدفوع في الأوراق التجارية هي حصيلة لتطور تاريخي للقواعد الخاصة بالكمبيالة منذ ظهورها، كللت بالنص عليها في قانون جنيف الموحد، الذي أخذ به المشرع المغربي بظهير 19 يناير 1939 ثم أعاد التنصيص عليها في مدونة التجارة الجديدة.

وقد جاءت هذه القاعدة كنتيجة ضرورية للصفة الشكلية للالتزام الصرفي من أجل أن يستطيع الحامل الشرعي المطالبة بالوفاء دون إمكانية الاحتجاج ضده بالدفوع غير تلك المتعلقة به شخصيا، والمقصود بالحامل الشرعي هنا هو إما المظهر إليه الأخير أو الشخص الذي أدى مبلغ الورقة بناء على الرجوع عليه فأصبح مالكها[2].

(2) علي سلمان العبيدي، "عدم التمسك بالدفع في قانون الصرف المغربي" المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد عدد 2 يونيو 1977 ص : 28.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وتجد هذه القاعدة جذورها التاريخية في القانون الجرماني منذ أواخر النصف الأول من القرن التاسع عشر، إذ أدت الأبحاث إلى اكتشاف بذور السندات لحاملها في وقت لم تكن فيه حوالة الحق معروفة، ولكنهم كانوا يقبلون بأن مجرد الوعد يلزم صاحبه بصرف النظر عن قبول الدائن.

ثم ما لبث أن ظهرت فكرة حوالة الحق وطبقت، مما كان معه لابد لقاعدة تطهير الدفوع التي لا تنسجم معها أن تختفي، ولكن بالنظر لاستجابة هذه القاعدة للحاجيات التجارية فإن المحاكم لم تتردد في الحفاظ عليها.

أما في فرنسا فالجهود التي بذلت من طرف شراح قانون الصرف لتفسير قاعدة تطهير الدفوع لا تخرج عن محاولات لإدخالها في إطار النظم القانونية المعروفة في النظرية التقليدية للالتزامات.

إلا أنه إلى جانب الاتجاهين السابقين هناك اتجاه ساد كل من ألمانيا وإيطاليا وفرنسا خلال النصف الأول من هذا القرن نشأ كرد فعل ضد الطابع النظري للاتجاهين السابقين، وهذا الاتجاه يحاول التقليل من دور الإرادة في إنشاء الالتزام الصرفي ورسم آثاره مفسحا المجال للقانون لكي يلعب هذا الدور.

وانطلاقا مما سبق سنتناول بالبحث الأساس القانوني لقاعدة عدم التمسك بالدفوع في الأوراق التجارية من خلال النظريات المستمدة من القانون المدني والتي تدخل في إطار النظم القانونية للنظرية التقليدية للالتزامات (المبحث الأول) ثم نظريات التصرف القانوني ذي الطابع الخاص (المبحث الثاني) فالنظريات المبنية على فكرة الالتزام القانوني

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

(المبحث الثالث) على أن نخصص (المبحث الرابع) للتعليل المقترح من جانبنا كأساس قانوني لقاعدة تطهير الدفوع.

المبحث الأول : النظريات التقليدية المستمدة من القانون المدني

يرى الفقه الفرنسي التقليدي أن الورقة التجارية ليست إلا مجرد صك لإثبات الالتزام السابق الذي كان سببا في تحرير الورقة التجارية أو انتقالها، ولكنها لا تخلق التزاما جديدا على عاتق الموقع، وقد اجتهد أنصار هذا الرأي في تفسير الحق الذاتي المباشر ويمكن أن نجمل هذه النظريات في ثلاث : نظرية حوالة الحق، نظرية الإنابة، وأخيرا نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.

المطلب الأول : نظرية حوالة الحق

تذهب هذه النظرية التي ظهرت لدى الفقهاء الفرنسيين أواخر القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين إلى أن الكمبيالة تتضمن حوالة حق[3]، وتقوم على تحليل الالتزام الصرفي حسب العلاقة القائمة بين أطرافه، فالعلاقة بين الساحب والمستفيد ترتكز إما على عقد صرف سابق، أو على دين أصلي يلتزم به الأول اتجاه الثاني، وهذه العلاقة تنطوي أيضا على وكالة بين الساحب والمسحوب عليه، وهناك أيضا حوالة حق، فالساحب يحل دائنه المستفيد على مدينه المسحوب عليه.

نفس الأمر بالنسبة للمظهرين والمظهر إليهم. وإذا كانت الصورة الأولى للعلاقة بين الساحب والمستفيد لا تثير أي إشكال، فإن القول بأن المسحوب عليه قد تلقى وكالة من الساحب بالوفاء للحامل لا يستقيم وقواعد قانون الصرف، لأن في الوكالة يمكن للوكيل أن يتمسك في مواجهة الغير

(3) لمزيد من التوسع راجع : مصطفى سهيل عاشور، الحوالة في التشريع المدني المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص سنة 75-76 ص : 176، وما بعدها.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

بالدفوع التي قد تكون للموكل لأنه يعمل باسمه ولحسابه، في حين أنه يمتنع على المسحوب إليه ن يتمسك في مواجهة الحامل حسن النية بما للساحب من دفوع، هذا فضلا على أنه في الوكالة يجوز للموكل إنهاؤها كما يجوز للوكيل أن يتنازل عنها، بخلاف المسحوب عليه الذي لا يجوز له الرجوع عن القبول، كما يمتنع على الساحب الرجوع في الأمر الصادر منه إلى المسحوب عليه وذلك بمجرد تسليم الكمبيالة إلى المستفيد.

كما أنه لا يمكن التسليم أيضا بفكرة حوالة الحق سواء في العلاقة الرابطة بين الساحب والمستفيد من جهة أو بين المظهر والمظهر إليه من جهة أخرى، فمن المعروف أن المحال إليه لا يتلقى من الحوالة إلا نفس الحق الذي كان للمحيل على المحال عليه بكل ما يكلفه من ضمانات وما يثقله من دفوع، وهذه النتيجة تتعارض مع قاعدة عدم التمسك بالدفوع ضد الحامل حسن النية، ثم إن المحيل لا يضمن إلا وجود الحق وقت الحوالة، في حين أن الموقعين على الورقة ضامنون ومتضامنون للقبول والرفاء، كما أن الحوالة تقضي بضرورة وجود شرط الأمر عند كل تظهير، وهو ما يتنافى وطبيعة المعاملات التجارية فضلا على أن انتقال مقابل الوفاء في الكمبيالة يتم بحكم القانون إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين "الفصل 166 فقرة 4 م.ت.ج".

وقد حاول أنصار نظرية الحوالة دفع هذا النقد بالقول بأن المدين قبل مقدما عند تحرير الورقة كل الحوالات المستقبلة، وتنازل ضمنا عن التمسك بالدفوع العالقة بالحق محل الحوالة، كما أن الساحب أو المظهر يتعهد عند إجراء الحوالة بكفالة المسحوب عليه في الوفاء.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

على أن هذه الافتراضات فضلا عن أنها لا تستجيب دائما للإرادة الحقيقية للأطراف، فإنها عاجزة عن تفسير عدم الاحتجاج بالدفوع المؤسسة على عيوب الإرادة التي تشوب الالتزام الصرفي ذاته.

كما أنه من الثابت امتناع التنازل مقدما عن التمسك بالبطلان المطلق خصوصا عندما يتعلق الأمر بدفوع تتعلق بالنظام العام كانعدام الأهلية مثلا، فعديم التمييز لا يمكن أن يتنازل عن الحماية التي يمنحها له القانون.

هذا فضلا على أنه من غير المنطقي أن نفترض في الشخص الذي يلتزم أنه قام بالتنازل عن وسائل الدفاع التي هي من حقه[4].

المطلب الثاني : نظرية الإنابة

ينص الفصل217 من ق.ل.ع على أن : "الإنابة تصرف بمقتضاه يحول الدائن حقوقه على المدين لدائنه هو وفاء لما هو مستحق عليه وتكون الإنابة أيضا في تصرف من يكلف أحدا من الغير بالوفاء عنه ولو لم يكن هذا الغير مدينا لمن وكله على الوفاء".

وعليه فإن الإنابة هي نظام قانوني يطلب بواسطته شخص يسمى المنيب من شخص آخر ويسمى المناب بأن يقوم بأداء ما أو أن يلتزم بمثل هذا الأداء لمصلحة شخص ثالث هو المناب لديه.

والإنابة لا تتطلب بالضرورة وجود علاقات سابقة بين أطرافها الثلاثة، فقد تتم بين أشخاص لا تجمعهم أي رابطة، كما لو رغب شخص في أن يهب أو أن يقرض مبلغا من المال لآخر دون أن يكون هذا المبلغ متوفرا لديه، فيطلب بصفته منيبا من صديق له هو المناب بأن يؤدي المبلغ

(4) لطيفة الداودي، الحماية القانونية لحامل الكمبيالة، الحماية المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش الطبعة الأولى 2001 ص : 76.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

إلى الموهوب له أو إلى المستقرض المناب لديه، على أن يرجع الصديق المناب على المنيب بعد ذلك بالمبلغ أو لا يرجع تبعا للعلاقة الرابطة بينهما.

إلا أن الإنابة قد تجري، وهذا هو الحال الغالب في الحياة العملية بين أشخاص تربط فيما بينهم علاقات سابقة إذ غالبا ما يكون المنيب مدينا للمناب لديه ودائنا للمناب(5).

ومحاولة تشبيه سحب الكمبيالة بعملية الإنابة في الوفاء ليست بجديدة فقد أشار إليها مؤلفون قدماء في كل من ألمانيا وإيطاليا(6) لكن يرجع الفضل في تعميقها إلى الأستاذ "تالير Thaler" الذي يرى أن الساحب ينيب المسحوب عليه في الوفاء لدى الحامل ويذهب إلى أن الأمر في الكمبيالة يتعلق بإنابة ناقصة لا بإنابة كاملة، لأن هذه الأخيرة تتضمن تجديدا للالتزام بتغيير المدين ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المناب لديه، في حين أن الإنابة الناقصة لا تستتبع تجديدا ويقوم فيها التزام المناب الجديد إلى جانب التزام المنيب القديم والأمر كذلك في الكمبيالة إذ يجوز للمستفيد والحملة المتعاقبين الرجوع على الساحب المنيب عند عدم قيام المسحوب عليه بالوفاء(7).

ويضيف "تالير" إلى ذلك أن الإنابة التي تتم عند سحب الكمبيالة تتكرر عند كل تظهير، ذلك أن المظهر (المنيب) يحصل على رضاء المظهر إليه (المناب لديه) بأن يلتزم المسحوب عليه (المناب) بوفاء الدين مكان المظهر.

---

(5) مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، الجزء الأول مطابع دار القلم بيروت لبنان الطبعة الأولى 1970 ص : 67.

(6) George Friedel : de l'inopposabilité des exception en matière d'effet de commerce thèse. Paris 1949 p : 62-63.

(7) مصطفى كمال طه مرجع سابق ص : 255.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

غير أن افتراض قبول المسحوب عليه للكمبيالة بناء على طلب الساحب أو المستفيد يجعل من الصعب التسليم بأن الإنابة تقع عند كل تظهير للورقة دون حاجة إلى موافقة الساحب أو المسحوب عليه القابل أو أي من المظهرين السابقين عند تغيير الدائن، وقد رد "تالير" على هذا الاعتراض بالقول بأنه يفترض في هؤلاء الموقعين أنهم ارتضوا سلفا الإنابات الناشئة عن جميع التظهيرات اللاحقة.

إلا أن الأستاذ مصطفى كمال طه يرى أن هذا الرد غير مقنع لأن رضاء أطراف الإنابة الثالثة يجب أن يتوافر في وقت معين في حين أن الساحب والقابل والمظهرين يجهلون عند التوقيع الحملة المستقبلين الذين ستؤول إليهم الورقة[8].

ويزيد "تالير" في تعميق فكرته فيقول بأن المسحوب عليه بالتزامه قبل المستفيد كمناب وككفيل يرتضي الالتزام بذات الصفة قبل جميع الحملة الذين ستنتقل إليهم الورقة فيما بعد.

غير أن هذا القول أيضا لا يستقيم على اعتبار أنه لو صح أن المسحوب عليه يقوم في الكمبيالة بدور الكفيل والساحب والمظهر بدور المدين الأصلي لوجب مطالبتهما بمقابل الوفاء عند الاستحقاق بصفتهما مدينين أصليين مباشرين، ومن تم لا يحق للحامل الرجوع على المسحوب عليه أي الكفيل إلا بعد أن يمتنع الساحب أو المظهر عن الوفاء، وهذا يتنافى مع أحكام قانون الصرف التي تستلزم الرجوع على المسحوب عليه أولا وإثبات امتناعه عن الدفع في شكل احتجاج قبل الرجوع على الملتزمين الآخرين[9].

(8) مصطفى كمال طه مرجع سابق ص : 258.

(9) مصطفى كمال طه مرجع سابق ص : 256.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وعموما يمكن القول أن القاعدة التي جاء بها الفصل 222 ق.ل.ع تتعارض بشكل مطلق مع مبدأ عدم التمسك بالدفوع في الأوراق التجارية حيث ينص على أنه : "يجوز للمدين المناب أن يتمسك من واجهة الدائن الجديد بكل الوسائل والدفوع التي كان يمكنه أن يحتج بها في مواجهة الدائن المنيب ولو كانت تتعلق شخصيا بهذا الأخير" لأجله يمكن القول بأنه لا يمكن تأسيس قاعدة عدم التمسك بالدفوع على نظرية الإنابة في ظل القانون المغربي.

المطلب الثالث : نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير تعاقد يتم بين شخصين أحدهما يسمى المشترط والآخر الواعد أو ا لمتعهد يشترط فيه الأول على الثاني أن يلتزم هذا الأخير إزاء شخص ثالث أجنبي عن التعاقد ويسمى المنتفع فينشأ بذلك للمنتفع حق مباشر يستطيع أن يطالب به المتعهد[10].

ويعتبر أصحاب هذه النظرية أن الالتزام الصرفي شبيه بالاشتراط لمصلحة الغير، فالمستفيد من الورقة التجارية يحصل على تعهد الساحب بدفع مبلغ من النقود لا لمصلحته فحسب، وإنما لمصلحة الحملة اللاحقين وبهذا يقوم الأول بدور المشترط والثاني بدور المتعهد، أما الحامل الأخير فوضعه هو وضع المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير، هذا في الحالة التي يمتنع فيها المسحوب عليه من قبول الكمبيالة أما لو قبلها فإنه يصبح هو الآخر متعهدا كالساحب إزاء جميع الحملة، وتتجدد عملية الاشتراط

(10) مأمون الكزبري مرجع سابق الجزء الأول ص : 271.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

لمصلحة الغير عند كل تظهير، إذ يقوم المظهر بدور المتعهد والمظهر إليه بدور المشترط، أما المنتفع فيمثله الحملة اللاحقون للسفتجة[11].

ولما كان المنتفع من الاشتراط يكسب حقا مباشرا قبل المتعهد لا يستمده من المشترط، فإن هذا الحق المباشر هو الذي يفسر في نظر أصحاب هذه النظرية قاعدة عدم التمسك بالدفوع.

غير أن الأستاذ إبراهيم البسام[12] يرى أن هذه الصورة لا تتماشى تماما مع موقف المتعاملين بالورقة التجارية، فالغرض من الاشتراط لمصلحة الغير هو تخويل الغير حقا يترتب له منذ نشوء العقد ولا يعتبر قبوله فيما بعد إلا إقرارا لحق موجود من قبل، لا إنشاء لحق جديد بينما لا يولد حق الحامل في الورقة إلا نتيجة لعملية التظهير التي نقلت ملكية الورقة إليه.

ونضيف إلى ذلك أن هذه النظرية تعتبر قاصرة على استيعاب قاعدة عدم التمسك بالدفوع فالحق المباشر الذي يتم بين المشترط والمتعهد وذلك استثناء على مبدأ نسبية العقد غير أن مصير هذا الحق يكون مرتبطا بهذا العقد فإذا كان باطلا أو قابلا للإبطال أو نشأ صحيحا ولكن اعتراه سبب من أسباب الفسخ، كان للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع ببطلانه أو بفسخه .

هذا الوضع لا يتفق وقواعد القانون الصرفي التي تسمح للحامل بمطالبة الموقعين على الصك رغم بطلان أو إبطال الالتزامات التي تربط أطرافه المباشرين وكذا فسخها.

(11) Desbois : la règle de l'inopposabilité des exceptions tours l'endossement des titres civils. Rev. Droit. Com 1931 p : 346.

(12) إبراهيم البسام مرجع سابق ص : 45 وما بعدها.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

المبحث الثاني : نظرية التصرف القانوني ذي الطابع الخاص

من المؤكد أن الورقة التجارية ليست مجرد صك لإثبات الالتزام الناشئ بين الطرفين، بل هي تصرف قانوني يخضع لأشكال محددة ويرتب التزاما جديدا على عاتق كل من يوقع هذه الورقة ينضاف إلى الالتزام الأصلي.

ولتفسير نشأة هذا الالتزام الجديد وخصائصه ظهرت نظريات التصرف القانوني ذي الطابع الخاص وذلك لدى الفقهاء الألمان خلال القرن التاسع عشر وأخذ ببعض تطبيقاتها التقنين المدني والتجاري الألمانيان، لتعطي لحق الحامل سمة الاستقلال التي تميزه عن حقوق باقي الحملة الآخرين، وهي فكرة الالتزام المجرد عن سببه، فالمدين في الورقة التجارية يفصح بتوقيعه عليها عن قبوله الالتزام دون أن يعلق التزامه على علاقة سابقة تربطه بالدائن فإذا انتفت العلاقة الأصلية عن إنشاء الصك أو بطلت أو فسخت فلا أثر لذلك على الالتزام الصرفي الذي يظل قائما ومنتجا لآثاره ومستقلا بذاته.

وعموما تنقسم النظريات الألمانية في تعليلها لنشوء الالتزام في ذمة الموقع على الورقة التجارية إلى ثلاث اتجاهات، أولها يعزو نشوء الالتزام إلى العقد المجرد والثاني إلى الإرادة المنفردة والثالث إلى مزيج من العقد والإرادة المنفردة.

المطلب الأول : نظرية العقد المجرد

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

أول من قال بهذه النظرية هو الفقيه "Thôl" والذي يرى بأن العقد الذي تنشئه الورقة بين أطرافها ينعقد بتسليمها ومناولتها من قبل الموقع عليها إلى الشخص الذي نقل إليه ملكية الورقة أو وضع توقيعه عليها بناء على طلبه[13].

ويرى أنصار هذه النظرية أن الروابط التي تنشئها الورقة التجارية بين أطرافها هي روابط عقدية تقوم على توافق إرادة من حرر الورقة أو قبلها أو ظهرها مع إرادة من تسلمها بعد الإنشاء أو القبول أو التظهير. فسحب الكمبيالة ينشئ علاقة بين الساحب والمستفيد، وقبولها يكون عقدا آخرا بين المسحوب عليه والحامل، كذلك الشأن بالنسبة للتظهير حيث يتم العقد بين المظهر والمظهر إليه.

وكل هذه العقود السالفة مجردة عن السبب بحيث لا تربطها صلة بالعلاقات السابقة بين أطرافها، بحيث تقوم على الإرادة الظاهرة التي تتجرد من عيوب الإرادة الباطلة والسبب الذي حركها.

وعموما يمكن القول أنه بالرغم من نجاح هذه النظرية في تكييف العلاقة المباشرة التي تربط بين الموقعين على الورقة التجارية بوصفها روابط عقدية مثل العلاقة بين الساحب والمستفيد، أو بين المظهر والمظهر إليه، أو بين المسحوب عليه والحامل الذي حصل منه على القبول، فإنها لا تستطيع تغطية العلاقة التي يقيمها القانون المصرفي بين أشخاص لا تربط بينهم علاقات مباشرة، كالعلاقة بين الساحب وباقي الحملة المتعاقبين الذين آلت إليهم الكمبيالة وكذا العلاقة بين المسحوب لعيه والحامل الذي لم يحصل منه على القبول.

(13) G. Friedel. Op. cit p : 74.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

ويرى الأستاذ محسن شفيق[14] أنه من الصعوبة بمكان الاستناد إلى العقد لتفسير ذلك الحق الذاتي المباشر الذي تعترف به هذه النظرية لحامل الكمبيالة اتجاه الموقع عليها ولم يكن مدينه المباشر.

ونضيف أن تجريد الالتزام الصرفي على النحو المبين أعلاه، يقضي بالضرورة حرمان المدين من التمسك بالدفوع المستمدة من العلاقات السابقة الناشئة في مواجهة دائنه المباشر، كما أنه يعجز عن تفسير قاعدة عدم التمسك بالدفوع ضد الحامل حسن النية، لأنه إذا سلمنا بأن الحق الذي ينتقل للحامل هو ذلك الحق الذي للمستفيد الأول على الساحب مهما تعددت العلاقات وانتقلت الورقة، فهذا يعني أن ذلك الحق ينتقل بما يشوبه من عيوب وما يتعلق به من شوائب، وهذا ما لا يتلاءم وأحكام قانون الصرف، كما يعاب على هذه النظرية هو تعسفها في تصور العلاقات العقدية بين أطرافها كالحالة بين المسحوب عليه القابل والمستفيد أو أي مظهر آخر، لأن الورقة التجارية ليست ناشئة عن عقد يربط بينهم.

المطلب الثاني : نظرية الإرادة المنفردة

يعتبر الفقيه الألماني إينرت "Einert" أول من نادى بهذه النظرية، والذي يذهب إلى تشبيه الورقة التجارية بالنقود الحقيقية، ومؤداها أن كل موقع على الورقة التجارية سواء كان ساحبا أو مظهرا أو مسحوب عليه أو ضامن احتياطي، يلتزم بدفع قيمة الورقة عند حلول أجل استحقاقها لكل حامل لاحق يتقدم بها إليه وذلك بناء على إرادته المنفردة، وأن الموقع

(14) محسن شفيق مرجع سابق ص : 1062.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

يصير بذلك مدينا حتى قبل أن يتحدد الدائن، ومن خصائص هذا الدين تجرده على الأسباب التي أنشأته.

وتجدر الإشارة إلى أن أنصار هذه النظرية اختلفوا حول أمرين الأول يتعلق بتحديد وقت إنشاء الالتزام والثاني يتعلق بطبيعة التزام المدين في السند اتجاه الحامل.

فبالنسبة للوقت الذي ينشأ فيه التزام المدين، نجد الفقه أيضا انقسم بدوره إلى نظريتين :

أصحاب نظرية الإنشاء يرون أن الالتزام الصرفي يولد بمجرد استيفاء الورقة التجارية لبياناتها الجوهرية والتوقيع عليها ولو لم تخرج من حيازة الموقع، على أن هذا الالتزام لا ينتج أثره إلا بانتقال الورقة من يد محررها إلى الحامل أيا كانت الوسيلة التي آلت بها الورقة إليه، حتى ولو كانت الورقة قد خرجت من حيازة الموقع بدون إرادته[15]، كما لو ضاعت أو سرقت[16].

أما أصحاب نظرية الإصدار فإنه يرون أن الالتزام الصرفي لا يتولد في ذمة المدين في الورقة التجارية إلا بعد طرحها بإرادته واختياره في التداول.

أما بالنسبة لطبيعة التزام المدين في السند اتجاه الحامل، فقد قال البعض بنظرية تشخيص الصك، ومؤداها أن المدين يلتزم اتجاه الصك وليس اتجاه شخص طبيعي، بمعنى أن الصك نفسه هو الدائن، والحامل ما هو إلا نائب قانوني عنه في المطالبة بقيمة الحق الثابت فيه.

(15) مصطفى كمال طه مرجع سابق ص : 258.

(16) لطيفة الداودي مرجع سابق ص : 73.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وعلى هذا الأساس فإنه لا يجوز للمدين أن يدفع في مواجهة حامل الصك، إلا بالدفوع الشكلية المستمدة من الصك نفسه، دون الدفوع القانونية الأخرى الخارجة عن نطاق الصك.

ويرى الأستاذ مصطفى كمال طه أن هذه النظرية ليست بالنظرية القانونية بل هي مجرد افتراض وتصوير لأن حامل الورقة إنما يطالب بالوفاء لحسابه الخاص(17). أما البعض الآخر فذهب إلى القول بنظرية اندماج الحق بالصك، ومضمونها أي أن الحق بمجرد نشأته بإرادة المدين المنفردة وفراغه في الصك يندمج فيه وتصبح له قيمة مادية، ولذلك لا يعتبر دائنا بل مالكا للصك، وهذا يعني أن التزام المدين بعد أن كان يرتب حقا شخصيا يتحول إلى حق ملكية نتيجة ثبوت هذا الالتزام في الصك.

وعموما يمكن القول بأن وجاهة نظرية الإرادة المنفردة باعتبارها مصدرا للالتزام خصوصا في القانون المغربي(18)، لا يجعلها تنجو من بعض الانتقادات، فالأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى المساواة بين جميع الدائنين إزاء المدينين، لا فرق في ذلك بين دائن مباشر وآخر غير مباشر وهو ما يتنافى والقانون الصرفي. هذا فضلا على أن إذا سلمنا جدلا بفكرة الإرادة المنفردة بالنسبة للورقة المحررة للحامل والتي لا يهم فيها عادة من سيكون دائنه، فإنه يصعب الركون إليها في الصك الإذني الذي يفترض وجود علاقة مباشرة بين الموقع والمستفيد، ومن تم يستحيل استبعاد فكرة العقد عن العلاقة القائمة بينهما(19).

(17) مصطفى كمال طه مرجع سابق ص : 259.

(18) الفصل 1 من ق.ل.ع.

(19) V. Soleilles, Cité par lescot et Roblot effets de commerce Tome I op.cit p : 129.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

المطلب الثالث : المزج بين نظريتي العقد والإرادة المنفردة

نتيجة للانتقادات التي تعرضت لها النظريتين السابقتين، ظهر اتجاه ثالث حاول المزج بينها، وذلك من خلال القول بأن إرادة المدين الصرفي تكتسي صفتين، الأولى تشكل عقدا بينه وبين دائنه المباشر، وإرادة منفردة في علاقته بمختلف الحملة اللاحقين، وهذا يعطيه الحق في التمسك بالدفوع ضد الأول دون الآخرين.

وأول من حاول المزج بين نظرية العقد والإرادة المنفردة هو الفقيه "جولد شمت Gold Schemélt" الذي يرى في إصدار الصك عقدا يتم بين المحرر والمستفيد، يلتزم فيه الأول نحو الثاني ونحو عدد غير محدد من الأشخاص الذين سيتملكون الصك فيما بعد، فإذا تنازل المستفيد الأول عن حقه في الصك لحامل جديد، ترتب للأخير حق مباشر ضد المدين، لأن المستفيد الأول لم يكن إلا وسيطا بينهما(20).

وقد تناول هذه النظرية بشيء من التعمق والتحليل الفقيه "Michaelis" الذي يحلل إرادة الموقع إلى عنصرين، عنصر يتمثل في عقد يتم بين الموقع ودائنه المباشر، سواء كان ذلك عند إصدار الصك أو في كل مرحلة من مراحل تداوله، أما العنصر الآخر فهو وعد مجرد يقطعه المدين بوفاء قيمة الورقة للحملة اللاحقين، وهو وعد يستقل عن العنصر العقدي، ويبقى قائما وصحيحا حتى ولو شاب العقد سبب من أسباب البطلان(21).

وهذه النظرية بدورها رغم وجاهتها لم تسلم من النقد لأنها تسقط فكرة حسن النية الذي يجب أن يتوفر في حملة الورقة التجارية اللاحقين، فمن المعلوم أن الموقع لا يحرم من التمسك إزاء الحملة السابقين بدفوع التزامه

(20) ذكره أحمد إبراهيم البسام مرجع سابق ص : 58-59.

(21) V. Freidel op.cit p : 78.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

إلا لأنهم كانوا يجهلون هذه الدفوع، أما إذا كانوا على علم بها اعترى التزامه من عوامل البطلان ساعة تملكهم الورقة، فليس هناك ما يحول بينه وبين الاحتجاج ضدهم بعيوب التزامه، وهذا يتنافى والقول بأن التزام الموقع اتجاه الحملة اللاحقين هو التزام مجرد عن السبب الذي أقيم عليه.

المبحث الثالث : النظريات المبنية على الالتزام القانوني

سبقت الإشارة إلى عجز النظريات المقدمة لتفسير وتأصيل قاعدة عدم التمسك بالدفوع، سواء تلك التي ترجعها إلى القوالب التقليدية لقانون الالتزامات والعقود، أو تلك التي تقيم الالتزام الصرفي على الإرادة وحدها، لا فرق بين ما إذا كان أساس هذه الإرادة هو العقد أو الإرادة المنفردة أو مزيجا بينهما.

لأجل ذلك فإن كثيرا من الفقهاء المحدثين لجؤوا إلى إقصاء دور الإرادة جزئيا أو كليا من الالتزام الصرفي، وذلك بالركون للقانون الذي منح للكمبيالة قيمة ائتمانية وجعلها تتمتع بكفاية ذاتية، وأعطى حماية للحامل حسن النية، وذلك بحرمان المدين من التمسك في مواجهته بالدفوع التي يستطيع توجيهها إلى الحامل السابق.

وهؤلاء الفقهاء وإن اتفقوا على إعطاء القانون دورا مهما في إنشاء الالتزام الصرفي إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم حول دور الإرادة، فمن النظريات من يفسح للإرادة مجالا في نشوء الالتزام، ومنها من يقصيها كلية ويترك للقانون وحده الدور الكامل للتحكم في الالتزام الصرفي، ومنها من يقيم على أساس مشترك من الإرادة والقانون، وسنعرض فيما يلي إلى هذه النظريات تباعا.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

المطلب الأول : نظرية حسن النية وحماية الظاهر

يعلق أنصار هذه النظرية أهمية كبيرة على حسن نية الحامل وعلى الوضع الظاهر الذي خلقه التوقيع على الورقة التجارية، ولكنهم يختلفون حول الدور الذي تلعبه الإرادة في إنشاء الالتزام الصرفي.

فبالنسبة للفقيه "كرانهت Grunhut" فإنه يرى بأن مصدر الالتزام الصرفي هو الإرادة المنفردة، ويضيف بأن التوقيع على الورقة التجارية لا ينشئ التزاما في ذمة الموقع فحسب، وإنما ينشئ قيمة مالية يكون هو حارسها، وتظل هذه القيمة في حالة الركون طالما أن الكمبيالة في حيازة الموقع، وإذا خرجت من يده وانتقلت إلى الغير حسن النية ولو كان ذلك رغما عنه بضياع أو سرقة، فإن هذه القيمة تنتقل إلى طور العمل، ويتدخل القانون لحماية حسن نية الحامل الذي تلقى الورقة اعتمادا على صحتها الظاهرة(22).

وفي نظر الفقيه الألماني "جاكوبي Jakobi" فإن للالتزام الصرفي مصدران مختلفان، العقد في العلاقة بين المدين ودائنه المباشر بحيث يجوز للمدين أن يتمسك في مواجهة الدائن المتعاقد معه بالدفوع المستمدة من هذا العقد، أما بالنسبة إلى الحملة اللاحقين، فلا يرتد الالتزام الصرفي إلى الإرادة بل إلى مظهر التعبير المستفاد من مجرد إنشاء الورقة التجارية، بحيث يمتنع على المدين أن يحتج على الغير حسن النية بأي دفع يتعارض مع هذا الظاهر الذي اطمأن إليه(23).

(22) راجع أحمد إبراهيم البسام مرجع سابق ص : 71.

(23) راجع مصطفى كمال طه مرجع سابق ص : 261.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

أما الفقيه الإيطالي "موسا Mossa" فلم يكتفي بهذا القدر من حظ الحماية التي يكفلها القانون للظواهر في تأسيس الالتزام الصرفي، بل جعل هذه الحماية هي الأساس الذي لا تنازعه فيه الإرادة، فعنده أن دور الإرادة يقتصر على تحريك ذلك الالتزام، أما شروط إنشاء الالتزام الصرفي وما يترتب عليه من أثار فيستقل بحكمها القانون(24).

وفي الأخير يرى الفقيهان الفرنسيان :"لسكو وروبلو"(25) أن الالتزام الصرفي يقوم على اجتماع مصدرين هما إرادة الموقع والقانون، فالالتزام يرتد من الأصل إلى إرادة ذوي الشأن، وأن هذه الإرادة تندرج في الإطار التقليدي للإنابة، فالساحب ينيب دائنه المستفيد لدى مدينه المسحوب عليه وفاء للدين الذي يلتزم به قبل المستفيد، ويرتضي المسحوب عليه هذه الإنابة تسوية الدين الذي عليه للساحب، ويتكرر هذا الوضع عند كل تظهير.

وبذلك يمكن الاحتجاج بالدفع بانعدام الإرادة في مواجهة الحامل أيا كان كما في حالة التزوير، وحق الموقع في تعديل أوصاف الالتزام الصرفي بمقتضى الشروط الاختيارية، وأن التزام الموقع في مواجهة دائنه المباشر ليس مجردا بحيث يجوز التمسك بالدفوع المستمدة من العلاقة الأصلية فيما بينها ويضيفان أن الإرادة وحدها لا تكفي لتفسير خصائص الالتزام الصرفي ولذلك يجب اعتبار القانون مصدرا آخرا بجانبها، ذلك أن الورقة التجارية لا يمكن أن تؤدي وظيفتها إلا إذا اطمأن الحامل اطمئنانا كاملا وأعفى من التحري والبحث عن سبب إنشائها وسبب كل تظهير عليها.

(24) أحمد إبراهيم البسام مرجع سابق ص : 72.

(25) V. P Lescot et R. Roblot op.cit p : 119-120.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وعموما يمكن القول أن النظريات التي حاولت إسناد الالتزام الصرفي إلى القانون وحده تبقى قاصرة لأنها تهمل دور الإرادة والقانون[26]، وذلك بالاعتراف للإرادة بحظ في تكوين الالتزام الصرفي، إلا أنهم حصروها من أضيق الحدود وبذلك ينتهون في واقع الأمر إلى تفسير قاعدة تطهير الدفوع على أساس من القانون وحده.

وفي الأخير نؤيد ما ذهب إليه الأستاذ إبراهيم البسام عن حق[27]، من أن رد تفسير قاعدة تطهير الدفوع إلى إرادة المشرع وحده عودة إلى نقطة الانطلاق في معالجة المشكلة، وكان الأجدر من هذه المحاولة رد تفسير القاعدة إلى اعتبارات عملية.

المطلب الثاني : نظرية المسؤولية المدنية

أنصار هذه النظرية يرون أن القانون هو المصدر الوحيد للالتزام الصرفي وذلك برده إلى المبادئ العامة في المسؤولية المدنية.

ويعتبر الأستاذ "فاليري Valéry" عميد هذه النظرية، ومؤداها أن الالتزام الصرفي هو التزام قانوني. فالقانون باعتباره القائم على صيانة الأمن والنظام في حياة الجماعة، يلزم كل من أوقع بفعله ضررا بالغير على تعويض ذلك الضرر، ولما كان الموقع على الورقة قد خلق بتوقيعه مظهر وثق به الغير واطمأن إليه عند تلقيه لها، فهو لا يسعه التنصل من وفاء قيمتها دون أن يصيب ذلك الغير بضرر، لذا يطالب بتعويض هذا الضرر، ولا تعويض أكثر من إرغامه على دفع قيمة الورقة[28].

(26) أنظر قبله رأي جاكوبي – لسكو وروبلو -.

(27) أحمد إبراهيم البسام مرجع سابق ص : 78.

(28) أحمد إبراهيم البسام مرجع سابق ص : 72-73.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

ويقيم الأستاذ "كانيلوتي" هو الآخر الالتزام الصرفي على فكرة المسؤولية التي تستند إلى الخطر المستحدث، فعنده التوقيع على ورقة تجارية لا يخلق التزاما جديدا على عاتق الموقع، ولكنه ينشئ دليلا على وجود علاقة سابقة بين الموقع والحامل الذي تلقى منه الورقة، ويحيط القانون هذا الدليل بالكثير من مظاهر القوة والنفاذ. ومن أهم هذه المظاهر هو أن الورقة تكفي لخلق وضع ظاهر يستطيع الغير أن يطمئن إليه، فكأن الموقع يتحمل بتوقيعه تبعة الوضع الذي أوجده، حتى ولو لم يكن ذلك الوضع متفقا مع الحقيقة[29].

وهذه النظرية بدورها لم تسلم من النقد، على اعتبار أنها تقوم على فكرة الخطأ والتي لا تكفي لتبرير جميع الحلول التي يقدمها قانون الصرف، وحتى إذا تجاوزنا فكرة الخطأ، واكتفينا بفكرة الضرر طبقا لفكرة المخاطر المستحدثة وتحمل التبعة فإننا نسقط في مأزق، وذلك في الحالة التي تنتفي فيها هذه المسؤولية نتيجة القوة القاهرة والحادث الفجائي أو فعل الغير، فإنه لا يكون من حق الحامل الرجوع على الموقع وهذا يتنافى وقواعد قانون الصرف، هذا فضلا عن مشكل الأهلية المتطلبة لترتيب المسؤولية والتي هي أهلية التمييز لا أهلية الرشد وهو ما يتعارض أيضا والقواعد الصرفية المعمول بها في إطار قاعدة عدم التمسك بالدفوع.

ويبقى أهم انتقاد وجه لنظرية "فاليري" هو المتعلق بتجريد المسؤولية عن فكرة الخطأ أصلا، لأن المشرع عندما يعفي المضرور أحيانا من إثبات الخطأ أصلا، فلأنه يفترض وجوده[30] وقد أورد الأستاذ محسن شفيق مثالا لهذه الصورة جاء فيه : "إن لحق الدين الذي من أجله التزم المدين في

(29) أحمد إبراهيم البسام مرجع سابق ص : 72-73.

(30) لطيفة الداودي مرجع سابق ص : 96-97.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

الورقة التجارية سبب من أسباب الانقضاء أو الفسخ، فأين الخطأ حتى يحرم المدين من التمسك بهذا الدفع في مواجهة الحامل حسن النية ؟".

المبحث الرابع : التعليل المقترح كأساس قانوني لقاعدة تطهير الدفوع

لقد رد الأستاذ محسن شفيق[31]، إخفاق النظريات السابقة التي حاولت إيجاد أساس لقاعدة عدم التمسك بالدفوع إلى مسألتين :

- الأولى تنبعث من روح تقليدية بحثة تحاول تفسير قواعد قانون الصرف على ضوء مبادئ القانون المدني وهذا يؤدي إلى أحد الضررين إما تشويه قانون الصرف وبالخصوص مبدأ تطهير الدفوع لتنسجم وأحكام القانون المدني، وإما إرهاق أحكام القانون المدني حتى تستطيع أن تتقبل أحكاما غريبة عنها كأحكام قانون الصرف التي دفعت إليها الضرورات العملية.

- الثانية أرجعت الالتزام الصرفي إلى أصل واحد في علاقات ذوي الشأن جميعا، مع أن أحكام الالتزام تختلف في علاقة طرفيه المباشرين عن أحكامه بالنظر إلى الغير، الأمر الذي يقتضي حتما اختلاف مصدر الالتزام في كل من العلاقات.

وبالرجوع إلى موقف مؤتمر جنيف إزاء هذا الجدل الفقهي نجد أنه لم يحاول أن يغلب إحدى هذه النظريات على الأخرى، وإنما أقام الأحكام التي وضعها على أساس عملية بحثة[32].

وبالنسبة لقانون الالتزامات والعقود المغربي فقد سجل منذ القديم أن قواعد القانون المدني لا تنسجم مع قانون الصرف ومع طبيعة الأوراق التجارية القابلة للتداول والتي تستند إلى الالتزام الصرفي المجرد والشكلي

(31) محسن شفيق مرجع سابق ص : 1073.

(32) لطيفة الداودي مرجع سابق ص : 96.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

مما استلزم استنباط قاعدة تطهير الدفوع، والدليل على ذلك أن الفصل 207 ق.ل.ع الذي قرر قاعدة التمسك بالدفوع بالنسبة لحوالة الحق وذلك بقوله : "يجوز للمدين أن يتمسك في مواجهة المحال له بكل الدفوع التي كان يمكنه التمسك بها في مواجهة المحيل، بشرط أن يكون أساسها قائما عند حصول الحوالة أو عند تبليغها". عاد في المادة 208 من نفس القانون ليقرر أنه : "تخضع حوالة الكمبيالات والسندات لأمر والسندات لحاملها لأحكام خاصة"(33).

ونخلص من هذا أن قاعدة عدم التمسك بالدفوع مقررة في المغرب قانونا حتى قبل النص عليها صراحة في الفصل 171 من مدونة التجارة الجديدة بعد الأخذ بأحكام القانون الموحد.

وبعد هذا يمكن القول أن قاعدة عدم التمسك بالدفوع تعتبر حاليا ركنا ثابتا يستند إليه قانون الصرف، وأساسا يبنى عليه تداول الورقة التجارية باعتبار أن التوقيع عليها يرتب للحامل حقا مجردا مندمجا في الورقة ذاتها ومستقلا عن العلاقات التي تربط الموقعين عليها(34).

(33) وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 2006/06/20 : "وحيث إن ما دفعت به المستأنف من كون المدخلة في الدعوى تحل محلها في جميع الحقوق والالتزامات المتعلقة بتلك الكمبيالات لا أساس له في نازلة الحال، باعتبار أن نازلة الحال تتعلق بدعوى الحامل المستأنف عليه المقدمة في إطار المادة 221 من مدونة التجارة والتي لا يمكن في ظلها أن يواجه بقواعد حوالة الحق المقررة في القانون المدني الذي لا تنسجم مع القانون الصرفي ومع طبيعة الأوراق التجارية القابلة للتداول وحتى يمكن للكمبيالة أداء وظيفتها في التداول وتقديم ضمانات أكبر لحاملها الذي لا يمكن مواجهته بالدفوع التي يمكن مواجهة الساحب أو أحد الموقعين عليها" قرار عدد 994 ملف عدد 1692-05 غير منشور.

(34) علي سلمان العبيدي مقاله السابق ص : 30.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وتكييف ذلك أن الموقع يلتزم بتوقيعه وإرادته المنفردة التزاما صرفيا مجردا ومستقلا عن العلاقات السابقة التي أدت إلى إنشاء الكمبيالة أو تظهيرها أو ربطت موقعيها بعضهم ببعض، وينشئ في نفس الوقت حقا خاصا ومباشرا للحامل تجاه هذا الموقع وتجاه كل ملتزم آخر بمقتضاها، وهو حق ناشئ عن الكمبيالة ذاتها ومندمج فيها، ولا شك أن قاعدة تطهير الدفوع ما هي إلا مظهر من مظاهر اندماج الحق في السند ذاته والذي تتصف به الأوراق التجارية عموما.

وبالرجوع إلى مدونة التجارة المغربية الجديدة، نجدها لم تشر لا من قريب ولا من بعيد إلى هذا الجدل الفقهي المتعلق بأساس قاعدة تطهير الدفوع، وحسنا فعلت بحيث أقامت الأحكام التي وضعتها للأوراق التجارية في الكتاب الثالث على أسس واعتبارات عملية محضة تستجيب وخصوصيات قانون الصرف.

الفرع الثاني : شروط تطبيق قاعدة عدم التمسك بالدفوع

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

إن التظهير هو الميدان الأرحب والفسيح الذي تجد فيه قاعدة تطهير الدفوع مجالا خصبا للتطبيق(35)، حتى أضحى ذلك من شروط تأصيلها نظريا وعمليا، وهذا ما يفسر تناول الفقه للقاعدة في باب التظهير، رغم أنها تتجاوز هذه المؤسسة إلى مؤسسات أخرى كالضمان الاحتياطي والقبول، والقبول بالتدخل، فكل موقع على الورقة يخضع لحكم القاعدة سواء كان ساحبا أو مظهرا أو ضامنا احتياطيا أو قابلا بالتدخل .

ومرجع ذلك أن التظهير يعد الوسيلة الأكثر شيوعا في تداول الأوراق التجارية وتنشيط الحركة الاقتصادية عن طريق تعزيز الثقة والائتمان بها وتقوية ضماناتها، وهو ما يشجع ويحث على التعامل بها عن طريق نسج علاقات غير مباشرة بين الموقعين السابقين وكل حامل جديد، عن طريق كل عملية تظهير جديدة.

وعليه فإن الغرض من القاعدة هو حماية الحملة الذين تربطهم بالموقعين علاقات غير مباشرة أملتها ضرورات الحياة التجارية والاعتبارات العملية قصد تسهيل وتسريع تداول الأوراق التجارية بعيدا عن إجراء كل الأبحاث والتحريات المعقدة والطويلة، للبحث حول شرعية وسبب العلاقات الأصلية التي تربط أطرافها، لتجنب الاحتجاج بها، مع ما يترتب عن ذلك من المساس بالسرعة والثقة والحماية التي يرعاها القانون الصرفي، وللقاعدة شروط نجملها فيما يلي :

(35) M de Juglant et Benjamin Ippolito traite de droit commercial. Les effets de commerce, Tome 2, op.cit p : 157.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

الشروط المتعلقة بطبيعة التظهير وزمانه "في مبحث أول" وأخيرا الشروط المتعلقة بصفة الحامل "في مبحث ثان".

المبحث الأول : الشروط المتعلقة بطبيعة التظهير وزمانه

إن التظهير في القانون الصرفي إما أن يكون ناقلا للملكية وهو الأصل[36]، أو أن يكون تظهيرا تأمينيا، أو توكيليا، هذا من حيث طبيعة التظهير "في مطلب أول". أما فيما يخص زمان التظهير فسنتعرض في "المطلب الثاني" للتظهير بعد ميعاد الاستحقاق أو إجراء الاحتجاج، وأخيرا انتقال الورقة التجارية بغير طريق التظهير "في مطلب ثالث".

المطلب الأول : الشروط المتعلقة بطبيعة التظهير

الفقرة الأولى : التظهير الناقل للملكية

يعد التظهير الوسيلة القانونية الاعتيادية لنقل الحق المالي أو النقدي الثابت في الورقة التجارية فبواسطته تحول الحقوق من ذمة لأخرى صرفيا – أي بإتباع قواعد القانون الصرفي – مطهرة من العيوب التي تعتريها نتيجة العلاقات الأصلية التي تجمع بين أطرافها.

والتظهير إما أن يكون اسميا لفائدة الشخص المعين بذاته أو لحامله أو على بياض، ذلك أنه ليس ضروريا لانتقال وتداول الأوراق التجارية إبراد

(36) وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى "حيث تبين أن الطالب أثار استئنافيا بأن الكمبيالة لا تتضمن ما يفيد انتقال ملكيتها إلى المطلوب كمظهر إليه، وأن التوقيع على ظهر الكمبيالة لا يسعف في تحديد نوع التظهير هل هو ناقل للملكية أم تظهير توكيلي، و أنها لا تتضمن ما يفيد الاتفاق على الفائدة البنكية، زيادة على مبلغها، غير أن المحكمة و رغم للدفوع من تأثير على قضائها أهملت الرد عليها وقضت بقيمة الكمبيالة مع الفائدة البنكية، فأتى قرارها غير معلل بهذا الخصوص عرضة للنقض. قرار عدد 770 المؤرخ في 2004/6/23 ملف تجاري عدد 2002/1/3/1162 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 235.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

عبارة تفيد وقوع التظهير – كادفعوا لأمر – بل تنتقل بهذه الطريقة ولو لم تكن مصحوبة بالأمر صراحة المادة 167 م.ت.ح، مما يفيد أن الأصل في تداولها هو تظهيرها، وأن أي منع لذلك يجب أن يرد صراحة، فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بفاس صادر بتاريخ 1999/12/27 أنه : "إذا كانت الكمبيالات سند الدين صادرة لأمر فلا تطبق عليها قواعد الحوالة العادية إلا إذا كانت تحمل عبارة ليس للأمر"(37).

وينبغي الإشارة هنا إلى ضرورة التمييز بين عبارة ليست لأمر أو أية عبارة أخرى موازية لها كادفعوا لفلان وليس لغيره والتي تفيد عدم قابلية الورقة للتظهير، بحيث أن كل تظهير بعد ذلك يكون باطلا(38)، وهذا الشرط يعتبر شرط اختياري يضعه الساحب في الكمبيالة وبين شرط منع التظهير الذي يضعه الساحب في الكمبيالة ولو كان ساحبا مظهرا أو مظهرا إليه، وفي هذه الحالة لا يكون ملزما بالضمان اتجاه من تؤول إليه الكمبيالة بتظهير لاحق، بمعنى أن الضمان ينحصر في علاقة المظهر بالمظهر إليه المباشر ولا يمتد إلى باقي الموقعين، لكن يبقى للمظهر إليه الحق في نقل الكمبيالة عن طريق الحوالة العادية.

كما أن منع التظهير يختلف في هذا الشأن عن شرط عدم الضمان الذي مؤداه أن يعفى الساحب نفسه من ضمان قبول الكمبيالة، ويعد لاغيا كل شرط يقضي بإعفائه من ضمان الوفاء، وإذا أعفى الساحب نفسه من ضمان القبول فإنه إذا رفض المسحوب عليه قبولها لا يحق له الرجوع عليه

(37) قرار رقم 501 ملف عدد 99/448 غير منشور.

(38) وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش صادر بتاريخ 1999/01/12 : "الشيك الغير القابل للتظهير لا يمكن تداوله إلا بمقتضى شكل وآثار الحوالة العادية"، مجلة المرافعة عدد 10 ص : 227.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

قبل ميعاد الاستحقاق – ما يطلق عليه بالرجوع المبتسر، ويحق للموقعين الآخرين إعفاء أنفسهم من ضمان القبول والوفاء.

فهذا الشرط يعفي المظهرين من المسؤولية التضامنية تجاه الحامل الشرعي للكمبيالة، وليس فقط كما هو الحال بالنسبة لشرط منع التظهير الذي يعفيه من المسؤولية فقط تجاه غير المظهر إليه المباشر، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 1953/02/05م إن : "الأصل هو أن المظهر وفقا للمادة 137 تجاري يضمن لمن ظهر إليه دفع قيمة السند المظهر، كما يضمن قبوله ولا تخلى مسؤوليته من هذا الضمان إلا إذا كان متفقا بين الطرفين على استبعاده"(39). وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2005/09/14 : "إذا كانت الكمبيالة لا تتضمن ما يفيد أنها غير قابلة للتظهير فإن لحاملها الصفة للمطالبة بالمبلغ الوارد فيها مادام أنه هو الحامل"(40).

وترجع تسمية التظهير إلى كونه يرد على ظهر الورقة ذاتها أو على ورقة متصلة بها – وصلة – ويكتفي فيه بالتوقيع على ظهر الورقة، لكن يمكن أن يرد التظهير على وجه الورقة، شريطة ألا يقتصر المظهر على التوقيع لتفادي اختلاطه بالضمان الاحتياطي، بحيث نصت المادة 180 من م.ت.ج على أنه : "اعتبر الضمان الاحتياطي(41) قائما بمجرد توقيع الضامن

(39) ذكره عبد الحميد الشواربي، الأوراق التجارية في ضوء الفقه والقضاء، مطبعة الانتصار لسنة 1193
ص 202.

(40) مجلة القصر عدد 14 ص : 162.

(41) ومن المهم الإشارة إلى أن التزام الضامن الاحتياطي نحو الحامل تحكمه قواعد قانون الصرف وقواعد الكفالة التضامنية وأنه يلتزم بنفس الكيفية التي يلتزم بها المضمون فلا يملك بالتالي حق الدفع بتجريد المدين الأصلي المكفول قبل متابعة إجراء استخلاص الدين ضده (الفقرة 7 من المادة 80 من مدونة التجارة).

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

على صدر الكمبيالة ما لم يتعلق الأمر بتوقيع المسحوب إليه أو الساحب". هذا وقد نصت المادة 168 من م.ت.ج على أنه : "ينقل التظهير جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة، يجوز للحامل في حالة التظهير على بياض :

- أن يملأ البياض باسمه أو باسم أي شخص آخر ؛
- أن يظهر الكمبيالة من جديد على بياض أو لشخص آخر ؛
- أن يسلم الكمبيالة للغير دون ملأ البياض ودون تظهيرها".

ويمكن نقل الحقوق الناشئة عن الورقة التجارية أيضا بإتباع تقنية الخصم[42] التي تحتكرها الأبناك والمؤسسات المالية، التي من خلالها يفوت الحامل قبل الأوان – أي قبل ميعاد استحقاقها – أوراقه التجارية أو غيرها من السندات القابلة للتداول، التي يحل أجل دفعها في تاريخ معين، على أن يلزم برد قيمتها إذا لم يف بها الملتزم الأصلي وللمؤسسة البنكية مقابل عملية الخصم فوائد وعمولة (المادة 526 م.ت.ج).

وتنص المادة 528 م.ت.ج أيضا بأن : "للمؤسسة البنكية اتجاه المدينين الرئيسيين للأوراق المذكورة والمستفيد من الخصم والملتزمين الآخرين جميع الحقوق المرتبطة بالسندات المخصومة.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2000/01/27 : "إن المحكمة كانت على صواب عندما ردت دفوع الطاعنة بأنها كفيلة بالتضامن وأنها هي التي عليها إخطار الدائن بانتهاء ضمانها للدائن الأصلي، وأن الكفالة تضامنية"، قرار عدد 153 ملف مدني عدد 89/2/3/556 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 56 ص : 284.

[42] الخصم يتم من خلال تظهير ناقل للملكية لكون المشرع عبر بمصطلح التفويت.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

للمؤسسة البنكية أيضا اتجاه المستفيد من الخصم حق مستقل لاستيفاء المبالغ التي كانت قد وضعتها تحت تصرفه مع الفوائد والعمولات".

ولكي يتسنى للبنك ممارسة حق الرجوع في إطار الخصم عليه أن يثبت أنه أدى مبلغ الكمبيالة[43].

إن التظهير الناقل للملكية ينقل الحق في الكمبيالة من المظهر للمظهر إليه، ومتى تضمنت الكمبيالة عدم قابليتها للتظهير فإن المستفيد الذي يقوم بالرغم من ذلك بتظهيرها للبنك من أجل خصمها يكون تظهيره تظهيرا ناقلا للملكية، ولا يمكن بالتالي للبنك المظهر له الرجوع على الغير المسحوب عليه متى اشترط هذا الأخير عدم قابلية الكمبيالة للتظهير، وارتضى مع ذلك البنك تظهيرها له من طرف المستفيد، ويبقى له فقط حق الرجوع على المستفيد من عمليه الخصم[44].

والخصم يحقق لطرفيه قائدة مزدوجة، فالخاصم يتقاضى مقابل ذلك فوائد وعمولات، وحقوقه في الرجوع على المستفيد محمية بقوة القانون في حالة عدم الأداء، شريطة إتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون ومنها تقديم الورقة للوفاء في إبانها، وإقامة الاحتجاج لتفادي الإهمال أو السقوط أو التقادم، وأيضا عدم إمكانية المستفيد مواجهة الخاصم بدفوع

---

(43) قرار محكمة الاستئناف بالبيضاء صادر بتاريخ 98/11/03 رقم 98/311 ملف عدد 3/38/209 غير منشور، كما جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2002/05/08 : "إن للمؤسسة البنكية التي قامت بالخصم حق مرتبط بالسند المخصوم حسب القانون المنظم له كقانون الصرف بالنسبة لخصم الأوراق التجارية وذلك في مواجهة كل موقع على السند أو حق مستقل عن السند وهو الناتج عن الخصم في مواجهة المستفيد فقط"، قرار عدد 659 وتاريخ 2002/05/08 ملف تجاري عدد 01/695 مذكور في ملف الأوراق التجارية بين القانون والعمل القضائي، مرجع سابق، ص : 111.

(44) القرار عدد 318 المؤرخ في 2006/3/22 الملف التجاري عدد 1/3/1119/ مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني : مرجع سابق ص 227.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

خارجة عن الالتزام الصرفي بينهما، ومقابل ذلك يتمتع المستفيد بمزية استخلاص مبلغ الورقة قبل حلول أجلها، ولا يخفى إيجابية ذلك وانعكاسه على مصالحه خاصة إذا كان في أمس الحاجة إلى المال قصد مواجهة الخصوم للأصول لتنمية تجارته أو الحفاظ عليها من رياح تقلبات السوق وإعصاراته.

ومن آثار التظهير الناقل للملكية، كما تفيد في ذلك تسميته ينقل ملكية الورقة التجارية وجميع الحقوق الناشئة عنها وذلك بصفة مستقلة عن علاقة المظهر بالساحب أو بالمسحوب عليه أو الحملة السابقين بمجرد توقيعه على الورقة وانخراطه في مسلسل الضمان مع باقي الموقعين، فالمظهر إليه يوجد في وضع أقوى وأسلم من الناحية القانونية بالنظر لوضعية المحال له الذي يمارس نفس الحقوق التي كانت للمحيل.

