

الاستقلال بين العلاقات التجارية المرتبطة

إعداد

**أ.د / حسام رضا السيد عبدالحميد
أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد
كلية الحقوق – جامعة عين شمس**

مبحث تمهيدي

استقلال شرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة

عن العلاقات التجارية المرتبطة

فكرنا عند إعداد خطة هذا البحث أن نفرّد فصلاً مستقلاً لاستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ليكون فصلاً رابعاً إلى جانب الفصول الثلاثة التي تناولنا في الأول منها استقلال الالتزام الصرفي في الورقة التجارية، وفي الثاني استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمم المالية للمشاركات المرتبطة بها وعن الذمم المالية للمشاركاء، وفي الثالث استقلال التزام البنك بدفع قيمة الاعتماد المستندي وخطاب الضمان. إلا أننا عدلنا عن تلك الفكرة وأثرنا دراسة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في مبحث تمهيدي نستهل به الدراسة، آخذين في الاعتبار أن استقلال شرط التحكيم يرتبط ويشتمل على الاستقلال في الموضوعات الثلاثة سالفة الذكر، حيث يقصد بالعقد الأصلي الذي يستقل عنه شرط التحكيم، أحد العقود الثلاثة السالف ذكرها وما يرتبط به من عقود أخرى. فقد يكون هذا العقد هو الورقة التجارية وما يرتبط بها من علاقة الأساس والعلاقات بين المظهرين المتعاقبين وتلك التي تشتمل عليها الورقة ذاتها^(١)، وقد يكون عقد الأساس في العمليات المصرفية الذي ترتبط بها العلاقات الأخرى التي تشتمل عليه العملية المصرفية ذاتها^(٢). وقد يكون هذا العقد هو عقد الشركة وما يتفرع عنه من علاقات مع الشركاء أو الشركات الأخرى^(٣).

(١) د. راجح فؤاد السيد مصبح، التحكيم في الأوراق التجارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٦.

(٢) د. رضا السيد: مسائل في التحكيم – التحكيم في الكفالة المصرفية وخطاب الضمان، طبعة ٢٠١٣، ص ٥ وما بعدها.

(3) D. Cohen. Arbitrage Et Société, Preface, R. Oppétit. L. G. D. J. 1993.

فدراسة استقلال شرط التحكيم، إذا اتفق على التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن الورقة التجارية أو عن عقد الشركة أو عن الاعتماد المستندي أو خطاب الضمان، فستكون من منظور ارتباطه أو استقلاله عن كل علاقة من تلك العلاقات الثلاث، وهذا سيمكننا، منذ البداية، من بيان مدى امتداد شرط التحكيم إلى علاقة أخرى لم يرد النص عليه فيها أو انتقاله من علاقة إلى علاقة أخرى.

وهناك مجموعة من المصطلحات تستعمل في مجال استقلال شرط التحكيم، قد يختلط المقصود منها ببعضه البعض، لذا لزم تحديد معنى كل منها (المطلب الأول)، وذلك قبل الحديث عن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ومدى جواز انتقاله أو مده من عقد إلى آخر (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ضبط الاصطلاحات في مجال شرط التحكيم

قد يستعمل مصطلح "استقلال شرط التحكيم أو انفصاله"^(١) (الفرع الأول) أو مصطلح مد شرط التحكيم أو انتقاله"^(٢) (الفرع الثاني) فما المقصود بتلك المصطلحات، وما الفرق بينها؟

(1) Pierre MAYER, les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998. p. 359 etss.

(2) Eric LOGUIN, tribunaux de commerce et arbitrage, de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire, RTD. Com. 2007, p. 677 et 55.

الفرع الأول

استقلال شرط التحكيم وانفصاله

قد يرد شرط التحكيم في العقد الأصلي فيكون مستقلاً عنه (أولاً)، وقد يرد في مستند مستقل عن العقد الأصلي فيكون منفصلاً عنه (ثانياً).

أولاً: استقلال شرك التحكيم: *Autonomie*

قد يرد شرط التحكيم كبنود من بنود العقد الأصلي، أي أن الأمر يتعلق بمستند تعاقدى واحد، وهذا هو الوضع الغالب. فهنا يكون هذا الشرط مستقلاً عن العقد الأصلي، بحيث لا يتأثر بما يطرأ على هذا العقد من بطلان أو فسخ أو انقضاء من حيث المبدأ^(١)، إلا أن ذلك الاستقلال يستلزم أن يكون الشرط صحيحاً في ذاته، حيث تنص المادة/ ٢٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".

وقد يتفق أطراف العقد الأصلي صراحة على هذا الاستقلال. كأن يتفقوا في شرط التحكيم على أن المنازعات الناشئة عن بطلان هذا العقد أو فسخه أو إنهائه يتم الفصل فيها عن طريق التحكيم. فيظل شرط التحكيم في تلك الحالات قائماً وصحيحاً ولا يتأثر ببطلان العقد أو فسخه أو إنهائه. وقد لا يتفق الأطراف على ذلك ولكن استقلال الشرط

(٨) د. فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، طبعة ٢٠٠٧، ص ٩٤ وما بعدها، دار المعارف، الإسكندرية. د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، طبعة ١٩٩٩، ص ٣٩، دار النهضة العربية، د. محمد سليم العوا، قانون التحكيم في مصر والدول العربية، بند ٣٣، الجزء الأول ٢٠١٤، ص ٧٧٢ وما بعدها، المركز العربي للتحكيم، د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، طبعة ٢٠١٣، ص ١١٩ وما بعدها، بدون دار نشر.

وقد كتبت العديد من المقالات في خصوص استقلال شرط التحكيم مشار إليها لدي: Pierre

MAYER, art. Precit.

عن العقد الأصلي يكون مفهوماً ضمناً، ومستنداً على حكم المادة/ ٢٣ المشار إليها من قانون التحكيم المصري.

والحقيقة أن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي هو أمر طبيعي بمجرد اتفاق الأطراف على التحكيم، حيث لن يتم اللجوء إلى التحكيم إلا في حالة نشوء منازعات عن هذا العقد، بما فيها منازعات البطلان أو الفسخ أو الإنهاء. فلو أبطل شرط التحكيم مع بطلان العقد الأصلي وزال بزواله فإن ذلك ينطوي على إهدار لإرادة الطرفين التي اتجهت، صراحة أو ضمناً، إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن العقد بدلاً من القضاء.

ولكن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يستلزم أن يكون هذا الشرط في ذاته صحيحاً إعمالاً لنص المادة/ ٢٣ المذكورة، أما إذا لم يكن الشرط صحيحاً في ذاته فيتبع العقد الأصلي ولا يستقل عنه ويرتبط مصيره بمصير هذا العقد ويزول بزواله.

وتتمثل الحالات التي لا يكون فيها شرط التحكيم صحيحاً في ذاته، ويزول بزوال العقد الأصلي، فيما يأتي:

١- إذا شاب إرادة المتعاقدين في العقد الأصلي أو أحدهما عيب من عيوب الرضا، أو نقص أو انعدام في الأهلية. فإذا أبطل العقد الأصلي لأي من هذه الأسباب يبطل معه شرط التحكيم، لأن تلك الأسباب تتعلق بالإرادة في تكوين العقد، وتلك الإرادة واحدة في العقد الأصلي وشرط التحكيم الذي تتضمنه، فذات الإرادة المعيبة هي التي أبرمت العقد الأصلي وشرط التحكيم.

٢- إذا أبرم العقد الأصلي من قبل شخص بصفته وكيلاً عن أحد الطرفين دون أن يكون متمتعاً أصلاً بتلك الصفة أو تجاوز حدود الوكالة في إبرام هذا العقد. فانهدام الوكالة أو تجاوز حدودها، والتي كانت سبباً في بطلان العقد الأصلي، تشمل أيضاً شرط التحكيم الواردة فيه.

وننوه في هذا الخصوص إلى أن هناك حالة يكون فيها شرط التحكيم باطلاً أما العقد الذي يتضمنه فيكون صحيحاً، وهي إذا كان العقد الأصلي قد أبرم بواسطة وكيل بوكالة عامة ولم يكن لديه وكالة خاصة بإبرام اتفاق التحكيم^(١). ففي هذه الحالة يكون إبرام العقد الأصلي داخلاً في سلطات الوكيل وكالة عامة، أما إبرام اتفاق التحكيم فلا يدخل ضمن سلطاته طالما أنه ليس لديه وكالة خاصة، إذ أن المادة/ ٧٠٢ من القانون المدني المصري تستلزم وكالة خاصة لإبرام اتفاق التحكيم.

(ج) إذا كان محل العقد الأصلي غير مشروع ومخالفاً للنظام العام، كالتعاقد على بيع صفقة مخدرات أو إيجار منزل للدعارة، فهنا يكون العقد الأصلي باطلاً بطلاناً مطلقاً ويبطل معه شرط التحكيم لأنه لا يجوز التحكيم في مسائل تخالف النظام العام ولا يجوز فيها الصالح^(٢).

ثانياً: انفصال شرط التحكيم: Separabilité

يكون اتفاق التحكيم منفصلاً عن العقد الأصلي إذا لم يرد كبنود من بنوده، وإنما يرد في اتفاق مستقل عن هذا العقد، سواء قبل نشوء النزاع أم بعده. وقد يرد في مراسلات متبادلة بين الطرفين. وقد ورد النص على هذين الفرضين في المادتين/ ١٠٠ فقرة ٢، ١٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، حيث تنص المادة/ ١٠٠ فقرة ٢ المذكورة على أنه: «٢- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة/ ٣٠ من هذا القانون، كما يجوز أن يتم اتفاق

(1) Pierre MAYER, art. Prec. Spec. P. 365.

(٢) المادة/ ١١ والمادة/ ٥٣ فقرة ٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية. وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً».

وتنص المادة/ ١٢ من ذات القانون المذكور على أنه:

«يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً. ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة».

فوفقاً لهاتين المادتين فإن الحالات التي لا يكون فيها العقد الأصلي واتفاق التحكيم وثيقة واحدة، ويأتي الاتفاق المذكور في مستند منفصل عن العقد الأصلي، تتمثل فيما يأتي:

١- إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع. ففي هذا الفرض لم يدرج المتعاقدان اتفاق التحكيم في العقد الأصلي وقت إبرامه، وعندما نشأ النزاع أبرما اتفاقاً مستقلاً اتفقاً فيه على التحكيم. ولكن في هذه الحالة يتعين أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً.

٢- إذا أتفق على التحكيم قبل نشوء النزاع وورد هذا الاتفاق في مستند مستقل عن العقد الأصلي.

٣- إذا لم يرد اتفاق التحكيم في وثيقة مكتوبة بالمعنى التقليدي، وإنما ورد في شكل مراسلات مكتوبة متبادلة بين الطرفين بحيث تكون تلك المستندات قد تضمنت إيجاباً باتفاق التحكيم، صادفه قبول في مستند مرسل ممن وجه إليه الإيجاب، فيبرم اتفاق التحكيم بموجب هذه المراسلات المتبادلة.

ولكن في جميع الأحوال يتعين الربط وبشكل واضح بين الاتفاق المستقل والعقد الأصلي، بأن يذكر هذا العقد صراحة وبتفاصيله في الاتفاق المستقل، وفي هذه الحالة يعد الاتفاق المستقل من ملحقات العقد الأصلي *Accessoire*.

ووجه الاختلاف في شأن أثر زوال العقد الأصلي على اتفاق التحكيم بين الشرط المستقل والشرط المنفصل، أنه في الحالة الثانية قد يكون العقد الأصلي باطلاً لسبب يرجع للإرادة، سواء لعيوب الرضا أو نقص الأهلية، ومع ذلك يكون اتفاق التحكيم صحيحاً إذا كانت الإرادة التي أبرمته لم يشبها عيب من عيوب الرضا أو كان الشخص الذي أبرمه قد بلغ سن الرشد. فالإرادة التي أبرمت العقد الأصلي واتفاق التحكيم ليست إرادة واحدة، لانفصالهما عن بعضهما. كما أن العقد الأصلي قد يبرم عن طريق وكيل بوكالة عامة، ويبرم اتفاق التحكيم بوكالة خاصة، فيكون هذا الاتفاق صحيحاً. أما لو كان سبب بطلان العقد الأصلي مخالفة محله للنظام العام أو لعدم جواز الصلح بشأنه، فهنا يبطل اتفاق التحكيم الوارد في اتفاق مستقل، فهو تابع وملحق للعقد الأصلي في هذا الخصوص^(١).

الفرع الثاني

امتداد شرط التحكيم وانتقاله

لا يلتزم باتفاق التحكيم إلا من كان طرفاً فيه. ولكن هناك حالات معينة يسرى فيها اتفاق التحكيم على أشخاص لم يوقعونه، تتمثل في امتداد الشرط (أولاً) أو انتقاله (ثانياً) إلى غير الموقع عليه.

(١) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ١٩٨١، ص ٣٧، دار الفكر العربي.

أولاً: امتداد شرط التحكيم:

L'extension de la clause compromissoire:

يقصد بامتداد شرط التحكيم ضم أشخاص جدد إلى اتفاق التحكيم لم يكونوا من الأصل طرفاً فيه ولم يوقعوا عليه. وبامتداد شرط التحكيم إلى هؤلاء الأشخاص يضحون أطرافاً فيه ويحق لهم التمسك به.

وبالتالي يؤدي امتداد شرط التحكيم إلى توسيع دائرة أشخاصه، أي توسيع النطاق الشخص لاتفاق التحكيم، حيث ينضم أشخاص جدد إلى هذا الاتفاق بجانب من كانوا من الأصل أطرافاً فيه.

ودون الدخول في تفاصيل هذا الامتداد والنظريات التي قيلت بشأنه لتبريره لأن مجال الدراسة لا يتسع لمثل هذه الأمور، ونحيل بشأنها على ما كتب فيها من أبحاث^(١)، وما صدر فيها من أحكام^(٢)، فإن أساس الامتداد يكمن في الانضمام إلى شرط التحكيم وقبوله ضمناً *consentement tacite*. ويثبت هذا الانضمام والقبول الضمني باتفاق التحكيم باشتراك الممتد إليه الاتفاق في إبرام العقد الأصلي أو تنفيذه أو إنهائه^(٣). وقد

(1) Eric Loquin, difference et convergence dans le regime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire, les cahiers de l'arbitrage, vol. 2, p. 49; - Ph. Delebecque, la transmission de la clause compromissoire, Rev. Arb. 1991. 196.

د. حاتم رضا السيد: اتفاق التحكيم في منازعات الشركات، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، ٢٠١٣، ص ١٧٥ وما بعدها.

(2) Paris 22 mars 1995, Rev. arb. 1995, 247. obs. E. loquin; - Cass. Civ. 6 fevr. 2001, Rev. Arb. 2001. 1135, note, D. Cohen.

(٣) د. حاتم رضا السيد، المرجع السابق، ص ٢٠٤، وما بعدها.

أصدرت محكمة النقض الفرنسية العديد من الأحكام استندت فيها إلى تلك المظاهر الثلاثة للقبول الضمني بشرط التحكيم للقضاء بامتداده^(١).

ولكن يجب التنويه على أن امتداد شرط التحكيم استناداً إلى الانضمام إليه والرضا الضمني به لا يطبق إلا إذا كانت القواعد الإجرائية التي تسري على الدعوى التحكيمية تستلزم كتابة شرط التحكيم للإثبات وليس للانعقاد. أما إذا كانت الكتابة لازمة لانعقاد اتفاق التحكيم وتعد ركناً فيه، فلا مجال للحديث عن الرضا الضمني باتفاق التحكيم، لأنه لا وجود لهذا الاتفاق بالنسبة لشخص لم يوقعه كتابة، مثال ذلك قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤^(٢).

والجدير بالذكر أن من أكثر المجالات التي تثور فيها مسألة امتداد شرط التحكيم هو مجال العقود المرتبطة^(٣)، وخصوصاً في مجال الشركات المرتبطة^(٤). حيث دائماً ما يثور مد شرط التحكيم من الشركة الأم إلى الشركة الوليدة أو العكس.

ثانياً: انتقال شرط التحكيم: La transmission

يقصد بانتقال شرط التحكيم خروج شخص من نطاقه ودخول آخر مكانه. فانتقال شرط التحكيم لا يغير من نطاقه الشخصي لا اتساعاً ولا ضيقاً، إذ يبقى أطراف اتفاق

(1) Cass. Civ. 27 mars 2007, D. 2007 Jun, 2077 note S. Bolle (l'affaire ABS/AGF.);

(٢) المادة/ ١٢ من قانون التحكيم المصري، رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(3) D. Cohen. Arbitrage et groupe de contrat, Rev. arb. 1992, 271; -Ch. Seraglini, le transfert de la clause compromissoire dans les chaines de contrats, après l'arrêt peavey, les cahiers de l'arbitrage, vol.1., P. 87.

(4) Sentence arbitral, C. C. I du 23 sept. 1982, Rev. Arb. 1984. 137.

التحكيم كما هم من حيث العدد، على عكس امتداد هذا الاتفاق الذي يؤدي إلى توسيع دائرة النطاق الشخصي له بانضمام أشخاص جدد إليه كما رأينا سابقاً^(١).

ويجد انتقال شرط التحكيم أساسه في كونه أحد توابع الحق، حيث ينتقل الحق بتوابعه، وشرط التحكيم يقع ضمن تلك التوابع باعتباره وسيلة حماية الحق، وينتقل شرط التحكيم إلى الخلف *ayant droit* كانتقاله إلى المشتري في عقد البيع، وإلى المظهر إليه تظهيراً ناقلاً للملكية في الأوراق التجارية، وإلى الكفيل الذي يحل محل المدين عندما يوفى بالدين للدائن^(٢).

وعلى عكس امتداد شرط التحكيم، فإن انتقاله يتم سواء كانت كتابته لمجرد الإثبات أم للانعقاد، لأن الانتقال يستند إلى كون شرط التحكيم من توابع *accessoire* الحق المنقول، أما الامتداد فيستند إلى الرضا الضمني بشرط التحكيم.

المطلب الثاني

انتقال ومد شرط التحكيم

في مجال العلاقات التجارية المرتبطة

ذكرنا سلفاً أن شرط التحكيم ينتقل من عقد إلى آخر لكونه أحد توابع الحق المنقول لأنه وسيلة حمايته. أما امتداد شرط التحكيم من علاقة عقدية إلى أخرى يستند إلى الانضمام لتلك العلاقة الأخرى والرضا الضمني باتفاق التحكيم.

(١) انظر ما سبق، ص ٢٢ وما بعدها.

(٢) د. رضا السيد: مسائل في التحكيم في الكفالة المصرفية وخطاب الضمان، طبعة ٢٠١٤، ص ٣٩ وما بعدها، دار النهضة العربية.

ولو طبقنا الانتقال والامتداد في مجال العلاقات التجارية الثلاث المرتبطة، والتي سندرسها لاحقاً، وهي الأوراق التجارية، والشركات، والعمليات المصرفية، سيتضح الآتي:

(أولاً): فيما يتعلق بمد شرط التحكيم أو انتقاله في مجال الأوراق التجارية، فإذا ورد هذا الشرط ضمن بنود عقد الأساس فإنه يلزم طرفيه حتى بعد نشوء الورقة، وهما الساحب والمستفيد، دون الحديث عن مد أو انتقال له. فتحرير الورقة التجارية إعمالاً للبند الوارد في علاقة الأساس ليس تجديداً للالتزام الناشئ عن تلك العلاقة وإنما مجرد تغيير في الأداة التي تثبت الدين، فتصبح تلك الأداة هي الصك بعد أن كان العقد، كما سنرى لاحقاً^(١). ولكن هذا الشرط يمتد إلى المسحوب عليه الذي لم يكن طرفاً في علاقة الأساس تأسيساً على أنه اشترك في تنفيذ الالتزام الوارد في علاقة الأساس، ومن ثم فقد رضي ضمناً بشرط التحكيم الوارد فيها، مع مراعاة التحفظ الذي قلناه سلفاً من حيث كون الكتابة شرطاً لانعقاد اتفاق التحكيم أم مجرد وسيلة لإثباته.

(ثانياً): أما في العلاقات الأخرى التي تنشأ عن التعامل بالورقة التجارية عن طريق تظهيرها، أي العلاقات التي تنشأ بين المظهرين المتعاقبين على الورقة، فإذا كان شرط التحكيم وارداً في صلب الورقة، وهذا جائز باعتباره أحد بياناتها الاختيارية ولا يتعارض مع طبيعتها ولا يخالف النظام العام^(٢)، فإن الأمر يتعلق بانتقاله وليس بامتداد. ويتم انتقاله بالتظهير الناقل للملكية إذ أن المظهر إليه يعتبر خلفاً للمظهر. أما إذا كان هذا الشرط مدرجاً في عقد الأساس فإنه يمتد للمتعاملين بالورقة باعتبار أنهم اشتركوا في تنفيذ الالتزام المصرفي فرضوا ضمناً بشرط التحكيم.

(١) انظر لاحقاً، ص ٨٤.

(٢) د. رضا السيد، د. حسام رضا السيد، د. حاتم رضا السيد: الأوراق التجارية، طبعة ٢٠١٤، ص ١٤٥ وما بعدها، دار النهضة العربية.

(ثالثاً): وبالنسبة لمد شرط التحكيم وانتقاله في مجال العلاقات بين الشركات المرتبطة، كالشركة الأم والشركة الوليدة، أو الشركة القابضة والشركة التابعة، فإنه يمتد من العقد الذي تبرمه أي من تلك الشركات إلى الشركة الأخرى بحسبان أن الأخيرة اشتركت في تنفيذ هذا العقد فرضيت به ضمناً^(١).

أما عن انتقال الشرط من شركة إلى أخرى فيحدث في حالة الاندماج، سواء بالضم أو بالمزج، حيث ينتقل هذا الشرط من الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة باعتبار أن الأخيرة خلفاً للأولى. ولا يحتاج هنا بعدم الانتقال استناداً إلى أن شرط التحكيم يقوم على فكرة الاعتبار الشخصي، لأنه لا يقوم على هذا الاعتبار^(٢).

٣- وعن مد شرط التحكيم أو انتقاله في مجال العمليات المصرفية: الاعتماد المستندي وخطاب الضمان، فإن استقلال العلاقات الناشئة عن هذه العمليات لا يمنع من مد شرط التحكيم من علاقة إلى أخرى على أساس اشتراك الممتد إليه الشرط في تنفيذ العملية المصرفية ذات الصلة، وإذا تم تحويل الاعتماد المستندي إلى مستفيد آخر، إذا ما اتفق على قابلية الاعتماد للتحويل، فإن شرط التحكيم ينتقل إلى المستفيد المحول إليه باعتباره خلفاً للمستفيد الأول.

(1) D. Cohen. L'arbitrage et société, op. cit. p. 376.

(٢) أنظر بحثنا في التحكيم المبتور: هيئة واتفاقاً، طبعة ٢٠١٦، ص ٨٣ وما بعدها، دار النهضة العربية.

الفصل الأول

الاستقلال بين العلاقات العقدية في مجال

الأوراق التجارية

تتعدد وتتشابك العلاقات التي تصاحب نشأة الالتزام الأصلي، والذي يؤدي بعد ذلك إلى نشوء الالتزام المصرفي بموجب الورقة التجارية. وكذلك تتعدد العلاقات التي تتولد عن نشأة هذه الورقة وإصدارها. وهذا التعدد في العلاقات المختلفة، واختلاف أشخاصها وموضوعها وسببها، قد أثار جدلاً واسعاً ولا يزال حول الأساس القانوني لكل علاقة من تلك العلاقات. ولكن إذا كان هذا الجدل أقل وطأة عندما يتعلق الأمر بالعلاقات التي تسبق نشأة الورقة التجارية (المبحث الأول) فإنها ليست كذلك فيما يخص العلاقات المتفرعة عن الالتزام المصرفي الذي أنشأته الورقة التجارية (المبحث الثاني). أما العلاقة بين الالتزام الأصلي والالتزام المصرفي، ومدى استقلالهما عن بعضهما، ومدى تأثير كل منهما في الآخر، فكانت الشغل الشاغل لآراء الفقه وأحكام القضاء في مجال الأوراق التجارية (المبحث الثالث).

المبحث الأول

الأساس القانوني للعلاقات السابقة على نشأة

الورقة التجارية والاستقلال بينها

لا تنشأ الورقة التجارية بالعلاقات التي تشملها من فراغ، وإنما هي ترجمة لعلاقات سبقت نشوئها وأدت لوجودها. وقد جرت عادة الفقه عند الحديث عن هذه العلاقات السابقة على نشأة الورقة التجارية على تسميتها "علاقة الأساس"، وعلى تسمية الالتزام الناشئ عنها بالالتزام الأصلي.

فتنشأ علاقة الأساس، بمفردات العلاقات المختلفة التي تكونها خارج نطاق قانون الصرف، فلا تتأثر بقواعده ولا يتم تفسير أساسها القانوني في ضوء أحكام هذا القانون. فالبيئة التي نبتت فيها علاقة الأساس تختلف جذرياً عن تلك التي نشأ فيها الالتزام الصرفي. ولذلك فإن البحث عن الأساس القانوني لعلاقة الأساس، بمفرداتها المختلفة، يتم بعيداً عن قانون الصرف، وفي ضوء أحكام القانون المدني أو قانون التجارة. فعلاقات الأساس تنشأ في إطار تعاقدية بإبرام عقود، مدنية كانت أو تجارية، بين مجموعة من الأشخاص، لتحقيق غرض محدد من العقد. فيبرم عقد بين شخصين يسمى عقد الأساس ويمثل علاقة الأساس (أولاً)، ويبرم عقد آخر بين شخصين أحدهما طرف في العقد الأول، ويسمى عقد مقابل الوفاء (ثانياً)، وتلك العلاقتان مستقلتان عن بعضهما البعض (ثالثاً).

أولاً: الأساس القانوني لعقد الأساس:

تبدأ دورة الورقة التجارية بعقد يبرم بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين، ويختلف نوع هذا العقد باختلاف سبب المديونية. إذ في الغالب ما تمثل تلك المديونية دين أجرة أو ثمناً لبضاعة مشتراه ولم يسدد ثمنها، أو سداد قرض لم يسدد أو تعويض لم يتم دفعه، فيبرم عقد بين المؤجر والمستأجر يتكون من عدة بنود من بينها بند لسداد قيمة الأجرة، ويبرم عقد بين البائع والمشتري يتكون أيضاً من مجموعة بنود من بينها بند لتحديد كيفية سداد الثمن، وكذلك الأمر في عقد القرض أو العقد الذي ينظم الحصول على تعويض أصاب أحد الطرفين^(١).

(١) د. محمد أمين بدر، الأوراق التجارية في التشريع المصري، تأصيل وتحليل لقواعد الكمبيالة والسند الأذني والشيك ١٩٥١، ص ٢٧٧، مكتبة النهضة العربية. د. محمود سمير الشراوي، الأوراق التجارية ١٩٩٣، ص ٢٧ وما بعدها، دار النهضة العربية. د. محمد صالح بك، الأوراق التجارية ١٩٥٠، ص ٢٧، مطبعة جامعة فواد الأول.

ولا حديث من علاقة هذا العقد كعقد أساس للورقة التجارية إلا إذا تضمنت بنوده بنداً يقضي بأن تسوية المديونية الناشئة عنه تكون بقيام المدين بتحرير ورقة تجارية لصالح الدائن يستوفى بها قيمة دينه. فهذا البند هو الذي يقيم العلاقة بين عقد الأساس والورقة التجارية. لأنه نفاذاً لهذا البند يصدر المدين ورقة تجارية لصالح الدائن ويكون فيها المدين ساحباً والدائن مستفيداً. فيتغير مسمى المشتري في عقد الأساس إلى مسمى ساحب في الورقة التجارية، ويتحول مسمى البائع في عقد الأساس إلى مسمى مستفيد في الورقة التجارية. فالورقة التجارية، بالالتزام المصرفي الوارد فيها. هي ترجمة لبند كيفية الوفاء بالثمن.

فالعلاقة الأساس المذكورة التي سبقت نشأة الورقة التجارية، والتي انتقلت في ثوبها الجديد إلى الورقة، ليست ناشئة عن الورقة وإنما كانت قائمة قبل نشوء الأخيرة. وعند الحديث عن الأساس القانوني لتلك العلاقة فإنه يتعين بيان هذا الأساس في الفترة السابقة على نشأة الورقة التجارية، أي بعيداً عن أحكام قانون الصرف. أما إذا تحدثنا عن الأساس القانوني لهذه العلاقة بعد انتقالها إلى الورقة التجارية، وتغيير مسمى أطرافها واختلاف موضوعها وسببه عن موضوع وسبب علاقة الأساس خارج نطاق الورقة التجارية، فإن البحث عن هذا الأساس القانوني يجب أن يتم في ضوء قواعد قانون الصرف وليس في ضوء القواعد العامة في القانون المدني أو قانون التجارة.

ولا نرى ثمة احتمال لإثارة الجدل أو الخلاف حول الأساس القانوني لعلاقة الأساس في الفترة ما قبل نشأة الكمبيالة، حيث تجد تلك العلاقة أساسها القانوني في

د. عبد الحى حجازي، سندات الائتمان المصرفية (الأوراق التجارية) الجزء الأول، القسم العام ١٩٥٧، ص ١٧، المطبعة العالمية.

العقد المبرم بين الدائن والمدين، أياً كان مسماه، باعتبار أن العقد هو قانون العاقدين. وإذا أغفل المتعاقدان تنظيم مسألة معينة فإنه يتم استكمالها بنصوص القانون. ومن ثم فإن الأساس القانوني لهذه العلاقة هو العقد والقانون.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك فرضاً، وإن كان نادر الحدوث، إلا أنه متصور، وهو عدم وجود علاقة سابقة بين المتعاملين بالورقة التجارية. فقد تنشأ العلاقة بينهم لأول مرة بمناسبة التعامل بالورقة. كما إذا قدم الحامل الكمبيالة إلى مصرف لخصمها، وقام المصرف بعملية الخصم نظير تقديم الورقة إليه، فإن المصرف هنا يكون حاملاً للورقة، أي دائناً بها، والمظهر مدينناً بقيمتها وضامناً لها. وهنا تخضع عملية التظهير لقواعد قانون الصرف، ويتم البحث عن الأساس القانوني لها بمنأى عن رابطة قانونية سابقة بين البنك الخاصم كمظهر إليه والشخص طالب الخصم كمظهر^(١).

ثانياً: عقد مقابل الوفاء:

لا يقوم الساحب بدفع قيمة الورقة التجارية بنفسه، عدا السند أمر، وإنما يكلف شخصاً آخر بهذا الوفاء. وهذا التكليف، المتمثل في إعطاء الساحب أمراً للشخص الآخر المسمى "المسحوب عليه"، يجد أساسه في علاقة مديونية بين الساحب والمسحوب عليه، نشأت خارج نطاق الورقة التجارية، وفي وقت سابق على إصدار هذه الورقة. فالعلاقة بين الساحب والمسحوب عليه لم تنشأ الورقة التجارية.

وتلك العلاقة التي يكون فيها الساحب دائناً والمسحوب عليه مدينناً تنشأ نتيجة عقد، أياً كان نوعه، يرتب للساحب ديناً في ذمة المسحوب عليه. وعندما يعطي الأول

(١) د. محمد أمين بدر، المرجع السابق، ص ٢٧٦. د. أبو زيد رضوان، الأوراق التجارية، ١٩٩٠، ص ٢١٠ وما بعدها، شركة طابا للطباعة.

لثاني أمراً بالوفاء بقيمة الورقة فإن هذا الوفاء يتم من الدين الذي للمساحب في ذمة المسحوب عليه. ولذلك تسمى تلك العلاقة بعلاقة مقابل الوفاء.

وعلى ذلك فإن الأساس القانوني لعلاقة مقابل الوفاء، قبل أن تنتقل إلى الكمبيالة ويتغير مسمى أطرافها إلى صاحب ومسحوب عليه، يتمثل في العقد المبرم بين الدائن والمدين والذي ترصدت عنه مديونية للأول في ذمة الثاني، وأنواع هذا العقد متعددة لا تقع تحت حصر، فهذا العقد هو قانون العاقدين، وإذا لم يتضمن تنظيم بعض المسائل فإن القواعد القانونية المتعلقة بهذا العقد هي التي تسد هذا النقص. ومن ثم فإن الأساس القانوني لهذا العقد متمثل في العقد ذاته بحسب نوعه والقانون الذي ينظمه.

ثالثاً: استقلال عقد الأساس من علاقة مقابل الوفاء:

إن علاقة الأساس التي تضم طرفي عقد الأساس، اللذان يصبحان فيما بعد المساحب كمدين، والمستفيد كدائن في الورقة التجارية، تستقل عن العلاقة الأخرى التي تربط بين أحد طرفي علاقة الأساس، وهو الدائن فيها و شخص آخر خارج تلك العلاقة وهو المدين، والتي تعرف فيما بعد، عندما تنتقل إلى الورقة التجارية، بعلاقة مقابل الوفاء وترتبط بين المساحب كدائن والمسحوب عليه كمدين، فهاتان العلاقتان مستقلتان عن بعضهما البعض ولا أثر لأي منهما على الأخرى بالرغم من أن أحد أشخاصهما طرف في العلاقتين هو المدين في علاقة الأساس والدائن (المساحب) في علاقة مقابل الوفاء والتي يكون المدين فيها المسحوب عليه. فشخص المساحب، كقاسم مشترك في العلاقتين، مدين في إحداها ودائن في الأخرى، لا أثر له على استقلال هاتين العلاقتين. فأشخاصهما وموضوعهما مختلفين، وإعمالاً لمبدأ نسبية أثر العقد لا يجوز التمسك بأية دفوع ناشئة عن إحداها في العلاقة الأخرى.

المبحث الثاني

الأساس القانوني للعلاقات التي تتضمنها

الورقة التجارية والاستقلال بينهما

هناك عدة علاقات تتضمنها الورقة التجارية، منها ما كان قائماً قبل نشأة الورقة ثم انتقلت إليها بعد نشأتها بأحكام ومسميات أخرى، مثل العلاقة بين الساحب والمستفيد، وعلاقة الساحب بالمسحوب عليه. ومنها ما نشأ معاصراً لنشأة الورقة، حيث لم تكن قائمة من قبل، وإنما الورقة التجارية هي التي أوجدتها، مثل العلاقة بين المسحوب عليه والمستفيد الأول والحملة المتعاقبين نتيجة تظهير الورقة، والعلاقة بين المظهر والمظهر إليه، والعلاقة بين الساحب والحامل غير المستفيد الأول. وقد أثير الجدل حو الأساس القانوني لتلك العلاقات (المطلب الأول) واستقلالها عن بعضها البعض (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الأساس القانوني للعلاقات التي تتضمنها

الورقة التجارية

لقد قيلت العديد من النظريات، سواء من جانب الفقه الفرنسي (الفرع الأول)، أو الألماني (الفرع الثاني) أو الفقه الحديث (الفرع الثالث) لتحديد الأساس القانوني للعلاقات التي تتضمنها الورقة التجارية.

الفرع الأول

النظريات الفقهية التقليدية في الأساس القانوني للعلاقات

التي تتضمنها الورقة التجارية

نعرض لتلك النظريات في الفقه الفرنسي (أولاً) وفي الفقه الألماني (ثانياً) التقليدي.

أولاً: الفقه الفرنسي التقليدي:

ذهب الفقه التقليدي الفرنسي إلى أن الورقة التجارية مجرد أداة لإثبات التزام سابق على نشأتها ولا ترتب التزاماً جديداً على عاتق من وقعها. وقد إقترح هذا الفقه عدة نظريات لتفسير الحق المباشر المقرر لحامل الورقة قبل الموقعين عليها. وتقوم كل تلك النظريات على أحكام النظرية العامة للعقود باعتبار أن الالتزام المصرفي الذي أنشأته الورقة التجارية قد جاء نتيجة توافق إرادة المدين (الساحب) مع إرادات سائر الموقعين على الورقة للوفاء بقيمتها^(١).

وقد انقسم هذا الفقه إلى ثلاثة اتجاهات لتحديد نوع العقد الذي يتولد عن الالتزام المصرفي، فاستند الفريق الأول إلى نظرية العقود الثلاثة التي تتمثل في العلاقة التي تربط الساحب بالمستفيد وهي عقد الأساس الذي تحول بنشأة الورقة إلى عقد الصرف، وتعد الكمبيالة أداة لتنفيذ هذا العقد، وفي العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه، وكيفوا تلك العلاقة على أنها عقد وكالة، الساحب فيها موكل والمسحوب عليه وكيل، أما العلاقة التي تربط المظهر بالمظهر إليه فهي عقد حوالة حق. واستند الفريق الثاني

(١) انظر حول العرض التفصيلي لموقف الفقه التقليدي الفرنسي والانتقادات الموجهة إليه، د. محمود سمير الشرقاوي، الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص ٢٨ وما بعدها، د. أمين محمد بدر، المرجع السابق، ص ٢٦٥ وما بعدها. د. محمد صالح بك، المرجع السابق، ص ٢٧ وما بعدها.

على نظرية الإنابة في الوفاء والكفالة والفريق الثالث قال بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير، فالمستفيد يشترط على صاحب الورقة دفع مبلغ معين من النقود إذا رفض المسحوب عيه القبول أو الوفاء، وهذا الاشتراط لا يتم لمصلحة المستفيد فقط وإنما لمصلحة جميع الحملة المتعاقبين للورقة. فالمستفيد الأول هو المشتري والساحب هو المتعهد وحامل الورقة هو المنتفع.

إلا أن كل تلك النظريات قد تعرضت لانتقادات كثيرة دارت معظمها حول عدم كفاية تلك النظريات لتقديم التحليل الوافي للعلاقات الناشئة عن الورقة، وعدم ملائمتها في بعض الأحيان لأحكام الالتزام الصرفي. ونحيل بشأن تلك الانتقادات على ما عرضه الفقه في هذا الخصوص^(١).

ثانياً: الفقه الألماني التقليدي:

على عكس ما ذهب إليه النظريات الفرنسية، تقوم النظريات الألمانية على أساس أن التوقيع على الورقة التجارية ينشئ في ذمة الموقع التزاماً مستقلاً ومتميزاً عن الالتزام الأصلي الذي من أجله حرر الورقة أو ظهرها. فلا يجد الالتزام الصرفي أساسه في العلاقات السابقة على إنشائه. ومن شأن هذا الاستقلال عدم تأثر الالتزام الصرفي بانتفاء أو بطلان أو انقضاء أو فسخ الالتزام الأصلي.

وإذا كان الفقه الألماني قد اجمع على استقلال الالتزام الأصلي عن الالتزام الصرفي، إلا أنه قد اختلف في بيان الأساس القانوني للالتزام الصرفي وسند استقلاله عن الالتزام الأصلي. وقد قيل في هذا الخصوص ثلاث نظريات هي:

(١) د. محمد صالح بك، المرجع السابق، ص ٢٧ وما بعدها، د. أمين محمد بدر، المرجع السابق، ص ٢٦٥ وما بعدها، د. محمود سمير الشرقاوي، الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص ٢٨ وما بعدها.

(١) نظرية العقد المجرد:

ومبنى هذه النظرية أن كافة الموقعين على الورقة يرتبطون فيما بينهم بعقد يلتزمون بموجبه بدفع قيمة الورقة في ميعاد استحقاقها. وهذا العقد الذي يترتب عليه الالتزام المصرفي هو عقد مستقل عن العلاقات السابقة على إنشاء الورقة، ولا تعد هذه العلاقات سبباً له، ولذلك فهو مجرد عن السبب، ومن ثم فلا يتأثر بما يطرأ على تلك العلاقات السابقة من بطلان أو انقضاء أو فسخ. فإذا وقع المسحوب عليه مثلاً بالقبول فإنه يلتزم بالوفاء قبل حامل الورقة ولو لم يكن قد حصل من الساحب على مقابل الوفاء، وكذلك لا أهمية لذكر سبب الورقة المتمثل في بيان وصول القيمة. فكل من مقابل الوفاء ووصول القيمة يعبران عن علاقة سابقة على الالتزام المصرفي ولا صلة لها بهذا الالتزام^(١).

إلا أن هذه النظرية قد تعرضت لانتقادات كثيرة من أهمها أنها تتناقض مع أحكام قاعدة تطهير الوقوع. فتلك القاعدة تفترض بالضرورة الربط بين الالتزام الأصلي والالتزام المصرفي.

(٢) نظرية الإرادة المنفردة:

لقد شبه أنصار هذه النظرية الورقة التجارية بالنقود باعتبارها عملة التجار في الوفاء بديونهم وإن كل موقع على هذه الورقة، أياً كانت صفته، يلتزم مباشرة في مواجهة حاملها بإرادته المنفردة بدفع قيمتها في ميعاد استحقاقها. فالموقع على الورقة

(١) حول تلك النظرية بصفة عامة انظر:

- G. FRIEDEL, de l'inopposabilité des exceptions en matière d'effets de commerce, Paris 1950; - F. A zencot, la protection de porteurs d'obligations. L. G. D. J. Paris 1939.

يصبح مديناً قبل أن يعرف من هو دائنه، وهذا يعد بمثابة وعداً بالوفاء صادر عن إرادة منفردة، وهو بذلك يعتبر نوعاً من الالتزام المجرد.

إلا أن تلك النظرية قد لاقت انتقادات عديدة أهمها عدم دقة تشبيه الورقة التجارية بالنقود للاختلاف الجوهرى بينهما.

(٣) نظرية اتحاد الإرادة المنفردة والعقد:

وقد حاول أنصار هذه النظرية تفادي الانتقادات التي وجهت إلى نظريتي العقد المجرد والإرادة المفردة، وارتأوا أن الالتزام المصرفي يمكن تأسيسه على فكرتين: فكرة العقد في العلاقة بين المدين ودائنه المباشر كالعلاقة بين الساحب وبين المستفيد الأول والعلاقة بين المظهر والمظهر إليه المباشر، وفكرة الإرادة المنفردة في العلاقة بين أي موقع على الكمبيالة، وأي حامل لها، ممن لا تربطه به صلة مباشرة^(١).

إلا أن هذه النظرية تعرضت لأوجه النقد التي وجهت لنظريتي العقد المجرد والإرادة المنفردة.

الفرع الثاني

النظريات الحديثة

لقد هجرت النظريات الحديثة في مجال تحديد الأساس القانوني للالتزام المصرفي بما يتفرع عنه من علاقات مختلفة توجد داخل الورقة التجارية، إسناد هذا الالتزام إلى الإرادة المتمثلة إما في العقد أو الإرادة المنفردة.

(١) د. محمد أمين بدر، المرجع السابق، فقرة ٦٦٢، د. محمود سمير الشرقاوي، الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص ٤٣.

وربطت تلك النظريات الحديثة بين أساس الالتزام المصرفي والقاعدة التي تسود أحكام قانون الصرف وتعد عموده الفقري وهي قاعدة تطهير الوقوع، حيث رأي أنصار هذه النظريات أن البحث عن أساس قانوني للالتزام المصرفي لا ينفك ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بقاعدة تطهير الوقوع؛ تلك القاعدة التي تحتاج في تفسيرها لتحديد الأساس القانوني الصحيح للالتزام المصرفي.

فذهب أنصار هذه النظريات الحديثة إلى أن القانون هو الذي قرر حرمان المدين في الورقة التجارية من التمسك قبل حاملها حسن النية بالدفع التي يمكنه أن يوجهها إلى أن المستفيد أو إلى أي حامل سابق، وذلك من أجل إكساب الورقة التجارية الثقة اللازمة للتعامل بها كأداة ائتمان وأداة وفاء. وعلى ذلك فإن الالتزام المصرفي هو التزام قانوني يجد مصدره في نصوص القانون ذاته ولا مجال للبحث عن هذا الأساس في أية علاقة تعاقدية أياً كان نوعها أو أشخاصها أو موضوعها.

ورغم اتفاق أصحاب النظريات الحديثة في أن مصدر الالتزام المصرفي وأساسه هو القانون، إلا أنهم قد اختلفوا فيما بينهم في هذا الخصوص، وذلك على النحو التالي:
أولاً: نظرية الظاهر وحسن النية:

ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن تداول الورقة التجارية تغلبت وطغت على جميع النتائج المنطقية للعمل الإرادي المنفرد. فتظل الإرادة المنفردة أساساً للالتزام المصرفي خلال مدة بقاء الورقة في مرحلة سكون، أما إذا تحركت عن طريق التداول ووضعت في يد غير حسن النية، فهنا يتعين حماية هذا الغير حسن النية إعمالاً لحسن نيته طالما أن الورقة صحيحة في مظهرها العام الخارجي ولا تنطوي على عيب ظاهري. فالغير حسن النية قد اطمأن لهذا الوضع الظاهر، ومن ثم يجب حمايته. وعلى ذلك فإن أساس الالتزام المصرفي في مرحلة حركة الورقة لا يجد أساسه في الإرادة المنفردة للموقع

عليها وإنما في القانون الذي قرر حماية الغير حسن النية بإعطائه حق التمسك بقاعدة تظهير الدفع وبمنع المدين من التمسك بالدفع العالقة بالورقة.

ثانياً: نظرية المسؤولية المدنية^(١):

مؤدي هذه النظرية أن الموقع على الورقة التجارية يلتزم في مواجهة حاملها بسداد قيمتها، ولا يجوز له أن يخل بهذا الالتزام، ويكون من شأن إخلاله بهذا الالتزام قيام مسؤوليته المدنية بتعويض الحامل حسن النية عما أصابه من أضرار.

إلا أن أنصار تلك النظرية قد اختلفوا في نوع هذه المسؤولية من حيث الخطأ الواجب توافره لقيامها.

فذهب فريق إلى أن إخلال الموقع على الورقة بدفع قيمتها يعد في ذاته خطأ لأنه يهدر النظام العام، فمن شأن هذا الإخلال فقدان الثقة المشروعة للغير عندما يتمسك في مواجهة الحامل حسن النية بأية دفع قد تشوب التزامه كسبب من أسباب البطلان أو الفسخ، وفقدان الثقة في الورقة يعد اعتداء على النظام العام. والالتزام الموقع بسداد قيمة الورقة يفرضه القانون نتيجة واقعة محددة هي واقعة التوقيع على الورقة.

وذهب فريق آخر إلى أن المسؤولية في هذه الحالة لا تقوم على الخطأ المفترض أو واجب الإثبات، وإنما تقوم على فكرة تحمل التبعة. فالورقة التجارية لا تعد تجديداً للالتزام الواقع على عاتق الموقع ولكنها وسيلة لإثبات العلاقة السابقة عليها، ويتحمل الموقع تبعة وجود تلك العلاقة لأن الغير اطمأن على ذلك نتيجة هذا التوقيع ونشوء الوضع الظاهر الذي خلقه.

(1) Valery, quell est le fondement de l'obligation engendrée par l'acceptation d'une lettre de change, Ann. De dr. Com. 1923p. 180 etss.

- د. محسن شفيق، المطول في الأوراق التجارية ١٩٥١، بند ١١٣٧.

ثالثاً: نظرية الإرادة والقانون^(١):

ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن الالتزام المصرفي ينشأ نتيجة إتحاد مصدرين: إرادة الموقع على الورقة، والقانون. فيجد الالتزام المصرفي مصدره في إرادة طرفيه المباشرين المكونة للعقد المبرم بينهما. أما القانون فهو الذي يبرر حماية الوضع الظاهر لمصلحة الحامل الشرعي حسن النية للورقة التجارية. ومن ثم ينشأ، وبحكم القانون، في ذمة كل موقع التزام مباشر في مواجهة الحامل حسن النية الذي يثق في صحة الصك الظاهرة.

المطلب الثاني

الاستقلال بين العلاقات التي تتضمنها الورقة التجارية والتوقيعات الواردة عليها

تستقل العلاقات التي تشتمل عليها الورقة التجارية عن بعضها البعض (الفرع الأول)، ومن الأسباب الرئيسية لهذا الاستقلال هو استقلال توقيعات الموقعين على الورقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاستقلال بين العلاقات التي تتضمنها

الورقة التجارية

ذكرنا أن الورقة التجارية تشتمل على مجموعة من العلاقات، مع بعض الاختلافات مع السند لأمر، منها ما كان قائماً قبل نشأتها مثل العلاقة بين الساحب والمستفيد، والعلاقة بين الساحب والمسحوب عليه، ومنها ما أوجدته الورقة بتداولها،

(1) Lecico et Roblot, traité de droit commercial no. 116.

مثل العلاقة بين المسحوب عليه والمستفيد والعلاقة بين الملتزمين بالوفاء بقيمة الورقة والحملة المتعاقبين لها الذين لا تربطهم بالملتزمين علاقات مباشرة.

وتلك العلاقات مستقلة بعضها عن بعض، فلا تنشأ أي منها إستناداً على نشأة الأخرى، ولا تمثل أي منها سبباً لنشأة الأخرى. ورغم استقلال العلاقات المذكورة إلا أنها تمثل سلسلة متكاملة بحيث تؤدي في النهاية إلى تحقيق الهدف وهو الوفاء بقيمة الورقة التجارية في ميعاد استحقاقها.

فالعلاقة بين الساحب والمستفيد التي يكون فيها الساحب مديناً والمستفيد دانناً، تجعل الأول يبحث عن شخص يكون مديناً له يعيطه أمراً بالوفاء بقيمة الورقة للمستفيد، وهذا الشخص هو المسحوب عليه، حيث يحيل الساحب حقه لديه أو جزء منه للمستفيد، ومن ثم فقد قامت علاقة بين الساحب والمسحوب عليه لتكمل العلاقة بين الساحب والمستفيد وتضعها موضع التنفيذ. ونتيجة للأمر الصادر من الساحب إلى المسحوب عليه بدفع قيمة الورقة إلى المستفيد، تقوم علاقة لأول مرة أنشأتها الورقة ولم تكن قائمة قبل ذلك، وهي علاقة المسحوب عليه بالمستفيد، فيقوم الأول بالوفاء بقيمة الورقة للثاني، وتلك العلاقة تكمل العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه وتضعها موضع التنفيذ.

وتنحصر العلاقات التي تشتمل عليها الورقة التجارية في تلك العلاقات الثلاث فقط عندما تكون الورقة لا زالت في مرحلة سكون ولم يتم إطلاقها في التداول بعد سواء بتسليمها للغير أو بتظهيرها له.

