نبذه عن صاحب البحث

الاســـم : محمود أحمد فتحى ناصف

تاريخ الميلاد : ١٩٤٤/١٢/٢٧

المؤهـلات العلمية : -

١ - الاجازة العالية (الليسانس) الشريعة والقانون سنة ١٩٧٣ شريعة القاهرة ٠

٢ - ماجستير معهد البحوث والدراسات العربيـــة التابع لجامعة الدول العربية سنة ١٩٧٥ ٠

٣ - درجة التخصص (الماجستير) فى الفقه المقـارن سنة ١٩٧٥ القتل العمد بين الشـريعة والقانون مع بيـان حكم نقل الأعضاء ٠

٤ - العـالمية (الدكتوراه) فى القانون التجارى سـنة ١٩٨٥ - القواعد العامة للتاجر من خلال الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى ٠

مؤلفات وأبحاث منشورة : -

١ - مـوقف الشريعـة الاسلاميـة من أوراق المجـاملة (مجلة مركز كامل صالح للتجارة الاسلامية) ٠

٢ - مسئولية الربان عن التلوث البحرى بين الشريعة والقانون (مجلة المحـاماه عدد شهر ديسمبر سنة ١٩٨٨) ٠

٣ - النشـاط التبشيرى فى الاسلام (مؤتمر الدعـوة الاسلامية سنة ١٩٨٨) ٠

بسم الله الرحمن الرحيم

قـواعد الصـرف :
بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى

تمهيـــد /

الحمد لله على الدوام والشكر على الفضل والانعـام ، والصـلاة والسـلام على محمد سيد الأنـام ، وأشـهد أن لا اله الا الله الواحد الأحد ، الفرد الصمد ، أحل لنا الحـلال برحمته ، وحرم علينا الحرام بكامل حكمته فقال جل وعلا :

« يا أيها الناس كلوا مما فى الأرض حلالا طيبا » (١)
وقال أيضا سبحانه وتعالى :

« ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون » (٢) .

وأشهد أن سيدنا ومولانا محمدا عبد الله ورسـوله ، بلغ الرسـالة ، وأدى الأمانة ، وأرشد الأمة الى مثل المعاملات ، التى تسير عليها بارشاده اياهـا الى اكتساب المـال ، مما لا خطـر فيه ، ولا ضرر منه ، ولا يكـون الشىء مالا ، الا اذا توافرت فيـه الحياة ، مع امكان الانتفاع به على وجه معتاد ، وذلك لأن استخلاف الله تعالى للانسان فى هذه الأرض وفى هذا المـال ، انما الى أجل محدود .

وقد استوجب هذا قيام الدراسات الشرعية ، مع مقارنتها بالتشريعـات الوضعية لاظهـار ما تحتويه هذه الشريعـة

---

١ - سورة البقرة آيـة رقم ١٦٨ .
٢ - سـورة البقـرة آية رقـم ٢١٧ .

الغراء ، مما يغنى هذا المجتمع المسلم عن النقل والاستيراد لأشياء لا تتلاءم مع مجتمع دينه الرسمى الاسلام ، وهذا كى نرد على الذين يزعمون عجز الشريعة الاسلامية عن ملاحقة العصر ، ونقول لهم : عليكم أن تجربوا ما تحتويه الشريعة الاسلامية من نصوص ، وقواعد عامة يمكن بها ملاحقة كافة العصور ، مع صلاحيتها للتطبيق على كافة المجتمعات ، مهما اختلفت طبائعها فضلا عن تميزها على كافة النظم البشرية ، وذلك لسبب أنها ليست من نتاج عقول قاصرة ، الأفهام عاجزة محدودة ، بل هى من شرع الله خالق العقول والافهام ، وقد قال عز وجل فى محكم آياته ٠

« ما فرطنا فى الكتاب من شىء » (٣) ٠

وقد وقع اختيارى على موضوع ٠

« **قواعد الصرف بين الشريعة الاسلامية والقانون** »

مبينا أوجه الاختلاف ، وأوجه الاتفاق ، وذلك لأهمية الموضوع فى كل من الشريعة والقانون ٠

١ ـ القاعدة وتعريفها :

ان القاعدة ـ لغة ـ قد أخذت من (قعد) من باب (دخل) ، والقاعدة من النساء التى قعدت عن الولد ، والحيض ، والجمع : القواعد ، وقواعد البيت أساسه (٤)

---

٣ ـ سورة الأنعام آية رقم ٣٨ ٠

ـ وقد قال المولى عز وجل : « ولا ينبئك مثل خبير » سورة فاطر آية رقم ١٤ ٠

ـ وقال كذلك : « ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون » ٠

ـ سورة المائدة آية رقم ٥٠ ٠

٤ ـ الرازى ـ مختار الصحاح ـ المطبعة الاميرية سنة ١٣٥٥هـ ـ سنة ١٩٣٧م ـ ص ٥٤٤ ٠

ويعنى بقواعد الصرف - أسس الصرف ، ويراد القواعد الأصول ، التى يرجع اليها عند الاختلاف .

أما تعريف القواعد فى الاصطلاح ، فهو عبارة عن الأمر الكلى المنطبق على جزئيات ، كما أن القاعدة الفقهية موضوعها فعل المكلف ، ومحمولها حكم شرعى ، حيث أن الاحكام الفقهية تحمى المقاصد العامة للشريعة ، التى تثبت من خلال مصادر التشريع .

٢ - قواعد عقد الصرف من خلال الكتب الفقهية :

لقد ورد فى كتب الفقه الاسلامى ، وعلى الأخص كتب المذهب الحنفى عن عقد الصرف ، أولته كثيرا من العناية ، مبينة بعض الصكوك ، التى كانت تستعمل لتلافى خطر نقل النقود من بلد الى آخر ، واطلقوا على ذلك اسم (السفاتج) (٥) وقد أسهب الفقهاء فى شرح حوالة الحق ، مما يعنى النضوج الفقهى المتميز ، الذى لم تبلغه أى من التشريعات الغربية .

وقد استفادت هذه التشريعات - أيما استفادة مما كتبه الفقهاء المسلمون فى هذا الصدد ، ومن هذا - أستطيع أن ابين مدى سماحة الاسلام ، ويسره فى امكان اخضاع المستحدثات الجديدة والمتجددة للمفاهيم الاسلامية الصحيحة ، بقصد تحقيق الترابط بين الدين والدنيا .

٣ - التعريف بالصرف :

والصرف - لغة - هو الزيادة ، يقول أبو عبيدة / صرف الحديث تزينه بالزيادة فيه (٦) .

---

٥ - الزيلعى - تبين الحقائق - شرح كنز الدقائق - ص ١٧٥

٦ - الرازى - مختار الصحاح - المرجع السابق /ص ٣٦٢ .

- وقد قال الخليل : ومنه سميت العبادة النافله صرفا .

- المرغينانى - الهداية شرح البدايه - الجزء الثالث - ص ٨١ .

وفى الاصطلاح هو البيع ، اذا كان كل من عوضيه من جنس الأثمان (٧) ، وقد عرفتــه مجلة الأحكام العدليــة فى المــادة ١٢١ بقولها ٠

« **الصــرف بيــع النقد بالنقد** »

ومن خلال هذين التعريفين يتضح أن الشريعة الاسلامية قد اشترطت فى عقد الصرف أن يكون فى الأثمان (٨) ـ مثل الذهب والفضة والتماثل فيهما ٠

---

٧ ـ المرغينانى ـ الهدايه ـ المرجع السابق ص ٨١ ٠

ـ داماد افندى ـ مجمع الانهر شرح ملتقى الابحــر المجلد الثــانى ص ١١٦ ٠

ـ وعرفه صاحب درر الاحكام شرح غرر الاحكام (بأن بيــع الثمن فان تجانسا لزم التساوى والتقابض قبل الافتراق) ـ منلا خسرو ـ الجزء الثانى ـ ص ٢٠٣ ٠

٨ ـ هنا خلاف بين الأحناف والشافعية مثاره : هل علة التحــريم هو القدر والجنس مثل الذهب بالذهب والفضة بالفضــه ، أى ـ أوزنوا الذهب بالذهب ، والفضه بالفضة ٠

السرخسى ـ المبسوط ـ الجزء الثانى عشر ـ ص ١١٦و١٢٠ ٠

ـ أما الشافعيه ـ فالعلة عندهم ، فقد اشترطوا لكى يتم الصرف فى الذهب والفضه ـ الجنسية ، والثمنية ، حيث ان الثمنية فيها حياة للاموال أما المعنى الذى ينبىء عن زيادة الخطر فى الذهب والفضة لا يكون الا فى الثمنية ، لأنهما خلقا لذلك ، ومن خلال هذين الرأيين يتضح صحة رأى ـ الشافعية ، حيث ان الاعتبار الذى وقف عنده اعتبار اجتماعى اقتصــادى ، يصل الى لب الموضوع ـ بخــلاف رأى الأحناف ، لعدم المناسـبة مــع العصــر ٠

خطـــة البحث :

الفصـــل الاول

مشروعية عقد الصرف بين الشريعة والقانون

المبحث الأول : بيان مشروعية عقد الصرف من خلال الشريعة الاسلامية ٠

١ ـ تمهيـد ٠
٢ ـ القـرآن الكريم ٠
٣ ـ السنة النبوية ٠
٤ ـ الاجمـــاع ٠
٥ ـ وجـوب القبض ٠

المبحث الثانى :

اركان عقد الصرف والصرف اليدوى :

١ ـ تمهيـــد ٠
٢ ـ صيغة العقد بين الماضى والحال والمستقبل ٠
٣ ـ الايجاب والقبـــول ٠
٤ ـ الصـرف اليـدوى ٠

المبحث الثالث :

لمحـة عن أسس قانون الصـرف

١ ـ تمهيـــد ٠
٢ ـ الورقة التجـارية ونشأتها ٠
٣ ـ تعـريف عقد الصـرف ٠
٤ ـ أنواع عقد الصـرف ٠

الفصـــل الثانى :

الأساس الفقهى والقانونى للالتزام الصرفى

المبحث الأول :

تعـريف الحوالة وأدلة مشروعيتها

١ ـ تعريف الحوالة ـ لغـة ٠
٢ ـ تعـريف فى الاصطلاح ٠
٣ ـ مشروعية الحـوالة ٠
٤ ـ أركان الحـوالة ٠
٥ ـ أنـواع الحـوالة ٠

المبحث الثانى :

وجـه الشبه بين الحوالة والكمبيالة

١ ـ تمهيـــد ٠
٢ ـ الكتابة فى الكمبيالة والحـوالة ٠

المبحث الثالث :

الأساس القانونى لقواعد الصرف

١ ـ تمهيـــد ٠
٢ ـ الفرق بين نوعى الالتزام ٠
٣ ـ الشـــكلية ٠
٤ ـ استقلال التوقيعات فى الورقة ٠
٥ ـ قهـــر المـدين ٠
٦ ـ حـق الحـامل ٠
٧ ـ التوازن فى الحقوق ٠
٨ ـ التقـادم الصرفى ٠
٩ ـ موقف الشريعة من التقادم ٠

الخـــاتمة

الفصـــل الاول

مشروعية عقد الصرف بين الشريعة والقانون

تمهيـــد

قـد أقرت الشريعة الاسـلامية عقد الصرف بشـروط معينة ، أوضحتها ، وبينتها النصوص ، وكذلك أيضا - فان المشرع الوضعى قد عنى بقواعد الصرف ، ووضـع لها نصوصا نوضحها فيمـا يلى ٠

وقد قسمت هذا الفصل الى ثلاثة مباحث :

الأول : فى بيـان مشروعية عقد الصرف ٠

الثانى : فى أركانه وحـكم الصرف اليدوى ٠

الثالث : فى النصوص القانونية وموقفها من الصرف ٠

المبحث الأول :

بيان مشروعية عقد الصرف من خلال الشريعة الاسلامية

١ - تمهيـــد :

لقد أجـاز المشـرع عقد الصرف ، مبينا حل هذا العقـد من خلال نصوص القرآن الكريم ، والسنة النبوية المشرفة ، واقرار رسـول الله ﷺ تعـامل الصـحابة به ، مع اجمـاع الأمـة على حله ٠

واليك بيـان ذلـك :

٢ - القـــرآن الكريم :

يقول المـولى عـز وجل :

« الذين يأكلـــون الربا لا يقـــومون الا كما يقـــوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ، ذلك بأنهم قالوا انما البيع

مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا ... » (١) .

ويؤخذ من هذه الآية الكريمة أنه قصد بيع مطعوم بمطعوم أو نقدا بنقد الى أجل ، أو فى العوض ، بأن يبيع أحدهما بأكثر منه (٢) .

ولما كان عقد الصرف فيه معنى بيع النقد بالنقد ، فاذا بيع أحدهما بأكثر منه ، أعتبر هذا دخلا فى نطاق الربا ، وأحل الله البيع ، وحرم الربا ، وذلك لأن الذين يخرجون عن تعاليم المولى عز وجل ، ويصرون على أكل الربا - لا يقومون الا كما يقوم ، الذى يتخبطه الشيطان من المس . وذلك لأنهم أحلوا الربا ، ومن فعل ذلك يدخل فى نطاق قول الله سبحانه وتعالى :

« يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين ، فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون» (٣) .

