جامعة المنار
كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس

القانون التجاري

الأوراق التجارية

****

دروس لطلبة السنة الثالثة إجازة أساسية قانون خاص

الأستاذ علي ننني

السنة الجامعية 2020-2021

قائمة في أهم المراجع

1)- باللغة العربية:

*مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، الجزء الثاني، الأوراق التجارية، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1971.
*محمد راتب، السندات الاذنية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1948.
*ادوارد عيد، الأسناد التجارية، مبادئ عامة، سند السحب، السند للأمر، بيروت، 1966.
*ادوارد عيد، الأسناد التجارية، الشيك، بيروت، 1967.

2)- باللغة الفرنسية:

* ROBLOT R., Les effets de commerce, Paris, Sirey, 1975.
* RIPERT G. et ROBLOT R., Traité de droit commercial, par Delebecque Ph. Et Germain M., Tome 2, LGDJ 16 ème éd., 2000.
* KNANI Y., Droit commercial. Les effets de commerce – le chèque – le virement et la carte de paiement, CPU, 2ème éd., 1999,

قائمة في المختصرات

م ت : المجلة التجارية.
م ا ع: مجلة الالتزامات والعقود.
م م م ت: مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

مدخـــــــل عـــــــــام

1.- نشأة الأوراق التجارية:تعتبر الأوراق التجارية من المواضيع التقليدية في مادة القانون التجاري حيث أن تفرد هذه المادة بقواعد خاصة مختلفة عن الشريعة العامة التي يمثلها القانون المدني تظهر بكل جلاء في القانون المنظم للأوراق التجارية المعروف بالقانون الصرفي. فالعلاقات التجارية تمتاز عن العلاقات المدنية بميزات تجعل من الضروري تخصيصها بقواعد من شانها أن لا تعيق النشاط التجاري بل وجب عليها المساهمة في تطوره باعتماد آليات ومؤسسات ومبادئ تحتكم إلى مطلبين رئيسيين متمثلين في توفير سرعة التعامل وبناء إطار لهدا التعامل قائم على الثقة.

ولما كان النشاط التجاري مرتكزا على تبادل الأموال و الائتمان نشأت الأوراق التجارية لتلبية هذه الحاجيات وتدرجت في وظائفها من كونها أداة لنقل المال من مكان إلى آخر ضمانا لعدم التعرض للتجار وسرقة أموالهم لتصل إلى وظيفتها الرئيسية في عصرنا الحالي كأداة ائتمان تمكن التاجر أن يتعاقد مع تاجر آخر مع تأجيل الخلاص وذلك بتوثقة دينه من خلال إنشاء ورقة تجارية تضمن له بصورة أنجع حظوظ استيفاء دينه وتشجعه على التعامل بهذه الطريقة.

وعلى هذا الأساس كانت الأوراق التجارية في مرمى اهتمامات المشرعين بالنظر لدورها المحوري في تنشيط الحياة التجارية وتحقيق الازدهار الاقتصادي.
في هذا الإطار نشأت الأوراق التجارية ثم تبلورت القواعد القانونية المنظمة لها إلى أن صارت تتميز ببناء قانوني خاص يطلق عليه اسم القانون الصرفي نسبة إلى الوظيفة التقليدية الأساسية لهذه الأوراق كعقد للصرف يمكن التجار من إيداع نقودهم لدى تاجر (صيرفي) مقابل ورقة يقدمونها في مكان آخر يكون فيها لهذا الصيرفي مثيل له يمنح للتاجر النقود المودعة.

2.- تعريف الأوراق التجارية: بالنظر لأهمية الأوراق التجارية من الناحية العملية فقد اهتم المشرع بتنظيمها وهو تنظيم يغلب عليه طابع النقل الحرفي لمقتضيات التشريع الفرنسي المنظم لنفس المسالة في القانون الفرنسي[1]. وقد اهتم الفقه وفقه القضاء بهذا الفرع القانوني إلى درجة يمكننا الحديث من خلالها عن نظرية عامة للأوراق التجارية على الرغم من غياب تعريف تشريعي لهذا الصنف من السندات إذ اكتفت المجلة التجارية في كتابها الثالث (الفصول من 269 إلى 412) بتنظيم أصناف الأوراق التجارية حيث كان عنوان هذا الكتاب "في الكمبيالة وسند الأمر والشيك".

وقد انبرى الفقه لتعريف الأوراق التجارية ومن بين التعريفات الأكثر دقة التعريف الذي يرى أن الورقة التجارية "هي سند قابل للتداول يعاين وجود دين قصير الأجل لحامل الورقة التجارية و يصلح لخلاصها"[2].
انطلاقا من هذا التعريف يمكن الوقوف على الخصائص الأساسية للأوراق التجارية ومن ثم تعداد أصنافها.

3.- خصائص الأوراق التجارية: تمتاز الأوراق التجارية بجملة من الخصائص تساعد على تمييزها عن غيرها. وقد وردت هذه الخصائص في التعريف السابق وهي خصائص تتعلق بالدين المضمن بالورقة التجارية كما تتعلق بقابلية الورقة التجارية للتداول.
ففيما يتعلق بالتداول فان الورقة التجارية مثلها مثل القيم المنقولة يمكن نقلها من شخص إلى آخر بغير الطرق المعتمدة في القانون المدني التي تقتضي إجراءات لا تتناسب مع خاصية السرعة المميزة للقانون التجاري[3]. ولعل وجود السندات للحامل أي بدون تعيين مسبق للمستفيد دليل على قابلية التداول المتخففة من عبء الشكليات المعتمدة في القانون المدني.

---

1 من خلال استعراضه للقوانين المنظمة للأوراق التجارية في مختلف البلدان أكد العميد روبلو بخصوص تونس على أن القانون المنظم للأوراق التجارية (الفصول 269 وما يليها من المجلة التجارية التونسية)هو محض نقل لمقتضيات نفس المادة بالمجلة التجارية الفرنسية.
ROBLOT R., Les effets de commerce, Paris, Sirey, 1975, p. 59.

2 RIPERT G. et ROBLOT R., Traité de droit commercial, par Delebecque Ph. Et Germain M., Tome 2, LGDJ 16 ème éd., 2000, n°1911, p. 127.

3 في القانون المدني يقتضي انتقال الدين إجراء شكليا متمثلا في الإعلام والقبول فقد جاء بالفصل 205 م ا ع "لا يتم الانتقال للحامل له بالنسبة للمدين أو لغيره إلا بالإعلام بانتقال الدين أو بقبول المدين للانتقال برسم ثابت التاريخ ...".

أما بخصوص الدين فيتميز بكونه دينا ذا قيمة نقدية بالضرورة وهو ما يقتضي أن تكون الورقة التجارة محددة القيمة المالية التي تترجم الدين الذي تحقق خلاصه كما أن من شروط هذا الدين أن يكون ذا اجل قصير أي اقل من السنة في كل الأحوال على خلاف سندات أخرى تتميز بالدين لأجل طويل كالقيم المنقولة مثلا.
أما في ما يتعلق بأصناف الأوراق التجارية فبالعودة إلى عنوان الكتاب الثالث للمجلة التجارية يتبين أن أهم هذه الأوراق هي ثلاث: الكمبيالة وسند الأمر والشيك[4].
ولتحديد أهمية الأوراق التجارية بعد الوقوف على خصائصها يتجه تبيان السمات الأساسية للقانون المنظم لها.

5.- سمات القانون المنظم للأوراق التجارية:هو بالضرورة قانون مختلف في قواعده ومبادئه ومؤسساته عن القانون المدني. ويطلق على هذا القانون "القانون الصرفي".
ومن أهم مميزات القانون الصرفي التي تجد تفسيرا لها بالسعي إلى تحقيق الحماية للدائن المضمن دينه بالورقة التجارية كونه قانونا يتسم بالصرامة إلى جانب طابعه الشكلي.

صرامة القانون الصرفي:

6.- تفسر هذه الصرامة بارتباطها الوثيق بضروريات تحقيق تداول الأوراق التجارية الذي من شانه أن يحقق بدوره وظيفة الائتمان اللازمة لازدهار الأعمال التجارية.
وتتجلى هذه الصرامة من خلال القواعد التي هي في حقيقة الأمر استثناءات للقواعد المقابلة في القانون المدني ومنها:

- عملية خلاص الأوراق التجارية من خلال "الأمر بالخلاص" الذي يجب أن لا يكون مشروطا خلافا للقانون المدني الذي يقبل وينظم مسالة الشرط في الالتزامات التعاقدية[5].

---

4 إضافة إلى الأصناف الأكثر شيوعا يمكن اعتبار أنواع أخرى من الأوراق التجارية كالوران والسند للحامل وبعض سندات الخزينة.
KNANI Y., Droit commercial. Les effets de commerce – le chèque – le virement et la carte de paiement, CPU, 2ème éd., 1999, p. 12 et s.

5 تنظم الفصول 116 وما بعدها مسالة الشرط في القانون المدني. وقد جاء بالفقرة الأولى من الفصل 116 م ا ع "الشرط تصريح بمراد المتعاقدين وبموجبه يعلق وجود الالتزام أو انقضاؤه بأمر مستقبل غير محقق الوجود".

- خلافا للقانون المدني حيث أن التضامن بين الدائنين يجب أن يعبر عنه بصراحة[6] فان القانون الصرفي يعتبر التضامن بين الدائنين مفترضا وهو ما من شانه أن يحقق اكبر ضمانات لخلاص حامل الأوراق التجارية ويشجع بالتالي التعامل بها ويحقق تداولها بين المتعاملين في حقل النشاط الاقتصادي حيث جاء بالفقرة الأولى للفصل 310 من المجلة التجارية "إن ساحب الكمبيالة وقابلها ومظهرها وكفيلها ملزمون جميعا لحاملها على وجه التضامن".
- إذا كان بإمكان القاضي في المادة المدنية[7] وكذلك التجارية أن يمنح المدين اجل فضل لخلاص دينه فان اجل الفضل هذا لا عمل عليه في القانون الصرفي حيث يكون اجل خلاص الورقة التجارية غير قابل للتغيير.
- تخفيفا من عبء الخلاص على الملتزمين بالورقة التجارية اعتمد القانون الصرفي إمكانية قبول الخلاص الجزئي وهي إمكانية مستبعدة في القانون المدني[8] فقد جاء بالفصل 295 من المجلة التجارية " ... ولا يمكن للحامل أن يرفض قبول دفع جزئي".
- في مجال الإجراءات المدنية يمكن للدين المضمن بورقة تجارية أن يخضع لإجراءات الأمر بالدفع وان يكون السند كافيا للقيام بإجراءات العقلة [9].

الطابع الشكلي للقانون الصرفي:

7.- يبدو هذا الطابع للوهلة الأولى مخالفا للنسق العام المعروف بتخفيف الشكليات في القانون التجاري فالطابع الشكلي اعتمد لغاية وحيدة هي تحقيقه الحماية لحامل الكمبيالة بما تعنيه هذه الحماية من ضمان تداول الأوراق التجارية وتحقيق دورها الائتماني اللازم لتطور النشاط الاقتصادي.

---

[6] الفصل 174 م ا ع . جاء فيه "التضامن بين المدينين لا يحمل عليهم بالظن وإنما يثبت بصريح العقد أو القانون ...".

[7] الفصل 137 م ا ع.

[8] الفصل 255 م ا ع.

[9] جاء بالفصل 317 م ت "يمكن لحامل الكمبيالة المحرر فيها احتجاج بالامتناع عن الدفع فضلا عما توجبه عليه الإجراءات المقررة للقيام بدعوى الضمان أن يستصدر ادنا على عريضة بإجراء عقلة تحفظية على أمتعة ساحبي الكمبيالة والقابلين والمظهرين لها.
ويمكن له أيضا أن يستصدر أمرا بالدفع ضد قابلها ينفذ بعد أربع وعشرين ساعة من الإعلام به و بقطع النظر عن الاستئناف".
انظر في هذا الصدد:
MELLOILI S., Les saisies en matière de chèque et de lettre de change (Remarques à propos des articles 317 et 408 nouveaux de code de commerce), RTD 1998, p. 135.

وعلى هذا الأساس فان الشكلية المفرطة هي أيضا دليل على صرامة القانون الصرفي وتتجلى في أن السند ليعتمد كورقة تجارية ويخضع للقانون الصرفي لا بد أن يستجمع جملة من الشكليات تمثل في البيانات الوجوبية.

من ناحية أخرى فان الشكلية التي يتسم بها القانون الصرفي تتمظهر في استنتاج التزامات المتعاملين بالورقة التجارية من خلال شكلية إمضائهم للورقة. فإمضاء المسحوب عليه يجعله ملزما صرفيا إذ يعتبر إمضاؤه قبولا للكمبيالة فقد جاء بالفصل 285 من المجلة التجارية "...وان مجرد إمضاء المسحوب عليه بصدر الكمبيالة يعتبر منه قبولا...".
ونفس القاعدة تنطبق على الكفيل إذ جاء بالفقرة 5 من الفصل 289 من المجلة التجارية "وتعتبر الكفالة حاصلة بمجرد توقيع الكفيل على ظهر الكمبيالة...".

8- مخطط الدرس: للإلمام بدراسة الأوراق التجارية ومن خلالها القانون الصرفي يتجه اعتماد التصنيف التشريعي الذي عدد ثلاث أنواع أساسية للأوراق التجارية هي الكمبيالة (**الجزء الأول**) يتلوها السند للأمر (**الجزء الثاني**) ثم الشيك (**الجزء الثالث**).

الجـــــــزء الأول
الكـــمبيـــــــــــالة

9- تقديم: تعتبر الكمبيالة أهم الأوراق التجارية وذلك بالنظر لدورها المركزي في تحقيق وظيفة الائتمان التي تنفرد بها عن الشيك إلى جانب وظيفة الخلاص. وعلى غرار عدم تعريفه للأوراق التجارية فان المشرع لم يعرف كذلك الكمبيالة واكتفي بتعداد البيانات الوجوبية التي يتحتم وجودها حتى يمكن إصباغ صفة الكمبيالة على السند.
ومن خلال جملة البيانات أمكن للفقه إعطاء تعريف للكمبيالة فهي " سند يصدره شخص يدعى الساحب يعطي من خلاله أمرا لشخص ثان يدعى المسحوب عليه بخلاص مبلغ مالي محدد في اجل محدد لشخص ثالث يدعى المستفيد".

وبالنظر لتعلقها بالنشاط التجاري يتجه البدء بتحديد وظائف الأوراق التجارية (**فقرة أولى**) قبل الحديث عن طبيعتها القانونية (**فقرة ثانية**) ومن ثمة الحديث عن القانون المنظم لها (**فقرة ثالثة**).

<u>الفقرة الأولى</u>- وظائف الكمبيالة:

10.- يمكن القول أن للكمبيالة وظيفتان أساسيتان فهي تعد وسيلة ائتمان كما تعد وسيلة دفع أو خلاص. غير أن الوظيفتين السالف ذكرهما تعدان من الوظائف المتطورة للكمبيالة بالنظر لوظيفتها التاريخية التي نشأت من أجلها وهي وظيفة الصرف.
فتاريخ العلاقات الاقتصادية والعلاقات التجارية بوجه أدق يرجع نشأة الكمبيالة لحاجة التجار لوسيلة تقيهم عنت تنقلهم بأموالهم من مكان لأخر و خطر الاستيلاء عليها من قطاع الطرق.
فاذا كانت حاجة التجار واحدة باختلاف أمصارهم فان الحلول المستنبطة لحاجيات نشاطهم التجاري لا يمكن إلا أن تكون متشابهة بالنظر لتمرسهم بأعمال التجارة حيث أن ما أفرزته الحاجيات العملية لتجار أوروبا لن يختلف كثيرا عن غيرهم من التجار.

تاريخيا نشأت الكمبيالة لتحقق وظيفة كان واقع التجار يتطلبها وهي وظيفة نقل النقود من مكان لآخر بارتباط بحاجياتهم للتنقل بين الأسواق البعيدة جغرافيا والمحفوفة بمخاطر السلب والسرقة في الطرق غير الآمنة[10].
فوظيفة الكمبيالة التي كانت سببا في نشأتها في القرن 12 ميلادي في المجال الاقتصادي الأوروبي تتمثل في تنفيذ عقد الصرف الذي تتم فيه مبادلة النقود من مكان إلى مكان أخر يقوم بمقتضاها التاجر الذي يتجه إلى سوق بعيدة عن موطنه الأصلي بإعطاء الصيرفي مبلغا نقديا وفي المقابل يوفر هذا الأخير له ورقة مسحوبة على وكيله في المكان المقصود من التاجر.

أما في الحضارة العربية الإسلامية فان وجود أداة مشابهة للكمبيالة كان واضحا من خلال اهتمامات الفقهاء. هذه الأداة تحمل اسم "السفتجة" وقد أعطوا لها تعريفا يتميز بالدقة فهو

[10] KNANI Y., Droit commercial. Les effets de commerce, 2ème éd. CPU ; 1999, p. 28.

يجمع بين الوظيفتين اللتين استدعى التطور في الغرب أن يتباعدا بزمن غير يسير قدره خمسة قرون.

فالسفتجة[11] معناها الاصطلاحي هو "إقراض لسقوط خطر الطريق". وهي حسب التعريف المنسوب لابن تيمية في فتاواه "السفتجة هو أن يقرضه ببلد ليستوفي في بلد آخر فيربح المقرض خطر الطريق ومئونة الحمل ويربح المقترض منفعة الإقراض"[12].

إلى جانب وظيفتها التاريخية تحقق الكمبيالة وظيفة مهمة وهي وظيفة الخلاص إذ تعتبر وسيلة لإبراء الذمة من دين يقع خلاصه من خلال تقديم الورقة التجارية للدائن.

كما تحقق الورقة التجارية أهم وظائفها على الإطلاق وهي وظيفة الائتمان بمعنى أنها تمثل سندا ينشا بمناسبة نشوء دين بين تاجرين وتكون الورقة التجارية في هذه الحالة سندا لهذا الدين أي ضمانا لخلاصه وهو ما يقتضي أن يكون القانون المنظم للأوراق التجارية قانونا يحقق حماية جيدة للحامل حتى يكون سند الدين سندا مضمونا قادرا على أن يحقق وظيفة الائتمان التي لا تتطور الأعمال التجارية بدونها.

الفقرة الثانية- الطبيعة القانونية للكمبيالة:

11.- بقطع النظر عن اعتبارها عملا تجاريا بالشكل كيفما نص على ذلك الفصل 269 من المجلة التجارية فان إنشاء الكمبيالة يطرح مسالة نشأة رابطة صرفية على أساس رابطة أصلية. فالدين الأصلي بين الطرفين يمثل الرابطة الأصلية التي على أساسها أنشأ الدائن السند ضمانا لخلاص دينه ويكون هذا الإنشاء مولدا للرابطة الصرفية.
وقد تعددت الآراء الفقهية بخصوص الرابطة الصرفية المنشاة للالتزام الصرفي ومن هذه الآراء اعتبارها بمثابة تجديد للالتزام الأصلي مما يرتب اندثاره واستبداله بالالتزام الصرفي غير أن هذا الحل لا يستقيم بالنظر إلى القاعدة التي تستوجب أن يكون التجديد بصريح اللفظ لا بغلبة الظن وهو ما لا يتحقق في إنشاء الكمبيالة[13].

---

[11] السفتجة – بضم السين او فتحها – كلمة اصلها فارسي.
[12] ابن تيمية, الفتاوى, 534/29.
[13] جاء بالفصل 357 من مجلة الالتزامات والعقود تعريف تجديد الالتزام ضمن المقالة السابعة المتعلقة بانقضاء الالتزامات "تجديد الالتزام عبارة عن انقضاء التزام بان يجعل عوضه التزام اخر" وجاء بالفصل 358 "تجديد العقد لا يكون بغلبة الظن بل يجب ان يكون صريحا".

وقد اعتبر فقه القضاء أن إنشاء الكمبيالة لا يمكن اعتباره تجديدا للالتزام الأصلي[14].
وطالما أن التجديد لا يمكن اعتماده لتفسير نشوء الالتزام الصرفي فقد اتجه الرأي إلى اعتبار أن الالتزام الصرفي هو بمثابة قبول من الدائن بوسيلة اضمن وأكثر يسرا لخلاص دينه دون أن يعني ذلك تخليه عن صفته الأصلية كدائن بمقتضى الرابطة الأصلية ما يمنحه إمكانية القيام على أساسها.

الفقرة الثالثة- القانون المنظم للكمبيالة:

11- تخضع الكمبيالة إلى جانب الأوراق التجارية إلى قانون خاص هو القانون الصرفي.
وقد استقى المشرع التونسي كل قواعد هذا القانون من القانون الفرنسي وتتكون من الكتاب الثالث من المجلة التجارية الصادرة بمقتضى القانون عدد 129 لسنة 1959 المؤرخ في 05 أكتوبر 1959 المتعلق بإدراج القانون التجاري.
ويتضمن هذا الكتاب بابا أولا يتعلق بالكمبيالة من الفصل 269 إلى الفصل 338.
والى جانب التقنين الوطني فان أهمية الأوراق التجارية والكمبيالة على رأسها استدعت محاولات على المستوى الدولي بغية توحيد القوانين المنظمة لها وهو ما افرز اتفاقيات جنيف لسنة 1930 المتعلقة بالمسائل التالية:

- اتفاقية تتعلق بالقواعد الموحدة المتعلقة بالكمبيالة.
- اتفاقية تتعلق بتنظيم تنازع القوانين.
- اتفاقية تتعلق بالطوابع الجبائية في علاقة بالأوراق التجارية.

12- المخطط : لدراسة متكاملة للكمبيالة يتجه البدء بمرحلة إنشائها (**الفصل الأول**) ثم قبولها (**الفصل الثاني**) وتداولها (**الفصل الثالث**) ثم مسالة الكفالة في الكمبيالة (**الفصل الرابع**) وصولا إلى مرحلة الوفاء بها (**الفصل الخامس**).

14
يراجع قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 50864 بتاريخ 12 جانفي 1999، تعليق الاستاذ محمد الهادي الاخوة، المجلة القانونية التونسية، 1999، ص 299.

الفصل الأول

إنشـــــــــاء الكمبيـــــــالة

13.- يجتمع في إنشاء الكمبيالة صنفين من الشروط يتعلق الأول منهما بالقانون المدني ضرورة أن الكمبيالة ليست في النهاية إلا عملا قانونيا يستوجب استكمال شروط صحة الأعمال القانونية المحددة بمجلة الالتزامات و العقود أما الثاني فيتعلق بالقانون الصرفي من حيث أن السند لا يعتمد كورقة تجارية إلا في حال احتوائه على البيانات الوجوبية.

والملاحظ أن ازدواجية أو توازي انطباق القانون المدني والقانون الصرفي يعتبر خاصية من خاصيات الأوراق التجارية ومفاد هذه الخاصية إجمالا انه متى ما توفرت الشروط الخاصة المتعلقة بالالتزام الصرفي أمكن للأطراف التمتع بالصبغة الحمائية للقانون الصرفي في إطار ما يعرف بالدعوى الصرفية. أما في صورة غياب موجبات الالتزام الصرفي فان الأطراف تحرم من امتيازات الدعوى الصرفية ولم يعد لها من ملجأ إلا الاحتماء بالدعوى المدنية.
وهذه الثنائية تبدو طبيعية لان الالتزام الصرفي هو في النهاية التزام نشأ على أرضية سابقة له متمثلة في الالتزام المدني.

فالتاجر الذي يبيع سلعة لمواطن عادي بثمن مؤجل ينشأ له دين تجاه المشتري ويكون من مصلحته أن يضمن دينه بسند يوفر له الحماية وحظوظ الخلاص فينشئ كمبيالة. هذه الكمبيالة (الالتزام الصرفي) استندت في وجودها إلى عمل مدني سابق لها (عقد البيع). ونتيجة لذلك ينشأ بالتوازي التزامان التزام مدني (عقد مدني بيع أو غيره) مسنود لتحقيق غرض خلاصه بالتزام صرفي (إنشاء كمبيالة).

بالنظر إلى الصبغة الشكلية للأوراق التجارية فان الشروط المتعلقة بإنشاء السند وإضفاء صفة الكمبيالة عليه فهي من قبيل الشروط الشكلية (**المبحث الثاني**) أما الشروط المتعلقة بالعمل القانوني فهي من قبيل الشروط الأصلية (**البحث الأول**).

وبما أن إنشاء الكمبيالة يطرح مسالة العلاقة بين الالتزام الصرفي والالتزام الأصلي يتعين دراسة الروابط القانونية المتولدة عن الكمبيالة (**المبحث الثالث**).

المبحث الأول: الشروط الأصلية

14.- تتعلق الشروط الأصلية بموجبات كل عمل قانوني بقطع النظر عن مستلزمات الشكل التي يمكن أن تكون مضافة للشروط الأصلية.

إن إنشاء الكمبيالة هو قبل كل شيء عمل قانوني يستوجب لتمام شروط صحته استجماع شروط صحة العمل القانوني الواردة بالفصل الثاني من مجلة الالتزامات العقود وهي الأهلية(**الفقرة الأولى**) و الرضا (**الفقرة الثانية**) والمحل (**الفقرة الثالثة**) والسبب (**الفقرة الرابعة**)

<u>الفقرة الأولى</u>- الأهلية:

15.- باعتبار أن الكمبيالة عمل قانوني فان منشؤها (الساحب) لا بد أن يكون أهلا للإلزام والالتزام[15].

وباعتبار أن الكمبيالة تمثل عملا تجاريا بالشكل فان الساحب يجب أن تتوفر فيه أهلية القيام بالأعمال التجارية وهي أهلية لم تعد تختلف كثيرا عن الأهلية المدنية إذ انحسر مجالها من خلال إلغاء الفصل 6 من المجلة التجارية الذي كان يكرسها وذلك بالنظر إلى التخفيض الحاصل في السن القانونية لحد ثمانية عشر سنة[16].

وقد تطرق الفصل 273 م ت لموضوع الأهلية فجاء فيه "إن الكمبيالة التي يلتزم بها القصر الذين ليسوا تجارا تكون باطلة بالنسبة لهم بدون أن ينال ذلك من الحقوق التي يختص بها كل من الطرفين على مقتضى الفصل 13 من م ا ع ".

فالقاصر غير التاجر يكون مآل الكمبيالات التي ينشئها البطلان أما القاصر التاجر الذي يكون سنه دون الثامنة عشر يمكن أن ينشا كمبيالة في حالتين هما حالة الترشيد بالزواج وحالة الترشيد القضائي[17].

---

[15] يراجع في هذا المنحى : محمد الزين, النظرية العامة للالتزامات, العقد, تونس 1993, ص 81.

[16] القانون عدد 39 لسنة 2010 المرخ في 26 جويلية 2010 المتعلق بتوحيد سن الرشد المدني.

[17]

وتجري أحكام القانون المدني المتعلقة بالأهلية وجودا وعدما وما يتعلق بعوارض الأهلية على الساحب[18].
وتجدر الإشارة إلى أن مسالة أهلية المرأة التي كانت مقيدة في خصوص بعض التصرفات ومنها ما يتعلق بالكمبيالة كالكفالة التي لم تكن تصح فيما يزيد عن ثلث ما تملك المرأة دون مصادقة زوجها[19]، أضحت بدون قيد بعد التنقيح الذي جاء به القانون عدد 17 لسنة 2000 المؤرخ في 07 فيفري 2000[20].

16.- يمكن أن يكون إنشاء الكمبيالة في حق شخص آخر غير ساحبها وفي هذه الحالة فان الساحب يكون نائبا عن غيره فوجب أن تكون نيابته محققة بتوكيل صحيح.
ويختلف الأمر بين وضعيتين يكون في الأولى الساحب منشئ للسند باسمه ولحسابه الخاص في حق الغير وهو ما يعبر عنه بالساحب لفائدة الغير ويكون في الثانية متدخلا باسم وفي حق الغير بمقتضى توكيل وهي وضعية الساحب النائب عن الغير سواء كان هذا الغير شخصا ماديا أو معنويا. وقد يكون الساحب ممثلا لشركة تجارية مما يستوجب الخضوع إلى مقتضيات وشروط التفويض المنظم بقانون الشركات التجارية.

