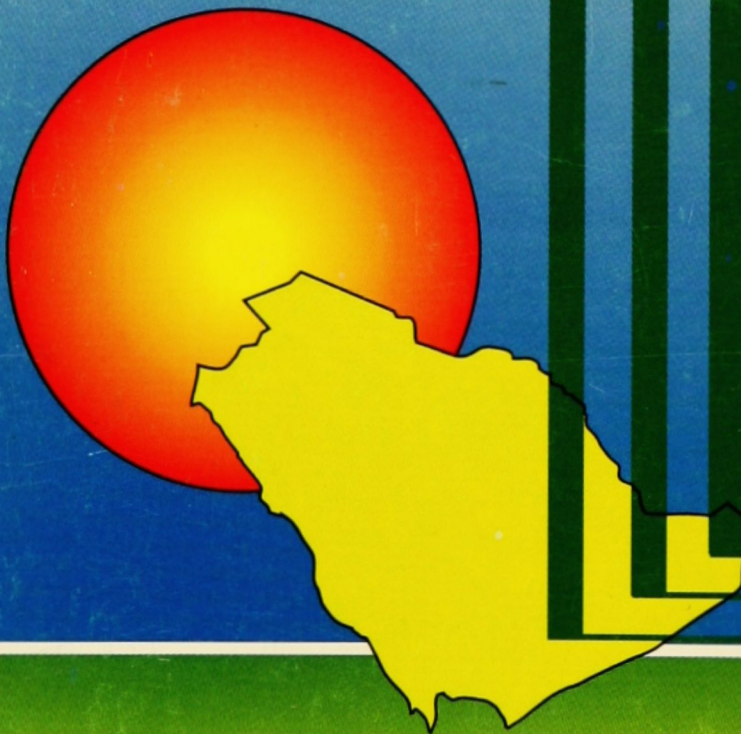


العقود النجارية وعمليات البنوك

فتر
المملكة العربية السعودية



الدكتور محمد حسن الجبر

النشر العلمي و المطابع
جامعة الملك سعود



العقود التجارية وعمليات البنوك

في

المملكة العربية السعودية

الدكتور محمد حسن الجبر

مدير عام مصلحة الجمارك

المملكة العربية السعودية

النشر العلمي والمطابع - جامعة الملك سعود

ص.ب. ٢٤٥٤ - الرياض ١١٤٥١ - المملكة العربية السعودية



ح جامعة الملك سعود، ١٤٠٤ - ١٤١٨ هـ

الطبعة الأولى: ١٤٠٤ هـ (١٩٨٤ م)

الطبعة الثانية: ١٤١٨ هـ (١٩٩٧ م)

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر
الجبور، محمد حسن

العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية . . .
الرياض .

٣٣٨ ص ؛ ٢٤ × ١٧ سم

ردمك ١ - ٥٦٧ - ٠٥ - ٩٩٦٠

١ - القانون التجاري - السعودية
٢ - العقود التجارية - السعودية

(١) العنوان

١٨ / ٠٣٥٥

ديوي ٣٤٦ ، ٥٣١٠٧

رقم الإيداع : ١٨ / ٠٣٥٥

ردمك : ١ - ٥٦٧ - ٠٥ - ٩٩٦٠

مطابع جامعة الملك سعود ١٤١٨ هـ



المحتويات

القسم الأول العقود التجارية

الصفحة	
٣	مقدمة
٣	أولاً: التعريف بالعقود التجارية وخصائصها
٣	- التعريف بالعقود التجارية
٥	- خصائص العقود التجارية
٦	ثانياً: القواعد الخاصة بالعقود التجارية
٦	- انعقاد العقود التجارية
٨	- تنفيذ العقود التجارية
١١	- إثبات العقود التجارية
١٣	- الاختصاص القضائي بالعقود التجارية
١٥	ثالثاً: الاتجاهات الحديثة في العقود التجارية
١٥	- تدخل الدولة وتراجع مبدأ سلطان الإرادة
١٦	- العقود النموذجية الموحدة
١٧	- التزعة نحو التدويل
١٩	الباب الأول: البيع التجارى
٢٣	الفصل الأول: القواعد العامة للبيع التجارى
٢٣	المبحث الأول: التزامات البائع

صفحة

٢٤ الفرع الأول: الالتزام بالتسليم
٢٩ الفرع الثاني: الالتزام بالضمان
٣١ المبحث الثاني: التزامات المشتري
٣٥ الفصل الثاني: القواعد الخاصة ببعض البيوع التجارية
٣٦ المبحث الأول: أشكال خاصة من البيوع التجارية
٣٧ - بيع البضاعة الحاضرة وبيع السلم
٣٩ - البيع بشرط المذاق
٤١ - البيع بشرط التجربة
٤٣ - البيع بالنموذج (العينة)
٤٥ - البيع بالتقسيط
٤٦ - البيع بالمزاد العلني أو عن طريق التصفية
٤٩ المبحث الثاني: البيوع البحرية
٤٩ - بيوع الوصول
٥٠ - بيوع القيام
٥٣ المبحث الثالث: البيوع الدولية
٦١ الباب الثاني: السمسرة
٦٥ الفصل الأول: التعريف بعقد السمسرة وخصائصه
٦٩ الفصل الثاني: آثار عقد السمسرة
٦٩ المبحث الأول: التزامات السمسار
٧٢ المبحث الثاني: التزامات العميل
٧٢ أولاً: الالتزام بدفع السمسرة
٧٥ ثانياً: الالتزام برد المصاريف
٧٥ ثالثاً: الالتزام بتعويض السمسار
٧٧ الباب الثالث: الوكالة التجارية
٨١ الفصل الأول: الوكالة بالعمولة

٨٣	المبحث الأول: خصائص عقد الوكالة بالعمولة
٨٧	المبحث الثاني: آثار عقد الوكالة بالعمولة
٨٧	الفرع الأول: التزامات الوكيل بالعمولة
٩٦	الفرع الثاني: التزامات الموكل
٩٩	المبحث الثالث: ضمانات الموكل والوكيل بالعمولة
٩٩	الفرع الأول: ضمانات الموكل
١٠١	الفرع الثاني: ضمانات الوكيل بالعمولة
١٠٥	المبحث الرابع: العلاقات الناشئة عن الوكالة بالعمولة
١٠٩	الفصل الثاني: وكالة العقود
١١٠	المبحث الأول: أحكام وكالة العقود
١١١	- الفرع الأول: ماهية وخصائص وكالة العقود
١١٦	- الفرع الثاني: آثار وكالة العقود
١٢١	- الفرع الثالث: انقضاء وكالة العقود
١٢٤	المبحث الثاني: تنظيم مهنة الوكالات التجارية
١٢٥	- الفرع الأول: شروط مباشرة مهنة الوكالة التجارية
١٣٢	- الفرع الثاني: أحكام قيد الوكالة التجارية
١٣٩	الباب الرابع: عقد النقل
١٤٣	الفصل الأول: التعريف بعقد النقل وخصائصه المميزة
١٤٩	الفصل الثاني: عقد نقل الأشياء
١٤٩	المبحث الأول: تكوين عقد النقل وإثباته
١٥٣	المبحث الثاني: آثار عقد النقل
١٥٤	- الفرع الأول: آثار العقد بالنسبة للمرسل
١٥٨	- الفرع الثاني: آثار العقد بالنسبة للمرسل إليه
١٥٩	- الفرع الثالث: آثار العقد بالنسبة للناقل
١٦٥	المبحث الثالث: مسئولية الناقل
١٦٦	- الفرع الأول: أحكام مسئولية الناقل
١٧٣	- الفرع الثاني: شروط الإعفاء من المسئولية أو تحديدها

صفحة

١٧٩	- الفرع الثالث : دعوى المسؤولية
١٨٨	المبحث الرابع : الوكالة بالعمولة للنقل والنقل المتعاقب
١٨٨	- الفرع الأول : الوكالة بالعمولة للنقل
١٩٣	- الفرع الثاني : النقل المتعاقب
١٩٧	الفصل الثالث : عقد نقل الأشخاص
١٩٨	المبحث الأول : تكوين العقد وإثباته
٢٠٠	المبحث الثاني : آثار عقد نقل الأشخاص
٢٠٣	المبحث الثالث : مسؤولية الناقل

القسم الثاني
عمليات البنوك

٢٠٩	مقدمة عامة
٢١٠	- تطور البنوك التجارية في المملكة
٢١٥	- النظام القانوني لعمليات البنوك
٢١٩	الباب الأول : الحسابات المصرفية
٢٢١	- أنواع الحسابات
٢٢٥	الفصل الأول : القواعد العامة في الحسابات المصرفية
٢٢٥	المبحث الأول : فتح الحساب المصرفي
٢٢٨	المبحث الثاني : تشغيل الحساب
٢٣١	المبحث الثالث : قفل الحساب
٢٣٣	الفصل الثاني : التحويل أو النقل المصرفي
٢٣٣	- تعريفه وفوائده
٢٣٤	- الطبيعة القانونية للتحويل المصرفي
٢٣٥	- الصور المختلفة للتحويل المصرفي
٢٣٦	- أمر التحويل أو النقل المصرفي
٢٣٧	- عملية التحويل أو النقل المصرفي

صفحة

٢٣٨	- آثار عملية التحويل المصرفي
٢٣٩	- التحويل أو النقل المصرفي بين حسابين في بنكين مختلفين
٢٤١	الفصل الثالث : الحساب الجارى
٢٤٣	المبحث الأول : ماهية وأركان الحساب الجارى
٢٤٤	- الفرع الأول : الركن الإرادى فى الحساب الجارى
٢٤٦	- الفرع الثانى : الركن المادى فى الحساب الجارى
٢٥٠	- الفرع الثالث : تبادل وتشابك المدفوعات
٢٥٣	المبحث الثانى : آثار الحساب الجارى
		- الفرع الأول : تحول المدفوعات إلى مفردات فى
٢٥٣	الحساب الجارى
٢٥٧	- الفرع الثانى : عدم تجزئة الحساب الجارى
٢٦١	الباب الثانى : عمليات الإيداع المصرفي
٢٦٥	الفصل الأول : وديعة الصكوك المالية
٢٦٦	المبحث الأول : تكوين العقد
٢٦٨	المبحث الثانى : آثار العقد
٢٦٩	- الفرع الأول : التزامات البنك وحقوقه
٢٧٢	- الفرع الثانى : التزامات العميل وحقوقه
٢٧٥	الفصل الثانى : عقد الخزائن الحديدية
٢٧٧	المبحث الأول : تكوين العقد
٢٧٨	المبحث الثانى : آثار العقد
٢٧٨	- التزامات البنك
٢٨٠	- التزامات العميل
٢٨١	- حقوق الدائنين
٢٨٣	الفصل الثالث : الوديعة النقدية المصرفية
		المبحث الأول : الصور المختلفة للوديعة النقدية
٢٨٤	المصرفية وطبيعتها
٢٨٨	المبحث الثانى : تكوين عقد الوديعة النقدية المصرفية

صفحة

٢٨٩	المبحث الثالث : آثار الوديعة النقدية المصرفية
٢٩٣	الباب الثالث : عمليات الائتمان المصرفي
٢٩٧	الفصل الأول : القرض المصرفي
٣٠١	الفصل الثاني : فتح الاعتماد
٣٠١	المبحث الأول : الاعتماد البسيط
٣٠١	- التعريف بالاعتماد البسيط وفائدته
٣٠٢	- عقد فتح الاعتماد
٣٠٣	- الطبيعة القانونية لعقد فتح الاعتماد
٣٠٤	- آثار عقد فتح الاعتماد
٣٠٥	- انقضاء عقد فتح الاعتماد البسيط
٣٠٧	المبحث الثاني : الاعتماد المستندي
٣٠٩	- الفرع الأول : عملية الاعتماد المستندي
٣١١	- صور الاعتماد المستندي
٣١٥	- الفرع الثاني : الآثار الناشئة عن الاعتماد المستندي
٣٢١	الفصل الثالث : خطاب الضمان :
٣٢١	- تعريفه وأهميته
٣٢٢	- ميزات خطاب الضمان
٣٢٣	- طبيعة خطاب الضمان
٣٢٣	- غطاء خطاب الضمان
٣٢٤	- الآثار الناشئة عن خطاب الضمان
٣٢٩	- انقضاء خطاب الضمان
٣٣١	الفصل الرابع : خصم الأوراق التجارية
٣٣٥	المراجع

العقود التجارية

- مقدمة
- الباب الأول : البيع التجارى
- الباب الثانى : السمسرة
- الباب الثالث : الوكالة التجارية
- الباب الرابع : عقد النقل

مقدمة

أولاً : التعريف بالعقود التجارية وخصائصها

١ التعريف بالعقود التجارية

إن تعبير «العقود التجارية» رغم كثرة استعماله في الفقه والقضاء ينطوي على بعض الغموض الذي قد يثير اللبس في الأذهان، إذ قد يوحي بوجود فئة مستقلة من العقود ذات صفة تجارية بحيث اقتضاها التعامل التجاري تقوم إلى جانب العقود المدنية في حين أن العقود التجارية لا تختلف في حقيقتها، لا من حيث الأركان ولا من حيث شروط الصحة ولا من حيث أسباب الانقضاء، عن العقود المدنية^(١).

فالعقود التجارية لا تتميز بنظرية مستقلة عن تلك التي تحكم العقود المدنية، بل هي تقوم على نفس القواعد التي تقوم عليها العقود المدنية فالعقد الواحد لا تتغير أركانه وشروط صحته تبعاً لكونه مدنياً أو تجارياً، فعقد البيع التجاري كعقد البيع المدني لا يتم إلا بإيجاب وقبول ومبيع وثمان، بل إن العقد المدني قد يصبح عقداً تجارياً متى توافرت فيه شروط معينة، كما أن العقد الواحد قد يكون تجارياً بالنسبة لأحد طرفيه ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر.

G. Ripert et R. Roblot

(١) انظر في نقد هذا الاصطلاح

« Traité élémentaire de droit commercial » Paris LG D.J. 1970, T.2, No.2483

R. Rodière « Droit Commercial » Paris, Dalloz, 1970, No.119

لذلك يؤكد كبار الفقهاء في فرنسا أنه لا توجد «عقود تجارية» بالمعنى الدقيق، وإنما توجد عقود مسمّاة توصف بالمدينة أو التجارية تبعاً لصفة أطراف العقد والغرض من التعاقد، ومتى اعتبر العقد تجارياً ترتب على ذلك خضوعه للقواعد القانونية التي تحكم الأعمال التجارية، أي للنظام القانوني للأعمال التجارية^(١).

ولكن متى يعتبر العقد تجارياً؟

ترى غالبية الفقه أن معيار إسباغ الصفة التجارية على العقد إنما يستمد من نظرية الأعمال التجارية، فالعقد يعتبر تجارياً متى اندرج في عداد الأعمال التجارية (مادة ٢ من نظام المحكمة التجارية)، وهذا يعنى بعبارة أخرى أن العقد يعد تجارياً متى كان موضوعه عملاً من الأعمال التجارية الأصلية، أو كان القائم به تاجراً لحاجات تجارته، ومن المعروف أن جميع أعمال التاجر تعتبر وفقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية تجارية إلى أن يقوم الدليل العكسي^(٢).

وإذا كان صحيحاً أن العقود التجارية لا تختلف في جوهرها عن العقود المدنية، وأن هذه الأخيرة قد تصير تجارية متى انطبق عليها المعيار السابق فإنه يظل من الثابت كذلك أن هناك عقوداً لا تكاد تقع إلا من تجار نظراً لأنها تستجيب لمقتضيات التجارة وحدها ومن ثم لا بد أن تكون هذه العقود تجارية، ولهذا أطلق عليها الفقه اسم

(١) الدكتور أكثم الحولى «الوسيط في القانون التجارى» القاهرة ١٩٥٨م، ج ٤، بند رقم ١. الدكتور على البارودى «القانون التجارى اللبناى» بيروت ١٩٧١، ج ٢، بند رقم ١، إدوارد عيد «العقود التجارية» بيروت ١٩٦٨ بند رقم ١، الدكتور على حسن يونس «العقود التجارية» القاهرة بند رقم ١، الدكتور مصطفى طه، القانون التجارى، الإسكندرية ١٩٨٠، بند رقم ١.

(٢) ويعرف الدكتور عبدالحى حجازى العقد التجارى بأنه «العقد الذى يجريه التاجر إذا كان متصلاً بحرفته التجارية» انظر مؤلفه فى العقود التجارية، القاهرة، ١٩٥٤، ص ٦، بينما يعرفه الدكتور على جمال الدين عوض بأنه «العقد الذى ينشئ، فى ذمة أحد طرفيه التزاماً تجارياً» انظر مؤلفه العقود التجارية، القاهرة، ١٩٥٩، ص ٦، أما روديبير فيعرف العقود التجارية بأنها «الأعمال التجارية والأعمال المختلطة متى اتخذت الشكل القانونى للعقد» انظر مؤلفه فى موجز دالوز، السابق الإشارة إليه، بند رقم ١١٩، وانظر فى نقد هذه التعاريف الدكتور على البارودى، المرجع السابق، بند رقم ١، والدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ١، والدكتور على يونس، المرجع السابق، بند رقم ١.

«العقود التجارية الأصلية»^(١). أو اصطلاح «العقود التجارية على وجه الخصوص»^(٢).

وقد عنيت معظم التشريعات بتنظيم هذه العقود في مدوناتها التجارية ومن أمثلة هذه العقود الوكالة بالعمولة والسمسرة والنقل والرهن التجاري.

٢ خصائص العقود التجارية

تتميز العقود التجارية بكونها من عقود المعاوضة، وبأنها عقود رضائية وبأنها لا يمكن أن ترد إلا على المنقولات.

١- فالعقود التجارية هي جميعا عقود معاوضة، أي عقود يتفق منها كل طرف مقابلا وعضوا لما يعطى، ولا يمكن أن يكون أحدها من عقود التبرع بالنمعي التذيق، لأن فكرة التبرع تتنافى مع التجارة غير أن ذلك لا ينفي وجود بعض العقود التجارية التي قد لا يصدق عليها وصف المعاوضة تماما، إلا أنها ليست مع ذلك بعقود تبرع لانتهاء نية التبرع، وهو ما يعنى عبارة أخرى أن هذه العقود وإن توافر فيها العنصر الموضوعي للتبرع فإن العنصر الشخصي يظل غائبا، ومن أمثلة هذه العقود: الخدمات المجانية التي يقدمها البنك لعملائه، أو البيع بتخفيض كبير أثناء فترة التصفية المسبوية، أو المنح التي تعطى للعامل.

٢- والعقود التجارية هي عقود رضائية: أي أنها تتم بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول دون حاجة إلى إفراغها في شكل معين ومع ذلك هناك بعض الاستثناءات على مبدأ الرضائية بالنسبة لبعض العقود التجارية على ما سنرى.

٣- والعقود التجارية لا تنصب إلا على المنقولات ولا يمكن أن ترد على ملكية العقارات، ولذلك لا تثور في هذه العقود مشكلة ضمان الاستحقاق حيث إن قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» تحمي المشتري. والغالب أن تنصب العقود التجارية

(١) نظر الدكتور أكنه الخولي والوسيط، سدر رقم ١.

(٢) الدكتور عبيد البرودي، المرجع السابق، سدر رقم ٤.

على أشياء مثلية وعلى كمية معينة منها وليس على شيء معين بالذات وقت
العقد^(١).

ثانياً: القواعد الخاصة بالعقود التجارية

٣ تخضع العقود التجارية في الأصل للقواعد العامة التي تسرى على العقود المدنية، غير أن طبيعة التجارة وما تستلزمه من سرعة واثمان قد اقتضت وجود قواعد خاصة بالعقود التجارية تميزها عن العقود المدنية سواء من حيث الانعقاد أو التنفيذ أو الإثبات أو الاختصاص القضائي.

٤ انعقاد العقود التجارية

الأصل أن تخضع العقود التجارية لذات القواعد العامة التي تخضع لها العقود المدنية في الإيجاب والقبول، بل إن من القواعد العامة ما يكاد يقتصر تطبيقه عملاً على العقود التجارية كالقواعد الخاصة بالتعاقد بين الغائبين، غير أن هذا لا ينفي أن حاجات التعامل التجاري قد اقتضت في بعض الحالات تحوير بعض هذه القواعد بما يتفق وطبيعة هذا التعامل.

فإذا ما كان الأصل في بعض التشريعات أن الإيجاب غير ملزم في المسائل المدنية طالما لم يصادفه قبول إلا في الحالات الاستثنائية - كالإيجاب المقترن بمهلة معينة على وجه صريح والإيجاب بالمراسلة - فإن الوضع على خلاف ذلك في المواد التجارية حيث يظل الإيجاب فيها ملزماً طيلة الفترة المعينة من الموجب أو المحددة في العرف التجاري أو القانون^(٢).

كما أنه كثيراً ما يكون الإيجاب في العقود التجارية موجهاً إلى أشخاص غير معينين، أي إلى الكافة، كإيجاب صاحب الفندق أو المطعم أو أمين النقل أو التاجر في

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٣٧٧، والدكتور أكثم الخولي والوسيط... بند رقم ٤.

(٢) انظر المادة ١٧٩ من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادتين ٨٢، ٨٤ من القانون المدني العراقي والمادتين ٩٣، ٩٤ من القانون المدني المصري.

حالة عرضه للبضائع مع ذكر الثمن عليها، ففي جميع هذه الأحوال يلتزم صاحب الإيجاب بإيجابه العام وينعقد العقد متى صدر القبول من أى شخص يريد الانتفاع بالخدمة أو شراء السلعة، ولا يجوز له الامتناع عن تنفيذ العقد بحجة رجوعه عن الإيجاب قبل القبول.

وإذا كانت القاعدة أن السكوت لا يعد قبولا، فإن السكوت قد يعتبر بمثابة القبول في بعض العقود التجارية، وذلك متى وجدت بين المتعاقدين علاقات سابقة تسمح بهذا الاستنتاج، أو كان الإيجاب متعلقا ببضاعة استلمها المشتري مع بيان الحساب الخاص بها^(١).

وغالبا ما تتم العقود التجارية بطريق المراسلة بالخطابات أو بالبرق أو بالتليفون، ويشير تحديد زمان ومكان انعقاد العقد صعوبات كبيرة في العمل، وذلك لتباين موقف التشريعات في هذا الصدد، حيث إن بعضها يعتبر أن التعاقد بين الغائبين قد تم في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول^(٢)، بينما ينص البعض الآخر على الاعتداد بالزمان والمكان اللذين صدر فيهما القبول من وجه إليه الإيجاب^(٣).

(١) ويذكر على سبيل المثال للقبول في هذه الحالة ما جرى عليه القضاء في مصر من أن السك إذا أرسل بيانا لعمله على حساب لديه وذكر أن عدم الاعتراض عليه يعد إقرارا له فسكت العميل، وكذا نفذ الوكيل لموكله حسانا إذا لم يعترض هذا عليه غير أن الأستاذ الخليل مصطفى الرزق لا يرى هذه الأمثلة من قبيل القبول في العقد إذ لا عقد هنا وإنما السكوت هنا اعتراف وإقرار بحق النظر مؤلفه محاضرات في القانون المدني السوري، معهد الدراسات العربية، ١٩٥٤، ص ٤٦

(٢) انظر المادة ٩٣ من القانون المدني المصري.

(٣) انظر المادة ١٨٤ من قانون الموحات اللبناني والمادة ٩٨ من القانون المدني السوري، وعليه ففي حالة التعاقد بطريق الهاتف يعتبر مكان الموجب هو مكان العقد في القانون المصري في حين يعتبر مكان القبول هو مكان العقد في القانون السوري، انظر في تفصيل ذلك الأستاذ مصطفى الرزق، المرجع السابق، سدرقه

ومما تجدر ملاحظته أن الإيجاب في الفقه الإسلامي غير ملزم ما لم يقترن به القبول^(١) بل إن المذاهب الإسلامية التي تأخذ بخيار المجلس كالشافعية والحنابلة، تعترف بحق كل من الموجب والقابل في الرجوع عن العقد حتى ينقضى مجلس العقد بتفرق العاقدين بأبدانها.

ويعتبر السكوت في الفقه الإسلامي قبولاً متى اقترنت به ملاسات تجعل دلالاته تنصرف إلى الرضاء، حيث إن القاعدة «لا ينسب لساكت قول» ولكن «السكوت في معرض الحاجة إلى بيان بيان»، كما تنعقد عقود المعاوضة بالتعاطى.

وتعتبر الكتابة بين الغائبين كالنطق بين الحاضرين حيث إن «الكتاب كالخطاب»، غير أن حكم الإيجاب والقبول في الفقه الإسلامي لا يبدأ من كتابة العبارة، بل عقب وصول الكتاب وقراءته، فعندئذ تأخذ العبارة مفعولها فيعتبر الموجب موجبا، والقابل قابلا، ويترتب على ذلك أنه لو مات أو جُنَّ الموجب أو رجع في إيجابه قبل وصول الكتاب، فلا يُعْتَد بقبول المرسل إليه، وهذا يعنى أن مجلس العقد في هذه الحالة إنما يبدأ منذ قراءة المرسل إليه للخطاب^(٢).

٥ تنفيذ العقود التجارية

يقتضى التعامل التجارى في الغالب أن تكون العقود التجارية مؤجلة التنفيذ فالتاجر يعتمد في تعامله على الائتمان الذى يتمثل في الأجل الذى يمنح له لتنفيذ التزامه فإذا اشترى تاجر بضاعة بقصد إعادة بيعها. فإنه لا يدفع ثمنها في الحال وإنما يطلب من البائع أن يعطيه أجلا معيناً يتمكن في خلاله من تصريف البضاعة وقبض ثمنها ويعتمد البائع على ما له من حق قبْلِ المشتري للوفاء بما عليه من ديون قبل

(١) وذلك باستثناء مذهب الامام مالك حيث يعتبر الإيجاب فيه ملزماً لصاحبه ولا يجوز له الرجوع عنه: فلو رجع عنه قبل صدور القبول ثم صدر القبول بعد الرجوع: فإن العقد يتم بالرغم من الرجوع عن الإيجاب انظر المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهورى «مصادر الحق في الفقه الإسلامى» بيروت ١٩٥٤، ج ٢، ص ١٨، والاستاذ محمد مصطفى شلى «المدخل في التعريف بالفقه الإسلامى» بيروت ١٩٦٩، ص ٤٣٠.

(٢) انظر الأستاذ مصطفى الزرقاء «الفقه الإسلامى في نوره الجديد - المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية» دمشق ١٩٥٦، ج ١، بند رقم ١٥٧، ١٦٠، ١٧٠.

الغير ، فإذا لم يقيم المشتري بالوفاء في الميعاد : فقد يترتب على ذلك عجز البائع بدوره عن سداد ديونه في الميعاد ، وهكذا قد يؤدي تقصير أحد المدينين إلى توقف سلسلة من التجار عن الوفاء عند حلول آجال ديونهم مما يؤدي إلى زعزعة الثقة واضطراب التعامل ، لذلك حرص القانون التجاري - بغية ضمان سرعة التنفيذ ودعم الائتمان التجاري - على وضع قواعد قاسية في حالة عدم تنفيذ العقود التجارية كما يتضح ذلك من القواعد التالية^(١) :

١ - افتراض التضامن

تقضى القواعد العامة بأن التضامن لا يتقرر في المسائل المدنية إلا بنص القانون أو باتفاق المتعاقدين ، ومعنى ذلك أن التضامن لا يفترض بين المدينين بدين مدني ، أما في المسائل التجارية فقد جرى العرف التجاري بخلاف ذلك ، أي بافتراض التضامن بين المدينين في حالة تعددهم ، وعليه فلا بد من الاتفاق الصريح أو النص القانوني لنفي التضامن .

وواضح أن الهدف من هذه القاعدة هو دعم الائتمان التجاري إذ أن التضامن سيمكن الدائن في المواد التجارية من أن يطالب بالدين كله من شاء من المدينين المتضامنين أو أن يطالبهم به مجتمعين ، ومن المعروف أن المدين المتضامن ليس من حقه أن يدفع في مواجهة الدائن بالتقسيم ولا بالتجريد ، وبذلك تنهياً للدائن أكبر فرصة ممكنة للحصول على دينه ، فإذا أفلس أو أعسر أحد المدينين استطاع أن يحصل على كل الدين من المدين الآخر .

ب - تحريم نظرة الميسرة أو المهلة القضائية

تُحيز القواعد العامة للقاضي أن يمنح المدين بدين مدني مهلة لتنفيذ التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم . أما المدين بدين تجاري فالقاعدة هي التشدد معه وعدم الرأفة به ، وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٦٣ من نظام الأوراق التجارية السعودي على أنه « لا يجوز منح مهلة للوفاء بقيمة الكمبيالة » .

(١) انظر في هذه القواعد مؤلفاه القادمين لتجارتي السعودي - عمادة شؤون المكتبات - جامعة الملك سعود ،

ولا خلاف في أن هذا الحكم ينطبق على جميع الأوراق التجارية وليس على الكمبيالة فقط، أما فيما وراء ذلك من الالتزامات التجارية، فالمادة ٥١٧ من نظام المحكمة التجارية تعترف للقاضي صراحة بحق منح المدين مهلة متى ثبت أنه «قد لحقه ضرر في أشغاله التجارية وأنه في الحقيقة بحالة المضايقة»، ومع ذلك يندر عملاً أن يمنح القاضي المدين بدين تجارى نظرة الميسرة، وذلك نظراً لأهمية الوفاء في الميعاد في سائر المعاملات التجارية.

ج - الإعذار

لا يشترط في إعذار المدين بدين تجارى، أى في وضعه موضع التأخر في تنفيذ التزامه، أن يتم إنذاره بواسطة ورقة رسمية على يد أحد رجال السلطة العامة، بل جرى العرف على أن يتم الإعذار في المواد التجارية بكافة الوسائل، وهو غالباً ما يتم بواسطة خطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول أو برقية أو توكس أو بمجرد حلول الأجل.

د - الإفلاس

الإفلاس نظام وضع لحث التجار على الوفاء بالتزاماتهم التجارية في المواعيد المحددة، وهو يؤدي إلى غل يد التاجر المقصر عن إدارة أمواله والتصرف فيها بل وإلى استئصاله من الحياة التجارية، ولكن يلاحظ أن الإفلاس لا يجوز الحكم به إلا إذا توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية لا المدنية، وقد خصص نظام المحكمة التجارية فصلاً بكامله لنظام الإفلاس وهو الفصل العاشر من الباب الأول (المواد ١٠٣ إلى ١٣٥).

هـ - مرور الزمن

تخضع الالتزامات الناشئة عن العقود التجارية لتقادم قصير في بعض الأحيان، كما هو الشأن في الالتزامات الناشئة عن عقد النقل البرى والبحرى (مادة ٢٧ من نظام المحكمة) والالتزامات الناشئة عن العقود المتعلقة بالتجارة البحرية

(المادة ٤٢٥ وما يليها) والالتزامات الناشئة عن الأوراق التجارية (المواد ٨٤، ٨٩، ١١٦ من نظام الأوراق التجارية) والالتزامات الناشئة عن الشركة (المادة ٢٢٣ من نظام الشركات).

٦ إثبات العقود التجارية

تُخضع معظم التشريعات الأجنبية في إثبات العقود المدنية لبعض القيود، كاشتراط الكتابة لإثبات التصرف القانوني متى تجاوزت قيمته مبلغ معين أو كان غير محدد القيمة أو متى كان ثابتاً بالكتابة.

أما العقود التجارية فتحرص نفس التشريعات على تأكيد مبدأ حرية الإثبات بالنسبة لها. ومن ثم فهي تميز إثبات العقد التجاري مهما بلغت قيمته بشهادة الشهود والقرائن والدفاتر التجارية والمراسلات وغير ذلك من وسائل الإثبات، كما أنها تميز إثبات عكس العقد التجاري المكتوب بغير الكتابة.

ويستند مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية بصفة عامة إلى ما تقتضيه التجارة من سرعة واثمان.

ومبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية الذي أقرته التشريعات الحديثة ليس إلا تطبيقاً لنظرية إثبات الدين التجاري التي جاءت بها الشريعة الإسلامية الغراء منذ حوالي أربعة عشر قرناً من الزمن^(١) إذ بعد أن فرضت الشريعة الإسلامية الكتابة كوسيلة لإثبات الدين المؤجل سواء كبرت قيمته أم صغرت لقوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه» وقوله «ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله» استثنت من هذا المبدأ العام الدين التجاري وأباحت إثباته بغير الكتابة عن طرق الإثبات، وذلك لقوله تعالى «إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها» (البقرة آية ٢٨٢).

ولكن مبدأ حرية الإثبات في العقود التجارية ليس مطلقاً، بل ترد عليه بعض الاستثناءات في معظم التشريعات: ومن أمثلة النصوص التي تشترط الكتابة في

(١) انظر المرحوم الدكتور عبد القادر عودة «التشريع الحائلي الإسلامي»، بيروت، ج ١، ص ٣٣، ٣٤.

النظام التجارى السعودى المادة ١٠ من نظام الشركات الخاصة بعقد الشركة والمادة ١٥٢ من نظام المحكمة التجارية الخاصة بعقد بيع السفينة والمادة ٣٠١ المتعلقة بالعقد البحرى .

وتعتبر الدفاتر التجارية والفواتير من أدلة الإثبات الخاصة بالمواد التجارية .

فأما الدفاتر التجارية فهى تحل بها لها من قوة فى الإثبات مشكلة الإثبات فيما بين التجار، إذ تجنبهم قيود الإثبات المدنية الثقيلة دون أن تلقى بهم فى فوضى حرية الإثبات المطلقة فى المواد التجارية^(١). غير أنه يلاحظ أن الدفاتر التجارية لم تخلق لتكون أداة إثبات، ومن ثم فإن الالتزام بمسكها لا يمكن أن يعتبر بمثابة الاستثناء من مبدأ حرية الإثبات فى المواد التجارية، إذ أنه التزام يفرضه تنظيم سير الحرفة التجارية شأنه فى ذلك شأن التزام التاجر بالقيود فى السجل التجارى والالتزام بأداب المهنة، وتختلف قوة الإثبات بالدفاتر التجارية بحسب ما إذا كان الشخص الذى يستند إليها هو التاجر صاحب الدفاتر أو الغير فخروجاً على القاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز لشخص أن يستند إلى دليل يصنعه لنفسه، يجوز للتاجر الاحتجاج بدفاتره على خصمه التاجر فى مجال العقود التجارية، كما يجوز له الاحتجاج بهذه الدفاتر على خصمه غير التاجر فيما يتعلق ببعض العقود كعقود التوريد التى لا تتجاوز قيمتها نصاباً «معيناً»، كذلك خروجاً على القاعدة التى تقضى بأن الشخص لا يجبر على تقديم دليل ضد نفسه، يجوز أن تكون دفاتر التاجر حجة ضده سواء كان خصمه تاجراً أو غير تاجر، لأنها تعتبر بمثابة الإقرار الكتابى الصادر منه .

غير أنه يلاحظ أن القضاء فى مختلف التشريعات غير ملزم بالالتجاء إلى الدفاتر التجارية ولو كانت منتظمة، كما أن الدليل المستخلص منها فى حالة اللجوء إليها لا يعتبر مطلقاً، بل يجوز لكل ذى مصلحة أن يثبت عكس الثابت بالدفاتر التجارية بكافة وسائل الإثبات بما فيها البيينة والقرائن، وهذا يؤكد أن الإثبات بالدفاتر التجارية لا يعتبر استثناء من مبدأ حرية الإثبات فى المواد التجارية^(٢).

(١) انظر الدكتور أكثم الحولى والموجز فى القانون التجارى، القاهرة ١٩٧٠، بند رقم ١٨٧ .

(٢) انظر ذلك مؤلفاً المشار إليه فيما سبق، بند رقم ٧٢، ٤٣، ٧٤ .

وقد عالج فقهاء الشريعة الإسلامية في مؤلفاتهم مسألة الإثبات بالدفاتر التجارية وخلصوا إلى نفس المبادئ السابقة، وفي ذلك يقول ابن عابدين وإن ما يوجد في دفاتر التجار في زماننا، إذا مات أحدهم وقد حرر بخطه في دفتره الذي يقرب من اليقين أنه لا يكتب فيه على سبيل التجربة والهزل، يعمل به، وأعرف جارٍ بينهم بذلك، فلوم يعمل به لزم ضياع أموال الناس، إذ غالب بياعتهم بلا شهود، أما فيما له على الناس فلا ينبغي القول به، فلو ادعى بهال على آخر مستند لدفتر نفسه لا يقبل لقوة التهمة»^(١).

كما جرى العمل في هيئة حسم المنازعات التجارية في المملكة على الاعتداد بدفاتر التجار في الإثبات، خاصة فيما يثبتونه فيها من حقوق عليهم للغير، وإن كانت الهيئة في بعض الأحيان تكمل الدليل المستخلص من الدفاتر باليمين^(٢).

أما الفواتير فلا تكون حجة ضد العميل إلا إذا قبلها، إلا أن القبول كما يكون صريحاً يجوز أن يكون ضمناً يستخلص من ظروف الحال، كما إذا احتفظ العميل بالفاتورة ولم يعترض عليها، أو كما إذا قام بدفع المبلغ المدون في الفاتورة فور وصولها، وهذه مسألة تقديرية متروكة للقاضي، لكن يلاحظ أنه ليس للفاتورة في ذاتها حجية في الإثبات ضد العميل، لأن التاجر لا يجوز له أن يصنع لنفسه دليلاً ضد خصمه، وإن كانت حجة ضد التاجر، ولذلك يكون للعميل الاستناد إليها في إثبات وجود العقد وشروطه والمبلغ المدفوع تحت الحساب وما إلى ذلك^(٣).

٧ الاختصاص القضائي بالعقود التجارية

اهتمت بعض الدول كفرنسا بإنشاء قضاء خاص بالمواد التجارية عرف باسم القضاء التجاري، ويشترك في هذا القضاء أعضاء من التجار تنتخبهم الغرفة التجارية، ولا شك في أن تمثيل التجار في القضاء التجاري قصد منه ربط هذا القضاء بالواقع العملي، فالتجار أدري من غيرهم بأعراف التجارة ومقتضياتها، وليس أدل

(١) انظر المراجع المشار إليها في مؤلفنا المشار إليه فيما سبق ١١٠.

(٢) انظر مثلاً قرار هيئة حسم المنازعات التجارية بالرياض في القضية رقم ٩٩/١١ في ١٨/٢/١٣٩٩ هـ.

(٣) انظر الدكتور على حسن بونس، المرجع السابق بند رقم ١٨.

على نجاح هذا النوع من القضاء في فرنسا من انتشاره في جميع أرجاء البلاد، وتقدر المحاكم التجارية حالياً بنحو مائتين وثلاثين محكمة^(١).

وقد أخذ نظام المحكمة التجارية في المملكة الصادر في ١٥ من المحرم عام ١٣٥٠هـ، ومن قبله نظام المجلس التجاري المعد عام ١٣٤٥هـ بنظام القضاء التجاري، وقد قامت بالفعل أول محكمة تجارية في جدة، ولكن هذه المحكمة لم يكتب لها البقاء طويلاً، حيث ألغيت بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٤٢ وتاريخ ١٣٧٤/١٠/٢٧هـ.

وقد مرت الهيئات واللجان التي عهد إليها بالاختصاص في المواد التجارية في المملكة منذ ذلك التاريخ بتطور قانوني سريع ومتلاحق أقل ما يقال عنه إنه يدل على التردد أكثر مما يدل على الاستقرار ووضوح الرؤية في هذا الخصوص، لذا فإننا نكتفي هنا بالقول بأن الاختصاص بنظر المواد التجارية تقاسمه اليوم بصفة أساسية في المملكة هيئات حسم المنازعات التجارية ولجان الأوراق التجارية في كل من الرياض وجدة والدمام. فتختص هيئات حسم المنازعات التجارية بجميع المنازعات الناشئة عن تطبيق نظام المحكمة التجارية ونظام الشركات ونظام العلامات الفارقة وذلك فضلاً عن المنازعات التجارية التي تحدث بين شركات الكهرباء والمستهلكين وقضايا الدخان والراديوهات والمسجلات وآلات الطرب وما أشبه ذلك مما تجد المحاكم الشرعية غضاضة في النظر فيها، وتختص لجان الأوراق التجارية بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق نظام الأوراق التجارية ونظام الوكالات التجارية ونظام المعايرة والمقاييس.

وهكذا يتضح أن الاختصاص بنظر العقود التجارية موزع اليوم في المملكة بين هيئات حسم المنازعات التجارية ولجان الأوراق التجارية كما أن العقود المختلطة قد تختص بها هيئات حسم المنازعات التجارية أو لجان الأوراق التجارية أو المحاكم الشرعية حسب طبيعة العقد بالنسبة للمدعى والمدعى عليه^(٢).

(١) انظر R. Rodière et R. HOUIN «Droit commercial» Paris, Dalloz, 1970, No.288

(٢) انظر في التفاصيل بحثنا «الاختصاص القضائي بنظر المنازعات التجارية في المملكة العربية السعودية» نشرة مركز البحوث، كلية العلوم الإدارية، العدد الخامس، السنة الأولى، رجب ١٣٩٩هـ، ص ٢٥ وما يليها.

ثالثاً: الاتجاهات الحديثة في العقود التجارية

٨ تميزت العقود التجارية خلال القرن العشرين بكونها المجال الرحب لتدخل الدولة، وباتخاذها شكل العقود النموذجية الموحدة وباتجاهها نحو التوحيد على المستوى الدولي.

٩ تدخل الدولة وتراجع مبدأ سلطان الإرادة

ساد خلال القرن التاسع عشر المذهب الفردي، فاعترف بحرية الأفراد التامة في إنشاء العقود التجارية وتحديد مضمونها وأسلوب تنفيذها، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وقد كانت الفلسفة السائدة آنذاك هي أن العقد هو الشكل القانوني المختار للحرية، أي الوسيلة التي يعبر بها الأفراد عن حريتهم، وأن نصوص العقد مقدسة لأنها تعبر عن توافق إرادتين متساويتين، كما أن هذه الإرادات يجب أن تكون حرة وأن على الدولة ألا تلجأ إلى القوة إلا لتنفيذ الالتزامات المتولدة عن عقود غير معيبة.

غير أن هذه الفلسفة لم تلبث أن انهارت بعد أن اتضح ما انطوت عليه من مظالم ومن إهدار للحرية. فعن طريق العقد الذي قامت عليه هذه الفلسفة والذي اعتبر الوسيلة القانونية المثلى لتعبير الأفراد عن حريتهم، وبفضله تم سحق الضعفاء بواسطة الأقوياء مما قاد إلى الحروب وإلى الأزمات الاقتصادية في العالم لذلك لم يعد هناك من يؤمن بأن العدالة الاجتماعية يمكن أن تتحقق عن طريق الاتفاقيات الحرة بين الأفراد، أو أن التنمية الاقتصادية للمجتمع يمكن أن تترك إلى المبادرات الفردية دون إشراف أو توجيه من الدولة^(١).

لذلك نشطت الدولة في التدخل وتوجيه النشاط الاقتصادي بما يتفق والمصلحة العامة، وظهر تدخلها واضحاً في مجال العقود التجارية باعتبارها أدوات هذا النشاط الاقتصادي ومن أهم وسائل تنظيمه، ومن مظاهر ذلك وضع قواعد قانونية أمره يلتزم أطراف العقد باحترامها وتحميها جزاءات جنائية متعددة، كما هو الحال في تحديد

(١) انظر روديير، المرجع السابق، ص ١٢٨.

أسعار السلع والخدمات وتحديد الأرباح التي يحصل عليها الوسطاء، وتقرير بطلان الشروط التعسفية وإخضاع تنفيذ العقود للعديد من الإجراءات الإدارية والتراخيص، ولعل هذا هو ما دفع ببعض الفقه إلى القول بخروج العقود التجارية من دائرة الحرية التعاقدية إلى نطاق التنظيم القانوني الملزم وتحولها إلى عقود موجهة تتم وفقا لنظام موضوع لا وفقا لمشيئة المتعاقدين^(١).

١ العقود النموذجية الموحدة

تتميز العقود التجارية في الوقت الحاضر باتخاذها شكل العقود النموذجية الموحدة المعدة مسبقا وتحتوى هذه النماذج عادة على الشروط العامة للعقد كما تبين حقوق والتزامات الطرفين، ومن أمثلة هذه العقود عقود النقل وعقود التأمين وعقود البنوك وعقود توريد بعض الخدمات كالمياه والغاز والكهرباء.

وتشير هذه العقود فكرة الإذعان حيث تتفاوت المراكز الاقتصادية لطرفي العقد فيقف أحدهما موقف القوى المستغنى، بينما يقف الآخر موقف الضعيف المحتاج، فيملئ الأول شروطه ويحدد التزاماته في العقود النموذجية، ولا يملك الثاني سوى الإذعان وقبول الشروط المقررة دون مناقشة لذلك كثيرا ما يتدخل المشرع والقضاء لحماية الطرف الضعيف في العقد من الشروط التعسفية المفروضة عليه.

ويفسر البعض فكرة العقود النموذجية بانتشار ظاهرة التركز والاحتكار في النشاط التجارى وما أدت إليه من خلق منشآت تجارية ضخمة^(٢) كما يلاحظ أن الطابع الإذعانى أقل خطرا في النطاق التجارى البحت - أى فى التعامل بين التجار - منه فى النطاق المدنى، ذلك أن الطرف الذى يبدو فى العادة «مذعنا»، كثيرا ما لا يقل قوة عن الطرف الآخر، حيث إن التجار ذوى المصالح المشتركة تضمهم عادة هيئات قوية منظمة تدافع عن مصالحهم بحيث يخرج الأمر من أن يكون علاقة طرف قوى بطرف مذعن ليكون صراعا بين قوى منظمة متكافئة تقريبا، فيكون العقد النموذجى الموحد تعبيرا عن اتفاق هذه القوى على حلول وسطى لا عن انتصار أحدهما على

(١) انظر الدكتور مصطفى طه «القانون التجارى»، بند رقم ٣٨٠.

(٢) انظر الدكتور أكثم الخولى «الوسيط...»، ج ٤، ص ٨.

الأخر وتبقى لهذا النوع من العقود ميزة الوضوح والتحديد وحسم المنازعات، لذلك نظر الفقيه الفرنسي ريبير إلى هذه العقود الموحدة الجامدة على اعتبار أنها تمثل مرحلة من التطور أعلى وأرفع من تلك التي يمثلها العقد التقليدي الذي يقوم على المناقشة والمساومة بين الطرفين^(١).

١١ النزعة نحو التدويل

تقتضى الصفة الدولية للتجارة توحيد الأنظمة التجارية في مختلف الدول بوجه عام. إلا أنه لما كانت العقود التجارية هي أدوات ووسائل تحقيق التبادل التجاري بين الدول. فقد مست الحاجة إلى توحيد أحكامها على المستوى الدولي بوجه خاص. وذلك رغبة في القضاء على حالات تنازع القوانين في أمور يجب أن يعرف أطرافها مقدما وعلى وجه الدقة الالتزامات التي يتحملونها والحقوق التي يتمتعون بها في حالة وقوع أى خلاف أو تقصير، وقد ساعدت طبيعة العقود التجارية على هذا التوحيد، فحاجات التجار ومقتضيات التعامل التجاري واحدة وهي تخضع في معظم التشريعات الوطنية لقواعد متشابهة. الأمر الذي يسر تدويل هذه القواعد.

إن مجتمع التجار في طريقه الآن نحو استعادة صفته الدولية التي فقدتها في العصور الحديثة بفضل العرف التجاري الذي لا يعرف الحدود بين الدول وبفضل الاتفاقات الدولية والتطبيقات المهنية^(٢).

ولقد عملت الدول فعلا على توحيد أحكام المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي عن طريق المعاهدات الدولية، كما هو الشأن في النقل البحري والجوى والبري، وفي الأوراق التجارية.

كما عمد التجار أنفسهم عن طريق منظماتهم المهنية كالجمعيات وال نقابات والغرف التجارية إلى توحيد أحكام بعض العقود التجارية عن طريق إصدار عقود

(١) انظر جورج ريبير، القاعدة الخلفية في الاتفاقيات، سد رقم ٥٨ مترابيه في مؤلف الدكتور أكتيه الخولي، المرجع السابق، ص ٩.

(٢) انظر رودبير، المرجع السابق، سد رقم ١٣٣.

نموذجية دولية يلتزمون بها في معاملاتهم، كما هو الشأن في عقود الاستيراد والتصدير والبيع الدولي، وفي أحكام الاعتماد المستندي^(١).

١٢ خطة الدراسة

بعد أن فرغنا من هذه المقدمة العامة، نتناول بالدراسة في هذا القسم العقود التجارية التي تكلم عنها نظام المحكمة التجارية في المملكة بالإضافة إلى عقد البيع التجاري وذلك نظرا لما له من أهمية خاصة في المعاملات التجارية، ومن ثم نقسم دراستنا إلى أربعة أبواب على النحو التالي:

الباب الأول: عقد البيع التجاري

الباب الثاني: عقد السمسرة

الباب الثالث: عقد الوكالة التجارية

الباب الرابع: عقد النقل

(١) انظر الدكتورة سميحة القليوبي والموجز في القانون التجاري، القاهرة ١٩٧٨، بند رقم ٩، وانظر رودبير، المرجع السابق، بند رقم ١٣٣ - ١٣٥.

البيع التجاري

- ١ القواعد العامة في البيع التجاري
- ٢ القواعد الخاصة ببعض البيوع التجارية

١٣ البيع التجارى هو أكبر العقود التجارية أهمية وأكثرها وقوعاً في العمل ، ورغم ذلك فإن نظام المحكمة التجارية لم يذكره من بين العقود التجارية التي تكلم عنها ولم يتناوله بالتنظيم .

والواقع أن موقف نظام المحكمة التجارية في هذا الصدد يتفق تماماً مع موقف التقنين التجارى الفرنسى والتقنينات التجارية الأخرى التي أخذت عنه ، حيث إن التقنين الفرنسى لم يتحدث عن عقد البيع التجارى إلا في المادة ١٠٩ منه الخاصة بالإثبات ، كما أن التقنينات التجارية الأخرى لم تفرد البيع التجارى بتنظيم مستقل في صلب موادها ، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى اكتفاء المشرع في هذه الدول بالتنظيم القانونى لعقد البيع الوارد في التقنين المدنى .

ولما كانت أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية تعتبر في المملكة بمثابة القانون المدنى ، فإن هذه الأحكام هي التي تسرى على البيع التجارى كما تسرى على هذا البيع أيضاً قواعد العرف التجارى والعادات التجارية ، وتظهر أهمية العرف التجارى والعادات التجارية بصفة خاصة بالنسبة لما ابتدعته الحياة التجارية من صور خاصة للبيوع التجارية .

وسوف تقتصر دراستنا على البيوع التجارية التي ترد على المنقولات المادية دون المنقولات المعنوية كالأوراق المالية ، والمحال التجارية ، وحقوق الملكية الصناعية التي تدخل دراستها ضمن مواد القانون التجارى الأخرى ، كما أن بيع العقارات

يعتبر - كما هو معروف - من الأعمال المدنية التي لا يمتد إليها حكم القانون التجاري.

وسنقسم هذا الباب إلى فصلين نيين في الأول القواعد العامة للبيع التجاري، ونعرض في الثاني بعض الصور الخاصة للبيع التجارية.

القواعد العامة للبيع التجاري

■ التزامات البائع ■ القواعد الخاصة ببيع البضائع التجارية

١٤ يخضع البيع التجاري من حيث تكوينه وأثاره للقواعد العامة التي تسرى على العقود المدنية، أى لأحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية بالنسبة للمملكة ولقواعد القانون المدني بالنسبة للدول الأخرى، كما يخضع البيع أيضاً لقواعد العرف التجاري والعادات التجارية، ونكتفى فيما يتعلق بالقواعد العامة - بالإحالة إلى مؤلفات فقهاء الشريعة الإسلامية في المعاملات وشرّاح القانون المدني، ونقتصر هنا على بيان القواعد الخاصة التي استقر عليها العرف التجاري أو العادات التجارية فيما يتعلق بالتزامات كل من البائع والمشتري.

المبحث الأول التزامات البائع

● الالتزام بالتسليم ● الالتزام بالضمان

١٥ تنحصر التزامات البائع في الالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان، وسنخصص لكل التزام فرعاً مستقلاً^(١).

(١) انظر في التزام البائع بنقل الملكية في الشريعة والقانون، الأستاذ مصطفى الزرقاء، وعقد البيع والمقايضة، دمشق ١٩٦٥، بند رقم ٨٥ وما يليه، الدكتور عباس الصراف، وشرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، الكويت ١٩٧٥، بند رقم ٥٠٠ وما يليه.

الفرع الأول الالتزام بالتسليم

١٦ مضمون الالتزام بالتسليم

لا يكاد يختلف مضمون هذا الالتزام في الشريعة الإسلامية عنه في القانون المدني، حيث يكون التسليم بوضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولولم يستول عليه استيلاء ماديا ما دام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع^(١).

والمعروف أن التسليم في الفقه الإسلامي قد يكون حقيقيا وقد يكون حكما، والتسليم الحقيقي في المقولات يكون بالإعطاء والأخذ كل بحسب ما يليق به. فتسليم الكيلات والموزونات بشرط الكيل والوزن أن تكال وتوزن، وتسليم المذروعات والعديدات المبيعة بشرط الذرع والعد يكون بذرعها وعدّها وتسليم عروض التجارة بالمناولة يدا بيد. أو بوضعها عند المشتري بقصد التسليم مع علمه بذلك، وتسليم ما في الصندوق أو المخزن أو نحوهما يكون بإعطاء المفتاح للمشتري وإذنه بالقبض، أما التسليم الحكمي فيكون بالتخلية بين المشتري والمبيع، أي بإزالة الموانع التي تحول دون الأخذ مع الإذن به^(٢).

والغالب أن يكون التسليم في البيع التجاري رمزيا وذلك بأن ينقل البائع إلى المشتري صكاً يمثل البضاعة المبيعة كإيصال المخزن العام Récépissé الذي أودعت به البضائع، أو سند الشحن البحري Connaissance أو تذكرة النقل في حالة النقل

(١) انظر المادة ٤٣٥ من القانون المدني المصري، المادة ٤٠٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(٢) انظر الأستاذ أحمد أبو الفتح «كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية» القاهرة ١٩١٣، ج ٢ ص ٣١٥، ويرى الأستاذ السيد سابق أن التسليم في المقولات في الفقه الإسلامي يتم على النحو التالي: ١ - باستيفاء القدر كيلا أو وزنا إن كان مقدرا. ٢ - بنقله من مكانه إن كان جزافا. ٣ - يرجع إلى العرف فيما عدا ذلك انظر مؤلفه «فقه السنة» بيروت ١٩٧١، ج ٣ ص ٦٨ وقارن وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، الناشر دار الفكر، ج ٢ ص ١٠٨ وما يليها.

البرى، ويعتبر التسليم تاما في هذه الصور لأن هذه الصكوك تمثل البضاعة وتحوّل لحاملها الشرعى حق تسلمها^(١).

ويلتزم البائع بتسليم المبيع من النوع والصفة وبالمقدار المتفق عليه على أن العرف التجارى قد جرى على التسامح في نسبة ضئيلة من وزن البضاعة بسبب النقل أو الجفاف أو غير ذلك، وإذا تضمن اتفاق الطرفين بيع «حوالى Environ» كمية معينة، فيرجع إلى العرف التجارى لتحديد دلالة هذا التعبير، أما إذا كان البيع واقعا على كميات كبيرة من البضاعة فيحق للبائع أن يسلم كمية ما زيادة أو نقصا ويكون المشتري ملزما بقبولها^(٢).

١٧ زمان ومكان التسليم

كما يلتزم البائع بتسليم المبيع في المكان المتفق عليه ولا يبرأ البائع بتسليمه في غير هذا المكان بدون رضا المشتري، ويندر في الواقع أن يخلو اتفاق الطرفين من تحديد مكان التسليم، إذ الغالب أن يختار الطرفان محطة الشحن أو محطة الوصول أو محل المشتري كمكان للتسليم غير أنه إذا لم يتفق المتعاقدان على مكان التسليم، فيتحدد هذا المكان في الفقه الإسلامى وفي بعض التشريعات العربية بمكان وجود المبيع وقت إنشاء العقد^(٣).

ومجب أن يتم التسليم في الميعاد المحدد في العقد، فإذا أغفل الطرفان تحديد ميعاد التسليم وجب أن يتم التسليم في الأصل عند إتمام البيع ولكن مع مراعاة المهل التى يحددها العرف.

فإذا اتفق الطرفان على أن يتم إرسال البضاعة وبأسرع ما يمكن، أو في أقرب وقت ممكن، فإن التسليم يجب أن يحدث بعد انقضاء المدة اللازمة لإنتاج السلعة إذا كانت لم تصنع بعد، ولنقلها طبقا لمقتضيات حركة النقل البرى أو البحرى، وعلى

(١) انظر الدكتور أكرم الخولى والوسيط...، بند رقم ١٣.

(٢) اسكارا ورو وهيبه والعقود التجارية، ج ١، بند رقم ٢٣٠.

(٣) انظر الأستاذ أحمد أبو الفتح، المرجع السابق، ص ٣١٨، وطرفى القانون نسبي، إدوارد عبد، المرجع السابق، بند رقم ٢٨، وقارن في القانون المصرى، الدكتور عمير يوسف، المرجع السابق، بند رقم ٢٤.

ذلك لا يكون للمشتري - في حدود هذه المدة - أن يشكو من التأخير مهما كان طويلاً أو يجب عليه - إذا شاء الفسخ - أن يثبت خطأ البائع ، أى إخلاله بالتزامه بالإرسال بأسرع ما يمكن .

وإذا اتفق على وجوب تسليم المبيع في مدة معينة «إذا أمكن Si Possible» فيعنى ذلك في عرف التجار منح البائع عند الاقتضاء مدة إضافية معقولة لإجراء التسليم ، غير أن ذلك لا يمكن أن يبرر مطلقاً تأخيراً يتجاوز ثلث المدة الممنوحة للبائع^(١) .

أما إذا اتفق الطرفان على أن يتم التسليم متى شاء المشتري ، فلا يجوز لهذا الأخير تحديد أجل التسليم بصورة تحكيمية غير معقولة ، ويجب أن يحدد موعد التسليم في هذه الحالة طبقاً للعرف مع مراعاة ماهية المبيع .

ويلاحظ أنه ليس للبائع في الفقه الإسلامي أن يشترط تأجيل تسليم المبيع المستحق تسليمه سواء كانت مدة الأجل معلومة أو مجهولة ، طويلة أو قصيرة لأن هذا الشرط فاسد وهو إذا اقترن بالبيع يفسده . ولكن يجوز للمشتري أن يطلب تأجيل تسليمه المبيع بشرط أن يكون الأجل معلوماً ، لأن القبض من حقه وقد تنازل عنه ، فإن كان الأجل مجهولاً فسد البيع لجهالة الأجل لا لاشتراط التأجيل^(٢) .

١٨ جزاء الإخلال بالتزام التسليم

إذا أحل البائع بالتزامه بالتسليم كان للمشتري ، وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني ، حق الخيار بين طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى والغالب أن يتوقف اختيار المشتري في هذا الصدد على حالة الأسعار في السوق ، فإذا امتنع البائع عن تسليم البضاعة بعد ارتفاع أسعارها في

(١) انظر في التطبيقات القضائية لميعاد التسليم الدكتور أكثم الخولي «الوسيط» . . . بند رقم ١٥ .

(٢) نظر الأستاذ أحمد أنوالفتح ، المرجع السابق ، ص ٣١٨ ، ٣١٩ . ولكن يلاحظ أن المشتري ملتزم بتسلم المبيع ومن ثم يجب أن يكون التأجيل في حدود ما تقتضيه العادة ، وذلك حتى لا يتحد المشتري من محل البائع مستودعاً مجانياً له . انظر في ذلك رودير . المرجع السابق ، بند رقم ١٥٧ .

السوق فإن مصلحة المشتري تكون في طلب التنفيذ العيني ، أما إذا حدث العكس أى انخفضت أسعار البضاعة في السوق، فإن مصلحة المشتري تكون في طلب الفسخ .

هذا وينفرد البيع التجارى ببعض القواعد الخاصة في حالة إخلال البائع بالتزامه بالتسليم وهذه القواعد هي وليدة العرف التجارى المستقر وهي قواعد مسلم بها في معظم الدول، وتهدف هذه القواعد من ناحية إلى التوسيع على المشتري وذلك بالاعتراف له بما يعرف بحق الاستبدال إذا أراد التنفيذ العيني ، ومن ناحية أخرى إلى التضييق عليه في استعماله لحق الفسخ وذلك بإلزامه بالإبقاء على البيع والاكتفاء بانقاص الثمن في كثير من الأحيان .

حق الاستبدال Faculte de replacement

استقر العرف على الاعتراف للمشتري، في حالة عدم قيام البائع بالتسليم، بالحق في شراء بضاعة مماثلة - من حيث النوع والكمية - لما اتفق عليه من السوق بالأسعار السائدة في هذه السوق وقت الشراء، ويلتزم البائع بتعويض المشتري عن فروق الأسعار إذا اضطر إلى الشراء بثمان أعلى من الثمن الأصلي، ويشترط لاستعمال حق الاستبدال أن يقوم المشتري مقدما بإعذار البائع بالتسليم وذلك حتى يكون إخلال البائع بالتزامه نهائيا ومحققا، إنما لا يشترط لاستعمال حق الاستبدال الحصول على إذن سابق بالشراء من القضاء، ويجب طبقا لما استقر عليه القضاء الفرنسى أن يتم الشراء بسعر معقول وفي مهلة قصيرة بعد الإنذار وذلك حتى لا يترتب على تراخي المشتري في استعمال هذا الحق إلحاق الضرر بالبائع إذا ارتفعت الأسعار في المستقبل، ويلاحظ أنه إذا تم الشراء بثمان أقل من الثمن الأصلي المتفق عليه فإن المشتري يكتسب الفرق على سبيل العطل والضرر^(١).

إنقاص الثمن Refaction

استقر العرف على أنه إذا تلقى المشتري بضاعة مختلفة من حيث الصنف أو

(١) انظر اسكازا ورووهياره العقود التجارية - ج ١، سدرقه ٢٥٦، الدكتور إدوارد عبد، مرجع السابق، ص ٩٦.

الكمية عن البضاعة المتفق عليها، فلا يكون له المطالبة بفسخ العقد وإنما يقتصر حقه في هذه الحالة على إنقاص الثمن.

ويبرر هذا العرف الرغبة في تفادي النتائج التي تترتب على الفسخ كإعادة نقل البضاعة إلى البائع مما قد يعرضها للخطر واضطراب سلسلة الروابط القانونية التي تمتد من المشتري إلى من اشترى منه البضائع، كما يبرره كذلك كون المشتري تاجرا إذ يستطيع دائما تصريف البضاعة وإن كانت تختلف عن تلك التي تعاقد عليها^(١).

ويشترط القضاء لاستبعاد الفسخ والاكتفاء بإنقاص الثمن شرطين:

١ - أن يكون التفاوت من حيث الكمية أو الصنف قليل الأهمية بحيث لا يجعل البضاعة غير صالحة للاستعمال الذي أعدت له، وعلى العكس من ذلك لا يكون للمشتري الاعتراض على تنفيذ العقد إذا كانت البضاعة المسلمة تفوق في صنفها البضاعة المتفق عليها، كما أنه لا يكون للبائع في هذه الحالة - وفقا لما استقر عليه القضاء في فرنسا - مطالبة المشتري بدفع الفرق في السعر، حيث إن المشتري لم يخطئ، مطلقا كما أنه يضار من إلزامه بدفع ثمن أعلى من الثمن المتفق عليه^(٢).

٢ - ألا يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري على استبعاد هذا الجزء صراحة أو ضمنا، فإذا نص في العقد على أن أي إخلال بالتزام البائع بالتسليم يؤدي إلى الفسخ وحده فإن إنقاص الثمن يستبعده. كذلك يجوز أن يكون الاتفاق على الاستبعاد «ضمنيا» يستفاد من طبيعة العقد. وتطبيقا لذلك قرر القضاء أن البيع بالعينة يفيد انصراف إرادة الأطراف الضمنية إلى استبعاد أي اختلاف في الصنف بين البضاعة المسلمة والعينة^(٣).

١٩ ارتباط تبعة الهلاك بالتسليم

تتفق التقنيات المدنية مع الشريعة الإسلامية في ربط تبعة هلاك المبيع

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٣٩١، والدكتور أكثم الخولي والوسيط... بند رقم ١٨.

(٢) انظر في نقد هذا القضاء الدكتور أكثم الخولي والوسيط... بند رقم ١٨.

(٣) انظر الدكتور علي بونس، المرجع السابق، بند رقم ٢٨، جيغلار، وابوليتو والقانون التجاري، ج ٤، بند رقم ١٨٨١.

بالسليم لا بانتقال الملكية، وهو ما يعنى أن البائع يتحمل تبعه الهلاك حتى بعد انتقال ملكية المبيع إلى المشتري طالما أنه لم يتم تسليمه^(١) ويستوى في الفقه الإسلامى أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم بأفة مساوية أو بفعل أجنبى، وفي الحالة الأولى يضمن البائع الثمن للمشتري، وفي الحالة الثانية يكون المشتري بالخيار بين إمضاء العقد والرجوع على الأجنبى بقيمة المبيع يوم هلاكه، وبين أن يفسخ العقد ويسترد الثمن.

الفرع الثانى الالتزام بالضمان

٢٠ يلتزم البائع بضمان الاستحقاق في الشريعة الإسلامية وفي القوانين المدنية، فمن المقرر شرعا أن البائع ضامن للمبيع بثمنه عند الاستحقاق ولو لم يشترط الضمان في العقد، بل ويفسد البيع إذا اقترن بشرط عدم ضمان البائع ثمن المبيع عند استحقاقه ولا يكاد يشور في الواقع ضمان الاستحقاق في البيوع التجارية، نظرا لأن هذه البيوع ترد في الغالب على منقولات مادية تطبق بشأنها قاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية».

كما يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية، غير أن لشرط الحفاء الموجب للضمان معنى في الفقه الإسلامى يختلف عن معناه في القانون المدنى، حيث تعتبر عيوباً «خفية في الفقه الإسلامى جميع العيوب التى لا يعلم بها المشتري قبل قبض المبيع

(١) ومع ذلك تنص المادة ٩٦ من التقنين التجارى المصرى على أن «الصانع الذى تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها في الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك وقد ذهب البعض إلى القول استنادا إلى هذا النص بأن المشرع المصرى قد ربط تبعه الهلاك في البيوع التجارية بنقل الملكية لا بالتسليم، وهو ما يعنى أن المالك هو الذى يتحمل تبعه الهلاك ولو تم هذا الهلاك قبل التسليم، غير أن هذا الرأى لا يملك التسليم به ويكفى للتدليل على عدم صحته أن نذكر أن الصاعدة إذا كانت موجودة في مخزن البائع وكانت معينة أو مفرزة فإنها تكون ملكا للمشتري ومع ذلك فإن البائع هو الذى يتحمل تبعه الهلاك تطبيقا للقواعد العامة ويمكن تفسير هذا النص على أنه يفيد قرينة بسيطة على أن الطرفين يعتبران تسليم البضاعة للناقل بمثابة تسليمها إلى المشتري، ومن ثم يكون الهلاك عليه لأنه تم بعد التسليم.

سواء كانت خافية بالفعل أو ظاهرة ولكنه لم يرها،^(١) في حين أن العيب لا يعتبر في فقه القانون المدني خفياً بحيث يضمنه البائع إلا إذا لم يكن وقت تسلم المشتري للمبيع ظاهراً ولا يمكن للمشتري تبينه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، وهذا معناه أن العيب من الخفاء بحيث لا يمكن أن يتبينه إلا خبير متخصص^(٢).

كذلك يختلف الأثر الذي يترتب على وجود العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية عنه في القانون المدني، حيث إنه متى ثبت وجود العيب الخفي كان للمشتري - وفقاً للقواعد المدنية العامة - الخيار بين طلب الفسخ أو إنقاص الثمن، كما يجري العرف التجاري على استبعاد الفسخ والاكتفاء بإنقاص الثمن كما هو الحال عند إخلال البائع بالتزامه بالتسليم.

والأصل أن يترتب على وجود العيب الخفي في الفقه الإسلامي أن يكون للمشتري الخيار بين فسخ العقد ورد المبيع، وبين أخذ المبيع بكل الثمن ولا يجوز للمشتري الرجوع على البائع بنقصان الثمن إلا إذا تعذر رد المبيع^(٣).

وجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تعديل أحكام الضمان في البيع بالزيادة أو النقصان أو الإسقاط^(٤)، ويندر في الواقع استبعاد الضمان في البيع التجاري بل الغالب أن يتفق الطرفان على تنظيم آثار الضمان أو على تقويته وتدعيمه، كالاتفاق على التزام البائع في بعض البيوع كبيع الأجهزة والآلات الدقيقة بضمان حسن أداء الشيء المبيع للفرض منه خلال مدة معينة Obligation de bon fonctionnement وحينئذ يلتزم البائع بالإصلاح أو بتغيير القطع إذا أصيب المبيع بعطب خلال المدة المتفق عليها.

(١) نظر الأستاذ أحمد أبو الفتح، المرجع السابق، ص ٣٣٩.

(٢) نظر المحرم الدكتور عبدالرزاق السنهوري والوسيط في شرح القانون المدني، القاهرة، ١٩٦٠، الجزء الرابع، بند رقم ٣٦٧.

(٣) نظر المحلى، لاس حرم، الجزء التاسع، بند رقم ١٥٧٠، ١٥٧٢، وقارن المغني، لاس قدامة، الجزء الرابع، ص ١٦٢، ١٦٣.

(٤) نظري القانون المدني، المحرم الدكتور عبدالرزاق السنهوري والوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، بند رقم ٣٧٨ وما يليه، وانظر في الفقه الإسلامي، وخاصة فيما يتعلق باشتراك البائع الرأفة من العيوب، وكتابات الفقه على المذاهب الأربعة، لعبد الرحمن الجزيري، المجلد الثاني، الجزء الثاني، ص ١٩٦-١٩٨، كتاب المغني والشرح الكبير - بيروت ١٩٧٢، الجزء الرابع، ص ٢٥٨.

المبحث الثانى التزامات المشتري

٢١ الالتزام بدفع الثمن

يلتزم المشتري بدفع الثمن في الميعاد المتفق عليه، حيث يجوز أن يكون الثمن معجلاً أو مؤجلاً ولكن العادات التجارية تكاد تستقر اليوم على أن يكون الثمن مؤجلاً في معظم البيوع التجارية حتى يتاح للمشتري إمكانية التحقق من البضاعة ومطابقتها للمواصفات المتفق عليها^(١).

ومتى كان الثمن مؤجلاً فإنه يجوز للمشتري أن يوفى قبل حلول الأجل لأن الأجل يفترض فيه أنه لمصلحة المشتري، وقد استقر العرف التجارى على خصم نسبة صغيرة من الثمن في حالة تعجيل المشتري للوفاء والعرف هو الذى يحدد النسبة المثوية لهذا الخصم Remise .

ويدفع المشتري الثمن في الغالب بالعملة المحلية، إنها يجوز الاتفاق في البيوع الدولية على أن يكون الدفع بعملة أجنبية .

ويكون للبائع الذى لم يستوف الثمن المستحق الأداء حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن . فإذا امتنع المشتري رغم ذلك عن دفع الثمن، لم يفسخ البيع في الفقه الإسلامى بخلاف القانون، وإنها يباع من متاعه، جبراً عنه، ما يقضى بالثمن المطلوب منه^(٢).

أما إذا مات المشتري مفلساً بعد قبض المبيع وقبل دفع الثمن، فالبائع أسوة الغرماء، ولو وجد متاعه باقياً بعينه فلا يكون أحق به من أرباب الحقوق على المشتري عند أبي حنيفة، أما عند الشافعى والأوزاعى وأهل الظاهر فللبائع حق

(١) انظر الدكتور على يوس، المرجع السابق، بند رقم ٣٠.

(٢) انظر في الإفلاس الدكتور على يوس والدكتور محمد سلام مذكور، الإفلاس، القاهرة.

استرداد سلعته بشرط أن يجدها بعينها كاملة، وهذا هو المعمول به عند الإمام أحمد حيث يكون للبائع الذي وجد متاعه بعينه عند المفلس الخيار إن شاء رجع في السلعة وإن شاء لم يرجع وكان أسوة الغرماء^(١).

أما إذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع ودفع الثمن، فالبائع أحق بحبسه إلى أن يستوفي الثمن من تركة المشتري أو ببيعة القاضى ويؤدى للبائع حقه من ثمنه، فإن زاد الثمن عن حق البائع، دفع لباقي الغرماء وإن نقص ولم يوف حق البائع بتماه كان أسوة الغرماء فيما بقي له.

وهكذا يتضح أنه قبل التسليم يكون للبائع في الفقه الاسلامى حق حبس المبيع، كما يكون له حق امتياز بالثمن الذى له في ذمة المشتري ولكن لا يجوز له فسخ البيع لعدم استيفاء الثمن.

ويعترف القانون المدنى للبائع بضمانات مماثلة حيث يقرر للبائع حق حبس المبيع قبل التسليم وحق امتياز عليه بعد التسليم بالإضافة إلى حق الفسخ، غير أن هذه الضمانات تفقد قيمتها في حالة إفلاس المشتري.

٢٢ الالتزام بتسليم المبيع

يلتزم المشتري بتسليم المبيع في الزمان والمكان المتفق عليهما، فإذا لم يتفق الطرفان على زمان ومكان تسليم المبيع، فإن وقت تسلّم المبيع يكون عقب أداء الثمن

(١) انظره المغنى والشرح الكبير الجزء الرابع، ص ٤٥٦، وما يليها، ص ٦٦٥ وما يليها ويعلل الإمام أبو حنيفة رأيه بأنه كان للبائع حق الإمساك لقبض الثمن، فلما سلمه أسقط حقه من الإمساك فلم يكن له أن يرجع في ذلك بالإفلاس كالمترين إذا سلم الرهن إلى الراهن ولأنه ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق فيساويهم في الاستحقاق كسائرهم. أما الإمام أحمد فيعلل رأيه بالاستناد إلى الحديث من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به. وعند أحمد لو أن حاكمها حكم أن البائع أسوة الغرماء، ثم دفع إلى رجل يرى العمل بالحديث جاز له نقض حكمه، ولأن هذا العقد يلحقه الفسخ بالإقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض كالمسلم فيه إذا تعذر، ولأنه إذا اشترط في البيع رهناً فعجز عن تسليمه استحق الفسخ وهو وثيقة بالثمن فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى، ويفارق البيع الرهن فإن إمساك الرهن إمساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس يبدل الثمن هنا بدل عن العين فإذا تعذر استيفاؤه رجع إلى المبدل، وقولهم تساووا في سبب الاستحقاق قلنا لكن اختلفوا في الشرط فإن بقاء العين شرط للملك الفسخ وهي موجودة في حق من وجد قناعة دون من لم يجده، نفس المرجع ص ٤٥٧، ٤٦٥.

الحال، فإن كان الثمن مؤجلا أو مقسطا فعقب العقد، أو دفع ما اشترط تعجيله من الأقساط، أما مكان تسليم المبيع فيتحدد بمكان وجود المبيع وقت العقد، فإن كان المشتري لا يعلم بمكانه فله الخيار في الفقه الإسلامي بين أخذه وبين فسخ العقد، وإن كان يعلم به فلا خيار له^(١).

وقد جرى العرف التجاري على أنه في حالة عدم قيام المشتري بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع في الميعاد المتفق عليه، يكون للبائع الحق في اعتبار البيع مفسوخا بقوة القانون دون حاجة إلى إعدار المشتري وفي إعادة بيع البضاعة مع مطالبة المشتري الأصلي بتعويض الضرر الذي أصابه من جراء امتناعه عن تسليم المبيع وبصفة خاصة بالفرق بين الثمن الأصلي والثمن الذي بيعت به البضاعة^(٢).

غير أن عدم قيام المشتري بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع لا يترتب عليه في الفقه الإسلامي ثبوت حق للبائع في فسخ العقد. حيث إن الأصل في الفقه الإسلامي انعدام الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، فإذا لم يقم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه لم يستطع العاقد الآخر أن يفسخ العقد ليتحلل هو أيضا من التزامه المقابل، بل يبقى العقد ملزما، وكل ما يستطيع الدائن عمله هو أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه استنادا إلى العقد المبرم بينهما^(٣).

٢٣ الالتزامات الاتفاقية

إلى جانب الالتزام بدفع الثمن والالتزام بتسليم المبيع قد يتفق الطرفان على تقرير التزامات أخرى على عاتق المشتري ويعتبر شرط البيع بثمن مفروض وشرط القصر من أهم الاتفاقات التي جرى عليها العمل بين التجار.

(١) انظر المواد ٢٨٥، ٢٨٦ من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) انظر الدكتور على بونس، المرجع السابق، بند رقم ٣١، وقارن المادة ١٦٥٧ من التنفيذ المدني الفرنسي والمادة ٤٦١ من التقنين المدني المصري.

(٣) انظر في نظرية الفسخ في الفقه الإسلامي، المرجح الدكتور عبدالرزاق السهري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، بيروت، الجزء السادس، ص ١٩٢ وما يليها. الأستاذ مصطفى الزرقاء، الفقه الإسلامي في نوبه الجديد، بند رقم ١٩٢.

والبيع بثمن مفروض. *Vente à prix imposé* درج منتجوبعض السلع على الاشتراط على التجار الذين يتعاملون معهم عدم بيع السلعة بأقل من ثمن معين . ويلجأ إلى هذا الشرط عادة منتجوبعض السلع كالسيارات وأجهزة الراديو والتلفزيون والساعات والأدوية . والهدف من هذا الشرط هو منع المنافسة بين التجار الذين يتجرون في نفس الصنف، أو الحرص على سمعة منتجاتهم في السوق وعدم النزول بقيمتها في نظر المستهلكين . وقد استقر القضاء المقارن على صحة هذا الاتفاق بشرط أن تكون السلعة ذات طبيعة خاصة متميزة تحميها علامة تجارية مسجلة وألا تكون من السلع الضرورية كالأدوية^(١) .

وشرط القصر أو الاقتصار. *Clause d'exclusivité* هو الشرط الذي يتعهد بمقتضاه المشتري، في العقد، على الاقتصار على بيع البضاعة التي يشتريها من منتج معين . ومن ثم الامتناع عن التعامل في البضائع المماثلة التي ينتجها الآخرون، ومن أمثلة ذلك اقتصار تاجر تجزئة الأحذية على الاستيراد من مصنع معين، وقد استقر القضاء على صحة هذا الشرط متى كان محدوداً بمدة معينة وكان الهدف منه تحسين الخدمة التي تقدم للمستهلك وليس التحايل على مبدأ حرية التجارة أو الحد من المنافسة أو إلحاق الضرر بالغير^(٢) .

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٣٩٥، والدكتور أكرم الخولي، المرجع السابق، بند رقم ٢٧، رودبير، المرجع السابق، بند رقم ١٦٣ .

(٢) انظر جيجلار وإبولينو، المرجع السابق، بند رقم ١٨٧٧، رودبير المرجع السابق، بند رقم ١٦٣، ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٤٩٣، وانظر أيضاً

B. Buisson, M. de Langer et X. de Marsac

« Etude sur le contrat de concession exclusive » Paris. Sirey. 1968.

J. Guyénot. « Les contrats de concession commerciale » Paris. 1968.

R. Plaisant. « Les contrats d'exclusivité » Rev. tr. dr. com. 1964-1.

القواعد الخاصة ببعض البيوع التجارية

■ أشكال خاصة من البيوع التجارية

٢٤ للبيوع التجارية صور كثيرة لا تكاد تقع تحت حصر، ولقد عنى المشرع في الدول الأخرى بتنظيم بعض أنواع هذه البيوع تنظيمًا خاصًا يهدف إلى ضمان الاستقرار والنزاهة في التعامل التجاري بالقضاء على بعض ضروب التعامل الضارة بالحياة التجارية أو بجمهور المشترين من غير التجار^(١) بينما ترك البعض الآخر دون تنظيم اكتفاء بالقواعد العامة للبيع وبالعرف التجاري والعادات التجارية.

وحتى الآن لم يصدر تنظيم خاص لاي من الأنواع الخاصة للبيوع التجارية في المملكة، ولكن ليس معنى ذلك أن الواقع العملي فيها يجهل هذه الأنواع الخاصة من البيوع التجارية، بل يمكن القول إن معظم هذه الأنواع من البيوع معروفة فيها منذ القدم، فلقد عالج فقهاء الشريعة الغراء أصل الكثير من أنواع البيوع المنتشرة اليوم في الحياة التجارية التي تناوها المشرع في الدول الأخرى، بعضها بالتنظيم الخاص ذي الصفة الأمرة وترك بعضها الآخر لمبدأ سلطان الإرادة وللعرف التجاري كالبيع بالمزاد العلني والبيع بالتقسيط وبيع السلم والاستصناع، وعليه يمكن القول بأن أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية هي التي تحكم - في الأصل - هذه البيوع في المملكة، غير أنه لما كانت هذه البيوع قد بدأت تأخذ في الحياة التجارية صورًا لم تكن معروفة من قبل كالبيع بطريق التصفية في المحال التجارية الذي تفرع عن البيع بالمزاد

(١) انظر في التفاصيل الدكتور أكتة الخولي والوسيط . . . ، سدر رقم ٨ وبصفة خاصة سدر رقم ٣٧ وما يليه .

العلني والبيع الإيجاري الذي تفرع عن البيع بالتقسيط مثلاً فقد خضعت هذه البيوع لقواعد عرفية مستمدة أساساً مما جرى عليه العمل في الدول الأخرى.

ونعتقد أن المصلحة تقتضي اليوم تدخل الدولة لتقوم بوضع تنظيم خاص لأهم البيوع التجارية وإحاطتها بما يلزم من الضمانات التي تكفل رعاية مصالح الجمهور والمحافظة على أموال التجار وصيانة سمعتهم خاصة بعد انتشار هذه البيوع في الحياة التجارية بشكل غير مألوف من قبل ولذلك فإننا سنحاول في المبحث الأول من هذا الفصل استعراض أهم الصور الخاصة للبيوع التجارية.

وتعتبر البيوع البحرية من أهم البيوع التجارية، وقد استقر العرف التجاري على تنظيم خاص لهذه البيوع، غير أنه لما كانت البيوع البحرية تدخل ضمن نطاق القانون البحري فإننا سنقتصر في المبحث التالي من هذا الفصل على إعطاء فكرة عامة عن هذه البيوع.

وقد ترتب على نمو العلاقات الدولية في العصر الحديث وازدياد حجم التبادل التجاري بين الدول، اتجاه الجهود نحو توحيد القواعد التي تحكم البيوع الدولية بشكل خاص، وقد أسفرت هذه الجهود عن اتفاقيتي لاهاي لعام ١٩٦٤ الخاصتين بالبيوع الدولية واتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ ولذلك سنخصص المبحث الثالث من هذا الفصل للحديث عن البيوع الدولية.

المبحث الأول

أشكال خاصة من البيوع التجارية

- بيع البضاعة الحاضرة وبيع السلم ● البيع بشرط المذاق
- البيع بشرط التجربة ● البيع بالنموذج (العينة)
- البيع بالتقسيط ● البيع بالمراد العلني أو عن طريق التصفية

٢٥ تتعدد أشكال البيوع التجارية تبعاً لتعدد وتنوع الشروط التي تتضمنها هذه البيوع والتي تتعلق بعضها برضى المتعاقدين أو أحدهم وبعضها بكيفية تعيين المبيع وبعضها

بطريقة دفع الثمن : ومن العسير حصر أشكال البيوع التجارية، لذا سنكتفى بإعطاء فكرة عامة عن أهم هذه البيوع وأكثرها وقوعا في العمل .

٢٦ [١] بيع البضاعة الحاضرة Vente en disponible وبيع السلم Vente a livrer

بيع البضاعة الحاضرة هو نوع من البيوع تكون فيه البضاعة المبيعة منذ إبرام العقد جاهزة وموضوعة تحت تصرف المشتري في مخازن البائع أو مخازن الغير أو على سفينة قيد التفريغ .

والأصل في هذا البيع أنه يلزم البائع بتسليم البضاعة إلى المشتري في أقرب وقت دون أن يكون للمشتري أى خيار في العدول عن الصفقة، ولكن العرف التجارى في بعض الأسواق قد يجعل هذا البيع معلقا على قبول المشتري للبضاعة (agreage) واعتماده إياها في وقت قصير لا يتجاوز ثلاثة أيام، وذلك لأن البيع يقع غالبا في مثل هذه الحالة على بضاعة لم يتمكن المشتري من فحصها، فيعطى مهلة قصيرة لإجراء هذا الفحص، وإعلان قبوله أو رفضه، وقد قصد من تقصير مهلة الخيار على هذا النحو الحيلولة دون قيام المشتري بالمضاربة على تقلبات الأسعار^(١).

ويعتبر البيع في مثل هذه الحالة كأنه مقترن بشرط واقف، هو اعتماد أو قبول المشتري للبضاعة في المهلة المحددة بالعرف أو بالاتفاق، فإذا أبدى المشتري رفضا صريحا للبضاعة خلال هذه المدة، أو إذا انقضت هذه المدة دون أن يبدى المشتري قبوله لها، اعتبر الشرط غير متحقق، والعقد كأنه لم يكن ولكن العرف - أو الاتفاق - قد يقضى أيضا باعتبار البيع تاما إذا لم يبدى المشتري رفضه للبضاعة خلال المهلة المحددة وبعد البيع في هذه الحالة كأنه معلق على شرط فاسخ هو الرفض، فإذا انقضت المهلة دون أن يبدى المشتري رفضه اعتبر البيع تاما وناجزا منذ إبرام العقد^(٢).

(١) انظر الدكتور أكنه الخولى والوسيط . . . بند رقم ٢٨ .

(٢) انظر الدكتور ادوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ٣٧٠ .

وإذا لم يتحقق الشرط الواقف، أي اعتماد المشتري، أو إذا تحقق الشرط الفاسخ، أي رفض هذا الأخير، اعتبر البيع كأنه لم يتم أبداً، فلا يترتب لأي من الفريقين، أي حق تجاه الآخر. فلا يكون للمشتري أن يطالب البائع بتقديم بضاعة أخرى، كما لا يكون للبائع أن يطالبه بأي تعويض، غير أنه يلاحظ أن اعتماد المشتري للبضاعة يخل بحقه في مطالبة البائع بضمان العيوب التي قد تتضح له فيما بعد حيث إن الاعتماد لا يعنى العدول عن الضمان^(١).

أما بيع السلم فهو أكثر البيوع التجارية شيوعاً في العمل. وذلك نظراً لما ينطوي عليه من مزايا تكفل استقرار الحياة التجارية، فهو يضمن للمنتج تصريف منتجاته خلال مدة معينة على الأقل. كما يؤمن التاجر ضد خطر تقلبات الأسعار.

ومفهوم السلم في الفقه الإسلامي يختلف عن مفهومه في القوانين الوضعية فيعرف السلم في الفقه الإسلامي بأنه بيع شيء غير موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال على أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم^(٢). أو هو بيع مضمن أجل بثمن عاجل فهو عقد يثبت بمقتضاه الملك في الثمن عاجلاً وفي المبيع آجلاً^(٣). وأركانها الإيجاب والقبول كسائر البيوع ويشترط لصحة السلم أن يكون باتاً خالياً من خيار الشرط وخيار الرؤية، وأن يكون المبيع أو المسلم فيه معلوم الجنس والنوع والقدر.

ويجب عند الحنفية أن يكون نوع المبيع موجوداً في الأسواق وقت العقد وأن يستمر وجوده إلى وقت حلول الأجل، كما يجب أن يكون الثمن مقبوضاً في مجلس العقد أو قبل افتراق العاقدين^(٤).

(١) انظر اسكارا ورو وهيار، المرجع السابق، بند رقم ١٦١، ٢٨٢.

(٢) انظر المرجع المذكور الدكتور عبدالرزاق السنهوري والوسيط في شرح القانون المدني، ج ٤ بند رقم ١١٤.

(٣) انظر مراجع الفقه الإسلامي المشار إليها في مؤلف استاذنا محمود جمال الدين زكي وقانون عقد البيع في القانون المدني، الكويت ١٩٧٤، بند رقم ٤٤.

(٤) ويلاحظ أن مجلة الأحكام العدلية لم تأخذ بشرط الحنفية المشار إليه، انظر الدكتور عباس الصراف وشرح عقد البيع، في القانون المدني الكويتي، الكويت ١٩٧٥ بند رقم ٣٣٠، وكذلك الدكتور محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، بند رقم ٤٧.

ولم يفرد التقنين الفرنسى ولا التقنين المصرى بيع السلم بتنظيم خاص وذلك لأن بيع الشيء المستقبل فيهما جائز ما دام محتمل الوجود والبيع في هذه الحالة يخضع للقواعد العامة فلا يشترط فيه قبض الثمن في مجلس العقد ولا أن يكون المبيع غير منقطع النوع من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل^(١).

أما التقنين اللبناني فقد أفرد لبيع السلم نصوصا خاصة أخذ فيها ببعض شروط الفقه الاسلامى دون البعض الآخر، وقد عرفت المادة ٤٨٧ من تقنين الموجبات والعقود بيع السلم بأنه «عقد بمقتضاه يسلف أحد الفريقين الآخر مبلغا معيناً من النقود، فيلزم هذا الفريق مقابل ذلك أن يسلم إليه كمية معينة من المواد الغذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة في موعد يتفق عليه الفريقان». وتنص المادة ٤٨٨ على أنه «يجب دفع الثمن كله إلى البائع وقت إنشاء العقد» وإذا لم يعين ميعاد لتسليم المبيع، اتبع العرف في تحديد هذا الميعاد (م ٤٨٩) ويجب تعيين المبيع بكميته أو بصفته أو بوزنه أو بكيّله إذا كان من المواد الغذائية أو غيرها من المواد التي تقتضى ماهيتها تعيينها على هذا الوجه، أما إذا كان مما لا يعد ولا يوزن فيكفى فيه أن يعين ببيان أوصافه على وجه الدقة (م ٤٩٠).

٢٧ [٢] البيع بشرط المذاق Vente à la dégustation

البيع بشرط المذاق أو الذوق في التشريعات الوضعية بيع يشترط فيه عادة المشتري على البائع على ألا يتم البيع إلا إذا أذاق المشتري الشيء المبيع وقبله. وهذا الشرط قد يكون صريحا، وقد يكون ضمنيا يستخلص من الظروف والملابسات، ومن أهم الظروف التي يستخلص منها هذا الشرط طبيعة المبيع وكونه من المبيعات التي لا يدرك كنهها إدراكا تاما إلا بالمذاق كالزيتون والحل وبعض أنواع الفاكهة ونحو ذلك من المأكولات والمشروبات التي تختلف فيها أذواق الناس.

على أنه قد يتفق المتبايعان على استبعاد شرط المذاق حتى في المأكولات المشار إليها وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمنا من الظروف والملابسات، فإذا كان المشتري

(١) انظر الأستاذ زهدى بكر «عقد البيع» بيروت بند رقم ١١٦، المرجع الدكتور السهوى، المرجع السابق، بند رقم ١١٥، ١١٦.

تاجرا يتجر في مثل هذه الأشياء واشترط على البائع بالجملة أن يبيعه منها كميات معينة، على أن تكون من صنف جيد أو من صنف متوسط أو من الصنف التجاري المألوف، وعلى أن ترسل إلى مكان المشتري وهو بعيد عن مكان البائع، فهذه الظروف كلها يمكن أن يستخلص منها أن البيع بات وقد نزل المشتري عن شرط المذاق، فهو تاجر يبيع لعملائه وليس لذوقه الشخصي دخل في الصفقة (١).

ويتم المذاق في الزمان والمكان اللذين يتفق عليهما المتبايعان : فإن لم يكن هناك اتفاق صريح أو ضمنى في هذا الشأن اتبع عرف الجهة، فإن لم يوجد عرف فالمذاق يتم في المكان الذي يكون فيه التسليم، ويسبق التسليم مباشرة. والذي يقوم بذوق المبيع هو المشتري شخصيا وله الحرية كاملة في قبول المبيع أو رفضه حسب ذوقه، ولا بد للمشتري أن يعلن قبول المبيع بعد ذوقه وسكوته لا يكفي، غير أن هذا القبول كما يكون صريحا يجوز أن يكون ضمنيا كما لو قام المشتري بتسلم المبيع أو بوضع ختمه أو علامة خاصة عليه بعد مذاقه.

ويكاد يجمع فقهاء القانون على أن البيع بالمذاق ليس بيعا معلقا على شرط فاسخ أو شرط وقف، بل إنه ليس بيعا أصلا، فهو لا يعدو أن يكون مجرد وعد بالبيع، وهذا الوعد صادر من المالك، وقد قبل الطرف الآخر الوعد ولكنه لم يقبل بعد البيع ذاته، فإذا ذاق المبيع وارتضاه فقد قبل البيع، وينعقد البيع من هذا الوقت وليس للقبول أثر رجعي (٢).

ويعتبر ذوق المبيع، إذا كان بحسب طبيعته، مما لا يمكن العلم به إلا بمذاقه بمثابة الرؤية في الفقه الإسلامي، بحيث يكون البيع غير لازم للمشتري إلا إذا ارتضى المبيع بعد ذوقه دون حاجة إلى اتفاق خاص، فحق المذاق يثبت للمشتري في الفقه الإسلامي إذن بمقتضى خيار الرؤية وليس بموجب شرط في العقد كما هو الحال في القوانين الوضعية وأساس ذلك هو قول الرسول ﷺ «من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه».

(١) انظر المحرم الدكتور السهوري الوسيط... ج ٤، بند رقم ٧٣.

(٢) انظر الدكتور عباس الصراف، المرجع السابق، بند رقم ٣٦١، وقارن الأستاذ زهدى بكس، المرجع السابق، بند رقم ٤٢.

والبيع قبل الرؤية نافذ في الفقه الإسلامى وإن كان غير لازم للمشتري فيثبت الملك للمشتري في المبيع وللبيع في الثمن ويكون للمشتري بعد الرؤية إجازة العقد أو فسخه، إنما لا يجوز له النزول عن حقه في الفسخ قبل الرؤية.

ويسقط الخيار بعد الرؤية بالإجازة الصريحة أو الضمنية التي يمكن أن تستخلص من الملابس والظروف كقبض المبيع أو دفع الثمن أو التصرف فيه تصرف المالك كعرضه للبيع أو بيعه أو إجازته^(١).

٢٨ [٣] البيع بشرط التجربة Vente à l'essai

يكون البيع بشرط التجربة عندما يشترط المشتري على البائع أن يجرب المبيع ليتبين صلاحيته للغرض المقصود منه أو ليستوثق من أن المبيع هو الشيء الذي يريده، ويقع البيع بشرط التجربة عادة في الأشياء التي لا يمكن الاستيثاق منها ومعرفة صلاحيتها إلا بعد تجربتها، كالسيارات والمحركات والسفن والطائرات واجهزة الراديو والتلفزيون والملابس ونحو ذلك.

