الأعمال المختلطة
بين
القانون التجارى والقانون المدنى

دراسة فى القانون الكويتى
بمناسبة الحكم الاستئنافى
فى القضية ٨٧/٣٠١

دكتور

محمد فريد العريني

أستاذ مساعد القانون التجارى والجوى

بكلية الحقوق - جامعتى الاسكندرية والكويت

حكم غير منشور، صدر بالهيئة المشكلة من الأستاذ كامل عثمان، رئيسا، والأستاذين جلال رابح ويوسف جانكيه، أعضاء.

١- مقدمة:

بتاريخ ١٩٨٨/٢/٢٠، أصدرت المحكمة الكلية، بهيئة استئنافية، حكماً هاماً يتعلق بمدى صحة الفوائد عن القروض التى تعقدها البنوك مع عملائها.

وتتحصل واقعة الدعوى، فى القضية المعروضة على المحكمة، فى "أن المستأنف أقام دعواه بصحيفة معلنة للمستأنف ضده فى ١٩٨٧/١٠/١٥ جاء فيها أنه يداينه بمبلغ ١٣٤٤ر٣٢٢ ديناراً فضلا عن الفوائد المستحقة على هذا المبلغ بواقع ٥ر٧٪ سنوياً حتى تمام السداد وهو الرصيد الختامى لحسابه المدين فى تاريخ قفل الحساب ١٩٨٧/٩/٢ بناء على القرض الممنوح من البنك للمدعى عليه بالعقد المؤرخ ١٩٨٧/٢/٢٠ حيث حل أجل الوفاء بقيمة القرض جميعه مع فوائده المستحقة دفعة واحدة وفقاً للبند السادس من العقد لعدم وفاء المقترض بالتزاماته بسداد الأقساط والفوائد. ويطلب البنك الحكم بالزام المدعى عليه بدفع المبلغ المذكور والفوائد المستحقة بواقع ٥ر٧٪ سنوياً اعتباراً من ١٩٨٧/٧/١ حتى تمام السداد مع المصروفات ومقابل أتعاب المحاماه بحكم مشمول بالنفاذ المعجل دون كفالة وقدم حافظة مستندات حوت صورة عقد تسهيلات مصرفية بين البنك والمدعى عليه فى ١٩٨٦/٢/٢٠ وصورة اقرار صادر عن المقدم ضده فى ١٩٨٦/٢/٢٠ بتعهده بسداد المبلغ تقسيطاً شهرياً وعلى أن تستحق كافة الأقساط فى حال التخلف عن سداد قسط فى موعده المحدد، وصورة من كشوف الحسابات الخاصة بالمدعى عليه.

وتخلف المدعى عليه عن الحضور وعن دفع الدعوى بأى دفع أو دفاع.

وبجلسة ١٩٨٧/١٠/٣١ أصدرت المحكمة حكمها بالزام المستأنف ضده بدفع المبلغ المدعى به والمصاريف وخمسة دنانير مقابل أتعاب المحاماة وشمول الحكم بالنفاذ المعجل دون كفالة ورفضت الدعوى فيما عدا ذلك على سند من القول أن البنك قد استوفى الفائدة مقدماً وفقا للبند الأول من عقد القرض.

ولم يرتض البنك المدعى بالحكم فاستأنفه بصحيفته المودعة فى ١٩٨٧/١١/١٤ والمعلنة للمستأنف ضده فى ١٩٨٧/١١/٢١ طالباً قبول الاستئناف شكلا وفى الموضوع تعديل الحكم المستأنف إلى الحكم بالزام المستأنف ضده أن يؤدى للبنك المبلغ المطلوب مع الفوائد التأخيرية على هذا المبلغ بواقع ٥ر٧٪ سنوياً اعتباراً من تاريخ قفل الحساب فى ١٩٨٧/٩/٢ حتى تمام الوفاء مع الزام المستأنف ضده بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة عن درجتى التقاضى للأسباب التالية :

[١] طالب المدعى فى صحيفة دعواه بالمبلغ مع الفوائد المستحقة عليه بواقع ٥ر٧٪ سنوياً اعتباراً من تاريخ ١٩٨٧/٧/١ حتى تمام السداد ولم يستجب الحكم لطلب الفائدة بمقولة أن الفوائد مستوفاة مقدماً وفقا للبند الأول من عقد القرض فى حين أنه عند قفل الحساب أعاد البنك قيمة فوائد القرض المحتسبة عن المدة المتبقية للوفاء والبالغة ١٦ر٩٣١ ديناراً وقيدها لصالحه فى الجانب الدائن من حسابه فى ١٩٨٧/٨/٢٧.

[٢] من المفروض قانوناً أن تسرى الفوائد التأخيرية على المبلغ المحكوم به اعتباراً من تاريخ استحقاقها فى تاريخ قفل الحساب فى ١٩٨٧/٩/٢ حتى الوفاء أو التاريخ الذى يستوفى فيه البنك حقه عن طريق اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى بالحكم وكلا التاريخين لايمكن

تحديده سلفاً لذلك فإن الحكم برفض الفوائد على المبلغ حتى الوفاء حرمان للبنك من اقتضاء حقه القانوني.

وأمام هذه المحكمة حضر المستأنف وصمم على طلباته ولم يحضر المستأنف ضده رغم صحة اعلانه.

فمن حيث أن الاستئناف واقع ضمن ميعاده القانوني عن حكم قابل له مستوف شروطه المقررة قانوناً فهو مقبول شكلاً.

ومن حيث أنه ثبت بالعقد وبالأوراق المبرزة أن المستأنف ضده حصل على قرض من البنك المستأنف في ١٩٨٦/٢/٢٠ قيمته ٢٧٠٠ ديناراً بفائدة قدرها ٧٫٥٪ سنوياً تدفع مقدماً وتعهد بسداده على أقساط شهرية متتالية اعتباراً من ١٩٨٦/٣/٢٣ حتى ١٩٨٨/٢/٢٣، قيمة كل قسط ١١٣ ديناراً وعلى أن تستحق كافة الأقساط في حالة التخلف عن سداد قسط في موعده المحدد وقد تخلف عن دفع ما بذمته فأقيمت الدعوى.

ومن حيث أنه يبين من استعراض كشوف الحسابات أن المستأنف ضده استجر على حساب القرض دفعات بلغ مجموعها ٣١٢٢ ديناراً وأنه ورد للبنك دفعات من بداية القرض حتى اغلاق الحساب دفعات بلغ مجموعها ٢٦٣٨٫٦٤٠ ديناراً فيكون رصيده الحقيقي ٤٨٣٫٣٥٠ ديناراً [مدين].

وبما أن الاستئناف لم يثر هذه الناحية ولا يضار المرء باستئنافه فإن المحكمة تكتفي بالاشارة إليه.

وكان من المقرر قانوناً أن القانون المدني حرم تقاضي الفائدة على

القرض المدنى، وجعل باطلا كل شرط يقضى بخلافه على ما قررته المادتان [٣٠٥/١، ٥٤٧/١ مدنى] وأوجب على المقترض رد المثل عند حلول الأجل... [المادة ٥٤٨/١ مدنى].