والواقع أن التظهير يتضمن تنازلا عن الورقة التجارية وعن جميع الحقوق المتصلة بها، ووجود هذه الحقوق يرتبط بشرعية الورقة التجارية وصحتها لا بشرعية العلاقات السابقة التي كانت تربط الموقعين بعضهم ببعض، وتنتقل هذه الحقوق بجميع الضمانات التي يقررها قانون الصرف كطلب قبول كمبيالة أو أدائها، أو إجراء الاحتجاج أو الإعلام في حالة عدم الوفاء، وأيضا الحق في ملكية مقابل الوفاء بما يتبعه من تأمينات شخصية أو عينية، فإذا كان الحق مضمون بكفالة أو رهن أفاد الحامل من هذه الضمانات دون حاجة إلى نص خاص لأنها لم تقرر للمظهر بصفة شخصية، وإنما لتداول الأوراق التجارية.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

فقد جاء في حكم لمحاكم الرباط صادر بتاريخ 1928/01/21 بأنه : "يتعين في المادة التجارية التسليم كنتيجة للالتزامات الصرفية أن نقل كمبيالة إلى مظهر يشمل توابع الدين سيما الرهن الضامن للوفاء"(45)، كما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 1999/05/24 : "إن الكمبيالة سند الدين مثبتة للمديونية وللدائن الحق في الإبقاء على الضمانات التي حصل عليها بشأنها إلى حين توصله بالبضاعة"(46).

ويعتبر أيضا من الآثار الرئيسية للتظهير الناقل للملكية بروز قاعدة تضامن الموقعين في الورقة التجارية طبقا للمادة 201 من م.ت.ج التي نصت على أنه : "يسأل جميع الساحبين للكمبيالة والقابلين لها والمظهرين والضامنين الاحتياطيين على وجه التضامن نحو الحامل، يحق للحامل أن يوجه الدعوى ضد جميع هؤلاء الأشخاص فرادى أو جماعة ودون أن يكون ملتزما بإتباع الترتيب الذي صدر به التزامهم.

ويتمتع بالحق نفسه كل موقع على الكمبيالة أدى مبلغها، ولا تمنع الدعوى المقامة على أحد الملتزمين من إقامة الدعوى تجاه الآخرين ولو كانوا لاحقين لمن أقيمت عليه الدعوى أولا".

وتهدف قاعدة التضامن إلى تسهيل وتسريع وثيرة تداول الورقة التجارية وبعث الثقة والائتمان بين الموقعين عليها بضمان المظهر فيها يسار المدين عكس المحيل في حوالة الحق المدنية، فإنه لا يضمن للمحال له إلا وجود الحق وقت الحوالة ما لم يوجد اتفاق خاص يقضي بخلاف ذلك،

(45) أورده محمد فركت وإبراهيم زعيم، الأوراق التجارية، نصوص واجتهادات 1986/1913، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 1987 ص : 90.

(46) قرار رقم 357 ملف عدد 59/248 غير منشور.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

كما أن المشرع إذا كان قد جعل الأصل هو التضامن في الالتزام الصرفي فإن ذلك يدخل في خانة الاستثناء بالنسبة للقانون المدني، وهكذا إذا رفض المسحوب عليه وفاء الورقة التجارية، فإن ذلك يخول للحامل حق الرجوع على المظهر وبقية الملتزمين في الصك لمطالبتهم بأداء مبلغها.

ومن المهم البيان أن حق الرجوع هذا ليس حقا مطلقا، فنطاقه يختلف باختلاف صفة الموقعين، ووقت التزامهم، وطبيعة الشروط المتضمنة في الورقة التجارية، وهكذا مثلا فإذا ظهرت الورقة التجارية لفائدة الساحب فلا يحق له الرجوع لا على المسحوب عليه القابل الذي توصل بمقال الوفاء بصفته المدين الرئيسي في الكمبيالة، على عكس الحالة التي لا يقبل فيها الكمبيالة ولم يتوصل بمقابل الوفاء، فالساحب يبقى هو المدين الرئيسي في الكمبيالة ولا يحق له الرجوع على أي أحد.

كما أن تظهير الكمبيالة لفائدة مظهر سابق يخول له حق الرجوع على كل الموقعين باستثناء المظهرين اللاحقين له لأنه يضمنهم.

الفقرة الثانية : التظهير التأميني

إن التظهير التأميني يتضمن رهن المبلغ الثابت في الكمبيالة، فهو يختلف بذلك عن نقل ملكية الورقة، أو توكيل شخص لاستيفائها كالتظهير الناقل للملكية أو التظهير التوكيلي.

ويتم هذا التظهير بإدراج عبارة مبلغ على وجه الضمان أو مبلغ على وجه الرهن، أي عبارة تفيد الرهن والضمان، وعليه فمتى جاء التظهير ناقلا للملكية.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وقد نصت المادة 338 م.ت في فصلها الأول المتعلق بالرهن الحيازي التجاري بأنه : "يثبت رهن القيم القابلة للتداول بواسطة تظهير صحيح يشير إلى أن تلك القيم سلمت على وجه الضمان وأنه يمكن للدائن المرتهن أن يستوفي قيمة الأوراق التجارية المسلطة له على وجه الرهن".

وتعتبر الحقوق التي يملكها المظهر إليه في التظهير التمليكي هي تقريبا نفس الحقوق التي يتمتع بها المظهر إليه تأمينيا في تظهير الكمبيالة على سبيل الملكية، بدليل أن المشرع في المادة 172 من م.ت نص على أنه : "يجوز للحامل أن يمارس جميع الحقوق المتفرعة عن الكمبيالة" لكن لا يصح التظهير الذي يصدر عنه إلا كتظهير توكيلي". لأنه لا يملك تظهيرها على سبيل الملكية، لأن من شروط ذلك أن يكون مالكها لا مجرد واضع اليد أو صاحب حيازة مؤقتة. ولأنه لا يمكن للشخص أن يتصرف فيما لا يملك، كما أن من شأن السماح بذلك تأجيج الصراعات بين أكثر من طرفين في حالة عدم الوفاء لعدم وجود مقابل الوفاء، وهذا ما يفسر احتياط المشرع لذلك.

والأكثر من ذلك فإن قاعدة تطهير الدفوع تطبق في التظهير التأميني كما هو الحال بالنسبة للتظهير التمليكي، ولهذا نصت المادة 172 م.ت.ج أنه "لا يجوز للملتزمين أن يتمسكوا اتجاه الحامل – المظهر إليه تأمينيا – بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية مع المظهر – التأميني – ما لم يكن المدين قد تعمد بتسلمه الكمبيالة الإضرار بالمدين"، فقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن : "التظهير التأميني وإن كان لا ينقل الحق الثابت في الورقة المرهونة إلى المظهر يعتبر بالنسبة للمدين الأصلي في الورقة في حكم التظهير الناقل للملكية، فتطهر به الورقة من الدفوع، ويكون

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

للمظهر إليه مطالبة المدين بقيمة الورقة التجارية المرهونة إن رضاء أو قضاء بدعوى يقيمها عليه باسمه، ذلك أن الدائن المرتهن يلتزم قانونا قبل الراهن بالمحافظة على الورقة المرهونة واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لتحصيل قيمتها من ميعاد الاستحقاق"[47].

وجاء في قرار آخر : "إن المادة 30 من قانون التجارة لما نصت على أن تحصيل قيمة الأوراق التجارية المرهونة يكون بمعرفة الدائن المرتهن لها، فإن مؤدى هذا النص أن الدائن المرتهن يلتزم قانونا قبل الراهن بالمحافظة على الشيء المرهون وتحصيل قيمة الورقة في ميعاد الاستحقاق، ويعتبر التظهير التأميني على ما جرى به قضاء محكمة النقض في حكم التظهير الناقل للملكية ينشأ عنه تظهير الورقة من الدفوع، فلا يكون للمدين الاحتجاج على الدائن المرتهن حسن النية بالدفوع التي يجوز له الاحتجاج بها على الدائن الأصلي أو المظهرين السابقين بما في ذلك الدفع بانقضاء الالتزام أو انعدام سببه، ولا يستطيع المدين مخالفة هذا الوضع والاحتجاج بالدفوع قبل الدائن المرتهن إلا إذا أقام هو الدليل على أن الدائن المرتهن لم يكن حسن النية وقت التظهير[48].

وإذا كان غالبية الفقه يحصر استفادة المظهر إليه المرتهن من قاعدة تطهير الدفوع في حدود الدين المرهون، وهو نفس المسلك الذي اختطه

(47) قرار صادر بتاريخ 1978/06/19 والثاني بتاريخ 1956/06/28 أوردهما أحمد محمود حسني، قضاء النقض التجاري المبادئ التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما مطبعة أطلس سنة 1982 ص : 126.

(48) قرار صادر بتاريخ 1980/04/14، أحمد محمود حسني مرجع سابق ص : 127.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

المشرع المصري لنفسه في المادة 399 من قانون التجارة الجديد حينما نص على أنه : "ليس للملتزمين بالكمبيالة الاحتجاج على الحامل بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية بالمظهر ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله على الكمبيالة الإضرار بالمدين وتكون حماية الحامل في هذا الشأن في حدود دينه المضمون بالرهن".

لكن من جانبنا لا نميل إلى هذا لاتجاه، ونرى مع أستاذنا سلمان العبيدي أن النص جاء مطلقا ولم يستثن من مبلغ الكمبيالة جزءا ما أو يقارنه بالدين المرهون، فيكون أمرا منسجما مع قواعد قانون الصرف استبعاد مثل هذه التفسيرات(49).

بالإضافة إلى ذلك فإن التفسير السابق يخالف قواعد التأويل التي تقضي بأن العام يبقى على عموميته إلى أن يأتي ما يقيده أو يخصصه، كما أن من شأن ذلك تجزئة قاعدة تطهير الدفوع بالنسبة لورقة واحدة، وهذا ما لم يقل به أحد.

وأساس رجوع المظهر إليه المرتهن على المظهر الراهن هو عقد القرض أو الرهن في حالة عدم الوفاء، ولذا فقد جاء في حكم لابتدائية القاهرة بتاريخ 1962/04/12 : "أنه متى استوفى التظهير التأميني شرائط صحته، فإنه يعتبر في علاقة المظهر بالمظهر إليه رهنا تجري عليه قواعد الرهن آثاره"(50)، وجاء في قرار آخر لاستئنافية القاهرة صادر بتاريخ 1959/12/29 : "أنه وإن كان لا يجوز رجوع المظهر إليه المرتهن على

(49) سلمان العبيدي مرجع سابق ص : 150.

(50) أورده جمال الدين عوض مرجع سابق ص : 293، هذا الاتجاه أقرته أيضا محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1968/03/05 مشار إليه عند الأستاذ عبد الحميد الشواربي مرجع سابق ص : 220.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

المظهر الراهن بوصفه ضامنا متضامنا في الورقة بالرجوع الصرفي، فإنه ما من شك في أن للمظهر إليه الرجوع على المظهر بالدين الأصلي بالدعوى العادية الناشئة عن عقد القرض أو الدين الذي قدمت الورقة لضمانه، ولا ينقضي هذا الدين بمجرد تظهير الورقة تظهيرا تأمينيا، وإنما ينقضي بقبض المظهر إليه قيمة الورقة محل الرهن وفي حدود هذه القيمة"(51).

ويلاحظ أن رهن الكمبيالات أمر نادر في الحياة العملية، ذلك لأن المدين يستطيع أن يلجأ إلى تظهير الكمبيالة أداة تظهيرا ناقلا للملكية لمصلحة دائنه ما دامت الكمبيالة أداة وفاء، ويتمكن حاملها بعدئذ من خصمها لدى أحد البنوك واستيفاء مبلغها أو الانتظار إلى حين حلول الأجل واستيلام مبلغها من المسحوب عليه مباشرة.

ويذكر الفقيه "مازو" أن التظهير التأميني أمرا نادرا في العمل، فبدلا من تظهير الكمبيالة تظهير تأمينيا، فإن حاملها يظهرها تظهيرا ناقلا للملكية إلى دائنه، ويبرم معه اتفاقا آخر مستقلا يقضي بأن هذه الكمبيالة قد سلمت له بصورة رهن، فكأن الأمر يتعلق بإيداعها لديه لكفالة مبلغها، فإذا لم يؤد الدين المضمون، فإن الدائن في هذه الحالة يدفعها لدى بنك من البنوك ويستطيع طرحها في التداول بحرية عن طريق تظهيرها(52).

وإن كنا نرى من جانبنا أن التظهير التأميني لا تعرفه البيئة التجارية المغربية لعدم العلم به والإلمام بمقتضياته، ولطغيان النظرة التقليدية المدنية

(51) ذكره علي جمال الدين عوض مرجع سابق ص : 291.

(52) علي سلمان العبيدي مقاله السابق ص : 146.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

الضيقة التي تعتبر أن الرهن يبقى مجاله المنقولات والعقارات لا الأوراق التجارية، ولعل هذا هو الذي يفسر عدم عثورنا على أي اجتهاد قضائي يناقش التظهير التأميني في الأوراق التجارية على خلاف بعض الدول العربية التي تعج بتطبيقاته كمصر مثلا، ويظهر ذلك من الاطلاع على قضائها بهذا الخصوص[53].

الفقرة الثالثة : التظهير التوكيلي

في التظهير التوكيلي يهدف المظهر إلى توكيل المظهر إليه في القيام بإجراءات استخلاص الورقة التجارية وتحصيل مبلغها[54]، والقيام أيضا بإجراءات المحافظة على حقوق موكله كتقديم الكمبيالة أو الشيك أو السند للوفاء والرجوع على الضامنين، بحيث يمارس المظهر إليه كل حقوق المظهر باسم هذا الأخير ولحسابه[55].

والتظهير التوكيلي يجب أن يكون مقرونا بالعبارة الدالة عليه[56] كعبارة للاستخلاص أو للتحصيل أو غيرهما، وأغلب الحالات يكون فيها

(53) وإذا كان التظهير التأميني ينطبق على السند لأمر بدليل إحالة المادة 234م.ت على قواعد التظهير، فإنه بالنسبة للشيك فالمشرع تطرق في مقتضياته للتظهير الناقل للملكية والتوكيلي فقط، الشيء الذي يفسر منع وحظر التظهير التأميني، خاصة وأن المادة 361 عاقبت كل من قام على علم بقبول أو تظهير شيك على شرط أن لا يستخلف فورا وأن يحتفظ به على سبيل الضمان.

(54) أحمد أبو الروس، أحكام الكمبيالة والشيك، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية 2002.

(55) "ويخول التظهير التوكيلي للمظهر إليه أن يتابع قضائيا المدين لحساب موكله ولو باسمه الشخصي دون أن تتأثر مواجهته بقاعدة : "بأن على الوكيل في الخصومة أن يبين إسم الموكل وصفته" "Nul ne plaide par procureur" وفي المقابل يسوغ للمدين أن يواجهه بالدفوعات التي يستطيع أن يواجه بها المظهر" قرار المجلس الأعلى الغرفة المدنية صادر بتاريخ 4 يوليوز 1961، المجلة المغربية للقانون فاتح دجنبر 1961 ص 449.

(56) قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 98/69 بتاريخ 1999/01/12 مجلة الإشعاع عدد 20 ص 143.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

المظهر إليه بنكا لاعتياده القيام بهذه المهام بالنيابة عن موكله وزبونه وذلك كله تحت شرط تحقق مسؤوليته، فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالبيضاء بتاريخ 1987/05/26 : "أنه غني عن البيان بأن البنك المستأنف لا يعتبر وديعا عاديا بل هو مؤسسة مؤطرة بقوانين معينة تسعى إلى ضمان حقوق المودعين، وبذلك يظهر أمام العموم بصفة الحريص والمحافظ الأمين على ودائعهم. الأمر الذي يجب مساءلته بقوة أكثر من الوديع العادي حسب ما هو مقرر فقها وقضاء، وحيث إنه وخلافا لمزاعم المصرف المستأنف، فإنه لم يثبت أي خطأ في مواجهة المستأنف عليه الذي لم يثبت أنه وجه إليه الشيك بواسطة مصلحة البريد، بل ولم يستطع المصرف المذكور حتى إثبات أنه بعثه لزبونه بالبريد.

وحيث إن تمسك المستأنف بأحكام الفصل 37 وما يليه من ظهير 19 يناير 1939 المتعلق بالشيك لا يقوم على أساس لأنها لا تجد قابليتها للتطبيق إلا عند افتراض ضياع الشيك عند المستأنف عليه وليس عند البنك الطاعن المودع لديه، وحيث إن مبررات الحكم على المصرف المستأنف رغم عدم توافر الشيك محل النزاع على رصيد عند ساحبه(57)، هو أن ضياع الشيك

(57) مجلة القضاء والقانون عدد 140-141 ص : 209 مع تعليق للأستاذ عبد اللطيف مشبال. كما جاء في قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 2004/01/22 : "يتحمل البنك نتيجة لتقصيره المسؤولية الكاملة عن ضياع الأوراق التجارية المودعة لديه من أجل تحصيلها ومنها الشيك طبقا للفصل 807 من ق.ل.ع حتى في حالة عدم توافر المؤونة عند صاحبها وذلك لما في ضياعها من حرمان المستفيد من استعمال حقه في الرجوع على الساحب". مجلة المعيار عدد 32 ص : 264.

ومن المهم الإشارة إلى أن تكليف الزبون للبنك الذي يتعامل معه باستخلاص قيمة كمبيالات لدى الغير تحكمها قواعد الوكالة موضوع الفصل 903 من ق.ل.ع، وأن عدم تنفيذ البنك لما كلفه به زبونه يجعله مسؤولا مسؤولية تعاقدية تجاهه وليس مسؤولية تقصيرية، راجع قرار المجلس

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

منع المستفيد المستأنف عليه من استعمال حق الرجوع على الساحب"، كما جاء في قرار لاستئنافية القنيطرة الصادر بتاريخ 1991/03/28 : "وحيث إن بنك الوفاء يعتبر في هذه النازلة محترفا مأجورا تسلم الشيك بصفته مودعا لديه ومسوؤلا عن رد الشيك إلى صاحبه في حالة عدم استخلاص مبلغه"(58).

كما جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2000/03/08 : "إن البنك يتحمل مسؤولية صرفه لشيك يحمل عبارة غير قابل للتظهير ومسطر تسطيرا خاصا والحال أنه غير قابل للصرف سوى لفائدة المستفيد شخصيا"(59).

وقد نصت المادة 172 من م.ت على أنه : "يجوز للحامل متى تضمن التظهير عبارة للاستخلاص أو من أجل الاستيفاء أو للتوكيل أو أي عبارة أخرى تفيد مجرد التوكيل أن يمارس جميع الحقوق الناتجة عن الكمبيالة، لكن لا يجوز له أن يظهرها إلا على سبيل التوكيل".

الأعلى عدد 1035 صادر بتاريخ 2005/10/19 ملف تجاري عدد 2003/1/3/1092، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 66 ص : 251.

(58) ذكره محمد الحارثي الأوراق التجارية في القانون المغربي فقها وقضاء، الطبعة الأولى سنة 1996 مطبعة النجاح الجديدة، ونشير إلى أن محكمة التمييز الأردنية أصدرت قرارا بتاريخ 1992/04/13 ينسجم وتشدد القضاء المغربي في مسؤولة الأبناك حيث جاء فيه : "إن قوام المسؤولية التقصيرية في الأعمال المصرفية هو الضرر وحده خلافا لأركان المسوؤلية الواردة في القانون المدني التي تستلزم بالضرورة توافر عنصر الخطأ والضرر والرابطة السببية بينهما" زهير كريم، مرجع سابق ص : 292

(59) قرار عدد 375 ملف تجاري عدد 92/88 مجلة قضاء المجلس الأعلى عد 56 ص : 290. ومن المهم الإشارة إلى أن الشيك الحامل لحرفي (N.E) أي غير قابل للتظهير يلزم المستفيد بعدم تظهيره للغير طبق المقرر في قانون الصرف البنكي، وبذلك تنعدم صفة غير المستفيد منه في إقامة الدعوى الصرفية بشأنه، قرار رقم 259 محكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 2003/03/06 مجلة المعيار عدد 31 ص : 249.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وإذا كان التظهير التوكيلي يؤطره عقد الوكالة وهو يهدف إلى إقامة المظهر إليه وكيلا عن المظهر في تحصيل قيمة الورقة التجارية، فإن العلاقة بينهما تخضع لأحكام الوكالة، وهو ما يترتب عليه بأن يلتزم المظهر إليه بأن يقدم للمظهر حسابا عن المبالغ التي قبضها والمصاريف التي صرفها ويكون عليه أن يرد للمظهر المبالغ التي حصلها من المدين في الورقة، فإذا امتنع عن رد ما حصله من مبالغ للمظهر كان لهذا الأخير أن يرجع عليه بدعوى الوكالة وهي علاقة قانونية خارجة عن نطاق الالتزام الصرفي(60).

فالتظهير التوكيلي يجيز للمظهر إليه الوكيل أن يتابع قضائيا ولو باسمه الشخصي المدين لحساب متبوعه أو موكله المظهر، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تقف أو أن تحول دون ذلك قاعدة "لا ترافع بالوكالة Nul ne plaide par production" وعلى العكس من ذلك يسوغ للمدين أن يتمسك ضد المظهر الموكل، ويمكن للحامل أن يمارس جميع الحقوق المتفرعة عن الكمبيالة لكنه لا يمكنه أن يظهرها إلا على وجه الوكالة(61).

وإذا كانت قاعدة تطهير الدفوع تطبق في نوعي التظهير التام والتأميني، فإنها لا تأتلف والتظهير التوكيلي لطبيعة هذا الأخير، ولشخص الوكيل الذي يمارس حقوق موكله وينتقل له الحق بصفاته وشوائبه ولا

(60) نقض مصري صادر بتاريخ 1985/02/11 أورده أحمد محمود حسني، ملحق قضاء النقض التجاري الأحكام التي أصدرتها محكمة النقض في المدة من أكتوبر 1982 إلى يونيو 1989 مطبعة الأطلس 1990 ص : 250.

(61) قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 1961/07/04 مذكور عند أحمد شكري السباعي مرجع سابق ص : 482.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

يتمتع بحق مستقل ومجرد عن الموقعين الآخرين[62]. بحيث نصت المادة 172 من م.ت.ج على أنه : "لا يجوز للملتزمين أن يتمسكوا اتجاه الحامل إلا بالدفوع التي يمكن التمسك بها اتجاه المظهر"، وبمفهوم المخالفة فإنه لا يجوز له أيضا التمسك بالدفوع الشخصية التي تربط المظهر إليه التوكيلي بباقي الموقعين، لأنه لا يملك الحق الثابت فيها لأنه مجرد وكيل تندمج صفته في صفة الموكل ويصبحان كشخص واحد.

وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء" إن الكمبيالة لا تحمل أي عبارة تفيد أن التظهير كان للاستخلاص كما ادعت المستأنفة وبالتالي لا يحق لها التمسك بالدفوع المستمدة من علاقتها بالمسحوب عليها اتجاه الحامل وذلك طبقا للفصل 172 من مدونة التجارة"[63].

ونشير إلى أن التزام البنك الوكيل بالتحصيل هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة، وهذا ما أكدته محكمة النقض بالإمارات العربية المتحدة في قرارها الصادر بتاريخ 1987/06/16 الذي جاء فيه : "إن الشيك لا يكون ذا قيمة بالنسبة للحامل أو بالنسبة للوسيط في التحصيل إلا عند استيفاء قيمته من المسحوب عليه، فإذا ما تخلف ذلك بقي مجرد ورقة تجارية تصلح للمطالبة الرضائية أو القضائية بقيمته دون أن تخلف أي التزام قبل الوسيط اتجاه الحامل إلا في حالة ثبوت التقصير في التحصيل

(62) R. Roblot op.cit p : 247.

(63) قرار رقم 98/549، صدر بتاريخ 12/22/ 98 رقم الملف بالمحكمة التجارية 210-98- 2 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية 319-3.98 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 257.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

رغم توافر مقابل الوفاء للشيك لدى المسحوب عليه بتاريخ الاستحقاق لأن التزام البنك القائم بالتحصيل هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة"(64).

وقد جاء في حكم للمحكمة التجارية بالرباط صادر بتاريخ 2000/02/29 "علاقة الساحب والبنك المسحوب عليه هي علاقة وكالة وبالنظر لصفة هذا الأخير فإنه ملزم بتنفيذ التعليمات التي يصدرها زبونه"(65).

ويكون البنك مسؤولا مسؤولية عقدية تجاه الطاعنة إذا لم يضع مبلغ القرض بحساب هذا الأخير رغم تعهده بذلك ورجوع الشيكات المدفوعة من طرف هذه الأخيرة بدون أداء"(66).

وأغلب الحالات يكون فيها المظهر إليه بنكا لاعتياده القيام بهذه المهام بالنيابة عن موكله وزبونه وذلك كله تحت شرط تحقق مسؤوليته،

كما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء صادر بتاريخ 1999/10/04"وحيث إن الشيكين وحسب ما ورد بتصريح الممثل القانوني للطاعن قد ضاعا من طرف البنك، وبذلك فإنه مسؤول عن هذا الضياع لأنه مجرد مودع لديه وعليه أن يرد المستند المودع عند عدم تحقق النتيجة التي من أجلها تم تسليم الشيكين وهي تحصيل قيمتهما إلى الزبون ليتمكن من اتخاذ ما يراه ضروريا وذلك إعمالا لأحكام الفصول 806 وما يليه من ق ل ع خاصة وان ضياع الشيك حرم المستفيد من استعمال حق الرجوع ضد الساحب.

(64) المجلة المغربية للفقه والقضاء عدد 8 أكتوبر 1988 ص : 319.

(65) مجلة الإشعاع عدد 24 ص : 213.

(66) قرار المجلس الأعلى بتاريخ 12 مارس 2003 قضاء المجلس الأعلى، ع.61، ص : 169 .

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

حيث إن ما تمسك به من كون المستفيد مطالب بالحصول من الساحب على نظير ثان أو ثالث بدوره مردود لكون مقتضيات ضياع الشيك المنصوص عليها في المادة 276 وما بعده من مدونة التجارة إنما وجدت لمواجهة حالة ضياع الشيك عند المستفيد وليس عند المودع لديه.

وحيث أن ما تمسك به البنك الطاعن من أداء قيمة الشيكين مرتين بدوره مردود لأنه حسب ما تضمنته مذكرته الجوابية المدلى بها في المرحلة الابتدائية والمؤرخة في 10/6/1998 أنه تبعا للمقتضيات القانونية الجاري بها العمل فإن أداء قيمة الشيكين عن طريق الخصم وقبل إجراء عملية المقاصة يعتبر بمثابة قرض يقدم للزبون وأن من حق البنك أن يعمل على خصم المبلغ لاستيفاء دينه وقد طبق القانون والقواعد المعمول بها على وجه سليم.

وحيث أن الطاعن وحسب ما ورد بمذكرته أعلاه قد قام بخصم مبلغ الشيكين من رصيد المستأنف ضده رغم أنه هو المسؤول عن ضياعهما وكان عليه أن يرد الشيكين عملا بالفصل 804 من ق ل ع تحت طائلة الحكم عليه بتعويض الضرر اللاحق بالمستأنف عليه، (انظر في هذا الصدد قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 1987/5/26 تحت عدد 1164 في الملف التجاري عدد 86/1216 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 141/140 نونبر 1989 صفحة 209"[67].

وإذا كان للحامل حق التصرف في الشيك فإنه يبقى مسؤولا وضامنا له اتجاه الساحب أو المظهر بصفته مؤتمنا على ورقة لها قيمة مالية وأنه إذا

(67) قرار رقم 99/1485، في الملف عدد 8/99/1186 غير منشور.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

كان للحامل حق المطالبة بنظير ثاني أو ثالث في حالة ضياع الشيك فإن ذلك لا يعفيه من مسؤولية الضياع إذا نتج عنه ضرر للساحب.

وفي النازلة فإن الطاعن لم يدل بما يفيد أن الضياع كان بسبب خارج عن إرادته وأنه لم يكن بسبب إهماله وأن ما قام به من تصريح أمام الجهة المختصة وإخبار الساحب غير كاف وحده لإعفائه من المسؤولية المذكورة"[68].

ومفهوم التظهير التوكيلي يقتضي توكيل المظهر (كسرا) للمظهر إليه (فتحا) من اجل استخلاص الكمبيالة تحت طائلة مساءلة البنك عن عدم إعلام المظهر بعدم استخلاص قيمتها أو في إرجاعها له، وأنه في غياب إثبات كون تظهير الكمبيالة كان تظهيرا توكيليا فإن إقدام البنك على تقييد قيمة الكمبيالة في الجانب المدين لحساب المدين بها يدل على أن الكمبيالة ظهرت للبنك تظهيرا ناقلا للملكية والذي من آثاره انتقال الحق الثابت في الكمبيالة إلى البنك الذي يعتبر حاملا شرعيا لها ومحقا في الرجوع على جميع الملتزمين بها ومنهم الساحب وفق أحكام المادة 201 من مدونة التجارة[69].

(68) المجلس الأعلى القرار عدد : 301 المؤرخ في : 01/2/7 ملف تجاري عدد : 2000/2/3/543. مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 298.

(69) قرار المجلس الأعلى عدد 697 الصادر بتاريخ 2006/06/28 الملف التجاري عدد : 2005/2/3/175 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني : مرجع سابق ص 241.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

إن التمييز بين الخصم والتظهير التوكيلي وآثارهما يتم من خلال صيغة العملية ووقت تقديم الورقة التجارية للاستخلاص وأثر ذلك على تطبيق قاعدة تطهير الدفوع.

حيث إنه بالاطلاع على الكمبيالات يتضح من خلال التواريخ المسجلة خلفها بأنها قدمت للاستيفاء بعد حلول أجل الاستحقاق مما يفيد عدم وجود عملية الخصم المتمسك بها(70).

ونشير في الأخير إلى أنه رغم خضوع التظهير التوكيلي لقواعد الوكالة فإن القانون الصرفي خرج عن ذلك واعتبر الوكالة التي يتضمنها التظهير التوكيلي لا تنتهي بوفاة الموكل أو بفقد أهليته على خلاف القواعد العامة.

فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1986/02/16 أنه : "حيث تعيب الطاعنة القرار انعدام الأساس القانوني لكون الدعوى أسست على أن البنك ارتكب خطأ عندما أدى قيمة الكمبيالة لم تكن موقعة من طرفها دون أن يتأكد من مطابقة الإمضاء الذي تحمله لنموذج إمضائها المودع لديه، والمحكمة رفضت الدعوى دون أن تأمر لا بإجراء خبرة التي اتفق الطرفان على ضرورة القيام بها ولا تأكدت من صحة التوقيع الذي أنكرته.

حقا فإن الدعوى التي أقيمت ضد البنك على أساس أنه ارتكب خطأ عند خصمه قيمة الكمبيالة من حساب الطاعنة المفتوح لديه، دون أن يتأكد من أن التوقيع الذي تحمله بالقبول والمنسوب إليها مطابقا لتوقيعها المودع لديه، وأنه إذا كان البنك نظرا إلى الأعداد الهائلة من عمليات صرف

(70) محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء قرار تمهيدي رقم : 2006/147 صدر بتاريخ : 2006/03/30 رقم الملف بالمحكمة التجارية : 5/12561 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية : 2002/04/102. مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 249.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

مختلف الأوراق التجارية التي يقوم بها يوميا لا يمكن أن يلزم قبل صرف شيك أو كمبيالة إلا بعد إجراء الفحوص التقنية والدقيقة حول كل توقيع مما يستلزم خبرة خاصة لا تتوفر الا للمختصين في تحقيق الخطوط فإنه يجب عليه وبالضرورة أن يتأكد من هوية الأطراف وصحة البيانات التي تتضمنها الورقة ومن سلامتها وذلك بالفحص العادي والمتأني للتأكد من خلوها من كل ما يبعث على الشك والريبة خصوصا فيما يتعلق بالمطابقة الظاهرة للتوقيع الذي تحمله لنموذج توقيع زبونة المودع لديه، وإن المحكمة بدلا من أن تبحث فيما إذا كان هناك اختلاف ظاهر بين التوقيعين، مما يمكن القول معه بأن البنك قصر عندما لم يلتفت إليه واكتفت بتبني أقوال هذا الأخير وقالت بأنه تبين بعد فحص الكمبيالة أنها مستوفية لجميع الشروط وأن التوقيع مطابق في حين لا يوجد ضمن أوراق الملف ما يفيد أن المحكمة كانت قد وضعت بين يديها الكمبيالة موضوع النزاع ونموذج توقيع الطاعنة لدى البنك حتى يمكنها من القيام بأي إجراء من هذا الشأن مما يجعل قضاءها غير مرتكز على أساس "[71].

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 23 نونبر 1999 إلى أن البنك الموطنة لديه الكمبيالة ملزم بأداء مبلغها إلى الحامل، ولا يمكنه الاحتجاج في مواجهته بتخلف أحد بياناتها الإلزامية، ما لم يصرح المسحوب عليه بموجب وكالة، أنه لا يلتزم بسند غير مكتمل[72] إن ما قضت به محكمة النقض الفرنسية محل نظر. فإذا كان البنك الموطنة لديه الكمبيالة يعتبر وكيلا عن المسحوب عليه فإن عليه أن يكون حريصا

(71) مجلة القضاء والقانون، عدد 137، ص : 166 وما بعدها.

(72) القرار منشور بمجلة لامي لقانون الأعمال، فبراير 2000، ع.24، ص : 26.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

على مصالح موكله في أداء مهمته، وهو لا يعتبر كذلك إذا وفى بكمبيالة ينقصها أحد البيانات الإلزامية. وفي هذا قضى المجلس الأعلى في قرار صادر بتاريخ 25 ماي 2005 أن المؤسسة البنكية "تكون ملزمة كلما قدم لها شيك للوفاء يحمل كافة بيانات الإلزامية أن تعمل على تنفيذ أمر الساحب عن طريق وفاء الشيك للغير الحامل"(73). فلو لم يكن الشيك مستوفيا للبيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 239 من مدونة التجارة لقضى بخلاف ما حكم به، وما ينطبق على الشيك في هذا المجال ينطبق أيضا على الكمبيالة.

وقد اعتبر القضاء المغربي مسؤولية البنك عن إخلاله بالتزاماته الناشئة عن عقد الوكالة التي تربطه بزبونه مسؤولية تعاقدية وليست تقصيرية,

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى " لئن كانت المادة 189 من مدونة التجارة لا تجيز التعرض على الوفاء بالكمبيالة إلا في حالة ضياعها أو سرقتها أو في حالة التسوية أو التصفية القضائية للحامل، فإن علاقة المسحوب عليه –المتعرض على الوفاء خارج الحالات المذكورة- بالبنك المستوطن به حسابه هي علاقة وكيل بموكل ينظمها الفصل 903 من قانون الالتزامات والعقود، مما لا مجال معه لإعمال مقتضيات المادة 189 المذكورة لتعلق الأمر في النازلة –التي امتنع فيها البنك من الاستجابة لتعرض زبونه على وفاء الكمبيالة- بمسؤولية عقدية تؤطرها القواعد العامة، تجعله مسؤولا عن الإخلال بأهم التزام يقع على عاتقه وهو احترام تعليمات زبونه"(74).

(73) القرار منشور بقضاء المجلس الأعلى، ع.66، ص: 20.

(74) قرار المجلس الأعلى عدد 516 الملف التجاري عدد 1/3/1082/ غير منشور.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 2006/06/28 "لئن كانت مسؤولية البنك المودع لديه شيك ضائع من أجل استخلاصه لفائدة زبونه هي مسؤولية عقدية، باعتباره مودعا لديه مطالبا ببذل العناية اللازمة للمحافظة على الشيك حتى يتمكن الزبون في حالة إذا لم تؤد عملية الاستخلاص لنتيجة إيجابية من إتباع المساطر المخولة له قانونا في مواجهة الساحب، فإنه في حالة الضياع لدى البنك المسحوب عليه المسلم له الشيك من البنك المودع لديه، تبقى مسؤولية الأول مسؤولية تقصيرية رغم وجود رابطة عقدية بينه وبين زبون الثاني"(75).

نفس الاتجاه أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 10/19/ 2005 "إن عدم تقديم البنك لكمبيالة تخص زبونه للسحب يشكل إخلالا بالمسؤولية العقدية، ولذلك لا يجوز الحكم بالتعويض بناء على المسؤولية التقصيرية ؛

يعتبر البنك الذي يتكلف باستخلاص كمبيالات لحساب موكله لدى الغير وكيلا لزبونه ؛ التزام البنك يقوم على أساس تنفيذ عقد الوكالة الذي تحكمه مقتضيات الفصل 903 من ق.ل.ع وعدم تنفيذ الالتزام يفترض قيام المسؤولية التعاقدية ؛

المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس التزام يفرضه القانون وأما المسؤولية التعاقدية في حكمها العقد(76).

(75) قرار المجلس الأعلى عدد 714 المؤرخ في الملف التجاري عدد 2003/3/284/ غير منشور.

(76) قرار المجلس الأعلى عدد 2005 الملف التجاري عدد 2003/1/3/1092 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 355.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ونشير في الأخير إلى أن محكمة التمييز الأردنية أصدرت قرارا بتاريخ 1992/04/13 ينسجم وتشدد القضاء المغربي في مسؤولية الأبناك حيث جاء فيه: " إن قوام المسؤولية التقصيرية في الأعمال المصرفية هو الضرر وحده خلافا لأركان المسؤولية الواردة في القانون المدني التي تستلزم بالضرورة توافر عنصر الخطأ والضرر والرابطة السببية بينهما "[77].

المطلب الثاني : التظهير بعد ميعاد الاستحقاق أو إجراء الاحتجاج

يدخل هذا التظهير في ما أسميناه بزمان أو وقت التظهير، ولذا نتساءل عن أثره على تطبيق قاعدة تطهير الدفوع ؟

إن حامل الورقة التجارية حين موعد الاستحقاق قد يتقدم إلى المدين مطالبا إياه بوفاء الورقة التجارية فتنتهي بذلك حلقة سلسلة التظهيرات، وتفقد بذلك صلاحيتها في التداول لانتهاء حياتها – انطفاء الدين الصرفي – غير أن حاملها عوض الرجوع على المدين وعلى بقية الملتزمين بالورقة في حالة عدم الوفاء وبعد اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في القانون للحفاظ على حقوقه منها إجراء الاحتجاج والإعلام، يعمد إلى تظهيرها في ميعاد الاستحقاق أو بعد تاريخه وقبل انتهاء الأجل المعين لإجراء الاحتجاج أو بعده، وقد يقع بعد توجيه الاحتجاج فهل يترتب على هذا التظهير ما يترتب على التظهير الواقع قبل الاستحقاق من أثر ؟

تجيبنا المادة 173 من م.ت.ج بأنه : "يترتب على التظهير الحاصل بعد تاريخ الاستحقاق نفس الآثار المترتبة عن تظهير سابق، إلا أن التظهير الحاصل بعد وقوع الاحتجاج عدم الوفاء أو بعد انصرام الأجل المعين لإقامته، لا يترتب عنه سوى آثار الحوالة العادية".

ونظرا لما قد تثيره هذه المادة، من إشكال قانوني يتمثل في معرفة تاريخ الاحتجاج، لكون المشرع لم يعتبر تاريخ التظهير بيان إلزامي في

(77) زهير كريم، مرجع سابق، ص: 292.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

الورقة التجارية، لذلك فإن الفقرة الثانية من المادة أعلاه اعتبرت التظهير بلا تاريخ محررا قبل انصرام الأجل المعين لإجراء الاحتجاج ما لم يثبت خلاف ذلك، بمعنى أن الأمر يتعلق بمجرد قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

كما أن المادة أعلاه وإن كانت قد تطرقت فقط للتظهير الحاصل بعد وقوع احتجاج عدم الوفاء، فإنها لم تشر للتظهير الواقع بعد الاحتجاج، ويرجع ذلك لكون محرر البروتستو(63) بمراجعته سوف يتضح ما إذا كان الاحتجاج سابق لتحريره أم لا.

وفي الأخير نتساءل عن مصير التظهير اللاحق لميعاد الاستحقاق متى تضمنت الكمبيالة شرط الرجوع بلا مصاريف كشرط اتفاقي(64) أو وجود حالات إعفاء قانونية كالقوة القاهرة أو حالة التسوية أو التصفية القضائية للمسحوب عليه أو الساحب.

- في حالة شرط الرجوع بلا مصاريف فأي تظهير يرد بعد ميعاد الاستحقاق لا ينتج سوى أثر الحوالة العادية.

- في حالة القوة القاهرة(65)، إذا قام الحامل بتظهير السند فإن هذا التظهير ينتج الآثار الصرفية.

---

(63) نصت المادة 210 من م.ت : "يشمل الاحتجاج على النص الحرفي للكمبيالة والقبول والتظهيرات والبيانات المذكورة والإنذار بوفاء قيمة الكمبيالة ويتبين في الاحتجاج حضور أو غياب الملزم بالوفاء وأسباب رفض الوفاء والعجز عن التوقيع أو رفضه".

(64) نصت المادة 200 م.ت : " يجوز للساحب وكأي مظهر، أو ضامن احتياطي أن يعفي حامل الكمبيالة من إجراء الاحتجاج عند مباشرة حقه في الرجوع".

(65) نصت المادة 207 من م.ت : "إذا استمرت القوة القاهرة أكثر من ثلاثين يوما بعد الاستحقاق، جاز الرجوع من غير حاجة إلى تقديم الكمبيالة أو إقامة الاحتجاج".

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

- في حالة التسوية أو التصفية القضائية[66] للمسحوب عليه أو الساحب فإن التظهير الحاصل بعد الحكم ينتج الآثار الصرفية ما لم يكن الحامل عالما بوضعيتهما أو الحكم الصادر ضدهما ما دام لا يرد على صدر الورقة.

وقد استقر القضاء العراقي مند وقت طويل على أن التظهير الواقع بعد ميعاد الاستحقاق يعتبر تظهيرا صحيحا منتجا لآثاره أما التظهير الواقع بعد مدة الاحتجاج فإنه يعتبر حوالة حق .

وهكذا فقد قضت محكمة التمييز في قرار لها بتاريخ 1972/03/25 : "إن تظهير الكمبيالة بعد استحقاقها وبعد مدة سحب الإنذار ينتج نفس الأثر لحوالة الحق بمقتضى القانون المدني، ولما كانت هذه الحوالة يشترط فيها قبول المحال عليه أو تبليغه بها لكي تكون نافذة في حقه، فإن وفاة ساحب الكمبيالة قبل قبوله يجعل الحوالة غير مستوفية لشروطها القانونية"[67].

المطلب الثالث : انتقال الورقة التجارية بغير طريق التظهير

إذا كان التظهير الطريقة الشائعة والمعتادة لانتقال وتداول الأوراق التجارية، فإنه من الجائز قانونا انتقال ملكية هذه الأوراق بغير هذه الطريق كحوالة الحق النادرة والغير المعروفة في تداول هذه الأوراق لما تحمله من مخاطر وعقبات وصعوبات بالغة في التعقيد.

فالحوالة لا تنعقد إلا بتبليغها للمحال عليه تبليغا رسميا أو قبوله لها في محرر ثابت التاريخ، أضف إلى ذلك أن المحيل لا يضمن إلا وجود

(66) نصت المادة 197 من م.ت : "لا يكفي الحامل تقديم الحكم القاضي بالتسوية أو التصفية القضائية ليجوز له استعمال حق الرجوع".

(67) مذكور عند عبد الرزاق عبد الوهاب، التظهير في قانون التجارة العراقي المجلة العربية للفقه والقضاء عدد 5 ص : 29.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

الدين دون يسار المحال عليه، وأخيرا انتقال الحق بشوائبه دون تظهير – إذ يكتسب المحال له حق المحيل اتجاه المحال عليه(68) وليس حقا مستقلا ومجردا كما هو الحال في التظهير.

وتنتقل الورقة التجارية أيضا عن طريق الإرث أو الوصية والتنفيذ الجبري على أموال المدين واندماج الشركات وانفصالها(69)، والأثر الناشئ عن جميع طرق الانتقال هاته لا تتجاوز من حيث القوة طريقة حوالة الحق.

وقد ثار نقاش في الفقه حول خضوع المناولة اليدوية لنفس الأثر الناشئ عن التظهير، وبمعنى أخر هل يحتل الشخص الذي تلقى الورقة عن طريق المناولة اليدوية لنفس مركز المظهر إليه الذي لا يستطيع من ظهر إليه الورقة على بياض أو للحامل أن يحتج عليه بالدفوع التي تربطه بالموقع السابق ؟

يرى الأستاذ أحمد إبراهيم البسام وبحق من أن ما ذكره الأستاذان "روبلو وليسكو" من أن التظهير وحده هو الذي يطهر حق الحامل لا ينبني

(68) R. Roblot op.cit p : 247.

(69) فقد نصت المادة 224 من قانون شركات المساهمة الصادر بتاريخ 30 أغسطس 1996 : "يترتب عن الاندماج حل الشركة التي تنتهي دون تصفيتها وانتقال مجموع ذمتها المالية للشركة المستفيدة في الحالة التي تكون عليها ذمتها المالية وقت الإنجاز النهائي للعملية، ويترتب عن الانفصال الانتقال الشامل للجزء المفصول من الذمة المالية للشركة، إلى الشركة الجديدة المؤسسة من نفس الوقت أو إلى الشركة الضامة في حالة الانفصال أو الإدماج" وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية : "أن الشركة الدامجة تعتبر خلفا عاما للشركة المندمجة" قرار صادر بتاريخ 1985/05/13، ذكره أحمد محمود حسني ملحق قضاء النقض التجاري، مرجع سابق ص : 138.
للتعمق حول هذا الموضوع يراجع ابتسام فهيم، النظام القانوني لاندماج الشركات، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون لخاص، جامعة الحسن الثاني عين الشق الدار البيضاء 2006.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

على تفسير مقبول لنص المادة 16 موحد التي أقامت شرطا شكليا لإثبات شرعية الحامل للورقة دون أن تقتضي وجوب تحقق التظهير بالنسبة إليه لكل عملية انتقال، فيكفي حسب ما نفهمه من هذه المادة أن تحمل الورقة سلسلة غير منقطعة من التظهيرات ليتوافر للحامل شرط الشرعية من الناحية الشكلية دون حاجة لأن يكون حصل على الورقة نتيجة تظهير فعلي كما لو تلقاها بالمناولة أو بعد ملأ اسمه بالفراغ(70).

وحيث أنه فضلا عن ذلك فإن المادة 17 موحد "المادة 171 من م.ت" التي أقامت مبدأ تظهير الدفوع اقتصرت على ذكر الحامل دون تمييز بين الحامل الذي انتقلت إليه الورقة بالتظهير والحامل الذي تلقاها بالمناولة اليدوية، فكلاهما لا يصح الاحتجاج إزاءه بالدفوع التي يستطيع المدين في الورقة توجيهها إلى الشخص الذي نقل إليه ملكية الورقة.

وانطلاقا أيضا من المواد 170 و171 و168 من مدونة التجارة التي بعدما نصت على أن التظهير ينقل جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة، خولت للحامل في حالة التظهير على بياض عدة مكنات لنقل الورقة ومنها تسليم الكمبيالة للغير دون ملأ البياض أو تظهيرها.

إن الكمبيالات قابلة للتداول بالتظهير أو المناولة اليدوية وحامل الكمبيالة يعتبر مالكا لها.

(70) سلمان العبيدي مرجع سابق ص : 158.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

ادعاء أداء مبلغ الكمبيالات للساحب لا يعفي من الأداء للحامل لعدم جواز التمسك اتجاه الحامل بالدفوع المستمدة من العلاقة الشخصية بين المدعى عليه والساحب أو الحاملين السابقين(71).

المبحث الثاني : الشروط المتعلقة بصفة الحامل

يشترط في الحامل حتى يحق له التمسك بعدم جواز الاحتجاج بالدفوع في مواجهته أن يكون حاملا شرعيا للورقة التجارية "مطلب أول" وأن يكون حسن النية "مطلب ثان" وألا تربطه بالمدين الصرفي أية علاقة مباشرة "مطلب ثالث".

المطلب الأول : الشرعية الشكلية

يعنى بالشرعية الشكلية المتطلبة في الحامل أن يكون حائزا للورقة التجارية بمقتضى سلسلة غير منقطعة من التظهيرات ولو كان التظهير الأخير على بياض (المادة 170 م.ت) .

وهكذا يجب لتحقق ذلك أن يكون المظهر مظهرا إليه بالنسبة للتظهير السابق، وإذا أنشأت الكمبيالة لأمر ساحبها، فيجب أن يصدر التظهير الأول على الساحب نفسه والتظهير الثاني على الشخص الذي تلقى منه الورقة وهكذا دواليك إذا كانت التظهيرات المدونة على الورقة إسمية، ومتى كانت هناك تظهيرات مشطب عليها فتعتبر كأن لم تكن، وإذا كانت الورقة تحمل تظهيرات على بياض اعتبر التظهير الذي يليها قد صدر عن المظهر إليه في التظهير الأخير وبهذا نصت المادة 170 من م.ت على أنه : "متى كان

(71) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2004/1846 المؤرخ في 2004/05/27 مذكور عند * أحمد كويسي، محمد الهيني : مرجع سابق ص 260.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

التظهير على بياض متبوعا بتظهير لآخر اعتبر الموقع على هذا التظهير الأخير مكتسبا للكمبيالة بموجب التظهير على بياض".

وورود تظهيرات غير منقطعة يعتبر قرينة شكلية على شرعية حق الحامل في ملكيته للورقة التجارية، إلا أن هذه القرينة تبقى قابلة لإثبات العكس، ويقع عبئ إثباته على من يدعي خلاف ذلك، مثلا كالحالة التي يكون فيها الحامل الشرعي من الناحية الموضوعية غير مالك لها كما لو عثر عليها بعد أن فقدها مالكها الحقيقي وكان آخر تظهير فيها على بياض، فمن الناحية الشكلية يتوفر له شرط الشرعية بمقتضى (المادة 168 م.ت) سواء ملأ البياض وفي هذه الحالة يمكن للمالك الحقيقي أن يثبت بمختلف وسائل الإثبات عدم أحقية الحامل في اكتسابها إما لسوء نيته أو لكونه ارتكب في سبيل الحصول عليها خطأ جسيما وفي هذا تقول المادة 170 م.ت من فقرتها الأخيرة : "وإذا فقد شخص حيازة الكمبيالة لأي حادث كان لا يلزم حاملها بالتخلي عنها متى اثبت حقه فيها بموجب الأحكام المبنية في الفقرة السابقة ما لم يكن قد حصل عليها بسوء نية أو ارتكب في سبيل الحصول عليها خطأ جسيما".

ومن نافلة القول التنبيه، إلى أن المدين بالوفاء إذا أدى الكمبيالة قبل الاستحقاق تحمل تبعة ذلك الوفاء، ومن وفى في تاريخ الاستحقاق برئت ذمته إلا إذا وقع منه غش أو خطأ جسيم، ويلزم بالتحقق من تسلسل التظهيرات، لكنه لا يلزم بفحص توقيعات المظهرين (المادة 186 م.ت).

والسبب في إلزام المدين الموفي للورقة التجارية بالتحقق من الانتظام الشكلي للتوقيعات لا فحص صحتها، يرجع لكون التحقق من المظهر الخارجي لها يبدو أمرا سهلا ولا يتطلب وقتا طويلا، لأنه ملزم بالأداء الفوري، وإلا اعتبر ممتنعا عن الوفاء، مع ما يترتب عن ذلك من نتائج

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

خطيرة تمس سمعته التجارية إذا كان قابلا للكمبيالة ومنها تحرير البروتستو أداء الفوائد التأخيرية.

وعليه فالمدين بأداء الورقة التجارية ملزم فقط بالتأكد من انتظام التوقيعات دون الدخول في إجراء تحريات حول شخصية الحامل ما لم توجد ظروف تبررها.

أما التفحص والتحقق من صحة التوقيعات فيبدو أمرا صعبا إن لم يكن مستحيلا وفيه إلزام له بما هو فوق طاقته ويتطلب وقتا يتنافى والسرعة المتطلبة في الميدان التجاري.

ومن المهم الإفادة أن وضعية المدين العادي تختلف عن وضعية المدين المصرفي نسبيا بسبب إلزامه بإجراء المطابقة الظاهرة والعادية للتوقيع الذي يحمله البنك لنموذج توقيع زبونه المودع لديه، وإلا تحققت مسؤوليته، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1986/02/16 أنه : "حيث تعيب الطاعنة القرار انعدام الأساس القانوني لكون الدعوى أسست على أن البنك ارتكب خطأ عندما أدى قيمة الكمبيالة لم تكن موقعة من طرفها دون أن يتأكد من مطابقة الإمضاء الذي تحمله لنموذج إمضائها المودع لديه، والمحكمة رفضت الدعوى دون أن تأمر لا بإجراء خبرة التي اتفق الطرفان على ضرورة القيام بها ولا تأكدت من صحة أو عدم صحة التوقيع الذي أنكرته.

حقا فإن الدعوى التي أقيمت ضد البنك على أساس أنه ارتكب خطأ عند خصمه قيمة الكمبيالة من حساب الطاعنة المفتوح لديه، دون أن يتأكد من أن التوقيع الذي تحمله بالقبول والمنسوب إليها مطابقا لتوقيعها المودع لديه، وأنه إذا كان البنك نظرا إلى الأعداد الهائلة من عمليات صرف

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

مختلف الأوراق التجارية التي يقوم بها يوميا لا يمكن أن يلزم قبل صرف شيك أو كمبيالة إلا بعد إجراء الفحوص التقنية والدقيقة حول كل توقيع مما يستلزم خبرة خاصة لا تتوفر إلا للمختصين في تحقيق الخطوط، فإنه يجب عليه وبالضرورة أن يتأكد من هوية الأطراف وصحة البيانات التي تتضمنها الورقة ومن سلامتها، وذلك بالفحص العادي والمتأني للتأكد من خلوها من كل ما يبعث على الشك والريبة، خصوصا فيما يتعلق بالمطابقة الظاهرة للتوقيع الذي تحمله لنموذج توقيع زبونه المودع لديه، وأن المحكمة بدلا من أن تبحث فيما إذا كان هناك اختلاف ظاهر بين التوقيعين مما يمكن القول معه بأن البنك قصر عندما لم يلتفت إليه واكتفت بتبني أقوال هذا الأخير، وقالت بأنه تبين بعد فحص الكمبيالة أنها مستوفية لجميع الشروط، وأن التوقيع مطابق في حين لا يوجد ضمن أوراق الملف ما يفيد أن المحكمة كانت قد وضعت بين يديها الكمبيالة موضع النزاع ونموذج توقيع الطاعنة لدى البنك حتى يمكنها القيام بأي إجراء من هذا الشأن مما يجعل قضاءها غير مرتكز على أساس"[72].

ومن تم فإن الوفاء لغير الحامل الشرعي لا يبرأ ذمة المسحوب عليه ولا يحتج به على الحامل، ولا يعتبر حاملا شرعيا بمفهوم المادة 170 كل من انتقلت إليه الكمبيالة بالإرث أو الوصية أو اندماج الشركات أو التنفيذ الجبري أو التظهير اللاحق لميعاد الاستحقاق والمقدم بعد إجراء الاحتجاج أو انصرام مدته لأن هؤلاء جميعهم تنفذ في مواجهتهم الدفوع التي تنفذ في مواجهة من تلقوا منه الحق، وبالتالي فإن الحماية التي تقررها المادة 170 للحامل الشرعي من تطهير للدفوع تخول لكل من انتقلت إليه الورقة بوسيلة صرفية لأنه حقه مباشرا ومجردا ومستقلا قبل المدين.

(72) مجلة القضاء والقانون عدد 137 ص : 166 وما بعدها.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009 par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail: nabilbouhmidi@marocdroit.com

وإذا كان البعض قد ذهب في اتجاه عدم استفادة المستفيد من قاعدة تطهير الدفوع فإن الأستاذين Stoufflet وGavalda قد اعتبرا أن المستفيد يعد بمثابة الحامل الشرعي ولو أن الكمبيالة لم تنتقل إليه بطريقة التظهير لكنها مع ذلك انتقلت بطريقة صرفية Parce qu'il a acquis l'effet par un procédé combaire وبالتالي فإنه يستفيد من الحماية التي يخولها الفصل 121 من القانون التجارية الفرنسي(73).

وفي هذا الاتجاه ذهبت المحكمة الابتدائية بالرباط في حكمها الصادر بتاريخ 1952/12/19 أنه : "يحق للبنكي بالرغم من أنه الحائز الأول للسفتجة أو الكمبيالة أن يثير قاعدة عدم سريان الدفوع الشخصية"(74).

وهذا ما أيدته محكمة الاستئناف بالبيضاء في قرارها القيم الصادر بتاريخ 1992/06/16 : "وحيث أنه من المقرر فقها وقضاء أنه يجوز في هذه الأحوال اعتبار المستفيد بمثابة الحامل الشرعي للكمبيالة، وبالتالي يضحى من المسوغ المحاجة بقاعدة عدم التمسك بالدفوع المنصوص عليها بمقتضى الفصل 139 ق.ت.ق"(75).

(73) Stouflet Gavalda : effets de commerce, chèque cartes de paiement et de crédit 2ème Edition Litec 1991.

(74) ذكره محمد الحارثي مرجع سابق ص : 234.

(75) الغرفة التجارية قرار رقم 1450 ملف عدد 90/1146 غير منشور.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

إن قاعد تطهير الدفوع تطبق حتى على الحائز الأول للورقة التجارية المستفيد وان لم تنتقل إليه الورقة بالتظهير.لا يمكن للملتزم مواجهة المستفيد بالدفوع التي له قبل الغير تطبيقا لقاعدة تطهير الدفوع(76).