وبخروج الورقة التجارية من مرحلة السكون إلى مرحلة الحركة بتداولها، تبدأ نشأة العلاقات الأخرى بين المستفيد الأول والمظهر إليهم المتعاقبين إلى أن تستقر الورقة في يد الحامل الشرعي الأخير الذي يطالب بقيمتها عند حلول ميعاد الاستحقاق. والعلاقات التي تنشأ بين كل مظهر ومظهر إليه هي بدورها علاقات مستقلة عن بعضها البعض.

والحقيقة أن استقلال الالتزام المصرفي، بكل علاقاته، عن علاقة الأساس، بكل مفرداتها، يجب أن تتم معالجته في مرحلة حركة الورقة وليس في مرحلة سكونها لما تثيره مرحلة الحركة من خلاف وجدل حول سبب الالتزام المصرفي من حيث تجريده من عدمه، وللارتباط الحتمي بين قاعدة تطهير الدفع، التي لا توجد إلا في مرحلة حركة الورقة، وبين مسألة استقلال الالتزام المصرفي عن علاقة الأساس، فتلك القاعدة هي التي تحكم هذا الاستقلال من عدمه حسبما سنرى لاحقاً^(١).

الفرع الثاني

استقلال التوقيعات الواردة على الورقة التجارية

إن السبب الرئيسي لاستقلال العلاقات التي تشتمل عليها الورقة التجارية راجع إلى استقلال التوقيعات الواردة عليها. فمن أهم السمات التي تميز الالتزام المصرفي أن التوقيعات فيه مستقلة عن بعضها البعض^(٢).

وقد تحدثت المواد/ ٣٨٥، ٣٨٦، ٣٩٧ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ عند مبدأ استقلال التوقيعات الواردة على الورقة التجارية.

فتنص المادة/ ٣٨٥ على ما يأتي:

«تكون التزامات ناقصي الأهلية الذين ليسوا تجاراً وعديمي الأهلية الناشئة عن توقيعاتهم على الكمبيالة كساحبين أو قابلين أو ضامنين احتياطيين أو بأية صفة أخرى باطلة بالنسبة إليهم فقط»

(١) انظر لاحقاً ص ٦٦ وما بعدها.

(٢) حول مبدأ استقلال التوقيعات في الورقة التجارية، أنظر د. عبدالحى حجازي، سندات الائتمان المصرفية، الجزء الأول، القسم العام، ١٩٥٧، ص ١٩ وما بعدها، المطبعة العالمية، د. أمين محمد بدر، المرجع السابق، ص ٢٦١ وما بعدها، د. جورجيت صبحي عبده قليني، مبدأ استقلال التوقيعات في الأوراق التجارية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٦، ص ٦٣ وما بعدها.

وتنص المادة/ ٣٨٦ من ذات القانون على أنه:

«إذا حملت الكمبيالة توقيعات أشخاص ليست لهم أهلية الالتزام بها أو توقيعات مزورة أو لأشخاص وهميين أو توقيعات غير ملزمة لأسباب أخرى لأصحابها أو لمن وقعت الكمبيالة بأسمائهم، فإن التزامات غيرهم من الموقعين عليها تبقى مع ذلك صحيحة».

وتنص المادة / ٣٩٧ من القانون المذكور على أنه:

«مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٣٨٥) من هذا القانون ليس لمن أقيمت عليه دعوى بكمبيالة أن يحتج على حاملها بالدفوع المبنية على علاقاته الشخصية بساحبها أو بحاملها السابقين ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله عليها الإضرار بالمدين».

ويقصد باستقلال التوقيعات في الالتزام الصرفي وفقاً للمواد سالفه الذكر أنه إذا تعدد الملتمزمون بالورقة التجارية، فإن كل توقيع فيها مستقل بذاته عن التوقيعات الأخرى، فيلتزم كل موقع على الورقة بالوفاء بقيمتها بالالتزام مستقل تماماً عن باقي التزامات الموقعين على الورقة^(١). وبالتالي فإنه إذا كان أحد هذه التوقيعات باطلاً لنقص في الأهلية أو لعيب شاب الإرادة، أو لعدم مشروعية المحل الذي سحبت الورقة أو ظهرت بسببه، فإن هذا البطلان أو العيب لا ينسحب على التوقيعات الأخرى السابقة أو اللاحقة عليها، طالما أنها سحبت صحيحة.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه وفقاً للمادة / ١١٤ من قانون التجارة (القديم) إذا كانت الكمبيالة تحمل توقيعاً مزوراً، فإن الالتزامات الناشئة عن التوقيعات الأخرى تكون صحيحة^(٢).

(١) د.جورجيت صبحي عبده قليني، المرجع السابق، ص ٦٥ وما بعدها.

(2) Cass. Com. 21 dec. 1959, D. 196, J. 262 etss.

ولقاعدة استقلال التوقيعات في الورقة التجارية العديد من التطبيقات منها أنه إذا تم تغيير ميعاد الاستحقاق أو ثم تغيير مبلغ الكمبيالة أثناء مسيرتها، فيلتزم الموقعون اللاحقون لهذا التغيير به وإن لم يلتزم به الموقعون السابقون على حدوثه.

ولقد ورد تطبيق لهذه القاعدة في المادة/ ٣٨٧ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث تنص على أنه:

«١- يخضع شكل الالتزامات بموجب الكمبيالة لقانون الدولة التي صدرت فيها.

٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام غير صحيح شكلاً بموجب القانون المشار إليه في الفقرة السابقة ولكنه صحيح شكلاً وفقاً لأحكام القانون المصري، فلا يكون لعيبه الشكلي أثر في صحة الالتزامات اللاحقة التي تنشأ بموجب الكمبيالة في مصر».

ومؤدي هذا التطبيق لمبدأ استقلال التوقيعات أنه إذا كان التزام أحد الموقعين على الورقة التجارية باطلاً شكلاً وفقاً لقانون الدولة التي صدرت فيها الورقة، ولكنه صحيح شكلاً وفقاً لأحكام القانون المصري، فإن هذا العيب الشكلي لا يؤثر على صحة التوقيعات اللاحقة ولا صحة الالتزامات الناشئة عنها التي نشأت بموجب الورقة التجارية في مصر.

وهناك تطبيق آخر لمبدأ استقلال التوقيعات ورد النص عليه في المادة/ ٤٢٠ فقرة/٢ من قانون التجارة، حيث يجري نصها على أنه:

«٢- ويكون التزام الضامن الاحتياطي صحيحاً ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً لأي سبب آخر غير عيب في الشكل».

ومؤدي هذا النص أن التزام الضامن الاحتياطي يكون صحيحاً ولو كان الالتزام المضمون باطلاً بشرط ألا يكون هذا البطلان راجعاً لعيب في الشكل. لأنه إذا كان

الضامن الاحتياطي ملتزم بالأوجه التي يلتزم بها المضمون، إلا أن التزام الضامن الاحتياطي هو التزام صرفي يستمد قوته من ذات الصك الحامل له.

ويعتبر حكم المادة المشار إليها خروجاً على القواعد العامة في الضمان الاحتياطي التي تقضي بأن الضامن الاحتياطي يتبع التزام المضمون وجوداً وعدمًا^(١). ويرجع هذا الخروج إلى أن الضامن الاحتياطي يتحمل بالتزام صرفي، فهو مدين صرفي مستقل عن بقية الموقعين على الورقة، وكذلك فإن هذا الخروج يشجع التعامل بالورقة التجارية ويقوي انتمائها.

وتجدر الإشارة إلى أن قاعدة استقلال التوقيعات لا تتعارض مع قاعدة تضامن الموقعين على الورقة وأثاره، لأن كل موقع، ولو أنه ملتزم بالتضامن مع غيره من الموقعين الآخرين، إلا أن التزام كل موقع مستقل عن التزام الموقع الآخر، حيث يلتزم كل موقع بمقتضى سبب يختلف عن سبب التزام بقية الموقعين، فلكل التزام مصدره المستقل بالرغم من تجمع كل الالتزامات في صك واحد.

(١) د. محمد صالح بك، المرجع السابق، ص ٤٧ وما بعدها. والمادة/ ٧٧٦ مدني والتي تنص على أنه: "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً".

المبحث الثالث

استقلال الالتزام الأصلي عن الالتزام الصرفي

لم يشغل بال الفقه التجاري، ولم يثر بينهم خلافاً حاد بشأن مسألة من مسائل الأوراق التجارية مثل مسألة استقلال علاقة الأساس، أي استقلال الالتزام الأصلي عن الالتزام الصرفي. فتعددت النظريات وقيلت مجموعة من الآراء حول تلك المسألة منذ زمن طويل ولا زال هذا الخلاف قائماً حتى الآن. إلا أن هناك العديد من القواعد القانونية التي نصت عليها التشريعات المختلفة التي تحكم الأوراق التجارية سواء في مصر أو في غيرها من الدول الأخرى، قد رسخت وكرست مجموعة من الحقائق القانونية التي قد تنير الطريق وتلقي الضوء على تلك المسألة الخلافية وتساعد على إيجاد حلول وتفسيرات لهذا الاستقلال من عدمه تكون نابعة من نصوص القانون (المطلب الأول). وبعد عرض هذه الحقائق يمكن الوقوف على الأساس القانوني الصحيح لمبدأ الاستقلال بين الالتزام الأصلي والالتزام الصرفي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حقائق قانونية تؤثر على مبدأ الاستقلال

وعلى أساسه القانوني

قبل مناقشة النظريات والآراء العديدة التي قيل بها تفسيراً لطبيعة الالتزام الصرفي وللأساس القانوني الذي يستند إليه ومدى استقلاله عن الالتزام الأصلي، يجدر بنا أن نستحضر بعض الحقائق القانونية التي أصبحت من المسلمات في مجال الأوراق التجارية وأن نضعها نصيب أعيننا لتكون حكماً بين تلك الآراء والنظريات ومعيناً على إيجاد الأساس السليم للالتزام الصرفي ومدى استقلاله عن علاقة الأساس. وتتمثل هذه

الحقائق في سبب الالتزام عموماً وسبب الالتزام المصرفي على وجه الخصوص (الفرع الأول)، وفي قاعدة تطهير الدفع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

سبب الالتزام المصرفي

أركان الالتزامات عموماً، ومنها الالتزام المصرفي، ثلاثة: الرضا والمحل والسبب. وكان سبب الالتزام المصرفي ركيزة الفقه القائل باستقلال هذا الالتزام عن الالتزام الأصلي استناداً إلى أن الالتزام المصرفي مجرد عن سببه. إلا أننا نبادر إلى القول أن لكل التزام سبب يجب أن يكون موجوداً ومشروعاً (أولاً) فإذا انعدم سبب الالتزام أو كان غير مشروع بطل الالتزام (ثانياً).

أولاً: سبب الالتزام المصرفي مفترض في وجوده وفي مشروعيته:

نظراً لعدم وجود نصوص خاصة بسبب الالتزام المصرفي فيطبق بشأنه النصوص العامة في الالتزامات عموماً. وقد تحدثت عن سبب الالتزام المادتان/ ١٣٦، ١٣٧ من القانون المدني ويسري حكم هاتين المادتين على سبب الالتزام المصرفي.

فتنص المادة/ ١٣٦ المذكورة على أنه:

«إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام والآداب، كان العقد

باطلاً».

وتنص المادة/ ١٣٧ المشار إليها على أنه:

«١- كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يرقم

الدليل على غير ذلك...».

ومؤدي نص هاتين المادتين أن الالتزام لا بد أن يكون له سبب موجود ومشروع، وإذا كان سبب الالتزام منعدماً أو غير مشروع بطل الالتزام لفقدانه أحد أركانه الثلاثة. وتحدثت المادة/ ١٣٧ فقرة ١/ سالفه الذكر عن افتراض وجود السبب وافتراض مشروعيته^(١). حيث قضت بأن الالتزام الذي لم يذكر له سبب فيفترض أن سببه موجوداً ومشروعاً.

إلا أن الفقه^(٢) منذ وقت طويل وحتى الآن قد درج على استعمال تعبير بالنسبة لسبب الالتزام الصرفي، هو أنه التزام مجرد عن سببه **Engagement abstrait**. ولا يمكن تفسير هذا المصطلح بأن الالتزام الصرفي ليس له سبب لأن هذا التفسير يتعارض مع صريح نص المادتين/ ١٣٦، ١٣٧ من القانون المدني سالفتي الذكر، اللتان إشترتا وجود سبب الالتزام ومشروعيته، وفي حالة عدم ذكر السبب فيفترض أنه موجود ومشروع إلى أن يثبت العكس.

ولذلك فإننا نرى ضرورة البعد عن استعمال مصطلح الالتزام المجرد عن السبب لما يثيره من لبس وغموض ولما قد يفهم منه أن الالتزام الصرفي ليس له سبب لمخالفة ذلك لصريح نصوص القانون المدني سالفه الذكر والمتعلقة بسبب الالتزام بوجه عام.

ونفضل استعمال مصطلح أن "سبب الالتزام الصرفي مفترض في وجوده ومفترض في مشروعيته إلى أن يثبت عكس ذلك". ونفضل استعمال هذا المصطلح

(1) M. CABRILLAC, la lettre de change dans la jurisprudence, librairies techniques, 1978, p. 17 etss.

(٢) د. محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول طبعة ١٩٤٧، مطبعة جامعة فؤاد الأول، وغالبية فقه القانون التجاري يستعمل مصطلح الالتزام "المجرد عن السبب".

سواء اعتبرنا أن سبب الالتزام المصرفي هو عقد الأساس أو أن سببه هو إقرار الملتزم بدفع قيمة الورقة الناشئ عن توقيعه عليها إعمالاً لنظرية "اندماج الحق في الصك" التي قال بها بعض الفقه، ولنا عودة إلى هذه المسألة لاحقاً^(١).

وكان سبب الالتزام المصرفي متمثلاً في ظل قانون التجارة الملغي في ذكر بيان "وصول القيمة" ضمن البيانات الإلزامية في الورقة التجارية، حيث كانت المادة/ ١٠٥ من هذا القانون تشترط ذكر بيان وصول القيمة كأحد البيانات الإلزامية. ولكن بعد صدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ أغفلت المادة/ ٣٧٩ منه، والتي عدت البيانات الإلزامية، بيان وصول القيمة ولم تعد تشترط ذكره كأحد البيانات الإلزامية في الورقة التجارية على أساس أن هذا البيان يمثل علاقة خارجة عن الورقة هي علاقة الساحب بالمستفيد أو المظهر بالمظهر إليه، إلا أن ذلك لا يحول دون اعتبار بيان وصول القيمة من البيانات الاختيارية التي يجوز لأي من الموقعين على الورقة إدراجها بها.

وأثناء مناقشة قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ في مجلس الشعب، اقترح أحد الأعضاء إضافة عبارة "القيمة وصلت نقداً أو بضاعة" إلى عجز البند ب من المادة/ ٣٧٩ من القانون المذكور، فرد المستشار المقرر بأن "من حيثيات هذا النص أنه استبعد شرط وصول القيمة حتى يكون هذا النص متفقاً مع قانون جنيف الموحد بشأن الكمبيالات وأصبح الآن متفق عليه دولياً. إن شرط وصول القيمة معناه ذكر السبب أو الإشارة إلى سبب الكمبيالة وهذا الشرط غير مطلوب اليوم في جميع المعاملات البنكية فيما يتعلق بالكمبيالات"^(٢).

(١) انظر لاحقاً ص ٧٩ وما بعدها.

(٢) المستشار محمد إبراهيم خليل، قانون التجارة الجديد وأعماله التحضيرية، نادي القضاة ١٩٩٩/٢٠٠٠، ص ٥٣٩، ٥٤٠.

وقد كان من شأن عدم اشتراط ذكر بيان وصول القيمة كأحد البيانات الإلزامية في الورقة التجارية أن أصبحت مسألة سبب الالتزام المصرفي، هل خارج الورقة وممثل في عقد الأساس أم أنه داخل الورقة وممثل في توقيع الملتزم عليها، أكثر تعقيداً، لأنه في ظل القانون الملغي الذي كان يشترط ذكر هذا البيان ضمن البيانات الإلزامية في الورقة التجارية، كان ذلك مؤشراً على أن سبب الالتزام المصرفي يتمثل في علاقة الأساس.

وإن كان ذكر بيان وصول القيمة من عدمه يؤثر على تحديد سبب الالتزام المصرفي، بأنه يوجد في علاقة الأساس أو داخل الورقة التجارية، فإن ذلك لا يؤثر على وجود السبب ومشروعيته في ضوء حكم المادة/ ١٣٧ فقرة ١ من القانون المدني التي اعتبرت عدم ذكر السبب في العقد لا يؤثر على وجوده ومشروعيته، وأن الوجود والمشروعية مفترضان إلى أن يثبت العكس.

وثمة تعليق أخير على رد المستشار ممثل الحكومة على إغفال ذكر بيان وصول القيمة ضمن البيانات الإلزامية في الورقة التجارية، إذا أفاد سيادته في رده أن هذا الشرط غير مطلوب اليوم في جميع المعاملات البنكية فيما يتعلق بالكمبيالة. فقد يوحي هذا الرد أن ممثل الحكومة يقصد تعاملات البنوك فيما يتعلق بالكمبيالة بشأن خصمها. وقد سبق أن أوضحنا^(١) أن تقديم الكمبيالة للبنك لخصمها لا يكون استناداً لعلاقة أساس سابقة، ومن ثم فلا يثور بشأن هذه العملية بيان وصول القيمة، لأنها لا تتم مقابل وصول قيمة. وتلك حالة نادرة لا يوجد فيها علاقة أساس.

ونحن نرى أنه كان يجب على المشرع الإبقاء على بيان وصول القيمة كبيان إلزامي في الورقة التجارية لأن من شأن ذكره تحديد سبب الالتزام في الورقة، حيث

(١) انظر ما سبق، ص ٣٣.

يكون متمثلاً في علاقة الأساس وهذا سيقضي على الخلاف المحتدم حو المقصود بسبب الالتزام المصرفي. وفي جميع الأحوال فإنه لا يجب النظر إلى سبب واحد للالتزام المصرفي ولكن إلى عدة أسباب لأن سبب التزام كل موقع مستقل عن سبب التزام الآخر^(١).

ثانياً: حالات انعدام سبب الالتزام المصرفي أو عدم مشروعيته:

لا بد أن يكون للالتزام المصرفي سبب قائم ومشروع، وذكرنا أن العبارة التقليدية التي درج الفقه على استعمالها أن الالتزام مجرد عن السبب هي عبارة غير دقيقة وتثير اللبس والغموض، وفضلنا أن يستعمل بدلاً منها عبارة أن سبب الالتزام المصرفي مفترض في وجوده (١) ومفترض في مشروعيته (٢). فالقول بأن الالتزام المصرفي مجرد عن السبب، بمعنى أنه ليس له سبب، يجعل هذا الالتزام باطلاً تطبيقاً للقواعد العامة في القانون واجب التطبيق في هذا الخصوص^(٢).

(١) عدم وجود سبب الالتزام المصرفي:

وجود الالتزام المصرفي دائماً مفترض إعمالاً لحكم المادة/١٣٧ فقرة ١ من القانون المدني والتي يجري نصها على أنه: «كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يعم الدليل على غير ذلك».

فعدم ذكر سبب الالتزام المصرفي لا يعني أنه غير وجود، حيث يفترض وفقاً للمادة المذكورة أنه موجود، فقد أقامت هذه المادة قرينة على وجوده، إلا أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، إذ ذكرت المادة المشار إليها في عجزها عبارة "ما لم يقدم الدليل

(1) M. Cabrillac. Op. cit. p. 17.

(٢) انظر ما سبق، ص ٥٣ وما بعدها.

على غير ذلك". ومن ثم فمن يدعى أن السبب غير موجود يقع عليه عبء إثبات عدم وجوده.

ولغياب سبب الالتزام المصرفي عدة صور نذكر منها على سبيل المثال كمبيالات المجاملة (أ) وزوال السبب قبل نشوء الالتزام المصرفي (ب).

(أ) كمبيالات المجاملة: Les effets de complaisance

قد يحدث أحياناً أن يختل انتمان التاجر ويتأزم وضعه المادي على نحو تتضاءل معه فرص إمكانية الوفاء بديونه^(١)، فيبحث عن وسيلة يحصل بها على انتمان وهمي لإخفاء عجزه المالي، فيلجأ إلى ما يسمى "بكمبيالة المجاملة".

ولم يتناول المشرع المصري صراحة هذا النوع من الكمبيالات، مثله في ذلك مثل كافة التشريعات لأن هذا النوع من الكمبيالات أفرزته الحياة التجارية بوجه عام. إلا أن الفقه قد استقر على تعريفها بأنها صك مكتوب يتضمن أمراً صادراً من الساحب إلى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغاً معيناً من النقود في تاريخ معين أو قابل للتعيين لشخص ثالث يسمى المستفيد. فيتفق تاجر مع أحد أصدقائه على أن يسحب كمبيالة لصالحه، فيكون الصديق "المجامل" في مركز الساحب، والتاجر الذي يمر بضائقة مالية في مركز المستفيد، وتقدم تلك الكمبيالة إلى المسحوب عليه لقبولها إمعاناً في خلق انتمان وهمي ظاهر لصالح المستفيد بقصد اجتذاب ثقة الأغيار فيها. ويقوم هذا المستفيد من المجاملة بخصم الورقة لدى أحد البنوك أو تظهيرها لتحصيل قيمتها.

(١) انظر مقال بعنوان: كمبيالات المجاملة وأثرها على الائتمان والتداول التجاري، منشور على موقع:

<http://www.mohamoon/montada/default.aspx?action=Display>

وتلك الكمبيالة لا تستند إلى وجود علاقة ما بين الساحب والمستفيد، حاضرة أو مستقبله. أي أنها لا تستند إلى سبب ما سوى المجاملة. فتوقيع الساحب على هذه الكمبيالة يتم دون سبب. وأياً كانت طبيعة أوراق المجاملة، الخبيث منها أو الطيب^(١)، فإنه من المستقر عليه بطلان تلك الأوراق وذلك لانعدام سببها^(٢).

ويقتررب هذا النوع من الكمبيالات من نوع آخر وهو الكمبيالة التي تسحب على شخص وهمي وتسمى "السحب في الهواء"، والتي تسحب على غير مدين وتسمى "السحب في فراغ".

وفي كمبيالات المجاملة لا يوجد مقابل وفاء للساحب في ذمة المسحوب عليه التي قبلها رغم ذلك. إلا أن الساحب في النهاية هو الملتزم بتوفير مقابل الوفاء عند حلول ميعاد الاستحقاق، فلو كان لديه هذه النية فتكون المجاملة من النوع الطيب، أما إذا لم تكن لديه تلك النية وأن توقيعها مجرد عبث وخلق إنتمان وهمي على غير الحقيقة. فتكون كمبيالة المجاملة من النوع الخبيث، وسواء كانت كمبيالات المجاملة من النوع الطيب أو الخبيث، فإنها باطلة لانعدام سببها.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا مجال للحديث عن استقلال كمبيالة المجاملة من علاقة الأساس لأن الاستقلال يفترض وجود أمرين مستقلين عن بعضهما، أي يفترض وجود علاقة الأساس أولاً ونشوء الالتزام الصرفي إعمالاً لها، ثم يستقل هذا الالتزام عن تلك العلاقة لاحقاً. أما في فرض كمبيالة المجاملة لا يوجد من الأصل علاقة أساس، أي أن الكمبيالة هنا لم تصدر استناداً لعلاقة أساس، ومن ثم فلا مجال للحديث عن استقلال الالتزام الصرفي عن علاقة الأساس غير الموجودة أصلاً.

(1) Cass. Com. (Req) 18 oct. 1943. S. 1944, p. 1 a 18.

(2) Ch. Gavalda et j. stoufflet, cheques et effets de commerce, Paris 1979. p. 90 et 91.

غير أن هذا البطلان بالنسبة لكمبيالات المجاملة إذا كان أكيداً بين أطراف المجاملة، إلا أنه لا يمكن التحدي به في مواجهة الغير حسن النية الذي يجهل اتفاق المجاملة، فيجوز له أن يعول على الشكل الظاهر للورقة وله أن يرجع على جميع الموقعين عليها، حتى على من كان منهم حسن النية، وكل ذلك إعمالاً لقاعدة تطهير الدفع^(١).

وغنى عن القول أن أوراق المجاملة لا تشمل إلا الورقة التجارية التي تقوم بوظيفة الائتمان، إلى جانب وظيفة الوفاء، كالكبيالة أو السند لأمر. أما الشيك، فلأنه أداء وفاء فقط، فلا يكون محلاً لأوراق المجاملة.

(ب) زوال السبب قبل نشوء الالتزام المصرفي:

قد تنشأ علاقة الأساس وتنبثق منها الورقة التجارية بالالتزام المصرفي الوارد فيها. وبعد نشوء هذا الالتزام يستقل عن علاقة الأساس ولا يتأثر بما يطرأ عليها من انقضاء أو فسخ أو بطلان. فالمفروض أن تكون علاقة الأساس، باعتبارها سبب للالتزام المصرفي، قائمة وقت نشأة الورقة، بصرف النظر عن مصير تلك العلاقة بعد ذلك.

أما إذا كانت علاقة الأساس قد زالت لأي سبب من الأسباب كالانقضاء أو الفسخ أو البطلان، قبل نشأة الكبيالة، فإن الالتزام المصرفي الوارد في الكبيالة يكون قد نشأ دون أن يستند وقت نشوئه لأية علاقة أساس، أي أن سبب الالتزام المصرفي يكون قد زال وقت نشأة الورقة، فيكون الالتزام المصرفي هنا باطلاً لانعدام سببه.

(١) د. أبو زيد رضوان، الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص ٤٣.

وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً في هذا الخصوص بتاريخ ٢٨ مايو ١٩٦٨^(١)، تمثلت وقائع النزاع الذي صدر فيه هذا الحكم في أن (أ) (الساحب) قد سحب ثلاث كمبيالات بمناسبة تنفيذ عقود أشغال عامة لصاح المستفيد (ب)، على المسحوب عليه (ج). وكانت تلك الكمبيالات صادرة بتاريخ ٤ مارس ١٩٦٤، في حين أن الثابت بالأوراق أن عقود الأشغال المشار إليها كانت قد فسخت بتاريخ ٢٠ يناير ١٩٦٤، أي في تاريخ سابق لإصدار الكمبيالات الثلاث. أقام المستفيد دعوى للمطالبة بقيمة تلك الكمبيالات فقضت محكمة الاستئناف بأن هذا المستفيد كان حامل سيء النية لأنه كان يعلم بعدم وجود مقابل وفاء لدى المسحوب عليه ولكن من حقه الرجوع على الساحب باعتباره ضامناً للوفاء بقيمة الكمبيالة.

طعن على هذا الحكم أمام محكمة النقض، وتمسك الطاعن بأن سبب تلك الكمبيالات بما ورد فيها من التزام صرفي لم يكن قائماً وموجوداً وقت نشأة الكمبيالات، إذ أن الكمبيالات صدرت بتاريخ ٤ مارس ١٩٦٤، في حين أن عقود الأشغال العامة كانت قد أبطلت في وقت سابق بتاريخ ٢٠ يناير ١٩٦٤، فقبلت محكمة النقض هذا الطعن وقضت بإلغاء الحكم المستأنف وإبطاله تأسيساً على أنه لم يطبق على النزاع القاعدة القانونية السليمة، إذ أن وقت نشوء الالتزام الصرفي كانت علاقة الأساس قد أبطلت، فنشأ الالتزام الصرفي عن سبب ليس له وجود وقت نشأته.

إلا أن هذا البطان، وإن كان أكيداً بين أطراف علاقة الأساس والالتزام الصرفي المباشرين، إلا أنه محكوم بتطبيق قاعدة تطهير الدفع^(٢).

(1) Cass. Com. 28 Mai 1968. bull. Civ. 1968, IV. No 170.

(2) M. Cabrillac. Op. cit. p. 18.

(٢) عدم مشروعية سبب الالتزام الصرفي:

إن البحث عن سبب التزام الساحب في الورقة التجارية، وأي ملتزم لاحق للوفاء بقيمتها، لا يكون إلا من خلال التنقيب في العلاقة التي سحبت الكمبيالة بسببها أو بمناسبةها وهي علاقة الأساس التي تربط بين الساحب والمستفيد، وهذا ما كان يعبر عنه، قبل صدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، ببيان وصول القيمة، الذي لم يعد القانون المذكور يستلزم ذكره ضمن البيانات الإلزامية في الكمبيالة.

فإذا كان سبب التزام الساحب، بمفهوم الباعث الدافع، غير مشروع بأن يذكر أن القيمة وصلت بضاعة والحال أن الكمبيالة حررت تسوية لدين قمار أو رشوة أو ثمناً لارتكاب جريمة أو لإقامة علاقة جنسية غير مشروعة^(١)، فإن التزام الساحب يقع باطلاً لعدم المشروعية.

ومن البديهي أن توقيع الساحب على الكمبيالة يعتبر قرينة على مشروعية السبب^(٢) وإذا أراد المدين بالكمبيالة المحاجة في ذلك، يقع عليه عبء إثبات العكس وبكافة طرق الإثبات.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن التحدي ببطلان السبب لعدم المشروعية أمام الحامل حسن النية الذي انتقلت إليه الورقة ولا يعلم بعدم مشروعية سبب الالتزام وذلك إعمالاً لقاعدة تطهير الدفع.

وكذلك فإنه بإطلاق الكمبيالة في التداول، وتطبيقاً لمبدأ استقلال التوقيعات، تعتبر التوقيعات اللاحقة لها سبب موجود ومشروع، ويلتزم أصحابها بالوفاء بقيمة الكمبيالة^(١).

(1) Cass. Civ. 11 Mars 1918, d. 1918.1. 100.

(2) Cass. Com. 25 Mars 1974. R. T. D. Com. 1974. p. 558 et 559.

الفرع الثاني

قاعدة تظهير الدفع

L'inopposabilité des exceptions

إن قاعدة تظهير الدفع التي قررها القانون في مجال التعامل بالأوراق التجارية هي القاعدة الحاكمة لمسألة استقلال الالتزام الأصلي عن الالتزام الصرفي، ولموضوع سبب هذا الالتزام الأخير والأساس القانوني له. فلا يمكن مناقشة المسائل المذكورة بعيداً عن تلك القاعدة لأنها ربطت، وبشكل واضح، بين الالتزام الأصلي والالتزام الصرفي، فقررت استقلالهما في بعض الأحيان والارتباط بينهما في أحيان أخرى.

ويبين مدى أثر قاعدة تظهير الدفع على مبدأ استقلال الالتزام الأصلي عن الالتزام الصرفي، وسبب الالتزام الأخير وأساسه القانوني من خلال إيضاح مضمونها وأساسها القانوني (أولاً)، وأثرها على العلاقات المباشرة وغير المباشرة الناشئة عن التعامل بالورقة التجارية (ثانياً).

أولاً: مضمون قاعدة تظهير الدفع وأساسها القانوني:

تنشأ الكمبيالة ابتداءً بين ثلاثة أشخاص يرتبطون معاً بعلاقات مباشرة، ويعرفون بعضهم بعضاً. فتوجد علاقة بين الساحب الذي أنشأ الكمبيالة وضمنها بياناتها الإلزامية والمستفيد منها، وترتد تلك العلاقة بجذورها إلى علاقة أخرى قامت بينهما قبل إصدار الكمبيالة، وقام الساحب بسحب الكمبيالة تسوية للدين الناشئ عنها، حيث يكون الساحب في تلك العلاقة السابقة مدينًا والمستفيد دائنًا، وهي ذات صفتها في الكمبيالة،

(1) Cass. Com. 4 Jul 1966. d. 1967, J. 144; Cass. Com. 15 Mars 1974. R. T. D. Com. 1975. p. 558.

فالساحب مدين بمبلغها والمستفيد دائن بهذا المبلغ وهي علاقة مباشرة. والعلاقة الثانية التي تشملها الكمبيالة تربط بين الساحب والمسحوب عليه، يكون فيها الأول دائناً والثاني مديناً، ومحل الدين هو مقابل الوفاء الذي للساحب في ذمة المسحوب عليه، وهو المبلغ الذي يدفعه المسحوب عليه إلى المستفيد بناء على أمر صادر إليه من الساحب، وتلك العلاقة مباشرة. والعلاقة الثالثة تربط بين المستفيد والمسحوب عليه وهي غير مباشرة حيث لا يربط بينهما عقد أو أي علاقة قانونية أخرى. ويرجع المستفيد على المسحوب عليه ليحصل على قيمة الكمبيالة، ويقوم المسحوب عليه بالدفع تنفيذاً للأمر الصادر إليه من الساحب لكونه مديناً لهذا الأخير.

وطوال فترة وجود الكمبيالة في حالة سكون واقتصارها على تلك العلاقات الثلاث وعدم انضمام أشخاص من الغير إلى أطرافها الثلاثة المذكورين، فإنه لا مجال لحدوث مفاجآت عند المطالبة بقيمة الكمبيالة عند حلول ميعاد الاستحقاق، وذلك لكون علاقات أطرافها مباشرة، ولسطوع علاقة الأساس التي تربط بين الساحب والمستفيد والتي يستعان بها عند حدوث أي عائق في سبيل تحصيل قيمة الكمبيالة. فالمستفيد يبدأ بالرجوع على المسحوب عليه بلا أدنى صعوبة إذا كان هذا الأخير قد قبل الكمبيالة، أما لو رفضها فسيرجع المستفيد مباشرة على الساحب الذي لا يستطيع التنصل من الوفاء بالقيمة إلا استناداً لدفع ناتج عن علاقة الأساس المباشرة بينهما كبطلانها أو فسخها أو سبق الوفاء بقيمتها، وكل تلك دفع لا تمثل أية مفاجآت للمستفيد، إذ من المفروض أنه يعلمها جيداً لتعلقها وإرتباطها بعلاقة مباشرة بينه وبين الساحب.

إلا أن الأمر يكون جد مختلف إذا انتقلت الكمبيالة من طور السكون إلى طور الحركة، أي إذا تم إطلاقها في التداول عن طريق التظهير، فبهذا الإجراء سينضم إلى ركب الكمبيالة أشخاص من الغير، غرباء عن الكمبيالة يجهلون أصل نشأتها وحقيقة العلاقات التي نشأت بسببها أو بمناسبتها والدفع العالقة بها وأوجه البطلان التي تشوبها. فهؤلاء الأغيار يتعاملون مع الكمبيالة وفقاً لوضعها الظاهر وما استجمعت من

بيانات إلزامية تطلب القانون اشتمالها عليها، فكل ما يعيهم ويعتمدون عليه في هذا التعامل هو صحة الكمبيالة من حيث الظاهر، واستيفائها لشروط صحتها الشكلية، لاسيما في ظل اهتمام المشرع واعتماده على الشكلية المفرطة، وتوافرها في الكمبيالة كأساس لتداولها والتعامل بها.

ومن يتلقى من الغير كمبيالة – تبدو في ظاهرها صحيحة – يتولد لديه اعتقاداً مشروعاً بصحة ما ورد بها من التزام. بل أن البعض قد ذهب – وبحق – إلى أن كل حانز شرعي لصك يكون له حق مطلق بل وجديد في اقتضاء قيمته^(١).

ولن تستطيع الكمبيالة أداء وظيفتها كأداة وفاء، تقوم مقام النقود في الوفاء، إذا كلف الحامل بإجراء تحقيقات طويلة للوقوف على ظروف نشأة الكمبيالة بين الساحب والمستفيد الأول، أو بين باقي الموقعين عليها والمعاملات القانونية التي جاءت الكمبيالة تسوية لها.

وهذا كله مؤداه أنه يجب حماية الغير حسن النية الذي انضم لركب الكمبيالة دون أن يعلم بما يشوبها من أوجه بطلان وما يعلق بها من دفعوع، ضد أي مفاجآت قد تظهر أمامه عند المطالبة بقيمة الكمبيالة وتعوق حصوله على قيمتها، ولكن يجب حصر تلك الحماية في حالة رجوع الغير (الحامل الشرعي) على دائنه غير المباشر، ووسيلة تلك الحماية تتمثل في تطهير الكمبيالة إذا ظهرت من العيوب والدفعوع العالقة بها، وهو ما يطلق عليه "قاعدة تطهير الدفعوع".

فالأساس القانوني إذن الذي ترتكن عليه هذه القاعدة يكمن في فكرة الظاهر التي تقوم عليها معظم الأبنية القانونية التجارية.

(١) مارين، الاحتجاج بالدفعوع، مشار إليه لدى د. أبو زيد رضوان، الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص ١٨١.

وتجدر الإشارة إلى أن تلك القاعدة، على أهميتها وعلى الرغم من أنها تعد العمود الفقري لأحكام قانون اصرف، لم يرد بشأنها نص في قانون التجارة الملغى، وظلت في الواقع المصري قاعدة عرفية إلى أن صاغتها المادة/ ٣٩٧ من قانون التجارة الحالي التي تنص على أنه:

«مع عدم الإخلال بأحكام المادة/ ٣٨٥ من هذا القانون ليس لمن أقيمت عليه دعوى بكمبيالة أن يحتج على حاملها بالدفوع المبنية على علاقته الشخصية بساحبها أو بحاملها السابقين ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله عليها الإضرار بالمدين». ثانياً: أثر تطبيق قاعدة تطهير الدفوع على العلاقات المباشرة وغير المباشرة الناشئة من الورقة التجارية:

يختلف أثر تطبيق قاعدة تطهير الدفوع على العلاقات بحسب ما إذا كانت مباشرة أو غير مباشرة (١) وهذا الأثر يرتبط بمسألة الأساس القانوني لعدم تطبيق تلك القاعدة على العلاقة المباشرة (٢).

(١) تطبيق قاعدة تطهير الدفوع على العلاقات المباشرة وغير المباشرة:

تنص المادة/٣٩٧ من قانون التجارة، على أنه:

«ليس من أقيمت عليه دعوى بكمبيالة أن يحتج على حاملها بالدفوع المبنية على علاقته الشخصية بساحبها أو بحاملها السابقين.....».

وقد ذكرنا سلفاً أن الهدف من قاعدة تطهير الدفوع هو حماية الحامل في مواجهة مدينه غير المباشر وذلك بمنع هذا الأخير من التمسك ضد الحامل بدفع يجهله، وتجنيب هذا الحامل المفاجآت التي تعوق حصوله على قيمة الكمبيالة، فقاعدة تطهير الدفوع لا تطبق إلا إذا كانت العلاقة القانونية التي تربط بين الحامل ومن يريد الرجوع فيه من الملتزمين بالورقة علاقة غير مباشرة.

ولذلك، وإعمالاً للنص المذكور، فإنه لا يجوز لأي من الملتزمين بالكمبيالة أن يحتج على حامل حسن النية بالدفع الناشئة عن علاقته الأصلية والمباشرة بأي من الموقعين الآخرين طالما أن الحامل لم يكن طرفاً فيها. ويستفاد من هذا النص بمفهوم المخالفة أن للمدين الصرفي الاحتجاج في مواجهة الحامل بالدفع المبينة على علاقتهما الشخصية المباشرة، فيستطيع المسحوب عليه القابل مثلاً، والذي لم يتلق مقابل الوفاء من الساحب، أن يتمسك بهذا الدفع في مواجهة هذا الأخير عندما يصبح حاملاً للكمبيالة. ويجوز للساحب أن يتمسك في مواجهة المستفيد الأول (الحامل) بانقضاء علاقة الأساس بينهما أو فسخها أو تنفيذها لأن الدفع ناشئ عن علاقة مباشرة بين المدين والحامل.

والعلة من عدم استفادة الحامل من قاعدة تطهير الدفع وعدم استطاعته التمسك بها في مواجهة من يرجع عليه من المدينين بالورقة إذا كان الدفع ناشئاً عن علاقة مباشرة بينهما أن هذا الحامل هو نفسه وبشخصه المستهدف من هذا الدفع.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه لا يتناول شرط ألا يكون الحامل طرفاً في العلاقة التي تنشأ عنها الدفع ضمن شروط تطبيق قاعدة تطهير الدفع، اعتقاداً منهم أن شرط حسن نية الحامل يستغرق الشرط المذكور ويغني عنه، على اعتبار أن كون الحامل طرفاً في العلاقة الناشئ عنها الدفع يجعله عالمياً يقيناً بهذا الدفع ومن ثم يكون سيء النية ولا يستفيد من القاعدة المذكورة.

إلا أننا، وفي ظل المادة ٣٩٧/ من قانون التجارة، والتي وفقاً لها لم يعد مجرد العلم بالدفع قرينة على سوء نية الحامل واشتراطها توافر قصد الإضرار بالمدين لدى الحامل، نرى أنه يجب دراسة الشرط المشار إليه على استقلال.

فقاعدة تطهير الدفع – في نظرنا – تعمل في حالة عدم وجود علاقة مباشرة بين الحامل والمدين لأنه لا يجوز التمسك في مواجهة الحامل بدفع ناشئ عن علاقة ليس

طرفاً فيها، وأما إذا كانت هناك علاقة مباشرة بين الحامل والمدين فيحدث ارتباط بين تلك العلاقة الخارجية عن نطاق قانون الصرف، والعلاقة القائمة بينهما وداخله في هذا النطاق، ويتم التسوية بين العلاقتين في ضوء ما ينشأ عنهما من دفع لكل من المدين والحامل. وقد قضى في فرنسا في هذا الخصوص بأنه في حالة رجوع المسحوب عليه أو المستفيد على الساحب الذي سحب الكمبيالة لصالح هذا المستفيد مقابل قيمة تلقاها نقداً أو في أي شكل آخر، يكون الالتزام المصرفي مشروطاً وتابعا للعلاقة الأصلية التي تمثل سبب الالتزام، فإذا انقضت بالوفاء أو بالمقاصة انقضى الالتزام المصرفي^(١).

وبناءً على ما سبق فإن المدين بالالتزام المصرفي يظل له الحق في التمسك بأي دفع ناشئ عن علاقة مباشرة بينه وبين الحامل حتى لو انتفى قصد الإضرار بالمدين لدى الحامل، الأمر الذي يقطع باستقلال شرط انتفاء قصد الإضرار لدى الحامل عن شرط عدم تعلق الدفع بعلاقة مباشرة بين الحامل والمدين كشرطين مستقلين لتطبيق قاعدة تطهير الدفع.

خلاصة القول أن قاعدة تطهير الدفع لا تطبق على الدفع الناشئة عن العلاقات الشخصية سواء كانت خارج الورقة التجارية أو داخلها، ومن ثم فلا يجوز لمن تربطه علاقة مباشرة من الملتزمين بالوفاء بقيمة الورقة وصاحب الحق فيها أن يتمسك بأية دفع ناشئة عن تلك العلاقة للتحلل من التزامه بالدفع. وفي هذه الحالة لا مجال للحديث عن استقلال الالتزام الأصلي عن الالتزام المصرفي، ويكون الالتزام الأول أساساً للالتزام الثاني وسبباً له.

أما إذا كانت العلاقة بين الملتزم بالوفاء بقيمة الورقة وصاحب الحق فيها علاقة غير مباشرة، سواء كانت تلك العلاقة داخل الورقة أو خارجها، فتطبق قاعدة تطهير الدفع على الدفع الناشئة عن هذه العلاقة، ومن ثم فلا يجوز للملتزم بالوفاء التمسك

(1) Paris 16/6/1986. D. 1986. inf. Rapid. P. 12.

في مواجهة صاحب الحق في الورقة بأية دفعات ناشئة عن تلك العلاقة غير المباشرة. وفي هذا الفرض، وفي ضوء تطبيق قاعدة تطهير الدفع، يكون الاستقلال واضحاً بين الالتزام الأصلي والالتزام الصرفي. وهذا الاستقلال يجد سببه في تطبيق قاعدة تطهير الدفع، وتلك القاعدة قررها القانون، ومن ثم فإن مصدر وأساس الاستقلال بين الالتزامين هو نص القانون، الأمر الذي لا يتم البحث معه في هذا الأساس والمصدر في أي نظرية فقهية أو أي أساس أو مصدر آخر.

ونستطيع القول أن قاعدة تطهير الدفع التي قررها القانون هي التي تحسم الخلاف حول استقلال الالتزام الأصلي والالتزام الصرفي وحول مصدر الالتزام الأخير، فالاستقلال أو عدم الاستقلال تقرر بموجب النص القانوني الذي قرر القاعدة المذكورة. ولذلك فإن تأثير تلك القاعدة على مبدأ الاستقلال من عدمه هو تأثير مباشر.

(٢) الأساس القانوني لعدم تطبيق قاعدة تطهير الدفع على العلاقة الشخصية المباشرة:

يتمثل الأساس القانوني لعدم تطبيق قاعدة تطهير الدفع على العلاقة الشخصية المباشرة في نص المادة/ ٣٩٧ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وكذلك في علاقة التبعية بين الالتزام الصرفي والعلاقة الأصلية الشخصية المباشرة بين الحامل والمدين الصرفي. فإذا كانت هناك علاقة شخصية مباشرة بين المدين بالالتزام الصرفي والحامل الذي يرجع عليه، فإن هذا الالتزام يكون مشروطاً وتابِعاً لتلك العلاقة الأصلية. التي تمثل سبب وجوده، فإذا انقضت العلاقة الأصلية بالوفاء أو بالمقاصة انقضى الالتزام الصرفي تبعاً لها. وتلك التبعية تعني أن هناك ارتباطاً بين العلاقة الناشئة خارج نطاق قانون الصرف وتلك الداخلة في نطاقه بحيث يتم تسوية العلاقتين معاً في ضوء ما ينشأ عنهما من دفعات لكل من المدين والحامل، وهذا يقتضي حق كل منهما في التمسك بما لديه من دفعات نشأت عن أي من هاتين العلاقتين في مواجهة الآخر، وإن اختلف نوع الدعوى في الحاليتين. فالدعوى المتعلقة بالعلاقة الناشئة خارج الورقة هي

الدعوى العادية، أما الدعوى المتعلقة بالعلاقة الناشئة داخل الورقة هي الدعوى المصرفية.

وكما سبق وذكرنا فإنه يقصد بالدفع الشخصية المباشرة تلك الدفع الناشئة عن العلاقات المصرفية وغير المصرفية لأن تعبير العلاقات الشخصية الوارد في المادة / ٣٩٧ من قانون التجارة جاء عاماً دون تخصيص. ومن ثم فإن الدفع الناشئة عن هاتين العلاقتين لا تطهر بالتظهير^(١).

المطلب الثاني

أساس استقلال الالتزام الأصلي

عن الالتزام المصرفي

لقد قيلت عدة نظريات في تأسيس الاستقلال بين الالتزام الأصلي والالتزام المصرفي (الفرع الأول) ولنا في هذا الأساس رأي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

النظريات الفقهية لتأسيس استقلال الالتزام الأصلي

عن الالتزام المصرفي

انقسم الشراح في تأسيس الاستقلال بين الالتزام الأصلي والالتزام المصرفي إلى ثلاثة مذاهب، فمنهم من أسسه على نظرية الحوالة (أولاً) ومنهم من أسسه على نظرية الإنابة (ثانياً) والفريق الثالث أسسه على نظرية اندماج الحق في الصك (ثالثاً).

(١) د. رضا السيد، د. حسام رضا السيد، الأوراق التجارية، طبعة ٢٠١٥، ص ٢٣٩، دار النهضة العربية.

أولاً: نظرية الحوالة:

ذهب أنصار هذه النظرية^(١) في تعليل ظاهرة عدم جواز الاحتجاج بالدفع والاستقلال بين الالتزام الأصلي والالتزام الصرفي إلى القول بان إنشاء السند وما يتعاقب عليه من تداول هو عبارة عن حوالات حق متعاقبة للحق الناشئ عن العقد الأصلي، فالمستفيد الأول في الورقة يحول حقه قبل الساحب إلى الحامل الذي يليه أي المظهر إليه، ويعتبر كل حامل في الورقة خلفاً للحامل الذي يسبقه في خصوص هذه الحوالة.

إلا أن تلك النظرية قد تعرضت لعدة انتقادات كان أهمها أن قواعد الحوالة تقتضي أنه يجوز للمدين، إذا كانت له دفع في مواجهة المحيل، أن يدفع بها في مواجهة المحال إليه. وهكذا تنتهي نظرية الحوالة إلى عكس ما كانت تريد تعليله وهو عدم جواز الاحتجاج بالدفع التي كان يجوز التمسك بها الحامل السابق.

ثانياً: نظرية الإنابة:

ذهب أنصار هذه النظرية^(٢) إلى تعليل ظاهرة عدم جواز الاحتجاج بالدفع والاستقلال بين الالتزام الأصلي والالتزام الصرفي عن طريق اللجوء إلى فكرة الإنابة.

والإنابة قانوناً هي عملية قانونية تتضمن اتفاقين متتاليين، وثلاثة أشخاص، فيبرم الاتفاق الأول بين المنيب والمناب يتعهد بموجبه المناب للمنيب بأن يبرم اتفاقاً مع شخص ثالث هو المناب لديه يلتزم بمقتضاه ان يقوم بأداء مصلحة لهذا الشخص

(1) Escarra, manuel de droit commercial T. 2. 1948, p. 676.

(2)Thaller, Nature Juridique du titre de crédit. Ann. Droit commercial 1906. no 60 etss.

الثالث. أما الاتفاق الثاني فيبرم بين المناب والمناب لديه. وعلى ذلك فإنه يتعين توافر رضا ثلاثة أشخاص هم: المنيب والمناب لديه والمناب. وينشأ عن الاتفاق الثاني بين المناب والمناب لديه التزام على عاتق المناب في مواجهة المناب لديه. ويكون التزام المناب في مواجهة المناب لديه مستقلاً عن التزامه في مواجهة المنيب.

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمناب أن يدفع في مواجهة المناب لديه بالدفوع التي كانت له في مواجهة المنيب بسبب استقلال التزام المناب في مواجهة المنيب.

وبتطبيق نظرية الإنابة على الورقة التجارية يكون الساحب عندما يسحب الورقة على مدينه لصالح المستفيد ينيب المدين وهو المسحوب عليه في أن يلتزم في مواجهة المستفيد، وأن المستفيد عندما يظهر الورقة إلى مستفيد آخر فهو ينيب المسحوب عليه في أن يلتزم في مواجهة المناب لديه. ويكون التزامه مجرداً، أي مستقلاً عن العلاقات التي تربطه بالساحب.