وكان الظاهر من أوراق الدعوى أن المدين موظف فى وزارة الكهرباء وأن الدفعات التى كان يوردها للبنك كانت من رواتبه، كما أن ضآلة المبلغ المتفق على اقتراضه وقبضه على دفعات أغلبها بسيطة وبتواريخ مختلفة.

وكان من المقرر قانوناً أن يكون القرض تجارياً إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضة فى أعمال تجارية [المادة ١٠١ تجارة]، أى أنه يجب أن يظهر القصد التجارى فى الأوراق.

وكانت المحكمة حسب صلاحيتها تستشف من أوراق الدعوى والأدلة الواردة والتى لايوجد فى الأوراق ما يناهضها وبما يكفى لتكوين عقيدتها فى مدنية القرض محل النزاع مما تكون معه المطالبة بالفائدة التأخيرية مخالفة للقانون وتستوجب الرفض.. ولا مراء فى أن حكم المادتين ٣٠٥ و٥٤٧ من القانون المدنى هو مما يتعلق بالنظام العام وبما يتعين معه على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها وبما مؤداه بطلان الاتفاق على فوائد التأخير المطالب بها.

وإن كان للدائن ما يقال فله الحق بالمطالبة بالتعويض وفق أحكام المادة ٣٠٦ مدنى ان كان قد لحقه ضرر غير مألوف وذلك بعد اعذاره المدين وامتناعه عن الدفع مع قدرته عليه على ما نصت عليه المادة المذكورة.

وإذ أخفق المستأنف فى استئنافه فهو يتحمل مصروفاته وفق أحكام المادتين ١١٩، ١٤٧ مرافعات.

لذلك

حكمت المحكمة بقبول الاستئناف شكلا وبرفضه موضوعاً وبتأييد الحكم المستأنف وألزمت البنك المدعى بالمصروفات.

وهذا الحكم يثير مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون التجارى، وهى مشكلة على جانب كبير من الأهمية لاسيما بعد أن تخلت دولة الكويت عن العمل بأحكام المجلة العدلية بصدور القانون المدنى الجديد رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.

وتقتضى دراسة هذه المشكلة، لكى نستطيع على ضوئها تقويم الحكم المذكور، أن نستعرض، من ناحية، نطاق القانون التجارى كما رسمه المشرع، وأن نبين، من ناحية أخرى، ما افرزه مسلك المشرع، وهو بصدد تحديد هذا النطاق، من ظواهر لا تتفق مع حسن السياسة التشريعية. وسنعرض لكل من هاتين النقطتين فى مبحث مستقل.

المبحث الأول : فى النطاق التشريعى للقانون التجارى.

المبحث الثانى: فى مفهوم المادة ١١٢ وانعكاساته على نطاق القانون التجارى.

المبحث الأول
فى النطاق التشريعى للقانون التجارى

٢- التوسعة من نطاق القانون التجارى:

يتسم القانون التجارى الكويتى بالطابع الموضوعى والطائفى فى آن واحد.[١] فهو قانون الأعمال التجارية، بغض النظر عن صفة الشخص القائم بها، وهو، فى ذات الوقت،، قانون التجار[٢] فنطاق هذا القانون محدود، اذن، بنوعين من الحدود: حدود موضوعية، هى الأعمال التجارية، وحدود شخصية، هى طبقة التجار.

ولم يقف المشرع الكويتى بالحدود الموضوعية عند الأعمال التجارية التى ذكرها فى نصوص المواد ٤، ٥، ٦، ٧ من تقنين التجارة الصادر عام ١٩٨٠[٣]، بل اجتاز، عن عمد، هذه الحدود ليبسط أحكام القانون التجارى على أعمال هى فى الأصل من طبيعة مدنية. واستعان، فى سبيل الوصول إلى هذا الهدف، بفكرتين أساسيتين هما نظرية الأعمال التجارية بالتبعية، من ناحية، ونظرية الأعمال المختلطة، من ناحية أخرى.

أولا: نظرية الأعمال التجارية بالتبعية

٣- معنى التبعية ونوعاها:

تفترض التبعية وجود عنصرين مختلفين فى الصفة القانونية أحدهما أصلى Principal ، والآخر فرعى Accessoire. وتهدف، نظراً لوجود رابطة بينهما، إلى تجريد العنصر الفرعى من صفته

القانونية واكسابه الصفة القانونية التى يتمتع بها العنصر الأصلى، تسهيلا لاخضاعهما لحكم واحد، هو حكم العنصر الأصلى، بالتطبيق للمبدأ القائل أن الفرع يتبع الأصل فى الحكم

Sequitur Accesserium Principale [٤].

والتبعية التجارية على نوعين: تبعية موضوعية Accessoire Objectif، وتبعية شخصية Accessoire Subjectif.

٤-التبعية التجارية الموضوعية:

التبعية الموضوعية معناها وجود رابطة بين عملين قانونيين تجعل من أحدهما تابعاً للآخر ومكتسباً، بالتالى، لصفته القانونية [٥]. وعلى ذلك، إذا ارتبط عمل مدنى بآخر تجارى، بأن كان العمل التجارى هو سبب ابرام العمل المدنى، أو كان هذا الأخير قد رصد لخدمة العمل التجارى، فإنه يفقد، بناء على هذه الرابطة، صفته المدنية ويكتسب الصفة التجارية، ويخضع، بالتالى، لأحكام القانون التجارى. فلو قام غير التاجر، مثلا، بابرام عقد لنقل سلعة سبق له أن اشتراها بقصد بيعها وتحقيق الربح، فإن عقد النقل، باعتباره عملا تابعاً، يفقد صفته المدنية ويصطبغ بالصبغة التجارية نظراً لارتباطه بعمل تجارى موضوعى، هو الشراء لأجل البيع.

فالطابع التجارى الذى يكتسبه العمل التابع لا يجد مصدره، إذن، فى عنصر داخلى Element intrinseque لهذا العمل، ولا فى صفة الشخص القائم به، بل يجد مصدره فى عنصر خارجى عنه Element Extrinseque يتمثل فى العمل المتبوع. لذلك أطلق البعض [٦] على هذه الأعمال تسمية الأعمال التجارية بالتبعية

الموضوعية Actes de Commerce Objectifs Accessoires

والأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية معروفة فى كل من القانونيين الفرنسى والمصرى دون أن ترقى إلى مرتبة النظرية العامة [٧]. فلها فى كل منهما تطبيقان: أولهما خاص بالسند لأمر المحرر من غير تاجر وفاء لدين ناشىء عن عمل تجارى [٨]، وثانيهما متعلق بالرهن المعقود ضماناً لدين تجارى [٩].

أما فى الكويت، فهى نظرية قائمة بذاتها، كرسها المشرع بنص صريح وعام هو نص المادة الثامنة من تقنين التجارة الذى يقضى بأن "الأعمال المرتبطة بالمعاملات التجارية المذكورة فى المواد السابقة أو المسهلة لها تعتبر أيضا أعمالا تجارية" [١٠].

ومما لا شك فيه أن تبنى هذه النظرية يعد تطبيقاً منطقياً، بل وموسعاً، للمدرسة المادية التى يعتنقها بعض الفقهاء كمحدد لنطاق تطبيق القانون التجارى [١١].