وقد أشار الفصل 273 من المجلة التجارية في فقرته الأخيرة إلى وضعية النيابة في إنشاء الكمبيالة محددا أن "كل من وضع توقيعه على كمبيالة كنائب عن شخص لم يكن له توكيل منه بذلك يكون ملزما شخصيا بمقتضى هذه الكمبيالة...ويجري الأمر بالمثل بالنسبة للوكيل الذي تجاوز حدود وكالته"[21].

<u>الفقرة الثانية</u> - الرضاء:

الترشيد بالزواج جاء به الفصل 153 م ا ش المنقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993 الذي أضاف الفقرة الثالثة التالية: "وزواج القاصر يرشده إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية والتجارية".

[18] محمد الزين, المرجع السابق ص 87.

[19] كانت صياغة الفصل 1481 م ا ع قبل تنقيحه تنص على أن "كفالة المريض أثناء مرض موته لا تصح إلا في ثلث ماله إلا إذا رضي ورثته بما هو أكثر.
وكذلك الزوجة لا تتجاوز كفالتها ثلث مالها إلا إذا أذن زوجها في الأكثر وإذنه لا يعد كفالة منه إلا اذا صرح بذلك".

[20] اعتبرت عدة فصول من م ا ع إن للمرأة أهلية ناقصة ومنها الفصول 831 و 1481 و 1524 الواقع تنقيحها بالقانون عدد 17 لسنة 2000.
انظر في هدا الصدد, فاطمة الزهراء بن محمود, أهلية المرأة, م ق ت, نوفمبر 2013, ص 9.

[21] انظر القاعدة المخالفة في القانون المدني (الفصل 1156 م ا ع).

17.- يعتبر الرضاء ركنا أساسيا لصحة الالتزام إذ يجب أن يكون تاما وخاليا من العيوب ومعبرا عن إرادة حرة وصريحة[22]. ويكون الرضاء مجسما في إمضاء الساحب للكمبيالة وهو التعبير المعتمد لإرادته الحرة المنصرفة إلى إنشاء السند . ويجب أن يكون هذا الإمضاء صحيحا فلا عبرة بالإمضاء المزور فضلا عن الإمضاء الواقع تحت الإكراه.
غير إن المشرع في إطار مسعاه لضمان حقوق المتعاملين بالكمبيالة فقد اعتبر وجود إمضاءات أخرى على الكمبيالة يمكن أن تكون أساسا للمطالبة بخلاصها وان كانت بعض الإمضاءات مزورة أو غير ملزمة لسبب من الأسباب إذ جاء بالفقرة الثانية من الفصل 273 "إذا كانت الكمبيالة محتوية على توقيعات من أشخاص ليست لهم أهلية الالتزام بموجبها أو على توقيعات مزورة أو منسوبة لأشخاص وهميين أو على توقيعات ليس من شانها لأي سبب آخر إلزام الأشخاص الذين وضعوا توقيعهم على الكمبيالة أو وقعوا عليها باسمهم فان ذلك لا يمنع من أن تكون التزامات الموقعين الآخرين ماضية عليهم".

أما بالنسبة لعيوب الرضاء[23] فان التزام الساحب الحاصل نتيجة لرضاء معيب فلا يعتبر سببا جديا يواجه به الحامل حسن النية الذي لم يكن عالما بوجه العيب وهو وجه من وجوه الضمانات الممنوحة للحامل كما سيأتي بيانه لاحقا.

الفقرة الثالثة ـ المحل:

18.- محل الالتزام الصرفي هو الالتزام بدفع معين الكمبيالة عند حلول اجلها لحاملها الشرعي. فمحل الكمبيالة هو بالضرورة مبلغ نقدي مضمن بها يمثل دينا بين طرفين أساسين هما طرفا الرابطة الأصلية ويتوسعان من خلال آلية التداول لاستيعاب كل من أمضى على السند.
وعلى هذا الأساس فان المحل هو في النهاية تنصيص من بيانات السند إذ هو الأمر المجرد بدفع مبلغ الكمبيالة.

الفقرة الرابعة- السبب:

[22] محمد الزين المرجع السابق ص 92.
[23] محمد الزين المرجع السابق ص 120.

19. - إذا كانت قاعدة الفصل 68 م ا ع قد تغري بتغييب الحديث عن السبب من حيث إقرارها بان الأصل أن كل التزام هو قائم على سبب صحيح إلى أن يثبت خلاف ذلك إلا أن دراسة السبب في الكمبيالة لا تخلو من أهمية ضرورة أنها تمكن من الإحاطة بما يعرف بسندات المجاملة.

فالسبب في الكمبيالة يمكن أن ينظر إليه من زاوية أولى كونه سبب التزام كل من امضي على الكمبيالة وانه طالما أن الساحب هو من انشأ الكمبيالة فان سبب إمضائه يعتبر سببا للكمبيالة. فسبب إمضاء الساحب للكمبيالة هو التزام سابق تجاه المستفيد من الكمبيالة الذي هو دائن للساحب فيكون إنشاء الكمبيالة هادفا لإبراء ذمة الساحب تجاه المستفيد.

والسبب أيضا في حالة الكمبيالة الغير متداولة - أي التي اقتصرت فيها العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه – هو ضمان الدين الأصلي من خلال إنشاء سند يكفل من خلال آلياته ونظامه القانوني أوفر فرص الخلاص للساحب.
وتطبيقا لشرط شرعية السبب فانه من المعقول القول ببطلان الكمبيالة إذا كانت مبنية على سبب غير شرعي كخلاص دين قمار أو دين متعلق بمعاملة مخالفة للنظام العام والأخلاق الحميدة.

كما أن غياب السبب يطرح مسالة سندات المجاملة التي يكون جزاؤها البطلان لغياب السبب فيها أو بصورة أدق لعدم شرعيته لان إنشاءها هو لمغالطة الغير والإيهام بوجود علاقة مديونية أصلية والحال أن إنشاءها من الساحب وقبولها من المسحوب عليه غايته في الغالب تمكين الساحب من الحصول على قيمتها بتقديمها للبنك ضمن عملية الخصم.
فغياب السبب أو عدم شرعيته يؤدي إلى اختلال احد الشروط الأصلية لصحة الكمبيالة.
أما إذ اجتمعت كامل الشروط الأصلية فإنها لا تكفي للقول بإنشاء كمبيالة صحيحة للزوم توفر جملة من الشروط الشكلية.

المبحث الثاني: الشروط الشكلية

20.- بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 269 من المجلة التجارية المتضمن الشروط الشكلية لصحة الكمبيالة يتبين أن المشرع اشترط "الكتب" (فقرة أولى) واشترط أن يحتوى هذا الكتب على جملة من البيانات الوجوبية (فقرة ثانية).

فقرة أولى: اشتراط الكتب

21.- يستنتج من صياغة الفصل 269 م ت أن المشرع يشترط أن تكون الكمبيالة مضمنة في كتب وهو الأمر الواضح من خلال استعمال المشرع للفظ "سند".
ولعل اشتراط الكتب يكون أكثر وضوحا من خلال التنصيص الأول الذي جاء فيه : "ذكر كلمة كمبيالة في نص السند باللغة المستعملة في تحريره". فكلمتا نص و تحرير تزيلان أي غموض بخصوص وجوب الكتب طالما أمكن التشكيك في وجوب الكتب اعتبارا و أن السند يمكن أن لا يكون ماديا.

الفقرة ثانية: محتويات الكتب

22.- إذا كان المشرع قد اشترط لصحة الكمبيالة أن تكون بكتب فانه تدخل لتحديد محتويات هذا الكتب من خلال تعداد البيانات الوجوبية اللازم وجودها (1) ورتب على غيابها جزاء (2) دون أن يغفل إمكانية فسح المجال للأطراف لإدراج بيانات اختيارية مندرجة في إطار الحرية التعاقدية (3).

1) - البيانات الوجوبية:

23.- جاء تعداد البيانات الوجوبية للكمبيالة في مفتتح الفصول القانونية المنظمة للأوراق التجارية. فقد جاء بمطلع الفصل 269 من المجلة التجارية: "*يعتبر القانون الكمبيالة عملا تجاريا مهما كان الأشخاص المتعاملون بها وتحتوي على:*
1) ذكر كلمة كمبيالة في نص السند باللغة المستعملة في تحريره
2) التوكيل المجرد المطلق بدفع مبلغ معين
3) اسم من يجب عليه الدفع (المسحوب عليه)

4) بيان اجل الحلول
5) بيان المكان الذي يجب فيه الدفع
6) اسم من يجب له الدفع أو من يكون الدفع لأمره
7) بيان التاريخ والمكان اللذين أنشئ فيهما السند
8) توقيع منشئ السند (الساحب)".

سنتناول كل بيان من هذه البيانات على حدة لتحديد محتواه وقيمته العملية.

- ذكر تسمية السند:

اشترط المشرع بيانا يتعلق بتحديد أطراف السند لطبيعته القانونية ووصفه بصفته المرتبة لانضوائه تحت طائلة القانون الصرفي. ويعتبر هذا التنصيص مبررا للتأكد من اتجاه إرادة الأطراف للانخراط في نطاق الالتزام الصرفي الموسوم بالصرامة.

وقد اشترط المشرع أن يكون لفظ الكمبيالة مدرجا بوضوح بنص السند وباللغة المعتمدة لتحريره.

- ذكر صيغة الأمر بالخلاص:

استعمل المشرع كلمة توكيل والحال أن المسالة لا تتعلق بالتوكيل كما عرفته مجلة الالتزامات والعقود بل المعنى الصحيح هو صيغة الأمر بخلاص القيمة النقدية للسند لحامله عند حلول اجله. وهذا الأمر يعطيه الساحب (الدائن) للمسحوب عليه أو من يلتزم بالدفع (المدين) لفائدة حامل السند سواء كان الساحب أو غيره.
ويشترط في هذا الأمر أن يكون غير مشروط فهو مجرد ومطلق حسب عبارات الفصل 269 من المجلة التجارية وهو ما يعد ضمانة أساسية للسند حيث أن الاشتراط يعتبر من قبيل الإضعاف لقيمة السند وتقليص دوره الاقتصادي المتمثل في وظيفة الائتمان.

- ذكر اسم المسحوب عليه:

إن تحديد اسم المسحوب عليه ضروري حيث انه هو المدين المحمول عليه سداد قيمة السند عند حلول الأجل. وكلما كان المسحوب عليه غير مثير للمخاوف المتعلقة بقدرته على الوفاء كلما كانت حظوظ تداول الكمبيالة أكبر إذ أن الحامل - وهو بالضرورة دائن للشخص الذي سيسلمه الكمبيالة لخلاص دينه- لن يرفض الخلاص إلا إذا حامت شكوك حول قدرة المسحوب عليه في الأداء.

- ذكر اجل الحلول:

تحديد اجل الحول أي اجل الخلاص مهم للغاية بالنظر إلى إلزامية تقديم الكمبيالة للخلاص وما يترتب عن ذلك من آثار قانونية. وقد حدد الفصل 290 من المجلة التجارية الطرق المعتمدة لتحديد الأجل وهي أربعة محددة لا يمكن الخروج عنها وإلا عد السند باطلا:

- لدى الاطلاع. في هذه الحالة يمكن للحامل تقديم الكمبيالة للخلاص متى شاء بشرط أن يكون ذلك في اجل سنة من تاريخ إنشائها [24].
- لأجل ما بعد الاطلاع. في هذه الحالة لا ينطلق حساب الأجل المعين إلا من تاريخ تقديمها للخلاص.
- لأجل يبتدئ من تاريخ معين. لا يتم الخلاص في هذه الحالة إلا بانتهاء الأجل الذي يبدأ احتسابه من التاريخ المحدد.
- ليوم معلوم. في هذه الحالة يتم الخلاص في اليوم المحدد بالسند. وهذه الوضعية هي الأكثر شيوعا في الاستعمال لبساطتها وطابعها العملي.

- ذكر مكان الدفع:

هذا التنصيص لا يخلو من أهمية طالما كان تقديم الكمبيالة للخلاص واجبا محمولا على الحامل. فالحامل يجب أن يكون عارفا بمكان الخلاص حتى يقدم السند للخلاص عند حلول الأجل.

- ذكر المستفيد من الدفع:

[24] الفصل 291 من المجلة التجارية.

يحدد هذا التنصيص من هو الشخص الذي سيستفيد من عملية الدفع. ويمكن أن يكون الساحب هو المستفيد ودلك في حالة بقيت الكمبيالة ثنائية في تكوينها بما يعني استبعاد تداولها. وهذه الوضعية هي في الحقيقة مخالفة للغاية الأساسية للكمبيالة وهي اعتمادها كوسيلة ائتمان مما يقتضي أن تتجاوز دائرة العلاقة الثنائية بين الساحب والمسحوب عليه. فالكمبيالة التي يكون فيها الساحب هو المستفيد لا تبتعد كثيرا في كنهها عن ورقة تجارية أخرى هي السند للأمر.

- ذكر تاريخ ومكان إنشاء الكمبيالة:

تاريخ إنشاء الكمبيالة على درجة كبيرة من الأهمية فهو المنطلق لاحتساب عديد الآجال ولمعرفة أهلية الساحب زمن إنشاء الكمبيالة كما يصلح في حال إفلاس المدين لمعرفة هل أن إنشاء الكمبيالة كان في فترة الريبة أم لا[25].

أما مكان الإنشاء فيعتمد لتحديد الاختصاص الترابي في حال المنازعة المتعلقة بالكمبيالة أو في حال تحديد القانون المنطبق إذا تعلق الأمر بنزاع ذا طبيعة دولية.

- توقيع الساحب:

يعد توقيع الساحب تنصيصا مهما بدونه لا يمكن الحديث عن وجود كمبيالة.
ويشترط في التوقيع أن يكون باليد فلا يعتد بالتوقيع عن طريق الختم.
وباعتبار البيانات وصبغتها الوجوبية تمثل الطابع الشكلي للالتزام الصرفي فان المشرع قد اقر جزاء لغياب احدها.

2) - جزاء الإخلال بالبيانات الوجوبية:

[25] AYARI M. et DALI H., La date dans la lettre de change au regard de la théorie de la preuve, RTD 1998 , p. 11.

24- جاء بالفصل 269 من المجلة التجارية "إذا خلا السند من إحدى البيانات المذكورة بالفقرات المتقدمة فلا يعد كمبيالة إلا في الأحوال المعينة بالفقرة التالية...".
يتضح من الصياغة المعتمدة أن الأمر لا يخلو من مبدأ واستثناء. أما المبدأ فهو أن كل سند خلا من إحدى البيانات المذكورة سلفا يكون جزاءه البطلان وهو بطلان من نوع خاص إذ لا يعتبر ككمبيالة ولا ينطبق عليه بالتالي القانون الصرفي.
أما الاستثناء فهو محاولة من المشرع التلطيف من شدة جزاء البطلان في حالات معينة بالنص. وهو ما سيسمح بإسعاف جملة من السندات التي وإن خلت من بعض البيانات إلا أنها ستظل محتفظة بصفة الكمبيالة طالما كانت البيانات الغائبة مشمولة بالاستثناء التشريعي. وهذه العملية يمكن اعتبارها تصحيحا لكمبيالة نشأت ناقصة وهو من قبيل التصحيح التشريعي.

وأمام صرامة الجزاء المتمثل في البطلان ونتائجه المتمثلة في الحرمان من الصبغة الحمائية للقانون الصرفي فقد اعتمد الفقه ومن ورائه فقه القضاء نظرية التصحيح **(ب)** مستندين في ذلك إلى محاكاة رغبة المشرع في تحديد آثار الإخلال بالبيانات الوجوبية باعتماده الحالات الاستثنائية (أ).

أ)- <u>الاغتفارات التشريعية</u>:

25- يمكن اعتبار استثناء جزاء البطلان المقرر في حال غياب أي من البيانات الوجوبية من قبيل الإسعاف التشريعي المتمثل في اعتماد حلول لغياب بعض البيانات وهي حلول أضافها المشرع لاستدراك النقص الحاصل في السند وتفاديا لإخراج السند من دائرة القانون الصرفي. وهذه الاغتفارات التشريعية هي محددة بالنص طالما أنها من قبيل الاستثناءات التي لا يقبل التوسع فيها فقد جاء ذكرها تحديدا بالفصل 269 م ت كما يلي:

-"إن الكمبيالة التي لا تحتوي على بيان اجل الحلول تعتبر واجبة الأداء بمجرد الاطلاع عليه".
- "إذا لم يعين مكان خاص للدفع فان المكان المعين بجانب اسم المسحوب عليه يعد محلا للدفع وفي الوقت نفسه مقرا للمسحوب عليه".

-"إن الكمبيالة التي لم يذكر بها مكان إنشائها تعتبر ملتزما بها في المكان المبين بجانب اسم الساحب".
فالسند الذي يكون منقوصا من احد البيانات الثلاثة السالفة الذكر لا يكون مصيره الإخراج من الدائرة الصرفية طالما وجد التنصيص الناقص ما يقوم مقامه بالنص التشريعي.
وتعد محاولة المشرع استدراك النقص الحاصل في السند فاتحة لإمكانية سحبها بضوابط معينة على حالات مشابهة ضمن ما يعرف بعملية تصحيح الكمبيالة الناقصة.

ب)- تصحيح الكمبيالة:

26.- لا يمكن ابتداء الحديث عن تصحيح للكمبيالة إلا في حالة إنشائها ناقصة من جهة وعدم شمول الاغتفارات التشريعية للنقص الحاصل بها.

فعملية التصحيح تسعى إلى إيجاد مخرج يحول دون تطبيق الجزاء الصارم الوارد بالفصل 269 م ت والمتمثل في بطلان السند ككمبيالة إذا خلا من احد البيانات الوجوبية.

ويجد التصحيح سندا له في ما اعتمده المشرع من تلطيف لجزاء البطلان باعتماد الاغتفارت التشريعية وهو ما لا يحول منطقيا من محاكاة المشرع في إطار ضوابط لا تفتح عملية التصحيح على مصراعيها مما قد يفقد الشكلية الممثلة لأحد مميزات الالتزام اصرفي أي قيمة عملية.

وقد اتجه الرأي إلى اعتبار أن عملية تصحيح الكمبيالة الناقصة يجب أن تفرق بين البيانات الجوهرية ذات القيمة القصوى التي لا يمكن تصحيحها (1) والبيانات الأقل قيمة التي يمكن تجاوزها بتصحيحها وإنقاذ السند من مآل البطلان (2).

1)- استبعاد التصحيح بخصوص البيانات الجوهرية:

27.- توصف بالجوهرية البيانات التي لا يمكن في غيابها الحديث عن إرادة الأطراف الواضحة للانخراط في الالتزام الصرفي. وهذه البيانات وان كانت الأقل عددا إلا أن وجودها محدد أساسي لإرادة الأطراف و لا يمكن على أساس ذلك السماح بالتدارك في شانها و منها:

- غياب التنصيص على لفظ "كمبيالة" في السند لان هذا التنصيص من الأهمية بمكان مما يجعل من الصعب القول بتوجه الإرادة إلى ولوج المجال الصرفي. السند الذي اغفل أطرافه ذكر لفظ "كمبيالة" فيه لا يمكن بحال تصحيحه وهو سند لا يمكن أن يرتقي إلى مرتبة الكمبيالة.
- إمضاء الساحب لان الساحب هو منشئ السند و غياب إمضائه يعتبر دليلا على غياب الإرادة الواضحة للانخراط في المجال الصرفي. فقد جاء بالقرار التعقيبي المدني عدد 27116 المؤرخ في 30 ديسمبر 2003 "إن توقيع الساحب يعد إحدى البيانات الوجوبية للكمبيالة وان خلو سند الدين منه يفقده قيمته على صعيد الاحتجاج طبق قواعد الصرف"[26].

2)- <u>القبول المشروط للتصحيح بخصوص البيانات غير الجوهرية:</u>

28.- بخلاف البيانات الجوهرية التي لا يمكن تصحيحها فان تصحيح غيرها من البيانات يستوجب اتفاق إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية.
فساحب الكمبيالة قد يضطر إلى إنشاء الكمبيالة خالية من بعض البيانات لعدم توفر المعطيات الخاصة بها عند عملية الإنشاء كتاريخ الحلول أو قيمة الكمبيالة على أن يتم لاحقا تحديدها ضمن اتفاق صريح بين الساحب والمسحوب عليه أو اتفاق ضمني متمثل في إعطاء الكمبيالة الناقصة للدائن الذي يتولى تدارك النقص الحاصل فيها وهو ما يعني أن تحرير السند يمكن أن يتم من خلال أكثر من طرف وهو الحل الذي اعتمدته محكمة التعقيب في قرارها عدد 21945 بتاريخ 24 افريل1991 [27] الذي جاء فيه "إن البيانات المنصوص عليها بالكمبيالة يمكن أن تكون محررة من قبل أشخاص متعددين ذلك أن المدار الأساسي في اعتبارها هو إمضاء المسحوب عليه".

[26] نشرية محكمة التعقيب لسنة 2003 الجزء 2 ص 301.
[27] نشرية محكمة التعقيب لسنة 1991 ص 120.

وإذا كانت البيانات الوجوبية منقسمة إلى بيانات جوهرية وأخرى اقل قيمة فان التطبيق افرز إمكانية إضافة بعض البيانات الاختيارية الملزمة لأطرافها.

3) – البيانات الاختيارية:

29.- تعتبر البيانات الاختيارية إمكانية متاحة للأطراف المتعاملة بالكمبيالة لإضافة التزامات اتفاقية ما لم تتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الصرفي.
و لا تكون على أساس دلك مقبولة البيانات الاختيارية التي تخالف المبادئ الأساسية للقانون الصرفي بإلغاء احد أحكامه أو آلياته كالتنصيص الذي يعفي الساحب أو المسحوب عليه القابل لضمان خلاص الكمبيالة.

وقد أدخلت بعضا من هذه البيانات الاختيارية في النصوص القانونية المنظمة للكمبيالة كالتنصيص المتعلق بمنع العرض على القبول أو بمنع التداول أو بالإعفاء من تحرير احتجاج بعدم الخلاص أو القبول أو التوطين.

وسواء تعلق الأمر بالبيانات اللازمة لصحة الكمبيالة من الوجهة الشكلية أو البيانات الاختيارية المضفية للمسحة الإرادية فان إنشاء الكمبيالة يرتب جملة من العلاقات القانونية المتداخلة التي يتجه توضيحها.

المبحث الثالث: العلاقات القانونية المرتبطة بالكمبيالة

30.- إذا كان الإمضاء على الكمبيالة بأي صفة كانت يرتب في حق الممضي نشوء التزامه الصرفي فان هذا الالتزام المحكوم بقواعد القانون الصرفي لا ينفي الالتزام الأصلي السابق لإنشاء الكمبيالة والخاضع لقواعد القانون المدني.

فإنشاء الكمبيالة يجعل الأطراف المرتبطين بها خاضعين لنوعين من الروابط القانونية: رابطة أصلية محكومة بالقانون المدني ورابطة جديدة محكومة بالقانون الصرفي.

وإذا كان مبنى الرابطة الصرفية هو الإمضاء على الكمبيالة فان مبنى الرابطة الأصلية هو الدين الناشئ عن العلاقة الأصلية بين الساحب والمسحوب عليه المعروف باسم المئونة (**فقرة ثانية**) مما يتجه معه البحث في العلاقة بين الرابطتين طالما كان مدار وجودهما هو الكمبيالة (**فقرة أولى**).

فقرة أولى: العلاقة بين الرابطة الصرفية والرابطة الأصلية

31.- على عكس النظرية التي تعتمد التجريد المطلق الذي يقتضي أن إنشاء الكمبيالة يلغي الالتزام الأصلي[28] فان القانون التونسي اقتفى اثر القانون الفرنسي الذي اقر مكانة للعلاقة الأصلية على الرغم من نشوء الالتزام الصرفي. وهذا يعني أن الرابطة الصرفية المترتبة عن إنشاء الكمبيالة يمكن أن تتعايش مع الرابطة الأصلية ضرورة أن إنشاء الكمبيالة لا يلغي بحال الرابطة الأصلية مما يسمح بالاستناد عليها في بعض الحالات لطلب خلاص الدين.

فإنشاء الكمبيالة وخلافا لنظرية التجريد لا يعتبر تجديدا للدين الأصلي بحيث يحل الالتزام الصرفي محل الالتزام الأصلي وذلك لسبب بسيط وهو أن التجديد لا يتحقق بغلبة الظن بل تلزمه إرادة صريحة حسب مقتضيات الفصل 358 م ا ع[29] .
وإذا كان الأمر كذلك فانه من المتجه معرفة العلاقة بين الرابطتين الأصلية والصرفية.
وتتراوح هذه العلاقة بين الاستقلالية (1) والتبعية (2).

1)- استقلالية الرابطة الأصلية عن الرابطة الصرفية:

32.- تتجلى استقلالية الرابطة الأصلية عن الرابطة الصرفية باستمرار وجودها على الرغم من اندثار الرابطة الصرفية لسبب من الأسباب كالتقادم أو سقوط الحق.
فالرابطة الأصلية هي بالأساس مستقلة عن أسباب بطلان السند الفاقد لمقوماته الشكلية المنشئة للالتزام الصرفي. فالكمبيالة الباطلة لعيب في الشكل تبقي على الرابطة الأصلية وتمكن الدائن من تتبع استخلاص دينه على أساس الدعوى المدنية. بل إن السند الذي فقد

[28] ROBLOT R., op. cit., p. 70, n°69.

[29] الفصل 358 م ا ع "تجديد العقد لا يكون بغلبة الظن بل يجب أن يكون صريحا".

توصيفه القانوني بالكمبيالة قد يعتبر في ذاته وسيلة لإثبات الدين ونجاح الدعوى المدنية. فقد جاء بأحد قرارات محكمة التعقيب إن "الكمبيالة ولئن تفقد قيمتها الصرفية كورقة تجارية لانقضاء الأجل المبين بالفصل 335 من م ت إلا انه تبقى قائمة كحجة خاضعة للقانون المدني طالما أنها تضمنت التزاما بأداء مبالغ مالية في آجال معينة"[30].

ومن ناحية أخرى فان الاختلاف بين آجال التقادم التي تكون اقصر بالنسبة للرابطة الصرفية يمكن في حال سقوط الدعوى الصرفية لتقادمها من التداعي المدني على أساس الرابطة الأصلية طالما كان ذلك ممكنا طبق شروط التقادم المدني.

فقد جاء بالقرار التعقيبي المدني عدد 60078 المؤرخ في 15 ماي 2012 "إن الصبغة التجارية تبقى ملاصقة للكمبيالة ذادا تمت المطالبة بقيمتها قبل انقضاء ثلاثة أعوام وتكون فيها الكمبيالة كافية لإثبات الين واستصدار أي أمر بالدفع بطريقة ولائية وينفد بصفة مستعجلة بقطع النظر عن الاستئناف أما ذادا فاتت تلك الآجال فان الكمبيالة تضحى سند دين مدني وتعاقدي تفصل فيه مقتضيات الفصل 59 م م م ت دون أن يحظى الأول بالتنفيذ المعجل على معنى الفصل 317 م ت "[31].

أما سقوط الحق في التداعي الصرفي الناتج عن إهمال حامل الكمبيالة فهو أيضا يؤكد فكرة الاستقلالية طالما أمكن للدائن القيام على أساس الرابطة الأصلية رغما عن سقوط حقه الصرفي وهو ما قرته محكمة التعقيب حين أكدت "إن سقوط الدعوى الصرفية لا يمنع من اعتبار حجة الدين نافذة طبقا للقانون العام باعتبارها تمثل كتب اعتراف بدين ممضاة من قبل المدين طالما لم يمض اجل السقوط الطويل المدني"[32].

كل هذه الحالات تؤكد فكرة استقلالية الرابطتين عن بعضهما البعض. إلا انه توجد وضعيات تتسم الرابطتان فيهما بالتبعية.