وقد ذهب المجلس الأعلى إلى أن التظهير للبنك لخصم الورقة التجارية ينقل ملكية الكمبيالة للبنك المظهر له، إلا أنه لا يمكن للبنك الرجوع على الغير المسحوب عليه، ويبقى للبنك حق الرجوع على المستفيد من عملية الخصم(77) . إن القول بانتقال ملكية الكمبيالة بالتظهير في هذه النازلة التي نظر فيها المجلس الأعلى يخالف ما جاء في المادة 167 من مدونة التجارة، حيث تنتقل الكمبيالة التي ضمنها الساحب "شرط ليست للأمر" عن طريق الحوالة العادية وليس بالتظهير(78).

وإذا كان التظهير ينقل ملكية الورقة التجارية كما ذهب إلى ذلك المجلس الأعلى فما فائدة انتقال ملكية الكمبيالة إلى البنك الخاصم إذا لم يكن في مقدوره مقاضاة المسحوب عليه ومطالبته بالوفاء. إلا أنه مع ذلك نرى كما ذهب إلى ذلك المجلس الأعلى أن للمؤسسة البنكية اتجاه المستفيد حق مستقل لاستيفاء المبالغ التي وضعتها تحت تصرفه تطبيقا للقواعد التي تحكم عملية خصم الأوراق التجارية،مع التنبيه إلى أن الرجوع على المسحوب عليه يظل ممكنا، ولا يحق الرجوع على المستفيد إلا في حالة رفض الأول الأداء.كما لا يحق للمسحوب إليه مواجهة البنك الخاصم بالدفوع التي له قبل المستفيد، لأن حقه مستقل قانونا، والأولى أن يقال قانونا كذلك أنه حق مجرد،ولو لم تنتقل إليه الورقة بغير التظهير.

(76) قرار رقم 2341 بتاريخ 1984/12/12، ملف مدني عدد 94/123 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 230.

(77) القرار صادر بتاريخ 22 مارس 2006، قضاء المجلس الأعلى، ع.67، ص: 163.

(78) J. Stoufflet et Ch.Gavalda, op.cit, p.58. M.Cabrillac, op.cit, p.92

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 2006/04/20" إن تقديم الكمبيالات سند الدين للبنك في إطار عملية الخصم يملك البنك الحق في الورقة المخصومة، وفوائدها تجاه المدين الرئيسي بقيمة الأوراق التجارية والملتزمين الآخرين.

كما يستفيد من مبدأ عدم قابلية الاحتجاج في مواجهته بالدفوع أو قاعدة تطهير الدفوع طبق مقتضيات المادة 171 من م.ت."[79].

المطلب الثاني : حسن نية الحامل

لا يفيد من قاعدة تظهير الدفوع إلا الحامل حسن النية، أما الحامل سيء النية، فلا يفيد منها، لأنه يتوقع الاحتجاج عليه بهذه الدفوع التي يعلمها، لأن القاعدة تحمي الغير حسن النية الذي لم يكن بمقدوره العلم بعلاقات موقعين سابقين يجهلهم ويجهل روابطهم، والأصل حسن النية إلى أن يثبت العكس[80]، وإثبات العكس جائز بمختلف وسائل الإثبات تطبيقا لمبدأ حرية الإثبات[81] في المادة التجارية.

ولقد اختلف النهج من بلاد لأخرى حول المفاضلة بين المصالح المتعارضة في الأوراق التجارية، فمثلا في فرنسا[82] كانت ترجح مصلحة

---

(79) قرار غير منشور رقم 596 ملف عدد 232-06.

(80) "وحسن النية مفترض في الحامل الذي يتلقى الورقة بمقتضى تظهير ناقل للملكية أو تظهير تأميني ويقع على المدين عبء إثبات سوء نية هذا الحامل" قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1976/06/15 أورده، أحمد محمود حسن، قضاء النقض التجاري خلال 50 عاما مرجع سابق ص : 122.

(81) J.J. DAIGRE – de la preuve les exceptions opposables par le débiteur d'une traite R.T.D.C 1977 p : 24.

(82) R. Robert op.cit p : 248 ومجموعة من الاجتهادات القضائية تؤكد هذا قبل دخول قانون جنيف حيز التطبيق (نقض تجاري فرنسي 1960/02/02).

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

المدين، ومن تم كانت تكتفي باستبعاد قاعدة تطهير الدفوع بمجرد علم الحامل بما للمدين من دفوع قبل الموقعين السابقين، وبوجه خاص قبل من قام بتظهير الكمبيالة إلى الحامل، وبلاد أخرى مثل إنجلترا كانت تهدف إلى تدعيم الثقة في الكمبيالة، ومن ثم فإنها تأخذ جانب الحامل ولذلك فهي لا تكتفي بمجرد علم الحامل بوجود الدفوع، وإنما تشترط بالإضافة إلى ذلك إثبات غشه وتواطئه بقصد حرمان المدين من التمسك بالدفوع التي كان بوسعه التمسك بها.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير بتاريخ 26 يونيو 1956 في قضية Worms-Salmson إلى أن سوء النية الحامل يكمن في إدراكه ووعيه عند قبوله تظهير الكمبيالة لفائدته، أنه سيسبب ضررا للمدين الصرفي وذلك بحرمانه من مواجهة الساحب أو مظهر سابق بالدفوع الناشئة عن علاقاته السابقة بهؤلاء(83).

إن سوء النية حسب اجتهاد محكمة النقض الفرنسية يقتضي معرفة الحامل بالدفع ثم إدراكه ووعيه أن اكتسابه الكمبيالة سيلحق بالمدين الضرر لحرمانه من مواجهة الساحب أو أحد الحملة السابقين بالدفوع الناشئة عن علاقته بهم. ويجب أن يستمر حرمان المدين الصرفي من التمسك بتلك الدفوع إلى تاريخ الاستحقاق، لأنه في هذا التاريخ يكون الضرر قد تحقق فعلا.

ووفقا لهذا المعيار المتشدد فإنه يندر جدا أن يستطيع المدين إثبات التواطؤ على هذا النحو مما يجعل الدفوع قد تكون له قبل أحد الموقعين

(83) القرار منشور ب .J.c.p–1966– II– 9600. مع تعليق روبلو، .GP 1956، II . 162، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1957، ص : 146. وملاحظة بيكي وكابرياك.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009 par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail: nabilbouhmidi@marocdroit.com

على الكمبيالة غير نافذة في مواجهة الحامل(84)، فقد صار القضاء المصري على هدي القضاء الفرنسي، ففي قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 1984/01/09 جاء فيه : "إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يكفي لاعتبار الحامل سيء النية إثبات مجرد علمه وقت التظهير بوجود دفع يستطيع المدين توجيهه للمظهر ولو لم يثبت التواطؤ بينه وبين المظهر على حرمان المدين من الدفع"(85).

وقد حسم قانون جنيف الموحد في مادته 17 الخلاف بين النظريتين ووقف موقف وسط بين مبدأ التخفيف باشتراط عنصر العلم والتشديد باشتراط عنصر التواطؤ، وأقر مبدأ عنصر الإضرار الذي يفوق مرتبة عنصر العلم وينزل أدناها بالنسبة للتواطؤ، وقصد الإضرار ينبغي أن يكون واضحا ويؤكده واقع الحال، فهو يتضمن علمه بالدفع واتجاه إرادته تلقائيا نحو الإضرار بالمدين وقت التظهير أي وقت اكتسابه الورقة.

وهكذا قررت محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها أن : "مجرد المعرفة البسيطة للحامل بالوضعية المالية والتجارية للمدين لا ينهض مبررا كافيا لاستخلاص سوء نيته" "قرار 1979/06/18 نقض تجاري فرنسي" كما أن مجرد الإهمال أو عدم الحيطة بالنسبة للحامل لا يؤكد سوء نيته "قرار 27 أبريل 1985"(86).

(84) عبد الله محمد العمران، الأوراق التجارية في النظام السعودي ص : 99.

(85) ذكره أحمد محمود حسني، ملحق قضاء النقض التجاري مرجع سابق ص : 31.

(86) Code de commerce, Dalloz 1995 p : 102.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

والمحكمة يجب عليها بيان الوقائع المؤكدة لقصد الإضرار تحت رقابة محكمة النقض لتعلق الأمر بمسألة قانونية "نقض تجاري فرنسي 23 يناير 1953"[87]. وبالتالي تم الانتقال من مستوى العلم إلى مستوى الإرادة Il faut transporter le problème du terrain de la connaissance sur le terrain de la volonté. وإذا كان الأمر يتعلق بشخص معنوي فمسألة حسن النية أو سوءها ينظر لها بالنسبة للمثل القانوني عنه.

وقد باركت محكمة النقض الفرنسية اتجاه قانون جنيف واعتبرته في قرارها الشهير الصادر بتاريخ 1956/06/26 بأنه : "بإدراك الحامل عنه قبوله تظهير الورقة لصالحه ما يسببه ذلك من ضرر يلحق بالمدين الصرفي نتيجة حرمانه من التمسك اتجاه الساحب أو اتجاه مظهر سابق بدفع ناشئ عن علاقات شخصية بهما"[88].

ولقد أكد المشرع المغربي هذا الموقف في المادة 171 م.ت التي جاء فيها ما لم يكن الحامل قد تعمد باكتسابه الكمبيالة الإضرار بالمدين، وتطبيقا للمادة 331 قضت محكمة التمييز اللبنانية بأنه : "لا يكفي مجرد علم الحامل بأن السندات هي سندات إعارة "أي مجاملة" لحرمانه من حقه تجاه محرر السند بل يشترط لذلك أن يكون قد تعمد الإضرار به عندما أحرز السند

(87) Stouffet / Gavalda op.cit p : 89 et 90-91.
D. Vidal les grands arrêts du droit des affaires Mestre-E.PUTMAN inopposabilité des exceptions p : 397-402.

(88) إلياس حداد الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، منشورات الإدارة العامة المملكة العربية السعودية، طبعة 1407هـ ص : 160.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

فأصبح لا يحق له بالتالي أن يدلي في وجه البنك بالدفوع المبنية على علاقته بالحامل السابق أن السند هو سند إعارة"[89].

كما جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ1966/01/11 أنه "يجوز للساحب في دعوى الرجوع التي يرفعها عليه الحامل للمطالبة بقيمة الشيك الاحتجاج ضده بكافة الدفوع التي كانت له قبل المظهر متى كان هذا الحامل سيء النية، فإذا كان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بأن حامل الشيك سيء النية لأنه شقيق المظهر ويعمل في محل تجارته ويعلم أن الشيك موضوع الدعوى حرر للوفاء بثمن البضاعة اشتراها الساحب من المظهر ولم يسلمها إليه ولم يعن الحكم المطعون فيه بالرد على هذا الدفاع الذي لو صح لكان من أنه أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون قد شابه قصور في التسبيب مما يتوجب نقضه"[90].

أما في المغرب فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 1998/03/11 : "وحيث إنه لا جدل فيه أن للقاضي سلطة تقديرية في اعتبار الحامل سيء النية أم حسن النية وذلك في ضوء الظروف والوقائع التي تحيط بالقضية.

وحيث إنه إذا كان الأصل بأن حامل الورقة التجارية يفترض فيه أنه حسن النية وأن المسحوب عليه القابل الذي يريد التمسك بعدم وجود مقابل الوفاء يتعين عليه إثبات أن الحامل قد اكتسب الكمبيالة وهو عالم بأنه يلحق ضررا بالمدين، فإنه بمراجعة أوراق الملف وخاصة صورة النموذج "ج"

(89) قرار صادر بتاريخ 9 كانون الأول 1966 أشار إليه علي البارودي، القانون التجاري بيروت، الدار الجامعية 1988 ص : 87.

(90) ذكره أحمد محمود حسين، قضاء النقض التجاري في خمسين عاما مرجع سابق ص : 105. أنظر أيضا قرار لنفس المحكمة الصادر بتاريخ 1969/01/09 ص : 121.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

(ش..ش) ومحضر اجتماع المجلس الإداري لهذه الأخيرة بتاريخ 1994/11/21. وإن السيد (م.ش) هو رئيس المجلس الإداري لشركة (ش)، وأن له جميع السلطات للتوقيع باسمها يكون حصول هذه الأخيرة على الورقة التجارية المذكورة تصرفا بسوء نية ينطوي على الإضرار بالمدين المسحوب عليه السيد (ب.ع) لعلمها وقت التظهير بوجود نزاع بين المظهر والمسحوب عليه، وبالتالي لا يمكنه الاحتجاج في مواجهته بقاعدة تظهير الدفوع"[91].

كما قضت نفس المحكمة في قرار آخر بتاريخ 29 أكتوبر 1998 "حيث إن المستأنف عليها أقرت أن الكمبيالتين ظهرتا لها من طرف شركة (أ.ج) بعد أن رجعتا دون أداء، فإنها بذلك كانت على علم بواقعة عدم وجود الرصيد المقابل للوفاء.

حيث إن قبولها التظهير أعلاه من شأنه أن يلحق الضرر بالمدين الأصلي في الكمبيالتين ويحرمه من التمسك بدفوعه تجاه الحاملين السابقين، وبذلك تكون قد فوتت عليها فرصة الاستفادة من مقتضيات المادة 171 من مدونة التجارة[92].

يتضح من هذين القرارين أن قضاة الموضوع طبقوا مقتضيات المادة 171 من مدونة التجارة تطبيقا سليما، ذلك أن علم حامل الكمبيالة بوجود نزاع بين المظهر والمدين الصرفي أو علمه بعدم وجود الرصيد المقابل للوفاء لا يمكن أن يفسر إلا على أساس أن الحامل في هاتين النازلتين كان يقصد الإضرار بالمدين وحرمانه من التمسك بالدفوع تجاه الحاملين السابقين.

(91) قرار رقم 93/331 ملف عدد 3/98/306 غير منشور.

(92) قرار رقم 98/298 غير منشور.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

كما جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1996/02/14 : "إذا كان المستفيد لا يواجه بالدفوع الناتجة عن العلاقة مع الساحب يشترط لذلك ألا يكون سيء النية "[93].

وقد ذهبت عدة محاكم فرنسية إلى اعتبار الحامل سيء النية عندما كان يعلم بالتوقيع على كمبيالة مجاملة[94].

كما أن ادعاء العلم بقيام صعوبات لساحبة الأوراق التجارية المخصومة وتعمد البنك اكتسابها للإضرار بحقوق المواجه به يتعين إثباته[95].

ونشير في الأخير أنه على نقيض الاتجاه السابق تطالعنا محكمة الاستئناف التجارية بمراكش[96] في قرارها الصادر بتاريخ 1999/11/01 بتبنيها لنظرية العلم التقليدية المنتقدة في ظل قانون جنيف الموحد ومدونة التجارة المغربية بحيث جاء في القرار أنه : "حيث إن مواجهة المستأنف للمستأنف عليها الأولى بالدفوع المستمدة من علاقته الشخصية مع المستأنف عليه الثاني غير مقبول منه قانونا تطبيقا لمقتضيات الفصل 171 من م.ت.ج وتطبيقا لقاعدة تطهير الدفوع أو عدم التمسك بالدفوع، والإدعاء بوجود تواطؤ بين المستأنف عليها ووجود علاقة حميمة تربطهما أضر به لا دليل عليه، ولم يثبت للمحكمة بكل وضوح لا لبس فيه سوء نية الحاملة

(93) النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى عدد 2 ص : 21.

(94) محكمة مون بوليي 1926/07/22 مجلة القصر الجزء الثاني، كذلك قرار وورمس arrêt worms نقض 1956/06/26 منشور بالأسبوعية القانونية 1956 – تعليق روبلر مجلة القصر الجزء الثاني ص : 331، مشار إليه بهامش القرار أعلاه.

(95) قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 2006/04/20 رقم 596 ملف معدد 06-232 غير منشور.

(96) قرار رقم 443 ملف عدد 99/346 غير منشور.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

سواء بعلمه للمعاملة العقارية أو بالدفوع التي كان سيتمسك بها المستأنف في مواجهة المستأنف عليه الثاني".

ويجب على القاضي الحسم في الطبيعة القانونية للعملية موضوع الالتزام الصرفي، قبل تطبيق نطاق قاعدة تطهير الدفوع، فمثلا فالتمييز بين الخصم والتظهير التوكيلي وآثارهما يتم من خلال صيغة العملية ووقت تقديم الورقة التجارية للاستخلاص، وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 03/30/ 2006"حيث إنه بالاطلاع على الكمبيالات يتضح من خلال التواريخ المسجلة خلفها بأنها قدمت للاستيفاء بعد حلول أجل الاستحقاق مما يفيد عدم وجود عملية الخصم المتمسك بها.

حيث إنه فضلا عن ذلك فإن الثابت من وثائق الملف أن بنك الوفاء على علم بالصعوبات التي كانت تعاني منها شركة سانكومار حسبما هو ثابت من الحكم عدد 03/7 لذلك فإنه لا يستفيد من مقتضيات المادة 171 من م.ت. وبالتالي فإن المستأنف يبقى محقا في مواجهته بجميع الدفوع"[97].

كما جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 23 يناير 2008 "إن تظهير الكمبيالة تظهيرا ناقلا للملكية يكسب الدائن الحامل الشرعي لها كافة الحقوق الناتجة عنها، والتظهير السابق عن تاريخ فتح مسطرة التسوية

(97) قرار تمهيدي رقم 2006/147 رقم الملف بالمحكمة التجارية02/12561، رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية 5/04/102، مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 243.
= =

= = كما جاء في قرار الموضوع لنفس المحكمة"حيث إن بنك الوفاء لما كان يقوم بمهمة تسير شركة سانكومار وعالما بوضعيتها المختلة فانه لما تسلم الكمبيالة من طرف شركة سانكومار يكون قصده هو الإضرار بالمدين وذلك بحرمانه من دفوعه المشروعة في مواجهة الساحبة وهذا النوع من سوء النية يعطل قاعدة عدم سريان الدفوع - حيث إن قاعدة عدم سريان الدفوع الشخصية لا يمكن أن يحتمي بها الحامل الشرعي إلا إذا كان حسن النية"، مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني:مرجع سابق ص 249.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

القضائية في حق المدينة ينفي سوء نية البنك الحامل أو كونه تواطأ مع الساحب من أجل إلحاق الضرر به(98).

والعبرة في تقدير سوء النية وقصد الإضرار بالمدين هو وقت اكتساب الحامل الكمبيالة(99) بيد أن تحديد الوقت المعتمد للقول بسوء نية الحامل لا يخلو من صعوبة، كما إذا خصمت كمبيالة وحدث لسبب ما، التشطيب على هذا القيد ثم أعيد خصم الكمبيالة مرة ثانية، فهل يقع تقدير سوء نية البنك الخاصم عند تلقيه الكمبيالة أول مرة أم عند إعادة الخصم ؟

يذهب جانب من الفقه إلى أن العبرة بوقت التظهير الثاني للحكم بسوء أو حسن نية الحامل، ما لم يكن التظهير الثاني مرتبطا بالتظهير الأول كحالة العدول عن قيد عكسي أو إذا وقع تمديد عملية الخصم(100) .

لكن ما الحكم إذا أصبح المظهر حاملا للكمبيالة من جديد بعد وفائه بمبلغها؟ قد يبدو من المنطقي تقدير سوء نية الحامل وقت انتقال الكمبيالة إليه مرة ثانية، بيد أن هذا القول يقتضي أن تكون للحامل حرية اكتساب الورقة التجارية، فالمظهر الذي أصبح حاملا جديدا يكون مضطرا للوفاء بمبلغ الكمبيالة إلى حاملها الشرعي، مما يدعونا إلى القول إن تقدير سوء نيته هو الوقت الذي تلقي فيه الورقة التجارية أول مرة لأنه يكون قد شارك في العملية الصرفية بملء إرادته(101) . إلا أن البعض يذهب إلى أنه إذا "

(98) القرار عدد 76 في الملف عدد 2006/2//3/811، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 71 ص 290..

(99) محكمة النقض الفرنسية 29 يونيو 1965، 13949-II-1956-J.C.P وتعليق كفالدا، نفس المحكمة 22 يناير 1974، دالوز 1974، قضاء، ص : 408. سميحة القليوبي، ص : 113

(100) J. Stoufflet et Ch. Gavalda, op.cit, p.76

(101) J. Stoufflet et Ch. Gavalda, op.cit, p.77

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

حدث وأصبح المظهر إليه حاملا من جديد بعد قيامه بالوفاء بقيمتها، فإنه يعتد بسوء نيته وقت انتقال الكمبيالة إليه كمستفيد من جديد[102].

الواقع أن هذا الموقف الفقهي ينافي قواعد الالتزام الصرفي التي تفرض على المدين الصرفي الوفاء بمبلغ الكمبيالة في تاريخ الاستحقاق إلى حاملها الشرعي، فالموفي يصبح حاملا للكمبيالة دون إرادته، لأنه لا يملك رفض الوفاء للحامل، لذا فإن تقدير سوء نيته الحامل يجب أن يتم وقت انتقال الكمبيالة إليه بالتظهير أول مرة. أما علمه بالدفوع بعد هذا التاريخ فلا يحرمه من الاستفادة من قاعدة تطهير الدفوع في علاقته بالمدين الصرفي.

والأصل أن حامل الكمبيالة يعتبر حسن النية، فعلى المسحوب عليه القابل الذي يريد التمسك بعدم وجود مقابل الوفاء أن يثبت أن الحامل قد اكتسب الكمبيالة وهو عالم بأنه يلحق ضررا به[103] ويستطيع المدين الصرفي إثبات سوء نية الحامل بكافة طرق الإثبات[104]. بيد أن إثبات سوء نية الحامل قد يبدو صعبا، ويبقى من حق المدين الصرفي أن يثبت أن الحامل كان يقصد من وراء تملكه الكمبيالة الإضرار به. فالمسألة تتعلق

(102) سميحة القليوبي، ص: 113

(103) محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 15 نونبر 1998، مشار إليه سابقا استئناف الدار البيضاء بتاريخ 7 فبراير 1987، وجاء فيه : "... الدفع بسوء نية البنك دفع في غير محله، إذا لم يدل المستأنف بما يفيد علم البنك بالنزاع الحاصل له مع الساحب قبل تظهير الكمبيالة إليه". ذكرته الأستاذة لطيفة الداودي، في مؤلفها الحماية القانونية لحامل الكمبيالة (الحماية المدنية). المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2001، ص : 144. " في نفس المعنى محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 9 نونبر 1999 غير منشور جاء في هذا القرار "... الادعاء بوجود تواطؤ بين المستأنف عليها وبوجود علاقة حميمية تربطهما أضر به لا دليل عليه ولم يثبت للمحكمة بكل وضوح لا لبس فيه سوء نية الحامل سواء بعلمها المعاملة العقارية أو بالدفوع التي كان سيتمسك بها المستأنف في مواجهة المستأنف عليه الثاني".

(104) عرائض فرنسي 19 أكتوبر 1938، GP 1938-2-897.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

بالوقائع التي يمكن إثباتها بواسطة القرائن(105)، وقد يكتفي القاضي للقول بأن سلوك الحامل ينطوي على سوء النية، التصريح بأن الحامل لا يمكن أن يكون جاهلا بالدفع، وذلك حسب الوقائع المعروضة عليه.

كما يمكن لقاضي الموضوع إجراء التحريات التي توصله إلى الحقيقة، أو الأمر بإجراء خبرة. فقد أمرت محكمة الاستئناف بديجون بإجراء خبرة في قضية Worms-Salmson على الرغم من معارضة البنك الخاصم. وتتلخص وقائع القضية التي عرضت على المحكمة أن إحدى الشركات المنتجة للسيارات تعهدت بتسليم أحد عملائها سيارة من نوع برلين 10 أحصنة، وسحبت على المشتري كمبيالة بالثمن، مستحقة الأداء بتاريخ 10 يناير 1952، وتم خصم الكمبيالة لدى أحد البنوك، لكن القابل رفض أداء الكمبيالة لأنه لم يتسلم السيارة من الشركة المنتجة، وقد استطاع المدين إثبات سوء النية البنك عند تلقيه الكمبيالة من الشركة المنتجة للسيارات، لأنه كان عالما أن الشركة لن تستطيع توفير مقابل الوفاء (السيارة) للقابل في تاريخ الاستحقاق.

ويحق للقاضي رفض طلب إجراء الخبرة إذا كان الهدف منها إطالة أمد النزاع ليس إلا، ذلك أن إجراء الخبرة في هذه الحالة يؤدي إلى تأخير الوفاء بالكمبيالة. وفي هذا مساس بالقانون الصرفي التي يمنع إعطاء المدين أي إمهال قانوني أو قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 196 و207 من مدونة التجارة.

(105) علي سلمان العبيدي مقاله، ص: 56. Nicolas Reuter, op.cit, p.468

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ويخضع القاضي في تقديره وجود سوء النية من عدمه لرقابة محكمة النقض (المجلس الأعلى) لأن الأمر يتعلق بتطبيق القانون[106].

نخلص مما سبق إلى أن علم الحامل بالدفع لا يكفي وحده لانتفاء حسن النية كما أن التواطؤ ليس شرطا ضروريا، فقصد الإضرار بالمدين الصرفي يجعل الحامل لا يستفيد من قاعدة تطهير الدفوع، وبهذا يكون قانون جنيف وكذا التشريعات التي أخذت عنه قد تبنت موقفا وسطا بين النظرية الفرنسية، والنظرية الإنجليزية[107].

المطلب الثالث : شرط انتفاء العلاقة المباشرة بين الحامل والمدين الصرفي

إن الهدف من قاعدة تطهير الدفوع هو تيسير تداول الورقة التجارية وبعث الثقة في نفوس المتعاملين بها حماية للوضع الظاهر وذلك بعدم مفاجئة حامليها بدفوع مؤسسة على علاقات تربط المدين بموقعين سابقين لم يكونا على علم بها ولم يضعوها إثر ذلك في حساباتهم وقت اكتساب الورقة التجارية، لأنه يستحيل عليهم إجراء تحقيقات وبحوث مطولة حول وضعيات الملتزمين بها، وأساس التزامهم وبواعثهم الناتجة عن علاقاتهم الأصلية الناشئة عن الورقة التجارية والتي تعد مبرر وجودها وبالتالي فإن القاعدة لا تطبق متى كانت الدفوع ناشئة عن العلاقة الشخصية التي تربط الحامل بالمدين الصرفي[108]، لأن مبرر حمايته ينتفي لكون الدفع ناشئا عن علاقة قانونية هو طرف فيها ولا يتصور انتفاء علمه بها و مفاجأته أو

(106) J. Stoufflet et Ch. Gavalda, op.cit, p.76 . سميحة القليوبي، ص : 116.

(107) أحمد كويسي مرجع سابق، ص 92.

(108) وهكذا جاء في حكم للمحكمة التجارية بمراكش صادر بتاريخ 2000/11/01 : "قاعدة عدم التمسك بالدفوع إنما قررت للمستفيد الغير الذي يدخل حلقة الالتزام الصرفي يجهل العلاقة الأصلية الرابطة بين الساحب والمسحوب عليه"، مجلة القصر عدد 6 شتنبر 2003 ص : 20.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

إرهاقه بالبحث عنها، وبالتالي فإن المدين الصرفي له حق مواجهة الحامل بجميع الدفوع الناتجة عن علاقاتهم الشخصية انطلاقا من المفهوم المخالف للمادة 17 من القانون الموحد والمادة 171 من مدونة التجارة التي تفضي بأنه : "لا يجوز للأشخاص المدعى عليهم بسبب الكمبيالة أن يتمسكوا اتجاه الحامل الدفوع المستمدة من علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحامليها السابقين ما لم يكن طرفا فيها وأجاز بمفهوم المخالفة التمسك بالدفوع الشخصية في مواجهة المدين الصرفي متى كانت تربطه بالحامل علاقة مباشرة، وإما أن تكون هذه العلاقة أصلية ناشئة عن الكمبيالة أو نتيجة علاقات أخرى خارج عنها ومن هذه الدفوع الدفع بالمقاصة، الدفع بعدم تنفيذ العقد أو ببطلان سبب الكمبيالة...

فقد جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1980/08/01 أنه : "تطبيقا لقاعدة تطهير الدفوع أو عدم التمسك بالدفوع فإن الأشخاص المدعى عليهم بسبب الكمبيالة لا يسوغ لهم أن يتمسكوا ضد الحامل بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية مع الساحب أو مع الحملة السابقين ما عدا إذا تعمد الحامل الإضرار بالمدين"(109).

وجاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 1999/11/25 : "إن الكمبيالة سند الدين مثبتة للمديونية ولا حق لمن أقيمت عليه الدعوى بسببها الاحتجاج على حاملها الدفوع المبنية على علاقاته

(109) المجلة العربية للفقه والقضاء عدد 4 ص : 352. كما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء صادر بتاريخ 2000/02/18 : "رجوع الدفوع الشخصية بين المستفيد والمسحوب عليه لا يمكن أن يواجه بها الحامل، ما لم يثبت أن الحامل تعمد الإضرار بالمدين" مجلة الإشعاع عدد 26 ص : 265.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

الشخصية بالساحب أو بحامليها السابقين ما لم يكن الحامل قد حصل عليها بقصد الإضرار بالمدين"[110].

كما جاء في قرار آخر صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 1999/04/19 : "لا يمكن مواجهة المظهر له بالدفوع المبنية على العلاقة الشخصية بين الساحب وباقي الحملة السابقين إعمالا لمبدأ عدم التمسك بالدفوع في مواجهة الحامل حسن النية"[111].

كما ذهبت محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها على أنه : "للمظهر إليه الحق في الرجوع على المظهر بقيمة السندات الإذنية المظهرة إليه إذا عجز عن تحصيل قيمتها، يجوز إجراء المقاصة بين قيمة هذه السندات وبين سندات المظهر إليه المدين بها للمظهر"[112].

وجاء أيضا في قرار لمحكمة النقض السورية الصادر بتاريخ 1969/10/25 : "كون الدين مصدره ثمن بضاعة باعها الساحب للمسحوب عليه القابل ثم أفلس، بحيث اعتبر البيع لاغيا فإن ذلك ليس من شأنه أن يؤثر على حقوق الحامل الذي تلقى الورقة بحسن نية على اعتبار أن التظهير الواقع من الساحب يطهر الدفوع، فلا يحق للمسحوب عليه القابل أن يحتج على الحامل بالدفوع المبنية على علاقاته الشخصية بالساحب"[113].

كما جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية أن : "التزام المصرف هو التزام مجرد بات ومباشر ينشأ في ذمة المصرف قبل المستفيد فيجبره على وضع القيمة المتفق عليها، ويسلبه حق التمسك بالدفوع المستمدة من

(110) قرار رقم 754 عدد 99/680 غير منشور.

(111) قرار رقم 259 عدد 99/237 غير منشور.

(112) ذكره أحمد محمود حسني، قضاء النقض التجاري في خمسين عاما مرجع سابق ص : 119.

(113) موسوعة القضاء والفقه للدول العربية الجزء 11 ص : 794.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

علاقات جانبية كالعلاقة بينه وبين الآمر بإصدار الخطاب أو العلاقة بين الآمر والمستفيد"(114).

إذا كانت الدفوع الشخصية تعتبر استثناء على قاعدة تطهير الدفوع بحيث يحق للمدين الاحتجاج بها في مواجهة كل من تربطه به علاقة شخصية مباشرة فإن العديد من الاجتهادات القضائية وخاصة لمحاكم الموضوع التي تمكنا من الاطلاع عليها حرمت المدين من التمسك بهذه الدفوع، إما بدعوى مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية واستقلالها عن الالتزام الأصلي وبأن هذه الأخيرة تتداول بغض النظر عن تاريخ إنشائها، رغم أن ذلك لا يمكن القول به في إطار العلاقة الأصلية، بمعنى أن الالتزام الأصلي يبقى قائما إلى جانب الالتزام الصرفي ولا يستقل عنه في إطار العلاقات الشخصية المباشرة على خلاف العلاقات الغير مباشرة.

وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس الصادر بتاريخ 1999/04/26 أنه : "حيث إن الكمبيالة هي ورقة تجارية بمثابة النقود والمستأنفة تقر بتوقيعها عليها وتسليمها إلى المستأنف عليها، وبالتالي فهي مستحقة بمجرد حلول أجل وفائها، بغض النظر عن الدفوعات التي أثيرت بشأن سبب إنشاءها والتي لا يمكن مناقشتها أمام هذه المسطرة وفي إطار الدفوع الصرفية"(115).

وجاء في قرار أخر لنفس المحكمة الصادرة بتاريخ 1999/10/25 : "وحيث إنه وفيما يخص الوسيلة الرابعة فإنه وباعتبار الكفاية الذاتية للكمبيالة وقابليتها للتداول بعيدا عن السبب الذي أنشأت من أجله فإن

(114) المجلة المغربية للقضاء عدد 3 ص : 308.

(115) قرار رقم 283 ملف عدد 99/71 غير منشور.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

الطاعن القابل بإصدار الكمبيالة لخدمة ما وفضلا عن عدم إقامة الحجة على صحة ادعائه، فإن حقوقه مع ذلك تبقى محفوظة في الرجوع على المستفيد بدعوى مستقلة"[116].

وفي قرار صادر بتاريخ 1998/07/20 أكدت نفس المحكمة بأنه : "طبقا لقواعد الصرف الصارمة يؤمر المسحوب عليه بأداء الكمبيالات المستوفية لشروطها بحلول أجل استحقاقها بغض النظر عن أسباب إنشائها"[117].

كما نقرأ في قرار آخر صادر بتاريخ 1999/05/03 أنه : "وحيث ركزت المستأنفة في معرض الاستئناف أن الكمبيالة في معرض الاستئناف أن الكمبيالة موضوع الأمر المستأنف سلمت للمستأنف عليها من أجل أداء الوجيبة الكرائية هذه الأخيرة تم فسخها قبل تاريخ استحقاقها، وبذلك تبقى غير محقة في قيمتها طالما لم تستغل العين المكراة من شهر أكتوبر ونونبر ودجنبر 1998.

وحيث تعتبر الكمبيالة من بين أهم الأوراق التجارية لأنها وسيلة وفاء إلى جانب أداة ائتمان وينشأ عنها التزام صرفي مستقل عن الالتزام العادي أو التعاقدي والذي يعتبر التزاما صرفيا ومجردا، وحيث تبقى بذلك المستأنفة مدينة بمبلغ الكمبيالة التي سلمتها لفائدة المستأنف عليها عند تاريخ الاستحقاق وأن حقها المترتب عن الالتزام العادي أو التعاقدي المشار إليه بمقال الاستئناف محفوظ بمقتضى الدعوى المدنية"[118].

وأخيرا جاء في قرار لنفس محكمة الاستئناف الصادر بتاريخ 1999/11/08 جاء فيه : "حيث أقيم الاستئناف على سبب منفرد حاصله إصدار

(116) قرار رقم 752 عدد 99/553 غير منشور.

(117) قرار رقم 17 عدد 98/19 غير منشور.

(118) قرار رقم 301 ملف عدد 99/279 غير منشور.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

الكمبيالات سند الأمر المطعون فيه من شراء التجهيزات لم تنفذ المستأنف عليها كبائعة للالتزامات المقابل.

لكن حيث متى كانت الكمبيالة كورقة تجارية مكتفية بذاتها مستقلة بنفسها فإنه لا يجوز ربط الوفاء لعنصر خارجي أو إلى واقعة أخرى سواء كانت سابقة أو لاحقة على إنشاءها ومن تم فلا مجال للطاعنة للتمسك قبل المستفيد بالدفوع الناشئة عن نقصان في البضاعة المعيبة أو عدم مطابقتها لما تم التعاقد بشأنه والذي حتى على فرض حصوله فإنه لا يبقى أمام المشترية إلا الرجوع على البائعة في إطار دعوى مستقلة عن الدعوى الصرفية"[119].

بعد سرد بعض الاجتهادات القضائية التي أساءت تطبيق قاعدة عدم التمسك بالدفوع، لأنه في إطار العلاقات الشخصية لا تطبق القاعدة وتبقى الدعوى صرفية، ومن تم لا يصح حرمان المدين من مجابهة الحامل بهذه الدفوع استنادا على أن الرجوع ينبغي أن يكون بدعوى مستقلة عن الدعوى الصرفية، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 30 مايو 1979 جاء فيه : "لكن حيث إن النزاع يتعلق بالكمبيالات، وبالدفوع المتعلقة بها فالمقتضيات الواجبة التطبيق هي المنصوص عليها في القانون التجاري"[120].

ويقول الفقيه "فيفانتي" في هذا الشأن : "يلاحظ جيدا أن هذه الالتزامات المجردة لا تعتبر كذلك إلا من حيث تداولها أي حيث تجمع بين

(119) مجلة الإشعاع عدد 24 ص : 163 وما بعدها، راجع تعليقنا على هذا القرار بنفس المرجع.
(120) مجموعة قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية 66-82 ص : 572

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

شخصين لم يحصل بينهما تعاقد ولا يربطهما إلا السند وحده أما في العلاقة بين الحائزين المتتابعين الذين تربطهم علاقة تعاقدية فالسبب ينتج أثره الوقائي بالنسبة للمدين وفقا للقانون العام الذي يمد المدين بالدفوع الشخصية التي لا يحظرها القانون الصرفي"[121].

والسبب في السماح للمدين بإثارة الدفوع الشخصية مع الملتزم الذي تربطه به علاقة شخصية هو أن سحب الأوراق التجارية لا يؤدي إلى تجديد الالتزام بحيث تظل الروابط الأصلية مخيمة على علاقات أصحابها المباشرين[122]، وقد نصت على هذه القاعدة المادة 305 من م.ت.ج بقولها : "لا يتجدد الدين بقبول الدائن تسلم شيك وفاء لدينه ويبقى الدين الأصلي قائماً بكل ماله من ضمانات مرتبطة به إلى أن يقع الوفاء بالشيك المذكور".

ورغم عدم النص على هذا المبدأ صراحة في القواعد المنظمة للكمبيالة والسند لأمر فإنه يبقى مبدأ مسلماً به وغير قابل للنقاش فقهاً وقضاءً وحتى قانوناً لأن التجديد لا يفترض.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1960/06/29 : "إن تجديد الدين لا يفترض بل لا بد من التصريح بإرادة التجديد، وعليه فإن تسليم التاجر المشتري للبائع أوراقاً تجارية ليس إلا مجرد وسيلة أداء لا تفرض بحد ذاتها أن الطرفين قصدا انقضاء الدين القديم بحيث يفقد الدائن الحق في التمسك به"[123].

(121) ذكره أحمد شكري السباعي، الكمبيالة والسند لأمر مرجع سابق ص : 35.

(122) وهكذا جاء في حكم لمحكمة الصلح بالبيضاء صادر بتاريخ 1925/04/09 : "إن الدين الناتج عن عقد البيع لا ينقضي بإنشاء كمبيالة وقعت لتسديد الثمن"، مذكور عند محمد فركت وإبراهيم زعيم، مرجع سابق، ص : 87.

(123) مجلة القضاء والقانون عدد 33 ص 110.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

نفس الاتجاه سلكته محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1971/01/21 الذي جاء فيه : "إن إنشاء الورقة التجارية أو تظهيرها لتكون أداة وفاء لدين سابق يترتب عليه نشوء التزام جديد في ذمة المدين هو الالتزام الصرفي، ونشوء الالتزام لا يستتبع انقضاء الدين الأصلي بطريقة التجديد، وهو ما يستتبع قيام التزام جديد إلى جانب الالتزام الأصلي ويبقى لكل منهما كيانه الذاتي، ومن تم يصبح للدائن في حالة نشوء الالتزام الصرفي حق الرجوع على المدين بدعوى الدين الأصلي أو بدعوى الصرف"(124).

وتبقى الإشارة إلى أنه يحق للمسحوب عليه أن يثير في مواجهة حملة الورقة التجارية انعدام مقابل الوفاء متى كان غير قابل لها، أما عند قبوله فيصبح ملتزماً صرفياً إزاءهم، ذلك أن القبول كما هو الحال بالنسبة للتظهير يطهر الدفوع(125) «L'acceptation purge les exceptions».

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2004/03/17 : "إن المستأنفة تقر بأن الكمبيالة موقعة من طرف ممثلها وإن التوقيع عليها يرتب

(124) ذكره أحمد محمود حسني، قضاء النقض التجاري في خمسين عاما مرجع سابق ص : 114-115
أنظر أيضا قرار آخر صادر بتاريخ 1976/04/05 ص : 115.

(125) جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 19\1\1983 على أنه "طبقا لمقتضيات الفصل 146 من القانون التجاري فإن الطاعن الذي قبل الكمبيالة يكون قد التزم التزاما صرفيا بأداء قيمتها. وإذا كان من حقه أن يثير ضد المطلوبة في النقض الدفوع المبنية على علاقتهما السابقة على سحب الكمبيالة عملا بالفصل 139 من القانون نفسه، بما فيه الدفع بالمقاصة، فإن عبء الإثبات في هذا الشأن يقع على عاتقه لا على عاتقها" قرار المجلس الأعلى عدد 74 ملف مدني عدد 71207، مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: تأملات في اجتهادات القضاء التجاري في مادة الأوراق التجارية، دار القلم الرباط، الطبعة الأولى 2008 ص 201.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

التزاماً صرفياً ولا يجوز لها كمسحوب عليها أن تحتمي بعدم وجود مقابل الوفاء عند الاستحقاق مادام توقيعها بالقبول ثابتاً"[126].

وتنهض قرينة وجود مقابل الوفاء قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس في مواجهة الحامل أما في مواجهة الساحب فهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس من طرف الساحب، هكذا نصت المادة 166 م.ت على أنه : "تنتقل ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين، يفترض القبول وجود مقابل الوفاء، ويعتبر ذلك حجة اتجاه المظهرين، وعلى الساحب دون غيره أن يثبت في حالة الإنكار سواء حصل قبول الكمبيالة أو لم يحصل أن المسحوب عليهم كان لديهم مقابل الوفاء بتاريخ الاستحقاق، فإن لم يثبت ذلك كان ضامنا للوفاء ولو وقع الاحتجاج بعد المواعيد المحددة".

لكن رغم وضوح هذا المقتضى الذي يلقى عبء إثبات عدم وجود مقابل الوفاء في العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه على الساحب إلا أن بعض الاجتهادات القضائية سارت في منحى مخالف ضاربة عرض الحائط بالفصل السابق، فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1950/04/22 أنه : "يسمح للمسحوب عليه الذي قبل الكمبيالة والمقامة ضده دعوى الوفاء من طرف الساحب أن يثبت بجميع وسائل الإثبات المقبولة في المادة التجارية عدم وجود مقابل الوفاء في ميعاد الاستحقاق، وأن الفصل 134 من ف.ت.ق المطابق للفصل 166 م.ت.ح : "يضع لصالح الساحب

(126) قرار عدد 314 ملف تجاري عدد 2003/1/3/1637 مذكور في مؤلف الأوراق التجارية بين القانون والعمل القضائي، منشورات المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات سلسلة القانون والممارسة القضائية عدد 2004/4 ص : 69، وللتوسع بشأن مؤسسة القبول، راجع محمد الصباب، قبول الكمبيالة في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص 1982.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

قرينة غير قاطعة بأن عدم وجود مقابل الوفاء، تلك القرينة التي يجوز للمسحوب عليه أن يعارضها لإثبات العكس"(127).

كما ذهبت محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء في قرارها الصادر بتاريخ 1999/02/18 إلى أنه : "وحيث لا جدال في أن المسحوب عليه بالقبول يلتزم بوفاء الكمبيالة في تاريخ استحقاقها، إذ إن التوقيع بالقبول يفترض وجود مقابل الوفاء حسبما تقتضي بذلك صراحة مقتضيات الفقرة 5 من المادة 166 م.ت.ج.

حيث إنه استنادا إلى ذلك واستنادا إلى أن الطرف المستأنف لم يستطع دحض هذه القرينة بإثبات أنه لم يتسلم مقابل الوفاء من الساحب"(128).

فالتوقيع على الكمبيالة بالقبول قرينة على المديونية،مما يجعل الموقع مدينا مباشرا للحامل والمحكمة ليست ملزمة بإجراء أي تحقيق"(129).

إن المادة 166 المذكرة تتعلق بمقابل وفاء الكمبيالة، ولا يوجد أي مقتضى مماثل لها في القسم الثاني في الكتاب الثالث المتعلق بالسند لأمر و لا تحيل المقتضيات المنظمة لهده الورقة على المادة 166 السالفة الذكر،إضافة إلى أن الطالبين نفوا وجود أي علاقة تجارية بينهم و بين البنك المطلوب تتعلق بالسندات المذكورة، و لم يثبت البنك مقابلا لها، مما حدا بالخبير المنتدب لخصم قيمتها ما مديونية حسابهم الجاري موضوع

(127) قرارات محكمة الاستئناف بالرباط 1949-1956 منشورات المعهد الوطني للدراسات القضائية تعريب محمد العربي المجبود ص : 98 وما بعدها.

(128) قرار رقم 99/173 ملف عدد 3/98/751 غير منشور، في نفس الاتجاه أنظر قرار لمحكمة الاستئناف بالبيضاء صادر بتاريخ 1986/06/03 مجلة المحاكم المغربية عدد 57 ص : 122.

(129) قرار المجلس الأعلى رقم 960 الصادر بتاريخ 2005/09/28 في الملف التجاري رقم 2005/2/3/698 غير منشور.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

النزاع، و بذلك أتى قرارها غير مرتكز على أساس سليم، عرضة للنقض"[130].

يترتب على التوقيع بالقبول على الكمبيالة قيام قرينة على وجود مقابل الوفاء.

إن المقرر فقها وقضاء أن هذه القرينة بسيطة قابلة للدحض، ويمكن إثبات وجود مقابل الوفاء من طرف القابل.

إن النزاع في عدم وجود مقابل الوفاء، بالاكتفاء بالادعاء بعدم التوصل بالبضاعة والذي لم تسبقه مراسلة بين الطرفين قبل ولوج الأطراف إلى القضاء، لا يكون إلا مجرد أطروحة واهية ترمي إلى تعتيم النزاع واصطناع صبغة جدية للنزاع لا ترتكز على أساس من الواقع"[131].

كما جاء في قرار آخر لنفس المحكمة صادر بتاريخ 1998/12/22 والمستند في حيثياته إلى قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1958/11/25[132] هو الآخر لم يحسن تطبيق الفصل المذكور بحيث جاء فيه : "قبول السفتجة أو الكمبيالة يفترض طبقا للفقرة 4 من المادة 134 ق.ت وجود مقابل وفاء صحيح في العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه، وعلى هذا الأخير يقع عبء إثبات وجود مقابل الوفاء لدفع دعوى الساحب"[133].

ولقد أيد بعض الفقه هذا الاتجاه الخاطئ وعلى رأسهم الأستاذ سلمان العبيدي الذي يرى أن المسحوب عليه إذا كان متابعا من قبل الساحب

(130) قرار المجلس الأعلى عدد 679 المؤرخ في 2005/6/15 ملف تجاري عدد 2005/1/3/140 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 211.

(131) قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الغرفة التجارية عدد 1159 بتاريخ : 1986/6/3 ملف عدد : 85/1797 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني:مرجع سابق ص 214.

(132) قرار رقم 98/550 ملف عدد 3/98/417 غير منشور.

(133) مجلة المحاكم المغربية الصادرة في 1959/01/10 ص : 1.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

الحامل الذي يطالبه بالأداء فإنه يقع عليه تقديم الدليل على أنه لم يستلم مقابل الوفاء، وإذا أدى المسحوب عليه وأراد الرجوع على الساحب لأنه قبل على المكشوف ويقع عليه عبء إثبات عدم استلامه لمقابل الوفاء(134).

ومن وجهة نظرنا فإن هذا الاتجاه أغفل تطبيق الفصل 166 من م.ت.ح وقدم عليه المقتضيات العامة للقرائن التي تقضي بأنه من قررت لصالحه قرينة لا يتطلب منه منطقيا إثبات عكسها، ذلك أن الطرف المواجه بهذه القرينة هو المكلف بالإثبات، لكن المشرع ألزم الساحب بالإثبات لحماية المسحوب عليه الذي يعمد إلى قبول الكمبيالة دون التوصل بقيمتها أي على المكشوف.

واستنادا لذلك وعملا بمقتضيات أن النص الخاص يقدم على العام عند التعارض، أعاد المجلس الأعلى الأمور إلى نصابها واعتبر في قراره الصادر بتاريخ 1983/04/27 أنه : "حيث إن الفصل 134 م.ت يعتبر قرينة التوقيع على الكمبيالة قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، وأن الفقرة 6 من نفس الفصل توجب على الساحب في حالة الإنكار أن يثبت أن مقابل الوفاء كان موجودا عند المسحوب عليه وقت الاستحقاق"(135).

---

(134) علي سلمان العبيدي مرجع سابق ص : 229-230. وفي الفقه الفرنسي نجد نفس الرأي عند الأستاذين ريبير وروبلو اللذين بعد أن اعتبرا التوقيع على الكمبيالة بالقبول في العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، واستدل بعدة اجتهادات قضائية صادرة عن محكمة النقض الفرنسية نقض تجاري 1989/03/13 مثلا وأضافا أن المسحوب عليه يمكنه أن يبين أنه قبل الورقة دون أن يكون قد توصل بمقابل الوفاء لثقته في الساحب وعدم إجراء الاحتجاج في مواجهته. وفي نفس الاتجاه راجع :

- Ripert / Roblot op.cit p : 178.
- M. Dejuglant / B. Ippolito op.cit p : 127.

(135) مجلة المعيار عدد 5 سنة 1984 ص : 63.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وجاء في قرار آخر صادر بتاريخ 1991/10/30 أن : "التوقيع على الكمبيالة بالقبول من طرف المسحوب عليه لا يخضع لمقتضيات الفصل 142 تجاري بل لمقتضات الفصل 134 تجاري التي تجعل القبول قرينة بسيطة على وجود مقابل الوفاء في العلاقة بين الساحب والمسحوب وقاطعة في العلاقة بين هذا الأخير والمستفيد"(136).

ولقد ورد في المادة 178 من م.ت.ج على أنه : "يخول للحامل عند عدم الوفاء ولو كان هو الساحب ذاته حق مطالبة المسحوب عليه بدعوى مباشرة ناشئة عن الكمبيالة".

وقد اعتبر البعض(137) هذه المادة تخول للساحب الحامل حق ادعاء مباشر ضد المسحوب عليه شأنه في ذلك شأن أي حامل للكمبيالة، ويترتب عن ذلك حرمان المسحوب عليه من مواجهة الساحب بالدفوع المبنية على علاقته التي تربطه معه، وربط التفسير السليم لها بما تقضي به المادة 171 م.ت، وبالتالي يحق للساحب مواجهة المسحوب عليه بأي دفع يكون ناتجا عن علاقتهما والتي كانت سببا في إصدار الكمبيالة، ذلك أن دين الساحب في ذمة المسحوب عليه الناتج عن الكمبيالة يظل محكوما بالروابط القانونية الناجمة على إنشاء الكمبيالة.

(136) مجلة المرافعة عدد 4 ص : 135.

(137) أستاذنا أحمد كويسي دروس في الأوراق التجارية، الكمبيالة الشيك أعدت لطلبة السنة الرابعة كلية الحقوق بفاس السنة الجامعية 1997-1998 ص : 119.

ويسير في هذا الاتجاه أيضا الأستاذين جونجاك ديغر وليسكو ويعتبران أن تفسير المادة 128 تجاري فرنسي ينبغي أن تتم بارتباط مع المادة 121. كما أن المشكلة لم تطرح في فرنسا إلا بعد صدور مرسوم قانون 1935 تاريخ دخول قانون جنيف الموحد حيز التطبيق.

- j.j.daigre op.cit P / 653.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

ومن وجهة نظرنا وتأييدا لصحة هذا الاتجاه نعتبر أن مفهوم الدعوى المباشرة لا يعني حرمان المسحوب عليه من مواجهة الساحب الحامل بالدفوع الشخصية المبنية على علاقته التي تربطه به لا لشيء إلا لكونه ساحبا وحاملا في نفس الوقت(138) لأن هذا يعد مخالفا لما تقضي به المادة 171 من م.ت.ج من جواز الاحتجاج بالدفوع الشخصية المباشرة على إطلاقها، لأن المهم ليس هو صفة الشخص وإنما العلاقة الشخصية الناشئة عن هذا الدفع، لهذا فالدعوى المباشرة يقصد منها الدعوى الصرفية التي ليست رهينة فقط بتطبيق قاعدة عدم التمسك بالدفوع .

وفي هذا الإطار صدر قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1979/05/03 جاء فيه : "لكن حيث إن النزاع يتعلق بالكمبيالات وبالدفوع المتعلقة بها فالمقتضيات الواجبة التطبيق هي المنصوص عليها في القانون التجاري ولهذا فإن من حق الطاعن باعتباره مسحوبا عليه أن يثير ضد المطلوب في النقض باعتباره ساحبا كافة الدفوع المبنية على علاقته معه وبالتالي كانت السبب في سحب الكمبيالة"(139).

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1999/05/05 أنه : "إذا كان من حق الطاعن باعتباره مسحوبا عليه أن يثير ضد المطلوب في النقض باعتباره ساحبا كافة الدفوع المبنية على علاقته معه والتي كانت السبب في سحب الكمبيالة وذلك طبقا للمفهوم المخالف للمادة 171 من مدونة

(138) وعلى هدي هذا الاتجاه يسير القضاء الفرنسي الذي اعتبر أنه إذا كان الحامل هو الساحب فإن العلاقة التعاقدية والشروط المتفق عليها هي الواجبة التطبيق رغم أن المرحلة هي مرحلة العلاقة الصرفية :

M. Juglant Droit commercial E.P Montchrestien p : 44.

(139) قضاء المجلس الأعلى عدد 28 ص : 32.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

التجارة فإنه يجب بالضرورة أن يدعم تلك الدفوع مما يثبتها، وأن مجرد منازعة الغير المدعمة بحجة لم تكن كافية لتخلصه من أداء قيمة الكمبيالة التي قبلها وحل أجلها"[140].

كما جاء في قرار أخر صادر بتاريخ 1981/05/06 : "إن المدعى عليه بقيمة الكمبيالة التي سحبت عليه من طرف المدعي الحامل لها مقابل ثمن البضائع التي باعها له يستطيع أن يتمسك في مواجهة هذا الأخير بكافة الدفوع المبنية على عقد البيع المبرم بينهما والذي كان السبب في سحب الكمبيالة وقبولها"[141].

وقد سارت في هذا الاتجاه أيضا المحكمة التجارية بمراكش في قرارها الصادر بتاريخ 2000/11/13 جاء فيه : "وحيث إن التوقيع على الكمبيالة بالقبول لئن كان قرينة على وجود مقابل الوفاء طبقا للمادة 166 م.ت الفصل 134 الملغى الذي سحبت الكمبيالات في ظله فإنه تبقى قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس في العلاقة بنين الساحب والمسحوب عليه الذي يمكنه أن يثبت عدم توصله بموضوع الالتزام الأول، مما يمكن للمسحوب عليه القابل بمفهوم المخالفة للمادة 171 من م.ت الفصل 139 من القانون الملغى أن يتمسك ضد الساحب بكل الدفوع المبنية على علاقتها الشخصية وعلى رأسها الدفع بالأداء فإن قاعدة عدم التمسك بالدفوع إنما قررت للمستفيد الغير الذي يدخل حلقة الالتزام الصرفي بجهله للعلاقة الأصلية الرابطة بن الساحب والمسحوب عليه"[142].

(140) قرار عدد 694 ملف تجاري عدد 98/1036 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 56 ص : 174.

(141) مجلة المحاكم المغربية عدد 29 ص : 45.

(142) حكم رقم 1131 ملف رقم 88/671 مجلة القصر عدد 6 ص : 207.

كما جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2004/01/14 : "بما أن الحكم الابتدائي قد أجاب على الدفع المثار بقوله أن الفصل 134 من القانون التجاري القديم (المادة 166

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009 par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail: nabilbouhmidi@marocdroit.com

وما يؤخذ على هذا الحكم هو كونه ألقى عبء إثبات عدم توصل مقابل الوفاء على المسحوب عليه طبقا لمقتضيات الفقرة السادسة من الفصل 165 من ق.ل.ع، لكن هذا لا يمنع بتاتا المسحوب عليه من إثبات عدم توصله بمقابل الوفاء اختيارا كمحاولة منه للتحلل من الوفاء لإبراز حسن نيته في التقاضي.

وفي الأخير يحق للساحب الحامل ولجميع الحملة المتعاقبين مواجهة المسحوب عليه بسائر الدفوع الشخصية التي تربطهم به، وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية أيضا في قرارها الصادر بتاريخ 1948/07/26، وبالتالي رفعت التردد في مواقف بعض محاكم الاستئناف الفرنسية التي كانت تلزم المسحوب عليه بالوفاء للحامل والرجوع عليه بدعوى مستقلة(143).

من مدونة التجارة) ينص على أن التوقيع على الكمبيالة يفرض وجود مقابل الوفاء، وبالتالي فإن عبء إثبات عدم قيام المدعي بالأشغال المكلف بها بمقتضى العقد المومأ إليه يقع على عاتق الطرف المدعى عليه، فإن الوسيلة المثارة بهذا الخصوص تكون غير مقبولة مادام لم تنتقد هذا التعليل"، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات عدد 6 شتنبر 2004 ص : 139.