وغالبا ما يكون شرط التجربة صريحا، إنما يجوز أن يكون ضمنا يستخلص من ماهية المبيع وظروف التعامل، كما لو كان المبيع من الملابس أو من السيارات المستعملة وقد يكون شرط التجربة مقررا بمقتضى العرف بالنسبة لأشياء معينة.

ويجب على البائع أن يمكن المشتري من تجربة المبيع وذلك بأن يسلمه إليه ليقوم بنفسه أو بواسطة خبير بتجربته والاستيثاق من ملاءمته وصلاحيته، ويحدد المتبايعان عادة مدة معينة يعلن خلالها المشتري نتيجة التجربة فإذا لم يكن هناك اتفاق على المدة كان للبائع أن يحدد للمشتري مدة معقولة، فإذا انقضت المدة التي حددها الطرفان، أو المدة المعقولة التي حددها البائع اعتبر سكوت المشتري قبولا والبيع تاما.

ويعتبر البيع بشرط التجربة في القوانين الوضعية بيعا معلقا على شرط واقف هو قبول المشتري للبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف أن البيع معلق على

(١) انظر الدكتور محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، بند رقم ٥٦٠٥٣.

شرط فاسخ^(١) ومن ثم يكون المشتري في الحالة الأولى مالكا تحت شرط واقف والبائع في نفس الوقت مالكا تحت شرط فاسخ والشرط الذي يعتبر واقفا بالنسبة للأول وفاسخا بالنسبة للثاني هو قبول المشتري للمبيع بعد تجربته في الميعاد المتفق عليه أو في المدة المعقولة التي حددها البائع فالشرط يتحقق بقبول المبيع، ومتى تحقق الشرط أصبحت ملكية المشتري للمبيع ملكية باتة بأثر رجعي، أي من تاريخ البيع وليس فقط من وقت القبول، وزالت ملكية البائع للمبيع كذلك بأثر رجعي، أي من تاريخ البيع ومن ثم تزول كل الحقوق العينية التي يكون البائع قد رتبها على المبيع خلال مدة التجربة، وتبقى تلك التي رتبها المشتري فقط، ويتخلف الشرط برفض المشتري للمبيع وإعلانه هذا الرفض للبائع في الميعاد، ومتى تخلف الشرط زال البيع بأثر رجعي واعتبر البيع كأن لم يكن. وإذا هلك المبيع خلال فترة التجربة لسبب خارجي لا يد للمشتري فيه هلك على البائع لأنه مالك تحت شرط فاسخ، ولاستحالة تحقق الشرط الذي يقوم على أساسه عقد البيع وهو تجربة المبيع.

أما إذا اتفق المتبايعان على أن تكون التجربة شرطا فاسخا، اتفاقا صريحا أو اتفاقا ضمنيا يستخلص من الظروف وملابسات التعاقد، فإن المشتري يصبح مالكا للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ، والبائع مالكا له ملكية معلقة على شرط واقف، والشرط في الحالتين هو إعلان المشتري في الميعاد عدم قبول المبيع، فإذا تحقق هذا الشرط انفسخ البيع بأثر رجعي وزالت جميع الحقوق التي رتبها المشتري على المبيع. أما إذا تخلف الشرط بقبول المشتري للمبيع - أو بسكوته عن القبول أو الرفض خلال الميعاد - فإن البيع يصبح باتا، ويعتبر المشتري مالكا للمبيع ملكية باتة منذ البداية وتزول ملكية البائع بأثر رجعي وإذا هلك المبيع خلال مدة التجربة في يد

(١) من المقرر في قواعد الالتزام أن الشرط نوعان: شرط واقف وشرط فاسخ، والأول هو ما يعلق عليه نشوء الالتزام، والثاني هو ما يربط به زوال الالتزام، لذا يقال إن الالتزام في الشرط الواقف معدوم محتمل الوجود، وفي الفاسخ موجود محتمل الزوال، انظر مصطفى الزرقاء، *العقود المساهة - عقد البيع والمقايضة*، دمشق ١٩٦٥، ص ٧٤، ٧٣. وانظر في موقف، التقنيات المدنية من البيع لشرط التجربة، المرحوم الدكتور السنهوري والوسيط... ج ٤ ص ١٢٩، ١٣٠.

المشترى، هلك عليه وليس على البائع لأنه وقت أن هلك كان ملكا للمشترى ولا يكون لتحقق الشرط أثر رجعى (١).

ولم يضع الفقه الإسلامى أحكاما خاصة للبيع بشرط التجربة، وذلك لأن هذا النوع من البيع لا يعدو أن يكون وفقا للرأى الراجح، إحدى صور خيار الشرط المعروف فى الفقه الإسلامى (٢).

وخيار الشرط هو خيار يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما، ويعطى لمن اشترطه الحق فى نقض العقد فى خلال مدة معينة، فإن لم ينقضه نفذ، فالعقد الذى فيه خيار الشرط يكون إذن غير لازم من جانب من له الخيار حيث يجوز له الرجوع فيه. وأساس مشروعيته قول الرسول ﷺ «حيان بن منقذ وكان يغش فى البياعات إذا أنت بايعت فقل لا خلاية، ثم أنت بالخيار فى كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال» ومن ثم يستطيع من يرغب من المتبايعين فى التأمل والتروى. أو المشترى الذى يرغب فى تجربة المبيع قبل إمضاء البيع أن يحتفظ لنفسه بخيار الشرط أو بخيار التروى كما يسمى فى الفقه المالكى. وقد اختلف الفقه الإسلامى فى طبيعة خيار الشرط، فالبعض يرى أنه شرط بينما يرى البعض الآخر أنه شرط فاسخ كما اختلفوا فى مدة خيار الشرط ومسألة توريثه على تفصيل لا محل له هنا (٣).

٢٩ [٤] البيع بالنموذج (العينة) Vente sur echantillon

البيع بالنموذج هو البيع الذى يعتمد فيه المتبايعان فى تعيين البضاعة المبيعة على نموذج، أى جزء مأخوذ منها أو مماثل لها فى الصفات، ويجب أن تكون البضاعة مطابقة للنموذج، وهذه الصورة من البيع فائدتها حيث إنها تغنى عن رؤية المبيع فى

(١) انظر المرحوم الدكتور السهورى والوسيط... ح ٤ بند رقم ٦٧ وما يلىه، الدكتور محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، بند رقم ٥٧.

(٢) ويرى البعض أن بيع التجربة يدخل ضمن خيار الرؤية فى الفقه الإسلامى الأستاذ هدى يكن، المرجع السابق، بند رقم ٣٣، الأستاذ منير القاصى وشرح المحلة، ص ٣٠٤ مشار إليه فى مؤلف الدكتور عباس الصراف، المرجع السابق، بند رقم ٣٨٥.

(٣) انظر فيما يتعلق بخيار الشرط المرحوم الدكتور السهورى ومصادر الحق فى الفقه الإسلامى، ح ٤، ص ١٩٩ وما يلىها. عند الرحمن الخريزى وكتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ح ٢ ص ١٧٤ وما بعده.

الفقه الاسلامي أو عن تعيين المبيع بأوصافه في القوانين الوضعية كما أن النموذج يعتبر بمثابة وثيقة مادية مضبوطة تشهد بمطابقة أو عدم مطابقة المبيع للأوصاف المتفق عليها^(١).

والغالب أن البائع هو الذي يقدم النموذج إلى المشتري لإجراء المطابقة فيما بعد فيسلمه مثلاً قطعة من القماش أو قصاصة من الورق أو قليلاً من القمح أو السكر. الخ، ويحفظ النموذج عادة عند المشتري أو عند شخص ثالث يختاره الطرفان، ويجرى في الغالب مهر النموذج والتوقيع عليه من الطرفين تفادياً لتبديله.

ويجب أن يكون المبيع مطابقاً للنموذج مطابقة تامة، وللمشتري أن يرفض المبيع إذا كان غير مطابق للنموذج كله أو جزء منه، حتى لو كان ما قدمه البائع أعلى ثمناً أو أكثر جودة من النموذج، ولكن متى كان المبيع مطابقاً للنموذج فلا يحق للمشتري رفضه بحجة أنه غير ملائم لحاجته أو لا يحقق غرضه، وإذا وقع نزاع مع وجود النموذج فيما إذا كان المبيع مطابقاً للنموذج أو غير مطابق له، عرض الأمر على أهل الخبرة غير أن رأيهم غير ملزم للقاضي^(٢).

وإذا وجد المبيع غير مطابق للنموذج فلا يكون المشتري ملزماً بقبوله ويحق له أن يطلب فسخ البيع، أو إبطاله حسب تعبير الفقه الاسلامي لمخالفة المبيع للوصف المشروط^(٣) فضلاً عن التعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزامه. كما يحق للمشتري أيضاً أن يطلب التنفيذ العيني. أي أن يحصل على بضاعة مطابقة للنموذج على نفقة البائع لأن القول بغير ذلك معناه تعليق البيع على مشيئة البائع، إن شاء تخلص منه بتقديم مبيع مخالف للنموذج، وإن شاء أبقى عليه بتقديم مبيع مطابق له، وهو ما لا يمكن التسليم به^(٤)، كما يحق للمشتري كذلك

(١) انظر الأستاذ مصطفى الزرقاء، «عقد البيع والمقايضة» بند رقم ٤٦، وانظر كذلك نقده للفظ «العينة» هامش صفحة ٦٣، ٦٤.

(٢) انظر المرجع الدكتور السنهوري والوسيط... ح ٤، بند رقم ١٢٥، والدكتور محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، بند رقم ٥٥، الأستاذ زهدى يكن، المرجع السابق، بند رقم ٣٢، وانظر في حالة ملاك النموذج أو الاختلاف على ذاتيته في القانون والشريعة الإسلامية، الأستاذ مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، بند رقم ٥١ وما يليه.

(٣) نذكر الدكتور محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، بند رقم ٥٥.

(٤) الدكتور محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، بند رقم ٥٥.

قبول البضاعة غير المطابقة للنموذج مع إنقاص الثمن إذا كانت قيمة هذه البضاعة أقل من قيمة البضاعة المطابقة للنموذج^(١).

٣٠. [٥] البيع بالتقسيط Vente à tempérement

البيع بالتقسيط هو البيع الذي يتفق فيه على دفع الثمن على أقساط معينة في آجال محددة في العقد وقد انتشر هذا النوع من البيوع في تجارة السيارات والآلات الميكانيكية والدراجات وماكينات الخياطة والراديوهات والتلفزيونات والثلاجات والغسالات ونحو ذلك من المنقولات. وقد تمكن بذلك التجار من التيسير على متوسطى الدخل وأصحاب الموارد المحدودة في اقتناء هذه السلع وبالتالي من توسيع دائرة عملائهم وزيادة مبيعاتهم^(٢).

غير أنه لما كان البيع بالتقسيط ينطوي على بعض المخاطر بالنسبة للبائع وذلك في حالة إفلاس أو إعسار المشتري أو تصرفه في المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن، فقد عمد التجار إلى إدراج بنود في العقد تضمن حقوقهم تجاه المشتري في مثل هذه الحالات، ومن أهم الضمانات التي شاعت في الوسط التجاري اشتراط احتفاظ البائع بمكليه المبيع بالتقسيط حتى الوفاء بكامل الأقساط، ويعترف القانون المقارن بصحة هذا الشرط ويعتبر البيع في هذه الحالة معلقاً على شرط واقف هو الوفاء بكامل الثمن فإذا تحقق الشرط ودفع المشتري جميع الأقساط في مواعيدها انتقلت إليه ملكية المبيع بأثر رجعي واعتبر كما لو كان مالكا له منذ وقت البيع^(٣) ويعتبر هذا الشرط من الشروط الجائزة وفقاً للرأى الراجع في الفقه الاسلامي^(٤).

(١) الدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ٤١.

(٢) والثمن في البيع بالتقسيط ينطوي على زيادة مقابل الأجل ومع ذلك يعتبر من البيوع الخائفة شرعاً لأنه من قبيل المراهقة والتي يجوز فيها اشتراط الزيادة في الثمن في مقابلة الأجل، وهذا يعنى أنه يجوز بيع السلعة بثمن مؤجل زائد على ثمنها الحالى إذا كان الأجل معلوماً، انظر في ذلك الدكتور أحمد الشربصى «يسألونك في الدين والحياة» بيروت ١٩٧٧، المجلد الخامس، ص ١٤٧، ١٤٨.

(٣) انظر المرجع السابق، الدكتور السنهورى، المرجع السابق، ص ١٧٠ وما يليها.

(٤) انظر الدكتور عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدنى الكويتى، ١٩٧٥، بند رقم ٩١.

٩٢، الدكتور محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، بند رقم ٨٩، وقرن الأستاذ مصطفى البرق، المرجع السابق، بند رقم ٩٣.

وقد يلجأ بعض التجار لزيادة في الاحتياط إلى الاتفاق مع المشتري على تسمية العقد إيجارا يشترطون فيه أجرة يدفعها المستأجر كل شهر مقابل ارتفاعه بالمنقول محل العقد على أن يصبح مالكه بعد دفع آخر قسط من الأقساط المتفق عليها. وهذا هو ما يعرف باسم «البيع الإيجاري Location - vente»، غير أنه لما كانت العبرة في العقود - شرعا وقانونا - بالنية الحقيقية لأطرافها وليس بالألفاظ الواردة فيها، أو على حد تعبير مجلة الأحكام العدلية «للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني» وكان المقصود من العقد ليس منفعة المنقول بل المنقول ذاته، فإن العقد لا يعتبر إيجارا وإنما بيعا «إذا اشترط البائع فيه الاحتفاظ بالملكية لحين الوفاء بكامل الثمن»^(١).

ونظرا لانتشار البيع بالتقسيط في الوقت الحاضر وما كشف عنه الواقع العملي من قصور القواعد العامة عن توفير الحماية اللازمة لكل من المستهلك والتاجر فقد أحاطت التشريعات الأجنبية عملية البيع بالتقسيط بتنظيم خاص يهدف إلى توفير الضمانات الكفيلة بصيانة حقوق البائع والمشتري، ونعتقد أن الحاجة ماسة اليوم في المملكة إلى وضع تنظيم لعملية البيع بالتقسيط بعد أن بدأ هذا النوع من البيوع ينتشر فيها.

٣١ [٦] البيع بالمزاد العلني أو عن طريق التصفية

انتشرت في الحياة التجارية بعض البيوع التي تنطوي على الغش والتي يستغل القائمون بها سذاجة الجمهور أو رغبتهم في الشراء بثمن قليل للتلاعب بمصالحه والإثراء على حسابه كما هو الشأن في البيع بالمزاد العلني للمنقولات المستعملة والبيع بالمزاد العلني أو عن طريق التصفية في المحال التجارية، فظهرت الحاجة ماسة في مختلف الدول إلى وضع تنظيم لهذه البيوع يهدف إلى القضاء على ما تنطوي عليه من عبث بجمهور المستهلكين الذين لا خبرة لهم بالحياة التجارية ولا دراية لهم بالقيمة الحقيقية للسلع المعروضة عليهم^(٢). ويقوم هذا التنظيم على

(١) انظر الدكتور محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، بند رقم ٨.

(٢) انظر الدكتور اكنم الخولي والوسيط...، ج ٤، بند رقم ١٣٩.

أساس تحديد شروط البيع بالمزاد العلنى للمنقولات المستعملة والشروط الواجب توافرها فى الأشخاص الذين يجوز لهم ممارسة حرفة البيع بالمزاد العلنى فضلا عن وضع القواعد التى تحكم استغلال صالات المزاد العلنى^(١).

كما تحظر النظم على المحال التجارية بيع بضائعها بالمزايدة العلنية إلا فى حالات محددة كتصفية المحل التجارى نهائيا، أو ترك التجارة فى صنف أو أكثر من بين الأصناف التى يتعامل فيها المحل، أو إغلاق الفرع أو نقل المحل الرئيسى من مدينة إلى أخرى، أو التصفية الموسمية التى لا يجوز إجراؤها لأكثر من مرتين فى السنة على ألا تمتد فترتها لأكثر من أسبوعين. ويعتبر البيع بطريق التصفية «الأوكازيون» فى حكم البيع بالمزاد العلنى فى المحال التجارية، لذا يحظر عادة القانون المقارن على المحال التجارية بيع بضائعها عن طريق التصفية «أوكازيون» إلا فى الحالات التى يجوز فيها بيعها عن طريق المزاد العلنى وبشرط أن تعلن عن ثمن البضائع المعروضة للبيع بالتصفية مشفوعا ببيان الثمن الفعلى الذى كانت معروضة به للبيع خلال الشهر السابق للتصفية وذلك ضمانا لجدية التصفية.

ويقر الفقه الإسلامى بيع المزاد ويسميه «بيع من يزيد» ويعتبره من البيوع الجائزة شرعا ويفرق بعناية بينه وبين «بيع المستام» و«بيع النجش» وهما من البيوع المكروهة.

ويقصد «بيع من يزيد» عرض البائع لسلعته فى السوق ليأخذها من يرغب فيها عن طريق المزايدة، وهو بيع جائز حيث إن المزايدة هنا تكون قبل أن يتم البيع فيتنافس المشترون على شراء السلعة، ويقع البيع عادة لمن يعرض الثمن الأعلى.

أما «بيع المستام» فله صورتان: إما أن يزايد المشتري على المشتري بعد أن تم البيع على ثمن معلوم، وإما أن ينافس البائع بعد أن تم البيع فيعرض المنافس على المشتري سلعة أجود بمثل الثمن أو سلعة مماثلة بأنقص من الثمن، وهو بيع مكروه.

(١) انظر فى التفاصيل الدكتور مصطفى كمال طه، المرجع السابق، بند رقم ٣٩٧ وما يليه، والدكتور أكتة الخولى، نفس المرجع السابق.

أما «بيع النجش» فصورته أن يتواطأ صاحب السلعة في بيع من يزيد مع مزاييد صوري يدفعه للمزاييدة في السلعة حتى يعلى ثمنها، ولا يقصد المزاييد الصوري شراء السلعة وإنما أراد دفع ثمنها خدمة لصاحبها. ويفرق الفقه الاسلامي في النجش بين حالتين: إن كان الناجش قد توواطأ مع صاحب السلعة لرفع ثمنها عن قيمتها الحقيقية تضليلاً «للمزايدين»، فهذا بيع مكروه حكمه حكم بيع المستام، أما إن كانت السلعة لم تصل في المزاد إلى مثل ثمنها فنجشها رجل حتى يبلغ ثمنها، فهذا ليس بمكروه وإن كان الناجش لا يريد شراءها^(١).

وبالرغم من انتشار البيع بالمزاد العلني عن طريق التصفية على نطاق واسع في المملكة وتزايد عدد الذين يمارسونه وعدد من ينتفعون به من المستهلكين يوماً بعد يوم. فلا يوجد حتى الآن أي تنظيم لهذا النشاط بل هو متروك فيها للقواعد العامة وللعرف المستمد مما جرى عليه العمل في الدول الأخرى ولما كانت القواعد العامة تقصر في كثير من الأحيان عن توفير الحماية الجدية اللازمة لجمهور المستهلكين فقد انطوى هذا النوع من البيع على كثير من ضروب الغش والتحايل مما أدى إلى ارتفاع الأصوات مطالبة بوضع تنظيم لمحللات أو صالات المزاد يكفل توافر الخبرة والنزاهة في أصحاب هذه المحلات ويحدد التزاماتهم كما يبين حقوق والتزامات كل من البائع والمشتري في مواجهتهم^(٢) كما حدا ذلك أيضاً بمدير عام حماية المستهلك بوزارة التجارة إلى تحذير الجمهور من تخفيضات المحلات التجارية «أوكازيون» على اعتبار أن بعض هذه الأوكازيونات التي يعلن عنها ليست حقيقية حيث إن الأسعار المعروضة إما أن تكون أعلى من ذي قبل أو لا يلحقها تغيير يذكر. . وطلب منه عدم الانخداع بها والجرى وراءها^(٣) وعليه فإن المصلحة العامة تقتضى اليوم أن يحاط البيع بالمزاد العلني أو عن طريق التصفية بالتنظيم الذي يكفل له صيانة مصالح الجمهور من العبث والتلاعب.

(١) انظر في هذه السبوع وفي موقف الفقه الاسلامي منها المرجوع الدكتور السهري «مصادر الحق في الفقه الاسلامي» ج ٢، ص ٦٣ وما يليها.

(٢) انظر مجلة البهامة العدد ٦٥٠ الصادر بتاريخ ١٤٠١/٧/٤ هـ وذلك في تحقيقها الصحفى عن «حراج السيارات».

(٣) انظر جريدة الجزيرة العدد ٣٢٨٥ الصادرة في ١٤٠١/١٠/٢٤ هـ، ص ٢٤.

المبحث الثانى البيوع البحرية

● بيوع الوصول ● بيوع القيام

٣٢ تعريفها وأنواعها

البيوع البحرية (Ventes maritimes) هي البيوع التي يقتضى تنفيذها نقل البضاعة الميعة بطريق البحر، وتمثل البضاعة المنقولة في هذه الحالة وثيقة خاصة تعرف باسم سند الشحن (Connaissement) وترفق بهذا السند عادة فاتورة البضاعة ووثيقة التأمين وتسلم هذه المستندات إلى المشتري، ولذلك يسمى البيع التجارى عادة بالبيع المستندى.

وتنقسم البيوع البحرية إلى طائفتين كبيرتين هم بيوع الوصول وبيوع القيام وذلك على أساس وقت انتقال ملكية البضاعة إلى المشتري^(١).

٣٣ أولاً: بيوع الوصول Ventes a l'arrivée

في هذه الطائفة من البيوع لا تنتقل ملكية البضاعة إلى المشتري إلا عند وصول السفينة التي تحملها إلى الميناء، أى وقت تفريغ البضاعة ومن ثم يتم النقل على مسؤولية البائع ويتحمل وحده خطر هلاكها أثناء النقل، وقد ساد هذا النوع من البيوع في الماضى وكان مرتبطاً بالملاحة الشراعية حيث كان النقل التجارى محفوفاً بالمخاطر وغير منتظم بالإضافة إلى عدم شيوع التأمين، فكان المشتري لا يطمئن إلا عند وصول البضاعة وقد يتم الاتفاق بين المشتري والبائع على نقل البضاعة على سفينة معينة أو بدون تعيين السفينة.

Frederic Eiseman - Usages de la vente commerciale internationale - Paris. Editions Jupiter. (١) 1980

واظر أيضاً الدكتور كتم الحوي، المرجع السابق، بند رقم ٣٢، وما يليه، الدكتور إدوارد عبد، المرجع السابق، بند رقم ٤٤.

ويعتبر بيع الوصول على سفينة معينة *Vente par navire designé* أقدم أنواع بيوع الوصول، وفي هذا البيع يلتزم البائع بشحن البضاعة وإيصالها إلى المشتري على سفينة معينة بالذات، ويتم تعيين السفينة الناقلة في عقد البيع ذاته أو في اتفاق لاحق، ويعتبر هذا التعيين ملزماً لا رجوع فيه، ولكنه لا يغير من طبيعة بيع الوصول فالملكية أثناء الطريق تظل للبائع ولا تنتقل إلى المشتري إلا عند الوصول، ومن ثم فإنه إذا هلكت البضاعة أثناء النقل سقط التزام المشتري بدفع الثمن، غير أن البائع لا يلزم بالتعويض متى ثبت أن الهلاك كان لسبب أجنبي لا يدل له فيه، كما لا يجوز للمشتري في هذه الحالة مطالبة البائع بتسليم بضاعة أخرى من نفس النوع، ومع تقدم حركة الملاحة التجارية وتنظيم الملاحة البحرية بدأت تقل حالات البيع على سفينة معينة وشاع في العمل بيع الوصول دون تعيين سفينة (*Vente sur embarquement*) وبمقتضاه يلتزم البائع بشحن البضاعة خلال مدة معينة على سفينة يختارها دون أن تحدد في العقد، ويثبت البائع قيامه بهذا الالتزام بواسطة سند الشحن الذي يعتمد تاريخه إلى حين إثبات العكس^(١) ويظل البائع مالكا للبضاعة أثناء النقل ويتحمل تبعه هلاكها، فإذا كانت البضاعة شيئاً من المثليات فتعتبر غير معينة بالذات وذلك على عكس حالة البيع على سفينة معينة ومن ثم يلتزم البائع في حالة هلاكها بتسليم بضاعة أخرى بديلة لها من ذات النوع والصنف وبحق للمشتري مطالته بذلك لأن «المثليات لا تهلك» أما إذا كانت البضاعة شيئاً معيناً بالذات فيترتب على الهلاك أثناء النقل ذات الآثار التي تترتب على حالة البيع على سفينة معينة.

٣٤ ثانياً. بيوع القيام *Vente au depart*

بيوع القيام هي البيوع التي تنتقل فيها ملكية البضاعة من البائع إلى المشتري منذ شحن البضاعة في ميناء القيام بحيث يتحمل هذا الأخير مخاطر الهلاك أثناء عملية النقل، وقد ساعد على انتشار هذا النوع من البيوع شيع نظام التأمين وقلة

(١) انظر الدكتور أكثم الخولي، المرجع السابق، بند رقم ٣٣.

المخاطر البحرية بالإضافة إلى ما يقدمه للمشتري من فرصة التصرف في البضاعة بالبيع أو الرهن منذ وقت الشحن .

وتنقسم بيوع القيام بدورها إلى عدة أنواع أشهرها البيع سيف أو كاف والبيع فوب .

ويعتبر البيع سيف C.I.F. أو كاف C.A.F. أكثر بيوع القيام وقوعا في العمل ، وترمز كلمة C.I.F. إلى الحروف الأولى من الكلمات الإنجليزية الثلاث «Cost, Insurance, Freight» وكلمة C.A.F. إلى الحروف الأولى من الكلمات الفرنسية «Cout, Assurance, Fret» أي ثمن البضاعة وقيمة التأمين عليها وأجرة السفينة .

وتنتقل ملكية البضاعة في هذا البيع للمشتري منذ وقت الشحن ، غير أن البائع هو الذي يلتزم بإبرام عقد النقل والتأمين على البضاعة ومن ثم فهو الذي يختار السفينة التي يتم النقل عليها والبائع لا يعمل في هاتين الخائتين بصفته وكيلًا عن المشتري وإنما هو يقوم بذلك تنفيذًا لعقد البيع ذاته^(١) .

وتظهر فائدة البيع سيف بالنسبة للمشتري في تملكه للبضاعة من وقت الشحن بحيث يستطيع التصرف فيها بالبيع أو الرهن قبل وصولها فضلا عن إعفائه من عملية الشحن والتأمين . أما بالنسبة للبائع فتظهر فائدة البيع في تمكنه من الحصول على الثمن فوراً منذ تاريخ الشحن وذلك بسحب كميالة على المشتري وخصمها لدى أحد البنوك ، وهي كميالة مستندية حيث يرفق بها البائع سند الشحن ووثيقة التأمين ، وهما سندان قابلان للتداول بطريق التظهير ، كما يرفق بها مستندات أخرى كالفاتورة وغيرها من المستندات المتعلقة بالبضاعة ، ومن ثم يكون وفاء البنك بقيمة الكميالة مضمونا برهن المستندات الممثلة للبضاعة وهو لا يسلمها إلى المشتري إلا إذا قبل الكميالة أو دفع قيمتها في حالة استحقاقها ، ولذلك فلا يتردد البنك عادة في الوفاء بقيمة الكميالة . غير أنه يؤخذ على هذا النوع من البيوع أنه ينقل ملكية

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق ، ص ٢٥٥٨ .

البضاعة إلى المشتري دون معاينة، وقد يرفض المشتري تسلم البضاعة عند الوصول في حالة انخفاض الأسعار بحجة عدم مطابقتها للشروط إلا أنه يلاحظ أن البائع كثيراً ما يحتاط فيلجأ عند الشحن إلى الحصول على شهادة بأوصاف البضاعة من خبراء متخصصين لتكون سنداً له عند المنازعة^(١).

أما البيع فوب F.O.B. فهو بيع عادي حيث يتم فيه تسليم البضاعة وتنتقل ملكيتها من البائع إلى المشتري منذ الوقت الذي توضع فيه على ظهر السفينة، وترمز كلمة فوب F.O.B. إلى الحروف الأولى من العبارة الإنجليزية Free on board أي أن البائع يبرأ من التزاماته وتنتهي مسؤوليته تجاه المشتري بمجرد وضع البضاعة على ظهر السفينة.

والبيع «فوب» وإن كان يتفق مع البيع «سيف» في نقل ملكية البضاعة في ميناء القيام، إلا أنه يختلف عنه من حيث إن البائع بموجبه لا يلتزم بنقل البضاعة ولا بالتأمين عليها إلا إذا وكله المشتري في ذلك، أي في إبرام عقد النقل والتأمين على البضاعة بموجب توكيل خاص مستقل عن عقد البيع ذاته^(٢).

وواضح أن البائع في البيع فوب لا يتحمل أجرة النقل، إلا أنه يلتزم على ذلك بمصاريف الشحن، ولهذا فقد يأخذ هذا البيع صورة أخرى أكثر وقوعاً في العمل اليوم هي صورة البيع فاس F.A.S. وهذه التسمية ترمز إلى الحروف الأولى من العبارة الإنجليزية Free along الذي بموجبه يتم تسليم البضاعة على الرصيف بجوار السفينة وقبل الشحن ولكن البائع لا يلتزم فيه بمصاريف الشحن.

والمشتري هو الذي يقوم باختيار السفينة التي تنقل عليها البضاعة في البيع فوب، بعكس البيع كاف أو سيف الذي يقوم فيه البائع نفسه باختيار السفينة الناقلة، لذا غالباً ما تنصح الدول تجارها بأن يبيعوا كاف وأن يشتروا فوب وذلك لتشجيع النقل بالأسطول التجاري الوطني^(٣).

(١) انظر الدكتور محمود سمير الشرقاوي والقانون البحري، القاهرة، ١٩٦٧، بند رقم ٤٢١.

(٢) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٥٦٥.

(٣) انظر الدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ٤٧، الدكتور أكرم الخولي، المرجع السابق، بند رقم

المبحث الثالث البيع الدولية Les ventes internationales

● الاتفاقيات الدولية ● أحكام اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي

٣٥ الاتفاقيات الدولية

لقد صاحب نمو العلاقات الدولية في العصر الحديث وازدياد حجم التبادل التجارى بين الدول، الاهتمام بتوحيد القواعد القانونية التى تحكم التجارة الدولية وذلك على أساس أن هذا التوحيد يعتبر بمثابة المقدمة الضرورية لاستقرار المعاملات التجارية وإشاعة الثقة والطمأنينة فيها.

ولقد أسفرت الجهود التى بذها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما في مجال البيع الدولية عن اتفاقيتى لاهاي لعام ١٩٦٤م بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية. غير أن هذه الاتفاقيات لم تجد الصدى المأمول لها إذ لم تدخل حيز التنفيذ إلا في سبع دول تقريبا^(١).

ولذا كان من أولى مهام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولي التى أنشئت بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة في دور انعقادها الحادى والعشرين لعام ١٩٦٦ بهدف تنسيق القانون التجارى الدولي وتوحيده، تنقيح اتفاقيات لاهاي لعام ١٩٦٤ وإعداد مشروع اتفاقية بشأن عقود البيع الدولي للبضائع وقد أقر مؤتمر الامم المتحدة المنعقد في فينا والذي حضره ممثلو ستين دولة هذه الاتفاقية في ١٠ من أبريل ١٩٨٠م.

Michel BORYSE WICS.

(١)

«Conventions et projets de convention sur la vente internationale de marchandises» in -LES VENTES INTERNATIONALES DE MARCHANDISES- Paris, Economica, 1981, p. 16 et. s.

واتفاقية فينا - كما هو الحال في اتفاقية لاهاي - لا تفرق بين البيع التجاري والبيع المدني ، وتحكم بيوع البضائع بصرف النظر عن طبيعة هذه البيوع أو صفة أطرافها ومن ثم فهي تطبق على عقود بيع البضائع التي تبرم بين أطراف تقع منشأتهم في دول مختلفة متى كانت هذه الدول من الدول الموقعة أو متى اقتضت قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص تطبيق قانون دولة موقعة (مادة ١) غير أن الاتفاقية لا تنطبق على بيوع البضائع المشتراة بقصد الاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي ولا على بيوع المزاد، ولا على البيوع التي تتم بطريق الحجز أو بأمر القضاء، ولا بيوع القيم المنقولة أو الأوراق التجارية أو النقود - ولا على بيوع البواخر أو المراكب أو الطائرات ولا على بيوع الكهرباء (المادة ٢).

كما تعترف الاتفاقية بحق أطراف العقد في استبعاد تطبيقها، كما تعترف لهم في حدود معينة بحق مخالفة أي من نصوصها أو تعديل آثاره (مادة ٦) وتنص الاتفاقية على إلزام الأطراف باحترام العرف والعادات السائدة بينهم في التعامل وإن خالفت أحكامها (مادة ٩).

٣٦ أحكام اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي

وسنحاول فيما يلي إعطاء فكرة سريعة عن أحكام هذه الاتفاقية:

٣٧ تكوين العقد

لم تخضع اتفاقية فينا إبرام عقد البيع لأي شرط شكلي كما أجازت إثبات العقد بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود (مادة ١١) ويشترط لالتزام الموجب أن يكون الإيجاب محددًا تحديداً كافياً سواء من حيث تعيينه للبضاعة أو كميتها أو سعرها وأن يصل إلى علم من وجه إليه، ويستطيع الموجب الرجوع في إيجابه طالما أن الإيجاب لم يصل إلى علم من وجه إليه (المادتان ١٤، ١٥)، ومن ثم يمكن القول إن الاتفاقية قد أخذت في هذا الصدد بنظرية الاستقبال، وتضيف الاتفاقية أن الإيجاب يمكن الرجوع عنه بشرط أن يصل العدول إلى من وجه إليه هذا الإيجاب قبل أن يرسل هذا الأخير قبوله (مادة ١٦) ولكن الإيجاب يكون ملزماً متى كان لمدة معينة

وبين فيه إنه غير قابل للرجوع فيه أو كان من اللائق أن يعتبر الموجه إليه الإيجاب إنه غير قابل للرجوع وتصرف على هذا الأساس.

ويجب أن يصل القبول إلى الموجب خلال المدة التي حددها هذا الأخير، وفي حالة عدم تحديد مدة للقبول يجب أن يصل هذا الأخير خلال المدة التي تعتبر معقولة تبعاً لظروف التعامل وسرعة وسائل الاتصال المستعملة من قبل الموجب، وينتج القبول أثره كقاعدة عامة - كالإيجاب - منذ اللحظة التي يصل فيها إلى علم الموجب ومع ذلك يجوز تبعاً لطبيعة الإيجاب أو العرف أو العادات السائدة بين الأطراف أن يكمن القبول في القيام بتصرف معين كإرسال البضاعة أو دفع الثمن مثلاً. وفي هذه الحالة ينتج القبول أثره بمجرد القيام بهذا التصرف بشرط أن يتم القيام به خلال المدة المحددة أو المعقولة (مادة ١٨).

ويجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب، ومن ثم لا تعتبر الإجابة المتضمنة إضافات أو قيود أو تعديلات بمثابة قبول وإنما رفض للعرض وإيجاب مضاد، أي إيجاب جديد، ولكن إذا اقتصر الأمر على مجرد كون الإجابة تتضمن بعض العناصر الإضافية أو المختلفة والتي لا تغير «جوهرها» من فحوى الإيجاب فإنها تعتبر قبولاً وذلك ما لم يحتج الموجب دون إبطاء (مادة ١٩، ١/١٩، ٢/١٩)^(١).

٣٨ نقل الملكية وتبعية الهلاك

حرصت اتفاقية فينا على التأكيد بأنها لا تحكم - كقاعدة عامة - الآثار التي قد تكون للعقد على ملكية البضائع المبيعة (مادة ٤)، وذلك نظراً لتباين الأنظمة القانونية إزاء هذه المسألة، ولكن ليس معنى ذلك أن الاتفاقية قد تجاهلت مشكلة الملكية التي تعتبر جوهر البيع، حيث إنها قد عاجلتها بدقة وبالقدر الضروري دون حاجة إلى الانحياز إلى مفهوم أو آخر للبيع.

(١) وتنص الفقرة الأخيرة من المادة ١٩ على أن كل تعديل للثمن أو طريقة الدفع أو نوعية أو كمية البضائع أو مكان أو زمن التسليم أو مدى مسؤولية أي طرف من الأطراف أو كيفية حل النزاع يعتبر بمثابة تغيير جوهرى لمضمون الإيجاب.

وهكذا فقد نصت المادة ٣٠ صراحة على التزام البائع بنقل الملكية ولكنها تجنبت في نفس الوقت أن تحدد وقت أو كيفية هذا الانتقال، ومن ثم فإن مسألة انتقال تبعة الهلاك والمرتبطة في بعض الأنظمة القانونية بانتقال الملكية قد عولجت في الاتفاقية على اعتبار أنها مسألة مستقلة^(١).

وقد ربطت الاتفاقية انتقال تبعة الهلاك بالتسليم، ومن ثم فإنه متى تضمن عقد البيع نقل البضاعة دون تعيين لمكان التسليم، فإن تبعة الهلاك تنتقل إلى المشتري ابتداء من اللحظة التي تسلم فيها البضاعة لأول ناقل يقوم بنقلها إلى المشتري طبقاً لعقد البيع، ولكن متى تضمن العقد تعيين مكان لتسليم البضاعة للناقل فلا تنتقل تبعة الهلاك إلى المشتري إلا بتسليم البضاعة للناقل في المكان المعين، ويلاحظ أن الاتفاق على احتفاظ البائع بالمستندات الممثلة للبضاعة لا يؤثر في انتقال تبعة الهلاك (مادة ١/٦٧) غير أن تبعة الهلاك لا تنقل إلى المشتري ما لم تصرف أو تحقق البضاعة بوضوح بقصد تنفيذ العقد سواء كان ذلك بوضع علامة مميزة عليها أو بمستندات النقل أو بإخطار المشتري أو أية وسيلة أخرى (مادة ٢/٦٧).

وتنتقل تبعة هلاك البضاعة المباعه أثناء عملية النقل إلى المشتري بمجرد إبرام العقد، وذلك ما لم تقتض الظروف انتقال تبعة الهلاك إلى المشتري منذ وقت تسليم البضاعة إلى الناقل الذي أصدر المستندات المثبتة لعقد النقل (مادة ٦٨).

وفيما عدا ذلك لا تنتقل تبعة الهلاك إلى المشتري إلا عندما يقوم بتسليم البضاعة فإذا تأخر في الاستلام، مخالفًا بذلك العقد انتقلت إليه التبعة ابتداء من وقت وضع البضاعة تحت تصرفه (مادة ٦٩).

٣٩ التزامات البائع

إلى جانب الالتزام بنقل الملكية، يلتزم البائع بتسليم البضاعة المبيعة وكذلك بتسليم المستندات الخاصة بها عند اللزوم، وقد بينت الاتفاقية بكثير من التفاصيل شروط التسليم والمطابقة والجزاءات المترتبة على ذلك.

(١) انظر ميشيل بوريز فيكز، المرجع السابق، ص ٢٨.

ففيما يتعلق بمكان التسليم يلتزم البائع كقاعدة عامة بتسليم البضاعة في المكان الذي توجد فيه منشأته وقت إبرام العقد، وفي حالة ما إذا تضمن عقد البيع نقل البضاعة فيتم ذلك بتسليم البضاعة لأول ناقل يقوم بنقل البضاعة إلى المشتري، أما إذا كانت البضاعة المبيعة شيئاً معيناً بالذات أو شيئاً معيناً بالنوع يتعين إفرازه أو صناعته أو إنتاجه، وكان الأطراف يعلمون وقت العقد أن البضاعة موجودة أو يجب أن تصنع أو تنتج في مكان معين، فيكون التسليم بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري في هذا المكان (مادة ٣١).

أما فيما يتعلق بزمان التسليم فيجب كقاعدة عامة أن يتم التسليم خلال فترة معقولة من إبرام العقد، ولكن إذا تضمن تاريخاً «معيناً» للتسليم أو أمكن تحديد هذا التاريخ بالاستناد إلى العقد فيجب أن يتم التسليم في هذا التاريخ، غير أن العقد قد يكتفى بتحديد فترة زمنية يجب أن يتم خلالها التسليم، وفي هذه الحالة يجب أن يتم التسليم في أى وقت خلال هذه الفترة وذلك ما لم يتبين من الظروف أن المشتري هو الذى يحق له اختيار تاريخ التسليم خلال هذه الفترة (مادة ٣٣).

وفيما يتعلق بالمطابقة فقد نصت المادة ٣٥ من الاتفاقية على التزام البائع بتسليم بضاعة تطابق من حيث النوعية والكمية والصفة بل والتغليف أو الشكل ما هو منصوص عليه في العقد. وقد عدت الفقرة الثانية من هذه المادة شروط المطابقة والتي من أهمها أن تكون مطابقة لصفات العينة أو النموذج المقدم للمشتري.

٤ نظام الجزاءات

أما نظام الجزاءات فيرتكز في اتفاقية فينا - كما هو كان الوضع في اتفاقية لاهاي - على أساس التمييز بين المخالفات الجوهرية والمخالفات غير الجوهرية للعقد، وتعتبر المخالفة التي يرتكبها أحد الأطراف جوهرية حينما يسبب للطرف الآخر ضرراً يجرمه بصفة جوهرية مما كان يحق له - وفقاً للقانون - أن ينتظره من العقد. اللهم إلا إذا كان الطرف المخطيء لم يتوقع مثل هذه النتيجة وإن أى شخص معقول من نفس المستوى وفي نفس الظروف لم يكن ليتوقع مثل هذه النتيجة كذلك (مادة ٢٥). غير أن المخالفة غير الجوهرية - كالتراخي في تسليم المبيع عن التاريخ المعين لوقت لا يجرى

العقد من قيمته بالنسبة للمشتري - قد تتحول إلى :
مخالفة جوهرية وذلك عندما يقوم المشتري بمنح البائع مدة إضافية معقولة لتنفيذ التزامه وتنقضى هذه المدة دون تنفيذ (مادة ٤٧). ويرتب على ارتكاب البائع مخالفة جوهرية وإخلاله بالتزامه ثبوت الحق للمشتري في المطالبة بالتنفيذ العيني متى كان ذلك ممكناً أو اعتبار العقد مفسوخاً دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، بالإضافة إلى حقه في التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر (المواد ٤٥ - ٥٢) (١).

٤١ التزامات المشتري

يلتزم المشتري وفقاً للاتفاقية بدفع الثمن وتسليم البضاعة .
ويلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه في العقد، فإذا لم يحدد الثمن لا صراحة ولا ضمناً في العقد، فيفترض أن الأطراف قد اتفقوا ضمناً على الأخذ بالأسعار السائدة في السوق وقت إبرام العقد (مادة ٥٥). وإذا لم يحدد مكان معين لدفع الثمن وجب على المشتري أن يدفع الثمن إلى البائع في المكان الذي توجد فيه منشأة هذا الأخير أو في مكان استلام البضاعة أو الوثائق الممثلة لها وذلك في حالة ما إذا كان دفع الثمن مرتبطاً بتسليم البضاعة (مادة ٥٧). ويجب على المشتري أن يدفع الثمن في التاريخ المحدد في العقد أو الذي يمكن تحديده بالاستناد إلى العقد ونصوص الاتفاقية دون حاجة إلى إعداره (مادة ٥٩) أو منحه مهلة لتنفيذ التزامه (مادة ٦١/٣).

ويشمل التزام المشتري بتسليم البضاعة قيامه بكل الإجراءات المنتظرة منه عقلاً لتمكين البائع من تنفيذ التزامه بالتسليم (مادة ٦٠).

وإذا لم يقم المشتري بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها في عقد البيع أو في الاتفاقية، كان للبائع أن يطلب منه تنفيذ التزاماته، كما يحق له أيضاً في حالة ارتكاب المشتري لمخالفة جوهرية اعتبار العقد مفسوخاً فضلاً عن حقه في المطالبة بالتعويض (المواد ٦١ - ٦٥).

(١) انظر في التفاصيل ميشيل بوريز فيكز، المرجع السابق، ص ٣٩ وما بعدها. وانظر في اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٥٤٦.

وتقييم اتفاقية فينا - كاتفاقية لاهاي - علاقة وثيقة بين التزامات كل من البائع والمشتري . وتطبيقا لذلك تنص الاتفاقية صراحة على أنه من حق البائع أن يجعل من دفع الثمن شرطا لتسليم البضاعة أو المستندات الممثلة لها، وإذا تضمن عقد البيع نقل البضاعة يكون للبائع حق تأجيل إرسال البضاعة حتى استلام الثمن أو إرسالها تحت شرط عدم تسليمها للمشتري أو تسليم المستندات الممثلة لها إلا بعد دفع الثمن (مادة ٥٨) وبصفة عامة تنص الاتفاقية على حق كل طرف في تأجيل تنفيذ التزاماته عندما يتبين له بعد إبرام العقد أن الطرف الآخر لن ينفذ جزءا جوهريا من التزاماته (مادة ٧١)^(١).

PH. KAHN

- *La vente commerciale internationale* - Paris, Sirey, 1961

Y LOUSSOUARN et J D BREDIN.

- *Droit du commerce international* - Paris, Sirey, 1969, No 590.

وكذلك الدكتور محسن شعير، «اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي للمنفولات المادية» مجلة

القانون والاقتصاد، العدد الثالث سبتمبر ١٩٧٤، ص ٧ وما يليها.

(١) انظر في البيع التجاري الدولي

الباب الثاني

السمسة Le Courtage

١ التعريف بمقد السمسة وخصائصه

٢ آثار عقد السمسة

٤٢ تقوم السمسرة بدورها في الحياة التجارية، فهي من عقود التوسط التجاري الرئيسية التي تمهد لعقد أصلي، وتقتصر مهمة السمسار على التقريب بين الأشخاص الذين يرغبون في التعاقد مقابل أجر، والاستعانة بطائفة السماسرة قد عرفت في الوسط التجاري منذ عهد بعيد حيث كانوا يقومون في الماضي بالتقريب بين التجار ذوي الجنسيات المختلفة وبحماية التجار الأجانب وبتحرير العقود وترجمتها^(١).

ولقد أصبحت السمسرة في الوقت الحاضر ألزم ما تكون من أي وقت مضى، وذلك لتعدد المعاملات التجارية ما بين استيراد وتصدير، وتجارة جملة، وتجارة تجزئة، ومن ثم فقد انتشرت السمسرة اليوم في كافة مجالات الحياة التجارية كبيع البضائع ونقلها ودهنها والتأمين عليها، كما انتشرت أيضا في بعض نواحي الحياة المدنية كبيع العقارات وشرائها وتأجيرها.

وتعتبر السمسرة في المملكة حرفة مباحة غير أن ذلك لا يتناقى بطبيعة الحال مع وضع تنظيم لها في بعض فروع الحياة التجارية على نحو يكفل توافر الضمانات اللازمة في المشتغلين بها عندما يقتضى الأمر ذلك.

ويعتبر الفقه الإسلامي السمسرة نوعا من الدلالة والوساطة المباحة شرعا وذلك لما تحققه من منافع للمتعاملين، ويرى أنه لا بأس أن يأخذ السمسار أجره نقودا

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، ص ٢٦٨٠.

معينة أو عمولة بنسبة معينة من الربح أو ما يتفقون عليه^(١).

وقد تكلم نظام المحكمة التجارية عن السمسرة في الفصل الرابع منه، غير أن نصوص هذا الفصل مقتضية وتحيل صراحة على العرف والعادة (مادة ٣١) وعليه فإننا سنخصص الفصل الأول من هذا الباب لتعريف عقد السمسرة وبيان خصائصه. أما الفصل الثاني فسنعالج فيه آثار هذا العقد.

(١) انظر في هذا الصدد الحلال والحرام في الإسلام، للأستاذ يوسف القرضاوى، القاهرة ١٩٧٤، ص ٢٧٠.

التعريف بعقد السمسرة وخصائصه

٤٣ السمسرة أو الدلالة هي الوساطة في إبرام العقود ويطلق نفس اللفظ كذلك على العمولة التي يتقاضاها المتوسط الذي يسمى سمسارا، ومهمة السمسار هي التقريب بين طرفي التعاقد نظير عمولة تكون عادة نسبة مئوية من قيمة الصفقة، وهو يستحق العمولة متى تم إبرام العقد بناء على وساطته^(١). ومن ثم يمكن تعريف عقد السمسرة بأنه عقد يلتزم السمسار بمقتضاه - في نظير عمولة معينة يتقاضاها من عملية - إما بالعثور على شخص يرتضى التعاقد مع العميل، وإما باقناع شخص معين عن طريق التفاوض بالتعاقد مع هذا العميل^(٢).

والسمسار ليس وكيلًا عن طرف أو آخر من أطراف التعاقد، بل هو وسيط ينحصر دوره في التقريب بين وجهتي نظر طرفي العقد والتوفيق بينهما بغية تسهيل إبرام العقد دون أن يكون طرفًا فيه، وبذلك يكمن دوره في القيام بنشاط مادي هو البحث عن شخص يقبل التعاقد بالشروط التي حددها من لجأ إلى توسيطه لإتمام الصفقة دون اشتراك من جانبه في إبرام العقد^(٣) ولا يقتصر نشاط السمسار على الوساطة في البيع فقط كما توحي بذلك المادة ٣٠ من نظام المحكمة التجارية والتي عرفت السمسار أو الدلال بأنه «من يتوسط بين البائع والمشتري لإتمام البيع بأجر» بل يمتد نشاطه إلى كافة المجالات فهو يتوسط ويقرب بين البائع والمشتري في عقد البيع وبين

(١) انظر مؤلفنا في القانون التجاري السعودي، بند رقم ٤١.

(٢) انظر الدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ٦٧.

(٣) انظر الدكتور أكرم الخولي والوسيط... ج ٤، بند رقم ١٥٥.

الناقل والشاحن في عقد النقل وبين المؤجر والمستأجر في عقد الإيجار وبين العامل ورب العمل في عقد العمل .

ويختلف السمسار عن الوكيل العادي الذي يقوم بعمل قانوني هو إبرام العقد باسم ولحساب موكله بينما لا يقوم السمسار بأي عمل قانوني لحساب عميله ، ومع ذلك فليس هناك ما يمنع من تكليف السمسار بإبرام العقد ، وعندئذ يصبح وكيلًا بالإضافة إلى صفته الأولى كسمسار^(١) .

كما يختلف السمسار عن الوكيل بالعمولة الذي يقوم أيضا بعمل قانوني هو إبرام العقد باسمه الخاص لحساب موكله ، وبذلك يصبح طرفًا في العقد الذي يبرمه مع الغير فيكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات الناشئة عنه على أن ينقلها بعد ذلك إلى ذمة موكله في حين أن السمسار لا يصبح طرفًا في العقد الذي يتوسط في إبرامه ولا يسأل عن تنفيذ الحقوق والالتزامات الناشئة عنه .

والسمسار يمارس نشاطه بحرية تامة وعلى وجه الاستقلال فهو يعمل لحسابه الخاص ، وهذا الاستقلال هو ما يميز السمسار عن المستخدمين أو الممثلين التجاريين التابعين للمؤسسات التجارية والذين يرتبطون بها بعقد من عقود العمل يخضعون بموجبه لتوجيهات وإشراف رب العمل . وتطبيقًا لذلك يعتبر ممثلًا تجاريًا لا سمسارًا الشخص الذي لا يتمتع بالحرية في البحث عن العملاء واختيارهم بل يقدم له الطرف الآخر قائمة بأسماء العملاء الذين يتعين عليه أن يزورهم دوريا في منطقة معينة ويطلبه أسبوعيا بتقديم تقرير عما أسفر عنه نشاطه في هذه الحدود^(٢) .

٤٤ تجارية عقد السمسرة وإثباته : نصت الفقرة ج من المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية على أنه يعتبر عملا تجاريا «كل ما يتعلق بالدلالة» (السمسرة) وهذا يعني أن السمسرة تعتبر في المملكة عملا تجاريا سواء كان السمسار محترفا أو غير محترف ، أي سواء وقعت لمرة واحدة أو على شكل مقاوله ، وسواء كانت الصفقة التي يتوسط السمسار في إبرامها مدنية أم تجارية . وتطبيقًا لذلك تعتبر السمسرة المتعلقة بالعقارات

(١) انظر الدكتور مصطفى طه ، المرجع السابق ، بند رقم ٤٢٧ .

(٢) انظر الدكتور أكثم الخولي «دروس في القانون التجاري السعودي» ، العقود والأوراق التجارية ، معهد الإدارة العامة بالرياض ١٣٩٤ ، بند رقم ٢٢ .

أو الزواج - وهي أعمال مدنية - تجارية شأنها في ذلك شأن السمسرة المتعلقة بشراء وبيع البضائع والصكوك، وقد نصت لائحة تنظيم المكاتب العقارية الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ٣٣٤ بتاريخ ١٣٩٨/٣/٧ صراحة على أن المكاتب العقارية التي تتعاطى بيع أو إيجار العقار - وهي أعمال مدنية - هي مكاتب تجارية بطبيعتها وخاضعة بالتالي منذ إنشائها للأحكام الواردة في نظام المحكمة التجارية الصادر عام ١٣٥٠ هـ ونظام السجل التجاري الصادر عام ١٣٧٥^(١).

ولما كانت السمسرة عملاً تجارياً فإن من يخرّف السمسرة يعتبر تاجراً، ويلتزم بالتالي بالتزامات التجار ويشهر إفلاسه متى توقف عن دفع ديونه التجارية.

وتعتبر أعمال السمسرة تجارية بالنسبة للسمسار وحده، أما فيما يتعلق بعمل السمسار، وهو الشخص الذي وسطه في إبرام العقد، فإن الأمر يتوقف على صفة هذا الشخص، وما إذا كان تاجراً أو غير تاجر، وعلى طبيعة الصفقة المراد إبرامها، فإذا كانت هذه الصفقة مدنية كبيع أو شراء العقار، اعتبر عقد السمسرة مدنياً بالنسبة لهذا العميل، ومن ثم فلا يجوز إثبات عقد السمسرة في مواجهة مثل هذا العميل إلا وفقاً للقواعد العامة، في حين يجوز الإثبات ضد السمسار بكافة طرق الإثبات تطبيقاً للقاعدة العامة للإثبات في المواد التجارية.

(١) وقد تار الخلاف حول أثر طبيعة الصفقة على تجارية السمسرة، غير أن محكمة النقض المصرية قد حسمت الخلاف فقضت بأن السمسرة تعتبر عملاً تجارياً بطبيعتها بالنسبة للسمسار سواء كانت الصفقة التي يتوسط فيها مدنية أم تجارية، انظر في هذا الخلاف الدكتور علي الشارودي، المرجع السابق، ص ٨٤، الدكتور علي يونس، المرجع السابق، بند رقم ٧٦.

آثار عقد السمسرة

■ التزامات السمسار ■ التزامات العميل

٤٥ يرتب عقد السمسرة التزامات في ذمة طرفيه، أى السمسار وعميله، ولكن السمسار لا شأن له بالتزامات الناشئة عن العقد الذى توسط فى إبرامه وانعقدت السمسرة بمناسبة والذى قد يكون عقد بيع أو تأمين أو نقل أو نحو ذلك، حيث إن هذا العقد ينعقد مباشرة بين البائع والمشتري أو المؤمن والمستأمن أو الناقل والشاحن دون أن يكون السمسار طرفاً فيه وستكلم بشيء من التفصيل عن التزامات السمسار والتزامات العميل كل فى مبحث مستقل.

المبحث الأول

التزامات السمسار

٤٦ تنحصر مهمة السمسار فى التقريب بين الأشخاص الذين يرغبون فى التعاقد ومن ثم فهو يلتزم ببذل المساعى اللازمة لإيجاد شخص يتعاقد مع عميله : ويجب عليه أن يبذل فى سبيل القيام بمهمته العناية والحرص اللذين يقضى بهما العرف والعادة (مادة ٣١) فإذا أهمل السمسار القيام بهذا الواجب أو أخطأ فى تنفيذه كان مسئولاً عن ذلك فى مواجهة عميله . وبناء على ذلك تتحقق مسئولية السمسار أمام عميله إذا لم يقم بأى مسعى لإيجاد شخص يرتضى التعاقد مع عميله مما سبب ضرراً لهذا العميل

أو إذا وجد له متعاقد لا يستطيع تنفيذ الالتزامات التي تضمنها العقد مع العميل أو إذا أهمل في إطلاع عميله على ظروف الصفقة وقدر صلاحيتها له والمخاطر التي يتعرض لها من إبرامها. أو إذا جلب متعاقدًا ناقص الأهلية أو معسرا أو مفلسا أو مشهورا بالمهاطلة وهو على علم بذلك. أو إذا أخفى عن عميله عيوب السلعة التي كلف بالسعى إلى شرائها أو إذا أخفى عنه المنازعات على العين محل الصفقة كأن يكون عقارا يتنازعه الورثة أو يدعى عليه الغير بحق عيني، أو إذا حاول تغليب مصلحة أحد طرفي التعاقد على الآخر في حالة تفويضه منهما جميعا، أو إذا تواطأ مع المتعاقد الذي يجلبه إضرارا بمصلحة عميله كما إذا اتفقا على التفرير بالعميل أو إخفاء عيوب السلعة عنه أو إذا قدم له شخصا معنويا لا وجود له قانونا^(١) ولكن طبيعة عمل السمسار غالبا ما تفرض عليه تحييد الصفقة وتأكيد صلاحيتها وجودتها فهو تاجر يهيمه إبرام الصفقة والحصول على العمولة، ولا تعتبر أقواله وتأكيداته في مثل هذه الحالة من قبيل التدليس إلا إذا كان قد استعمل طرقا احتيالية واضحة كان من شأنها التأثير على العميل ودفعه إلى التعاقد، إذ المفروض أن يتحرز العميل من قبول مثل هذه التأكيدات وألا يأخذ ذلك قضية مسلمة بل الواجب أن يستوضح بنفسه حقيقة الأمر وإلا كان مهملًا^(٢).

والأصل إنه لا يجوز للسمسار أن يقيم نفسه طرفا ثانيا في العقد الذي يتوسط في إبرامه سواء كان ذلك باسمه أو باسم مستعار إذ تكون له عندئذ مصلحة شخصية في العقد تتعارض مع مصلحة العميل، غير أنه لما كان القصد من ذلك هورعاية مصلحة العميل، فإنه يجوز لهذا الأخير أن يجيز السمسار في إضافة الصفقة إلى نفسه وأن يجيز العقد بعد إبرامه وحينئذ يصبح السمسار طرفا ثانيا في العقد وتنظيم العلاقة بينه وبين العميل على هذا الأساس لا على أساس عقد السمسرة. ولذا لا يستحق السمسار اجرا لأنه لم يبذل جهدا في العثور على نفسه بصفته المتعاقد الآخر^(٣).

(١) نظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١٠٣.

(٢) انظر الدكتور على بوس، المرجع السابق، بند رقم ٧٨، والدكتور أكثم الخولي «دروس...»، بند رقم

(٣) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١٠٥، والدكتور على البارودي، المرجع السابق،

غير أنه يجوز للسمسار أن يخفى عن كل من الطرفين اسم الطرف الآخر إلى وقت إبرام العقد وذلك لكي لا تتم العملية بينهما مباشرة دون وساطته، ولكن إذا اتفق العميل مع السمسار على عدم ذكر اسم العميل مطلقاً وتعامل السمسار على هذا الأساس، فإن السمسار يعتبر في هذه الحالة بمثابة وكيل بالعمولة، ومن ثم يكون مسئولاً عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد في مواجهة المتعاقد الآخر على أن يقوم بعد ذلك بنقل آثار العقد إلى العميل الذي تم العقد لحسابه.

كذلك يجوز أن يكون السمسار مكلفاً بالتوسط من طرفي العقد كأن يكلفه أحد العملاء بالبحث له عن مشتر، ويكلفه عميل آخر بالبحث له عن بائع وفي هذه الحالة يجب على السمسار أن يلتزم جانب الحياد ولا يغلب مصلحة طرف على حساب الطرف الآخر.

ولما كانت مهمة السمسار تقتصر على التقريب بين المتعاقدين والتوفيق بينهما بغية إبرام العقد دون أن يكون طرفاً فيه، فإنه لا يلتزم بضمان تنفيذ العقد الذي تم بناء على وساطته إلا إذا اتفق على غير ذلك صراحة أي إذا اقترنت السمسرة بشرط الضمان، ومثال ذلك أن يتفق العميل مع السمسار على أن يضمن هذا الأخير يسار المتعاقد الذي يقدمه عند التنفيذ أو أن يضمن قيامه بتنفيذ التزاماته.

ويجب على السمسار أن يتخذ له دفتر يومية يقيد فيه أعماله وبعد إتمامها يوماً فيوماً بصورة واضحة مع بيان اسم البائع والمشتري وتاريخ العقد ووقت تسليم البضاعة ومقدارها وجنسها ومقدار ثمنها مع بيان جميع شروط العمل بياناً صحيحاً من غير تخلل بياض في الدفتر ولا حصول شطب ولا وضع كلمة فوق أخرى ولا كتابة بين السطور (المادة ٣٢ من نظام المحكمة التجارية).

كما يجب على السمسرة أو الدلالين أن يقدموا دفاترهم مع ما يلزم من الإيضاحات إذا طلبت منهم المحكمة التجارية وليس لهم حق الامتناع بوجه من الوجوه (مادة ٣٣).

وإذا توسط السمسار في بيع البضاعة بموجب نموذج أي عينة، وجب عليه حفظها إلى يوم تسليم البضاعة مع التأشير عليها بما يلزم لمعرفة دون اشتباه أي دون أن تختلط بغيرها (مادة ٣٤).

المبحث الثاني التزامات العميل

● الالتزام بدفع السمسرة ● الالتزام برد النفقات

● الالتزام بتعويض السمسار

٤٧ يلتزم عميل السمسار بدفع الأجرة أو العمولة، وبرد النفقات التي تكبدها السمسار في سبيل القيام بالمهمة التي كلفه بها، وبتعويض السمسار عند الاقتضاء.

٤٨ أولاً: الالتزام بدفع السمسرة

يستحق السمسار في مقابل الخدمة التي يؤديها لعملائه أجراً يسمى سمسرة أو عمولة، ويحدد هذا الأجر عادة في اتفاق الطرفين بنسبة مئوية من قيمة الصفقة التي تتم بين العميل والمتعاقد معه. ويجوز تحديده أيضاً بمبلغ معين، وإذا لم يحدد أجر السمسار بالاتفاق بين الطرفين أو بموجب تعريفه رسمية فيتم تحديده وفقاً للتعامل الذي درج عليه الطرفان في الماضي، وإلا فيمقتضى العرف المتبع في نوع التعامل (مادة ٣١). فإذا لم يكن هناك اتفاق خاص أو تعامل سابق أو عرف قدر القاضي عند النزاع الأجر مراعيًا في ذلك قيمة الصفقة وما بذله السمسار من جهد وما صرفه من وقت وما تكبده من نفقات.

ويميل الاتجاه الحديث في القانون المقارن إلى الاعتراف للقاضي بحق تخفيض الأجر المتفق عليه بين السمسار وعميله بناء على طلب هذا الأخير متى وجده مبالغاه ولا يتناسب مع الخدمات التي أداها السمسار^(١) حيث إن الأجر يعين عادة

(١) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١١٠، والدكتور إدوار عبد، المرجع السابق، بند رقم ١٠٥، الدكتورة سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٥١٨، وقارن الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، بند رقم ٧١، وانظر عكس ذلك الدكتور علي يونس، المرجع السابق، بند رقم ٨٢، والدكتور علي جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشرفاوي، الوجيز في القانون التجاري، القاهرة ١٩٧٥، بند رقم ٨٠.

عند تكليف السمسار بالعمل ، وقد يتوهم العميل أن الصفقة تحتاج إلى جهد كبير من جانب السمسار فيرتضى بأجر مرتفع ثم يتضح له بعد إتمام العمل أن ما بذل فيه من جهد لا يستحق هذا الأجر ، وهذا يرى تمكين العميل من إصلاح الخطأ الذي وقع فيه بالرجوع إلى القاضى ليأمر بتخفيض الأجر إلى الحد الذي يجعله متناسبا مع الجهد الذى بذل فى العمل ، وبناء على هذا التعليل فإنه إذا تم الاتفاق على الأجر بعد إبرام الصفقة أو دفع الأجر المتفق عليه بعد هذا الوقت فلا يجوز فى هذه الحالة المطالبة بتخفيض الأجر^(١).

ولا يستحق السمسار أجره إلا بتوافر الشروط التالية :

١ - أن يكون هناك عقد سمسة بين السمسار والعميل ، أى أن يقوم السمسار بعمله بناء على تفويض وتكليف من العميل ، فإذا قام السمسار من تلقاء نفسه بالتقريب بين متعاقدين دون تكليف صريح أو ضمنى من أى من الطرفين فلا يستحق على ذلك أجرا ولو أدت جهوده إلى إبرام العقد . ويستحق السمسار الأجر من الشخص الذى كلفه بالسعى لإبرام الصفقة فإذا كان مكلفا من الطرفين معاً كان يكلفه البائع بالبحث عن مشتري ويكلفه المشتري بالبحث عن بائع ، استحق الأجر من كل منهما ، ولكن دون تضامن بينهما لاستقلال مصدر التزام كل منهما عن الآخر كما أن مبلغ الأجر الذى يلتزم بدفعه كل منهما قد يكون مختلفا عن الآخر ، ولا تتأثر حقوق السمسار بما قد يتفق عليه الطرفان فى العقد المبرم بناء على وساطته بشأن السمسرة كوضعها بالكامل على عاتق أحدهما ولو علم السمسار بوجود مثل هذا الاتفاق لأنه من الغير بالنسبة للعقد الذى تم بناء على وساطته^(٢).

ويلاحظ أنه متى تضمن عقد السمسرة أجلا معيناً لإتمام الصفقة وإبرام العقد وانقضى هذا الأجل دون تعاقد ، فلا يستحق السمسار أجره ولو تمت الصفقة بعد ذلك لانقضاء عقد السمسرة بانتهاء مدته^(٣).

(١) انظر المادة ٣٠٩ من قانون التجارة الكويتى الجديد ، والمادة ٢/٢٩٢ من قانون التجارة السيسى ، ومادة

٢/٣٨٧ من قانون التجارة السورى ، والمادة ٢/١٠٠ من قانون التجارة الأردنى

(٢) انظر الدكتور أكتة الخولى ودروس ، ص ٢٥ ، بند رقم ٢٥ .

(٣) انظر الدكتور مصطفى طه ، المرجع السابق ، بند رقم ٤٣٢ .

٢ - أن يتم التعاقد بين العميل والمتعاقد الذي عثر عليه السمسار، أما إذا لم يوفق السمسار في الاهتداء إلى متعاقد آخر يقبل شروط عميله فإنه لا يستحق أى أجر مهما كانت الجهود التي بذلها ويعتبر ذلك من المخاطر المادية لحرفته .

ويكفى مجرد إبرام العقد لاستحقاق الأجر بصرف النظر عن تنفيذه أو فسخه أو إبطاله لسبب يجهله السمسار أو طرأ بعد إبرام العقد كما يكفي أيضا مجرد إبرام العقد الابتدائي ولو لم يتم العقد النهائي ولو لم تتم إجراءات الشهر القانونية . ولكن إذا كانت الشكلية شرطا لانعقاد العقد كما هو الحال بالنسبة لبيع السفن فإن الأجر لا يستحق إلا بإفراغ العقد بالشكل القانوني المطلوب . لأن العقد لا يتم في هذه الحالة إلا بتمام هذا الإجراء ، ومع ذلك إذا ثبت أن المتعاقدين تعمدوا عدم استيفاء هذا الإجراء لحرمان السمسار من أجره، وجب الحكم له بالأجر بوصفه تعويضا عن الضرر الذي لحقه^(١) . وإذا تم العقد معلقا على شرط واقف فلا يستحق أجر السمسار إلا إذا تحقق الشرط ، أما إذا كان العقد معلقا على شرط فاسخ ، فإن السمسار يستحق أجره بمجرد إبرام العقد ، فإذا تحقق الشرط وفسخ العقد ، فقد اختلف الفقه في مدى استحقاق السمسار للأجر ، فذهب رأى إلى أن السمسار يلتزم برد الأجر الذي حصل عليه إذ يعتبر العقد في هذه الحالة كأن لم يكن وفقا لفكرة الأثر الرجعي^(٢) بينما تذهب غالبية الفقه إلى عكس ذلك حيث ترى أن السمسار لا يلتزم برد الأجر الذي حصل عليه حتى ولو تحقق الشرط الفاسخ ، لأن الأثر الرجعي يقتصر على العقد الذي تضمن الشرط الفاسخ والذي أبرم بين العميل ومن تعاقد معه ، وليس من شأنه أن يؤثر على حق السمسار الذي تأكد باتمام التعاقد بين الطرفين^(٣) .

(١) انظر الدكتور محسن شفيق ، المرجع السابق ، بند رقم ١١٢ ، الدكتور على يونس ، المرجع السابق ، بند رقم ٨٣ ، والدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشرفاوى ، المرجع السابق ، بند رقم ٨٠ ، ومع ذلك يرى بعض الفقه انه يكفي أن يصل السمسار إلى مرحلة التوفيق بين المتعاقدين وتلاقي العروض تلاقيا كاملا حتى يستحق أجره لأن استيفاء الشكل وإن كان شرطا لازما للانعقاد إلا أنه من شأن المتعاقدين ولا دخل للسمسار فيه ، انظر في هذا المعنى الدكتور على البارودي ، المرجع السابق ، بند رقم ٧١ ، الدكتور أكثم الخولي ودروس . . . بند رقم ٢٧ ، والدكتور مصطفى طه ، المرجع السابق ، بند رقم ٤٣٢ .

(٢) انظر الدكتور محسن شفيق ، المرجع السابق ، بند رقم ١١٣ .

(٣) انظر الدكتور على يونس ، المرجع السابق ، بند رقم ٨٣ ، الدكتور على البارودي ، المرجع السابق ، بند رقم ٧١ ، الدكتور أكثم الخولي ودروس . . . بند رقم ٢٧ ، الدكتور مصطفى طه ، المرجع السابق ، بند رقم ٤٣٢ ، الدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشرفاوى ، المرجع السابق ، بند رقم ٨٠ ، والدكتورة سميحة القليوبي ، المرجع السابق ، ص ٥١٣ .

٣ - أن يكون إبرام العقد قد تم نتيجة لوساطة السمسار وجهوده أى إنه يجب أن تكون هناك رابطة سببية بين مساعى السمسار وبين إبرام الصفقة بحيث يثبت أنه لولاها لما تم العقد، أما إذا ثبت أن الطرفين كانا على اتصال، وأن المفاوضات بينهما كانت ستؤدى إلى إبرام العقد ولولم يتدخل السمسار، فلا يستحق السمسار الأجر، كذلك لا يستحق السمسار اجرا إلا عن العقد الذى تم بناء على وساطته، فإذا قام الطرفان اللذان قرب بينهما بعد ذلك بإبرام عقود أخرى ولو كانت من ذات النوع فإنه لا يستحق اجرا عنها طالما أنها تمت دون تدخله، والقاضى هو الذى يقدر عند الخلاف مدى توافر العلاقة السببية بين تدخل السمسار وإبرام الصفقة.

٤٩ ثانياً: الالتزام برد المصاريف

إذا كلف العميل السمسار القيام بمهام معينة تقتضى إنفاق بعض المصاريف كالسفر إلى محل التعاقد الآخر أو الاعلان فى الصحف أو الاستعانة بخير فنى لفحص البضاعة أو العين محل الصفقة، كان من حق السمسار مطالبة عميله بهذه المصاريف سواء تمت الصفقة أو لم تتم، غير أنه لا يجوز المطالبة بهذه المصاريف إذا أنفقها من تلقاء ذاته دون تكليف من العميل، إذ يعتبر إنفاقها عندئذ من مستلزمات المهنة فيتحملها السمسار ويعرضها من أجره^(١) ويلاحظ أن السمسار يسقط حقه فى استرداد المصاريف، وكذلك فى الحصول على الأجر، متى ارتكب غشاً فى تنفيذ العمل المعهود إليه به كأن يتواطأ مع المتعاقد الآخر بما يضر مصلحة عميله، ومثال ذلك أن يتفق مع هذا المتعاقد على إخفاء عيوب البضاعة أو على التستر على نقص أهليته وما شابه ذلك.

٥٠ ثالثاً: الالتزام بتعويض السمسار

رأينا أنه من شروط استحقاق السمسار للأجر نجاح مهمته وإبرام العقد الذى توسط فى إبرامه، ولكن قد يحدث أن يقوم السمسار بكل ما يجب عليه كى يتم إبرام العقد فيقدم لعميله شخصاً يقبل التعاقد بالشروط التى يعرضها ولكن لا يتم العقد مع ذلك بسبب خطأ العميل أو تعنته أو سوء نيته أو لعدوله عن إبرام الصفقة لسبب أو

(١) انظر الدكتور عيسى شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١١٦، ١١٧.

لآخر. وعندئذ لا يستحق السمسار اجرا لعدم إبرام العقد، وفي ذلك إضرار بمصالح السمسار الذي لم يقصر في القيام بمهمته، لذلك فقد استقر القضاء على الاعتراف للسمسار بالحق في مثل هذه الحالات في الرجوع على عميله ومطالبته بتعويض يقدر طبقا لمقتضيات العدالة مع الاعتداد بكل ظروف القضية، وقد طبق القضاء هذا المبدأ في حالة توصل السمسار إلى تحقيق اتفاق الطرفين على أغلب بنود العقد، وفي حالة توصله إلى إتمام الاتفاق على الموضوع المحدد في عقد السمسرة ولكن العقد تم بين الطرفين مباشرة ولم يتم دون خطأ منه. وفي حالة إتمام العقد بعد انتهاء المدة المحددة في عقد السمسرة إذا كان الاتصال بين الطرفين قد تم بفضل مجهوداته وكان لم يستبعد من المفاوضات التي دارت بينهما مباشرة لخطأ من جانبه، كما أن للسمسار الحق في التعويض عن جميع الخدمات النافعة التي أداها لعميله، وبديهي أن السمسار لا يرجع بالتعويض إلا على الطرف الذي فوضه، أي على عميله^(١).

والغالب أن يأخذ القضاء بعين الاعتبار في تقديره لتعويض الجهد الذي بذله السمسار والوقت الذي أضاعه والمكسب الذي كان يؤمله من وراء إبرام الصفقة لذلك كثيرا ما يكون هذا التعويض مساويا للأجر الذي كان يستحقه السمسار لو أن العقد قد تم أو قريبا منه.

(١) انظر في هذا القضاء الأحكام المشار إليها في مؤلف الدكتور أكثم الخولي الوسيط... الجزء الرابع، بند رقم ١٦٣.

الباب الثالث

الوكالة التجارية

١ الوكالة التجارية

٢ وكالة العقود

٥١ لا يستطيع التاجر أن يقوم بمفرده بكافة العمليات التي تقتضيها تجارته لا سيما إذا كانت هذه التجارة على قدر من الأهمية، وذلك نظرا لتنوع وتعدد هذه العمليات وما تستلزمه أحيانا من الانتقال إلى الأماكن البعيدة لعقد الصفقات أو التفاوض بشأنها، لذلك يستعين التاجر عادة - عند قيامه بأعمال تجارته - بعدد من المستخدمين يمثلونه أمام عملائه ويعملون باسمه ويخضعون لتوجيهاته ويرتبطون به بعقد عمل كالطوافين أو المندوبين الجوابين والممثلين التجاريين ومندوبي التأمين ومديري الفروع والمحال التجارية وغيرهم.

وإلى جانب هذه الفئة من الأشخاص، يستعين التاجر بفئة أخرى منهم حيث يتخذون من القيام بالأعمال التجارية لحساب الغير حرفة لهم فيعاونونه في تصريف سلعة أو الحصول على السلع والخدمات اللازمة له كما يتوسطون بينه وبين غيره من التجار وأرباب المصانع أو بينه وبين المستهلكين، ولكنهم مع ذلك لا يرتبطون معه بعقد عمل، فهم ليسوا من مستخدميه وإنما يقومون بأعمالهم على وجه الاستقلال، وهؤلاء هم الوكلاء^(١).

وهؤلاء الوكلاء ليسوا سوى وسطاء بين التاجر والعملاء وعليه يمكن القول إن عقد الوكالة التجارية ليس سوى عقد من عقود التوسط التجاري يقوم إلى جوار عقد السمسرة، كما تتنوع الوكالة التجارية بتنوع الدور الذي يقوم به الوكيل في إبرام

(١) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٣٦.

العقود، ومن ثم يمكن التمييز في هذا الصدد بين الوكالة بالعمولة وهي التي يقوم فيها الوسيط - الوكيل بالعمولة - بتصرف قانوني باسمه لحساب موكله، وبين وكالة العقود وهي التي يقوم فيها الوسيط - وكيل العقود والذي يطلق عليه أيضا اسم الوكيل التجاري - بتصرف قانوني باسم ولحساب موكله .

وقد خصص نظام المحكمة التجارية الفصل الثالث من الباب الأول للحدوث عن الوكالة بالعمولة، أما وكالة العقود فلم يتحدث عنها نظام المحكمة التجارية بصورة مباشرة ولم يتناولها بالتنظيم في المملكة سوى نظام الوكالات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١١ لعام ١٣٨٢هـ والمعدل بالمرسوم الملكي رقم ٥ لعام ١٣٨٩هـ والمرسوم الملكي رقم ١٢٤ لعام ١٤٠٠هـ .

وسندرس الوكالة بالعمولة في الفصل الأول ووكالة العقود في الفصل الثاني من هذا الباب .

الوكالة بالعمولة

La Commission

- خصائص عقد الوكالة بالعمولة ■ آثار عقد الوكالة بالعمولة
- ضمانات الموكل والوكيل بالعمولة ■ العلاقات الناشئة عن الوكالة بالعمولة

٥٢ عقد الوكالة بالعمولة من عقود التوسط التجاري الهامة حيث يلتزم بمقتضاه شخص يسمى «الوكيل بالعمولة» بأن يقوم بتصرف قانوني باسمه الخاص لحساب موكله، كالوكيل الذي يتولى شراء السلع باسمه الخاص من المنتج لحساب تاجر الجملة، أو من هذا الأخير لحساب تاجر التجزئة، والوكيل بالعمولة يخفى اسم موكله، بل وصفته كوكيل، ويصبح طرفا في العقد الذي يبرمه مع الغير فيكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات الناشئة عنه على أن ينقلها بعد ذلك إلى ذمة موكله.

ولقد ظهرت الوكالة بالعمولة منذ زمن بعيد في شكل عادات بين التجار الذين تفصل بينهم مسافات بعيدة، والذين كانوا يفضلون التعامل مع شخص يقيم على مقربة منهم ويتمتع بثقتهم بدلا من التعاقد مباشرة مع تاجر أجنبي يقيم في مكان بعيد ولا يعرفون عنه شيئا، ثم حظيت باهتمام المشرع: فتناولها بالتنظيم في مختلف الدول^(١) ولذلك فليس غريبا أن يخصص لها نظام المحكمة التجارية في المملكة الفصل الثالث بأكمله.

(١) انظر مقال جبرار سوتل «تاريخ عقد الوكالة بالعمولة حتى التقدير التجاري» في مجموعة التحريات التي ظهرت تحت إشراف الأستاذ حوريف هامل عن «عقد الوكالة بالعمولة» سنة ١٩٤٩.

وقد قلت أهمية الوكالة بالعمولة نسبيا في الوقت الحاضر بسبب تقدم وسائل المواصلات وسهولة الاتصال بين مختلف المناطق، واعتماد المنشآت التجارية الكبرى على فروعها وممثليها التجاريين، إلا أنها لا تزال مع ذلك تحتفظ بأهمية كبيرة في مجال التجارة الداخلية وفي مجال التجارة الخارجية بصفة خاصة وذلك بفضل ما تحققه من مزايا للمتعاملين. فهي تضمن للتاجر إجراء التعامل باسم الوكيل بالعمولة مما يحفظ لنشاطه التجاري طابع السرية تجاه الغير، كما تتيح لصغار التجار الفرصة لتجميع عملياتهم بين يدي الوكيل بالعمولة والتعامل مع المنتج رأسا ومن ثم الحصول على ما يحتاجونه بسعر منخفض يقل عن سعر الشراء من تاجر الجملة، كما تسمح للمشروعات التجارية الكبرى في نطاق التجارة الخارجية بالاعتماد في تصريف منتجاتهم أو الحصول على المواد الأولية اللازمة لصناعتهم على وكيل لهم في السوق المحلية يكون اعلم بحاجات هذه السوق وأعرف بالأسعار السائدة فيها وأسماء التجار الذين يتعاملون في السلعة وحقيقة مراكزهم المالية^(١). وأخيرا تقوم الوكالة بالعمولة بوظيفة ائتمان مفيدة للموكل، إذ غالبا ما يكون الوكيل بالعمولة شخصا مليئا، فيدفع إلى الموكل ثمن البضاعة المكلف ببيعها أو ثمن جزء منها عند تسلمها ودون انتظار بيعها، معتمدا في استرداد ما دفع عند الاقتضاء على الامتياز المقرر له قانونا على البضاعة أو الثمن. أو يدفع من ماله الخاص ثمن البضاعة المكلف بشرائها لحساب الموكل على أن يدفع له هذا الأخير في وقت لاحق، كما قد يضمن الوكيل بالعمولة تنفيذ الغير الذي يتعاقد معه لالتزاماته فيقوى بذلك ضمان الموكل الذي يصبح مطمئنا إلى تنفيذ الصفقة^(٢).

وقد تكلم نظام المحكمة التجارية في الفصل الثالث منه عن الوكالة بالعمولة للبيع، والوكالة بالعمولة للشراء، والوكالة بالعمولة للنقل، غير أننا لن نتناول هنا سوى الأحكام العامة للوكالة بالعمولة للبيع أو الشراء، أما الوكالة بالعمولة للنقل فسنرجى الحديث عنها حين دراسة عقد النقل.

(١) انظر الدكتور أكثم الخولي ودروس... بند رقم ٣٠ والدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٤٣.

(٢) انظر الدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ٧٢، والدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٣٤ والدكتورة سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٣٥٤، ٣٥٥.

وسنقسم دراستنا لعقد الوكالة بالعمولة هنا إلى أربعة مباحث نعرض في الأول لخصائص عقد الوكالة بالعمولة، ونعالج في الثاني آثار هذا العقد، ونبين في الثالث ضمانات الموكل والوكيل بالعمولة، ونستعرض في الرابع العلاقات الناشئة عن الوكالة بالعمولة.

المبحث الأول خصائص عقد الوكالة بالعمولة

- الوكيل بالعمولة تاجر محترف
- الوكالة بالعمولة تقوم على الاعتبار الشخصي

٥٣ الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصي : تنص المادة ١٨ من نظام المحكمة التجارية على أن «الوكيل بالعمولة هو الذي يتعاطى التجارة بالوصاية والنيابة ونحوى معاملاته باسمه أو بعنوان شركة ما لحساب موكله»^(١).

وبالرغم من الصياغة الركيكة لهذه المادة فإنها صريحة في أن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصي لحساب موكله وذلك سواء كان هذا الوكيل شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، وعبارة بعنوان «شركة ما» الواردة في هذه المادة تشير إلى الحالة التي تتكون فيها شركة للقيام بأعمال الوكالة بالعمولة، فيكون العمل عندئذ باسم أو بعنوان الشركة لا باسم شخص يمثلها، وهي إشارة لم يكن النص بحاجة إليها، إذ هي من النتائج الأساسية المترتبة على الاعتراف للشركة بالشخصية المعنوية^(٢).

خلاصة القول إن جوهر الوكالة بالعمولة يكمن، وفقاً للنص السابق في أن الوكيل بالعمولة، فرداً كان أو شركة، يتعاقد باسمه الخاص لحساب شخص آخر لا يظهر في العقد، ومن ثم يصبح طرفاً في العقد الذي يبرمه مع الغير الذي يتعامل معه فتصرف إليه آثار هذا العقد فيصبح هو الدائن أو المدين ولا تنشأ أية علاقة قانونية

(١) انظر في نقدينا هذا النص المبحث الرابع من هذا الفصل

(٢) انظر في هذا الشأن مؤلفات الفاسون التجاري السعودي المشار إليه في سبق بند رقم ١١٩ وما يليه

مباشرة بين الموكل ومن تعاقد معه الوكيل بالعمولة، وبظل وحده الملزم أمام موكله بحيث يتعين عليه فيما بعد أن ينقل إليه نتيجة التصرف الذي تم لحسابه .

وهكذا يتضح الفارق الجوهرى بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية التي تقوم على فكرة النيابة والتي يقتصر فيها دور الوكيل على مجرد تمثيل الموكل والتوقيع نيابة عنه على التصرف أو العقد الذى يتم مع الغير باسمه أى باسم الموكل ، ولحسابه فتتصرف الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد مباشرة إليه ودون أن تمر بذمة الوكيل .

وللتمييز بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية أهميته حيث يقرر نظام المحكمة التجارية للوكيل بالعمولة امتيازاً يضمن له الحصول على عمولته والمبالغ التي ينفقها في سبيل أداء مهمته وذلك نظراً لما يتحمل به من التزامات وما يتعرض له من مخاطر نتيجة لتعاquده مع الغير باسمه الشخصى في حين لا يوجد مثل هذا الامتياز في حالة الوكالة العادية .

٥٤ وقد ثار الخلاف في الفقه والقضاء حول معيار التمييز بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية، وانقسمت الآراء في هذا الصدد إلى ثلاثة :

الأول: يرى أن معيار التمييز بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية يكمن في طبيعة العملية Nature de L'operation المكلف بها الوكيل، فإذا كانت هذه العملية تجارية والوكيل محترفاً un professionnel اعتبر العقد وكالة بالعمولة سواء تعاقد الوكيل باسمه الشخصى أو باسم موكله، أما إذا كانت العملية المكلف بها الوكيل مدنية، فإن الوكالة تعتبر عادية حتى ولو كان الوكيل قد تعاقد باسمه الشخصى، وتطبيقاً لذلك يعتبر وكالة بالعمولة العقد الذى يلتزم فيه الوكيل ببيع منتجات مصنع معين حيث إن هذا البيع يعد تجارياً، في حين يعتبر وكالة عادية العقد الذى يلتزم فيه الوكيل ببيع منتجات أرض زراعية حيث إن البيع في هذه الحالة يعد مدنياً .

ويؤخذ على هذا الرأى أنه لا مبرر للفرقة بين الوكيل الذى يكلف بعمليات مدنية كبيع منتجات مزارع والوكيل الذى يكلف بعمليات تجارية كبيع بضاعة لتاجر، إذ إن عمل الوكيل لا يختلف في الحالتين فهو من طبيعة واحدة .

الثاني: يرى أن معيار التفرقة بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية يرجع إلى طبيعة الشيء Nature de l'objet محل الوكالة والذي كلف الوكيل بيعه أو شرائه، فإذا كان هذا الشيء من عروض التجارة كالבضائع أو الصكوك المتداولة اعتبرت وكالة بالعمولة بصرف النظر عما إذا كان العمل مدنياً أو تجارياً بالنسبة للموكل، أما إذا كان محل الوكالة شيئاً آخر غير عروض التجارة والصكوك المتداولة فإن الوكالة تكون عادية.

ويعيب هذا الرأي أنه كالرأي الأول لا يتفق في المملكة مع نص المادة ١٨ من نظام المحكمة التجارية الذي لم يتحدث عن طبيعة العملية ولا طبيعة الشيء محل الوكالة، كما أنه يتضمن خلطاً بين الوكالة بالعمولة والوكالة التجارية ويؤدي إلى تعميم الامتياز الخاص بالوكيل بالعمولة على باقى الوكلاء التجاريين وهو ما لم يقصده النص.

الثالث: يرى أن معيار التفرقة بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية يستند إلى الطريقة التي يتعاقد بها الوكيل، فإذا كان يتعاقد باسمه الشخصي اعتبرت الوكالة بالعمولة وإذا كان يتعاقد باسم الموكل اعتبرت وكالة عادية^(١).

وهذا الرأي هو الذى يتفق دون شك مع معيار الوكيل بالعمولة الذى وصفته المادة ١٨ من نظام المحكمة التجارية والتي عرفت الوكيل بالعمولة فرداً كان أو شركة بأنه من يتعاقد باسمه الخاص لحساب موكله.

غير أنه يلاحظ أن الوكالة بالعمولة لا تعتبر تجارية بحيث تخضع للنظام التجارى إلا متى بوشرت على شكل مشروع أو مقالة.

٥٥ الوكيل بالعمولة تاجر محترف

الوكيل بالعمولة تاجر محترف وهو لا يمكن إلا أن يكون كذلك، لأن نظام

(١) انظر عرض هذه الآراء الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٣٦، والدكتور عيسى الشارودي، المرجع السابق، بند رقم ٣٢، والدكتور عيسى حمد الدين عوض والدكتور محمود سمير الشرفوى، المرجع السابق، بند رقم ٤٢، والدكتورة سميرة القبيسي، المرجع السابق، ص ٣٦٥، وما يليها، وانظر في الفقه الفرنسي ريبير وروبو، المرجع السابق، بند رقم ٢٦٣٤، ٢٦٣٥، وروبير، مرجع السابق، بند رقم ١٧٧

المحكمة التجارية، كالقانون الفرنسي والقوانين التي أخذت عنه، لا يضيف الصفة التجارية إلا على «مقولة» التجارة بالعمولة أى على حرفة الوكالة بالعمولة^(١).

وشرط الاحتراف هو الذى يبرر انفراد الوكيل بالعمولة بحق امتياز دون سائر الوكلاء، فالوكيل المحترف هو وحده الذى يستحق رعاية القانون إذ يستطيع بفضل امتيازه أن يباشر حرفته على شكل آلى بأن يقبل التعاقد لحساب أى شخص يطلب منه ذلك دون بحث فى درجة ملاءته ما دام يتمتع بامتياز من الدرجة الأولى، أما من يقبل التعاقد لحساب الغير نظير عمولة دون أن يحترف هذا العمل فإنه ليس جديراً بحماية القانون لأنه لا يعرض خدماته على الجمهور بل يختار موكله فى روية وأناة وبناء على اعتبارات الثقة الشخصية بعكس الوكيل المحترف الذى يعتبر حق الامتياز ركناً أساسياً فى نجاح حرفته^(٢).

غير أنه يلاحظ أن الوكالة بالعمولة لا تعتبر تجارية إلا بالنسبة للوكيل بالعمولة سواء كان محلها القيام بعمليات تجارية أو مدنية، أما بالنسبة للموكل فتكون تجارية أو مدنية حسب طبيعة العملية محل الوكالة، فتوكيل تاجر لوكيل بالعمولة ببيع بضائعه يعتبر عملاً تجارياً بالنسبة للطرفين فى حين أن توكيل مزارع الوكيل بالعمولة ببيع محصولاته الزراعية يعتبر مدنياً بالنسبة للمزارع وتجارياً بالنسبة للوكيل بالعمولة، أى أن الوكالة بالعمولة تعتبر فى الحالة الأخيرة عملاً مختلطاً يخضع للنظام القانونى الذى يحكم هذه الفئة من الأعمال^(٣).

٥٦ الوكالة بالعمولة تقوم على الاعتبار الشخصى

تعتبر الوكالة بالعمولة كالوكالة العادية من العقود التى تبرم على أساس الاعتبار الشخصى *intuitus personae* فالموكل بصفة خاصة يتعاقد مع الوكيل لثقته فيه وربما لمعرفته السابقة به، وتحفظ الوكالة بالعمولة بهذا الطابع الشخصى بالرغم من صفتها التجارية، نظراً لما يتمتع به الوكيل بالعمولة عادة - من سلطات واسعة فى

(١) نظريتين وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٦٣٦.

(٢) نظريته الدكتور أكرم الخولى «دروس...» بند رقم ٣٢.

(٣) نظريته مؤلفنا فى القانون التجارى السعودى المشار إليه فيما سبق بند رقم ٤٦، ٥٦ وما يليه.

تمثيل مصالح الموكل ولما يقتضيه ذلك - في الغالب أيضا - من إنفاق مبالغ هامة، ومن ثم ينقضى العقد بموت الموكل أو الوكيل أو بالحجر عليه أو بإفلاسه أو إعساره، وفي حالة ما إذا كان الوكيل بالعمولة شركة فإن العقد ينقضى أيضا بتصفية الشركة.

غير أنه لما كان عقد الوكالة بالعمولة عقدا تجاريا يصدر لصالح الطرفين فإنه لا يجوز وفقا للرأى الراجح لأى من الطرفين أن ينهيه بإرادته المنفردة كما لا يجوز للموكل أن يعزل الوكيل بالعمولة دون موافقته ومع ذلك فقد جرى العمل في فرنسا على الاعتراف للموكل بحق إلغاء الأمر أو التكاليف الصادر منه للوكيل بخصوص عملية معينة بشرط أن يعرضه عن الأتعاب والمصاريف، ولكن ليس له أن يستبدل به آخر في نفس العملية وبالمقابل ليس للوكيل أن يعدل بإرادته المنفردة عن الوكالة، كما أن الأسباب المشروعة للعدول في المواد المدنية لا يمكن الأخذ بها عندما يتعلق الأمر بمشروع تجارى حيث يستطيع التاجر أن ينيب عنه غيره^(١).

المبحث الثانى

آثار عقد الوكالة بالعمولة

● التزامات الوكيل بالعمولة ● التزامات الموكل

٥٧ عقد الوكالة بالعمولة ملزم للجانبين، فهو يرتب التزامات في ذمة كل من الوكيل بالعمولة والموكل وسوف نتكلم عن التزامات الوكيل بالعمولة في الفرع الأول والتزامات الموكل في الفرع الثانى من هذا المبحث.

الفرع الأول

التزامات الوكيل بالعمولة

٥٨ تتمثل التزامات الوكيل بالعمولة في القيام بالعمل المعهد إليه به وفقا لتعليقات

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٦٤١ وقارن الدكتور مصطفى طه، والأحكام التى أشار إليها في مؤلفه المشار إليه فيما سبق، ص ٣٧٢، ٣٧٣.

الموكل، وفي المحافظة على البضائع التي يتسلمها من الموكل أو لحسابه وفي الامتناع عن أن يكون طرفاً ثانياً في العملية الموكلة إليه، ومن إنابة غيره في القيام بهذه العملية وفي الاحتفاظ بسرية اسم الموكل، وفي تقديم حساب عن العمل المعهود إليه بالإضافة إلى بعض الالتزامات الاتفاقية.

٥٩ أولاً: القيام بالعمل المعهود به إليه وفقاً لتعليمات الموكل

يلتزم الوكيل بالعمولة بأن يقوم بالعمل المكلف به من قبل الموكل، ويجب عليه في سبيل قيامه بهذا العمل أن يبذل عناية الرجل المعتاد مع التقيد بحدود السلطة المعطاة له في عقد الوكالة.