٥- التبعية التجارية الشخصية:

وتعنى هذه التبعية وجود رابطة أو صلة بين العمل القانونى وحرفة القائم به، بحيث تطغى هذه الحرفة على العمل فتجذبه إليها وتطبعه بطابعها وتكسبه صفتها. فمتى قام التاجر بالعمل المدنى لشئون تتعلق بتجارته، فإن هذا العمل يصير تابعاً لحرفة التجارة ويفقد، بسبب هذه التبعية، صفته المدنية ويكتسب الصفة التجارية، ليفلت بذلك من مجال القانون المدنى ويدخل فى نطاق القانون التجارى.

فمصدر تجارية هذه الأعمال لايكمن، إذن، فى طبيعتها الذاتية،

وإنما فى حرفة القائم بها. لذلك أسماها البعض الأعمال التجارية بالتبعية الشخصية، نظراً لأن التبعية، فى هذه الحالة، تبعية شخصية وليست تبعية موضوعية[١٢].

وهذا النوع من التبعية ليس غريباً عن القانونين الفرنسى والمصرى، فهى ترتكز على نص المادتين ٦٣٢/١٠ و٦٣٨/١ من تقنين التجارة الفرنسى الصادر عام ١٨٠٧،[١٣] وعلى نص المادة ٩/٢ من تقنين التجارة المصرى الصادر عام ١٨٨٣[١٤]. بل ولقد تعهدها الفقه والقضاء، فى كل من البلدين، حتى صارت نظرية واضحة المعالم متماسكة البنيان.[١٥]

ولقد تبنى المشرع الكويتى هذه النظرية، فأفرد لها، فى تقنين التجارة، نصى المادتين ٨ و٩ وحرفيتهما "وجميع الأعمال التى يقوم بها التاجر لحاجات تجارته، تعتبر أيضا أعمالا تجارية"، و"الأصل فى عقود التاجر والتزاماته أن تكون تجارية، إلا إذا أثبت تعلق هذه العقود والالتزامات بمعاملات مدنية"[١٦].

ولا جدال فى أن التبعية الشخصية تتمشى مع المدرسة الذاتية أو الشخصية التى يتخذ منها بعض الفقهاء أساساً لتحديد المجال الذى ينطبق فيه القانون التجارى.

ثانيا: نظرية الأعمال المختلطة

٦- العمل المختلط بين النظام القانونى الموزع والنظام القانونى الجامع:

قد يتم العمل القانونى بين شخصين، ويعتبر بالنسبة لكليهما عملا تجاريا موضوعيا أو بالتبعية. ولا يثير هذا النوع من الأعمال أية صعوبة فيما يتعلق بتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه، إذ لا سلطان عليه لغير القانون التجارى لكون العمل من طبيعة تجارية خالصة فى مواجهة طرفية.

وقد يقع العمل بين شخصين، ويكون مدنيا بالنسبة لكل منهما. ولا يوجد ثم شك فى استئثار القانون المدنى بحكم هذا النوع من الأعمال نظرا لصفته المدنية البحتة بالنسبة إلى أطرافه.

وقد يكون العمل بين شخصين، ويعد بالنسبة لأحدهما تجاريا وبالنسبة للآخر مدنيا. ويطلق على هذا النوع من الأعمال اسم الأعمال المختلطة، نظرا لصفتها القانونية المزدوجة بالنسبة إلى أطرافها[١٧]. وأمثلة هذه الأعمال لا حصر لها، إذ يكفى أن نذكر، على سبيل المثال، ذلك العدد الضخم من المستهلكين للسلع الذين يشترون حاجياتهم يوميا من التجار، أو من المسافرين الذين يتعاقدون مع الناقلين لنقلهم من مكان إلى آخر، أو من المؤلفين الذين يبرمون مع الناشرين عقود طبع ونشر مؤلفاتهم.. الخ.

ولا تشكل هذه الأعمال نوعا مستقلا من الأعمال التجارية تضاف إلى الأعمال التجارية الموضوعية والشخصية، بل هى لا تعدو أن تكون من هذا النوع أو ذاك بالنسبة لأحد أطرافها دون الطرف الآخر الذى

يظل العمل فى مواجهته من طبيعة مدنية.[١٨]

كما يتعين التنبيه إلى أنه لا يلزم وقوع العمل بين تاجر وغير تاجر لكى يعتبر عملا مختلطاً، إذ العبرة، فى هذا الشأن، بطبيعة العمل بالنسبة إلى كل من طرفيه بغض النظر عن صفتهما وحرفتهما.

ويثير هذا النوع من الأعمال صعوبة بالغة تتمثل فى تحديد النظام القانونى الذى يحكمه، وذلك لعدم امكان اخضاعه لنظام قانونى موحد أو جامع، تجارياً كان أم مدنياً، لأن فى تغليب أحد النظامين على الآخر اهدار لقوته الملزمة. كما أن تطبيق النظامين معا عليه، أى الأخذ بالنظام الموزع أو المزدوج، قد يتعذر اجراؤه، فى بعض الأحيان، لاستحالة تجزئة العمل الواحد إلى جزئين يخضع كل منهما لقواعد قانونية مختلفة.

لذلك استقر الرأى فقها وقضاء، فى كل من فرنسا ومصر[١٩]، على اخضاع هذه الأعمال للقانونين التجارى والمدنى معا طالما كان التنسيق بين قواعدهما ممكنا. أما إذا تعذر هذا التنسيق، فلا مفر، والحالة هذه، من التضحية بأحد القانونين لمصلحة القانون الآخر. والفيصل فى هذه التضحية هى طبيعة العمل بالنسبة إلى المدين. فإن كان العمل تجارياً بالنسبة إليه، تم التضحية بقواعد القانون المدنى لمصلحة القانون التجارى. وان كان العمل مدنياً بالنسبة إليه، تم التضحية بقواعد القانون التجارى لمصلحة القانون المدنى[٢٠].

ولم يشأ المشرع الكويتى أن يترك للفقه والقضاء مهمة مواجهة هذه الصعوبة، فحسم الأمر بحل تشريعى مؤداه انزال حكم القانون التجارى على هذا النوع من الأعمال، وذلك بنصه صراحة فى المادة الثانية عشرة من تقنين التجارة على أنه "إذا كان العقد تجارياً

المبحث الثانى
فى مفهوم المادة ١٢ وانعكاساته
على نطاق القانون التجارى

٨-تمهيد:

لقد خلق المشرع الكويتى، بتبنيه للمبدأ الذى رددته المادة الثانية عشرة من قانون التجارة، وضعا فريداً يتمثل فى الصراع بين نزعتين متعارضتين تعكسهما نصوص هذا القانون ذاتها. الأولى متطرفة تميل إلى التوسعة من نطاق القانون التجارى على نحو يؤدى إلى طغيان أحكامه على المجال الخاص بالقانون المدنى. والثانية معتدلة تسعى إلى رد هذا النطاق إلى حجمه الطبيعى وحدوده المعقولة. ومثل هذا الصراع من شأنه، كما سنرى فيما بعد، أن يفرز ظاهرة غريبة، على الأقل من ناحية حسن السياسة التشريعية، تتبلور فى وجود التناقض بن نصوص القانون الواحد وفى تجريد بعضها من كل فائدة عملية.