ولكن هذه النظرية تعرضت لانتقادات كثيرة كان من أهمها أن من شروط صحة الإنابة توافر رضا ثلاثة أشخاص هم المنيب والمناب والمناب لديه، وهم في الورقة الساحب والمسحوب عليه والمستفيد، في حين أن رضا المسحوب عليه (المناب) وقبوله للورقة ليس شرطاً لنشأتها، فالورقة تكون صحيحة حتى ولو لم يكن عليها قبول المسحوب عليه.

ثالثاً: نظرية اندماج الحق في الصك:

ذهب أنصار هذه النظرية^(١)، في تعليل ظاهرة الاستقلال بين الالتزام الأصلي والالتزام الصرفي وما يتفرع عنها من عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على الحامل حسن

(١) د. عبدالحى حجازي، المرجع السابق، ص ٢٤ وما بعدها.

النية، إلى أن تلك الظاهرة تقوم على أساس اندماج الحق في الصك. فالحق وفقاً لهذه النظرية ينشأ لمن يملك السند مستقلاً عن حقوق الملاك السابقين للسند. فالحق يكون مملوكاً من أول الأمر لشخص غير معين ولكنه قابل للتعيين عن طريق حيازة السند. وهذا مؤداه أن التداول لا ينصب مباشرة على الحق وإنما ينصب على السند. ومن ثم يكون لكل حامل للسند حق قائم بذاته، وهو حق أصلي يستمد من ملكيته للسند، والحق المستقل الناشئ عن السند يسمى بالحق الورقي.

ولكن يمكن أن يوجد مع هذا الحق الورقي في نفس الوقت حق آخر له نفس المضمون الاقتصادي، نشأ عن علاقة سابقة تمت بين الطرفين. وهذا التعاصر بين الحقين: الورقي وغير الورقي، ضروري في الكثير من الأحيان لأن الورقة التجارية تتضمن التزاماً على طرف لمصلحة طرف آخر. وهذا الالتزام مسبق بتصرف آخر جرى بين الطرفين نشأت عنه حقوق والتزامات متبادلة ثم تنشأ الورقة ولا تتضمن إلا التزامات أحد الطرفين فقط، فيكون أحد الطرفين دائماً غير مدين ويكون الطرف الآخر مديناً غير دائن. وتلك الحقوق الورقية التي تتضمنها الورقة هي وحدها التي يكون لها خاصية الاستقلال. وبالتالي فلا يوجد ما يمنع من وجود الحقوق الورقية المستقلة والناشئة عن السند إلى جوار الحقوق غير الورقية الناشئة من العلاقة الأصلية. ويترتب على تعاصراً الحقين تعاصر الدعويين، الدعوى الناشئة عن العلاقة الورقية والدعوى الناشئة عن العلاقة غير الورقية، أي العلاقة الأصلية.

إلا أنه يجب أن يلاحظ، وفقاً لأنصار هذه النظرية، أن تعاصر الدعويين ليس معناه إمكان استعمالهما معاً، بل معناه أن يكون للدائن أن يستعمل إحداهما بدلاً من الأخرى.

الفرع الثاني

رأينا الخاص

لقد لخص بعض الفقه بشكل رائع وعميق^(١) نقاط البحث في العلاقة بين الالتزام الأصلي والالتزام الصرفي، ومدى استقلالهما، في طرح مجموعة من الأسئلة تمثل الإجابة عليها تحديد طبيعة تلك العلاقة والأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام الصرفي.

فتساءل الفقه في هذا الخصوص: هل تمثل العلاقة الصرفية علاقة جديدة مبتدأه، أم تمثل العلاقة القديمة الأصلية في شكل جديد؟. وإذا أنشأ السحب أو التظهير علاقة جديدة، فهل تزول العلاقة القديمة، أم تبقى معها جنباً إلى جنب؟ وإذا بقيتا معاً، فهل تظان مستقلتين الواحدة عن الأخرى، أم تتشابكان وتتقابلان فتؤثر إحدهما في الأخرى؟

سنجيب على تلك التساؤلات ببيان مجموعة من الحقائق الحاكمة لمسألة استقلال الالتزام الأصلي عن الالتزام الصرفي (أولاً)، والتي لها أثر مباشر على تحديد طبيعة الالتزام الصرفي في ضوء استقلاله عن الالتزام الأصلي (ثانياً).

أولاً: حقائق حاكمة لمسألة استقلال الالتزام الصرفي عن الالتزام الأصلي:

نسرده مجموعة من الحقائق لها أثر مباشر على مسألة استقلال الالتزام الصرفي عن الالتزام الأصلي، تتمثل فيما يأتي:

١- التوقيع على الورقة لا ينشئ التزاماً جديداً في ذمة الموقع، حيث تبقى مديونيته مسندة إلى العلاقة الأصلية السابقة على نشأة الورقة التجارية، تدور معها وجوداً وعدمياً.

(١) د. أمين محمد بدر، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

٢- أن التوقيع على الورقة التجارية لا يعدل مصدر الالتزام بدفع قيمتها وإنما يعدل فقط من آثار هذا الالتزام، حيث يحرم الموقع من بعض المزايا التي كان يتمتع بها من قبل، مثل حرمانه من الحصول على مهلة قضائية للوفاء، ويصبح التزامه في الورقة تجارياً حتى ولو لم يكن تاجراً ولم يتعامل بالورقة بمناسبة عملية تجارية، وأن امتناعه عن الوفاء يعرضه للتشهير به إذ يتطلب القانون إثبات الامتناع عن الوفاء في ورقة من أوراق المحضرين تسمى "ورقة الاحتجاج بعدم الدفع". ويحرم من التمسك بالدفع العالقة بالالتزام الأصلي خصوصاً في علاقاته الشخصية والمباشرة مع أصحاب الحق في الورقة التجارية. وغير ذلك من أحكام الالتزام المصرفي الأخرى التي يحكمها قانون الصرف وليس القواعد العامة في الالتزامات^(١).

٣- لا يعد نشوء الالتزام المصرفي بتوقيع الملتزم به على الورقة التجارية تجديداً للالتزام الأصلي. إذ أن تجديد الالتزام بإنشاء دين جديد وانقضاء الدين القديم لا يفترض بل يجب أن يكون ثابتاً بوضوح من نية الأطراف بالتجديد، وذلك إعمالاً لحكم المادة/٣٥٤ من القانون المدني التي تنص على أن: "التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف". وقاضي الموضوع هو الذي يستخلص هذه النية، وهي مسألة موضوعية لا تراقبها محكمة النقض^(٢).

(1) Thaller et Percerou, traité élémentaire de droit commercial Paris 1931. t. 2.3 p. 807.

- وفي الفقه المصري انظر، د. محمد صالح بك، المرجع السابق، ص ٢٨٩.
(٢) وفي ذات السياق، تنص المادة/٢٧٣ من قانون التجارة المغربي رقم ٩٥/١٥ على أنه: "لا يتجدد الدين بقبول الدائن تسلم شيك استيفاء لدينه، فيبقى الدين الأصلي قائماً بكل ماله من ضمانات إلى أن توفى قيمة هذا الشيك".

٤- أن التوقيع على الورقة التجارية يؤكد التزام الموقع بالوفاء بالالتزام الأصلي الناشئ عن علاقة الأساس، وإن كان يوسع من آثاره. فبعد أن كان هذا الموقع ملتزماً قبل شخص واحد، يصبح مسئولاً في مواجهة كل من تظهر إليه الورقة التجارية.

٥- إنه يصعب قانوناً، بل قد يستحيل في بعض الأحيان، القول بالاستقلال الكامل بين الالتزام المصرفي والالتزام الأصلي، لأنهما يتصلان في مواضع كثيرة فيؤثر كل منهما في الآخر. وهذا الاتصال مبرر قانوناً لأن هناك غاية مشتركة تجمع بينهما، وهي تمكين الدائن من استيفاء حقه. فمبلغ الورقة غالباً ما يكون هو ذات المبلغ الناشئ عن علاقة الأساس، وإن اختلف في الورقة عنه في علاقة الأساس فيكون ذلك بموجب اتفاق بين الدائن والمدين به. وميعاد استحقاق الورقة غالباً ما يكون هو ذات ميعاد استحقاق الدين الناشئ عن علاقة الأساس. وإن اختلف التاريخان فيكون ذلك باتفاق بين الدائن والمدين.

كما أن الدفع العالقة بالالتزام الأصلي، وتطبيق قاعدة تطهيرها، التي تعد الحاكم الأساسي لمسألة استقلال الالتزام الأصلي عن الالتزام المصرفي، تظل نقطة اتصال الالتزامين بعضهما ببعض، سواء أجزى التمسك بهذه القاعدة أم لا. فعند الحديث عن قاعدة تطهير الدفع فلا بد من الرجوع والعودة لعلاقة الأساس التي تنتج عنها هذه الدفع.

٦- إن المتعاقدان قد قصدا بتحرير الورقة والتوقيع عليها من قبل المدين إيجاد أداة جديدة للوفاء بالدين محل علاقة الأساس، فبعد أن كان ثابتاً في العقد أصبح ثابتاً بالورقة التجارية. فتلك الورقة، باعتبارها سند تجاري، هي مجرد صك القصد منه إثبات التزام سابق نشأ بين الموقع والمستفيد، فلا يترتب على التوقيع نشوء التزام جديد وإنما يبقى الالتزام الأصلي على حالة وينتقل إلى الورقة التجارية، فيندمج فيها ويصبح خاضعاً لأحكام قانون الصرف بعد أن كان خاضعاً للقواعد العامة،

فالأمر في النهاية يتعلق بدين واحد هو الدين الأصلي الذي ارتدى ثوباً جديداً هو الورقة التجارية.

وليس هناك ما يمنع قانوناً من أن يلتزم المدين بطريقتين مزدوجين للقيام بالتزام واحد تجاه الدائن، وتكون من ثم للدائن دعويان لإرغام المدين على الوفاء. ففي مجال الأوراق التجارية يتمتع الدائن بالدعوى الأصلية المتعلقة بالدين الأصلي الوارد في علاقة الأساس، وبالدعوى الصرفية الناتجة عن الورقة وعدم الوفاء بالدين الثابت فيها. وإذا حصل الدائن على دينه نتيجة مباشرة إحدى الدعويين فيسقط حقه في مباشرة الدعوى الأخرى. وبتعبير آخر أن تعاصر الدعويين ليس معناه إمكان استعمالهما معاً، بل معناه أن يكون للدائن أن يستعمل إحدهما بدلاً من الأخرى، فله أن يستعمل إحدى الدعويين عند عدم إمكان استعمال الدعوى الأخرى لسقوطها مثلاً بالتقادم^(١).

٧- إذا كانت العلاقة السابقة على نشأة الورقة التجارية يتضمنها عقد الأساس الذي يرتب التزامات متبادلة بين طرفيه، فإن المدين بالورقة عندما يوقع عليها فيعد توقيعه بمثابة إقراراً منه بصحة الدين الناشئ عن علاقة الأساس، وإقرار بالتزامه بسداد هذا الدين لدائنه المباشر وجميع الحملة المتعاقبين على الورقة نتيجة تظهيرها. والمدين قد تنازل بموجب هذا الإقرار عن التمسك بالدفع الناشئة عن الدين في مواجهة دائنه المباشر وفي مواجهة كل من تربطه بهم علاقة مباشرة من الحملة اللاحقين، وذلك إعمالاً لقاعدة تطهير الدفع المنصوص عليها في المادتين/ ٣٩٧، ٤٩٤ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

فبترتب على توقيع المدين على الورقة - كما ذكرنا - أن الدين بعد أن كان ثابتاً في العقد الذي يربطه بالدائن، أصبح ثابتاً في الورقة التجارية. فالإقرار غير فقط سند الدين.

(١) د. عبدالحى حجازي، المرجع السابق، ص ٢٥.

ومن خلال مجموعة المعطيات سالفة الذكر، يمكن التوصل إلى النتائج الآتية:

١- أن تحرير الورقة التجارية والتوقيع عليها ليس تجديداً للالتزام الناشئ من علاقة الأساس.

٢- أن توقيع المدين على الورقة يضيف على عاتقه التزاماً آخر، يضاف للالتزام السابق الثابت في عقد علاقة الأساس، بسداد ذات الدين. فهناك التزامان يتعلقان بسداد دين واحد. ولكل منهما دعوى مستقلة تحميه.

٣- أنه لا يمكن قانوناً الحديث عن الاستقلال الكامل بين الالتزام الأصلي والالتزام الصرفي. ففي ضوء النص صراحة على قاعدة تطهير الدفع في قانون التجارة، فإن الربط بين الالتزامين حتمي، حيث لا يجوز الحديث عن تلك القاعدة وآثارها إلا بالربط بين هذين الالتزامين، إذ أن هذا الربط هو الذي يؤدي إلى تطبيق تلك القاعدة من عدمه، بحسب طبيعة العلاقة بين المدين والدائن، هل هي علاقة شخصية مباشرة أم لا، وبحسب حسن أو سوء نية الحامل^(١). ففي حالة العلاقات المباشرة، وفي حالة سوء نية الحامل، تتعطل آثار تلك القاعدة.

٤- أنه لا يمكن القول بأن الالتزام الصرفي مجرد عن سببه، لأن كل التزام يجب أن يكون له سبب قائم ومشروع وإلا كان باطلاً^(٢). وكل ما في الأمر أن سبب هذا الالتزام ومشروعيته مفترضان، أي أن هذا السبب مفترض وجوده ومفترض مشروعيته، وعلى من يدعي عكس ذلك أن يثبته.

(١) حول سوء أو حسن نية الحامل، انظر تفصيلاً د. رضا السيد، د. حسام رضا، الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص ٢١٠، وما بعدها.

(٢) المادتان / ١٣٦، ١٣٧ من القانون المدني.

٥- أن التعامل مع الورقة التجارية وهي في مرحلة سکون، أي قبل تداولها، يختلف عن التعامل معها وهي في مرحلة حركة، أي بعد تداولها، فيما يخص مبدأ استقلال الالتزام الأصلي عن الالتزام الصرفي. ففي الحالة الأولى لا حديث عن هذا الاستقلال، أما في الحالة الثانية سيكون الحديث عن الاستقلال في ضوء أحكام قاعدة تطهير الدفع والآثار المترتبة عليها.

ثانياً: الطبيعة القانونية للالتزام الصرفي في ضوء استقلاله عن علاقة الأساس:

لقد ثار خلاف في الفقه حول الطبيعة القانونية للالتزام الصرفي، هل هو التزام مدني أم التزام تجاري^(١). وفي ضوء استقلال الالتزام الصرفي عن الالتزام الأصلي، والحقائق التي سردناها بشأن هذا الأثر، فهل لهذا الاستقلال وتلك الحقائق أثر على هذه الطبيعة^(٢).

(١) الخلاف الفقهي حول مدى تجارية الالتزام الصرفي وموقف محكمة النقض في هذا الخصوص:

تنازع الفقه المصري اتجاهان بشأن الطبيعة القانونية للالتزام الصرفي (أ)، وأصدرت محكمة النقض المصرية حكماً في هذا الخصوص حسمت به الخلاف الفقهي المذكور (ب).

(١) انظر في عرض هذا الخلاف: د. جمال السيد عبد الحميد، الورقة التجارية كضمان للانتماء المصرفي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١٦، ص ٢٥ وما بعدها.

(٢) د. مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق: الأوراق التجارية ووسائل الدفع الحديثة. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠١٣ بند ١٥ ص ١٦، ١٧، د. على سيد قاسم: قانون الأعمال، الجزء الثالث، ط ٤ ص ٢٣، دار النهضة العربية، د. ثروت عبدالرحيم: شرح القانون التجاري المصري. الأوراق التجارية، الطبعة الأولى، نادي القضاة، بند ٤٧، د. فايز نعيم رضوان: مبادئ القانون التجاري طبقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية ٢٠٠٠/ ٢٠٠١ بند ٦٤، د. على البارودي، د. محمد فريد العريني: الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة الجديد، رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة، إسكندرية ٢٠٠٤، بند ٤.

(أ) الخلاف الفقهي:

انقسم الفقه المصري حول الطبيعة القانونية للالتزام المصرفي، هل هو ذو طبيعة تجارية بطبيعته أم أنه عمل تجاري بالتبعية (١):

(*) الاتجاه الأول:

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن الالتزام المصرفي هو عمل تجاري مطلقاً مستندين في ذلك إلى نص المادة/ ٣٧٨ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، حيث إرتأوا أن هذا النص كان صريحاً في اعتبار الأوراق التجارية عملاً تجارياً مطلقاً إذ تنص تلك المادة على أن: «تسري أحكام هذا الباب (باب الأوراق التجارية) على الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات وغيرها من الأوراق التجارية الأخرى أيأ كانت صفة ذوي الشأن فيها أو طبيعة الأعمال التي أنشئت من أجلها».

ووفقاً لأنصار هذا الرأي فإن الالتزام المصرفي يعد عملاً تجارياً مطلقاً أيأ كانت صفة الموقع على الورقة التجارية، سواء كان تاجراً أو غير تاجر، وأياً كان نوع العمل الذي تحررت الورقة بمناسبته، مدنياً أو تجارياً.

وأضاف أنصار هذا الاتجاه إلى أن الالتزام المصرفي هو عمل تجاري شكلي، أي من حيث الشكل، باعتبار أنه ورد في ورقة تجارية، حيث لا يجوز البحث عن طبيعة هذا الالتزام خارج الورقة التجارية لتمتعها بمبدأ الكفاية الذاتية.

ويعلل جانب من الفقه (١) خلع الصفة التجارية المطلقة على الأوراق التجارية بأن الورقة التجارية تتداول وتنتقل من يد لأخرى، ولا يدري حاملها ما هي طبيعة الدين الأصلي الذي تمثله، هل هو تجاري أم مدني، فإذا كان الدين الأصلي الذي أنشئت الورقة

(١) د. مصطفى كمال طه، وائل بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الحديثة، مرجع سابق، بند ١٧، ص ١٨.

التجارية من أجله تجارياً، فقد تظهر فيما بعد ذات الورقة التجارية وفاء لدين مدين، وبالتالي فنفس الورقة تصلح لكي تمثل ديوناً مدنية وديوناً تجارية على التعاقب، ولو اعتبرت الورقة تجارية تارة ومدنية تارة أخرى تبعاً لصفة الدين الذي تسحب أو تظهر وفاء له، لأدى ذلك إلى صعوبات عملية كبرى، وخصوصاً فيما يتعلق بالأهلية والاختصاص، ودرءاً لهذه الصعوبات رأى الشارع اعتبار الأوراق التجارية بأنواعها الثلاث، الكمبيالة والسند لأمر والشيك، عملاً تجارياً مطلقاً وفي جميع الأحوال مهما يكن سببه أو صفة الموقع على الورقة التجارية.

(* الاتجاه الثاني ^(١)):

يرى أنصار هذا الاتجاه أن المشرع قد عالج في قانون التجارة مسألة اعتبار التعامل بالأوراق التجارية، ولاسيما الكمبيالة، أعمالاً تجارية من عدمه بشكل مختلف عن قانون التجارة الملغى.

فكانت تنص المادة/٢ من هذا القانون الملغى على أن:

«يعتبر بحسب القانون عملاً تجارياً كل عمل متعلق بالكمبيالات أياً كان أولى

الشأن فيه».

(١) د. رضا السيد، د. حسام رضا، د. حاتم رضا: قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، طبعة ٢٠١٥، ص ٥٨ وما بعدها، دار النهضة العربية، د. سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، طبعة لسنة ٢٠٠٥، ص ١٠، دار النهضة العربية، د. محمود مختار بريري: قانون المعاملات التجارية، الجزء الثاني، الإفلاس والأوراق التجارية، طبعة ٢٠٠٠، ص ٢٢٠، ص ٢٢١، دار النهضة العربية، د. محمود سمير الشرقاوي: الأوراق التجارية في قانون التجارة الجديد، تنقيح وائل بندق طبعة ٢٠١٤، ص ٣٣، وما بعدها، دار النهضة العربية، د. محمد بهجت فايد، الأوراق التجارية، الطبعة الأولى ٢٠٠٩، ص ١٩، دار النهضة العربية، د. أبو زيد رضوان: الأوراق التجارية (الكمبيالة)، طبعة ٢٠٠١، ص ١٧، ١٩ بدون دار نشر.

فالمشرع، بهذا النص، قد اعتبر أن جميع التعاملات الخاصة بالكمبيالة، كسحبها لو تظهيرها أو ضمانها ضماناً احتياطياً أو قبولها أو غير ذلك من الأعمال، أعمالاً تجارية بطبيعتها أي بنص القانون، بصرف النظر عن صفة التعامل بها سواء أكان تاجراً أو غير تاجر، وبصرف النظر عن طبيعة العملية التي حررت بمناسبة سواء أكانت عملية مدنية أو تجارية.

وكان المشرع في القانون الملغي يعتبر الأعمال المتعلقة بالكمبيالة أعمالاً تجارية على سبيل المقابلة وليس أعمالاً تجارية منفردة، بحيث لا تضيء عليها هذه الصفة التجارية إلا إذا تم ممارستها على سبيل التكرار، بحيث لو تم القيام بها مرة واحدة أو عدة مرات متباعدة، فلا تعد أعمالاً تجارية – فإضفاء الصفة التجارية على هذه الأعمال ترجع إلى مزاولتها على سبيل التكرار أياً كان القائم بها تاجراً أو غير تاجر، ولا ترجع إلى مزاولتها عن طريق تاجر وتعلقها بشئون تجارته، لأنها أعمال تجارية بطبيعتها وليست أعمالاً تجارية بالتبعية، فتلك الأعمال الأخيرة تكتسب الصفة التجارية من صفة القائم بها وتعلقها بشئون تجارته، فالعمل التجاري بالتبعية هو عمل مدني بطبيعته ولكنه يتحول إلى عمل تجاري إذا قام به تاجر وتعلق بشئون تجارته.

وعلى ذلك فإن الأعمال التجارية بالتبعية لا تضيء على القائم بها صفة التاجر، فالعكس هو الصحيح، إذ أن التاجر هو الذي يسبغ على تلك الأعمال الصفة التجارية، ومن ثم لا يجوز الاستناد على ممارسة الشخص لأعمال تجارية بالتبعية لإثبات تمتعه بصفة التاجر، لأن ذلك ينطوي على مصادر على المطلوب، ويخالف حكم المادة/ ١٠ فقرة (١) من قانون التجارة الحالي التي تنص على أن التاجر هو من يحترف العمل التجاري، والمقصود هنا العمل التجاري بطبيعته.

أما قانون التجارة الجديد فقد سلك نهجاً مغايراً عن القانون الملغي بشأن طبيعة الأعمال المتعلقة بالكمبيالة فلم يذكرها ضمن الأعمال التجارية بطبيعتها، لا منفردة

ولا على سبيل المقابلة، حيث جاء نص المادة/ ٤ من القانون المذكور، والذي يحدد الأعمال التجارية المنفردة بطبيعتها، خالياً من ذكر التعامل بالكمبيالات ومن ثم فلا تعد هذه الأعمال تجارية منفردة، كما أن نص المادة/ ٥ من ذات القانون، والتي سردت الأعمال التجارية بطبيعتها على سبيل المقابلة، قد جاءت خالية أيضاً من ذكر الكمبيالة، فهل هذا يعني أن التعامل بالكمبيالة في قانون التجارة الحالي ليس عملاً تجارياً بطبيعته، لا منفردة ولا على سبيل المقابلة، وإنما يعتبر عملاً تجارياً بالتبعية؟

نحن نرى أن قانون التجارة الحالي قد سوى بين الشيك والسند الأذني من جهة والكمبيالة من جهة أخرى، ولم يعتبرها أعمالاً تجارية بطبيعتها وإنما اعتبرها أعمالاً تجارية بالتبعية، بحيث لا تكتسب الصفة التجارية إلا إذا قام بها تاجر وتعلقت بشئون تجارية، وسندنا في ذلك هو نص المادة/ ٣٧٨ من قانون التجارة الحالي، وسنفصل حكم هذه المادة على النحو التالي:

*** المادة/ ٣٧٨ من قانون التجارة الحالي:**

تنص المادة ٣٧٨ من قانون التجارة الحالي على أن:

«تسري أحكام هذا الباب على الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات وغيرها من الأوراق التجارية الأخرى أيما كان صفة ذي الشأن فيها أو طبيعة الأعمال التي أنشئت من أجلها».

ويقصد بعبارة "هذا الباب" الواردة بالنص المذكور الباب الرابع الخاص بالأوراق التجارية، ويقصد بأحكامه تلك الأحكام المتعلقة بالالتزام المصرفي الذي تنطوي عليه الأوراق التجارية. فتلك الأوراق تعد أعمالاً صرفية تخضع لأحكام الالتزام المصرفي المتمثلة في تضامن الموقعين على الورقة وتطبيق قاعدة تطهير الدفع والتطهير والضمان الاحتياطي والتقدم وغيرها من الأحكام الواردة في الباب الرابع المشار إليه.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب عدم الخلط بين العمل المصرفي والعمل التجاري، فمعياري تمييز كل منهما مختلف عن معيار تمييز الآخر، فالعمل المصرفي هو كل عمل يتعلق بورقة تجارية أما العمل التجاري فهو كل عمل اعتبره القانون كذلك. وتلك هي الأعمال التجارية بطبيعتها أو قام بها تاجر وتعلقت بشئون تجارته، وتلك هي الأعمال التجارية بالتبعية. فليس كل عمل مصرفي عمل تجاري، وليس كل عمل تجاري عمل مصرفي.

هذا وقد قرر المشرع في المادة/ ٣٧٨ المشار إليها أن أحكام الالتزام المصرفي تسري على الأوراق التجارية أياً كانت الأعمال التي أنشئت من أجلها، أي سواء أنشئت من أجل أعمال تجارية أو أعمال مدنية، وهذا يعني بطبيعة الحال أن الورقة التجارية قد تحررت بمناسبة عملية تجارية، أو بمناسبة عملية مدنية، وبتعبير آخر فإن تحرير الورقة التجارية قد يكون عملاً تجارياً وقد يكون عملاً مدنياً ومؤدي ذلك، وبحكم المنطق القانوني السليم، أن ذات العمل، وهو تحرير الورقة التجارية، قد يكون عملاً تجارياً أو مدنياً، أي أنه ذات طبيعة متغيرة وهذا يقطع بأنه ليس عملاً تجارياً بطبيعته لا منفرداً وعلى سبيل المقابلة. فتحرير الورقة التجارية يعد من طبيعة تجارية إذا قام به تاجر وتعلق بشئون تجارته، ويعد عملاً مدنياً إذا لم يتوافق له هذان الشرطان.

ومؤدي ذلك كله أن تحرير الورقة التجارية يعد عملاً تجارياً بالتبعية وليس بطبيعته.

**** موقف المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الحالي:**

لقد جاء بالمذكرة الإيضاحية ما نصه:

«أخضع المشرع الأوراق التجارية لأحكام قانون الصرف بغض النظر عن صفة الموقعين عليها أو طبيعة العلاقات التي حررت الورقة من أجلها».

فالمذكرة الإيضاحية عندما ذكرت عبارة «بصرف النظر عن طبيعة العلاقات التي حررت الورقة من أجلها»، قد أكدت ما سبق وذكرناه من حيث أن طبيعة الأعمال المتعلقة بالكيميائية هي طبيعة متغيرة فقد تكون مدنية وقد تكون تجارية. وقابلية تلك الطبيعة للتغيير لأبلغ دليل على أن هذه الأعمال ليست أعمال تجارية بطبيعتها ولكنها أعمال تجارية بالتبعية.

(ب) موقف محكمة النقض:

لقد قضت محكمة النقض في حكمها الصادر بجلسة ٢٠٠٣/١/١٥ في الطعن رقم ٥٥ لسنة ٧٠ (هيئة عامة) بأنه:

«وكان الحكم المطعون فيه قد استدل على توافر صفة التاجر في الطاعن من تحريره للكيميائيات المستحق قيمتها للمطعون ضده الأول والتي توقف عن سدادها واستخلص بما أثبت بها من أن القيمة وصلت بضاعة أن تحريرها كان بمناسبة عمليات تجارية، هو ما يكفي لحمل قضاء الحكم بتوافر هذه الصفة فإن النعي على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه يكون غير مقبول»^(١).

يتضح من هذا الحكم أن محكمة النقض قد اعتبرت الأعمال التجارية المتعلقة بالكيميائية أعمالاً تجارية بالتبعية، ورغم ذلك فقد جعلتها سبباً لإسباغ صفة التاجر على من يتعامل بها، في حين أن التاجر هو الذي يضيف الصفة التجارية على تلك الأعمال وليس العكس كما ذكرنا سلفاً. وما ذهبت إليه محكمة النقض في هذا الخصوص يعد مصادرة على المطلوب.

(١) طعن نقض رقم ٥٥ لسنة ٧٠ (هيئة عامة) جلسة ٢٠٠٣/١/١٥، مشار إليه لدى د. رضا السيد، د. حسام رضا، د. حاتم رضا، قانون التجارة الجديد، المرجع السابق، ص ٥٨ وما بعدها.

(٢) أثر استقلال الالتزام المصرفي عن علاقة الأساس على طبيعته القانونية:

بداية نشير إلى أننا نؤيد الاتجاه الثاني وما ذهب إليه محكمة النقض الذي يرى أن الالتزام المصرفي هو عمل تجاري بالتبعية. وهذا التكييف يتفق مع استقلال الالتزام المصرفي عن علاقة الأساس. فالورقة التجارية عندما تكون في حالة سكون سينظر إلى طبيعة الالتزام المصرفي من منظور طبيعة الدين الوارد في علاقة الأساس لارتباط تلك العلاقة في هذه الفترة، وهي فترة السكون أي قيل تظهيرها، بالالتزام المصرفي وعدم استقلالها عنه، أما إذا تحركت الورقة التجارية بتظهيرها، فتنشأ علاقة أساس جديدة بين المظهر والمظهر إليه، وينظر لطبيعة الالتزام فيها من منظور تلك العلاقة.

ويبرر أنصار الاتجاه الأول رأيهم بأنه قد يكون الدين الأصلي الذي نشأت الكمبيالة لتسويته ديناً تجارياً، ثم تظهر بعد ذلك وفاء لدين مدني، فالورقة الواحدة هنا تمثل دين تجاري ودين مدني على التعاقب، أي أن التعامل بها يكون تارة عملاً تجارياً وتارة أخرى يكون مدنياً، وهذا يؤدي إلى صعوبات عملية خصوصاً فيما يتعلق بالأهلية والاختصاص.

ورداً على هذا التبرير نقول أن اختلاف طبيعة الدين الذي تسحب أو تظهر الورقة سداداً له، هو أمر يمليه مبدأ الاستقلال بين العلاقة التي تربط الساحب والمستفيد، وتلك التي تربط المظهر بالمظهر إليه وكذلك مبدأ استقلال التوقيعات. وهذا الاستقلال الذي يؤدي لتغيير في طبيعة الدين، يؤدي أيضاً وبالتبعية إلى التغيير في طبيعة الالتزام المصرفي، حيث يكون التعامل بالورقة تجارياً إذا كان الدين تجارياً ومدنياً إذا كان الدين مدنياً، فالطبيعة ستتغير بحسب نوع الدين الذي يلتزم بدفعه المدين الذي تم الرجوع عليه من قبل الدائن.

وعلى ذلك فإن القول بأن الالتزام المصرفي هو عمل تجاري بالتبعية لصفة المدين به هو الذي يتفق مع مبدأ الاستقلال بين علاقات الورقة التجارية. ولا مجال هنا للحديث

عن عدم الاستقلال، لأننا ذكرنا سلفاً أن عدم الاستقلال يثور عند تطبيق قاعدة تظهير الدفع، أما طبيعة الالتزام المصرفي فلا يمثل دفْعاً عالِماً بالورقة التجارية.

وفضلاً عما سبق، فليس هناك ما يمنع قانوناً من تغيير طبيعة الالتزام من تجاري إلى مدني أو العكس، بحسب أطراف العلاقة التي يتعلق بها هذا الالتزام، وقلنا سلفاً أن انتقال الالتزام من عقد الأساس إلى الورقة التجارية ليس تجديداً لهذا الالتزام، وإنما مجرد تغيير في أداة إثبات وجوده^(١).

(١) انظر ما سبق، ص ٨٤.

الفصل الثاني

الاستقلال بين العلاقات في مجال الشركات التجارية

تعتبر الشركة شخصاً اعتبارياً^(١)، ويختلف تاريخ بدء اكتساب الشركة للشخصية المعنوية باختلاف نوع وشكل الشركة^(٢)، ويترتب على اكتساب الشركة للشخصية المعنوية عدة نتائج تتمثل في الاعتراف لها بالأهلية القانونية وبجنسية دولة معينة وبموطن يتم مخاطبتها فيه وبالتمثيل القانوني أمام القضاء والغير وتمتعها بذمة مالية مستقلة يصب في جانبها الإيجابي ما تكتسبه الشركة من حقوق ويدخل في جانبها السلبي ما تتحمله الشركة من التزامات. وما يهمنا في مجال هذه الدراسة هي النتيجة المتمثلة في تمتع الشركة بذمة مالية مستقلة. فلا وجود لشركة لا تتمتع بذمة مالية مستقلة لأنها الوعاء الذي يدخل فيه ناتج تعاملاتها مع الغير الحاضرة والمستقبلية وكذلك الحصص التي يقدمها الشركاء للشركة. فتخرج تلك الحصص من ذمة الشركاء وتدخل في ذمة الشركة. ومن ثم فإن ذمة الشركة تستقل – عدا بعض الحالات الاستثنائية – عن ذمم الشركاء فيها (المبحث الأول).

وقد ترتبط الشركة بشركات أخرى، ويكونون فيما بينهم ما يسمى "بمجموعة الشركات" Group de Sociétés أو التجمع المؤقت للشركات (الكونسورتيوم). إلا أن انتماء الشركة لتلك المجموعة أو هذا التجمع وارتباطها بشركات أخرى، بشكل أو بآخر، لا يؤثر من حيث المبدأ على استقلال الذمم المالية لهذه الشركات المرتبطة لأن كل منها يتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن الأخرى (المبحث الثاني).

(١) المادة/ ٥٠٦ فقرة ١ من القانون المدني.

(٢) حول بدء اكتساب الشركة للشخصية المعنوية: انظر بحثنا في الأهلية الناقصة والمؤقتة للشركة ٢٠١٥، ص ٢٣ وما بعدها، دار النهضة العربية.

المبحث الأول

استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمم المالية للشركاء فيها

يترتب على اعتبار الشركة شخصاً معنوياً وتمتعها بذمة مالية مستقلة كأحدى نتائج اكتساب الشركة لتلك الشخصية، أنها تكون صالحة لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. بيد أن هذه الصلاحية، على عكس الأمر بالنسبة للذمة المالية للشخص الطبيعي، مقيدة بمبدأ تخصيص الشخص الاعتباري، سواء أكان تخصيصاً نظامياً أم اتفاقياً^(١). فإذا كان الشخص الطبيعي، بما يتمتع به من ذمة مالية مستقلة، صالحاً لأن يكون صاحباً للحقوق والالتزامات بوجه عام ودون تحديد، إذ أن كل الأغراض مباحة للشخص الطبيعي دون حصر ما دامت لا تتنافى مع القانون، إلا أن الأمر جد مختلف بالنسبة للشخص الاعتباري لأنه ليس صالحاً لاكتساب كل الحقوق وتحمل كل الالتزامات. فتلك الصلاحية مقيدة ومحصورة في نطاق محدد، وهو نطاق الغرض الذي أنشئ الشخص المعنوي من أجله^(٢). فلا يجوز للشخص الاعتباري، بما يتمتع به من ذمة مالية مستقلة، أن يتمتع بحقوق ويتحمل بالتزامات ناتجة عن ممارسته لغرض لم ينشأ من أجله.

وعلى الرغم من أن الذمة المالية للشركة تتكون من مجموع الحصص التي قدمها الشركاء فيها، إلا أن تلك الذمة تستقل – بحسب الأصل – عن الذمم المالية للشركاء فيها (المطلب الأول)، إلا هذا الأصل ترد عليه بعض الاستثناءات (المطلب الثاني).

(١) بحثنا، أهلية الشركة، المرجع السابق، ص ٩٣ وما بعدها.

(٢) د. حسن كيرة، أصول القانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف ١٩٥٧، ص ٩١٣، د. محمد فريد العربي، الشركات التجارية، طبعة ١٩٩٩، ص ٥٦، دار الثقافة الجامعية الإسكندرية.

المطلب الأول

مبدأ استقلال الذمة المالية للشركة

عن الذمم المالية للمشاركاء

هناك عدة شروط يجب توافرها لتمتع الشركة بذمة مالية مستقلة وما تحتويه تلك الذمة من مكونات (الفرع الأول). ويتوافر هذه الشروط تثبت للشركة الذمة المالية المستقلة عن ذمم الشركاء فيها، وتحدد تلك الشروط مظاهر هذا الاستقلال ونتاجه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط اكتساب الشركة للذمة المالية ومكوناتها

أوضحت المادة/ ٥٣ من القانون المدني الشروط الواجب توافرها للاعتراف للشركة بذمة مالية مستقلة (أولاً). أما مكونات تلك الذمة فتتوقف على نتائج النشاط الذي تمارسه (ثانياً).

أولاً: شروط الاعتراف للشركة بالذمة المالية:

للشركة ذمة مالية واحدة، تتكون من عنصرين، عنصر إيجابي ويتضمن الحقوق المالية، وعنصر سلبي ويشتمل على الالتزامات المالية. والذمة المالية هي عبارة عن مجموع الجانب الإيجابي والجانب السلبي، فتكون ديون الشخص أو التزاماته مضمونة كلها يجمع أمواله. وهذا ما عبرت عنه المادة/ ٢٣٤ فقرة ١ من القانون المدني التي تنص على أن: «١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه».

ولما كانت الشركة عبارة عن مجموع من الأموال تهدف إلى تحقيق عرض معين، فإن ذلك يتطلب تدخل القانون للاعتراف للشركة بالذمة المالية بالقدر اللازم

لتحقيق غرضها. ومن ثم فإن الشروط الواجب توافرها للاعتراف للشركة بالذمة المالية المستقلة تتمثل فيما يأتي:

١ - تدخل المشرع:

نظراً لاختلاف طبيعة الشخص المعنوي عن طبيعة الإنسان، فليس له وجود حقيقي وليست له إرادة، فإن الاعتراف له بالشخصية المعنوية وبالتالي بالذمة المالية المستقلة تبقى رهينة بإرادة المشرع المنوط به خلق الأشخاص المعنوية قانوناً كلما تطلبت الحاجة ذلك. ومن ثم فإن الشخص المعنوي لا يمكن أن ينشأ إلا بمشينة المشرع. وهذا ما فعله الأخير عندما نص في المادة/ ٥٢ من القانون المدني على أن: "الأشخاص الاعتبارية هي: ١-..... ٢-..... ٣-..... ٤- الشركات التجارية والمدنية". وكذلك عندما نص في المادة/ ٥٣ من ذات القانون والتي يجري نصها على أن: "١- الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملاصقاً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون. ٢- فيكون له: (أ) ذمة مالية مستقلة. (ب) (ج) (د).....".

فتدخل المشرع بهذين النصين قد اعترف للشركة بالشخصية المعنوية وبالذمة المالية المستقلة. فالنصان المذكوران هما اللذان أنشأ الشركة كشخص معنوي وأقر بأن لها ذمة مالية مستقلة.

٢ - قيد الشركة في السجل التجاري:

يتعين قيد الشركة في السجل التجاري لكي يبدأ الاعتراف لها بالشخصية المعنوية والأهلية والذمة المالية المستقلة. فالقيد في السجل التجاري مسألة أساسية بالنسبة للشركة، إذ لا يمكن أن تتمتع الأخيرة بالشخصية المعنوية وبالأهلية القانونية وبالذمة المالية المستقلة إلا بتمام هذا الإجراء. فالسجل التجاري هو سند إنشاء الشركة، وإن شئنا القول فإنه يعد بمثابة "شهادة ميلادها". وهذا ما قضت به المادة/ ٥٣ فقرة ٢/ب

من القانون المدني، حيث قررت أن الشركة تكون لها أهلية، وبالتالي ذمة مالية مستقلة، في الحدود التي يعينها سند إنشائها^(١).

ثانياً: مكونات الذمة المالية للشركة:

تتكون الذمة المالية للشركة من أصولها المتمثلة في رأسمالها وموجودها، وكذلك خصومها.

فتشتمل اصول الشركة على رأسمالها والعقارات والمنقولات المادية والمعنوية التي تمتلكها. ويتكون رأس المال من الحصص التي يقدمها الشركاء، سواء كانت حصصاً عينية أو نقدية. وإعمالاً لمبدأ استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمم المالية للشركاء فإنه لا يجوز المساس برأس المال أو توزيعه بين الشركاء، حيث يظل مملوكاً للشركة طوال مدة بقائها.

أما الأموال والممتلكات فهي ما تحصل عليه الشركة بعد تأسيسها وبدء ممارسة نشاطها عن طريق دخولها في علاقات تجارية مع الأغير.

أما خصوم الشركة فهي عبارة عن الديون والالتزامات التي تترتب على كاهلها نتيجة تعاملاتها مع الغير، وتكون ملتزمة بالوفاء بها.

وتجدر الإشارة إلى أن كل أصول الشركة من رأسمال وموجودات ضامنة للوفاء بكل خصومها، وهذا هو مبدأ وحدة الذمة المالية كما أشرنا سلفاً^(٢).

والجدير بالذكر أنه نظراً لارتباط الذمة المالية للشركة بشخصيتها المعنوية، وكونها إحدى نتائج تلك الشخصية، فإنه لا يمكن الاعتراف لجهة أو لكيان بتلك الذمة

(١) انظر بحثنا في الأهلية الناقصة والموقنة للشركة، المرجع السابق، ص ٩٥ وما بعدها.

(٢) انظر ما سبق، ص ١٠٣.

المالية إذا لم تكن تتمتع بشخصية معنوية. وهذا القول يصدق بالنسبة لشركات المحاصة، إذ أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية^(١).

الفرع الثاني

نتائج استقلال الذمة المالية للشركة

عن الذمم المالية للشركاء

يترتب على استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمم المالية للشركاء أو المساهمين فيها عدة نتائج تتمثل فيما يأتي:

أولاً: ملكية الشركة لحصص الشركاء والمساهمين:

تنتقل الحصص التي يقدمها الشركاء أو المساهمون، والتي يتكون منها رأسمال الشركة، من الذمم المالية لهم إلى الذمة المالية للشركة وتصبح مملوكة لها، ولا يكون للشريك بعد ذلك، وطوال مدة بقاء الشركة، إلا مجرد نصيب في الأرباح.

فأموال الشركة على هذا النحو لا تعتبر ملكاً شائعاً بين الشركاء، ولكن تكون ملكاً للشركة وعنصراً من العناصر المكونة لذمتها المالية^(٢).

ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق في عقد الشركة على استمرارها فيما بين الباقيين من الشركاء في حالة وفاة أحدهم، فلا يكون لورثة الشريك المتوفى إلا نصيبه في أموال

(١) المادة/ ٥٩ من التقنين التجاري الملغي الصادر بالأمر العالي رقم ١ لسنة ١٨٨٣ بتاريخ ١٣ نوفمبر ١٨٨٣، إذ أن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ قد ألغى هذا القانون بموجب المادة الأولى من مواد إصداره وأبقى على الفصل الأول من الباب الثاني منه والخاص بشركات الأشخاص.

(٢) انظر الفرق بين الشركة والشيوخ، د. ناجي عبدالمؤمن، النظرية العامة للشركات التجارية، طبعة ٢٠١٥، ص ٢٤، دار نصر للطباعة، د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، طبعة ٢٠٠٦، ص ٤٢ وما بعدها. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

الشركة، ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم الوفاة، ويدفع لهم نقداً، حتى ولو كانت الحصة التي قدمها الشريك المتوفى حصة عينية وتم تقديمها للشركة على سبيل التمليك لأن حصة الشريك في الشركة دائماً ذات طبيعة منقولة كما سنرى. ولا يكون لهم نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق إلا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على الوفاة.

ويتم احتساب نصيب الشريك المتوفى في أموال الشركة بإجراء تصفية دفترية لهذه الأموال، بموجب طلب يقدمه الورثة لإدارة الشركة، وإذا لم تقم الإدارة بهذا الإجراء يكون من حقهم اللجوء إلى القضاء.

وتجدر الإشارة إلى أنه غالباً ما يدرج بند في عقد الشركة لا يجوز بموجبه للورثة طلب إنهاء الشركة وتصفيتها ولا طلب وضع أحكام عليها.

ثانياً: حصة الشريك أو المساهم ذات طبيعة منقولة:

تعتبر حصة الشريك في الشركة من المنقولات حتى ولو كانت تلك الحصة عقاراً، ويسري من ثم على الحصة كافة القواعد التي تنطبق على المنقول مثل إمكانية تداولها بالطرق التجارية الخاصة دون الحاجة لاستيفاء الإجراءات المقررة في القانون المدني. ولو كانت الحصة عقار وقدمت إلى الشركة على سبيل التمليك فلا يستلزم نقل ملكيتها للشركة اتخاذ إجراءات نقل الملكية وفقاً لأحكام الشهر العقاري^(١). وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بتطبيق أحكام عقد البيع إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو أي حق عيني آخر أثره. وجوب تسجيل عقد الشركة حتى تنتقل ملكية الحصة العينية إلى الشركة (المادة/ ٥١١ مدني) (٨٠ مكرر). ومما يؤكد ذلك أن المادة/ ٥١١ فقرة

(١) د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٥٦.

(٨٠ مكرر) الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٦٩/٦/١٩.

١/ من القانون المدني تنص على انه: "إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر، فإن أحكام البيع هي التي تسري في ضمان الحصة إذا هلكت أو استحققت أو ظهر فيها عيب أو نقص"، ووفقاً لهذه المادة فإن ما يطبق من أحكام عقد البيع على الحصة العينية التي تقدم إلى الشركة على سبيل التملك ينحصر فقط في تحمل تبعة الهلاك، وضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية. ومن ثم فلا تطبق أحكام البيع الأخرى مثل دفع الشركة للثمن لأن هذا الثمن يمثل حصة الشريك في الشركة، ومثل اتخاذ إجراءات الشهر العقاري لنقل الملكية، ويكتفي هنا بقيد الشركة في السجل التجاري.

فهذا القيد هو الذي ينقل الملكية. وهذا القول يتسق مع أحكام نقل ملكية الحصة بالطرق التجارية ويكتفي هنا بقيد الشركة في السجل التجاري ودفتر ملكية الحصص الذي تمسكه الشركة، فإذا استلزم الأمر في الفرض المطروح إتباع إجراءات الشهر العقاري في نقل ملكية الحصة العينية، فإن ذلك يصطدم بالطبيعة المنقولة للحصة ومع أحكام نقل ملكية الحصة بالطرق التجارية الخاصة.

أما عن الطبيعة المنقولة للحصة في الشركة فترجع إلى أنه أياً كان نوع الحصة المقدمة فهي تترجم في النهاية إلى نقود يحتسب على أساسها مقدار المساهمة في رأسمال الشركة. فلو كانت الحصة عقاراً أو منقولاً وقدمت إلى الشركة على سبيل التملك، فإن الشريك الذي يعد في مركز البائع في هذه الحالة، لا يحصل من الشركة التي تعد في مركز المشتري، على ثمن البيع لأن هذا الثمن يمثل قيمة مساهمة الشريك في الشركة. وكذلك الأمر لو أن الحصة العينية قدمت إلى الشركة على سبيل الانتفاع فتطبق أحكام عقد الإيجار^(١)، فيكون الشريك مؤجراً وتكون الشركة مستأجرة، فيما عدا

(١) المادة/ ٥٢٨ من القانون المدني.

دفع الشركة للأجرة، فالشركة لا تدفعها لأن قيمتها تمثل مقدار مساهمة الشريك في الشركة.

وعلى ذلك فإنه أياً كان نوع الحصة المقدمة من الشريك إلى الشركة فإنها تترجم في النهاية إلى قيمة نقدية، وبالتالي فهي دائماً ذات طبيعة منقولة.
ثالثاً: إفلاس الشركة أو الشريك:

بسبب استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمم المالية للشركاء فيها، فإنه يترتب على إفلاسها أو إفلاس أي من هؤلاء الشركاء النتائج الآتية:

١- أن شهر إفلاس الشركة لا يؤدي إلى شهر إفلاس الشريك إلا إذا كان متضامناً باعتباره تاجراً ومسئولاً عن سداد ديون الشركة من ماله الخاص وبالتضامن معها.

٢- أن شهر إفلاس الشريك لا يؤدي إلى شهر إفلاس الشركة، وإن كان يؤدي في بعض الشركات، كشركات الأشخاص، إلى انقضائها إذا كان الشريك الذي أشهر إفلاسه متضامناً^(١).

٣- إذا أشهر إفلاس شركة التضامن أو التوصية البسيطة، فإن ذلك يستتبع شهر إفلاس الشركاء المتضامنين بالتبعية لشهر إفلاس الشركة إذا اختصموا في صحيفة دعوى شهر إفلاس الشركة، وذلك إعمالاً لحكم المادة/ ٧٠١ فقرة ٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ التي تنص على أنه: «إذا طلب الدائن شهر إفلاس الشركة، وجب اختصام كافة الشركاء المتضامنين».

(١) وتجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى أن القول بأن شهر إفلاس الشركة لا يؤدي إلى انقضائها لأنها، وبموجب صلح قضائي، تستطيع الاستمرار في مباشرة نشاطها، فإن صدق بالنسبة لشركات الأموال، فإنه لا يصدق بالنسبة لشركة التضامن والتوصية البسيطة، لأن شهر إفلاس أي منهما يؤدي على شهر إفلاس الشركاء المتضامنين، ويترتب على شهر إفلاس هؤلاء انقضاء الشركة.

ومؤدي هذا النص أنه إذا اختصم كل الشركاء المتضامنين في صحيفة دعوى شهر إفلاس الشركة، وصدر حكم بشهر إفلاس الأخيرة فإنه يؤدي تلقائياً إلى شهر إفلاس الشركاء المتضامنين بالتبعية لشهر إفلاس الشركة. أما إذا لم يتم اختصاص الشركاء المتضامنين فلا يشهر إفلاسهم تلقائياً بالتبعية لشهر إفلاس الشركة، وإنما يجب رفع دعوى مستقلة بشهر إفلاسهم ويقدم فيها الحكم الصادر بشهر إفلاس الشركة، ليصدر حكم آخر بشهر إفلاسهم مستقل عن حكم شهر إفلاس الشركة.