(143) R. Robert op.cit p : 28.

- Stouflet Gavalda op.cit p : 88.
- J. Ripert Roblot op.cit p : 188-189.
- J. Devéze F. Pétel op.cit p : 151.

والمهم الإشارة إلى أنه إذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد حسمت موقفها منذ 1948 فإنه للأسف لازال المشكل مطروحا عندنا في المغرب وتعكس ذلك مختلف الاجتهادات القضائية التي تعرضنا لها والتي أساءت فهم وتطبيق قاعدة عدم التمسك بالدفوع.

وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 2006/03/16 : "إن منازعة المدين بسند الدين أساس الأمر بالأداء في عدم تنفيذ المستفيد لالتزامه الذي على أساسه سمي الشيك بجعل الدين غير منازع فيه منازعة جدية باعتبار أن الشيك أداة وفاء مما يحتم تأييد الأمر المستأنف"، قرار رقم 374 ملف عدد 05/1519 غير منشور.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وقد أصدر المجلس الأعلى بتاريخ 1996/10/17 قرارا غريبا ومنتقدا جاء فيه : "ينشأ الالتزام الصرفي بمجرد التوقيع على الكمبيالة المجتمعة لكافة شروطها الشكلية ولا يجوز للمسحوب عليه أن يحتمي بعدم بوجود مقابل الوفاء ما دام قد وقع عليها بالقبول، تبقى الكمبيالة في جميع الأحوال سندا مستقلا بذاته ومثبتا للمديونية"(144).

ومن وجهة نظرنا فإن هذا الاتجاه منتقد من وجهين :

- ذلك أنه بالاطلاع على محتوى القرار يظهر أن الكمبيالة مسحوبة لأمر الساحب نفسه وفاء لدين له في ذمة المسحوب عليه أي في إطار العلاقة الشخصية بينهما المتعلقة بالقيام بأشغال التجارة.

- أن قبول المسحوب عليه يجعل هذه القرينة في مواجهة الساحب الحامل قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس من طرف الساحب.

ومن تم فإن القرار جانب الصواب حينما اعتبرها قرينة قاطعة، لأن الساحب هنا له صفتين ساحب وحامل في نفس الوقت، وأيضا لما اعتبر الكمبيالة سندا مستقلا بذاته ومثبتا للمديونية رغم أن الالتزام الصرفي يقوم إلى جانب الالتزام الأصلي ولا يموت أبدا، لأن سحب الكمبيالة لا يؤدي إلى تجديد الالتزام، بالإضافة إلى ذلك عدم مراعاته لمبدأ عدم جواز الاحتجاج بالدفوع المباشرة كاستثناء على قاعدة تطهير الدفوع، وبذلك تضمن القرار خرقا واضحا للفصول 166-171-178 من م.ت.

(144) مجلة المحاكم المغربية عدد 83 ص : 306.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

الفصل الثاني
نطاق تطبيق قاعدة تطهير الدفوع
من زاوية الفقه والقضاء

إذا كان المشرع في المادة 171 من مدونة التجارة قد تعرض لقاعدة عدم التمسك بالدفوع التي تعتبر وبحق حجر الزاوية في القانون الصرفي كما عبر عن ذلك Gavalda وStoufflet[1] لكون مختلف القواعد الأخرى تدور في فلكها وتتفاعل معها.

وإذا كان المشرع قد منع الاحتجاج في مواجهة المدين بالدفوع الشخصية المرتبطة بالعلاقات الأصلية الناشئة بين أطرافها المباشرين، لكن هذا النص جاء قاصراً[2] عن تبيان مدلول القاعدة وتوضيح شروط تطبيقها ونطاقها، بحيث أثار فقط الدفوع الشخصية دون تحديد معناها، فضلاً عن ذلك فهو لم يتطرق لغيرها من الدفوع والتي يطلق عليها الفقه بالدفوع الموضوعية ومرد ذلك أن النقاشات التي صاحبت تدوين هذه القاعدة في مؤتمر جنيف والتي انتهى من خلالها المؤتمرون على ترك تفصيلات وتفريعات القاعدة لصعوبة تحديدها وحصرها[3]، والإحاطة بجوانبها، لأن هذه الدفوع قد تتسع وقد تضيق تبعاً لتطور الحياة التجارية، وذلك لإضفاء طابع الحيوية والحركية عليها وإبعادها عن منطق الثبات والجمود.

---

(1) Stoufflet et Gavalda op.cit p 83.

(2) Stoufflet et Gavalda op.cit p 84-85.

ويرى أن النص الفرنسي 121 المقابل للنص المغربي جاء غير واضح بصفة دقيقة.

(3) Stoufflet et Gavalda op.cit p 86.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وهكذا عمل الفقه والقضاء في تكامل بينهما على رصد مظاهر هذا القصور تبعاً لاجتهاد الفقه ونوازل القضاء، لأن الواقع العملي الذي أفرز هذه القاعدة هو القمين بتأطيرها وتنظيمها وتبيان تجلياتها، وتوضيح القاعدة في أصولها واستثناءاتها حسب المادة 171 من م.ت.ج.

ويرى الفقيه أحمد إبراهيم البسام[4] على أن تعبير الدفوع المبنية على العلاقات الشخصية لا يخلو من الدلالة على محاولة لإقامة القاعدة على أساس التفريق المقترح بين الدفوع الشخصية التي تطهر والدفوع الموضوعية أو العينية التي يصح التمسك بها ضد جميع الحملة حتى من كان منهم حسن النية.

وعلى هذا الأساس فالدفوع الشخصية هي الدفوع التي بمقدور الموقع التمسك بها في مواجهة الحامل الذي يعلم أو من المفروض عليه أن يعلم بوجودها أو يتعمد الإضرار بالمدين نتيجة حرمانه من التمسك بها، ولا فرق بين أن يكون التزامه سابق أو لاحق له، فهذا الدفع يقتضي الاحتجاج به عنصراً ذاتياً أو نفسياً ومعرفة الطرف الآخر بوجوده أو على الأقل يسر هذه المعرفة بالنسبة إليه على عكس الدفوع الموضوعية.

أما الدفوع العينية أو الموضوعية أو المطلقة فهي المرتبطة أو المتصلة بالالتزام الصرفي وبالورقة التجارية ذاتها، بحيث يمكن الاحتجاج بها ضد كل حامل سواء علم بوجودها أو لم يعلم[5].

(4) أحمد إبراهيم البسام مرجع سابق ص 82.

(5) أحمد إبراهيم البسام مرجع سابق ص 83.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وتبعاً لهذه التفرقة سنقسم الفصل الثاني إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول الدفوع غير المطهرة، على أن نخصص الفرع الثاني للدفوع المطهرة.

الفرع الأول : الدفوع غير المطهرة

يقصد بالدفوع غيرالمطهرة الدفوع التي يمكن التمسك بها في مواجهة كل حامل حتى إذا كان حسن النية، مرجعها أن الموقع يلتزم بمقتضى الورقة ذاتها لذلك فهو يستطيع التمسك بالدفوع المرتبطة بها، كما لو تعلق الأمر بالدفوع المستمدة من ظاهر الصك "المبحث الأول" أو الدفوع المتعلقة بانعدام الرضى الكلي أو الجزئي "المبحث الثاني".

المبحث الأول : الدفوع المستمدة من ظاهر الصك أو السند

يعتبر القانون الصرفي قانون شكلي بالدرجة الأولى، والأوراق التجارية لا يعتد بها من الناحية القانونية إلا إذا وردت على الشكل والصيغة المرسومة سلفاً من طرف المشرع باستيفائها للبيانات الإجبارية المادة 159 م.ت بالنسبة للكمبيالة، 232 بالنسبة للسند لأمر، 239 بالنسبة للشيك(6). وعليه فالشكل ركن أصيل وثابت في الالتزام الصرفي يرتبط به وجوداً وعدماً.

(6) "يعتبر الشيك أداة وفاء، والقانون حدد البيانات الإلزامية الواجب تضمينها به، وهي المحددة في المادة 239 من مدونة التجارة ولا يشترط لصحته ذكر سببه، كما أنه لا تأثير لوفاة الساحب بعد الإصدار على آثاره"، قرار المجلس الأعلى عدد 212 صادر بتاريخ 2005/03/02 ملف تجاري عدد 2003/1/3/508، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 66 ص 572.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

والعيب الذي يعتري الشكل يعتبر دفعاً موضوعياً يحتج به في مواجهة الكافة دون اعتبار لحسن النية أو سوءها لأنه عيب ظاهر في السند(7).

والدفوع المستمدة من ظاهر السند منها ما يتعلق بالعيوب الشكلية ومنها ما يتصل بالبيانات الإختيارية.

المطلب الأول : الدفوع المبنية على العيوب الشكلية

لا تصح كورقة تجارية كمبيالة أو سند لأمر أو شيك التي تخلو من أحد البيانات التي ألزمها القانون، مع مراعاة الإستثناءات المنصوص عليها في القانون وإنما تعد ورقة عادية لإثبات الدين إذا توفرت شروط هذا السند طبقاً لنظرية تحول التصرف التي ينص عليها الفصل 301 من ق.ل.ع الذي جاء فيه : "إذا بطل التزام باعتبار ذاته وكان به من الشروط ما يصح به التزام آخر، جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير"، والتي أقرها المشرع في مدونة التجارة.

ونشير إلى أن الورقة التجارية قد تفقد أحد بياناتها الإلزامية وتحافظ على صفتها كورقة تجارية أخرى، وهكذا فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 1965/03/21 إن : "الصك الموصوف بأنه شيك والمتضمن تاريخين أحدهما للسحب والآخر للاستحقاق إذا جاء أمر الدفع مصحوباً بأجل يفقد صفته باعتباره شيكاً، يعتبر أداة وفاء تقوم مقام النقود، ويعد كمبيالة صحيحة أو معيبة تبعاً لما إذا كانت الورقة مشتملة على

(7) Stoufflet et Gavalda op.cit p 85.

- G. Ripert/ R. Raplot op.cit p 200.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

البيانات اللازم ذكرها في هذا الفرع من الأوراق التجارية، فإذا خلت من بيان وصول القيمة فإنها تعد كمبيالة معيبة"[8].

لذا فظهور العيوب الشكلية في ذات الورقة ينفي جهل الحامل بها ويفقد مزية حماية قواعد قانون الصرف[9]، لأنه لا يعذر أحد بجهله للقانون، بل الأكثر من ذلك أن مجرد إلقاء نظرة بسيطة على الورقة التجارية كاف لاستخلاص الثغرات التي تشوبها، ومن تم فلا ضرر في اعتبار الدفع ذو طبيعة موضوعية يحتج به في مواجهة الكافة دون اعتبار لنية الشخص وما يضمره.

ونشير إلى أن التوقيع على الورقة التجارية ينبغي أن يرد بخط اليد[10]، ولا يعتد بأي توقيع ببصمة اليد أو بالخاتم، فمثلاً البصمة على الكمبيالة من طرف الساحب يجعلها باطلة، أما بصمة المسحوب عليه فلا تعتبر قبولاً، فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس الصادر بتاريخ 1999/03/22 : "إن البصمة على الكمبيالة سند الدين لا تعتبر قبولاً لها وفقا للقانون، لأن التوقيع على الأوراق التجارية يجب أن يتم عن طريق الإمضاء كتابة طبقاً لمقتضيات المادة 159 من م.ت، وهو الأصل الذي يجب

(8) ذكرى علي جمال الدين عوض مرجع سابق ص 389.

(9) وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 2005/06/21 : "إن الكمبيالة الخالية من ذكر إسم المستفيد منها تعتبر باطلة ولا تصلح سنداً صرفياً حتى يمكن حماية الحامل لها بأحكام القواعد الصرفية"، قرار رقم 370 ملف عدد 1235-05 غير منشور.

(10) و هكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 9\7\ 2003 "إن المادة 159 من مدونة التجارة لا تشترط أن يكون التوقيع على الكمبيالة مصادقاً عليه لدى المصالح المختصة وإنما اكتفت بأن يكون في الكمبيالة إسم وتوقيع من أصدرها"، قرار عدد 877 ملف تجاري عدد 2003/1/3/355 مذكور في ملف "الأوراق التجارية بين القانون والعمل القضائي"، مرجع سابق، ص 101.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

الأخذ به بالنسبة للساحب والمظهر والمسحوب عليه والضامن الاحتياطي، وكذا السند لأمر والشيك أيضاً، وبالتالي فإن الكمبيالة المبصم عليها تعتبر ناقصة البيانات الإلزامية الأمر الذي يجعل منها سنداً عادياً لإثبات الدين وفقاً لأحكام الفقرة الثامنة من الفصل 160 من م.ت"[11].

لكن مع صحة هذا الاتجاه فإننا لا نوافق التعليل الوارد فيه، ذلك أن المادة 159 م.ت لا تنص بصفة صراحة – كما جاء في القرار – على أن يتم الإمضاء كتابة وإنما نرى مع أستاذنا علي سلمان العبيدي أن المشرع المغربي أطلق النص ولم يعين طريقة خاصة بالتوقيع، لذا يجب الأخذ بالأصل الذي هو الإمضاء كتابة[12].

قضى المجلس الأعلى في قرار صادر بتاريخ 20 يونيو 2001 " يعتبر ذكر اسم المستفيد وهو اسم من يجب الوفاء له أو لأمره وتاريخ الإنشاء من "التعليل الإلزامي" التي يجب أن تتضمنها الكمبيالة لتنتج أثرها كورقة تجارية وحتى تخضع لمقتضيات القانون الصرفي. ومن جهة أخرى فإنه يجوز التمسك ببطلان الالتزام الصرفي في مواجهة الكافة ومن ضمنهم

(11) قرار رقم 186 ملف عدد 99/118 غير منشور. وفي هذا الصدد ذهبت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في نفس الاتجاه في حكمها الصادر بتاريخ 27 يناير 1954 الذي جاء فيه : "إن بصمة الأصابع الموضوعة على الكمبيالة من قبل المسحوب عليه، لا تعتبر قبولاً لها وفقاً للقانون، فلا يمكن للدائن أن يحتج بواسطته على المدين للحصول على حقوقه المالية التي تترتب على الورقة التجارية، حتى إذا اعترف المدين بوضع بصمة أصابعه عليها" ذكره الأستاذ أحمد شكري السباعي، الكمبيالة والسند الأمر، مرجع سابق ص 80.

(12) علي سليمان العبيدي مرجع سابق ص : 45، للتعمق بشأن هذا الموضوع راجع محمد مرابط، مؤسسة التوقيع في الأوراق التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق أكدال الرباط 1995.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

المظهر له سواء كان حسن النية أو لخلو الكمبيالة من واحد أو أكثر من البيانات الإلزامية(13).

والملاحظ أن هذا القرار في جانب منه مخالف للصواب على اعتبار أن تاريخ الإنشاء وان كان يعد بيانا إلزاميا فهو لا يكتسي صبغة إجبارية تتوقف عليه صحة الورقة التجارية، لأن المشرع في المادة 160 من مدونة التجارة اعتبر تاريخ الإنشاء حالة تخلفه هو تاريخ تسليم السند للمستفيد.

وهكذا يعتبر القضاء الفرنسي أن السند الذي ينقصه تاريخ إنشائه لا يعد كمبيالة، ولا يمكن تعويض هذا البيان الإلزامي بتاريخ الطابع المالي(14)، ويترتب على هذا القول إنه إذا قدمت للوفاء كمبيالة خالية من أحد البيانات الإلزامية، حق للقابل أن يرفض الوفاء بمبلغها، فقد صرحت محكمة النقض الفرنسية أنه يتعين رد دعوى البنك الخاصم ضد القابل، لأن الكمبيالة كانت خالية من تاريخ الإنشاء ومن اسم المستفيد، كما لم تكن تحمل توقيع يمكن اعتباره تظهيرا(15). ويعتبر أيضا خلو الكمبيالة من اسم من يجب له الوفاء

(13) مجلة القضاء والقانون، ع.148، ص : 271. راجع في نفس المعنى قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 16 مارس 2006 غير منشور، وكذلك قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 27 أبريل 1999، مجلة المحاكم التجارية، ع.2، ص : 135

(14) استئناف روان 30 يناير 1976 دالوز Som.1976، ص: 27. في نفس المعنى استئناف أميانس 31 أكتوبر 1974 j.c.p.1973 IV.201، محكمة النقض الفرنسية 7 أكتوبر 1987، دالوز 1988 Som، ص: 51. وتجدر الإشارة إلى أن خلو الكمبيالة من تاريخ الإنشاء لم يعد موجبا لبطلانها في ظل مدونة التجارة
المادة 7/160.

(15) محكمة النقض الفرنسية، 3 يونيو 1982 دالوز 1983، .I.R، ص: 187

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

كبيان إلزامي يفقدها صفة الورقة التجارية لتصبح سندا عاديا لإثبات الدين إن توفرت شروطه[16].

كما أن تخلف توقيع الساحب يجعل السند غير صحيح كورقة تجارية خاضعة للقانون الصرفي، وفي هذا قضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في قرارها الصادر بتاريخ 22 غشت 1998 "إن الزعم بوجود توقيع الساحب لا يمكن الاعتداد به لعدم وجود أية عبارة تفيد أن التوقيع المذكور صادر عن الساحب بصفته هاته"[17].

وغني عن البيان أن خلو الورقة التجارية من البيانات الأساسية ولو كانت مقبولة كما هو الحال في الكمبيالة يجعل الدفوع غير مطهرة، بحيث يحق الاحتجاج بجميع أوجه الدفاع ضد المدين لأن الورقة في هذه الحالة تفقد صفتها التجارية وتصبح ورقة عادية لإثبات الدين، كدليل كتابي يتضمن وعداً بالأداء من طرف الساحب لفائدة المسحوب عليه[18].

وغني عن التذكير أيضاً أن توقيع الساحب يعد بياناً إلزامياً في الورقة التجارية ولو في حالة سحبه الورقة لفائدته، لكن نصادف قراراً غريباً لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 1999/09/06 جاء فيه : "وحيث إن توقيع الساحب في الكمبيالة لا يمكن إثارته في العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه ومطالبة الأول لهذا الأخير بقيمة الكمبيالة مباشرة، مادامت له صفة الساحب والحامل في نفس الوقت، وإن الدفع

(16) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء قرار عدد 99/1263 صادر بتاريخ 99/9/14 ملف عدد 3/99/1138 غير منشور.

(17) قرار غير منشور.

(18) Traites irrigulières et inopposabilité des exceptions, notes sous cass. Com. 24 mars 1998 par Patrik Rossi p 177. Recceuil Dalloz n° 12 hebdomadaire 25/03/1999.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

بتوقيع الساحب إنما يكون إلزامياً عند تظهير الكمبيالة، إذ في هذه الحالة يصبح الساحب مديناً أيضاً بقيمة الكمبيالة مما يلزم توقيعه بخلاف الأمر في النازلة"[19].

ووجه الغرابة في هذا القرار، هو أن المادة 159 من مدونة التجارة ألزمت توقيع الساحب على الكمبيالة دون التمييز بينما إذا كان ساحباً فقط أو ساحباً وحاملاً في نفس الوقت، كما أن هذا التوقيع لم يقيد بتظهير الكمبيالة، كما أن هذا العيب ليس دفعاً شخصياً وإنما هو عيب موضوعي يحق الاحتجاج به في مواجهة جميع الحملة بما فيهم من تربطه بالمدين علاقة شخصية، بحيث يحق للساحب الدفع بعدم توقيعه على الورقة.

وهكذا جاء في قرار المجلس الأعلى"لما كان يجوز التمسك ببطلان الالتزام الصرفي في مواجهة الكافة ومن ضمنهم الحامل المظهر له سواء كان حسن النية أو سيء النية بخلو الكمبيالة من واحد أو أكثر من البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 159 من مدونة التجارة فإن المحكمة عندما اعتبرت عدم ذكر اسم المستفيد في السندين لا يقدح في صحتهما باعتبار أن ذلك مرده إلى طبيعة المعاملات التجارية وكثرة المناولة اليدوية التي تعرفها الأوراق التجارية، لم تجعل لما قضت به أساسا من القانون وعرضته للنقض"[20].

(19) قرار رقم 1285 ملف عدد 3/99/89 غير منشور.

(20) القرار عدد 1270 المؤرخ في 2001/6/20، ملف تجاري عدد 99/2/3/1124 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني : مرجع سابق ص 174.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

لكن هل شكلية الأوراق التجارية من النظام العام، بحيث يمكن لمحكمة الموضوع أن تثير تلقائيا بطلانها لانعدام بياناتها الإلزامية؟

ذهب رأي في الفقه إلى أن الكمبيالة في هذه الحالة تعتبر باطلة بقوة القانون، وأن القاضي لا يتمتع بأية سلطة تقديرية في هذا المجال، بحيث يجب عليه أن يقضي ببطلان السند تلقائيا[21] كما يجوز للمسحوب عليه التمسك ببطلان السند في مواجهة كل حامل حتى ولو كان حسن النية[22].

واعتبر الاجتهاد القضائي المغربي مستأنسا بنظيره الفرنسي أن هذه الشكلية من النظام العام، وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالبيضاء صادر بتاريخ 1985/07/16 "وحيث يتجلى من الإطلاع على الكمبيالة المدلى بها، بأنها لا تحمل توقيع الساحب. وحيث بذلك تكون باطلة ككمبيالة لانعدام بيان إلزامي، وهذا ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض الفرنسية في 1973/01/16 "النشرة المدنية" عدد 243 الذي أيد حكم قاضي الموضوع الذي أثار تلقائيا بطلان السند "الكمبيالة" لانعدام البيانات الإلزامية ص: 57 والقانون التجاري جوكلار وابوليطو، وحيث تكون بذلك الكمبيالة المحررة في 1979/10/10 باطلة ككمبيالة، وتعتبر مجرد سند عادي وبالتالي فإن تظهيره للسيد (أ) الذي هو شريك للسيد (ب) لا يطهر الدين من الدفوع الشخصية التي يجب أن يواجه بها المحال له في نطاق حوالة الدين المدنية"[23].

(21) René Roblot, Les effets de commerce, éd. Sirey, 1975p122

(22) G.Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial 16ème éd. LGDJ 2000, p.35.

Jean Guyénot, Cours de droit commercial. L.G.N. A Paris, 1977, p.891

- أستاذنا أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية. الجزء الأول، ص : 84.

(23) قرار رقم 1411 غير منشور.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وقد أكد الاجتهاد القضائي التجاري الحديث بحق هذا الاتجاه معتبرا أنه إذا كانت الكمبيالة خالية من اسم مَن يجب عليه الوفاء، فإنها تعتبر مجرد سند عادي تطبيقا للمادة 160 من مدونة التجارة. ويترتب على تخلف هذا البيان الإلزامي بطلان الالتزام الصرفي أي بطلان الكمبيالة باعتبارها ورقة تجارية خاضعة لقانون الصرف ويعد هذا البطلان من النظام العام [24].ولا يمكن إثارة بطلان الكمبيالة بسبب تخلف أحد البيانات الإلزامية لأول مرة أمام محكمة النقض[25].

وثمة تساؤل يطرح عن الوقت أو اللحظة التي ينظر فيها إلى صحة الورقة أو بطلانها كورقة تجارية، هل يعتد بتاريخ إنشاء السند أو لحظة تسليمه للمدين من أجل الوفاء ؟

هذه الإشكالية يعبر عنها الفقه والقضاء بالورقة الناقصة أو على بياض التي تنقصها البيانات الإلزامية لصحتها.

وقد عرفها الأستاذ أحمد شكري السباعي بأنها : "السند الذي يتفق أطرافه على عدم ذكر بعض البيانات الإلزامية عند الإنشاء والتحرير على أن تكمل في المستقبل، وهي بهذه الصفة تتميز عن الورقة المعيبة أي التي ينقصها بيان من البيانات الإلزامية عند الإنشاء دون أن تتجه نية الأطراف إلى تكملة هذه البيانات في الحاضر أو المستقبل"[26].

(24) محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 98/21 و99/1263 بتاريخ 7 يناير 1999 و14 شتنبر 1999، غير منشورين.

(25) محكمة النقض الفرنسية 25 أكتوبر 1972، ذكره ستوفلي وكافالدا، ص: 30

(26) أحمد شكري السباعي، الكمبيالة والسند لأمر مرجع سابق ص 90.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وإذا كان المشرع قد خول لنفسه صلاحية تعويض بعض البيانات الإلزامية ببيانات أخرى عن طريق إيراد قرائن شكلية قاطعة، فمثلاً الكمبيالة التي لم يعين تاريخ استحقاقها تعتبر مستحقة بمجرد الإطلاع، وإذا لم يعين مكان للوفاء أو الإنشاء اعتبر المكان الذي بجانب المسحوب عليه مكاناً للوفاء، والمكان المذكور إلى جانب الساحب مكان الإنشاء.

لكن المشرع التزم الصمت حيال البيانات الأخرى، بعدم ذكره لقرائن تعوض غيابها وتصححها، كتوقيع الساحب، أو اسم المستفيد أو مبلغ السند.

فإذا كان الحكم على صحة الورقة التجارية أو بطلانها يعتد فيه بتاريخ تسليم السند للمدين من أجل الوفاء، فإن التصحيح اللاحق يسري على الماضي، فتعد الورقة وكأنها في الأصل أنشأت بصفة صحيحة، وهكذا جاء في حكم المحكمة الابتدائية بمكناس : "إن الكمبيالة التي لا تتضمن البيانات الإلزامية عند الإصدار أو السحب تعتبر مع ذلك صحيحة إذا اكتملت بياناتها قبل أجل الاستحقاق"[27].

وهكذا نصت المادة 10 من قانون جنيف الموحد على أنه : "إذا كانت الكمبيالة ناقصة عند سحبها وتم إكمالها بعد ذلك خلافاً للاتفاق الحاصل، فإن إكمالها على الوجه المذكور لا يمكن إيراده دفعاً اتجاه الحامل ما لم يكن قد تملك الكمبيالة موضوع البحث بسوء نية أو كان قد ارتكب في سبيل الحصول عليها خطأ جسيماً عند التملك".

ويستخلص من ذلك أنه إذا كان لا يمكن الدفع بتسوية الورقة الناقصة خلافاً للاتفاق الحاصل بين المستفيد والساحب كدفع اتجاه الحامل حسن النية طبقاً لقاعدة تطهير الدفوع، فإن الدفع به في إطار العلاقة الأصلية جائز.

(27) المجلة المغربية للقانون لسنة 1954 ص 458.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

ويرى الأستاذ أحمد شكري السباعي[28] أن القانون المغربي يأخذ بالكمبيالة الناقصة ضمنياً وكان ذلك بعد صدور قانون 1979/07/20، ذلك القانون الذي ألغي قانون 1947/09/04 الذي كان ينص على تحرير جميع بيانات الكمبيالة الإلزامية على ذات السند منذ إنشاء الكمبيالة، أما القضاء المغربي فيعتبر الكمبيالة الناقصة أو على بياض كمبيالة صحيحة ولا تختلف في شيء عن أي كمبيالة أخرى ويتضح هذا الاتجاه من قضاء محاكم الرباط الصادر بتاريخ 1952/12/09 الذي جاء فيه : "تعتبر سفتجة أو كمبيالة الإترة التي أنشأها أو حررها الساحب على بياض ولم يدرج فيها اسم الحائز المستفيد خاصة إذا كان الأمر يتعلق باسم بنك أو مصرف مستفيد وقام البنك بملء هذا البياض باسمه عند القيام بخصم هذه الإترة وفق تعليمات الساحب.

ويعتبر العمل بهذا الأسلوب عادة مألوفة ومطابقة لروح القانون، ابتداءاً من قانون 20 يوليوز الذي ألغى قانون 1947/09/04 الذي كان ينص على تحرير بيانات الكمبيالة الإلزامية منذ إنشاء الكمبيالة".

ونتساءل – بعد أن بينا أن الورقة التجارية الناقصة تعد صحيحة – هل كل البيانات الجوهرية الأخرى يجوز تركها مؤقتاً إلى حين حلول أجل الأداء، أم أن هناك بيانات أخرى يلزم توفرها منذ تاريخ الإنشاء لتصبح الورقة صحيحة وشرعية ؟

(28) أحمد شكري السباعي، الكمبيالة والسند لأمر، مرجع سابق ص 92 وما بعدها.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ذهب البعض إلى أن تسمية الورقة التجارية ككمبيالة أو شيك أو سند لأمر بالإضافة إلى توقيع الساحب من البيانات الجوهرية التي لا يسوغ تركها مؤقتاً على بياض[29].

لكن من جانبنا نعتقد خلاف ذلك، لأن خلو الورقة التجارية من تسميتها، رغم ضعف هذا الاحتمال في الواقع بالنسبة للسند لأمر والكمبيالة لأنها تحرر سلفاً وفق نموذج خاص ومطبوع وانعدام هذا الاحتمال بالنسبة للشيك لأنه يسحب على مؤسسة بنكية أو من في حكمها، لأن الأطراف قد يعلمون من خلال البيانات الأخرى الواردة في الورقة هويتها، كما أن الساحب قد تقدم إليه الورقة من طرف المستفيد ويصحح الخلل الشكلي الموجود فيها، لأن الحكم على صحة الورقة ينبغي النظر إليه عند تاريخ الاستحقاق.

وتشير الأستاذة هدى مشبال[30] إلى كون القضاء المغربي اعتبر توقيع الساحب على الكمبيالة من النظام العام، ويجوز للمحكمة إثارته تلقائياً "وحيث يتجلى من الإطلاع على الكمبيالة المدلى بها، بأنها لا تحمل توقيع الساحب. وحيث بذلك تكون باطلة ككمبيالة لانعدام بيان إلزامي، وهذا ما استقر عليه اجتهاد محكمة النقض الفرنسية في 1973/07/16 "النشرة المدنية" عدد 243 الذي أيد حكم قاضي الموضوع الذي أثار تلقائياً بطلان السند "الكمبيالة" لانعدام البيانات الإلزامية ص 57 والقانون التجاري جوكلار وابوليطو، وحيث تكون بذلك الكمبيالة المحررة في 1979/10/10 باطلة

(29) هدى مشبال، قاعدة عدم التمسك بالدفوع في الأوراق التجارية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا القانون الخاص 1988، ص 160 وما بعدها.

(30) هدى مشبال مرجع سابق ص 160 وما بعدها.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

ككمبيالة، وتعتبر مجرد سند عادي وبالتالي فإن تظهيره للسيد (إ) الذي هو شريك للسيد (إلا) لا يطهر الدين من الدفوع الشخصية التي يجب أن يواجه بها المحال له في نطاق حوالة الدين المدنية"[31].

والاستدلال بهذا القرار لتأكيد تمسك القضاء المغربي بأن توقيع الساحب على الكمبيالة من الشروط الجوهرية التي لا يصح تركها على بياض مؤقتاً، وإنما يجب أن تظهر على الكمبيالة منذ الإنشاء، لا يستقيم لكون الكمبيالة التي قدمت بشأنها الدعوى لا تحمل توقيع الساحب ابتداءً ولا انتهاءً.

وبالنسبة للدفع المتعلق بترك مبلغ الورقة على بياض من طرف الساحب ومدى صحته، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1978/10/02 : "وحيث لما كان لا يوجد في القانون ما يلزم أن تكون بيانات الشيك محررة بخط الساحب وفقط يتعين أن يحمل الشيك توقيع هذا الأخير، لأن خلوه من هذا التوقيع يجعله ورقة لا قيمة لها ولا يأبه بها في التعامل، فإن توقيع الساحب على الشيك على بياض دون أن يدرج فيه القيمة التي يحق للمستفيد تسلمها من المسحوب عليه أو دون إثبات التاريخ به لا يؤثر على صحة الشيك ما دام قد استوفى تلك البيانات"[32].

وجاء في قرار آخر : "إن إعطاء الشيك الصادر لمصلحته بغير إثبات القيمة أو التاريخ يفيد أن مصدره مفوض للمستفيد في وضع هاذين البيانين

(31) قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 1985/07/16 رقم 1411 غير منشور.
(32) ذكره عبد الحميد الشواربي مرجع سابق ص 328.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

قبل تقديمه إلى المسحوب عليه. وينحصر عنه بالضرورة عبء وجود هذا التفويض وطبيعته ومداه وينتقل هذا العبء إلى من يدعي خلاف الظاهر"[33].

هذا الاتجاه هو ما أكده المجلس الأعلى بموجب قراره المبدئي الصادر عنه بتاريخ 1993/08/12، حينما أقر ضمنياً بصحة الكمبيالة الناقصة مؤكداً "أن عبء إثبات عدم صحة البيانات المدونة بالكمبيالة يقع على عاتق المدعى عليه وهو في النازلة المسحوب عليه القابل باعتبار أنه بتوقيعه عليها منح ثقته للساحب للقيام بملئ فراغها وفق الاتفاق المثبت لقانونيتها"[34].

كما جاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1997/03/12 : "إن تسليم شيك على بياض – وعلى فرض ثبوته – بعد توقيعه وطرحه للتداول من طرف مصدره والذي يبقى عليه عبء إثبات ملئه على بياض، والذي يعلم مسبقاً أن استخلاص قيمته يتوقف على ملء بياناته الإلزامية التي لا يشترط فيها القانون أن تكون مكتوبة بخط الساحب كما لا يمنع أن تكون مكتوبة بخط يد المستفيد أو غيره.

ويفترض تفويض الساحب للمستفيد في ملء البيانات بما فيها مبلغ الشيك"[35].

(33) ذكره عبد الحميد الشواربي مرجع سابق ص 326

(34) قرار عدد 1280 في الملف المدني عدد 87/3041 منشور مع تعليق عبد اللطيف مشبال بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 56 ص 387.

(35) مجلة المحاكم المغربية عدد 79/78 ص 51.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

كما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 2000/02/20 : "إن توقيع الشيك على بياض وتسليمه للمستفيد يحمل على تفويض من الساحب لهذا الأخير في ملئ بياناته الناقصة"(36).

لكن يبقى المصدر الأساسي لكل الصعوبات ناتج عن ملء الكمبيالة ببيانات غير صحيحة، خارج وخلاف نطاق الإتفاق ولذلك ينبغي النظر إلى كل حالة وإيجاد الحل الملائم لها.

"ففي العلاقة بين المدين الصرفي ودائنه المباشر (الساحب المستفيد) فإن الحائز المستفيد الذي ملأ بيانات الكمبيالة خلافا للاتفاق كما لو وضع مبلغاً أكبر من المبلغ المتفق عليه، فإنه لا يترتب عن ذلك أي أثر بالنسبة للساحب الذي يجوز له التمسك بالبطلان في مواجهة المستفيد، فلا يسري هذا التجاوز على الأشخاص الذين تعاملوا قبل تسوية بيانات الكمبيالة، لأنه لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يعدل شروطه انفرادياً(37).

وبالنسبة للعلاقة بين الساحب والحملة اللاحقين بعد المستفيد الأول، فإن قاعدة عدم جواز تمسك (المحرر الساحب) بالبطلان الناشئ عن العيب الشكلي في مواجهة كل حامل تلقى السند بعد إصلاح عيوبه، وكان يجهل ذلك، لكونه حسن النية، إذ ليس من المعقول مطالبته بتتبع تاريخ حياة السند ليتعرف على سلامته، لتنافي ذلك ووظيفة الائتمان التجاري التي تضطلع بها الكمبيالة، ولا يسوغ للساحب التمسك بالبطلان في مواجهة الحامل حسن النية، حتى ولو لم تتم تسوية بيانات الكمبيالة الناقصة، خلاف العلاقة

(36) مجلة المعيار عدد 25-26 ص : 302.

(37) انظر عبد اللطيف مشبال، تعليق على قرار المجلس الأعلى رقم 1280 الصادر بتاريخ 1993/08/12 في الملف المدني عدد 3041/87، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 56 ص 400 إلى 402.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

الأصلية القائمة بينه وبين المستفيد، ومبرر ذلك أن الأمر يتعلق بالمفاضلة بين شخصين، أحدهما (الحامل) لم يصدر عنه خطأ حتى يحاسب عليه، والآخر (المحرر – الساحب) ارتكب خطأ بالتوقيع على سند غير مستوفي للبيانات القانونية، فمن العدل أن يضحي المخطئ في سبيل حماية حقوق غير المخطئ.

أما إذا تعلق الأمر بحامل سيء النية، فإنه ينبغي التمييز بين فرضين :

الأول : يتعلق بحالة الحامل سيء النية الذي تلقى السند بعد إصلاح عيوبه، وثبت علمه بها، ففي هذه الفرضية يتعين التفرقة بين الحالة التي يكون فيها السند قد تم ملء بياناته وفق العقد المبرم بين الساحب والمستفيد، فلا يجوز للساحب التمسك بالبطلان في مواجهة الحامل السيء النية، والحالة التي تكون فيها عيوب السند قد تم ملؤها ببيانات لا تتفق والعقد، فيجوز عندئذ للساحب أن يتمسك بالبطلان في مواجهة الحامل سيء النية، الذي يستفيد من قاعدة تطهير الدفوع.

والفرض الثاني : يتعلق بحالة الحامل الذي تلقى السند وهو لا زال معيباً أي قبل إصلاح عيوبه، ففي هذه الصورة يسوغ للحامل أن يتمسك بالبطلان في مواجهة الحامل سواء أصلحت عيوب السند بما يتفق أولا يتفق وشروط العقد الأصلي بين الساحب والمستفيد الأول.

بقي أن أشير إلى نازلة عرضت على القضاء الفرنسي، قام خلالها أحد الأبناك الذي تسلم الكمبيالة من الساحب بإضافة اسم المستفيد، فاعتبر القضاء أن لهذا البنك الحق في إقامة دعوى صرفية في مواجهة المسحوب عليه القابل، ولو أن هذا الأخير كان قد اتفق مع الساحب على عدم وضع الكمبيالة في التداول.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

تساءل بعض الفقه، هل أن هذا الحل لا يقبل التطبيق سوى في حالة إغفال ذكر اسم المستفيد في متن الكمبيالة أو ينبغي إعماله كذلك حتى عند انعدام ذكر بيان آخر كمبلغ الكمبيالة أو تاريخ الحلول.

يعتبر الفقيه كابرياك أنه في مثل هذه الفرضية، فإن الحامل يرتكب تهوراً لعدم اطلاعه على الاتفاق المتعلق بتسوية البيانات الناقصة، مما يسوغ له الدفع بجهله وجود هذا الاتفاق إذا ما تمت مخالفته.

وكثيراً ما يتم رفض الدفع بالتوقيع على كمبيالة على بياض من طرف القضاء المغربي، فقد جاء في قرار لاستئنافية البيضاء الصادر بتاريخ 1 يونيو 1982 : "حيث إن ادعاء المستأنف بانعدام العلاقة بينه وبين المستأنف عليها تكذبه وثائق الملف وخصوصاً الكمبيالات وسندات الأمر الذي هو الحامل الشرعي لها، كما أن ادعاءه بإمضائه كمبيالة على بياض لا يستند بدوره على أساس"(38).

ويجدر الإشارة إلى أن الفصل 533 من ق.ج يعاقب على حالة تسوية الورقة الناقصة خلافاً للاتفاق الحاصل بجريمة خيانة التوقيع على بياض، وقد يعاقب أيضا بعقوبة التزوير المنصوص عليها في المادتين 355-378 من ق.ج.

(38) ذكره الأستاذ محمد الحارثي مرجع سابق ص : 107 . كما جاء في قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 1996/10/23 : "إن محكمة الاستئناف التي رفضت الطلب لم تخرق أي مقتضى قانوني مادام قد ثبت لها أن الدعوى قد عززت بشيك لم ينازع الطاعن في التوقيع عليه وإنما ادعى تسليمه للغير موقعاً على بياض دون أن يثبت ذلك". النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى عدد 2 ص : 21 وفي نفس الاتجاه راجع قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 1996/03/06 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 52 ص : 163.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

المطلب الثاني : الدفوع المتعلقة بالبيانات الاختيارية

البيانات أو الأشكال الاختيارية أوصاف يلحقها الموقع بالالتزام الصرفي ويكون من شأنها إما التخفيف من ذلك الالتزام أو الزيادة في ثقله سعياً وراء تيسير تداول الورقة[39].

فهذه البيانات لا تعتبر ضرورية لوجود الورقة التجارية ولصحتها، فمثلاً شرط القبول الذي يضعه المسحوب عليه قبل أجل الاستحقاق، والضمان الاحتياطي الذي قد يضعه أي شخص في الكمبيالة، فهذان الشرطان وإن كانا يقويان من ضمانات الورقة التجارية، فلا يترتب عن عدم وجوده الإخلال بإحدى شروطها.

ويمكن تحديد أنواع هذه الشروط على الشكل التالي[40] :

أ – بيانات مرتبطة بأداء المسحوب عليه، كشرط المحل المختار، وشرط عدم القبول، وشرط التسليم مقابل وثائق، وشرط الرجوع بلا مصاريف، الوفاء عن طريق التدخل والتقديم الإلزامي للقبول، وشرط عدم التقديم للوفاء في تاريخ محدد[41].

ب – بيانات منشأة لعلاقة ظاهرة بين الالتزام الصرفي للمتعهد وسبب الالتزام، كشرط وصول القيمة وشرط السحب لحساب الغير.

ج – بيانات تهدف إلى إحداث مدينين جدد، كالضمان الاحتياطي.

---

(39) أحمد إبراهيم البسام مرجع سابق ص : 97.

(40) محمد الحارثي مرجع سابق ص : 113

(41) وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 1999/04/19 رقم 262 ملف عدد 99/314 غير منشور : "وحيث إن المستأنفة هي الساحبة للكمبيالة وتبقى بذلك ضامنة للوفاء بقيمتها عند تاريخ الاستحقاق وليس بالملف ما يفيد اشتراطها على المستفيد عدم تقديم الوفاء في التاريخ المحدد الأمر الذي قد يكون معه الأمر بالوفاء قد صادف الصواب".

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

د – بيانات متعلقة بتداول الورقة، كشرط ليست لأمر، وشرط عدم التظهير أو بدون ضمان[42] وشرط عملة الوفاء.

هـ - بيانات مرتبطة بتعدد النظائر أو شرط السحب بنظير واحد أو اشتراط الفائدة.

وهذه البيانات الاختيارية غالباً ما ينظر فيها إلى صفة واضعها لاختلاف الآثار القانونية المترتبة عن ذلك، فالشرط الذي يضعه الساحب يسري على الجميع، أما الذي يضعه المظهر فيسري عليه وعلى ضامنه الاحتياطي كشرط الرجوع بلا مصاريف مثلا[43]، وشرط عدم التقديم للوفاء في تاريخ محدد.

---

(42) هكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس الصادر بتاريخ 1999/4/19 رقم 266 عدد 99/314 غير منشور جاء فيه : "إن الساحب للكمبيالة سند الدين ملزم بالوفاء بقيمتها عند حلول تاريخ الاستحقاق ولا جدوى من الدفع بالتزام عدم تقديمها للوفاء في التاريخ المحدد إذا لم يوجد ما يدعيه".

(43) فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية : "أنه يجب على الحامل اتخاذ إجراءات البروتستو لإمكان الرجوع على المظهرين وإلا سقط حقه، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنوا على إعفائه من ذلك، فإذا لم يتخذ الحامل أياً من = =

= = هذه الإجراءات التي أعفي منها بهذا الشرط فإنه لا يجوز للمظهر أو ضامنه الاحتماء بالسقوط" نقض مصري جلسة 1974/02/21 ذكره عبد الحكم فودة مرجع سابق ص :181.

كما جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1985/06/26 : "لا يسقط حق الحامل ضد المسحوب عليه القابل بسبب عدم تحرير محضر احتجاج بعدم الأداء تكون المحكمة قد أساءت تطبيق القانون لما ألغت الأمر بالأداء وصرحت بعدم قبول الدعوى لعدم تحرير محضر احتجاج ضد المسحوب عليه القابل"، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 39 ص 39.

ومن المهم أيضاً الإشارة إلى أن الحامل المهمل لا يسقط حقه أيضاً في مواجهة الساحب الذي لم يوفر مقابل الوفاء باعتباره المدين الأصلي في الورقة التجارية.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

كما أن هناك بيانات يمنع بعض الأشخاص الملتزمين من إيراده كشرط عدم ضمان الوفاء بالنسبة للساحب على عكس المظهر الذي يمكن أن يعفي نفسه من ضمان الوفاء والقبول.

وغالبا ما تحدد صفة التزام الموقع وصفة الحامل الشرعي من ظاهر الصك. فإذا كان من المعتاد أن يذكر الملتزم صفته في الورقة التجارية وفيما إذا كان ساحباً أو قابلاً أو ضامناً احتياطياً، فإنه قد يغفل الإشارة إلى هذه الصفة وبالمناسبة فإن قانون الصرف يقيم بعض القرائن الشكلية على هذه الصفات، منها ما ورد مثلاً في المادة 171 فقرة 1 من مدونة التجارة، هذا وأن مجرد توقيع المسحوب عليه على وجه الكمبيالة يوازي القبول.

وجاء أيضاً في المادة 185 فقرة 5 : "أن التوقيع على وجه الكمبيالة يكفي ليعتبر ضماناً احتياطياً باستثناء توقيع الساحب والمسحوب عليه".

وجاء في الفقرة السادسة من نفس المادة : "يجب أن يعين في الضمان الاحتياطي الطرف الذي قدم لفائدته وإلا اعتبر مقدماً لصالح الساحب"

كما نص المشرع في المادة 216 م.ت على أنه : "يجب بيان القبول بالتدخل على الكمبيالة ويوقعه المتدخل ويبين الشخص الذي وقع التدخل لمصلحته وإلا اعتبر التدخل صادراً لمصلحة الساحب".

هذا فضلا على أن التوقيع المجرد على ظهر الورقة يعتبر كأصل تظهيرا ناقلا للملكية، ما دام لم تتم الإشارة إلى عبارة تفيد أنه جاء على سبيل التوكيل أو التأمين وقد ذهب القضاء المغربي ممثلاً في قرار للمجلس الأعلى إلى اعتبار القرينة المنصوص عليها في الفصل 160 فقرة 6 م.ت بالنسبة للضمان الاحتياطي قرينة قاطعة، بحيث جاء فيه : "وحيث إن

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

الفصل 177 من القانون التجاري القديم الذي يقرر في فقرته السادسة مقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 31 من قانون جنيف الموحد بشأن الليطرة والسند لأمر المصادق عليه بمقتضى الظهير الصادر بتاريخ 19 يناير 1939 لا ينص على قاعدة من قواعد الإثبات، بل يتحتم أن يذكر عند وقوع الكفالة إسم الشخص الذي وقعت لفائدته، كما أنه رفعاً لكل التباس في المعاملات الصرفية في حالة عدم ذكر إسم الشخص المكفول، يعين الفصل المذكور نفسه الطرف الذي تعتبر الكفالة معطاة له دون أن يجوز للأطراف المعنيين بالأمر أن يعوضوا هذا التعيين بتقديرهم الخاص بأي طريقة كانت، وعليه فالعبارة الأخيرة من المقطع السادس تحصر بالنسبة إلى جميع الأطراف التزام الكفيل في كفالة الساحب وتحظر العبارة القاطعة الواردة في الفصل 147 كل تأويل مخالف حتى ولو بقيت الكفالة بدون أثر كما يقع حين يكون الساحب هو الكفيل نفسه"(44).

نفس الاتجاه تبنته محكمة النقض الفرنسية بجميع غرفها في قرارها الشهير الصادر بتاريخ 1960/03/08(45)، حيث فصلت في النقاش الفقهي

(44) قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1960/06/29 مجموعة قرارات المجلس الأعلى الغرفة المدنية 57- 62 ص : 191 أنظر أيضا في نفس المرجع قرار آخر صادر بتاريخ 17 يناير 1962 ص 293. وراجع أيضاً : المختار بكور، الضمان الاحتياطي في الكمبيالة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق الرباط السنة الجامعية 1983-1984 ص 62-111.57 ص : 191 أنظر أيضا في نفس المرجع قرار آخر صادر بتاريخ 17 يناير 1962 ص 293. وراجع أيضاً : المختار بكور، الضمان الاحتياطي في الكمبيالة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق الرباط السنة الجامعية 1983-1984 ص 111.

(45) G. Ripert R. Roplot op.cit p 186.
E. Core l'aval de la lettre de charge sans indication du débiteur garantie- Dalloz 1957 chapitre XVII

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

والقضائي الذي كان سائداً آنذاك، حول قيمة القرينة المنصوص عليها في الفصل 130 من القانون التجاري الفرنسي، وذلك لإزالة كل تردد حول الالتزامات الصرفية رغم أن هذا الحل قد يتعارض وإرادة الأطراف الحقيقية، لكن شكلية الالتزام الصرفي فرضت ذلك.

ويرجع السبب في اعتبار الضمان مقدماً لفائدة الساحب في وجهة نظر المشرع هو أن هذا الضمان الأكثر فائدة وأهمية، بحيث يفيد منه جميع الموقعين.

وأخيراً فإن الدفوع المتعلقة بالبيانات الاختيارية يجوز للمدين أن يتمسك بها في مواجهة الكافة لأنها ترد على الورقة، ولا يترتب عن الاحتجاج بها أي مفاجأة للحامل لأنه مفترض فيه أنه قد اطلع عليها افتراضاً لا يقبل إثبات العكس.

المبحث الثاني : الدفوع الناشئة عن انعدام الرضى الكلي أو الجزئي

تلعب الإرادة دورا رياديا في نشوء الالتزام الصرفي، وعليه يستطيع من انعدام رضاؤه كلياً أو جزئياً، أن يتمسك بهذا الدفع في مواجهة جميع الحملة حتى من كان منهم حسن النية، لأن الورقة التجارية ينبغي أن تحمل توقيعات صادرة عن إرادة صحيحة، وإلا لما كانت للالتزام الصرفي قائمة أو منشأ. وسنتناول في هذا الفرع تطبيقات هذا المبدأ في ثلاث مطالب، نخصص الأول (لتزوير التوقيع والتحريف) والثاني (للدفع بتجاوز الوكالة) والثالث (للدفوع الناشئة عن نقص في الأهلية).

المطلب الأول : الدفع بتزوير التوقيع والتحريف

سنعرض في هذا المطلب للدفع بالتزوير في (فقرة أولى) على أن نتناول في (الفقرة الثانية) الدفع بالتحريف.

الفقرة الأولى : الدفع بتزوير التوقيع

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

يحق لكل مدين بالورقة التجارية زور إمضاؤه أن يحتج بالتزوير في مواجهة أي حامل لها بغض النظر عن حسن أو سوء نيته، وأن يمتنع عن الوفاء بقيمة الورقة المزورة لأنه لا يعقل إلزامه بها دون إرادته.

وإذا كان القانون الصرفي يتجه في الغالب نحو حماية الظاهر فإنه بالمقابل حرص على حماية حقوق ووضعيات جديرة بالحماية، ومنها حماية من وقع ضحية التزوير على حساب مصلحة الحامل حسن النية ما دام لم يساهم هذا الأخير عن عمد أو تقصير في خلق المظهر الخادع الذي اطمأن إليه الغير وحمله على تلقي الورقة.

وهذا يفسر أيضاً قيام الالتزام الصرفي على الإرادة عن طريق تمكين المطالب بإثارة التزوير ضد جميع الحملة إذ كيف يمكن افتراض وجود روابط عقدية بينه وبين الحملة المتعاقبين في الحين الذي لم يصدر عنه إيجاب يتعرض للاقتران بقبولهم"(46).

لكن إذا كان تزوير توقيع المدين بالكمبيالة أو الورقة قد وقع بإهمال أو عدم احتراز منه أدى إلى تسهيل هذا التزوير، فالفقه والقضاء مستقرين على تحقق مسؤوليته وذلك بإلزامه بتعويض الحامل عما لحق له من ضرر وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية(47).

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على أنه : "لا تبرأ ذمة البنك المسحوب عليه قبل العميل الذي عهد إليه بأمواله إذا وفى بقيمة الشيك مذيل في الأصل بتوقيع مزور عليه، ذلك أن هذه الورقة المقدمة إلى البنك وقد خلت من التوقيع الحقيقي للعميل يعوزها شرط جوهري لوجود الشيك

(46) أحمد إبراهيم البسام مرجع سابق ص 102.

(47) راجع الفرع الثالث من هذا الفصل.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ولم يكن لها في أي وقت وصفه القانوني، ومن تم تقع تبعة الوفاء بموجب هذه الورقة على البنك المسحوب عليه أياً كانت درجة إتقان تلك التزوير وتعد هذه التبعة من مخاطر المهنة التي يمارسها البنك، وهي مخاطر مهما بلغت أعباؤها لا تتناسب مع المزايا التي تعود على البنك من تدعيم الثقة بها وبث روح الاطمئنان لدى جمهور المتعاملين، على أن تحمل البنك هذه التبعة مشروط بعدم وقوع خطأ أو إهمال من جانب العميل الوارد اسمه بالصك وإلا تحمل هذا العميل تبعة خطئه(48).

ويرجع السبب في التشدد في مسؤولية البنك على خلاف الملزم العادي وإلزامه بالفحص العادي والظاهر للشيك لكون هذا الأخير يتوفر على النموذج المطابق لتوقيع زبونه وطبقاً أيضاً لنظرية تحمل التبعة ذلك أن الغنم بالغرم، ويأتي ذلك كله لتدعيم الثقة والائتمان في الأوراق التجارية وطمأنة المتعاملين بها.

وهكذا جاء في حكم للمحكمة التجارية بأكادير صادر بتاريخ 2001/06/28 : "يعتبر من قبيل الخطأ الموجب للمسؤولية البنكية قيام البنك بالوفاء بشيك مزور رغم كون التزوير واضح المعالم وكان الاختلاف في التوقيع مما يسهل التنبه إليه.

يضع القضاء الحديث الالتزام بمضاهاة توقيع الساحب بالنموذج الذي يليه في الدرجة الأولى من واجبات البنك ويميل إلى المسؤولية عن جميع الأضرار الناشئة عن صرف شيك حامل لتوقيع مزور على عاتق البنك

(48) الطعن رقم 259 سنة 1931 ق. جلسة 1966/01/01.
الطعن رقم 224 سنة 1933 ق. جلسة 1967/01/19.
ذكرهما عبد الحميد الشواربي مرجع سابق ص 358.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وحده متى ثبت أن توقيع الساحب ظاهر التزوير ولا سيما بمشاركة الساحب في تحمل الضرر ولو كان مهملاً.

الأساس الحديث لمسؤولية البنك بدأ يتسع للحالة التي يكون فيها التوقيع متقن التقليد وذلك اعتماداً على أساس آخر وهو فكرة مخاطر المهنة"(49).

كما جاء في قرار آخر عن نفس المحكمة صادر بتاريخ 2003/06/05 : "وفاء شيك مزور يعد من المخاطر المادية الملازمة لممارسة المهنة البنكية، التزام البنك المودع لديه برد الوديعة النقدية التزام بنتيجة، وأن تبعة وفاء شيك مزور تقع على البنك أياً كانت درجة إتقان التزوير وذلك كله بشرط عدم وقوع خطأ من جانب العميل الوارد إسمه في الشيك وألا يحمل هو تبعة خطئه"(50).

وللدفع بالتزوير المتعلق بالتوقيع ارتباط جلي بقاعدة استقلال التواقيع التي تقتضي وجوب النظر لكل التزام موقع على الورقة بصورة منفصلة عن التزامات الموقعين الآخرين، ومن نتائجه أن من حق ضحية التزوير فقط دون بقية الموقعين التمسك بهذا الدفع. فقد نصت المادة 164 م.ت.ج على أنه : "إذا كانت الكمبيالة تحمل توقيعات أشخاص لا تتوفر فيهم أهلية الالتزام بها أو توقيعات مزورة أو توقيعات لأشخاص وهميين أو توقيعات ليس من شأنها لأي سبب آخر أن تلزم الأشخاص الموقعين لها أو الأشخاص الذين وقعت باسمهم فإن التزامات غيرهم من الموقعين تظل مع

(49) حكم رقم 2001/624 ملف رقم 99/859 مجلة المرافعة عدد 14 ص 282.

(50) حكم رقم 2003/617 ملف رقم 2002/380، مجلة المرافعة عدد 14 ص 290.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ذلك صحيحة". وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1975/01/08 إن : "تظهير السند الإذني يحاج به محرر السند ويطهره من الدفوع التي يملكها في مواجهة الدائن المظهر، وذلك متى كان التظهير صحيحاً صادراً من صاحبه، فإذا كان التظهير مزوراً، فإنه يكون للمحرر مصلحة في الادعاء بتزوير التظهير لتفادي قاعدة التظهير يطهر السند من الدفوع"[51].

كما أن الغير الحامل لكمبيالة مقبولة ثبتت زورية توقيع القبول فيها بمقتضى قرار نهائي يفقد صفة الغير الحامل ويمسي عديم الصفة في ممارسة حقه ضد المسحوب عليه القابل[52].