٩- النزعة الأولى: التطرف:

وتتجلى هذه النزعة فى الحكم المنصوص عليه فى المادة الثانية عشرة وحرفيته "إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد العاقدين دون الآخر، سرت أحكام قانون التجارة على التزامات العاقد الآخر الناشئة من هذا العقد ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك".

فالمادة المذكورة، كقاعدة اسناد على ما سلف البيان، تواجه فرضا معيناً وتشير إلى القاعدة الموضوعية التى تحكمه. أما الفرض، فهو

العمل المختلط، أى الذى يكون تجارياً فى شق منه ومدنياً فى الشق الآخر. وأما القاعدة الموضوعية التى تحكمه، فهى القانون التجارى. ومن ثم تخضع الالتزامات الناشئة عن العمل المختلط وذات الطبيعة المدنية بالنسبة لأحد الأطراف، شأنها فى ذلك شأن الالتزامات الناشئة عن نفس العمل وذات الطبيعة التجارية بالنسبة للطرف الآخر، لأحكام قانون واحد، هو قانون التجارة.

وبدهى أن المقصود بأحكام قانون التجارة، التى تسرى على هذا الفرض، هى تلك المتعلقة بالالتزامات والعقود التجارية الواردة فى الكتاب الثانى من هذا القانون، وليست الأحكام الخاصة بصفة التاجر وما ينشأ عن اكتسابها من آثار.

غير أن تطبيق الحكم السابق مشروط، كما تقول المادة الثانية عشرة سالفة الذكر، بعدم "وجود نص يقضى بغير ذلك". وطبيعى أن يكون هذا النص المخالف موجوداً فى القانون التجارى، فلا يجوز البحث عنه فى قانون آخر. وهذا أمر منطقى لأن المشكلة، فى هذه الحالة، خاصة بتحديد نطاق ذلك القانون، ومن نافلة القول أن القانون التجارى، وحده دون سواه، هو المعنى برسم حدود النطاق الذى تسرى فيه أحكامه.

ولكن ماذا تعنى عبارة "مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك" الذى ذيل بها المشرع نص المادة الثانية عشرة؟

المقصود بهذه العبارة، فى نظرنا، هو اشتمال القانون التجارى على قاعدة أخرى من قواعد الاسناد، تشير إلى قاعدة موضوعية، بخلاف القانون التجارى، تحكم ذات الفرض الذى تواجهه المادة المذكورة. بمعنى أن يوجد نص يقرر، مثلاً، سريان القانون المدنى على الجانب المدنى من العمل المختلط مع بقاء الجانب التجارى منه محكوماً بقواعد

قانون التجارة، أى يقضى بخضوع العمل المختلط لنظام قانونى مزدوج أو موزع.

ويثور التساؤل الآن حول معرفة ما إذا كان التقنين التجارى يحتوى على مثل هذه القاعدة.

النفى، فى اعتقادنا، هو الرد الصحيح على هذا التساؤل. ومع ذلك، فقد انتهى البعض إلى رأى مخالف [٢٣] فحواه ان هناك فى القانون التجارى بعض المواد التى يستفاد منها عدم سريان أحكام قانون التجارة، فى بعض الأحيان، على الأعمال المختلطة [٢٤]. وضربوا مثالا لذلك بالمادة ١٠١ من القانون المشار إليه التى تنص على أن "يكون القرض تجاريا إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضة فى أعمال تجارية". واستنتجوا من هذه المادة، بمفهوم المخالفة، أن القرض يعتبر مدنيا متى رصد مبلغه لغرض غير تجارى، وبالتالى يتعين البحث عن حكمه فى القانون المدنى دون سواه.

ولقد انحازت إلى هذا التخريج المحكمة الكلية فى حكمها الذى أصدرته بهيئة استئنافية فى القضية رقم ٨٧/٣٠١ بتاريخ ١٩٨٨/٢/٢٠ السالف ذكره. وهذا التخريج صحيح عندما يكون القرض من طبيعة مدنية بالنسبة للمقرض والمقترض على حد سواء، إذ لن تحكمه أية قاعدة تجارية بالتطبيق لنص المادة الأولى من قانون التجارة التى تقضى "بأن تسرى أحكام هذا القانون على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية التى يقوم بها أى شخص ولو كان غير تاجر". غير أنه لا يقوى على النقد فى الحالة التى يكون فيها القرض من قبيل الأعمال المختلطة، أى تجاريا بالنسبة للمقرض ومدنيا بالنسبة للمقترض. والسبب راجع إلى أن المادة ١٠١ المشار إليها ليست قاعدة

اسناد، بل قاعدة تكييف. فدورها مقصور فقط على تبيان متى يكون القرض تجارياً، ولا تتجاوزه إلى الإشارة إلى القاعدة الموضوعية الواجبة التطبيق عليه عندما يكون من قبيل الأعمال المختلطة. فالذى يشير إلى هذه القاعدة هو نص المادة ١٢، بإعتباره قاعدة اسناد، وهو يقضى بسريان أحكام قانون التجارة فى مثل هذه القروض.

ومن ثم لا يكون الحكم الذى أصدرته المحكمة الكلية، بهيئة استئنافية، مصيباً فيما قضى به من رفض الفوائد التأخيرية عن قرض أبرمه أحد الأشخاص مع أحد البنوك بحجة أن القرض من طبيعة مدنية، على حسب "ما استشفته المحكمة من أوراق الدعوى والأدلة الواردة والتى لايوجد فى الأوراق ما يناهضها مما تكون معه المطالبة بالفائدة التأخيرية مخالفة للقانون وتستوجب الرفض، اعمالاً لحكم المادتين ١/٣٠٥ و١/٥٤٧ من القانون المدنى. إذ فات المحكمة ان القرض، فى الدعوى المعروضة عليها، وان كان مدنيا بالنسبة للمقترض، يعد تجارياً بالنسبة للبنك المقرض، تطبيقاً لنص المادة الخامسة من قانون التجارة، باعتباره من معاملات البنوك. ومن ثم، فإنه يكون من الأعمال المختلطة التى يستأثر قانون التجارة بحكمها على أساس كونه القانون الذى اشارت إليه قاعدة الاسناد التى تنطوى عليها المادة الثانية عشرة السالفة الذكر.

ولا يغير من هذا النظر ما قضت به المحكمة من أنه "لا مراء فى أن حكم المادتين ٣٠٥ و٥٤٧ من القانون المدنى هو مما يتعلق بالنظام العام وبما يتعين معه على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها وبما مؤداه بطلان الاتفاق على فوائد التأخير المطالب بها". إذ الأمر، فى الدعوى المعروضة على المحكمة، لا يعدو أن يكون تحديداً لنطاق تطبيق كل من القانون التجارى والقانون المدنى. والقاعدة فى هذا الشأن أن القانون المدنى لايطبق إلا إذا لم يوجد حكم خاص فى القانون التجارى. ومما لا شك فيه أن المادة الثانية عشرة، التى كان

يتعين على قضاة الدارة الاستئنافية حل النزاع على مقتضاها، هى قاعدة من قواعد القانون التجارى، أى قاعدة تجارية خاصة، فلا حاجة مع وجودها إلى تطبيق القواعد المدنية العامة حتى ولو كانت متعلقة بالنظام العام.