2)- تبعية الرابطة الأصلية للرابطة الصرفية:

[30] قرار محكمة التعقيب عدد 3530 بتاريخ 31 ديسمبر 2004.

[31] مجلة القضاء والتشريع, ديسمبر 2013, ص 163.
انظر أيضا ما جاء بالقرار التعقيبي عدد 2803 المؤرخ في 06 ديسمبر 2004 "إن الكمبيالة ورقة تجارية خاضعة لأحكام القانون الصرفي وضوابطه إلا أنها تظل في الوقت ذاته سندا مدنيا تخول اعتماد القانون المدني العام".

[32] القرار التعقيبي عدد 26309 المؤرخ في 28 نوفمبر 2003, نشرية محكمة التعقيب لسنة 2003, الجزء 2 ص 298.

33.- تكون التبعية بين الرابطتين جلية في وضعية منطقية وهي وضعية الوفاء بالالتزام. فإذا تم الوفاء على أساس احد الرابطتين لم يعد ممكنا القيام على أساس الأخرى طالما أن غاية الرابطتين وان اختلفتا في النظام القانوني هو الوفاء بالدين المضمن بالكمبيالة والمؤسس على دين أصلي سابق له.

ويضاف إلى هذا المظهر المنطقي للارتباط تأثير الرابطة الأصلية على الرابطة الصرفية من حيث التنفيذ أو القيمة.

فقاعدة الفصل 280 م ت المعروفة بمبدأ عدم المعارضة بالدفوعات الشخصية الحامية للحامل لا تنطبق في العلاقة المباشرة بين طرفين أي طالما كان الطرفان موضوع علاقة أصلية. فالساحب في علاقته بالمسحوب عليه القابل يمكنه القيام بالدعوى الصرفية إلا انه لا يمكنه التحجج بقاعدة الفصل 280 م ت بالنظر إلى كونه في علاقة مباشرة مع المسحوب عليه الذي بإمكانه معارضته بدفع شخصي كعدم توفير المئونة. ونفس الأمر يمكن أن يتم بين المظهر والمظهر له. فالمظهر له الحامل للكمبيالة يمكنه القيام بالدعوى الصرفية تجاه المظهر غير أن هذا الأخير يمكنه الارتكاز على علاقتهما الأصلية للدفع بعدم توفير المظهر له قيمة الدين.

وتتجلى من خلال الأمثلة السابقة كيف استطاعت الرابطة الأصلية أن تتصدى لمسار الرابطة الصرفية مما يؤكد قيمة الدين الأصلي المعروف بالمئونة .

فقرة ثانية: المئونة

34.- المئونة في علاقة مباشرة بالرابطة القانونية الأصلية الأمر الذي جعل الدعوى الأصلية تسمى بدعوى المئونة. فالمئونة وان كانت مهمة في مسار السند إلا أنها ليست شرطا من شروط صحة الكمبيالة في مقابل تكفلها بالحفاظ على الخيط الرابط بين الالتزام الصرفي والدين الأصلي الناشئ بين الساحب والمسحوب عليه.

وقد نظم المشرع التونسي المئونة بالفصل 275 م ت من خلال وجودها (1) وإثباتها (2) وملكيتها (3).

1)- وجود المئونة:

35.- عرف المشرع المئونة بالفقرة الثانية من الفصل 275 م ت بالقول "تكون المئونة موجودة عند حلول اجل دفع الكمبيالة إذا كان المسحوب عليه مدينا للساحب أو لمن سحبت لحسابه بمبلغ يساوي على الأقل مبلغ الكمبيالة".
يتبين من هذا التعريف أن وجود المئونة يمكن معاينته من خلال الخصائص التي تميز المئونة (أ) والشكل الذي تأخذه (**ب**).

أ)- <u>خصائص المئونة:</u>

36.- المئونة هي دين الساحب على المسحوب عليه وهو دين يجب أن يكون محددا في مقداره وناشئ في حيز زمني معين.
- بالنسبة للمقدار جاء بالنص القانوني أن دين الساحب على المسحوب عليه لا يجب أن يقل مقداره عن مبلغ الكمبيالة ما يعني جواز أن يكون الدين اكبر من مبلغ الكمبيالة وعدم جواز أن يكون اقل من هذا المبلغ.

- بالنسبة للحيز الزمني الذي يتحتم فيه وجود المئونة فقد اقر المشرع أجلا أقصى لتكوين المئونة وهو تاريخ حلول اجل الكمبيالة ما يعني أن إمكانية توفير المئونة جائز بين تاريخ إنشاء الكمبيالة إلى تاريخ حلول اجلها.
وتختلف الكمبيالة في هذا المجال عن الشيك الذي يوجب القانون في شانه توفر المئونة السابق لإصدار الشيك إضافة إلى كفاية مبلغها وتحرره من كل قيد قد يمنع استعمالها. فالكمبيالة يمكن أن تنشأ صحيحة مع أن والمئونة غير متوفرة بشرط أن يتم توفيرها قبل اجل حلولها.

- أما الشخص المحمول عليه توفير المئونة فهو الساحب أو من يقوم مقامه.

ب)- <u>شكل المئونة:</u>

37.- يمكن أن تتخذ المئونة عدة أشكال ممكنة:

- في غالب الأحيان تكون المئونة في شكل بضاعة يسلمها الساحب للمسحوب عليه يتولد منها الدين المكون للمئونة والمبرر لإنشاء الكمبيالة ضمانا لخلاصها. فالمئونة لا تتمثل في البضاعة المسلمة في حد ذاتها بل في الدين الذي ينشأ نتيجة تسليمها. وتحدث هذه الوضعية عندما تكون العلاقة الأصلية متمثلة في عقد بيع يتم بمقتضاه بيع البضاعة من قبل الساحب (الدائن بمبلغ البضاعة) إلى المسحوب عليه (المدين بمبلغ البضاعة). ويترتب عن ذلك انه في حال رفض المسحوب عليه تسلم البضاعة لعدم تطابقها مع الوصف المطلوب فيمكن القول أننا إزاء حالة غياب للمئونة.

- يمكن أن تكون المئونة أيضا في شكل فتح اعتماد (قرض) من قبل مؤسسة قرض وذلك من خلال تعهد المسحوب عليه (مؤسسة القرض) إلى غاية مبلغ محدد سلفا هو سقف الاعتماد المفتوح بان يقوم بخلاص وقبول كل الكمبيالات الممهورة بإمضاء الساحب.ففي هذه الحالة تكون العملية الأصلية متمثلة في القرض الذي تتعهد مؤسسة القرض بتوفيره لحريفها في شكل عقد يكون الدائن هو مؤسسة القرض والمدين هو الحريف. ويستعمل الحريف القرض من خلال إنشاء كمبيالات تتعهد مؤسسة القرض بخلاصها.

- يمكن أن تكون المئونة في شكل فاضل حساب جاري وهي حالة الشخص الذي له حساب جاري مفتوح على دفاتر مؤسسة قرض وينشأ كمبيالة تكون مئونتها فاضل هذا الحساب أو جزء منه لفائدة المستفيد الذي هو دائن حريف مؤسسة القرض. فالحريف هو في الواقع دائن لمؤسسة القرض بقيمة فاضل الحساب (العلاقة الأصلية) وبما أن الحريف في نفس الوقت مدين لشخص ثالث سيكون المستفيد من الكمبيالة التي ينشئها الساحب (حريف مؤسسة القرض وصاحب الحساب الجاري) ويعطي للمسحوب عليه (مؤسسة القرض) الأمر بدفع مبلغ الكمبيالة للمستفيد.

2)- إثبات المئونة:

38.- بالنظر للمكانة التي تحتلها الكمبيالة في إطار وجود الدعوى الأصلية وحتى لمجابهة الدعوى الصرفية في حالات معينة كان أمر إثبات وجود هذه المئونة مهما لان نجاح التداعي الأصلي أو مجابهة التداعي الصرفي في بعض الحالات يمر عبر إثبات وجود المئونة من عدمه. ويمكن أن يهتم بعملية الإثبات هذه كل الإطراف المرتبطة بالكمبيالة كل في ما يخص حقوقه وفي وضعيات محددة إلا أن أكثر حالات الإثبات هي التي تجعل المسحوب عليه في مرتبة أولى ومن بعده الساحب لطرفين الأساسين في عملية الإثبات.

وتتميز عملية إثبات المئونة بإمكانية الإثبات المباشر عن طريق قواعد القانون المدني (أ) وذلك إلى جانب الإثبات غير المباشر بواسطة القرينة القانونية وفق مقتضيات القانون الصرفي(**ب**).

أ)- <u>الإثبات المباشر:</u>

39.- تنطبق على عملية الإثبات المباشر القاعدة الأصولية القائلة بان "البينة على من ادعى". وتنطبق هذه الوضعية في حال عدم إمكانية الانتفاع بالقرينة القانونية أي الإثبات غير المباشر وهي حالة:

- الساحب المطلوب من حامل مهمل الذي لا يمكنه مجابهته إلا إذا اثبت انه قد وفر المئونة للمسحوب عليه وذلك بقطع النظر عن وجود أو غياب القبول.
- المسحوب عليه الذي لم يقبل الكمبيالة المطلوب من حامل الكمبيالة بمقتضى دعوى المئونة الذي لا يمكنه مجابهته إلا بإثبات انه لم يتلقى المئونة من الساحب أما إذا اثبت الحامل أن الساحب قد وفر المئونة فلم يعد ممكنا للمسحوب عليه التفصي من التزام الدفع للحامل.

وبما أن دين المئونة يمثل رابطة غير صرفية فان الإثبات يختلف باختلاف طبيعة الدين كدين تجاري أو مدني.

ب)- <u>الإثبات غير المباشر:</u>

40- يتعلق الإثبات غير المباشر بالقرينة القانونية الواردة بالفقرة الرابعة من الفصل 275 م ت القائلة "إن القبول قرينة على وجود المئونة". وتضيف الفقرة الخامسة من نفس الفصل "وهذا القبول مثبت لوجودها بالنظر للمظهرين". بينما تقرر الفقرة الأخيرة من نفس الفصل "و على الساحب وحده سواء حصل القبول أو لم يحصل أن يثبت في حالة الإنكار أن المسحوب عليه كان لديه المئونة عند الحلول وإلا لزمه ضمانها حتى ولو أن الاحتجاج قد أقيم بعد الآجال المعينة".
تتعاطى هذه الفقرات الثلاثة مع مسالة الإثبات المباشر للمئونة وخاصة الفقرتين الرابعة والخامسة اللتان تتعلقان بوجود قرينة توفير المئونة المترتبة عن عملية قبول الكمبيالة من طرف المسحوب عليه (الفقرة الرابعة) وان هذه القرينة يستفيد منها المظهرون (الفقرة الخامسة).

وقد حاول فقه القضاء بخصوص هذه القرينة حل مسالة قوتها الثبوتية من حيث هي قرينة بسيطة وبالتالي قابلة لإثبات عكسها أم قرينة قاطعة لا يقبل إثبات ما يخالفها. وقد اقر فقه قضاء محكمة التعقيب في هذا الشأن تفرقة بخصوص مجال تطبيق هذه القرينة إذ اعتبر انه في علاقة الساحب بالمسحوب عليه تكون القرينة بسيطة أما في علاقة المسحوب عليه بالحامل وبقية المظهرين فهي قرينة قاطعة. غير أن هذا الحل قابله نقد الفقه الداعي إلى اعتبار الطبيعة البسيطة للقرينة في كل حالات العلاقات بين الأطراف.

3)- ملكية المئونة:

41- إذا كانت القاعدة المرتبطة بتداول الكمبيالة أن ملكية المئونة تنتقل إلى حامل الكمبيالة فان هذا الانتقال أو بالأحرى ملكية المئونة من قبل الحامل يصطدم بقاعدة توفير المئونة في الحيز الزمني بين إنشاء الكمبيالة وحلول اجلها مما يفرغ هذه الملكية من محتواها طالما أمكن للساحب تأخير توفيرها إلى غاية اجل الحلول.
كما انه في صورة ما وفر الساحب المئونة قبل الحلول هل بإمكانه استرجاعها قبل اجل الحلول؟

في ما يتعلق بملكية الحامل للمئونة فقد أقرت الفقرة الثالثة من الفصل 275 م ت "تنتقل ملكية المئونة قانونا إلى حملة الكمبيالة على التعاقب".

من البداهة بمكان أن عملية انتقال ملكية المئونة إلى حملة الكمبيالة المتعاقبين تقتضي أن يكون السند قد أحرز وصف الكمبيالة الصحيحة التي استوفت شروطها الأصلية والشكلية.
كما أن الانتقال لا يمكن الحديث عليه إلا في حال صحة تكوين المئونة ووجودها بين يدي المسحوب عليه.
أما قبول الكمبيالة فانه أثره المهم يتمثل في تثبيت حقوق الحامل على المئونة أي المرور من حق محتمل طالما لم تتوفر المئونة بعد لإمكان توفيرها إلى غاية اجل الحلول إلى حق ثابت. وهو ما يعني خروج المئونة نهائيا من ذمة الساحب.

الفصل الثاني

قبول الكمبيالة

42- يمكن تعريف القبول بكونه الالتزام الذي يتعهد بموجبه المسحوب عليه بخلاص الكمبيالة عند حلول اجلها. وهذا التعريف يجد له سندا في ما ورد بالفقرة الأولى من الفصل 287 م ت الذي جاء فيه "إن القبول يلزم المسحوب عليه بأن يدفع ما بالكمبيالة عند الحلول" وأضافت الفقرة الثانية تأكيدا لنشوء الالتزام الصرفي تجاه المسحوب عليه القابل للكمبيالة بالقول "وعند عدم الدفع يمكن للحامل وان كان الساحب نفسه القيام مباشرة على القابل بالدعوى الناجمة عن الكمبيالة للمطالبة بكل ما يحق طلبه على مقتضى الفصلين 311 و 312".
فالمسحوب عليه الذي بقي خارج دائرة إنشاء الكمبيالة سيدخل في إطار الالتزام الصرفي بمجرد قبوله للكمبيالة المجسم في إمضائه عليها بصيغة القبول.

وعلى الرغم من أن القبول لا يعد شرطا من شروط صحة الكمبيالة إلا أن وجوده يعطي للسند ميزات وضمانات لا يستهان بها. فحامل الكمبيالة سيكون في وضعية أفضل إذا قبل المسحوب عليه الكمبيالة إذ سيضاف لفائدته مدين صرفي جديد وفي المقابل فان شكوكه في خلاص الكمبيالة سترتفع إذا رفض المسحوب عليه قبولها.
وبالنظر لأهمية القبول والضمانات التي يضفيها على خلاص الكمبيالة فقد تولى المشرع تنظيمه في الفصول من 283 إلى 288 م ت[33].

وللإحاطة بمؤسسة القبول في الكمبيالة يتجه تحديد التزامات المسحوب عليه وحقوقه إلى جانب الآثار المترتبة عن عملية القبول. فعملية القبول من طرف المسحوب عليه (**مبحث أول**) تسبقها بالضرورة عملية تقديم الكمبيالة للقبول (**مبحث ثان**) لتنتج في النهاية عملية القبول آثارها القانونية (**مبحث ثالث**)

[33] إلى جانب جملة هده الفصول فقد وقعت الإشارة لقبول الكمبيالة في مواضع أخرى كالفصل المتعلق بإنشاء الكمبيالة (الفصل 274) والفصل المتعلق بالمئونة (الفصل 275) أو الفصل المتعلق بالدعاوى المترتبة عن رفض القبول (الفصل 306) أو المتعلقة بالتداخل في القبول (الفصل 322).

المبحث الأول: تقديم الكمبيالة للقبول

43.- من خلال مقتضيات الفقرة الأولى للفصل 283 م ت نستنتج أن حامل الكمبيالة ليس ملزما بعرض الكمبيالة على المسحوب عليه لقبولها فالمسالة تتعلق بإمكانية تبقى متاحة إلى غاية تاريخ الحلول إذ جاء بالفصل المشار إليه "يمكن أن يعرض قبول الكمبيالة على المسحوب عليه بمقره إلى تاريخ الحلول سواء من قبل الحامل أو من أي شخص آخر ماسك لها".

إلا انه توجد حالات يفقد فيها الحامل خياره فيكون تارة ملزما بعرض الكمبيالة للقبول (**فقرة أولى**) وتارة أخرى ممنوعا فيها من عرض الكمبيالة للقبول (**فقرة ثانية**).

<u>فقرة أولى</u>- وجوب العرض للقبول:

44.- يكون حامل الكمبيالة ملزما بعرضها للقبول إما بمقتضى القانون (1) أو بمقتضى الاتفاق (2).

1)- الإلزام القانوني بالعرض للقبول:

45.- يكون حامل الكمبيالة ملزما قانونا بعرضها للقبول إذا كان اجل خلاصها محددا بعد اجل من الاطلاع عليها. وقد جاءت هده القاعدة بالفقرة السادسة من الفصل 283 م ت الذي جاء فيه :"إن الكمبيالات التي تدفع بعد اجل الاطلاع يجب أن تعرض للقبول خلال سنة من تاريخها".

ويفهم إلزام العرض على القبول بالنظر لطبيعة اجل الوفاء الذي لا ينطلق احتسابه إلا من واقعة القبول مما يبرر سحب الخيار المتاح للحامل وإلزامه بتقديم السند للقبول. ومثاله أن يحدد اجل الدفع فيكون على الشاكلة التالية: "30 يوما من تاريخ الاطلاع". ويترتب عن ذلك أن اجل الثلاثين يوما لا يبدأ سريانه إلا متى وقع الاطلاع الذي يحققه القبول مما يجعل جبر الحامل على تقديم الكمبيالة للقبول منطقيا.

2)- الإلزام الاتفاقي بالعرض للقبول:

46- يمكن أن يكون تقديم الكمبيالة للقبول ملزما للحامل أو ماسك الكمبيالة بمقتضى الاتفاق أي المتمثل في التعبير الإرادي المتمثل في إدراج تنصيص اختياري بالسند يتضمن لزوم التقديم للقبول. وقد جاءت الفقرة الثانية من الفصل 273 م ت ناصة على هذه الإمكانية إذ "يمكن للساحب أن يشترط في الكمبيالة وجوب عرضها للقبول مع تعيين اجل لذلك أو بدون تعيين له".
ويعتبر الاتفاق على صيغة تقديم الكمبيالة للقبول مدللا على ما يحققه القبول من ضمانة هامة للكمبيالة وحماية للمتعاملين بها. وبالتوازي مع الاستثناء المحدد لحرية الحامل في عرض الكمبيالة للقبول فانه في بعض الحالات يكون ممنوعا من عرضها للقبول.

<u>الفقرة الثانية</u>- منع العرض للقبول:

47- يكون عرض الكمبيالة للقبول ممنوعا إذا وقع التنصيص على ذلك على السند ضمن ما تتيحه البيانات الاختيارية. ومن البديهي أن مدى استعمال هده الحرية مرتبط بعدم المساس بالمبادئ المنظمة للقانون الصرفي ما يعني عدم إمكان التنصيص الاختياري على منع التقديم للقبول إذا تعلق الأمر بحالة الوجوب القانوني لتقديم الكمبيالة للقبول.
ويتم اللجوء إلى التنصيص المتعلق بمنع العرض على القبول في حالات معينة كان تكون الكمبيالة متعلقة بمبلغ بسيط أو أن يكون احتمال عدم خلاصها منعدما.

وقد جاء بالفقرة الثالثة من الفصل 283 م ت " ويمكن له (الساحب) أن يمنع بنص الكمبيالة عرضها للقبول ما لم تكن الكمبيالة واجبة الدفع عند أجنبي أو في موطن غير الذي به مقر المسحوب عليه أو كانت مسحوبة لدفعها بعد مدة من الاطلاع".
وأضافت الفقرة الرابعة من نفس الفصل"ويمكن له أيضا اشتراط أن عرض الكمبيالة للقبول لا يمكن وقوعه قبل اجل معين".

ويتبين مما سبق أن القبول يقتضى مبادرة من حامل الكمبيالة وهي مبادرة يتراوح الأمر فيها بين مبدأ الخيار بين العرض أو عدم العرض وهو خيار يمكن أن يعتريه تحديد يكون فيه الحامل في بعض الحالات مجبرا على العرض وفي أخرى ممنوعا من العرض للقبول.

وفي حال كان قرار الحامل استعمال خياره بالعرض أو كان ملزما بالعرض فان القبول في هذه الحالة يستوجب تدخلا من المسحوب عليه المطالب بالرد على إيجاب الحامل.

المبحث الثاني - قبول الكمبيالة :

48- يتم قبول الكمبيالة من طرف المسحوب عليه في شكل قانوني معين (**فقرة ثانية**) وفي إطار حرية مقيدة (**فقرة أولى**).

فقرة أولى- حدود حرية المسحوب عليه في القبول:

49- من حيث المبدأ يتمتع المسحوب عليه بالخيار في قبول الكمبيالة من عدمه على اثر عرضها عليه من الحامل. ويبرر هدا الخيار بعدم إلزام المسحوب عليه بالانخراط في دائرة الالتزام الصرفي ذادا اختار دلك توقيا من صرامة القانون الصرفي المعلومة لديه. إلا أن هذا المبدأ لا يأخذ على إطلاقه إذ يعتريه استثناء يكون المسحوب عليه بموجبه ملزما بالقبول إما لسبق تعهده بذلك أو لوجود التزام بالقبول في حقه.
ويكون الالتزام بالقبول ذا منشئ إرادي إذا سبق للمسحوب عليه أن وعد بقبول الكمبيالة حالما تعرض عليه. وينتج عن عدم إيفاء المسحوب عليه بهذا الالتزام دعوى المسؤولية العقدية في حقه.
ويمكن أن يكون إلزام المسحوب عليه بالقبول ذا منشئ قانوني وهي الحالة التي نصت عليها الفقرة التاسعة من الفصل 283 م ت التي جاء فيها " إذا كانت الكمبيالة قد أنشئت لتنفيذ اتفاق بين تجار بالتزويد بالبضائع وأوفى الساحب بتعهداته التي التزم بها بمقتضى العقد فانه لا يمكن للمسحوب عليه الامتناع من التصريح بالقبول بمجرد انقضاء اجل مناسب للعرف الجاري في التجارة للتعرف على البضائع".
ويلزم هذا النص المسحوب عليه بالقبول في حال توفر الشروط الأربعة المذكورة مجتمعة وهي:

- إنشاء الكمبيالة تم ضمن علاقة بين تاجرين.
- تعلقت المعاملة التي على أساسها أنشئت الكمبيالة بتزويد بالبضائع.
- أوفى الساحب بما تعهد به في العقد الذي على أساسه أنشئت الكمبيالة.

- انقضى اجل مناسب طبق العرف للتعرف على البضاعة موضوع المعاملة.

فقرة ثانية- شكل القبول:

50- بالنظر إلى أن القبول هو عمل قانوني إرادي فان صحته ومن ثمة إنتاجه لأثاره القانونية تستلزم استجماعه للشروط الواردة بالفصل 2 م ا ع.
أما على المستوى الشكلي فان القبول يتمثل في الإمضاء الذي يضعه المسحوب عليه على الكمبيالة مضاف إليه ما يفيد القبول كلفظ "مقبول" أو ما يفيد معناها. وقد جاء بالفقرة الأولى للفصل 285 م ت "تكتب علامة القبول على الكمبيالة ويعبر عنه بكلمة "مقبول" أو بكلمة أخرى تماثلها وتكون ممضاة من المسحوب عليه وان مجرد إمضاء المسحوب عليه بصدر الكمبيالة يعتبر منه قبولا".
وقد اشترط المشرع أن يكون الإمضاء على الكمبيالة مما يفيد أن "القبول" على ورقة منفصلة لا يعتد به في المجال الصرفي وتنحصر قيمته في اعتباره التزاما مدنيا بالخلاص.
كما أن القبول لا يعتد ب هادا تم بوضع الختم على الكمبيالة دون الإمضاء فقد ورد بالقرار التعقيبي المدني عدد23721 المؤرخ في 14 جوان 2006 "إن التعبير عن القبول يكون بالإمضاء والدي فصل المشرع طريقة تضمينه على الكتب سواء كان ماديا أو وثيقة الكترونية وعليه فلا عبرة بالطابع أي الختم"[34].

ولإعطاء قيمة عملية لقبول الكمبيالة فقد اقر المشرع وجوب أن يكون التزام المسحوب عليه بالكمبيالة مجردا ومطلقا دون أن يمنع المسحوب عليه من إمكانية القبول الجزئي للكمبيالة وهو ما جاءت به الفقرة الثالثة من الفصل 285 م ت حين أقرت ما يلي:"يجب أن يكون القبول مجردا ومطلقا لكنه يمكن للمسحوب أن يحصره في جزء من مبلغ الكمبيالة".

وبحصول القبول تكون الكمبيالة قد أضافت مدينا صرفيا جديدا ممثلا في شخص المسحوب عليه وهو الأمر الذي يرتب جملة من الآثار المهمة المتعلقة بمصير الكمبيالة و حظوظ استخلاص القيمة المضمنة بها.

[34] نشرية محكمة التعقيب لسنة 2008 الجزء 2 ص 237.

المبحث الثالث ـ الآثار المترتبة عن قبول الكمبيالة

51.- للقبول آثار قانونية بالغة الأهمية متعلقة بالقيمة المضافة التي يضفيها على السند من خلال الضمانات الفعلية التي ليس اقلها انخراط المسحوب عليه في دائرة الالتزام الصرفي (**فقرة أولى**). كما أن رفض المسحوب عليه لقبول الكمبيالة لا يخلو من آثار على مصير السند (**فقرة ثانية**).

فقرة أولى- الالتزام الصرفي للمسحوب عليه:

52.- بقبوله للكمبيالة يصبح المسحوب عليه في دائرة الالتزام الصرفي. ذلك انه قبل القبول لم يكن المسحوب عليه ملتزما إلا على أساس الرابطة الأصلية. فالقبول ينشئ في حقه التزاما صرفيا يدخله تحت طائلة القانون الصرفي الأمر الذي يغير جذريا علاقته بحامل الكمبيالة (1) وكذلك بالساحب (2).

1)- آثار القبول من خلال علاقة المسحوب عليه بالحامل:

53.- يترتب على القبول اثرين أساسين في علاقة الحامل بالمسحوب عليه.
يتمثل الأثر الأول في أن حق الحامل على المئونة الذي كان قبل القبول محتملا يصبح بعد القبول ثابتا ومعززا من خلال خروج المئونة النهائي من ذمة الساحب.
أما الأثر الثاني فيجعل المسحوب عليه ملتزما صرفيا تجاه الحامل مما يتيح لهذا الأخير القيام عليه أولا قبل غيره من الممضين على الكمبيالة بوصفه في حكم المدين الرئيسي للكمبيالة بعد قبولها. فقبل القبول يكون الساحب هو المدين الرئيسي بالنسبة للحامل أما بعد القبول فيصبح مركز المدين الرئيسي للكمبيالة من نصيب المسحوب عليه.

2)- آثار القبول من خلال علاقة المسحوب عليه بالساحب:

54.- في علاقته بالساحب يتمثل اثر قبول المسحوب عليه للكمبيالة في نشوء قرينة إثبات توفير المئونة الواردة بالفقرة الرابعة من الفصل 275 م ت .

وقد سلف الحديث عن طبيعة هذه القرينة القانونية.
أما الأثر الثاني فيتعلق بخروج المئونة من ذمة الساحب بصفة نهائية وهو المعنى لفكرة تثبيت حقوق الحامل على المئونة الناتج عن عملية القبول.
وبالرغم من الضمانات الفعلية التي يحققها القبول إلا انه يمكن للمسحوب عليه رفض القبول.

فقرة ثانية- رفض المسحوب عليه قبول الكمبيالة:

55- أمام الميزات الثابتة التي يحققها قبول الكمبيالة فانه من البديهي أن الحامل الذي يجابه برفض قبول الكمبيالة من طرف المسحوب عليه ينتابه الشك في مآل الدين المضمن بها وهو الأمر الذي دفع المشرع إلى اعتماد رد فعل مناسب لرفض القبول.