ومن خلال هذه الآية الكريمة - نجد أن من يستمر فى حل الربا . ويفعله ، فليأذن بحرب من الله ورسوله ، وحكم المرابى أنه يقاتل بعد الاستتابة(٤) .

ومن خلال عرض هذه الآيات الكريمات ، نجد أن عقد الصرف وهو بيع النقد بالنقد ، اذا خلا من المفاضلة ، أصبح جائزا شرعا .

---

١ - سورة البقرة آية رقم ٢٧٥ .

٢ - البيضاوى - تفسير أنوار التنزيل وأسرار التأويل - المجلد الاول - ص ١٨٥ .

٣ - سورة البقرة آية رقم ٢٧٨و٢٧٩ .

٤ - البيضاوى - تفسيره - المجلد الاول - ص ١٨٦ .

٣ - السنة النبـوية :

ما روى عن أبى سعيد قال : قال رسول الله ﷺ :

« لا تبيعوا الذهب بالذهب ، الا مثلا بمثل ، ولا تشـفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا الورق بالورق ، الا مثـلا بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها غائبا بناجز » متفق عليه (٥) ٠

ويؤيد هذا الحديث ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ :

« الذهب بالذهب وزنا بوزن (٦) ، والفضة بالفضة ، وزنا بوزن مثلا بمثل ، فمن زاد أو استزاد فهو ربا » (٧) ٠

---

٥ - الشوكانى - نيـل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩٠

٦ - وفى لفظ : لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق الا وزنا بوزن مثلا بمثل سواء بسواء - رواه أحمد ومسـلم ٠

- وورد فى موطأ مالك ما أوثر عن مالك عن أبى شـهاب عن مـالك بن الأوس الحدثان النرى ، أنه التمس صرفا بمائة دينـار قال : قـد عانى طلحـة بن عبيد الله فتراوضا حتى اصطرف منى وأخذ يقلبها فى يـده ، ثم قال : حتى يأتينى خازنى من الغابة ، وعمر بن الخطاب يسمع فقال : والله لا تفارق حتى تأخذ منه ٠

٧ - مـالك السيوطى - تنـوير الحوالك شـرح على موطأ مـالك الجـزء الثانى - ص ١٣٧ - أمـا كلمة لا تشفوا معناهـا بضم أوله ، وكسر الشين المعجمة ، وتشديد الفاء رباعى من أشف - والشف بالكسر الزيادة ، ويطلق على النقص ، وقصد به هنا : لا تفضلوا - الشوكانى - المرجـع السابق - ص ١٩١ ٠

١ - الصنعانى - سبل السلام - الجزء الثالث - ص ٤٨ ٠

٢ - نصبت كلمة (وزنا) على الحـال - أى حـالة كون الذهب بالذهب وزنا بوزن ، فهنا كلمة (وزنا) حـال ٠

يؤخذ من هذين الحديثين أن بيع الذهب بالذهب (٨) والفضه بالفضه ، لا يجوز الا مثلا بمثل ، وان اختلفا فى الجودة ويقول الشوكانى : يدخل فى الذهب جميع أنواعه من مضروب ومنقوش ، وجيد وردىء ، وصحيح ، ومكسر ، وحلى وتبره ، ومغشوش (٩) .

ما روى عن رسول الله ﷺ :

« الذهب بالورق .. الى ..الاهاء وهاء .. » (١٠) .

٤ - الاجماع :

فقد أورد الشوكانى نقلا عن النووى ، وغيره : الاجماع على ذلك (١١) أى وجوب أن يكون الذهب بالذهب مثلا

---

(٨) مسلم - فى صحيحه - الجزء الثالث - ص ١٢١٢ .

- الصنعانى - سبل السلام - الجزء الثالث - ص ٤٩ .

(٩) الشوكانى - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩١ .

- وذهب الصنعانى الى قوله « ان لفظ الذهب عام لجميع ما يطلق عليه من مضروب وغيره » .

- فى سبل السلام - ج٣ - ص ٤٨ .

- والتبر ما كان من الذهب غير مضروب ، فاذا ضرب دنانير فهو عين ، ولا يقال الا للذهب ، وبعضهم يقول للفضة ، أيضا .

- أنظر الرازى - مختار الصحاح - المرجع السابق - ص ٧٤ .

(١٠) مالك فى موطئه - كتاب تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك ، - طبعة الحلبى - الجزء الثانى ص ١٣٧و١٣٨ .

- ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : قال رسول ﷺ « الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء » قال مالك : « اذا اصطرف رجل الرجل دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا » .

- أما كلمة هاء وهاء ففيه لغتان : المد والقصر ، ويقول النووى والمد أفصح وأشهر ، وقد نقل عن السيرافى : كأنهم جعلوها صوتا كصه ومه وغير ذلك من الألفاظ الدالة على الاصوات .

(١١) الشوكانى - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩١ .

بمثل وليس متفاضلا ، وبهذا تكون الأمة قد أجمعت من لدن رسول الله ﷺ على مشروعية عقد الصرف وذلك بوجوب بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، والورق بالورق مثلا بمثل، ومن زاد أو استزاد فالفضل ربا .

- وجـوب القبض :

وقـد أوجب الفقهاء لصحة عقد الصرف أن يتم القبض فى المجلس ولا يجوز أن يتراخى قبض أحـد البدلين قبـل الافتراق (١٢) ، وهذا وفقا لما روى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه « والله لا تفارق حتى تأخذ منه » (١٣) .

فقد روى عن عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسـلم .

« الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا الا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء (١٤) متفق عليه (١٥) .

---

(١٢) المرغينانى - الهداية بشرح الدايه - جـ٣ - ص ٨١ .

- داماد أفندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر - المجلد الثانى ص ١١٦ .

- وقد أورد الصـنعانى - أنه ذهبت كثـرة من العلماء والصـحابة والتابعين والعترة والفقهاء فقالوا : يحـرم التفاضل فيمـا ذكر غائبـا كان أو حاضـرا - انظر الصنعانى - سبل السلام - الجـزء الثالث - ص ٤٨ .

(١٣) مالك فى موطئه - تنوير الحوالك - جـ ٢ - ص ١٣٧ .

(١٤) وقول النووى : هاء وهاء فيه لغتان : المـد والقصر والمـد أفصح - ومعناه : خـذ هذا - يقول صاحبه مثله (ومعنى هاء وهاء - يدا بيـد) - النووى فى شرحه على صحيح مسلم - جـ ٢ ص ١٣٨ .

- السيوطى - فى شرح تنوير الحوالك جـ ٢ - ص ١٣٨ .

(١٥) الشوكانى - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ١٩٢ .

وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : « وان استنظر الى أن يبلغ بيته فلاتنتظره » (١٦) ٠

ويؤيد هذا ما أورده صاحب مجمع الأنهر بقوله (وشرط فيـه) أى فى الصرف ، أى شرط بقائه على الصحة ، لا شرط انعقاده ، وهو الصحيح المختـار كما فى البحر (التقابض قبل التفرق بالأبدان ، حتى لو قاما وذهبا معا فرسخا مثـلا فى جهة واحدة ، ثم تقابضا قبل الافتراق صح) (١٧) ٠

وهذا كله دليل على وجوب القبض قبل الافتراق لصحة عقد الصرف وهو ما يقول به الأحنـاف (١٨) ـ والمقصـود بالافتراق ـ الافتراق بالابدان ، لأن العوضين مستويان فى معنى الثمنيـه ، فاذا أوجبنا قبض أحدهمـا ، لزم قبض الآخـر ، لعدم وجود الأوليه بينهما والا تحقق الربا ٠

ويـذهب ابن قدامـة الحنبلى بصدد قبض العوضين : أن المرجـع فى ذلك الى العـرف فيرجـع اليـه فى القبض والاحراز والتفرق (١٩) والذى أرجحـه هو قبول الأحنـاف لقطعية أدلتـه ٠

---

(١٦) الامام/مالك ـ فى موطئه ـ جـ ٢ ـ ص ١٣٨ ٠

(١٧) داماد أفندى ـ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ـ المجلد الثانى ـ ص ١١٦ ـ منلا خسـرو ـ درر الحكـام شرح غرر الأحكـام ـ جـ٢ ـ ص ٣٠٢ ٠

ـ واشـترط أبو يحيى زكريا الانصارى فى صـحة البيع ثلاثة أمور ليخرج عن البيوع الربويه : (حلول ٠٠ وتقابض قبل التفرق) ٠

ـ انظر فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ـ جـ١ ـ ص ١٦١ ٠

(١٨) ويذهب صاحب لغة السـالك الى أنه « لا يضر الفصل بيـن الايجاب والقبول الا ان يخرجا عن محل العقد عرفا » ٠

ـ أحمد بن محمد الصاوى المالكى ـ على الشرح الصغير ـ للدردير ـ جـ ٢ ـ ص ٣٤٥ ٠

(١٩) ابن قدامـة الحنبلى ـ المغنى ـ جـ ٣ ـ ص ٥٦١ ٠

المبحث الثانى :

أركان عقد الصرف والصرف اليدوى

١ - تمهيـــد :

يجمع الفقهاء على ضرورة اظهار الارادة كشرط لايجـاد الحكم الشرعى ، ويستند الفقهاء فى هذا الى حديث رسول الله ﷺ المشهور ، والقائـل :

« ان الله تجـاوز لى عن أمتى ما وسوست به صدورها ما لم تعمل أو تتكلم » ٠

ومن ثنايا هذا الحديث يرتكز الفقهاء على ظهور الارادة، ولذا جاء فى المبسوط :

« ان ما يكون بالقلب ، فهو نيـة ، لا ينعقد أصل العقد بهـا » (٢٠) ٠

فعقد الصرف ينشأ بايجاب وقبول ، وكل منهما باللفظ، ولا أعتقد أن الكتابة تضارع اللفظ ، بل هى تتخلف عنـه ، حيث أن الاحـرف المكتوبة هى أحرف مـاديه - قد ترسـم منفصلة عن شخصية صاحبها بعكس الملفوظة ، فهى تنطلق معبرة ، ومتصـلة بشخص صاحبها ، حيث أن ميزة اللفظ تحظى بميـزة الشمول بكـافة مظـاهر العاطفية والعقليـة والارادية ، أما الكتابة فهى تحصل معنى الاخبـار الواضح فيه جانب العقل - لا أثر فيه للعوامل الأخرى ، أمـا اللفظ فنجد فيه المظاهر الثلاثة مندمجـة فى هذا اللفظ ، ولذا كان اللفظ متقدمـا على الكتـابة فى الوجود فى عالمنا المعاصـر (٢١) ٠

---

(٢٠) السرخسى - المبسوط - ج ١٣ - ص ٤٦ ٠

- وقد نصت المـادة الثالثة من مجلة الاحكام العدليـة بقولهـا : « العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمبـانى ولذا يجـرى حكم الرهن فى البيع بالوفاء » ٠

(٢١) الدكتور/السنهورى - مصادر الحق - الجزء الاول - ص ٨٥

ومن خلال هذا يتضح وجوب اظهار الارادة ، وهو التعبير الملقى وهو الايجاب ـ يقابله التعبير المتلقى ، وهو القبول ، فاذا امتزج هذان التعبيران فى صيغة ـ وجد العقد ، وكأنه فى مجلس واحد ، بحيث أنه يوافق الايجاب قبولا ٠

٢ ـ صيغة العقد بين الماضى والحاضر والمستقبل :

تتنوع صيغ العقود بين الصريح ، والكنائى ، وكل منهما لا يختلفان ـ أحدهما عن الآخر ، الا فى مقدار ما يمنحه المتعاملون من ثقة ، مجالها مدى استعمال اللفظ ٠

ولهذا نجد أن التعبير الصريح موثوق به ، لانه محدد الاتجاه ، ويؤدى فى ذلك الى استقرار المعاملات ، بعكس التعبير الكنائى ، فانه غير محدد الاتجاه ، ويؤدى ـ بالتالى ـ الى انعدام الثقة به ـ والى عدم استقرار التعامل ويلجأ فيه الى الارادة الباطنة ٠

والذى يهمنى فى هذا ـ هو التعبير الصريح (٢٢) ، ويستعمل فيه لفظ الماضى ، وهذا ما عبر عنه ـ منلا خسرو وبقوله :

« والتصرف الشرعى ، والشرع قد استعمل اللفظ الموضوع للاخبار عن الماضى لغة فى الانشاء ليدل على التحقق والثبوت فيكون أدل على قضاء الحاجة » (٢٣) ٠

ومن خلال هذا النص يتضح أن الصيغة ـ هى المظهر الواضح والمعبر عن الارادة فى مرحلتها الاخيرة ، حيث أن

---

(٢٢) أما القانون فالتعبير قد يكون صريحا أو ضمنيا ، فيجوز التعبير باللفظ ، والكتابة ، والاشارة ، والسكوت ٠

ـ أنظر الدكتور/السنهورى ـ الوسيط فى شرح القانون المدنى ـ جـ ٤ سنة ١٩٨٦ ـ ص ٥٤ هامش ٠

(٢٣) منلا خسر ـ درر الحكام ـ شرح غرر الاحكام ـ الجزء الاول ـ ص ٣٢٧ ٠

الارادة - هنا قد تجاوزت أدوار التفكير ، والتردد ، الى الجزم ، والحسم لانهاء التعاقد ، أما صيغة الماضى - حيث أنها قد قصد بها الماضى ، الا أنها فى اصطلاح الفقهاء، جعلت ايجابا للحال ، ويؤكد هذا الكاسانى بقوله :