كما لا يجوز التحدى بكون القرض من طبيعة مدنية لادخاله فى نطاق القانون المدنى وللتمسك، من ثم، بفكرة النظام العام لابطال الفائدة التأخيرية المستحقة عنه. ذلك لأن القرض، وأن كان مدنياً بالنسبة للمقترض، يعتبر تجارياً، وعلى ما سلف البيان، بالنسبة للبنك، أى أنه يعد من الأعمال المختلطة. ولقد سكت القانون المدنى عن وضع نظام قانونى لهذه الأعمال، فى حين أن القانون التجارى قد بين حكمها. وطالما أن الأمر كذلك، فإن هذه الأعمال لا تدخل أصلا فى نطاق القانون المدنى، بل هى من ميادين القانون التجارى، وبالتالى لا يصح منع تطبيق أحكام هذا القانون الأخير عليها بحجة مخالفتها للنظام العام المدنى.

١٠- النزعة الثانية: الاعتدال:

وتعكس هذه النزعة بعض مواد قانون التجارة ذاته، لاسيما المواد ٩ و١٠ و١١. فهذه المواد، إذا ما حملت على معناها الظاهر، من شأنها أن تؤدى ليس فحسب إلى التخفيف من غلواء النزعة المتطرفة، بل وكذلك إلى افساح المجال أمام القانون المدنى ليغزو ميداناً حسم المشرع الصراع عليه لصالح القانون التجارى.

١١- المادة التاسعة:

فالمادة التاسعة تنص على أن "الأصل فى عقود التاجر والتزاماته أن تكون تجارية، إلا إذا ثبت تعلق هذه العقود والالتزامات بمعاملات مدنية".

فهذه المادة تضع، إذن، قرينة قانونية، توسع من نطاق تطبيق القانون التجارى، مفادها جعل الصفة التجارية هى الأصل العام بالنسبة لعقود التاجر والتزاماته. غير أن هذه القرينة ليست قاطعة، بل هى قرينة بسيطة يمكن تقويضها باثبات عكس الأصل، أى باثبات تعلق العقود والالتزامات المذكورة بمعاملات مدنية. ومما لا شك فيه ان اعتبار هذه القرينة من القرائن البسيطة يؤدى، منطقاً، إلى وقف توسع القانون التجارى عند حدود معينة.

ولقد أراد المشرع بوضع هذه القرينة وبجعلها قابلة لاثبات العكس الوصول إلى هدف محدد، يتمثل فى تطبيق نظام قانونى معين، هو نظام القانون التجارى، فى حالة بقاء هذه القرينة، وفى العدول عن هذا النظام إلى نظام آخر، هو نظام القانون المدنى، فى حالة تقويضها بإقامة الدليل على عكسها.

وينبنى على ذلك أن أحكام القانون التجارى تنطبق بحسب الأصل على عقود التاجر والتزاماته الناشئة بسبب تجارته، أيا كانت طبيعة هذه الالتزامات أو تلك العقود بالنسبة إلى الطرف الآخر فيها. ولكن إذا ثبت تعلقها بمعاملات مدنية، أى بحياة التاجر الشخصية، فإن الصفة التجارية تنحسر عنها وتستبعد، بالتالى، من نطاق القانون التجارى. وعندئذ يتعين حكمها بقواعد القانون المدنى، وذلك كله دون ما التفات إلى طبيعتها بالنسبة إلى الطرف الذى تعاقد معه التاجر أو التزم فى مواجهته.

فلو فرض، مثلاً، أن تاجراً قد أبرم عقد قرض مع أحد البنوك ورصد مبلغه لغرض مدنى، فإن حكم هذا القرض، على الرغم من كونه عملاً مختلطاً، ينبغى التفتيش عنه فى قواعد القانون المدنى، على الأقل بالنسبة لشقه المتعلق بالتاجر، على اعتبار أنه قرض غير تجارى

وفقاً لنص المادة التاسعة وأخذا بمفهوم المخالفة لنص المادة ١٠١ من قانون التجارة السالف الاشارة إليه. وتقتضى التسوية فى المركز القانونى اتباع ذات الحل عندما يكون المتعاقد مع البنك، فى الفرض السابق، شخصاً عادياً لا يتمتع بصفة التاجر.

والنتيجة المنطقية، بل والحتمية، التى يفضى إليها التفسير السابق، على فرض صحته، هى القضاء على مبدأ النظام القانونى الموحد أو الجامع الذى تبناه المشرع الكويتى لحكم الأعمال المختلطة، المتمثل فى اخضاعها لقواعد القانون التجارى، واتباع ذات الحلول المستقر عليها فى كل من القانونين الفرنسى والمصرى، باعتبارهما الأصل التاريخى للقانون الكويتى، والتى تتلخص فى تطبيق نظام قانونى مزدوج أو موزع على العمل المختلط يتركب من قواعد القانونين التجارى والمدنى معا طالما كان التنسيق بينهما ممكنا. أما عند تعذر هذا التنسيق، لاستحالة تجزئه التصرف إلى جزئين منفصلين تحكمهما قواعد قانونية مختلفة، فلا مفر من الأخذ بنظام قانونى موحد، تجارياً كان أم مدنياً. وتتوقف تعيين الصفة التجارية أو المدنية لهذا النظام على طبيعة العمل بالنسبة إلى المدين[٢٥].

وتمشياً مع التحليل السابق، الذى تبنته النزعة المعتدلة، تكون المحكمة الكلية قد أصابت فيما ذهبت إليه، بحكمها السابق ذكره، من بطلان تقاضى فائدة تأخيرية عن عقد القرض موضوع النزاع المعروض عليها، بإعتبار أنه قرض مدنى تلحقه نصوص القانون المدنى التى تحظر الفوائد فى المعاملات المدنية حظراً مطلقاً.

وفى عبارة موجزة، تعتبر المادة التاسعة، وفقاً للتفسير السابق، من قبيل المواد التى تفتح الطريق أمام القانون المدنى ليغزو ميداناً استأثر به القانون التجارى بسبب نص المادة الثانية عشرة

السالف الاشارة إليه.

١٢- المادة العاشرة:

تضع هذه المادة حكماً خاصاً بالانتاج الفنى والذهنى، فتنص على أن "صنع الفنان عملا فنياً بنفسه أو بإستخدامه عمالا، وبيعه اياه، لا يعد عملا تجارياً. وكذلك لايعد عملا تجارياً طبع المؤلف مؤلفه وبيعه اياه". فيستفاد من هذا النص أن نية المشرع قد انصرفت، بنفى الصفة التجارية عن عمل الفنان أو المؤلف، إلى اخراج هذا النوع من الأعمال من نطاق قانون التجارة، وإلى ادخاله تحت مظلة قانون آخر، هو القانون المدنى، حتى ولو كان من تصرف له الفنان أو المؤلف بالبيع شخصاً يتمتع بصفة التاجر.