فالحامل المجابه برفض القبول يمكنه القانون من إتباع إجراءات معينة ضمانا لحقه في الخلاص دون أن يلزمه بإتباعها. فالحامل في هذه الحالة مخير بين الاكتفاء بالضمانات التي يمكن أن توفرها إمضاءات الملتزمين بالكمبيالة فيتخذ موقفا سلبيا يترقب من خلاله حلول اجل الخلاص كما يمكنه أن يتخذ موقفا ايجابيا مبنيا على عدم ثقته في الكمبيالة نتيجة رفض قبولها. في هذه الحالة الأخيرة يتوجب على الحامل أن يعاين بحجة رسمية واقعة رفض القبول الأمر الذي يفتح له التداعي المباشر دون انتظار اجل الحلول. وقد ورد هذا الحل الأخير بالفقرة الأخيرة من الفصل 283 م ت[35] وكذلك الفصل 306 م ت[36].

[35] "إن الامتناع من القبول يترتب عليه قانونا سقوط الأجل مع حمل النفقات والمصاريف على المسحوب عليه".

[36] "يمكن للحامل القيام بدعوى الرجوع على المظهرين والساحب وباقي الملتزمين:
عند حلول الأجل.
اذا لم يحصل الدفع.
كما يجوز له دلك حتى قبل الحلول:
1- اذا حصل الامتناع الكلي أو الجزئي عن القبول.
2- اذا أفلس المسحوب عليه سواء كان صدر منه قبول أم لا أو توقف عن دفع ديونه ولو لم يثبت بعد بحكم أو من تاريخ عقلة مكاسبه بدون جدوى.
3- اذا أفلس ساحب الكمبيالة التي لا يتعين فيها القبول..."

وفي إطار هذه الآثار يمكن التساؤل عن وضعية محددة هي وضعية يكون فيها حامل الكمبيالة هو ساحبها إما لان هذه الكمبيالة لم يقع تداولها فبقيت في علاقة ثنائية بين الساحب والمسحوب عليه ا وان تداولها أدى إلى تظهيرها مرة أخرى لفائدة الساحب الذي جمع بين وضعية الساحب والحامل. في هذه الحالة هل أن الحامل الساحب يتمتع بكل الضمانات الممنوحة للحامل العادي؟

من المؤكد أن وضعية الحامل الساحب لا يمكن أن تغفل طبيعته الأصلية خاصة في علاقته مع المسحوب عليه وهي الوضعية المتعلقة بحالة ارتباط الدعوى الصرفية بالعلاقة الأصلية السالف بسطها.
فالحامل الساحب يتمتع بدعوى صرفية تجاه المسحوب عليه القابل غير أن هذا الأخير يمكنه أن يحدد من امتيازات الدعوى الصرفية ومن ذلك مجابهة الساحب بالدفوعات الشخصية كعدم توفير الأخير للمئونة وهو ما يعد استثناء للمبدأ الأساسي في القانون الصرفي المتمثل في عدم المعارضة بالدفوعات الشخصية[37].

الفصل الثالث

تـــــــــداول الكمبيـــــــــالة

56- تسمح خاصية التداول المميزة للأوراق التجارية عموما وللكمبيالة على وجه الخصوص بانتقال السند من شخص إلى آخر في إطار عمليات يكون الدين الأصلي مرتكزها و انتقال الكمبيالة من شخص إلى آخر احد ضمانات الخلاص فيها.

[37] ROBLOT R., op. cit.,p. 192, n°280.

وكغيرها من السندات لأمر فان الكمبيالة تنتقل من شخص إلى آخر بعملية قانونية معينة هي التظهير. وعلى هذا الأساس فان خاصية التداول تتحقق من خلال آلية قانونية معينة هي التظهير.

والتظهير هو في الواقع إمضاء يدرج في ظهر السند يتم بموجبه انتقال حقوق المظهر المترتبة عن السند للمظهر له الذي يحوز صفة الحامل الشرعي للكمبيالة. فمظهر السند هو مدين للمظهر له في إطار علاقة أصلية ولخلاص دينه يستعمل المظهر الكمبيالة التي يمررها لدائنه للوفاء بدينه تجاهه وذلك من خلال عملية التظهير.

وبما أن النتيجة القانونية البارزة للتظهير هي انتقال كل الحقوق المتعلقة بالسند من المظهر إلى المظهر له فان عملية الانتقال هذه قد تكون انتقالا تاما تجعل المظهر له المالك للسند وهو ما يعرف بالتظهير الناقل للملكية (**مبحث أول**) كما يمكن أن يكون الانتقال محددا في آثاره القانونية كان يكون على سبيل التوكيل وهو ما يعرف بالتظهير التوكيلي (**مبحث ثان**) أو يكون على سبيل الرهن وهو ما يعرف بالتظهير على سبيل التوثقة (**مبحث ثالث**).

المبحث الأول: التظهير الناقل للملكية

57.- الأصل في التظهير انه ناقل للملكية بمعنى أن المظهر يتخلى عن السند وكامل الحقوق المرتبطة به للمظهر له الذي يصير مالكا للسند ومتمتعا بالحماية الصرفية.
وبما أن التظهير يتحقق شكلا بإمضاء المظهر على السند فان هذا الأخير يصبح بإمضائه ملتزما صرفيا تجاه المظهر له حامل الكمبيالة.
فالتظهير التزام صرفي يتوجب لصحته جملة من الشروط الأصلية (**فقرة أولى**) والشكلية (**فقرة ثانية**) ليرتب آثاره القانونية (**فقرة ثالثة**).

<u>فقرة أولى:</u> الشروط الأصلية:

58.- بما أن التظهير هو عمل قانوني إرادي فانه يستوجب استجماع شروط صحة الأعمال القانونية من أهلية ورضا وسبب ومحل وفق ما اقتضاه الفصل 2 م ا ع.

فالمظهر يجب أن يكون متمتعا بأهلية الإلزام والالتزام ويصح في شانه ما سبق قوله بخصوص الساحب منشأ الكمبيالة والمسحوب عليه الذي قبلها فثلاثتهم يتطلب صحة التزامهم توفر أهليتهم.

والى جانب الأهلية فان المظهر لا بد أن يكون إمضاؤه الذي يعبر من خلاله عن إرادته واقعا برضاء حقيقي سليم من العيوب. فالإمضاء المدلس أو الواقع تحت التهديد لا يلزم صاحبه وهو من قبيل العيوب التي يواجه بها حتى الحامل حسن النية لان الأمر يتعلق بغياب للإرادة. أما الرضاء المعيب فهو وان كان قابلا للدفع به لمواجهة المظهر له إلا انه لا يواجه به الحامل حسن النية أي الذي كان يجهل وجه العيب.

من ناحية أخرى لا بد أن يكون التزام المظهر مبنيا على سبب موجود وشرعي وهو في الغالب وجود الدين الذي نشأ في حقه لفائدة المظهر له.
ويكون التظهير باطلا إذا كان مبناه سبب غير شرعي أو سبب غير موجود إلا أن هذا البطلان لا يمكن أن يدفع به تجاه الحامل حسن النية.
أما في ما يتعلق بمحل التزام المظهر فيتعلق بسداد دينه تجاه المظهر له من خلال عرضه نقل الحقوق المرتبطة بالكمبيالة.

فقرة ثانية: الشروط الشكلية:

59.- جاء بالفقرة السابعة للفصل 276 م ت "يجب أن يكون التظهير على الكمبيالة ذاتها أو على ورقة ملحقة بها أي المضافة ويجب أن يكون مشتملا على توقيع المظهر".
ويستخلص من النص السابق أن التظهير يترتب شكلا من إمضاء المظهر على الكمبيالة أو على ورقة ملحقة بها.

وبعلاقة بالشروط الشكلية للتظهير فقد اقر المشرع جملة من القواعد تتعلق بزمن التظهير (3) والمستفيد من التظهير (2) وشروط التظهير (1).

1)- شروط التظهير:

60- بالنظر إلى أن عملية التظهير تدخل في صميم آلية التداول المحققة لأغراض الكمبيالة كأداة ائتمان تحقق السرعة و الثقة المستوجبة لنمو النشاط الاقتصادي فقد اقر التشريع جملة من الشروط هي بمثابة الإجراءات الحمائية المعززة للثقة في السند وتسهيل عملية قبوله بين التجار والمتعاملين في النشاط الاقتصادي. وتتحقق هذه الحماية من خلال اشتراط استبعاد كل ما يمكن أن يزرع الشك في جدية التزام الممضين عله كمنع التظهير الجزئي للكمبيالة (أ) أو منع الاشتراط المتعلق بعملية التظهير (**ب**).

أ)- <u>منع التظهير الجزئي:</u>

61- جاء بالفقرة السادسة من الفصل 276 م ت "ان التظهير الجزئي باطل". ويترتب عن هذا المنع أن المظهر لا يملك تجزئة التزامه لان ذلك سيؤدي بالضرورة إلى إضعاف السند وعدم سهولة تداوله.

ولعل سماح المشرع بالقبول الجزئي للكمبيالة قد يطرح التساؤل عن عدم اعتماد نفس الحل بالنسبة للتظهير. وتبدو الإجابة بسيطة ذلك أن السماح بالقبول الجزئي يزيد في حظوظ استخلاص الكمبيالة فتخيير الحامل بين كمبيالة مقبولة جزئيا وكمبيالة غير مقبولة سيكون حتما في صالح القبول الجزئي الذي يعطيه التزاما صرفيا ولو جزئيا للمسحوب عليه.

أما التظهير الجزئي فانه لا يرتب أي فائدة للمظهر له ولمن بعده من المتعاملين بالكمبيالة لأنه يضعف حظوظ الخلاص بتجزئة التزام المظهر.

ب)- <u>منع التظهير المشروط:</u>

62- لتحقيق تداول سلس للكمبيالة فان المشرع لن يسمح بان يكون التزام المظهر مشروطا فقد جاء بالفقرة الرابعة من الفصل 276 م ت "يجب أن يكون التظهير مجردا ومطلقا" وتضيف الفقرة الخامسة من نفس الفصل "وكل شرط يعلق عليه التظهير يعد لاغيا".

يبرر هذا المنع بان الاشتراط المتعلق بعملية التظهير هو من قبيل ربط التزام المظهر بوضعية متعلقة برابطة المديونية بينه وبين المظهر له وهي رابطة لا يجب أن تكون محددة لخلاص السند لمن سواهما. وطالما تعلق التظهير بالتداول فان منع الاشتراط معقول بالنظر لكونه سيكون معيقا بالضرورة لعملية انتقال السند من شخص لآخر.
وأمام خطورة إدراج أي شرط في عملية التظهير واثر ذلك المباشر على عملية التداول فان المشرع لم يكتف بالمنع بل اقر جزاء بالفقرة الخامسة من الفصل المذكور مفاده أن أي اشتراط يوقع إدراجه يعتبر لاغيا أي لا عمل عليه.

وإذا كان أمر الالتزام المجرد والمطلق قد سبق اعتماده أيضا بالنسبة للقبول وبالنسبة للأمر بالدفع من الساحب للمسحوب عليه والمتمثل في احد البيانات الوجوبية لصحة الكمبيالة فان المشرع لم يعتمد قاعدة اعتبار الشرط المضمن لاغيا إلا بالنسبة للتظهير وهو دليل آخر على عناية المشرع بآلية التظهير ورغبته في تحقيق شروط التداول للكمبيالة.

2)- المستفيد من التظهير:

63- تتم عملية التظهير لفائدة المظهر له. ويعطي المشرع جملة من الاختيارات للمظهر في هذا المجال فالمستفيد أي المظهر له يمكن أن يكون شخصا معينا بذاته وهي حالة التظهير الاسمي كما يمكن للمظهر أن يترك اسم المستفيد بدون تحديد وهو التظهير على بياض. فقد جاء بالفقرة الأخيرة للفصل 276 م ت "ويجوز أن لا يعين في التظهير الشخص المستفيد منه وان يقتصر على توقيع المظهر لا غيره وهو تظهير على بياض وفي هذه الحالة الأخيرة لا يكون التظهير صحيحا إلا إذا كان على ظهر الكمبيالة أو على المضافة". ويمكن أيضا أن يكون التظهير للحامل وهو ما اعتبره المشرع بمثابة التظهير على بياض بالفقرة السادسة للفصل 276 م ت.

وبقطع النظر عن تحديد شخص المستفيد من التظهير فان التظهير يجب أن يتم في حيز زمني محدد لينتج آثاره القانونية كالتزام صرفي.

3)- زمن التظهير:

64- لينتج التظهير آثاره القانونية في المجال الصرفي يجب أن يتم في اجل محدد. فالتظهير المنشأ للالتزام الصرفي هو التظهير الواقع قبل اجل الحلول. ويترتب عن هذه القاعدة أن التظهير الذي يتم خارج الحيز الزمني المشار إليه يفقد قيمته الصرفية ويقتصر أثره على الالتزام المدني المتمثل في حوالة الدين إذا كانت شروط هذا الالتزام متوفرة.
وقد أقرت محكمة التعقيب هذا الحل في العديد من قراراتها كالقرار التعقيبي المدني عدد 50890 المؤرخ في 24 فيفري 1998 الذي جاء فيه "التظهير الحاصل بعد الاحتجاج بالامتناع عن الدفع أو بعد انقضاء الأجل المعين لإقامة الاحتجاج لا يترتب عليه إلا نتائج الإحالة العادية"[38].

فقرة ثالثة: آثار التظهير الناقل للملكية:

65- يترتب عن التظهير التام أي الناقل للملكية اثر قانوني هام هو انتقال كافة الحقوق المرتبطة بالكمبيالة من المظهر للمظهر له (1). هذا الانتقال يستند إلى مبدأ أساسي للقانون الصرفي هو مبدأ عدم المعارضة بالدفوعات الشخصية (2).

1)- انتقال حقوق المظهر للمظهر له:

66- نصت الفقرة الأولى للفصل 277 م ت على انتقال الحقوق المرتبطة بالكمبيالة من المظهر للمظهر له حيث جاء فيها "إن التظهير تنتقل بمقتضاه جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة".
اذا كان الانتقال يشمل بالضرورة كل متعلقات الدعوى الصرفية إلى جانب الحق على المئونة فان التساؤل يجوز حول بقية الحقوق التي يمكن أن تكون مرتبطة بالكمبيالة كالتأمينات العينية منها والشخصية .
يتجه الرأي الغالب إلى اعتماد العمومية الموجودة بالنص لبسطها على كل ملحقات السند من تأمينات ممكنة[39].

وقد كرست محكمة التعقيب هذه الفكرة فقد جاء بالقرار التعقيبي المدني عدد 46476 المؤرخ في13 نوفمبر1997 "إن من آثار التظهير الناقل للملكية نقل الحق الثابت في الكمبيالة

[38] نشرية محكمة التعقيب لسنة 1998, الجزء 2 ص 232.

[39] ROBLOT R., op. cit., p. 239 n°281.

إلى المظهر له وملحقاته كما أن من آثاره أيضا التطهير من الدفوع أو عدم الاحتجاج بالدفوع على الحامل حسن النية ومؤدى هذه القاعدة الواردة بالفصل 280 م ت إن المدين بالكمبيالة لا يجوز له الامتناع عن الوفاء للحامل حسن النية وبهذا يفترق التظهير التام عن الحوالة المدنية فرقا حاسما.
إن قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع عن الحامل الحسن النية أساسه نص تشريعي راعى الحاجة العملية والحرص على تيسير تداول الكمبيالة وتنشيط وظائفها الاقتصادية"[40].

إلا أن الإشارة إلى ضرورة أن تكون هذه التأمينات ملتحمة بالكمبيالة واجبة بالنظر إلى أن غيرها من التأمينات المعطاة خارج ر السند يصعب تصور انتقالها نتيجة عملية التظهير بالنظر لفكرة أن السند يجب أن يكون محددا في ذاته للحقوق المرتبطة به.

فإذا كانت الكمبيالة على سبيل المثال تتضمن ثمن ببيع لأصل تجاري فان امتياز بائع الأصل التجاري المرتبط بالدين المضمن بالكمبيالة ينتقل إلى المظهر له في كل عملية تظهير.
ويسري نفس الحكم إذا كان الدين المضمن بالكمبيالة كان موضوع توثقة في شكل رهن لبضائع أو سلع.
و إذا كان التظهير في أساسه يمثل نقلا لمؤسسة القانون المدني المعروفة بحوالة الدين إلا أن التشابه بين المؤسستين لا يجب أن يخفي ما للتظهير من ميزات استثنائية إلى جانب غياب الشكليات المستوجبة في إطار مؤسسة الحوالة في القانون المدني.

فالمظهر هو في الواقع ضامن للمظهر له لا فقط لوجود الدين كما هو الحال بالنسبة للحوالة في القانون المدني بل هو ضامن أيضا لخلاص الدين إذ جاء بالفقرة الأولى للفصل 278 م ت "إن المظهر ضامن للقبول والدفع إلا إذا اقتضى شرط خلاف ذلك". ولتحديد عملية الضمان مكنت الفقرة الثانية من نفس الفصل المظهر من حصر ضمانه للمظهر له دون غيره و ذلك بمنعه أي عملية تظهير جديدة إذ جاء بهذه الفقرة "ويمكن له أن يمنع كل تظهير جديد وفي هذه الحالة فلا يكون ملزوما بالضمان للأشخاص الذين تظهر لهم الكمبيالة فيما بعد".
إن التزام الضمان المحمول على المظهر لا يمكن أن يكون غير معني بحالة تبدو قليلة الحدوث إلا أنها ممكنة في الواقع وهي حالة التظهير لفائدة شخص ملزم سابق بالكمبيالة كأن يقع التظهير لفائدة الساحب أو لمظهر سابق أو حتى للمسحوب عليه.

[40] نشرية محكمة التعقيب لسنة 1997 الجزء 2 ص 182.

إذا كان التظهير لفائدة ملزم سابق بالكمبيالة فان التزام المظهر بالضمان يتحدد بالنظر للالتزام السابق للمظهر له وذلك حسب الحالات التالية:

- إذا كان المستفيد من عملية التظهير هو ساحب الكمبيالة نفسه الذي ستجتمع فيه صفتان صفته الأصلية كساحب الكمبيالة وصفته الثانية كمظهر له بالنظر لوجود دين له تجاه المظهر فان ضمان المظهر سيكون محددا بالنظر إلى أن المظهر له الساحب لن يتمكن في حال عدم خلاص الكمبيالة من تفعيل ضمان المظهر أو المظهرين السابقين له لان هؤلاء جميعا يتمتعون أصلا بضمان الساحب نفسه. وعلى هذا الأساس لن يكون للحامل الساحب من دعوى إلا ضد المسحوب عليه القابل بشرط إثبات الحامل الساحب انه قد وفر المئونة.
- إذا كان المستفيد من عملية التظهير هو مظهر سابق للكمبيالة فان الحل السابق بالنسبة للساحب ينطبق باعتبار أن الحامل لن يمكنه القيام على المظهرين الذين تداخلوا بعد تاريخ تخليه عن السند بتظهيره وتاريخ اكتسابه من جديد عن طريق تظهيره لفائدته.

ومثاله أن زيدا إذا ظهر الكمبيالة لعمرو وان عمرا ظهرها بدوره لسعد وان سعدا ظهرها لسعيد الذي ظهرها بدوره إلى عمرو. فمن تاريخ تخلي عمرو عن الكمبيالة وتاريخ اكتسابها من جديد تداخل سعد وسعيد الأمر الذي يمنع على عمرو من مطالبة كليهما بخلاصها طالما كان عمرو في الواقع ضامنا للخلاص والقبول لهما.

- إذا كان المستفيد من عملية التظهير هو المسحوب عليه القابل نفسه فانه لا يمكنه القيام على أساس ضمان المظهر المباشر أو بقية المظهرين لأنه هو المدين الرئيسي بالكمبيالة.

2)- عدم المعارضة بالدفوعات الشخصية:

67- يتميز انتقال حقوق المظهر للمظهر له بخاصية تتمثل في أن المظهر له يتمتع في الواقع بحقوق أكثر من تلك التي يتمتع بها المظهر ضمن ما يعرف بمبدأ عدم المعارضة بالدفوعات الشخصية.

فإذا كانت القاعدة القانونية العامة الواردة بالفصل 551 م ا ع تقتضي انه"لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق" فان قاعدة الفصل 280 م ت تجيز إن يحيل المظهر للمظهر له أكثر مما له من الحقوق وهي القاعدة المعروفة بتطهير الدفوع أو بعدم المعارضة بالدفوعات الشخصية.

إن مركزية هدا المبدأ في القانون الصرفي من حيث حمايته للحامل تقتضي الوقوف عند مدلوله (أ) قبل الخوض في شروط انطباقه (**ب**).

أ)- <u>مدلول المبدأ</u>:

68- جاء الفصل 280 م ت المكرس لمبدأ عدم جواز قبول الدفوعات الشخصية "إن الأشخاص المدعى عليهم بمقتضى الكمبيالة لا يمكن لهم أن يتمسكوا ضد الحامل بوسائل المعارضة المبنية على علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحامليها السابقين ما لم يكن الحامل قد تعمد عند اكتسابه الكمبيالة الإضرار بالمدين".

إن فحوى هذا المبدأ تفيد أن تداول الكمبيالة لن يتيسر إلا إذا كان حاملها محاطا بحماية تغنيه عن التأكد من سلامة الروابط القانونية التي لا علاقة له بها بصفة مباشرة. فالحامل هو غريب (غير) عن علاقة الساحب بالمسحوب عليه كما هو غريب عن علاقة الساحب بالمستفيد مما يحتم إعفاءه من كل إمكانية تسمح لأحدهما أن يرفض الخلاص بالاستناد على دفع مرتبط بعلاقته الشخصية التي لا دخل للحامل فيها.

أما القول بأن المظهر قد يعطي من الحقوق ما يتجاوز حقوقه المترتبة من الكمبيالة فهي تطبيق مباشر لهذا المبدأ ومثاله أن المستفيد الذي لا يمكنه معارضة الساحب إذا لم يسبق منه توفير وصل القيمة[41] فانه بتظهيره للكمبيالة سيمكن الحامل من دعوى لم تكن متاحة له وهي الدعوى تجاه الساحب الذي إن كان له أن يتصدى للمستفيد (المظهر) فانه لا يمكنه التصدي للحامل (المظهر له) مما يتيح القول أن المظهر (المستفيد) الذي لم يكن بوسعه إلزام الساحب بالخلاص لسبب عدم توفيره لوصل القيمة سيمنح المظهر له حقا لم يكن بوسعه التمتع به وهو الدعوى ضد الساحب الذي لن يمكنه مجابهة الحامل بغياب وصل القيمة لان الحامل لا شان له بالعلاقة الرابطة بين الساحب والمستفيد.

41

وصل القيمة هو ما يقابل المئونة في علاقة الساحب بالمسحوب عليه. فعبارة المئونة تقتصر على الدين الرابط بين الساحب والمسحوب عليه اما الديون بين بقية الأطراف فيطلق عليها لفظ وصل القيمة (valeur fournie)

ب)- شروط تطبيق المبدأ:

69- بالنظر لقيمة مبدأ عدم المعارضة بالدفوعات الشخصية فان تطبيقه العملي يستوجب جملة من الشروط تتعلق بالحامل (1) وبالدفوعات (2).

1- الشروط المتعلقة بالحامل:

70- ليستفيد الحامل من مزايا مبدأ عدم المعارضة بالدفوعات الشخصية لا بد أن تتوفر فيه صفة الحامل حسن النية. ذلك أن الفصل 280 م ت قد استثنى من التمتع بالمبدأ الحامل سيئ النية من خلال تنصيصه التالي:"ما لم يكن الحامل قد تعمد عند اكتسابه الكمبيالة الإضرار بالمدين".

وقد دأب فقه القضاء على استنتاج شرط حسن النية لتمتيع الحامل بمقتضيات الفصل 280 م ت فقد جاء بالقرار التعقيبي المدني عدد 2758 المؤرخ في 27 فيفري2001 "خلافا للمنحى الذي انتهجته محكمة الموضوع فان الفصل 280 م ت ينص على انه لا يمكن معارضة الحامل بالدفوعات المبنية على العلاقة الشخصية بالساحب أو بحامليها السابقين شريطة عدم تعمد الحامل عند اكتسابه الكمبيالة الإضرار بالمدين وهو ما عبر عنه فقه القضاء بالحامل حسن النية وعليه فان الحامل السيئ النية يمكن معارضته بالدفوعات التي يواجه بها الساحب أو المدين الأصلي"[42].

غير إن تحديد مفهوم حسن النية الوارد بالفصل 280 م ت بدا غير واضح المعالم وقد اقتصر قضاء محكمة التعقيب على الاستشهاد بالفصل دون سبر أغواره لتحديد المقصود بحسن أو سوء النية.

إلا أن فقه القضاء الفرنسي كان أكثر ايجابية إذ أثمر اجتهاده إلى فك طلاسم الفصل 121 من المجلة التجارية وهو الفصل الموازي للفصل 280 م ت.

[42] نشرية محكمة التعقيب لسنة 2001 الجزء 2 ص 108.

فقد جاء بقرار محكمة التعقيب الفرنسية بتاريخ 26 جوان 1956 إن الحامل يكون سيئ النية إذا كان على وعي عند قبوله تظهير الكمبيالة لفائدته تسببه بضرر للمدين الصرفي بوضعه في حالة استحالة إثارة دفع مستمد من علاقته الشخصية تجاه الساحب أو مظهر سابق[43].

فمسالة تعمد الإضرار بالمدين تكون محققة في حال أن البنك حامل الكمبيالة عند تسلمه لها يكون مدركا لا فقط لغياب المئونة بل استحالة توفيرها أصلا فيكون تسلمه للكمبيالة في إطار عملية الخصم متسم بنية الإضرار بالمدين طالما أن ذلك سيحرمه من إمكانية المعارضة بغياب المئونة.

ومن بين القرارات القضائية التي حاولت فك رموز الفصل 280 م ت فيما يتعلق بمسالة سوء نية الحامل القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس عدد 50406 بتاريخ 20 جانفي 1998 الذي جاء فيه " سوء نية الحامل على معنى الفصل 280 من المجلة التجارية لا يعني فقط ان يكون الحامل على علم بالعلاقات الاصلية بل يجب أن يتوفر عنصران إضافيان وهما عدم وجود المؤونة وان يكون الحامل قد قصد الإضرار بالمسحوب عليه"[44].

2)- الشروط المتعلقة بالدفوعات:

---

[43] « *Le cas où le porteur a eu conscience, en consentant à l'endossement du titre à son profit, de causer un dommage au débiteur cambiaire par l'impossibilité où il le mettait de se prévaloir vis-à-vis d'un tireur ou d'un précédent endosseur, d'un moyen de défense issu de ces relations avec ces derniers* ».

En raison des rapports financiers entre le porteur (la banque) et le tireur, la banque connaissait le préjudice qu'elle occasionnait au tiré en se faisant endosser les lettres de change par le tireur dont elle était à peu près certaine qu'il ne fournirait pas provision.

V. JCP 1956.II. 9600, note Roblot, RTDCom., 1957, p. 166, obs. Becqué et Cabrillac.

V. également Cabrillac M. et Rives-Lange J. L., RTDCom, 1970, p. 416 (Cour d'Appel de Paris 11 juillet 1969) : « *La cour a fait une application très orthodoxe de l'article 121 C. com.. Il résultait des circonstances de l'espèce minutieusement relatés dans l'arrêt que la banque savait que les traites étaient dépourvues de provision et le demeuraient à l'échéance. Il avait donc agit sciemment au détriment du tiré accepteur en vue de se ménager un avantage personnel : la réduction du débit du compte du tireur dans ses livres. Le tiré accepteur était donc en droit de lui opposer l'exception du défaut de provision* ».

V. aussi RTDCom. 1972, p. 669 (cass. Com. 14 juin 1972) : « *outre la connaissance de l'exception, le porteur pour pouvoir être déclaré de ''mauvaise foi'', doit avoir la certitude que l'exception subsistera jusqu'à l'échéance* ».

[44] المجلة القانونية التونسية، 1999، ص 295، تعليق الاستاد محمد الهادي الاخوة.