وإذا قصر الوكيل بالعمولة عن بذل عناية الرجل المعتاد، فإنه يكون مسئولاً في مواجهة الموكل عن الضرر الذي يصيبه ويلتزم بتعويضه، كأن يكون مكلفاً بشراء بضائع على درجة معينة من الجودة ويشتري بضائع أقل جودة أو معابة بعيوب ظاهرة لا تخفى على التاجر المعتاد، أو أن يكون مكلفاً بالبيع ويتعاقد مع شخص ظاهر الإعسار^(١).

ومن ثم فإن الالتزام ببذل عناية يقتضى من الوكيل بالعمولة - إذا كان مكلفاً بالشراء - أن يتحرى عن الباعة وأن يشتري البضاعة بأفضل الشروط وأن يتحقق من جودة البضاعة وخلوها من العيوب الظاهرة عند الاستلام وأن يدفع الثمن، وإذا كان مكلفاً بالبيع وجب عليه البحث عن المشتري والحصول منهم على أفضل الأسعار وإمضاء البيع بعد التحقق من أهليتهم وملاءتهم وقبض الثمن منهم.

كما يتضمن الالتزام ببذل عناية الرجل المعتاد قيام الوكيل بالعمولة من ناحية - بتقديم كافة المعلومات النافعة للموكل وبصفة خاصة إعلامه بحالة السوق وحركة الأسعار وبما يمكن أن يؤثر فيها من إجراءات حكومية كزيادة الرسوم الجمركية أو منع أو تقييد التصدير أو الاستيراد لا سيما إذا كان الوكيل بالعمولة يعمل في دولة أخرى. كما يفرض هذا الالتزام من ناحية أخرى، على الوكيل إخطار الموكل بتنفيذ الوكالة،

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٤٠، والدكتور كمال محمد أبو سريح والقانون التجارى في العقود التجارية، القاهرة ١٩٨٠، بند رقم ٦٧.

أى بمجرد قيامه بالعمل المعهود به إليه وذلك كى يتمكن من الاستفادة من العملية فى الحال، فىسعى لإعادة بىع البضاعة المشترأة أو لعقد صفقة ناجحة لقاء الثمن المقبوض^(١).

وىجب على الوكىل بالعمولة أن ىتقيد فى قيامه بالعمل بالتعلیمات الصادرة إلیه من موكله، وهذه التعلیمات إما أن تكون أمره أو بىانیه .

ومتى أعطى الموكل تعلیمات أمره، أى إلزامیه وىجب على الوكىل التقید بها بدقة وعدم مخالفتها، فإذا لم ىستطع تنفيذها تعین علیه أن ىمتنع عن القيام بالعمل المكلف به، ومثال ذلك أن ىحدد الموكل سعر البىع أو سعر الشراء فلا ىجوز للوكىل أن بىع بسعر أقل ولا أن ىشترى بسعر أعلى، فإذا خالف الوكىل التعلیمات الأمره كان من حق الموكل أن ىرفض الصفقة وعندئذ ىلتزم بها الوكىل، وللموكل - إن شاء - قبول الصفقة مع الاحتفاظ بحق مطالبة الوكىل بالتعویض عن الضرر^(٢).

أما إذا كانت تعلیمات الموكل بىانیه أو إرشادیه، أى مجرد توجيهات عامة بشأن كیفیه إبرام الصفقة فىجب على الوكىل بالعمولة أیضا أن ىعمل فى حدود هذه التعلیمات، إنما ىكون له فى هذه الحالة حریه تقدیر هذه التعلیمات وتفسیرها بل والخروج علیها إذا اقتضت مصلحة الموكل ذلك فإذا أمر الموكل الوكىل بعدم البىع مبدئیا وبصفة عامة تحت سعر معین فإن هذا الأمر لا ىمنع الوكىل من البىع تحت هذا السعر فى عملیه معینه كما لو خشى تلف أو فساد البضاعة المكلف بىعها. وعموما ىكون للوكىل الخروج على تعلیمات الموكل كلما سنحت له الفرصه للتعامل لحساب الموكل بشروط أفضل، وعندئذ ىلتزم الموكل بالعملیه التى أجريت لحسابه ولا ىكون له حق رفضها، ولكن إذا كان الخروج على التعلیمات البىانیه لیس له ما ىبرره كان للموكل كما فى حالة التعلیمات الإلزامیه، رفض العملیه أو قبولها مع الاحتفاظ بحقه فى المطالبة بتعویض الضرر الذى أصابه من جراء ذلك.

وقد لا ىصدر الموكل للوكىل بالعمولة أى تعلیمات خاصة بشأن إبرام الصفقة

(١) انظر الدكتور ادوارد عبید، المرجع السابق، سدرقمه ٨٠.
(٢) انظر الدكتور محسن شفیق، المرجع السابق، سدرقمه ٥١.

وإنما يترك له كامل الحرية عند التعاقد مع الغير، وحينئذ يجب على الوكيل أن يبذل عناية الرجل المعتاد في التصرف وفقاً لما يحقق مصلحة الموكل، ولكن إذا ارتكب الوكيل خطأ في تنفيذ الوكالة أدى إلى الإضرار بالموكل، فلا يحق لهذا الأخير رفض العملية، إذ أنه يؤخذ لعدم إصدار تعليمات واضحة ويقتصر حقه في هذه الحالة على مطالبة الوكيل بتعويض الضرر الذي أصابه^(١).

والواقع إنه يندر أن تخلو الوكالة بالعمولة من تعليمات الموكل، وغالباً ما تكون هذه التعليمات أمرة بالنسبة لطبيعة العملية (بيع أو شراء) وبيانية بالنسبة للثمن أو مكان عقد العملية أو وقت عقدها^(٢).

٦٠ ثانياً: المحافظة على البضائع

الوكيل بالعمولة سواء أكان وكيلاً بالبيع أو بالشراء فإنه يتسلم البضاعة في كلتا الحالتين، ويعتبر بالنسبة لهذه البضائع في مركز المودع لديه، ومن ثم فهو يلتزم بالمحافظة عليها كما يحافظ المودع لديه على الأشياء المودعة عنده^(٣).

ويتضمن التزام الوكيل بالمحافظة على البضاعة فحص البضاعة عند شرائها والإشراف على إرسالها إلى الموكل والعناية بنخزين البضاعة المعدة للبيع والقيام بكافة الأعمال المادية والقانونية اللازمة طبقاً لما جرى عليه العرف، لسلامة هذه البضاعة حتى تسليمها للمشتري على أن يرجع بالمصاريف على الموكل ويكون الوكيل مسئولاً أمام الموكل عن فقد البضاعة أو تلفها أثناء حيازته لها، ما لم يثبت وقوع ذلك بفعل قوة قاهرة ودون خطأ من جانبه. أما إذا تعرضت البضاعة لانخفاض في قيمتها أثناء حيازة الوكيل بالعمولة لها فيجب عليه أن يخطر الموكل بذلك ويتنظر تعليماته في هذا الشأن^(٤).

(١) انظر الدكتور ادوارد عبد، المرجع السابق، بند رقم ٨٠.

(٢) انظر الدكتور اكرم الخولي «دروس...» بند رقم ٣٥.

(٣) وتظهر فائدة اعتبار الوكيل بالعمولة بالبيع مودعاً لديه في حالة إفلاسه، إذ يستطيع الموكل عندئذ استرداد بضاعته باعتباره مالكا لها متى أمكن تعيين هذه البضاعة في مخازن الوكيل بالعمولة، انظر الدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشرفاوي، المرجع السابق، بند رقم ٥١.

(٤) انظر اسكارا وروهيبار، المرجع السابق، ج ٢، بند رقم ٦٩٧.

ولا يلتزم الوكيل بالعمولة بالتأمين على البضاعة التي يجوزها لحساب الموكل إلا إذا طلب منه الموكل ذلك أو كان إجراء التأمين مما يقضى به العرف، ويرجع الوكيل في مثل هذه الحالات بقيمة التأمين على الموكل. أما إذا قصر الوكيل بالعمولة في القيام بالتأمين على البضاعة متى كان واجبا فإنه يكون مسئولاً أمام الموكل عن الأضرار التي تصيها بسبب الأخطار التي كان من المفروض أن يؤمن عليها ضدها. أما إذا قام الوكيل بالتأمين على البضاعة رغم عدم طلب الموكل وعدم جريان العرف بذلك فإنه لا يستطيع الرجوع على الموكل بقيمة التأمين إلا وفقا لقواعد الفسالة أو الإثراء بلا سبب^(١).

٦١ ثالثا: الامتناع عن أن يكون الوكيل بالعمولة طرفا ثانيا في العملية ومن إنابة غيره

الأصل إنه لا يجوز للوكيل بالعمولة أن يقيم نفسه طرفا ثانيا في العملية التي كلف بها، كأن يشتري لنفسه البضاعة التي كلف ببيعها أو يبيع بضاعته لمن كلفه بالشراء، فهو وسيط بين طرفين وليس طرفا أصليا في العملية المكلف بها.

وتطبيقا لذلك نصت المادة ١٤١ من نظام المحكمة التجارية على أنه لا يجوز للوكيل أن يشتري من نفسه لنفسه مال موكله ما لم يكن بإذن المالك وإطلاعه، والحكمة من هذا المنع واضحة حيث يخشى أن يغلب الوكيل مصلحة الشخصنة على مصلحة الموكل الذي أولاه ثقته. ولذا يلتزم الوكيل بإثبات الطرف الثاني في العملية متى طلب منه الموكل ذلك^(٢) ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة حيث يجوز للموكل أن يأذن للوكيل بالتعاقد مع نفسه لحساب الموكل، أي أن يكون طرفا ثانيا في العملية المكلف بها والإذن كما يكون صريحا يجوز أن يكون ضمنيا يستتج من ظروف التعامل السابق بين الموكل والوكيل، أو من علم الموكل بتعاقد الوكيل مع نفسه دون اعتراض أو تحفظ من جانبه^(٣) وتعتبر الإجازة اللاحقة كالإذن السابق ومن ثم يكون

(١) انظر ليون ورينو، بند رقم ٤٤٨ مشار إليه في مؤلف الدكتور أكنم الخولي والوسيط... ص ١٩٧ والدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ٨٣.

(٢) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٥٦.

(٣) انظر الدكتور اسكارا ورووهيمار، المرجع السابق، بند رقم ٧٠٨.

للموكل أن يقر العملية التي نصب الوكيل نفسه طرفاً ثانياً فيها بعد اطلاعه عليها، وبذلك تصبح العملية صحيحة ومنتجة لأثارها فيما بين الطرفين.

كذلك يذهب الرأي الراجح إلى أنه متى كانت تعليمات الموكل أمرة فإنه يجوز للوكيل إقامة نفسه طرفاً ثانياً في العملية، وذلك لانتهاء علة المنع في هذه الحالة، فإذا حدد الموكل ثمناً معيناً لبيع البضاعة، فلا ضير عليه إن قام الوكيل بشراء البضاعة لنفسه طالما أنه يشتري بالثمن الذي حدده الموكل.

ومتى أقام الوكيل بالعمولة نفسه طرفاً ثانياً في العملية التي يجريها لحساب الموكل، فقدت العلاقة بينه وبين الموكل صفة الوكالة وصار العقد الذي يربط بينهما بيعاً أو شراءً حسب الأحوال، ولهذا لا يستحق الوكيل في هذه الحالة عمولة^(١).

وقد جرى العرف التجاري على جواز تعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه لحساب موكلين اثنين لانتهاء مصلحة الوكيل الشخصية في العملية كما لو كلفه أحد العملاء بالبيع وكلفه آخر بالشراء وإن كان البعض يرى عدم التوسع في هذا العرف لأن الوكيل لن يستطيع أن يخدم مصلحتين متعارضتين بنفس الدرجة من الحيطة والنزاهة^(٢).

ولما كان عقد الوكالة بالعمولة من العقود التي يراعى فيها الاعتبار الشخصي، فقد حرصت المادة ٢٠ من نظام المحكمة التجارية على التأكيد بأن الأصل أنه ليس للوكيل بالعمولة أن ينيب عنه غيره في تنفيذ الوكالة إلا بإذن موكله وإلا كان مسئولاً عن ضمان كافة الأضرار المترتبة على ذلك فهو يسأل عن الأخطاء الواقعة من نائبه كما لو وقعت منه شخصياً، أما إذا أذن الموكل بالإنبابة فلا ضمان عليه وقد ثبت للوكيل حق الإنبابة بمقتضى العرف المستقر، كما تكون الإنبابة واجبة عليه في حالة الضرورة، كما

(١) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٥٦، عكس ذلك اسكارا ورووهيمار، المرجع

السابق، بند رقم ٧٠٨ والدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ٨٣.

(٢) انظر الدكتور أكثم الخولى «دروس...» بند رقم ٣٨، والدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود

سمير الشرفاوى، المرجع السابق، بند رقم ٤٨.

لوتعذر عليه القيام بتنفيذ الوكالة بنفسه بسبب مرضه، أو قطع المواصلات، أو الطابع الفنى للعملية المكلف بها^(١).

٦٢ رابعاً: الالتزام بالسرية

يلتزم الوكيل بالعمولة بعدم الإفشاء باسم موكله للغير الذى يتعاقد معه، وذلك للمحافظة على سرية العمليات التجارية وضمان نجاحها، بل قد تكون السرية هى الهدف الوحيد من التعاقد بواسطة الوكيل ومع ذلك فالغالب أن يعرف الغير اسم الموكل الذى يتعامل الوكيل لحسابه، كما يجوز للموكل فى جميع الأحوال أن يتنازل عن حقه فى السرية فيسمح للوكيل بإفشاء اسمه إلى الغير الذى يتعاقد معه ولا يترتب على الإذن بالإفشاء فى هذه الحالة أى تغيير فى طبيعة العقد الذى يربط الموكل بالوكيل حيث يظل هذا العقد عقد وكالة بالعمولة ولا ينقلب إلى وكالة عادية، كما أنه لا يؤدى إلى أية علاقة مباشرة بين الموكل والغير الذى يتعاقد مع الوكيل^(٢).

ويقابل التزام الوكيل بالسرية حقه فى عدم إفشاء اسم الغير الذى يتعامل معه إلى موكله، وهو ما يعرف باسم حق الكتمان، وأساس الاعتراف للوكيل بهذا الحق الخشية من قيام الموكل بالاتصال مباشرة بهذا الغير ومن ثم الاستغناء عن خدمات الوكيل، غير أنه يجوز للوكيل دائماً أن يتنازل عن هذا الحق ويقوم بإطلاع موكله على اسم المتعاقد معه، كما قد يعرف الموكل اسم المتعاقد مع الوكيل من العلامات التى تحملها البضاعة.

ويميل الاتجاه الحديث فى القانون المقارن إلى إلزام الوكيل بالعمولة بالإفشاء إلى الموكل باسم الغير الذى يتعاقد معه إذا كان التعامل بأجل إذ تكون للموكل عندئذ مصلحة فى معرفة اسمه وإذا امتنع الوكيل عن الإفشاء باسم الغير، جاز للموكل فى

(١) انظر الدكتور حسين النورى «العقود التجارية - الملكية الصناعية - السندات المصرفية»، القاهرة ١٩٧٤ ص ٨٠، والدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ٧٩ وكذلك المادة ٢٨١ من قانون التجارة السابق والمادة ٣٧٦ من قانون التجارة السوري، والمادة ٨٩ من قانون التجارة الأردنى.

(٢) انظر الدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشرفاوى، المرجع السابق، رقم ٥٠ وقارن الدكتور حسين النورى، المرجع السابق، ص ٨٠.

هذه الحالة أن يعتبر التعامل معجلاً وينظم علاقاته مع الوكيل على هذا الأساس^(١).
ويلاحظ أن حق الوكيل بالعمولة في الكتمان لا يتعارض مع حق الموكل في طلب إثبات وجود الطرف الثاني في العملية، إذ يستطيع الوكيل القيام بهذا الإثبات دون الإفشاء باسم الغير الذي تعاقد معه، وذلك عن طريق تقديم الدفاتر لتطلع عليها المحكمة بنفسها أو بواسطة خبير يمنعه التزامه بالمحافظة على سر المهنة من إفشاء اسم الغير الذي تعاقد معه الوكيل^(٢).

٦٣ خامساً: الالتزام بتقديم حساب عن العملية

يلتزم الوكيل بالعمولة متى أتم العملية التي كلف بها بأن يقدم حساباً عنها للموكل، ويجب أن يتضمن هذا الحساب بياناً دقيقاً لكافة المبالغ التي أنفقها أو حصل عليها بسبب تنفيذ وكالته، وأن يكون مدعماً بالمستندات اللازمة من فواتير وإيصالات وغيرها.

ولا يجوز للوكيل بالعمولة أن يحصل من جراء قيامه بتنفيذ الوكالة بالعمولة على أى ربح أو فائدة شخصية بجانب العمولة المتفق عليها، ولو تمكن بمهارته وعلاقاته الشخصية من الحصول على شروط خاصة في التعامل، كزيادة في سعر البيع أو تخفيض في سعر الشراء بالنسبة للسعر الذي حدده الموكل، فليس له أن يحتفظ لنفسه بفرق السعر في مثل هذه الحالة بل يجب عليه أن يحاسب الموكل على أساس السعر الفعلي للتعامل فالوكيل بالعمولة وإن كان يتعاقد مع الغير باسمه إلا أنه يعمل لحساب الموكل، ومن ثم فممن واجبه أن ينقل إليه نتيجة العملية التي عقدها لحسابه بما تنطوي عليه من منافع.

وعلى هذا الأساس فإنه لا خلاف على عدم مشروعية ما يعرف باسم الفواتير

(١) انظر المادة ٢٩٢ من قانون التجارة الكويتي الجديد، الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠، وانظر أيضاً مشروع قانون التجارة المصري الذي ينص صراحة على التزام الوكيل بالإفشاء باسم الغير إذا كان التعامل نسيئة وإلا عُذَّ التعامل بالنقد.

(٢) انظر تيمبيز فرنسي في ١٢/٧/١٨٥٨، دالوز ١-١٨٥٩-١٧٥، ١٥/١١/١٨٩٨، دالوز - ١٩٠٠-٣١٧، اسكارا وروهيبار، المرجع السابق، بند رقم ٧٠٥.

المزدوجة Doubles factures التي يلجأ إليها بعض الوكلاء في بعض الأحيان فيقومون بالتواطؤ مع الغير بالحصول على فاتورتين إحداهما بالثمن الحقيقي المدفوع ويحتفظ بها لنفسه والأخرى بثمان صوري مختلف - يكون أقل في الوكالة بالبيع وأعلى في الوكالة بالشراء - وهي الفاتورة التي تقدم للموكل ضمن عناصر الحساب، ويعتبر هذا العمل من الناحية الجنائية مكوّنًا لجريمة خيانة الأمانة وتعاقب عليه المادة ١٤٣ من نظام المحكمة التجارية^(١).

٦٤ سادسا: الالتزامات الاتفاقية شرط الضمان

الأصل أن الوكيل بالعمولة يلتزم بإبرام العقد ولكنه لا يضمن قيام الغير بتنفيذ التزاماته، وذلك ما لم يكن عدم التنفيذ راجعاً إلى خطأ شخصي من الوكيل كما إذا تعاقد مع شخص ظاهر الإعسار أو مع شخص فقد ائتمانه في السوق أو مع شخص معروف بالمهاتلة في أداء حقوق الغير.

وكثيراً ما يشترط الموكل أن يضمن الوكيل بالعمولة قيام المتعاقد معه بتنفيذ التزاماته، وذلك لكي يدراً عن نفسه مخاطر إعسار هذا المتعاقد أو إفلاسه أو امتناعه عن التنفيذ، وقد يستفاد هذا الشرط من العادات التجارية السائدة في محل العقد وفي نوع التجارة دون حاجة إلى النص عليه صراحة ويسمى هذا الشرط بشرط الضمان، وكما يسمى الوكيل في هذه الحالة بالوكيل بالعمولة الضامن.

والوكيل لا يقبل هذا الشرط عادة إلا مقابل عمولة خاصة قد تصل في بعض الأحيان إلى ضعف العمولة العادية.

ويترتب على شرط الضمان التزام الوكيل بالعمولة بضمان تنفيذ الغير المتعاقد معه لالتزاماته تنفيذاً كاملاً في الميعاد المحدد وفي جميع الأحوال، بحيث يكون للموكل الرجوع على الوكيل بمجرد عدم التنفيذ في الميعاد المتفق عليه أيا كان سبب عدم هذا التنفيذ، وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى القول بأن الوكيل الضامن يضمن حتى القوة القاهرة - رغم سقوط التزام الغير بسببها - على أساس أن وظيفة شرط الضمان

(١) انظر الدكتور على البارودي والأحكام التي أشار إليها في المرجع السابق، ص ٦٥

هي تأمين الموكل تأميناً يضمن له الحصول على حقه في كل الأحوال^(١) على أن الوكيل بالعمولة الضامن لا يضمن عدم التنفيذ الذي يرجع إلى خطأ الموكل ذاته كما لو امتنع الغير المتعاقد مع الوكيل عن دفع ثمن البضاعة نتيجة إصابتها ببعض العيوب الخفية .

وقد اختلف الفقه في طبيعة شرط الضمان فقال البعض بأنه كفالة تضامنية وقال البعض الآخر بأنه نظام قانوني مستقل له طبيعته الخاصة، بيد أن الراجح أن شرط الضمان هو نوع من التأمين ضد خطر إفسار الغير المتعاقد وعدم تنفيذ العقد حيث يقوم الوكيل بالعمولة بدور المؤمن، والموكل بدور المستامن والشئ المؤمن عليه هو حق الموكل في الصفقة التي أبرمت لحسابه، ومقابل التأمين هو الزيادة في العمولة التي يتقاضاها الوكيل نظير الضمان^(٢).

الفرع الثاني التزامات الموكل

٦٥ تتمثل التزامات الموكل في التزامين أساسيين هما: دفع العمولة المتفق عليها، ورد نفقات تنفيذ الوكالة .

٦٦ أولاً: دفع العمولة

العمولة Comission هي أجر الوكيل، والغالب أن يتفق الموكل والوكيل على تحديد مبلغ العمولة بنسبة معينة من قيمة الصفقة، وتحسب العمولة في الأصل على أساس القيمة الإجمالية للعملية بما فيها المصروفات الإضافية، أي ثمن البيع أو

(١) انظر في ذلك المراجع المشار إليها في مؤلف الدكتور أكثم الخولي والوسيط . . . ص ٢٠١ هامش (٣) .
(٢) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٦١، الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٤٣، وقارن ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٦٥٣ والدكتور أكثم الخولي والوسيط . . . بند رقم ١٧٩، وانظر في عرض الآراء المختلفة في هذا الصدد الدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ٤٨، والدكتور كمال أبو سريع، المرجع السابق، بند رقم ٧٢ والدكتور إدوارد عبد، المرجع السابق، بند رقم ٨٦ .

الشراء، ومصروفات النقل والرسوم الجمركية وغيرها، وذلك ما لم يكن ثمة اتفاق مخالف^(١) ولكن ليس هناك ما يمنع من حساب العمولة بطريقة أخرى كتحديد مبالغ ثابت يتفق عليه الطرفان عند إبرام العقد، وإذا لم تحدد العمولة بمقتضى اتفاق بين الطرفين تم تحديدها على أساس العرف أو بواسطة القضاء لأن الوكالة بالعمولة كغيرها من ضروب الوكالة التجارية لا تعقد إلا لقاء أجر، أى بعوض ولا تكون تبرعية.

ويذهب الرأى الراجح إلى أنه متى تم تحديد مبلغ العمولة بالاتفاق فإنه لا يجوز للقاضي مراجعته وتعديله بالزيادة أو النقصان وذلك على أساس أن الوكلاء بالعمولة يتعاملون مع تجار حريصين ليسوا بحاجة إلى حماية القانون ومن المستبعد أن يأتى تقديرهم للعمولة بعيدا عن الحد العادل للطرفين

وتستحق العمولة بمجرد تمام الصفقة التى كلف بها الوكيل ولو لم يقم الغير المتعاقد مع الوكيل بتنفيذ التزاماته، إلا إذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى خطأ ارتكبه الوكيل كما إذا تعاقد مع شخص ظاهر الإعسار لم يتمكن من التنفيذ، أو تأخر فى تسليم البضاعة المبيعة أو فى شحنها مما كان سببا فى امتناع الغير المتعاقد معه عن التنفيذ، أما إذا كان الوكيل بالعمولة ضامنا للتنفيذ فإنه لا يستحق العمولة إلا بعد تمام التنفيذ.

أما إذا لم تتم الصفقة لأسباب لا يد للوكيل بالعمولة فيها فإنه لا يستحق عمولة وإنما يعترف له القانون المقارن بالحق فى المطالبة بتعويض عن الجهود التى بذلها طبقا للعرف، وعادة ما يقدر هذا التعويض بنصف العمولة المتفق عليها^(٢).

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٧٧، والدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٦٦ والدكتور على البارودى، المرجع السابق، ص ٦٨، وقارن الدكتور أكنم الخولى الذى يرى مع تسليمه بصحة الحجة السابقة، أن الغبن والغلط لا يتفیان فى المواد التجارية وأن الأمر يرجع فى النهاية إلى فطنة القاضى وحسن تقديره للظروف والوسيط... بند رقم ١٨٣. وقد نص قانون التجارة الكويتى الجديد فى المادة ٢/٢٨٧ على أن أجر الوكيل بالعمولة لا يخضع لتقدير القاضى.

(٢) انظر ريسير ورويلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٦٥٩، والدكتور إدوار عيّد، المرجع السابق، بند رقم ٨٨، وانظر المواد ٣/٢٨٥ من قانون التجارة اللبنانى، ٣/٢٨٠ من قانون التجارة السورى، ٣/٩٣ من قانون التجارة الأردنى.

ويلاحظ أن الوكيل بالعمولة يستحق عمولته كاملة متى كان عدم إتمام الصفقة راجعا إلى خطأ من جانب الموكل نفسه كما إذا تأخر في تسليم البضاعة المباعة، أو عدل في تعليماته بصورة تعسفية في وقت كان فيه الوكيل على وشك إبرام الصفقة، أو قام بنفسه أو عن طريق وكيل آخر بإتمام الصفقة.

٦٧ ثانيا: رد جميع نفقات تنفيذ الوكالة

يلتزم الموكل بأن يرد للوكيل بالعمولة جميع المبالغ التي أنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد، ومن ثم يكون للوكيل بالعمولة أن يطالب الموكل بالمبالغ التي قدمها إليه تحت الحساب وبكافة المصاريف كضمن البضاعة قبل بيعها ونفقات النقل والتخزين والشحن والرسوم الجمركية وأقساط التأمين على البضاعة، متى كان هذا التأمين قد عقد بناء على تعليمات الموكل أو العرف التجاري أو بالاستناد إلى طبيعة البضاعة.

ويلتزم الموكل برد هذه النفقات ولو لم يتم إبرام الصفقة إلا إذا كان عدم إبرامها راجعا إلى خطأ الوكيل. وهي تستحق بمجرد الصرف ما لم يتفق على خلاف ذلك.

وإذا لحق الوكيل بالعمولة ضرر بسبب تنفيذ الوكالة بغير خطأ منه جازله أن يطالب الموكل بالتعويض، ومثال ذلك أن يضع الموكل أشياء ممنوعة ضمن البضائع المرسلة إلى الوكيل لبيعها، فتضبط هذه الممنوعات في الجمرك ويتعرض الوكيل للمحاكمة الجزائية بسبب ذلك، فيكون من حقه مطالبة الموكل بتعويضه عما لحقه من أضرار أدبية ومادية^(١).

(١) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٦٩.

المبحث الثالث ضمانات الموكل والوكيل بالعمولة

● ضمانات الموكل ● ضمانات الوكيل بالعمولة

٦٨ إلى جانب الضمانات العامة التي يتمتع بها كل من الموكل والوكيل بالعمولة عند تعددهم التي يقررها القانون التجاري في قاعدته العرفية المشهورة، افتراض التضامن بين المدينين المتعددين في المواد التجارية^(١) أحاط نظام المحكمة التجارية كلا من الموكل والوكيل بالعمولة بضمانات خاصة حماية لحقوقه في مواجهته للطرف الآخر، وسنبين ضمانات الموكل في الفرع الأول وضمانات الوكيل بالعمولة في الفرع الثاني.

الفرع الأول ضمانات الموكل

٦٩ تتمثل الضمانات الخاصة بالموكل في أن من حقه استرداد البضاعة المملوكة له من تفليسه الوكيل بالعمولة وفي استرداد الثمن من المشتري طالما أنه لم يدفعه بعد للوكيل بالعمولة.

٧٠ أولاً: حق استرداد البضاعة من تفليسه الوكيل بالعمولة

القاعدة في القانون المقارن أنه إذا أفلس الوكيل بالعمولة يكون للموكل حق استرداد بضائعه من تفليسته وبذلك يتفادى قسمة الغرماء التي يخضع لها دائنو المفلس، وتطبيقاً لذلك قررت المادة ١٢٠ من نظام المحكمة التجارية أنه للمالك في حالة الوكالة بالبيع، استرداد البضائع المملوكة له والموجودة كوديعة تحت يد المفلس،

(١) انظر مؤلفنا في القانون التجاري السعودي المشار إليه فيما سبق، ص ٢٤.

أما في حالة الوكالة بالشراء فإنه يجوز للموكل استرداد البضائع التي يكون المفلس قد اشتراها على ذمة المسترد تطبيقاً لنفس النص^(١).

ويخضع حق الموكل في الاسترداد لشرطين أساسيين إذ يجب، من ناحية، أن تكون البضاعة موجودة بعينها في مخازن الوكيل بالعمولة أو من المستطاع تعيينها، ومن ناحية أخرى يجب أن تثبت ملكية البضاعة له، أي للموكل. ومن ثم يسقط الحق في الاسترداد إذا كانت البضاعة قد بيعت بالفعل إلى الغير، ولا شك في أن الإثبات ليس بالأمر اليسير في حالة الوكيل بالعمولة بالشراء، لأن الوكيل يشتري باسمه الشخصي لا باسم الموكل إلا أن هذا الأخير يستطيع مع ذلك أن يثبت أن البضاعة التي اشتراها الوكيل تطابق تمام المطابقة التي كلفه بشرائها، وأن يثبت بكافة الوسائل أن هذه البضاعة كانت معدة له لا لغيره^(٢).

٧١ ثانياً: حق استرداد الثمن من المشتري إذا كان لم يدفع بعد

إذا كانت الوكالة بالبيع وبيعت البضاعة فعلاً امتنع الاسترداد، غير أنه حماية للموكل في مثل هذه الحالة يقرر القانون المقارن للموكل الحق في استرداد ثمن البضاعة من المشتري مباشرة، وذلك طالما أن هذا الثمن لم يدفع بعد كله أو بعضه، دون أن يزاحمه فيه دائنو الوكيل المفلس.

ولكن متى تم الوفاء بالثمن للوكيل بالعمولة سقط حق الموكل في الاسترداد سواء كان هذا الوفاء بالنقود أو بورقة تجارية محررة باسم أو لأمر الوكيل أو بمقاصة الحساب الجاري بين الوكيل والمشتري.

ويرد الفقه عادة حق الموكل في استرداد الثمن إلى فكرة الحلول العيني على أساس أن الثمن يجل محل البضاعة المباعة التي كان يجوز استردادها قبل البيع ولذلك يجب الأخذ بهذا الحكم رغم انعدام النص عليه في نظام المحكمة التجارية^(٣).

(١) انظر الدكتور أكثم الخولي «دروس...» بند رقم ٤٢.

(٢) انظر الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، بند رقم ٥٩.

(٣) انظر استاذنا الدكتور أكثم الخولي «دروس...» بند رقم ٤٣.

الفرع الثاني

ضمانات الوكيل بالعمولة

٧٢ تتمثل ضمانات الوكيل بالعمولة في ضمانتين أساسيتين هما حق حبس البضائع وحق الامتياز عليها.

٧٣ أولاً : حق الحبس

لم ينص نظام المحكمة التجارية صراحة على حق الوكيل بالعمولة في حبس البضائع التي يحوزها لحساب الموكل وذلك على خلاف التقنيات التجارية الأخرى، ولكن ليس معنى ذلك أن نظام المحكمة التجارية لا يعترف بهذا الحق للوكيل بالعمولة حيث إن الحق في الحبس لا يعدو أن يكون الوسيلة اللازمة لممارسة حق الامتياز الذي نص عليه النظام صراحة في المادة ١٩ على ما سنرى بعد قليل، فحق الحبس مرتبط هنا بحق الامتياز، وهو يثبت للوكيل بالعمولة - ككل وكيل - بمقتضى القواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص^(١).

وتطبيقاً لذلك يكون للوكيل بالعمولة حق حبس البضائع التي يحوزها لحساب الموكل حتى يستوفي المبالغ المستحقة له بسبب تنفيذ الوكالة، فإذا كان الوكيل بالعمولة مكلفاً بالشراء وقام بشراء البضائع وتسلمها ودفع الثمن والنفقات اللازمة، ثم امتنع الموكل عن رد هذه المبالغ إليه، كان من حق الوكيل بالعمولة أن يمتنع أيضاً عن تسليم البضائع المشتراة إلى الموكل حتى يستوفي حقوقه أي يكون له أن يجسها تحت يده حتى يؤدي إليه الموكل حقوقه، وبالمثل إذا كان الوكيل بالعمولة مكلفاً بالبيع وقام بتسليم البضاعة بقصد بيعها وإنفاق بعض المصروفات عليها، فلا يستطيع الموكل لو عدل عن البيع أن يسترد هذه البضاعة قبل أن يؤدي إلى الوكيل بالعمولة المبالغ التي أنفقها، ويكون لهذا الأخير أن يجبس البضاعة الموجودة تحت يده حتى يستوفي كامل حقوقه قبل الموكل^(٢). بل ويذهب البعض إلى القول بأنه يجوز للوكيل بالعمولة

(١) انظر الدكتور أكرم الخولي، المرجع السابق، بند رقم ٤٦، والدكتور على يونس، المرجع السابق، بند رقم ١٠٧، والدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٧٢.

(٢) انظر الدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشرفاوي، المرجع السابق، بند رقم

حبس البضاعة ضمانا لجميع المبالغ المستحقة له قبل الموكل ولولم تكن لها صلة مباشرة بالبضاعة^(١).

٧٤ ثانيا: حق الامتياز

تنص المادة ١٩ من نظام المحكمة التجارية على أن «كل وكيل بعمولة له الحق أن يتقدم في استيفاء جميع ما صرفه على أمتعة مرسله له من محل آخر برسم البيع لحساب موكله من نفس قيمتها إذا كانت موجودة لديه أو مودعة في مخزن الجمرك أو حملت إليه بموجب قائمة الإرسالية».

ويعتبر حق الامتياز من أهم الضمانات التي قررها القانون لحماية الوكيل بالعمولة نظرا لما يتعرض له من مخاطر نتيجة لتعاquده باسمه الخاص.

وأساس حق الامتياز هذا هو فكرة الرهن الحيازي الضمني، إذ يفترض القانون أن الطرفين قد اتفقا على إنشاء رهن على البضائع لمصلحة الوكيل بالعمولة ضمانا لاستيفاء المبالغ المستحقة له عند الموكل، ولما كان الاحتجاج بالرهن على الغير مشروطا بحيازة الدائن للشيء المرهون فإنه يشترط لقيام الامتياز أن تكون البضائع في حيازة الوكيل بالعمولة أو حيازة شخص آخر يجوزها لحسابه، فإذا فقد حيازتها فقد معها الامتياز.

ويعتبر الوكيل بالعمولة حائزا للبضائع متى كانت مودعة في مخازنه الخاصة أو موضوعة تحت تصرفه في الجمرك أو في مخزن عام، وكذلك يعتبر الوكيل حائزا للبضائع المرسله إليه لبيعها بمجرد الإرسال إنما يشترط في هذه الحالة أن يكون الوكيل بالعمولة حائزا للبضائع حيازة رمزية عن طريق وثيقة تمثلها كسند الشحن أو تذكرة النقل.

ويثبت الامتياز لكل وكيل بالعمولة سواء أكان وكيلا بالعمولة بالبيع أو وكيلا بالعمولة بالشراء وذلك رغم أن نص المادة ١٩ الأنفة الذكر لا يثبت هذا الامتياز إلا

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٥٠، والدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ٦٠.

للكيل بالبيع ، لأن القياس جائز في هذه الحالة فضلا عن أن جميع التشريعات لا تفرق بين الوكيل بالبيع ، والوكيل بالشراء^(١) .

ويضمن الامتياز كافة حقوق الوكيل بالعمولة قبل الموكل التي تنشأ بسبب تنفيذ الوكالة ، حيث إن نص المادة ١٩ يتكلم عن جميع ما صرفه الوكيل ومن ثم يعتبر ديناً ممتازاً مبلغ العمولة المستحقة للوكيل ، والمبالغ التي يقترضها للموكل ، وثمان البضاعة ونفقات تنفيذ الصفقة كرسوم الجمارك ونفقات الشحن والتخزين والتأمين والإعلان ، والتعويضات التي تستحق للوكيل عن الأضرار التي تلحقه بسبب تنفيذ الوكالة ، وتعتبر هذه المبالغ ممتازة سواء كان إنفاقها أثناء وجود البضائع في حيازة الوكيل أم قبل إرسال البضائع واستلامها .

ولا يشترط أن تكون هناك رابطة بين الحقوق المضمونة والبضائع التي يريد الوكيل أن يباشر عليها امتيازها ، حيث إن الراجع أن الامتياز يضمن جميع المبالغ المستحقة للوكيل قبل الموكل حتى ما نشأ منها عن عمليات سابقة ويستند هذا الحكم إلى عموم النص السابق وإلى بعض الاعتبارات العملية ، إذ الغالب أن تنشأ بين الوكيل بالعمولة وموكله علاقات متصلة وعمليات مستمرة لا تسوى على انفراد وإنما بحساب واحد في نهاية فترات زمنية متفق عليها بينها^(٢) .

ويخول الامتياز الوكيل بالعمولة حق التنفيذ على البضائع الموجودة في حيازته واستيفاء حقوقه من الثمن الناتج من هذا التنفيذ . ويستوى في هذا الشأن أن يكون الوكيل بالعمولة مكلفاً بالبيع أو بالشراء ، ومع ذلك فمن الواضح أن الحكم الذي تضمنه نص المادة ١٩ لا ينطبق إلا على الوكيل بالعمولة المكلف ببيع البضائع ، فهو وحده الذي يمكنه بعد بيع البضاعة والحصول على ثمنها أن يخصم من هذا الثمن المبالغ المستحقة له ، أما الوكيل بالعمولة المكلف بالشراء بعد شراء البضاعة وكذلك

(١) انظر الدكتور أكثم الخولي ودروس . . . بند رقم ٤٨ .

(٢) انظر الدكتور محسن شفيق ، المرجع السابق ، بند رقم ٧٦ ، الدكتور أكثم الخولي والوسيط . . . بند رقم ١٨٧ ، والدكتور مصطفى طه ، المرجع السابق ، بند رقم ٤٥١ ، اسكارا وروومبيار ، المرجع السابق ، بند رقم ٧٣١ ، وريير وروبلو ، المرجع السابق ، بند رقم ٢٦٦١ .

الوكيل بالعمولة المكلف بالبيع الذي لم يستطع البيع بموجب التعليمات الصادرة من الموكل فلم يتناوفا النص صراحة ولم يبين بالتالي كيفية ممارسة كل منها لامتيازته .

وإذا ما نحن نظرنا إلى القانون المقارن نجد أنه ينص على أن يتبع في بيع البضاعة الموجودة في حيازة الوكيل بالعمولة في مثل هذه الحالات إجراءات التنفيذ الخاصة بالرهن التجاري والتي لا تتطلب من الوكيل بالعمولة أكثر من تنبيه على الموكل بالوفاء والانتظار مدة تراوح بين ثلاثة وثمانية أيام حسب موقف التشريعات في هذا الصدد . ثم الحصول على أمر من القاضي ببيع البضاعة التي في حيازته بالمزايدة العلنية واستيفاء حقوقه قبل الموكل من ثمن البضاعة المبعة^(١) وذلك لأن امتياز الوكيل بالعمولة يقوم على فكرة الرهن الضمني ومن ثم كانت التسوية في المعاملة بينه وبين الدائن المرتهن في هذا الشأن .

ولما كان نظام المحكمة التجارية أو الأنظمة التجارية الأخرى في المملكة لم تتناول بالتنظيم حتى الآن موضوع الرهن التجاري، فإنه لا مناص من القول بأنه متى أراد الوكيل بالعمولة في الفرضين السابقين - أي متى كان مكلفاً بشراء البضاعة أو مكلفاً ببيع البضاعة ولكنه لم يستطع ذلك وفقاً لتعليمات الموكل - التنفيذ على البضائع التي يجوزها واستيفاء حقوقه من ثمنها فإنه يجب عليه أن يلجأ إلى هيئة حسم المنازعات التجارية وأن يحصل منها على إذن ببيع البضاعة الموجودة في حيازته بالطريقة التي تعينها .

ومتى تم بيع البضاعة فإن امتياز الوكيل بالعمولة عليها ينتقل إلى الثمن فيكون له استيفاء حقوقه منه بالأولوية على من عداه من دائني الموكل، وهو يتقدم ليس فقط على الدائنين العاديين وإنما على الدائنين الممتازين أيضاً لذلك قيل بحق إن الوكيل بالعمولة هو ممتاز الممتازين وإن كان امتيازته يأتي بعد امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة .

(١) انظر المواد ٢٣١، ٢٣٢، ٣٣٣، ٢٦٨ من قانون التجارة الكويتي الجديد، والمواد ٨٩، ٧٨ من قانون التجارة المصري، والمادة ١/٩٣ من قانون التجارة الفرنسي، ١/٢٧١ من قانون التجارة اللبناني، ١/٣٥٤ من قانون التجارة السوري .

ويلاحظ أن ممارسة الامتياز على ثمن البضاعة المبيعة تكون بمثابة عملية مقاصة بين المبلغ الذي يكون الوكيل بالعمولة دائنًا به للموكل والمبلغ الذي نتج من بيع البضاعة لحساب الموكل^(١).

المبحث الرابع العلاقات الناشئة عن الوكالة بالعمولة

٧٥ تقدم أن الوكالة بالعمولة عقد يلتزم بموجبه الوكيل بأن يقوم باسمه بعمل قانوني مع الغير لحساب موكله، ومن هذا التعريف يتضح أن الوكالة بالعمولة تفترض قيام علاقيتين قانونيتين أساسيتين هما العلاقة بين الموكل والوكيل بالعمولة وهذه العلاقة تنشأ مباشرة بين عقد الوكالة بالعمولة ذاته، والعلاقة بين الوكيل بالعمولة والغير الذي يتعامل معه، وهذه العلاقة تنشأ نتيجة قيام الوكيل بالعمولة بالعمل المكلف به وتستند إلى العقد المبرم بينهما، أي بين الوكيل وهذا الغير، وهكذا يعتبر الوكيل بالعمولة وكيلًا في علاقته بموكله، لأنه يقوم بالعمل لحساب هذا الموكل وأصيلًا في علاقته بالغير لأنه يقوم بالعمل باسمه الخاص.

والأصل أنه لا توجد علاقة قانونية مباشرة بين الموكل والغير الذي يتعاقد معه الوكيل، حيث إنه ليس طرفًا في العقد الذي يبرم بين الوكيل بالعمولة والغير، ومع ذلك يقرر القانون المقارن قيام هذه العلاقة في حالات خاصة.

وقد تقدم بحث العلاقة بين الموكل والوكيل بالعمولة ورأينا القواعد التي تحكمها، لذا فإننا سنقتصر هنا على بحث العلاقة بين الوكيل بالعمولة والغير المتعاقد معه، والعلاقة بين هذا الغير والموكل.

٧٦ أولاً: العلاقة بين الوكيل بالعمولة والغير

الوكيل بالعمولة يتعامل مع الغير باسمه الشخصي، ومن ثم تنشأ علاقة

(١) انظر الدكتور علي يونس، المرجع السابق، بند رقم ١٠٩، والدكتور أكرم الخولي الوسيط... بند

قانونية مباشرة بينه وبين من يتعامل معه أساسها العقد المبرم بينهما وتنصرف إليه مباشرة كافة الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد فهو يظهر أمام الغير الذي يتعاقد معه وكأنه أصيل وليس مجرد وكيل، فإذا كان الوكيل بالعمولة مكلفا بالشراء، فهو الذي يلتزم أمام البائع بالثمن وهو صاحب الحق في مطالبة المشتري بتسليم المبيع، وإذا كان الوكيل بالعمولة مكلفا بالبيع، فهو الذي يلتزم أمام المشتري بتسليم المبيع وهو صاحب الحق في مطالبة هذا الأخير بالثمن.

ولا تتغير طبيعة العلاقة هذه بين الوكيل بالعمولة والغير الذي يتعاقد معه حتى ولو عرف هذا الأخير أن الشخص الذي يتعاقد معه هو وكيل يعمل لحساب الغير لا لحسابه الشخصي، بل حتى لو عرف اسم الموكل ذاته وشخصيته عن طريق الوكيل وقت التعاقد أو فيما بعد أو عن طريق الموكل نفسه عندما يقوم بإبلاغه باسمه وبأن العملية حاصلة لحسابه.

ولكن متى تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل، فإنه يكون عندئذ مجرد وكيل عادي لا يتحمل أى التزام تجاه الغير، إذ تنصرف جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إلى الموكل مباشرة دون الوكيل وكثيرا ما تدق مسألة تحديد الصفة التي تعاقد بها الوكيل بالعمولة، أى تحديد ما إذا كان قد أجرى التعاقد مع الغير باسم الموكل أم باسمه الشخصي راغبا للالتزام بنفسه تجاه الغير، وتعتبر هذه مسألة موضوعية يستخلصها القاضى من البحث في إرادة كل من الوكيل والغير على ضوء ظروف التعاقد^(١).

٧٧ ثانيا: العلاقة بين الموكل والغير

سبق أن رأينا أن المادة ١٨ من نظام المحكمة التجارية تعرف الوكيل بالعمولة بأنه من يتعاطى التجارة بالوصاية والنيابة ويجرى معاملاته باسمه لحساب موكله، وهذا القول لا يمكن التسليم به على إطلاقه، إذ من المتفق عليه أن تعاقد الوكيل بالعمولة مع الغير باسمه الشخصي يؤدي إلى انعدام النيابة، وهو ما يعنى بعبارة

(١) انظر الدكتور إدوارد عبد، المرجع السابق، بند رقم ٩٨، والدكتور أكثم الخولي والوسيط... بدرقم ١٩٠.

أخرى أن الوكيل بالعمولة لا يعد في علاقته بالغير نائباً أو ممثلاً للموكل كما هو الشأن في الوكالة العادية، بل هو أصيل في العقد الذي يبرمه مع هذا الغير كما تقدم القول، فالوكالة تتجرد إذن عن فكرة النيابة أي إنها وكالة بلا نيابة^(١).

ويترتب على هذه النظرة اعتبار الموكل أجنبياً عن العقد الذي يبرم لحسابه بين الوكيل بالعمولة والغير المتعاقد معه، ومن ثم فلا تنشأ بحسب الأصل أية علاقة مباشرة بين الموكل والغير وانتفاء الصلة المباشرة بين الموكل والغير قاعدة جرى بها العرف منذ القدم وارتبط بها تاريخ عقد الوكالة بالعمولة حيث إنها تتفق وقصد المتعاقدين. إذ أن الموكل يريد أن يظل أجنبياً عن العقد الذي يجريه الوكيل بالعمولة مع الغير كما أن الوكيل بالعمولة يقصد الالتزام شخصياً بأثار العقد الذي أجراه لحساب الموكل، كما أن الغير بدوره لا يقصد سوى التعاقد مع الوكيل دون الموكل الذي يفترض جهله به، وهذه القاعدة هي التي تنسجم مع السرية التي يقتضيها تنفيذ الوكالة بالعمولة بالنسبة لشخصية الموكل والغير.

ومع ذلك فقد خرج القانون المقارن على هذه القاعدة وأقام علاقة مباشرة بين الموكل والغير في حالة خاصة هي حالة إفلاس الوكيل بالعمولة حيث قرر للموكل حق الرجوع مباشرة على الغير ومطالبته بحقوقه^(٢) وبذلك حال دون دخول هذه الحقوق تغطية الوكيل وتعلق حقوق الدائنين بها وذلك في حالتين:

١- إذا أفلس الوكيل بالعمولة بالبيع قبل قبض الثمن من المشتري، جاز للموكل أن يطالب المشتري مباشرة بأداء الثمن.

(١) انظر الدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ٦٢، الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٨٠، والدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشراوى، المرجع السابق، بند رقم ٦٦، وانظر في موضوع النيابة والوكالة الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكى، «نظرية الائتلاف»، القاهرة ١٩٦٦ بند رقم ٥٤.

(٢) انظر المادة ٢٩٥ من قانون التجارة الكويتي الجديد، والمواد ٣٨٠، ٣٨١ من قانون التجارة المصري، والمادة ٦٠٩ من قانون التجارة اللبناني.

ب - إذا أفلس الوكيل بالعمولة بالشراء قبل تسليم المبيع، جاز للموكل أن يطالب البائع مباشرة بتسليم المبيع إليه^(١).

وإزاء عدم وجود نص مماثل في الأنظمة التجارية السعودية، فإنه لا يمكن القول بوجود أية علاقة مباشرة بين الموكل والغير، بل حتى في فرنسا ذاتها لا يعترف القضاء بوجود مثل هذه العلاقة^(٢).

(١) وقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن الوكالة بالعمولة وإن كانت لا تنطوي على نيابة كاملة كما هو الشأن في الوكالة العادية، إلا أنها تنطوي على نيابة ناقصة حيث إن الوكيل بالعمولة في تعاقد مع الغير باسمه لحساب الموكل يعتبر نائباً عن هذا الموكل فتتصرف إلى هذا الأخير آثار العقد مع بقاء الوكيل في نفس الوقت طرفاً في العقد الذي أبرمه باسمه مع الغير، وهو ما يعني أنه يترتب على عقد الوكالة بالعمولة علاقة مباشرة مزدوجة بين الوكيل بالعمولة والغير المتعاقد معه من ناحية وبين الموكل وهذا الغير من ناحية أخرى تبرر رجوع كل منهم على الآخر غير أن نظرية النيابة الناقصة تنتقد من جانب غالبية الفقه والقضاء لتعارضها مع العرف التجاري المستقر الذي ينفي كل علاقة مباشرة بين الموكل والغير وكذلك مع قواعد النيابة في التعاقد بصفة عامة. وقد نادى بهذه النظرية في فرنسا ستارك في مقاله عن «العلاقات بين الموكل والوكيل بالعمولة والغير» الذي ظهر في عام ١٩٤٩ ضمن مجموعة مقالات عن عقد الوكالة بالعمولة تحت إشراف جوزيف هامل انظر في عرض هذه النظرية وتقديرها الدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ٦٥، وقارن أيضاً الدكتور حسين النوري، المرجع السابق، ص ١٠١ وما يليها.

(٢) انظر جوفريه، المرجع السابق، بند رقم ٤٨٢ بريليار ولاروش، المرجع السابق، بند رقم ٧٦٥.

وكالة العقود

Contrat d'agence

■ أحكام وكالة العقود ■ تنظيم مهنة الوكالات التجارية

٧٨ بخلاف التشريع الألماني والإيطالي والكويتي، لم يعالج نظام المحكمة التجارية في المملكة - أسوة بالتقنين التجاري الفرنسي - وكالة العقود ولم يفرد لها بأحكام خاصة وذلك بالرغم من أهمية هذا النوع من الوكالة في الحياة التجارية وانتشاره في المملكة على نطاق واسع.

وقد صدر أول نظام يتعلق بأعمال وكالة العقود في المملكة عام ١٣٨٢هـ وذلك بموجب المرسوم الملكي رقم ١١ وتاريخ ٢٠/٢/١٣٨٢هـ، وبالرغم من أن هذا النظام قد أطلق عليه اسم نظام الوكالات التجارية، فإنه لا يتعلق في الحقيقة سوى بوكالة العقود دون الوكالة بالعمولة، كما أنه قاصر من ناحية أخرى على تنظيم مهنة وكالة العقود في المملكة ولم يتناول بالتنظيم وكالة العقود ذاتها، أي أحكام عقد هذه الوكالة فيما بين طرفيه «الموكل والوكيل».

وقد عدّل هذا النظام أخيراً بالمرسوم الملكي رقم ٣٢ وتاريخ ١٠/٨/١٤٠٠هـ، كما قامت وزارة التجارة بإصدار اللائحة التنفيذية لنظام الوكالات التجارية بموجب قرار وزير التجارة رقم ١٨٩٧ وتاريخ ٢٤/٥/١٤٠١هـ وتوضح هذه اللائحة «كيفية تطبيق وتنفيذ النظام مع مراعاة المرونة الكافية في الإجراءات، وقد روعي فيها توضيح حقوق والتزامات الوكيل التجاري والموزع، كما

حمت مصالح المستهلك في توفير قطع الغيار اللازمة وضمان الصيانة بأسعار وتكاليف معقولة «كما أعدت وزارة التجارة» نماذج للعقود يسترشد بها الوكلاء والموزعون وتتضمن كافة البيانات الأساسية للعقد مثل أطراف العقد ومحل ونطاقه الزمني والمكانى وكيفية تجديده وإنهائه والتزامات طرفى العقد قبّل بعضها البعض والتزاماتها قبل المستهلك خاصة فيما يتعلق بتأمين الصيانة وقطع الغيار^(١).

وهكذا تبدو الرغبة واضحة في المملكة نحو إكمال تنظيم مهنة وكالة العقود أو الوكالة التجارية بالمعنى الضيق المشار إليه، بتنظيم أحكام هذه الوكالة فيما بين الموكل والوكيل التجارى وبيان مدى التزام كل منهما أمام المستهلك. بل لقد أعدت وزارة التجارة مشروع نظام متكامل بذلك، ولكن هذا المشروع لم يكتب له النجاح حتى الآن.

وعلى ضوء ما تقدم فإننا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتحدث في الأول عن أحكام وكالة العقود، ونستعرض في الثانى التنظيم الخاص بمهنة وكالة العقود أى بمهنة الوكالة التجارية حسب تعبير النظام.

المبحث الأول أحكام وكالة العقود

- ماهية وخصائص وكالة العقود ● آثار وكالة العقود
- انقضاء وكالة العقود

٧٩ سوف نتناول بالمبحث في هذا المبحث التعريف بوكالة العقود وخصائصها ثم الآثار التى تترتب عليها، وأخيراً الأسباب المؤدية إلى انقضائها وكل من ذلك فى فرع مستقل.

(١) انظر المادة الرابعة من نظام الوكالات التجارية المضافة بالمرسوم الملكى رقم ٣٢ وتاريخ ١٤٠٠/٨/١٠ هـ.

الفرع الأول ماهية وخصائص وكالة العقود

٨٠ التعريف بوكالة العقود

طبقاً لأحدث تعريف؛ وكالة العقود عبارة عن «عقد يلتزم بموجبه شخص بأن يتولى على وجه الاستمرار، في منطقة نشاط معين، الحض والتفاوض على إبرام الصفقات لمصلحة الموكل مقابل أجر، ويجوز أن تشمل مهمته إبرام هذه الصفقات وتنفيذها باسم الموكل وحسابه»^(١)، ويبدو واضحاً من هذا التعريف أن وكالة العقود هي ضرب من ضروب التوسط التجاري له خصائصه المميزة، وقد انتشرت وكالة العقود في الحياة العملية في الوقت الحاضر بشكل غير مألوف في الماضي حيث أصبحت اليوم الوسيلة المعتادة لتصريف منتجات المشروعات التجارية الكبرى الوطنية والأجنبية على حد سواء وذلك كنتيجة لميل هذه المشروعات إلى الاتصال المباشر بعملائها من المستهلكين وتجار التجزئة بدلاً من الاستئجار والوكلاء بالعمولة، وقد ساعد على ذلك سهولة المواصلات وسرعتها واكتساب بعض المنشآت الكبيرة شهرة في الأسواق العالمية أغتتها عن الاعتماد على ائتمان الوكلاء بالعمولة وخبرتهم في تصريف المنتجات في الأسواق المحلية^(٢).

ومن التعريف السابق يتضح أيضاً أن موضوع الوكالة قد يقتصر على مجرد الحض والتفاوض على إبرام الصفقات لمصلحة الموكل، بمعنى أن مهمة وكيل العقود في هذه الحالة تنحصر فقط في مجرد التوسط بين الموكل والعملاء. أي في البحث عن العملاء وإقناعهم بشروط التعاقد، ثم إحضارهم أمام الموكل ليتعاقدوا معه دون تدخل منه في إبرام العقد، والغالب في مثل هذا الفرض أن يحتفظ الوكيل بعقود موقعة من الموكل بحيث يقتصر الأمر - عند العثور على العميل - على توقيع هذا العميل

(١) انظر المادة ٢٧١ من قانون التجارة الكويتي الجديد، وانظر أيضاً في فرنسا مرسوم ٢٣ ديسمبر ١٩٥٨ والمعدل بمرسوم ٢٢ أغسطس ١٩٦٨ م، وفي لبنان المرسوم الاشتراعي رقم ٢٤ وتاريخ ٥ أغسطس ١٩٦٧.

(٢) انظر استاذنا الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٩٢.

عليها وبذلك تتم الصفقة بين الموكل والعميل مباشرة دون أن يتقابلا بفضل وساطة الوكيل، ويعمل وكلاء شركات التأمين عادة بهذا الأسلوب.

ولكن الغالب في العمل هو أن يمتد موضوع الوكالة ليشمل إبرام الصفقات وتوقيع العقود وتنفيذها باسم الموكل وحسابه، بمعنى أن مهمة الوكيل في هذه الحالة لا تقتصر على مجرد البحث والتفاوض مع العميل وإنما تتعدى ذلك إلى إبرام العقد ذاته، ولكن التوقيع على العقد من جانب الوكيل يتم باسم الموكل فتصرف إلى ذمة هذا الأخير مباشرة جميع آثار العقد فكأنه هو الذي وقع العقد بنفسه ولا يسأل عنه الوكيل، وقد جرى العمل على أن يقوم الموكل بتسليم الوكيل المنتجات المراد تصريفها ليحفظ بها هذا الأخير في مخازنه حتى يتمكن من تنفيذ العقود التي يبرمها لحساب الموكل، فيسلم البضاعة للمشتري في مقابل استلام الثمن وبذلك يجنب المشتري مشقة السفر إلى الجهة التي يوجد بها مركز المنتج^(١).

وقد تقدم أن النظام في المملكة يطلق على وكالة العقود اسم الوكالة التجارية، وقد حددت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لنظام الوكالات التجارية في المملكة المقصود بالوكالة التجارية - المتعلقة بتطبيق نظام الوكالات التجارية وتعديلاته - «كل من يتعاقد مع المنتج أو من يقوم مقامه في بلده للقيام بالأعمال التجارية سواء كان وكيلا أو موزعا بأية صورة من صور الوكالة أو التوزيع وذلك مقابل ربح أو عمولة أو تسهيلات أيا كانت طبيعتها، ويشمل ذلك وكالات النقل البحري أو الجوي أو البري وأية وكالات يصدر بها قرار من وزير التجارة».

غير أنه لما كان اصطلاح الوكالة التجارية يشمل كما رأينا وكالة العقود والوكالة بالعمولة، ولما كان تعريف اللائحة التنفيذية المتقدم يصدق أيضا على الوكالة بالعمولة ولا يقتصر على وكالة العقود فإن ذلك قد يحمل على الاعتقاد بأن نظام الوكالات التجارية في المملكة ينطبق على وكالة العقود والوكالة بالعمولة على حد

(١) انظر في موضوع الوكلاء التجاريين

Herzog, J.L. A propos des agents commerciaux *Rev. trim. dr. com.* : 1958, pp.249 ets.

Hemard, J. «Les agents commerciaux» *Rev. trim. dr. com.* 1959, pp. 573 ets.

Guye not, J. 'Cours de droit commercial' Paris, Librairie de *Journal des notaires et des avocats*, t.

1, pp. 277 ets.

سواء، ولكن بإمعان النظر في هذا النظام وبصفة خاصة في نصوص لائحته التنفيذية يتبين بجلاء أن هذا التنظيم قاصر على صورة واحدة من الوكالة التجارية هي صورة وكالة العقود دون الوكالة بالعمولة، فالمادة الثامنة من اللائحة التنفيذية تشترط صراحة أن يتضمن طلب تسجيل الوكالة التجارية اسم الموكل وجنسيته وعنوانه ومنطقة التوكيل ومدته وأنواع ومسميات السلع والخدمات المدرجة في العقد كما تستلزم المادة التاسعة أن يرفق بالطلب عقد الوكالة من نسختين . . . إحداهما أصلية مصدقة من جهات الاختصاص حسب الأصول مع ترجمة عربية معتمدة للعقد، كما أن المادة الثانية من البند «ثانيا» من المرسوم الملكي رقم ٣٢ لسنة ١٤٠٠هـ تفترض قيام علاقة مستمرة بين الوكيل والموكل وبناء عليه جاءت نصوصها الخاصة بحماية المستهلك فيما يتعلق بتأمين الصيانة وقطع الغيار وواضح أن مثل هذه النصوص لا تنطبق إلا على وكالة العقود، بل وسنرى أن نظام الوكالات التجارية الحالي لا ينطبق إلا على بعض صور وكالة العقود.

٨١ خصائص وكالة العقود

يعتبر عنصر الاستمرار في علاقة الوكيل بالموكل من الخصائص المميزة لوكالة العقود، إذ يرم العقد بينهما لمدة محددة أو غير محددة وذلك بخلاف عقود التوسط الأخرى كالوكالة بالعمولة والسمسرة التي غالباً ما تكون عرضية.

وموضوع وكالة العقود - كما هو واضح مما تقدم - هو دائماً تمثيل الموكل في القيام بالأعمال التجارية، ومن ثم تعتبر وكالة عقود أو وكالة تجارية حسب تعبير نظام الوكالات التجارية في المملكة: الوكالة الصادرة من الموكل والمتعلقة بنشاطه التجاري، كالوكالة الخاصة بعملية البيع أو الشراء أو التأجير أو الأعمال المرتبطة بها كالتوزيع أو التخزين أو النقل أو التسليم أو تقديم الخدمات كالدخول في المناقصات أو تلقي العروض أو غير ذلك من الأعمال التي تقتضيها المعاملات التجارية^(١).

(١) وهناك نظام خاص بنوع معين من أنواع وكالة الخدمات في المملكة هو نظام العلاقة بين المقاول الأحسب ووكيله السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٢ وتاريخ ٢١-١-١٣٩٨هـ.

ويعتبر وكيل العقود أو الوكيل التجاري تاجرا رغم أنه لا يقوم بالعمل باسمه الشخصي وإنما باسم وحساب موكله الذي يكون تاجرا^(١).

وقد نازع جزء من الفقه في الصفة التجارية لوكيل العقود أو الوكيل التجاري لأنه لا يقوم بالأعمال التجارية باسمه الشخصي وحسابه الخاص بل باسم وحساب موكله الذي يكون تاجرا، فهو يمثل موكله في قيامه بهذه الأعمال والتمثيل في القيام بالأعمال التجارية ليس عملا تجاريا في ذاته^(٢). ولكن الرأي الراجح يذهب إلى اعتبار وكيل العقود تاجرا متى باشر هذا النوع من النشاط في شكل مشروع أو مقولة أى على سبيل الاحتراف وذلك تطبيقا للفقرة «ب» من المادة الثانية التي تنص على تجارية «المحلات والمكاتب التجارية» إذ يصبح عندئذ صاحب مشروع وكالة أعمال، وهو يكون مستقلا في إدارة مشروعه وفي القيام بالعمليات الداخلة في نطاق وكالته فيقوم - بصورة حرة - بالاتصال بالعملاء والمفاوضة وإبرام العقود معهم لحساب الموكل، ولا يتقيد في ذلك سوى ببعض التعليمات الصادرة له من موكله. كتعيين سعر البيع أو طريقة التسديد أو ما شابه ذلك من الأمور التي لا تمس استقلاله في تنظيم نشاطه وممارسته لمهنته^(٣).

ولما كان وكيل العقود أو الوكيل التجاري مستقلا في ممارسه مهنته فإنه يستطيع القيام ببعض الأعمال التجارية لحسابه الخاص، كما يستطيع أن يمثل أكثر من مشروع في نفس الوقت سواء كانت تنتج سلعه واحدة أو سلعا مختلفة، ومع ذلك يحظر الاتجاه الحديث في القانون المقارن على الوكيل قبول تمثيل جديد لمشروع منافس لمشروع أحد موكليه دون موافقة هذا الأخير^(٤)، وهذا الاتجاه رغم ما فيه من مساس

(١) انظر جينيو، المرجع السابق، ص ٢٨٣.

(٢) انظر ألفريد جوفريه، المرجع السابق، بند رقم ٥٥، ٤٨٢ وقارن ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٦٢٥ وخاصة ص ٢٢١.

(٣) انظر اسكارا ولاووهيار، المرجع السابق، بند رقم ٦٦٦، هيرزوج، المرجع السابق، بند رقم ١٢، الدكتور أكنم الخولي «دروس...»، بند رقم ٥٧، الدكتورة سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٤٥٤، الدكتور جمال الدين عوض ومحمود سمير الشرفاوى، المرجع السابق، بند رقم ٧٠ والدكتور على حسن بونس، المرجع السابق، بند رقم ١١٩.

(٤) انظر مرسوم عام ١٩٥٨ في فرنسا ومرسوم عام ١٩٦٧ في لبنان المشار إليهما فيما سبق.

باستقلال الوكيل التجاري يتفق في الحقيقة مع واجب حسن النية الذي يقتضى ألا يعمل الوكيل لحساب منشآت متماثلة متنافسة فيما بينها إذ يستحيل عليه أن يؤدي واجبه على النحو السليم نحو هذه المنشآت^(١) كما أن عقد الوكالة كثيرا ما يتضمن شرط الاقتصار Exklusivité والذي بموجبه يشترط الموكل على الوكيل الامتناع عن قبول أى توكيل من منشأة أخرى منافسة لتصريف منتجاتها في نفس المنطقة، وقد يشترط الوكيل على الموكل - في المقابل - الامتناع عن إعطاء توكيل لشخص آخر لتصريف منتجاته في ذات المنطقة، وبذلك يصبح هذا الوكيل الوحيد هو الوكيل العام. وتعتبر شروط الاقتصار الواردة في وكالة العقود صحيحة ولو لم تحدد لها مدة معينة لانتهاء التأيد، إذ يجوز لكل من الموكل والوكيل إنهاء الوكالة في كل وقت وفقا للقواعد العامة^(٢).

وعنصر الاستقلال في علاقة الوكيل بالموكل يعتبر من أهم العناصر المميزة لوكلاء العقود عن غيرهم ممن يستعين بهم التاجر في القيام بأعمال تجارته كالمستخدمين والوسطاء أو الممثلين التجاريين التابعين، فالمستخدمون مهما علت وظائفهم يرتبطون بالتاجر بعقد عمل يخضعون بأوامره وتوجيهاته في تنفيذ أعمالهم ولا استقلال لهم في تادية ما يعهد به إليهم من أعمال، كذلك فإن الممثلين التجاريين التابعين كالمندوبين المحليين (Commis - placiers) والمندوبين الجوالين أو المتجولين (Commis - voyageurs) لا يتمتعون باستقلال فيما يفوضون في القيام به من أعمال تجارية باسم التاجر ولحسابه، حيث إن علاقتهم بهذا الأخير علاقة تبعية ناشئة عن عقد عمل^(٣) ولذا لا يكتسب أى من هؤلاء التابعين صفة التاجر، إذ من المعلوم أن

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٦٢٥ والدكتور أكنم الخولى، الوسيط...، بند رقم ٢٣٥.

(٢) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٩٦، والدكتور أكنم الخولى والوسيط...، بند رقم ٣٣٥.

(٣) انظر المادة ٢٩٧ من قانون التجارة الكويتي الجديد، وانظر في موضوع التمثيل التجاري في فرنسا: Henri-Paul le ferme 'Representation industrielle et commerciale' «V.R.P.» Paris, Sirey, 1975.

اكتساب هذه الصفة يتطلب مباشرة العمليات التجارية على وجه الاستقلال^(١).

ويخضع إنشاء وإثبات عقد وكالة العقود للقواعد العامة في العقود التجارية التي تقدم بحثها في المقدمة من هذا المؤلف، ومع ذلك تنص اللائحة التنفيذية لنظام الوكالات التجارية صراحة على أنه يشترط في عقد الوكالة التجارية أن يكون مكتوبا وأن يتضمن صفة الطرفين وجنسية كل منهما وموضوع الوكالة ومنطقتها وما تشتمل عليه من أعمال وخدمات وبضائع، ومدة الوكالة وكيفية تجديدها وإنائها أو انقضائها فضلا عن إيضاح حقوق والتزامات الطرفين قبل بعضها البعض والتزاماتها قبل المستهلك فيما يتعلق بتأمين الصيانة وقطع الغيار (المواد ١٠، ١١ من نفس اللائحة). غير أننا نعتقد أن الكتابة ليست شرطا لصحة عقد الوكالة التجارية وإنما لإثباته، كما أنها تعتبر بمثابة الشرط الضروري للقيود في سجل الوكلاء التجاريين (مادة ٩). ولما كان نظام الوكالات التجارية لا ينطبق، كما سنرى، إلا على بعض صور وكالة العقود دون بعضها الآخر، فإن الكتابة لا تكون لازمة إلا حيث ينطبق هذا النظام.

الفرع الثاني آثار وكالة العقود

٨٢ ترتب وكالة العقود التزامات في ذمة كل من الوكيل والموكل كما ينشأ عنها التزامات تجاه الغير.

٨٣ أولا: آثار الوكالة في العلاقة بين الوكيل والموكل

١- التزامات الوكيل

يلتزم الوكيل بتنفيذ الأعمال المكلف بها طبقا لشروط الاتفاق، وهو يلتزم

(١) ويرى الدكتور فريد مشرقى أن الممثل التجاري عبارة عن وكيل مأجور يدفع له الموكل مبلغا من المال شهريا أو سنويا نظير ما يؤديه من خدمات، فالعقد الذي يربطه بالموكل أقرب إلى إجارة الأشخاص منه إلى الوكالة التجارية وإن حوى بعض مقوماتها، ولذلك فالممثل التجاري لا يكتسب صفة التاجر من أجل العمليات التي يعقدها باسم موكله ولحسابه انظر مؤلفه «أصول القانون التجاري المصري» القاهرة، مكتبة الانجلو المصرية، ١٩٥٤ بند رقم ٣٧٠.

بالعمل على تصريف أكبر كمية ممكنة من منتجات موكله في منطقة نشاطه ، كما يلتزم بعمل الدعاية والإعلانات اللازمة لرواج وانتشار تلك المنتجات وإقبال العملاء عليها ، والأصل أن يتحمل الوكيل وحده نفقات الدعاية والإعلان ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك ، ويجب على الوكيل أن يبذل عناية الرجل المعتاد في تنفيذه لالتزاماته والرجل المعتاد هنا يعنى التاجر العادى ومن ثم يلتزم الوكيل بأن يبذل - عند قيامه بأعماله - العناية المعقولة ولكن بالمهارة والهمة المعروفة في الوسط التجارى أو التى جرى بها العرف في مجال عمل الوكيل ، فإذا كان الوكيل مكلفا بالتقدم في المناقصات التى تطرح في منطقتة ، فيجب عليه متابعة المناقصات التى يعلن عنها في الصحف وغيرها من الوسائل المعتبرة نظاما ، كما يجب عليه الإلمام بالإجراءات اللازمة للتقدم في المناقصات وتقديم الضمانات والمستندات المطلوبة في المواعيد المحددة^(١) كما يجب عليه أن يبلغ الموكل أولا بأول بالعمليات التى يقوم بها لحسابه وبحالة السوق في منطقتة وبالتحسينات والتغييرات التى يرى ضرورة إدخالها على منتجات الموكل حتى تلائم ذوق الجمهور وتستطيع منافسة المنتجات والسلع المشابهة ، كما يلتزم الوكيل بأن يحيط الموكل علما بكافة المعلومات التى تصل إليه وتكون مفيدة للموكل في معاملاته مع الغير كاحتمال رفع الرسوم الجمركية أو زيادة الضرائب أو إنشاء مصانع منافسة في منطقتة .

كما يجب على الوكيل احترام تعليمات الموكل الصادرة إليه بشأن الأعمال الواجب القيام بها ونوع وكمية البضاعة المتعاقد عليها والضمن وطريقة دفعه وسائر الشروط المتعلقة بالعقد الذى يبرمه مع الغير ، وإذا قام الوكيل بتنفيذ الوكالة خلافا لتعليمات الموكل وألحق به ضرراً ، فيكون مسئولاً تجاه الموكل عن هذا الضرر ويلتزم بالتعويض عنه^(٢) . كما يكون الوكيل مسئولاً تجاه الغير عن التعهدات أو العقود التى يمضيها معه بالتجاوز لحدود سلطته والتى يرفض الموكل إجازتها^(٣) . كذلك يلتزم الوكيل بالمحافظة على البضائع التى يتسلمها لحساب الموكل وتقديم حساب للموكل عن الأعمال التى قام بها تنفيذاً للوكالة .

(١) انظر الدكتور رضا عبيد والقانون التجارى ، القاهرة ١٩٨١ ، بند رقم ١١٠ .

(٢) انظر الدكتور إدوارد عبيد ، المراجع السابق ، بند رقم ٦٨ .

(٣) Dupouy Claude Précis de droit commercial, Paris, Dunod, 1976, T.1.p.199.

ووكالة العقود من العقود التي يراعى فيها الاعتبار الشخصي بين الموكل والوكيل ولذلك فإنه لا يجوز للوكيل أن ينيب عنه غيره في التعاقد لحساب الموكل بصفة دائمة إلا إذا حصل على موافقة الموكل على هذه الإنابة .

وينتهى دور الوكيل ويستحق أجره بمجرد إتمام الصفقة، غير أنه كثيراً ما يتفق الموكل والوكيل على شرط الضمان والذي بمقتضاه يصبح الأخير مسئولاً عن التنفيذ من جانب العميل في حدود معينة من قيمة التزام العميل وفي حدود نسبة معينة أيضاً من مجموع عمولته السنوية^(١).

ب - التزامات الموكل

الالتزام الأساسى الذى يقع على عاتق الموكل هو دفع الأجر، ويتحدد هذا الأجر عادة بنسبة مئوية من قيمة كل صفقة يقوم الوكيل بإبرامها، أما إذا لم يتفق الطرفان على تحديد الأجر فيتعين هذا الأجر بحسب تعريف المهنة أو بحسب العرف السائد في تجارة السلعة على التعامل أو بواسطة القضاء، وقد استقر العرف التجارى على أن الوكالة متى كانت حصرية، أى متى تضمنت شرط الاقتصار بأن الوكيل يستحق عمولته عن أية صفقة تتم، داخل منطقة نشاطه، بين الموكل والغير ولو كان ذلك نتيجة تدخل الموكل ذاته أو نتيجة وساطة شخص آخر، وذلك على أساس أن إبرام الصفقة داخل منطقة التوكيل وإن تم دون تدخل من الوكيل، إلا أنه نتيجة لجهوده ومساعدته في التعريف بالموكل وبمنتجاته، فمن غير العدل أن يسلبه الموكل ثمار جهوده بالاتصال المباشر بالعملاء . وكثيراً ما تثار الخلافات بين الموكل والوكيل بسبب مثل هذه الصفقات، خاصة إذا حاول الموكل إخفاءها أو حاول الوكيل المبالغة في عددها أو كميتها للحصول على أجر أعلى .

ويجب على الموكل أن يدفع للوكيل بالإضافة إلى أجره جميع المبالغ التى تكبدها في سبيل تنفيذ الوكالة وكذلك المبالغ التى يكون الوكيل قد أقرضها له أو أداها نيابة عنه، ولكن الموكل لا يلتزم في الأصل بنفقات مهنة الوكيل كمصاريف الدعاية

(١) انظر الدكتور أكثم الخولى والوسيط . . . بند رقم ٢٣٨ .

والإعلان ورواتب المستخدمين، وإن كان الغالب أن يتفق الطرفان على أن يتحمل الموكل كل أو بعض نفقات تخزين البضائع المرسلة إلى الوكيل ونفقات إنشاء المكتب أو المعرض الذي يقيمه هذا الأخير للاتصال بالعملاء، أو أن يدفع إلى الوكيل مبلغاً سنوياً ثابتاً مقابل هذه النفقات^(١).

ولا يتمتع وكيل العقود بأي ضمان لحقوقه قبل الموكل وليس له إلا الضمان العام لكل وكيل وهو حبس البضائع التي يحوزها لحساب الموكل انتظاراً لبيعها، وهو في ذلك يختلف عن الوكيل بالعمولة الذي يكون له امتياز على البضاعة التي يحوزها لحساب الموكل أو من أجل استيفاء المبالغ المستحقة له وذلك بموجب المادة ١٩ من نظام المحكمة التجارية والقاعدة أنه لا امتياز إلا بنص.

٨٤ ثانياً: آثار الوكالة في العلاقة مع الغير

يجب أن نميز في هذا الصدد بين آثار الوكالة في العلاقة بين الموكل والغير من ناحية، وبين آثار الوكالة في العلاقة بين الوكيل والغير من ناحية أخرى.

ففي العلاقة بين الموكل والغير، نلاحظ أن جميع الأعمال التي يقوم بها الوكيل والعقود التي يبرمها مع الغير تنفيذاً للوكالة تتم باسم ولحساب الموكل، فتنصرف آثارها مباشرة إلى هذا الأخير فيصبح هو الدائن أو المدين تجاه الغير، ومن ثم يكون لكل من الموكل والغير الرجوع على الآخر بالحقوق التي يخولها له العقد الذي أبرمه الوكيل.

أما في العلاقة بين الوكيل والغير، فالأصل ألا تنشأ أية علاقة قانونية بينهما، لأن الوكيل لا يتعامل معه باسمه وإنما باسمه ولحساب الموكل كما رأينا، ولكن إذا تجاوز الوكيل حدود سلطته، فإن أعماله لا تلزم الموكل إلا إذا أقرها، أما إذا رفض الموكل إجازتها فإن الوكيل يكون مسئولاً تجاه الغير عن ذلك.

وإذا كان الأصل أن تنتهي مهمة وكيل العقود بمجرد إبرام الصفقة ولا يسأل

(١) انظر أسكرا ورو وهيجار، المرجع السابق، سدرقه ٦٥١، ٦٧٥.

عن متابعة التنفيذ، فقد جرى العمل على أن يقوم الوكيل بتلقى كافة الطلبات المتعلقة بتنفيذ العقد الذى سعى فى إبرامه والشكاوى الخاصة بعدم تنفيذه وإرسالها إلى الموكل ثم إبلاغ العملاء بالرد، بل كثيرا ما يشترط الموكل على الوكيل القيام بهذه المهمة خاصة إذا كان مقر الموكل يبعد عن مقر الوكيل وذلك تسهيلا للتعامل فى الوسط التجارى^(١).

وانطلاقا من نفس الفكرة فقد قرر نظام الوكالات التجارية ولائحته التنفيذية مسئولية الوكيل التجارى تجاه الغير عن العقود التى يبرمها فى نطاق معين وفى حالات محددة قدرت الدولة ضرورتها حماية لمصالح المستهلكين، وتطبيقا لهذا نصت المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية على أنه «دون أى إخلال بالأنظمة والقرارات الخاصة بتأمين الصيانة وقطع الغيار يلتزم الوكيل والموزع - طوال مدة الوكالة ولمدة سنة تالية لتاريخ انتهائها أو لتاريخ تعيين وكيل جديد أيهما أسبق - بما يلى :

١] أن يؤمن بصفة دائمة بأسعار معقولة قطع الغيار التى يطلبها المستهلكون عادة بشكل مستمر بالنسبة للمنتجات موضوع الوكالة وأن يؤمن قطع الغيار الأخرى ذات الطلب النادر خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما من تاريخ طلب المستهلك لها.

٢] تأمين الصيانة اللازمة للمنتجات بتكاليف مناسبة وضمان جودة الصنع والشروط التى يضعها المنتجون عادة مع مراعاة المواصفات القياسية المعتمدة فى المملكة.

ويسرى حكم البندين السابقين على المستوردين ولولم يكونوا وكلاء أو موزعين وعلى كل من اتخذ من عملية البيع مباشرة أو بالواسطة حرفة له بقصد الربح، ويطبق على كل من يخالف هذه المادة العقوبات التى توقع على الوكلاء والموزعين.

٣] احترام شروط وأوضاع وثائق الضمان المقدمة من الموكل بشأن المنتجات موضوع العقد^(٢).

(١) انظر الدكتورة سميحة القليوبى، المرجع السابق، ص ٤٤٧.

(٢) انظر المواد ٩، ١٠ من أنموذج عقد الوكالة الذى أعدته وزارة التجارة.

والواقع إنه في العلاقة بين الموكل والوكيل فإن الأول هو الذى يتحمل كافة هذه الالتزامات، أما في العلاقة بين الوكيل والغير فقد قرر النظام مسئولية الوكيل مباشرة عن ذلك وهو يمكنه - متى قام بالوفاء بالتزاماته تجاه الغير - أن يرجع بعد ذلك إلى موكله ويطلبه بتعويض الضرر الذى أصابه نتيجة إخلال هذا الأخير بالتزاماته.

الفرع الثالث انقضاء وكالة العقود

أسوة بالتقنين التجارى الفرنسى والتقنين التجارى المصرى لم يفرد نظام المحكمة التجارية في المملكة انقضاء الوكالة التجارية بأحكام خاصة وإزاء ذلك انعقد الرأى على انقضاء الوكالة التجارية - سواء اتخذت شكل وكالة بالعمولة أو وكالة عقود - بالأسباب العامة لانقضاء الوكالة . أى بانتهاء العمل المكلف به الوكيل أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة أو بموت الموكل أو الوكيل أو فقد أهلية أحدهما أو إفلاسه، أو بعزل الوكيل أو اعتزاله بشرط الأخطار السابق ووجود العذر المقبول واختيار الوقت المناسب^(١). أما إذا وقع العزل - أو الاعتزال - دون مراعاة هذه الشروط فإنه يكون تعسفياً موجبا للتعويض، ويرى أستاذنا الدكتور أكثم الخولى الأخذ فيما يتعلق بانقضاء الوكالة التجارية في المملكة بالأسباب العامة لانتهاء الوكالة وإن كان يلاحظ أن العرف قد جرى في المملكة على أن الوكيل لا يستحق أى تعويض في حالة عزله^(٢).

والواقع إن العمل قد كشف في معظم الدول عن قصور القواعد العامة في الوكالة في حالات كثيرة عن توفير الحماية اللازمة لوكلاء العقود ضد تعسف موكلهم في إنهاء عقودهم دون مبرر مشروع، فوكالة العقود على خلاف الوكالة العادية تنعقد في الغالب بين طرفين لا يتكافآن في القوة الاقتصادية حيث تنعقد بين الوكلاء وبين

(١) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٨٤ - ٨٨ - ٩٩، وانظر في طرق انتهاء الوكالة في الفقه الإسلامى الدكتور وهبة الزحيلي «الفقه الإسلامى في أسلوبه الحديث»، دمشق، مطبعة دار الكتب، ١٩٧٥، ج ٢ ص ١٣٠.

(٢) انظر الدكتور أكثم الخولى «دروس...» بند رقم ٦١.

طائفة من المنشآت الصناعية الكبرى التي تتمتع بمراكز اقتصادية راسخة، وكثيرا ما تلجأ هذه المنشآت إلى فرض عقود محددة المدة، حتى إذا شقت منتجاتها طريقها إلى العملاء ورسخت أقدامها في الأسواق نتيجة نشاط الوكيل وجهوده، عمدت إلى عزله أو استبدلت به غيره ممن هو أدنى أجرا، أو امتنعت عن تجديد عقده حتى تنفرد وحدها بثمرة جهوده متعللة في ذلك جميعه بأعذار لا تتصل في أغلب الأحيان بتقصير الوكيل أو خطئه كتخفيض الإنتاج أو تغيير نوعه أو اندماج المنشأة في غيرها، الأمر الذي ينزل أبلغ الضرر بالوكلاء نظرا لما يتكبده من نفقات كبيرة في إدارة نشاطهم فضلا عن نفقات الدعاية والإعلان والترويج. ولذلك اتجهت كثير من التشريعات اليوم إلى إسباغ لون من الحماية القانونية الخاصة على وكلاء العقود لتأمينهم في حالة العزل دون خطأ من جانبهم، أو في حالة عدم تجديد عقودهم برغم نجاحهم الظاهر في ترويج السلعة وزيادة العملاء^(١).

وإذا كانت حماية وكلاء العقود وإحاطتهم ببعض الضمانات قد أصبحت ضرورة لازمة في كثير من تشريعات الدول المتقدمة والدول الأخذة في النمو على حد سواء، فإن هذه الحماية تبدو أكثر ضرورة ولزوما في بلد تعتمد أسواقه على تجارة الاستيراد التي يضطلع وكلاء العقود بدور بارز في نجاحها وازدهارها، لذلك كنا نأمل عندما عازمت الدولة على إعادة النظر في نظام الوكالات التجارية بتعديله، أن يأتي النظام الجديد بتنظيم شامل لوكالة العقود يكفل تحقيق التوازن بين طرفي العقد، ويوفر لوكلاء العقود بصفة خاصة الضمانات اللازمة لحماية حقوقهم مسترشدا في ذلك بأحدث الاتجاهات في القانون المقارن، ولا يقتصر فقط على تنظيم مهنة الوكلاء تاركا لأطراف العقد كامل الحرية في تنظيم مسألة الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة كما هو الشأن في الوضع الحالي.

ولعله من الإنصاف القول بأن الاعتبارات السابقة لم تكن غائبة عن وزارة التجارة حيث قامت بالفعل بإعداد مشروع نظام للوكالات التجارية يأخذ بأحدث

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الكويتي الجديد، الكويت اليوم، العدد ١٨٣٨ وتاريخ ١٩ من يناير ١٩٨١، ص ٩٩، ١٠٠.

الاتجاهات التشريعية والقضائية في شأن وكالة العقود، فقد نص هذا المشروع على اعتبار «عقد التوكيل حاصلًا للمنفعة المشتركة للطرفين» (مادة ١٣).

وهذا المشروع وإن اعترف بحق الموكل في عزل الوكيل وإنهاء التوكيل، إلا أنه بالمقابل اعترف بحق الوكيل في الحصول على تعويض في جميع الحالات التي لا يكون إنهاء التوكيل فيها راجعاً إلى خطأ من جانبه أو تقصير في تنفيذ التزاماته (مادة ١٤، ١٥) كما نص على أنه يجب دائماً أن يكون التعويض جابراً للضرر وأن يراعى في تقديره ما يلي :

١] الجهد الذي بذله الوكيل والمبالغ التي أنفقها لجلب الزبائن والترويج والدعاية لأعمال الوكالة.

٢] ما حققه الوكيل من سمعة وشهرة للمنتجات أو العنصريات التجارية موضوع الوكالة.

٣] حجم الأعمال التي نفذت والأعمال التي على وشك الانتهاء.

٤] مدة العقد.

٥] المركز المالي والسمعة التجارية للوكيل.

٦] ما لحق بالوكيل من خسارة.

٧] الظروف الخاصة بكل حالة (مادة ١٦).

كما نص مشروع النظام كذلك على أنه إذا كان العقد محدد المدة . . وانتهى بحلول أجله ورفض الموكل تجديده، وكان نشاط الوكيل قد أدى بالفعل إلى نجاح ظاهرة في أعمال الوكالة والترويج لها وإيجاد وتنمية العملاء وترتب على عدم تجديد الموكل للعقد تحقيق مصلحة للوكيل الجديد من نشاط الوكيل السابق، كان لهذا الأخير الحق في المطالبة بتعويض مناسب تقدره هيئة حسم المنازعات التجارية (مادة ١٧).

غير أن هذا المشروع الذي قامت وزارة التجارة بتعميمه على الغرف التجارية والصناعية في المملكة لدراسته وإبداء الرأي فيه، لم يكتب له النجاح - على الأقل حتى الآن - حيث جاء تعديل نظام الوكالات التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٢ وتاريخ ١٠ - ٨ - ١٤٠٠ مكتفياً بإضافة بعض المواد إلى النظام القديم الصادر

بالمرسوم الملكي رقم ١١ وتاريخ ٢٠ - ٢ - ١٣٨٢ هـ المعدل بالمرسوم الملكي رقم ٥ وتاريخ ١١ - ٦ - ١٣٨٩ هـ الخاص بتنظيم مزاولة مهنة الوكالات التجارية .

لذا لا يزال الأمل كبيرا في أن تقوم وزارة التجارة بأخذ زمام المبادرة وإعادة النظر في هذا المشروع وإدخال التعديلات اللازمة عليه تمهيدا لعرضه وإقراره من جهات الاختصاص في الدولة وذلك لما لووكالة العقود من أهمية خاصة في الحياة التجارية في المملكة كما رأينا .

إن تحديث الأنظمة التجارية بل وإعداد تقنين تجارى جديد وشامل يستجيب لمطالبات العصر ويفى بحاجات البلاد وما تتطلبه نهضتها الاقتصادية مسؤولية تقع اليوم في المقام الأول على وزارة التجارة .

المبحث الثاني تنظيم مهنة الوكالات التجارية

● شروط مباشرة مهنة الوكالة التجارية ● أحكام قيد الوكالة التجارية

٨٦ إذا كان صحيحا أن وكالة العقود لم يرد تنظيم لأحكامها الموضوعية في المملكة لا في نظام المحكمة التجارية ولا في تشريع مستقل ، فإن مهنة وكالة العقود أو ما يطلق عليه الوكالة التجارية بالمعنى الضيق قد حظيت فيها بالمقابل بتنظيم خاص منذ أكثر من عشرين عاما ، ويرجع السبب في وضع هذا التنظيم إلى إدراك الدولة لأهمية الدور الذى يقوم به وكيل العقود أو الوكيل التجارى في خدمة التجارة ، وبصفة خاصة التجارة الخارجية التى تعتمد على عمليات الاستيراد والتصدير ، الأمر الذى يستوجب أن يكون الوكيل آمينا على رعاية المصالح الوطنية مقدرا أهمية الدور الذى يضطلع به في خدمة اقتصاد بلاده ومواطنيه ، إذ أن الوكلاء التجاريين هم حلقة الاتصال بين المنتجين والمستهلكين ، وأول تشريع تناول تنظيم مهنة الوكيل التجارى في المملكة صدر به المرسوم الملكي رقم ١١ وتاريخ ٢٠ - ٢ - ١٣٨٢ ، وأطلق عليه اسم نظام الوكالات التجارية ، وهذا التشريع لا يزال سارى المفعول وإن كان قد تم

تعديله وأضيفت إليه بعض الأحكام بموجب المرسوم الملكي رقم ٣٢ وتاريخ ١٠ - ٨ - ١٤٠٠هـ، كما صدرت اللائحة التنفيذية لهذا النظام بموجب قرار وزير التجارة رقم ١٨٩٧ بتاريخ ٢٤/٥/١٤٠١هـ.

وسوف نتكلم - في ضوء النظام المذكور ولائحته التنفيذية - عن شروط مباشرة مهنة الوكالة التجارية وعن أحكام القيد في سجل الوكلاء التجاريين كل في فرع مستقل.

الفرع الأول

شروط مباشرة مهنة الوكالة التجارية

٨٧ وضع النظام ولائحته التنفيذية مجموعة من الشروط لإمكان مباشرة مهنة الوكالة التجارية وبالتالي القيد في سجل الوكلاء التجاريين وسنحاول إجمال هذه الشروط فيما يلي :

٨٨ الشرط الأول : الجنسية السعودية

نص نظام الوكالات التجارية على سعودة حرفة أو مهنة الوكالة التجارية فحظرت المادة الأولى منه على غير السعوديين - سواء بصفة أشخاص طبيعيين أو معنويين - أن يكونوا وكلاء تجاريين في المملكة العربية السعودية .

والمعروف طبقاً للمادة ١٤ من نظام الشركات أنه باستثناء شركة المحاصة، تتخذ كل شركة تؤسس وفقاً لأحكام هذا النظام (أى نظام الشركات السعودي) مركزها الرئيسي في المملكة، وتعتبر هذه الشركة سعودية الجنسية^(١).

غير أنه لا يكفي لمزاولة مهنة الوكالة التجارية في المملكة أن تكون الشركة سعودية الجنسية، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون رأس مالها بالكامل سعودياً

(١) انظر في مفهوم هذا النص مؤلف الشراييه في سنو، ص ١٢٥

وأن يكون أعضاء مجلس إدارتها ومن لهم حق التوقيع باسمها سعوديين، أى أن تكون الشركة سعودية فى جنسيتها وفى رأس مالها وفى إدارتها.

٨٩ الشرط الثانى : أن يكون الموكل هو المنتج أو من يقوم مقامه فى بلده الأسمى

ویدخل فى مفهوم المنتج جميع أنواع المنشآت الصناعية سواء كانت تقوم بكل مراحل إنتاج السلعة أو تقوم بإنتاج جزء منها فقط، وسواء اتخذت المنشأة شكل الشركة أو المشروع الفردى، وسواء كانت المنشأة تقوم بنشاط واحد أو بعدة أنشطة، وسواء اقتصر هذا النشاط على الإنتاج أم شمل التوزيع والتصدير كذلك.

كما يدخل فى مفهوم المنتج هنا جميع مشروعات الإنتاج الزراعى سواء كانت تقوم على إنتاج المواد الزراعية مباشرة أو تجرى عليها عمليات تحسين وتحويل، كذلك يشمل هذا المفهوم المشروعات التى تقوم على عمليات الإنتاج الحيوانى أو مشتقات هذه المنتجات، والمشروعات التى تقوم بعمليات استخراج المعادن والزيوت وقطع الأحجار وغيرها من موارد الثروة الطبيعية.

غير أنه لما كان يشترط - طبقاً لنظام الوكالات التجارية ولائحته التنفيذية - أن يكون موضوع الوكالة التجارية هو القيام بالأعمال التجارية ولما كان النشاط الزراعى والصناعات الاستخراجية لا يعتبر - وفقاً للنظام التجارى السعودى - من قبيل الأعمال التجارية، فإن الوكالة المبرمة مع المنتج الزراعى أو مع أى مشروع من المشروعات الاستخراجية بقصد تصريف منتجاتها لا تعد تجارية، ومن ثم فلا تخضع لنظام الوكالات التجارية وتطبيقاً لذلك فإن الوكالة المبرمة مباشرة مع مستغلى عيون المياه المعدنية بقصد تصريف منتجاتهم لا تعتبر وكالة تجارية.