ومن ثم، لو فرض ان باع الفنان عمله الفنى، أو المؤلف انتاجه الذهنى، فإن البيع لا يخضع فى الحالتين، كما يوحى بذلك ظاهر نص المادة المذكورة، لأحكام القانون التجارى، بل تحكمه قواعد القانون المدنى، على الأقل بالنسبة لشقه الخاص بالفنان أو المؤلف.

ويترتب على هذا التفسير نفس النتائج التى سبق ذكرها عند التعرض لبيان مفهوم المادة التاسعة.

١٣- المادة الحادية عشرة:

تنص هذه المادة على أن بيع المزارع الحاصلات الناتجة من الأرض المملوكة له أو التى يزرعها، ولو بعد تحويل هذه الحاصلات بالوسائط التى يستعملها فى صناعته الزراعية، لا يعد عملا تجارياً".

وعلى ضوء هذا التوفيق، بين النزعتين المتطرفة والمعتدلة، لايكون الحكم الذى أصدرته المحكمة الكلية، السابق ذكره، صحيحاً فيما قرره من بطلان الفوائد التأخيرية عن القروض المعقودة مع البنوك متى كانت مبالغها مرصودة لأغراض غير تجارية. ويكون مسلك المشرع الكويتى، الذى عبرت عنه المادة ١٢، متفقاً فى هذا الشأن، من حيث النتيجة، رغم اختلاف الأسباب، مع ما استقرت عليه أحكام محكمة النقض المصرية من أن "القروض التى تعقدها المصارف تعتبر بالنسبة للمصرف المقرض عملا تجاريا بطبيعته وفقا لنص المادة الثانية من قانون التجارة، وهى كذلك بالنسبة للمقترض مهما كانت صفته والغرض الذى خصص له القرض. [ومن ثم]، فإن هذه القروض، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، تخرج عن نطاق الحظر المنصوص عليه فى المادة ٢٣٢ [من القانون المدنى] وتخضع للقواعد والعادات التجارية التى تبيح تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ومجاوزة الفوائد لرأس المال" [٢٧].

أما المادتان ١٠ و١١ من قانون التجارة فهما تكيفان البيع بالنظر إلى أحد أطرافه دون الطرف الآخر. فتعتبر أنه عملا مدنياً بالنسبة للبائع، فى حالة كون هذا الأخير فناناً أو مؤلفاً أو مزارعاً وانصب البيع على العمل الفنى أو الذهنى أو الحاصلات الزراعية. ولا يخرج الأمر، بالنسبة لتكييف العلاقة، التى تحدثت عنها هاتان المادتان، عن الفرضين التاليين:

١- أن تكون العلاقة مدنية صرفة بالنسبة لطرفيها، وفى هذه الحالة تنطبق أحكام القانون المدنى بمفهوم المخالفة لنص المادة الأولى من قانون التجارة. أو ٢- أن تكون العلاقة مختلطة، أى مدنية بالنسبة للبائع، وفقاً لأحكام المادتين السابقتين، وتجارية من جانب المشترى، وفقا لنصوص القانون التجارى، وفى هذه الحالة تسرى أحكام

هذا القانون الأخير بالتطبيق لنص المادة ١٢.

وبذلك يتم التوفيق والتنسيق بين نصوص القانون الواحد، رغم ما قد يبدو من تعارض وتنافر بين بعضها والبعض الآخر.

١٥- خاتمة: شل فعالية بعض نصوص قانون التجارة:

وإذا كان لايوجد ثم تناقض أو تعارض، من الناحية الفنية، بين نصوص المواد ٩، ١٠، ١١ ونص المادة ١٢، على ما سلف البيان، فالأمر على خلاف ذلك، من الناحية العملية، حيث أدت هذه المادة الأخيرة، باعتبار أن الغالب فى المعاملات أن تكون من طبيعة مختلطة، إلى شل فعالية المواد الثلاث السابقة مما لا يتفق وحسن السياسة التشريعية.

فالمشرع، عندما وضع بمقتضى نص المادة التاسعة قرينة على تجارية أعمال التاجر وأباح له اثبات عكسها باقامة الدليل على عدم تعلق هذه الأعمال بحرفته التجارية، كان يقصد من وراء ذلك تمكين التاجر من عدم الخضوع، فى صدد هذه الأعمال، لأحكام قانون التجارة بما يتضمنه من قواعد قاسية. ومما لا شك فيه أن المادة الثانية عشرة من شأنها تفويت هذا القصد. إذ ما جدوى اعطاء التاجر مكنة نفى القرينة المنصوص عليها فى المادة التاسعة، باثبات أن أعماله تتعلق بمعاملات مدنية، طالما أن المشرع ذاته قد عطل هذه المكنة، من الناحية الواقعية، عندما أخضع هذه الأعمال، فى حالة انتمائها إلى "طائفة الأعمال المختلطة"، لقواعد قانون التجارة بالتطبيق لنص المادة ١٢ سالفة الذكر.

وكذلك الحال فيما يتعلق بالمادتين ١٠ و١١ فى شأن بيع الفنان لاعماله الفنية، أو المؤلف لانتاجه الذهنى، أو المزارع لحاصلاته الزراعية. إذ ما الفائدة من اعتبار البيع، بالنسبة إليهم، عملا غير

تجارى طالما أنه سيخضع فى نهاية المطاف، فى حالة كونه من الأعمال المختلطة، لحكم القانون التجارى. بل أكثر من ذلك، ستصبح نصوص هاتين المادتين عديمة الجدوى، وبمثابة قوقعة جوفاء، لاسيما إذا ما وضعنا فى اعتبارنا ان الوضع الغالب فى الواقع العملى هو أن يبيع الفنان أو المؤلف أو المزارع انتاجه لمن يحترف التجارة فى هذا النوع من الانتاج.

وأخيراً، ستؤدى المادة المذكورة، خاصة بعد صدور القانون المدنى الجديد، إلى التضييق من نطاق تطبيق هذا القانون إلى أبعد الحدود، نظراً لأن الغالبية العظمى من المعاملات التى تشهدها الحياة اليومية للمجتمع الكويتى تأخذ شكل الأعمال المختلطة.

ومع ذلك، فإن المادة الثانية عشرة، رغم ما تشيعه من اضطراب بين نصوص القانون الواحد، تعتبر، فى اعتقادنا، أحد الأدوات الهامة لتحقيق وحدة القانون الخاص شريطة مبادرة المشرع الكويتى بمراجعة نصوص كل من القانونين التجارى والمدنى وتنقيتها مما علق بها من شوائب وازالة ما بينها من تناقض بما يؤدى إلى وضع اللبنة الأولى على طريق هذه الوحدة. وبيان ذلك يقتضى بحثاً مستقلاً ندعو الله أن يوفقنا إلى تحقيقه.

الهوامش

(١) أنظر: الشيخ سلمان الدعيج الصباح، مقدمة قانون التجارة، مطبوعات مجلس الوزراء، لجان تطوير التشريعات، ص ١٠.