« ان هذه الصيغة ، وان كانت للماضى وضعا ، لكنها جعلت ايجابا للحال فى عرف أهل اللغة ، والشرع ، والعرف قاصد على الوضع » (٢٤) ٠

اذن صيغة الماضى وفقا لوضعها فى عرف اللغة ، والشرع لفظ تمحض للحال ، فينعقد به العقد (٢٥) دون بحث عن النية ، وهذا وفقا للارادة الظاهرة لوضوحها ، فلا يعدل عنها الى غيرها (٢٦) ٠

صيغة المضارع :

لما كانت صيغة المضارع بين الحال ، والاستقبال ، ويغلب عليها المستقبل ، ومن هنا يؤخذ بالارادة الباطنة ، ويتم الرجوع فى ذلك الى النية سواء أكان اللفظ للحال ، أو للاستقبال (٢٧) يؤخذ فى ذلك بالارادة الباطنة بسبب

---

(٢٤) الكاسانى - بدائع الصنائع - الجزء الخامس - ص ١٣٣ - ويؤكد هذا ما أورده صاحب مجلة الاحكام العدلية فى المادة ٤٥ بقوله « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » ٠

(٢٥) وقد نصت المادة - ١٦٩ من مجلة الاحكام العدلية بقولها : « الايجاب والقبول يكونان بصيغة الماضى » ٠

(٢٦) وهذا وفقا لما نصت عليه القاعدة الفقهية فى المادة ٢ من مجلة الأحكام العدلية بقولها : « الأمور بمقاصدها - يعنى أن الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر » ٠٠٠

(٢٧) وقدنصت مجلة الأحكام العدلية فى المادة ١٧٠ بقولها : « واذا أريد بها الاستقبال لا ينعقد بها العقد » ٠

أن الارادة الظاهرة لا تكون هنا واضحة · وينعقد به العقد اذا كان بصيغة الحال (٢٨) ·

أما صيغة الأمر :

أما صيغة الأمر ، والاستفهام والاستقبال عند الأحناف، فلا ينعقد بها العقد ، لأنها صيغ تدل على الاستقبال ، ويقول صاحب مجمع الانهر : اذا دل الأمر على الحال ينعقد به العقد (٢٩) ونقل المعنى : ان الايجاب اذا تقدم بلفظ الطلب فقال : بعنى ثوبك ، فقال ـ بعتك ـ ففيه روايتان : أحداهما ـ يصح وهو مالك ،والشافعى ، والثانية لأبى حنيفة أنه لا يصح (٣٠) ·

وخلاصة هذه الصيغ :

ان كل لفظ دل على الماضى ـ جاز به العقد ، وكل لفظ دل على الحال انعقد به العقد ، وان دل على الاستقبال ، لا ينعقد به العقد ، واذا كانت الارادة غير واضحة ، بان احتملت صيغة الحال ، والاستقبال ـ تعين الرجوع الى النية ، لان هنا يرجع الى الارادة الباطنة ·

---

(٢٨) وقد نصت المادة ـ ١٧٠ من المجلة المذكورة بقولها : « ينعقد البيع بصيغة المضارع أيضا اذا أريد بها الحال ـ كأبيع ، وأشترى » ·

(٢٩) داماد أفندى ـ مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر ـ مجلد الثانى ص ٥ ·

(٣٠) ابن قدامة الحنبلى ـ المغنى ـ ج ٣ ـ ص ٥٦١ ·

ـ وأجاز المالكية البيع بالفعل الأمر « لأنه يدل لغة على طلب البيع ، فهو يحتمل الرضاء به وعدمه ، ولكن العرف دل على رضاء به أحمد الصاوى المالكى ـ بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح ـ الصغير للدردير ـ ج ٢ ـ ص ٣٤٥ ·

ـ أبى يحى زكريا الانصارى ـ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ـ الجزء الاول ـ ص ١٥٧ ·

٣ - الايجـاب والقبـول :

أركان العقد عند الشافعيه (٣١) والمـالكيه (٣٢) : عاقد (بائع ومشـترى) ، ومعقود عليه ، ثمن ، ومثمن ، وصيغة (هى الايجاب والقبول) وقد خالف ذلك الأحناف : أن العقد ينعقد بالايجـاب والقبـول الايجاب - هو أول كلام يصدر ممن يتكلم من المتعـاقدين (٣٣) والقبول هو كلام ثانى من يتكلم (٣٤) .

وفى عقد الصرف يتم بيـع ثمن بثمن (٣٥) - كذهب بذهب ، أو فضة بفضة ، أو فلوس بفلوس ، أو العكس - بأن يقول الموجب : بعت والآخر : اشتريت ، وبذا يتم الايجاب والقبول ، بحيث يتم التقابض فى المجلس ، كما أوضحنا ذلك سلفـا .

٤ - عقد - بائـع ومشترى :

أوجب الشافعية أن يـكون من ضمن أركان العقـد - العاقدان أى البائع والمشترى ، واشترط فيهما كمال الأهلية،

---

(٣١) أبى يحى زكريا الانصارى الشافعى - فتح الوهاب - ج ١ - ص ١٥٧ - الشيرازى - المهذب - ص ٢٥٧ .

(٣٢) أحمد الصاوى المالكى - بلغة السالك لأقرب المسـالك على الشرح الصغير - ج ٢ - ص ٣٤٣ .

(٣٣،٣٤) داماد أفندى - مجمع الأنهر - المجلد الثانى - ص ٤ .

- الميرغينانى - الهداية - ج٣ - ص ٢١ .

- وعرفهما صاحب مجلة الاحكام العدلية فى المـادتين ١٠١و١٠٢ بقوله (الايجاب والقبول - الايجاب أول كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل أنشاء التصرف) (القبول : ثانى كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل انشاء التصرف وبه يتم العقد) .

(٣٥) داماد أفندى - مجمع الأنهر - المجلد الثانى - ص ١١٦ .

- ومن هنا يتم مبادلة مال بمال ، وهو التصرف للبيع شرعا (ان كان هذا مطلق بيع) - أما الصرف فينصب على بيع ثمن بثمن - كمـا

وأن الارادة طالما خرجت من صاحبها تظل لصيقة به تموت معه وتزول بفقده أهليته ٠

والممنوعون من التصرف هم : الصغير والمجنون ، والمعتوه ، وقد نصت المادة ٩٦١ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :

« اذا حجر السفيه ، والمديون من طرف الحاكم يشهد ويعلن الناس ببيان سببه » ويعلن للناس الحجر ليعلموا وليمتنعوا عن التعامل معهم ، حيث أن شخصيتهم ، وارادتهم غير معتبرة ، حيث ان عبارتهم تعد لغوا من القول ، وذلك لان للعقود أسبابا جعلتها شرعية ، بمعنى أن الشارع قد أقر ما درج عليه الناس من اعتبارها اسبابا لآثار معينة محددة ، وقد بينها الشارع ، ووضحها ، ولا يتحملها فاقد الأهلية ، لذا لزم أن يكون العاقد ان كاملى الأهلية ، حتى يصح تصرفهما ٠

الثمن والمثمن :

الثمن وهو قيمة الشيء المبيع ، أما الثمن فهو محل العقد ، وقد اشترط فيه أن يكون موجودا ومعلوما به ، وأن يكون المحل قابلا لحكم العقد شرعا ، فاذا لم يكن قابلا لذلك لم يصح العقد ٠

صيغة عقد الصرف :

ان صيغة العقد ليست خبرا ، وانما هى انشاء (٣٦) ، وحد الخبر هو ما احتمل الصدق والكذب لذاته ، أما الانشاء فهو القول ، الذى يوجد مدلوله فى نفس الأمر ، كما أن

(٣٦،٣٧) وقد خالف الأحناف ذلك واعتبروا صيغة العقود اخبارات فى أصل وضعها اللغوى ، كالانشاءات الشرية ٠

ـ انظر منلا خسرو ـ درر الحكام شرح غرر الاحكام جـ١ ص ٣٢٧

الانشاء لا يلزمه الصدق والكذب لذاته ، وان لزمه للازمه ، كما يقرر ذلك علماء المنطق ، قد استعمل الشرع اللفظ الموضوع للاخبار عن الماضى لغة فى الانشاء ، لكى يدل على التحقق والثبوت (٣٧) ، وذلك لان الأثر الشرعى ينقدح مع الظهر المادى ، فتكون العلة مقارنة للمعلول ومتأخرة عنه (٣٨) .

شرط السماع :

تختلف وجهات النظر من حيث تكوين العقد ، وذلك اذا كان بين حاضرين ، فرأى يذهب الى أن العقد ، يتكون بمجرد صدور القبول ، ورأى أخر يرى أن العقد ينشأ بمجرد اتصال القبول بعلم الموجب ، فالرأى الاول - لم يشترط السماع من قبل الموجب ، أما الرأى الآخر فقد اعتبر ان القبول تعبير متلقى ، حيث أن العقد لا ينشأ ، ولا يتم بمجرد القبول بل لابد من سماع الموجب ، وهذا ما يقرره الكمال بن الهمام بقوله :

« والانعقاد هو ارتباط حد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا ، ويستعقب الأحكام ، وذلك بوقوع الثانى جوابا معتبرا محققا لغرض الكلام السابق ، ويسمع كل من العاقدين كلام صاحبه » (٣٩) .

ويؤكد ما قاله ابن الهمام - ما ذهب اليه منلا خسرو بقوله : « الانعقاد تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا

---

(٣٨) البزدوى - كف الاسرار - ج ٤ - ص ١٧١ .

(٣٩) الكمال بن الهمام - فتح القدير ج ٢ - ص ٣٤٤ .

- وهذا ما نصت عليه المادة ١٧٧ من مجلة الاحكام العدلية بقولها (اذا أوجب أحد المتعاقدين بيع شئ يلزم لصحة العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للايجاب ، وليس له تبعيض الثمن أو الثمن وتفريقهما ..) .

على وجـه يظهر أثره فى المحل » (٤٠) ٠

ويؤكده أيضا منلا خسرو بقوله :

« ويشترط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر ، اذ لولاه لم يتحقق الرضا » (٤١) ٠

ان السماع ينتج عنه تحقق رضا العاقدين ، أى يؤدى الى تطابق الايجاب مع القبول ، اذا لم يسمع أحد العاقدين الآخر ، فلا ينشأ التزام بينهما ، حيث ان أحدهمـا ـ كيف يقبل ما لم يسمعه ؟ واذا كان الأمـر بالعكس ، فلم يسمع المـوجب ردا على ايجابه ، باعتبـار أن القبول ملقى بيـن حاضرين فى مجلس العقد ، وله صفة العلنيـة ، فاذا لـم يسمع المـوجب قبـولا فلا ينشأ العقد ، اذن ينشأ العقـد من تطابق الايجـاب مع القبول(٤٢) ومن سـماع المتعاقدين لبعضهما لكى تنشأ التزامات متقابلة ، تكون ذات أثر كلى فى التمييز بين التعبيرات الملقاة والمتلقاة ، حيث أن التصرف المشتمل على ضـرر فى مواجهـة الغير يتوقف على هـذا التصرف ، فاذا تراجع الموجب عن ايجـابه قبل علم القـابل

---

(٤٠) منلا خسرو ـ درر الحكام شرح غرر الاحكام ـ ج ٢ ـ ص ١٤٢ ويعد هذا النص مشابها لمـا نصت عليه المـادة ١٠٤ من مجلة الاحكام العدليـة بقولها « الانعقاد تعلق كل من الايجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره فى متعلقهما » ٠

(٤١) منلا خسرو ـ درر الحكام شرح غرر الاحكام جا ـ ص ٣٢٥ ٠

(٤٢) فقد نصت المـادة ١٧٧ من مجلة الاحكام العدلية بقولها :

« اذا أوجب أحد العاقدين بيع شىء يلزم لصحة العقد قبـول العاقد الآخر على الوجه المطابق للايجاب » ٠

ـ ويلزم من خلال تطابق الايجاب مع القبول صحة المبيـع ، حيث نصت المـادة ١٠٨ من المجلة بقولهـا : « البيع الصـحيح الجائز وهو البيع المشروع ذاتا ، وواضعا » ٠

وقبوله (٤٣) ، وهذا ما يؤكده الكاسانى بقوله :

« لا ينفسخ العقد لان الفسخ من غير علم صاحبه أضرار بصاحبه » (٤٤) .

ومن خلال هذا نجد الفقه الحنفى يحمى ارادة المتعاقدين، والالتزامات الصادرة من كل منهما كما سبق أن بينا .

الصرف اليـدوى :

لقد عرفت التعاملات الشرعية الموجودة ـ قواعد الصرف ممثلة يدا بيـد ، وهذا تمشيا مع ما نص عليه ماروى عن عبادة ابن الصامت رضى الله عنه : قال رسول الله ﷺ :

« الذهب بالذهب ، والفضـة بالفضة .. مثلا بمثـل سواء بسواء يدا بيـد ، فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعـوا كيف شئتم ، اذا كان يدا بيد » (٤٥) .

ومن خـلال هذا الحديث الشريف يفهم ان عقد الصرف يتم على أثر التعبير عن ارادة أحد المتعاقدين وقبول الآخر ، أى بتعبير آخر أنه قارن بين الايجـاب والقبول فى مجلس

---

(٤٣) وقد نصت المـادة ١٨٤ من مجلة الاحكام العدليـة بقولها : « لو رجع أحـد المتبايعين عن البيع بعد الايجـاب وقبل القبول بطـل الايجـاب » .