وهذا النص يبدو في رأينا محل نظر وينطوي على تعقيد في الإجراءات لا مبرر له، إذ أن الشريك المتضامن مسنول عن سداد ديون الشركة من ماله الخاص بالتضامن معها، وهذا مؤداه أن توقف الشركة عن الدفع يعد في ذات الوقت توقفاً من هذا الشريك أيضاً عن الدفع.

إلا أن محكمة النقض المصرية قد بررت الحكم المنصوص عليه في المادة/ ٧٠١
فقرة ٢/ سالفه الذكر بالقول أنه قد يكون من شأن اختصاص الشركاء المتضامنين في صحيفة دعوى شهر إفلاس الشركة حثهم ودفعهم للوفاء بديونها ليتجنبون شهر إفلاسها، وشهر إفلاسهم بعد ذلك^(١).

٤- يترتب على شهر إفلاس شركة التضامن أو التوصية البسيطة وشهر إفلاس الشركاء المتضامنين فيها تعدد التفليسات. فتوجد تفليسة للشركة وتفليسة لكل واحد من الشركاء المتضامنين على أن كل تفليسة منها تعتبر مستقلة وقائمة بذاتها^(٢).

(١) طعن نقض رقم ٥٥ لسنة ٧٠ق (هيئة عامة) جلسة ٢٠٠٣/١٥/١٥.

(٢) انظر بحثنا، وحدة الإفلاس وتعدد التفليسات، طبعة ٢٠١٤، ص ٥٨ وما بعدها، دار النهضة العربية.

ويبدو استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمم المالية للشركاء المتضامنين واضحاً في أن تغطية الشركة لا تضم إلا دائنيها دون الدائنين الشخصيين للشركاء إلا أن لدائني الشركة التقدم في تغطية الشركة المتضامنين، ولكنهم لا يتمتعون بأفضلية أو امتياز على الدائنين الآخرين، وإنما يتزاحمون مع دائني الشركة ويخضع الجميع لقسمة الغرماء.

٥- لا يجوز لمدين الشركة أن يتمسك بإجراء مقاصة بين الدين المستحق عليه للشركة والدين المستحق له قبل أحد الشركاء. والعكس صحيح، فلا يجوز أن تقع المقاصة بين دين على الشركة لأحد دائنيها ودين للشريك في ذمة أحد مدنيه. وتعبير آخر لا يجوز لدائن الشريك في الشركة، والذي أصبح مديناً لهذه الأخيرة، أن يتمسك بإجراء المقاصة بين الدينين والعكس صحيح.

ولكن إذا كان الشريك نفسه دائناً للشركة ومديناً لها في ذات الوقت فيجوز إجراء المقاصة بين الدينين، ولا يحول استقلال ذمتها المالية دون إجراء هذه المقاصة.

٦- إن الذمة المالية للشركة هي الضمان العام لدائنيها وحدهم الذين تعاملوا معها بواسطة ممثليها، فلا يستفيد من هذا الضمان الدائنون الشخصيون للشركاء. كما أن الذمة المالية للشريك هي الضمان العام لدائنيه الشخصيين، ولا يشمل هذا الضمان الدائنين الشخصيين للشركة.

ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لدائني الشريك الشخصيين توقيع الحجز على أموال الشركة لاسيما حقوقهم لدى هذا الشريك طالما أن الشركة لا زالت قائمة ولم يتم تصفيتها، ولهؤلاء الدائنين أن يتقاضوا ديونهم في ذمة الشريك عن طريق الحجز

على ما يخصه من الأرباح فقط، وذلك عن طريق الحجز على هذه الأرباح تحت يد الشركة بطريق حجز ما للمدين لدى الغير^(١).

وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن الحجز الموقع على مال مملوك للشركة وفاء لدين شخصي مستحق على أحد الشركاء قبل تصفية الشركة غير جائز^(٢) لأن الشركة في هذا الوقت لا زالت قائمة ومحفوظة بشخصيتها المعنوية وبذمتها المالية المستقلة.

أما إذا انحلت الشركة وتم تصفيتها فتزول شخصيتها المعنوية^(٣)، وتزول بالتبعية لذلك ذمتها المالية، وتصبح أموالها مملوكة على الشيوع بين الشركاء، ومن ثم يجوز للدائنين الشخصيين للشريك أن يتقاضوا حقوقهم لديه من نصيبه في أموال الشركة بعد استئزال ديونها قبله إن وجدت^(٤).

إلا أن المادة / ٥٢٥ في عجزها من القانون المدني قد أجازت للدائنين الشخصيين للشريك توقيع الحجز التحفظي على أموال هذا الشريك في الشركة قبل إتمام التصفية.

(١) راجع في حجز ما للمدين لدى الغير بصفة عامة، د. عزمي عبدالفتاح، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، طبعة ٢٠٠١، دار النهضة العربية، ص ٥٧٩ وما بعدها. د. نبيل عمر، د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري، قواعده وإجراءاته، دار الجامعة الجديدة، إسكندرية، طبعة ٢٠٠٢، د. وجدي راغب النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية ١٩٧٣، ص ٢٦٩ وما بعدها، د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، إسكندرية ٢٠٠٠، ص ٢٦٥، د. طلعت محمد دويدار، طرق التنفيذ القضائي، منشأة المعارف، إسكندرية، بدون تاريخ، ص ٣٤، د. يوسف ناعس، حجز ما للمدين لدى الغير، مجلة المحامون، نقابة المحامين، سوريا، العدد (٥)، لسنة ٦٣، مايو ١٩٩٨.

(٢) نقض مدني ٨ ديسمبر ١٩٧٥، مجموعة النقض س ٢٦٠، ص ١٥٨، نقض مدني رقم ٢٨٨١ لسنة ٥٧ق، جلسة ١٠ يونيه ١٩٩١.

(٣) طعن رقم ٦٥٥ سنة ٤٠ق، جلسة ١٩٧٦/١/٢٦ مكتب فني ٢٧.

(٤) طعن رقم ٤٧٣ لسنة ٣٠ق، جلسة ١٩٦٥/٦/١٠، مكتب فني ١٦.

وهذا الحكم يبدو في رأينا محل نظر، لأن المادة/ ٣١٩ فقرة/ ١ من قانون المرافعات التي تنظم الحجز التحفظي، ضمن مواد أخرى، تقضي بأنه لا يوقع الحجز التحفظي إلا اقتضاء لحق محقق الوجود وحال الأداء. في حين أن نصيب الشريك في موجودات الشركة التي أجازت المادة المذكورة توقيع الحجز عليه، قد لا يكون محقق الوجود لأن الشركة قد تمنى بخسارة ولا يكون لهذا الشريك أي نصيب في موجوداتها، وحتى ولو كان له نصيب في الموجودات فإن هذا النصيب غير حال الأداء قبل إتمام عمليات التصفية، ناهيك عن أن نصيب الشريك في الموجودات في هذا الوقت ليس محدد المقدار. وإن كانت المادة/ ٣١٩ فقرة/ ٢ قد أعطت حلاً لمثل هذا الفرض، فقضت بأنه إذا كان الدين غير معين المقدار، فلا يوقع الحجز التحفظي إلا بأمر من قاضي التنفيذ يأذن فيه بالحجز ويقدر دين الحاجز تقديراً مؤقتاً.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأنه:

- «إن قيام المصفي بحصر الديون المطالب بها وإدراجها في كشوف التصفية تمهيداً لتخصيص مقابل للوفاء بها عند ثبوتها لا يعني إقراره بها أو أنها خالية من النزاع كما أن استعداد الغير للوفاء بجزء من أحد هذه الديون لا يعد دليلاً على صحة هذا الدين»^(١).

- «تترتب على التصفية ما دامت لم تتم ولم يكن منصوصاً في عقد الشركة على توقيت المدة المتفق عليها لإتمام التصفية فإن تقدير قيمة موجودات الشركة وما قد يطرأ عليها من نماء يكون مرهوناً بوقت التصفية وليس بوقت حدوث السبب الموجب للحل أو التصفية وهو ما يتفق وطبيعة عمل للمصفي الذي يدخل في سلطاته تحقيق

(١) الطعن رقم ٤٣ لسنة ٤٦ ق.

الغرض المقصود من تعيينه وذلك باستمرار استغلال موجودات الشركة للحفاظ على قيمتها حتى البيع»^(١).

يتضح من هذه الأحكام أن مقدار نصيب الشريك في الشركة لا يكون مستحق الأداء ولا محقق الوجود ولا معين المقدار إلا بعد إتمام عملية التصفية.

المطلب الثاني

استثناءات مبدأ الاستقلال بين ذمة الشركة

وذمم الشركاء فيها

هناك حالات لا تستقل فيها ذمة الشركة عن ذمم شركائها أو مساهميتها، ويسأل هؤلاء عن ديون والتزامات الشركة في أموالهم الخاصة، وتوجد تلك الحالات سواء كان الشركاء متضامنين (الفرع الأول) أو غير متضامنين (الفرع الثاني).

الفرع الأول

عدم استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمم

المالية للشركاء المتضامنين

يسأل الشريك المتضامن في شركة التضامن أو في شركة التوصية البسيطة عن سداد ديون الشركة في ماله الخاص وبالتضامن مع الشركة (أولاً). وقد يصل الاستقلال بين الذمة المالية للشركة والذمة المالية للشريك المتضامن فيها إلى حد مسنوليته وحده دون الشركة عن سداد ديون الأخيرة (ثانياً).

(١) الطعن رقم ١٧١٠ لسنة ٤٩ ق. جلسة ١٩٨١/١/٢٦، مكتب فني ٣٢.

أولاً: مسؤولية الشريك المتضامن الشخصية والتضامنية عن سداد ديون الشركة:
يسأل الشريك المتضامن عن سداد ديون الشركة من ماله الخاص (١)
وبالتضامن معها (٢).

١- مسؤولية الشريك المتضامن الشخصية عن سداد ديون الشركة:

تنص المادة/ ٢٢ من التقنين التجاري الملغي الصادر بالأمر العالي رقم ١ لسنة ١٨٨٣^(١) على أن:

«الشركاء في شركة التضامن متضامنون لجميع تعهداتها ولو لم يحصل وضع الإمضاء عليها إلا من أحدهم إنما يشترط أن يكون هذا الإمضاء بعنوان الشركة».

فجميع الشركاء المتضامين، وليس الشريك المدير فقط، مسئولون عن سداد ديون الشركة في مالهم الخاص. فمسئوليتهم مطلقة لا محدودة حيث لا تقتصر على مقدار ما قدموا من حصص، وإنما يسألون في كل أموالهم الخاصة^(٢)، ولو كان الدين محل المطالبة ثابتاً في ذمة الشركة وحدها. وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن:

- «الشريك المتضامن يسأل في أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة، فيكون مديناً متضامناً مع الشركة ولو كان الدين محل المطالبة ثابتاً في ذمة الشركة وحدها، ومن ثم يكون للدائن مطالبته على حده بكل الدين، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى التزام الطاعن بالرصيد المدين الذي ثبت في ذمة الشركة بوصفه شريكاً

(١) ألغت المادة الأولى من مواد إصدار قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ تقنين التجارة الصادر لسنة ١٨٨٣ عدا الفصل الأول من الباب الثاني منه والخاص بشركات الأشخاص.

(٢) نقض ٢٦ مارس ١٩٨١ س ٣٢، ص ٩٥٣.

متضامناً وأن حق البنك المطعون ضده خصم هذا الرصيد من حسابه الجاري عملاً بما ورد في عقود فتح الاعتماد، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون»^(١).

- «من المقرر أن الشريك المتضامن يسأل في أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة فيكون مديناً متضامناً مع الشركة ولو كان الدين محل المطالبة ثابتاً في ذمة الشركة وحدها، ومن ثم يكون للدائن مطالبته على حدة بكل الدين»^(٢).

- «الشريك في شركة التضامن يسأل في أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة بالتضامن مع بقية الشركاء عملاً بنص المادة ٢٢ من قانون التجارة ولو كان الدين محل المطالبة ثابتاً في ذمة الشركة وحدها، ودون نظر لنصيب الشريك في رأس مال الشركة إذا أن مسئوليته بلا حدود»^(٣).

- «يعتبر الحكم الصادر على شركة التضامن حجة قبل الشريك المتضامن في الحدود التي يثبت فيها هذا الحكم ملزومية الشركة بالدين ومقداره. ويسأل الشريك المتضامن - وفقاً للمادة ٢٢ من القانون التجاري - مسئولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة، وينبني على ذلك أن للشريك المتضامن بصفته الشخصية صفة في الطعن بالنقض على الحكم الصادر ضد الشركة»^(٤).

ويترتب على حكم المادة/٢٢ من تقنين التجارة الملغي، وعلى أحكام النقض سאלفة الذكر، أن لدائني الشركة ضمانان للحصول على ديونهم لدى الشركة، الأول: ضمان خاص بهم على ذمة الشركة، والثاني: ضمان إضافي على ذمم الشركاء المتضامنين الشخصية يتزاحمون عليه مع الدائنين الشخصيين للشركاء. فدائن

(١) الطعن رقم ٦٦٠ لسنة ٤١ق، جلسة ١٩٧٦/٦/٧، مكتب فني ٢٧، ص ١٢٨٥.

(٢) الطعن رقم ١٨٢ لسنة ٤١ق، جلسة ١٩٨١/١١/١٦، مكتب فني ٣٢، ص ٢٠٣٧.

(٣) الطعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٧ق، جلسة ١٩٨١/٣/٢٦، مكتب فني ٣٢، ص ٩٥٣.

(٤) الطعن رقم ١٧٦ لسنة ٤١ق، جلسة ١٩٦٢/٤/٢٦، مكتب فني ١٣، ص ٤٩٨.

الشركة، بسبب عدم استقلال ذمتها المالية عن الذمم المالية للشركاء المتضامنين، يكون له الرجوع على ذمة الشركة أو على ذمة الشريك المتضامنين، أو على الذمتين معاً للحصول على دينه قبل الشركة.

إلا أن عدم استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمة المالية للشريك المتضامن يكون فقط في العلاقة بين هذا الشريك ودائني الشركة، فذمة الشركة وذمة الشريك المتضامن ينصهران في بعضهما البعض ويضحيان كأنهما ذمة مالية واحدة بالنسبة لهذا الدائن. أما في العلاقة بينه وبين الشركة والشركاء المتضامنين الآخرين، فلا يوجد استقلال للذمم المالية، فلو أو في أحد الشركاء بدين على الشركة جاز له أن يرجع على الشركاء الباقين كل بقدر حصته في الدين إعمالاً لحكم المادة/ ٢٩٧ من القانون المدني. وله أيضاً أن يرجع على الشركة بما أوفاه باعتباره كفيلاً معها تطبيقاً لحكم المادة/ ٧٦٦ من القانون المدني التي أعطت للكفيل حق الرجوع على المدين المكفول بالدين الذي أوفاه.

فعدم استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمة المالية للشريك المتضامن مقرر لصالح دائني الشركة وليس للشركة ذاتها أو باقي الشركاء المتضامنين فيها.

وقاعدة مسئولية الشريك المتضامن عن سداد ديون الشركة في ماله الخاص هي قاعدة متعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها تطبيقاً لحكم المادة/ ٢٢ من تقنين التجارة الملغي.

إلا أن حظر هذا الاتفاق لتعلق القاعدة المذكورة بالنظام العام يرد عليه قيذان هما:

القيد الأول: إن عدم استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمة المالية للشريك المتضامن والذي بموجبه يستطيع دائن الشركة أن يرجع على الشريك المتضامن في كل أمواله الخاصة لسداد دينه في ذمة الشركة، هو حكم مقرر لصالح دائني الشركة، ومن ثم لا يوجد ما يمنع من تنازل دائن الشركة صراحة عند تعاقد مع مديرها عن

التمسك بمسئولية الشريك المتضامن اللامحدودة عن الالتزامات الناشئة عن هذا العقد^(١).

فالحظر المشار إليه يتعلق بالنظام العام في العلاقة بين الشركة والشركاء المتضامنين فيها، فلا يجوز أن تتفق الشركة معهم أو مع أي منهم على تحديد مسئوليته عن سداد ديونها بقدر حصته في رأس المال، ولكن هذا الحظر لا يشمل العلاقة بين الشركة ودانيتها.

القيود الثاني: إذا كانت حصة الشريك المتضامن عملاً، فلا مجال للحديث عن استقلال أو عدم استقلال ذمته المالية عن الذمة المالية للشركة، لأن حصة العمل لا تدخل في تكوين رأسمال الشركة لأنها غير قابلة للتقييم بالنقود، ولا يجوز أن تكون محلاً للتنفيذ الجبري، وبالتالي لا تعتبر ضماناً لدائني الشركة، الأمر الذي لا يكون معه لدائني الشركة ضمانه على ذمة هذا النوع من الشركاء، ففي تلك الحالة لا يكون أمام دائني الشركة سوى ذمة مالية واحدة يجوز لهم التنفيذ عليها، هي الذمة المالية للشركة.

٢- مسؤولية الشريك المتضامن التضامنية عن سداد ديون الشركة:

الشركاء في شركة التضامن، والشركاء المتضامنون في شركة التوصية البسيطة متضامنون فيما بينهم لجميع تعهدات الشركة إعمالاً لحكم المادة/ ٢٢ من التقنين التجاري الملغي. وعلى الرغم من أن ظاهر النص المذكور يقيم التضامن بين الشركاء بعضهم وبعض، إلا أن أحكام النقض قد استقرت على أن هذا التضامن قائم أيضاً بين الشريك المتضامن والشركة، تأسيساً على أن الشريك المتضامن هو مدين متضامن مع الشركة، ولو كان الدين محل المطالبة ثابتاً في ذمة الشركة وحدها، ومن ثم يكون لدائن

(١) د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٨٦، هامش ٧.

الشركة مطالبة الشريك المتضامن على حدة بكل الدين باعتبار أن هذا الشريك مدين متضامن.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن:

- «الشريك في شركة التضامن يسأل في أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة بالتضامن مع بقية الشركاء عملاً بنص المادة ٢٢ من قانون التجارة ولو كان الدين محل المطالبة ثابتاً في ذمة الشركة وحدها، ودون النظر لنصيب الشريك في رأس مال الشركة إذا أن مسئوليته بلا حدود»^(١).

- «إذا كان الطاعن باعتباره شريكاً في شركة التضامن يسأل في أمواله الخاصة عن كافة ديونها بالتضامن مع بقية الشركاء عملاً بالمادة/٢٢ من قانون التجارة، فإنه بموجب عقد فتح الاعتماد الرسمي المضمون برهن عقاري، والمبرم بين الشركة المطعون عليها باعتبارها مرتبهة وبين الطاعن بصفته الشخصية باعتباره كفيلاً متضامناً وراهنأ، وبين شركة التضامن - سألقة الذكر - والمنفذ بمقتضاه إنما يجمع بين صفة المدين باعتباره شريكاً متضامناً في شركة التضامن الممثلة في العقد، وبين صفة الكفيل المتضامن باعتباره رهنأ حتى ولو كان الدين محل التنفيذ ثابتاً في ذمة شركة التضامن وحدها»^(٢).

وهذا التضامن بين الشركاء بعضهم ببعض، وبينهم وبين الشركة، لسداد ديون الأخيرة، يعد أحد مظاهر عدم الاستقلال بين ذمة الشركة وذمم الشركاء المتضامنين فيها، إذ أن دائن الشركة يستطيع مطالبة الشركة أو الشريك حسب اختياره دون الالتزام بالترتيب في الرجوع.

(١) الطعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٧ق، جلسة ١٩٨١/٣/٢٦، مكتب فني ٣٢، ص ٩٥٣.

(٢) الطعن رقم ٢٥٧ لسنة ٣٦ ق، جلسة ١٩٧١/١/١٩، مكتب فني ٢٢، ص ٥٢.

إلا أن محكمة النقض، ورغبة منها في الحد من العنت أو العسف، الذي قد يأتيه دائن الشركة بتعمده التنفيذ على أموال الشريك المتضامن الخاصة دون أموال الشركة رغم كفايتها للوفاء بالدين، فقد قيدت من حق الدائن في مطالبة الشريك المتضامن أو التنفيذ على أمواله دون الشركة بقيدتين هما:

القيد الأول: أن يقدم الدائن ما يثبت دينه في ذمة الشركة. ووسيلة الإثبات هنا تتمثل في أحد أمرين هما: إما إقرار من المسؤولين في الشركة بالدين، وإما صدور حكم قضائي نهائي بهذا الدين يكون حجة على الشريك^(١)، بحيث يجوز تنفيذه على أموال الشريك دون حاجة إلى الحصول على حكم في مواجهته^(٢).

القيد الثاني: يجب أعذار الشركة أولاً والتنبيه عليها بالوفاء. فيحق للشريك أن يطالب الدائن بالتوجه إلى الشركة أولاً لمطالبتها بالوفاء. ولكن لا يستطيع أن يطالبه بأكثر من ذلك، فلا يجوز للشريك مطالبة الدائن بالبدهاء في التنفيذ على أموال الشركة أولاً، لأن هذا معناه تجريد الشركة، وهذا الدفع بالتجريد محظور على الشريك المتضامن باعتباره كفيلاً متضامناً وليس كفيلاً عادياً.

وإذا استوفى الدائن هذين الإجراءين جاز له التنفيذ على أموال الشريك المتضامن الخاصة.

ولكن ما أثر هذين القيدتين على استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمة المالية للشركاء المتضامين فيها؟

(١) نقض مدني ٢٦ أبريل ١٩٦١، مجموعة أحكام النقض ١٣-٤٩٨.

(٢) حكم محكمة استئناف القاهرة ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨، المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم ٥٨-٢٢١.

نحن نرى أن هذين القيدتين لا يؤثران على استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمم المالية للشركاء المتضامنين فيها، إذ أنهما لم يسلبا الدائن حق الرجوع إلى الشريك المتضامن أو إلى الشركة حسبما يرى دون ترتيب. فالقيدان المذكوران قد وضعا ضوابط فقط لممارسة الدائن لحقه في مطالبة الشريك بالدين المستحق في ذمة الشركة، ولم يسلبا هذا الحق من الدائن. وبالتالي فإن ذمة الشريك المتضامن في هذه الحالة لا تستقل عن ذمة الشركة، وينصهران في بعضهما، وينظر إليهما كما لو كانا ذمة مالية واحدة.

وقد ذهب بعض الفقه إلى القول أن القيدان المشار إليهما قد وضعا الشريك المتضامن في مرتبة وسط بين الكفيل العادي والكفيل المتضامن^(١). ولكننا لا نستطيع مسaire هذا الرأي لأنه رغم هذين القيدتين فإن الشريك المتضامن لا يستطيع أن يدفع بتجريد الشركة أولاً والتنفيذ على أموالها ثم الرجوع عليه بما لم يتم سداده من قبل الشركة. وحيث أن صفة الكفيل المتضامن ترتبط بعدم أحقيته في التمسك بالدفع بالتجريد، فإن الشريك المتضامن يظل محتفظاً بصفته ككفيل متضامن، ولم يغير القيدان المذكوران من تلك الصفة.

ثانياً: مسؤولية الشريك المتضامن وحدة دون الشركة أو مع الشركة في حالة تخارجه عن سداد ديونها:

هناك حالة لا يكون لدائني الشركة فيها سوى ذمة مالية واحدة يستطيعون التنفيذ عليها للحصول على ديونهم في ذمتها، وهي حالة بقاء الشريك المتضامن مسنولاً عن سداد ديون الشركة لمدة خمس سنوات من تاريخ انقضاءها، حيث تنص المادة/ ٦٥ من التقنين التجاري الملغى على أن:

(١) د. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٨٧، هامش ١١.

«كل ما ينشأ عن أعمال الشركة من الدعاوي على الشركاء غير المأمورين بتصفية الشركة أو على القائمين مقامهم يسقط الحق في إقامتها بمضي خمس سنين من تاريخ إنتهاء مدة الشركة إذا كانت المشاركة المبينة فيها مدتها أعلنت بالكيفية المقررة قانوناً أو من تاريخ إعلان الاتفاق المتضمن فسخ الشركة، وتتبع في ذلك القواعد العمومية المقررة بسقوط الحق بمضي المدة مع مراعاة القواعد المقررة لانقطاعها».

فالتقادم الخمسي المنصوص عليه في هذه المادة يسري على الدعاوي التي يرفعها دائنو الشركة على الشركاء المتضامنين غير المصنفين أو ورثة هؤلاء الشركاء لمطالبتهم بسداد ديون الشركة^(١).

ولفظ الدعاوي المنصوص عليها في المادة المذكورة يجب أن يفسر بالمعنى الواسع للدعوى وليس معناها الضيق، بحيث يشمل هذا اللفظ إجراءات التنفيذ أيضاً. فإذا حصل الدائن على حكم بدينه ضد الشركة قبل انقضائها، فيجوز له التنفيذ بمقتضاه ضد الشريك المتضامن لمدة خمس سنوات من تاريخ انقضاء الشركة.

ففي مثل هذا الفرض، فإن انقضاء الشركة يؤدي إلى زوال شخصيتها المعنوية وزوال ذمتها المالية المستقلة بالتبعية. فمن تاريخ الانقضاء يفقد دائن الشركة الضمانة التي كانت مقررة له في التنفيذ على ذمتها المالية، لزوال تلك الذمة من هذا التاريخ.

(١) أثير خلاف حول ما إذا كان من حق الشريك المصفي أن يتمسك بالتقادم الخمسي، أنظر في ذلك، أحكام النقض الفرنسي.

- Cass. Com. 28 Mai 1872, Dalloz 1872-1-1247;

- Cass. Com. 27 Mai 1914, S. 1914-1-425.

وكذلك في الفقه المصري، د. حسام محمد عيسى، الشركات التجارية، النظرية العامة للشركة وشركات الأشخاص، طبعة ١٩٩٤، ص ١٧٥ وما بعدها، بدون دار نشر.

وبالتالي فلم يعد أمام دائني الشركة المنقضية سوى ذمة مالية واحدة يحق لهم التنفيذ عليها وهي ذمة الشريك المتضامن.

وعلى ذلك فلا مجال للحديث في تلك الحالة عن استقلال أو عدم استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمة المالية للشريك المتضامن، لأن هذا الحديث يقتضي وجود ذمة مالية للشركة وذمة مالية للشركاء. أما في الفرض المائل فلا توجد سوى ذمة مالية واحدة هي ذمة لشريك.

وإذا كانت مدة التقادم المذكورة تبدأ من تاريخ انقضاء الشركة، إلا أن الفقه والقضاء قد استقرا على أن تلك المدة تحسب بالنسبة للشريك المتضامن المتخارج من تاريخ تخارجه إذا استمرت الشركة قائمة بين الشركاء الآخرين، إذ أن الشركة في هذا الفرض تكون قد انقضت بالنسبة لهذا الشريك فقط^(١). وفي هذا الفرض يكون أمام دائن الشركة ذمتان يجوز له التنفيذ عليهما: ذمة الشركة القائمة، وذمة الشريك المتخارج.

الفرع الثاني

عدم استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمم

المالية للشركاء غير المتضامين

يسأل الشركاء غير المتضامين عن ديون الشركة، من حيث المبدأ، بقدر حصصهم في رأس المال. ولكن استثناء من هذا المبدأ قد تكون مسئولية هؤلاء الشركاء عن ديون الشركة مطلقة تشمل كامل ذممهم المالية، كمسئولية الشريك

(١) د. على حسن يونس. الشركات التجارية ١٩٥٨، ص ١٩٨، دار الفكر العربي، د.أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، طبعة ١٩٨٩، ص ٢٠٥، دار الفكر العربي، محكمة الإسكندرية الابتدائية، ٢٣ مارس ١٩٤١، المحاماة/ ٢١، ص ١٠٧٦، استئناف مختلط يونيه ١٩٤٣، Bull .oo.

الموصي الذي يدخل اسمه في عنوان الشركة أو يتدخل في إدارتها الخارجية (أولاً)، وكذلك مسئولية الشركاء غير المتضامن عن سداد ديون الشركة المفلسة في بعض الحالات (ثانياً).

أولاً: عدم استقلال الذمة المالية للشريك الموصي عن الذمة المالية للشركة:

الأصل ألا يسأل الشريك الموصي عن ديون الشركة إلا بقدر نصيبه في رأسمالها حيث تنص المادة/ ٢٧ من التقنين التجاري الملغي على أن:

«الشركاء الموصون لا يلزمهم من الخسارة التي تحصل إلا بقدر المال الذي دفعوه أو الذي كان يلزمهم دفعة إلى الشركة».

إلا أن تطبيق هذا الأصل مرهون بعدم دخول اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة (١) وبعدم ممارسته أعمال الإدارة الخارجية للشركة (٢). لأنه في هاتين الحالتين ينقلب إلى شريك متضامن.

١- أثر دخول اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة على استقلال ذمته المالية عن الذمة المالية للشركة:

تنص المادة/ ٢٦ من التقنين التجاري الملغي على أنه:

«لا يجوز أن يدخل في عنوان الشركة اسم واحد من الشركاء الموصين أي أرباب المال الخارجين عن الإدارة».

وتنص المادة/ ٢٩ من ذات التقنين المذكور على أنه:

«إذا أذن أحد الشركاء الموصين بدخول اسمه في عنوان الشركة خلافاً لما هو منصوص في المادة/ ٢٦ فيكون ملزوماً على وجه التضامن بجميع ديون وتعاقبات الشركة».

وتنص المادة/ ٢٤ من هذا التقنين على أن:

«تكون إدارة شركة التوصية البسيطة بعنوان ويلزم أن يكون هذا العنوان اسم واحد أو أكثر من الشركاء المسؤولين المتضامنين».

يتضح من المواد المذكورة أن اسم شركة التوصية البسيطة يتكون من اسم واحد أو أكثر من الشركاء المتضامنين مقروناً بما ينبئ عن وجود شركة. ولا يجوز أن يدخل في اسم الشركة اسم أحد الشركاء الموصين، فإذا اشتمل اسم الشركة على اسم هذا الشريك مع علمه بذلك اعتبر شريكاً متضامناً في مواجهة الغير.

ولبيان أثر دخول اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة على مسنوليته عن سداد ديونها، ومن ثم على استقلال ذمته المالية عن الذمة المالية للشركة من عدمه، يتعين التفرقة بين فرضين هما:

الفرض الأول: إذا دخل اسم الشريك الموصي في العنوان بموافقه أو بعلمه ودون اعتراض منه، فإنه يعد في مواجهة الغير بمثابة الشريك المتضامن ويسأل من ثم عن ديون الشركة مسئولية شخصية في أمواله الخاصة، أما في علاقاته مع باقي الشركاء فإنه يظل شريكاً موصياً يجوز له الرجوع عليهم بمقدار ما دفعه بالزيادة عن قيمة حصته. ويلاحظ أن مسئولية الشريك الموصي عن الديون في هذه الحالة تقوم بالنسبة للديون التي نشأت بعد دخول اسمه في العنوان.

الفرض الثاني: إذا دخل اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة دون علمه أو بعلمه ولكنه اعترض على ذلك، فإنه يظل شريكاً موصياً في علاقاته بالغير ولا يجوز الرجوع عليه إلا في حدود حصته. إلا أنه يقع على الشريك الموصي في هذه الحالة عبء إثبات واقعة عدم علمه بدخول اسمه في العنوان أو اعتراضه على ذلك.

ففي الفرض الأول يتحول الشريك الموصي إلى شريك متضامن وتطبق عليه ذات أحكام مسئولية هذا الشريك، من حيث استقلال وعدم استقلال ذمته المالية عن الذمة المالية للشركة.

أما في الفرض الثاني فيظل الشريك موصياً ولا ينقلب إلى شريك متضامن، وبالتالي تكون ذمته المالية مستقلة عن الذمة المالية للشركة.

٢- أثر تدخل الشريك الموصي في أعمال الإدارة الخارجية على استقلال ذمته المالية عن الذمة المالية للشركة:

لقد حظرت المادتان / ٢٨ ، ٣٠ من تقنين التجاري الملغي على الشريك الموصي الدخول في أعمال الإدارة الخارجية. وجاء هذا الحظر مطلقاً ومتعلقاً بالنظام العام، فلا يجوز للشريك الموصي القيام بأي عمل من هذه الأعمال ولو مرة واحدة، كما لا يجوز له القيام بها ولو بناءً على توكيل من باقي الشركاء. فقاعدة منع الشريك الموصي من ممارسة أعمال الإدارة الخارجية تعتبر قاعدة أمرية ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ويقصد بأعمال الإدارة الخارجية كل عمل يظهر الشريك الموصي كما لو كان ممثلاً للشركة مع الغير مثل إبرام العقود أو الاشتراك في المفاوضات أو اتخاذ قرارات بخصوص علاقة الشركة بالغير. وعلى كل حال فإن مسألة ما إذا كان العمل يدخل في نطاق الإدارة الخارجية أو الداخلية تعد مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض.

أما عن أثر تدخل الشريك الموصي في أعمال الإدارة الخارجية على استقلال ذمته المالية عن الذمة المالية للشركة، فإن هذا الأثر يرتبط بالجزاء الذي قرره المادة / ٣٠ من التقنين التجاري الملغي على تدخل هذا الشريك في أعمال إدارة الشركة الخارجية. فقد قررت تلك المادة أن الشريك الموصي في هذه الحالة يكون مسؤولاً بالتضامن في جميع أمواله عن ديون الشركة كما لو كان شريكاً متضامناً.

إلا أن المادة المذكورة قد فرقت بين فرضين في خصوص مدى مسؤولية الشريك الموصي المتدخل في أعمال إدارة الشركة الخارجية، ومدى اثر تلك المسؤولية على استقلال ذمته المالية عن الذمة المالية للشركة، وهذان الفرضان هما:

الفرض الأول: إذا كانت أعمال الإدارة الخارجية التي قام بها الشريك الموصي أعمالاً قليلة ومتفرقة بحيث لا تدعو الغير إلى الاعتقاد بأن هذا الشريك متضامن فإن المسؤولية التضامنية والشخصية للشريك الموصي تكون قاصرة على الديون التي نشأت عن العمليات التي تدخل فيها فقط، ولا تشمل العمليات الأخرى التي أبرمتها الشركة.

الفرض الثاني: إذا كان تدخل الشريك الموصي في أعمال الإدارة الخارجية يتم بصورة متكررة بحيث يتولد لدى الغير اعتقاداً مشروعاً بأنه شريك متضامن، فإن مسؤوليته الشخصية والتضامنية عن ديون الشركة لا تقتصر فقط على الديون الناشئة عن الأعمال التي اشترك فيها وإنما تمتد لتشمل الديون الناشئة عن جميع العمليات التي أبرمتها الشركة مع الغير حتى تلك التي لم يشترك فيها.

وعلى كل حال، ووفقاً لحكم المادة/٣٠/ فقرة ٢/ من التقنين التجاري الملغي، فإن مسؤولية الشريك الموصي عن كل ديون الشركة أو عن بعضها على وجه التضامن يتوقف على حسب عدد وجسامة أعماله وعلى حسب انتمان الغير له بسبب هذه الأعمال.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الخصوص بأن:

- «نص المادة/ ٣٠/ من قانون التجارة (الملغي) يدل على أنه إذا ثبت للمحكمة أن الشريك الموصي قد تدخل في إدارة أعمال الشركة وتغلغل في نشاطها بصفة معتادة وبلغ تدخله حداً من الجسامة كان له أثر على انتمان الغير له بسبب تلك الأعمال، فإنه يجوز للمحكمة أن تعامله معاملة الشريك المتضامن وتعتبره مسنولاً عن كافة ديون

الشركة وتعهداتها مسئولية شخصية وتضامنيه قبل الذين تعاملوا معهم أو قبل الغير^(١).»

- «الأصل وفقاً للمادة/٢٨ من قانون التجارة (الملغي) أن الشريك الموصي ممنوع من القيام بأعمال الإدارة، وإذا كانت أوراق الدعوى قد خلت مما يفيد أن الشريكة الموصية في الشركة قد تدخلت في إدارتها تدخلاً يجعلها شريكة متضامنة مسنولة عن ديون الشركة، وكان الحكم المنفذ به إنما صدر ضد الشركة فإنه لا يجوز التنفيذ به مباشرة على أموال الشريكة الموصية وفاءً لدين هذه الشركة»^(٢).

وترتيباً على ما سبق ففي الفرض الأول لا تستقل ذمة الشريك الموصي المتدخل في أعمال الإدارة الخارجية عن ذمة الشركة بشأن جميع الديون التي تنشأ في ذمة الشركة عن كل تعاقداتها حتى تلك التي لم يتدخل فيها الشريك الموصي. أما في الفرض الثاني فإن عدم استقلال الذمة المالية للشريك الموصي عن الذمة المالية لشركة يكون قاصراً على الديون التي ترتبت في ذمة الشركة عن التعاقدات التي تدخل هذا الشريك الموصي في إبرامها فقط.

وتجدر الإشارة إلى أن مصدر عدم استقلال الذمة المالية للشريك الموصي عن الذمة المالية للشركة ومداه في الفرضين سالف الذكر هو حكم المحكمة التي تقضي بمسئولية هذا الشريك عن الديون الناشئة عن كل تعاقدات الشركة أم عن بعضها فقط.

(١) الطعن رقم ٨٣ لسنة ٤٦ ق، جلسة ١٩٨٠/٣/١٠ مكتب فني ٣١ .

(٢) الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٦٩/٦/١٩، مكتب فني ٢٠.

ثانياً: عدم استقلال الذمة المالية للشركاء عن الذمة المالية للشركة في حالة إفلاسها:

لقد خطي المشرع المصري خطوة هامة في مجال حماية دانني الشركة المفلسة من عبث وإهمال القائمين على إدارتها الذي أدى إلى توقفها عن الدفع وشهر إفلاسها. فنص في المادة/ ٧٠٤ فقرة ٢ على أنه:

«٢- وإذا تبين أن موجودات الشركة لا تكفي لوفاء ٢٠% على الأقل من ديونها، جاز للمحكمة بناء على طلب قاضي التفليسة أن تقضي بالزام أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين كلهم أو بعضهم بالتضامن بينهم أو بغير تضامن بدفع ديون الشركة كلها أو بعضها إلا إذا أثبتوا أنهم بذلوا في تدبير شؤون الشركة عناية الرجل الحريص».

فالمشرع بهذا النص أجاز للمحكمة أن تلزم أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين كلهم أو بعضهم، بالتضامن فيما بينهم أو بغير تضامن بسداد ديون الشركة المفلسة كلها أو بعضها وذلك إذا كانت موجودات الشركة لا تكفي لوفاء ٢٠% على الأقل من ديونها.

وافترض المشرع خطأ القائمين على الإدارة بمجرد ثبوت أن موجودات الشركة لا تفي بنسبة ٢٠% عن الأقل من ديونها. فخطأ القائمين على الإدارة في هذه الحالة مفترض، ومن ثم يقع عليهم عبء إثبات أنهم لم يخطئون في الإدارة.

فإذا توافرت شروط تطبيق هذه المادة، فإن الذمة المالية للمديرين المسؤولين لا تستقل عن الذمة المالية للشركة المفلسة. إلا أن هذا الاستقلال ومداه يتوقف على ما تقضي به المحكمة من إلزامهم كلهم أو بعضهم بسداد كل أو بعض ديون الشركة. فمصدر عدم استقلال الذم المالية في هذا الحالة هو حكم المحكمة. فدائن الشركة يستطيع التنفيذ على الذمة المالية للمديرين في حدود ما يقضي به الحكم.

ونشير في هذا الخصوص إلى أن ذكر النسبة الواردة في المادة المذكورة، وهي ٢٠% على الأقل من ديون الشركة، كانت محل نظر من ناحيتين، الأولى: أن تلك نسبة تحكيمية ينطوي تطبيقها على الكثير من المفارقات، فلو تحققت تلك النسبة انطبق النص، ولو لم تتحقق وكانت مثلاً ١٩,٩% فلا يطبق النص. ولذا فإننا نرى أن المشرع يجب أن يتجنب استعمال أي تحديد رقمي، ويترك المسألة لتقدير المحكمة. وفي هذا الخصوص كان من الأفضل لو أن المشرع استعمل عبارة «عدم كفاية موجودات الشركة لسداد ديونها»، والثانية: أن هذا النص بوصفه الحالي لا يحقق الحماية المرجوة لدائني الشركة، فظاهر النص يعني أنه لا يطبق إذا استكمل المديرون موجودات الشركة لتصل إلى نسبة ٢٠% فقط من إجمال ديون الشركة^(١).

ثالثاً: موقف استقلال الذمة المالية للشركاء الورثة القصر عن الذمة المالية للشركة:

قد بينت المادة / ١٣ من قانون التجارة أحكام التزام القاصر إذا أمرت المحكمة الاستمرار في تجارته، حيث تنص على أنه:

«إذا أمرت المحكمة بالاستمرار في تجارة الصغير أو المحجور عليه، فلا يلتزم إلا في حدود أمواله المستثمرة في هذه التجارة، ويجوز شهر إفلاسه على ألا يشمل الإفلاس الأموال غير المستثمرة في التجارة. وفي هذه الحالة لا يترتب على الإفلاس أثر بالنسبة إلى شخص الصغير أو المحجور عليه».

ولبيان التزامات القاصر عند الاستمرار في التجارة وفقاً لهذه المادة، فإنه يجب أن نفرق بين صورتين للاستمرار في التجارة، فقد يستمر القاصر في التجارة بمفرده أو

(١) انظر حول تفاصيل وشرح هذا النص، بحثنا "مسئولة المستحوذ على شركة المساهمة غير المفلسة والمفلسة"، طبعة ٢٠١٦، ص ١٨٩ وما بعدها، دار النهضة العربية.

بصفته شريكاً في شركة. وفي الحالة الأولى فسنكون أمام نوع من تخصيص الذمة المالية للقاصر، حيث لا يلتزم إلا في حدود أمواله المستثمرة في التجارة. فالأموال المخصصة فقط لهذه التجارة هي التي تضمن الوفاء بالديون الناشئة عن ممارستها، ولا يجوز التنفيذ على أموال القاصر الأخرى التي لم تدخل في التجارة للوفاء بهذه الديون، وفي هذا الفرض يجوز شهر إفلاس القاصر إذا توقف عن دفع الديون المترتبة على مباشرة التجارة على ألا يشمل الإفلاس الأموال غير المستثمرة في التجارة، ولا يطبق على القاصر آثار الإفلاس المتعلقة بشخصه.

أما إذا كان القاصر يستثمر الأموال في التجارة عن طريق مساهمته في شركة فالأمر لا يثير صعوبة إذا كان شريكاً موصياً في شركة توصية بسيطة أو توصية بالأسهم أو شريكاً في شركة ذات مسئولية محدودة أو مساهماً في شركة مساهمة، إذ إن مسئوليته في كل هذه الأحوال ستكون قاصرة على ما قدمه من حصة في رأسمال الشركة، أي أنه لن يلتزم إلا في حدود أمواله المستثمرة. ولن يكتسب صفة التاجر، ومن ثم فلن يشهر إفلاسه.

إلا أن الصعوبة تثور في حالة ما إذا كان الاستمرار في تجارة القاصر كانت من خلال كونه وارثاً لشريك في شركة تضامن أو لشريك متضامن في شركة توصية، إذ أن قصر التزامه في حدود أموال مورثه المستثمرة يعني أنه لن يسأل عن ديون الشركة إلا بقدر ما قدمه المورث من حصة في رأسمالها، وهذا يتعارض مع بقائه شريكاً متضامناً فيها لأن مثل هذا الشريك يسأل عن ديون الشركة في أمواله الخاصة مسئولية شخصية، ومن ثم فلا يجوز للقاصر أن يستمر، وفقاً لحكم المادة/١٣ من قانون التجارة، في شركة كشريك متضامن ولا بد من تحويله إلى شريك موصي في شركة توصية بسيطة ولا يجوز أن يكون شريكاً في شركة تضامن ومن ثم لا يجوز اكتسابه صفة التاجر ولا شهر إفلاسه.

وما يهمننا في مجال هذه الدراسة ما جاء بالمادة ١٣ من قانون التجارة سالفة الذكر من أن إفلاس الشريك القاصر الوارث لا يشمل إلا الأموال المستثمرة في التجارة، وأن مسؤوليته عن سداد ديون الشركة تكون في حدود تلك الأموال المستثمرة، فهذا مؤداه أن ذمة هذا الشريك مستقلة عن ذمة الشركة. والذمة الأخيرة فقط هي التي تمثل الضمان العام لدائني الشركة، أما أن الشريك الوارث القاصر فلا تعد ضماناً عاماً لهؤلاء الدائنين، لأنهم لا يستطيعون التنفيذ إلا على قيمة حصته في الشركة فقط، أي أن مسؤوليته عن ديون الشركة مسؤولية محدودة بمقدار مساهمته في رأسمالها.

المبحث الثاني

الاستقلال بين ذمم الشركات المرتبطة

هناك عدة أشكال للربط بين مجموعة من الشركات (المطلب الأول)، ولهذا الارتباط تأثير مباشر على مدى استقلال الذمة المالية لكل شركة من تلك الشركات (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أشكال الارتباط بين الشركات

ترتبط الشركات بعضها ببعض عن طريق ما يسمى مجموعة الشركات (الفرع الأول) أو عن طريق ما يعرف بالتجمع المؤقت للمشروعات أو بالشركات متعددة القوميات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الارتباط بين الشركات عن طريق

مجموعة الشركات Le Groupe de Sociétés

قد ترتبط الشركات فيما بينها عن طريق ما يسمى بمجموعة الشركات (أولاً)، وتلك المجموعة لها خصائص عديدة (ثانياً)، وهناك عدة وسائل لتحقيق السيطرة على الشركات الداخلة في هذه المجموعة (ثالثاً).

أولاً: تعريف مجموعة الشركات:

رغم ذبوع استعمال مصطلح مجموعة الشركات وانتشاره في الأوساط التجارية، إلا أن معظم التشريعات المقارنة لم تضع له تعريفاً محدداً، الأمر الذي حدا بالفقه إلى بذل محاولات عديدة لتعريف هذا المصطلح وبيان المقصود منه.

ومن بين التشريعات النادرة التي تناولت موضوع مجموعة الشركات بالتنظيم القانون التونسي عدد ١١٧ لسنة ٢٠٠١ المؤرخ ٦ ديسمبر ٢٠٠١، والذي أضاف إلى قانون الشركات التونسي عدد ٩٣ لسنة ٢٠٠٠ مؤرخ في ٣ نوفمبر لسنة ٢٠٠٠، العنوان السادس بشأن مجموعة الشركات، ويضم الفصول من ٤٦١ إلى ٤٧٩. أي أن المشرع التونسي أفرد ثمان عشرة مادة لتنظيم تجمع الشركات.

وقد عرف الفصل رقم ٤٦١ من القانون المذكور تجمع الشركات بأنه:

«مجموعة من الشركات لكل واحدة منها شخصيتها القانونية تكون مرتبطة بمصالح مشتركة، وتمسك إحداها، وتسمى الشركة الأم، بقية الشركات تحت نفوذها القانوني أو الفعلي، وتمارس عليها رقابتها بشكل يؤدي على وحدة القرار.

وتعتبر خاضعة لنفوذ شركة أخرى على معنى هذا العنوان كل شركة:

- تكون شركة أخرى ماسكة لنسبة من أسماها تمنحها أغلبية حقوق الاقتراع فيها،
- أو تكون شركة أخرى ماسكة لأغلبية حقوق الاقتراع فيها بمفردها أو بمقتضى اتفاق مع شركاء آخرين،
- أو تكون شركة أخرى متحكمة فعلياً في اتخاذ القرارات في إطار جلساتها العامة بمقتضى حقوق الاقتراع التي تتمتع بها بصفة فعلية.

ويفترض وجود النفوذ متى كانت شركة ماسكة بصفة مباشرة أو غير مباشرة لأربعين في المائة على الأقل من حقوق الاقتراع في شركة أخرى على ألا يكون هناك شريك آخر ماسك لنسبة أكبر منها.

ويجب أن تكون الشركة الأم مساهمة مباشرة أو بصفة غير مباشرة في رأس مال كل شركة من الشركات المنتمية إلى تجمع الشركات.

وتعتبر شركة فرعية كل شركة يرجع أكثر من خمسين بالمائة من رأسمالها بصفة مباشرة أو غير مباشرة للشركة الأم، وذلك دون اعتبار الأسهم التي لا تمنح حاملها حق الاقتراع.

ولا يتمتع تجمع الشركات بالشخصية القانونية».

ووفقاً للفصل ٦١ ٤ المذكور من قانون الشركات التونسي، نكون بصدد مجموعة شركات أو تجمع شركات، إذ ارتبطت عدة شركات تتمتع كل منها الشخصية المعنوية المستقلة، بمصالح مشتركة، وتقع كل تلك الشركات تحت نفوذ قانوني أو فعلي لشركة تسمى الشركة الأم *la société mere*. ويكون الهدف من تلك السيطرة من جانب الشركة الأم توحيد القرار بين الشركات المنتمية لمجموعة الشركات.

وقد حدد الفصل المشار إليه حالات تحقق النفوذ القانوني أو الفعلي للشركة الأم على باقي الشركات المنتمية لذات مجموعة الشركات.

ومن أهم ما جاء في تعريف الفصل المذكور لمجموعة الشركات أنها لا تتمتع بالشخصية القانونية.

ورغم أن المشرع المصري لم يذكر صراحة مصطلح مجموعة الشركات على عكس ما فعل المشرع التونسي حسبما ذكرنا، إلا أن قانون شركات قطاع الأعمال العام المصري رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ قد تحدث عن تلك المجموعة، وإن كان بشكل غير

مباشر، حيث أن مواد هذا القانون التي تناولت بالتنظيم الشركة القابضة *la société Holding* والشركة التابعة *la société subsidiaire* قد تحدثت عن نفس معنى ومضمون مجموعة الشركات التي نص عليها الفصل ٤٦١ من قانون الشركات التونسي.

فتعريف قانون قطاع الأعمال المصري المذكور للشركة القابضة وبيان وسائل سيطرة الأولى على الثانية وأوجه تلك السيطرة والنتائج التي تترتب عليها، كل هذه الأمور تعطي في النهاية تعريفاً لمجموعة الشركات، وإن كان ذلك بشكل غير مباشر (١ مكرر).