وفي إطار الضمان الاحتياطي يطرح الإشكال المتعلق بمدى أحقية الضامن الاحتياطي مواجهة الحامل ببطلان التزام المضمون بسبب تزوير توقيعه ؟

فالضامن الاحتياطي التزامه الأصلي وتبعي في نفس الوقت، فالمادة 180 من م.ت الفقرة السابعة تنص على أنه : "يلتزم الضامن الاحتياطي بنفس الكيفية التي يلتزم بها المضمون" وهذا يؤكد تبعية التزامه أما أصلية الالتزام فتنص عليه الفقرة الثامنة من نفس الفصل والتي جاء فيها : "يكون تعهد الضامن الاحتياطي صحيحاً ولو كان التزام المضمون باطلاً لأي سبب كان غير العيب في الشكل".

(51) ذكره أحمد محمود حسني، مرجع سابق ص 108.

(52) قرار صادر عن محكمة الاستئناف رقم 1555 صادر بتاريخ 1935/04/09 مذكور عند محمد فركت، إبراهيم زعيم، مرجع سابق ص : 104.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

فهل التزوير يعد عيباً شكلياً حتى يحق للضامن الاحتجاج به ؟ يميل الأستاذ أحمد إبراهيم البسام مع أغلب شراح قانون الصرف إلى عدم الاعتراف للضامن الاحتياطي بالدفع بتزوير توقيع الشخص الذي تقدم لضمانه، لأن التزامه يعد أصلياً من وجوه كثيرة ولأن من الصعب اعتبار تزوير التوقيع عيباً شكلياً ما دامت الورقة تحمل مظهر الصحة على الرغم من احتوائها على توقيع مزور(53)، ولان من طبيعة الدفوع الشكلية أن تظهر على الورقة لأول وهلة ولا يتضمن الاحتجاج بها أي مفاجأة للحامل، لأنه كان عليه أن يتفحصها، فضلاً عن ذلك فإن المشرع لم يلزم الموقعين بفحص صحة التوقيعات وإنما يحفظ انتظامها فقط لتسهيل تداول الورقة التجارية وتشجيع التعامل بها والأكثر من ذلك فإن الدفع بالتزوير يصنفه الفقه والقضاء في زمرة الدفوع الموضوعية.

وهكذا جاء في قرار مبدئي للمجلس الأعلى صادربتاريخ 2005/03/23 "إن الدفع بزورية التوقيع الوارد بالكمبيالة يستثني من قاعدة عدم التمسك بالدفوع لأن التوقيع هو مظهر التعبير عن الإرادة والذي بثبوت زوريته تنتفي تلك الإرادة ما لم يثبت إهمال صاحب التوقيع المزور"(54).

الفقرة الثانية : الدفع بالتحريف

(53) أحمد إبراهيم البسام مرجع سابق ص 104. أنظر خلاف هذا الرأي عند المختار بكور، تبعية التزام الضامن الاحتياطي وقاعدة عدم التمسك بالدفوع، المجلة المغربية للسياسة والقانون والاقتصاد عدد 18 ص 25 وفي الفقه الفرنسي أنظر : Fredel op.cit p : 130.

(54) القرار عدد : 321 ملف تجاري : 2002/1/3/335 غير منشور.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

التحريف هو طروء تغيير في الورقة التجارية بعد إصدارها[55] سواء تعلق الأمر ببيانات اختيارية أو إجبارية، وسواء كان هذا التغيير عفوياً أو إرادياً وكيفما كانت الوسيلة المستعملة في ذلك، وقد آثر المشرع في مدونة التجارة الجديدة تسمية التغيير على التحريف وأوجد حلاً لهاته المشكلة فنصت المادة 227 م.ت على أنه : "إذا وقع تغيير في نص الكمبيالة فإن الموقعين اللاحقين لهذا التغيير ملزمون بمقتضى النص كما هو بعد التغيير، أما الموقعون السابقون فيلزمون بما ورد في النص الأصلي" نفس الحكم قرره المشرع بالنسبة للسند لأمر والشيك.

ويستخلص من هذه المادة أن لحظة التوقيع على الورقة التجارية هو الذي يحسم في التزامات أطرافها لأنه لا يمكن إلزام الشخص بأكثر مما أراد وارتضى أثناء توقيعه على الصك، ويقع عبء إثبات التحريف على من يدعيه، كما يقع عليه أيضاً عبء إثبات أنه وقع على الورقة قبل تحريفها، ويحصل إثبات ذلك بجميع وسائل الإثبات.

ولما كان التحريف عمل من أعمال الغش الذي يفسد كل الأشياء[56] فمن خلال ذلك يظهر سبب ميل المشرع لحماية المدين الصرفي على حساب الحامل ضداً على نظرية الظاهر التي يقوم عليها القانون الصرفي، لأنه كما يقول الأستاذ سلمان العبيدي فثقة الحامل بمظهر الكمبيالة وحده غير كاف لترجيح مصلحة المدين الصرفي الذي وقع على الكمبيالة والتزم

(55) إذا كان التغيير أثناء إنشاء الكمبيالة فيثار الدفع بالصورية وليس الدفع بالتحريف.

(56) أحمد شكري السباعي، الكمبيالة والسند لأمر، مرجع سابق ص 94.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

بمقتضى بياناتها بالشكل الذي كانت عليه عند التوقيع عليها لا بعد تحريفها(57).

وإذا كان التحريف لا يؤدي بناء على ما سبق إلى بطلان الورقة التجارية، فإن المشرع في القانون الجنائي عاقب في الفصل 357 منه كل من ارتكب بالوسائل المحددة فيه تزوير في محرر تجاري أو بنكي.

المطلب الثاني : الدفع بعدم وجود الوكالة أو تجاوزها

قد يتصرف الوكيل في حدود الوكالة المعطاة له، بحسب ما إذا كانت هذه الأخيرة مطلقة أو مقيدة بتصرفات معينة لا يمكنه الخروج عنها، وفي هذه الصورة لا يتحمل الوكيل أية مسؤولية، وينصرف أثر الالتزام مباشرة إلى الموكل.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1990/02/28 : "إذا كان الساحب لشيك يتوفر على توكيل صحيح فإن إمضاء الشيك لا يترتب عليه مسؤولية في حد ذاته، لأن الموكل يظل هو المسؤول كما لو سحب الشيك لنفسه، آثار الشيك تسري على الموكل وليس على الوكيل ولا يتحمل الوكيل أصلاً أي التزام"(58).

لكن ما الحكم إذا تجاوز الوكيل حدود الوكالة أو تصرف دون تفويض منه لحساب شخص آخر لم يرد الالتزام ؟

(57) سلمان العبيدي مقاله السابق ص 64.

(58) مجلة الإشعاع عدد 3 ص 182.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

نص المشرع في المادة 164 م.ت فقرة 2 بأنه : "من وقع كمبيالة نيابة عن آخر بغير تفويض منه التزم شخصياً بموجبها فإن وفاها آلت إليه الحقوق التي كانت ستؤول إلى من ادعى النيابة عنه".

يسري الحكم نفسه على من تجاوز حدود النيابة. ويطبق نفس الحكم بالنسبة للسند لأمر والشيك.

ويستخلص من هذه المادة :

- إن المشرع سوى في الحكم بين من تجاوز حدود النيابة وبين من تصرف دون وجودها، إذ في كلا الحالتين تعود آثار التصرف إليه.

- إن المشرع خول للحامل حق الرجوع على النائب المزعوم أو الذي تجاوز حدود النيابة لأنه يعد ملتزماً صرفياً بمقتضى الورقة(59)، وهذا وحده الذي يفسر حماية المدين الصرفي على حساب الحامل الذي اطمأن إلى ظاهر الصك، بمعنى آخر أن المشرع وازن بين حق المدين في عدم الاحتجاج به إزاء هذه النيابة وحق الحامل في استخلاص مبلغها بتخويله حق الرجوع طبقاً للفصل 164 من م.ت.ج.

ونتساءل عما إذا كان الممثل القانوني للشركة أو رئيس مجلس الإدارة، يطبق عليه حكم المادة 164 م.ت.ج ؟

لقد ميز المشرع بين النيابة عن الشخص الطبيعي والنيابة عن الشخص المعنوي، وعليه فإن أحكام المادة 164 من مدونة التجارة لا تطبق في علاقة الحامل بالشخص المعنوي، الذي سحبت الكمبيالة نيابة عنه،

(59) وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط صادر بتاريخ 1936/02/11 : "إن من قبل ورقة تجارية بدعوى أنه وكيل للغير يعد ملتزماً شخصياً تجاه المستفيد إذا ثبت أن الوكالة غير موجودة أولا قيمة لها" مذكور عند محمد فركت، إبراهيم زعيم، مرجع سابق ص 104.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

فالتصرفات التي يجريها ممثل الشخص المعنوي تسأل عنها الشركة،جوابا على هذا التساؤل نصت المادة 68 من ظهير 30 أغسطس 1996 المتعلق بشركات المساهمة على أنه : "لا يمكن للشركة ولا للغير من أجل التحلل من التزاماتهم الاحتجاج بعدم قانونية تعيين أشخاص مكلفين بتسيير الشركة أو إدارتها إلا إذا تم نشر ذلك التعيين بصفة قانونية.

لا يمكن للشركة أن تحتج في مواجهة الغير بتعيين الأشخاص المشار إليهم أعلاه وانتهاء مهامهم ما لم يتم نشرها بصفة قانونية".

ومن تم لا يمكن الاحتجاج في مواجهة الشركة بالوكالة غير الموجودة ما لم يتم نشرها بصفة قانونية، كما لا يمكن لهذه الأخيرة الاحتجاج أيضاً في مواجهة الأغيار بتعيين أو إعفاء أوانتهاء مهام الرئيس، ما لم يتم شهر ذلك بصفة قانونية، وإذا ادعى شخص ما هذه الوكالة فإليه يرجع آثار هذا التصرف.

يتبين مما سبق أن قانون الشركات أولى بالتطبيق من القانون الصرفي في الموضوع الذي نحن بصدده، تطبيقا للقاعدة التي تقول أن النص الخاص يقدم على النص العام، فقانون الشركات نص خاص، يكون أولى بالتطبيق من القانون الصرفي. وواضح أن الهدف من هذه المقتضيات الواردة في قانون الشركات، هو حماية الحامل حسن النية الذي يستحيل عليه في كثير من الحالات التأكد من صلاحيات الشخص الذي تلقى منه الكمبيالة. فقد قضى المجلس الأعلى في قرار صادر بتاريخ 7 مارس 2004 " لكن حيث تبين لمحكمة الاستئناف أن الأمر بالأداء مبني على كمبيالتين... والطاعنة لم تنازع في صحتهما بمطعن جدي فقضت بتأييده بعد أن ناقشت

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

الدفوع وردتها بما يكفي لردها مصرحة... أن خلاف المستأنفة مع ممثلها لا يمكن أن يحللها من التزاماتها الصادرة عنها باسمه ما دام لم يثبت أن المستأنف عليه تواطأ مع هذا الممثل القانوني من أجل الإضرار بها (الفصل 63 من القانون المنظم الشركات ذات المسؤولية المحدودة)[60].

وقد برر البعض الالتزام الواقع على الشخص المعنوي الذي تجاوز نائبه صلاحياته أو عندما لا يكون هناك تفويض من المنوب عنه، بالاستناد إلى نظرية الوكالة الظاهرة حماية للأغيار حسني النية، فنظرية الظاهر قد غدت مصدرا من مصادر الالتزام[61] تنتقل بموجبها من حالة واقعية إلى حالة قانونية[62].

وسواء أسسنا مسؤولية الشخص المعنوي عن تصرفات نائبه في مواجهة الحامل حسن النية بالاستناد إلى قانون الشركات أو بالاستناد إلى نظرية الظاهر، فإن ذلك يعد خروجا عن القواعد العامة للقانون الصرفي. وقد أورد المشرع استثناء من المبدأ الذي قرره في قانون الشركات حول مسؤولية الشخص المعنوي عن أعمال مستخدميه، فقد جاء في المادة 70 من قانون شركات المساهمة "تكون موضوع ترخيص من لدن مجلس الإدارة

(60) القرار مذكور في الأوراق التجارية بين القانون والعمل القضائي، منشورات المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، مطبعة النجاح الجديدة، 2004، ص : 69

(61) J. Stoufflet et Ch. Gavalda, op.cit, p.44

(62) Pierre Arrighi, op.cit, p.565.

ومن المهم الإشارة إلى أن القضاء المغربي رفض سماع دعوى على شركة عقارية بدعوى زورية الوكالة. راجع قرار المجلس الأعلى بتاريخ 16 نونبر 1987 الذي ورد فيه "إن التمسك بنظرية الوكالة الظاهرة وتطبيق أحكامها يتطلب أساسا مساهمة صاحب الحق بخطئه سلبا أو إيجابا في خلق مظهر خارجي للوكالة يكون من شأنه أن يجعل الغير المتعامل مع الوكيل عن حسن نية معذور في اعتقاده بصحة هذه الوكالة وهو ما لم يتوفر في هذه النازلة" مجلة المحاكم المغربية، ع.53، ص : 90.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

تحت طائلة عدم الاحتجاج ضد الشركة، الكفالات والضمانات الاحتياطة والضمانات التي تمنحها شركات المساهمة غير تلك التي تستغل مؤسسات بنكية أو مالية وفق الشروط التالية..."

وهكذا إذا قدم ضمان احتياطي باسم الشركة دون أن يكون ذلك موضوع ترخيص من مجلس الإدارة فإن الشركة لا تكون ملزمة إزاء الحامل حسن النية، ما لم تكن الشركة تستغل مؤسسات بنكية أو مالية كما جاء في المادة 70 السالفة الذكر. فقد ورد في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 9 يونيو 2004 "إن التوقيع على الضمان الاحتياطي[63] وقع من طرف مديرة فرع البنك الطاعن ومساعدها وأن صفتهما تجعلهما في حالة تبعية للطاعن فيما يقومان به من أفعال بصفتهما تلك وفي إطار مهامهما وفقا لمقتضيات المادة 85 من ق.ل.ع. الذي يقدر مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وذلك ما لم يثبت أنه تصرف خارج نطاق عمله المعهود إليه[64]".

وفي اعتقادنا أنه ليس ثمة مبرر معقول للتمييز بين قبول الكمبيالة أو تظهيرها أو سحبها وضمانها ضمانا احتياطيا، بحيث تكون الشركة ملزمة تجاه الأغيار حسني النية عن تصرفات مستخدميها الذين تجاوزوا صلاحياتهم كقابلين أو مظهرين أو ساحبين، ولا تكون كذلك في حالة الضمان الاحتياطي المقدم من الشركة دون ترخيص من مجلس إدارتها،

(63) إن هذا التعبير غير دقيق فالتوقيع يتم على الكمبيالة ولا يجوز القول "التوقيع على الضمان الاحتياطي" وبهذا يكون الضمان الاحتياطي هو تعهد أحد الموقعين على الكمبيالة أو أحد من الغير بأداء مبلغ الكمبيالة إذا لم يف به المسحوب عليه.

(64) القرار منشور بمجلة المحاكم المغربية، ع.63، ص: 189

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

والحال أن الأمر يتعلق بحامل حسن النية جدير بالحماية، سواء تعلق الأمر بالقبول أو التظهير أو السحب أو الضمان الاحتياطي.

وفيما يتعلق بتجاوز حدود النيابة من طرف الرئيس أو الممثل القانوني للشركة فإن المشرع في المادة 74 من نفس القانون(65) خوله تحت مسؤوليته الإدارة العامة للشركة وتمثيلها في علاقتها مع الغير، وبالتالي فإنه عند تجاوز حدود الوكالة تصبح الشركة ملزمة صرفياً تجاه الحامل(66) وتتحمل تبعات الوفاء على خلاف ما تقضي به المادة 164 م.ت لأنه نص عام والخاص يقدم على العام عند التعارض.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2003/11/19 : "إن المحكمة عندما قضت على الطاعن شخصياً بأدائه المبلغ المحكوم به تضامناً مع شركة التأمين مع أن ما كان ثابتاً لقضاة الموضوع من وثائق الملف هو أن الشيك موضوع النزاع مسحوب من طرف شركة التأمين، وأن الطاعن إنما وقع بصفته رئيساً مديرا لهذه الشركة وأن المطلوب في النقض لم يتعامل معه إلا بهذا الوصف، تكون قد خرقت مقتضيات الفصلين 921 و922 من ق.ل.ع المتعلقة بالوكالة وعرضت بذلك قرارها للنقض"(67).

ولكن من الواضح أن هذا الحكم (المادة 164 م.ت) لا يتناول حالة الشخص الذي يسيء وكيله استعمال سلطته رغم تصرفه في حدود الوكالة

(65) نفس الاتجاه كرسه القانون رقم 5.96 المتعلق بشركات التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وشركة المحاصة راجع المواد (8-21-35-63).

(66) وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2004/03/17 : "إن خلاف المستأنفة مع ممثلها القانوني السابق لا يمكن أن يحللها من التزاماتها الصادرة عنها باسمه ما دام لم يثبت أن المستأنف عليه تواطأ مع هذا الممثل القانوني من أجل الإضرار بها"، قرار عدد 314 ملف تجاري عدد 2003/1/3/1637 مذكور في مؤلف "الأوراق التجارية بين القانون والعمل القضائي"، مرجع سابق، ص 69.

(67) قرار عدد 1282 ملف تجاري عدد 256 و2003/1/3/266 مذكور في مؤلف "الأوراق التجارية بين القانون والعمل القضائي"، مرجع سابق ص 89.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

المعطاة له، كما لو استغل الوكيل الورقة لمصلحته الشخصية، فإرادة الموكل لم تنعدم في الفرض الأخير ولا سبيل أمام التنصل من المسؤولية إزاء الحامل حسن النية الذي لم يكن على بينة من إساءة الوكيل لاستعمال السلطة المخولة له"(68).

المطلب الثالث : الدفوع الناشئة عن نقص في الأهلية

تنص المادة 12 من م.ت على أنه : "تخضع الأهلية لقواعد الأحوال الشخصية مع مراعاة الأحكام الواردة بعده.

كما جاء في الفصل الثالث من ق.ل.ع : "كل شخص أهل الإلزام والالتزام ما لم ينص قانون أحواله الشخصية على خلاف ذلك". مما يعني أن الأصل هو كمال الأهلية.

كما نصت المادة 210 من مدونة الأسرة : "كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقص أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته وسن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة (المادة 209) ويعتبر ناقص الأهلية السفيه، المعتوه، الصغير الذي بلغ سن التمييز (12 سنة) ولم يبلغ سن الرشد، ويخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو التقديم بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة في هذه المدونة (المادة 211).

(68) أحمد إبراهيم البسام، مرجع سابق ص 108.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وهكذا فإن توقيع ناقص الأهلية "القاصر المميز، المعتوه، السفيه، ذو الغفلة" يعد من الدفوع الغير المطهرة، لأن له الحق في الاحتجاج بالدفوع الناشئة عن نقص الأهلية في مواجهة كل الحملة حتى من كان منهم حسن النية، وهذا ما نصت عليه المادة 164 م.ت : "إن الكمبيالة الموقعة من طرف قاصر غير تاجر باطلة اتجاهه ويحتفظ الأطراف بحقوقهم وفقاً للقانون العادي" وهذا البطلان مقرر لمصلحته، بحيث لا يحق للآخر أن يدفع به أو يستفيد منه وهذا ما قضت به المادة 10 من ق.ل.ع التي جاء فيها : "لا يجوز للمتعاقد الذي كان أهلاً للالتزام أن يحتج بنقص أهلية الطرف الذي تعاقد معه". وحكم البطلان لا يسري في حق القاصر المأذون له بممارسة التجارة لأنه ينزل منزلة البالغ سن الرشد في حدود الإذن الممنوح له، وهكذا نصت المادة 142 م.أ.ش على أنه : "يعتبر المأذون في حالة الاختبار كامل الأهلية في إذن له به" وأيضاً ما جاء في الفصل 7 من ق.ل.ع من أنه : "لا يسوغ له أن يطلب إبطال التعهدات التي تحمل بها بسبب تجارته في حدود الإذن الممنوح له، وهكذا نصت المادة 142 م.ت على قاعدة استقلال التواقيع التي تعتبر من ثوابت ودعائم القانون الصرفي، إذ أن بطلان التزام ناقص الأهلية أو عديمها لا يؤثر على صحة التزامات باقي الموقعين المستوفية للشروط القانونية بحيث ورد فيها : "إذا كانت الكمبيالة تحمل توقيعات أشخاص لا تتوفر فيهم أهلية الالتزام بها أو توقيعات مزورة أو توقيعات لأشخاص وهميين أو توقيعات ليس من شأنها لأي سبب آخر أن تلزم الأشخاص الموقعين لها أو الأشخاص الذين وقعت باسمهم، فإن التزامات غيرهم من الموقعين تظل مع ذلك صحيحة.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

فإذا كان التزام ناقص الأهلية يعتبر قابلاً للإبطال(69) فإن ذلك لا يتوقف على إثبات حسن نيته أو على الأقل إثبات أن ضررا ما قد لحقه من جراء هذا الالتزام حتى يلتمس التصريح ببطلانه، ما دام أن المشرع قد خوله هذا الحق مطلقاً دون تقييد، ولا شك أن في ذلك مغالاة في حماية القصر تفرضها طبائع الأمور، لأن الأهلية أساس الالتزام. بل الأكثر من ذلك فإن المشرع خوله نقض الالتزام إلى حين بلوغه سن الرشد حينما قضى الفصل 6 من ق.ل.ع بأنه : "يجوز الطعن في الالتزام من الوصي أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد ولو كان قد استعمل طرقاً احتيالية من شأنه أن تحمل الطرف الآخر على الاعتقاد برشده أو بموافقة وصيه أو بكونه تاجراً".

ويبقى مع ذلك القاصر ملزماً في حدود النفع الذي استخلصه من الالتزام (المادة 9 ق.ل.ع) وبموازاة الحماية المخولة للقاصر التي قد تحمل في طياتها الإخلال بمبدأ الثقة في الأوراق التجارية ومن إعاقة تداولها، لو جعل كل شخص في حسبانه أن الورقة قد تحمل توقيعات أشخاص ناقصي الأهلية(70)، فبمقابل ذلك تم تخويل الحامل حق الرجوع على ناقص الأهلية

(69) فإذا كانت تصرفات عديم الأهلية باطلة ولا تنتج أي أثر (المادة 24 من مدونة الأسرة) فإنه على خلاف ذلك فإن تصرفات الصغير المميز تخضع للأحكام التالية :

1 – تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً ؛

2 – تكون باطلة إذا كانت مضرة به ؛

3 – يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب شرعي (م.25).

(70) هذا الحرص يفسره تدخل المشرع في مدونة التجارة يجعل الأجنبي كامل الأهلية في مزاولة التجارة بالمغرب ببلوغه سن الرشد الذي يحدد القانون المغربي (18 سنة) وأصل هذا التعديل الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي أقر مبدأ المصلحة الوطنية المكسيكي "ليزاردي" يراجع في هذا الشأن مؤلفات القانون الدولي الخاص.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية مادام أن الالتزام الصرفي قد انهار باستعمال وسائل احتيالية لإخفاء السن أو التظاهر بالرشد أو الترشيد أو الحصول على الإذن بالاتجار، وبالإضافة إلى ذلك فللحامل أيضاً الحق في الرجوع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب لاسترداد مبلغ الكمبيالة في حدود النفع الذي استخلصه، لأنه من القواعد المقررة أن القاصر إذا كان من حقه أن يستفيد من نقص أهليته ليتقرر بطلان الالتزامات المجراة من طرفه، فإنه لا يمكنه أن يدفع الالتزامات الناشئة عن الجرائم وأشباه الجرائم المرتكبة من طرفه في مواجهة حسني النية.

والدفع بالتصفية القضائية يماثل الدفع بنقص الأهلية في أنه يجوز الاحتجاج به ضد كل حامل، ذلك إن الحكم القاضي بالتصفية القضائية يؤدي إلى تخلي المدين عن تسيير أمواله والتصرف فيها طبقاً للمادة 619 من م.ت.ج، ويحرمه من القيام بأي تصرف من شأنه الإضرار بدائنه، بل قد ينسحب ذلك إلى ما قبل هذا التاريخ بالنسبة للتصرفات المبرمة خلال فترة الريبة التي حددتها 679 من ت.ج من تاريخ التوقف عن الدفع ولغاية حكم فتح المسطرة.

وبالنسبة للتصرفات المبرمة والمتعلقة بالأوراق التجارية، فقد نصت المادة 684 م.ت.ج : "غير أنه يمكن للسنديك أن يرفع دعوى الاسترداد ضد ساحب الكمبيالة وفي حالة السحب للغير ضد الآمر بالسحب وكذلك ضد المستفيد من الشيك والمظهر الأول لسند الأمر والمستفيد من الدين المفوت طبقاً (للمادة 629 وما بعدها) إذا ثبت أن هؤلاء الساحبين كانوا على علم بالتوقف عن الدفع وقت اكتساب الورقة التجارية أو تحويل الدين".

ويرى أستاذنا شكري السباعي وبحق أن المشرع قدم حماية حقيقية لقانون الصرف وتداول الأوراق التجارية ولكن لم يلحق لا الغبن اليسير ولا

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

الكثير جماعة الدائنين ولم يضح بمصلحة هذه الكتلة بل إن موقفه هذا خلق توازناً منطقياً بين المصالح المتعارضة، مصلحة الحامل ومصلحة جماعة الدائنين، فالحامل لا يرجع عليه برد المبلغ حماية لتداول الورقة التجارية، ولكن القانون مكن كتلة الدائنين من استرداد المبلغ من الطرف الذي سحبت الكمبيالة على ذمته، أي من الشخص الذي أدخلها في التداول التجاري وهو الساحب في الكمبيالة والمظهر الأول في السند لأمر والمستفيد خروجاً عن القاعدة في الشيك، وإن كان البعض يرى خطأ أن الساحب في الشيك كالساحب في الكمبيالة(71).

الفرع الثاني : الدفوع المطهرة

تعتبر الدفوع المطهرة دفوعاً شخصية لا يمكن للمدين الاحتجاج بها إلا في مواجهة من تربطه به علاقة مباشرة، والتي يطلق عليها العلاقة الأصلية التي تظل محكومة بالروابط القانونية التي جمعت بين أطرافها المباشرين، ونشير إلى أن المؤتمرين في لاهاي قد عجزوا عن إيراد تحديد حصري لهذه الدفوع، فتركوا أمر تفسيرها للفقه والقضاء واكتفوا بتحديد قاعدة تطهير الدفوع، مع استثناء الدفوع الشخصية منها.

وعليه فإننا سنتناول في هذا الفرع ثلاث مباحث، نخصص الأول لدراسة الدفوع المتعلقة بعيوب الرضى ونخصص المبحث الثاني للدفوع الناشئة عن السبب وأخيراً الدفوع المستندة إلى فكرة المسؤولية المدنية في مبحث ثالث.

(71) أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، الجزء الثالث ص 348.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

المبحث الأول : الدفوع المتعلقة بعيوب الرضى

يحق لكل شخص عيبت إرادته لغلط "مطلب أول" أو تدليس "مطلب ثان" أو إكراه "مطلب ثالث" أو غبن "مطلب رابع" الحق في إثارة هذه العيوب لإبطال التزامه في مواجهة المتعاقد معه مباشرة(72)، وأيضاً في مواجهة الحامل سيء النية، ويرجع السبب في حصر وتضييق دائرة هذه الدفوع لكون عيوب الرضى غير ظاهرة في السند(73)، ومن تم لا يحق مواجهة الغير ومباغتته بها حماية للأوضاع الظاهرة وتسهيلاً لتداول الورقة التجارية، ولهذا اقتضى نظر المشرع تطبيق قاعدة تطهير الدفوع في حقها.

ونشير إلى أننا سنتناول في هذا المبحث الدفع بالأمية كمطلب خامس وذلك لاعتبارات منهجية حتمت ذلك، لأن الدفع بالأمية لا يندرج ضمن الدفوع المتعلقة بعيوب الإرادة، وإنما يدخل في نطاق مدى العلم بمضمون التصرفات القانونية لنصبح أمام إرادة معيبة بسبب إيقاع الشخص في غلط بسبب جهله قراءة وكتابة هذه المحررات على حد تعبير المجلس الأعلى(74).

المطلب الأول : الدفع بالغلط

(72) G. R. Roblot : traité de droit commercial Tome 2 16ème édition L.G.D.J p 20.

(73) اعتبر البعض أن عيوب الإرادة ظاهرة في السند رغم أن هذه العيوب لا تظهر على الورقة التجارية، لأنه لا يمكن لشخص أن يقر بوقوعه في عيب شاب إرادته وهو يبرم العقد، لأن = =

= = ذلك يتضمن منه تسليماً بهذا العيب، لطيفة الداودي مرجع سابق ص : 45 وهدى مشبال مرجع سابق ص 122.

- Michel de juglart et Benjamin Ippolito : 86 160

(74) فقد جاء في هذا القرار بأن الفصل 427 ق.ل.ع يؤسس حماية شخصية لهؤلاء الأشخاص الذين يسهل إيقاعهم في الغلط بسبب جهلهم قراءة وكتابة هذه المحررات "قرار صادر بتاريخ 1995/06/26 عدد 2698" مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 53-54 ص 469 وما بعدها مع تعليق للأستاذ محمد سعيد بناني.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

ينص المشرع في الفصل 40 من ق.ل.ع أن : "الغلط في القانون يخول إبطال الالتزام :

- إذا كان هو السبب الوحيد الأساسي ؛

- إذا أمكن العذر عنه".

كما ينص الفصل 42 من نفس القانون على : "أن الغلط الواقع على شخص أحد المتعاقدين أو على صفته لا يخول "الفسخ" إلا إذا كان هذا الشخص أو هذه الصفة أحد الأسباب الدافعة إلى صدور الرضى من المتعاقد الآخر".

وإذا كان الغلط هو الدافع الأساسي إلى التوقيع على الورقة التجارية فإنه لا يصح إيراده دفعاً في مواجهة الحامل حسن النية، وإنما يقبل الاحتجاج به مباشرة في مواجهة المتعاقد معه أو في مواجهة الحامل سيء النية المكتسب للورقة التجارية إضراراً بالمدين لا فرق في ذلك بين الغلط الذي يعيب الإرادة فقط وحالات الغلط في القانون أوفي الواقع، وبين الغلط الذي ينتفي فيه الرضى أصلاً ويمنع بالتالي من انعقاد العقد، وهذا الغلط إما أن يقع في ماهية العقد أو يتعلق بوجود المحل المتعاقد عليه، أو ذاتيته أو في سبب الالتزام لأن لهما نفس الحكم في ظل القانون الصرفي على خلاف قانون الالتزامات والعقود.

وقد أثير الغلط في القضاء الفرنسي في الحالة التي يمتنع المسحوب عليه عن الوفاء وذلك لأن قبوله كان بناءً على توقيع الساحب الذي تبين أنه مزور وفي حالة تدخل ضامن احتياطي لضمان أحد المظهرين ثم يتضح له

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

أن توقيع هذا الأخير كان مزوراً أو أن يعتمد أحد الموقعين على ملاءة موقع سابق ثم يظهر أن هذا الموقع السابق كان متوقفا عن الدفع ومعسرا[75].

وقد يقع الغلط في مادة الشيء المتعاقد عليه أو نوعه أو صفة فيه كانت هي السبب الدافع إلى التعاقد ويتسلم المتعاقد معه البضاعة على غير المواصفات المتفق بشأنها، فهل يلزم للدفع بهذه العيوب سلوك المقتضيات المنصوص عليها في الفصول 553 وما يليق من ق.ل.ع المتعلقة بضمان عيوب الشيء المعيب؟

جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 1986/06/03 : "لكن حيث إن الطاعنة لم تدل بأي حجة في هذا الخصوص ولو بمراسلة بين الطرفين سابقة على ولوج المطعون ضدها المسطرة الحالية بشأن البضاعة التي تم بيعها من الأخيرة للطاعنة وتمخض عنه إنشاء الكمبيالة محل النزاع، فإن مؤدى ذلك عدم جواز سماع طروحات المستأنفة القابلة والقائلة بعدم توصلها بالسلع على النحو المذكور أعلاه باعتبارها مجرد طروحات واهية تبغي من وراءها تعتيم النزاع واصطناع صيغة من الجدية لا ترتكز لأساس في الواقع"[76].

وجاء أيضاً في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 1998/07/20 : "طبقا لقواعد الصرف الصارمة يؤمر المسحوب عليه بأداء الكمبيالات المستوفية لشروطها بحلول أجل استحقاقها بغض النظر عن سبب إنشائها وكذا ما اعترى محل إنشائها من عيوب ما دام لم يتم المطالبة

(75) هدى مشبال مرجع سابق ص 127.

(76) مجلة المحاكم المغربية عدد 57 ص 122.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

بها فور اكتشافها داخل الأجل المنصوص عليه في الفصل 553 من ق.ل.ع"[77].

و في نفس الاتجاه جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء صادر بتاريخ 1999/10/7 "إن التوقيع على الكمبيالة يفترض معه وجود مقابل الوفاء، وأن تمسك المستأنفة بكون الأشغال المنجزة غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها، لا يمكن إثارته كدفع بل يتعين التمسك به وفق إجراءات محررة قانونا ومن ضمنها رفع دعوى قضائية داخل الأجل القانوني، الأمر الذي أكده نص الفصل 771 ق ل ع بخصوص إجارة الخدمة"[78].

وقد أيد المجلس الأعلى محاكم الموضوع في هذا الاتجاه في قراره الصادر بتاريخ 1993/06/30 جاء فيه : "حيث تعيب الطاعنة على القرار انعدام التعليل لانعدام مقابل الوفاء في الكمبيالات بدعوى أنها تتمسك بكون مقابل الوفاء غير مطابق للمواصفات المتفق عليها على إثر معاينة النموذج المقدم لها، ومع ذلك قضت المحكمة عليه بالأداء اعتباراً لكون العارضة لم تسلك المسطرة المنصوص عليها في الفصل 554 من ق.ل.ع في حين إن النزاع يخضع للفقرة الأولى من الفصل المذكور لكون المواصفات وقعت على النموذج التي تعفي العارضة من إثبات حالة المبيع.

لكن حيث بمقتضى الفصل 554 من ق.ل.ع فإذا ظهر عيب في المبيع وجب على المشتري أن يعمل فوراً على إثبات حالته بواسطة السلطة

(77) قرار رقم 17 ملف عدد 98/19 غير منشور.

(78) قرار رقم 1999/1411، صدر بتاريخ : 1999/10/7 رقم الملف بالمحكمة التجارية 98/7/213 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية 10/99/815، مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 218.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

القضائية أو بواسطة خبراء مختصين لذلك مع حضور الطرف الآخر، فإذا لم يقم المشتري بإثبات حالة المبيع على وجه سليم تعين عليه أن يثبت أن العيب كان فعلاً موجوداً عند تسليم المبيع، ومحكمة الاستئناف استبعدت دفع الطاعن الرامي إلى أن الطاعنة توصلت بها غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها بعلة إن هذه الأخيرة في هذه الحالة لم تسلك المسطرة المنصوص عليها قانوناً بمقتضى الفصل 554 من ق.ل.ع وما يليه تكون قد ركزت قرارها على أساس سليم"[79].

لكن مع تسليمنا بوجاهة هذا الرأي ومرتكزاته القانونية، إلا أن الملاحظ هو أن الدعوى الصرفية تخرج عن نطاق دعوى الضمان لأن المدعي غير ملزم برفع دعوى العيب ما دام أن عدم تطبيق قاعدة عدم التمسك بالدفع يحميه ويكفيه أن يتمسك بهذا الدفع مع إثباته دون رفع دعوى العيب ولا توجيه إخطار بذلك، لأنه إذا كانت الدعوى مرتبطة بأجل، فإن الدفع غير مقترن بذلك، مع ملاحظة أن مسطرة الفصل 544 من ق.ل.ع ليست من مشمولات النظام العام لكون إخطار البائع بالبيع ورفع الدعوى داخل الأجل يجب إثارتها من طرف المشتري ولا تملك المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها.

إن المدعى عليه بقيمة الكمبيالة، التي سحبت عليه من طرف المدعي الحامل لها، مقابل ثمن البضائع التي باعها له، يستطيع أن يتمسك في مواجهة هذا الأخير بكافة الدفوع المبنية على عقد البيع المبرم بينهما، والذي كان السبب في سحب الكمبيالة وقبلها، إن المحكمة بإغفالها الجواب عن الحجج التي عرضت عليها، والمتعلقة باسترجاع جزء من السلعة

(79) مشار إليه عند الأستاذ طارق السباعي، نظرات في الفقه والقانون، عدد 6 سنة 1997 مطبعة الصومعة ص 107.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

المبيعة للبائع، والذي يشكل مقابل وفاء الكمبيالة المطلوب أداؤها، يكون حكمها ناقص التعليل ومعرضا للنقض"(80).

وفي اتجاه مخالف لمقتضيات قاعدة تطهير الدفوع اعتبرت محكمة الاستئناف التجارية بفاس أنه "متى كانت الكمبيالة كورقة تجارية مكتفية بذاتها، مستقلة بنفسها فإنه لا يجوز ربط الوفاء بها إلى عنصر خارجي أو إلى واقعة أخرى سواء كانت سابقة أو لاحقة على إنشائها، ولا يجوز التمسك قبل المستفيد بالدفوع الناشئة عن نقصان في البضاعة المبيعة أو عدم مطابقتها لما تم التعاقد بشأنه، حيث يبقى لصاحب المصلحة الرجوع على البائع في إطار دعوى مستقلة عن الدعوى الصرفية"(81).

المطلب الثاني : الدفع بالتدليس

ينص الفصل 39 من ق.ل.ع على أنه : "يكون قابلاً للإبطال الرضى الصادر عن غلط أو الناتج عن تدليس أو المنتزع بإكراه". وجاء في الفصل 52 من نفس القانون أن "التدليس يخول الإبطال إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو أي شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حداً بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر، ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يفيد منه عالماً به".

(80) القرار رقم 321 صادر في 6 ماي 1981 ملف تجاري عدد 71177 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني : مرجع سابق ص 203.

(81) محكمة الاستئناف التجارية بفاس، بتاريخ 99/11/08، رقم القرار 778 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني : مرجع سابق ص 263.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ويتطلب لتحقق التدليس عنصرين أولهما عنصر مادي يتمثل في استعمال المدلس وسائل احتيالية مؤثرة لتضليل المدلس عليه وثانيهما عنصر معنوي يبرز في توافر نية التضليل والخداع للوصول إلى غرض غير مشروع.

والدفع بالتدليس دفع شخصي لا يحق الاحتجاج به إلا في مواجهة المدلس المتعاقد معه سواء باشر هذا الأخير الفعل بنفسه أو بواسطة نائبه أو من طرف الغير إذا كان عالماً به واستفاد منه، وعليه فلا يصح التمسك به في مواجهة الحامل حسن النية لأنه يجهل هذا الدفع ولا علم له به.

ولكون أيضاً ظاهر السند لا يكشف عنه، ولا تكليف بمستحيل ومن تم فإنه ليس من العدل في شيء إلزامه بتقصي الظروف التي وقع فيها كل مدين، لاختلاف الأشخاص الموقعين وأحياناً عدم وجود تعارف أو خلطة تجارية وتباعد المسافات التي تربط بينهم.

ويسوغ إثبات التدليس بجميع وسائل الإثبات مادام أن الأمر يتعلق بوقائع مادية، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1991/05/22 ما يلي : "إن ما تضمنه الحكم الجنائي من أن رسم البيع ينفي عن المتهم جريمة الاحتيال لا يقيد القاضي المدني الذي يبقى من حقه قانوناً دون أن يكون قد خرق قوة الشيء المقضي به أن يبحث في توفر عنصر التدليس المدني الذي يختلف في صبغته القانونية عن التدليس الجنائي المعبر عنه بالنصب باعتبار أن الطرق الاحتيالية عنصر مستقل بذاته وعادة أشد جسامة من تلك المستعملة في التدليس المدني.

بمقتضى الفصل 52 من ق.ل.ع فإن التدليس يخول الإبطال إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين قد بلغت في طبيعتها حداً بحيث

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

لولاها لما تعاقد الطرف الآخر، والتدليس ينصب على وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات بما فيها القرائن.

وقضاة الموضوع يستقلون بتقدير تلك الوقائع دون رقابة عليهم من طرف محكمة النقض إلا فيما يتعلق بالتعليل أو ادعاء التحريف، وأن المحكمة بالتالي كانت على صواب عندما اعتمدت أساساً في القول بثبوت التدليس ومن تم في قضائها ببطلان عقد البيع المبرم بين الطرفين الذي شابه عيب من عيوب الرضى على ما استخلصته من الملابسات التي صاحبت إبرام هذا العقد، ومن تصريحات الطاعن نفسه بالقرار"[82].

المطلب الثالث : الدفع بالإكراه

عرف المشرع الإكراه في المادة 46 من ق.ل.ع بقوله : "هو إجبار يباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخصاً، شخصاً آخر على أن يعمل عملاً بدون رضاه والإكراه يعتبر ظرفاً خارجياً يؤثر على إرادة المتعاقد لما يولده من رهبة وخوف في نفسه تدفعه إلى التعاقد، فهذه الرهبة أو الخوف هي أساس الإبطال[83].

وجاء في المادة 47 من ق.ل.ع : "الإكراه لا يخول الإبطال إلا :

- إذا كان هو السبب الدافع إليه ؛

(82) منشورات الذكرى الأربعينية لتأسيس المجلس الأعلى، المادة المدنية قرار رقم 1234 ملف مدني عدد 86/1209 ص 165.

(83) أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود وإبطالها في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ الطبعة 1987/2 أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق ص 271.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

- إذا قام على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه ألماً جسيماً أو اضطراباً نفسياً أو الخوف من تعريض نفسه أو شرفه أو أمواله لضرر كبير مع مراعاة السن والذكورة والأنوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثرهم".

وانطلاقا من ذلك حدد الفقه شروط الإكراه في :

- استعمال وسيلة من وسائل الإكراه ؛

- أن تكون الرهبة أو الخوف هي الدافع إلى التعاقد ؛

- أن يهدف الإكراه إلى غرض غير مشروع.

وإذا كان الفصل 47 من ق.ل.ع يسوي بين الإكراه الجسمي والنفسي ويعتبرهما يعيبان الإرادة بشكل يجعل العقد قابلاً للإبطال، فإن الفقه الغالب(84) في إطار القانون الصرفي ذهب إلى التمييز بين أثر الإكراه المادي أو الملجئ "الجسمي" الذي يعدم الإرادة ويشلها تماماً كمن أجبر على توقيع كمبيالة تحت التعذيب، وبين الإكراه غير الملجئ "النفسي أو المعنوي" الذي لا يصل إلى حد إعدام الإرادة وإنما ينقص من قوتها وفعاليتها بشكل يعيبها فقط.

فالإكراه الملجئ يمكن الاحتجاج به في مواجهة أي حامل ولو كان حسن النية لأنه يماثل الدفع بالتزوير في القضاء على الإرادة بخلاف

(84) انظر علي سلمان العبيدي مقاله السابق ص 50، علي حسن يونس مرجع سابق ص 172، مصطفى كمال طه مرجع سابق ص 77، إلياس حداد مرجع سابق ص 165.

ومن الفقه الفرنسي أنظر :

- Lyon Cacu Renaut. Lzcau et Bouterom Homel la garde et Jouffre, Frederic et Debacker. V. René Roblot Op.cit p251.

أنظر الرأي المخالف عند سميحة القيلوبي مرجع سابق ص 93 . زهير عباس كريم مرجع سابق ص 49.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

الإكراه غير الملجئ فلا يصح الاحتجاج به إلا في علاقة المتعاقد معه أو الحامل سيء النية.

كل هذا رغم تحفظنا في التمييز بين النوعين، لأن الإكراه النفسي في ظروف معينة قد يحدث رهبة في نفس المكره لا يحدثها أي إكراه كيفما كان نوعه، كالتهديد مثلاً بقتل عزيز أو حبيب، ولهذا السبب فالمشرع المغربي كان حكيماً حينما لم يعمد إلى الفصل بينهما واشترط فقط الضرر الكبير أو المحدق، ولا شك أن ذلك يخضع لمطلق السلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

وهكذا فإن الخوف الناتج عن التهديد بالمطالبة القضائية أو عن الإجراءات القانونية لا يخول الإبطال"(85).

المطلب الرابع : الدفع بالغبن

ينص الفصل 55 من ق.ل.ع أن "الغبن لا يخول الإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله وذلك فيما عدا الاستثناء الوارد بعده" .

وجاء في الفصل 56 من ق.ل.ع : "الغبن يخول الإبطال إذا كان الطرف المغبون قاصراً أو ناقص الأهلية ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي وفقاً للأوضاع التي يحدده القانون ولو لم يكن ثمة تدليس من الطرف الآخر، ويعتبر غبناً كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء".

(85) محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء قرار رقم 2005/2801، مؤرخ في 2005/07/12 مذكور عند

* أحمد كويسي، محمد الهيني : مرجع سابق ص 182.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ويظهر من ذلك أن المشرع المغربي لا يعتد كقاعدة عامة بالغبن المجرد كمبرر للإبطال إلا إذا اقترن بالتدليس أو كان المدلس عليه قاصرا أو ناقص الأهلية.

والدفع بالغبن دفع شخصي لا يحق التمسك به إلا في مواجهة المتعاقد معه أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله، ومن تم يمنع الاحتجاج به في مواجهة الحامل حسن النية حفاظاً على استقرار المعاملات وحماية للأوضاع الظاهرة.

والجدير بالذكر أن الفقه والقضاء أقرا بتعاون وثيق بينهما نظرية الغبن الاستغلالي انطلاقاً من شرح مفصل ودقيق للمادة 54 من ق.ل.ع الذي ينص على أن : "أسباب الإبطال المبنية على حالات المرض والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة".

يقول أستاذنا مأمون الكزبري في هذا الشأن : "أن النظرية الحديثة للغبن ترتكز على فكرة الغبن الاستغلالي، والغبن الاستغلالي يقوم على استغلال أحد المتعاقدين لمرض أو ضعف أو حاجة أو طيش المتعاقد الآخر، واستجراره إلى التعاقد على أسس يظهر فيها البون شاسعاً بين ما ينشأ للمغبون من حقوق وما يترتب عليه من التزامات، ومن تم يحق للطرف المغبون استغلالياً الحق في المطالبة بإبطال العقد خاصة وأن المشرع أعطى سلطة تقديرية للقضاء في هذا المضمار"[86].

(86) مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء ق.ل.ع مطابع دار القلم ببيروت لبنان الجزء 1 الطبعة الأولى 1970 ص 157.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وهذا التأويل ينسج مع فكرة العدل ومحاربة الربا التي انبثقت عنها فكرة الاستغلال(87)، ويكرس مبدأ استقرار المعاملات المفضي إلى تنشيط الحركة الاقتصادية(88).

هذا الاتجاه الفقهي الغالب(89) لقي ترحيباً من لدن القضاء فقد ذهب المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1988/06/13 إلى أن "الفصل 54 من ق.ل.ع يعالج حالة الغبن الاستغلالي باعتباره سبباً من أسباب الإبطال كعيب من عيوب الرضى يتطلب توفر عنصرين، عنصر مادي وهو عدم تعادل التزامات الطرفين مثل الثمن والمثمن، وعنصر نفسي وهو في هذه النازلة حالة المرض التي نتج عنها عدم التعادل وأن المحكمة وإن أبرزت حالة المرض فإنها لم تبرز العنصر المادي أي غبن البائع كنتيجة لاستغلال حالته المرضية"(90).

وعليه يحق للطرف المغبون غبناً استغلالياً بعد أن يثبت حالة المرض المؤثر على الإدراك والتمييز "العنصر النفسي" وعدم تعادل أو تكافؤ

(87) أحمد شكري السباعي أنظر أطروحته مرجع سابق ص 292.

(88) محمد شيلح، في مشاكل الفصل 54 من ق.ل.ع المغربي من حيث تحديد طبيعة عيوب الإرادة المنصوص عليها فيه وفي شروط الإبطال المنصوص عليها فيه، من خلال التعليق على القرار رقم 1625 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1988/06/11 مجلة القانون والاقتصاد عدد 7 سنة 1991 ص 137.

(89) وقد خالفهم في ذلك الأستاذ أحمد ادريوش في كتابه أثر المرض على عقد البيع تأملات حول تطبيق القضاء للفصلين 54 و479 من ق.ل.ع ص 45 وما بعدها، سلسلة المعرفة القانونية رقم 3 مطبعة الأمنية الرباط 1986. وحجته في ذلك تفرضها قراءة النص من زاوية أصوله التاريخية.

(90) مجلة القضاء والقانون عدد 139 ص 121 وما بعدها.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

التزامات الطرفين "العنصر المادي"، الاحتجاج بهذا الدفع في مواجهة المتعاقد معه وحده دون الحامل حسن النية.

وختاماً نشير أنه لعل من اليسير وقد بينا أن كلاً من الحملة يرتبط بعقد مستقل مع الموقع، أن نفسر حرمان الأخير من الاحتجاج اتجاههم بالبطلان الذي حكم لهم به، ذلك أن هؤلاء الحملة لم يستمدوا حقهم في الورقة من العقد الذي قضى بإبطاله وإنما من العلاقة المباشرة التي تربط كلا منهم بالموقع وعلى ذلك يسهل تعليل اقتصار أثر البطلان على الحامل الذي تقرر ضده دون بقية الحملة مادام هناك عقد مستقل يربط الموقع بكل حامل على انفراد، فإذا مارس الموقع حقه في نقض أحد هذه العقود لم ينعكس أثر هذا النقض على العقود الأخرى التي تربطه بالحملة الآخرين[91].

المطلب الخامس : الدفع بالأمية

نص الفصل 427 من ق.ل.ع أن : "المحررات المتضمنة لالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة إلا إذا تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك".

ومناط هذه الحماية القانونية هو جهل الشخص الأمي لمضمون المحرر وحقيقة الالتزامات المنسوبة إليه[92].

(91) أحمد إبراهيم البسام مرجع سابق ص 119.

(92) وهكذا جاء في قرار حديث للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2006/06/07 : "مناط الحماية القانونية المنصوص عليها في الفصل 427 من ق.ل.ع هو جهل الشخص الأمي لمضمون المحرر، ويعتبر الأعمى في حكم الأمي ما دام في وضعية يستحيل عليه معها معرفة مضمون الورقة العرفية وحقيقة الالتزامات المنسوبة إليه"، قرار عدد 1908 ملف مدني عدد 04/2/1/1806 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 66 ص 43.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وأمام عدم تحديد المشرع لتعريف الأمية جاءت مواقف المجلس الأعلى مترددة(93) في هذا الشأن، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1969/07/04 : "إن الالتزامات الصادرة عن الأشخاص الأميين الذين لا يعرفون مضمونها لا تكون لها قيمة إلا إذا حررت بواسطة موثق أو موظف عمومي مختص، ولهذا فإن المحكمة كانت على الصواب حيث لم تعتد بالتزام مختوم ببصمة لأحد الطرفين الذي لم ينكرها زاعماً أنه لم يعرف مضمون ما كتب لأنه أمي"(94).

وفي نفس الاتجاه اعتبر المجلس الأعلى في قرار له صادر بتاريخ 1970/04/15 أنه : "لم يخرق قضاة الدرجة الثانية الفصل 427 من ق.ل.ع عندما حددوا الأميين الذين يجهلون الإمضاء واعتبروا غير أمي من وضع إمضاءه على العقد"(95).

وجاء في قرار مخالف للاتجاه الأول صادر عن الغرفتين المدنية والإدارية المؤرخ في 1976/12/15 أن : الأمي ليس هو من لا يحسن التوقيع ولكن الذي لا يعرف اللغة التي حرر بها العقد.

ونتساءل عما إذا كان المجلس الأعلى سينحو في نفس الاتجاه لو ثبت أن الأعمى شخص متقف وحاصل على شهادات علمية ؟ لذلك من وجهة نظرنا كان الأولى أن يقيد مناط الحماية بالأعمى الجاهل (أي الأمي)، وعدم اعتبار المبدأ عام والحماية عامة.

(93) عبد القادر الرافعي، آفاق المجلس الأعلى كمحكمة نقض "أشغال الندوة تخليداً للذكرى الأربعينية لتأسيس المجلس الأعلى، عمل المجلس الأعلى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية" ص 85.

(94) قرار عدد 349 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 16 ص 14.

(95) مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 17 ص 26.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

يمكن لمن وقع على عقد بخط اليد أن يثبت أنه أمي ويقع الإثبات بكافة الوسائل ويثبت بعدم مجادلة الخصم"[96].

وتأييداً للاتجاه الثاني وحسماً في تحديد مفهوم الأمي أكد المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1993/07/07 أن : "الأمي هو الشخص الذي لا يحسن القراءة والكتابة باللغة التي حرر بها، والطاعن ليس بالملف ما يثبت أنه يحسنهما لأن الأمية هي الأصل ومن يدعي العكس عليه الإثبات"[97].

وإذا كان الاتجاه الأول يستند إلى الفصل 426 ق.ل.ع الذي ينص على أن التوقيع ينبغي أن يرد بخط اليد، وبالتالي فأي توقيع بخلاف ذلك يعتبر صاحبه أمياً ما دام أن العقد لم يحرر بمعرفة موظف عمومي. أما الاتجاه الثاني فهو يستند إلى اعتبارات موضوعية أكثر منها شكلية، ويرى أن معرفة لغة الكتابة هي أساس العلم بمضمون العقد[98] ولهذا السبب ألزم المشرع تحرير العقد بمساعدة موظف عمومي. لكن ما يؤخذ على القرار الأخير هو أنه يضرب مبدأ استقرار المعاملات في العمق ويؤدي إلى تقويض أركانه، إذ كيف يمكن اعتبار أن الأمية هي الأصل وافتراض علم الجميع بأحكام القانون ؟[99]

(96) قضاء المجلس الأعلى عدد 26 ص 39.

(97) مجلة الإشعاع عدد 10 ص 153 وما بعدها.

(98) محمد شيلح، تأملات حول قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية من حيث صياغتها وقيمتها، عمل المجلس الأعلى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية أشغال الندوة المذكورة ص 209 وما بعدها.

(99) ولقد تراجع المجلس الأعلى عن هذا الاتجاه معتبراً أن عبء إثبات الأمية على مدعيها كأصل، راجع قرار المجلس الأعلى عدد 1908 صادر بتاريخ 2006/06/07 ملف مدني عدد 04/2/1/1806 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 66 ص 43.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

فقد يقول قائل إن هناك فرق بين افتراض العلم بالقانون وافتراض العلم بمضمون التصرفات القانونية لكن يرد على هذا القول بأن الأصل في الملتزم ألا يقدم على إبرام أي التزام إلا بعد أن يعرف حكم القانون فيه، وهذه قاعدة مسلمة. وعليه فالأمية تعتبر استثناء ليس إلا، انطلاقاً من قراءة مضمون الفصل 427 ق.ل.ع الذي قصر الحماية والمساعدة في إبرام الالتزامات على الأميين فقط.

لكن هل يجوز الاحتجاج بالدفع بالأمية في إطار القانون الصرفي ؟ أجاب القضاء المغربي عن الإشكالية التي طرحت لأول مرة، من خلال قرار محكمة الاستئناف بفاس الصادر بتاريخ 2000/01/29 الذي جاء فيه : "حيث من جهة أخرى فالكمبيالة ورقة تجارية تتضمن التزاماً بأداء مبلغ معين للمستفيد عن حلول أجلها فهي في شكلها ورقة دالة على مضمونها ويفترض في كل من وقعها العلم بوظيفتها وليست عقداً يحتكم بشأنها للفصل 427 ق.ل.ع فالمستأنف قد وقع عليها بل أصدرها وهو يعلم صفتها هاته، وصحح توقيعه أمام السلطات المختصة وبذلك فليس له التمسك بكونه أمي يجهل ما تضمنته"(100).

كما جاء في قرار آخر لهذه المحكمة بتاريخ 19 أكتوبر 2004 "وحيث إن دفع المستأنف بالأمية بخصوص الكمبيالة موضوع الدعوى، لا يجد سندا في القانون أو الواقع، فالمستأنف الذي يشير في مقاله إلى كونه تاجرا يتعامل بالأوراق التجارية من جهة ويتميز بإتقانه للعمليات الحسابية

(100) قررا رقم 126 ملف عدد 99/871 غير منشور.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ومعرفته الدقيقة بالأعداد والأرقام من جهة ثانية يفترض فيه العلم بفحوى الكمبيالة – التي لا ينكر توقيعه عليها – وبطبيعتها القانونية، والآثار المترتبة عن التعامل بها، خاصة وأنها كتبت بالأرقام التي لا تحتاج إلى إدراك كبير باللغة العربية أو اللغة الفرنسية، وإلا كيف يفسر توجه المستأنف إلى المصالح الإدارية المختصة من أجل المصادقة على توقيعه المضمن بالكمبيالة، فذاك يعد قرينة على معرفته بمضمون تلك الورقة، مما تبقى معه هذه الوسيلة غير مبنية على أساس[101] .