ويشترط نظام الوكالات التجارية أن يكون الموكل هو المنتج أو من يقوم مقامه فى بلده الأسمى، وبالرغم من أن عبارة «من يقوم مقامه فى بلده» تنطوى على بعض الغموض، إلا أنه يبدو أن المقصود بذلك هو من يمثل المنتج قانوناً فى بلده الأسمى، أى بلد الإنتاج، سواء كان وكيلاً أو ممثلاً تجارياً، ولعل الهدف من ذلك هو ربط الوكيل التجارى بالمنتج مباشرة وليس بوكيل إقليمى آخر. وتطبيقاً لذلك، لو أن

الوكيل العام في منطقة البحرين والخليج العربي لشركة أمريكية لإنتاج السيارات عين وكيلا سعوديا له في المملكة بقصد تصريف هذه السيارات فإنه لا يجوز قيد هذه الوكالة في سجل الوكالات التجارية لأن الموكل ليس هو المنتج أو من يقوم مقدمه في بلده الأصلي .

وتكتفى بعض التشريعات بصدور التوكيل من الموكل الأصلي مباشرة سواء كان هذا الموكل منتجا أو موزعا، ويقصد بالموزع الشخص المرتبط بعقد وكالة مع المنتج تحوله حق توزيع المنتجات في منطقة التوكيل^(١) غير أن نظام الوكالات التجارية في المملكة لم يأخذ بهذا المفهوم الواسع للوكالة التجارية، بل قصر مفهوم هذه الأخيرة «على كل من يتعاقد مع المنتج أو من يقوم مقامه في بلده للقيام بالأعمال التجارية سواء كان وكيلا أو موزعا بأية صورة من صور الوكالة أو التوزيع» وقد أجازت اللائحة التنفيذية «للكيل أو الموزع التعاقد مع موزعين فرعيين في نطاق منطقة الوكالة على أن يظل الوكيل أو الموزع الأصلي هو المسئول عن الالتزامات المقررة نظاما في مواجهة المستهلك» .

٩٠ الشرط الثالث : أن يكون عقد الوكالة التجارية مكتوبا ومحددا لحقوق الطرفين والتزاماتها قبل المستهلك

تشرط المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية لنظام الوكالات التجارية في المملكة أن يكون عقد الوكالة التجارية مكتوبا، كما تنص المادة التاسعة من نفس اللائحة على عدم قبول طلبات القيد في سجل الوكالات التجارية ما لم تكن مؤيدة بنسختين من عقد الوكالة إحداهما أصلية مصدقة من جهة الاختصاص حسب الأصول وبترجمة عربية معتمدة للعقد، وأخيراً حددت المادة الحادية عشرة البيانات التي يجب أن يتضمنها عقد الوكالة . وبالرغم من ذلك، فإن الرأي يكاد ينعقد في ظل التشريعات الأجنبية التي تتضمن حكما مماثلا على أن الكتابة ليست ركنا من أركان

(١) انظر في مثل هذه التشريعات المادة الثانية من قرار رئيس جمهورية مصر العربية رقم ١٠٩٦ لسنة ١٩٧٤ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتنظيم أعمال الوكالة التجارية . وانظر في نقد ذلك الدكتور رصم عبيد، المرجع السابق، بند رقم ١٨٥ .

عقد الوكالة التجارية بل شرط لإثبات هذا العقد والقيود في سجل الوكالات التجارية (١).

كما اشترطت الفقرة «ب» من المادة العاشرة أن يتضمن عقد الوكالة إيضاحاً وافياً لحقوق والتزامات الطرفين من جانب والتزاماتها قبل المستهلك من جانب آخر، فنظام الوكالات التجارية وإن كان لم يعن في الأصل بتنظيم العلاقة بين الموكل والوكيل التجاري إلا أنه لم يستطع أن يتجاهل أن هذه الوكالة مأجورة وأن هناك التزامات قد فرضها حماية لمصالح المستهلك كالالتزام بتأمين الصيانة وقطع الغيار وضمان جودة الصنع واحترام وثائق الضمان الخاصة بالمنتجات فأراد أن يأتي العقد محددًا للمسئولية كل من الموكل والوكيل تجاه الآخر من ناحية، وتجاه المستهلك من ناحية أخرى، ويخضع تقدير مدى صلاحية العقد وكفايته في التعريف بحقوق والتزامات ذوى الشأن لوكيل وزارة التجارة فهو الجهة التي أناطت بها اللائحة التنفيذية هذه المهمة (المادة ٦).

٩١ الشرط الرابع: القيد في السجل التجاري

يشترط لمزاولة مهنة الوكالة التجارية والتقدم لطلب القيد في سجل الوكلاء أن يكون الوكيل أهلاً لمباشرة التجارة، وتثبت هذه الصلاحية بالقيد في السجل التجاري.

وقد نصت اللائحة التنفيذية صراحة على هذا الشرط فاستلزمت أن يتضمن طلب تسجيل الوكالة التجارية رقم السجل التجاري الرئيسي أو الفرعي الذي يعطى الطالب حق مزاولة الوكالة وواضح من هذا النص أن القيام بأعمال الوكالة التجارية لا بد وأن يكون من ضمن نشاط التاجر المبين أو المشهر في السجل التجاري لإمكان تسجيل الوكالة في سجل الوكالات، كما ألزمت المادة ١٣ من نفس اللائحة الوكيل التجاري بأن يتقدم خلال شهر من تاريخ حصوله على شهادة القيد في سجل الوكلاء

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٦٢٦، جينو، المرجع السابق، ج ١ بند رقم ٢٨١، الدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ٦٥، والدكتور رضا عبيد، المرجع السابق، بند رقم ١٨٩.

التجارين إلى مكتب السجل التجارى المختص حسب منطقة الوكالة للتأشير بها فى سجله التجارى وإذا كانت الوكالة شاملة جميع أنحاء المملكة فىتم التأشير بها فى السجل التجارى الرئيسى للوكيل التجارى ويجب على الوكيل أن يقوم بالتأشير فى السجل التجارى بكل تعديل أو إضافة فى البيانات الأصلية بعد تعديل بيانات شهادة القيد (مادة ١٤).

وعلة هذا الشرط واضحة فالقيد فى سجل الوكلاء التجارىين هو قيد فى سجل خاص بمهنة معينة يلتزم من يباشرها بأن يقيد نفسه فيه فى حين أن القيد فى السجل التجارى أمر عام يلتزم به كل تاجر فى المملكة أيا كان نوع وطبيعة تجارته^(١).

٩٢ الشرط الخامس : القيد فى سجل الوكلاء التجارىين

لا يجوز وفقا للمادة الثالثة من نظام الوكالات التجارية أن يقوم بعمل الوكيل التجارى إلا من كان مقيدا فى السجل المعد لهذا الغرض فى وزارة التجارة، ومقتضى ذلك قصر مهنة أو حرفة الوكالة التجارية على المقيدى بهذا السجل دون غيرهم غير أن هذا لا يعنى إيجاد احتكار لفئة معينة من الأشخاص لأن القيد فى السجل متاح للجميع فلا يجوز رفض القيد إلا لغير السعودى أو لمن كان سعوديا ممنوعا من مزاوله التجارة أو غير أهل للممارستها. وبصفة عامة لا يجوز رفض القيد إلا لمن كانت وثائق تسجيله غير متفقة مع نظام الوكالات ولائحته التنفيذية.

وهكذا يتضح أن وظيفة سجل الوكلاء تقتصر على التحقق من توافر الشروط فى المقيدى وعلى جمع أهم المعلومات عنهم ولكن دون انتقاص من مبدأ حرية التجارة فى هذا المجال^(٢).

ويلاحظ أن تعبير الوكالة التجارية قد استعمل لأول مرة فى المملكة فى نظام الوكالات التجارية الصادر بالمرسوم الملكى رقم ١١ وتاريخ ٢٠/٢/١٣٨٢ هـ الذى

(١) اظر فى موضوع السجل التجارى فى المملكة مؤلفنا المشار إليه فى سبق سد رقم ٧٥ وما يلىه

(٢) انظر الدكتور أكثم الخولى «دروس...» بند رقم ٥٨.

عنى أساساً «بسعودة» الحرفة مع قصرها على المقيد بسجل الوكلاء، أى بقصرها على السعوديين المقيدون في هذا السجل، ولكن هذا النظام قبل تعديله الأخير لم يعن في أى نص من نصوصه بتعريف الوكالة التجارية أو بتحديد مدلول لهذا الاصطلاح ولما كان تعبير الوكالة التجارية يتسع كما رأينا للوكالة بالعمولة ووكالة العقود، فقد أثير التساؤل عما إذا كان هذا النظام ينطبق بالإضافة إلى وكلاء العقود على الوكلاء بالعمولة، غير أنه بالتدقيق في نصوص هذا النظام وبصفة خاصة في المادة الثالثة منه يتضح أن المقصود بالوكالة التجارية في هذا النظام وكالة العقود وحدها فهذه المادة تشترط أن يشتمل طلب القيد على «اسم التاجر أو الشركة ونوع البضاعة الموكل فيها والشركة أو المؤسسة الموكلة وتاريخ التوكيل ومدته إن كانت الوكالة محددة بأجل» وواضح أن هذا النص لا ينطبق على الوكالة بالعمولة التي يعمل فيها الوكيل باسمه لحساب موكله ولا يصدق إلا على وكالة العقود وحدها فهي التي تتميز بعنصر الاستمرار في العلاقة بين الموكل والوكيل.

كذلك يلاحظ أن نظام الوكالات التجارية قبل التعديل الأخير لم يتطلب توافر أى شرط في شخص الموكل بل إنه لم يبين - لا صراحة ولا ضمناً - ما إذا كان يقصد بأعمال الوكالة التجارية، الوكالة عن المشروعات التجارية الوطنية والأجنبية، أم الوكالة عن المشروعات التجارية الأجنبية فقط، . . . وهذا يعنى أن هذا النظام قد استعمل اصطلاح «الوكالة التجارية» كمرادف أو كبديل لتعبير وكالة العقود بالمعنى السابق تحديده لهذه الوكالة، وهذا الاطلاق كان يسمح بإلزام جميع وكلاء العقود المحترفين بالقيد في سجل الوكلاء التجاريين سواء كانوا يقومون بأعمال التوكيلات عن المشروعات التجارية الأجنبية أو الوطنية أو الإثنين معاً، وسواء كانت هذه المشروعات مشروعات إنتاج أو توزيع أو خدمات.

ولكن منذ التعديل الذى أدخل على نظام الوكالات التجارية بموجب المرسوم الملكى رقم ٣٢ فى ١٠/٨/١٤٠٠هـ، أصبح الموكل فى الوكالة التجارية يعنى «المنتج أو من يقوم مقامه فى بلده» على التفصيل السابق الأمر الذى عمل على الاعتقاد بأن تعبير الوكالة التجارية منذ هذا التعديل قد أصبح يعنى فقط الوكالة عن المشروعات المنتجة الأجنبية، بل إن نصوص اللائحة التنفيذية الصادرة على إثر هذا التعديل بقرار وزير التجارة رقم ١٨٩٧ وتاريخ ١/٥/٢٤هـ قاطعة الدلالة على هذا

المعنى : فهي تشترط في عقد الوكالة التجارية « أن يكون مكتوباً ومبرماً مع الجهة الموكله ببلدها الأصلي أو من يقوم مقامها في ذلك البلد» (المادة ١٠)، كما تقضى من ناحية أخرى بعدم قبول طلب القيد في سجل الوكالات التجارية ما لم يكن مؤيداً بترجمة عربية معتمدة لعقد الوكالة (المادة ٩) وتنص أخيراً صراحة على وجوب بيان جنسية الموكل في طلب تسجيل الوكالة (المادة ٨).

وأياً ما كان التفسير في هذا الشأن، فإنه يظل واضحاً أن تعبير الوكالة التجارية لم يعد مرادفاً لتعبير وكالة العقود بل أصبح على إثر التعديل الجديد وصدور اللائحة التنفيذية قاصراً على بعض صور وكالة العقود دون بعضها الآخر، ويكفي للتدليل على ذلك أن نضرب المثال التالي : لو تعاقد شخص سعودي مع شخص ياباني حاصل على حق توزيع منتجات شركة يابانية في الشرق الأوسط، على أن يعمل هذا الشخص السعودي على تصريف منتجات هذه الشركة في المملكة ويقوم عند الاقتضاء بإبرام الصفقات المتعلقة بهذه المنتجات باسم وحساب الشخص الياباني فإن هذه الوكالة تعتبر دون شك وكالة عقود، ومع ذلك فهي لا تعتبر وكالة تجارية في مفهوم نظام الوكالات التجارية الحالي، ولا تسرى عليها أحكام ونصوص هذا النظام ولائحته التنفيذية، وبالتالي فإنه لا يمكن قيد مثل هذه الوكالة في سجل الوكالات التجارية، غير أنه يلاحظ أن الوكيل في مثل هذه الحالة وإن كان غير ملزم، بل لا يمكنه، القيد في سجل الوكالات التجارية أو الوكلاء التجاريين، إلا أنه يظل ملزماً بالقيد في السجل التجاري متى كان يقوم بعمل الوكالة على وجه الاعتراف.

ونعتقد أنه ليس من المصلحة تبني مثل هذا المفهوم الضيق للوكالة التجارية في المملكة حيث إنه لا يفيد السعوديين بقدر ما يفيد الموكليين الأجانب الذين يجدون أنفسهم في حل إلى حد كبير من معظم القيود التي أرادت الدولة فرضها من خلال نظام الوكالات التجارية ولائحته التنفيذية. ويبدو أن هذا المفهوم الضيق للوكالة التجارية قد استمد مما جرى عليه العمل في مصر في الوقت الحاضر، والقانون وإن كان قد رخص أخيراً للمواطنين بحق تمثيل الشركات الأجنبية متى كان التوكيل صادراً من الشركة الأصلية المنتجة أو الموزعة، إلا أن مصلحة التسجيل والرقابة التجارية التي عهد إليها بإمسك سجل الوكلاء التجاريين قد درجت في حالة صدور التوكيل من شركة موزعة، على اشتراط قيام الشركة الموكلة الموزعة بذكر الشركات

المنتجة التي تتعامل معها، وكأنها بذلك قد أصبحت لا تقبل للقيد في السجل إلا الوكلاء عن الشركات المنتجة فقط سواء مباشرة أو بطريقة غير مباشرة^(١)، وأيا كانت صحة هذا التطبيق في القانون المصري فإن تبنى مفهوم ضيق للوكالة التجارية ليس له ما يبرره من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية في المملكة.

ويلاحظ أخيراً أن عدم قيام الوكيل التجاري بقيد الوكالة في سجل الوكالات التجارية يعرضه للجزاءات المنصوص عليها في نظام الوكالات ولائحته التنفيذية ولكن لا أثر له على صحة الوكالة التجارية التي يزاؤها، حيث تعتبر عقودها صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية فيما بين أطرافها، إذ لا يفيد من القانون من يخالف أحكامه^(٢).

الفرع الثاني أحكام قيد الوكالة التجارية

٩٣ عيّنت اللائحة التنفيذية لنظام الوكالات التجارية ببيان أحكام قيد الوكالة التجارية في سجل الوكلاء التجاريين فأوضحت كيفية تقديم طلب القيد والبيانات الواجب ذكرها والمستندات الواجب إرفاقها والجهة المختصة بالبت في الطلب. كما بينت حالات شطب قيد الوكالة التجارية بالإضافة إلى كيفية ضبط المخالفات المتعلقة بنظام الوكالات التجارية ونصوص لائحته والعقوبات المترتبة على ذلك على التفصيل التالي:

٩٤ أولاً: طلب قيد الوكالة التجارية

يجب أن يقدم طلب تسجيل الوكالة التجارية خلال ثلاثة أشهر من بداية

(١) انظر في مصر القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٤ في شأن حق المواطنين في ممارسة تمثيل الشركات الأجنبية في جمهورية مصر العربية، وقرار رئيس الجمهورية رقم ١٩٠٦ لسنة ١٩٧٤ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتنظيم أعمال الوكالة التجارية، وانظر في نقد موقف إدارة الوكلاء التجاريين في هذا الصدد الدكتور رضا عبيد، المرجع السابق، بند رقم ١٨٥.

(٢) انظر حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٣٨ ق، جلسة ٢٦-٣-١٩٧٤، مشاراً إليه في مؤلف الدكتور سميحة الفليوي، المرجع السابق، ص ٤٧٨.

سريان الاتفاق بين الموكل والوكيل، ويجب أن يتضمن هذا الطلب البيانات التالية:

- ١ اسم الوكيل التجارى فردا كان أو شركة .
- ٢ رقم السجل التجارى الرئيسى أو الفرعى الذى يعطى الطالب حق مزاولة الوكالة .
- ٣ عنوان الوكيل .
- ٤ اسم من له حق إدارة المحل أو التوقيع عنه .
- ٥ أنواع ومسميات السلع والخدمات المدرجة فى العقد .
- ٦ اسم الموكل وجنسيته .
- ٧ عنوان المركز الرئيسى للموكل .
- ٨ عنوان المركز الصناعى أو الزراعى المنتج للسلع المدرجة فى العقد .
- ٩ منطقة التوكيل ومدته (مادة ٨) .

ولا يقبل طلب القيد وفقا للمادة التاسعة ما لم يكن مؤيدا بالمستندات الآتية:

- ١ عقد الوكالة أو التوزيع من نسختين إحداهما أصلية مصدقة من جهات الاختصاص حسب الأصول .
- ٢ ترجمة عربية معتمدة للعقد وأية وثائق أخرى محررة بلغة أجنبية .
- ٣ نسخة من استمارة السجل الرئيسى أو الفرعى الذى يسمح بأعمال الوكالة .
- ٤ إقرار خطى من طالب التسجيل فردا كان أم شركة بأن رأس ماله بالكامل سعودى، وأن من له حق التوقيع عنه سعودى الجنسية أيضا .
- ٥ شهادة من الغرفة التجارية بسداد الاشتراك .

وواضح مما تقدم أن الوكلاء الملتزمين بتسجيل وكالاتهم هم الوكلاء المحترفون دون الوكلاء العرضيين، أى الذين لا يقومون بالوكالة على وجه الاحتراف .

وتقدم طلبات القيد مشفوعة بالمستندات المسوغة له إلى وكيل وزارة التجارة فى الرياض أو إلى فروع وزارة التجارة فى المدن الأخرى، وعلى هذه الفروع بعد إيداع هذه الطلبات بعثها مباشرة إلى وكيل الوزارة لدراسة مدى صلاحية العقد والوثائق للتسجيل بمعرفة الإدارة المختصة (مادة ٦) .

وبعد التحقق من استيفاء متطلبات التسجيل من الناحيتين الشكلية والموضوعية، تتم الموافقة على القيد من جانب وكيل الوزارة أو من ينوب عنه، ثم تحال الأوراق بعد ذلك لإجراء القيد في سجل الوكلاء التجاريين (والموزعين) بعد سداد رسوم القيد المقررة (مادة ١٢/١).

ولكن لا يجوز رفض القيد، كما سبق أن رأينا، إلا لغير السعودي أولم يكن كان سعوديا ممنوعا من مزاوله التجارة أو غير أهل لممارستها أولم كانت وثائق تسجيله غير منفقة مع نظام الوكالات التجارية ولائحته التنفيذية.

وجوز لمن رفض قيده أن يتظلم إلى وزير التجارة خلال شهر من تاريخ إبلاغه بأسباب الرفض وعندئذ تعاد دراسة طلبه مرة أخرى على ضوء الأسباب التي بيدها في تظلمه، ويعتبر قرار وزير التجارة نهائيا في هذا الصدد (مادة ٧/٢).

ويكون سجل الوكلاء التجاريين مرقم الصفحات بحسب تسلسلها ولكل صفحة رقم، ورقم كل صفحة هو رقم القيد المدون بحيث يأخذ عقد كل وكالة قيدا مستقلا برقم مستقل عما سبقه حتى لو تعددت القيود والأرقام لوكيل واحد.

وتشتمل بيانات السجل المذكور على الايضاحات التفصيلية للوكالة التجارية ويعطى الوكيل التجارى شهادة بكل قيد (مادة ١٢).

ويتم القيد في سجل الوكالات التجارية مقابل رسم قيد مقداره خمسمائة ريال بالنسبة لكل عقد وكالة سواء كان طالب القيد فردا أو شركة وذلك وفقا للمادة الخامسة من نظام الوكالات بعد تعديلها بالمرسوم الملكي رقم ٨ وتاريخ ٢٠/٣/١٣٩٣ هـ.

ومتى تم قيد الوكيل التزم بأن تحمل أوراقه وعقوده والاعلانات المتعلقة بوكالته وفواتيره الرسمية بالإضافة إلى اسمه وعنوانه نوع الوكالة ومنطقتها ورقم قيده في سجل الوكالات التجارية والسجل التجارى (مادة ٤).

٩٥ ثانيا: تعديل البيانات المقيدة في سجل الوكالات والتأشير في السجل التجارى

عند حصول أى تعديل في البيانات المقيدة في سجل الوكالات فإنه يجب على صاحب الشأن - أى الوكيل - أن يطلب خلال شهر من تاريخ حصول التعديل

التأشير به بعد إيضاح أسبابه (مادة ١٤/١) ويقتضى ذلك أن يقوم الوكيل بتقديم المستندات المؤيدة لصحة البيان المراد تعديله .

ويتم التعديل في صفحة السجل بالتأشير على البند المعدل وإثبات التعديل الجديد أو بإثبات الإضافة فقط إذا كان الأمر مجرد إضافة بيان جديد .

ويجب من ناحية أخرى أن يتقدم الوكيل التجارى خلال شهر من تاريخ إصدار شهادة القيد في سجل الوكالات التجارية ، إلى مكتب السجل التجارى المختص حسب منطقة الوكالة للتأشير بها في سجله التجارى ، وإذا كانت الوكالة شاملة جميع أنحاء المملكة فيتم التأشير بها في السجل الرئيسى للوكيل التجارى (مادة ١٣) . كما يتم التأشير كذلك في السجل التجارى بكل تعديل أو إضافة بعد تعديل بيانات شهادة القيد (مادة ٢/١٤) .

٩٦ ثالثاً : شطب القيد

تنص المادة ١٦ على أنه مع مراعاة الأحكام الواردة في نظام السجل التجارى والمتعلقة بالشطب^(١) يتم شطب قيد الوكالة التجارية في الحالات التالية :

- ١] ترك التاجر فرداً كان أم شركة للعمل التجارى .
- ٢] انتهاء عقد الوكالة التجارية دون تجديد أو تمديده لفرته .
- ٣] فقد الوكيل لأى من الشروط الأساسية المنصوص عليها في نظام الوكالات التجارية وتعديلاته .

وأوضحت نفس المادة كيفية الشطب فذكرت أنه يتم بوضع خطين متقاطعين باللون الأحمر على كل بيانات صفحة سجل القيد مع إيضاح أسباب الشطب في الحقل المخصص لذلك .

ويجب أن يقدم طلب الشطب خلال شهر من تاريخ الواقعة المستوجبة

(١) وطبقاً للمادة السابعة من نظام السجل التجارى فإنه يجب على التاجر أو ورثته أو أولياء هؤلاء أو أوصيائهم أو المصفين بحسب الأحوال أن يطنوا شطب التسجيل في الأحوال الآتية :
١ - ترك التاجر لتجارته هائياً في المحل السابق تسجيله بأى سبب من أسباب الترك

للشطب، فإذا لم يتقدم أصحاب الشأن بطلب الشطب خلال هذه الفترة ثم الشطب إدارياً وذلك بعد التحقق من الواقعة المستوجبة لذلك أو سماع أقوال صاحب الشأن (مادة ١٧/١).

ويلاحظ أن اللائحة التنفيذية لم تبين الشروط الواجب توافرها في طلب الشطب من سجل الوكالات ولم تتطلب إرفاق المستندات المؤيدة للشطب بالطلب وذلك بخلاف حالة الشطب من السجل التجاري (مادة ٧/ب من نظام السجل التجاري) مع أن المنطق يقتضي المساواة بين الحالتين.

ومتى تم الشطب إدارياً وجب إخطار صاحب الشأن بهذا القرار بخطاب مسجل ويجوز لهذا الأخير التظلم إلى وزير التجارة من قرار الشطب الإداري خلال شهر من تاريخ إخطاره به مع إيضاح المسببات ويكون قرار الوزير نهائياً في هذا الصدد (مادة ١٨).

٩٧ رابعاً: المخالفات والعقوبات

نصت المادة ١٩ من اللائحة التنفيذية على أنه «يندب وزير التجارة الموظفين المختصين بإثبات المخالفات المتعلقة بنظام الوكالات التجارية وبأحكام هذه اللائحة وتكون لهم في هذا السبيل صفة رجال الضبط القضائي، ولهم دخول الأماكن والمحلات وإجراء التفتيش والتحرى وتحرير محاضر ضبط المخالفات، وسماع أقوال أصحاب الشأن والإطلاع على المستندات إلى غير ذلك من إجراءات التحقيق».

وفي سبيل تسهيل هذه المهمة فقد نصت المادة الخامسة من اللائحة على التزام الوكيل التجاري بتمكين رجال ضبط المخالفات المختصين من مباشرة مهمتهم والتعاون معهم والاستجابة إلى طلباتهم في حدود هذه اللائحة، كما ألزمت المادة الثالثة الوكيل بالاحتفاظ في محل البيع بالمستندات الموضحة لأسعار السلع من مصدرها بالإضافة إلى مستندات تأمينها وشحنها ونقلها ورسوماتها الجمركية.

والشيء الملفت للنظر في هذا الصدد هو نص المادة ١٩ الأنفة الذكر، فقد أضفى صفة «الضبط القضائي» على موظفي وزارة التجارة المكلفين بإثبات المخالفات المتعلقة بنظام الوكالات التجارية وبلائحته التنفيذية.

ومن المعروف أن الدعوى الجنائية أو الجزائية وهي الدعوى التي يقيمها المجتمع لتطبق على من ارتكب جريمة يجرمها القانون ويضعها تحت طائلة العقوبة - تتكون من ثلاث مراحل: هي مرحلة جمع الاستدلالات ومرحلة التحقيق ومرحلة المحاكمة. وقد جرى العمل في القانون المقارن على إطلاق صفة «الضابطة القضائية» أو «رجال الضبط القضائي» على الأشخاص الذين أناط بهم القانون تولى مرحلة أو مهمة جمع الاستدلالات كما جرت العادة في التشريعات المقارنة على وضع قائمة في قانون الإجراءات الجنائية أو الجزائية بأشخاصهم بالإضافة إلى تحديد مهامهم وسلطاتهم وعلى اشتراط أن يكون منح هذه الصفة بقانون، وهذا دليل على خطورة الوظيفة التي يتولونها^(١).

وقد ورد تعبير «صفة رجال الضبط القضائي» في بعض النصوص الصادرة من مجلس الوزراء ذاته ومن أمثلة ذلك قرار مجلس الوزراء رقم ٦٠ بتاريخ ١٣٩٣/١/٢٥ هـ بإصدار قواعد التنظيم التموييني (الفقرة «و» من البند ثالث) ومع ذلك يظل من الثابت أنه لا يوجد في المملكة حتى الآن أي تنظيم لما يطلق عليه في القانون المقارن لفظ «الضابطة القضائية» «La police judiciaire» فنظام الإجراءات الجزائية الذي نصت عليه المادة ٢٦ من نظام القضاء في المملكة لم يصدر بعد، لذا كان استعمال لفظ «رجال الضبط القضائي» في هذه اللائحة بالإضافة إلى منح هذه الصفة لمجموعة من موظفي وزارة التجارة بقرار إداري صادر من وزير التجارة أمرا يسترعى الانتباه.

والجزء الذي نصت عليه المادة الرابعة من نظام الوكالات التجارية بعد تعديلها لكل من يخالف أحكام نظام الوكالات أو لائحته التنفيذية هو الغرامة التي تتراوح بين خمسة آلاف ريال وخمسين ألف ريال بالإضافة إلى نشر العقوبة على نفقة المخالف في إحدى الجرائد المحلية، وذلك دون إخلال بحق من لحقه ضرر من المخالفة في المطالبة بالتعويض.

(١) انظر الدكتور عبدالوهاب حومد والتوسط في الإجراءات الخرائية الكمبيوترية، الكويت ١٩٧٧ ص ص ٢٣-٦٣.

فإن كانت المخالفة منسوبة لأجنبي أو لشركة سعودية فيها شريك أو أكثر غير سعودي، أصبحت العقوبة بالإضافة إلى الغرامة تصفية الأعمال إدارياً مع جواز الحرمان من ممارسة التجارة دائماً أو لمدة معينة ويجوز لوزير الداخلية الأمر بترحيل الأجنبي من البلاد في ضوء العقوبة المحكوم بها، وعلى وزارة التجارة إبلاغه عن الأجنبي أو الشريك غير السعودي.

وقد عيّنت المادة ٢١ من اللائحة التنفيذية بالنص على تشكيل هيئة من وزارة التجارة بقرار من وزير التجارة من ثلاثة أعضاء أحدهم على الأقل من المستشارين القانونيين لتطبيق العقوبات الواردة في نظام الوكالات التجارية وتعديلاته.

كما أجازت التظلم من قرارات هذه الهيئة أمام وزير التجارة في خلال خمسة عشر يوماً من إبلاغها للمتظلم أو من ينوب عنه وإلا أصبحت قراراتها نهائية بمضي المدة المذكورة وتصديق وزير التجارة عليها (مادة ٢١/٢).

ومن المعروف أنه على أثر صدور المرسوم الملكي رقم ٥ وتاريخ ١١/٦/١٣٨٩هـ الذي نص على تشكيل هيئة بوزارة التجارة من ثلاثة أعضاء لتطبيق العقوبات المنصوص عليها في نظام الوكالات التجارية والمعايرة والمقاييس، فقد سبق وأن عهد وزير التجارة بقراره رقم ١٢٨٥ وتاريخ ٢٨/٦/١٣٨٩هـ إلى لجنة الأوراق التجارية بالرياض بمهمة تطبيق العقوبات المذكورة^(١).

(١) نظرياً تفاصيل هذا الموضوع مقالنا عن الاختصاص القضائي بنظر المنازعات التجارية في المملكة العربية السعودية، نشرة مركز البحوث بكلية العلوم الإدارية / ١٣٩٩ / العدد الخامس، ص ٢٥ وما يليها.

عقد النقل

Contrat de Transport

- ١ التمريف بعقد النقل وخصائصه المميزة
- ٢ عقد نقل الأشياء
- ٣ عقد نقل الأشخاص

للنقل أهمية كبرى في جميع أوجه النشاط الإنساني : فهو ضرورة لا غنى عنها في الحياة سواء بالنسبة للأشخاص أو الأشياء فالفرد في حياته اليومية ، متوجها إلى عمله أو مشتريا لحاجياته أو مستمتعا بوقت فراغه ، في حاجة مستمرة للانتقال من مكان لآخر ، والتاجر في ممارسته لنشاطه التجاري قد يضطر للسفر إلى أماكن بعيدة لعقد الصفقات . كما أن السلع في حاجة إلى النقل من أماكن صنعها أو إنتاجها إلى أماكن الاستهلاك أو الاستعمال مما يجعلها أكثر نفعاً ويزيد في قيمتها . وفي ذلك تنظيم لا ينكر للاقتصاد القومي وتنشيط للاقتصاد العالمي^(١) .

وقد تطورت وسائل النقل وأساليبه تطورا مذهلا في العصر الحديث فبعد أن كانت تقوم به العربات التي تجرها الدواب والسفن والمراكب الشراعية بكثير من البطء أصبحت تقوم به القطارات والسيارات والسفن البخارية والطائرات بسرعة فاقت كل التوقعات .

وقد ترتب على هذا التطور الآلي لوسائل النقل اختلاف النظم القانونية للنقل باختلاف الوسيلة المستعملة في النقل والظروف التي يؤدي فيها ، فوجد نظام قانوني خاص لكل من النقل البري والنقل النهري والنقل البحري والنقل الجوي ، بل إن اختلاف محل النقل قد أدى بدوره إلى تطبيق نظام قانوني مختلف بحسب ما إذا كان النقل للأشياء أو الأشخاص .

(١) انظر الدكتور مصطفى طه ، المرجع السابق ، بند رقم ٤٥٦ . الدكتور محسن شفيق ، المرجع السابق ، بند رقم ١١٨ .

وقد تناول نظام المحكمة التجارية عقد النقل في الفصل الثالث من الباب الأول تحت عنوان «في الوكيل بالعمولة المعبر عنه بالقومسيون والأمناء المأمورين بنقل الأشياء براً وبحراً» ونصوص هذا الفصل كبقية الفصول مستمدة من تقنين التجارة الفرنسي والعثماني، وقد انطوت هذه النصوص على خلط معيب بين عقد الوكالة بالعمولة وعقد النقل مع أنها عقدان متميزان، كما أنها قد اقتصرت على نقل الأشياء ولم تعرض لنقل الأشخاص رغم أهميته وانتشاره، وهي أخيراً تضع تنظيمًا موحدًا للعقد النقل أياً كانت وسيلته، وتنظيم نشاط أمين النقل التاجر الحر وهو ما لم يعد يتفق مع اختلاف وسائل النقل من جهة ولا مع صور الاحتكار الفعلي أو القانوني التي يتخذها النقل في الوقت الحاضر، ولهذا فقد نشط الفقه والقضاء المقارن لاستكمال نقص التشريع وتجنب ما وقع فيه من خلط^(١).

ودراستنا ستكون قاصرة هنا على النقل البري دون النقل النهري أو البحري أو الجوي، وذلك لأنه لا يوجد نقل نهري في المملكة لانعدام الأنهار والقنوات والبحيرات فيها، ولأن النقل البحري، والنقل الجوي يخضعان على التوالي لأحكام القانون البحري والقانون الجوي ومن ثم تدخل دراستهما في نطاق القانونين المذكورين.

وسوف تقسم دراستنا للنقل البري في هذا الباب إلى ثلاثة فصول يخصص الأول منها لتعريف عقد النقل البري وإبراز خصائصه ومميزاته والثاني لعقد نقل الأشياء والثالث لعقد نقل الركاب.

(١) انظر الدكتور أكثم الخولي «الوسيط...» بند رقم ٢٤٢، ريبيروروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٦٩٤.

التعريف بعقد النقل وخصائصه المميزة

- تعريف عقد النقل ■ خصائص عقد النقل
- تمييز عقد النقل عن غيره من العقود المشابهة

٩٩ تعريف عقد النقل

أسوة بالتقنين الفرنسي والتقنينات المستمدة منه، يتضمن نظام المحكمة التجارية تعريفا لعقد النقل، والواقع إنه ليس من اليسير وضع تعريف لعقد النقل يصدق في نفس الوقت على نقل الأشياء ونقل الأشخاص، فالنقل في ذاته واقعة مادية تتعلق بتغيير مكان الشيء أو الشخص المنقول، فالشيء ينقل من مكانه إلى حيث تزداد الحاجة له ويكون أكثر نفعاً، ومن هنا كان الطابع المنح لعمليّة النقل، فالنقل يزيد في منفعة الشيء المنقول، كما أن الشخص المنقول يحقق بتغيير مكانه الكسب أو المتعة تبعاً لما إذا كان انتقاله بسبب العمل أو السياحة ومع ذلك يمكن تعريف عقد النقل بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص بأن يقوم بنقل شيء أو شخص من مكان إلى آخر مقابل أجر معلوم (٢٠١).

(١) اضريير وروبنو، المرجع السابق، بند رقم ٢٦٩٩.

(٢) وتعرف النقل المادة ٦٧٩ من قانون الموحات والعقود المدني، والمادة ٣٥٥ من قانون التجارة السوري والمادة ٦٨ من قانون التجارة الأردني بأنه «العقد المتبادل الذي يكون العرض الأساسي منه تأمين بنقل شخص أو شيء من موضع إلى آخر، أما مشروع قانون التجارة الفرنسي فقد عرفه بأنه «عقد الذي يتبرم بمقتضاه شخص بأن ينقل نفسه شخصاً أو شيئاً من مكان لأخر كما عرفت المادة ١٦١ من قانون التجارة الكويتي الجديد عقد النقل بأنه «اتفاق يتبرم بموجبه الناقل بأن يقوم بنقل شيء أو شخص إلى جهة معينة مقابل أجر معين».

ويبرم عقد النقل بين شخصين هما الناقل من ناحية والمرسل في نقل الأشياء أو المسافر في نقل الأشخاص من ناحية أخرى، وفي نقل الأشياء قد تكون الأشياء مرسله إلى نفس المرسل أو إلى شخص ثالث، ومثال الحالة الأولى أن يبعث المرسل الأشياء المنقولة إلى منزله أو إلى أحد فروع منشآته، ويلاحظ أن المرسل إليه في الحالة الأخيرة لا يصبح طرفاً في العقد وإن كان يكتسب منه بعض الحقوق ويتحمل على أساسه ببعض الالتزامات كما سنرى.

١٠ خصائص عقد النقل

يتميز عقد النقل بكونه عقدا رضائيا ملزما للجانبين وبأنه عقد معاوضة يكتسب الصفة التجارية بالنسبة إلى النقل متى بوشر على وجه المفاوضة.

فالعقد النقل عقد رضائي يتم بمجرد اتفاق الطرفين، دون حاجة إلى إفراغه في شكل معين أو القيام بأي إجراء خاص، وليست تذكرة النقل أو إيصال الشحن سوى رسائل يراد بها تيسير الإثبات على المتعاقدين عند الخلاف^(١)، كما أنه لا يعتبر عقدا عينيا أي إنه لا يشترط لانعقاده تسليم البضاعة المراد نقلها إلى النقال كما يذهب البعض، ذلك أن هذا التسليم هو نتيجة لانعقاد العقد ويعتبر الخطوة الأولى في تنفيذه كما أن هذا الرأي لا يتصور بالنسبة لعقد نقل الأشخاص^(٢).

والأصل أن يترتب على الطابع الرضائي لعقد النقل الاعتراف بحق الطرفين في مناقشة شروطه، إلا أن الملاحظ أن عقد النقل قد أصبح في الغالب من عقود الإذعان يقتصر دور المتعاقد فيه مع أمين النقل على التسليم بالشروط التي وضعها هذا الأخير دون مناقشة أو مساومة كما هو الشأن في عقد النقل بالسكك الحديدية أو بواسطة النقل الجماعي، بل إن الناقل ذاته قد يكون مذعنا في أحوال معينة كما في حالة النقل الذي تقوم به الشركات صاحبة الامتياز حيث تقوم السلطة العامة بتحديد شروط عقد النقل^(٣).

(١) انظر الدكتور فريد مشرفي، المرجع السابق، بند رقم ٣٩٠.

(٢) انظر الدكتور أكثم الخولي والوسيط...، بند رقم ٢٤٤.

(٣) انظر الدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشرفاوي، المرجع السابق، بند رقم ٨٤.

وعقد النقل ملزم للجانبين فهو يلزم الناقل بالقيام بعملية النقل في الميعاد ووفقاً للشروط المتفق عليها، كما يلزم المرسل أو المسافر بدفع الأجر، وإذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه كان للطرف الآخر أن يطالب بفسخ العقد، ولكن من النادر عملاً أن يطالب أحد الطرفين بفسخ العقد، بل الغالب أن يطالب كل منهما الآخر بتنفيذ التزامه فيطالب الناقل المتعاقد معه بدفع الأجرة، ويطلب هذا الأخير الناقل بالتعويض عن التأخر أو عن هلاك البضاعة أو تلفها^(١)

وعقد النقل من عقود المعاوضة فلا بد أن يكون النقل مقابل أجره وإلا كان نقلاً مجانياً أو تفضلياً *transport benevole* لا تعاقداً فيه ولا تسرى عليه أحكام عقد النقل، ولكن المقابل في عقد النقل قد يكون غير ظاهر كما في حالة قيام الناقل - مؤسسة السكة الحديد أو شركة النقل الجماعي مثلاً - بإعطاء تصاريح نقل مجانية إلى موظفيه وعماله نظير الخدمات التي يؤدونها له، أو حالة النقل الذي يجريه الناقل بدون مقابل كلياً لعملائه الذين تتجاوز عملياتهم متوسطاً معيناً^(٢).

وعقد النقل يعتبر عقداً تجارياً دائماً بالنسبة إلى الناقل متى كان يقوم له في شكل مشروع أو على وجه المقابله، أي متى كان محترفاً وفقاً للفقرة ب من المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية، أما بالنسبة للشاحن أو المسافر فإن العقد لا يعتبر تجارياً إلا إذا كان تاجراً وكان النقل حاصلًا بمناسبة تجارته تطبيقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية. ويلاحظ أن النقل يعتبر تجارياً بالنسبة للناقل سواء كان هذا الناقل فرداً أو شركة أو شخصاً من أشخاص القانون العام، والمادة ٢٩ من نظام المحكمة التجارية صريحة في أن أحكام الفصل الثالث واجبة التطبيق على «رؤساء السفن ومديري شركات السيارات وعجلات الكراء والمخرجين وأصحاب الجمال وسائر الذين ينقلون البضائع على الإطلاق» ومن ثم يخضع نقل البضائع الذي تقوم به مؤسسة السكة الحديد ومؤسسة الخطوط السعودية لأحكام عقد النقل التي نص عليها النظام^(٣) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن مصلحة البريد، وهي تقوم

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٦٢.

(٢) انظر اسكارا ورووهيار، المرجع السابق، بند رقم ٨٢٩.

(٣) انظر الدكتور أكثم الخولي «دروس...» بند رقم ٦٧.

بعملية نقل الرسائل والطرود، تعتبر أمينا للنقل ويعتبر عملها هذا تجاريا تحكمه قواعد قانون التجارة^(١) ثم أكدت هذا القضاء بعد أن تحولت مصلحة البريد إلى هيئة عامة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة^(٢).

١٠١ تمييز عقد النقل عن غيره من العقود المشابهة

قد تدق التفرقة بين عقد النقل وغيره من العقود، خاصة في الحالات التي يرتبط فيها النقل بعمليات سابقة أو لاحقة. غير أن عقد النقل يتميز دائما بكون الالتزام الرئيسي منه للناقل يتضمن القيام بعمل مادي هو تغيير مكان الشيء أو مكان الشخص *déplacement* باستخدام الوسائل المناسبة وأن الناقل في قيامه بهذا العمل يتمتع بحرية واستقلال تامين دون تدخل أو توجيه أو إشراف من جانب المرسل أو المسافر. وهذه الميزة الأساسية لعقد النقل هي التي تسمح بتمييزه عن غيره من العقود المشابهة.

وبذلك يتميز عقد النقل عن عقد الوديعة رغم محاولة التقريب بينهما على أساس أن المرسل يسلم الأشياء المراد نقلها لأمين النقل الذي يلتزم بالمحافظة عليها لحين تسليمها إلى المرسل إليه، حيث إن المودع لديه لا يلتزم سوى بحفظ الشيء محل الوديعة، في حين يلتزم أمين النقل أساساً بتغيير مكان الشيء ونقله إلى مكان آخر، وإذا كان أمين النقل يقوم أثناء عملية النقل بالمحافظة على الشيء المنقول، فإن التزامه هذا ليس سوى التزام تابع لالتزامه الأساسي بنقل الشيء.

كما يتميز عقد النقل عن عقد إيجار الأشياء الذي يكون محله استعمال الشيء والانتفاع به، فالمرسل أو المسافر لا يستأجر وسيلة النقل أو جزءا منها، واحتلال الشيء أو الشخص لمكان في وسيلة النقل ليس إلا ضرورة اقتضتها عملية تغيير المكان التي هي جوهر عقد النقل على ما رأينا كما أن مجرد العقد الذي يلتزم فيه أحد الطرفين بأن يضع تحت تصرف الطرف الآخر سيارة - ولو كانت مزودة بسائقها - مقابل أجر على

(١) نقض مدني ٢٢ مارس ١٩٥٦، مجموعة أحكام النقض، س٧ ص٣٦٤، وقارن الدكتور فريد مشرفي، المرجع السابق، بند رقم ٢٨ و٣٨٧.

(٢) نقض مدني ٢٩ يونيو ١٩٦٧، مجموعة أحكام النقض، س١٨، ص١٤٠٣.

أن يتحمل الطرف الأول ما يصيب السيارة من ضرر أثناء استعمالها يعتبر عقد إيجار لا عقد نقل لأن الطرف الأول لم يلتزم بالنقل بل قدم وسيلته فقط^(١).

كذلك يتميز عقد النقل عن عقد العمل أو عقد إيجار الخدمات الذي يقوم على أساس رابطة التبعية ومن ثم يخضع فيه العامل أو المستخدم لتوجيه وإشراف صاحب العمل، ولهذا استقر الرأي الغالب على عدم اعتبار العقد الذي يربط سائق سيارة الأجرة بالراكب عقد نقل لانعدام استقلال السائق في عمله حيث يتلقى الأوامر من الراكب فيما يتعلق بالجهة المقصودة وخط السير الواجب الاتباع، كما أن الراكب يستطيع أن يأمره بالوقوف والانتظار في أي مكان شاء، ويؤخذ بنفس الحكم فيما يتعلق بالعقد بين المسافرين وحمال الأمتعة^(٢).

ويتميز عقد النقل عن عقد القَطْر remorquage، وهو عقد يغلب وقوعه في الملاحة البحرية، وقد يحدث أيضا بالنسبة للسيارات والمراكب النهرية، وبمقتضاه تقوم الآلة القاطرة بسحب السفينة أو السيارة أو المركب من مكان إلى آخر. وقد اتخذ القضاء في فرنسا من مدى استقلال من يقوم بالقطر في عمله معيارا للتمييز بين العقدين. وتطبيقاً لذلك، قضى بأنه إذا كان توجيه العربة المقطورة أثناء عملية القطر باقيا لصاحبها كان العقد عقد قَطْر، أما إذا كان المقطور شيئاً جامدا ليست له مكنة تحدد اتجاهه وتخضع تماما لسيطرة القائم بالسحب فإن العقد يكون عندئذ عقد نقل^(٣).

وقد اختلف الرأي في الفقه حول طبيعة عقد نقل الأثاث contrat de déménagement فذهب البعض إلى أن هذا العقد لا يمكن اعتباره عقد نقل لأنه لا يقتصر على النقل بل يشمل أيضا عمليات أخرى مثل فك الأثاث وحزمه وتغليفه أو وضعه في صناديق خاصة ثم إعادة تركيبه عند الوصول، بينما ذهب البعض

(١) انظر في التفاصيل الدكتور أكثم الخولي «الوسيط»... بند رقم ٢٤٥.

(٢) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٠٠، رودبير، قانون النقل، باريس، دالوز، ١٩٧٣، بند رقم ١٣١، والدكتور أكثم الخولي «الوسيط»... بند رقم ٢٤٦، والدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٥٩.

(٣) انظر الأحكام المشار إليها في مؤلف رودبير «قانون النقل» المرجع السابق، ص ١٥١.

الأخر إلى اعتباره عقد نقل على أساس أن النقل أو تغيير المكان هو العنصر الرئيسي في العقد، وقد وقف القضاء الفرنسي موقفا وسطا بين الرأيين فطبق على هذا العقد بعض أحكام عقد النقل دون بعضها الآخر^(١).

ويلاحظ في النهاية أن النقل قد يكون تابعا لعقد أصلي كما هو الحال بالنسبة لعقد البيع مع اشتراط تسليم البضاعة في محل تسليم المشتري حيث يقوم البائع بالنقل تنفيذا للالتزامه بالتسليم، وكما هو الشأن كذلك في العقد، مع صاحب الفندق والذي يتعهد فيه هذا الأخير بنقل النزلاء من المطار أو الميناء إلى مقر الفندق، ولذلك لا تطبق على مثل هذه العقود أحكام عقد النقل.

(١) انظر في عرض هذه الآراء وفي موقف القضاء منها ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٠٢، والدكتور أكثم الخولي والوسيط... بند رقم ٢٤٩، والدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ١١٢.

عقد نقل الأشياء

- تكوين عقد النقل وإثباته ■ آثار عقد النقل ■ مسئولية الناقل
- الوكالة بالعمولة للنقل والنقل المتعاقب

١٠٢ سوف نعرض في هذا الفصل لتكوين عقد النقل وإثباته، وآثاره، ومسئولية الناقل، وأخيرا الوكالة بالعمولة والنقل المتعاقب وذلك في أربعة مباحث مستقلة.

المبحث الأول تكوين عقد النقل وإثباته

- تكوين العقد
- إثبات العقد

١٠٣ تكوين العقد

عقد النقل - كما سبق القول - من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول دون حاجة إلى القيام بأى إجراء خاص، وهو ينعقد بين المرسل وأمين النقل ولا يعتبر المرسل إليه - في حالة اختلافه عن شخص المرسل - طرفا فيه.

والأصل أن تسرى على عقد النقل القواعد العامة في الأهلية والرضا غير أنه نظرا للطبيعة الخاصة لهذا العقد فإنه يندر أن تثور مسألة الأهلية في العمل لأن شروط

النقل في الغالب واحدة بالنسبة للجميع فيستوى أن يتعاقد بها أى شخص ولو كان ناقص الأهلية كما أن نقل البضاعة - أى تغيير مكانها - لا يعتبر تصرفاً فيها، ومن ثم لا يشترط أن يتحقق الناقل من أهلية المرسل للتصرف في البضاعة، إذ تظل مسألة ملكية البضاعة بعيدة كل البعد عن عملية النقل المادية، والقول بغير ذلك معناه شل نشاط أمين النقل^(١)، كما يندر أن تثار مسألة عيوب الرضا، خاصة بالنسبة لعقود النقل التي تشرف عليها الإدارة حيث يكاد ينعدم فيها أى أثر للغلط أو أى مصلحة في الإكراه أو التدليس^(٢) ولكن متى ثبت انعقاد العقد على أساس غلط أو تدليس من أحد طرفيه كان العقد قابلاً للإبطال. فإذا أدلى المرسل إلى الناقل بيان غير صحيح عن طبيعة البضاعة أو كميتها، وكانت هذه البضاعة مما لا يقبلها الناقل أو يقبل نقلها بشروط خاصة لو علم بحقيقتها كالمواد المتفجرة أو القابلة للاشتعال كان العقد قابلاً للغلط أو التدليس حسب الأحوال^(٣).

ومحل النقل عادة هو منقول مادي سواء كان من قبيل البضائع أو الحيوانات أو غيرها، غير أن النقل قد يرد على أشياء غير مادية كالرسائل البرقية أو التليفونية، إنها يشترط في جميع الأحوال أن تكون هذه المنقولات من الأشياء الداخلة في التعامل، فيكون عقد النقل باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا ورد على شيء يحرم القانون حيازته أو نقله كالمخدرات أو الأشياء التي تحتكر نقلها جهة الإدارة.

وعقد النقل كما رأينا من عقود المعاوضة، ومن ثم لا بد فيه من أجر يدفعه المرسل أو المرسل إليه مقابل الخدمة التي يقدمها الناقل، والأصل أن تحديد الأجر يخضع لاتفاق الطرفين، ولكن الغالب أن تشرف جهة الإدارة على تحديده حماية لمصالح الشاحنين من تعسف الناقلين ولذا يحدد أجر النقل عادة تحديداً عاماً يسرى على جميع المرسلين الذين يوجدون في نفس المركز.

(١) انظر الدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ١١٥، والدكتور أكثم الخولي «دروس...» بند رقم ٦٨.

(٢) انظر الدكتور على البارودي، نفس المرجع السابق.

(٣) انظر لأحكام نشرتها في مؤلف الدكتور إدوارد عبيد، المرجع السابق، بند رقم ١١١.

١٠٤ إثبات العقد

لما كان عقد النقل عقدا رضائيا لا يشترط إفراغه في شكل معين فإنه يجوز إثباته كسائر العقود التجارية بكافة طرق الإثبات تطبيقا لمبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية.

ومع أن الكتابة لا تعتبر شرطا لتكوين العقد أو إثباته، فقد جرى العمل على إفراغ عقد النقل في صك مكتوب يتضمن شروط النقل وذلك لأن هذا العقد يتضمن في العادة بيانات تفصيلية كثيرة يصعب إثباتها بغير الكتابة وقد أطلق نظام المحكمة التجارية على هذا الصك اسم «قائمة الإرسالية»، واستلزمت المادة ٢٢ منه قيد هذه القائمة بعينها في دفتر يومية المرسل، كما استلزمت المادة ٢١ أن يقيد الوكيل بالعمولة للنقل وأمين النقل بدفتر اليومية جنس ومقدار وأثمان البضائع المأمور بنقلها بحراً أو برا.

وقائمة الإرسالية التي أوجبت المادة ٢٢ على أمين النقل عند إرسال البضاعة أن يرفقها بها يجب أن تتضمن البيانات المنصوص عليها في المادة ٢٣ وهي مقدار وجنس البضائع ونوع الطرود ومهلة إيصالها واسم وشهرة كل من الناقل والمرسل إليه ومقدار الأجرة وكيفية التضمينات في حالة عدم وصول البضاعة في المهلة المعينة وتوقيع المرسل مع ذكر رقم عدد هذه القائمة ووضع علامة الأشياء بحاشيتها.

وتعتبر قائمة الإرسالية - التي أخذها نظام المحكمة التجارية عن التقنين التجاري الفرنسي - بمثابة خطاب مفتوح موجه من المرسل إلى المرسل إليه يخبره فيه بظروف الصفقة وتفصيلات البضاعة، وكانت صياغته آنذاك تعبر عن إيمان السابقين بالله - ولعله إيمان مصدره الخوف من مخاطر النقل - إذ كان الخطاب يبدأ بأنه «في حراسة الله وتحته إشراف الناقل فلان سوف تتسلم عدد كذا من الطرود...» (١) وهذه القائمة كان يسلمها المرسل إلى الناقل الذي كان يتولى بدوره تسليمها إلى المرسل إليه كي يتمكن بمقتضاها من استلام البضاعة عند وصولها، ولم تكن قائمة

(١) انظر رودبير، القانون التجاري، بند رقم ١٩١، والدكتور علي البزودي، المرجع السابق، بند رقم

الإرسالية تتضمن توقيع الناقل وإن كان العمل قد جرى بعد ذلك على تحرير هذه القائمة من نسختين: الأولى يوقع عليها الناقل ويحتفظ بها المرسل والثانية يوقعها المرسل ويسلمها للناقل ليسلمها إلى المرسل إليه عند وصول البضاعة وبذلك يستطيع كل من كان طرفاً في العقد أو مستفيداً منه أن يعرف على وجه الدقة ما له وما عليه من حقوق والتزامات^(١).

وقد أخذ استعمال قائمة الإرسالية *Lettre de voiture* يقل تدريجياً في العمل حتى حل محلها ما يعرف باسم إيصال النقل *récépisse* وهذا الإيصال يجره الناقل لا المرسل، وهو يحتوي على البيانات الجوهرية لقائمة الإرسالية، ويقوم الناقل بتسليم إيصال النقل إلى المرسل بعد التوقيع عليه ليحتفظ به هذا الأخير باعتباره إيصالاً بالاستلام، ويتزعم إيصال النقل من دفتر ذى أصول *régistre à souche* مع احتفاظ الناقل بالأصل، كما ترسل صورة من هذا الإيصال إلى المرسل إليه مع البضاعة وتسمى هذه الصورة ورقة الطريق *feuille de route*.

ويلاحظ أن مستند النقل أياً كانت طبيعته: قائمة إرسالية أو إيصال نقل لا يعتبر، كما قدمنا، شرطاً - لازماً - لتكوين العقد أو لإثباته، إذ أن عقد النقل عقد رضائي يتكون بمجرد تلاقى الإيجاب والقبول وقبل تحرير المستند، والرأى مستقر على أن القصد من مستند النقل هو تيسير إثبات عقد النقل في نطاق البيانات الواردة فيه، فهو يعتبر دليلاً على الأجرة المتفق عليها وحصول النقل في التاريخ المبين فيه وتسلم الناقل للبضائع المذكورة فيه، ولكن يجوز إثبات عقد النقل عند انتهاء المستند بكافة طرق الإثبات، كما يجوز لدوى الشأن تكملة الإثبات الناتج من المستند - أى إثبات البيانات غير الواردة في المستند - طبقاً للقواعد العامة في الإثبات^(٢) بل لقد ذهب البعض إلى حد القول بأنه يجوز إثبات عكس ما جاء بمستند النقل بكافة

(١) انظر الدكتور فريد مشرفى، المرجع السابق، بند رقم ٣٩١.

(٢) انظر اسكارا ورووهيسمار، المرجع السابق، بند رقم ٨٥٤: جوسران بند رقم ٣٧٢ مشاراً إليه في مؤلف الدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، ص ٣١٧، والدكتور على البارودي، المرجع السابق، ص ١٥٥.

طرق الإثبات بها في ذلك البيئة والقرائن وذلك استنادا إلى مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية^(١).

كما يلاحظ من ناحية أخرى أن دور مستند النقل لا يقتصر - في التشريعات الحديثة - على مجرد تيسير الإثبات فحسب - وإنما يتجاوز إلى تيسير تداول البضاعة المنقولة، فهو سند يمثل البضاعة ويعتبر حائزه حائزا لها، وبناء على ذلك يجوز للمرسل إليه أن يتصرف في البضاعة بالبيع أو الرهن وهي لا تزال في الطريق، ويكون ذلك بتسليم مستند النقل إلى المتصرف إليه إن كان لحامله، أو بتظهيره إليه إن كان المستند إذنيا، أو بتحويله وفقا للقواعد العامة إن كان إسميا. وعندئذ يلتزم أمين النقل بتسليم البضاعة إلى من انتقل إليه المستند دون غيره^(٢).

المبحث الثاني آثار عقد النقل

- آثار العقد بالنسبة للمرسل
- آثار العقد بالنسبة للمرسل إليه
- آثار العقد بالنسبة للناقل

١٠٥ يرتب عقد النقل التزامات في ذمة طرفيه المرسل وأمين النقل، كما يرتب أيضا حقوقا والتزامات بالنسبة للمرسل إليه مع أنه ليس طرفا في العقد ومن ثم فستكلم عن آثار العقد بالنسبة للمرسل والمرسل إليه وأمين النقل كل في فرع مستقل.

(١) انظر روديير، قانون النقل، بند رقم ١٥٢، اسكارا وروهييار، المرجع السابق، بند رقم ٨٥٤، الدكتور فريد مشرقى، المرجع السابق، بند رقم ٣٩١، والدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٦٦، والدكتور أكثم الخولى والوسيط... بند رقم ٢٥٨. وقارن عكس ذلك حكم محكمة السين التجارية التي قضت بأنه في حالة هلاك البضاعة أو سرقتها لا يجوز للمرسل أن يثبت أن ثمنها كان أعلى من الثمن المقدر لها في مستند النقل وبأنه لا يصح الحكم على أمين النقل بأكثر من المبلغ المبين في المستند. انظر في هذا الحكم والتعليق عليه مؤلف المرحوم الدكتور فريد مشرقى، المرجع السابق، ص ٤٩١ وكذلك الدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ١٢١.

(٢) انظر المادة ١٦٤ و١٦٩ من قانون التجارة الكويتي الجديد والمادة ٧٧ من قانون التجارة المصري والمادة ١/٩٥٤ من القانون المدني المصري.

الفرع الأول آثار العقد بالنسبة للمرسل

١٠٦ أولاً : الالتزام بتسليم الأشياء المنقولة

يلتزم المرسل بتسليم الأشياء المراد نقلها إلى الناقل وفقاً للشروط المتفق عليها وبحالة صالحة للنقل ، حتى يتيسر للناقل نقلها في الميعاد المتفق عليه أوفى أقرب فرصة مناسبة عند عدم الاتفاق والغالب أن يتفق الطرفان - خاصة إذا كانت طبيعة البضاعة تقتضى لنقلها تجهيزات خاصة أو أداة نقل خاصة - على أن يقوم المرسل بإخطار الناقل مقدماً بموعد التسليم حتى يتمكن هذا الأخير من إجراء الاستعداد اللازم .

ويجب على المرسل تسليم البضاعة في المكان المتفق عليه ، وقد يكون هذا المكان هو محطة القيام أو مكتب أو مخزن الناقل ، ولكن قد يتفق الطرفان على أن يقوم الناقل بنقل البضاعة من محل المرسل إلى محل المرسل إليه وهو ما يعرف بالنقل من الباب إلى الباب .

وقد يوجب الاتفاق أو العرف على المرسل تغليف البضائع أو حزمها وعندئذ يتعين أن يكون التغليف أو الحزم بشكل متقن يجنب البضاعة خطر الهلاك أو التلف خلال النقل . وإلا كان للناقل رفض تسلّم البضاعة أو إبداء تحفظات خاصة بشأن سوء التغليف أو الحزم . مما ينشئ لمصلحته عند الاقتضاء قرينة على أن الضرر الذي لحق بالبضاعة المنقولة هو ناتج عن عيب فيها فتنفى مسئوليته وذلك ما لم يثبت المرسل عكس هذه القرينة ، أى أن الضرر الذي أصاب البضاعة قد حدث نتيجة خطأ من الناقل ودون أن تكون له صلة بحالة تغليف أو حزم البضاعة^(١) .

وللناقل أن يتحقق من نوع البضاعة وعددها أو وزنها وحالتها ولو اقتضى ذلك فحص تغليفها أو فك حزمها ، وذلك نظراً لأهمية هذه البيانات من حيث تحديد الأجرة

(١) انظر اسكارا ورووهيار، المرجع السابق، بند رقم ٨٥٦، الدكتور أكثم الخولي والنوسيط... بند رقم ٢٦٢، والدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ١١٤ .

والمسئولية المترتبة على الناقل في حالة تسليم بضاعة مختلفة عند الوصول. كما يجوز للناقل الاستعانة في سبيل ذلك بخبير على نفقته الخاصة، ولكن متى تسلم البضاعة دون تحقق ودون إبداء أى تحفظ، افترض موافقته على صحة البيانات المقدمة من المرسل ما لم يتمكن من إقامة الدليل على عدم صحتها^(١).

١٠٧ ثانياً: الالتزام بدفع الأجرة

يعتبر الالتزام بدفع الأجرة أهم التزامات المرسل تجاه الناقل وهو المقابل للالتزام هذا الأخير بالنقل.

وقد يتفق المرسل والمرسل إليه على أن يقوم هذا الأخير بدفع أجرة النقل، ولكن لا شأن للناقل في هذا الاتفاق، والأصل أنه متى كانت الأجرة مستحقة عند الإرسال Port payé التزم المرسل بدفعها وقت تسليم البضاعة وإلا كان للناقل رفض الاستلام أما إذا كانت الأجرة مستحقة عند الوصول Port dû فيلتزم المرسل إليه بدفعها عند استلام البضاعة، ولكن متى امتنع المرسل إليه عن دفع الأجرة كان للناقل أن يرجع على المرسل.

وتحدد الأجرة عادة بالاتفاق بين المرسل والناقل، إلا أنه قد يغفل الطرفان في بعض الأحيان الاتفاق على تحديد الأجرة، وفي هذه الحالة تتحدد الأجرة على حسب العرف الجارى، كما أن الأجرة قد تتحدد بمقتضى تعريفه تفرضها الدولة كما هو الشأن في النقل بالسكك الحديدية أو بواسطة ملتزمى المرافق العامة.

وتضاف إلى أجرة النقل المصروفات الضرورية الإضافية التى دفعها الناقل كمصاريف الوزن أو التخزين أو الصيانة أو الرسوم الجمركية أو أقساط التأمين على البضاعة متى كان الاتفاق أو العرف يوجب هذا التأمين.

(١) انظر روديير وقانون النقل، بند رقم ١٥٥، ١٥٧.

١٠٨ أثر القوة القاهرة على الالتزام بدفع الأجرة

إذا هلك أو تلف الشيء المنقول في الطريق بقوة القاهرة فما أثر ذلك على التزام المرسل بدفع الأجرة؟

استقر الرأي على ضرورة التفرقة في هذا الصدد بين حالة الهلاك وحالة التلف.

ففي حالة الهلاك لا يلتزم المرسل بدفع الأجرة قياساً على حكم المادة ٢٧٣ من نظام المحكمة التجارية في شأن النقل البحري. وهذا حل منطقي ومعقول، إذ من العدل أن يقتسم كل من الناقل ومالك الشيء نتائج القوة القاهرة، فتضيع على الناقل أجرته، وحسب المالك أن ضاعت عليه بضاعته^(١)، وإذا كان الهلاك جزئياً سقط عن المرسل من الأجرة ما يمثل نسبة البضائع الهالكة إلى مجموع البضائع المنقولة^(٢).

أما في حالة التلف بقوة القاهرة فإن أجرة النقل تستحق بالكامل لأن الناقل يكون في هذه الحالة قد قام بتنفيذ التزامه بنقل البضاعة وتسليمها في مكان الوصول، ومن ثم فلا وجه لحرمانه من حقه في الأجرة ولا يجوز للمرسل أن يمتنع عن دفعها مقابل ترك البضاعة للناقل.

كذلك تستحق الأجرة كاملة لو ترتب على القوة القاهرة تأخير وصول البضاعة عن الميعاد المتفق عليه، ولا يسأل الناقل عن تعويض الضرر الذي يصيب صاحب البضاعة بسبب هذا التأخير طالما أن ذلك لا يرجع إلى خطئه^(٣). وبالمقابل فإنه إذا اضطرت الناقل إلى سلوك طريق أطول من الطريق المعتاد بسبب القوة القاهرة،

(١) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١٣٨.

(٢) انظر الدكتور علي يونس، المرجع السابق، بند رقم ١٥٩، والدكتور أكرم الخولي الوسيط... بند رقم ٢٦٤، اسكارا ورووهيمار، المرجع السابق، بند رقم ٨٥٧، وهناك جزء من الفقه يرى أن الناقل يستحق في حالة الهلاك الجزئي الأجرة كاملة، انظر في ذلك الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، بند رقم ١٢٦، والدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١٣٨، والدكتور علي جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشراوي، المرجع السابق، بند رقم ٩٦.

(٣) انظر الدكتور علي يونس، المرجع السابق، بند رقم ١٥٩.

وبالتالى إلى إنفاق مصاريف إضافية، فإنه لا يجوز له أن يطالب بزيادة الأجرة بمقدار هذه النفقات لأن القوة القاهرة لم تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وإن كانت قد جعلته أكثر إرهاقا وأشد كلفة^(١).

١٠٩ ضمانات الوفاء بالأجرة

للناقل في حالة استحقاق الأجرة عند القيام أن يدفع بعدم التنفيذ وأن يمتنع عن استلام البضاعة حتى يستوفى الأجرة، كما يكون للناقل في حالة استحقاق الأجرة عند الوصول الحق في حبس البضاعة المنقولة إلى حين استيفاء أجرة النقل وذلك كله تطبيقا للقواعد العامة.

ويكون للناقل بمقتضى المادة ١٩ من نظام المحكمة التجارية كذلك حق امتياز على الأشياء المنقولة يقوم على فكرة الرهن الضمنى ويضمن كافة المبالغ المستحقة للناقل بسبب تنفيذ عقد النقل^(٢).

١١٠ ثالثا: حق المرسل في توجيه البضاعة أثناء النقل

من الثابت فقها وقضاء - رغم انعدام النص - أن للمرسل حق تغيير وجهة البضاعة أثناء تنفيذ عملية النقل، فيجوز له أن يأمر الناقل بإعادة الشيء إلى المكان الذى بدأت منه عملية النقل، أو بتوجيهه إلى شخص آخر غير المرسل إليه المعين فى عقد النقل، وتظهر أهمية هذا الحق بوجه خاص فى حالة إفلاس المرسل إليه الذى لم يدفع الثمن قيل أن تصله البضاعة^(٣) غير أن الناقل لا يلزم بتنفيذ أوامر المرسل الخاصة بتوجيه البضاعة إلا متى كان هذا الأخير حائزا للمستند النقل فإذا خرج هذا المستند من يده وانتقل إلى حيازة المرسل إليه انقضى حقه فى توجيه البضاعة، وانتقل هذا الحق بانتقال المستند إلى المرسل إليه الذى يكون له منذ وقت تسلمه لهذا المستند

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٧٢، وعكس ذلك الدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشراوى، المرجع السابق، بند رقم ٩٦.

(٢) انظر الدكتور أكثم الخولى «دروس...» بند رقم ٧٤.

(٣) انظر الدكتور أكثم الخولى «دروس...» بند رقم ٧٥.

الحق في مطالبة الناقل بالبضاعة، وهكذا يتضح أن حق توجيه البضاعة أثناء عملية النقل يثبت لمن يجوز مستند النقل. ولذا يميل القضاء في فرنسا إلى اعتبار الناقل ملزماً بتقديم مستند النقل لكي يتمكن المرسل من إصدار أوامره إلى الناقل^(١).

ويلاحظ أن ممارسة الحق في توجيه البضاعة بشروط فيه دائماً عدم الإضرار بالناقل. إذ يظل حقه في الأجرة قائماً، كما يكون له الحق في زيادة في الأجرة توازي زيادة المسافة التي يستلزمها التوجيه الجديد للبضاعة.

الفرع الثاني

آثار العقد بالنسبة للمرسل إليه

١١١ المرسل إليه ليس طرفاً في عقد النقل الذي يتم بين المرسل والناقل ولكن من الثابت فقها وقضاء منذ القدم أن هذا العقد ينشئ حقوقاً ويرتب التزامات في ذمة المرسل إليه خلافاً للقواعد العامة في نسبية آثار العقد.

وتتمثل حقوق المرسل إليه في مواجهة الناقل في المطالبة بتسليمه البضاعة، وفي مباشرة جميع الدعاوى الناشئة عن عقد النقل، لا سيما دعوى المسؤولية في حالة هلاك أو تلف البضاعة أو التأخير في تسليمها بالإضافة إلى حقه في توجيه البضاعة أثناء عملية النقل كما تقدم.

أما التزامات المرسل إليه فتتمثل أساساً في التزامه بتسليم البضاعة وبدفع الأجرة متى كانت مستحقة عند الوصول.

ويلاحظ أن هذه العلاقة بين المرسل إليه والناقل هي علاقة مباشرة فقد استقر الفقه والقضاء على أن للمرسل إليه أن يطالب الناقل بالوفاء بالتزاماته باسمه الخاص^(٢) فهو لا يستعمل حقوق المرسل بطريق الدعوى غير المباشرة، ولا يكتسب

(١) ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٢٠، وانظر في الخلاف حول الأساس القانوني لحق توجيه البضاعة، الدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ١١٦.

(٢) انظر حكم محكمة النقض المصرية في ٢٩ يونيو ١٩٦٧، مجموعة أحكام النقض، س ١٨، ص ١٤٠٣، الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، ص ٤١٣.

حقوق المرسل عن طريق الحوالة وإلا كان للناقل أن يدفع في مواجهته بالدفوع التي تكون له قبل المرسل .

ولقد ثار الجدل في الفقه حول تفسير مركز المرسل إليه وإيجاد الأساس القانوني للحقوق والالتزامات التي تنشأ مباشرة بالنسبة له عن عقد النقل الذي لا يعتبر طرفاً فيه وأهم النظريات التي قُبلت في هذا الصدد هي نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، ونظرية النيابة الناقصة، ونظرية الحق في البضاعة، ونظرية ثلاثية أطراف عقد النقل، ونظرية حيازة سند النقل^(١).

وأياً ما كان الرأي في تفسير الأساس القانوني للمركز الخاص الذي يتمتع به المرسل إليه في عقد النقل، فإنه لا خلاف في أن هذا المركز الخاص قد فرضته الضرورة العملية واستقر في العرف التجاري منذ القدم وأصبح من القواعد المسلّم بها في نطاق القانون التجاري رغم انعدام النص عليها وهو استثناء من القواعد العامة في نسبة آثار العقود^(٢).

الفرع الثالث آثار العقد بالنسبة للناقل

١١٢ أولاً : الالتزام بتسليم البضاعة وشحنها

يلتزم الناقل بتسليم البضاعة المراد نقلها متى كانت مطابقة للشروط المتفق عليها، وقد تقدم أن للناقل حق فحص البضاعة لكي يتأكد من نوعها وطبيعتها وكميتها وسلامة تغليفها أو حزمها وله أن يمتنع عن تسليم البضاعة متى لاحظ عدم سلامة الحزم أو التغليف، ويتسلم الناقل البضاعة في المكان المتفق عليه، وإذا أخل الناقل بالتزامه بتسليم البضاعة جاز الحكم عليه بالتنفيذ العيني أو بفسخ العقد مع التعويض .

(١) انظر في عرض هذه النظريات، الدكتور أكرم الخولي والوسيط . . . ، بند رقم ٢٦٩-٢٧٣ .

(٢) انظر الدكتور على يونس، المرجع السابق، بند رقم ١٦٢، والدكتور على البارودي، المرجع السابق،

بند رقم ١٣١ .

ومتى تسلم الناقل البضاعة، التزم بشحنها، ويقصد بالشحن **Chargement** وضع البضاعة في المكان المعد لها في السيارات أو العربات التي ستقوم بالنقل ورصه فيها، وتعتبر عملية الشحن مكتملة لعملية النقل ولذا فهي تقع حسب الأصل على عاتق الناقل، وتتطلب عملية الشحن عناية خاصة تقتضى ترتيب البضاعة ورصها بطريقة تضمن سلامتها أثناء النقل وقد يستلزم الأمر تغطيتها أو وضعها في عربات مغطاة تحميها من الأمطار ومن حرارة الشمس، ولذا يسأل الناقل عن أى خطأ في الشحن يترتب عليه تلف البضاعة.

ولكن يجوز الاتفاق على أن يتولى المرسل عملية الشحن بنفسه أو بواسطة عماله ومستخدميه، فلا يكون الناقل عندئذ مسئولاً عنها، ومع ذلك إذا كان الشحن معيباً، وكان العيب ظاهراً لا يخفى على الناقل العادى. اعتبر الناقل مسئولاً عن تلف البضاعة متى قام بعملية النقل بالرغم من وضوح عيب الشحن وبغير تحفظ^(١).

ويلاحظ أنه كثيراً ما ينص عقد النقل على شروط الشحن، كضرورة إجراءه على نوع معين من السيارات، أو عدم وضع بضاعة أخرى معها، وعندئذ يجب على الناقل احترام هذه الشروط وإلا كان مسئولاً عن مخالفتها.

١١٣ ثانياً: الالتزام بنقل البضاعة

الالتزام بنقل البضاعة هو الالتزام الرئيسى للناقل، ويجب على الناقل أن يقوم به في الميعاد المحدد بالاتفاق أو العرف فإذا لم يتم النقل في الميعاد المحدد كان الناقل مسئولاً عن تعويض الضرر الذى يصيب المرسل من جراء التأخر^(٢).

وقد يخضع النقل لتنظيم لائعى خاص كما هو الشأن بالنسبة للنقل بواسطة مؤسسة السكة الحديد، أو يراعى نظام الدور فى ترتيب نقل البضائع وعندئذ تلتزم

(١) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١٤٢، والدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشرقاوى، المرجع السابق، بند رقم ٩٨.
(٢) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٧٥.

المؤسسة بهذا النظام وإلا كانت مسئولة أمام المرسل أو المرسل إليه عند عدم اتباعه^(١).

ويلتزم الناقل باتباع الطريق Itinéraire المتفق عليها فإن لم يكن هناك اتفاق على سلوك طريق معين وجب عليه اتباع أقصر الطرق وإلا كان مسئولاً عن تعويض الضرر المترتب على التأخير، ولكن إذا اضطر الناقل إلى تغيير الطريق المتفق عليه أو اتباع طريق أطول بسبب القوة القاهرة، فإنه لا يسأل عن تأخير وصول البضاعة في هذه الحالة، وبالمقابل فإنه لا يجوز له - كما تقدم - أن يطالب بزيادة الأجرة لو كلفه تغيير الطريق في مثل هذه الحالة نفقات إضافية طالما كان ذلك بسبب القوة القاهرة.

١١٤ ثالثاً: الالتزام بالمحافظة على البضاعة

يلتزم الناقل بالمحافظة على البضاعة المنقولة أثناء عملية النقل لها، ويقتضى منه هذا الالتزام بذل العناية المعتادة التي تكفل وصول البضاعة سالمة^(٢). ومعنى ذلك أنه يجب على الناقل أن يتخذ كافة التدابير اللازمة لصيانة البضاعة أثناء عملية النقل والتي تدخل ضمن دائرة نشاطه المهني كناقل. فإذا تمزقت أوعية أو أغلفة البضاعة أثناء الرحلة وجب على الناقل أن يقوم بإصلاحها لإيصالها سالمة، ويكون له فيما بعد الرجوع بالمصروفات على المرسل أو المرسل إليه^(٣) وإذا انتقلت البضاعة من مكانها بسبب اهتزاز وسيلة النقل، تحتم عليه إعادة رصها، وإذا وقع حادث في الطريق، تعين عليه القيام بكل ما يلزم لتحديد الخسائر والمحافظة على البضاعة وإنقاذها، وإذا ترتب على الحادث وقف عملية النقل، كان على الناقل أن يبذل جهده لنقل البضاعة في الميعاد المقرر أو بأقل تأخير ممكن ولو أدى الأمر إلى الاستعانة بوسيلة أخرى للنقل^(٤).

(١) انظر الدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشرفاوى، المرجع السابق، بند رقم ٩٩.

وقارن الدكتور على بونس، المرجع السابق، بند رقم ١٤٨.

(٢) انظر اسكارا ورو وهيار، المرجع السابق، بند رقم ٨٦٣.

(٣) انظر حكم محكمة القضاة المصرية في ٧ يناير ١٩٥٤، المحاماة، ص ٣٥، ص ١٠٩٨، بند رقم ٤٨٠.

مشار إليه في مؤلف استاذنا الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٧٢.

(٤) انظر الدكتور محسن شفيق، نفس المرجع، بند رقم ١٤٤.

ولكن التزام الناقل ببذل العناية للمحافظة على البضاعة وصيانتها لا يشمل القيام بكافة الأعمال التي تقتضيها المحافظة على البضاعة المنقولة ولو كانت هذه الأعمال تعتبر بالنظر إلى طبيعة البضاعة المنقولة معتادة وطبيعية في حد ذاتها، طالما كانت خارجة عن نطاق النشاط المهني المعتاد للناقل، وتطبيقا لذلك قضى بأن الناقل لا يكون مخرجا بواجب العناية المعتادة ولا يكون مسؤولا إذا لم يقم بإطعام وسقى الحيوانات المنقولة^(١) بالمثل ومن باب أولى لا يلتزم الناقل بالقيام بالأعمال الاستثنائية غير المعتادة التي قد تقتضيها المحافظة على البضاعة المنقولة، وبناء عليه قضى بأن الناقل ليس مسؤولا عن عدم طلب حراسة قوة خاصة من البوليس أثناء نقله لمبالغ كبيرة من النقود^(٢) ولكنه يعتبر مسؤولا لإخلاله بواجب العناية المعتادة إذ لم يخصص عددا كافيا من عماله لمرافقة الشحنة والمحافظة عليها^(٣).

١١٥ رابعا: الالتزام بتفريغ البضاعة وتسليمها إلى المرسل إليه

تفريغ البضاعة déchargement هو إخراج البضاعة عند الوصول من السيارات أو العربات تمهيدا لتسليمها إلى المرسل إليه. ويقع هذا الالتزام بحسب الأصل على الناقل وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بأن يتولى المرسل إليه عملية التفريغ، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يسأل الناقل عن التلف الذي يصيب البضاعة أثناء تفريغها، غير أن اشتراط تسليم البضاعة لدى الناقل لا يعنى التزام المرسل إليه بالتفريغ^(٤).

ويعقب تفريغ البضاعة تسليمها إلى المرسل إليه، ويعكس التفريغ الذي يعتبر عملية مادية بحتة، يعتبر التسليم livraison عملية قانونية ذات أهمية بالغة، إذ به تنتهى التزامات الناقل.

(١) انظر نقض فرنسي ١٩١٣/٧/٢٣ و ١٩١٥/٣/٣٠، سيرى، ١٩١٧-١-١٠٣.

(٢) انظر حكم محكمة باريس في ١٧/١/١٨٦٢، دالوز، ١٨٦٢-٢-٣٠.

(٣) انظر اسكارا ورو وهيمار، المرجع السابق، بند رقم ٨٦٤.

(٤) انظر اسكارا ورو وهيمار، المرجع السابق، بند رقم ٨٦٧.

والتسليم يكون لاحقاً للتفريغ إذا كان التفريغ على عاتق الناقل، وسابقاً عليه إذا كان التفريغ على عاتق المرسل إليه^(١).

ويتم التسليم في المكان المعين في عقد النقل وقد يكون هذا المكان هو محل الناقل في محطة الوصول أو محل المرسل إليه في النقل من الباب إلى الباب. وإذا لم يكن هناك اتفاق على مكان التسليم، فالأصل أن يتم في محل الناقل بعد إخطار المرسل إليه بوصول البضاعة وتعيين ميعاده للاستلام من جانب الناقل، فإذا تأخر المرسل إليه عن الحضور في الميعاد المعين، كان من حق الناقل أن يطالبه بدفع مصاريف التخزين، وهي التي يطلق عليها رسوم الأرضية magasinage أو يرسلها له في محله مع مطالبته بالمصاريف الناتجة عن ذلك، ومع ذلك يلاحظ أن العرف قد جرى في الوقت الحاضر، في حالة النقل بالسيارات بل حتى في حالة النقل بواسطة السكة الحديد، على أن يتم التسليم في محل المرسل إليه، أي في منزله أو محله التجاري^(٢).

ولا يعتبر التسليم صحيحاً إلا إذا سلم الناقل البضاعة للمرسل إليه المعين من قبل المرسل سواء في عقد النقل أو أثناء عملية النقل، ولذا يجب على الناقل أن يتحقق من شخصية المرسل إليه، فلا يسلمه البضاعة إلا إذا أبرز له مستند النقل أو إخطار الوصول موقعاً منه وذلك ما لم يكن مستند النقل للحامل حيث يبرأ الناقل بتسليم البضاعة إلى أي حامل لهذا المستند.

ومن حق المرسل إليه أن يفحص البضاعة قبل استلامها للتأكد من سلامتها ومطابقتها للبيانات الواردة في مستند النقل، ولكن الناقل ليس مسئولاً عن عدم مطابقة البضاعة للشروط المتفق عليها في العقد المبرم بين المرسل والمرسل إليه لأن عملية النقل مستقلة عن هذا العقد. ويفيد هذا الفحص في تحديد موقف المرسل إليه، فقد يقبل استلام البضاعة دون تحفظ، وقد يقبلها مع التحفظ وقد يرفض الاستلام أصلاً.

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٦٧.

(٢) انظر اسكارا ورو وهيسار، المرجع السابق، بند رقم ٨٦٧، والدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشرفاوى، المرجع السابق، بند رقم ١٠١.

ولكن ما هو الحكم في حالة امتناع المرسل إليه عن تسلم البضاعة أو عدم حضوره أصلاً لتسلمها؟

لم يعالج نظام المحكمة التجارية مثل هذه الفرضية، ويجرى العمل في القانون المقارن على أن يقوم الناقل في مثل هذه الحالة بإخطار المرسل وطلب تعليماته، وإذا تأخر المرسل في إبلاغ الناقل تعليماته في الوقت المناسب، جاز للناقل أن يطلب من القاضى المختص تعيين خبير أو أكثر لإثبات حالة البضاعة والإذن له بإيداعها لدى أمين لحساب المرسل وتحت مسؤوليته، أما إذا كانت البضاعة معرضة للهلاك أو التلف أو نقص في القيمة أو كانت صيانتها تقتضى مصروفات باهظة، فيأمر القاضى ببيعها بالطريقة التى يعينها وبإيداع الثمن خزانة المحكمة لحساب ذوى الشأن^(١).

وعليه يمكن القول بأنه في حالة رفض المرسل إليه تسلم البضاعة لسبب ما، كما إذا ادعى أن بها نقصاً أو تلفاً أو أنها وصلت متأخرة أو رفض دفع أجرة النقل والمصروفات المستحقة عند الوصول، أو لم يحضر أصلاً لتسلم البضاعة في الميعاد المعين من قبل الناقل. كان لهذا الأخير أن يلجأ في المملكة عند عدم وصول تعليمات من المرسل إلى هيئة حسم المنازعات التجارية المختصة لإثبات حالة البضاعة بواسطة أهل الخبرة وإيداعها في المكان الذى تعينه، أو بيعها بالشروط التى تحددها تبعاً لمقتضيات الأحوال.

ولكن يلاحظ أن طلب الخبرة والإيداع أو البيع بواسطة القضاء ليس التزاماً على الناقل، إذ يجوز إثبات حالة البضاعة بكافة الطرق، أما إذا باع الناقل البضاعة دون إذن القضاء، فإنه يكون عرضة للحكم عليه بالتعويض إذا ثبت أن البيع كان يمكن أن يتم في ظروف أفضل وبثمن أكبر لو أن الناقل اتبع هذه الإجراءات^(٢).

(١) انظر المادة ١٨٦ من قانون التجارة الكويتى الجديد، والمادة ١٠٠ من قانون التجارة المصرى، والمادة ٢٩٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني، وقارن المادة ١٠٦ من قانون التجارة الفرنسى، وانظر رودبير «قانون النقل» بند رقم ١٨٦، ٢١٦.

(٢) انظر الدكتور أكثم الخولى «الوسيط» . . . بند رقم ٢٨٤، والدكتور على يونس، المرجع السابق، بند رقم ١٥٥.

ويلاحظ أخيراً أن الناقل نفسه قد يمتنع عن تسليم البضاعة إلى المرسل إليه في بعض الحالات، كما إذا كانت الأجرة مستحقة الدفع عند الوصول ورفض المرسل إليه دفعها، أو كان الناقل مكلفاً من المرسل بقبض ثمن البضاعة من المرسل إليه قبل التسليم، أو وقع حجز على البضاعة تحت يد الناقل في أثناء النقل من دائني المرسل أو المرسل إليه.

المبحث الثالث مسئولية الناقل

● أحكام مسؤولية الناقل ● شروط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها

● دعوى المسؤولية

١١٦ تعتبر مسؤولية الناقل من أهم موضوعات النقل وأكثرها إثارة أمام القضاء، وقد تقدم أن الناقل يلتزم مقابل أجرة النقل بنقل البضاعة والمحافظة عليها لتسليمها سالمة إلى المرسل إليه في الميعاد المحدد، ومن ثم يكون الناقل مسئولاً عن هلاك البضاعة أو تلفها أثناء عملية النقل، كما يسأل عن التأخير في تسليمها إلى المرسل إليه في الميعاد المحدد وهو لا يستطيع دفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أن الهلاك أو التلف أو التأخير يرجع إلى سبب أجنبي لا يدل له فيه كقوة قاهرة أو خطأ المرسل أو عيب ذاتي في البضاعة، ولهذا يسعى الناقلون دائماً إلى التخلص من هذه أو أخذ منها عن طريق الشروط الاتفاقية، كما تدخل المشرع نفسه ووضع آجالاً قصيرة يترتب على انقضائها عدم سماع دعوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل.

وبناء على ذلك، نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى ثلاثة فروع:
نخصص الأول منها لأحكام مسؤولية الناقل،
والثاني لشروط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها،
والثالث لدعوى المسؤولية.

الفرع الأول أحكام مسؤولية الناقل

١١٧ حالات المسؤولية

قررت المادة ٢٥ من نظام المحكمة التجارية مسؤولية الناقل عن هلاك أو تلف البضاعة حيث نصت على أن «يضمن أمين النقل كل من ضاع أو تلف من الأشياء المرسلة بعد وصولها إليه، ما لم يكن في قائمة الإرسالية شرط يدفع عنه الضمان أو كان التلف والضياع يعجز عن دفعه»، كما قضت المادة ٢٥ بمسؤولية الناقل عن التأخر في تسليم البضاعة بقولها «يلزم أمين النقل ضمانه البضائع المسلمة إليه في داخل المهلة المعينة في قائمة الإرسالية فكل ضرر ينشأ من تأخيره يضمنه ما لم يكن المانع قاهرا يعجز عن دفعه».

وهكذا يتضح أن الناقل يكون مسئولا في حالات ثلاث هي الهلاك والتلف والتأخير.

١. اهلاك Perte

هلاك البضاعة قد يكون كلياً أو جزئياً، وهو يكون كلياً عندما لا يتمكن الناقل من تسليم البضاعة إلى صاحب الحق في تسليمها أو إثبات وجودها في مكان يمكن استردادها منه، كما لو احترقت البضاعة أو فقدت أو سرقت، أما الهلاك الجزئي فهو فقد جزء من البضاعة عند التسليم، أي النقص في البضاعة ولا يثير إثبات الهلاك عادة صعوبة في العمل، لأن الناقل يحرص غالباً على أخذ إيصال باستلام البضاعة موقع من المرسل إليه ليستند إليه في الإثبات عند الحاجة، ولكن الناقل لا يسأل عن نقص الطريق، وهو النقص العادي واليسير في البضاعة الذي لا بد من فقده إما بسبب طبيعة البضاعة أو ظروف النقل كتبخر السوائل وجفاف الفاكهة ونقص وزنها تبعاً لذلك، ويحدد العرف هذا النقص بحسب نوع البضاعة وظروف الرحلة^(١).

(١) انظر الدكتور علي بوس، المرجع السابق، بند رقم ١٦٥، والدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١٥٠.

٢ التلف Avarie

ويقصد به وصول البضاعة كاملة من حيث وزنها أو عددها أو مقاسها ولكن معيبة سواء كلها أو في جزء منها، كما إذا كان بها كسر أو خدش أو بلل أو عطن.

٣ التأخير Retart

ويقصد به عدم وصول البضاعة في الميعاد المتفق عليه أو في الميعاد الذي يقضى به العرف في حالة عدم اتفاق الطرفين على ميعاد في هذا الشأن، وبخلاف الهلاك أو التلف لا يعتبر التأخير في ذاته سببا لمسئولية الناقل، بل يجب أن ينشأ عنه ضرر بالمرسل إليه^(١).

١١٨ طبيعة مسئولية الناقل

مسئولية الناقل في الحالات السابقة أى عن الهلاك أو التلف أو التأخير مصدرها عقد النقل الذى يلتزم بمقتضاه الناقل كما رأينا بنقل البضاعة والمحافظة عليها وتوصيلها سالمة في الميعاد المحدد، ولذلك تعتبر مسئولية الناقل مسئولية عقدية، ومع ذلك فهذه المسئولية لا تبدأ من وقت إبرام العقد بل من وقت تسليم الناقل البضاعة وتنتهى بتسليمها للمرسل إليه، ولذا يجب أن يتحقق سبب المسئولية أى الهلاك أو التلف أو التأخير خلال هذه الفترة.

ويعتبر التزام الناقل الناشئ عن عقد النقل في التشريعات اللاتينية التزاما بتحقيق نتيجة معينة هى إيصال البضاعة وتسليمها إلى المرسل إليه سالمة في الميعاد المحدد، ولذلك يعتبر الناقل مخطئا ومسئولا بمجرد عدم تحقيق هذه النتيجة، ومن ثم يكفى لقيام مسئولية الناقل أن يثبت المدعى (المرسل أو المرسل إليه) استلام الناقل للبضاعة وحدوث الضرر.

(١) انظر الدكتور أكنه الحولى ودروسه، ص ٤٠٠ بند رقم ٨٥، والدكتور على يوسف، المرجع السابق، ص

وإثبات الضرر يقتصر هنا على إثبات هلاك البضاعة أو تلفها، أى عدم وصولها أو وصولها تالفة - أو الضرر الناتج عن التأخير فى التسليم، دون حاجة لإثبات وقوع خطأ معين من جانب الناقل، ولا يستطيع الناقل دفع مسؤليته إلا إذا أثبت أن إخلاله بالتزامه إنما يرجع إلى سبب خارجى لا يدل له فيه. كالقوة القاهرة وخطأ المرسل أو العيب الذاتى للبضاعة وذلك تطبيقاً للمواد ٢٤-٢٥-٢٦ من نظام المحكمة التجارية.

ولكن يلاحظ أن هناك اضطراباً واضحاً وشبه تناقض بين نصوص المحكمة التجارية المشار إليها، فالمادة ٢٤ الخاصة بالمسؤولية عن التأخير والمادة ٢٥ المتعلقة بالمسؤولية عن الهلاك والتلف تنصان صراحة على أن الناقل يكون مسئولاً إلا إذا تمكن من إثبات أن التأخير أو الهلاك أو التلف يرجع لسبب يعجز عن دفعه، فى حين تنص المادة ٢٦ على أن الناقل يضمن التلف الحاصل فى البضاعة إذا كان بتعداً منه أو إهمال وإلا فلا ضمان عليه، الأمر الذى قد يفهم منه أن المسؤولية لا تقوم إلا إذا أثبت المرسل خطأ الناقل، وهو ما يعنى - لوصح هذا التفسير - أن التزام الناقل هو التزام بوسيلة وليس بنتيجة.

ونحن لا نتردد فى الأخذ برأى استاذنا الدكتور أكثم الخولى وترجيح صريح عبارة المادتين ٢٤، ٢٥ من نظام المحكمة التجارية على ما قد يفهم من المادة ٢٦، والقول بأن الناقل يتحمل فى التشريع السعوى التزاماً بتحقيق نتيجة كما هو الحال فى سائر التشريعات اللاتينية، وليس هناك أى دليل على أن النظام السعوى قد أراد أن ينفرد فى هذا الشأن بحكم خاص به يختلف عن حكم القانون الفرنسى وتقنين التجارة العثمانى^(١).

١١٩ حالات الإغفاء القانونى من المسؤولية

كما تقدم فإن الناقل يتحمل - طبقاً لنظام المحكمة التجارية - التزاماً بتحقيق نتيجة هى وصول البضاعة سالمة فى الميعاد المحدد، ومن ثم يكون مسئولاً عن الهلاك

(١) انظر الدكتور أكثم الخولى ودروس...، بند رقم ٨٦.

أو التلف أو التأخير، ومع ذلك فقد أجاز هذا النظام للناقل أن يدراً عن نفسه المسؤولية بإثبات أن الهلاك أو التلف أو التأخير ناشىء عن سبب أجنبي لا يدل له فيه، وهذا السبب الأجنبي لا بد وأن يكون واحداً من أمور ثلاثة هي : القوة القاهرة أو خطأ المرسل أو العيب الذاتى للبضاعة، فلا يكفى إذن لنفى مسؤولية الناقل أن يكون السبب مجهولاً أو أن يثبت أنه لم يرتكب خطأ وأنه قد بذل العناية المعتادة في تنفيذ التزامه، لأن هذا الخطأ ثابت ومتحقق فعلاً بمجرد تخلفه عن تسليم البضاعة سالمة في الميعاد المحدد^(١).

١٢٠ أولاً : القوة القاهرة

يقصد بالقوة القاهرة كل حادث أو أمر لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، كحرب أو إضراب أو فيضان أو صاعقة أو أمر من السلطة العامة، ويعتبر في حكم القوة القاهرة فعل الغير إذا توفرت فيه شروطها بأن كان غير ممكن توقعه أو دفعه إستيلاء العدو على البضاعة أو السرقة بقوة السلاح رغم وجود الحراسة الكافية.

وقد حاول بعض الفقهاء التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الجبرى في خصوص عقد النقل، فقالوا بأن القوة القاهرة حادث خارج عن نشاط الناقل كحوادث الطبيعة والحرب وأوامر السلطة العامة. أما الحادث الجبرى فهو أمر أو حادث داخلى متصل بنشاط الناقل دون أن يكون لهذا الأخير دخل في حدوثه كخروج القطار عن القضبان أو تصادم السيارات وانفجار إطاراتها واشتعال النار في محركاتها ووفاء قائدها فجأة وهو على عجلة القيادة. وإذا كانت القوة القاهرة تعفى الناقل من المسؤولية، فإنه يظل مسئولاً عن الحوادث الجبرية على الرغم من صفتها الفجائية القهرية لأنها تتصل بنشاطه وتعتبر من مخاطر المشروع، ولكن الفقه الحديث يرفض الأخذ بهذه التفرقة ويرى أنه متى تحققت شروط القوة القاهرة بأن كان الحادث

(١) انظر الدكتور على البارودى، المرجع السابق، ص ١٤٥.