71- فيما يتعلق بالدفوعات يشترط الفصل 280 م ت أن تكون من قبيل الدفوعات الشخصية أي التي ترتكز على علاقة تربط بين المدين المطلوب إي الشخص المثير للدفع والدائن الطالب أي الحامل.
ويترتب عن هذا الشرط أن هنالك دفوعات يمكن مواجهة الحامل بها وان كان حسن النية وهي الدفوعات المتعلقة بعيب ظاهر في السند لان الحامل ملزم بالتثبت في صحة السند من حيث الشكل. وكذلك الدفع المتعلق بغياب الرضا المتمثل في الغالب في الإمضاء المدلس أو الحاصل بالإكراه فقد جاء بالقرار التعقيبي المدني عدد 27968 المؤرخ في 31 مارس1993 "نكران المسحوب عليه لإمضائه للكمبيالة لا يعد من الوسائل المعارضة المبنية على العلاقة الشخصية بين الساحب والمسحوب عليه والتي لا يمكن معارضة الحامل بها لان التوقيع المزور للكمبيالة هو مبني على أسباب جدية وهو نفي للعلاقة مع من نسب له سحب الكمبيالة"[45].

و يعد من قبيل الدفوع التي يمكن مواجهة الحامل بها الدفع المتعلق بعدم أهلية المدين على الرغم من عدم ظهوره للحامل إلا أن اختيار المشرع في تغليب حماية القاصر على حماية حامل الكمبيالة تؤدي إلى الأخذ بهذا الدفع وإخراجه من زمرة الدفوعات الممكن إدراجها في قائمة الفصل 280 م ت.
أما الدفوعات التي لا يمكن مجابهة الحامل حسن النية بها فهي أساسا التي تتعلق بالمئونة أو وصل القيمة أو المتعلقة بالرابطة الأصلية كالوفاء أو المقاصة أو الفسخ. فقد جاء بالقرار التعقيبي المدني عدد 48925 المؤرخ في 14 جانفي1998 "لا يمكن معارضة حامل الكمبيالة بوسائل المعارضة المبنية على العلاقة الشخصية بالساحب ومن ذلك الدفع بوقوع الخلاص والمقاصة وانعدام المئونة لأنه غير بالنسبة لمعاملات الساحب بالمسحوب عليه"[46].

وإذا كان التظهير التام الناقل لملكية السند يمثل التظهير الأكثر استعمالا في التطبيق إلا أن بعض الوضعيات تتناسب أكثر مع ما يعبر عنه بالتظهير التوكيلي.

المبحث الثاني: التظهير على وجه التوكيل

[45] نشرية محكمة التعقيب لسنة 1993 الجزء 1 ص 269.
[46] نشرية محكمة التعقيب لسنة 1998 الجزء 2 ص 225.

72.- يتمايز التظهير التوكيلي عن التظهير الناقل للملكية من حيث أن المظهر يسلم السند للمظهر له في إطار عمليه توكيل يقوم بموجبها المظهر له باستخلاص قيمة السند لفائدة المظهر. ولعل أهم استعمال لهدا التظهير يتنزل في تكليف البنك من قبل حريفه باستخلاص الكمبيالات التي يكون دائنا بمبلغها. وعادة ما يعمد التجار إلى استعمال هذه الطريقة في استخلاص الكمبيالات بالنظر للتكاليف المرتفعة التي يقتضيها قيامهم بأنفسهم بعملية الاستخلاص. في الواقع يقدم البنك جملة من الخدمات منها وضع وإدارة وسائل الدفع حيث يقوم البنك بتقديم هذه الخدمات لحرفائه ومنها استخلاص الكمبيالات الذي يتم عبر آلية التظهير التوكيلي.

وقد أقرت محكمة التعقيب هذه التفرقة من خلال القرار التعقيبي المدني عدد 16844 المؤرخ في 4 افريل 1989 الذي جاء فيه"تسليم الكمبيالة للبنك لاستخلاص قيمتها فقط لا يمنحها صفة الحامل إنما صفة وكيل الحامل"[47].

وعلى غرار التظهير الناقل للملكية فان التظهير التوكيلي لا يقوم صحيحا إلا باحترام شروط معينة (**فقرة أولى**) لينتج أثاره القانونية (**فقرة ثانية**).

<u>فقرة أولى:</u> شروط التظهير التوكيلي:

73.- لصحة التظهير التوكيلي لا بد من توفر شروط شكلية (1) وأخرى أصلية (2).

1) الشروط الشكلية:

74.- وردت الشروط الشكلية للتظهير التوكيلي بالفصل 281 م ت الذي أورد جملة من البيانات المدرجة على السند للإفادة بنية المظهر تسليم الكمبيالة للمظهر له بصفة الوكيل و هذه العبارات هي "قيمة الاستيفاء" أو "للقبض" أو "بالوكالة" وكلها تعني اتجاه نية المظهر إلى توكيل المظهر له بقبض أو استخلاص قيمة السند عوضا عنه.

[47] نشرية محكمة التعقيب لسنة 1989 الجزء 1 ص 152.

يتبين من ضرورة إدراج ما يفيد التظهير على وجه التوكيل أن إرادة المظهر في توكيل المظهر له يجب أن تكون واضحة ومستنتجة من السند لان أي شك في وضوح الإرادة يفسر في الغالب في اتجاه التظهير الناقل للملكية.

2) الشروط الأصلية:

75.- إذا كانت مسالة الرضى لا تطرح مشاكل خاصة بالمقارنة مع كل الالتزامات الصرفية بوجه عام والتظهير الناقل للملكية على وجه الخصوص فان الأهلية تختلف إذ هي تخضع لمقتضيات الفصل 1105 م ا ع المتعلقة بأهلية الوكيل والموكل. فالموكل يجب أن يكون أهلا للقيام بنفسه بالعمل موضوع التوكيل. وبالنظر لكون موضوع التظهير التوكيلي هو استيفاء معين الكمبيالة فان الموكل يجب أن يكون أهلا للحصول على معين الكمبيالة.

في المقابل فان الوكيل لا يشترط فيه نفس الأهلية المشترطة في الموكل إذ يكفي في شانه توفر ملكة التمييز وان لم يكن مؤهلا بذاته للقيام بالعمل موضوع التوكيل فقد جاء بالفصل 1105 م ا ع "يشترط في صحة الوكالة أن يكون الموكل أهلا لان يجري بنفسه ما وكل عليه ولا يشترط ذلك في الوكيل بل يكفيه أن يكون مميزا ولو لم يكن أهلا لإتمام ما وكل عليه بنفسه".

<u>فقرة ثانية:</u> آثار التظهير التوكيلي:

76.- يترتب عن التظهير التوكيلي التزام المظهر له القيام بموضوع الوكالة أي تنفيذ أوامر موكله المتمثلة في تقديم الكمبيالة للخلاص عند حلول اجلها.

و هذا يعني أن التظهير التوكيلي يسند للمظهر له سلطات المظهر بوصفه حامل الكمبيالة الأمر الذي يرتب للمظهر له القيام بكل ما يستوجبه تنفيذ الوكالة من حرص وأمانة فقد جاء بالفصل 1131 م ا ع "على الوكيل القيام بما وكل عليه بغاية الاعتناء والتثبت وهو مسئول بالخسارة الناشئة لموكله عن تقصيره كما لو خالف وكالته اختيارا أو خالف الإرشادات الخصوصية الصادرة له من موكله أو فرط فيما أعتيد في المعاملات ...".

و إذا كان التظهير التوكيلي يتم في الغالب لفائدة البنك أي انه تظهير لمحترف باجر تشدد فيه المسؤولية طبق ما يقتضيه الفصل 1132 م ا ع[48] فان المؤسسة البنكية ملزمة بتقديم الكمبيالة للخلاص في الأجل وفي حال رفض الخلاص القيام بالاحتجاج وإعلام الموكل بكل ذلك في الإبان. ويكون البنك مسئولا في كل خطأ يتم في إطار تنفيذ الوكالة.فقد جاء بالفصل281 م ت "...يمكن للحامل أن يجري جميع الحقوق الناتجة عن الكمبيالة ولكنه لا يمكن له أن يظهرها إلا على سبيل الوكالة".

وتنتهي الوكالة أي صفة الوكيل كحامل للكمبيالة بمقتضى التظهير التوكيلي بإتمام الوكالة أي بقبض قيمة الكمبيالة وإجراء الحساب مع المظهر كما تتم أيضا بوسائل أخرى.

وخلافا لحالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل أو الموكل المشار إليها بالفصل 1157 م ا ع فان التوكيل المتعلق بالتظهير التوكيلي لا ينتهي بوفاة الموكل أو بفقدانه أهليته كما أشار لذلك الفصل 281 م ت .

المبحث الثالث: التظهير على وجه التوثقة

77.- يمكن للكمبيالة أن تكون موضوع توكيل على وجه التوثقة لضمان دين المظهر له تجاه المظهر.

وعلى غرار التظهير الناقل للملكية و التظهير التوكيلي فان التظهير على وجه التوثقة لا يقوم صحيحا إلا باحترام شروط معينة (**فقرة أولى**) لينتج أثاره القانونية (**فقرة ثانية**).

فقرة أولى: شروط التظهير على وجه التوثقة:

48

جاء بالفصل 1132 م ا ع "الضمان المقرر في الفصل السابق يشتد حكمه في صورتين:
أولا- اذا كان الوكيل مأجورا.
ثانيا- اذا كانت الوكالة في حق صغير أو مولى عليه أو ذات معنوية"

78.- كغيره من أنواع التظهيرات السابقة يقوم التظهير على وجه التوثقة صحيحا بتوفر جملة من الشروط يمكن تقسيمها إلى نوعين من الشروط تتكون الأولى من شروط شكلية (1) و تتعلق الثانية بشروط أصلية (2).

1)- الشروط الشكلية:

79.- وردت الإشارة إلى الشروط الشكلية للتظهير على وجه التوثقة بالفصل 281 م ت الذي جاء بفقرته الرابعة " إذا كان التظهير يحتوي على عبارة "القيمة موضوعة ضمانا" أو "القيمة موضوعة رهنا" أو غير ذلك من العبارات التي تفيد الرهن فيمكن للحامل أن يجري جميع الحقوق المترتبة على الكمبيالة ولكنه إذا حصل منه تظهير فلا يعد تظهيره إلا على سبيل الوكالة".

و يتبين من خلال الفصل المذكور أن التظهير على وجه التوثقة على غرار التظهير التوكيلي هو ناتج عن تعبير إرادي في شكل تنصيص مرفق بعملية الإمضاء على ظهر الكمبيالة.

2)- الشروط الأصلية:

80.- لم تقع الإشارة في المجلة التجارية إلى الشروط الأصلية للتظهير على وجه التوثقة. وإزاء هذا الفراغ فان الأمر يجب أن يخضع للقواعد العامة لصحة الأعمال الإرادية بالنظر إلى أن التظهير هو عمل إرادي يستوجب استجماع الشروط العامة الواردة بالفصل 2 م ا ع. فالمظهر لا بد أن يكون أهلا للالتزام والإلزام أو يكون تعبيره عن التزامه برضا صريح وان يكون محل الالتزام مما يصح فيه التعامل وان يكون سببه مشروعا.

<u>فقرة ثانية:</u> أثار التظهير على وجه التوثقة:

81.- على غرار التظهير التوكيلي فقد أشار الفصل281 م ت أن المظهر له أي حامل الكمبيالة يكتسب جميع الحقوق المترتبة على الكمبيالة.
و هذا يعني أن المظهر له في التظهير على وجه التوثقة له أن يقوم باستخلاص قيمة الكمبيالة وله من الحقوق ما يمكنه من الاستفادة من مبدأ عدم المعارضة بالدفوعات

الشخصية. غير أن حقه في استعمال الكمبيالة يبقى محدودا بالنظر لعدم إمكانية اعتباره مالكا قادرا على التصرف فيها فهو مثلا لا يمكنه أن يظهر الكمبيالة تظهيرا كاملا أي ناقلا للملكية وان أي تظهير يقوم به يعد تظهيرا توكيليا وهو ما يؤكد محدودية حقوقه على السند.

أما فيما يتعلق بإمكانية اختلاف اجل الدين الموثق بالكمبيالة و اجل الكمبيالة في حد ذاتها فان الأمر يقتضي التفصيل التالي:

- في حال كان الأجلان متطابقان أي أن اجل حلول الكمبيالة هو نفسه اجل حلول الدين الذي أعطيت الكمبيالة لتوثقة لخلاصه فان المظهر له أي الدائن عليه تقديم الكمبيالة للخلاص ويكون تحصله على مبلغها خلاصا لدينه في حدود دلك الدين وعليه إرجاع ما زاد عن قيمة دينه للمظهر. أما إذا كان المبلغ اقل من قيمة الدين فان ذمة المدين تبرا بمقدار معين الكمبيالة التي تحصل الدائن على قيمتها ويبقي دائنا بالفارق.
- إذا كان الدين الموثق بالكمبيالة لم يحل اجله بعد وحل اجل الكمبيالة فعلى المظهر له استخلاص قيمتها وينتقل حقه من الكمبيالة إلى معينها وهو ما يحتم عليه أداء فائض المبلغ للمدين إلى غاية حلول اجل الدين.
- إذا سبق اجل الدين اجل حلول الكمبيالة يمكن للمظهر له ممارسة حق الحبس على الكمبيالة إلى حلول اجلها ليقوم بعده باستخلاص قيمتها.

الفصل الرابع
الكفالة في الكمبيالة

82.- تعتبر الكفالة الصرفية ضمانة من ضمانات الوفاء بقيمة الكمبيالة وقد نظمها المشرع التونسي بفصل وحيد بالمجلة التجارية هو الفصل 289 المتكون من تسع فقرات.ويمكن تعريفها بكونها التزام صرفي يضمن بمقتضاه الكفيل الصرفي مدين سابق بالكمبيالة وكأي ضمان فان الكفيل الصرفي قد يجد نفسه ملزما بالوفاء في حال تأخر المدين المكفول عن سداد ما بدمنته تجاه حامل الكمبيالة.
ويمثل التزام الكفيل التزاما صرفيا بموجب ارتباطه بالكمبيالة و يستوجب لصحته توفر جملة من الشروط (**مبحث أول**) وللطبيعة القانونية للكفالة الصرفية (**مبحث ثان**) جملة من الآثار القانونية التي نظمها القانون الصرفي (**مبحث ثالث**).

المبحث الأول: شروط صحة الكفالة الصرفية

83.- تستوجب الكفالة الصرفية لصحتها شروطا أصلية (**فقرة أولى**) وأخرى شكلية (**فقرة ثانية**).

<u>فقرة أولى:</u> الشروط الأصلية

84- يمكن للكفيل الصرفي أن يضمن أيا من المدينين بالكمبيالة. وفي الغالب فان المدين الأكثر بحثا عن كفيل صرفي يضمنه هو الساحب رغبة منه في تظهير الكمبيالة للغير في حال عدم تمكنه من الحصول على قبول المسحوب عليه. ولعل هذه الوضعية هي التي تبرر محتوى الفقرة السادسة من الفصل289 م ت التي تعطي حلا في حال لم يعين الكفيل الصرفي شخص المدين المكفول إذ جاء فيها "ويجب على الكفيل أن يعين الشخص الذي يكفله وإلا عد الساحب هو المكفول".

يقتضي التزام الكفيل الصرفي توفر الأهلية التجارية بالنظر للطبيعة التجارية للكمبيالة كما يقتضي إرادة حرة متبصرة للكفيل.

والى جانب شروط الأهلية العادية فان الكفيل الصرفي يخضع لموجبات الفصلين 1480 و 1481 م ا ع حيث جاء بالفصل 1480 " من لم يكن أهلا للتبرع لا تصح كفالته كما لا يسوغ للصغير أن يكون كفيلا ولو بإذن وليه إذا لم تكن له مصلحة في النازلة التي تعلقت بها الكفالة" وأضاف الفصل 1481 "كفالة المريض أثناء مرض موته لا تصح إلا في ثلث ماله إلا إذا رضي ورثته بما هو أكثر"[49].

وبالنظر للطبيعة الصرفية للكفالة فان صحتها تقتضي صحة الكمبيالة من الوجهة الأصلية والشكلية. وتنقلب الكفالة الصرفية المعطاة على سند لم يكتسب صفة الكمبيالة إلى كفالة مدنية منظمة بمقتضيات مجلة الالتزامات والعقود.

وتستوجب صحة الكفالة الصرفية أن تعطى في الحيز الزمني الواقع بين تاريخ إنشاء الكمبيالة وتاريخ حلول اجلها. غير انه يمكن أن تعطى الكفالة حتى قبل إنشاء الكمبيالة وتكون في هذه الحالة بالضرورة على ورقة مستقلة كما أن الكفالة الصرفية المعطاة بعد انقضاء الأجل المعين لإقامة الاحتجاج للامتناع عن الدفع مساوية في قيمتها للكفالة المدنية و ذلك قياسا على اثر التظهير الواقع في نفس الأجل (الفصل 282 م ت).

فقرة ثانية: الشروط الشكلية

85- تخضع الكفالة الصرفية لجملة من الشروط الشكلية منها ضرورة أن تكون مكتوبة إما على الكمبيالة أو على ورقة مستقلة ويستدل عليها بأي لفظ يدل على نية الضمان كإدراج

---

49 كانت الفقرة الثانية من الفصل1481 م ا ع تقضي "وكذلك الزوجة لا تتجاوز كفالتها ثلث مالها إلا ادا ادن زوجها في الأكثر وأدنه لا يعد كفالة منه إلا اذا صرح بدلك". وهده الفقرة وقع إلغاؤها بمقتضى القانون

لفظ "يعتمد للكفالة" فقد جاء بالفقرة الثالثة من الفصل 289 م ت "ويجب أن تعطى الكفالة بكتابة على ذات الكمبيالة أو ذيلها أو بكتب مستقل يبين به المكان الذي تمت فيه" وأضافت الفقرة الرابعة "ويعبر عنها بكلمات كهذه (يعتمد للكفالة) أو بما في مؤداها ثم يوقع الكفيل عليها بإمضائه".

ويعتبر إمضاء الكفيل الصرفي لازما لصحة الكفالة إذ هو المحدد لنشوء التزامه الصرفي.

وقد اوجب المشرع أن يحدد الكفيل الشخص الذي يكفله. وفي حال إغفال هذا التحديد فقد أقرت الفقرة السادسة من الفصل 289 م ت أن الكفالة تعتبر في هذه الحالة قد أعطيت للساحب.

وقد أثارت هذه القاعدة نقاشات فقهية واختلافات في التطبيق الفقه قضائي يتعلق بمعرفة طبيعة القرينة التي تنشئها هل هي بسيطة أم قاطعة.

وقد اتجه اغلب فقه القضاء إلى اعتبارها قرينة قاطعة[50] وهو حل يبدو فيه كثير من الشدة في بعض الحالات الخاصة.

ففي حال عدم تداول الكمبيالة أي في حالة اقتصارها على العلاقة بين الساحب والمسحوب عليه فان إعمال الطبيعة القاطعة للقرينة سوف تلحق ضررا بالساحب إذ لا يعقل أن يكفل نفسه مما يجب معه إتاحة الفرصة له ليثبت أن الكفالة كانت قد أعطيت للمسحوب عليه[51].

وأمام المصاعب الجمة المترتبة عن طبيعة القرينة رأى جانب من الفقه ضرورة التفرقة بين حالة العلاقة الرابطة بين الكفيل والحامل حسن النية تكون فيها القرينة قاطعة أما في العلاقة الرابطة بين الكفيل والساحب فان هذه لقرينة يجب أن تكون بسيطة.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة الصرفية

86- تكتسي الكفالة الصرفية طبيعة معقدة بالنظر لكونها مؤسسة مدنية في الأصل وقع تطويعها لمقتضيات القانون الصرفي. وستؤدي هذه الوضعية إلى ازدواجية في الطبيعة القانونية من حيث هي تبقي على أهم مميزات الكفالة المدنية وهي الطبيعة التبعية لالتزام الكفيل وتتخلى في حالات معينة عن هذه التبعية خدمة لفلسفة القانون الصرفي القائمة على ضمان وحماية حامل الكمبيالة.

[50] Cassation chambres réunies 8 mars 1960, D. 1961, 209, note Hamel, JCP 1960. II. 11616, note Roblot.
[51] LAKHOUA H., Note sous TPI de Tunis n°6971 du 8 mai 1972, RTD 1974, p. 257.

و للتدليل على هذه الطبيعة المزدوجة التي قد توحي بالتضارب إذا لم يقع فهمها في إطارها الصحيح يتجه الوقوف عند الفقرتين السابعة والثامنة من الفصل 289 م ت.
فقد جاء بالفقرة السابعة:"ويلتزم الكفيل بمثل ما التزم به المكفول".
وجاء بالفقرة الثامنة:"ويكون التزام الكفيل صحيحا وان يكن الالتزام الذي ضمنه باطلا لأي سبب آخر غير عيب في الشكل".

87.- في الظاهر تبدو الفقرتان في تناقض واضح إذ تقر الفقرة السابعة تبعية التزام الكفيل في حين تنسف الفقرة الثانية هذه التبعية حين تقر التزام الكفيل بقطع النظر عن التزام المكفول.
هذا التناقض هو ظاهري فحسب لأن المنطق يقتضي أن تكون لكل فقرة مجال معين تطبق فيه.
وعلى هذا الأساس يمكن قراءة الفقرتان على النحو الذي يزيح التناقض بالنظر لصبغته الظاهرة بالقول أن الفقرة السابعة تبرز تبعية التزام الكفيل (**فقرة أولى**) بينما تكرس الفقرة الثامنة استقلالية هذا الالتزام (فقرة ثانية).

<u>فقرة أولى</u>- الطبيعة التبعية لالتزام الكفيل الصرفي:

88.- إن الكفالة الصرفية هي في الأصل مستوحاة من المؤسسة المماثلة التي نظمها القانون المدني أي الكفالة المدنية. فالقانون الصرفي يستند على مؤسسات القانون المدني ثم يحاول استبعاد معوقاتها في المجال التجاري فتكتسب صفة المؤسسة الجديدة في المجال الصرفي وهي نفس الوضعية مثلا مع مؤسسة الحوالة المدنية التي طوعت للمجال الصرفي في شكل التظهير.
وعلى هذا الأساس فان خاصية التبعية المميزة للكفالة المدنية ستكون لا محالة موجودة وفاعلة طالما أنها لم تتعارض مع فلسفة القانون الصرفي.
ومن مظاهر الصبغة التبعية للكفالة ما ورد بالفقرة الأولى للفصل 1482 م اع :"لا تصح الكفالة إلا إذا صح الدين الأصلي" وما ورد بالفصل 1512 م ا ع "كل سبب اقتضى بطلان التزام الأصيل أو البراءة منه يبرئ الكفيل" والفصل 1516 م ا ع "إسقاط الدين على المدين يبرئ ذمة الكفيل...".

ويتجلى مما تقدم أن من آثار تبعية التزام الكفيل إمكانية مواجهته للدائن بالدفوعات التي كان للمكفول أن يواجهه بها كما يمكنه الانتفاع بسقوط الدين بمرور الزمن أو ببطلان التزام المكفول.
إلا إن هذه الطبيعة التبعية ستستبعد حين تكون عائقا إمام حماية حامل الكمبيالة وهو ما يفتح المجال لتطبيق مقتضيات الفقرة الثامنة من الفصل 289 م ت.

فقرة ثانية- الطبيعة المستقلة لالتزام الكفيل الصرفي:

89- يمكن اعتبار الفقرة الثامنة من الفصل 289 م ت التي تقر بالصبغة المستقلة لالتزام الكفيل الصرفي من قبيل الاستثناء لقاعدة التبعية المضمنة بالفقرة السابعة من نفس الفصل وهو ما يؤدي إلى قراءتها في إطار ضيق وبشروط معينة.
وأول شروط هذه القراءة الضيقة تخص تحديد مجال الفقرة الثامنة باستبعاد حالة بطلان التزام المكفول لعيب في الشكل. ويفسر هذا الاستبعاد بالخاصية الشكلية للالتزام الصرفي الذي يعني أن عيب الشكل الظاهر يرتب بطلان الالتزام الصرفي ويرتب عدم انطباق الاستثناء الوارد بالفقرة الثامنة ما يعني الرجوع إلى محتوى الفقرة السابعة المقررة للتبعية. ويترتب عن ذلك أن عيب الشكل المبطل لالتزام المكفول لا يسمح بانطباق الفقرة الثامنة من الفصل 289 م ت.

المبحث الثالث: الآثار القانونية للكفالة الصرفية

90- تختلف آثار الكفالة الصرفية باختلاف العلاقة التي تربط الإطراف المتعاملة بالكمبيالة. وتتجلى في علاقة الكفيل الصرفي بالحامل (**فقرة أولى**) وفي علاقته بالمدين المكفول (**فقرة ثانية**).ويفسر هذا الاختلاف بالنظر للطبيعة المزدوجة للكفالة الصرفية.

فقرة أولى- آثار الكفالة الصرفية في علاقة الكفيل بالحامل:

91- يمكن اعتبار الفقرة الثامنة من الفصل 289 م ت هي التي تعني بشكل واضح آثار الكفالة في علاقة الكفيل الصرفي بحامل الكمبيالة. فالطبيعة الصرفية لالتزام الكفيل ستمنعه من التمسك بالدفوعات الشخصية وفق مقتضيات مبدأ عدم المعارضة بالدفوعات الشخصية أمام الحامل حسن النية.

من جهة أخرى سيكون الكفيل الصرفي تحت طائلة مبدأ استقلالية الإمضاءات إذ لن يسعفه الدفع مثلا بالرضا المعيب للمدين المكفول أو عدم أهليته أو حتى تزوير إمضائه. ولن يقبل منه إلا الدفع ببطلان التزام المدين المكفول المتعلق بالعيب الشكلي للسند.

وفي المقابل سيمكنه الدفع بإهمال الحامل إذا كان هذا الدفع متاحا للمدين المكفول وهي حالة لا تتوفر إذا كان المدين المكفول هو المسحوب عليه القابل أو الساحب الذي لم يوفر المئونة.

فقرة ثانية- آثار الكفالة الصرفية في علاقة الكفيل بالمدين المكفول:

92- لا يمكن للمدين المكفول أن يطالب الكفيل الصرفي بالوفاء بقيمة الكمبيالة فالساحب الذي أصبح حاملا للسند إما لكون السند لم يقع تداوله وبقي ثنائيا بينه وبين المسحوب عليه أو لوصوله إليه بعد تداوله عن طريق تظهيره لفائدته هذا الساحب الحامل للكمبيالة لا يمكنه القيام ضد الكفيل الصرفي.

في المقابل إذا أدى الكفيل الصرفي قيمة الكمبيالة فانه يملك دعوى الرجوع على المدين المكفول وفق قواعد الكفالة المدنية[52].

وتعتبر الحقوق التي تعود للكفيل الصرفي بعد خلاصه للكمبيالة والتي تمكنه من القيام ضد المدينين بالكمبيالة هي تطبيق لأثر الحلول الذي جاء به الفصل 223 م ا ع وهو حلول قانوني وفق حالات الفصل 226 م ا ع.

غير أن مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 289 م ت توحي بان حق الكفيل الصرفي بالرجوع على المدين المكفول يستمد من آليات القانون الصرفي إذ جاء بهده الفقرة "إذا دفع الكفيل الكمبيالة فانه يكتسب الحقوق المترتبة على الكمبيالة تجاه المضمون والملتزمين له بمقتضى الكمبيالة".

52

جاء بالفقرة الأولى من الفصل 1505 م ا ع " اذا أدى الكفيل الدين خلاصا صحيحا يترتب عليه سقوط الدين فله أن يرجع على المدين بقدر ما أداه ولو لم يكن على علم من الكفالة وللكفيل أيضا أن يرجع على المدين بالمصاريف والخسائر التي أوجبتها الكفالة...".

إلا أن محتوى الفقرة المشار إليها لا يعدو أن يكون أحد تطبيقات الحلول القانوني المشار إليه سالفا.