(٤٤) الكاسانى ـ دائع الصنايع ـ مطبعة شركة المطبوعات العلمية القاهرة سنة ١٣٢٨هـ ـ الجزء السادس ـ ص ١٧٧ .

(٤٥) مسلم ـ فى صحيحه بشرح النووى ـ المجـلد الرابع ص ٩٨ .

ـ الصنعانى ـ سبل السلام ـ الجزء ٣ ـ ص ٤٨

ـ الربيع بن حبيب ـ الجامع الصحيح ـ مكتبة الثقافة الدينية ج ٢ ص ٤٣ .

ـ أما ما أورده الشوكانى باخراج مسلم عن ابن عباس أنه لا ربا فيما كان يدا بيد ، فليس هذا مـرويا عن رسول الله ﷺ ـ انظر الشـوكانى ـ نيل الأوطار ـ الجزء الخامس ـ ص ١٩٢ .

العقد والتقابض بين كل من المتبايعين ، ويؤيد هذا ما اخرجه عبد الرزاق ، واحمد وابن ماجه عن ابن عمر : أنه سأل النبى ﷺ : فقال « اشترى الذهب بالفضه ، فاذا أخذت واحدا منهما فلا تفارق صاحبك وبينكما لبس » (٤٦) ٠

المبحث الثالث : الاساس القانونى لقواعد الصرف :

١ - تمهيد :

ان الناظر الى المقصد من اصطلاح قانون الصرف يجد أنه عبارة عن مجموعة القواعد التى ذكرت فى القانون التجارى بصدد أنشاء الأوراق التجارية (٤٧) ٠

وهى ممثلة فى الكمبيالة ، والشيك ، أو السند الأذنى ، أو للحامل (٤٨) وهذا من حيث مقابل الوفاء منها وقبولها ، وتحويلها وضمانات الوفاء بقيمتها ، والاجراءات الواجب

---

(٤٦) الشوكانى - نيل الأوطار جـ٥ - ص ٢٩٤ - واستدل الشوكانى عن من هذه الرواية على اعتبار المجلس ، واستدل بها هنا على وجوب أن يتم عقد الصرف يدويا أى بالمبادلة الاليدوية ، ولا يتراخى أحد المتعاقدين على اتمام عملية التقابض لكى لا ينشأ نزاع ٠

(٤٧) أنظر حكم محكمة استئناف القاهرة بقولها :

« ان عبارة الاوراق التجارية ، انما تطلق على الكمبيالات ، والسندات الأذنية ، والتى لحاملها ، والشيكات التى تقوم مقام النقود فى الوفاء بسبب سهولة تداولها » - محكمة استئناف القاهرة - الدائرة التاسعة التجارية فى ١٩٥٦/٦/٢٨ رقم ٧٥٥ سنة ٧٢ ق ٠

- أ/محمد صالح - شرح القانون التجارى - الجزء الثانى - البند رقم /٢ ٠

(٤٨) وقد بينت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٩٣٤/١٢/٢٠ - المحاماة سنة ١٥ صفحة ١٨٣ اذ تقول (الأوراق التجارية التى عبر عنها الشارع فى المادة ١٩٤ من قانون التجارة) الأوراق المحررة لأعمال تجارية هى الأوراق التى يتداولها التجار ٠

اتباعها عند الامتناع عن الوفاء ، وكذا أيضا تقدم الدعاوى الناشئة عنها ، كل هذه القواعد سالفة الذكر تسمى قانون الصرف (٤٩) Droit Cambiavée .

نخلص من هذا أن الاوراق التجارية لها العديد من الوظائف فهى أداة وفاء وائتمان ، بجانب عملية الصرف ، والتى قصد منها تمكين الورقة التجارية من أداء وظائفها على الوجه الأكمل .

٢ - الورقة التجارية ونشأتها :

لقد نشأت الورقة التجارية كوسيلة لتنفيذ عقد الصرف ، بقصد مبادلة فلوس وطنية بغير وطنية (٥٠) ، فالذى يود أن يسافر الى خارج البلاد يحتاج الى عملة الدولة ، التى يسافر اليها ، ولهذا فهو يلجأ الى أحد بنوك مصر كى يبرم معه عقد صرف .

٣ - تعريف عقد الصرف :

وهو عبارة عن مبادلة نقود وطنيه بأخرى غير وطنية ، أو تلقى نقود فى مكان معين نظير الالتزام بالوفاء بها فى مكان - آخر ، وبعملة هذا المكان (٥١) ، ومن هذين التعريفين يتضح تنوع الصرف الى أكثر من نوع .

---

(٤٩) د/محسن شفيق - الوسيط فى القانون التجارى المصرى - العقود التجارية - الأوراق - الجزء الثانى - الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٥ ص ٢٠٥ .

- د/على البارودى - قد عرف الصرف بأنه هو مبادلة نقود بنقود من عملة أخرى - فى كتابه القانون التجارى اللبنانى - طبعة ١٩٧٢ - مطبعة بيروت - مكتبة مكاوى ص ٧٦ .

(٥٠) د/على البارودى - القانون اللبنانى - المرجع السابق ج ١ ص ٧٦ .

(٥١) د/ سمير الشرقاوى - القانون التجارى - سنة ١٩٨٢ ج ١ ص ٤٩ .

٤ - أنواع عقد الصرف :

يتنوع الصرف الى نوعين / الأول - الصرف اليدوى ، وهو الذى تقوم به جهة واحدة من طرق المناولة اليدوية(٥٢) والثانى هو العدول عن الصرف اليدوى الى الصرف المسحوب (٥٣) ، ويتضمن الصرف المسحوب الامتناع عن نقل النقود من مكان تلقيها الى مكان سدادها ، لكى يتلافى العميل حمل النقود الذى قد يعرضه الى مخاطر يكون فى غنى عنها بمجرد أمر بالصرف ، ويكون فى مأمن عن هذه المخاطر ، وهنا نشأت فكرة الصرف المسحوب ممثلة فى الكمبيالة (٥٤) ، وان كان فى الحياة العملية بدأت تقل وظيفة الكمبيالة ، كأداة لتنفيذ عقد الصرف (٥٥) ، وأخذ مكانتها الشيك ٠

ويعد عقد الصرف فى نوعيه عملا تجاريا ، على شريطة أن يحقق من يقوم بهما ربحا ، سواء أكان هذا الربح ناتجا عن فروق الاسعار بين العملات ، أو يحصل على عمولة نتيجة عملية المبادلة ٠

---

(٥٢) وهذا النوع يتشابه مع الصرف اليدوى فى الشريعة الاسلامية، والذى سبق أن شرحته فى المبحث الثانى من هذا المبحث ٠

(٥٣) وتسمى هذه العملية Cambium Trajecticium - وهى تتميز عن عملية الصرف اليدوى Cambium Mamuale

وبذا ظلت الكمبيالة تؤدى وظيفتها لمدة طويلة ٠

(٥٤) الدكتور/على البارودى - القانون التجارى اللبنانى - المرجع السابق - ج ١ - ص ٧٧ ٠

(٥٥) د/سميحة القليوبى - الموجز فى القانون التجارى - الطبعة الاولى - دار الثقافة العربية للطباعة - سنة ١٩٧٠ - ص ٢٤٥ ٠

وينتج مما سبق أن عقد الصرف سواء ، أكان الصرف يدويا أو مسحوبا ، فانه يعد عملا تجاريا منفردا (٥٦) ، حيث أن الموقع على الورقة التجارية يكون ملتزما بأداء قيمتها لحاملها فى ميعاد الاستحقاق ، وهذا منشؤه الالتزام الصرفى : Obligation Combioivée

---

(٥٦) انظر حكم محكمة استئناف بيروت المدنية فى ٢٤ تشرين ثان سنة ١٩٦٠ (حاتم ج ٤٣ ص ١٦) ٠

- ويعتبر عقد الصرافه ، أى الذى يتم بين الصراف ، والراغب فى ابدال النقود عملا تجاريا بالنسبة للصرف ، أما بالنسبة لطالب النقود . فلا يعد عملا تجاريا الا تطبيقا لنظرية التبعية - أى يعد العمل تجاريا - اذا كان تابعا تجارى ، أو متعلقا بتجارته ٠

(انظر - د/على جمال الدين عوض - القانون التجارى - لطلبة كلية التجارة - جامعة القهرة - سنة ١٩٧٥ - ص ٤١ ٠

- ويعد عملا تجاريا لسهولة التداول ٠

- انظر الاستاذ/محمد على صالح - شرح القانون التجارى - - الجزء الثانى - البند رقم ١ ٠

الفصل الثانى
الاساس الفقهى والقانونى للالتزام الصرفى

تمهيد /

سبق أن أوضحنا ان الصرف يتنوع الى نوعين : أحدهما الصرف اليدوى ، وقد أوضحنا ذلك فيما سبق ، والثانى : يتعلق بالصرف المسحوب ، متمثلا فى الكمبيالة أو الاوراق التجارية ، ويتشابه هذا النوع مع الحواله فى الفقه الاسلامى ، ولذا سنتعرض للحوالة :

- ان فكرة الورقة التجارية لا توجد التزاما سلبيا حالا فى ذمة الموقع على الورقة ، وانما يكون للموقع له علاقة سابقة بينه ، وبين من حرر له الورقة التجارية ، أو ظهرها لتكون أداة لاثبات العلاقة الاصلية بينهما ، غير أن المدين لا يلتزم قبل دائنه المباشر فقط ، بل ينتقل الالتزام الى الحملة المتعاقبين ، وهذا ما سنتوه عنه فيما يلى ، مع بيان موقف الشريعة الاسلامية من حوالة الحق :

Cession Le Créance

ولما كانت الحوالة أيضا لها عظيم الأثر فى علاقة التجار بعضهم البعض ، كما أنها فى عصرنا الحاضر مرتبطة بعقد الصرف ، والتعاملات المالية بين الافراد بعضهم البعض فى داخل المجتمع - فاننا سنتعرض الى تعريفها ، وأدلة شرعيتها ووجه التشابه بينها وبين الكمبيالة ، وذلك فى المباحث التالية :

المبحث الاول

تعريف الحوالة ، وأدلة مشروعيتها

١ - تعريف الحوالة لغة :

الحوالة لغة مأخوذة من النقل ، والتحويل ، وهى تأتى من حول ، بوزن سكر أى بصير بتحويل الأمور ، وهو حول

قلب ، واحتال من الحيلة ـ وأحتال عليه بالدين من الحوالة (١) ٠

١ ـ تعريفها فى الاصطلاح :

أما تعريف الحوالة عند الفقهاء ، فهى على قولين :

(أ) ـ القول الاول /

ذهب الاحناف والشافعية ، والحنابلة فى تعريفهم للحوالة بقولهم بأنها نقل الدين من ذمة الى ذمة (٢) ٠

---

(١) أبى بكر الرازى ـ مختار الصحاح ـ المطبعة الاميرية ـ سنة ١٩٣٧ ـ ص ١٦٤ ٠

٢ ـ داماد أفندى ـ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ـ المجلد الثانى ـ ص ١٤٦ ـ وعرفها صاحب مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٦٧٣ بقوله : « الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة أخرى » ٠

ـ أبى يحى زكريا الانصارى ـ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ـ الجزء الاول ـ ص ٢١٣ ٠

ـ ابن قدامة الحنبلى ـ المغنى ـ الجزء الرابع ـ ص ٥٧٦ ٠

أما ما قاله المالكية فمبنى على أنها أى الحوالة أصل مستقل بنفسه فلا يسلك بها مسلك بيع الدين ـ أنظر أحمد الصاوى ـ بلغة السالك لأقرب المسالك ـ جـ ٢ ص ٦٦٠و٦٦١ ـ والذمة هى وصف شرعى يفترض الشارع وجوده فى الانسان ، ويصير به أهلا للالزام والالتزام أى صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ٠

انظر ـ د/السنهورى ـ مصادر الحق ـ الجزء الاول ـ ص ٢٠ ٠ « انظر نظرية الذمة فى الفقه الاسلامى » للمؤلف السابق ٠

ـ ومن خلال تعريف الذمة السابق ذكره يتضح التوازن بين الحقوق والواجبات من حيث الحل حيث يقرر الامام الغزالى « ان الحل الأموال والابضاع وحرتها أسبابا ظاهرة ـ من نكاح ، وبيع وطلاق وغيره ، وان نصب هذه الاسباب أسبابا للاحكام انما هو بحكم الشرع فهى لا توجب الحكم بذاتها بل بايجاب الله تعالى ـ فهو الذى شرعها ورتب عليها أحكامها » ٠

ـ الغزالى ـ المستصفى من علم الأصول ـ الجزء الاول ص ٩٣و٩٤ ٠

أى من ذمة المحيل الى ذمة المحـال عليه (٣) ٠

(ب) ـ القـول الثانى :

ذهب المـالكية فى قول لهم بأن مفهوم البيع بخصوص الحوالة أنها من قبيل بيع الدين ، فيشترط فيهـا شروط ، غاية الأمر ، أنه رخص فيها جواز بيعه بدين آخر ، وهذا هو القول الاول عندهم (٤) ، والراجح هو القول الاول ـ لاجماع الفقهاء عليه ٠

٣ ـ مشروعية الحوالة :