وهكذا يمكن القول أنه أينما وجدت شركة قابضة وشركة تابعة وجدت مجموعة الشركات. فتلك الشركات هي مصدر وسبب وجود مجموعة الشركات.

وقد عرف القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ الشركات القابضة عن طريق تعريفه للشركات التابعة، حيث عرف الأخيرة في نص المادة/ ١٦ منه بأن الشركة التابعة في تطبيق أحكام هذا القانون هي الشركة التي يكون لإحدى الشركات القابضة ٥١% من رأسمالها على الأقل فإذا اشترك في هذه النسبة أكثر من شركة من الشركات القابضة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو بنوك القطاع العام يصدر رئيس مجلس الوزراء قراراً بتحديد الشركة القابضة التي تتبعها هذه الشركة.

وأضافت المادة ٢/ من القانون المذكور أن الشركة القابضة تتولى من خلال الشركات التابعة لها استثمار أموالها.

(١ مكرر) حول شرح قانون قطاع الأعمال العام أنظر د. رضا السيد، الشركات القابضة والشركات التابعة، طبعة ١٩٩٦، ص ٦٢ وما بعدها، دار النهضة العربية.

ووفقاً لحكم المادة/١٧ من هذا القانون يصدر بتأسيس الشركة التابعة قرار من الوزير المختص بناء على اقتراح مجلس إدارة الشركة القابضة.

وعلى ذلك فإن الشركة القابضة تستمد سيطرتها على الشركة التابعة إما من خلال تملكها لنسبة ٥١% على الأقل من رأسمال الشركة الأخيرة، وإما بموجب قرار يصدر من رئيس مجلس الوزراء بتحديد الشركة القابضة إذا لم تتوافر لأي من المساهمين في تأسيس الشركة التابعة النسبة المذكورة في ملكية رأسمالها.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن استعمال تعبير الشركة الأم والشركة الوليدة كبديل للشركة القابضة والشركة التابعة باعتبار أن العلاقة بين هذه الثنائيات تقوم على تملك الأولى للأخيرة لنسبة ٥١% على الأقل من رأسمال الأخيرة، وأن تلك العلاقة تقوم على سيطرة الأولى على الأخيرة وأن نشاط تلك الشركات يكون متماثلاً أو متكاملًا، وكل ذلك مع مراعاة فارق أساسي بين الشركة القابضة والشركة الأم يتمثل في أن الأولى لا تمارس النشاط بنفسها ويقتصر دورها على المساهمة في رأسمال الشركات التابعة إذا اقتضى الأمر ذلك^(١) أما الثانية فتمارس النشاط بنفسها.

أما عن موقف الفقه من تعريف مجموعة الشركات فقد ذهب البعض من الفقه العربي إلى أنها عبارة عن عدد من الشركات الخاضعة لسلطة الرقابة والتوجيه التي تمارسها إحداها وتسمى الشركة القابضة أو الشركة الأم وتسمى الشركات الخاضعة لها بالشركات الوليدة أو الشركات التابعة^(٢). وذهب فريق آخر من هذا الفقه إلى أن

(١) المادة/٢ من قانون شركات قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١.

(٢) د. علي سيد قاسم، شرط التحكيم ومجموعة الشركات، المؤتمر ١٩ لجامعة الإمارات عن التحكيم الدولي، خلال الفترة ٢٨ إلى ٣٠ أبريل ٢٠٠٨، المجلد الأول، ص ٦٩، ص ٧٠.

مجموعة الشركات هي نظام قانوني يضم عدد من الشركات تتميز باتحادها من الناحية الاقتصادية واستقلالها من الناحية القانونية وتخضع لسياسة اقتصادية واحدة^(١).

وذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تعريف مجموعة الشركات بأنها عدة شركات مرتبطة تقوم فيها الشركة القابضة أو الأم بممارسة الرقابة على باقي الشركات التابعة أو الوليدة، وتخضع لقرار اقتصادي واحد^(٢). وذهب جانب آخر من هذا الفقه بأنها كيان لا يتمتع بوجود قانوني ويتكون من مجموعة من الروابط تشمل الشركة الأم التي تمارس الرقابة على الشركات الأخرى بقرار واحد^(٣).

ثانياً: خصائص مجموعة الشركات:

من خلال التعريفات التشريعية والفقهية لمجموعة الشركات يمكن استخلاص أهم الخصائص التي تميزها وهي:

١ - لا تتمتع مجموعة الشركات بالشخصية القانونية، ومن ثم فليس لها ذمة مالية مستقلة. وقد أكدت ذلك العديد من أحكام القضاء الفرنسي^(٤). وبالتالي لا مجال للحديث عن استقلال الذمة المالية لمجموعة الشركات عن الذمم المالية للشركات

(١) د. محمود عمر: إشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية هضبة الأهرام، دراسة مقارنة، منشور على الموقع www.gcac.biz.

(2) Frederic magnas, les groups de société et la protection des interet catégoriele, sur le site. www.academia.edu.

(3) Huxinyu, le groupe de sociétés en droit francais et en droit chinois, thèse Angers, France 2010.

(4) Cass. Soc. 14 Janv. 2014, No13-60165; Cass. Soc. 8 Oct 2014. No13-14973 et no. 13. 14974; les sentences sur le site.

www.Lgifrance.gouv.fr

الداخلة فيها، ولكن الحديث عن الاستقلال من عدمه يكون بين الذمم المالية للشركات الداخلة في مجموعة الشركات.

٢- تضم مجموعة الشركات شركتين أو أكثر توجد روابط بينها عن طريق سيطرة شركة تسمى الشركة الأم أو الشركة القابضة عليها. وتمتع كل شركة من الشركات الداخلة في تكوين مجموعة الشركات بالشخصية المعنوية المستقلة مع ما يترتب على ذلك من تمتعها بذمة مالية مستقلة^(١).

٣- تخضع الشركات المنتمية لمجموعة الشركات لمركزية ووحدة القرار *Unité de la décision* نتيجة الارتباط بينها. ويتولى اتخاذ هذا القرار الموحد الشركة التي تسيطر على تلك الشركات وهي الشركة القابضة أو الشركة الأم. ويتعلق القرار الموحد بالسياسة الإستراتيجية والاقتصادية التي تهدف إلى تحقيق وتنفيذ سياسة عامة موحدة لكل هذه الشركات.

ثالثاً: وسائل سيطرة إحدى الشركات على الشركات الأخرى المنتمية لمجموعة الشركات:

تستمد إحدى شركات مجموعة الشركات سيطرتها على شركات المجموعة الأخرى، وفقاً لقانون قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، من عدة مصادر تتمثل فيما يأتي:

١- تملك الشركة القابضة لأغلبية الأسهم في رأسمال الشركة التابعة، وهناك بعض التشريعات التي حددت هذه الأغلبية بنسبة ٥١% مثل القانون المصري.

(١) د.حسن محمد هند، مدى مسئولية الشركة الأم من ديون شركاتها الوليدة في مجموعة الشركات، مع إشارة خاصة للشركات متعددة القوميات، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٩٧، ص ٢٩ وما بعدها، د. حسام عبدالغني الصغير، الاندماج القانوني للشركات، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة ١٩٨٧، ص ١٠ وما بعدها.

فتلك النسبة في ذاتها كافية للتحكم في إدارة الشركة التابعة، دون الحاجة لنصوص في النظام الأساسي طالما أن القرارات تصدر عن تلك الشركة بأغلبية أصوات المساهمين فيها^(١).

أما إذا كانت الشركة تمتلك نسبة أقل من ٥١% من رأسمال شركة أخرى، فإنه يجب التفرقة بين فرضين: الأول: إذا كان من بين أسهم تلك الشركة أسهم ممتازة بحيث يصل عدد أصواتها في الجمعية العامة أكثر من ٥٠% من إجمالي أصوات المساهمين، فإنها بذلك تتمتع بوصف الشركة القابضة لتحكمها في إدارة الشركة بتلك النسبة^(٢)، والثاني: إذا كانت كل هذه الأسهم عادية، فهنا لا تكفي الأغلبية التي تقل عن ٥٠% لإسباغ وصف القابضة على الشركة لعدم تمتعها بسلطة السيطرة على إدارة الشركة الأخرى، فلكي تتمتع بهذه السلطة يجب أن يتضمن النظام الأساسي لهذه الشركة نصاً يعطي الشركة الأولى الحق في تعيين وعزل أعضاء مجلس إدارة الشركة الثانية، أو يعتبر أعضاء مجلس إدارة الشركة القابضة – كلهم أو معظمهم – أعضاء أيضاً في مجلس إدارة الشركة التابعة.

وعادة ما ينشأ هذا الوضع في حالة ما إذا كانت الشركة القابضة مالكة لبراءة اختراع، ورخصت للشركة التابعة باستعمالها بشرط أن يكون لها حق السيطرة على إدارتها.

(1) Claude CHAMPAUD. Le pouvoir de concentration de la société – par action, Librairie sirey, Paris 1962. p. 243 : 317.

(2) Pennington's company law 2nd. Ed. London 1967, p. 583.

مشار إليه لدى الدكتور/ سمير الشرقاوي، مجلة القانون والاقتصاد – حقوق القاهرة – ١٩٧٥، ص ٨٥.

أو يبرم اتفاق بين الشركة القابضة ومساهمين آخرين تكتمل بهم أغلبية ٥١% من رأسمال الشركة التابعة، يلتزم بمقتضاه هؤلاء المساهمون بالتصويت مع الشركة القابضة في القرارات التي تتخذها الشركة التابعة.

٢- وجود نص في القانون يعطي الشركة القابضة حق التحكم في إدارة الشركة التابعة، أيًا كانت نسبة الأسهم التي تمتلكها الشركة القابضة في رأسمال الشركة التابعة. وتلك الحالة منصوص عليها في المادة/١٦ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، حيث أعطت هذه المادة لرئيس مجلس الوزراء سلطة إصدار قرار بتحديد الشركة القابضة التي تتبعها الشركة التابعة في حالة اشتراك أكثر من شركة قابضة أو أشخاص اعتبارية عامة أو بنوك القطاع العام في نسبة ٥١% من رأسمال الشركة التابعة. فمن المتصور في هذا الفرض أن يمتلك تلك النسبة خمسة أشخاص اعتبارية عام أو بنوك قطاع عام، بواقع ١٠% لأربعة منهم، ١١% للخامس مثلاً. فهنا يختار رئيس الوزراء أحد هؤلاء الأشخاص ليكون بمثابة الشركة القابضة، وقد يكون مالكاً لعشرة في المائة فقط من رأسمال الشركة التابعة. فسيطرة الشركة القابضة - في هذا الفرض - على إدارة الشركة التابعة تجد مصدرها في قرار مجلس الوزراء الذي يستند على نص في القانون.

وهناك حالة أخرى تكون فيها الشركة قابضة رغم عدم تملكها في الشركة التابعة لنسبة ٥١% من رأس المال، فقد أشرنا فيما سبق أنه وقت صدور القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ كانت توجد هيئات قطاع عام لا تمتلك في شركات أخرى نسبة ٥١% من رأس المال، ومع ذلك كانت هذه الشركات من شركات القطاع العام التي تخضع للقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ بقرار من رئيس الجمهورية، وبحلول الشركات القابضة محل هذه الهيئات والشركات التابعة محل شركات القطاع العام كأثر لصدور القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، فنكون أمام شركة قابضة لا تمتلك نسبة ٥١% من رأسمال

الشركة التابعة. وهكذا فإن القانون هو مصدر تمتع الشركة القابضة بحق السيطرة على إدارة الشركة التابعة.

والسؤال الذي يثور هنا هو: هل نصوص القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ تعطي فعلاً للمشركات القابضة حق السيطرة على إدارة الشركة التابعة؟ للإجابة على هذا التساؤل يجب التفرقة بين الفرضين الآتيين:

(١) إذا كانت الشركة القابضة تمتلك ٥١% من رأسمال الشركة التابعة، فإنها تتمتع بموجب تلك النسبة بحق السيطرة على إدارة الشركة التابعة سواء في مجلس الإدارة أو الجمعية العامة، سواء كان المساهمون الآخرون مع الشركة القابضة في الشركة التابعة من الأشخاص الاعتبارية العامة أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة والأفراد.

(٢) إذا كانت الشركة القابضة تمتلك نسبة أقل من ٥١% من رأسمال الشركة التابعة، فيجب التفرقة بين نوعين من الشركات التابعة:

أ - الشركة التابعة التي يمتلك رأسمالها الشركة القابضة بالاشتراك مع شركات قابضة أو أشخاص اعتبارية عامة أو بنوك القطاع العام: في هذا النوع من الشركات تسيطر الشركة القابضة على إدارتها سواء في مجلس الإدارة أو الجمعية العمومية، فطبقاً لنص المادة/ ٢١ من القانون رقم ٣٠٣ لسنة ١٩٩١، تتحكم الشركة القابضة في تعيين أكثر من نصف عدد أعضاء مجلس إدارة الشركة التابعة فيرشح رئيس مجلس إدارة الشركة القابضة رئيس مجلس إدارة الشركة التابعة ويعين مجلس إدارة الشركة القابضة نصف عدد أعضاء مجلس إدارة الشركة التابعة.

وفي الجمعية العمومية لتلك الشركات التابعة، تكون الأغلبية للشركة القابضة، حيث تتكون الجمعية العمومية وفقاً لنص المادة/ ٢٥ من القانون المذكور، من: رئيس

الشركة القابضة (رئيساً) وعضوية أعضاء مجلس إدارة الشركة القابضة، وعدد أربعة أعضاء بحد أقصى تختارهم الجمعية العمومية للشركة القابضة.

ب- الشركة التابعة التي يساهم في رأسمالها أفراد أو أشخاص اعتبارية من القطاع الخاص: إن نصوص القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ المتعلقة بإدارة هذا النوع من الشركات قد لا تكفل للشركة القابضة سلطة السيطرة على إدارة الشركة التابعة، حيث أن مجلس إدارة تلك الشركة، وفقاً لنص المادة/ ٢٢ من القانون المذكور، يتكون من رئيس يرشحه مجلس إدارة الشركة القابضة، أعضاء بنسبة ما يملكه القطاع الخاص يختارهم ممثلو هذا القطاع، وأعضاء غير متفرغين يتم انتخابهم من العاملين بالشركة التابعة ويكون عددهم مساوياً لعدد الأعضاء السابقين ما عدا رئيس مجلس الإدارة. وعلى ذلك لو فرضنا أن عدد الأعضاء من ذوي الخبرة أربعة، وعدد أعضاء ممثلي القطاع الخاص أربعة، فإن عدد الأعضاء الذين ينتخبهم العاملين يكون ثمانية، فإن الشركة القابضة لا تتحكم إلا في اختيار خمسة أعضاء من إجمالي سبعة عشر عضواً.

وكذلك الأمر بالنسبة للجمعية العمومية: فطبقاً للمادة/ ٢٦ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، يكون التصويت في الجمعية العمومية لممثلي الشركة القابضة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو بنوك القطاع العام أو الأشخاص الاعتبارية من القطاع الخاص أو الأفراد بنسبة نصيب كل منهم في رأس المال، ومن ثم فإن تملك الشركة القابضة بنسبة أقل من ٥١% في رأسمال الشركة التابعة في هذا الفرض لا يعطيها الأغلبية في التصويت في الجمعية العمومية.

وعلى ذلك، فإن الشركات التي لا تمتلك ٥١% من رأسمال شركات أخرى، ويساهم معها رأسمال من القطاع الخاص فإن اعتبارها شركات قابضة بقرار من رئيس مجلس الوزراء – كما سبق أن رأينا – يعتبر في رأينا محل نظر، حيث أن إسباغ وصف

القابضة على شركة ما يستلزم سيطرتها على إدارة الشركة التابعة لها، وهو الأمر الذي لا يتوافر للشركات المشار إليها.

وهكذا فلا تعتبر الشركة قابضة وفقاً لأحكام القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ إلا في الحالتين الآتيتين:

أ – إذا تملكت نسبة ٥١% من رأسمال شركة أخرى، سواء بالمساهمة مع القطاع الخاص أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو بنوك القطاع العام.

ب – إذا تملكت نسبة من ٥١% من رأسمال شركة أخرى، إذا كان المساهمين الآخرين من الأشخاص الاعتبارية العامة أو بنوك القطاع العام أو شركات قابضة أخرى.

وخلاصة القول أن تحكم الشركة القابضة في إدارة الشركة التابعة يجد مصدره إما في تملك الشركة الأولى لنسبة ٥١% من رأسمال الشركة الثانية، أو وجود نص في النظام الأساسي للشركة الثانية أو اتفاق بين الشركة القابضة وبعض المساهمين الآخرين، أو وجود نص في القانون.

الفرع الثاني

الارتباط عن طريق التجمع المؤقت

(الكونسورتيوم) Consortium

قد ترتبط الشركات بعضها ببعض عن طريق ما يسمى اتحاد الشركات أو التجمع المؤقت للشركات (الكونسورتيوم). وهذا اللفظ ليس عربياً وإنما لاتينياً، وينشأ هذا التجمع بين الشركات غالباً لتنفيذ عقد إداري لصالح جهة الإدارة، فقد يكون محل هذا العقد مشروع ضخم لا تستطيع شركة واحدة تنفيذه، فتقوم مجموعة من الشركات المتخصصة في مجال محل هذا العقد بتكوين تآلف فيما بينهم يسمى باتحاد الشركات أو التجمع المؤقت للشركات، ويتم توزيع العمل بين تلك الشركات كل في مجال

اختصاصها. وتقدم كل شركة ما لديها من خبراء فنية وتكنولوجية متطورة في سبيل تنفيذ المشروع.

وبيان المقصود بهذا التجمع أو الاتحاد (أولاً) يمكننا من معرفة خصائصه (ثانياً)، وطبيعته القانونية (ثالثاً) والوقوف على أوجه الشبه والاختلاف مع غيره من الكيانات الأخرى (رابعاً).

أولاً: مفهوم التجمع المؤقت للشركات (الكونسورتيوم):

الكونسورتيوم هو اتفاق يبرم بين مجموعة من الأطراف محلية أو أجنبية، قد يكونوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين. وينظم هذا الاتفاق التزامات وحقوق كل طرف من أطرافه في تنفيذ مشروع معين لصالح جهة إدارية، ويهدف أطراف الاتفاق إلى تحقيق الربح، وتكون مدته مؤقتة ترتبط بمدة تنفيذ المشروع^(١).

ولا ينشأ عن هذا العقد كيان ذاتي أو شخصية قانونية مستقلة عن الشركات المكونة له، فكل من تلك الشركات تحتفظ بشخصيتها القانونية المستقلة.

ويهدف هذا التجمع إلى تسهيل تنفيذ المشروعات الضخمة، وتقسيم المخاطر الناتجة عن التنفيذ والحد من المنافسة بين أطرافه في الأسواق المحلية والدولية.

وقد تكون الشركات المكونة لهذا التجمع من جنسية واحدة أو من عدة جنسيات مختلفة، وقد تكون من شركات القطاع العام أو الخاص أو كليهما.

(١) حول الكونسورتيوم بصفة عامة انظر: د. ماجد عمار، النظام القانوني للكونسورتيوم، ١٩٨٩، دار النهضة العربية، د. هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسورتيوم، الطبعة الأولى ١٩٩٩، دار النهضة العربية، د. طاهر شوقي مؤمن، التجمع المؤقت = للمشروعات ٢٠١١، دار النهضة العربية، د. محمد شوقي شاهين، المشروع المشترك التعاقد، طبيعته وأحكامه في القانون المصري والمقارن، ٢٠٠٠، دار النهضة العربية، د. حاتم رضا السيد، التحكيم في منازعات الشركات، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة ٢٠١٣، ص ٣٣ وما بعدها، دار النهضة العربية.

والكونسورتيوم على هذا النحو هو تجمع اقتصادي وقانوني ذات قدرة فائقة على توفير التمويل اللازم لتنفيذ الالتزامات العقدية المترتبة على العقود المبرمة بين أطرافه بعضهم ببعض، أو بين كل طرف من هذه الأطراف وجهة الإدارة، فالتجمع المؤقت للشركات يشتمل على مجموعة عقود مرتبطة.

وقد إزداد اللجوء إلى التجمع المؤقت في تنفيذ عقود الإنشاءات الدولية، حيث يعد أفضل صورة من صور التعاون في تنفيذ عقود الأشغال العامة، نظراً لأن هذه العقود ليست من العقود ذات الأجل الطويل كعقد الالتزام.

ثانياً: خصائص الكونسورتيوم وأنواعه:

من خلال التعريف السابق للكونسورتيوم يمكن استخلاص خصائصه التي تتمثل فيما يأتي:

١- يتكون التجمع بموجب عقد إطار ومجموعة من العقود بداخله، تنظم التفاصيل الفنية والمالية والإدارية لتنفيذ المشروع المسند لهذا التجمع، وتستلزم دقة تلك التفاصيل وتشعبها أن تكون كل تلك العقود مكتوبة.

٢- نظراً لأن التجمع لا يتمتع بشخصية معنوية مستقلة، ومن ثم لا يستطيع إبرام العقود مع الغير ولا التعامل معه بشخصه، فإن الأمر في حاجة إلى تحديد شخص يتعاقد ويتحدث باسمه، وينسق أعمال التجمع فيما بين أطرافه وتجاه رب العمل، وهذا الشخص يسمى "قائد الائتلاف".

٣- لا يتمتع التجمع بشخصية قانونية ولا بذمة مالية مستقلة.

٤- ليس للتجمع رأسمال مشترك.

٥- مدة التجمع مؤقتة، حيث أنه ينشأ لتنفيذ مشروع معين، وينتهي بانتهاء هذا المشروع.

أما عن أنواع الكونسورتيوم فهي عديدة، ولكن ما يهمنا منها من الناحية القانونية نوعين هما: الائتلاف الأفقي والائتلاف الرأسي. ويقصد بالـ النوع الأول أن يقوم أعضاء التجمع أو الائتلاف مجتمعين كطرف في العقد بالتوقيع عليه، وتوقع جهة الإدارة كطرف ثان، أي أن العقد الذي يبرمه أعضاء الائتلاف هو عقد واحد يشتمل على كل أعضائه وجهة الإدارة. وبالتالي فإن تلك الجهة تعرف من البداية أعضاء الائتلاف^(١). أما في النوع الثاني، أي الائتلاف الرأسي، يقوم كل عضو على حده من أعضاء الائتلاف بإبرام عقد منفصل مع جهة الإدارة، وبعد ذلك يوقع هذا العضو مع الأعضاء الآخرين اتفاق الائتلاف. وفي هذا النوع لا تعرف جهة الإدارة الأشخاص الآخرين المكونين للائتلاف، لأن الأخير ينشأ ويتكون بعد إبرام كل عضو عقده مع جهة الإدارة. ولذلك فإن الائتلاف الرأسي ليس ذاتياً في مجال العقود الدولية للإنشاءات.

ثالثاً: الطبيعة القانونية للكونسورتيوم:

اختلف الآراء حول تحديد الطبيعة القانونية للكونسورتيوم. فذهب البعض إلى أنه عبارة عن شركة واقع^(٢)، أي تنشأ من الواقع. إلا أن هذا الرأي منتقد لأن شركة الواقع هي حالة واقعية يترك للقضاء سلطة استخلاص وجودها، وتوافر الأركان الموضوعية الخاصة بها من حيث تعدد الشركاء وتقديم الحصص ونية المشاركة، وتعبير هذه الشركة عن الوضع الذي يوجد فيه عدة أشخاص يتصرفون من حيث الواقع كما لو كانوا شركاء في شركة دون أن يكون أي منهم قد عبر عن إرادته في تكوين شركة^(٣).

(١) د. علاء الدين محمد حمدان، التعاقد مع الإدارة عن طريق الكونسورتيوم، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الثاني/ ٢٠١٥، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، د. أحمد حسان حافظ مطاوع: التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، طبعة ٢٠٠٧، ص ٢٦٨، دار النهضة العربية.

(٢) د. أحمد حسان حافظ مطاوع، المرجع السابق، ص ٢١٨.

(٣) د. حاتم رضا السيد، المرجع السابق، ص ٢٦.

أما الوضع بالنسبة للكونسورتيوم مختلف، حيث لم يقدم أعضاؤه أية حصص، ولم تكن لديهم نية المشاركة، ومن ثم يفتقد الائتلاف لوصف شركة الواقع.

وذهب رأي آخر إلى أن الكونسورتيوم شركة محاصة لأنه يقوم بعمل واحد وبصورة مؤقتة وله مدير مسئول عن تنفيذ الأعمال، وليس للمشروع اسم أو عنوان. وهذا الرأي بدوره منتقد، لأن مدير الكونسورتيوم يتصرف بصفته وكلياً عنه أما مدير المحاصة فيتصرف بصفته الشخصية، كما أن أعضاء الكونسورتيوم معروفون بالنسبة للغير أما شركة المحاصة فهي مستترة ولا يعلم عنها الغير شيئاً.

ونحن نرى أن الروابط العقدية في مجال الكونسورتيوم نوعان: النوع الأول: العقد أو العقود التي تبرم بين أعضاء الكونسورتيوم مجتمعين أو أحدهم مع جهة الإدارة، وهذا العقد لا يثير خلافاً حول طبيعته، فهو عقد مقاوله أو عقد أشغال عامة حسب الأحوال.

أما النوع الثاني: فهو العقد الذي يبرم بين أعضاء الائتلاف. وأحكام هذا العقد تأتي تصنيفه ضمن العقود التقليدية كعقود الشركات لافتقاده مقومات هذه العقود كما رأينا، ولذلك فنحن نرى أنه عقد غير مسمى تحكمه إرادة المتعاقدين بالدرجة الأولى نظراً لعدم تناول المشرع له بالتنظيم كعقود البيع أو الإيجار أو الشركة أو غيرها من العقود المسماة^(١).

رابعاً: الفرق بين الكونسورتيوم وما يتشابهه معه من الكيانات الأخرى:

يتشابه الكونسورتيوم مع بعض الكيانات الأخرى من حيث عدم تمتعه بالشخصية المعنوية ولا بالذمة المالية المستقلة مثل مجموعة الشركات والشركات متعددة

(١) قريب من هذا المعنى: انظر، د. علاء الدين محمد حمدان، المرجع السابق، ص ١٧٩.

القوميّات^(١). فوجه الشبه بين هذه الكيانات الثلاثة أنها جميعاً لا تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن الأشخاص المكونة لها، وبالتالي فلا تتمتع بذمة مالية مستقلة.

أما عن أوجه الاختلاف بين تلك الكيانات، فتتمثل في الآتي:

١- أن الارتباط بين مجموعة الشركات يجد مصدره في تملك الشركة القابضة أو الشركة الأم لأغلبية أسهم الشركة التابعة أو الوليدة، حيث يوجد تداخل في الذمم المالية بين هاتين الشركتين وشركاتها التابعة أو الوليدة، ويصدق ذات القول بالنسبة للشركات متعددة القوميّات، كل ما في الأمر أن الشركات التابعة أو الوليدة والشركة القابضة والشركة الأم توجد في دولة مختلفة، ولذلك يطلق عليها أحياناً "الشركات عبر الحدود"، أما مجموعة الشركات فكل الشركات التي تنتمي إليها توجد في دول واحدة.

٢- أما ارتباط الشركات في الكونسورتيوم فيجد مصدره في عقد الائتلاف المبرم بين أعضائه، دون أن تساهم أي من تلك الشركات في رأسمال بعضها البعض، الأمر الذي لا مجال فيه للحديث عن تداخل أو اختلاط الذمم المالية لهذه الشركات.

(١) انظر حول الشركات متعددة القوميّات: د. محسن شفيق، المشروع ذو القوميّات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ١٩٧٧، د. مصطفى سلامة حسن، التنظيم الدولي للشركات متعددة الجنسيّة، طبعة ١٩٨٢، دار النهضة العربيّة، د. حسام محمد عيسى، الشركات متعددة الجنسيّات، بدون سنة، بيروت، المؤسسة العامّة للدراسات والنشر المعاصرة، د. محمود سمير الشرفاوي، المشروع المتعدد الجنسيّات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٦، د. شريف محمد غنام، مدى مسنولية الشركة الأم عن ديون شركتها الوليدة المصريّة، بحث منشور في مجلة الحقوق = التي تصدرها جامعة الكويت، العدد الأول، ٢٧١/١، مارس ٢٠٠٣، ص ٣٥٥. وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه قد درج على تسمية تلك الشركات بالشركات متعددة الجنسيّات، وتلك تسمية غير دقيقة لأن الشركة لا تتمتع إلا بجنسية واحدة، والتسمية الدقيقة هي الشركات متعددة القوميّات، إذ أن المصطلح الفرنسي هو multinationals وليس multinationalités.

المطلب الثاني

أثر الارتباط على الذمة المالية

للشركات المرتبطة

يختلف أثر الارتباط على الذمة المالية للشركات المرتبطة بحسب ما إذا كان الارتباط في شكل مجموعة شركات (الفرع الأول) أو في شكل تجمع مؤقت (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أثر الارتباط في حالة مجموعة الشركات

إن ما يميز مجموعة الشركات عن غيرها من تجمعات الشركات الأخرى مثل الكونسورتيوم، كما سنرى لاحقاً^(١)، أنه يوجد تداخل بين الذمم المالية للشركات المنتمية لتلك المجموعة. ويرجع مصدر هذا التداخل والارتباط بين ذمم تلك الشركات إلى خضوعها لسيطرة شركة تسمى الشركة القابضة أو الشركة الأم، وأساس تلك السيطرة هو تملك أي من هاتين الشركتين أغلبية أسهم الشركات التابعة أو الشركات الوليدة، أو وجود نص في القانون يمنحهما تلك السيطرة، كما هو الحال في قانون شركات قطاع الأعمال العام المصري رقم ٢٠٣ سنة ١٩٩١.

وهذا التداخل والارتباط بين الذمم المالية للشركات المنتمية لمجموعة الشركات يمثل تركيزاً اقتصادياً في صورة أن المركز المسيطر على تلك الشركات، سواء في تحديد سياساتها الاقتصادية أو الأهداف التي ترمي إلى تحقيقها، هو الشركة القابضة أو الشركة الأم، فهي التي تعمل على توحيد القرار بالنسبة لهذه الشركات. فهذا التركيز

(١) انظر لاحقاً ص ١٧٨ وما بعدها.

الاقتصادي يهدف في النهاية إلى توحيد الوجهة الاقتصادية للشركات المذكورة. فهناك تبعية اقتصادية بين الشركة القابضة وشركاتها التابعة والشركة الأم وشركاتها الوليدة، إذ أن كل منهما يتمتع بشخصية معنوية مستقلة، وبالتالي بذمة مالية مستقلة، إلا أن تلك التبعية، التي تنتج عما تتمتع به الشركة القابضة أو الشركة القابضة من سلطات على الشركات التابعة والشركات الوليدة (أولاً) قد يكون لها آثار فيما يتعلق باستقلال الذمة المالية لتلك الشركات الأخيرة عن الذمة المالية للشركة القابضة أو الأم، ومدى مسئولية هاتين الشركتين عن ديون الشركات المنتمية لمجموعة الشركات التي تخضع لسيطرة أي منهما (ثانياً).

(أولاً) أوجه التبعية بين الشركة القابضة أو الشركة الأم والشركات التابعة أو الوليدة:

تتمثل التبعية التي تربط الشركة القابضة أو الشركة الأم بشركاتها التابعة أو الوليدة في ما تتمتع به الشركات الأولى على الشركات الأخيرة من سلطات تتمثل فيما يلي:

١ - تملك الشركة القابضة أو الشركة الأم سلطة اتخاذ القرار الذي يحقق المصلحة الجماعية لمجموعة الشركات، فالشركة القابضة أو الأم هي التي ترسم السياسة العامة للمجموعة وتتخذ القرارات الإستراتيجية وتلزم بها الشركات المنتمية للمجموعة^(١).

٢ - تمارس الشركة القابضة أو الأم حق الرقابة والتوجيه على الشركات التابعة أو الوليدة في إطار تحقيق أهداف مجموعة الشركات.

(١) المادة ٦/ من قانون شركات قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١.

٣- تعد الشركة القابضة أو الشركة الأم القوائم المالية المجمعة لمجموعة الشركات وفقاً للأوضاع والشروط والبيانات المقررة قانوناً^(١). ويقصد بالقوائم المالية المجمعة عرض أصول والتزامات وحقوق المساهمين وإيرادات ومصروفات وموارد واستخدامات الشركة القابضة وشركاتها التابعة وكأنها مشروع واحد دون النظر إلى الحدود القانونية بين الوحدات المختلفة، بما يكفل بيان الإمكانيات الاقتصادية للمجموعة ككل، وكذلك هيكل الملكية.

٤- تقوم الشركة القابضة بكافة الأعمال اللازمة لتصحيح الهياكل التمويلية ومسار الشركات المتعثرة التابعة لها وتعظيم ربحية هذه الشركات وترشيد التكلفة^(٢).

٥- تتدخل الشركة القابضة في اختيار أعضاء مجلس إدارة الشركة التابعة^(٣).

(ثانياً) مدى استقلال الذمة المالية للشركة القابضة أو الشركة الأم عن الشركات التابعة أو الوليدة:

تعتبر الشركة القابضة أحد مساهمي الشركة التابعة إذا كانت تمتلك أغلبية رأسمالها أو المساهم الوحيد إذا كانت تمتلك رأس المال بالكامل. وطبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بشأن شركات المساهمة والتوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، تكون مسؤولية المساهم في شركات المساهمة محدودة بمقدار مساهمته في رأس المال^(٤). ومن ثم فإن الشركة

(١) المادة/١٨٨ فقرة/٣ من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، والملحق رقم ٥ من تلك اللائحة.

(٢) المادة/٦ من قانون شركات قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١.

(٣) المواد/٢١، ٢٢، ٢٥، ٢٦ من القانون المذكور.

(٤) المادة/٢ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

القابضة لا تسأل عن تصرفات الشركة التابعة بحسب الأصل إلا بمقدار مساهمتها في رأسمالها.

إلا أن تطبيق هذه القواعد العامة في مجال الشركات القابضة والشركات التابعة قد يصطدم ببضع الاعتبارات القانونية الأخرى، خصوصاً في حالة تملك الشركة القابضة لكامل رأسمال الشركة التابعة، وكذلك إذا أخذنا في الاعتبار أن الشركة القابضة هي التي تسيطر على إدارة الشركة التابعة.

فإذا كانت الشركة القابضة تمتلك أغلبية رأسمال الشركة التابعة، فبجانب مسئوليتها المحدودة عن ديون وتصرفات الشركة التابعة، يوجد نوع آخر من المسئولية يمكن أن تنعقد إذا ثبت أن الشركة القابضة، التي تدير الشركة التابعة بما لها من أغلبية في رأسمالها، قد ارتكبت تعسفاً في ممارسة سلطاتها في الإدارة *A bus de Contrôle*، وذلك باتخاذ قرارات من شأنها الإضرار بمصالح الأقلية، أو تحقيق مصالح شخصية لبعض المساهمين، أو أن الشركة القابضة كانت تهدف من وراء إدارتها إلى تحقيق مصالحها فقط في الشركة التابعة على حساب مصالح المساهمين الآخرين^(١). وفي هذا الفرض تكون المسئولية تقصيرية وفقاً لأحكام المادة/ ١٦٣ من القانون المدني.

والأصل أن الشركة تعتبر عقد بين شريكين أو أكثر^(٢). كما أن القانون المصري يأخذ بمبدأ وحدة الذمة المالية للشخص^(٣)، أي أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء

(١) أنظر في هذا المعنى:

NIOREL, la société anonyme devant la jurisprudence moderne, Thèse Nancy p. 245; CL CHAMPAUD, op cit. P. 145, M 161.

(٢) المادة/ ٥٠٥ من القانون المدني.

(٣) المادة/ ٢٣٤ من القانون المدني.

بديونه، ولا يستطيع بالتالي تخصيص جزء من هذه الذمة لاستثمارها في نشاط معين، تحدد مسنوليته عن الديون الناشئة عن هذا النشاط في الجزء المخصص من ذمته المالية له دون أن تمتد إلى بقية أمواله. وهذا المبدأ يمثل، في حقيقة الواقع، عقبة أمام مباشرة التجارة حيث أن الشخص الذي يرغب في استغلال جزء من أمواله لمباشرة نشاط بمفرده، يخشى من تعرضه لشهر الإفلاس نتيجة توقفه عن سداد الديون المتعلقة بهذه التجارة في مواعيد استحقاقها. وتطبيق مبدأ وحدة الذمة المالية في حالة الإفلاس قد يعصف بذمة التاجر المالية بالكامل، ويصبح النشاط التجاري وبالأعلى عليه^(١).

لذلك تتجه معظم التشريعات الحديثة نحو الاعتراف للتجار بتخصيص أجزاء من أموالهم لمباشرة نشاط تجاري معين وتحديد مسنوليته عن هذا النشاط في الأموال المخصصة له، وسميت تلك الفكرة في العديد من التشريعات بالمشروع الفردي ذات المسؤولية المحدودة *L'entreprise personnelle à responsabilité Limitée*. وتتبع هذه التشريعات أحد طريقتين لتحديد المسؤولية عن الديون الناشئة عن استقلال المشروع الفردي^(٢).

- إما إدخال المشروع الفردي ذات المسؤولية المحدودة في هيئة ذمة مالية متخصصة *La patrimoine d'affectation*. أي الاعتراف لهذا المشروع بذمة مالية منفصلة عن الذمة المالية الخاصة بصاحبه، بحيث يقتصر ضمان دائني المشروع

(١) الدكتور/ محمد بهجت قايد: شركة الشخص الواحد، الطبعة الأولى ١٩٩٠، ص ١، دار النهضة العربية. الدكتور/ فايز رضوان: المشروعات الفردية ذات المسؤولية المحدودة، طبعة ١٩٩٠، ص ٢٠٢ وما بعدها مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة.

(٢) من هذه التشريعات القانون البحري المصري الملغى، حيث كان يقضي بجواز تحديد مسؤولية المجر عن ديونه البحرية بترك السفينة والأجرة، أي أن هذا القانون قد اعترف بذمة التخصيص بالنسبة للثروة البحرية (م/ ٣٠ من قانون سنة ١٨٨٣).

على الذمة المالية المخصصة لاستثماره، وهذا الطريق يغني عن الاعتراف للمشروع الفردي بالشخصية المعنوية *La personnalité morale*^(١).

- إما تأسيس المشروع الفردي ذات المسؤولية المحدودة في شكل شركة فردية *Une Société unipersonnelle*، ويقصد بذلك تنظيم هذا المشروع تحت شكل الشركة^(٢)، سواء عن طريق إنشاء شكل جديد من أشكال الشركات، وإما عن طريق ملائمة نظام الشركة الفردية مع القواعد المتعلقة بشركات المساهمة أو بالشركة ذات المسؤولية المحدودة.

وقد اتبع المشرع المصري في القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ الطريق الثاني، حيث اعترف للشركة التابعة المملوكة بالكامل للشركة القابضة بالشخصية القانونية المستقلة، أي أنه أقر فكرة شركة الشخص الواحد. وعلى ذلك، ووفقاً لهذه الفكرة، لا تسأل الشركة القابضة عن ديون الشركة التابعة إلا في حدود ما خصصته لتلك الشركة من أموال من ذمتها المالية. فلو تصورنا أن شركة قابضة أسست بمفردها ثلاث شركات تابعة وخصصت لكل شركة مليون جنيه من ذمتها المالية، فإن مسؤولية الشركة القابضة، طبقاً للقواعد العامة المقررة في القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، عن ديون كل من تلك الشركات الثلاث تكون في حدود مليون جنيه فقط^(٣)، ولا يجوز لدائني أي منها التنفيذ على أموال الشركة القابضة في الشركات المملوكة لها الأخرى بأكثر من هذا المبلغ، بحيث إذا لم يكف رأسمال الشركة التابعة للوفاء بكل ديونها وتوقفت عن الدفع يشهر إفلاسها ويخضع دائنوها لقسمة الغرماء^(٤).

(١) الدكتور فايز رضوان، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

(٢) الدكتور فايز رضوان، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

(٣) طبقاً للمادة/ ٤٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، يجب ألا يقل رأس المال المصدر للشركة التابعة عن مليون جنيه.

(٤) انظر سابقاً ص ١٦٣ وما بعدها.

ولكن إذا كان تطبيق هذه الأحكام على شركات المساهمة بشكل عام لا يثير صعوبات تذكر، فإن الأمر لا يسير على هذا النحو من البساطة إذا تعلق بمسئولية الشركة القابضة عن تصرفات وديون الشركة التابعة، وذلك نظراً لسيطرة الأولى على إدارة الثانية. فالشركة القابضة هي التي تقوم على إدارة الشركة التابعة. فإذا ثبت أن فشل الشركة التابعة وعجزها عن الوفاء بالتزاماتها كان راجعاً إلى إهمال الشركة القابضة وسوء إدارتها للشركة التابعة، فإن مبدأ تحديد المسئولية يتعطل وتمتد إجراءات الإفلاس إلى الأموال الشخصية للشركة القابضة، ويتم التنفيذ على كل ذمتها المالية^(١).

وكذلك قد تسأل الشركة القابضة مسئولية كاملة عن ديون الشركة التابعة في الحالات التي تحل فيها الشركة الأولى محل الشركة الثانية في اتخاذ قرار ما يخص نشاط وتصرفات تلك الأخيرة. وإذا رصدنا نصوص القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ نجد أنها تتضمن هذا الفرض، وتعطي لإدارة الشركة القابضة سلطة اتخاذ بعض القرارات المتعلقة بحياة ونشاط الشركة التابعة، مثال ذلك أن لمجلس إدارة الشركة القابضة حق القيام بكافة الأعمال اللازمة لتصحيح الهياكل التمويلية، ومسار الشركات المتعثرة التابعة لها، وتعظيم ربحية هذه الشركات وترشيد التكلفة^(٢).

وكذلك فإن لمجلس إدارة الشركة القابضة سلطة القرار المناسب بشأن كل من:

- قوائم نتائج الأعمال والقوائم المالية الأخرى السنوية للشركات التابعة وتقارير مراقبي الحسابات.

(١) انظر الدكتور/ محمد بهجت، المرجع السابق، ص ٢٩، ١٨١.

- CL. CHAMPAUD. Op. cit. p. 280; - VERDIER filiales et participation fasc. 165 bis du traité jurisclesseur des societés.

(٢) المادة ٦/ البند خامساً من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١.

- مؤشرات الاستثمار في الشركات التابعة.

- الدراسات التي تعد لتصحيح مسار الشركات التابعة ومقترحات تصحيح المسار.

ففي مثل هذه الفروض فإن القرار الخاص بالشركة التابعة لا يصدر من مجلس إدارتها ولكن من مجلس إدارة الشركة القابضة، الأمر الذي يجب أن تتنقده معه المسؤولية الكاملة للشركة القابضة عن أعمال الشركة التابعة. فنحن هنا أمام وحدة في الإدارة بالنسبة للشركتين. *Unité de direction* وكذلك فإن تأسيس الشركة القابضة بمفردها لمجموعة شركات تابعة قد يؤدي في بعض الأحيان إلى الخلط بين الذمم المالية لهذه الشركات الأمر الذي يعطي دائني إحداها حق التنفيذ على أموال الشركات الأخرى. وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى هذا المعنى حيث أعطى لموظف إحدى الشركات التابعة حق التنفيذ على الذمم المالية لكل هذه الشركات نظراً للخلط بين تلك الذمم. واستخلصت المحكمة هذا الخلط من واقعة أن كل شركة من تلك الشركات لا تتخذ مقرأً أو مركزاً مستقلاً لإدارتها.

وجدير بالذكر أن حدوث الخلط بين الذمم المالية للشركات التابعة من ناحية والذمة المالية للشركة القابضة التي يتبعونها من ناحية أخرى، أكثر احتمالاً في القانون المصري، حيث يأخذ بنظام القوائم المجمعة في إعداد ميزانيات الشركة القابضة والشركات التابعة لها.

وبعيداً عن هذا الوضع، هناك عدة تطبيقات قضائية في القضاء المقارن في خصوص استقلال الذمة المالية للشركة القابضة عن الذمم المالية لشركاتها التابعة، نذكر منها أربعة تطبيقات إحداها في القضاء الأردني والثاني في القضاء الفرنسي والثالث في أحكام محكمة العدالة التابعة للسوق الأوروبية المشتركة، والرابع في القضاء الأمريكي.

فبالنسبة للقضاء الأردني، بتاريخ ٢٠١٤/٧/١ أصدرت محكمة استئناف عمان قراراً، قضي بمسئولية الشركة القابضة عن التزام مالي لها لمجرد أن الشركة التابعة مملوكة بالكامل للشركة الأم، في هذه القضية قامت شركة القبس للتطوير العقاري ذات المسئولية المحدودة بالاتفاق مع المدعين على بيعهم قطعة أرض في منطقة العقبة الاقتصادية الخاصة. قبضت شركة القبس مبلغاً من ثمن الأرض ولم يتم تسجيل البيع رسمياً لدى دائرة الأراضي. طالب المدعون باسترداد المبلغ وأقاموا الدعوى ضد شركة القبس وأيضاً ضد شركة تعميم الأردن القابضة على أساس أن شركة القبس تابعة لها.

تمسكت شركة تعميم باستقلال شخصيتها القانونية وبالتالي ذمتها المالية. إلا أن محكمة الاستئناف شايحت محكمة الموضوع في إقرار مسؤولية الشركة القابضة عن أعمال الشركة التابعة لها على أساس أن الشركة القابضة بحكم تعريفها في المادة ٢٠٤ من قانون الشركات تملك وتدير شركات تابعة لها. كما استندت محكمة الاستئناف بالقاعدة القائلة بأن التابع تابع ولا يفرد بحكم لتبرير المسؤولية التضامنية بين الشركة القابضة والشركة التابعة المدعي عليهما.

طعن الشركتان المدعي عليهما في قرار محكمة الاستئناف متمسكتين باستقلال الشخصية القانونية لكل منهما، وأنه تبعاً لذلك الاستقلال لا خصومة بين المدعين وشركة تعميم القابضة التي لم توقع اتفاقية بيع الأرض. بالنتيجة أيدت محكمة التمييز موقف محكمة الاستئناف. وفي معرض رفضها لأسباب التمييز قالت محكمة التمييز إن الشركة القابضة تعميم تملك جميع الحصص المكونة لرأس مال شركة القبس التابعة وأن أعمال شركة القبس تدخل في التحليل الأخير في الذمة المالية للشركة القابضة. نبهت المحكمة أيضاً على أن الشركة القابضة تمارس أعمالها من خلال الشركة التابعة. لذلك كله تعتبر الشركة القابضة والشركة التابعة مسئولتين بالتضامن عن ديونهما بحيث

تكون الشركة القابضة مسؤولة عن أعمال الشركة التابعة وتسأل الشركة التابعة عن أعمال الشركة القابضة^(١).

وقد اتجهت محكمة العدالة التابعة للسوق الأوروبية المشتركة إلى تقرير مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركة الوليدة وفقاً لنص المادتين / ٨٥، ٨٦ من معاهدة روما المنشئة للسوق الأوروبية المشتركة، فبموجب المادة / ٨٥ تفترض أن الشركة الأم تشارك بنسبة رأسمال الشركة التابعة الموجودة في إحدى دول السوق الأوروبية. وهذه السيطرة تحقق لها السيطرة الاقتصادية على هذه الشركة^(٢). وكذلك حكمت هذه المحكمة في ١٢/٩/١٩٧١ بمسئولية شركة (كونتيتال كان) باعتبار أن سيطرتها على الشركات الوليدة العاملة في الدول الأوروبية في مجال تصنيع مواد التغليف بهذه الطريقة يشكل استثماراً تعسفاً في استعمال الوضع المسيطر^(٣).

وقد عرض هذا الموضوع على القضاء الفرنسي في قضية شركة مساهمة حصلت على عقد من البلدية باستغلال حمامات معدنية وفنادق. تم إنشاء ثلاث شركات تابعة. أفلست الشركة الأم فطالب السنديك (وكيل التفليسة) بمد إفلاسها إلى شركتين من الشركات التابعة. وكان من وقائع الدعوى ما يكشف عن صورية هذه الشركات، منها أن مدير الشركة الأم عين مديرين الشركة التابعة وكانت إدارة الشركات كلها في ذات المدينة التي بها إدارة الشركة الأم ولهم جميعاً إدارة حسابات وخزينة واحدة، وبالتالي

(١) مشار إلى هذه الأحكام في مجلة آراء المحاماة في مقالة بعنوان: مدى مسؤولية الشركة القابضة عن أعمال الشركة التابعة للأستاذين/ أسامة مساعدة ومحمد بشايرة، منشور على الموقع الإلكتروني dictaconsulting.com/coporateveil

(٢) هذا الحكم مشار إليه لدى د. هند محمد حسن، النظام القانوني للشركات متعددة الجنسيات، طبعة ٢٠٠٩، ص ٤٦٦، دار شتات، مصر.

(٣) هذا الحكم مشار إليه لدى د. هند محمد حسن، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

حكمت محكمة اكس الفرنسية بمد الإفلاس للشركتين التابعتين وأيدتها محكمة الاستئناف والنقض^(١).

كما ذهب جانب من أحكام القضاء الأمريكي هذا الاتجاه وقرر مسؤولية الشركة الأم عن ديون الشركة التابعة وذلك في قضية تتلخص وقائعها أن الشركة الأم قامت بتأجير أسطول نقل نهري تملكه إلى شركة تابعة لها وذكرت المحكمة أنه من غير المعقول أن تسمح للشركة مالكة الأسطول بالتخلص من المسؤولية الناشئة عن الاستغلال لمجرد أنها أجرته لشركة لا يتعدى رأس مالها العشرة الألف دولار^(٢).

الفرع الثاني

أثر الارتباط على استقلال الذمم المالية

في حالة التجمع المؤقت

ذكرنا سلفاً أن اتفاقات الكونسورتيوم بين أعضائه لا تؤدي إلى تكوين شخصية معنوية مستقلة لهم فيما بينهم، فلا يعامل الكونسورتيوم قانوناً كشخص معنوي له شخصية مستقلة عن أعضائه، ويترتب على هذا القول عدة نتائج هي:

أولاً: لا يوجد رأسمال مشترك للكونسورتيوم:

إن عدم تمتع الكونسورتيوم بالشخصية المعنوية المستقلة يؤدي إلى أنه لا يتمتع نتيجة لذلك بذمة مالية منفصلة عن أموال أعضائه. فلا توجد أموال مملوكة للكونسورتيوم ملكية خاصة. فلا تنتقل أموال أعضائه من ذممهم المالية إليه لعدم تمتعه بذمة مالية مستقلة. ويترتب على ذلك أن أي حساب مصرفي يتم فتحه باسم أعضاء الكونسورتيوم.