والحقيقة أننا نشاطر هذا الرأي على اعتبار أن الالتزام الصرفي هو التزام شكلي وصرفي يرتكز على مبدأ الكفاية الذاتية للورقة التجارية التي تتوفر على بيانات معينة يطلبها القانون، لأن مضمون هذا الالتزام أو مداه يتوقف على شكل الورقة وفحواها، كما أنه التزام يتسم ببالغ القسوة والتشدد بحيث أن المشرع يقيم عدة قرائن شكلية لتحديد صفة الملتزم وفيما إذا كان ساحباً أو مظهراً أو ضامناً احتياطياً وفي توضيح ما إذا كان التظهير تأمينياً

(101) قرار رقم 2004/1129 ملف رقم 156-2-2004 غير منشور، ويرى الأستاذ أحمد كويسي "إن ما قضت به المحكمة في هذه القرارات محل نظر، فالمدين الصرفي لم ينكر توقيعه على الكمبيالات، وإنما استظهر بالفصل 427 من ق.ل.ع. في علاقته بالمدين الصرفي الذي كان طرفا في العلاقة الأصلية التي كانت سببا في سحب الكمبيالات. وفي اعتقادنا أنه من حق المدعى عليه التمسك بالأمية لأنه يجهل اللغة التي حررت بها تلك الكمبيالات، فمعرفة الأعداد والأرقام لا تغني عن معرفة الحروف، لأن الورقة التجارية لا تحرر بالأرقام وحدها، فالأرقام المضمنة في الورقة التجارية تخص فقط مبلغ الورقة وتاريخ استحقاقها، أما باقي البيانات فتحرر بالحروف وليس بالأرقام، فهذه البيانات المحررة بالحروف لا تقل أهمية عن تلك المحررة بالأرقام، بل إننا نعتقد أنها أكثر أهمية منها. ثم إن مبلغ الورقة التجارية يكتب بالحروف والأرقام، فإذا كان الشخص الأمي يعرف المبلغ المكتوب بالأرقام، فقد لا يعرف المبلغ المكتوب بالحروف لا سيما إذا كان ثمة إختلاف بين المبلغ المكتوب بالحروف والمبلغ المكتوب بالأرقام، حيث يرجح في هذه الحالة المبلغ المكتوب بالحروف"، انظر مؤلفه:الأوراق التجارية، الكمبيالة –السند لأمر-الشيك، دراسة في ضوء القانون والاجتهاد القضائي المغربي والمقارن، مطبعة أميمة، الطبعة الأولى2007، ص 95.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

أو توكيلياً أو ناقلاً للملكية، وفي القبول ما إذا كان قابلاً عادياً أو قابلاً بالتدخل، فكل ذلك يتحدد من العبارات الواردة في السند والتي لا يمكن نقضها بعدم العلم بها، فهي على حق كما ذهبت إلى ذلك محكمة الاستئناف بفاس ورقة دالة على مضمونها ويفترض في كل من وقع عليها العلم بوظيفتها.

وتمسكا من المشرع بشكلية الالتزام الصرفي نجد أن الدفوع الشكلية المتعلقة بالورقة التجارية يجوز الاحتجاج بها في مواجهة الجميع حتى من كان منهم حسن النية، دون أي اعتبار لعدم علم الملتزم الشخصي بمضمون هذه الورقة مادامت أنها حظيت بعناية بالغة من طرف المشرع بالتنظيم شكلاً وموضوعاً، مما لا يقبل معه التماس العذر بالجهل للقانون. لكن مع صحة النتيجة التي توصل إليها القرار فإن ما يؤخذ عليه هو التزيد في التعليل، لأن التوقيع أمام السلطات المختصة لا أثر له، إذ أن الملتزم في النازلة لا ينكر توقيعه وإنما ينكر مضمون الورقة التجارية.

والنقطة الثانية هي كون أن الكمبيالة ليست عقداً يحتكم بشأنه للفصل 427 ق.ل.ع فهذا الفصل لا يتعلق بالعقود فقط وإنما يسري على جميع الالتزامات، فضلاً عن ذلك فإن الكمبيالة يمكن أن ترد في شكل ورقة رسمية.

ونشير إلى أن إدخال شبهة الأمية إلى القانون الصرفي من شأنه تقويض أركانه وزرع البلبلة في استقرار التعامل التجاري الذي يفترض العلم بالحياة التجارية وتعقيداتها.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ولكن بالنسبة للعلاقة الأصلية الناشئة عن الورقة التجارية والتي تجمع بين أطرافها المباشرين فيمكن الاستناد إلى الدفع بالأمية في إطار العقود التي تربط بعضهم ببعض، والتي قدمت الورقة تسوية للديون الناشئة عنها.

ولا يمكن قبول الدفع بالأمية في مضمون الأوراق التجارية حتى في إطار العلاقات الشخصية، لافتراض علم الكافة بمضمون هذه الأوراق.

المبحث الثاني : الدفوع المتعلقة بسبب الورقة التجارية

تحظى نظرية السبب بأهمية في إطار العلاقات العقدية المباشرة، ذلك أن التجريد لا يكون له أثر إلا في مواجهة الغير، فإنشاء وتظهير الورقة التجارية يتطلب سبباً صحيحاً لوجوده ولا يقع التزام الموقع صحيحاً إلا إذا ارتكز على سبب صحيح أو كان الباعث الدافع على توقيعه مشروعاً[102] كالوفاء بدين سابق أو كفالة شخص أو خصم الورقة أو التبرع بقيمتها.

وقد نص الفصل 62 من ق.ل.ع على أن : "الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن.

ويكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للأخلاق الحميدة[103]. أو النظام العام أو للقانون"[104].

(102) هدى مشبال مرجع سابق ص : 131.

(103) لقد جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالبيضاء صادر بتاريخ 1978/08/14 غير منشور أنه : "يكون غير صالح الالتزام المبني على سبب غير مشروع، يجب اعتبار كل ما يخالف الأخلاق الحميدة سبب غير مشروع، كل ما يتعلق بالدعارة يجب اعتباره مخالفاً للأخلاق الحميدة، وتبعاً لذلك تكون غير مقبولة دعوى أداء المبلغ سند الأمر المتعهد به تنفيذ البيع للدعارة"، لطيفة الداودي مرجع سابق ص 188.

(104) فقد جاء في الفصل 1092 ق.ل.ع "أن كل التزام سببه دين المقامرة أو المراهقة يكون باطلاً بقوة القانون".
ويعد مخالفاً للقانون مثلا سحب كمبيالة مقابل تنفيذ جريمة.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

والدفع بانعدام السبب وعدم مشروعيته(105) إذا كان غير ظاهر على الورقة التجارية يحق للمدين الدفع به في إطار العلاقة الأصلية الناشئة عنها الورقة التجارية لإثارة بطلانها، وأيضاً في مواجهة الحامل سيء النية، أما متى كان ظاهراً أو بارزاً في الصك فإن للمدين إثارته ضد جميع الحملة حتى من كان منهم حسن النية لأن قاعدة عدم التمسك بالدفوع تحمي الغير الذي يجهل العلاقات الأصلية.

وعليه فإن الحامل حسن النية يتمتع بحق مباشر ومجرد ومستقل عن العلاقات السابقة التي تربط الموقعين بعضهم ببعض.

وسنتولى في هذا المبحث دراسة الدفع بالتوقيع على سندات المجاملة في (مطلب أول) ثم الدفع بتقديم الورقة التجارية على سبيل الضمان (مطلب ثان) ثم الدفع بالصورية في (مطلب ثالث) وأخيراً الدفوع الناشئة عن أسباب انقضاء الالتزام في (مطلب رابع).

المطلب الأول : الدفع بالتوقيع على سندات المجاملة(106)

كمبيالة المجاملة هي كمبيالة تتوفر فيها جميع الشروط القانونية لصحتها غير أن الهدف من سحبها هو الحصول على ائتمان وهمي، بحيث أن أحد الموقعين عليها لم يكن ينوي الالتزام بها فعلاً، وإنما استهدف

(105) G. Ripert R. Roblot op.cit p 200.
Stouffet Gavalda op.cit p 86.

(106) للتعمق راجع : أحمد كويسي مرجع سابق ص 23 و ما بعدها.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

مساعدة الشخص الآخر في محاولة لإنقاد وضعه المالي المتردي[107]، كما إذا كان على حافة الإفلاس وابتغى منحه الائتمان قصد تصحيح وضعيته المالية مما يستفاد منه أن العلاقات الجارية بين أطرافها أو منشئيها علاقة وهمية وليست حقيقية، وقد يتطور الأمر إلى أكثر من ذلك لنكون أمام مجاملة مزيفة متبادلة عندما يعمد كل طرف إلى سحب الكمبيالة على الآخر ويعمد إلى خصمها، فمثل هذه الورقة يشوبها الغش والاحتيال وترويج أموال لا وجود لها بقصد خلق واقع مزيف[108] وخداع الغير الذي اطمأن إلى ظاهر الصك، ولا يخفى في الأخير مدى التأثير الذي من الممكن أن تحدثه هذه الأوراق على الاقتصاد الوطني[109].

فأساس بطلان الالتزام المترتب عن هذه الأوراق هو الغش والخداع الذي يفسد كل شيء لمجافاته لمبدأ الثقة والأخلاق والشرف الذي تقوم عليه التجارة، وليس انعدام مقابل الوفاء لأنه ليس شرطاً لصحة الكمبيالة ونشوئها بل يلزم توفره في تاريخ الاستحقاق، فضلاً عن ذلك فإن السندات الإذنية لا تعرف هذا النظام، أما الشيك فلا يمكن أن يكون مجاملة لأنه أداة وفاء وليس أداة ائتمان، فقد قضت محكمة الاستئناف بالقاهرة في قرارها الصادر بتاريخ 1962/12/02 : "أن شيكات المجاملة أمر غير معروف في

(107) علي سلمان العبيدي، مرجع سابق ص 182، وقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بأكادير صادر بتاريخ 1998/06/22 : "السحوب المتشابكة أو سندات المجاملة تعتبر عمل غير مشروع الغاية منه خلق رواج مالي وهمي غير مقرون بأية التزامات تجارية"، مجلة المرافعة عدد 8 ص 143.

(108) ويقول في موضوع آخر ص 189 : "أن كمبيالة المجاملة ما هي إلا عملة تجارية مزورة يكون من نتائجها المباشرة إطالة استمرارية حالة العسر بالنسبة للساحب وذلك على حساب دائنه، فالساحب من كمبيالة مجاملة جديدة سوف يخسر مصاريف الخصم والطوابع، لأن كل كمبيالة مجاملة جديدة تهدف إلى تغطية الكمبيالة السابقة وهكذا تزداد الخسائر".

(109) محمد الشافعي، كمبيالة المجاملة، مجلة المحامي عدد 40 ص 57.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

محيط التجارة والصرف التجاري، وأوراق المجاملة كما هو معروف مقصورة على السندات الإذنية والكمبيالات، فهي تنشأ في الأصل بتواطؤ المستفيد مع المحرر أو الساحب مع المسحوب عليه للحصول على النقود بواسطة الخصم.

فالغرض منها هو منح المستفيد أو الساحب ائتماناً زائفاً عن طريق إيهام الغير بوجود عمليات لا وجود لها في الواقع، والشيك أداة وفاء وليست أداة ائتمان حتى يستساغ القول باندراجه ضمن سندات المجاملة"(110).

ونشير إلى أن عدم وجود مقابل الوفاء في تاريخ الإنشاء لا يفيد أن الأمر يتعلق بكمبيالة مجاملة ما دام أن هناك إرادة جدية على توفيره في تاريخ الاستحقاق، وقد جرى عمل الأبناك على فتح الاعتماد بالقبول مقابل عمولة لفائدة الساحب، نفس الشيء بالنسبة للسندات القابلة للتجديد إذ يعجز فيها المدين عن أداء مبلغ الكمبيالة فيسحب عليه الساحب كمبيالة أخرى ويخصمها لدى إحدى الأبناك.

وقد أقر القضاء المغربي بصحة هذا النوع من كمبيالات المجاملة فقد أكدت محاكم الرباط بتاريخ 1956/03/27 أنه : "لا يمكن للمسحوب عليه القابل لورقة قام بخصمها أن يزعم بأن المصرف أو البنك كان يقصد الإضرار بمصالحه عندما قبل خصم هذه الورقة إذ لا يوجد دليل على أن المصرف كان على علم بالصعوبات المالية التي يعاني منها الساحب أو يعرف بأن هذه الورقة سفتجة مجاملة كانت مقابل سفتجة مجاملة أخرى".

(110) ذكره علي جمال الدين عوض الشيك في قانون التجارة النسر الذهبي للطباعة 1998 ص 9، هذا الاتجاه أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1 فبراير 1962 نفس المرجع ص 10.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ويساير هذا الحكم مسيرة الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي رفض دعوى الرجوع التي رفعت من طرف مصرف قام بخصم الكمبيالة عن سوء نية بعلم أنها كمبيالة مجاملة ضد المسحوب عليه المتواطئ في كمبيالة المجاملة إلا أنه منح للمصرف الحق في أن يسترد المبلغ المخصوم من الساحب "نقض تجاري 21 يونيو 1977".

ولكن ومهما يكن الأمر فإن بطلان كمبيالة المجاملة لا يحتج به اتجاه الحامل حسن النية، أي أن المسحوب عليه القابل لكمبيالة المجاملة يلزم بالوفاء للحامل حسن النية ويكون له حق الرجوع على الساحب بدعوى الإثراء بلا سبب "نقض 1910/03/21"[111]. ومن الناحية الجنائية فإن المشرع عاقب بجريمة التفالس كل من التجأ إلى وسائل مجحفة قصد الحصول على أموال بغية تجنب أو تأخير فتح مسطرة معالجة الشركة المادة 721 من مدونة التجارة، كما يمكن أن يكون هذا السحب غير المشروع مكوناً لجريمة النصب (الفصل 540 ق.ج) : "وذلك بإخفاء وقائع صحيحة تمس بمصالحه ومصالح الغير المالية، قصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر.

سبق القول إن كمبيالة المجاملة تهدف إلى خلق ائتمان وهمي وخداع الأغيار حول حقيقة العلاقة التي تربط أطرافها، وغالبا ما يتم خصم هذه الكمبيالة لدى أحد البنوك، كما قد يلجأ أحد أطراف كمبيالة المجاملة إلى ضامن احتياطي يضمن التزامه الصرفي، وهذا يدعونا إلى تناول آثار بطلان كمبيالة المجاملة بالنسبة للأطراف (الفقرة الأولى) وفي مواجهة الغير (الفقرة الثانية).

(111) أحمد شكري السباعي، الأوراق التجارية، الكمبيالة والسند لأمر، مرجع سابق ص 152.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

الفقرة الأولى: آثار البطلان بالنسبة للأطراف

يقصد بالأطراف الأشخاص الذين اشتركوا في إنشاء كمبيالة المجاملة وتداولوها مع علمهم بحقيقتها(112). وغالبا ما ينص الاتفاق على عدد الكمبيالات التي يتم سحبها والمقابل الذي يحصل عليه المجامل إلى غير ذلك من الشروط. فهذا الاتفاق يقع باطلا لأن سببه غير مشروع، وعليه فإنه لا يحق للساحب إلزام المسحوب عليه على قبول الكمبيالة تنفيذا للاتفاق الذي ثم بينهما، كما يحق للمسحوب عليه الذي أعاد الكمبيالة للساحب أو للمستفيد سيء النية بعد التوقيع عليها بالقبول، أن يطالب باستردادها (113).

وإذا لم تتداول الكمبيالة، فإنه لا يحق للمستفيد مطالبة المجامل بالوفاء بسبب بطلان الكمبيالة(114) . وحتى لو افترضنا أن الكمبيالة غير باطلة فإنه يحق للمسحوب عليه الاحتجاج في مواجهة الساحب الحامل بالعلاقة الأصلية وانعدام وجود مقابل الوفاء. إلا أنه من مصلحة المسحوب عليه أن يواجه الساحب الحامل ببطلان الكمبيالة لأن هذا الدفع أجدى له وأفيد، كما أن على القاضي إثارة هذا الدفع تلقائيا، لكن إذا وفى المسحوب عليه مبلغ الكمبيالة فهل يحق له الرجوع على الساحب ؟.

لم يكن القضاء الفرنسي يجيز للمسحوب عليه (المجامل) الرجوع على الساحب (المجامل) لاسترداد ما دفعه للحامل حسن النية تطبيقا للقاعدة

---

(112) رزق الله الأنطاكي، ص: 107.

(113) Roblot, op.cit, p.536

أما إذا تداولت الكمبيالة، فلا يحق للمجامل (القابل) طلب استردادها من حاملها حسن النية كما يمنع عليه شطب قبوله.

(114) Roblot, op.cit, p.536

لطيفة الداودي، ص : 277. رزق الله الأنطاكي، ص : 108

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

التي تقول لا يجوز لأحد أن يستفيد من عمله الباطل[115] nemo auditur propriam turpitudinem allegans.

ولكن الفقهاء انتقدوا هذا الاجتهاد، لأن حرمان المسحوب عليه من مطالبة الساحب باسترداد المبالغ التي أداها للحامل، لا ينسجم مع المادتين 1131 و1133 من القانون المدني الفرنسي، اللتين لا ترتبان أي أثر على الاتفاقيات غير المشروعة والمخالفة للأخلاق الحميدة، لذلك تراجع القضاء الفرنسي عن اجتهاده السابق وأصبح يجيز للمجامل أن يطالب المجامل بمبالغ الكمبيالة التي وفاها للحامل حسن النية في حدود ما يكون قد أثرى به المجامل من إصداره كمبيالة المجاملة[116].

وقد تراجع القضاء الفرنسي عن اجتهاده هذا في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 يونيو 1977، حيث أجازت المحكمة العليا للبنك الخاصم سيء النية رفع دعوى استرداد ما دفعه دون وجه حق، ضد كل من الساحب والمسحوب عليه[117].

إن ما قضت به محكمة النقض الفرنسية جدير بالتأييد، لاسيما في ظل القانون المغربي الذي أجاز قبول دعوى استرداد ما دفع تنفيذا لالتزام مخالف للقانون أو النظام العام أو لحسن الآداب حسب ما جاء في الفصل 72 من ق.ل.ع. لهذا فإننا لا نؤيد من يذهب إلى أن المجامل لا يملك إلا ممارسة دعوى الإثراء بلا سبب في علاقته بالمجامل.

(115) راجع الأحكام والقرارات التي أوردها روبلو في مؤلفه، ص : 536هـ 3.

(116) محكمة النقض الفرنسية 21 مارس 1910 دالوز 1912، I–281 استئناف نانسي 14 مارس 1952، J.C.P 1952. -II-7233. مع تعليق توجاس.

(117) القرار مشار إليه في هـ 36.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

فالمجامِل قد لا يجني من دعوى الإثراء بلا سبب أي شيء، إذا لم تتوافر شروط ممارسة هذه الدعوى، لا سيما إذا ازدادت وضعية المجامل تدهورا نتيجة إصدار كمبيالة المجاملة إلا أن جانبا من الفقه المغربي والعربي يؤسس دعوى المجامل ضد المجامل بالاستناد إلى قواعد الإثراء بلا سبب مجاراة منه للفقه والقضاء الفرنسيين [118].

الفقرة الثانية: آثار البطلان بالنسبة للغير

يقصد بالغير كل من لم يشترك في اتفاق المجاملة ولم يساهم في إصدار الكمبيالة سواء كان حاملا أو مظهرا أو ضامنا احتياطيا[119] . لاشك أن بطلان كمبيالة المجاملة لا يؤثر البتة على حقوق الحامل حسن النية الذي يحق له الرجوع الصرفي على الملتزمين بموجب كمبيالة المجاملة سواء كان هؤلاء حسني النية أو سيؤوها، وذلك تطبيقا لقاعدة تطهير الدفوع[120] .

ويعتبر الحامل حسن النية إذا كان يجهل اتفاق المجاملة وخاصية الورقة التي يحملها[119] . ويترتب على ما سبق أنه... لا يمكن للمسحوب

---

(118) محمد الشافعي، مقاله ص: 69-70. قريب من هذا المعنى لطيفة الداودي، ص: 278. علي سلمان العبيدي. ص: 192. محمد السيد الفقي، ص: 144. مصطفى كمال طه ووائل نور بندق،
ص: 121.

(119) لطيفة الداودي، ص: 171

(120) J. Stoufflet et Ch. Gavalda, op.cit, p.52, Roblot, op.cit, p.533. M. Cabrillac, op.cit, p.143. J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, op.cit, p.828-829.
لطيفة الداودي، ص: 272. محمد الشافعي، مقاله، ص: 65. رزق الله الأنطالي، ص: 104. عبد الله محمد العمران، ص: 40. أحمد شكري السباعي، ص: 152.

(119) G. Ripert et R. Roblot, op.cit, p.171

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

عليه القابل لورقة، قام الساحب بخصمها أن يزعم أن البنك كان على علم بالصعوبات المالية التي يعاني منها الساحب أو يعرف أن هذه الورقة كمبيالة مجاملة كانت مقابل كمبيالة مجاملة أخرى[120] . وقد حكم القضاء الفرنسي بسوء نية البنك الخاصم الذي لم يتخذ الإجراءات اللازمة قصد التأكد من الظروف التي تم فيها سحب الكمبيالة[121].

وقد رفض هذا القضاء في حالات أخرى طلب التعويض المرفوع من المجامِل ضد البنك الخاصم[122].

وحسن النية الذي يجب أن يطمئن إليه القاضي للقول بوجوده من عدمه، يجب أن يكون موجودا لحظة حصول الحامل على الكمبيالة، وعليه فإذا علم الحامل بعد هذا الوقت بالعيوب التي تشوب الكمبيالة، فإن ذلك لا يؤثر في حقوقه إزاء باقي الملتزمين، وعلى من يدعي سوء نية الحامل أن يثبت ما يدعيه بجميع طرق الإثبات.

أما إذا كان حامل الكمبيالة المجاملة سيء النية حق للملتزمين بها مواجهته ببطلانها[123] . لأن الحامل في هذا الفرض ليس جديرا بالحماية،

---

(120) محاكم الرباط 27 مارس 1956 GTM 1957، ص : 135. ذكره أحمد شكري السباعي في مؤلفه، ص: 151.

(121) J. Hamel, G. Lagarde et A.Jauffret, op.cit, p.829

(122) محكمة النقض الفرنسية 9 أبريل 1996 المجلة الفصلية للقانون التجاري 1996، ص: 500. وملاحظة ميشيل كابرياك، في هذه النازلة رفع حامل كمبيالة المجاملة دعوى صرفية ضد المجامل الذي طلب إدخال البنك في الدعوى، إلا أن المجامل لم يفلح في مسعاه، ولم تقض المحكمة بمسؤولية البنك.

(123) محكمة النقض الفرنسية 11 مارس 1959 المجلة الفصلية للقانون التجاري 1959، ص: 908. وملاحظة جون بيكي وهنري كابرياك، استئناف رين 30 مارس 1960. 1960-1-353 G.P = =

= = محكمة النقض الفرنسية 21 يونيو 1977، المجلة الفصلية للقانون التجاري 1977، دالوز I.R. 1977، ص : 399، دالوز 1978 قضاء، ص : 113. وتعليق De Leyssac Sogesta وقد

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

لكن هل يكفي للقول بأن الحامل سيء النية أن يكون متواطئا مع أطراف كمبيالة المجاملة أم يكفي أن يكون عالما باتفاق المجاملة دون أن يرتكب عملا تدليسيا،ذهب رأي إلى أنه لا يكفي علم الحامل باتفاق المجاملة بل لا بد أن يكون متواطئا على ذلك الاتفاق وطرفا فيه(124) . أما الرأي الراجح فيكتفي بمجرد علم الحامل باتفاق المجاملة للقول بأنه سيء النية(125) .

وإذا كانت المادة 171 من مدونة التجارة(126) تشترط أن يقصد الحامل سيء النية باكتسابه الكمبيالة الإضرار بالمدين، فإن العيب الذي يشوب كمبيالة المجاملة يستوجب القول بتطابق مفهوم العلم باتفاق المجاملة مع سوء النية(127) . فحماية المصلحة العامة وحماية الاقتصاد الوطني تقتضي عدم تسهيل خصم كمبيالة المجاملة من طرف البنوك، إذا تبين لهذه الأخيرة أن الكمبيالات المقدمة لها غير جدية وغير حقيقية(128) .

رفضت المحكمة سماع الدعوى الصرفية التي رفعها البنك الخاصم ضد الساحب والمسحوب عليه لأنه كان عالما باتفاق المجاملة.

(124) استئناف مونبلييه 9 نونبر 1950، دالوز 1950 مختصر، ص : 23. راجع كذلك محكمة الاستئناف المدنية بيروت الذي جاء فيه "إن المادة 231 من قانون التجارة اللبناني تبنت النص الوارد في المعاهدة الدولية المعقودة بجنيف، ويقصد بالتعريف الوارد في هذه أن معرفة حامل السند بأنه سند مجاملة لا يكفي بحد ذاته كي يجيز للمدين التذرع بصفة المجاملة هذه وبأنه يجابه الحامل بالدفوع التي كان بوسعه أن يجابه بها المدين الأصلي. وقد فسر العلم والاجتهاد الوارد في المادة 231 بأنه لابد أن يكون حامل السند قد ارتكب تغريرا بالمعنى القانوني لهذه الكلمة". ذكره رزق الله الأنطاكي، ص: 105-106.

(125) Roblot, op.cit, p.533. M. Cabrillac, op.cit, p.143. J. Hamel G. Lagarde et A. Jauffret, op.cit, p.829. J. Stoufflet et Ch. Gavalda, op.cit, p.53

لطيفة الداودي، ص: 273. محكمة النقض الفرنسية 11 مارس 1959، مشار إليها في هـ 36.

(126) هذه المادة 171 تطابق المادة L511-13 من القانون التجاري الفرنسي.

(127) J. Stoufflet et Ch. Gavalda, op.cit, p.53.

(128) لطيفة الداودي، ص: 273

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وإذا فقد البنك الخاصم سيء النية حق الرجوع على المدين الصرفي، فهل يملك أن يقاضيه بناء على دعوى خارج إطار القانون الصرفي ؟ لقد أجابت محكمة النقض الفرنسية البنك الخاصم إلى طلبه حيث قضت بنقض القرار الإستئنافي الذي رد دعوى البنك وأجازت له طلب استرجاع المبالغ التي أداها للساحب مقابل كمبيالة المجاملة[129] . وقد ذهب رأي إلى إعطاء البنك الخاصم حق رفع دعوى الإثراء بلا سبب على المستفيد من الخصم الذي حصل على أموال دون مقابل، إلا أن هذه الدعوى قلما تفيد الحامل، لأنه قلما يستطيع إثبات أن الوضع المالي للمستفيد قد تحسن نتيجة عملية الخصم[130] .

ذات القواعد والأحكام التي عرضنا لها يمكن تطبيقها على كل من المظهرين والضامنين الاحتياطيين. فالمظهر حسن النية له أن يواجه الحامل بسوء نيته، وإذا وفى مبلغ الكمبيالة لحامل حسن النية فمن حقه ممارسة الرجوع الصرفي على بقية الملتزمين دون أن يكون في مقدورهم مواجهته ببطلان الكمبيالة، أما إذا كان المظهر سيء النية فإنه يكون ملتزما صرفيا تجاه الحامل حسن النية دون باقي المظهرين سيئي النية[131] .

(129) محكمة النقض الفرنسية 21 يونيو 1977 مشار إليه في ه 36، إن ما رفضته المحكمة في الوسيلة الأولى بردها الدعوى الصرفية التي رفعها البنك الخاصم على الساحب، استجابت له في الوسيلة الثانية عندما سمحت لنفس البنك باسترجاع ما دفع للمدعى عليه، ونحن نعتقد أن هذا القرار ينطوي على بعض التناقض فما رفضته المحكمة في الوسيلة الأولى استجابت له في الوسيلة الثانية عندما نقضت القرار الاستئنافي الذي لم يستجب لطلب البنك وهذا ما دفع الفقيهان كابرياك وريف لانج إلى القول إن البنك سيء النية عومل معاملة أفضل من المجامل الذي أدى مبلغ الكمبيالة حيث يحرم من الرجوع على المجامل.

(130) Roblot, op.cit, p.534

(131) محمد الشافعي مقاله، ص: 67. Roblot, op.cit, p.535

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وأما الضامن الاحتياطي فمن حقه أن يواجه الحامل سيء النية ببطلان كمبيالة المجاملة، وإذا وفى لحامل حسن النية، فإنه يملك حق ممارسة الدعوى الصرفية ضد بقية الملتزمين. أما إذا كان سيء النية فإنه لا يستطيع ممارسة الدعوى الصرفية ضد هؤلاء، لأنه لا يمكنه الاستظهار بسند باطل يعرف سبب بطلانه، كما أنه لا يحق له مقاضاة المضمون طبقا لقواعد الوكالة التي لم تنعقد أصلا لعدم وجود التزام صحيح تستند عليه(132).

المطلب الثاني : الدفع بتقديم الورقة التجارية على سبيل الضمان

ويطرح التساؤل هنا عن ما الحكم إذا سلمت الكمبيالة إلى المستفيد على سبيل الضمان اعتبر جانب من القضاء المغربي أن إعطاء الكمبيالة على سبيل الضمان ينافي وظيفتها كأداة وفاء، مما يفقدها صفة الورقة التجارية، فقد ذهبت محكمة الاستئناف التجارية بفاس إلى أن "الكمبالة موضوع الدعوى الحالية تحمل سبب إنشائها وهو كونها تمثل كفالة الالتزامات الواردة في الاتفاق ... وأن هذا الاتفاق ينص "يضع الطرف الثاني بين يدي الطرف الأول كمبيالة قيمتها 200000 درهم كضمانة لكل حليب لم يؤد ثمنه أو عند الإخلال بالبند الخامس".

وحيث إن الأمر أضحى يتطلب التأكد من تنفيذ المستأنف عليها للالتزام المقابل بتزويد المستأنف ودون توصلها بثمنها، مادامت الكمبيالة تحمل سبب إنشائها المنظم بمقتضى عقد وقع عليه من الطرفين، مما يكون الدين معه منازعا فيه منازعة جدية"(133).

(132) Roblot, op.cit, p.535.

(133) القرار صادر بتاريخ 5 فبراير 2002 تحت رقم 1407-1 غير منشور.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وقد رفض المجلس الأعلى الطعن المرفوع ضد قرار محكمة الاستئناف التي رفضت استئناف قابل الكمبيالة للأمر بالأداء، معتبرة أن الدفع بعدم وجود مقابل الوفاء بكون الكمبيالة كانت مسلمة على سبيل الضمان، لا يكفي لرد حق الحامل للسند في الطلب بالأداء، والطالب لم يدل بما يفيد أن الكمبيالة وسيلة لضمان دين سيؤدى. كما أن الدين ثابت بسند مقبول ومعترفا به بالتوقيع[134] ، فلو استطاع القابل إثبات أن الكمبيالة قدمت على سبيل الضمان، لقبل المجلس الأعلى الطعن في القرار الاستئنافي.

وفي نفس الاتجاه جاء في قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 18 فبراير 1999، جاء فيه "...من البيانات الإلزامية في الكمبيالة أن تتضمن الأمر الناجز بأداء مبلغ معين من النقود، ويجب أن يكون هذا الأمر غير معلق، لأن من خصائص الورقة التجارية صلاحيتها للتداول، وأن من شأن إعطاء الكمبيالة كضمانة الحد من هذه الصلاحية مما تكون معه منازعة الطاعنة في الدين منازعة لا تتسم بالجدية"[135] .

نفس الاتجاه أكدته نفس المحكمة في قرار لها بتاريخ 1998/10/15 جاء فيه"وبالنسبة للدفع المتعلق بكون الشيكات قدمت على سبيل الضمان وأنه وقع أداء جزئي للدين فانه في غياب ما يتبث ذلك تكون دفوعات المستأنف غير مركزة على أساس قانوني مما يتعين معه ردها وتأييد الأمر المستأنف"[136] .

(134) القرار صادر بتاريخ 8 يونيو 1983 تحت رقم 1148، غير منشور.

(135) قرار رقم 99/171 ملف عدد 3/98/741 غير منشور

(136) قرار رقم 98/204 ملف عدد 3/98/175 غير منشور.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

ومما يؤخذ على الاتجاه أن هذا الدفع لا حاجة لاتباثه، لكون الكمبيالة لا مانع من تقدم على سبيل الضمان مادام أنها أداة وفاء وائتمان،أما بالنسبة للشيك فليس هناك أي جزاء مدني على تقديمه على سبيل الضمان، فتبقى الورقة صحيحة من الناحية القانونية، هذا مع الأخذ بعين الاعتبار عدم ارتباطها بأوراق المجاملة(137) أو ظهور ذلك على الصك بشكل يعيق تداوله.

وهذا ما أكده قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس الصادر بتاريخ 2006/03/14 والذي جاء فيه"لكن حيث انه علاوة على ذلك فان الشيك وسيلة للوفاء لا للائتمان وواجب الوفاء بمجرد الاطلاع (م267 م.ت.ج) وكل اشتراط يخالف ذلك يجعل الشرط (أي تقديمها على سبيل الضمان) باطلا،وبالتالي فان الطاعنة بتوقيعها على الشيك المذكور موضوع الأمر تضحى ملزمة بالوفاء"(138) .

كما اعتبر المجلس الأعلى أن "عدم إثبات تقديم الكمبيالة على وجه الضمان لا ينفي حق الحامل للسند في الطلب بالأداء"(139) .

ويرى البعض أن حياة الكمبيالة تنتهي عادة بالوفاء بمبلغها في تاريخ الاستحقاق، أما الكمبيالة المسلمة إلى المستفيد على سبيل الضمان فإن

(137) لقد اعتبرت محكمة الاستئناف بأكادير في قرارها الصادر بتاريخ 1998/06/22 "إن السحوب المتشابكة أو سندات المجاملة تعتبر عمل غير مشروع الغاية منه خلق رواج وهمي غير مقرون بأية التزامات تجارية"مجلة المرافعة عدد 8 ص 143.

(138) قرار غير منشور رقم 349 ملف عدد 200-06.

(139) قرار رقم 1148 الصادر بتاريخ 1983/6/8 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق
ص 279.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

الوفاء بها يحوم حوله الشك، فإذا نفذ الالتزام الذي أعطيت الكمبيالة كضمان لتنفيذه سقط الضمان الذي تمثله الكمبيالة، وفي جميع الأحوال فإن الكمبيالة تفقد صفتها كورقة تجارية لأنها لا تتضمن الأمر الناجز بأداء مبلغ معين، وبذلك فإن أطرافها لا يخضعون لقواعد القانون الصرفي، ولا يحق لحاملها سلوك مسطرة الأمر بالأداء في مواجهة القابل بيد أن تعليق الوفاء على أجل فهو جائز على شرط أن يكون الأجل محددا، أما إذا لم يكن الأجل محددا فهو غير جائز[140].

المطلب الثالث : الدفع بالصورية

الصورية بمعناها العام هي إظهار الوضع الوهمي بمظهر الوضع الحقيقي خداعاً للغير، ولقد اختلف الفقه في تحديد أساسها القانوني، غير أنها تهدف بصفة عامة إلى الاعتداد بالوضع الظاهر مع حماية الغير حسن النية، فواضع الصورية يريد إيجاد مظهر يوهم به الغير فقط وليس في نيته أن يحدث هذا الظاهر آثار قانونية فهو ليس بتصرف قانوني بل مجرد مظهر لتصرف قانوني[141].

وكثيرا ما تقع الصورية في الورقة التجارية ذلك أن هذه الأخيرة قد تتوفر على كافة البيانات المنصوص عليها قانوناً، مع ذلك يرد بياناً من بياناتها مخالفاً للحقيقة، كسبب الالتزام أو تاريخ الإنشاء أو مبلغ الكمبيالة أو صفة الموقع.

(140) المختار بكور، الأوراق التجارية في القانون المغربي، الكمبيالة والشيك، ط/1993/1 ص : 34.

(141) محمد شعبي المذكوري نظرية الصورية في ضوء قانون الالتزامات والعقود المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية العدد 7 ص 129 وما يعدها. للمزيد من التفصيل راجع رسالته لنيل دبلوم الدراسات العليا، الصورية في ضوء التشريع المدني المغربي، كلية الحقوق بالبيضاء سنة 1976-1977.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

فقد يعمد الموقع إلى إظهار السبب المشروع وإخفاء غير المشروع، كما قد يعمد إلى إظهار تاريخ غير التاريخ الحقيقي لإنشاء الورقة قصد إخفاء حالة قصره وحجره، وقد يظهر صفته كتاجر لإضفاء الثقة وتسريع تداول الورقة التجارية، وحكم الصورية نجده في الفصل 22 من ق.ل.ع الذي ينص على أن : "الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين أو من يرثهما فلا يحتج بها على الغير، إذا لم يكن له علم بها، ويعتبر الخلف الخاص غيراً بالنسبة لأحكام هذا الفصل"(142).

وعليه فلا يمكن الاحتجاج بصورية أحد البيانات ضد الحامل حسن النية الذي تملك الورقة وهو يجهل صوريتها لأن الورقة تتمتع بالكفاية الذاتية التي يفرضها الالتزام الشكلي والمستقل والمجرد الذي يقوم عليه قانون الصرف، كما أنه لا يمكن خداع الغير الذي اطمأن إلى الوضع الظاهر خاصة وأن الورقة التجارية في جزء كبير منها تقوم على نظرية الظاهر(143).

ويبقى بالنسبة للغير أيضاً أن يتمسك بالحقيقة المستترة أو الحقيقة الظاهرة حسب مصلحته الراجحة وقت النظر، ويمكن إثبات الصورية بجميع وسائل الإثبات، لأن العقد الصوري يعتبر مجرد واقعة مادية، وإذا تعارضت مصالح الأطراف كانت الأولوية لمن يتمسك بالعقد الظاهر.

(142) نفس الحكم قررته المادة 207 ق.ل.ع بالنسبة لحوالة الحق.

(143) للمزيد من التفصيل حول هذه النظرية راجع عز الدين بنستي، نظرية الظاهر في القانون التجاري رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق البيضاء السنة الجامعية 1986/1983.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ونتساءل هل مجرد علم الحامل بالصورية يكفي لإثبات سوء نيته كما تقضي بذلك المادة 22 ق.ل.ع، أم يلزم إثبات قصد الإضرار كما تقضي بذلك المادة 171 من م.ت ؟

فمن وجهة نظرنا نعتقد أنه يلزم علم الحامل بالإضافة إلى قصد الإضرار تمشياً مع ما تقضي به المادة 171 م.ت.ج لأنها نص خاص تكمل النص العام بل وتستغرقه.

ومن الأهمية بما كان بيان أن قاعدة عدم الاحتجاج بالصورية في مواجهة الحامل حسن النية، يدخل عليها استثناءً مهماً يتعلق بحالة الدفوع الموضوعية، كما إذا انعدمت إرادة أحد الأطراف الصورية أو كان ناقص الأهلية فمثل هذه الدفوع يحتج بها ضد جميع الحملة دون اعتبار لحسن أو سوء نيتهم.

المطلب الرابع : الدفوع الناشئة عن أسباب انقضاء الالتزام

نظراً لأهمية الدفوع المتصلة بانتفاء الالتزام الصرفي في الأوراق التجارية على اعتبار أن مرحلة انقضاء الالتزام لا تقل أهمية عن مرحلة إنشاء الالتزام وتكوينه وحياته تطلب من المشرع إيلاء هذه المرحلة ما تستحقه من العناية حماية لحقوق أطراف العلاقة الصرفية(144).

ومن هنا نتساءل عن خصوصية أسباب انقضاء الالتزام الصرفي في مقارنة مع الالتزام العادي بشقيه المدني والتجاري ؟ وما مكانة هذه الخصوصية في إطار قاعدة تطهير الدفوع ؟ ومدى جوازية الاحتجاج بهذه الدفوع في مواجهة الحامل المباشر أو غير المباشر حسن النية أو سيء

(144) محمد الهيني، إشكالية الدفوع الناشئة عن انقضاء الالتزام الصرفي ونطاق قاعدة تطهير الدفوع، مجلة القصر عدد 11 ص65.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

النية ؟ هذا ما سنتعرف عليه من خلال الدفوع بالوفاء أو ما يعادل الوفاء (الفقرة الأولى) والدفوع بغير الوفاء في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الدفوع بالوفاء أو ما يعادل الوفاء

أولا : الدفوع المتعلقة بالوفاء

يعتبر الوفاء الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام(145) لذا يتعين القيام به عند حلول أجل الورقة التجارية، ولذلك قضت المادة 184 من م.ت بأنه : "يتعين على حامل الكمبيالة المستحقة الوفاء في يوم معين أو بعد مدة من تاريخها أو من تاريخ الاطلاع أن يقدمها للوفاء إما في يوم الاستحقاق بالذات أو في أحد أيام العمل الخمسة الموالية".

ولما كانت علاقة صاحب الحساب (الساحب) بالمؤسسة البنكية المسحوب عليها تعتبر علاقة مودع بمودع لديه، فإن هذه الأخيرة تكون

(145) وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2005/07/06 "إن قوة الشيء المقضي به بمقتضى الفصل 451 من ق.ل.ع تمنع من القول بعدم استحقاق قيمة سند سابق للمحكمة إن قضت باستحقاقه بمقتضى حكم مكتسب قوة الشيء المحكوم به بين الخصوم أنفسهم بناء على نفس السبب والموضوع وأن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي ثبت لها أن الكمبيالة موضوع الدعوى الحالية والتي ترمي الطالبة إلى القول بعدم أحقية المطلوبة في استيفاء قيمتها قد صدر بشأنها أمر بالأداء حاز قوة الشيء المقضي به بشأن استحقاقه واستنتجت من ذلك أن دعوى الطالبة تهدف في الحقيقة إلى وضع حد للأمر بالأداء المذكور قد طبقت صحيح أحكام دعوى الفصل 451 من ق.ل.ع وعللت قرارها تعليلا سليما ولم تخرق أي مقتضى والوسيلتين على غير أساس". القرار عدد 797 ملف تجاري عدد 200/1/3/105.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ملزمة كلما قدم لها شيك للوفاء يحمل كافة البيانات الأساسية العمل على تنفيذ أمر الساحب عن طريق وفاء الشيك للغير الحامل له[146].

وإذا كانت القواعد العامة المنظمة للوفاء تفرض الوفاء للدائن الحقيقي أو نائبه "الفصل 238 ق.ل.ع"[147] وإلا كان الأداء غير مبرئ للذمة فإن الدائن غير مجبر على قبول الوفاء الجزئي "الفصل 234 ق.ل.ع"، فإن القانون الصرفي وخلافاً لذلك ألزم الوفاء للحامل الشرعي إذا أثبت حقه فيها بواسطة سلسلة غير منقطعة من التظهيرات ولو كان آخرها على بياض "المادة 170 من م.ت.ج" ذلك أن الحامل الشرعي قد لا يكون هو الدائن الحقيقي بمبلغها، كما إذا سرقها وكان التظهير الأخير على بياض، فضلاً عن ذلك فإن المشرع لم يوجب التحقق من شخصية الحامل وإنما فقط

(146) قرار المجلس الأعلى عدد 581 صادر بتاريخ 2005/05/25 ملف تجاري عدد 2004/2/3/681، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 66 ص 203.
= =

= = ومن المهم الإشارة أن إدانة مدير شركة جنحياً بفعل جرمي من أجل إصدار شيك بدون رصيد لا يعني مقاضاته شخصياً بأداء قيمة الشيك بل يتعين مقاضاة الشركة مصدرة الشيك كشخص اعتباري، راجع قرار المجلس الأعلى عدد 620 صادر بتاريخ 2005/06/01 ملف تجاري عدد 2005/2/3/40، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 66 ص 207.

(147) وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 1999/06/14 ؛ "يجوز لأحد الدائنين المستفيدين من الشيك سند الدين إقامة الدعوى به، لأن الالتزام التضامني ينقضي في مواجهة جميع الدائنين إذا تم في حق أحدهم الوفاء عملاً بمقتضيات الفصل 155 من ق.ل.ع ولأن الوفاء يبرئ ذمة المدين إذا وقع للدائن نفسه أو لممثله المأذون له على وجه صحيح لقبض الدين وفق أحكام الفصل 238 من ق.ل.ع"، مجلة المعيار عدد 25-26 ص 226. كما جاء في حكم صادر عن محكمة الصلح بالبيضاء : "إن المسحوب عليه القابل لكمبيالة لا يتحلل من التزامه تجاه الحامل إذا ما وفى بين يدي الغير الذي لم يتلقى توكيلاً من الحامل بالقبض باسمه"، مذكور عند محمد فركت، إبراهيم زعيم، مرجع سابق ص 91.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

بالانتظام الظاهري لتسلسل التواقيع، فقد قضى المجلس الأعلى بأن الوفاء لغير الحامل الشرعي لا يبرئ ذمة المسحوب عليه اتجاه الحامل(148).

وإذا فقد شخص حيازة الكمبيالة لأي حادث كان لا يلزم حاملها بالتخلي عنها ما لم يكن قد حصل عليها بسوء نية أو ارتكب في سبيل الحصول عليها خطأ جسيماً "الفصل 170 فقرة 2" ومن وفى في تاريخ الاستحقاق برئت ذمته، إلا إذا وقع منه غش أو خطأ جسيم ويلزم التحقق من انتظام شكل التظهيرات دون فحص توقيعات المظهرين "المادة 186 م.ت.ج) والغش هو الخطأ العمدي من طرف المسحوب عليه الذي يؤذي المبلغ إلى شخص يعلم جيداً أنه ليس الحامل الشرعي للكمبيالة رغم انتظام سلسلة تظهيرات الكمبيالة التي يقدمها هذا الشخص.

لكن حيث لكي يكون المسحوب عليه ملزما بوفاء كمبيالة ضائعة إلى الغير الحامل الشرعي لها، فإنه يلزم على هذا الأخير إثبات ضياع الكمبيالة بين يديه عن طريق تصريح مكتوب الضياع وفي كونه وفى قيمتها للمستفيد(149).

(148) قضاء المجلس الأعلى عدد 25 ص 88، بالنظر لخصوصية الشيك فقد جاء في حكم للمحكمة التجارية بمراكش صادر بتاريخ 1998/12/10 ؛ "عدم تقديم الشيك للاستخلاص لدى المسحوب عليه يجعل دعوى المطالبة بقيمة الشيك غير مقبولة شكلا"، مجلة المحاكم المغربية عدد 83 ص 205.

(149) محكمة الاستئناف التجارية بفاس قرار 885 صدر بتاريخ : 05/29/ 2007 رقم الملف بالمحكمة التجارية 06/7/1119 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية 07/582. مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 311.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

والخطأ الجسيم هو كل إهمال خطير يرتكبه المسحوب عليه عند الأداء، كالحالة التي يؤدي فيها[150] قيمة الكمبيالة أو الورقة دون أن ينتبه إلى آثار التزوير الظاهرة فيها، وبالتالي فإن الدفع بالسرقة والضياع لا يمكن مواجهة الحامل حسن النية بهما.

ذلك أنه ليكون الوفاء صحيحاً على المسحوب عليه تجنب الأداء في حالة المعارضة وإلا تحققت مسؤوليته طبقاً للمادة 189 من م.ت التي تنص على أنه : "لا يجوز التعرض على الوفاء إلا في حالة ضياع الكمبيالة أو سرقتها أو في حالة التسوية أو التصفية القضائية للحامل". وقد أضاف المشرع في المادة 271 م.ت.ج إلى هذه الحالات بالنسبة للشيك مسألة الاستعمال التدليسي للشيك وتزويره، أما بالنسبة للسند لأمر فتجري عليه مقتضيات الكمبيالة.

ومن المهم الإشارة إلى أن البنك المودع لديه الشيك سند الدين ملزم برده إلى صاحبه في حالة عدم استخلاص مبلغه طبقاً لمقتضيات المادة 804 من ق.ل.ع تحت طائلة الحكم عليه بتعويض الضرر اللاحق بالمستفيد وفق قواعد المسؤولية العقدية[151].

وتظهر خصوصيات القانون الصرفي وتفرده حينما ألزم الحامل بقبول الوفاء الجزئي "المادة 185 م.ت.ج" لأن ذلك يفيد منه باقي الموقعين، فضلاً عن ذلك فإن التضحية بجزء من المبلغ أفضل من التضحية بالمبلغ بكامله في حالة الإعسار.

(150) علي سلمان العبيدي مرجع سابق ص 326.

(151) قررمحكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 1999/05/31 مجلة المعيار عدد 25-26 ص 212.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وقد نصت المادة 185 م.ت.ج على أن : "المبالغ المؤداة على حساب الكمبيالة تبرئ ذمة الساحب والمظهر ويتعين على الحامل إقامة احتجاج بالمبلغ الباقي".

ومن حق المسحوب عليه أن يطالب بإثبات هذا الوفاء على الكمبيالة وتسليمه توصيلاً بما أداه، ولا يجوز تسليمه الكمبيالة في هذه الحالة لأن الحامل يكون في حاجة إليها لتقديم الاحتجاج، ولأن المشرع قصر حالة تسليمها له عند الوفاء الكلي للورقة مع التوقيع عليها بما يفيد المخالصة، ومن المهم الإشارة إلى أن وجود الكمبيالة سند الدين في حيازة وتحت يد الدائن قرينة على عدم الوفاء بالدين وسداده"(152).

لكن نتساءل عن حكم الحالة التي لا يتم فيها إثبات الوفاء الجزئي على الورقة، لكن الحامل سلمه المسحوب عليه توصيلاً بالأداء أو العكس، خاصة أن المشرع استعمل "واو" العطف وليس "أو" التخيير ؟ ومن وجهة نظرنا نعتقد أنه يكفي إثبات أحد الأمرين ولا داعي للتشدد في مثل هذه الحالة ما دام أن الوفاء الجزئي قد ثبت للمحكمة جلياً، خاصة وأن هدف المشرع من إلزام التواصيل هو توخي الحذر من أخطاء الشطب أو المحو، وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرار صادر بتاريخ 1999/05/24 : "لا جدوى من ادعاء الوفاء الجزئي إذا لم يثبت على الكمبيالة أو تسليم توصيل بشأنه"(153).

وللإشارة فإن التوصيل يجب أن يحمل ما يفيد أنه يتعلق بالورقة موضوع الدعوى، فقد جاءت في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس

(152) قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1991/03/20 مجلة المحاكم المغربية عدد 64-65 ص 79.
(153) قرار رقم 356 ملف عدد 99/223 غير منشور.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

أنه : "لاجدوى من ادعاء الوفاء بجزء من قيمة الكمبيالة سند الدين إذا كان الوصل المحتج به لا يحمل ما يفيد أنه يتعلق بها "[154].

كما جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2003/01/22" إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتبرت أن ذلك الوصل يشير فقط لأداء الطالبة للمطلوبة المبلغ المضمن به دون توضيح ما إذا كان يتعلق بنفس الكمبيالات موضوع المطالبة وأنه لا يحمل رقم عقد القرض حتى يمكن ربطه بالدعوى بالإضافة لتضمينه قسطا أعلى من المبلغ المتعلق بالدين، مع أن المطلوبة التي زعمت كون الأداء الثابت بالوصل يتعلق بمعاملات أخرى هي التي يقع عليها عبء إثبات ذلك بوسائل الإثبات القانونية لتتأكد المحكمة مما إذا كان الأداء المدعى به يتعلق بنفس الكمبيالات موضوع النزاع أم لا مما يكون مع القرار بتعليله المنتقد قد قلب عبء الإثبات وفاسد التعليل الموازي لانعدامه وعرضة للنقض"[155].

وفي موضوع البحث عن مدى حصرية وسائل إثبات الوفاء فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1988/12/07 أنه : "إذا كان الفصل 152 من ق.ت الفصل 185 م.ت.ج ينص على كيفية إثبات الوفاء الجزئي، فإن الصيغة التي حرر بها لا يفيد أن هذا الإثبات لا يتم إلا وفق ما جاء في الفصل المذكور. ولهذا فإن المحكمة تكون قد جانبت الصواب لما رفضت الدفع بالوفاء الجزئي لمجرد أن المدعي ينكره دون أن تناقش وصولات الأداء المدلى بها في هذا الشأن"[156].

(154) قرار صادر بتاريخ 1999/09/13 تحت رقم 648 ملف عدد 99/268 غير منشور.

(155) قرار المجلس الأعلى عدد 76 المؤرخ في الملف تجاري 2002/1/3/517 غير منشور.

(156) مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية الجزء الثاني 1983-1990 ص 503.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

ومع تسليمنا بصحة النتيجة المتوصل إليها فإن ما يؤخذ على القرار هو عدم تأسيس التعليل لأن الوصولات المدلى بها تدخل ضمن وسائل الإثبات المحددة ضمن الفصل 152 المطابق للفصل 185 م.ت.ج.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1996/03/05 : "لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتمدت وعن صواب في تأييد الحكم الابتدائي القاضي على الطاعنة بالأداء على كون الكمبيالة لم تشر فيها للوفاء الجزئي وعلى كون العارضة لم تدل بأي وصل يثبت ذلك، فالقرار باعتماده هذه المقتضيات يكون قد علل ما قضى به تعليل كافياً[157]" وسليماً وناقش دفوع الطاعنة والوسيلة على غير أساسا

إذا كان الدين ثابتا إذا كان الدين ثابتا بحجة كتابية فإن براءة الذمة منه كلا أو بعضا لا تثبت إلا بحجة مماثلة[158] لكن ذلك لا يمنع المحكمة من توجيه اليمين

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى "حيث دفع الطاعن في المرحلة الاستئنافية بأنه وفى جزءا من الدين موضوع الكمبيالة طالبا توجيه يمين للمطلوب في النقض الذي أنكر ذلك والقرار المطعون فيه الذي أورد هذا الدفع دون الرد عليه ولم يعلل عدم استجابته للطلب لإثبات الطاعن دفعه باليمين يكون ناقص التعليل وعرضة للنقض[159].

(157) النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى عدد 1 ص 20.

(158) قرار المجلس الأعلى رقم 905 الصادر بتاريخ 2005/09/14 في الملف التجاري رقم 2005/2/3/599 غير منشور.

(159) القرار عدد 2356، المؤرخ في 97/4/23، ملف مدني عدد 94/1422 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 281.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وللمحكمة سلطة تقديرية في تقييم الحجج ومتى ثبت لها من مستندات الملف " أن الدين المحكوم به ثابت بمقتضى حجة قانونية وأن التسديد الجزئي المزعوم غير معزز بما يؤيده " تكون قد ردت ضمنيا على دفع الطاعن وهي غير ملزمة بإجراء بحث ما دام الثابت لها من أوراق الملف ملاءة ذمة الطالب مما لم يخرق معه قرارها أي مقتضى والوسيلة على غير أساس[160].

وإذا كان من الجائز إثبات الوفاء بجميع وسائل الإثبات كالشهادة البنكية مثلاً[161]، والإقرار واليمين[162]. لكن ينبغي استثناء شهادة الشهود[163] طبقاً للفصل 444 من ق.ل.ع ولا يمكن التذرع بحرية الإثبات في المادة التجارية طبقاً للمادة 374 من م.ت.ج لأن الفصل نفسه يقيد الإثبات في

(160) المجلس الأعلى قرار عدد 450، المؤرخ في 98/1/21، ملف مدني عدد 94/1896 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 282 .

(161) "لا تقبل الشهادة البنكية في إثبات الوفاء بالكمبيالة سند الدين إذا لم تتضمن ما يفيد أن الأداء يتعلق بكمبيالة موضوع الأمر بالأداء سيما وأن الفصل 185 م.ت.ج أعطى الحق لساحب الكمبيالة باسترجاعها عند الوفاء بقيمتها مكتوباً عليها بما يفيد الوفاء. ولا جدوى من الدفوع إذا لم تعزز بحجج مثبتة". قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 1999/07/26 رقم 570 ملف عدد 99/106 غير منشور.

(162) راجع خلاف هذا الرأي في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس الصادر بتاريخ 1999/07/29 الذي ينص على أنه : "وحيث إن طلب بحث وتوجيه يمين يتصادم وقواعد الصرف الصارمة". رقم 587 ملف عدد 99/363 غير منشور.

(163) "ولا يقبل في هذا النزاع بين المتعاقدين شهادة الشهود لإثبات ما يخالف ما جاء في الحجج طبقاً للفصل 444 م ق.ل.ع"، قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 1999/05/24 تحت رقم 356 ملف عدد 99/223 غير منشور. على خلاف ذلك جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2005/12/14 : إن المحكمة لم تعلل بمقبول سبب رفضها الاستماع للشاهدين الذين ادعى الطالب أنهما حضرا عملية تسليم الكمبيالة من المطلوبة بل اكتفت عند ردها لطلب إجراء بحث بالقول "أنه لن يفيدها في شيء ما دام أنه ليس من شأنه يفقد لكل للكمبيالة المصداقية". القرار عدد 1288 ملف تجاري عدد 2003/2/3/1033 غير منشور.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

حالات خاصة كما فعل المشرع تماماً في المادة 285 من م.ت.ج، لذلك فتوسيع الإثبات باليمين والإقرار جاء من باب الأخذ بالحجة الأكثر قوة.

لقد نصت المادة 186 من م.ت.ج على أنه : "لا يجبر حامل الكمبيالة على استلام قيمتها قبل تاريخ الاستحقاق، وإذا وفى المسحوب عليه قبل تاريخ الاستحقاق تحمل تبعة ذلك الوفاء".