غير متوقع ولا يمكن دفعه ولم يكن للناقل دخل في حدوثه، فإنه لا أهمية بعد ذلك في أن يكون هذا الحادث خارجياً أو داخلياً^(١).

ولكن يلاحظ أن الضغط الشديد الناتج عن كثرة البضائع المنقولة بصورة طارئة لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة في حالة التأخير لأنه يجب على الناقل - متى كان محتكراً - أن يكون مستعداً لمواجهة مثل هذا الطارئ، أما إذا كان الناقل غير محتكر فيجب عليه ألا يقبل عمليات النقل إلا في حدود إمكانياته^(٢).

١٢١ ثانياً خطأ المرسل

لا يسأل الناقل متى أثبت أن سبب الهلاك أو التلف أو التأخير ناشىء عن خطأ المرسل، ومن أمثلة ذلك تعمد المرسل إعطاء بيانات غير صحيحة عن نوع البضاعة وطبيعتها وبالتالي لم يتمكن الناقل من اتخاذ الاحتياطات اللازمة للمحافظة على البضاعة، أو عدم إحكام حزم البضاعة أو سوء تغليفها، أو أن يقوم المرسل بالشحن والرص ولكنه لا يتبع الأصول الفنية الواجب مراعاتها، أو أن يشترط نقل البضاعة على سيارات مفتوحة بالرغم من توقع هطول الأمطار، أو أن تصدر البضاعة باعتبارها من المهربات، أو أن يكون المرسل من المهريين المعروفين مما يؤدي إلى تشدد موظفي الجمر في تفتيش البضاعة وفض أو عيبتها فيتأخر تسليمها.

كذلك يبرأ الناقل من المسؤولية إذا أثبت خطأ المرسل إليه كتأخره في استلام البضاعة حتى تلفت أو عدم مراعاته الأصول أثناء عملية تفريغ البضاعة التي تعهد بالقيام بها^(٣).

(١) انظر في عرض هذا الرأي، رودبير وقانون النقل، بند رقم ٢٢٤، ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٢٦، وكذلك المراجع المشار إليها في المؤلفين، وانظر في الفقه العربي، الدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ١٤٦، والدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ١٢٥، وقارن الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١٥٧.

(٢) انظر اسكارا وروهيبار، المرجع السابق، بند رقم ٩٠٠ والدكتور أكثم الخولي، «الوسيط...» ص ٣٣٣، وقارن رودبير وقانون النقل، بند رقم ٢٢٨.

(٣) انظر الدكتور على يونس، المرجع السابق، بند رقم ١٧٠، والدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١٦١.

١٢٢ ثالثاً: العيب الذاتى للبضاعة

يقصد بالعيب الذاتى للبضاعة أى سبب يرجع إلى طبيعة البضاعة الداخلية أو إلى حوادث أخرى سابقة على تسليم البضاعة للناقل ويؤدى - من غير تدخل هذا الأخير - إلى هلاك البضاعة أو تلفها^(١). وقد عبرت عن هذا العيب المادة ٢٦ من نظام المحكمة التجارية حين قررت إعفاء الناقل من المسؤولية إذا كان التلف أو الضياع يرجع إلى «مقتضى جنس الأشياء المرسله معه» كالحضراوات والفواكه التى كان لا بد أن تفسد قبل نهاية المدة اللازمة للنقل، أو أن تكون البضاعة حيوانات مريضة فتتفوق أثناء النقل أو أن تكون البضاعة سوائل تتبخر أو تتجمد بطبيعتها أو مواد تشتعل أو تنفجر من تلقاء نفسها، أو مواد تصدأ بذاتها.

ويعتبر سوء حزم البضاعة أو تغليفها عيباً ذاتياً فى البضاعة متى كانت طبيعة البضاعة تقتضى إحكام تغليفها لتفادى وقوع الضرر كأن تكون البضاعة أثاثاً قابلاً للكسر ولم يهتم المرسل بطريقة حزمه وتغليفه.

وعيب البضاعة قد يكون ظاهراً وقد يكون غير ظاهراً، فإذا كان العيب ظاهراً - كما فى حالة سوء التغليف - وجب على الناقل أن يلفت نظر المرسل إليه، فإذا لم يستجب هذا الأخير لرأى الناقل، كان للناقل أن يرفض نقل البضاعة أو أن يبدى تحفظاته فى هذا الشأن ويشتها فى مستند النقل. أما إذا قبل الناقل البضاعة رغم وجود العيب الظاهر فيها ودون لفت نظر أو تحفظ فيصير مسئولاً عن التلف بالقدر الذى ساهم به إخلاله بواجبه فى هذا الشأن فى إحداث الضرر، إذ تكون المسؤولية مشتركة عندئذ.

أما إذا كان العيب غير ظاهراً فإن الناقل لا يكلف بفحص البضاعة قبل نقلها للوقوف على عيوبها، لأن ذلك يخرج عن نطاق التزامه بالنقل، فضلاً عن أن وقته لا يسمح له فى الغالب بإجراء مثل هذا الفحص. ولذا فإن مجرد قبول الناقل للبضاعة لا

(١) انظر أحكام القضاء الفرنسى فى هذا الشأن، مشار إليها فى مؤلف الدكتور إدوارد عبيد، المرجع السابق، ص ١٢٨، ص ٣٥٨.

يسقط حقه في إثبات أن خطأ المرسل أو العيب الذاتي للبضاعة واللذان يتمثلان في سوء التغليف هو سبب الضرر^(١).

ومتى أثبت الناقل أن الهلاك أو التلف يرجع إلى العيوب الذاتية للبضاعة أعفى من المسؤولية، وإذا ترتب على وجود هذه العيوب إلحاق الضرر بالبضائع الأخرى المشحونة على نفس أداة النقل كما إذا كانت البضاعة المنقولة حيوانات مريضة بمرض معد فتسرب مرضها إلى الحيوانات الأخرى المشحونة على نفس العربة، كان المرسل مسئولاً عن تعويض هذا الضرر لأنه ارتكب خطأ عندما شحن بضاعة معيبة مع بضائع أخرى، كما يسأل المرسل كذلك عن الضرر الذي تسببه البضاعة المعيبة لأداة النقل ذاتها، كما إذا اشتعلت هذه البضاعة بسبب عيبها الذاتي فأدى ذلك إلى إتلاف أداة النقل^(٢).

ويلاحظ أن الناقل لا يعفى من المسؤولية في حالة السبب الخارجي أى في حالات القوة القاهرة وخطأ المرسل والعيب الذاتي للبضاعة إلا إذا كان السبب الخارجي هو السبب الوحيد والمباشر في إحداث الضرر، أما إذا أسهم خطأ الناقل مع السبب الأجنبي، فإن الناقل يكون مسئولاً عن الضرر الذي لحق بالبضاعة بقدر الخطأ الذي وقع منه، فتكون مسئوليته كاملة إذا ثبت أن السبب الأجنبي لم يكن يؤدي إلى إحداث الضرر لولا خطأ الناقل، كأن تؤدي السيول الناتجة عن إعصار طارئ إلى تلف البضاعة التي لم تحفظ في المكان المعد لها، أو أن تهلك البضاعة على أثر عملية حربية بعد أن تأخر الناقل في تسليمها، أو أن تسقط الحيوانات المنقولة من العربة لعدم إحكام غلقها ولوشحن المرسل منها عدداً يزيد على حمولة العربة العادية، أو إذا حدد المرسل للناقل مهلة قصيرة لنقل بضاعة سريعة التلف فأوصلها تالفة بعد انقضاء المهلة^(٣). وبالعكس تكون مسئولية الناقل جزئية إذا لم يكن خطؤه

(١) انظر اسكارا ورو وهيسار، المرجع السابق، بند رقم ٩٠٩، رودبير وقانون النقل... بند رقم ٢٣٣، الدكتور أكنم الخولي والوسيط... بند رقم ٢٩٣، ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٢٥.
(٢) انظر الدكتور على يونس، المرجع السابق، بند رقم ١٧٠، الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١٦١.

(٣) انظر أحكام القضاء الفرنسي في هذا الشأن، مشار إليها في مؤلف الدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ١٢٨ ص ٣٥٨.

السبب المؤدى إلى إحداث الضرر، بل اقتصر أثره على زيادة الضرر الناتج عن السبب الأجنبى كأن تكون البضاعة سيئة التغليف ووضعها الناقل فى مكان غير مناسب أو على عربة غير صالحة لتحمل وزن يزيد على حد معين مما أدى إلى تلف البضاعة، أو تعطل أمطار فتلف البضاعة التى لم يعن الناقل بتغطيتها أصلا بالغطاء الواقى من الأمطار المعتادة، ويقدر القاضى - فى كل حالة على حدة - نسبة مساهمة كل سبب فى إحداث الضرر ويحدد على أساس هذه النسبة مبلغ التعويض الذى يتحمله الناقل^(١).

الفرع الثانى

شروط الإعفاء من المسئولية أو تحديدها

١٢٣ لما كانت مسئولية الناقل التعاقدية على النحو المتقدم تمثل فى الغالب عبئا ثقيلا يرهق الناقل، فإنه كثيرا ما يسعى إلى التخلص منها أو على الأقل الحد منها بشروط يدرجها فى عقد النقل، ويشجع المرسل على قبولها عادة عن طريق تخفيض أجرة النقل. وقد ثار الجدل منذ زمن بعيد فى الفقه والقضاء حول صحة هذه الشروط ومدى إنتاجها لآثارها، ولذا فسنبين فيما يلى حكم شروط الإعفاء من المسئولية وشروط تحديد المسئولية.

١٢٤ أولا: شروط الإعفاء من المسئولية

شاعت هذه الشروط فى العمل وكان الهدف منها إبراء الناقل من مسئوليته عن الضرر المترتب على تنفيذ عقد النقل، ولما كان الحكم بشأن هذه الشروط غير واضح فى البداية فقد أثار الخلاف فى الفقه والقضاء حول صحة هذه الشروط كما تباينت مواقف التشريعات إزاء هذه المسألة.

ففى فرنسا كانت المحاكم تقضى فى أول الأمر بطلان شروط الإعفاء من المسئولية على أساس مخالفتها للنظام العام وذلك نظرا لما تنطوى عليه هذه الشروط

(١) انظر رودير وقانون النقل...، بند رقم ٢٣٤، الدكتور أكثم الحولى، والوسيط...، بند رقم ٢٩٤.

من السماح للناقل بالعبث بحقوق المتعاقد معه وارتكاب الخطأ والإهمال في النقل دون أن يتعرض للمسئولية، ولكن هذا القضاء تعرض لنقد كثير من الفقهاء على أساس منافاته لمبدأ الحرية التعاقدية، وقد تأثر القضاء بهذا النقد فعدل عن موقفه السابق وأخذ يقضى بصحة شروط الإعفاء من المسؤولية وإن كان قد قصر أثرها على مجرد نقل عبء الإثبات من على عاتق الناقل إلى عاتق المرسل أو المرسل إليه على حسب الأحوال^(١). إذ الأصل - كما رأينا - أن الناقل يكون مسئولاً بمجرد وقوع الضرر إلا إذا تمكن من رد هذا الضرر إلى السبب الأجنبي، فإذا أدرج شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل، فإن هذا الشرط يترتب عليه تعديل الأصل المتقدم، فلا يكون الناقل مسئولاً بمجرد وقوع الضرر، ولا تنقصر مسؤوليته إلا إذا أثبت المرسل أو المرسل إليه خطأ الناقل أو تابعيه والضرر وعلاقة السببية بينهما، وبعبارة أخرى يترتب على إدراج شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل إحلال المسؤولية التقصيرية محل المسؤولية التعاقدية^(٢).

وقد أثار هذا القضاء سخط التجار الذين يلجأون إلى شركات النقل لتصدير بضائعهم، إذ كان من العسير عملاً على المرسل أو المرسل إليه إثبات خطأ الناقل، لأن البضاعة المنقولة تكون في حيازة الناقل أثناء النقل ولا يرافقها المرسل أو المرسل إليه ومن ثم يتعذر على أي منها معرفة سبب وقوع الحادث وإقامة الدليل على خطأ الناقل أو تابعيه ولهذا اضطرت المشرع الفرنسي إلى التدخل وإصدار قانون ١٧ من مارس ١٩٠٥ المعروف بقانون Rabier الذي أضاف فقرة جديدة إلى المادة ١٠٣ من تقنين التجارة الفرنسية تقضى ببطان شروط الإعفاء من المسؤولية في عقود النقل البري في حالتي الهلاك أو التلف، ولم يتعرض قانون «رابيه» لمسئولية الناقل في حالة

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٢٧ وما يليه، رودير «قانون النقل...» بند رقم ٢٣٩ وما يليه وانظر في تعرض ذلك المرجع الدكتور عبد الرزاق السنهوري «نظرية العقد» بيروت، ص ص ٩٥٦-٩٥٨.

(٢) انظر الدكتور على بونس، المرجع السابق، بند رقم ١٩٣، والدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشرفاوي، المرجع السابق، بند رقم ١٠٨، وقارن الدكتور أكثم الخولي، «الوسيط...» بند رقم ٢٩٩ والدكتور على البارودي، ص ١٩٤، الدكتور عبد الرزاق السنهوري «الوسيط...» ج ١، بند رقم ٤٤١.

التأخير، وقد استقر الرأي على صحة شرط الإعفاء من المسؤولية في حالة التأخير^(١).

وفي مصر كانت أحكام القضاء غير مستقرة في شأن شروط الإعفاء من المسؤولية، فبينما ذهب بعضها إلى بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية لمخالفته للنظام العام، قضى بعضها الآخر بصحته ورتب عليه نقل عبء الإثبات من عاتق الناقل إلى عاتق المرسل أو المرسل إليه. وقد عالج المشرع المصري شروط الإعفاء من المسؤولية في القانون المدني الصادر عام ١٩٤٩، فنصت المادة ٢١٧/٢ على أنه «يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه» وبتطبيق هذا النص على عقد النقل يمكن القول بأنه يجوز للناقل أن يشترط إعفائه من المسؤولية عن الأخطاء التى يرتكبها في تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد النقل، ويعتبر مثل هذا الشرط صحيحاً ويعفى الناقل من المسؤولية عن هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخير في وصولها، وذلك ما لم يثبت المرسل أو المرسل إليه صدور غش أو خطأ جسيم من جانب الناقل، كما يجوز للناقل طبقاً للنص السابق أن يشترط إعفائه من المسؤولية عن الأخطاء التى تقع من مستخدميه وعماله ولو بلغت حد الغش أو الخطأ الجسيم.

وينتقد الفقه المصرى تطبيق حكم المادة السابقة على عقد النقل إذ يرى أنه فضلاً عن صعوبة إثبات غش الناقل أو خطئه الجسيم، فإن الغالبية العظمى من الأضرار في مجال النقل لا تنشأ عن أفعال الناقل الشخصية الذى يكون في الغالب شخصاً معنوياً، وإنما عن أفعال عماله ومستخدميه، كسرقة السلع وإتلافها واستبدال غيرها بها وعدم العناية بها أثناء الطريق وإهمال صيانة الآلات المستخدمة في النقل (كالسيارات مثلاً) وقيادتها برعونة وعدم إكتراث، ومن ثم فإن شرط الإعفاء يؤدي بطريق غير مباشر إلى إعفاء الناقل إطلاقاً من المسؤولية حتى لو استطاع المرسل

(١) ولكن وجود شرط الإعفاء عن التأخير لا يترتب عليه أكثر من نقل عبء الإثبات من عاتق الناقل إلى المرسل أو المرسل إليه أى إثبات خطأ الناقل أو تابعيه، انظر كمود ديبوى موجه القبول التجارى، ج ١، ص ٢٣٥.

أو المرسل إليه إثبات غش عمال الناقل أو خطئهم الجسيم، ولذلك كان من الأفضل لو أن المشرع المصري أخذ بحكم التشريع الفرنسي وحرّم شروط الإعفاء من المسؤولية في مجال النقل^(١).

وقد أخذ قانون التجارة الكويتي الجديد بحكم القانون التجاري الفرنسي حيث قضت المادة ١/١٨١ بأنه «يقع باطلا كل شرط يقضى بإعفاء الناقل من المسؤولية عن هلاك الشيء هلاكا كلياً أو هلاكا جزئياً أو عن تلفه، وكذلك يقع باطلا كل شرط يقضى بإعفاء الناقل من هذه المسؤولية إذا نشأت عن أفعال تابعيه» وتطبيقاً لهذا النص فإن شروط الإعفاء من المسؤولية عن الهلاك أو التلف تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً سواء نشأ الضرر من الناقل ذاته أو من أفعال عماله ومستخدميه^(٢).

ولكن يلاحظ أن القانون الكويتي يميز للناقل أن يشترط إعفاءه من المسؤولية عن التأخير بشرط أن يكون مكتوباً وأن يكون الناقل قد أعلم به المرسل (مادة ١٨٢).

هذا وبعد أن استعرضنا حكم شروط الإعفاء من المسؤولية في القانون المقارن، يجدر بنا أن نتساءل عن حكم هذه الشروط في التشريع السعودي.

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٨٨، والدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١٨٠ و١٨١، الدكتور فريد مشرفي، المرجع السابق، بند رقم ٤٠٨، ٤٠٩، الدكتور أكثم الخولي والوسيط...، بند رقم ٣٠٠، والدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشرفاوي، المرجع السابق، بند رقم ١٠٨، الدكتور على بونس، المرجع السابق، بند رقم ١٩٣، الدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ١٥١، وقارن المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري «الوسيط...»، ج ١، ص ٦٧٧ هامش رقم ١.

(٢) ولما كان الناقل كثيراً ما يقوم بالتأمين ضد مسؤوليته الناشئة عن عقد النقل مقابل أقساط يدفعها للمؤمن، فقد خشى المشرع الكويتي إفلات الناقل من بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية عن طريق الاتفاق مع المرسل أو المرسل إليه على أن يتحمل أي منها نفقات التأمين ضد المسؤولية، حتى إذا ما وقع الضرر عوضه المؤمن، وبذلك يفلت الناقل من أقساط التأمين ومن التعويض على السواء وهي نتيجة تعادل ما يترتب على شرط عدم المسؤولية من أثر، ولهذا قرر المشرع اعتبار مثل هذه الشروط في حكم شروط الإعفاء من المسؤولية فتقع باطلة بطلاناً مطلقاً، فنصت المادة ٢/١٨١ «ويعتبر في حكم الإعفاء من المسؤولية كل شرط يكون من شأنه إلزام المرسل أو المرسل إليه بأية صفة كانت بدفع كل أو بعض نفقات التأمين ضد مسؤولية الناقل»، انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١٨٣.

لقد أشارت المادة ٢٥ من نظام المحكمة التجارية إلى شروط الإعفاء من المسؤولية في حالات الهلاك أو التلف بطريقة عابرة ودون أن تبين حكمها وأثرها حينما قررت أن الناقل «يضمن كل ما ضاع أو تلف من الأشياء المرسلة بعد وصوله إليه ما لم يكن في قائمة الإرسالية شرط يدفع عنه الضمان...».

ويستفاد من هذا النص صحة شرط الإعفاء من المسؤولية المدرج في عقد النقل البري في المملكة عن هلاك البضاعة أو تلفها أثناء عملية نقلها ومن باب أولى عن التأخير في وصولها في الميعاد المحدد ولكن مع تسليمنا بذلك يجب أن نقصر أثر هذا الشرط على نقل عبء الإثبات من على عاتق الناقل إلى عاتق المرسل أو المرسل إليه. أي أن نفترض عند إدراج الشرط في عقد النقل أن الناقل غير مسئول، ولكن نجيز للمرسل أو المرسل إليه أن يثبت خطأ الناقل أو تابعيه والضرر والعلاقة السببية بينهما، فتتقرر عندئذ مسؤولية الناقل من جديد، وذلك كما استقر القضاء في فرنسا قبل صدور قانون «رابيه»، وبالرغم من تسليمنا بصعوبة الإثبات في هذا الصدد، فإننا نعتقد أن هذا الرأي هو الذي يتفق ورعاية مصالح الشاحنين في ظل الأوصاف القائمة وإلى أن يقوم المشرع السعودي بتحديث الأنظمة التجارية وتخريم شرط الإعفاء من المسؤولية في عقود النقل أسوة بالتشريعات الحديثة في الدول الأخرى».

١٢٥ ثانياً: شروط تحديد المسؤولية

ويقصد بذلك الشرط الذي يحدد به الناقل مسؤوليته بمبلغ معين مهما بلغت قيمة الضرر المترتب على هلاك البضاعة أو تلفها أو التأخير في وصولها ولا خلاف حول صحة هذا الشرط، لأنه من قبيل الشرط الجزائي المعتبر شرعاً وقانوناً^(١).

وقد أشارت إلى شرط تحديد مسؤولية الناقل المادة ٢٣ من نظام المحكمة التجارية حين قضت بأن «يوضح في قائمة الإرسالية مقدار وجنس البضائع المنقولة

(١) انظر في الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي الأستاذ مصطفى الرزق، «المدخل الفقهي العام...» بند رقم ٢٨٤، ٢٨٦، ٣٩١، وانظر أيضاً في نفس الموضوع مذكرات الرميل الدكتور طنة وهمة في أحكام الالتزام، قسم القانون بكلية العلوم الإدارية، ١٤٠٢، بند رقم ٥٥، والمراجع التي أشار إليها، وانظر في موضوع الشرط الجزائي المرحوم الدكتور عبدالرزاق السنهوري «الوسيط...» ج ١، بند رقم ٤٣٧.

ونوع الطرود ومهلة إيصالها . . . وكيفية التضمينات اللازمة على فرض عدم إيصالها في المهلة المعينة

ومفاد ذلك جواز الاتفاق مقدما بين الناقل والمرسل على مبلغ التعويض الذي يلتزم به الناقل في حالة التأخير وهو ما يعنى بعبارة أخرى صحة شرط تحديد الناقل لمسئوليته، صحيح أن النص المتقدم لم يتحدث إلا عن حالة التأخير، ولم يذكر شيئاً عن حالة الهلاك أو التلف، لكن ليس معنى ذلك أن تحديد مسؤولية الناقل في حالتي الهلاك أو التلف غير جائزة إذ سبق أن رأينا أنه يجوز للناقل، وفقاً للمادة ٢٥ من نفس النظام، أن يشترط إعفاءه من المسؤولية أصلاً في هاتين الحالتين، فمن باب أولى يجوز له فيهما تحديد مسؤوليته بمبلغ معين.

ويتم تحديد مسؤولية الناقل بوسائل متعددة كوضع حد أقصى لمقدار ما يلتزم به الناقل كتعويض، أو على أساس تقدير مبلغ معين لكل وحدة من البضاعة المنقولة (كالكيلوجرام أو الطن أو البالة)، أو على أساس نسبة معينة من قيمة الضرر الفعلى كنصف أو ثلث هذا الضرر^(١).

ويشترط دائماً لصحة شرط تحديد المسؤولية أن يكون مبلغ التعويض جدياً، أما إذا كان التعويض تافهاً فإن الشرط في هذه الحالة يعتبر في حكم شرط الإعفاء من المسؤولية فتسرى عليه أحكامه السابقة.

ومن المتفق عليه أن التعويض الاتفاقي المحدد في العقد لا يكون مستحقاً إذا كان الضرر قد نشأ عن سبب خارجي لا يد للناقل فيه كقوة قاهرة أو خطأ المرسل أو العيب الذاتي للبضاعة، أو إذا أثبت الناقل أن المرسل أو المرسل إليه لم يلحقه أى ضرر.

أما إذا كانت قيمة الضرر أقل من مبلغ التعويض المتفق عليه، فيلتزم الناقل بتعويض الضرر الفعلى دون زيادة، أما إذا كانت قيمة الضرر تتجاوز قيمة التعويض الاتفاقي، فلا يجوز للمرسل أو المرسل إليه أن يطالب بأكثر من هذه القيمة، إلا إذا

(١) انظر الدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ١٥٠.

أثبت خطأ الناقل أوتابعيه، وعندئذ يلتزم الناقل بتعويض الضرر كاملاً، ومعنى ذلك أن شرط تحديد المسؤولية يأخذ حكم شرط الإعفاء من المسؤولية وذلك فيما يتجاوز قيمة التعويض المحدد في الشرط^(١).

الفرع الثالث دعوى المسؤولية

١٢٦ لكل من المرسل والمرسل إليه حق إقامة دعوى المسؤولية على الناقل، أما المرسل فلأنه طرف في عقد النقل، وأما المرسل إليه فهو وإن لم يكن طرفاً في عقد النقل إلا أن الرأي قد استقر في الفقه والقضاء، كما تقدم، على الاعتراف له بدعوى مباشرة في مواجهة الناقل، ويُسأل الناقل عن تعويض جميع الأضرار التي تلحق المرسل والمرسل إليه على السواء، ولكنه لا يعرض ذات الضرر إلا مرة واحدة، فإذا قاصه أحدهما وحكم عليه بالتعويض، فلا يجوز للأخر مقاضاته مرة أخرى للضرر ذاته^(٢) وتنفرد دعوى مسؤولية الناقل بأحكام خاصة تختلف سواء من حيث تقدير التعويض أو من حيث الدفع بعدم قبول الدعوى أو من حيث مرور الزمن والدفع بعدم سماع الدعوى عن القواعد العامة.

١٢٧ أولاً: تقدير التعويض

ليس هناك ما يمنع القاضى في القانون المقارن من إجبار الناقل على التنفيذ العيني متى كان هذا التنفيذ ممكناً^(٣)، ويتفق ذلك مع ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية، إذ من المبادئ الشرعية الأساسية أن ترد الحقوق بأعيانها عند الإمكان،

(١) انظر الدكتور أكثم الخولى ودروس...، بند رقم ٩٣.

(٢) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١٦٣، الدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشرفاوى، المرجع السابق، بند رقم ١١٠.

(٣) انظر الدكتور إدوار عيد، المرجع السابق، بند رقم ١٣٣، قارن د. ريبير وروبنو، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٣٧.

وانظر في موقف التشريعات العربية من التنفيذ العيني، المرحوم الدكتور عبدالرزاق السهوى، الوسيط...، ج ٢، ص ٧٥٨ وما يليها.

وبعبارة أخرى يجب في الالتزامات إيفاء الأصل ما دام ذلك ممكنا وعدم إيفاء البديل إلا عند تعذر الأصل، وهذا معنى القاعدة الكلية «إذا بطل الأصل يصار إلى البديل»^(١).

وتطبيقا لذلك فإنه يجوز في حالة الهلاك إلزام الناقل بتسليم بضاعة من نفس نوع وصنف البضاعة الهالكة إلى المرسل إليه، كما يجوز في حالة التأخير أن يقوم المرسل أو المرسل إليه بعد استئذان القضاء، بإتمام نقل البضاعة على نفقة الناقل بواسطة وسيلة نقل أخرى تكون أكثر سرعة فيضمن وصولها في الميعاد المحدد^(٢).

ولكن الغالب أن يطلب المرسل أو المرسل إليه تعويضا نقديا عن الضرر الذي أصابه نتيجة إخلال الناقل بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد النقل، والأصل في القانون المقارن أن يشمل التعويض بالحق المرسل أو المرسل إليه من خسارة وما فاته من كسب^(٣). ولكن الناقل لا يلتزم إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد، حيث إن مسؤوليته تعاقدية، وذلك ما لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما، إذ يسأل حينئذ عن جميع الأضرار سواء كانت متوقعة الحدوث وقت التعاقد أو غير متوقعة، وعليه فلو نقلت بضاعة في طرد ثم ضاعت البضاعة، وادعى المرسل أو المرسل إليه فيما بعد أن هذه الطرود كانت تحتوى على نقود أو أوراق مالية أو مجوهرات أو غير ذلك من الأشياء الثمينة، فإن الناقل لا يسأل عن تعويض قيمتها الحقيقية، لأنه لم يكن يتوقع ذلك وقت التعاقد حتى يتخذ التدابير اللازمة للمحافظة على هذا

(١) إيفاء الأصل يسمى في اصطلاح فقهاء الشريعة الغراء الأداء، وإيفاء البديل يسمى القضاء، والبديل هو إعطاء بدل الأصل من مثله إن كان من المثليات وقيمه إن كان من القيميات: ويسمى القضاء في الحالة الأولى القضاء الكامل وفي الحالة الثانية القضاء القاصر، انظر في تفاصيل ذلك المراجع التي أشار إليها الأستاذ الدكتور صبحي المحمصاني «النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية» بيروت ١٩٧٢، ص ١٥٨ و١٥٩ و٥٠٥.

(٢) انظر في هذه التطبيقات الأحكام والمراجع المشار إليها في مؤلف الدكتور إدوار عيد، المرجع السابق، ص ٣٦٧، وريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٣٧.

(٣) ولا شك في أن إيفاء البديل وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية معنى التعويض عن الضرر أو عن بعض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الأصل لما في هذا البديل من مثل أو قيمة غير أن مسألة التعويض من فوات الربح الناتج من عدم التنفيذ العيني مسألة مختلف عليها من الفقهاء نتيجة اختلافهم في مسألة تقويم المنافع. إذ أن بعض المذاهب اعتبرت هذه المنافع كأموال المفقودة ورأت وجوب إيفاء بدلها إلى جانب بدل الأصل، انظر الدكتور صبحي المحمصاني، المرجع السابق، ص ١٦١-١٦٤.

النوع من الطرود، ولكن إذا قام المرسل بإخطار الناقل بنوع الأشياء التي تحتويها الطرود وبأهميتها، فإن الضرر يكون عندئذ متوقعا ويسأل الناقل عن القيمة الحقيقية للأشياء المفقودة.

ويقدر القاضى مدى ما أصاب المدعى من ضرر على أساس قيمة البضاعة فى مكان الوصول. ففي حالة الهلاك الكلى : يجب أن يغطى التعويض قيمة البضاعة كاملة، وفي حالة الهلاك الجزئى : قيمة الجزء الهالك، وفي حالة التلف : الفرق بين قيمة البضاعة سالمة وقيمتها تالفة.

ويرجع فى تقدير قيمة البضاعة إلى القيمة المذكورة فى عقد النقل^(١) فإن لم تذكر هذه القيمة فى عقد النقل. فإن للقاضى أن يقدر قيمتها على أساس البيانات الواردة فى مستند النقل. كأوصاف البضاعة ومقدارها ووزنها وغير ذلك من الأمور الخاصة بها، والعبرة بالقيمة الحقيقية للبضاعة، أى بسعرها السائد فى السوق، فإذا لم يكن للبضاعة سعر معين، جاء تقدير قيمتها بمعرفة خبير يعينه القاضى^(٢).

ويقدر التعويض فى حالة تأخير وصول البضاعة عن الميعاد المتفق عليه أو الميعاد المعقول فى حالة عدم تحديد ميعاد معين على أساس الضرر الفعلى الذى لحق المرسل إليه ويدخل فى تقدير التعويض الضرر الناشئ من جراء انخفاض الأسعار، لأن ذلك من الأمور الممكن توقعها وقت التعاقد، ما لم يكن الانخفاض الحاصل ذا طابع استثنائى^(٣). كما يدخل فى تقدير التعويض أهمية وصول البضاعة فى التاريخ المحدد. إذ قد يكون هذا التاريخ محل اعتبار خاص بالنسبة للمرسل إليه، كأن تكون البضاعة المنقولة مأكولات مخصصة للتقديم فى حفل يقام فى يوم معين وساعة معينة، أو ثوبا معدا لزفاف عروس فى يوم معين وساعة معينة^(٤).

(١) ويلاحظ أن القيمة المذكورة فى مستند النقل لا تكون حجة على الناقل لدى يكون له أن يثبت بكافة الطرق أن القيمة الحقيقية للبضاعة أقل مما ذكر فى هذا المستند.

(٢) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١٦٥.

(٣) انظر الدكتور مصطفى ضه، المرجع السابق، بند رقم ٤٩٥.

(٤) وما تحدر ملاحظته أن الفقه الإسلامى فيه عدا مسألة فوات المنفعة التى تقدمت الإشارة إليها، لم يبحث فى التعويض عما يسببه التأخير فى تنفيذ الالتزام من ضرر أو حسارة أو فوات ربح، انظر الدكتور صحى المحمصانى، المرجع السابق، ص ٥٠٦.

١٢٨ ثانياً: الدفع بعدم قبول الدعوى

تنص المادة ٢٧ من نظام المحكمة التجارية على أن «استلام الأشياء المرسله مع المكارى ثم إعطاؤه الأجرة تماماً أو باقياها يعد بعد ذلك اعترافاً باستلام الأشياء تامة سليمة فلا تسمع دعواه على المكارى بما يناقض ذلك».

وهذا النص مستمد في الحقيقة من المادة ١٠٥ من التقنين التجاري الفرنسي قبل تعديلها بقانون ١١ من أبريل لسنة ١٨٨٨ وقانون ١٩ من مايو ١٩٥٩. وقد كانت هذه المادة مستمدة بدورها من العرف السائد وقت وضع التقنين الفرنسي والذي كان يسمح للمرسل إليه بفحص البضاعة عند وصولها ودفع أجرة النقل بعد تمام التسليم. ولكن تطور وسائل النقل وظهور المنشآت الكبيرة وخاصة السكك الحديدية أدى إلى القضاء على هذا العرف فأصبح دفع الأجرة واجبا بمجرد التسليم دون انتظار لفحص البضاعة، ولعل هذا هو ما حدا بالمشرع الفرنسي إلى تعديل نص المادة ١٠٥ الأنفة الذكر لينسجم مع التطور الحديث، فأعطى المرسل إليه الذي تسلم البضاعة ودفع الأجرة مهلة ثلاثة أيام يقوم خلالها بإبلاغ الناقل باعتراضه مسبياً على التلف أو الهلاك الجزئي وإلا كانت دعواه غير مقبولة^(١).

ولكن نص المادة ٢٧ من نظام المحكمة التجارية قد بقي على حالة دون تعديل، وواضح أن هذا النص - كالعديد من نصوص نظام المحكمة التجارية - لم يعد يتفق ومتطلبات النقل في العصر الحديث، لأن مقتضاه أن يمتنع المرسل إليه عن دفع أجرة الناقل أو الباقي منها حتى يقوم بفحص البضاعة ويتأكد من سلامتها وذلك لكي لا يتعرض للدفع بعدم قبول الدعوى، ولا شك أن في ذلك تعطيلاً لعمليات استلام البضائع عند وصولها خاصة إذا كانت هذه البضائع تتكون من كميات كبيرة.

ويقتصر نطاق الدفع بعدم قبول الدعوى على دعوى المسؤولية بسبب الهلاك أو التلف الجزئي الذي يلحق البضاعة المنقولة فلا يسرى في حالة الهلاك الكلي لسهولة إثبات الهلاك الكلي ولانتفاء استلام البضاعة الذي هو الشرط اللازم لتطبيق الدفع،

(١) انظر روبيير ورويلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٣٣، روديير، «قانون النقل...» بند رقم ٢٦٢، والدكتور أكنم الخولي «الوسيط...» بند رقم ٣٠٧.

كما لا يسرى الدفع في حالة التأخير، لأن إثبات الضرر مستقل في حانة البضاعة ويمكن إقامة الدليل عليه ولو تسلّم المرسل إليه البضاعة^(١). كما أنه لا محل لتمسك بالدفع بعدم القبول في حالة التلف الناشئ خطأ عمدي من الناقل أو من عملة حيث إن الغش يفسد سائر التصرفات، كما أن الدفع بعدم القبول قاعدة استثنائية وضعت لحماية الناقل حسن النية دون غيره^(٢).

١٢٩ ويشترط لكي يتمكن الناقل من الدفع بعدم قبول دعوى المسؤولية عن التلف أو اهلاك الجزئي الموجهة ضده الشروط التالية:

١] تسلّم البضاعة

يشترط لإمكان الدفع بعدم القبول أن يكون المرسل إليه قد تسلّم البضاعة تسلماً فعلياً بحيث يتمكن من الكشف عليها وفحصها والتحقق من حالتها ومقدارها، فلا يكفي للقول بتوافر هذا الشرط وضع البضاعة تحت تصرف المرسل إليه أو قيامه بالتوقيع على إخطار الوصول قبل التسلم الفعلي.

٢] دفع أجرة النقل

يشترط أن تكون الأجرة قد دفعت إذ أن دفع الأجرة إلى جانب استلام البضاعة يعبر دون شك عن رضا المرسل إليه عن كيفية تنفيذ عقد النقل وتناوله عن رفع الدعوى على الناقل. ويتضح من نص المادة ٢٧ من نظام المحكمة التجارية أنه يجب أن تكون الأجرة أو ما بقي منها قد دفعت من المرسل إليه، وهو ما يعني بعبارة أخرى أنه في حالة دفع الأجرة من المرسل عند الشحن فإنه لا يكون للناقل حق الدفع بعدم القبول لأن هذا الدفع يقوم على افتراض نزول المرسل إليه عن التلف أو اهلاك الجزئي الذي أصاب البضاعة أثناء النقل، ولا يمكن استخلاص هذا التنازل قبل

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٩٠.

(٢) انظر الدكتور أكتة لحوثي، دروس...، بند رقم ٩٥، ٩٦.

وقوع التلف أو الهلاك كما في حالة دفع الأجرة مقدما من قبل المرسل (١).

٣] انتهاء التحفظات

وهذا الشرط لم يرد في النص ولكنه شرط جرى به العمل واعترف بصحته القضاء في فرنسا، والمقصود بالتحفظ هنا احتفاظ المرسل إليه - رغم تسلم البضاعة ودفع الأجرة - بحقه في الرجوع على الناقل ومقاضاته. وكما يمكن أن يصدر التحفظ عن المرسل إليه يمكن أن يصدر عن المرسل، وإن كان الغالب في العمل أن يصدر التحفظ من المرسل إليه، ولا يشترط فيه شكل خاص فيجوز أن يكون شفويا أو بواسطة خطاب مسجل أو توكس (٢) وقد استقر القضاء على عدم الاعتداد بالتحفظ إلا إذا كان معاصرا للتسليم ودفع الأجرة، أما التحفظ السابق على التسليم فلا يعتد به - ولو كان مقبولا من الناقل - إلا إذا جدده المرسل إليه عند التسليم ودفع الأجرة، كما أن التحفظ اللاحق على تسلم البضاعة ودفع الأجرة لا قيمة له (٣).

ولا يشترط في التحفظ أن يكون مسببا، أي أن يحدد فيه طبيعة التلف أو الهلاك الذي لحق بالبضاعة وحصل التحفظ من أجله، بل يجوز أن يصدر التحفظ في صيغة عامة بدون تحديد، ولكن لا يكون التحفظ معتبرا إلا إذا قبله الناقل، لأن هذا القبول يعتبر بمثابة تنازل الناقل عن حقه في التمسك بالدفع، إلا أنه لا يعتبر قبولا مجرد اعتراف الناقل بحصول التلف في البضاعة أو مجرد طلبه إثبات حالة البضاعة بواسطة خبير، وعلى العكس من ذلك يعتبر قبولا للتحفظ - يسقط حق الناقل في التمسك بالدفع بعدم القبول - أن يتم التسليم بعد أن يرفض المرسل إليه تسلم البضاعة إلا بعد قبول تحفظاته أو قيام الناقل ذاته بقيد التحفظات في دفاتره (٤).

(١) من هذا الرأي الدكتور أكثم الخولي، ودروس...، بند رقم ٩٧ وقارن لنفس المؤلف، والوسيط...، بند رقم ٣١٢. وانظر عكس ذلك الدكتور فريد مشرقي، المرجع السابق، بند رقم ٤١٢، والدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٩١، وانظر في موضوع الخلاف في هذا الشأن الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، بند رقم ١٥٥، والدكتور علي يونس، المرجع السابق، بند رقم ١٨٠.

(٢) انظر حكم محكمة اكس في ١٦ فبراير ١٩٧٢ مشار إليه في مؤلف رودبير وقانون النقل...، ص ٢٦٦.

(٣) انظر رودبير، وقانون النقل...، بند رقم ٢٦٧.

(٤) انظر الدكتور أكثم الخولي، والوسيط...، بند رقم ٣١٤ والدكتور علي يونس، المرجع السابق،

بند رقم ١٨١.

ويلاحظ أن قبول الناقل للتحفظ لا يعني اعترافه بمسئوليته عن التلف أو الهلاك الجزئي الذي أصاب البضاعة، بل يقتصر على مجرد التنازل من جانبه عن حقه في التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى وإثبات أسبقية الضرر على تسلم البضاعة (١)، ولذا يجوز للناقل أثناء نظر الدعوى أن يدفع مسئوليته عن التلف أو الهلاك بالرغم من قبوله للتحفظ الذي أبداه المرسل إليه عند تسلم البضاعة.

والدفع بعدم القبول المقرر للناقل بمقتضى المادة ٢٧ من نظام المحكمة التجارية لا يتعلق بالنظام العام، ولذلك يجوز للناقل التنازل عن التمسك به حتى قبل ثبوت الحق فيه، ومثال ذلك أن يتم الاتفاق بين المرسل إليه والناقل على تسليم البضاعة مع احتفاظ كل طرف في مواجهة الطرف الآخر بكافة الحقوق والدعاوى (٢).

١٣٠ ثالثاً: مرور الزمن أو الدفع بعدم سماع الدعوى

أخضع نظام المحكمة التجارية دعاوى المسؤولية الناشئة عن عقد النقل لتقادم قصير وذلك بغية الحث على الإسراع في تصفية هذه الدعاوى قبل أن تضيع معالم الإثبات. فنصت المادة ٢٧ منه على أنه «أما قبل تحقق هذا الاعتراف - يتوافر شروط الدفع بعدم القبول - فيحق له إقامة الدعوى خلال ثلاثة أشهر إن كان التلف أو الضياع في المملكة . . . أو داخل سنة قمرية إن كان التلف أو الضياع في خارجها وبعد مضي المهلتين لا تسمع الدعوى».

وواضح أن المادة ٢٧ تفرق بين حالتين: النقل الداخلي وتجعل مدة التقادم فيه ثلاثة أشهر والنقل الخارجي وتجعل مدة التقادم فيه سنة قمرية، وهذه التفرقة - كما يلاحظ بحق كثير من الفقهاء - لم يعد لها ما يبررها بعد انتشار وسائل المواصلات السريعة في الوقت الحاضر (٣).

(١) انظر روديير، «قانون النقل»، ص ٢٦٨.

(٢) انظر الدكتور على يونس، المرجع السابق، بند رقم ١٨٤، والدكتور أكرم الخولي، «الوسيط»، ص ٣١٤، وقارن روديير، «قانون النقل»، ص ٢٦٨.

(٣) انظر الدكتور فريد مشرفي، المرجع السابق، بند رقم ٤١٣، والدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ١٥٧.

وبمقتضى هذا النص يتمتع الناقل بتقادم قصير يبعد عنه دعاوى المسؤولية بعد انقضاء فترة قصيرة من انتهاء عملية النقل، وتخضع لهذا التقادم القصير الدعاوى الموجهة ضد الناقل بسبب الضياع أو التلف أو التأخير، صحيح أن النص لم يذكر صراحة الدعوى المرفوعة ضد الناقل بسبب التأخير في النقل، إلا أنه لا مبرر لاستثناء هذه الدعوى وحدها من الخضوع لهذا التقادم فضلا عن أن كافة التشريعات اللاتينية التي أخذ عنها نظام المحكمة التجارية تجعل التقادم شاملا لكافة الدعاوى استثناء^(١).

ويلاحظ أنه ليس هناك تعارض بين نص المادة ٢٧ الذي يتكلم في نفس الوقت عن الدفع بعدم قبول دعوى المسؤولية والدفع بعدم سماع الدعوى، إذ أن الدفع الأول لا ينفي فائدة وجود الدفع الثاني، فلكل منهما نطاق يختلف عن نطاق الآخر، فالدفع بعدم القبول خاص بدعاوى المسؤولية بسبب التلف أو الهلاك الجزئي الذي يصيب البضاعة، في حين أن الدفع بعدم سماع الدعوى خاص في الأصل بدعاوى المسؤولية عن الهلاك الكلي وعن التأخير، وهذه الدعاوى لا ينطبق عليها الدفع بعدم القبول، ولكن من الممكن أن تخضع دعاوى المسؤولية بسبب التلف أو الهلاك الجزئي للدفع بعدم سماع الدعوى إذا لم تتوافر فيها شروط الدفع بعدم القبول كما في حالة رفض المرسل إليه تسلم البضاعة^(٢).

ولا يسرى التقادم القصير على كافة دعاوى المسؤولية التي ترفع على الناقل بصفته هذه، بل يستثنى من ذلك دعاوى المسؤولية المبنية على الغش، وفي ذلك تقول المادة ٢٨ « إذا ظهر أن التلف أو الضياع حصل عن حيلة أو خيانة من نفس المكارى فتقام الدعوى في أى وقت كان ولا يمنع سماعها مرور المهلتين المذكورتين » وذلك لأن التقادم القصير قد تقرر لحماية الناقل حسن النية الذي ينفذ التزامه بأمانة وإخلاص، ومن ثم فلا محل لأن يتمتع به الناقل سىء النية، ومن أمثلة الحيلة أو الخيانة، تقديم الناقل شهادة مزورة بمسئولية المرسل عن التلف أو التأخير، أو استعمال الناقل للوعود

(١) انظر الدكتور أكثم الحونى، «دروس...»، بند رقم ٩٩.

(٢) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٩٢.

والأكاذيب بغية تفويت مدة التقادم على المرسل إليه أو سرقة عماله البضاعة وادعاء حريقها.

ويلاحظ أنه في رفع المرسل إليه الدعوى بعد الميعاد المنصوص عليه في المادة ٢٧، وجب عليه إثبات أن الناقل أو تابعيه قد ارتكبوا عملاً من أعمال الخيلة أو الخيانة، فالغش لا يفترض ووجب على من يدعيه إقامة الدليل عليه.

وتبدأ مدة سريان التقادم القصير طبقاً لنص المادة ٢٨ «من تاريخ استلام الأشياء أو آخر دفعة منها» ولا شك في انطباق هذا النص على حالات الهلاك الجزئي والتلف والتأخير، أما في حالة الهلاك الكلي فيبدأ سريان هذه المدة من تاريخ اليوم الذي كان يجب أن يتم فيه التسليم^(١).

وينقطع التقادم بأسباب الانقطاع المقررة في القواعد العامة، فينقطع برفع الدعوى وإقرار الناقل بحق صاحب البضاعة في التعويض وبالمسئولية عن فقدانها، ولكن لا يكفي في هذا الشأن مجرد الإقرار بواقعة فقد البضاعة أو التوعد ببحث شكوى المرسل إليه وتحري حقيقة الأمر فيها^(٢)، وإذا انقطع التقادم بإقرار الناقل بدأ تقادم جديد تكون مدته هي مدة التقادم الأول.

وإذا توافرت شروط التقادم وتمسك به الناقل فإنه يكون بمأمن من دعوى المسئولية، ولكن يجوز للناقل دائماً أن ينزل ولو ضمناً عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه، ومثال ذلك أن يعرض الناقل - بعد انقضاء مدة التقادم - تسوية العجز الذي أصاب البضاعة تسوية ودية، أو يناقش مقدار التعويض المستحق للمرسل إليه بعد انقضاء الميعاد^(٣)، ويلاحظ أن التقادم لا يكسب الناقل حقاً جديداً بحيث إذا عثر على البضاعة الضائعة كان عليه أن يردها إلى المرسل إليه لأن التقادم لم يكسه ملكيتها بل اقتصر على تخليصه من المسئولية عن ضياعها^(٤).

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٣٥

(٢) انظر الأحكام المشار إليها في مؤلف الأستاذ الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٩٤

(٣) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٩٤

(٤) انظر الدكتور أكنم الحوي، دروس... بند رقم ١٠٠

المبحث الرابع الوكالة بالعمولة للنقل والتعاقب

● الوكالة بالعمولة للنقل ● النقل المتعاقب

١٣١ لا تتم عملية النقل دائما بواسطة ناقل يسلمه المرسل البضاعة ليسلمها إلى المرسل إليه، بل كثيرا ما يعهد المرسل بإجراء هذه العملية إلى وسيط هو الوكيل بالعمولة للنقل الذي يقوم بالتعاقد مع ناقل أو عدة ناقلين لحساب المرسل دون أن تنشأ علاقة مباشرة بين هذا الأخير والناقلين المتعاقدين معهم، كما أن عملية النقل الواحدة قد تستلزم أحيانا تدخل عدة ناقلين يتعاقبون عليها بحيث يجب تحديد مسئولية كل واحد منهم عن الأضرار التي أصابت البضاعة أثناء عملية النقل، وعليه فإننا سنتناول الوكالة بالعمولة للنقل في الفرع الأول والنقل المتعاقب في الفرع الثاني من هذا المبحث.

الفرع الأول الوكالة بالعمولة للنقل

١٣٢ التعريف بالوكالة بالعمولة للنقل وخصائصها

لقد سبق القول بأن نظام المحكمة التجارية قد عالج عقد الوكالة بالعمولة وعقد النقل في فصل واحد هو الفصل الثالث من الباب الأول تحت عنوان «في الوكيل بالعمولة المعبر عنه بالقومسيون والأمناء المأمورين بنقل الأشياء برا وبحرا»، ولقد انطوت نصوص هذا الفصل على خلط معيب بين عقد الوكالة بالعمولة وعقد النقل، ولعل سبب هذا الخلط يرجع إلى الأهمية الخاصة التي يكتسبها عقد الوكالة بالعمولة عندما يتعلق بالنقل^(١).

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٦٦٩.

ويمكن تعريف الوكيل بالعمولة للنقل وفقا لنصوص نظام المحكمة التجارية بأنه «من يتعاقد باسمه الشخصي مع الناقل لحساب موكله المرسل» (المادة ١٨). والواقع أن هذا التعريف لا يخلو من النقد، لأنه إذا كان صحيحا أن الوكالة بالعمولة تتميز بصفة عامة فإن الوكيل فيها يتعاقد مع الغير باسمه لا باسم موكله. فإن الوكالة بالعمولة للنقل تتميز مع ذلك بأنه يجوز للوكيل فيها أن يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي أو باسم موكله مع احتفاظها في الخاتين بصفتها كوكالة بالعمولة، وذلك لأن الوكالة بالعمولة للنقل لا تقوم على فكرة السرية والاستتار التي تقوم عليها الوكالة العادية بل تقوم على الرغبة من جانب المرسل في تجنب المشاق والحصول على الضمان^(١)، ولذلك فقد جرى العمل على قيام الوكيل بالعمولة في الغالب بتحرير مستند النقل باسم المرسل لا باسمه الخاص.

والوكيل بالعمولة للنقل يجب أن يكون - ككل وكيل بالعمولة - محترفا لهذا النوع من الأعمال وإلا انتفت عنه هذه الصفة، وهو يتمتع بالاستقلال في ممارسته لحرفته ومن ثم تكون له حرية اختيار الوسائل التي يراها مناسبة لتحقيق النتيجة التي التزم بها أمام الموكل وهي إيصال البضاعة إلى الجهة المقصودة وتسليمها إلى المرسل إليه، أما إذا ظل الوكيل خاضعا لتعليمات الموكل فيما يتعلق بكيفية تحقيق هذه النتيجة، فإنه لا يكون وكيلا بالعمولة للنقل بل مجرد وكيل عادي^(٢).

ويتميز الوكيل بالعمولة للنقل عن الناقل، فالناقل يتولى بنفسه تنفيذ عملية النقل، أما الوكيل بالعمولة للنقل فإنه يتعاقد مع غيره لتنفيذ عملية النقل، أي إنه ينفذ عملية النقل بواسطة ناقل، ولذا فإن الوكيل بالعمولة للنقل متى قام بتنفيذ كل عملية النقل بوسائله الخاصة فإنه يفقد هذه الصفة ويصبح ناقلا خاضعا لأحكام عقد

(١) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢١٥، والدكتور أكرم الخولي، الوسيط، ص ٣٢٣.

(٢) انظر في موضوع الوكالة بالعمولة للنقل

النقل وليس لأحكام الوكالة بالعمولة للنقل، ولكن الغالب هو أن يكون الوكيل بالعمولة للنقل ناقلاً في نفس الوقت، فيقوم بنفسه بالمرحلة الأولى من مراحل النقل المتعاقب، ويكون مسئولاً بصفته ناقلاً في هذه المرحلة، ثم يتعاقد مع الناقلين المتتابعين لحساب المرسل. وبذلك يجب المرسل في هذه الحالة التعاقد مع هؤلاء الناقلين المتعاقبين والقيام بالاستلام والتسليم بعد كل مرحلة^(١).

١٣٣ آثار الوكالة بالعمولة للنقل

تنشأ عن عقد الوكالة بالعمولة للنقل ثلاث علاقات متميزة: علاقة بين الموكل والوكيل، وعلاقة بين الوكيل والغير الذي يتعاقد معه وهو الناقل، وعلاقة بين الموكل والغير الذي تعاقد معه الوكيل، أي الناقل.

١٣٤ أولاً: العلاقة بين الموكل والوكيل بالعمولة للنقل

الأصل أن تسرى على هذه العلاقة، فيما يتعلق بحقوق والتزامات الطرفين، الأحكام الخاصة بعقد الوكالة بالعمولة. فيلتزم الموكل بدفع الأجرة أو العمولة ويرد جميع نفقات تنفيذ الوكالة^(٢)، ويتمتع الوكيل بالعمولة للنقل - ضماناً لاستيفاء هذه المبالغ - بحق حسن وحق امتياز على ما يوجد تحت يده من بضائع للموكل على التفصيل المتقدم ذكره بخصوص الوكالة بالعمولة.

(١) انظر رويدبير، وقانون النقل، ص ٤٠٠، بند رقم ٢٨٩ و ٢٩٠ أوريبيرو وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٣٦٦٩ و ٢٦٧٠، الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٤٩٧، الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، بند رقم ١٥٨.

(٢) وتمسح شركات النقل عادة الوكلاء بالعمولة تخفيضات على أحوار النقل المقررة في لوائحها تشجيعاً لهم على التعامل معها، خاصة إذا قاموا بتحصيل كميات كبيرة من البضائع المرسله لنفس الجهة، وقد جرى العمل على أن يحتفظ الوكيل لنفسه بفرق الأجرة، ويجري المحاسبة مع الموكل على أساس أجرة النقل الأصلية لأنها الأجرة التي كان يدفعها الموكل لو أنه لجأ إلى الناقل مباشرة دون وساطة الوكيل، وتحرم بعض التشريعات - كالشريع الكويتي - مثل هذا العمل وتحظر على الوكيل أن يأخذ أجرة نقل من موكله أعلى من الأجرة المتفق عليها مع الناقل. ولكن الفقه يتشكك كثيراً في مدى احترام مثل الحظر في العمل. انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٢١٨.

ويلتزم الوكيل بالعمولة للنقل أساساً بإبرام عقد النقل أو عقود النقل لحساب الموكل. وهو ضامن بحكم القانون تنفيذ عقد النقل الذي يبرمه، خاصة وصول البضاعة إلى الجهة المقصودة سالمة في الميعاد المحدد، وفي هذا تشد الوكالة بالعمولة للنقل عن الوكالة بالعمولة العادية فلا يكون الوكيل ضامناً لتنفيذ العقد الذي يبرمه مع الغير إلا إذا اتفق على الضمان صراحة.

ويستند هذا الضمان في المملكة إلى نص المادة ٢٤ من نظام المحكمة التجارية التي تقرر صراحة أنه «تلتزم الوكيل بالعمولة بإيصال البضائع المسلمة إليه في أجل المهلة المعينة في قائمة الإرسالية، وكل ضرر ينشأ عن تأخيرها يصممه ما لم يكن المانع قاهراً يعجز عن دفعه»، بعد وصولها إليه ما لم يكن في قائمة الإرسالية شرط يدفع عنه الضمان أو كان التلف والضياع بسبب يعجز الوكيل عن دفعه «فهذان النصوص يقرران مبدأ مسؤولية الوكيل بالعمولة للنقل عن التأخير أو الهلاك أو التلف، ومسئولية الوكيل في هذا الشأن لا تختلف في شيء عن مسؤولية الناقل لأن كليهما ملتزم بتحقيق نتيجة ومن ثم يكون للموكل أن يسأل الوكيل بالعمولة للنقل كما لو كان هو الناقل.

ويلاحظ أن مسؤولية الوكيل بالعمولة للنقل لا تقتصر فقط على أفعاله الشخصية كما لو اختار وسيلة نقل بطيئة مما ترتب عليه تأخر وصول البضاعة، أو أهمل التأمين على البضاعة رغم التزامه به، أو لم يهتم بإبداء التحفظ اللازم في حالة تلف البضاعة أو عجزها مما ترتب عليه عدم قبول دعوى المسؤولية الموجهة ضد الناقل، بل تشمل أيضاً الأفعال الصادرة من الوكيل بالعمولة للنقل الذي ينييه عنه في تنفيذ الوكالة ومن الناقل الذي يختاره ويعهد إليه بالنقل. وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٢٠ من نظام المحكمة التجارية على أنه «إذا حوّل الوكيل أو نقل البضاعة والأشياء المسماة أو المرسله له إلى غيره بغير إذن التاجر الأصلي يضمن كل ضرر يحصل بسبب ذلك، أما إذا كان التحويل إلى الوكيل الآخر من نفس التاجر أو بإذنه فلا ضمان عليه».

ولا يستطيع الوكيل بالعمولة للنقل أن يتخلص من هذه المسؤولية قبل الموكل بإثبات خطأ الناقل أو أنه سلم إليه البضاعة بحالة سليمة أو أنه قد أحسن اختياره

ولكن يجوز للوكيل الرجوع على الناقل بما دفعه من تعويض للموكل^(١).

ولكن يُعفى الوكيل بالعمولة من هذه المسؤولية إذا كان الموكل هو الذى اختار الناقل . وهذا أمر منطقي لأن المسؤولية تفترض الحرية فى العمل وتدور مع هذه الحرية وجودا وعدمها، إنما لا يكفى للقبول باختيار الناقل من قبل الموكل أن يكون الوكيل بالعمولة للنقل ملزما من الناحية العملية بالتعاقد مع ناقل معين، وهو ما يحدث كثيرا نظرا لتمتع أغلب الناقلين باحتكار فعلى أو قانونى^(٢).

كما لا يعفى الوكيل بالعمولة للنقل من هذه المسؤولية إذا ثبت أن الهلاك أو التلف أو التأخير يرجع إلى سبب خارجي كالقوة القاهرة أو العيب الذاتى للبضاعة أو خطأ الموكل.

١٣٥ ثانيا: العلاقة بين الوكيل والناقل

وتسرى على هذه العلاقة الأحكام الخاصة بعقد النقل التى تقدم تفصيلها، فيكون للوكيل أن يطالب الناقل بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد النقل المبرم بينهما وبالتعويض عن التخلف فى تنفيذها، كما يكون للناقل بدوره مطالبة الوكيل بأداء أجره النقل وغيرها من المصروفات.

١٣٦ ثالثا: العلاقة بين الموكل والناقل

تقدم أن الأصل فى الوكالة بالعمولة هو ألا تنشأ علاقة مباشرة بين الموكل والغير الذى تعاقد معه الوكيل بالعمولة . ومع ذلك تختلف الوكالة بالعمولة للنقل فى هذا

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥٠٠، وانظر حكم محكمة النقض المصرية فى ٢٢ مارس ١٩٥٦ الذى جاء فيه «إن مصلحة البريد وهى تباشر عملية نقل الرسائل والطرود تعتبر أمينة للنقل حين تقوم بنقلها بواسطة عمالها وسياراتها إلى المرسل إليه إن كان فى نفس بلد المرسل، وتعتبر وكالة بالعمولة حين تستعين بغيرهما فى النقل بأية وسيلة من وسائل النقل برا أو بحرا أو جوا إن كان المرسل إليه فى بلد آخر فى مصر أو فى الخارج» كما جاء فيه «إن مصلحة البريد بوصفها أمينة للنقل ووكالة بالعمولة ضامنة للخطأ الذى يقع ممن تعهد إليهم بنقل الرسائل والطرود، ولا تستطيع بوصفها هذا أن ترفع عن نفسها المسؤولية بخطأ أمين النقل الذى اختارته هى بغير تدخل من صاحب الرسالة أو الطرد» مجموعة أحكام النقض، بند رقم ٧، ص ٣٦٤.

(٢) انظر الدكتور أكثم الخولى، الوسيط، بند رقم ٣٢٥.

الشأن عن الوكالة بالعمولة العادية، حيث استقر الفقه والقضاء على القول بأن للموكل أن يرجع بدعوى مباشرة على الناقل سواء في ذلك أكان الوكيل بالعمولة للنقل متعاقداً مع الناقل باسمه الخاص أو باسم موكله^(١)، ويمكن القول بأن نصوص نظام المحكمة التجارية في المملكة تسمح بقيام مثل هذه العلاقة المباشرة بين الموكل والناقل الذي تعاقد معه الوكيل بالعمولة للنقل: فالمادتان ٢٤ و ٢٥ لا تفرقان من حيث المسؤولية عن التأخير أو التلف أو الهلاك بين الوكيل والناقل، فضلاً عن أن المادة ٢٣ تقرر صراحة إنه يجب أن تتضمن قائمة الإرسالية اسم وشهرة كل من الوكيل والناقل والمرسل إليه وتوقيع المرسل، فالوكالة بالعمولة للنقل بخلاف الوكالة بالعمولة العادية لا تقوم - كما ذكرنا - على فكرة الاستتار والسرية التي تحول دون معرفة الموكل أو المتعاقد مع الوكيل.

وقد تقدم أن الوكيل بالعمولة للنقل ضامن بحكم القانون تنفيذ عقد النقل، ومن ثم فإن المرسل - أو المرسل إليه الذي يأخذ حكم المرسل - يكون له الخيار بين مطالبة الوكيل بالعمولة للنقل أو الناقل بتنفيذ الالتزام المترتبة على عقد النقل وبالتعويض عند التخلف عن التنفيذ.

ويلاحظ أنه يترتب بالمقابل على وجود العلاقة المباشرة بين الموكل والناقل أن يكون لهذا الأخير حق الرجوع مباشرة على المرسل أو المرسل إليه لمطالبته بأجرة النقل أو الباقي منها وبكافة المصاريف التي أنفقها بمناسبة تنفيذ عقد النقل^(٢).

الفرع الثاني النقل المتعاقب

١٣٧ قد تقتضى عملية نقل البضاعة تدخل أكثر من ناقل يتعاقبون عليها، ويحدث ذلك عادة عندما يستلزم الأمر نقل البضاعة بعدة طرق: سيارة - باخرة - سكة

(١) انظر في الأساس الفقاوي هذه العلاقة مباشرة الدكتور أكرم الحوي، الوسيط، ص ١٠٠، سدرقم ٣٢٩ والدكتور على البارودي، المرجع السابق، سدرقم ١٦١، والمرجع المشار إليه في هدي المؤلفين

(٢) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، سدرقم ٢٢٩، والدكتور عمى بوس، المرجع السابق، سدرقم ١٢٩، ص ١٨٢.

حديدية . والنقل المتعاقب وإن اقتضى تدخل عدة ناقلين فإنه يعد مع ذلك عملية واحدة بالنسبة للمرسل أو المرسل إليه ، وبالرغم من أهمية هذا النوع من النقل فلم يتعرض له التقنين الفرنسي بالتنظيم ، ولذلك فقد حاول القضاء الفرنسي تحديد مسؤولية كل واحد من الناقلين المتعاقبين عن التأخير أو الهلاك أو التلف الذي يصيب البضاعة أثناء عملية النقل عن طريق التفرقة بين مركز الناقل الأول ومركز الناقلين المتوسطين ومركز الناقل الأخير .

١٣٨ أولاً : مسؤولية الناقل الأول

لقد استقر الرأي على أن يكون الناقل الأول مسؤولاً قبل المرسل أو المرسل إليه عن الهلاك أو التلف أو التأخير الذي يلحق بالبضاعة في أية مرحلة من مراحل النقل ، أي سواء حصل ذلك في المرحلة التي تولى فيها هذا الناقل شخصياً عملية النقل أو في المراحل التي تمت فيها عملية النقل بواسطة الناقلين الآخرين ، وأساس هذه المسؤولية وفقاً للرأي الراجح هو أن الناقل الأول يعتبر ناقلاً بالنسبة للمرحلة التي قام فيها بتنفيذ عملية النقل بنفسه ووكيلاً بالعمولة للنقل بالنسبة لعملية النقل التي تمت في المراحل اللاحقة ، وقد تقدم أن الوكيل بالعمولة للنقل يكون مسؤولاً عن أفعال الناقلين الذين يختارهم ويعهد إليهم بعملية النقل تطبيقاً لحكم المادة ٢٠ من نظام المحكمة التجارية ، والناقل الأول لا يستطيع أن يتخلص من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أن الهلاك أو التلف أو التأخير يرجع إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المرسل أو العيب الذاتي للبضاعة .

١٣٩ ثانياً : مسؤولية الناقلين المتوسطين

لا يسأل كل واحد من الناقلين المتوسطين إلا عن الهلاك أو التلف أو التأخير الذي يصيب البضاعة خلال المرحلة التي يتولى فيها عملية النقل ، فكل ناقل لا يسأل إلا عن فعله لا عن أفعال أو أخطاء الناقلين السابقين عليه أو اللاحقين له ، لأنه لم يلتزم بنقل البضاعة إلا لمرحلة معينة من الطريق فتقتصر مسؤوليته على هذه المرحلة ولا تتعداها إلى غيرها . ومن ثم يجب على المرسل أو المرسل إليه الذي يرجع على

أحد الناقلين المتوسطين أن يثبت أن الهلاك أو التلف أو التأخير قد حصل أثناء حيازة هذا الناقل للبضاعة، وهو ما يعنى بعبارة أخرى أنه يجب عليه أن يثبت أن هذا الناقل قد تسلم البضاعة في حالة جيدة وفي الميعاد المناسب، ولكنه سببها إلى الناقل اللاحق في حالة سيئة أو بعد الميعاد الواجب مما أدى إلى تأخير وصوله وعندئذ لا يكون أمام مثل هذا الناقل لكى يتخلص من هذه المسؤولية سوى أن يثبت أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المرسل أو العيب الذاتي للبضاعة.

١٤ ثالثاً: مسؤولية الناقل الأخير

استقر القضاء الفرنسى على مبدأ معاملة الناقل الأخير معاملة الناقلين المتوسطين، فقصر مسؤوليته على الهلاك أو التلف أو التأخير الذى يحصل للبضاعة وخلال المرحلة التى يتولى فيها عملية النقل، وذلك خلاف لبعض التشريعات (كالألماني والسويسرى والبلجيكي) التى تقضى بمعاملة الناقل الأخير معاملة الناقل الأول وتقرر مسؤوليته عن الأضرار التى تصيب البضاعة في أية مرحلة من مراحل النقل، وأساس هذا القضاء هو أن الناقل الأخير لا يختلف عن الناقلين المتوسطين إلا من حيث الترتيب. كما أن أيا منهم ليس طرفاً في عقد النقل الأصلي، ومن ثم فلا محل لمعاملته معاملة مختلفة عنهم لمجرد أنه هو الذى يسلم البضاعة.

ولكن القضاء الفرنسى يأخذ برأى معاكس في حالة ما إذا كانت الأجرة مستحقة الدفع عند الوصول. إذ يجوز عندئذ مطالبة بتعويض الضرر اللاحق بالبضاعة أيا كان الناقل الذى تسبب فيه، وأساس ذلك: أن الناقل الأخير في هذه الحالة يطالب المرسل إليه بالأجرة كاملة بصفته أصيلاً بالنسبة خرم الأجرة الحاص بالمرحلة التى تولى فيها عملية النقل وبصفته وكيلاً عن الناقلين السابقين بالنسبة للباقي من الأجرة المستحق عن المراحل السابقة، ومتى كان الناقل الأخير يعس بصفته وكيلاً عن الناقلين السابقين عليه في اقتضاء أجرة النقل فقد أمكن توجيه دعوى المسؤولية إليه عن الهلاك أو التلف أو التأخير بصرف النظر عن المرحلة التى وقع فيها ذلك، ويتعين على الناقل الأخير الوفاء بالتعويض المضمون للمرسل أو المرسل إليه سواء بالأصلالة عن نفسه أو بالنيابة عن غيره من الناقلين السابقين، ويكون هذا

الناقل عندئذ حق الرجوع بما دفعه على الناقل المتسبب في الضرر، كما يكون للمرسل أو المرسل إليه الرجوع على هذا الأخير مباشرة^(١).

(١) انظر في موضوع النقل المتعاقب، الدكتور على يونس، المرجع السابق، بند رقم ١٣٣، والدكتور أكثم الخولي، والوسيط...، بند رقم ٣٠٢ وما يليه، الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥٠١ وما يليه، الدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ١٦٢، الدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ١٤٠، رودبير، وقانون النقل...، بند رقم ٣١١ وما يليه، ريبير وروبيلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٢٤، اسكارا ورووهيبار، المرجع السابق، بند رقم ٩٣٤ وما يليه.

عقد نقل الأشخاص

■ تكوين العقد وإثباته ■ آثار عقد نقل الأشخاص

■ مسؤولية النقل

١٤١ أسوة بالتقنين التجارى الفرنسى لم يضع نظام المحكمة التجارية تنظيم خاصا لعقد نقل الأشخاص بل اقتصر على تنظيم عقد البضائع على التفصيل المتقدم. وإزاء هذا النقص التشريعى وازدياد أهمية نقل الركاب مع تقدم وسائله وكثرة مخاطرها فقد عمل الفقه والقضاء الفرنسيان على سد هذا النقص وأوجدا تنظيم لعقد نقل الأشخاص مسترشدين فى ذلك بالقواعد العامة فى العقود والقواعد المنظمة لعقد نقل البضائع مع إدراكهما لاختلاف محل كل من العقدين حيث إن محل النقل فى عقد نقل البضائع هو الأشياء أو البضائع التى يكون للناقل سيطرة تامة عليها أثناء تنفيذ العقد فى حين أن محل النقل فى عقد نقل الأشخاص، الإنسان، أى كائن حى يتمتع بإرادة حرة وله نشاطه وحركته خلال النقل مما يستوجب مراعاة ذلك خاصة عند تقدير مسؤولية الناقل. وقد نظمت بعض التشريعات العربية الحديثة كالشريع الكويتى واللبنانى والسورى والأردنى عقد نقل الأشخاص تنظيمياً يتفق والطبيعة الخاصة هذا العقد^(١) وقد ظل هذا العقد بالرغم من أهميته دون تنظيم حتى الآن فى المملكة

(١) انظر فى القاسون الفرنسى، وقاسون النقل، ص ٤٠، سدرقه ٣٣٣، وبيليه، وبى التشريعات العربية المدكتور إدوارد عبيد، المرجع السابق، سدرقه ١٤١، وصحاحود ١٨٨-١٩٦ من قانون التجارة الكويتى الجديد

ولذا سوف نستعرض بإيجاز عقد نقل الأشخاص برا من حيث تكوين العقد وإثباته ثم من حيث الآثار المترتبة عليه وأخيرا من حيث مسئولية الناقل الناشئة عنه : أما نقل الأشخاص بحرا وجوا فتخرج عن نطاق دراستنا هنا .

المبحث الأول تكوين العقد وإثباته

١٤٢ عقد نقل الأشخاص هو اتفاق بين شخصين هما المسافر والناقل يلتزم بموجبه الأخير بنقل الأول إلى مكان معين مقابل أجر معلوم، ويتم هذا العقد كسائر العقود الرضائية بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول .

وقد يتم عقد نقل الأشخاص بواسطة وكيل بالعمولة للنقل، وقد يكون هذا الوكيل فردا أو شركة تحترف أعمال الوكالة بالعمولة لنقل الأشخاص وهو ما يعرف في العمل اسم «وكالة السفرات agence de voyages»، أو مكاتب السفرات أو السياحة «bureaux de voyages ou de tourisme» ويقوم الوكيل بالعمولة للنقل هنا - كما في حالة الوكيل بالعمولة لنقل البضائع - بالتعاقد باسمه الخاص أو باسم المسافر بالتعاقد مع الناقل، وقد يؤمن الوكيل بالعمولة للنقل للمسافر أو السائح بالإضافة إلى ذلك استخراج جواز السفر والحصول على التأشيرات اللازمة للدخول إلى البلاد الأجنبية وحجز الأماكن في الفنادق والمسارح ووسائل النقل اللازمة. وتعتبر هذه الالتزامات تابعة للالتزام الأصلي الناشئ عن عقد الوكالة بالعمولة للنقل، ولا خلاف في أنه يجب أن يطبق على الوكالة بالعمولة لنقل الأشخاص القواعد الواردة بشأن الوكالة بالعمولة لنقل البضائع التي تقدم بحثها بما يتفق وطبيعة نقل الأشخاص، ومن ثم يكون الوكيل بالعمولة ملزما تجاه الراكب أو المسافر بذات التزامات الناقل ومسئولا نحوه مسئولية الناقل نفسه^(١).

(١) طرأ الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، ص ٥٠٦، أو الدكتور علي السارودي، المرجع السابق، ص ١٦٨، وللككتور دوارد عيد، المرجع السابق، ص ١٤٢.

وتعتبر الشركات والمؤسسات الحاصلة على امتياز حكومي للنقل ومؤسسة السكك الحديدية في حالة إيجاب دائم بحيث يتم العقد بمجرد قبول المسافر هذا الإيجاب . وذلك متى توافرت في هذا المسافر الشروط اللازمة لاستعمال وسائل النقل ، فإذا اقتضت شروط النقل سبق الحصول على تذكرة النقل قبل الدخول إلى عربات النقل ، فإن العقد لا ينعقد إلا بتسلم التذكرة ، ولكن إذا كان الدخول إلى العربات غير مشروط ، فإن العقد ينعقد بمجرد الدخول في العربة دون أن يتوقف ذلك على دفع ثمن التذكرة^(١) . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن شراء مجموعة من تذاكر النقل مقدما لا يعد إبراما لعقود نقل بعدد الرحلات التي تحوفا هذه التذاكر ، ومن ثم فإنه يجب على حامل هذه التذاكر في حالة زيادة تعريفه النقل دفع الفرق ولا يجوز له السفر بالسعر القديم . وهذا هو نفس مركز من يقوم بشراء طوابع بريدية ثم يرتفع سعرها^(٢) .

ويلاحظ أن عقد النقل غالبا ما يكون من عقود الإذعان لأن الناقل يعرض عن شروط النقل ولا يملك المسافر سوى الإذعان لها حيث لا يكون له حق مناقشتها فهو إما أن يقبلها برمتها أو يرفضها برمتها .

ولا تعتبر في المملكة الكتابة شرطا لصحة عقد النقل أو إثباته ، ومن ثم فإنه يجوز إثبات هذا العقد بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البيعة والقرائن ، ومع ذلك فقد جرى العمل على أن يقوم الناقل بتسليم المسافر تذكرة «Billet» عند قبض الأجرة . وتشتمل هذه التذكرة عادة على أهم شروط العقد كمقدار الأجرة ومكان القيام ومكان الوصول والدرجة (الأولى أو الثانية) ، وهذه التذكرة هي التي يرجع إليها في إثبات عقد النقل ودفع الأجرة على السواء .

والأصل أن التذكرة غير شخصية فيكون حاملها أن يتناول عنها لغيره قبل السفر بمقابل أو بغير مقابل ، إلا أنه إذا لوحظ في منح التذكرة اعتبارات شخصية .

(١) انظر اسكندرا ورووهرير، المراجع السابق، سدرقم ١٠٠٠ و١٠٠١ .

(٢) حكمة محكمة النقض في ٢٢ فبراير ١٩٥٥ ، مشرئبه في مؤلف رويدير، عقود النقل ، ص ٣٤٠ .

كما هو الشأن في الاشتراكات والتذاكر المخفضة التي تمنح للطلاب أو كبار السن . . . فإنه لا يجوز له التنازل عنها.

المبحث الثاني آثار عقد نقل الأشخاص

● التزامات المسافر ● التزامات الناقل

١٤٣ أولاً : التزامات المسافر

الالتزام الرئيسي للمسافر هو دفع الأجرة، والأصل أن يتم تحديد الأجرة وميعاد دفعها بالاتفاق بين الناقل والمسافر، ولكن إذا كان الناقل محتكراً فإنه يعين في لوائحه أجرة النقل وكيفية أدائها ولا يجوز للجمهور مناقشة هذه الأمور^(١).

وإذا كان ميعاد السفر قد حدد مقدماً في تذكرة النقل، وجب على المسافر الحضور إلى العربة قبل البدء في السفر، فإذا تأخر عن هذا الميعاد وفاتته العربة، فلا يكون له حق مطالبة الناقل بتعويضه عن تعطيل سفره^(٢)، وإذا كان قد حجز مكاناً في العربة، فلا يكون له كذلك حق المطالبة برد الأجرة في حالة عدم تمكنه من السفر ما لم تنص لوائح الناقل على خلاف ذلك، ولكن إذا استحال السفر بسبب وفاة المسافر أو مرضه أو غير ذلك من الموانع القهرية، فإن عقد النقل يفسخ، ولا تستحق الأجرة على المسافر، وإذا كان قد دفعها فيكون له - أولورثته - استردادها^(٣).

كما يلتزم المسافر كذلك بمراعاة التعليمات التي تصدر من الناقل والتي تهدف إلى راحة المسافرين وضمان سلامتهم . كوجوب الصعود إلى العربة والنزول منها من الجهات المعينة لذلك، والامتناع عن الوقوف في الممرات وعن الميل من النوافذ أثناء

(١) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١٩٥ .

(٢) انظر اسكارا وروهيبار، المرجع السابق، بند رقم ١٠١٦ .

(٣) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١٩٥ .

سير العربية، وتقديم التذاكر عند الطلب، والامتناع عن إزعاج المسافرين بالغناء أو إلقاء الخطب أو ما شابه ذلك.

وإذا كان الأصل إنه يجوز للمسافر أن يحمل معه من الأمتعة ما لا يتجاوز الوزن أو الحجم المقرر في لوائح الناقل بغير مقابل، فإن ذلك مشروط بالألا يتجم عند ملامسة هذه الأمتعة أوراقتها إزعاج للمسافرين أو إتلاف لأمتعتهم، وإذا تجاوز وزن هذه الأمتعة الحدود المسموح بها التزم المسافر بدفع أجره عن الوزن الزائد^(١).

١٤٤ ثانياً: التزامات الناقل

يمكن القول بأن الناقل يلتزم في مواجهة المسافر بالالتزامات الثلاثة التالية:

١] القيام بعملية النقل في الميعاد المحدد

يلتزم الناقل بأن يقوم بعملية النقل في الميعاد المحدد. فإذا أخل الناقل بتنفيذ هذا الالتزام وتأخر وصول المسافر عن الميعاد كان الناقل مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي يصيب المسافر بسبب هذا التأخير.

وإذا حصل تأخير أثناء الطريق ولو بقوة القاهرة، وجب على الناقل أن يبذل كل ما يمكنه لإيصال المسافر في الميعاد المحدد أو بأقل تأخير ممكن ولو استعان بوسيلة أخرى للنقل وإلا كان مسؤولاً في مواجهة المسافر.

٢] مراعاة راحة المسافر

يلتزم الناقل بأن يوفر للمسافر مكاناً في الدرجة الميئة في التذكرة، ولا يجبر المسافر على الركوب في درجة أدنى منها وإلا كان الناقل مسؤولاً عن تعويض

(١) انظر الدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ١٧٠، انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥٠٩. والدكتور على جمال الدين عوض والدكتور سمير الشرقاوي، المرجع السابق، بند رقم ١١٦، والدكتور على يوسف، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٥، والدكتور دبور عبد، المرجع السابق، بند رقم ١٥١.

المسافر، وإذا اضطر المسافر إلى الانتقال إلى درجة أدنى بسبب الازدحام، جازله استرداد فرق الأجرة فضلا عن التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابه.

وإذا حصل الناقل من المسافر على أجر إضافي نظير توفير بعض وسائل الراحة - كتكييف هواء مثلا - كان على الناقل أن يهيء للمسافر هذه الوسائل وإلا ألزم بالتعويض^(١).

٣ ضمان سلامة المسافر

استقر الرأي في القضاء والقانون المقارن أخيرا على أن الناقل يلتزم بمقتضى عقد النقل بضمان سلامة المسافر بوضوله إلى الجهة المقصودة سليما معافى Sain et Sauf. فإذا وقع حادث في الطريق ترتب عليه وفاة المسافر أو إصابته بجروح أو بأي ضرر آخر، كان الناقل مسئولاً عن تعويض الضرر الناشئ عن ذلك، وتستند هذه المسؤولية إلى عقد النقل ذاته، وهي تقوم على افتراض انصراف إرادة المتعاقدين الضمنية إلى تحميل الناقل هذا الالتزام وأنه لولا التزام الناقل بذلك لما أقدم المسافر على إبرام عقد النقل.

والتزم الناقل بضمان سلامة المسافر هو التزام بنتيجة وليس التزاما بوسيلة، ومعنى ذلك أن الناقل يلتزم بتحقيق غاية معينة هي وصول المسافر سليما معافى إلى جهة الوصول. فإذا أصاب المسافر ضرر أثناء تنفيذ عملية النقل، اعتبر الناقل مخلّا بتنفيذ التزامه لأنه لم يحقق النتيجة المطلوبة ولا يعفيه من المسؤولية أن يثبت أنه بذل العناية اللازمة من أجل توصيل المسافر سالما، ولكن يكون للناقل التخلص من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر الذي أصابه المسافر يرجع إلى السبب الخارجي كالقوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المسافر^(٢).

(١) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ١٩٨.

(٢) انظر في يتعلق بالالتزام بضمان سلامة المسافر وديبر، «قانون النقل...»، بند رقم ٣٤٨ وما يليها، الدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ١٤٧، الدكتور علي بوس، المرجع السابق، بند رقم ١٩٨، الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥١٠، الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، بند رقم ١٧٢ وما يليه، الدكتور أكثم الخولي، الوسيط...، بند رقم ٣٣٤ وما يليه.

المبحث الثالث مسئولية الناقل

● القوة القاهرة ● فعل الغير ● خطأ المسافر

١٤٥ تقدم أن مسؤولية الناقل في مواجهة المسافر تعتبر مسؤولية تعاقدية تستند إلى عقد النقل المبرم بينهما، ومن ثم يلتزم الناقل بتعويض المسافر أو ورثته عن الأضرار الناشئة عن إخلاله بالتزاماته السابقة، كما إذا تأخر وصول المسافر عن الموعد المحدد. أو كما إذا لم يوفر الناقل للمسافر مكاناً في الدرجة المبينة في التذكرة أو لم يراع راحة المسافر، أو كما إذا لم يصل المسافر سالماً إلى الجهة المقصودة نتيجة إصابته بضرر بدني أو أدبي، ومن النادر عملاً أن يقيم المسافر دعوى على الناقل بسبب عدم مراعاة المواعيد أو عدم مراعاة راحة المسافر، وسبب ذلك يرجع أحياناً إلى جهل المسافرين بحقوقهم وأحياناً إلى نفورهم من إجراءات التقاضي، بالإضافة إلى أن الضرر الذي يصيبهم في مثل هذه الحالات يكون عادة طفيفاً لا يشجع على طلب التعويض، لذا فانعالت في العمل هو أن تقام الدعوى على الناقل بسبب إخلاله بالتزامه بصحاح سلامة المسافر^(١).

١٤٦ ويترتب على اعتبار مسؤولية الناقل من قبيل المسؤولية التعاقدية في العقود المقارن نتيجة بالغة الأهمية وهي أنه يكفي أن يثبت المسافر وقوع الضرر حتى يفترض خطأ الناقل وعلاقة السببية من هذا الخطأ والضرر الذي أصاب المسافر، ولا يستطيع الناقل عندئذ أن يتخلص من هذه المسؤولية بإقامة الدليل على أنه لم يرتكب خطأً بل عليه - متى أراد نفي مسؤوليته - أن يثبت أن الضرر الذي لحق المسافر إنما يرجع إلى السبب الخارجي كالقوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المسافر.

(١) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢٠٠، الدكتور عيسى جمال الدين عوض، والدكتور محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص ١٢١.

١] القوة القاهرة

هي الحادث الذي لا يمكن توقعه ولا دفعه على التفصيل المتقدم عند دراسة حالات الإعفاء من المسؤولية بالنسبة لناقل الأشياء أو البضائع .

٢] فعل الغير

ويشترط في فعل الغير الذي يعفى الناقل من المسؤولية ألا يكون في وسع الناقل توقعه ولا دفعه كالقوة «القاهرة تماماً»، ومثال ذلك أن يعتدى مسافر على آخر أثناء السفر أو يدفعه فيسقطه من السيارة، أما إذا كان فعل الغير مما يمكن توقعه فإنه لا يعفى الناقل من المسؤولية، لأن الناقل يكون عندئذ قد أخطأ بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوعه، وتطبيقاً لذلك حكم بأنه إذا تراحم الركاب وتدافعوا للصعود إلى العربة أو النزول منها فترتب على ذلك إصابة بعضهم بجروح، كان الناقل مسئولاً إذا كان في إمكانه توقع هذا التراحم والعمل على تلافيه . كما حكم كذلك بمسئولية الناقل عن جرح أحد المسافرين بسبب انفجار كمية من البارود كان يحملها مسافر آخر لأن الناقل قد أخطأ في السماح بإدخال هذه المواد إلى أماكن المسافرين وبترك القطارات مزدحمة مما زاد في جسامه الحادث^(١).

ولكن لا يعتبر من قبيل فعل الغير ما يصدر عن عمال ومستخدمى الناقل، لأن الناقل مسئول عن أفعال تابعيه، أى الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد النقل .

٣] خطأ المسافر

ولا يترتب على خطأ المسافر إعفاء الناقل من المسؤولية كلية إلا إذا كان هذا الخطأ هو الذى تسبب في إحداث الضرر بكامله، أما إذا اجتمع خطأ المسافر مع خطأ

(١) انظر فيما يتعلق بالتطبيقات القضائية لفعل الغير - الأحكام المشار إليها في مؤلف رودبير، وقانون النقل . . . ، ص ٣٥٧-٣٥٩، ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٤١، والدكتور أكثم الخولى، الوسيط . . . ، ص ٣٩٣-٣٩٤.

الناقل، فإن الناقل يكون مسئولاً عن تعويض الضرر بنسبة الخطأ الذي وقع منه ومثال الحالة الأولى أن يلقي المسافر بنفسه من العربة أثناء السير فيموت أو يصاب بجروح، أو ينزل المسافر من القطار من الجانب الآخر فيدمه قطار آخر. ومثال الحالة الثانية أن يصعد المسافر إلى القطار بعد تحركه ولكن في غير المكان المعد له فيجبره عمال الناقل على الانتقال إلى العربة التي بها مكانه رغم صعوبة هذا الانتقال فيصاب المسافر أثناء هذا الانتقال إذ كان يجب على عمال الناقل في هذه الحالة إما أن يؤخروا قيام القطار ببعض الوقت حتى يتمكن المسافر من الصعود إلى مكانه وإما أن يمنعوه من الصعود أصلاً ما دام القطار قد تحرك^(١).

ويلاحظ أنه لا يجوز الرجوع إلى الناقل بالمسئولية العقدية إلا إذا أبرم عقد نقل بين الناقل والمسافر على التفصيل المتقدم. ومن ثم فلا محل للرجوع على الناقل بالمسئولية العقدية إذا لم يوجد مثل هذا العقد كما إذا تسلل المسافر إلى العربة بغير علم الناقل أو تجاوز المسافر محطة الوصول الميمنة في تذكرته، أو كان النقل مجانياً أو تفضلياً Transport bénévol. ولكن لا يعتبر من قبيل النقل المجاني نقل العمال من المدينة إلى مقر العمل أو العكس، أو نقل نزلاء الفندق من المطار إلى الفندق أو العكس، لأن الأجرة في مثل هذه الحالات تكون محل اعتبار عند تحديد أجر العامل أو أجرة الفندق^(٢).

وقد استقر الرأي على أن المسئولية العقدية لا تبدأ من وقت إبرام العقد بين الناقل والمسافر وإنما من الوقت الذي يبدأ فيه تنفيذ العقد، وهذا التنفيذ يبدأ في النقل بالسكك الحديدية من وقت دخول المسافر بناء على تذكرة السفر إلى المكان المخصص للمسافرين الحاملين للتذاكر، وفي وسائل النقل الأخرى التي لا يشترط فيها الحصول على التذكرة مقدماً كما في النقل بالأتوبيس يبدأ التنفيذ من الوقت الذي يهيم فيه المسافر بصعود العربة، ولا تنتهي هذه المسئولية بوصول المسافر إلى

(١) انظر الأحكام المشار إليها في مؤلف الدكتور أكتنه الخولي، الوسيط، ص ٣٩٢ والدكتور دوير عيد، المرجع السابق، ص ٤٠٢-٤٠٤، رودبير، وقانون النقل، ص ٣٥٧، ريبير وروسو،

المرجع السابق، بند رقم ٢٤٧١

(٢) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٢.

المكان المقصود دائماً بخروجه، في حالة النقل بالسكك الحديدية، من المنطقة المخصصة للمسافرين وبمغادرته العربة في حالة وسائل النقل الأخرى^(١).

ويكاد ينعقد الإجماع في الفقه والقضاء على بطلان كل شرط يقضى بإعفاء الناقل من المسؤولية أو بتحديد مسؤوليته عما يصيب المسافر من أضرار بدنية، رغم عدم وجود نص صريح في هذا الشأن في معظم الدول، وذلك استناداً إلى المبدأ العام الذي يقضى بأن حياة الإنسان وسلامته الشخصية هما فوق كل اتفاق، ومن ثم فإنه لا يجوز للناقل الذي يلتزم بموجب عقد النقل بضمان سلامة المسافر أن يتحلل من هذا الالتزام بإدراجه شرطاً فيه ينفي عنه التبعة أو يحددها^(٢). ولكن يجوز للناقل أن يشترط الإعفاء من المسؤولية أو تحديد مسؤوليته عن الأضرار التي لا تصيب المسافر في بدنه، كالأضرار غير البدنية مادية كانت - أي التي تصيب المال كالأمتعة - أو أدبية، والأضرار الناشئة عن التأخير، إذ ليس في هذه الشروط ما يمس سلامة الإنسان وكيانه الشخصي^(٣).

ويلاحظ أخيراً عدم خضوع المسؤولية الناشئة عن عقد نقل الأشخاص للدفع بعدم القبول أو للدفع بعدم سماع الدعوى المنصوص عليهما في المادة ٢٧ من نظام المحكمة التجارية إذ أن أحكام هذه المادة هي أحكام خاصة بعقد نقل البضائع، فلا يجوز القياس عليها ولا التوسع في تفسيرها، وإنما تسرى على هذه الدعوى الأحكام العامة في التقادم^(٤).

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٤٠ والأحكام المشار إليها في نفس المؤلف، الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥١١، الدكتور علي بونس، المرجع السابق، بند رقم ٢٠١، الدكتور أكرم الخولي والوسيط...، بند رقم ٣٣٩، الدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ١٤٧، وقارن الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٤.

(٢) انظر الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، بند رقم ١٧٨، ولنفس المؤلف القانون التجاري اللساني، بند رقم ١٤٠، والدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ١٥٠، اسكار اورو وهيمار، المرجع السابق، بند رقم ١٠٤٠، وقارن رودير، قانون النقل...، بند رقم ٣٦٦ والأحكام التي أشار إليها، وكذلك ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٤٣.

(٣) انظر المادة ١٩١ من قانون التجارة الكويتي الجديد.

(٤) ويؤخذ بنفس هذا الرأي في القانون الفرنسي والمصري، انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٤٠، والدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥١١.

عمليات البنوك

- مقدمة عامة
- الباب الأول : الحسابات المصرفية
- الباب الثاني : عمليات الإيداع المصرفي
- الباب الثالث : عمليات الإئتمان المصرفي

مقدمة عامة

١٤٧ كانت البنوك في البداية مجرد تجار نقود، تقتصر وظيفتهم على القيام بعمليات الصرف اليدوى، ولكن البنوك ما لبثت أن تحولت إلى تجار ائتمان، تتلقى الودائع النقدية من أصحاب رؤوس الأموال وجمهور المدخرين الذين وثقوا بها واطمأنوا إليها وتقرضها بدورها إلى التجار وأرباب الصناعة ومختلف المشروعات الاقتصادية في البلاد بضمانات أو بغير ضمانات حسب خبرتها ومعرفتها بظروف المقترضين وملائمتهم المالية.

والبنوك وإن كانت لا تتولى الإنتاج مباشرة، إلا أنها تسهم في تنشيط الإنتاج وتداول وتوزيع الثروات من خلال عمليات الائتمان التي تقوم بها، وهي تعمل كوسيط بين المدخرين والمستثمرين والمقرضين، إذ عن طريقها يتم تحويل المدخرات من رأس مال نقدي خامل إلى رأس مال عامل منتج للربح، والبنوك تحرص دائما على تحقيق التوازن بين العرض والطلب في تجارة النقود، ولذا فهي تعتبر بمثابة المنظم لسوق الائتمان^(١).

وتضطلع البنوك بوظيفتها الاقتصادية في توزيع الائتمان من خلال مجموعة من العمليات المختلفة والمتنوعة والتي اصطلح على تسميتها «بعمليات البنوك»، وهي تتمثل في قبول الودائع النقدية، والتحويل المصرفي، والوفاء بالشيكات، وفتح

(١) Hamel (J). Lagarde (G) et Jauffret (A.) *Traité de droit commercial* Paris, Dalloz, 1966. (١) T 2. No 1537.

الاعتسادات والكفالة، وخصم وتحصيل الأوراق التجارية، والعمليات على الأوراق المالية، والعمليات على السندات المثلثة للبضائع، وعمليات شراء وبيع العملات الأجنبية، وتأجير الخزائن الحديدية.

وقد تحولت البنوك في العصر الحديث من مؤسسات فردية ذات رؤوس أموال محدودة إلى شركات مساهمة عملاقة ذات فروع في مختلف البلدان أقلقت السلطات العامة بقوتها ومحاولتها التحكم في الإنتاج والسيطرة على الحكم، ولذا اهتمت الدول بالسيطرة على البنوك عن طريق تأميمها أو تأميم بعضها مع إخضاع البعض الآخر لإشرافها ورقابتها.

وتعتبر البنوك من مستلزمات الاقتصاد الحديث أيا كان النظام الاقتصادي الذي تدين به الدولة، فهي تعتبر الجهاز الفعال الذي يؤثر على اقتصاد البلاد سواء في النظام الرأسمالي أو النظام الاشتراكي، كما أن عمليات البنوك في النظامين لا تختلف من حيث الطبيعة وإنما من حيث الغاية والهدف^(١).