الحوالة مشروعة بالسنة المشرفة ، واجماع الأمة على جوازهـا ٠

(أ) ـ السـنة :

ما روى عن ابن عمر رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال :

---

(٣)منلا خسرو ـ درر الحكام شرح غرر الاحكام ـ الجـزء الثانى ـ ص ٣٠٨ ٠

ـ وانما خصت بالدين لأنها نقل شرعى ، والدين ، وصف شـرعى يظهر أثره فى المطـالبة ، فالنقل الشرعى جاز أن يؤثر فى الوصف الشرعى كما فى البيـع ٠

(٤) احمد بن الصاوى المـالكى ـ بلغة السـالك لاقرب المسـالك ـ الجزء الثانى ـ ص ٦٦٠ ٠

ـ وهذا القول لا يرجحه الشيخ محمد عرفه الدسوقى أن الحـوالة مأخوذة من التحول والأكثر على أنها رخصة مستثناه من بيـع الديـن بالدين كما قل عياض ٠

ـ انظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ـ طبعة الحلبى ـ الجزء الثـالث ـ ص ٣٢٥ ٠

« مطل الغنى ظلم ، واذا أحيلت على ملىء فاتبعه » (٥) رواه ابن ماجـه (٦) ٠

ويؤكد هذه الرواية ما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ :

« مطل الغنى ظلم ـ واذا اتبع أحدهم على ملىء فليتبع » (٧) ٠

يؤخـذ من هذين الحديثين حل الحوالة ، وجـواز ان يحـال الدائن على شخص ملىء ليتقاضى دينه ـ كما يجوز للشخص ، ان يتحمل الدين عن المـدين ، فقد روى سلمـه بن الأكوع قال : كنا عند النبى ﷺ ـ فأتى بجنازة ، فقالوا يارسول الله صلى الله وعليه وسلم : « قال هل ترك شيئا ؟ فقـالوا لا : فقال : هل عليـه دين ؟ قالوا ثلاث دنانيـر ٠ قال : صلوا على صاحبكم : فقـال أبو قتادة : صلى عليـه

(٥،٦) انظر الشـوكانى ـ ويعلق على هذا الحديث بقـوله حديث ابن عمر اسـناده من سنن ابن ماجـه هكذا حدثنا اسماعيل بن ثوبة حدثنا هشيم عن يونس بن عبيد عن نافع عن ابن عمر فذكره واسماعيل بن ثوبه ، قال ابن أى حاتم صدوق وبقية رجاله رجـال الصحيح ، وقد أخرجه ايضا الترمذى ، وأحمـد ٠

ـ الشوكانى ـ نيل الأوطار ـ الجزء الخامس ـ ص ٢٣٦ ٠

(٧) الصنعانى ـ سبل السلام ـ الجزء الثالث ـ ص ٨٠ ،

ـ الشوكانى ـ نيل الأوطار ـ الجزء الخامس ـ ص ٢٣٦ ـ والحديث متفق عليه رواه الجماعة وفى لفظ لأحمد (ومن أحيل على ملىء فليحتل) ٠

ـ الامام مـالك : تنوير الحوالك ـ شرح على موطأ مالك ـ الجزء الثانى ـ ص ١٦٣و١٦٤ ـ وقد دل الحديث على تحريم مطل الغنى ، وبهذا قال الصنعانى ـ فى سبل السلام ج ٣ ـ ص ٨٠ ٠

ـ وقد نقـل الشـوكانى بأنه هل مطل الغنى كبيره أم لا ؟ فـذهب الجمهور الى أنه موجب للفسـق ٠

ـ أنظر الشوكانى ـ نيل الأوطار ـ الجزء الخامس ـ ص ٢٣٧ ٠

يا رسول الله وعلى دينه فصلى » (٨) ٠

يتضح من هذا الحديث شرعية حوالة الدين ، بحيث اذا أحال المدين الدائن على المحيل عليه ، وقبل تنفيذ المحال به جاز ٠

ويؤكد هذا قول رسول الله ﷺ : « من ترك دينا فعلى » (٩) ٠

(ب) - الاجماع :

فقد نقل الشوكانى - أنه يجب على من أحيل بحقه على ملىء أن يحتال ، والى ذلك ذهب أهل الظاهر ، وأكثر الحنابلة ، وأبو ثور ، وابن جرير ، وحمله الجمهور على الاستجباب ٠

قال الحافظ وهو (من نقل فيه الاجماع (١٠) وأى ان الأمة أجمعت من لدن رسول الله ﷺ : الى يومنا هذا على أنه من أحيل بحق على ملىء فليحتل أى فليحال عليه ٠

٤ - أركان الحوالة :

تعد الحوالة عقدا لا يتم الا بين عاقدين - يلزم أن يكون أحداهما المحتال ، أو المحال ، وذلك لأن الدين حقه ،

---

(٨) ونقل الشوكانى أنه رواه أحمد والبخارى والنسائى ورواه الخمسة الا أا داود هذهب القصة من حديث أبى قتاده - وصححه الترمذى - انظر الشوكاني - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ٢٣٨ ٠
- الصنعانى - سبل السلام - الجزء الثالث - ص ٨١ وما بعدها ٠

(٩) الشوكانى - نيل الأوطار - المرجع السابق - ص ٢٣٩ ٠

(١٠) الشوكانى - نيل الأوطار - الجزء الخامس - ص ٢٣٧ ٠
- وذهب الصنعانى فى شرح الأمر فى فليتبع على وجوب قبول الاحالة وحمله الجمهور على الاستحباب ، ويقرر الصنعانى بقوله : أنه لا يدرى ما الحامل على صرفه من ظاهرة رعلى الوجوب حمله أهل الظاهر ٠

وهو الذى ينتقل بها ، وكذمم متفاوتة ، فلابد من رضاه(١١) وسواء أباشر العقد بنفسه ، أم من خلال نائبه أما اذا تمت المباشرة بواسطة فضولى ، فيتوقف العقد على اجازته ٠ أما العاقد الآخر فاما أن يكون المحال عليه (١٢) ، فان كان هو صحت الحوالة ، ونفذت ، لأن المحتال عليه يلزمه الدين ، ولا لزوم بدون التزامه (١٣) ٠

ولم نقل أن العاقد الآخر هو المحيل ، وذلك لان الحوالة تصح بدون رضاه (١٤) ، وذهب الشافعية الى أنه لابد من رضا المحيل ، والمحتال ، مخالفين بذلك رأى الحنفية ، لأنهما العاقدان فالحوالة بيع دين بدين جوازا للحاجة ، لا رضا المحال عليه لأنه محل الحق (١٥) ، وقد وافق على ذلك المالكية (١٦) ، والحنابله (١٧) ٠

---

(١١) أنظر سبل السلام - ج ٣ - ص ٨٠ ٠

- داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر - المجلد الثانى - ص ١٤٦ ٠

(١٢) فقد عرفته مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٦٧٦ بقولها : « المحال عليه هو الذى قبل على نفسه الحواله » ٠

(١٣،١٤) المرغينانى - الهداية - ج ٣ - ص ٩٩ ٠

(١٥) أبن يحيى زكريا الانصارى - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب - الجزء الاول - ص ٢١٣ ٠

- الشيرازى - المهذب - الجزء الاول - ص ٣٣٨ ٠

(١٦) أحمد بن محمد الصاوى المالكى - بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير - ج ٢ - ص ٦٦١ ٠

- ويقرر المالكية ان أركان الحوالة خمسة محيل وهو من عليه دين ومحال وهو من له الدين ومحال عليه وهو من عليه دين مماثل للمدين الأول ، ومحال به وهو الدين المماثل وصيغة تدل على التحول ، والانتقال - أما شروط العقد عندهما رضا المحيل والمحال فقط ٠

(١٧) منصور البهوتى - الروض المربع شرح زاد المستقنع - الجزء الثانى - ص ١٩٣ ٠

والرآى الذى أرجحه أنه لابد من رضا المحتال باتفاق، والمحتال عليه لتكون الحوالة صحيحة ٠

نخلص من هذا أن أركان الحوالة الايجـاب ، والقبول من المحتال ، ومن باشر معه العقد ٠

٥ ـ أنواع الحوالة :

الحوالة تتنوع ـ فقد تكون أما مطلقة ، واما مقيدة ، فالمقيدة : اذا قيدت الحوالة بالدين ، أو الوديعة أو الغصب لا يطالب المحيل المحتال عليه ، أو عنده (١٨) ٠

وحكم الحوالة المقيدة فى هذه الجملة ، أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليـه لأنه تعلق به حق المحتال على مثـال الرهن (١٩) أما الحوالة المطلقة فقد عرفها منلا خسرو الحنفى بقوله : المطلقة فهى ان يرسلها أرسالا لا يقيدها بدين له على المحال عليه ، ولا بعين له فى يده (٢٠) ٠

---

(١٨) داماد أفندى ـ مجمع الانهر شـرح ملتقى الأبحر ـ المجـلد الثانى ـ ص ١٤٩ ، ـ المرغينانى ـ الهداية ـ جـ٣ ـ ص ١٠٠ ٠

ـ وقد عرفتها مجلة الاحكـام العدليـة فى المـدة ٦٧٨ بقولهـا : « الحوالة المقيدة : هى الحوالة التى قيـدت بأن تعطى من مال المحيـل الذى هو فى ذمـة المحتال عليه أى فى يده » ٠

(١٩) المرغينانى ـ الهداية ـ الجزء الثالث ـ ص ١٠٠ ٠

ـ منلا خسرو ـ درر الحكام شرح غرر الاحكام ـ الجزء ٢ ـ ص ٣٠٩

(٢٠) منلا خسرو ـ درر الحكام شرح غرر الاحكام ـ جـ٢ ص ٣٠٩

ـ داماد أفندى ـ مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ـ المجلد الثانى ـ ص ١٤٩ ٠

ـ المرغينانى ـ الهداية ـ جـ٣ ـ ص ١٠٠ ٠

ـ وعرفها مجلة الاحكام العدلية فى المـادة ٦٧٩ بقوله « الحوالة المطلقة : هى التى لم تقيد بأن تعطى من مال المحيل الذى هو عند المحـال عليـه » ٠

وبذلك ان لم تقيد الحوالة بشيء من المذكورات سلفا ، فله أى للمحيل المطالبة من المحتال بالعين ، أو الدين ، ويقدر المحتال عليه أن يدفعها المحيل ، اذ لا تعلق لحق المحتال بما عنده ، أو عليه ، بل حقه فى ذمة المحتال عليه ، وفى ذمته سعة ، فغاية ما يجب على المحتال عليه أداء دين المحتال من مال نفسه (٢١) .

المبحث الثانى

وجه الشبه بين الحوالة والكمبيالة

١ - تمهيد :

لما كانت المعاملات المالية فى الشريعة الاسلامية تشتمل على مبادلة الاموال ، والمنافع بين الناس بواسطة العقود ، فقد اهتمت الشريعة الاسلامية بالمعاملات المالية ، واسباب الملكية ، وكيفية انتزاعها ومداياناتها ، وأما الأخيرة فهى محل حديثنا حيث ، أوجب الله سبحانه وتعالى كتابة الديون المؤجلة ، وهذا بقوله عز وجل :

« يا أيها الذين أمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فأكتبوه .. الخ » (٢٢) .

ويقول البيضاوى فى تفسير هذه الآية : اذا داين بعضكم بعضا تقول : داينته اذا عاملته نسئية معطيا ، أو آخذا ، وفائدة ذكر الدين ان لايتوهم من التداين المجازاة ، ويعلم تنوعه الى المؤجل ، والحال ، وانه الباعث على الكتابه ، ويكون مرجع الضمير فاكتبوه الى أجل مسمى معلوم بالايام والأشهر (٢٣) .

---

(٢١) داماد أفندى - مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر - المرجع السابق - ص ١٤٩ .

(٢٢) سورة البقرة - آية رقم ٢٨٢ .

(٢٣) القاضى البيضاوى فى تفسيره - الجزء الأول - المرجع السابق - ص ١٨٧ .