فالوفاء يجب أن يحصل في تاريخ الاستحقاق بالذات، وإلا تحمل المسحوب عليه المسؤولية لأنه كان أمامه الوقت لإجراء مختلف التحريات اللازمة وغير مهدد بإجراء الاحتجاج حتى يلزم فقط بما ألزم به الموفي في تاريخ الاستحقاق.

والإشهاد بالوفاء لا جدوى منه إذا صدر عن الغير ولم يكن مصادق عليه من المدين بالسند، وكون السند لا يشير إلى هذا الغير مسحوباً عليه أو ضامناً احتياطياً(164).

ويحق للمدين التمسك بالدفع بالوفاء في مواجهة الحامل إذا ما تضمن السند الإشارة إلى الوفاء باعتباره سيء النية، كما لا يحق للموقعين مواجهة حامل الورقة التجارية بالإهمال نتيجة عدم اتخاذ إجراءات المطالبة بالوفاء والاحتجاج، باستثناء المدين الأصلي في الكمبيالة وهو إما أن يكون المسحوب عليه القابل وإما أن يكون الساحب الذي لم يوفر مقابل الوفاء

(164) قرار غير منشور لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس الصادر بتاريخ 1999/10/04 تحت رقم 704 ملف عدد 99/376.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

للمسحوب عليه في تاريخ الاستحقاق[165]. فقد جاء في المادة 206 من م.ت.ج أنه : "يسقط حق الحامل بالرجوع على المظهرين والساحب وبقية الملتزمين باستثناء القابل بعد انصرام الآجال المحددة.

لتقديم كمبيالة مستحقة الأداء عند الاطلاع أو بعد مدة من الإطلاع :

- لإقامة الاحتجاج بسبب عدم القبول أو عدم الوفاء ؛

- لتقديم الكمبيالة للوفاء متى كانت متضمنة لشرط الرجوع بلا مصاريف.

لكن السقوط لا يسري مفعوله اتجاه الساحب إلا إذا أثبت وجود مقابل الوفاء بتاريخ الاستحقاق، وفي هذه الحالة لا يبقى للحامل حق المطالبة إلا ضد المسحوب عليه".

وبهذا قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1977/10/11 : "الاحتجاج بعد إجراء البروتستو لا يمكن التمسك به إلا إذا أقيمت الدعوى على الضامن، أما عند إقامة الدعوى على المسحوب عليه أي المدين الأصلي فإنه ليس من اللازم القيام بهذا الإجراء"[166].

وجاء في قرار محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء الصادر بتاريخ 1995/10/09 إن : "التمسك بعدم قانونية الاحتجاج لعدم مراعاة أحكام الفصل 173 من م.ت وعدم تبليغ محضر الاحتجاج وفق الفصل 167 م..ت لا أثر له لأن الطاعن يعتبر ضامناً احتياطياً للمسحوب عليهم القابلين ولأن هؤلاء أنفسهم لا يسوغ لهم إثارته عملاً بأحكام الفقرة السابعة من الفصل 147 م.ت

(165) وعلى خلاف ذلك فإن : "الدفع بانقضاء الالتزام بالوفاء في مواجهة المظهر له الحامل لا يسوغ له قبوله ما دام حسن النية ولم يثبت عكس ذلك"، قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 347 الصادر بتاريخ 2006/03/14 ملف عدد 05/1490 غير منشور.

(166) المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد عدد 4 ص 115.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وبالتالي فإن وضعية الضامن تستمد نفس وضعية المضمون بالنسبة لحالة الإهمال"[167] كما إن القانون لا يخول حقوقاً أكثر ما هي لمدينه، وفي قرار آخر بتاريخ 1998/10/15 : "قضت نفس المحكمة بأن وقوع الاحتجاج خارج الأجل كعدم إجرائه وبالتالي يبقى الساحب الذي يقدم مقابل الوفاء ضامناً للأداء ولو لم يقع أي احتجاج من طرف الحامل"[168]. كما جاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2004/06/23 أنه : "لا يجوز للساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء أن يواجه الحامل بسقوط حقه لعدم إجراء الاحتجاج باعتباره مديناً أصلياً وضامناً للوفاء"[169].

وفي ما يتعلق بالدفع بعدم إنجاز الإعلام المنصوص عليه في الفصل 199 م.ت فإن المشرع لا يرتب على ذلك سقوط الحق، وإنما يكون مسؤولاً عند الاقتضاء عن الضرر الذي تسبب فيه بإهماله دون أن يتجاوز التعويض مبلغ الكمبيالة"[170].

---

(167) ملف تجاري رقم 88-129 تحت عدد 95/206 مجلة المحاكم المغربية عدد 76 ص 74 وما بعدها وقد استقرت محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها على هذا الاتجاه واعتبرت على : "أن تحرير احتجاج عدم الدفع إذا كان يعد شرطاً للرجوع على مظهري الورقة التجارية وضمانهم فإنه لا يعتبر كذلك بالنسبة للرجوع على المدين الأصلي وضامنه الاحتياطي" نقض صادر بتاريخ 1974/06/16 سنة 25 ص 1082، أنظر عبد الحميد الشواربي مرجع سابق ص 238. كما جاء في قرار صادر بتاريخ 1967/06/15 : "لا يحول الإهمال دون تحصن حامل الورقة لقاعدة تطهير الدفوع متى كان هذا الحامل حسن النية" ذكره علي جمال الدين عوض، الشيك في قانون التجارة النسر الذهبي للطباعة 1998 ص 185.

(168) ملف تجاري رقم 3/98/175 غير منشور.

(169) مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 63 ص 198.

(170) قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 1999/01/19 رقم 99/1723 ملف عدد 3/99/1785 غير منشور.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ونشير على أن إصدار الورقة التجارية لا سيما الشيك باعتباره مستحق الأداء عند الاطلاع لا يعد وفاء مبرئ لذمة الساحب ما دام معلق على شرط التحصيل، ولا يعتبر كذلك إلا باستيلام المستفيد لقيمته من المسحوب عليه(171).

إن الأداء الذي قصده المشرع في الفصل 27 من قانون المالية لسنة 98-99 هو الأداء الذي يبرئ ذمة الملزم بالضريبة، وإن تقديم شيك إلى الخزينة العامة بدون رصيد لا يشكل أداءا بالمفهوم القانوني للنص الضريبي المشار إليه بصفر النظر عن مفهوم الأداء في القوانين الخاصة(172).

ولما كانت الدائنة استصدرت حكما بالأداء ضد الشركة المدينة ولم تتضمن وثائق الملف ما يفيد أنها تنازلت عن تنفيذه بعدما شرعت في القيام بعملية تنفيذه فإن الدعوى المقدمة من طرفها ضد الشخص الطبيعي المنصبة على نفس الدين بدعوى "أن الشركة المدينة الأولى وهمية ولا وجود لها" تكون غير مقبولة طالما أن الشروع في تنفيذ الحكم الأول وعدم التخلي عنه يجعله لازال قائما وقابلا للتنفيذ(173).

(171) الطعن رقم 2227 سنة 57 ق جلسة 1989/02/27 أحمد حسني قضاء النقض التجاري في خمسين عاماً
ص 99.

(172) قرار المجلس الأعلى عدد 331 المؤرخ في 2002/5/16 الملف الإداري عدد 2001/748 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 296.

(173) المجلس الأعلى القرار عدد: 451 المؤرخ في : 2006/5/3 الملف التجاري عدد 2005/2/3/634 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 300.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وقد اعتبرت محكمة النقض المصرية أنه : "إذا كان الدين الثابت في ذمة المدين مبلغاً من المال وأراد أن يبرئ ذمته من هذا الدين بعرضه على دائنه حال المرافعة، فإنه يجب أن يكون هذا العرض نقوداً دون غيرها. فإذا كان المشتري قد أودع حال المرافعة شيكاً بأمر البائع واعتبر الحكم هذا الإيداع وفاء بالثمن مبرئاً لذمة المشتري من الدين فإنه يكون بذلك قد خالف القانون لأن الشيك وإن كان أداة وفاء، إلا أن الالتزام المترتب في ذمة الساحب لا ينقضي بمجرد سحب الشيك بل بقيام المسحوب عليه بصرف قيمته للمستفيد"(174).

كما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس الصادر بتاريخ 1999/06/14 : "إن الشيك سند الدين المتوفر على جميع البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 239 من م.ت والموجود بيد الدائن يثبت المديونية ولا جدوى من الدفع باستبداله بكمبيالة إذا لم تكن لها علاقة به"(175).

لكن هل يعتبر دفع الورقة التجارية في الحساب الجاري وقيدها في الجانب الدائن وفاء لها ؟

ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 1976/05/17 إلى أنه : "متى كان المدفوع في الحساب الجاري ديناً ثابتاً بورقة تجارية حررها العميل لصالح الجهة المفتوح لديها الحساب فإن مجرد قيد قيمتها في الجانب الدائن في الحساب لا يمنع مطالبة العميل بقيمتها في ميعاد

(174) نقض 1957/06/01 الجزء 8 ص 576.

(175) مجلة المعيار عدد 25-26 ص 226.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

الاستحقاق، وليس له أن يحتج بدخول الورقة في الحساب الجاري واندماجها فيه، وليس له أن يحتج بدخول الورقة في الحساب الجاري واندماجها فيه، بحيث لا يجوز فصلها عنه والمطالبة بها على وجه الاستقلال طالما أنه لم يوف بقيمتها بالفعل إذ من تاريخ هذا الوفاء وحده يعتبر المدفوع قد دخل الحساب الجاري واندمج فيه بغض النظر عن تاريخ قيده إذ يعتبر القيد في هذه الحالة قيداً مؤقتاً بشرط الوفاء"[176].

هذا الاتجاه كرسه المشرع المغربي في المادة 502 من مدونة التجارة التي جاء فيها : "حينما يكون تسجيل دين في الحساب ناتج عن ورقة تجارية[177] مقدم إلى البنك يفترض أن التسجيل لم يتم إلا بعد التوصل بمقابلها من الدين الرئيسي ونتيجة لذلك فإذا لم يؤد الورقة التجارية في تاريخ الاستحقاق فللبنك الخيار في :

- متابعة الموقعين من أجل استخلاص الورقة التجارية ؛

(176) طعن رقم 346 لسنة 43 س 28 ص 1118 المستشار معرض عبد الثواب ص 147 المستحدث في القضاء التجاري أحكام النقض في إحدى وعشرين عاماً (1974-1995) ط 1958/3 مطبعة تكنونكسفي الحرافيش الإسكندرية، هذا القرار تبنته حرفياً محكمة التمييز الأردنية في قرار لها بتاريخ 1992/01/21 أنظر زهير عباس كريم مرجع سابق ص 181.

(177) وقد جاء في حكم للمحكمة التجارية بأكادير صادر بتاريخ 2003/01/30 : "أن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن سكوت البنك عن السحب على المكشوف المطبوع بالديمومة والانتظام والتكرار بعد اتفاق ضمنياً على منح الزبون الاعتماد.

امتناع البنك عن أداء قيمة الكمبيالات أو تقييدها أو إرجاعها إلى الزبون يعتبر إخلالا بالتزامات البنك المبرر لضياع مسؤوليته"، حكم 2003/146 ملف رقم 2001/289 مجلة المرافعة عدد 14 ص 331.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

- أو تقييد الرصيد المدين للحساب "القيد العكسي" الدين الصرفي الناتج عن عدم أداء الورقة أو دينه العادي رداً للقرض، ويؤدي هذا العقد إلى انقضاء الدين وفي هذه الحالة ترجع الورقة التجارية إلى الزبون"[178].

وهكذا جاء في قرار للمحكمة التجارية بأكادير صادر بتاريخ 2000/12/07 : "استقر العرف البنكي والقضاء الوطني من قبل مدونة التجارة الجديدة على حق البنك في إعمال مبدأ التقييد العكسي ذلك أن الأوراق التجارية وإن نص تقييدها واحتسابها في حساب الزبون يكون قيدها معلق على شرط تمكن البنك من استخلاصها في النهاية من الملزم بوفائها وإذا لم يتم ذلك قيدت قيمتها في الحساب المدين للمحيل وبذلك يكون التقييد قد حصل مرة في الحساب الدائن ومرة في الحساب المدين لموازنة القيدين.

إن البنك لا يكون مسؤولا عن العمليات التي يجريها الزبون بحسابه على أساس التقييدات المثبتة في تاريخ معين ذلك أن عليه أي الزبون الاحتياط للمبدأ المذكور أعلاه وإلى عدم القيد الوارد على الأوراق التجارية"[179].

كما جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2008/03/05 إن" تسلم البنك للكمبيالة المظهرة له تظهيرا تمليكيا من طرف زبونته والذي اختار بعد عدم استخلاصه لقيمتها بسبب انعدام مؤونة ساحبتها القيام بتقييد قيمتها في الرصيد المدين لحساب زبونته المظهرة (بكسر الراء) المصطلح عليه بالتقييد العكسي وتقديمه لدعوى ضد زبونته للمطالبة بأدائها له لمجموع

(178) "ولا يجوز للبنك المظهرة إليه الكمبيالة تقييدها قيداً مضاداً إلا إذا توافر شرطان : حلول أجل استحقاقها مع تحقق سبب عدم وفائها من طرف المسحوب عليه"، مذكور عند محمد فركت، إبراهيم زعيم، مرجع سابق ص 93.

(179) حكم رقم 2000/116 ملف رقم 2000/118 مجلة المرافعة عدد 14 ص 377.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

الدين الذي بذمتها استنادا لكشف الحساب وصدور حكم لفائدته بمجموع الدين يجعله قانونا غير حامل شرعي لها (الكمبيالة) ويفقده هذه الصفة[180].

ومن نافلة القول التذكير بأن التضامن الصرفي يحتفظ بذاتيته واستقلاليته عن التضامن المنصوص عليه في الالتزام العادي فيما يتعلق بالرجوع بين المدنيين المتضامنين إذا قام أحدهم بالوفاء. فإذا كان الدين ينقسم في إطار القواعد العامة بحيث لا يحق للموفى الرجوع على الباقين إلا بقدم صحتهم من الدين، فإن الدين لا ينقسم بين الموقعين على الكمبيالة.

ويعلل الأستاذ فوزي محمد سامي[181] ذلك بأن التزاماتهم لا تنشأ دفعة واحدة وإنما تتعاقب، بحيث يمكن أن يعتبر كل موقع مضموناً من الموقع السابق عليه وضامناً للموقع اللاحق له، فإذا قام أحدهم بالوفاء للحامل فإنه يستطيع الرجوع بكل ما وفاه على الموقع السابق عليه، وهكذا حتى يصل عبء الرجوع بكل ما وفاه على الموقع السابق عليه، وهكذا حتى يصل عبء الضمان على عاتق الساحب منشئ الكمبيالة.

ونصت المادة 201 من م.ت.ج على أنه : "يسأل جميع الساحبين للكمبيالة والقابلين لها والمظهرين والضامنين الاحتياطيين على وجه التضامن نحو الحامل.

يحق للحامل أن يوجه الدعوى ضد هؤلاء الأشخاص فرادى أو جماعة دون أن يكون ملزماً باتباع الترتيب الذي صدر به التزامهم ويتمتع بالحق نفسه كل موقع على كمبيالة أدى مبلغها، ولا تمنع الدعوى المقامة على أحد الملتزمين من إقامة الدعوى اتجاه الآخرين ولو كانوا لاحقين لمن أقيمت عليه الدعوى أولاً".

(180) القرار عدد 278 المؤرخ في الملف التجاري عدد 2007/2/3/1421 غير منشور.

(181) فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري الأردني الجزء الثاني دار الثقافة والنشر والتوزيع عمان 1994 ص 291.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

كما نصت المادة 203 من م.ت على أنه : "يجوز لمن وفى الكمبيالة أن يطالب ضامنيه بمبلغها وبالفوائد والمصاريف".

وزيادة في الضمانات المخولة للحامل نص المشرع في المادة 231 م.ت.ج على أنه : "لا يمنح أي إمهال قانوني أو قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 196 و207 من م.ت.ج" وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس الصادر بتاريخ 1999/01/06 أنه : "وحيث ركز المستأنف موجبات استئنافه بأنه يتعامل مع المستأنف عليها، ونظراً لحدوث ظروف قاهرة، بسب غلق متجره خلال شهر شتنبر 1998 لم يتمكن من أداء بعض الكمبيالات المدين بها لفائدة المستأنف عليها.

وحيث إنه فضلاً عن ذلك فإن المستأنف لم يثبت الظروف القاهرة التي يدعيها لتبرير التأخير في الأداء، فإنه كلما تعلق الأمر بوفاء كمبيالة فإن المادة 231 من م.ت تلزم عدم إعطاء أي إمهال قضائي لفائدة المدين بالكمبيالة"(182).

وفيما يخص عملة الوفاء فليس من اللازم أن تحدد بالعملة الوطنية بدليل المادة 187 من م.ت.ج، وفي هذا الصدد ذهبت محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء في قرار لها بتاريخ 1999/02/18 : "حيث إنه بخصوص الدفع المتعلق بأن المدعية لم ترفق المقال الابتدائي بأي سند أو شهادة تثبت معادلة الدرهم المغربي للفرنك البلجيكي فإن هذا الدفع مردود على اعتبار

(182) قررا رقم 27 ملف عدد 99/326 غير منشور.
وجاء في نقض مصري صادر بتاريخ 1973/06/20 أنه "إذا كان إعفاء الحامل من اتخاذ كل أو بعض الإجراءات مرده القوة القاهرة فإن الأمر يستوجب التحقق من قيامها وكيف حالت في الظروف التي وقعت فيها دون اتخاذ ما أغفله من تلك الإجراءات". مشار إليه عند معوض عبد الثواب مرجع سابق ص 133.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

أن مقتضيات المادة 172 من مدونة التجارة تنص على أنه : "إذا اشترط وفاء الكمبيالة بعملة غير متداولة في بلد الوفاء جاز وفاء مبلغها بعملة هذا البلد حسب قيمتها يوم الاستحقاق، وإذا تأخر المدين عن الوفاء كان للحامل خيار المطالبة بمبلغ الكمبيالة حسب سعر عملة هذا البلد يوم الاستحقاق أو يوم الوفاء"، إنه بالرجوع إلى منطوق الأمر بالأداء المستأنف يتجلى على أنه لم يعتمد المبلغ الذي حددته المستأنف عليها بالدرهم المغربي وإنما قضى بالفرنك البلجيكي أو ما يعادله بالدرهم"(183).

ويثار أيضاً عند الوفاء الدفع بكون الورقة التجارية محررة بغير اللغة العربية، وكثيراً ما تجيب المحاكم بمثل ما أجاب به القرار المومأ إليه أعلاه : "حيث إنه بخصوص الدفع المتعلق بخرق مبدأ التعريب على أساس أن الكمبيالة محررة بلغة أجنبية لا يمكن معها للمحكمة مراقبة المعلومات الواردة فيها الشيء الذي يجعلها قابلة للاحتجاج بها ضد الأغيار المغاربة فهو مردود على اعتبار أن الكمبيالة سند الدين تصرف قانوني صادر عن الجانبين المتنازعين يدلى به أمام القضاء مثل بقية الوثائق، ولهذا فلا تسري عليها أحكام قانون تعريب القضاء التي إنما تطبق على المرافعات والمذكرات ولا تنطبق على الوثائق والحجج ولهذا يمكن أن تحرر الكمبيالة حتى بغير اللغة العربية التي هي لغة التقاضي"(184).

ويؤيد هذا الرأي أن إشارة المشرع المغربي إلى الوفاء بعملة أجنبية فيه ما ينم ضمنياً عن إمكانية كتابة الكمبيالة بغير اللغة العربية.

(183) قرار رقم 99/171 ملف عدد 3/98/741 غير منشور.

(184) قارن في هذا الباب قرار المجلس الأعلى عدد 1634 الصادر بتاريخ 1987/06/08 في الملف المدني عدد 93/159 غير منشور.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

كما يثار كثيراً أثناء الوفاء أن الكمبيالة أعطيت على سبيل الضمان ويتم الرد على ذلك كما جاء في قرار محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء الصادر بتاريخ 1998/02/18 المشار إليه سابقاً : "حيث إن المستأنف تدفع على الكمبيالة المعتمدة في الأمر بالأداء أنها أعطيت للشركة البلجيكية على سبيل الضمان.

حيث أنه لا جدال في أن التوقيع على الكمبيالة بالقبول يفترض وجود مقابل الوفاء (الفقرة 5 من المادة 166 م.ت).

وحيث أنه بالاطلاع على أوراق الملف وخاصة الكمبيالة سند الدين يتجلى على أنها لا تتضمن في صلبها على أنها أعطيت على سبيل الضمان، فضلاً عن ذلك فإنه من البيانات الإلزامية في الكمبيالة أن تتضمن الأمر الناجز بأداء مبلغ معين من النقود، ويجب أن يكون الأمر غير معلق لأن من خصائص الورقة التجارية صلاحيتها للتداول، وأن من شأن إعطاء الكمبيالة كضمانة فقط الحد من هذه الصلاحية".

وجاء أيضاً في قرار آخر لها صادر بتاريخ 1998/10/15 : "وبالنسبة للدفع المتعلق بكون الشيكات قدمت على سبيل الضمان وأنه وقع أداء جزئي للدين فإنه في غياب ما يثبت ذلك تكون دفوعات المستأنف غير مرتكزة على أساس قانوني مما يتعين معه ردها وتأييد الأمر المستأنف"(185).

ويؤخذ على هذا الدفع الذي لا حاجة لإثباته أن الكمبيالات لا مانع أن تقدم على سبيل الضمان ما دام أنها أداة وفاء وائتمان، أما بالنسبة للشيك فليس هناك أي جزاء مدني على تقديمه على سبيل الضمان فتبقى الورقة

(185) قرار رقم 98/204 ملف عدد 3/98/175 غير منشور.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

صحيحة من الوجهة القانونية(186)، هذا مع الأخذ بعين الاعتبار عدم ارتباطها بأوراق المجاملة أو ظهور ذلك على الصك بشكل يعيق تداوله.

ثانيا : الدفع بما يعادل الوفاء

1 – الوفاء بمقابل :

الأصل في الوفاء هو أداء الشيء بذاته محل الالتزام، لكن إذا رضي الحامل بوفاء شيء غير مبلغ الكمبيالة كبضاعة مثلاً أو نزهة على حسابه بناءً على اقتراح منه أو باتفاق بينه وبين المدين جاز ذلك سواء أكان هذا البدل مساوياً للأصل في القيمة أو أكثر أو أقل منه فهذا ما يطلق عليه بالوفاء بمقابل.

فالحامل غير مجبر على قبول مثل هذا الوفاء، لأنه قد يتضمن تساهلاً للمدين إذا رضي به تبرأ ذمة المدين والمطهرين وباقي الموقعين، وأمكن لهذا الأخير مواجهته بالدفع، ويتمتع الحامل في هذا العقد بمقابل بحقوق المشتري ويتحمل المدين بضمان البائع، إذ يمكن للمحكمة طبقاً للمادة 682 م.ت.ج أن تبطل كل عقد بمقابل إذا ما قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن

(186) وهذا ما أكده قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس الصادر بتاريخ 2006/03/14 والذي جاء فيه : "لكن حيث إنه علاوة على ذلك أن الشيك وسيلة للوفاء لا للإتمان وواجب الوفاء بمجرد الاطلاع (المادة 267 من مدونة التجارة) وكل اشتراط يخالف ذلك يجعل الشرط (أي تقديمها على سبيل الضمان) باطلاً، وبالتالي فإن الطاعنة بتوقيعها على الشيك المذكور موضوع الأمر تضحى ملزمة بالوفاء"، قرار غير منشور رقم 349 ملف عدد 200-06.
لكن ما يؤخذ أيضاً على هذا القرار هو التزيد في التعليل إذ اعتبر رغم وجاهة وصحة اتجاهه أنه ليس بالملف ما يفيد أن الشيك قد سلم للمستأنف عليه على سبيل الضمان، وكأن ثبوت تقديمها على وجه الضمان سيؤثر على صحة الورقة التجارية وعلى التزام الساحب بالأداء.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

الدفع، فهذا الوفاء يعتبر قابلاً للإبطال لا باطلاً كما ذهب إلى ذلك البعض[187].

2 – الدفع بالتجديد :

التجديد هو اتفاق الدائن والمدين على الاستعاضة عن الالتزام الأصلي الذي كان يربطها بالتزام جديد يحل محله، فمن خصائص التجديد والحالة هذه أنه سبب لانقضاء الالتزام القديم ومصدر لنشوء التزام جديد الذي حل مكانه[189].

لقد عرف الفصل 347 من ق.ل.ع التجديد بأنه : "هو انقضاء التزام في مقابل إنشاء التزام جديد يحل محله.

والتجديد لا يفترض بل يجب التصريح بالرغبة في إجراءه".

ونص الفصل 351 من ق.ل.ع على أنه : "إحلال شيء محل الشيء المبين في الالتزام القديم يمكن أن يعد تجديداً إذا كان من شأنه أن يلحق بالالتزام تعديلاً جوهرياً، أما تغيير مكان التنفيذ أو التعديلات الواردة على شكل الالتزام أو على القيود المضافة له كالأجل والشرط والضمانات فلا تعد تجديداً إلا إذا كان المتعاقدان قد قصداه صراحة".

وهكذا يمكن أن يتفق الحامل مع الساحب أو المسحوب عليه على إبدال السند بآخر مع تغيير تاريخ الاستحقاق ليستفيد من الأجل الجديد، فمثل هذا الاتفاق لا يعد تجديدا إلا إذا انصرفت إرادة الطرفين إلى إحداثه.

(187) لطيفة الداودي مرجع سابق ص 199.

(189) مأمون الكزبري مرجع سابق ص 384.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ومن المفيد الإشارة إلى أن قبول الدائن تسلم شيك "ورقة تجارية"[190] وفاءاً لدينه لا يعد تجديداً طبقاً للمادة 305 م.ت.ج ويبقى الدين الأصلي قائماً بكل ما له من ضمانات مرتبطة به إلى أن يقع الوفاء بالشيك المذكور.

وهكذا قضى المجلس الأعلى في قرار مبدئي صادر بتاريخ 1960/06/09 بأن : "التجديد لا يفترض بل لا بد من التصريح بإرادة التجديد، وعليه فتسليم المشتري البائع أوراقاً تجارية ليس إلا مجرد وسيلة أداء تفترض بحد ذاتها أن الطرفين قصدا انقضاء الدين القديم بحيث يفقد الدائن الحق بالتمسك به "[191].

وقد حدد الفصل 350 م ق.ل.ع طرق التجديد عندما نص على أنه يحصل التجديد بثلاث طرق :

- أن يحل المدين الجديد محل القديم الذي يحلله الدائن من الدين ويجوز أن يحصل هذا الإحلال من غير مشاركة المدين القديم.

- أن يحل نتيجة تعهد جديد دائن جديد محل القديم الذي تبرأ ذمة المدين بالنسبة إليه.

مجرد تعيين المدين شخصاً يلتزم بأن يقوم بالوفاء بالدين مكانه لا يؤدي إلى التجديد، كما لا يؤدي إلى التجديد تعيين الدائن شخصاً للاستيفاء عنه".

(190) وقد أحسن المشرع التجاري اللبناني (الفصل 452) صنعاً حين جعل المبدأ شاملاً لجميع الأوراق التجارية عوض الشيك كما جاء في التشريع المغربي، لأن السحب لا يؤدي إلى تجديد الالتزام في الأوراق التجارية عموماً.

(191) مجلة القضاء والقانون عدد 33 ص 196.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

والتجديد يقع بتغيير شخص المدين بناءً على طلب المدين الأصلي وقبول الدائن ونص على هذه الحالة الفصل 325 من ق.ل.ع الذي جاء فيه أن : "الإنابة التي بمقتضاها يعطي المدين للدائن مديناً آخر غيره يلتزم اتجاهه بأن يدفع له الدين تؤدي إلى التجديد إذا صرح الدائن بأنه يقصد إبراء ذمة مدينة الذي أجرى الإنابة، وبأنه يتنازل عن كل حق له في الرجوع عليه".

ويترتب على ذلك براءة ذمة المدين ولا يكون للدائن أي رجوع عليه ولو أصبح المدين المناب في حالة عسر ما لم يكن عسره هذا واقعاً بالفعل عند حصول التجديد بدون علم من الدائن "الفصل 353 من ق.ل.ع".

وليس للمدين الذي يقبل الإنابة أن يتمسك في مواجهة الدائن الجديد حسن النية بالدفوع التي كان يسوغ له أن يتمسك بها في مواجهة الدائن الأصلي مع بقاء حقه في الرجوع على هذا الأخير، ومع ذلك يسوغ له أن يتمسك في مواجهة الدائن الجديد بالدفوع المتعلقة بالأهلية الشخصية إذا كانت هذه الدفوع مبنية على أساس وقت قبول الإنابة المجهولة عندئذ منه "الفصل 354 ق.ل.ع".

أما بالنسبة للامتيازات والرهون الرسمية الضامنة للدين القديم فلا تنتقل إلى الدين الذي يحل محله إلا إذا احتفظ بها الدائن صراحة، والاتفاق الذي من شأنه أن ينقل الضمانات العينية من الدين القديم إلى الجديد لا ينتج أثراً بالنسبة إلى الغير إلا إذا أبرم في نفس الوقت الذي يقع فيه التجديد وكان وارداً في رسم ثابت التاريخ "الفصل 355 ق.ل.ع".

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وإذا كان التجديد يقضي على الالتزام القديم نهائياً فإن ذلك يترتب عنه إبراء ذمة الملتزمين الآخرين لأنه كالوفاء بالنسبة لهم، ويتحمل الدائن مخاطر التجديد وحده لأنه قد لا يوفر مثل الضمانات التي يوفرها الالتزام الصرفي وإن كان هناك من يرى بأن إصدار كمبيالة جديدة وفاءاً لورقة قديمة يعتبر وفاءاً معلقاً على شرط التحصيل كما هو الشأن بالوفاء بالنسبة للشيك، ولذا لا يمكن أن يترتب عليه تجديد الالتزام إلا إذا اتفق على عكس ذلك، ومن الأفضل عدم وضع قواعد جامدة في هذا الصدد وتكون للمحكمة حرية التقدير تبعاً لظروف الأحوال[192].

ونحن نرى أن المقارنة بين الشيك والكمبيالة في هذا الصدد لا يستقيم لأن الشيك مستحق الأداء بمجرد الاطلاع على خلاف الكمبيالة الجديدة التي قد تتضمن تاريخاً للاستحقاق مختلفاً عن الكمبيالة الأخرى وأن هذا التمديد في تاريخ الاستحقاق لا يمكن أن يواجه به باقي الموقعين لأنهم أجانب عنه وقد يتضررون من ذلك ومن مخاطر إعساره في المستقبل، خاصة وأن الالتزام الجديد في هذه الحالة يماثل سابقه، إذ أن كليهما متعلق بكمبيالة. لذلك فإننا نعتبر الوفاء بكمبيالة مقابل كمبيالة أخرى قد يتضمن تجديداً للالتزام على عكس الوفاء بالشيك مقابل الكمبيالة الذي لا يتضمن تجديداً للالتزام ما دام هذا الأخير مستحق الأداء عند الاطلاع. وتبقى للمحكمة السلطة التقديرية لتقصي توافر شروط التجديد وأثره مع مراعاة تعدد الروابط القانونية الناشئة عن تداول الأوراق التجارية.

ثالثا : الدفع بالمقاصة

(192) محسن شفيق، الأوراق التجارية في القانون المصري مرجع سابق ص 389.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

المقاصة طريق من طرق انقضاء الالتزام بمقتضاها تبرأ ذمة المدين من الدين المترتب عليه مقابل براءة ذمة دائنه من دين ترتب عليه لمصلحة مدينه وذلك في حدود الأقل من هذين الدينين، فالمقاصة تقع إذا كان كل من الطرفين دائناً للآخر ومديناً له بصفة شخصية "الفصل 357 ق.ل.ع".

ويترتب عن التمسك بالمقاصة أنه لا يمكن للقاضي أن يعتد بها تلقائياً "الفصل 358 ق.ل.ع" وانقضاء الدينين في حدود الأقل منهما مقداراً ابتداءاً من الوقت الذي وجدا فيه معاً مستوفيين للشروط التي يحددها القانون لإجراء المقاصة "الفصل 367 ق.ل.ع".

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري إلى فوائد المقاصة فقالت: "إن المقاصة تنطوي على معنيين، أولهما معنى الوفاء فكل من الدين يتقاص وفاء بالدين للآخر، والثاني معنى الضمان لأن من يتمسك بها لتلاقي ما وجب في ذمته بما وجب له ذمة هذا الدائن من حيث القصاص يضمن استيفاء دينه مقدماً على سائر الدائنين"(193).

ولقبول طلب المقاصة القانونية يلزم توفر الشروط التالية :

- أن يكون الدينين بين نفس الشخصين "الفصل 363 ق.ل.ع" ؛

- أن يكون كل من الدينين صالحاً للمطالبة به قضاءً "الفصل 363 ق.ل.ع" ؛

(193) مأمون الكزبري مرجع سابق الجزء الثاني ص 435.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

- أن يكون كل من الدينين خالياً من النزاع ومستحق الأداء[194] "الفصل 362 ق.ل.ع" ؛

- ألا يكون أحد الدينين مما تمتنع المقاصة فيه قانوناً "الفصل 356 ق.ل.ع".

وإذا تخلف شرط من هذه الشروط المقررة سلفاً بتنازل أحد الطرفين أو كلاهما عن واحد منها المقررة لمصلحته تكون أمام مقاصة اتفاقية.

أما المقاصة القضائية فهي المقاصة التي تقع أثناء النظر في دعوى معروضة على القضاء، عندما لا تتوفر شروط المقاصة القانونية ويكون الشرط المتخلف من الشروط المقررة لمصلحة المدين أو لمصلحة الطرفين، ويرفض المدعي التنازل عن هذا الشرط فيتعذر بذلك إجراء المقاصة القضائية عن طريق دعوى عارضة يتقدم بها جواباً على دعوى المدعي.

(194) لقد ذهب قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 1999/09/27 إلى أن : "المقاصة لا يمكن أن تجري بين دينين إلا إذا كان كلاهما ثابت وحال ومستحق الأداء وإن كانت هذه الشروط متوفرة في الدين المحكوم به بمقتضى الأمر بالأداء المطعون فيه، فإن ما تدعيه المستأنفة ليس بالملف ما يثبته مما يبقى معه طلبها غير مؤسس "قرار رقم 691 عدد 99/705 غير منشور.

كما ذهبت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في قرار لها بتاريخ 1999/03/25 إلى أنه : "ذلك أنه من الثابت يلزم لوقوع المقاصة أن يكون الدين المطالب بإجراء المقاصة بشأنه خال من أي نزاع، بأن يكون محققاً ومعلوم المقدار الفصل 362 ق.ل.ع.

وحيث لئن كان دين المستأنف ضدها مستحق الأداء فإن الدين المطالب به من طرف الطاعنة يتعلق بتعويض عن فسخ عقد يتوقف تقديره على إجراء خبرة، وبذلك لا يصبح معلوم المقدار، بالإضافة إلى وجود منازعة جدية بين الطرفين وغير معترف به من طرف المستأنف ضده، وبما أن المقاصة وفاء إجباري ولا يجبر المدين على الوفاء إلا عند استحقاق الدين، مما تكون معه مقتضيات الفصل المذكور غير متوفر في النازلة الأمر الذي يتعين معه رفض طلب المقاصة، قرار رقم 99/354 غير منشور. ويؤخذ على هذا الاتجاه أن كون الدين محدد ومعلوم المقدار ينبغي مراعاته انتهاءً لا ابتداءً، لأنه بعد إقرار المسؤولية وتحديد التعويض يصبح الدين محددا.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

والحقيقة أن المقاصة ليست دفعاً خالصاً بل تعتبر دفعاً يأتي في صورة دعوى أو طلب يلزم أن تؤدى عنه الرسوم القضائية كما يلزم ألا يؤخر البت في الطلب الأصلي ليكون مقبولاً.

والدفع بالمقاصة يدخل في إطار الدفوع الشخصية التي لا يحتج بها في مواجهة الغير حسن النية وإنما ينحصر أثرها في إطار العلاقات الشخصية التي تربط أطرافها والتي يمكن أن تستند إلى العلاقة الأصلية الناشئة عنها الورقة التجارية أو إلى واقعة لاحقة أخرى، وأساس الاحتجاج بها أنها لا تتضمن أية مفاجئة للمواجه بها ما دام أنه يعلم بها.

وقد ذهب المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1983/01/19 إلى أنه : "طبقا لمقتضيات الفصل 146 من ق.ت فإن الطاعن الذي قبل الكمبيالة يكون قد التزم صرفياً بأداء قيمتها، وإذا كان من حقه أن يثير ضد المطلوبة في النقض الدفوع المبنية على علاقتهما السابقة على سحب الكمبيالة عملاً بالفصل 139 من القانون نفسه بما فيها الدفع بالمقاصة، فإن عبء الإثبات يقع على عاتقه لا على عاتقها"(195).

هذا الاتجاه سلكته أيضاً محكمة التمييز الأردنية في قرار لها بتاريخ 1988/03/22 جاء فيه : "إن قاعدة التظهير يطهر الدفوع ليست مطلقة بمقتضى أحكام المادة 147 من قانون التجارة، فهي تمنع المدينين الذين أقيمت عليهم الدعوى من الاحتجاج بالدفوع المبنية على علاقتهم الشخصية بساحب السند أو بحملته السابقين بقصد حماية الورقة التجارية من الدفوع التي تتعلق بصحة إصدارها مع استثناء بعض الحالات كالأهلية ولذلك يستطيع المدين بالكمبيالة أن يدفع في مواجهة الحامل بالمقاصة إذا كانت

(195) مجلة المحاكم المغربية عدد 36 ص 118.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

هناك علاقة دائنية ومديونية، إذ أن الدفوع الشخصية التي تكون للساحب قبل حامل الورقة الذي يطالب بالوفاء تظل قائمة ويجوز التمسك بها "[196].

ويجدر التنبيه إلى أنه إذا كانت قواعد الحوالة المدنية ينتقل فيها الحق بشوائبه غير مطهر (الفصل 207 ق.ل.ع) فإن الدفع بالمقاصة شكل استثناءاً على هذه القاعدة، وهكذا نص الفصل 359 من ق.ل.ع أن "المدين الذي قبل بدون تحفظ الحوالة التي أجراها الدائن لأحد من الغير ليس له أن يتمسك بها في مواجهة المحال له بالمقاصة التي كان يمكنه قبل وقوع قبول منه أن يتمسك بها مواجهة الدائن الأصلي وليس له إلا الرجوع بدينه على المحيل".

وقد توخى المشرع من وراء ذلك حماية المحال له من خطر تواطؤ المحيل والمحال عليه.

وتمتاز المقاصة بأنها طريقة مختصرة وإجبارية في الوفاء تتلاءم مع ما تقتضيه الحياة التجارية من سرعة في التداول والوفاء واقتصاد في النفقات والإجراءات، وتساهم أيضاً في الحد من مخاطر انتقال النقود بين الأطراف.

الفقرة الثانية : الدفع بغير الوفاء

من خلال هذه الفقرة سنحاول الإحاطة بالدفع المتعلق باتحاد الذمة، ثم الدفع بالإبراء وأخيراً الدفع بالتقادم.

أولا : الدفع باتحاد الذمة

ينص الفصل 369 من ق.ل.ع : إذا اجتمعت في شخص واحد صفة الدائن والمدين لنفس الالتزام نتج اتحاد الذمة يؤدي إلى انتهاء علاقة دائن بمدين".

(196) المجلة العربية للفقه والقضاء عدد 8 أكتوبر 1988.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

فاتحاد الذمة إذن اجتماع لصفتين دائن ومدين في شخص واحد لالتزام واحد، ويسوغ أن يكون اتحاد الذمة كلي أو جزئي حسب ما إذا كان متعلقاً بالدين كله أو بجزء منه.

واتحاد الذمة ليس في حقيقته سبباً من أسباب انقضاء الالتزام بل هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة بالدين من جراء اتحاد صفتي الدائن والمدين في نفس الشخص(197) وهذا ما أكده المشرع المغربي حينما عبر بانتهاء علاقة دائن بمدين ولم يقل بانقضاء هذه العلاقة.

وبمقتضى القانون الصرفي أصبحت الأبناك المسحوب عليها القابلة أو غير القابلة للكمبيالات تقوم بطرحها في التداول ما دام أن أجل استحقاقها لم يحن بعد ومن تم لم يعد اجتماع صفة الدائن والمدين سببا لانقضاء الالتزام.

وقد زكى قانون جنيف هذا الاتجاه في فصله 11 رفعاً للخلافات الفقهية والقضائية التي كانت قبل وأثناء صدوره والتي كانت تعتبر أن تظهير الكمبيالة لفائدة المدين قبل أجل الاستحقاق ينقضي به الالتزام الصرفي وتتوقف الورقة عن التداول.

والمشرع المغربي بدوره حسم الإشكال بحيث نص الفصل 167 من مدونة التجارة أنه : "يجوز أن تظهر الكمبيالة حتى لفائدة المسحوب عليه

(197) مجموعة الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني المصري، الجزء الثالث ص 293، مشار إليه عند مأمون الكزبري ص 475.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

سواء كان قابلاً لها أم لا، وكذلك لفائدة الساحب أو أي ملتزم آخر، ويجوز لهؤلاء أن يظهروها من جديد"[198].

وهذا الاتجاه جدير بالتأييد لأنه يساهم في تسريع وثيرة تداول الكمبيالة وتعزيز الثقة والائتمان بها، خاصة وأن الكمبيالات غالباً ما تكون مقرونة بأجل.

ثانيا : الدفع بالإبراء

الإبراء يصدر من الدائن اختياراً دون مقابل فهو ينزل عن حقه دون عوض ومن تم يكون الإبراء تصرفاً تبرعياً محضاً من جانب الدائن[199].

وقد نص الفصل 340 من ق.ل.ع على أنه : "ينقضي الالتزام بالإبراء الاختياري الحاصل من الدائن الذي له أهلية التبرع، والإبراء من الالتزام ينتج أثره ما دام المدين لم يرفضه صراحة".

وآثار الإبراء تختلف باختلاف الشخص الملتزم الممنوح له، ووضعيته لا تختلف عن وضعية الموفي في الورقة التجارية الذي يتحلل من الالتزام بالضمان اتجاه من كان ملزماً نحوهم ويحتفظ بحقه في الرجوع على الباقي.

فالإبراء الواقع للساحب والمسحوب عليه يفيد منه الجميع لأنهما المدينين الأصليين في الورقة التجارية. وإذا منح الإبراء لفائدة المظهر، فإن المظهرين السابقين يبقون ملتزمين على عكس المظهرين اللاحقين لأنه يضمنهم، وينزل حكم الضامن الاحتياطي هذه الحالة منزلة المضمون.

(198) وحكم الشيك مختلف عن الكمبيالة ذلك أن التظهير لفائدة المسحوب عليه يقع باطلاً ويعتبر مخالصة إلا إذا كان المسحوب عليه عدة مؤسسات وحصل التظهير لمصلحة مؤسسة غير التي سحب عليها الشيك (المادة 254 م.ت).

(199) عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني المجلد الثالث الأوصاف الحوالة الانقضاء، دار النهضة العربية القاهرة ص 968.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وينص الفصل 341 من ق.ل.ع على أنه : "يمكن أن يحصل الإبراء صراحة بأن ينتج عن اتفاق أو توصيل أو أي سند آخر يتضمن تحليل المدين من الدين، أوهبته إليه، كما يمكن أن يحصل الإبراء ضمنياً بأن ينتج من كل فعل يدل بوضوح عن رغبة الدائن في التنازل عن حقه، إرجاع الدائن اختياراً إلى المدين السند الأصلي للدين يفترض به حصول الإبراء من الدين".

ويظهر من خلال هذا النص أن إرجاع الدائن للورقة التجارية للمدين دون وفاء ينهض قرينة بسيطة على الإبراء قابلة لإثبات العكس من طرف الدائن، لأن ذلك مجرد افتراض من طرف المشرع، لأن هذا الإرجاع قد يكون حصل بإهمال أو تقصير منه.

أما الحالة التي يسلم فيها الدائن الحامل الورقة التجارية للمدين موقعاً عليها بما يفيد الوفاء طبقاً للمادة 185 من م.ت فقد اختلف الفقه والقضاء بشأنها، فالأستاذ شكري السباعي يرى أن القرينة قطعية لا تقبل إثبات العكس مبيناً تردد قضاء محكمة النقض الفرنسية حول قيمة هذه القرينة، واعتبرتها أخيراً سنة 1980 قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، خاصة وأن الممارسة العملية في فرنسا فرضت في بعض الأحيان أن التأشير بما يفيد الوفاء على الكمبيالة قبل الأداء بأجل، ومقابل الوفاء قد لا يوجد في تاريخ الإنشاء لأن المسحوب عليه قابل لها على المكشوف، والساحب لم يعمد بعد إلا توفيره، خاصة وأن مقابل الوفاء يلزم أن يتوفر في تاريخ الاستحقاق.

والأهم من ذلك كله هو أن الفصل في الدائنية والمديونية يتوقف على كون الدين مستحق وحال، وكيف سيكون كذلك وتاريخ الاستحقاق لم يحن بعد.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وقد يتحقق اتحاد الذمة أيضاً حينما يكون الساحب لم يوفر مقابل الوفاء وتنتقل إليه الكمبيالة عن طريق التظهير، فالساحب في هذه الحالة ليس له الرجوع على أي ملتزم، لأنه المدين الأصلي في الكمبيالة، أما إذا كان قد وفر مقابل الوفاء فليس له إلا حق الرجوع على المسحوب عليه، أما المسحوب عليه القابل فليس له حق الرجوع إلا على الساحب الذي لم يوفر مقابل الوفاء، لكن باقي الملتزمين فهو ضامن لهم، أما في حالة عدم قبوله لها فله حق الرجوع على كل الملتزمين.

أما بالنسبة للمظهرين، فاللاحقين يضمنون السابقين، وإذا ظهرت الكمبيالة إلى مظهر سابق فإن رجوعه يظل مقصوراً على المسحوب عليه والموقعين السابقين دون اللاحقين له، وبذلك لا يحق له الدفع باتحاد الذمة في مواجهة هؤلاء، هذا الدفع الذي يحق له إثارته في مواجهة المطالب بالوفاء، إذا كان هذا الأخير أحد الحملة الموقعين بين توقيعه لأنه وقت الرجوع عليهم مدين لهم بمقتضى التظهير الأول، ودائناً لهم بمقتضى التظهير الثاني.

وإذا حل أجل الاستحقاق وكان المسحوب عليه قابلاً للكمبيالة فإن اتحاد الذمة يتحقق وينقضي الدين نهائياً ويتحلل جميع الموقعين من التزامهم بالضمان وجعلت هذه الممارسة الفقه يعتبر مجرد التأشير لا يكفي وحده لينهض حجة على إبراء أو تحرير ذمة المدين[200].

أما الأستاذ علي سليمان العبيدي[201] فيرى وبحق أن القرينة هي بسيطة قابلة لإثبات العكس[202]. خاصة وأن المادة 185 من م.ت لا تجبره

(200) أحمد شكري السباعي مرجع سابق ص 262.

(201) علي سلمان العبيدي مرجع سابق ص 355.

(202) هذا الرأي اعتنقته أيضاً محكمة التعقيب التونسية في قرار لها بتاريخ 1960/10/25 جاء فيه إن : "تأشيرة الخلاص على الكمبيالة وإن اعتبرت مبدئياً حجة هذا الدائن إلا أنها من مثيل القرائن الفعلية التي تقبل المعارضة ولا تعتمد إذا وقع التمسك بمضمونها وتمكن من قامت ضده من الدفاع بدحضها"، مجلة القضاء والتشريع عدد 4 لسنة 1961 ص 22.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

على إثبات الوفاء على الكمبيالة وإنما جعلت الأمر متوقفاً على إرادته حفاظاً على حقوقه، لأن المفرط أولى بالخسارة كما أن التشدد في هذه القرينة من شأنه خلق أوضاع غير عادلة ومتكافئة ومن شأنها حماية مظاهر خادعة واستغلالها قصد الإضرار بحقوق يجب حمايتها، لذلك فمناصرتنا لهذا الاتجاه ينطلق من موقف الموازنة بين حقوق الحامل والمدين الصرفي في ظل نظام الإثبات يجعل هذه القرينة بسيطة لفائدة المدين، وبتخويل الحامل أيضاً حق نقضها.

ومن نافلة القول الإشارة إلى أن الوفاء بورقة مستقلة، إذا كان يحق للمدين إيراده دفعاً في مواجهة الموفى له، فإنه في مواجهة الغير حسن النية يظل هذا الدفع غير مجدي ما لم يثبت على الورقة، ولا يمكن إلزامه بما هو فوق طاقته عن طريق قيامه باستقصاء العلاقات الرابطة بينهما.

والإبراء من الالتزام طبقاً للفصل 343 من ق.ل.ع لا يكون له أي أثر إذا رفض المدين صراحة قبوله، ولا يجوز له رفضه :

- إذا كان قد سبق له أن قبله ؛
- إذا كان الإبراء قد تم بطلبه.

ونشير إلى أن الإبراء من الالتزام الصرفي بالنسبة للمريض مرض الموت ينبغي أن نميز بشأنه بين الإبراء الممنوح لغير وارث فيصح في حدود ثلث ما بقي من تركته بعد سداد ديونه ومصروفات جنازته وبين الإبراء الممنوح لأحد الورثة من كل أو بعض ماهو مستحق عليه فلا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة (الفصلان 344 و345 من ق.ل.ع).

وينبغي للاعتداد بالإبراء أن يتعلق بالورقة موضوع النزاع وذلك بألا يرد عاماً، وهذا ما كرسه القضاء المغربي، ففي حكم صادر عن المحكمة

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

التجارية بمراكش الصادر بتاريخ 2001/06/28 ذهبت إلى أنه : "وحيث إنه بالإضافة إلى ذلك فإن الإشهاد العدلي وإن نص على تبرئة المدعى عليه الثاني من قيمة كمبيالتين فإنه تحدث على إحداهما حل أجلها في 1999/11/15 وهذا التاريخ لا يهم أية كمبيالة من الكمبيالتين موضوع الدعوى فضلاً أنه لا يشير بالضرورة إلى هاتين الكمبيالتين لأنه يجوز أن يسحب الساحب كمبيالات أخرى حالة في نفس التواريخ مما يجعل الإشهاد المذكور غير مؤثر في الدعوى"[203].

ثالثا : الدفع بالتقادم

ينص الفصل 371 من ق.ل.ع على أن : "التقادم خلال المدة التي يحددها القانون يسقط الدعوى الناشئة عن الالتزام".

فالتقادم المسقط هو سبب لانقضاء الحقوق المتعلقة بالذمة المالية ولا سيما الالتزامات إذا توانى صاحبها عن ممارستها أو أهمل المطالبة بها خلال مدة معينة حددها القانون[204] فإذا كانت الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقادم بـ 15 سنة ما عدا الاستثناءات التي يقضي فيها القانون بخلاف ذلك (الفصل 387 ق.ل.ع).

لكن المشرع في القانون خرج عن هذه المقتضيات[205] ونص على تقادم قصير أقامه على قرينة الوفاء، لأن الغالب أن الدائن لا يسكت عن

(203) حكم غير منشور في الملف عدد 21/383 بدون رقم. ومن المهم الإشارة إلى أن الإبراء لا يجوز الرجوع فيه وتبرأ به ذمة المدين نهائياً ولو كان الدائن يجهل المقدار الحقيقي لدينه أو اكتشف سندات كانت مجهولة لديه، إلا إذا كان الإبراء حاصلاً من الوارث في دين موروثه وثبت حصول الغش أو التدليس من جانب المدين أو من جانب أشخاص آخرين متواطئين معه (الفصل 346 من ق.ل.ع).

(204) مأمون الكزبري الجزء الثاني مرجع سابق ص 576.

(205) من ذلك مثلاً الفصل 388 من ق.ل.ع الذي ينص على : "تتقادم بخمس سنوات، دعاوى التجار والموردين وأرباب المصانع من أجل حاجات مهنتهم". المادة 5 من مدونة التجارة :

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

المطالبة بحقه خلال هذه المدة إلا لأنه قد استوفى حقه، لذلك فإن التقادم يدفعه إلى المطالبة بدينه في تاريخ الاستحقاق وقرينة الوفاء تحمي أيضاً حقوق ومصالح المدين(206) لأنه لا يعقل إلزامه بالاحتفاظ في خزانته بما يفيد الوفاء طوال هذه المدة.

وأيضاً وجود الورقة في يد الحامل لا يفيد قطعاً عدم الوفاء، لأنه قد يتساهل معه أو يثق فيه ويغفل الحرص على استلام الورقة في مقابل الوفاء، وعليه فاستقرار التعامل وعدم فتح باب المنازعات لمدة طويلة يقوي هذه الحقوق ويحصنها، لقيامها على حد كبير على فكرة التقادم.

"تتقادم الالتزامات الناشئة بمناسبة عمل تجاري بين التجار أو بينهم وبين غير التجار بمضي خمس سنوات ما لم توجد مقتضيات خاصة مخالفة".

(206) لقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 1990/10/30 أن : "الدفع بالتقادم دفع موضوعي يدفع به المدين في الورقة التجارية مطالبة الدائن بحق تنشئة هذه الورقة، فلا يقبل من الطاعن وهو المستفيد، وليس المدين أن يتمسك بهذا الدفع" مشار إليه عند عبد المنعم الدسوقي، الموسوعة التجارية الحديثة من أحكام محكمة النقض منذ إنشائها حتى الآن المجلد الأول، المجموعة المتحدة للنشر ص 243.

والدفع بالتقادم دفعاً موضوعياً وليس دفعاً شكلياً أو دفعاً بعدم القبول وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية صادر بتاريخ 2002/11/14 : "أنه يحق لذي المصلحة التمسك بالدفع بالتقادم ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية إذا لم يتمكن لأي سبب من الأسباب إثارته خلال المرحلة الأولى" مجلة المعيار عدد 30 ص 243.

نفس الاتجاه أكده المجلس الأعلى بموجب قراره الصادر بتاريخ 1995/06/20 : "إن الدفع بالتقادم دفع موضوعي يتمسك به في كل مراحل الدعوى واعتبار المحكمة المطعون في حكمها أنه دفع شكلي = =

= = يجب أن يثار قبل كل دفع في الموضوع اعتبار خاطئ يعرض القرار للنقض"، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 48 ص 125، راجع حول هذا الموضوع، محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق فاس 2006/2005 ص 246.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ولا تخضع الورقة التجارية للتقادم الخاص إلا إذا كانت صحيحة شكلاً وتتوافر على سائر البيانات الإلزامية المتطلبة فيها.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 1985/10/16 : "لكن حيث إن التقادم المنصوص عليه... يتعلق بالكمبيالة المتوفرة فيها الشروط المنصوص عليها قانوناً، والوثيقة المسماة كمبيالة حسب النص المدرج فيها والمؤشر عليها لا تتوافر فيها تلك الشروط"(207)

كما جاء في قرار حديث آخر صادر بتاريخ 2008/12/24 "إن الشيك الخالي من تاريخ إنشائه وهو بيان أساسي يفقد صفته كسند صرفي ولا يصح الاستناد إليه والتقاضي بشأنه في دعوى صرفية و إنما يعتبر سندا عاديا إذا توفرت شروط هذا السند وتجعل المطالبة بشأنه خاضعة للتقادم العادي موضوع الفصل 387 من ق.ل.ع لا تقادم المادة 295 من مدونة التجارة"(208).

1 – تقادم الكمبيالة :

ينص الفصل 228 من م.ت على أنه : "تتقادم جميع الدعاوى الناتجة عن الكمبيالة ضد القابل بمضي ثلاث سنوات ابتداءً من تاريخ الاستحقاق.

تتقادم دعوى الحامل على المظهرين والساحب بمضي سنة واحدة ابتداءً من تاريخ الاحتجاج المحرر ضمن الأجل القانوني، أو من تاريخ الاستحقاق في حالة اشتراط الرجوع بدون مصاريف.

(207) مذكور عند عبد الرحيم بحار، الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية الحقوق البيضاء 2005/2004 ص 391.

(208) مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 71 ص 277.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

تتقادم دعاوى المظهرين بعضهم في مواجهة البعض الآخر ضد الساحب بمضي ستة أشهر ابتداءً من يوم قيام المظهر برد مبلغ الكمبيالة ومن يوم رفع الدعوى ضده".

2 – تقادم الشيك :

تنص المادة 295 من م.ت على أنه : "تتقادم دعاوى الحامل ضد المظهرين والساحب والملتزمين الآخرين بمضي ستة أشهر ابتداءً من تاريخ انقضاء أجل التقديم.

تتقادم دعاوى مختلف الملتزمين بوفاء شيك بعضهم في مواجهة البعض الآخر بمضي ستة أشهرابتداءً من يوم قيام الملتزم برد مبلغ الشيك أو من يوم رفع الدعوى ضده، تتقادم دعوى حامل الشيك ضد المسحوب عليه بمضي ستة أشهر ابتداءً من يوم انقضاء أجل التقديم.

أما بالنسبة لتقادم السند لأمر فإن المشرع في المادة 234 من مدونة التجارة الجديدة أحال على تقادم الكمبيالة مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار خصوصيات السند لأمر لأنه غير خاضع للقبول.