كما تقوم البنوك في الوقت الراهن على فكرة التخصص حيث يوجد - إلى جانب البنوك التجارية أو بنوك الودائع التي تتخصص في قبول الودائع والأقراض لأجل قصير - بنوك الأعمال التي تتخصص في الإقراض لتأسيس المشروعات الجديدة، أو تنمية المشروعات القائمة، والبنوك العقارية التي تقوم بالإقراض لأجل طويل بضمان عقارى، والبنوك الزراعية التي تمنح القروض للمزارعين، كما يأتي على رأس البنوك التجارية بنك البنوك أى البنك المركزى - والذي يطلق عليه في المملكة اسم مؤسسة النقد - الذي يصدر أوراق النقد المتداولة ويشرف على الائتمان المصرفي بكامله في الدولة.

١٤٨ تطور البنوك التجارية في المملكة

عرفت المملكة بعض النماذج البسيطة لعمليات البنوك التجارية خلال الحرب

(١) انظر في المقارنة بين دور البنوك في الأنظمة الاقتصادية المختلفة، أستاذنا المرحوم الدكتور محمد حسنى عباس وعمليات البنوك...، القاهرة، ١٩٦٨ وذلك في التمهيد الذى صدر به الكتاب.

العالمية الأولى على يد المؤسسة البريطانية المعروفة باسم «جياتى وهانكى وشركهم المحدودة - السودان»، وقد أسس في جدة عام ١٩٢٦ أول بنك في المملكة باسم «الجمعية التجارية الهولندية» وقد كان اهدف من هذا البنك هو تقديم التسهيلات للحجاج القادمين من أندونيسيا، وكان هذا البنك يمارس أعماله إلى جانب الصيرفة الذين كانوا يقومون بنفس دور البنوك فيما يتعلق باستبدال العملات.

ومنذ عام ١٩٤٨م بدأت البنوك الأجنبية في افتتاح فروع لها في المراكز التجارية الرئيسية في كل من جدة والمنطقة الشرقية، وقد كان «البنك الفرنسي لنهند الصينية» أول بنك يفتح له فرعاً في المملكة، كما أسست في نفس العام «شركة الكعكي والمحفوظ» لتتولى معظم العمليات الحكومية المحلية.

وقد ازدهرت البنوك التجارية في المملكة في السنوات الأخيرة بفضل التوسع في النشاط الاقتصادي، وازدياد الحاجة إلى الخدمات المصرفية فقد ارتفع عدد البنوك من ثلاثة عام ١٩٤٨ إلى اثني عشر بنكا تمتلك ٥٣ فرعاً عام ١٩٦٥م^(١).

وبالرغم من استمرار ازدياد عدد البنوك التجارية العاملة في المملكة فإن الوضع لم يكن يخلو من الغرابة إذ كانت غالبية هذه البنوك في حقيقتها فروعاً لبنوك أجنبية، ولم يكن يوجد في المملكة قبل عام ١٣٩٤هـ سوى بنكين وطنيين هم البنك الأهلي التجاري وبنك الرياض.

ولهذا فقد حرصت مؤسسة النقد على وضع برنامج «السعودة» للبنوك الأجنبية وقد حظى هذا البرنامج بتأييد وتدعيم الحكومة، كما صدرت موافقة المقام السامي على جميع عقود وأنظمة البنوك المسعودة.

وقد اعتمدت المؤسسة في بداية برنامج السعودة أسلوب الإقناع مع بعض البنوك الأجنبية موضحة مزايا تحويل هذه البنوك إلى شركات مصرفية وطنية مساهمة

(١) انظر المراجع التي أشار إليها سيد محمد حامد ترجمة حسين ياسين ونظير النظم اسكى مركزى في المملكة العربية السعودية، إدارة البحوث والاستشارات، معهد إدارة العامة، الرياض، ١٣٩٩، ص ٣٢ و٣١.

ذات رأس مال مشترك، إذ أن ذلك سيشجع لها فرصة التوسع في أعمالها عن طريق زيادة فروعها، وبالتالي زيادة القاعدة الرأسمالية لها، وزيادة حجم ودائعها ونشاطها بشكل عام تمثيا مع النهضة الاقتصادية الكبيرة التي تعيشها المملكة في برامج التنمية الاقتصادية والاجتماعية. فضلا عن السماح لهذه البنوك بقبول ودائع الأجهزة الحكومية التي كانت - كسياسة عامة - مقصورة على البنوك الوطنية، والاستفادة من ميزة الإعفاء من الضريبة في الحدود التي ينص عليها نظام استثمار رأس المال الأجنبي وهي خمس سنوات.

ولقد وجد هذا الأسلوب تجاوبا كبيرا من بعض البنوك وخاصة البنك الأهلي الباكستاني وبنك هولندا العام^(١).

ومن ثم بدأ برنامج «السعودة» يتبلور في شكل أهداف وطنية الغرض منها فتح المجال للرأسمال الوطني للمساهمة في مؤسسات قائمة ومنظمة وتحقق عائدا جيدا، بخلاف المؤسسات الجديدة التي تتطلب بعض الوقت لتنظيمها وإدارتها. وتعرض لكثير من المخاطر لحين ثباتها ونجاحها. وتحقيقا للأهداف الوطنية، فقد وضعت المبادئ الرئيسية لبرنامج السعودة في شكل سياسة عامة يجب مراعاتها من قبل كافة البنوك العاملة في المملكة.

ومن أهم المبادئ التي يقوم عليها هذا البرنامج مبدأ المشاركة في رأس المال الذي بمقتضاه يساهم الجانب السعودي بنسبة ٦٠٪ من رأس مال البنك. والجانب غير السعودي بنسبة ٤٠٪ على أن يقسم رأس المال إلى أسهم وأن تطرح أغلبية الأسهم المخصصة للجانب السعودي للاكتتاب العام، كما يجب مراعاة هذه النسبة دائما وبالنسبة لكافة البنوك، ومن ثم يجب أن يحتفظ الجانب السعودي بنسبة ٦٠٪ حتى في حالة زيادة رأس المال في المستقبل^(٢).

(١) وقد تم تحويل الأول عام ١٣٩٥هـ باسم بنك الحريرة، والثاني عام ١٣٩٧هـ باسم البنك السعودي الهولندي.

(٢) أما المبادئ الأخرى التي ارتكز عليها برنامج السعودة فتتلخص فيما يلي:
المؤسس السعودي: يجب مراعاة عدم تملك أي مؤسس لأكثر من ١٠٪ من أسهم رأس المال.
تقويم أصول وخصوم البنك: يجب أن يتم تقويم أصول وخصوم البنك قبل تأسيس البنك السعودي =

وتطبيقاً لهذا البرنامج تم بالفعل تحويل فروع البنوك الأجنبية إلى شركات مصرفية وطنية مساهمة يشارك رأس المال السعودي الخاص بغالبية الأسهم، وأصبح عدد البنوك التجارية السعودية عام ١٤٠٠هـ تسعة بنوك تمتلك ١٨٨ فرعاً تنتشر في جميع أرجاء البلاد. ومن المتوقع أن يشهد هذا العام «سعودة» آخر ثلاثة فروع بنوك أجنبية في المملكة، وهي بنك مللي إيران، والبنك الباكستاني المتحد، وبنك لبنان والمهجر. وعلى عكس ما جرى بالنسبة للبنوك الأجنبية التي تمت «سعودتها» في الماضي، يبدو أن النية تتجه في مؤسسة النقد إلى عدم «سعودة» البنوك الثلاثة كل بمفرده بل تأسيس وحدة مصرفية كبيرة وذلك بدمج الفروع الثلاثة وتقديمها كحصة في بنك تجاري جديد^(١).

وقد بلغت الميزانية الموحدة للبنوك التجارية العاملة في المملكة في نهاية سنة ١٣٩٩-١٤٠٠هـ ٦٥,٥١١ مليون ريال، كما بلغ حجم الودائع الإجمالية لدى

= الأحمى المشترك بواسطة مراجعين قانونيين معتمدين، أحدهم يمثل مؤسسين ويتم اختياره من طرفه المؤسسين السعوديين والبنك الأحمى، والآخر تختاره المؤسسة وتتحمّل أتعافه أعضاء مجلس الإدارة: يتكوّن مجلس الإدارة من ١٠ أعضاء، على أن يمثل ٦ أعضاء جانباً سعودياً، ٤ أعضاء الجانب غير السعودى، مع مراعاة أن يكون رئيس مجلس الإدارة سعودياً، وعصو مجلس الإدارة المنتد من الجانب الغير السعودى. ويكون هناك خطة تنفيذية من مجلس إدارة تتولى تصريف شؤون البنك اليومية، وتكون هذه الخطة من خمسة أعضاء من مجلس الإدارة، ثلاثة منهم يمثلون جانباً السعودى وأثنان يمثلان الجانب غير السعودى، مع مراعاة أن يكون التصويت في مجلس إدارة أو انتخابه التنفيذية على أساس الأغلبية.

اتفاقية الإدارة الفنية: يقوم الجانب غير السعودى بتقديم الإدارة الفنية لمدة ٨ سنوات قابلة لتجديد بقرار من مجلس الإدارة، وتتضمن الإدارة الفنية ثلاث مهام:

- ١- يوفر الجانب غير السعودى خدمات مدير عام البنك من ذوي الخبرة السكّية
 - ٢- يتم اختيار نائب للمدير العام من السعوديين
 - ٣- يقدم الجانب غير السعودى كافة التسهيلات المصرفية التي تتطلبها أعمال البنك محلياً ودولياً، كما يتولى هذا الجانب تدريب السعوديين في داخل البنك أو خارجه
- وبما تحذر ملاحظته أن جميع المعلومات الخاصة «سعودة» البنوك، وإيرادة أعلاه، تصدرها - حسب ما نعلم - أي قرار رسمي حتى يمكن الإشارة إليه، ولقد حصلت عليها بصفة شخصية، فسعى فهمها في هذا الإطار وتعيد فيمنه على هذا الأساس، وبالأحرار الذين أمدوا هذه المعلومات بشكر والتقدير.

(١) وربما يطلق على هذا البنك الجديد اسم «البنك التجارى السعودى متحد»، نظراً إلى هذا الموضوع مجلة «الاقتصاد والأعمال» التي تصدر في بيروت، العدد ٣٤، يناير ١٩٨٢، ص ٢٤ و٢٥.

البنوك خلال عام ١٣٩٩-١٤٠٠هـ ٤٧, ٤٧٠ مليون ريال، أما حجم الائتمان المصرفي الممنوح للقطاع الخاص من البنوك التجارية في شكل سلف وقروض وتسهيلات خصم واستثمارات فقد بلغ خلال نفس الفترة ٢٩, ٢٤٠ مليون ريال^(١).

ومن ناحية أخرى، فقد اهتمت الدولة بمراقبة نشاط البنوك التجارية العاملة في المملكة، وإذا كان تدخل الدولة قد بدأ بطيئا وبشكل غير مقنن^(٢) فإنه قد انتهى بصدور ما يعرف اليوم باسم «نظام مراقبة البنوك» بموجب المرسوم الملكي رقم ٥ وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٢هـ الذي حدد بوضوح شروط العمل للبنوك التجارية في المملكة، وأخضع هذه البنوك في نفس الوقت هيمنة وإشراف مؤسسة النقد العربي السعودي^(٣).

(١) انظر التقرير السنوي لمؤسسة النقد لعام ١٤٠٠ (١٩٨٠) ص ٤٤ وما يليها

(٢) في هذا المعنى الدكتور حضير النهر «مذكرات في اقتصاديات العمود والبنوك» الرياض، ١٣٩٩هـ، ص ٦٦-٦٧، وانظر أيضا في تطور رقابة الدولة على أعمال البنوك في المملكة سيد محمد حماد، المرجع السابق، ص ٣٤-٣٦، ٧٥.

(٣) وقد حددت المادة الأولى من هذا النظام المقصود باصطلاح بنك بأنه «التحصيل الطبيعي أو الاعتراف الذي يراون في المملكة أي عمل من الأعمال المصرفية بصفة أساسية» وحظرت المادة الثانية على أي شخص طبيعي أو اعتباري غير مرخص له أن يراون في المملكة أي عمل من الأعمال المصرفية بصفة أساسية، واشترطت المادة الثالثة لمنح الترخيص لبنك وطني أن يتخذ البنك شكل شركة المساهمة، والابتقال رأس ماله المدفوع عن ٢,٥ مليون ريال، وأن يكون مؤسسوه وأعضاء مجلس إدارته حسنى السمعة، وأن يوافق وزير المالية على نظامه الأساسي. ونصت المادة السادسة على أنه لا يجوز أن تزيد التزامات البنك من الودائع على ١٥ مثلا من مجموع احتياطياته ورأس ماله المدفوع وإذا زادت التزامات الودائع على هذا القدر، وجب على البنك خلال شهر إما أن يزيد رأس ماله واحتياطياته إلى الحد المقرر، وإما أن يودع لدى مؤسسة النقد ٥٠٪ من المبلغ المراد، كما بينت المادتان التاسعة والعاشر الأعمال التي يحظر على البنوك القيام بها كالفروض ضمان أسهمه، أو القروض بغير ضمان أو منح التسهيلات الائتمانية لأعضاء مجلس الإدارة أو مراقبي الحسابات أو بعض المؤسسات التي يكون هؤلاء علاقة بها أو لموظفي البنك، أو الاشتغال بتجارة الجملة أو التجزئة، أو شراء أسهم بنك آخر يعمل في المملكة بدون موافقة مؤسسة النقد، أو امتلاك أسهم أية شركة مساهمة في المملكة تزيد قيمتها على ١٠٪ من رأسها المدفوع وبشرط ألا تتجاوز القيمة الاسمية هذه الأسهم ٢٠٪ من رأسها المدفوع واحتياطياته، أو امتلاك العقارات أو استثمارها إلا إذا كان ضروريا لإدارة أعمال البنك، أو لسكنى موظفيه، أو لتزويدهم، أو وفاء لئسك قبل العير أما فيما يتعلق بعلاقة البنوك التجارية بمؤسسة النقد فقد استلزمّت المادة الحادية عشرة ضرورة الحصول على موافقة خطية من المؤسسة في حالة رغبة البنك في تعديل رأسه أو الاندماج، أو المشاركة في نشاط بنك آخر، أو أية مسألة تراون الأعمال المصرفية، أو امتلاك أسهم في شركة مؤسسة في الخارج، أو افتتاح فروع جديدة، أو التوقف عن مرونة الأعمال المصرفية، كما فرضت المادة الرابعة عشرة على البنك أن يرسل إلى المؤسسة بيانا موحد =

١٤٩ النظام القانوني لعمليات البنوك

أسوة بتقنين التجارة الفرنسي والتقنينات المأخوذة عنه أغفل نظام المحكمة التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٢ وتاريخ ١٥ محرم ١٣٥٠ هـ الذي يعتبر بمثابة تقنين التجارة السعودي، تنظيم عمليات البنوك، ويفسر الشراح عادة سبب هذا الإغفال بأن البنوك لم تكن لها وقت وضع التقنين التجاري الأهمية التي تحتلها في الوقت الحاضر، إذ كادت وظيفتها تقتصر آنذاك على عمليات الصرف وتجارة القود، ولم يدر بخلد المشرع أنها ستكون في يوم ما عماد الاقتصاد القومي في البلاد^(١).

وبخلاف التقنين التجاري الفرنسي الذي يقرر صراحة في المادة ٦٣٢ إضفاء الصفة التجارية بحكم القانون على جميع أعمال البنوك، فقد اكتفى نظام المحكمة التجارية في الفقرة ج من المادة الثانية منه على تقرير تجارية أعمال «الصرافة» ولم يذكر شيئاً عن أعمال البنوك. ومع ذلك فقد انتهينا في مؤلفنا في القانون التجاري السعودي إلى أن الفقرة ج من المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية ليست إلا ترجمة خاطئة للفقرة الخامسة من المادة ٦٣٢ من تقنين التجارة الفرنسي، ومن ثم فإنه يجب أن تفسر أعمال «الصرافة» الواردة في النص المذكور على أساس أنها تشمل أعمال البنوك، وهو ما يعنى بعبارة أخرى أن أعمال البنوك تعتبر في المملكة أعمالاً تجارية بحكم النص المذكور^(٢).

وعمليات البنوك تعتبر تجارية دائماً بالنسبة للبنك، أما بالنسبة لعميل البنك فهي مدنية ولا تكتسب الصفة التجارية إلا إذا توافرت فيها شروط العمل التجاري بالتبعية، وهو ما يقتضى أن يكون العميل تاجراً قام بالعملية خدمة تجارته. بناءً على

= عن مركزه المالي، واستمرت المادة الثالثة عشرة إرسال صور من تقرير مراقبي الحسابات وصور من تقرير السوي لإدارة البنك إلى المؤسسة. وحرصت المواد السادسة عشر وما يليها على الاعتراف للمؤسسة سلطات واسعة في مواجهة البنوك التجارية في مجال القروض وما يقدمه عنها من صحتات فضلاً عن حفظه في التقنين على هذه البنوك وفي إيقاف أو عزل أي عضو من أعضاء مجلس إدارة بنك وأي من موظفيه في حالات معينة.

(١) أستاذنا الدكتور محسن شفيق في «الوسيط» ص ٣٠٣، ١٩٦٢، ص ٤٠٣، مشار إليه في مؤلف الدكتور

عبي حمل الدين عوض وعمليات البنوك ص ٨، سدر رقم ٨

(٢) انظر مؤلفنا في القانون التجاري السعودي، عمدة شؤون مكنت، جامعة نرباص، ١٤٠٢، سدر رقم

ذلك فإن البنك يكتسب صفة التاجر لأن موضوعه هو القيام بأعمال تجارية، ومن ثم فهو يلتزم بما يلتزم به سائر التجار.

وبلاحظ مع ذلك أن نظام مراقبة البنوك في المملكة قد حرص في المادة الأولى منه على بيان المقصود باصطلاح عمليات البنوك أو العمليات المصرفية بأنها «أعمال تسلم النقود كودائع جارية أو ثابتة، وفتح الحسابات الجارية، وفتح الاعتمادات، وإصدار خطابات الضمان، ودفع وتحصيل الشيكات أو الأوامر أو أذون الصرف وغيرها من الأوراق ذات القيمة، وخصم السندات والكمبيالات وغيرها من الأوراق التجارية، وأعمال الصرف الأجنبي، وغير ذلك من أعمال البنوك».

وقد اهتمت بعض الدول العربية بتنظيم عمليات البنوك، وتكاد تشريعاتها أن تكون موحدة في هذا المجال، ولعل السبب في ذلك أن الموضوع الذي تعالجه هذه التشريعات يتم غالباً في ظروف متشابهة وعلى صعيد دولي^(١).

وإزاء عدم وجود تشريع يحكم عمليات البنوك في المملكة، فإن هذه العمليات تظل محكومة فيها بقواعد العرف المصرفي والعادات التجارية التي درجت عليها البنوك في تعاملها فيما بينها، أو بينها وبين عملائها، وتحرص البنوك دائماً على إيراد تلك القواعد في شكل بنود تضمنها عقودها النموذجية وتطلب توقيع العملاء عليها، وفي الواقع لا تكاد تختلف القواعد التي تحكم عمليات البنوك في المملكة عنها في الدول الأخرى لأنها تستمد في الغالب من القواعد والعادات التي استخلصها الفقه والقضاء المقارن، أو وضعتها غرفة التجارة الدولية.

وبالإضافة إلى ذلك تعتبر القواعد التنظيمية الصادرة من مؤسسة النقد من المصادر الأساسية التي تحكم نشاط البنوك في المملكة، وتنظم علاقتها بعملائها، فطبقاً لنظام مراقبة البنوك تملك المؤسسة سلطات واسعة في مواجهة البنوك التجارية تخولها تحديد الأوضاع والشروط التي يجب على البنك مراعاتها عند تعامله في أنواع معينة من الأعمال مع عملائه، بالإضافة إلى تحديد الحد الأقصى لمجموع القروض التي يجوز للبنك تقديمها ومنع أو تحديد أنواع معينة من القروض أو المعاملات

(١) انظر الدكتور عيسى حماد الدين عوض «عمليات البنوك...» بد رقم ١٥.

الأخرى، وتعيين الحد الأدنى لنسب الضمان التي يجب مراعاتها في أنواع معينة من القروض من مبالغ القرض والأصول المقدمة ضمانا لها... الخ^(١). وتعتبر قرارات مؤسسة النقد في هذا المجال قرارات إدارية ملزمة للبنوك والمتعاملين معها ومن ثم يستطيع العميل أن يتمسك بالقواعد التي تتضمنها تلك القرارات ويبطلان كل اتفاق يقضى بخلافها.

ومن ناحية أخرى تقوم القواعد التنظيمية التي تصدر عن البنوك بدور كبير في مجال تنظيم هذه البنوك، وتتخذ هذه القواعد عادة شكل لوائح أو تعليمات أو خطابات دورية تصدر عن المركز الرئيسي للبنك وتوجه إلى جميع فروع البنك، وتسمى عادة بالمرجع العملي، وهذه القواعد لا تلزم العملاء إلا إذا تضمنتها العقود التي يبرمها البنك معهم، وإنما تلزم بداهة موظفي البنك عند إجراء المعاملات مع الجمهور^(٢).

ويلاحظ أن الفقه الحديث يميل إلى إطلاق تسمية «القانون المصرفي» على مجموعة القواعد القانونية التي تحكم عمليات البنوك، وأولئك الذين يباشرونها على وجه الاحتراف، وهذا القانون وإن كان يشكل فرعا من فروع القانون التجاري إلا أنه يحتفظ مع ذلك بذاتية وأصالة واضحة ليس فقط إزاء فروع القانون الأخرى بل وإزاء القانون التجاري نفسه، ويرجع ذلك إلى موضوع النشاط الذي ينظمه، وهو النقود في صورها المختلفة، وإلى الأدوات والأساليب الفنية التي يستعملها، وهو قانون غني بالتجارب، مشبع بالتقاليد، ولكنه - في نفس الوقت - قانون متجدد على الدوام تحت تأثير الحاجات الاقتصادية المعاصرة والتقدم التكنولوجي^(٣).

١٥٠ خطة الدراسة

تقدم أن عمليات البنوك التجارية عمليات متنوعة متشابكة ومتطورة، تقوم

(١) انظر المواد ١٦ وما يليها من نظام مراقبة البنوك

(٢) انظر الدكتور محمود سمير الشرفاوي، المرجع السابق، بند رقم ٥٠٥، والدكتور عيسى جمال الدين عيسى وعمليات البنوك... بند رقم ٩.

(٣) Gavalda (C.) et Stoufflet «Droit de la banque» Paris, P.U.F., 1974, p. 5 et 6

Rodiere (R.) et Rive-Lange (J.L.) «Droit bancaire» Paris, Dalloz, 1975, p. 1 et 2

بدور أساسي في مجال النشاط الاقتصادي والتجاري والمالي في البلاد، ودراسة هذه العمليات لا تتم فقط علم القانون، بل تدخل أيضا في دراسة علم الاقتصاد والمحاسبة وإدارة الأعمال، ومن ثم يكون واضحا أن دراستنا هنا تنصب فقط على الجوانب القانونية لعمليات البنوك كما أنها ستكون دراسة موجزة، ولن نتناول إلا أهم عمليات البنوك، وسنقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة أبواب:

الباب الأول: الحسابات المصرفية.

الباب الثاني: عمليات الإيداع المصرفي.

الباب الثالث: عمليات الائتمان المصرفي.

الحسابات المصرفية

- ١ القواعد العامة في الحسابات المصرفية
- ٢ التحويل أو النقل المصرفي
- ٣ الحساب الجاري

١٥١ أنواع الحسابات

قد يحدث أحيانا أن تتم بعض عمليات السوق دون أن يؤدي ذلك إلى قيام البنك بفتح حساب للمتعامل معه، كما هو الشأن في دفع قيمة الشيكات، أو قبض قيمة تحويل، أو تحويل عملة وطنية إلى عملة أجنبية، أو بيع أو شراء الأوراق المالية، أو تحصيل عائدات هذه الأوراق لقاء القسائم «coupon» المستحقة، وتعرف عدة هذه العمليات بالعمليات التي تتم بطريق الصندوق أو الحزيرة par caisse وتتم هذه العمليات غالبا مع المتعاملين العائرين حيث تنتهي علاقة البنك بهم بمجرد تنفيذ العملية.

ولكن إذا أراد الشخص القيام بعمليات متعددة ومتابعة مع أحد البنوك، كما إذا أراد إيداع نقود لديه أو الحصول منه على قرض أو اعتماد مالي، فإن هذه العمليات تتم عن طريق الحساب par compte، حيث يقوم البنك بفتح حساب باسم هذا الشخص تقيده فيه جميع العمليات المتعلقة به، فيدرج في الخبز الدائن من هذا الحساب المدفوعات الصادرة منه أو عن آخرين لحسابه، وفي الخبز المدين المسحوبات أو الديون التي تثبت في ذمته لصالح البنك. ويعتبر صاحب الحساب عندئذ من عملاء البنك^(١).

(١) انظر في مفهوم عميل البنك حامل ولاحاز وجوريه، المرجع السابق، بند رقم ١٦٠٩.

Henry Cabrillae - *Introduction au droit bancaire* - Paris, Dalloz, 1965 p.42 ets

LEYGUES J - *Problemes de droit bancaire* - Paris, Editions Techniques et Professionnelles 1962, p.11 ets

وتختلف الحسابات المصرفية باختلاف العمليات التي فتحت من أجلها وتم قيدها فيها. وأهم الحسابات المصرفية وأكثرها شيوعاً هو حساب الودائع، والحساب الجارى، ولكن إلى جانب هذين الحسابين يوجد العديد من الحسابات الخاصة، فضلاً عما يعرف باسم الحساب العابر.

١ الحساب العابر Compte de passage

وهو حساب يفتحه البنك لشخص لا يقوم بعمليات مستمرة، بل بعملية واحدة لا يمكن أن تتم بطريق الصندوق حيث يستلزم القيام بها بعض الوقت كعملية بيع أو شراء بعض الأوراق المالية، فيقيد البنك هذه العملية في الحساب ويجرى قفله بمجرد إنهاؤها.

ولكن هذا النوع من الحسابات قليل الوقوع في العمل، إذ الغالب أن تكون الحسابات لدى البنوك حسابات دائمة.

٢ حساب الودائع والحساب الجارى

ويتمتع هذان الحسابان بصفة الدوام حيث يقيد فيهما العمليات المتتابعة التي يجريها العميل مع البنك، والتميز بين حساب الودائع والحساب الجارى مسألة تقليدية بين البنوك بل وجوهريّة حيث إنها تفتح حساب الودائع للعملاء من غير التجار أو للتجار من أجل عمليات لا علاقة لها بنشاطهم التجارى، كالوفاء بالشيكات، وشراء الأوراق المالية، والاكتتاب في الأسهم، ولا يتضمن هذا الحساب في الأصل منح ائتمان للعميل. إذ يحجم البنك عن منح الائتمان للعميل لا يقوم بالإنتاج، والائتمان للاستهلاك ليس ضرورياً كالائتمان للإنتاج^(١)، ومن ثم يظل هذا الحساب حساباً دائناً لا مديناً. تقيد فيه في الجانب الدائن للعميل قيمة الودائع النقدية التي يقوم بها، وقيمة الشيكات التي يظهرها للبنك لأجل التحصيل، وعائدات الأوراق المالية التي يقبضها البنك لحسابه لقاء القسائم المستحقة، وغيرها

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥١٨.

من المبالغ التي يحصلها البنك لحساب العميل أو تستحق للعميل عليه، وتفيد فيه في الجانب المدين المبالغ التي يسحبها العميل أو التي يكون العميل مدين بها لبنك، ويطلق عادة على هذا الحساب اسم حساب الشيكات *compte de chèques*، إذ تكون المبالغ المودعة فيه تحت تصرف العميل الذي يستطيع سحبها عن طريق إصدار الشيكات، ولكن هذه التسمية منتقدة لأن إمكانية سحب الشيكات لا تقتصر على حساب الودائع بل هي قائمة أيضا بالنسبة للحساب الجاري^(١)، وبعبارة أخرى لا يعد الشيك أداة صرف نقود ينفرد بها حساب الودائع النقدية دون سائر الحسابات المصرفية^(٢). ويلاحظ أخيرا أن حساب الودائع ليس إلا تمثيلا ماديا للعمليات التي يجريها العميل مع البنك مع احتفاظ كل عملية باستقلالها وذاتيتها القانونية.

أما الحساب الجاري فيفتحه البنك عادة للعملاء من التجار، وتفيد فيه المبالغ الناتجة عن العمليات المختلفة التي يجريها العميل في نطاق نشاطه التجاري مع البنك، والتي تجعل رصيد هذا الحساب تارة مدين وطورا دائن، ومن ثم يتضمن الحساب الجاري غالباً منع ائتمان للعميل في حدود الضمانات المقررة، وبمعكس حساب الودائع لا تحتفظ العمليات التي تفيد في الحساب الأخرى باستقلالها بل تفقد ذاتيتها وطبيعتها الخاصة، وتتحول إلى مجرد بنود في الجانب الدائن أو المدين وتندمج في كل لا يتجزأ حتى يقفل الحساب ويصفي فيظهر الرصيد النهائي الذي يستقر في ذمة أحد الطرفين^(٣).

٣ الحسابات الخاصة

وهي تشكل صوراً خاصة من حساب الودائع، ويهدف بعضها إلى جذب المدخرات الصغيرة كحساب الودائع بشرط الأخطار *a préavis* وحساب الودائع لأجل *a terme*، وحسابات الادخار *comptes d'épargne*، أما البعض الآخر فقد

(١) انظر هامل ولاخارد وجورديه، المرجع السابق، بند رقم ١٦١١، والدكتور دوبريدج، المرجع السابق، بند رقم ١٩٢.

(٢) انظر الدكتور محمد حسني عماس، المرجع السابق، بند رقم ٣١.

(٣) انظر الدكتور عبيد حماد الدين عوض وعمليات الشيك، بند رقم ١٩٣، والدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥١٨، والدكتور محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، بند رقم ٥٠٧.

نشأ نتيجة تنظيم الرقابة على النقد كالحسابات المفتوحة بالعملات الأجنبية سواء كانت لمقيم أو لغير مقيم^(١).

وبعد أن فرغنا من هذه اللمحة السريعة عن أنواع الحسابات في البنوك سنقسم دراستنا في هذا الباب إلى ثلاثة فصول، نعرض في الأول القواعد العامة للحسابات المصرفية، وندرس في الثاني أحكام التحويل أو النقل المصرفي، وتتناول في الثالث الحساب الجاري.

(١) انظر في موضوع أنواع الحسابات هامل ولاجارد وجوفريه، المرجع السابق، بند رقم ١٦١٠. رودير وديف لسح، المرجع السابق، بند رقم ٩٠، وجاك فير ونير اما نويل دي شيلازة عمليات البنوك . . . باريس، دالوز، ١٩٧٦، بند رقم ٣٧.

القواعد العامة في الحسابات المصرفية

■ فتح الحساب المصرفي ■ تشغيل الحسابات ■ نقل الحساب

١٥٢ نتناول في هذا الفصل القواعد العامة التي تحكم سائر الحسابات المصرفية سواء من حيث فتح الحساب، أو تشغيله، أو وقفه وذلك في ثلاثة مباحث على التوالي.

المبحث الأول فتح الحساب المصرفي

- شروط العقد ● تعدد الحسابات لعميل واحد
- الحساب الشائع والحساب المشترك

١٥٣ شروط العقد

يتم فتح الحساب بموجب عقد يبرم بين البنك والعميل، ويشترط لقيام هذا العقد رضا الطرفين، غير أن هذا الرضاء لا يلزم إفراغه في شكل معين، إذ أن عقد فتح الحساب عقد رضائي يتم بمجرد اتفاق الطرفين، ومن ثم يجوز أن يكون رضا العميل ضمنيا، كما إذا كان هناك تعامل مستمر بين البنك والعميل ترتب عليه أن ترك العميل مبالغ نقدية في حيازة البنك يستطيع سحبها في أى وقت، ففي هذا الغرض يفتح البنك حسابا للعميل بطريقة تلقائية استنادا إلى رضا الضمى، ويجرى البنك

فيد ودائع العميل ومدفوعاته في هذا الحساب^(١). والغالب هو أن يكون رضاء العميل صريحاً ومكتوباً على النموذج الذى يعده البنك لهذا الغرض، ولكن لا يكفى لوجود العقد قيام الشخص الذى يرغب في فتح الحساب بتعبئة النموذج المطبوع، بل لا بد أيضاً من موافقة البنك. وللبنك دائماً أن يرفض فتح حساب لشخص غير مرغوب فيه، ولذا فإن البنك لا يوافق في العادة على فتح الحساب إلا بعد مضي فترة يتمكن خلالها من التحرى عن سمعة العميل وملاءته المالية، خاصة إذا كان تاجراً، لأن التاجر يطلب من البنك غالباً أداء خدمات لها خطورتها المالية كإصدار خطابات الضمان وفتح الاعتمادات وخصم الأوراق التجارية^(٢).

وقد جرى العمل في المملكة على أن يطلب البنك تزكية الشخص الذى يطلب فتح الحساب من شخصين على الأقل، ويطلق على هذين الشخصين عادة اسم «المعرفين».

ويتعين على البنك أن يتحقق عند فتح الحساب من شخصية العميل، ويتم ذلك بالاطلاع على حفيظة النفوس الخاصة به، أو جواز سفره، أو غير ذلك من الأوراق الرسمية. كما يجب على البنك أن يتحقق كذلك من أهلية هذا العميل للتعاقد، فلا يجوز فتح الحساب إلا لمن بلغ سن الرشد رشيداً، ومن المعروف أن سن الرشد قد تحدد في المملكة بموجب قرار مجلس الشورى رقم ١١٤ وتاريخ ٥/١١/٧٤هـ بثمانى عشرة سنة هجرية^(٣).

وجوز فتح حساب باسم القاصر أو المحجور عليه من ممثله الشرعى على أن يكون حق التوقيع لهذا الأخير، أى للولى أو الوصى أو القيم حسب الأحوال.

وجوز للمرأة في المملكة، سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة، أن تفتح حساباً باسمها لدى أحد البنوك النسائية التى بدأت تنتشر في الآونة الأخيرة في المدن الرئيسية، ولكن يشترط في العميلة أن تكون قد بلغت سن الرشد رشيدة.

(١) انظر الدكتور محمد حسنى عباس، المرجع السابق، بند رقم ٣٢.

(٢) انظر الدكتور محمود سمير الشرقاوى، المرجع السابق، بند رقم ٥٠٨ والمراجع التى أشار إليها.

(٣) انظر في موضوع الأهلية مؤلفنا المشار إليه فيما سبق، بند رقم ٦٤.

ويجوز للأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة أن تفتح لها حسابات لدى البنوك. ويجب على البنك في هذه الحالة أن يتحقق من ثبوت الشخصية المعنوية للشركة أو الجمعية أو المؤسسة العامة أو الهيئة العامة، ومن صحة إجراءات التأسيس، ومن صفة الممثل للشخص الاعتباري وسلطاته. كما يجوز فتح حساب باسم الشركة تحت التأسيس، على أنه لا يجوز السحب من هذا الحساب إلا بعد اكتمال التأسيس على وجه القانوني^(١).

ويطلب البنك من العميل عند فتح الحساب إيداع نموذج لتوقيعه، حتى يتحقق في المستقبل من صحة توقيع العميل وذلك بمضاهاة توقيع العميل على الشيكات والأوراق الأخرى بالتوقيع المودع لديه، وإذا تعلق الأمر بوكيل فيطلب البنك منه ما يثبت وكالته مع إيداع نموذج لتوقيعه.

١٥٤ تعدد الحسابات لعميل واحد

يجوز أن تكون للشخص عدة حسابات لدى البنك الواحد، كأن يكون للتاجر حساب جار لعملياته التجارية، أو حسابات متعددة لمختلف فروع نشاطه التجاري، وحساب ودائع لعملياته غير التجارية، وقد يكون أحد هذه الحسابات أو بعضها مديناً، وأحدها أو بعضها دائناً في ذات الوقت، وقد استقر القضاء الفرنسي، خروجاً على مبدأ وحدة الذمة، على قاعدة استقلال الحسابات، وتطبيقاً لذلك فإنه إذا سحب العميل شيكاً على حساب له رصيد كاف، فلا يجوز للبنك أن يرفض دفع قيمة هذا الشيك بحجة أن حساباً آخر هو مدين وأن دمج الحسابين يظهر رصيداً غير كاف لدفع قيمة الشيك، كما أنه لا يجوز للبنك إجراء المقاصة بين الحسابات، وبالتالي فإنه في حالة الإفلاس يجب على البنك أن يدفع للسنديك رصيد الحساب الدائن، وأن يتقدم في التفليسة بقيمة الرصيد المدين لحساب آخر لنفس العميل.

ولتفادي هذه النتائج يعمد البنك عادة إلى الاتفاق مع العميل على ربط هذه الحسابات فيما بينها، سواء بتخصيص الرصيد الدائن لأحدها لضمان الرصيد المدين

(١) انظر على سبيل المثال في نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٦ في ٢٢/٣/١٣٨٥ هـ المواد ٥٨ و ١٥٥ و ١٦٢.

للآخر، أو بتوحيدها بحيث تعتبر كلها كحساب واحد، وفي هذه الحالة الأخيرة تكون العبرة بمجموع أرصدة الحسابات للتحقق من وجود رصيد كاف لدفع قيمة الشيك وليس فقط برصيد الحساب المسحوب عليه الشيك، كما يحق للبنك في حالة إفلاس العميل أن يتمسك بالمقاصة بين أرصدة هذه الحسابات. وقد أقر الفقه والقضاء صحة الاتفاق المبرم بين البنك وعميله في هذا الشأن^(١).

١٥٥ الحساب الشائع والحساب المشترك

يجوز أن يفتح البنك حساباً واحداً باسم شخص أو أكثر، كالحساب الذي يكون للشركاء المتشاعين، مثل الورثة بعد وفاة مورثهم الذي يكون له حساب في البنك وذلك قبل إجراء القسمة، وفي هذه الحالة لا يجوز للبنك القيام بأية عملية تتعلق بهذا الحساب إلا بموافقة وتوقيع جميع أصحاب الحق فيه ما لم يكن هؤلاء قد فوضوا أحدهم بذلك، وهو أمر كثير الوقوع.

والحساب المشترك هو الحساب الذي يفتحه البنك لأكثر من عميل ويتفق فيه على التضامن الإيجابي بينهم بحيث يكون لكل منهم ذات الحقوق على الحساب سواء بإيداع المبالغ فيه أو بسحبها منه، ويجرى فتح مثل هذا الحساب عادة بين الشركاء المتضامنين أو بين الزوجين، أو بين الأب وأولاده أو أحدهم^(٢).

المبحث الثاني تشغيل الحساب

● القيد في الحساب ● الفوائد والعمولة

(١) انظر في تفاصيل ذلك هامل ولاجارد وجوفريه، المرجع السابق، بند رقم ١٦١٣، والدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥٢٢ والدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، بند رقم ١٩٣، وقد درجت البنوك في المملكة على تضمين عقودها النموذجية مثل هذا الاتفاق.

(٢) وقد تكون حقوق العملاء منفصلة على الحساب المشترك وهو ما يعبر عنه بأن الحساب منقسم لا تضامني، انظر في ذلك الدكتور محمد حسنى عباس، المرجع السابق، بند رقم ٣٤.

١٥٦ القيد في الحساب

يمسك البنك الحساب، ويقيد في الجانب الدائن منه المبالغ التي يدفعها العميل أو تكون مستحقة له، وفي الجانب المدين المبالغ المسحوبة من العميل أو المستحقة عليه للبنك، وكل مبلغ يقيد في الحساب يشكل عنصراً فيه ويصبح بنداً من بنوده، وقد تقدم أن الديون المتبادلة التي تقيد في الحساب الجاري تفقد كيانها وذاتيتها وتشكل بكاملها كلاً لا يتجزأ بحيث لا يعتد إلا بالرصيد النهائي الذي يستقر في ذمة أحد الطرفين، أما في حساب الودائع فتحتفظ كل عملية باستقلالها وذاتيتها القانونية، غير أن المبالغ التي تقيد في الحساب والناجمة عن عمليات متنوعة تجعل رصيد هذا الحساب مختلفاً بعد كل قيد، ويكون هذا الرصيد دائناً في الأصل لمصلحة العميل، ويكون للعميل أن يتصرف بالرصيد الدائن للحساب بطريقة السحب المباشر، أو التحويل أو بطريقة الشيكات، وإذا حصل قيد أحد المبالغ خطأ في الحساب، فلا يجوز تصحيح هذا القيد مادياً بمحوه أو بشطبه، وإنما يجب إجراء قيد جديد عكسي، فلو قيد البنك في الجانب الدائن لعميله قيمة ورقة تجارية، كشيك أو كمبيالة، سلمت إليه للحصول ثم امتنع المسحوب عليه عن دفع قيمتها، كان للبنك أن يقيد نفس المبلغ في الجانب المدين، مما يترتب عليه قانوناً إلغاء القيد الأول، ولتفادي إجراء القيود العكسية تحرص البنوك عادة على ألا تقيد في حساب العميل قيمة الأوراق التجارية المسلمة إليها إلا بعد تحصيل قيمتها.

١٥٧ الفوائد والعمولة

الحسابات المصرفية في الغالب منتجة للفوائد، وهذه القاعدة تعود إلى العرف المصرفي وليس إلى طبيعة الحساب، حيث توجد حسابات لا تغل فوائدها كحساب الودائع لدى الطلب. وتفسر هذه القاعدة عادة بالمزايا التي يحصل عليها البنك من المبالغ المودعة لديه^(١). ولكن يلاحظ أن البنك لا يلتزم بدفع الفوائد إلا إذا كان مديناً، أما إذا كان دائناً فإن الذي يلتزم بدفع الفوائد هو العميل. ومصدر التزام البنك بدفع الفوائد في الحساب العادي هو الاتفاق، فإذا لم يتفق صراحة على حساب

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ١٩٩١.

الفوائد فلا يلتزم البنك بدفع فوائد على المبالغ المودعة لديه حتى ولو كانت لأجل (١) . وذلك بخلاف الحساب الجارى حيث إن المدفوعات فى القانون المقارن تنتج الفوائد بقوة القانون دون حاجة إلى اتفاق خاص (٢) ، وقد جرت عادة البنوك التجارية فى المملكة على أن تضمن عقودها المطبوعة والخاصة بطلب فتح الحساب الجارى النص التالى « إنه إذا أصبح حسابنا لدينا فإننا نفوض البنك بأن يقيد على حسابنا عمولة لقاء هذه المديونية تحسب بالنسبة السائدة أو بالنسبة التى يتفق عليها فى حينه ، وتتعهد بتسديد الحساب المدين مع ما يترتب عليه من عمولات فور طلب البنك ذلك منا . . . » أو النص على أنه « فى حالة سماح البنك للموقع أدناه بأن يكشف حسابه الجارى إلى الحد والمدة اللتين يحددهما البنك حسب رغبته المطلقة يوافق الموقع أدناه على دفع أجور خدمات مقابل كشف الحساب تحتسب بنسبة يقررها البنك . . . » .

وتختلف طريقة حساب الفوائد فى حساب الودائع النقدية عنه فى الحساب الجارى ، ويجرى العرف التجارى على تجميد الفوائد بإضافتها إلى رأس المال عند قطع الحساب فى المواعيد الدورية . وقد جرى العرف المصرفى فى المملكة على قطع الحساب كل شهر ، ولا يترتب على قطع الحساب سوى وقف تشغيله لحظة معينة يتم خلالها استخلاص الرصيد فى تلك اللحظة ثم ترحيل هذا الرصيد إلى الحساب ذاته الذى يستأنف حركته مباشرة ، وقطع الحساب فضلا عن أنه شرط لتجميد الفوائد فإنه يمكن العميل من معرفة مركزه المالى فى الحساب . إذ يقوم البنك على إثره بإخطار العميل بمستخرج من الحساب ، وما أدرج فيه من عمليات ، ورصيد الحساب فى نهاية المدة السابقة ، وقد ترتب على استخدام وسائل التقنية الحديثة فى البنوك قيامها بتسوية رصيد الحساب عقب كل عملية أولا فأول ، ولكن ذلك لا يعد قطعاً دورياً للحساب بالمعنى القانونى ، وإنما يعتبر من قبيل التيسير على البنك عند القيام بعملية القطع الدورى للحساب (٣)

(١) انظر الدكتور محمد حسنى عباس ، المرجع السابق ، بند رقم ٤٠ .
 (٢) انظر فى القانون الفرنسى ريبير وروبلو ، المرجع السابق ، بند رقم ١٩٩١ ، وفى القانون المصرى الدكتور مصطفى طه ، المرجع السابق ، بند رقم ٥٢٦ والدكتور على البارودى ، المرجع السابق ، بند رقم ٢٠٥ .
 (٣) انظر الدكتور محمود سمير الشرقاوى ، المرجع السابق ، بند رقم ٥١٥ والمراجع التى أشار إليها .

ويتقاضى البنك عادة عمولة مقابل فتح الحساب، وأداء الخدمات المصرفية الأخرى للعميل، كفتح الاعتماد وإصدار خطابات الضمان وغير ذلك من الخدمات، إنما يشترط دائماً في العمولة أن تكون مقابل خدمة حقيقية، وأن تكون قيمتها متفقة مع العادات المصرفية، وإلا اعتبرت من قبيل الفوائد المستترة وجاز تخفيضها.

المبحث الثالث قفل الحساب

١٥٨ يندر في الواقع أن يفتح الحساب المصرفي لمدة معينة، إذ الغالب هو أن يفتح الحساب لمدة غير معينة، ويقفل الحساب في هذه الحالة الأخيرة باتفاق الطرفين متى شاء، كما يجوز لأى منهما قفل الحساب بإرادته المنفردة بشرط أن يكون ذلك في وقت مناسب ووفقاً لما يقضى به حسن النية في المعاملات، والغالب أن يضع العميل حداً للحساب من جانبه، في حالة رفض البنك منحه بعض التسهيلات أو تقديم بعض الخدمات، بسحب رصيده الدائن أو بدفع رصيده المدين دون أن يعلن عن إرادته بصورة أخرى، أما البنك فهو لا يضع حداً للحساب من جانبه إلا إذا فقد ثقته في العميل نتيجة المماطلة، أو التسويف، أو قيام الشك حوله لسبب أو لآخر. وقد يتم قفل حسابات العملاء من جانب البنك بصورة جماعية، وذلك على الأحصص في حالة إغلاق أحد فروعهم وتصفية أعماله، كما تقفل جميع حسابات العملاء في حالة إفلاس البنك أو شطب اسمه من قائمة البنوك^(١).

ولما كان عقد فتح الحساب من العقود التي يراعى فيها الاعتبار الشخصي فإنه ينتهى ويقفل الحساب بوفاء العميل، أو الحجر عليه، أو إفلاسه أو إعساره، كما يقفل الحساب بالنسبة للأشخاص المعنوية بانقضائها.

ويترتب على قفل الحساب تصفيته وبيان رصيده النهائى، وقد يكون هذا الرصيد دائماً لصالح العميل أو مديناً على عاتقه، ويلتزم البنك في الحالة الأولى والعميل في الحالة الثانية بدفع مبلغ الرصيد.

(١) انظر رودبير ودريف - لبح، المرجع السابق، بند رقم ١٠٣، ريبير وروستو، بند رقم ١٩٩٣، هين ولاخارد وهوروييه، المرجع السابق، بند رقم ١٦٢٦، الدكتور دورد عيد، المرجع السابق، بند رقم ١٩٥.

ويطلب البنك في الغالب موافقة العميل على الحساب بعد قفله، ويصبح الحساب نهائياً بموافقة العميل عليه، وتكون هذه الموافقة صريحة أو ضمنية، ويجوز أن تستنتج الموافقة من سكوت العميل بعد تلقيه كشف الحساب استناداً إلى مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية^(١)، وتحرص البنوك دائماً على التأكيد على مبدأ الموافقة الضمنية في سائر معاملاتها مع العملاء، حيث تأخذ منهم إقراراً عند فتح الحساب باعتبار أن جميع كشوف الحساب التي تحررها معتمدة نهائياً إذا مضى على إرسالها ١٥ يوماً دون الاعتراض عليها كتابة من جانبهم^(٢).

ولا يجوز إعادة النظر في الحساب بعد الموافقة عليه - سواء كانت هذه الموافقة صريحة أو ضمنية - إلا باتفاق الطرفين، ولكن يجوز تصحيح الحساب في حالة الغلط المادي، أو السهو، أو التزوير، أو الغش، أو التكرار، لأحد القيود^(٣).

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ١٩٩٥.

(٢) وقد جرى العمل في المملكة على إدراج النص التالي في طلب فتح الحساب «رغبة منا في تسهيل سير معاملتنا المصرفية بهذا الحساب نقرر: أنه إذا لم تصلكم منا إشارة أو ملاحظة مكتوبة، أيا كان نوعها على كشف أو كشوف حسابنا، التي ترسل إلينا منكم، حسب عنواننا الموضح بعاليه، خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ إيداع هذا الكشف أو الكشوف بالبريد المسجل، فإن ذلك يعتبر تفويضاً منا لكم باعتبار هذا الحساب موافقاً عليه منا نهائياً دون معارضة بأي وجه من الوجوه».

(٣) انظر الأحكام التي أشار إليها الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، ص ٤٦٦، ورودير وديف - لنج، المرجع السابق، بند رقم ١٠٥.

التحويل أو النقل المصرفي

Le Virement

- تعريفه وفوائده ■ الطبيعة القانونية للتحويل المصرفي
- الصور المختلفة للتحويل المصرفي ■ أمر التحويل أو النقل المصرفي
- عملية التحويل أو النقل المصرفي ■ آثار عملية التحويل المصرفي
- التحويل أو النقل المصرفي بين حسابين في بنكين مختلفين

١٥٩ تعريفه وفوائده

التحويل أو النقل المصرفي عملية مصرفية يتم بموجبها نقل مبلغ معين من حساب مصرفي إلى حساب آخر بمجرد قيود في الحسابين، حيث يقيد المبلغ مرة في الجانب المدين من حساب العميل الأمر بالنقل أو التحويل ومرة في الجانب الدائن للحساب الآخر، وقد يجري التحويل بين حسابين في بنكين مختلفين أو بين حسابين داخل بنك واحد، ويستوى في الحالتين أن يكون الحسابين لعميلين مختلفين أو لذات العميل.

وللتحويل المصرفي فائدة كبرى حيث يُجنب المتعاملين استعمال النقود، فبدلاً من سحب النقود ثم دفعها من جديد تنتقل الحقوق المالية فيما بين المتعاملين عن طريق القيود في الحسابات، ولذلك يطلق عادة على الأمر بالتحويل المصرفي اسم «النقود القيودية Monnaie scripturale»^(١).

(١) J L Rives-Lange «la monnaie scripturale» in Etudes de droit commercial à la memoire - d'Henry Cabrillac Paris, Librairie Techniques, 1968, p. 405 et ss.

وقد يقترن التحويل المصرفي بالشيك، إذ يجوز لحامل الشيك بدلا من تحصيل قيمته نقدا أن يظهره للبنك للقبض ويطلب منه قيد قيمته في حسابه وعندئذ يقوم البنك بعملية تحويل مصرفي بخضم قيمة هذا الشيك من الجانب المدين لحساب العميل مصدر الشيك وإضافته إلى الجانب الدائن لحساب العميل المستفيد، ولكن التحويل المصرفي لا يرتبط دائما بالشيك. كما أن التحويل المصرفي والشيك وإن تشابهتا في الدور من الناحية الاقتصادية والنقدية - باعتبارهما أدوات وفاء تميزان بالاقتصاد في استعمال النقود، وترتبطتان بوجود وتشغيل حسابات مصرفية - إلا أن لكل منهما خصائصه المتميزة من الناحية القانونية^(١).

١٦٠ الطبيعة القانونية للتحويل المصرفي

اختلف الفقه الفرنسي حول الطبيعة القانونية للتحويل أو النقل المصرفي، فذهب البعض إلى القول بأن التحويل المصرفي هو مجرد حوالة حق شخصي، وذهب البعض الآخر إلى القول بأن النقل المصرفي يتضمن إنابة كاملة، وذهب رأى ثالث إلى القول بأن التحويل أو النقل المصرفي عملية مركبة من ثلاثة عناصر: أمر بالدفع فوفاء ثم إيداع^(٢)، ولن نحاول الدخول في مناقشة هذه النظريات، إذ تسلم اليوم

(١) H. et M. Cabrillac. «Le cheque et le virement» Paris. Librairies Techniques. 1967. No 274

وانظر في موضوع المقارنة بين التحويل المصرفي والشيك استاذنا المحرم الدكتور محمد حسنى عباس، المرجع السابق، بند رقم ٤٨، وكذلك الدكتور على جمال الدين عوض حيث يذكره إن لكل من التحويل المصرفي والشيك شروطا مختلفة ويؤدي إلى نتائج مختلفة، فلا يلزم في أمر النقل شكل خاص يصدر فيه أو بيانات معينة، كما أن إصداره لا يستلزم وجود رصيد كاف لتنفيذه كما هو الحال بالنسبة للشيك، ولا يكون للمستفيد حق على مقابل وفاء كما هو الشأن في الشيك، وليس على المستفيد منه أن يراعى مدة معينة يقدمه خلالها للبنك، كما يختلف النقل المصرفي عن الشيك في أن الأول لا ينتهي بتسليم نقود للمستفيد بل بمجرد قيده في حسابه، ويعتبر الوفاء بطريق النقل المصرفي نهائيا بمجرد القيد في حساب المستفيد. في حين أن الشيك يؤدي بحسب طبيعته إلى الوفاء نقدا لحامله ما لم يقنع هذا الحامل بقيد قيمته في حسابه، ولا يبرأ محرر الشيك والموقعون عليه إلا بالوفاء الفعلي لحامله وعمليات البنوك... بند رقم ١٥٢.

(٢) انظر في عرض هذه النظريات المراجع التي أشار إليها ريف - لنج في بحثه عن «النقود القيدية» المرجع السابق، ص ٤١١، هاميل ولا جارد وجوفريه، المرجع السابق، بند رقم ١٧٣٥، جافلدا وستوفليه، المرجع السابق، بند رقم ٣٥٠، رودبير وريف - لنج، المرجع السابق، بند رقم ١٦٠، وانظر في عرض هذه النظريات في الفقه العربي الدكتور محمد حسنى عباس، المرجع السابق، بند رقم ٤٩ وما يليه، الدكتور على جمال الدين عوض «عمليات البنوك» بند رقم ١٨٤.

غالبية الفقه والقضاء بأنه لا فائدة من محاولة تفسير عملية التحويل المصرفي على أسس من نظم القانون المدني، فهي تكاد أن تستعصى عليها جميعا، وذلك لأنها عملية جديدة انبثقت من النظم المصرفية الحديثة، ومن ثم ترى الغالبية تكييف التحويل أو النقل المصرفي بأنه عملية مادية شكلية مماثلة من الناحية القانونية لعملية تسليم مادية لمبلغ من النقود، إذ يترتب على تنفيذها بإجراء القيد نقل مفرد من حساب الأمر إلى حساب المستفيد، ومن ثم يكون شأن القيد الحسابي شأن التسليم المادي للنقود تماما، فالعميل المستفيد قد تسلم نقودا بالفعل من العميل الأمر، غاية ما هناك أن طريقة التسليم طريقة مصرفية حديثة تمت بطريقة القيود الحسابية، ولهذا أطلق على عملية النقل أو التحويل المصرفي «النقود القيدية»^(١).

١٦١ الصور المختلفة للتحويل المصرفي

للتحويل المصرفي ثلاث صور أساسية:

١] قد يتم التحويل المصرفي بين حسابين لنفس العميل في ذات البنك. وفي هذه الحالة يقوم البنك بمجرد خصم المبلغ من الحساب الأول وإضافته إلى الحساب الثاني.

٢] قد يتم التحويل المصرفي بين حسابين لعميلين مختلفين في ذات البنك، وفي هذه الحالة يقوم البنك بخصم مبلغ من حساب العميل الأمر وإضافته إلى حساب العميل المستفيد، ويترتب على ذلك نقص جانب أصول حساب العميل الأمر ليزيد بنفس القدر حساب العميل المستفيد. مع ثبات مجموع أرصدة البنك.

٣] قد يتم التحويل من حسابين في بنكين مختلفين لذات العميل أو لعميلين مختلفين وفي هذه الحالة يقوم بنك العميل الأمر بخصم المبلغ من حساب هذا الأخير، ثم يقيد المبلغ في الحساب الدائن لبنك العميل المستفيد، ويخطر البنك

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ١٩٩٩، كاسرياك، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٧، الدكتور على جمال الدين عوض «عمليات البنوك...» بند رقم ١٩٠، والدكتور على السارودي، المرجع السابق، بند رقم ٢١٠، والدكتور محمد حسنى عباس، المرجع السابق، بند رقم ٥٥.

الأخير بالقيود والتحويل، ثم يجرى بنك العميل المستفيد قيدا بإضافة المبلغ إلى حساب العميل المستفيد، وقد تسوى العملية في هذه الحالة بين البنكين عن طريق بنك ثالث يكون لكليهما حساب فيه، أو بطريق غرفة المقاصة^(١).

١٦٢ أمر التحويل أو النقل المصرفي

تبدأ عملية التحويل المصرفي بأمر يصدر من العميل إلى البنك، وليس لهذا الأمر شكل خاص، ومن ثم يجوز أن يصدر الأمر شفويا أو بالتليفون، ولكن نظرا لصعوبة الإثبات في حالة المنازعة في مثل هذه الحالة فإن البنك قلما يقوم بالتنفيذ قبل أن يتلقى تأكيدا كتابيا للأمر من صاحب الحساب أو ممن له حق تشغيله^(٢)، والغالب أن يكون الأمر مكتوبا على ورقة من النماذج التي تضعها البنوك تحت تصرف عملائها والتي يطلق عليها البعض اسم أذن التسوية^(٣). وأهم البيانات التي يجب أن يتضمنها أمر النقل تحديد المبلغ، وتاريخ ومكان الإصدار، ورقم حساب الأمر وتوقيعه، فضلا عن بيان اسم المستفيد ورقم حسابه واسم البنك الذي يتعامل معه وعنوانه.

والأصل أن يكون الأمر بالتحويل اسما يصدر باسم شخص معين، ومن النادر أن يكون أذنيا أو لحامله، وعندئذ يكون قابلا للتداول بالطرق التجارية، ويترتب على التداول تظهير الدفع وانتقال ملكية مقابل الوفاء إلى الحامل الأخير، ويرى البعض أن العميل لا يستطيع أن يصدر أمر تحويل أذنيا، أو لحامله دون موافقة البنك الذي يتعامل معه وذلك بسبب المخاطر التي يتعرض لها البنك في مثل هذه الحالة^(٤). وفيما عدا هذه الحالة فإن رضاء البنك لا يعتبر شرطا لإصدار الأمر بالتحويل المصرفي، لأن البنك بقبوله فتح حساب للعميل التزم ضمنا بالقيام بخدمات صندوق العميل ومنها دفع قيمة الشيكات وتنفيذ أوامر النقل أو التحويل،

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥٣٤.

(٢) انظر كابريك، المرجع السابق، بند رقم ٢٨٠.

(٣) انظر الدكتور محمود سمير الشرفاوى، المرجع السابق، بند رقم ٥٢٦.

(٤) انظر هنرى وميشيل كابريك، المرجع السابق، بند رقم ٢٨٠.

ومن ثم فإن البنك يلتزم بتنفيذ جميع أوامر التحويل الصحيحة الصادرة من العميل متى كان لها مقابل وفاء كاف .

١٦٣ عملية التحويل أو النقل المصرفي

يجب عدم الخلط بين أمر التحويل المصرفي ، وعملية التحويل المصرفي ، فالأمر بالتحويل ليس سوى المقدمة الضرورية لعملية التحويل ، ولكن طأذ أن البنك لا يقوم بتنفيذ عملية التحويل ، أى بعملية القيد الحسابي ، فإن إصدار الأمر لا يعد وفاء للعميل المستفيد مبرئاً للذمة العميل الأمر ، ولكن ليس معنى ذلك أن إصدار الأمر مجرد من الآثار القانونية ، حيث يعتبر بمثابة سند بمدىونية العميل الأمر للمبلغ المدين فيه (١) .

ويجب على البنك أن يتحقق من صحة الأمر بالتحويل ، سيما توقيع صاحب الحساب وإلا كان مسئولاً عن ذلك ، ولكن بالمقابل ليس على البنك أن يتحقق أو يسأل عن السبب القانوني لهذا الأمر ، فعملية التحويل المصرفي تعتبر تصرفاً قانونياً مجرداً ، فلا علاقة بين عملية القيد الحسابي المزدوج في الحسابين وبين العلاقة الخارجية القائمة بين العميل معد الأمر بالتحويل والمستفيد ، تلك العلاقة التي تعتبر سبباً في إصدار الأمر بالتحويل المصرفي وسبب التزام الأول نحو الثاني . وبعبارة أخرى فإن الأمر بالتحويل له سبب ، وهذا السبب غالباً ما يكون دفع مبلغ من النقود ، وقد يكون ذلك على سبيل القرض أو الهبة ، ولكن المفروض أن البنك لا يعرف هذا السبب ، وصحة عملية التحويل لا تتوقف على صحة التصرف القانوني فيما بين العميل الأمر والعميل المستفيد والذي كان سبباً في إصدار الأمر بالتحويل ، فبطلان هذا التصرف لا يؤدي إلى بطلان عملية التحويل المصرفي ، ومن ثم فإنه لا يحول دون استلام المستفيد للمبلغ الذي حول إلى الجانب المدين من حسابه . فللمستفيد حق شخصي ينشأ له في مواجهة البنك بمجرد إجراء القيد في الحساب . وليس أمام مُصدِر الأمر بالتحويل في حالة البطلان سوى مطالبة المستفيد نفسه برد المبلغ الذي تم تحويله له (٢) .

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق ، بند رقم ٢٠٠١ .

(٢) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق ، بند رقم ٢٠٠١ ، الدكتور محمد حسني عباس، المرجع السابق ،

ويجب على البنك أن ينفذ عملية التحويل طبقاً لتعليمات العميل الأمر بالتحويل وإلا كان مسئولاً في مواجهته، كما يعتبر مسئولاً كذلك عن كل تأخير في تنفيذ العملية لا تبرره ظروف العمل المصرفي. ويتحدد تاريخ عملية التحويل المصرفي من الناحية العملية بالتاريخ الذي يجري فيه البنك قيد العملية في دفاتره، كما يتحدد مكان العملية بموطن البنك الذي يقوم بالتحويل^(١).

١٦٤ آثار عملية التحويل المصرفي

يترتب على تنفيذ عملية التحويل أو النقل المصرفي آثار هامة بالنسبة لجميع ذوى الشأن في هذا الصدد وهم العميل الأمر والمستفيد والبنك:

[١] ففي العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد يترتب على تنفيذ العملية براءة ذمة الأول نحو الأخير من الدين الذي كان عالقا في ذمته، لأن التحويل، كما تقدم، هو أحد وسائل الوفاء.

[٢] وفي العلاقة بين البنك والمستفيد، يترتب على تنفيذ العملية اعتبار البنك مديناً في مواجهة هذا الأخير بمقدار المبلغ الذي تم تحويله، ويعتبر المستفيد كما لو كان قد تلقى هذا المبلغ من البنك ثم قام بإيداعه لديه، وحق المستفيد قبل البنك هو حق مستقل تماماً عن وديعة العميل الأمر لدى البنك، ومن ثم لا يجوز للبنك أن يحتج في مواجهة المستفيد بالدفوع التي كان يستطيع أن يتمسك بها في مواجهة العميل الأمر.

[٣] أما في العلاقة بين البنك والعميل الأمر، فيترتب على تنفيذ العملية براءة البنك في مواجهة الأمر بمقدار المبلغ الذي أمر بتحويله، حيث يعتبر العميل الأمر كما لو كان قد استرد من ودائعته النقدية في البنك المبلغ الذي أمر بتحويله. أما إذا قام البنك بتنفيذ أمر النقل أو التحويل دون أن يكون مديناً للأمر، فيعتبر البنك كما لو كان قد اقترض العميل الأمر المبلغ الذي تم تحويله^(٢).

(١) انظر هامل ولاجارد وجوفويه، المرجع السابق، بند رقم ١٧٣٩، رودير وريف - لنج، المرجع السابق، بند رقم ١٧٢.

(٢) الدكتور محسن شفيق، مشار إليه في مؤلف الدكتور محمود سمير الشراوى، المرجع السابق، ص ٥٢٨.

ويلاحظ أنه إذا قام البنك بتنفيذ عملية التحويل نتيجة غلط كم إذا لم يتحقق من وجود رصيد دائن كاف للأمر لدى البنك . كان للبنك أن يقوم بإجراء قيد عكسي ، وذلك ما لم يكن المستفيد قد سحب المبلغ أو قبل الحساب ، إذ يصبح عندئذ التزام البنك نهائياً ، والمعروف أن البنك ملزم بإجراء التحويل في أقرب وقت ، وبإخطار المستفيد به ، ولهذا الأخير رفض التحويل (١) .

وللبنك دائماً حق مطالبة المستفيد برد المبالغ في حالة القيد الخطأ ، كما له حق الرجوع كذلك على الأمر بالتحويل بمقدار ما دفعه على المكشوف متى قام البنك بتنفيذ العملية رغم عدم وجود رصيد كاف .

١٦٥ التحويل أو النقل المصرفي بين حسابين في بنكين مختلفين

تقدم أن التحويل المصرفي قد يتم بين حسابين في بنكين مختلفين . كم إذا كان حساب العميل الأمر في بنك وحساب المستفيد في بنك آخر ، ويجرى التحويل عندئذ بأن يقوم العميل الأمر بتوجيه أمر إلى بنكه بخصم مبلغ من حسابه ، ونقله إلى حساب المستفيد في البنك الآخر ، فيقوم بنك الأمر بقيد المبلغ في الجانب المدين في حساب هذا العميل الأمر ثم يضع تحت تصرف بنك المستفيد اعتماداً يسمح له بالقيد وإضافة المبلغ إلى الجانب الدائن لحساب المستفيد ، وفيما بعد تصفى الحسابات بين البنكين . فالعملية تقتضى إذن تدخل البنكان اللذان يقوم كل منهما بدور مزدوج حيث يعتبر كلاهما في ذات الوقت منفذاً ووكيلاً عن عميله في التنفيذ (٢) ، غير أنه يجوز - كما تقدم القول - أن تسوى العملية بين البنكين عن طريق بنك ثالث يكون لكليهما حساب فيه أو عن طريق غرف المقاصة .

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٠٣، وقارن حاسد وستوفيه، المرجع السابق، ص ٤٥١ .

(٢) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٠٤، وقارن دكتور عنى حول الدين عوضاً وعميات البنوك، بند رقم ١٧٣ .

الحساب الجارى

Le compte courant

■ ماهية وأركان الحساب الجارى ■ آثار الحساب الجارى

١٦٦ فكرة الحساب الجارى وفوائده

ينتشر الحساب الجارى فى الحياة العملية على نطاق واسع ، وهو نظام جرى به التعامل منذ أمد بعيد حتى صار عرفا أقره الفقه والقضاء بعد أن قاما بتصحيح بعض قواعده وتعديل بعض أحكامه ، فأصبح بذلك نظاما أصيلا من أنظمة التجارة له قواعده ، وأحكامه الثابتة^(١) .

والحساب الجارى يفترض تعدد واتصال علاقات الأعمال بين شخصين بحيث يكون كل منهما دائنا فى بعض العمليات ومدينا فى بعض العمليات الأخرى ، وبدلا من أن يقوموا بتصفية فردية لكل عملية والوفاء بقيمتها . وهو ما يعنى استمرار حركة دفع وقبض النقود بين الاثنين ، يتفقان على فتح حساب جار بينهما ، فيقيد كل منهما فى دفتر لديه المبالغ الناشئة عن العمليات الجارية بينهما . سواء كدين له أو كدين عليه ، ثم يجتمعان بعد وقت معين لتصفية العمليات دفعة واحدة وقفل الحساب ، وعندئذ يتضح مركز الطرفين فيقوم المدين منها بوفاء الرصيد الذى ينتج عن التصفية للدائن ، وبذلك يوفران الوقت والجهد حيث تتم تصفية جملة عمليات بوفاء واحد^(٢) .

(١) انظر رودبير وديف - لنج ، المرجع السابق ، بند رقم ١٠٦ .

(٢) انظر الدكتور إدوارد عيد ، المرجع السابق ، بند رقم ٢١٧ ، والدكتور محسن شفيق ، المرجع السابق ، بند رقم ٢٨١ ، والدكتور على البارودى ، المرجع السابق ، بند رقم ٢٢١ .

والحساب الجارى ليس مجرد قائمة بالعمليات المتبادلة بين الطرفين الهدف منها ضبط هذه العمليات وعدم نسيانها وقت التصفية، وإنما هو صيغة حسابية خاصة تترتب عليها آثار هامة بين الطرفين، إذ تندمج العمليات الجارية بين الطرفين اندماجا تاما داخل الحساب بحيث تفقد كل منها كيانها الذاتى واستقلالها بمجرد قيدها فيه وتتحول إلى مفرد من مفرداته. فلا يعتبر أحد الطرفين دائنا أو مدينا للآخر طالما أن الحساب مفتوح بينهما. وتستمر علاقتها على هذا النحو- أى فى حالة حساب جار- حتى إقفال الحساب وتصفيته حيث يظهر عندئذ رصيد دائن لأحد الطرفين على الطرف الآخر، يكون مستحقا وقابلا للأداء فى الحال.

وللحساب الجارى مزايا عديدة، إذ هو يقلل، كما تقدم، من استعمال النقود بين الطرفين حيث لا يجوز لأحدهما مطالبة الآخر بالوفاء قبل إقفال الحساب ومعرفة الرصيد، وهو بالإضافة إلى ذلك يمثل أداة للائتمان والضمان: إذ أنه لا يلزم المدين فيه بدفع قيمة دينه مباشرة، بل يكفى فيه بقيد هذه القيمة فى حساب الدائن، وهو يعتبر - أخيرا - أداة ضمان بفضل المقاصة الآلية بين ديون الطرفين التى تترتب عليه، مما يدرأ خطر إعسار أو إفلاس أحد الطرفين، إذ لا يدخل فى التفليسة سوى الرصيد النهائى وحده.

ولا يشترط أن يكون أحد طرفى الحساب الجارى بنكا، إذ يجوز أن يفتح الحساب الجارى بين شخصين متى كانت بينهما عمليات متصلة، كما هو الشأن بين الموكل والوكيل بالعمولة وبين الشركاء والشركة، ولكن الغالب هو أن يفتح الحساب الجارى بين أحد البنوك وعميله التاجر، فيقيد البنك فى الجانب الدائن من الحساب الودائع النقدية التى يسلمها العميل، وقيمة الأوراق التجارية التى يكلفه بتحصيلها وفوائد وأرباح الأوراق المالية المودعة عنده وغير ذلك من الحقوق التى تنشأ للعميل قبل البنك، ويقيد فى الجانب المدين المبالغ التى يدفعها البنك للعميل كالقروض التى يقدمها له، أو الاعتمادات التى يفتحها لصالحه، والشيكات والتحويلات المصرفية التى يؤدى قيمتها تنفيذا لأوامر العميل وغير ذلك من الديون.

ولكن لا يشترط فى الحساب الجارى أن يكون مكشوفاً من جانب الطرفين، إذ يجوز أن يكون الحساب الجارى مكشوفاً من جانب واحد فقط، فقد تكون للبنك مثلاً

مصلحة في اشتراط ألا يكون الحساب مكشوفاً من جانبه لصالح عميل معين، وعندئذ يجب أن يكون حساب هذا العميل دائماً دائناً، أو على الأقل متعادلاً بين جانبه الدائن والمدين، والغالب هو أن يقترن فتح الحساب الجارى لدى البنك بفتح اعتماد لصالح العميل.

وبالرغم من أهمية الحساب الجارى في الحياة التجارية، وانتشاره في المعاملات المصرفية على نطاق واسع في المملكة فليس هناك نصوص تنظمه فيها حتى اليوم، صحيح أن الحساب الجارى من الأنظمة التجارية التي أوجدها العرف وهذا الفقه والقضاء ولم تفرضها نصوص التشريعات، إلا أنه يلاحظ مع ذلك ميل معظم التشريعات الحديثة إلى تقنين أحكام هذا النظام بعد أن استقرت معظم أحكامه. وإزاء هذا النقص التشريعي في المملكة تجرى عادة البنوك على تضمين نواذجها المطبوعة التي يوقعها العملاء عند فتح الحساب الجارى أهم القواعد التي جرى بها العرف والتي تعتبر من أهم مميزاته في القانون المقارن.

وستكلم عن الحساب الجارى في مبحثين فنيين، في الأول أركانه وخصائصه الجوهرية، ثم نعرض في الثاني الآثار المترتبة عليه، وسنكتفى فيما يتعلق بقفل الحساب وتصفيته بالإحالة إلى ما سبق ذكره بخصوص الحسابات المصرفية.

المبحث الأول

ماهية وأركان الحساب الجارى

● الركن الإداري في الحساب الجارى ● الركن المادى في الحساب الجارى

● تبادل وتشابك المدفوعات

١٦٧ الحساب الجارى عقد لا بد فيه من اتفاق الطرفين، وهذا هو ما يعبر عنه عادة بالركن أو العنصر الإداري في الحساب الجارى، ولا بد فيه أيضاً من وجود المدفوعات «remises» التي تنشأ من العمليات التي يجريها الطرفان: وهذه المدفوعات تشكل الركن أو العنصر المادى في الحساب الجارى، ويشترط في هذه المدفوعات أن تكون

متبادلة ومتشابهة، وتبادل وتشابك المدفوعات يشكل العنصر أو الركن الثالث في الحساب الجارى، وسوف نتكلم عن هذه الأركان الثلاثة للحساب الجارى في ثلاثة فروع مستقلة.

الفرع الأول الركن الإرادى في الحساب الجارى اتفاق الطرفين

١٦٨ الحساب الجارى ليس مجرد قائمة حسابية بالعمليات الجارية بين الطرفين، بل هو مصدر لآثار قانونية غاية في الأهمية، ومن ثم لا بد من أن تكون إرادة الطرفين قد اتجهت إلى ترتيب هذه الآثار، فالحساب الجارى عقد بين طرفيه: ويشترط لصحة هذا العقد أن تتوافر له الأركان العامة في العقود، وهى الرضا والمحل والسبب والأهلية، ولكن لا يشترط أن يكون الاتفاق على فتح الحساب الجارى صريحا، إذ يجوز أن يكون ضمنيا. ومثال ذلك أن يقوم البنك بفتح اعتماد لأحد العملاء في حساب جار وإخطاره بذلك، ثم يقوم العميل - دون أن يخاطر البنك بقبوله صراحة - بسحب مبلغ من هذا الاعتماد^(١)، ومع ذلك فالغالب في العمل هو أن يكون الاتفاق بين الطرفين على فتح الحساب الجارى صريحا ومكتوبا، حيث جرت عادة البنوك على أخذ توقيع العملاء التجار على خطاب يثبت فيه صراحة أن الحساب القائم بينهما هو حساب جار وذلك في حالة عدم سبق أفرغ الاتفاق على فتح الحساب الجارى في الشكل النموذجى المعد لهذا الغرض من قبل البنك والتوقيع عليه من العميل^(٢).

ويعتبر عقد الحساب الجارى تجاريا دائما بالنسبة للبنك، تطبيقا للمفكرة ج من المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية التى انتهينا إلى أنها تقرر تجارية جميع أعمال البنوك فى المملكة^(٣). أما بالنسبة لغير البنك فإن العقد يكون تجاريا إذا عقد بين تجار

(١) انظر هامل وفاسير وماران، «الحسابات المصرفية»، بارين، سراى، ١٩٦٦، بند رقم ٢٢٩.

(٢) انظر نفس المرجع السابق.

(٣) انظر مؤلفنا السابق الإشارة إليه، بند رقم ٤٠.

لحاجات تجارتهم، ومدنيا إذا عقد بين غير التجار، ومختلطا إذا عقد بين تاجر - أو بنك - وغير تاجر^(١). ولكن الرأي الراجح اليوم يرى أن الحساب الجارى يجب أن يكون عملا تجاريا مطلقا، أى فى جميع الأحوال أيا كانت صفة طرفيه، وأيا كانت طبيعة العمليات التى تقيد فيه لأن نظام الحساب الجارى نظام خلق لسد حاجة التجار والتجارة، فإذا استخدمه غير التجار وجب أن يخضعوا لقواعده كما جرى بها العرف التجارى^(٢).

كما يعتبر عقد فتح الحساب الجارى من عقود الاعتبار الشخصى، فلشخصية كل من الطرفين أثرها فى إبرام العقد وفى استمراره، لأن آثاره تنطوى على مخاطرة لا يقبل عليها الطرفان إلا إذا توافرت بينهما الثقة المتبادلة، فكل طرف يدفع فى الحساب الجارى حقوقا مؤكدة فى مقابل مجرد قيد كتابى لا يضمن أن يستوفيه عند قفل الحساب^(٣). ولذلك تقوم البنوك عادة بجمع التحريات عن عملائها الجدد وتبادل المعلومات عنهم فيما بينها، وبذلك تتوصل البنوك إلى تكوين «قائمة سوداء» للعملاء غير المرغوب فيهم^(٤).

وقد يفتح الحساب الجارى لمدة محددة أو غير محددة، والفرض الأول هو الغالب عملا حيث جرت العادة على أن يتفق الطرفان عند فتح الحساب على تحديد أجل لعملياتها المتبادلة وتصفيتهما ومن ثم قفل الحساب، أما إذا فتح الحساب لمدة غير محددة فيكون لكل منهما أن يطلب بإرادته المنفردة قفل الحساب بشرط إخطار الطرف الثانى بذلك وإعطائه مهلة معقولة، كما ينتهى عقد فتح الحساب الجارى كذلك بوفاء أحد الطرفين أو الحجر عليه أو إفلاسه.

(١) انظر الدكتور ثروت عبد الرحيم والقانون التجارى المصرى، القاهرة، ١٩٨٢، بند رقم ١٦١، والدكتور إدوار عبيد، المرجع السابق، بند رقم ٢١٩، وانظر المراجع التى أشار إليها هامل وفاسير وماران، المرجع السابق، بند رقم ٢٢٥.

(٢) انظر الدكتور على جمال الدين عوض، «عمليات البنوك...»، بند رقم ٢١٨، والدكتور على البارودى، المرجع السابق، بند رقم ٢٢٩.

(٣) انظر الدكتور على جمال الدين عوض، «عمليات البنوك...»، بند رقم ٢٢٠.

(٤) انظر الدكتور على البارودى، المرجع السابق، بند رقم ٢٢٤.

الفرع الثاني الركن المادى فى الحساب الجارى المدفوعات

١٦٩ المدفوعات remises هى الحقوق التى تقيد فى الحساب لمصلحة الدافع remittant ، أى فى الجانب الدائن من حساب الدافع ، وفى الجانب المدين من حساب القابض recepneur ، والناشئة عن العمليات المتبادلة بين الطرفين .

وتمثل المدفوعات الركن المادى فى الحساب الجارى وهى روح الحساب ومنها تتركب مفرداته ، وبدونها لا يكون الحساب إلا مجرد اتفاق لم يدخل بعد فى دور التنفيذ^(١) وكل مبلغ يقيد فى الحساب يعتبر مدفوعاً بصرف النظر عن مصدره ، فإذا أودع العميل نقوداً لدى البنك اعتبر هذا مدفوعاً بدرجة فى الجانب الدائن للحساب ، وإذا سحب العميل نقوداً من البنك اعتبر هذا مدفوعاً من البنك يقيد فى الجانب المدين للحساب . وهكذا فكل عملية تتم بين البنك وعميله من وديعة نقدية ، أو سحب نقود ، أو اقتراض أو رد للقرض ، أو خصم أوراق تجارية ، أو بيع أو شراء أوراق مالية ينشأ عنها مدفوع يجب أن يقيد فى الحساب ، وأياً ما كان سبب المدفوع فإن الدافع هو من يسلم المدفوع والقابض هو من يتسلمه^(٢) .

١٧٠ ويشترط فى المدفوعات لكى تقيد فى الحساب الجارى وتصبح من مفرداته الشروط التالية :

١] أن تكون جميع المدفوعات أشياء مثلية fungibles من نوع واحد ، وذلك حتى يتحقق الاندماج بينها ، فإذا كان أحد طرفى الحساب بنكاً فإن المدفوعات تكون دائماً مبالغ نقدية ولكن تماثل المدفوعات لا يعنى تماثل مصدرها ، فقد يكون مصدر المدفوعات - أى المبالغ النقدية التى تقيد فى الحساب - أوراقاً تجارية سلمها العميل

(١) انظر الدكتور محسن شفيق ، المرجع السابق ، بند رقم ٢٠٨٩ .

(٢) انظر الدكتور مصطفى طه ، المرجع السابق ، بند رقم ٥٣٨ .

إلى البنك لتحصيل قيمتها وقيدها في الحساب، وقد يكون مصدرها وديعة نقدية أو فتح اعتماد، غير أنه لا يلزم أن تتعدد مصادر المدفوعات في الحساب الجاري، إذ يجوز أن تنشأ المدفوعات عن مصدر واحد ومثال ذلك أن تمثل المدفوعات في قروض من البنك تقيدها في الجانب الدائن له والجانب المدين للعميل، وسداداً هذه القروض من العميل تقيدها في الجانب المدين للبنك والجانب الدائن للعميل^(١).

٢ أن تكون المدفوعات ناشئة عن دين معين المقدار ومحقق الوجود على وجه لا يحتمل النزاع certaine et liquide، فلا يجوز قيد مدفوع غير معين المقدار، أو متنازع عليه إلا بعد انتهاء النزاع بشأنه، كما لا يجوز قيد مدفوع معتر على شرط واقف إلا بعد تحقق الشرط^(٢).

أما المدفوع المعلق على شرط فاسخ فيجوز قيده في الحساب الجاري، إذ تكون له آثاره طالما أن الشرط لم يتحقق، أما إذا تحقق الشرط فاسخ فيزول الحق بأثر رجعي ومن ثم يجب إلغاء القيد عن طريق إجراء قيد عكسي. كما يجوز قيد المدفوع المقترن بأجل في الحساب، فإذا لم يحل للأجل قبل قفل الحساب فلا يكون له أثر في الحساب، وتظهر أهمية قيد المدفوع المقترن بأجل في الحساب في حالة إفلاس الدافع، إذ يترتب على ذلك سقوط الأجل وتقاص هذا المدفوع مع المدفوعات المقابلة.

٣ أن تكون المدفوعات قد سلمت إلى القابض على سبيل التملك. أما إذا سلمت إليه على سبيل الوكالة أو الرهن أو الوديعة فلا يمكن اعتبارها من قبيل المدفوعات التي تقيدها في الحساب الجاري، والسبب في ذلك هو أن المدفوعات تقيدها في الجانب الدائن من حساب الدافع فكأن القابض قد دفع مقابلاً لما تلقاه مما يقتضي أن تكون هذه المدفوعات قد سلمت إليه على سبيل التملك^(٣).

(١) انظر هاميل واسبير وماران، المرجع السابق، بند رقم ٢٣٢.

(٢) ويرى بعض الفقه الفرنسي أن العبرة في توافر هذا الشرط في المدفوعات هي بوقت قفل الحساب وليس بوقت قيد هذه المدفوعات في الحساب الجاري. انظر حان ودور سكارا ورو. مبادئ القانون التجاري، باريس سراي، بند رقم ٤٥٥ وانظر في نقد هذا الرأي الدكتور على الشارودي، المرجع السابق، ص ٣١٦ هامش رقم (٢).

(٣) انظر الدكتور مصطفى ضة، المرجع السابق، بند رقم ٥٣٩.

ويترتب على انتقال ملكية المدفوعات إلى القابض أن يكون لهذا الأخير حرية التصرف في هذه المدفوعات، ولا يجوز الادعاء في مواجهته بخيانة الأمانة، كما لا يحق للدافع أن يطالب باسترداد هذه المدفوعات من القابض أو من تفليسه^(١).

وتطبيقاً لذلك فإنه إذا سلم العميل البنك ورقة تجارية، فإن قيمة هذه الورقة تعتبر مدفوعاً وتفيد فوراً في الحساب الجاري بينهما، إذا كان العميل قد ظهرها إلى البنك تظهيراً ناقلاً للملكية بعد خصمها لديه، أما إذا كان قد سلمها إليه لتحصيل قيمتها في ميعاد استحقاقها بعد تظهيرها إليه على سبيل التوكيل، فلا تعتبر الورقة عندئذ من قبيل المدفوعات ولا تفيد في الحساب الجاري إلا بعد تحصيل قيمتها باعتبارها ديناً للعميل^(٢).

ويلاحظ أن البنك إذا لم يتمكن من تحصيل قيمة الأوراق التجارية التي تخصم لديه وتفيد في الجانب الدائن من حساب العميل فإنه يقوم بعد ذلك بإجراء قيد عكسي في الجانب المدين من حساب العميل^(٣).

ومتى توافرت الشروط السابقة دخلت المدفوعات في الحساب الجاري وأصبحت من مفرداته وخاضعة لأحكامه دون أن يتوقف ذلك وفقاً للرأي الراجح على عملية إجراء القيد المادي الذي قد يتأخر لأسباب عرضية.

١٧١ والأصل أن يشمل الحساب الجاري جميع المدفوعات الناشئة عن العمليات المتبادلة والجارية بين الطرفين دون حاجة إلى اتفاق خاص، وهذا هو ما يعبر عنه بمبدأ عمومية الحساب الجاري.

(١) انظر الأحكام العديدة التي أشار إليها هامل وفاسير وماران، المرجع السابق، ص ٣٩٥، اسكارا ورو، المرجع السابق، بدم رقم ٤٥٦.

(٢) انظر هامل وفاسير وماران، المرجع السابق، بدم رقم ٢٣٤، والدكتور محمد حسني، المرجع السابق، بدم رقم ٩١.

(٣) انظر الدكتورة سميحة القنوي، المرجع السابق، ص ٣١٦، والدكتور محمود سمير الشراوي، المرجع السابق، بدم رقم ٥٢٢، فادن الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، ص ٤٧٧.

وقد تقرر هذا المبدأ حماية للمصلحة المشتركة للطرفين، ولذا يجوز لنظرين الاتفاق على قصر الحساب على نوع معين من العمليات التي يخرونها، أو على استبعاد بعض العمليات من الحساب. وقد يقع الاتفاق عند فتح الحساب أو عند وقوع العملية، ومثال الحالة الأولى الاتفاق بين البنك والعميل على قصر الحساب على العمليات التجارية وحدها، ومثال الحالة الثانية الاتفاق بينهما على استبعاد مبلغ معين من الدخول في الحساب وتخصيصه لغرض خاص affectation spéciale كالوفاء بقيمة الكمبيالات والشيكات التي يسحبها العميل على البنك.

كما أن مبدأ عمومية الحساب الجاري لا يجوز دون تعدد الحسابات الخارية بين الطرفين. وعادة ما يلجأ العميل إلى ذلك عندما تكون له أنواع مختلفة من النشاط التجاري، فيخصص حساباً جارياً لكل نوع من هذه الأنشطة، وقد تقدم أنه لما كان المبدأ هو استقلال الحسابات وامتناع المقاصة بينهما مما يلحق الضرر بالبنك عند إفلاس العميل، فقد درجت البنوك في الدول الأخرى، وتبعته في ذلك البنوك العاملة في المملكة، على تضمين عقودها مع العملاء شرط يقضي بحق البنك في إجراء المقاصة بين مختلف أرصدة الحسابات المفتوحة لديه، أو على جعل هذه الحسابات ضامنة لبعضها البعض.

ويلاحظ أخيراً أن الرأي مستقر في الفقه والقضاء المقارن على أن الحساب الجاري لا يشمل سوى المدفوعات الناشئة عن العلاقات العادية بين الطرفين كالديون المترتبة على العمليات التجارية وعمليات الائتمان الخارية بينهما والتي من أجلها فتح الحساب. أما الديون غير العادية، كالديون المتصلة بالعلاقات العائلية أو الناشئة عن المسؤولية التقصيرية وغيرها من الديون الاستثنائية فهي لا تدخل في الحساب الجاري^(١).

(١) نظريتين وزونو، المرجع السابق، سدرقه ٢٠٢٣، همل وسير وميران، المرجع السابق، سدرقه ٢٣٨، رودير وديف - لبح، المرجع السابق، سدرقه ١٢٦، سكارا ورو، المرجع السابق، ح ٦، سدرقه ٤٥٧، الدكتور علي السارودي، المرجع السابق، سدرقه ٢٢٨، الدكتور محمد حسني عيسى، المرجع السابق، سدرقه ٨٤ وما يليه، الدكتور مصطفى ضه، المرجع السابق، سدرقه ٥٤٢، الدكتور سميرة فنيوي، المرجع السابق، سدرقه ٨٧، الدكتور دويد عبد، المرجع السابق، سدرقه ٢٢٠.

الفرع الثالث تبادل وتشابك المدفوعات

١٧٢ لا يكفي لوجود الحساب الجارى أن تكون هناك مدفوعات بين الطرفين خلال مدة معينة، بل يشترط أن تكون هذه المدفوعات متبادلة ومتشابهة.

١٧٣ فيشترط من ناحية لوجود الحساب الجارى أن تكون المدفوعات متبادلة reciproques، ويقتضى التبادل أن يقوم كل من الطرفين بدور الدائن أحيانا ودور المدين أحيانا أخرى، أى أن يكون من شأن المعاملات الجارية بينهما أن يصير كل منهما دافعا تارة فتقيد العملية في جانب الأصول من الحساب وقابضا تارة أخرى فتقيد العملية في جانب الخصوم من الحساب، فتتراوح بذلك صفتا الدائن والمدين بين الطرفين طوال مدة تشغيل الحساب، كأن يقوم العميل بإيداع النقود وسحبها، وتسليم الأوراق التجارية، وإصدار أوامر النقل أو التحويل المصرفي، ويقوم البنك بخصم الأوراق التجارية وتنفيذ أوامر النقل أو التحويل المصرفي وفتح الاعتمادات لصالح العميل، فإذا اتفق على أن يكون أحد الطرفين دافعا دائما والآخر قابضا دائما، فلا يعتبر الحساب جاريا لانتهاء شرط تبادل المدفوعات^(١).

وتطبيقا لذلك لا يعتبر حسابا جاريا الحساب المجمد «compte bloqué» وهو الحساب الذى يتفق عند فتحه على أن يقوم أحد الطرفين بإيداع مبالغ فى الحساب دون أن يكون من حقه سحبها طوال مدة تشغيله أو خلال فترة معينة كحساب التوفير، وعلى العكس يعتبر الحساب جاريا متى كان مفتوحا بين عميل وبنك وكان العميل يغذى الحساب بودائع نقدية متتابعة ويقوم بسحب مبالغ منها من وقت لآخر بطريق الشيكات أو غيرها، إذ يصير العميل دائنا والبنك مدينا عند وقوع كل وديعة وقيدها فى جانب الأصول من الحساب، ثم يصير العميل مدينا والبنك دائنا عند سحب مبالغ من الحساب^(٢).

(١) انظر للدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢٨٦، والدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، ص ٥٤٣.

(٢) انظر همل وفاسير ومازان، المرجع السابق، ص ٤٠٩ والأحكام المشار إليها فى نفس المؤلف ص ٤١٠، الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

ولا يلزم لتوافر شرط تبادل المدفوعات أن يتم تبادل المدفوعات فعلا، بل يكفي أن يكون تبادل هذه المدفوعات ممكنا بحسب مجرى العمليات واتفاق الطرفين، فالنهم هو وجود التبادل قانونا لا فعلا^(١). وتطبيقا لذلك قضى بأن الحساب يحتفظ بصفة الحساب الجارى ولولم تحصل المدفوعات فيه إلا من أحد الطرفين متى كان الاتفاق قد تم، على أن تكون هذه المدفوعات متبادلة، كما قضى بأن الحساب الذى استقر منذ مدة طويلة على أن يتلقى مدفوعات من أحد الطرفين فقط دون الطرف الآخر يفقد صفة الحساب الجارى لانتهاء شرط التبادل، بناء على افتراض تغير قصد الطرفين في هذا الشأن. ويقع على القاضى دائما واجب البحث عن وجود إمكانية تبادل المدفوعات وكذلك الكشف عن قصد الطرفين في تغيير صفة الحساب^(٢).

ويلاحظ أن شرط تبادل المدفوعات لا يفترض أن يكون الحساب مكشوف من جانب الطرفين، لأن التبادل يتحقق في الحساب المكشوف من جانب واحد، إذ يمكن أن تدخل في هذا الحساب مدفوعات من الطرفين بحيث يظل دائما لدينا بالنسبة لأحدهما ودائنا بالنسبة للآخر وخير مثال لذلك هو حساب الودائع.

١٧٤ ويشترط من ناحية أخرى لوجود الحساب الجارى أن تكون المدفوعات متشابكة *enchevtrées*، ويقتضى التشابك تداخل المدفوعات وتخلل بعضها البعض فلا يعتبر حسابا جاريا إذا اتفق على أن مدفوعات أحد الطرفين لا تبدأ إلا حين تنتهى مدفوعات الطرف الآخر^(٣). إذ أن المدفوعات الأخيرة تكون في هذه الحالة مجرد وفاء للمدفوعات الأولى، ومثال ذلك أن يقدم أحد الطرفين - البنك مثلا - إلى الطرف الآخر مبلغا من النقود على سبيل السلفة أو القرض، دفعة واحدة أو على دفعات، وبعد أن يتسلم الطرف الأخير - أى العميل - المبلغ بكامله يقوم عندئذ بسداد هذا المبلغ دفعة واحدة أو على دفعات، فلا يوجد تشابك بين المدفوعات في هذه الحالة.

(١) انظر الدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشرفاوى، المرجع السابق، بند رقم ٣٥٨.

(٢) انظر في التطبيقات القضائية هذا الشرط الأحكام العديدة التى أشار إليها كل من ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٢٥، وهامل وفاسير ومازان، المرجع السابق، بند رقم ٢٤٢.

(٣) وقد نص على هذا الشرط صراحة المشروع الذى أعدته لجنة إصلاح تفسير التجارة لفرجى وذلك في المادة الأولى منه.