ومن هنـــا كانت مشروعية الكتابة من خـلال القرآن المجـيد ، حيث انهـا تعد وظيفة للتعـبير عن ارادة طرفى التعاقد ، لأن أحرف التعبير فى الفقه الاسلامى ذات قـدرة خلاقة ، فاليها يعزى أحداث الأثر ٠

ولمـا كانت الكمبيالة كدين مؤجل تتشابه مع الحوالة كدين مؤجل ، أيضا عقدنا هذا البحث لدراسة أوجه الشبه بينهما ٠

٢ ـ الكتـابة فى الكمبيالة والحوالة :

لقد ذهبت الشريعة الاسلامية الى طلب الكتابة فى كل دين مؤجل ، ولا يكتفى بالكتابة بل تستوجب الشريعة بجانب الكتابة ضرورة اشهاد شـاهدين من الرجـال ، وفى بعض الأحيـان تقبل شهادة ، اذا لـم يتوافر رجـلان ، فرجـل وامرتان ، وهذا يعد من جانب الشريعة الاسلامية احتياطا درءا للمنازعـة ٠

وهذا سبق لم تصل اليه أى من التشريعات الوضعية ووجه الشبه بين الكمبيالة والحوالة فى الشريعة الاسلامية (هو بينهما عموم ، وخصوص وجهى) ٠

حيث ان الحوالة هى أعم من الكمبيـــالة ، فالساحب فى الكمبيالة يقـابله فى الحـوالة المحيل ، وكذا المحـال له يقـابله المستفيد ، والمحال عليه يقابله فى الكمبيالة المسحوب عليه ، والقيمة فى الكمبيالة يقابلها المحال به ٠

واذا كانت الحوالة تنشأ برضا المحيل ، والمحال له ، ولا حاجة لرضا المحال عليه ، فالكمبيالة كذلك تنشأ برضا الساحب والمستفيد ولا حاجة لرضا المسحوب عليه ٠

ـ وجه الاختلاف بين الحوالة والكمبيالة :

١ ـ لابد فى الكمبيالة أن يكتب فيها بيانات محددة نص عليهـا القانون على سبيل الحصـر ، وهى البيانات التى

أوردتها المادة ١٠٥ تجارى ، وهى تاريخ سحب الكمبيالات، والمبلغ المطلوب دفعه واسم المسحوب عليه ، ميعاد دفعها ، مكان الدفع ، ذكر وصول القيمة ، اسم المستفيد شرط الأذن، أو أنها لحاملها ، أو امضاء الساحب (٢٤) ٠

٢ - أنه فى حوالة الحق يلزم ، أن يكون المحيل دائنا للمدين المحال عليه (٢٥) ، ولا يلزم ، ولا يشترط فى الكمبيالة ان يكون الساحب دائنا للمسحوب عليه وخاصة نشأة الكمبيالة ٠

٣ - أما بصدد تظهير الكمبيالة ، فلا مثيل له فى الشريعة الاسلامية ، كما ان قاعدة تظهير الدفوع (٢٦) لا تعارض بينها وبين عموم الاحكام فى الشريعة الاسلامية ٠

---

(٢٤) ملحوظة : واذا كانت الكمبيالة تحتاج فى القانون الى هذه البيانات - فان الشريعة لا تمنع أن تكون هذه البيانات فى الكمبيالة - فليس هناك خلاف فى هذا ما لم يرد مانع وهو ذلك الوصف الشرعى الذى يقتضى وجوده ، عدم غير من حكم أو سبب ٠

- عبد الجليل القرنشاوى والحسينى الشيخ - مدخل الفقه الاسلامى - الطبعة الأولى - ص ١٤١ ٠

- مثال ان تحرر الكمبيالة على توريد خنزير أو خمر ودم (أو غير ذلك من الأموال غير المتقومة) أو على فوائد ديون مما نهى عنها المشرع ٠

(٢٥) فان الناظر الى حديث رسول الله ﷺ بقوله :

« مطل الغنى ظلم ومن أحيل على ملىء فليتبع »

- وهذا الحديث يشتمل على نوعى الحوالة المتعارف عليهما فى القانون - وحوالة الحق : عبارة عن اتفاق بين المحيل ، والمحال له على نقل حق المحيل ، الذى فى ذمة المحال عليه الى المحال له ٠

(٢٦) ويقصد بتطهير الدفوع أى أن الورقة التجارية اذا ظهرت من موقع الى آخر فانها تنتقل الى هذا الأخير مطهرة ، مما كان يشوبها من عيوب ، ما دام هذا الأخير حسن النية ٠

- انظر - د / سعيد يحيى - الأوراق التجارية - فى النظام التجارى السعودى - سنة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م - ص ١٠ وما بعدها ٠

٤ - ان قبول الكمبيالة من قبل المسحوب عليه ، وذلك قبل ميعاد الاستحقاق يعنى التزام المسحوب عليه بالوفاء(٢٧) ولذا يلزم التأشير عليها بالقبول (٢٨) كما لا يجوز القابل - للكمبيالة ، ولا لمن ضمنه ضمانا احتياطيا ، ان يتمسك ضد حاملها السليم النية ، بأوجه دفاع شخصية ٠

- وبالعكس تماما ، فان قبول المحال عليه لا يبرىء المحيل ، وهذا هو ما ذهب اليه زفر من فقهاء الحنفية (٢٩) ، حيث أن نقل الدين فى الحوالة نقل حكمى ، والدين وصف حكمى يثبت فى الذمة ، فجاز نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، ولا يعنى هذا أن ذمته خالية من الدين ولكن قصد بذلك التوثيق ، ومن هنا يتضح مدى الخلاف بين القبول من قبل المسحوب عليه فى الكمبيالة وقبول المحال عليه من قبل المحيل فى الحوالة ٠

---

(٢٧) انظر حكم محكمة استئناف القاهرة - الدائرة التاسعة التجارية - ١٩٥٨/١٠/٢٨ - رقم ١٩٠ سنة ٧٥ ق ٠

- عبد المعين لطفى جمعه - موسوعة القضاء فى المواد التجارية ص ٧٨٤ ٠

(٢٨) انظر حكم محكمة الاسكندرية الكلية فى ١٩٤٠/٣/٣٠ - المحاماة - السنة ٢٠ - ص ٩٨٣ رقم ٤٠٦ والذى نص فيه على انه يجب أن يثبت بالكمبيالة قبول المسحوب عليه ، أو الاطلاع عليها بالقبول أو الرفض ، وتلك البيانات عن الكمبيالة ، يجب أن تثبت بورقة مستقلة عن نص البروتستو لان البروتستو أعد لاثبات الصور ٠

(٢٩) الزيلعى - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق - الجزء الرابع - ص ١٧١ ٠

- داماد أفندى - مجمع الأنهر شرح ملتقى الابحر - المجلد الثانى - ص ١٤٦و١٤٧ ٠

- منلا خسرو - درر الحكام شرح غرر الاحكام - الجزء الثانى - ص ٣٠٨ ٠

٥ - ويعد مقابل الوفاء فى كل من الحوالة ، والكمبيالة شرط انعقاد لكل منهما ، فلا بد من مديونية المحال عليه للمحيل (٣٠) ، وكذا أيضا الساحب للمسحوب عليه .

ومن خلال ما سلف يتضح أوجه الشبه والاختلاف بين كل من الحوالة ، والكمبيالة ، بحيث نجد ان الشريعة الاسلامية ، كان لها قصب السبق فى معرفة حوالة الحق ، التى تعتبر - المصدر التاريخى للاوراق التجارية ، وعلى الأخص الكمبيالة .

المبحث الثالث

الاساس القانونى لقواعد الصرف

١ - تمهيد :

قبل أن أشرع فى بيان الاساس القانونى لقواعد الصرف ، يلزم أن أبين بلمحة سريعة عن الاشتراطات الموضوعية اللازمة لصحة الالتزام الصرفى باعتباره التزاما اراديا ، فيلزم لصحته توافر جميع الشروط القانونية الواجب توافرها لصحة الالتزام الارادى من الرضا والأهلية والمحل والسبب (٣١) .

---

(٣٠) منصور البهوتى - شرح منتهى الارادات - ص ٢٥٦ .

- ابن قدامة الحنبلى - المغنى - الجزء الرابع - ص ٥٨٣ .

(٣١) د/عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - الجزء الثانى (نظرية الالتزام وجه عام - المجلد الاول - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - سنة ١٩٨٢ - ص ٩ .

- د/ سعيد يحى - الأوراق التجارية - فى النظام السعودى - المكتب العربى الحديث - سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م - ص ٢٧ .

والالتزام الارادى يتفق مع الالتزام ، الذى ينشأ عن التوقيع على الورقة التجارية هو الالتزام الصرفى (٣٢) ٠

كما يجد الباحث فى ثنايا الأسس التى يقوم عليها قانون الصرف تلك الاشتراطات التى ترد فى الالتزام الارادى ولذا سنضعها موضع البحث عندما نعرض الاسس العامة ، التى تهدف الى أداء الورقة التجارية لوظيفتها على الوجه الأكمل ، وسنعرض لذلك فيما يلى ٠

٢ - الفرق بين نوعى الالتزام :

ان الالتزام الصرفى ينشأ عن علاقات سابقة عليه ، وهذا بخلاف غيره من الالتزامات ، وقد أوجدت نظرية لهذا مؤداها أن الاوراق التجارية لا تنشىء التزاما جديدا يكو نناتجا عن التوقيع على الورقة التجارية (٣٣) ، ومنشأ الالتزام هنا من قبل الموقع ، هو قصد أفراغ هذا الالتزام فى الورقة التجارية ممثلا فى التوقيع على الورقة ، أو تظهيرها ، وبذا لا يكون المدين ملتزما قبل دائنه المباشر فحسب ، وانما

---

(٣٢) د/ محسن شفيق - القانون التجارى المصرى - الأوراق التجارية - الطبعة الأولى - مطبعة معهد دون بوسكو - سنة ١٩٥٤ - ص ١٣٠٩ ٠

- د/ محسن شفيق - الوسيط فى القانون التجارى المصرى - العقود التجارية - الاوراق التجارية - مطبعة لجنة البيان العربى - الطبعة الثانية - سنة ١٩٥٧ - الجزء الثانى - ص ٢٠٥ وما بعدها ٠

(٣٣) أنظر حكم محكمة النقض فى ١٩٤٦/٥/٢ طعن رقم ٧٦ سنة ١٥ ق - السنة ٢٠ ، ٧٠٨ رقم ٢٧١ ٠

- وقد نص هذا الحكم على ما يلى :

« الشيك هو عبارة عن سند مستحق الأداء بعد الاطلاع عليه وله مقابل وفاء » - ويقصد من الاستدلال بهذا أن محرر الشيك يكون دائنا للمسحوب عليه ومدينا للمستفيد ، فمن هنا يتضح وجود العلاقة السابقة بين المحرر ، والمسحوب عليه ، وكذا فى باقى الأوراق التجارية ٠

يتم انتقال الالتزام الى حملة الورقة المتعاقبين ، وينتقل هذا الالتزام - مطهرا من كافة الدفوع (٣٤) بحيث يمتنع على هذا الأخير التمسك فى مواجهته بالدفوع ، التى يمكن ان توجه الى الدائن المباشر ، ولم يجد الفقهاء الفرنسيون تفسيرا مقبولا لتطهير الالتزام من الدفوع ، واقترحوا لذلك العديد من النظريات منها نظرية الحوالة (٣٥) ٠

ونظرية الوكالة ، ونظرية الانابة ، والاشتراط لصالح الغير ، وقد بذل الفقهاء الفرنسيون الكثير من الجهد ، ولكنهم لم يصلوا الى نتائج مقبولة ، بسبب أنهم حاولوا اسناد الالتزام الصرفى الى الارادة سواء باتجاههم الى الارادة المزدوجة العقد ، أم الارادة المنفردة - مما حدا بالفقهاء المحدثين الى فكرة الالتزام القانونى Obligation Légale ويعيب النظريات المنبثقة عن فكرة الالتزام القانونى انها استبعدت دور الارادة فى الالتزام الصرفى ، وهذا وضع لا يتمشى مع الواقع ، فاذا كان صحيحا أن دور الارادة غير واضح فى الالتزام المدين ، وان كانت الارادة تعد مصدرا لالتزام المدين ، وذلك قبل دائنه المباشر ٠

---

(٣٤) انظر حكم محكمة استئناف مصر فى ١٩٣٠/٣/٦ - المحاماة - السنة ١٠ ص ٨٥٧ رقم ٤٣١ بالنص على أنه :

« لا يجوز للمدين أن يدفع قبل المحول اليه بالدفوع التى كان له أن يدفع بها قبل دائنه الأصلى متى كان الدين ثابتا بسند تحت الأذن أو كمبيالة تحولت عن طريق التظهير القانونى » ٠

(٣٥) أنظر فى الدفاع عن هذه النظرية Esmein فى مقالة بعنوان

Etude sur le régime Juridique des titrees á ordres et au Porteur et en Portieulier l'Inopposabilité Ies exceptions'

- ومنشور فى مجلة Rev Trim de droit civil سنة ١٩٢١

وأنظر أيضا Au ahl رقم ١٩٣١ ٠

وقد وقف مؤتمر جنيف (٣٦) ، ولم يحاول تغليب أحد النظريات على الأخرى ، وانما نظر للاسس العملية فى الكمبيالة والتسيك ، والسند للأمر ، وهى التى ستكون محل النظر فى هذا البحث ، وتقوم هذه الاسس على أحكام تمدن الورقة ، التجارية من أداء وظيفتها على الوجه الاكمل، وسنعرض لذلك عرضا سريعا لهذه الأسس ٠

٣ - الشـــكلية :

لقد تكفل الشارع بتصميم شكل الورقة التجارية (٣٧)، لذا فقد نص على البيانات الواجب ذكرها فيها لينتج عنها تحديد دقيق للحق ، الذى تتضمنه الورقة التجارية ، مع تعيين - المدين ، والدائن ، ومبلغه ، وتاريخ نشأته ، وتاريخ الاستحقاق ٠

وذلك بقصد اظهار الارادة (٣٨) ، وتوضيحها ، وجعل اغفال أى بيان من هذه البيانات مؤديا الى فقدان الورقة

---

(٣٦) د/ محسن شفيق - المرجع السابق - الأوراق التجارية - ص ١٠٧٧ ٠

(٣٧) انظر الدكتور / على البارودى - بتعريفه الأوراق التجارية محررات مكتوبة وفقا لاوضاع شكلية وبيانات يحددها القانون - فى القانون التجارى اللبنانى - الجزء الاول - ص ٧٢ ٠