(٢) المادة الأولى من قانون التجارة الحالي، الصادر في ١٥ أكتوبر عام ١٩٨٠، والمعمول به إعتبارا من ٢٥ فبراير عام ١٩٨١، التي تقضي بسريان "أحكام هذا القانون على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر".

(٣) لقد حل قانون التجارة الحالي، رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠، محل قانون التجارة رقم ٢ لسنة ١٩٦١، وتم نشره بالعدد رقم ١٣٣٨ من الكويت اليوم "الجريدة الرسمية"، الصادر في ١٩ يناير ١٩٨١. ومما تجدر ملاحظته أن المادة الرابعة من القانون المذكور تتناول الأعمال المتعلقة بالشراء أو الايجار لأجل البيع أو التأجير بقصد تحقيق الربح، سواء ورد الشراء على منقول أو عقار، وكذلك عقود التوريد. أما المادة الخامسة، فقد أوردت تعدادا لأعمال اعتبرها القانون تجارية، بغض النظر عن صفة القائم بها أو نيته. وهذه الأعمال هي جميع معاملات البنوك، الصرف والمبادلات المالية، الأوراق التجارية، الوكالة التجارية والسمسرة، تأسيس الشركات وبيع وشراء الأوراق المالية التي تصدرها، المخازن العامة، الصناعة والصناعات الاستخراجية، التأمين بأنواعه المختلفة، النقل برا وبحرا وجوا، المحلات المعدة للجمهور ومحلات البيع بالمزايدة، توزيع الماء والكهرباء والغاز واجراء المخابرات البريدية والبرقية والهاتفية، الطبع والنشر والصحافة والاذاعة والتليفزيون، مقاولات بناء العقارات وتعديلها وترميمها وهدمها. وعالجت المادة السادسة الأعمال المتعلقة بالتجارة البحرية. وتم إفراد المادة السابعة لجميع الأعمال المتعلقة بالملاحة الجوية.

(٤) أنظر في هذا المبدأ:

Gilles Goubeaux, la règle de l'accessoire en Droit privé, Paris, L.G.D.J., 1969, surtout, P 414 ets.

(٥) لا يشترط، لأعمال نظرية التبعية التجارية الموضوعية، أن يكون القائم بالعملين شخصاً واحداً، إذ قد يقوم بهما شخصان مختلفان، ويكون أحد العملين مدنياً والآخر تجارياً، فينقلب العمل المدني، نظراً لارتباطه بالعمل التجاري، إلى عمل تجاري بالتبعية الموضوعية. مثال ذلك كفالة الدين التجاري. فالكفالة، أصلاً، من العقود المدنية بطبيعتها، لأنها من عقود التبرع، ومع ذلك إذا أعطاها الكفيل ضماناً لدين يعتبر تجارياً بالنسبة إلى المدين فإنها تعتبر عملاً تجارياً. أنظر المادة ٩٨ من قانون التجارة الكويتي، وراجع كذلك:

J. Hamel, G. Lagarde et A. Jauffret, Droit Commercial, T.I, 2ème éd, Dalloz, 1980, Nos 182 et S.; A. Jauffret, Actes de Commerce, Encyclopédie Dalloz, Droit Commercial, 1972, Nos 502, P. 39; Goubeaux, op.cit., No 308 et S.

(٦) أنظر:

J. Bonnecase, Traité de Droit Commercial Maritime 1923, Nol 61 et s.

(٧) أنظر: هامل، لاجارد وجوفريه، المرجع السابق، بند ١٨٢، جوفريه، المقال السابق، بند ٤٩٧، وقرب

J. Guyénot, Cours de droit Commercial, 1968, No. 52.

كذلك راجع: اكثم الخولي، الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول، ١٩٧٠، بند ١٢٤.

(٨) أنظر: المادة ٦٣٧ من تقنين التجارة الفرنسي، مع ملاحظة أن هذه المادة، في شقها الخاص بالسند لأمر، قد تم الغاؤها بمقتضى المرسوم الصادر في ٣٠ أكتوبر عام ١٩٣٥. وأنظر كذلك المادة ٢/٧ من تقنين التجارة المصري.

(٩) المادة ١/٩١ تجاري فرنسي، والمادة ٧٦ تجاري مصري.

(١٠) المقصود بالمواد السابقة المواد من ٤ إلى ٧ من تقنين التجارة.

(١١) ٩انظر: هامل، لاجارد وجوفريه، المرجع السابق، بند ١٨٢، جوبو، المرجع السابق، بند ٣٠٨، ص ٤١٨.

(١٢) يذهب البعض، مع ذلك، إلى اعتبار التبعية، في هذه الحالة، تبعية موضوعية وليست شخصية. ٩انظر في هذا المعنى: جوبو، المرجع السابق، بند ٣١٤، ص ٤٢٩. ويرى جورج ريبير ٩أن الأخذ بالنظرية الشخصية، ٩٥أساس لتحديد نطاق تطبيق القانون التجاري، يؤدي إلى عدم وجود ٩أعمال تجارية بالتبعية الشخصية، لأن الأعمال المتعلقة بمهنة التجارة ستعتبر ٩أعمالا تجارية بحد ذاتها.

(١٣)

Traité élémentaire de droit Commercial, 10 éme éd, Par R. Roblot, Paris, L.G.D.J., No. 306, P. 197.

L'article 632, al. 10, répute acte de commerce "toutes obligations entre négocians, marchands et banquiers".
L'article 638, al. ler, dispose, "Ne seront point de la Compétence des tribunaux de commerce... Les actins intentées Contre un Commercant pour payement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier".

(١٤) تنص هذه المادة على تجارية "جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسببين والسماسرة والصيارف ما لم تكن العقود والتعهدات المذكورة مدنية بحسب نوعها ٩أو بناء على نص العقد". و٩انظر في تفسير هذا النص: علي البارودي وفريد العريني، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٧، بند ٧١، ص ١٤٣ ومابعدها.

(١٥) راجع: هامل، لاجارد وجوفريه، المرجع السابق، البنود من ١٧٥ إلى ١٨١، جوفريه، المقال السابق، بند ٤٢١ ومابعده، جيانو، البنود من ٥٧ إلى ٦٢، جوبو بند ٣١٠ ومابعده، وانظر كذلك:

J. Calais-Auloy, Actes de Commerce, Juris-Classeur Commercial, 1982. Fascicule 35, No 132 et s.

وفى مصر، انظر: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، بند ٦٢ ومابعدها، اكثم الخولى، المرجع السابق، بند ١١٣ ومابعده.

(١٦) يلاحظ أن المشرع الكويتى قد اشترط صراحة، لكى يكون العمل تجاريا بالتبعية الشخصية، ان يكون العمل لحاجات تجارة التاجر. ولا يوجد فى التشريع الفرنسى نص صريح يتطلب مثل هذا الشرط، بل هو من خلق القضاء. انظر، على سبيل المثال: هامل، لاجارد وجوفريه، بند ١٧٦، كاليه أولوا، المقال السابق، بند ١٣٥، جوفريه، بند ٤٢٤.