وينزل الضامن الاحتياطي منزلة المضمون بالنسبة للتقادم مادام يلتزم بنفس الكيفية التي يلتزم بها المضمون.

وعليه فالدعاوى الخاضعة للقانون الصرفي هي المؤسسة مباشرة على حق ينشئه قانون الصرف، أما الدعاوى التي ترتكن لهذا القانون فهي تخضع للتقادم الخاص بها، والتي تقوم إما على أساس الوكالة أو عقد الرهن أو الفضالة أوالإثراء بلا سبب أو الكفالة والدعاوى الخاصة بمقابل الوفاء الناشئة عن علاقة أصلية بين أطرافها.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ويفيد من التقادم الصرفي جميع الموقعين على الكمبيالة ولو كانوا لا يتسطيعون المجابهة بالسقوط كالمسحوب عليه القابل والساحب الذي لم يوفر مقابل.

وينقطع التقادم طبقاً للفصل 381 من ق.ل.ع.

1 – بكل مطالبة قضائية أو قضائية يكون لها تاريخ ثابت من شأنها أن تجعل المدين في حالة مطل لتنفيذ التزامه ولو رفعت أمام قاض غير مختص أو قضى ببطلانها لعيب في الشكل وقد قضت محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 1998/10/12 بأن : "التقادم لا تقطعه شكاية موجهة إلى النيابة العامة من أجل البحث عن المعني بالأمر قصد مطالبته بأداء قيمة الشيك ما دامت لا تشكل المطالبة بها تاريخاً ثابتاً من شأنها أن تجعل المدين في حالة مطل في تنفيذ التزامه"(209).

2 – بطلب قبول الدين في تفليسة المدين ؛

3 – بكل إجراء تحفظي أو تنفيذي يباشر على أموال المدين أو بكل طلب يقدم للحصول على الإذن بمباشرة هذه الإجراءات.

وينقطع أيضاً بكل أمر يعترف المدين بمقتضاه بحق من بدأ التقادم يسري ضده، كما إذا أجرى حساباً عن الدين أو أدى المدين قسطاً منه، وكان هذا الأداء ناتج عن سند ثابت التاريخ أو طلب أجل للوفاء أو قدم كفيلاً أو أي ضمان آخر أو دفع بالتمسك بالمقاصة عند مطالبة الدائن له بالدين.

وإذا كان الفصل 380 من ق.ل.ع ينص على أنه : "لا محل للتقادم إذا وجد الدائن بالفعل في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال الأجل المقرر للتقادم"، فقد اعتبرت محكمة الاستئناف التجارية بفاس

(209) قرار رقم 7 ملف عدد 98/75 مجلة المعيار عدد 24 ص 200.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

بتاريخ 1999/02/01 أن : "الوعد بالأداء والإخلاف فيه لا يعد سبباً مستحيلاً لقطع التقادم طبقاً لمقتضيات الفقرة الخامسة من المادة 390 من ق.ل.ع"(210).

ولا يسري أثر قطع التقادم إلا على الشخص الذي اتخذ إزاءه الإجراء القاطع "المادة 228-296 م.ت". وبالتالي فإن قطع التقادم لا أثر له بالنسبة لباقي الملتزمين تطبيقاً لمبدأ استقلال التوقيع.

ويترتب عن التقادم انقضاء الالتزام الصرفي الناتج عن الكمبيالة، فهو يقوم على قرينة الوفاء التي لا ينقضها إلا الإقرار أو النكول عن أداء اليمين.

والإقرار كما يأتي صريحاً فقد يكون ضمنياً، ويستخلص من تمسك المدين أثناء المرافعة بأوجه دفاع أو دفوع يستدل منها على أنه لم يوف الدين فعلاً، كما لو بدأ المدين بإنكاره الدين، يكون قد أقر ضمنياً بعدم الوفاء به، وكذلك يستفاد عدم الوفاء بالدين إذا دفع المدين بدفوع لا تتفق مع براءة ذمته، كدفعه بالإبراء أو بالمقاصة أو التجديد أو بصورية الدين أو ببطلانه لانعدام السبب أو عدم مشروعيته أو لعين من عيوب الإرادة كالغلط والإكراه وغير ذلك من أسباب البطلان، وكذلك دفع المدين بتزوير الورقة التجارية أو إنكاره التوقيع عليه(211).

وهذا ما قضت به المحكمة الابتدائية بالبيضاء بتاريخ 1956/06/19 : "لما كان التقادم الصرفي يقوم على قرينة الوفاء فإن كل موقف أو كل

(210) قرار رقم 51 ملف عدد 99/355 غير منشور.

(211) عبد الحميد الشواربي مرجع سابق ص 404.
علي جمال الدين عوض مرجع سابق ص 383.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ادعاء أو كل وسيلة دفاع تتعارض مع تثبيت الوفاء المنجز يستوجب الدفع بالتقادم"[212].

وجاء أيضاً في قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس الصادر بتاريخ 2000/01/25 : "إن الدفع بالتقادم الصرفي والذي ينعت بالتقادم القصير لا يكفي وحده للتصريح بالتقادم، بل لا بد أن يكون هذا الدفع مصحوباً بقرينة الوفاء وإلا أصبح غير منتج لآثاره القانونية.

وحيث إن مجادلة المستأنفة في أسباب الاستئناف السابقة في ماهية الشيك ونفيها إصداره أو التوقيع عليه مما يجعلها تقوم بهدم قرينة الوفاء التي منحها المشرع لفائدة المتمسك بالتقادم"[213].

كما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش صادر بتاريخ 2000/07/22 : "إن التقادم بشأن الأوراق التجارية مبني على قرينة الوفاء وأن هذه القرينة لا يعمل بها في حالة عدم منازعة المدين في مبدأ الدين أو اتخاذه موقفاً من شأنه هدم هذه القرينة.

وحيث إن عدم المطالبة بالوفاء يعتبر موقفاً مؤدياً إلى هدم القرينة وأن المستأنفة عندما تمسكت بعدم سلوك المستأنف عليه لمسطرة الاحتجاج بعدم

(212) ذكره المختار بكور الأوراق التجارية في القانون المغربي، الكمبيالة الشيك الطبعة الأولى 1993 ص 17.

(213) قرار رقم 32 ملف عدد 99/855 غير منشور.

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2004/01/14 : "بما أن التقادم المتمسك به قائم على قرينة الوفاء باعتباره من التقادم القصير فإن الجانب المستأنف يكون قد قوض هاته القرينة حينما نازع في قيام المديونية مطالباً بإجراء خبرة لمعرفة مدى إنجاز الأشغال من طرف المستأنف عليه التي كانت مقابل الوفاء"، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات عدد 6 شتنبر 2004 ص 139.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

الدفع والذي هو وسيلة لإثبات المطالبة بالأداء والامتناع عنه تكون بذلك قد هدمت قرينة الوفاء المقررة لفائدتها"[214].

وفي هذا الاتجاه دأبت المحاكم المصرية[215] حيث جاء في حكم لمحكمة مصر الكلية صادر بتاريخ 1991/03/15 على أنه : "إذا كان دفوع المدين تتناقض مع ما افترضه الشارع، كأن ينكر الدين مثلاً أو يطعن عليه بالبطلان لأي سبب من الأسباب التي لا تتفق مع حصول تسديده كان الدفع بالسقوط غير مقبول لعدم تحقق القرينة التي فرضها الشارع"[216].

وتنص المادتين 269 و288 م.ت على أنه : "إذا طلبت من المدين المزعوم أن يؤدي اليمين على براءة ذمته من الدين كان ملزماً بأدائها كما يلزم ورثته وذوي حقوقه بأداء اليمين على أنهم يعتقدون عن حسن النية براءة موروثهم من الدين".

وعليه فإذا تمسك المدين بالتقادم ولم يطلب الدائن اليمين حكم بسقوط الحق، وإذا كان المدين يؤدي يمين القطع فإن ورثته وذوو حقوقه يؤدون يمين العلم فقط، لأنه من المتعذر معرفتهم لكافة أحوال والتزامات موروثهم. وإذا كان أحد الورثة قاصراً توجه اليمين لأوصيائه "الفصل 390 من ق.ل.ع" ولا توجه اليمين للكفيل.

---

(214) قرار رقم 310 مجلة المحامي عدد 36 ص 91.

(215) وجاء أيضاً في قرار لمحكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ 1934/01/31 ؛ "إن الدفع بسقوط الحق مبني بالذات على قرينة الإبراء أو الوفاء، فلا يصح إذن التمسك به في جميع الحالات التي تتعارض فيها هذه القرينة أو تناقض دفعاً آخر من المدين كالدفع مثلاً بوجود فوائد ربوية".

(216) مجلة المحاماة لسنة 11 ص 1073 رقم 547 ذكره عبد الحكم فودة، الأوراق التجارية على ضوء فقه وقضاء النقض الكمبيالة والسند الإذني، مطبعة الانتصار ص 231.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

وهكذا ذهبت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 1941/11/17 إلى أن : "حلف اليمين إنما شرع لمصلحة الدائن في الورقة لتكملة القرينة القانونية على حصول الوفاء المستمدة من مضي خمس سنوات عن اليوم التالي لحلول ميعاد الأوراق التجارية فإذا نكل المدين عن الحلف سقطت عليه القرينة، وإذن فالدائن هو الذي يوجه هذه اليمين أولاً يوجهها حسب مشيئته، وليس للمحكمة من تلقاء نفسها أن توجهها، فإذا وجهها ركن بذلك إلى ذمة مدينه فقبل هذا العرض وحلف فإن المحكمة تكون ملزمة بأن تقضي على مقتضى الحلف، ولا يجوز للدائن بعد ذلك أن يجدد النزاع ارتكازاً على أدلة أخرى لإثبات كذب اليمين، لأن سلوكه هذا الطريق الذي اختاره من طرق الإثبات كذب اليمين، لأن سلوكه هذا الطريق الذي اختاره من طرق الإثبات وقبول خصمه ما عرضه عليه، إنما هو بمثابة صلح انعقد بين الطرفين على أن تكون دعوى الدائن معلق مصيرها على اليمين في مقابل تنازله عن كل دليل آخر يكون لديه"(217).

كما ذهبت محكمة النقض أيضاً إلى : "أن هذه اليمين هي يمين حاسمة إذا حلفها المدين أوردها على الدائن فرفض، نتج التقادم أثره، أما إذا نكل المدين عن الحلف سقطت هذه القرينة لأنه لا يكون للنكول معنى في هذه الحالة سوى عدم القيام بالوفاء، فلا ينقضي الدين الصرفي بالتقادم، والمحكمة ملزمة بالأخذ بما يفسر عنه توجيه اليمين من حلف أو نكولا أو ردها باعتباره صلحا تعلق عليه نتيجة الفصل في الدعوى"(218)، وعلى ذلك فلا يجوز للمحكمة توجيهها لأنها يمين الخصوم لا يمين القاضي، ويترتب

(217) ذكره الأستاذ عبد الحكم فودة مرجع سابق ص 392 وما بعدها.

(218) نفس المرجع السابق ص 235 وقد ذهب حكم تجاري ابتدائي تونسي إلى أن : "المبدأ أن تمسك المدعى عليه بموجب كمبيالة بسقوط الدعوى بمرور الزمن يبقى الحق للمدعي في توجيه اليمين الحاسمة، ولهذا الأخير قلبها" صادر بتاريخ 1964/03/02 مجلة القضاء والتشريع عدد 9-10 لسنة 1964 ص 133.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

على الحكم بمقتضاها صيرورة الحكم مبرماً غير قابل لأي طعن عادي أو غير عادي[219] لأنها تنهي النزاع بصفة دائمة.

3 – مدى أحقية الحامل في المطالبة العادية بعد سقوط المطالبة الصرفية بالتقادم :

تصدى المجلس الأعلى لأول مرة للجواب عن هذا التساؤل في قرار له بتاريخ 1974/01/11 جاء فيه : "إن اعتبار الكمبيالة كسند عادي يمكن الاحتجاج به في أي وقت يشكل إخلالاً بمقتضيات الفصل 189 من ق.ت الذي يحدد أجل تقادم الكمبيالة في ثلاث سنوات"[220].

لكن المجلس الأعلى في قرار لاحق بتاريخ 1985/10/16 وللانتقادات الموجهة لقراره السابق ذهب في الاتجاه السليم حينما قرر أنه : "تخضع الكمبيالة للتقادم القصير الأمد متى توفرت فيها الشروط المنصوص عليها في المادة 128 من ق.ت (الفصل 159 مدونة التجارة الجديدة) والتي لا تعوض بغيرها وإلا اعتبرت مجرد سند دين عادي إذا توفرت فيها شروط السند العادي، ويخضع للتقادم العادي حسب طبيعة الدين.

وتكون المحكمة على صواب لما اعتبرت الكمبيالة التي تنقصها شروط إنشائها سند عادي لكونها تحمل التزام المسحوب عليه بالتوقيع"[221].

---

(219) راجع قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 1994/06/01 رقم 1943 ملف مدني عدد 91/3559، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العددان 50/49 ص 271، في نفس الاتجاه أيضاً قرار محكمة الاستئناف التجارية رقم 989 وتاريخ 2006/06/20 ملف عدد 765-06 غير منشور.

(220) مجلة المحاماة عدد 13 ص 136 راجع عبد الوهاب المريني، الأوراق التجارية بين التقادم الصرفي والتقادم العادي، مجلة المحاماة عدد 14 ص 141 وما بعدها.

(221) مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 39 ص 65.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

هذا القرار القيم أعلن مجموعة من المبادئ :

1 – إن صحة الكمبيالة شرط لخضوعها للتقادم القصير ؛

2 – إن الكمبيالة الباطلة لعدم استيفائها للشروط القانونية المطلوبة تعتبر سند عادي إذا توفرت شروطها.

3 – خضوعها للتقادم العادي حسب طبيعة الدين أو المعاملة.

وقد تأكد هذا الاتجاه بصدور قرار المجلس الأعلى بتاريخ 2006/05/24 والذي جاء فيه" لئن كانت الكمبيالات التي يطالها التقادم الصرفي تصبح سندا عاديا للدين يمكن المطالبة بقيمتها في إطار القواعد العامة فإن الدعوى المرفوعة لدى المحاكم العادية ينبغي أن تبنى على الالتزام الذي كان سببا في إصدار الكمبيالات والتي تعتبر في تلك الحالة مجرد حجة مثبتة للالتزام ولا يمكن بناؤها على الالتزام الصرفي"(222)

وهكذا إذا كان الدين تجارياً خضع للتقادم الخمسي طبقاً للمادة 5 من م.ت وكان الاختصاص للمحاكم التجارية وإذا كان الدين أو المعاملة مدنية خضعت المسألة للتقادم العادي مع مراعاة التفريعات الواردة في ق.ل.ع، وكان الاختصاص للمحاكم العادية.

وقد أيد هذا الاتجاه القضاء التجاري الحديث ونمثل لذلك بقرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء صادر بتاريخ 1999/10/12 جاء فيه :

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 1993/07/01 : "أن الساحب ملزم بتوفير الرصيد عند إصدار الشيك وبعدم التصرف فيه إلى أن يستوفيه الحامل أو على الأقل طيلة مدة التقادم الصرفي.

بعد انتهاء التقادم الصرفي تتغير طبيعة الورقة وتخضع للقواعد العامة في القانون المدني بعد أن زالت عنها صفة الشيك كورقة تجارية يحمي التعامل بها التشريع الجنائي". مجلة الإشعاع عدد 10 ص 119.

(222) قرار عدد : 548 المؤرخ في : ملف تجاري عدد : 2003/2/3/622 غير منشور.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

"حيث دفع الطاعن بعدم اختصاص المحكمة التجارية استناداً على أن الكمبيالة بعد تقادمها تصبح سنداً عادياً، حيث إن من الثابت من خلال وثائق الملف والقرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء بتاريخ 1998/10/27 في الملف رقم 83/98/69 : "إن الكمبيالة مناط النزاع الحالي طالها التقادم الصرفي اتجاه الساحب.

وحيث إن الثابت فقهاً أن السند الذي يطاله التقادم الصرفي يفقد خاصيته كسند تجاري دون قيمته كسند عادي مثبت للدين.

وحيث إنه نظراً لكون سند الدعوى فقد خاصيته كورقة تجارية يطبق بشأنها قانون الصرف، فإن الدعوى التي رفعتها المستأنف ضدها ولو ارتبطت بالورقة التجارية لا يمكن أن تكون إلا دعوى عادية أو أصلية تخضع لقواعد القانون المدني في تطبيقها وإثباتها وتقادمها.

وحيث إنه لتحديد الاختصاص النوعي فإنه يتعين الاحتكام إلى العلاقة السابقة بين الطرفين والتي قد تكون تجارية أو مدنية أو مختلطة.

وحيث إنه بالنسبة للنازلة فالمستأنف مستخدم كما يصرح في مقاله الاستئنافي وهو بالتالي غير تاجر والمستأنف ضدها تاجرة.

وحيث ينعقد الاختصاص للمحكمة التجارية في العقد المختلط فلا بد من حصول اتفاق بين الطرفين (الفقرة الأخيرة من المادة 5 ق.م.م التجارية)، بمعنى أن التاجر لا يمكن أن يقاضي غير التاجر أمام المحكمة التجارية إلا إذا كان هناك اتفاق، لذلك فإن الحكم المستأنف جانب الصواب

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

فيما قضى به، ويتعين إلغاءه والحكم من جديد بعدم اختصاص المحكمة التجارية"[223].

وقد عثرنا على قرار مبدئي لمحكمة النقض المصرية يسير في نفس المنحى صادر بتاريخ 1976/04/05 جاء فيه : "إن إنشاء الورقة التجارية أو تظهيرها لتكون أداة وفاء لدين سابق يترتب عليه نشوء التزام جديد في ذمة المدين هو الالتزام الصرفي، ونشوء هذا الالتزام لا يستتبع انقضاء الدين الأصلي بطريق التجديد طبقاً للمادة 354 من القانون المدني المصري التي تنص على : "أن التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة وأن يستخلص بوضوح من الظروف وهو ما يستتبع قيام التزام جديد إلى جانب الالتزام الأصلي، فيبقى لكل منهما كيانه الذاتي، ومن تم يصبح للدائن في حالة نشوء الالتزام الصرفي الرجوع على المدين بدعوى الدين الأصلي أو بدعوى الصرف، فإذا استوفى حقه بإحداهما امتنعت عليه الأخرى وإذا أسقطت دعوى الصرف بسبب إهمال حامل الورقة التجارية أو انقضت بالتقادم الخمسي ظل الدين الأصلي قائماً وكذلك الدعوى التي تحميه، ولا يرد على ذلك بأن التقادم الصرفي يقوم على قرينة الوفاء التي لا ينقضها إلا الإقرار أو النكول عن اليمين، وأن المطالبة بالدين الأصلي بعد انقضاء مدة التقادم الصرفي مما يتنافر وهذه القرينة التي أقامها القانون، ذلك أن هذه القرينة إنما تتعلق بالدين الصرفي وحده، فتفترض أن هذا الدين قد تم الوفاء به وزالت بانقضائه العلاقة الصرفية، فيعود الوضع على ما كان عليه قبل إنشاء الورقة التجارية أو تظهيرها لاستقلال كل من الالتزامين"[224].

(223) قرار رقم 99/1461 ملف عدد 13/99/1791 غير منشور.

(224) علي جمال الدين عوض مرجع سابق ص 390.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وعليه فإن حق الحامل يبقى محفوظاً رغم تقادم الورقة التجارية، وتحولها إلى سند عادي طيلة مدة هذا التقادم استناداً للعلاقة الأصلية(225) والتي هي السبب في إصدار الورقة، لأن الدين لا يتجدد بقبول الدائن تسلم الورقة وفاءً لدينه، ويبقى الدين الأصلي قائماً وبكل ما له من ضمانات إلى أن يقع الوفاء للمادة 305 التي رغم أنها وردت في باب الشيك، إلا أنها حكم عام يطبق على جميع الأوراق التجارية، لانتفاء أية علة تبرز تخصيصه أي الشيك لوحده بهذا الحكم(226).

ويرجع الهدف وراء سن هذه القاعدة تفادياً للإثراء بدون سبب على حساب الحامل، حيث جاء في المادة 295 من م.ت : "غير أنه في حالة سقوط حق الرجوع أو التقادم يبقى الحق في تقديم دعوى ضد الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء أو ضد الملتزمين الآخرين الذين قد يحصل لهم إثراء غير مشروع".

إن التقادم الصرفي يفقد الكمبيالة صفتها كورقة تجارية ويمنع سماع الدعوى الصرفية، وهذا ما ذهب إليه المجلس الأعلى في القرارين المذكورين، فقد صرح المجلس في قرار 26 شتنبر 1990 أن عدم إقامة الدعوى الأصلية والاعتماد فقط على الكمبيالة التي أصبحت سندا عاديا حسب اجتهاد محكمة الموضوع، يعد خرقا للفصل 189 من القانون التجاري

(225) راجع خلاف رأينا عند محمد صابر تقادم الأوراق التجارية، مجلة المحاكم التجارية عدد 1 ماي 2004 ص 64.

(226) هذا رغم أن القواعد العامة للأوراق التجارية واردة في باب الكمبيالة، لكن ذلك لا ينفي وجود بعض القواعد العامة في غيرها من الأوراق.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. غيتك الرقمية على المعلومة القانونية

القديم، وبهذا يكون المجلس الأعلى حسب أستاذنا أحمد كويسي قد جرد الكمبيالة التي تقادمت دعواها من أية قيمة قانونية، ولم يعتبرها سندا عاديا كما ذهب إلى ذلك الأستاذ عبد الوهاب المريني، ونحن نعتقد أن المجلس الأعلى قد أصاب فيما ذهب إليه، إلا أن التقادم الصرفي، لا يؤدي إلى حرمان الحامل من ممارسة الدعوى التي تستند إلى الالتزام الأصلي الذي كان سببا في سحب الكمبيالة أو تظهيرها(227) ، ذلك أن سحب الكمبيالة لا يؤدي إلى تجديد الالتزام الأصلي فقد ورد في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 29 يونيو 1960 أن " التجديد لا يفترض بل لابد من التصريح بإرادة التجديد، وعليه فتسليم المشتري البائع أوراقا تجارية ليس إلا مجرد وسيلة أداء، لا تفترض بحد ذاتها أن الطرفين قصدا انقضاء الدين القديم بحيث يفقد الدائن الحق بالتمسك به (228).

ويتعين على الدائن حسب بعض الفقه أن يثبت الدين الناتج عن العلاقة الأصلية بوسائل إثبات أخرى غير الورقة التجارية التي تقادمت(229) ، لأن الكمبيالة وإن كان بالإمكان اعتبارها قرينة على وجود التزام سابق على

(227) J. Stoufflet et Ch. Gavalda, op.cit, p.150. M. Cabrillac, M. Cabrillac, La lettre de change dans la jurisprudence.librairies techniques, Paris,p.206, J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, op.cit p.579. L. Martin, obs sous Paris du 24 Février 1982, banque 1982, p.526.

- محمد صابر، تقادم الأوراق التجارية. مجلة المحاكم التجارية، ع.1، ص: 64. استئناف ريمز 28 فبراير 1977، بنك 1977، ص: 1009. وملاحظة لوسيان مارتاء، استئناف نيم 24 فبراير 1979، .I.R، ص: 279. وملاحظة كابرياك.

(228) مجلة القضاء والقانون، ع.33، 1960، ص: 110. ذكره محمد الحارثي، ص : 255-256. راجع في نفس المعنى.

Jeantin et Paul le Cannu, Droit Commercial instrument de paiemment et de crédit, entreprise en difficulté. Dalloz 5émeéd.1999,p.243 J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, op.cit, p.417.

(229) Lucien Martin, obs. Précitée, p.1010.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وجودها لا تكفي بذاتها لإثبات وجوده خاصة وأنها لا تتضمن البيانات المتعلقة بذلك الالتزام[230].

ويترتب على عدم تجديد الالتزام الذي كان سببا في سحب الكمبيالة أو تظهيرها خضوع الدعاوى الناشئة عن الالتزام الأصلي للتقادم التجاري أو المدني، مما يعطي الحق للساحب الذي قدم للمسحوب عليه مقابل الوفاء حق مقاضاته إذا لم يقم بوفاء الكمبيالة، كما يحق للحامل الذي تقادمت دعواه الصرفية الرجوع على المحسوب عليه الذي تلقى مقابل الوفاء من الساحب باعتباره محالا له بمقابل الوفاء. وفي علاقة المظهرين بعضهم ببعض، فإنه يحق للمظهر إليه الرجوع على من مظهر إليه الكمبيالة استنادا إلى العلاقة السابقة التي كانت سببا للتظهير[231]، كما يحق للضامن الاحتياطي الذي تقادمت دعواه الصرفية، الرجوع على مضمونه استنادا إلى العلاقة التي كانت سببا لتقديم الضمان الاحتياطي.

ولما كان الضمان الاحتياطي التزام تبعي، في بعض صوره فإن تقادم الدعوى الصرفية ضد المضمون، تحلل الضامن الاحتياطي بالتبعية من التزامه الصرفي تجاه الحامل، إلا أن التقادم الصرفي لا يمنع الحامل من الرجوع على الضامن الاحتياطي استنادا إلى قواعد الكفالة، مع ما يترتب على ذلك من نتائج قانونية، فالتزام الضامن الاحتياطي تحول من التزام صرفي بسبب تقادم الدعوى الصرفية إلى التزام تحكمه قواعد الكفالة، يكون تابعا لالتزام المكفول الذي يبقى في علاقته بالحامل خاضعا للالتزام الذي كان سببا في سحب الكمبيالة أو تظهيرها.

(230) محمد صابر، مقاله السابق ص: 64.

(231) استئناف باريس 24 فبراير 1982، مشار إليه سابقا

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

يلتزم الضامن الاحتياطي تجاه الحامل التزاما صرفيا ومستقلا عن الالتزامات الناشئة عن التوقيعات الأخرى في الورقة التجارية.

يعتبر التزامه صحيحا ولو كان التزام المضمون باطلا لأي سبب غير العيب في الشكل.

يخول الحامل حق مطالبته بالوفاء قبل مطالبة المضمون ولو كان هذا الأخير في حالة يسر[232].

وهكذا جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 2007/11/17 "إن المدين الموقع على عقد ضمان احتياطي لا يجوز له الاحتجاج بضرورة تجريد المدينة الأصلية ويجوز مطالبته هو بدوره بالأداء"[233].

وهكذا فإن التزام الضامن الاحتياطي نحو الحامل تحكمه قواعد قانون الصرف وقواعد الكفالة التضامنية، وأنه يلتزم بنفس الكيفية التي يلتزم بها المضمون فلا يملك بالتالي حق الدفع بتجريد المدين الأصلي المكفول قبل متابعة إجراء استخلاص الدين ضده " الفقرة 7 من المادة 180 من مدونة التجارة "

إن المحكمة كانت على صواب عندما ردت دفوع الطاعنة " بأنها كفيلة بالتضامن وأنها هي التي عليها إخطار الدائن بانتهاء ضمانها للدائن الأصلي، وأن الكفالة تضامنية[234].

(232) المجلس الأعلى القرار عدد 686، المؤرخ في 2004/6/9، الملف التجاري عدد 2003/1308. مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني: مرجع سابق ص 267.

(233) مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 71 ص 236.

(234) المجلس الأعلى القرار عدد 153، المؤرخ في : 2000/1/27، الملف المدني عدد : 99/2/3/556 مذكور عند *أحمد كويسي، محمد الهيني : مرجع سابق ص 271.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

وجاء في قرار مبدئي للمجلس الأعلى صادربتاريخ 2008/02/20 لئن كنت قواعد الالتزام الصرفي لا تخول الضامن الاحتياطي حق التمسك بدفوع المضمون، وبالدفوع المستمدة من علاقته الشخصية مع الساحب والحاملين السابقين ضد الحامل حسن النية، فإنه فيما عدا ذلك يكون التزام الضامن تبعيا، يجيز له التمسك بدفوع المضمون التي أدت لتحلله من التزامه، ومنها تمسكه بانقضاء التزامه لسقوط دين المدين الأصلي، بسبب عدم إدلاء الدائن بما يفيد تصريحه بدينه ولا بما يرفع السقوط عنه(235).

يجب التمييز بين الضمان الاحتياطي واعتماد الشيك والتأشير عليه، فالضمان الاحتياطي كما ينص عليه الفصل 264 من مدونة التجارة يصدر عن الغير ما عدا المسحوب عليه، وأما اعتماد الشيك والتأشير عليه فيمكن أن يصدر عن المسحوب عليه(236).

المبحث الثالث : الدفوع المستندة إلى فكرة المسؤولية المدنية

إذا كانت الدفوع الموضوعية كما سبق بيانه، يحق للموقع الاحتجاج بها ضد جميع الحملة، فإن تدخل قواعد المسؤولية المدنية تفرض تعويض الحامل عن الضرر اللاحق به وذلك عن طريق إلزامه بأداء مبلغ الورقة التجارية حسب قانون الصرف متى تحققت مسوؤليته في بعض الحالات.

ويأتي تدخل هذه القواعد كتعويض لحق الحامل نتيجة حرمانه من الاستفادة من قاعدة تطهير الدفوع، لأن الدفوع المحتج بها في مواجهته دفوع

(235) القرار عدد 179 الملف التجاري عدد 2007/1/3/158 غير منشور.

(236) قرار المجلس الأعلى رقم 604 الصادر بتاريخ 2005/06/01 في الملف التجاري رقم 2004/2/3/173 غير منشور.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. غيتك الرقمية على المعلومة القانونية

مطلقة وترمي بالأساس إلى حماية إرادة المدين الصرفي، وعليه فإن ذلك يدخل في إطار اعتماد أسلوب الموازنة بين مختلف المصالح التي تجمع بين أطرافها تحقيقاً لمبدأ المساواة وأيضاً لتفادي وضعيات غريبة تحمى من خلالها بعض الحقوق على حساب حقوق أخرى كان لأطرافها نصيب في خلق هذه الظروف والاستفادة منها.

وبروز فكرة تدخل هذه القواعد ينحصر في إطار الدفوع الموضوعية التي لا تمت بصلة للعيوب الشكلية، لأن هذه العيوب تجرد الحامل من الرجوع على المدين بالدعوى الصرفية لأن أساس ممارستها هو وجود سند يحتوي على كافة البيانات التي فرضها قانون الصرف.

وتطبق قواعد المسؤولية التقصيرية في نطاق الدفوع الموضوعية الأخرى وعلى الخصوص الدفع لانعدام الرضى الكلي أو الجزئي والدفع بنقص الأهلية.

فقد يهمل المدين الصرفي الحفاظ على دفتر الشيكات بوضعه في مكان غير آمن فيعمد أحد الأشخاص إلى سرقته وتزوير توقيع الساحب، فمثل هذا المدين انعدم رضاؤه، وإذا كان من حقه الاحتجاج بالتزوير في مواجهة جميع الحملة، فإنه رغم ذلك يلزم بأداء قيمة الورقة إلى حاملها استناداً لخطأ تقصيري يعزى إليه بسبب إهماله وعدم حيطته وتهوره، ومن العدل والمنطق أن يتحمل نتيجة خطئه بدفع مبلغها للحامل حسن النية، كما إذا وقع تظهيرها مثلاً.

وقد نصت بعض التشريعات صراحة على ذلك، فالمادة 270 من قانون التجارة الأردني جاء فيها :

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

"1 – يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على شيك مزور أو محرف إذا لم يكن نسبة أي خطأ إلى الساحب المبين إسمه في الصك ؛

2 – وبوجه خاص يعتبر الساحب مخطئاً إذا لم يحافظ على دفتر الشيكات المسلم إليه بما ينبغي من عناية".

نفس الاتجاه سلكه المشرع العراقي في المادة 173 من قانون التجارة.

وقد تعمد المحكمة إلى تشطير المسؤولية في حالة اجتماع خطأ الساحب وخطأ المسحوب عليه، أو الحامل.

وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1977/03/07 أنه : "لما كان كذلك وكان المطعون فيه انتهى إلى ثبوت خطأ الطاعن متمثلاًً في إخلاله بواجب المحافظة على مجموعة الشيكات المسلمة له من طرف البنك، فتمكن مجهول من الحصول على واحد منها وتزويره وصرف قيمته، فإن يكن قد أثبت الخطأ في جانب الطاعن وبين علاقة السببية بينه وبين الضرر الذي وقع، وخلص من ذلك إلى إلزام كل من الطاعن والمطعون ضده بنصف قيمة الشيك موضوع النزاع في حدود ما حصل من وجود خطأ مشترك بين الطاعن والمطعون ضده وبالتالي فإن النعي يكون غير سديد"(237).

قد يقال بأن إلزام المخطئ بتعويض الحامل عن الضرر الذي لحقه لا يقتضي بالضرورة إخضاعه لأحكام قانون الصرف، ولكن لوحظ أن التعويض في مثل هذه الحالة لا يكون كاملاً إلا إذا عومل مرتكب الخطأ

(237) مشار إليه عند عبد الحميد الشواربي مرجع سابق ص 359.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

بالشدة التي تتسم بها القواعد الصرفية، فلا يتاح له الإفلات من حكم هذه القواعد عن طريق مواجهة الحامل بأحكام القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية[238].

وتجد فكرة الخطأ التقصيري مجالاً للتطبيق أيضاً بخصوص الدفع الناشئ عن نقص الأهلية، كما إذا لجأ ناقص الأهلية إلى وسائل إحتيالية قصد إخفاء قصره بإيهام الغير بقدرته على الالتزام وبرشده أو بموافقة وصيه، فإذا كان هذا الاتجاه يتسم بالمبالغة في حماية القصر دون التمييز بينهم، كما هو الحال بين الرشداء بين حسن النية أم سيء النية، فإن تخويل الحامل حق الرجوع عليه وفق قواعد المسؤولية التقصيرية من شأنه أن يعادل في كفة طرفي العلاقة، وأيضاً تفادياً للإثراء غير المشروع، ولهذا ألزم المشرع في المادة 6 من ق.ل.ع القاصر برد النفع الذي استخلصه أو جناه من الالتزام، وحسناً فعل.

أما فيما يتعلق بالدفع بتسوية الكمبيالة أو الورقة الناقصة خلافاً للاتفاق الحاصل والذي لا يحق للمدين إيراده دفعاً في مواجهة الحامل حسن النية، ويبقى له الحق في إثارته في مواجهة المستفيد باعتباره دفعاً شخصياً[239]، الناتج عن الاتفاق المبرم بينهما وكذا في مواجهة الحامل سيء النية، فهذا الدفع لا يمكن مناقشته في إطار قواعد المسؤولية المدنية كما ذهب إلى ذلك البعض[240] لأنه تطبق في حقه قاعدة تطهير الدفوع لعدم انتمائها لصنف الدفوع الموضوعية وهي الكفيلة وحدها دون غيرها بحماية حق الحامل.

(238) أحمد إبراهيم البسام مرجع سابق ص 125.

(239) أحمد إبراهيم البسام مرجع سابق ص 136.

- لطيفة الداودي مرجع سابق ص 210.

(240) ذهبت محكمة التعقيب التونسية في قرار لها بتاريخ 1982/05/03 إلى أن : "الكمبيالة لا يشترط فيها أن تكون محررة بيد المسحوب عليه أو الساحب أو غيرهما، وأنه يسوغ الإمضاء عليها

ولو على بياض من طرف المسحوب ، القبول وفي هذه الحالة ينبغي أن يكون هذا الإمضاء في حدود موضوع التعاقد بين الساحب والمسحوب عليه الذي لا يفقد حقه في مناقشة الساحب في هذا الموضوع" المجلة العربية للفقه والقضاء عدد 5 ص 317.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

ة

إذا كانت لقاعدة عدم التمسك بالدفوع الدور البارز في القانون الصرفي نظراً لإيجابياتها ومحاسنها المتمثلة في تسريع تداول الورقة التجارية وتحقيق الأمان والاستقرار والثقة بين المتعاملين بها، فإنها تعتبر كذلك قاعدة خطيرة في نفس الوقت يمكن أن يؤدي سوء تطبيقها أو تضييق الخناق عليها إلى نتائج عكسية تماماً كما حصل في العديد من التطبيقات القضائية التي تعرضنا لها على امتداد هذا البحث بالمناقشة والتحليل والنقد، لأن من شأن ذلك تشويه القاعدة وفقدها لمزاياها وأسباب تطورها ونجاحها.

فإذا كان المشرع قد أدخل استثناءات مهمة على القاعدة حماية لوضعيات جديرة بالحماية على حساب الحامل، فإنه لا ينبغي التوسع في هذه الاستثناءات حتى تحافظ القاعدة على هيبتها، وبالمقابل لا ينبغي فهم إطلاقية القاعدة في غير محلها احتراماً لإرادة المشرع، لأنها سلاح ذو حدين يجب الاحتياط في استعماله وإلا أطاح بالهدف الذي يسعى إليه.

وهكذا فلتطبيق قاعدة تطهير الدفوع على الصعيد العملي على نحو يكفل لها استمراريتها وريادتها لمختلف قواعد قانون الصرف ينبغي الموازاة بين عنصر التشدد والتمثل في إطلاقية القاعدة حماية للحامل وبين عنصر المرونة المتمثل في استثناءات القاعدة حماية للمدين الصرفي، ذلك

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

أنه إذا كان لا يمكن التسليم بحماية مطلقة للمدين الصرفي على حساب الحامل، فإنه وبموازاة ذلك لا يمكن بتاتاً التسليم بإهدار تام لحقوق الحامل، فطابع المرونة هذا يضفي على القاعدة طابعاً حيوياً، لأن مراعاة ذلك يعكس قصد المشرع في الموازنة بين هذه المصالح المتعارضة في الورقة التجارية.

وعليه فإن هذا التصوير الرائع والمتميز الذي تمتاز به القاعدة في أصولها وتطبيقاتها لاتسامها بالواقعية والمنطقية والتقنية، لعمري كفيل بمدها بأسباب التألق والانبهار والتفرد والخصوصية عن باقي قواعد القانون المدني، بل وعن قواعد القانون التجاري نفسه.

انتهى بحمد الله

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

قائمة المراجع المعتمدة

1 – المراجع العامة :

- أحمد دريوش : أثر المرض على عقد البيع، تأملات حول تطبيق القضاء للفصلين 54 و479 من قانون الالتزامات والعقود، سلسلة المعرفة القانونية رقم 3 مطبعة الأمنية الرباط.
- أحمد شكري السباعي : نظرية بطلان العقود وإبطالها في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ الرباط الطبعة الأولى 1987.
- أحمد عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الجزء الأول والثالث)، دار النهضة العربية القاهرة 1964.
- مأمون الكزبري : نظرية الالتزامات في ضوء ق.ل.ع (في جزئين) مطابع دار القلم بيروت لبنان الطبعة الأولى 1970.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

- محمد العربي المجبود : قرارات محكمة الاستئناف بالرباط 1946-1956 منشورات المعهد الوطني للدراسات القضائية 1982.
- محمد المجدوبي الإدريسي : عمل المحاكم التجارية بدايته وإشكالياته، دراسة نقدية شركة بابل الطبعة الأولى .1999

2 – المراجع الخاصة :

- أحمد إبراهيم البسام : قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الأوراق التجارية مطبعة العاني بغداد 1969.
- أحمد أبو الروس : أحكام الكمبيالة والشيك، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية 2002.
- أحمد شكري السباعي : الوسيط في الأوراق التجارية، الجزء الأول، في آليات وأدوات الائتمان، الكمبيالة والسند لأمر، مطبعة المعارف الجديدة الرباط الطبعة الأولى 1998.
- أحمد شكري السباعي : الوسيط في الأوراق التجارية، الشيك الجزء الثاني مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الأولى 1998.
- أحمد كويسي : دروس في الأوراق التجارية (الكمبيالة والشيك)، مطبوع أعد لطلبة السنة الرابعة كلية الحقوق بفاس السنة الجامعية 1997-1998.
- أحمد محمود حسني : قضاء النقض التجاري، المبادئ التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما، مطبعة أطلس سنة 1982.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

- أحمد محمود حسني : ملحق قضاء النقض التجاري، الأحكام التي أصدرتها محكمة النقض في المدة من أكتوبر 1982 إلى يونيو 1989 مطبعة أطلس 1990.
- المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، الأوراق التجارية بين القانون والعمل القضائي سلسلة القانون والممارسة القضائية عدد 2004/4.
- المختار بكور : الأوراق التجارية في القانون المغربي، الكمبيالة والشيك، الطبعة الأولى 1993.
- إلياس حداد : الأوراق التجارية في النظام التجاري السعودي، منشورات معهد الإدارة العامة المملكة العربية السعودية طبعة 1407.
- زهير عباس كريم : النظام القانون للشيك، دراسة فقهية قضائية مقارنة مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع 1996.
- سميحة القليوبي : الأوراق التجارية الطبعة الثانية دار النهضة العربية القاهرة 1992.
- عبد الحميد الشواربي : الأوراق التجارية في ضوء الفقه والقضاء مطبعة الانتصار 1993.
- عبد الفتاح مراد، التعليق على قانون التجارة المصري الحديث رقم 17 لسنة 1999 بدون طبعة ولا مطبعة ولا سنة الطبع.
- عبد الحكم فودة : الأوراق التجارية على ضوء وقضاء النقض، الكمبيالة والسند الإدني مطبعة الانتصار.
- علي البارودي : القانون التجاري بيروت الدار البيضاء الجامعية 1988.
- عبد الله محمد العمران : الأوراق التجارية في النظام السعودي.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

- علي حسن يونس : القانون التجاري طبعة 1979.
- علي جمال الدين عوض : القانون التجاري، العقود التجارية، الأوراق التجارية وعمليات البنوك دار النهضة العربية 1993.
- علي جمال الدين عوض : الشيك في قانون التجارة النسر الذهبي للطباعة 1958.
- علي سلمان العبيدي : الأوراق التجارية في التشريع المغربي، الكمبيالة السند لأمر، الشيك، متعهد الطبع والتوزيع مكتبة التومي الطبعة الأولى 1970.
- عبد المنعم دسوقي : الموسوعة التجارية الحديثة في أحكام محكمة النقض منذ إنشائها حتى الآن المجموعة المتحدة للنشر.
- فوزي محمد سامي : شرح القانون التجاري الأردني الجزء الثاني دار الثقافة والنشر والتوزيع عمان 1994.
- لطيفة الداودي : الأوراق التجارية، أحكام السند لأمر في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة 1994.
- لطيفة الداودي : الحماية القانونية لحامل الكمبيالة، الحماية المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش الطبعة الأولى 2001.
- محسن شفيق : الوسيط في القانون التجاري المصري الجزء الثاني، مطبعة اتحاد الجامعات الإسكندرية الطبعة الثانية 1955.
- محسن شفيق : القانون التجاري المصري، الأوراق التجارية، مطبعة معهد ريون بوسكو الأسكندرية طبعة 1954.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

- مصطفى كمال طه : الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت 1981.

- معوض عبد التواب : المستحدث في القضاء التجاري أحكام النقض في إحدى وعشرين عاما (1955-1974) مطبعة تكنوتكس فن الجرافيك الطبعة الثالثة 1998.

- محمد مرابط : الأوراق التجارية في التشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الثانية 2005.

محمد الفروجي : الشيك وإشكالاته القانونية والعملية، سلسلة الدراسات القانونية 3 مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى مارس 1999.

- محمد الشافعي : الأوراق التجارية في مدونة التجارة المغربية، دار وليلي للطباعة والنشر الطبعة الأولى 1998.

- محمد فركت، إبراهيم زعيم : الأوراق التجارية مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى 1987.

- محمد الحارثي : الأوراق التجارية في القانون المغربي فقها وقضاء مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الأولى لسنة 1996.

3 – رسائل وأطروحات :

- ابتسام فهيم : النظام القانوني لاندماج الشركات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني عين الشق كلية الحقوق 2006.

- أحمد كويسي : الاعتماد المستندي غير قابل للإلغاء دراسة في التزامات البنك، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص كلية الحقوق فاس سنة 1996-1997.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

- المختار بكور : الضمان الاحتياطي في الكمبيالة وفق التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق الرباط 1983-1984.

- عبد الرحيم بحار: الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني عين الشق كلية الحقوق البيضاء 2005/2004.

- عز الدين بنستي : نظرية الظاهر في القانون التجاري المغربي رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا القانون الخاص كلية الحقوق البيضاء 1985-1986.

- محمد الصباب : قبول الكمبيالة في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص 1982.

- مصطفى سهيل عاشور : الحوالة في التشريع المدني المغربي رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا القانون الخاص 1975-1976.

- محمد شعيب المذكوري : الصورية في ضوء التشريع المدني المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا القانون الخاص 1975-1976.

- محمد مرابط : مؤسسة التوقيع في الأوراق التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق أكدال الرباط 1995.

- محمد الهيني: الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة كلية الحقوق فاس 2006/2005.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

- محمد الهيني: الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري،حماية مستهلكي خدمات التأمين، مطبعة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى 2007.
- محمد منعزل : الاعتماد المستندي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق مراكش 1992.
- هدى مشبال : قاعدة عدم التمسك بالدفوع في الأوراق التجارية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق البيضاء .1988

4 – المقالات :

- المختار بكور : تبعية الالتزام الضامن الاحتياطي وقاعدة عدم التمسك بالدفوع، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد عدد 18.
- عبد الرزاق عبد الوهاب : التظهير في قانون التجارة العراقي، المجلة العربية للفقه والقضاء عدد 5.
- عبد اللطيف مشبال : تعليق على قرار المجلس الأعلى رقم 1280 الصادر بتاريخ 1993/08/12 في الملف المدني عدد 87/3041 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 56.
- عبد القادر الرافعي : آفاق المجلس الأعلى كمحكمة نقض، أشغال ندوة الذكرى الأربعينية لتأسيس المجلس الأعلى، عمل المجلس الأعلى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية.
- عبد الوهاب المريني : الأوراق التجارية بين التقادم الصرفي والتقادم العادي، مجلة المحاماة عدد 14.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

- علي سلمان العبيدي : قاعدة عدم التمسك بالدفع في قانون الصرف المغربي المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد عدد 2 يونيو 1977.

- محمد الشافعي : كمبيالة المجاملة، مجلة المحامي عدد 40.

- محمد الهيني : إشكالية الدفوع الناشئة عن أسباب انقضاء الالتزام الصرفي ونطاق قاعدة تطهير الدفوع، مجلة القصر عدد 11.

- محمد الهيني : إشكالية نطاق قاعدة عدم التمسك بالدفوع، مجلة الإشعاع عدد 24.

- محمد الهيني: إشكالية الدفع بالأمية في الأوراق التجارية من زاوية الاجتهاد القضائي المغربي، مجلة المعيار عدد 30.

محمد الهيني، أحمد كويسي: تأملات في اجتهاد القضاء التجاري في مادة الأوراق التجارية، مجلة رحاب المحاكم عدد1.

- محمد صابر : تقادم الأوراق التجارية، مجلة المحاكم التجارية عدد 1.

- محمد شيلح : في مشاكل الفصل 54 من ق.ل.ع المغربي من حيث تحديد طبيعة عيوب الإرادة المنصوص عليها فيه وفي شروط الإبطال المنصوص عليها فيه من خلال التعليق على القرار رقم 1625 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1988/06/11، مجلة القانون والاقتصاد عدد 7.

- محمد شيلح : تأملات حول قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية من حيث صيغتها وقيمتها، عمل المجلس الأعلى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية، أشغال ندوة الذكرى الأربعينية لتأسيس المجلس الأعلى.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

- محمد منعزل : استقلال الالتزام القطعي للبنك في إطار الاعتماد المستندي، مجلة المناهج عدد 1.

- محمد شعبي المذكوري : نظرية الصورية في ضوء قانون الالتزامات والعقود، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية عدد 7.

1 – Les Ouvrages :

- George Fredel, de l'inopposabilité des exceptions en matière des éffets de commerce thèse, Paris 1949.

- René Roblot, les effets de commerce, Edition sirey 1975.

- Jean Devèse / Philippe Pétel, droit commercial, instruments de paiement et de crédit, Montchrestien EJA, 1992.

- Michel de Geglart / Benjamin Ippolito, les effets de commerce lettre de change, billet à ordre, chèque, tome 2, 3ème édition entièrement refondu par Jacque Dupichot et Didier Guevel Montchrestien 1996.

- Gacque Mestre avec la collaboration de Marie-Eve, tianpancrazo, droit commercial n° 24 édition L.G.D.J 1999.

- G. Ripert / R. Roblot, traite de droit commercial, Philippe Delebecque, Michel German, effets de commerces banque et bourse, contras commerciaux, procédures collectives, tome 2 n° 16 édition L.G.D.J. 2000.

- Jacques Mestre Emmanuel Putman, Grands arrêts du droit des affaires, Dominique Vidal, Dalloz.

- Ch. Gavalda et Stoufflet (j) droit commercial, chèque et effets de commerce, tome 2 Paris P.U.F.

- Ch. Gavalda et Stoufflet (j) Droit de crédit, effets de commerce, chèques, cartes de paiement et de crédit, tome 2 n° 2 édition, Paris Litec, 1999.

- Lescot et Roblot les effets de commerces sirey.

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009 par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail: nabilbouhmidi@marocdroit.com

2 – Les Articles :

- Jean Jacque DAIGRE, de la preuves des exceptions opposables par le débiteur d'une traite revue treimestrielle de droit commercial 1977.

- Patrick Rossi, traite irrégulière et inopposabilité des exceptions note sous cass.com 24 Mars 1998, Receuil Dalloz n° 12 Hebdomadaire 25 Mars 1999.

- F. Coré, l'aval de la lettre de change sans indication du débiteur granti-Dalloz 1957 cha XVII.

- Desbois, la règle de l'inopposabilité des exceptions dans l'endocement des titre civils, Rev. Dr.com. 1931.

MarocDroit.com
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009 par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail: nabilbouhmidi@marocdroit.com

V

تقديم .....

تمهيد 3

أولا : تعريف الأوراق التجارية وخصائصها 6

ثانيا : أنواع الأوراق التجارية 7

ثالثا : خصائص الإلتزام الصرفي 9

1 - الصفة الشكلية للالتزام الصرفي 9

2 - صرامة وقساوة الإلتزام الصرفي 10

3 - استقلال الالتزام الصرفي 11

4 - تجريد الالتزام الصرفي – مبدأ عدم التمسك بالدفوع - 13

5 - الصفة التجارية للالتزام الصرفي والعمليات المتعلقة به 14

الفصل الأول : أساس قاعدة عدم التمسك بالدفوع وشروط تطبيقها 21

الفرع الأول : الأساس قاعدة عدم التمسك بالدفوع 22

المبحث الأول : النظريات التقليدية المستمدة من القانون المدني 23

المطلب الأول : نظرية حوالة الحق 23

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

المطلب الثاني : نظرية الإنابة 25
المطلب الثالث : نظرية الاشتراط لمصلحة الغير 28
المبحث الثاني : نظرية التصرف القانوني ذي الطابع الخاص 29
المطلب الأول : نظرية العقد المجرد 30
المطلب الثاني : نظرية الإرادة المنفردة 31
المطلب الثالث : المزج بين نظريتي العقد والإرادة المنفردة 33
المبحث الثالث : النظريات المبنية على الالتزام القانوني 34
المطلب الأول : نظرية حسن النية وحماية الظاهر 35
المطلب الثاني : نظرية المسؤولية المدنية 37
المبحث الرابع : التعليل المقترح كأساس قانوني لقاعدة تطهير الدفوع 38
الفرع الثاني : شروط تطبيق قاعدة عدم التمسك بالدفوع 40
المبحث الأول : الشروط المتعلقة بطبيعة التظهير وزمانه 41
المطلب الأول : الشروط المتعلقة بطبيعة التظهير 41
الفقرة الأولى : التظهير الناقل للملكية 41
الفقرة الثانية : التظهير التأميني 47
الفقرة الثالثة : التظهير التوكيلي 51
المطلب الثاني : التظهير بعد ميعاد الاستحقاق أو إجراء الاحتجاج 54
المطلب الثالث : انتقال الورقة التجارية بغير طريق التظهير 57
المبحث الثاني : الشروط المتعلقة بصفة الحامل 58
المطلب الأول : الشرعية الشكلية 59

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

المطلب الثاني : حسن نية الحامل 62
المطلب الثالث : شرط انتفاء العلاقة المباشرة بين الحامل والمدين الصرفي67
الفصل الثاني : نطاق تطبيق قاعدة تطهير الدفوع من زاوية الفقه والقضاء 81
الفرع الأول : الدفوع غير المطهرة 82
المبحث الأول : الدفوع المستمدة من ظاهر الصك أو السند 83
المطلب الأول : الدفوع المبنية على العيوب الشكلية 83
المطلب الثاني : الدفوع المتعلقة بالبيانات الاختيارية 93
المبحث الثاني : الدفوع الناشئة عن انعدام الرضى الكلي أو الجزئي 97
المطلب الأول : الدفع بتزوير التوقيع والتحريف 97
الفقرة الأولى : الدفع بتزوير التوقيع 98
الفقرة الثانية : الدفع بالتحريف 101
المطلب الثاني : الدفع بعدم وجود الوكالة أو تجاوزها 102
المطلب الثالث : الدفوع الناشئة عن نقص في الأهلية 105
الفرع الثاني : الدفوع المطهرة 109
المبحث الأول : الدفوع المتعلقة بعيوب الرضى 109
المطلب الأول : الدفع بالغلط 110
المطلب الثاني : الدفع بالتدليس 113
المطلب الثالث : الدفع بالإكراه 114

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

المطلب الرابع : الدفع بالغبن 116
المطلب الخامس : الدفع بالأمية 118
المبحث الثاني : الدفوع المتعلقة بسبب الورقة التجارية 123
المطلب الأول : الدفع بالتوقيع على سندات المجاملة
الفقرة الأولى: آثار البطلان بالنسبة للأطراف.....
الفقرة الثانية :آثار البطلان بالنسبة للغير
المطلب الثاني :الدفع بتقديم الورقة التجارية على سبيل الضمان..... 124
المطلب الثالث : الدفع بالصورية 126
المطلب الرابع : الدفوع الناشئة عن أسباب انقضاء الالتزام..... 128
الفقرة الأولى : الدفوع بالوفاء أو ما يعادل الوفاء 129
أولا : الدفوع المتعلقة بالوفاء 129
ثانيا : الدفع بما يعادل الوفاء 142
1 – الوفاء بمقابل 142
2 – الدفع بالتجديد 143
ثالثا : الدفع بالمقاصة 146
الفقرة الثانية : الدفع بغير الوفاء 149
أولا : الدفع باتحاد الذمة 149
ثانيا : الدفع بالإبراء 150
ثالثا : الدفع بالتقادم 154
1 – تقادم الكمبيالة 155

Copyright © 2015 Marocdroit - Site Web Des Sciences Juridiques. Créer en Septembre 2009
par Mr Nabil Bouhmidi Date de Lancement: Avril 2010 E-mail:
nabilbouhmidi@marocdroit.com

2 – تقادم الشيك 156

3 – مدى أحقية الحامل في المطالبة العادية بعد سقوط المطالبة الصرفية بالتقادم 161

المبحث الثالث : الدفوع المستندة إلى فكرة المسؤولية المدنية 165

خاتمة 169

قائمة المراجع المعتمدة 171

الفهرس 179

إصدارات المؤلف :

📖 الدليل العملي للعقار غير المحفظ بالاشتراك، نشر جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية وزارة العدل، تقديم السيد وزير العدل، مطبعة فضالة المحمدية 2007.

📖الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري ،دراسة مقارنة لحماية مستهلكي خدمات التأمين البري،مطبعة دار السلام الرباط،الطبعة الأولى 2007.

📖 تطهير الدفوع في الأوراق التجارية على ضوء الفقه والاجتهاد القضائي،مطبعة دار السلام الرباط،الطبعة الأولى 2007.

📖تأملات في اجتهادات القضاء التجاري المغربي في مادة الأوراق التجارية، بالاشتراك مع الأستاذ أحمد كويسي ،مطبعة دار القلم الرباط ،الطبعة الأولى 2008.

MarocDroit.com
موقع العلوم القانونية
المجلة القانونية الأكثر قراءة في المغرب .. عينك الرقمية على المعلومة القانونية

📖القواعد الموضوعية والإجرائية للرهن الرسمي الإجباري فقها وقضاء ، مقاربة نظرية وعملية لرفع الغموض القانوني عن مؤسسة الرهن الرسمي الإجباري بالاشتراك مع الأستاذة أمينة ناعمي، مطبعة دار القلم الرباط الطبعة الأولى 2010، تقديم الدكتور محمد شيلح.

📖 الحماية القانونية للمؤمن له في عقد التأمين البري ، مطبعة الأمنية الرباط ، 2010 ،تقديم الدكتور فؤاد معلال.

📖 الدفوع في الأوراق التجارية على ضوء الفقه والاجتهاد القضائي،مطبعة الأمنية الرباط 2010 ، تقديم الدكتور أحمد كويسي.

📖تأملات في اجتهادات القضاء التجاري المغربي في مادة الأوراق التجارية،بالاشتراك مع الأستاذ أحمد كويسي،مطبعة دار القلم الرباط، 2010.