(٣٨) ولا تمنع الشريعة الاسلامية طالما كان المقصد اظهار الارادة لينتج عنها الحكم الشرعى - واظهار الارادة يكون باستخدام كافة طرق التعبير عن الارادة - انظر - د/ وحيد الدين سوار - التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى - الطبعة الأولى - سنة ١٣٧٩هـ - ١٩٦٥م - ص ٣٧ وما بعدها ٠

- كما أوجبت محكمة الاستئناف - أن الكمبيالة والسند الاذنى التجارى يقتضى الأمر فيهما اشتراكهما معا فى ان تكون الورقة التجارية غير مبهمة يتبين بها تاريخ التحرير ، واسم الموقع المدين (وهو =

صفتها ، واعتبار الحق ، الذى تتضمنه الورقة من طبيعة مدنية ، أى تنطبق عليها الشريعة العامة ٠

لذا جاءت المادة ١٠٥ تجارى تبين ، وتوضح البيانات الواجب توافرها فى الكمبيالة ، وذلك تحت عنوان فى صورة الكمبيالات ٠

وان الشارع قد أوضح وجوب الشكلية ، ولكنها ليست مقصودة لذاتها ، ولكنها تهدف الى رعاية مقصد آخر ، وهو كفاية الورقة بذاتها لتقرير الالتزام ، بحيث لا يحتاج الأمر الى ورقة آخرى (٣٩) تلصق بها ٠

=

ساحب الكمبيالة) واسم المدائن المأذون له (وهو المسحوب له فى الكمبيالة) ، وذكر الزمان ومكان الوفاء ، وان القيمة وصلت نقدا ، وان الورقة ٠ بطبيعتها تكون قابلة للتحويل ، والتظهير ، والتداول وتختص الكمبيالة بذكر اسم المسحوب عليه ، ووجود مقابل عند المسحوب عليه وقت الاستحقاق ٠

ـ (محكمة الاستئناف فى ١٩١٢/١٢/٢٦ ـ المجموعة الرسمية السنة ٢٠ ـ ص ٩٨٣ ـ رقم ٤٠٦ ٠

(٣٩) د/ على يونس ـ الاوراق التجارية ـ دار الحمامى للطباعة ـ سنة ١٩٦٥ ـ ص ١٨ ٠

ـ أما موقف الشريعة الاسلامية من الشكلية فى المعاملات ، فهى جائزة منعا للنزاع ، والخصومات بين الناس ، وعلى هذا لو قال انسان، أبيعك ثوبا من عندى ، ولا يصح للجهل بالجنس ، والصفه ، واشترى منك سلعة بثمن ، ولم يحدده ، ولذا نجد الشارع حرم بيع الغرر ، وهو الجهالة فى الثمن أو المثمن ، أو هما معا أو الجهالة بأجل الدين ، ففى الحديث « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر والمنابذة والملامسة » وذلك خشية المنازعات ٠

ـ انظر الشوكانى ـ نيل الأطار ـ الجزء الخامس ـ ص ١٤٩و١٥٠ ٠

ـ يستشف من هذا ان الشكلية تجب فى الشريعة الاسلامية يقصد منع النزاع ٠

كمـا ان الشكلية الواجبة فى الورقة التجارية لا يجوز اثباتها بالبينة ، حتى ولو وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (٤٠) ، أو وجد مانع من الوصول الى الورقة التجارية كقوة قاهرة تقف حيال الوصول اليها ٠

٤ ـ استقلال التوقيعات فى الورقة :

Principe de l' independence des signatures

يلتزم كل موقع على الورقة التجارية بالوفاء بقيمتها على سبيل الاستقلال ، وذلك فى ميعـاد الاستحقاق ، متى تخلف عن ذلك المـدين الاصلى ، وبعد توقيع كل من وقـع على الورقة ملتزما التزاما مسـتقلا عن باقى الموقعين ، واذا حدث وكان أحـد الموقعين يشوب التزامه أى عيب من عيوب عدم الرضا ٠ يكون نتيجة ذلك ان زاحمته ارادة معينة بسبب غلط ، أو تدليس ، أو اكراه ، فلا يعنى هذا عدم وجود الارادة، ولكنها ارادة مريضـة (٤١) ٠

أما الجزاء الناتج عن ذلك العيب دعم الالتزام بالوفاء ، وكـذا أيضا اذا شاب التوقيع انعـدام مشروعيته بسبب الالتزام لا يطالب من وقع بالوفاء ، ولكن هذا لا يؤثـر على باقى التوقيعات ، التى لا يشوبها أى عيب (٤٢) ٠

---

(٤٠) الدكتور/السنهورى ـ فى الوسيط ـ الجزء الثانى ـ بنـد ٢٤٢ ـ ص ٤٦٩ ٠

(٤١) د/وحيد الدين سوار ـ التعبير عن الارادة ـ رسالة دكتوراه ـ الطبعة الأولى ـ المرجع السابق ـ ص ٤٤٣ ٠

(٤٢) د/محسن شفيق ـ الوسـيط فى القانون التجـارى ـ الجزء الثانى ـ ص ٢٠٧ ٠

ـ د/ على جمـال الدين عوض ـ القانون التجـارى ـ طبعة سنة ١٩٧٥ ـ ص ٢٠٢ ٠

ـ د/ سميحة القليوبى ـ الموجز فى القانون التجارى ـ ص٢٥١ ٠

ـ حيث ان بطـلان الالتزام الناشىء عن عيب من عيـوب الارادة لا ينسحب على باقى الموقعين على الورقة التجارية ٠

ويؤكد هذا المعنى ما نصت عليه المادة ١١٠ من التقنين - التجارى المصرى ، وينتج عن قاعدة هامة ، وهى قاعدة تطهير الدفوع .

٥ - قهر المدين :

نجد الشارع قد تعمد فى الورقة التجارية أخذ المدين بالقسوة والقهر ، وذلك بقصد احترامه لتعهداته ، وعدم اخلاله بالتزاماته ، كما ألزم الدائن بتقديم الورقة التجارية فى يوم الاستحقاق بذاته ، كما وضع قواعد تبين امتناع المدين عن الوفاء ، مما يؤدى الى تحرير بروتستو (٤٣) ، وسريان فوائد الدين من ذلك اليوم ، وهذا وفقا لما نصت عليه المادة ١٦١و١٦٢ من التقنين التجارى ، كما أجاز العرف أنه يمكن نشر اسماء المدينين ، الذين يمتنعون عن الدفع وذلك بقصد التشهير بهم وبأئتمانهم .

٦ - حق الحامل :

يلزم لكى تأخذ الورقة التجارية مكانتها فى المعاملات التجارية بين الناس أن يجد الحامل حماية لحقوقه ، ولا يتم ذلك الا اذا قامت الورقة التجارية بوظيفتها وفاء (٤٤) ،

---

(٤٣) انظر حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية بقولها : « ان السندات التجارية التى تحت الاذن يسرى عليها كل ما اشترطه القانون التجارى بالنسبة الى الكمبيالات ، كما تقرر فى المادة ١٦٩ من قانون التجارة بسقوط حق حامل الكمبيالة قبل المحيلين فى المطالبة ء نعدم القيام بعمل البروتستو لعدم الدفع فى المواعيد » .

(محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ١٩٢٤/٦/٢٤ - المحاماة - السنة - ص ١٢٧ - رقم ١٢٤) .

(٤٤) التعريف بالشيك كأداة وفاء - انظر حكم محكمة النقض بقوله « الشيك هو عبارة عن سند مستحق الاداء بعد الاطلاع عليه وله مقابل وفاء » .

- محكمة النقض فى ١٩٤٦/٥/٢ - طعن رقم ٧٦ سنة ١٥ ق - السنة ٢٠ - ص ٧٠٨ رقم ٢٧١ .

=

وائتمان بحيث يطمئن الحامل على هذا الحق ، ورسوخه ٠ مما يدفعه الى قبول الورقة كوسيلة للوفاء كما يرضى بمنح الائتمان للآخرين عن طيب خاطر ، ولولا هذا لما قامت الحياة التجارية ، ولتعطلت المعاملات فى السوق ، والتى تتطلب السرعة فى الانجاز ، وبجانب ذلك أجاز المشرع تقديم الكمبيالة للقبول ، مما يؤدى الى ملكية مقابل الوفاء (٤٥) ٠

=

- عبد المعين لطفى جمعه - موسوعة القضاء فى المواد التجارية - ص ٧٨٩ ٠

- انظر حكم محكمة استئناف القاهرة بقولها : « ان عبارة الاوراق التجارية انما تطلق على الكمبيالات والسندات الاذنية ، والتى لحاملها والشيكات التى تقوم مقام النقود فى الوفاء بسبب سهولة تداولها » ٠

- راجع شرح القانون التجارى - للاستاذ / محمد صالح جـ٢ البند ١ - محكمة استئناف القاهرة - الدائرة التاسعة التجارية ٢٨/٦/ ١٩٥٦ - رقم ٧٥٥ سنة ٧٢ ق ٠

(٤٥) وقد اعترف القانون الفرنسى الصادر فى ٨ فبراير سنة ١٩٢٢ - الذى اعترف للحامل بالملكية على مقابل الوفاء ، وقد عالج القانون التجارى ذلك فى المواد من ١١١ - ١١٦ - وبجانب ذلك العرف والفقه والقضاء المصرى ، مما لم ينص عليه فى التشريع ٠

- وقد اعترف فى اسكتلندا على اعتبار المقابل - ملكا للحامل فابقى على هذا العرف فى (المادة ١٥٣ من قانون الاوراق التجارية) وحرصا على حقوق الحامل جعل الملتزمين فى الورقة التجارية ضامنين للوفاء ، كما حصن الحال من الدفوع التى لا علم بها ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٧ فى قانون جنيف الموحد بقولها : « ليس لمن أقيمت عليهم الدعوى بكمبيالة أن يحتجوا على حاملها بأوجه الدفع المبينة على علاقاتهم الشخصية بساحبها أوبحامليها السابقين ، ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله عليها اضرارا لمين » ٠

á moins que, en acquérant la lettre, il - le Porteur — n' oit agi Sciemment au débriment du débiteur

٧ - التوازن فى الحقوق :

لقد حمى المشرع حق الحامل بسياج من الضمانات حوله ، وبجانب هذا حاول أن يحمى الضامنين ، فوضع للحامل وقتا قصيرا لتحرير البروتستو ، وأقامة الدعوى (٤٦) وذلك من أجل الا يتمادى فى ارهاق الضامنين ، وقد رتب على فوات هذه المواعيد اعتبار الحامل مهملا négligent مما يترتب بعلى ذلك سقوط حقه فى الرجوع على الضامنين، ولا يتسنى له الا الرجوع على المدين الأصلى فى الصك ٠

٨ - التقادم الصرفى (٤٧) :

لقد خص المشرع المصرى التقادم بنص المادة ١٩٤ من القانون التجارى بقوله :

---

(٤٦) انظر حكم محكمة الاسكندرية بقولها .

« ان السندات التجارية التى تحت الاذن يسرى ، عليها كل ما اشترطه القانون التجارى بالنسبة الى الكمبيالات ، كما تقرر فى المادة ١٦٩ من قانون التجارة بسقوط حق حامل الكمبيالة قبل المحيلين فى المطالبة عند عدم القيام بعمل البروتستو لعدم الدفع فى المواعيد » ٠

- محكمة الاسكندرية فى ١٩٢٤/٦/٢٤ - المحاماه - السنة ٥ ص ١٢٧ رقم ١٢٤ ٠

(٤٧) انظر ما يلى فى هذا الموضوع :

Kerm : La prescription en matiére d'effets de commerce, Thése - Poitiers 1902.

- وقد عرف التقادم فى القانون الرومانى بأنه (التقادم طريق لاكتساب الملكية يقوم أساسا على الحيازة الطويلة مدة يحددها القانون ٠ ولا يطبق الا على الملكية الرومانية ٠

- انظر الدكتور : محمد عبد الجواد محمد - الحيازة والتقادم فى الفقه الاسلامى - منشأة المعارف بالاسكندرية - سنة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م ص ٣٨ ٠

« كل دعوى متعلقة بالكمبيالات أو بالسندات ، التى تحت اذن ، وتعتبر عملا تجاريا أو بالسندات التى لحاملها ، أو بالأوراق - المتضمنة أمرا بالدفع ، أو بالحوالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها ، وغيرها من الاوراق المحررة لاعمال تجارية يسقط الحق فى اقامتها بمضى خمس سنين ، اعتبارا من اليوم التالى ليوم طول ميعاد الدفع ... الخ »

وقد نقل المشرع المصرى هذا النص من المجموعة التجارية الفرنسية الصادرة ١٨٠٧ فى المادة ١٨٩ ، ويجدر بى ذكر النص لكى يبرز الفرق بين النصين فى الصيانة :

Toutes actions rélatives lettres des change, et á ceux des billets á ordre souscrits par des negociants marchands ou banquiers ou pouur faits de commerce, Se prescrivent Parcing ans, á compter du jur du Prôtét ou de la derniére powrsuite jwridique, S' il n' y a eu condomnation, ou si la dette n' a été reconnue pour acte se poure Neanmoins les prétendus débiteurs seront tenus s' ils en sont requis d'affirmer, sous serment, qu' ils ne sont plus redevocbles; et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, qué ils estiment de lionne foi qu' iln' est plus rien dú.