(١٧) لقد انتقد بعض الفقهاء هذه التسمية. انظر: جورج ريبير، المرجع السابق، بند ٣١١، جوبو، بند ٣٢٥، جوفريه، بند ٥٣٢. ويفضل البعض تسميتها "الأعمال التجارية من جانب واحد". انظر: محمد لبيب شنب، الأعمال التجارية المختلطة -نطاقها ونظامها القانونى، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة السادسة، العدد الثانى، يوليو ١٩٦٤، بند ١٦، ص ٢٦١ ومابعدها.

(١٨) انظر: هامل، لاجارد وجوفريه، بند ١٧٦ و ١/١٨٥، جوفريه، بند ٥٣٢. وراجع كذلك: مصطفى كمال طه، القانون التجارى، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الاسكندرية ١٩٥٦، بند ٩٨، ص ١٣٦. وجدير بالذكر أنه لايمكن اعتبار الكمبيالة من الأعمال المختلطة لأنها معتبرة تجارية أيا كان أو لو الشأن فيها. أما القانون الكويتى فقد عمم الحكم على جميع الأوراق التجارية من كمبيالات وسندات لأمر وشيكات، راجع المادة الخامسة من قانون التجارة.

ولقد أراد البعض أن يخرج أيضا من نطاق الأعمال المختلطة أعمال التجارة البحرية، ولكن هذا الرأى تم استبعاده من جانب الفقه والقضاء. انظر فى ذلك: جوفريه، بند ٥٣٢،

R. Rodiere,
Compétence Civile ou Compétence Commerciale en Matière maritime, Droit Maritime Français (D.M.F.), 1974, P. 511.

(١٩) لا يوجد فى كل من القانونين الفرنسى والمصرى نص يقابل المادة ١٢ من قانون التجارة الكويتى، لذلك فالحلول المطبقة فى شأن الاعمال المختلطة هى من صنع القضاء. راجع فى هذا المعنى: جورج ريبير، البنود من ٣٣٨ إلى ٣٤٥، هامل، لاجارد وجوفريه، بند ١٨٦، جوفريه، البنود من ٥٣٨ إلى ٥٥١، مصطفى كمال طه، المرجع السابق، بند ٩٩، ص ١٣٧.

(٢٠) ويظهر ذلك بوضوح فى حالة سعر الفائدة وسريان الرهن الحيازى على الغير. فمن غير المعقول أن يكون للدين الواحد أكثر من سعر فائدة واحد لمجرد كونه مدنيا بالنسبة لطرف وتجاريا بالنسبة للطرف الآخر. وكذلك الحال فيما يتعلق بالرهن باعتباره من العقود التى تسرى على الغير وتختلف شروط السريان فى الرهن التجارى عنها فى الرهن المدنى، إذ لا يعقل أن ينطبق لهذا السريان نوعان من الشروط عندما يكون الرهن من طبيعة مختلطة.

(٢١) تقابل هذه المادة المادة ١٥ من قانون التجارة الملغى رقم ٢ لسنة ١٩٦١. ولقد جاء فى مذكرة الخطوط الرئيسية للقانون الأخير أن "المادة ١٥ (جاءت) بحكم هام يقضى على تجزئة العقود التجارية. فقررت أنه إذا كان العقد تجاريا بالنسبة إلى أحد العاقدين دون الآخر، سرت أحكام قانون التجارة على التجارة على التزامات العاقد الآخر الناشئة من هذا العقد، مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك. فإذا باع التاجر سلعة لعميله غير التاجر، احتفظ عقد البيع التجارى هذا بوحدته، وسرت أحكام قانون التجارة على جميع الالتزامات التى تنشأ من هذا العقد، سواء فى ذمة التاجر أو ذمة العميل غير التاجر...". أنظر: مجموعة التشريعات الكويتية، مطبوعات مجلس الوزراء، ادارة الفتوى والتشريع، الجزء الثانى، ص ٣٦٤.

(٢٢) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المذكور، مطبوعات مجلس الوزراء، لجان تطوير التشريعات، ص ٢٥٦. وفى اعتقادنا أن الاشارة

إلى القانون البلجيكى، كأحد مصادر المادة ١٢، محل نظر، ذلك لأن هذا القانون، على قدر علمنا، قد جاء خلوا من نص مماثل للنص الكويتى. لكن القانون التجارى الألمانى يتضمن نصا مطابقا تماما للنص الكويتى، هو نص المادة ٣٤٥. راجع

Code de Commerce
Allemand et Autrichien, Traduction Française par M. Doucet, éditions Pédon. Paris 1949, P.58.

(٢٣) انظر: كاظم بوعباس، مدى جواز تطبيق الفوائد البنكية على القروض غير التجارية، مقال منشور بجريدة الوطن، الوطن القانونى، العدد رقم ٤٦٨٠ الصادر بتاريخ ٢ مارس ١٩٨٨، ص ١٧.

(٢٤) من النصوص المشابهة لنص المادة ١٠١ تجارى، نصوص المادتين ٩٨ و ٢٢٣ من قانون التجارة. فالمادة ٩٨ تقرر تجارية الكفالة عندما يكون الدين المكفول تجاريا بالنسبة للمدين. والمادة ٢٢٣ تعتبر الرهن تجاريا بالنسبة إلى جميع ذوى الشأن فيه إذا تقرر على مال منقول ضمانا لدين يعتبر تجاريا بالنسبة إلى المدين. والمادتان السالفتان تندرجان، شأنهما فى ذلك شأن المادة ١٠١، فى عداد المواد المتضمنة لقاعدة من قواعد التكييف. وعلى ذلك، فليس لهما أى علاقة بتحديد القواعد الموضوعية الواجب تطبيقها على الكفالة أو الرهن. فتحديد هذه القواعد منوط بقواعد الاسناد وحدها دون سواها. وقواعد الاسناد، فى مجال الأعمال التجارية، تنحصر فى المادة الأولى تجارى، عندما يكون العمل تجاريا صرفا بالنسبة إلى طرفيه، وفى المادة ١٢ تجارى عندما يكون من الأعمال المختلطة.

(٢٥) لقد خرجت محكمة النقض المصرية على هذه القاعدة فى حالة القروض التى تعقدها البنوك فى نطاق نشاطها المصرفى، حيث قررت أن هذه القروض تعتبر تجارية بصرف النظر عن صفة المقترض، وأيا كان الغرض الذى رصد القرض من أجل تحقيقه. انظر نقض ٥ مارس ١٩٦٨، الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ٣٣ق، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفنى، س ١٩، ع ١، ص ٤٩٣، نقض ٢٧ يونيو ١٩٦٣، الطعن

رقم ١١٥ لسنة ٢٨ق، المجموعة...، س١٤، ع٢، ص٩٣٦، والطعن رقم ٢٥٥ لسنة ٢٧ق، المجموعة، س١٤، ع٢، ص ٩٤٦. وفى انتقاد هذا القضاء، راجع: مصطفى كمال طه، القانون التجارى، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢، بند ٦٢، ص ٨٣.

(٢٦) انظر: جورج ريبير، المرجع السابق، بند ١٧٧، ص ١١٣.

(٢٧) انظر احكام النقض المصرية المشار إليها فى الهامش رقم ٢٥ من هذه الدراسة.