(١) هذا الحكم مشار إليه لدى د. هند محمد حسن، المرجع السابق، ص ٤٧٧.

(٢) هذا القضاء مشار إليه لدى د. دريد محمود علي، الشركات المتعددة الجنسية، آليات التكوين وأساليب النشاط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢، ص ١٤٨.

فلا يقدم أعضاء الكونسورتيوم حصصاً عند تكوينه، وإنما يكون لكل عضو رأسماله الخاص به يتم تخصيصه لتنفيذ الجزء الخاص المسند إليه من الأعمال.

وهذا القول مؤداه أننا في حالة الكونسورتيوم لا نكون أمام إلا الذمم المالية لأعضائه. حيث لا توجد له ذمة مالية، الأمر الذي لن يثور معه الحديث عن تداخل أو ارتباط الذمة المالية للكونسورتيوم مع الذمم المالية لأعضائه. وبالتالي فإنه لا مجال أصلاً للحديث عن مسئولية هؤلاء الأعضاء من أعمال وديون الكونسورتيوم.

إلا أن طبيعة تنفيذ المشروع قد تقتضي وجود بعض النفقات المشتركة من أعضاء الكونسورتيوم. وتلك النفقات تقسم بينهم حسب مساهمة كل عضو في الأعمال، ويتحمل كل عضو دفع نصيبه في تلك النفقات دون أن تداخل الذمم المالية للأعضاء في هذا الخصوص.

ثانياً: الارتباط بين الذمم المالية لأعضاء الكونسورتيوم:

يحدد اتفاق الكونسورتيوم الذي يبرم بين أعضائه حقوقهم والتزاماتهم وأحكام المسئولية العقدية بينهم، فعقد الكونسورتيوم يحدد حقوق والتزامات كل عضو على حدة تجاه رب العمل. فلا يكتسب أي منهم حقاً مقررًا لغيره من الأعضاء ولا يتحمل عنه التزاماً، وذلك عملاً بمبدأ نسبية أثر العقد. فلا يتقاسم الأعضاء فيما بينهم الأرباح والخسائر الناتجة عن الأعمال. فكل عضو يحصل وحده على الربح الذي يتحقق من تنفيذ العمل المنوط به، كما أنه يتحمل وحده الخسائر التي تنجم عن تنفيذ هذا العمل. ويسأل كل عضو وحده عن خطئه في تنفيذ العمل المكلف به^(١). فلا يسأل أي منهم عن أعمال أو أخطاء الآخرين.

(١) د. هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق، ص ٤١.

ثالثاً: ارتباط الذم المالية لأعضاء الكونسورتيوم تجاه رب العمل:

يعتبر التزام أعضاء الكونسورتيوم تجاه رب العمل التزاماً تجارياً باعتبار أنهم تجاراً ومن ثم فإن هؤلاء الأعضاء يسألون فيما بينهم بالتضامن في مواجهة رب العمل، فيجوز له الرجوع على أي منهم بكل دينه المترسب في ذمة الأعضاء الآخرين، وذلك إعمالاً لحكم المادة/ ٤٧ / ١ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ التي تنص على أنه: «يكون الملتزمون معايبين تجاري متضامنين في هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك...».

وعلى ذلك فإذا أراد أعضاء الكونسورتيوم التخلص من هذا التضامن فيجب النص في العقد المبرم بينهم وبين رب العمل على عدم التضامن بينهم تجاهه.

ويترتب على المسؤولية التضامنية لأعضاء الكونسورتيوم تجاه رب العمل، تداخل وارتباط ذمهم المالية مع الذمة المالية لهذا الأخير.

رابعاً: عدم ارتباط الذمة المالية لأعضاء الكونسورتيوم مع الذمة المالية لرب العمل تجاه الغير:

قد يقتضي تنفيذ العمل المكلف به أحد أعضاء الكونسورتيوم إبرام عقود مع عدة فئات كالموردين أو المستثمرين أو المقاولين من الباطن. وتلك الفئات تعتبر من الغير بالنسبة لرب العمل وأعضاء الكونسورتيوم الآخرين. ولذلك فإن العضو المتعاقد مع الغير يكون وحده المسئول قبل الأخير عن تعويضه من أية أضرار نتجت عن خطأ العضو، ولا يوجد تضامن في هذه المسؤولية بالنسبة لباقي أعضاء الكونسورتيوم، حيث أنهم من الغير في خصوص العقد الذي أبرمه العضو مع أي من الفئات المذكورة. فلا يجوز لمن تعاقد معه العضو الرجوع على باقي الأعضاء، إذ أنهم لا يسألون في مواجهة هذا المتعاقد لا مسؤولية تضامنية ولا غير تضامنية.

ومن نتائج غياب المسؤولية التضامنية لباقي أعضاء الكونسورتيوم وعدم وجود ارتباط بين ذممهم المالية والذمة المالية للعضو الذي تعاقد مع الغير، أنه عند التقاضي تكون الخصومة القضائية أو التحكيمية بين الغير والعضو الذي تعاقد معه، ولا يجوز اختصاص باقي أعضاء الكونسورتيوم في هذه الخصومة^(١).

(١) د. ماجد عمار، المرجع السابق، ص ٧١.

الفصل الثالث

الاستقلال بين العلاقات الناشئة عن العمليات المصرفية

نظم المشرع المصري، ولأول مرة، العمليات المصرفية حيث أفرد لها قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الباب الثالث منه والذي ينطوي على المواد من ٣٠٠ إلى ٣٧٧. فلم يعد العرف المصرفي هو المصدر الأول لعمليات البنوك، ولا يتم اللجوء إليه وتطبيقه إلا إذا أحال عليه قانون التجارة المذكور^(١).

كما أن المشرع في القانون المذكور قد أحال، ولأول مرة أيضاً، على القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة من غرفة التجارة الدولية واعتبرها جزءاً لا يتجزأ من هذا القانون، حيث قضى في المادة/ ٣٤١ فقرة ٣/ بتطبيق أحكام تلك الأعراف فيما لم يرد في شأنه نص خاص في المواد التي تحكم الاعتماد المستندي. وبذلك الإحالة قد أصبحت الأعراف الموحدة المذكورة بمثابة القواعد المكملة، يتم تطبيقها ما لم يتفق الأطراف على استبعادها. وإن كنا نرى أن الفقرة ٣/ المشار إليها قد يشوبها عدم الدستورية، لأن الإحالة التي تضمنتها جعلت الأعراف المشار إليها، جزءاً لا يتجزأ من قانون التجارة الأمر الذي كان يستلزم نشر تلك الأعراف في الجريدة الرسمية حتى يتم تطبيقها، وهذا ما لم يفعله المشرع المصري^(٢) لاسيما أن تلك الأعراف مكتوبة، وبالتالي لا تعامل معاملة الأعراف الدولية بالمعنى الضيق.

(١) د. رضا السيد، د. حسام رضا: النظام المصرفي وعمليات البنوك، طبعة ٢٠١٥، ص ١٠٤ وما بعدها، دار النهضة العربية.

(٢) المادة/ ٩٥ من الدستور المصري، سنة ٢٠١٤.

وعمليات البنوك عديدة، ولكن ما يهمنا منها في مجال هذه الدراسة العمليات ثلاثية الأطراف، حيث لا يثور الحديث عن استقلال العلاقات إلا في هذا النوع من العمليات. ومن أكثر تلك العمليات ذيوياً وانتشاراً في العمل الاعتماد المستندي (المبحث الأول) وخطاب الضمان (المبحث الثاني).

وقبل الاسترسال في الحديث عن العلاقات التي تنشأ عن هاتين العمليتين ومدى استقلالها عن بعضها، وأثر هذا الاستقلال على التزامات أطرافها، هناك ملاحظة يتعين إبداءها لارتباطها الوثيق بمسألة استقلال تلك العلاقات. فهناك موقف تم رصدته على المستوى الدولي في أحكام محاكم الدول المتقدمة وأحكام التحكيم اتجهت فيه إلى التوسع في الاستثناءات الواردة على مبدأ استقلال التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان عن علاقة الأساس، والتضييق من تلك الاستثناءات عندما يتعلق الأمر بالتزام البنك بدفع قيمة الاعتماد المستندي. فاستقلال التزام البنك بالدفع يعتبر ضماناً مقررته لصالح المستفيد من الخطاب ومن الاعتماد، بحيث كلما قلت الاستثناءات على هذا الاستقلال كان ذلك في مصلحة العميل الأمر وضد مصلحة المستفيد، إذ أن الاستثناء يؤدي إلى زوال الاستقلال ومن ثم الربط بين علاقة الأساس والتزام البنك بالدفع، فيحق للعميل الأمر التمسك بالدفع الناشئة عن علاقة الأساس لمنع البنك من دفع قيمة الاعتماد المستندي وخطاب الضمان. وحيث أنه في الغالب الأعم يكون العميل الأمر بخطاب الضمان من رعايا دول العالم المتقدم فإن كثرة الاستثناءات على مبدأ الاستقلال تصب في مصلحته، والعكس صحيح بالنسبة للاعتماد والمستندي لأن العميل الأمر يفتح الاعتماد غالباً ما يكون من رعايا الدول النامية، ومن شأن التقليل من الاستثناءات على مبدأ الاستقلال الإضرار به لصالح المستفيد الذي ينتمي غالباً لرعاية دول العالم المتقدم.

المبحث الأول

العلاقات الناشئة عن الاعتماد المستندي

ومدى استقلالها

أطراف الاعتماد المستندي، من حيث الأصل، ثلاثة، وأحياناً قد يكونوا أربعة. وهذا التعدد في أطراف الاعتماد يؤدي بطبيعة الحال إلى تعدد العلاقات الناشئة عنه (المطلب الأول) وتلك العلاقات قد تكون منفصلة عن بعضها لاختلاف أشخاصها، وقد تكون مرتبطة ببعضها لوجود أحد الأشخاص كقاسم مشترك بينها. فما مدى استقلال تلك العلاقات في ضوء هذا الانفصال والارتباط؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

علاقات الاعتماد المستندي

أطراف الاعتماد المستندي، بحسب الأصل، هم: العميل الأمر بفتح الاعتماد، والمستفيد منه، والبنك الفاتح له. وقد يتدخل بنك ثان في تنفيذ هذا الاعتماد، سواء لتأييده أو تبليغه للمستفيد فيسمى في الحالة الأولى البنك المؤيد وفي الحالة الثانية البنك المراسل. ويتدخل هذا البنك الثاني يصبح أطراف الاعتماد أربعة. وينشأ بين هؤلاء الأطراف عدة علاقات تتمثل في: العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد (الفرع الأول) والعلاقة بين العميل الأمر والبنك فاتح الاعتماد (الفرع الثاني) والعلاقة بين هذا البنك والمستفيد من الاعتماد (الفرع الثالث) والعلاقة بين البنك المتدخل والبنك الفاتح (الفرع الرابع).

الفرع الأول

علاقة العميل الأمر (المورد)

بالمستفيد (المستورد)

تنص المادة/ ٣٤١ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن:

«الاعتماد المستندي عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه (يسمى الأمر) لصالح شخص آخر (يسمى المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل».

فمن مفترضات وجود الاعتماد المستندي، وفقاً لهذا النص، أن يكون هناك ابتداء عقد توريد بضائع يتم إبرامه بين المورد والمستورد، يتفقان في أحد بنوده على أن يدفع ثمن البضاعة عن طريق اعتماد مستندي يفتحه المستورد لدى أحد البنوك لصالح المورد^(١).

فهناك علاقة سابقة على فتح الاعتماد تسمى «علاقة الأساس» يحكمها عقد بين المورد والمستورد يسمى عقد الأساس. وهذا العقد ضروري وأساسي لكي يوجد الاعتماد المستندي، فبدونه لا ينشأ هذا الاعتماد. فيجب أن يكون هذا العقد قائماً وقت فتح الاعتماد، وإن كان زواله بعد ذلك بالفسخ أو الانقضاء أو البطلان لا أثر له على وجود الاعتماد، طالما أن هذا العقد كان قائماً وقت فتح الاعتماد. وهذا أمر طبيعي لأن منح الاعتماد يتم تنفيذاً لأحد بنود هذا العقد.

(١) د. مصطفى كمال طه: العقود التجارية وعمليات البنوك وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، طبعة ٢٠٠٢، ص ٣٣٢ وما بعدها، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، د. أحمد بركات مصطفى: العقود التجارية وعمليات البنوك، دراسة في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، الطبعة الثالثة، ص ٢٣٨ وما بعدها، دار النهضة العربية، د. هاني محمد دويدار العقود التجارية والعمليات المصرفية، ١٩٩٤، ص ٢٤٩ وما بعدها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

ويرتب هذا العقد مجموعة من الالتزامات على عاتق كل من المورد والمستورد في خصوص الاعتماد المستندي. ومن أهم الالتزامات التي يرتبها عقد التوريد على عاتق المشتري هو توجيه الأمر إلى البنك لفتح الاعتماد المستندي لمصلحة المورد، بحيث يتوجه المستورد إلى البنك ليطلب منه فتح اعتماد مستندي تنفيذاً لبنود عقد البيع، والتزام المستورد بفتح الاعتماد، كوسيلة للوفاء بالشحن، لا يفترض، ويجب أن ينص عليه صراحة في العقد حيث أنه يعتبر عنصراً جوهرياً فيه^(١).

ويتم فتح الاعتماد في التاريخ المتفق عليه بين الطرفين، البائع والمشتري. أما إذا لم يتفق على هذا التاريخ، فإنه يجب أن يكون الاعتماد تحت تصرف البائع المستفيد قبل أول يوم يمكنه فيه أن يشحن البضاعة، حيث إن البائع لن يقدم على تدبير البضاعة محل العقد والقيام بشحنها إلا إذا اطمأن أن الاعتماد قد فتح فعلاً وتعلق له به حق. وتجدر الإشارة إلى أن هذه رخصة مقرررة لمصلحة البائع وله التنازل عنها بتدبير البضاعة وشحنها بالفعل قبل أن يدبر المشتري الاعتماد المستندي.

ويظل هذا الاعتماد صالحاً لحين انتهاء المدة المتفق عليها بين البائع والمشتري، وفي حالة عدم الاتفاق على هذه المدة، فإن الاعتماد يجب أن يظل سارياً طوال المدة المعقولة التي يكون فيها للبائع أن يسلم المستندات المطلوبة إلى البنك.

ويلتزم المشتري بتدبير الاعتماد بذات العملة المتفق عليها، وفي حالة عدم الاتفاق فيفتح بذات العملة المحددة للوفاء بثمن البيع، وإذا فتح الاعتماد في الفرض الأخير بعملة أخرى يجوز للبائع أن يرفضه صراحة ولا يعتبر سكوته وتعامله عليه بكمبيالة مستندية مثلاً رضاه منه بهذه العملة الأخرى، حيث إن الاعتماد، متى فتح وقبله البائع فكأنه استوفى الثمن وبشكل نهائي.

(١) د. رضا السيد، د. حسام رضا: عمليات البنوك ذات الطابع الدولي، طبعة ٢٠١٠، ص ١٢٣، دار النهضة العربية.

أما عن تحديد البنك الذي يقوم بفتح الاعتماد فينتفق عليه بين البائع والمشتري، ويجب أن يشمل هذا الاتفاق تحديد البنك المؤيد أيضاً إذا كان الاعتماد مؤيداً. وعادة ما يوجد البنك المؤيد في بلد البائع لسهولة التقدم إليه بالمستندات المطلوبة، واستيفاء قيمة الاعتماد. وفي حالة عدم تحديد البنك في اتفاق البائع والمشتري، يحق لهذا الأخير أن يختاره في بلده أو بلد البائع أو أي مكان تجاري آخر، بشرط أن يكون ذات سمعة طيبة.

وهكذا، فإن التزام البائع بتدبير البضاعة محل البيع وشحنها يقابله التزام المشتري بتدبير الاعتماد، بحيث يستطيع البائع – طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني – أن يتمسك بعدم تنفيذ التزامه إذا لم يقم المشتري بفتح الاعتماد فعلاً.

ونظراً للاتفاق في عقد الأساس على أن ثمن البضاعة سيدفعه البنك فاتح الاعتماد، فليس للبائع أن يتخطى هذا الشرط ولا يجوز له أن يبدأ بمطالبة المشتري مباشرة طالما أن المدة المقررة في الاعتماد لا تزال مفتوحة أمامه. ولكي يستطيع البائع الرجوع على المشتري – استناداً على عقد الأساس – للحصول منه على ثمن البضاعة عليه أن يثبت أنه طالب البنك بقيمة الاعتماد ولكن دون جدوى. ويكفي هنا أن تتم المطالبة في أي شكل ولا يشترط أن تكون قضائية.

ولكن قد تنقضي المدة المحددة للاعتماد المستندي دون أن يقدم البائع (المستفيد) المستندات المطلوبة إلى البنك، فيكون له أن يرجع مباشرة إلى المشتري بالثمن نظراً لاستقلال عقد الأساس بالنسبة له عن الاعتماد، ولكن عليه أن يعرض المشتري عن مصاريف فتح الاعتماد.

وتجدر الإشارة إلى أن مسميات طرفي علاقة الأساس تتغير بعد فتح الاعتماد. فيصبح المستورد عميلاً أمراً، ويضحى المورد مستفيداً. إلا أن تغيير المسمى لا يعني نشوء علاقة جديدة بين العميل الأمر والمستفيد، حيث تظل العلاقة بينهما علاقة واحدة،

وهي عقد الأساس فيجب النظر إلى هذه المسميات الجديدة من منظور البنك فاتح الاعتماد، حيث أن مسمى العميل الأمر يعني أنه يوجه أمره إلى هذا البنك ليفتح اعتماد مستندي وفقاً للشروط المتفق عليها بين المورد والمستورد في عقد الأساس، وأن مسمى المستفيد يعني أن البنك يفتح الاعتماد لمصلحته.

فالالتزامات التي تقع على عاتق الطرفين والحقوق التي يتمتعان بها، حتى بعد المسمى الجديد، لا زال يحكمها عقد الأساس المبرم بينهما. فعندما يوجه العميل أمره للبنك بفتح الاعتماد يجب أن يتم هذا الأمر وفق الضوابط والشروط المنصوص عليها في بند فتح الاعتماد الوارد في عقد الأساس، من حيث نوع الاعتماد وتاريخ بدايته ونهايته وعملة الوفاء بثمن البضاعة والمستندات المطلوبة. فهذا الالتزام رتبه عقد الأساس على عاتق المستورد الذي أصبح عميلاً أمراً بعد فتح الاعتماد، ويظل خاضعاً لهذا العقد. ففتح الاعتماد ليس تجديداً للالتزام الوارد في عقد الأساس^(١). وكذلك الأمر بالنسبة للمستفيد فإن حقوقه والتزاماته تظل خاضعة لعقد الأساس.

وعلى ذلك فإنه لا يوجد بين المورد (المستفيد) والمستورد (العميل الأمر) سوى علاقة واحدة هي علاقة الأساس ومن ثم فلن يثور الحديث من استقلال العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد والعلاقة بين المورد والمستورد لأنهما علاقة واحدة.

الفرع الثاني

علاقة البنك الفاتح بالمستورد (العميل الأمر)

يحكم هذه العلاقة عقد الاعتماد المستندي. فمتى أبرم عقد البيع، وتعهد فيه المشتري بفتح اعتماد مستندي للوفاء بثمن البضاعة، فإنه يتوجه إلى مصرفه طالباً

(١) د. على جمال الدين عوض: الاعتمادات المستندية، دراسة قانونية للأعراف الدولية، طبعة ١٩٨١، ص ٥٥، دار النهضة العربية.

فتح اعتماد لصالح البائع، وذلك بملء بيانات طلب فتح الاعتماد وهو نموذج يعده البنك مقدماً لهذا الغرض، ويعتبر طلب فتح الاعتماد إيجاباً من قبل المشتري متى صادفه قبول من البنك ينعقد بين البنك والمشتري عقد الاعتماد المستندي.

ويرتب هذا العقد مجموعة من الالتزامات على عاتق المشتري (الامر). فيجب عليه الإبقاء على التعليمات التي أصدرها البنك في طلب فتح الاعتماد حتى لا يضر بهذا الأخير الذي أبلغ تلك التعليمات بمقتضى خطاب الاعتماد إلى المستفيد والتزم بتنفيذها. وكذلك يلتزم المشتري الأمر بتوفير غطاء الاعتماد المستندي الذي يدفع منه البنك إلى المستفيد، وفي حالة عدم توفير هذا الغطاء يلتزم المشتري (الامر) بتعويض البنك عن قيمة ما دفعه. فضلاً عن ذلك، فإن المشتري يلتزم بدفع العمولة المتفق عليها، والتي تتناسب قيمتها تناسباً عكسياً مع قيمة غطاء الاعتماد. وقد يتفق المشتري مع البنك على تحصيل هذه العمولة من المستفيد، وينص على ذلك في خطاب الاعتماد، بشرط أن يقبلها المستفيد والإرجع بها البنك على الأمر^(١).

وبعد أن يدفع البنك قيمة المستندات التي تأكد من سلامتها ومطابقتها لشروط فتح الاعتماد، فإنه يخطر المشتري الأمر بوجود المستندات تحت يده وأنها تحت تصرفه ويمكنه استلامها مقابل سداد ما دفعه البنك. وعادة ما يدرج في طلب فتح الاعتماد ما يلزم المشتري بتسليم المستندات، حيث ينص في هذا الطلب على تلك العبارة: «ونتعهد بسحب المستندات التي ترد إليكم في بحر أسبوع من تاريخ أخطارنا بوصولها بخطاب مسجل وسداد المبالغ المستحقة بالسعر السائد بالإضافة على عمولة ومصاريف مراسلكم». ويترتب على أضرار البنك للمشتري الأمر بتلقي المستندات، نقل تبعة هلاك

(١) د. أحمد بركات مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٣٩ وما بعدها، د. هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص ٢٤٣ وما بعدها.

البضاعة وتلفها على عاتقه، وتحمله كافة الرسوم الجمركية المستحقة عن التأخير في سحبها.

هذا، وتقضي المادة/ ٣٥٠ من قانون التجارة. في هذا الخصوص، بأنه إذا لم يدفع الأمر إلى البنك قيمة المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد خلال ستة أشهر من تاريخ تبليغه بوصول تلك المستندات، جاز للبنك التنفيذ على البضاعة بإتباع إجراءات التنفيذ على الأشياء المرهونة رهناً تجارياً، وغنى عن القول أن البنك لن يستطيع مباشرة تلك الإجراءات إلا إذا كان حائزاً للمستندات التي تمثل البضاعة المراد التنفيذ عليها^(١).

ولكن يحق للأمر، قبل تسلم المستندات، أن يفحصها ليتأكد من سلامتها ومطابقتها للمطلوب، فإذا وجدها غير سليمة أو غير مطابقة لشروط فتح الاعتماد فله الامتناع عن تلقيها ويتركها للبنك. بشرط أن يتم هذا الفحص في وقت قصير، فلو تراخي المستفيد في ذلك أو قبل المستندات فلا يستطيع أن يتركها للبنك ويترتب على الترك مجموعة من النتائج هي:

- أن تبعه هلاك البضاعة أو تلفها تظل على عاتق البنك ولا تنتقل إلى المشتري الأمر، وذلك لأن نقل عبء تلك التبعة إلى المشتري مرهون بتلقيه للمستندات.
- أن البنك يظل حائزاً للمستندات، وبالتالي حائزاً للبضاعة التي تمثلها. ويكون له تسلم البضاعة وبيعها لحسابه ليقترض من قيمتها قيمة ما دفعه للمستفيد، ويكون له أيضاً أن يرد المستندات إلى المستفيد ويطلبه برد ما قبضه إذا كان الدفع قد تم تحت تحفظ أو قدم المستفيد مقابل ذلك ضماناً ما. إلا أن هذه المستندات غالباً ما تصدر لأمر أو إذن المشتري الأمر، وبالتالي يجب الحصول على تظهيره على

(١) د. مصطفى كمال طه، العقود التجارية، المرجع السابق، ص ٣٣٩ وما بعدها.

المستندات للبنك حتى يتمكن من التصرف في البضاعة. ولكن موافقة المشتري على هذا التظهير قد لا تكون بالأمر السهل نظراً لما يرتبه هذا التظهير من نتائج ضارة بالمشتري. ولذلك لا يكون أمام البنك إلا تقديم ضمان للأمر بتحمل ما قد يتعرض له من مضار مقابل قيامه بتظهير المستندات له.

أما الالتزامات التي تقع على عاتق البنك في مواجهة العميل الأمر، فتتمثل أساساً في تنفيذ تعليماته حرفياً، وعدم الخروج عليها أياً كانت الأسباب. فلا شأن له بمدى مطابقة تلك التعليمات لمضمون عقد البيع الذي فتح الاعتماد بمناسبة إذا وصل هذا المضمون إلى علم البنك.

والأصل أن تعليمات الأمر تكون كاملة وواضحة وخالية من التفاصيل المبالغ فيها، ويجب عدم تعديلها فيما بعد بقدر الإمكان. وهذا ما قررتة المادة/ ٥ من الأعراف الموحدة إذ نصت على أنه: «يجب أن تكون تعليمات إصدار الاعتمادات ونصوصها وطلب تعديلها ونصوص التعديل كاملة ومحددة. وبهدف الوقاية من سوء الفهم وحوادث الاضطراب، فإنه على البنوك ألا تشجع على أية محاولة لإدخال أية نصوص ذات تفاصيل مبالغ فيها في الاعتماد أو في أي تعديل لاحق لها».

أما إذا كانت تعليمات الأمر للبنك ناقصة أو بها أخطاء بحيث لا يمكن تنفيذها بحالتها، فعلى البنك أن يطلب من عميله تكملتها أو تصحيحها، ولا يتحرك البنك قبل ذلك تجاه المستفيد وإلا كان مسؤولاً عن تصرفه. وتنص المادة/ ١٤ من الأعراف الموحدة في هذا الصدد على أنه «في حالة ورود تعليمات غير كاملة أو غير واضحة إلى البنك بفتح الاعتماد، أو تعزيزه فإن البنك يخطر المستفيد بها أخطاراً يقصد به العلم فحسب دون مسؤولية على البنك. ولا يفتح البنك الاعتماد أو يعززه أو يخطر به أخطاراً نهائياً ولا يعدله فعلياً إلا بعد وصول البيانات الكاملة والضرورية».

وعلى البنك أيضاً أن يفتح الاعتماد لصالح المستفيد الذي حدده الأمر في طلبه، ولا تبرأ ذمة البنك من هذا الالتزام إلا بإرسال خطاب الاعتماد بالفعل إلى المستفيد ووصوله إليه. وقبل ذلك تظل العلاقة محصورة بين المشتري الأمر والبنك^(١). ولا يعتبر المشتري قد أوفى بالتزامه الوارد في عقد البيع تجاه المستفيد إلا بقيام البنك بإرسال خطاب الاعتماد إلى المستفيد وتسلمه إياه. وإذا لم تحدد مدة لإرسال هذا الخطاب، فإنه على البنك إرساله بأسرع ما يمكن، لأن البائع المستفيد لا يبدأ في تنفيذ التزاماته من حيث تدبير البضاعة إلا بعد إخطاره بفتح الاعتماد. وتضيف ذات الفقرة أن هذا الالتزام يكون أيضاً قطعياً ومباشراً قبل كل حامل حسن النية للصك الذي سحب تنفيذاً للعقد الذي فتح الاعتماد بسببه. والفرص الذي يعالجه هذا الحكم هو حالة الوفاء بقيمة الاعتماد عن طريق الخصم لدى البنك الفاتح، سواء عين هذا البنك مسحوباً عليه في الكمبيالة التي يسحبها البائع لمصلحة نفسه، أي الكمبيالة المستندية، أو كان المسحوب عليه هو المشتري أو أي شخص آخر في كمبيالة أو سند إنني سحبها المشتري لصالح نفسه. وينشأ التزام البنك الفاتح بخصم قيمة الكمبيالة تجاه الحامل حسن النية عندما يقوم المستفيد من الكمبيالة المستندية بتظهيرها أو تظهير الكمبيالة العادية أو السند لأمر لهذا الحامل. مع ملاحظة أنه في حالة عدم تعيين البنك الفاتح مسحوباً عليه في الكمبيالة محل الخصم، فإنه لا يستطيع، بعد خصمها، الرجوع بقيمتها على المظهرين أو الموقعين عليها، ويقتصر حقه في الرجوع بقيمة ما دفعه على المشتري. كل ذلك بطبيعة الحال يقتضي النص صراحة في عقد فتح الاعتماد على التزام البنك بالخصم.

والأصل أن المستفيد لا يحصل على قيمة الاعتماد إلا إذا قدم المستندات المطلوبة سليمة ومطابقة لشروط الاعتماد. ولكن قد لا يتمكن المستفيد من تقديم مستندات سليمة

(١) د. على البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، طبعة ٢٠٠١، ص ٤٠١ وما بعدها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية

أو مطابقة تماماً، ويؤكد للبنك أن المخالفات الواردة بالمستندات طفيفة ولن يعترض عليها المشتري، ويتعهد للبنك بتعويضه عما قد يصيبه من أضرار نتيجة رفض المشتري للمستندات، ولضمان هذا التعهد يقدم المستفيد كفالة مصرفية من بنك آخر. ويتعهد الكفيل بضمان استرداد المستفيد للمستندات المرفوضة ويرد للبنك قيمة ما قبضه، أو يعوضه عما قد يطالبه به المشتري بسبب المخالفة إذا فضل استيفاء المستندات.

وقيام البنك في الفرض السابق بدفع قيمة الاعتماد يكون بمثابة التسوية المشروطة لأنها معلقة على شرط فاسخ هو رفض المشتري.

الفرع الثالث

علاقة البنك الفاتح بالمورد (المستفيد)

يحكم العلاقة بين البنك فاتح الاعتماد والمستفيد منه خطاب فتح الاعتماد الذي يرسله الأول للأخير، حيث يقوم البنك بإخطار المستفيد بأنه فتح اعتماد الصالحة بشروط معينة، ويتعهد له بموجب هذا الخطاب أن يدفع له قيمة الاعتماد بمجرد أن يقدم له مستندات معينة في خلال مدة محددة.

ولخطاب فتح الاعتماد letter de credit أهمية كبيرة لأنه يحدد مضمون التزام البنك وحقوق المستفيد. وهذا الخطاب إسمي يصدر باسم المستفيد ومن ثم فلا يكون قابلاً للتداول بالطرق التجارية.

وإن إصدار الخطاب المذكور من جانب البنك وإرساله للمستفيد منه يلزم البنك منذ لحظة وصوله للأخير دون انتظار قبوله، حيث لا يضيف قبول المستفيد للخطاب شيئاً إذا أن التزام البنك نشأ واكتمل منذ إصداره^(١).

(١) د. على البارودي، العقود وعمليات البنوك، المرجع السابق، ص ٤٠٣ وما بعدها، د. هاني دويدار، المرجع السابق، ص ٢٤٦ وما بعدها.

ولكن إذا وجد المستفيد أن شروط الاعتماد المنصوص عليها في الخطاب مخالفة لما اتفق عليه مع المستورد جاز له رفض الاعتماد استناداً إلى عقد الأساس. ولا يكون من حق المورد مناقشة البنك في ذلك وإنما يرجع إلى المستورد وحده بطلب تعديل شروط الخطاب طبقاً للمتفق عليه بينهما في عقد الأساس.

ومصدر حق المستفيد في مواجهة البنك يتمثل في الإرادة المنفردة لهذا الأخير. فلا يوجد بينهما عقد، وإنما التزام بالإرادة المنفردة^(١).

الفرع الرابع

علاقة البنك الفاتح بالبنك المتدخل

قد يقوم البنك فاتح الاعتماد بإخطار المستفيد رأساً بفتح الاعتماد، وقد يتم الإخطار عن طريق بنك وسيط في بلد المستفيد، وهذا هو الوضع الغالب لما ينطوي عليه من مزايا للمستفيد. والبنك الوسيط قد يكون مؤيداً للاعتماد أو مجرد مبلغاً له.

وقد أشارت إلى هذا التقسيم المادة/ ٦ ٣٤ من قانون التجارة التي تنص على أنه: «١- يجوز تأييد الاعتماد المستندي البات من بنك آخر يلتزم بدوره بصورة قطعية ومباشرة قبل المستفيد. ٢- لا يعتبر مجرد الإخطار بفتح الاعتماد المستندي البات المرسل إلى المستفيد عن طريق بنك آخر تأييداً من هذا البنك للاعتماد».

وقد ورد هذا التقسيم أيضاً في المادتين/ ٨ و ١٠ من الأعراف الموحدة، حيث تنص المادة الثامنة على أنه «يمكن أن يبلغ الاعتماد للمستفيد عن طريق بنك آخر هو البنك المراسل أو مبلغ الاعتماد، دون أن يلتزم الأخير بمقتضاه، ولكن هذا البنك يلتزم ببذل الجهد المعقول لفحص مدى سلامة الاعتماد الذي يبلغ المستفيد به، وذلك من الناحية الظاهرية»، وتنص المادة العاشرة في البند الثاني على أنه «عندما يطلب البنك

(١) د. على جمال الدين عوض: الاعتمادات المستندية، المرجع السابق، ص ٩٦.

فاتح الاعتماد أو يفوض بنكاً آخر لتعزيز هذا الاعتماد، ويضيف تعزيزه، فإن هذا التعزيز يعتبر التزاماً قاطعاً في ذمة هذا البنك (البنك المعزز)، بالإضافة إلى التزام البنك فاتح الاعتماد، بشرط أن تقدم المستندات المنصوص عليها وأن تطابق النصوص والشروط الواردة في الاعتماد....».

الواضح من هذه النصوص أن البنك المراسل الذي يعينه المستفيد في بلده، يقوم بإحدى وظيفتين بالنسبة للاعتماد: إما تبليغه للمستفيد دون أن يلتزم بدفعه (١)، أو تأييده، أي يلتزم شخصياً بدفع قيمة الاعتماد مثله في ذلك مثل البنك الفاتح تماماً (٢).

١- علاقة البنك الفاتح بالبنك المتدخل المراسل:

قد يستعين البنك مصدر الاعتماد ببنك وسيط في بلد البائع المستفيد يكلفه بتوصيل خطاب فتح الاعتماد إليه، ويتم ذلك غالباً بناء على طلب المستفيد حتى يتفادى التزوير أو الصورية التي قد تقع في إبلاغه باعتماد لم يفتح لصالحه، ولذلك فإنه يجب على البنك الوسيط التحقق من الصدق الظاهري للاعتماد المبلغ (١).

ويقتصر دور البنك المراسل في هذا النوع من الاعتماد المستندي على مجرد إبلاغ خطاب الاعتماد إلى المستفيد، وتلقي المستندات منه لإرسالها إلى البنك المنشئ ولا يلتزم البنك المراسل بشيء ما ويكون دوره هو دور الرسول، أي مجرد أداة لتنفيذ إرادة البنك المنشئ ومن ثم لا يعتبر وكيلاً عنه، حيث أن ما يقوم به البنك المبلغ يعتبر عملاً مادياً أما الوكالة فلا تكون إلا في التصرفات القانونية.

هذا، وإذا قصر البنك المبلغ في بذل العناية المعقولة للتحقق من الصدق الظاهري للاعتماد الذي يبلغه، كان مسئولاً أمام البائع المستفيد على أساس المسؤولية التقصيرية.

(١) د. على البارودي، المرجع السابق، ص ٣٩٨ وما بعدها.

إلا أن البنك قد يتجاوز دور ساعي البريد فيتعهد بأن يتم تنفيذ الاعتماد لديه وذلك دون تأييد من جانبه. ومسألة كون البنك المراسل مجرد مبلغ للاعتماد أو مكلف في ذات الوقت بتنفيذه دون تأييد من جانبه إنما هي مسألة مرجعها إرادة الطرفين التي يكشف عنها قاضي الموضوع.

٢ - علاقة البنك الفاتح بالبنك المتدخل المؤيد:

قد يكون الاعتماد المستندي مؤيداً ومعززاً، وفي هذا النوع من الاعتماد لا يقتصر دور البنك المراسل على مجرد إبلاغ خطاب فتح الاعتماد إلى المستفيد، ولكنه يضيف تأييده للاعتماد المستندي فيلتزم شخصياً بنفس التزام البنك مصدر الاعتماد. ويكون التأييد بناء على طلب من البنك المنشئ الذي يتلقى بدوره تعليمات في هذا الخصوص من العميل الأمر. والبنك المعزز ليس مجرد كفيل للبنك المنشئ في دفع قيمة الاعتماد، ولكن ينشأ في ذمته التزام أصلي مماثل تماماً لالتزام البنك المنشئ.

والأصل أن يرد التأييد على الاعتماد المفتوح كما هو، وقد يرد مقيداً بمبلغ أقل منه أو لمدة أقصر، وهنا تسري تلك القيود على المستفيد الذي أبلغ بالاعتماد، لأن العبرة في تحديد التزامات البنك المؤيد هو بالرجوع إلى عبارات خطاب الاعتماد الذي أيده، وذلك بصرف النظر عن خطاب الاعتماد الأصلي.

هذا، ويجوز للبنك المؤيد التمسك بالغش الصادر من المستفيد للامتناع عن دفع قيمة الاعتماد ذلك لأن البنك المنشئ يحق له التمسك بذات الدفع.

ويحقق الاعتماد المؤيد مزايا عديدة للمستفيد من الاعتماد^(١)، حيث أن التزام البنك المؤيد بدفع قيمة الاعتماد مستقل عن علاقته بالبنك الفاتح، بحيث أن التزام البنك المؤيد تجاه المستفيد لا يتوقف على إمكان رجوعه عن البنك الفاتح، فحتى لو تعذر هذا

(١) د. مصطفى كمال طه، العقود التجارية، المرجع السابق، ص ٣٣١.

الرجوع، لأسباب اقتصادية أو نقدية أو سياسية، فإن التزام البنك المؤيد تجاه المستفيد يظل قائماً. وهذا الحكم قرره المادة/ ٣٤٦ من قانون التجارة، حيث اعتبرت أن التزام البنك المؤيد التزاماً قطعياً ومباشراً قبل المستفيد، أي أن التزامه مضاف إلى التزام البنك المنشئ وليس بديلاً له، فالالتزام لا يحل أحدهما محل الآخر. ويترتب على ذلك مجموعة من النتائج هي:

- أن كلا من البنكين ملتزم بالوفاء بقيمة الاعتماد كاملاً.
 - لا يجوز لأي من البنكين المطالبة بتقسيم قيمة الاعتماد بينه وبين البنك الآخر.
 - يرجع البنك المؤيد على البنك المنشئ بقيمة الاعتماد الذي دفعه.
 - من حق المستفيد مطالبة أي من البنكين بكل الدين، وإن كان من الأيسر له مطالبة البنك المؤيد لوجوده في بلده.
 - الوفاء الحاصل من أي من البنكين يبرئ ذمة البنك الآخر تجاه المستفيد.
- ولكن يلاحظ أن البنك المنشئ إذا أو في بقيمة الاعتماد فلا يجوز له الرجوع على البنك المؤيد ولكنه يرجع إلى العميل الأمر.
- وفضلاً عن تلك الميزة، فإن البنك المؤيد عادة ما يقع في بلد المستفيد، الأمر الذي يمكن المستفيد من سحب كمبيالة عليه بقيمة المستندات، وإذا رفض الوفاء بقيمتها فإنه يختصمه أمام محاكم بلده، ويكون من السهل تنفيذ الحكم الذي حصل عليه في نفس البلد^(١).

فإصدار تلك الشهادات في ميناء القيام هي الأكثر ذبوعاً وانتشاراً في العمل، حيث تقوم إحدى شركات المعاينة بفحص البضاعة المعدة للنقل، وإذا تأكدت من مطابقتها

(١) د. هاني دويدار: المرجع السابق، ص ٢٣٥ وما بعدها.

للمواصفات المتفق عليها في عقد الأساس تصدر شهادة مطابقة بذلك. وتلك الشهادة تكون - كما ذكرنا - ضمن المستندات التي يقدمها المورد (المستفيد) إلى البنك الفاتح. وتلك الشهادة توفر الاطمئنان لدى المستورد أن البضاعة محل عقد الأساس مطابقة للمواصفات المتفق عليها في هذا العقد وقت شحنها في ميناء القيام، فهي تغطي على الأقل خطورة شحن بضاعة غير مطابقة للمواصفات. ولكنها لا تغطي خطورة تعرض البضاعة للتلف أو الهلاك أثناء عملية النقل، وإن كانت تلك المخاطر يمكن تغطيتها بوثيقة التأمين البحري.

وقد يتفق على إصدار شهادة المطابقة في ميناء الوصول. وهذا النوع من الشهادات غير شائع في العمل حيث غالباً ما يرفضه المستفيد من الاعتماد، لأنه يتناقض مع الهدف من فتح الاعتماد المستندي ولفسفته، حيث يلجأ المورد على الاتفاق على تسوية ثمن البضاعة مع المستورد عن طريق فتح اعتماد مستندي لصالحه يتم بموجبه دفع هذا الثمن فور وصول المستندات المطلوبة إليه وتأكده من صحتها وسلامتها ومطابقتها، فلا ينتظر المورد وصول البضاعة إلى ميناء الوصول للحصول على ثمنها. فالمورد يهدف من الاعتماد المستندي إلى سرعة قبض ثمن البضاعة ليحقق بذلك سرعة دوران رأسماله. أما إذا انتظر حتى وصول البضاعة ميناء الوصول لتحرير شهادة مطابقة بها، فلن يتحقق الهدف المنشود من فتح الاعتماد المستندي.

وإن كنا نرى أن إصدار هذا النوع الثاني من الشهادات المعاينة والمطابقة في ميناء الوصول هو أكثر السبل حماية للمستورد، إذ أنه في هذه الحالة يكون مطمئناً على وصول البضاعة سليمة ومطابقة للمواصفات، فتلك الشهادات تواجه مخاطر تلف أو هلاك البضاعة أثناء عملية النقل.

ثانياً: أثر الغش على استقلال التزام البنك بالدفع عن عقد الأساس:

إن المفهوم التقليدي لمبدأ الاستقلال الكامل والمطلق لالتزام البنك بدفع قيمة الاعتماد عن عقد الأساس في حاجة إلى إعادة نظر لاسيما أنه يلقي بظلاله السلبية على قاعدة التوازن المالي في الروابط التعاقدية التي تشتمل عليها عملية الاعتماد المستندي، وأصبح كذلك عاجزاً عن مواجهة الممارسات غير المشروعة التي ينتهجها أطراف الاعتماد المستندي، خصوصاً في مجال التجارة الدولية.

لذلك فإن الاتجاه الفقهي الحديث، وكذلك بعض أحكام القضاء، قد أقر ضرورة إخضاع هذا الاستقلال لبعض المؤثرات الاستثنائية، ومنها الغش في الاعتماد المستندي. فذهبوا إلى أن هذا الغش يعطل مبدأ استقلال التزام البنك بالدفع عن عقد الأساس بحيث يمنع البنك عن الوفاء بقيمة الاعتماد عند ثبوت الغش.

ومسألة الغش في الاعتماد المستندي معقدة وغير واضحة المعالم من حيث تعريف الغش (١) وشروطه وصوره (٢) وإثباته (٣).

١- تعريف الغش في مجال الاعتماد المستندي:

بداية، وقبل الاسترسال في شرح أحكام موضوع الغش في مجال الاعتماد المستندي، يتعين، لكي نحدد نطاقه وأطره، أن ننبه إلى أن الغش في هذا المجال يجب أن يتعلق فقط بالمستندات وليس بالبضاعة، لأن التزام البنك المستقل بالدفع، والذي يعطله الغش، يكون مقابل تقديم المستندات المطلوبة صحيحة وسليمة ومطابقة وليس مقابل البضائع. فالبنك لا شأن له بالبضاعة محل عقد الأساس لأنه لم يكن طرفاً فيه.

ولم يرد للغش في الاعتماد المستندي تعريف لا في الأعراف الدولية الموحدة ولا الاتفاقات الدولية ذات الصلة.

وقد ورد تعريف للغش والتدليس بصفة عامة في قانون الغش التجاري المصري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ المعدل بالقانون رقم ٢٨١ سنة ١٩٩٤،^(١) في المواد من ١/ إلى ٦ منه. إلا أن هذا التعريف لا يسري ولا يجوز تطبيقه في مجال الغش في الاعتماد المستندي، لأن القانون المذكور عرف الغش من منظور وجود عيوب في البضاعة محل التعاقد في ذاتها وليس من منظور عدم مطابقتها للمستندات المعبرة عنها، ففي مجال الاعتماد المستندي ينظر إلى الغش ويتم التثبت من حدوثه بإجراء مطابقة بين المستندات المقدمة إلى البنك الفاتح من المستفيد والبضاعة محل عقد الأساس، فلو ثبت أن تلك المستندات لا تعبر عن البضاعة فنكون أمام غش في الاعتماد المستندي.

وقد ورد للتدليس أيضاً تعريف في القانون المدني المصري حيث تقضي المادة/ ١٢٥ منه بأن العقد يكون باطلاً للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الثاني العقد.

وهذا التعريف أيضاً لا يسري ولا ينطبق على الغش في مجال الاعتماد المستندي، لأنه، فضلاً عن أن هناك خلافاً في الفقه حول ما إذا كان التدليس يرادف الغش أم لا، فإن المادة المذكورة من القانون المدني تتحدث عن التدليس كسبب لبطلان العقد وقت إبرامه وليس في مرحلة تنفيذه. أما التمسك بالغش في مجال الاعتماد المستندي فيكون بقصد منع البنك من الوفاء بقيمة الاعتماد إلى المستفيد منه، أي أن الغش المقصود هنا هو الذي يحدث في مرحلة تنفيذ الاعتماد وليس وقت إبرامه.

أما الأعراف الدولية الموحدة للاعتمادات المستندية فلم تتناول الغش الموجب لتعطيل مبدأ الاستقلال بين التزام البنك بالدفع وبين عقد الأساس ومنع البنك من الدفع،

(١) الجريدة الرسمية، العدد ٥٢ (تابع) في ٢٩ ديسمبر ١٩٩٤.

وإنما ذكرت فقط حالات من الغش التي تعفي البنك من المسؤولية إذا ثبت غش المستفيد في المستندات ولم يكتشفه البنك. وقد وردت تلك الحالات في المواد من ٧ إلى ١٣ من هذه الأعراف^(١).

وفيما يتعلق باتفاقية الأمم المتحدة بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الضمان الضامنة لسنة ١٩٩٨^(٢)، اكتفت في مادتها ١/١/٠٥ بإحالة هذا الموضوع إلى القانون واجب التطبيق، حيث تنص على أن: «القواعد الخاصة بالغش وإساءة الاستعمال أو أي أمر مماثل غير خاضعة لأحكام الاتفاقية، ويترك أمر تنظيمها إلى القانون واجب التطبيق».

وإزاء غياب تعريف للغش في مجال الاعتماد المستندي في أي تشريع أو أعراف أو اتفاقية ذات صلة، فقد أصبح أمر هذا التعريف منوطاً بالفقه الذي لم يتوان في إيراد تعريف له. وقد تعددت تلك التعريفات الفقهية:

فقد عرفه البعض (١٧٠ مكرر) بأنه النقص الفاحش من المستفيد للالتزامه وفق الاعتماد .

ونكون أمام حالة غش من البائع في الاعتماد المستندي إذا قدم مستندات كاملة وسليمة في ظاهرها إلا أنها لا تطابق الواقع بإرادة البائع واصطناعه في حقيقتها. وتكون المستندات مزورة إذا كانت تحمل توقيعاً مزوراً أو تكون عباراتها قد غيرت أو عدلت عن قصد كالتعديل في نصوص بوليصة الشحن وتقديم شهادة على أنها صادرة

(1) Khaled Kanan, fraude cohesion IBLJ. No. 6.

(٢) د. سميحة القليوبي: المنظمات الدولية، إتفاقيتي الأمم المتحدة في شأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى ٢٠٠٢، دار النهضة العربية..

(١٧٠ مكرر) د. رضا السيد، د. حسام رضا: النظام المصرفي وعمليات البنوك، طبعة ٢٠٠٠، ص ٣٣٧، دار النهضة العربية، القاهرة.

عن سلطة عامة معينة مع أنها صادرة عن شخص غير ذي صفة. ففي مثل هذه الحالات من الواضح أنه يمكن للبنك رفض الدفع. أما إذا لم يكن الغش على هذه الدرجة من الوضوح فيمكن اللجوء إلى القضاء للحصول على أمر بمنع الدفع.

كما عرف البعض الغش في الاعتماد المستندي بأنه كل عمل من جانب المستفيد يقصد به الحصول على مزية الاعتماد بطريق الغش. ويجب أن يقتصر الغش في عمل المستفيد نفسه فلا يشمل الغش الصادر من الغير إذ يعتبر المستفيد بريئاً منه^(١).

وقد يستخدم الغش بمعنى أوسع بأنه سلوك غير شريف مقترن بدرجة من الخداع للحصول على ميزة أو منفعة مالية. وحتى لا يبقى مفهوم الغش مقتصرًا على الغش الصادر من المستفيد فإن البعض يرى أن الغش هو عدم صدق المستندات أيًا كان سببه أو المتسبب فيه ولا عبرة إلا بالواقع^(٢).

والغش في الاعتماد المستندي يمكن أن يطول وثائق الاعتماد بالكامل كبوليصة الشحن والفاتورة ووثيقة التأمين وشهادة المنشأة وشهادة التفتيش وغيرها من الوثائق. إلا أن الغش في بوليصة الشحن يحظى بالنصيب الأكبر، وذلك كذكر بضائع غير موجودة أصلاً، أو يذكر فيها كمية من البضاعة خلاف ما تم شحنه فعلاً ك شحن نفايات بدلاً من شحن البضاعة المذكورة في الوثيقة أو كمية أقل من الكمية المحددة^(٣).

(١) د. على جمال الدين عوض: الاعتمادات المصرفية وضماناتها، ١٩٩٤، ص ١٤٢، دار النهضة العربية، القاهرة.