واللافت أن الكفيل الصرفي يمكنه لا فقط الرجوع على المدين المكفول بل على كل الملتزمين بمقتضى السند بالخلاص تجاه هذا الأخير. فكفيل الساحب يمكنه أن يرجع على المسحوب عليه القابل للكمبيالة لان هذا الأخير ملزم بخلاص الكمبيالة للساحب ولا يمكن للمسحوب عليه الدفع بعدم تسلمه للمئونة لان الكفيل الصرفي هو غير بالنسبة للمسحوب عليه مما يعني تمتعه بمبدأ عدم المعارضة بالدفوعات الشخصية.
أما لو أن الكفيل كان ضامنا لمظهر فانه باستطاعته أن يرجع على الساحب وعلى المسحوب عليه القابل.

الفصل الخامس

الوفـــــــــــــاء بالكمبيالة

93- يعد حلول اجل الوفاء بالكمبيالة نقطة النهاية الطبيعية لمسيرتها التي كانت وعاء لدين ينتقل بين عدة أشخاص.
ويترتب عن حلول الأجل التزام على الحامل بتقديمها للخلاص (**مبحث أول**) والتزام على المدين بخلاصها (**المبحث الثاني**) وإجراءات معينة عند الامتناع عن الخلاص (**مبحث ثالث**).

المبحث الأول: تقديم الكمبيالة للوفاء

94- يتمتع حامل الكمبيالة بحقه في طلب خلاصها عند حلول الأجل وهو طلب يستوجب منه تقديمها للخلاص للمدين بها بالمحل المعين على السند. فالدين المضمن بالكمبيالة هو دين يطالب بالوفاء به من خلال تقديم الكمبيالة للمدين به.

أما عن الشخص المخول بتقديم الكمبيالة للخلاص فهو الحامل الشرعي الذي عرفه المشرع بالفصل 279 م ت " إن ماسك الكمبيالة يعتبر حاملها الشرعي إذا اثبت حقه بسلسلة غير منقطعة من التظهيرات ولو كان آخرها تظهيرا على بياض..."
ويمكن أن يكون هذا الحامل قد ظهرت له الكمبيالة تظهيرا ناقلا للملكية أو تظهيرا توكيليا أو على وجه التوثقة.

و إذا كان لعدم تقديم الكمبيالة للوفاء آثارا قانونية (**فقرة أولى**) فان تقديمها للقبول يكون متسما بقاعدة حمائية للحامل تتعلق بمنع المعارضة على الوفاء (**فقرة ثانية**).
<u>فقرة أولى</u>- الآثار القانونية لعدم تقديم الكمبيالة للوفاء:

95- يترتب عن عدم تقديم الكمبيالة للخلاص عند حلول اجلها أو عدم تحرير الاحتجاج لعدم الخلاص اثر مهم بالنسبة للحامل وهو إلصاق صفة الحامل المهمل به.
ويتمثل الجزاء المترتب للحامل المهمل سقوط حقه في المطالبة بالوفاء بالكمبيالة في إطار الدعوى الصرفية وهو ما يعني فقدانه لكل الحماية التي يحققها القانون الصرفي.

وقد اقر الفصل 315 م ت حالات توصيف الحامل بالحامل المهمل ورتب الأثر لهذه الوضعية حين اقر "تسقط حقوق الحامل عن المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين باستثناء قابل الكمبيالة.
على أن هذا السقوط لا يحصل في حق الساحب إلا إذا اثبت وجود المئونة في وقت الحلول وفي هذه الحالة لا يبقى للحامل إلا حق القيام على الشخص الذي سحبت عليه الكمبيالة".

<u>فقرة ثانية</u>- مبدأ عدم الاعتراض على الوفاء:

96- في إطار الاستثناءات الواردة على بعض قواعد القانون المدني التي تمثل خاصية القانون الصرفي يأتي مبدأ عدم الاعتراض على الوفاء لتحقيق حماية مناسبة لحامل الكمبيالة.
ففي إطار قواعد القانون المدني يمكن حسب مقتضيات الفصل 330 م م م ت للدائن أن يعقل بين يدي الغير المبالغ الراجعة للمدين.
هذه القاعدة تستبعد في القانون الصرفي حيث جاء بالفصل 299 م ت "لا تقبل المعارضة في الأداء إلا في صورة ضياع الكمبيالة أو سرقتها أو تفليس الحامل لها".
إن عدم السماع بالاعتراض على الوفاء بالكمبيالة مرده تسهيل عملية تداولها من خلال ضمان خلاص الحامل عند حلول الأجل. ويمكن أيضا من منع المسحوب عليه من التحيل للحصول على تأخير اجل الوفاء من خلال تعمده الاتفاق مع شخص للقيام باعتراض وهمي غايته تعطيل عملية الخلاص.
وقد استثنى المشرع حالات معينة يمكن أن يتم فيها الاعتراض على الوفاء وهي حالات معينة كحالة ضياع الكمبيالة أو سرقتها أو تفليس الحامل.

- حالة سرقة الكمبيالة تؤدي بالضرورة إلى أن حاملها ليس الحامل الشرعي مما يرتب الحق لهذا الأخير بالإسراع بالاعتراض حتى لا يتمكن الحامل غير الشرعي من الاستفادة من آليات القانون الصرفي للحصول على مال لا حق له فيه.
- حالة ضياع الكمبيالة وهي لا تخلف كثيرا عن حالة الضياع لأنها تلتقي معها في انتزاع ملكية الكمبيالة من حاملها الشرعي. ويسمح للحامل الشرعي توقيا من استخلاصها من الغير أن يقوم بالاعتراض على خلاصها بين يدي المسحوب عليه الذي عليه الامتناع من الخلاص في انتظار نتيجة المنازعة بين الحامل الشرعي الذي سرقت منه أو ضاعت منه الكمبيالة والحامل الفعلي الماسك للكمبيالة.
- حالة إفلاس الحامل وهي حالة مترتبة عن رفع يد الحامل عن التصرف في أملاكه حماية لدائنيه[53]. ويقوم بالاعتراض أمين الفلسة بوصفه ساعيا في مصلحة مجموع دائني المفلس.

المبحث الثاني: الوفاء من قبل المدين

97- يتم الوفاء من قبل المدين بالكمبيالة وهو ما يحتم عليه القيام بالتثبت من صحة عملية الوفاء ليتم بموجبها إبراء ذمته (**فقرة أولى**) و يحصل على ما يثبت واقعة الخلاص (**فقرة ثانية**).

<u>فقرة أولى</u>- التثبت المتعلق بالسند:

98- يحمل على المسحوب عليه المدين بالكمبيالة القيام بجملة من عمليات التثبت تتعلق بشرعية الحامل. ويترتب عن كل إخلال بالتثبت مسؤولية المسحوب عليه.
وعلى خلاف علاقة المديونية العادية التي تفترض من المدين معرفة شخص الدائن فان المسحوب عليه قد يجد نفسه أمام حامل للكمبيالة لا يعرفه بالضرورة ولا علم مسبق له بوصول الكمبيالة له عن طريق التداول.
بالنظر لهذه الخاصية فان المسحوب عليه سيكون ملزما بالتثبت الشكلي لشرعية الحامل كما عرفها الفصل 279 م ت من خلال تسلسل عمليات التظهير. فالحامل الشرعي يحدد

53
جاء بالفصل 457 م ت "الحكم بالتفليس يترتب عليه قانونا من تاريخ صدوره رفع يد المدين عن ادارة جميع مكاسبه والتصرف فيها حتى المكاسب التي يكتسبها باي وجه من الوجوه ما دام في حالة تفليس.
ويباشر الامين جميع ما للمفلس من الحقوق والدعاوى المتعلقة بكسبه.
على انه يجوز للمفلس ان يجري جميع الاعمال التحفظية لصيانة حقوقه وان يتداخل في القضايا التي يتبعها الامين".

من خلال شكلية تسلسل التظهيرات فهي شرعية شكلية يمكن أن تكون مخالفة للواقع كان يكون الحامل شرعيا من حيث الشكل وفي الواقع غير شرعي لاكتسابه الكمبيالة بطريق غير مشروع كالاستيلاء بالسرقة أو الضياع.
وقد اقر الفصل 296 م ت أن على المسحوب عليه محمول على التثبت في تسلسل التظهيرات لا بصحة إمضاءات المظهرين.

ويكون الوفاء المترتب عن التثبت من الشرعية الشكلية للحامل مبرئ لذمة المسحوب عليه ما لم يكن دلك مقرونا بتدليس أو خطأ فادح من قبل المسحوب عليه.
فقد جاء بالفقرة الثانية من الفصل 296 م ت "ومن يدفع عند الحلول برئت ذمته على الوجه الصحيح إلا إذا كان قد ارتكب تدليسا أو خطا فاحشا ...".
ويعتبر المسحوب عليه مدلسا إذا قام بالخلاص مع علمه بان الحامل ليس هو المظهر له الأخير مما يجعل التدليس متمثلا في معرفة المسحوب عليه التامة بان الحامل الشرعي الشكلي ليس هو نفسه الحامل الشرعي الحقيقي وهو ما قد يكون مستوجبا لتفاهم بين المسحوب عليه و الحامل الشرعي بالشكل مع معرفة المسحوب عليه لصفته غير الشرعية في الواقع.

وتكون وضعية الخطأ الفاحش متمثلة في الخلاص بالرغم من وجود اعتراضات قانونية على عملية الخلاص.
و إذا كان الخلاص المبرئ للذمة يستوجب بعض التدقيق فانه يستوجب أيضا الاحتفاظ بما يثبت واقعة الخلاص.

<u>فقرة ثانية</u>- إثبات واقعة الخلاص:

99.- يجب على المسحوب عليه أن يبقي لنفسه ما يثبت قيامه بخلاص الكمبيالة تفاديا لأي مطالبة لاحقة.
ولإثبات واقعة الخلاص اعتمد المشرع على وسيلتين هما الكمبيالة ووصل الخلاص فقد جاء بالفقرة الأولى من الفصل 295 م ت "يحق للمسحوب عليه عند دفعه ما بالكمبيالة أن يطلب من الحامل تسليمها إليه بعد أن يؤشر عليها بالخلاص".

ويمكن استخلاص أن استرجاع الكمبيالة ووصل الخلاص يمثلان الحجة الكاملة لإثبات واقعة الخلاص مما يستدعي التساؤل عن وضعية استرجاع الكمبيالة دون وصل الخلاص أو وجود وصل الخلاص دون استرجاع الكمبيالة.

في هذه الحالة يكون المدين حائزا على قرينة تفيد الخلاص تستوجب تدعيمها لتصبح إثباتا تاما لعملية إبراء الذمة ويمكن إسناد هذا الحل لما ورد بالفقرة الأخيرة من الفصل 351 م ا ع الذي جاء فيه "وترجيع رسم الأصل اختيارا من الدائن للمدين يحمل على إسقاط الدين".

المبحث الثالث: الامتناع عن الوفاء

100.- رغم قيام الحامل بواجب تقديم الكمبيالة للمسحوب عليه طلبا لخلاصها إلا انه قد يجابه برفض الخلاص وهو ما يستدعي منه إثبات واقعة الامتناع عن الوفاء (**فقرة أولى**) لتفتتح أمامه إمكانيات التداعي للحصول على الخلاص (**فقرة ثانية**).

فقرة أولى- إثبات واقعة الامتناع عن الوفاء:

101.- يكتسي رفض الخلاص من قبل المسحوب عليه حدثا غير طبيعي بالنظر لوضعه كمدين أصلي بالكمبيالة في حال سبق منه قبولها. وهده الوضعية ترتب في حق الحامل التزام بإثبات الامتناع عن الخلاص وهو إثبات من نوع خاص لا فقط من حيث وسيلته (1) بل أيضا من حيث أثاره القانونية (2).

1)- إثبات الامتناع عن الوفاء:

102.- يتم إثبات عدم الوفاء بالكمبيالة بحجة رسمية هي الاحتجاج بالامتناع عن الدفع فقد جاء بالفقرة الأولى من الفصل307 م ت "يجب إثبات الامتناع عن القبول أو الامتناع عن الدفع بحجة رسمية وهي عبارة عن احتجاج بالامتناع عن القبول أو احتجاج بالامتناع عن الدفع".

والاحتجاج هو حجة يحررها عدل منفذ (**ب**) يمكن في بعض الأحيان أن يكون الحامل معفى منها (أ).

أ)- <u>الإعفاء من الاحتجاج:</u>

103.- يمكن أن يكون الحامل معفى من إثبات واقعة عدم الوفاء ويتم ذلك بواسطة التنصيص الاختياري "بدون احتجاج". كما يكون معفى إذا سبق منه أن حرر احتجاجا لعدم القبول فقد جاء بالفقرة الرابعة من الفصل 307 م ت "إن الاحتجاج بالامتناع عن القبول يعفي من عرض الكمبيالة للدفع ومن الاحتجاج بالامتناع عن الدفع".
وتقوم قاعدة الإعفاء هذه على قرينة مفادها أن الامتناع عن القبول يؤدي إلى الامتناع عن الخلاص.

كما أن الفقرة الخامسة من نفس الفصل تعفي حامل الكمبيالة من تحرير احتجاج بالامتناع عن الخلاص في حال حكم بتفليس المسحوب عليه أو بتفليس الساحب إذ يقوم الحكم القاضي بالتفليس مقام الاحتجاج.
كما أضاف الفصل 316 م ت حالة أخيرة من حالات الإعفاء من تحرير الاحتجاج وتتعلق بوضعية القوة القاهرة فجاء به " إذا حال حائل لا يمكن تدليله دون عرض الكمبيالة أو تحرير الاحتجاج في الآجال المعينة كوجود نص قانوني بإحدى الدول أو غير ذلك من ظروف القوة القاهرة فان الآجال المذكورة يقع تمديدها". وتضيف الفقرة الرابعة من نفس الفصل "و إذا استمرت القوة القاهرة أكثر من ثلاثين يوما ابتداء من اجل الحلول فانه يمكن القيام بدعوى الرجوع بدون حاجة إلى عرض الكمبيالة أو تحرير احتجاج ما لم تكن هذه الدعوى معلقة لأمد أطول بمقتضى نص قانوني".

إلى جانب الاحتجاج اوجب المشرع على الحامل توجيه إخطار بعدم الدفع فقد جاء بالفقرة الأولى من الفصل 308 م ت "يجب على الحامل توجيه إخطار بعدم القبول أو الدفع من المظهر له في أيام العمل الأربعة التي تلي يوم الاحتجاج أو يوم العرض في صورة اشتراط الرجوع بلا مصاريف".

ب)- <u>تحرير الاحتجاج:</u>

104.- في غير وضعيات الإعفاء من تحرير الاحتجاج بالامتناع عن الخلاص يكون هذا الاحتجاج محررا من قبل عدل منفذ بطريقة معينة وفي حيز زمني محدد.
بالنسبة للحيز الزمني يجب أن يتم تحرير الاحتجاج في أحد يومي العمل التاليين لليوم الواجب فيه دفع الكمبيالة كما قررت ذلك الفقرة الثالثة للفصل 307 م ت.
أما فيما يتعلق بالمحتوى فقد جاء بالفصل 319 م ت "يشتمل الاحتجاج على صورة حرفية لنص الكمبيالة والقبول والتظهيرات والسحب الاحتياطي المبينة بها مع الإشارة إلى التنبيه بالدفع ومبلغ الكمبيالة ويذكر فيه ما إذا كان الشخص الذي يجب عليه الدفع حاضرا أو غائبا مع بيان أسباب امتناعه من الدفع أو عجزه أو امتناعه عن التوقيع ".
والى جانب جملة التنصيصات الواجب مراعاتها لصحة الاحتجاج اوجب القانون على عدل التنفيذ ما يلي وإلا قامت مسؤوليته المدنية:

- توجيه إخطار بواسطة مكتوب مضمون الوصول مع الإخطار بالبلوغ في ظرف ثماني وأربعون ساعة من تسجيل الاحتجاج للساحب إذا كانت الكمبيالة تتضمن اسم الساحب لها ومقره (فقرة 3 من الفصل 308 م ت).
- وجوب الاحتفاظ بنسخة طبق الأصل من الاحتجاج (الفصل 321 م ت).
- وجوب تسليم كاتب المحكمة التي بدائرتها مقر المدين نسخة طبق الأصل من الاحتجاج أو أن يوجهوا له النسخة بواسطة مكتوب مضمون الوصول مع الإعلام بالبلوغ وذلك في ظرف خمسة عشر يوما من إقامة الاحتجاج (الفصل 321 م ت).

2)- أثار الاحتجاج:

105.-يتمثل الأثر الرئيسي للاحتجاج بالامتناع عن الخلاص في تمكينه للحامل القيام بالدعاوى الرامية لاستخلاص السند ضد المدينين الصرفيين. فالاحتجاج يعد الخطوة الأولية التي تسمح بولوج ميدان التقاضي الصرفي.
ويثبت الاحتجاج بالامتناع عن الخلاص واقعة تقديم الكمبيالة للخلاص في اجلها وامتناع المسحوب عليه بالخلاص ما لم يرمى الاحتجاج بالزور.
كما يؤخذ تاريخ الاحتجاج كنقطة بداية لاحتساب آجال سقوط الدعوى الصرفية للحامل تجاه الساحب والمظهرين وهو ما جاء بالفقرة الأولى للفصل 335 م ت " ... وتسقط دعاوى

الحامل ضد المظهرين والساحب بمضي عام من تاريخ الاحتجاج المحرر في المدة القانونية أو من تاريخ الحلول إذا كانت الكمبيالة مشتملة على شرط الرجوع بلا مصاريف".
ومن أثار الاحتجاج أيضا أن كل المؤسسات المميزة للقانون الصرفي تفقد صبغتها الصرفية إذا تمت بعد الاحتجاج ومن ذلك أن التظهير الحاصل بعد الاحتجاج لا ينتج سوى اثر الحوالة المدنية كما أن الكفالة الواقعة بعد الاحتجاج لا تنتج غير أثار الكفالة المدنية.
ومن بين الآثار الثانوية للاحتجاج إمكانية اعتباره من جملة المعايير التي قد يعتمد عليها لإقرار وضعية التوقف عن الدفع.
كل هذه الآثار تعتبر جانبية لان الأثر الرئيسي هو تمكين الحامل من ممارسة التداعي الصرفي ضد المدينين بالكمبيالة.

فقرة ثانية- دعاوى الحامل :

106- يكتسب الحامل الذي جوبه برفض الخلاص و الذي استوفى شروط تحرير الاحتجاج بالامتناع عن الخلاص حق التداعي الصرفي ضد المدينين بالكمبيالة (1) وهو حق قابل للسقوط لأسباب عدة (2).

1)- المدينين المعرضين للدعوى الصرفية:

107- جاء بالفصل 306 م ت ناصا على قائمة المدينين الدين يمكن للحامل أن يقوم ضدهم بدعوى الخلاص وهم المظهرون والساحب وباقي الملتزمين.
ويفهم من النص أن الحامل مخير بالقيام ضد إي من المدينين الصرفيين دون أن يكون ملزما بإتباع ترتيب التزام المدينين أو اختيار القيام عليهم فرادى أو مجتمعين.
و إذا كان الأصل في زمن القيام بدعوى الرجوع على المدينين أن يتم عند حلول الأجل فان الفصل 306 م ت قد أورد حالات القيام بالدعوى قبل حلول الأجل وهي حالات ثلاث محددة:

- إذا حصل الامتناع الكلي أو الجزئي عن القبول.
- إذا أفلس المسحوب عليه سواء كان صدر منه قبول أم لا أو توقف عن دفع ديونه ولو لم يثبت بعد بحكم أو من تاريخ عقلة مكاسبه بدون جدوى.

- إذا أفلس ساحب الكمبيالة التي لا يتعين فيها القبول.

أما عن المبلغ المطلوب من المدين فقد حدده المشرع بالفصل 311 م ت ويتكون من:

- مبلغ الكمبيالة مع الفوائض التي كانت مشترطة.
- الفوائض بالنسبة القانونية ابتداء من تاريخ الحلول.
- مصاريف الاحتجاج والإخطارات الموجهة وغيرها من النفقات.

ويضيف نفس الفصل انه إذا وقع الرجوع على المدين قبل حلول الأجل فان الحامل يطرح من قيمة الكمبيالة مقدار خصم يحسب على نسبة الخصم المحددة من البنك المركزي.

وبالإضافة إلى الدعوى الصرفية الموجهة ضد المدينين الصرفيين فان الفصل 317 م ت مكن الحامل من إجراءات تنفيذية تساعد على خلاص دينه ومنها:

- إستصدار إذن على عريضة لإجراء عقلة تحفظية على أمتعة ساحبي الكمبيالة والقابلين والمظهرين لها.
- إستصدار أمر بالدفع ضد قابلها ينفذ بعد أربعة وعشرون ساعة من الإعلام به بقطع النظر عن الاستئناف.

2)- سقوط حق التداعي الصرفي للحامل:

108.- يمكن للدعوى الصرفية للحامل أن تواجه بعض المعوقات التي يمكن أن تأثر على وجودها وهي متعلقة أساسا بسقوط حق التداعي بمفعول مرور الزمن (**ب**) بالإضافة إلى حالة سقوط الحق لإهمال الحامل (أ).

أ)- إهمال الحامل:

109.- يكون الحامل مهملا في حالات معينة حددها الفصل 315 م ت ويترتب عن وصف الحامل بالمهمل سقوط حقه في التداعي الصرفي.

يعتبر الحامل مهملا في الحالات التالية:

- بعد انقضاء الآجال المعينة لعرض الكمبيالة الواجب دفعها لدى الاطلاع أو في اجل ما بعد الاطلاع.
- بعد انقضاء الآجال المعينة لتحرير الاحتجاج بالامتناع عن القبول أو الدفع أو لعرض الكمبيالة للدفع في صورة شرط الرجوع بلا مصاريف.

ويترتب عن وصم الحامل بالإهمال سقوط حقه تجاه المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين باستثناء المسحوب عليه قابل الكمبيالة.
ولا يحصل السقوط في حق الساحب إلا إذا اثبت وجود المئونة في وقت الحلول.

ب)- سقوط الحق بمرور الزمن:

110.- تعتبر الدعوى الصرفية أداة ناجعة لاستخلاص الدين وهي أداة تمتاز بجملة من الخصوصيات التي لا يمكن أن تستمر في الوجود الأمر الذي يرتب سقوط الحق بالتداعي الصرفي إذا لم يمارس في الحيز الزمني المناسب.
ويختلف هذا الحيز الزمني باختلاف أطرافه فقد اقر الفصل 335 م ت ثلاث آجال:

- أجل مدته ثلاث سنوات يتعلق بدعوى الحامل الموجهة ضد المسحوب عليه القابل.
- أجل مدته سنة يتعلق بدعوى الحامل ضد المظهرين وضد الساحب.
- أجل مدته ستة أشهر يتعلق بالدعاوى التي للمظهرين ضد بعضهم البعض وضد الساحب.

الجـــــزء الثاني
السنـــــــد للأمـــــــــــــر

111.- تقديم: على الرغم من كونه ورقة تجارية خاضعة للقانون الصرفي فان السند للأمر لم يحظ بما حظيت به الكمبيالة من أهمية سواء فيما يتعلق بالتقنين أو الدراسات الفقهية أو الحلول الفقه قضائية.

ولعل اقتصار التنظيم القانوني للسند للأمر بالمجلة التجارية على سبعة فصول تحتوي في حد ذاتها على إحالات مباشرة للنصوص المنظمة للكمبيالة يقوم دليلا ثابتا على المكانة الثانوية للسند للأمر مقارنة بالكمبيالة التي كانت أساسا لنشوء القانون الصرفي.

ولعل وجه الشبه بين السندين هو إغفال المشرع تعريفهما واكتفاؤه بإيراد الشروط الشكلية لتكوينهما. فالسند للأمر يمكن تعريفه بالنظر للشروط الشكلية المستوجبة لتمام شروط صحته الواردة بالفصل 339 م ت بكونه الكتب الذي يتعهد بمقتضاه محرره بأداء مبلغ نقدي لشخص المستفيد أو لأمر هذا الأخير في اجل محدد.

وطالما كانت المقارنة بين الكمبيالة والسند للأمر ضرورية لتمييز كل منهما عن الآخر مع بيان التقائهما في وضعيات بعينها يمكن إبراز نقاط الاختلاف التالية:

- على خلاف الكمبيالة المعتبرة عملا تجاريا بالشكل فان السند للأمر لا يعتبر تجاريا بالشكل.
- تعتمد الكمبيالة في إنشائها على علاقة بين ثلاثة أشخاص هم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد بينما يقوم السند للأمر على علاقة ثنائية بين المتعهد أي الملتزم بالدفع من جهة والمستفيد من جهة أخرى.
- على خلاف الكمبيالة التي لا يشترط في نشأتها أن يكون المسحوب عليه قد تسلم فعلا من السلع أو الخدمات ما يقابل الدين المضمن بالكمبيالة فان السند للأمر يكون الدين موضوع التعهد فيه تحقق عند الإنشاء.
- لا يعتد بالقبول في السند للأمر لعدم الحاجة إليه فمحرر السند تجتمع فيه صفتا الساحب والمسحوب عليه الأمر الذي ينزع عن البول أي أهمية بالنسبة للسند للأمر.

112.- المخطط : لدراسة السند للأمر سيقع التعرض أولا لإنشائه (**الفصل الأول**) ثم تداوله (**الفصل الثاني**) للانتهاء بالوفاء به (**الفصل الثالث**).

الفصل الأول

إنشـــــــاء السنـــــــد للأمر

113.- على غرار إنشاء الكمبيالة فان السند للأمر يجتمع في إنشائه شروط أصلية تتعلق بطبيعته كعمل قانوني إرادي (**المبحث الأول**) تضاف إليها شروط شكلية تتعلق بمتطلبات القانون الصرفي (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: الشروط الأصلية

114.- باعتبار أن إنشاء السند للأمر لا يعدو أن يكون عملا قانونيا إراديا فهو خاضع بالضرورة للشروط الموضوعية لصحة هدا النوع من الأعمال.
فإنشاء السند للأمر يستوجب لتمام شروط صحته استجماع شروط صحة العمل القانوني الواردة بالفصل الثاني من مجلة الالتزامات العقود وهي الأهلية و الرضا والمحل والسبب وهي نفس الشروط السابق الحديث عليها عند استعراضنا للشروط الأصلية لنشأة الكمبيالة.

وتجدر للإشارة إلى اختلاف بسيط يتعلق بمسالة الأهلية إذ سبق القول بخصوص الكمبيالة أن الأهلية المطلوبة هي الأهلية التجارية باعتبار أن الكمبيالة هي عمل تجاري بالشكل حسب ما اقره الفصل 269 م ت. أما بالنسبة للسند للأمر وبالنظر لكونه ليس عملا تجاريا بالشكل فان الأهلية المتعلقة به هي الأهلية المدنية.

المبحث الثاني: الشروط الشكلية

115.- إلى جانب الشروط الأصلية العامة ينفرد السند للأمر بشروط شكلية خاصة تتمثل في جملة البيانات الوجوبية الواجب إدراجها صلبه (**فقرة أولى**). وهي بيانات مهمة اقر المشرع جزاء لغيابها (**فقرة ثانية**) إلى جانب إقراره بإمكانية إدراج نوع ثان من البيانات وهي البيانات الاختيارية (**فقرة ثالثة**).

الفقرة الأولى- البيانات الوجوبية:

116.- تعتبر البيانات الوجوبية جوهر الشروط الشكلية الواجب احترامها لتكوين السند للأمر وهي جملة من المعلومات المدرجة في الكتب يؤدي توفرها إلى إصباغ وصف قانوني على الكتب ليعتمد كسند للأمر و يجعله مشمولا بالنظام القانوني للأوراق التجارية المتمثل في القانون الصرفي.