والحساب الذي جرى العمل على فتحه في مثل هذه الحالة تحت اسم حساب السلفيات *compte d'avances* ليس سوى التمثيل المحاسبي لعقد القرض وتنفيذه، ولا يمكن أن يعتبر بحال من الأحوال حساباً جارياً^(١). على العكس يصبح الحساب جارياً إذا اتفق الطرفان على أن يكون للعميل سحب مبلغ القرض دفعة واحدة، أو على دفعات، وسداده على أقساط، وكلما دفع قسطاً كان من حقه أن يعود إلى سحبه ثم رده ثم سحبه وهكذا حتى التاريخ المحدد لقفل الحساب، لأنه في كل مرة يقوم فيها المقرض بسحب مبلغ من القرض يقيد البنك هذا المدفوع في الجانب المدين من الحساب، وفي كل مرة يقوم فيها المقرض بالدفع يقيد البنك المدفوع في الجانب الدائن من الحساب، وبذلك يتحقق التثابك بين مدفوعات الطرفين، وبالمثل لا يعتبر حساب الودائع حساباً جارياً إذا قام العميل بتغذية الحساب بسلسلة من الودائع النقدية، ثم قام بعد ذلك بسحب مبلغ الوديعة على دفعات، وعلى العكس يصبح حساب الودائع حساباً جارياً إذا تداخلت عمليات الإيداع والسحب، كأن يودع العميل اليوم ويسحب جزءاً من وديعته في الغد، ليعود من جديد في اليوم الثالث ليغذي ما تبقى من وديعته بودائع جديدة وهكذا حتى يقفل الحساب، وبذلك يتحقق شرط التثابك بين مدفوعات الطرفين^(٢).

ولا يلزم لتوافر شرط تشابك المدفوعات، تماماً كما في حالة التبادل، أن يتم تشابك مدفوعات الطرفين فعلاً وواقعاً، بل يكفي أن يكون تشابك هذه المدفوعات ممكناً قانوناً، وتطبيقاً لذلك قضى أن الحساب يحتفظ بصفته كحساب جارٍ حتى ولو توقف تشابك مدفوعات الطرفين طوال فترة من الزمن طالما أن إرادة الطرفين لم تستبعد إمكانية هذا التثابك مستقبلاً ولم يرق ما يمنع من ذلك قانوناً^(٣). كذلك يجوز

(١) حكم محكمة باريس في ٢ أغسطس ١٩٠٠، سيرى ١٩٠٣-٢-٢٨٩ تعلق فال مشار إليه في مؤلف هامل وفاسير وماران، المرجع السابق، ص ٤١٣.

(٢) أنظر هامل وفاسير وماران، المرجع السابق، بند رقم ٢٤٣، ويعتبر اسكارا ورو شرط التثابك من الشروط الجوهرية للحساب الجارى، المرجع السابق، ج ٦، بند رقم ٤٥٩ و٤٦٤، وقارن ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٢٦، روديير وريف - لنج، المرجع السابق، بند رقم ١٢٠ وخاصة ص ١٣٤ و١٣٥. ويكاد الفقه العربي يجمع على شرط تشابك المدفوعات باستثناء الدكتور على جمال الدين عوض، انظر مؤلفه وعمليات البنوك... بند رقم ٢٦١.

(٣) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية في ٣١ أكتوبر ١٩٥٠ أشار إليه هامل وفاسير وماران، المرجع السابق، ص ٤١٤.

للقاضي هنا - لو حدث وإن استقر الحساب مدة طويلة على عدم حصول التثبت الضروري لطبيعة الحساب الجاري بين مدفوعات الطرفين - أن يستنتج اتجاه إرادة الطرفين الضمنية لنفى هذه الصفة عن الحساب^(١).

المبحث الثاني آثار الحساب الجاري

● تحول المدفوعات إلى مفردات في الحساب الجاري ● عدم تجزئة الحساب الجاري

١٧٥ يترتب على قيد الدين أو المدفوع في الحساب الجاري تحول هذا الدين أو المدفوع إلى مفرد من مفردات الحساب، واندماج هذه المفردات في مجموعة واحدة غير قابلة للتجزئة، وسنبحث بإيجاز عن هذين الأثرين في فرعين مستقلين.

الفرع الأول

تحول المدفوعات إلى مفردات في الحساب الجاري

١٧٦ يترتب على مجرد دخول الدين أو المدفوع في الحساب الجاري فقدته لصفاته الخاصة وكيانه الذاتي، وتحوله إلى مجرد بند أو مفرد من بنود أو مفردات الحساب article en compte ويندمج فيه مع غيره من المفردات ويصبح جزءاً منه ويتبع عن هذا الاندماج عند قفل الحساب دين واحد هو دين الرصيد النهائي، وهو ما يعنى بعبارة أخرى أن الدافع لا يكون دائماً للقباض إلا إذا كان هذا الرصيد دائماً لمصاحته

١٧٧ ولقد استقر الفقه والقضاء المقارن على ترتيب آثار معينة على تحول المدفوعات إلى مفردات في الحساب الجاري نجملها فيما يلي:

[١] أن المدفوع أو الدين الذي يدخل الحساب الجاري لا يكون قبلاً بعد

(١) انظر نفس المرجع السابق، بند رقم ٢٤٣

ذلك لوفاء مستقل، فإذا كان هذا الدين أو المدفوع ثمنًا لبيع تم بين طرفي الحساب وجرى قيده فيه، فلا يجوز للبائع بعد ذلك مطالبة المشتري بدفع هذا الثمن على انفراد.

٢] أن الدين أو المدفوع الذي يدخل الحساب الجارى يفقد صفته الأصلية ليكتسب صفة الحساب الجارى الذى يكون تجارياً دائماً وفقاً للرأى الراجح، ومن ثم يكون الاختصاص القضائى بنظر المنازعات الناشئة عن الدين الذى يدخل فى الحساب الجارى فى المملكة لهيئة حسم المنازعات التجارية فهى الجهة التى تختص بالنظر فى منازعات الحساب ذاته.

٣] إذا كان الدين أو المدفوع مما يسقط بالتقادم القصير قبل دخوله الحساب، كما لو كان الدين ثابتاً فى ورقة تجارية، فإنه يعامل معاملة جديدة بعد دخوله الحساب حيث يخضع للتقادم الطويل الذى يسرى على دين الرصيد النهائى بعد قفل الحساب.

٤] إذا كان الدين الأصلى ينتج فوائد اتفاقية معينة فإنه يترتب على إدراجه فى الحساب توقف سريان هذه الفوائد من تاريخ القيد وسريان الفوائد الخاصة بالحساب الجارى.

٥] إذا كان الدين أو المدفوع مصحوباً بتأمينات خاصة كامتياز أو رهن أو كفالة قانونية كانت أو اتفاقية، فإنه يترتب على قيده فى الحساب زوال هذه التأمينات، وذلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، أى إبقاء التأمينات لضمان دين الرصيد^(١).

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٣٢، اسكارا ورو، المرجع السابق، بند رقم ٤٨٧، هاميل وألارد وجوفيه، المرجع السابق، بند رقم ١٢٢٩، رودير وريف - لنج، المرجع السابق، بند رقم ١٢٩ وما يليه، وقد أخذت التشريعات التجارية العربية الحديثة هذه الآثار، انظر على سبيل المثال فى قانون الكويتى الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٢٩٨، وفى القانون اللبنانى الدكتور إدوارد عبيد، المرجع السابق، بند رقم ٢٢٣-٢٢٥، وانظر فى هذه الآثار الدكتور على جمال الدين عوض، «عمليات السوك»، بند رقم ٢٨١ والمراجع العديدة التى أشار إليها.

١٧٨ ولكن يلاحظ أن إنتاج قيد الدين في الحساب الجارى هذه الأثار موهوب بوجود هذا الدين وصحته، فإذا أبطل الدين الأصلى أو فسخ وجب استبعاد آثار القيد السابق بإجراء قيد عكسى، وهو ما يعنى بعبارة أخرى أن دخول الدين أو المدفوع في الحساب الجارى لا يخصن الدافع من أسباب البطلان أو الفسخ التى تشوب الدين الأصلى قبل إدراجه في الحساب وتحوله إلى مفرد من مفرداته. وتطبيقاً لذلك فإنه إذا كان الدين الأصلى باطلاً لأنه دين قهر وأقيمت دعوى المضالبة بطلانه بعد إدراجه في الحساب ثم حكم بالبطلان وجب إلغاء القيد السابق بقيد عكسى، ولا يمكن الادعاء بأن الدين قد اندمج في الحساب وأصبح مفرداً من مفرداته. لأن الدين رغم دخوله في الحساب يظل مرتبطاً بمصدره، وبالمثل فإنه يجب إلغاء القيد بقيد عكسى إذا كان الدين ثابتاً في ورقة تجارية ولم يتمكن البنك من تحصيل قيمته في الميعاد، لأن قيد الأوراق التجارية يقع دائماً في الحساب تحت شرط التحصيل (١).

١٧٩ وإذا كان لا خلاف على قاعدة تحول المدفوعات في الحساب الجارى إلى مفردات بالمعنى السابق وعلى النتائج المترتبة على ذلك، فقد انقسم الرأى في الفقه والنقضاء بالمقابل حول الأساس القانونى لهذه القاعدة.

فالنظرية التقليدية تفسر هذه القاعدة على أساس فكرة التحديد «novation» حيث ترى أن قيد المدفوعات في الحساب الجارى يؤدي إلى تجديدها والتحديد وفقاً لقواعد القانون المدنى هو الاتفاق على حلول التزام جديد محل التزام قديم يختلف عن هذا الأخير في عنصر من عناصره كشخصه أو محله أو مصدره (٢). ووفق هذه النظرية كل دين يقيد في الحساب الجارى يزول ويتحول إلى دين جديد مختلف عن الأول، إذ يصبح مفرداً في الحساب مندمج فيه مع سائر المفردات، فيكون هناك تحديد بتغيير السبب، إذ أن المدين الذى كان ملتزماً بدفع الدين الأصلى لا يكون ملتزماً بعد قيده في الحساب الجارى إلا بدفع رصيد هذا الحساب (٣).

(١) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٢٩٩ وانظر لاحكامه لدى أشرف محمد همام، وديب وماران، المرجع السابق، بند رقم ٢٥٤.

(٢) انظر في الموضوع تحديد مرجع الدكتور عبد البرق لسهرى، والمبسط في القانون المدنى، ج ٣، ص ٨١٣ وما يليه.

(٣) انظر في هذا الموضوع همام وديب وماران، المرجع السابق، بند رقم ٢٤٧. والمرجع نفسه لدى أشرف

وقد انتقد البعض هذه النظرية بشدة على أساس أن التجديد يترتب عليه أن ينقضى الدين الأصلي ، وأن ينشأ دين جديد مكانه ، الأمر الذي لا يتحقق في الدين الذي يدخل في الحساب الجارى ، لأن هذا الدين لا يتحول بقيده في الحساب إلى دين جديد له كيانه الخاص وذاتيته المستقلة ، بل إلى مجرد مفرد يندمج مع غيره من مفردات الحساب ، ولذا ذهب بعض أنصار هذه النظرية إلى القول بأن القيد في الحساب الجارى ليس تجديدا بالمعنى الصحيح بل هو نوع خاص من التجديد أو شبه تجديد وهذا تعبير غير موفق من الناحية القانونية ودليل على عدم انطباق نظرية التجديد^(١) .

وهذا نادى بعض الفقه الحديث بنظرية المقاصة المتتابعة compensations successives في تفسير القاعدة السابقة حيث يرى أن كل دين أو مدفوع يقيد في أحد جانبي الحساب الجارى ينقضى مباشرة انقضاء كلياً أو جزئياً بالمقاصة مع الديون أو المدفوعات الأخرى المدرجة في الجانب الآخر منه ، وهذه النظرية مستوحاة في الواقع مما جرى عليه العمل في البنوك ، فالملاحظ أن البنوك تجرى قيماً بين الرصيد بعد إدراج أى مدفوع في الحساب^(٢) .

ولكن هذه النظرية لا تسلم من النقد كذلك ، ومن أهم المآخذ على هذه النظرية هو أنه لا يمكن أن تحدث مقاصة متتابعة بين بند معين وبند آخر ، لأن المقاصة وفاء ولا وفاء بين البنود^(٣) . كما أن المقصود ببيان الرصيد هو تحديد مركز العميل عقب كل مدفوع ، ولكن لا يترتب على هذه المقاصة المحاسبية تحديد المركز القانونى للعميل ، فليس للعميل أن يطالب بالرصيد بمجرد قيد مدفوع من المدفوعات وليس للعميل حق المطالبة إلا بمقدار الرصيد عند قفل الحساب ، وعندئذ تجرى عملية مقاصة واحدة تشمل مجموع مفردات الجانب المدين ومجموع مفردات الجانب الدائن للحساب^(٤) كما أن المقاصة تفترض دائماً وجود دينين متقابلين

(١) انظر اسكاراوزو، المرجع السابق ، بند رقم ٤٨٦ ، والدكتور محمد حسنى عباس ، المرجع السابق ، بند رقم ٩٨ و٩٧ ، ريسير وروبلو، المرجع السابق ، بند رقم ٢٠٢٩ ، والدكتور إدوارد عيد ، المرجع السابق ، بند رقم ٢٢٦

(٢) وقد نادى هذه النظرية اسمين في بحثه عن المجلة الفصلية للقانون المدنى ، ١٩٢٠ ، ص ٧٩ وما يليها .

(٣) انظر الدكتور على البارودى ، المرجع السابق ، بند رقم ٢٣٥ .

(٤) انظر الدكتور محمد حسنى عباس ، المرجع السابق ، بند رقم ١٠١ .

ينقضيان بمقدار الدين الأقل منهما، بينما قد يحصل أن يدخل دين أو مدفوع لأحد الطرفين الحساب دون أن يكون هناك دين مقابل له للطرف الآخر، ثم يضيف نفس الشخص ديناً جديداً يقيد في الحساب ويندمج فيه، فلا يكون هناك مجال للمقاصة في هذه الحالة. ومع ذلك يتحول هذا الدين أو المدفوع إلى مفرد من مفردات الحساب بمجرد قيده فيه.

ولذا يذهب الرأي الراجح إلى القول بأن قاعدة تحول المدفوعات إلى مفردات في الحساب الجارى بما تنطوى عليه من آثار قانونية خاصة لا يمكن تفسيرها وتكييفها على أساس القواعد العامة المعروفة في القانون المدنى، حيث إنها تستمد وجودها ومقوماتها من نظام الحساب الجارى الذى له طبيعته الخاصة وخصائصه المميزة كتحديد العرف التجارى واستقرار عليها القضاء^(١).

الفرع الثانى عدم تجزئة الحساب الجارى

١٨ تقدم أن المدفوعات التى يقدمها أطراف الحساب الجارى تتحول إلى مجرد مفردات في هذا الحساب، وهذه المفردات تندمج في كل غير قابل للتجزئة، فطالما بقى الحساب مفتوحاً فلا يوجد بين طرفيه حق أو دين، ولا يمكن اعتبار أحدهما دائناً أو مديناً، وإنما يعتبر كل منهما طرفاً في حساب جارٍ حتى يقفل الحساب ويصفى ويظهر الرصيد النهائى، وعندئذ فقط تظهر المديونية، إذ يعتبر الرصيد النهائى ديناً لأحدهما على الآخر^(٢).

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، سدرقه ٢٠٣١، جيغلا رويونينو، المرجع السابق، ص ١٧٥، الدكتور إدوار عبد، المرجع السابق، سدرقه ٢٢٦، الدكتور محمد حسنى عباس، المرجع السابق، سدرقه ١٠٢.

(٢) وقد عبرت محكمة النفس الفرنسية عن قاعدة عدم تجزئة حساب جارى بقوله: «التتبع عميات الحساب الجارى الواحدة أثر الأخرى إلى أن يجزى وقت فقه، وهى تكون كلاً غير قابل للتجزئة، وبدء الحساب مفتوحاً، فلا يوجد حق أو دين، وإس هناك مفردات تقيد في حساب لأصوب وأخرى في حساب الخصوم، ويظل الحال كذلك حتى يجزى وقت تسوية الحساب واستخراج الرصيد، فيتضح عندئذ مركز كل من الطرفين إزاء الآخر، وهو مركز معنوق حتى هذا الجزى، وذلك في حكمه الصادر في ٢٤ يونيو ١٩٠٣ - ١٩٠٣، الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٤٢.

وقاعدة عدم تجزئة الحساب الجارى ليست، قاعدة ذات طبيعة اتفاقية، وإنما هي قاعدة ترتبط بوجود الحساب الجارى، فمتى فتح الحساب الجارى هذا أنتج الحساب آثاره القانونية. ومن بين هذه الآثار قاعدة عدم التجزئة التي تسرى ليس فقط على أطراف الحساب وإنما على الغير أيضاً^(١)، وقد عبر الفقيه الفرنسى تالير عن هذه القاعدة بقوله: «إن الحساب الجارى بوتقة يلقى فيها بالحقوق فتنصهر ويذوب بعضها في البعض، وينتج منها شيء واحد هو دين الرصيد».

ويترتب على قاعدة عدم تجزئة الحساب الجارى النتائج الآتية:

١] لا يجوز لأحد طرفي الحساب استخراج أحد المفردات المقيدة في الحساب والمطالبة به على انفراد، وإنما يجب دائماً الانتظار إلى حين قفل الحساب ومعرفة الرصيد النهائي.

٢] لا تقع المقاصة بين مفردين معينين في الحساب، لأن المقاصة وفاء متبادل، ولا يجوز الوفاء بمفرد معين في الحساب وإنما تقع المقاصة مرة واحدة بصفة إجمالية وشاملة بين جميع البنود الدائنة والبنود المدينة عند قفل الحساب.

٣] لا يسرى التقادم على المدفوعات في الحساب الجارى، وإنما يسرى التقادم على دين الرصيد النهائي الذي يستخرج بعد قفل الحساب.

٤] لا يجوز توقيع حجز ما للمدين لدى الغير على الحساب الجارى أثناء تشغيله، لأن مركز الطرفين لا يتحدد إلا عند قفل الحساب واستخلاص الرصيد، ولا يمكن الحجز قبل هذا الوقت بما إذا كان أحدهما دائناً أو مديناً، إذ أن مركز الطرفين يظل يتراوح بين الدائنية والمديونية حتى يقفل الحساب ويستخلص الرصيد، فعندئذ فقط يتعين مركز كل منهما بالدقة، وطالما أن الأمر كذلك فلا يمكن أن يقال إن لأحد طرفي الحساب قبل قفله حقاً معيناً عند الآخر حتى يستطيع دائنوه الحجز عليه^(٢).

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٣٥.

(٢) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٣٠٢، وانظر في تفاصيل هذا الموضوع هاميل وفاسير وماران، المرجع السابق، بند رقم ٢٦٧ والأحكام والمراجع التي أشاروا إليها، ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٣٦.

ولما كان العرف المصرفي قد جرى على قطع الحساب الجاري في فترات دورية واستخراج رصيده المؤقت، فقد نادى البعض بحواز توقيع حجر ما للمدين لدى الغير على الرصيد المؤقت في الحساب الجاري استثناء من قاعدة عدم التحريز التي لا تحجز الحجر إلا على الرصيد النهائي، وذلك حماية لحقوق الدائنين ولعدم تمكين المدين سىء النية من الإضرار بهم عن طريق سحب أمواله من الحساب الجاري بحيث يكون رصيده مدينا لا دائنا عند قفله، أو عن طريق إدخال أمواله في الحساب الجاري فيحول بين دائنيه وبين الحجر عليها، وقد استجاب القضاء لهذا النداء في بعض أحكامه ورفضه في بعضها الآخر^(١). وأخيراً أقرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر في ١٣ نوفمبر ١٩٧٣ م مبدأ حواز الحجر على الرصيد المؤقت للحساب الجاري على أساس «أن حق الدائن مضمون بجميع عناصر الدفعة المالية للمدين، ولما كان الرصيد المؤقت للحساب يشكل جزءاً من هذه الدفعة فإنه لا يمكن استيعاده من الضمان العام للدائنين^(٢)».

١٨١ وإلى جانب مبدأ حواز الحجر على الرصيد المؤقت للحساب الجاري، أقر القضاء كذلك ببعض الآثار الهامة لهذا الرصيد المؤقت وجرى به العرف، وقد رأى البعض في هذه الآثار استثناء من مبدأ عدم تحريز الحساب الجاري، بعبارة رأى البعض الآخر أن الأمر هنا لا يعدو أن يكون مجرد التشبيه في حدود معينة بين الرصيد المؤقت والرصيد النهائي^(٣). وهذه الآثار هي:

١] يجوز للطرف الدائن في الرصيد المؤقت أن يتصرف في هذا الرصيد

(١) نظري موقف الفقه والنقض من هذا الموضوع هو من تفسير ومراسل، المرجع السابق، سدر رقم ٢٦٧ و٢٦٨، والدكتور علي حسان الدين عوض، «عمليات السحب»، سدر رقم ٢٣٠ وما يليه، وفاران الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، سدر رقم ٢٣٨.

(٢) انظر حان لوى ريف - نج وقلبية حساب الجاري لتحجروه، دكتور، ١٩٧٤، ص ١٠٢. وقد نشر حكمه في الهدى روديير وريف - نج، المرجع السابق، سدر رقم ١٤٢، وفاران في منهجه هذا حكم حان وسنوفيه، المرجع السابق، سدر رقم ٣٨٦.

(٣) نظري على سبيل مثال في الفقه العربي، الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، سدر رقم ٣٠٣، ٣٠٤، والدكتور محمود سمير الشرفاوى، المرجع السابق، سدر رقم ٥٢٣، و«دكتورة سميحة فنيوي»، المرجع السابق، ص ٣٢٥، وفاران الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، سدر رقم ٥٥٣، والدكتور علي البارودي، المرجع السابق، سدر رقم ٢٤٠.

بسحب شيكات أو كمبيالات عليه، ويعتبر هذا الرصيد مقابل وفاء لهذه الشيكات والكمبيالات.

٢] يجوز للطرف الدائن في الرصيد المؤقت أن يتمسك بهذه الصفة في مواجهة الطرف الآخر ويتخذ كافة الوسائل المقررة لحماية حقوق الدائن، كأن يطعن في تصرفات هذا الأخير بدعوى إبطال التصرفات متى تحققت شروطها (الدعوى البوليصية).

٣] إذا كان أحد طرفي الحساب الجاري شركة، وجب إدراج الرصيد المؤقت في ميزانيتها في جانب الأصول أو الخصوم حسب مركزها في هذا الرصيد، وذلك حتى يمكن استخلاص الأرباح الحقيقية عن السنة المالية التي تعد عنها الميزانية^(١).

(١) الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٣٠٤، والدكتور محمود سمير الشرفاوي، المرجع السابق، بند رقم ٥٢٣.

عمليات الإيداع المصرفي

- ١ ودیعة الصكوك المالية
- ٢ عقد الخزائن الحديدية
- ٣ الودیعة النقدية المصرفية

١٨٢ تختلف طبيعة عمليات الإيداع المصرفي باختلاف الغرض منها، إذ قد يندجأ العميل إلى إيداع أمواله لدى البنك بغية الحفاظ عليها واستبعاد محاطر الضياع والسرقة منها، ولا تختلف الوديعة في هذا الغرض عن الوديعة العادية^(١). ومن ثم فهي لا تنفرد بأحكام خاصة بل تخضع للقواعد العامة المدنية، ولكن الغالب هو أن يكون قصد العميل من إيداع أمواله لدى البنك تحقيق أهداف أخرى: فهو قد يودع أوراقه أو صكوكه المالية لدى البنك لحفظها وإدارتها بتحصيل الأرباح والفوائد المستحقة عنها، وقد يودع الأشياء الثمينة أو الشخصية في حراثة حديدية يستأجرها من البنك وتكون خاصة به دون سائر العملاء، وقد يودع أخيراً نقوده لأجل لدى البنك مقابل حصوله على فائدة.

وسوف نحاول إعطاء فكرة عامة عن هذه العمليات المحتمنة فتكلم في الفصل الأول عن وديعة الصكوك المالية لدى البنك ونعرض في الفصل الثاني لعقد الخزائن الحديدية ونعالج في الفصل الثالث الوديعة النقدية.

(١) ذلك قد يودع لديه مجوهرات أو مستندات في ظرف مغلي

وديعة الصكوك المالية

Dépôt des titres

■ تكوين العقد ■ آثار العقد

١٨٣ جرت العادة على أن يقوم العملاء بإيداع ما لديهم من صكوك مالية، أى من أسهم وسندات، لدى البنوك التى يتعاملون معها خشية الضياع أو السرقة، وقد انتشرت هذه العادة فى الوقت الحاضر بعد أن كثر تداول هذه الصكوك فى الحياة العملية وصدورها فى شكل صكوك لحاملها^(١).

ولكن الرغبة فى الأمان ليست هى السبب الوحيد الذى يدفع بالعميل إلى إيداع صكوكه المالية لدى البنك، إذ لو كان الأمر كذلك لاكتفى العميل باستثمار خزانة حديدية لدى البنك، بل الغالب أن يكون هدف العميل من الإيداع إلى جانب التحرر من عبء المحافظة المادية على هذه الصكوك هو أن يتولى البنك إدارة هذه الصكوك فيقوم بتحصيل الأرباح والفوائد المستحقة عنها وقيدها لحساب العميل. ولا تتردد البنوك عادة فى قبول هذا النوع من الودائع، رغم أن الأجر الذى تحصل عليه غالباً ما يكون زهيدا، رغبة منها فى جذب العملاء وتأكيد صلتها بهم فيعهدون إليها بعمليات أخرى، هذا بالإضافة إلى أن احتفاظ البنك بمحفظة

(١) وليس هناك ما يمنع من إيداع الصكوك المالية لدى أى شخص، وإن كان العائد أن تودع هذه الصكوك إلى حياى البنوك لدى المصارف، كما تقوم بعض الشركات بحفظ الصكوك حياىها التى تقوم بإصدارها لديها لحساب أصحابها، انظر ريبير وروبنو، المرجع السابق، ص ٢١٦١

عسيه المالية يعتبر عنصرا هاما من عناصر العلم باخالة المالية لهذا العميل، وضمانا للبنك إذا أقدم على ائتمانه في عمليات أخرى^(١).

وتعتبر وديعة الصكوك المالية وديعة عادية حيث إن المودع يظل مالكا للصكوك المودعة، كما يلتزم البنك المودع لديه بالمحافظة على هذه الصكوك. ويردها عينا، ولكنها تختلف عنها في أنها تتم دائما لقاء أجر، في حين أن الأصل في الوديعة أنها تبرعية ما لم يتفق علي خلاف ذلك. ولكن أحكام الوديعة العادية لا تكفي وحدها لتفسير أحكام وديعة الصكوك المالية إذ غالبا ما يعهد إلى البنك بمقتضى هذه الوديعة بإدارة هذه الصكوك لحساب العميل، ويقوم البنك بهذه الإدارة بمقتضى وكالة من المودع، ولذا يقال - عادة - إن وديعة الصكوك المالية عقد مركب يجمع بين عقد الوديعة وعقد الوكالة^(٢)، ولكن ليس معنى ذلك أن وديعة الصكوك تشكل عملية موحدة تخضع لنظام قانوني واحد، إذ يجب دائما تحليلها وتطبيق القواعد التي تلائم كل عنصر داخل في تركيبها، فتسرى قواعد الوديعة فيما يتعلق بحفظ الصكوك المودعة، وتسرى قواعد الوكالة فيما يتعلق بإدارة هذه الصكوك، كتحصيل الأرباح والفوائد وغير ذلك من الخدمات^(٣).

وسوف نتكلم عن تكوين عقد وديعة الصكوك المالية، وعن آثار العقد في مبحثين على التوالي.

المبحث الأول

تكوين العقد

١٨٤ وديعة الصكوك المالية عقد رضائي يتم بمجرد الاتفاق بين العميل والبنك. وقد جرى العمل على أن يقوم العميل عند الإيداع بملاً قائمة «Bordereau» تتضمن

(١) انظر الدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ١٨٧.

(٢) انظر اسكارا ورو، المرجع السابق، ج ٦ رقم ١٠٠٩ وما يليه وخاصة بند رقم ١٠١٦، جيميلار وابوليتو، المرجع السابق، ج ٤، بند رقم ١٦١٠، الدكتور محمد حسني عباس، المرجع السابق، بند رقم ١٢٧، الدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ١٩٤، الدكتورة سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

(٣) ويرى البعض أنه ليس ثمة ما يجمع من أن يكون الهدف الأساسي للعقد المبرم بين البنك والعميل هو =

بيانات عن الصكوك المراد إيداعها كدورها وعددها وأرقامها واسم الشركة أو الهيئة التي أصدرتها والكوبونات المرفقة بها ورقم حساب العميل في البنك، ثم يوقع عليها ويسلمها إلى البنك الذي يقوم بدوره بتسييم العميل إيصالاً *recepisse* مؤقتة يستبدل به فيما بعد أحرمها بما يتضمن بيانات عن الصكوك المودعة وشروط العقد وهذه الشروط التي يستقل البنك بفرضها تكاد أن تكون موحدة في الموقع في جميع البنوك.

وكما يكون رصا الضرفين صريحا يجوز أن يكون صميا كما هو الشأن في حالة تكليف العميل للبنك بشراء بعض الصكوك لحسابه وتركه في حيازته.

ولما كانت وديعة الصكوك المالية في البنك هي في حقيقتها عمل قصد به حفظ هذه الصكوك، فإنه لا محل في الأصل لمطالبة البنك بالتحقق من أهلية المودع، أو الثبوت من ملكية هذا الأخير للصكوك المودعة^(١)، ولكن نظرًا لكون هذه الوديعة مأجورة دائها واقتراضها في العمل بفتح حساب لدى البنك فإنه يشترط وفقا لدرأى الراجع أن يكون المودع أهلا لمباشرة هذا التصرف وقد لتقواعد العامة في الأهلية وإلا وجب أن يقوم بالإيداع ممثله القانوني^(٢).

ويلزم لصحة العقد أن يكون كل من المنحل والسبب مشروعين، وإن كان ينذر عملا أن يبطل العقد بسبب عدم مشروعية المنحل أو السبب^(٣).

ويعتبر عقد وديعة الصكوك المالية تجاريا بالنسبة لسك دائم، تطبيقا لتفترج ح

= توكيل البنك في إدارة الصكوك الممنوكة للعميل، ويعتبر عندئذ عقد وديعة عقد تعال لعقد الأساسي وهو الوكالة، انظر الدكتور سميحة القبيسي والدكتور عيسى الدروزي، المرجع السابق، سدرقم ١٩٤، وعكس ذلك الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، سدرقم ٢٥٠.

(١) نظريسيير ورونيو، المرجع السابق، سدرقم ٢١٦٢، سكر ورو، المرجع السابق، ح ٦٦، سدرقم ١٠١٧، قارن حافدا وسنوفيه، المرجع السابق، ص ٧٩١، وجيلايو ويوليتو، المرجع السابق، ح ٤٤، سدرقم ١٦٠٩.

(٢) نظريسيير ورونيو، المرجع السابق، سدرقم ١٢٥، الدكتور عيسى الدروزي، سدرقم ١٨٧، الدكتور سميحة القبيسي، المرجع السابق، ص ١٤٩.

(٣) انظر الدكتور عيسى الدروزي، وعمليات البنك، سدرقم ٧٨١.

من المادة الثامنة من نظام المحكمة التجارية التي تقدم أنها تضيء الصفة التجارية على جميع أعمال البنوك في المملكة، أما بالنسبة للمودع فإن العقد لا يعتبر تجارياً إلا إذا توافرت فيه شروط العمل التجاري بالتبعية، وهو ما يقتضى أن يكون المودع تاجراً وكان الإيداع متعلقاً بتجارته. ومن ثم فإنه يجوز إثبات العقد في مواجهته بكافة طرق الإثبات بما في ذلك الدفاتر التجارية والمراسلات، أما بالنسبة للمودع فمتى كان العقد مبدئياً فإنه لا يجوز للبنك الإثبات في مواجهته إلا وفقاً للقواعد العامة المدنية.

١٨٥ وتثور في هذا الصدد مسألة مدى قيمة الإيصال الذي يسلمه البنك للعميل عند الإيداع، ولا خلاف في أن الإيصال يعتبر أداة لإثبات عقد الوديعة وعلى الأخص لاستلام البنك للصكوك المودعة، لأن الإيصال يعطى بمناسبة هذا الاستلام. كما يعتبر الإيصال دليلاً على ملكية العميل لهذه الصكوك فهو يعطى للعميل حق حضور اجتماعات الجمعية العامة للشركة التي أصدرت هذه الصكوك وكذلك سحب هذه الصكوك من البنك المودع لديه. ولكن هذا الإيصال لا يمثل الصكوك المودعة فهو لا يسمح بتداول هذه الصكوك ورهنها بتداول الإيصال ورهنه، وذلك لأن الإيصال لا يعتبر دليلاً قاطعاً على وجود الصكوك في حيازة البنك، كما أن البنك لا يقوم بتسليم الصكوك لكل من يتقدم له بالإيصال، فهو لا يسلمها إلا للعميل المودع بعد التحقق من شخصيته، بل إن الفائدة العملية للإيصال تظهر على العكس في تحويل الصكوك لحاملها إلى نوع من الصكوك الإسمية خلال فترة الإيداع حيث يحتفظ بها البنك للعميل المودع وحده^(١).

المبحث الثاني آثار العقد

● التزامات البنك وحقوقه ● التزامات العميل وحقوقه

١٨٦ يترتب على وديعة الصكوك المالية آثار هامة بالنسبة لكل من البنك والعميل،

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢١٦٣، وقارن اسكارا ورو، المرجع السابق، ج ٦، بند رقم ٨٨٩٠ وما يليه، جيجلار واپوليتو، المرجع السابق، ج ٤، بند رقم ١٦١١.

وستكلم عن التزامات البنك وحقوقه في فرع أول، وعن التزامات وحقوق العميل في فرع ثان.

الفرع الأول التزامات البنك وحقوقه

١٨٧ يلتزم البنك بالتزامات المودع لديه، أن يحفظ الصكوك المودعة ويردها إلى المودع، ولكن الالتزام بالحفظ لا يقتصر هنا على الحفظ المادي وإنها يشمل أيضا الحفظ القانوني، الأمر الذي يضيف إلى هذين الالتزامين الرئيسيين لبنك التزامات أخرى تمثل أساسا فيما يعرف بالالتزام بإدارة محفظة الأوراق المالية للعميل، وللبنك في مقابل هذه الالتزامات حق في الحصول على أجر الحفظ وعمولة عن العمليات التي يقوم بها لحساب العميل على التفصيل التالي:

١٨٨ [١] الالتزام بالحفظ

الصكوك المالية المودعة لدى البنك تبقى مملوكة للمودع، ويلتزم البنك بالمحافظة عليها، وعليه أن يبذل في سبيل ذلك عناية الرجل المعتاد، وإذا هلك الصكوك أو سُرقت كان البنك مسئولاً عن اهلاك أو السرقة ما لم يثبت أن ذلك كان ناشئا عن قوة قاهرة لم يكن في الإمكان توقعها، ولا دفعها وليس له دخل في حدوثها كالحرب التي يترتب عليها استيلاء الأعداء على الوديعة أو تدمير البنك.

ويقتضى الالتزام بالحفظ الامتناع عن استعمال الصكوك المودعة أو التصرف فيها بأي شكل من الأشكال بغير إذن من المودع وإلا اعتبر البنك مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة^(١). فليس للبنك أن يرهن هذه الصكوك ضمنا لدين يعقده، أو أن يستفيد من حياتها لحضور اجتماعات الجمعية العامة للشركة التي أصدرتها.

وليس للبنك المودع لديه أن ينيب عنه غيره في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع، ما لم يكن مضطرا إلى ذلك بسبب ضرورة ملجئه كالحرب مثلا.

(١) اطرزيبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢١٦٦

١٨٩ □ ٢ الالتزام بالبرد

يلتزم البنك المودع لديه برد الصكوك المالية ذاتها ولذا فلا يجبر العميل على قبول صكوك أخرى ولو كانت من ذات نوع الصكوك المودعة ومماثلة لها في القيمة، ومع ذلك يرى البعض أنه إذا تغير الصك بصك آخر من نوعه لا ينشأ عنه ضرر إطلاقاً للعميل، فلا مصلحة له في رفض الصك المماثل^(١).

ويلتزم البنك برد الصكوك إلى المودع ذاته، أو إلى الوكيل الذي يعينه، أو إلى ورثته في حالة الوفاة، ويجب على البنك رد الصكوك إلى العميل أو نائبه بمجرد الطلب ما لم يكن البنك قد اشترط منحه مهلة للتسليم. كما يتعين على البنك التحقق من شخصية وأهلية المسترد وإلا كان مسئولاً، غير أنه لا يشترط بالضرورة لرد الصكوك تقديم إيصال الإيداع، إذ قد لا يكون في استطاعة المسترد تقديم هذا الإيصال للبنك^(٢).

ولكن يجوز للبنك أن يمتنع عن رد الصكوك المودعة لديه متى نشأ له حق عليها بخوله حق حبسها، أو إذا أوقع عليها الغير حجزاً تحت يده، أو إذا تغيرت طبيعة حياتته للصكوك، كما إذا أقرض العميل بضمانها، إذ يصير عندئذ دائناً مرتبناً لها فيجوز له حبسها حتى يستوفى دينه^(٣).

١٩٠ □ ٣ الالتزام بإدارة محفظة الأوراق المالية للعميل

إلى جانب الالتزام بالحفظ والالتزام بالبرد، يلتزم البنك بما يعرف اليوم بإدارة محفظة الأوراق المالية للعميل، الأمر الذي يقتضى منه القيام بسلسلة من العمليات لخدمة الصكوك المودعة، وأساس هذا الالتزام هو أن «سلامة الحفظ مادية وقانونية»، كما أنه يمكن تفسيره من الناحية القانونية كذلك بفكرة الوكالة الضمنية والعرف المصرفي^(٤).

(١) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٢٤٧.

(٢) انظر الأحكام التي أشار إليها الدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، ص ٥٣٦.

(٣) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٢٤٨.

(٤) انظر حامداً وستوفيه، المرجع السابق، بند رقم ٥٧٨.

ومن أمثلة العمليات التي يقوم بها البنك في هذا الصدد قيامه بتحصيل أرباح الأسهم وفوائد السندات بعد اقتطاع القسائم (الكوبونات) المستحقة، وتحصيل قيمة هذه الصكوك عند استهلاكها، وقيد المبالغ المحصلة في حساب العميل لدى البنك، وإخطار المودع بالعمليات التي تتم على الصكوك كاستبدالها وتجديدها أو ختمها، وتنبيهه إلى حقه في الاكتتاب في الأسهم الجديدة عند زيادة رأس مال الشركة التي أصدرت الأسهم. وإبلاغه بموعد اجتماع الجمعية العامة، هذا بالإضافة إلى قيام البنك بتنفيذ التعليمات والأوامر الصادرة من المودع المتعلقة ببيع وشراء هذه الصكوك وغير ذلك من العمليات الخاصة بها.

والغالب أن يتفق البنك والعميل على تجديد العمليات التي يقوم بها البنك لخدمة الصكوك المودعة. وعندئذ يتحمل البنك في مواجهة العميل مسؤولية تعاقدية عن الإخلال بها. أما إذا لم يوجد اتفاق في هذا الشأن بين الطرفين فيرجع إلى العرف المصرفي.

وقد استقر القضاء في فرنسا على أن البنك يكون مسئولاً عن عدم فصل كوبونات الصكوك وتحصيل الأرباح والفوائد، وعن عدم تحصيل قيمة الأسهم المستهلكة واستبدالها ودفع ما يجب من رسوم عنها. وأساس مسؤولية البنك في هذه الفروض هو إخلاله بالتزامات وضعها العرف المصرفي على عاتقه.

ولكن البنك لا يلتزم بممارسة الحقوق الأخرى التي تتطلب مشاركة المودع دون اتفاق خاص، كالاكتتاب في زيادة رأس المال والتصويت في الجمعية العامة للشركة، ومع ذلك يقع على البنك التزام مهني بتنبيه عميله إلى هذه الحقوق وانتظار تعليماته في هذا الشأن، وإلا كان البنك مسئولاً عن إغفال هذا الأمر^(١).

وقد جرت عادة البنوك بإدراج شرط في عقد وديعة الصكوك المالية يقضى بإعفائها من عدم تنفيذ خدمات هذه الصكوك التي لم تعين صراحة في العقد،

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، ص ٢١٦٦، وقارن إسكازا ورو، المرجع السابق، ص ٦٠٦، ص ٩٤٤ وما يليه. وانظر في الفقه العربي الدكتور عني السرودي، المرجع السابق، ص ١٩١، وقارن الدكتور على جمال الدين عوض، «عمليات البنوك...»، ص ٨٠٦ وما يليه.

ويذهب البعض إلى صحة مثل هذا الشرط حتى لو تناول التزامات يضعها العرف على عاتق البنك^(١).

١٩١ [٤] حقوق البنك

وللبنك الحق في أجر لقاء الالتزامات المفروضة عليه ويسمى هذا الأجر بأجر الحفظ *droit de garde*، كما يستحق البنك عمولة عن العمليات الأخرى التي قد يكلفه العميل بها، والتي لا تعتبر من مقتضيات ودیعة الصكوك كعمليات بيع وشراء واستبدال الصكوك، بالإضافة إلى حقه في المصاريف التي دفعها بصفته وكيلًا عن العميل. وعادة ما يقوم البنك بإدراج المبالغ المستحقة له في الجانب المدين من حساب العميل لديه مع إشعاره بذلك، وبذلك يتقاضاها بطريق المقاصة.

وللبنك، طبقاً للقواعد العامة، حق حبس الصكوك المودعة والامتناع عن ردها إلى حين استيفاء حقه الناشئ عنها.

الفرع الثاني التزامات العميل وحقوقه

١٩٢ كما تقدم يلتزم العميل بأداء المبالغ المستحقة للبنك نظير حفظ الصكوك والقيام بالعمليات الأخرى التي يكلفه العميل بها.

وللعامل الحق في استرداد الصكوك في أي وقت يشاء ما لم يتفق على أجل معين في العقد، ويرى البعض أن من حق العميل أن يطلب استرداد الوديعة ولو كان الأجل المعين لم يجل بعد، إذ أن الأجل يعد مقررًا في هذه الحالة لمصلحته فله بالتالي حق التنازل عنه^(٢).

(١) انظر الدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، ص ٥٤٠ والمراجع التي أشار إليها، وقارن الدكتور علي حبل الدين عوض، «عمليات البنوك...»، سند رقم ٨١٢.

(٢) انظر الدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، سند رقم ٢٠١.

وللعميل - للمطالبة بحقوقه في القانون المفارح - دعويان : دعوى شخصية ناشئة عن عقد الوديعة، ودعوى استرداد باعتباره مالك لصكوك مودعة، وهذه الدعوى الأخيرة أهمية خاصة في حالة إفلاس البنك، لأنها تمكن العميل من استرداد الصكوك ذاتها من التقلية، غير أنه يشترط للاسترداد - بداهة - أن توجد الصكوك بذاتها في التقلية، وأن يقوم العميل بإثبات ذاتيتها، وللعميل أن يستعين في ذلك بالإيصال الذي سلمه له البنك عند إيداع الصكوك لأنه يتضمن بيانات عن الصكوك تكفي عادة لتمييزها وفردها كتوعها وأرقامها^(١).

(١) انظر سكارا وروز، المرجع السابق، ج ٦، ص ٩٧٤ وم يبيه، الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢٥٢، والدكتور عبيد الدودي، المرجع السابق، ص ١٩٣.

عقد الخزائن الحديدية

Contrat de coffres-forts

١٩٣ جرت عادة معظم البنوك على إعداد خزائن حديدية في الأماكن التي تشغنها ووضعها تحت تصرف عملائها مقابل أجر يتناسب مع حجم الخزانة ومدة الانتفاع بها. وقد عرف هذا العقد في العمل باسم تأجير الخزائن الحديدية، وهو عقد مصرفي حديث نسبياً، وإن حاول البعض إرجاع جذوره التاريخية إلى القانون الروماني^(١).

وتأجير الخزائن الحديدية في ذاتها ليس بالعمية الجزية لنسك. حيث إن المقابل الذي يحصل عليه عادة ما يكون ضئيلاً إذا ما قورن بما يكلفه بناء خزائن وصيانتها، ولكن البنك يهدف من تقديم هذا النوع من الخدمات إلى إحتذاب العملاء الذين يقومون معه فيما بعد بمختلف العميات المصرفية الجزية، أما بالنسبة للعميل فتظهر أهمية العملية واضحة. حيث يستطيع أن يضع في الخزانة ما يشاء من الأشياء الثمينة أو السرية التي يخشى من سرقته، أو إفشاء أسرارها في حالة الاحتياط بها في المنزل، كالمجوهرات والصكوك المالية والوصية وغير ذلك من الوثائق والخطابات السرية وذلك دون أن يطلع عليها أحد.

١٩٤ وقد ثار الجدل حول الطبيعة القانونية لعقد الخزائن الحديدية، فقال البعض بأنه عقد إيجار، وقال البعض الآخر بأنه عقد ودیعة، والرأى الأول هو الغالب في القضاء

(١) انظر ريبير وروبلو، مرجع السابق، ص ٢١٧١، وقرن اسكرا ورو، مرجع السابق، ص ٦٤١.

وقد أخذت به التشريعات الحديثة^(١). وبالرغم من ذلك فهو محل للنقد لأن الإيجار يقتضى أن يكون للمستأجر حق استعمال الشيء المؤجر من غير حاجة لتدخل المؤجر، بينما لا يستطيع العميل استعمال الخزانة الحديدية أو الوصول إليها من غير تدخل البنك والتوقيع في سجل الحركة الخاص بالخزانة، وبالإضافة إلى ذلك فإن الالتزام الرئيسى للمؤجر هو وضع الأشياء المؤجرة تحت تصرف المستأجر، في حين أن الالتزام الرئيسى في عقد الخزانة الحديدية هو التزام البنك بحفظ الخزانة^(٢).

أما الرأى الثانى القائل باعتبار العقد ودیعة، فهو لا یسلم من النقد كذلك. لأن هذا الوصف لا يتفق وطبیعة هذا العقد لأن المودع لديه يتسلم الأشياء المودعة، ولذا فهو يلتزم بحفظها وبردھا، في حين أن البنك لا يتسلم الأشياء التى يضعها العميل في الخزانة ولا تنتقل إليه حيازتها بل ولا علم له بها، فالعميل يضع ويسحب من الخزانة في سریة تامة^(٣). ولذا یذهب الرأى الراجع إلى القول بأن عقد الخزانة الحديدية رغم أنه شبيه بعقد الوديعة إلا أنه عقد مستقل من العقود المصرفية يخضع للقواعد العامة، كما أنه يخضع على وجه التخصیص لقواعد العرف والعادات التجارية، وهو من قبیل نوع جدید من العقود یطلق علیها عقود الحراسة^(٤).

وسوف نتناول فيما یلى دراسة عقد الخزانة الحديدية، ثم نبين الآثار المترتبة علیه.

(١) انظر المواد ٣٤٥ وما یليها من قانون التجارة الكويتى الحديد الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠، والمادة ٣٠٩ من قانون التجارة اللسائى والمادة ٤٠٤ من قانون التجارة السورى والمادة ١١٧ من قانون التجارة الأردنى.

(٢) وتأخذ غالبية الفقه هذا التحليل انظر اسكارا ورو، المرجع السابق، ج ٦، بند رقم ١٠٢٢ وما یليہ والدكتور عمى جمال الدين عوض، «عمليات السوك»، بند رقم ٨٣٥.

(٣) ورغم ذلك يرى البعض أن عقد الخزانة الحديدية أقرب إلى عقد الوديعة من عقد الإيجار لأن الهدف الاقتصادي من العقد هو الحفظ، ويرد على الانتقادات الميية في المن بقوله بأن الوديعة ليس من شأنها دائما أن تنقل حيازة الأشياء المودعة إلى المودع لديه، ومثال ذلك إيداع أمتعة الزلاء في الضادق وإيداع السيارة في إحدى المستودعات العامة (الجراجات) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢١٧٢.

(٤) انظر استنادا للمرحوم الدكتور محمد حسنى عباس، المرجع السابق، بند رقم ١٣٤، الدكتور سميحة القبيوسى، المرجع السابق، ص ٢٦٢، ٢٦٣. وانظر في عقود الحراسة: «A Tune «Le contrat de garde» Paris, 1942».

وطالما كان العقد تجارياً دائماً بالنسبة إلى البنك فإنه يجوز للعميل إثبات العقد بكافة طرق الإثبات، ويعتبر وجود مفتاح الخزانة في حيازة العميل دليلاً كافياً على انعقاد العقد، كما يجوز للبنك أن يثبت العقد بكافة الطرق متى كان العقد تجارياً بالنسبة للعميل، أما إذا كان العقد مدنياً بالنسبة للعميل فإنه لا يجوز الإثبات في مواجهته إلا وفقاً للقواعد العامة.

المبحث الثاني آثار العقد

● التزامات البنك ● التزامات العميل ● حقوق الدائنين

١٩٦ التزامات البنك

يلتزم البنك بأن يضع تحت تصرف العميل خزانة بالحجم والنوع المتفق عليه، ويتمكين العميل من الانتفاع بهذه الخزانة، مع اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة لضمان هذا الانتفاع وبقائه سرياً. ومن أجل ذلك يقوم البنك بتسليم العميل مفتاح الخزانة، كما يقوم بتعيين الأوقات التي يستطيع العميل الدخول فيها إلى غرفة الخزائن وبتحديد الإجراءات التي يجب مراعاتها للدخول إلى هذه الغرفة، وقد جرت العادة على أن يحتفظ البنك بسجل خاص لكل خزانة يتضمن بيان تاريخ بدء وانتهاء العقد، واسم العميل ووكيله وعنوان كل منهما وتوقيعه، بالإضافة إلى رقم حفيظة أو جواز سفر كل منهما وصورته الشمسية. ويثبت في هذا السجل تاريخ حضور العميل أو وكيله إلى الغرفة وخروجه منها باليوم والساعة مع أخذ توقيعه على ذلك، كما يقوم الموظف المختص بالتوقيع على هذا السجل عند كل زيارة مع إبداء الملاحظات إن وجدت. والقصد من ذلك هو التثبت من شخصية العميل أو وكيله والحيلولة دون استعمال المفتاح من قبل شخص آخر يحوزه بطريقة غير مشروعة.

وقد جرت العادة على أن يحتفظ البنك بمفتاح آخر للخزانة لاستعماله في حالة الضرورة القصوى، أو وجود مبرر مشروع كما إذا حدث حريق أو فيضان فاضطر

البنك إلى فتح الخزنة لإتقاد محتوياتها، أو كم إيداع ثبت لديه وجود مواد حاضرة بداخلها يهدد وجودها سلامة البنك ورفض العميل إفراجها^(١).

وفي حالة وفاة العميل أو فقدانه لأهليته يتعين على البنك ألا يسمح لأي كاش كان بفتح الخزنة حتى ولا الشخص المفوض بفتحها نيابة عنه في حياته، إلا بعد التقدم لإدارة البنك بالصكوك الشرعية اللازمة ليتمكن البنك على ضوءها من السماح لمن له الحق بإعادة فتح الخزنة^(٢). ويتعين عندئذ تحرير محضر بحد محتويات الخزنة.

كما يلتزم البنك كذلك بالمحافظة على الخزنة واتخاذ كل ما يلزم لبقائها في حالة جيدة. ومن ثم يكون البنك مسئولاً في حالة هلاك الخزنة أو تلفها في مواجهة العميل عن الضرر الذي يصيبه من جراء ذلك ما لم يثبت أن الهلاك أو التلف كان سبب أجنبى كالقوة القاهرة، أو فعل الغير الذي تتوافر فيه عناصر القوة القاهرة، كأن يكون ذلك نتيجة تدمير البنك بالقنابل أو استيلاء الأعداء عليه. وتطبيقاً لذلك قضى بمسئولية البنك عن هلاك محتويات الخزنة أو تلفها بسبب تسرب المياه إليها^(٣). وكذلك بسبب سرقة المحتويات^(٤). سواء حصلت من شخص يجوز مفتح خزنة بصورة غير مشروعة، وكن نتيجة لإهمال البنك في التحقق من شخصيته^(٥). أو حصلت بطريق الكسر أو باستعمال مفاتيح مزورة في حالة لا تتوافر فيها شروط القوة القاهرة^(٦). ولكن يقع على العميل عبء الإثبات في هذه الحالة، ولا يكفي أن يدعى فقدان كل أو بعض الأشياء الموضوعة في الخزنة، لأن البنك لا يعنى شيئ عن حقيقة محتويات الخزنة، ويتعين على العميل أن يثبت أولاً حدوث السرقة، ثم وجود الأشياء المفقودة في الخزنة قبل سرقتها وذلك حتى يمكن تقدير الضرر وما يقابله من تعويض، وهذا الإثبات أمر شاق في الغالب قلما ينجح فيه العميل^(٧).

(١) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، سدر رقم ٢٥٣

(٢) ويص مودع الإقرار الذي يوقعه العميل عند استناده خزنة في البنك لأهلى سعودي على ذلك صراحة

(٣) حكم محكمة القضاة الفرنسية في ١١ فبراير ١٩٤٦، دالور ١٩٤٦، ص ٣٦٥، تعليق ثالث

(٤) حكم محكمة القضاة الفرنسية في ٢٩ أكتوبر ١٩٥٢ مشور في لجنة نصيبه لقانون التجاري، ١٩٥٣، ص ٤٦٤.

(٥) حكم محكمة لافان في ٢١ يوليو ١٩٤٣، دالور ١٩٤٣، ص ٦٠

(٦) انظر اسكارا ورو، المرجع السابق، ج ٦، سدر رقم ١٠٥٤

(٧) انظر هامل ولا حرد وحوربيه، المرجع السابق، سدر رقم ١٨٥٩ وأحكامهم التدرجيه

وقد درجت البنوك على تضمين عقودها مع العملاء شروطا تقضى بإعفائها كلياً أو جزئياً من المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات السابقة، ومن ثم يثور التساؤل عن مدى صحة مثل هذه الشروط .

فيذهب البعض إلى صحة اشتراط البنك إعفائه من المسؤولية بالنسبة لأن من التزاماته الناشئة عن العقد أو العرف ما عدا التزامه بالحفظ، حيث يرى أن اشتراط البنك إعفائه من المسؤولية عما يصيب الخزانة أو محتوياتها اشتراط باطل^(١). بينما يذهب الرأي الغالب إلى صحة مثل هذه الشروط باستثناء حالة الغش أو الخطأ الجسيم المعادل للغش^(٢).

١٩٧ التزامات العميل

يلتزم العميل بدفع الأجر المتفق عليه بينه وبين البنك في المواعيد المحددة في العقد، ولما كان عقد الخزانة الحديدية عقدا ملزماً للجانبين فإن عدم تنفيذ العميل لالتزامه بدفع الأجر يمكن البنك من الامتناع بدوره عن تنفيذ التزامه بمنع العميل من الاستفادة بالخزانة وذلك بمنعه من الدخول إلى غرفة الخزائن^(٣). ولكن الغالب هو أن يكون للعميل، كما تقدم، حساب لدى البنك، فيقوم البنك بإدراج الأجر في الجانب المدين من هذا الحساب .

كما يلتزم العميل بالمحافظة على مفتاح الخزانة وبرده عند انتهاء مدة العقد، وهو مسئول عن فقد المفتاح، وعن دفع كافة المصاريف التي يقتضيها صنع مفتاح جديد، ويتعين عليه إخطار البنك فوراً بفقد المفتاح حتى يتمكن من اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع حائزه من الوصول إلى غرفة الخزائن^(٤).

(١) انظر الدكتور على جمال الدين عوض، «عمليات البنوك...»، بند رقم ٨٤٠.

(٢) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢١٧٥، اسكارا ورو، المرجع السابق، بند رقم ١٠٥٨، والدكتور إدوار عيد، المرجع السابق، ص ٥٤٩.

(٣) وينص نموذج الإقرار الذي يوقعه العميل مع البنك الأهلي على ذلك صراحة حيث جاء به أنه «في حالة تأخر المستأجر عن دفع الإيجار السنوي المحدد للبنك الحق في منعه من فتح الخزانة إلى حين سداد الإيجار المتأخر».

(٤) وقد جاء بالإقرار المشار إليه أعلاه فيما يتعلق بالمفتاح ما يلي: «اتعهد بالمحافظة عليه بنفسى، وإذا ضاع =

كما يلتزم العميل كذلك باستعمال الخزنة وفقا لشروط العقد وقواعد العرف، فعليه مراعاة المواعيد التي يحددها البنك للدخول إلى غرفة الخزائن واتباع كافة التعليمات والإجراءات التي يضعها البنك في هذا الشأن، كما يجب عليه أن يستعمل الخزنة بحسن نية فلا يضع فيها مواد متفجرة، أو ممنوعة، أو مضرّة بالصحة العامة وإلا كان مسئولاً عن ذلك، فضلا عن حق البنك في فسخ العقد وطلب التعويض عند الاقتضاء^(١).

١٩٨ حقوق الدائنين

تثور بمناسبة عقد الخزائن الحديدية مسألة على قدر كبير من الأهمية في القانون المقارن، وهي مسألة حق الدائنين في الحجز على محتويات الخزنة الخاصة بمدّينهم، بل إن هذه المسألة تعتبر في الواقع من أهم أسباب دراسة الطبيعة القانونية لهذا العقد والجدل الذي أثير حولها.

وبلاحظ باديء ذي بدء أنه لا خلاف على مبدأ جواز توقيع الحجز على محتويات الخزنة لأن القول بغير ذلك معناه السماح للمدين بتهديب أمواله وإقصائها عن دائنيه بوضعها في خزنة في أحد البنوك. ولكن الخلاف يكمن في نوع الحجز: هل هو الحجز تحت يد المدين أي الحجز التنفيذي أم حجز ما للمدين لدى الغير؟

ولقد ذهب أنصار الرأي القائل بأن عقد الخزنة الحديدية عقد إيجار إلى أن الحجز لا يكون إلا تنفيذيا، لأن العميل يعتبر بمثابة المستأجر وهو الخائر لمحتويات الخزنة وليس البنك. ولكن يلاحظ أن الحجز التنفيذي غير مُجَد من الدحية العملية في حالة الخزنة الحديدية، إذ أنه يجب أن يسبقه دائما إعلان السند التنفيذي إلى المدين، أي إلى العميل، مما سيمكن هذا الأخير من تفريغ الخزنة من محتوياتها، كما

= أو فقد فإبني أتعهد بإخطار البنك فوراً، وإلا فإن البنك غير مسئول عن أي ضرر أو تعويضات قد تنحصر نتيجة ضياعه أو فقده ولا يحق لي صنع أي مفتاح آخر لذي أي مصنع خلاف الشركة لصناعة هذه حربة بالخارج التي سيكون الاتصال بها في هذا الشأن بمعرفة البنك وفي حالة طس من البنك مفتاح بدل المفقود، أتعهد بأن أدفع للبنك فوراً كافة التكاليف والمصاريف الخاصة بصنع فنس حديد مفتاحين حديدين من الشركة الصامة هذه الخزنة بالخارج،

(١) انظر هامل ولاجارد وجورويه، المرجع السابق، بند رقم ١٨٦٠.

أن الجهة القائمة على التنفيذ لا تعرف رقم الخزانة حتى توقع عليها الحجز، والبنك لا يستطيع إفشاء هذا الرقم لأنه ملزم بالمحافظة على سرّيته. ولذا ذهب أنصار الرأى القائل بأن عقد الخزانة الحديدية عقد وديعة إلى أن الحجز الواجب إجراؤه هو حجز ما للمدين لدى الغير، ومن ثم يتعين إعلان الحجز إلى البنك، الذى يجب عليه عندئذ أن يمنع العميل من الدخول إلى غرفة الخزائن حتى يفصل القضاء فى أمر الحجز برفعه أو بتثبيته^(١).

ومع ذلك فقد استقر رأى غالبية القضاء فى فرنسا ومصر على عدم جواز الحجز تحت يد البنك، وعلى مسئولية البنك فى حالة منعه العميل من الوصول إلى الخزانة على أساس أن هذا العقد هو عقد إيجار الأمر الذى يعنى أن محتويات الخزانة تعتبر «فى حيازة العميل وتحت تصرفه فلا تكون محلا إلا للحجز التنفيذى دون حجز ما للمدين لدى الغير، إذ لا يقع على البنك أى التزام بالرد، ثم إنه لا يعلم عن محتويات الخزانة شيئا حتى يقوم بما يفرضه عليه القانون من وجوب التقرير بما هو مستحق فى ذمته للمدين»^(٢).

وتنظم بعض التشريعات الحديثة مسألة الحجز على الخزانة، وتتعرف بصحة الحجز التنفيذى، والحجز التحفظى، وحجز ما للمدين لدى الغير^(٣). ولعل ذلك يؤكد ما انتهينا إليه فيما سبق بخصوص الطبيعة القانونية الخاصة لعقد الخزانة الحديدية.

(١) انظر فى هذا الموضوع اسكازا ورو. المرجع السابق، ج ٦، بند رقم ١٠٦١ وما يليه، ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢١٧٦، هاميل ولاجارد وجوفريه، المرجع السابق، بند رقم ١٨٦١. والدكتور على حماد الدين عوض «عمليات البنوك...»، بند رقم ٨٤١ وما يليه، الدكتور محمد حسنى عباس، المرجع السابق، بند رقم ١٤٠ وما يليه، الدكتور على البارودى، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٠، الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٢٥٦.

(٢) انظر على سبيل المثال حكم محكمة مونتيليه فى ٢٧ سبتمبر ١٩١٠، دالوز ١٩١١ - ٢ - ٣٢١ مع تعليق فاليرى، وحكم محكمة السبر ١٤ فبراير ١٩٢٣ سبى ١٩٢٣ - ٢ - ٣٦ مع تعليق اسهان. وحكم محكمة الاستئناف المحتلظ بمصر فى حكمها بتاريخ ١٧ مارس ١٩٣٧ والمنشور بمجلة التشريع والقضاء السنة ٤٩ ص ١٤٩، وقد أشار إليه الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٢٢. وقارن رودير وريف - ليج، المرجع السابق، بند رقم ٣٩٢ والمراجع التى أشاروا إليها فى ص ٤٥٤.

(٣) انظر المادة ٣٥٣ من قانون التجارة الكويتى الجديد.

الوديعة النقدية المصرفية

Dépôts de fonds en banque

- الصور المختلفة للوديعة النقدية المصرفية وطبيعتها
- تكوين عقد الوديعة النقدية المصرفية ■ آثار الوديعة النقدية المصرفية

١٩٩ الوديعة النقدية المصرفية هي عقد بمقتضاه يسلم العميل مبلغا معيناً من النقود إلى البنك الذي يلتزم برد قيمته دفعة واحدة، أو على دفعات عند الطلب، أو عند حلول الأجل المتفق عليه إلى العميل ذاته، أو إلى شخص آخر يعينه العميل.

وقد عرفت الودائع النقدية منذ القدم، إلا أنها لم تنتشر على نطاق واسع إلا في القرن التاسع عشر، وبصفة خاصة في النصف الثاني منه، وذلك نتيجة لانتشار البنوك واعتياد الناس التعامل معها فيما يتعلق بكافة شؤونهم المالية^(١).

وبحقوق إيداع النقود لدى البنك مزايا عديدة بالنسبة للطرفين، فهو يؤمن المودع ضد خطر ضياع أو سرقة النقود الزائدة عن حاجته، كما يمكنه من الحصول على فوائد على مدخراته، ومن فتح حساب لدى البنك والاستفادة من مختلف الخدمات والتسهيلات المصرفية. كما أنه يمكن البنك من الحصول على مبالغ طائلة يستخدمها في القيام بعمليات خصم الأوراق التجارية ومنح التسهيلات الائتمانية وهو ما يضمن له الحصول على مبالغ كبيرة في شكل فوائد وعمولات.

(١) انظر في تاريخ الودائع النقدية ريبير ورونتو، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٦٦ هـ من ولاحد وجوييه، المرجع السابق، بند رقم ١٦٣٦.

ويلاحظ أن الوديعة النقدية المصرفية لا تقتصر فقط على المبالغ التي يسلمها العميل للبنك مباشرة، بل تشمل كذلك جميع المبالغ التي تكون للعميل في ذمة البنك، سواء كان ذلك نتيجة تحويل مصرفي من حساب مدين العميل إلى حساب العميل، أو نتيجة قيام البنك بتحصيل قيمة أوراق تجارية، أو أرباح أسهم، أو فوائد سندات لحساب العميل.

وسوف نتناول فيما يلي الصور المختلفة للوديعة النقدية المصرفية وطبيعتها، ثم نبين أحكام تكوين هذه الوديعة، وأخيراً نوضح الآثار المرتبة عليها.

المبحث الأول

الصور المختلفة للوديعة النقدية المصرفية وطبيعتها

● صور الودائع النقدية المصرفية ● الطبيعة القانونية للوديعة النقدية المصرفية

٢٠٠ صور الودائع النقدية المصرفية

تختلف الودائع النقدية المصرفية باختلاف الوظيفة الاقتصادية لها والهدف منها. ويمكن أن نجمل فيما يلي أهم صورها:

١] الوديعة لدى الطلب Dépôts à vue

وهذه هي أهم صور الودائع النقدية، وتسمى أحياناً بالوديعة الجارية أو بحساب الشيكات، وفيها يكون للمودع الحق في أن يطلب استرداد المبالغ المودعة جميعها أو بعضها في أي وقت، ويقتضى هذا النوع من الودائع احتفاظ البنك في خزانته بأموال كافية لدفع قيمة المبالغ المودعة، ولذا فإن البنك لا يدفع عنها سوى فائدة ضئيلة، وقد لا يدفع عنها فوائد على الإطلاق، ويتم استرداد هذه الوديعة عادة بطريق الشيكات أو أوامر التحويل أو النقل المصرفي، ولذا يسلم البنك عادة إلى المودع دفتر شيكات لهذا الغرض، أما المبالغ التي يودعها العميل فتتم مقابل تسليمه ايضاً بذلك.

٢] الودائع بشرط الإخطار *Dépôts à preavis*

وهي الودائع التي لا يجوز للمودع استردادها إلا بعد إخطار البنك قبل الاسترداد بمدة معينة كيومين أو ثلاثة حتى يتمكن البنك من تدبير المبالغ اللازمة للرد، وتحسب للمودع فائدة عن هذه الودائع لا تتجاوز قيمتها عادة الفائدة عن الودائع لدى الطلب. والواقع أن البنوك لا تشترط الإخطار السابق إلا بالنسبة للمبالغ الكبيرة، بل وغالبا لا يتمسك البنك بتنفيذ الشرط ويواجه المدفوعات الكبيرة بمجرد طلب العميل^(١).

٣] الودائع لأجل *Dépôts à terme*

وهي الودائع التي يتفق فيها على عدم جواز استردادها إلا بعد أجل معين، وهذا النوع من الودائع أقل شيوعا من الودائع لدى الطلب ولكنه أكثر فائدة للبنك، إذ يتمتع بحرية أكبر في استعمال المبالغ المودعة، ولذا يكون سعر الفائدة فيها مرتفعا نسبيا، ويرتبط سعر الفائدة عادة بأجل الوديعة^(٢).

٤] الودائع المخصصة لفرض معين *Depôts avec affectation spéciale*

وهي الودائع التي تسلم للبنك للقيام بعملية معينة، ولتنفيذ غرض معين. وقد يكون التخصيص لمصلحة المودع، كما لو طلب العميل من البنك أن يستعمل المبلغ في شراء أسهم شركة معينة، أو في الاكتتاب بأسهم شركة تحت التأسيس، وقد يكون التخصيص لمصلحة البنك كما في حالة تخصيص رصيد حساب لضمان حساب آخر، وقد يكون التخصيص لمصلحة الغير، كما في حالة طلب العميل من البنك اعتماد أو تصديق شيك معين، فيجمد مبلغ من حساب العميل للوفاء بقيمة الشيك

(١) انظر الدكتور محمد حسنى عباس، المرجع السابق، بند رقم ١٤٧.

(٢) تقرّر بعض البنوك في بعض الدول زيادة سعر الفائدة كلما زاد أجل الوديعة على أساس أن طول الأجل يوفر للبنك حرية أوسع في استعمالها، بينما يقرر بعضها الآخر عكس ذلك زيادة السعر كلما كان الأجل قصيرا حتى لا يرتبط البنك بسعر فائدة معين فترة طويلة، ومن ثم يتمكن من تغيير هذا السعر تبعاً للسعر العائلي لقوائد نوع العملة التي يفتح بها الحساب. انظر الدكتور محمود سمير الشرقاوى، المرجع السابق، ص ٥٣٥. وانظر في مقال الودائع فيرونيير وشيلاز، المرجع السابق، بند رقم ٥٥ وما يليه.

المصدق. وفيما عدا حالة التخصيص لمصلحة العميل لا يجوز للمودع أن يطلب الاسترداد إلا بعد انتهاء التخصيص.

٥] الوديعة في الحساب الجارى *Dépôts en compte courant*

غالبا ما تؤدي الوديعة المصرفية إلى فتح حساب تتوافر فيه كل الخصائص القانونية للحساب الجارى، بل وكثيرا ما تقترن الودائع بجميع العمليات الأخرى التي يقوم بها البنك لحساب عميله، كالاقتراضات وإقراض النقود وخصم الأوراق التجارية والعمليات على الصكوك المالية.

وتخضع المبالغ المودعة عندئذ لقواعد الحساب الجارى، التي تسلبها ذاتيتها وخصائصها القانونية لتدمجها في الحساب الجارى، ولقد أقر القضاء بصحة الحساب الجارى الذي يغذى فقط بودائع، وبالسحب من هذه الودائع^(١).

٢٠١ الطبيعة القانونية للوديعة النقدية المصرفية

الوديعة النقدية المصرفية ليست وديعة عادية لأن أهم ما يميز الوديعة العادية هو التزام المودع لديه بالمحافظة على الشيء المودع ورده عينا، في حين أن الخصيصة الجوهرية للوديعة النقدية المصرفية هي اكتساب البنك ملكية النقود المودعة، ومن ثم يكون له حق التصرف فيها كما يشاء في عملياته المصرفية لأنه لا يلتزم بردها عينا وإنما يرد مثلها. ولذا فقد ثار الجدل في الفقه المقارن حول الطبيعة القانونية للوديعة المصرفية، وقد ذهب البعض إلى القول بأن هذه الوديعة هي وديعة شاذة أو ناقصة، ويقصد بالوديعة الشاذة أو الناقصة الوديعة التي يكتسب فيها المودع لديه ملكية الشيء المودع ولا يلتزم إلا برد مثله، ويكون ذلك عندما يكون الشيء المودع مالا مثليا مما يهلك بالاستعمال، فيأذن المودع للمودع لديه عندئذ باستعمال هذا المال على أن يرد ما يمثله عند انتهاء الوديعة. وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن الوديعة

(١) انظر هامل ولاجارد وجوفريه، المرجع السابق، بند رقم ١٦٤٢ و١٦٤٥، الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥٦٣ و٥٦٤، وانظر أيضا في الصور المختلفة لحساب الودائع جافلدا وستوفليه، المرجع السابق، بند رقم ٣٣٥.

الناقصة - كالوديعة الكاملة - تقوم على فكرة الحفظ، غاية ما في الأمر أن المودع لديه يلتزم في الوديعة الكاملة - بحفظ الشيء ذاته وبرده عينا، بينما لا يتعلق الالتزام في الوديعة الناقصة إلا بحفظ شيء يماثل الشيء المودع ويعادله في قدره، ولكن لما كان البنك لا يلتزم بالاحتفاظ في صندوقه بمبالغ تعادل الودائع النقدية التي تلقاها إلا في حالة الوديعة المخصصة فلا يمكن اعتبار العملية وديعة ناقصة^(١).

وقد ذهب البعض الآخر إلى القول بأن الوديعة النقدية المصرفية هي عقد قرض على أساس أن المودع هو المقرض والبنك هو المقترض. ولذا يلتزم المقترض برد نقود مثيلة إلى المقرض دون أن يلتزم برد النقود ذاتها، ولا يهم أن يكون الإيداع قد تم مقابل فوائد تدفع للمودع، أو دون فوائد لأن الفوائد ليست من مستلزمات القرض، ويكفي المودع ما يحصل عليه من الأمن والطمأنينة من إيداع نقوده لدى البنك. ويؤخذ على هذا الرأي أنه يتعارض مع وجوب تكييف العقد وفق الإرادة المشتركة للطرفين، فإرادة المودع لم تنصرف إلى تقديم قرض إلى البنك، كما أن البنك، لم توجه إرادته إلى الاقتراض من العميل^(٢).

ويذهب الرأي الراجح إلى القول بأن عقد الوديعة المصرفية عقد ذو طبيعة خاصة نشأ في البيئة التجارية تبعا للظروف الاقتصادية المصرفية، وتبلورت حوله قواعد العرف التجاري فأضفت عليه إطارا قانونيا ذاتيا يميزه عن غيره من العقود، فهذا العقد لم يعد صورة شاذة، أو مشوهة تنعكس من عقد آخر مسمى متعارف عليه، ولكن هو بذاته يستند إلى أصالة ذاتية، وقد جرى العرف على تسمية هذا العقد باسم خاص يميزه هو عقد الوديعة النقدية المصرفية ولا حاجة به لاستعارة اسم آخر^(٣)، فالبنك بمقتضى هذا العقد يملك - كما سنرى - المبالغ المودعة لديه ويكون

(١) انظر في عرض هذا الرأي والرد عليه هاميل ولاخارد وجوفريه، المرجع السابق، بند رقم ١٦٤٠، وأستدر

الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٢٤٤.

(٢) من أعضاء هذا الرأي هاميل ولاخارد وجوفريه، المرجع السابق، بند رقم ١٦٤٠، الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٢٤٥. الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥٦٧، الدكتور محمود سمير الشرفاوي، المرجع السابق، بند رقم ٥٣٥. وقارن حافند وستوفيه، المرجع السابق، بند رقم ٤١٧، والدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، بند رقم ٢٧ وما يبي

(٣) انظر الدكتور محمد حسن عماس، المرجع السابق، بند رقم ١٥٤، الدكتور عيسى المرواني، مرجع السابق، بند رقم ٢١٥، الدكتورة سميرة القبيسي، المرجع السابق، ص ٢٣٥ وهذا هو نفس الرأي لدى نادي نه اسكارا ورو، المرجع السابق، ج ٦، بند رقم ٤٢٥.

له حق التصرف فيها كما يشاء دون أن يعتبر خائناً للأمانة، كما يجوز له أن يتمسك في مواجهة العميل بالمقاصة، وبالمقابل يكون مسئولاً عن رد المبالغ ولو هلكت بقوة قاهرة ويلتزم برد مثلها لأن الشيء يهلك على مالكة.

المبحث الثاني

تكوين عقد الوديعة النقدية المصرفية

٢٠٢ تقدم أن الوديعة النقدية عقد بمقتضاه يسلم العميل مبلغاً معيناً من النقود إلى البنك الذي يردده عند الطلب أو عند حلول الأجل المتفق عليه، وهذه الوديعة تقترن من الناحية العملية بفتح حساب للعميل لدى البنك، ومن ثم فإن العقد الذي يبرم بين البنك والعميل ليس مجرد عقد وديعة نقدية، وإنما عقد فتح حساب وديعة نقدية. ومن ثم يجب أن تتوافر في العميل الأهلية اللازمة لفتح حساب مصرفي والتي سبق الحديث عنها.

وهذا العقد هو عقد رضائي يتم على أساس الشروط التي يتفق عليها الطرفان، وإن كان العمل قد جرى على انفراد البنوك بتحديد شروط هذا العقد مقدماً في شكل نماذج عقود مطبوعة لا يملك العميل سوى قبولها أو رفضها برمتها. ولكن متى تم توقيع العقد من قبل العميل فإن البنك لا يستطيع تعديل الشروط الواردة به أثناء مدة سريانه دون موافقة العميل الصريحة أو الضمنية على ذلك. ويتحقق البنك عادة من شخصية المودع عند إبرام عقد الإيداع، كما يحصل منه على نموذج لتوقيعه لاعتماده في تنفيذ عمليات السحب اللاحقة للإيداع^(١).

ويعتبر العقد عملاً تجارياً دائماً بالنسبة للبنك تطبيقاً للفقرة ج من المادة الثامنة من نظام المحكمة التجارية، أما بالنسبة للعميل فإنه يعتبر عملاً تجارياً متى توافرت فيه شروط العمل التجاري بالتبعية. أي متى كان القائم به تاجراً لخدمة تجارته.

(١) انظر الدكتور على جمال الدين عوض، «عمليات البنوك...» بند رقم ٣٢، ٣٣، والدكتور محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، بند رقم ٥٣٦.

وتؤثر تجارية العقد على طريقة إثباته، فيجوز للعميل دائما إثبات العقد في مواجهة البنك بكافة طرق الإثبات، ومع ذلك فقد جرت العادة على أن يتم الإثبات بالإيصال الذي يسلمه البنك للعميل عند كل إيداع نقدي مباشر، أو بالإخطارات التي يرسلها البنك إلى العميل لإبلاغه بالمبالغ التي أودعها أو حولها الأخير إلى حسابه، كما يجوز استنتاج حصول الإيداع من مجرد قيد العملية في الجانب الدائن لحساب العميل^(١).

المبحث الثالث

آثار الوديعة النقدية المصرفية

٢٠٣ يترتب على عقد الوديعة النقدية المصرفية نشوء حقوق والتزامات في ذمة كل من البنك والعميل .

وقد استقر العرف المصرفي على انتقال ملكية المبالغ المودعة من العميل إلى البنك بمجرد التسليم، وانتقال هذه الملكية يعتبر الأثر الفذ والخصيصة الجوهرية للوديعة النقدية المصرفية، ومن ثم يكون للبنك أن يستعمل المبالغ المودعة، وأن يتصرف فيها كما يشاء دون أن يعتبر خائناً للأمانة، وهو في ذلك يستعمل حقاً مستمداً من عقد الوديعة المصرفية ذاته. ولما كان هذا العقد يقترن - كما تقدم - بفتح حساب لدى البنك باسم العميل، فإن المبالغ المودعة تقيد في الجانب الدائن من هذا الحساب، ويكون البنك مديناً بمقدار الرصيد.

ويلتزم البنك برد قدر مماثل للنقود التي تم إيداعها لديه، وليس برد ذات النقود الورقية أو المعدنية التي تسلمها عند الإيداع، ودون اعتبار لارتفاع أو انخفاض قيمة النقود في الفترة الواقعة بين الإيداع والرد، فالبنك يلتزم برد مثل ما أودع لديه وليس قيمة ما أودع لديه^(٢). وإذا تم الإيداع بعملة أجنبية فإن البنك يلتزم برد عملة من

(١) انظر هاميل ولاحازد وجوفريه، المرجع السابق، بند رقم ١٦٤١، ريجير وروبنو، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٧٣.

(٢) قارن الدكتور على جمال الدين عوض، عمليات البنوك، ص ٤٠، بند رقم ٤٠، والدكتور سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٢٣١.

نفس النوع وبذات العدد الذي تسلمه، ويجوز للمودع استرداد الوديعة بالعملية المحلية وفقا لسعر الصرف السائد يوم الاسترداد وليس يوم الإيداع، وإذا تأخر البنك في الرد بعد استحقاق الوديعة ومطالبة المودع، فإنه يكون مسئولا في مواجهة المودع عن الانخفاض الذي يطرأ على سعر العملة الأجنبية بالنسبة للعملة الوطنية^(١).

ويلتزم البنك برد المبالغ المودعة في الميعاد والشروط المتفق عليها، ومن ثم فإنه متى كانت الوديعة لأجل أو بشرط الإخطار السابق، فإن البنك لا يكون ملزما بالرد قبل حلول الأجل أو توجيه الإخطار إليه، ولذا فإن هذين النوعين من الودائع لا يستردان عادة - بخلاف الودائع لدى الطلب - عن طريق إصدار الشيكات، وإنما عن طريق إصدار أمر بذلك إلى البنك إذا كان المودع هو الذي سيسترد الوديعة بنفسه، أو عن طريق إصدار أمر النقل أو التحويل المصرفي من حساب المودع إلى حساب شخص آخر يعينه^(٢).

ولكن التزام البنك برد المبالغ المودعة لا يمنعه من التمسك بالمقاصة متى أصبح البنك دائنا للمودع بمبلغ من النقود، وذلك لأن الوديعة المصرفية ليست وديعة عادية. وإنما هي وديعة لها أصلتها الذاتية حيث يصبح البنك مالكا للمبالغ المودعة ولا يلتزم سوى برد ما يعادها.

ولما كان البنك يملك المبالغ المودعة فإنه يكون مسئولا عن هلاك هذه المبالغ ولو كان ذلك بسبب قوة قاهرة، لأن الأصل أن الشيء يهلك على مالكة، وتطبيقا لذلك قضى بأن هلاك جميع أموال البنك نتيجة المصادرة أو تدميره في الحرب لا يبرئ البنك من التزامه برد المبالغ المودعة^(٣).

ولا يتقاضى البنك أجرا أو عمولة على الوديعة المصرفية، اكتفاءً بما تحققه له هذه الوديعة من ميزة استعمال المبالغ المودعة والتصرف فيها في عمليات تعود عليه

(١) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية في ٩ من مارس ١٩٢٥، دالوز ١٩٢٥، ٣٢٩، ريبير ورويلو، المرجع السابق بند رقم ٢٠٧٨ والمراجع التي أشار إليها الدكتور إدوارد عيد، المرجع السابق، ص ٥١٦.

(٢) انظر الدكتور محمود سمير الشرفاوى، المرجع السابق، بند رقم ٥٣٧.

(٣) انظر حكم محكمة باريس في ٢٢ نوفمبر ١٩٢٤، دالوز ١٩٢٥، ٤٨، عرائض في ٢٥ فبراير ١٩٢٩، دالوز ١٩٢٩، ١٦١.

بمبالغ طائلة، كخصم الأوراق التجارية ومنح القروض وتمويل المشروعات وفتح الاعتمادات، كما أن البنك لا يلتزم في الأصل بدفع فوائد على المبالغ المودعة وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك، والغالب أن يتفق البنك والعميل صراحة على الفوائد متى كانت الوديعة مضمونة بأجل، وتحرم بعض التشريعات، كالتشريع الفرنسي، إعطاء فوائد على الودائع لدى الطلب^(١).

ويلاحظ أخيراً أنه إذا كانت الوديعة النقدية مخصصة لغرض معين مع تكليف البنك بالقيام به، فإنه لا يجوز للبنك التصرف في المبالغ المودعة في هذه الحالة لأن البنك يعتبر في هذه الحالة بمثابة الوكيل عن عميله، والوكالة من عقود الأمانة.

(١) انظر رودبير وريف - لنج، المرجع السابق، بند رقم ١٥٨، وانظر في أساس هذا التحريم في رودبير وشيلاز، المرجع السابق، بند رقم ٥٧.

عمليات الائتمان المصرفي

- ١ القرض المصرفي
- ٢ فتح الاعتماد
- ٣ خطاب الضمان

٢٠٤ تقوم البنوك - كما تقدم - بدور أساسي في مجال الائتمان، وصور الائتمان أو الاعتماد المصرفي متعددة متنوعة لا تكاد تقع تحت حصر، ولكن لما كان الهدف منها جميعا هو تمكين العميل من الحصول على الائتمان الذي يشده بأن يمكنه البنك من الوفاء بالتزاماته لدى الغير، أو بالحصول على أجل أو ثقة من دائيه بواسطة تدخل البنك^(١)، فإنه يمكن القول بأن عمليات الائتمان أو الاعتماد المصرفي هي العمليات التي بمقتضاها يقوم البنك أو يتعهد بأن يقدم لعميله - أو لشخص يحدده هذا العميل - في الحال أو بعد وقت معين، مقابل فائدة أو عمولة معينة، أدوات للوفاء على هيئة رؤوس أموال نقدية، أو على شكل آخر، يتعهد العميل - تعهدا مقترنا أو غير مقترن بضمانات خاصة - بردها في تاريخ معين وذلك ما تقتضى طبيعة العملية أن يأتي الرد إلى البنك على وجه آخر كما في حالة الخصم^(٢).

وأهم صور أدوات الوفاء التي يقدمها البنك لعميله، أي عمليات الائتمان أو الاعتمادات المصرفية: القروض النقدية التي يقدمها البنك لعميله مباشرة، وفتح الاعتماد الذي يتعهد بموجبه البنك بأن يضع تحت تصرف العميل أو شخص آخر يعينه هذا العميل مبلغا من النقود خلال فترة معينة. وخطاب الضمان الذي يصدره البنك بناء على طلب العميل لصالح شخص آخر غالبا ما يكون جهة حكومية. وخصم الأوراق التجارية.

(١) انظر الدكتور على جمال الدين عوض والدكتور محمود سمير الشرفوى، المرجع السابق، بند رقم ٤١٦.

(٢) انظر اسكرا ورو، المرجع السابق، ج ٦، بند رقم ٥٧٤.

وسوف نحاول في هذا الباب إعطاء فكرة عامة عن هذه العمليات، فنخصص الفصل الأول منه للقروض المصرفية، والثاني لفتح الاعتماد، والثالث لخطاب الضمان، والرابع لخصم الأوراق التجارية.

القرض المصرفي

٢٠٥ يعتبر القرض المصرفي أبسط صور الائتمان، أو الاعتماد المصرفي، وأقلها أهمية بالنسبة للبنوك التجارية، والغالب أن يلجأ إلى هذه الصورة من الائتمان شخص غير تاجر، إذ أن التاجر يفضل دائماً الحصول على تسهيلات ائتمانية من البنك في شكل اعتماد مفتوح لصالحه في حدود مبلغ معين يتصرف فيه وفقاً لاحتياجاته، وبذلك يتفادى سريان فوائد القرض دون مقتضى.

والقرض المصرفي - كالقرض العادي - يقتضى قيام البنك المقرض بمجرد إبرام العقد بتسليم النقود المقرضة إلى العميل، أو بقيدتها في الجانب الدائن لحسابه، ويحدد عقد القرض عادة شروط القرض ومدته والفوائد والعمولة، ويسرى على هذا العقد أحكام القواعد العامة مع مراعاة قواعد العرف والعادات التجارية.

وقد يكون القرض مضموناً بتأمينات شخصية أو عينية، أو غير مضمون بمثل هذه التأمينات اعتماداً على سمعة العميل المالية، وقد جرت عادة البنوك على إنشاء رابطة بين القرض والباعث على الاقتراض بحيث يصبح موضوع العملية الأصلية ضماناً للقرض، فإذا كان الغرض من القرض دفع ثمن بضائع مستوردة كان رهن البضائع عن طريق تظهير سند الشحن ضماناً للقرض^(١)، كما جرت العادة في حالة تقديم العميل لصكوك مالية لضمان القرض على الاتفاق مع البنك على أن يتولى إدارة هذه الصكوك، ومن ثم تحصيل أرباحها وفوائدها لحساب العميل^(٢).

(١) انظر الدكتور محمد حسنى عباس، المرجع السابق، سدر رقم ١٦٣.

(٢) انظر الدكتور على النازوى، المرجع السابق، سدر رقم ٢٥٤.

وقد يمنح البنك في بعض الأحيان تيسيرات لعميله دون أن يكون بينهما اتفاق على ذلك، فيتسامح في أن يكون حساب العميل لدينا أى مكشوفاً في حدود مبلغ معين ولمدة معينة، ولا يعتبر هذا التيسير من قبيل الاتفاق على منح العميل قرضاً من جانب البنك، إذ يظل البنك حراً في إنهاء هذا التسامح متى كانت الظروف لا تبعث على الثقة في يسار العميل، ولا يكون البنك مسئولاً إلا إذا كان الإنهاء مشوباً بالغش وسوء النية^(١).

٢٠٦ وإذا كان الأصل في القرض العادى أن يكون للمقرض حرية التصرف في مبلغ القرض دون قيد أو شرط، فإن الغالب في القرض المصرفى هو أن يكون محدد الغرض، إذ أن البنوك تهتم عادة بالقرض الذى سيخصص له القرض ولا تقبل تمويل أية عملية، ومن ثم فإنه متى نص عقد القرض على تخصيص القرض لعملية معينة فإنه يجب على العميل أن يحترم ذلك وإلا كان للبنك أن يطالب برد القرض في الحال، وكثيراً ما تعتمد البنوك إلى التحقق من تخصيص القرض للقرض منه عن طريق قيامها مباشرة بتمويل العملية كما في حالة البيع بالأجل، أو بالنسيئة حيث يقوم البنك بالدفع مباشرة لدائن العميل المقرض^(٢).

ويلاحظ أن الأجل في عقد القرض مقرر لمصلحة الطرفين. ومن ثم لا يكون للبنك في الأصل مطالبة العميل برد القرض قبل حلول الميعاد المتفق عليه، كما لا يجوز للعميل أن يطالب برد القرض قبل حلول أجله لكى يتخلص من دفع الفوائد عن المدة المتبقية، ولكن من النادر عملاً أن يعارض البنك في الرد قبل حلول أجل القرض^(٣).

٢٠٧ ويعتبر القرض المصرفى عملاً تجارياً دائماً بالنسبة للبنك باعتباره من عمليات البنوك تطبيقاً للفقرة «ج» من المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية. أما بالنسبة

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥٧٢، والدكتور محمود سمير الشرفاوى، المرجع السابق، بند رقم ٥٣٩، وقارن اسكارا ورو، المرجع السابق، ج ٦، بند رقم ٥٩٦ ومع ذلك يلاحظ البعض أن المكشوف لا يكون بوجه عام إلا مقابل تأمينات كافية، انظر رودير وريف - لنج، المرجع السابق، ص ٣١٧.

(٢) انظر رودير وريف - لنج، المرجع السابق، بند رقم ٢٥٠.

(٣) نفس المرجع السابق.

للعميل فإن الأمر يتوقف على صفة هذا العميل ، والغرض الذي يخصص له القرض فيعد القرض تجارياً متى كان العميل تاجراً ، واقترض لحاجات تجارته ، ومدنياً متى كان العميل مدنياً أو تاجراً واقترض بسبب عمل مدني .

ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية والمصرية إلى اعتبار القروض التي تعقدها البنوك في نطاق نشاطها المعتاد قروضاً تجارية دائماً أياً كانت صفة المقرض وأياً كان الغرض من القرض ، ورُتبتا على ذلك أن هذه القروض تخضع للقواعد والعادات التجارية التي تبيح - خلافاً للقواعد العامة في القروض المدنية - تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ومجازة الفوائد لرأس المال^(١) . وقد انتقد جانب من الفقه هذا القضاء نظراً لما فيه من خروج على القواعد العامة ، ولما يؤدي إليه بالتالي من انفراد البنوك بمركز ممتاز دون سائر المقرضين^(٢) .

(١) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٩ أبريل ١٨٦٨ ، دالوز ١٨٦٨-١-٣١٢ و ٢٥ يوليو ١٨٩٥ ، دالوز ١٨٩٥-١-١٩٣ مع تعليق لويس جيبى . وحكم محكمة النقض المصرية في ٢٧ يوليو ١٩٦٣ ، مجموعة أحكام محكمة النقض من ١٤ ص ٩٣٦ و ٩٤٦ ، ٢ أبريل ١٩٦٤ المجموعة ، س ١٥ ص ٤٩٩ ، ٥ مارس ١٩٦٨ ، المجموعة س ١٩ ، ص ٤٩٣ .

(٢) انظر الدكتور مصطفى طه ، المرجع السابق ، س ٥٧٣ ، وانظر في نقد هذا القضاء أيضاً الدكتور محمد حسي عسك ، المرجع السابق ، س ١٦٥ ، وقدر الدكتور علي البارودي ، المرجع السابق ، س ٢٥٥ ، والدكتور ثروت عبد الرحيم ، المرجع السابق ، س ٥٥ وما يليه .

فتح الاعتماد

■ الاعتماد البسيط ■ الاعتماد المستندي

٢٠٨ يجب التمييز في هذا الصدد بين فتح الاعتماد البسيط والاعتماد المستندي، وعليه تقسم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين يخصص الأول لفتح الاعتماد البسيط، ونعالج في الثاني الاعتماد المستندي.

المبحث الأول الاعتماد البسيط

- التعريف بالاعتماد البسيط وبفائدته ● عقد فتح الاعتماد
- الطبيعة القانونية لعقد فتح الاعتماد ● آثار عقد فتح الاعتماد
- انقضاء عقد فتح الاعتماد البسيط

٢٠٩ التعريف بالاعتماد البسيط وبفائدته

فتح الاعتماد البسيط عقد يتعهد بمقتضاه البنك بأن يضع تحت تصرف عميله مبلغاً معيناً من النقود خلال مدة معينة بحيث يكون هذا الأخير حق سحبه دفعة واحدة، أو على دفعات متوالية بالطريقة التي يتفق عليها، سواء كان ذلك عن طريق قيام العميل بقبض المبلغ نقداً، أو بسحب أوراق تجارية على البنك أو بإصدار أوامر التحويل أو النقل المصرفي^(١).

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٨٤، والدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم

ويمتاز فتح الاعتماد في أنه لا يقتضى تسليم النقود التي تعهد البنك بتقديمها فورا كما في حالة القرض، بل يمكن العميل من أن يسحب المبلغ الموضوع تحت تصرفه تباعا وحسب حاجته، ولا يلتزم بدفع فوائد إلا عن المبلغ الذى سحبه بالفعل. وقد لا يستخدم الاعتماد أصلا، فلا يلتزم بدفع أية فوائد.

وغالبا ما يقترن فتح الاعتماد بحساب جار، وفي هذه الحالة يرتبط العقدان، عقد الحساب الجارى وعقد فتح الاعتماد، ولهذا الارتباط فائدة مزدوجة، فمن ناحية يتجدد فتح الاعتماد باستمرار، لأن العميل بقدر ما يغذى حسابه بمدفوعات، يرد جزءا من المبالغ التى سبق له سحبها بمقتضى الاعتماد ولكن لما كان الحساب جاريا وغير قابل للتجزئة، فإن ذلك لا يعتبر وفاة وإنما مجرد مدفوع فى الحساب، ومن ثم يكون له أن يسحب من جديد فى حدود الاعتماد المفتوح، ومن ناحية أخرى فإن حق البنك يكون مضمونا بمدفوعات العميل التى تتقاص باستمرار فى الحساب مع المفردات الأخرى، وبالتأمينات المقررة لضمان رصيد الحساب عند الاقتضاء^(١).

٢١٠ عقد فتح الاعتماد

عقد فتح الاعتماد من العقود الرضائية التى تتم بمجرد اتفاق الطرفين، ويشترط لصحته توافر الأركان العامة فى العقود، ومن أهم البيانات التى يتضمنها هذا الاتفاق تحديد الحد الأقصى لمبلغ الاعتماد، ومدته وسعر الفائدة، ومقدار العمولة، وكيفية استخدامه، وطريقة رده. وقد يقع هذا الاتفاق كتابة، ولكن الغالب أن يفتح الاعتماد بناء على مراسلات يتبادلها الطرفان، أو شفاهة، أو بالتليفون، أو بالتلكس، وجرت العادة على أن ترسل البنوك للعميل فى مثل هذه الحالات خطابا لتأكيد أو تثبيت فتح الاعتماد.

ويعتبر فتح الاعتماد عملا تجاريا دائما بالنسبة إلى البنك تطبيقا للفقرة ج من المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية التى سبق أن انتهينا إلى أنها تضىف الصفة التجارية على جميع أعمال البنوك، أما بالنسبة للعميل فإن هذا العقد لا يعتبر تجاريا إلا إذا كان هذا العميل تاجرا قام بفتح الاعتماد لحاجات تجارته. ولما كان المعتاد هو أن

(١) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٨٤.