(٢) د. عادل إبراهيم: مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، ١٩٩٧، ص ٨٣، دار النهضة العربية، القاهرة.

(٣) د. محمد حبيب معاذ: الغش البحري، مجلة الرائد العربي، العدد ١٤ السنة الرابعة ١٩٨٦، ص ٢٧.

وبذلك يمكن أن نرى إجماع فقهي أو يكادوا أن يجمعوا على أن الغش هو تصرف سلبي مصدره أحد الأطراف المتعاقدة بنية الإضرار مع سبق الإصرار والإخلال بالتزامات وحقوق مفروض احترامها والعمل وفق مقتضاها.

وعندما يكون المستند قد اعتراه عيب الغش فإنه يتجرد من كل أثر قانوني، فيكون المستند متجرداً من قيمته ويحق للمصرف رفضه. وبما أن بوليصة الشحن دليل على إتمام إبرام عقد النقل البحري بل هي دليل إثبات على ملكية البضائع المشحونة لحامل هذه الورقة، فإنها في حال تم إعطاؤها بدلاً عن خط الشحن بواسطة طرف ثالث لا يملك سلطة إصدارها، أو أن الخط الملاحي لا وجود له أصلاً، فإنه في هذه الحالة لا تخول الحامل أي حقوق ولا يكون للمصرف الذي وضع وفقاً لها أي تأمين الحق في استعادة ما دفعه ما لم يرجع على الطرف الذي دفع له. كما أن المشتري الذي دفع إلى المصرف مصدر الاعتماد سوف يواجه مستندات دون قيمة. وكذلك الأمر لو أن شهادة فحص طلبت من وكيل فحص مسمى ونفذت من قبل شخص لا علاقة له بهذا الوكيل فإنها ستكون دون قيمة مع وجود احتمال بأن البضائع أبعد ما تكون عن المقصود وسيكون المصرف محقاً برفض المستندات استناداً للغش لأن المستند بهذا الشكل سيكون ورقاً لا قيمة له فهو ليس بوليصة شحن أو شهادة فحص لأنه مزور^(١).

والواقع أن الاتجاه السائد في معظم الدول، وبصفة خاصة الاتجاه القضائي الفرنسي، وإن كان يقر التزام البنك بسداد مطالبة المستفيد وعدم الاعتداد باعتراضات العميل واحتراماً للتعامل التجاري وتشجيعاً للتجارة الدولية، إلا أن هذا القضاء من جانب آخر يعتبر الغش الصادر من المستفيد مفسداً لكل التزام بني عليه وتشدد هذا القضاء بأن يطلب ثبوت الغش بما لا يدع مجالاً للشك، والذي عبر عنه هذا القضاء بأن

(١) د. محمود مختار بري: قانون المعاملات التجارية، ٢٠٠١، ص ١٦٠، دار النهضة العربية، القاهرة.

يكون واضحاً للعين، بمعنى أن مجرد الإدعاء بوجود الغش دون سند أكيد يحتاج إلى تحقيق فلا اثر له على استقلال التزام المصرف في السداد عند تقديم المستندات^(١). وإن كان هناك رأي واسع في الفقه وهو (الغش يفسد كل شيء)، بمعنى استبعاد التزام المصرف عند توافر الغش.

الواضح من كل هذه التعريفات أنها ربطت بين المستندات والبضاعة للقول بوجود غش من عدمه. فإذا كان المدون في المستندات من بيانات ومعلومات لا يعبر عن حقيقة البضاعة فيكون هناك غش في الاعتماد المستندي.

والحقيقة أن هذا الربط بين المستندات والبضاعة لإثبات الغش يتنافي مع جوهر وفلسفة الاعتماد المستندي الذي يرتبط بتنفيذه بالمستندات فقط وليس بالبضاعة، حيث تنص المادة/ ٣٤٢ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن «يلتزم البنك الذي فتح الاعتماد بتنفيذ شروط الوفاء والقبول والخصم المتفق عليها في عقد فتح الاعتماد إذا كانت المستندات مطابقة لشروط فتح الاعتماد»، وتنص المادة/ ٣٤٨ فقرة ٢ من ذات القانون على أن: «ولا يتحمل البنك أي التزام يتعلق بالبضاعة التي فتح الاعتماد بسببها».

وعلى ذلك فإن أحكام الاعتماد المستندي تأبى الربط بين المستندات والبضاعة للقول بوجود غش من عدمه في تنفيذ الاعتماد المذكور، ولكن يبدو أن ما دفع الفقه إلى هذا الربط في تعريفه للغش في الاعتماد المستندي هو ازدياد اللجوء إلى الممارسات الاحتيالية في مجال الاعتمادات المستندية، والتي لا تمكن البنك من اكتشاف تزوير في المستندات، لاسيما إذا كان هذا التزوير متقناً، واتفق على التواطؤ لإخفائه. فقد انتشرت في الآونة الأخيرة عصابات إجرامية منظمة للتحايل على قوانين غسيل الأموال حيث

(١) د. انطوان الناشف، خليل الهندي: العمليات المصرفية والسوق المالية، الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان ١٩٩٨، ص ٨٦.

يتأمر المورد والمستورد على تقديم مستندات تنطوي على احتيال بما يخص بضائع غير موجودة، ويفحص البنك المستندات ويتأكد من سلامتها وصحتها ومطابقتها ظاهرياً ويدفع من ثم قيمة الاعتماد، دون أن يكون هناك أي شكوى من أي طرف، الأمر الذي لا يعرف معه البنك أنه قد استخدم في إتمام عملية غسل للأموال. فموقف البنك من المستندات المقدمة يكون صعباً حتى ولو تم الاتصال والتشاور في هذا الخصوص مع العميل المتواطئ. لذلك فإن موقف البنك من المستندات، واكتشاف تزويرها من عدمه يجب أن يتم وفقاً للواقع، أي وفقاً للمطابقة بين المستندات والبضاعة التي تمثلها تلك المستندات.

ويمكن أيضاً تبرير مسلك الفقه في تعريف الغش بالربط بين المستندات وحقبة البضاعة التي تمثلها استناداً للقاعدة الأصولية أن «الغش يفسد كل شيء».

٢ - شروط الغش وصوره:

سنمهد للحديث عن شروط الغش في مجال الاعتماد المستندي وصوره بعرض بعض الأحكام التي صدرت في بعض الدول العربية، خصوصاً في المغرب ومصر، والتي صدرت من محكمة النقض الفرنسية.

فقد صدر حكم من محكمة الاستئناف التجارية، بالدار البيضاء بالمملكة المغربية برقم ٧٥٥ بتاريخ ١٠ يونيو ١٩٩٩^(١)، ولأهميته في مجال الدراسة سوف نورد نصاً:

(١) هذا الحكم مشار إليه في مقالة للقاضي الدكتور/ يوسف بنباصر، منشورة في الموسوعة القانونية لصاحبها الكافي يوسف بنباصر، بعنوان «ماهية الغش في الاعتماد المستندي» على الموقع الإلكتروني benbaceryousef@menara.ma.

«... حيث إن كنه النزاع يتلخص في كون شركة سينومار فتحت اعتماداً مستندياً لدى البنك الشعبي لفائدة البائعة شركة نيكنوماك وذلك من أجل شراء ١٣ آلة لصناعة الخشب حسب الفاتورة المؤرخة في ١٩٩٨/٧/٢٠ وأنه بعد وصول البضاعة استصدرت أمراً بتعيين الخبير السيد: هـ س» أنجز تقريراً في الموضوع خلص فيه إلى أن الآلات المرسله عددها ٢٣ آلة وأنها قديمة ومستعملة وغير مطابقة للمواصفات المنصوص عليها في الفاتورة أعلاه بمقتضى الأمر الصادر بتاريخ ١٩٩٨/١/٧.

وحيث أن البنك الشعبي تمسك في استئنافه برفع الحجز المذكور على أساس أن عقد الاعتماد المستندي مستقل عن عقد البيع، وأنه أجنبي عن النزاع القائم بين البائع والمشتري، وأنه ملزم بالوفاء بقيمة الاعتماد متى كانت المستندات المقدمة إليه من البائع مطابقة تماماً لشروط الاعتماد، فضلاً عن عدم توفر شرط الدين الثابت لإيقاع حجز ما للمدين طبقاً للفصل ٤٨٨ من ق. م. م.

حيث أن الثابت من ظاهر الوثائق المدلى بها من قبل الطرفين وكذلك تقرير الخبير السيد "هـ. ح" أن الآلات المرسله من طرف البائعة المستفيدة من الاعتماد مخالفة تماماً كما وكيفاً عن البضاعة المتفق عليها ومخالفة أيضاً لتلك المنصوص عليها في الوثائق المرسله إلى البنك، وأن حالة الغش تكون واضحة من ظاهر هذه الوثائق.

وحيث أنه إذا كانت مقتضيات المادة ٧ من القواعد والعادات الموحدة للاعتمادات المستندية تنص على أن البنك المنشئ للاعتماد المستندي لا يتحمل أية مسؤولية عن العيوب التي تشوب البضاعة، إذا كانت المستندات التي توصل بها مطابقة تماماً للتعليمات الواردة في خطاب الاعتماد، فإن ذلك رهين ألا تكون تلك العيوب قد نتجت بفعل غش البائع، وأن البنك المعنى بالأمر كان على علم بهذا الغش قبل دفعه قيمة الاعتماد (راجع في هذا الصدد كتاب العقود البنكية للدكتور/ محمد الفروجي، صفحة

٣٤٠) الأمر الذي هو متوفر في النازلة ويتعين معه بالتالي رد الدفع بكون البنك ملزم بالوفاء متى كانت المستندات المقدمة إلى البنك من البائع مطابقة لشروط الاعتماد.

وحيث إنه لا جدال في أنه يحق للمشتري الذي فتح اعتماداً مستندياً قطعياً أن يجري جزءاً على هذا الاعتماد عند إثباته عدم قيام البائع بتنفيذ التزاماته وفق الاتفاق المبرم بين الطرفين لأن من شأن تنفيذه لالتزامه والقيام بالوفاء للمستفيد من الاعتماد، إلحاق الضرر بالمدين الذي هو المشتري وتكون معه مقتضيات الفصل ٤٨٨ من ق.م.م. متوفرة في النازلة بسبب مديونية البائع لما ذكره أعلاه.

وحيث أنه بذلك يكون الأمر الاستعجالي فيما قضى به مصادف للصواب، مما يتعين تأييده بهذا الخصوص مع تحميل الصائر للطاعن.

وعملاً بأحكام المواد: ٥ و ١٠ و ١٨ من قانون أحداث المحاكم التجارية:

لهذه الأسباب

فإن محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء، وهي تبث انتهائياً علنياً وحضورياً تصرح:

في الشكل: قبول الاستئناف.

في الجوهر: برده وتأييد الأمر الاستعجالي الصادر....

ونذكر من القضاء الفرنسي بعض الحثيات من حكم محكمة النقض الصادر بتاريخ ٢ ديسمبر ١٩٧٤^(١) فقد قضت المحكمة في هذا الحكم بأن:

«البنك لا يسأل عن تنفيذ الاعتماد ولو اتضح أن البضاعة غير مطابقة للمستندات الواردة بخطاب فتح الاعتماد، إلا إذا كان هناك غش من البائع وكان البنك يعلمه...».

(١) مشار إليه لدى د. يوسف بنباصر، المرجع السابق، ص ١٠، ص ١٥.

وأضاف الحكم المذكور قائلاً:

«يرتكب غشاً المستفيد الذي يقدم إلى البنك شهادات مراقبة لا تحمل توقيع الأشخاص المختصين بتنفيذ هذه الرقابة، وفواتير ذكرت بضاعة وكمية مخالفة للمشحون حقيقة للمشتريين الأمرين، ولا يستطيع المستفيد أن يدعى على البنك أنه ارتكب بدوره خطأ لكونه لم يراقب صحة توقيعات المستندات وأن البنك لذلك تنازل عن حقه في الرجوع عليه حتى دفع له بدون تحفظ...».

وأصدرت محكمة النقض المصرية أيضاً حكماً بتاريخ ١٥ أبريل ١٩٥٤^(١)،

قضت فيه بأن:

«البائع خالف شروط الاعتماد بأن شحن البضاعة من ميناء غير الميناء المنصوص عليه في تلك الشروط، وكان الشرط الذي يحدد ميناء الشحن هو من الشروط التي يجب مراعاتها...».

٣- محل الغش في الاعتماد المستندي وشخص مرتكبه:

هناك شروط يجب توافرها في محل الغش (أ) وفي شخص مرتكبه (ب) لكي ينتج أثره في تعطيل مبدأ استقلال التزام البنك بدفع قيمة الاعتماد المشتري عن علاقة الأساس.

(أ) محل الغش في الاعتماد المستندي:

يمكن أن يكون الغش الموجب لتعطيل دفع قيمة الاعتماد المستندي في عقد الاعتماد المستندي ذاته (*) أو في عقد الأساس (*).

(١) مشار إليه لدى د. يوسف بنباصر، المرجع السابق، ص ١٩.

(*) الغش في عقد الاعتماد المستندي (الغش المستندي):

قد يقع الغش في الاعتماد المستندي ذاته وليس في البضاعة وهو ما يطق عليه «الغش المستندي». وهذا النوع من الغش له أهميته، بل أن هناك من يعتقدون أنه الغش الذي يعتد به.

ويقصد بالغش المستندي تقديم مستندات مزورة أو احتيالية^(١). والمستند المزور هو ما يعده المستفيد بنفسه أو بعلمه، دون أن يكون صادراً عن الشخص المختص بإعداده، كأن يقوم المستفيد بتعبئة نموذج سند الشحن بنفسه ويوقع عليه بدلاً من ربان السفينة.

أما المستند الاحتيالي فيقصد به ذلك المستند الذي يعده الشخص المختص بذلك ولكنه يحتوي على بيانات خلافاً للحقيقة والواقع، كأن يشحن المستفيد البضاعة بتاريخ ٢٠ ديسمبر مثلاً، ويتفق مع ربان السفينة على أن يدون في هذا السند أن الشحن تم بتاريخ ١٨ ديسمبر حتى لا يفقد المستفيد حقه في مبلغ الاعتماد، ويكون الشحن قد تم في الميعاد المتفق عليه.

ويقع الغش المستندي أيضاً في بوليصة الشحن، وهي أهم مستندات النقل. فقد تصدر من شخص لا يملك سلطة إصدارها أصلاً وليس من الخط الملاحي المعتمد. وقد لا يكون الخط الملاحي المدون في بوليصة الشحن غير موجود أصلاً. كذلك الأمر بالنسبة لشهادة الفحص، فقد يكلف وكيل معين بها ولكنها تصدر من شخص لا علاقة له بهذا الوكيل.

(١) د. أكرم إبراهيم حمدان الزغبى، مسنولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، دون سنة نشر أو طبعة، ص ١٥٣.

ففي كل هذه الفروض يحق للبنك الفاتح رفض هذه المستندات استناداً إلى الغش، لأن المستندات في تلك الحالات ستكون ورقاً لا قيمة له.

إلا أن اكتشاف الغش المستندي قد يكون صعباً بالنسبة للبنك إذا كان التزوير الذي شابه متقناً.

(* الغش في عقد الأساس (الغش في البضاعة):

ويعتبر غشاً في عقد الأساس الغش المادي المتعلق بالبضاعة موضوع هذا العقد. فقد يتعاقد المستورد علي صفقه ساعات ثم يكتشف أن البضاعة عبارة عن "حجارة" بدلاً من الساعات. وقد يتفق المستورد مع المورد علي توريد كمية من الورق ويتبين بعد الشحن أن البضاعة عبارة عن قمامة ومواد لا قيمة لها.

وقد استقر القضاء المقارن علي أن الغش الواقع في عقد الأساس والمتعلق بالبضاعة، والغش المستندي الواقع في الاعتماد ذاته، كلاهما يقضي علي أن مبدأ استقلال التزام البنك بدفع قيمة الاعتماد ويمنع البنك من الدفع.

(ب) شخص مرتكب الغش في الاعتماد المستندي:

قد يصدر الغش في الاعتماد المستندي من المستفيد من الاعتماد (*)، وقد يكون نتيجة تواطؤ بين المورد والمستورد (*).

(* صدور الغش من المستفيد (المورد):

قد يقدم المستفيد من الاعتماد إلى البنك مستندات سليمة في ظاهرها، ولكنها في حقيقتها مزورة تزويراً متقناً بهدف خداع البنك وإيهامه. وقد يقوم المستفيد (المورد) بإرسال بضاعة إلى المستورد (العميل الأمر) غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها بينهما في عقد الأساس، ويعلم المورد بذلك. وقد لا يصدر الغش من المستفيد ولكنه يعلم به، ففي الحالتين يعد غشاً صادراً من المستفيد. وحيث أن الغش يفسد كل شيء،

فمن حق البنك الامتناع عن الدفع باعتبار أن هذا الغش يمثل استثناء على مبدأ استقلال التزام البنك بالدفع عن علاقة الأساس.

(*) صدور الغش بالتواطؤ بين المورد (المستفيد) والمستورد (العميل الأمر):

قد يتأمر طرفاً عقد الأساس على تقديم مستندات تنطوي على احتيال بما يخص بضاعة غير موجودة أو غير مطابقة للمواصفات. ويقوم البنك بفحص المستندات، ونظراً لعدم وجود شكوى من أي من طرفيه بتزوير المستندات، فإن البنك لن يستطيع أن يعلم بهذا التزوير. ولن يفيد في هذا الخصوص إرسال المستندات للمستورد (العميل الأمر) لفحصها وإخطار البنك بما فيها من تزوير أو أوجه عوار، لأن هذا العميل متواطئ مع المستفيد من الاعتماد (المورد).

إلا أن الغش الصادر بالتواطؤ بين العميل الأمر والمستفيد، لن يتم اللجوء إليه في حالتين هما: الأولى: ألا يكون العميل الأمر قد غطى الاعتماد كلياً أو جزئياً، أي أن يكون الاعتماد قد تم فتحه على المكشوف، أي أن البنك هو الذي قام بتمويله بإقراض العميل الأمر غطاء هذا الاعتماد. ففي هذا الفرض يكون للغش بالتواطؤ بين الطرفين فائدة لهما، حيث سيقوم البنك بدفع قيمة الاعتماد الوهمي المتعلق ببضاعة غير موجودة أو غير مطابقة للمواصفات للمستفيد، الذي يقوم بدوره باقتسامه مع العميل الأمر. فالبنك في هذه الحالة وقع فريسة لطرفي عقد الأساس، واستعمل كوسيلة لغسيل الأموال.

أما إذا تعلق الأمر باعتماد مغطى بالكامل فإنه يصعب حدوث توافق بين المستفيد والعميل الأمر، حيث أن العميل الأمر لن يتأمر مع المستفيد للاحتيال على البنك، لأن هذا العميل الأمر قد سبق وغطى قيمة الاعتماد بالكامل من أمواله الخاصة ويهمه إتمام عملية الاعتماد أو استرداد هذا الغطاء.

الثانية: أن يكون الغش متعلقاً بعقد الأساس أي بالبضاعة، وليس غشاً مستندياً. لأنه في هذا النوع من الغش غالباً ما يتصرف المستفيد غشاً لتحقيق مصلحة خاصة به. ومن ثم فهو لا يتواطأ في هذا الخصوص مع غيره، كمن يدون في بوليصة الشحن بلد منشأ غير بلد المنشأ الحقيقي، أو يذكر ميناء شحن غير ميناء الشحن الحقيقي. أما في النوع الأول من الغش المتعلق بالبضاعة فإن التواطؤ بشأنه متصوراً وأكثر احتمالاً، حيث أن المورد يتفق مع المستورد على شحن بضاعة بديلة ليس لها قيمة أو عدم شحن بضاعة أصلاً، ليحصل من البنك على قيمة البضاعة الحقيقية التي لم يدفع فيها ثمناً أو دفع ثمناً تافهاً، ويقتسم تلك القيمة مع المستورد (العميل الأمر).

٤ - إثبات الغش:

يمثل الغش استثناء هاماً على استقلال التزام البنك بدفع قيمة الاعتماد عن عقد الأساس، ويعد خروجاً صارخاً على مفهوم وفلسفة الاعتماد المستندي وآليات تنفيذه التي يطمئن إليها المستفيد الذي يلجأ لهذا الطريق لما يوفره له من أمان وثقة للحصول على ثمن البضاعة. لذلك فإن الإدعاء بالغش والاحتجاج به كمبرر قانوني لتعطيل تنفيذ البنك لالتزامه لا يمكن الاعتداء به وترتيب آثاره إلا بعد إقامة الدليل القاطع على حقيقة وجوده تفادياً لأية مطالبات احتيالية من بعض المشتريين الأمرين سيئ النية، وتجنباً لأي محاولة منهم للتحلل من التزاماتهم. لذلك لا يكفي أن يدعي العميل الأمر بوجود غش، بل يجب أن يثبت هذا الغش بدليل قاطع لا يرقى إليه الشك، إلا إذا كان الغش واضحاً يفتأ العينين كما ذهب بعض أحكام القضاء^(١).

(١) الأمر الاستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية عبدالسبع الحي المحمدي، المغرب، بتاريخ ٣ ديسمبر ١٩٩٧ في الملف الاستعجالي رقم ١١٢٧ / ١٩٩٧، مشار إليه لدى د. يوسف بنباصر، المرجع السابق، ص ٩.

أما إذا كان الغش ليس بهذا الوضوح، فما هي وسيلة إثباته، هل يكفي تقرير الخبير، أم أنه لا بد من صدور حكم قضائي يمنع البنك من الدفع أو بتوقيع الحجز التحفظي على قيمة الاعتماد المستندي^(١).

ذهب رأي إلى انه يكفي تقرير الخبير، وذهب رأي آخر إلى أنه لا بد من صدور حكم قضائي.

ونحن هنا نرى التفرقة بين أمرين: إذا كان الأمر منظوراً أمام القضاء وانتدب خبيراً في الدعوى فإن تقرير الخبير الذي يثبت وجود الغش. فلو أخذت به المحكمة فلم يعد الأمر متعلقاً بتقرير خبير، وإنما يندمج هذا التقرير في الحكم الذي أقره، وتصيح وسيلة الإثبات في هذه الحالة هو الحكم القضائي. أما إذا كان الأمر يتعلق بتقرير صادر من مصلحة الجمارك، التي تكتشف الغش عند الإفراج عن البضاعة محل عقد الأساس، فإن وسيلة إثبات الغش في تلك الحالة هو تقرير الخبير وليس حكم القضاء.

وسواء تعلق الأمر بتقرير خبير أم بحكم قضائي، فإننا نرى أن أي من هاتين الوسيلتين كافٍ لإثبات الغش الذي يمنع البنك من الوفاء بقيمة الاعتماد المستندي، ويستوي الأمر هنا سواء كان الغش مستندياً أو غشاً في البضاعة. ولكن في جميع الأحوال يتعين أن يتوافر الدليل على الغش قبل تنفيذ الاعتماد، أي قبل تاريخ استحقاق مبلغ الاعتماد، وقبل الدفع أو قبل المرحلة النهائية لتنفيذ الاعتماد إذا نفذ على مراحل.

وتجدر الإشارة إلى أن إقامة الدليل على الغش، خصوصاً الغش في البضاعة، لا يمكن تصوره إلا في الاعتماد المستندي المؤجل، الذي لا تدفع قيمته إلا بعد مدة معينة من وصول المستندات تكون البضاعة في خلالها قد وصلت، أما الاعتماد المستندي

(١) حول مدى جواز الحجز على قيمة الاعتماد المستندي، انظر: د. رضا السيد، د. حسام رضا: النظام المصرفي وعمليات البنوك، طبعة ٢٠١٥، ص ٣١١ وما بعدها.

المعجل الذي تدفع قيمته بمجرد وصول المستندات وليس بعد مدة معينة من وصولها، فإن الدفع في هذه الحالة يتم قبل وصول البضاعة، ومن ثم فإن الاعتماد يكون قد تم تنفيذه قبل طلب وسيلة إثبات حالة البضاعة لأنها في هذا التوقيت لم تكن قد وصلت بعد. أما إقامة الدليل على الغش المستندي فيمكن أن يتم قبل وصول البضاعة، لأن المستندات تصل إلى البنك من المستفيد عادة قبل أن تصل البضاعة.

وذهب اتجاه في الفقه^(١) أن معظم البنوك الأمريكية لدى استلامها مستندات تتباين جوهرياً مع شروط خطاب فتح الاعتماد، تقوم بتوجيه إخطار إلى طالب فتح الاعتماد، ويأخذ هذا الإخطار شكل خطاب مسجل يعلم الوصول، تدون فيه المخالفات الواردة في المستندات وتطلب منه الإطلاع عليها وإصدار تعليماته بالدفع من عدمه، فإذا لم يتلق البنك رداً خلال ٢٤ ساعة من تاريخ تسلم العميل الأمر لهذا الخطاب، فإن البنك يخطر المستفيد أو بنكه أن المخالفات الموجودة في المستندات لا تسمح له بدفع القيمة، فإذا لم يقم البنك بهذا الإخطار فيعد ذلك تنازلاً منه عن حقه في إثارة أية اعتراضات لرفض الدفع^(٢).

وهكذا فإنه إثارة مسألة الغش في الاعتماد المستندي يمكن أن تتم من العميل الأمر (المستورد) أو من البنك الفاتح نفسه أو من البنك المتدخل.

(١) د. حاتم محمد عبدالرحمن: العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بها ٢٠٠٣، ص ، دار النهضة العربية، القاهرة.

(٢) د. على جمال الدين: الاعتمادات المستندية، ١٩٨١، ص ، دار النهضة العربية.

المبحث الثاني

علاقات خطاب الضمان واستقلالها

تناول المشرع المصري تنظيم أحكام خطاب الضمان في المواد من ٣٥٥ إلى ٣٦٠ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، فعرفته المادة/٣٥٥ من هذا القانون بأنه تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر يسمى المستفيد إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون إعتداد بأية معارضة^(١).

فأطراف خطاب الضمان وفقاً لهذا التعريف ثلاثة هم: البنك مصدر الخطاب، والعميل الأمر بإصدار الخطاب، والمستفيد منه، وقد يتدخل بنك ثان لضمان تنفيذ التزام البنك المصدر، ويصبح هو البنك الضامن الأصلي ويتحول البنك المصدر إلى ضامن مقابل، فيكون أطراف الخطاب في هذه الحالة أربعة.

ويترتب على تعدد أطراف خطاب الضمان تعدد العلاقات الناشئة عنه (المطلب الأول). وتلك العلاقات، رغم ارتباطها، مستقلة من حيث المبدأ، عن بعضها البعض (المطلب الثاني).

(١) د. عبدالرحمن قرمان، عمليات البنوك طبقاً لقانون التجارة الجديد، طبعة ٢٠٠٠، ص ٣٥٠، دار النهضة العربية.

المطلب الأول

علاقات خطاب الضمان

تنشأ، من حيث الأصل، عدة علاقات من خطاب الضمان إذا كانت أطرافه ثلاثة (الفرع الأول) وتزداد تلك العلاقات تعدداً عندما يتدخل بنك ثان في حالة الضمان المقابل (الفرع الثاني).

الفرع الأول

علاقات خطاب الضمان إذا كان ثلاثي الأطراف

قبل الاسترسال في شرح العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان عندما تكون أطرافه ثلاثة، هناك ملاحظة مبدئية يتعين إبداءها فيما يخص الفرق بين هذه العلاقات وتلك التي تنشأ عن الاعتماد المستندي. فخطاب الضمان يصدر لتغطية أخطار غير محدودة، عقديّة كانت أو غير عقديّة، على عكس الاعتماد المستندي فيتم فتحه بمناسبة عقد توريد بضائع منقولة فقط. أما العلاقات التي تنشأ عن هاتين العمليتين المصرفيتين تتشابه من حيث أطرافها، بل وبذات مسمياتهم. إلا أن هناك فرقاً جوهرياً بين خطاب الضمان والاعتماد المستندي يلقي بظلاله بالتأكيد على محتوى ومضمون تلك العلاقات، لاسيما فيما يتعلق بالاستثناءات الواردة على استقلالها عن بعضها البعض، وهو أن قيمة خطاب الضمان يتم دفعها لدى أول مطالبة من المستفيد الذي لا يلتزم بتقديم أية مستندات إلى البنك في مقابل ذلك، أما قيمة الاعتماد المستندي فلا يتم الوفاء بها من قبل البنك الفاتح إلا إذا قدم إليه المستفيد المستندات المتفق عليها، وبعد التأكد من سلامتها وصحتها ومطابقتها ظاهرياً. فقيمة الاعتماد تدفع مقابل المستندات.

وأنواع خطابات الضمان عديدة لا تقع تحت حصر، إذا أنها تختلف باختلاف نوع الخطر الذي صدر الخطاب لتغطيته، فهناك على سبيل المثال خطاب الضمان الابتدائي

وخطاب الضمان النهائي، وخطاب ضمان حسن التنفيذ، وخطاب الضمان الملاحي، وخطاب الضمان الجمركي، وخطاب الضمان المقابل.

وأياً كان نوع الخطاب فالعلاقات التي تنشأ بين أطرافه واحدة، وتتمثل فيما يأتي:

أولاً: العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد:

تنشأ العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد قبل إصدار خطاب الضمان، ويحكمها العلاقة التي تربط بينهما والتي صدر الخطاب بسببها^(١). وتتضمن هذه العلاقة، التي قد تكون عقدية أو غير عقدية، بنداً يلزم العميل الأمر بإصدار تعليماته إلى بنكه ليصدر خطاب ضمان لصالح المستفيد وفق شروط متفق عليها بينهما في هذا البند. ويكون العميل الأمر في تلك العلاقة، والذي تختلف صفته ومسامه حسب نوع هذه العلاقة، هو المدين، ويكون المستفيد هو الدائن، والذي أيضاً يختلف اسمه في العلاقة المذكورة.

وتسمى العلاقة التي تربط العميل الأمر بالمستفيد علاقة الأساس، وتتحدد حقوق والتزامات طرفيها وفقاً للمتفق عليه بينهما^(٢). ويتم تسوية الأمور بينهما طبقاً لتلك العلاقة حتى بعد قيام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان، فهي المرجع النهائي للطرفين. فكما سنرى لاحقاً. فهذه العلاقة لا تستقل عن خطاب الضمان بالنسبة لحقوق والتزامات طرفيها، وإن كانت تستقل عن الخطاب فيما يخص التزام البنك بالدفع. ولذلك فإنه من الأفضل والأدق القول أن التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان هو المستقل عن خطاب الضمان، وليس القول أن خطاب الضمان يستقل عن علاقة الأساس.

(١) د. مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، المرجع السابق، ص ٣٢٢.

(٢) د. على البارودي، العقود التجارية وعمليات البنوك، (المرجع السابق، ص ٤١٨، د. مجدي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٢٦ وما بعدها.

فقد يقوم البنك بدفع قيمة الخطاب ثم ينازع العميل الأمر في أحقية المستفيد في مبلغ الخطاب، فيرجع عليه، وليس على البنك، لاسترداد ما قبضه على أساس الدفع غير المستحق، ويتم هذا الرجوع وفقاً لبنود علاقة الأساس، حيث سيتحدد إخلال أي من الطرفين من عدمه بتنفيذ التزاماتهما على ضوء هذه العلاقة.

ثانياً: العلاقة بين العميل الأمر والبنك مصدر الخطاب:

يتوجه العميل الأمر إلى البنك، إعمالاً لبند إصدار خطاب الضمان الوارد في علاقة الأساس، ليطلب منه إصدار خطاب ضمان للمستفيد وفقاً للضوابط والشروط الواردة في هذا البند، فيقوم البنك، تنفيذاً لأمر عميله، بإصدار الخطاب. وهذا هو عقد إصدار خطاب الضمان الذي يربط بين العميل الأمر والبنك، يتضمن مدة الخطاب ومبلغه وعملة الوفاء به. وهي ذات الشروط والضوابط المنصوص عليها في علاقة الأساس.

وبالتالي فإن علاقة الأساس هي التي تؤدي إلى نشوء عقد إصدار الخطاب، فهي سببه ومصدره^(١). وهذا هو وجه الارتباط بينهما. ولكنهما مستقلان بعد ذلك في خصوص التزام البنك بدفع قيمة الخطاب. إلا أنهما مرتبطتان فيما يتعلق بحقوق والتزامات طرفي علاقة الأساس، حيث يتم تسوية العلاقة بينهما والناشئة عن عقد إصدار الخطاب وفقاً للبنود المتفق عليها في علاقة الأساس.

ثالثاً: علاقة البنك المصدر بالمستفيد من الخطاب:

بعد أن يقوم البنك بإبرام عقد إصدار الخطاب مع العميل الأمر، يخطر المستفيد بأن هناك خطاب ضمان قد صدر لصالحه بناء على تعليمات العميل الأمر، ويبلغه

(١) د. مجدي عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ٢٧.

بتفاصيل هذا العقد عن طريق خطاب يوجهه إليه، هو خطاب إصدار خطاب الضمان. وخطاب التبليغ هو الذي يحكم العلاقة بين البنك المصدر والمستفيد^(١).

فخطاب إصدار الخطاب قد تم إبلاغه للمستفيد نفاذاً لعقد إصدار خطاب الضمان الذي أبرمه مع العميل الأمر، وهذا العقد الأخير قد أبرم تأسيساً على علاقة الأساس واستناداً إليها. وهكذا فتلك العلاقات الثلاث مرتبطة، فعلاقة الأساس أدت إلى العلاقة بين العميل الأمر والبنك، وتلك العلاقة الأخيرة أدت لنشوء العلاقة الثالثة بين البنك المصدر والمستفيد. وهذه العلاقات الثلاث، رغم ارتباطها ببعضها بسبب وجود طرف قاسم مشترك، فالعميل الأمر قاسم مشترك في علاقة الأساس وعقد إصدار الخطاب، والبنك المصدر قاسم مشترك في عقد إصدار الخطاب، وخطاب إصدار خطاب الضمان الموجه للمستفيد، إلا أنها علاقات مستقلة، ولا يجوز التمسك بدفع يتعلق بإحداها لعرقلة تنفيذ الأخرى^(٢).

وهكذا فقد عرضنا لعلاقات خطاب الضمان الثلاث بالقدر الذي يتفق مع أحكام هذا الخطاب مراعين في ذلك الفرق بينه وبين الاعتماد المستندي، أما باقي تفاصيل هذه العلاقات فتتفق مع تفاصيل علاقات الاعتماد المستندي، فنحيل إليها منعاً من التكرار^(٣).

(١) د. سميحة القليوبي: الأسس القانونية لعمليات البنوك، ط٢، ٢٠٠٣، ص ١٤٣، دار النهضة العربية.

(٢) د. محي الدين إسماعيل علم الدين: موسوعة أعمال البنوك من الناحية القانونية، ١٩٨٧، ص ٥٦٨، دار النهضة العربية.

(٣) انظر ما سبق ص ١٨٥ وما بعدها.

الفرع الثاني

علاقات خطاب الضمان إذا كان رباعي الأطراف

قد يتدخل بنك ثان في خطاب الضمان فتصبح أطرافه أربعة. ويضاف بذلك علاقة جديدة تنشأ بين البنك المصدر والبنك المتدخل (أولاً) إلى العلاقات الأخرى التي يجب النظر إليها من منظور علاقة باقي أطراف الخطاب بالبنك المتدخل (ثانياً).

أولاً: علاقة البنك الضامن الأصلي بالبنك الضامن المقابل:

إن الضامن الناشئ عن خطاب الضمان نوعان: الضامن المباشر: وفيه يصدر خطاب الضمان من بنك العميل الأمر، ويقوم هذا البنك بإخطار المستفيد مباشرة بإصدار الخطاب دون وساطة بنك آخر. وهذا النوع من الضمان نادر في العمل حيث عادة ما يفضل المستفيد أن يقوم بنك محلي في بلده بتنفيذ عملية الضمان إمعاناً في حمايته. والضامن غير المباشر: وفيه يقوم بنك العميل الأمر بمخاطبة بنك آخر، قد يكون فرعاً أو مراسلاً له، وقد يكون مستقلاً عنه، ليصدر خطاب الضمان للمستفيد. وهنا يكون البنك المحلي في بلد المستفيد هو الضامن الأصلي، ويكون البنك الذي أصدر له الأمر، وهو بنك العميل الأمر، هو الضامن المقابل.

وفي هذا الفرض تكون عملية الضمان رباعية الأطراف: العميل الأمر، المستفيد، البنك الضامن الأصلي، البنك الضامن المقابل.

ويرتبط الضامن الأصلي بالضامن المقابل ارتباطاً عضوياً، فإذا لم يطلب الضامن الأصلي، فإن الضامن المقابل بدوره لا يطلب، لأن الضامن المقابل ما هو إلا لضامن الضامن الأصلي ضد الأخطار التي يتعرض لها عند إصدار الخطاب. ولو سبق ودفع الضامن الأصلي ورجع بما دفعه على الضامن المقابل، فعلى الأخير أن يرد إليه ما دفعه باعتبار أنه بنك العميل الأمر الذي تم إصدار الخطاب عن طريق الضامن الأصلي بناء

على تعليماته، فلا توجد علاقة مباشرة بين العميل الأمر والبنك الضامن الأصلي، وإنما توجد علاقة مباشرة بين العميل الأمر والضامن المقابل.

والعلاقة بين الضامن الأصلي والضامن المقابل هي علاقة وكالة، مثل العلاقة بين البنك فاتح الاعتماد المستندي والبنك المؤيد، وتترتب ذات النتائج المتعلقة بالاعتماد المستندي المؤيد، فنحيل إليها منعاً من التكرار^(١). ولكن هل التزام البنك الضامن الأصلي مستقل عن التزام البنك الضامن المقابل؟ تلك مسألة سنعرض لها لاحقاً^(٢).

ثانياً: علاقة كل من العميل الأمر والمستفيد بالبنك الضامن الأصلي:

في حالة تدخل بنك ثان في عملية خطاب الضمان لا توجد علاقة مباشرة بين هذا البنك الثاني (الضامن الأصلي) والعميل الأمر، حيث أن البنك الضامن المقابل (بنك العميل الأمر) هو الذي يخاطب البنك الضامن الأصلي ليصدر خطاب الضمان لصالح المستفيد، وإن كانت تلك المخاطبة تتم بناء على طلب العميل الأمر.

أما بالنسبة للمستفيد فتوجد بينه وبين البنك الأصلي علاقة مباشرة، فهو الذي اختاره واشترط أن يكون في بلده. وهذا البنك هو الذي يخطر المستفيد بخطاب الضمان الذي أصدره لصالحه. ويرجع المستفيد مباشرة على البنك الضامن الأصلي لمطالبته بقيمة خطاب الضمان.

(١) انظر ما سبق، ص ١٩٩ وما بعدها.

(٢) انظر لاحقاً، ص ٢٥٧ وما بعدها.

المطلب الثاني

مبدأ استقلال علاقات خطاب الضمان واستثناءاته^(١)

تستقل العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان عن بعضها البعض من حيث الأصل (الفرع الأول)، إلا أن مبدأ استقلال تلك العلاقات ترد عليه بعض الاستثناءات، خصوصاً استقلال التزام البنك بدفع قيمة الاعتماد عن علاقة الأساس (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مبدأ استقلال علاقات خطاب الضمان^(٢)

رغم أن هناك ارتباطاً بين علاقات خطاب الضمان، إلا أنها مستقلة من حيث المبدأ عن بعضها البعض، ولا يجوز التمسك بأي دفع ناشئ من أية علاقة منها في خصوص علاقة أخرى. ومن أهم العلاقات المستقلة تلك العلاقة بين خطاب الضمان وعلاقة الأساس، وخصوصاً استقلال التزام البنك بدفع قيمة الخطاب عن علاقة الأساس (أولاً)، واستقلال التزام البنك الضامن الأصلي عن التزام البنك الضامن المقابل (ثانياً).
أولاً: استقلال التزام البنك عن علاقة الأساس:

وهذا الاستقلال نصت عليه صراحة المادة/ ٣٥٨ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، والذي يجري نصها على أنه: "لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة البنك بالأمر أو إلى علاقة البنك بالمستفيد".

(١) حول مبدأ الاستقلال استثناءاته بصفة عامة، انظر عادل إبراهيم السيد مصطفى، المرجع السابق، ص ٢٥ وما بعدها.

(٢) حول موضوع استقلال خطاب الضمان، انظر بصفة عامة: د. خليل فيكتور تادرس خليل. مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥، ص ١٤٣ وما بعدها، رسالة دكتوراه ٢٠٠٤، حقوق القاهرة.

فوفقاً لهذه المادة فإن التزام البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد مستقل عن عقد إصدار خطاب الضمان المبرم بين البنك والعميل الأمر، وعن علاقة الأساس التي تربط المستفيد بالعميل الأمر.

ويترتب على استقلال خطاب الضمان عن علاقة الأساس النتائج الآتية:

١- إن التزام البنك يقتصر على دفع مبلغ من النقود بمجرد طلب المستفيد، وذلك بصرف النظر عن مقدار مديونية العميل الأمر^(١). فقد يكون المبلغ الملتزم البنك بدفعه أكبر أو أقل من تلك المديونية.

٢- لا يستطيع البنك أن يدفع في مواجهة المستفيد بالدفع الناشئة عن العيوب المتعلقة بالعقد لكي يمتنع عن الدفع، فلا يجوز له مثلاً التمسك ببطلان عقد الأساس، فهذا البطلان ليس له أثر على عقد الضمان المبرم بين البنك والعميل الأمر، ولكن قد يكون العقد الأصلي قد أبطل بحكم القضاء أو ألغي باتفاق الطرفين، وذلك قبل إصدار الضمان، فهنا يرى البعض، وبحق، أن مبدأ الاستقلالية يفقد أثره^(٢).

٣- لا يعفي البنك من التزامه قيام العميل الأمر بتنفيذ كافة الالتزامات التي تقع على عاتقه طبقاً للعقد الأصلي، وتطبيقاً لذلك فقد حكم بأن قيام الأمر بتنفيذ كافة التزاماته الناشئة من عقد الأساس في مواجهة المستفيد من الضمان، لا يعفي البنك الضامن من الدفع عند توجيه المطالبة إليه من المستفيد^(٣)، بل أن القضاء

(1) VASSEUR, Droit et economie bancaire, Paris 1987, p.284.

(2) V. Cour d'appel de Paris 29 Janvier 1981, D. 1981. p. 336, note VASSEUR.

(3) Rive – Lange, garantie internationale et caution, Banque 1987; p.11. etss.

قد ذهب إلى ابعاد من ذلك عندما قرر أن قيمة الضمان يجب أن تدفع لدى الطلب حتى ولو أصبح تنفيذ العقد الأصلي مستحيلاً بفعل المستفيد.

٤ - قد يختلف القانون واجب التطبيق على كل من العقدين، حيث أن العقد الأصلي يمكن أن يخضع لقانون مختلف عن ذلك الذي يخضع له الضمان تحت الطلب^(١).

٥ - قد يختلف القاضي المختص بنظر المنازعات التي قد تنشأ من كل من العقدين، فشرط التحكيم مثلاً الذي قد يرد في عقد الأساس لا يسري على الضمان تحت الطلب^(٢).

وكما أن خطاب الضمان مستقل عن عقد الأساس، فإن التزام البنك الضامن الأصلي مستقل هو الآخر عن هذا العقد.

ثانياً: استقلال التزام البنك الضامن الأصلي عن التزام البنك الضامن المقابل:

والسؤال الذي يثور الآن هو: هل كل من الضمان الأصلي والضمان المقابل مستقلان عن بعضهما، كما هما مستقلان عن عقد الأساس؟

لقد قضت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها بأن الضمان الأصلي مستقل عن الضمان المقابل، واستخلصت من ذلك أن البنك الضامن المقابل إذا التزم صراحة بالتزامات أوسع نطاقاً من التزامات الضامن نفسه، فإنه يظل خاضعاً لتلك الالتزامات^(٣).

(1) Cass. Com 17 Janvier 1983., J. C. P. 1983. 11-19966 note J. Stoufflet.

(2) Cass. Com. 20 Nov 1985, Dalloz 1986, J. 213.

(3) Cass. Com 19 nov. 1985 Bull civ IV no 274, p.231. Cass. Com 5 Fev. 1985, Bull, Civ IV no 45 P. 38; Cass. Com 20 nov. 1985,= Dalloz 1986. J. 213, 3em esp, note vasseur; - Gavalda et stoufflet, chr. Dr. Bancaire, J. C. P. 1986, et. G. 1. 3265 no 121.

إلا أنه في الحقيقة إذا تكلمنا عن استقلال كل من هذين الضمانين عن علاقة الأساس. فهل فعلاً يمكن القول بأنهما مستقلان عن بعضهما؟

بداية، يجب أن نشير إلى أن فكرة استقلال الضمان الأصلي عن الضمان المقابل قد طرقت لتأسيس ضرورة التواطؤ بين المستفيد والضامن الأصلي لكي ينفي التزام الضامن المقابل^(١)، إلا أنه يمكن شرح تلك الضرورة دون اللجوء لفكرة الاستقلال حيث أنها مشكوك فيها، فيكفي أن نلاحظ أن البنك الضامن المقابل لا يلتزم بشيء إلا في مواجهة البنك الأصلي، وغش أو تعسف هذا الأخير في استعمال حقه يكفي، فبمجرد صدور غش أو تواطؤ بين الضامن الأصلي والمستفيد، فلا يلتزم الضامن المقابل بشيء في مواجهة البنك الضامن الأصلي كل ذلك بدون الكلام عن استقلال كل منهما عن الآخر.

ونلاحظ هنا أنه إذا لم يطلب الضمان الأصلي، فإن الضمان المقابل بدوره لا يطلب، لأن الضمان المقابل ما هو إلا لضمان الضامن الأصلي ضد الإخاطر التي يتعرض لها عند إصدار الضمان. ولو سبق ودفع الضامن الأصلي ورجع بما دفعه على الضامن المقابل، فيستطيع هذا الأخير التمسك في مواجهته بالمقاصة إذا كان دائناً له. بشرط أن يكون الضامن الأصلي مديناً للضامن المقابل وليس للعميل الأمر.

وأمام كل ذلك يصعب علينا أن نتكلم عن استقلال كل منهما عن الآخر.

(1) S. V. Stouffet, art, Prec. P. 1278; - Cass. Com. "decembre 1985, J. C. P. 1986 et (E) 11, 20593; Dalloz 1986. 213. note VASSEUR.

الفرع الثاني

الاستثناءات على مبدأ استقلال التزام البنك

عن عقد الأساس

هل الاستقلال الذي يتمتع به خطاب الضمان عن العقد الأصلي هو استقلال مطلق، أم ترد عليه بعض القيود؟ بمعنى آخر، هل مطالبة المستفيد للبنك الضامن بدفع قيمة الضمان دائماً مقبولة أم أن هناك أسباباً معينة، إذا توافرت، يستطيع البنك الضامن التمسك بها لرفض الدفع إلى المستفيد، أو يستطيع الأمر، تمسكاً بتلك الأسباب، أن يطلب من البنك الضامن الامتناع عن الدفع إلى المستفيد؟

قبل الإجابة على هذا السؤال يجب أن نوضح أن مبدأ الاستقلال السابق شرحه مقرر بالدرجة الأولى لمصلحة المستفيد، الذي يستطيع بمجرد طلبه من البنك أن يحصل على قيمة الضمان بصرف النظر عن العقد الذي يربطه بالأمر. إلا أن الفقه والقضاء قدروا أن إطلاق مبدأ الاستقلال فيه نوع من الإجحاف بالأمر، وخصوصاً في الحالات التي يكون فيها قد نفذ كافة التزاماته الناشئة عن العقد الأصلي^(١). ولذلك فقد حاولوا تقرير بعض القيود على الاستقلال للموازنة بين مصالح الطرفين، العميل الأمر، والمستفيد. ولكن لما كان هذا الاستقلال هو الذي يدفع عادة المستفيد لقبول هذا النوع من الضمان المصرفي، فقد تشدد القضاء في الشروط الواجب توافرها في القيود التي ترد على مبدأ الاستقلال.

(١) حول استقلال التزام البنك عن علاقة الأساس بصفة عامة انظر: د. مجدي عبدالفتاح، الامتناع المشروع للبنوك عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان (دراسة نقدية لنظام خطاب الضمان)، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٢، د. حاتم محمد عبدالرحمن، العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بتنفيذها، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠٠٢، د. خليل فيكتور، مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ٢٠٠٤.

إلا أن الملاحظ أن القضاء في الدول المتقدمة وأحكام التحكيم، كما سبق وان أوضحنا^(١)، قد انحازت للعميل الأمر بخطاب الضمان لأنه ينتمي غالباً لرعايا تلك الدول على حساب المستفيد منه الذي غالباً ما يكون من رعايا دول العالم الثالث، وذلك بالتوسع في الاستثناءات على مبدأ استقلال التزام البنك عن علاقة الأساس، إذ أن تلك الاستثناءات تصب في صالح العميل الأمر بالخطاب لأن من شأنها الربط بين التزام البنك وعلاقة الأساس مما يمكن هذا العميل من التمسك بالدفع الناشئة عن علاقة الأساس لمنع البنك من دفع قيمة الخطاب، وهذا الوضع يحقق حماية للعميل المذكور على حساب المستفيد^(٢).

ويمكن، استخلاصاً من الأحكام التي صدرت في الدول المتقدمة، وخصوصاً في فرنسا، والتي سنذكر أمثله منها، حصر تلك الاستثناءات في استثناءين هما: الغش الصادر من المستفيد (أولاً)، وتعسفه الظاهر (ثانياً).

أولاً: غش المستفيد:

اختلفت الآراء حول تعريف غش المستفيد (١) وإثباته (٢).

١- تعريف غش المستفيد:

يتعين بداية أن نشير إلى أن الغش في مجال خطاب الضمان يختلف عن الغش في مجال الاعتماد المستندي، ففي المجال الأخير ينصب الغش على المستندات بإثبات تزويرها أو عدم مطابقتها لإظهار التحايل على أحكام الاعتماد المستندي أو لبيان عدم مطابقة البضاعة محل عقد الأساس الثابتة في تلك المستندات للبضاعة التي وصلت بالفعل. وإثبات الغش في الاعتماد المستندي صعب لتعلقه بالمستندات فقط ولصعوبة

(١) انظر ما سبق، ص ١٨٣ وما بعدها.

(2) Stoufflet, la garantie bancaire à premiere demande, clunet 1987, p.265.