وجه الخلاف بين النصين :

قصر النص الفرنسى على الدعاوى المتعلقة بالكمبيالة ، والسند للأمر ، متى كانت محررة بصدد عمل تجارى ، وسكت النص على الشيك ، ولكن الشارع المصرى لاحظ ، ولم يرد أن يقع فى مثل ما وقع فيه المشرع الفرنسى ،فحسم هذا بنص المادة ١٩٤ تجارى مصرى والسالف ذكرها ، ومن ثنايا هذا النص يتضح ان الشيك يدخل من ضمن الدعاوى المتعلقة بالكمبيالات ، والسندات وانما اطلق ذلك بصدد الأوراق المحررة لأعمال تجارية ، واتصف النص المصرى بعمومه ،

وانما كان النص الفرنسى ـ دقيقا ففى حالة وفاة المدين يتم توجيه اليمين الى ورثته أو خلفائه (ayants — cause) ٠

وكان تعبير النص المصرى بقوله كل من يقوم مقامه ويعد هذا اسرافا من جانبه فى العموم ، وعدم دقة فى اختيار الالفاظ ٠

نطاق التقادم الصرفى :

ان الاصل فى التقادم بصدد جميع الالتزامات ، سواء أكانت مدنية ، أم تجارية هو خمس عشرة سنة ، ولا يتقادم الالتزام باقصر من هذا وفقا لما نصت عليه المادة ٣٧٤ مدنى الا اذا وجد نص خاص اذن بعد التقادم الخمسى (٤٨) استثناء من القواعد العامة ، فلا يتوسع فيه ، وطالما كان الوضع كذلك ، فلا يتوسع فى تفسير النصوص ، بل يجب قصر النص على الحالات التى يشملها ، فاذا نص فى المادة ١٩٤ تجارى على تقادم قصير مدته خمس سنوات (٤٩) ،

---

(٤٨) انظر حكم محكمة الاستئناف المختلطة بقولها :

« لا ينطبق الخمسى الا على الاوراق الصادرة من تاجر أو لغرض تجارى ... الخ » ٠

ـ محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٩٢٨/١١/٧ ـ المحاماة ـ السنة ٩ ص ٤٥٣ رقم ٢٦٤ ٠

(٤٩) انظر حكم محكمة الموسكى بأنه :

« الاوراق التجارية المقصودة فى المادة ١٩٤ تجارى هى الاوراق التى يتداولها التجار فيما بينهم كما يتداولون أوراق النقد ، وليس هذا شأن الفواتير المحررة من تاجر لتاجر ، واذن فمدة تقادم الفواتير التجارية هى خمسة عشر عاما لا خمسة أعوام » ٠

(محكمة الموسكى الجزئية فى ١٩٣٨/٥/٢٩ ـ المحاماة السنة ٢٠ ـ ص ١٠٢٦ رقم ٤١٨ ،وايضا حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة الثامنة التجارية ١٩٥٥/١٠/٣١ رقم ٢٢٣ سنة ٧٢ ق ٠

فيلزم ان ينظر اليه بوصفه استثناء ، والمدقق فى هذا النص يجده يقصر التقادم الخمسى على بعض الدعاوى المتعلقة بنوع معين من الاوراق ٠

(أ) ـ موقف الشريعة من التقادم :

لا تفرق الشريعة الاسلامية بين التقادم المكسب ، والتقادم المقسط (٥٠) ، وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٤٨ و١٢٥٣ من مجلة الاحكام العدلية ، وما أورده ابن عاصم من المالكية : تحت عنوان فصل فى حكم الحوز:

والاجنبى ان يحز أصلا بحق : عشر سنين فالتمالك استحق
وانقطعت حجة مدعية : مع الحضور خصام فيه
الا اذا اثبتت حوزا يالكرا : أو ما يضاهيه فلن يعتبر
والاقربون حوزهم مختلف : بحسب اعتمارهم يختلف

وكذا أورد صاحب رسالة ابن ابى زايد القيروانى بقوله :

« ومن حاز دارا على حاضر عشر سنين ، تنسب اليه ، وصاحبها حاضر ، عالم لا يدعى شيئا ، فلا قيام له » (٥١) ٠

وقد تضاربت أقوال فقهاء المالكية تضاربا بينا فى عدد سنين التقدم المؤدى الى عدم سماع الدعوى ، وسأكتفى بهذا القدر فى التقادم مبينا ان الشريعة الاسلامية عرفت التقادم بانواعه ، وكان لها قصب السبق فى ذلك عن ما عداها من التشريعات الوضعية ٠

---

(٥٠) وتفصل القوانين فى الغالب بين التقادم المسقط والتقادم المكسب د/ السنهورى ـ الوسيط ـ ج ٣ ـ ص ٩٩٥ ٠

(٥١) عبد السميع الازهرى ـ شرح رسالة ابن أبى زيد القيروانى ـ المكتبة التجارية بمصر ـ سنة ١٣٥٨هـ ـ ١٩٣٩م ـ الجزء الثانى ـ الصفحة رقم ٢٦٢ ومابعدها ٠

الخاتمـــة

يستطيع الناظر للشريعـة الاسلامية أن يقـرر بادىء ذى بدء أن المصطلحات الفقهية فى الشريعة تختلف اختلافا بينا عن ميثلتها فى القانون ، وان الذى يوجد بينهما وجـه تشـابه بينهما - وان كان القانون قد اقتبس العـديد من القواعد الشرعية ، وبنى عليها ، فمثلا الأوراق التجـارية قد أقرتهـا الشريعة الاسلامية ، ووضعتها موضع التنفيذ ، واذا كان التطور فى الاستخدام يحتاج الى عـدة قـرون ، وما زال الاجتهاد والتطور مستمرا ، وان كانت الشريعـة الاسلامية ، قـد أدركت منذ أربعة عشـر قرنا أهمية التطور وسرعة التعامل بين التجار ، ولم تخل الشريعة من أحكام ومفاهيم ، ما زالت تأخذ بها أحدث النظم العصرية ، وذلك بسبب أنها ليست من نتـاج عقول قاصرة وأفهام عاجـزة بل هى تعتمد على شرع الله الذى خلق العقول والافهام .

وقد أبرزت ذلك فى بحثى قواعد الصرف بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى .

ومن خـلال المقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى ، اتضح عمومية عقد الصرف فى الشريعة الاسلامية وأن قواعد الصرف فى بعض الاحيـان تنطوى تحت عقـد الصرف بجانب حوالة الحق ، والدين .

وبذا يتضح ان المصدر التاريخى للاوراق التجارية ، كانت هى الشريعة الاسلامية بمالها من قصب السبق على ما عداها من التشريعات فى انجـاز ما يلزم للتجـار فى حياتهم العملية .

كما يتضح ان الكمبيالة وجـدت فى الشريعة الاسلامية تحت مسمى السفتجة ، وان كانت لا تتطـابق معها ، ولكن

وجه الشبه بينهما واضح ، وكذا السند الاذنى فهو مسمى السند تحت الاذن ٠

وكذا أيضـــا اتضح لى أن الشـــريعة الاسلامية لم تستبعد فكرة التقادم المكسب ، بل عرفته كسبب من أسباب الحيازة المؤدية الى الملكية ٠

ومن ثنايا هذا البحث ايضا يتضح ان قاعـدة تطهير الدفوع لا تعارض بينها وبين احكام الشريعة الاسلامية ٠

وفى نهاية المطاف استطيع ان أقرر ان الموضـوع مازال يحتاج الى الدراسة المستفيضة ولعل هذه الدراسـة تكون بداية على الطريق داعين الله سبحانه وتعـالى ان يفقهنا فى أمور شريعتنا أنه نعم المـولى ونعم النصير ٠

المراجع الشرعية - ١ - التفاسير والأحاديث

رقم مسلسل	اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة
١	البخارى	صحيح البخارى طبعة الشعب
٢	البيضاوى	تفسيره - دار سعادت سنة ١٣١٦هـ .
٣	الربيع ابن حبيب	الجامع الصحيح مكتبة الثقافة الدينية .
٤	الصنعانى	سبل السلام - دار الزهراء
٥	الشوكانى	نيل الأوطار شرح منتقى الاخبار من أحاديث سيد الاخيار - المطبعة الاميرية - سنة ١٢٩٧هـ .
٦	مسلم	فى صحيحه - طبعة الشعب
٧	النووى	فى شرحه على صحيح مسلم - طبعة الشعب - .
٨	مالك	تنوير الحوالك على شرح على موطأ مالك - مطبعة الحلبى
٩	ابن قدامه	المغنى - مكتبة الجمهورية
١٠	احمد الصاوى المالكى	بلغة السالك لاقرب المسالك على الشرح الصغير - مطبعة الحلبى .
١١	البزدوى	كشف الاسرار - طبع الاستانه سنة ١٣٠٨هـ .

رقم مسلسل	اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة
١٢	الزيلعى	تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ـ المطبعة الكبرى الاميرية ـ القاهرة ـ سنة ١٣١٣هـ ٠
١٣	أبى يحيى زكريا الانصارى	فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ـ مطبعة الحلبى ٠
١٤	الشيرازى	المهذب ـ طبع القاهرة ـ سنة ١٣٤٣هـ ٠
١٥	السرخسى	المبسوط ـ مطبعة السعادة ـ بمصر ـ سنة ١٣٢٤هـ ٠
١٦	الغزالى	المستصفى فى الاصول ـ طبع القاهرة ـ سنة ١٣٢٢هـ ٠
١٧	الكاسانى	بدائع الصنائع ـ مطبعة شركة المطبوعات العلمية القاهرة ـ سنة ١٣٢٨هـ ٠
١٨	الكمال بن الهمام	فتح القدير شرح الهداية مطبعة مصطفى محمد القاهرة
١٩	المرغينانى	الهداية شرح بداية المبتدى مطبعة الحلبى ـ سنة ١٣٨٤هـ
٢٠	داماد أفندى	مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر ـ دار الطباعة العامرة ـ سنة ١٣٠٤هـ (القاهرة) ٠
٢١	عبد السميع الازهرى	شرح رسالة ابن أبى زيد القيروانى ـ المكتبة التجارية المصرية ـ سنة ١٣٥٨هـ ١٩٣٩م

رقم مسلسل	اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة
٢٢	محمد عبد الجواد	الحيازة والتقادم فى الفقه الاسلامى - منشأة المعارف - ١٣٩٧هـ .
٢٣	محمد عرفه الدسوقى	حاشية الدسوقى على الشرح الكبير - طبعة الحلبى .
٢٤	منصور البهوتى	الروض المربع شرح زاد المستقنع - طبعة الرياض .
٢٥	منلا خسرو	درر الحكام شرح غرر الاحكام - المطبعة العامرة القاهرة - سنة ١٣٠٤هـ .
٢٦	السنهورى	مصادر الحق فى الفقه الاسلامى - دراسة مقارنة - مطابع دار المعارف ١٩٦٧م .
٢٧	عبد الجليل القرنشاوى	مدخل الفقه الاسلامى - وأخرى طبعة أولى
٢٨	وحيد الدين سوار	التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى طبعة أولى ١٣٧٩هـ .

ب - كتب قانونية - ١ - قانون تجارى

رقم مسلسل	اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة
١	سعيد يحى	الاوراق التجارية - فى النظام السعودى - سنة ١٤٠٥ هـ ١٩٨٥م .
٢	سميحة القليوبى	الموجز فى القانون التجارى الطبعة الاولى - دار الثقافة العربية للطباعة - سنة ١٩٧٠م

رقم مسلسل	اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة
٣	سمير الشرقاوى	القانون التجارى الطبعة ١٩٧٠م ٠
٤	على البارودى	كتاب القانون التجارى اللبنانى مطبعة بيروت ـ مكتبة مكاوى سنة ١٩٧٢م ٠
٥	على جمال الدين	القانون التجارى ـ طبعة ١٩٧٥م ٠
٦	على يونس	الاوراق التجارية ـ دار الحمامى للطباعة ـ سنة ١٩٦٥م
٧	عبد المعين لطفى	موسوعة القضاء فى المواد التجارية ـ دار الكاتب العربى للطباعة والنشر ـ سنة ١٩٦٧م
٨	محسن شفيق	الوسيط فى القانون التجارى المصرى ـ مطبعة البيان العربى الطبعة الثالثة ـ سنة ١٩٥٧ م
٩	محسن شفيق	الوسيط فى القانون التجارى المصرى ـ الجزء الثانى ـ طبعة الثالثة ـ سنة ١٩٧٥م ٠
١٠	محسن شفيق	القانون التجارى المصرى الاوراق التجارية ـ الطبعة الاولى مطبعة معهد دون بوسكو سنة ١٩٥٤م ٠
١١	محمد صالح	شرح القانون التجارى الجزء الثانى ٠

تابع كتب قانونية - ب - كتب قانون مدنى

١٢	السنهورى	الوسيط فى شرح القانون المدنى مطابع مؤسسة روز اليوسف ١٩٨٦م ٠

المراجـــع العامـة

رقم مسلسل	اسم المؤلف	اسم المرجع وتاريخ الطبعة
١	الرازى	مختـار الصحاح - المطبعـة الاميرية - ١٣٥٥هـ - ١٩٣٧م ٠

مراجـع ودوريات

١ مجلة المحاماه

٢ مجلة الاحكام العدلية

٣ المجموعة الرسمية

كتب أجنبيـة

1 — Rev trem de dr, Civil 1921.

2 — av ahl, 1931.

3 — Kerm — la prescription en matiére d'éffets de Commerce --- Théce Poitiers' 902