وقد ورد تعداد هذه البيانات بالفصل 339 م ت الذي جاء فيه :"يحتوي السند للأمر على:
1) صيغة شرط الأمر أو تسمية السند في صلب نص الكتب باللغة المستعملة لتحريره.
2) الوعد بلا قيد ولا شرط لدفع مبلغ معين.
3) تعيين حلول اجل الدفع.
4) تعيين المكان الذي يجب فيه الدفع.
5) تعيين الشخص الذي يجب أن يتم الدفع له أو لأمره.
6) تعيين المكان والتاريخ اللذين حرر فيهما السند.
7) إمضاء محرر السند أي (الملتزم)".

تتمثل جملة هذه البيانات المضمنة في الكتب معلومات تخص الدين موضوع السند وأخرى تتعلق بالأشخاص المرتبطين بعلاقة المديونية. ويختص كل بيان بفائدة عملية محددة:

- **البيان المتعلق بصيغة الأمر أو تسمية السند**: يعد هذا البيان جوهريا لتعلقه بتحديد طبيعة العمل من خلال التأكيد على أن إرادة منشئه اتجهت لإنشاء سند لأمر خاضع لنظام قانوني محدد هو القانون الصرفي.
- **البيان المتعلق بالوعد غير المشروط بالدفع**: وهو بيان يحدد محل الالتزام وهو تعهد المدين بان يدفع مبلغا معينا وصفة هذا التعهد التجريد فلا يقبل بأي حال الشرط وهو الأمر الذي يحقق ضمانة مهمة للمستفيد من خلال حمايته من كل مفاجأة تعيق الوفاء بالتعهد لو كان مسموحا للمدين بان يكون تعهده مشروطا.

- **البيان المتعلق بالأجل**: ويحدد هذا البيان التاريخ الذي يكون المدين ملزما فيه بالإيفاء بتعهده. وقد أحال الفصل 341 م ت على الفصول 290 إلى 293 من نفس المجلة والمتعلقة بتحديد الأجل في الكمبيالة[54].
- **البيان المتعلق بمكان الدفع**: ويحدد هذا البيان المكان الذي يجب أن يقدم فيه المستفيد السند لمحرره طلبا لخلاصه وهو بيان لازم طالما كان تقديم السند للخلاص لازم وذلك تطبيقا للقاعدة القائلة بان ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.
- **البيان المتعلق باسم المستفيد**: ويتضمن تحديد الشخص الدائن بالمبلغ موضوع تعهد محرر السند.
- **البيان المتعلق بتاريخ ومكان تحرير السند**: ويفيد هذا البيان في تحديد المحكمة المختصة ترابيا في المنازعات المتعلقة بالسند و تحديد القانون المنطبق على السند في حال كانت العلاقة ذات طبيعة دولية.
- **إمضاء محرر السند**: ويعتبر الإمضاء التعبير المادي الخارجي عن رضا محرر السند والتزامه بالدفع وهو إمضاء يشترط أن يكون يدويا فلا عبرة بالأختام.

وللأهمية العملية لجملة البيانات الواجب إدراجها بالسند واتصالها بالطبيعة الشكلية للالتزام الصرفي اقر المشرع جزاء لغيابها.

<u>الفقرة الثانية</u>- جزاء غياب البيانات الوجوبية:

117.- حدد الفصل 341 م ت الجزاء المترتب عن خلو السند من احد البيانات المشترطة بالفصل 339 م ت . ويراوح هذا الجزاء بين مطلبين أساسين يتعلق الأول منهما باعتماد الصرامة كلما عاب بيان وجوبي تحقيقا لخاصية الشكلية وضمانا لقيمة الالتزام الصرفي ويتعلق الثاني بالخطر المتمثل في نتائج هذه الصرامة على امن المعاملات التجارية بإقصاء كل سند لا يستجيب لمتطلبات الصحة الشكلية.

54
جاء بالفصل 290 م ت أن الأجل يحدد بحسب طرق أربعة هي:
- لدى الاطلاع.
- لأجل ما بعد الاطلاع
- لأجل يبتدئ من تاريخ معين
- ليوم معلوم

وقد حقق المشرع هذه الموازنة الصعبة بإقرار مبدأ البطلان إعلاء لمتطلبات الصرامة (1) دون إغفال إردافه باستثناء يكرس صبغة الإسعاف حفظا لأمن العلاقات التجارية (2).

1) الجزاء المبدئي: البطلان

118.- جاء الجزاء المتعلق ببطلان السند الذي خلا من احد البيانات الوجوبية في مطلع الفقرة الأولى من الفصل 341 م ت الذي ينص على انه "إذا خلا السند من احد البيانات المبينة في الفصل السابق فلا يعتبر سندا للأمر..." .

ويستنتج من صياغة الفصل أن المشرع ربط التكييف القانوني للكتب كسند للأمر باحترام المقتضيات الشكلية المتمثلة في إدراج كل البيانات الوجوبية واعتبر أن غياب احد هذه البيانات يفقد الكتب صفته القانونية فلا يعتبر سندا للأمر ويمكن أن يتحول إلى طبيعة قانونية أخرى كاعتراف بدين أو بداية حجة كتابية أو غيرها.
فبطلان الكتب هو بطلان على مستوى التكييف القانوني بإخراجه من مجال القانون الصرفي ضرورة أن ولوج مجال انطباق هذا القانون يمر عبر تحقق تكييف الكتب الرابط بين الأطراف تكييفا يسمح بانطباق قواعد القانون الصرفي.

فالبطلان المقرر للكتب الخالي من احد البيانات الوجوبية هو بطلان على مستوى القانون الصرفي فحسب. وبما أن هذا البطلان سينجر عليه حرمان عديد التجار من الحماية التي يحققها لهم القانون الصرفي لغفلة أو سوء تقدير عند تحرير الكتب فقد اعتمد المشرع استثناءات لمبدأ البطلان تعد من قبيل إسعاف جملة من الكتائب وان خلت من بعض البيانات الوجوبية.

2) الاستثناء: الإسعاف

119.- مباشرة بعد تقريره للجزاء الصارم المتمثل في إخراج الكتب من دائرة القانون الصرفي لخلوه من بعض البيانات الوجوبية، استدرك المشرع صلب نفس الفقرة الأولى من الفصل 341 م ت مستثنيا جزاء البطلان بالقول: "...إلا في الأحوال المنصوص عليها بالفقرات التالية:".

وحدد المشرع ثلاث فقرات هي نفس عدد الاستثناءات التي اعتمدها وهي استثناءات مماثلة لتلك الواردة بالفصل 269 م ت المتعلق بالشروط الشكلية لصحة الكمبيالة وتتمثل في :

- الاستثناء الأول: يتعلق بخلو السند من البيان المتعلق بأجل الدفع. وقد أعطى المشرع بديلا لغياب هدا البيان معتبرا أن الأجل الواجب الاعتماد هو لدى الاطلاع.
- الاستثناء الثاني: يتعلق بخلو السند من بيان مكان الدفع. واستعاض المشرع عن هذا النقص باعتماد مكان إنشاء السند الذي هو نفسه مقر الملتزم كمكان للدفع.
- الاستثناء الثالث: يتعلق بخلو السند من البيان المتعلق بمكان الإنشاء. وقد اعتبر المشرع في هذه الحالة أن المكان المبين بجانب اسم الملتزم يعتبر مكان إنشاء السند.

ويلاحظ في اعتماد المشرع الاستعاضة عن البيانات الثلاثة السالفة نزعة إنقاذ لعدد مهم من السندات التي تخلو من إحدى هذه البيانات الثلاثة أو كلها إذ لا يشملها جزاء البطلان باعتبار أن المشرع استكمل نقصها ببيانات بديلة الأمر الذي يسمح بالقول إن البيانات الوجوبية هي في الواقع أربع بيانات فحسب ضرورة أن البيانات المتعلقة بالاستثناءات لا تأثر على صحة السند في حال غيابها طالما كان لهذا الغياب حلولا بديلة تستبعد جزاء البطلان.

واستكمالا لما للبيانات من فوائد عملية فقد سمح المشرح للأطراف بإدراج بيانات اختيارية لا يتعلق بغيابها جزاء البطلان و لا تدخل في باب الشكليات المستوجبة.

<u>الفقرة الثالثة</u>- البيانات الاختيارية:

120.- إذا كانت البيانات الوجوبية جوهر الشروط الشكلية الواجب احترامها لتكوين السند فان البيانات الاختيارية تمثل تطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية بالسماح للأطراف بإدراج بيانات تسهل التعامل بالسند دون أن تأثر في صحته.
وهذه البيانات تخضع لشرط منطقي وهو عدم مخالفتها للقواعد الأساسية للقانون الصرفي فلا يجوز إدراج بيان اختياري يتعارض مع القواعد الحمائية للحامل أو المحققة لضمان الوفاء بالسند أو تداوله كإدراج بيان يتضمن شرطا يخص التعهد بالدفع.
ومن هذه البيانات الاختيارية يمكن ذكر البيان المتعلق بالإعفاء من تحرير احتجاج في حالة عدم الوفاء أو اعتماد طريقة بعينها لإثبات الوفاء...

الفصل الثاني

تـــــــداول السنـــــــــد للأمر

121.- على غرار الكمبيالة يتم تداول السند للأمر من خلال آلية خاصة بالقانون الصرفي هي التظهير. وقد أحال الفصل 341 م ت بخصوص تظهير السند للأمر للنصوص المتعلقة بتظهير الكمبيالة وهي الفصول من 276 إلى 282 م ت الأمر الذي يرتب توازيا بين التظهير في كلا السندين.
ويمكن التظهير من تداول السند بين عدة أطراف تربطهم علاقات مديونية ثنائية فالمستفيد بوصفه دائنا لمحرر السند يمكنه تظهير السند للأمر لشخص آخر يكون مدينا له بمبلغ مالي.

ويتم التظهير صحيحا باستجماع شروطه الأصلية والشكلية السابق التعرض إليها بخصوص الكمبيالة والمنطبقة على تظهير السند للأمر.
وعلى غرار الكمبيالة يمكن أن يكون تظهير السند للأمر إما ناقلا لملكية السند للمظهر له أو تظهيرا توكيليا يقوم المظهر له بدور وكيل المظهر أو تظهيرا على وجه التوثقة.
ويتم التظهير بإمضاء المظهر على السند بصيغة يفهم منها إرادة التظهير ويجب أن يتم هدا التظهير في الحيز الزمني المنتج لأثاره في المجال الصرفي أي قبل اجل الحلول أو في اليومين التاليين لأجل الحلول دلك أن كل تظهير يتم بعد هدا التاريخ يفقد صفته الصرفية ولا يعتبر سوى حوالة دين على معنى القانون المدني.
ولعل أهم اثر للتظهير الصادر في الحيز الزمني المرتب لاعتباره التزاما صرفيا هو قاعدة الفصل 280 المتعلقة بعدم معارضة الحامل بالدفوغات الشخصية السابق تناولها بخصوص الكمبيالة والمنطبقة على السند للأمر.

الفصل الثالث

الوفـــــــــاء السنـــــــد للأمر

122.- يعتبر الوفاء بالسند للأمر المحطة الأخيرة في مسيرة السند و الميعاد المحدد للمدين للوفاء بالتعهد الذي قطعه على نفسه عند إنشاء السند.
وبقدر ما يحققه القانون الصرفي من ضمانة للحامل بالحصول على دينه بالقدر الذي يحقق نجاحا للسندات من خلال تسهيل تداولها الأمر الذي يبرر البدء بالحديث عن ضمانات الخلاص (**المبحث الأول**) قبل الخوض في آليات هدا الخلاص (**المبحث الثاني**) والدعاوى المترتبة للحامل في صورة عدم الوفاء بالسند (**مبحث ثالث**).

المبحث الأول: ضمانات الوفاء بالسند

123.- مقارنة بالكمبيالة يمكن القول أن كلا السندين يمكن ضمان الوفاء بهما من خلال تدخل الكفيل الصرفي (**فقرة ثانية**) بينما تنفرد الكمبيالة بضمانة المؤونة (**فقرة أولى**).

فقرة أولى: غياب ضمانة المئونة

124.- إذا كانت المؤونة من المسائل ذات الأهمية البارزة في مادة الكمبيالة لما تحققه من ضمان للخلاص فان السند للأمر لا يمكن الحديث فيه عن مؤونة بالنظر لان محرر السند يقوم بدور الساحب والمسحوب عليه في الكمبيالة. وطالما كان تعريف المؤونة يقوم على كنونها دين الساحب على المسحوب عليه فان الشخص نفسه لا يمكن أن يكون في نفس الوقت دائنا ومدينا.
ولعل عدم اعتبار القبول في السند للأمر مرده لهده الوضعية الخاصة بالسند للأمر. فالقبول المرتبط أصلا بالمؤونة في الكمبيالة لا يجد له نفس المكانة في السند للأمر.

فقرة ثانية: إمكانية الضمان بالكفالة

125.- بالنظر لأهمية الكفالة كضمانة إضافية لخلاص حامل الورقة التجارية من خلال إضافة إمضاء جديد يترتب عليه التزام صرفي منشئ لدعوى صرفية تجاه الكفيل فان السند للأمر يمكن أن يكون أيضا مشمولا بتدخل الكفيل.

وقد جاء بالفصل 343 م ت "كما تطبق على سند الأمر الأحكام المتعلقة بالكفالة (الفصل 289) وفي الصورة المنصوص عليها بالفقرة السادسة من الفصل المذكور فانه اذا لم يعين الكفيل الشخص الذي يكفله فان كفالته تعد مقصورة على الملتزم بسند الأمر".

على هذا الأساس فان النظام القانوني للكفالة الصرفية المتعلق بالسند للأمر لا يختلف في شيء عن نظيره في الكمبيالة وان الاختلاف الوحيد هو الذي نصص عليه المشرع ويتعلق بمقتضيات الفقرة السادسة من الفصل 289 م ت المتعلق بوضعية الكفيل الذي لم يحدد الشخص المكفول.
فالفقرة السادسة المشار إليها تقضي في حال غياب التنصيص على الطرف المستفيد من الكفالة أن الكفيل يعتبر قد تدخل لضمان الساحب.
وبما أن السند للأمر يجع في شخص الملتزم بالسند وضعية الساحب والمسحوب عليه فقد بين الفصل 343 أن الشخص المكفول في حال لم يعين الكفيل الطرف الذي يكفله فان كفالته تعد مقصورة على الملتزم بالسند للأمر.

المبحث الثاني: الوفاء بالسند

126.- يعتبر تاريخ استحقاق السند للأمر مهم دلك انه خلافا لديون العادية التي يمكن فيها للدائن عدم المطالبة بالوفاء عند حلول ميعاد الاستحقاق فان الأمر يختلف بالنسبة للأوراق التجارية بالنظر لتعلق حقوق الغير بالسند. فحامل الورقة التجارية ملزم بأمرين اثنين يتمثل الأول في تقديم السند عند حلول اجل الوفاء للمدين به طلبا للخلاص أما الأمر الثاني فيتمثل في أن تقديم السند يجب أن يتم في اجل محدد لان فوات هذا الأجل يرتب أثرا على غاية من الخطورة هو الحرمان من ميزات القانون الصرفي المترتب عن وصف الحامل بالإهمال.
فحامل السند ملزم بمطالبة المدين بالوفاء في التاريخ المحدد لاستحقاق الوفاء ليتمكن في صورة رفض الوفاء من الرجوع على باقي الملتزمين على مقتضى القانون الصرفي فان تهاون في ذلك حرم من التداعي الصرفي.

وإذا كان الدائن بالسند ملزم بتقديمه للوفاء فان المدين به ملزم هو أيضا بالوفاء بتعهده ولا يمكنه الاعتراض على الوفاء خارج حالات الاعتراض التي اقرها القانون بالنسبة للكمبيالة وطبق الإجراءات المحددة لها[55].

وللأهمية البالغة للوفاء يتجه الوقوف على المسائل المتعلقة بالوفاء المبرئ للذمة (**فقرة أولى**) قبل التطرق إلى وضعية الامتناع عن الوفاء (**فقرة ثانية**).

فقرة أولى: الوفاء المبرئ للذمة

127.- طالما انه لا عبرة إلا بالوفاء المبرئ للذمة فان المدين بالسند للأمر ملزم بالتحقق من وفاؤه بالسند للأمر يبرئ ذمته باعتبار أن التهاون في ذلك قد يجعله مجبرا على دفع قيمة السند مرتين عملا بمقولة "من يدفع خطأ يدفع مرتين"[56] مرة بخطئه لدفعه لمن لا يستحق ومرة أخرى لدفعه لمن يستحق لان الدفع الأول لم يبرئ ذمته لحصوله لمن لا يستحق.

ولتحقيق الوفاء المبرئ لذمته يجب على المدين بالسند القيام بالحرص الأدنى المتمثل في مسالتين مهمتين:

- التثبت في أن الشخص الذي يطالب بالوفاء هو الحامل الشرعي للسند إذ لا يكون الوفاء مبرئ للذمة إلا إذا تم لفائدة الشخص الذي يجب أن يتم الوفاء له. ويتعلق الأمر هنا بتثبت شكلي يتمثل في التحقق من أن الحامل توصل بالسند بسلسلة غير منقطعة من التظهيرات يمكن للأخير منها أن يكون على بياض طبق ما جاء بالفصل 279 م ت . ويترتب عن هده الوضعية أن المدين بالسند يكون مخطئا إذا دفع مبلغ السند للمستفيد ما لم يستظهر بالسند لإمكان تظهيره للغير. فإذا قام المستفيد بالتظهير وبالنظر لكون التظهير ينقل ملكية السند للمظهر له فان هذا الأخير هو الحامل الشرعي للسند الذي يمكنه المطالبة بخلاصه وان كل خلاص لشخص غيره لا يبرئ ذمة المدين به.
- بعد التثبت في شخص حامل السند يقوم المدين بالخلاص مع الحرص التام لاستبقاء وسائل إثبات هذا الخلاص. ويثبت الوفاء تمام الثبوت باجتماع وسيلتين هما استرجاع المدين للسند والتأشير عليه بالخلاص من قبل الحامل فقد جاء بالفصل

---

[55] جاء بالفصل 299 م ت " لا تقبل المعارضة في الأداء إلا في صورة ضياع الكمبيالة أو سرقتها أو تفليس الحامل لها".

[56] Qui paie mal paie deux fois.

313 م ت "كل ملتزم أقيمت عليه دعوى الرجوع أو كان معرضا للرجوع يحق له مقابل دفعه للمبالغ أن يطلب تسليم الكمبيالة مع الاحتجاج وتوصيل الإبراء".

فقرة ثانية: الامتناع عن الدفع

130.- الأصل في الأشياء أن يوفي الملتزم بالسند بما تعهد به من دفع قيمته عند حلول الأجل لحامله الشرعي وهو ما يمثل النهاية الطبيعية لمسار السند للأمر غير أن الواقع قد يكون غير ذلك إذ قد يمتنع المدين عن الدفع.
وأمام هذه الفرضية التي يمكن أن تلقي بظلال من الشك في جدوى التعامل بالأوراق التجارية سعى المشرع إلى تمكين حامل السند من إجراءات وضمانات من شانها أن تحقق الحماية التي تدعم الأوراق التجارية بصفة عامة ومنها السند للأمر في وظائفها الاقتصادية.
ونظرا لخطورة امتناع المدين عن دفع قيمة السند فقد اقر المشرع إجراء معينا لإثبات واقعة الامتناع (1) ورتب على ذلك أثرا قانونيا حمائيا للحامل(2).

1)- إثبات الامتناع عن الدفع:

131.- يتم إثبات واقعة الامتناع عن الدفع بواسطة احتجاج يحرر بواسطة العدول المنفذين فالاحتجاج كتب رسمي يحتوي جملة من البيانات الضرورية[57] ويقع إشهاره من خلال مد المحكمة بنسخة منه[58].

وعلى غرار التزام الحامل بتقديم السند للوفاء عند حلول الأجل فانه ملزم أيضا بتحرير الاحتجاج في صورة امتناع المدين عن الوفاء ويتم تحرير الاحتجاج في حيز زمني محدد هو احد يومي العمل التاليين لليوم الواجب فيه دفع سند الأمر[59].

[57] الفصل 319 م ت.
[58] الفصل321 م ت.
[59] الفقرة الثالثة من الفصل 307 م ت.

ولا يعفى الحامل من تحرير الاحتجاج لعدم الدفع إلا إذا كان السند يحمل تنصيصا اختياريا بالإعفاء من الاحتجاج.

ويترتب عن عدم القيام بالاحتجاج أو القيام به خارج الآجال القانونية ما لم يكن الحامل معفى من القيام به اثر قانوني على درجة كبيرة من الأهمية يتمثل في وصم الحامل بالإهمال وترتيب فقدانه للدعوى الصرفية.
أما في حال إتمام إجراءات الاحتجاج فان الأثر القانوني يكون حمائيا للحامل نتيجة حرصه.

1)- أثار الامتناع عن الدفع:

132.- عند الامتناع عن الدفع يقرر القانون الصرفي إجراء حمائيا من شانه أن يتوازى مع فقدان الحامل لفرصة الخلاص عند حلول الأجل. فتحقيق وظائف الأوراق التجارية من خلال آلية التداول تستوجب حماية الحامل حماية تختلف عن حماية حوالة الدين المدني سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو بالقواعد الموضوعية.
فالحامل الذي جوبه بالامتناع عن الدفع والدي كان حريصا بإتباع إجراءات تحرير الاحتجاج بالامتناع عن الدفع في ميعاده تفتح أمامه أبواب التداعي الصرفي للرجوع بقيمة السند للأمر والمصاريف على المظهرين السابقين والمتدخلين وكل من أمضى على السند بصفته ضامنا للوفاء به.

المبحث الثالث: دعاوى الحامل

133.- تتمثل الدعاوى الصرفية للحامل في إمكانية تتبع كل المظهرين السابقين والمتدخلين الممضين على السند فيجوز له مطالبة أي واحد منهم منفردا أو مع غيره دون التزام منه بمراعاة الترتيب.
وتتمثل دعوى الرجوع من حيث قيمتها المالية موضوع الطلب في معين السند ومصاريف الاحتجاج والفوائد والمصاريف المبذولة في إطار الدعوى القضائية.

وتتميز الدعوى الصرفية الممنوحة لحامل السند بقواعدها الحمائية ومنها بالأساس قاعدة الفصل 280 م ت المتعلقة بعدم سماع الدفوعات المثارة تجاه دعوى الحامل كلما كان هذا الأخير ليس طرفا مباشرا في الدفع المثار.
وأمام قيمة الدعوى الصرفية فان الحامل يمكن أن يحرم منها كلما غاب حرصه (**فقرة أولى**) أو تفلت الزمن بين يديه دون ممارسته لحقه في التداعي (**فقرة ثانية**).

<u>فقرة أولى:</u> فقدان الحق في التداعي بموجب الإهمال

134.- إن الحقوق التي يقررها القانون لحماية مركز قانوني معين عادة ما تكون مرتبطة بإجراءات محمول على صاحب الحق القيام بها تعبيرا منه في رغبته التمتع بالحماية القانونية وهي تمثل نوعا من المدخل لاستحقاق الحماية في شكل حرص يبديه صاحب الحق.
أما لو تقاعس المعترف له بالحماية عن أداء واجب الحرص فيكون الجزاء المنطقي لتصرفه هو حرمانه من الحماية.
وينطبق هدا الأمر على حامل السند الذي جوبه بالامتناع عن الدفع في حال عدم قيامه بإجراء الاحتجاج أو قيامه به خارج الآجال القانونية ما لم يكن معفى من دلك أو في حال وجود القوة القاهرة.

<u>فقرة ثانية:</u> فقدان الحق في التداعي بموجب التقادم المسقط

135.- قد يكون الحامل حريصا من حيث استجابته لالتزام تقديم السند للوفاء والتزام تحرير احتجاج في حال جوبه بالامتناع عن الدفع.
وإذا كان القانون الصرفي متميز بحماية الحامل فانه لا يمكن أن يغفل عن حماية المدينين بتركهم متعرضين للدعاوى الصرفية بحسب مزاج الحامل أن شاء حرك هذه الدعاوى وان شاء تركها.
ولتعديل كفة الحماية المقررة للحامل دون الإضرار بالمدينين فقد اعتمد القانون الصرفي أجال سقوط للدعوى الصرفية هي بالضرورة اقل في مداها من أجال سقوط الدعوى المدنية.

هذه الآجال لا يمكن أن تكون على نفس الوتيرة بالنظر لاختلاف ارتباط المدينين بالسند. وتتراوح هده الآجال بين الثلاث سنوات والستة أشهر.
فقد اقر الفصل 341 م ت انطباق الآجال المعتمدة لسقوط الدعوى الصرفية للكمبيالة المحددة بالفصل 335 م ت على السند للأمر مع مراعاة الاختلاف بين السندين.
بالرجوع لنص الفصل 335 م ت وبمراعاة اختلاف السند للأمر عن الكمبيالة من جهة الأطراف الملتزمة، يتبين أن مرور الزمن المرتب لفقدان الدعوى الصرفية يكون كالتالي:

- جميع دعاوى الحامل الناشئة عن السند للأمر والموجهة على الملتزم بها تسقط بمضي ثلاث سنوات من تاريخ حلول اجل الوفاء.
- جميع دعاوى الحامل ضد المظهرين تسقط بمضي سنة من تاريخ الاحتجاج المحرر في المدة القانونية أو من تاريخ الحلول إذا كان السند للأمر مشتملا على شرط الرجوع بلا مصاريف (شرط الإعفاء من تحرير الاحتجاج).
- جميع دعاوى المظهرين على بعضهم بعضا تسقط بمضي ستة أشهر ابتداء من اليوم الذي دفع فيه المظهر السند للأمر أو من يوم القيام عليه بالدعوى.

الجـــــزء الثالث

الشيـــــــــــــــــــــــك

136.- تقديم: اختلف الفقه بخصوص اعتبار الشيك من قبيل الأوراق التجارية فدهب شق إلى استبعاد انتمائه للأوراق التجارية بينما دافع شق ثان على فكرة اعتماد الشيك كورقة تجارية على غرار الكمبيالة والسند للأمر.
وقد حسم المشرع التونسي الأمر باعتباره الشيك من ضمن الأوراق التجارية وهو الأمر الذي يبدو جليا من خلال التنظيم القانوني للأوراق التجارية المعتمد بالمجلة التجارية إذ جاء الكتاب الثالث من هذه المجلة تحت عنوان "في الكمبيالة وسند الأمر والشيك" كما جاء تنظيم الشيك على شاكلة تنظيم السند للأمر محتويا على إحالات متعددة إلى النظام القانوني للكمبيالة مما يعطي انطباعا دقيقا باعتبار المشرع التونسي الشيك ورقة تجارية.

وعلى غرار الكمبيالة والسند للأمر فان المشرع لم يعرف الشيك مكتفيا بتعداد البيانات الواجب إدراجها بالكتب لاعتباره شيكا. ويمكن من خلال هده البيانات تعريف الشيك بكونه الكتب الذي يسحبه منشؤه على بنك أو مؤسسة مماثلة للحصول على خلاص مبلغ مالي سابق الوجود على ذمة و لفائدة الحامل.

137.- المخطط : للإلمام بالشيك يتجه البدء بدراسة إنشائه (**الفصل الأول**) ثم مكانة المؤونة فيه (**الفصل الثاني**) والوفاء به (**الفصل الثالث**) دون إغفال جانبه الجزائي (**الفصل الرابع**).

الفصل الأول

إنشـــــــاء الشيـــــــك

138.- يتحقق إنشاء الشيك باجتماع جملة من الشروط منها ما يتعلق بالشروط الأصلية (**المبحث الأول**) ومنها ما يتعلق بالشروط الشكلية (**المبحث الثاني**) ويمكن أن تكون للشيك أصناف و أنواع متعددة باعتبار معايير متعددة للتصنيف (المبحث **الثالث**).