يفتح الاعتماد لصالح التجار ورجال الأعمال لتمكينهم من الحصول على السلع اللازمة لهم لأداء أثمان السلع التي يتاجرون فيها، أو لتمويل المشروعات التي يقومون بها. فإنه يمكن القول إن عقد فتح الاعتماد يعتبر في الغالب تجارياً بالنسبة للطرفين، ومن ثم يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن والدفاتر التجارية، كما يعتبر قيد مبلغ الاعتماد في الحساب الجاري إثباتاً كافياً للعقد^(١).

وقد يثق البنك في ملاءة العميل المالية وحسن سمعته فلا يطلب منه ضمان خاصاً، وقد يقترن فتح الاعتماد بتأمينات عينية أو شخصية. وقد جرت عادة البنوك في المملكة على طلب مثل هذه التأمينات في معظم الحالات، وعلى إفراغ شروط منح الاعتماد في شكل عقود نموذجية يوقعها كل من العميل وكفيله.

ويعتبر عقد فتح الاعتماد من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، فالبنك لا يمنح العميل ائتمانه إلا لثقتة به. حتى ولو كان الاعتماد مصحوباً بتأمينات، ولذا فهو ينتهي بوفاة العميل، أو إفلاسه، أو الحجر عليه، كما أن الغلط في شخص العميل أو صفة جوهرية فيه - كسبق الحكم بشهر إفلاسه أو بصدارة شيكات مزورة أو بلا رصيد - من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال. كما لا يجوز للعميل التنازل عن الاعتماد لشخص آخر دون موافقة البنك^(٢).

٢١١ الطبيعة القانونية لعقد فتح الاعتماد

لا خلاف بين الفقه والقضاء، على أن عقد فتح الاعتماد ليس عقد قرض لأن القرض يقتضى تسليم مبلغ من النقود إلى المقرض، والبنك لا يلتزم بموجب عقد فتح الاعتماد بتسليم مبلغ من النقود إلى العميل بل بوضع هذا المبلغ تحت تصرفه خلال المدة المتفق عليها، وقد يستعمل هذا المبلغ وقد لا يستعمله، ولذا ذهبت الغالبية إلى اعتبار عقد فتح الاعتماد عقد وعد بقرض، فالبنك يعد بإقراض النقود للعميل متى أعرب عن رغبته في ذلك خلال مدة معينة، ويتحول هذا الوعد إلى

(١) انظر الدكتور محسن تقي، المرجع السابق، بند رقم ٢٥٨، وريبير وروسو، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٨٦.

(٢) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥٧٥، والدكتور على محمد الدين عوض، المرجع السابق، بند رقم ٢٤٢ والمراجع التي أشير إليها في هامش

قرض بات عندما يطلب العميل استعمال النقود الموضوعة تحت تصرفه^(١). ومع ذلك لا يسلم بعض الفقهاء بهذا التكييف حيث يرى أن عقد فتح الاعتماد لا يعتبر وعدا بقرض. بل عقدا من العقود غير المسماة التي ابتدعها العرف المصرفي، له موضوعه الخاص المتمثل في فتح الاعتماد^(٢)، ويرى البعض الآخر أن فكرة فتح الاعتماد أوسع وأشمل من فكرة القرض أو الوعد بالقرض، وأنه لا بد - عند تكييف عقد فتح الاعتماد - من الاعتماد بالقرض الاقتصادي الذي يهدف إلى تحقيقه والذي يجعل منه عقدا مركبا يختلف تماما عن العقود البسيطة المعروفة التي يعرفها القانون المدني: فالعميل يهدف من إبرام عقد فتح الاعتماد إلى تحقيق هدفين متتاليين: أولهما أن يطمئن إلى الحصول على المبلغ النقدي للاعتماد، وثانيهما أن يطمئن إلى وجود هذا المبلغ في مكان أمين. وهذان الهدفان لا يمكن تحقيقهما عن طريق العقود المعروفة في نطاق القانون المدني إلا باللجوء إلى عقدين هما عقد القرض وعقد الوديعة. ولما كان العميل يقترض من البنك ثم يقوم بالإيداع في ذات البنك، فلا مناص من اندماج هذين العقدين في عملية واحدة هي بلا شك عملية فتح الاعتماد^(٣).

٢١٢ آثار عقد فتح الاعتماد

يرتب عقد فتح الاعتماد آثارا في ذمة كل من البنك والعميل فبالنسبة للبنك يلتزم بأن يضع مبلغ الاعتماد تحت تصرف العميل طول المدة المحددة للاعتماد، ويكون للعميل أن يسحب مبلغ الاعتماد كله أو بعضه بالطريقة المتفق عليها، وقد يكون ذلك بقبض المبلغ نقداً أو عن طريق سحب شيكات أو كمبيالات من جانب العميل على البنك لأمر نفسه، أو لأمر شخص آخر، أو عن طريق إصدار أوامر النقل أو التحويل المصرفي. وإذا لم يتفق على كيفية استخدام الاعتماد وجب الرجوع إلى

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥٧٥، الدكتور محمد حسني عباس، المرجع السابق، بند رقم ١٦٧، وانظر في الفقه الفرنسي هامل ولاجارد وجوفريه، المرجع السابق، بند رقم ١٧٨٥، اسكارا ورو، المرجع السابق، ج ٦، بند رقم ٦٦٠.

(٢) انظر ريبير وروبلو، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٨٥.

(٣) انظر الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، بند رقم ٢٦٠، وانظر في موقف القضاء المصري من هذا الموضوع الدكتور ثروت عبدالرحيم، المرجع السابق، بند رقم ٨٢.

العرف لتحديد الوسائل التي يكون للعميل أن يستخدمها^(١)، ولكن العميل غير ملزم باستخدام مبلغ الاعتماد، إذ أن عقد فتح الاعتماد عقد ملزم لجانب واحد هو البنك ومن ثم فإنه لا يجوز للبنك إلغاء الاعتماد قبل حلول أجله حتى ولو يظهر العميل نية في استخدامه .

وإذا لم يقم البنك بتنفيذ الاعتماد، جاز للعميل إلزامه قانوناً بالتنفيذ أو طلب الفسخ إذا لم تعد له مصلحة في الاعتماد، كما يكون للعميل حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه بسبب عدم التنفيذ^(٢).

أما بالنسبة للعميل فإنه يلتزم برد المبالغ التي سحبها من الاعتماد في الميعاد المحدد، ويلتزم بدفع الفوائد المتفق عليها عن المبالغ التي سحبها ابتداء من تاريخ السحب، كما يلتزم أخيراً بدفع عمولة للبنك مقابل فتح الاعتماد. والعمولة بخلاف الفوائد - تكون مستحقة للبنك سواء استخدم العميل الاعتماد أو لم يستخدمه .

ويلاحظ أن العميل ملزم في حالة اشتراط البنك تخصيص مبلغ الاعتماد لغرض معين باحترام هذا التخصيص، وإلا كان من حق البنك إنهاء الاعتماد فور مخالفة هذا الشرط، لأن احترام التخصيص ضمان لقدرة العميل على وفاء التزامه تجاه البنك^(٣).

٢١٣ انقضاء عقد فتح الاعتماد البسيط

ينقضى هذا العقد كسائر العقود بانتهاء مدته، وباتفاق الطرفين على إنهائه قبل انتهاء مدته .

أما إذا كان الاعتماد مفتوحاً لمدة غير محدودة فإنه لا خلاف بين الشراح على حق البنك - وكذلك العميل - في إنهائه بإرادته المنفردة شريطة إخطار العميل، وإعطائه مهلة كافية لكي يتخذ احتياطاته، وإذا اقترن فتح الاعتماد بحساب لدى البنك فإن البنك يظل ملتزماً بدفع قيمة الشيكات المسحوبة من العميل قبل إنهائه

(١) انظر الدكتور على جمال الدين عوض، المرجع السابق، بند رقم ٤١٢ و ٤٣٣.

(٢) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٢٦٢.

(٣) انظر الدكتور على جمال الدين عوض، المرجع السابق، بند رقم ٤٢٤ والمراجع التي أشار إليها.

الاعتماد والمقدمة إلى البنك بعد ذلك طالما كانت قيمة هذه الشيكات في حدود مبلغ الاعتماد المفتوح، ويفسر ذلك بانتقال ملكية مقابل الوفاء إلى المستفيد بمجرد إصدار الشيك^(١).

ويلاحظ أنه متى كان الاعتماد محدد المدة، فإنه لا يجوز للبنك قطع الاعتماد أو إلغاؤه قبل انتهاء مدته، ولا يعتبر صحيحا الشرط الذي يعطى البنك حق الرجوع في الاعتماد متى شاء. لأنه يجعل التزام البنك التزاما إراديا محضا يبطل معه العقد، ولكن يجوز للبنك فسخ العقد متى أصبح العميل غير جدير بثقته نتيجة إدانته في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، أو دخوله في عمليات خطيرة لها طابع المقامرة، وذلك لأن عقد فتح الاعتماد يقوم، كما تقدم، على الاعتبار الشخصي، وقد يضع البنك شرطا في العقد يحتفظ بموجبه لنفسه بحق فسخ العقد في مثل هذه الحالات، واسترداد ما يكون العميل قد سحبه من المبلغ المفتوح به الاعتماد دون تقييد بمدة محددة، ولا يمكن أن يكون هذا الشرط مطلقا حتى ولو كانت صياغته تحمل معنى الإطلاق، ويجب على البنك أن يقيم الدليل على وجود أسباب جديرة تبرر سحب ثقته في العميل، ويكون للقضاء سلطة واسعة في تقدير تلك الأسباب^(٢).

ولكن يلاحظ كذلك أنه متى كان الاعتماد محدد المدة، وكان مصحوبا بتأمينات عينية أو شخصية فإنه لا يجوز للبنك أن ينهي العقد قبل انتهاء مدته بحجة تدهور المركز المالي للعميل وفقده لثقته، لأن حصول البنك على هذه التأمينات عند إبرام العقد معناه أن سوء حالة العميل كان أمرا محتملا وقد عالج الطرفان نتائجه مقدما^(٣) (٤٠٣).

(١) نظر روديير وريف - لنج، المرجع السابق، بند رقم ٢٤٥.

(٢) انظر الدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ٢٦٠، وانظر في موضوع مثل هذه الشروط اسكازا ورو، المرجع السابق، ج ٦، بند رقم ٦٤٦ وما يليه، والدكتور على جمال الدين عوض، المرجع السابق، بند رقم ٤٤٥.

(٣) انظر الدكتور على جمال الدين عوض، المرجع السابق، بند رقم ٤٤٧.

(٤) وبالرغم من كل ما ذكر في المتن فقد جرت عادة البنوك في المملكة على النص في عقودها النموذجية على أن يكون للسك في أي وقت يشاء قبل نهاية الأجل المنصوص عليه في هذا العقد، ودون سبق إعلان العميل، ودون أن يكون ملزما بإبداء الأسباب، كامل الحق في أن يوقف أو يلغى أي اعتماد اثنتان مقرر بموجب هذا العقد للعميل، ودون أي حق للأخير في الاعتراض، وعندئذ تستحق جميع مطلوبات البنك =

المبحث الثاني الاعتقاد المستندي

- عملية الاعتقاد المستندي ● الأثار الناشئة عن الاعتقاد مستندي
- التعريف بالاعتقاد المستندي وبفائده

٢١٤ التعريف بالاعتقاد المستندي وبفائده

الاعتقاد المستندي عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه، ويسمى الأمر بفتح الاعتماد لصالح شخص آخر، يسمى المستفيد، بصحبة مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل.

وهكذا يتضح الاختلاف بين عقد الاعتماد البسيط وعقد الاعتقاد المستندي، ففي حين يلتزم البنك بموجب الأول بأن يصع تحت تصرف العميل مباشرة المبلغ المفتوح به الاعتماد ولا يكون له علاقة بالغير الذي يتعامل مع العميل، يلتزم البنك بموجب الثاني إزاء هذا الغير مباشرة بأن يضع تحت تصرفه المبلغ المفتوح به الاعتماد مقابل تسلمه لمستندات البضاعة.

ويقوم الاعتقاد المستندي بدورها في مجال التجارة الخارجية، وبالذات في تجارة الاستيراد والتصدير التي تتم عن طريق البيع المعروف «سيف» أو «كاف» وهو البيع الذي يتم فيه التسليم، كما تقدم، في ميناء القيام ويقوم فيه البائع بدفع المصاريف وأجرة النقل وقيمة التأمين التي تضاف إلى الثمن المتفق عليه.

وبحقوق الاعتقاد المستندي مزايا كبرى لكل من البائع المصدر والمشتري المستورد، فهو يضمن للأول استيفاء ثمن البضاعة المرسلة إلى مشتر قد لا يعرفه من البنك مباشرة بمجرد تقديم المستندات المطلوبة والوفاء بشروط الاعتقاد، كما أنه

= بعد... من تاريخ إخطار العميل ليسدد أرصده المدينة ويتعهد العميل تسديد جميع ديونه ومحقاتها لسك في هذا الموعد رغم قيام التأمينات، شخصية كانت أم عينية، المقدمة منه لصالح البنك ورغم حيرة لسك لاية أوراق أو سندات خاصة به.

يمكنه من قبض ثمن البضاعة حال شحنها ودون انتظار تحصيل قيمتها من المستورد وبذلك يحمى نفسه من مخاطر تردى الأحوال المالية لهذا الأخير وعدم تمكنه من الدفع، كما يضمن للشانى، أى للمستورد، عدم دفع قيمة البضاعة قبل التأكد من شحن هذه البضاعة ومطابقتها للمواصفات المطلوبة، ويتيح له عدم دفع كامل قيمة البضاعة إلا حين تسلمه للمستندات التى تمكنه من التخلص عليها^(١).

٢١٥ وقد اختلف الفقه والقضاء المقارن حول الطبيعة القانونية للاعتماد المستندى وتردد الرأى بين نظرية الكفالة ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير، ونظرية الإنابة ونظرية الإرادة المنفردة^(٢). ونعتقد مع البعض بأنه لا جدوى من بحث الطبيعة القانونية للاعتماد المستندى ومحاولة رده إلى النظريات التقليدية المعروفة فى القانون المدنى، لأنه من العقود المصرفية التى نشأت نتيجة الحاجة العملية التى تهدف إلى خدمة التجارة، وقد تبلورت حوله قواعد العرف التجارى والعادات المصرفية فأضفت عليه إطارا قانونيا متميزا كما هو الشأن فى غالبية العقود المصرفية^(٣).

٢١٦ ولما كان الاعتماد المستندى دوليا بطبيعته، إذ أنه يربط أطرافا من دول مختلفة، فقد رأى تجميع القواعد العرفية والعادات المصرفية المتعلقة به وتوحيدها لخدمة التجارة الدولية وتحقيق الاستقرار اللازم لها. وقد حملت البنوك لواء توحيد هذه القواعد واهتمت به غرفة التجارة الدولية. وقد أقرت هذه الغرفة فى مؤتمرها المنعقد فى فيينا عام ١٩٣٣ «القواعد والعادات الموحدة الخاصة بالاعتمادات المستندية» ثم عدلت الغرفة هذه القواعد فى مؤتمرها المنعقد فى لشبونة عام ١٩٥٢، ثم فى مؤتمرها المنعقد فى باريس عام ١٩٦٢، وأخيرا فى مؤتمرها المنعقد فى باريس عام ١٩٧٤. وقد ساهم العديد من المنظمات الدولية، واتحادات البنوك، والمشتغلين بالتجارة الدولية فى تنقيح وصياغة هذه القواعد، وقد انضمت إلى هذه القواعد الموحدة - خاصة بعد إعادة

(١) انظر الدكتور ماهر شكرى «دراسات تطبيقية فى العمليات المصرفية الخارجية»، الأردن ١٩٨١، ص ١٧٧.

(٢) انظر فى عرض هذه النظريات الدكتور على جمال الدين عوض «الاعتمادات المستندية» القاهرة ١٩٨١، ص ٣٤٣ وما يليها، الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥٩٣ وما يليه.

(٣) انظر جافلدا وستوفليه، المرجع السابق، بند رقم ٣٥٢، والدكتور محمود سمير الشرقاوى، المرجع السابق، بند رقم ٥٤٨.

صياغتها في مؤتمر باريس عام ١٩٧٤ والمطبقة ابتداء من أول أكتوبر ١٩٧٥ - المؤسسات والبنوك في جميع دول العام تقريبا^(١). وهذه القواعد ليست لها صفة الإلزام وهي تسري إلا إذا اتفق ذوو الشأن صراحة على الأخذ بها في العقود التي يبرمونها. وتنص العقود النموذجية الخاصة بطلب فتح الاعتماد المستندي في الممنكة صراحة على «خضوع خطاب الاعتماد المطلوب فتحه بموجب هذا إلى الأصول الموحدة والعرف المتبع في الاعتمادات المستندية والمحدد من قبل الغرفة التجارية الدولية».

وسوف نتناول في هذا المبحث بيان المراحل التي تمر بها عملية الاعتمادات المستندية، والصور المختلفة له، ثم نعالج الآثار الناشئة عن هذه العملية.

الفرع الأول عملية الاعتماد المستندي

٢١٧ يقترن الاعتماد المستندي بعدة تصرفات قانونية، بعضها سابق لفتح الاعتماد، وبعضها لاحق له، إذ أن العملية تبدأ بعقد بيع بين المصدر والمستورد، يعقبه الاتفاق بين المستورد والبنك على فتح اعتماد لصالح المصدر، وتنفيذ هذا الاتفاق يقوم البنك بإرسال خطاب اعتماد *Lettre de crédit* إلى المصدر يحظره فيه بفتح الاعتماد وباستعداده للدفع بالكيفية الميية في الخطاب مقابل تقديم المستندات الممثلة للبضاعة.

وإيضاحاً لذلك من الناحية العملية نفترض أن تاجر سعودي قد اشترى «سيف» بضاعة من تاجر ياباني بمبلغ معين، وقد اشترط التاجر الياباني في عقد البيع أن يكون الوفاء بضمن البضاعة عن طريق فتح اعتماد لصالحه لدى أحد البنوك.

وتنفيذا لعقد البيع هذا يتقدم التاجر السعودي إلى البنك الذي يتعامل معه في المملكة طالبا منه فتح اعتماد قصير الأجل لصالح التاجر الياباني بقيمة البضاعة، فيقوم حينئذ بتعبئة نموذج طلب فتح الاعتماد وتوقيعه، ويتضمن هذا النموذج عادة شروط فتح الاعتماد، كقيمة الاعتماد ومدته وصفته وطريقة دفعه والمستندات الممثلة للبضاعة الواجبة التقديم - كسند الشحن والفاتورة وبوليصة التأمين وشهادة المنشأ - والأجر الذي يحصل عليه البنك، ومتى وافق البنك على الطلب فإن ذلك يعتبر بمثابة عقد فتح اعتماد تم بينه وبين عميله التاجر السعودي.

وتنفيذا لهذا العقد الأخير يقوم البنك بفتح الاعتماد المستندي في سجلاته لصالح التاجر الياباني، ثم يرسل خطاب الاعتماد - الذي يحدد فيه بدقة الشروط التي التزم بها - إلى البائع مباشرة، أو عن طريق بنك وسيط موجود في بلد البائع يطلق عليه في العمل اسم البنك المراسل^(١).

ومتى وصل خطاب الاعتماد إلى البائع الياباني قام بشحن البضاعة خلال مدة سريان الاعتماد مع التأكد من مطابقة مواصفات هذه البضاعة وكيفية شحنها والتأمين عليها للشروط الواردة في الخطاب، ثم يقوم - كما هو الوضع الغالب - بسحب كمبيالة على البنك الموجود في المملكة لصالح أحد البنوك اليابانية بعد أن يحصل منه على قيمتها، ويسلمه المستندات الممثلة للبضاعة، وبذلك يخرج البائع الياباني من العملية بعد أن يكون قد استوفى حقه.

ثم يتقدم البنك الياباني إلى البنك السعودي بالكمبيالة مرفقا بها المستندات اللازمة، ويتعين عندئذ على البنك السعودي التوقيع على الكمبيالة بالقبول إذا كان عقد فتح الاعتماد يشترط «القبول مقابل تقديم المستندات» أو الوفاء بقيمة الكمبيالة متى كانت مستحقة وقد اشترط هذا «الوفاء» مقابل تقديم المستندات غير أنه يتعين

(١) ويلاحظ أن مركز هذا البنك الوسيط يتوقف على طبيعة العلاقة التي تربطه بالبنك السعودي، إذ أنه قد يكون مكلفا فقط من قبل هذا البنك بإبلاغ المستفيد (أى التاجر الياباني في مثالنا) بفتح الاعتماد، وقد يكون وكيلاً عنه في الوفاء، أو قبول الكمبيالة المستندية التي يسحبها البائع، وهو في الحالتين غير ملتزم شخصيا بشيء، إذ أنه في الأولى مجرد رسول، وفي الثانية مجرد وكيل، وقد يتعهد تعهدا شخصيا نهائيا ومستقلا يضاف إلى تعهد البنك السعودي بحيث يكون للبائع حق مباشر في مواجهة كل من البنكين، وهذا التعهد من البنك الوسيط يسمى تأييد أو تعزيز الاعتماد، ويمثل أقصى درجات الأمان للبائع. أنظر الدكتور على جمال الدين عوض، «الاعتمادات المستندية»، بند رقم ٣.

على البنك السعودي أن يقوم، قبل الوفاء، بفحص المستندات الخاصة بالبضاعة والتأكد من مطابقتها للشروط والأوصاف المتفق عليها في عقد فتح الاعتماد والمنصوص عليها في خطاب الاعتماد، فإذا وجدها مطابقة قام بالوفاء بقيمة الكمبيالة واستردها مع مستندات البضاعة، وتنتهي علاقة البنك الياباني بالبنك السعودي، وتنحصر العلاقة عندئذ بين البنك الأخير والتاجر السعودي، أي بين طرفي الاعتماد.

وفي أثناء هذا الوقت تكون البضاعة التي أرسلها التاجر الياباني قد وصلت إلى المملكة أو في طريقها إليها، ولا يستطيع التاجر السعودي أن يتسلم هذه البضاعة عند وصولها إلا إذا كان حائزاً للمستندات التي تمثلها والموجودة في يد البنك السعودي. لذلك يضطر هذا التاجر إلى الحصول على هذه المستندات من البنك بعد أن يدفع له قيمة الكمبيالة، ويكون في إمكانه عندئذ التخليص على بضاعته من الميناء والسلطات الجمركية أو استلام مبلغ التأمين إذا كانت البضاعة قد هلكت. أما إذا لم يقم التاجر السعودي بدفع قيمة الكمبيالة المستحقة للبنك، فإن البنك يكون حينئذ في مركز الدائن المرتهن، فيستطيع أن يجس المستندات، ويتسلم بمقتضاها البضاعة أو التأمين في حالة اهلاك ويستوفي بذلك قيمة الاعتماد بالأولوية على سواه من دائني هذا التاجر^(١).

٢١٨ صور الاعتماد المستندي

عملية الاعتماد المستندي المتقدم وصفها تشكل الصورة الغالبة في العمل، ولكنها ليست الصورة الوحيدة للاعتماد المستندي، إذ يجوز أن يتخذ هذا الاعتماد صوراً أخرى مختلفة وفقاً لما يتفق عليه الأطراف تحقيقاً لمصالحهم، ونستعرض فيما يلي أهم هذه الصور:

(١) قد لا يطلب البنك - فاتح الاعتماد - من عميله التاجر دفع قيمة الكمبيالة فور تسليمه المستندات، بل قد يتفق معه على ميعاد لاحق للدفع، وقد يكون هذا الميعاد محددًا في عقد فتح الاعتماد ذاته، وفي هذه الحالة يسلم البنك المستندات إلى العميل قبل دفع قيمة الاعتماد له ويعتبر بالتالي قد منح هذا الأخير مجرد اعتماد بالقبول، ولكن الغالب هو أن البنك - فاتح الاعتماد - يتفق، لأجل الخصم، مقبل تسليمه المستندات إلى العميل، كمبيالات مسحوبة من العميل على التجار الذين يكونون قد اشترى والبضاعة، وبذلك يكون البنك قد استبدل صهامه العيني الشئىء عن رهن البضاعة بحقه الشخصي في الرجوع على موقعي الكمبيالات المنظرة إليه. الدكتور إدوار عيد، المرجع السابق، ص ٢١١.

١] الاعتماد القابل للنقض Révocable

٢١٩

وهو الاعتماد الذي يحتفظ فيه البنك فاتح الاعتماد بالرجوع فيه وإلغائه أو تعديله في أى وقت دون حاجة إلى توجيه إخطار مسبق بذلك إلى المستفيد^(١) (مادة ٢١١ من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية) وهذا النوع من الاعتمادات يعتبر مجرد عقد وكالة بين البنك فاتح الاعتماد، والمشتري الأمر بفتح الاعتماد بمقتضاه بتعهد الأول في مواجهة الثاني بقبول الكمبيالة المسحوبة عليه من البائع أو الوفاء بقيمتها أو بدفع مبلغ الاعتماد فوراً إلى هذا الأخير مقابل تقديم المستندات، ولكنه لا ينشئ أية علاقة قانونية مباشرة بين البنك فاتح الاعتماد والمستفيد من الاعتماد، أى البائع^(٢)، وإذا لم يتضمن خطاب الاعتماد النص صراحة على أن الاعتماد غير قابل للنقض، اعتبر الاعتماد قابلاً للنقض (مادة ٢/ج من الأصول والأعراف).

وواضح أن الاعتماد القابل للنقض يعطى لكل من البنك فاتح الاعتماد والعميل الأمر بفتح الاعتماد أقصى درجات المرونة، إذ يعطيها الحق في إلغاء الاعتماد أو تعديله في أى وقت طالما أن البنك لم يقم بدفع مبلغ الاعتماد، إلا أنه بالمقابل ينطوى على مخاطرة كبيرة بالنسبة للمستفيد، أى للبائع المصدر، الذى قد يخطره البنك بإلغاء الاعتماد بعد شحن البضاعة، أو حتى بعد تقديمه للمستندات وقبل قبض قيمتها، لهذا لا يقبل الكثير من المصدرين هذا النوع من الاعتمادات لأن البنك لا يلتزم بموجبه في مواجهتهم بشيء، ولا يستعمل في المعاملات إلا عندما يتوافر قدر من الثقة بين المصدر والمستورد، أى بين البائع والمشتري، يجعلهما في غير حاجة إلى تدخل البنك، ويكون عندئذ مجرد وسيلة لتنظيم طريقة الدفع بينهما^(٣).

٢] الاعتماد غير القابل للنقض Irrévocable

٢٢٠

وهو الاعتماد الذى يلتزم بموجبه البنك فاتح الاعتماد مباشرة في مواجهة

(١) ومع ذلك فقد جرى العمل على قيام البنك بإخطار المستفيد بالإلغاء أو التعديل.

(٢) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥٨٠.

(٣) انظر الدكتور على البارودي، المرجع السابق، بند رقم ٢٦٤.

المستفيد يدفع قيمة الاعتماد بالكيفية الميمنة في خطاب الاعتماد مقابل تقديم المستندات المطلوبة، والتزام البنك في هذه الصورة التزاماً باتاً لا يمكن الرجوع فيه أو تعديله دون موافقة جميع الأطراف المعنية، ويعتبر الاعتماد غير القابل للنقض أكثر أنواع الاعتمادات شيوعاً في العمل نظراً لما يوفره من أمن وضمانية لمصدرين. فهو يضمن لهم الحصول على قيمة البضائع المصدرة متى كانت المستندات مطابقة لشروط الاعتماد أي كان الوضع المادي للمستورد الأمر بفتح الاعتماد، أي حتى ولو توقف هذا الأخير عن الدفع لأي سبب من الأسباب.

٣] الاعتماد غير القابل للنقض المؤبد أو المعزز Confirme

٢٢١

قد لا يكتفى المصدر بالتزام بنك المستورد بدفع قيمة البضاعة على النحو السابق، بل يشترط - بالإضافة إلى ذلك - أن يتدخل بنك آخر موجود في بلده يعرفه ويشق به ويلتزم نحوه بمثل ما التزم به البنك فاتح الاعتماد. فيبدأ البنك الأخير إلى بنك يتعامل معه في بلد المصدر ويطلب منه تأييد أو تعزيز اعتماده غير القابل للنقض، ومتى قام هذا البنك الموجود في بلد المصدر بذلك أصبح ملتزماً التزاماً باتاً وشخصياً تجاه المستفيد من الاعتماد من تاريخ قيامه بهذا التأييد، وفي ذلك تقول المادة ٣/ب من الأصول والأعراف الموحدة «يمكن تبليغ المستفيد باعتماد غير قابل للنقض بواسطة مصرف آخر دونما التزام من جانب هذا الأخير، إلا أنه عندما يقوم المصرف فاتح الاعتماد بتحويل مصرف آخر أو الطلب إليه تعزيز اعتماده غير القابل للنقض، ويقوم هذا الأخير بذلك فإن هذا التعزيز يشكل التزاماً ثابتاً على المصرف الذي يعزز يضاف إلى التزام المصرف الفاتح للاعتماد بشرط الالتزام بشروط وتفصيل الاعتماد».

٤] الاعتماد المستندي المتجدد Revolving

٢٢٢

يلجأ إلى هذا الاعتماد عادة عندما تكون هناك عمليات متعددة بين الأمر بفتح الاعتماد والمستفيد، فبدلاً من فتح اعتماد بمناسبة كل عملية على حدة، يطلب الأمر من بنكه فتح اعتماد بمبلغ معين قابل للتجديد أو التدوير خلال مدة معينة لصالح المستفيد بحيث يكون هذا الأخير استخدام مبلغ الاعتماد كلما قدم مستندات عملية جديدة خلال المدة المتفق عليها، وهذا الاعتماد قد يكون قابلاً للنقض أو غير قابل

للقرض ، وقد يكون تجددده على أساس المدة أو المبلغ . ويكون متجددا على أساس المدة إذا كان يقضى مثلا بدفع مبلغ معين شهريا كعشرة آلاف ريال خلال فترة محددة كسنة شهور مثلا ، ومعنى ذلك أن يكون الاعتماد صالحا في حدود ١٠,٠٠٠ ريال لكل شهر بصرف النظر عن أى مبلغ تم سحبه خلال الشهر السابق ، وقد يشترط تجديد الاعتماد على أساس تراكمى بحيث يكون المبلغ - الذى لم يستخدم فى شهر- قابلا للاستخدام فى الشهر الذى يليه ، أو على أساس غير تراكمى بحيث يسقط الحق فى المبلغ الذى لم يستخدم خلال المدة المقرر استخدامه فيها^(١) ويكون متجددا على أساس المبلغ إذا كان يقضى بتجدد مبلغ الاعتماد حال استخدامه بحيث يكون للمستفيد أن يحصل على مبلغ جديد كلما قدم مستندات بضاعة جديدة خلال مدة سريان مفعول الاعتماد .

وينطوى هذا النوع من الاعتمادات على بعض المخاطر بالنسبة للبنوك ، ولذلك فهي لا تقبل بسهولة فتح مثل هذه الاعتمادات ، وإذا ما اضطر أحد البنوك إلى فتح اعتماد متجدد فإنه يحاول قدر الإمكان حصر مسؤوليته سواء بتحديد مبلغ تراكمى كحد أقصى للاعتماد ، أو بتحديد مدة قصوى لسريان مفعول الاعتماد وبالتالي توقف تجدده ، أو بتحديد عدد المرات التى يتجدد فيها الاعتماد خلال مدة سريانه .

٥] الاعتماد القابل للتحويل Transferable

٢٢٣

وهو اعتماد غير قابل للقرض يستطيع المستفيد منه تحويله مرة أخرى إلى مستفيد أو أكثر ، ويستعمل هذا النوع من الاعتمادات عندما يكون المستفيد الأول منه وسيطا يتفق مع المستورد على تزويده ببضائع يتولى هو شراءها من مصدر واحد أو أكثر ، ويتيح هذا الاعتماد للمستفيد الأول تحويل حقوقه والتزاماته أو جزء منها إلى المصدرين الحقيقيين ، أى التجار الذين قام بشراء البضائع منهم ، دون أن يتحمل مشقة فتح اعتماد مستندى أو أكثر لصالح هؤلاء المصدرين علما بأن مصاريف تحويل الاعتماد تقع بكاملها على عاتقه ما لم يرد نص بخلاف ذلك فى الاعتماد (المادة ٤٦ من

(١) انظر المرشد العملى الصادر من غرفة التجارة الدولية مشار إليه فى مؤلف الدكتور على جمال الدين عوض والاعتمادات المستندية ، بند رقم ١٤ .

الأصول والأعراف الموحدة). ولا يمكن تحويل هذا النوع من الاعتمادات لأكثر من مرة واحدة، ويتم تحويله بنفس شروطه الأصلية، ومع ذلك يجوز للمستفيد الأول أن يدخل عليه التعديلات التي حددتها المادة ٤٦ من الأصول والأعراف الموحدة وهي:

أ] تخفيض مبلغ الاعتماد وسعر الوحدة بالنسبة للبضاعة إن وجدت مما يتيح للمستفيد الأول تحقيق ربحه المكون من الفرق بين قيمة الاعتماد الأصلي والاعتماد المحول.

ب] تقصير مدة سريان مفعول الاعتماد، أو تاريخ الشغل بحيث يتمكن المستفيد الأول من تقديم المستندات التي يتسلمها البنك لصاحبه من المستفيد الثاني ضمن مدة الاعتماد الأصلية.

ج] استبدال اسم فاتح الاعتماد باسم المستفيد الأول وذلك ليضمن عدم معرفة المصدرين الفعليين لفاتح الاعتماد الأصلي وذلك ما لم يوجد شرط يقضي بخلاف ذلك.

وتصدر البنوك الاعتماد القابل للتحويل بناء على طلب العميل الأمر بفتح الاعتماد ويجب أن ترد عبارة «قابل للتحويل» بشكل واضح وصريح في طلب فتح الاعتماد وخطاب الاعتماد^(١).

الفرع الثاني

الآثار الناشئة عن الاعتماد المستندي

٢٢٤ تنشأ عن عملية الاعتماد المستندي آثار هامة سواء في العلاقة بين العميل الأمر بفتح الاعتماد والمستفيد، أو في العلاقة بين هذا العميل الأمر والبنك فاتح الاعتماد، أو في العلاقة بين هذا البنك وبين المستفيد:

(١) انظر في الصور الأخرى للاعتمادات المستندية، الدكتور ماهر شكرى، المرجع السابق، ص ١٨٦-١٨٩ وانظر كذلك بوديو، المرجع السابق، ص ٢٢٩ وما يليه.

٢٢٥ أولاً: العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد

العلاقة بين العميل الأمر بفتح الاعتماد والمستفيد، أى بين المشتري المستورد والبائع المصدر، تنشأ، كما تقدم، قبل فتح الاعتماد، وتستند مباشرة إلى عقد البيع المبرم بينهما. إذن، فهذا العقد هو الذى يحكم العلاقة بين المشتري والبائع، أى بين المستورد والمصدر، وهو الذى ينشأ عنه الالتزام على عاتق المشتري بفتح الاعتماد لصالح البائع وذلك متى اتفق فيه الطرفان على أن يكون دافع الثمن عن طريق فتح اعتماد مستندى.

ويجب أن يفتح الاعتماد وفقاً للشروط المتفق عليها في عقد البيع، فإذا عين البنك الذى يفتح فيه الاعتماد في هذا العقد، فلا يجوز للمشتري أن يفتح الاعتماد في بنك آخر، وإذا نص العقد على مدة لفتح الاعتماد، فيجب على المشتري أن يقوم بفتح الاعتماد خلال هذه المدة وإلا كان مسئولاً تجاه البائع الذى يجوز له عندئذ فسخ العقد والمطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى. ويلاحظ أنه لا يكفى لفتح الاعتماد أن يقوم المشتري بالاتفاق مع البنك على ذلك، بل لا بد من قيام البنك فعلاً بإرسال خطاب الاعتماد إلى البائع، ومن ثم فإنه لا يجوز للمشتري أن يطالب بفسخ عقد البيع بحجة أن البائع لم ينفذ التزامه بتسليم البضاعة، طالما أن البنك لم يرقم بإرسال خطاب الاعتماد، لأن البائع لا يلزم بالشحن إلا إذا أخطره البنك بفتح الاعتماد^(١).

ويلتزم البائع بدوره بتنفيذ عقد البيع وفقاً للشروط المتفق عليها، فيجب أن يرسل إلى المشتري بضاعة من النوع والصفة المتفق عليه، كما يلتزم بتسليم مستندات البضاعة إلى البنك في الميعاد المتفق عليه، أو في أقرب وقت ممكن في حالة عدم تحديد الميعاد، وإلا كان للمشتري عندئذ فسخ البيع مع المطالبة بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

٢٢٦ ثانياً العلاقة بين العميل الأمر والبنك

تستند العلاقة بين العميل الأمر بفتح الاعتماد والبنك فاتح الاعتماد إلى عقد

(١) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، ص ٥٨٣.

فتح الاعتماد المبرم بينهما، فهذا العقد هو الذي يحكم العلاقة بين الطرفين، وهو يرتب التزامات على عاتق كل من العميل الأمر والبنك:

١- التزامات البنك فاتح الاعتماد قبل العميل الأمر بفتح الاعتماد

يلتزم البنك، بمقتضى فتح الاعتماد في مواجهة العميل الأمر بفتح الاعتماد (المشترى)، بفتح الاعتماد، وإخطار المستفيد به وفحص مستندات البضاعة ونقل هذه المستندات إلى العميل (المشترى).

١ فتح الاعتماد وإخطار المستفيد به: يلتزم البنك بأن يفتح اعتماداً بالمبلغ المتفق عليه لصالح المستفيد (البائع)، ويجب أن يقوم البنك بفتح الاعتماد في الميعاد الذي يحدده العميل، فإذا لم ينص في عقد الاعتماد على ميعاد معين بل ذكرت عبارة «حالا» أو «على وجه السرعة» أو «في أسرع وقت ممكن» أو «أقصر مدة» وحب الأحد بمعيار الرجل العاقل لتحديد الوقت الذي يلتزم فيه البنك بفتح الاعتماد^(١).

ويجب على البنك إبلاغ المستفيد عن طريق فرع، أو البنك المرسل في بلد هذا الأخير، بخطاب الاعتماد الذي يحظره فيه بفتح الاعتماد لمصاحته مع بيان مبلغ الاعتماد وكيفية الوفاء به ومدته وكافة شروطه لا سيما قابليته للنقض من عدمها، بالإضافة إلى تحديد المستندات التي طلبها عميله. ويتعين على البنك إخطار المستفيد بخطاب الاعتماد فور قيام العميل بتنفيذ التزاماته قبل البنك طبقاً لشروط عقد فتح الاعتماد لا سيما تقديم الضمانات المتفق عليها^(٢). ومتى كان الاعتماد غير قابل للنقض فإنه لا يجوز للبنك الرجوع فيه أو تعديل شروطه بعد وصول خطاب الاعتماد إلى المستفيد، لأن التزام البنك عندئذ يصبح التزاماً نهائياً قبل المستفيد.

٢ فحص مستندات البضاعة: يلتزم البنك بفحص المستندات الخاصة بالبضاعة التي يقدمها المستفيد (البائع) قبل الوفاء بقيمة البضاعة، أو قبول تكسيلاة المستندية، أو خصمها، وأهم هذه المستندات سد الشحن البحري، أو تذكرة النقل البري أو الجوي، وبوليصة التأمين على البضاعة، وفاتورة البضاعة التي تبين

(١) انظر رضا عبيد، مرجع السابق، ص ٦٧٦.

(٢) انظر الدكتور دورد عبد، مرجع السابق، ص ٢١٤.

أوصاف البضاعة وثمنها بالتفصيل، وشهادة المنشأ التي تثبت أن البضاعة من إنتاج الدولة التي شحنت منها^(١). ويجب على البنك ألا يقبل هذه المستندات إلا إذا كانت مطابقة تماماً للشروط الواردة في خطاب الاعتماد. وعلى ذلك إذا نص في خطاب الاعتماد على تقديم فاتورة تحمل رقم سند الشحن، ورقم وثيقة التأمين، وبيانا بالوفاء بأجرة النقل، وقدم البائع فاتورة لا تحمل هذه البيانات وجب على البنك أن يرفض هذه الفاتورة، كذلك يجب على البنك رفض المستندات المقدمة إليه إذا كان سند الشحن يحمل اسم سفينة غير السفينة المبينة في خطاب الاعتماد، أو كان ميناء الشحن المذكور في سند الشحن غير الميناء المنصوص عليه في خطاب الاعتماد^(٢).

ويلاحظ أن البنك ليس له أية سلطة تقديرية في فحص المستندات بل يجب عليه أن يلتزم بتعليمات العميل بدقة، ولذا يقال عادة إن التزام البنك في هذا الشأن هو التزام صرفي^(٣).

ولكن البنك لا يلتزم بفحص البضاعة ذاتها لأنها تكون غالباً في الطريق، كما أنه لا يسأل عن تزوير المستندات ما دام ظاهرها لا يوحي بعدم جديتها أو بوقوع تزوير فيها، والمطلوب من البنك في هذا الصدد هو أن يبذل الحرص العادي الذي يقضى به العرف المصرفي^(٤).

٣ نقل المستندات إلى العميل: يلتزم البنك - حال تلقيه المستندات من المستفيد وفحصها وقبولها - بإرسال هذه المستندات إلى العميل حتى يتمكن من تسلم البضاعة والدفاع عن حقوقه في الوقت المناسب، ولكن ذلك لا يخل بحق البنك في حبس هذه المستندات والتنفيذ على البضاعة كدائن مرتين متى كان الاتفاق بينهما يقضى بتسليم المستندات مقابل تغطية مبلغ الاعتماد ودفع العمولة والمصاريف.

ب - التزامات العميل الأمر بفتح الاعتماد والبنك فاتح الاعتماد

يلتزم العميل بأن يدفع للبنك العمولة المتفق عليها، وهذه العمولة تستحق

(١) انظر في أنواع المستندات، بودينو، المرجع السابق، ص ٥٥ وما يليها.

(٢) انظر الدكتور مصطفى طه، المرجع السابق، بند رقم ٥٨٨.

(٣) انظر الدكتور سمير الشراوى، المرجع السابق، بند رقم ٥٥٦.

(٤) انظر الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٩.

لبنك حال فتح الاعتماد وسواء استخدم مبلغ الاعتماد أو لم يستخدم، كما يتبره العميل في حال تنفيذ العملية بأن يرد لبنك مبلغ الاعتماد، وكذلك كوة المصاريف التي تكبدها في سبيل تنفيذ العملية كمصروفات الخطابات والبرقيات والبنوك والمراسلة. ولبنك كما تقدم حق حسن المستندات حتى يستوفي حقوقه، كما أن له حق تسلم البضاعة والتنفيذ عليها كدائ مرتبه سفتصى هذه مستندات، ولكن متى تحلى البنك عن حيارة هذه المستندات للعميل، فقد حققه في الرهن.

٢٢٧ ثالثاً: العلاقة بين البنك والمستفيد

تستند العلاقة بين البنك وفتح الاعتماد والمستفيد من الاعتماد (لذاع المصدر) إلى خطاب الاعتماد الصادر من البنك - تنفيذ العقد لاعتماد المبرم بين هذا البنك والعميل - والموجه إلى المستفيد، فهذا الخطاب وحده هو الذي يحكم العلاقة بينهما، ويحدد حقوق والتزامات كل منهما. ولأثر العقد من السحية القارية لدى يرتب على إصدار خطاب الاعتماد، وإحضر المستفيد به هو التزام البنك التزاماً مباشراً ومحدد نحو المستفيد^(١). ومعنى ذلك أن التزام البنك الترام مستقل عن علاقة هذا البنك بعميله وعن الظروف الخارجة عن خطاب الاعتماد، ومن ثم لا يستطيع البنك أن يتحلل من التزامه بدفع مبلغ الاعتماد بحجة أن عميله قد أمره سحب الاعتماد أو تعديده، أو بحجة بطلان، أو فسخ عقد فتح الاعتماد، أو انقضائه بسبب وفاة العميل، أو الحجر عليه، أو إفلاسه أو إعساره، كما أنه لا يجوز لبنك أن يمتنع عن دفع مبلغ الاعتماد ولو تبين له أن البيع ينطوي على أسباب تعرضه لبطلان أو الفسخ، إذ ليس للبنك أن يقيم نفسه حكماً على عقد البيع وإلا صعدت الثقة في الاعتماد وزالت حكمته، ومع ذلك يذهب الرأي الراجح إلى أنه متى صدر حكم بطلان البيع أو فسحه، يكون عندئذ قد تقرر مصيره، ومن ثم يجوز في هذه الحالة أن يمتنع عن تنفيذ الاعتماد الذي

(١) وخطاب الاعتماد لا يرتب هذا لأثر صريح لتنفيذ الاعتماد كما لا يعتمد على منقضى، ما إذا كان الاعتماد قسلاً لمنقضى من خطاب الاعتماد لا يرتب على البنك أي التزام صالح لتنفيذ، لأن هذا لبنك عندئذ يكون محمداً وكيل عن العميل لأمر بفتح الاعتماد، ولا يجوز للمستفيد إرغام لبنك على تنفيذ الوكالة نظرياً في هذا الموضوع الدكتور إدوارد عبد، المرجع السابق، ص ٢١٥.

منهم قيل من الوجهة النظرية باستقلاله عن البيع فإنه مرتبط به فعلا لأن الغرض منه تسوية الثمن الناتج عن هذا البيع^(١).

وقد نصت على مبدأ استقلال التزام البنك عن العلاقات الأخرى الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية بقولها «الاعتمادات - بطبيعتها - تعتبر عمليات تجارية مستقلة عن عمليات البيع أو العقود الأخرى التي قد تستند عليها، ولا تعتبر المصاريف بأي حال ذات علاقة بهذه العقود أو بالالتزام بها» وبقولها «في عمليات الاعتمادات المستندية يتم التعامل بين كافة الأطراف ذات العلاقة بالمستندات وليس بالبضائع»^(٢).

غير أن المستفيد لا يستطيع أن يطالب البنك بتنفيذ التزامه الناشئ عن خطاب الاعتماد إلا إذا قام هو بتنفيذ الشروط الواردة في هذا الخطاب، أي بتقديم كافة المستندات التي ينص عليها هذا الخطاب في الميعاد المحدد، ويكون للبنك أن يرفض هذه المستندات متى كانت غير كاملة أو غير مطابقة للمستندات المذكورة في خطاب الاعتماد أو مزورة، حتى ولو أثبت المستفيد أنه نفذ كافة شروط البيع، وذلك لأن المستفيد لا يحطّب البنك بوصفه بائعا يطالب بالثمن، بل بوصفه مستفيدا من تعهد البنك الوارد في خطاب الاعتماد^(٣).

ويلاحظ أخيرا أنه إذا تدخل بنك مراسل في تنفيذ عملية الاعتماد المستندي وقام بتأييد الاعتماد المستندي غير القابل للنقض، فإن هذا البنك يلتزم أيضا التزاما مباشرا ومجردا أمام المستفيد، ولا يستطيع هذا البنك أن يتحلل من التزامه نحو المستفيد بحجة توقف البنك فاتح الاعتماد عن الدفع، أو إشهار إفلاسه، أو طلب هذا البنك منه الامتناع عن الدفع. ومتى قام البنك المراسل بدفع قيمة الاعتماد، كان له حق الرجوع على البنك فاتح الاعتماد الذي فوّضه بتأييد الاعتماد^(٤).

(١) نظري استناد الدكتور محسن شفيق، المرجع السابق، سدرقم ٢٧٥، والدكتور ثروت عبدالرحيم، المرجع السابق، سدرقم ١٣٢، وفازن الدكتور على جمال الدين عوض «الاعتمادات المستندية»، سدرقم ١١١ وما يليه.

(٢) نظري الفقرة «ح» من تعاريف وشروط عامة والفقرة «أ» من المادة الثانية من هذه الأصول والأعراف.

(٣) نظري الدكتور على جمال الدين عوض «الاعتمادات المستندية»، سدرقم ١٢٠.

(٤) نظري هامل ولا حارد وجويوه، المرجع السابق، سدرقم ١٨٢٤.

خطاب الضمان

Lettre de garantie

- تعريفه وأهميته
- مميزات خطاب الضمان
- طبيعة خطاب الضمان
- غطاء خطاب الضمان
- الأثار الناشئة عن خطاب الضمان
- انقضاء خطاب الضمان

٢٢٨ تعريفه وأهميته

خطاب الضمان هو وفقا لأحدث تعريف قانوني: تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل له (الامر) بدفع مبلغ معين، أو قسيل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطب (١).

ويعتبر خطاب الضمان من أهم صور الضمان المصرفي في الوقت الحاضر نظرا لما يقوم به من دور هام في الحياة الاقتصادية وبصفة خاصة في مجال العطاءات الحكومية، إذ يشترط وفقا لمعظم التشريعات فيمن يريد التعامل مع جهة الإدارة والارتباط معها بعقد من عقود التوريد، أو الأشغال العامة أن يقدم مع عطائه ضمانا لحديثه - تأمينا ابتدائيا لا يقل عن نسبة معينة من قيمة العطاء - وأن يقدم في حالة قبول عطائه - ضمانا لحسن التنفيذ - تأمينا نهائيا يمثل كذلك نسبة معينة من قيمة هذا العطاء (٢).

وبخلاف الوضع في بعض الدول - التي يجوز فيها أن يكون التأمين نقدا يؤدي إلى إحدى خزائن الحكومة مقابل إيصال رسمي، أو تسحب به حوالة بريدية ترافق

(١) انظر المادة ٣٨٢ من قانون التجارة الكويتي الجديد

(٢) وفنظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم ١٤ وتاريخ ١٤/٧/١٣٩٧هـ بموجب الفصل الابتدائي بين ١ و ٢٪ من قيمة العرض، أما الضمان النهائي فقد حدد بواقع ٥٪ من قيمة العقد

العطاء، أو يصدر به شيك مؤشر عليه بالقبول من البنك المسحوب عليه، أو يصدر به خطاب ضمان من أحد البنوك المعتمدة^(١) فإنه لا يجوز في المملكة، بمقتضى صريح المادة التاسعة معدلة من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة، أن يصدر التأمين أو الضمان إلا في شكل خطاب ضمان مقدم من أحد البنوك. أو في شكل تعهد صادر من إحدى شركات التأمين المتخصصة^(٢).

كما تظهر أهمية خطاب الضمان فيما يتعلق بنظام الإيداع في الجمارك، ونظام السماح المؤقت، ونظام البضائع العابرة، حيث يقدم صاحب البضاعة خطاب ضمان يستصدره من البنك الذي يتعامل معه ويقدمه لمستفيد «مصلحة الجمارك» كي يستطيع استلام البضاعة^(٣). كما يستعمل خطاب الضمان كذلك في حالة المنازعة مع مصلحة الضرائب حول قيمة الضريبة، أو للحصول على تقييد الضرائب المستحقة، أو في أية حالة أخرى يترتب فيها التزام على العميل تجاه السلطات العامة أو الأشخاص الخاصة.

٢٢٩ ميزات خطاب الضمان

وبحقوق خطاب الضمان مزايا عديدة لكل من البنك والعميل والمستفيد، إذ يتقاضى البنك عمولة مقابل إصدار الخطاب تتناسب قيمتها مع قيمة الضمان وأجله ونوع العملية المطلوب تقديم خطاب الضمان عنها، بالإضافة إلى احتفاظه بعطاء خطاب الضمان طوال مدة سريان الخطاب الأمر الذي يزيد من ودائعه، كما يتوصل العميل عن طريق تقديم خطاب الضمان إلى عدم تجريد أمواله لدى الجهة المقدم إليها الضمان، ومن ثم استثمارها في بعض أوجه النشاط الأكثر فائدة، كما يحقق خطاب الضمان أخيراً فائدة للجهة المستفيدة إذ أن حصولها على هذا الخطاب من

(١) انظر الدكتور سميرة الفليبي، المرجع السابق، ص ٢٨٨، وانظر كذلك المادة ٤٨ وما يليها من لائحة المناقصات والمزايدات في مصر الصادرة بالقرار الوزاري رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧.

(٢) وقد نص تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٥٣٧٥/١٧ الصادر بتاريخ ١١/٩/١٣٩٩هـ في الفقرة (١) على عدم حوز قبول أي عرض يرفق به ضمان بموجب شيك أو إيداع الاستعداد للدفع نقداً أو طلب الخصم من مبلغ لدى الجهات الإدارية.

(٣) انظر الدكتور محمد حسي عباس، المرجع السابق، بند رقم ١٩٥، وانظر في التفاصيل فيرونيير وشيلاز، المرجع السابق، بند رقم ٤٠٧ وما يليه.

بنك معتمد يعد ضمانا كافيا لا يقل في قوته عن قيام العميل بتقديم مبلغ نقدي لها^(١).

٢٣٠ طبيعة خطاب الضمان

وقد اختلف الرأي حول طبيعة خطاب الضمان وتردد الفقه بين نظرية الكفالة، ونظرية الإنابة القاصرة، ونظرية الاشتراط لمصلحة الغير^(٢) ولا ترى فائدة من استعراض هذه النظريات التي تنم عن الرغبة التقليدية في تفسير جميع العمليات التي تنشأ في محيط البنوك بالرجوع إلى النظريات المعروفة في القانون المدني، فكل هذه النظريات تعجز في الواقع عن تفسير التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان الذي يعتبر - كما سنرى بعد قليل - التزاما نهائيا ومباشرا ومجردا، مستقلا عن علاقة البنك بعمله، وعن علاقة هذا الأخير بالمستفيد، وذلك لأن خطاب الضمان وسيلة ضمان ابتدعها العرف المصرفي لتحقيق هدف اقتصادي هو الحلول محل النقود، لأن من يطلب خطاب ضمان مصرفي إنما يريد أن يطمئن كم لو كانت لديه ضمانة نقدية^(٣) وقد استقرت حوله مجموعة من القواعد العرفية التي جعلته قادرا على تحقيق هذه الغاية فأضفت عليه إطارا قانونيا متميزا كم هو الشأن في غالبية العمليات المصرفية.

٢٣١ غطاء خطاب الضمان

يقصد بغطاء خطاب الضمان الضمانات التي يتعهد العميل بتقديمها إلى البنك مقابل قيامه بإصدار خطاب الضمان، وقد يكون هذا الغطاء نقديا، أي يتمثل في مبلغ معين من النقود، يقوم العميل مباشرة بإيداعه خزينة البنك، أو يقوم هذا الأخير بخضمه على حساب العميل الجاري لديه، وقد يكون الغطاء عينيا كرهن

(١) انظر الدكتورة سميحة الفليوي، المرجع السابق، ص ص ٢٨٨ - ١٢٩١، وانظر الدكتور محمد عبيد، المرجع السابق، بند رقم ٥٩٢.

(٢) انظر في الطبيعة القاسوية لخطاب الضمان، الدكتور محي الدين، مع عميل عنه ندين، ١٠، خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك، رسالة دكتوراه، كلية حقوق، جامعة لاهية ١٩٦٧، الدكتور ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق، بند رقم ٦٤ وما يليه، الدكتور محمد حسني عباس، المرجع السابق، بند رقم ١٩٨.

(٣) انظر الدكتور علي جمال الدين عوض، ١٠، عمليات البنك، بند رقم ٤٩٧.

يقره العميل على منقول أو عقار يملكه، أو عملة أجنبية، أو أوراق مالية، أو أوراق تجارية، أو بضائع، وقد يتمثل الغطاء في تنازل العميل عن حقوقه قبل الاستفادة الناشئة عن العملية التي صدر بشأنها الخطاب، ويتبع ذلك عادة عندما يقترن إصدار خطاب الضمان بفتح اعتماد للعميل لدى البنك يخصص لتنفيذ العملية^(١).

ويتوقف مقدار الغطاء على مدى ملاءة العميل المالية، وسمعته التجارية، وعلى مدى ثقة البنك فيه وعلاقته به، وكثيراً ما يقوم البنك بدراسة مركز العميل من حيث قدرته على الوفاء بالتزاماته في مواجهة المتعاقد معه، ومن حيث سلوكه الخاص، وماضيه في تنفيذ المشروعات قبل إصدار خطاب الضمان وتحديد مقدار الغطاء، وقد يصل مقدار الغطاء إلى ١٠٠٪ من قيمة الخطاب إذا كان العميل غير معروف لدى البنك، ولكن لما كان الغالب هو أن يكون للعميل - الذي يطلب إصدار خطاب الضمان - معاملات مع البنك وحساب جار لديه، فكثيراً ما يكتفي البنك بغطاء جزئي يتراوح مقداره ما بين ١٠ و ٣٠٪ من قيمة الخطاب، بل قد يقوم البنك بإصدار الخطاب على المكشوف، أي بدون غطاء، متى كان العميل يتمتع بسمعة طيبة ومركز مالي متين ويحتفظ لدى البنك بأموال كبيرة^(٢).

٢٣٢ الآثار الناشئة عن خطاب الضمان

تنشأ عن خطاب الضمان آثار هامة سواء في العلاقة بين البنك والعميل، أو في العلاقة بين البنك والمستفيد من الخطاب.

٢٣٣ أولاً: العلاقة بين البنك والعميل

تخضع العلاقة فيما بين البنك والعميل لعقد إصدار خطاب الضمان، أو ما يطلق عليه أحياناً عقد الاعتماد بالضمان^(٣)، وهو عقد سابق على إصدار خطاب

(١) انظر الدكتور سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٢٩١ و ٢٩٢.

(٢) انظر الدكتور محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، بند رقم ٥٦٣.

(٣) انظر في التسمية الأولى، الدكتور محمد حسني عباس، المرجع السابق، بند رقم ١٩٨، والدكتور رضا عبيد، المرجع السابق، بند رقم ٥٩٣، وفي التسمية الثانية، الدكتور علي جمال الدين عوض، «عمليات السوق...»، بند رقم ٤٨١، والدكتور سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٣٠٥.

الضمان، إذ أن عملية إصدار هذا الخطاب تبدأ عادة بأن يتقدم العميل إلى البنك بطلب إصدار خطاب الضمان لمصلحة المستفيد مع بيان شروط الخطأ وبعد أن يقوم البنك بفحص شروط الاتفاق بين العميل والمستفيد، والضمانات العينية أو الشخصية التي يقدمها العميل كغطاء للخطأ، ومن ثم الاطمئنان إلى هذا الغطاء يوافق على إصدار خطاب الضمان، وعندئذ ينقذ بين الطرفين عقد يلتزم بمقتضاه البنك بإصدار خطاب الضمان باسم المستفيد وفق للشروط التي يحددها العميل (١).

ويلتزم العميل بموجب هذا العقد بتقديم الغطاء المتفق عليه وبدفع العمولة والفوائد والمصاريف التي يستحقها البنك مقابل قيامه بإصدار خطاب الضمان، كما يلتزم كذلك برد مبلغ الخطأ في حالة قيام البنك بدفع هذا مبلغ إلى المستفيد.

ويلتزم البنك من جانبه بموجب هذا العقد بإصدار خطاب الضمان وفقاً للشروط والبيانات التي يحددها العميل والتي أهمها اسم هذا الأخير واسم المستفيد ومبلغ الضمان والغرض منه ومدة صلاحيته، كما يلتزم البنك كذلك بدفع قيمة، أو مبلغ الخطأ إلى المستفيد عند استلام أول إشعار من المستفيد خلال مدة صلاحيته يفيد - وفقاً لتقدير هذا الأخير المطلق - بوجود تقصير في تنفيذ شروط العقد المبرم بينه وبين العميل. وأخيراً يلتزم البنك برد غطاء خطاب الضمان متى انتهت مدته دون أن يطلب المستفيد صرف قيمة الخطأ.

ولكن هل يلتزم البنك بالإضافة إلى ذلك بإخطار العميل قبل صرف قيمة الخطأ إلى المستفيد؟ ذهب البعض إلى القول بأنه وإن كان ليس من حق العميل المعارضة في دفع قيمة الخطأ إلى المستفيد عند طلبها، إلا أن البنك يلتزم بإخطار العميل بمطالبة المستفيد قبل دفع قيمة الخطأ على أساس أن العميل قد يقوم بالوفاء بجميع التزاماته قبل المستفيد ويثبت ذلك بإخلاء طرف أو إبراء أو مخالصة صادرة من المستفيد إلى العميل فلا حاجة إذن بالبنك إلى دفع قيمة الخطأ، ولذا يعتبر البنك وفقاً لهذا الرأي مخطئاً ومسؤولاً عن الضرر الذي يصيب العميل من جراء قيامه بالدفع دون إخطاره حتى ولو اشترط البنك إعفائه من الأخطار في طلب إصدار خطاب الضمان الذي يوقعه العميل إذ يفسر الإعفاء بأن البنك لا يحتاج إلى موافقة

(١) انظر الدكتور محمد حسني عاس، المرجع السابق، ص ١٩٨.

العميل ، أو إذنه لدفع قيمة الخطاب^(١) ولكن الرأي الراجح يذهب إلى القول بعدم التزام البنك بإخطار العميل قبل الدفع لأن العميل قد يعترض على الدفع ، في حين أن البنك متى قام بإصدار خطاب الضمان وأخطره المستفيد فإنه يلتزم في مواجهة هذا الأخير بدفع قيمة الخطاب عند أول طلب ولو اعترض العميل على الدفع . ولهذا يرى أنصار هذا الرأي أن الإخطار يكون بعد الدفع ، إذ الغرض منه أن يصبح العميل على علم بما اتخذته المستفيد من إجراء ، وبفقدان حقه نهائياً في الاحتياطي النقدي الذي كان مودعاً بالبنك ، إذا كان الخطاب مغطى بالكامل ، أما إذا كان الخطاب غير مغطى ، أو بغطاء جزئي ، فإن الإخطار يعني قيام البنك بالخصم من حساب العميل لديه أو مطالبته بتسديد القيمة إن لم يكن لديه مال كاف في البنك وقت التسديد^(٢) . ويرد بعض أنصار هذا الرأي على القول باحتمال وجود دليل كتابي من المستفيد مبريء لذمة العميل بأن هذا القول هو مجرد افتراض تطبيقي ، ومع ذلك فالخطأ في هذه الحالة ليس خطأ البنك في عدم الإخطار . وإنما خطأ العميل الذي وجد تحت يده مثل هذا المكتوب ولم يبادر إلى تسوية معاملاته مع البنك فهو عميل مهمل في تسوية أموره المالية ، ولا يصح أن يتحمل البنك نتيجة إهمال عميله^(٣) .

ثانياً: العلاقة بين البنك والمستفيد

٢٣٤

وبحكم العلاقة بين البنك والمستفيد خطاب الضمان الذي يصدره البنك بناء على اتفائه مع العميل ويوجهه إلى المستفيد ويتعهد فيه بدفع مبلغ الخطاب خلال مدة سريانه عند أول طلب من هذا الأخير ولو اعترض العميل على الدفع . وهذا المبلغ قد يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ، ويكون قابلاً للتعيين عندما يذكر البنك في الخطاب الحد الأقصى الذي يلتزم به في مواجهة المستفيد .

فمصدر علاقة المستفيد بالبنك هو خطاب الضمان الصادر من البنك ، ومن ثم تتحدد حقوق المستفيد قبل البنك بالشروط الواردة في هذا الخطاب ، فإذا نص في

(١) أنظر الدكتور محي الدين علم الدين ، المرجع السابق ، ص ٣٥١ ، والدكتور محمود سمير الشرفاوي ، المرجع السابق ، بند رقم ٥٦٥ .

(٢) انظر راجب حبشي مشاراً إليه في مؤلف الدكتور رضا عبيد ، المرجع السابق ، بند رقم ٦١٠ .

(٣) انظر الدكتور رضا عبيد ، المرجع السابق ، بند رقم ٦١٠ .

الخطاب على الحد الأقصى للمبلغ الذي يلتزم به البنك في مواجهة المستفيد، أو على مدة معينة يجوز فيها للمستفيد أن يطالب بمبلغ الخطاب، فإنه يجب على المستفيد احترام هذه الشروط والمواعيد وإلا كان للبنك الامتناع عن الدفع.

ويعتبر التزام البنك في مواجهة المستفيد التزاماً نهائياً بمجرد وصول الخطاب إلى علم هذا الأخير وعدم اعتراضه عليه^(١). ومن ثم لا يستطيع البنك الرجوع في الخطاب أو تعديله بحجة أنه لم يصله ما يفيد قبول المستفيد له، إذ لا يشترط لتأكيد حق المستفيد قبل البنك قبوله الخطاب بل يكفي وصوله إلى علمه وعدم رفضه له. فالخطاب ليس عقداً بين البنك والمستفيد، بل هو تعهد نهائي يصدر من البنك بناء على طلب العميل بدفع مبلغ معين أو قابل للتعين بمجرد طلب المستفيد^(٢)، ومعنى ذلك أن المستفيد من حقه أن يطلب الوفاء بمبلغ الخطاب فور صدوره، وليس للبنك أن يناقشه في مدى ملاءمة هذا الطلب، بل عليه أن يدفع فور الطلب، وهذا فإن خطاب الضمان لا يكون أبداً مستحقاً في تاريخ لا حق لإصداره^(٣).

كما يعتبر التزام البنك في مواجهة المستفيد التزاماً مباشراً، وهو ما يعني أن البنك يلتزم بموجب خطاب الضمان بصفته أصيلاً لا بصفته نائباً عن العميل؛ لأن النيابة لا تقوم في الضمان، بل يكون العميل والبنك ملتزمين قبل المستفيد، ولكن دين كل منهما مستقل عن دين الآخر، ومن ثم لا يعتبر التزام البنك التزاماً تابعاً لالتزام العميل، وذلك بخلاف الكفالة المعروفة في القانون المدني، والتي يعتبر فيها التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين المكفول من حيث صحته وبطلانه، والبنك يلتزم دائماً بالخطاب أن يدفع المبلغ المحدد فيه أياً كان مركز المضمون، وأياً كان مصير العقد بين البنك وبين عميله ومصير العلاقة بين العميل والمستفيد من الخطاب^(٤).

(١) ويرتب على رفض أو اعتراض المستفيد آثار قانونية هامة في علاقة مستفيد العميل، إذ قد يترتب على ذلك رفض المستفيد المتعاقد مع العميل، أو رفض الإفراج عن الصانع، أو غير ذلك من أوجه التصرفات التي يلتزم فيها العميل بتفديده خطاب ضمان في شأنها، ولذا يجب على البنك تحري الدقة لكي يصدر خطاب الضمان بالشروط المتفق عليها بينه وبين العميل، وإلا كان مسؤولاً عما يترتب على خطئه من أضرار تصيب العميل، انظر الدكتور رضا عبيد، المرجع السابق، ص ٦٢٣.

(٢) انظر الدكتور سميرة القبوي، المرجع السابق، ص ٢٩٨ و ٢٩٩.

(٣) انظر الدكتور علي حماد الدين عوض، «عمليات السوك»، ص ٥٠٠، ص ٥٠٠.

(٤) انظر الدكتور محمد حسي عباس، المرجع السابق، ص ٢٠٢، والدكتور علي حماد الدين عوض،

«عمليات السوك»، ص ٥٠٤ و ٥٠٥.

وأخيراً يعتبر التزام البنك في مواجهة المستفيد التزاماً مجرداً عن السبب لأنه مستقل عن علاقة البنك بالعميل، وعن علاقة هذا الأخير بالمستفيد، ومن ثم لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بدفوع مستمدة من علاقته بالعميل؛ كأن يرفض دفع مبلغ الخطاب بحجة عدم قيام العميل بتنفيذ التزامه بتقديم الغطاء، أو بدفع عمولة البنك، كما يمتنع على البنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد بدفوع مستمدة من علاقة العميل بالمستفيد مثل فسخ العقد أو الدفع بعدم التنفيذ، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية «إن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالمستفيد، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالبه به هذا الأخير باعتباره حقاً له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به، ويكون على المدين (عميل البنك) أن يبدأ بالشكوى إلى القضاء إذا قدر أنه غير مدين للمستفيد أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد^(١).

ويلاحظ أن خطاب الضمان ذو طابع شخصي، فهو يصدر باسم شخص معين وهو غير قابل للتداول بالطرق التجارية لأنه ليس ورقة تجارية، ولا يجوز للمستفيد التنازل للغير عن حقه الناشئ عن الخطاب إلا بموافقة البنك^(٢)، كما أنه لا يجوز لدائني المستفيد توقيع الحجز على مبلغ الخطاب تحت يد البنك لأن حق مدينتهم، أي المستفيد، في الإفادة من خطاب الضمان حق شخصي متروك لتقديره، فلا يجوز لدائنيه استعماله بدلا عنه، أو إجباره على استعماله، بل إنه لا يجوز للعميل، وفقاً للرأي الراجح، في حالة نشوء نزاع بينه وبين المستفيد توقيع الحجز على مبلغ الخطاب تحت يد البنك وذلك تدعيماً للثقة في خطاب الضمان، وتمكيناً له من أداء دوره كوسيلة من وسائل الائتمان التي تقدمها البنوك^(٣)، كما أنه لا يجوز للبنك مصدر الخطاب أيضاً

(١) انظر حكم محكمة النقض المصرية في ٢٧ مايو ١٩٦٩، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٠، ص ٨١١، وانظر أيضاً في هذا الموضوع، الدكتور علي جمال الدين عوض، «عمليات البنوك...»، بند رقم ٥٠٦ وما يليه.

(٢) انظر المادة ٣٨٤ من قانون التجارة الكويتي الجديد.

(٣) انظر في هذا المعنى الدكتور ثروت عبدالرحيم، المرجع السابق، بند رقم ٧٣ والمراجع التي أشار إليها، وفارن عكس ذلك الدكتور علي جمال الدين عوض، «عمليات البنوك...»، بند رقم ٥١٣، والدكتور محمود سمير الشرفاوي، المرجع السابق، بند رقم ٥٦٦.

التمسك بالمقاصة بين مبلغ الخطاب وما قد يكون له من دين في ذمة المستفيد، وذلك ما لم يطلب هذا الأخير الوفاء بمبلغ الخطاب عن طريق قيده في حسابه لدى البنك، إذ ليس هناك ما يمنع عندئذ من إجراء المقاصة بين الدينين عن طريق القيام بجزء قيد عكسي في الحساب (١).

٢٣٥ انقضاء خطاب الضمان

ينقضي خطاب الضمان بالوفاء للمستفيد، ويحدث ذلك عندما يطلب هذا الأخير من البنك - خلال مدة سريان الخطاب - دفع المبلغ المبين في خطاب الضمان أو جزء منه. ويلتزم البنك بالدفع للمستفيد عند أول طلب دون أن يكون له حق مناقشة المستفيد في هذا الطلب، ويتعين على المستفيد عندئذ إعادة خطاب الضمان إلى البنك.

وينقضي خطاب الضمان بإعادته إلى البنك قبل انتهاء المدة المحددة لصلاحيته، ويحدث ذلك عندما لا يقبل العطاء المقدم من العميل، أو عندما يقوم هذا الأخير بتنفيذ التزامه قبل المستفيد وفقا للشروط المتفق عليها.

كما ينقضي خطاب الضمان بانقضاء المدة المحددة لصلاحيته دون أن يطالب المستفيد البنك بمبلغ الخطاب، إذ يتعين على البنك عندئذ الإفراج عن العطاء الذي قدمه العميل، ويتحمل البنك وحده مسؤولية الوفاء بخطاب الضمان بعد انتهاء مدة صلاحيته، لأن التزامه الناشئ عن الخطاب يسقط تلقائيا بمجرد انتهاء مدة صلاحية الخطاب ولو لم يرد له خطاب الضمان، إذ أن هذا الخطاب ليست له قيمة في ذاته (٢)، ولكن يجوز أن يتفق العميل والمستفيد على مدة صلاحية الخطاب قبل انتهاء أجله، ومن ثم يصدر العميل أمرا إلى البنك بذلك؛ ويحدث ذلك عادة عندما يتبين

(١) انظر في هذا المعنى الدكتورة سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٣٠٢ و٣٠٣، والدكتور عي حماد الدين عوض، المرجع السابق، ص ٥٠٦، والدكتور محمود سمير الشرقوي، المرجع السابق، ص ٥٦٦، وفان الدكتور محمد حسي عباس، المرجع السابق، ص ٢٠٥، والدكتور ثروت عبدالرحيم، المرجع السابق، ص ٧٢.

(٢) انظر الدكتور عي حماد الدين عوض، «عمليات السوك»، ص ١١، ص ٥١٢، الدكتورة سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٣٠٧، الدكتور محمود سمير الشرقوي، المرجع السابق، ص ٥٦٧.

أن تنفيذ العملية المضمونة سوف يستغرق مدة أطول من المدة المتفق عليها، ويلاحظ أنه لا يجوز للبنك أن يحدد فترة صلاحية الخطاب دون موافقة العميل، لأنه لم يصدر في الأصل هذا الخطاب إلا تنفيذا لعقد إصدار خطاب الضمان المبرم بينه وبين عميله ووفقا للشروط المحددة في هذا العقد، ومن ثم فإنه يتعين على المستفيد إذا رغب في مد صلاحية الخطاب أن يطلب ذلك من العميل الذي يصدر أمره إلى البنك بالتمديد في حالة موافقته .

ومع ذلك فقد جرت عادة البنوك على قبول طلب المستفيد بتمديد صلاحية خطاب الضمان متى تقدم بهذا الطلب خلال مدة سريان الخطاب ويرر البعض ذلك على أساس أنه طالما لا يعتد بمعارضة العميل في حالة وفاء البنك بقيمة الخطاب، فلا تكون ثمة حاجة لموافقته على مد صلاحية الضمان لأن التمديد أقل وزنا من دفع القيمة^(١)، أو على أساس تفسير طلب المستفيد بالتمديد على معنى طلب الوفاء إن لم يوفق البنك في تمديد الخطاب^(٢). ويتنقد بعض الفقه مسلك البنوك في هذا الصدد ويرى فيه خروجا على المبادئ القانونية لأنه ينطوي في النهاية على الاعتراف للبنك بحق تعديل شروط العقد المبرم بينه وبين عميله بإرادته المنفردة ودون رجوع إلى هذا الأخير^(٣). ولذا نعتقد مع البعض في ضرورة أن ينص صراحة في خطاب الضمان على حق المستفيد في أن يطلب من البنك مباشرة خلال مدة سريان الخطاب تمديد فترة صلاحيته دون حاجة إلى الرجوع إلى العميل^(٤).

(١) انظر المراجع المشار إليها في مؤلف الدكتور رضا عبيد، المرجع السابق، بند رقم ٦٣٠.

(٢) انظر الدكتور علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك...، بند رقم ٤٩٠.

(٣) انظر الدكتور رضا عبيد، المرجع السابق، بند رقم ٦٣٠ والمراجع المشار إليها في صفحة ٤٠٧، والدكتورة سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٣٠٧.

(٤) انظر الدكتور علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك...، بند رقم ٤٩١، الدكتور رضا عبيد، المرجع السابق، بند رقم ٦٣٠.

خصم الأوراق التجارية

■ التعريف بالخصم وبفائدته العملية ■ الطبيعة القانونية لعملية الخصم

٢٣٦ التعريف بالخصم وبفائدته العملية

الخصم Lescompte هو تطهير الورقة التجارية التي لم يخل أجنبها بعد تطهيرها ناقلاً للملكية لأمر بنك يقوم بدفع قيمتها للمطهر، أو بقيددها في حسابه لديه بعد خصم الأجر الذي يستحقه عن العملية^(١).

وتحقق عملية الخصم مراباً هامة بالنسبة لحامل الورقة والسك على السواء، فهي تمكن حامل الورقة التجارية من الحصول على قيمتها في الحال، ومن ثم استعمالها في تسوية معاملاته التجارية أو حاجاته الشخصية، بدلاً من الانتظار إلى حين ميعاد الاستحقاق، كما أنها تتيح للبنك فرصة اجتذاب العملاء وفتح حسابات

(١) انظر جيجلار وإبوليتو، المقامون التجاري، ج ٤، ص ٢٢٣، والدكتور مصطفى صه، المرجع السابق، بند رقم ٦٠١، وهامل ولا حرد وجووية، المرجع السابق، بند رقم ١٧٩٧، الدكتور إدورعيد، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٦، ويرى البعض أن هذا التعريف قصير لأنه لا يشمل سوى إحدى صيغ الخصم وهي الواردة على حقوق ثابتة في أوراق تجارية مع أن من اختار يود خصم على حقوق أخرى انظر في هذا الصدد التعاريف التي أشار إليها الدكتور على حول الدين عوض في «عمليات السك» ص ١٠١، بند رقم ٥٧٤ وقد عرفت المادة ٣٧٨ من قانون التجارة الكويتي تحديد خصم بأنه «عقد يخل السك بمقتضاه إلى حامل ورقة تجارية أو إلى بنك آخر قبل لتداوله يخل أجل استحقاقه بقيمة الثابتة يخصص منها الفائدة والعمولة، مقابل النقل ملكية السك إليه، مع التزام مستفيد برد القيمة إلى السك إذا لم يدفعها المدين الأصلي».

لهم ، ومن ثم إجراء مختلف العمليات المصرفية معهم ، بالإضافة إلى أن البنك يدفع قيمة الورقة من الودائع النقدية مقابل حصوله على فائدة ، هي سعر الخصم ، أكبر من الفائدة التي يدفعها عن الودائع النقدية للمودعين (١) ، والبنك يستطيع دائما إذا احتاج إلى نقود قبل ميعاد استحقاق الورقة التجارية أن يعيد خصمها لدى بنك آخر ، أولدى البنك المركزي ، ويتمتع البنك بجميع حقوق الحامل الأخير للورقة التجارية في مواجهة سائر الموقعين عليها طبقا لقواعد قانون الصرف . ومن ثم يحق له الرجوع على المسحوب عليه أو المحررو وعلى الحامل الذي قام بتظهير الورقة إليه وعلى أي موقع آخر للورقة بعد إجراء الاحتجاج في المواعيد المقررة (٢) ، كما يكون للبنك في حالة قيامه ببيع قيمة الورقة التجارية في حساب العميل تحت شرط التحصيل ، حق إجراء قيد عكسي في الحساب عند عدم تحقق الشرط ، أي عند عدم الوفاء أو إفلاس المدين (٣) .

ويتكون المقابل أو الأجر الذي يحصل عليه البنك لقاء قيامه بعملية الخصم من الفائدة *l'agio* ، التي تستحق له عن مبلغ الورقة التجارية خلال الفترة الواقعة بين تاريخ الخصم وتاريخ الاستحقاق ، وتحدد هذه الفائدة على أساس سعر الخصم السائد وقت الخصم ، وقد جرت عادة البنوك على حساب الفائدة ليس على أساس المبلغ الذي تدفعه بالفعل للعميل ، وإنما على أساس القيمة الاسمية للورقة التجارية المخصومة (٤) ، كما يتكون هذا الأجر بالإضافة إلى ذلك من العمولة التي تتحدد حسب قيمة الورقة التجارية وتاريخ الاستحقاق والمخاطر التي يتعرض لها البنك ومصاريف التحصيل (٥) .

ويرد الخصم أساسا على الأوراق التجارية التي تتضمن أجلا للاستحقاق كالكمبيالة والسند لأمر ، أما الشيك الذي لا يتضمن مثل الأجل ويكون دائما واجب

(١) انظر الدكتور ثروت عبدالرحيم ، المرجع السابق ، بند رقم ١٣٣ .

(٢) انظر الدكتور على النارودي ، المرجع السابق ، بند رقم ٢٧٦ .

(٣) انظر هامل ولاجارد وجوفويه ، المرجع السابق ، بند رقم ١٨٠٢ ، والدكتور إدوار عبد ، المرجع السابق ، بند رقم ٢٠٦ .

(٤) انظر هامل ولاجارد وجوفويه ، المرجع السابق ، بند رقم ١٨٠١ .

(٥) انظر في أنواع العملات التي تنقاضيها البنوك مناسبة الخصم ، رودبير وريف - ليج ، المرجع السابق ، بند رقم ٢٦٧ .

الدفع بمجرد الاطلاع، فالغالب أن يقوم المستفيد بقبض قيمته من البنك المسحوب عليه مباشرة، أو بتسليمه إلى البنك الذي يتعامل معه لأجل التحصيل، ومع ذلك فإن خصم الشيك أمر ممكن وإن كان نادرا، حيث يجوز للبنك القيام به متى قبل أن يقوم المستفيد بتظهير الشيك إليه تظهيراً ناقلاً للملكية مقابل دفع قيمته له في الحال بعد حسم أجر معين، ويحدث ذلك عادة عندما تستلزم عملية تحصيل الشيك بعض الوقت نتيجة لبعدها عن مكان المستفيد عن مكان البنك المسحوب عليه، ويكون المستفيد في حاجة إلى قبض قيمة الشيك فوراً^(١).

٢٣٧ الطبيعة القانونية لعملية الخصم

وقد ثار الخلاف حول الطبيعة القانونية لعملية الخصم، فبين بأنه حوالة حق في مقابل الوفاء قبل الأجل: فالبنك يشتري الحق الأجل الثابت في الورقة بشئ عاجل أقل ويمثل الفرق بين القيمتين الربح، وقيل بأن الخصم قرض مضمون برهن على الورقة التجارية، فالعميل لا يلجأ إلى خصم الورقة لدى البنك إلا حاجته للنقود، ولكن هذين الرأيين لا يتفقان في رأي غالبية الفقه مع حقيقة الخصم، لأن عملية الخصم لا تخضع لقواعد البيع أو حوالة الحق، ولا تطبق عليها قواعد القرض أو الرهن، ولذا يذهب الرأي الراجح إلى القول بأن عملية الخصم لا تخرج عن كونها تظهيراً لورقة تجارية ناقلاً للملكية تحكم شروطه وآثاره قواعد قانون الصرف، ولذا فإنه يترتب على هذا التظهير حلول البنك باعتباره مظهراً إليه محل المظهر في جميع حقوقه وضماناته. ومن ثم يكون للبنك في حالة عدم الوفاء في الميعاد، حق الرجوع على العميل وعلى غيره من الموقعين على الورقة بصفتهم مظهرين أو ضامنين، وهذا الرجوع هو رجوع صرفي بحث مختلف عن رجوع المقرض على المقرض ورجوع المحال له على المحيل^(٢).

(١) انظر هاميل ولاحارد وجوفريه، المرجع السابق، بند رقم ١٨٠٤، الدكتور علي جمال الدين عيسى، «عمليات البنك»، ص ٤٠، بند رقم ٦٤٢.

(٢) انظر الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، بند رقم ٢٧٧، الدكتور ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق، بند رقم ١٣٦ وما يليه، الدكتور إدوار عبد، المرجع السابق، بند رقم ٢٠٦، الدكتور سميرة القليوبي، المرجع السابق، ص ٢٨٥، وانظر عرض مفصلاً لنظريات التي أدت بها لفقه تحديد نصيبه القانونية لعملية الخصم في مؤلف الدكتور علي جمال الدين عيسى، «عمليات البنك»، ص ٥٧٦ وما يليه.

وبالاحظ في النهاية أن عملية خصم الأوراق التجارية قد ذاعت وانتشرت في التعامل في بعض الدول إلى درجة أغرقت فيها البنوك بالأعداد الهائلة من الأوراق التي تقدم لها على سبيل الخصم، وأصبحت عملية حساب فوائد هذه الأوراق وعمولاتها وتحصيلها تشكل عبئا ثقيلا باهظ التكاليف، ولعل هذا هو ما دفع بالمشرع في هذه الدول إلى التدخل بهدف إيجاد وسائل فنية بديلة مع تنظيم عملية الخصم التقليدية^(١).

(١) انظر جيجلار وإيبوليتو، «القانون التجاري»، ج ٤، ص ٢٢٥، رودير وريف - لنج، المرجع السابق، بند رقم ٢٥٩.

المراجع

أولاً : المراجع العربية

- ابن حزم، المحلى ، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت
ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، حد ٢ ، دار الفكر بيروت
ابن قدامة، المغنى ، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض
أبوسريع ، كمال محمد (١٩٨٠) القانون التجاري في العقود التجارية ، دار النهضة العربية، القاهرة
أبو الفتح ، أحمد (١٩١٣) كتاب المعاملات في الشريعة الإسلامية والفروع الوضعية ، مطبعة السفور،
القاهرة .
البارودي ، على (١٩٧١) القانون التجاري اللبناني ، حد ٢ ، الدار المصرية للطباعة والنشر، بيروت
الجبر ، محمد حسن (١٤٠٢هـ / ١٩٨٢) القانون التجاري السعودي ، عمادة شؤون المكتبات ، الرياض
الجزيري ، عبدالرحمن . الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الفكر، بيروت .
حامد ، سيد محمد ، (١٣٩٩هـ) تطور النظام البنكي المركزي في المملكة العربية السعودية ، إدارة مركز
البحوث والاستشارات ، معهد الإدارة العامة ، الرياض .
حجازي ، عبدالحى (١٩٥٤) العقود التجارية ، القاهرة .
حومد ، عبدالوهاب (١٩٧٧) الوسيط في الإجراءات الحرائية الكويتية ، مطبوعات جامعة الكويت ،
الكويت .
الخولى ، أكثم (١٩٥٨) الوسيط في القانون التجاري ، مطبعة هبة مصر
الخولى ، أكثم (١٩٧٠) الموجز في القانون التجاري ، مكتبة سيد عدالله وهبة ، القاهرة .

- الخولي، أكرم (١٣٩٤هـ) دروس في القانون التجاري السعودي، معهد الإدارة العامة، الرياض.
- _____ (١٣٩٤هـ) العقود والأوراق التجارية، معهد الإدارة العامة، الرياض.
- الزحيلي، وهبة (١٩٧٥) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، مطبعة دار الكتاب، دمشق.
- الزرقاء، مصطفى (١٩٥٤) محاضرات في القانون المدني السوري، معهد الدراسات العربية، القاهرة.
- زكي، محمود جمال الدين (١٩٧٤) قانون عقد البيع في القانون المدني، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت.
- _____ (١٩٦٦) نظرية الالتزام، دار ومطابع الشعب، القاهرة.
- سابق، السيد (١٩٧١) فقه السنة، ٣، دار الكتاب العربي، بيروت.
- السنهوري، عبدالرزاق (١٩٥٤) مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجمع العربي الإسلامي، بيروت.
- _____ (١٩٦٠) الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، القاهرة.
- _____ (١٩٣٤) نظرية العقد، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت.
- الشرباصي، أحمد (١٩٧٧) يسألونك عن الدين والحياة، دار الجيل، بيروت.
- شكري، ماهر (١٩٨١) دراسات تطبيقية في العمليات المصرفية الخارجية، المطبعة الأردنية، عمان.
- شلبى، محمد مصطفى (١٩٦٩) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت.
- الصراف، عباس (١٩٧٥) شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دار البحوث العلمية، الكويت.
- طه، مصطفى كمال (١٩٨٠) القانون التجاري، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية.
- عباس، محمد حسنى (١٩٦٨) عمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عبدالرحيم، ثروت على (١٩٨٢) القانون التجاري المصرى، القاهرة.
- عبيد، رضا (١٩٨١) القانون التجاري، شركة الطوبجى للطباعة والنشر، القاهرة.
- علم الدين، محيى الدين اسماعيل (١٩٦٧) خطابات الضمان والأساس القانونى لالتزام البنك، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.
- عودة، عبدالقادر (د - ت) التشريع الجنائى الإسلامى، ج١، دار الكتاب العربي، بيروت.
- عوض، على جمال الدين (١٩٨١) الاعتمادات المستندية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عوض، على جمال الدين (١٩٨١) عمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عوض، على جمال الدين ومحمود سمير الشرقاوى (١٩٧٥) الوجيز في القانون التجارى، دار النهضة العربية، القاهرة.

- عيد، إدوارد (١٩٦٨) العقود التجارية وعمليّات التصرف، مطبعة الحوي، بيروت.
- القرضاوى، يوسف (١٩٧٤) الحلال والحرام في الإسلام، دار الاعتصام، القاهرة.
- القليوبي، سميحة (١٩٧٨) الموجز في القانون التجاري، دار نهضة العربية، القاهرة.
- محمصاني، صبحي (١٩٧٢) النظرية العامة للمسوّجات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار عبه للملايين، بيروت.
- مشرقي، فريد (١٩٥٤) أصول القانون التجاري المصري، مكتبة لاجبو مصرية، القاهرة.
- المهر، خضير (١٣٩٩هـ) اقتصاديات العقود والسوك (مذكرات)، مؤسسة لأوار، الرياض.
- النوري، حسين (١٩٧٤) العقود التجارية، المكتبة الصناعية، أسدات تصريفية، القاهرة.
- يكن، زهدى (د-ت) عقد البيع، منشورات المكتبة العصرية، بيروت.
- يونس، على حسن (د-ت) العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة.
- يونس، على حسن ومحمد سامي مذكور (د-ت) الإفلاس، دار التعاون للصناعة والتسويق، القاهرة.

ثانياً: المراجع الأجنبية

- Borvse Wics, M.** (1981) «Conventions et Projets de convention sur la vente internationale de marchandises» in «les ventes internationale de marchandises» Paris, Economica.
- Boudinot, A.** (1979) *Pratique de crédit documentaire*, Paris, Sirey.
- Bouisson, B., De Langer, M. et De Marsac, X.** (1968) *Etude sur le contrat de concession exclusive*, Paris, Sirey.
- Cabrillac, H. et M.** (1967) *Le Chèque et le virement*, Paris, Librairies Techniques.
- Cabrillac, H.** (1965) *Introduction au droit bancaire*, Paris, Dalloz.
- Colloque de la Fondation internationale pour l'enseignement du droit des affaires** (1981) *Les ventes internationales de marchandises*, Paris, Economica.
- Dupouy Claude** (1976) *Precis de droits commercial*, Paris, Dunod.
- Eisemann, F.** (1980) *Usage de la vente commerciale internationale*, Paris.

- Escarra, J. et E. et Rault, J.** (1937) *Principes de droit commercial*, Paris, Sirey.
- Escarra, J. E., Rault, J. et Hemard, J.** (1953-1955) *Les contrats commerciaux*, Paris, Sirey.
- Gavalda, C. et Stoufflet, J.** (1974) *Droit de la banque*, Paris, PUF.
- Guyenot, J.** (1968) *Les contrats de concession commerciale*, Paris.
- (1977) *Cours de droit commercial*. Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats.
- Hamel, J., Vasseur, M. et Marin, X.** (1966) *Les comptes en banques*, Paris, Sirey.
- Hamel, J., Lagarde, G. et Jauffret, A.** (1966) *Traité de droit commercial*, t. 2, Paris, Dalloz.
- Hemard, J.** (1959) Les agents commerciaux, *Rev. trim. dr. com.*
- Henri-Paul, Le Ferme** (1975) *Représentation industrielle et commerciale VRP*, Paris, Sirey.
- Herzog, J.L** (1959) A propos des agents commerciaux, *Rev. trim. dr. comm.*
- Jauffret, A.** (1977) *Manuel de droit commercial*, Paris, L.G.D.J.
- Juglart, M. et Ippolito, B.** (1974) *Droit commercial*, Paris, Ed. Montchrestien.
- Kahn, P.H.** (1961) *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey.
- Leygues, J.** (1962) *Problèmes de droit bancaire*, Paris, Ed. Techniques et Professionnelles.
- Loussouarn, Y. et Bredin, J.D.** (1969) *Droit du commerce international*, Paris, Sirey.
- Plaisant, R.** (1964) Les contrats d'exclusivité, *Rev. trim. dr. com.*
- Rives-Langes, J.I.** (1968) La monnaie scripturale, in: *Etude de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, Paris, Librairies Techniques.
- Rodiere, R.** (1970) *Droit commercial*, Paris, Dalloz.
- (1957) Etude sur la commission de transport, I-La définition de la commission de transport de marchandises. *Rev. trim dr. com.*
- Rodiere, R. et Houin, R.** (1970) *Droit commercial*, Paris, Dalloz.
- Rodiere, R. et Rive-Lange, J.I.** (1975) *Droit bancaire*, Paris, Dalloz.
- Tunc, A.** (1942) *Le contrat de garde*, Paris.

الدكتور / محمد بن حسن الجبر

- ولد بالأحساء عام ١٣٦٢هـ.
- تلقى تعليمه الابتدائي والمتوسط والثانوي في مدارس الأحساء (الهفوف/المبرز).
- واصل تعليمه الجامعي في كلية الحقوق بجامعة القاهرة، وحصل منها على ليسانس الحقوق بتقدير جيد جداً عام ١٩٦٨م.
- أنهى تعليمه العالي في فرنسا، حيث حصل على درجة الماجستير في القانون الخاص من كلية القانون والعلوم السياسية بجامعة «اكس/ مرسيليا» عام ١٩٧٢م، ثم دكتوراه الدولة في القانون من كلية القانون والعلوم الاقتصادية بجامعة مونبلييه بتقدير جيد جداً مع ثناء لجنة الحكم عام ١٩٧٨م.
- عين أستاذاً مساعداً بقسم القانون بكلية العلوم الإدارية في ١٧/١/١٣٩٩هـ، ثم رقي إلى درجة «أستاذ مشارك» ابتداء من ٢٠/٢/١٤٠٣هـ.
- عمل وكيلاً لكلية العلوم الإدارية (١٤٠٠ - ١٤٠١هـ) ثم رئيساً لقسم القانون بها حتى عام ١٤٠٨هـ.
- عين عضواً في مجلس جامعة الملك سعود (١٤٠٢ - ١٤٠٣هـ) ثم عضواً في المجلس العلمي بها (١٤٠٣ - ١٤٠٨هـ).
- مستشار غير متفرغ بوزارة الداخلية (١٣٩٩ - ١٤٠٤هـ).
- رئيس اللجنة الخاصة بمن يمنع تعامله مع الحكومة بوزارة المالية والاقتصاد الوطني (١٤٠٠ - ١٤٠٣هـ).
- رئيس اللجنة القانونية بوزارة التجارة (١٤٠٣ - ١٤١٦هـ).
- عضو لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة منذ عام ١٤٠٨هـ.
- قاضي يمثل المملكة في محكمة الاستثمار العربية التابعة لجامعة الدول العربية منذ عام ١٤٠٣هـ.
- وكيل وزارة التجارة للشؤون الفنية (١٤٠٨ - ١٤١٦هـ).
- رئيس لجنة التوفيق في منازعات الوكالات التجارية (١٤١٢ - ١٤١٦هـ).
- عضو اللجنة الدائمة للإشراف على عملية تداول الأسهم (١٤١٣ - ١٤١٦هـ).
- عين أستاذاً غير متفرغ بقسم القانون بكلية العلوم الإدارية بجامعة الملك سعود (١٤٠٨ - ١٤١٦هـ).
- عين مديراً عاماً للجمارك في ١٦/٤/١٤١٦هـ.
- من مؤلفاته القانون التجاري السعودي، وله عدد من البحوث القانونية المنشورة في مجلات علمية متخصصة.

خزانة للكتاب المستعمل
الربوة - البديعة - الشفا
التوفير

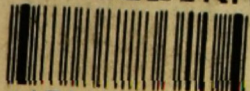


49384 158
SR 10 1

ردمك: ٩٩٦٠-٠٥-٥٦٧-١

ISBN: 9960-05-567-1

AL-OBEIKAN



1011563
SR- 10.00

٤٢٩