إثبات تزوير هذه المستندات خصوصاً عندما يكون التزوير متقناً، فضلاً عن الربط بين المستندات والبضاعة وهذا يتنافى مع جوهر وفلسفة الاعتماد المستندي.

أما إثبات الغش في مجال خطاب الضمان فهو أكثر سهولة، لاتساع دائرة حالاته وعدم قصره على تزوير المستندات، وتعلقه بتنفيذ العميل الأمر لالتزاماته الواردة في علاقة الأساس، وذلك بإثبات غياب كل حق للعميل الأمر تجاه المستفيد.

ولكن ما المقصود بالغش في هذا المجال؟

أن غالبية الفقهاء قد عرفوا الغش، بأنه التأكد من عدم وجود أي حق للمستفيد في قيمة خطاب الضمان استناداً إلى عقد الأساس^(١) وهناك العديد من التطبيقات في القضاء الفرنسي التي اعترف فيها بوجود غش من جانب المستفيد، نذكر منها على سبيل المثال التطبيق الآتي:

أبرمت شركة فرنسية تدعى S. A. E. عقداً مع بنك إيراني لإنشاء الملايين من الوحدات السكنية في إيران، وصدر بمناسبة تلك العملية نوعان من الضمان تحت الطلب: ضمان لحسن التنفيذ، وضمان برد العربون في حالة عدم تمام التنفيذ، ومنحت تلك الضمانات من بنك إيراني في بلد المستفيد كضامن أصلي، مع تعيين بنك فرنسي كضامن مقابل.

ولكن نتيجة أحداث سنة ١٩٧٩ وقيام ثورة الخوميني فقد توقفت الشركة الفرنسية S. A. E. عن العمل ولم تكمل المشروع المتعاقد عليه، وطلبت من قاضي الأمور المستعجلة، ومن قاضي الموضوع منع البنك الفرنسي بصفته ضامن مقابل،

(1) Cour d'appel de Pairs 14eme ch. 12 Juin 1985 Banque 1986, 190 ob. Rive – Lange.

والبنك الإيراني باعتباره ضامن أصلي من دفع قيمة الضمان، وإلزام البنك الذي تعاقدت معه بدفع قيمة الجزء الذي تم تنفيذه في العملية، علاوة على استرداد خطاب الضمان.

فقدّر قاضي الأمور المستعجلة أن طلب الدفع لو قدم من جانب البنك الإيراني المستفيد من خطاب الضمان، فإنه سيكون منطوياً على غش، وأصدر قراراً للبنكيين (الضامن الأصلي والضامن المقابل) بالامتناع عن الدفع لحين الفصل في الموضوع.

وفي سنة ١٩٨٣ قضت محكمة الموضوع بتعيين خبير لحصر قيمة الالتزامات التي تقع على كل من الشركة الفرنسية S. A. E. والبنك الإيراني، الطرف الآخر في العقد، فطعن الطرف الإيراني في هذا الحكم بالاستئناف استناداً إلى أنه يضع قيماً على استقلال التزام البنك الضامن بدفع قيمة الضمان، الذي يجب أن ينفذ بمجرد الطلب، ورفعت الشركة الفرنسية استئنافاً فرعياً مطالبة بمنع البنكيين من الدفع.

فقضى الاستئناف بحق الشركة الفرنسية في منع البنكيين من الدفع، وأسس هذا الحكم على وجود غش ظاهر من جانب المستفيد الإيراني، وتواطؤ بينه^(١) وبين البنك المحلي الإيراني الضامن الأصلي، وقد أثبتت المحكمة ذلك على مرحلتين:

في المرحلة الأولى:

بدأت المحكمة بإثبات أن طلب دفع الضمانات المقدم من البنك الإيراني الطرف في العقد إلى البنك الإيراني الضامن الأصلي كانت تنطوي على غش حيث أن السلطات الإيرانية قد أنشأت شركة تسمى "S. A. E. إيران" وعين جميع أعضاء مجلس إدارتها من جانب تلك السلطات، وكلفت بإتمام العملية التي كانت موكولة إلى الشركة الفرنسية S. A. E.، وصفت السلطات الإيرانية تلك الشركة دون إعطائها أي نوع من

(1) Cour d'appel de Paris 14eme ch. 12 Juin 1985 banque 1986, 190 ob Rive – Lange.

التعويضات، ولا رد أي ممتلكات لها على الأراضي الإيرانية، فلم يكن الطرف الإيراني يهدف من مطالبته إذن لقيمة الضمان سوى تحميل الشركة الفرنسية المنحلة أعباء الشركة الوهمية "S. A. E. إيران" التي أنشأتها الحكومة الإيرانية، وبالإضافة إلى ذلك فإن الإجراءات التي اتخذتها السلطات الإيرانية ضد الشركة الفرنسية قد جعلت تنفيذ هذه الشركة لالتزاماتها مستحيلًا.

وفي المرحلة الثانية:

فقد لاحظت المحكمة أن موقف البنك الإيراني (الضامن الأصلي) والذي أعلن أنه دفع للبنك الإيراني المستفيد والطرف الآخر في الصفقة، والذي كان تحت رقابة الدولة الإيرانية، وعلى علم كامل بتطورات العلاقة بين الشركة الفرنسية والمتعاقد الإيراني، لا يرقى الشك إلى الغش والتواطؤ الذي ينطوي عليه.

لقد استخلصت المحكمة من ذلك، أنه أخذاً في الاعتبار هذا التواطؤ والغش من جانب البنك الإيراني الضامن الأصلي، فإنه لا يستطيع الرجوع بما دفع للطرف الإيراني، على البنك الفرنسي الضامن المقابل ولا على الشركة الفرنسية الأمرة (S. A. E.).

٢- إثبات توافر الغش:

إذا كان تحديد حالات الغش في مجال الاعتماد المستندي أمراً سهلاً نسبياً لارتباط تلك الحالات بثبوت تزوير في المستندات، فإن الوضع ليس كذلك في مجال حالات الغش في خطاب الضمان، لتشعب هذه الحالات وتعددتها وارتباطها بأكثر من مسألة واقعية.

إلا أن وسيلة ثبوت توافر إحدى حالات الغش في الحالتين واحدة، لأن هذه الحالات تستند في خطاب الضمان والاعتماد المستندي على معيار واحد وهو ثبوت غياب كل حق للمستفيد في مواجهة العميل الأمر.

ووسيلة ثبوت غياب هذا الحق هو صدور حكم من القضاء المستعجل يوقف تسييل خطاب الضمان وقتياً، أو من القضاء الموضوعي بمنع البنك من الوفاء بقيمة الخطاب. ولا تكفي أية وسيلة أخرى للتدليل على توافر الغش نتيجة غياب حق المستفيد في مواجهة العميل الأمر، حتى لو قدم هذا الأخير دليلاً قاطعاً يفتق العينين على توافر هذا الغش، كتقرير خبير أو مستند يقطع بأن العميل الأمر نفذ كافة التزاماته وفق الشروط والضوابط الواردة في عقد الأساس، اللهم إلا في حالة واحدة كأن يتفق المستفيد والعميل الأمر على تعيين خبير من قبلهما لبحث مدى توافر حق المستفيد تجاه العميل الأمر. فتقرير الخبير في هذه الحالة كاف للتدليل على توافر الغش من عدمه. وهذا الوضع لا ينطوي على أي مساس بالحماية التي يتمتع بها المستفيد في خطاب الضمان، ولا بمبدأ الاستقلال الذي يتمتع به الأخير عن علاقة الأساس، لأن المستفيد، باتفاقه مع العميل الأمر على تعيين خبير لتحديد توافر الغش من عدمه، قد تنازل عن التمسك بمبدأ استقلال خطاب الضمان عن علاقة الأساس، فهذا المبدأ مقرر أصلاً لمصلحته.

وعودة إلى وسيلة الإثبات الوحيدة في ثبوت الغش من عدمه، وهي حكم القضاء المستعجل أو الموضوعي، فإنه من الملاحظ أن كل آراء الفقه التي قيلت في خصوص الغش أو أحكام القضاء التي صدرت بشأنه، قد أجمعت على تلك الوسيلة، ولكن الخلاف بينها كان يدور حول شروط الدليل المقدم للمحكمة وقوته لإقناعها أن تصدر حكماً وقتياً أو موضوعياً بتوافر الغش، أما الدليل في ذاته، مهما كانت قوته ووضوحه، فلا يعد سبباً للقول بوجود غش، ولا يستطيع أن يستند عليه البنك للامتناع عن دفع قيمة خطاب الضمان.

وهذا القول يتفق في الحقيقة مع الخصائص المميزة لالتزام البنك في خطاب الضمان، والتي من أهمها مبدأ استقلال هذا الالتزام عن علاقة الأساس. فالوسيلة

الوحيدة للقضاء على هذا المبدأ ومحوه هو صدور حكم قضائي بتوافر الغش في المطالبة بقيمة الخطاب.

ولكن بقى في هذا الخصوص مسألتين يتعين التعرض لهما وإيضاحهما، وهما: هل يشترط أن يكون الغش صادراً من المستفيد؟. وهل المطالبة بقيمة خطاب الضمان المتضمن شرط تحكيم قبل اللجوء للتحكيم تمثل غشاً يمنع البنك من الوفاء؟

أما من مسألة ضرورة صدور الغش من المستفيد للاحتجاج به ضده، فهي محل للخلاف، فذهب رأي^(١) إلى أنه يجب أن يصدر الغش من المستفيد وليس من الغير. فالمستفيد يكون بريئاً من الغش الصادر من الغير، استناداً إلى أنه الشخص الذي يضر من ثبوت الغش.

وذهب رأي آخر^(٢) إلى أنه لا يشترط أن يصدر الغش من المستفيد نفسه، وإنما يمكن أن يصدر من الغير ويؤخذ به على اعتبار أنه مسألة موضوعية وليست شخصية ونحن من جانبنا نؤيد الرأي الثاني لعدة اعتبارات هي:

- أن مبدأ أن "الغش يفسد كل شيء" هو مبدأ عام موضوعي يرتبط بالغش ذاته وليس بالصادر منه.

- أن العبرة بواقعة توافر الغش في ذاته بصرف النظر عن مرتكبه. فالمعيار هنا موضوعي وليس شخصي.

(١) تعليق جاقلدا وستوفليه على القضاء المصرفي J. P. C. سنة ١٩٨٦، مشار إليه لدى د. عادل إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٢٣، هامش ٢.

(2) Cass. Com. 29 avr. 1986. D, 1987, P. 17, 20 note VASSEUR; -Cass. Com. 10 Juin 1986, Rev. Banque 1985, p. 92; - Andre PRUM, application de l'adage "fraus omnia corrumpit" à propos des garanties à première demande, reflexions sur l'arrêt de la cour de cassation française du 10 Juin 1986; D. P. C. I 1987, t. 13.

- أن عدم اشتراط صدور الغش من المستفيد ينطوي على توسع محمود في مجال تطبيق الغش على خطابات الضمان، لأن من شأن ذلك توفير حماية أكبر للعميل الأمر، باعتباره أحد رعايا دول العالم الثالث الذين في حاجة إلى حماية في مواجهة الطرف القوي وهو المستفيد الذي ينتمي غالباً لرعايا دول العالم المتقدم.

وفيما يتعلق بمدى اعتبار مطالبة المستفيد لقيمة الخطاب قبل اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات منصوص عليها في خطاب الضمان، نبادر إلى القول بأن الاتفاق على التحكيم في المنازعات الناشئة عن خطاب الضمان ليس له ثمة أثر على حق المستفيد في المطالبة بقيمة خطاب الضمان. فالتحكيم كالقضاء، فهو وسيلة لحسم المنازعات، ولو قيل بغير ذلك سنصل إلى نتيجة شاذة، وهي أن المستفيد يرتكب غشاً إذا طلب تسييل خطاب الضمان قبل اللجوء إلى القضاء. فهذا يعد قيداً على التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان لدى أول مطالبة من المستفيد. ولكن إذا كان خطاب الضمان مشروطاً بصدور حكم تحكيمي قبل المطالبة بقيمته، فإن لجوء المستفيد إلى المطالبة بتلك القيمة قبل اللجوء إلى التحكيم وصدور حكم تحكيمي يعد غشاً من جانبه، وكذلك الأمر لو اتفق على التحكيم بعد نشوء النزاع المتعلق بتسييل خطاب الضمان^(١).

ثانياً: التعسف الظاهر من المستفيد:

القيد الثاني الذي حاول القضاء تقريره على مبدأ استقلال التزام البنك الوارد في خطاب الضمان فيتمثل في التعسف الظاهر. *Abus manifest* من جانب المستفيد.

(١) د. رضا السيد، مسائل في التحكيم - التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، طبعة ٢٠٠٩، ص ١٠٥ وما بعدها، دار النهضة العربية.

ولكن يثور السؤال بداءة حول ما إذا كانتا فكرتي الغش والتعسف الظاهر مختلفتان عن بعضهما أم أنهما مترادفتان؟

أنهما فكرتان مختلفتان عن بعضهما (١) وأن كانتا تؤديان إلى نفس الغرض وهو إثبات أن المستفيد ليس له أي حق يتمسك به في مواجهة الأمر. ففي حالة الغش، على الأمر أن يبين الأسباب الحقيقية التي يستند إليها المستفيد للأضرار به، أما التعسف فيقتضي إقامة الدليل المباشر لعدم وجود الحق الذي صدر خطاب الضمان لتنفيذه (١ مكرر).

ولبيان متى يمكن القول بوجود تعسف ظاهر *Abus manifeste* من جانب المستفيد، وتمسكاً به يستطيع الأمر أن يطلب من البنك الضامن الامتناع عن الدفع، نذكر التطبيق الآتي في القضاء الفرنسي.

في سنة ١٩٨٢ أبرمت شركة فرنسية عقداً مع شركة سعودية لتنفيذ بعض الأشغال، وطلبت من بنك فرنسا للتجارة الخارجية منح الشركة السعودية، ضمان تحت الطلب، وكان نص الخطاب الموجه من الأمر إلى البنك لإصدار هذا الضمان ينص على "أياً كانت العبارات التي يتضمنها هذا الخطاب، فإن البنك مانح هذا الضمان ليس له أن يبحث في أسباب ودوافع تنفيذه، وعليه أن يدفع بمجرد الطلب من المستفيد، ونحن ملتزمون بأن نرد لكم من أول مطالبة كل المبلغ الذي تكونوا قد دفعتموه للمستفيد، ويحق لكم السحب من حسابنا الجاري طرفكم، وأبلغونا بمقدار المبلغ الذي سنكون

(1) Cour d'appel 14eme ch.12 Juin 1985, Banque 1986, 190 obs. Rive – Lange; - Cass. Com. 21 mai 1985, Banque 1986. p. 87; - Cass.=

(Ibis) Com. 120 Janvier 1987, J. C. P. Ed. (E) 1987, 11. 14882. ob. J. Stoufflet.

مدينين لكم به، ونحن نتنازل مقدماً وبدون تحفظ عن الاعتراض على شرعية هذا الدفع الذي يتم تنفيذاً لالتزاماتنا".

وقد قام بنك فرنسا للتجارة الخارجية بتكليف أحد البنوك السعودية بأن يعطي ضمان تحت الطلب للشركة السعودية، كبنك ضامن أصلي، ويكون البنك الفرنسي ضامن مقابل.

وكان مقررًا انتهاء مدة الضمان الأصلي والضمان المقابل في ١٨ مايو سنة ١٩٨٤. وقبل هذا التاريخ بعدة أيام طلبت الشركة السعودية مد أجل الضمان ثلاثة أشهر أخرى احتجاجاً بأن الشركة الفرنسية قد أخلت بتنفيذ التزاماتها التعاقدية، مهددة أما المد أو الدفع الفوري، ولكن الشركة الفرنسية وافقت على المد شهر واحد فقط لكي تعطي للشركة السعودية الفرصة أن تخبرها بأوجه التقصير في تنفيذ العملية محل التعاقد.

ولكن الشركة السعودية تقدمت إلى البنك الضامن تطلب دفع قيمة الضمان، وطلبت الشركة الفرنسية من قاضي الأمور المستعجلة منع البنك من الوفاء استناداً إلى أن طلب الشركة السعودية ينطوي على تعسف ظاهر، حيث كان كل الهدف هو الحصول على مد لمدة ثلاثة أشهر، وأجاب قاضي الأمور المستعجلة طلب الشركة الفرنسية، ومع ذلك قام البنك الضامن (الفرنسي) باستئناف هذا الحكم لأنه يريد أن يفي بالتزاماته التي تعهد بها في مواجهة المستفيد، وتمسكت الشركة الفرنسية في الاستئناف بأن جميع اشتراطات الجانب السعودي قد تحققت، وذلك بناء على إقرار صادر من ممثله.

ورفضت محكمة الاستئناف الأمر الصادر من قاضي الأمور المستعجلة استناداً إلى أن استقلال الضمان تحت الطلب عن عقد الأساس لا يمنع البنك من الدفع، وأضافت قائلة "أنه لا يمكن للشركة الفرنسية أن تحتج بأنها نفذت كل التزاماتها الواردة في

العقد الأصلي حتى تعفي البنك الضامن من الدفع، لأن التزام هذا البنك قد نشأ عن اتفاق الضمان وهو مستقل تماماً عن عقد الأساس".

وطعن في هذا الحكم بالنقض، ولكن محكمة النقض قد أيدت حكم الاستئناف على اعتبار أن الفصل في مسألة وجود تعسف ظاهر من عدمه. إنما هي مسألة واقع يختص بها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه من جانب محكمة النقض، وأضافت المحكمة أن تنفيذ كافة شروط العقد الأصلي لا يعفي الضامن في التزامه بالدفع إلى المستفيد^(١).

ومن ذلك يتضح أن الشركة الفرنسية لم تستطع إقامة الدليل القاطع على وجود تعسف ظاهر من جانب الشركة السعودية، ولو كانت قد نجحت في إثبات ذلك لكان له أثره على استقلال خطاب الضمان عن علاقة الأساس، فلو كانت الشركة الفرنسية قد قدمت مثلاً محضر جرد موقع من الطرفين بكل مضمون العملية، لكان في استطاعتها حينئذ إثبات التعسف.

ويلاحظ أنه من الوسائل التي أقرتها أحكام التحكيم، ويستطيع من خلالها الأمر إثبات وجود تعسف ظاهر نذكر من ذلك على سبيل المثال:

لو كان الضمان لحسن التنفيذ، وكان سبب طلب الدفع الصادر من المستفيد هو عدم تسليم البضائع محل التعاقد، وقدم الأمر إلى القاضي المختص شهادة من الجمارك تفيد تمام التسليم أو صدر حكم قضائي أو حكم تحكيم يفيد بأن التسليم قد تم فهنا نكون أمام تعسف ظاهر من جانب المستفيد^(٢).

(1) Cass. Com. 21 Mai 1985, Banque 1986. 87 note Rive – Lange; Dalloz 1986, J. 214 obs. VASSEUR.

(2) Cour d'appel de Riom, 14 Mai 1980, Dalloz 1981, 36 obs. VASSEUR.

وكذلك الأمر لو ورد حسن التنفيذ في تقرير خبير تم تعيينه بموافقة الطرفين. ففي هذه الحالة يكون الطرفان قد تنازلا عن التمسك بمبدأ استقلال التزام البنك بالدفع عن علاقة الأساس.

وفي جميع الأحوال يجب أن يلاحظ أنه لا يوجد في التشريع المصري مفهوم خاص للتعسف في استعمال الحق في مجال خطابات الضمان، ومن ثم فلا مناص من الأخذ بمفهوم التعسف بصفة عامة الوارد في المادة ٥/ من القانون المدني، رغم ما يتمتع به خطاب الضمان والتعسف بشأن المطالبة بقيمته من خصوصية، الأمر الذي قد لا يكفي معه مفهوم التعسف في القواعد العامة لبيان وتفسير حالات التعسف في مجال خطابات الضمان. ولذلك فإننا نهيب بالمشرع أن يتدخل ويضع مفهوماً للتعسف في هذا المجال، بل وفي مجالات العلاقات التجارية عموماً^(١).

(١) حول التعسف في استعمال الحق بصفة عامة، انظر د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية ٢٠٠٩، مصر، ص ٢٤١، د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، إسكندرية ٢٠٠٥، ص ٤٩٧، د. أحمد شوقي عبدالرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، إسكندرية ٢٠٠٥، ص ٢١٨، د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحق وإلغاء العقود، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، ١٩٦٠.

الخاتمة

تناولنا على مدار هذا البحث موضوع الاستقلال بين العلاقات التجارية المرتبطة. وقد حاولنا الإجابة على التساؤلات التي يطرحها هذا الموضوع، وتعرضنا للصعوبات والمشاكل القانونية التي يثيرها محاولين وضع حلول لها من خلال تحليل العلاقات الناشئة في مجال العقود التجارية المرتبطة، وذلك ببيان مضمون ومحتوى كل علاقة منها ومدى استقلالها وارتباطها بالعلاقات الأخرى، والتأثير المتبادل بينها، واستخلصنا النتائج المترتبة على ذلك، وإستعنا بتلك النتائج لوضع الضوابط الكفيلة بتوجيه هذه العلاقات نحو تحقيق الهدف النهائي منها، وذلك بجعل هذه العلاقات متكاملة وليست متعارضة أو متنافرة، وبجعل التأثير بينها إيجابياً وليس سلبياً.

إلا أن تلك المحاولات المبذولة لا زالت في حاجة لمساندة المشرع بوضع نصوص واضحة وصريحة ومفصلة تكون كفيلة بإزالة الغموض واللبس الذي يلف تلك العلاقات المرتبطة وصولاً لحلول ملائمة للصعوبات والمشاكل القانونية التي تثيرها. كما أن هذه المحاولات في حاجة أيضاً لجهد مبذول من القضاء لتفسير النصوص الغامضة في ضوء واقعات النزاع المعروضة عليه ليستخلص منها النتائج ويضع المبادئ القانونية التي قد تكون هادياً ونبراساً للمشرع عند وضعه لنصوص تعالج المشاكل التي تنتج عن العلاقات التجارية المرتبطة ذات الصلة.

ففي مجال اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية المرتبطة رأينا أن هناك عدة مصطلحات في حاجة إلى ضبط وتحديد، مثل استقلال اتفاق التحكيم وانفصاله، ومداه وانتقاله. فالأمر في حاجة إلى إيضاح، متى يكون هذا الاتفاق مستقلاً ومتى يكون منفصلاً، وبيان أهمية التفرقة بين الاستقلال والانفصال، خصوصاً فيما يتعلق بمدى ارتباط مصير هذا الاتفاق بمصير العقد الذي يتضمنه. فعندما يرد العقد الأصلي واتفاق التحكيم في وثيقة واحدة، هي العقد الأصلي متضمناً اتفاق التحكيم

ضمن بنوده، فهنا يكون هذا الاتفاق مستقلاً، ولا يتأثر بمصير العقد الأصلي إلا في حالتين هما: إذا كان محل هذا العقد مخالفاً للنظام العام، وإذا كان الرضا في إبرام العقد قد شابته أحد عيوب الإرادة، أو كانت الأهلية ناقصة أو منعدمة، باعتبار أن الإرادة التي أبرمت العقد والاتفاق الوارد فيه هي إرادة واحدة. أما إذا ورد اتفاق التحكيم في وثيقة مستقلة كالمراسلات المتبادلة بين الطرفين أو في اتفاق لاحق على نشوء النزاع، فإن الاتفاق هنا يكون منفصلاً، ولا يتأثر ببطلان العقد الأصلي إذا كان هذا البطلان راجعاً لعب في الإرادة أو لنقص في الأهلية، لأن الإرادة والأهلية في العقد الأصلي واتفاق التحكيم ليست واحدة، فقد تكون الإرادة في العقد الأصلي معيبة أو الأهلية ناقصة، ولكنها في إبرام اتفاق التحكيم تكون تلك الإرادة سليمة وهذه الأهلية كاملة. فهنا يبطل العقد الأصلي ويظل اتفاق التحكيم صحيحاً. وكذلك قد يبرم العقد الأصلي بوكالة عامة فيكون صحيحاً، ويبرم اتفاق التحكيم بوكالة خاصة، فيكون هو الآخر صحيحاً.

وإذا كان تطبيق القواعد العامة في خصوص استقلال اتفاق التحكيم أو انفصاله كافياً، فإن الأمر ليس كذلك في شأن مد اتفاق التحكيم من علاقة إلى أخرى مرتبطتين، وسريان هذا الاتفاق على من لم يوقع عليه كتابة. فقد رأينا أن هذا المد يحدث، ويسري اتفاق التحكيم على غير الموقع عليه، إذا كان هذا الأخير قد اشترك في إبرام العقد الأصلي أو في تنفيذه أو في إنهائه، على اعتبار أن اشتراكه في أي من تلك الأمور الثلاثة هو بمثابة الرضا الضمني منه باتفاق التحكيم. ورأينا أن هذا الحل لا ينطبق إلا إذا كان القانون الذي يسري على إجراءات التحكيم يستلزم الكتابة لمجرد إثبات اتفاق التحكيم وليس انعقاده. وبالتالي فإنه لا يجوز الأخذ بهذا الحل في مصر، إذا كان القانون واجب التطبيق على الإجراءات هو قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، لأنه يشترط الكتابة لانعقاد اتفاق التحكيم وليس لمجرد إثباته.

ولذلك فإننا نهيب بالمشرع المصري أن يتدخل ويجري تعديلاً على دور الكتابة في اتفاق التحكيم، خصوصاً إذا كان التحكيم يتعلق بمنازعات ناشئة عن عقود التجارة

الدولية، بأن يستلزم الكتابة في اتفاق التحكيم في منازعات هذه العقود لمجرد الإثبات وليس للانعقاد، وذلك تحقيقاً للمرونة في تطبيق اتفاق التحكيم بما يزيد من فائدته وفاعليته. وقد ذهبت بعض التشريعات في هذا الخصوص إلى مدى بعيد حيث لم تشترط أن يرد اتفاق التحكيم في شكل معين وذلك في مجال التحكيم الدولي، مثل ما فعل المشرع الفرنسي في المادة/ ١٥٠٧ من قانون المرافعات الفرنسي المعدل بالقانون رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١، ومن ثم فيمكن أن يكون اتفاق التحكيم الدولي شفوياً.

صحيح أن اشتراط الكتابة لانعقاد اتفاق التحكيم يعد ضماناً هامة لمن يرغب في اللجوء للتحكيم، لأن اشتراط توقيعه كتابة على الاتفاق يجعله حريصاً عند هذا التوقيع لأنه يحرمه من حقه الدستوري في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي. ولكن إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي فإن الوضع مختلف، حيث أنه لا يوجد قاضي طبيعي، لأنه لا توجد محكمة قضائية دولية تنظر منازعات عقود التجارة الدولية، فضلاً عن أن الاتجاه العام لدى هيئات ومراكز التحكيم الدولية هو المرونة في اتفاقات التحكيم لتحقيق فاعليتها بمد شرط التحكيم إلى كل من رضي به ضمناً.

وفي مجال العلاقات الناشئة عن التعامل بالورقة التجارية رأينا الخلاف المحتدم حول استقلال علاقة الأساس عن الالتزام المصرفي الوارد في الورقة، والأساس القانوني لهذا الالتزام، وسببه، ورأينا المصطلح الشهير، الذي نرى تجنب استعماله لعدم دقته وعدم وضوحه، وهو أن الالتزام في الورقة التجارية مجرد عن سببه، لأن هذا قد يعني أن هذا الالتزام ليس له سبب، فإذا قلنا بذلك فإنه سيكون التزاماً باطلاً، لأن كل التزام يجب أن يكون له سبب قائم ومشروع، ولذلك فضلنا استعمال مصطلح أن سبب الالتزام المصرفي مفترض في وجوده وفي مشروعيته.

ولذلك فإننا نهيب بالمشرع أن يعيد النص على بيان وصول القيمة كأحد البيانات الإلزامية في الورقة التجارية، كما كان عليه الحال في تقنين التجارة الملغى. فالمشرع

في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، لم يعد يستلزم ذكر هذا البيان ضمن البيانات الإلزامية في الورقة التجارية، رغم أنه يمثل سبب الالتزام الصرفي. وإعادة النص على ذكر هذا البيان ضمن البيانات الإلزامية في الورقة ربما قد يكون من شأنه تقليل حدة الخلاف حول البحث عن الأساس القانوني لهذا السبب.

أما العلاقات الناشئة عن الشركات التجارية، ومدى استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمم المالية للشركاء، ومدى استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمم المالية للشركات الأخرى المرتبطة بها. ومدى مسؤولية الشركاء عن سداد ديون الشركة، ومدى مسؤولية الشركة عن سداد ديون الشركات الأخرى المرتبطة بها، فكانت من أكثر المسائل تشعباً وتعقيداً، نظراً للقصور التشريعي في هذا الشأن، خصوصاً في مجال الشركات المرتبطة، سواء كان هذا الارتباط عن طريق مجموعة الشركات أو عن طريق التجمع المؤقت للشركات، فقد جاء القانون المصري خالياً تقريباً من تنظيم مثل تلك التجمعات، عدا ما ورد في قانون قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ بشأن الشركات القابضة والشركات التابعة.

ونهيب بالمشروع أن يتدخل وينظم مجموعة الشركات والتجمع المؤقت للشركات مثلما فعل المشرع التونسي، ويبين هذا التنظيم أوجه الارتباط بين الشركات، ودرجة الارتباط التي تجعل إحدى الشركات المرتبطة مسؤولة عن سداد ديون الشركات الأخرى. وهذا التدخل من قبل المشرع المصري أصبح الآن ملحاً عن أي وقت مضى نظراً لذيوع وانتشار مجموعات الشركات والتجمعات المؤقتة للشركات على المستوى الدولي، واضطلاعها بتنفيذ المشروعات الاقتصادية العملاقة، خصوصاً ذات البعد القومي منها مثل إنشاء المحطات النووية وإنشاء محطات وشبكات الكهرباء، وترسانات صناعة الأسلحة والطائرات وغيرها. ولا شك أن تنظيم المسؤولية الناتجة عن مشاركة عدة شركات في تنفيذ تلك المشروعات الضخمة سيكون له مردود إيجابي على جذب الاستثمارات الأجنبية.

أما بالنسبة للعلاقات الناشئة عن التعامل بالاعتمادات المستندية وخطابات الضمان، فلم يكن الأمر أقل سهولة وأكثر وضوحاً من تلك العلاقات في المجالات الأخرى، بل إنه أكثر تعقيداً، لاسيما عندما يتعلق بالاستثناءات الواردة على استقلال علاقة الأساس عن التزام البنك بدفع قيمة الاعتماد المستندي أو خطاب الضمان. وتلك الاستثناءات المتمثلة في الغش والتواطؤ الظاهر بين المستفيد والبنك الفاتح للاعتماد أو المصدر للخطاب والتعسف من قبل المستفيد في مطالبة البنك بقيمة الاعتماد أو الخطاب، وإن كانت واضحة في مسمياتها، إلا أن مضمونها وفحواها والمقصود منها وحالات توافرها ليست محددة ولا واضحة، ويكتنفها الغموض، واختلفت بشأنها آراء الفقه، وترددت في تحديدها أحكام القضاء. فلا توجد في مجال هاتين العمليتين المصرفيتين مفهوم خاص للغش أو التواطؤ أو التعسف، الأمر الذي لا مناص معه من اللجوء لمفهوم تلك الاستثناءات في القواعد العامة، التي قد لا تكون كافية أو ملائمة لتحديد هذا المفهوم في مجال العمليات المصرفية المرتبطة نظراً لخصوصيتها. وحتى في داخل تلك العمليات قد يختلف هذا المفهوم في مجال الاعتماد المستندي عنه في خطاب الضمان، ففي الأولى يرتبط المفهوم السابق بالمستندات أما في الثانية فيرتبط هذا المفهوم بالعديد من المسائل المتعلقة بخطاب الضمان.

ولا شك أن تحديد مفهوم الغش أو التواطؤ أو التعسف تشريعياً في مجال العمليات المصرفية المرتبطة من شأنه الحد من الخلافات الفقهية والتردد في أحكام القضاء بخصوصها، بما يعود بالإيجاب على التعامل في مجال هذه العمليات، سواء على المستوى المحلي أو الدولي.

ومن نافلة القول أن التنظيم التشريعي لمسألة استقلال العلاقات التجارية المرتبطة لن تكون بموجب نصوص نموذجية موحدة بالنسبة لجميع تلك العلاقات أيضاً كان مجالها، وإنما بموجب نصوص تشريعية خاصة بكل نوع من هذه العلاقات على حدة نظراً لاختلاف طبيعتها وموضوعاتها.

تم بعون الله وتوفيقه،،،

المراجع

أولاً: المراجع العربية:

١- د. أبو زيد رضوان:

- الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ١٩٨١، دار الفكر العربي.

- الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، طبعة ١٩٨٩، دار الفكر العربي.

- الأوراق التجارية، ١٩٩٠، شركة طابا للطباعة.

- الأوراق التجارية، ٢٠٠١، بدون دار نشر.

٢- د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، إسكندرية
٢٠٠٠.

٣- د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤،
طبعة ٢٠١٣، بدون دار نشر.

٤- د. أحمد حسان حافظ مطاوع: التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، طبعة ٢٠٠٧،
دار النهضة العربية.

٥- د. أحمد شوقي عبدالرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، إسكندرية
٢٠٠٥.

٦- د. أحمد بركات مصطفى: العقود التجارية وعمليات البنوك، دراسة في قانون
التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية.

٧- أسامة مساعدة، مدى مسئولية الشركة القابضة عن أعمال الشركة التابعة منشور
على الموقع الإلكتروني dictaconsulting.com/coporateveil

- ٨- د. أكرم إبراهيم حمدان الزغبى، مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن، دون سنة نشر أو طبعة.
- ٩- د. أمين محمد بدر، الأوراق التجارية في التشريع المصري، تأصيل وتحليل لقواعد الكمبيالة والسند الأذني والشيك ١٩٥١، مكتبة النهضة العربية.
- ١٠- د. انطوان الناشف، خليل الهندي: العمليات المصرفية والسوق المالية، الجزء الأول، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان ١٩٩٨.
- ١١- د. ثروت عبدالرحيم: شرح القانون التجاري المصري. الأوراق التجارية، الطبعة الأولى، نادي القضاة.
- ١٢- د. جمال السيد عبدالحميد، الورقة التجارية كضمان للانتمان المصرفي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١٦.
- ١٣- د. جمال محمود عبدالعزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة. فيينا ١٩٨٠، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٦.
- ١٤- د. حاتم رضا السيد:
- اتفاق التحكيم في منازعات الشركات، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، ٢٠١٣.
- ١٥- د. حاتم محمد عبدالرحمن:
- العمليات المصرفية المستقلة والمشكلات المرتبطة بها ٢٠٠٣، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٦- د. حسام رضا السيد:
- الأهلية الناقصة والمؤقتة للشركة ٢٠١٥، دار النهضة العربية.
- التحكيم المبتور، هيئة واتفاقاً ٢٠١٦، دار النهضة العربية.

- وحدة الإفلاس وتعدد التفليسات ٢٠١٤، دار النهضة العربية.
- مسئولية المستحوز على شركة المساهمة غير المفلسة والمفلسة، طبعة ٢٠١٦، دار النهضة العربية.
- ١٧- د. حسام عبدالغنى الصغير، الاندماج القانوني للشركات، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة ١٩٨٧.
- ١٨- د. حسام محمد عيسى:
- الشركات التجارية، النظرية العامة للشركة وشركات الأشخاص، طبعة ١٩٩٤، بدون دار نشر.
- الشركات متعددة الجنسيات، بدون سنة، بيروت، المؤسسة العامة للدراسات والنشر المعاصرة.
- ١٩- د. حسن كبيرة، أصول القانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٧.
- ٢٠- د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحق وإلغاء العقود، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، ١٩٦٠.
- ٢١- د. جورجيت صبحى عبده قلينى، مبدأ استقلال التوقيعات في الأوراق التجارية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٦.
- ٢٢- د. خليل فيكتور تادرس خليل: مبدأ الاستقلال في خطاب الضمان الدولي وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥، رسالة دكتوراه ٢٠٠٤، حقوق القاهرة.
- ٢٣- د. دريد محمود على، الشركات المتعددة الجنسية، آليات التكوين وأساليب النشاط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢.

٢٤- د. راجح فؤاد السيد مصبح، التحكيم في الأوراق التجارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٦.

٢٥- د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، إسكندرية ٢٠٠٥.

٢٦- د. رضا السيد عبد الحميد:

- الشركات القابضة والشركات القابضة وفقاً لقانون قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١، طبعة ١٩٩٦ ان دار النهضة العربية.

- مسائل في التحكيم – التحكيم في الكفالة المصرفية وخطاب الضمان، طبعة ٢٠١٣، دار النهضة العربية.

٢٧- د. رضا السيد، د. حسام رضا، د. حاتم رضا:

- الأوراق التجارية، طبعة ٢٠١٤، دار النهضة العربية.

- قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، طبعة ٢٠١٥، دار النهضة العربية.

- عمليات البنوك ذات الطابع الدولي، طبعة ٢٠١٠، دار النهضة العربية.

- النظام المصرفي وعمليات البنوك، طبعة ٢٠١٥، دار النهضة العربية.

٢٨- د. رمضان أبو السعود: نظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، إسكندرية ٢٠٠٥

٢٩- د. سميحة القليوبي:

- الأوراق التجارية، طبعة ٢٠٠٥، دار النهضة العربية.

- المنظمات الدولية، إتفاقيتي الأمم المتحدة في شأن الكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى ٢٠٠٢، دار النهضة العربية.

- الأسس القانونية لعمليات البنوك، ط٢، ٢٠٠٣، دار النهضة العربية.

٣٠- د. سمير عبدالسيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية ٢٠٠٩، مصر.

٣١- د. شريف محمد غنام، مدى مسئولية الشركة الأم عن ديون شركتها الوليدة المصرية، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها جامعة الكويت، العدد الأول، ٢٧١/١، مارس ٢٠٠٣.

٣٢- د. ظاهر شوقي مؤمن، التجمع المؤقت للمشروعات ٢٠١١، دار النهضة العربية.

٣٣- د. طلعت محمد دويدار، طرق التنفيذ القضائي، منشأة المعارف، إسكندرية، بدون تاريخ.

٣٤- د. عادل إبراهيم السيد مصطفى، مدى استقلال التزام البنك في خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٩٦.

٣٥- د. عبدالرحمن قرمان، عمليات البنوك طبقاً لقانون التجارة الجديد، طبعة ٢٠٠٠، دار النهضة العربية.

٣٦- د. عبدالحى حجازى،

- سندات الائتمان المصرفية (الأوراق التجارية) الجزء الأول، القسم العام ١٩٥٧، المطبعة العالمية.

٣٧- على البارودي،

- الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة الجديد، رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩،
دار الجامعة الجديدة، إسكندرية ٢٠٠٤.

- العقود وعمليات البنوك التجارية، طبعة ٢٠٠١، دار المطبوعات الجامعية،
الإسكندرية.

- الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة الجديد، رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩،
دار الجامعة الجديدة، إسكندرية ٢٠٠٤.

٣٨- د. على جمال الدين عوض:

- الاعتمادات المستندية، دراسة قانونية للأعراف الدولية، طبعة ١٩٨١، دار
النهضة العربية.

- الاعتمادات المصرفية وضماناتها، ١٩٩٤، دار النهضة العربية، القاهرة.

٣٩- د. على سيد قاسم:

- قانون الأعمال، الجزء الثالث، ط ٤، دار النهضة العربية.

- شرط التحكيم ومجموعة الشركات، المؤتمر ١٩ لجامعة الإمارات عن التحكيم
الدولي، خلال الفترة ٢٨ إلى ٣٠ أبريل ٢٠٠٨، المجلد الأول.

٤٠- د. على حسن: الشركات التجارية ١٩٥٨، دار الفكر العربي.

٤١- د. عزمى عبدالفتاح، قواعد التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، طبعة
٢٠٠١، دار النهضة العربية.

٤٢- د. علاء الدين محمد حمدان، التعاقد مع الإدارة عن طريق الكونسورتيوم، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الثاني/ ٢٠١٥، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى.

٤٣- د. فايز نعيم رضوان:

- المشروعات الفردية ذات المسؤولية المحدودة، طبعة ١٩٩٠، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة.

- مبادئ القانون التجاري طبقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية ٢٠٠٠ / ٢٠٠١.

- الأوراق التجارية، ١٩٩٠، بدون دار نشر.

٤٤- د. فتحى والى: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، طبعة ٢٠٠٧، دار المعارف، الإسكندرية.

٤٥- د. فيصل زكى عبدالواحد: المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية ١٩٩٢، دار الثقافة والنشر، القاهرة.

٤٦- د. ماجد عمار، النظام القانوني للكونسورتيوم، ١٩٨٩، دار النهضة العربية.

٤٧- د. مارين، الاحتجاج بالدفوع مشار إليه لدى د. أبو زيد رضوان، الأوراق التجارية، ٢٠٠١.

٤٨- د. مجدى عبدالفتاح، الامتناع المشروع للبنوك عن الوفاء بقيمة خطاب الضمان (دراسة نقدية لنظام خطاب الضمان)، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ٢٠١٢.

٤٩- د. محسن شفيق:

- المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ١٩٧٧.

- المطول في الأوراق التجارية ١٩٥١، بدون ناشر.

٥٠- المستشار محمد إبراهيم خليل، قانون التجارة الجديد وأعماله التحضيرية، نادي القضاة ١٩٩٩/٢٠٠٠.

٥١- د. محمد بهجت فايد،

- الأوراق التجارية، الطبعة الأولى ٢٠٠٩، دار النهضة العربية.

- شركة الشخص الواحد، الطبعة الأولى ١٩٩٠، دار النهضة العربية.

٥٢- د. محمد حبيب معاذ: الغش البحري، مجلة الرائد العربي، العدد ١٤ السنة الرابعة ١٩٨٦.

٥٣- د. محمد سليم العوا، قانون التحكيم في مصر والدول العربية، ٢٠١٤، المركز العربي للتحكيم.

٥٤- د. محمد شوقي شاهين، المشروع المشترك التعاقدية (طبيعته وأحكامه في القانون المصري والمقارن)، ٢٠٠٠، دار النهضة العربية.

٥٥- د. محمد صالح بك، الأوراق التجارية ١٩٥٠، مطبعة جامعة فؤاد الأول.

٥٦- د. محمد فريد العريني، د. علي البارودي:

- الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة الجديد، رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار الجامعة الجديدة، إسكندرية ٢٠٠٤.

- الشركات التجارية، طبعة ١٩٩٩، دار الثقافة الجامعية الإسكندرية.
- ٥٧- د. مصطفى سلامة حسن، التنظيم الدولي للشركات متعددة الجنسية، طبعة ١٩٨٢، دار النهضة العربية.
- ٥٨- د. مصطفى كمال طه:
- العقود التجارية وعمليات البنوك وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، طبعة ٢٠٠٢، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية.
- الشركات التجارية، طبعة ٢٠٠٦
- ٥٩- د. محمود أبو وافية، التصرف القانوني المجرد، رسالة دكتوراه، جامعة فؤاد الأول طبعة ١٩٤٧، مطبعة جامعة فؤاد الأول.
- ٦٠- د. محمود سمير الشرقاوي:
- الأوراق التجارية في قانون التجارة الجديد، تنقيح وائل بندق طبعة ٢٠١٤، دار النهضة العربية.
- المشروع المتعدد الجنسيات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٦.
- ٦١- د. محمود عمر: إشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية هضبة الأهرام، دراسة مقارنة، منشور على الموقع www.gcac.biz.
- ٦٢- د. محمود مختار بريري:
- التحكيم التجاري الدولي، طبعة ١٩٩٩، دار النهضة العربية.
- قانون المعاملات التجارية، الجزء الثاني، الإفلاس والأوراق التجارية، طبعة ٢٠٠٠، دار النهضة العربية.

- ٦٣- د. محي الدين إسماعيل علم الدين: موسوعة أعمال البنوك من الناحية القانونية، ١٩٨٧، دار النهضة العربية.
- ٦٤- د. ناجي عبدالمؤمن، النظرية العامة للشركات التجارية، طبعة ٢٠١٥، دار نصر للطباعة.
- ٦٥- د. نبيل عمر، التنفيذ الجبري، قواعده وإجراءاته، دار الجامعة الجديدة، إسكندرية، طبعة ٢٠٠٢.
- ٦٦- د. هاني محمد دويدار العقود التجارية والعمليات المصرفية، ١٩٩٤، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
- ٦٧- د. هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسورتيوم، الطبعة الأولى ١٩٩٩، دار النهضة العربية.
- ٦٨- د. هند محمد حسن:
- مدى مسئولية الشركة الأم عن ديون شركاتها الوليدة في مجموعة الشركات، مع إشارة خاصة للشركات متعددة القوميات، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس ١٩٩٧.
- النظام القانوني للشركات متعددة الجنسيات، طبعة ٢٠٠٩، دار شتات، مصر.
- ٦٩- د. وجدي راغب النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية ١٩٧٣.
- ٧٠- د. يوسف ناعس، حجز ما للمدين لدى الغير، مجلة المحامون، نقابة المحامين، سوريا، العدد (٥)، لسنة ٦٣، مايو ١٩٩٨.

٧١- يوسف بنباصر، «ماهية الغش في الاعتماد المستندي» على الموقع الإلكتروني
.benbaceryousef@menara.ma

٧٢- مقال بعنوان: كمبيالات المجاملة وأثرها على الائتمان والتداول التجاري، منشور
على موقع:

<http://www.mohamoon/montada/default.aspx?action=Display>

ثانياً: المراجع الأجنبية:

١- الكتب والمقالات:

- (1) Azencot, F. la protection de porteurs d'obligations. L. G. D. J. Paris 1939.
- (2) Buttet, E, Groupement d'intérêt économique, Bull. Joly 1989, p. 855 et ss;
- (3) CABRILLAC M., la letter de change dans la jurisprudence, librairies techniques, 1978, p. 17 etss.
- (4) CHAMPAUD Claude. Le pouvoir de concentration de la société – par action, Librairie sirey, Paris 1962. p. 243 : 317.
- (5) Cohen D. Arbitrage Et Société, Preface, R. Oppétit. L. G. B. J. 1993.
- (6) Escarra, manuel de droit commercial T. 2. 1948, p. 676.
- (7) Frederic magnas, les groups de société et la protection des interest catégoriele, sur le site. www.academia.edu.

- (8) FRIEDEL G., de l'inopposabilité des exceptions en matiere d'effets de commerce, Paris 1950.
- (9) Gavalda et j. stoufflet
- Cheques et effets de commerce, Paris 1979.
 - Chr. Dr. Bancaire, J. C. P. 1986, et. G. 1. 3265 n° 121.
- (10) Huxinyu, le groupe de sociétés en droit francais et en droit chinois, thèse Angers, France 2010.
- (11) Kanan Kh., fraude cohesion IBLJ. No. 6.
- (12) Loquin Eric, difference et convergence dans le regime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire, les cahiers de l'arbitrage, vol. 2, p. 49;
- (13) MAYER, Pierre les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998. p. 359 etss.
- (14) NIOREL, la société anonyme devant la jurisprudence moderne, Thèse Nancy.
- (15) PRUM Andre application de l'adage "fraus omnia corrumpit" à propos des garanties à première demande, reflexions sur l'arrêt de la cour de cassation française du 10 Juim 1986; D. P. C. I 1987, t. 13.

(16) Seraglini Ch., le transfert de la clause compromissoire dans les chaines de contrats, après l'arrêt peavey, les cahiers de l'arbitrage, vol1, P. 87.

(17) Thaller et Percerou,

- Nature Juridique du titre de crédit. Ann. Droit commercial 1906. no 60 etss.

- Traité élémentaire de droit commercial Paris 1931. t. 2.3 p. 807.

(18) Tyssie B. les groups de contrats, L. G. D. J. Paris 1979, Preface, P. Catala.

(19) Vallez, quell est le fondement de l'obligation engendrée par l'acceptation d'une lettre de change, Ann. De dr. Com. 1923p. 180 etss.

(20) VASSEUR,

- Droit et economie bancaire, Paris 1987, p.284.

- Filiales et participation fasc. 165 bis du traité jurisclasseur des societés.

٢-التعليق على الأحكام:

(1) Paris 22 mars 1995, Rev. arb. 1995, 247. obs. E. loquin; - Cass. Civ. 6 fevr. 2001, Rev. Arb. 2001. 1135, note, D. Cohen.

-
- (2) Cass. Civ. 27 mars 2007, D. 2007 Jun, 2077 note S. Bolle (l'affaire ABS/ AGF).
- (3) Sentence arbitral, c. C. I du 23 sept. 1982, Rev. Arb. 1984. 137.
- (4) Cass. Com 17 Janvier 1983., J. C. P. 1983. 11-19966 note J. Stoufflet.
- (5) cass. Com. 20 Nov 1985, Dalloz 1986, J. 213.
- (6) Cass. Com 19 nov. 1985 Bull civ IV no 274, p.231. Cass. Com 5 Fev. 1985, Bull, Civ IV no 45 P. 38; Cass. Com 20 nov. 1985, Dalloz 1986. J. 213, 3em esp, note vasseur; - Gavalda et stoufflet, chr. Dr. Bancaire, J. C. P. 1986, et. G. 1. 3265 no 121.
- (7) Cour d'appel de Pairs 14eme ch. 12 Juin 1985 Banque 1986, 190 ob. Rive – Lange.
- (8) Cour d'appel de Paris 14eme ch. 12 Juin 1985 banque 1986, 190 ob Rive – Lange.
- (9) Cass. Com. 29 aur. 1986. D, 1987, P. 17, 20 note VASSEUR; -Cass. Com. 10 Juin 1986, Rev. Banque 1985, p. 92; (210) Cour d'appel 14eme ch.12 Juin 1985, Banque 1986, 190 obs. Rive – Lange; - Cass. Com. 21 mai 1985, Banque 1986. p.

87; - Cass. Com. 120 Janvier 1987, J. C. P. Ed. (E) 1987, 11.
14882. ob. J. Stoufflet.

(10) Cass. Com. 21 Mai 1985, Banque 1986. 87 note Rive –
Lange; Dalloz 1986, J. 214 obs. VASSEUR.

(11) Cour d'appel de Riom, 14 Mai 1980, Dalloz 1981, 36 obs.
VASSEUR.