المبحث الأول: الشروط الأصلية

139.- يتميز إنشاء الشيك عن الأوراق التجارية الأخرى بتدخل مؤسسة مالية هي البنك أو المؤسسات المشابهة التي يكون ساحب الشيك حريف لها مرتبط بعقد يمتلك بموجبه حساب جاري دائن أو مسموح له بان يسحب عليه شيكات في شكل تسهيلات بنكية أو فتح اعتماد بنكي.
فالمسحوب عليه في عملية إنشاء الشيك هو بالضرورة مؤسسة مالية متمثلة في بنك أو في مصالح البريد.
ولمعرفة الشروط الأصلية لصحة الشيك يتجه الوقوف على هده الشروط لكل الأطراف المتدخلة في عملية إنشاء الشيك ونعني بذلك الساحب (**فقرة أولى**) والمسحوب عليه (**فقرة ثانية**) والمستفيد (**فقرة ثالثة**).

فقرة أولى: الساحب

140.- لا يكون إنشاء الشيك صحيحا إلا إذا كان الساحب يملك أهلية الإلزام والالتزام وهي أهلية القيام بالأعمال المدنية بالنظر إلى أن الشيك ليس عملا تجاريا بالشكل.
أما إذا كان الساحب يتصرف في حق غيره كممثل الذات المعنوية فان تمتعه بسلطة إصدار الشيكات يجب أن تكون موجودة ومستمرة وصحيحة لإلزام الذات المعنوية مع الأخذ بالاعتبار بنظرية الظاهر التي تلزم الذات المعنوية تجاه الغير حسن النية إذا كان الساحب لا يمتلك سلطة إنشاء الشيك أو انه تجاوز السلطة الممنوحة له.
أما إذا كان الرصيد المسحوب عليه الشيك يتعلق بحساب ثنائي الأطراف ففي هذه الحالة لا بد أن يكون الساحب هما طرفا الحساب الجاري وإلا عد الشيك باطلا.
والى جانب مسالة الأهلية فان سبب سحب الشيك يجب أن يكون مشروعا إذ يبطل الشيك الذي يكون موضوعه خلاص دين قمار غير انه في غالب الأحوال يكون إنشاء الشيك

منفصلا عن سببه تجاه الغير مما يفقد الدفع بعدم شرعية السبب جدواه تجاه الغير حسن النية.

فقرة ثانية: المسحوب عليه

141.- لا جدال في أن الشيك هو سند بنكي يتعلق بالعمليات البنكية مما يجعل بالضرورة المسحوب عليه مؤسسة مالية بنكية أو مشابهة فقد جاء بالفقرة الأولى للفصل 348 م ت " لا يجوز سحب الشيك إلا على صيرفي يكون لديه في وقت إنشاء السند رصيد مت النقود تحت تصرف الساحب وبموجب اتفاق صريح أو ضمني يحق بمقتضاه للساحب أن يتصرف في هده النقود بطريقة إصدار الشيك".
ولمعرفة توفر صفة المؤسسة التي يمكن أن تسحب عليها الشيكات يقع الرجوع إلى القانون المنظم للبنك المركزي والى القانون المتعلق بالمؤسسات البنكية لتحديد شروط اكتساب صفة المؤسسة المالية المخولة بان يسحب عليها الشيك.

فقرة ثالثة: المستفيد

142.- يمكن أن يعين اسم المستفيد من الشيك كما يمكن إصداره بدون تعيين اسم المستفيد فيكون شيكا لحامله. و بالرجوع إلى مقتضيات الفصلين 351 و 352 م ت يكون المستفيد من الشيك:

- شخص مسمى.
- للحامل (أي بدون ذكر اسم المستفيد).
- للساحب نفسه.

ويجب أن يكون المستفيد في جميع الأحوال أهلا لتقي الأموال موضوع الشيك مما يعني أن عديمي التمييز كالقصر دون سن الثالثة عشرة والمعتوه لا يمكن لهم أن يكونوا معينين بوصفهم مستفيدين بذاتهم دون تدخل من يمثلهم في الشيك.
أما الأشخاص المميزون فوق سن الثلاثة عشرة وناقصو الأهلية كضعيف العقل فيمكن أن يعينوا بصفة مستفيدين بذاتهم في الشيك ويتم خلاصهم في المبالغ المضمنة بالشيك.

المبحث الثاني: الشروط الشكلية

143.- على بقية الأوراق التجارية لا يكون الكتب مكتسبا لصفته القانونية كشيك، بالإضافة إلى الشروط الأصلية، إلا باحتوائه على البيانات الوجوبية (**فقرة أولى**) التي قرر المشرع جزاء لغيابها (**فقرة ثانية**).

فقرة أولى: البيانات الوجوبية

144.- عدد الفصل 346 م ت البيانات الواجب إدراجها في الكتب حتى يكتسب وصفه القانوني كشيك ويخضع بالتالي لمقتضيات القانون الصرفي إذ جاء فيه :

" يحتوي الشيك على البيانات التالية:

1) ذكر كلمة شيك مدرجة في نص السند نفسه باللغة التي كتب بها.

2) التوكيل المطلق المجرد بدفع مبلغ معين.

3) اسم الشخص الذي يجب عليه الدفع (المسحوب عليه).

4) تعيين المكان الذي يجب فيه الدفع.

5) تعيين تاريخ إنشاء الشيك ومكانه.

6) توقيع من اصدر الشيك (الساحب)."

وتتشابه إلى حد كبير البيانات المتعلقة بالشيك مع البيانات المتعلقة بكل من الكمبيالة وسند الأمر مما يغنينا عن إعادة الفوائد العملية لكل بيان إلا انه تجدر الإشارة إلى أن البيان المتعلق بالتوكيل المطلق المجرد بالدفع والمشابه لبيان الكمبيالة فان الأمر في الواقع لا يتعلق بتوكيل على معناه في مجلة الالتزامات والعقود بل هو في الواقع "أمر بالدفع" لان ترجمة اللفظ الفرنسي توقع في خلط بالنظر لان اللفظ المترجم هو من قبيل الكلمات ذات المعاني المتعددة التي يجب اختيار اللفظ المقصود منها عند ترجمتها.

فقرة ثانية: جزاء غياب البيانات الوجوبية

144.- بالنظر للأهمية الشكلية للسند فقد اقر المشرع جزاء لغياب البيانات الوجوبية الوارد ذكرها بالفصل 346 م ت.

فقد جاء بالفصل 347 م ت، على غرار تنظيم الشكلية في الكمبيالة وسند الأمر، جزاء البطلان (1) مخففا باعتماد بعض الاستثناءات (2) وذلك في حال غياب بعض البيانات الوجوبية اللازمة لصحة الشيك.

1)- جزاء البطلان:

145.- جاء بالفقرة الأولى من الفصل 347 م ت :" إذا خلا السند من احد الأمور المبينة في الفصل السابق فلا يعتبر شيكا ...".
في التطبيق العملي يندر أن نجد وضعية يبطل فيها الكتب لغياب البيانات الوجوبية بالنظر إلى أن البنوك هي التي تتولى طباعة الشيك وتسليمه لحرفائها.
ولعل إلزام البنوك بفتح حساب لكل حريف يطلب ذلك في ما بات يعرف بالحق في الحساب البنكي يجعل مسالة غياب البيانات الوجوبية أمرا نادر الحدوث فقد جاء بالفصل 410 م ت المنقح بمقتضى القانون عدد 28 لسنة 1996 المؤرخ في 3 افريل 1996 التنصيص على الأمرين السالفين:

- إلزام البنك بفتح حساب بنكي لكل حريف يطلب ذلك.
- إعداد صيغ شيكات منصوص بكل واحدة منها على بيانات يحددها منشور صادر عن البنك المركزي التونسي.

كما يشير نفس الفصل على إمكانية تسليم نوع معين من الشيكات للحرفاء مما يستبعد حق كل حريف في استلام دفتر معد للشيكات.

2)- استثناءات جزاء البطلان:

146.- استعمل المشرع بالنسبة للشيك نفس صيغة الاستثناء التي استعملها للكمبيالة والسند للأمر عند خلو السند من البيانات الوجوبية فاعتبر انه:
- إذا خلا الشيك من بيان مكان الوفاء فان المكان المبين بجانب اسم المسحوب عليه يعتبر مكان الوفاء به وان تعددت الأمكنة بجانب اسم المسحوب عليه يكون الشيك واجب الدفع في المكان المذكور أولا. وإذا لم تذكر هذه البيانات أو غيرها يكون الشيك واجب الدفع في المكان الذي به المحل التجاري الأصلي للمسحوب عليه.

- الشيك الذي لم يذكر فيه مكان إنشائه يعتبر إنشاؤه قد تم في المكان المبين بجانب اسم الساحب.

المبحث الثالث: أصناف الشيك

147.- تتعدد أنواع الشيك ويمكن تصنيفها حسب معيار طبيعة المسحوب عليه (**فقرة أولى**) أو حسب معيار طريقة سحبها أو خلاصها (**فقرة ثانية**).

فقرة أولى: أصناف الشيك بحسب طبيعة المسحوب عليه

148.- يمكن تصنيف الشيك بالنظر لطبعة المسحوب عليه إلى شيك بنكي مسحوب على مؤسسة بنكية أو شيك بريدي مسحوب على مصالح البريد.
فالشيك البريدي هو شيك مسحوب على مصالح البريد من شخص يمتلك حساب بريدي أما الشيك البنكي فهو مسحوب على مؤسسة بنكية يملك الساحب حسابا بنكيا على دفاترها.
ويعتبر الشيك البنكي الأكثر استعمالا على الرغم ن انتشار مكاتب البريد في القرى والأرياف يفوق انتشار فروع البنوك. فالشيك البنكي أقدم وجودا من الشيك البريدي رغم أن هذا الصنف من الشيكات بدأ يتخلص تدريجيا من توجس التجار من قبوله كأداة دفع وذلك بعد التنقيحات القانونية التي أدخلت على نظامه.
ويلجا عدد هام من الحرفاء للشيك البريدي بالنظر لكلفة مسك الحساب البريدي المنخفضة مقارنة بالحساب البنكي.

فقرة ثانية: أصناف الشيك بحسب طرق وضمانات خلاصها

149.- يمكن في هذا الصدد ذكر الأنواع التالية للشيك:
- الشيك المسطر: وهو شيك يحمل سطرين متوازيين في اعلي ركنه الأيسر. ويختص هذا الشيك بضرورة استخلاصه من خلال إنزال مبلغه في حساب بنكي أو بريدي بحيث لا يمكن للمستفيد منه أن يتسلم المبلغ عينا. ويمكن أن يكون التسطير عاما فيتم الخلاص في

أي حساب بنكي أو بريدي كما يمكن أن يكون التسطير خاصا من خلال بيان يدرج بين السطرين يتعلق باسم البنك الذي يجب تنزيل المبلغ بأحد حساباته.
- الشيك المؤشر عليه: وهي صيغة شيك تطلب عادة من المصالح العمومية تفاديا لغياب الرصيد. ويتمثل التأشير في حجز البنك أو مصالح البريد لجزء الرصيد الممثل لمبلغ الشيك لفائدة المستفيد. وهي طريقة يضمن بها المستفيد الخلاص ويستبعد كل مفاجأة متعلقة بغياب أو نقص الرصيد.

الفصل الثاني

المؤونة في الشيـــــــــك

150.- يمكن أن تكون المؤونة في الأوراق التجارية موضوعا لبحث اختلاف قيمتها في مختلف أصنافها فهي وان لم تكن شرطا لصحة أي منها فإنها تأخذ بعدا بالغ الأهمية في الكمبيالة لتغيب أهميتها تماما بالنسبة للسند للأمر لتعود مجددا في الشيك بطريقة مخالفة للكمبيالة لا من حيث اشتراطها لصحة السند بل لمكانتها المختلفة وللطابع الجزائي المرتبط بها.
وتستوجب دراسة المؤونة في الشيك البدء بتعريفها (**المبحث الأول**) ثم استعراض خصائصها (**المبحث الثاني**) قبل التطرق لوضعية غيابها (**المبحث الثالث**).

المبحث الأول: تعريف المؤونة في الشيك

151.- يتميز الشيك باقتصاره على تحقيق وظيفة الخلاص إذ لا يعتبر بحال من الأحوال محققا لوظيفة الائتمان الأمر الذي سينعكس حتما على وضعية المؤونة فيه.

وتتمثل مؤونة الشيك في الرصيد الذي يملكه الساحب في حساب باسمه لدى المسحوب عليه. فالأمر الذي يصدره الساحب للمسحوب عليه بخلاص قيمة الشيك تستوجب أن يكون تحت يدي المسحوب عليه المبلغ الكافي للوفاء بالسند.
فبمجرد إصدار الشيك تنتقل ملكية المؤونة للمستفيد.
ويمكن من خلال قراءة الفصل 348 م ت القول بان المؤونة في الشيك تتمثل في الجزء من الرصيد الموجود بحساب الساحب لدى المسحوب عليه المساوي لقيمة الشيك.
غير أن هذا الرصيد الممثل للمؤونة يمكن أن يأخذ أشكالا عديدة منها:

- الشكل الأكثر شيوعا وهو مبلغ مالي للساحب مودع بحسابه لدى المسحوب عليه وهو ما يعبر عنه بالرصيد الدائن للحساب.
- كما يمكن أن يكون في شكل قرض يمنحه المسحوب عليه للساحب في شكل تسهيلات في الدفع أو في شكل فتح اعتماد بنكي يستهلكه الساحب بإصدار شيكات على المؤونة المتمثلة في القرض البنكي.

المبحث الثاني: خصائص المؤونة في الشيك

152.- تتميز المؤونة في الشيك بجملة من الخصائص إذ يجب أن تكون سابقة لعملية إصدار الشيك (**فقرة أولى**) وكافية (**فقرة ثانية**) وخالية من القيود (**فقرة ثالثة**).

فقرة أولى: خاصية سبق عملية إصدار الشيك

153.- من أهم مميزات المؤونة في الشيك إن تكون سابقة لعملية إصدار الشيك. وقد جاءت هذه الخاصية واضحة في مفتتح الفصل 348 م ت الذي جاء فيه:"لا يجوز سحب الشيك إلا على صيرفي لديه وقت إنشاء السند رصيد من النقود ..."
و تتأكد هذه الخاصية إذا علمنا أن الشيك هو سند يجب الوفاء به لدى الاطلاع مما ينفي أولا أي وظيفة ائتمانية كما يستوجب أن يكون الرصيد موجودا عند الإصدار[60].
غير إن شرط وجود الرصيد قبل عملية الإصدار ليس مطلقا لسببين على الأقل:

[60] جاء بالفقرة الأولى للفصل 371 م ت "ان الشيك واجب الاداء لدى الاطلاع وكل شرط مخالف لدلك يعتبر كان لم يكن".

- السبب الأول يتمثل في الإمكانية المتاحة للساحب بتكوين الرصيد المنعدم أو الناقص بعد التنبيه عليه من المسحوب عليه.
- السبب الثاني يتمثل في إلزام المسحوب عليه بالوفاء بكل شيك لا يتجاوز مبلغه عشرون دينارا بقطع النظر عن وجود المؤونة فقد جاء بالفقرة الرابعة من الفصل 374 م ت "وعلى المصرف أن يدفع كل شيك مسحوب عليه بواسطة صيغة سلمها إلى الساحب إذا كان مبلغ هدا الشيك يقل أو يساوي عشرين دينارا ولو كان الرصيد منعدما أو ناقصا".

فقرة ثانية: خاصية الكفاية

154.- لا يكفي في المؤونة أن تكون موجودة زمن إصدار الشيك بل يجب أن تكون كافية بمعنى أن تكون على الأقل مساوية لمبلغ الشيك. وقد اقر التشريع انه في حال عدم كفاية المؤونة فان على المسحوب عليه أن يفي بالشيك بقدر الموجود من المؤونة أن رضي المستفيد بذلك على أن يقوم بإجراءات انعدام المؤونة بالنسبة للجزء الناقص.

فقرة ثالثة: خاصية الخلو من القيود

155.- لا عبرة برصيد موجود غير محرر لاستعمالات صاحبه لورود قيود عليه. على هذا الأساس كان لا بد للمؤونة أن تتصف بإمكانية تمكين المستفيد منها لخلوها من أي قيد قد يحول دون تسليمها له في حدود قيمة الشيك. وقد وردت الإشارة لهذه الخاصية في المؤونة بالفصل 348 م ت بالقول "...رصيد من النقود تحت تصرف الساحب وبموجب اتفاق صريح أو ضمني يحق بمقتضاه للساحب أن يتصرف في هذه النقود بطريقة إصدار الشيك."
وبالنظر لأهمية المؤونة في الشيك فقد اهتم المشرع بتنظيم حالة انعدامها.

المبحث الثالث: غياب المؤونة في الشيك

156.- يمكن عمليا أن يجابه المستفيد من الشيك الطالب لخلاصه بانعدام المؤونة كليا أو جزئيا وهو الأمر المعروف بغياب الرصيد. ويطغى على هذه المسالة الجانب الجزائي ضرورة أن المشرع جعل من غياب المؤونة أو بعض المسائل المعطلة لتمكين المستفيد منها جنحا يعاقب عليها القانون علما وان غياب المؤونة على المستوى المدني لا تأثير له بالنظر لكونها ليست شرطا لصحة الشيك.
ففي حال غياب المؤونة فان المستفيد لن يتمكن من استيفاء قيمة الشيك غير أن ذلك لا يعفي الساحب من المسؤولية حيث يبقى ملزما تجاه المستفيد.

وخلافا لبعض التشريعات الأجنبية التي نزعت التجريم عن الشيك بدون رصيد[61] فان المشرع التونسي ما زال محافظا على الطابع الجزائي وان سعى بين الحين والآخر إلى إصدار قوانين للعفو على هذه الجرائم طبق بشروط وإجراءات معينة.
ويتميز الطابع الجزائي للشيك بجملة من الجرائم حددها الفصل 411 م ت وهي: جريمة إصدار شيك بدون رصيد أو برصيد غير كاف (**فقرة أولى**) وجريمة استرجاع الرصيد أو بعضه بعد إصدار الشيك (**فقرة ثانية**) وجريمة تحجير الدفع على المسحوب عليه (**فقرة ثالثة**) تضاف إليها جرائم أخرى ليس في علاقة مباشرة بالمؤونة[62].

فقرة أولى: جريمة إصدار شيك بدون رصيد

157.- ككل الجرائم تقوم جريمة إصدار شك بدون رصيد على أركان ثلاث ركن شرعي (1) وركن مادي (2) وركن معنوي (3).

61

في فرنسا اعتمد نزع التجريم عن إصدار شيك بدون رصيد بالقانون المؤرخ في 30 ديسمبر 1991. يراجع ف هذا الصدد:
RIPERT G. et ROBLOT R., Traité de droit commercial, tome 2, 14ème éd., 1996, p. 285, n° 2196.

62

من هذه الجرائم الواردة بنفس الفصل 411 م ت نذكر:
- جريمة قبول شيك صادر في الحالات المبينة بالفقرة الأولى من الفصل 411 م ت.
- جريمة المساعدة عمدا ساحب الشيك في الحالات المشار إليها بالفقرة الأولى للفصل 411 م ت.
- الجريمة المرتكبة من المصرف والمتمثلة في رفض أداء شيك عول صاحبه على اعتماد فتحه له هذا المصرف ولم يرجع فيه بصفة قانونية أو على تسهيلات دفع تعود المصرف منحها له بمقادير لا يقل معدلها عن مبلغ الشيك ولم يدل بما يثبت التنبيه على الساحب برجوعه فيها وتكون العقوبة في هذه الحالة خطية تساوي أربعين في المائة من مبلغ الشيك أو باقي قيمته على أن لا تتجاوز الثلاثة ألاف دينار.

أما الفصل 411 مكرر فقد جاء بجريمة تزوير شيك وعقوبتها السجن لمدة عشر سنوات وخطية قدرها اثنا عشر ألف دينار دون أن تقل عن مبلغ الشيك.
وجاء بالفصل 411 ثالثا م ت جريمة إصدار شيك قبل انقضاء اجل تحجير استعماله بعد إعلامه بذلك التحجير وجريمة تعمد تغيير التوقيع مما يجعل المسحوب عليه يمتنع عن الدفع وجريمة إصدار وكيل لشيك مع علمه بالتحجير المسلط على موكله وهذه الجرائم الثلاث عقوبتها السجن مدة عام وخطية قدرها خمسة ألاف دينار.

1)- الركن الشرعي للجريمة

158.- ويتمثل في نص التجريم عملا بالقاعدة الدستورية التي مفادها أن لا جريمة بدون نص سابق الوضع[63] فقد جاء بالفصل 411 م ت " يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام وبخطية تساوي أربعين بالمائة من مبلغ الشيك أو من باقي قيمته على أن لا تقل عن عن عشرين بالمائة من مبلغ الشيك أو باقي قيمته:
- كل من اصدر شيكا ليس له رصيد سابق وقابل للتصرف فيه أو كان الرصيد اقل من مبلغ الشيك...".

1)- الركن المادي للجريمة

159.- لقيام أركان هذه الجريمة لا بد من شروط أولية تتمثل في عملية إصدار الشيك مما يقتضي أن السند المنشئ ينطبق عليه الوصف القانوني للشيك حسب مقتضيات القانون المنظم للشيك إلا أن القانون الجزائي يتميز بواقعيته إذ لا يستبعد تكييف الجريمة بالرغم من عدم استجماع الكتب للشروط القانونية المحددة بالقانون الصرفي.
كما يجب التأكيد على أن الإصدار يختلف عن الإنشاء إذ يقتضي تسليم الشيك للمستفيد بما يترتب عنه من انتقال ملكية المؤونة لهذا الأخير.
وإضافة إلى هذه الشروط الأولية تقوم الجريمة إذا تحقق احد الأمور التالية:

- غياب تام للرصيد قبل عملية إصدار الشيك.
- وجود الرصيد إلا انه رصيد مقيد لا يمكن للمسحوب عليه تمكين المستفيد منه فهو بالتالي في حكم المنعدم بالنسبة للمستفيد.
- وجود رصيد غير انه غير كاف بمعنى انه اقل في قيمته النقدية من القيمة المحددة بالشيك.

و يكفي لقيام الجريمة تحقق احد هذه الوضعيات.

[63] جاء بالفصل 28 من دستور 2014 " العقوبة شخصية، ولا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع، عدا حالة النص الأرفق بالمتهم".

3)- الركن المعنوي للجريمة:

160.- بالنظر لإمكانية تسوية وضعية المخالف فان جريمة إصدار شيك لا تستلزم لقيامها وجود الركن المعنوي فالركن المعنوي فيها لا يتحقق إلا بانقضاء مدة التسوية دون أن يستفيد منها المرتكب للجريمة.
مع العلم أن الجريمة كانت تاريخيا تستوجب قبل تنقيح سنة 1970 قيام الركن المعنوي[64].
ويكون للبنك دور محوري في تتبع جرائم الشيك بدون رصيد إذ مكن القانون من تدارك الأمر من خلال استدعاء المسحوب عليه بكل وسيلة تترك أثرا لتسوية وضعيته في اجل لا يتجاوز الثلاثة أيام. وبتسوية الوضعية لا يتم التتبع ولا تسلط أية خطايا.
أما إذا لم يقم المخالف بتسوية وضعيته في الأجل الأول يحرر المسحوب عليه شهادة في عدم الدفع طبق مثال البنك المركزي ويسلمها للمستفيد مع الشيك ويقع إعلام الساحب من طرف عدل منفذ بضرورة تسوية وضعيته في الأربعة أيام عمل التالية لإعلامه وإلا انطلقت ضده إجراءات التتبع الجزائي.

فقرة ثانية: جريمة استرجاع الرصيد

161.- تقوم هذه الجريمة بتحقق ركنها المادي الوارد بنص التجريم والمتمثل في أن مصدر الشيك "استرجع بعد إصدار الشيك كامل الرصيد أو بعضه".
في هذه الحالة تم إصدار الشيك والرصيد موجود إلا أن عملية استرجاع الرصيد، كلا أو جزء، قد تمت بعد تسليم الشيك للمستفيد.
وتعتبر عملية استرجاع الرصيد مخالفة للقانون لان الرصيد انتقل بإصدار الشيك إلى المستفيد

فقرة ثالثة: جريمة تحجير الدفع على المسحوب عليه

162.- يتمثل الركن المادي لهذه الجريمة في أن مصدر الشيك "اعترض على خلاصه لدى المسحوب عليه في غير الصور المنصوص عليها بالفصل 374 من هذه المجلة".

[64] KNANI Y, op cit, p 299

ويتبين من نص التجريم أن أي اعتراض على الدفع خارج عن حالات الفصل 374 م ت يمثل جريمة طالما انه يحول دون المستفيد و إمكانية استيفائه للمبلغ المضمن بالشيك.
والحالات الواقع استثناؤها هي حالات الاعتراض عن الدفع حيث جاء بالفصل 374 م ت " على المصرف المسحوب عليه شيك أن يدفع حتى بعد انقضاء اجل العرض ويحجر اعتراض الساحب على الوفاء بالشيك إلا في حالة ضياعه أو سرقته أو تفليس الحامل..."

الفصل الثالث

الوفاء بالشيـــــــــك

163.- يتم الوفاء بالشيك بتقديمه من قبل المستفيد (**المبحث الأول**) ويرتب ذلك التزامات على كاهل المسحوب عليه (**المبحث الثاني**) الذي قد يرفض الوفاء مما يفتح للمستفيد إمكانية التداعي(**المبحث الثالث**).

المبحث الأول: تقديم الشيك للخلاص

164.- يتم دفع المبلغ المضمن بالشيك للمستفيد بعد تقديم هذا الأخير للشيك للمسحوب عليه.
ويعد المستفيد ملزما لا فقط بتقديم الشيك للخلاص بل بتقديمه إلى المكان المعين فيه الخلاص وفي حيز زمني محدد.
ويكون مكان تقديم الشيك للخلاص في المكان المعين بالسند الذي هو عادة الفرع الذي يمسك حساب الساحب.
ويجب على المستفيد تطبيقا لما جاء بالفصل 372 م ت أن يقدم الشيك للخلاص في اجل ثمانية أيام بالنسبة للشيك الواجب الأداء بالقطر التونسي ويرتفع هذا الأجل إلى ستين يوما إذا كان الشيك صادرا خارج التراب التونسي.
ويبتدئ احتساب الأجل في الحالتين من تاريخ إصدار الشيك.

المبحث الثاني: التزامات المسحوب عليه

164.- أمام تقديم الشيك للخلاص من المستفيد يتحمل المسحوب عليه جملة من الالتزامات تسبق عملية الدفع. فهو ملزم أولا بالتثبت من هوية حامل الشيك. ثم هو ملزم بالتثبت من أن الحامل هو الحامل الشرعي للشيك كما عليه التثبت من صحة الشيك من الوجهة الشكلية.
كل هذه الالتزامات تجعل من المسحوب عليه قائما بالأداء على الوجه الصحيح.
وفي حال اخل بأحد التزاماته فانه يكون مسؤولا عن الأضرار التي تلحق بالساحب وهي مسؤولية مشددة بالنظر لحرفية البنك إذ أن كل إهمال في اكتشاف عيب ظاهر في السند أو في سلسلة التظهيرات أو عدم التدقيق في هوية الحامل يكون سببا لمساءلته.

المبحث الثالث: دعاوى الرجوع

164.- قد يمتنع المسحوب عليه عن أداء مبلغ الشيك لسبب أو لآخر الأمر الذي يسمح للحامل بالقيام بدعوى تتشابه إلى حد كبير مع دعوى حامل الكمبيالة الذي يجابه بالامتناع عن الدفع.

فقد جاء بالفصل 386 م ت "يمكن لحامل الشيك الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين إذا عرضه على للوفاء في المدة القانونية ولم يدفع له واثبت امتناعه عن الدفع باحتجاج".
فدعوى الرجوع الممنوحة للحامل مشروطة بأمرين:

- أن يكون قد تم عرض الشيك للدفع في الآجال القانونية المحددة بثمانية أيام مما يعني أن عدم العرض أو العرض خارج هذا الحيز الزمني يفقد الحامل دعوى الرجوع لإهماله.
- إن يعاين واقعة الامتناع عن الدفع بالاحتجاج قبل انقضاء اجل العرض

وتنطبق جل أحكام دعاوى حامل الكمبيالة على دعاوى حامل الشيك ومنها سقوط حقه في القيام بمرور الزمن الذي حدده الفصل 398 م ت.